المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

«مســاواة»

العدالة والقانـون

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحامـاة والقضـاء
«مســاواة»

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

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

مجلس إدارة مساواة

- المحامي يوسف بختان — رئيس مجلس الإدارة
- المحامي ياسـر جبـر — نائب رئيس مجلس الإدارة
- المحامية فايزة الشاويش — أمين السـر
- الأستاذ سمير البرغـوثي — أمين الصـندوق
- المحامي فهد الشويكي — عضـو
- المحامي غسان مسـاد — عضـو
- المحامي نضال ابو فرحة — عضو
- المحامية رنا واصف — عضو
- المحامية شيرين شعراوي — عضـو

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

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

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

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

تشرين ثاني 2014

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

في هذا العدد

مقدمة العدد

على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة 7

دراسات وابحاث قانونية

دور القاضي في تفسير عقود الاذعان / المحامية رهام صابر حسن ظاهر/ رام الله 10
المواعيد والمدد في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية (دراسة مقارنة) /
الباحث القانوني ابراهيم محمد صبري المدني / غزة 47
علم الفرائض (الميراث) / القاضي صالح ابو زيد – رئيس المكتب الفني في المجلس
الاعلى للقضاء الشرعي – قاضي المحكمة العليا الشرعية/ رام الله 78
التأمين العقاري وتنفيذ الدين والاجراءات المتبعة في دوائر تسجيل الاراضي /
المحامي عبد الرحمن دعاس ذياب/جنين 113

احكام صادرة عن محكمه العدل العليا والتعليق عليها

الحكم رقم 2012/158 "الطعن بالترقية" 131
تعليق المحامي الدكتور جودت مساعدة/ الأردن 135
تعليق الدكتور خالد عبد الفتاح /مصر 141
الحكم رقم 2013/192 "الاحالة على التقاعد المبكر" 150
تعليق الدكتور سليم سلامة حتاملة/ الاردن 154
تعليق المحامي الدكتور احمد السيد موسى / مصر 168

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى الجزائية والتعليق عليها

الحكم رقم 2012/96 "جريمة الخيانة" 182
تعليق الدكتور عبد الرحمن توفيق احمد- قاضي محكمة التمييز والرئيس السابق
لمحكمة الجنايات الكبرى الاردنية/الاردن 188
تعليق الدكتورة المحامية دعاء عثمان – دكتوراه في العلوم الجنائية –
جامعة القاهرة/مصر. 194
الحكم رقم 2012/66 "جريمة اعطاء مصدقة كاذبة" 208
تعليق القاضي الدكتور جمال برجس الزعبي – قاضي محكمة استئناف الغرفة الجزائية –
ومحاضر غير متفرغ في كل من الجامعة الاردنية والمعهد القضائي الاردني/الاردن 213

تعليق الاستاذ مصطفى قاسم – وكيل النائب العام من الفئة الممتازة –
مدير نيابة في النيابة العامة المصرية/مصر. 222
الحكم رقم 2012/45 "جريمة القتل القصد" 241
تعليق القاضي الدكتور عوض عبد البخيت ابو جراد –
رئيس محكمة الجنايات الكبرى/الاردن 247
تعليق الدكتور عماد الفقي /مصر 256

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى المدنية والتعليق عليها

الحكم رقم 2011/340 "فقدان الشيك دون ضمان قيمته" 270
تعليق القاضي الدكتور حازم الصمادي/ الاردن 274
تعليق الدكتور خالد امام – المحامي بالنقض/ مصر 281
الحكم رقم 2010/262 "الشرط الجزائي" 292
تعليق الدكتور عبد الرحمن جمعة/ الاردن 300
تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان – رئيس هيئة المفوضين
بالمحكمة الدستورية العليا المصرية/مصر 307
الحكم رقم 2012/238 "تمثيل النائب العام لدعاوى الحكومة" 326
تعليق القاضي الدكتور فؤاد درادكة – نائب رئيس محكمة التمييز الاردنية/الاردن 334
تعليق الدكتور فتحي فكري – استاذ القانون العام–كلية الحقوق/
جامعة القاهرة/ مصر 342
حل الاحزاب في اوقات الازمات (التعليق على حكمي المحكمة الادارية العليا
بانقضاء الحزب الوطني وحل حزب الحرية والعدالة)/ الدكتور فتحي فكري–
استاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة القاهرة / مصر 357

حوارات قانونية

صياغة مرتبكة ومربكة (دراسة حالة لتطبيقات من دستور 2014)
الدكتور فتحـى فكـــرى أستاذ القانون العام بكلية الحقوق– جامعة القاهرة\مصر 394
انعقاد الخصومة الدستورية \ د. عبد العزيز سالمان – رئيس هيئة المفوضين
في المحكمة الدستورية العليا/مصر 418

العدالة والقانون

مقدمة العدد

على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة

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

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

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

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

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

ومن الطبيعي ان هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين ايدي السادة القضاة والمحامين والعاملين بالقانون تعبر عن اجتهادات وافكار ورؤى اصحابها ومقدميها وفي ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً

للحـوار القانونـي والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيـم القانونية واثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينين وكافه المشتغلين بالقانون من رؤساء ووكلاء نيابة واساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم.

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

وها نحن في «مسـاواة» نصدر العدد الثالث والعشـرون من مجلة «العدالة والقانون» والذي يتضمن اربعة دراسـات وابحاث قانونية تتناول بالدراسـة والبحث دور القاضي في تفسير عقود الاذعان، المواعيد والمدد في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية، علـم الفرائـض «الميراث»، و التأمين العقاري وتنفيذ الدين والاجراءات المتبعة في دوائر تسـجيل الاراضي . كما يتناول هذا العدد بالتعليق حكمان صادران عن محكمه العدل العليـا الاول يتعلـق بالترقية والثاني يتعلق بالاحالة على التقاعـد المبكر يليهما التعليق على ثلاثة احكام صادرة عن محكمة النقض في الدعاوى الجزائية الاول يتعلق بجريمة الخيانـة والثاني يتصل بجريمة اعطـاء مصدقة كاذبة والثالث موضوعه جريمة القتل القصـد يتبعهـا التعليق على ثلاثة احكام صادرة عن محكمه النقض في القضايا المدنية (الحقوقية) الاول فقدان الشـيك دون ضمان قيمته والثاني موضوعه الشرط الجزائي والثالـث يتصـل بتمثيل النائـب العام لدعاوى الحكومة. اضافة الـى تعليق على حكمي المحكمة الادارية العليا المصرية بانقضاء الحزب الوطني وحل حزب الحرية والعدالة.

وارتات «مساواة» ان تختتم اصدارها هذا بباب بعنوان حوارات قانونية تضمن دراسة بعنوان صياغة مرتبكة ومربكة (دراسة حالة لتطبيقات من دستور 2014 المصري) للدكتور فتحـى فكـرى و دراسة بعنوان انعقاد الخصومة الدستورية للدكتور عبد العزيز سالمان.

وتأمل «مسـاواة» ان يحقق العدد الثالث والعشـرون من مجلتها «العداله والقانون» الغاية المرجوة منه، وهي عاقدة العزم على الاسـتمرار في مواصله اصدارها الى جانب شقيقتها «عين على العداله» .

مساواة

دراسات وأبحاث قانونية

«دور القاضي في تفسير عقود الاذعان في كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الاحكام العدلية والقانون المدني الاردني»

المحامية رهام صابر حسن ظاهر

المقدمة

تحتل مسألة تفسير العقود أهمية كبيرة في الأنظمة القانونية المختلفة؛ لهذا أولاها المشــرع في مختلف دول العالم عناية خاصة ووضع لها مجموعة من القواعد القانونية التي تساعد القاضي في أداء هذه المهمة.

ويراد بالتفسير -لغة- البيان؛ أي بيان ما هو غامض والإيضاح والتبين والكشف عن المــراد،[1] وجــاء هذا المعنــى في القرآن الكريم في قوله تعالى: «ولا يأتوك بمثل الا جئناك بالحق واحسن تفسيرا».[2] ولا شك أن أول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو تفسيره اذا كان بحاجة لتفســير، وتفســير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين: أي تحديد مقاصد كل من طرفي العقد في ضوء ما وقع اتفاقهما عليه.[3]

وهنالك آراء فقهية عديدة حول تحديد المقصود بتفســير العقد؛[4] فقد عرفه بعض الشراح بأنه: «بحث واقعة لمعرفة قيمتها»، وعرفه آخرون على أنه: «وصول القاضي الى مــا انصرفــت اليه ارادة المتعاقدين بغض النظر عما اذا كانــت العبرة بالارادة الظاهرة او الباطنة»،[5] وذهب بعض الشــراح الى أن المقصود بالتفســير هو تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه مســتندين في ذلك الى الهدف من عملية التفســير؛ بينما ذهب البعــض الآخر الى التعلق بالأســاس الذي يقوم عليه: وهــو الإرادة الحقيقية للطرفين، فعرفوه بأنه استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للإتفاق، ومن أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين.[6]

1 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن (منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002) 15؛ محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح (ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967) 528.

2 سورة الفرقان، الاية (33).

3 محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الاردني (رساله ماجستير: الجامعة الاردنية 2010) 10-11.

4 منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات (ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996) 265.

5 ويرى بعض الشراح أن تفسير العقد يعني البحث عن الإرادة الصحيحة للمتعاقدين، الا ان البعض إستبدل كلمة الإرادة بكلمة الأفكار فيقول الأستاذ (Toullier) إن التفسير هو فن الكشف عن الأفكار التي عبر عنها القول أو الكتابة، بينما ذهب الأستاذ (Gounot) الى أبعد من ذلك فيقول أن المقصود بالتفسير -في معناه الواسع- هو تحديد آثار التصرف القانوني. ارجع الى: محسن بن ناصر المقاطي، مرجع سابق 13-14؛ علي فلالي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد (مطبعة الكاهنة، الجزائر 1997) 307؛ عبد الحكم فودة، مرجع سابق 7-8.

6 عبد الحكم فودة، مرجع سابق-15 16.

إلا أن هناك تعريف حديث لمفهوم التفسـير، وهو: «تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعتري العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك الى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به».[7] فالتفسير عملية ذهنية ذات شقين: شق مادي وآخر معنوي؛ الشق المادي ينحصر في البحث المنصب عن التعبيرات المدونة في العقد، في صيغة شرط أو أكثر، حيث يقوم المفسـر بتقريب أجزاء الشـرط من بعضها، أو بتقريب الشرط من الشرط الذي يسبقه أو يليه، أو حتى تقريب التصرف من تصرف آخر سـابق، أو لاحق أو معاصر لتحريره. أما الشق المعنوي فإنه يأتي نتيجة للشق المادي، وبمعنى آخر فهو مجموعة الأفكار التي تستقر لدى القاضي، من حصيلة بحثه المادي، فيعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين.[8]

ويجدر الاشـارة الى أن الإطار المناسـب لنظرية التفسير يفترض أساساً وجود عقد قائم صحيح، وبالتالي لا تطبق على القرارات الإدارية،[9] ولا ينحصر نطاقها في التفسير بمعناه الضيق وهو التفسـير بالإيضاح لما غمض من العقد، بل تشـمل أيضاً التفسـير التكميلـي –مـا يكمل النقص الـوارد في العقد– بالرجوع الى نصوص القانون ثم العرف الجاري في المعاملات ثم العدالة، وذلك من أجل الحصول على الإرادة المشتركة للطرفين.[10] وأن تفسـير العقد يتصل بمبدأ سـلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً، لذلك بدأ المشرع الأردني في نصوص القانون المدني الخاصة بتفسير العقد بالمادة (213) التي جاء فيها: «الأصل في العقد رضا المتعاقدين ومدى التزامهم بالتعاقد»؛[11] حيث تتمثل الإرادة في العقود في عامـل شـخصي وباطنـي، ويبرز الى الخارج عن طريق التعبير، وقـد يأتي هذا التعبير أحيانـاً في صـورة ضمنية، إذا كان مظهره الخارجي يوحي بوجود هذه الإرادة، فالإرادة لا يمكن أن تبقى كامنة.[12]

7 عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن (منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية 1993) 11.

8 عبد الحكم فودة، المرجع السابق 12.

9 تقول في ذلك محكمة النقض المصرية: «... ويكون النعي على الحكم إغفاله الرد على ما طلبته الطاعنة من تطبيق قواعد التفسير المنصوص عليها في المادتين 150، 151 مدني غير مجد، إذ أن مجال تطبيق تلك القواعد هو العقود ولا تطبق على القرارات الإدارية». ارجع الى: عبد الحكيم فودة، مرجع سابق 1993، ص 17.

10 عبد الحكيم فودة، المرجع السابق 17.

11 انظر الى المادة (175) من مجلة الأحكام العدلية.

12 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد (ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998)927.

والأصل أن تتطابق الإرادة الحقيقية مع التعبير عنها، بأن يعبر المتعاقدان تعبيراً صحيحاً عما يدور في افكارهم ونياتهم، وذلك باستعمال ألفاظ تعبر عن مرادهما، بحيث يمكن فهم مقصودهما من المعنى الظاهر لعبارات العقد، فلا يكون هناك حاجة الى صرفها أو تأويلها الى معنى آخر،[13] وهذه الدقة في التعبير تكون إذا قام بتحرير العقد شخص مختص، لديه إلمام بالقانون وممارسته، كالموثقين والمحامين، إذ يستعملون ألفاظاً واضحة تدل على ما يقصده طرفا العقد. ومع ذلك فقد يحصل اختلاف بين الإرادة المصرح بها والإرادة الباطنة، إذ كثيراً ما نجد عقوداً يداخلها اللبس والإبهام فتأتي عباراتها مشوشة التأليف ومبهمة؛ ويرجع ذلك الى قيام من ليس لهم فهم بالقانون بتحريرها. ويثور التساؤل هنا حول الإرادة التي يؤخذ بها كأساس للعقد وتفسيره في حال اختلاف الإرادتين. فهل تعتمد الإرادة المصرح بها أم الإرادة الباطنة؟ لقد نشأ خلاف حول هذا الموضوع بين الفقهاء الغربيين؛ فمنهم من أخذ بالإرادة الباطنة الحقيقية؛ ويعرفون بالفقهاء التقليديين، ومنهم من أخذ بالإرادة الظاهرة؛ وهم الفقهاء الاجتماعيون، وهو نفس الانقسام الذي عرفه الفقه الإسلامي مع ترجيحه للإرادة الظاهرة.[14] الا أن هذا التناقض وعدم التطابق بين الإرادة والتعبير لا يظهر غالباً إلا عند تنفيذ العقد، فهو المحك الحقيقي لنصوصه على أرض الواقع، حيث يظهر التضارب بين التعبير والإرادة وهكذا يأتي دور القاضي في التفسير.[15]

وينقسم التفسير من حيث الجهة التي تقوم به الى:[16]

1. التفسير التشريعي: وهو التفسير الذي يصدر عن المشرع نفسه، ويتحقق باحدى الطريقتين: فإما ان يصدر القانون المفسر مع صدور التشريع نفسه موضع التفسير، او أنه يصدر في تاريخ لاحق لصدور التشريع موضع التفسير. ويمتاز التفسير التشريعي بأنه ملزم لجميع المعنيين به، وأولهم القضاة الذين يلتزمون بتطبيقه كما يطبقون القانون موضع التفسير.[17]

13 عبد الحكيم فودة، المرجع السابق 27.
14 رضا المزغني وعبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني (ط1، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية 1983) 131.
15 عبد الحكيم فودة، المرجع السابق 27.
16 منذر الفضل، المرجع السابق 265.
17 عدنان جاموس، المدخل الى علم القانون (ط2، جامعة دمشق 1992) 67.

2. التفســير الفقهي: ما يضعه الفقهاء من توضيحات ومبادئ ونظريات عامة وما يبدونه من نقد وما يقترحونه من حلول عند وجود قصور في القانون كما تتضمن دراســاتهم احكام المحاكم والتعليق عليهــا وتحديد الاتجاهات العامة للقضاء،[18] والتفســير الفقهي ليس له أية قوة الزامية؛ فالقاضي لا يســأل في حال تجاهل التفســير الفقهــي عنــد النظر في القضايا المعروضة أمامــه،[19] ولكن يلاحظ ان القاضي كلما مال الى الاخذ بالتفسيرات الفقهيه كلما استقامت احكامه اكثر.

3. التفســير القضائي: هو أكثر انواع التفســير شيوعا واكثرها أهمية من الجانب العملي، وهذا النوع من التفســير يصــدر عن القضاة بحكم وظيفتهم القضائية في أثناء نظرهم في الدعاوى التي ترفع اليهم حتى يتوصلوا الى حكم القانون في هذه الدعاوى.[20] ويهدف القاضي من خلال تفسيره الكشف عن الارادة الباطنة والنية المشتركة للمتعاقدين، وهي مسألة أولية قبل اسباغها الوصف الشرعي.[21] ويجدر التنوية الى أن قيام القاضي بتفسير نصوص القانون يختلف عن تفسير عبارات العقد؛ حيث اذا كان القاضي بصدد تفسير نص في القانون فإنه يكون على مرحلتين، هما: مرحلة المعاينة وهي مرحلة التطبيق التي يتم عبرها ادخال النــزاع المعــروض امام القاضي في الفــرض الخاص بأحد القواعــد القانونية. ومرحلــة القــرار وهي اعمال الحل الموجود على النزاع المذكور. أما عندما يكون القاضــي بصدد تفســير نصوص العقد وعباراته فإن الامــر يتعلق بالبحث عن ارادة المتعاقدين لتكييف العقد وتطبيق حكم القانون الملائم له.[22]

وســنتطرق في هذا البحث الى عقود الإذعان دون غيرها من العقود لأهميتها؛ كون أن الموجــب يقوم وحده بوضع شــروط العقــد ويعرضها على الآخر الموجه إليه الايجاب دون أن يكون له امكانية مناقشــة هذه الشــروط، فله فقط أن يقبلها جملة او يرفضها؛ أي أن طريقة عرض العقد من قبل معده على الطرف الآخر هي اهم عنصر في العقد

18 حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون (دون دار نشر، القاهرة، 1978) 125.
19 توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (منشاة المعارف، الاسكندرية، 1981) 192.
20 سمير السيد تناغو، المبادئ الاساسية في نظرية الالتزام (منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999) 743.
21 محسن بن ناصر المقاطي، مرجع سابق 20.
22 عزت حنورة، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات (دون دار نشر، القاهرة 1914) 16-18

وذلــك مــن خلال قوله: «اقبله كما هو او اتركه كما هو».[23] ويمكن تعريف عقود الإذعان بأنها صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على اســتخدام نموذج نمطي للعقد يعده احد اطــراف العلاقــة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطــرف الآخر الذي ليس له الا الموافقــة عليــه كمــا هو او رفضه دون ان يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه او الشــروط والاحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مســاومة حقيقية على شــروطه مع الطرف الذي أعد العقد، ولذلك سميت هذه العقود بالإذعان.[24]

وينقسم عقد الإذعان من حيث تدخل القضاء في التفسير أو التعديل إلى قسمين، الأول: عقد الإذعان الذي لا يحتوي على شروط تعسفية، وهذه العقود لا يحق للقاضي التدخل فيها بأي حال من الأحوال. اما القسم الثاني: عقد الإذعان الذي يحتوي على شروط تعسفية تضر الطرف المذعِن. وفي هذه الحالة فقد اجازت القوانين الوضعية للقاضي التدخل فيها بما يرفع الضرر عن الطرف الضعيف، فيفســر العقد في حال الغموض لمصلحة الطرف الضعيف بأن يعدل أو يلغي الشرط، وهذه سلطة تقديرية للقاضي يجتهد فيها بما يحقق العدل للطرفين.[25]

وما يهمنا في هذا البحث هو أن تفســير العقد من عمل القاضي، إلا أن المشــرع لم يترك للقاضي الحرية الكاملة في تفسير العقود، وإنما ألزمه باتباع قواعد معينة لضمان عــدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي تفســير العقــد، فما هي هذه القواعد؟ وما هي حالات التفسير؟ وما دور القاضي في تفسير عقد الاذعان؟ وما هو دور محكمة النقض في الرقابة على التفسير؟

23 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الاول (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000) 152.

24 لقد نصت المادة (100) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنه 1948 على ان: القبول في عقود الأذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.
ويعتبر العقد من عقود الإذعان إذا ما توافرت فيه هذه الخصائص:
اولا : ان يتعلق العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الاولية بالنسبة للمستهلكين او المنتفعين.
ثانيا : احتكار الموجب لهذه السلع او المرافق احتكارا قانونيا او فعليا.
ثالثا : ان يكون الإيجاب موجها الى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمده غير محدودة.
رابعا : ان تكون الشروط واضحة ومطبوعة ليتسنى قراءتها.
للمزيد من التفاصيل ارجع الى: أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان 2005) 49.

25 انور السلطان، المرجع السابق 49-51.

للإجابة على هذه التســاؤلات، أرتاينا اتبــاع المنهج الوصفي التحليلي المقارن؛ حيث سيســتخدم المنهج الوصفــي لوصف النصــوص القانونية والاحــكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث، وسنخصص المنهج التحليلي لتحليل تلك النصوص القانونية والاحكام القضائيــة، اما المنهج المقارن فســوف يخصص لمقارنة ما جــاء بمجلة الاحكام العدلية ومشــروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني وببعض الاحيان سنتطرق الى القانون المدني المصري.

وتحقيقا للأهداف المرجوة من هذا البحث، أرتاينا تقسيم البحث على النحو الاتي:

المبحث الأول: حالات التفسير وقواعده

- المطلب الاول: حالات التفسير
- المطلب الثاني: القواعد التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد

المبحث الثاني: دور القاضي في تفسير عقد الاذعان

- المطلب الاول: تفسير عقود الاذعان
- المطلب الثاني: رقابة القضاء على تفسير عقود الاذعان

المبحث الأول

حالات التفسير وقواعده

قــد يظهــر بعد انعقاد العقد ما يدعو الى تفســير عباراته لتحديــد ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، إذ غالباً ما يثير هذا الأمر خلافات بين المتعاقدين وذلك حينما يقوم أحدهما بتفسير لا يطابق مع ما ذهب إليه الطرف الآخر،[26] الا انه يشترط لكي يكون هذا التفسير ذي جدوى أن يكون العقد صحيحاً حتى يكون قابلاً للتنفيذ،[27] وقد أوكل المشرع مهمة التفسير للقاضي وزوده بالقواعد التي يمكن أن يستند إليها في عملية التفسير.

26 عدنان إبراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005) 242.

27 عبد القادر الفار، مصادر الالتزام -مصادر الحق الشخصي في القانون المدني (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996) 151.

تم تقســيم هذا المبحث الى مطلبين؛ ســنتبين حالات التفســير في المطلب الأول، اما في المطلب الثاني فسنتناول فيه القواعد التي يستهدي بها القاضي في تفسير العقد.

المطلب الأول

حالات التفسير

تم تقسيم هذا المطلب الى ثلاث فروع، الفرع الاول سيتحدث عن عبارة العقد الواضحة، اما الفرع الثاني ســيتحدث عن عبارة العقد الغير واضحة، والفرع الثالث ســيتحدث عن التفسير في حالة قيام الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين على النحو الآتي:

الفرع الاول: عبارة العقد الواضحة

الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزمهما في التعاقد،[28] فإذا كانت عبارة العقد واضحة وصريحة لا لبس فيها فإنه يتعين وفقاً للفقرة الأولى من المادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التزام هذه العبارة، حيث نصت على أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين»، وهذا ما نصت عليه كذلك المادة (239) من القانون المدني الاردني. ويجدر الاشارة الى ان المجلة قد خلت من مثل هذا النص. ويفهم مما سبق ان العبارة الواضحة تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عنها.

والمقصــود بوضــوح عبارة العقد هنا ليــس وضوح كل جملة على حده، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجــزاء متكاملة الأحكام.[29] وهــذا المبدأ يتفق مع القوانين الحديثة كما إنه ايضا يتفق مع الفقه الإسلامي؛ من أن العبرة بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة، إذ يجب الوقوف في تفســير العقد عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واســتخلاص المعاني الظاهرة فيهــا دون الانحــراف عن المعنــى الظاهر الى معانٍ أخرى بحجة أنهــا هي المعاني التي

28 انظر المادة (213) من القانون المدني الأردني رقم (42) لسنة 1976.

29 أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني (ط1، منشورات الجامعة الاردنية، عمان 1987) 196.

تتمثـل فيهــا الإرادة الباطنة، فالإرادة الباطنة لا شــأن لنــا بها إذ هي لا تعدو الا مجرد ظاهرة نفسية فلا تعني المجتمع، والذي يعينه هو الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فهذه ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد.[30]

ولكن هذا لا يعني أنه اذا كانت عبارة العقد واضحة فإنه لا يجوز تفسيرها بالمطلق؛ فقد يجد القاضي نفسه في حاجة الى تفسير العبارات الواضحة بالرغم من وضوحها، فوضوح العبارة لا يعني وضوح الارادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكنه حدث خطــأ اثنــاء التعبير عن الارادة فقصد به شــيء وعبر عنه بلفــظ لا يتوافق مع القصد المــراد،[31] ففــي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الحرفي بل عليه ان يفســره ويعدله بما يتفق وقصد المتعاقدان.[32]

اضافــة الى ذلك، فقد تكــون عبارات العقد الواضحة متعارضة مع بعضها البعض، وهنا يجب على القاضي التدخل والبحث عن النية المشــتركة للمتعاقدين ليقوم بتفسير العقد وفقها.[33] الا أنه لا يجوز للقاضي ان يفسر عبارة واضحة الا بتوافر شرطين هما:[34] الشرط الاول: هو ان يفرض بادئ الامر ان المعنى الوارد هو الذي قصد اليه المتعاقدان فــلا ينحــرف عنــه الى غيره من المعانــي الا اذا قام امامه من ظــروف الدعوى ما يبرر ذلك.[35] والشرط الثاني: في حال انه عدل عن المعنى الواضح الى غيره من المعاني لقيام

30 – المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 244.
– تمييز حقوق رقم (80/367)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1981، صفحة 809.
– كذلك انظر المادة (1/150) من القانون المدني المصري.

31 حيث نصت المادة 150 من القانون المدني المصري على انه متى كانت عبارات العقد واضحة في افادة المعنى المقصود منها، فانه لا يجوز اخضاعها لقواعد التفسير للحصول على معنى اخر باعتباره هو مقصود العاقدين والمقصود بالوضوح في هذا المقام هو وضوح الارادة لا اللفظ.

32 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998) 671.

33 امين دواس، القانون المدني–مصادر الالتزام (1 دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله 2004) 195.

34 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق 671–672.

35 مثال ذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية في الطعن رقم (3141) لسنه 2005 في جلسة 2005/12/18 من ان «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه او في المقصود في العقد».

اســباب تبرر ذلك، وجب عليه ان يبين في حكمه هذه الاســباب.[36] حيث نصت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (901) لسنه 1968 بانه «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود، والشروط والقيود المختلف عليها، ولها ان تعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه، بشرط ان تبين في حكمها اسباب التعديل».[37]

فــإذا كانــت هذه العبارة واضحة الدلالــة، ولا يوجد قرينة على أن ظاهرها هو غيــر مــراد المتعاقدين، فلا يجوز للقاضي حملها على خلاف معناها الظاهر تحت ســتار تفســيرها، لأن الخروج عن المعنى الظاهر هو انحراف عن إرادة المتعاقدين المشــتركة؛[38] بمعنــى أنه يجب على قاضي الموضــوع ألا ينحرف عن المعنى الظاهر للعبــارة الــى معنــى آخر، وإذا انحرف عــن عبارة العقد الواضحــة، فإن ذلك يعد تحريفاً وتشــويهاً لها مما يســتوجب نقض حكمه، إذ عليه أن يطبق العقد كما هو ولا تثار هنا مسألة التفسير.[39] ولقد أشار الفقه الإسلامي الى ثلاث قواعد تدعم هذا المبدأ، وقد أوردها المشرعان الفلسطيني والأردني ضمن القواعد التي يعتمد عليها القاضي في التفسير، وهي:

1. الأصــل في الــكلام الحقيقــة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجــاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي.[40] فلو أمن شــخص على حياته لمصلحة أولاده ومات، ولم يكن له ولد من صلبه بل له أحفاد، فإن إرادة المعنى الحقيقي متعذرة هنا لعدم وجودهم،

36 تاكيدا على ذلك ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (17182) لسنه 1976 في جلسة 2008/11/20: «على القاضي اذا اراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها ان يبين في حكمه الاسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك».

37 يتبين من خلال هذا الحكم ان محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع عن طريق الرقابة على اسباب الحكم؛ فاذا التزمت محكمة الموضوع بالمعنى الظاهر للفظ الظاهر لم تكن في حاجة الى تسبيب حكمها باكثر من ذكر بأن المعنى واضح ويعبر عن ارادة المتعاقدين، اما اذا عدلت عن هذا المعنى الواضح الى معنى اخر تعتبر انه هو الذي قصد اليه المتعاقدان، وجب عليها ان تبين سبب الحكم، ومحكة النقض هي من تقرر اذا السبب مقنع ام لا وهي من تقرر اذا ما كانت العبارة واضحة ام غير واضحة. ارجع الى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق 673.

38 محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام (دون دار النشر، 1989- 1990) 312؛ حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام (ط2، دون دار النشر، 1995) 275.

39 انظر المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، صفحة 183

40 انظر المادة (12) من مجلة الاحكام العدلية، والمادة (159) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة (2/214) من القانون المدني الأردني.

فيحمــل الــى المجاز وهو الاحفاد فلفظ ولد ينصرف الى ولد الولد عند عدم وجود الولد الصلبي، وبالتالي يصرف إليهم مبلغ التأمين.[41]

2. لا عبــرة للدلالــة في مقابل التصريح،[42] فلا يمكن الأخــذ بالتعبير الضمني إلا عند عدم وجود التعبير الصريح، فإن وجد تعبيران أحدهما صريح والآخر ضمني قدم الصريح على الضمني لأن الدلالة المادية في التعبير الصريح أقوى.[43]

3. دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، بمعنى أن يتم الحكم بالظاهر فيما تعذر الاطلاع عليه؛ بما أن النية يصعب الاطلاع عليها، فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة.[44]

الا انه قد تكون العبارة في ذاتها واضحة ومع ذلك يكتنفها الغموض والإبهام بالنسبة الى حقيقة مدلولها، ومثال ذلك: أن يرد تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد، كما لو جاء في هذا العقد أن الثمن الذي يلتزم به المشتري هو مائة دينار، ثم جاء في مكان آخر منه أن الثمن سبعون دينار، فالعبارتان السابقتان واضحتان لو نظرنا الى كل منهما على حدة، ولكن بتقريب إحداهما من الأخرى يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما! وهنا نكون بحاجة الى تفسيرهما، لنتعرف على حقيقة ما ارادته الإرادة المشتركة.[45] وهنا يجــب الاعتداد بالقصد الحقيقي للمتعاقدين وعدم الاعتداد بالتعبير الوارد في العقد، وذلك (أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).[46] وقد عرضت على القضــاء الفرنســي قضية يتبين منهــا أن نص العقد صريح ولكنــه يتعارض مع الواقع، فعمدت محكمة الاستئناف الى البحث عن إرادة الفرقاء عند توقيع العقد، فقد منحت شركة مديرها العام المستقيل مبلغاً من المال على أن يعود نصفه لزوجته بعد وفاته، وما حــدث هــو ان زوجته قد توفيت، فتزوج أخرى ولكنه تــوفي بعد زواجه الثاني، فتقدمت

41 عدنان السرحان ونوزي خاطر، المرجع السابق 243.
42 انظر الى المادة (13) من مجلة الاحكام العدلية، والمادة (160) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
43 عدنان السرحان ونوزي خاطر، المرجع السابق 243.
44 المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 245؛
مثال: في حال إن المشتري إذا اشترى ما لم يره فله خيار الرؤية، ولكن إذا تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط خياره، فقد جعل تصرفه دليل الرضا. ارجع الى: أحمد ياسين القرالة، دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه» «دراسة تحليلية تطبيقية (مجلة دراسات- علوم الشريعة والحقوق 2004) 116-132.
45 عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام (مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر) 290.
46 المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 184 + المادة (3) من مجلة الاحكام العدلية.

زوجتــه الثانيــة بطلب إعطائها نصف المنحة العائدة لزوجها تبعاً للعقد الحاصل، إلا أن محكمــة الاســتئناف ردت طلبهــا على اعتبار أن المقصود هو زوجتــه الأولى عند توقيع العقد وليس عند وفاة الزوج وقد أيدت محكمة التمييز هذا الحل.[47]

ويلاحــظ هنــا أنه في حال ما أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة فهو ليس بحاجة لبيان الأسباب التي دعته الى ذلك، مع العلم أن القاضي يخضع لرقابة محكمة التمييز بشأن التفرقة بين ما يعتبر من العبارات واضح وما يعتبر غير واضح، وكذلك فان لها رقابة على الاســباب التي يبديها القاضي في التبرير،[48] فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز أنه: «اســتقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع الســلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها ولها بهذه السلطة أن تعدل عــن المدلــول الظاهــر الى خلافه بشــرط أن تبين في حكمها لمــا عدلت عن الظاهر الــى خلافــه وكيف أفادت تلك الصيغة المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه المقصود بالعقد، بحيث يتضح في هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة يصح عقلاً ما استخلصته منها».[49]

الفرع الثاني: تفسير عبارة العقد الغير واضحة (العبارات الغامضة)

إذا كانــت عبــارة العقد غامضــة أو متناقضة، فلا بد من تفســير العقد للوصول الى الإرادة المشــتركة للمتعاقدين،[50] وهذا ما أشــارت إليه المادة (2/165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها: «إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشــتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين

47 مصطفى العوجي، القانون المدني (ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، 1995) 650.

48 عدنان السرحان ونوري خاطر، المرجع السابق 245.

49 تمييز حقوق رقم 99/1515، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنه 2000، صفحة 2609.

50 ويقصد بالغموض هي حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين فيكون للعقد عده وجوه محتمله للتفسير، ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير. والجوهري في هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا الإرادة الفردية لكل منهما. ارجع الى: أنور سلطان، المرجع السابق 197.

ووفقــاً للعــرف الجــاري في المعاملات».[51] وقد علقت المذكــرات الإيضاحية على هذه الفقــرة بقولهــا: إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على حقيقة المعنى المقصود منها بســبب ما يكتنفها من غموض وإبهام مما يؤدي الى تأويلها بحيث تحتمل أكثر من معنى، فلا بد من اللجوء الى التفســير لتحديد القصد الحقيقي الذي ذهب إليه كل من المتعاقدين، وللقاضي حين قيامه بهذه المهمة أن يأخذ ببعض وسائل التفسير دون الأخرى، إذ أنه غير ملزم بجميع وسائل التفسير الواردة في القانون.[52] والجدير بالذكــر ان القاضــي في تفســيره لإرادة المتعاقديــن لا يتقيــد بالتعبير الــذي اختاراه المتعاقــدان، ولــه أن يســتهدي بعوامل خارجة عن هذا التعبير، إذ كان من شــأنها أن تســاعد على تبين إرادة المتعاقدين من نحو مهنة المتعاقد وعلاقته الســابقة بالمتعاقد الآخر والعقود التي تساعد على تفسير العقد المراد تفسيره والعادات المتبعة والعرف الجــاري.[53] وهــو ما ذهبت إليه محكمــة التمييز عندما قررت أنه «من المبادئ المقررة في تفســير العقــود أنــه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضــوح الحد الذي يدعو الى عــدم الانحــراف عن المعنى المقصود بها، فإنه يتعين عند تفســيرها البحث عن النية المشــتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي مع الاســتهداء في ذلك بطبيعة التعامل موضوع العقد».[54]

فيتبــين لنــا من ان الغموض هنــا يكون بالتناقض بين الإرادتــين الظاهرة والباطنة، دون الأخذ بعين الاعتبار عن ســبب التناقض ســواء كان بســبب الألفاظ بحد ذاتها، أو باتصالهــا بــالإرادة الحقيقية، أو بالتضارب فيما بينها، إذ ان كل ذلك محصلته النهائية هي الشك.[55] وغموض الإرادة الحقيقية يقوم عندما ينقطع الاتصال بين اللفظ والفكرة التــي يعبر عنها رغم ســلامة اللفــظ ظاهرياً، مع العلم في أن القصــد بغموض التعبير هو «الغموض الناشــئ عن مجموع التعبير، أي الإعلان الرئيســي والظروف الخارجية

51 تقابل نص المادة 150 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنه 1948، ونص المادة 239 من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1976، اما مجلة الاحكام العدلية لم تأتي باي نص مشابه.

52 المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 184-185.

53 عبد الرزاق السنهوري، مرجع السابق 938.

54 تمييز حقوق رقم (77/163)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1977، صفحة 1087.

55 عبد الحكم فوده، مرجع سابق (1993) 212.

المصاحبــة».[56] فقد يبرم الطرفان العقــد دون أن يتحريا الدقة اللازمة، فتأتي الألفاظ غير معبرة عن حقيقة ما أراداه الطرفان، ويظهر خلاف بينهما عند تنفيذه، فيتمســك كل منهمــا بتفســيره وفق المعنى الذي يتفق مع مصلحتــه،[57] فعندئذ يجب على القاضي تفســير العقد للتعرف على إرادة الطرفين المشــتركة، وكما اسلفنا سابقا فانه لا يقصد بالإرادة المشــتركة هنا الإرادة الباطنة، وإنما الإرادة الظاهرة التي يمكن التعرف عليها من خلال ما يفهمه كل متعاقد من التعبير عن الإرادة الذي وجهه إليه الطرف الآخر.[58]

ويتعــين القــول بأنه لا يجوز افتراض أن المتعاقدين قد أوردا بالعقد شــروطاً مبهمة لا تــؤدي للهــدف المقصود منها وذلك اعمالا بنص المــاده (60) من احكام المجله، والتي تنص على: «اعمال الكلام اولى من اهماله»، بل يتعين على القاضي البحث عن الغرض الاقتصادي من الشرط على ضوء الهدف العام من العقد؛ وذلك بتفسيره على ضوء ما ســبقه أو لحقه من شــروط واضحة، مع مراعاة الظروف الخارجية للتعاقد، وذلك على نحو ما تكشف عنه الإرادة المشتركة للطرفين.[59] فإذا وجد الشرط الغامض متعارضاً مع شرط واضح وتعذر التوفيق بينهما، تعين على القاضي إهدار الشرط الغامض باعتبار أن إرادة الطرفين لم تتعلق به حقيقة، ولا شك أن خبرة القاضي وفطنته له دور في جلاء غموض الشرط، والوقوف على القصد الحقيقي من وراء إدراجه بالعقد.[60]

56 وأسباب غموض الإرادة كثيرة منها ما يتعلق باستخدام ألفاظ مشتركة لها أكثر من معنى بحيث لا يعرف ما هو المقصود منها، أو استخدام تعبيرات قانونية في غير معناها القانوني الصحيح، بل قد تأتي العبارات واضحة ولكن متناقضة في جزئياتها داخل الشرط الواحد، وذلك بالإضافة الى حالات الخطأ المادي الذي يمكن أن يقع المتعاقدان فيها أثناء صياغة العقود. ارجع الى: عبد الحكم فودة، مرجع السابق(2002) 262؛ عبد الحكم فوده، مرجع سابق (1993) 212. وبصدد ذلك تقول محكمة النقض: «... وما قرره الحكم من ذلك هو تفسير للبند التاسع من قائمة الشروط الملحقة بالعقد لا يخالف الثابت بعبارات هذا البند ولا يخرج عن المعنى الذي يتحمله ولا يغير من ذلك ورود بعض عبارات يبدو ظاهرها متعارضاً مع تفسيره إذ العبرة بما تفيده عبارات العقد في جملتها لا بما تفيده عبارة بعينها منها، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من هذه العبارة مستهدفة بالظروف التي أحاطت بها ...». انظر الى: نقض مدني رقم (72/166)، المكتب الفني، السنة الثالثة والعشرين، لسنه 1972، صفحة 1062.

57 عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع السابق 242.

58 أمين دواس، مصادر الالتزام (ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004) 197؛ رمضان ابو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني (الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984) 208.

59 عبد الحكم فوده، مرجع سابق (1993) 213.

60 عبد الحكم فودة، مرجع السابق (2002) 263؛ عبد الحكم فوده، المرجع سابق (1993) 213.

الفرع الثالث: التفسير في حالة قيام الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين

كما وضحنا سابقا فانه سواء عند وضوح العباره او غموضها فعلى القاضي البحث عن ارادة المتعاقدين المشتركة، ولكن في حال ما تعذر على القاضي التعرف على الارادة المشــتركة للمتعاقدين، فاننا هنا نكون في حالة الشــك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين. وقد أوجد المشرع المصري قاعدتين للقاضي في هذا الشأن، وهما: الشك يفسر لمصلحة المدين، والتفسير يكون لمصلحة الطرف المذعن في عقود الاذعان.[61] وهذا النص يقابل نص المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنه 2003 وكذلك نص المادة (240) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1976.[62]

والمقصود هنا بالشــك يفســر لمصلحة المدين هو انه في حال عجز القاضي عن اســتقصاء الارادة المشــتركة للمتعاقدين، وظل الشــك يتردد بين وجهتين تحتملهما عبارة العقد، فعندها يجب حسم الامر بتفسير الشك لمصلحة المدين،[63] اما اذا كان بامكان القاضي تغليب معنى على اخر فهنا لا يمكن تفسير الشك لمصلحة المدين،[64] وفي حال ما اذا كان من المســتحيل على القاضي التفســير بأن تعذر عليه التعرف على اي وجه من وجوه المســألة المحتملة؛ فعندها لا يتم اعمال قاعدة الشــك يفسر لمصلحــة المديــن، وهذا يعني عدم وجود ارادة مشــتركة للمتعاقديــن بالتالي انعدام العقد بينهما.[65]

61 امين دواس، مرجع سابق 202؛ ولقد نصت المادة 151 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنه 1948 على انه: «يفسر الشك لمصلحة المدين، ولا يجوز تفسير عبارات العقد الغامضة في عقود الاذعان بما يضر بمصلحة الطرف المذعن».

62 لم تأتي مجلة الاحكام العدلية باي نص مشابه لما سبق ذكره.

63 عمر عبدالله، نظرية العقد (دار النهضة العربية، القاهرة 1995) 206؛ والجدير بالذكر الى انه يقال بان من اسباب وتبرير هذه القاعده ان الالتزام يمليه الدائن لا المدين فاذا ما املاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه ووجب ان يفسر الالتزام لمصلحة المدين. ارجع الى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق 686.

64 عبد العزيز اللصاصمة وبيان رجب، دور القاضي في تحديد التزامات اطراف العقد-دراسة في القانون المدني الاردني موازنة مع بعض القوانين المدنية العربية (2008) 2 مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، ص100.

65 عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004) 151.
ان الاصل طبقا للمبادئ العامة في الاثبات هو براءة الذمة للمدين والاستثناء هو الالتزام، والاستثناء لا يتم فيه التوسع في تفسيره. وان الدائن هو المكلف باثبات الالتزام. للمزيد من التفاصيل ارجع الى: رمضان ابو السعود، مرجع سابق 210.

واذا ما كان الشــرط الغامض -الشــرط محل التفســير- يفرض التزاما على أحد العاقدين يفوق ما تفرضه القواعد العامة، فان الشــك في هذا الشــرط يجب ان يفســر لمصلحة هذا العاقد كونه الطرف الذي يقع عليه عبء تنفيذ هذا الشــرط الغامض.[66] اما اذا كان الشــرط الغامض يعفي الشــخص من التزام يقع عليه طبقا للقواعد العامة فان الشك يجب ان يفسر لمصلحة العاقد الذي يضار من الشرط وهو الدائن بالالتزام الا انه يعد «المدين» في الشرط محل التفسير.[67]

فيجــدر الاشــارة الى ان المقصود بالمدين هنا ليس المدين الــذي عليه عبء الالتزام بل هو المتعاقد الذي وقع عليه عبء تنفيذ الشــرط محل التفســير،[68] بذلك فان المدين الذي يفسر الشك لمصلحته قد يكون هو المدين بالالتزام او الدائن بالحق الشخصي.[69]

اما فيما يتعلق في التفســير في عقود الاذعان؛ فقد اســتثنى المشــرع عقود الاذعان من قاعدة الشك لمصلحة المدين، فاذا كان العقد عقد اذعان فان الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا ام مدينا .[70] ولعل السبب في هذا الاستثناء هو ان الطرف المذعن هو الطرف الاضعف اقتصاديا، وان رضاءه اقرب الى التسليم بالامر الواقع الى معنى القبول الاختياري، اضافة الى ذلك فان الطرف القوي يستقل بتحرير العقد، فاذا ما شابه غموض او لبس او ابهام، وجب الا يستفيد منه كونه هو من تسبب في هذا الغموض.[71]

66 لقد جاء في قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية- هيئة خماسية في الطعن رقم (217) لسنه 1979 في جلسة 1979/7/23 ما يلي: « ... وعليه فاذا حدد استحقاق مبلغ من المال خلال شهر معين دون بيان تاريخ الاستحقاق فيفسر العقد لمصلحة المدين بحيث يكون الاستحقاق مؤجلا الى نهاية الشهر ولا يكون مستحقا قبل ذلك».

67 مثال على ذلك: ان يرد في عقد الايجار شرطا يخفف من مسؤولية المؤجر عن ضمان التعرض، الشرط هنا يقع عبئه على المستأجر فهو بالتالي المدين بالرغم على انه الدائن اصلا في الالتزام بالضمان فيفسر الشك لمصلحته. اما في حال ورود شرط في العقد يشدد مسؤولية المؤجر في هذا الضمان فالمؤجر هنا يكون المدين في الشرط وهو ايضا المدين في الالتزام ايضا فيفسر الشك لمصلحته. للتفاصيل ارجع الى: رمضان ابو السعود، مرجع سابق 210-211.

68 رمضان ابو السعود، المرجع السابق 210.

69 احمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية (منشأة المعارف، الاسكندرية 2002) 110.

70 امين دواس، مرجع سابق 203؛ وهذا ما نصت عليه الماده (2/151) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنه 1948، والمادة (2/166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني 2003، والمادة (2/240) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1976، اما مجلة الاحكام العدلية فقد خلت من اي نصت مشابه.

71 عمر عبدالله، مرجع سابق 206.

المطلب الثاني
القواعد التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد

على القاضي أن يستعين بقواعد معينة في عملية التفسير، وحتى يتسنى لنا التعرف عليهــا لا بــد لنا مــن التطرق لنوعين من القواعــد هما: القواعد الأساســية والقواعد الاحتياطية؛ النوع الأول منها يتعلق بالتفسير الشخصي، سواء باستنباط إرادة المتعاقدين من صلب العقد وهنا تســمى قواعد التفســير الداخلي أو من خارجه وتســمى بقواعد التفســير الخارجي. أما بالنســبة للنوع الثاني من القواعد الا وهو القواعد الاحتياطية فهي قواعد للتفسير الموضوعي، وتعمل على تكملة النقص الذي يشوب نصوص العقد وهي مستمدة من القانون أو العرف أو أعمال مفهوم حسن النية والعدالة. وقد نظمت مجلة الاحكام العدلية العديد من القواعد التي تساعد القاضي في تفسير العقد والتعرف على الإرادة المشــتركة للمتعاقدين، كذلك تبنى المشــرع الفلســطيني في مشروع القانون المدنــي الفلســطيني قواعد عديدة وذلك في المواد (159-164). وسأقســم هذا المطلب الى فرعين: الفرع الأول سيتحدث عن القواعد الاساسية للتفسير، اما الثاني سيتطرق للقواعد الاحتياطية للتفسير.

