



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
"مسأوة"

العدالة والقانون (مجلة دراساتها وأبحاثها محكمة)

العدد الخامس والأربعون

كانون أول 2023

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 18 / 3 / 2002 بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، اخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعياً ومنهجياً وسلوكياً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية، ووفقاً للنهج القائم على حقوق الإنسان والإدارة المبنية على النتائج من منظور حقوقي وفقاً للمبادئ الدستورية الضامنة لحقوق الإنسان والممكنة للمرأة ومشاركتها على قدم المساواة، وعدم التمييز الواردة في إعلان الاستقلال والقانون الأساسي ومن بعدهما الاتفاقيات والعهود الدولية.

مجلس إدارة "مساواة"

الدكتور طالب عوض	رئيس مجلس الإدارة
الأستاذ سمير البرغوثي	نائب رئيس مجلس الإدارة
المحامية فائزة الشاويش	أمين/ة السر
المحامي يوسف بختان	أمين الصندوق
المحامي شرحبيل الزعيم	عضو
المحامية رنا واصف	عضو
المحامية شرين شعراوي	عضو
المحامي غسان مساد	عضو
المحامي فيصل جاسر	عضو

المحامي إبراهيم البرغوثي: مسؤول الشؤون السياسية والقانونية

إعداد وتنسيق: المحامية شروق أبو قرع

المكتب الرئيسي - رام الله	مكتب غزة
57 شارع المحاكم، البالوع، البيرة، ص.ب 1920	مفترق حميد، عمارة المزياني/ الطابق الأول، مقابل
تلفون: +970 (0) 2 2424870	مستشفى الحياة، النصر، ص.ب 1020
فاكس: +970 (0) 2 2424866	تلفون: +970 (0) 8 2880772

البريد الإلكتروني: musawa@musawa.ps
الصفحة الإلكترونية: www.musawa.ps

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

كانون أول 2023

الآراء الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة" والجهة الداعمة لإصدارها.

العدالة والقانون

في هذا العدد

- 7 مقدمة العدد
- 7 على طريق إثراء النقاش وإغناء التجربة
- 9 دراسات وأبحاث قانونية
- 10 بحث بعنوان: فسخ حكم التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الفلسطيني
الباحثة في الدكتوراه في كلية القانون فرع القانون العام في جامعة صفاقس في تونس
المحامية أشجان داود- قلقيلية - فلسطين
- 45 أحكام صادرة عن محكمة النقض والتعليق عليها
- 46 الحكم رقم -- / 2021 " نقض مدني "
- 50 تعليق الدكتور المحامي فؤاد الدرادكه- الأردن
- 62 نقض جزاء رقم 313 / 2021
- 62 نقض جزاء رقم 341 / 2021
- 67 تعليق الفقيه الدكتور محمد عماد النجار- نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية
- 86 تعليق المحامي محمد الفواعرة- استاذ قانون الجزاء المشارك/ كلية الحقوق/ الجامعة الأردنية
- 94 أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العليا والتعليق عليها
- 107 دعوى دستورية رقم 8 / 2022 " 13 لسنة 7 قضائية"
- 108 تعليق الدكتور رفعت عيد سيد- أستاذ القانون العام- جامعة القاهرة
- 117 دعوى دستورية رقم 5 / 2022 " 10 لسنة 7 قضائية
- 127 تعليق الدكتور محمد عبد الفتاح عبد البر- مستشار بمجلس الدولة المصري
- 138 دعوى دستورية رقم 2 / 2023 " 5 لسنة 8 قضائية
- 142 تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سلمان- نائب رئيس المحكمة
الدستورية العليا المصرية
- 155 تعليق الدكتور فتحي فكري- أستاذ القانون العام في كلية الحقوق- جامعة القاهرة
- 165 القرار الوقي المستعجل الصادر عن المحكمة الإدارية المنعقدة في رام الله رقم 25 لسنة 2023

- 170 تعليق الدكتور فتحي فكري- أستاذ القانون العام في كلية الحقوق- جامعة القاهرة
- 178 حوارات قانونية
- 179 مناهج التعليم العالي المهني: ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد نموذجا
د. أسماء الغشام- نائبة عميد كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية: بجامعة
قرطاج - تونس.

العدالة والقانون

على طريق إثراء النقاش وإغناء التجربة

تؤكد «مساواة» على أن غايتها من إصدار مجلة «العدالة والقانون» تكمن في تشجيع فكرة التعليق على التشريعات والأحكام والقرارات القضائية، وفقاً للضوابط والمعايير القانونية ذات الصلة، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تعتبر القرارات والأحكام القضائية عنواناً للحقيقة، وإن لم تكن بالضرورة عينها. وهدف «مساواة» تفعيل مبدأ علنية القضاء والوقوف على الوجه الأمثل لإعمال قاعدة تسبيب الأحكام والقرارات القضائية، بوصفها العمود الفقري للرقابة الشعبية والوطنية على حسن أداء الوظيفة القضائية.

وتسعى «مساواة» إلى إثراء الحوار القانوني وإغنائه بغية تحقيق العدالة، وإغناء التجربة القضائية في تفسير أحكام القانون، وإعطاء الوصف الأدق لمقاصد ومعاني النصوص والقواعد القانونية والتشريعات، وإنزال القاعدة القانونية الملائمة على وقائع النزاع المرفوع إلى القضاء. وتعتقد «مساواة» أن عملية التعليق على التشريعات والأحكام القضائية والقرارات بقوانين تلعب دوراً هاماً في لفت انتباه المجتمع القانوني إلى مواطن الخلل والضعف والتناقض في القوانين والأنظمة السارية، ليقوم بدوره لضمان إجراء التعديلات التشريعية اللازمة والضرورية لتوحيد رزمة القوانين والأنظمة، بما يضمن دستوريتها وتطابقها وانسجامها كمدخل أساس لتجسيد مبدأ سيادة القانون وحفظ الأمن المجتمعي وتعزيز نزاهة القضاء وتوطيد مبدأ استقلال القاضي، وبناء 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 الأحكام والقرارات القضائية والقرارات بقوانين والتشريعات والإجراءات والقرارات القضائية والإدارية المتصلة بحقوق الإنسان ومبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون واستقلال ونزاهة وحيدة القضاء. ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة والمحامين والعاملين بالقانون، تعبر عن اجتهادات وأفكار ورؤى أصحابها ومقدميها، وفي ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً للحوار القانوني والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيم القانونية وإثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينيين وكافة المشتغلين

بالقانون، من رؤساء ووكلاء نيابة وأساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق ومؤسسات المجتمع المدني والفعاليات الاجتماعية وغيرهم من المهتمين بالشأن القانوني العام.

وهذا ما يصبوا إليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «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 الخامس والأربعون من مجلة العدالة والقانون متضمناً بحثاً قانونياً حول فسخ حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية أعدته الباحثة في الدكتوراه المحامية أشجان داود من قلقيلية، إضافة إلى حكمين صادرين عن محكمة النقض وهما النقض المدني صادر بتاريخ 2023/2/12 «حقوق عمالية» علق عليه الدكتور المحامي فؤاد الدرادكة - قاضي محكمة التمييز الأردنية سابقاً، ونقضين جزائيين 2021/313 و 2021/341 «التخاير مع العدو» علق عليه الدكتور محمد عماد النجار - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية والمحامي محمد الفواعرة - أستاذ مشارك في كلية الحقوق في الجامعة الأردنية إضافة إلى ثلاثة أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى 2022/8 و 2022/5 و 2022/2 علق على الحكم الأول الدكتور رفعت عيد سعيد أستاذ القانون العام في جامعة القاهرة وعلق على الحكم الثاني الدكتور محمد عبد الفتاح عبد البر - المستشار بمجلس الدولة المصري في حين علق على الحكم الصادر في الدعوى الثالثة المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية والدكتور فتحي فكري أستاذ القانون العام في كلية الحقوق في جامعة القاهرة والذي تولى التعليق على القرار الوقي المستعجل الصادر عن المحكمة الإدارية رقم 2023/25، وتضمن العدد في باب حوارات قانونية مناهج التعليم العالي المهني «ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد نموذجاً» أعدته الدكتورة أسماء الغشام - نائبة عميد كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية في جامعة قرطاج بتونس.

آملين أن يحقق هذا العدد من مجلة العدالة والقانون الغاية المرجوة منه، ومساواة عاقدة العزم على الاستمرار في مواصلة إصدارها إلى جانب شقيقتها «عين على العدالة».

«مساواة»

دراسات وأبحاث قانونية

فسخ حكم التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الفلسطيني

أشجان فيصل داود/ باحثة في مجال الدكتوراه في كلية الحقوق فرع القانون العام
في جامعة صفاقس في تونس/ قلقيلية

المقدمة:

تُعد العقود الإدارية أحد الوسائل الهامة التي تستخدمها الإدارة لمزاولة نشاطها في تحقيق المصلحة العامة، حيث تُطبق على هذه العقود قواعد قانونية مغايرة عن القواعد التي تُطبق على العقود المدنية، فالعقد الاداري هو: «الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما بقصد إدارة المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم وبعض سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الافراد أو بمنح التعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع به لو تعاقد مع غيره من الافراد»⁽¹⁾

حيث يعد التحكيم وسيلة هامة لفض منازعات العقود الادارية، ويُعد حكم التحكيم ثمرة ونتاج العمل التحكيمي والغاية المرجوة من اللجوء اليه كوسيلة لفض هذه المنازعات ، لما يتمتع به التحكيم من مزايا أهمها السرعة في الفصل في النزاع، فقد نظم قانون التحكيم الفلسطيني كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم في جميع المنازعات العقدية وغير العقدية ، وسواء كانت هذه المنازعات قائمة بين اشخاص طبيعيين أم معنويين، وسواء كانت الدولة طرفا في هذه العلاقة التعاقدية أم لم تكن، ومن المسائل التي نظمها قانون التحكيم الفلسطيني هي الطعن في حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب يهدف الى فسخ هذا الحكم ، ويقصد

1. د. جعفر، أنس: العقود الادارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006 مع دراسة العقود ال B.O.T، دار النهضة العربية، ط5، 2009م، ص 17-18. حيث تعرف الشروط الاستثنائية بأنها: «المعيار الحقيقي لتميز العقد الاداري لأن ذلك هو الذي يجعلها تتسم بطابع السلطة العامة، وان مثل هذا الشرط مستحيل التحقق في عقود الافراد لأنه إنما يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف في العقد الاداري» راجع: د. ثروت البدوي: النظرية العامة في العقود الادارية، 1976، ص 83-84. اشار اليد: د. جعفر، أنس: العقود الادارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات، المرجع السابق، ص 36.

* حكم هذا البحث من قبل: الدكتور صهيب شاهين- محاضر في الكلية العصرية الجامعية- قسم القانون والدكتور محمد عمرانة - محاضر في جامعة القدس - كلية الحقوق.

بطلب الفسخ: «الإجراء الذي يتم من خلاله عرض حكم التحكيم على المحكمة المختصة بهدف إصدار قرار بفسخه»⁽²⁾

فسخ هذا الحكم، ويقصد بطلب الفسخ: «الإجراء الذي يتم من خلاله عرض حكم التحكيم على المحكمة المختصة بهدف إصدار قرار بفسخه»⁽³⁾

وفي هذا الصدد نصت المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني على: «مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها.»⁽⁴⁾

حيث حدّد هذا القانون الأسباب التي بناء عليها يتم تقديم طلب الفسخ، وهذه الأسباب واردة على سبيل الحصر، ولا يشترط توافر أكثر من سبب لكي تصدر المحكمة قراراً بفسخ حكم التحكيم، إنما وجود سبب واحد يعد كافياً لإصدار هذا القرار⁽⁵⁾

كما وحدّد أيضاً الأحكام الخاصة بطلب الفسخ من حيث المحكمة المختصة بنظر هذا الطلب وميعاد تقديمه وغيرها من الأحكام، لكن لم ينص على حق أي طرف في التنازل عن حقه في الطعن في حكم التحكيم، وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني الذي لم يتم إلغاؤه بالكامل من قبل قانون التحكيم الفلسطيني، إنما تم إلغاء كل ما يتعارض مع القانون الأخير. يتبين أن التنازل عن هذا الحق لا يكون مقبولاً إذا تم قبل صدور الحكم حيث نص: «يرفع طلب فسخ الحكم إلى المحكمة التي يكون من اختصاصها النظر في موضوع الخلاف، ولكل من الفريقين الحق في طلب فسخ حكم المحكمين أو الفيصل حتى لو كان طالب الفسخ تنازل عن هذا الحق

2. المومني، محمد أحمد سعيد: رقابة القضاء القضاء على اجراءات التحكيم في قانون التحكيم الاردني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، 2000. ص 67.

3. المومني، محمد أحمد سعيد: رقابة القضاء القضاء على اجراءات التحكيم في قانون التحكيم الاردني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، 2000. ص 67.

4. المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع)، العدد 33، بتاريخ 30/6/2000

5. خضر، منير حنا سالم: قوة حكم التحكيم الالزامية وتنفيذه في القانون الاردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 1989. ص 77.

قبل صدور الحكم»⁽⁶⁾، يتضح من هذا النص أنه لا يُعتد بالتنازل إذا تم قبل صدور حكم التحكيم انطلافاً من قاعدة عدم الاعتداد بالتنازل عن الحقوق الموضوعية والإجرائية طالما لم يثبت الحق فيها.⁽⁷⁾

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض الفلسطينية ما جاء في النص المذكور حين قضت: «إن ما تضمنه صك التحكيم بأن قرار المحكمين في موضوع الخلاف نهائياً لا يجوز الرجوع عنه ولا نقضه بأي طريق من طرق الطعن باعتباره حكماً صادراً عن المحاكم غير خاضع للاستئناف أو للاعتراض عليه، ولا يجوز لأي من الفريقين أن يطعن في إجراءات التحكيم وفي قرار المحكمين وأن قرار المحكمين ملزم لهما ولا طعن لهما حول إجراءات التحكيم بالمطلق لا يحول دون طلب فسخ قرار المحكمين كما أن حكم المحكمة الصادر بالنتيجة يخضع للطعن بالاستئناف والنقض».⁽⁸⁾

أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من الاهتمام الكبير بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات، ومن الاتجاه السائد لدى معظم التشريعات بما فيها التشريع الفلسطيني من اجازة اللجوء الى التحكيم لفض منازعات العقود الادارية، بالرغم من أن قانون التحكيم الفلسطيني لم ينص صراحة على جواز اللجوء الى التحكيم لفض منازعات العقود الادارية انما نص على أن هذا القانون يسري على التحكيم القائم بين الاشخاص الطبيعيين والمعنويين، وعلى العلاقات القانونية التعاقدية وغير التعاقدية، مما يفهم من هذا النص أن المشرع الفلسطيني لم يحظر اللجوء الى التحكيم لفض منازعات العقود الادارية، وما يؤكد ذلك ما نص عليه هذا المشرع صراحة على جواز اللجوء الى التحكيم لفض منازعات عقود الشراء العام

6. 14 من قانون التحكيم الأردني رقم 18 لسنة 1953.

7. علي، هشام صادق. والحداد، حفيظة السيد: القانون الدولي الخاص، دون ط، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1999 ص 278.

8. 1 نقض مدني 53/2004 قرار رقم 18. المنشور في كتاب القاضي: غزلان، عبد الله: مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوي المدنية منذ إنشائها حتى تاريخ 31/12/2006.

وعقود الامتياز وعقود الاستثمار⁽⁹⁾، كما وتنبع أهميتها من خلال ابراز علاقة القضاء الاداري في التحكيم في منازعات العقود الادارية ودوره القضاء في الرقابة على احكام التحكيم الصادرة في هذه المنازعات، وذلك نظرا لحدائة اخضاع منازعات العقود الادارية للقضاء الاداري بعد صدور قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الادارية، حيث كانت قبل ذلك تخضع للقضاء المدني.

اشكالية البحث

تكمن اشكالية البحث في ان المشرع الفلسطيني أجاز اللجوء الى التحكيم لفض منازعات العقود الادارية دون مراعاة النص على احكام قانونية تنظم العملية التحكيمية في ذه المنازعات تتلاءم مع وجود الدولة أو أحد أشخاصها طرفا في هذا التحكيم، وبالتالي ستخضع الدولة أو أحد اشخاصها الى ذات القواعد القانونية التي تنطبق على التحكيم بين اشخاص القانون الخاص، كما أن سلطة هيئة التحكيم التي تنظر منازعات العقود الادارية قد لا تتشكل من قانونيين، خاصة أن قانون التحكيم الفلسطيني لم يشترط في المحكم ان يكون من المشتغلين في القانون، مما يترتب على ذلك عدم قدرة هيئة التحكيم على مراعاة المبادئ والنظريات التي تقوم عليها العقود الادارية، وعدم مراعاة خصوصية هذه العقود التي تمنح الادارة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، الأمر الذي سيؤدي الى صدور حكم تحكيمي معيب، حيث سينعكس ذلك سلبا على نجاعة التحكيم في فض هذه المنازعات، مما يؤدي بنا الى تساؤل هام هو: ما هو دور القضاء الاداري في الرقابة على حكم التحكيم الصادر في منازعات العقود الادارية

9. نصت المادة (162) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام المنشور على في الجريدة الرسمية، العدد 109، بتاريخ 29/10/2014: « يحق للمتعاقد طلب التحكيم أو اللجوء الى القضاء خلال 60 يوما من تاريخ قرار فسخ العقد» كما نصت المادة (40) من قانون الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لسنة 1998 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 23، بتاريخ يونيو 1998 على: « (أ) عندما يعتقد المستثمر أو السلطة الوطنية بأن نزاعاً قد نشأ بينها، يمكن لأي منها أن يطلب المباشرة بإجراء مفاوضات وفقاً للإجراءات المحددة في الأنظمة. ويمكن لأحد طرفي النزاع أن يطلب اجراء مفاوضات قبل لجوئه إلى تسوية النزاعات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة. (ب) إذا أخفقت المفاوضات في تسوية النزاع في الفترة الزمنية المحددة في الأنظمة، يحق لأي من الطرفين أن يجيل النزاع إلى: 1 - تحكيم مستقل ملزم كما تنص على ذلك الأنظمة. 2 - المحاكم الفلسطينية.» كما نصت المادة (6) من قرار بقانون رقم (26) لسنة 2022 م بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 192، بتاريخ 30/6/2022 على: « ينتهي الامتياز بأحد الأسباب الآتية: 1. انتهاء مدة الامتياز. 2. اتفاق طرفي الامتياز. 3. حكم قضائي قطعي، أو قرار قطعي صادر عن هيئة تحكيم ذات اختصاص.»

؟ حيث ينبثق عن هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية هي:

1. هل أسباب الفسخ التي حددها قانون التحكيم الفلسطيني تشمل عدم التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الإداري على موضوع النزاع؟
2. ما مدى ملائمة احكام قانون التحكيم الفلسطيني مع منازعات العقود الادارية محل التحكيم؟

المنهج العلمي

تتبع الباحثة المنهج الوصفي المتمثل في جمع البيانات والمعلومات من الاحكام والنصوص القانونية والمؤلفات الفقهية واحكام القضاء وتتبع ايضا المنهج التحليلي لنصوص قانون التحكيم الفلسطيني واحكام القضاء الفلسطيني وتحليلها لإجلاء الغموض عن الإشكاليات، وبلوغ النتائج وصولاً الى توصيات تهدف النهوض بواقع التحكيم في منازعات العقود الادارية في فلسطين

خطة البحث:

المقدمة

المطلب الاول: المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم وميعاد تقديم هذا الطلب
 الفرع الاول: المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم
 الفرع الثاني: ميعاد تقديم طلب الفسخ
 المطلب الثاني: أسباب الطعن بفسخ حكم التحكيم
 الفرع الاول: أسباب الفسخ المتعلقة باتفاق التحكيم وأطرافه
 الفرع الثاني: أسباب الفسخ المتعلقة بحكم التحكيم وإجراءات صدوره
 المطلب الثالث: الآثار المترتبة على صدور الحكم في طلب فسخ حكم التحكيم ومدى امكانية الطعن في هذا الحكم.

الفرع الاول: الآثار المترتبة على صدور الحكم في طلب فسخ حكم التحكيم.

الفرع الثاني: الطعن في الحكم الصادر في طلب فسخ حكم التحكيم

الخاتمة

قائمة المصادر والمراجع

المطلب الاول

المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم وميعاد تقديم هذا الطلب

قبل الحديث عن المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم وميعاد تقديم هذا الطلب، لا بد لنا من الاشارة الى مفهوم حكم التحكيم، حيث انقسم الفقه في تعريف حكم التحكيم الى اتجاهين: الاتجاه الاول وهو الاتجاه الموسع لمفهوم حكم التحكيم حيث يُعرف هذا الحكم وفقاً لهذا الاتجاه على أنه: «القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء أتعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أم بالاختصاص، أم بمسألة تفصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة».⁽¹⁰⁾

أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه المضيّق لمفهوم حكم التحكيم وهو ما تتفق معه الباحثة وقد عرفه هذا الاتجاه بأنه: «القرار النهائي والبات الذي تصدره هيئة التحكيم والذي يكون فاصلاً ومنهياً لموضوع النزاع، سواء كان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه».⁽¹¹⁾

الفرع الاول

المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم

لقد ميز قانون التحكيم الفلسطيني من حيث المحكمة المختصة في نظر طلب فسخ حكم التحكيم بين التحكيم المحلي وبين التحكيم الدولي والاجنبي ونص على أنه في حال كان التحكيم محلياً فإن المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم، أما اذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين فالمحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم هي محكمة البداية التي يجري ضمن اختصاصها المكاني، واما اذا كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في نظر طلب فسخ الحكم التحكيمي هي محكمة البداية في القدس عاصمة

10. عبد الرحيم، وضاح رضوان : بطلان حكم التحكيم ورقابة محكمة التمييز عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، سنة 2015، ص 81.

2 د. رمضان، عماد محمد أمين : أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه في القانون المصري والبحريني، المجلة القانونية، العدد الرابع، يونيو 2015، ص 133.

دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة⁽¹²⁾ وبالرجوع الى القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية نجد أن المحكمة المختصة بنظر منازعات العقود الادارية هي المحكمة الادارية⁽¹³⁾ وبالتالي تكون هذه المحكمة هي المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم المحلي. باستقراء هذا النص نجد أن المشرع الفلسطيني قد ميز من حيث المحكمة المختصة بالمسائل المتعلقة بالتحكيم ما بين التحكيم الداخلي وما بين التحكيم الاجنبي والدولي، والأصل أن تكون المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم هي المحكمة الادارية سواء كان التحكيم محلياً أم دولياً ام اجنياً، نظراً لأن القضاء الاداري قد أصبح هو صاحب الاختصاص الاصيل في نظر منازعات العقود الادارية بدلا من القضاء المدني، وذلك بعد صدور القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الادارية

حيث يقتصر دور المحكمة على فحص الأسباب التي استند إليها الطاعن فيما إذا كانت مؤدية إلى فسخ الحكم أم لا، فرقابة هذه المحكمة تقتصر على رقابة المشروعية أو الصحة، بمعنى أنها تنصب على رقابة إجراءات إصدار الحكم والشكل الذي تم به هذا الإصدار، وليس على مضمون حكم التحكيم وما قضى به مع الأخذ بعين الاعتبار عدم مخالفة النظام العام⁽¹⁴⁾، فليس لها مراجعة موضوع

12. المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني . حيث حددت المادة (3) من هذا القانون متى يكون التحكيم محلياً ومتى يكون دولياً واجنبي بقولها : لغايات هذا القانون يكون التحكيم: أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين. ثانياً: دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال الآتية:- 1- إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. 2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة. 3- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى: أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه. ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. ثالثاً: أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين. رابعاً: خاصاً إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم. خامساً: مؤسسياً إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها.»

13. المادة (20/1/ ز) نصت على : « تختص المحكمة الادارية دون غيرها بالاتي: ... ز منازعات العقود الادارية» المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع) العدد 22 ممتاز، بتاريخ 2021/1/11.

14. العنزي، ممدوح عبدالعزيز: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الاسباب والنتائج دراسة مقارنة، دون ط، دون مكان النشر، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 291.

هذا الحكم حتى لو أخطأت هيئة التحكيم في تفسير القانون أو في نظر الوقائع المعروضة عليها أو تقدير الأدلة والبيانات التي قدمها الخصوم أثناء نظر النزاع⁽¹⁵⁾ لكن هذا لا يمنعها من التأكد من سلامة الإجراءات وعدم المساس بالنظام العام.⁽¹⁶⁾

الفرع الثاني

ميعاد تقديم طلب فسخ حكم التحكيم

حدد قانون التحكيم الفلسطيني ميعاد تقديم طلب الطعن في حكم التحكيم بحيث يُقدم طلب فسخ قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً، أما في حال تغيب أحد الاطراف عن حضور جلسة النطق بالقرار فيحق له تقديم طلب الفسخ خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغه الحكم، وفي حال صدر قرار التحكيم بناء على غش أو خداع فإن ميعاد الطعن م والمتمثل في الثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع وليس من تاريخ صدور قرار التحكيم⁽¹⁷⁾. حيث أن مدة الطعن التي حددها المشرع تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁸⁾.

15. بركات، علي: الطعن في احكام التحكيم، دون ط، دار النهضة العربية، 2003 ص 101. الحداد، حفيفة السيد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية. دون ط، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون تاريخ النشر. ص 237.

16. شلغوم، محمد: تدخل القاضي في نزاعات التحكيم الدولي بالبلاد العربية. مؤتمر مراكز التحكيم العربية _ التحكيم العربي الحاضر والمستقبل _ تحرير: عناني، وليد. بيروت. 1999. ص 11.

17. المادة (44)

18. عويضة، ناظم محمد: شرح قانون التحكيم، دون ط، فلسطين، دون دار نشر، 2001، ص 159

المطلب الثاني

أسباب الطعن بفسخ حكم التحكيم

حددت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني اسباب الطعن في حكم التحكيم حيث وردت هذه الاسباب على سبيل الحصر، وباستقراء هذه المادة نجد أن أسباب الفسخ المبينة فيه منها ما يتعلق باتفاق التحكيم وأطرافه من خصوم وهيئة التحكيم كالأسباب الواردة في البنود التي تحمل الأرقام (1، 2، 4، 5) من هذه المادة، والمتمثلة في فقدان أو نقصان اهلية احد اطراف التحكيم، أو إصابة هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم، وفي بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته، أو مخالفته للنظام العام في فلسطين، ومنها ما يتعلق بحكم التحكيم وإجراءات صدوره، كالأسباب الواردة في البنود التي تحمل الأرقام (3، 6، 7) «والمتمثلة في إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم وموضوعه». وفي بطلان قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم، وفي حالة الحصول على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع.

الفرع الاول

أسباب الفسخ المتعلقة باتفاق التحكيم وأطرافه

أ. فقدان أحد أطراف التحكيم أهليته أو نقصانها

نصت المادة الثانية من قانون التحكيم الفلسطيني: «مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع مع مراعاة الاتفاقات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها»⁽¹⁹⁾.

حيث يتضح من هذا النص أنه 'يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر في أطراف هذا الاتفاق

19. نصت م 4 من قانون التحكيم الفلسطيني: «لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: -1 المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. -2 المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. -3 المنازعات بالأحوال الشخصية».

أهلية التصرف، ويجب أن يتمتعوا بهذه الأهلية في جميع مراحل التحكيم ابتداءً من الاتفاق عليه وانتهاءً بالحكم المنهي للنزاع⁽²⁰⁾.

ويقصد بهذه الأهلية: «صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده»⁽²¹⁾. حيث أن هذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة، فإذا كانت كاملة صح التصرف الذي 'يجريه الشخص، وإذا كانت ناقصة كان التصرف قابلاً للإبطال أما إذا كانت معدومة كان التصرف باطلاً⁽²²⁾.

وتتحدد أهلية التصرف أو الأداء بالتمييز، وهذا التمييز يتأثر بالسن وبعوارض أخرى قد تصيب الشخص كالجنون والعتة، وهي عوارض تصيب العقل، أو بعوارض 'تفسد التدبير كالسفه والغفلة، وفاقده التمييز ليس له أهلية الأداء، ولا يستطيع مباشرة أي من التصرفات القانونية، أما إذا بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد تكون له أهلية ناقصة تحوله مباشرة بعض التصرفات القانونية، فإذا كانت هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة وإذا كانت ضارة ضرراً محضاً تكون باطلة أما إذا كانت تدور بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له التصرف فيها، أما تصرفات المجنون فلا تكون صحيحة إذا صدرت في حالة جنونه، والمعتوه تكون له أهلية ناقصة وتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز، كما أن تصرفات السفهية وذوي الغفلة تأخذ حكم تصرفات المميز إذا صدرت بعد إعلان قرار الحجر عليهما⁽²³⁾.

فإذا أصاب أحد أطراف التحكيم عارض من عوارض الأهلية يجب أن يكون ممثلاً تمثيلاً قانونياً سليماً، والتمثيل القانوني لفاقد الأهلية أو ناقصها يتم من خلال الولي أو الوصي أو القيم⁽²⁴⁾، لكن

20. خضر، منير حنا سالم: مرجع سابق. ص 77

21. سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي. ط 2. دون مكان النشر. المكتب القانوني. 1998. ص 41-42.

22. المرجع السابق. ص 42

23. سلطان، أنور: مرجع سابق. ص 43-47.

24. عويضة، ناظم محمد: شرح قانون التحكيم. ص 153. نصت المادة 974 من مجلة الأحكام العدلية: « ولي الصغير أبوه ثم الوصي الذي اختاره أبوه ونصّبه في حال حياته إذا مات ثم الوصي الذي نصّبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات ثم جده الصحيح ثم الوصي الذي اختاره هذا الجد ونصّبه في حال حياته ثم الوصي الذي نصّبه هذا الوصي ثم الوصي الذي نصّبه القاضي» أما القيم فيستفاد من نص المادة 274 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني أنه 'يعين من المحكمة بناء على طلب 'يقدم إليها بحيث إذا رأت أن هذا الطلب عادل يجوز لها أن تقرّر: « (...) ج- تسليم المال إلى القيم أو وضعه في عهده أو تحت إدارته، د- تفويض هذا القيم بممارسة جميع أو بعض الصلاحيات التي يحق لصاحب المال ممارستها بنفسه».

لا يجوز لهذا الولي أو الوصي أو القيم اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذوناً له بذلك من المحكمة المختصة بمنح ذلك الإذن. (25)

بناء على ذلك 'يعد فقدان أحد الأطراف أهليته أو نقصانها سبباً لفسخ حكم التحكيم، إلا إذا كان ممثلاً تمثيلاً قانونياً، أما إذا لم يكن هذا التمثيل قانونياً جاز طلب فسخ هذا الحكم (26) وهذا السبب يمكن أن يندرج تحت السبب المتمثل في بطلان اتفاق التحكيم لأن هذا الاتفاق يتطلب توافر الأهلية في أطرافه وإلا كان باطلاً. (27)

ب. إصابة أحد أعضاء هيئة التحكيم بعارض من عوارض الأهلية
نص قانون التحكيم الفلسطيني على وجوب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، كما نص على وجوب أن لا يكون هذا المحكم مفلساً، أما في حال تم رد اعتباره فيجوز له أن يكون محكماً (28) حيث يُعد هذا الشرط منطقياً فمن لا يقدر على ممارسة حقوقه لن يستطيع القيام بمهمة الفصل في النزاع القائم بين الغير.

حيث يُشترط لصحة حكم التحكيم أن يتمتع أعضاء هيئة التحكيم بأهلية التصرف، ويجب أن يتمتعوا بهذه الأهلية في جميع مراحل التحكيم ابتداء من الاتفاق عليه وانتهاء بصدر الحكم المنهي للنزاع (29)، حيث نظمت المادة (33) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 أسباب انتهاء مهمة المحكم بقولها: «تنتهي مهمة المحكم إذا تم قبول طلب رده أو إذا توفي أو استقال لعذر مقبول أو أصابه عارض منعه من إكمال مهمته كالمريض أو فقدانه الأهلية أو أي سبب آخر. 2. إذا انتهت مهمة المحكم يتم تعيين بديل

25. المادة (22) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

26 عويضة، ناظم محمد: شرح قانون التحكيم. ص 153.

27. الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت: التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دون ط، دون مكان نشر، المكتب الجامعي الحديث، 2006 ص 503.

28. المادة (9)

29. البياتي، علي طاهر: التحكيم التجاري البحري دراسة قانونية مقارنة، ط1، دون مكان نشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006 ص 170.

منه بذات الطريقة التي عين فيها المحكم المنتهية مهمته أو من قبل المحكمة المختصة بناء على طلب من أحد الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم. 3. يترتب على انتهاء مهمة المحكم وقف إجراءات التحكيم والمدد المتعلقة بها إلى أن يتم تعيين محكم جديد. 4. إذا عين محكم بدلاً من المحكم المنتهية مهمته امتد الميعاد المحدد لصدور قرار التحكيم ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين المحكم البديل. وبالنتيجة إذا صدر الحكم من هيئة التحكيم التي أصاب أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية فإنه يكون قابلاً للطعن فيه بهدف فسخه.

ج. بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته

عرّف قانون التحكيم الفلسطيني مفهوم اتفاق التحكيم وحدد الشروط الخاصة الواجب توافرها فيه وذلك في المادة الخامسة منه التي نصت: «1- اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم في عقد أو اتفاق مستقل، -2- ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، -3- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، -4- إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً، -5- يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه، -6- لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة».

واتفاق التحكيم حتى يكون صحيحاً يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لانعقاده ولصحته باعتباره عقداً وهي الرضا والمحل والسبب المشروعي⁽³⁰⁾، والشروط الخاصة، وهي: صدوره مكتوباً ومعيناً لموضوع النزاع.⁽³¹⁾

30. المصري، حسني: التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دونط، مصر، دار الكتب القانونية، 2006 ص 489. نقلاً عن: شاهين، محمد شوقي: الشركات المشتركة. (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة عين شمس. 1987. ص 479.

31. بركات، علي: مرجع سابق. ص 50. صاوي، أحمد السيد: التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، دون مكان النشر، دون دار النشر، 2004 ص 231.

ويقصد بالرضا: «تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما اتفقا عليه»⁽³²⁾، ويتحقق هذا الرضا بتلاقي إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إرادة خالية من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس⁽³³⁾، لأن الرضا بالتحكيم له أثر نسبي قاصر على أطراف الاتفاق دون غيرهم⁽³⁴⁾.
و يُقصد بالمحل في العقد: «العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد»⁽³⁵⁾، والمحل في اتفاق التحكيم يتمثل في الفصل في النزاع من قبل هيئة تحكيم وليس من قبل القاضي المختص أصلاً بنظر هذا النزاع⁽³⁶⁾.

أما السبب فهو: «ما يدفع الشخص إلى التعاقد»⁽³⁷⁾، واتفاق التحكيم يتمثل سببه في رغبة أطرافه في عدم عرض النزاع على القضاء⁽³⁸⁾.

لكن لا يُتصور الغلط في قيمة محل اتفاق التحكيم؛ لأن المحل في هذا الاتفاق لا قيمة مالية له⁽³⁹⁾، إنما يُتصور وجود غلط في شخص أحد المتعاقدين أو في صفة من صفاته، أو قد يتعلق الغلط بالاتفاق الأصلي الذي نشأ النزاع حوله، أو في اتفاق التحكيم ذاته كأن يتصور أحد الأطراف أن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه ثم يتبين له عكس ذلك⁽⁴⁰⁾.

واشترط المشرع الفلسطيني لصحة اتفاق التحكيم كتابة هذا الاتفاق وإلا كان باطلاً، عداً هذا الشرط شرط صحة وليس شرط إثبات⁽⁴¹⁾، وأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة بحيث تشمل سائر

32. بريري، محمود مختار أحمد: التحكيم التجاري الدولي، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004. ص 45.

33. علي، هشام صادق. والحداد، حفيظة السيد. القانون الدولي الخاص، مرجع سابق. ص 214.

34. عمر، نبيل اسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004. ص 41.

35. سلطان، أنور: مرجع سابق. ص 105.

36. عمر، نبيل اسماعيل: مرجع سابق. ص 45.

37. سلطان، أنور: مرجع سابق. ص 131.

38. بريري، محمود مختار أحمد: مرجع سابق. ص 58.

39. عمر، نبيل اسماعيل: مرجع سابق. ص 45.

40. المرجع السابق. ص 45. نقلاً عن: الجبال، مصطفى: في سبيل نظرية عامة موحدة للقانون في العالم العربي والاسلامي. مجلة الشريعة والقانون. كلية الشريعة والقانون. الإمارات. العدد 6 / 1992. ص 404.

41. عبد المجيد، منير: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ص 453. هامش رقم (1).

وسائل الاتصال المكتوبة كالفاكس والبرقيات وغيرها⁽⁴²⁾، واشترط تحديد موضوع النزاع إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء هذا النزاع، وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً؛ لأن مشاركة التحكيم تواجه نزاعاً قائماً ومحققاً بالفعل لحظة الاتفاق على التحكيم. أما فيما يتعلق بشرط التحكيم الذي يشير إلى المنازعات المستقبلية، فإن موضوعها يتم تحديده في بيان الدعوى الذي يجب أن يرسله المدعي إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بحيث يكون شاملاً لادعاءاته ومحددًا للمسائل محل النزاع وطلباته⁽⁴³⁾، والحكمة من وجوب تحديد موضوع النزاع تتمثل في عدم سلب اختصاص القضاء إلا بصدد المسائل المحددة في اتفاق التحكيم، وبتحديد هذا الموضوع يتحدد اختصاص هيئة التحكيم وتتمكن المحكمة المختصة بنظر الطعن في حكم التحكيم من التأكد من مدى التزام هذه الهيئة بحدود اختصاصها⁽⁴⁴⁾. ويجب أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز الفصل فيها بالتحكيم، حيث نص المشرع الفلسطيني: «لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: -1 المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين -2 المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً -3 المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية».

لكن يتميز اتفاق التحكيم بخصوصية معينة وفق ما نصت عليه المادة 5/5 من قانون التحكيم الفلسطيني بأن شرط التحكيم 'يعد اتفاقاً مستقلاً لا يتأثر ببطان العقد أو فسخه أو انتهائه، ولا يكون هذا الشرط باطلاً إلا في حالات استثنائية، كما لو كان سبب البطلان في الاتفاق الأصلي المنظم لعلاقة أطرافه ينصرف إلى شرط التحكيم وذلك عندما يكون هذا الاتفاق والمضمن شرط التحكيم قد أبرمه ناقص الأهلية، أو مشوباً بعيب من عيوب الإرادة، أو كان بطلان الاتفاق الأصلي متعلقاً بمخالفة قواعد النظام العام⁽⁴⁵⁾.

42. حداد، حزة: قانون التحكيم المصري رقم 94/27. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=Display&ID=21210&Ty>

43. المادة (1/23) (من قانون التحكيم الفلسطيني نصت: «يجب على المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بياناً خطياً شاملاً لادعاءاته وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته مرفقاً به نسخاً عن المستندات التي يستند إليها».

44. عمر نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 73

45. عبد المجيد، منير: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم. ص 142. هامش رقم (1). نقلاً عن:

Deby_Gerad: Le_role_de_la_regle_de_conflits_dans_le_reglement_des_rapports_intre-nationaux. 197.p.108.

أما ما يتعلق بسقوط الاتفاق بانتهاء مدته فقد حدد المشرع الفلسطيني في المادة 38 من قانون التحكيم المدة الواجب صدور الحكم خلالها وهي: «أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر. -2 إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتمديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة، -3 تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم ويجوز تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك».

يتضح من هذا النص أن المشرع الفلسطيني ألزم هيئة التحكيم احترام إرادة أطراف النزاع بإصدار الحكم النهائي لهذا النزاع خلال الميعاد المتفق عليه من قبل الأطراف، وفي حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق يجب عليها إصدار الحكم خلال اثني عشر شهراً وهذه الهيئة الحق في مد هذه المدة لمدة أخرى لا تزيد على ستة أشهر، أما إذا لم يصدر الحكم خلال المدة الإضافية يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي، أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لهم الحق في رفع النزاع إلى هذه المحكمة لتتولى الفصل فيه .

فالمشرع لم يرتب على انقضاء ميعاد التحكيم دون إصدار الحكم إنهاء المهمة هيئة التحكيم تلقائياً، إنما جعل ذلك بناء على قرار من المحكمة المختصة .⁽⁴⁶⁾

ويشترط لمد الميعاد بوساطة هيئة التحكيم أن يتم هذا المد قبل انتهاء الميعاد المحدد أصلاً⁽⁴⁷⁾ لكن لا يشترط ذلك إذا تم المد بوساطة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بناء على طلب أحد الأطراف⁽⁴⁸⁾

46. القصاص، عيد محمد: حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دون ط، دار النهضة العربية، 2003. ص 156.

47. الوحيدي، درويش مدحت: التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، دون ط، غزة، دون مكان النشر، دون دار نشر، 1998 ص 310. بركات، علي: مرجع سابق. ص 52. نقلا عن: والي، فتحي: الوسيط. بند 494. ص 996.

48. بركات، علي: مرجع سابق. ص 52.

وهذا ما يستفاد من نص الفقرة (2) من هذه المادة لأن تقديم طلب المدعى يفترض أن الميعاد الأصلي انتهى دون أن يصدر الحكم المنهي للنزاع.

لكن قانون التحكيم الفلسطيني تضمن نصوصاً تقضي بوقف الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم، ويقصد بالوقف: «وقف الميعاد المحدد لإصدار الحكم عن السريان نتيجة حدوث عارض قانوني أدى إلى توقف إجراءات التحكيم برمتها، وبانتهاء هذا العارض يعاود ذلك الميعاد السريان من حيث توقف»⁽⁴⁹⁾. حيث نص القانون المذكور على حق أطراف النزاع بتقديم طلب لرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً حول حياديتهم واستقلالهم وعلى حقهم بتقديم طعن ضد القرار الصادر برفض طلب الرد، ويترتب على تقديم طلب الرد أو الطعن وقف إجراءات التحكيم، «وقف المدد المتعلقة بها إلى حين الفصل في طلب الرد أو الطعن»⁽⁵¹⁾.

ويترتب على انتهاء مهمة المحكم بوفاته أو برده أو بتنحيته أو لأي سبب آخر وقف إجراءات التحكيم، ووقف المدد المتعلقة بهذه الإجراءات لحين تعيين محكم جديد، وإذا عين هذا المحكم بدلاً من المحكم الذي انتهت مهمته امتد الميعاد المحدد لإصدار الحكم ثلاثين يوماً أخرى من تاريخ تعيين المحكم البديل.⁽⁵²⁾ ونص المشرع الفلسطيني على أن الطعن بالتزوير في مستند جوهري ومرتبب بموضوع النزاع يوقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في هذا الطعن إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهة المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك،⁽⁵³⁾ وجعل المشرع الفلسطيني عدم صدور الحكم خلال المدة المحددة والتي لم يتم تمديدها أو وقفها سبباً من أسباب فسخ الحكم

49. القصاص، عيد محمد: مرجع سابق. ص 149.

50. المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني نصت: «1- إذا نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب لطلب رد هيئة التحكيم أو أي من أعضائها فعليه أن يتقدم بطلب الرد كتابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة التحكيم، -2 إذا رفض طلب الرد يحق لطالبه الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن، -3 يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن».

51. المادة (31) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

52. المادة (33 / 3، 4) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

53. المادة (32) من قانون التحكيم الفلسطيني.

وذلك تحقيقاً للهدف من اللجوء إلى التحكيم بما يحققه من مزايا أهمها سرعة الفصل في النزاع⁽⁵⁴⁾ ولأن الحكم يكون قد صدر بعد انتهاء ولاية هيئة التحكيم.⁽⁵⁵⁾ وأكدت محكمة الاستئناف الفلسطينية ذلك حين قضت: «إذا كان قرار المحكم قد صدر بعد انقضاء المدة القانونية ولم يكن هنالك موافقة على تمديد تلك المدة كان ذلك القرار حرياً بالفسخ».⁽⁵⁶⁾ لكن قبول الخصم للحكم برغم صدوره بعد الميعاد المحدد لذلك، يسقط حقه في الطعن في هذا الحكم بناء على هذا السبب.⁽⁵⁷⁾ وانتهاء الميعاد المحدد في الاتفاق لا يعني بطلان هذا الاتفاق، إنما يجعله غير صالح لإصدار الحكم المهني للنزاع دون المساس بالأحكام القطعية التي أصدرتها هيئة التحكيم أثناء سريان الاتفاق⁽⁵⁸⁾.

ح. إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم

لم يحدد المشرع الفلسطيني المقصود بإساءة السلوك الأمر الذي دفع المحاكم إلى الاجتهاد في تفسير هذا المصطلح وأوضحت أن معناها ينصرف إلى المعنى القضائي الذي يتعلق بالإجراءات أمام المحكم وهي بهذا المعنى تشمل الأسباب الموجبة لفسخ حكم التحكيم⁽⁵⁹⁾. حيث تضمن قانون التحكيم الفلسطيني نصوصاً عديدة تنظم إجراءات التحكيم بما يكفل السلوك الحسن لهيئة التحكيم فألزمها بالاستماع إلى بينات الخصوم وتدوين وقائع كل جلسة في محضر موقع

54. البياتي، علي طاهر: مرجع سابق. ص 172.

55. خير، عادل: التحكيم والقانون. دون طبعة. المجلد الثالث. دون مكان النشر. دون دار النشر. 1997. ص 90

56. استئناف حقوق رقم 72/187 المنشور في كتاب القاضي: محمود، غالب الحاج: مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من حزيران سنة 67 لغاية كانون أول سنة 72. دون ط، القدس، مطبعة المعارف دون تاريخ النشر. ص 344.

57. خير، عادل: التحكيم والقانون. مرجع سابق. ص 91.

58. الألفي، محمد محمد: عدم وجود اتفاق تحكيم كسبب من أسباب طلب إبطال حكم التحكيم. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.eastlaws.com/iglc/research-show.php?id=132> تاريخ 2/10/2023. الساعة 1:00 ظهراً. ص 7

59. الوحيدي، درويش مدحت: مرجع سابق. ص 284. نقلاً عن: الصايغ، سعاد رضا: بعض الملامح لقانون التحكيم الفلسطيني. مجلة المحاماة. العدد الثالث/ 1997. ص 68. مثل قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 1936/69.

منها وتسلمهم نسخة عن هذا المحضر بناء على طلبهم،⁽⁶⁰⁾ ويجب عليها احترام حقوق الدفاع ومعاملتهم على قدم المساواة وإتاحة الفرصة الكاملة لكل منهم لعرض قضيته⁽⁶¹⁾.

وفي هذا الصدد أكدت محكمة الاستئناف على ذلك وقضت: «على المحكم أن يستمع إلى جميع البيئات التي تتعلق بالنزاع والتي يرغب الخصوم في تقديمها»⁽⁶²⁾، وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة الذي يكفل لكل طرف من أطراف النزاع الحق في عرض وجهة نظره وبياناته على هيئة التحكيم، والحق في مناقشة حجج خصمه، والحق في العلم بكل العناصر التي جمعها هذا المحكم في إطار التحقيق، ومناقشتها،⁽⁶³⁾ لكن هذه المواجهة لا تتطلب ضرورة حضور الخصوم أمام هذه الهيئة إنما يكفي أن يكون لكل منهم الحق في ذلك عن طريق الكتابة⁽⁶⁴⁾، وهذا ما أكدته المشرع الفلسطيني عندما ألزم هيئة التحكيم بتحديد موعد لحضور الخصوم على أن تبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف وتستمع لهم ويجوز لها الاكتفاء بتقديم المذكرات في حال اتفق الخصوم على ذلك⁽⁶⁵⁾ ويتم التبليغ قبل التاريخ المحدد للجلسة بسبعة أيام على الأقل⁽⁶⁶⁾.

وأشارت محكمة الاستئناف الفلسطينية إلى ذلك حين قضت: «إن إصدار المحكم قراره قبل دعوة الطرفين وإتاحة الفرصة لهما لتقديم بياناتهما موجب لعدم تصديق ذلك القرار»⁽⁶⁷⁾. وألزم المشرع الفلسطيني هيئة التحكيم بإرسال نسخة عن تقرير الخبير إلى كل خصم مع إتاحة

60. المادة (27) من قانون التحكيم الفلسطيني.

61. المادة (35) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

62. استئناف حقوق رقم 63/68 المنشور في كتاب القاضي: محمود، غالب الحاج. مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من حزيران سنة 67 لغاية كانون أول سنة 72. مرجع سابق. ص 321.

63. الرفاعي، أشرف عبد العليم: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية. دون طبعة. مصر. دار الكتب القانونية. 2006. ص 495.

64. المرجع السابق. ص 499.

65. المادة (24) من قانون التحكيم الفلسطيني.

66. المادة (45) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

67. استئناف حقوق رقم 148/70 المنشور في كتاب القاضي: محمود، غالب الحاج: مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من حزيران سنة 67 لغاية كانون أول سنة 72. مرجع سابق. ص 336.

الفرصة لهم بمناقشة الخبر أمامها في جلسة 'تحدد لذلك' (68)، لأن حق الهيئة باتخاذ ما تراه مناسباً من أدلة الإثبات 'يلزمها بتبليغ الخصوم بهذه الأدلة وإعطائهم فرصة كافية لمناقشتها والرد عليها' (69). إضافة إلى أن الحياد والاستقلال من أهم القواعد السلوكية التي يجب أن تلتزم بها هيئة التحكيم (70) حيث ألزم المشرع الفلسطيني المحكم أن 'يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حياديته' (71) وقبوله لهذه المهمة يعني التزامه بالاستمرار في إجراءات التحكيم حتى إصدار الحكم الفاصل في النزاع (72)، فلا يجوز التخلي عن ذلك دون عذر (73). والزام هيئة التحكيم بالمحافظة على أسرار التحكيم مسألة بالغة الأهمية في تحديد سلوكها حيث يتوجب عليها عدم إفشاء هذه الأسرار، (74) حيث نص المشرع الفلسطيني على عدم جواز نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة (75).