الفرع الأول: القواعد الأساسية للتفسير

تنقسم القواعد الاساسية للتفسير الى قسمين، سنتحدث بدايه عن قواعد التفسير الداخلية -القواعد الاصولية- ومن ثم سنتطرق الى قواعد التفسير الخارجية.

على القاضي عند البحث عن النية المشتركة في العقد الا يتوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وذلك تماشياً مع القاعدة «أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمبانــي»؛[72] فعنــد البحث في مقصــود المتعاقدين لا ينظر الى الألفاظ التي يســتعملها العاقــدان بــل الــى مقاصدها الحقيقية، لأن المقصود هو المعنــى وليس اللفظ ولا حتى الصيغة المستخدمة-وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني- ومثال ذلك: لو قال شخص وهبتك

72 نصت عليها المادة (159) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ونصت عليها المادة (3) من مجلة الاحكام العدلية، بالاضافة الى انه قد نص عليها القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1978 في المادة (214). الا ان المشرع المصري لم يتطرق الى مثل هذه القواعد في القانون المدني المصري.

هذا المال بثلاث مائه دينار فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة، ولو قال شخص بعتك هذا الشيء مقابل أن تعطيني شيء آخر فيكون هذا العقد عقد مقايضة لا عقد بيع.[73]

وبنــاءً عليه ما ســبق فان لقاضي الموضوع الســلطة في فهم نصــوص الاتفاقات وما قصد منها دون التقيد بألفاظها مستهدياً بذلك بوقائع الدعوى وظروفها مع البحث في نية المتعاقدان دون التقيد بالمعنى اللغوي للألفاظ وصولا لحقيقة المقصود.[74]

وان من أصول التفسير والمستقاة من الفقه الإسلامي والتي يستعين بها القاضي في التفسير، والتي قد أوردها المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني، ما يلي:

1. اعمــال الــكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمــال الكلام يهمل؛[75] اي انه ما دام هنــاك امكانيــة علــى حمل الكلام بغض النظر على انــه المعنى الحقيقي ام مجــازي فانــه لا يهمل. فلو أمن شــخص على حياته لمصلحــة أبنائه ومات دون أبنــاء وكان له أحفاد، يحمل كلامه على المجاز ويســتحق الأحفاد مبلغ التأمين، وإن مات وليس له أولاد أو أحفاد فيهمل كلامه ولا يســتحق مبلغ التأمين أحد، اما في حال لم يكن له لا اولاد ولا احفاد فانه يهمل كلامه في هذه الحالة.[76]
2. لا عبــرة للدلالــة في مقابــل التصريــح،[77] وهــذا يعني أنــه إذا تعارضت الدلالة والتصريــح فانه يغلب التصريح على الدلالــة، فمثلاً لو وهب الواهب للموهوب الشيء فقبضه الأخير، فيعتبر أن الهبة صحيحة لأن إيجاب الواهب تم بطريقة ضمنيــة، ولــو نهــي الواهب الموهوب له عن القبض صراحــة لما صح قبضه لأن النهي الصريح يقدم على الإذن الضمني.[78]

73 حسام الدين كامل الأهواني، مرجع السابق 284.

74 وقد استقرت محكمة النقض المصرية في قضائها أن القاضي إذ يعالج تفسير محررات متبادلة مترابطة إنما يعتد بما تفيده جملها لا بما تفيده عبارة معينة من عباراتها. ارجع الى: عمر عبد الله، مرجع سابق 209.

75 انظر المادة (161) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة (60) من مجلة الأحكام العدلية.

76 سليم اللبناني، شرح المجلة (3 دار الكتب العلمية، بيروت 1923) 24-25.

77 انظر المادة (159) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، واصلها المادة (13) من مجلة الاحكام العدلية وتقابل نص المادة (215) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1978.

78 سليم اللبناني، مرجع سابق 25.

3. ان الأصــل في الــكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفــظ على المجاز إلا إذا تعذر حملــه علــى معناه الحقيقي،[79] فلو قال شــخص هذه الدار لزيد كان هذا اقرارا بالملك له حتى لو ادعى انها مسكنه فانه لا تقبل دعواه.[80]

4. ان ذكــر بعــض مــا لا يتجزأ كذكره كلــه،[81] فمثلا لو ترك الشــفيع جزء من حقه بالشفعة فكأنه تنازل عن حقه بالشفعة كاملا، لان الشفعة لا تتجزأ.[82]

5. أن المطلــق يجــري علــى اطلاقه ما لم يقــم دليل على التقييد نصــاً أو دلالة،[83] فسمسار الأراضي الذي يتوكل بشراء قطعة أرض لغيره يتقيد بشرائها بالسعر الذي حدده له الموكل أو السعر الذي يتفق ومهمته.[84]

6. دليل الشــيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، أي أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه.[85]

7. ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر،[86] ومثال ذلك لو اراد شخص ان يبيع شــخص اخر حصانا (اشــهب) حاضر في مجلس البيع، وقال البائع بعتك اياه مشــيرا اليه وقبل الشــاري فلقد صح البيع، اما لو كان الحصان غائب عن المجلس وذكر البائع انه اشهب والاصل انه ادهم فلا ينعقد العقد.[87]

8. المشــقة تجلب التيســير، اي ان الصعوبة تصبح ســببا للتسهيل ويلزم التوسع في

79 انظر الى المادة (2/159) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، واصلها نص المادة (12) من مجلة الاحكام العدلية، وقد وردت في القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1978 بالمادة (2/214).
80 المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 245؛ سليم اللبناني، مرجع سابق 24.
81 انظر المادة (63) من مجلة الأحكام العدلية، وقد نصت عليها المادة (162) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وايضا تم النص عليها في القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1978 في المادة رقم (218).
82 انور سلطان، مرجع سابق 200.
83 نصت عليها المادة (163) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، واصلها هي نص المادة (64) من مجلة الاحكام العدلية، وقد نصت عليها ايضا المادة (218) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنه 1978.
84 سليم اللبناني، مرجع سابق 45.
85 نصت عليها المادة (68) من مجلة الاحكام العدلية، والمادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وقد تم شرحها سابقا في المطلب الاول من هذا البحث.
86 نصت عليها المادة (65) من مجلة الاحكام العدلية، والمادة (146) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
87 سليم اللبناني، مرجع سابق 46.

وقــت الضيــق.[88] وقد نصــت عليها مجلة الاحكام العدليــة في المادة (17) الا ان المشرع الفلسطيني قد اغفل عنها.

والجدير بالذكر الى ان القانون المدني الأردني قد تضمن العديد من القواعد العامة والتي يحتاج إليها القاضي في تفسير العقود وهي مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية، الا انه لم يتم ذكرها في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وهي: الساقط لا يعود كما أن المعدم لا يعود؛ فإذا ســقط الأصل ســقط الفرع؛ المعروف عرفاً كالمشــروط شــرطاً؛ التعيــين بالعــرف كالتعيين بالنــص؛ المعروف بين التجار كالمشــروط بينهم؛ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة؛ إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.[89]

وســنتطرق الان الى قواعد التفســير الخارجية او ما تســمى بالقواعد المنطقية، حيث يجوز للقاضي أن يســتعين في تفســير العقد بالظروف الخارجية التي أحاطت بالتعاقــد وبالطريقــة التــي أخذ بهــا المتعاقدان في تنفيذ العقــد، والأصل هو أن يتم البحــث عن النية المشــتركة للمتعاقدين بالنظر الى وقــت إبرام العقد وليس في وقت ســابق أو لاحق لإبرام العقد، إلا أن ســلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد هو تعبير عن إرادتيهما التي اتفقا عليها.[90]

ولقد اســتقر القضاء على الاســتناد للظروف التي احاطت بالتعاقد والطريقة التي اخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد؛ فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: «للقاضي سلطة تفسير الإقرارات والمستندات وسائر المحررات الدالة على نية عاقديها مستهدياً بوقائــع الدعــوى وظروفها».[91] كما أن محكمة التمييز الأردنيــة ذهبت الى أن «القاعدة في تفســير العقود انه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار ســلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين حين العقد».[92]

88 سليم اللبناني، المرجع السابق 27.
89 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 243؛
90 أنور سلطان، المصدر السابق 205.
91 نقض مدني رقم (84/240)، السنة الخامسة والثلاثون، الصادر بتاريخ 1984/5/10، ص 1255.
92 تمييز حقوق رقم (77/326)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1978، ص 140؛ عمر عبد الله، مرجع سابق 205.

وعلى القاضي عند تفسـير العقد النظر الى كافة بنود العقد كونها تفسـر بعضهـا البعض،[93] فاذا ذكر المسـتأجر لارض زراعيـة في احد بنود العقد انه لا يطلب من المؤجر ان يساعده على رفع العوائق التي قد تمنع تسليم الارض اليه وذكـر في بنـد اخـر ان المؤجر يتعهد باخراج واضع اليـد على هذه الارض، فأن القاضـي يسـتطيع تفسـير العقد بان المسـتاجر قصد ان يرفـع العوائق المادية بنفسه من اجل تيسير تسليم الارض دون العوائق القانونية كادعاء شخص بانه مالك الارض.[94]

وللقاضـي ان يقـوم بتفسـير العقد على ضـوء المفاوضات التي سـبقت ابرامه والوثائـق التـي تبادلهـا الاطراف خـلال مرحلة المفاوضـات، الا ان كل ما يدور في هـذه الفتـره يعتبر من قبيل الاعمال المادية التـي لا تلزم الاطراف، وقد تكون هذه الوثائق والخطابات المتبادلة لا تعبر عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين بل هي وسيلة للمساومة والضغط.[95]

وأخيراً تجدر الإشارة الى أن القاضي يستطيع الاستعانة بالقرائن والشهود لتفسير بنود العقد وفقاً للظروف المحيطة به، ولكن لا يجوز له الاستعانة بخبير لتفسير العقد؛ لأن دور الخبير يقتصر على المسـائل الفنية والمادية، في حين أن تفسـير العقد مسـألة قانونية يفترض في القاضي أن يكون على علم بها.[96]

الفرع الثاني: القواعد الاحتياطية للتفسير (ما نص عليه المشرع)

لقد وضع المشرع أمام القاضي بعض الضوابط التي يتعين عليه أن يسترشد بها في تبـين إرادة المتعاقدين المشـتركة، كطبيعة التعامـل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقـة بين المتعاقدين وفقاً للعـرف الجاري في المعاملات.[97] ويقصد بطبيعة التعامل؛

93 امين دواس، مرجع سابق 200.
94 سمير تناغو، مرجع سابق 137.
95 حسام الدين الاهواني، مرجع سابق 290.
96 أمين دواس، مرجع السابق 202.
97 لقد نصت المادة (2/150) من القانون المدني المصري على ان القاضي الذي يفسر العقد ان ياخذ بالاعتبار طبيعة هذا العقد، والامانة والثقة بين الطرفين، والعرف الجاري في المعاملات.

نــوع العقــد وطبيعته فاذا كانت عبارة العقد تحمل اكثر من معنى فانه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة العقد ذاته.[98] ويقصد بما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقديــن هــو ان الامانة واجــب على المتعاقد والثقة حق لــه، فالامانه في التعامل تقضــي انــه في حــال قد وقع خطأ في التعبير او لبس الا يســتغل مــا وقع من ابهام أو غمــوض في التعبيــر ما دام انه قد فهمه على حقيقته أو كان يســتطيع ان يفهمه، ويقابــل هــذا الواجب حق فلمن وجــه اليه الايجاب ان يطمئن الــى ان العبارة تفهم بحســب ظاهرهــا، بأن يعتبر ان هذا المعنــى الظاهر هو المعنى المقصود طالما انه لم يكن بامكانه ادراك حقيقة معناه.[99] اما العرف الجاري في المعاملات فانه يقصد به كل سنة جرى عليها العمل بين المتعاقدين نفسيهما او بين المتعاملين عموما على نحو يجعل منها شرطا ضمنيا مفهوما في التعامل،[100] فعلى القاضي الأخذ بعين الاعتبار في العرف عند تفســيره للعقد، باعتبار أنه من المفروض على الاطراف العلم به وان لم يذكروه في العقد.[101]

الا أن هــذه الأمور ليســت كافيــة لكي يتبين القاضي من خلالهــا حقيقة ما قصده المتعاقــدان، ومــن ثــم فإنه يمكن للقاضي أن يســتعين بالقواعد الأخــرى التي لا تتعلق بالعقد وإنما يســتعان بها لتفســيره.[102] لذلك جاءت الفقرة الثالثة من المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي تشير الى ضرورة أن يكون تنفيذ العقود بحسن نية، كما جاءت المادة (1135) ونصت على المعايير الموضوعية التي يهتدي بها القاضي في ســد النقص

98 عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق 246.

99 رمضان ابو السعود، مرجع سابق 209.

100 انور سلطان، مرجع سابق 199.

101 العرف هو بمثابة قواعد عامة متداولة ومعروفة من الجميع ويلتزمون بها لاعتبارها تعبيرا عن ارادة جماعية تمثل العدالة في التعامل.ارجع الى: مصطفى العوجي، مرجع سابق 716.
يجدر الاشارة الى ان دور العرف يأتي في حالة سكوت النص عن معالجة امر اخلاقي معين او يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقدوا عليه، ويجدر التفرقة ما بين العرف كعامل من عوامل التفسير عن العرف كمصدر من مصادر القانون؛ حيث في حال ان القاضي قد خالف العرف في الحالة الاولى فلا يكون حكمه عرضه للنقض، اما في الحاله الثانية فمخالفتها تعني نقض حكمه. ارجع الى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق 684.

102 أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001) 166.

في العقد، أو إيضاح ما غمض منه، وهي القانون والعرف والعدالة.[103]

ويقصد بمبدأ حسن النية تلك النية الصادقة الخالية من الخداع أو القصد السوي أو الصراحة، فالنية الحسنة تخلو من سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير، وهذا المبدأ ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.[104] وهذا المبــدأ ليــس مقصوراً على تنفيذ العقــد إلا أنه مطلوب حتى قبل إبرام العقد، وعند إجــراء المباحثــات التمهيدية وذلك بتجنب عدم الجدية لتحاشــي الإضرار بالطرف الآخر. كما انه مطلوب حال التعاقد وذلك بعدم التصيد لبعض التعبيرات الخاطئة التي استعملها الطرف الآخر في التعاقد بحسن نية، وهو ايضا مطلوب كذلك في تفسير العقد فإذا حصل خلاف بين الطرفين أثناء التنفيذ باعتباره المحك الحقيقي لشروط العقــد علــى أرض الواقع تعــين على القاضي الرجوع الى هذه الشــروط لمعرفة نية الطرفين المشتركة ليكون وفق هذه النية.[105] وتأكيداً لهذا المبدأ قال الأستاذ الفرنسي «جورف» أن تفسير التصرفات القانونية بحسب النية يعني –قبل كل شيء– البحث عن النية الحقيقية للطرفين واحترامها، وكما هو معروف إن حســن النية مفترض، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، كما يترك لقاضي الموضوع مسألة استخلاصها من وقائع الدعوى.[106]

103 القانون مجموعة من القواعد الملزمة، ومنها ما هو آمر يحظر على الأفراد مخالفة أحكامه ومنها ما هو القوانين المكملة لإرادة الأفراد، ويقصد بالقوانين المفسرة تلك القوانين التي توضح كيفية فهم التعبيرات الغامضة أو غير المحددة عندما يتعذر تحديد المعنى الذي يقصده طرفا التعاقد منها، أما القوانين المكملة فيقصد بها تلك القوانين التي تكمل سكوت الطرفين، بإضافة بعض الشروط التي تكون مفهومة ضمناً من المتعاقدين. وإن كان التفسير القانوني يعد تدخلاً في عمل القاضي، إلا أن فائدته تمحو ذلك لما له من دور كبير في المجال الاقتصادي إذ يؤدي الى تسهيل المعاملات الأكثر شيوعاً في الحياة الاقتصادية، بالإضافة الى أنه يخفف من عدد القضايا التي كان من الممكن أن تزدحم بها المحاكم في حالة عدم وجوده. اما العدالة فانها تهدف الى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير والإثراء على حسابه، كما يجب أن تسيطر على العقد في جميع مراحله سواء بالمحادثات السابقة عليه، أو عند إبرامه أو تنفيذه، فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلافى ما به من ثغرات. ارجع الى: عبد الحكم فوده، مرجع سابق (2002) +161 180.

104 عبد الحكم فوده، مرجع سابق (1993) 125.

105 عبد الحكم فودة، المرجع السابق (2002) –156 157.

106 عبد الحكم فوده، مرجع سابق (1993) 128.

المبحث الثاني

دور القاضي في تفسير عقد الاذعان

حرص المشرع دائماً على أن تكون إرادة المتعاقدين حرة غير مضللة ولا واهمة فنزهها عن الإكراه، وحرص على رعاية المتعاقد المذعن في عقود الإذعان.[107] وقد أثير تساؤل حول هذه العقود فيما اذا كانت تعد عقودا بالمعنى الحقيقي للعقد ام أنها مجرد تصرف قانوني منفرد فلا مجال للحديث فيه عن النية المشتركة للمتعاقدين.[108] ولمعرفة ماهية دور القاضي في تفسير عقود الاذعان، ودور القضاء في الرقابة على تفسير العقد سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين: المطلب الأول سنخصصه لتفسير عقود الإذعان، اما الثاني فسيتطرق حول دور محكمة النقض في الرقابة على تفسير العقد.

المطلب الأول

تفسير عقود الإذعان

سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين: الأول سيتحدث عن دور القاضي في تفسير عقود الاذعان، اما الفرع الثاني فيتحدث عن امكانية تعديل عقود الاذعان.

الفرع الاول: حقيقة دور القاضي في تفسير عقود الإذعان

لقد نصت المادة (240) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنه 1976، والمادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنه 2003 على أنه: «1 – يفسر الشك في مصلحة المدين. 2 – ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن».[109]

107 محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني (ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001) 102.

108 لقد نفى فريق صفة العقد عن عقود الاذعان، وبذلك على القاضي ان يفسرها كما يفسر القانون. في حين ذهب فريق اخر الى انها تفسر كما يتم تفسير عقود المساومة ولكنهم اختلفوا في طريقة تفسيرها حيث اتجه البعض الى اخضاعها للقواعد العادية في التفسير، بينما ذهب اتجاه اخر الى انه يتم تفسيرها بطريق اوسع. ارجع الى: عبد الحكم فودة، مرجع سابق (2002) 308–310.

109 وهذا ما نصت عليه المادة (151) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنه 1948.

وعلــى الرغــم مــن ان هذه القاعدة مأخوذة من الفقــه الغربي الا أنه يمكن الوصول إليها باتباع قواعد التفســير في الفقه الإســلامي،[110] بمعنى أنه اذا تعذر على القاضي إزالــة مــا يكتنف عبارات العقد من غموض والتعــرف على نية المتعاقدين فإن الغموض يفســر لمصلحــة المدين، وهذه القاعدة يمكن ردها الــى أن الأصل هو براءة الذمة، فإذا ادعــى الدائــن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه إثبات ادعائه بإقامة الدليل على وجود الدين وعلى مدى التزام المدين، كما يمكن رد هذه القاعدة كذلك الى الاعتبارات العملية التي توجب رعاية المدين باعتباره الجانب الضعيف في العقد.[111] وتقوم هذه القاعدة على ثلاثة ركائز تجتمع كلها في إقرارها، وهي:[112]

1. اليقين لا يزول بالشــك،[113] فإذا كان هناك شــك في مديونية المدين، واليقين أنه بريء الذمة فإنه لا يزول هذا اليقين بالشك.
2. الأصــل بقــاء ما كان على ما كان،[114] وبراءة الذمة تســبق المديونية لأن الإنســان يولد بريء الذمة، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.
3. الأصــل بــراءة الذمة، فيفترض فيمن يدعى عليه بالديــن أنه بريء الذمة حتى يقيــم مــن يدعــي الدين الدليل القاطع على أن له ديــن في ذمته، وإن كان هناك شك في مديونية المدين استصحبت براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته.[115]

ولكن لا بد من ملاحظة أنه إذا كان الشــك يحوم حول شــرط في الالتزام ذاته، فانه يتصور أن يكون تفسير هذا الشرط لصالح الدائن في الالتزام إذا كان من شأن أعمال الشــرط الإضــرار به، فمثلا لو اتفق الدائن بالتعويــض (المضرور) مع المدين بالتعويض (محدث الضرر) على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية، وثار شك حول حلول الشرط

110 المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص246.
111 أنور سلطان، المرجع السابق، ص206.
112 عبد القادر الفار، المرجع السابق 155؛ انظر أيضاً المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، صفحة 246.
113 المادة (4) من مجلة الاحكام العدلية.
114 المادة (5) من مجلة الاحكام العدلية.
115 المادة (8) من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على: «الأصل براءة الذمة، فإذا أتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة».

القاضي بهذا الإعفاء في وجوده أو مداه فان من المقرر فقهاً وقضاءً أن الشــك يفســر لمصلحة المضرور الا وهو الدائن لا لمصلحة محدث الضرر المدين.[116]

ومن تطبيقات هذه القاعدة، أنه إذا كان هنالك شك في قدر العين المؤجرة، فإنه يفسر لمصلحة المؤجر كونه المدين بتسـليم العين المؤجرة، اما إذا ثار شــك حول طريقة الوفاء بالأجرة فيفســر لمصلحة المســتأجر لأنه المدين بها.[117] وإذا كان لشــخص على اخر عدة ديــون من جنــس واحد وكانت كلها حالة، وقام المدين بوفاء جزء منها واختلف الطرفان في تحديد الدين الذي اوفاه به المدين، فإن المدين هو الذي يحدد هذا الدين لا ســيما إذا كان أحد الدينين بفائدة والثاني بدون فائدة.[118]

ومع ذلك فقد اســتثنى المشــرع من حكم هذه القاعدة عقود الإذعان، حيث أكد على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، ومعنى هذا أن تفسير العقد ذو العبارات الغامضة يجب أن يفسر دائماً لمصلحة الطــرف المذعن ســواء كان دائن أم مديــن.[119] وقد تأثر القضاء الفرنســي بهذا النص، فأصدر العديد من الأحكام التي تثبت هذه الوجهة معتمداً في ذلك على ثلاثة أمور:[120]

- أولا: الطبيعة وظروف كل دعوى.
- ثانيا: الهدف الذي ابتغاه المشرع وهو مراعاة مبادئ العدالة وحماية الطرف الضعيف.
- ثالثا: طبيعة تكوين هذه العقود وافتقادها للرضا الحقيقي الكامل فيها، خاصة فيما يتعلق بعقود التأمين.

ومن هذا المنطلق قضت محكمة الســين بجلســة 27 مايو لســنة 1963 «بأن المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج من التحرير المسند إليه، حتى إذا كان المقصود من التفســير تحديد نطاق التزاماته البحت، فالمحكمة إذ تفســر الغموض ضد شــركة التأمين رغم أنها المدينة في الشــرط وذلك بالخلاف لقاعدة المادة

116 عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع السابق 248.
117 المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص186.
118 حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2002) 201.
119 أمين دواس، مرجع السابق 203.
120 عبد الحكيم فودة، مرجع السابق (2002) 427.

(1162) مدني فرنسي التي تقتضي تفسير الشك لمصلحة المدين».[121]

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ضرورة إعطاء قضاة الموضوع سلطة واسعة في تفسـير عقود الإذعان، من أجل مراقبة الشـروط التعسفية التي تضمنتها هذه العقود وذلك بحثاً عن العدالة الى الحد الذي يمكن معه تعديل الشرط التعسفي.[122] الا إن البعض يتخوف من إعطاء القاضي هذه السلطة في تفسير شروط عقد الإذعان، لما قد يؤدي ذلك من التحكم وإحداث الاضطراب قائلاً: «إن إعطاء سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص لتفسـير عقـود الإذعان طريقة لها أخطارها المخفيـة، وتنطوي على عدم حكمة لأن ذلك يهدم توازن العقد ويحدث الاضطراب في العلاقات الاقتصادية كسلطة تحكمية».[123]

والذي نميل اليه ومال اليه السـواد الاعظم من الفقه هو ان هذا الرأي غير سـليم؛ إذ أن تحكم الموجب في عقد الإذعان أخطر من تحكم القاضي على منصة القضاء؛ إذ أن الأول لا رقيب عليه بصفته المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، أما الثاني فيخضع لرقابة محكمة النقض من خلال أسباب الحكم.[124]

وقد حرص المشـرع الفلسـطيني على وضـع نظام قانوني لحمايـة الطرف المذعن في العقد، فقد نص في المادة (12) من قانون التامين رقم (20) لسنه 2005 بانه «يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الاتية: 1 – الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسـبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية. 2 – الشـرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المسـتندات، إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول. 3 – كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السـقوط. 4 – شـرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شـروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة –5 كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته

121 عبد الحكيم فودة، مرجع السابق (2002) 427.
122 عبد الحكم فودة، المرجع السابق 430.
123 أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك (ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994) 345.
124 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق 345.

أثر في وقوع الحادث المؤمن منه».[125] ويتبين من هذه المادة انها جاءت على سـبيل المثال لا الحصر بالتالي يتوجب على القاضي ان ينطلق منها في تفسير العقد.

وعنـد النظـر الى حقيقة دور القاضي في تفسـير العقد فـإن دوره ينحصر بالبنود الغامضة حيث نصت المادة (166) من المشـروع المدني الفلسـطيني على أنه «1 – يفسر الشـك في مصلحة المدين. 2 – ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسـير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن»، بالتالي فإن القاضي يتقيد في تفسير العبارة الواضحة بما دلت عليه ارادة الاطراف وليس له الخروج عن ما تضمنته.

الفرع الثاني: تعديل عقد الإذعان

ان طبيعة عقود الاذعان وما تتضمنه من وجود طرفين احدهما في مركز اقتصادي قوي واخر في مركز ضعيف؛ يؤدي الى تحكم الطرف القوي بشروط العقد دون السماح للطرف الاخر أن يغير او يعدل او يناقش هذه الشروط فينحصر دوره في قبول العقد بشروطه كما هـو. وتجنبـا» للنتيجـة التي يمكن ان يؤدي اليها هذا الاختـلال في التوازن الاقتصادي من استغلال الطرف القوي لحاجة الطرف الضعيف وفرض شروط تعسفية عليه، جاء المشرع الفلسـطيني لحماية الطرف المذعن وذلك من خلال نص المادة (150) من مشـروع القانون المدني الفلسـطيني لسـنه 2003، وهذه المـادة تقابل نص المادة (149) مـن القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، وقد نصت هذه المواد على انه: «اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط او أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».[126]

ويتبين من هذا النص، بأن للقاضي سلطة تعديل العقد اذا ما تبين له أن عقد الاذعان قد اشتمل على شرط تعسفي، فيعدله بحيث يزيل ما فيه من تعسف، وله ايضا أن يعفي الطرف المذعن منه اعفاء تاما وليس هناك حدود لما يراه في هذا الشأن الا ما تقتضيه

125 وقد ورد مثل هذ النص في القانون المدني الاردني في المادة (924) .

126 وقد نص القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1978 في المادة (204) على مثل هذا النص، الا ان مجلة الاحكام العدلية لم تأتي بأي نص مشابه. ولكن للقاضي التدخل في مضمون العقد من خلال تعديل شروطه او الغائها اعتمادا على القواعد العامة المنصوص عليها في مجلة الاحكام العدلية (لقد تحدثنا عنها مسبقا).

العدالة.[127] وان تقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا ام لا هي مسألة وقائع يتبينها القاضي، ولا يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة.[128]

ويجدر القول بأن تعديل اثار العقد في حال تضمنت شــروط تعســفية هي ليســت بمسألة تفسير عقد واضح العبارة؛ بل هو تطبيق لأحكام القانون والذي يقرر ادوات للتوصل الى اثار معينة في العقد، ولكن الاحالة الى العرف، او الى النصوص المكملة، او العدالة كما وردت في القانون المدني الأردني ومشــروع القانون المدني الفلســطيني فقد جاءت لتقرير ادوات تساعد على التوصل الى النية المشتركة للمتعاقدين.[129]

المطلب الثاني

رقابة القضاء على تفسير عقود الاذعان

تتقيــد محكمــة النقــض في رقابتها علــى قاضي الموضوع بقاعــدة عدم جواز التعرض للوقائع والموضوع،[130] فالأصل أن القاضي في استخلاصه للإرادة المشتركة للمتعاقديــن يقــوم بمهمة واقعية، وبالتالي لا رقابة عليه من محكمة النقض طالما كان قضــاؤه في ذلك مســتنداً الى وقائع حقيقية؛[131] فقاضــي الموضوع يتمتع هنا بســلطة تقديرية في مجال تفســير العقد، فلا يخضع في شــأنها لرقابة محكمة النقــض (التمييــز).[132] ولكن ما هي مســائل القانون التــي تخضع لرقابة محكمة النقض/ التمييز، وما هي مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابتها، وما هي وسائل مراقبة تفسير العقود.

127 عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والمصري (دار النهضة العربية، بيروت 1979) 137–138.

128 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق 406.

129 محسن بن ناصر المقاطي، مرجع سابق 78–79.

130 في قرار لمحكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/1744 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/2/3 قضت بانه: «... من المستقر عليه فقها وقضاء ان تفسير العقود هي مسألة موضوع تختص فيها محكمة الاستئناف باعتبارها محكمة قانون دون رقابة عليها من محكمة التمييز في هذة المسألة الموضوعية...).

131 أنور سلطان، المرجع السابق 207.

132 أمجد محمد منصور، المرجع السابق 167.

للإجابة على هذه التساؤلات، سنقسم هذا المطلب الى فرعين، الأول سيتطرق الى مســألة رقابة محكمة النقض على الاحكام، اما الفرع الثاني فســيتطرق الى الوســائل التي تستعين بها محكمة النقض/ التمييز لممارسه عملها.

الفرع الأول: رقابة محكمة النقض/ التمييز على تفسير العقد

تنحصر مســائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث للاســتدلال على النية المشــتركة لطرفي العقد، من خلال الاســتعانة بالقواعد الموضوعية للكشف عنها؛ وهي حسن النية والعرف والعدالة والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين، ولكن إذا ما أخطأ القاضي في اســتخلاصه للنية المشــتركة، أو أســاء فهم أي معيار من هذه المعايير؛ فإن خطــأه في هذا الشــأن يعد خطــأ في الواقع ولا رقابة عليه مــن محكمة النقض، إذ انه يخطئ في فهمه لشروط العقد وهو بهذا يخالف العقد وليس القانون، ومحكمة النقض تراقب فقط على صحة تطبيق القانون.[133]

اما مسائل القانون فهي تخضع لرقابة محكمة النقض/ التمييز، ومنها: القاعدة التي تقضي بانه اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين؛ القاعدة التي تقضي بأن يفسر الشك لمصلحة المدين الا فيما تعلق بعقود الاذعان حيث لا يجوز ان يكون التفســير ضارا بمصلحة الطرف المذعن؛ القاعدة التي تقضي بانه اذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ. وفضلا عن ذلك فان هناك قاعدة جوهرية يجب على قاضي الموضوع ان يتقيــد بهــا والا كان حكمــه قابلا للنقض، وذلــك ان الوقائع التي يعتمــد عليها القاضي في استخلاص ارادة المتعاقدين يجب ان تكون مستمدة ومستقاة من مصادر موجودة وغير مناقضة للثابــت في الدعــوى، ومن شــأنها ان تؤدي منطقيا الى هــذه الوقائع فاذا لم يراع القاضي ذلك كان حكمــه مخالفــا للقواعد القانونية في الاثبات؛ بمعنــى اخر ان مخالفه القاضي لاي قاعده قانونيه نصت عليها القوانين و/او الانظمة و/او العرف الجاري في تفســير العقد – كالقواعد سالفة الذكر– تخضع لرقابة محكمة النقض كقاعده اعمال الكلام اولى من اهماله وغيرها من القواعد التي اشرنا اليها في متن هذا البحث او غيرها من القواعد، ومن هنا نفهم ان قاضي

133 عبد الحكيم فودة، المرجع السابق (2002) 489؛ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق 386.

الموضوع في معرض تفسـيره للعقد مقيد بامران الاول ان يسـتخلص الوقائع استخلاصا سائغا من بينة صحيحه موجوده في ملف القضيه المعروضة عليه، فان هو استخلص الوقائع التي بنى عليها بالنتيجه حكمه من غير دليل صحيح و/أو لا اسـاس لها في ملف الدعوى بين يديه كان حكمه خاضعا لرقابة محكمة النقض، اما الامر الثاني فهو ان يفسر عبارات العقد اخذا بعين الاعتبار القواعد القانونية و/أو قواعد العرف التي ترشده الى تفسير معين، فإن نص القانون و/أو العرف على التفسـير بطريقة معينة، أو أنه وجه القاضي الى اسـلوب معين فإنه يتوجب عليـه اتباعه وهو في معرض تفسـيره للعقـد و/أو الى خطوات معينة يتوجب عليه اتباعها قبل أن يتوصل الى التفسـير، فلا يجوز للقاضي الخروج عن تلك القواعد او ذلك الاسـلوب او تلك الخطوات وهو يفسر عبارات العقد والا كان فعله خاضعا لرقابة محكمة النقض.[134]

ولقد أكدت محكمة التمييز الأردنية ذلك في عدة احكام لها، بقولها أن تفسير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع التي من واجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل بما ينبغي أن يتوافـر مـن أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.[135] وجاء في أحكامها أيضاً أن لمحكمة الموضوع أن تستدل من سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد على مقاصدهما والتعرف على إرادتهما توصلاً لتفسير العقد تفسيراً صحيحاً.[136]

والجدير بالذكر الى انه في كل من مصر وفرنسـا، قضت محكمة النقض على إعطاء قضاة الموضوع السـلطة التقديرية في تفسـير شـروط العقد للوقوف على النية المشـتركة للطرفـين، بـلا رقابة عليهم من محكمة النقـض. وتقول محكمة النقض المصرية في ذلك: «... لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلفة عليها، بما تراه أوفى لمقصود المتعاقدين، مسـتعينه في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابسـاتها ولا رقابة

134 وفي هذا قررت محكمة التمييز الاردنية: : .. استقر الفقة والقضاء على ان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه اوفى بحقوق عاقديها مستعينه بجميع وقائع الدعوى وظروفها والبينات المقدمة فيها، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز شريطة ان يكون ذلك كله مستمد من بينات قانونية لها اصلها الثابت في الدعوى، وان يكون هذا التفسير مستخلصا استخلاصا سائغا». ارجع الى: محسن بن ناصر المقاطي، مرجع سابق 96.

135 تمييز حقوق رقم (2003/865)، الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 2005/5/18.

136 تمييز حقوق رقم (85/220)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1985، ص 1911.

عليها لمحكمة النقض في ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها ...، مما لا يصح التحدي به أمام محكمة النقض».[137] لكن هناك جانباً من الفقه الفرنسي ينتقد محكمة النقض على إطلاقها هذا المبدأ كونه يسري على كافة العقود، فهناك عقود لا بد من ان تتدخل محكمة النقض فيها للضرورة.[138]

ولا بد من الإشارة الى أن على قاضي الموضوع ملزم وهو يبحث عن نية الطرفين بأن يقوم بالتسبيب، والا نقض حكمه كونه مفتقداً لأساسه القانوني؛ فإذا ثبت لمحكمة التمييز/ النقض أن ارادة الطرفين كانت مستندة الى واقعة وهمية لا سند لها من الواقع، ويستحيل عقلاً أن يستخلص منها ما استخلصه القاضي فإن حكمه يكون معيباً بالقصور في التسبيب مما يستوجب نقضه.[139]

الفرع الثاني: وسائل مراقبة تفسير العقود

تستطيع محكمة التمييز (النقض) فرض سلطانها على عمل القاضي فيما يتعلق بتفسير العقود بوسائل مختلفة، ومن ذلك ما يلي:

أولاً: مراقبة تطبيق القاضي لقواعد التفسير، وتتمثل هذه الرقابة في حالة وضوح عبارة العقد في نقض الحكم إذا انحرف عن العبارة الواضحة، وفي تأكيد وضوح العبارة إذا ما ادعى الحكم غموضها، وبالنسبة لعقود الإذعان في تحقيق وحدة التفسير بالنسبة للعقود المتماثلة.[140]

ثانياً: مراقبة كفاية الأسباب التي يستند إليها قاضي الموضوع في الأخذ بتفسير معين واستلزام ردها الى الثابت من وقائع الدعوى، فمهما كانت سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقد فإنه ملزم بتسبيب ما توصل إليه تسبيبا كافيا ومنطقيا.[141] وقد قررت محكمة التمييز الأردنية بأنه: «اذا كانت المحكمة صاحبة الصلاحية في تفسير العقد؛ فإن لمحكمة التمييز حق الرقابة عليها بهذا الامر للتحقق مما اذا كان التفسير سائغا ومقبولا».[142]

137 نقض مدني رقم (1971/63)، المكتب الفني، السنة الثانية والعشرون، الصادر بتاريخ 1971/3/25، ص 401.
138 عبد الحكم فودة، المرجع السابق 492.
139 محسن بن ناصر المقاطي، مرجع سابق 97.
140 محسن بن ناصر المقاطي، مرجع سابق 98.
141 محسن بن ناصر المقاطي، المرجع السابق 99.
142 قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2002/1255 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/2/2.

ثالثاً: مراقبة تكييف العقد وتحديد وصفه القانوني؛ لأن بيان طبيعة العقد من مسائل القانون التي لا يستقل بها قاضي الموضوع.[143]

والجديــر بالذكــر الــى ان الرقابة التي تمارســها محكمة التمييز تبرز في تســبيب الحكم المفســر للعقد، والتي هي تعد من صميم اختصاصها.[144] وقد ورد في قرار لمحكمة التمييــز اللبنانيــة بهــذا الصدد: «أن رقابة محكمة التمييز للتفســير الذي أعطته محكمة الاســتئناف للعقد موضوع الدعوى، لا تكون ممكنة إلا إذا ثبت أن ثمة تشــويه قد أصاب صريح عبارات هذا العقد».[145] وايضا من التطبيقات القضائية: «... تم تمييز الحكم لقصور التسبيب بالنسبة لعقد تأمين شحنة لحوم منقولة بحراً وكان تلف اللحوم يرجع الى عطل في آلات التبريــد، حيــث ألزمت محكمة الموضوع شــركة التأمين بالتعويض على الرغم من وجود شرط في عقد التأمين يعفي الشركة من المسؤولية بالتعويض عن الخسارة الجزئية الخاصة التي تلحق بالبضائع المشــحونة على ظهر الســفينة عدا الحالات التي تكون فيها الخســارة نتيجــة لغرق الســفينة واحتراقها وهو ما لم يكــن في الحالة محل الحكم». وقد بينت محكمة التمييز أن محكمة الموضوع لم تتعرض لهذا الشرط حين بحثها للدعوى ولم تدرس وثيقة التأمين بشكل كافٍ وهو ما يدل على تعيب التسبيب بشكل واضح.[146] ومن هذه المبادئ أيضاً ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 85/703 والمنشور بمجلة نقابة المحامين الأردنية سنة 1988 بالصفحة 290 والتي نصت على أنه: «... واستقر الفقه أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود من العقد مســتعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابســاتها ولها بهذه الســلطة أن تعدل عن مدلولها الظاهر الى خلافه بشــرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغة».

143 عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد(دار النهضة العربية، القاهرة، 1995) 208.

144 جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد الأول، جامعة الكويت، 1999، صفحة 45.

145 مصطفى العوجي، المرجع السابق 654.

146 جمال فاخر النكاس، مرجع السابق 46.

الخاتمة

لقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن تفسير العقد من أهم المسائل التي تثور عند تنفيذه؛ وذلــك في حالــة الخلاف على العقد مــن حيث ألفاظه ومعانيه من جهــة، والإرادة الحقيقية للمتعاقدين من جهة أخرى. وعلى الرغم من أن تفسير العقد من عمل القاضي؛ غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود، بل ألزمه باتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية؛ وهي تفسير العقد وتعديله بما تقتضيه العدالة.

وقــد ذكرنــا بأن القاضي عند التفســير يكون في حــالات، أولا: حالة وضوح العبارة أي وضوح اللفظ والإرادة، وهنا لا حاجة للتفسير وإن فعل القاضي ذلك فإنه يكون قد انحــرف عــن الغاية التي أرادها المتعاقدان وبالتالي ينقــض حكمه، إلا ان العبارة تكون واضحة أحيانا ولكنها في الوقت ذاته يكتنفها الغموض والإبهام في حقيقة مدلولها، وهنا تقوم عملية التفســير وعلى القاضي أن يبرر في حكمه التفســير ويســببه. ثانيا: حالة غمــوض العبــارة (العبارة غير واضحة) وفي هذه الحالة فإنها تكون في حاجة للتفســير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وباستخدام الوسائل التي يستهدي بها القاضي الــى هــذه النية وتحديدا عبارات العقد ســواء الداخلة فيــه أو الخارجه عنه والظروف المحيطة به. وثالثا: قيام الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين، وفي هذه الحالة يكون على القاضي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الاذعان.

وقد أورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني قواعد مهمة في المواد (159 – 166) تثري مــن عمل القاضي لأداء مهمته في تفســير العقــد، الا أن هناك عدد من القواعد المهمة التي يجب ذكرها والتي اعتمدها المشرع الأردني في القانون المدني نقلا عن مجلة الأحكام العدلية والتي من الضرورة بمكان أن يتم اعتمادها ضمن مشروع القانون المدني الفلسطيني، فنتمنى من المشــرع الفلســطيني قبل إقرار مشروع القانون المدني أن يتحرى الدقة في انتقاء أحكامه وأن لا يتم نقلها عن القوانين المقارنة نقلا حرفيا بشكل يؤدي الى عدم المرونة في تطبيقها.

وأشــير الــى ان رقابــة محكمة التمييز/النقض لتفســير العقد هــو فقط من خلال مراقبتها لتسبيب الاحكام، ومن خلال رقابتها على القاضي في تطبيق النصوص الخاصة بالتفسير وتحديد مضمون العقد.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

1. مجلة الأحكام العدلية.
2. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1978.
3. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
4. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.
5. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني لسنه 2003.

المراجع:

الكتب:

1. أبو السعود، رمضان مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني (الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984).
2. الأهواني، حسام الدين كامل، النظرية العامة للالتزام (ط2، دون دار النشر، 1995).
3. تناغو، سمير، المبادئ الاساسية في نظرية الالتزام (منشأة المعارف، الاسكندرية 1999).
4. جاموس، عدنان، المدخل الى علم القانون (ط2، جامعة دمشق 1992).
5. حنورة، عزت، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات (دون دار نشر، القاهرة 1914).
6. دواس، امين، القانون المدني-مصادر الالتزام (ط1، دار الشــروق للنشر والتوزيع، رام الله 2004).
7. الذنون، حســن علي ومحمد ســعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2002).
8. الرازي، محمد بن ابي بكر، مختار الصحاح (ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967).
9. الرفاعي، أحمد محمد، الحماية المدنية للمســتهلك (ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994).
10. الســرحان، عدنان إبراهيم ونوري محمد خاطر، شــرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005).
11. ســلطان، انــور، مصادر الالتــزام في القانون المدني الاردني (دار الثقافه للنشــر والتوزيع، عمان 2005).

12. سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني (ط1، منشورات الجامعة الاردنية، عمان 1987).

13. الســنهوري، عبد الرزاق، الوســيط في شــرح القانون المدني الجديد (3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998).

14. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الاول (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000).

15. السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد (ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998).

16. سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني (ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001).

17. الصدة، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والمصري (دار النهضة العربية، بيروت 1979).

18. عبد الباقي، عبد الفتاح، دروس في مصادر الالتزام (مطبعة نهضة مصر، 1960).

19. عبد الرحمن، أحمد، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية (منشأة المعارف، الاسكندرية 2002).

20. عبد الرحمن، حمدي، مبادئ القانون (دون دار نشر، القاهرة، 1978).

21. عبد الله، عمر السيد أحمد، نظرية العقد(دار النهضة العربية، القاهرة، 1995).

22. العوجي، مصطفى، القانون المدني (ط1، مؤسسة المحسون للنشر والتوزيع، بيروت 1995).

23. الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام (1ط دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004).

24. الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام -مصادر الحق الشخصي في القانون المدني (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996).

25. فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية (منشاة المعارف، الاسكندرية، 1981).

26. الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996).

27. فلالي، علي الالتزامات-النظرية العامة للعقد (مطبعة الكاهنة، الجزائر 1997).

28. فودة، عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن (منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002).

29. فودة، عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن (منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1993).

30. اللبناني، سليم، شرح المجلة (3 دار الكتب العلمية، بيروت 1923).

31. المزغني، رضا وعبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني (ط1، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية، 1983).

32. منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001).

الدوريات:

1. اللصاصمة، عبد العزيز وبيان رجب، دور القاضي في تحديد التزامات اطراف العقد–دراسة في القانون المدني الاردني موازنة مع بعض القوانين المدنية العربية (2008) 2 مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية.

2. النكاس، جمال فاخر، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات (1999) مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد الأول، جامعة الكويت.

الرسائل:

1. المقاطي، محسن بن ناصر، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الاردني (رساله ماجستير: الجامعة الاردنية 2010).

المواعيد والمدد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (دراسة مقارنة)

الاستاذ إبراهيم محمد صبري المدني

باحث قانوني

موضوع البحث ومشكلته:

تعتبــر المواعيد والمدد من أهم الموضوعــات التي نظمها القانون وحرص عليها ليس فقــط في قانــون أصول المحاكمات ، بل بفروع القوانــين الأخرى، وذلك من أجل ضمان الوصول إلى إجراءات صحيحة ومنظمة في الوقت المحدد مع الحصول على الحق الذي يحميــه القانــون في الوقت المحدد، وتظهر أهمية هذا الموضوع من أن عدم مراعاة هذه المواعيد تؤدي إلى سقوط الحق في إتخاذ الإجراء.

والبحث في موضوع المواعيد والمدد يثير تســاؤلات تتعلق بماهيتها، وأنواعها وكيفية احتسابها، وامتدادها وانقضائها.

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 ومقارنتها مع قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 .

خطة البحث:

سنتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

- **المطلب الأول:** ماهية المواعيد والمدد وأنواعها.
- **المطلب الثاني** : الأحكام العامة في احتساب المدد والمواعيد وامتدادها.

المطلب الأول

ماهية المواعيد والمدد وأنواعها

يقتضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لتعريف المواعيد ونخصص الثاني للبحث في أنواع المواعيد.

الفرع الأول

ماهيه المواعيد والمدد

على الرغم من أهمية الدور الذي تلعبه كل من المواعيد والمدد والنتائج الخطيرة التي قد تترتب من عدم مراعاتها والتي قد تصل إلى حد المساس بالحق[1]، فإن قانون أصول المحاكمــات المدنيــة والتجارية رقم (2) لســنة 2001م، وكذلك قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة1968م لم يتضمنوا تعريفاً للمواعيد الإجرائية، حيث اكتفى المشرع بتنظيم هذه المواعيد والمدد وكيفية إعمالها وانقضائها[2].