وبناءً على ذلك فإن السير في إجراءات التحكيم دون اتباع الأصول القانونية من حيث تبليغ الأطراف بميعاد الجلسة، أو السير في الإجراءات بحضور طرف واحد دون الآخر، أو قبول بينات أحدهم دون علم الآخر، أو حرمانهم من تقديم البينات بشكل يؤثر على حق الدفاع، أو مخالفة النصوص القانونية الأمرة، 'يعد إساءة للسلوك يوجب الفسخ' (76).

وعدم التزام هيئة التحكيم بالقانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع 'يعد شكلاً من أشكال إساءة السلوك' (77)، لأنه يتوجب عليها الالتزام بهذا القانون باعتباره القانون الذي اختاره أطراف

68. المادة (31) من قانون التحكيم الفلسطيني.

69. بركات، علي: مرجع سابق. ص 58.

70. العوا، محمد سليم: سلوك المحكمين. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: الساعة 5:00 مساء. ص 2. 2023/9/9 تاريخ <http://eastlaws.com/iglc/research/checkusers.php>.

71. المادة (1/12) من قانون التحكيم الفلسطيني.

72. الوحيدي، درويش مدحت: مرجع سابق. ص 317.

73. المادة (2/12) من قانون التحكيم الفلسطيني.

74. العوا، محمد سليم: سلوك المحكمين. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: الساعة 5:00 مساء. ص 8/4. 2023/8/4 تاريخ <http://eastlaws.com/iglc/research/checkusers.php>.

75. المادة (41) من قانون التحكيم الفلسطيني.

76. عويضة، ناظم محمد: مرجع سابق. ص 156.

77. المرجع السابق. ص 156.

هذا النزاع، فإذا خالفت هيئة التحكيم إرادة الأطراف باستبعادها القانون المختار وتطبيقها لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي اتفق عليها الأطراف، تعد متجاوزة لحدود مهمتها⁽⁷⁸⁾، ويكون هذا الاستبعاد متحققاً سواء طبقت على النزاع قانوناً آخر أم فصلت فيه بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف⁽⁷⁹⁾.

ويشترط لطلب الفسخ بناء على هذا السبب أن يكون لاستبعاد القانون المختار أثره الواضح على النتيجة التي انتهت إليها هيئة التحكيم، بمعنى أن يؤدي هذا الاستبعاد إلى نتيجة تختلف عن النتيجة التي يمكن التوصل إليها لو 'طبق القانون المختار، أما إذا كانت هذه النتيجة هي ذات النتيجة التي 'يمكن التوصل إليها في حال التزمت هيئة التحكيم بتطبيق القانون المختار فلا مجال لطلب الفسخ بناء على هذا السبب⁽⁸⁰⁾.

يتضح مما سبق أن ما نص عليه المشرع الفلسطيني يتعلق بمخالفة هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولا يشمل مخالفتها للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، لكن هذا لا يعني أن الحكم الصادر بناء على تطبيق قانون غير الذي تم الاتفاق على تطبيقه على الإجراءات 'محصناً من الطعن فيه، إذ يمكن الطعن على أساس مخالفتها لما ورد في اتفاق التحكيم⁽⁸¹⁾. وأرى أن السبب المتمثل في مخالفة هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يدرج تحت السبب المتمثل بتجاوز حدود الاتفاق.

ومن الأمور الواجب مراعاتها في اتفاق التحكيم هو تحديد موضوع النزاع لأن اختصاص هيئة التحكيم ينحصر في نظر النزاع المحدد في هذا الاتفاق وفيما انصرفت إرادة أطراف هذا النزاع إلى عرضه عليها⁽⁸²⁾، ولا يجوز لها الخروج عن حدود اتفاق التحكيم والشروط والضوابط الواردة فيه⁽⁸³⁾، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الفلسطينية حيث قضت: «إن المحكم أو المحكمين إنما

78. المصري، حسني: مرجع سابق. ص 493.

79. القصاص، عيد محمد: مرجع سابق. ص 267.

80. بركات، علي: مرجع سابق. ص 67. خير، عادل: التحكيم والقانون. مرجع سابق. ص 97.

81. القصاص، عيد محمد: مرجع سابق. ص 268.

82. الور، ياسر جميل سليم: حالات فسخ قرار المحكمين في القانون الأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. 1994. ص 108.

83. المرجع السابق. ص 108. المومني، أحمد سعيد: مرجع سابق. ص 351.

يستمدون سلطتهم ببحث النزاع وحله من هذا الاتفاق الواضح والمحدد دون الخروج عن ذلك»⁽⁸⁴⁾. وقد يرجع سبب خروج هيئة التحكيم عن حدود اتفاق التحكيم إلى قيامها بالتفسير الواسع لما ورد في هذا الاتفاق نظراً لعدم توضيح الخصوم لموضوع النزاع بشكل دقيق.⁽⁸⁵⁾ فإذا خرجت هيئة التحكيم عن حدود الاتفاق أو عن موضوع النزاع فإن حكمها يكون معرضاً للفسخ من قبل المحكمة المختصة⁽⁸⁶⁾.

84. استئناف حقوق رقم 87/211. تم الحصول عليه من محكمة استئناف رام الله.

85. خير، عادل: التحكيم والقانون. مرجع سابق. ص 101.

86. عويضة، ناظم محمد: مرجع سابق. ص 157.

الفرع الثاني

أسباب الفسخ المتعلقة بحكم التحكيم وإجراءات صدوره

أ. مخالفة حكم التحكيم للنظام العام

'يعبر النظام العام في الدولة عن المبادئ الأساسية في المجتمع والتي يكفل المشرع حمايتها من خلال وضع قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبما أن هذا النظام يهدف إلى المحافظة على المصالح الأساسية فإن للقاضي حق التمسك به من تلقاء نفسه، ولا يجوز لأطراف الاتفاق التنازل عن التمسك بالنظام العام.⁽⁸⁷⁾

وهذه الفكرة مرنة متطورة تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، بحيث تتحدد مدى مخالفة حكم التحكيم للنظام العام وقت النظر في هذا الحكم من محكمة الطعن⁽⁸⁸⁾.

وبالتالي إذا كان هذا الحكم مخالفاً للمبادئ الأساسية 'عد مخالفاً للنظام العام في فلسطين وبالتالي يكون معرضاً للفسخ⁽⁸⁹⁾، مثال ذلك الحكم المبني على تجارة غير مشروعة أو صدر مخالفاً لقواعد الاستيراد والقيود الجمركية أو صدر مخالفاً لحقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم⁽⁹⁰⁾.

ب. بطلان قرار التحكيم أو إجراءات التحكيم

يهدف هذا السبب إلى مواجهة سائر العيوب التي تشوب حكم التحكيم كعمل قانوني سواء في ذلك قواعد إصداره أم البيانات الواجب توفرها فيه⁽⁹¹⁾.

87. دواس، أمين رجا رشيد: تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة. ط1. عمان. دار الشروق. 2001. ص 234. نقلاً عن: الهداوي، حسن: القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة. عمان. دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997. ص 188.

88. عبد اللطيف، خالد: بطلان حكم التحكيم في القانون المصري. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx? Action=Display&ID=551151&Ty>

تاريخ 24/9/2023. الساعة 9:00 مساء. ص 9.

89. عويضة، ناظم محمد: مرجع سابق. ص 154.

90. عبد المجيد، منير: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص. مرجع سابق. ص 475 و 477-478.

91. بركات، علي: مرجع سابق. ص 84.

حيث نظم قانون التحكيم الفلسطيني كيفية إصدار حكم التحكيم والبيانات الواجب توافرها فيه، حيث نص في المادة 38 / 4: «يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية»⁽⁹²⁾. ونص في المادة 39: «أ- يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ صدوره ومكانه وتوقيع هيئة التحكيم. ب- 'تضمن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناتجة عن التحكيم وكيفية دفعها».

فاشتمل الحكم على هذه البيانات فيه حماية لحقوق أطراف النزاع وذلك لفض هذا النزاع على أسس وقواعد ملموسة، فذكر ملخص اتفاق التحكيم وموضوع النزاع وطلبات الأطراف 'يمكن من التأكد من مدى التزام هيئة التحكيم بما ورد في اتفاق التحكيم⁽⁹³⁾. وذكر أسماء الخصوم يتعلق بأثر الحكم الذي ينصرف إليهم ولا يمتد لغيرهم⁽⁹⁴⁾.

وذكر أسماء المحكمين، يفيد في التأكد من أن الحكم الفاصل في النزاع قد صدر من المحكمين الذين تم اختيارهم⁽⁹⁵⁾.

و تسبب حكم التحكيم يعني: «بيان الحجج والأدلة الواقعية والقانونية التي اعتمد عليها المحكم في إصدار حكمه»⁽⁹⁶⁾، 'يعد ضماناً للتأكد من مدى احترام المحكم لحقوق الدفاع⁽⁹⁷⁾. أما منطوق الحكم فهو: «القضاء الذي تصدره الهيئة في المسائل المتنازع عليها بين الخصوم، أو الحل الذي تأمر أو تقضي به هذه الهيئة فيما عرض عليها من نزاع»⁽⁹⁸⁾، وهذا البيان لا 'يتصور وجود الحكم بدونه.

92. عرفت المادة 1 من قانون التحكيم الفلسطيني المرجح بأنه: «المحكم الذي يتولى إصدار قرار التحكيم عند تعذر تحقق الأغلبية».

93. البياتي، علي طاهر: مرجع سابق. ص 166-167.

94. المرجع السابق. ص 166.

95. المرجع السابق. ص 169.

96. الرفاعي، أشرف عبدالمعالي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دون ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2006. ص 526.

97. المرجع السابق. ص 526. الصانوري، مهنا أحمد: مرجع سابق. ص 177.

98. القصاص، عيد محمد: مرجع سابق. ص 124. نقلاً عن: A. Redfern, M. Hunter et M. Smith: Droit et pratique de l'arbitrage commercial (traduit de l'anglais par E. Robin) L.G.D.J. 1994.P.315

وذكر تاريخ صدور الحكم يفيد بأن الحكم قد صدر خلال المدة المحددة لصدوره من عدمه⁽⁹⁹⁾، إضافة إلى أن لهذا التاريخ أهمية أخرى تتعلق بالآثار المترتبة على صدوره⁽¹⁰⁰⁾، ويفيد في معرفة مدى تمتع هيئة التحكيم بالأهلية اللازمة للفصل في النزاع والواجب توافرها في جميع مراحل التحكيم ابتداء من الاتفاق على التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم⁽¹⁰¹⁾،

أما ذكر مكان صدور الحكم، يفيد في معرفة صفة حكم التحكيم وطنياً أو أجنبياً⁽¹⁰²⁾، ويفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق في حال عدم اتفاق الأطراف على هذا القانون وفي حجم العقوبات التي، يمكن أن يواجهها طلب تنفيذ الحكم إذا لم تراعى الإجراءات التي نص عليها هذا القانون⁽¹⁰³⁾،

وأما توقيع هيئة التحكيم فيعد تأكيداً من قبلها على ما جاء فيه من منطوق وتأكيداً على التزامها اتجاه أطراف النزاع بإصدار حكم فاصل في هذا النزاع⁽¹⁰⁴⁾.

لكن يجب التفريق بين هذه القواعد والأحكام الواردة فيها على أساس مدى ارتباطها بمصلحة الأطراف بشكل مباشر أو كونها مجرد قواعد تتضمن أحكاماً تسهل مهمة هيئة التحكيم، وإجراءات تنفيذ الحكم الصادر عنها، وبناءً على هذا المعيار لا تؤدي مخالفة القواعد المتعلقة بشكل الحكم من حيث اشتماله على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم إلى بطلان الحكم الذي لم يتضمن هذه البيانات لأن مخالفة هذه القواعد لا تلحق أضراراً بأطراف اتفاق التحكيم ولا تشكل مساساً بحقوقهم ومصالحهم⁽¹⁰⁵⁾.

-
99. سامي، فوزي محمد: التحكيم التجاري الدولي، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والوزيع، 2006. ص 331.
المومني، أحمد سعيد: مرجع سابق. ص 322. صاوي، أحمد السيد: مرجع سابق. ص 188.
100. المومني، أحمد سعيد: مرجع سابق. ص 322.
101. البياتي، علي طاهر: مرجع سابق. ص 170. خضر، منير حنا سالم: مرجع سابق. ص 77.
102. صاوي، أحمد السيد: التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، دون مكان نشر، دون دار نشر، 2004 ص 188. البياتي، علي طاهر: مرجع سابق. ص 169.
103. صاوي، أحمد السيد: مرجع سابق. ص 188-189.
104. البياتي، علي طاهر: مرجع سابق. ص 165.
105. الحداد، حفيظة السيد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية. مرجع سابق. ص 202-203. علي، هشام صادق. والحداد، حفيظة السيد: مرجع سابق. ص 257-258.

فمثلاً إذا كان النقص أو الخطأ في بيان أسماء الخصوم وصفاتهم لا يؤدي إلى التشكيك في حقيقة الخصم وارتباطه بخصومة التحكيم فلا يترتب عليه بطلان الحكم،⁽¹⁰⁶⁾ وأيضاً لا 'يُبطّل هذا الحكم إذا لم تذكر فيه عناوين الخصوم وهيئة التحكيم، نظراً لاشتمال اتفاق التحكيم على هذه البيانات،⁽¹⁰⁷⁾ أما عدم ذكر ملخص بطلبات الخصوم ومستنداتهم يجعل حكم التحكيم باطلاً⁽¹⁰⁸⁾، ورغم أهمية تاريخ صدور حكم التحكيم، يمكن تجنب البطلان في حال صدر هذا الحكم دون ذكر التاريخ إذا 'ذكر هذا التاريخ في محضر جلسة النطق بالحكم⁽¹⁰⁹⁾. وعدم قيام هيئة التحكيم بالمداولة قبل إصدار الحكم وعدم التزامها بالتسبب 'يشكل سبباً للطعن في هذا الحكم لما فيه من مساس بالقواعد القانونية التي تكفل حماية حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة وهي تتعلق بمصلحة الأطراف بشكل مباشر⁽¹¹⁰⁾. ومنطوق الحكم يجب أن يكون واضحاً لا غموضاً أو تناقض فيه، لكن إذا تبين وجود هذا الغموض أو التناقض، يمكن تجنب البطلان بالرجوع إلى هيئة التحكيم التي أصدرته بهدف تفسيره، أو الرجوع إلى محاضر جلسات التحكيم أو إلى أسباب الحكم بهدف إزالة هذا الغموض أو التناقض⁽¹¹¹⁾. أما عدم اشتغال حكم التحكيم على توقيع الهيئة التي أصدرته فيشكل سبباً للطعن فيه لأن التوقيع 'يفيد في التأكد من اشتراك المحكم في إجراءات التحكيم الذي صدر بناء عليها الحكم المنهي للنزاع⁽¹¹²⁾. حيث أكدت محكمة الاستئناف الفلسطينية ذلك حين قضت: «يشترط لصحة قرار المحكمين من الناحية الشكلية أن يكون موقِعاً من كافة المحكمين سواء صدر ذلك القرار بالإجماع أم بالأكثرية»⁽¹¹³⁾.

106. صاوي، أحمد السيد: مرجع سابق. ص 186.

107. القصاص، عيد محمد: مرجع سابق. ص 134-135.

108. المرجع السابق. ص 135.

109. بركات، علي: مرجع سابق. ص 87. نقلاً عن: والي، فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني. دار النهضة العربية. 2001. بند 498. ص 1006.

110. الحداد، حفيظة السيد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية. مرجع سابق. ص 203. علي، هشام صادق. والحداد، حفيظة السيد: مرجع سابق. ص 258.

111. بركات، علي: مرجع السابق. ص 88.

112. المرجع السابق. ص 88.

113. استئناف حقوق رقم 78/494. المنشور في كتاب القاضي: محمود، غالب الحاج: مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف المتعددة في رام الله من بداية سنة 1978 حتى نهاية سنة 1981. مرجع سابق. ص 302.

أما بطلان إجراءات التحكيم على نحو أثر على الحكم فيفترض أن هذا الحكم صدر صحيحاً وفقاً للصورة التي حددها القانون، لكن البطلان شاب أحد الإجراءات التي سبقت صدوره والتي بُني عليها فأصبح بدوره باطلاً لأن ما بُني على باطل فهو باطل⁽¹¹⁴⁾.

ومن أمثلة ذلك عدم احترام هيئة التحكيم لحقوق الدفاع ولبدأ المساواة بين الخصوم، أو اتخاذ إجراء في حضور أحد الخصوم دون الآخر مع عدم تمكين الخصم الغائب من العلم بهذا الإجراء، أو استمرار هذه الهيئة في نظر النزاع رغم حصول عارض أدى إلى وقف إجراءات التحكيم إلى حين زواله⁽¹¹⁵⁾.

ويشترط لعد الإجراء الباطل مؤثراً في حكم التحكيم أن يكون هذا الحكم قد بُني على هذا الإجراء، أما إذا لم يبين عليه فلا يكون باطلاً⁽¹¹⁶⁾، بمعنى أن هذا الشرط يتطلب وجود ارتباط بين الحكم والإجراء الباطل بحيث لا تصور صدور الحكم دون هذا الإجراء، وهي مسألة تقديرية تخضع للمحكمة التي لها أن تقرر مدى الارتباط المؤثر بين الإجراء الباطل وبين الحكم الفاصل في النزاع⁽¹¹⁷⁾.

ج. صدور قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع

يكون ذلك باتباع أحد الخصوم طرقاً احتيالية بهدف تغيير الحقيقة كأن يتم تقديم بينه مضللة لهيئة التحكيم وتكون هذه البينة هي الأساس أو إحدى الأسس التي صدر بناء عليها حكم التحكيم⁽¹¹⁸⁾، وبالتالي فإن صدور هذا الحكم بناء على إجراءات قائمة على الغش أو وسائل غير المشروعة يُعد سبباً جوهرياً لفسخ قرار التحكيم⁽¹¹⁹⁾، بشرط ألا يكون قد تم تنفيذ هذا القرار، أما إذا تم تنفيذه فعلاً فلا يُقضى بفسخه مع التأكيد على حق المتضرر بمطالبة الطرف المتسبب في الغش بالتعويض عن الضرر الذي أصابه⁽¹²⁰⁾.

114. عطية، عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي: ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص 368. خير، عادل: التحكيم والقانون. مرجع سابق. ص-103 104. القصاص، عيد محمد: مرجع سابق. ص 265.

115. المصري، حسني: مرجع سابق. ص 500. نقلاً عن: عطية عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي. مرجع سابق، ص 365 وما بعدها.

116. المرجع السابق.

117. عمر، نبيل اسماعيل: مرجع سابق. ص 275-276.

118. عويضة، ناظم محمد: مرجع سابق. ص 158.

119. الوحيددي، درويش مدحت: مرجع سابق. ص 289.

120. عويضة، ناظم محمد: مرجع سابق. ص 158.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على صدور الحكم في طلب فسخ حكم التحكيم
ومدى امكانية الطعن في هذا الحكم .

الفرع الاول

الآثار المترتبة على صدور الحكم في طلب فسخ حكم التحكيم.

إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن فإنها تقرر صحة حكم التحكيم وتكسبه الصيغة التنفيذية⁽¹²¹⁾، أما إذا توافر أحد أسباب الفسخ التي حددها المشرع الفلسطيني فإنها تقضي بفسخ هذا الحكم ويجوز لها أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها المحكمة، إذا رأت ذلك ملائماً⁽¹²²⁾، لكن هذا المشرع لم 'يحدد الأسباب التي تستدعي إعادة الحكم إلى هيئة التحكيم إنما ترك تقدير ذلك إلى المحكمة المختصة وفق ما تراه مناسباً، بينما قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية الذي تضمن نصاً يقضي بإعادة حكم التحكيم إلى الهيئة التي أصدرته، حدد حالات وأسباب الإعادة⁽¹²³⁾.

«وبالرجوع إلى أحكام القضاء الأردني 'يلاحظ أنه قرر إعادة الحكم لأسباب عديدة منها: تنظيم محضر أو سماع بينة أو رفع تناقض بينة أو الحكم بما يتوجب الحكم به مما هو مرتبط ارتباطاً وجود مع الحق المنازع فيه مثل الفائدة القانونية، أو اغفال هيئة التحكيم الفصل في طلب من الطلبات الواردة في اتفاق التحكيم، أو لإزالة الغموض أو للقيام بتصحيح الأخطاء الحسابية والكتابية الواردة في الحكم»⁽¹²⁴⁾.

121. المادة 2/45 من قانون التحكيم الفلسطيني.

122. المادة 3/45 من قانون التحكيم الفلسطيني.

123. المومني، أحمد سعيد: مرجع سابق. ص 338.

124. المرجع السابق. ص 344.

حيث قضت محكمة التمييز الأردنية: «إذا أعادت المحكمة القضية إلى المحكمين لإعادة النظر في قرارهم بسبب تناقض في أقوال شاهد، وإذا ذكر المحكمون بأنهم أعادوا سماع الشاهد الذي كرر أقواله السابقة دون أن يثبتوا في المحضر أقواله بعد إعادة القضية إليهم ودون أن يستوضحوا منه عن التناقض الذي أشارت إليه المحكمة فإن المحكمين لا يكونوا قد اتبعوا ما قرره محكمة الاستئناف (...)»⁽¹²⁵⁾

وقضت في حكم آخر: «يلزم المدين بدفع فائدة على المبلغ المترتب بذمته ولو كان المتعهد به ثمناً للمبيع وليس قرضاً ويلزم بدفع الفائدة من تاريخ صدور حكم المحكمين فإذا لم يحكم المحكمون بالفائدة تقرر المحكمة إعادة حكم المحكمين إليهم للنظر في موضوع الفائدة»⁽¹²⁶⁾.

ويجب عند إعادة الحكم أن يعاد الحكم بأكمله، بحيث لا تقضي المحكمة بتصديق بعض الطلبات المحكوم بها وتعيد أخرى⁽¹²⁷⁾، وعلى هيئة التحكيم الالتزام بنظر النقاط التي حددتها المحكمة ولا تتعرض لأي مسألة غير مذكورة في قرار الإعادة وعليها الالتزام بإصدار القرار خلال الميعاد الذي تحدده المحكمة في قرار الإعادة الصادر عنها وإلا خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار المحكمة بالإعادة، إضافة إلى التزامها بما ورد في اتفاق التحكيم بما لا يتعارض مع الالتزامين السابقين⁽¹²⁸⁾.

125. تمييز حقوق رقم 68/208 المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة 1968. ج 2. ص 898. والمنشور في القرص المدمج (CD) المتضمن للمبادئ القانونية لمحكمتي التمييز والعدل العليا الأردنيين.

126. تمييز حقوق رقم 65/174. المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة 1965. ج 2. ص 1608. والمنشور في القرص المدمج (CD) المتضمن للمبادئ القانونية لمحكمتي التمييز والعدل العليا الأردنيين.

127. المومني، أحمد سعيد: مرجع سابق. ص 344.

128. المومني، محمد أحمد سعيد: مرجع سابق. ص 122-123. حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم الأردني رقم 18 لسنة 1953: «إذا أعيد قرار التحكيم إلى المحكمين أو الفيصل وجب عليهم أن يصدروا القرار خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار المحكمة إلا إذا ورد فيه غير ذلك».

الفرع الثاني

الطعن في الحكم الصادر في طلب فسخ حكم التحكيم

نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة 46 «مع مراعاة أحكام المادة 44 من هذا القانون بشأن المواعيد، تسري على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الاستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها»⁽¹²⁹⁾، وعليه يكون الحكم الصادر عن محكمة الطعن قابلاً للاستئناف خلال ثلاثين يوماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك،⁽¹³⁰⁾ وتبدأ الثلاثون يوماً «من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك أو من تاريخ تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه الذي تخلف عن حضور جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم لائحة جوارية أو مذكرة بدفاعه (...)»⁽¹³¹⁾. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية.⁽¹³²⁾

129. المادة 44 تتضمن المدة الواجب خلالها تقديم طلب الطعن في حكم التحكيم. للمزيد يرجى مراجعة ص 133.

130. المادة (205) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

131. المادة (193) من قانون أصول المحاكمات الفلسطيني.

132. للمزيد حول قرار محكمة النقض يرجى مراجعة قرار محكمة النقض الفلسطينية الوارد في ص 1-2 من هذا البحث.

الخاتمة

بعد هذا العرض المفضل لفسخ حكم التحكيم وفقا لقانون التحكيم الفلسطيني يتضح للباحثة أن قانون التحكيم الفلسطيني لم ينص صراحة على اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية ولم يحظر ذلك، انما تم النص على اللجوء اليه لفض بعض منازعات العقود الادارية في التشريعات الفلسطينية الاخرى المنظمة لهذه العقود، دون أن يصحب ذلك تأطير قانوني كامل لكافة المسائل المتعلقة بالتحكيم في هذا المنازعات ودون أي مراعاة لوجود الدولة طرفا في هذا التحكيم، كما يتضح أيضا أن هذا المشرع لم يُحدد الجهة المختصة بالموافقة على اللجوء الى التحكيم في هذه المنازعات هل هي ذات الجهة المختصة بإبرام العقد الاداري أم يستلزم الحصول على موافقة جهة ادارية أخرى؟ كما و ميز المشرع الفلسطيني من حيث المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم بين التحكيم المحلي وبين التحكيم الاجنبي والدولي، وحدد على سبيل الحصر حالات واسباب طلب فسخ هذا الحكم، حيث لا يجوز اللجوء الى المحكمة المختصة اذا لم تتوافر أي حالة من الحالات التي حددها قانون التحكيم كما أن الحكم الصادر عن المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم لا يكون نهائيا بل قابلا للطعن فيه، كما انه لوحظ قصور في هذا القانون حيث لم ينص صراحة على سلطات القاضي المختص بنظر طلب فسخ حكم التحكيم في اذا كانت سلطاته شكلية في التحقق من مدى توفر اسباب الطعن في حكم التحكيم ام أن سلطاته قد تمتد لفحص مدى حسن تقدير هيئة التحكيم للأدلة والبيانات المقدمة ووزنها، والتحقق من مدى قدرتها على تفسير القانون المنطبق على النزاع.

كما أن قانون التحكيم لم يوضح حالات اساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم والتي تعد سببا من اسباب الطعن في حكم التحكيم، كما واجاز للمحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم اعادة النزاع الى ذات هيئة التحكيم التي اصدرته دون بيان الاسباب والحالات التي تستدعي اعادة هذا النزاع الى هيئة التحكيم، بالرغم أنه وبصدر حكم التحكيم الفاصل في النزاع تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها وسلطتها بخصوص ما فصلت فيه.

وعلى ضوء هذه النتائج نوصي:

1. ضرورة تدخل المشرع لتنظيم هذه المسألة بإفراد نصوص قانونية خاصة بالتحكيم في منازعات العقود الادارية تتضمن ضوابط وقيود قانونية كفيلة بالحفاظ على خصوصية العقود الادارية قدر الامكان.

2. النص صراحة على ان عدم التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الاداري على هذه المنازعات يشكل سببا لفسخ حكم التحكيم
3. النص على ان المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم الصادر في منازعات العقود الادارية هي المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع سواء كان التحكيم محلي ام دوليا أم اجنيا حتى يتسنى للقضاء الاداري فرض الرقابة على حكم التحكيم الصادر في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية على حد سواء
4. تنظيم آلية تقديم طلب فسخ حكم التحكيم والشروط الواجب توفرها في هذا الطلب وإجراءات الفصل فيه ودور المحكمة المختصة بهذا الشأن .

قائمة المصادر والمراجع

أ. المصادر

1. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2003 المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع)، العدد 33، بتاريخ 30/6/2000م
2. قانون التحكيم الأردني رقم 18 لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 1131، بتاريخ 17/1/1953
3. قانون الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لسنة 1998 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 23، بتاريخ يونيو 1998م
4. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 38، سبتمبر 2001م
5. قرار بقانون رقم (26) لسنة 2022م بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 192، بتاريخ 30/6/2022م
6. القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع)، العدد 22 ممتاز، بتاريخ 11/1/2021م.
7. قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004م باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000م، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 50، بتاريخ اغسطس 2004م
8. قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م بنظام الشراء العام المنشور على في الجريدة الرسمية، العدد 109، بتاريخ 29/10/2014م

ب. المراجع:

1. جعفر، أنس: العقود الادارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات في مصر ولائحتها التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006 مع دراسة العقود ال B.O.T، دار النهضة العربية، ط5، 2009م
2. علي، هشام صادق. والحداد، حفيظة السيد: القانون الدولي الخاص، دون ط، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1999

3. العنزي، ممدوح عبدالعزيز: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الاسباب والنتائج دراسة مقارنة، دون ط، دون مكان النشر، منشورات الحلبي الحقوقية،.
4. بركات، علي: الطعن في احكام التحكيم، دون ط، دار النهضة العربية، 2003 ص 101. الحداد، حفيظة السيد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية. دون ط، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي ، دون تاريخ النشر
5. شلغوم، محمد: تدخل القاضي في نزاعات التحكيم الدولي بالبلاد العربية. مؤتمر مراكز التحكيم العربية_ التحكيم العربي الحاضر والمستقبل_ . تحرير: عناني، وليد. بيروت. 1999..
6. عويضة، ناظم محمد: شرح قانون التحكيم، دون ط، فلسطين، دون دار نشر، 2000.
7. سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط2، دون مكان النشر، المكتب القانوني، 1998.
8. الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت: التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دون ط، دون مكان نشر، المكتب الجامعي الحديث، 2006.
9. البياتي، علي طاهر: التحكيم التجاري البحري دراسة قانونية مقارنة، ط1، دون مكان نشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006
10. المصري، حسني: التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دون ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2006
11. صاوي، أحمد السيد: التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، دون مكان النشر، دون دار النشر، 2004.
12. بريري، محمود مختار أحمد: التحكيم التجاري الدولي، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004..
13. عمر، نبيل اسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، 2004..
14. عبد المجيد، منير: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم.

15. القصاص، عيد محمد: حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دون ط، دار النهضة العربية، 2003.
16. الوحيدي، درويش مدحت: التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، دون ط، غزة، دون مكان النشر، دون دار نشر، 1998
17. خير، عادل: التحكيم والقانون. دون طبعة. المجلد الثالث. دون مكان النشر. دون دار النشر. 1997.
18. الألفي، محمد محمد: عدم وجود اتفاق تحكيم كسبب من أسباب طلب إبطال حكم التحكيم.
19. الرفاعي، أشرف عبد العليم: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية. دون طبعة. مصر. دار الكتب القانونية. 2006..
20. دواس، أمين رجارشيد: تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة. ط 1. عمان. دار الشروق. 2001.
21. صاوي، أحمد السيد: التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، دون مكان نشر، دون دار نشر، 2004
22. عطية، عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي: ط 1، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1990

ت. رسائل دكتوراه وماجستير:

1. وضاح رضوان عبد الرحيم، بطلان حكم التحكيم ورقابة محكمة التمييز عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، سنة 2015
2. الور، ياسر جميل سليم: حالات فسخ قرار المحكمين في القانون الأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. 1994م.
3. خضر، منير حنا سالم: قوة حكم التحكيم الالزامية وتنفيذه في القانون الاردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 1989م
4. المومني، محمد أحمد سعيد: رقابة القضاء على اجراءات التحكيم في قانون التحكيم الاردني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، 2000.

ث. المجالات العلمية

1. د. عماد محمد أمين رمضان، أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه في القانون المصري والبحريني، المجلة القانونية، العدد الرابع، يونيو 2015،.

ج. مجموعة المبادئ القانونية لأحكام القضاء

1. محمود، غالب الحاج: مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله من بداية سنة 1978 حتى نهاية سنة 1981.
2. محمود، غالب الحاج: مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من حزيران سنة 67 لغاية كانون أول سنة 72. دون ط، القدس، مطبعة المعارف دون تاريخ النشر..
3. غزلان، عبد الله: مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوي المدنية منذ إنشائها حتى تاريخ 31/12/2006.
4. القرص المدمج (CD) المتضمن للمبادئ القانونية لمحكمتي التمييز والعدل العليا الأردنيين.

(ح): المواقع الالكترونية

1. حداد، حمزة: قانون التحكيم المصري رقم 27/94. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=Display&ID=21210&Ty>
2. عبد اللطيف، خالد: بطلان حكم التحكيم في القانون المصري. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=Display&ID=551151&Ty>

أحكام صادرة عن محكمة النقض والتعليق عليها

الحكم رقم -- / 2021
«نقض مدني»



نقض مدني
رقم: ٢٠٢١/

دولة فلسطين
السلطة القضائية
المحكمة العليا / محكمة النقض
" الحكم "

الصادر عن المحكمة العليا / محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني
الهيئة الحاكمة: برئاسة القاضي السيد عبد الله غزلان
وعضوية القضاة السادة: عدنان الشعيبي، محمد الحاج ياسين، عبد الكريم حنون، محمود جاموس

الطاعن: [مخفي] - بيت لحم

وكيلاه المحاميان تامر الحروب و/أو موسى جبرين /بيت لحم
المطعون ضدها: شركة [مخفي] لتجارة وتأجير السيارات السياحية م.خ.م بواسطة ممثلها القانوني/بيت
لحم.

وكيلها المحاميان مازن عوض و/أو أحمد العصا /بيت لحم

الإجراءات

قدم الطاعن هذا الطعن بتاريخ ٢٠٢١/٦/١٣ لنقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٢١/١٠/٢٨ عن محكمة
استئناف الخليل بتاريخ ٢٠٢١/٥/٢٥ في الاستئناف المدني رقم ٢٠٢١/ [مخفي] القاضي برد الاستئناف
موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف وتضمن المستأنف الرسوم والمصاريف ومبلغ ٢٠٠ دينار أتعاب
محاماة عن مرحلتي التقاضي.

يستند الطعن لما يلي:

١. الحكم المطعون فيه شابه الفساد في الاستدلال إذ ان النتيجة التي توصلت اليها محكمة الاستئناف
ومن قبلها محكمة البداية تخالف الوقائع المثبتة في الملف خاصة البيئة الخطية المقدمة في الدعوى

البروتوكول

الكاتب

مس. ب.



بل مدني
٢٠٢١/

١. وهي المبرز م/١ والصادر عن المطعون ضده وأخطات محكمة الاستئناف باعتباره من فيل اصطناع الدليل بالرغم من انه صادر عن المدعى عليها.
٢. الحكم المطعون فيه شابه الفساد في الاستدلال فكيف توصلت محكمة الاستئناف الى ان الطاعن طبيب اسنان وبالتالي يعمل لدى الشركة المطعون ضدها بالرغم ان البيئة الخطية المطلوبة من الجهة المطعون ضدها والتي لم تبرزها لتناقضها مع اقوالها وقدمها الطاعن كبيئة مفندة، ان الطاعن قد قام بفتح عيادته عام ٢٠١٨ بشهر ٨ ولا يوجد ما يمنع أي شخص مهما كان علمه ودراسته بالعمل خلافاً لتخصصه.
٣. أخطات محكمة الاستئناف باستبعاد شهادة الطاعن بالإضافة لشهادة الشاهد فضل زايد الذي أكد عمل المدعى لدى المدعى عليها.
٤. أخطات محكمة الاستئناف فيما وردته في حكمها من أن المالك الجديد لم يكن يعلم ان هناك موظف يعمل بالشركة قبل انتقالها له.
٥. أخطات محكمة الاستئناف بالحكم على المدعي/الطاعن بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة بالرغم من أن الدعوى عمالية وأن الطاعن لا يضر بطعنه فلا يجوز الحكم بالزامه بأتعاب المحاماة.

المحكمة

بالتدقيق والمداولة، ولورود الطعن في الموعد مستوفياً شرائطه الشكلية، تقرر قبوله شكلاً. وفي الموضوع، تفيد أوراق الدعوى أن الطاعن أقام دعوى مدنية لدى محكمة بداية بيت لحم تحت رقم ٧٧٧ في مواجهة المطعون ضدها وموضوعها المطالبة بحقوق عمالية بقيمة ٢١٣٧٧ دولار أمريكي على سند من الادعاء انه عمل لدى المدعى عليها من ٢٠١١/٦/١٥ وحتى أواخر عام ٢٠١٦ بأجرة شهرية ١١٢٥ دولار أمريكي وبنتيجة لبيع الشركة تم انهاء عمل المدعي ولم يتم اشعاره بانتهاء العمل ولم يتم اعطائه حقوقه العمالية المتمثلة في بدل مكافأة نهاية الخدمة وبدل الإشعار وبدل الفصل التصفي وبدل الإجازات السنوية.

الرئيس

الكتابة
مبارك



في مدني
٢٠٢١/٢٤

بلشرت محكمة البداية نظر الدعوى وبعد استكمال الإجراءات لديها أصدرت حكمها الفاصل بالدعوى بتاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٤ القاضي برد دعوى المدعي.

لم يقبل المدعي (الطاعن) بحكم محكمة البداية فطعن فيه لدى محكمة استئناف القدس بالاستئناف المدني رقم ٢٠٢٠/٢٤ والذي احيل الى محكمة استئناف الخليل بعد قرار تأسيسها وحملت الرقم ٢٠٢١/٢٤ المتضمن رد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المطعون فيه القاضي (برد الدعوى) مع تضمين المستأنف (الطاعن) الرسوم والمصاريف و ٢٠٠ دينار أتعاب محاماة عن درجتي التقاضي. لم يرض الطاعن بالحكم الاستئنافي فبادر بالطعن فيه بطريق النقض للأسباب الواردة أعلاه. وبمزل عن أسباب الطعن وحيث أن لائحة الدعوى هي الوعاء الذي يحدد نطاق الخصومة من حيث الموضوع والخصوم والطلبات.

ولما كان الطاعن (المدعي) وفي البند الأول منها قد ادعى أنه عمل لدى المدعى عليها وتحت اشرافها ومسؤوليتها منذ ٢٠١١/٦/٥ وحتى أواخر عام ٢٠١٦ كمدير قسم التسويق والمبيعات في الشركة. ولما كان الثابت في الأوراق ان الشركة المطعون ضدها قد تم بيعها وتسجيلها باسم المالك الجديد بتاريخ ٢٠١٧/٧/٣ الامر الذي يتبين منه أن بداية عمل الطاعن وانتهاء عمله في أواخر ٢٠١٦ كان في ظل ملكية الشركة للمالك القديم وبالتالي فإن اية حقوق يدعيها تعود على المالك السابق مالك الشركة الذي عمل لديه وأنهى عمله وفق ادعائه قبل انتقال الشركة للمالك الجديد فإن مخاصمة الشركة بحلتها الجديدة لا يقوم على أساس من الواقع والقانون مما يتعين معه رد الطعن.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعاً مع تضمين الطاعن مبلغ ١٠٠ دينار أتعاب المحاماة.

حكما صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني في ٢٠٢٣/٢/١٢

الروني

الكاتب
من

التعليق على حكم النقض المدني

رقم 2021/...

الصادر عن محكمة النقض في دولة فلسطين

المحامي الدكتور فؤاد درادكة
قاضي ورئيس هيئة لدى محكمة التمييز الأردنية سابقا
محاضر غير متفرغ في كلية الحقوق/ الجامعة الأردنية

مقدمة:

ان الحكم محل التعليق يدور حول منازعة الطاعن أو العامل لدى احدى الشركات بإنهاء عمله، نتيجة انتقال ملكيتها لمالك جديد، ودون أن تقوم الشركة السابقة بإشعاره بإنهاء عمله، ودون تسليمه حقوقه العمالية، المتمثلة في بدل مكافأة نهاية الخدمة وبدل الاشعار وبدل الفصل التعسفي وبدل الإجازات السنوية، وتعليقا على هذا الحكم في ظل فرضية هذه المنازعة لا بد من عرض للملخص وقائع الدعوى طبقا لما ورد في الحكم في بند أول، ومن ثم نستعرض بعض البيانات التوضيحية وفقاً لقانون العمل الفلسطيني في بند ثاني، ونعرج بعد ذلك إلى تناول موضوع الإنهاء غير المشروع لعقد العمل من قبل صاحب العمل في بند ثالث، ونعالج مدى احتفاظ العامل بحقوقه في ظل انتقال الشركة إلى مالك جديد في بند رابع، ونعقب بعد ذلك على ما جاء في حكم محكمة النقض وفيما إذا كان ما انتهت إليه يتفق وحكم القانون أو يخالفه في بند خامس. ولهذا سنعالج التعليق على هذا الحكم وفقاً للبنود المشار إليه اعلاه تباعاً.

أولاً: ملخص وقائع الدعوى:

يبين من الحكم محل التعليق أن المدعي كان قد أقام دعوى مدنية لدى محكمة بداية بيت لحم سجلت بالرقم .../... في مواجهة المدعى عليها شركة ... للتجارة وتأجير السيارات السياحية م. خ. م بوساطة ممثلها القانوني /... بيت لحم، موضوعها المطالبة بحقوق عمالية بقيمة 21377 دولار أمريكي، على

سند من الادعاء أنه عمل لدى المدعى عليها من 15/6/2011 وحتى أواخر عام 2016 بأجرة شهرية مقدارها 1125 دولار أمريكي ونتيجة لبيع الشركة تم إنهاء عمل المدعي ولم يتم إشعاره بإنهاء العمل ولم يتقاضى حقوقه العمالية، المتمثلة في بدل مكافأة نهاية الخدمة وبدل الاشعار وبدل الفصل التعسفي وبدل الإجازات السنوية، مما حدا به إلى إقامة هذه الدعوى لدى محكمة بداية حقوق بيت لحم التي نظرت الدعوى، وبعد استكمال إجراءات المحاكمة، أصدرت حكمها الفاصل بتاريخ 24/2/2020 المتضمن: رد دعوى المدعي.

لم يقبل المدعي بحكم محكمة البداية، فطعن بالحكم الصادر عنها لدى محكمة استئناف القدس، بالاستئناف المدني رقم 2020/... التي خلصت بالنتيجة إلى رد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المطعون فيه القاضي برد الدعوى.

لم يرتض الطاعن بالحكم الاستئنافي فبادر للطعن فيه لدى محكمة النقض التي أصدرت بتاريخ 12/2/2023 حكمها المتضمن رد الطعن موضوعاً.

ثانياً: بيانات توضيحية وفقاً لقانون العمل الفلسطيني:

عرف المشرع الفلسطيني عقد العمل الفردي في المادة (24) من الفصل الأول من الباب الثالث من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 على أنه: «هو اتفاق كتابي أو شفهي صريح أو ضمني يبرم بين صاحب عمل وعامل لمدة محددة أو غير محددة أو لإنجاز عمل معين يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه ويلتزم فيه صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه للعامل».⁽¹³³⁾ وهذا التعريف لعقد العمل يتفق مع التعريف الذي أوردته التشريعات المقارنة لعقد العمل في تقنيناتها المدنية.⁽¹³⁴⁾ وتشترك هذه التعريفات في إبراز خصيصة التبعية والإشراف التي يتميز فيها عقد العمل عما قد يختلط به من عقود.

133. يقارب إلى حد كبير التعريف الذي أخذ به المشرع الأردني في قانون العمل رقم 8 لسنة 1996 وتعديلاته مع تقديم أو تأخير بعض الكلمات الواردة في التعريف وفقاً لما ورد في المادة (2) منه.

134. ومن الجدير بالذكر أن التقنينات المدنية المقارنة عرفت عقد العمل باعتباره عقداً من العقود المسمى، فعلى سبيل المثال عرفته المادة 805/1 من القانون المدني الأردني بما يلي: «عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر» وهي تقابل المادة 674 مدني مصري والمادة 640 مدني سوري والمادة 900/1 مدني عراقي.

ولما كان الثابت من الأوراق أن المدعي تقدم بدعواه استناداً إلى قانون العمل، فإن ما ينبغي على ذلك استبعاد تطبيق أحكام القانون المدني أو مجلة الأحكام العدلية المطبقة في دولة فلسطين، باعتبار أن عقود العمل الخاضعة للقانون المدني وإن تغير فيها شخص صاحب العمل لا يعتبر في حد ذاته سبباً أجنبياً، أي لا يترتب على التصرف في الشركة انتهاء عقود العمل بقوة القانون. ورغم ذلك فإن عدم انقضاء عقود العمل، لا يعني انتقال العقود بقوة القانون إلى المتصرف إليه (المالك الجديد)، إلا إذا كان عالماً بها أو من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه.⁽¹³⁵⁾

وقد اتخذ قانون العمل الفلسطيني موقفاً مغايراً لموقف التقنينات المدنية شأنه في ذلك شأن قوانين العمل العربية، حيث نصت المادة (37) منه على الآتي: « يبقى عقد العمل نافذاً حتى لو تغير صاحب العمل بسبب نقل ملكية المشروع أو بيعه أو اندماجه أو انتقاله بطريق الإرث ويظل صاحب العمل الأصلي والجديد مسؤولين بالتضامن مدة ستة أشهر عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد ومستحقة الأداء قبل تاريخ التغيير، وبعد انقضاء الستة أشهر يتحمل صاحب العمل الجديد المسؤولية وحده». ⁽¹³⁶⁾

يبين من هذا النص أنه لا أهمية للسبب الذي انتقلت بموجبه المنشأة (الشركة)، كالبيع أو الهبة أو تصرفاً صادراً بإرادة منفردة كالوصية أو الإرث أو الاندماج، فإذا ثبت انتقال الشركة، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود العمل المبرمة مع مالك الشركة القديم، تنتقل إلى المالك الجديد (صاحب العمل الجديد). إلا أن النص المشار إليه حدد مسؤولية صاحب العمل الأصلي والجديد بحيث جعل مسؤوليتها تضامنية مدة ستة أشهر عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد ومستحقة الأداء قبل تاريخ التغيير، وبعد انقضاء هذه المدة تصبح هذه الالتزامات على عاتق صاحب العمل الجديد.

135. بهذا المعنى انظر د. حسام الدين الاهواني: شرح قانون العمل (علاقات العمل الفردية) - دار النهضة العربية / القاهرة - الطبعة الرابعة - 2020 ص 679 ود. محمد لبيب شنب: شرح أحكام قانون العمل - تنقيح الاستاذ وائل بندق - الطبعة السادسة - 2010 ص 592 وما بعدها.

136. تقابل المادة (16) من قانون العمل الأردني والمادة (9) من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003.

ثالثاً: الإنهاء غير المشروع لعقد العمل من قبل صاحب العمل:

في حالة إنهاء العمل بشكل غير مبرر، بعد أن نص قانون العمل الفلسطيني على الحالات الخاصة التي أجاز فيها لصاحب العمل إنهاء عقد العمل دون اشعار في المادة (40) منه، نجد أن القانون وفي المادة (3/ 46) نص على أن: «يعتبر تعسفياً إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك»، في حين نصت الفقرة (1) من المادة ذاتها على أنه: «يجوز لأي من طرفي عقد العمل غير محدد المدة إنهائه بمقتضى إشعار يرسل بعلم الوصول...»، كما نصت المادة (40) على الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة، كما المحنا سابقاً والمادة (38) التي بموجبها لا ينتهي عقد العمل في حالة صدور قرار إداري أو قضائي بإغلاق المنشأة أو بإيقاف نشاطها وكذلك المادة (39) المتعلقة بالانخراط بالعمل النقابي أو إقدام العامل على رفع قضية أو مشاركته في إجراءات ضد صاحب العمل.

ونخلص من مراجعة هذه النصوص، أن المشرع الفلسطيني وضع معياراً محدداً للفصل التعسفي، يتمثل في أن كل إنهاء يقوم به صاحب العمل للعقد يكون فصلاً تعسفياً إذا تم بدون إشعار، من غير الحالات المنصوص عليها في المادة (40) من القانون بالنسبة للعقد غير محدد المدة، أما بالنسبة للعقد محدد المدة فأياً إنهاء للعقد من قبل صاحب العمل قبل انتهاء مدته يكون فصلاً تعسفياً⁽¹³⁷⁾، وقد نص القانون على ثلاث استثناءات اعتبر فيها إنهاء صاحب العمل للعقد فصلاً تعسفياً حتى لو تم الانهاء بإشعار، سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة، وهي الحالات التي نصت عليها المادة (39) من القانون التي جاء فيها: «لا يمكن اعتبار الحالات التالية بوجه الخصوص من الأسباب الحقيقية التي تبرر إنهاء العمل من قبل صاحب العمل:

1. الانخراط النقابي أو المشاركة في أنشطة نقابية خارج أوقات العمل أو أثناء العمل إذا كان

ذلك بموافقة صاحب العمل.

2. إقدام العامل على طلب ممارسة نيابة تمثيلية عن العمال أو كونه يمارس هذه النيابة حالياً أو

مارسها في الماضي.

137. د. احمد ابو شنب: شرح قانون العمل - دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - الطبعة الاولى / الاصدار الرابع

3. إقدام العامل على رفع قضية أو مشاركته في إجراءات ضد صاحب العمل بادعاء خرق القانون وكذلك تقديمه لشكوى أمام الهيئات الإدارية المختصة⁽¹³⁸⁾. وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز الأردنية في ظل قانون العمل الملغى⁽¹³⁹⁾، حيث انتهت إلى أن كل إنهاء لعقد العمل خارج المادتين (16/ب) و (17) المقابلتين للمادتين (23/أ) و (28) من قانون الحالي الساري المفعول يعتبر فصلاً تعسفياً⁽¹⁴⁰⁾.

رابعاً: مدى احتفاظ العامل بحقوقه في ظل انتقال الشركة إلى مالك جديد: القاعدة أن تشريعات العمل المقارنة اعتبرت انتقال ملكية المشروع إلى مالك جديد لا يؤدي إلى إنهاء عقد العمل، ومنها قانون العمل الفلسطيني، حيث أشار صراحة إلى أن تغيير ملكية المشروع أو بيعه أو اندماجه أو انتقاله بالإرث لا يؤثر على بقاء عقد العمل نافذاً⁽¹⁴¹⁾ ومن نافلة القول أن إنهاء عقد العقد يختلف عن فسخه، فإذا كانت القواعد العامة تقضي بأحقية المتعاقد في طلب الفسخ في العقد الملزم للجانبين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزام ناشئ عنه بعد اعدار المدين، فإن الإنهاء هو حق صاحب العمل في إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة في عقد العمل غير محدد المدة، ودون الحاجة لوجود أي إخلال من جانب العامل بالتزاماته الجوهرية، ولكن ذلك مقيد بضرورة وجود مبرر للإنهاء⁽¹⁴²⁾.

138. قارب المادتين (24 و 27 / أ) من قانون العمل الأردني، وانظر تعليقا على ذلك في الفقه الأردني د. احمد ابو شنب: المرجع السابق - ص 295 وما بعدها، ود. منصور العتوم: شرح قانون العمل - دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - الطبعة الأولى - 2017 - ص 200 وما بعدها، وفي الفقه المصري انظر د. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق - ص 798 وما بعدها، ود. أحمد حسن البرعي: الوسيط في القانون الاجتماعي - دار النهضة العربية / القاهرة - 2003 - ص 870 وما بعدها.

139. قانون العمل رقم 21 لسنة 1960 وتعديلاته.

140. تمييز حقوق رقم (546 / 1994) المنشور في مجلة نقابة المحامين لعام 1995 - ص 1948، وتمييز حقوق رقم (205 / 1994) المنشور في مجلة نقابة المحامين لعام 1994 - ص 1763، وتمييز حقوق رقم (558 / 1993) المنشور في مجلة نقابة المحامين لعام 1994 ص 1682.

141. المادة (37) من قانون العمل الفلسطيني، تقابل المادة (16) من قانون العمل الأردني والمادة (9) من قانون العمل المصري.

142. للمزيد من التفاصيل انظر د. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق - ص 767 وما بعدها، ود. محمد حسين منصور: قانون العمل دار- الجامعة الجديدة/ الاسكندرية - 2011 - ص 395 وما بعدها، ود. سيد محمود رمضان: الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي - دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان - 2010 - ص 409 وما بعدها.

إذن في الحالة التي يتم فيها إنهاء عقد العمل غير محدد المدة من أي واحد من طرفي العقد، فيجب عليه أن يوجه إشعاراً للطرف الآخر بعلم الوصول.⁽¹⁴³⁾ وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد حذا حذو المشرع الأردني في تحديد موعد توجيه الإشعار وذلك قبل شهر واحد من إنهاء العمل، مع فارق وحيد وهو أن المشرع الأردني اعتبر توجيه الإشعار قبل الإنهاء بشهر واحد على الأقل، وهذا ما أغفله المشرع الفلسطيني حيث لم يضيف عبارة (على الأقل) بعد مدة الشهر. في حين ذهب المشرع المصري في المادة (111) من قانون العمل إلى تحديد المدة بمدة الخدمة المتصلة للعامل لدى صاحب العمل هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، نجد أن المشرع الفلسطيني جعل المسؤولية تضامنية بين صاحب العمل الأصلي -السابق- وصاحب العمل الجديد مدة ستة أشهر عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد ومستحقة الأداء قبل تاريخ تغيير صاحب العمل، وهو ما جرى قضاء محكمة التمييز الأردنية.⁽¹⁴⁴⁾ إن البين من النصوص القانونية سالفة الذكر، أن الالتزامات الناجمة عن عقد العمل يترتب عليها في حال ثبوت الإنهاء غير المشروع من قبل صاحب العمل استحقاق العامل لحقوقه المنصوص عليها في قانون العمل، وهي الحقوق التي طالب بها المدعي في دعواه.

خامساً: ما جاء في حكم محكمة النقض:

جاء في الحكم محل التعليق، وفي الفقرة التي تسبق منطوق الحكم ما يلي: «ولما كان الطاعن (المدعي) وفي البند الأول (من لائحة الدعوى) قد ادعى أنه عمل لدى المدعى عليها وتحت إشرافها ومسؤوليتها منذ 2011/6/5 وحتى أواخر عام 2016 كمدير قسم التسويق والمبيعات في الشركة، ولما كان الثابت في الأوراق أن الشركة المطعون ضدها قد تم بيعها وتسجيلها باسم المالك الجديد

143. المادة (46/1) من قانون العمل الفلسطيني وتقابل المادة (23/أ) من قانون العمل الأردني. وقد استقر قضاء محكمة التمييز الأردنية على وجوب توجيه الإشعار قبل إنهاء عقد العمل انظر تمييز حقوق رقم (1158/2004) هيئة عامة تاريخ 13/1/2005 وتمييز حقوق رقم (1737/2001) هيئة عامة تاريخ 17/10/2001 وتمييز حقوق رقم (1489/2001) هيئة عامة تاريخ 23/7/2001 وتمييز حقوق رقم (9232/2022) تاريخ 28/5/2023 وتمييز حقوق رقم (8839/2022) تاريخ 18/5/2023 وتمييز حقوق رقم (7276/2022) تاريخ 10/5/2023.

144. تمييز حقوق رقم (1564/2023) هيئة عامة تاريخ 21/5/2023 وتمييز حقوق رقم (8668/2022) تاريخ 14/5/2023 وتمييز حقوق رقم (9215/2023) تاريخ 10/5/2023.

بتاريخ 2017 / 7 / 3، الأمر الذي يتبين منه أن بداية عمل الطاعن وانتهاء عمله في أواخر عام 2016 كان في ظل ملكية الشركة للمالك القديم، وبالتالي فإن أية حقوق يدعيها تعود على المالك السابق مالك الشركة الذي عمل لديه وأنهى عمله وفق ادعائه قبل انتقال الشركة للمالك الجديد، فإن خاصمة الشركة بحلتها الجديدة لا يقوم على أساس من الواقع والقانون، مما يتعين معه رد الطعن». وحيث أن ما جاء في حكم النقض جاء مبتسرا، لم يشتمل على أسباب الادعاء التي تقدم بها الطاعن لدى محكمة أول درجة، واكتفي بالإشارة إلى منطوق الحكم الذي قضت فيه برد دعوى المدعي، دون بيان الوقائع التي استند إليها في دعواه، و/ أو الإشارة إلى الأسباب التي استند إليها حكم محكمة أول درجة، وتضمن أيضا منطوق الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف دون الإشارة إلى أي تفصيلات، حيث قضت استناداً لذلك برد الاستئناف وتأييد الحكم المطعون فيه، بمعزل عن أسباب الطعن الاستئنافي، أو مناقشة بينات الدعوى، فإن ذلك يضعنا أمام عدة فرضيات، نعالجها تباعا.

الفرضية الأولى: ابتداء عقد عمل الطاعن وانتهائه أثناء ملكية المنشأة لصاحبها الأصلي:

وهي فرضية الحكم، بينا فيما سبق أن المشرع الفلسطيني عالج هذه الحالة واعتبر عقد العمل نافذاً ولو تغير صاحب العمل، ويستبين من الحكم أن المدعي أقام دعواه بمواجهة الشركة الجديدة أي المالك الجديد فقط، دون خاصمة الشركة القديمة (المالك الأصلي) وأن القانون اعتبر مسؤولية صاحب الشركة الأصلي وصاحبها الجديد مسؤولية تضامنية مدة ستة أشهر عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد ومستحقة الأداء قبل تاريخ التغيير. في حين اعتبر المسؤولية على صاحب العمل الجديد بعد انقضاء الستة أشهر طبقاً لأحكام المادة (37) من القانون السابق الإشارة إليها.

ومن الملاحظ أن بقاء عقد العمل رغم انتقال ملكية المنشأة (الشركة) وانتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى المالك الجديد يخالف القواعد العامة التي لا تقرر ذلك، منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (207) من القانون المدني الأردني على أنه: «إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».⁽¹⁴⁵⁾

145. تقابل المواد (146) مدني مصري و (147) مدني سوري و (142) مدني عراقي و (202) مدني كويتي و (251) معاملات مدنية إماراتي.

ورغم أن الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد العمل لا تعتبر من مستلزمات المنشأة (الشركة)، فقد قرر قانون العمل انتقال هذه الحقوق والالتزامات إلى المالك الجديد ولو لم يعلم بها. بيد أنه تجدر الإشارة إلى أن قانون العمل الفلسطيني حدد التصرفات التي بموجبها يتغير صاحب العمل في المادة سالفه الذكر، سواء بنقل الملكية أو البيع أو الاندماج أو الانتقال بطريق الإرث، على خلاف ما فعل القانون الأردني الذي أضاف عبارة «أو لأي سبب اخر»، وخلافاً للقانون المصري الذي أضاف عبارة «أو بتصرف من تصرفات الإدارة»، وتفريعاً على ذلك يذهب الفقه إلى أن التصرفات التي وردت في النص الأردني أو المصري إنما جاءت على سبيل التمثيل لا الحصر.⁽¹⁴⁶⁾ وفي ضوء ما تم بيانه يعتبر عقد العمل مع صاحب العمل الجديد مستمراً بقوة القانون،⁽¹⁴⁷⁾ أي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه بحجة انقضاء العقد بانتقال ملكية المنشأة أو المشروع، الأمر الذي يثير التساؤل عما إذا كانت التصرفات الواردة في نص قانون العمل الفلسطيني قد حددت هذه التصرفات على سبيل الحصر.

وذهب الفقه إلى أن المقصود بالتصرفات الأخرى إلى اتجاهين:⁽¹⁴⁸⁾

- الاتجاه الأول: يرى ضرورة وجود رابطة قانونية بين أصحاب العمل المتتابعين.
- الاتجاه الثاني: يرى أن العبرة باستمرار نشاط المنشأة بصرف النظر عن وجود رابطة قانونية بين صاحب العمل السابق وصاحب العمل الحالي.

وحيث ثبت لمحكمة النقض أن المدعي عمل لدى الشركة في ظل ملكيتها من قبل صاحب العمل القديم وانتهى عمله أثناء ملكيتها لها، أي قبل انتقال ملكيتها للمالك الجديد، فإن الحقوق التي يطالب بها تعود على المالك الأصلي، سيما وأنه تم بيع المنشأة أو الشركة بتاريخ 3/7/2017 أي أن مدة الستة أشهر المنصوص عليها في المادة (37) المذكورة انفا قد انتهت. ولم يرد في الأوراق ما يشير إلى أن المدعي قد عمل لدى الشركة بعد انتقالها إلى المالك الجديد. مما يجعل من مخاصمته للشركة

146. د. احمد حسن البرعي: المرجع السابق - ص 751 .

147. المستشار أحمد شوقي المليجي: الوسيط التشريعات الاجتماعية - طبعه 2 - 1984 - ص 114 ود. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق - ص 686 ود. فاطمه الرزاز: استقرار علاقات العمل في قانون العمل الجديد- دار النهضة العربية / القاهرة - 2004 - ص 61.

148. لمزيد من التفاصيل انظر د. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق - ص 683 وما بعدها ود. محمد لبيب شنب: المرجع السابق - ص 595 وما بعدها.

في ظل وضعها الجديد لا يتفق وحكم القانون، وحسب هذه الفرضية، فإن ما انتهت إليه محكمة النقض يتفق مع نصوص قانون العمل الفلسطيني.

الفرضية الثانية: استمرار عقد العمل الذي بدا لدى صاحب المنشأة الأول وانتهى في ظل صاحبها الجديد بعد انتقالها له بالبيع:

في ظل هذه الفرضية فإنه يترتب على استمرار عقد العمل مع المالك الجديد للمنشأة أن تحتسب مدة خدمة العامل متصلة من وقت التحاقه بالعمل لدى صاحب العمل الأصلي مع ما يتبع ذلك من نتائج، فيما يتعلق بمدة الإجازة المستحقة ومقدار مكافأة نهاية الخدمة الواجبة للعامل.⁽¹⁴⁹⁾ ويذهب الفقه إلى أنه إذا أنهى صاحب العمل السابق عقد العمل دون مبرر فإنه هو الذي يلتزم بتعويض العامل دون صاحب العمل الجديد.⁽¹⁵⁰⁾

وأن استمرار العقد مع صاحب العمل الجديد لا يعني براءة ذمة صاحب العمل القديم من الحقوق والالتزامات التي نشأت في ذمته قبل انتقال المنشأة، بل يبقى مسؤولاً عنها بالتضامن مع صاحب العمل الجديد وفق ما يقرره صراحة النص. ويترتب على ذلك أن من حق العامل الذي انتقل عقده إلى المالك الجديد مطالبة هذا المالك بتنفيذ التزامات المالك القديم، فإذا وفي المالك الجديد بالديون السابقة على انتقال ملكية المنشأة إليه أن يرجع بما أوفاه على صاحب العمل القديم، باعتبار أن صاحب العمل القديم هو صاحب المصلحة في الدين طبقاً لأحكام المادة (440) من القانون المدني الأردني، والتي جاء فيها: «إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة بالدين فهو الذي يتحمل الدين كله قبل الباقيين».⁽¹⁵¹⁾

ويذهب الفقه إلى أنه يحق للعامل أن يطالب المالك القديم والمالك الجديد معاً أو مطالبة أي منهما طبقاً للقواعد العامة في التضامن بين المدينين⁽¹⁵²⁾. أن ما جاء في حكم محكمته النقض من أن المالك

149. د. حسن كيره: أصول قانون العمل - الإسكندرية - 1977 - ص 687.

150. د. اسماعيل غانم: قانون العمل - القاهرة - 1961 - ص 417 ود. محمد ليبب شنب: المرجع السابق - ص 596.

151. تقابل المواد (299) مدني مصري و (299) مدني سوري و (355/2) مدني عراقي و (360) مدني كويتي وقارب المادة (464) معاملات مدنية إماراتي.

152. د. اسماعيل غانم: المرجع السابق - ص 417 ود. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق - ص 688. وقارب المستشار احمد شوقي المليجي: الوسيط المرجع السابق - ص 114.

القديم باع منشأته إلى المالك الجديد وقام بتسجيلها بتاريخ 3/7/2017، يثير تساؤلاً على درجة عالية من الأهمية وهو هل تم البيع الفعلي للمالك الجديد قبل تسجيل البيع رسمياً لدى الجهات المختصة واستمر العامل على رأس عمله؟ إن هذا التساؤل يثير موضوع السلطة التقديرية التي تتمتع بها محكمة الموضوع فيما إذا كان ما توصلت إليه يتفق وواقع البيّنات المقدمة في الدعوى، أم أنها بنت حكمها على وقائع تخالف عما هو ثابت بهذه البيّنات! فإذا صح هذا التساؤل فإن استمرار عقد العمل وفق تفسير قواعد قانون العمل التي ينظر إليها البعض على أنها مقررة لصالح العمال.⁽¹⁵³⁾ في حين ينظر إليها البعض الآخر على أنها مقررة للمصالح العام لضمان استمرار نشاط المنشأة الاقتصادية.⁽¹⁵⁴⁾ ورتب الفقه على استمرار عقد العمل نتائج كثيرة، كتعلقها بالنظام العام واستمرار المنشأة في مباشرة نشاطها السابق دون تغيير، إلخ.⁽¹⁵⁵⁾

وإذا كان الأمر كذلك، أي أن الطاعن استمر في عمله رغم انتقال الشركة من المالك القديم إلى المالك الجديد ومارس عمله لدى المنشأة الجديدة في حلتها الجديدة قبل انتقالها رسمياً إلى المالك الجديد، وقبل انقضاء مدة الستة أشهر وفق صريح النص، فإن مقتضى ذلك أن دعوى الطاعن أسست تأسيساً صحيحاً، وكان على محكمة الموضوع تبعاً لذلك ووفقاً لأصلاحياتها بمقتضى المادتين (97/4) و (98/3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 وتعديله بالقانون رقم 5 لسنة 2005، رغم أنها غير صريحة بأن لمحكمة الموضوع الحق بإدخال خصم في الدعوى، حيث أن مثل هذا الإدخال تقتضيه مصلحة العدالة، وهو ما قرره المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته، حيث نصت المادة (3/114) منه على أن: «للمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تقرر إدخال:

أ. من كان مختصماً في الدعوى في مرحلة سابقة.

ب. من كان تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة.

153. د. اسماعيل غانم: المرجع السابق - ص 414 و 415 ود. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق - ص 682 وما بعدها.

154. د. حلمي مراد: شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية - 1962 - ص 385 ود. علي العريف: شرح قانون العمل - 1963 - ص 462 ود. حسن كيره: المرجع السابق - ص 683 ود. محمد لبيب شنب: المرجع السابق - ص 595.

155. انظر تفاصيل هذه النتائج لدى د. أحمد حسن البرعي: المرجع السابق - ص 752 وما بعدها.

- ج. من كان وارث المدعي أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوع إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشيوع.
- د. من قد يضار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها إذا بدت للمحكمة دلائل جديدة على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم.⁽¹⁵⁶⁾
- وحيث أن تفاصيل هذه الفرضية غير واضحة في الحكم محل التعليق فإنه وعلى فرض ثبوتها تكون محكمة النقض قد جانبت الصواب فيما انتهت إليه.
- الفرضية الثالثة: إبرام الطاعن لعقد عمل جديد مع مالك المنشأة الجديد بعد مرور ستة أشهر على انتهاء عمله لدى صاحب المنشأة الأصلي:
- قلنا فيما سبق أن المادة (37) من قانون العمل الفلسطيني اعتبرت مسؤولية صاحب العمل الأصلي القديم والجديد مسؤولين بالتضامن مدة ستة أشهر، ومن الواضح أن الحكم أشار إلى أن الطاعن قد انتهى عمله في أواخر عام 2016 دون تحديد التاريخ تماماً، ودون بيان فيما إذا كان البيع الفعلي للمنشأة قد تم قبل تاريخ تسجيلها بتاريخ 3/7/2017، ودون الإشارة أيضاً إلى أن الطاعن قد استمر بعمله لدى صاحب العمل الجديد أو أنه عمل لديه بموجب عقد جديد.
- السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو لماذا أقام الطاعن الدعوى بمواجهة صاحب العمل الجديد ما دام لا يوجد رابطة قانونية بينه وبين صاحب العمل الجديد؟ وعلى أي حال إذا صحت هذه الفرضية وبقي العامل يعمل بموجب عقد جديد مع صاحب المنشأة الجديد وتم إنهاء عمله وترتبت له حقوق في ذمة صاحب المنشأة الجديد فتكون دعواه موجهة إلى خصم حقيقي رغم استحقاقه لحقوق أخرى لدى صاحب المنشأة القديم، ومن ثم تكون ما ذهبت إليه محكمة النقض قد جانب الصواب. ويعزز هذه الفرضية ما جاء في حكم النقض من أن المدعي حسب ادعائه عمل لدى المدعى عليها (بحللتها الجديدة) كمدير قسم التسويق والمبيعات فيها.

156. وجاء هذا النص مطابقاً لنص المادة (152/1) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري وتقابلها المادة (118) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري التي تنص على أن: «للمحكمة ولو من تلقاء نفسه أن تأمر بإدخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة» وانظر تعليقا على هذا النص لدى المحامي محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه / المجلد الأول - ط أربعة / طبعة نادي القضاة - 2021 - ص 856 وما بعدها.

وخلاصة القول، أن قاعدة استمرار العقود لا تسري إلا على العقود القائمة وقت انتقال المنشأة، ولا شأن لصاحب العمل الجديد بالعقود التي انتهت قبل ذلك. فإذا أنهى صاحب العمل القديم العقد دون مبرر فإن صاحب العمل القديم فقط هو الذي يلتزم بالتعويض دون صاحب العمل الجديد، لأن العقد ينتهي بالرغم من الإنهاء التعسفي، بمعنى أن العقد ينتهي قبل انتقال المنشأة إلى مالكها الجديد. أما استمرار العقد مع صاحب العمل الجديد لا يعني براءة ذمة صاحب العمل القديم من الالتزامات التي نشأت في ذمته قبل انتقال المنشأة، بل أنه يظل مسؤولاً عنها بالتضامن مع صاحب العمل الجديد وفق صريح النص المشار إليه أعلاه.

نقض 313 / 2021 «نقض جزاء»

نقض 341 / 2021 «نقض جزاء»



نقض جزاء
رقم: ٢٠٢١/٣١٣
نقض جزاء
رقم: ٢٠٢١/٣٤١

دولة فلسطين
السلطة القضائية
المحكمة العليا / محكمة النقض
"الحكم"

الصادر عن المحكمة العليا / محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني
الهيئة الحاكمة برئاسة السيد القاضي خليل الصياد
وعضوية السادة القضاة: عماد مسوده ، سائد الحمد الله ، كفاح الشولي ، عوني البربراي

الطعن الأول رقم ٢٠٢١/٣١٣

الطاعن : ظاهر وضاح احمد شواهنة - كفر ثلث
وكيله المحامي : عمرو شواهنة - قلقيلية

المطعون ضده : الحق العام

الطعن الثاني رقم ٢٠٢١/٣٤١

الطاعن : الحق العام / النيابة العامة
المطعون ضده : ظاهر وضاح احمد شواهنة - كفر ثلث
وكيله المحامي : عمرو شواهنة - قلقيلية

الإجراءات

- قدم في هذه القضية طعنان الأول من المحكوم عليه ظاهر وضاح سجل تحت الرقم ٢٠٢١/٣١٣ والثاني من النيابة العامة سجل تحت الرقم ٢٠٢١/٣٤١ وذلك لنقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف نابلس بتاريخ ٢٠٢١/٩/٣٠ في القضية الاستئنافية الجزائية رقم ٢٠٢١/٢٦٧ المتضمن الحكم بقبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف وتعديل وصف التهمة المسندة للمتهم لتصبح التخابر مع العدو خلافاً لاحكام المادة ٢/١١٨ من قانون العقوبات وادانته بهذه التهمة وبوصفها المعدل ووضعه بالاشغال الشاقة المؤقتة مدة خمس سنوات ، ونظراً لظروف الملف وسنة وقت ارتكاب الفعل وظروف

الكاتب
ع.ع. كمار



نقض جزاء
رقم: ٢٠٢١/٣١٣
نقض جزاء
رقم: ٢٠٢١/٣٤١

الدعوى تخفيف العقوبة لتصبح وضعه بالاشغال الشاقة المؤقتة مدة سنتين ونصف محسوبة له مدة التوقيف .

- ويتلخص سبب الطعن الأول رقم ٢٠٢١/٣١٣ بتخنة محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه بالاستناد الى اقوال مجردة من أي دليل تقدمت بها النيابة العامة ، واستناداً الى افادة الطاعن التحقيقية لدى جهاز المخابرات العامة التي تم استبعادها من محكمة الدرجة الأولى...

- لهذا السبب يطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية ، وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه والتأكيد على اعلان براءته من التهمة المنسوبة اليه ووقف تنفيذ العقوبة .

- بتاريخ ٢٠٢١/١٠/٣١ قدمت النيابة العامة مطالعة خطية طلبت بنتيجتها رد الطعن شكلاً وموضوعاً.

ويتلخص سببا الطعن الثاني رقم ٢٠٢١/٣٤١ بما يلي :-

١- الحكم المطعون فيه مخالف للقانون وذلك نظراً للتناقضات والاطفاء الواردة في الفقرة الحكمية

الخاصة بالادانة من خلال ورود عبارة... بدلالة المادة ١١٢ من قانون العقوبات وكذلك ورود

عبارة ادانة المتهم بتهمة التخابر مع العدو خلافاً لاحكام المادة ٢/١١٨ من قانون العقوبات...

٢- ان منح المطعون ضده الأسباب المخففة التقديرية جاء مخالفاً لاحكام المادة ١٠٠ من قانون

العقوبات...

- لهذين السببين تطلب النيابة العامة قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية ، وفي الموضوع

نقض الحكم المطعون فيه وإصدار الحكم المتفق مع القانون والأصول .

المحكمة

- بعد التدقيق والمداولة قانوناً نجد ان الطعنين مقدمان ضمن المدة القانونية فنقرر قبولهما شكلاً.

- وفي الموضوع وعن أسباب الطعنين

- وبالنسبة لما جاء بسبب الطعن الأول رقم ٢٠٢١/٣١٣

- وفيما يتعلق بافادة المتهم التحقيقية لدى جهاز المخابرات العامة بتاريخ ٢٠١٩/٧/١٥ المبرز ن/٢ ،

نجد ان الشاهد جهاد صبحي من مرتب جهاز المخابرات العامة قام بضبط تلك الإفادة وهو من ضمن

الرئيس

الكاتب
ع.ع. عمار



نقض جزاء
رقم: ٢٠٢١/٣١٣
نقض جزاء
رقم: ٢٠٢١/٣٤١

افراد الضابطة القضائية التي عددهم المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية على اعتبار ان قانون المخابرات العامة قد اعطى جهاز المخابرات العامة في المادة ١٢ منه صفة الضابطة القضائية .

- وفي هذا الخصوص نجد انه تقبل الإفادة التي يؤديها المتهم في غير حضور وكيل النيابة العامة ويعترف فيها بارتكابه جرمًا اذا قدمت النيابة العامة بينة على الظروف التي ادبت فيها واقتنعت المحكمة بأن المتهم اداها طوعاً واختياراً ، وبذلك فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف وبوصفها محكمة موضوع الاستناد في تكوين قناعتها على افادة المتهم التحقيقية الذي ادلى بها امام محقق جهاز المخابرات العامة المبرزه لدى المحكمة طالما قدمت النيابة العامة البينة على الظروف التي ادبت فيها واقتنعت بأن المتهم اداها بطوعه واختياره ، فهي بينه مقبولة في الاثبات طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٢٧ من قانون الإجراءات الجزائية وبذلك فإن استناد محكمة الاستئناف الى افادة المتهم التحقيقية لبناء حكم عليه لا يخالف القانون وذلك للأسباب والعلل الواردة في مضمون الحكم المطعون فيه .

- ومن حيث التطبيقات القانونية وبالرجوع الى واقعة الدعوى كما هي وارده في الحكم المطعون فيه المستخلصه من خلال اعتراف المتهم في افادته التحقيقية المبرز ن/٢ نجد ان الأفعال التي اقدم عليها المتهم المحكوم عليه لا تشكل اركان وعناصر جنائية الخيانة بالمعنى المنصوص عليه في المادة ١١٢ من قانون العقوبات كما هو وارد في اسناد النيابة العامة وانما تشكل بالتطبيق القانوني السليم اركان وعناصر الجنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١١٨ من قانون العقوبات ، وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض المنعقدة ببيتئتها العامة بالحكم رقم ٢٠١٠/٦٦ مما يستوجب تعديل وصف التهمة وادانته بالتهمة المسندة اليه وبوصفها المعدل والحكم عليه بالعقوبة المقرره لها قانوناً .

وبذلك ، فإن هذا السبب لا يرد على الحكم المطعون فيه مما يستوجب رده .

- اما بالنسبة لسببي الطعن الثاني رقم ٢٠٢١/٣٤١

- وبالنسبة لما جاء بالسبب الأول

- نجد ان ما ورد في منطوق الحكم من عبارات

(بدلالة المادة ١١٢ ، المادة ٢/١٨٨ ، الاشغال الشاقة المؤقتة)

الرئيس

الكاتب
ع.ق. عمار



نقض جزاء

رقم: ٢٠٢١/٣١٣

نقض جزاء

رقم: ٢٠٢١/٣٤١

هي عبارته عن أخطاء مادية بحثه لا يترتب عليها البطلان حيث انه اذا وقع خطأ مادي في الحكم لا يترتب عليه البطلان تتولى المحكمة التي أصدرته تصحيحه من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٨٣ من قانون الإجراءات الجزائية مما يتعين الالتفات عن هذا السبب .

- ومن ناحية ثانية نجد ان محكمة الاستئناف وفي منطوق حكمها المطعون فيه قررت قبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف وتعديل وصف التهمة المسندة للمستأنف ضده ظاهر لتصبح التخابر مع العدو خلافاً لأحكام المادة ٢/١١٨ من قانون العقوبات وادانته بهذه التهمة وبوصفها المعدل والحكم عليه بالعقوبة المقررة لها قانوناً مخالفةً بذلك احكام المادتين ٢٧٥ ، ٣٣٣ من قانون الإجراءات الجزائية مما يتعين نقض الحكم المطعون فيه من هذه الناحية.

- اما بالنسبة لما جاء بالسبب الثاني

- نجد ان البند الثالث من المادة ١٠٠ من قانون العقوبات اوجبت ان يكون الحكم المانح للأسباب المخففة التقديرية معللاً تعليلاً وافياً سواء في الجنايات او الجنح ، وان تطبيق هذا النص يجعل تعليلاً الحكم من هذه الناحية خاضعاً لرقابة محكمتنا رقابة قانونية تتولاها بما لها من صلاحية بمقتضى البند الخامس من المادة ٣٥١ من قانون الإجراءات الجزائية التي تخولها نقض الحكم ان خالف القانون ، ومعلوم ان خلو الحكم من التعليل الوافي يجعله مستوجباً للنقض ونجد ان التعليل المانح للأسباب المخففة التقديرية هو تعليل غير سائغ وغير وافي ولم يكن موافقاً للأصول وغير مقبول قانوناً لمخالفته احكام المادة ٣/١٠٠ من قانون العقوبات ، وعليه فإن هذا السبب يرد على الحكم المطعون فيه مما يستوجب نقضه من هذه الناحية ايضاً .

- لهذا كله واستناداً لما تقدم نقرر رد الطعن الأول رقم ٢٠٢١/٣١٣ موضوعاً وقبول الطعن الثاني رقم ٢٠٢١/٣٤١ موضوعاً ونقض الحكم المطعون فيه وإعادة الأورارق لمصدرها محكمة الاستئناف للسير بالدعوى في ضوء ما بيانه ومن ثم اصدار الحكم المقتضى.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٢

الرئيس

الكاتب
عق. محمد

التعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية الصادر بجلسة 2022 / 3 / 2 في الطعين رقمي (313، 341)، لسنة 2021

الدكتور/ محمد عماد النجار
نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية

الوقائع والإجراءات

اتهمت النيابة العامة الفلسطينية الطاعن الأول في الجناية رقم 125 لسنة 2019، بتهمة التخابر مع العدو الإسرائيلي، لقيامه بإبلاغ ضابط المخابرات الإسرائيلية عن حيازة أحد المواطنين أسلحة، وطلبت عقابه بالمادة (112) من قانون العقوبات الأردني الصادر بالقانون رقم 16 لسنة 1961. وإذ قُدم إلى المحاكمة الجنائية أمام محكمة البداية، فقضت بجلسة 2020 / 10 / 27، ببراءته مما نسب إليه، وأقامت قضاءها على سند من افتقار الأوراق إلى دليل صحيح على الإدانة، وردت إفادة المتهم التي أدلى بها بتاريخ 2019 / 7 / 15، أمام ضابط المخابرات بعد اعتقاله مدة أسبوع، اعترف في ختامه بإبلاغ السلطات الإسرائيلية عن حيازة أحد المواطنين لأسلحة. وقد استند حكم البداية في ذلك إلى عدم اطمئنانها إلى اعتراف الطاعن أمام المخابرات بعد حبسه مدة أسبوع، وإلى مسارعته بإنكار مضمون الإفادة عند عرضه على النيابة العامة، وتعليل صدورها عنها أثناء اعتقاله، بأنها كانت تحت تأثير الإكراه لتعريضه للتعذيب مدة سبعة أيام أثناء اعتقاله لدى المخابرات الأمر الذي أجبره على التوقيع عليها دون رضا حر. ودعمت قضاءها بما شهد به مسجون معه من أنه كان يستدعى للتحقيق عدة مرات كل يوم من أيام اعتقاله، وعند عودته كان يبدو عليه الإرهاق ويقرر له بتعرضه للتعذيب، وإن كان لم يبد عليه آثار إصابة جراء ما ادعاه من تعذيب.

لم ترخص النيابة العامة هذا القضاء، فطعن عليه أمام محكمة استئناف نابلس، بالاستئناف رقم 267 لسنة 2021، وبجلسة 2021 / 9 / 30، قضت تلك المحكمة الاستئنافية بإلغاء حكم البداية، والقضاء مجدداً بإدانة المتهم عن جريمة التخابر مع العدو استناداً إلى نص المادة (118) من قانون العقوبات الأردني بدلالة نص المادة (112) من القانون ذاته، خلافاً لنص المادة 2 / 188 من قانون العقوبات. ومعاقبته بالأشغال الشاقة مدة خمس سنوات، واستعمال الرأفة معه بتخفيض العقوبة مدة

ستين ونصف، مستندة في ذلك، إلى صغر سن المحكوم عليه وقت ارتكاب الفعل، وظروف الواقعة. لم يرتض الطاعن الأول هذا الحكم، فطعن عليه بالنقض، وطلب إلغاء الحكم الاستثنائي والقضاء مجدداً ببراءته لابتناء حكم الاستئناف على الإفادة التي وقع عليها تحت تأثير الإكراه أثناء حبسه لدى المخبرات، ولانتفاء أي دليل آخر على إدانته.

كما أقامت النيابة العامة طعنها مستندة إلى خطأ حكم محكمة الاستئناف في تطبيق القانون لعدم تطبيق نص المادة (112) من قانون العقوبات التي قدم بها المتهم، باعتبار أن الواقعة التي ارتكبها تشكل جريمة التخابر مع العدو المؤثمة بهذا النص، ولإعمال نص المادة (118) من قانون العقوبات، من جهة، ومن جهة أخرى، لإعمال قواعد تخفيف العقوبة دون الالتزام بنص المادة (100) من قانون العقوبات.

وبجلسة 2/3/2022، قضت محكمة النقض برد (رفض) الطعن الأول، وقبول الطعن الثاني، وإعادة الأوراق إلى محكمة الاستئناف للفصل فيه على ضوء ما قضت به هذه المحكمة. واستندت في قضائها برفض الطعن الأول لاقتصار اختصاص رقابة محكمة النقض على الأمور القانونية، دون مسائل الواقع، ومن بينها تقدير توفر إكراه المتهم عند إدلائه بإفادته أمام جهة المخبرات، الأمر الذي تستقل بتقديره محاكم الواقع، ومن بينها محكمة الاستئناف طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة، وإذا كانت محكمة الاستئناف ردت ادعاء الإكراه بأسباب تفصيلية حاصلها عدم وجود آثار تعذيب على جسد الطاعن بعد عرضه على ضابط المخبرات، وهو استخلاص يتعلق بالواقع، ولا معقب عليه من محكمة النقض. كما وأيدت محكمة الاستئناف فيما خلصت إليه من اعتبار التكييف الصحيح للفعل المسند إلى الطاعن هو الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (118) من قانون العقوبات، واعتبرت ما ورد بالحكم في منطوقه من الإشارة إلى نصي المادتين رقمي (112، 188) من القانون ذاته من قبيل الخطأ المادي الذي لا يعول عليه.

وأخيراً خلصت المحكمة إلى خطأ حكم محكمة الاستئناف فيما قضى به من إعمال الرأفة في حق المحكوم عليه دون تسبيب. ولمخالفته نصي المادتين رقمي (275، 333) من قانون الإجراءات الجزائية، دون أن تعين وجه الخطأ الذي استند إليه الحكم.⁽¹⁵⁷⁾

157. وهما المتعلقتان بترتيب إجراءات المحاكمة أمام محكمة الجنائية، من وجوب أن تسمع المحكمة أولاً أقوال وكيل النيابة والمدعي بالحق المدني، ثم تسمع أقوال المدان، ومحاميه قبل أن تقضي بالإدانة، والتزامها بعلانية الإجراءات وحضور المتهم أمامها. بيد أن محكمة النقض لم تعين في حكمها وجه مخالفة أي من هذه الأحكام.

التعليق:

سوف نقسم تعليقنا على هذا الحكم إلى ثلاثة مطالب، أولها التكييف القانوني للفعل المسند إلى المتهم، وثانيها: حدود رقابة محكمة النقض على حكم محكمة الموضوع في تقييم البينات المطروحة عليها، وثالثها: المناعي الإجرائية التي نعى بها حكم محكمة النقض على تسبب حكم محكمة الاستئناف.

المطلب الأول: التكييف القانوني للفعل المسند إلى المتهم

الفرع الأول: في التنظيم القانوني لجرائم التخابر

تتعرض الدولة إلى أخطار عدة تهدد أمنها الوطني من جهة الخارج، ويحفل القانون الجنائي بتأثيرها دفعاً لضررها. ويأتي على رأس هذه الجرائم جريمة التخابر، وهي التي تعني في حقيقتها وجوهرها، إفشاء أسرار الوطن التي يسعى إلى إخفائها، ونقلها إلى دولة أو جهة أجنبية. ولا يتصور أن تقوم هذه الجريمة إذا كان النقل لأمر معلوم بالضرورة، أو معلن عنه من الدولة بصورة كاملة، وإنما تقوم عندما يكون الإفشاء لما يعد من أسرار الدولة التي تسعى إلى إخفائها سواء في أصل السر أو في تفصيلاته ودقائقه طالما أن الدولة تسعى إلى إخفائه.

وتتميز هذه النوعية من الجرائم بأن محور التأييم يدور حول اعتبارين:

- أولها أن ينصب التخابر على سر يتعلق بالدولة وليس بأحد أفرادها.

التخابر بحسب الأصل لا يكون إلا على أسرار الدولة⁽¹⁵⁸⁾، سواء أكانت معلومة عسكرية أم مدنية، أو غير ذلك، متى كان لها طابع السر. بمعنى أن تكون الدولة هي التي تملك السر وتسعى إلى إخفائه، ومع ذلك فإن العديد من القوانين تؤثم الاعتداء على أسرار الأشخاص في إطار جرائم التخابر متى كان من شأن إفشائها المساس بمصالح معتبرة تقدرها الدولة، ولكن يبقى ذلك استثناء يتعين النص عليه صراحة بنص خاص ينقل هذا الفعل إلى دائرة التأييم. ومرجع ذلك أن الأصل بإباحة الحصول على سائر المعلومات في المجتمع ونقلها، أما الحظر فهو الاستثناء، ويكون الحظر متعلقاً بجريمة التخابر إذا ارتبطت المعلومة بأسرار الدولة. وقد

158. الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص ص 50 وما يليها.

يتصدى القانون إلى تنظيم عملية الاطلاع على الأسرار المتعلقة بأحد الأفراد في المجتمع - ما لم يرتبط بأسرار الدولة - كما هو الحال في تنظيم صلاحيات الصحفيين في جمع الأخبار غير المتعلقة بأسرار الدولة، فحتى في الأحوال التي يتجاوز الصحفيون صلاحياتهم القانونية، فإن أفعالهم لا يطلق عليها جريمة التجسس طالما لم يتعلق السر بأسرار الدولة وإن وقعت جرائم أخرى. ولهذا نجد المشرع الجنائي إذا ما أراد تأثيم هذا الفعل فإنه يقرنه بقصد خاص، كقصد دفع الدولة الأجنبية للعدوان على الوطن، أو كسر حالة السلم أو الحياد، أو غير ذلك من القصد الخاصة التي تنقل الفعل المباح إلى دائرة التأثيم.

بين الخيانة والتخابر «التجسس»

ويرتبط بجريمة التخابر جريمة أخرى، هي جريمة الخيانة. والحق أن كلتا الجريمتين التخابر والخيانة تتداخلان في أحوال كثيرة، إلا أن البين أن الخيانة لا تكون إلا من مواطن بحسب الأصل، على حين أن التخابر يقع بغض النظر عن جنسية مرتكب الفعل. ومع ذلك، فإن المشرع الأردني في المادة (117) من قانون العقوبات أعطى الأجنبي المقيم في البلاد، وكذلك من له سكن فعلي فيها وصفاً حكماً خلع به عليه صفة المواطن، في مجال عمل الجرائم المنصوص عليها في المواد من (111-116) من قانون العقوبات، لتكون الأفعال الواقعة منهم بمثابة الخيانة. (159)، (160)

- وثانيها: الظرف الزمني الذي يرتكب فيه الفعل

ويقصد به الظرف الزمني الذي يحدد جسامة الفعل، ومثاله؛ ما إذا كان الفعل يرتكب في زمن

159. الأستاذ الدكتور/ عبد المهيم بكر سالم، القسم الخاص، ص 20. وقد أشار سيادته إلى الأستاذ (Morellet)، وكذلك الأستاذ (Colonien) في رسالته عن الجاسوسية في القانون الدولي وقانون العقوبات الفرنسي سنة 1889.

160. الأستاذ الدكتور عبد المهيم بكر سالم المرجع السابق ص 10.، وقد أشار سيادته إلى اختلاف المعايير الفقهية في التمييز بين كلتا الجريمتين، فقد ذهب البعض إلى الاعتداد بالعناصر الموضوعية للركن المادي، فتقوم الخيانة عند تسليم العدو معلومات سرية تتعلق بالوطن، أما التخابر فتقوم على البحث والاستقصاء للحصول على السر دون تسليمه للعدو، بينما اعتد البعض الآخر بمعيار الباعث، ويستند هذا المعيار إلى النية الخاصة بالفاعل، فإذا انضرفت النية إلى تخريض الدول الأجنبية على إعلان الحرب على وطنه فهي جريمة الخيانة، أما إذا لم يتوافر هذا الباعث كانت الجريمة الجاسوسية. وهو ما أخذ به الفانون الفرنسي القديم المعدل المادة 75/2. وقد أشار سيادته إلى الفقيه الفرنسي (Garraud, Droit Penal, P225).

السلم، أم في زمن الحرب، وما إذا كان لصالح دولة محايدة، أم دولة معادية. ذلك أنه ولأن كان الغالب أن سائر أفعال التخابر على أسرار الدولة مؤثمة، إلا أن بعض القوانين تتسامح حال نقل بعض المعلومات السرية في وقت السلم، بيد أن الأصل أن الاعتداء على أسرار الدول يشكل جريمة ولو في وقت السلم، ويلعب هذا الاعتبار الأخير دوراً بارزاً في تحديد خطورة التجريم وجسامة العقوبة، كذلك فإن التخابر لصالح عدو يعد من أهم دواعي التشديد في التشريعات المختلفة. ومرجع ذلك، أن إفشاء أسرار الدولة وقت الحرب أو لصالح عدو يختلف أثره وضرره على الدولة، وإن بقي الفعلان في دائرة التأثيم.

والسلم والعداء وصف يرتبط بأحكام القانون الدولي، فطالما لم تعلن الدولة الحرب على دولة أخرى، أو لم يعلن عليها الحرب من دولة معادية لها، فيكون الأصل هو السلم⁽¹⁶¹⁾ ما لم تعلن الدولة عن القيام بأعمال عدائية⁽¹⁶²⁾، فإذا لم يصدر هذا الإعلان ينتفي وصف الدولة المعادية. وبديهي أنه متى أبرمت الدولة معاهدة سلام مع دولة أخرى فإن ذلك دليل دامغ على انتفاء وصف الدولة المعادية، ويكون الإخلال بهذه المعاهدة عمل غير مشروع⁽¹⁶³⁾ ويأخذ حكم

161. تراجع المادة رقم 26 من الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب الموقعة في لاهاي بتاريخ 18/10/1907. ولقد كان هذا الالتزام هو الأساس القانوني الذي ارتكنت إليه الولايات المتحدة لشن حربها على اليابان لقيامها بالهجوم على ميناء بيرل هاربر الأمريكي وتدمير اسطولها، وقد وقع الهجوم على بيرل هاربر قبل تسليم إعلان الحرب من اليابان إلى الولايات المتحدة. وقد تم النص في الأصل على أن الهجوم يجب ألا يبدأ إلا بعد ثلاثين دقيقة من إبلاغ اليابان للولايات المتحدة بأنها تتسحب من مفاوضات السلام الإضافية، ولكن الهجوم بدأ قبل تسليم الإشعار. أرسلت طوكيو الإشعار المكون من 5000 كلمة - المعروف باسم «الرسالة المكونة من 14 جزءاً» - في قطعتين اثنتين إلى السفارة اليابانية في واشنطن. ومع ذلك، وبسبب الطبيعة السرية للغاية للرسالة، كان لا بد من فك شفرتها وترجمتها وطبعها من قبل كبار مسؤولي السفارة، الذين لم يتمكنوا من القيام بهذه المهام قبل بدء الهجوم على الميناء. ولكن حتى لو كان الأمر كذلك، فقد تمت صياغة الإخطار بحيث لا يتسبب في إعلان الحرب في الواقع ولا بقطع العلاقات الدبلوماسية، لذلك لم يكن إعلاناً مناسباً للحرب كما تتطلب التقاليد الدبلوماسية. (Prange, Gordon W. (1982) At Dawn We Slept: The Untold Story of Pearl Harbor, Dillon. pp.424, 475, 493-94 Staff (December 15, 1941) «The U.S. At War, The Last Stage» Time نسخة محفوظة 2013-08-28 على موقع واي باك مشين.) هذا ومن المتعين الإشارة إلى أن الأصل ألا تلزم هذه المعاهدة إلا الأطراف المنضمة إليها، إلا أن العرف الدولي أسبغ على أحكامها صفة الإلزام.

162. الأستاذ الدكتور محمد سامي عبد الحميد، قانون الحرب، ص 86، البند رقم 18.

163. جرائم الحرب والعقاب عليها، عبد الحميد خميس ص 118 وما يليها، رسالة دكتوراة 1955.

المعاهدة كذلك الاتفاق على وقف الأعمال العدائية، إذ أن هذا الاتفاق من شأنه نفي حالة الحرب إلى أن ينقض. والعبرة في ذلك بتوفر حالة الحرب وقت الفعل، وليس في وقت آخر. والخلاصة فإن وصف الدولة المعادية يكون خاضعاً للموقف السياسي للدولة ومدى التزامها الدولي في علاقتها بالدول الأخرى. ولا يعني ذلك أن حالة الحرب يجب أن تكون ممتدة بالضرورة، بل إن العمليات الحربية الخاصة والمؤقتة ولو كانت موجهة إلى إقليم بعينه في الدولة تجعل الدولة وقت تنفيذها في حالة حرب، وتنتهي بانتهاء هذه العمليات وعودة السلم مرة أخرى. ومن هنا يتحدد وصف فعل التخابر في ظل الحالة التي ارتكب فيها الفعل.

الفرع الثاني

في التنظيم القانوني لجريمتي التخابر والخيانة في التشريع الجنائي الأردني: نظم المشرع الأردني جريمتي التخابر والخيانة ضمن الجرائم التي تقع على أمن الدولة الخارجي في الفصل الأول من الباب الأول من قانون العقوبات، في المواد من (110 وحتى 118) واضعاً خطة حاصلها التمييز بين هذه النوعية من الجرائم استناداً إلى اعتبارين أساسية:

- أولهما: وقت ارتكاب هذه الجريمة: فميز المشرع بين ارتكاب هذه الجرائم أثناء الحرب أو ارتكابها أثناء السلم لصالح دولة محايدة.
- وثانيها: الجرائم المستهدفة الإضرار بالدولة ذاتها، وجرائم التخابر المستهدفة الإضرار بأحد سكانها من المواطنين أو المقيمين، متى كان من شأن هذا الإفشاء تعريض الدولة إلى خرق تدابير الحياد.

ويعد مثلاً واضحاً على جريمة الخيانة ما نصت عليه المادة (110) من معاقبة كل فلسطيني حمل السلاح في صفوف العدو ضد وطنه، أو أقدم على عمل ضد الدولة في زمن الحرب، أو تجند في صفوف جيش العدو، وهي جريمة تندرج ضمن جرائم الخيانة، وتقوم أركان هذه الجريمة ولو لم ينقل الفاعل أية معلومة لجيش العدو. ولقد وضع المشرع في اعتباره عند سن هذه الجريمة أنها ترتكب وقت الحرب، بقصد المساس بالدولة ذاتها.

أما جريمة دس الدسائس لدى دولة أجنبية لدفعها إلى العدوان على الوطن المنصوص عليها في المادة (111) من قانون العقوبات، فهي تجمع بين الخيانة والتخابر، كونها تتضمن نقل معلومات إلى دولة

بقصد حثها على شن حرب على الوطن. ولا شك أن كلمة دسياسة تعني الخبر الذي يستعدي دولة أجنبية على شن الحرب، والأصل في الدسياسة أن تكون بخبر غير صحيح، إلا أن التفسير الصحيح لهذا النص يتسع حتى ولو كان الخبر صحيحاً طالما أن من شأنه تعريض الدولة لاعتداء دولة أجنبية عليها. بيد أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا كان لدى الجاني فضلاً عن القصد العام، قصد خاص برغبته في دفع الدولة التي دس لها إلى الاعتداء على الوطن. فإذا لم يثبت أن كان من غرضه استعداد الدولة الأجنبية على وطنه، فلا تقوم هذه الجريمة. وتفترض هذه الجريمة أن الدولة التي دس إليها لم تكن في حالة حرب مع الوطن وقت فعله.

وقد عالجت المادة (112) الدس لدى عدو قامت الحرب معه بالفعل، ولذلك كان تشديد العقوبة إلى الإعدام، وذلك متى كان قصده قد انصرف إلى العمل على فوز الدولة الأجنبية في الحرب على الوطن. وتمكين دولة أجنبية من الانتصار عليه في الحرب، أو إمدادها بمعلومات تمكنها من ذلك، أو التجنيد في جيوش الأعداء، وهو فعل مستقل يندرج في معنى خيانة الوطن.

كما عاقبت المادة (113) كل مواطن أقدم على الإضرار بأي شيء ذي طابع عسكري أو معد لاستعمال الجيش أو القوات التابعة له. فهنا الضرر المستهدف من هذه الجريمة يعود إلى مصلحة الجيش والقوات المسلحة، وهي مصلحة تنال أحد مؤسسات الدولة التي يقوم عليها بنائها، وليس أحد المواطنين. والأصل أن تتم هذه الجريمة في زمن السلم، ولهذا شدد المشرع العقوبة إذا وقعت الجريمة وقت الحرب.