وأمــام عدم وجود تعريف تشــريعي لمواعيــد الإجراءات أخذ الفقه على عاتقه مهمة التعريف وهذا هو الوضع الطبيعي إذ أنه ليس من وظيفة المشــرع القيام بالتعريف إلا إذا أراد حسم خلاف فقهي، أو إذا أراد أن يضع تعريفاً مغايراً لمعنى مستقر[3].

لذلك كله ســنقوم باســتعراض مفهوم المواعيد والمدد لغويــاً ومن ثم الانتقال إلى تعريفها اصطلاحاً وبيان أهدافها وذلك على النحو الآتي:

1. **المواعيد والمدد لغة:**

المواعيد والمدد جمع مفردها ميعاد ومده، وتعرف لغة هو الوقت المحدد لأمر ما[4].

---

1 «إذ أن سقوط الحق هو الجزاء المقرر على عدم مراعاة المواعيد والمدد».

2 حيث نصت مادة (21) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001».
إذا كان الميعاد مقرراً بالأيام أو الأسابيع أو الشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم التبليغ أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعاد، فإذا كان مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء قبل انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، أما إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير فيه.
المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة تحسب بالتقويم الشمسي.
إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها»
وبنفس المعنى جاء قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 حيث نصت المادة (15) على أنه « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعاد، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد.
وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات كان حساب الساعة التي يبدأ منها والساعة التي ينقضي بها على الوجه المتقدم.
وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

3 منذر رشدي الحلو، المواعيد الإجرائية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، معهد البحوث والدراسات القانونية، فبراير 2011، ص3.

4 مشار إليه، منذر رشدي الحلو، المرجع السابق، ص4، من خميس عصفور، ص9.

2. المواعيد والمدد اصطلاحاً:

وقــد اختلــف الفقه في وضــع تعريف موحد للمواعيد والمدد فقــد عرفها جانب من الفقه بأنها هى: «الآجال أو المهل أو الأزمان أو الأوقات التي يتعين مراعاتها عند اتخاذ الإجراءات»[5] .

بينما عرفها ثانٍ بأنها: «مدد و أوقات زمنية محددة بنص القانون إجراءات التقاضي خلالها أو بعد انتهائها أو قبل ابتدائها وإلا سقط الحق من القيام بها» [6].

بينما عرفها ثالث بأنها: «الآجال التي حددها القانون لمباشرة إجراءات المرافعات» [7].

وعرفهــا رابــع بأنهــا: «عبارة عن فترة زمنيــة يحددها القانون يقيــد فيها الإجراء القضائي» [8].

وعرفهــا خامــس بأنها: «عبارة عن فترة زمنية بــين لحظتين يحددها القانون ويقيد بها الإجراء القضائي» [9].

وعرفها سادس بأنها: «عبارة عن آجال حددها القانون لمباشرة إجراءات» [10].

وعرفها ســابع: «هي المدد والأوقات التي يحددها القانون للقيام ببعض الإجراءات خلالها أو بعدها أو قبل ابتدائها وإلا سقط الحق في القيام بها»[11]

والحقيقــة أن التعريفــات الســابقة لا تخلو مــن الانتقاد ولذلك أؤيــد ما ذهب إليه البعــض في تعريــف المواعيد والمدد بأنها: «الفتــرة الزمنية الواجب العمل خلالها للقيام بالإجــراء أو البــدء أو الانتهــاء منه أو الامتناع عن القيام به خلالها أو البدء بالعمل بعد

5 أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية للنشر، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 148.
6 مصطفى عياد، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، مكتبة القدس، الطبعة الأولى، 2004م، ص52.
7 أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون دار نشر، طبعة 2011، ص672.
8 عبد الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية، منشأة، طبعة ثانية، 1996، ص5.
9 أحمد هندي، مرجع سابق، ص 145.
10 مشار إليه، أحمد هندي، مرجع سابق، ص 145.
11 ساهر الوليد- بحث بعنوان المعالجة التشريعية للمواعيد الخاصة بإجراءات التحقيق الابتدائي- مجلة جامعة الأزهر-غزة، سلسلة العلوم الإنسانية2011 ، المجلد13 ، العدد(1) ، ص 1019.

انقضائها، والمحددة عادة بالسنين أو الشهور أو الأسابيع أو الأيام أو حتى بالساعات، التي أوجبها القانون[12].

ومن الملاحظ أن الدراسات التي تناولت موضوع المواعيد، استخدمت عدة مترادفات للتعبير عن المواعيد فتارة تستخدم اصطلاح ميعاد، وتارة تستخدم أجل، أو فترة زمنية، أو مدة أو مهلة[13].

وأرى في هــذا المقــام أنه لا فرق بين هذه المصطلحات، فالميعاد هو مدة ذات بدايــة ونهايــة، أو فترة زمنية معينة أو مهلة من الزمن، فميعاد الاســتئناف: هو عبــارة عــن مدة محــددة أو مهلة معينة يجــب الطعن بالحكم خلالهــا، وميعاد الحضــور: عبــارة عن الفتــرة الزمنية التي يجب أن تفصــل بين إعلان صحيفة الدعوى وتاريخ الجلسة.

3. **أهمية المواعيد والمدد:**

تعتبــر المواعيد شــكل من أشــكال قانون أصول المحاكمــات[14]، إذ أن الإجراء القضائــي أيــاً كان نوعــه قوليــاً أو فعليــاً، أو مكتوباً يقترن غالبــاً بميعاد محدد لمباشــرته، ومــا لــم يتخــذ الإجراء في موعده فــلا يعد صحيحــاً أو منتجاً لآثاره القانونيــة[15]، فقــوام المرافعات إجراء وميعاد[16]، وذلــك أن قواعد المرافعات من مجموعها قواعد شكلية[17].

وتظهر أهمية المواعيد والمدد على النحو الآتي:

1. تحقيق مصالح الخصوم باستقرار مراكزهم القانونية في وقت مناسب ومعقول[18].

12 مي عصفور، المواعيد والمدد من قانون إجراءات الجزائية الفلسطيني، ص10.
13 تجدر الإشارة إلى المشرع الفلسطيني والمصري والأردني يستخدموا كلمة (الميعاد أو الموعد) بينما يستخدم مشرع العراق كلمة (المدد) أما مشرع اللبنانيين يستخدم كلمة (المهل) .
14 منذر الحلو، مرجع سابق، ص2.
15 أحمد هندي، مرجع سابق، ص145.
16 مشار إليه، أحمد هندي،ص145.
17 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص672.
18 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص672.

2. تضع حداً لتأبد المنازعات وذلك لأن المواعيد تؤدي إلى عدم التداخل في الإجراءات وتمنع تأخرها على نحو لا مبرر له، وحتى تصل إلى نهايتها في وقت مناسب [19].

3. تضع حداً لصدور الأحكام، وذلك لأن المواعيد تقتضي حسـن سـير الإجراءات أمام القضاء بعدم التراخي في الإجراءات أمام المحاكم[20].

4. منـح فرصـة كافية للخصوم لإعـداد دفاعهم أو تعيين وكلاء للدفـاع عنهم[21]، وبالتالي تستجيب لمبدأ حرية الدفاع[22].

5. تنظيـم تتابـع الإجـراءات، وتربـط بينهـا وتفصـل بـين كل ممارسـة الحقوق والواجبات[23].

6. يترك للأشخاص القيام بإجراءاتهم دون إزعاج أو تكدير[24].

7. الحفـاظ علـى الحقوق وضمـان عدم ضياعها وذلك من خـلال المعرفة المتاحة والشاملة للمواعيد والمدد من قبل الأفراد والعاملين بها[25].

8. لا تكون المطالبة بالحقوق سـيفاً مسـلطاً على الأفراد بلا نهاية مما يؤثر على استقرار المراكز القانونية[26].

9. أداة فعالـة للتخلـص من الخصومـات الراكدة[27]، وذلك من خلال عدم سـماع الدعوى التي يتراخى أصحابها في المطالبة بها خلال المدة التي حددها القانون.

19 أحمد هندي، مرجع سابق ص 145.
20 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ص 672.
21 منذر الحلو، مرجع سابق، ص5.
22 وجدي راغب، مرجع سابق، ص254.
23 أحمد هندي، مرجع سابق، ص 147.
24 أمينة نمر، مرجع سابق، ص148.
25 مي عصفور، مرجع سابق، ص12.
26 مي عصفور، مرجع سابق ص 12.
27 أحمد هندي، مرجع سابق، ص147.

الفرع الثاني

أنـواع الـمـواعيـد والـمــدد

نصــت المــادة (21) من قانون أصــول المحاكمات المدنية والتجارية الفلســطيني في فقرته الأولى على أنه: «إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو الأســابيع أو الشــهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم التبليغ أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعــاد، فــإذا كان مما يجب انقضاؤه قبــل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء قبل انقضــاء اليــوم الأخير مــن الميعاد، أما إذا كان ظرفاً يجــب أن يحصل فيه الإجراء وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير فيه» وبنفس المعنى نصت المادة (15) من قانون المرافعــات المصــري على أنه: «إذا عين القانون للحضورِ أو لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشــهور أو بالســنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبــر في نظــر القانون مجرياً للميعاد، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء وإذا كان الميعاد مقدراً بالســاعات كان حساب الساعة التي يبدأ منها والساعة التي ينقضي بها على الوجه المتقدم وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك».

يتضح من نصوص القوانين السابقة أن المواعيد والمدد تنقسم إلى: مواعيد يجب أن تنقضــي بأكملها قبل القيام بإجراء معين، وتســمى بالمواعيد الكاملة، ومواعيد يجب أن يتم العمل قبل حلولها، وهذا النوع قلما ينص عليه القانون، وتسمى مواعيد مرتدة، ومواعيد يتعين القيام بالإجراء خلالها، وهذا النوع هو الغالب في الإجراءات القضائية بصفة عامة، وتســمى بالمواعيد الناقصة، وكذلك تنقسم المواعيد والمدد إلــى مواعيد قانونيــة لا يجوز للقاضي تعديلها، ومواعيد تنظيمية وبيان ذلك على النحو الأتي:

1. **أنواع المواعيد من حيث طبيعة المصدر:** تنقسم المواعيد من حيث طبيعة المصدر إلى مواعيد قانونية ومواعيد قضائية:

أ. **المواعيد القانونية:**

يقصــد بالمواعيــد القانونية بأنها: المواعيد التي تحــدد بنص في القانون[28]، أي هي المهلة التي حدد القانون أجلها[29].

وهــذه المواعيــد تحدد تحديداً جامداً فلا يجوز للقاضــي أن يقوم بتعديلها بالزيادة أو النقصــان[30]، فهي تحقق اســتقراراً للخصــوم ومن حقهم التعويل عليها ولذا لا يقبل بأن يحرمهم القاضي من هذا الضمان[31]، وكذلك لا يســتطيع صاحب الحق الإجرائي المقترن بموعد معين أن يعدل المدة زيادة أو نقصان[32].

وتكمن العلة من وراء عدم السماح للقاضي أو الخصوم تعديلها بالزيادة أو النقصان لأنه روعي في تنظيمها المصلحة العامة[33].

ب. **المواعيد القضائية:**

الأصل أن المشرع يتولى تحديد المواعيد الإجرائية ولا يكون للخصوم ولا للقضاء حق فيها، إلا أنه على سبيل الاستثناء وفي بعض الحالات أعطى المشرع للقاضي وحده حق تعديل هذه المواعيد زيادةً أو نقصاً إذ ما تبين من الظروف ضرورة إجراء هذا التعديل[34].

وعلى ذلك فيقصد بالمواعيد القضائية بأنها هي: «المواعيد التي يقرر القاضي منحها للخصوم بالإستناد إلى ظروف الدعوى»[35].

وتتجه التشريعات الحديثة إلى توسيع سلطة القاضي في هذا الشأن تحقيقاً لمرونة الشكل في القانون الحديث[36].

28 منذر الحلو، مرجع سابق، ص 16.
29 مي عصفور، مرجع سابق، ص15.
30 أحمد السيد صاوي، ص683.
31 وجدي راغب، مرجع سابق، ص261.
32 منذر الحلو، مرجع سابق، ص16.
33 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص55.
34 مي عصفور، مرجع سابق، ص15.
35 منذر الحلو، مرجع سابق، ص19.
36 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص683.

ومن الأمثلة على المواعيد القضائية، المواعيد الذي يمنحها القاضي للمدعي لتصحيح لائحة الدعوى، أو الميعاد الذي يمنحه لأجل تقديم المســتندات أو للإدخال أو التدخل، وكذلــك يجــوز للقاضي بأن يســمح للمدعى عليه بتقديم لائحــة جوابية إذا حضر أول جلســة، حيث نصت المادة (64) من قانون أصول المحاكمات على أنه: « يجوز للمحكمة أن تسمح للمدعى عليه بتقديم لائحته الجوابية إذا حضر في أول جلسة تعقدها المحكمة للنظر في الدعوى».

علــى الرغــم من أن نص المادة (62) مــن ذات القانون أوجبت على المدعى عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحته الجوابية خلال خمس عشر يوماً من تاريخ تسليم لائحة الدعــوى حيــث نصت المادة على أن: «على المدعى عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحة جوابية خلال خمســة عشــر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، من أصل وصور بعدد المدعين مرفقة بالمســتندات التي تؤيد دفاعه، فإن لم تكن بحوزته فعليه أن يقدم بياناً بالمســتندات التي بوســعه الحصول عليها دون الإخلال بحقه في تقديم ما يســتجد من مستندات أثناء المرافعة».

2. **أنواع المواعيد من حيث احتسابها:**

تنقســم المواعيد من حيث احتســابها إلى ثلاثة أنواع: المواعيد الناقصة، والمواعيد الكاملة، والمواعيد المرتدة، وهي على النحو الآتي:

أ. المواعيد الناقصة:

ويقصد بالمواعيد الناقصة بأنها: «هي المواعيد التي يجب الإجراء خلالها»[37].

ويترتــب علــى عدم الالتزام بهذا الميعاد ســقوط الحق في اتخاذ الإجــراء[38]، وهذه المواعيد لا يمكن الاســتفادة منها بأكملها بمعنى أن اليوم الأخير يحتســب ضمن الميعاد الذي يتخذ فيه الإجراء من أي يوم من ميعاد حتى آخر لحظة فيه، ولو كان الباقي من الميعاد الناقص مجرد دقائق أو لحظات[39].

37 انظر في هذا المعنى، منذر الحلو، مرجع سابق، ص22 . مي عصفور، مرجع سابق، ص14.
38 أمينة النمر، مرجع سابق، ص149.
39 منذر الحلو، مرجع سابق، ص22.

ويسمي هذا الميعاد بالناقص لأنه يجب القيام بالإجراء خلال الميعاد وليس قبل بدايته أو بعــد نهايتــه[40]، وبالتالــي ينتقص جزءاً منه فمثلاً الذي يريد أن يطعن بالاســتئناف خــلال الميعــاد لا يســتفيد من ميعاد الطعن كله لأنه حتى لــو أراد أن يطعن في أخر يوم فإنه يتقدم أثناء النهار ولا يستفيد ببقية اليوم الأخير[41].

ويترتــب علــى فوات هذا النوع من المواعيد ســقوط حق الخصم في اتخاذ الإجراء، لذلك يجب أن يسارع صاحب الحق في ممارسة حقه وإلا ضاع حقه الإجرائي[42]، هذا وتعد أغلب مواعيد المرافعات مواعيد ناقصة لأن القانون يوجب إتخاذ الإجراء خلالها[43].

ومن الأمثلة على المواعيد الناقصة: مواعيد الطعن في الأحكام[44]، ومواعيد تجديد الدعوى التي شطبت من سجل نظر الدعوى بسبب عدم الحضور، وكذلك مواعيد إيداع لائحــة جوابية خــلال 15 يوم من تاريخ إعلان المدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده[45]، فهذه المواعيد كلها تعتبر مواعيد ناقصة.

ب. المواعيد الكاملة:

ويقصــد بالمواعيــد الكاملة بأنها: «هي عبارة عن فتــرة زمنية يجب أن تنقضي قبل إتخاذ الإجراء»[46].

وتهــدف هــذه المواعيــد إلى منح صاحــب المصلحة فيها مدة كاملة يســتفيد بها من إعداد دفاعه ودفوعه[47].

والقاعــدة أنــه لا يجــوز القيام بالإجراء المطلوب قبل الانقضــاء الكامل للميعاد وإلا كان الجزاء هو عدم قبول الإجراء أو بطلانه[48]، ويسمى هذا الميعاد كاملاً لأنه لا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء أخر لحظة من الميعاد.

40 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص52.
41 مواعيد طعن استئناف، 30يوم، نقض40يوم، ومستعجلة 15 يوم من اليوم التالي لصدور الحكم أو اليوم التالي للتبليغ.
42 مي عصفور، مرجع سابق، ص14.
43 أحمد هندي، مرجع سابق، ص152.
44 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص53.
45 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص 53.
46 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص6.
47 أحمد هندي، مرجع سابق، ص153.
48 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص54.

ومن الأمثلة على المواعيد الكاملة، مواعيد الحضور: وهي عبارة عن الفترة الزمنية التي يجب أن تفصل بين إعلان صحيفة الدعوى وتاريخ الجلسة[49]، فهذه المواعيد تعطى للمعلن إليه كاملة، وكذلك يعد ميعاد الإنذار الإجرائي قبل التنفيذ على أموال المدين[50]، ومدة إخطار المستأجر في حال رفع دعوى إخلاء مأجور للهدم والبناء فيجب أن تنقضي مدة إخطار المستأجر قبل رفع الدعوى[51] من المواعيد الكاملة.

ج. الميعاد المرتد[52]:

ويقصــد بالميعــاد المرتد بأنه: «عبارة عن فتــرة زمنية يجب أن يتخذ الإجراء قبل أن تبــدأ»[53]، أي هــي مواعيــد يجب أن يتخذ الإجراء قبل بدئهــا، وهذا النوع من المواعيد قلما ينص عليه القانون، والهدف من هذا الميعاد هو التثبت من جدية الإجراء المطلوب اتخاذه قبل بدء الميعاد حتى يتمكن أصحاب الشــأن من الاســتعداد لمواجهة الإجراء وما يقتضيه[54].

وتتفــق المواعيــد المرتدة مع المواعيد الكاملة في أنــه لا يجوز اتخاذ الإجراء خلالها، إلا أنهــا تختلــف عنهــا من ناحية أن الإجراء يجب أن يُتخذ قبل بدء الميعاد بينما الميعاد الكامل يجب أن يُتخذ الإجراء بعد انتهائه[55].

ومن الأمثلة على المواعيد المرتدة دعوى الإجراءات المختصرة، حيث أنه وحسب نص المادة (260) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني فإنه يشترط على المدعي لرفع هذه الدعوى أن يخطر المدعى عليه بأداء الحق المدعى به وذلك قبل إقامة الدعوى بخمســة عشــر يوماً، على أن يتم مراعاة حســاب هذه المواعيد حساباً عكسياً، فمثلاً لو أخطر المدعي يوم 2010/02/01م ورفع الدعوى 2010/02/17م، فهنا تحسب المدة حساباً عكسياً على أن يستثنى من ذلك يوم رفع الدعوى.

49 مي عصفور، مرجع سابق، ص14.
50 أمينة النمر، مرجع سابق، ص149.
51 منذر الحلو، مرجع سابق، ص22.
52 يرى البعض أنه لا يوجد نوعاً قائماً بذاته يسمى بالمواعيد المرتدة.
53 وجدي راغب، مرجع سابق، ص255.
54 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص55.
55 أحمد هندي، مرجع سابق، ص155.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانباً من الفقه يرى بأن المواعيد الكاملة والمرتدة ليست مواعيد للإجراءات وذلك لأنه لا يصح إتخاذ الإجراءات خلالهما، ويســتطرد قائلاً أن هنــاك خلطاً شــائعاً في تعريــف المواعيد في قانون المرافعات وذلــك لأنه يطلق على كل فتــرة زمنيــة واردة في قانــون المرافعات «ميعاد مرافعات» بغــض النظر عن وظيفة هذه الفترة في تحديد الميعاد، وأنه إذا كان مقبولاً وطبيعياً أن يســمى الميعاد الناقص ميعاداً إلا أنه لا يمكن منطقياً تسمية الميعاد الكامل والمرتد ميعاداً والسبب في ذلك يرجع إلى أنهــا فتــرة زمنيــة لا يجوز قبل مضيها أو يمتنع بحلولها إتخــاذ الإجراء فهي حائل دون الإجراء وليست ميقاتاً له[56].

بينما يرى البعض الآخر من الفقه أن هذا الرأي يدور حول الإختلاف في المصطلحات وأن المواعيد بجميع أنواعها (كاملة، ناقصة ، مرتدة) تعد مواعيد لأنها عبارة عن فترة زمنيــة بــين لحظتــين لحظة البــدء ولحظة الانتهاء ســواء كان يجــوز أو لا يجوز القيام بالإجراء خلالها[57].

وهــذا الــرأي هو الــذي أميل إليه وأؤيــده حيث أن الميعاد هو الفتــرة الزمنية بين لحظتــين وبالتالي يعتبر الميعاد الناقــص والميعاد الكامل والمرتد فترات زمنية محصورة بين لحظتين، لحظة البدء ولحظة الانتهاء.

3. **أنواع المواعيد حسب الجزاء المترتب على مخالفتها:**

تنقسم المواعيد من حيث الجزاء المترتب على مخالفتها إلى مواعيد حتمية ومواعيد تنظيمية وبيان ذلك على النحو الآتي:

أ. المواعيد الحتمية:

ويقصد بالمواعيد الحتمية بأنها: «هي المواعيد التي يرتب المشرع على مخالفتها جزاء إجرائي كالبطلان، أو سقوط الحق في اتخاذ الإجراء أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن»[58].

56 مشار إليه، نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، 2011،ص79.

57 مشار إليه، نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص80.

58 أحمد هندي، مرجع سابق، ص147.

أي أن الميعاد الحتمي هو الميعاد الذي يحدده القانون ويحدد الجزاء المقرر قانوناً[59]، وذلك لأنه روعي في تنظيم هذه المواعيد المصلحة العامة أساساً وبالتالي لا يجوز للأفراد مخالفتها ولو باتفاقهم[60].

وتنقسم المواعيد الحتمية إلى مواعيد تتعلق بالنظام العام كمواعيد الطعن، ومواعيد لا تتعلـق بالنظـام العـام وتكون مقررة لمصلحة الخصوم فلا يكـون للمحكمة أن تقضي بالسـقوط والبطلان من تلقاء نفسـها بمجرد فوات الميعاد، إنما يجب أن يتمسك بذلك الخصـم صاحب المصلحة بدفع شـكلي يكون عـادة في بداية النزاع، ومن أمثلة المواعيد الحتمية التي لا تتعلق بالنظام العام كميعاد إعلان صحيفة الدعوى[61].

وتجدر الملاحظة أن المواعيد الحتمية يجب ألا تتأثر بالوقت الاتفاقي للخصوم، فإذا اتفق الخصوم على وقف الخصومة مثلاً وتم هذا الاتفاق بعد صدور حكم في الموضوع يقبل الطعن فإن هذا الاتفاق لا يؤثر على سريان ميعاد الطعن في هذا الحكم[62].

ب. المواعيد التنظيمية:

ويقصد بالمواعيد التنظيمية بأنها هي: «المواعيد التي لا يترتب على مخالفتها بطلان أو سقوط أو لا يترتب على مخالفتها أي جزاء على الإطلاق»[63].

وقد ينص المشـرع صراحة على أن البطلان لا يترتب على مخالفته كما هو الشـأن في ميعاد حضور أطراف الخصومة للمثول أمام القاضي خلال أسبوعين من تاريخ الإحالة[64]، وهـذا مـا نصت عليه المادة (70) من قانون أصول المحاكمات الفلسـطيني على أن: « يحدد القاضي جلسة يدعو فيها أطراف الخصومة المثول أمامه خلال أسبوعين من تاريخ الإحالة»، ويلاحظ أن المواعيد التنظيمية تكون موجهة إلى الخصوم، ويجب عليهم مراعاتها[65].

59 أمينة النمر، مرجع سابق، ص148.
60 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص55.
61 أحمد هندي، مرجع سابق، ص150 .
62 أحمد هندي، مرجع سابق، ص151 .
63 منذر الحلو، مرجع سابق، ص17.
64 منذر الحلو، مرجع سابق، ص17.
65 أحمد هندي، مرجع سابق ص151.

المطلب الثاني

الأحكـام العامـة في احتساب المـواعيـد والمدد وانقضائها

يقتضــي البحــث في هــذا الموضوع تقســيم هذا المطلب إلى فرعــين نخصص الأول لدراســة الأحكـام العـامـة في احتســاب المـواعيـد والمدد ونخصص الثاني للبحث في امتداد المواعيد والمدد وانقضائها.

الفرع الأول

الأحكـام العـامـة في احتساب المـواعيـد والمدد

تنــاول قانــون أصــول المحاكمات المدنيــة والتجارية رقم (2) لســنة (2001) وقانون المرافعــات المصــري قواعد وأحكام عامة لحســاب وتنظيم المواعيد والمدد ســواء كانت مواعيد قانونية أو تنظيمية أو أي نوع من أنواع هذه المواعيد وذلك لحسن سير إجراءات التقاضي وحسن أداء العدالة.

1. **اعتماد التقويم الميلادي**

نصت المادة (21) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أن: «المواعيد المعينة بالشهر أو السنة تحسب بالتقويم الشمسي[66] » وكذلك نصت المادة (10) فقرة (4) من قانون المرافعات المصري على « وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة ما لم ينص القانون على غير ذلك».

ويتضح من النصوص سالفه الذكر أن المشرع الفلسطيني والمشرع المصري قد اعتمد التقويم الشمسي وليس التقويم القمري.

وذلك نظراً لثبات هذا التوقيت في حســاب الشــهور أو الســنين ســواء في بدايتها أو نهايتها خلافاً للتقويم القمري ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[67].

ويجب أن يتم حساب المواعيد بالوحدة الزمنية التي يحدد بها أو على أساسها فإن

66 كذلك نصت المادة (480) من قانون إجراءات الجزائية الفلسطيني على « يوم العقوبات أربع وعشرون ساعة والشهر ثلاثون يوماً والسنة اثنا عشر شهراً وفقاً للتقويم الشمسي».

67 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص56.

كان بالأيام فلا يحسب بالشهور مثل مواعيد الطعن، وإن كان بالسنين فلا يحسب بالأيام كمواعيد التقادم، ويجب ملاحظة أن حســاب الشــهر ثلاثون يوماً وحســاب السنة فهو ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً[68]، سواء كانت سنة حبيسة أو كبيسة[69].

وإن كان المشرع الفلسطيني والمصري قد اعتمدوا التقويم الميلادي في حساب المواعيد فإنني أرى أنه من الواجب الأخذ بالمواعيد الهجرية وذلك لعدة أسباب:

1. أن الإســلام هو الدين الرســمي في فلســطين ومصر وهذا ما نصت عليه المادة (4) من القانون الأساســي « الإســلام هو الدين الرســمي في فلســطين ولسائر الديانات السماوية احترامها وقدسيتها »[70].
2. أن مبادئ الشريعة مصدر رئيس للتشريع.
3. أن المواعيــد الهجرية تتســم بالثبــات خصوصاً بعد اعتمــاد التقدير الفلكي أو الحساب والتطور في دقة الحسابات لأيام الشهر والسنة الهجرية.
4. إعمالاً لقوله تعالي « إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ مِنْهَآ أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ » [71].
5. أن هنــاك مــن القوانــين ما تعتمد في حســاب المواعيد الشــهور الهجرية وليس الميلادية كقانون الأحوال الشخصية.

2. **حساب بداية المواعيد ونهايتها:**

نصت المادة (21) من قانون أصول المحاكمات على أنه:

«1. إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو الأسابيع أو الشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يــوم التبليــغ أو حدوث الأمــر المعتبر في نظر القانون مجريــاً للميعاد، فإذا كان ممــا يجــب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصــول الإجراء قبل انقضاء اليوم

68 مي عصفور، مرجع سابق، ص18.
69 منذر الحلو، مرجع سابق.
70 القانون الأساسي الفلسطيني، المادة 4.
71 سورة التوبة الآية (36).

الأخير من الميعاد، أما إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير فيه.

2. المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة تحسب بالتقويم الشمسي.

3. إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها».

ويقابلها نص المادة (15) من قانون المرافعات المصري والتي نصت على أن:

«1. إذا عين الحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو الشهور أو بالسنين فـلا يحسـب منه يوم الإعـلان أو حدوث الأمر المعتبر في نظـر القانون مجدياً للميعـاد، أمـا إذا كان الميعاد ممـا يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد.

2. وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء.

3. إذا كان الميعاد مقدراً بالسـاعات كان حسـاب السـاعة التي يبدأ منها والساعة التي ينقضي بها على الوجه المقدم».

يتضـح مـن النصين السـابقين أنهم قد حددوا الطريقة التـي يتم الخضوع لها عند احتسـاب المواعيد والمدد على نحو نافٍ للجهالة وذلك لخطورة وأهمية المسـألة وعلى ذلك سوف نتعرف إلى هذه القاعدة الواجب إعمالها في حساب بداية المواعيد ونهايتها على النحو الآتي:

أولاً: مـن حيـث بداية المواعيد: تعد القاعدة الأساسـية في تحديد بدء المواعيد على اختلاف أنواعها أن الميعاد يبدأ من اليوم التالي للإجراء، فإذا كان الإجراء مقرراً بالأيام أو بالشـهور فلا يحسـب اليوم الذي يحصل فيه الإجراء وإنما يُحتسب من اليوم التالي له، وإذا كان الإجراء مقرراً بالساعات فلا تُحسب الساعة التي يحصل فيها الإجراء إنما من الساعة التالية له.[72].

فمثلاً إذا كان ميعاد الطعن بالأحكام يبدأ من تاريخ صدور الحكم أو تاريخ التبليغ

72 منذر الحلو، مرجع سابق، ص37،38.

إلى الخصم إذا كان الحكم غيابياً، فلا يحتسـب يوم صدور الحكم أو التبليغ إنما يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالي لصدور الحكم أو التبليغ، أي أن العد الزمني لحساب مدة الطعن تبدأ من اليوم التالي لصدور الحكم أو للتبليغ ولا يحسب اليوم الذي وقع فيه[73].

وتكمن العلة وراء عدم احتساب اليوم الأول أو الساعة الأولى التي تم فيها الإجراء أو الذي حدث فيها الأمر الذي يعتبره القانون مجرياً للميعاد، أن لا يتحول الميعاد المقرر بالأيام أو بالشهور أو بالأعوام إلى ميعاد يحسب بالساعات، وأن لا يتحول الميعاد المقرر بالساعات إلى ميعاد يحسب بالدقائق[74]، أي لتجنب كسور الأيام وكسور الساعة[75].

وتتبع هذه القاعدة بالنسـبة لجميع المواعيد سـواء كانت مقررة بالساعات أو الأيام أو الشهور أو السنين وبيان ذلك على النحو الاتي:

1. **إذا كان الميعـاد محـدداً بالأيـام** فإنه لا يحسـب اليوم الأول الـذي تم فيه العمل أو الواقعة بداية الميعاد ويبدأ الحساب من اليوم التالي:

أ. وتطبيقـاً علـى بدء الميعاد الكامل المحدد بالأيام مـا نصت عليه المادة (62) من قانون أصول المحاكمات والتي أعطت المدعى عليه فترة خمسـة عشـر يوماً من تاريخ تبلُغه بلائحة الدعوى لكي يقدم جواب عليها كتابياً، وبالتالي فلا يستطيع رئيـس القلم أو القاضي تعيين جلسـة للنظر في الدعـوى إلا بعد انقضاء ثلاثة أيام من تاريخ تبليغ المدعى عليه للمدعي أو في اليوم التالي لانقضاء الأجل[76]، فمثلاً إذا أُبلغ المدعى عليه بلائحة الدعوى يوم 2 فبراير فإن مدة خمسة عشر يوماً لتقديم لائحة جوابية تبدأ بـــ3 فبراير وتنتهي يوم 17 منه.

ب. وتطبيقاً على بدء الميعاد الناقص المحدد بالأيام ميعاد الطعن في الحكم القضائي فلا يحسب اليوم الذي صدر فيه الحكم أو الذي جرى في تبليغ هذا الحكم إذا

73 حسين أحمد المشاقي، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، دار الثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، ص 175: (وانظر كذلك نقض مدني رام الله رقم 145ـــ2010 وصادر بتاريخ 2010/10/17).

74 أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص674.

75 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص 57.

76 مي عصفور، مرجع سابق، ص20.

كان غيابيــاً، وإنما يحســب ميعاد الطعن من اليــوم التالي لصدور الحكم أو من اليوم التالي لتبليغه، فمثلاً إذا كان ميعاد استئناف ثلاثون يوماً وصدر حكم في 2 مارس فإن ميعاد الطعن يبدأ بتاريخ 3 مارس.

ج. وتطبيقاً على بدء الميعاد المرتد المحدد بالأيام فتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يوضح كيفية حسابها غير أن الفقه يعتبرها بمثابة الميعاد الكامل فيجري عليها أحكام الميعاد الكاملة مع مراعاة ما يميز هذه المواعيد من طبيعة خاصة تقتضي حساب هذه المواعيد حساباً عكسياً[77].

2. **أما إذا كان الميعاد محدداً بالشهور أو بالسنوات** فإن الميعاد يبدأ من اليوم التالي ثم تحســب الشــهور أو الســنين كاملة بصرف النظر عن عدد أيام الشهر أو السنة[78]، وتطبيقاً لذلك فإذا كان الميعاد المقرر شــهراً ويبدأ من تاريخ 16 فبراير فإنه ينتهي في 15 مارس بغض النظر عن عدد أيام الشهر، وكذلك الأمر إذا كان الميعاد محدداً بالســنين فلا ينظر إلى عدد أيام الســنة[79]، وتطبيقاً لذلك فإذا كان الميعاد المقرر لانقضــاء الخصومة حســب نص المادة (137) من قانــون أصول المحاكمات المدنية والتجارية هو مضي ســنتين على آخر إجراء صحيح تم فيها، فإذا كان آخر إجراء صحيــح من الخصوم كان بتاريخ 2010/02/01م، فإنه يبدأ حســاب الســنتين من 02/02/ 2010م، وتنقضــي الخصومــة إذا لــم يتخذ إجراء صحيح فيها من ميعاد أقصاه 01/02/ 2012م.

3. **أما إذا كان الميعاد بالساعات** فإنه لا تحسب الساعة التي يتم فيها العمل أو الواقعة بداية الميعاد، ويبدأ الحساب من الساعة التالية.

فمثلاً إذا تم الإعلان الساعة العاشرة أو العاشرة والنصف فإنه يبدأ حساب الميعاد من الساعة الحادية عشرة صباحاً[80].

77 أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص675.
78 وجدي راغب، مرجع سابق، ص257.
79 مي عصفور، مرجع سابق، ص21.
80 أحمد هندي، مرجع سابق، ص157.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني لم ينص على ميعاد الساعة رغم أهميته خاصــة أن المشــرع الفلســطيني قد ذكر في المــادة (9) فقــرة (5) [81] من قانون أصول المحاكمات ما يجب أن تشــمله ورقة التبليغ تاريخ وســاعة حصوله، ويكون بذلك المشرع الفلســطيني قد خالف ما نص عليه المشــرع المصري في المادة (61) من قانون المرافعات المصري والتي حددت النظر في الطلبات المســتعجلة بأربع وعشــرين ســاعة، ويجب أن ينتبه المشرع الفلسطيني إلى أهمية ميعاد الساعة في المواعيد الإجرائية[82].

وتجدر الإشــارة أيضاً إلى أن المشــرع الفلســطيني قد ذكر ميعاد الأسبوع من ضمن المواعيد الإجرائية على الرغم من ذكره ميعاد الأيام أيضاً من ضمن المواعيد والتي يعد من السهل حسابها دون تعقيد.

فإذا ما تعرضنا إلى مفهوم أو معنى الأسبوع في اللغة نجده أنه هو تمام سبعة أيام، وبالتالــي يكــون اليوم الثامن هو يوم اتخاذ الإجراء، وبالتالي فنحن نعود إلى عدد الأيام ويكون المشــرع هنا لم يأخذ وحدة زمنية خالصة مثل الشــهر والسنة، فالوحدة الزمنية للشــهر هــي تمام الثلاثين يوماً بغض النظــر عن عدد أيامه، وقد نصت المادة (70) من قانون أصول المحاكمات على أن: «يحدد القاضي جلســة يدعو فيها أطراف الخصومة للمثول أمامه خلال أسبوعين من تاريخ الإحالة».

فكلمــة «خــلال» تنص العودة إلى ذكر عدد الأيام وبالتالــي لا تكون هناك فائدة من ذكر الأسابيع ما دام أنه ذكر الأيام[83].

81 تنص مادة (5/9) على « يجب أن تشتمل ورقة التبليغ على البيانات الآتية:
- اسم المحكمة ورقم الدعوى أو الطلب.
- اسم طالب التبليغ وعنوانه وصفته ومن يمثله إن وجد.
- اسم المراد تبليغه وعنوانه وصفته.
- موضوع التبليغ.
- يوم التبليغ وتاريخه وساعة حصوله.
- اسم من يقوم بالتبليغ وتوقيعه.
- اسم وصفة من سلم إليه التبليغ وتوقيعه على النسخة المعادة إلى المحكمة».

82 انظر تفصيل لهذا الرأي، منذر الحلو، مرجع سابق، ص 35.

83 انظر تفصيل هذا الرأي، منذر الحلو، ص 36.

ولذلك أرى أنه يجب على المشرع الفلسطيني أن يضع ميعاد الساعة ويحذف ميعاد الأسبوع، وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد ساير التشريعات الأخرى.

ثانياً: حساب نهاية المواعيد:

والقاعدة في حســاب انتهاء مواعيد المرافعات أياً كان نوعها هي أن المواعيد تنتهي بانتهاء آخر لحظه من لحظات العمل الرسمي في اليوم الأخير لانتهاء الميعاد سواء كان ميعاداً كاملاً أو ناقصاً أو مرتداً[84].

وتطبيقاً لذلك فإذا تم الإعلان في الطلبات المســتعجلة الســاعة العاشرة صباحاً من يوم 2010/1/1م يكون ميعاد انتهاء الأربع والعشرين ساعة هي الساعة الحادية عشرة من صباح 2010/1/2م، ويكون تحديد الجلسة بعد انتهاء هذه الساعة[85].

أما إذا كان الميعاد محدد بالأيام، كأن يحدد بخمســة عشــرة يوماً، وكان الميعاد يبدأ يوم 2 فبراير فإنها آخر لحظه من لحظات العمل الرسمي يوم 17فبراير.

ويتــم العمل بنفس القاعدة الســابقة لحســاب نهايــة المواعيد والمدد في الســاعات والشهور والسنين[86].

الفرع الثاني

امتداد المواعيد والمدد وانقضائها

تنوعــت الحالات التي تمتد فيها المواعيد بتنوع الســبب المــؤدي إلى امتدادها، ومن وسائل مرونة المواعيد ما يقرره المشرع من امتدادها بسبب عطلة رسمية وبسبب مسافة الطريق، وبيان ذلك على النحو الاتي:

أولاً: الامتداد للعطل الرسمية:

نصــت المــادة (21) فقرة (3) من قانون أصول المحاكمات الفلســطيني على أنه «إذا

84 مصطفى عياد، مرجع سابق، ص 58.
85 أحمد هندي، مرجع سابق، ص 157.
86 مي عصفور، مرجع سابق، ص21.

صادف أخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها» ، ويطابق النص السابق ما نصت عليه المادة (18) من قانون المرافعات المصري على الامتداد للعطلة الرسمية.

ويقصد بالعطلة لغة: يقال عطل الدار (أخلاها)، والتعطيل (التفريغ) ويقال تعطل الرجل إذا بقى لا عمل له، والاسم عطلة[87].

ويقصد بالعطلة الرسـمية اصطلاحاً: الأيام التي تحددها السـلطات المختصة في الدولــة لتعطيــل العمــل في مصالحها ووزاراتها، وهذه العطــل تحدد بقرار من مجلس الوزراء ويصدر بها تعميماً عن ديوان الموظفين العام على كافة المؤسســات الحكومية[88].

ويتفق المشــرع الفلســطيني مع المشرع المصري على أنه إذا انتهت المواعيد من يوم عطلــة رســمية تمتد إلــى أول يوم يليه من أيام العمل، وتطبيقــاً لذلك فلو كان ميعاد الحضــور 2010/2/7، وكانــت تواريخ (10،9،8،7) عطلة رســمية فإن المدة تمتد إلى 2010/2/11، وكذلــك إذا صــادف آخر يوم في الحكم يوم الجمعة فإنه يمتد إلى أول يوم عمل يليه.

وعلــى ذلــك فالعطلــة لا تؤثر في الميعــاد إذا جاءت في بداية الميعــاد أو خلاله حيث لا تمتــد المواعيد بســبب أيام العطل التي تتخلل المواعيــد مثل أن يكون ميعاد الحضور أسبوعين فيتخلل جمعتان فلا يتأثر الميعاد بذلك[89]، أي أن العبرة بتمديد الميعاد بأخر يــوم فيــه [90]، ولا يجوز مد الميعــاد أكثر من هذا اليوم حتى لو كانت العطلة يوم أو أكثر من الميعاد، ويستوي في ذلك أن تكون العطلة معلومة للكافة من قبل كعطلة رأس السنة أو عطلــة عيــد العمال متى تعطلت المصالح الحكومية وتقــررت فجأة كالعطلة الناتجة عن وفاة الرئيس[91].

87 مشار إليه، منذر الحلو، مرجع سابق، ص41.

88 حجازي القرشلي ومحمد الحساينة: حقوق الموظف وواجباته، سلسلة الدليل، «دليل الموظف العام» ، سبتمبر، 2006، ص52.

89 منذر الحلو، مرجع سابق، ص42.

90 أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص677.

91 قرر مجلس الوزراء بتاريخ 2011/10/18 عطلة رسمية بمناسبة خروج الأسرى فهذه العطلة من العطل التي تقرر فجأة

ويشترط لكي تمتد المواعيد بسبب العطلة الرسمية الشروط الآتية[92]:

أن تأتي العطلة في آخر الميعاد، فلا يتأثر الميعاد إذا جاءت العطلة في بدايته أو خلاله، فإذا تخللت العطلة الميعاد فإنها تحسب من ضمن الميعاد[93].

لا يمتـد الميعــاد للعطلة إلا لمدة يوم واحد فقط، فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد العطلة، وذلك مهما كان عدد أيام العطلة[94].

ويمتد الميعاد بســبب العطلة ولو كان ممتداً بســبب المســافة لقيام ذات العلة في هذا الامتداد بشرط أن تقع في آخر يوم من ميعاد المسافة، لا في آخر يوم من الميعاد الأصلي[95].

وتكمــن العلــة من وراء امتــداد المواعيد تعويض صاحب المصلحــة عن اليوم المفقود إعمالاً لمبدأ المساواة بين الخصوم[96].

ويسري الامتداد على جميع المواعيد سواء كان مقدراً بالأيام أو الشهور أو بالسنين أو بالســاعات، وســواء كان الميعاد كاملاً أو ناقصاً، أما المواعيد المرتدة فلا يتصور أن تمتد لأن الامتداد يرد على نهاية الميعاد وليست بدايته، ونهاية الميعاد محددة سلفاً[97].

ثانياً: ميعاد المسافة:

نصت المادة (18) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أن:

« إذا أمـــرت المحكمــة بإجراء التبليغ حســب الفقرة (1) من هذه المادة، تحدد المدة التي يترتب على المراد تبليغه تقديم دفاعه وحضوره أمام المحكمة مراعية في ذلك بعد المسافة وسبل الانتقال وظروف الاستعجال» وكذلك نصت المادة (86) من قانون البينات الفلسطيني على أنه « إذا رفض الشاهد الحضور وجب على المحكمة تكليفه بالحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ لسماعه بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة».

92 أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1990، ص203.
93 أحمد هندي، مرجع سابق، ص164.
94 تفصيل 1983/6/16 طعن رقم
95 منذر الحلو، مرجع سابق، ص42.
96 مي عصفور، مرجع سابق، ص23.
97 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص677.

كما ونصت المادة (16) من قانون المرافعات المصري على أنه:»

1. إذا كان الميعاد معـيناً من القانــون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مســافة قدرها خمســون كيلو متراً بين المكان الذي يجب الانتقال إليه، وما تزيد من الكســور على الثلاثين كيلو متراً يزاد له يوم على الميعاد، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام».
2. ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود».

يتضح من النصوص السابقة أن كلاً من المشرع الفلسطيني والمشرع المصري قد أخذ بنظام امتداد المواعيد (ميعاد المسافة)

ويقصد بميعاد المسافة بأنه: «عبارة عن ميعاد إضافي يزداد على المواعيد المعينة في القانون للحضور أو مباشــرة إجــراء ما وذلك حاله ما إذا كان هناك مسافة بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه»[98].

فإذا حدد القانون ميعاداً لاتخاذ إجراء خلاله أو للحضور وكان الموطن الأصلي للملتزم بالميعــاد يبعــد عــن المقر الواجب اتخاذ الإجراء فيــه أو الحضور إليه كان له الحق في إضافة ميعاد مسافة إلى الميعاد المحدد له[99].

ويتضح من النصوص السابقة كذلك أن المشرع الفلسطيني وإن كان قد أخذ بميعاد المســافة إلا أنه لم يحدد المدة التي يجب أن تضاف عن كل مســافة، على عكس المشــرع المصري الذي حــدد المدة عن كل مســافة والذي بدوره أعطى الأشــخاص الذين يكون موطنهم في مصر يوم لكل خمســين كيلومــتر على ألا يتجاوز ميعاد المســافة أربعة أيام، باســتثناء مناطق الحدود الذي أعطاهم خمســة عشــر يوماً[100]، فيكون ميعاد المســافة بالنســبة لهم خمســة عشر يوماً[101]، كما أعطى الأشــخاص الذين يكون موطنهم خارج جمهورية مصر ميعاد مسافة بالنسبة لهم ستون يوماً.

98 مي عصفور، مرجع سابق، ص23.
99 أنور طلبة، مرجع سابق، ص287.
100 المناطق الحدودية هي مناطق الحدود وهي مناطق نائية تقع بالقرب من الحدود السياسية بين دولتين ولا تربطهما بالمدن ووسائل مواصلات منتظمة.
101 وجدي راغب، مرجع سابق، ص260،261 .

ويلاحــظ أن ميعاد المســافة ليس ميعاداً قائمــاً بذاته وإنما هو امتداد قانوني لميعاد آخــر، ولذا فإنه عندما يضــاف إليه ويتحد معه يصبحان ميعاداً واحداً (ميعاد أصلي+ ميعاد مسافة = ميعاد واحد)، وتكون العبرة بهذا الميعاد المركب[102].

على أنه لا يُعمل بميعاد المســافة على أســاس مـوطـن الأصيل إذا كان الإجراء قد اتخذ في مواجهــة وكيلــه، وفي موطنه الواقع بدائرة المحكمة وكان لهذا الوكيل الســلطة الكاملة في اتخاذ الإجراءات ومتابعتها، ففي هذه الحالة يقيد بموطن الوكيل لا بموطن الأصيل[103].

وكذلك لا يُعمل بميعاد المســافة لمن يقيم في الخارج إذا أعلن لشــخصه في مصر أو فلسطين أثناء وجوده بها لانتفاء الحكمة من منحه الميعاد وإنما يتمتع بالمواعيد المقررة لمن يكون موطنه في مصر أو فلسطين[104].