وفي المادة (114) عاقب المشرع كل مواطن يعمل على اقتطاع قطعة من أرض الوطن، ليضمها إلى دولة أخرى وهي جريمة تدرج ضمن جرائم الخيانة لوقوعها على ذات الدولة كشخص معنوي، وما يرتبط به من حقوق سيادية، ويتسع الركن المادي لهذه الجريمة لسائر الأفعال التي تنطوي على المساهمة في تحقيق هذه النتيجة ولو كان ذلك بنقل معلومات سرية إلى الدولة المعتدية.

وفي المادة (115) عاقب المشرع كل مواطن قدم سكناً أو طعاماً أو لباساً لجنود الأعداء أو جواسيسهم وتفترض هذه الجريمة وقوع الفعل في حالة الحرب.

وفي الفقرة الأولى من المادة (118) عاقب المشرع على خرق التدابير التي تتخذها الدولة للحفاظ على حيادها في الحرب، وهي جريمة تفترض أن الدولة اتخذت تدابيراً تكفل لها عدم انخراطها في حرب هي ليست طرفاً فيها، والمصلحة المحمية هنا هي تدابير الدولة، وليس تدابير الأفراد، بما

مؤداه أن هذا الخرق لهذه التدابير من شأنه أن يورط الدولة في حرب محتملة أو يظهرها بمظهر من لم يلتزم الحياد الحقيقي مع الدول الداخلة في صراع مسلح.

أما مجموعة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (118) من قانون العقوبات، فتتعلق بمن أقدم على أعمال أو كتابات أو خطط تجرّيها الدولة كان من شأنها تعريض الوطن لخطر أعمال عدائية أو انتقامية من قبل دولة أجنبية. وفي هذه الجرائم عدد المشرع ثلاثة بدائل متساوية يقوم بأي منها الجريمة المنصوص عليها في هذه الفقرة، أما الحالة الأولى هي الإقدام على أعمال تعرض الدولة لخطر أعمال عدائية من دولة أجنبية، أو تعكر صلاتها بدولة أجنبية، أو تعرض المواطنين لأعمال تارية تقع عليهم أو على أموالهم. الملاحظ أن المشرع لم يعين الصورة التفصيلية للفعل المكون للركن المادي لهذه الجريمة، وإنما اكتفي بتعيين النتيجة الإجرامية موضع التأثيم، بها يعني استغراق هذه الجريمة لسائر الأفعال التي تتحقق بها هذه النتيجة. وتقوم هذه الصور الثلاث بفعل الإقدام، والإقدام هو البدء في تنفيذ الفعل المحظور، وهو ما يتسع إلى أن يضم التأثيم الشروع والجريمة التامة معاً. وفي جميع هذه الصور لم يتطلب المشرع وقوع ضرر محدد اكتفاءً بالتعرض للخطر.

ففي الحالة الأولى يقوم الركن المادي بكل عمل يعرض الدولة لخطر أعمال عدائية أو تعكير صلاتها بدولة أجنبية، أو يعرض أحد المواطنين لأعمال تارية، دون أن يعين المشرع طبيعة هذه الأعمال، ولم يتطلب المشرع أي صفة في هذا العمل، فيصح أن تقوم الجريمة بأي عمل مادي، ومن ثم يصح أن ترتبط بكشف سر يخص أحد أفرادها أو خطة تعدها الدولة، وإنما اكتفي أن يكون العمل من شأنه تعريض الدولة أو أحد المواطنين لأعمال تارية تقع عليهم أو على أموالهم. ولهذا فإذا كانت هذه الأعمال المعرضة للخطر تخص أحد المواطنين قامت الجريمة بتامها. كما لم يتطلب المشرع أن يتم الضرر كأثر لهذا العمل، بل تتم الجريمة بمجرد التعريض للخطر، أي أن يكون الفعل من شأنه احتمال التعريض للخطر. ولهذا فهي جريمة تدرج ضمن جرائم الخطر، وليست ضمن جرائم الضرر.

وتأخذ الصورة الثانية حكم الصورة الأولى، بيد أنها تقوم بالإقدام على كتابات من شأنها تعرض الدولة أو أحد المواطنين لأعمال تارية تقع عليهم أو على أموالهم. وهذه الصورة كذلك لا تفترض أن الكتابات تخص الحكومة أو الدولة، فالأمر يتسع إلى ما كان منها يخص أحد الأفراد. أما الصورة الثالثة فتتعلق بالإقدام على خطط تجهزها الحكومة، وهنا اكتفي المشرع بالإقدام على

الخطط في طور التجهيز، دون أن تبلغ حد الاكتمال، تمييزاً له عن جرائم الدس المنصوص عليها في المادتين (111، 112) من قانون العقوبات.

إلا أن المشرع عاقب في المادة (124) على إفشاء سر لا يعود إلى الدولة، وإنما تتعلق مصلحة الدولة ببقائه مكتوماً، بحيث يترتب على إفشائه المساس بسلامة الدولة. والفرض هنا أن السر غير المتعلق بالدولة من شأنه المساس بسلامتها. بيد أن المشرع استوجب للعقاب في هذه الجريمة أن يكون الحصول على السر قد تم كأثر للدخول إلى مكان محظور، وبقصد الحصول على وثائق أو معلومات، وفي هذا ما يميز هذه الجريمة عن الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة رقم (118) المار ذكرها، التي تقوم ولو كان الفعل المحظور قد تحصل عليه الفاعل عرضاً ودون محاولة البحث عن سر يخص آحاد الأفراد.

ولهذا فمن المتعين على النيابة العامة في هذه الجريمة أن تتحرى كيفية الحصول على المعلومة، التي تعرض سلامة الدولة للخطر، إذ أن الركن المادي يستوجب التحقق من الدخول بهذا القصد. وقد عاقب المشرع مرتكب هذا الفعل بالأشغال الشاقة المؤقتة

وقد عاقب المشرع كذلك على محاولة الدخول لهذا الغرض، الأمر الذي يستفاد منه أن المشرع ساوى بين الجريمة التامة، وبين الشروع فيها، فتطبق العقوبة ذاتها سواء أوقف الفعل عند الشروع أو أتم الجاني فعله.

وقد شدد المشرع العقوبة إذا كان الدخول إلى المكان المحظور أو الشروع في الدخول بقصد الحصول على أشياء أو وثائق أو معلومات لمنفعة دولة أجنبية، لتصبح العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة.

وإذا شئنا المقارنة بين أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة (112)، والجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (118) من قانون العقوبات، فيمكننا ملاحظة الفروق الجوهرية بين أركان الجريمتين، فالجريمة المنصوص عليها في المادة (112) تفترض ابتداءً قيام الحرب بين الوطن وبين دولة أجنبية، وقد سبق القول بأن حالة الحرب لا تفترض، وإنما لا بد من أن تعلن في مواجهة دولة أخرى، ويصح أن تقوم الحرب حال وجود عمليات عسكرية مؤقتة. كما تتطلب أن يكون فعل الجاني متمثل في دس دسياسة، بمعنى نقل خبر يعين الدولة المحاربة على الانتصار على الوطن، وأن يكون قصده الحقيقي من الفعل تحقيق نصر الدولة الأجنبية على الوطن وهو قصد لا تقوم الجريمة إلا بثبوته على نحو جازم. على حين لا تتطلب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة

(118) هذا القصد الخاص، بل تقوم بتعمد الفاعل إتيان العمل الذي حدده المشرع، والعبرة في ذلك بطبيعة العمل ذاته، دون أن يتطلب المشرع قصد تحقيق نصر العدو على الوطن. وبداية فإن الدسياسة المنصوص عليها في المادة (112) تفترض أن موضع الدسياسة سر يتعلق بالدولة، وليس بأحد الأفراد، فإذا كان موضع السر متعلقاً بأحد الأفراد فلا تقوم هذه الجريمة، ما لم يثبت أنه يجوز السر لحساب الدولة، بحيث يكون السر متصل بالدولة حقيقة، وما حيازة الفرد له إلا للتمويه على مسئولية الدولة عنه، كون الفعل يكشف مسئولية الدولة عن هذا السر وسعيها للتمويه عليه بادعاء نسبته إلى أحد الأفراد. على حين أن الفقرة الثانية من المادة (18) عقوبات، في الصورتين الأولى والثانية لا تشترط أن يتعلق العمل بسر يخص الدولة إنما من شأنه تعريض علاقات الدولة أو تعريض أحد مواطنيها لخطر الانتقام، في نفسه أو ماله.

الفرع الثالث

في تقدير اجتهاد حكم محكمة النقض بشأن تكييف الوصف القانوني للفعل المنسوب للمتهم وفي ضوء الشرح السابق، فإننا نعتقد أن محكمة النقض إذا كانت قد انتهت إلى تكييف الفعل المنسوب للمتهم استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة رقم (118) من قانون العقوبات فإنها تكون قد أصابت صحيح القانون، ذلك أن النيابة العامة لم تستظهر قيام حالة الحرب وقت ارتكاب الفعل، فضلاً عن أن المتهم لم يثبت عليه قصد فوز دولة إسرائيل على وطنه في الحرب -على فرض توافر حالة الحرب وقت الفعل- وكان المتهم لم يكشف عن سر يخص الدولة، وإنما سر يخص آحاد الناس، ولم تثبت أن هذه الأسلحة يتم تحضيرها لحساب الدولة في حربها، وإنما الثابت أن حائز الأسلحة المبلغ عنها فرد يعمل لحسابه الخاص، ولم تقدم النيابة العامة ما يدل على مسئولية الدولة عن إعداد الأسلحة المنسوبة إليه. لما كان ذلك، وكان من شأن الفعل الذي قام به المتهم تعريض أحد المواطنين لأعمال ثأرية من قبل دولة إسرائيل، مع احتمال تعريض الدولة لخطر أعمال عدائية تنال من أمنها وسلامتها، الأمر الذي يكون معه التكييف القانوني الذي أسبغته المحكمة على الفعل -من وجهة نظرنا- يعد صحيحاً. ويكون المبدأ الذي اتخذته محكمة النقض من استبعاد جريمة دس الدسائس لدى العدو ليعاونه على فوز قواته على الدولة قد أصاب صحيح القانون، لانتفاء الدليل في وصف النيابة على وقوع حالة الحرب وقت ارتكاب الجريمة، أو حالة العمليات الحربية المؤقتة وقت ارتكاب الفعل،

وهي مناط تحقق هذه الجريمة. ومن جهة أخرى، لانتفاء أي دليل على أن حيازة الأسلحة كانت لحساب الدولة، بما يستوجب استبعاد هذه الجريمة.

المطلب الثاني:

في حدود رقابة محكمة النقض على حكم محكمة الموضوع في تقييم البينات المطروحة عليها

تنص سائر الدساتير الحديثة على أن الأصل في الإنسان البراءة، بحسبان أن الاتهام هو عارض يناقض أصل البراءة التي جبل الناس عليه، فنصت المادة (14) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه.» وفي تبيان ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية «لكل جريمة ينشئها المشرع أركانها التي لا تقوم بكامل عناصرها إلا إذا أثبتتها سلطة الاتهام من خلال تقديمها لأدلتها والإقناع بها بما يزيل كل شك معقول حولها، ذلك أنها تعتمد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق واقع جديد يناقض افتراض البراءة باعتباره تعبيراً عن الفطرة التي جبل الإنسان عليها، وصار متصلاً بها منذ ميلاده، فلا يزحزحها اتهام، ولا تنقضها إرادة أياً كان وزنها. إنما ينحيتها حكم قضائي تعلق بجريمة بذاتها، وغدا باتا في شأن نسبتها إلى فاعلها، بعد أن قام الدليل جلياً قاطعاً على توافر أركانها التي نص عليها المشرع. فإذا كان الشخص مشتبهاً فيه، فإن معاملته على ضوء هذا الاعتبار وحده بما يجرده من حقوق كفلها الدستور، لا يكون جائزاً.»⁽¹⁶⁴⁾ وقد ترتب على ذلك أن عبء إثبات الجريمة يقع على سلطة الاتهام، فحسب المتهم أن يلوذ بالصمت حتى يستصحب براءته، وعلى سلطة الاتهام إقامة الدليل القاطع على ارتكابه الجريمة وتبيان الأدلة القائمة عليها. وهو عين ما نصت عليه المادة (217) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2001.

بيد أن التزام سلطة التحقيق بإقامة الدليل على ارتكاب المتهم الجريمة يتخفف منه متى اعترف المتهم بارتكاب الجريمة، إذ يصبح أن يقوم حكم الإدانة على الاعتراف، ولو كان هو الدليل الوحيد.

164. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بجلسته 5 / 7 / 1997، في الدعوى رقم 58 لسنة 18 قضائية دستورية ج 8 ص 371.

ولاشك أن اعتراف المتهم على نفسه هو أمر يخالف الطبيعة الإنسانية العادية التي يغلب عليها أن يحاول المتهم نفي التهمة عنه دفعًا لحكم الإدانة والعقوبة. ولقد تحوطت الدساتير الحديثة، والقوانين كذلك عند الأخذ بالاعتراف لإثبات الجريمة، فاشتترطت أن يكون الاعتراف وليد إرادة حرة، وأن يخلو من الإكراه. فنصت الفقرة الأولى من المادة (13) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن «لا يجوز إخضاع أحد لأي إكراه أو تعذيب، ويعامل المتهمون وسائر المحرومين من حرياتهم معاملة لائقة». ثم نصت الفقرة الثانية على الأثر المترتب على ذلك، بأن «يقع باطلا كل قول أو اعتراف صدر بالمخالفة لأحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.» أي صدر وليد إكراه.» مما مؤداه أن عدم جواز التعويل على الاعتراف المتولد عن الإكراه. ويتناغم مع هذا التوجه الدستوري مع ما نصت عليه المادة (273) من قانون الإجراءات الجزائية بالنص على أن 1. تحكم المحكمة في الدعوى حسب قناعتها التي تكونت لديها بكامل حريتها ولا يجوز لها أن تبني حكمها على أي دليل لم يطرح أمامها في الجلسة أو تم التوصل إليه بطريق غير مشروع. 2. كل قول يثبت انه صدر من أحد المتهمين أو الشهود وتحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه. كذلك ما نصت عليه المادتان (214)، (215) من القانون ذاته، إذ نصت أولاها على أن: «يشترط لصحة الاعتراف بما يلي: 1. أن يصدر طواعية واختيارا، ودون ضغط أو إكراه مادي أو معنوي، أو وعد، أو وعيد. 2. أن يتفق الاعتراف مع ظروف الواقعة. 3. أن يكون الاعتراف صريحا قاطعا بارتكاب الجريمة. ثم أوردت المادة (215) بالنص على أن «الاعتراف من طرق الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة.» بما مؤداه أن سلطة الاعتداد بالاعتراف من عدمه هي سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع تقدرها في ظل قناعتها بمصادقية الاعتراف، من جهة، وبصدوره عن إرادة حرة مختارة وغير مكره.

إلا أنه يحدث أن تعجز سلطة الاتهام عن إقامة الدليل على ثبوت الجريمة، وتعتمد إلى اعتراف المتهم بالفعل المجرم، ليضحى الاعتراف هو الدليل الوحيد القائم في مواجهة المتهم. ولا شك أن المشرع يعتد بالاعتراف كدليل صحيح على إقامة الجريمة، إلا أن الصعوبة تثور عندما يصدر الاعتراف أثناء وجود المتهم في أيدي جهات الاستدلال، ثم يعدل عنه بمجرد وصوله إلى سلطة التحقيق، إذ يشكك هذا العدول في مصادقية الاعتراف أمام جهات الاستدلال.

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض في مصر على سلطة محكمة الموضوع في الأخذ باعتراف المتهم الوارد بمحضر البوليس ولو عدل عنه فيما بعد، فقضت محكمة النقض المصرية بأن « لمحكمة

الموضوع دون غيرها البحث في صحة ما يدعيه المتهم من أن الاعتراف المعزول إليه قد انتزع منه بطريق الإكراه ومتى تحققت من أن الاعتراف سليم مما يشوبه واطمأنت إليه كان لها أن تأخذ به بلا معقب عليها، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في منطق سائغ وتدليل مقبول إلى إطراح الدفع ببطلان اعتراف الطاعن لصدوره تحت تأثير الإكراه المادي والمعنوي والوعد والوعيد وأفصح عن اطمئنانه إلى صحة هذا الاعتراف ومطابقتها للحقيقة والواقع الذي استظهر منه باقي عناصر الدعوى، وأدلتها وحصل مضمونه في بيان كاف، فإن ما يثيره الطاعن من مجادلة في هذا الشأن ينحل إلى جدل موضوعي في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة ووزن عناصر الدعوى مما لا يجوز الخوض فيه أمام محكمة النقض.»⁽¹⁶⁵⁾ وأساس هذا القضاء أن المحكمة الجنائية تقيم حكم الإدانة على أساس من اطمئنانها إلى الأدلة المطروحة عليها صحةً وثبوتاً، فهي معنية أولاً بالوقوف على صحة الدليل الذي تعول عليه، وسلامته الإجرائية، ثم قدرته التدليلية على صحة ما خلص إليه. ومن ثم فإن دور محكمة النقض ينحصر في بحث مدى جدية محكمة الموضوع في التعامل مع دافع المتهم التي تشكك في سلامة اعترافه، وصدوره عن إرادة حرة مختارة. فإذا ثبت أن محكمة الموضوع ناقشت بجديّة ما نعي به المتهم على صدور اعترافه تحت تأثير الإكراه ولم تقنع به، ووردت عليه برود سائغة، فلا تثير لمحكمة النقض على هذا القضاء إذ يعد هذا الاستخلاص من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع.

وإذ كان ذلك، وكانت محكمة الاستئناف قد ناقشت مناعي الطاعن على حكم الاستئناف، مفندة لها، ونفت تعرضه للإكراه بأدلة حاصلها شهادة زميله في مجبسه الذي شهد بعدم وجود أي أثار تعذيب

165. نقض جنائي جلسة 1999/12/13، الطعن رقم 18833 لسنة 68 قضائية مجموعة المكتب الفني السنة 50 الجزء 1 ص 661. « محكمة النقض المصرية، كذلك نقض جنائي جلسة 1950-12-11، الطعن رقم 1316 لسنة 20 قضائية، مجموعة المكتب الفني السنة 2 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 342، قضاء مستقر لمحكمة النقض، يراجع على سبيل المثال: نقض جنائي جلسة 2005/12/7، الطعن رقم 50614 لسنة 74 قضائية مجموعة المكتب الفني السنة 56 ص 691، القاعدة 105. «من المقرر أن الاعتراف في المسائل الجنائية من العناصر التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات، وفي الأخذ باعتراف متهم في حق نفسه وفي حق غيره من المتهمين في أي دور من أدوار التحقيق ولو عدل عنه بعد ذلك، ولها دون غيرها البت في صحة ما يدعيه المتهم من أن الاعتراف المعزول إليه قد انتزع منه بطريق الإكراه، ومتى تحققت من أن الاعتراف سليم مما يشوبه واطمأنت إلى مطابقتها للحقيقة والواقع فلها أن تأخذ به بغير معقب عليها في ذلك.

على جسد الطاعن، وأن مزاعمه بتعرضه للتعذيب هي مجرد مزاعم مرسلّة لم تؤيد بأي دليل، ومن ثم يكون حكم الاستئناف -وأياً كان صواب تقديره- قد تعامل بجديّة مع هذا الدفاع، بما يغل سلطة محكمة النقض في التعرض لوقائع الدعوى، ومن ثم يكون حكم النقض قد أصاب الحق فيما خلص إليه من تقدير أن نفي الإكراه من مسائل الواقع التي لا تعمل محكمة النقض رقابتها عليها. ولا يغير من ذلك، أن مؤدى نص المادة (117) من قانون الإجراءات الجنائية التي تحظر على الشرطة التحفظ على المقبوض عليه في جنائية مدة تزيد على أربع وعشرين ساعة يتم بعدها إبلاغ النيابة العامة بذلك فوراً، كون المتهم ظل مقبوضاً عليه من 7 يوليو إلى 15 يوليو سنة 2019، لدى المخبرات، وبعد الحصول على الإفادة منه أفرج عنه وأرسل إلى النيابة، إلا أن حكم الاستئناف رد على ذلك، بأن هذا الاحتجاز لم يؤثر على صدور الإفادة التي عول عليها دون إكراه، وهو استخلاص -أياً كان صحته- قد ورد على واقع لا ينبغي لمحكمة النقض التعرض له.

المطلب الثالث:

المناعي الإجرائية التي نعى بها حكم محكمة النقض على حكم محكمة الاستئناف.

وسوف نقسم هذا المطلب إلى أربعة أفرع، نخصص أولها: إلى مفهوم الخطأ المادي بالحكم. وثانيها: بحث واجب محكمة الموضوع في تسبب استعمال الرأفة. وثالثها: نعرض إلى سلطة محكمة الاستئناف في تشديد العقوبة المقضي بها من محكمة أول درجة، والضمانات الإجرائية اللازمة لذلك. ورابعها: نبحت مدلول تطبيق النصين رقمي (275، و333) من قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ المادي بالحكم.

قضت محكمة الاستئناف بإدانة المتهم طبقاً لنص المادة (118) من قانون العقوبات بدلالة نص المادة (112) من قانون العقوبات، بعد أن استبعدت تطبيق النص الأخير عليه، كما ورد بعبارة النطق بالحكم إدانة المتهم طبقاً لنص المادة (188) من قانون العقوبات، وهي المادة التي تعاقب على الذم والقدح، وهي جريمة ترتكب ضد آحاد الناس، ولا علاقة لها بجرائم التخابر مع العدو، التي دين بها المتهم. وعندما عرض الأمر على محكمة النقض، كيفت -بحق- ما ورد بشأن إيراد هذين النصين باعتباره خطأ مادياً ورد في مدونات الحكم، ومن ثم صححته واعتبرت حكم الإدانة استند إلى نص المادة (118) من قانون

العقوبات وحدها. وقد نصت المادة (283) من قانون الإجراءات الجزائية على قواعد تصحيح الخطأ المادي في الحكم، فأعطت المحكمة مصدرة الحكم على خلاف القواعد العامة الحق في تصحيح حكمها بنفسها، ذلك أن الأصل هو استنفاد المحكمة لسلطتها في الفصل في الدعوى بمجرد قضائها في الموضوع، فيمتنع عليها الاتصال بموضوع الدعوى مرة أخرى. إلا أن تصحيح الخطأ المادي يعتبر استثناء من ذلك، كونه لا يتضمن قضاءً جديداً، وإنما إيضاح وتصحيح لقضاء صدر بالفعل يكشف به عن إرادة الحكم المدونة في أسبابه دون أن يستطيل إلى أي حكم جديد. وإذا كان المشرع قد راعى أن أقدر محكمة على هذا التصحيح هي المحكمة التي أصدرت الحكم، فإن ذلك لا يمنع محكمة الطعن أن تباشر هذه المكنة طالما طرحت الدعوى عليها للفصل في الطعن لأسباب ترد ضمن اختصاصها.

وإذ كان ذلك، وكانت محكمة الاستئناف قد أبانت على نحو قاطع نيتها في إسناد الإدانة إلى نص الفقرة الثانية من المادة (118) من قانون العقوبات، حسبها ورد في مدونات الحكم، حاصله أن الأعمال المسندة للمتهم التي دين بها تستدعي تعريض البلاد إلى أعمال عدائية من دولة أجنبية، أو تعريض أحد المواطنين إلى الانتقام، وهو عين الركن المادي المنصوص عليه في هذه المادة، ومن ثم يكون الثابت يقيناً أن قيد الانهزام بالمادة (188)، والإشارة إلى دلالة نص المادة (112) من قانون العقوبات لا يعدو أن يكون خطأ مادياً، يتعين على محكمة النقض تصحيحه، أما وقد قامت بذلك، فإن الأمر يستحق الإشادة به.

الفرع الثاني: واجب محكمة الموضوع في تسبب استعمال الرأفة.

نص البند (3) من المادة رقم (100) من قانون العقوبات على وجوب تعليل القرار الصادر بتخفيف العقوبة عند الأخذ بالأسباب المخففة، ويعلل لذلك، بأن المشرع هو الذي يقدر جسامة العقوبة المستحقة على الجريمة، وعلى القاضي الالتزام بهذا التحديد، إلا أن المشرع قدر أن هناك أحوال تستوجب الخروج على هذا التقدير مراعاة لظروف تخص الفاعل، أو تتعلق بجسامة الجريمة. ومن ثم أوجب البند (3) من المادة (100) أن تعلل المحكمة هذا التخفيف بأسباب وافية. ومراد الشارع من ذلك، أن يلزم المحكمة التي تقضي بالنزول على تقدير الشارع الأصلي أن تعلل بأسباب وافية نزولها بالعقاب عن هذا التقدير، سواء في الجنح أو في الجنايات. وقد تكون الأسباب المبررة للتخفيف صغر سن الفاعل، ومخافة انخراطه في أوساط المساجين بما يؤثر على مستقبل حياته، ويغذي دوافع الإجرام لديه ويوصلها في نفسه متى كان لذلك سند في الأوراق. إلا أن صغر السن مجرداً

لا يصلح سنداً للتخفيف، لأن اعتماد ذلك مطلقاً دلالاته؛ العدول عن تحديد المشرع للحد الأدنى للعقوبة عند تطبيقها على صغار السن كافة. وقد يكون مبرر استعمال الرأفة ما تعرض إليه الفاعل من ضغط نفسي كبير وقت ارتكاب الجريمة ضيق عليه مجال حرية الاختيار؛ على نحو يكشف عن عدم اتجاه إرادته إلى ارتكاب مثل هذه الجريمة في الظروف العادية، إلى غير ذلك من الأسباب. إلا أن استجلاء الحكم تفصيلاً لمبررات التخفيف أصبح بموجب نص البند (3) من المادة (100) واجباً إجرائياً يتعين على المحكمة تفصيله بوضوح تام لتبرر عدم التزامها بالحد الأدنى الذي اختاره المشرع عند وزن العقوبة المكافئة للإثم الجنائي.

وإذ كان ذلك، وكان الحكم الاستثنائي قد ارتكن في تخفيف العقوبة إلى مجرد سن المتهم، الذي لم يستظهره في أسباب حكمه، ليقف على تأثير هذه السن على إقدامه على ارتكاب الجريمة، ولا خطر تعريضه للحد الأدنى للعقوبة المنصوص عليها في مادة الاتهام، الأمر الذي يعيب تسبب قضاء الحكم الاستثنائي بالتخفيف لصالح المدان، مما نرى معه صواب نقض الحكم لهذا السبب.

الفرع الثالث: الضمانات الإجرائية اللازمة لتشديد محكمة الاستئناف العقوبة المقضي بها من محكمة أول درجة

نظمت المادة (342) من قانون الإجراءات الجنائية سلطة محكمة الاستئناف حال نظر الاستئناف المرفوع من النيابة العامة ضد المتهم. فأجازت كأصل عام للمحكمة أن تؤيد الحكم بالإدانة، أو أن تلغيه، أو تعدله سواء لصالح المتهم أم ضده. إلا أن المشرع تطلب ضمانات إجرائية جوهرية في البند (2) من هذه المادة حاصلها أنه لا يجوز تشديد العقوبة ولا إلغاء الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة التي تنظر الاستئناف⁽¹⁶⁶⁾. وهي ضمانات إجرائية لا تتحقق إلا إذا نص الحكم صراحة على أن تشديد العقوبة أو إلغاء البراءة قد صدر بإجماع آراء أعضاء الدائرة الاستئنافية. والأصل الفلسفي الذي بني عليه هذا الحكم الإجرائي، أن حكم محكمة

166. تقابل نص المادة رقم 417 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، ونصها « إذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة، فللمحكمة أن تؤيد الحكم أو تلغيه أو تعدله سواء ضد المتهم أو لمصلحته.

ولا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا إلغاء الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة. أما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من غير النيابة العامة فليس للمحكمة إلا أن تؤيد الحكم أو تعدله لمصلحة رافع الاستئناف، ويجوز لها، إذا قضت بسقوط الاستئناف أو بعدم قبوله أو بعدم جوازه أو برفضه، أن تحكم على رافعه بغرامة لا تتجاوز خمسة جنيهاً»

البداية صدر من ثلاثة قضاة، بما يعني احتمال صدوره بموافقة اثنين منهم واعتراض ثالثهم، ومن ثم فإن تشديد العقوبة من محكمة الاستئناف، أو القضاء بالإدانة بعد البراءة إن صدرت بموافقة قاضيين من ثلاثة من الدائرة الاستئنافية الثلاثية يعني تساوي عدد القضاة الذين قضوا بالبراءة أو التخفيف، بعدد القضاة الذي انتهوا إلى الإدانة أو التشديد، الأمر الذي يثير الشك في صواب رأيهم. بل يتصور أن يزيد عدد أصحاب البراءة أو الاكتفاء بالعقوبة المقضي بها، عن عدد من رأى الإدانة أو التشديد، وهو ما يحدث إذا صدر حكم محكمة البداية بالبراءة بإجماع الآراء حال صدر حكم الاستئناف بأغلبية الأعضاء.

من أجل ذلك تطلب المشرع إجماع آراء قضاة المحكمة عند تشديد العقوبة المقضي بها أمام محكمة أول درجة، لضمان موافقة أغلبية القضاة الذين نظروا الدعوى في كلا الدرجتين على التشديد. وهي ضمانة إجرائية رئيسية حاصلها وجوب إجماع آراء محكمة الاستئناف لتشديد العقوبة أو لإلغاء البراءة. وهذه الضمانة الإجرائية لا يجوز أن يفترض توفرها ضمناً، بل يتعين أن ينص الحكم عليها صراحة، بأن يشير على نحو جازم إلى إجماع آراء أعضاء الدائرة الاستئنافية⁽¹⁶⁷⁾. والجاري عليه العمل أن تنص المحكمة على توفر الإجماع بعد عبارة

167. يراجع محكمة النقض المصرية، نقض جنائي جلسة 1979/2/5، الطعن رقم 537 لسنة 48 قضائية. مجموعة المكتب الفني السنة 30 الجزء رقم 1 ص 210 «من المقرر أن مراد الشارع من النص في المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية على وجوب إجماع قضاة المحكمة عند تشديد العقوبة أو إلغاء حكم البراءة إنما هو مقصور على حالات الخلاف بينها وبين محكمة أول درجة في تقدير الوقائع والأدلة وأن تكون هذه الوقائع والأدلة كافية في تقدير مسؤولية المتهم واستحقاقه للعقوبة أو إقامة التناسب بين هذه المسؤولية ومقدار العقوبة وكل ذلك في حدود القانون إيثارا من الشارع لمصلحة المتهم فاشترط إجماع القضاة قاصر على حالة الخلاف في تقدير الوقائع والأدلة وتقدير العقوبة. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن انتهى إلى بطلان حكم محكمة أول درجة الصادر ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية قضى في موضوع الدعوى بإدانته وإلزامه بالتضامن مع المسئول عن الحقوق المدنية بالتعويض المقضي به - تأسيساً على ثبوت الخطأ في جانبه وإهماله في إغلاق باب الترام وتركه مفتوحاً عند مبارحة المحطة مما أدى إلى وقوع الحادث مما مؤداه اختلاف المحكمة الاستئنافية مع محكمة أول درجة في تقدير الوقائع والأدلة الأمر الذي كان يتعين معه صدور حكمها بإجماع آراء القضاة تطبيقاً لنص المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية، وإذ كان القانون لا يستوجب النص على الإجماع عند الحكم بالبطلان باعتبار أن تطبيق القانون على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى إجماع، إلا أن الحكم المطعون فيه قد تضمن إلى جانب بطلان حكم محكمة أول درجة لخلو الأوراق منه القضاء بإدانة المتهم بعد أن قضت محكمة أول درجة ببراءته وهو ما يستوجب بصريح النص شرط الإجماع، وكان الحكم المطعون فيه قد افتقد شرط صدوره بإجماع آراء القضاة الذين أصدره فإنه يكون باطلاً لتخلف شرط من شروط صحته ويتعين لذلك نقضه بالنسبة للدعوى المدنية والقضاء برفضها وإلزام رافعها المصروفات.

حكمت المحكمة، إلا أن ورودها في أي موضع من مواضع الحكم يتحقق به هذا الإجراء الشكلي، ويقبل الحكم من هذه العثرة الإجرائية. وتعلق هذه الضمانة الإجرائية بالنظام العام، فيجب على حكم النقض أن يتحراها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم لتعلقها بصحة الحكم وبطلانه⁽¹⁶⁸⁾.

إلا أن الحكم الاستثنائي في قضى بإلغاء البراءة التي قضى بها حكم أول درجة، وأدان المتهم من جديد، دون أن ينص في مدوناته على إلغاء البراءة بإجماع الآراء، الأمر الذي يعيب هذا الحكم بعبء إجرائي يتعلق بالنظام العام، ويؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً لصدوره من هيئة غير مكتملة العدد الذي أوجبه القانسون تحققة في هذه الحالة. ولا يغني عن ذلك، ما جاء بالحكم من «إن محكمتنا قنعت باعتراف المتهم في إفادته» ذلك أن الأصل جواز صدور الأحكام بالأغلبية، على ما نصت عليه المادة (273) من قانون الإجراءات الجزائية، مما لا يجزم بتحقيق الإجماع.

وإذ كان حكم محكمة النقض قد غرض الطرف عن هذا العيب الإجرائي الجسيم، فإنه يكون قد أغفل رقابته القانونية على هذه الضمانة الإجرائية الجوهرية، التي تظل مطروحة عليه دوماً إذا ما طعن مرة أخرى على الحكم الاستثنائي الذي سبق نقضه.

168. نقض جنائي جلسة 1987/2/22، الطعن رقم 3747 لسنة 56 قضائية مجموعة المكتب الفني، السنة 38 الجزء الأول الصفحة رقم 313. لما كان يبين من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد صدر بإلغاء الحكم الابتدائي الصادر ببراءة الطاعن من التهمة الثانية دون أن يذكر أنه صدر بإجماع آراء القضاة الذين أصدره خلافاً لما تقضي به المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية من أنه «إذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة فلا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا إلغاء الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة». ولما كان من شأن ذلك - كما جرى عليه قضاء محكمة النقض - أن يصبح الحكم المذكور باطلاً فيما قضى به من إلغاء البراءة، وذلك لتخلف شرط صحة الحكم بهذا الإلغاء وفقاً للقانون، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به عن التهمة الثانية وتصحيحه بتأييد الحكم المستأنف الصادر ببراءة الطاعن منها، دون حاجة لبحث باقي ما يثيره الطاعن بخصوص هذه التهمة، ولا لنظر الموضوع عملاً بحكم المادة 45 من القانون رقم 57 لسنة 1959 باعتبار أن الطعن للمرة الثانية ما دام أن الوجه الآخر الذي بني عليه نقض الحكم وتصحيحه قد أغنى عن التصدي للموضوع.

المطلب الرابع:

مدلول تطبيق النصين رقمي (275، و333) من قانون الإجراءات الجزائية

نعى حكم النقض على حكم محكمة الاستئناف مخالفة نصي المادتين (375، 333) من قانون الإجراءات الجزائية، دون أن يبين في أسبابه موضع مخالفة الحكم الاستئنائي لهذين النصين. وقد تصدى نص المادة (275) إلى ترتيب إجراءات الجلسة أمام المحكمة الجنائية عند قضائها بالإدانة، فأوجبت عليها أن تبدأ بالاستماع إلى أقوال وكيل النيابة العامة، ثم أقوال المدعي بالحق المدني، ثم تسمع دفاع المدان ومحاميه قبل أن تقضي بالعقوبة والتعويضات المدنية. أما المادة (333) فتتعلق بتنظيم المحاكمة الجنائية أمام محكمة الاستئناف، فأوجبت العلانية في سائر إجراءات المحاكمة حتى النطق بالحكم بالعقوبة، كما أوجبت القضاء بالرسوم والنفقات، وقررت لمحكمة الاستئناف ذات الصلاحيات المنصوص عليها في الفصل الخاص بمحاكمة المتهم الفار في حالة فراره، أو في حالة عدم حضوره إلى المحكمة بعد تبليغه بموعد المحاكمة إذا كانت الدعوى منظورة أمامها.

إلا أن محكمة النقض وقد عيبت الحكم بمخالفة هذين النصين لم تعين أسباب المخالفة التي نقضت الحكم الاستئنائي لأجلها. ولم تستجل وجه العيب في الحكم الذي نقضته.

وحيث إن مؤدى نص البند (6) من المادة (351) من قانون الإجراءات الجزائية أن أحد أسباب نقض الحكم خلوه من أسبابه الموجبة لقضائه، أو عدم كفايتها، أو غموضها، أو تناقضها، وهو التزام قانوني يرد على جميع الأحكام القضائية ولو كانت صادرة من محكمة النقض، وإذ كان ما ورد من تعييب على الحكم الاستئنائي بمدونات حكم محكمة النقض لمخالفته النصين المذكورين قد جاء مجهلاً مشوباً بالغموض بما يقعد الدائرة الاستئنافية التي تنتظر الحكم استئنافياً عن الوقوف على ما شاب الحكم المنقوض من عيوب، ومن ثم فإن هذا المذهب يخالف ما استقرت عليه الأحكام، مما يتعين معه تجنبه مستقبلاً.

وبهذا نكون قد استكملنا تعليقتنا على حكم محكمة النقض الفلسطينية الصادر في الطعن رقمي

(313،341) لسنة 2021.

التعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية الصادر بجلسة 2022 / 3 / 2 في الطعن رقمي (313، 341)، لسنة 2021

الأستاذ محمد نواف الفواعرة
استاذ قانون الجزاء المشارك/ كلية الحقوق/ الجامعة الأردنية

قدم في القضية طعنان: الاول من المحكوم عليه ويحمل الرقم 2021 / 313
والثاني من النيابة العامة ويحمل الرقم 2021 / 341

الحكم المطعون فيه:

الحكم الصادر عن محكمة استئناف نابلس بتاريخ 2021 / 9 / 30 في القضية الاستئنافية الجزائية رقم 2021 / 267، والمتضمن قبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع الغاء الحكم المستأنف وتعديل وصف التهمة المسندة للمتهم لتصبح التخابر مع العدو خلافاً لأحكام المادة 118 / 2 من قانون العقوبات وإدانته بالوصف المعدل ووضعه بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة خمس سنوات، ونظراً لظروف الملف وسنه وقت ارتكاب الفعل وظروف الدعوى تخفف العقوبة لتصبح وضعه بالأشغال المؤقتة مدة سنتين ونصف محسوبة له مدة التوقيف.

أسباب الطعن الأول المقدم من المحكوم عليه تمثل بالآتي:

تخطئة محكمة الاستئناف بالاستناد في تجريمها للطاعن بالاستناد على أقوال مجردة من أي دليل تقدمت به النيابة العامة واستناداً إلى إفادة الطاعن التحقيقية لدى جهاز المخابرات العامة التي تم استبعادها من قبل محكمة الدرجة الأولى

أسباب الطعن الثاني المقدم من النيابة العامة:

الحكم المطعون فيه مخالف للقانون وذلك للتناقضات والأخطاء الواردة في الفقرة الحكمية الخاصة بالإدانة من خلال ورود عبارة (بدلالة المادة 112 من قانون العقوبات) وكذلك ورود عبارة (إدانة المتهم بتهمة التخابر مع العدو خلافاً لأحكام المادة 118 / 2 من قانون العقوبات)

كذلك تخطئة المحكمة في منحها للمطعون ضده أسباب التخفيف التقديرية بشكل يخالف المادة 100 من قانون العقوبات.

محكمة التمييز الموقرة وفي معرض ردها على الطعن الأول المقدم من المحكوم عليه، توصلت بالنتيجة إلى أن السبب الوارد في الطعن لا يرد على الحكم المطعون فيه مما يستوجب رده.

أولاً: في معرض تعليقنا على قرار محكمة النقض الموقرة المتعلق بالطعن الأول نورد الآتي:

أن مثار الجدل متعلق بمشروعية الاستناد إلى أقوال المتهم لدى المحقق في المخابرات العامة في ضوء غياب البيانات الأخرى التي تعزز وتؤيد هذه الأقوال.

أن حسم المسألة والناحية القانونية يستلزم بالضرورة الرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم المسألة السابقة، وتحديدًا نص المادة (227) النصوص القانونية في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001 التي نصت على أنه:

الإفادة التي يؤديها المتهم أمام مأموري الضبط القضائي، ويعترف فيها بارتكابه الجريمة تقبل إذا قدمت النيابة العامة بينة على الظروف التي أدت فيها، واقتنعت المحكمة بأنها أخذت طوعاً واختياراً. مما تقدم نجد أن أقوال المتهم لدى المحقق تعتبر بينة قانونية صالحة للحكم عليه وإن انفردت إذا توافرت فيها الشروط الآتية مجتمعة:

1. توافر صفة الضابطة العدلية لدى المحقق

2. أن تقدم النيابة العامة الظروف المحيطة بأقوال المتهم لدى المحقق

3. ان تقتنع المحكمة أن أقواله أدت طوعاً واختياراً

ويتطبيق ذلك على الوقائع الواردة في الحكم المطعون فيه، نجد أن المحكوم عليه (المتهم) أدلى بإفادته لدى المحقق في المخابرات العامة بتاريخ 15 / 7 / 2019 واعترف من خلالها بالواقعة المنسوبة إليه، مما يثير التساؤل حول مدى توافر صفة الضابطة العدلية في متسببي جهاز المخابرات العامة؟

أن مدلول الضابطة العدلية ينسحب على مجموعة من الفئات عددها المادة (21) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفلسطيني التي حددت الفئات الممنوحة صفة الضبط القضائي هم:

1. مدير الشرطة ونوابه ومساعدوه ومديرو شرطة المحافظات والإدارات العامة.

2. ضباط وضباط صف الشرطة، كل في دائرة اختصاصه.

3. رؤساء المراكب البحرية والجوية.

4. الموظفون الذين خولوا صلاحيات الضبط القضائي بموجب القانون.

فالضابطة العدلية بحسب النص سالف الذكر، إما أن تكون ضابطة عدلية عامة وتشمل الفئات الواردة في الفقرات (1، 2، 3) من النص سالف الذكر، بحيث تمنح هذه الفئات الوظيفة والاختصاص في جميع الجرائم، أو ضابطة عدلية خاصة وهي الواردة في الفقرة (4) من المادة أعلاه، وهي الضابطة العدلية التي تمنح هذه الصفة بموجب القانون، وتكون صلاحياتها محددة في مجالات محددة أو جرائم معينة.

مما تقدم نجد أن صفة الضابطة العدلية لا تمنح إلا بقانون، وعليه وبالرجوع إلى قانون المخبرات العامة رقم (17) لسنة 2005 نجد أنه منح المخبرات صفة الضابطة العدلية بموجب نص المادة (12) التي نصت على أنه « يكون للمخبرات في سبيل مباشرة اختصاصاتها المقررة بموجب هذا القانون صفة الضبطية القضائية ».

كما أن منتسبي المخبرات ينسحب عليهم وصف الضابطة العدلية الخاصة، لأن هذه الصفة منحت لهم في سبيل مباشرة اختصاصهم الوارد في قانون المخبرات العامة، وبخلاف ذلك لا يكتسبون هذه الصفة من الناحية القانونية.

وباستعراض الأعمال المناطة بالمخبرات العامة، لحسم مسألة اكتسابهم لصفة الضابطة العدلية، نجد أن المادة (10) من قانون المخبرات العامة حدد الأعمال المناطة بهم ومنها: التخابر مع دولة أجنبية على القيام بعمل عدواني ضد فلسطين، وهذه الأعمال تندرج ضمن مهام المخبرات بصريح نص المادة (9) من ذات القانون.

كما أن المادة (14) من ذات القانون منحت المخبرات صلاحية التحقيق الأولي عندما نصت على أنه « وفقاً لأحكام القانون تقوم المخبرات بإجراء تحقيق أولي في الوقائع المنسوبة للشخص المقبوض عليه وتمارس الرقابة والبحث والتحري والتفتيش وطلب حجز الأموال والأفراد واستدعائهم واستجوابهم وسماع أقوالهم وطلب البيانات أو المعلومات أو الوثائق من أي شخص أو الاحتفاظ بها واتخاذ ما تراه ضرورياً بشأنها طبقاً للقانون.

كما أن المادة (34) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفلسطينية منحت مأمور الضبط القضائي صلاحية الاستماع لأقوال المقبوض عليه فوراً، حيث نصت على أنه « يجب على مأمور الضبط

القضائي أن يسمع فوراً أقوال المقبوض عليه فإذا لم يأت بمبرر إطلاق سراحه يرسله خلال أربع وعشرين ساعة إلى وكيل النيابة المختص»

مما تقدم نجد أن منتسبي المخابرات العامة يتمتعون والناحية القانونية بصفة الضابطة العدلية في المهام الموكولة إليهم بموجب قانون المخابرات العامة، ومن هذه الأعمال الواقعة المنسوبة للمحكوم عليه في هذه القضية، وعليه فإن التحقيقات الأولية التي يجريها منتسبو المخابرات العامة في المهام الموكولة إليهم والمشار إليها في المادتين (9، 10) من ذات القانون صحيحة وموافقة للقانون.

الأمر الذي نجد معه تحقق الشرط الأول، والمتعلق بصفة الضابطة العدلية المتحققة لدى المخابرات العامة بحسب نص المادة (21/4) من قانون الإجراءات الجزائية وبدلالة المادة (12) من قانون المخابرات العامة.

أما بخصوص القيد الثاني لقبول إفادة المتهم لدى المحقق والاستناد إليها يتمثل بعبء اثبات الظروف التي أحاطت باعتراف المتهم لدى المحقق أو ضبط أقواله، بخلاف ذلك يفقد الاعتراف مشروعيته كدليل ولا يحق للمحكمة الركون والاستناد إليه.

والنيابة العامة غير مقيدة بوسيلة معينة لإثبات ظروف أخذ الاعتراف أو أقوال المتهم، لذلك يحق للنيابة العامة أن تقدم أي دليل أو بينة في هذا المقام، ويحق للنيابة أن تقدم المحقق ذاته كشاهد أمام المحكمة، ويبدلي بشهادته تحت القسم بأن أقوال المتهم المأخوذة بمعرفته أدت طوعاً واختياراً دون إكراه أو حيلة أو خداع، والمحكمة في القضية المطعون فيها، استمعت للمحقق تحت القسم واستمعت لشهادته حول الظروف التي أحاطت بأخذ أقوال المتهم، والمحكمة وبعد أن تمكن المتهم و/أو النيابة من مناقشة الشاهد في شهادته، وكذلك بعد أن تستوضح من الشاهد ما تراه مناسباً، يتحقق الشرط الثاني من وجود البينة على ظروف أخذ أقوال المتهم.

أمام الشرط الأخير فيتمثل بقناعة المحكمة بأن الاعتراف أو الأقوال أدت طوعاً واختياراً، وهذا الأمر مرهون بقناعة المحكمة دون غيرها، فتقدير القيمة الانتاجية لأقوال المتهم من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع وفقاً لقناعتها المستندة من بيان أو وقائع القضية، وهذا ما أكدت عليه المادة 273 من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت على أنه:

1. تحكم المحكمة في الدعوى حسب قناعتها التي تكونت لديها بكامل حريتها ولا يجوز لها أن

تبني حكمها على أي دليل لم يطرح أمامها في الجلسة أو تم التوصل إليه بطريق غير مشروع.

2. كل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود وتحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه.

وعليه وحيث أن محكمة الاستئناف وبوصفها محكمة موضوع قد اطمأنت لسلامة وصحة أقوال المتهم لدى المحقق، فإنه يحق لها والناحية القانونية الركون إلى تلك الأقوال والاستناد إليها في تجريم المتهم، طالما أنه لا يوجد أي بينة أو دليل يناقض تلك الأقوال أو يدحضها. فالإثبات الجزائي قائم على قناعة القاضي بالدليل، حتى لو جاء الدليل منفرداً بخلاف الإثبات المدني الذي يفترض نوع من الألية في بعض المسائل، ولا يعول على الأدلة المنفردة في مسائل أخرى. فالدليل ان اكتملت شروطه أصبح صالحاً للحكم متى اقتنعت به المحكمة. وعليه نجد أن النتيجة التي انتهت إليها محكمة النقض الموقرة وتأييد ما توصلت إليه محكمة الاستئناف موافقاً وصحيح القانون، فأقوال المحكوم عليه لدى المحقق توافرت فيها شروط الأخذ بها كدليل للإثبات الواردة بنص المادة 227 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

ثانياً: في معرض تعليقنا على قرار محكمة النقض الموقرة المتعلق بالطعن الثاني نورد الآتي:

محكمة النقض الموقرة وفي معرض ردها على الطعن الثاني المقدم من النيابة العامة، توصلت بالنتيجة إلى نقض الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف، وذلك لمخالفة الحكم لأحكام المواد (274، 333) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والمادة (3 / 100) من قانون العقوبات، وفي هذا المقام نورد الآتي:

1. أن محكمة الموضوع ملزمة وبنص القانون بأن تكرر حقوق الدفاع للمتهم وإعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم، بحيث أن انتهت المحكمة لتجريم المتهم، يتوجب عليها وبعد أن تقرر تجريم المتهم بما أسند إليه من تهم، وبعد أن تسرد التهم التي جرمته بها، أن تنتقل إلى أطراف القضية أو الخصوم وتستمع إلى مطالبهم النهائية، بحيث تبدأ بالاستماع إلى الطرف الذي يمثل دعوى الحق العام وتحديداً النيابة العامة ثم تختم بالمتهم ومحاميه، وإذا أقيمت أمام القاضي الجزائي دعوى الحق الشخصي بالتبعية لدعوى الحق العام، فإنه يتوجب على المحكمة الاستماع إلى أقوال المدعي بالحق المدني قبل أن تنتقل إلى سماع أقوال المتهم/ المدعى عليه بالحق الشخصي ومحاميه.