ويضاف ميعاد المســافة إلى الميعاد الأصل ســواء كان مقدراً بالأيام أو بالشــهور أو بالأعوام أو بالســاعات وســواء كان الميعاد كاملاً أو ناقصاً أو قانونياً أو قضائياً، أما في المواعيد المرتدة فلا يضاف إلى الميعاد الاتفاقي ميعاد المســافة على أســاس أنه راعي عند الاتفاق ملائمة المستبعد له[105].

ويلاحظ أنه إذا كان للمعلن إليه موطن مختار فتكون العبرة في موطنه المختار وذلك لأن القانون قد قصد بإلزامه بتعيين موطن مختار الســرعة في إعلان الأوراق اللازمة، ولأن الخصوم يكونون قد تنازلوا ضمناً عن ميعاد المسافة.

ولكــن إذا تم الإعــلان في الموطن الأصلي بدلاً من الموطن المختار فإن طالب الإعلان يكون قد تنازل عن ميزه اعطاها له المشــرع ويضاف ميعاد المســافة لخصمه محســوباً من الموطن الأصلي[106].

وإذا تسلسلت الإجراءات وتوالت معها المواعيد فإنه لا يجوز أن يُمنح إلا ميعاد مسافة واحد، يُضاف إلى الميعاد الأول، إذ بذلك تتحقق المصلحة في تمكينه من مباشرة الإجراء

102 مي عصفور، مرجع سابق، ص24.
103 منذر الحلو، مرجع سابق، ص29.
104 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص681.
105 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص682.
106 – أحمد هندي، مرجع سابق، ص171.

الأول، ولا معنى بعد ذلك لمنحه ميعاد مسافة في كل مرة[107].

ويلاحظ أن ميعاد المســافة بعد إضافته للميعاد الأصلي يلتحم به ويصبحوا ميعاداً جديداً فإذا كان آخر يوم منه عطلة رسمية يمتد إلى اليوم الذي يليه[108].

وتكمن الحكمة من وراء هذه المواعيد هو تحقيق العدالة على الوجه الأكمل بحيث يمنح مــن يبعــد موطنه عن المكان الذي يتعين فيــه الحضور أو اتخاذ إجراء فيه، فلا يتميز عليه خصمه الذي يقيم في الموطن الذي يتعين الحضور منه أو الذي سيتم اتخاذ الإجراء فيه[109].

ثالثاً: انقضاء ووقف المواعيد:

ليست هناك ساعة محددة ينقضي بها الميعاد، فالميعاد ينقضي بانقضاء آخر يوم من أيامه، لأن هذه الساعة هي التي تفصل اليوم عن اليوم الذي يليه[110].

على أنه يجب مراعاة أنه إذا كانت الإجراءات المطلوبة مما تســتلزم مباشــرتها من قلــم المحكمــة فإن الميعاد ينقضي بانقضاء الســاعة التي تقفــل فيها هذه الأقلام طبقاً للوائح تنظيم العمل، أما بالنسبة لانقضاء موعد تسليم الإعلانات (التبليغ) فإنه ينقضي بانقضاء الســاعة التي يصح فيها الإعلان وهي الســابعة مساءاً طبقــاً لنص المادة (8) من قانون أصول المحاكمات أو بانقضاء الساعة التي أذن القاضي بالإعلان فيها[111].

وإذا انقضى الميعاد ترتب على ذلك بطلان الإجراء المتخذ أو سقوط الحق في إتخاذ الإجراء، أما الحق الموضوعي فلا يسقط.

أما عن وقف الميعاد فإن المواعيد تتأثر بصفة عامة إذا ما وجدت ظروف غير عادية تخل بســير الحياة العامة، كما إذا وقعت بعض الكوارث الطبيعية أو أثيرت فتن داخلية أو وقع اعتداء خارجي وما إلى غير ذلك من مظاهر القوة القاهرة[112].

107 منذر الحلو، مرجع سابق، ص 29.
108 أحمد هندي، مرجع سابق، ص173.
109 منذر الحلو، مرجع سابق، ص25.
110 مي عصفور، مرجع سابق، ص26.
111 أحمد هندي، مرجع سابق، ص174.
112 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص684.

فالقــوة القاهــرة توقف المواعيــد الحتمية إذ تقضي العدالة عدم ســريان هذه المواعيــد إلــى حين زوال المانع أما إذا الميعاد لم يكن بدأ أصلاً فإنه لا يبدأ إلا بعد زوال المانع[113].

ويقصــد بالقــوة القاهرة:[114] «بأنها حادث لا يمكــن للخصم أن يتوقعه ولا يمكن أن يدفعه وخارج عن إرادته، ويترتب عليه أن يصبح هذا الخصم في حالة استحالة مطلقة تحول بينه وبين اللجوء إلى القضاء

للمطالبــة بحقوقــه ومراكزه القانونية أو للدفاع عنها أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايتهــا أو تنفيــذ الواجبات والاعباء الإجرائية الملقاة علــى عاتقه في الميعاد الذي حدده المشرع[115].

ويتضح من هذا التعريف بأنه لوجود القوة القاهرة الشروط الآتية[116]:

- **الشــرط الأول:** أن يكــون الحادث غير متوقع، فــإذا أمكن توقع الحادث فإنه لا يعتبــر قوة قاهرة حتى لو اســتحال دفعه ويقدر شــرط عــدم التوقع وفقاً لمعيار موضوعي لا شخصي.
- **الشرط الثاني:** أن يكون الحادث مستحيل دفعه والتغلب عليه من قبل الخصوم، ولذلك يجب على الخصم أن يبذل كل ما في وسعه للمحافظة على حقوقه ومــركزه القانونــي في الميعاد المحدد، ويقدر شــرط عــدم التوقع وفقاً لمعيار موضوعي لا معياراً شخصياً.

113 أحمد هندي، مرجع سابق، ص 174.

114 وهناك جانب من الفقه بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، واختلفوا حول ميعاد التفرقة بينهما فذهب رأي إلى أن القوة القاهرة هذا الحادث الذي لا يمكن دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي يمكن توقعه.
وذهب رأي آخر إلى أن القوة القاهرة يستحيل دفعها استحالة مطلقة، أما الحادث الفجائي فيستحيل دفعه استحالة نسبية.
ذهب رأي ثالث: إلى أن القوة القاهرة ترجع إلى أمور خارجية كالحرب أو الزلازل أو الصواعق فيرجع إلى أمور داخلية تتصل بنشاط المدين كإنفجار عجلة السيارة أو انفجار آلة .
إلا أن الرأي الراجح في الفقه لا يفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي.

115 مشار إليه، منذر الحلو، مرجع سابق، ص44.

116 منذر الحلو، مرجع سابق، ص45،46.

- **الشرط الثالث:** أن يكون الحادث أجنبياً خارجاً عن إرادة الخصوم، أي لا دخل لإراداتهم في هذا الحادث ولا يد لهم فيه، ولم يكن نتيجة تقصيرهم أو إهمالهم.
- **الشرط الرابع:** أن يترتب على الذي يتمسك به الخصم استحالة مطلقة للقيام بالإجراء في ميعاده المقدر قانوناً، وتكون الاستحالة هنا استحالة مطلقة وليست نسبية.

فإذا توافرت هذه الشروط كان الحادث قوة قاهرة وبالتالي يظل الميعاد موقوفاً طوال فترة قيام المانع، ويتم حساب المدة التالية (الموقوفة) بعد زوال المانع ويضاف إليها المدة التالية (الموقوفة) مما يؤدي إلى استكمال قدر الميعاد[117].

ويلاحظ أن المشرع الفلسطيني وكذلك المشرع المصري لم يستخدموا صراحة تعبير القوة القاهرة في قانون أصول المحاكمات الفلسطيني أو قانون المرافعات المصري[118]، ولا يعني هذا أن المشرعين الفلسطيني والمصري لا يعتدوا بهذه الفكرة التي استخدمها كلا من المشرعين تدل على القوة القاهرة.

فقد نصت المادة (197) من قانون أصول المحاكمات الفلسطيني على أنه «يترتب على وفاة المحكوم عليه أو إعلان إفلاســه أو فقد أهليته أو زوال صفة من كان يمثله قانوناً خــلال ميعــاد الطعن انقطاع هذا الميعاد، ولا يعود للســريان إلا مــن تاريخ تبليغ الحكم لورثته أو من يقوم مقامه».

ويقابلها وبنفس المعنى المادة (216) من قانون المرافعات المصري «يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو بفقد أهليته للتقاضي أو بزوال صفة من كان يباشــر الخصومة عنــه ولا يــزول الوقــف إلا بعد إعلان الحكم إلى من يقوم مقــام الخصم الذي توفى أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفته»[119] والحقيقة أن انقطاع الخصومة ليس إلا صورة من صور الوقف أو بعبارة أخرى هو وقفها لأسباب معينة.

117 أحمد هندي، مرجع سابق، ص 174.

118 نصت المادة (181) من القانون المدني الفلسطيني . إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو خطأ من المضرور، أو خطأ الغير، كان من غير الملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

119 مع وجود اختلاف بسيط حيث استخدم مشرع مصري كلمة وقف المعيار بينما مشرع فلسطيني استخدم كلمة انقطاع معيار.

خاصــة وأن المشــرع رتــب على الانقطــاع نفس الأثــر المترتب علــى الوقف في كون الإجراءات تتوقف وفي أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء خلال فترة الوقف وتستأنف الخصومة سيرها من عند هذه النقطة[120].

هذا ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الحادث الفجائي الخاص بشخص معين، فإذا أصيب الشخص في حادث فلا يمكن التسليم بوقف الميعاد الحتمي الذي يسري في حقه، لعدم إمكانية إثبات أو إحكام هذه المسألة[121].

كذلك لا يعتبر تغير الموطن من قبيل القوة القاهرة الذي يوقف سريان الميعاد[122] كما لا يعتبر وفاة المحامي[123] من قبيل القوة القاهرة أيضاً.

وتجدر الإشارة أخيراً أنه عند احتساب الميعاد بعد زوال القوة القاهرة، يجب الاعتداد بالمدة السابقة عليها، وبالتالي يمكن استئناف السير في الخصومة من النقطة التي كانت عليها قبل الانقطاع[124].

وهنا لا توجد أي زيادة في قدر الميعاد[125] وإنما هي مجرد تأخير في إتخاذ الإجراءات، وهذا التأخير يقاس بالمدة التي استغرقتها القوة القاهرة[126].

120 منذر الحلو، مرجع سابق، ص43.
121 أحمد هندي، مرجع سابق، ص175.
122 (نقض مصري بتاريخ 1968/2/20م مشار إليه لدى: أحمد هندي، مرجع سابق، ص174.
123 نص المادة (3/128) على أنه «لا ينقطع السير في الدعوى بوفاة حالتي الوفاة والتنحي».
124 منذر الحلو، مرجع سابق، ص48.
125 ذهب جانب من الفقه على اعتبار القوة القاهرة سبب من أسباب امتداد المواعيد.
126 أحمد هندي، مرجع سابق، ص175.

الخـاتمــة

تناولــت في هــذا البحث موضوع المدد والمواعيد المقررة قانوناً وقمت بتقســيمه إلى مطلبين.

تناولت في المطلب الأول ماهية المواعيد والمدد وأنواعها وذلك من خلال فرعين تناولنا في الفــرع الأول تعريــف المواعيد والمدد لغــةً واصطلاحاً وتوصل إلى أن المواعيد والمدد هي: « الفترة الزمنية الواجب العمل خلالها للقيام بالإجراء أو البدء أو الانتهاء منه أو الامتناع عن القيام به خلالها أو البدء بالعمل بعد انقضائها، والمحددة عادة بالسنين أو الشهور أو الأسابيع أو الأيام أو حتى بالساعات، التي أوجب القانون إتباعها وإلا ترتب على عدم مراعاتها ســقوط الحق أو الحكم ببطلانه»، وبينا أهداف المدد والمواعيد من خلال أهمية المدد والمواعيد.

وتناولــت في الفــرع الثاني من المطلب الأول أنواع المدد والمواعيد فإذا ما نظرنا إلى المواعيد من حيث طبيعة المصدر نجدها تنقســم إلى مواعيد قانونية ومواعيد قضائية وإذا ما نظرنا إلى المواعيد من حيث كيفيه احتســابها نجدها تنقســم إلى ثلاثــة أنواع وهــي المواعيد الناقصة، والمواعيد الكاملــة، والمواعيد المرتدة، وإذا ما نظرنــا إلــى المواعيــد من حيث الجــزاء المترتب على مخالفتها نجدها تنقســم إلى مواعيد تنظيمية ومواعيد حتمية.

وتناولــت في المطلــب الثاني الأحكام العامة في احتســاب المواعيد والمدد وبينا كيفية حساب بداية المدد والمواعيد ونهايتها من خلال بيان القواعد التي تحكم بداية المواعيد ونهايتهــا وبيان كيفية احتســاب المواعيد الناقصة والمواعيد المرتــدة والمواعيد الكاملة، كما وتناولت في الفرع الثاني امتداد المدد والمواعيد وانقضائها وبينا كيف يكون امتداد المواعيــد ســواء كان امتداد لعطله ســواء كانت رســمية، أو تقررت فجــأة امتد الميعاد للمســافة وبينا كيف ينقضي الميعاد بانقضاء آخر يوم من أيام الميعاد وكيف تؤثر القوة القاهرة على وقف المواعيد.

التـوصيــات

نوصي المشــرع الفلســطيني بالأخذ بالتقويم الهجري بدلاً مــن التقويم الميلادي وذلك لأن الدين الرســمي في فلســطين هو الدين الإسلامي وأن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشــريع وهناك قوانين أخذت بالمواعيد للشهر الهجرية كقانون الأحوال الشخصية.

نوصي المشــرع الفلســطيني بأن يأخذ بميعاد الساعة ويحذف ميعاد الأسبوع وذلك لأنه إذا ما تعرضنا إلى مفهوم أو معنى الأسبوع في اللغة نجده أنه هو تمام سبعة أيام، وبالتالــي يكــون اليوم الثامن هو يوم اتخاذ الإجراء، وبالتالي فنحن نعود إلى عدد الأيام ويكون المشرع هنا لم يأخذ وحدة زمنية خالصة مثل الشهر والسنة.

المـراجــع

أولاً: الكـتـب:

1. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة 2011.
2. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعية للنشــر، دون طبعة، دون دار نشر.
3. أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، دون طبعة، دون دار نشر.
4. أنــور طلبــة، موســوعة المرافعــات المدنيــة والتجاريــة، جــزء أول، منشــأة المعارف بالإسكندرية، 1990.
5. حســين أحمــد المشــاقي، الوجيز في شــرح قانــون أصول المحاكمــات المدنيــة والتجارية الفلسطيني، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
6. دليل الموظف العام، صادر عن ديوان الموظفين.
7. عبد الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية، منشأة المعارف، طبعة ثانية،1996.
8. مصطفى عياد، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، مكتبة القدس، الطبعة الأولى.
9. وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1977.

ثـانيـاً: الأبحاث والرسائل العلمية:

1. منــذر رشــدي الحلو، المواعيد الإجرائية مــن قانون أصول المحاكمــات المدنية والتجارية الفلسطيني، معهد البحوث والدراسات القانونية، 2007.
2. مي عصفور، المواعيد والمدد من قانون الإجراءات الجزائية الفلســطيني، جامعة الأزهر، غزة ، 2010م..
3. ســاهر الوليد- بحث بعنوان المعالجة التشــريعية للمواعيد الخاصــة بإجراءات التحقيق الابتدائي- مجلة جامعة الأزهر-غزة، سلسلة العلوم الإنسانية2011 ، المجلد13 ، العدد(1)

ثـالـثـاً: القــوانيـن:

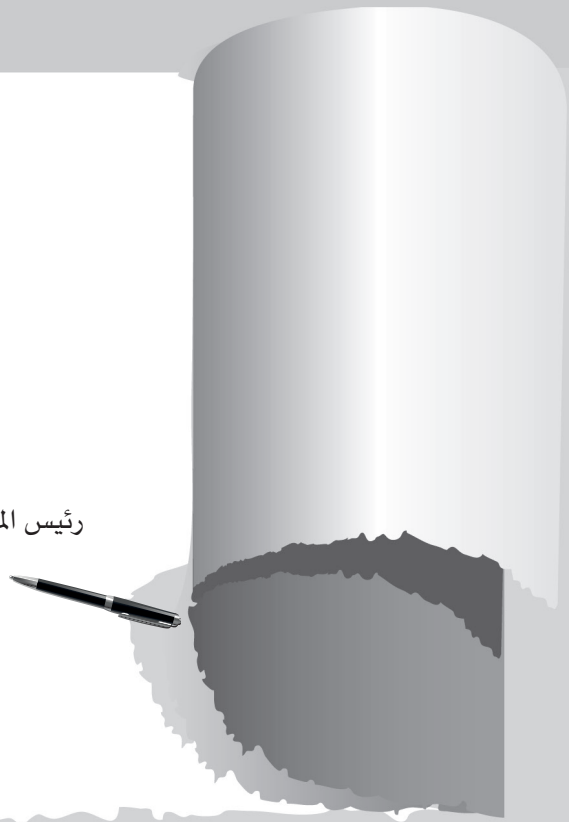
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل 2005م.
- قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001م.
- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنه 2012م.

علم الفرائض (الميراث)

القاضي صالح ابو زيد

رئيس المكتب الفني في المجلس الاعلى للقضاء الشرعي

قاضي المحكمة العليا الشرعية



تعريف علم الفرائض:

الفرائض: جمع فريضة، وهي مشتقه من الفرض ويعني التقدير.

واصطلاحاً: تقدير سهام الورثة في الميراث.

علم الفرائض: هو فقه المواريث وحسابها. وسمي علم الفرائض لاشتماله على الحقوق المفروضة،أخذاً من قوله تعالى :{ نصيباً مفروضا}.

الميراث (التركه):- ما تركه الميت من أموال وحقوق يستحقها بموته الوارث الشرعي.

- **اركان الميراث:**
  - المورث: الميت حقيقة أو حكماً (المفقود الذي حكم بموته).
  - الوارث: الحي الذي ينتمي الى الميت بسبب من اسباب الارث.
  - الموروث: التركه(ما يخلفه الميت، مالاً او حقاً).

- **أسباب الميراث:**

1. النسب (القرابه) وهي من ثلاث جهات:
   - جهة الأصول وهم من ينتمي اليهم الميت (آباء، أمهات، أجداد، جدات).
   - جهة الفروع:- وهم من ينتمون الى الميت الاولاد وأولادهم.
   - جهة الحواشي:- وهم من ينتمون الى أبوي الميت، وأجداده من الاخوة وأولادهم والأعمام وأولادهم.
2. النكاح:- وهو عقد الزوجية وبه يتوارث الزوجان، ولو لم يكن دخول أو خلوة.
   - ويتوارث الزوجان في الطلاق الرجعي (أجماعاً) ما دامت الزوجه في العده.
   - وترثه زوجته في عدة الطلاق البائن كبرى، ان طلقها في مرضه المخوف(أي الذي مات فيه) بقصد حرمانها من الميراث معامله له بنقيض مقصوده.
3. الــولاء:- وهي عصوبه سببها نعمة المعتق على عتيقه بالعتق.ويورث به من جانب واحد، فالسيد هو الذي يرث عبده الذي أعتقه ولا يرث العبد سيده إلا بعد فقد جهات التعصيب الاخرى او قيام مانع بها.

- **شروط الميراث:**

1. موت المورث حقيق أو حكماً (المفقود).
2. تحقق حياة الوارث ولو للحظه بعد موت المورث.
3. عدم وجود مانع من موانع الارث.

- **موانع الإرث**

1. الرق (فلا يرث و لايورث..).
2. القتل: اذا قتل الوارث مورثه فإنه يحرم من الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم (ليس للقاتل من تركة المقتول شيء) ويشمل القتل الموجب لقصاص أو الكفاره.
3. اختلاف الدين: قال صلى الله عليه وسلم(لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم).

الحقوق المتعلقة بالتركه:- يتعلق بالتركة حقوق أربعه مرتبه حسب أولويتها إن ضاقت التركه عن استيعابها :-

1. تجهيز الميت للدفن.
2. قضاء ديونه ان مات مديناً.
3. تنفيذ ما أوصى به قبل موته في الحد المقرر شرعاً.
4. توزيع ما بقي على الورثة.

- قال تعالى: {من بعد وصية يوصي بها أو دين}. ظاهر الآية الكريمة يدل على أن الوصية مقدمة على الدين، مع أن الأمر بالعكس، وهو أن الدين مقدّم، فتقضى ديون الميت ثم تنفذ وصاياه، وهكذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم.
- وروي عــن علــي رضــي الله عنه أنه قــال : (انكم لتقرأون هــذه الآية:{ من بعد وصية يوصي بها أو دين} وان رســول الله صلى الله عليه وســلم قضى بالدين قبل الوصية).

- وجه الحكمة: لعل الحكمة في هذا التقديم، أن الدين ثابت في الذمه قبل الوفاة وبعدها، وله مطالب من قبل الناس (وهو الدائن)، يطالب به الورثة ويلاحقهم، بخــلاف الوصيــة فإنها تبرع محض، وليس هناك مطالب بها من البشــر، فلئلا يتهاون الناس في أمرها، وتشــح نفوس الورثة بأدائها قدمها الله تبارك وتعالى في الذكر.

- **سبب نزول آية المواريث:**

روي في سبب نزول آية المواريث روايات عديدة، منها ما هو في البخاري وسلم (في الصحيحين) وهي أن امرأة سعد بن الربيع،جاءت رسول الله صلى الله عليه وســلم بإبنتيها من ســعد. فقالت:يا رســول الله هاتان ابنتا ســعد بن الربيع، قتل أبوهمــا معــك في أحد شــهيدا، وأن عمهمــا أخذ مالهما، فلم يــدع لهما مالاً، ولا تنكحــان إلاّ بمــال. فقال صلى الله عليه وســلم: يقضــي الله في ذلك. فنزلت آية المواريث {يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين} فأرســل رســول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما: أن أعط ابنتي سعد الثلثين. وأمهما الثمن، وما بقي فهو لك)..

تصرف العم هنا: حسب ما كان سائداً في الجاهلية، حيث كانت المرأة لا تعطي شيئاً من الإرث بحجة انها لا تقاتل، ولا تدافع عن حمى العشيرة.

وكان العربي يقول: (كيف نعطي المال من لا يركب فرساً ولا يحمل سيفاً ولا يقاتل عدوا). فكانوا يمنعونها من الارث كما يمنعون الصغير. ولما نزلت آيات المواريث، كبر ذلك على العرب، فكانوا يودّون أن ينسخ ذلك الحكم، لأنه كان يخالف ما اعتادوه و ألفوه.

- **أصحاب الفروض:-**

أصحاب الفروض (سواء بنص الكتاب، أو بالسنة، أو بالإجماع) اثنا عشر نفراً اربعة من الرجال وثمانية من النساء.

أما الأربعة من الرجال فهم :-

1. الاب. 2. الجد الصحيح (أب الاب) 3. الاخ لام. 4. الزوج.

وأما الثمانية فهن:-

1. الام 2. البنت. 3. الاخت الشقيقه
4. بنت الابن وان نزلت. 5. الأخت لأب. 6. الأخت لام
7. الام. 8. الجده الصحيحة (سواء كانت لأب أو لام).

أولاً:- حالات ميراث الأب

للأب أحوال ثلاثة:

- السدس – وهو الفرض المطلق، وهو اذا كان للميت ابن فأكثر،او ابن ابن فأكثر وان نزل.
- السدس والباقي- (وهو الفرض والتعصيب) وذلك اذا كان للميت بنت او بنت ابن.
- التعصيب المحض- وهو اذا لم يكن للميت أولاد أو اولاد ابن وان سفلوا.

أمثلة : الحالة الأولى:

- مات فلان وترك أب وابن، أو أب وأكثر من ابن.

	ت	6
1/6	اب	1
الباقي	ابن	5

ت	12
اب	2
ابن	5
ابن	5

ت	6
اب	1
ابن	1
ابن	1
ابن	1
ابن	1
ابن	1

أمثله على الحالة الثانية:-

- مات فلان وترك أب وبنت، أب وبنتين، أب وبنت ابن:

	ت	6	2/اختصار
1/6	اب	3	1 السدس والباقي
1/2	بنت	3	1

ت	6	3/اختصار
اب	2 سدس الباقي	1
بنت	2	1
بنت	2	1

	ت	6	2/ اختصار
1/6	اب	2+1 سدس وباقي	1
1/2	بنت ابن	3	1

ت	6	
أب	1+1	سدس و باقي
بنت ابن	1	
بنت ابن	1	
بنت ابن	1	
بنت ابن	1	

أمثله على الحالة الثالثة:-

- مات فلان وترك أب فقط. أب وزوجه، أب وأم.

ت	4
أب	3
زوجه	1

ت	1
أب	1 كل المال

ت	3
أب	2
أم	1

ثانيا: أحوال الجد:

- الجـد كالأب في أحواله الثلاث إلا أنه يحجب بالأب (أي لا يرث معه).

ت	6	6	2/اختصار
جد	+1 الباقي	3	1
بنت	1/2	3	1

أمثله:

ت	6
جد	1
ابن	5

ت	1
أب	له كل المال
جد	م / مجوب

ت	1
جد	له كل المال

ثالثا: أحوال الزوج:

- للزوج حالتان:

(الاولى) النصـف اذا لم يكن لزوجتة المتوفاه ولد.

(الثانية) الربع اذا كان لزوجته المتوفاه ولد.

أمثله: الحالة الاولى: ماتت فلانة وتركت: اب، زوج فقط

ت		2
زوج	1/2	1
أب	1/2	1

- ماتت وتركت زوج،أب،جد لاب.

ت		2
زوج	1/2	1
أب	1/2	1
جد	محجوب	م

ت	2	
زوج	1	1/2
جد	1	1/2

أمثله: الحالة الثانية:- ماتت فلانه وتركت زوجاً، وابناً.

ت		4
زوج	1/4	1
ابن	الباقي	3

- ماتت فلانة وتركت زوجاً وابناً وبنتاً.

ت		4
زوج	1/4	1
ابن	الباقي	2
بنت		1

ت	4
زوج	1
ابن ابن	2
بنت ابن	1

- ماتت وتركت زوجا وابن ابن.

ت	4
زوج	1
ابن ابن	3

رابعا: أحوال الزوجة.

للزوجة حالتان:

1. الربع – ان لم يكن لزوجها المتوفى ولد.
2. الثمــن- ان كان له ولــد، وإذا تعددت الزوجات يشتركن في الفرض.

أمثلــه على (الحالة الاولــى): مات وترك زوجه وأب أو جد.

ت	4
زوجة	1
جد أو أب	3

ت	12
زوجه	1
زوجه	1
زوجه	1
جد	9

أمثلة الحالة الثانية:مات عن زوجة وابن.

ت	8
زوجة	1
ابن	7

ت	24	8
زوجة	3	1
بنت	12	4
اب	9 1/6 = الباقي	3

ت	24
زوجة	1
زوجة	1
زوجة	1
ابن ابن	21

ت	24
زوجة	1
زوجة	1
زوجة	1
ابن ابن	21

خامساً: أحوال الأخوة لام والأخوات لام. ولهم أحوال ثلاث:

1. السدس- اذا كان واحداً ذكراً كان أو أنثى.
2. الثلــث- للجمــع (وهو مــا زاد عن واحــد) ولا تفاضــل في القســمه بين الذكر والأنثى لكونهم شــركاء في الثلث بنص القران والتشــريك يقتضي التسوية.
3. الحجــب – ان كان للميت ولد وان ســفل، وكــذا ان كان له أب أو جد صحيح وان علا.

أمثلة الحالة الأولى (السدس).

ت		6
زوج	1/2	3
اخ شقيق	الباقي	2
اخ لام	1/6	1

ت		12
زوجة	الربع	3
أخت لام	السدس	2
أخ لأب	الباقي	7

أمثلة الحالة الثانية: (الثلث)

ت	12	
زوجة	3	
أخت لام	2	شركاء في الثلث
أخ لام	2	
شقيق	5	

ت	6	
زوج	3	
أخ لام	1	شركاء في الثلث
أخت لام	1	
عم	1	

ت	4
زوجة	1
بنت	2
أخوة لام	م /محجوبة
شقيق	1

أمثلة الحالة الثالثة: (الحجب).

ت	2
زوج	1
أب	1
أخت لام	م /محجوبة

ت	4
زوج	1
ابن	3
أخوة لام	م /محجوبة

ت	2
زوجة	1
جد	1
أخ لام	م /محجوبة

سادساً: أحوال بنات الصلب (بنات الميت).

لبنات الصلب أحوال ثلاثة:

1. النصف – للواحدة.
2. الثلثان- للجمع (لما فوق الواحدة).
3. التعصيب – مع اخوتهن على سبيل التفاضل للذكر مثل حظ الانثيين.

امثلة الحالة الاولى:

ت		2
بنت	نصف	1
أب	سدس + باقي	1

ت		4
زوج	الربع	1
بنت	النصف	2
عم	الباقي	1

ت		8
زوجة	الثمن	1
بنت	النصف	4
شقيق	الباقي	3

امثلة الحالة الثانية:-

ت		12
زوج	الربع	3
بنت	الثلثين	4
بنت		4
أخ لأب	الباقي	1

ت		72	3×24 عدد رؤوس البنات
زوجة	الثمن	9	
بنت	الثلثين 2/3	16	
بنت		16	
بنت		16	
شقيق	الباقي	15	

ت	8
زوجة	1
ابن	2
ابن	2
بنت	1
بنت	1
بنت	1

أمثلة الحالة الثالثة:-

ت	4
ابن	2
بنت	1
بنت	1

سابعاً: أحوال بنات الابن:لهن احوال ست:

1. النصف للواحدة.
2. الثلثان للجمع.
3. السدس (أن كان للميت بنت صلبية واحدة تكملة الثلثين).
4. يســقطن (أن كان للميت جمع من البنات).
5. (ان كان معهــن أخ او ابــن اخ (وان سفل) يعصبهن). فإنهن يرثن معه بالتفاضل للذكر مثل حظ الانثيين مع وجود البنات الصلبية.
6. يسقطن اذا كان للميت اولاد ذكور.

أمثلة على الحالة الأولى:

ت		2
جد	1+1/6 الباقي	1
بنت ابن ابن	1/2	1

ت		2
أب	1/6 + الباقي	1
بنت ابن		1

أمثلة على الحالة الثانية:

ت		3
بنت ابن	2/3	1
بنت ابن		1
عم	الباقي	1

ت		9
بنت ابن	2/3	2
بنت ابن		2
بنت ابن		2
شقيق	الباقي	3

أمثلة الحالة الثالثة:

ت		6
بنت	1/2	3
بنت ابن	1/6	1 تكملة الثلثين
عم	الباقي	2

ت		12
بنت	1/2	6
بنت ابن	1/6	1
بنت ابن		1
أخ لأب	الباقي	4

أمثلة الحالة الرابعة:-

ت			
بنت	2/3	2	1
بنت			1
بنت ابن	محجوبة	م	م
عم	الباقي	1	1

ت		
بنت	2/3	2
بنت		2
بنت		2
بنت ابن	محجوبة	م
أخ شقيق	الباقي	3

أمثلة الحالة الخامسة:-

ت		
بنت	2/3	3
بنت		3
بنت ابن	الباقي	1
ابن ابن		2

ت		
بنت	2/3	2
بنت		2
بنت		2
بنت ابن	الباقي	1
ابن ابن ابن		2

أمثلة الحالة السادسة:-

ت			
ابن	المال له	1	
بنت ابن	محجوبة	م	
ابن ابن	محجوب	م	

ت		
ابن	المال لهما بالتفاضل	2
بنت		1
بنت ابن	محجوبون	م
بنت ابن		م
ابن ابن		م

ثامنا: أحوال الأخوات الشقيقات:-

1. النصف للواحدة.
2. الثلث للجمع.
3. الباقــي بالتعصيــب مــع إخوتهن بالتفاضل للذكر مثل حظ الأنثيين.
4. يسقطن إذا كان للميت ابن أو ابن ابن
5. الباقي بالتعصيب مع بنات الصلب، أو بنــات الابــن. عمــلا بالحديث (اجعلــوا الأخــوات مــع البنــات عصبات).

أمثلة الحالة الأولى (النصف):-

ت		
زوج	1/2	1
أخت	1/2	1

ت		
زوجة	1/4	1
شقيقة	1/2	2
عم	الباقي	1

أمثلة الحالة الثانية (الثلثين):-

ت		3
شقيقه	2/3	2
شقيقه		2
أخوة لام	1/3	1

ت		18
شقيقه	2/3	4
شقيقه		4
شقيقه		4
أخ لام	1/6	3
عم	الباقي	3

أمثلة الحالة الثالثة:-

ت	3	
شقيق	2	بالتفاضل بينهما
شقيقة	1	

ت		6
شقيق	الباقي	2
شقيقه		1
شقيقه		1
شقيقه		1
أخ لام	1/6	1

أمثلة الحالة الرابعة (السقوط):-

ت		1
ابن	له كل المال	1
شقيقه	محجوبة	م

ت		1
ابن ابن	له كل المال	1
شقيقه	محجوبة	م

ت		1
أب / جد	له كل المال	1
شقيقيه	محجوبة	م

أمثلة على الحالة الخامسة (التعصيب مع بنات الصلب وبنات الابن):-

ت		2
بنت ابن/ بنت	1/2	1
شقيقه	الباقي	1

ت		6
بنت	1/2	3
بنت ابن	1/6	1
شقيقه	الباقي	2

ت		6
بنت	2/3	2
بنت		2
شقيقه	الباقي	1
شقيقه		1

التاسعة: أحوال الأخوات لأب:-

1. النصف للواحدة.
2. الثلثان للجمع.
3. السدس مع الأخت الشقيقة.
4. الباقــي بالتعصيب مع الأخوة لأب بالتفاضــل بينهــم للذكر مثل حظ الأنثيين.

5. لا يرثن مع جمع الأخوات لأبوين إلا إذا كان معهن أخ يعصبهن فيأخذن الباقي معه بالتفاضل.
6. (الباقــي عصوبة) مــع بنات الميت وبنات أبنائه.
7. (يسقطن)

- بالابن وابن الابن – وان سفل .
- بالأب والجد الصحيح.
- الأخ الشقيق.
- الشقيقة إذا كانت مع بنات الصلب أو مع بنات الابن.

أمثله النصف والثلثين:-

ت		2
زوج	1/2	1
أخت لأب	1/2	1

ت		12
زوجة	2/4	3
أخت لأب	2/3	4
أخت لأب		4
عم	باقي	1

أمثلة عدم الإرث مع الشقيقات إذا كن جمعاً:-

ت		3
شقيقة	2/3	1
شقيقة		1
أخت لأب	محجوبة	م
لأخوة لام	1/3	1

ت		9
شقيقه	2/3	2
شقيقه		2
شقيقه		2
أخوات لأب	محجوبة	م
عم	الباقي	3

أمثلة السدس:

ت		6
شقيقه	1/2	3
أخت لأب	1/6	1
أخوة لام	1/3	2

ت		12
شقيقه	1/2	6
أخت لأب	1/6	1
أخت لأب	1/3	1
أخوه لام		4

أمثلة إذا كان معهن من يعصبهن:-

ت		9
شقيقه	2/3	3
شقيقه		3
أخ لأب	الباقي	2
أخت لأب		1

ت		12
شقيقه	2/3	4
شقيقه		4
أخ لأب	الباقي	2
أخت لأب		1
أخت لأب		1

أمثلة التعصيب مع البنات وبنات الابن:-

ت		
بنت	1/2	1
أخت لأب	1/2	1 الباقي

ت		
بنت ابن	1/2	1
أخت لأب	الباقي	1

أمثلة السقوط:-

ت	1	
ابن/ابن الابن/أب/ جد/ شقيق	1	المال له
أخت لأب	م	محجوبة

ت		4	2
بنت	1/2	2	1
شقيقه	الباقي	2	1
أخت لأب	محجوبه	م	م

عاشراً: أحوال الأم لها أحوال ثلاث:-

1. السدس/ إذا كان للميت ولد (ذكر، أنثى) أو ولد ابن وان سفل/ أو اثنين من الأخوة والأخوات فأكثر من أي جهة كانوا.
2. ثلث الكل / عند عدم من ذكر.
3. ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين مع الأب.

أمثلة السدس:

ت		6
ابن	الباقي	5
أم	1/6	1

ت		6
ابن ابن	الباقي	5
أم	1/6	1

ت		6
بنت	1/2	3
شقيق	الباقي	2
أم	1/6	1

ت		6
بنت ابن	1/2	3
أخ لأب	الباقي	2
أم	1/6	1

أمثلة ثلث الكل:-

ت		6
أم	1/3	2
أخ لام	1/6	1
عم	الباقي	3

ت		6
زوج	1/2	3
أم	1/3	2
أخت لام	1/6	1

ت		3
أب	الباقي	2
أم	1/3	1

أمثلة ثلث الباقي:-

ت		6
زوج	1/2	3
أب	الباقي	2
أم	1/3 الباقي	1

ت		4
زوجة	1/4	1
أب	الباقي	2
أم	1/3 الباقي	1

الحادي عشر: أحوال الجدات لهن حالتان:-

1. السدس – سواء كانت الجدة (لأب أو لام) واحده كانت أو أكثر.
2. يسـقطن بـالأم جميعاً، وتسـقط الجدة الأبوية بالأب.

أمثلة السدس:-

ت	6
ابن	2
ابن	2
بنت	1
جده (أم لام)	1

ت		6
ابن	1/2	2
بنت	الباقي	1
بنت		1
بنت		1
جده (أم لأب)	1/6	1

أمثلة السقوط:-

ت	6
ابن	5
أم	1
جده (أم لام)	محجوبة

ت	1
أب	1
جده (أم لأب)	محجوبة

ت		6
أب	الباقي	5
جده (أم لام)	1/6	1

- **ملحق**

- **الأخــوة الأشــقاء /يقــال لهــم (بنو الأعيان) ويسقطون بـ:-**

1. الابن.
2. ابن الابن وان سفل.
3. الأب.
4. الجد الصحيح وان علا.

- **الأخوة لأب: يقــال لهم (بنو العلات) ويســقطون بمن ذكر وبالشقيق.وهم من كان أبوهم واحد وأمهاتهم شتى.**
- **وقيل عــن الأنبياء:أنهــم أبناء علات والمعنــى (أن دينهم واحد وشــرائعهم شتى).**

- **الأخوة لام: يقال لهم (بنو الأحياف) وقد تقدم بيان أحوالهم.**
- **وأحياف تعني: مختلفون (أمهم واحدة والآباء شتى).**

العول

- **تعريف العول:** (زيادة في مجموع السهام ونقص في انصباء الورثة). وذلك عند تزاحم الفروض وكثرتها، بحيث تستغرق جميع التركة ويبقى بعض أصحاب الفروض، بدون نصيب من الميراث. فنضطر إلى زيادة أصل المسألة؛ حتى تستوعب التركة جميع أصحاب الفروض، وبذلك يدخل النقص إلى كل واحد من الورثة؛ ولكن بدون أن يحرم أحد من الميراث، فالزوج الذي يستحق النصف، قد يصبح نصيبه الثلث في بعض الحالات كما إذا عالت المسالة من (6) إلى (9) فعوضا عن أن يأخذ 3/6 وهو النصف يأخذ 3/9 وهو الثلث. وهكذا بقية الورثة يدخل عليهم النقص في انصبائهم في حالة عول المسألة، وبذلك يتضح لنا معنى قول الفرضيين، في تعريف العول « هو زيادة في السهام المفروضة ونقص في أنصباء الورثة».

- **متى وقع العول؟**

لم يقع العول في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا في زمن أبي بكر رضي الله عنه، وإنما حصلت أول قضيه في زمن الفاروق (عمر) (رضي الله عنه. وقد انعقد الإجماع على هذا.

أول حادثه وقعت في عهد عمر: (أن امرأة خلّفت (زوجا ، وأختين شقيقتين) فالزوج فرضه النصف، والأختان الشقيقتان فرضهما الثلثين) وقد زادت الفروض. جاء الزوج يطلب نصيبه كاملاً، وجاءت الشقيقات يطلبان نصيبهما كاملاً. فقال عمر: ما أدري من أقدِّم منكم في العطاء، ومن أؤخر؟ فاستشار الصحابة، فأشار عليه (زيد بن ثابت) رضي الله عنه بالعول. فقال عمر:أعيلوا الفرائض، وأقر صنيعه الصحابة فأصبح ذلك إجماعاً.

• الأصول التي تعول:

أصول المسائل سبعه:

- ثلاثة منها تعول وهي (6،12،24).
- وأربعة منها لا تعول وهي (2،3،4،8).

الأصول التي تعول:

- (الستة) تعول إلى (7 ، 8 ،9، 10).
- (الاثنان عشر) تعول إلى (13، 15، 17).
- (الأربعة وعشرون) تعول إلى (27 فقط).

أمثلة على عول (الستة).

1. مات عن (أب، أم ، بنت، بنت ابن).

ت		6
أب	1/6	1
أم	1/6	1
بنت	1/2	3
بنت ابن	1/6	1

هذه المسألة ليس فيها عول فالسهام بقدر أصل المسألة.

2. ماتت وتركت (زوجا، أختاً شقيقه، أخت لام).

ت		6	7
زوج	1/2	3	3
أخت شقيقه	1/2	3	3
أخت لأم	1/6	1	1

هنا عالت المسألة من 6 – 7.

3. ماتت عن (زوج، أم، أخت شقيقه، أخت لام).

ت		6	8
زوج	1/2	3	3
أم	1/6	1	1
أخت شقيقه	1/2	3	3
أخت لام	1/6	1	1

هنا عالت المسألة من 6 – 8.

4. ماتت عن (زوج، أخوين لام، أختين شقيقتين).

ت		6	9
زوج	1/2	3	3
أخوين لام	1/3	2	2
أختين شقيقتين	2/3	4	4

هنا عالت المسألة من 6 – 9.

5. ماتت عن (زوج، أختين لأب، أختين لأم، أم).

ت		6	10
زوج	1/2	3	3
أختين لأب	2/3	4	4
أختين لام	1/3	2	2
أم	1/6	1	1

هنا عالت المسألة من 6 – 10.

أمثلة على عول الاثني عشر:-

- ماتت عن (زوجه، أختين شقيقتين، أم).

ت	12	13
زوجة	1/4	3
أخت شقيقه	2/3	4
أخت شقيقه		4
أم	1/6	2

هنا عالت المسألة من 12 – 13.

- مات عن (زوجة، أم، أخت شقيقه، أخت لأب، أخت لام).

ت		12	15
زوجة	1/4	3	3
أم	1/6	2	2
أخت شقيقه	1/2	6	6
أخت لأب	1/6	2	2
أخت لام	1/6	2	2

هنا عالت المسألة من 12 – 15.

- مات عـن (ثلاث زوجـات، جدتين، ثماني أخوات لأب، أربع أخوات لام).

ت	12	17
ثلاث زوجات	1/4	3
جدتين	1/6	2
ثماني أخوات لأب	2/3	8
أربع أخوات لام	1/3	4

عالت المسألة من 12 – 17.

أمثله على عول الأربعة وعشرين:-

- هي مسألة واحدة وتسمى المسألة المنبرية. وسميت بالمنبرية لان علياً بن أبي طالب حكم فيها وهو على المنبر. وصورتها كالآتي:
- مـات رجـل عـن (زوجـة، أبوين، بنتين).

ت	24	27
زوجة	1/8	3
أب	1/6	4
أم	1/6	4
بنتين	2/3	16

عالت من 24 – 27.

مثال آخر:

ت	24	27
زوجة	1/8	3
أب	1/6	4
أم	1/6	4
بنت	1/2	12
بنت ابن	1/6	4

عالت من 24 – 27.

الـــــرد

- **تعريف الرد:** (نقص في أصل المسألة، وزيادة في مقادير السهام). وهو عكس العول. فإذا زاد من التركة، بعد إعطاء أصحاب الفروض فروضهم، ولم يكن ثمة عصبه، فإننا نرد هذا الزائد إلى الورثة الموجودين بقدر سهامهم.
- **شـروط الرد:** لا يكون في مسـألة من المسائل رد إلا إذا تحققت أمور ثلاثة:-

1. وجود صاحب فرض.
2. عدم وجود عاصب.
3. بقاء فائض من التركة.

- **الورثـه الذين يـرد عليهم:** يرد على جميـع أصحـاب الفـروض مـا عدا الزوجين .

1. البنت . 2. بنت الابن.
3. الأخت الشقيقة. 4. الأخت لأب.
5. الأم. 6. الجدة الصحيحة.
7. الأخت لام. 8. الأخ لام.

- أما الأب والجد وان كانا من أصحاب الفروض فإنه لا يرد عليهما؛ لأنه متى وجـد الأب والجد، فلا يمكن أن يكون في المسألة رد؛ لأنهما يصبحان عصبه حينذاك فيأخذان الباقي.

- **لماذا لم يرد على الزوجين؟**

لأن قرابتهما ليست قرابه نسبية؛ إنما هي قرابة سـببيه، أي أن القرابة اكتسبت بسبب النكاح، وقد انقطعت بسبب الموت، فـلا يرد على احد الزوجين إنما يأخذ كل منهما فرضه.

- **أقسـام الـرد:** ينقسـم الرد إلى أربعة أقسام ولكل قسم طريقه خاصة وهذه الأقسام هي:-

1. أن يكـون الورثة أصحاب فرض واحد بدون أحد الزوجين. فالميراث يقسـم علـى عدد الرؤوس ابتـداءً. فإذا مات إنسـان عـن : (ثـلاث بنـات) فقـط فالمسألة من ثلاث فرضاً ورداً.

ت	3
ثلاث بنات	2/3 والباقي يرد عليهن.

- ولـو مات عن : (جـدة وأخت لام) فالمسألة من اثنين فرضاً ورداُ، لان الفروض متحدة.

2. أن يكون الورثة أصحاب فروض متعددة بدون أحد الزوجين. فإن الميراث يقسم على عدد السهام لا على عدد الرؤوس.

أمثلة تطبيقيه:

- مات عن (أم، أخوين لام)

ت	3
أم	1/6
أخوة لأم	1/3 = 2/6

فالمسألة من عدد الأسهم = 3.

- مات عن (بنت، أم).

1/6 1/2

ت		6	4
بنت	1/2	3	3
أم	1/6	1	1

ت		6	5
شقيقه عدد 4	2/3	4	4
أخت لأم	1/6	1	1

ت		6	5
بنتين	2/3	4	4
أم	1/6	1	1

ت		6	5
بنت	1/2	3	3
بنت ابن	1/6	1	1
أم	1/6	1	1

3. أن يكون الورثة أصحاب فرض واحد، مع وجود أحد الزوجين. فالقاعدة أن نجعل المسألة من مخرج (مقام) فرض مـنْ لا يرد عليه والباقي يقسـم على عدد رؤوس الورثة (فرضاً ورداً).

أمثله:

ت		12	12	4
زوج	1/4	3	3	1
أم	1/3	8	9	3 فرضاً ورداً

ت		4	8
زوج	1/2	1	2
بنتين	2/3	3	6 فرضاً ورداً

ت	4	4
زوجه	1	1
أخوين لام	3	1 1
أخت لأم		1

ت	8	45
زوجه	1	5
5 بنات	7	لكل بنت

4. أن يكون الورثة أصحاب فروض متعددة، مع وجود أحد الزوجين فرض من لا يرد عليهم إما أن يكون: النصف أو الربع أو الثمن. فان كان النصف فمخرج المسألة من 2 . وان كان الربع فمن 4. وان كان الثمـن فمـن 8. وفي كل الحالات يعطى لمـن لا يرد عليه سـهم واحد من مخرج فرضـه والباقـي يعطى لمن يـرد عليهم بنسـبة فروضهم. **فإن اسـتقام الباقي عليهم فبها** وإلا يجب عمل التصحيح،

وذلك بأن تضرب سهام كل فريق ممن يرد عليه في أصل المسألة وفي أسهم من لا يرد عليه ثم نضرب سهامهم في الباقي من مخرج المسألة بعد إعطاء من لا يرد عليه سهمه منها.

مثال:

ت	4	3	4
زوجة	1		1
أخوين لأم	4	2	2
جده		1	1

هنــا تماثل بين باقي من لا يرد عليه ومن يرد عليه.

ت	8	8	4	32
زوجه	1/8	1		4
بنت	1/2	7	3	21
أم	1/6		1	7

هنا تباين لا تماثل.

ت	8	8	5	40
زوجه		1		5
بنت	1/2		3	21
بنت ابن	1/6	7	1	7
أم	1/6		1	7

هنا تباين.

ت		2	4
زوج	1/2	1	2
أخت لام	1/3	1	1
أخ لأم			1

الأخوة لأم أخذا الباقي فرضاً ورداً .

هنا نوع واحد ممن يرد عليه.

ت		4	4	16
زوجة		1		4
أخت لأب	1/2	3	3	9
جده	1/6		1	3

تباين

ت	8	4	32
زوجه	1		4
زوجه			4
بنت	7	3	21
أم		1	7

تباين

ت	8	5	40	80
زوجة	1		5	5
زوجة				5
بنت	7	1	7	14
بنت		1	7	14
بنت		1	7	14
بنت		1	7	14
جده		1	7	14

تباين

ت	4	3	16	12	4×4	16
زوجه	1		1	3	1	1
زوجه			1			1
زوجه			1			1
زوجه			1			1
أخوه لام	3	2	8	6	2	8
جده		1	4	3	1	4

تماثل

الحجب

- **تعريف الحجب:-**

- **لغــةً:** المنع والحرمان قــال تعالى{كلا إنهــم عن ربهم يومئــذ لمحجوبون} أي أنهم ممنوعون عن رؤية اللّه تعالى في الآخرة.

- **الحاجب:** الذي يمنع الناس من الدخول على الرؤساء بغير إذن.

- **والحاجب:** الذي يمنع غيره من الإرث.

- **المحجوب:** الممنوع من الإرث.

- **أما اصطلاحاً:** منع الوارث من الإرث، كلاً أو بعضــاً لوجود من هو أولى منه بالإرث.

- **الحجب نوعان:**

1. حجب حرمان: وهو منع الشخص من الميراث كله.
2. حجــب نقصــان: هــو حجــب عن فرض أكبر إلى فرض أصغر.

- **الورثــة الذيــن لا يحجبــون حجب حرمان:** عددهم ستة وهم:

1. الابنان (الابن والبنت).
2. الأبوان (الأب ،الأم).
3. الزوجان (الزوج، الزوجة).

- **الورثــة الذيــن يحجبــون حجــب حرمان:-**

1. الجــد الصحيح: يحجب بالأب في جميع أحواله.
2. الجدات: يحجب بالأم من أي جهة كنّ،وتحجب الجدة لأب بالأب.
3. ابن الابن (وان سفل) يحجب بالابن على طريقة الأقرب يحجب الأبعد.
4. الإخوة والأخوات: من أي جهة كانوا يحجبون بالأب والجد والبنين وبني البنين، وان سفلوا.

- فــالأخ لأب:- يحجــب بــالأب والجد والابن وابن الابن وبالشــقيق وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت.

- ابــن الأخ الشــقيق:- يحجــب بالأب، الجــد، والابن،وابــن الابن والشــقيق، والأخ لأب، و الشــقيقة والأخــت لأب، إذا صارتا عصبتين مع الغير.

- ابن الأخ لأب:- يحجب بمن يحجب به الأخ الشــقيق، ويزاد بأنه يحجب بابن الأخ الشقيق.

- الأخــوة لأم يحجبــون بــالأب والجــد والابــن وابن الابن والبنت وبنت البنت (وان سفلت).

- العــم الشــقيق:يحجب بــالأب والجد والابن وابن الابن، وبالأخ الشقيق والأخ لأب، والأخت الشقيقه والأخت لأب إذا صارتا عصبتــين مع البنت وبابن الأخ الشقيق أو لأب.
- ابن العم الشــقيق:- يحجب بجمع من تقدم ذكره وكذلك ابن العم لأب ويعتبر في جميع ذلك الأقرب فالأقرب.

- **حجب النقصان:**

الذيــن يحجبــون بهــذا الحجــب مــن أصحاب الفروض خمسة وهم:

- الــزوج:- يحجب مــن النصف إلى الربع بوجود الفرع الوارث لزوجته المتوفاة.
- الزوجــة تحجــب مــن الربــع إلى الثمن بوجود الفرع الوارث لزوجها المتوفى.
- الأم: تحجب من الثلث إلى السدس بوجــود ولــد أو ولد ابــن أو اثنين فأكثر من الأخوة والأخوات.
- بنت الابن: تحجب من النصف إلى السدس بوجود البنت الصلبية.
- الأخــت لأب: تحجــب من النصف إلى السدس بوجود الأخت لأبوين.

أمثله على حجب الحرمان:-

ت		6
أب	1/6	1
جد صحيح	محجوب بالأب	م
ابن	الباقي	2
ابن		2
بنت		1

ت		12
زوج	1/4 لوجود الأولاد حجب من النصف إلى الربع	3
ابن	الباقي	7
بنت		
جده لأب	1/6	2

الأخ المبارك والأخ المشؤوم:-

من هو الأخ المبارك: مثال

ت		9
بنتان	2/3	6
بنت ابن	الباقي	3
ابن ابن		

نوضح:- بنات الابن يسقطن اذا كان للمتوفى جمــع من البنات، ولكن وجــود ابن الابن ورث بنت الابن من التركه. لذلك سمي الاخ المبارك.

ولو كان ابــن الابن انزل منهن في الدرجه مثل (ابن ابن ابن) يعصبهن كذلك.

ت	
أختان شقيقتان	2/3
أخت لأب	الباقي
أخ لأب	

نوضح: لولا وجود الأخ لأب لسقطت الأخت لأب فالجمــع مــن الأخوات الشــقيقات يحجبن الاخوات لأب.

من هو الأخ المشؤوم؟

- وهــو الذي لــولاه لورثــت الأنثى. وبوجوده ســقطت فلم ترث شــيئاً وسمي مشؤوماً لأنه آذاها فلم ترث بسببه.

مثال:

ت	12	15
زوج	1/4	3
أم	1/6	2
أب	1/6	2
بنت	1/2	6
بنت ابن	1/6	2

(أ) (عالت الى 15 ســهماً) فلو كان في هذه المسألة ابن ابن لســقطت معه بنت الابن لاستغراق الفروض.

ت		12	13
زوج	1/4	3	3
أم	1/6	2	2
أب	1/6	2	2
بنت	1/2	6	6
بنت ابن	لا شيء	0	0
ابن ابن			

(ب) هنــا بنت الابــن أصبحت عصبة مع أخيهــا والعصبــة لا تــرث إذا اســتغرقت الفروض التركه. وبالتالي سقط نصيبها لوجــود العاصب، ولــو لم يكــن موجوداً لأخذت سدسها كما هو مبين في المثال (أ).

- **ملاحظة:** يشــترط في هذه الحالة أن يكون المعصب من درجتها، أما اذا كان أنزل منها مثل (بنت ابن، وابن ابن ابن) فلا يعصبها و لا تسقط بوجوده لأنها صاحبة فرض.

مثال آخر:

ت		6	9
زوج	1/2	3	3
أم	1/6	1	1
أخ لام	1/6	1	1
أخت شقيقه	1/2	3	3
أخت لأب	1/6	1	1

(أ) فإذا وجد في هذه المسألة أخ لأب تسقط الاخت لأب فهو أخ مشؤوم.

ت		6	8
زوج	1/2	3	3
أم	1/6	1	1
أخ لام	1/6	1	1
أخت شقيقه	1/2	3	3
أخت لأب	الباقي		سقطت لوجود الأخ المشؤوم
أخ لأب			

(ب) هنا ســقطت الأخت لأب لوجود الاخ لأب ولــولاه لورثت سدســها كما هو مبين في المثال (أ).

- **المسألة المشتركة:**

- هذه المســألة التي تســمى (المســألة المشــتركة) قــد خرجت عــن القاعدة في تقســيم الارث وخالفــت الأصــل المتبع (وهي أن صاحب الفرض يأخذ فرضــه. ومــا بقــي يأخــذه العصبة. واختلــف فيهــا الصحابــة والتابعــون والأئمة المجتهدون.

- **صورة المسألة**

- أن تمــوت امرأة عــن :(زوج،أم، أخوين لام فأكثر، وأخ شــقيق فأكثــر). فللزوج نصــف المال، وللام الســدس،وللأخوين لام الثلث،ولم يبق شيء للعصبة وهو الأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء مع أن قرابتهم أقوى، فقد شــاركوا الأخوة لأم قرابتهم من جهة الأم وزادوا عليهم قوة بالقرابة من جهة الأب فلذلك يشاركون الأخت لام في الثلث. ويحســب الجميع كأنهم أخوة لام يستوي فيهم الذكور والإناث.

- اختلــف الصحابــة في هذه المســألة، واختلــف الفقهاء من بعدهم. وحســم الأمر ســيدنا عمر بن الخطاب الذي قضى بإشــراكهم مع الأخوة لام. وهو المعتمــد الــذي ســارت عليــه المحاكم الشرعية.

- وتسمى كذلك (العمرية) لقضاء عمر فيها، وتسمى (الحمارية والحجرية،و اليميه).

- **ووجه التسميه:** أن عمر بن الخطاب رفعــت إليه هــذه المســألة فقضى في المــرة الأولى بأنه لا شــيء للأخ الشــقيق. ثم رفعــت في العام الذي بعــده فأراد أن يقضي بما قضى به أولاً. فقــال له أحد الورثة:(يا أمير المؤمنــين هــب أن أبانا حمــاراً، أو حجــراً ملقى في اليّم، ألســنا أولاد أم واحــدة فــر أي عمر في كلامه السداد والصواب فقضى بالتشريك بينهم جميعاً).

- **صورة المسألة:-**

ت		6	18	18	
زوج	1/2	3	9	9	النصف للزوج لوجود الفرع الوارث.
أم	1/6	1	3	3	السدس للام لتعدد الأخوة.
أخوين لام	1/3	2	6	4	للأخوين لام الثلث فرضاً يقاسمهما فيه الأخ الشقيق.
أخ شقيق	ع			2	لأننا نعتبره كالأخ لام فيتقاسمون الثلث بينهم بالسوية.

- **شروط المسألة المشتركة:-**

1. أن يكـون الأخـوة لام اثنين فأكثر (ذكوراً واناثاً).
2. أن يكـون الأخ شـقيقاً فلو كان أخاً لأب سـقط بالإجمـاع، لا فرق بين الواحد والمتعدد.
3. أن يكون الشقيق ذكراً، فلو كانت أنثى ورثت بالفرض وتعول المسألة وتبطل الشركة.

العصبات

- **عصبة الرجل:** لغـة : قرابته من جهة أبيه، وتسـمى القرابـة عصبات لأنهم يحيطـون بالقريـب عنـد الخطـب، لحمايته والذود عنه .
- **اصطلاحـا:** كل مـن حاز جمـع المال عند الانفراد، ويأخذ الباقي بعد اخذ أصحـاب الفـروض فروضهـم وهذا التفريق مشهور عند علماء الفرائض .

- **دليل توريث العصبات :**

1. مـن الكتاب: قـال تعالى { ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك أن كان لـه ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فللام الثلث ...}

نصت الآية على نصيب كل من الأبوين، عند وجود أولاد للميت وهو (السـدس) وإن لـم يكـن للميت أولاد فـان المال يكون للوالدين وقد ذكرت الآية نصيب الأم وهو (الثلث) ولم تذكر نصيب الأب ففهمنا أن الباقي (الثلثين) هو نصيب الأب ، فيكون ارثه بالتعصيب .

أما الدليل من السنة فقوله صل الله عليه وسلم : (الحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فلأولى رجل ذكر) البخاري .

ففي الحديث : أي أعطوا كل ذي فرض فرضـه ، ومـا بقي بعد ذلك مـن الميراث فادفعـوه لأقرب عصبة من الذكور ، وإنما ذكر في الحديث لفظ (ذكر) مع أن الرجل لا يكـون إلا ذكـراً ، حتـى لا يظن احد أن المـراد من لفظ الرجل هو الكبير، القادر، فـان الطفـل وان رضيعـا يسـتحق الإرث بالتعصيب ، ويأخذ كل المال عند الانفراد، وهذا هو السر في كلمة ذكر .

- **أقسام العصبة : تنقسم العصبة إلى قسـمين : عصبة نسبية ، وعصبة سببية:-**

فالنسـبية:- هـي التـي تكون بسـبب النسـب ، وأما السـببية فهـي التي تكون بسـبب (العتـق) فان السـيد المعتق يرث

عتيقه (عبده المملوك) الذي اعتقه إذا لم يكن له وارث من النسب ، فعند ذلك يرثه السيد المعتق جزاء إحسانه ومعروفه له.

أنواع العصبة النسبية:

1. العصبة بنفسه
2. العصبة بغيره
3. العصبة مع الغير

العصبة بنفســه: (هو كل ذكر لا يدخل في نسـبته إلى الميت أنثى وهو أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض:

1. جهة البنوة (أبناء الميت، أبناؤهم) مهما نزلوا .
2. جهــة الأبــوة (أب الميــت، ثــم جــده الصحيح، وإن علا) .
3. جهــة الأخوة (وتشــمل الأخ الشــقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشــقيق، ثم ابــن الأخ لأب مهمــا نزل، جهة الأخوة قاصرة على الأخوة الأشــقاء والأخوة لأب وأبنــاء الــكل، أما الأخوة لام فهم أصحاب فــرض ولا يكونون (عصبة) لأنهم يدلون بالأم.
4. جهة العمومة (وتشــمل العم الشقيق، العم لأب، وابن العم الشقيق، ابن العم لأب مهما نزل.

حكم العصبة بالنفس :

1. إذا كان منفردا يأخذ كل المال أو باقي المال بعد سهام أصحاب الفروض.
2. لا يــرث إذا اســتغرقت الفــروض التركة.

مثال :

ت		2
زوج	½	1
أخت شقيق	½	1
أخ الأب	x	x

هنا استغرقت الفروض التركة ولم يبق له شيء .

العصبة بغيره: هو كل انثى احتاجت في عصبتها الى الغير وشــاركته في العصوبة وهــي منحصرة في اربعة من الورثة وكلهن من الإناث:

أ : البنــت ----- : تصبح عصبة مع اخيها وهو الابن

ب: بنت الابن: تصبح عصبة مع اخيها او ابن عمها وهو ابن الابن ســواء كان في درجتها او انزل منها اذا لم ترث بغير ذلك .

ج: الاخت الشقيقة: تصبح عصبة مع اخيها وهو الاخ الشقيق.

د: الاخت لأب: تصبح عصبة مع اخيها وهو الاخ لاب .

والخلاصة ان العصبة بالغير هن : (البنات مع الابناء ، وبنات الابن مع ابن الابن ، والاخوات الشقيقات مع الاخوة الأشقاء، والأخوات لأب مع الأخوة لأب .

وجه التسـمية: سـمي هذا النوع من العصبات (عصبة بالغير) لان عصبة هؤلاء الاربع من النساء ليست بسبب قرابتهن للميت وانما هي بسبب وجود الغير وهو العاصب بنفسه، فإذا وجد تعصبت به، وإذا لم يوجد ورثن بطريق الفرض .

العصبة مع الغير: وهي تختص بالاخوات (الشقيقات او لاب مع البنات اذا لم يكن معهن اخ يعصبهن)

وهذا معنى قول الفرضيين:(اجعلوا الأخوات مع البنات عصبات) .

وانمـا كانت الاخوات مع البنات عصبات ليدخل النقص على الاخوات دون البنات، فإننا لو فرضنا للاخوات لعالت المسالة ونقص نصيب البنات، ولا يمكن اسقاط الاخوات فجعلن عصبة ليدخل النقص عليهن.

مثال :

ت		4	5
زوج	¼	1	1
بنت	½	2	2
اخت شقيق	½	2	2

هنا عالق المسـألة وجرى النقص على نصيب البنت فجعلن الاخت عصبة مع الغير لتفادي النقص .

مثال :

ت		4
زوج	¼	1
بنت	الباقي	2
أخت شقيق	-----	1

تنبيه هام : إذا أصبحت الأخت للشقيق عصبة مع الغير فإنها تصبح كالأخ الشقيق فتحجب الأخوة لأب ذكورا كانوا أو إناثا وتحجب من بعدهم من العصبة ، وكذلك الأخت لأب إذا صــارت عصبــة مــع البنــات فإنها تصبح في قــوة الأخ لأب فتحجب بني الأخوة ومن بعدهم

أما العصبة مع الغير :

يأخذن الباقي بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم .

الوصية الواجبة

- **تعريف الوصية :** لغة ، تطلق على معان عدة :

كأن يقال : وصيت إلى فلان بمال ، أي جعلته له .

أو يقال : أوصيته بولده ، أي استعطفته عليه .

أو يقال : أوصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به ، فكأن الموصي لَما أوصى بالمال وصل ما بعد الموت بما قبله .

- **تعريف الوصية اصطلاحا :** عرفت الوصية بعدة تعريفات نختار منها تعريف الحنفية بأنها (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع) .

القانون المدني الأردني عرف الوصية في المادة 1125 بأنها (تصرف بالتركة مضاف إلى ما بعد الموت) .

- **الوصية الواجبة :**

إذا توفي بعض الأبناء في حياة أبيهم ، وللأب أولاد آخرون ، فإنه لا حق لذرية الأولاد الذين توفوا في حياة أبيهم في ميراث جدهم ، ولان الأولاد يحجبون أبناء الأبناء حجب حرمان، وقد ارت أي مدونوا الأحوال الشخصية في هذا العصر استحداث حكم سموه بالوصية الواجبة ، أوجبوا فيه إعطاء الأحفاد الذين توفي آباؤهم في حياة جدهم ، مقدار حصة أبيهم من الميراث بحيث لا تتعدى ثلث التركة .

وأول قانــون صــدر متضمنا هــذا الحكم قانون رقم 7 لســنة 1947 في مصر ، وقد تتابعت الدول العربية على إصدار قوانين مشابهة في هذه المسألة .

- **حكمة تشريع الوصية الواجبة :**

إن القول بمشروعية الوصية الواجبة له حكم متعددة منها :

1. المحافظة على كيان الأسرة موحدة ومتماسكة ، فحينما يعطى أبناء الابن الذين مــات أبوهــم قبل جدهم ، يجعــل هؤلاء الأبناء راضون عــن أعمامهم ولا يوغر صدورهم على جدهم أو أعمامهم مما يجعل الأسرة متماسكة .
2. إقامة العدل ورفع الظلم الواقع بأبناء المتوفي بســبب حرمانهم من الميراث ، مع أن أباهم المتوفي قد يكون له اليد الطولى في تجميع ثروة الأسرة .
3. حتى لا يجتمع على الأحفاد مصيبتان (اليتم والحرمان من التركة) .

وقد جاءت الأحكام المتعلقة بالوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 / 1976 **في المادة** 182 **ونصها :**

(إذا توفي احد وله أولاد الابن ، وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء ثلث تركته الشرعية وصية بالمقدار والشروط التالية :

1. الوصيــة الواجبة لهــؤلاء تكون بمقدار حصة أبيهم من الميراث فيما لو كان حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة .
2. لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدا كان أو جدة ، أو كان قد أوصى أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة ، فان أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته ، وان أوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية اختيارية ، وان أوصى لبعضهم فقد وجب للآخر بمقدار نصيبه .
3. تكــون الوصيــة لأولاد الابــن ، ولأولاد ابــن الابن وان نزل واحــد كانوا أو أكثر ، للذكــر مثــل حــظ الأنثيين ، يحجب كل أصل فرعه دون فــرع غيره ، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط .
4. هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.

- **طريقة استخراج الوصية الواجبة :**

إذا أردنا أن نستخرج الوصية الواجبة فلا بد من اتخاذ الخطوات التالية :

1. نفرض أن الابن الذي مات في حياة أبيه حي وبالتالي نعطيه نصيبه .
2. نخـرج مقـدار الوصيــة ونقارنه بالثلث فان كان أكثر نعطيــه الثلث وان كان اقل نفرضه له .
3. يحسم مقدار الوصية من أصل المسألة ويوزع الباقي على الورثة دون تمييز.
4. نفرض أن الابن الذي مات في حياة أبيه غير موجود أصلا ونحل المســالة على هذا الأساس .
5. نقارن بين أصل المسالة (مسالة عدم وجود الابن) وبين المسالة التي قبلها (الذي حسم فيها مقدار الوصية الواجبة من أصل المسالة) ونستخرج المسالة الجامعة بإجراء عملية الضرب بين (أصل مسالة عدم وجود الابن) (وبين المسالة الأولى) بعد إدراك العلاقة بين أصل المسالتين هل هي توافق أم تباين.

بناء على التوضيح السابق نحل المسائل الاتيه :

- **المسالة الأولى : (الوصية الواجبة اقل من الثلث) .**

توفي رجل عن (زوجة ، ثلاثة أبناء ، بنتين ، ابن ابن توفي والده حال حياة أبيه)

	80	33 / 66	32 / 64	2560	
زوجة	10	10	8	264	
ابن	14	14	14	462	
ابن	14	14	14	462	
ابن	14	14	14	462	
بنت	7	7	7	231	
بنت	7	7	7	231	
ابن ابن	14	X	x	448	الوصية الواجبة

وقد يتردد هنا سؤال : لماذا لا نبحث أولا فيما إذا كان نصيب الابن أو الأبناء الذين ماتو في حال حياة أبيهم مســاويا للثلث أو اقل أو أكثر ، فإذا كان مســاويا للثلث أو اقل يعطي ذلك النصيب لأصحاب الوصية وان كان أكثر نعطيهم الثلث فيقتسمونه ؟

الجواب : جاء الحل بهذه الطريقة لنستخرج نصيب أبناء الابن على أساس انه وصية لا ميراث ، والوصية تحسم من التركة قبل توزيعها على الورثة ليدخل النقص على جميع الورثة بنسبة الوصية ، أما إذا جعلنا لأبناء الابن نصيب أبيهم كما لو كان حيا فان الذي سنقص نصيبه هو الذي يشارك الميت في جهة الميراث .

ففي المسالة السابقة نصيب الزوجة هو 8/1 التركة وهو يساوي 80/10 أو 64/8 ولكن بعد حسم الوصية كان نصيبها 2560/264 وهذا اقل من الثمن لان الثمن يساوي 2560/320 .

- **المسالة الثانية: (الوصية الواجبة أكثر من الثلث فترد إلى الثلث)**

توفي عن (زوجة ، ابن ، بنت ، ابن ابن وبنت ابن)

	36	252	6 / 24	7 / 28	6x / 42	40	
زوجة	3	21	3			5	
ابن	14	98	14	28	28	14	
بنت	7	49	7			7	
ابن ابن	8	56	X		14	14	الوصية الواجبة
بنت ابن	4	28	x				

فالعمود الأول ـــ المسالة الأصلية ، والعمود الثاني رد الوصية الواجبة إلى الثلث والعمود الثالث باقي التركة بعد إخراج الوصية ، والعمود الرابع المســالة الجديدة فيما لو لم يكن في المســالة أبناء ابن ، والعمود الخامس المســالة الجامعة ، والعمود السادس المسالة الجامعة بعد قسمتها على 7 .

- **المسالة الثالثة: (الوصية الواجبة ، ثلث التركة)**

توفي عن (ابن ، بنتين ، ثلاثة أولاد ابن توفي والدهم في حال حياة أبيه)

	18	
ابن	6	
بنت	3	
بنت	3	
ابن ابن	2	الوصية الواجبة
ابن ابن	2	
ابن ابن	2	

		56
	زوجة	7
	بنت	28
حسن	ابن ابن بنت ابن	6 3
علي	ابن ابن ابن ابن	6 6

	8	
زوجة	1	
بنت	3	
ابن ابن	2	
بنت ابن	1	

- **المسالة الرابعة: (لا وصية إذا كان الأحفاد وارثين أصلا) .**

مات عن (زوجة ، بنت ، ابن ابن ، بنت ابن) .

أولاد الابــن هنــا لا حاجب لهم ، وهم هنا عصبة فيأخذون الباقي ، ولا يســتحقون وصية في هذه الحالة .

- **المسالة الخامسة: (إذا كانوا أولاد أبناء متعددين ولا حاجب لهم)**

فيرثون الباقي ويقسم عليهم كأنهم أبناء رجل واحد .

مثال : مات عن (زوجة ، بنت ، ابن ابن وبنت ابن (والدهم حسن) ، وابن ابن وابن ابن (والدهم علي)) .

حيــث أن أبنــاء الابن وارثون أصلا فنقســم عليهم الســهام كما لــو كانوا أبناء رجل واحد. أما إذا اخذوا وصية فلكل حصته (ويأخذ كل فرع نصيب أصله) .

- **المسالة السادسة :(إذا كانوا أولاد أبناء متعددين واستحقوا الوصية فلكل أولاد ابن حصته المستقلة)**

مثــال : مــات عن (زوجة ، ثلاثة أبنــاء ، بنتين ، (ابن ابن ، بنت ابن) ، (ابن ابن ، بنت ابن))

	96	68	64	1536
زوجة	12	12	8	236
ابن	14	14	14	238
ابن	14	14	14	238
ابن	14	14	14	238
بنت	7	7	7	119
بنت	7	7	7	119
ابن ابن/ بنت ابن	14	–	–	224
ابن ابن/ ابن ابن	14	–	–	224

كل أولاد ابن اخذوا نصيبهم مستقلا عن الآخر .

جاء في الأســباب الموجبة لتشــريع الوصية الواجبة : إن الوصية الواجبة ثبت أصلها في قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)، وقد ذهب جمع عظيم من فقهاء التابعــين ومــن بعدهم إلى أن المنســوخ في هذه الآية الكريمــة هي الوصية للوارث من الأقربين، وبالتالي بقاء الوصية لغير الوارث، وقد قال ذلك سعيد بن المسيب، والحســن البصري، وطاووس بن كيســان، والإمام احمد بن حنبل، والطبري، وابن حزم الظاهري) .

مراجع هذه الكراسة :

1. كتاب المواريث في الشــريعة الإســلامية في ضوء الكتاب والســنة ، لمحمد علي الصابوني .
2. كتاب الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، د. عمر الأشقر .
3. كتاب الميراث في الشريعة الإسلامية، م. «محمد موسى» حمادة قنيبي .
4. كتاب الفريدة في حساب الفريضة ، القاضي محمد نسيب البيطار .
5. الأحوال الشخصية ، مقرر جامعة القدس المفتوحة .
5. القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ، احمد محمد علي داوود .

التأمين العقاري وتنفيذ الدين و الإجراءات المتبعة في دوائر تسجيل الأِراضي في فلسطين

إعداد المحامي

عبدالرحمن دعاس ذياب

المقدمة:

أن العمل القانوني في فلســطين خضع لعدة مراحل انســياقاً مع طبيعة الوضع السياســي التي مرت به البلاد وذلك بالحقب التاريخية التي عاشــتها فلسطين منذ الثلاثينات من القرن المنصرم من تاريخ الدولة العثمانية إلى الإســتعمار البريطاني إلى الحكم الأردني و مرحلة الإحتلال الإسرائيلي وصولاً لمرحلة الدولة الفلسطينية و لكل حقبه كان لها حيثياتها و نموذجها في التشريع و القانون نظراً لطبيعة الظروف في حينه و تركيبة المجتمع آنذاك ، و من خلال موضوع بحثنا يساق بنا الحديث عن الأراضي و التشريعات التي تحكمها في فلسطين و الوضع الإستثنائي الذي نعيشه في فلســطين بوجود دولة فلســطينية و إحتلال و ما لها من تابعيات ففي الأراضي هنــاك مــا يقارب (49) قانون مطبق و ســاري المفعــول ناهيك عن أن هناك قوانين مطبقــة في غــزة غير نافذة في الضفــة الغربية وفقاً للمواقــع الجغرافية ففي غزة هنــاك قوانــين مصرية و في الضفة قوانين أردنيــة في الطابع العام ، من هنا جاءت ضرورة تشريع قوانين جديدة مواكبه للتطورات الحاصلة في المجتمع الفلسطيني و منساقة مع خصوصيته.

رجُوعاً لعنوان بحثنا سوف نحاول في هذا البحث بعد التوكل على اللّه أن نقدم للقارئ الإجراءات العملية المتبعة في تأمين الأراضي و تنفيذ التأمين عليها في فلسطين في حالة تخلف المدين عن ســداد ما في ذمته من ديون مترصدة للدائن متبعين المنهج التحليلي للنصوص و القوانين والتعليمات و المتبعة في هذا النوع من المعاملات التي تتولى دوائر تسجيل الأراضي تنفيذها و فقاً للقانون واللّه ولي التوفيق.

خطة البحث

- مقدمة
- المبحث الأول: الرهن العقاري
- المطلب الأول: ماهية الرهن العقاري
- المطلب الثاني: أركان الرهن العقاري
- المطلب الثالث: الإجراءات القانونية المتبعة في الرهن العقاري لدى دائرة تسجيل الأراضي
- المبحث الثاني: تنفيذ الدين
- المطلب الأول: تعريفه
- المطلب الثاني: شروط و إجراءات تنفيذ الدين
- الخلاصة

المبحث الأول

الرهن العقاري

سنحاول من خلال هذا المبحث معرفة ماهية الرهن العقاري و شروطه و عناصره من خلال المطلب الأول تعريف الرهن والمطلب الثاني عناصر الرهن و المطلب الثالث الإجراءات القانونية المتبعة في الرهن العقاري أمام دوائر تسجيل الأراضي في فلسطين.

المطلب الأول: ماهية الرهن العقاري

عرفت المادة رقم (701) من مجلة الأحكام العدلية الرهن بأنه « حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه، ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً .» إن الرهن بشكل عام ينعقد بإيجاب و قبول الطرفين الراهن والمرتهن ما لم يتم تسليم المال المرهون إلى

الراهــن لا يقــع الرهن و يجوز للراهن والمرتهن التراجع عن الرهن وهذا ما أكدت عليه المادة رقم (706) التي جاء النص بها « ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم.» إلا أن هناك إجراء شــكلي يعتبر أساســي في رهن الأموال غير المنقولة وهو أن يتم إجراء و تســجيل الرهــن في دائرة تســجيل الأراضي المختصة التي تقع الأمــوال غير المنقولة ضمــن ولايتهــا وســجلاتها محفوظة لديها حيث جاء في نص المــادة رقم (2) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين قم (46) لسنة (1953) «يجوز وضع الأملاك و الأراضي الأميرية والموقوفة والمســقفات والمســتغلات الوقفية تأميناً للدين ولا فرق بين أن يكون المؤمن به الدين العقار بكامله أو حصة مشاعية فيه» كما أفرد القانون تنظيم سندات التأمين لدوائر تسجيل الأراضي دون غيرها و توقيعها و تسجيلها على صفحة وقوعــات الأمــوال غيــر المنقولة التي يرغبون أصحابها رهنهــا ومعتبراً أن ما يتم خارج دائرة تســجيل الأراضي من إجراءات لتأمين قطعة أراض هي باطلة و غير منتجه لأية آثــار بحــق أطرافها حيث جاء في نص المادة رقم (06) من القانون المذكور أعلاه «تتولى دوائر تسجيل الأراضي تنظيم سندات الإدانة المتعلقة بمعاملات التأمين والتصديق عليها و إعطــاء كل مــن الدائن والمدين نســخة منها بعد أن يكون قــد أخذ تقريرهما بحضور الشهود وعينا محل إقامتهما لسهولة التبليغ»

المطلب الثاني: أركان الرهن العقاري

أن إكتمــال الرهــن يتطلب وجوب حضور جميــع مكوناته والتي هي الراهن والمرتهن والمال المرهون و مقابل الرهن والركن الرابع هو الشكل أي أن يفرغ في صورة معينة من تنظيمه وتسجيله لدى دائرة الأراضي المختصة حسب القانون.

- **الركن الأول الراهن والمرتهن:** أوجب القانون أن يكونا عاقلين ولا يشترط أن يكونا بالغــين و إذا كان الراهــن و/أو المرتهن شــخص اعتباري يجــب أن يكون مصرح له إجــراء التأمــين في الدولة لأنه قد يكون أجنبياً و أن يكون هذا التصريح منصوص عليه صراحة في النظام الداخلي لهذا الشخص الإعتباري حيث جاء في نص المادة رقــم (708) مــن مجلة الأحكام العدلية «يشــترط أن يكون الراهن والمرتهن عاقلين

ولا يشترط أن يكونا بالغين حتى جاز رهن الصبي المميز و ارتهانه» من هذا النص يتضح جواز رهن مال القاصر المميز ، إلا أن الإجراءات المتبعة أمام دوائر تسجيل الأراضي في فلســطين لا يمكن رهن مال قاصر إلا بحضور وليه و إحضار إذناً من المحكمة المختصة برهن ماله غير المنقول إنسياقاً بإجراءات بيع مال القاصر تتطلب إذنــاً من المحكمة الشــرعية بالبيع وفقــاً للقاعدة الفقهية «القاضي ولي لمن لا ولي لديه»، حيث أن مجلة الأحكام العدلية هي بمثابة القانون المدني كما هو معروف في باقي الدول عندنا في فلســطين إلا أن نصوصها جاءت في الغالب منســاقة مع واقع الحال في تلك الحقبة التي صدرت فيه.

- **الركن الثاني المال المرهون:** يجب أن يكون المال المرهون معلوماً علماً تنتفي به الجهالة قيمــة و مقداراً و من الأشــياء التي يجيز القانــون رهنها و هنا في هذا البحث بطبيعة الحــال نتحــدث عن الأموال غيــر المنقولة المجاز رهنها بموافقة الأطراف و بالشــكلية التي يحددها القانون حيث يتولى أطراف الرهن تحديد المال المرهون قيمة وشكلاً و مقداراً حيث جاء في نص المادة رقم (709) من المجلة «يشترط أن يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم أن يكون مالاً موجوداً متقوماً و مقدر التسليم وقت الرهن» فعند رهن مال غير منقول يتوجب على المرتهن والراهن أن يكون على علم تنتفي به الجهالة عن موقع الأرض و رقــم القطعــة والحــوض والبلدة التي تتبعها تلــك الأرض و مقدار الحصص المرهونة و أنه لا يوجد للغير أية حقوق على الحصص المراد رهنها و إن كانت خاضعة للإجــارة أم لا حيــث نصــت المادة رقم (5) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين المشار إليه أعلاه « عندما يطلب وضع عقار تأميناً للدين يجب أن تقدم وثيقة من مرجع مختص تتضمن بيان ما إذا كان ذلك العقار مأجوراً أم لا مع بيان مدة إيجاره ، فإذا كان مأجوراً وكانت مدة إيجاره تزيد عن مدة المداينة ، فترتب على المستأجر أن يعطي تعهداً بإخلاء العقار عند حلول أجل المداينة ، أو أن يعطي الدائن تعهداً بأن لا يطلب بيع ذلك المال إلا عند إنتهاء مدة الإجارة ...»

- **الركــن الثالث مقابل الرهن:** كما أوجب القانون أن يكون المال المرهون معلوماً لدى الراهن والمرتهن يسار بذلك إلى مقابل الرهن يجب أن يكون محدداً قيمة و مقداراً

و مضموناً حيث جاء نص المادة رقم (710) من المجلة «يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً ...»

- **الركن الرابع الشــكل:** وضع القانون تنظيم ســندات الرهن بشكل معين موكِلاً ذلك إلى دوائر تســجيل الأراضي تنظيمها حسب القانون بشكل خاص دون غيرها فيما يخــص الأمــوال غير المنقولة حيث جاء في نص المادة رقم (06) من القانون المذكور أعلاه «تتولى دوائر تسجيل الأراضي تنظيم سندات الإدانة المتعلقة بمعاملات التأمين والتصديق عليها و إعطاء كل من الدائن والمدين نســخة منها بعد أن يكون قد أخذ تقريرهما بحضور الشــهود وعينا محل إقامتهما لســهولة التبليغ». أي أن بخلاف ما جاء في نص القانون فإن أي تأمين على أموال غير منقولة يوجد بها تسوية تتم خارج دائرة تسجيل الأراضي هي باطلة وغير منتجه لأي أثر بحق أطراف التأمين و بوجه الغير كذلك.

المطلب الثالث: الإجراءات المتبعة في تنفيذ الدين لدى دوائر تسجيل الأراضي

تخضع إجراءات العمل في دوائر تســجيل الأراضي لقوانين الأراضي المتعددة و النافذة وفقاً للحقبة الزمنية التي مرت بها البلاد من زمن الدولة العثمانية وصولاً إلى يومنا هذا و لتعليمــات الأراضــي وفقاً للصلاحيات التي خولها القانون لمصدريها في الحق في إصدارها لمعالجة الأمور اليومية التي تواجه دوائر الأراضي تداركاً للأمور التي لا يوجد نص صريح في القانون لها و تكون منساقة مع القانون حيث أن هذه الإجراءات التي تجري على الأراضي و ما يقام مقامها حســب ما عرفتها المادة رقم (02) من قانون تســوية الأراضي والمياه رقم (40) لســنة (1953) هي حكراً على دوائر تســجيل الأراضي ، إلا أن ما يتم من إجراءات حاليــاً لــدى دوائر الأراضي تحكمه التعليمات بشــكل كبير حيث نصت المادة رقم (02) من الأمر العسكري بشأن الصفقات العقارية (منطقة الضفة الغربية) رقم (25)، لسنة 5727 1967-) «لا يجوز لأي شــخص أن يعقد صفقة تتعلق بالعقارات، ســواء بنفســه أم بواسطة شــخص آخر، بصورة مباشــرة أو غير مباشــرة، إلا برخصة من الســلطة المختصة.« حيث يتضح من مضمون نص المادة أن يجب أن يتم ترخيص الصفقة ابتداءً و من ثم يســار إلى الســير بها من الســلطة المختصة ، موضحين أن هذا الإجراء يتم الآن في الأراضي الواقعة

ضمن المناطق المصنفة «C» ، أما الأراضي المصنفة «A» لا يوجد ما يسمى بطلب ترخيص حيــث تتولى دائرة تســجيل الأراضي الســير بالصفقة من مرحلــة فتحها حتى إنهائها دون الرجــوع إلــى الإدارة العامة التي تتبعها تلك الدائرة للحصول على طلب الترخيص كما كان سائد في مرحلة وجود الإحتلال الإسرائيلي من هذا فإن الإجراء المتبعة لدى دوائر تسجيل الأراضــي فيمــا يخص معاملات التأمين و تنفيذ الديــن تخضع لعدة معاير وفقاً لأطراف الصفقة حيث سوف نتولى في هذا المقام تقسيم ذلك كالتالي:

أولا: أطراف الصفقة: الراهن والمرتهن

- **الراهن :** هو الشــخص المالك للعقار الذي يرغب في رهنه و قد تكون الملكية كاملة و/أو جزء كحصص مشاعية
- **المرتهن:** هو الشخص الذي قبل أن يوضع الرهن لمصلحته بمقابل مالي يدفع للشخص الراهن قد يكون شخص طبيعي و/أو اعتباري.
- **الكفيل :** هو الشخص الذي يكفل بعقاره الراهن بدفع ما عليه من مال لدى الجهة المرتهنــة عند طلب ســداد مبلغ المديونيــة أن تمنح الأموال التي يلتزم المرتهن دفعها للراهن بكفالة عقار الكفيل ، وقد يكون الراهن هو نفسه الكفيل بأن توضع الأموال غير المنقولة التي يملكها الراهن تأميناً للدين بإعتبارها ضماناً بأن يقوم بســداد مبلغ المديونية المتفق عليه في سند التأمين و في حالة تعثره عن الدفع عن حلول أجل الســداد أو مطالبــة الدائن له تحال الحصــص المرهونة إلى الدائن وفقاً لإجراءات قانونية سوف نبحثها في الجزء الثاني من هذا البحث.

ثانياً: المبرزات المطلوب تقديمها

1. سجل الأموال غير المنقولة يكون للراهن و/أو الكفيل اسماً فيه.
2. وثائق إثبات شــخصية لأطراف التأمين (جواز ســفر، هوية شــخصية، شــهادة تسجيل إذا كان الراهن و المرتهن شخص معنوي).
3. أية وكالات عدليه إذا من الراهن و/أو المرتهن يوجد فيها نص صريح بأن يخول الوكيل بإجراء التأمين و فكه.

4. براءة ذمة من الجهات المختصة للمالك.

5. إقراراً عدلي من المالك بأنه لا يوجد على الحصص المراد وضعها تأميناً للدين حقــاً للغيــر و/أو مؤجرة و/أو مرهونة و/أو مباعة بموجب وكالات عدلية و أنه يتحمل كافة المسؤولية القانونية إذا ظهر خلاف ذلك.

6. سندات تأمين عدد أربعة يتم تعبئتها من قبل مأمور التسجيل يحدد فيها مقدار الحصص المرهونة وقيمة المديونية و أوصاف العقار المرهون و درجة التأمين، و اســم الراهن والمرتهن والكفيل، أجل الســداد بأن يعطى لكل من الدائن والمدين نسخه منها و تحفظ في ملف الصفقة نسختين.

7. بعد إحضار جميع الإثباتات والمبرزات المشار إليها أعلاه يتم فتح صفقة عقارية و عمــل طلــب يســمى «طلب تأمين» يوقــع عليه الراهن والمرتهــن والكفيل ، إما بصفتهم الشخصية توضع فيه جميع المبرزات.

8. يتم تدقيق الملف من قبل الموظف المختص بمطابقة كل المبرزات من أرقام الأحواض والقطــع و أرقــام هويات أطراف المعاملــة و إن كان هناك وكالات عدلية التأكد من أنها تخول الوكيل إجراء التأمين و إن كان الراهن و/أو المرتهن شركة يجب دراســة النظام الداخلي للشــركة للتأكد من حقها الرهن و الارتهان أم لا بحيث يجب أن يكون هناك نص صريح للقيام بهذا الإجراء.

9. يتم وضع مقدار الرسوم على المعاملة والبالغ (1٪) من قيمة مبلغ المديونية.

10. يتــم دفع مبلغ الرســوم لدى صنــدوق الدائرة بحيث إن كان قيمة المبلغ أعلا من (50) دينار أردني يأخذ أصحاب العلاقة وصل الدفع لدفعه في البنك.

11. مــن ثــم يتم تحويل المعاملة إلى مأمور التســجيل للتوقيع النهائي على ســندات الإدانــة بحضور شــاهدين اثنين و يتم نقل بيانــات التأمين على دفتر التأمينات المحفوظ في الدائرة.

12. بعد توقيع الدائن والمدين والشهود ومصادقة المأمور على ذلك يتم تحويل المعاملة إلى قسم التسجيل في الدائرة بحيث يتم إعطاء رقم تسلسلي للمعاملة و تسجل في سجل خاص بالمعاملة المنتهية والتي يجب تسجيلها

13. يتم وضع إشارة التامين ورقم السند و تاريخ الإشارة على صفحة الوقوعات لدى سجل الأموال غير المنقولة

14. تسـليم سـند تسـجيل للمرتهن يوجد عليه إشـارة التأمين وبهذا الإجراء تكون معاملة التامين قد انتهت.

المبحث الثاني
تنفيذ الدين

كما أسـلفنا في السـابق أن قوانين الأراضي المطبقة في فلسـطين بالضفة الغربية تحديـداً هي قوانين أردنية حيث أفرد المشـرع الأردني قانونـاً خاص بموضوع الأموال غير المنقول تأميناً للدين و هو قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين قم (46) لسنة (1953) ملحقاً بذلك تعليمات الأراضي تحدد إجراءات السير في تنفيذ الدين.

إذا اسـتحق الديـن بانقضاء أجله أو بتحقيق شـروطه في العقد يكسـبه صفة الدين المعجل ولم يدفع بموعد اسـتحقاقه أو إمتناع المدين عن سـداد ما في ذمته من مسـتحقات ماليه للدائن فإنه و بموجب القانون يعطي الحق للدائن السـير في إجـراءات بيـع الأموال غيـر المنقولة الخاضعة للتأمين في المـزاد العلني التي أفرد القانون إختصاص تنظيمه بدوائر تسجيل الأراضي دون غيرها ، حيث أننا سنحاول بهذا المبحث أن نوضح للقارئ ماهية تنفيذ الدين في المطلب الأول و ماهي أركانه و مقوماته في المطلب الثاني و ما هي الإجراءات القانونية العملية المتبعة في فلسطين في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريفه

تنفيـذ الديـن هو حق قانوني معلق على شـرط يمنحه القانون للدائن في المباشـرة بتحصيل الدين المترتب في ذمة المدين عن المال الذي قدمه إليه من خلال علاقة المديونية التي تم تنظيمها في دائرة تسجيل الأراضي بين الدائن والمدين عن طريق رسمها القانون وهي بيع العقار المرهون في المزاد العلني وفقاً لإجراءات حددها القانون

المطلب الثاني: شروط و إجراءات تنفيذ الدين

إن إجــراء تنفيــذ الديــن حتى يأخــذ الطابع العملي يجب أن تتوفــر جميع مكوناته ليرتب آثاره القانونية المرجوة منه بحيث يجب على أن يتم إتباع الخطوات التالية في ذلك

الخطوة الأولى: تقديم طلب إلى دائرة تسجيل الأراضي

حيث يتم تقيم طلب من أصحاب العلاقة لدى دائرة تسجيل الأراضي بخصوص البدء في إجــراءات تنفيــذ الدين وفتح ملف يحفظ لدى الدائرة موضوعه «تنفيذ دين» يعطى رقــم طلــب يبــرز فيه بالإضافة إلى طلــب أصحاب العلاقة براءة ذمــة لمالك العقار ، كتاب من الجهة الدائنة يحدد فيه مقدار المديونية المترصدة في ذمة المدين حتى تاريخ تقديم الطلب ، كذلك سند التسجيل و الأوراق الثبوتية لطالب التنفيذ من صور(هوية و وكالات عدلية إن وجدت و النظام الداخلي للدائن إن كان شخص معنوي).

- **الخطوة الثانية: تسجيل الطلب**

بعد تجهيز الطلب يتم تسجيله في سجل الطلبات لدى الدائرة يحدد نوع المعاملة و رقم الحوض والقطعة و اسم الدائن والمدين وتاريخ فتحها .