أن الترتيب سالف الذكر كرسته المادة (275) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفلسطينية التي نصت على أنه «إذا قررت المحكمة الإدانة، تسمع أقوال وكيل النيابة والمدعي بالحق المدني، ثم تسمع أقوال المدان ومحاميه، وتقضي بالعقوبة والتعويضات المدنية».

والنص سالف الذكر يعزز من حق المواجهة بين الخصوم، وسماح طلباتهم النهائية، ويعزز بذات الوقت من حقوق الدفاع للمتهم، بحيث تستمع إليه المحكمة، وأخر من يتكلم أمامها ليقدّم له في أقواله الأخيرة ما يراه للدفاع عن نفسه بمواجهة العقوبة التي أعلنت المحكمة أنها ستقوم بفرضها.

ففي هذه المرحلة لا يتجادل الخصوم في وصف الجرم وثبوته من عدمه، لأن المحكمة حسمت الأمر في قرار الإدانة، وأعلنت بأن الجرم ثابت من حسب منظورها بحق المتهم، وأسبغت الوصف القانوني الذي تراه مناسباً، وتترك للخصوم الفرصة لإبداء الرأي أو تقديم ما يرونه في العقوبة الواجب فرضها على المتهم، فالنيابة قد تطالب بإيقاع أشد العقوبات بحسب ما تراه من ظروف القضية وشخصية مرتكبها، في حين أن المتهم تتحقق له الفرصة في أن يقدم للمحكمة ما يبرر التخفيف عنه في العقوبة التي ستنطق بها المحكمة؛ وعليه فإن مخالفة المحكمة لهذه المسألة الجوهرية فيه مخالفة لأحكام القانون وحرية بالنقض، وهنا نجد أن ما انتهت إليه محكمة التمييز الموقرة في نقض الحكم لمخالفته أحكام المادة (275) واقع في محله ومنسجماً والقانون.

2. أما بخصوص أسباب التخفيف، فبحسب نص المادة (100) من قانون العقوبات فإن صلاحية القاضي في الأخذ بالأسباب التخفيفية مطلقة غير مقيدة بسبب محدد أو بحالة معينة، فالقاضي بحسب ظروف القضية أو شخصية مرتكبها أو أي سبب تراه المحكمة أن يقرر إعمال أسباب التخفيف بحق المتهم وبحسب العقوبات الواردة بنص المادة (100) من القانون سالف الذكر، وصلاحية محكمة الموضوع في إعمال أسباب التخفيف مردّها إلى مبدأ التفريد القضائي التي اعتنقته التشريعات الجزائية ومنها التشريع الفلسطيني مسaireً بذلك مدرسة الدفاع الاجتماعي التي تسعى إلى اصلاح المحكوم وتأهيله بوسيلة العقوبة.

لذلك فلا حصر لأسباب التخفيف في قانون العقوبات الفلسطيني، لكن صلاحية قاضي الموضوع في إعمال أي سبب لتخفيف العقوبة غير مقيدة من حيث السبب وإنما من حيث الغاية، فالقاضي له مطلق الحرية في القول بتوافر أسباب التخفيف لكن يتوجب عليه أن يقدم المبرر والمسوغ الذي توافر لديه لإعمال أسباب التخفيف في القضية المنظورة، فالمسألة ليست هبة من القاضي للمحكوم يمنحها متى شاء وإنما وسيلة لإصلاحه وإعطائه فرصة لإصلاح نفسه والعودة للسلوك القويم، الأمر الذي يستدعي أن يركز قراره في إعمال أسباب التخفيف على مبررات وأسباب معقولة ومقبولة، وأن يكون تعليله وافياً حتى يتسنى للمحكمة الأعلى بسط رقابتها وإعمال صلاحياتها وفقاً لأحكام القانون.

وجدير بالذكر أن إعمال أسباب التخفيف من اطلاقات محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز في هذا الشأن لأنها من المسائل الموضوعية، لكن إعمال أسباب التخفيف دون تعليقها أو تقديم ما يسوغ إعمالها يشكل مخالفة للقانون، وتحديدًا نص المادة (100-3) من قانون العقوبات ويمكن محكمة التمييز من بسط رقابتها على حسن تطبيق النص سالف الذكر، فمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه من أسباب التمييز الواردة بنص المادة (351) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت على أنه: مع مراعاة أحكام المادة السابقة، لا يقبل الطعن بالنقض إلا للأسباب التالية:

- إذا كان الحكم المطعون فيه بني على مخالفة القانون، أو على خطأ في تطبيقه، أو في تفسيره. كذلك إعمال أسباب التخفيف دون تقديم المبررات (السبب) الذي ارتكزت عليه المحكمة لإعمالها يجعل من الحكم مشوباً بعيب خلو الحكم من أسبابه الموجبة ومستوجباً للنقض، والتبرير الذي استلزمه المشرع لصحة إعمال أسباب التخفيف يجب أن يكون وافياً، بحيث يمكن المحكمة الأعلى من فهم موجبات التخفيف دون غموض أو تناقض يعتريهما؛ وبخلاف ذلك فإن الحكم معرض للفسخ بدلالة الفقرة (6) من المادة (351) من ذات القانون.

- أما ما ورد من أسباب أخرى ساققتها النيابة العامة من ورود أخطاء مادية، فإن محكمة النقض الموقرة وبالتفاتها عن ذلك طبقت القانون، وتحديدًا نص المادة (283) من قانون

اصول المحاكمات الجزائية، التي نص على انه « إذا وقع خطأ مادي في الحكم لا يترتب عليه البطلان، تتولى المحكمة التي أصدرته تصحيحه من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم، ويتم التصحيح في غرفة المداولة، ولها أيضاً بناءً على طلب وكيل النيابة العامة تصويب كل خطأ مادي وقع في قرار الاتهام»

فالأخطاء المادية رسم لها المشرع طريقاً لتجنبها وتصحيحها، وليست سبباً من اسباب فسخ او نقض الحكم والناحية القانونية، لأنها غير متعلقة بمسألة جوهرية، ووجودها من باب السهو الواجب تصحيحه من قبل المحكمة ذاتها وليس من خلال الطعن بالقرار ونقضه كما ورد في تمييز النيابة العامة.

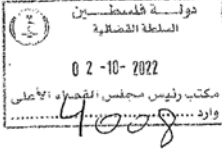
أحكام صادرة
عن المحكمة الدستورية العليا
والتعليق عليها

دعوى دستورية رقم 8 / 2022

« 13 لسنة 7 قضائية »

والتعليق عليها

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

قضية رقم (13) لسنة (7) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

الحكم

الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المنعقدة مؤقتًا في مدينة رام الله باسم الشعب العربي الفلسطيني، بالجلسة المنعقدة يوم الأربعاء الثامن والعشرين من (أيلول) لسنة 2022م، الموافق الثاني من ربيع الأول لسنة 1444هـ.

الهيئة الحاكمة برئاسة المستشار: أ.د/ محمد عبد الغني الحاج قاسم، رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين: أسعد مبارك، أ.د عبد الرحمن أبو النصر، فتحي أبو سرور، حاتم عباس، د.رفيق أبو عياش، فواز صايمة، محمد عبد الغني العويوي، عدنان أبو وردة، فريد عقل، د. عبد الباصر أبو سمهدانة.

أصدرت الحكم الآتي

في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا رقم (2022/08) لسنة (7) قضائية "دستورية".

المدعى:

القاضي محمد عوض محمد حسين - رام الله.

وكيلته المحامية: شيرين دويكات - نابلس.

الرئيس



الكتاب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

المدعى عليهم:

- 1- رئيس دولة فلسطين – رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية بصفته الوظيفية – رام الله.
- 2- رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى بصفتهم الوظيفية – رام الله .
- 3- رئيس مجلس القضاء الأعلى عيسى عبد الكريم إبراهيم أبو شرار وبصفته رئيس مجلس القضاء الأعلى – رام الله .
- 4- مجلس القضاء الأعلى – رام الله.
- 5- النائب العام لدولة فلسطين بصفته الوظيفية – رام الله .

الإجراءات

بتاريخ 2022/06/21م ورد إلى قلم المحكمة الدستورية العليا الدعوى الدستورية، رقم (2022/08) من المدعي محمد عوض محمد حسين، وذلك وفقاً لأحكام المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته، طالباً الدفع بعدم دستورية المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م المعدلة للمادة (49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته التي تنص على: "تعدل المادة (49) من القانون الأصلي، لتصبح على النحو الآتي: 1 – تقام الدعوى التأديبية على القضاة بناء على إحالة من رئيس دائرة التفتيش القضائي. 2- يقوم رئيس دائرة التفتيش القضائي أو من يفوضه من المفتشين بوظيفة الادعاء العام أمام المجلس التأديبي".

بتاريخ 2022/07/06م تقدمت النيابة العامة بلائحة جوابية طلبت فيها رد الدعوى شكلاً و/أو موضوعاً للأسباب الواردة فيها.

لم يقدم رئيس مجلس القضاء الأعلى ولا مجلس القضاء الأعلى لائحتهما الجوابية كمدعى عليهما في الدعوى الماثلة.

بتاريخ 2022/09/19م أرسل رئيس المحكمة الدستورية العليا كتاباً إلى المستشار رئيس المحكمة العليا/محكمة النقض، رئيس مجلس القضاء الأعلى لتزويد المحكمة بملف المدعي القاضي محمد عوض محمد

الرئيس

الكتاب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

حسين، إلا أن رئيس مجلس القضاء الأعلى/ رئيس المحكمة العليا/ النقض أرسل كتابًا إلى المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2022/09/21م تحت الرقم (3156/44) مفاده أن القاضي محمد عوض محمد حسين (المدعي في الدعوى الماثلة) قد أحيل إلى الاستيداع سنًا إلى نص المادة (54) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته وبذلك تكون الدعوى التأديبية المرفوعة بحق المدعي قد إنقضت.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمدولة قانونًا، وحيث إن الوقائع تتحصل على ما يبين من لائحة الدعوى وسائر الأوراق في أن المدعي القاضي محمد عوض محمد حسين كان يعمل قاضيًا في محكمة صلح رام الله، وأقيمت ضده الدعوى التأديبية رقم (2021/07)، وأسندت إليه تهمة الخروج عن قواعد السلوك القضائي ومقتضيات القيام بالوظيفة، ومخالفة المادتين (19،29) من مدونة السلوك القضائي، وأن دائرة التفتيش القضائي أحالته إلى مجلس تأديب القضاة تطبيقًا لأحكام المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م المعدلة للمادة (49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، وعند نظر مجلس تأديب القضاة في الدعوى التأديبية رقم (2021/07) المقامة ضده دفع بعدم دستورية المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م المعدلة للمادة (49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، مشيرًا إلى عدم دستورية هذه المادة لمخالفتها نصوص المواد (14،10،9،30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، وإذ ارتأى مجلس تأديب القضاة جديده دفعه فقد صرح له خلال ثلاثين يومًا برفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا يوم 2022/05/24م، فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن ولاية هذه المحكمة في دعاوى الدستورية – وعلى ما جرى به قضاؤها- لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالًا مطابقًا للأوضاع المقررة في قانونها، وكان نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للمدعي إقامتها يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام مجلس تأديب القضاة،

رئيس المحكمة
محمد حسين

الكتيب
محمد حسين

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

وفي الحدود التي قدر فيها جديته، وكان المدعي في الدعوى الماثلة قد دفع أمام مجلس تأديب القضاة بعدم دستورية المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م المعدلة للمادة (49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م فصرح مجلس التأديب برفع الدعوى بعدم دستورية هذه المادة، مضيفاً إليها في لائحته المقدمة إلى المحكمة الدستورية العليا المواد (4/14، 23، 26) من القرار بقانون نفسه دون دفع مسبق بعدم دستوريته، مضيفاً إليها الحكم بعدم دستورية قرار مجلس القضاء الأعلى الانتقالي رقم (1) لسنة 2020م بمدونة السلوك القضائي المنشور في الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2020/06/25م وذلك لمخالفتها نص المادة (70) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته التي تنص على: "لمجلس الوزراء الحق في التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين."

وحيث إن الطعن في عدم دستورية هذه المواد يكون مجاوزاً للنطاق الذي تحدد به المسألة الدستورية التي تدعى هذه المحكمة إلى الفصل فيها، بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى الماثلة في شقها الخاص بالطعن في المواد (4/14، 23، 26) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع التي رسمها قانونها التي لا يجوز الخروج عنها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة كي ينتظم التداعي في المسائل الدستورية وفقاً للقواعد التي حددها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة أمام محكمة الموضوع، وكان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تعتبر متحققّة بالضرورة بناء على مجرد مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للقانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، بل يتعين أن يكون هذا النص - بتطبيقه على المدعي - قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها القانون الأساسي على نحو الحقّ به ضرراً مباشراً، وبالتالي يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية مرتبطاً معاً بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية،

الرئيس
/

الكاتب
/

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

وليس بهذه المسألة في ذاتها منظورا إليها بصفة مجردة، لذلك لا تقوم هذه المصلحة إلا بتوفر شرطين أوليين يحددان معًا مفهومها، وبدونهما مجتمعين لا يجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية، أولهما: أن يقيم المدعي - وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون فيه - الدليل على أن ضررًا واقعيًا قد لحق به، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرًا، مستقلاً بعناصره، ممكنًا إدراكه بالترضية القضائية، وليس ضررًا متوهماً أو نظريًا أو مجهلاً، ذلك أن إسناد الرقابة الدستورية إلى هذه المحكمة لا يتوخى الفصل في خصومة قضائية تكون فيها المصلحة نظرية صرفة كذلك التي تتوخى تقرير حكم القانون الأساسي مجردًا في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية أو دفاعًا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها، أو كنوع من التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية، أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بمضمونه لا صلة للمدعي بها، أو لإرساء مفهوم معين في شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالمدعي، إنما قصد المشرع بهذه الرقابة أن تقدم المحكمة من خلالها الترضية التي تقتضيها أحكام القانون الأساسي عند وقوع عدوان على الحقوق التي كفلها، ومن ثم تكون هذه الرقابة موطئًا لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها وتصفية آثارها القانونية، ولا يتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بدفعها. ثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون فيه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئًا عن هذا النص مترتبًا عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي قد طبق على المدعي أصلًا، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أي فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبل رفعها.

وحيث إنه بالبناء على ما تقدم يبرز شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتباره محددًا لفكرة الخصومة في الدعوى الدستورية، مبلورًا نطاق المسألة الدستورية التي تدعى هذه المحكمة إلى الفصل فيها، مؤكدًا ضرورة أن تكون المنفعة التي يقررها هي محصلتها النهائية، منفصلًا دومًا عن مطابقة النص التشريعي المطعون عليه للقانون الأساسي أو مخالفته أحكامه. لما كان ذلك وكانت المصلحة الشخصية والمباشرة للمدعي تنحصر في النص التشريعي المتصل بالدعوى المقامة أمام مجلس التأديب التي

الرئيس

الكاتب

State Of Palestine

The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

دعوى دستورية

2022/08

يترتب على تطبيقها في شأنه عقوبة تأديبية قد تصل إلى العزل من وظيفته القضائية فإن نطاق الطعن في الدعوى الماثلة يتحدد بالمادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م المعدلة للمادة (49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته، دون المواد الأخرى التي نعى المدعي عليها بعدم الدستورية لخروجها عن نطاق الدفع الفرعي الذي تقدم به أمام مجلس التأديب وسمح له برفع دعواه الدستورية على الرغم من وجاهة هذه المواد.

وحيث ترى المحكمة أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة، ويتمثل جوهر هذه السلطة التقديرية في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدّر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للانتفاع بمتطلباتها بخصوص الموضوع الذي يتناوله بالتتظيم، ما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع وسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافيقها مع أحكام القانون الأساسي (الدستور) ومبادئه، ومن ثمّ يعين على المشرع دائماً إجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من ناحية، وصون حريات الأفراد وحقوقهم التي كفلها الدستور من ناحية أخرى.

وحيث إن المدعي ينعى على النص الطعين مخالفته القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته في المادة (9) التي تنص على: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، والمادة (10) التي تنص على: "1. حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2. تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان." والمادة (14) التي تنص على: "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنابة يجب أن يكون له محام يدافع عنه." والمادة (30) التي تنص على: "1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا."

وحيث إن جميع النصوص الدستورية المشار إليها تتصل بضمان الحقوق والحريات العامة والشخصية على اختلافها ومنع المساس بها والنيل منها، إذ لا يجوز تجاوز الحدود التي اعتبرها القانون الأساسي

الرئيس

الكتيب

ع

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

مجالاً حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي يقوم عليها مبدأ الحق في التقاضي والدفاع، والغاية منه تتمثل في الترضية القضائية التي يسعى المتقاضون إليها، إذ إن إنكار أو تقييد الحق في الترضية القضائية سواء بحجبها عن من يطلبها أو من خلال إحاطتها بقواعد إجرائية تكون معيبة في ذاتها عيبًا جوهريًا إنما يعد إهدارًا لحق التقاضي.

وحيث إن الثابت لهذه المحكمة أن قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م قد مر على المستوى التشريعي بمرحلتين: الأولى بعد إقراره من المجلس التشريعي وإصداره من رئيس الدولة بتاريخ 2002/05/14م، حيث إنه وضع نظامًا محكمًا فيما يتعلق بمسألة القضاة تأديبيًا وجنائيًا، وخصص لهذا الغرض الفصل الرابع في المواد (47،55)، والمرحلة الثانية تتمثل بإصدار القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز رقم (22) بتاريخ 2021/01/11م، حيث أجرى المشرع بموجبه تعديلات جوهرية خاصة فيما يتعلق بمسألة القضاة، وما يهم المحكمة الدستورية العليا في هذا المقام هو تعديل المادة (49) من القانون الأصلي بموجب المادة (24) المطعون في عدم دستورتها.

وحيث إن نص المادة (49) من القانون الأصلي المعدل جاء فيه: "الدعوى التأديبية 1- تقام الدعوى التأديبية على القضاة من قبل النائب العام بناءً على طلب من وزير العدل ... 2- لا تقام الدعوى التأديبية إلا بناءً على تحقيق جنائي أو بناءً على تحقيق يجريه أحد قضاة المحكمة العليا يندبه رئيسها لذلك من تلقاء نفسه ... 3- يمثل الادعاء العام أمام مجلس التأديب النائب العام أو أحد مساعديه".

ومؤدى ذلك أن المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة (49) قد حرص على وجوب إجراء التحقيق الجنائي أو الإداري قبل إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة أو مجلس التأديب كضمانة أساسية لرجال القضاء بحقهم بالدفاع والمحكمة المنصفة بما يتفق وأحكام المواد (10، 14، 30) التي نص عليها القانون الأساسي المتعلقة بالحقوق والحريات وقرينة البراءة، وبالحق في التقاضي، وبذلك يكون المشرع قد حقق توازنًا دقيقًا بين حق القاضي المتهم وحق المجتمع باستيفاء العقاب، وبناءً عليه فإن إجراء التحقيق بالدعوى التأديبية من جهة محايدة يعتبر ركناً أساسيًا من أركانها إذ قد ينجم عنه

الرئيس

الكتاب

State Of Palestine

The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

دعوى دستورية

2022/08

عدم ملاحقة القاضي المتهم، وحفظ الدعوى، أو إحالته إلى مجلس التأديب لإجراء محاكمته وفق الأصول والقانون.

وحيث إن ما جاء في أحكام المادة (24) من القرار بقانون المطعون في عدم دستوريته، المعدلة لأحكام المادة (49) من قانون السلطة القضائية الأصلي المشار إليها تنص على: "1- تقام الدعوى التأديبية على القضاة بناءً على إحالة من رئيس دائرة التفتيش القضائي 2- يقوم رئيس دائرة التفتيش القضائي أو من يفوضه من المفتشين بوظيفة الادعاء العام أمام مجلس التأديب"، فمؤدى ذلك أن المشرع قد أسقط وجوب إجراء التحقيق التمهيدي فيما يتعلق بالمخالفات التأديبية كمرحلة أولى تسبق مرحلة المحاكمة المنصفة أو العادلة، ولم يشر إليها لا تصريحاً ولا تلميحاً، كما أسقط وجوب إجراء التحقيق من جهة محايدة من النص الأصلي، وهذا يعتبر إلغاءً لقواعد إجرائية منصفة.

وحيث تجد المحكمة الدستورية العليا أن نظام التفتيش القضائي يتضمن نصوصاً قانونية أشارت إلى إجراءات التحقيق قبل إحالة القاضي إلى المجلس التأديبي لكنها وردت بصيغة تتسم بالعمومية، ولم تقطع بوجوب إجراء التحقيق مع القاضي، وهذا ترك الباب مفتوحاً لإجراء المحاكمة التأديبية أحياناً دون تحقيق سابق، ما يجعل هذا النظام غير محكم الصياغة في مواده ذات الصلة التي لا تدعم نص المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م التي أغفلت النص على وجوب إجراء التحقيق التأديبي قبل الإحالة لمجلس التأديب على غرار ما كان منصوصاً عليه في المادة (2/49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م المعدلة بالمادة (24) من القرار بقانون (40) لسنة 2020م.

وحيث إن الدعوى التأديبية كما غيرها من الدعاوى التي تنتج عنها عقوبة قد تصل إلى الحكم بعزل القاضي المتهم تتشكل من مراحل مهمة، وهي: مرحلة التحقيق التي يفترض أن تقوم بها جهة محايدة من القضاء، ومرحلة المحاكمة، فهي الوعاء لهما، فلا تقوم الدعوى التأديبية إن لم تبدأ أساساً بهاتين المرحلتين لما تشكلانه من لبنات لقيام تلك الدعوى على أساس سليم من القانون، ووفقاً للمبادئ الدستورية المختلفة التي أرساها القانون الأساسي التي تضمن للمتهم الحق في التقاضي، والدفاع، وافترض البراءة، ووفقاً لقواعد إجرائية منصفة ينص عليها القانون الأساسي لا تدخل بحق القاضي

الرئيس

الكتيب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

المتهم في الدفاع عن نفسه، ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه، وتوفير الضمانات لتحقيق ذلك، سواء كان ذلك في مرحلة التحقيق أو المحاكمة؛ إذ لا يمكن تصور أن يكون بلوغ العدل ميسراً أو يصل إلى منتهاه في إطار اتهام القاضي بأي تهمة كانت، جنائية أو مسلكية إذا كان الحق في الدفاع غائباً أو منقوصاً أو مقصوراً على مرحلة المحاكمة دون مرحلة التحقيق؛ لأن حق المتهم بالدفاع قائم في كلا المرحلتين.

وحيث إن القضاء الدستوري بصورة خاصة والقضاء بصورة عامة مستقران على أن الأصل في الدعوى التأديبية كما الدعوى الجزائية أنها لا تقام إلا عن تهمة محددة تظاهرها الأدلة المؤيدة لها، ومن ثم يتعين إقامتها وجوباً وبناءً على تحقيق إداري يتولاه أحد القضاة في قمة الهرم القضائي - وهذا ما درجت عليه قوانين السلطة القضائية المقارنة - وبالتالي يكون التحقيق الابتدائي أو التمهيدي الذي يجري قبل إقامة الدعوى التأديبية ضماناً من ضمانات المحاكمة العادلة، غايتها الاستيثاق مما إذا كانت الوقائع المنسوبة إلى القاضي المتهم لها معينها من أوراق التحقيق والأدلة المتوفرة، وترقى بما لها من خصائص إلى مرتبة التهمة المحددة التي يجوز أن تقام الدعوى التأديبية عنها، بما يبعث الطمأنينة إلى نفس القاضي وبأن قضيته في أيدي سليمة تلفها ظلال العدالة بعيدة عن روح الانتقام.

وحيث إن المشرع عندما عدل نص المادة (49) من قانون السلطة القضائية الأصلي التي كانت تنظم أصول إقامة الدعوى التأديبية، وعلى وجه الخصوص إجراء التحقيق، واشترطت لذلك شرطاً جوهرياً هو وجوب تحقق هذا الإجراء في الدعوى التأديبية قبل الإحالة إلى مجلس التأديب لإجراء المحاكمة التأديبية، وقرر المشرع بموجب أحكام المادة (24) من القرار بقانون سالف الإشارة إليها - المطعون في عدم دستوريته - أصولاً وقواعد أخرى وأسقط منها وجوب إجراء التحقيق ولم يأت على ذكره من قريب أو بعيد، وترك هذا الأمر غامضاً مبهماً يحتمل أكثر من رأي أو تأويل، وليس أدل على ذلك ما حصل مع المدعي في الدعوى الدستورية الماثلة، إذ أحاله رئيس دائرة التفتيش القضائي إلى مجلس التأديب لمحاكمته بالتهمة المسندة إليه دون إجراء التحقيقات اللازمة التي تقتضي التحقيق مع القاضي المتهم، ومواجهته بالتهمة المسندة إليه، وإتاحة الفرصة له لإبداء دفاعه حولها، إذ لو أتاحت له الفرصة لتقديم دفاعه لكان من الممكن أن تتغير النتيجة التي توصل إليها رئيس دائرة التفتيش القضائي ولما أحيل إلى مجلس التأديب لمحاكمته، وحفظت الدعوى وفقاً للقانون، فالمنطق القانوني السليم يقتضي

الرئيس

الكتيب

State Of Palestine

The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

دعوى دستورية

2022/08

التحقيق معه كون مجرد إجالته كقاضٍ متهم لمحاكمته هو بحد ذاته بالغ الخطورة على شخصه كرجل من رجال القضاء وعلى جهاز القضاء برمته وهيئته بصورة أعم وأشمل.

وحيث إن سلوك المشرع بإقراره التعديل على المادة (49) من قانون السلطة القضائية بموجب المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2022م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته، قد أغفل وقصر بتنظيم أصول إقامة الدعوى التأديبية كما تم بيانه سابقاً، فإنه يكون بذلك قد أدخل بأحكام مواد القانون الأساسي التي تضمنت الحق في التقاضي والحق في الدفاع على الوجه الأمثل وفق قواعد إجرائية منصفة تتيح للمتهم الدفاع عن نفسه، وكذلك الأمر بالنسبة لأحكام المادة (14) من القانون الأساسي التي تقضي بافتراض البراءة في كل مراحل الدعوى إلى أن تثبت إدانة المتهم بحكم قضائي، فقد صار لازماً ألا يزحزح الاتهام أصل البراءة؛ بل يظل دوماً لازماً لصيقاً بالفرد لا يزياله سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثنائها وعلى امتداد حلقاتها، الأمر الذي لم يأخذ به المشرع أو يراعيه عندما قرر تعديل نص المادة (49) من القانون الأصلي، وحيث إن قضاء هذه المحكمة - كما المحاكم الدستورية الأخرى- قد استقر على أن كل مخالفة للقانون الأساسي سواء تعمدتها المشرع أو أنزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها حفاظاً على القانون الأساسي من العبث به، فإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيمًا قاصراً أو منقوصاً بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي היאها القانون الأساسي لها، وفي ذلك مخالفة للقانون الأساسي يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وحيث إن ما قام به رئيس مجلس القضاء الأعلى بالتنسيب إلى رئيس دولة فلسطين بإحالة المدعي بهذه الدعوى القاضي محمد عوض محمد حسين إلى الاستيداع طبقاً للمادة (54) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته - كما يدعي - ، يعتبر عدواناً من جانبه على الولاية التي أثبتتها القانون الأساسي للمحكمة الدستورية العليا، ذلك أن الأصل المقرر قانوناً أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها ولا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع ولا أي سلطة ولا حتى رئيس مجلس القضاء الأعلى أن يتخذ إجراءً أو يصدر حكماً أو يقرر عقوبة حتى ولو كانت بنص القانون دون الفصل

رئيس الرئيس

الكايب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

في المسائل الدستورية المثارة أمام المحكمة الدستورية العليا، وإلا كان قضاء محكمة الموضوع أو ما يتخذه رئيس مجلس القضاء الأعلى لأي عقوبة يشكل عدواناً على ولاية المحكمة الدستورية العليا، كما يعد تسليطاً لقضاء أدنى على أحكام المحكمة الدستورية العليا التي تصدر التنظيم القضائي في فلسطين.

وحيث إن ما قام به رئيس مجلس القضاء الأعلى للتنسيب لسيادة رئيس دولة فلسطين من أجل استبعاد المدعي قبل صدور قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتباره فاصلاً في موضوع الخصومة الدستورية في الدعوى التأديبية كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي المنظور أمام مجلس التأديب لإصدار حكمه.

وحيث إن الطعن في عدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية، وكان ما يتوخاه المدعي القاضي-مجد عوض مجد حسين المحال إلى الاستبعاد من طرف رئيس دولة فلسطين بناء على تنسيب رئيس مجلس القضاء الأعلى - من إبطال النص التشريعي هو إلغاء آثاره كي لا يطبق بالنزاع الموضوعي فإن حرمان المدعي - بسبب إحالته إلى الاستبعاد قبل الفصل في الدعوى الدستورية من قبل المحكمة الدستورية العليا- من الحصول على الترضية القضائية، يعتبر إهداراً للغاية النهائية لحق التقاضي الذي حرص القانون الأساسي في المادة (30) منه على ضمانه للناس كافة، ويناقض خضوع السلطة القضائية بأمرها المختلفة للقانون الأساسي، مسقطاً دوره في حماية الحقوق والحريات العامة وعلى حصانة القضاء واستقلاله كضمانات أساسية لصونها التي نص عليها في باب السلطة القضائية.

وحيث إن رئيس مجلس القضاء الأعلى لتبرير تنسيب القاضي المدعي إلى رئيس دولة فلسطين قد استعمل نص المادة (54) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعدلاته خاصة المادة (26) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م، بهدف إنهاء الدعوى التأديبية للتأثير على مجريات الدعوى الدستورية وذلك بدليل ما تنص عليه في بندها الثاني على: "2- تنقضي الدعوى التأديبية بالوفاة أو الاستقالة أو الإحالة على التقاعد" حيث لم يشر بنص الإحالة إلى الاستبعاد في هذه المادة، وبالتالي فإن التنسيب بالاستبعاد لسيادة رئيس دولة فلسطين لإحالة الطاعن إلى الاستبعاد لا يؤدي بموجبه إلى انقضاء الدعوى التأديبية بحق الطاعن.

الرئيس

الكاتب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/08

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الدستورية العليا بالإجماع بما يأتي:

1. عدم دستورية نص المادة (24) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته، وشل كافة الإجراءات المتخذة بحق المدعي منذ دخول الدعوى حوزة المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2022/06/21م.
2. إعادة قيمة الكفالة للمدعي عملاً بأحكام المادة (2/45) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.

الرئيس

الكتبة

التعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (13) لسنة (7) قضائية «دستورية»

الأستاذ الدكتور/ رفعت عيد - رئيس قسم القانون العام - حقوق القاهرة

في جلسة 28 سبتمبر سنة 2022 أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً في القضية رقم 13 لسنة 7 قضائية لفت إليه الأنظار بما قرره من أكثر من مبدأ يتصل بصميم عمل المحكمة الدستورية العليا وتطبيق المادة 27 من قانونها. وقد رأيت أن أسجل بعض ما عني لي من ملاحظات بصدده ما أورده حكم المحكمة الدستورية من مبادئ. ولعله من المفيد أن أعرض في عجالة وقائع هذه الدعوى التي تقرر بصدده الفصل فيها تلك المبادئ الهامة، ثم أعرج على تفصيل هذه المبادئ وتدوين ملاحظاتي بصددها.

الوقائع:

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن السيد/ محمد عوض محمد حسنين كان يعمل قاضياً في محكمة صلح رام الله، وأقيمت ضده الدعوى التأديبية رقم 7 لسنة 2021 وأسندت إليه تهمة الخروج عن قواعد السلوك القضائي ومقتضيات القيام بالوظيفة، ومخالفة المادتين 19، 29 من مدونة السلوك القضائي. وترتيباً على ذلك قامت دائرة التفتيش القضائي بإحالة القاضي المذكور إلى مجلس تأديب القضاة تطبيقاً لأحكام المادة 24 من القرار بقانون رقم 40 لسنة 2020 المعدلة للمادة 49 من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002.

وعند نظر مجلس تأديب القضاة في الدعوى التأديبية دفع القاضي المذكور بعدم دستورية المادة 24 من القرار بقانون لمخالفتها نصوص المواد 14، 10، 9، 30 من القانون الأساسي المعدل سنة 2003 وتعديلاته.

وإذ ارتأى مجلس تأديب القضاة جدية الدفع فقد صرح له خلال 30 يوماً برفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا يوم 24 مايو 2022 ضد المادة 24 من القرار بقانون. إلا أن الدافع بعدم الدستورية أضاف إلى المادة السابقة عدة نصوص أخرى من ذات القرار بقانون دون تصريح

بذلك من مجلس تأديب القضاة، بل أضاف إلى لائحة الطعن مدونة السلوك القضائي الصادرة بقرار من مجلس القضاء الأعلى الانتقالي سنة 2020.

وبتاريخ 19 / 9 / 2022 أرسل رئيس المحكمة الدستورية العليا كتاباً إلى المستشار رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض، رئيس مجلس القضاء الأعلى لتزويد المحكمة بملف المدعي القاضي محمد عوض محمد، إلا أن رئيس مجلس القضاء الأعلى أرسل كتاباً إلى المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 21 / 9 / 2022 مفاده أن القاضي المذكور قد أحيل إلى الاستيداع سنداً إلى نص المادة 54 من قانون السلطة القضائية، وبذلك تكون الدعوى التأديبية المرفوعة بحق المدعي قد انقضت. فما الذي ارتأته المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد؟

إقامة الدعوى الدستورية دون تصريح من جانب محكمة النزاع:

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ولايتها في شأن الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في قانونها.

وبالرجوع إلى تلك الأوضاع نجد المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها بقرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 وقد قررت في بندها الثالث بأن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية «إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ستين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور، أعتبر الدفع كأن لم يكن».

فإذا ما صرحت محكمة الموضوع لصاحب الشأن برفع الدعوى بعدم دستورية بعض النصوص، فلا يجوز لصاحب الشأن أن يضيف إلى تلك النصوص نصوصاً أخرى دون دفع مسبق بعدم دستورتها. فإذا ما طعن بعدم دستورية النصوص الأخيرة فإنه يكون بذلك مجاوزاً للنطاق الذي تتحدد به المسألة الدستورية التي تُدعى هذه المحكمة للفصل فيها، بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى في شقها المتعلق بالنصوص التي لم يسبق الدفع بعدم دستورتها.

وبتطبيق هذا المبدأ انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن المدعي قد دفع أمام مجلس تأديب القضاة بعدم دستورية المادة 24 من القرار بقانون رقم 40 لسنة 2020 المعدلة للمادة 49 من قانون السلطة

القضائية رقم 1 لسنة 2002، فصرح مجلس التأديب برفع الدعوى بعدم الدستورية هذه المادة، مضيفاً إليها في لائحته المقدمة إلى المحكمة الدستورية العليا المواد (14/4، 23، 26) من القرار بقانون نفسه دون دفع مسبق بعدم دستوريته. وبالتالي فإن الطعن في عدم دستورية هذه المواد يكون «مجاوزاً النطاق الذي تتحدد به المسألة الدستورية التي تدعى هذه المحكمة إلى الفصل فيها، بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى الماثلة في شقها الخاص بالطعن في المواد (14/4، 23، 26) من القرار بقانون... اتصالاً مطابقاً للأوضاع التي رسمها قانونها التي لا يجوز الخروج عنها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة كي يتنظم التداعي في المسائل الدستورية وفقاً للقواعد التي حددها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها».

والحقيقة أن ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا صحيح في شق منه، إلا أن هذا لا يمنعنا من لفت الأنظار إلى جزئية أخرى تغفلت عنها المحكمة. فنحن نتفق مع المحكمة في ضرورة اتصالها بالدعوى الدستورية وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها. إلا أن المحكمة تناست أن المادة 27 من قانونها أشارت إلى أربعة أوضاع تتصل من خلالها المحكمة بالمسألة الدستورية. وذلك أما بالدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية؛ وإما بإحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع إذا تراءى لها شبهة عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع؛ وإما من خلال دفع بعدم دستورية يديه أحد الخصوم أمام إحدى المحاكم وتقدر تلك المحكمة جديته، وتأذن لمبديه بعدئذ برفع دعواه خلال مدة لا تتجاوز 60 يوماً إلى المحكمة الدستورية؛ وإما أن تصدى المحكمة الدستورية نفسها لعدم دستورية نص متصل بالنزاع، ويعرض عليها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها.

هكذا كان يمكن للمحكمة الدستورية أن تَبقي النصوص التي أضافها صاحب الشأن في صحيفة الطعن بعدم الدستورية بجانب النصوص التي سبق ودفع بعدم دستوريته وأذنت بها محكمة الموضوع. فالنصوص الأخيرة اتصلت المحكمة الدستورية بها من خلال قناة الدفع؛ أما النصوص الأولى المضافة فتتصل المحكمة بها من خلال قناة الدعوى الأصلية المباشرة التي أقرها النظام الأساسي الفلسطيني.

ولا ينقصنا التذليل على صحة ما نقول به. فحيثية الحكم التي أتينا عليها من قرار المحكمة الدستورية محل التعليق سبق وللمحكمة الدستورية العليا المصرية أن سطرته في الكثير من أحكامها، مما يشير

إلى انتقال الأفكار القانونية بين المحاكم العربية واعتبار أحكام القضاء المصري — في هذه الجزئية — مصدراً تاريخياً للقضاء الفلسطيني.

فعلى سبيل المثال قالت المحكمة المصرية «من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن ولاية المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، مناطها اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة (29) من قانونها. وذلك إما بإحالة هذه المسائل مباشرة من محكمة الموضوع، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص تشريعي يديه أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع، وتقدر هي جديته، وتصرح لمن أبداه برفع الدعوى الدستورية، ولم يجز المشرع بالتالي الدعوى الأصلية سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية. وحيث أن الثابت بالأوراق، أن المدعى قد دفع أمام محكمة الموضوع بجلسة 9 / 7 / 1996 بعدم دستورية القانون رقم 11 لسنة 1991 بشأن الضريبة العامة على المبيعات، وهو الدفع الذي قدرت المحكمة جديته، وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية عنه. بيد أن صحيفة دعواه الدستورية قد وجهت الدفع بعدم الدستورية إلى قرار رئيس الجمهورية رقم 77 لسنة 1992 بتعديل الجدولين المرافقين لقانون الضريبة العامة على المبيعات السالف البيان، فيما تضمنته من إضافة خدمات التشغيل للغير إلى الجدول رقم 2 المرفق بذلك القانون، وهو القرار الذي لم يشمل الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع ومن ثم لم تصرح الأخيرة بإقامة الدعوى الدستورية بشأنه، بينما لم يطعن المدعى في صحيفة الدعوى الماثلة على القانون رقم 11 لسنة 1991 الذي سبق أن دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستوريته وصرحت له برفع الدعوى الدستورية عنه، ومن ثم ينحل الطعن بعدم دستورية القرار الجمهوري المنوه عنه آنفاً إلى دعوى مباشرة بعدم الدستورية وهو ما لم يجزه القانون، ولا يكون بالتالي قد اتصل بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يتعين معه القضاء بعدم قبوله»⁽¹⁶⁹⁾.

هكذا الحكم الصادر من المحكمة المصرية جاء متفقاً مع قانونها على أساس أن هذا القانون لم يقر الدعوى الأصلية المباشرة. أما قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية فقد أقر من خلال البند الأول من المادة 27 تلك الدعوى.

169. المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 112 لسنة 18 ق، جلسة 24 أغسطس 2008، دستورية.

نخلص من ذلك أن المحكمة الفلسطينية كان في إمكانها—اتباعاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات—أن تنظر في دستورية النصوص المضافة من قبل صاحب الشأن استناداً إلى كونها محلاً للدعوى الأصلية المباشرة. كذلك يمكن للمحكمة الدستورية أن تنظر في دستورية هذه النصوص اعتماداً على آلية التصدي متى توافرت شروطها.

ونعتقد بتوافر هذه الشروط. فالمحكمة الدستورية كانت تناقش نزاعاً معروفاً عليها يتمثل في الفصل في مدى دستورية إحدى مواد القرار بقانون المعدل لقانون السلطة القضائية. كما أن المادة 26 من القرار بقانون والتي أضافها صاحب الشأن تتصل بالنزاع الأصلي وهي تتعلق بتأديب القضاة والإخلال بالواجبات الوظيفية.

هل يتسع نطاق رقابة الدستورية للنصوص التي أضر المدعي من جراء تطبيقها ولو لم يتضمنها الدفع إذا كان متعزداً فصلها عن النصوص التي اشتمل عليها الدفع؟

أجابت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أكثر من مناسبة على هذا التساؤل بالإيجاب. حيث نقرأ في حيثيات حكمها الصادر بجلسته 15 مارس 1997 بأن «نطاق الدعوى الدستورية وإن تحدد أصلاً بالنصوص القانونية التي تعلق بها الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع، إلا أن هذا النطاق يتسع كذلك لتلك النصوص التي أضر المدعي من جراء تطبيقها عليه—ولو لم يتضمنها هذا الدفع—إذا كان فصلها عن النصوص التي اشتمل الدفع عليها متعزداً، وكان ضمها إليها كافلاً للأغراض التي توخاها المدعي بدعواه الدستورية، فلا تحمل إلا على مقاصده، ولا تتحقق مصلحته الشخصية والمباشرة بعيداً عنها».

وبتطبيق المسطور أعلاه على وقائع الدعوى، انتهت المحكمة إلى أن المدعية كانت متهمه جنائياً في جريمة تقاضي مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار (خلو رجل) وكانت المادتان 26، 77 من القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، قد نظمتا هذه الجريمة ذاتها. فأولاهما بحظرها تقاضي هذا الخلو، وثانيتها بتقريرها لجزء جنائي على مخالفة هذا الحظر، فإن التنظيم التشريعي لهذه الجريمة—وباعتبارها تمثل مبالغ تقاضياها المؤجر خارج نطاق عقد الإيجار—يشتمل على هذين الأمرين معاً، لا ينال من ذلك أن يكون الدافع المثار من المدعية أمام محكمة الموضوع قد اقتصر على نص المادة 26 من هذا القانون، ذلك أن الاتهام تعلق باقتضائها لخلو الرجل وغايتها من الطعن بعدم دستورية مواده ألا تلاحقها سلطة الاتهام بعقوبة

هذه الجريمة المنصوص عليها في المادة 77 من هذا القانون، ومن ثم تعتبر مادته 26، 77 محددين لنطاق دعوها الدستورية ومرتبطتين بالنزاع الموضوعي»⁽¹⁷⁰⁾. واستهداء بالحكم السابق، يمكننا القول بأن صاحب الشأن وإن دفع فقط بعدم دستورية المادة 24 من القرار بقانون والمعدلة للمادة 46 من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002، إلا أنه ضم صحيفة الدعوى مواد أخرى من بينها المادة 26 من القرار بقانون دون أن يسبقها دفع بعدم دستورية، فإن المواد المضافة وإن كان وصولها إلى المحكمة الدستورية العليا من خلال الدفع غير قانوني، إلا أن نطاق الدعوى الدستورية يتعين أن يمتد ليشمل أيضاً النصوص التي أضافها المدعي والتي يضار منها من جراء تطبيقها عليه ولو لم يتضمنها الدفع بعدم الدستورية طالما أنه من المتعذر فصل هذه النصوص عن النص الأصلي محل الدفع.

تريص مجلس تأديب القضاة قضاء المحكمة الدستورية العليا:

الأصل المقرر قانوناً أن اتصال الخصومة بالمحكمة الدستورية من خلال رفعها إليها وفقاً للأوضاع المشار إليها آنفاً، «يعني دخول الدعوى في حوزة المحكمة لتهمين عليها وحدها ولا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع ولا أي سلطة ولا حتى رئيس مجلس القضاء الأعلى أن يتخذ إجراء أو يصدر حكماً أو يقرر عقوبة حتى ولو كانت بنص القانون دون الفصل في المسائل الدستورية المثارة أمام المحكمة الدستورية العليا، وإلا كان قضاء محكمة الموضوع أو ما يتخذه رئيس مجلس القضاء الأعلى لأي عقوبة يشكل عدواناً على ولاية المحكمة الدستورية العليا، كما يعد تسليطاً لقضاء أدنى على أحكام المحكمة الدستورية العليا التي تصدر التنظيم القضائي في فلسطين». هكذا قالت المحكمة الدستورية العليا في إحدى حيثيات الحكم محل التعليق.

وترتيباً على الفقرة السابقة، أعلنت المحكمة أن ما قام به رئيس مجلس القضاء الأعلى بإحالة المدعي إلى الاستيداع طبقاً للمادة 54 من قانون السلطة القضائية، «قبل صدور قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتباره فاصلاً في موضوع الخصومة الدستورية في الدعوى التأديبية كاشفاً عن النصوص

170. المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 84 لسنة 17 قضائية، جلسة 15 مارس 1997، دستورية. انظر كذلك لذات المحكمة الحكم في الدعوى رقم 146 لسنة 25 قضائية، جلسة 4 يناير 2009، دستورية ومشار إليها لدي عبد العزيز محمد سلمان، الموسوعة الشاملة في المرافعات الدستورية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى 2020، ص 374 وما بعدها.

القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي المنظور أمام مجلس التأديب لإصدار حكمه» — يعد عدواناً على ولاية المحكمة الدستورية المقررة وفقاً للنظام الأساسي.

واستدلت المحكمة على ذلك من أن رئيس المجلس الأعلى للقضاء قد استعمل نص المادة 54 من قانون السلطة القضائية بهدف «إنهاء الدعوى التأديبية للتأثير على مجريات الدعوى الدستورية، وذلك بدليل ما تنص عليه في بندها الثاني على: «تنقضي الدعوى التأديبية بالوفاة أو الاستقالة أو الإحالة على التقاعد» حيث لم يشر بنص الاحالة إلى الاستيداع في هذه المادة، وبالتالي فإن التنسيب بالاستيداع لسيادة لرئيس دولة فلسطين لإحالة الطاعن إلى الاستيداع لا يؤدي بموجبه إلى انقضاء الدعوى التأديبية بحق الطاعن».

والحقيقة أن قاضي الموضوع أو مجلس تأديب القضاة يتعين عليه الامتناع عن اتخاذ أي إجراء فيها يحول بين المحكمة الدستورية العليا ونظر المسألة الدستورية. ومما لا شك فيه أن قرار رئيس مجلس القضاء الأعلى بإحالة المدعي إلى الاستيداع كان يقصد من ورائه انقضاء الدعوى التأديبية، وبالتالي يصبح الدفع بعدم الدستورية لا فائدة من ورائه، وهو ما يؤدي في النهاية إلى أن يعيق المحكمة الدستورية عن مباشرة ولايتها التي لا يجوز لها أن تتخلى عنها، وإلا كان ذلك منها تحريفاً لا اختصاصها، وإهداراً لموقعها من البنيان القانوني للنظام القضائي في فلسطين.

وعندنا أن قرار رئيس المجلس الأعلى للقضاء بسبب تعديه على اختصاص المحكمة الدستورية العليا ينحدر به إلى مرتبة الانعدام، بما يقتضي اسباب الولاية من جديد على مجلس تأديب القضاة ليفصل في النزاع المطروح عليه في ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، دون التقييد بالقرار الصادر من رئيس المجلس الأعلى للقضاء في النزاع الموضوعي، ولا يكون للقرار الصادر منه من أثر على استمرار نظر الدعوى الدستورية للفصل فيها.

بل نذهب إلى أبعد من ذلك ونقول بأن مجلس التأديب إن كان لا يجوز له بعد أن قدّر جدية الدفع الذي أثير أمامه، والتصريح برفع الدعوى الدستورية، واتصال الأخيرة بولاية المحكمة الدستورية العليا ودخولها في حوزتها— أن يعود وينقض قراره بتقدير الجدية والعدول عنه ومن ثم المضي في نظر النزاع ثم الفصل فيه — نقول إذا كان لا يجوز ذلك لمجلس تأديب القضاة باعتباره محكمة الموضوع، فمن باب أولى لا يجوز لرئيس مجلس القضاء الأعلى أن يتخذ في سبيل إبعاد ولاية المحكمة الدستورية — قراراً بإحالة المدعي إلى الاستيداع ومن ثم انقضاء الدعوى التأديبية .

إغفال ضمانات وردت بالقانون القديم يمثل مخالفة دستورية؟

عمدت المحكمة الدستورية العليا لتبرير عدم دستورية المادة 24 من القرار بقانون محل التعليق إلى الاستناد على خلو النص الجديد من ضمانات كانت واردة بالنص القديم.

فالفقرة الثانية من المادة 49 من قانون السلطة القضائية قبل تعديلها كانت تقضي بأن «لا تقام الدعوى التأديبية إلا بناء على تحقيق جنائي أو بناء على تحقيق يجريه أحد قضاة المحكمة العليا يندبه رئيسها لذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من وزير العدل أو من النائب العام أو من رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي ويكون للقاضي المنتدب للتحقيق صلاحيات المحكمة بالنسبة لسماع الشهود الذين يرى سماع أقوالهم».

هكذا حرص المشرع على وجوب إجراء التحقيق الجنائي أو الإداري قبل إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة أو مجلس التأديب «كضمانة أساسية لرجال القضاء بحقهم بالدفاع والمحاكمة المنصفة بما يتفق وأحكام المواد (10، 14، 30) التي نص عليها القانون الأساسي المتعلقة بالحقوق والحريات وقرينة البراءة، وبالحق في التقاضي، وبذلك يكون المشرع قد حقق توازناً دقيقاً بين حق القاضي المتهم وحق المجتمع باستيفاء العقاب، وبناء عليه فإن إجراء التحقيق بالدعوى التأديبية من جهة محايدة يعتبر ركناً أساسياً من أركانها إذ قد ينجم عنه عدم ملاحقة القاضي المتهم، وحفظ الدعوى، أو إحالته إلى مجلس التأديب لإجراء محاكمته وفق الأصول والقانون».