- **الخطوة الثالثة: استيفاء الرسوم**

يسار إلى تحويل الطلب إلى صندوق الدائرة لدفع رسوم تنفيذ الدين حسب القانون البالغ (500) دينا كحد أقصى وفقاً للقرار بقانون رقم (02) لسنة (2012) ما جاء في المادة رقم (01) منه ،

- **الخطوة الرابعة: تسطير الإنذار الأولي**

وبعد ذلك تتولى دائرة تســجيل الأراضي تســطير إنذار يسمى «الإنذار الأولي» إلى المدين بدعوته بســداد الدين المترصد في ذمته لمصلحة الدائن و إمهاله مدة أســبوع من تاريخ التبليغ يرسل منه نسختين إلى مدير عام الشرطة في المنطقة التي يقطن فيهــا المديــن و لتبليغه حســب الأصول يبدأ المهلــة المعطاة إلى المدين من ثاني يوم تبليغة ورقة الإنذار وفقاً للمادة (02) من تعليمات الأراضي أوجبت طرق معينة تتبع في التبليغ سوف نقوم بتوضيحها أدناه:

- **الحالة الأولى: تبلغ المدين الإخطار**

إذا ما تم تبلغ المدين الإخطار و عودة النسخة الثانية عنه إلى الدائرة بالإضافة إلى كتاب توضيحي من الجهة التي تولت التبليغ تحدد فيه آلية الطريقة التي تم تبليغه فيها يسار إلى انتظار مرور مدة الإخطار و من ثم السير بالتنفيذ من النقطة التي وصلت إليه

كما جاء في نص الفقرة (و) من تعليمات الأراضي أنه» إذا كان المدين يقيم في قضاء أو لواء غير القضاء الكائن فيه الأموال غير المنقولة الموضوعة تأميناً للدين فعلى مأمور التسـجيل إرسـال الإنذار إلى مأمور تسـجيل ذلك القضاء أو اللواء من أجل أن يتولى أمر تبليغه»

- **الحالة الثانية: عدم تبلغ المدين الإخطار**

و إذا كان المديـن غيـر موجـود و أقتضى الأمر تبليغ محـل إقامته فيوقع واحد من أفراد عائلته غير المنفصلين عنه و المقيمين معه في بيت واحد أما أفراد العائلة فهم (والد المدين و إخوته و زوجته أولاده الذين بلغوا الثامن عشـر من العمر حسـب ما جاء في الفقرة رقم (د) من تعليمات الأراضي

أما إذا امتنع المدين عن تبلغ الإنذار جاء في الفقرة رقم (ه) من تعليمات الأراضي أنـه «علـى مأمور التبليغ أن ينظم ضبطاً مبيناً فيـه أن المدين قد امتنع عن التبليغ وذلك بحضور هيئة اختيارية القرية و إذا تعذر وجود الهيئة المذكورة فيوقع الضبط من شاهدين معرفين من المنطقة التي يقطن فيها المدين و من مأمور التبليغ ويعاد الإنذار مع الضبط إلى دائرة تسجيل الأراضي»

كمـا جـاء في الفقرة رقم (ز) من تعليمات الأراضي «إذا ثبت لدى مأمور التسـجيل عـن طريق السـلطات الإدارية أو العسـكرية أو بناءً علـى مضبطة موقعة من هيئة اختياريـة القريـة و مصدقة مـن الحاكم الإداري أن المدين مجهـول محل الإقامة فيجـب أن ينظم إنذار جديد تعلق نسـخه منـه في موقع بارز من محل إقامة المدين الأخير و أخرى في دائرة تسـجيل الأراضي المختصة و تنشـر نسخة ثالثة في إحدى

الصحف المحلية ينص فيها على وجوب دفع الدين خلال ثلاثين يوم من تاريخ نشر هذا الإنذار»

- **الحالة الثالثة: وفاة المدين**

عند رجوع الإخطار موضحاً فيه وفاة المدين يجب في هذه الحالة الطلب من الدائن إحضار حجة حصر إرث للمدين و من ثم يسار إلى تبليغ الورثة بالطريقة المشروح عنها أعلاه.

- **الحالة الرابعة: المدين شخص معنوي**

نصــت الفقــرة رقم (ح) من تعليمات الأراضي أنــه « إذا كان المدين مجلس بلدي أو مجلس قروي أو شــركة أو هيئة أو مؤسســة مســجلة في دولة فلســطين بمقتضى القانون فيجب أن يبلغ الإنذار إلى رئيس ذلك المجلس أو تلك الشــركة او الهيئة أو المؤسسة».

- **الخطوة الخامسة: إجراء كشف وضع اليد**

يكلف الدائن بدفع رســوم الكشــف الحسي لدى صندوق الدائرة البالغ (10) دنانير أردنية و من ثم تسطر إخطارات إلى مساح مرخص (مخمن عقاري) يسميه الدائن و إلى مختار المنطقة التي يقبع فيها العقار المرهون و إلى المدين والدائن بإعلامهم عن موعد لإجراء الكشف الحسي على العقار الموضوع تأميناً للدين و يكلف المساح المرخص بإعداد تقرير واضح يشمل كل ما على العقار من إنشاءات و يحدد حدوده ويقدر قيمة المتر المربع فيه و يزود الدائرة به حسب الأصول والقانون.

- **الخطوة السادسة: نشر الإعلانات**

بعد إتمام تنظيم تقرير الخبير من تعليمات الأراضي تتولى دائرة تسجيل الأراضي نشــر ثلاثــة إعلانات متتابعة في الجريدة الرســمية أو في إحــدى الصحف المحلية عن بيع الأموال غير المنقولة الموضوعة تأمينا في المزاد العلني على أن يعلق نســخة من الإعلان في مكان وجود العقار و آخر في دائرة تسجيل الأراضي المختصة و في مكان يزدحم فيه الناس على أن يكون المدة لكل إعلان خمســة عشــر يوم تبدأ من

ثانــي يوم لنشــر الإعلان على أن يذكر فيه أن الأمــوال غير المنقولة مطروحة للبيع في المــزاد العلنــي لمــدة خمســة و أربعون يوم و في الإعلان الثانــي لمدة ثلاثين يوم و في الإعلان الثالث لمدة خمســة عشــر يوم كما أكدت مضمون نص المادة (03) من تعليمات الأراضي.

- **الخطوة السابعة: المناداة**

أثنــاء الإعــلان يتولــى دلال يعينه الدائن مهمة المناداة علــى أن يتم تزويده بقائمة المــزاد علــى أن الأموال غير المنقولة الموضوعة تأمينــاً للدين مطروحة للبيع بالمزاد العلني بواقع مرة واحدة كل أسبوع في دائرة تسجيل الأراضي يوقع المأمور في الحقل الخاص في قائمة المزاد بأن الإجراء تم حسب القانون و مرة واحدة كل خمسة عشر يوم في مكان العقار يزدحم فيه الناس على أن تدرج كيفية المناداة على ظهر قائمة المزاد دلالة على وقوع المناداة يوقع مختار المنطقة على صحة المناداة في موقع العقار في الخانة الخاصة بذلك في قائمة المزاد.

إذا دخل أحد المزاد بمبلغ مالي ينقص نقصاً فاحشاً غير معقولة عن القيمة المقدرة للعقــار الموضــوع تأميناً للدين يتم تجديد المزايدة لمدة خمســة و أربعون يوماً يعلن عنها في أحد الصحف المحلية وفقاً للفقرة (ج) من المادة رقم (05) من التعليمات.

- **الخطوة الثامنة: الدخول في المزاد**

أثناء مرحلة الإعلانات يحق لمن شــاء أن يدخل في المزاد على أن يوضع في صندوق الدائــرة مبلــغ (10٪) من القيمة المقــدرة للمال غير المنقول الموضــوع تأميناً للدين بإستثناء الدائن نفسه يعفى من وضع هذه القيمة لدى صندوق الدائرة ، و يشترط للشخص الأجنبي سواء كان معنوي أو طبيعي يرغب في الدخول إلى المزايدة الحصول على موافقة مجلس الوزراء (إذن شراء).

و إذا لــم يظهــر طالب للأموال غيــر المنقولة الموضوعة تأميناً للدين ســواء الدائن نفســه أو شــخص آخر خلال مدة الخمسة و أربعون يوم الموضحة أعلاه يسار إلى الإعلان عن المزايدة مره أخرى لمدة خمسة و أربعون يوم

- **الخطوة التاسعة: قرار الإحالة المؤقتة**

بعد إنتهاء مدة الخمســة و أربعون يتولى مأمور التســجيل إحالة الحصص الموضوعة تأميناً للدين إحالة مؤقته إلى الطالب الأخير بأن يفرغ ذلك بكتاب بعنوان قرار إحالة مؤقتة يذكر فيه ما تم من إجراءات على معاملة تأمين الدين مقرراً في الآخر أنه تقرر إحالة الحصص المؤمنة إحالة مؤقتة إلى الطالب الأخير و إعلان ذلك في أحد الصحف المحلية لمدة خمسة عشر يوم على أن يتم إحالتها قطعياً بعد مرور مدة الخمسة عشر يوم ما لم يتقدم مزاود آخر حيث يتم المناداة من قبل الدلال مرة في مقر دائرة التسجيل و مرة واحدة في مكان العقار و يعلق الإعلان كذلك على لوحة إعلانات دائرة تسجيل الأراضــي و مــكان إزدحام الناس. على أن يذكــر في الإعلان أن الضم (3٪) من قيمة بــدل المزايــدة الأخير أي من يرغم في الدخول للمزاد أن يدفع ما يزيد عن قيمة المبلغ الطالب الأخير بمبلغ (3٪) من قيمة بدل المزايدة الأخير.

- **الخطوة العاشرة:الإنذار النهائي**

عند إنتهاء مدة إعلان الإحالة المؤقتة (انتهاء مدة المزايدة) يســطر إنذار نهائي إلــى المديــن أنــه عليه دفع الدين و ما تم من مصاريف على معاملة تنفيذ الدين خلال مدة ثمانية أيام تحســب من اليوم الثاني من تاريخ تبليغ المدين و إذا كان مجهول محل الإقامة يعلن ذلك في الجريدة الرسمية أو إحدى الصحف المحلية لمدة ثلاثين يوم.

وإذا ظهر مزاود آخر أثناء سريان مدة الإنذار النهائي يقبل منه ذلك على أن يكون مقدار الضم (10٪) و تتم المزايدة بينه و بين الطالب الأخير ولا يقبل بعده أي ضم.

- **الخطوة الحادية عشر: قرار الإحالة القطعية**

بعــد إنتهــاء مدة إعلان الإنذار الأخير يقرر إحالــة الحصص المؤمنة إلى الطالب الأخير إحالة قطعية و إشــعاره بذلك أنه عليه بدل المزايدة خمســة أيام من تاريخ التبليغ ، أما إذا كان الشخص الذي أحيلت له الأموال غير المنقولة الموضوعة تأميناً للدين هو الدائن فلا حاجة لتبليغه بذلك

- **الخطوة الثانية عشر: التسجيل**

بعد أن يتم إحالة الحصص إلى الطالب الأخير و دفع قيمة الدين و المصاريف حسب الأصول يتم تحويل المعاملة من قبل المأمور إلى التســجيل على أن تســجل على اسم الشــخص التي أحيلت إليه قطعياً و يوضع على صفحة الوقوعات لصحيفة قطعة الأرض بأن الحصص المســجلة على اســم الشخص الذي أحيلت إليه منع التصرف بهذه الحصص لمدة سنة كاملة تحسب من تاريخ تسجيلها على اسمه.

الخلاصة

في نهايــة هــذا البحــث المتواضع نأمل أن نكون قد وضعنــا القارئ العزيز في صورة حقيقية للرهن العقاري وتنفيذ الدين و إجراءاتهما المتبعة أمام دوائر تسجيل الأراضي في فلســطين علــى الرغــم أن طبيعة العمل في دوائر تســجيل الأراضــي أنه يخضع إلى تعليمات المســؤول بنســبة عالية لتغطية الثغرات التي تفرضها قدم القوانين الســارية ، وبطبيعــة الحــال إن منظومة القوانين في أي دولة توضع بنــاءً على عادات وتقاليد تلك الدولة بتفاوت في درجة تصنيفها بإعتبارها مصدر من مصادر التشــريع في فلســطين و أن هــذه العــادات والتقاليد تتغير بتغير الزمــان تحت ظل الطبيعة الكونية للمجتمعات في كل زمان و مكان.

احكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

حكم رقم 2012/158 عدل عليا
موضوعه الطعن بالترقية

2012/158 عدل عليا

دولــة فلســطين

السلطة القضائية

محكمـة العـدل العليـا

القــرار

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

الهيئة الحاكمة: برئاســة القاضــي الســيد هشام الحتو وعضوية القاضيين السيدين هاني الناطور ومصطفى القاق

المستدعي: القاضي الشرعي رائد سبتي يوسف سليمان

وكيله المحامي احمد الصياد/ رام الله

المستدعى ضدهم:

1. رئيس دولة فلســطين – رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلســطينية– رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضافة لوظيفته.
2. المجلس الأعلى للقضاء الشرعي بالإضافة للوظيفة.
3. رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي بالإضافة للوظيفة.
4. القاضي الشرعي جاد علي عرابي الجعبري/ الخليل.

الإجراءات

بتاريخ 2012/08/05 تقدم المستدعي بهذه الدعوى بواسطة وكيله للطعن في القرار الصادر عن المستدعى ضده الأول بتاريخ 2012/06/20 بناءً على تنسيب من المستدعى ضده الثاني بتاريخ 2012/05/29 والقاضي بترقية المســتدعى ضده الرابع الى درجة عضو محكمة استئناف شرعية.

يستند الطاعن في طعنه إلى أن القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب اساءة استعمال السلطة.

في جلسة 2012/10/07 كرر وكيل المستدعي لائحة الطعن وقدم بينته ضمن حافظة المستندات المبرز ع/1، والتمس إصدار القرار المؤقت المتفق مع الاصول والقانون، وفي ذات الجلسة قررت المحكمة توجيه مذكرة إلى المستدعى ضدهم لبيان الأسباب الموجبة لإصدار القرار المطعون فيه أو المانعة من الغاءه وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية.

بتاريخ 2012/12/02 قدم رئيس النيابة العامة ممثلاً عن المستدعى ضدهم الأول والثاني والثالث لائحة جوابية طلب بنتيجتها ردّ الدعوى.

في جلسة 2013/01/16 كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية وقدم بينته ضمن حافظة المستندات المبرز ن/1 وختم بينته وصرح وكيل المستدعي بأنه لا يرغب في تقديم بينة مفندة وقدم مرافعة خطية طلب بنتيجتها الحكم له حسب لائحة الدعوى، وقدم رئيس النيابة العامة مرافعة خطية طلب بنتيجتها ردّ الدعوى.

في جلسة 2013/05/08 ولتبدل الهيئة الحاكمة حيث تبين لها عدم تبليغ المدعى عليه الرابع لائحة الدعوى والقرار التمهيدي وموعد الجلسة حيث تمت الاجراءات بدونه وقررت المحكمة الغاء الاجراءات التي تمت في الدعوى منذ تاريخ 2013/01/16 والسير في الدعوى بحضور المدعى عليهم جميعاً حسب الاصول.

بتاريخ 2013/05/27 قدم وكيل المستدعى ضده الرابع المحامي عبد الله ابو صاع لائحة جوابية طلب بنتيجتها ردّ الدعوى.

في جلسة 2013/06/03 كرر وكيل المستدعى ضده الرابع اللائحة الجوابية وطلب مساعد النائب العام اعتماد البينات المقدمة في الدعوى من قبله، في حين طلب وكيل المستدعى ضده الرابع اعتماد البينات المقدمة من النيابة العامة كبينة له في هذه الدعوى، وصرح وكيل المستدعي بأنه لا يرغب في تقديم أية بينة مفندة والتمس اعتماد المرافعة المقدمة منه من السابق، وطلب مساعد النائب العام اعتماد مرافعته السابقة وطلب وكيل المستدعى ضده الرابع اعتماد بينة ومرافعة النيابة العامة بينة ومرافعة له.

المحكمة

بالتدقيـق والمداولـة وبعد الاطـلاع على لائحة الدعوى واللوائـح الجوابية والبينات المقدمـة وسـماع مرافعات الاطـراف يتبين للمحكمة أن المدعي قـد أقام هذه الدعوى للطعن في ترقية المدعى عليه الرابع القاضي جاد علي عرابي الجعبري إلى درجة عضو محكمة اسـتئناف شـرعية، وهو أقدم منه بالتعيين وحاصل على مؤهل علمي أعلى منه وانه أحق منه بالترقية.

تنص المادة 1/9 من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم [19] لسـ1972نة المعدل بالقانون رقم [18] لسـ1973نة على أن يجري ترفيع القضاء بتنسـيب من المجلس وقرار من رئيس الدولة على أساس الأهلية والكفاءة المستمدتين من التقارير الواردة عنهم، وفي حالة التسـاوي يرجح الأقدم، وهذا يعني أن الهدف الذي وضعه المشـرع في قانون أصول المحاكمات الشرعية في ترقية القضاة قد حصره في ناحيتين فقط؛ وهما الكفاءة والأهلية ولم يتعرض للأقدمية وهي سـلطة تقديرية منحها المشـرع لصاحـب الاختصـاص في ترقية القضـاة، وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة أو صاحب الاختصاص في الترقية أن يسـتخدم الاجراء إلا في تنفيذ الغرض الذي اسـتهدفه النـص القانونـي، وأن وجود سـلطة تقديرية للإدارة معناه أن يكون للإدارة سـلطة اتخـاذ الموقف الذي تراه مناسـباً عند تحقق الحالـة التي هدف إليها القانون، وأن محكمـة العـدل العليا لا تملك حق الرقابة على السـلطة التقديرية ما لم تدل على وجود اسـاءة في اسـتعمال السلطة، وأن المدعي لم يقدم أية بينة على الاطلاق تبين ماهية اساءة استعمال السلطة، ولم يورد أية أدلة على أن القرار المطعون فيه مشوب بهذا العيب، كما أن مجلس القضاء الشـرعي يسـتقل بتنسـيب وترشـيح القضاة للترقية حسب الأهلية والكفاءة وتقدير مدى ملائمة وكفاءة كل واحد منهم أو عدم ملائمتهم ولا معقب عليه في ذلك متى كانت الوقائع التي اسـتند إليها في إصدار التنسيب صحيحة ومستقاة من وقائع ثابتة تهدف إلى المصلحة العامة، وحسب ما هو واضح من حافظة المستندات المبرز ن/1 أن هناك تقرير صادر عن نائب رئيس المجلس الاعلى للقضاء الشـرعي يدل على كفاءة المدعى عليه الرابع القاضي جاد

علـي عرابـي الجعبري مما يدل على أن القرار المطعون فيه جاء متفقاً مع الأصول والقانون ومسـتنداً إلى السـلطة التقديرية التي يتمتع بها صاحب الاختصاص وان ما استند إليه المدعي في دعواه غير وارد ومستوجب الردّ.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة ردّ الدعوى

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم في 2013/07/10

الكاتب/ع.ن **الرئـيس**

تعليق على الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية في الدعوى رقم 2012/158

بقلم المحامي الدكتور

جودت مساعدة/ الأردن

1. بتاريخ 2012/8/5 أقام المستدعي القاضي الشرعي رائد شبلي يوسف سليمان الدعوى رقم 2012/158 لدى محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ضد المستدعى ضدهم:-

1. رئيس دولة فلسطين / رئيس اللجنة التنفيذية / رئيس السلطة الفلسطينية وبالإضافة لوظيفته -2 المجلس الأعلى للقضاء الشرعي بالإضافة لوظيفته -3 رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي بالإضافة لوظيفته -4 القاضي الشرعي جاد علي عرابي الجعبري .

2. أقيمت الدعوى أعلاه للطعن بالقرار الصادر عن المستدعى ضده الأول بناء على تنسيب من المستدعى ضده الثاني بتاريخ 2012/5/29 والقاضي بترقية المستدعى ضده الرابع إلى درجة عضو محكمة استئناف شرعية واستند بدعواه على أن القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب اساءة استعمال السلطة .

ولغايات التعليق على الحكم المذكور ، فإنه يتطلب عرض وقائع الدعوى وحسبما أوردتها المحكمة في حكمها سالف الذكر ، ليكون ذلك مدخلاً للتعليق على الحكم .

وبالرجوع للوقائع التي أوردتها المحكمة في حكمها نجد أنها تتلخص بما يلي :-

1. إدعى المستدعي في استدعاء دعواه بأنه هو الأحق بالترقية إلى درجة عضو محكمة استئناف شرعية من القاضي الشرعي جاد علي الجعبري ، لكونه أقدم منه بالتعيين وحاصل على مؤهل علمي أعلى منه .

2. في جلسة 2012/10/7 كرر وكيل المستدعي استدعاء الدعوى وقدم بينته ضمن حافظة مستنداته وميزت بالمبرز (ع/1) وفي ذات الجلسة قررت المحكمة توجيه مذكرة للمستدعى ضدهم لبيان الأسباب الموجبه لإصدار القرار المطعون فيه أو المانعه من الغائه وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية .

3. بتاريخ 2012/12/2 قدم رئيس النيابة العامة بصفته ممثلاً عن المستدعى ضدهم الأول والثاني والثالث لائحتة الجوابية وكررها بتاريخ 2013/1/16 وقدم بينته ضمن حافظة مستندات أبرزت وميزت بالمبرز (ن/1) وختم بينته

4. صرح وكيل المستدعي بأنه لا يرغب بتقديم بينه مفندة وقدم مرافعته ، كما قدم رئيس النيابة العامة مرافعته.

5. في جلسة 2013/5/8 قررت المحكمة لتبدل الهيئة الحاكمة إلغاء الإجراءات التي تمت من الهيئة السابقة لعدم تبليغ المستدعى ضده الرابع لائحة الدعوى والقرار التمهيدي وموعد الجلسة وتمت الإجراءات بغيابه والسير بالدعوى بحضور جميع أطرافها.

6. بتاريخ 2013/5/27 قدم وكيل المستدعى ضده الرابع لائحة جوابية على الدعوى وكررها في جلسة 2013/6/3 وطلب اعتبار البينات المقدمة من رئيس النيابة العامة بينه لموكله وصرح وكيل المستدعي بأنه لا يرغب بتقديم بينه مفندة.

7. طلب وكيل المستدعي ورئيس النيابة العامة اعتماد بياناتهم ومرافعاتهم السابقة وطلب وكيل المستدعى ضده الرابع اعتماد بينه النيابه العامة ومرافعتها بينه ومرافعه لموكله.

قررت المحكمة استناداً لأحكام المادة (9/أ) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 1972/19 والمعدل بالقانون رقم 1973/18 رد الدعوى ، لكون ترفيع القضاة يتم بتنسيب المجلس الأعلى للقضاء الشرعي وبقرار من رئيس الدولة على أساس الأهلية والكفاءة المستمدتين من التقارير الواردة عنهم وفي حال التساوي يرجح الأقدم ولم يتعرض القانون المذكور للأقدمية بالترفيع وهي سلطة تقديرية منحها المشرع لصاحب الإختصاص في ترقية القضاه وأن محكمة العدل العليا لا تملك حق الرقابة على السلطة التقديرية ما لم تدل على وجود اساءة استخدام السلطة وأن المستدعي لم يقدم أية بينه على اساءة استعمال السلطة ، مما يدل ذلك على أن القرار جاء متفقاً مع الأصول ومستنداً إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها صاحب الإختصاص وإن ما استند إليه المستدعى في دعواه غير وارد .

التعليق

بالتدقيــق بما جاء بالحكم أعلاه ، فإننا نجد أنه لا ينجو من النقد ، حيث كان يتوجب أن يشــتمل الحكم على أمور عديدة تم إغفالها وهي أساســية وضرورية ، لكون الحكم هو نهائي وعنوان للحقيقة ويعتبر سابقة قضائية ومن أهم الملاحظات عليه ما يلي :

1. لــم يتطرق الحكم فيمــا إذا قدمت الدعوى بالطعن بالحكم خلال المدة المحددة قانونياً للطعن بالقرارات الإدارية أم لا ؟ وكان عليها وبعد تلاوة اللوائح أن تقرر قبولة شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية بعد أن تتأكد من أن المستدعي قد تبلغ بالقرار أو علم به عن طريق النشر وأقام الدعوى خلال المدة القانونية المحددة للطعن بالقرارات الإدارية وهي (60) يوماً من تاريخ التبليغ أو نشر القرار وأن ذلك من واجبات المحكمة ويجب عليها ان تتصدى لذلك من تلقاء نفسها ولو لم يتم إثارته من المستدعى ضدهم ، لكون ذلك من النظام العام .

2. لم تبين المحكمة ماهية البينه التي قدمت من طرفي الدعوى وكان عليها أن تبسط بينة الطرفين وتناقشها لا سيّما وأن أسباب الطعن بالقرار المطعون به قد إنصبت على عيب مخالفة القانون واساءة استعمال السلطة، حيث أن الشخص الذي يقوم بقراءة الحكم يجد به نواقص عديدة من بينها عدم التطرق للتقارير الســنوية للمســتدعي والمستدعى ضده وكفاءة كل منهما وذلــك على ضــوء الملف الوظيفي لكل منهما والذي يعتبر الوعاء الطبيعي للحياة الوظيفية للموظف، كما لم تتطرق لدرجة كل منهما الوظيفية وتاريخ حلولــه بتلــك الدرجة ولا المحكمة التي كان يعمل بها مكان عمل كل منهما بتاريــخ صــدور القرار ، حيث أن الأهليه والكفاءة للموظف تتوصل الإدارة إليها من مصادر مختلفة من بينها ملف الموظف الوظيفي وتقاريره السنوية، علمــاً أن المؤهــل العلمي والأقدمية هي من بين الأســس والمعايير للتوصل إلى أهلية وكفاءة الموظف ويتعذر التوصل إليهما بمعزل عن المؤهل العلمي والأقدمية للموظف.

3. لم تبين المحكمة في حكمها المقصود بالترقية وتخطي أو تجاوز الموظف لزملائه بترقيته دونهم ، حيث أن الترقية هي نقل الموظف من وضع وظيفي أقل إلى وضع وظيفي أكبر ولو لم يترتب على ذلك زيادة في المرتب [1] .

4. لم تتطرق المحكمة للدرجة التي يتطلبها القانون توافرها لدى القاضي لإشغال وظيفة قاضي استئناف بالمحكمة الشرعية وشروط ترفيع القاضي ليشغل هذه الوظيفة.

5. كان على المحكمة ولغايات الفائدة وفي بداية حكمها أن تتوصل للتكييف القانوني السليم للقرار المطعون به هل هو قرار ترفيع أم قرار نقل ؟ إذ يوجد فرق كبير بينهما ، حيث كما أسلفت ليس بالضرورة أن يترتب على الترفيع أو النقل زيادة راتب الموظف الذي تقرر ترفيعه أو نقله وإن كان لهما أثر على الموظف من الناحية المعنوية أحياناً

6. كان على المحكمة أن تقرر في الفقرة الحكمية من الحكم رد الدعوى شكلاً عن المستدعى ضدهم الثاني والثالث والرابع وتضمين المستدعي المصاريف وأتعاب المحاماة ، حيث أن الخصومة في دعاوى الإلغاء توجه إلى مصدر القرار الإداري وهو الخصم الحقيقي فيها ، وأن القرار المطعون به صدر عن المستدعى ضده الأول ولم يصدر عن المستدعى ضدهم الآخرين ، كما كان عليها أن تقرر رد الدعوى موضوعاً عن المستدعى ضده الأول وتضمين المستدعي المصاريف واتعاب المحاماة ما دام أنها توصلت إلى أن القرار المطعون به موافق للأصول والقانون.

(1) د. جودت مساعدة / حقوق الموظف العام في التشريعات الأردنية / دراسة مقارنة / رسالة دكتوراة / معهد البحوث والدراسات قسم الدراسات القانونية صفحة (234) / القاهرة / سنة 2005 .

وعليه تأسيساً على ما تقدم ، فإن ما توصلنا إليه من ملاحظات على الحكم المطعون بـه لا يقلـل من الجهد الـذي بذلته المحكمة به وإن التعليق هو لغايـات الفائدة للجميع والإسـتفادة منها مسـتقبلاً في الأحكام التي سـتصدرها المحكمة وذلك وصولاً لتحقيق العدالة التي ينشـدها الجميع ، حيث أن الأحكام القضائية تعكس مدى إلتزام الدولة بأحكام القانون واحترامها له وأضيف أن للقضاء الإداري دور كبير في الإصلاح التشريعي والإداري والسياسـي ، لكونه يكشـف العيوب التشـريعية ، ويوجه السلطة التشريعية ، سـواء كان ذلك من حيث مخالفة أي تشـريع للدستور أو قصور تلك التشريعات وكذلك الأمربالنسبة للإصلاح الإداري . إذ أن القضاء الإداري هو قضاء إبداعي يكشف عيوب الإدارة وَيُقَوِّم إعوجاجها وأخطائها ويرشدها ويوجهها التوجيه القانوني السليم ويعتبر حمايـة وضمانه للحقوق والحريات وذلك للوصول بالدولة إلى دولة قانون ومؤسسـات حقاً وصدقاً .

التعليق على حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 158/ 2012

تعليق الدكتور خالد عبد الفتاح/مصر

2012/158

بسم الله الرحمن الرحيم

الدكتور خالد عبد الفتاح/مصر

الموضوع

اقام القاضي الشــرعى .. الدعوى رقم 158 لســنة 2012 بأيداع عريضتها قلم كتاب المحكمة ضد كل من :-

1. رئيس دولة فلســطين – رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلســطنية – رئيس السلطة الوطنية – رئيس السلطة الوطنية الفلسطنية بالأضافة لوظيفة.
2. المجلس الأعلى للقضاء الشرعى بالأضافة لوظيفة
3. رئيس المجلس للقضاء الشرعى بالأضافة لوظيفة
4. القاضي الشرعى .....

وذلــك بتاريــخ 2012/8/5 وطلــب في ختامها الحكــم بالغاء القــرار الصادر بتاريخ 2012/5/29 بترقية المدعى عليه الرابع لدرجة عضو محكمة استئناف شرعية

وتدولت الدعوى بالجلســات وبجلســة 2013/7/10 اصدرت المحكمة حكمها القاض منطوقة :- تقرر المحكمة رد الدعوى حيث اســست أســباب حكمها على أن القرار محل الطعن لا يشــوبه عيب اســاءة استعمال السلطة وأن الترقية في الدرجات القضائية تقوم علــى الأهليــة والكفاءة وأن ترقية المدعى عليه الرابع قد تمت وفق صحيح حكم القانون ومن صاحب الاختصاص ومن ثم فقد خلت الدعوى من السند الصحيح لها وأنتهت إلى رفض الدعوى.

التعليق

تمهيد أن من أسمى مهام الدولة في العصر الحديث بث الطمأنينة في نفوس المواطنين وتأمينيهم على حياتهم وحقوقهم وأنه لا سبيل إلى ذلك الأ بالأحتكام إلى سيادة القانون

الـذي يتعـين أن يسـري على الحاكمين والمحكومين جميعاً وعلـى الدولة وعلى الأفراد على حد سواء أن القوانين مهما كان حظها من السمو لن تبلغ الغاية منها الا اذا توفر علـى تطبيقهـا قضاء يتغيا إدارك مراميها وفرض سـلطاتها على الكافة دون تميز وقد وصف الأمام علاء الدين الطرابلس وظيفة القضاء بأنها من اجل العلوم قدراً وأعزها مكانا واشرفها ذكرا .

لذلك حرصت التشـريعات العربيـة والأجنبية على وضع قانون خاص لأعضاء السـلطة القضائيـة ينظـم امورهم من حيث شـروط وأجراءات التعيـين والترقية وتقاريـر الكفاية والندب والأعارة والأجازات وكذلك انهاء الخدمة وذلك على نحو مستقل عن القوانين التي تحكم الوظيفة العامة في الدولة ومن ذلك دولة فلسطين والتي خصصت قانون.

لتشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972 والمعدل بالقانون رقم 18 لسنة 1973 والذي نظم أمور القضاه خاصة من حيث الترقية.

والحكـم محل التعليق قد شـابه بعض العيوب الشـكلية وبعـض العيوب الموضوعية وذلك على النحو التالي :-

أولاً : من حيث الأجراءات الشكلية :-

أسـتقر قضـاء النقض على أن اعلان صحيفـة الدعوى للمدعى عليه اجراء لازماً لأنعقـاد الخصومـة بين أطرافها تحقيقـاً لمبدأ المواجهة بين الخصـوم اذا تخلف هذا الشرط زالت الخصومة التي بدأت معلقة على شرط الأعلان

- الطعن رقم 1434 لسنة 49 ق . بجلسه 1983/3/8
- الطعن رقم 1372 لسنة 50 ق . بجلسة 1984/1/26
- الطعن رقم 408 لسنة 50 ق . بجلسة 1983/11/6
- الطعن رقم 1771 لسنة 53 ق . بجلسة 1984/4/3
- وان ما استقرت عليه احكام النقض ليس الا تطبيقاً لأحكام المادة 68 من قانون

المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 والمعدلة بالقانون رقم 8 لسنة 1999 و 23 لسنة 1992

- بل أنه كان يجب اعتبار الدعوى كأن لم تكن بناء طلب المدعى عليه أعمالاً لحكم المادة 70 من ذات القانوني والمعدلة بالقانون رقم 75 لسنة 1976 اذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك

ثانياً إلى فعل المدعى

ولقد اكدت على أعلان المدعى عليه في الدعوى المادة 84 من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 والمستبدلة بالقانون رقم 142 لسنة 2006 حيث أوجبت المادة على قلم الكتاب اعلان الخصوم بصور من عريضة الدعوى مع تكليفهم بالحضور في الجلسة تحدد لتحضير الدعوى .

والثابت من الحكم محل التعليق أن عريضه الدعوى أو دعت بتاريخ 2012/8/5 ولم يتم أعلان المدعى عليه للحضور الا في 2013/5/8 وكان يتعين على المحكمة عدم التصدي للدفاع المقدم من النيابة أو المدعي او قبول اي مستندات أو اوراق حتى يتم انعقاد الخصومة بحضور وأعلان المدعى عليهم جميعاً تحقيقاً لكفالة حق الدفاع

ثانياً :- من الناحية الموضوعية :-

استقرت الأنظمة القضائية أيا كانت صورتها أو القواعد التي تحكمها على انه يجب أن يشمل الحكم على عرض موجز للوقائع وخلاصة ما أستند عليه الخصوم من حجج واقعية وقانونية بما يتوافر به الرقابة على عمل القاض والتحقق من استيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه

- الطعن رقم 758 س 49 ق . جلسة 1982/4/5
- الطعن رقم 270 س ق . جلسة 1982/11/7
- الطعن رقم 270 س 49 ق . جلسة 1982/11/7
- الطعن رقم 2062 ش 51 ق . جلسة 1982/12/5

كما أستقر قضاء النقض على أن الحكم يجب ان يقام على أسباب تطمئن المطلع عليه على أن المحكمة قد فحصت الأدلة التي قدمت إليها وحصلت منها على ما تؤدي إليه وبذلت كل الوسائل التي من شأنها أن توصلها إلى ما ترى انه الواقع .

- نقص الطعن رقم 194 س 49 ق . جلسة 1982/11/25 .
- نقض الطعن رقم 958 س 49 ق . جلسة 1983/4/13
- نقض الطعن رقم 2340 س 52 ق جلسة 1982/11/24

وهذا المعنى هو ما أكدته المواد 176 ، 177 ، 178 والمعدلة بالقانون رقم 13 لسنة 1973 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

وأي اخلال بأحدى هذه الدعائم اللازمة للحكم يجعله معيباً مستوجب الالغاء ومن تلك العيوب القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بان تكون محكمة الموضوع لم تحط بمضمون المستندات والأوراق المقدمه اليها من المدعي تأييداً لدفاعه ومن ثم لم تفطن لدلالتها وبالتالى لم تواجه هذا الدفاع بما يقضيه ولم تقسطه في التمحيص والتحقيق حتى يتسنى لها الوقوف على صحيح الواقع والقانون في شأنه بما يعيب الحكم

- الطعن رقم 1230 لسنة 51 ق . جلسة 1983/5/3 .
- نقض الطعن رقم 997 لسنة 50 ق . جلسة 1983/5/17 .
- نقض الطعن رقم 1469 لسنة 72 ق . جلسة 1986/2/12 .

كذلك من عيوب التسبيب والتدليل مخالفة القانون والآخلال بحق الدفاع .

- الطعن رقم 62 س . 5 ق . جلسة 1983/4/28
- نقض الطعن رقم 77 س 751 . جلسة 1984/6/28
- نقض الطعن رقم 1220 س 49 ق جلسة 1983/3/31

واذا كان مقطع النزاع والأساس الذي أستندت عليه المحكمة في أسباب حكمها

محل التعليق هو ترقية أحد أعضاء المحكمة الشـرعية لدرجة عضو محكمة أسـتئناف شرعية بالمخالف للقانون رقم 19 لسنة 1972 وتعديلاته وكانت قواعد الترقية تحكمها المادة 1/9 من هذا القانون والتي جرى نصها على أن يجري ترفيع القضاء بتنسيب من المجلس وقرار من رئيس الدولة على أساس الأهلية والكفاءة

المستمد من التقارير الوارده عنهم وفي حالة التساوي يرجح الأقدم

ومن حيث ان المسـتفاد من النص المتقدم أي المشـرع حدد شـروط لابد من توازها للنظر في ترتبه القضاه وهي :-

1. توافر الأهلية اللازمة للترقية.
2. توافر الكفاءة وحدد معيار لها وهو تقارير الكفاية التي توضع سنوياً

وفي حالة التساوي في هذين الشرطين يتقدم أو يرجح الأقدم في التعيين ويلاحظ أن تلك الشـروط والمعيار الذي أقره القانون رقم 39 لسـنة 1972 قد ورد النص عليه في تشريعات الهيئات القضائية المختلفة من ذلك المادة 4 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسـنة 1972 والتي نصت على أنه يجب ترقية رجال القضاء الشـرعي الذين يحل دورهم في الترقية بالأقدمية إلى الدرجات المالية التالية لدرجاتهم .. وكذلك المادة 40 ، 41 من ذات القانون والمسـتبدلة بالقانون رقم 142 لسـنة 2006 والتي نصت على أنه ... يكون التعيين في وظيفة مستشار (أ) من الفئة (أ) أو ..... بطريقة

الترقية من الوظيفة التي تسبقها مباشرة في القضاء أو النيابة .

وكذلـك المـادة 49 مـن القانون والتـي نصت علـى أن يكون اختيار قضـاة المحاكم الأبتدائية من الفئة ب بطريقة الترقية من بين اعضاء النيابة على أساس الأقدمية من واقع اعمالهم وتقارير التفتيش عنهم وتكون ترقية القضاه من الفئتين ب ، أ و .... على أساس الاقدمية مع الأهلية .

وكذلك المادة 84 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسـنة 1972 والمسـتبدلة بالقانون رقم 50 لسنة 1973 والتي جرى نصها على أن يكون أختيار النواب من الفئة ب بطريقة الترقية من بين المندوبين على أساس الأقدمية ومن واقع أعمالهم وتقارير التفتيش عنهم

وتكون ترقية النواب من الفئتين ب ، أ والمستشـارين المسـاعدين من الفئتين ب ، أ على أسـاس الأقدمية مع الأهلية .... وفيما عدا ذلك يجري الأختيار في الوظائف الأخرى على أساس درجة الأهلية وعند التساوي تراعى الأقدمية

وكذلك المادة 17 من قانون هيئة قضايا الدولة رقم 75 لسنة 1963 والمضافة بالقانون رقـم 10 لسـنة 1986 والتـي نصت على أن تعيين الأقدمية وفقـا لتاريخ القرار الصادر بالتعـين أو الترقيـة واذا عين عضوان أو اكثر في وقت واحد وفى الدرجة عينها أو رقوا إليها حسب أقدميهم وفقاً لترتيب تعينهم أو ترقيتهم ...

وكذلك المادة 38 مكرراً من القرار الجمهوري بقانون رقم 117 لسنة 1958 بأعادة تنظيم النيابة الادارية والمحاكمات التاديبية والمضافة بالقانون رقم 39 لسنة 1974 والمستبدلة بالقانون رقم 12 لسنة 1989 والتي تنص على أن يكون شأن اعضاء النيابة الادارية فيما يتعلق بشروط التعيين والمرتبات والبدلات وقواعد الترقية والندب والاعارات والاجازات والاستقالة . شأن أعضاء النيابة العامة ومن حيث أن المستفاد من التشريعات القضائية المشار إليها أنها تكاد تجمع على ضرورة توافر عنصري الأهلية والكفاءة كشرط للترقية مع ترجيح الأقدمية كمعيار عن لمن يتساوى مع الغير في هذين العنصرين .

بل أن قانون نظام العاملين المدنين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 المصري قد تطلب في المادة 24 منه وما بعدها الاقدمية كشرط للترقية والأفضلية في حالة التساوي في طلب الترقية

ويلاحظ أن الترقيه لها صورتان أو نوعان الترقية بالأختيار والثاني الترقية بالأقدمية والأول يجوز الترقية بالأختيار وتخطي القدم إلى الأحدث مادام الأخير ظاهر الكفاية وهي ليست مجال للبحث هنا

ويلاحظ أن تحديد الأقدمية هنا هي أقدمية العامل في شـغل الوظيفة المرقى منها لا أقدمية التعيين مطلقاً

- فتوى الجمعية الترقية العمومية لقسـمي الفتوى والتشـريع لمجلس الدولة رقم 802/3/86 جلسة 1991/4/3
- الطعن رقم 2037 لسنة 32 ق . عليا جلسة 1994/5/7

- الطعن رقم 2146 لسنة 37ق . عليا جلسة 1997/4/5

ويلاحـظ أن المرض هو سـبب خـارج من ارادة الموظف ولا يجـوز ان يكون مانع من الترقية مادام أنه كان أهلا في ذاته لتلك الترقية .

- الطعن رقم 80 لسنة 21 ق . عليا جلسة 1981/2/22
- الطعن رقم 1252 لسنة 25ق . عليا جلسة 1981/5/24
- الفتوى الجمعية ملف رقم 762/3/86 جلسة 1989/4/5

كما لا يجوز الأعتداء بمجموع درجات التقدير في ذات مرتبة الكفاية

الطعن رقم 230 لسنة 35 ق . عليا جلسة 1996/12/28

ومـن حيـث أنه لما كان ما تقدم وكان البين من الحكم محل التعليق أن المدعي يطعن في ترقية زميل له بدرجة عضو محكمة أستئناف شرعية رغم أنه أقدم منه في الدرجة التـي تسـبق المرقـى عليها ولم يوجد من الأوراق ما ينال مـن أهليته أو كفايته حيث أن المحكمـة لـم تتطرق لمدى تسـاوي المدعي مع المطعون على ترقيتـه من حيث الأهلية أو الكفاءة وهو ما يعيب الحكم من حيث التسبيب وتفنيد دفاع المدعي إذ أن أساس المنازعة هي تساوي المدعي مع الطعون على ترقية في الأهلية والكفاءة

ويتفوق عليه في الأقدمية رغم ذلك لم يتطرق إليها أسـباب الحكم ،يضاف إلى ما تقدم أن المحكمة اسـتندت في رفض الدعوى لعدم وجود عيب أسـاءة اسـتعمال السلطة ذلك أن المستقر عليه في قضاء المحكمة الادارية العليا ان ذلك العيب يجب أن يشـوب الغايـة مـن القرار الأداري ذاته بـأن تكون جهة الادارة قـد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغيها القرار أو أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة

- الطعن رقم 7113 لسنة 48ق . عليا جلسة 2007/2/10
- الطعن رقم 798 لسنة 36 ق . عليا جلسة 1995/1/17
- الطعن رقم 1616 لسنة 44 ق . عليا جلسة 2001/2/6

ومــن حيــث ان القرار محل الطعن قــد صدر بترقيه من هو أحدث من المدعي دون ذكر اسباب التخطي ودون أن يوجد من الأوراق ما ينال من كفاءة أو أهلية المدعي لهذه الترقيــة فــأن القرار يكون قد صــدر بالمخالفة للمادة 1/19 المشــار إليها لعدم أعماله لمعيار الأقدمية في مجال الأفضلية للترقية ولعدم قيامه على السبب المبرر قانوناً والذي يسمح للمحكمة برقابة هذا السبب من حيث مطابقته للقانون من عدمه وأثر ذلك على النتيجه التي أنتهي إليها القرار وتجد النتيجة حدها الطبيعي فيما اذا كانت مستخلصة استخلاص من أصول نتيجها ماديا وقانونيا أما اذا كانت منتزعه من غير أصول موجودة أو كانت مســتخلصة من أصول لا تنتجها أصبح القرار ناقدا للسبب ووقع مخالفاً للقانون .

- الطعن رقم 3205 لسنة 40 ق . عليا جلسة 2001/7/8
- الطعن رقم 385 لسنة 741 ق . عليا جلسة 1995/3/12

الأمر الذي يستخلص فيه أن الحكم قد شابه العوار وما أنتهت إليه من منطوق.

حكم رقم 2013/192 عدل عليا

موضوعه الاحالة على التقاعد المبكر

2013/192

دولة فلسطين

السلطة القضائية

محكمة العدل العليا

القرار

الصــادر عن محكمة العدل العليــا المنعقدة في رام الله المأذونة باجراء المحاكمة واصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة : برئاســة الســيد القاضي هشــام الحتو وعضوية السيدين القاضيين رفيق زهد ومصطفى القاق

المستدعي : جعفر احمد مسلم هديب – الطيرة وكلاؤه المحامون شكري النشاشيبي ومحمد هلسه وسلامة هلسة/رام الله

المستدعى ضده : مجلس الوزراء الفلسطيني / رام الله

الاجراءات

بتاريخ 2013/10/20 تقدم المســتدعي بواســطة وكيله بهذه الدعوى للطعن في القرار رقم (15/09/07/م.و/ر.ح) لعام 2013 الصادر عن المســتدعى ضده في جلســته رقم (09) بتاريخ 2013/8/20 والقاضي باحالة المستدعي على التقاعد المبكر اعتباراً من ذات التاريخ.

يستند المستدعي في طعنه الى ان القرار المطعون فيه باطل ومشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة.

في جلسة 2013/11/4 كرر وكيل المستدعي لائحة الدعوى وقدم بينته ضمن حافظة مســتندات المبرز (س/1) وختم بينته وطلب اصدار القرار التمهيدي المتفق مع الاصول والقانــون وفي ذات الجلســة قــررت المحكمــة توجيه مذكرة الى المســتدعى ضده لبيان الاســباب الموجبة لاصدار القرار المطعون فيه و/او بيان ما يحول دون الغاءه وفي حالة المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية.

بتاريـخ 2013/12/4 قـدم مسـاعد النائب العام ممثلاً عن المسـتدعى ضده لائحة جوابية طلب في نتيجتها رد الدعوى.

في جلسة 2013/12/10 كرر رئيس النيابة العامه اللائحة الجوابية وقدم بينته ضمن حافظـة مسـتندات المبـرز (ن/1) وختم بينته وقدم وكيل المسـتدعي بينـة مفنده المبرز (س/2) وختم بينته وقدم مرافعة خطية طلب في نتيجتها الغاء القرار المطعون فيه كما قدم رئيس النيابة العامه مرافعة خطية طلب في نتيجتها رد الدعوى.

وقد جاء في لائحة الدعوى :

1. المستدعي اشغل منذ تاريخ 1996/2/1 منصب مدير عام وزارة الصناعة ولدى صدور قانون تشجيع الاستثمار رقم 1 لسنة 98 تم تعيينه بقرار من رئيس السلطة الوطنية مديراً عاماً لهيئة تشجيع الاستثمار التي شكلت سنداً للقانون المذكور ثم تدرج في منصبه بحيث اصبح الرئيس التنفيذي لهيئة تشجيع الاستثمار بمنصب وكيل وزارة بدرجة A1.
2. اثـر بـروز بعـض الخلافـات ما بين المسـتدعي وبـين وزير الاقتصـاد الوطني سـطر رئيـس مجلس ادارة الهيئة كتاباً الى رئيس مجلـس الوزراء يحمل الرقم (104MO/114/2013) تاريـخ 2013/7/16 ينسـب فيـه الموافقـة علـى نقل المستدعي الى وظيفة مستشار لوزير الاقتصاد الوطني لشؤون الاستثمار بنفس درجته الوظيفية اعتباراً من تاريخ الكتاب المذكور.
3. اثر ذلك وبتاريخ 2013/7/20 سطر المستدعي كتاباً الى رئيس مجلس الوزراء يحمـل الرقـم (01A PIP-20-07/13) بـين من خلاله عـدم قانونية الكتاب الموجه من وزير الاقتصاد الوطني.
4. وبتاريخ 2013/8/20 اصدر المستدعى ضده القرار المطعون فيه.