أما المادة 24 المعدلة للمادة السابقة ومحل التعليق فقد جاءت خالية من الضمانات الواردة بالمادة الأصلية، حيث قضي بأن «1- تقام الدعوى التأديبية على القضاة بناء على إحالة من رئيس دائرة التفتيش القضائي. 2- يقوم رئيس دائرة التفتيش القضائي أو من يفوضه من المفتشين بوظيفة الادعاء العام أمام مجلس التأديب».

ومؤدى الحكم السابق كما قالت المحكمة الدستورية العليا «أن المشرع قد أسقط وجوب إجراء التحقيق التمهيدي فيما يتعلق بالمخالفات التأديبية كمرحلة أولى تسبق مرحلة المحاكمة المنصفة أو العادلة، ولم يشر إليها لا تصريحاً ولا تلميحاً، كما أسقط وجوب إجراء التحقيق من جهة محايدة من النص الأصلي، وهذا يعتبر إلغاء لقواعد إجرائية منصفة».

ورغم أن نظام التفتيش القضائي كما أشارت إلى ذلك المحكمة الدستورية العليا «يتضمن نصوصاً قانونية أشارت إلى إجراءات التحقيق قبل إحالة القاضي إلى المجلس التأديبي، لكنها وردت بصيغة

تتسم بالعمومية، ولم تقطع بوجوب إجراء التحقيق مع القاضي، وهذا ترك الباب مفتوحاً لإجراء المحاكمة التأديبية أحياناً دون تحقيق سابق، ما يجعل هذا النظام غير محكم الصياغة في مواده ذات الصلة التي لا تدعم نص المادة 24 من القرار بقانون رقم 40 لسنة 2020 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 التي أغفلت النص على وجوب إجراء التحقيق التأديبي قبل الإحالة لمجلس التأديب على غرار ما كان منصوصاً عليه في المادة 2/29 من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 المعدلة بالمادة 24 من القرار بقانون 40 لسنة 2020».

فهل يُفهم من الحثية السابقة أنه يجوز للمحكمة الدستورية أن تقضي بعدم دستورية نص في القانون جاء ليعدل نص آخر، نظراً لخلوه من ضمانات تتعلق بالحقوق الدستورية سبق وأن أوردتها النص القديم؟ بعبارة أخرى هل يحق للمحكمة الدستورية العليا أن تقضي بعدم دستورية التعديل التشريعي إذا كان من شأنه أن ينقص من الضمانات التي أوردتها النظام الأساسي والتي جاء بها النص المراد تعديله، وبمفهوم المخالفة يجوز التعديل التشريعي دستورياً متى كان التعديل متعلقاً بالمزيد من الضمانات.

من زاوية أخرى، ألا يمثل مد المحكمة الدستورية العليا رقابتها على خلو النص الجديد من الضمانات، بأنه إقرار من المحكمة بإمكانية الرقابة على الإغفال التشريعي؟

دعوى دستورية رقم 5 / 2022

«10 لسنة 7 قضائية»

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

قضية رقم (10) لسنة (7) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

الحكم

الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المنعقدة مؤقتاً في مدينة رام الله باسم الشعب العربي الفلسطيني، في الجلسة المنعقدة يوم الإثنين الثاني عشر من أيلول (سبتمبر) لسنة 2022م، الموافق السادس عشر من صفر لسنة 1444هـ.

الهيئة الحاكمة برئاسة المستشار: أ. د. محمد عبد الغني الحاج قاسم، رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين: أ. د. عبد الرحمن أبو النصر، فتحي أبو سرور، حاتم عباس، د. رفيق أبو عياش، عدنان أبو وردة، محمد عبد الغني العويوي، فريد عقل، أ. د. خالد التلاحمة، د. عبد الناصر أبو سمهدانة

أصدرت الحكم الآتي

في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا رقم (2022/05) لسنة (7) قضائية "دستورية".

المدعون:

1. قائمة تجمع الكل الفلسطيني بواسطة منسقيها والمفوض عنها بسام أحمد القواسمة/ الخليل.
2. المحامي الدكتور بسام أحمد عبد الله القواسمة بصفته عضواً في قائمة تجمع الكل الفلسطيني المقبول ترشحها لانتخابات المجلس التشريعي للعام 2021.

رئيس المحكمة

الكاتب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

3. المحامي الدكتور أسيد إسماعيل حسن عواودة بصفته عضواً في قائمة تجمع الكل الفلسطيني المقبول ترشحها لانتخابات المجلس التشريعي للعام 2021.

وكيلاهم المحاميان: د. معتر ققيشة و/أو د. بسام القواسمة، الخليل/ مقابل جامعة الخليل/ مجموعة أطلس القانونية .

المدعى عليهم:

1. رئيس دولة فلسطين بالإضافة إلى وظيفته، يمثل عطفة النائب العام، عنوانه للتبليغ: مكتب عطفة النائب العام.
2. رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني بالإضافة إلى وظيفته، عنوانه للتبليغ: رام الله/ دوار المجلس التشريعي/ مبنى المجلس التشريعي الفلسطيني.
3. رئيس مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة إلى وظيفته وبصفته ممثلاً للحكومة الفلسطينية، عنوانه للتبليغ: مبنى رئاسة الوزراء/ رام الله.
4. المجلس التشريعي ممثلاً بما يمثله قانوناً، عنوانه للتبليغ: رام الله/ دوار المجلس التشريعي/ مبنى المجلس التشريعي.
5. سعادة رئيس محكمة النقض بصفتها الإدارية بالإضافة إلى وظيفته، عنوانه للتبليغ: رام الله/ مجمع المحاكم.
6. السلطة القضائية يمثلها رئيس مجلس القضاء الأعلى (رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض) بالإضافة إلى وظيفته، عنوانه للتبليغ: رام الله/ مجلس القضاء الأعلى.
7. عطفة النائب العام بالإضافة إلى وظيفته، عنوانه للتبليغ: رام الله/ مكتب النائب العام.

الإجراءات

بتاريخ 2022/03/23م أودع المدعون لائحة دعواهم الدستورية لدى قلم المحكمة الدستورية العليا، بواسطة وكيلهم المحامي الدكتور معتر ققيشة و/أو الدكتور بسام القواسمة بموجب الوكالة المؤرخة في 2022/03/22م، التي سجلت تحت الرقم (2022/05)، يطلبون فيها الحكم بعدم دستورية الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون

رئيس
د. د. د.

الكاتب
ع. ع.

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية لتعارضها مع الأحكام الواردة في نصوص المواد (6)، (3/26)، (2/30)، من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته.
بتاريخ 2022/04/04م تقدم النائب العام بمذكرة طلب فيها رد الدعوى شكلاً و/أو موضوعاً للأسباب الواردة فيها.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة قانوناً، وحيث إن الوقائع على ما يبين من لائحة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في أن المدعين أقاموا هذه الدعوى الأصلية المباشرة سنذاً إلى أحكام المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته؛ لظعن في عدم دستورية الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته التي تنص على: "لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة"، وذلك لمخالفتها أحكام المادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل للعام 2003م وتعديلاته التي تنص على: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء"، وأحكام المادة (3/26) من القانون نفسه التي تنص على: "للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية: ... 3- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون".

وجاء في لائحة الدعوى الدستورية الماثلة أن النص المطعون في عدم دستوريته ألحق بالمدعين ضرراً جواً استناداً محكمة النقض بصفتها الإدارية في قرارها الصادر في الدعوى رقم (2021/76) إلى النص الطعين واعتبارها المرسوم بتأجيل الانتخابات من أعمال السيادة وليس للمحكمة حق النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة، ما أدى إلى حرمانهم من الحق في النقاضي والترشيح للانتخابات، وذلك إثر صدور الحكم القضائي عن محكمة النقض بصفتها الإدارية في الدعوى رقم (2021/76) بتاريخ 2021/10/11م القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص بناءً على أن تأجيل الانتخابات هو من أعمال السيادة وليس للمحكمة حق النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة، مستندة بذلك إلى أحكام المادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م سالف الإشارة إليه.

وحيث إن المدعين في الدعوى الدستورية قد اختصموا المدعى عليه الخامس سعادة رئيس محكمة النقض بصفتها الإدارية بالإضافة إلى وظيفته، والمدعى عليه السادس السلطة القضائية ويمثلها رئيس مجلس القضاء الأعلى دون ذكر الأسباب التي تدعو إلى مخصصتهم يكون اختصاصهما اختصاصاً لغير ذي صفة، وعليه تكون هذه الدعوى غير مقبولة لتلك الجهتين.

رئيس المحكمة

الكاتب

State Of Palestine

The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

دعوى دستورية

2022/05

وحيث إن الدعوى قدمت بطريق الدعوى الأصلية المباشرة سنذاً إلى أحكام المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته موجهة أصلاً إلى النص الطعين لذاته، مستهدفة مدى شرعيته، ابتغاء حكم القانون الأساسي (الدستور) مجرداً في شأنه بمنأى عن أي طلبات موضوعية، وذلك لأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها الدستور لا يتصل بكيفية تطبيقها عملياً أيًا كانت تلك الجهة التي طبقها سواء المحاكم الإدارية أو غيرها ولا بالصورة التي فهمها بها القائمون على تنفيذها، وإنما مرد اتفاقها مع الدستور أو خروجها عليه يعود إلى الضوابط التي فرضها على الأعمال التشريعية (القوانين والأنظمة) التي أسند اختصاص الفصل في دستورتها أو عدمه إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها سنذاً إلى أحكام المادة (24) من قانون هذه المحكمة.

وحيث إن المدعين في الدعوى الدستورية الماثلة قد حددوا نطاق دعوهم بالطلب من المحكمة الدستورية الحكم بعدم دستورية المادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، وذلك لتعارضها مع أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته في المادتين (3/26)، (2/30)، ، لذلك فإن المحكمة الدستورية العليا ملزمة بالنظر في موضوع هذه الدعوى ضمن النطاق المحدد لها بمنأى عن أي أمور موضوعية قد أوردها المدعون في لائحة الدعوى الماثلة مع التأكيد أن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن في أحكام القضاء التي أشير إليها ولا تعقب عليها.

وحيث إن المحكمة الدستورية العليا قد التزمت في أداء مهمتها - كما المحاكم الدستورية الأخرى - بالرقابة على دستورية القوانين، وفقاً للأصول والضوابط التي استقرت في أكثر المحاكم الدستورية عراققة وأسبقها إلى الأخذ بهذا النظام إلى مجموعة من القواعد والضوابط من أهمها: 1- قرينة الدستورية لمصلحة القوانين التي تعني أن الأصل في ما يصدر عن الهيئة التشريعية من قوانين أنها صادرة في حدود الدستور، ومن ثم على المحكمة عند فحص دستورية القوانين أن تلاحظ هذا الأمر فلا تخرج عن مقتضى هذه القرينة إلا إذا كان هذا التعارض واضحاً بيناً صريحاً بحيث يستحيل التوفيق بينهما، وبعبارة أخرى فإن المحكمة الدستورية العليا لا تقضي بعدم الدستورية إلا إذا كانت مخالفة القانون الدستور فوق مستوى كل شك. 2- عدم اختصاص المحاكم والقضاء بوجه عام بالنظر في أعمال السيادة، وذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات يقصر سلطة القضاء على الفصل في الخصومات والمنازعات المدنية والجنائية والإدارية دون أعمال السيادة؛ لأن هذه الأعمال تحتاج إلى معلومات وموازن وعناصر قد لا تتاح للقضاء والمحاكم.

الرئيس

الكاتب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

وحيث إن القضاء الدستوري قد استقر على أن الرقابة القضائية تجد أساسها كأصل عام في مبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي أرساه القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، غير أنه يرد على هذا الأصل قيد يقضي باستبعاد أعمال السيادة من مجال الرقابة القضائية، وذلك على اعتبار أن خروجها من ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لإعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات الثلاث وتعاونها، ويتمثل هذا المبدأ بما جاء في المادة (2) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته بما نصت عليه: "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي."، وكذلك بما جاء في مقدمة القانون الأساسي (الديباجة): "...، لقد قرر هذا القانون الأساسي الأسس الثابتة التي تمثل الوجدان الجماعي لشعبنا، ... بضمنان الحقوق والحريات العامة والشخصية على اختلافها بما يحقق العدل والمساواة للجميع دون تمييز، أو فيما يخص مبدأ سيادة القانون، وتحقيق التوازن بين السلطات، مع توضيح الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل منها، بحيث تكفل لها الاستقلالية من ناحية، والتكامل في الأداء من ناحية أخرى، وذلك في سبيل المصلحة الوطنية العليا التي هي راند الجميع"، ومزدى ذلك أن تلتزم كل سلطة بحدود اختصاصها وألا تتعدى على اختصاصات غيرها أو تتخلى هي عن اختصاصها سلطة أخرى إلا في حدود التفويض التشريعي المحدد.

وحيث إن أعمال السيادة وصف لم يحدده القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته أو أي قانون آخر بحد فقد دل ذلك على رغبة المشرع في ترك مهمة تحديده للقضاء وحده بخصوص كل عمل من تلك الأعمال على حدة، فالقضاء وحده هو الذي يعطيه وصفه الحق والتكييف القانوني الصحيح على ضوء طبيعة ذلك العمل وحقيقته، دون اعتداد بالأوصاف التي قد يسبغها المشرع عليها متى كانت طبيعتها تتنافى معها.

وحيث إن الفقه والقضاء الدستوري استقر على أن العبرة في تكيف الأعمال السيادية تقوم على معيار موضوعي يتمثل في طبيعة الأعمال نفسها التي تتصل بالسياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة مصلحة الجماعة السياسية العليا، وتنظيم علاقاتها الخارجية بالدول الأخرى، وتأمين سلامتها في الداخل والخارج، والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي، ويدخل ذلك كله في اختصاص السلطة التنفيذية والتشريعية، ما يقتضي منحها سلطة تقديرية أوسع نطاقاً وأبعد مدى تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تحويل القضاء بسلطة التعقيب على ما تتخذانه من قرارات أو أعمال في هذا الصدد، كل ذلك متى التزمنا بحدود القانون الأساسي (الدستور) وأحكامه وضوابطه وقبوده، والمراد في تحديد ذلك يعود إلى السلطة التقديرية للقضاء كما هو الحال في

رئيس المحكمة الدستورية العليا

الكتيب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

موضوع الدعوى الدستورية الماثلة حيث اعتبر أن مسألة تأجيل الانتخابات ضمن المبررات التي ساقها في حكمه من أعمال السيادة.

وحيث إن القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية يتصل بتنظيم أصول المحاكمات لديها، ويحدد اختصاصاتها، ويرسم حدودها، ويبين ضوابطها، ولما كان الطعن المائل ينصب على نص الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون نفسه سابق الإشارة إليه لمخالفتها المادة (30) فقرة (2) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته المتعلقة بحق التقاضي، ولمخالفتها أيضاً نص المادة (26) فقرة (3) من القانون الأساسي نفسه المتعلقة بالتصويت والترشح للانتخابات.

وحيث إن المادة (30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته بفقرتها الأولى والثانية تجب قراءتها وحدة واحدة نظراً إلى وحدة الموضوع الذي تناولته حيث نصت على: "1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا.

2- يحظر النص في القوانين على تحصيل أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء".

ومؤدى ذلك أن هذا النص قد حرص على حق المواطن في النفاذ إلى القضاء والمحاكم أيًا كان نوعها بصورة ميسرة، مسقطاً القيود التي تحول بين الناس كافة والالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي الذي يمثل في الدعوى الماثلة بالمحاكم الإدارية للطعن في مشروعية أي قرار أو عمل إداري صادر عن ذوي الشأن العام للوصول إلى الترضية القضائية التي ينشدها أطراف النزاع، كل ذلك وفقاً للقوانين التي تنظم أعمال المحاكم الإدارية واختصاصاتها، غير أن ذلك لا يعني غل يد المشرع عن استثناء أعمال السيادة وإخراجها من اختصاصات القضاء الإداري على سبيل الاستثناء من الأصل العام؛ إذ إنه أطلق الحق بتقديم الطعون كما ذكر لكن الاستثناء هو في ما تتوصل إليه المحكمة الإدارية وفقاً لتقديرها وقائع النزاع المعروض عليها وفهمها حكم القانون بشأنها من خلال ما يقدم لها من بيانات ومرافعات وفقاً للأصول والقانون، وبكل نزاهة وحيادية متحررة من كل قيد أو تأثير بالحدود التي يقتضيها الصالح العام، وذلك فيما إذا كان ذلك العمل الإداري المطعون فيه يخضع لاختصاصها وأو باعتباره عملاً من أعمال السيادة يخرج عن اختصاصها، وعليه ليس هناك أي تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل وتنظيمه تشريعياً، فالقول بعدم الدستورية في هذا الجانب غير وارد ولا يوجد ما يسند.

الرئيس

الكاتب

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

ومن حيث إدعاء المدعين بمخالفة النص الطعين حكم المادة (3/26) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته التي تنص على: "للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية: ... 3- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون." فنجد أنه قد ورد خلواً من كل ما من شأنه القول بمصادرة الحق في التصويت والترشيح للانتخابات، ولا توجد علاقة بينه وبين النص الدستوري المذكور، والمحكمة الدستورية العليا كما بينا سابقاً في هذا الحكم ليست جهة طعن على ما تصدره المحاكم على اختلاف أنواعها من أحكام ولا تعقب عليها، فلا سند للقول بإخلال النص الطعين بحقهم في الانتخاب والترشيح كحق دستوري لا من حيث محتواه ولا من حيث مقاصده، ويضحي النعي عليه بهذا الشأن قولاً مرسلًا مفتقداً ما يسنده، ولا يتعلق به، متعين الرفض.

ولما كان ذلك تجد المحكمة الدستورية العليا أن النص المطعون فيه، موضوع هذه الدعوى لا يشوبه عوار دستوري، ولا ينال من جوهر الحقوق والحريات التي يدعيها المدعون في دعواهم الدستورية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بالأغلبية برفض الدعوى، ومصادرة قيمة الكفالة سنذا إلى أحكام المادة (2/45) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.

رئيس المحكمة
الدكتور

الكاتب
الدكتور

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

رأي مخالف

من المستشار أ. د. خالد التلاحمة

عضو هيئة المحكمة الدستورية العليا الحاكمة

في الدعوى الدستورية رقم (2022/05)

أخالف الأغلبية المحترمة فيما خلصت إليه وحملت حكمها عليه، ذلك أنه وعلى ما أفصحت عنه الأوراق أن المدعين في الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة الماثلة طعنوا في عدم دستورية نص الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية، المنشور في الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2021/01/11م، العدد الممتاز (22)، التي تنص على أنه: "لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة"، وذلك لتعارضها مع أحكام المادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته التي تنص على أنه: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء".

وقد بنى المدعون دعواهم بعدم الدستورية على سند من أن أحكام الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية كانت هي الأساس في صدور حكم قضائي من محكمة النقض بصفتها الإدارية في الطعن رقم (2021/76) بتاريخ 2021/10/11، الذي قضى برد الدعوى لعدم الاختصاص بناء على أن تأجيل الانتخابات هو عمل من أعمال السيادة، وليس للمحكمة حق النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة وفقاً لنص هذه الفقرة.

لقد قبلت محكمتنا النظر في هذه الدعوى لتوفر شروط المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته، ومن المقرر في قضاء محكمتنا أن الرقابة التي تباشرها يقف مجالها عند حد التحقق من مدى موافقة التشريع المطعون فيه أحكام القانون الأساسي، وهي رقابة لها طبيعة قانونية لا جدال فيها، تسعى إلى صون القانون الأساسي المعمول به وحمايته من الخروج على أحكامه.

يبين المدعون أن ضرراً واقعياً لحق بهم من تطبيق النص المطعون في عدم دستوريته، بالنظر إلى أن مرّة الأمر في الضرر يعود إلى هذا النص الذي صدر على أساسه حكم القضاء الإداري المتضمن اعتبار قرار تأجيل الانتخابات من أعمال السيادة، ولا يدخل في اختصاص المحاكم، على نحو قد أخلّ بممارستهم حقوقهم الدستورية في الترشح والانتخاب التي كفلها القانون الأساسي في المادة (3/26) منه التي نصت على أنه: "للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً أو جماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية:.. 3. التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون".

خالد التلاحمة
مستشار

State Of Palestine
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
دعوى دستورية
2022/05

ولما كانت الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح تستند إلى مبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي يملى على الإدارة الخضوع لمجموعة القواعد الملزمة، والعمل بموجبها لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ولما كانت المادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته تحظر صراحة فكرة التحصين، بقولها: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء"، دون أن تبين هذه المادة طبيعة القرارات والأعمال الصادرة عن الإدارة، بل جاءت بصياغة عامة يستفاد منها أن الأعمال والقرارات الصادرة من الإدارة تخضع جميعها لرقابة القضاء، سواء أكانت من أعمال السيادة أم لم تكن؛ فإن النص الذي ورد في الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية بتحسين أعمال السيادة من رقابة القضاء لا يسنده دليل من القانون الأساسي، ولو أراد المشرع الدستوري ذلك لاستثنى صراحة أعمال السيادة من الحظر، والقاعدة الأصولية تقول إن: "المطلق يجري على إطلاقه".

إن القضاء الإداري المقارن الذي نشأت نظرية أعمال السيادة في ظله توجه نحو تضييق أعمال هذه النظرية برفع الحصانة عن العديد من القرارات والأعمال التي كانت في وقت سابق تُعد من أعمال السيادة، على نحو يتيح للقضاء بسط رقابته على أغلب القرارات والأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية لفحص مدى احترامها مقتضيات الدستور من ضوابط ومحظورات.

ولما كانت فكرة التحصين تشكل خروجاً على مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون؛ فإن عبارة "لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة" الواردة في المادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية تتضمن تجاوزاً لسلطة المشرع الدستورية المنصوص عليها في القانون الأساسي المعدل لسنة (2003م) وتعديلاته، وتنطوي على مخالفة لمبدأي المشروعية وسيادة القانون اللذين يقومان على خضوع التصرفات والأعمال جميعها في الدولة لرقابة القضاء.

نذلك فباتني أخالف رأي الأغلبية المحترمة

وأرى عدم دستورية الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية، المنشور في الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2021/01/11م، العدد الممتاز (22)، وذلك فيما نصت عليه أنه: "لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة".

المستشار المخالف
أ.د. خالد التلاحمة

التعليق على قضاء المحكمة الدستورية العليا بدولة فلسطين

في القضية رقم 10 لسنة 7 قضائية «دستورية»

2022 / 5

الدكتور محمد عبد الفتاح عبد البر
مُستشار بمجلس الدولة المصري

أقام المدعون (-1) قائمة تجمع الكل الفلسطيني بواسطة منسقتها والمفوض عنها...، -2 المحامي الدكتور... بصفته عضواً في قائمة تجمع الكل الفلسطيني المقبول ترشحها لانتخابات المجلس التشريعي للعام 2021، -3 المحامي الدكتور... بصفته عضواً في قائمة تجمع الكل الفلسطيني المقبول ترشحها لانتخابات المجلس التشريعي للعام 2021)، دعواهم الأصلية المباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا بدولة فلسطين، ضد المدعى عليهم (-1) رئيس دولة فلسطين بالإضافة إلى وظيفته يمثله النائب العام، -2 رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني بالإضافة إلى وظيفته، -3 رئيس مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة إلى وظيفته وبصفته ممثلاً للحكومة الفلسطينية، -4 المجلس التشريعي ممثلاً بها يمثله قانوناً، -5 رئيس محكمة النقض بصفقتها الإدارية بالإضافة إلى وظيفته، -6 السلطة القضائية يمثله رئيس مجلس القضاء الأعلى «رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض» بالإضافة إلى وظيفته، -7 النائب العام بالإضافة إلى وظيفته)، طالبين الحكم بعدم دستورية الفقرة (3) من المادة (20) من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية لتعارضها مع الأحكام الواردة في نصوص المواد (6)، (3/26)، (2/30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته. وتاريخ 4/4/2022 تقدم النائب العام بمذكرة طلب فيها رد الدعوى شكلاً و/ أو موضوعاً للأسباب الواردة فيها.

وقد استظهرت المحكمة أن المدعين قد أقاموا دعواهم سنداً إلى أحكام المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، طعنوا على دستورية⁽¹⁷¹⁾ الفقرة (3)

171. نلاحظ أنه ورد في الصفحة رقم (3) من الحكم عبارة «الطعن في عدم دستورية الفقرة (3)....»، وعبارة «النص المطعون في عدم دستوريته...» والصواب القول «الطعن في دستورية الفقرة (3)....» والنص المطعون في دستوريته...».

من المادة (20) من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، والتي تنص على أنه «لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة»؛ وذلك لمخالفتها أحكام المادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003 وتعديلاته والتي تنص على أنه «يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء»، وأحكام المادة (3/26) من القانون نفسه التي تنص على أن «للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية: ... 3- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون».

وأضافت المحكمة أنه جاء بلائحة الدعوى أن النص المطعون في دستوريته ألحق بالمدعين ضرراً لاستناد محكمة النقض بصفتها الإدارية إليه في قرارها الصادر في الدعوى رقم 2021/76، واعتبارها - تطبيقاً لذلك - المرسوم بتأجيل الانتخابات من أعمال السيادة وليس للمحكمة حق النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة، ما أدى إلى حرمانهم من الحق في التقاضي والترشح للانتخابات، إذ ردت محكمة النقض الدعوى لعدم الاختصاص بناء على أن تأجيل الانتخابات من قبيل أعمال السيادة، وليس للمحكمة النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة عملاً بما جاءت به المادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 سالف البيان.

وقدرت المحكمة اختصاص المدعى عليهما الخامس والسادس (رئيس محكمة النقض بصفتها الإدارية بالإضافة إلى وظيفته، والسلطة القضائية يمثلها رئيس مجلس القضاء الأعلى «رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض» بالإضافة إلى وظيفته) لعدم ذكر المدعين الأسباب التي تدعو لمخاصمتها، ومن ثم خلصت إلى أن اختصاصهما أضحى اختصاصاً لغير ذي صفة، من ثم قررت عدم قبول الدعوى بالنسبة لهما.

وأوضحت المحكمة في جلاء أن الدعوى إنما أقيمت بطريق الدعوى الأصلية المباشرة سندا إلى أحكام المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، موجهة أصلاً إلى النص الطعين ذاته، مستهدفة مدى شرعيته، ابتغاء حكم القانون الأساسي (الدستور) مجرداً في شأنه بمنأى عن أي طلبات موضوعية. وأضافت المحكمة أن المدعين في الدعوى الدستورية حددوا نطاق دعواهم بطلب الحكم بعدم دستورية المادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 لتعارضها مع أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته في المادتين (3/26)

و(2/30)، ولذلك فإنها ستنظرها في ضمن النطاق المحدد لها بمنأى عن أي أمور موضوعية أوردتها المدعون في لائحة الدعوى، مع التأكيد على أن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن في أحكام القضاء ولا تعقب عليها.

وذكرت المحكمة بأن القوانين تتمتع بقرينة الدستورية، وأنه على القضاء أن يقضي بعدم اختصاصه بالنظر في أعمال السيادة تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك المبدأ الذي بدأ جاء في المادة (2) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته التي نصت على أن «الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي.»، وكذا ما جاء بدياجة القانون الأساسي من أنه «قد قرر هذا القانون الأساسي الأسس الثابتة التي تمثل الوجدان الجماعي لشعبنا،... بضمن الحقوق والحريات العامة والشخصية على اختلافها بما يحقق العدل والمساواة للجميع دون تمييز، أو فيما يخص مبدأ سيادة القانون، وتحقيق التوازن بين السلطات، مع توضيح الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل منها، بحيث تكفل لها الاستقلالية من ناحية، والتكامل في الأداء من ناحية أخرى، وذلك في سبيل المصلحة الوطنية العليا التي هي رائد الجميع.» ومؤدى ذلك أن تلتزم كل سلطة بحدود اختصاصها وألا تتعدى على اختصاصات غيرها أو تتخلى هي عن اختصاصها لسلطة أخرى.

وأوضحت المحكمة أن أعمال السيادة وصف لم يحدده القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته أو أي قانون آخر، ما يدل على رغبة المشرع في ترك مهمة تحديد هذه الأعمال للقضاء. كما أن الفقه والقضاء الدستوري استقرا على أن العبرة في تكييف الأعمال السيادية يقوم على معيار موضوعي يتمثل في طبيعة الأعمال نفسها التي تتصل بالسياسة العليا للدولة في الداخل والخارج. وبينت المحكمة أن مرد تحديد هذه الأعمال يرجع إلى السلطة التقديرية للقضاء كما هو الحال في موضوع الدعوى الدستورية الماثلة، حيث اعتبر قضاء النقض أن مسألة تأجيل الانتخابات ضمن أعمال السيادة.

وذكرت المحكمة أن الطعن إنما تعلق بالمادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 لتعارضها مع أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته في المادتين (3/26) و(2/30).

وإذ نصت المادة (30) من القانون الأساسي في فقرتها الأولى والثانية على أن «1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون

إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. -2 يحظر النص في القوانين على تحصيل أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء...»، فإن مؤدى ذلك أن القانون الأساسي قد حرص على حق المواطن في النفاذ إلى القضاء والمحاكم بصورة ميسرة، مسقطاً القيود التي تحول بين الناس كافة والالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي الذي يتمثل في الدعوى الماثلة في المحاكم الإدارية، غير أن ذلك لا يعني غل يد المشرع عن استثناء أعمال السيادة وإخراجها من اختصاص القضاء الإداري وفقاً لما تقدّمه هذه المحاكم من اعتبار بعض المسائل من قبيل هذه الأعمال فتخرجها استثناء من اختصاصها، وليس في ذلك أي تناقض بين الحق الدستوري في التقاضي وتنظيمه تشريعياً، ومن ثم فلا سند لدعوى عدم الدستورية من هذا الجانب.

أما عن حالة مخالفة النص المطعون عليه لنص المادة (3/26) من القانون الأساسي التي تنص على أنه «للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية: ... 3- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون...»، فهذا النعي جاء خلواً من كل ما من شأنه القول بمصادرة الحق في التصويت والترشح للانتخابات، ولا علاقة له بالنص الدستوري المذكور، والمحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن على ما تصدره المحاكم من أحكام، ومن ثم فلا سند للقول بأن النص الطعين قد أخل بحق المدعين الدستوري في الانتخاب والترشح.

وإذا انتهت أغلبية المحكمة إلى عدم مخالفة النص المطعون عليه للقانون الأساسي فقد قضت - بأغليتها - برفض الدعوى.

وفي مقابل ما تقدم، فقد ذهب الرأي المخالف إلى إخلال النص المطعون عليه بنص المادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته التي تحظر صراحة فكرة التحصيل دون بيان طبيعة القرارات أو الأعمال الصادرة عن جهة الإدارة، بل جاءت بصياغة عامة يستفاد منها أن جميع الأعمال والقرارات الصادرة عن جهة الإدارة تخضع جميعها لرقابة القضاء سواء أكانت من أعمال السيادة أم لا، ومن ثم فإن النص الطعين بنصه على تحصيل أعمال السيادة من رقابة المحاكم الإدارية فإنه يكون قد خرج على مبدأي سمو الدستور وسيادة القانون اللذين يُخضعان جميع التصرفات والأعمال الإدارية لرقابة القضاء، وبالتالي فقد وقع في وهدة مخالفة الدستور.

وبقراءة الحكم موضوع التعليق تراءى لنا التعقيب عليه من عدة زوايا، ولكن قبل ذلك نعرض ببعض التفاصيل للمقصود بأعمال السيادة، باعتبار أن فهم هذا الاصطلاح مدخل لفهم المسألة الدستورية المثارة، ثم بعد ذلك نسردها النصوص القانونية ذات الصلة بالنزاع المائل :-

أولاً: تعريف القضاء لأعمال السيادة

ذهب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن «الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجذب أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقهاء من استبعاد أعمال السيادة» من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري وتطورت به قواعد، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة [التي] استبعدت أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء. واستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج - + التأني بها عن نطاق الرقابة القضائية، وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والزود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا، وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبخاصة في المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة .

وحيث أن العبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هي بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، التي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين سلامتها في الداخل والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي والمرد في ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده». (172)

172. المحكمة الدستورية العليا في مصر - الدعوى رقم 48 لسنة 4 قضائية «دستورية» - جلسة 21 يناير سنة 1984 .

وعلى نفس النهج ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن «أعمال السيادة هي بحسب الأصل من أعمال الإدارة، وهي في مجال إقصائها من رقابة القضاء لا تعد استثناء على خضوع أعمال الإدارة للرقابة، أو خروجاً عن مبدأ المشروعية، بل هي أعمال تتأبى طبيعتها وبسط الرقابة القضائية عليها. ويتعين دوماً ضبطها في تخوم ضيقة ومبررة، تتحدد بالنظر إلى طبيعتها بعيدة عن الأوصاف التي يخلعها المشرع عليها، بحيث تعد كذلك حال لا يجوز أن يكون للدولة غير صوت واحد، كذلك الأعمال المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية، أو إعلان الحرب. وأعمال السيادة ليست نظرية جامدة المضمين بل تتسم بال مرونة، فهي لا تحمل في أعطافها تكويناً ثابتاً، حيث يتغير مضمونها بتغير الإطار الدستوري الذي ينظم سلطات الدولة، ويظل مضمونها دائماً بيد القضاء، وعموماً تتناسب مساحة أعمال السيادة عكسياً مع مساحة الحرية والديمقراطية»⁽¹⁷³⁾.

ثانياً: القوانين ذات الصلة

- (1) قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م
المادة (24): «تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة...»
المادة (27): «تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون...»
- (2) قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية
المادة (20): «1. تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها بالآتي: 3. لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة. 4...». (النص المطعون عليه).
- (3) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م
المادة (2): «الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي.»
المادة (6): «مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص.»

المادة (26): «للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية: 1- تشكيل الأحزاب السياسية والانضمام إليها وفقاً للقانون. 2- تشكيل النقابات والجمعيات والاتحادات والروابط والأندية والمؤسسات الشعبية وفقاً للقانون. 3- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون. 4- تقلد المناصب والوظائف العامة على قاعدة تكافؤ الفرص. 5- عقد الاجتماعات الخاصة دون حضور أفراد الشرطة، وعقد الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات في حدود القانون.»

المادة (30): «1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون اجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. 2- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء. 3- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته.»

نشر الآن في مناقشة قضاء المحكمة الدستورية العليا موضوع التعليق المائل، في ضوء فهم المقصود بأعمال السيادة، وما جاء بالنصوص القانونية والدستورية آنفة البيان من أحكام.

في البداية ننوه إلى أن المدعين قد أقاموا دعواهم الدستورية بطريق الدعوى الأصلية المباشرة عملاً بنص المادة (27 / 1) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م، ولعل ذلك هو ما دعا المحكمة إلى إخراج المدعى عليها الخامس والسادس (رئيس محكمة النقض ورئيس مجلس القضاء الأعلى) من الدعوى لانعدام صفتها فيها، وبالتالي عدم قبولها بالنسبة لهما؛ على أساس أن مهاجمة المدعين للنص المطعون عليه إنما كانت بطريق مباشر من خلال دعوى أصلية، ابتغاء حكم القانون الأساسي (الدستور) بمنأى عن أي طلبات موضوعية، وليس من طريق الإحالة أو طريق الدفع، والتي تعود الدعوى الموضوعية في أي منها لمحكمة الموضوع بعد الفصل في المسألة الدستورية. وإن كنا نرى أنه كان للإبقاء على المدعى عليها الخامس والسادس كخصمين في الدعوى الدستورية الأصلية وجاهاً؛ على أساس أنها سيكونان مخاطبين بأي حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا في تلك الدعوى، سواء قضت بعدم دستورية النص أو رفضت الدعوى.

ومن ناحية ثانية نشير إلى ما جاء بإجراءات الحكم موضوع التعليق في الصفحة رقم (3) منه، من أن المدعين أو دعواً لائحة دعواهم الدستورية طعنوا على نص المادة (20 / 3) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية لتعارضها مع أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة

2003 وتعديلاته في المواد (6، 26/3، 30/2)؛ وإذ لم تُصرح المحكمة بإجراء رقابتها الدستورية على النص المطعون عليه عملاً بنص المادة (6) من القانون الأساسي التي تنص على أن «مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص». فإن هذا الإغفال يصم الحكم بالقصور، سيما وأن المدعين قد وجهوا نعيًا مباشراً بلائحة دعواهم الدستورية صوب النص المطعون عليه استناداً إلى المادة (6) من القانون الأساسي. ومن حيث أن المدعين قد أقاموا دعواهم الدستورية الأصلية المباشرة طعنًا على نص المادة (20/3) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية زعمًا بمخالفتها لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته في المواد (6، 26/3، 30/2)؛ لما كان ذلك وكانت المادة (6) من القانون الأساسي تنص على أن مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وتنص المادة (26/3) من ذات القانون على أن للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية خصوصاً حق التصويت والترشيح في الانتخابات، وتكرس المادة (30/2) لما يتفرع على حق التقاضي من حظر النص في القوانين على تخصيص أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء.

ومن حيث إنه عن مخالفة النص المطعون عليه لنص المادة (6) من القانون الأساسي الفلسطيني، فإنه بمناسبة الطعن على دستورية نص المادة (17) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 التي تنص على أنه «ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة...»، فقد انتهت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أنه «وحيث إن المادة (17) من قانون السلطة القضائية تحول بنصها دون النظر قضائياً في أعمال السيادة سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. وحيث إن ما ينهه المدعي من مخالفة هذا الحظر للدستور مردود بأن أعمال السلطة التنفيذية التي تعتبر بطبيعتها - وبالنظر إلى خصائصها - مستعصية على موازين التقدير القضائي التي يقتضيها الفصل في صحتها أو بطلانها، ينبغي ألا تباشر السلطة القضائية رقابتها عليها، لا لأنها فوق الدستور أو القانون بما يحول دون خضوع الجهة التي أصدرتها لكل أشكال مسؤوليتها عنها، وإنما لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتهما، لا تنهياً للسلطة القضائية بكل أفرعها. وفيما وراء دائرة هذه الأعمال التي تستقل هذه السلطة بتحديد ما يندرج تحتها، فأن رقابتها التي تدخل في عموم ولايتها، لا يجوز إجهاضها». (174)؛ لما كان ذلك فإن حالة مخالفة النص المطعون عليه لمبدأ سيادة القانون لا تجد لها سنداً من الدستور.

وبالنسبة لما زعمه المدعون من مخالفة النص المطعون عليه - نص المادة (20/3) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية - لنص المادة (26/3) من القانون الأساسي التي تعطي للفلسطينيين الحق المشاركة في الحياة السياسية خصوصاً حق التصويت والترشيح في الانتخابات، فإن هذا الزعم مردود بأنه لا شأن للنص الدستوري سالف البيان بمسألة تحصين النص المطعون عليه للطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة من رقابة المحاكم الإدارية؛ إذ لم يتضمن هذا التحصين إخلالاً بحق التصويت أو الترشيح في الانتخابات، وإنما وضع قيوداً عاماً على الرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم الإدارية بالنسبة لطائفة محدودة من تصرفات جهة الإدارة، لاعتبارات تقدرها المحاكم وفقاً لما يترأى لها من حساسية المسألة الخاضعة للرقابة ومدى ملاءمة النظر القضائي فيها. أما عن مدى مخالفة النص المطعون عليه لنص المادة (30/2) من القانون الأساسي التي تكرر لما يتفرع على حق التقاضي من حظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء، فإن هذا الادعاء مردود بما ذهبت إليه المحكمة العليا في مصر من أن «نظرية أعمال السيادة وإن كانت في أصلها الفرنسي قضائية النشأة أرسى القضاء قواعدها ونظم أحكامها إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث، فقد عرضت لها التشريعات المنظمة للمحاكم المختلطة ثم تشريعات المحاكم الأهلية كما كانت تسمى حينئذ، فحظرت المادة 11 من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة معدلة سنة 1900 على هذه المحاكم النظر في أعمال السيادة، وتبعتها المادة 15 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية معدلة سنة 1937، فحظرت على هذه المحاكم النظر في أعمال السيادة، ولقد استقرت تلك القاعدة في التشريعات المتعاقبة المنظمة للقضاء حتى انتهت إلى المادة 17 من قانون السلطة القضائية الحالي الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972، ولما أنشئ مجلس الدولة بمقتضى القانون رقم 112 لسنة 1946 حظر في مادته السادسة على محكمة القضاء الإداري النظر في أعمال السيادة، واستقر هذا الحكم في التشريعات التالية المعدلة لنظام مجلس الدولة حتى انتهى إلى المادة 11 من قانونه الحالي الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972.

ومن حيث أن القضاء الذي أرسى قواعده هذه النظرية وكذلك الفقه لم يستطع كلاهما وضع تعريف أو معيار جامع مانع لأعمال السيادة فانتهى القول الفصل في شأنها إلى أن القضاء وحده يقرر بسلطته التقديرية ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، ولقد نهج المصري هذا النهج حين أغفل عمداً تعريف أعمال السيادة، كما تدل على ذلك التشريعات المنظمة للمحاكم

ولمجلس الدولة المتقدم ذكرها، إذ اقتضت جميعها على النص على استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والإداري على السواء دون تعريف أو تحديد لهذه الأعمال، تاركة ذلك كله للقضاء، ولئن كان الشارع قد خرج قليلاً على هذه القاعدة حين ضرب أمثلة لأعمال السيادة في صدر المادة السادسة من القانون رقم 112 لسنة 1946 المشار إليها اتبعها بنص عام يقضي بحظر النظر في سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة، فلجأ إلى التعميم بعد التخصيص، وجاءت المادة السابعة من القانون رقم 9 لسنة 1949 بتنظيم مجلس الدولة مطابقة لهذا النص، ثم عدل الشارع عن هذا الأسلوب في التشريعات التالية المنظمة لمجلس الدولة وهي القانون رقم 165 لسنة 1955 في المادة الثانية عشرة والقانون رقم 55 لسنة 1959 في المادة الثانية عشرة ثم القانون الحالي في المادة الحادية عشرة، حيث اقتصر في هذه المواد جميعها على النص على استبعاد النظر في أعمال السيادة من ولاية القضاء الإداري بمجلس الدولة دون ضرب أمثلة لهذه الأعمال شأنه في ذلك شأن القوانين المنظمة للقضاء العادي.

ومن حيث أنه رغم تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة فإن ثمت عناصر ومميزات تميزها عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها (أي في أعمال السيادة) لما يحيطها من اعتبارات سياسية، فهي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وبها لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج. ولقد تضمنت المادة السادسة من القانون رقم 112 لسنة 1946 بإنشاء مجلس الدولة والمادة السابعة من القانون رقم 9 لسنة 1949 بتنظيم مجلس الدولة المتقدم ذكرهما أمثلة لأعمال السيادة التي تجرئها الحكومة بوصفها سلطة حكم وهي القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالهيئة التشريعية والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة والعلاقات السياسية والأعمال الحربية والفرق واضح بين هذه الأعمال وبين أعمال الإدارة العادية التي تجرئها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح اليومية للجمهور ومرافقه العامة .

ومن حيث أن حكمة استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتنازح لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تحويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وأمنه وسلامته دون

تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد لأن ذلك يقتضى توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء، وذلك فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء»⁽¹⁷⁵⁾.

لما كان ما تقدم، فإن حالة مخالفة النص المطعون عليه - الذي يقضي بعدم اختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة - لما يتفرع على حق التقاضي من حظر النص في القوانين على تحصيل أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء، هذه القالة لا أساس لها من الدستور؛ ذلك أن أعمال السيادة، والتي يُترك للقضاء شأن تحديد ماهيتها، لا تدخل في مفهوم القرار أو العمل الإداري الذي حظر القانون الأساسي (الدستور) في المادة (2/30) منه تحصيله من رقابة القضاء؛ فهذه الطائفة المحدودة من أعمال الإدارة ليست من طبيعة إدارية، وإنما هي للطبيعة السياسية أقرب، إذ تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم لا بوصفها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح اليومية للجمهور ومرافقه العامة.

من جماع ما سبق، فإننا نميل إلى تأييد ما انتهت إليه أغلبية المحكمة الدستورية العليا من عدم مخالفة المادة (3/20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية لأي من أحكام القانون الأساسي (الدستور).

دعوى دستورية رقم 2 / 2023
« 5 لسنة 8 قضائية »

2023/09/25

أحكام المحكمة الدستورية العليا

العدد 206

دعوى دستورية
2023/2

دولة فلسطين
المحكمة الدستورية العليا
قضية رقم (5) لسنة (8) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

الحكم

الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المنعقدة مؤقتًا في مدينة رام الله باسم الشعب العربي الفلسطيني، في الجلسة المنعقدة يوم الأربعاء الثاني عشر من تموز لسنة 2023م، الموافق الرابع والعشرين من ذي الحجة لسنة 1444 هـ.
الهيئة الحاكمة برئاسة المستشار: علي جميل مصطفى مهنا، رئيس المحكمة.
وعضوية السادة المستشارين: محمد عبد الغني العويوي، فريد عقل، خالد التلاحمة، عبد الناصر أبو سمهدانة، غسان فرمند، عبد الرؤوف السناوي، بشار دراغمة.

أصدرت الحكم الآتي

في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا رقم (2023/2) لسنة (8) قضائية "دستورية".

المدعي:

عبد المالك أحمد عبد المالك جابر، حامل هوية رقم (086950730) - القدس.

وكلاؤه المحامون: داود درعاوي، وأحمد الصياد، و علي الجاز مجتمعين ومنفردين.

المدعى عليهما:

- 1- فخامة رئيس دولة فلسطين - رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية بالإضافة إلى وظيفته - رام الله.
- 2- مجلس الوزراء الفلسطيني ممثلًا برئيس مجلس الوزراء بالإضافة إلى وظيفته.

موضوع الدعوى:

الطعن بعدم دستورية:

1. القرار بقانون رقم (39) لسنة 2022م بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الصادر بتاريخ 2022/08/07م، المنشور في الوقائع بتاريخ 2022/08/14م في العدد (193). وبالتناوب
2. نص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من القرار بقانون رقم (39) لسنة 2022م بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

2023/09/25

أحكام المحكمة الدستورية العليا

الإجراءات

المدعي بتاريخ الثاني من شباط لسنة 2023م، (2023/02/02م) بواسطة وكلائه الدعوى الماثلة، بالحكم ب: 1- عدم دستورية القرار بقانون رقم (39) لسنة 2022م، بشأن مكافحة غسل الأموال بل الإرهاب الصادر بتاريخ 2022/08/07م، المنشور في الوقائع بتاريخ 2022/08/14م العدد (193).

عدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من القرار بالقانون ذاته والتي تنص على أن: "تنطبق جريمة غسل الأموال على الأشخاص الذين يرتكبون الجريمة الأصلية، فلا تحول معاقبة مرتكب الجريمة الأصلية دون معاقبته على جريمة غسل الأموال". إلغاء كل ما يترتب على ذلك من أثار وإجراءات ناتجة أو مترتبة أو مرتبطة بالقرار بقانون (الطعين) أو النصوص أو القرارات الطعينة واعتبارها كأن لم تكن، مع تضمين المدعى عليهما الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

حين أودعت النيابة العامة بتاريخ 2023/02/20م، لائحة جوابية طالبت فيها برد الطعن شكلاً أو موضوعاً وفقاً للأسباب التي أوردتها في لائحته الجوابية، علماً أن المدعي يحاكم في القضايا المذكورة كمتهم فار من وجه العدالة (غير مقبوض عليه).

بتاريخ 2023/03/02م تقدم المدعي بواسطة وكلائه بمذكرة رد على اللائحة الجوابية المقدمة من النيابة العامة طالباً بالحكم بما جاء في لائحة الدعوى للأسباب الواردة فيها.

وبتاريخ 2023/06/13م تقدم المدعي بواسطة وكلائه بطلب موضوعه ترك الدعوى، على سند من القول بأن المدعي، لم يعد له أية مصلحة في الاستمرار بإجراءات هذه الدعوى، وأو السير بإجراءاتها، وبأنه يرغب بتركها طالباً اعتبارها متروكة وكأنها لم تكن.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة قانوناً، وحيث إن المدعي قد تقدم بواسطة وكلائه بطلب لترك الخصومة في الدعوى الماثلة، الذي أشار في طلبه إلى أنه لم يعد له أية مصلحة في الاستمرار بهذه الدعوى.

وحيث إنه لما كان ذلك، وكان قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته قد نظم ترك الخصومة في الدعوى في المواد (139، 138، 140)، وكون مؤدى الترك إلغاء كافة الآثار المترتبة على قيام الدعوى.

وحيث إن المواد السابقة تسري في شأن الدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا، وذلك وفقاً للمادة (26) من قانونها، والتي نصت على أن: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات (التي تقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".

2023/09/25

أحكام المحكمة الدستورية العليا

العدد 206

وحيث إن ترك الخصومة هو نزول من المدعي عنها، وتخل منه عن كافة إجراءاتها ويترتب عليه إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على قيامها، ليعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفعها، وعليه يتعين إجابة طلب المدعي وإثبات ترك الخصومة.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الدستورية العليا بإثبات ترك المدعي للدعوى، ومصادرة قيمة الكفالة المودعة خزانة المحكمة.

التعليق على دعوى دستورية رقم 2 / 2023

« 5 لسنة 8 قضائية »

المستشار الدكتور

عبد العزيز محمد سلمان

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية

الدعوى رقم 2 / 2023 لسنة 8 قضائية «دستورية»

المقامة من عبد المالك أحمد عبد المالك صابر

ضد رئيس دولة فلسطين - رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

ورئيس مجلس الوزراء الفلسطيني

الوقائع والإجراءات:

تتحصل الوقائع - بالقدر اللازم لحمل الرأي في هذه الدعوى - في أنه بتاريخ 2 / 2 / 2023، أقام

المدعي الدعوى الماثلة طالباً:

1. الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم 39 لسنة 2022 بشأن مكافحة غسل الأموال

وتمويل الإرهاب.

2. عدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من القرار بقانون ذاته والتي تنص

على أن « تنطبق جريمة غسل الأموال على الأشخاص الذين يرتكبون الجريمة الأصلية،

فلا تحول معاقبة مرتكب الجريمة الأصلية دون معاقبته على جريمة غسل الأموال».

3. إلغاء ما يترتب على ذلك من آثار وإجراءات ناتجة أو مترتبة على أو مرتبطة بالقرار بقانون

(الطعين) أو النصوص أو القرارات الطعينة واعتبارها كأن لم تكن.

- وبتاريخ 20 / 2 / 2023، أودعت النيابة العامة لائحة جوابية، طلبت فيها رد الطعن

شكلاً وموضوعاً للأسباب التي أوردتها.

- وبتاريخ 2/3/2023، تقدم المدعي بمذكرة رد على اللائحة الجوابية المقدمة من النيابة العامة، صمم فيها على ما جاء بصحيفة دعواه.
- وبتاريخ 13/6/2023، تقدم المدعي بطلب قرر فيه ترك الدعوى على سند من القول بأنه لم يعد له أية مصلحة في الاستمرار في إجراءات هذه الدعوى أو السير فيها وأنه يرغب في تركها.
- ويجلسه الأربعاء الثاني عشر من تموز لسنة 2023، حكمت المحكمة بإثبات ترك المدعى للدعوى، ومصادرة قيمة الكفالة المودعة خزانة المحكمة.
- وهذا هو الحكم محل التعليق.

التعليق

تمهيد وتقسيم:

الحكم الدستوري الذي يصدر وتنتهي به الخصومة الدستورية يتصل بكل من القانون العام والقانون الخاص، بل يتصل بكل القوانين الموضوعية المقررة للحقوق، والقوانين المتعلقة بالإجراءات - سواء المدنية أو الجنائية.

والحكم الدستوري هو حكم قضائي يخضع لما يخضع له أي حكم قضائي، ويندرج تحت مظلة النظرية العامة للأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ومع ذلك يتميز بخصوصية كبيرة نظراً لاختلاف طبيعة الدعوى الدستورية عن سائر الدعاوى الأخرى.

وهذا يرجع في الأصل إلى اختلاف طبيعة الوظيفة التي يباشرها القاضي الدستوري التي تعطى له سلطة تقديرية واسعة حين يراقب دستورية القوانين واللوائح، وهذا بدوره راجع إلى النصوص الدستورية التي تباشر على أساسها مهمة الرقابة التي لها طبيعة خاصة تميزها عن سائر النصوص القانونية، إذ يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم القانون وعالم السياسة. فالنصوص الدستورية التي تعالج أمر سلطات الحكم، وترسم الحدود الفاصلة بينها، تحمل بسبب عموميتها تفسيرات متعددة ...

كل ذلك يظهر أن للدعاوى الدستورية خصوصية تجعلها تنفرد ببعض الأحكام الخاصة التي تبعدها عن نطاق النظرية العامة للأحكام.

ولعل من أهم أوجه الخصوصية طبيعة الخصومة الدستورية، والعوارض التي قد تعترضها من وقف أو انقطاع لسيرها أو ترك لها.

ونتناول في هذا التعليق فكرة « ترك الخصومة » من خلال عدة نقاط:

- التنظيم التشريعي لترك الخصومة في قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية.
- الأصول العامة للترك.
- آثار ترك الخصومة.
- هل يجوز ترك الخصومة الدستورية.

1. التنظيم التشريعي لترك الخصومة في قانون المحكمة الدستورية العليا.

خلا قانون المحكمة الدستورية العليا من نص ينظم مسألة ترك الخصومة في الدعاوى الدستورية. وقد جرى نص المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2006 على أنه «فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات (التي تقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها. وبالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 نجد تنظيماً لترك الخصومة في المواد (138، 139، 140) منه.

فقد نصت المادة (138) من القانون المشار إليه على أن « يحق للمدعى في غياب المدعى عليه أن يطلب ترك دعواه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، فإذا كان المدعى عليه حاضراً فلا يجوز للمدعي طلب ترك دعواه إلا بموافقة المدعى عليه ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه إذا كان قد تقدم بطلب أو دفع مما يكون الغرض منه منع المحكمة من نظر الدعوى».

ونصت المادة (139) من ذات القانون على أن:

1. يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إقامة الدعوى، ويحكم على التارك بالمصاريف.

2. ترك الخصومة لا يمنع من إقامة دعوى جديدة ما لم يكن الترك مبرئاً من الحق المدعى به». كما نصت المادة (140) على أن « النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به»

2. الأصول العامة لترك الخصومة:

قد يتنازل المدعي عن دعواه أي عن ذات الحق الذي يطالب به، وقد يتنازل عن الخصومة محتفظاً بأصل الحق، وقد يتنازل الخصم عن إجراء من الإجراءات التي باشرها في القضية محتفظاً بموقفه في الدعوى، وقد يتنازل المحكوم له في الخصومة⁽¹⁷⁶⁾ والترك بالمعنى الذي يعرفه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية هو نزول المدعي عن الخصومة وعن كافة إجراءاتها، بما في ذلك صحيفة افتتاحها، مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه، ويترتب عليه إلغاء كافة الآثار المترتبة على قيامها ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى.

- ويتعين أن يحصل الترك من شخص أهل للتقاضي، لا يصح الترك من الوكيل إلا إذا كانت وكالته خاصة بالترك أو على الأقل تشمل الترك.
- لا يجوز أن يكون الترك مقروناً بأي تحفظ، بل يجب أن يكون خالياً من أية شروط تهدف إلى تمسك التارك بصحة الخصومة أو بأي أثر من الآثار المترتبة على قيامها⁽¹⁷⁷⁾.
- ترك الخصومة تصرف إرادي يبطل إذا شاب عيب من العيوب المفسدة للرضا.
- لا يستلزم المشرع شكلاً لمذكرة الترك، إنما يجب أن تكون موقعة من التارك شخصياً أو من وكيلها لموكل وكالة تميز له ترك الخصومة، وأن يكون بيان الترك صريحاً وواضحاً، ويدل دلالة قاطعة على المقصود منه، وهو أنه يريد ترك الخصومة، ولا بد أن يطلع عليه الخصم، ولا يجوز الترك من الوكيل الذي لم يفوض تفويضاً خاصاً بالترك.
- يجوز رجوع الخصم عن ترك الخصومة صراحة أو ضمناً لكن قبل قبول الخصم الآخر للترك أو اعتماده من جانب القاضي.

3. آثار ترك الخصومة:

- يترتب على الترك زوال إجراءات الخصومة وزوال الآثار القانونية المترتبة على قيامها وتعود العلاقة بين الخصومة إلى ما كانت عليه قبل رفع الدعوى.

176. في التفاصيل: د. محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية سنة 1937 مطبعة النصر ص 498 وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات سنة 2000 منشأة المعارف بالإسكندرية ص 627 وما بعدها.

177. يراجع د. أحمد أبو الوفا - المرجع السابق، ص 638.

- ويستتبع الترك سقوط جميع الطلبات العارضة التي قدمها المدعي أو المدعى عليه أثناء نظر الدعوى. (178)
- ولا يترتب على الترك أي مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى، ويجوز للتارك تجديد دعواه إذا لم يسقط حقه بسبب من أسباب السقوط.
- ولا تسقط الإجراءات التي تتعلق بالخصومة المتروكة كالإنذارات والتنبيهات التي يكون الخصوم قد تبادلوها فيما بينهم. وكذلك فإن الترك لا يمنع الخصوم من التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبراء التي تمت في القضية المتروكة.

4. هل يجوز ترك الخصومة الدستورية؟

- أثير تساؤل في فقه المرافعات وفي فقه القانون العام، هل يرد الترك على جميع الدعاوى؟
- وكان مثار هذا التساؤل بعض الأحكام الصادرة بشأن خصومة رد القاضي، إذ ذهبت إلى أن دعوى رد القاضي عن نظر قضية، ليست من الدعاوى المدنية التي يجوز لرافعها أن يتنازل عنها في أي حالة كانت عليها، بل هي دعوى من نوع خاص، وذات إجراءات خاصة، وهي تشبه الدعوى العمومية، فإذا ما رفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضي المطلوب رده، ومن ثم يتعين السير في إجراءاتها والفصل فيها ولو قرر طالب الرد تنازله عنها. (179)
- بينما ذهب جانب من الفقه تعليقاً على هذه الأحكام إلى أن النص القانوني الذي قرر ترك الخصومة نص عام، لم يخصصها بنوع معين من الدعاوى التي يختص القضاء المدني بنظرها، والقول بأن دعوى الرد شبيهة بالدعوى العمومية من حيث تعلقها بالنظام العام، هذا القول لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان المدعى من حقه الثابت قانوناً في ترك الخصومة متى توافرت شروطها (180).

والحقيقة إنه ولأن كان الأصل والقاعدة هي جواز الترك بالشروط المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية (قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية) إلا إنه إذا مسّت الخصومة حالة

178. د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 644.

179. يراجع د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 639.

180. يراجع: الأستاذ/ محمد العشماوى، ود. عبد الوهاب العشماوى، المرافعات - الجزء الثاني - ص 439 وما بعدها.

قانونية تتعلق بشخص معين وتقتضي المصلحة العامة تجلية الأمر بصدد ما فإنه لا يعتد بالترك ولا يكفي مجرد النزول عن الدعوى حتى تتفادى الآثار الخطيرة التي تترتب على قيامها. كذلك الحال إذا مست الخصومة حالة قانونية تتعلق بشخص معين وتقتضي المصلحة العامة شهر هذه الحالة حتى يعلم جميع من يتعامل معه، فإذا رفعت دعوى بشهر إفلاس تاجر أو دعوى بشهر إعسار مدين، فإن المصلحة العامة تقتضي السير في الدعوى حتى ولو كان تنازل المدعي عنها، فإذا رفعت دعوى بشهر إفلاس تاجر، فإن المحكمة تفصل فيها - من تلقاء نفسها - بالرفض أو بشهر الإفلاس على الرغم من نزول المدعى عنها. (181)

فدعوى الإفلاس إذاً من الدعاوي ذات الطبيعة الخاصة لا يعتد فيها بترك الخصومة. وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الإلغاء في القانون الإداري، فقد كان الرأي - في البداية - يتجه إلى عدم قبول ترك الخصومة فيها لتعليقها بالمصلحة العامة حتى يستقر الأمر نهائياً. إلا أن القضاء الإداري جرى على عكس ذلك إذ أجازت أحكامه ترك الدعاوي المقامة بالإلغاء (182).

الدعوى الدستورية

سبق أن ذكرنا أن الحكم الدستوري الذي يصدر وتنتهي به الخصومة الدستورية، له طبيعة خاصة، كما أن للدعوى الدستورية طبيعة خاصة، لأنها تتصل بكل من القانون العام والقانون الخاص، بل يتصل بكل القوانين الموضوعية المقررة للحقوق والقوانين المتعلقة بالإجراءات سواء المدنية أو الجنائية. وانطلاقاً من ذلك كان رأينا أن القول بإجازة ترك الدعوى الدستورية لا يأخذ في الاعتبار الطبيعة الذاتية للدعوى الدستورية لأنها في المقام الأول دعوى عينية وتتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام والشرعية وبالتالي لا يكون من الجائز التنازل عنها أو تركها (183).

إلا أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تأخذ بهذا الوجهة من النظر وأخضعت الدعوى الدستورية للأصل العام ولما يخضع له سائر الدعاوي الأخرى، حيث أجازت للطاعن بعدم الدستورية ترك الطعن الدستوري، ورتبت على هذا الترك الآثار التي تترتب عليه.

181. يراجع أصول الإفلاس للدكتور / مصطفى كمال طه، ص 46.

182. في التفاصيل يراجع : د. أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ص 746 وما بعدها.

183. يراجع مؤلفنا عن رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، سنة 1995، دار الفكر العربي، ص 368 وما بعدها.

ومن أهم أحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن ما قضت به أن « حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن السيد رئيس الجمهورية أصدر القرار رقم 375 سنة 1992 الذي أحال بمقتضاه الى القضاء العسكري الجرائم موضوع القضيتين رقمي 391، 396 سنة 1992 حصر أمن دولة عليا اللتين قيدتا بعدئذ برقمي 24، 32 لسنة 1992 جنایات عسكرية، وباشرت النيابة العسكرية شؤونها فيها وأحالت المتهمين [ومن بينهم المدعى عليهما] إلى المحاكمة العسكرية التي دفع أمامها ببطان قرار الإحالة المشار إليه وانتفاء ولاية القضاء العسكري بالتالي، إلا أن هذا القضاء رفض الدفع واستمر في مباشرة الدعوى الجنائية وأصدر حكماً بذلك في القضيتين رقمي 23، 24 لسنة 1992 المشار إليهما وتم التصديق عليهما، وإذ كان المدعى عليهما قد طلبا من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 763 سنة 47 ق الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار الجمهوري رقم 375 سنة 1992 وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار واعتباره كأن لم يكن، وكانت محكمة القضاء الإداري قد انتهت بجلسته 8 ديسمبر سنة 1992 إلى وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم 375 سنة 1992 المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار، وكانت النيابة العسكرية قد طرحت الأمر على المحكمة العسكرية باعتبار ان قضاء محكمة القضاء العسكري يمثل عقبة تعوق التنفيذ، وكانت المحكمة العسكرية قد قضت بعدم وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم 375 سنة 1992 مع استمرار تنفيذ الحكم الصادر في القضيتين 23، 24 لسنة 1992 جنایات إدارة المدعى العام العسكري، فقد ارتأى المدعيان أن حكماً نهائيين قد تناقضا بما يجعل تنفيذهما معاً متعذراً، ومن ثم أقاما الدعوى الماثلة للفصل فيما تصورا من تناقض بين حدين أولهما الحكم الصادران في القضيتين رقمي 23، 24 لسنة 1992 جنایات إدارة المدعى العام العسكري بجلسته 3 ديسمبر سنة 1992 واللذان تضمنتا رفض الدفع بعدم اختصاص القضاء العسكري ولائياً بنظرها وباختصاصها، وكذلك الحكم الصادر بتاريخ 9 ديسمبر سنة 1992 من المحكمة العسكرية العليا بعدم وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم 375 سنة 1992 مع استمرار تنفيذ الحكمين الصادرين في القضيتين رقمي 23، 24 لسنة 1992، وثانيهما الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 763 سنة 47 ق بجلسته 8 ديسمبر سنة 1992 فيما قضى به من وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم 375 سنة 1992 وحيث أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مناط قبول طلب فض النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين

نهائيين متناقضين طبقاً للبند ثالثاً من المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 هو أن يكون أحد الحكمين صادراً من آية جهة من جهات القضاء أو من هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها وأن يكونا قد حسموا النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً، مما مؤداه أن النزاع الذي يقوم بسبب التناقض بين الأحكام وتتعقد لهذه المحكمة ولاية الفصل فيه هو ذلك النزاع الذي يقوم بين أحكام أكثر من جهة من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي

ومن حيث أن مؤدى نص المادة 25 (ثالثاً) المشار إليها، أن ولاية المحكمة الدستورية العليا لا تمتد إلى الفصل في حالة التناقض بين الأحكام الصادرة عن جهة قضائية واحدة إذ تتولى هذه الجهة وحدها تقويم اءوجاجها، تصويهاً لما يكون قد شابهها من خطأ في تحصيل الواقع أو تطبيق القانون وتأويله أو هما معاً، كذلك لا تمتد ولاية المحكمة الدستورية العليا إلى الفصل في حالة التناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن جهتين قضائيتين مختلفتين إذا كان أحدهما لم يعد قائماً بعد إلغائه ذلك أن التناقض في هذه الصورة لا ينتظم حدين يعارض كل منهما الآخر ويناقض تنفيذه، بل يكون قوامه حداً واحداً لا يعترض تنفيذه قضاء يتصادم معه بما يعوق هذا التنفيذ

وحيث أن المدعي قرر أمام المحكمة الدستورية العليا بترك الخصومة في الدعوى الماثلة، لما كان ذلك وكان البين من نص المادتين (141 و142) من قانون المرافعات أن أو لاهما تنص على أن يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو وكيله مع اطلاع خصمه عليها، أو بإبدائه شفويّاً في الجلسة وإثباته في المحضر، كما تنص ثانيهما على ألا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى وحيث أن دلالة هاتين المادتين أن المشرع وازن بهما بين حق المدعي في التخلي عن دعواه إذا عن له النزول عن متابعتها لمصلحة يقدرها، وبين حق المدعى عليه في الاعتراض على نزول المدعى عنها إصراراً من جانبه على مواالاة نظرها والمضي فيها، فرجع حق المدعى عليه في الفصل في الدعوى على حق المدعي في التخلي عنها كلما أفصح المدعى عليه عن اتجاه إرادته إلى متابعتها، ويكون ذلك كلما كان نزول المدعى عن دعواه قد تم بعد إبداء المدعى عليه لدفعه أو لطلبته التي لا يتوخى بها

إخراج الخصومة من حوزة المحكمة التي تنظرها بما يحول بينها وبين سماعها، متى كان ذلك، وكان حق المدعى عليه في الاعتراض على نزول المدعي عن دعواه مشروطاً بأن تكون دفعه وطلباته التي أبدتها قبل هذا النزول لا يقصد بها إعاقة المحكمة عن الفصل في الخصومة المقامة أمامها، وكان استيفاء هذا الشرط يفترض بدهاء وبالضرورة أن تكون هذه الخصومة منعقدة لها داخلية في نطاق اختصاصها الولائي، فإن اعتراض المدعى عليه على نزول المدعي عن دعواه لا يكون له محل كلما كانت قواعد هذا الاختصاص تحول بذاتها دون الفصل في الخصومة التي أقامها المدعي، وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكانت ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال الفصل في التناقض المنصوص عليه في البند « ثالثاً » من المادة (25) من قانونها مناطها أن يكون هذا التناقض قائماً بين حكمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين، مما مؤداه أن لكل تناقض مدعى به حدين متصادمين يتعذر تنفيذهما معاً، فإذا ما آل أمر الادعاء بالتناقض إلى انصرافه إلى حد واحد، خرج الفصل فيه عن ولاية المحكمة الدستورية العليا، وزال حق المدعى عليه في الاعتراض على نزول المدعي عن دعواه من خلال تركها، وحيث إنه متى كان ذلك، وكان أحد حدى التناقض في الدعوى الماثلة يتمثل في قضاء محكمة القضاء الإداري الصادر عنها في 8 ديسمبر سنة 1992 في الدعوى رقم 763 سنة 47 ق متضمناً وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم 375 سنة 1992 المطعون فيه، وكان هذا القضاء قد طعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 515 سنة 39 ق عليا - التي صدر حكمها فيه في 23 مايو سنة 1993 منتهياً إلى إلغاء الحكم المطعون فيه، ورفض طلب وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم 375 سنة 1992 المطعون فيه، فإن حالة التناقض المدعى به في مجال أعمال أحكام البند « ثالثاً » من المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تكون لها من قائمة بعد أن زال أحد حديه زوالاً نهائياً، بما مؤداه: انتفاء اتصال هذا التناقض بولاية المحكمة الدستورية العليا، وجواز النزول عن الدعوى المقامة بصده فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بإثبات ترك المدعى لدعواه⁽¹⁸⁴⁾.

كما فصلت المحكمة في حكم آخر « حيث أن الثابت بالأوراق أن المدعية حضرت بشخصها أمام هيئة المفوضين بالمحكمة بجلسة الرابع عشر من يوليو سنة 2013، وقررت بتركها الخصومة في الدعوى الدستورية، وقبل الحاضر عن هيئة قضايا الدولة والحاضر عن المدعى عليه الخامس هذا الترك.

وحيث أن قانون المرافعات المدنية والتجارية نظم ترك الخصومة في الدعوى في المواد (141) منه وما بعدها، ورتب على الترك - متى وقع ممن يملكه وقبله المدعى عليه - إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على قيام الدعوى، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبلها. وكانت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 تقضي بسريان الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى الدستورية، بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، فمن ثم يتعين إثبات ترك المدعية للخصومة في الدعوى المعروضة، دون أن يتوقف ذلك على قبول المدعى عليه الأخير، لعدم إبدائه أي طلب موضوعي في الدعوى الدستورية.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بإثبات ترك المدعية للخصومة في الدعوى، وألزمتها المصروفات، ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة⁽¹⁸⁵⁾.

عدم جواز الترك في الدعوى الدستورية المحالة:

أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن الدعاوى المحالة لا يجوز فيها الترك سواء كان هذا الترك كلياً أو جزئياً، ومن ذلك حكمها التالي: «حيث أن الوقائع - على ما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعيات كن قد أقمن ضد المدعى عليهن الثلاثة الأول الدعوى رقم 10677 لسنة 1995 مدني كلي جنوب القاهرة بطلب الحكم بأحقية كل منهن لخمسین فداناً من مساحة 13 س 11 ط 1744 ف كان والدهن المالك السابق فاروق قد أوقفها عليهن وعلى والدتهن، وثبتت ملكيتهن بالتساوي بينهن لقصر الطاهرة البالغ مساحته 30 ر 20056 متراً مربعاً والذي كان موضوع عقد الهبة الصادر من جدهن لأمه بصفته وكيلاً عن والدتهن إلى والدهن الذي قرر إسكانهن ووالدتهن فيه بعد طلاقه لها مما يُعتبر - في رأيهن - عدولاً عن قبول الهبة يعيد القصر إلى ملكية والدتهن فينتقل بالمراث إليهن، وأحقيتهن بالتساوي بينهن في مساحة 5 س 18 ط 3 ف كائنة بزمام نزلة السمان محافظة الجيزة، كانت والدتهن قد اشترتها بعقد مشهر سنة 1951 بعد طلاقها من والدهن وصيرورتها غريبة عن أسرة

185. الحكم الصادر في الدعوى رقم 21 لسنة 34 قضائية «دستورية» - جلسة 2021/4/3، كما أصدرت المحكمة بالجلسة ذاتها حكماً مماثلاً في الدعوى رقم: 45 لسنة 39 قضائية «دستورية».

محمد علي. ثم أضافت المدعيات طلباً بتعويضهن عن القدر الزائد على الحد الأقصى للملكية الأراضي الزراعية والذي تم الاستيلاء عليه- طبقاً لقوانين الإصلاح الزراعي- من أطيان وأطيان والدهن ووالدتهن. وأثناء نظر الدعوى طلب المدعى عليه الأخير التدخل فيها هجومياً بطلب إلزام المدعى عليه الثاني بتعويضه عما تم الاستيلاء عليه من أطيان زراعية كانت مملوكة للمدعيات ووالدهن ووالدتهن. كما طلبت المدعي عليها الرابعة التدخل في تلك الدعوى طالبة الحكم بعدم أحقية المدعيات في أطيان الوقف التي يطالبن بها تأسيساً على أنه وقف صدر من أجدادها لصالح ذريتهم، وأن الملك السابق فاروق كان ناظراً على الوقف، وأن نظارة الوقف لا تنقل ملكيته إلى ناظره. وبجلسة 18/3/1997 قضت محكمة جنوب القاهرة بقبول تدخل هيئة الخدمات الحكومية، وتدخل السيدة/ نعمة الله محمد على الخواص، وفي موضوع التدخل وموضوع الدعوى بعدم سماعها، استناداً إلى المادة (14) من القانون رقم 598 لسنة 1953 بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة، فطعن المدعيات على ذلك الحكم بالاستئناف رقم 5498 لسنة 114 قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة التي قضت بجلسة 12/8/1997 بقبول الاستئناف شكلاً وقبل الفصل في الموضوع بوقفه وبإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المواد (9، 12، 14/1، 15، 17) من القانون رقم 598 لسنة 1953 المشار إليه لمخالفتها الحماية الدستورية المقررة لحق الملكية.

وحيث إن الدعوى الماثلة اتصلت بهذه المحكمة عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع التي تراءى لها من وجهة مبدئية عدم دستورية نصوص المواد سالفة الذكر، فأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا- وفقاً للبند (أ) من المادة (29) من قانونها- لتقول فيها كلمتها الفاصلة؛ فلا اعتداد- من ثم- بما قرره أحد الخصوم أمام هذه المحكمة بقصر الدعوى الراهنة على بعض النصوص المحالة من محكمة الموضوع دون البعض الآخر، إذ يعد ذلك منه تعولاً على اختصاص محكمة الموضوع، ولا يغير من هذه النتيجة أن يكون هذا الخصم قد سبق له أن دفع أمام تلك المحكمة بعدم دستورية ذات النصوص؛ ذلك أنه إذا كان جائزاً في الدعوى الدستورية التي يقيمها الخصم إثر دفع بعدم الدستورية قدرت محكمة الموضوع جديته- وفقاً للبند (ب) من المادة (29) المشار إليها- أن يترك الخصومة فيها كلياً أو في شق منها، فإن ذلك لا يجوز في الدعوى الدستورية المحالة إلى هذه المحكمة مباشرة من محكمة الموضوع»⁽¹⁸⁶⁾.

وقضت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر «حيث إن الوقائع تتحصل - على ما يتبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق - في أن الطاعن في الدعوى المحالة، سبق أن أقام ضد المدعى عليهم الدعوى التحكيمية رقم 56 لسنة 1 قضائية / 2017، أمام مركز التسوية والتحكيم الرياضي، طالباً الحكم بإلغاء إعلان نتيجة انتخابات مجلس إدارة نادي المنصورة الرياضي، التي أُجريت بتاريخ 2017/11/3. حكمت الهيئة بقبول الدعوى شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء قرار اعتماد إعلان نتيجة انتخابات مجلس إدارة نادي المنصورة الرياضي للدورة 2017/2021، التي أُجريت في التاريخ السالف، دون إدراج اسم المحتكم ببطاقة التصويت ضمن أسماء المرشحين على مقعد الرئيس، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها: إعادة إجراء الانتخابات على مقعد الرئيس بين كافة المرشحين بمن فيهم المحتكم، بعد إدراج اسمه ببطاقة التصويت ضمن أسماء المرشحين على المقعد المذكور. لم يلق ذلك القضاء قبولاً لدى المطعون ضده الأول، فأقام الدعوى رقم 47 لسنة 135 قضائية، أمام محكمة استئناف القاهرة، طالباً الحكم ببطالان حكم التحكيم السالف البيان، وبجلسة 2018/11/25، حكمت المحكمة ببطالان حكم التحكيم موضوع الدعوى. طعن المحكوم ضده، في دعوى البطلان، على ذلك الحكم أمام محكمة النقض بالطعن المقيّد برقم 1458 لسنة 89 قضائية، طالباً بصفة مستعجلة، وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، وفي الموضوع بنقضه. وإذ تراءى لمحكمة النقض عدم دستورية نصي المادتين (66 و 69) من قانون الرياضة الصادر بالقانون رقم 71 لسنة 2017، ذلك أن المادة (66) من ذلك القانون، قد ألحقت مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري باللجنة الأولمبية المصرية، على الرغم من وصف المركز بالمستقل، وأن التفويض التشريعي المنصوص عليه في المادة (69) من القانون ذاته، حول مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية سلطة إصدار لائحة النظام الأساسي للمركز، واستناداً لذلك، أصدر مجلس الإدارة تلك اللائحة بالقرار رقم 88 لسنة 2017 المعدل بالقرار رقم 2 لسنة 2018، والتي جاءت متضمنة روابط عديدة بين المركز واللجنة الأولمبية المصرية، فضلاً عن اختصاص مجلس الإدارة بتشكيل هيئات التحكيم واللجنة الاستشارية، وتنظيم عمل كل منها، وطريقة الاستعانة بالخبراء، وتمتعه بسلطات واسعة من شأنها إثارة الشكوك حول استقلالية المركز، لا سيما في الحالات التي تكون فيها اللجنة الأولمبية المصرية طرفاً في الدعاوي المعروضة على أي من هيئات التحكيم بالمركز، وهو ما يفقد مركز التحكيم المشار إليه ضمانتي الاستقلال والحيدة الواجب توافرها في أي عمل قضائي. ومن ناحية أخرى، فإن نصوص المواد (2 و 81 و 92

مكرراً «ب» و«ج» 92 مكرراً «ج» من لائحة المركز المشار إليها، تضمنت خروجاً عن حدود التفويض التشريعي الوارد بالمادة (69) من قانون الرياضة الآنف ذكره، فضلاً عن عدم الالتزام بالمعايير الدولية في خصوص دعوى بطلان أحكام التحكيم، إذ نظمت تلك المواد دعوى بطلان أحكام هيئات التحكيم الرياضي على نحو يحصنها من رقابة القضاء، ومن ثم تكون النصوص المحالة قد جاءت مخالفة للمواد (53 و 84 و 97 و 170) من الدستور. وعلى ضوء ما تقدم، قضت تلك المحكمة بإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المواد المحالة.

وحيث إنه عن الطلبين المقدمين من المدعى عليه الثاني لفتح باب المرافعة في الدعوى المعروضة، وإذ قدّم هذان الطلبان بعد حجز الدعوى للحكم دون تصريح بمذكرات، فإن المحكمة تلتفت عنهما. وحيث إنه عما قرر به الطاعن في الدعوى المحالة أمام هذه المحكمة، من ترك الخصومة في الدعوى الدستورية المعروضة، وقبول الحاضرين عن هيئة قضايا الدولة واللجنة الأولمبية المصرية لهذا الترك، فإنه وإن جاز في الدعوى الدستورية التي يقيمها أحد الخصوم إثـر دفع بعدم الدستورية قدرت محكمة الموضوع جديته - وفقاً للبند (ب) من المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 أن يترك الخصومة فيها كلياً أو في شق منها، فإن ذلك مما يمتنع في الدعوى الدستورية المحالة إلى هذه المحكمة من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، طبقاً للبند (أ) من المادة (29) من قانون هذه المحكمة المار ذكره، ما لم يتلزم ترك الدعويين الدستورية والموضوعية معاً، وفق الشروط المقررة للحكم بالترك فيهما، اعتباراً بأن الحقوق المتصلة بالدعوى الدستورية المحالة لا ينبغي أن يكون مصيرها متروكاً لإرادة خصوم الدعوى الموضوعية، وإلا كان ذلك إجهاضاً للرقابة الدستورية في صورتها الأولى، وإلزاماً لمحاكم الموضوع بإعمال النصوص المحالة على الأنزعة المنظورة أمامها، والتي تراءى لها اعتراضها بمثالب دستورية، وبها يعوق المحكمة الدستورية العليا عن بسط رقابتها على دستورية القوانين واللوائح، وفقاً للاختصاصات التي نيّطت بها بموجب نص المادة (192) من الدستور.

متى كان ما تقدم، وكان التقرير بالترك قد انصب على الدعوى الدستورية وحدها، وخلت أوراق الدعوى المعروضة من قضاء لمحكمة النقض بإثبات ترك الخصومة أمامها، ومن ثم فلا أثر يترتب على طلب ترك الدعوى الدستورية المعروضة، مما لازمته أن تمضي هذه المحكمة في نظرها»⁽¹⁸⁷⁾

تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا

في الدعوى رقم 2 / 2023

ترك الدعوى الدستورية بين الجواز والمنع

الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام بحقوق القاهرة

رغم بساطة وقائع النزاع فإن بسطها يسهم في فهم النتيجة التي خلص إليها الحكم، ويمهد للتحليلات التي يمكن أن تبرز بشأنه. وتوجز تلك الوقائع في النقاط التالية:

- بتاريخ 2 / 2 / 2023 تقدم أحد الأشخاص بدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا ناعياً فيها عدم دستورية القرار بقانون رقم (39) لسنة 2022 بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.
- وتوحي ملاسبات الخصومة أن المدعي، خشية رفض الطعن على القانون برمته، أضاف طلباً ثانياً بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من القرار بقانون فائت الذكر، ونصها: « تنطبق جريمة غسل الأموال على الأشخاص الذين يرتكبون الجريمة الأصلية، فلا تحول معاقبة مرتكب الجريمة الأصلية دون معاقبته على جريمة غسل الأموال ». .
- كان المدعي يحاكم غيابياً (فار من العدالة) طبقاً لنصوص القرار بقانون رقم (39) لسنة 2022، وهو ما وفر المصلحة كضابط لقبول الدعوى الدستورية المباشرة⁽¹⁸⁸⁾.

188 . وفقاً للبند الأول من المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته « تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي : « 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة .. » .

- بتاريخ 20 / 2 / 2023 أودعت النيابة العامة كممثلة للمدعى عليهما (رئيس دولة فلسطين - مجلس الوزراء الفلسطيني ممثلاً برئيسه) لائحة جوابية طلبت فيها رد الدعوى شكلاً⁽¹⁸⁹⁾ أو موضوعاً .
- لم يتوان المدعي عن الرد على لائحة النيابة بمذكرة مؤرخة في 2 / 3 / 2023 صمم فيها على طلباته الواردة بصحيفة الطعن .
- بتاريخ 13 / 6 / 2023 تقدم المدعى بطلب جديد أعلن فيه تركه للدعوى واعتبارها كأن لم تكن ، على سند من القول بأنه لم تعد له مصلحة⁽¹⁹⁰⁾ في السير أو الاستمرار في إجراءات الدعوى .

189. أسست النيابة العامة ، في مذكرتها الجوابية على الطعن ، هذا الطلب على أن الطعن قدم « حلاً للقانون والأصول المتبعة أمام المحكمة الدستورية والتي تحدد طرق إتصال المحكمة بالطعون الدستورية وفقاً لأحكام قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته ولا سيما المادة (27) منه ، فقد رسم المشرع السبيل واضحاً بوسائل الإتصال بالمحكمة الموقرة ومن بينها الدفع الفرعى (الصواب الدفع الجدى) سناً لأحكام المادة (27 / 3) من قانون المحكمة الدستورية العليا وحدد شروطه وإجراءاته ، وقد اعتبر الإتصال شكلاً أو الولوج موضوعاً لأى من هذين الأمرين يكون بشكل مستقل عن الآخر ولا يجوز دمجها في ذات السبيل ، وحيث أن الطاعن قد غفل عن هذا الأمر وعمل بخلاف ذلك حيث إتصل طعنه بالمحكمة الموقرة بطريق الدعوى المباشرة بالرغم من وجود دعوى أصلية منظورة أمام المحكمة المختصة وفقاً لما هو وارد في لائحة الطعن ، وبالتالي يكون إتصال المحكمة الموقرة بالطعن المائل مخالف للقانون وكان يتوجب على الطاعن الدفع أمام المحكمة المختصة بعدم دستورية النصوص الطعنية وبالتالي يتضح جلياً أن الهدف من هذا الطعن هو الماطلة وتأجيل إجراءات التقاضى أمام المحكمة المختصة التى تنظر النزاع ، وعليه فإن الطعن المائل يكون واجب الرد شكلاً لمخالفته للأصول ولقانون المحكمة الدستورية .

- ويصعب علينا مجازاة هذا الفهم لدواعى عدة :
 - لم يلزم القانون صاحب الشأن حال وجود نزاع موضوعى بالدفع بعدم الدستورية ومنعه من ولوج طريق الدعوى المباشرة .
 - رهن القانون الاحتفاء بالدعوى المباشرة بتوافر مصلحة لرافعها ، ووجود نزاع موضوعى محكوم بالنصوص محل الدعوى المباشرة أبرز دليل على اتجاه إرادة الشارع على سماحه باتلك الدعوى حال وجود نزاع تنظره المحكمة المختصة .
 - الدفع الجدى بعدم الدستورية غايته الوصول للقاضى الدستورى ، فإذا أفضت الدعوى المباشرة إلى ذلك بطريق أسرع ، فلا مجال للقول بالماطلة .
 - اللجوء للدعوى المباشرة في الفرض المثار يجنب المدعى احتمال رفض الدفع بعدم الدستورية ، مما يدعم الحق في التقاضى من ناحية ، ويفعل رقابة الدستورية .
190. لم تفصح مذكرة المدعى في هذا الخصوص عن أسباب انتفاء مصلحته في الطعن الدستورى .

وعليه قضت المحكمة بترك الدعوى.

ويتمخض هذا الحكم عن سؤال من شقين:

(1) هل يجوز إعمال الترك على الدعوى الدستورية كما هو الوضع في الدعاوى المدنية والتجارية؟

(2) إذا جاز ترك الدعوى الدستورية فما هي ضوابط إنزال ذلك الإجراء؟

سنجيب على هذا السؤال بوجهيه على التتابع المعروف آنفاً. بيد أنه نظراً لتقارب النصوص الحاكمة للموضوع في فلسطين ومصر، وتعدد السوابق التي يزخر بها القضاء الدستوري المصري في هذا الشأن، فقد قدرنا مناسبة أن تأتي الإجابة مقارنة مع الوضع في مصر، سيما في الجوانب التي لم تثر بعد أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين.

السؤال الأول - جواز ترك الدعوى الدستورية:

بداية نوضح أن الترك هو «إعلان المدعى إرادته في النزول عن الخصومة بغير حكم في الدعوى»⁽¹⁹¹⁾. ونظراً لتعدد سبل إقامة الدعوى الدستورية، فلا يمكن إعمال القاعدة المطبقة في منازعات القانون الخاص بجواز الترك طالما توفرت شرائطه، أي أن خصوصية الدعوى الدستورية تستدعي الاستعانة بقاعدة التفريد.

وسوف نستعرض طرائق رفع الدعوى الدستورية لنرى من منظور التفريد فروض جواز الترك وحالات حظره.

الدعوى المباشرة: أجاز قانون محكمة الدستورية العليا⁽¹⁹²⁾ لجوء صاحب الشأن مباشرة⁽¹⁹³⁾ للقاضي الدستوري للنعي على دستورية نص قانوني يتضرر منه، أي له مصلحة في القضاء بتنبه لنصوص الدستور، وكان هذا هو الحال في الحكم محل التعليق، حيث انصبت الدعوى الدستورية على نصوص عقابية يحاكم المدعى وفقاً لها.

191. عبد العزيز محمد سلمان - إجراءات الدعوى الدستورية - الجزء الثاني - 2015 - ص 1253، وانظر من مؤلفات المرافعات المدنية: أحمد سيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - 1994 - ص 593.

192. تنص المادة 27 / 1 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته على أن « تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالى: - 1 بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة .. ».

193. تجدر الإيلاء إلى أن القانون المصرى لا يعرف الدعوى المباشرة كأحد سبل رقابة الدستورية، ونأمل مراجعة هذا الوضع في المستقبل القريب.

في هذا الإطار تبدو الدعوى الدستورية قريبة الشبه بدعوى القانون الخاص، مما يبرر إعمال قواعد الترك المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

وإذ ذهب الحكم المائل هذا المذهب، فإنه أصاب صحيح القانون.

إقامة الدعوى الدستورية بطريق الدفع الجدى أمام محكمة النزاع: يجوز الترك أيضاً حال الدفع بعدم الدستورية في نزاع موضوعي، وسماح المحكمة المنظر أمامها النزاع لذى الشأن برفع الدعوى الدستورية⁽¹⁹⁴⁾.

فالمدعى أثار شكوك تتسم بالجدية حول دستورية النصوص الواجبة التطبيق على النزاع الموضوعي، ولكنه لسبب أو آخر (تسوية النزاع ودياً على سبيل المثال) قرر النزول عن الدعوى الدستورية، لتواصل محكمة النزاع نظر الخصومة المعروضة عليها.

والأمر كما في الفرض السابق جوهره الذود عن مصالح شخصية، مما يفسح السبيل لتفعيل الترك وتطبيق أحكامه.

وللمحكمة الدستورية العليا في مصر سوابق عديدة في الصدد⁽¹⁹⁵⁾، منها حكمها عام 2007 والذي أعلنت فيه: « حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى بصفته كان قد أقام الدعوى رقم 436 لسنة 2005 مدنى كلى، أمام محكمة مطروح الابتدائية، بطلب الحكم أولاً: - بوقف الدعوى وإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص المادتين (46، 47) من القانون رقم 66 لسنة 1974 بشأن نقابة المهندسين أو تأجيل نظرها مع التصريح له برفع دعوى بعدم دستورية النصين المذكورين، ثانياً: - بإلزام المدعى عليهم متضامين برد مبلغ ثلاثين ألفاً وخمسين جنيهاً له، وذلك قيمة دمغة نقابة المهندسين التي تم تحصيله منه، وأثناء نظر تلك الدعوى، دفع بعدم دستورية النصين سالفى الإشارة. وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع، وصرحت للمدعى برفع الدعوى الدستورية، فقد أقام دعواه الماثلة.

194. هذا الطريق مشترك في القانونين الفلسطيني (المادة 27 / 3 من القانون رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته) والمصرى (المادة 29 / ب من القانون رقم 48 لسنة 1979).

195. انظر على سبيل المثال: المحكمة الدستورية العليا (مصر) 5 / 12 / 2010 مجموعة الأحكام ج 13 / 1 - ص 517، والحكم الصادر في 10 / 1 / 2015 - مجموعة الأحكام - ج 15 / 2 - ص 454، والحكم الصادر في 1 / 8 / 2017 - مجموعة الأحكام - ج 16 / 1 - ص 739، وكذا الحكم الصادر في 2 / 11 / 2019 - مجموعة الأحكام - ج 18 - ص 64.

«وحيث إن وكيل المدعى قرر بجلسة الأول من أكتوبر 2007، وبتوكيل يبيح له ذلك، التنازل عن الدعوى، وترك الخصومة فيها، وقد قبل الحاضر عن الدولة هذا التنازل، وكان قانون المرافعات المدنية والتجارية قد نظم ترك الخصومة في الدعوى في المواد (141 وما بعدها)، وكان الترك يترتب عليه - متى وقع ممن يملكه وقبله المدعى عليه - إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على قيام الدعوى، فيعود الخصوم إلى الحالة، التي كانوا عليها قبلها، وكانت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، تقضى بسريان الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى الدستورية، بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، ومن ثم يتعين إثبات ترك المدعي للخصومة»⁽¹⁹⁶⁾.

وفي سابقة تالية أوضحت المحكمة: «حيث إن الوقائع - على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى بصفته وشخصه كان قد أقام الدعوى رقم 562 لسنة 52 ق. اقتصادية القاهرة، أمام الدائرة (9) استئناف اقتصادي بمحكمة القاهرة الاقتصادية طالباً الحكم، أولاً: ببراءة ذمة الشركة المدعية الأولى والمدعى الثاني من أية التزامات مالية أو غيرها تجاه البنك التجاري الدولي - C.I.B. البنك المدعى عليه - نتيجة حلول الأخير محل الأولين أمام شركة مصر للتأمين على التعويضات بنسبة 100% جراء الحريق الذي وقع بالمصنع ومبانيه ومعداته وآلاته ومحتوياته.

«ثانياً: بإلزام البنك المدعى عليه برد ما تحصل عليه من المدعين بغير وجه حق، ممثلاً في فائدة الكوريدور التي حصل عليها البنك بنسبة 25،8% بالزيادة عن فائدة التسهيلات، وتماماً في مبلغ قدره 400000 جنيه قيمة الغطاء النقدي بنسبة 10% سدد نقداً للحصول على خطاب ضمان بقيمة 4000000 جنيه تم تسويله بعد الحريق بغير وجه حق وتماماً في مبلغ مقداره 2126387 جنيه قيمة بضائع تم بيعها عقب الحريق واستولى البنك على قيمتها بغير حق.

«ثالثاً: بإلزام البنك المدعى عليه، بترك الدعاوى المدنية والجنائية التي أقامها ضد عملاء الشركة المدعية بموجب الشيكات المسطرة التي كانت مسلمة إليه من المدعى عليه الثاني بقيمة إجمالية 5644450 جنيه، على سبيل الأمانة، والوارد في صحيفة هذه الدعوى بياناتها وتفصيلها، وإعادة ما تبقى منها للشركة المدعية.

«رابعاً: يلزام البنك المدعى عليه بإعادة الشيكات المسطرة الصادرة من المدعى الثاني والبالغ عددها 23 شيكاً، بقيمة إجمالية 5644450 جنيهاً، والمشار إليها وصفاً وقيمة وأرقاماً بصحيفة الدعوى للمدعى عليه الثاني، بعد أن استحصل عليها البنك المدعى عليه منه بعد حدوث الحريق بغير وجه حق.

«تدولت الدعوى بالجلسات، بجلسته 22 / 9 / 2013، دفع المدعى بعدم دستورية المادة (14 / أ، 40) من قانون البنك المركزي، وإذ قدرت المحكمة جدية الدفع وصرحت باتخاذ إجراءات رفع الدعوى الدستورية، فأقام الدعوى الماثلة .

«وحيث إنه أثناء تحضير الدعوى أمام هيئة المفوضين أودع المدعى بصفته وشخصه طلباً موقفاً منه بتركه الخصومة في الدعوى الدستورية الماثلة لتصلحه مع البنك التجاري الدولي، وبجلسته 14 / 9 / 2014، قرر الحاضر عن هيئة قضايا الدولة قبول طلب الترك والتنازل عن الدعوى المقدم من المدعى بصفته وشخصه، وبجلسته 8 / 11 / 2014، أصر المدعى أمام هذه المحكمة على طلبه بترك الدعوى وقبل الحاضر عن هيئة قضايا الدولة ذلك .

« وحيث إن قانون المرافعات المدنية والتجارية قد نظم ترك الخصومة في الدعوى بالمادتين (141، 142)، وكان مؤدى هذا الترك - متى وقع ممن يملكه وقبله المدعى عليه - إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على قيام الدعوى، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبلها.

« وحيث إن المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر في لقانون رقم 48 لسنة 1979 تقضى بسرمان الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى الدستورية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، ومن ثم يتعين إجابة المدعى إلى طلبه وإثبات ترك الخصومة»⁽¹⁹⁷⁾.

وقصارى الحديث أن ترك الدعوى الدستورية متاح حينما تستند تلك الدعوى إلى إرادة المدعى، مما يقارب بينها وبين دعاوى القانون الخاص. أما حينما يغيب هذا التقارب، فحظر ترك الدعوى الدستورية هو الواجب التطبيق كما سنرى في الفرضين الأخيرين لرقابة الدستورية :

الإحالة من محكمة النزاع⁽¹⁹⁸⁾: طرح الدعوى الدستورية بسبب الإحالة من قاضى النزاع يغلق باب الترك، لأن السماح به هنا يمثل اعتداء على اختصاص الجهة المحيلة المحدد بقانون، مما يجوز والخصوم مجاوزته .

ومن تطبيقات ذلك في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر الحكم الذى جاء فيه : « حيث إن الوقائع - على ما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق، تتحصل في أن المدعيات كن قد أقمن ضد المدعى عليهن الثلاثة الأول الدعوى رقم 10677 لسنة 1995 مدنى كلى جنوب القاهرة بطلب الحكم بأحقية كل منهم لخمسين فداناً من مساحة 13 سهماً، 11 قيراطاً، 1744 فداناً كان والدهن الملك السابق فاروق قد أوقفها عليهن وعلى والدتهن، وتثبيت ملكيتهن بالتساوي بينهن لقصر الطاهرة البالغ مساحته 30، 20056 متراً مربعاً والذى كان موضوع عقد الهبة الصادر من جدهن لأمه بصفته وكيلاً عن والدتهن إلى والدهن الذى قرر إسكانهن ووالدتهن فيه بعد طلاقه لها مما يعتبر - في رأيهن - عدولاً عن قبول الهبة يعيد القصر إلى ملكية والدتهن فينتقل بالميراث إليهن، وأحقيتهن بالتساوي بينهن في مساحة 5 سهم، 18 قيراطاً، 3 أفدنة كائنة بزمام نزلة السمان محافظة الجيزة، كانت والدتهن قد اشترتها بعقد مشهر سنة 1951 بعد طلاقها من والدهن وصيرورتها غريبة عن أسرة محمد على . ثم أضافت المدعيات طلباً بتعويضهن عن القدر الزائد على الحد الأقصى للملكية الأراضى الزراعية والذي تم الاستيلاء عليه - طبقاً لقوانين الإصلاح الزراعي - من أطيانهن وأطيان والدهن ووالدتهن . وأثناء نظر الدعوى طلب المدعى عليه الأخير التدخل فيها هجوماً بطلب إلزام المدعى عليه الثاني بتعويضه عما تم الاستيلاء عليه من أطيان زراعية كانت مملوكة للمدعيات ووالدهن ووالدتهن . كما طلبت المدعى عليها الرابعة التدخل في تلك الدعوى طالبة الحكم بعدم أحقية المدعيات في أطيان الوقف التي يطالبن بها تأسيساً على أنه وقف صدر من أجدادها لصالح ذريتهم، وأن الملك السابق فاروق كان ناظراً على الوقف، وأن نظارة الوقف لا تنقل ملكيته إلى ناظره . وبجلسة 18 / 3 / 1997 قضت محكمة جنوب القاهرة بقبول تدخل هيئة الخدمات الحكومية، وتدخل السيدة / نعمة الله محمد الخواص، وفي موضوع التدخل وموضوع الدعوى بعد سماعها، استناداً إلى المادة 14 من القانون رقم 598 لسنة 1953 بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة، فطعن المدعيات على ذلك الحكم بالاستئناف رقم 5498 لسنة 114 قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة التي قضت بجلسة 12 /

198. يتفق القانون الفلسطينى (المادة 27 / 2 من القانون رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته) والمصرى (المادة 29 / 1 من القانون رقم 48 لسنة 1979) في هذا الطريق لرقابة الدستورية .

8 / 1997 بقبول الاستئناف شكلاً، وقبل الفصل في الموضوع بوقفه وبإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المواد 9، 12، 14 / 1، 15، 17 من القانون رقم 598 لسنة 1953 المشار إليه لمخالفتها للحماية الدستورية المقررة لحق الملكية.