المحكمة

بالتدقيـق والمداولـة وبعد الاطلاع على لائحة الدعـوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمـة وسـماع مرافعات الطرفين تجد المحكمة انه يسـتفاد مـن المادة (17) من قرار بقانون رقم 5 لسنة 2007 بشأن تعديل قانون التقاعد العام رقم (7) لسنة 2005 المعدلة للمادة (117) منه ان لمجلس الوزراء بصفته اعلى سلطة ادارية في الدولة والمهيمن على مصالحها وحسن سير الادارة الحكومية الحق الكامل والسلطة التقديرية الكاملة ودون الحاجة الى تنسـيب من اي جهة كانت احالة اي موظف اكمل خمسـة عشر سنة خدمة مقبولـة للتقاعـد دون ان يكون ملزماً بتسـبيب قراره او الافصاح عن سـبب محدد وان سـلطته في ذلك سـلطة تقديرية ويملك قدراً كبيراً من ملائمة القرار للمصلحة العامة التي هي هدف كل قرار اداري دون معقب عليه من احد ما دام ان قراره قد اسـتهدف الصالح العام بعيداً عن البواعث الشـخصية خالياً من شـائبة اسـاءة استعمال السلطة بمعنى ان قانون التقاعد لم يرسم لمجلس الوزراء طريقة معينة يسلكها او اسلوباً خاصاً يتبعه عند اصدار قرار الاحالة على التقاعد ولا نجد في سـلطة مجلس الوزراء سـوى قيد حسـن اسـتعماله لسـلطته وفقاً لمقتضيات الصالح العام وحسب ما هو واضح من القرار المطعون فيه انه جاء مستنداً الى المصلحة العامة والقانون وان المصلحة العامه لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة للمستدعي بل تعلو عليها واذا تعارضت مصلحتان عامة وخاصة ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة (قرار محكمة العدل العليا الاردنيـة رقـم 77/112 صفحة 54 سـنة 1987) مما يعني ان القـرار المطعون فيه جاء متفقاً واحكام القانون.

لهذه الاسباب

تقرر المحكمة رد الدعوى

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وافهم 2014/6/30

الكاتب **الرئيس**

التعليق على حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 192/ 2013 تاريخ 30 /6/ 2014

تعليق الدكتور سليم سلامة حتاملة/الاردن

ملخص:

يتعرض هذا التعليق لمجمل الأحكام الناظمة للقرار الإداري الصادر بإحالة الموظف العام على التقاعد المبكر والتي تضمنها الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا ، حيث أن القاعدة في قانون الخدمة المدنية هي استكمال المدة القانونية في خدمة المرفق العام ، المسوغة في حال انقضائها إلى إمكانية اتخاذ القرار المناسب بحق الموظف . و تعد سلطة الإدارة في ذلك سلطة تقديرية، ما لم يشوب القرار إساءة في استخدام الإدارة لسلطتها .

و قد أثار الحكم محل التعليق العديد من النقاط التي تستحق التوضيح ، و من أهمها ، تحديد مشروعية القرار الإداري من حيث عناصره ، و نخص بالذكر مجانبة الإدارة للمصلحة العامة بقصد تحقيق مصالح و مآرب أخرى تبتعد من خلالها عن تحقيق المصلحة العامة ، مما يظهر عيب الانحراف بالسلطة ، الذي يعتبر من العيوب الأساسية في القرار الإداري ، و الذي يصعب معه ممارسة الرقابة القضائية عليه و إثباته ، لتعلقه ببعض المفاهيم القانونية غير محددة المعالم .

و تأسيسا على ما تقدم سوف نحاول إبراز مدى دور القاضي في المنازعة الإدارية ، من حيث التكييف القانوني التي تسبغه الإدارة على قراراتها و مدى الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة و القائمة على أساس الملائمة بين حرية الاختيار و بين إجراء عمل إداري معين و تركه في ضوء الصالح العام ، و ذلك حتى لا تكون السلطة التقديرية سلطة مطلقة أو تحكمية .

المقدمة:

تعد القرارات المتعلقة بحقوق الوظيفة و واجباتها و التي منها قرارات الإحالة إلى التقاعد من القرارات التي يقوم عليها حق الموظف العام في الطعن ، لأن صفته كموظف ، تجعله في مركز خاص بمواجهة القرار الطعين ، مما يخوله مصلحة كافية لطلب إلغائه .

و من المؤكد أن الإحالة إلى التقاعد من أهم الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف و الإدارة ؛ لذا نجد أن العديد من التشريعات تعطي

الإدارة الحق في إحالة الموظف إلى التقاعد و ذلك عند بلوغه سن معينة ، أو إذا أكمل الموظف مدة معينة خدمة مقبولة للتقاعد . و الإحالة على هذه الصورة إما أن تتخذ بمبادرة من الإدارة أو بطلب من الموظف . بحيث تتمتع الإدارة ابتداء بسلطة تقديرية واسعة على اعتبار أن حسن تنظيم الجهاز الإداري قد يتطلب مثل هذا الإجراء و دون أن تلتزم الجهة المختصة ببيان الأسباب ، أو إتباع إجراء معينا ، على اعتبار أن نظام الإحالة إلى التقاعد لا يقوم على فكرة الجزاء و من ثم لا يلزم أن يسبقها تحقيق أو أن يواجه الموظف بمخالفات أو وقائع معينة منسوبة إليه و إنما يكفي فيها أن تكون ثمة أسباب لدى جهة الإدارة استمدت منها تقديرها ، باستثناء اشتراط توافر مدة الخدمة المعتبرة في القانون ، بحيث ترك لمجلس الوزراء اتخاذ قراره بالشكلية التي يريد دون معقب على ذلك ، بحيث يعود تقدير حاجة المرفق بما يتعلق بإحالة الموظف إلى التقاعد إلى الإدارة ، باعتبارها الجهة المسؤولية و القيمة على تسيير المرفق العام، و لا يحد من سلطة مجلس الوزراء إلا قيد حسن استعمال السلطة .

و بناء على ما تقدم ، فإننا سنتناول هذا التعليق ، من خلال بيان ، أسباب الحكم و أسانيده و منطوق الحكم ، ثم سنقوم ، تاليا ، بالتعليق على هذا الحكم ، محاولين الإجابة على شروط صحة قرار الإحالة إلى التقاعد المبكر و الخاص بموظف الفئة العليا من موظفي القطاع العام .

أولا ـــ وقائع الموضوع ، و أسباب ومنطوق الحكم .

أ. وقائع الموضوع :

1. تقدم المستدعي بواسطة وكيله بتاريخ 20 / 10 / 2013 الدعوى للطعن بالإلغاء بمواجهة القرار الطعين رقم (15/09/07/م.و / ر.ح) لعام 2013 ، و الصادر عن المستدعي ضده (مجلس الوزراء الفلسطيني / رام الله) في جلسة رقم (9) بتاريخ 20 / 2013/8 ، و موضوعه إحالة المستدعي إلى التقاعد المبكر اعتبارا من ذات التاريخ .
2. المستدعي من مواليد 1966 ، أشغل منصب مديرا عاما في وزارة الصناعة ، منذ تاريخ 1996/2/1 ، و استنادا لقانون تشجيع الاستثمار رقم (1) لسنة 1998 تم

تعيينه بقرار من رئيس السلطة الوطنية مديرا عاما لهيئة تشجيع الاستثمار التي تشكلت سندا للقانون المشار إليه ، ثم تدرج في منصبه بحيث أصبح الرئيس التنفيذي لهيئة تشجيع الاستثمار بمنصب يعادل وكيل وزارة بدرجة A1 و بذلك يصنف كأحد موظفي الفئة العليا وفقاً للمادة (9) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 و المعدل للقانون رقم 4 لسنة2005.

3. نشأت بعض الخلافات ما بين المستدعي و بين وزير الاقتصاد الوطني (رئيس مجلس إدارة الهيئة) حول عدم انتظام اجتماعات مجلس الإدارة لأسباب تعود إلى رئيس مجلس الإدارة ، حول تنفيذ قانون تشجيع الاستثمار ، ومن حيث الإعفاءات الجمركية و الضريبية ، و تعبئة نماذج إقرار الذمة المالية ، الذي أشار إليها المستدعي منبها رئيس مجلس الإدارة إليها ، مما دعا رئيس مجلس إدارة الهيئة إلى تسطير كتاب إلى رئيس مجلس الوزراء و يحمل الرقم (104/114/3013 MO) تاريخ 2013/7/16 ينسب فيه الموافقة على نقل المستدعي إلى وظيفة مستشار لوزير الاقتصاد لشؤون الاستثمار بنفس درجته الوظيفية اعتبارا من تاريخ الكتاب المذكور بداعي تدوير الوظيفة ، دون الرجوع إلى مجلس الإدارة في الهيئة صاحبة الصلاحية .

4. و بناء على ما ورد في البند السابق (2) ، سطر المستدعي كتابا بتاريخ 2013/7/20 إلى رئيس مجلس الوزراء يحمل الرقم (PIPA 01/20/7/13) بين من خلاله عدم قانونية الكتاب الموجه من وزير الاقتصاد الوطني .

5. لم يستجيب أو يأخذ مجلس الوزراء بما جاء بكتاب وزير الاقتصاد الوطني بسبب عدم ثبوت قانونيته ابتداء لجهة نقل المستدعي إلى وظيفة مستشار وزير الاقتصاد.

6. عمد رئيس مجلس إدارة الهيئة (وزير الاقتصاد الوطني) عندما لم يستجاب لطلبه إلى تقديم شكوى بتاريخ 2013/7/22 ضد المستدعي لدى رئيس نيابة رام الله ، مدعيا بتهديده ، و الاستهتار به (الإساءة إليه) كتابة ثم اتبع ذلك بطلب من مجلس الوزراء إحالة المستدعي إلى التقاعد المبكر استنادا إلى أحكام قانون التقاعد العام.

و بتاريخ 2013/8/20 ، و دون إتباع الإجراءات اللازمة أصدر مجلس الوزراء القرار محـل الطعن و الذي يقضي بإحالة المسـتدعي على التقاعـد المبكر اعتبارا من التاريخ المذكور .

ب. أسباب الحكم :

أوضحت محكمة العدل العليا في منطوق قرارها ، و بعد التدقيق و المداولة و الاطلاع علـى لائحـة الدعوى و اللائحـة الجوابية و البينات المؤيدة للوقائع و سـماع مرافعات الطرفين تجد المحكمة أنه يستفاد من المادة (17) من قرار بقانون رقم (5) لسنة2007 بشـأن تعديل قانون التقاعد العام رقم (7) لسـنة 2005 المعدلة للمادة (117) منه أن لمجلس الوزراء بصفته أعلى سـلطة إدارية في الدولة و المهيمن على مصالحها و حسـن سـير الإدارة الحكومية الحق الكامل و السـلطة التقديرية الكاملة ، دون الحاجة إلى تنسيب من أي جهة كانت إحالة أي موظف أكمل خمسة عشر سنة خدمة مقبولة للقاعد دون أن يكون ملزما بتسبيب قراره أو الإفصاح عن سبب محدد ، و أن سلطته في ذلك سلطة تقديرية ، و يملك قدرا كبيرا من ملائمة القرار للمصلحة العامة التي هي هدف كل قـرار إداري دون معقـب عليه من أحد ما دام أن قراره قد اسـتهدف الصالح العام بعيدا عن البواعث الشخصية، خاليا من شائبة إساءة استعمال السلطة بمعنى أن قانون التقاعد لم يرسم لمجلس الوزراء طريقة معينة يسلكها أو أسلوبا خاصا يتبعه عند إصدار قرار الإحالة على التقاعد و لا نجد في سلطة مجلس الوزراء سوى قيد حسن استعماله لسلطته وفقا لمقتضيات الصالح العام ، و حسب ما هو واضح من القرار المطعون فيه أنـه جاء مسـتندا إلـى المصلحة العامة و القانون ، و أن المصلحـة العامة لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة للمسـتدعي بل تعلو عليها و إذا تعارضت مصلحتان عامة و خاصـة ترجـح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مما يعني أن القرار المطعون فيه جاء متفقا و أحكام القانون .

ت. منطوق الحكم:

1. قبول الطعن شكلا لقيام الخصومة .
2. و في الأساس رد الدعوى .

ثانيا - التعليق على القرار :

بادئ ذي بدء ، لابد من الإشارة في مقدمة التعليق إلى أن الحكم المذكور آنفا ، يحتوي على مادة قانونية غنية ، و جديرة بالاهتمام وردت في منطوق الحكم من جانبين ، الأول ، وجود مصطلحات قانونية يتوجب إبراز مفهومها لتعلقها بموضوع القرار محل التعليق ، و الجانب الثاني ، بيان الأساس القانوني ، مع الإشارة إلى الدفوع الأساسية المؤثرة في الحكم .

أولا : أهمية تحديد مفهوم قرار الإحالة إلى التقاعد المبكر .

تعد قرارات الإحالة إلى التقاعد ، فصلا من الوظيفة بغير الطريق التأديبي ، و إخراج الموظف نهائيا من ملاك الوظيفة العامة بحيث تنتهي الرابطة الوظيفية بقرار من الإدارة المختصة ، أو بناء على طلب الموظف العام ، و يطبق هذا التدبير على الموظفين الذين بلغوا سنا معينة ، و قضوا في الخدمة المدة القانونية وفقا لأحكام و قوانين الخدمة المدنية النافذة .

و قد تبنى قانون الخدمة المدنية الفلسطيني معالجة الحالات التي يفصل بموجبها الموظف بغير الطريق التأديبي ، مجاريا بذلك قانون التقاعد المدني رقم (7) لسنة 2005 و التي منها الإحالة على التقاعد المبكر كحالة استثنائية ، ورد النص عليها في المادة (36، 117) من قانون التقاعد المدني المشار إليه سابقا .

و قرار الإحالة على التقاعد المبكر ، يمكن أن يتخذ من قبل الإدارة المختصة بناء على طلب الموظف العام و بإرادته المعبر عنها بعدم رغبته في الاستمرار في الوظيفة إذا تحققت شرائطها المنصوص عليها في المادة (36) من القانون المشار إليه بعد موافقة هيئة التقاعد المدني، و بقرار من مجلس الوزراء إذا بلغت خدمة الموظف (15) سنة مقبولة للتقاعد ، وبلوغ سن الموظف (55) سنة على أن يعطى راتبا تقاعديا ينخفض بنسبة ٪4حتى وصول سن الستين التقاعد الإلزامي . يضاف إلى ذلك توافر ركن الإرادة الحرة في طلب الإحالة ، أو في مدى سلطة الإدارة في قبولها أو عدم قبولها ، و هذا يعني أن إحالة الموظف بناء على طلبه هو قرار إداري يجب لصحته توافر شرطين أثنين:

تقـديم طلـب من الموظف يفصح عن رغبته في إحالتـه على التقاعد ، على أن يكون وليد إرادة حرة من جانب الموظف ، فإذا شاب هذه الإرادة عيب يفسدها كالإكراه المتمثل في إبعـاد الموظـف نتيجة تهديده بخطر جسـيم محدق بالنفـس أو المال أو إرهابه بهذه الوسـائل لحمله على تقديم طلبه ،فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الطلب ، و بالتالي بطلان قرار قبوله الذي أبتني عليه .

اسـتمرار الموظـف على رغبته بالإحالة إلى حين صدور قـرار الإحالة على التقاعد المبكر ، فإذا فقد هذان الشرطان أو أي منهما بطل القرار الصادر بإحالة الموظف على التقاعد لانعدام الأسـاس القانوني من جهة و لعدم ولاية الجهة الإدارية التي أصدرته من جهة أخرى ، و ينبني على ذلك استمرارية العلاقة الوظيفية .

و قـد يصـدر قرار الإحالة على التقاعد المبكر ، عن مجلس الوزراء بإرادته المنفردة دون أخذ موافقة الموظف العام بشرط استكمال مدة (15) سنة مقبولة للتقاعد و بلوغه سن (55) عام سندا للمادة (36) . وبناء عليه نجد أن مجلس الوزراء يجوز له أن ينهي الرابطة الوظيفية جبرا تطبيقا للمادة (117) إذا كانت الإحالة عند بلوغ السن القانونية المحددة ومدة الخدمة المقررة للإحالة المبكرة قد توافرت شرائطها المشار إليها . والإحالة الجبرية على هذا الوجه لا تتم إلا بتوافر شرط السن و هو (55) سنة ، ومدة الخدمة (15) سنة مقبولة للتقاعد ، وعلى ذلك فلا يجوز الإحالة على التقاعد قبل ذلك فما لم يقم بالموظف شـرط من هذه الشـروط عدّ قرار الإحالة على التقاعد المبكر في حقيقة الأمر قرار صدر على خلاف القانون و كان حقيقا بالإلغاء.

و من المعلوم أنه لا يجوز الاستناد إلى المصلحة العامة كسبب لإصدار قرار إداري، و ذلك لأن المصلحة العامة تتعلق بغاية القرار لا بسببه ، فتوخي رجل الإدارة المصلحة العامة في قراره لا يغني عن وجود سبب للقرار الإداري ، عندما يكون ركن السبب في القرار غير ظاهر و معروف في حالة عدم تحديد المشرع له فإنه يجب عدم الخلط بين سـبب القرار و غايته فلا يجدي الإدارة بأن تتذرع بأنها أرادت الصالح العام ، فالصالـح العـام هو ركـن الغاية ، و ركن الغاية لا يغني عن ركن السـبب فكل منهما مستقل عن الآخر .

و بناء على ذلك ، فإن السـبب الذي يجوز أن يسـتند إليه مجلس الوزراء في الإحالة علـى التقاعـد المبكـر ، يجب أن يكون له علاقة بالوظيفة و بـأداء الموظف لوظيفته ، و بالتالي فإن تحقيق المصلحة العامة يستدعي إقصاء من لم يعد وجوده في الوظيفة محققا الهدف على الوجه الملائم . و في هذا السياق نشير إلى أن مجلس الوزراء قد أعاد الموظف المحال على التقاعد المبكر إلى وظيفة مستشار فكيف،يكون أداء المستدعي يتعارض مع المصلحة العامة ثم يطلب الوزير المختص تعيينه كمستشار له في الوزارة في الدرجة التي كان يشغلها عند فصله و لم يتبين من الملف الوظيفي أي تقصير أو إهمال بواجبات الثقة و الاعتبـار أو ارتكـب ما يمس مقتضيات الوظيفة العامة ، بل العكس من ذلك فقد قام رئيس مجلس الإدارة بالتنسيب إلى رئاسة الوزراء من أجل ترقية المستدعي ثم تبع ذلك تنسيب رئاسة الوزراء إلى رئيس السلطة الوطنية بذات الموضوع ، كما أن كافة التقارير و المراسـلات المتعلقة به تشـير إلى تميزه و إبداعه ، بما يكشـف عن أن المسـتدعي لم يقم به سـبب يقدح في صلاحيته للعمل في الحكومة أو يبرر إقصاءه عن عمله ، و على مقتضى ما تقدم يكون القرار الصادر بإحالة المسـتدعي على التقاعد المبكر قد صدر دون سبب يبرره مشوبا بعيب مخالفة القانون إذا ما علمنا أن المستدعي يبلغ من العمر (48) سـنة و لم يكمل سـن (55) المشـروطة و المنصوص عليها في المادة (36) من قانون التقاعد المدني الفلسطيني رقم (7) لسنة 2005 .

ثانيا – إساءة استخدام الإدارة لسلطتها عند إصدارها قرار الإحالة على التقاعد.

يعرف الانحراف في استخدام السلطة بأنه استخدام الموظف العام لسلطاته لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من اجل تحقيقه أنيط به تلك السلطات ، (إذن يتحقق الانحراف حيثما تستخدم سلطة إدارية إراديا صلاحياتها لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من اجل تحقيقه أنيط بها تلك الصلاحيات) . وهو على هذا الشكل قرار صحيح من كافة أركانه لكنه معيب من ناحية ركن الغاية، ويتميز بأنه عيب يقود القضاء إلى البحث عن النوايا الشـخصية لمصدر القرار، وتحديدا بواعثه النفسـية ، وهو عيب خفي يصعب على القضاء الإداري اكتشافه، ويصعب على المدعي إثباته، كما يتميز عيب إسـاءة اسـتعمال السـلطة بأنه عيب لا يقبل الافتراض المسـبق، إذ يتعين أن يستخلص

من ملف وأوراق القضية ، ويتطلب خطأ إراديا عمديا من جانب مصدر القرار المشوب بهـذا العيـب ، وهي إرادة واعية ومدركة لاسـتخدام امتيازاتها لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي يتمناه المشرع من منحها تلك الامتيازات.

وعودة على بدء، فإن الحكم قد تناول موضوع المصلحة العامة ولا قيد على صلاحيات مجلس الوزراء سوى قيد حسن استعمال السلطة وفقاً لمقتضيات الصالح العام.

وعلى ضوء ذلك، فإن هذا الحكم يدل على نهج محكمة العدل العليا في تقرير البطلان في حالة اتخاذ قرار يجانب المصلحة العامة، وذلك لتحقيق أهداف أخرى مغايرة لإرادة المشرع ، وفي موضوع الحكم – محل التعليق – قد تظهر حالة إساءة استخدام السلطة عند اسـتعمال الإدارة سـلطتها في حالة الإحالة إلى التقاعد المبكر؛ ذلك أن ما يهدف إليه المشـرع من منح الإدارة صلاحية إحالة الموظف على التقاعد هو إبعاد من لم يعد وجوده محققا للصالح العام، فإن جانبت الإدارة هذه الغاية كان قراراها مشـوبا بعيب الانحراف بالسلطة، وعلى هذا الأساس قضت محكمة العدل العليا الأردنية أن الهدف الذي ابتغاه المشرع من إعطاء الصلاحية لمجلس الوزراء بإحالة أي موظف على التقاعد عند إكماله المدة القانونية هو تحقيق الصالح العام، بإقصاء من لم يعد وجوده بالوظيفة محققا لهذا الهدف على الوجه الملائم .

ويثـور لدينا السـؤال الآتي: أين المصلحة العامة من إحالـة المدعي إذا ما علمنا انه لم يتجاوز عمره (48) سـنة، وان هناك خلافات قد نشـبت بين المدعي بصفته الرئيس التنفيذي لهيئة تشجيع الاستثمار ، وبين وزير الاقتصاد الوطني باعتباره رئيس مجلس إدارة الهيئة، حول عدم انتظام اجتماعات مجلس الإدارة وفقاً لنص المادة (16) من قانون الاسـتثمار وذلك لأسـباب تعود إلى رئيس مجلس الإدارة نفسه .إذ يتضح أن الإدارة قد انحرفت باستخدام سلطة الإحالة إلى التقاعد واستخدمت هذا الإجراء بدلا من الإجراء التأديبي ، وبناء عليه كان على المسـتدعى ضده أن يثبت قيام المسـتدعي بأعمال تضر بمصلحة المرفق العام الذي يعمل فيه، أو يأخذ عليه تصرفا غير لائق وبسببه كان عليه أن يحيلـه إلـى المجلس التأديبي أو أن ينهـي خدماته دون أن يلجا إلى نص المادة (117) من قانون التقاعد المدني المشار إليها .

مما تقدم يتضح لنا أن المستدعي ضده اخطأ في تطبيق نص المادة (117) عندما قرر إحالة المستدعي على التقاعد المبكر، وعطفا على المادة (36) من ذات القانون نجدها قد قررت لصحة قرار الإحالة المبكرة على التقاعد أن يكون قد خدم الموظف مدة (15) سنة مقبولة للتقاعد، وبلغ عمره (55) سنة، بحيث يؤخذ بهذين الشرطين مجتمعين ، شرط العمر والخدمة، وليس متفرقين، إذ وجدنا أن المستدعي ضده في قرار الإحالة قد اخذ بشرط الخدمة وترك شرط السن مما أوقع الإدارة في خطأ تطبيق القانون .

ونضيف إن على محكمة العدل العليا وكما استقر قضاؤها إذا ثبت لها بأن قرار مجلس الوزراء قد صدر بناء على تنسيب الوزير المختص وثبت لها بالبينة أن قرار التنسيب غير قائم على السبب المبرر أو أن السبب غير مشروع أو انحرافه عن الصالح العام بما يعيبه يتم إلغاء قرار مجلس الوزراء تبعا لقرار التنسيب المعيب، وعليه وبما أن قرار الوزير بالتنسيب بإحالة المستدعي على التقاعد كان حافزه وجود خلافات شخصية بينه وبين المستدعي تتعلق بسير العمل قوامها عدم انتظام اجتماعات مجلس الإدارة، والإعفاءات الضريبية واستقالة عدد من أعضاء مجلس إدارة هيئة تشجيع الاستثمار، فيكون بذلك التنسيب بإحالته على التقاعد المبكر قائم على بواعث الانتقام وليس بهدف المصلحة العامة، ويكون والحالة هذه غير قائم على سبب مشروع ، وبما أن قرار مجلس الوزراء بإحالة المستدعي على التقاعد المبكر صدر بناء على هذا التنسيب الباطل مما يجعل قرار الإحالة المستند لذلك مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة وعليه يكون مستوجب الإلغاء .

أما عن وجود خلافات شخصية بين المستدعي والوزير المختص فإنها تعد قرينة تدور حول قرار الإحالة قد تؤدي في حال إثبات اساءة استعمال السلطة من جانب المستدعى ضده إلى بطلان القرار وذلك لابتعاده عن المصلحة العامة إذ يستهدف مصدر قرار التنسيب من ذلك الانتقام من المستدعي وبدافع تحقيق رغبات ونزوات شخصية لكونه قد عارضه في نطاق العمل ، ولا يعدو القرار الصادر بالإحالة على التقاعد قرارا تأديبيا مقنعا .

لهذا ومن وجهة نظرنا نجد أن المحكمة الموقرة قد أخطأت في تكييفها للقرار الصادر،وتبعا لذلك ، أنه مما اعتادت عليه الإدارة في العقد الأخير على الإعلان عن رغبتها في إحالة الموظفين ممن استطالت مدة خدمتهم ، وذلك بهدف تخفيف أزمة

البطالة و تجديد شـباب الجهاز الوظيفي ، و على هذا الأسـاس بادر الوزراء إلى رفع تنسيباتهم إلى مجلس الوزراء ، إلا أن القضاء الإداري نجده قد وضع حدا لهذه المفاهيم التي تتعارض و مبادئ القضاء الإداري من خلال أحكامه المتواترة .

و عليـه فـإن طول مدة خدمة الموظف لا تعتبر سـببا كافيا في الإحالة على التقاعد المبكر، فإذا رجعنا إلى قانون التقاعد المدني نجده يقرر جواز إحالة الموظف على التقاعد متى أكمل سـتين سـنة خدمة مقبولة للتقاعد ، وهذا الأصل العام ، و ما تحديده لمدة التقاعد المبكر بعمر (55) سنة إلا استثناء على الأصل العام ولدواعي معينة.

و في ذلك قال القضاء الإداري المصري « و من حيث أن السـن الذي يحول بين الموظف و الاسـتمرار في وظيفته هو سـن التقاعد المقرر قانونا أي سـن الستين و إنما دون ذلك لا يمكن أن يقوم سـببا قانونيا للاسـتغناء عن خدماته و إلا كان ذلك خروجا على سـن التقاعد الذي قـرره القانـون و تعديلا لحكم من أحكامه بأداة أدنى مـن الأداة اللازمة لهذا التعديل و الذي لا يجوز إجراءه إلا بقانون ، و إذا كان الثابت من ملف الطاعن أنه في الثانية و الخمسـين من عمره فإنه لا يجوز صرفه من الخدمة لهذا السـبب ، و من حيث أن بقاء الموظف في الخدمة مدة طويلة لا يمكن أن يكون بذاته سببا لصرفه من الخدمة إذ طول مدة الخدمة ، تكسبه عادة خبرة في عمله تكون سببا للإبقاء عليه في الخدمة لا في التخلص منه و صرفه من وظيفته « .

و بالرجـوع إلـى إرادة المشـرع عندما أجاز في المادة (117) لمجلـس الوزراء أن يحيل الموظـف علـى التقاعد المبكر بإرادته المنفردة أو بنـاء على طلب الموظف ، لم يقصد أن يقرر امتيازا خاصا للموظف العام في حصول على راتب تقاعدي وهو في سـن الشـباب و العطـاء ، و لا أن يمنـح مجلـس الوزراء حقا مطلقا في إحالة أي موظف على التقاعد المبكر إذا أكمل خمسـة عشـر سنة خدمة مقبولة للتقاعد و بلوغه سن (55) من عمره، و إنمـا أراد تخويـل مجلس الـوزراء أن يحيل الموظف الذي أكمل هـذه المدة عند توافر حـالات خاصـة منها وصول الموظف عندما يكمل هذه المدة إلى سـن يعجز معها القيام بواجبـات الوظيفـة على الوجه الأفضل ، أو إذا أصبـح بعد هذه المدة لا يتمتع بالكفاءة اللازمة للاستمرار في عمله أو أصيب بمرض و إن لم يبلغ معه درجة العجز عن القيام بواجباته الرسـمية أثر على قيامه بالعمل الوظيفي على الوجه الصحيح . و من الثابت

أيضا أن وزير الاقتصاد رئيس مجلس إدارة الهيئة قد نسب بنقل المستدعي إلى وظيفة مستشار بنفس درجته الوظيفية .

و هنا نتساءل كيف يطعن المستدعى ضده بإمكانيات المستدعي و يقرر إحالته على التقاعد المبكر و ينسب وزير الاقتصاد بتعيينه مستشارا له ؟

و بالنظر في نطاق ممارسة محكمة العدل العليا (القضاء الإداري) رقابتها لركن الغاية في قرار الإحالة على التقاعد المبكر نجد أنها رقابة مشروعية و عليه فإن الانحراف في استخدام السلطة حالة من حالات عدم المشروعية التي تشوب القرارات الإدارية و التي يمكن إثارتها و الاستناد إليها قضائيا بحيث يعمد القاضي إلى البحث عن البواعث أو النوايا التي حملت مصدر القرار على إصداره ثم تقدير مدى مطابقتها للقانون ، و هي عملية تقتضي التقصي والبحث عن النوايا الشخصية للمستدعى ضده ، وقت إصداره للقرار المطعون فيه .

ثالثا : السلطة التقديرية و إصدار قرار الإحالة على التقاعد المبكر.

استندت محكمة العدل العليا الفلسطينية في قرارها محل التعليق على ما جاء به منطوق المادة (117) من قانون التقاعد المدني حيث نصت على أنه :» لمجلس الوزراء الحق الكامل و السلطة التقديرية الكاملة و دون الحاجة إلى تنسيب من أي جهة كانت إحالة أي موظف أكمل خمسة عشر سنة مقبولة للتقاعد دون أن يكون ملزما بتسبيب قراره أو الإفصاح عن سبب محدد و أن سلطته في ذلك سلطة تقديرية « .

وبناء على ما تقدم يمكننا تعريف السلطة التقديرية ، بأنها هامش من الحرية تمارسه الإدارة بمناسبة إصدارها لقراراتها الإدارية في نطاق الزمان و المكان و الموضوع المعين مع خضوعها لرقابة القضاء الإداري .

و هنا يثور التساؤل الآتي: ماهية طبيعة صلاحية مجلس الوزراء لإحالة الموظف إلى التقاعد المبكر هل هي سلطة مقيدة، أو سلطة تقديرية ملائمة ؟

وعودة على ما جاءت به المادة (36) من قانون التقاعد المدني التي نصت على وجوب استكمال (15) سنة من الخدمة المحسوبة لأغراض التقاعد المدني و بلوغ سن أل (55) عاما للموظف المشمول بأحكام هذا القانون لغايات إصدار قرار بإحالته على التقاعد المبكر .

نستخلص من منطوق هذه المادة أن الاختصاص التقديري لمجلس الوزراء المشار إليه في منطوق الحكم – محل التعليق – ، اختصاص مقيد لا تملك الإدارة اتجاهه أدنى سلطة تقديرية فالقواعد التي تلزم مصدر القرار بإحالة الموظف على التقاعد المبكر واضحة و محددة بسن معين و مدة خدمة محددة ، و من ثم فلا تملك الإدارة حيالها حرية الاختيار أو تقدير ملائمة القرار في أي من عناصره .

و نستدل على ذلك بالقول أنه حين يتولى القانون تنظيم نشاط معين أو عناصر هذا النشاط بقواعد جامدة و آمرة كما هو حال نص المادة (36) المشار إليها ، فإن الإدارة تكون في هذه الحالة مقيدة بالالتزام بأحكام هذه القواعد ، بحيث يكون هذا النشاط أو تلك العناصر مطابقة لما فرضه القانون أو مخالفة له ،و بعبارة أخرى ، يكون اختصاص الإدارة مقيدا عندما يكون مسلكها قد تحدد سلفا في قواعد القانون ، و بالتالي فإن المرجع من تمتع الإدارة بحرية التقدير هو القانون بمعناه الواسع أي بمجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون .

و عليه فإن سلطة محكمة العدل العليا (القضاء الإداري) في مجال مراقبة السلطة التقديرية المقيدة أو الاختصاص المقيد ، هي سلطة عادية تستند إلى التأكد من مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية .

و على ضوء ذلك ، يكون قرار الإدارة غير مشروع إذا جاء مغايرا لما حدده القانون سلفا بحيث يتعين على القاضي الإداري أن يبحث في الظروف الواقعية التي حددها القانون و من ثم يفحص القرار الذي اتخذته الإدارة للتأكد من موافقته لتلك الظروف الواقعية ،وهو ما يعد رقابة على ملائمة القرار ، و لكنها ليست ملائمة متروكة لتقدير الإدارة ،و إنما هي ملائمة قام بها القانون ذاته باعتباره (في تقديره) من شروط مشروعية القرار .

و بالتدقيق في مضمون الحكم محل التعليق نجد أن محكمة العدل العليا الموقرة لم تبحث في تلك الظروف الواقعية ، و نجد ذلك من خلال الآتي :

1. **من حيث عنصر الاختصاص**، لم تراع المحكمة مدى التزام الإدارة بتطبيق قاعدة الاختصاص عند إصدار قرار الإحالة على التقاعد المبكر، حيث أن المادة (17) من قانون الهيئة العامة

لتشجيع الاستثمار نصت على أن تعيين المستدعي (مديرا عاما للهيئة) يتم بقرار من مجلس الإدارة ، و بالتالي لا يملك الوزير بصفته رئيسا لمجلس الإدارة منفردا اتخاذ قرار بالتنسيب إلى مجلس الوزارة بإحالة المستدعي على التقاعد المبكر و إنما يتوجب الرجوع إلى مجلس الإدارة لاتخاذ القرار المناسب بذلك تطبيقا لقاعدة توازي الشكليات.

2. **من حيث عنصر الغاية (الهدف)**، لم تلتف المحكمة و لم تبحث ما جاء بدعوى المستدعي من إساءة لاستخدام السلطة من حيث ثبوت وجود خلافات بين وزير الاقتصاد مصدر قرار التنسيب و بين المستدعي ، لهذا كان يتعين على القضاء تحديد دائرة الغاية من القرار ، ليصار إلى تحديد الانحراف في استخدام السلطة ، و في موضوعنا – الحكم محل التعليق – نجد أن الإدارة قد انحرفت باستخدام سلطة الإحالة إلى التقاعد المبكر ، و استخدمت هذا الإجراء بدلا من الإجراء التأديبي مما يستدعي إلغاء القرار لانطوائه على انحراف في استخدام السلطة ، و حيث أن المستدعى ضده يأخذ على المستدعي قيامه بأعمال تضر بالمصلحة العامة ، فقد كان عليه أن يحيله إلى لجنة للتحقيق ، و بعد ثبوت ما نسب إليه من مخالفات يحال إلى مجلس للتأديب أو أن ينهي خدمته ، لا أن يلجأ إلى نص المادة (117) من قانون التقاعد المشار إليه .

3. **من حيث تطبيق القانون** : تبين أن مجلس الوزراء بصفته المستدعى ضده قد استند عند إحالة المستدعي على التقاعد المبكر على تطبيق الشروط الواردة في نص المادة (36) من قانون التقاعد المدني و حيث تبين أن الإدارة خالفت القاعدة القانونية و خرجت على حكمها عندما اكتفت بتوافر (شرط الخدمة) و تجاهلت (شرط سن الموظف) في الوقت التي تلتزم بعدم إصدار قرار مخالف لنص قانوني وكان عليها تطبيق النص بما تضمنه من أحكام كاملا لا مجتزئا ..

و بناء على ما سبق ، وبالنتيجة فإنه في رأي الشخصي المتواضع- نأمل من محكمة العدل العليا ، العدول عن المبدأ القضائي السابق ، من جهة التقيد بما ورد بقانون الخدمة المدنية و قانون التقاعد ،و قانون هيئة تشجيع الاستثمار من حيث القواعد الناظمة للإجراءات و الاختصاص و مراعاة الهدف من القرار.

و في المجمل فإنني أخالف ما توصلت إليه محكمة العدل الموقرة في قرارها محل التعليق .

تعليق على حكم محكمة العدل العليا في الدعوى رقم 192 لسنة 2013 عدل عليا الصادر في 2014/6/30

الدكتور المحامي

احمد السيد موسى/مصر

اولا: وقائع المنازعة والطعن:

في 2013/10/20 تقدم المستدعي (الطاعن) بطعنه على القرار رقم (15/09/07/م.و.ر.ج) لعام 2013 الصادر في 2013/8/20 عن مجلس الوزراء الفلسطيني/رام الله، والقاضي باحالة المستدعي على التقاعد المبكر اعتباراً من ذات التاريخ، على سند من قول او ادعاء اورده عريضة او لائحة دعواه، بأن القرار المطعون فيه مشوباً بعيب التعسف في استعمال السلطة والانحراف بها عن هدفها المحدد قانوناً وناعتاً اياه بانه لا يعدو وان يكون اجراءاً تأديبياً مقنعاً موسوماً بالبطلان المطلق لمخالفته القانون واجراءاته الشكلية الملزمة من جهة اخرى.

تداولت الجلسات حيث رفعت النيابة العامة (مكتب النائب العام – رام الله) لائحة جوابية عن المستدعى ضده بصفتها الممثلة القانونية عنه، ردت فيها الخصومة بعدد من الدفوع منها : عدم القبول شكلاً لرفعها بعد المواعيد القانونية، وكذا لعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى هذا قبل طلب رد الدعوى موضوعاً لعدم صحة الخصومة وعدم مطابقة ما جاء بها من وقائع مجهلة للواقع والحقيقة، واخيراً عدم استنادها لاساس قانوني سليم خاصة وان القرار الطعين كان قد جاء وفقاً لاحكام الاصول والقانون والصلاحيات القانونية وعن جهة مختصة تحقيقاً للصالح العام – بعيداً او خالياً – عن اي عيب من عيوب القرار الاداري، وعلى حد قولها وعباراتها.

هذا وما لبث كل من طرفي الخصومة ان عزز لائحته او دفاعه بمرافعة خطية، تمسك كل منهما فيها بما سلف ان ابدياه او دفعا به، عدا التعقيب على بعض وقائع المنازعة، كل من وجهة نظره وبما يقابل صالح دفاعه.

في 2014/6/30 فصلت محكمة العدل العليا في الدعوى بالقضاء التالي:

«تقرر المحكمة رد الدعوى»

ثانياً : عن المبادئ القانونية الضابطة للمنازعة:

حيث ان موضوع التداعي والمنازعة لا يدور الا حول تطبيق نص المادة 117 من قانون التقاعد العام رقم 7 لسنة 2005 وتعديلاته، والتي تتناول قواعد احالة الموظفين

العموميين بالدولة الى التقاعد او المعاش المبكر على غير رغبتهم او ارادتهم او عن غير طريق العقوبة التأديبية.

هذا وتنص المادة سالفة الذكر (117 من ق 2005/7) على :

«ويجـوز لمجلـس الـوزراء ان يحيل اي موظـف لاعتبارات المصلحـة العامة الى التقاعد المبكر اذا اكمل خمس عشـر سـنة مقبولة للتقاعد دون ان يخصم من مسـتحقاته الالزاميـة، ولا يوجد ضمن هذه المـادة ما يمنع من حصول الموظف على اية تعويضات حسب الاتفاق من الجهة المشغلة وضمن احكام القانون»

ويتضح من استقراء هذا النص الامور التالية:

أ. تضمين قانون التقاعد العام (2005/7) من دون القانون الاصيل رقم 4 لسـنة 1998 الخـاص بقواعـد الخدمـة المدنية في البلاد، مثل هـذه القواعد المنظمة لحالات الانهاء المبكر للخدمة المدنية لموظفي الدولة بغير الطريق التأديبي.

وكان مـن الاوفـق ان يتضمن هـذا القانون الاخير المنظم بشـكل عام لضوابط الخدمة المدنية مثل هذه الاحكام، خاصة وان مواده : 96،97،101،102 كانت قد تناولت شأن التقاعد المبكر الاختياري بطلب ارادي من الموظف العام وبشروط، عدا نصوص المواد: من 68-74 والتي نظمت بدورها ذات الحالة او الشأن ولكن كعقوبة تأديبية وبمراعاة اجراءات وضمانات خاصة.

والملاحظ ان هذا الاتجاه او المنحى لم يكن جديداً او مسـتحدثاً، اذ ان المشـرع كان قد اورد ايضاً من قبل وبقانون التقاعد المدني السابق رقم 34 لسنة 1959، ذات النص ولكن بشـكل اكثر اطلاقاً وابعد مدى ومرونه لارادة الجهة الادارية، وذلك بتضمينه نص المادة 15 التي كانت تنص :

« يجـوز لمجلـس الوزراء ان يقرر احالة اي موظف على التقاعد اذا اكمل خمس عشر سنة مقبولة للتقاعد»

هـذا النـص كان قد جاء خالياً من عبارة «لاعتبـارات المصلحة العامة؟!، والتي جـاءت تاليـة لعبارة : ان يحيل اي موظف، في نص المادة 117 من القانون رقم 7 لسنة 2005، والتي تم تعديلها بالمادة 17 من القرار بقانون رقم 5 لسنة 2007.

وكان من الاوفق – مرة اخرى – تضمين قانون الخدمة المدنية صاحب الاختصاص الاصيل بالشأن الوظيفي للموظف العام وضوابطه، هذه القواعد او هذا الطريق الثالث (بعد الارادة الحرة المنفردة للموظف العام او النصاب التأديبي، كقواعد منصوص عليها وواردة بقانون الخدمة المدنية) والذي يعقد الاختصاص لارداة مجلس الوزراء وحدها في الاحالة للتقاعد المبكر لاعتبارات المصلحة العامة (بعد النص عليها مؤخراً) تشملها ذات الضوابط والاجراءات المشار اليها بعاليه، بديلاً لايراد هذه القواعد الهامة والخطيرة والمتعلقة باعتبارات خاصة، في نصوص قانون التقاعد العام المنظم لاستحقاقات مالية ومراكز قانونية متعلقة بها بالدرجة الاولى.

ب. ان سلطة مجلس الوزراء في شأن احالة الموظف العام للتقاعد المبكر، بارادته المنفردة كجهة ادارة، مقيد بقيدين اثنين :

اولهما : وظيفي نوعي، بانعقاد سلطانه او سلطته في شأن هؤلاء الموظفين الذين امضوا خدمة او مدة وظيفية لا تقل – باي حال من الاحوال- عن خمسة عشر سنة ميلادية، فلا يسري او يمتد اختصاصه في الانهاء المبكر للخدمة بالاحالة للمعاش او التقاعد لمن هم دون ذلك من مدة الخدمة الوظيفية، وقد جاء هذا النص خالياً تماماً – وفي صياغاته المختلفة على مدى عدة قوانين للتقاعد العام وتعديلاته – في انعقاد ولاية جهة الادارة او مجلس الوزراء بالتصدي لهؤلاء؟!.

وهذا يعني تميز صغار موظفي الدولة ممن هم دون الخمسة عشر عاماً من الخدمة المدنية، بعدم جواز احالتهم للتقاعد او المعاش المبكر بارادة الادارة المنفردة، فلا يجوز التصدي لمراكزهم الوظيفية حتى وان تعارضت مع اعتبارات المصلحة العامة؟! وبالتالي فلن تسري بشأنهم سوى نصوص وقواعد قانون الخدمة المدنية سالفة الاشارة اليها بعاليه، والتي توفر وتتيح ضمانات قانونية حقيقية ومتعددة.

وهو امر يخل بمبدأ المساواة فيما بين المراكز القانونية واللائحية الواحدة لموظفي الدولة من المدنيين، جديرة بالالتفات والتعديل، ان لم يقضي بعدم دستورية هذه

المادة القانونية (القديمة تشريعاً) قبل ذلك ولمحاباة من هم اقل مدة خدمة من دون من امضى سنوات عدة في خدمة الوظيفة العامة؟!.

ثانيهما : صحة سبب قرار الاحالة للتقاعد المبكر وملائمته لاعتبارات المصلحة العامة، فيشترط ان تتوافر الحالة الواقعية المادية الموضوعية الملائمة والقانونية التي ادت الى اعتبار احالة موظف عام ما الى التقاعد المبكر، لموافقة هذ الامر مع اعتبارات المصلحة العامة للمجتمع او العمل الوظيفي والموظف المحال وفي وقت واحد ان امكن، والا اعتد بالمصلحة العامة للوطن كقاعدة عامة في القانون مع اعمال الضوابط القانونية.

وهذه الحالة الواقعية الموضوعية الملائمة او القانونية، يلزم ان تتوافر وتتواجد قبل اصدار قرار الاحالة، وقبل السعي الى تحقيق الغاية او الهدف التي تسعى جهة الادارة لتحقيقه والمتعلق باعتبارات المصلحة العامة للعمل الوظيفي ذاته، كامر ملح وضروري وملائم.

هذا وترتب حالة انعدام الحالة الواقعية الموضوعية او عدم صحتها، الاخلال بمبدأ المشروعية المجيزة للسلطة القضائية التدخل بالرقابة والالغاء لهذا القرار الاداري اياً كانت جهة اصداره، ولو كان مجلس الوزراء – حيث لا تعد قراراته في هذه الحالة من قبيل اعمال السيادة – خاصة وان كان قرار الاحالة وعلى ضوء الحالة الواقعية غير ملح او ضروري بدرجة كبيرة او غير عاجل، او غير ملائم او متناسب.

وبذلك فإن سلطة مجلس الوزراء الفلسطيني الجوازية في شأن احالة الموظف العام للتقاعد، لهي سلطة تقديرية غير تحكيمية تبتغي الصالح العام كغاية ومراد، تخضع في شأن اختصاصها باصدار مثل هذه القرارات لرقابة القضاء تحققاً من سلامة القرار الاداري وقيامه على اركانه الاساسية والا اصبح معيباً وغير مشروع وواجب الالغاء.