« وحيث إن الدعوى الماثلة اتصلت بهذه المحكمة عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع التي تراءى لها من وجهة مبدئية عدم دستورية نصوص المواد سالفه الذكر، فأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا - وفقاً للبند أ من المادة 29 من قانونها - لتقول فيها كلمتها الفاصلة، فلا اعتداد - من ثم - بما قرره أحد الخصوم أمام هذه المحكمة بقصر الدعوى الراهنة على بعض النصوص المحالة من محكمة الموضوع، ولا يغير من هذه النتيجة أن يكون هذا الخصم قد سبق له أن دفع أمام تلك المحكمة بعدم دستورية ذات النصوص، ذلك أنه إذا كان جائزاً في الدعوى الدستورية التي يقيمها الخصم إثر دفع بعدم الدستورية قدرت محكمة الموضوع جديته - وفقاً للبند ب من المادة 29 المشار إليها - أن يترك الخصومة فيها كلياً أو في شق منها، فإن ذلك لا يجوز في الدعوى الدستورية المحالة إلى هذه المحكمة مباشرة من محكمة الموضوع⁽¹⁹⁹⁾ ».

تصدي القاضي الدستوري: للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى بمناسبة نزاع معروض عليها لدستورية نص متصل بالمنازعة المقامة أمامها⁽²⁰⁰⁾، وتحسم أمر دستوريته .
ومن المنطقي حظر الترك في هذا الفرض أيضاً، لانفاقه في الأساس مع فرض الإحالة: منع سلب اختصاص المحكمة المقرر في القانون، سواء كانت محكمة النزاع، أو المحكمة الدستورية العليا .
السؤال الثاني: إجراءات ترك الدعوى الدستورية في حالات جوازها:

لم يتطرق قانونا المحكمة الدستورية العليا في فلسطين ومصر لترك الدعوى الدستورية. ومن المعروف

199. المحكمة الدستورية العليا (مصر) - 1999 / 10 / 2 - مجموعة الأحكام - ج 9 - ص 363 .

200. طبقاً للبند (4) من المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية « إذا كانت تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول » .

ونصت المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه « يجوز للمحكمة (الدستورية العليا) في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية » .

أن معالجة مثل هذا الوضع تكون بالرجوع للقانون المنظم لإجراءات الدعوى المدنية والتجارية ، مادامت لا تتعارض مع طبيعة الدعوى الدستورية (201).

ويستفاد من الحكم محل الدراسة، وأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر أن القضاء في البلدين أقر ضمناً بانتفاء هذا التعارض، وبالتالي إعمال قواعد الترك في القانون الخاص .

وتنص المادة 138 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 3 لسنة 2001 على أنه يحق للمدعى في غياب المدعى عليه أن يطلب ترك دعواه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى . فإذا كان المدعى حاضراً فلا يجوز للمدعى طلب ترك دعواه إلا بموافقة المدعى عليه ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه إذا كان قد تقدم بطلب أو دفع مما يكون الغرض منه منع المحكمة من نظر الدعوى .

وقريب من ذلك ما ورد في المادتين 141، 142 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

فالمادة الأولى تقضى: « يكون الترك بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويًا في الجلسة وإثباته في المحضر » .

وبعد أن حددت المادة آنفها البيان الشكل الذي يتم فيه الترك، أو وضحت المادة التالية دور المدعى عليه

من ذلك الإجراء بقولها: « لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله ومع ذلك لا يلتفت

لاعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى، أو

بطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى» .

وفي دلالة قواعد الترك أوضحت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن المشرع وازن فيها « بين

حق المدعى في التخلي عن دعواه إذا تنازل من له حق النزول عن متابعتها لمصلحة يقدرها، وبين

حق المدعى عليه في الاعتراض على نزول المدعى عنها اصراراً من جانبه على موالاته نظرها والمضي

فيها، فرجح حق المدعى عليه في الفصل في الدعوى، على حق المدعى في التخلي عنها كلما أفصح

المدعى عليه عن اتجاه إرادته إلى متابعتها، ويكون ذلك كلما كان نزول المدعى عن دعواه، قد تم

بعد إبداء المدعى لدفعه أو طلباته التي لا يتوخى بها إخراج الخصومة من حوزة المحكمة التي

تنظرها بما يحول بينها وبين سماعها » (202).

201 . هذا ما تنص عليه المادة (44) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، والمادة (28) من قانون

المحكمة الدستورية العليا في مصر .

202 . المحكمة الدستورية العليا (منازعة تنفيذ) - 1994 / 1 / 1 - مجموعة الأحكام - ج 6 - ص 801 .

وهكذا يبدو أن قبول المدعى عليه للترك هو محور هذا الإجراء، وقد يتبدى هذا القبول صراحة، أو ضمناً من خلال دفعه الرامية لمنع المحكمة من نظر الدعوى (على سبيل المثال: عدم قبول الدعوى أو عدم اختصاص المحكمة .. الخ).

وفي الحكم محل البحث دفعت النيابة العامة برد الدعوى، ومن ثم زالت أي عقبة لإثبات ترك المدعى للقضية، وهو ما انتهت إليه المحكمة على سالف البيان.

وبالترك تلغى كافة الآثار المترتبة على إقامة الدعوى⁽²⁰³⁾، بحيث يعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل دلوف ساحة التقاضي⁽²⁰⁴⁾.

والنزول عن الدعوى، بهذا المعنى يفيد النزول عن الخصومة، وهو ما يتيح إمكانية رفع الدعوى مرة أخرى⁽²⁰⁵⁾.

صفوة القول صواب ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في الحكم المثار من جواز الترك في الدعوى الدستورية المباشرة، أما في الفروض الأخرى فعلينا إعمال قاعدة التفريد لاستخلاص إمكانية الترك من عدمه، على التفصيل أعلاه.

203. من نافلة القول أن الترك قد ينصب على بعض الطلبات، مما مؤداه استمرار الدعوى بالنسبة للطلبات الأخرى.

204. انظر في ذلك من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر: الحكم الصادر في 1 / 10 / 2007 - مجموعة الأحكام - 1 / 12 - ص 681، الحكم الصادر في 5 / 12 / 2010 - مجموعة الأحكام - ج 13 / 1 - ص 517، الحكم الصلدر 1 / 8 / 2017 - مجموعة الأحكام - ج 16 / 1 - ص 739، الحكم الصادر في 4 / 11 / 2017 - مجموعة الأحكام - ج 16 / 1 - ص 867.

205. لعله من المفيد التلميح إلى إقامة أحد الأشخاص دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر للطعن بعدم دستورية ما تنص عليه المادة 276 من قانون العقوبات في عجزها من قصر الدليل الذي يقبل ويكون خحة على المتهم في جريمة الزنا على حالة وجوده في منزل مسلم، مما يقيم تفرقة غير مبررة بين المسلم وغير المسلم، لما كانت طرق اتصال القاضى الدستورى الواردة في القانون لم تتضمن هذا السبيل، فقد دفعت هيئة قضايا الدولة ممثلة في الحكومة بعدم قبول الدعوى. وأثناء نظر الدوى ترك المدعى الدعوى، وهو ما قضت به المحكمة.

المحكمة الدستورية العليا (مصر) - 2 / 11 / 2019 - مجموعة الأحكام - 18 - ص 64. وفي تاريخ لاحق طرح ذات النص على القاضى الدستورى بطريق الدفع الجدى، وخلصت المحكمة الدستورية العليا إلى إنكاه للقانون الأساسى.

المحكمة الدستورية العليا - 6 / 6 / 2020 - مجموعة الأحكام - ج 18 - ص 379.

القرار الوقتي المستعجل الصادر
عن المحكمة الإدارية المنعقدة في رام الله
رقم 25 لسنة 2023



نوع الطلب: اداري وقف تنفيذ

رقم الطلب: 2023/25

دعوى ادارية رقم: 2023/129

تاريخ القرار: 2023/7/5



دولة فلسطين

المحكمة الادارية

القرار الوقتي المستعجل

الصادر عن المحكمة الإدارية المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء

المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي وحيد ابو عياش

وعضوية السيدين القاضيين: د. نضال العواودة و فادي جبر

المستدعي : 1- رئيس مجلس القضاء الاعلى بالإضافة الى وظيفته .

يمثله رئيس النيابة الادارية/ رام الله

المستدعي ضدهم: الموظفون العاملون لدى المحاكم النظامية التابعة لمجلس القضاء الاعلى وهم:

1- وفية حسين عبد الحميد البرغوثي

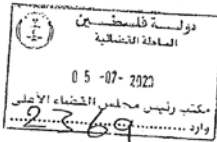
2- سامر احمد محمد حمدان

3- محمد رياض عبد الحفيظ فريج

4- ثائر بدر جدوع قرجة

5- رفيدة محمد احمد منصور واخرين حسب ما وردت اسماؤهم في لائحة الطلب حتى رقم

(1091).



رئيس الهيئة
وحيد أبو عياش

القاضي
د. نضال العواودة

الكاتب
القاضي
فادي جبر



نوع الطلب: اداري وقف تنفيذ

رقم الطلب: 2023/25

دعوى ادارية رقم: 2023/129

تاريخ القرار: 2023/7/5

الموضوع: طلب مستعجل مقدم سندا لأحكام المادة (21) من القرار بقانون رقم (41 لسنة 2020) بشأن المحاكم الادارية لوقف الاضراب المخالف للقانون القائم وكافة الفعاليات المعلن عنها من قبل الجهة المستدعي ضدها الممتد منذ تاريخ (2023/7/2) وحتى تاريخه والمستمر بشكل مفتوح.

الوقائع

تقدم المستدعي بهذا الطلب بواسطة رئيس النيابة الادارية والذي سجل تحت الرقم (2023/25) تبعا للدعوى الادارية رقم (2023/129) مستندا للأسباب الواردة في طلبه، طالباً بالنتيجة وقف اضراب المستدعي ضدهم القائم والمفتوح في كافة المحاكم النظامية وكافة الفعاليات المعلن عنها.

المحكمة

بالتدقيق وبعد المداولة، وعملا بأحكام المادة (1/21) من القرار بقانون رقم (41 لسنة 2020) بشأن المحاكم الادارية وتديلاته، ولما لهذه المحكمة من صلاحيات بصفتها محكمة امور مستعجلة لا بد لها بأن تبين بأن مناط اختصاص المحكمة في مثل هذه الطلبات المستعجلة وفق النص المذكور تتطلب:

1- ان تكون المسألة المعروضة امامها من المسائل التي يخشى عليها فوات الوقت.

2- وان يؤدي تنفيذ القرار الطعين الى نتائج لا يمكن تداركها.

3- وان يكون الطلب المستعجل متعلقاً بدعوى او طعن يدخل ضمن اختصاصات المحاكم الادارية.

وحيث ان الطلب المائل رقم (2023/25) مقدم لدى هذه المحكمة تبعا للدعوى الادارية رقم (2023/129) المنظور امام محكمتنا فإن هذه المحكمة تكون والحالة هذه مختصة بنظر الطلب المائل ابتداء.

وحيث ان القضاء المستعجل يتطلب توافر الشروط المشار اليها اعلاه وهي ان يكون هناك خطر حقيقي محقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يستلزم درؤه بسرعة دون تاجيل او تاخير، وان يؤدي تنفيذ القرار المطعون فيه الى نتائج يصعب تداركها، وان لا يمس القرار المستعجل موضوع الدعوى، ويرجع المحكمة لظاهر البيانات والمستندات المرفقة بالطلب المستعجل وحيث ان القرار بقانون رقم (11 لسنة 2017) بشأن تنظيم ممارسة حق الاضراب في الوظيفة

رئيس الهيئة
وحيد ابو عياش

القاضي
د. نضال العواودة

القاضي
فادي جبر



نوع الطلب: اداري وقف تنفيذ

رقم الطلب: 2023/25

دعوى ادارية رقم: 2023/129

تاريخ القرار: 2023/7/5

العمومية نص في المادة الاولى منه على ان (حق الاضراب مكفول لموظفي الخدمة المدنية وفقا لأحكام هذا القرار بقانون) كذلك نصت المادة الثانية من ذات القرار بقانون على انه (تطبق احكام المادة (67) من قانون العمل الفلسطيني رقم (7 لسنة 2000) المتعلقة بالاضراب في المرافق العامة على اضراب الموظفين في الوظيفة العمومية) كما نصت المادة الرابعة من ذات القرار بقانون على انه (يحظر ممارسة الاضراب على:

1- موظفي القطاع الصحي ماعدا الاداريين منهم.

2- موظفي الرئاسة

3- موظفي مجلس الوزراء

4- موظفي السلك الدبلوماسي

5- موظفي الهيئة العامة للإذاعة والتلفزيون

6- القضاة واعضاء النيابة العامة .

كذلك نصت المادة الخامسة من ذات القرار بقانون على انه:(كل من يخالف احكام هذا القرار بقانون يساءل وفقا لأحكام التشريعات ذات الصلة).

وحيث تجد المحكمة ان الاضراب المكفول قانونا يجب ان لا يترتب عليه ضرر عام جسيم يحول دون ممارسة المرفق العام لمهامه التي تعمل به الجهة المضربة على قاعدة ان الضرر العام يدرأ بالضرر الخاص، المتوخى منها تحقيق الصالح العام سواء كان الاضراب جماعيا ام فرديا كما ان الاضراب يحول دون قيام الموظف العام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن نص القانون وحيث تجد المحكمة لما لها من قناعة من اهمية العمل الذي يقوم به الموظفون الاداريون في المحاكم النظامية كونهم اعوان القضاة ومن غيرهم يتعطل العمل القضائي والمنشود منه تحقيق العدالة وانصاف المظلومين واعادة الحقوق الى اصحابها بالسرعة الممكنة وحيث انه لا يخفى على الكافة حجم القضايا الموجودة في المحاكم وما يتطلبه من جهد يتقّل كاهل القضاة والموظفين الاداريين المساندين للقضاة العاملين في المحاكم من اجل انجاز الفصل في الدعاوى وحصول كل ذي حق لحقه(العدالة الناجزة) ولما لمرفق العدالة من اهمية قصوى في المجتمعات لذا فان محكمتنا تجد ووفقا لنصوص القرار بقانون بشأن الاضراب المشار اليها سابقا ان اضراب المستدعي ضدهم المستمر يضر بالمنظومة القضائية ومصالح المتقاضين ضررا جسيما لا يمكن تداركه بسبب تأخير النظر في

الإدارة
القاضي
القاضي

رئيس الهيئة
وحيد ابو عيش

القاضي
نضال العواودة

القاضي
فادي جبر



نوع الطلب: اداري ووقف تنفيذ

رقم الطلب: 2023/25

دعوى ادارية رقم: 2023/129

تاريخ القرار: 2023/7/5

قضاياهم ويحرمهم من الوصول الى حقوقهم بالسرعة الممكنة بسبب الاضراب، وحيث ان ممارسة أي حق مشروع قانونا ومن ضمنهم حق الاضراب يرد عليه قيد عدم تعطيل مرافق الدولة التي تقدم خدمات هامة للمواطنين. وحيث تجد محكمتنا ودون التعرض لموضوع الدعوى ولحقوق المستدعى ضدهم الوظيفية ان استمرار اضراب العاملين في المحاكم النظامية (المستدعى ضدّهم) يضر بقطاع كبير من الناس ويعطل مصالحهم ويلحق بهم ضررا لا يمكن تداركه وسندا لنصوص القرار بقانون بشأن الاضراب المشار اليه سابقا ولتوافر صفة الاستعجال الموجبة لوقف تنفيذ القرار موضوع الطلب ولما لهذه المحكمة من صلاحيات مستمدة من القانون وما استقر عليه اجتهاد القضاء الاداري فإننا نقرر وسندا للمادة (21) من القرار بقانون رقم (41 لسنة 2020) بشأن المحاكم الادارية وتعديلاته وعدم المساس بأصل الحق ما يلي:

- 1- قبول الطلب موضوعا ووقف تنفيذ الاضراب عن العمل من قبل المستدعى ضدّهم لحين البت في الدعوى الاصلية رقم(2023/129).
- 2- تأجيل البت بالرسوم والمصاريف بنتيجة الدعوى الاصلية.

قراراً قابلاً للطعن امام المحكمة الادارية العليا، صدر تدقيقاً وفق المادة (2/21) من القرار بقانون رقم (41 لسنة 2020) وتعديلاته باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم في 2023/7/5

رئيس الهيئة
وحيد أبو عياش

القاضي
نضال العواودة

القاضي
فادي جبر

التعليق على قرار المحكمة الإدارية في الطلب المستعجل

رقم 25 لسنة 2023

دكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام بحقوق القاهرة

تبتدئ التعليقات على الأحكام - عادة - بسرد الوقائع في مدارج تطورها، مما ييسر الإمام بجوهر النزاع، وتقييم التطبيق القانوني على جوانبه. ومع الالتزام بهذا النهج، وعدم الحيدة عنه، فإننا ننوه إلى أن التعليق المائل إذ ينصرف إلى حكم وقتي (مستعجل)، فإن الوقائع ستعرض في كلياتها، لاختصار تسبب مثل تلك الأحكام، التي تترك التسبب الوافي للفصل في الشق الموضوعي للنزاع.

كليات الوقائع:

- أقدم ما يربو على أف موظف من العاملين بالمحاكم النظامية التابعة لمجلس القضاء الأعلى على القيام بإضراب مفتوح في 2 يوليو 2023 شمل كافة المحاكم المشار إليها.
- استناداً للمادة السادسة من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2017 بشأن الإضراب في الوظيفة العامة، تقدم رئيس المجلس الأعلى للقضاء بطلب مستعجل لوقف الإضراب، بالنظر للأضرار الجسيمة التي يلحقها بمرفق القضاء، والمصلحة العامة.
- قدّرت المحكمة أن نتائج الإضراب يتعذر تداركها ممثلة في تعطل مرفق حيوي، ألا وهو مرفق العدالة، وبناء عليه قضت بتاريخ 5 يوليو 2023 بوقف تنفيذ الإضراب حين البت في الدعوى الأصلية.

التعليق

بإجالة النظر في الحكم محل البحث استقيننا ثلة من النقاط تستأهل، وفق قناعتنا، التناول بالتمحيص والتأصيل وهي:

البحث عن سند لاختصاص المحكمة الإدارية:

من المنطقي استهلال التعليق بالتطرق لاختصاص المحكمة الإدارية بالنزاع. والداعي لذلك أنه يصعب

إسناد هذا الاختصاص إلى قائمة المنازعات الإدارية بتحديد القانون في المادة 20 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية⁽²⁰⁶⁾ المعدل بالقرار بقانون رقم 13 لسنة 2022⁽²⁰⁷⁾، علاوة على تعذر استنتاج هذا الاختصاص من المعيار العام: (سائر المنازعات الإدارية) الوارد في البند (ح) من النص المار بيانه، والذي عماده عمل صادر من السلطة العامة، لامن العاملين لديها والخاضعين لسلطتها وسلطانها.

بيد أن المشرع تحوط لاحتمال وجود نصوص - في الحال أو الاستقبال - تمنح الاختصاص للقاضي الإداري ببعض المنازعات، بقطع النظر عن طبيعتها، أسند في البند الأخير من المادة 20 من القرار بقانون 41 لسنة 2020 المعدل، للمحكمة الإدارية نظر الطعون المقررة «بموجب أي قانون آخر»⁽²⁰⁸⁾.

وتزودنا المادة السادسة من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2017 المتعلق بتنظيم ممارسة حق الإضراب في الوظيفة العامة بنموذج لذلك، حيث تقضي بأنه «يجوز لمجلس الوزراء، أو لأية جهة متضررة من الإضراب اللجوء إلى محكمة العدل العليا لوقف الإضراب في حال كان الإضراب مخالفاً لأحكام هذا القرار بقانون، أو يلحق ضرراً جسيماً بالمصلحة العامة».

وإذ حلت المحكمة الإدارية محل محكمة العدل العليا في نظر المنازعات الموكولة إليها، فقد انتقل للأولى الاختصاص بنظر طلبات وقف تنفيذ الإضراب⁽²⁰⁹⁾.

وطلب وقف تنفيذ الإضراب، بمثابة دعوى فرعية والأصل عدم جواز نظره، بوصفه كذلك إلا حال ارتباطه بدعوى موضوعية أصلية من اختصاص ذات القاضي. وبناء عليه فإن اختصاص المحكمة الإدارية بنظر طلب وقف تنفيذ الإضراب يستتبع اختصاصها بنظر دعوى إلغاء الإضراب.

206. انظر تعليقنا على القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 - مجلة العدالة والقانون - العدد رقم (38) - ص 105 وما بعدها.

207. راجع تعليقنا على القرار بقانون رقم (13) لسنة 2022 - مجلة العدالة والقانون - العدد رقم (42) - ص 18 وما بعدها.

208. لم يكن يعنى عدم وجود البند الملمح إليه في المتن انتفاء اختصاص القاضي الإداري، فالنص الوارد في التشريع المنظم لإضراب الموظفين العموميين بمثابة نص خاص يسمو على النص العام المتسجد في قانون المحاكم الإدارية.

209. في اختصاص محكمة العدل العليا بطلبات وقف تنفيذ الإضراب، وفي الإضراب وفقاً للقانون الفلسطيني مع لمحة عن الوضع في القانون المقارن، يرجى مراجعة تعليقنا على حكم محكمة العدل العليا في الدعوى رقم 238 لسنة 2017 - مجلة العدالة والقانون - العدد (32) - ص 101 وما بعدها.

وبعبارة أخرى فإن المادة السادسة من القرار بقانون المنظم لإضراب الموظفين، بعهدوها للمحكمة الإدارية نظر طلب وقف تنفيذ الإضراب، أضاف للمحكمة بصورة ضمنية ولكن مؤكدة اختصاصاً آخر، نظر دعوى إلغاء الإضراب وستأكد تلك القاعدة من استعراضنا للمراحل الإجرائية التي مرت بها الخصومة.

وعلى أثر الفراغ من بيان أساس اختصاص المحكمة الإدارية بطلب وقف تنفيذ الإضراب، تعين التطرق لسير الخصومة والحكم الذي توجت به في ختام إجراءاتها.

افتتاح الخصومة:

عقب إعلان العاملين الإداريين بالمحاكم النظامية الامتناع عن العمل، مما نجم عنه شلل المحاكم عن إداء وظيفتها، سواء في قيد الدعاوى التي تُقدم إليها، أو حسم تلك المطروحة على ساحتها لجأ رئيس مجلس القضاء الأعلى للمحكمة الإدارية بطلب لوقف تنفيذ الإضراب سجل برقم 25 لسنة 2023. وإدراكاً لتبعية الطلب المستعجل لدعوى موضوعية تقدمت ذات الجهة بدعوى موضوعية لإلغاء الإضراب حملت الرقم 129 لسنة 2023.

وقد حرصت المحكمة الإدارية على إظهار الرابطة الوثقى بين الطلب المستعجل والنزاع الموضوعي بقولها: «وحيث إن الطلب المائل رقم (25 / 2023) مقدم لدى هذه المحكمة تبعاً للدعوى الإدارية رقم (12 / 2023) المنظور أمام محكمتنا فإن هذه المحكمة تكون والحالة هذه مختصة بنظر الطلب المائل ابتداءً». والطلب حُرِّك ممن له صفة، فريئس مجلس القضاء الأعلى هو الذى يمثله أمام القضاء والغير⁽²¹⁰⁾، وتوافرت المصلحة أيضاً، فريئس مجلس القضاء الأعلى هو المسؤول عن انتظام سير العمل في المحاكم، وله من هذا المنطلق مصلحة ثابتة وبقينية في منع الإخلال بهذا السير، والعمل على وقفه إذا وقع. ويثار التساؤل حول انطباق أحد فرضى تقديم طلب وقف تنفيذ الإضراب في التطبيق محل الدراسة.

210 . المادة (39) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 المعدل .

وحرى بالتسجيل أن النص يشير إلى تقديم الطلب من جهة متضررة من الإضراب، وهو ما يعنى ممثل الجهة المنفذ للإضراب في المرفق الذى تقوم عليه، ومفاد ذلك عدم جواز تقديم مثل هذا الطلب من فرد، إلا أن محكمة العدل العليا قبلت طلب وقف تنفيذ اضراب نقابة المحامين المرفوع من أحد المحامين المتضررين من تعطل العمل أمام محكمة الجنايات الكبرى.

في ذلك انظر تعليق محمد النجار على حكم محكمة العدل العليا رقم 22 / 2018 - مجلة العدالة والقانون - العدد (32) - ص 125 وما بعدها .

فالقانون رقم 11 لسنة 2017 أجاز طرق باب القضاء لوقف تنفيذ الإضراب في إحدى حالتين:

- مخالفة الإضراب للقانون: ويتحقق ذلك إذا وقع الإضراب من فئة حظر القانون عليها أن تُشهر هذا السلاح في مواجهة الإدارة⁽²¹¹⁾، أو لعدم مراعاة المادة (67) من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 الخاصة بالإضراب في المرافق العامة، والتي مدد الشارع⁽²¹²⁾ تطبيقها على إضراب الموظفين العموميين .
- وأبرز ما جاء بالمادة (67) ويلائم الوظيفة العامة توجيه تنبيه كتابي إلى الجهات المعنية قبل أربعة أسابيع من الإضراب موقعاً من 51٪ من العاملين في المرفق.
- ومن الواضح أن الإضراب لم يقع من إحدى الفئات المشمولة بالحظر، إلا أن الوقائع، على النحو المعروض في الحكم، لا تؤكد أو تنفي التزام ضوابط المادة (67) من عدمه.
- تضرر المصلحة العامة بصورة جسيمة: قد تستوفي الشرائط المقررة للقيام بالإضراب، ومع ذلك يتاح السبيل لرفع الأمر للقضاء لوقف الاستمرار في تنفيذه، حال كون النتائج الناشئة عنه تلحق جسيم الضرر بالمصلحة العامة، إعمالاً لمبدأ دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر.
- وفي الحالة الراهنة لا يبارى أن تعطيل عمل المحاكم له وخيم النتائج، فتأخير الفصل في القضايا يضرب مبدأ العدالة الناجزة في مقتل، ويفقد الكثير من قيمة بعض الأحكام التي تصدر بعد فوات الآوان. وفضلاً عما سلف يغزى تعطل المحاكم الشعور بحصول صاحب الحق على حقه بنفسه لنعوذ القهقري إلى ما يشبه شريعة الغاب مع ما يرافق ذلك من اهتزاز الثقة في أجهزة الدولة ودورها في إقامة العدل أساس استقرار أي نظام من أنظمة الحكم.

211. حظرت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2017 الإضراب على كافة منتسبي قوى الأمن

الفلسطيني، وأضافت المادة التالية ست فئات أخرى يمتنع عليها الإضراب وهي:

1. موظفي القطاع الصحي ما عدا الإداريين منهم .
2. موظفي الرئاسة .
3. موظفي مجلس الوزراء .
4. موظفي السلك الدبلوماسي .
5. موظفي الهيئة العامة للإذاعة والتلفزيون .
6. القضاة وأعضاء النيابة .

212. تنص المادة الثانية من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2017 على سريان « أحكام المادة (67) من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 المتعلقة بالإضراب في المرافق العامة على إضراب الموظفين في الوظيفة العامة » .

ويستخلص من حكم المحكمة الإدارية أن هذا هو الداعي لطلب رئيس مجلس القضاء الأعلى وقف تنفيذ الإضراب، وهو ما تناصره الحيشة الآتية «وحيث تجد المحكمة أن الإضراب المكفول قانوناً يجب أن لا يترتب عليه ضرر عام جسيم يحول دون ممارسة المرفق العام لمهامه التي تعمل به الجهة المضربة على قاعدة أن الضرر العام يدرأ بالضرر الخاص، المتوخى منها تحقيق الصالح العام سواء كان الإضراب جماعياً أم فردياً كما أن الإضراب يحول دون قيام الموظف العام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن نص القانون وحيث تجد المحكمة لما لها من قناعة من أهمية العمل الذي يقوم به الموظفون الإداريون في المحاكم النظامية كونهم أعوان القضاة ومن غيرهم يتعطل العمل القضائي والمنشود منه تحقيق العدالة وانصاف المظلومين وإعادة الحقوق إلى أصحابها بالسرعة الممكنة وحيث أنه لا يخفي على الكافة حجم القضايا الموجودة في المحاكم وما يتطلبه من جهد يثقل كاهل القضاة والموظفين الإداريين والمساندين للقضاة العاملين في المحاكم من أجل إنجاز الفصل في الدعاوى وحصول كل ذي حق لحقه (العدالة الناجزة) ولما مرفق العدالة من أهمية قصوى في المجتمعات لذا فإن محكمتنا تجد ووفقاً لنصوص القرار بقانون بشأن الإضراب المشار إليها سلفاً أن إضراب المستدعى ضدهم المستمر يضر بالمنظومة القضائية ضرراً جسيماً لا يمكن تداركه بسبب تأخير النظر في قضاياهم ويحرمهم من الوصول إلى حقوقهم بالسرعة الممكنة بسبب الإضراب، وحيث أن ممارسة أي حق مشروع قانوناً ومن ضمنهم حق الإضراب يرد عليه قيد عدم تعطيل مرافق الدولة التي تقدم خدمات هامة للمواطنين .

«وحيث تجد محكمتنا ودون التعرض لموضوع الدعوى ولحقوق المستدعى ضدهم الوظيفية أن استمرار إضراب العاملين في المحاكم النظامية (المستدعى ضدهم) يضر بقطاع كبير من الناس ويعطل مصالحهم ويلحق بهم ضرراً لا يمكن تداركه وسنداً لنصوص القرار بقانون بشأن الإضراب المشار إليه سابقاً ولتوافر صفة الاستعجال الموجبة لوقف تنفيذ القرار موضوع الطلب ولما لهذه المحكمة من صلاحيات مستمدة من القانون وما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري فإننا نقرر وسنداً للمادة (21) من القرار بقانون رقم (41 لسنة 2020) بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته وعدم المساس بأصل الحق ما يلي -1 قبول الطلب موضوعاً ووقف تنفيذ الإضراب عن العمل من قبل المستدعى ضدهم ..» .

ولا يعني هذا الايضاح المسهب لضابط تعذر تدارك النتائج أن الحكم أوفى بالتسبب الواجب في

الطلبات المستعجلة، فالقضاء الوقتي يقوم على دعامين الاستعجال ويمثله تعذر تدارك النتائج، وجدية المطاعن⁽²¹³⁾ المثارة والمرجحة للشق الموضوعي من الخصومة، على أن يجري التعرض لتلك المطاعن في ظاهرها دون تمحيص أو تدقيق يصل لحد الفصل في النزاع موضوعياً. واكتفت المحكمة بالإشارة للدعامة الثانية دون أن نلمح أي إعمال لها في حيثياتها، فلا يدرك المطالع للحكم المناعي التي صوبها المستدعى للإضراب والتي حدثت به لطلب وقفه، وردود المستدعى ضدهم، كل ذلك دون غوص في هذه أو تلك، واستخلاص القرار الحاسم للنزاع على ضوء الانطباع العام للأدلة الثبوتية المقدمة في الدعوى.

إعمال المادة 21 من قانون المحاكم الإدارية على النزاع:

أشارت المحكمة في الحيثيات إلى أن قرارها الفاصل في الشق العاجل من النزاع صدر استناداً للمادة 21 من القرار بقانون المحاكم الإدارية رقم 41 لسنة 2020 ولا نوافق المحكمة فيما خلصت إليه لسببين:

- وفقاً للبند الأول من المادة المذكورة تختص المحكمة الإدارية بالطلبات المستعجلة « التي تقدم إليها بشأن الدعاوى الداخلة في اختصاصها بما في ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً... ». وقد أبنا آنفاً أن وقف تنفيذ الإضراب لا يعد من المنازعات الإدارية. لذلك نعيد التأكيد على أن قرار المحكمة صدر استناداً لنص خاص هو المادة السادسة من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2017.
- يعضد ما سبق فصل المحكمة في الطلب وفقاً للإجراءات الواردة في الفقرة الثانية من المادة المار بيانها، وأخصها إصدار القرار في موعد أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب، فالطلب طرح في 2 / 7 / 2023 وحسم أمره في الخامس من ذات الشهر.

أداة المحكمة لحسم طلب وقف التنفيذ:

وفقاً للمادة 42 البند (أ) من قانون المحاكم الإدارية رقم 41 لسنة 2020 المعدل يفصل في الطلبات المستعجلة ب (قرارات). وهو ما نتحفظ عليه وبشدة فالحكم الصادر في الشق المستعجل بمثابة

213. يعمل القضاء الإداري المصري هذا الضابط باطراد دون نص، بوصفه من مقتضيات القضاء المستعجل، انظر: فتحي فكري - قضاء الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء - 2018 - ص 404 وما بعدها.

حكم بالمعنى الدقيق⁽²¹⁴⁾ فهو يفصل في خصومة ويجوز الحجية إلى أن يفصل في الطعن عليه أمام المحكمة الأعلى، وعلى ذلك استقر القضاء الإداري بمصر.

ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري عام 1957 أعلنت فيه: « وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن الحكم الذي تصدره محكمة وقف التنفيذ هو حكم قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها ويجوز قوة الشيء المقضي به بالنسبة للوجه المستعجل للنزاع فقط، وتقييد المحكمة بوصفها الجانب المستعجل للنزاع بحيث لا يجوز لها العدول عنه، كما لا يجوز لأصحاب الشأن إثارة النزاع أمامها من جديد، طالما أن الظروف الملائمة لم تتغير، ولكنه لا يقيّد تلك المحكمة عندما تقضى في موضوع طلب الإلغاء، لأن حكمها الأول وقتي يتناول الوجه المستعجل للنزاع فقط دون المساس بأصل الموضوع...»⁽²¹⁵⁾.

وأقرت المحكمة الإدارية العليا هذا الفهم في أحكام عدة اخترنا منها ذلك الصادر عام 1981 الذي اتسم بتفصيل واف حيث سطر في حثياته « أن الحكم الذي يصدر في موضوع الطلب سواء بوقف التنفيذ أو عدمه على حسب الظاهر الذي تبدو به الدعوى، لا يمس أصل طلب الإلغاء فلا يقيّد المحكمة عند نظر أصل الطلب موضوعاً ومع ذلك يظل الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ حكماً قطعياً له مقومات الأحكام وخصائصها وينبني على ذلك أنه يجوز حجية الأحكام في خصوص موضوع الطلب ذاته ولو أنه مؤقت بطبيعته طالما لم تتغير الظروف. كما يجوز هذه الحجية من باب أولى بالنسبة لما فصلت المحكمة فيه من مسائل فرعية قبل البت في موضوع الطلب كالدفع بعدم اختصاص القضاء الإداري أصلاً بنظر الدعوى لسبب يتعلق بالوظيفة أو بعدم اختصاص المحكمة أصلاً بنظرها بحسب موضوعها أو بعدم قبولها أصلاً لرفعها بعد الميعاد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً، إذ قضاء المحكمة في هذا كله ليس قطعياً فحسب، بل هو نهائي وليس مؤقتاً فيقيدها عند نظر طلب الغائه»⁽²¹⁶⁾.

214 . في الفقه المؤيد لذلك راجع على سبيل المثال :

حسين عبد السلام جابر - الطلبات المستعجلة في قضاء مجلس الدولة - 1998 - ص 395 وما بعدها ، محمد فؤاد عبد الباسط - وقف تنفيذ القرار الإداري - 1997 - ص 713 وما بعدها .

215 . محكمة القضاء الإداري - 1957 / 1 / 29 - مجموعة الأحكام - ج 11 - ص 178 .

216 . المحكمة الإدارية العليا - 1981 / 2 / 22 - مجموعة الأحكام - السنة 26 - الجزء الأول - ص 627 .

ولذا كان المأمول ألا تتقف المحكمة عند ظاهر النص، وتفعّل قاعدة أن العبرة بالمضمون لا بحرفية اللفظ خصوصاً إذا ورد في قرار بقانون يصدر فجأة، بغير نقاش أو حوار حوله، وبالتالي يتصور أن يفلت من عقاب الدقة الواجب مراعاة التشريع لها.

حوارات قانونية

مناهج التعليم العالي المهني:

ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد نموذجا

د. أسماء الغشام

نائبة عميد كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية في جامعة قرطاج- تونس

منذ تقريبا عشر سنوات، توجهت الجامعة التونسية في مجالات عديدة ومنها مجال العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية إلى إدخال الجانب التطبيقي في مناهج التعليم المعتمدة. وإن كانت هذه المناهج تعتبر من أبجديات التعليم العالي الأكاديمي في بعض الاختصاصات كعلم الاجتماع مثلا الذي يعتمد على القيام بمحاورة الأشخاص المعنيين بمجال البحث أو اختصاص العلوم السياسية التي تتناول بالبحث الانتخابات مثلا والتي تضطر إلى معاناة مكاتب الاقتراع ومدى الإقبال عليها بغاية التوثيق والبحث، فإن هذا الجانب التطبيقي أخذ منحى آخر في مادة العلوم القانونية.

في مادة العلوم القانونية مررنا بمرحلتين، الأولى فشلت والثانية نجحت. الأولى هي التي قسّمت الإجازة إلى إجازة تطبيقية وإجازة أساسية في العلوم القانونية. الإجازة التطبيقية تتمثل في التخصص في جباية المؤسسات وفي التجارة الدولية حيث يتعين على الطلبة إجراء تربية للحصول على الإجازة على جانب الدراسة الأكاديمية. أما الإجازة الأساسية فهي التي تعتمد على التعليم الأكاديمي البحث.

فشلت التجربة الأولى ووقع التخلي عنها وذلك لأنها أحدثت فروقات بين الطلبة الذين اختاروا الإجازة المهنية وبين الذين اختاروا الإجازة الأساسية. فالإجازة المهنية لا تفتح مجالاً لماجستير البحث ولا للدكتوراه وذلك لأن ماجستير البحث والدكتوراه مفتوحان فقط لمن اختار الإجازة التي تعتمد على لبحث الأكاديمي. وما حدث هو أن الطلبة اختاروا الإجازة التطبيقية ثم حرموا من مواصلة تعليمهم إلى مرحلة الدكتوراه وهو ما حد من طموحاتهم منذ البداية في حين أن الطموح قد يتعزز كلما تقدّم الطالب في مراحل الدراسة. كما فشلت هذه التجربة لعدم تمكن الطالب من التوفيق بين

الدراسة الأكاديمية والدراسة التطبيقية منذ السنوات الأولى للدراسة. لذلك تخلينا عن هذه التجربة الأولى ومررنا إلى التجربة الثانية.

التجربة الثانية هي التي نجحت وهي المتواصلة إلى حد اليوم والمتمثلة في التعليم العالي المهني على مستوى الماجستير. يسمى هذا المسلك تعليماً مهنيًا لثلاثة أسباب. الأول هو أنه لا يفتح مجالاً للدكتوراه التي تقتصر على المجال الأكاديمي البحث والثاني هو التخصص في المجال المهني المختار الذي يعطي فرصاً أو فرصاً لاقتحام المجال المهني المتخصص كمجال الجباية مثلاً. والثالث هو قبول مهنيين في هذه الماجستير المهنية بمعنى أنها مفتوحة لمن يمارس مهنة ويقرر أن يطور من قدراته المهنية أو يفتح آفاقاً جديدة. وسأعرض في هذا الصدد لتجربة ماجستير بالتحديد وهو الذي أتولى إدارته وهو ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. وأود أن أوضح هنا أنني متواجدة معكم بصفتي مديرة لهذا الماجستير وبصفتي تلك أنا عضوة في الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد واليوم أنا أمثل الشبكة التي تمت دعوتها لهذا اللقاء.

سأعرض أولاً إلى ظروف نشأة ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد حتى أخلص إلى التعرّض إلى الماجستير كنموذج للتعليم المهني في الجامعة التونسية.

1. نشأة ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد كنموذج للتعليم المهني في الجامعة التونسية قبل الثورة التونسية أي قبل سنة 2011، كان الشارع التونسي يندد بالفساد لكن فقط في الفضاء الخاص، أي داخل الأسر وفي الإطار المهني على المستوى الضيق. لهذا السبب، جاء في الخطاب الذي ألقاه الرئيس زين العابدين بن علي يوم 13 جانفي 2011 أي في اليوم السابق ليوم مغادرته للتراب التونسي وهو الموافق ليوم 14 جانفي 2011، اقتراح إحداث هيئة مستقلة لتقصي الحقائق حول الفساد والرشوة. ومن هنا بدأت رحلة الماجستير.

العلاقة بين هذه الهيئة والماجستير هي أن رئيس الهيئة هو العميد المؤسس والأول لكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس بجامعة قرطاج وهو الذي عين من بين أعضاء الهيئة العديد من أساتذة الكلية ومن بينهم العميدة الحالية لكلية الأستاذة نائلة شعبان. فبعد صدور تقرير الهيئة حول تقصي الحقائق في الفساد والرشوة، تبين حجم الفساد وتفشيه في الميادين

الحيوية للبلاد وهو ما دعا الحقوقيين الذين كانوا في الهيئة للتفكير الجدي في تخصص جامعي في مجال الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.

ولاستقرار الدور الذي يلعبه إنشاء الماجستير في تطوير المعارف والقدرات المتخصصة في التعليم العالي وجب الوقوف عند جانبيين هامين هما طبيعة الماجستير من جهة وبرنامجها من جهة أخرى.

2. طبيعة الماجستير

المقصود بطبيعة الماجستير هو التكييف القانوني الذي يتحصل عليه عند تأهيله من قبل وزارة التعليم العالي، ذلك أن الشهادت العلمية تحتاج إلى تأهيل قطاعي لتكون لها الحجية المطلوبة، وعلى هذا الأساس، تؤهل وزارة التعليم العالي في تونس صنفين من الماجسترات. ماجستير مهني وماجستير بحث.

ماجستير الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد هو ماجستير مهني يتميز بكونه يقبل من بين الطلبة من هم غير مختصين في القانون على عكس ماجستير البحث الذي لا يقبل سوى المختصين في العلوم القانونية.

وهذه النقطة لها الأثر الهام في تعزيز ثقافة مكافحة الفساد وفي التخصص فيها المجال وذلك لأن هذه الخاصية فتحت المجال للمهنيين من الالتحاق بالماجستير وتبعاً لذلك، كان للموظفين العموميين السامين نصيب كبير في هذا الماجستير. فعلى سبيل المثال، العديد من المديرين العاميين للشراءات العمومية برئاسة الحكومة هم من بين طلبة هذا الماجستير علماً وأن مجال الصفقات العمومية هو من أكثر المجالات عرضة للفساد وقد ورد ذلك في التقرير الذي حررته هيئة تقصي الحقائق حول الفساد والرشوة التي سبق وأن ذكرتها.

من جهة أخرى، قد أنشأت في تونس في أغلب الوزارات خلية سميت بخلية الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد ومنها وزارة الداخلية وعلى هذا الأساس، تقدم للماجستير في العامين الفارطين أكثر من ثلاثين شخص من وزارة الداخلية وحدها.

وهكذا، مكن الماجستير العديد من الموظفين في القطاع العمومي من العودة لمقاعد الدراسة وذلك قصد الاطلاع على مقومات الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. وهذا الإقبال لا يقتصر

على المهنيين من القطاع العام إذ هناك أيضا مهنيين من القطاع الخاص من المهتمين بمكافحة الفساد فالقطاع الخاص يحظى أيضا بقسط من تفشي الفساد في الدولة بصفة عامة. إلى جانب المهنيين، يستقبل الماجستير أيضا طلبة أتموا الإجازة في العلوم القانونية أو في علوم التصرف أو حتى في الطب وعلوم التمريض وفي علوم الهندسة والمحاسبة والصحافة. ومنذ نشأته سنة 2016 إلى حد السنة الدراسية الحالية، التحق بالماجستير 252 طالبا من مختلف هذه الاختصاصات بمعدل 32 طالب كل سنة. من جهة أخرى، يتيح الماجستير المهني لغير المختصين من الأساتذة بالتدريس صلب الماجستير ولذلك فإنه لدينا أساتذة مختصين في علم الاجتماع وفي التاريخ وفي العلوم الاقتصادية. إلى جانب الطبيعة المهنية للماجستير التي تسمح بتنوع الملقين والمتلقين مما يسمح بانتشار أوسع لثقافة الشفافية والنزاهة والتخصص فيها، فإن تنوع البرامج المخصصة لطلبة الماجستير تسمح هي الأخرى بتعزيز مكافحة الفساد والتخصص فيها وبالتالي بتطوير مناهج التعليم المهني إلى جانب التعليم الأكاديمي في مجال العلوم القانونية.

3. برنامج الماجستير

يتمّ تكوين الطلبة في مجال الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد خلال ثلاث سداسيات تمتد على مدى سنتين دراسيتين ينتهي على إثرها التكوين بتسليم شهادة ماجستير مهني من كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة قرطاج بتونس. ويحتوي البرنامج على مواد عامة ومواد تخص مجالات بعينها. أما المواد العامة فهي الإتيقا أو الأخلاقيات ومكافحة الفساد، التقديم العام للاقتصاد، جوانب العلوم السياسية في مكافحة الفساد، والمقدمة العامة لدراسة الفساد وتاريخ الفساد و سسيولوجيا الفساد أو علم اجتماع الفساد. وهي المواد التي تدرّس في السداسي الأول أي في السنة الأولى من الماجستير.

أما المواد المتعلقة بمجالات محددة فنذكر مادة مكافحة الفساد في الصفقات العمومية، الفساد وقطاع الأمن، الفساد واسترجاع الأموال المنهوبة، الحوكمة المحلية والفساد، حوكمة المؤسسة

ومكافحة الفساد، مكافحة الفساد في مجال المالية وتوزع هذه المواد بين السداسي الأول والسداسي الثاني. أما السداسي الأول فهو الذي يقوم فيه الطالب بتربص في إطار مهني وتحرير مذكرة حول موضوع يختاره هو مع مؤطرين اثنين، مؤطر أكاديمي وهو الأستاذ الجامعي من جامعة قرطاج والمؤطر المهني وهو الشخص المشرف على التربص. بالنسبة للمهنيين من الطلبة فان التربص يقومون به في إطار إدارتهم لذلك فان الإنجاز الأهم في هذا السداسي هو المذكرة التي يقدمها الطالب للمناقشة أمام لجنة متكونة من رئيس من الأكاديميين والمؤطرين الأكاديمي والمهني ويسند إليه عدد في نهاية المطاف. منذ نشأة الماجستير إلى اليوم قدمت 27 مذكرة للنقاش. يدعوني هذا التقديم للماجستير وفي إطار هذا النشاط المتعلق بالأكاديميات ومراكز التدريب المتعلقة بمكافحة الفساد في المنطقة العربية إلى تقييم التجربة التي بدأتها في كلية العلوم القانونية منذ سنة 2016 إلى اليوم.

4. تقييم تجربة الماجستير

تقييم التجربة سيعتمد على ثلاث مقاييس: أولها مدى انتفاع الطلبة بهذا التكوين في سوق الشغل أو إن كانوا مهنيين، في أماكن العمل وثانيها مدى المحافظة على مستوى تعليمي راقى يعتمد على الضوابط العلمية الدقيقة وثالثها مدى إقبال الطلبة على الماجستير أي تقييم إشعاع هذا التكوين وبالتالي الدور الذي يلعبه في تعزيز ثقافة النزاهة ومكافحة الفساد وفي الإضافة التي أتى بها التعليم المهني بالنسبة للتعليم الأكاديمي.

بالنسبة إلى مقياس الانتفاع بالتكوين لاحظنا أن المنتفع الأول هو المهني في القطاع العام الذي يحصل على ترقية كالتحاقه مثلا بخلية الحكومة صلب الوزارة التي يعمل بها أو إلحاقه بمصلحة مختصة في الحكومة الرشيدة أو بمصلحة تحتاج إلى إعادة هيكلة وحوكمة جديدتين. يأتي في طور ثان الطالب الذي يصبح مطلوبا لدى المنظمات الدولية أو لدى المجلس الأوروبي أو لدى الهيئات الوطنية المستقلة كهيئة مكافحة الفساد.

بالنسبة إلى مقياس المحافظة على مستوى تعليمي راقى فإن ذلك بيد الأساتذة الذين يبذلون جهودا جبارة لتحقيق ذلك لكن وجب الاعتراف بان الطالب غير المختص في القانون يصعب عليه أن يحرر مذكرة تعتمد على المنهجية القانونية الصرفة لأنها في نهاية الأمر طريقة في التفكير

يستبطنها رجل و امرأة القانون على مدى سنوات فيصعب على الطالب في مدة سنتين أن يتقن المنهجية القانونية لذلك فإن العديد من الطلبة ينقطعون عن الماجستير لعدم تمكنهم من إنهاء المذكرة التي تتطلب وقتا وإتقانا فلا يتحملون الإصلاحات العديدة (قد تصل إلى 8 مرات) التي يطلبها الأساتذة فينقطعون عن مواصلة تحرير المذكرة ولا يتحصلون عن الشهادة في بعض الأحيان. هذا الأمر مؤسف ولكن من جهة أخرى فأنها مسؤولية الكلية كبيرة إذ يجب أن تحافظ على المستوى العلمي الراقي التي عرفت به ولا تعطي عددا أو شهادة دون هذا المستوى.

بالنسبة إلى إشعاع الماجستير وإقبال الطلبة عليه فهذا يمكن تقديره بالأرقام، ففي السنة الدراسية الحالية 2021-2022، تلتقيت بصفتي المسؤولة عن الماجستير 140 طلب فكونا لجنة متكونة من ثلاث أساتذة مهتمون بمسائل الفساد والمحاسبة والقانون العام لفرز الطلبات واختيار 30 طالبا فقط وذلك طبقا للتراتب المعمول بها في الماجستير. وهذا الإقبال إن دلّ على شيء فهو يدلّ على الإشعاع الذي يحققه الماجستير والاقبال على التخصص في الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد وهو تأكيد على الدور الجوهري الذي يلعبه البعد المهني في تطوير التعليم الأكاديمي.