واذا كان المشرع قد نص على هذا الحق في احالة الموظف العام الى التقاعد او المعاش المبكر، وفي تشريعاته المتعاقبة والمتتالية ومنذ زمن طويل (يعود الى الخمسينات من القرن الماضي) فإنه لا يبتغي الا تحقيق المصلحة او النفع العام، والذي نص عليه

صراحة في التعديل الاخير الوارد على نص هذه المادة بنص المادة 17 من القرار بقانون رقم 5 لسنة 2007، بتعديل نص المادة 117 من قانون التقاعد العام رقم 7 لسنة 2005، فاضيفت صراحة عبارة: «اعتبارات المصلحة العامة» قرين احالة الموظف للتقاعد المبكر بواسطة مجلس الوزراء، وكعبارة لم تكن موجودة من قبل (م 15 من ق 34 لسنة 1959، سالفة الاشارة الى نصها، والذي جاء خلواً من هذا الاشتراط او تلك الغاية وهذا الهدف او المقصد).

وهذا لا يعني سوى اخضاع نية الادارة ذاتها ومبتغاها من اصدار القرار الاداري ومدى توافقه مع المصلحة، لسلطات القضاء في الدولة تحققاً من عدم خروج قرار الاحالة للتقاعد المبكر عن هدفه المخصص والمحدد لسلطة مجلس الوزراء كجهة ادارية مخول لها اصداره، ابتغاء المصلحة العامة المرجوة والمأمولة، وليس سبب اخر يشير الى اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها والاتخاذ من هذه الوسيلة او هذه السلطة الاستثنائية اعمال الجزاء المقنع في حق الموظف العام المحال، خاصة وان العيب الذي يلحق بالقرار الاداري في مثل هذه الحالات الاخيرة، لهو من قبيل العيوب القصدية التي تتصل بنية الجهة مصدرة القرار المعيب وابتغائها هدفاً يجافي المصلحة العامة ولا يتوخاها، والتي تستلزم من المحكمة المختصة ان تتثبت من وجودها وتوافرها في المنازعة توصلاً الى التيقن من سوء نية الادارة وتنكبها الحق في استهداف المصلحة العامة، ولو كان على سبيل خطأ هذه الاخيرة الغير عمدي او مقصود خلال استخلاص او استبيان وجه الحقيقة في المنازعة وسببها القانوني.

(يراجع في هذا المعنى الاحكام الصادرة في الدعاوى : 2 لسنة 1991، 40 لسنة 1997، 43 لسنة 1997، 14 لسنة 2002، عدل عليا فلسطيني، والتي تتضمن المبادئ المذكورة بعاليه في منازعات مطابقة ومشابهة وفي ظل نص المادة 15 من القانون 34 لسنة 1995، والذي كان يطلق يد جهة الادارة – او مجلس الوزراء– في اصدار مثل هذه القرارات بالاحالة للتقاعد المبكر بلا قيد او شرط مثيل الذي جاءت به تعديلات القرار بالقانون رقم 5 لسنة 2007، والسالف ذكرها).

كما تراجع المبادئ الصادرة عن ديوان التشريع والراي – رئاسة الوزراء، في هذا الشأن :

- المبدأ رقم 141 لسنة 1989 عدل عليا، المجلة رقم 4 لسنة 1989 والمنشورة في العام 1990، ص 2413، فقرات 2،3،4.
- المبدأ رقم 47 لسنة 1998 عدل عليا، العدد الاول لسنة 1998 والمنشورة في ذات العام، ص 3326.
- المبدأ رقم 43 لسنة 2000 عدل عليا، العدد الاول لسنة 2000 والمنشورة في نفس السنة، ص 2001.

ثالثاً: في التعقيب على الحكم الصادر في المنازعة:

على ضوء مراجعة كافة اوراق الدعوى ومستنداتها (خاصة)، وما ورد بكامل اسباب الحكم القاضي في المنازعة بالرد، وعلى ضوء المبادئ القانونية الثابتة والحاكمة لمثل هذه القضايا، يمكن استظهار او استبيان الامور التالية:

أ. الحكم الصادر في الدعوى موجزاً الى حد كبير ادى الى غموض موضوع المنازعة، وخاصة في اشاراته الى حوافظ المستندات المتعددة المقدمة من طرفي الدعوى، ملتفتاً تماماً عن التعقيب على دلالاتها في ادراك الظروف التي احاطت باصدار القرار الطعين، وتوصلاً الى بسط الرقابة القضائية على سبب قرار الاحالة للتقاعد ومدى ملائمته للمشروعية، ومسايرة لقواعد القانون الملزمة من وجوب اشتمال الاحكام على اسبابها المبتناه عليها، ومن ان بقاء المستدعي/ الطاعن في وظيفته العامة يتعارض جدياً مع مقتضيات المصلحة العامة.

ب. ومن مراجعة حوافظ المستندات سالف الاشارة اليها انفاً، يتضح ان المستدعي ويبلغ من العمر 47 سنة فقط وقت احالته للتقاعد المبكر، لا يعاني من مشاكل صحية، حاصل على درجة الماجستير، قادر على العمل والعطاء، وتدرج في وظيفته العامة التي شغلها منذ سبعة عشر عاماً سابقة، حتى تقلد او رفع الى الدرجة الوظيفية: وكيل A1 في 2008/7/1 وابان مباشرته لاعمال وظيفته الاخيرة كمدير عام لهيئة تشجيع الاستثمار، وكان ان رشح للترقي الى درجة وزير بواسطة وزير الاقتصاد الوطني السابق في 2010/4/21.

وفي 2013/7/17 طلب وزير الاقتصاد الوطني والذي يشغل ايضاً وظيفة رئيس مجلس ادارة هيئة تشجيع الاستثمار (والتي يعمل بها المحال للتقاعد) ترفيع هذا الاخير الى وظيفة مستشار وزير الاقتصاد لشؤون الاستثمار وبنفس درجته الحالية ونقله اليها، وهي وظيفة – ووفقاً لظاهر مسماها – ارفع من وظيفته الحالية كمدير لاحدى الهيئات الحكومية المستقلة، بل وتدنو به من منصب الوزير الذي يترقبة.

الا ان هذا الترشيح كان قد قوبل برفض شديد وحاد من جانب المستدعي، ولاسباب غير مفهومة او واضحة، فكان تهديده لرئيسه الوزير وتوعده له بالويل بمجرد علمه بالترشيح، وذلك قبل تحريره لكتابه الى رئيس الوزراء مباشرة (ودون اتباع لاي من القواعد المتبعة في هذا المقام) في 2013/7/20، وفي اعقاب خطاب ترشيحه او ترفيعه بمجرد ثلاثة ايام (دليل العجلة) يرفض من خلاله هذا الترشيح وينكر عن رئيسه في الهيئة او وزير الاقتصاد الوطني انعقاد اختصاصه بهذا الامر، وناسباً اليه العديد من الوقائع والامور (التي لم يبادر باثارتها والاشارة اليها الا الان) والتي لو صحت لاستوجبت مسائلته القانونية، وذلك من خلال استخدام عبارات واساليب غير لائقة ان لم تكن مهينة في حق اي شاغل لوظيفة وزير بالحكومة.

هذا وقد تفاقم الامر بعد قيام معالي الدكتور وزير الاقتصاد بابلاغ النيابة العامة (وهو حق واجراء صحيح) لاتخاذ اللازم قانوناً، وذلك قبل قيامه في 2013/8/1 بتقديم طلب ثان الى ذات مجلس الوزراء بطلب احالة المستدعي الى التقاعد المبكر، اعمالاً لمبدأ الحكومة وتدوير اشغال الوظائف في مؤسسات الدولة خاصة وان المذكور يشغل وظيفته وباتصال منذ اربعة عشر سنة ماضية، عدا انه (اي المطلوب احالته للتقاعد المبكر) غير ملتزم بتعليمات ولوائح عمله الوظيفي، يتنكب تقديم المعلومات والبيانات المضللة الى رؤسائه، ومسبباً في ارباكه للعمل داخل مؤسسته الوظيفية.

وما لبثت جهة الادارة المختصة، ان ارفقت حافظة مستنداتها المرفوعة الى عدالة المحكمة اثناء نظر طعن المستدعي على قرار احالته للتقاعد المبكر الصادر في 2013/8/20 (وعلى النحو السالف ذكره) احتوت او تضمنت عدداً من المستندات، تنسب الى المحال للتقاعد عدداً من المخالفات او الاتهامات المالية ماسة باموال

الخزانــة او المــال العام، واخرى تشــير الى انتفاع شــخصي مــن وراء تقلده لمنصبه هــذا في هيئــة ذات طبيعة خاصة، والادلة على تعمد اخفاء المعلومات عن رؤســائه وتخطيهم في الاتصال بجهات ادارية اعلى في الدولة دون الرجوع لرؤســائه (وهو ما كان قد ثبت في حق المســتدعي في واقعة مخاطبة مجلس الوزراء بشــان ترشحه لوظيفة اعلى، سبق التنويه الى تفاصيلها بعاليه وغيرها).

وفي المقابل كان المستدعي قد ارفق حافظة مستنداته، ما يدلل على كفاءته الغير مختلف حولها، وكذا مســتندات تشير وتشهد عليه، والى تخطيه لرؤسائه فعلاً واتهامهم ضمنياً (مثال : مكاتبة 2013/7/21 الى معالي رئيس الوزراء بشأن الاعفاءات الضريبية، والتي يتهم في صدرها رئيسه ووزير الاقتصاد الوطني، بالتقاعس ولاسباب ودوافع غير معلومة، (وعلى حد عباراته الحرفية) عن ارسالها او رفعها لمجلس الوزراء، الامر الذي دفعه الى ارسالها بتوقيعه الى هذه الجهة الاخيرة متخطياً رؤسائه- او تلك المؤرخة 2013/7/23 بشــأن اســتقالات عدد من اعضاء مجلس ادارة الهيئة والمرفوع الى معالي رئيس الوزراء مباشرة بواسطة المستدعي، والتي استهلها بعبارة : لقد نما الى علمي ان هناك من يقول بأن .....، اشارة الى رئيسه).

هذا عدا عدد اخر من المســتندات التي تشــير الى احتدام الخلاف الشــخصي بين المستدعي وبين رئيسه في العمل وزير الاقتصاد الوطني، وان كانت اسبابه او جوهره غير ظاهر بالاوراق.

ج. يســتفاد من نصوص مواد قوانين التقاعد المدني وتعديلاته، ان ســلطة مجلس الوزراء الفلســطيني كأعلى ســلطة ادارية في الدولة تختص بتســيير المرافق العامة على وجه يحقق المصلحة العامة، قد تم تخويلها ســلطة احالة اي موظف عام دون تنســيب بما يتجمع لديها من اســباب تبرر قراراها ودون افصاح، مســتقاه من ملف خدمة الموظف او من اي اوراق او مستندات او معلومات يقدمها رؤسائه عنه.

ولمحكمة العدل العليا اختصاص في رقابة مجلس الوزراء في قراره بالاحالة للتقاعد من حيث : صدور قرار هذا الاخير بناء على تنســيب الوزير المختص، وان الســبب غير معيب قائم ومتوافر يؤدي الى اتخاذ القرار، وهو سبباً مشروعاً ينبغي المصلحة

العامة (سبق لنا استعراض هذه المبادئ في تفصيل) وليس بجزاء اداري مقنع تنحرف به جهة الادارة او تسئ استعمال سلطتها.

وما سلف ان عرضنا له من مستندات رفعت الى عدالة المحكمة – ولم يشر لها الحكم – تشير الى انها لم تنال عناية كاملة في استيضاح الحقيقة، والا لتمت التوصية باحالة امور عدة للتحقيق.

واذا ما كانت هذه المستندات – ايضاً– وبما تحويه من قرائن دالة وهامة في استيضاح وجه الحقيقة في المنازعة (ونحن لم نعرض الا لامثلة منها نظراً لضيق المقام) تحت يد المحكمة وتحت بصرها، فقد كان على عدالتها ان تتيقن ويستقر اعتقادها من ان قرار احالة المستدعي للمعاش او التقاعد المبكر، ماهو الا جزاء اداري مقنع مقابل ما ارتكب في حق السيد الدكتور وزير الاقتصاد الوطني ورئيس مجلس ادارة هيئة الاستثمار التي يعمل بها المحال، من تجاوزات مؤخراً او خلال الاحداث المصاحبة لترشيح هذا الاخير لوظيفته الجديدة كمستشار للوزير، (وعلى النحو السالف تفصيله وتبينه المستندات المرفوعة لعدالة المحكمة وتدلل عليه بلا مواربه).

ان سبب القرار بالاحالة او الحالة الواقعية او ابتغاء المصلحة العامة وكما ينص القانون، غير متوافرة في اوراق الدعوى، وتتخلف مقوماتها لتحل محلها الرغبة في مجازاة المحال على ما اقترفه من مخالفات ادارية عديدة في وقت قصير حيال رئيسه الاداري المباشر.

ان ما اقترفه المحال – وحسبما تظهر المستندات المقدمة من طرفي الخصومة – ليعد خروجاً على مقتضيات الواجب الوظيفي وارتكاب عدداً من المخالفات الادارية بجانب عدداً من جرائم القذف والتشهير في حق شخصية عامة وخروقات عدة، كان يجب معاقبته عليه تأديبياً بعد التحقيق معه وسماع اقواله، وبعقوبة كان يمكن ان تصل لعقاب اكبر من تلك الاحالة للتقاعد المبكر، او حتى الاحالة للتقاعد المبكر تأديبياً وعقاباً.

ان ما يؤكد ان الامر لا يعدو وان يكون اجراء العقاب التأديبي، هو ذاك الترشيح السابق والقريب من قبل وزير الاقتصاد الوطني للمحال المستدعي الى وظيفة ارقى، هذا دليل على ان بقاء هذا الاخير في الوظيفة العامة لا يناهض المصلحة العامة او يخاصمها.

وقـد يذهـب راي الـى ان غرض وزير الاقتصاد الوطني من ذاك الترشـيح لوظيفة مستشـار وزير الاقتصاد ماهي الا وسـيلة او طريقة مهذبه لابعادة عن الهيئة التي يعمل بها المحال/ المسـتدعي او التخلص منه، خاصة بعد اكتشـاف تلك المخالفات او الخروقات المالية والادارية في حقه (والمشار اليها في حوافظ المستندات).

وهو اتجاه او راي غير موفق عدا انه غير مشـروع اذا ان القاعدة القانونية تذهب الى عقاب الموظف المخالف لا مكافأته وحمايته بالابعاد، الذي سيعد تطهيراً ومانعاً للمحاسبة مستقبلاً لهذا المخالف.

كما ان الابعاد في حد ذاته عن الوظيفة بسبب ارتكاب المخالفات لشاغلها ليعد صورة من صور الاضرار بالمصلحة العامة اضراراً جسـيماً بالغاً، واخفاءاً لجرائم محلها العدوان على المال العام، تسـتلزم الاحالة بمجرد اكتشـافها الى جهات الاختصاص للتحقيـق فيهـا واتخاذ اللازم قانونـاً، والا عد الابعاد (ولو في صورة ترقية لاعلى) تستراً على جرائم في حق الوطن، بل ومكافأة للمخالف.

هذا وقد كان على جهة الادارة (مجلس الوزراء) قبل ان تتخذ قرارها محل الطعن قضائياً ان تحيل الامر للتحقيق خاصة وان الخلاف الشخصي بين طرفي الخصومة كشـف عن اموراً تسـتلزم الضبط والتدقيق (مثال: رفض عدد من رجال الاعمال الاعضاء من الخارج بهيئة الاستثمار في تعبئة اقرارات الذمة المالية او الافصاح عن مراكزهم المالية لجهات مكافحة الفساد في الدولة، وهو امر من صميم اختصاص هذه الاخيرة توصلاً الى كشف اي تربح او استفادة لهؤلاء من مناصبهم الحساسة هذه. وهذا مثال اخر عدا ما سبق ان ذكرنا، وهي جميعها اموراً كانت واجبة الاستدراك بواسطة الادارة) وكان على عدالة المحكمة بدورها التوصية باجراء او فتح تحقيق في هذه المخالفات التي تشير اليها المستندات المرفوعة اليها.

د. اسـتند الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا الى تلك السـلطة الممنوحة لمجلس الوزراء بموجب المادة 17 من القرار بقانون رقم 5 لسـنة 2007 بشـان تعديل قانون التقاعـد العـام رقم 7 لسـنة 2005 والمعدلة للمادة 117 منـه (وهو تعديل قيد من اطلاق سـلطة مجلس الوزراء في هذا الامر بشـرط مراعاة المصلحة العامة، وعلى النحو سالف الذكر).

وقـد اشـار الحكم المذكور الى ان القانون كان قـد منح مجلس الوزراء بصفته اعلى سـلطة ادارية في الدولة والمهيمن على مصالحها وحسـن سـير الادارة الحكومية، الحق الكامل والسلطة التقديرية الكاملة ودون الحاجة الى تنسيب من اي جهة كانت، في احالة اي موظف اكمل خمسـة عشـر سنة خدمة مقبولة للتقاعد دون ان يكون ملزماً بتسبيب قراره او الافصاح عن سبب محدد وان سلطته في ذلك سلطة تقديرية.

الا ان الحكم قد اشار ايضاً الى (ونحن هنا نستشهد بذات عبارات حيثيات الحكم) وجوب مراعاة ملائمة القرار بالاحالة للتقاعد المبكر للمصلحة العامة التي هي هدف كل قرار اداري دون معقب عليه من احد ما دام ان قراره قد استهدف الصالح العام بعيداً عن البواعث الشـخصية خالياً من شـائبة استعمال السلطة، واستطرد الحكم مبيناً ان قانون التقاعد لم يرسم لمجلس الوزراء طريقة معينة يسلكها او اسلوباً خاصاً يتبعه عند اسـتخدام سـلطته في هذا الامر عدا التقيد باستعمالها وفقاً لمقتضيات الصالح العام، وذلـك قبـل رد الدعـوى وتأييد القرار الطعين على سـند من قول – وفي عبارة عامة – باستناده الى المصلحة العامة والقانون وان المصلحة العامة لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة للمستدعي بل تعلو عليها، خاصة ان تعارضت مصلحتان عامة وخاصة ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة (وعلى حد عبارات الحكم).

والراي عندنا، ان الحكم السـابق كان قد سـاير مبادئ قانون التقاعد بشأن الاحالة للتقاعد المبكر قبل التعديل الاخير الذي قيد سلطة الادارة المطلقة بهذا الشأن بشرط مراعـاة او توخـي المصلحة العامة، وهو مـا يعني ضرورة التأكد من توافر هذه الاخيرة كمقصد ومبتغى وغاية من احالة الموظف العام للتقاعد المبكر، فلا تستخدم هذه الوسيلة للبطش بالخصوم والتنكيل بهم بعد قضائهم مدد معتبرة في خدمة الدولة ووسيلة للتعيش، او لتصفية الحسـابات واعمالها كجزاء مقنع لتأديب كل من تسـول له نفسه الاعتراض وعدم المثول والطاعة، وكتهديد يلوح به في وجه كل من يشرع في رفع راية المخالفة وان كانـت للصالح العام ذاته، او تخلصاً من المسـؤولية باحالـة المخالفين الى المعاش المبكر وكتماً للمشاكل والتساؤلات والمسؤولية، وافلاتاً من العقاب.

هذا وقد كان القانون قبل التعديل الاخير المشار اليه في صدر حيثيات الحكم يطلق

يـد الادارة فعـلاً بـلا رقيب او تعقيـب عدا ما دأبت الرقابة القضائية على ارسـائه في شـكل قواعد مسـتقرة وردت باحكامها (السـالف الاشـارة اليها) – وهو الاتجاه الذي تبنته عدالة المحكمة في هذه الخصومة بالذات، عندما اسبغت على جهة الادارة حماية مطلقـة وجاء حكمها مسـتنداً الى هذه الحماية فقـط ودون الالتفات الى كهنة التعديل الاخيـر بابتغاء المصلحة العامة واسـتهدافها، وخضوع القرارات الصادرة بهذا الشـأن لرقابة القضاء تحققاً من مشـروعية القرار وصحة السـبب، وكذا التعرض الى ملائمة هذا القرار للمصلحة العامة في ظل هذا التشـابك من مسـتندات الدعوى والتي اغفل الاشارة الى دلالاتها.

الخلاصة:

مخالفة الحكم الصادر فيما انتهي اليه قضاءه برد الدعوى، وذلك لمخالفته نصوص القانون وعدم بسـط رقابته على مدى ملائمة القرار الطعين للمصلحة العامة، وقعوده عن اسـتخلاص وجه الحقيقة في الدعوى، ومن ان القرار الطعين كان قد شـابه عيب انعدام سببه الواقعي بتوخي الصالح العام، ومن ان السلطة كانت قد تعسفت في استخدام سـلطتها بمجازاة المسـتدعي باحالته للتقاعد عقاباً مقنعاً، على مسـلكه الوظيفي دون تحقيق لازم.

ونـرى ان القرار الطعين باحالة المسـتدعي للتقاعد المبكر جديراً بالالغاء بعد قبول الطعن، واعادة هذا الاخير الى عمله، مع التوصية باجراء التحقيق اللازم فيما تضمنته الاوراق من مخالفات منسوبة الى عدة اطراف.

احكام صادرة عن محكمة النقض بصفتها الجزائية

حكم رقم 2012/96 نقض جزاء

موضوعه جريمة الخيانة

2012/96 نقض جزاء

السلطــة الوطنيــة الفلسطينيــة

السلطــة القضائيــة

محكمــة النقض

« الحكـــــم »

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئــة الحاكمــة: برئــاســة القــاضــي الســيد ســـامي صرصــور

وعضوية القضاة السادة عبد الله غزلان، إيمان ناصر الدين، عزمي طنجير، عدنان الشعيبي

الطــاعــن: إبراهيم سليم شاكر عودة/حبله/قلقيلية.

وكيله المحامي:احمد شرعب

المطعون ضده: الحــق العـــام

الإجـــراءات

تقــدم الطاعن بهذا الطعن بواســطة وكيله بتاريخ 2012/4/22 لنقض الحكم الصادر عن محكمة اســتئناف رام الله بتاريخ 2012/4/8 في الاســتئناف الجزائي رقم 2011/242، المتضمن إدانة الطاعن بتهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادة 3/110ع لســنة 60 ووضعه بالأشــغال الشــاقة مدة ثلاث ســنوات، ولظروف القضية وإخباره الجهات المعنية بما حصل معه، تخفيض العقوبة لمدة سنتين.

يستند الطعن للأسباب التالية :-

1. أخطأت محكمة الاستئناف بإدانة الطاعن والحكم عليه مدة سنتين، إذ أنها حرمته مــن حــق التقاضي على مرحلتــين ، ولم تعمل على إعادة الدعــوى لمحكمة الدرجة

الأولــى خاصــة وانه قد تمت تبرئته أمام محكمة الدرجة الأولى، وبذلك حرمته من تقديم بينته حول العقوبة.

2. أن مخالفة محكمة الاستئناف للقانون يتمثل في أنها قد غيرت قناعة محكمة الدرجة الأولى اســتناداً لإفادة الطاعن لدى النيابة العامة حيث اكتفت المحكمة بقول المتهم «الطاعن» انه مذنب دون التطرق لحيثيات هذه الإفادة، حيث ذكر في إفادته «انه قام بإعلام جهاز الأمن الوقائي بما حصل معه، الذي كان على علم بالاتصال واخبروه بان لا يقوم بقطع الاتصال «وذلك وفق شهادة رئيس مكافحة الجاسوسية في الأمن الوقائي الشاهد أمين أبو صفية الذي أكد أن المتهم اخبر الجهاز بذلك وطلب منه الاستمرار بالاتصال مع الضابط الإسرائيلي وإبلاغه بذلك .

3. لم تعالج محكمة الاستئناف البينات المقدمة في الدعوى سواء تلك المقدمة من النيابة أو الدفاع معالجة قانونية صحيحة، وقد وقعت في فساد في الاستدلال، وان محكمة الدرجة الأولى عالجت البينات معالجة وافية مســتفيضة، وهي الأقدر على تكوين القناعة خلال سماعها للبينات وسلوك الشهود أثناء تأديتهم لشهادتهم.

4. أن إدانة الطاعن بتهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادة 3/110ع لسنة 60 قد وقع باطلاً، وذلــك أن وقائــع هذه الدعوى لا تنطبق على مكونات وعناصر هذه المادة، خلافاً لما قررته محكمة النقض بهيئتها العامة بعدم انطباق عناصر هذه المادة بجميع فقراتها.

وقــد طلب الطاعن قبول الطعن شــكلاً وموضوعــاً، ونقض الحكم الطعين، وإعلان براءته الطاعن.

تقدمــت النيابــة العامة بواســطة النائب العام بمطالعة خطيــة بتاريخ 2012/5/2، تضمنت أن الحكم المطعون فيه متفق مع الأصول والقانون، وان الأســباب التي أوردها الطاعــن لا تنــدرج ضمن أســباب الطعن بالنقض الواردة حصــراً بالمادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية، وانه كان باستطاعة الطاعن تقديم بيناته أمام محكمة الاستئناف ، كما أن المحكمة استندت لإفادة الطاعن وسردت إفادته تفصيلاً، وعللت حكمها وقناعتها حسب الأصول، وطلبت بالنتيجة رد الطعن شكلاً وموضوعاً.

المحكمـــــة

بالتدقيق والمداولة، ولما كان الطعن مقدماً في الميعاد، تقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضـوع، وحيـث تفيد الأوراق أن النيابة العامـة أحالت الطاعن لمحكمة بداية نابلس بالدعوى الجزائية رقم 2005/127 لمحاكمته بتهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادتين 110و112 ع لسنة 60.

باشرت المحكمة النظر في الدعوى، وبعد سماع البينات وأقوال ومرافعات الطرفين الختامية أصدرت حكمها بتاريخ 2011/4/7 الذي قضت بموجبه إعلان براءة الطاعن « المتهم» من التهمة المسندة إليه لعدم انطباق عناصر هذه التهمة.

لـم ترتـض النيابة العامة بالحكـم البدائي فطعنت فيه اسـتئنافاً لدى محكمة اسـتئناف رام الله في الاسـتئناف الجزائي رقم 2011/242، والتي وبعد استكمال الإجـراءات لديهـا أصدرت حكمها بتاريخ 2012/4/8 الـذي قررت بموجبه إدانة الطاعـن ووضعه بالأشـغال الشـاقة مدة (3) سـنوات ولظـروف القضية ، قررت تخفيض العقوبة لمدة سـنتين، الأمر الذي لم يقبل به الطاعن وتقدم بهذا الطاعن للأسباب التي أوردناها آنفا.

وعن أسباب الطعن، وعن الذي سطره الحكم الطعين وخلص إليه بإدانة الطاعن بتهمة الخيانـة المعاقـب عليها بالمادة 110 ع لسـنة 60 وفي ذلـك نجد أن المحكمة مصدرة الحكم إذ قضـت بإدانـة الطاعن بتهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادة 110 ع لسـنة 60 قد جانبت الصواب في ما توصلت إليه وخلصت إليه في حكمها، ذلك انه وبالرجوع لمادة الإسناد الواردة في لائحة الاتهام التي استندت إليها النيابة والوقائع التي حملت إسنادها عليها ،نجد أنها قد أسندت للطاعن تهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادتين 110و112 ع لسنة 60، فيما أدانته المحكمة مصدرة الحكم بتهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادة 3/110 من ذات القانون .

وحيث أن هذا الذي خلصت إليه المحكمة مصدرة الحكم لا يتفق وسلامة التطبيقات القانونيـة علـى الوقائع الواردة في هذه الدعوى ، ذلك انه وبالرجوع للمادة 110ع لسـنة 60 بفقراتها الثلاث، نجد أنها قد نصت وتحت عنوان (حمل السـلاح والقيام بأعمال

عدوانية ضد الدولة لصالح العدو) على ما يلي :-

1. كل أردني حمل السلاح ضد الدولة في صفوف العدو عوقب بالإعدام .
2. كل أردني -وان لم ينتم لجيش معاد -أقدم في زمن الحرب على عمل عدواني ضد الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤبدة .
3. كل أردني تجند بأية صفة كانت في جيش معاد، ولم ينفصل عنه قبل أي عمل عدواني ضد الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة، وان لم يكن قد اكتسب بتجنيده الجنسية الأجنبية.

وبالعودة لوقائع هذه الدعوى وعلى ما هو مبين من الأوراق أن الطاعن كان على اتصال مع احد ضباط الشرطة الإسرائيلية وذلك بعلم ومعرفة احد ضباط جهاز الأمن الوقائي الذي يشغل وظيفة مسؤول مكافحة الجاسوسية في الجهاز حيث طلب هذا الأخير من الطاعن مواصلة التعامل والاتصال مع الضابط الإسرائيلي بعد أن كان الطاعن قد بادر من تلقاء ذاته بإعلام جهاز الأمن الوقائي بما يحصل معه ، وقد تأكدت هذه الوقائع بشهادة مسؤول الأمن الوقائي في شهادته أمام محكمة الدرجة الأولى بجلسة 2010/12/19.

من كل ذلك، نخلص إلى أن المتهم (الطاعن) لم يأت بأي عمل من الأعمال العدوانية ضد الدولة الواردة في المادة 110 ع لسنة 60 ويغدو ما توصلت إليه المحكمة مصدرة الحكم بإدانته بموجب الفقرة الثالثة من هذه المادة في غير محلها وفقاً للوقائع التي اشرنا إليها سالفاً،كون الطاعن قد بادر من تلقاء نفسه بإعلام الجهات الأمنية المختصة بما يتعرض له وبما يحصل معه، والتي طلبت منه مواصلة الاتصال وإعلامها بما يدور في هذه الاتصالات، وبالتالي فقد كان على المحكمة مصدرة الحكم أن لا تركن لتجزئة إفادة الطاعن أمام النيابة العامة وقراءتها بمعزل عن كافة ملابسات ووقائع هذه الدعوى، إذ أن الردع يتحقق مع العدل وطالما أن الطاعن قد بادر من تلقاء نفسه بتصويب ما تعرض له وابلغ الجهات الأمنية المختصة التي كانت تقف على ما يدور في هذه الاتصالات أولا بأول.

وعليه، ولما كانت المحكمة مصدرة الحكم الطعين قد توصلت لخلاف كل ذلك وأدانت الطاعن على غير سند من القانون، فان حكمها يغدو على غير سند من القانون مستوجباً النقض.

ولما كان حجز الحرية على غير سند من القانون يمس أهم الحقوق الأساسية، وكون الطاعن موقوفاً ومحكوماً على ذمة هذه القضية بغير سند قانوني.

لهـــذه الأسبـــــاب

تقــرر المحكمة قبول الطعن موضوعــاً، ونقض الحكم الطعين وإعلان براءة الطاعن إبراهيم سليم شاكر عوده من التهمة المسندة إليه، والإفراج عنه فوراً ما لم يكن موقوفاً على ذمة قضية أخرى.

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/5/31

الكاتب **الرئيس**

تعليق حول حكم النقض رقم 2012/96 الصادر بتاريخ 2012/5/31 عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله

الدكتور عبد الرحمن توفيق احمد

قاضي محكمة التمييز

ورئيس محكمة الجنايات الكبرى «سابقاً»

ق .أ عميد كلية الحقوق -

جامعة عمان الاهلية «سابقاً»

عضو اللجنة العلمية بالمعهد

القضائي الاردني

بادئ ذي بدء فانه لابد من الاشارة إلى أن جريمة الخيانة (م 110 عقوبات بفقراتها الثلاث وما تلاها من مواد مماثلة) وهي الجريمة التي أسندتها النيابة العامة للطاعن وادانته بها محكمة الاستئناف في حدود الفقرة الثالثة من المادة المذكورة ، هي من الجرائم التي تتطلب بالاضافة إلى الأركان الثلاثة للجريمة : القانوني والمادي والمعنوي، **ركناً خاصاً بها وهو ما يعرف بالعنصر المفترض وهو العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة فاعل الجريمة لنشاطه الجرمي وبغيره لا يوصف هذا النشاط بعدم المشروعية (ينظر في ذلك استاذنا المرحوم الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات/ القسم العام طبعة** 1983 ص37 **وينظر ايضاً الاستاذ الدكتور عبد المهيمن بكر سالم القسم الخاص في قانون العقوبات طبعة** 1976 . 1977 **ص**31 **وما بعدها).**

والعنصر المفترض في جريمة الخيانة (م 110 عقوبات اردني وهي مأخوذة حرفياً عن المادة 263 عقوبات سوري ويقابلها المادة 177 عقوبات مصري) **هو صفة الفاعل أي صفة المواطن** وذلك بان يكون المتهم في هذه الجريمة أردنياً . وبناء عليه فان من غير الممكن تطبيق هذه المادة الاّ على المواطن الاردني فاذا كان الذي حمل السلاح ضد الدولة الاردنية في صفوف العدو (م 1/110) **أو الذي أقدم في زمن الحرب على عمل عدواني ضد الدولة (م** 2/110 **) أو الذي تجند بأية صفة كانت في جيش معاد ولم ينفصل عنه قبل أي عمل عدواني (م** 3/110 **وهي الفترة التي طبقتها محكمة الاستئناف بحق الطاعن)** غير اردني فان هذا النص لا يطبق بحقه (لطفاً ينظر كتابنا شرح قانون العقوبات/ القسم العام/طبعة 2012 ص255 كتاب مُحكّم) .

وان الطاعن في الحكم محل التعليق وان لم يكن اردني الجنسية باعتباره مواطن فلسطيني الاّ أن أحكام قانون العقوبات الاردني رقم (16 **لسنة** 1960**) تسري بحقه حيث أن هذا القانون هو المطبق حتى الان في الضفة الغربية .**

وان السند التشريعي لذلك هو أولاً : ما جاء في القرار رقم (1) لسنة 1994 الصادر عن رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية/رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على قرار اللجنة التنفيذية والذي جاء **في المادة الاولى منه :** « يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الاراضي الفلسطينية « الضفة الغربية وقطاع غزة حتى يتم توحيدها كما جاء في المادة

الثانية من ذات القرار : « تستمر المحاكم النظامية ... على اختلاف درجاتها في مزاولة أعمالها طبقاً للقوانين والانظمة المعمول بها « . وتضمنت المادة الثالثة من ذات القرار : « يستمر السادة القضاة النظاميون ... وأعضاء النيابة العامة في ممارسة أعمالهم كل في دائرة اختصاصه وفقاً للقوانين « . وجاء في المادة الرابعة من القرار إياه : « يسري هذا القرار اعتباراً من تاريخ 1994/5/20».

ثانياً : يتمثل السند التشريعي أيضاً في القانون رقم 5 لسنة 1995 تاريخ 1995/4/17 الصادر عن رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية/رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن نقل السلطات والصلاحيات والذي جاء في المادة الاولى منه : « تؤول الى السلطة الفلسطينية جميع السلطات والصلاحيات الواردة في التشريعات والقوانين والمراسيم والمنشورات والاوامر السارية المفعول في الضفة الغربية وقطاع غزة قبل 1994/5/19 . كما جاء في المادة الرابعة : « يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون « . وفي المادة الخامسة نص على الاتي : « على جميع الجهات المختصة كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون .

ولقد تعمّدنا وضع هذه المقدمة والتوضيح في معرض تعليقنا على الحكم محل التعليق وذلك لغايات اذا ما تبادر للذهن أنه ماذا لو أثير عدم امكانية تطبيق المادة (110 عقوبات) على الطاعن كونه مواطن فلسطيني خاضع للسلطة الوطنية الفلسطينية وليس مواطناً أردنياً .

الوقائع :

الوقائع الثابتة في القضية وكما جاءت في حيثيات قرار النقض هي ان الطاعن كان على اتصال مع أحد ضباط الشرطة الاسرائيلية وكان قد أعلم من تلقاء نفسه الجهات الامنية الفلسطينية بذلك حيث طلبت إليه هذه الجهات وعن طريق مسؤول مكافحة الجاسوسية في جهاز الامن الوقائي الفلسطيني ان يستمر في التواصل والتعامل مع ذلك الضابط الاسرائيلي واعلامهم بكل ما يدور بينهما . وقد تأكد ذلك كله بشهادة مسؤول الأمن الوقائي الفلسطيني في شهادته أمام محكمة الدرجة الاولى .

وصف النيابة للواقعة :

النيابة العامة أعطت لهذه الواقعة الوصف الجرمي الوارد في المادتين (110 و 112 عقوبات) .

حكم محكمة الدرجة الاولى :

محكمة الدرجة الاولى (بداية نابلس) أصدرت حكمها بالبراءة لعدم انطباق عناصر تهمة الخيانة على الافعال التي قام بها المتهم (الطاعن) .

ولما لم يلاقي حكم البراءة قبولاً من النيابة العامة طعنت به أمام محكمة الاستئناف حيث صدر الحكم الاستئنافي بادانة المتهم (الطاعن) بجرم الخيانة في حدود المادة (3/110) عقوبات وقررت محكمة الاستئناف وضع الطاعن بالاشغال الشاقة ثلاث سنوات وخفضتها إلى سنتين .

التعليق :

يبدو أن محكمة الاستئناف لم تسمع البينات وأنها أعملت الصلاحيات المعطاة لها في المادة (1/342) من قانون الاجراءات الجزائية والتي تنص على الاتي : « اذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة ، فللمحكمة أن تؤيد الحكم أو تلغيه أو تعدله سواء ضد المتهم أو لمصلحته» . فالمشرع الفلسطيني وكما يتضح من نص هذه الفقرة لم يُلزم محكمة الاستئناف بسماع البينات في حال فسخ حكم البراءة والحكم بادانة المستأنف ضده . ولذلك نجد أن وكيل الطاعن قد أورد في السبب الاول من أسباب الطعن تخطئة محكمة الاستئناف من هذه الجهة لانها حرمت الطاعن من حق التقاضي على مرحلتين وكان يتعين عليها اعادة القضية إلى محكمة الدرجة الاولى .

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد أنه وبموجب المادة (2/264) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني (**وهو القانون الذي بقي مطبقاً في الضفة الغربية الى ان صدر قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001**) **فانه** : « **لا يجوز فسخ الحكم القاضي ببراءة المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه وادانته الاّ بعد اجراء المحكمة مرافعة وسماع البينات** « . مع ملاحظة أن البينات التي تستمع هي البينات التي أُستمعت أمام محكمة الدرجة الاولى ولا يشترط أن تستمع بينات جديدة . **وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز** أنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف فسخ الحكم القاضي ببراءة المتهم او الظنين او المشتكى عليه وادانته الا بعد اجراء المحاكمة مرافعة وسماع البينات، فاذا

ما فسخت محكمة الاستئناف ذلك الحكم واستمعت الى البينات فانه لا يعيب قرارها بالتجريم **عدم سماع بينات جديدة في الدعوى** (تمييز جزاء 96/369 مركز عدالة) .

اما بخصوص ما قاله السيد النائب العام في مطالعته الخطية بشأن الطعن في الحكم الاستئنافي من ان أسباب الطعن التي أوردها الطاعن لا تندرج ضمن أسباب الطعن بالنقض الواردة حصراً بالمادة (351) من قانون الاجراءات الجزائية ، فانه - ومع الاحترام لوجهة النظر هذه - فانها غير واردة ذلك انه بالرجوع للمادة (351 إجراءات جزائية) فاننا نجد أن المشرع أورد في البند الخامس من هذه المادة ان من أسباب الطعن : ان يكون الحكم المطعون فيه **قد بني على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه ..** « **وفي البند السادس من ذات المادة ورد أن من أسباب الطعن** : « **خلو الحكم من أسبابه الموجبة أو عدم كفايتها ، أو غموضها ، أو تناقضها** « .

وبتدقيق وتمحيص حكم الاستئناف فان هذين السببين (مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وخلو الحكم من أسبابه الموجبة وتناقضها ..) يردان عليه حقاً .

وباستطلاع ما جاء في قرار النقض موضوع التعليق فاننا نجد أن **محكمة النقض قد اشارت** - وبحق - الى ذلك بكل صراحة ووضوح حين قالت (ص3 نهاية الصفحة) ان ما خلصت اليه المحكمة مصدرة الحكم لا يتفق وسلامة التطبيقات القانونية على الوقائع الواردة في هذه الدعوى . **ذلك أن الطاعن لم يقم** بأي عمل من الاعمال العدوانية الواردة ضد الدولة وخاصة في الفقرة الثالثة من المادة (110) عقوبات التي طبقتها محكمة الاستئناف بحقه فهو لم يتجنّد في صفوف القوات الاسرائيلية ولا بأي صفة ولا بأي شكل من الاشكال بل على العكس عندما تعرّض للضغط من ضابط الشرطة الاسرائيلية للتعاون مع قوات الاحتلال بادر على الفور باعلام الجهات الامنية الفلسطينية التي طلبت إليه ان يستمر في تواصله وتعامله مع ذلك الضابط وان يضع الأمن الوقائي الفلسطيني في صورة ما يدور ويحدث معه . ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان جريمة الخيانة والتجند لصالح العدو هي جريمة ذات قصد خاص وفي ذلك **قضت محكمة النقض السورية** : « **ان القصد الخاص هو** احد اركان جرم التجنيد لصالح العدو، فاذا لم يثبت هذا القصد فانه ينعدم احد شروط التجريم ويتوجب على المحكمة ان تبحث عن الوصف القانوني الصحيح للجرم في مواد القانون الاخرى ولا يجوز

اعتباره في الوقت نفسه سبباً لتطبيق احكام المادة (274) عقوبات المتعلقة بالتجسس لئلا يؤدي دون مبرر الى تشديد العقوبة مرتين من أجل سبب قانوني واحد . نقض سوري صادر بتاريخ 1975/5/21 مجموعة عزة ضاحي المحامي ص 292 « . (**وفي تفصيلات** اكثر عن المقصود بالقصد العام والقصد الخاص في هذه الجريمة **وعرض لمختلف** الاراء في الفقه المصري والفرنسي ينظر مؤلف استاذنا الدكتور عبد المهيمن بكر سالم المشار اليه سابقاً ص58 ـ 69) .

ومن جهة أخرى فان إستناد محكمة الاستئناف إلى ما ورد على لسان المتهم (الطاعن) من حيث عبارة (انا مذنب) وتركها لباقي التفصيلات الواردة في إفادته ولباقي البينات المستمعة في القضية وعلى وجه الخصوص شهادة الشاهد رئيس قسم مكافحة الجاسوسية في جهاز الأمن الوقائي الفلسطيني الذي أكد في شهادته أمام محكمة الدرجة الاولى ان المتهم هو الذي بادر من تلقاء نفسه باعلامهم بما يتعرض له من ذلك الضابط حيث طلبوا إليه (الامن الوقائي الفلسطيني/مكافحة الجاسوسية) الاستمرار في التواصل مع ذلك الضابط والتعامل معه واعلامهم أول بأول بكل ما يدور بينهما .

هذا الاستناد من محكمة الاستئناف الذي يقوم على **التجزئة غير المنطقية** في التعامل مع البينات الواردة في الدعوى ، هو استناد غير مقبول يجعل حكمها يغدو على غير سند من القانون كما **قالت محكمة النقض . وبحق . ويكون مستوجب النقض.** وبالنتيجة فان قرارها باصدار الحكم ببراءة الطاعن ابراهيم سليم شاكر عودة من التهمة المسندة إليه يكون قد أصاب كبد الحقيقة.

يضاف إلى ما تقدم أن أقوال المتهم أمام المدعى العام تخضع لتقدير المحكمة شأنها شأن سائر البينات المقدمة في الدعوى وللمحكمة استبعادها وعدم الاخذ بها اذا **تناقضت** مع البينات الاخرى (تمييز جزاء 95/172 تاريخ 95/4/30 برنامج عدالة) . وبكلمات أخرى فان اعتراف المتهم أمام المدعى العام يستلزم الحيطة والحذر والوقوف على الظروف والملابسات التي أحاطته ورافقته بما لا يدع مجالاً للشك في صحته (تمييز جزاء 93/369 تاريخ 94/1/22 مركز عدالة).

والله ولي التوفيق

التعليق على الحكم رقم 96 لسنة 2012 نقض جزاء

بقلم الدكتوره / دعاء عثمان

دكتوراه العلوم الجنائية – جامعة القاهرة

المحامية بالإدارة القانونية بجامعة القاهرة/مصر

تدور وقائع النزاع موضوع الحكم محل التعليق في النقاط الآتيه :

- قدمت النيابة العامة ـ الطاعن في الحكم محل التعليق ـ للمحاكمة الجنائية أمام محكمة بداية نابلس لمحاكمته بتهمة الخيانة المعاقب عليها وفقا للمادتين 110 ، 112 من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 الصادر عن السلطة الوطنية الفلسطينية .
- وبتاريخ 2011/4/7 قضى ببراءة المتهم ابراهيم سليم شاكر عودة من تهمة الخيانة.
- في 2012/4/8 حكمت محكمة استئناف رام الله في الاستئناف الجزائي رقم 242 /2011 المقدم من النيابة العامة ؛ على المتهم بالأشغال الشاقة لمدة ثلاث سنوات ، وخُفضت العقوبة لمدة سنتين لإخبار المتهم للجهات المعنية .
- وحيث أن حكم محكمة الإستئناف لم يلق قبولا لدى الطاعن ، مما دفعه للتقدم بطعنه لدى محكمة النقض والتي قررت في 2012/5/31 بقبول الطعن موضوعا ونقض الحكم الطعين ، وحكمت ببراءة المتهم .
- وبعد أن انتهينا من سرد الوقائع ، نتناول أهم النقاط التي آثارها الحكم وفقا للتفصيل التالي :
  - مدى اضطلاع محكمة النقض بوظيفتها
  - أسباب الطعن من منظور نقدي

مدى اضطلاع محكمة النقض بوظيفتها :-

تتمثل وظيفة محكمة النقض في أنها تعمل على تأكيد سيادة القانون عن طريق ضمان حسن تطبيق المحاكم للقانون تحقيقًا لوحدة القضاء ، «ومن ثم فإن نطاق سلطة محكمة النقض يتحدد ويتقيد بإشتراط وجود خطأ في القانون بالمعنى الواسع وقع من محكمة الموضوع المطعون في حكمها بالنقض ؛ فهذا المعنى الواسع يغطي مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أو تأويله وبطلان الإجراءات الجنائية « [1].

(1) د / أحمد فتحى سرور ، النقض الجنائى ، 2003 ، صـ38

فمهمة محكمة النقض تقتصر على مراقبة الحكم المطعون فيه ، من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب فهي تفصل في الحكم وليس في الخصومة ، بمعنى أن الطعن بالنقض لا يطرح الدعوى التي صدر فيه الحكم المطعون فيه على محكمة النقض بعناصرها الواقعية والقانونية لتفصل فيها من جديد ، وإنما يطرح عليها فقط الحل القانوني الذي انتهت به هذه الدعوى مع التسليم بالوقائع كما أكدها الحكم المطعون فيه .

ومن ثم فإن «محكمة النقض لا تبحث الوقائع من جديد ، وإنما تسلم بها كما أثبتها الحكم المطعون فيه ، ويقتصر بحثها على مسألة ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق على هذه الوقائع حكم القانون السليم أم لا ؛ وتنتهي مهمتها عند هذا الحد فهي بعد أن تنقض الحكم لا تفصل كقاعدة عامة في الموضوع بل تحيله لمحكمة الموضوع لتفصل فيه من جديد»[2].

وتفصل محكمة النقض في موضوع الطعن ـ عقب قبوله شكلاً ـ إما برفضه موضوعا أو بنقض الحكم المطعون فيه ، ونقض الحكم إما أن يكون مقترنًا بتصحيح الحكم المطعون فيه أو بالإحالة إلى محكمة الموضوع.

وبمطالعة النتيجة التي انتهي إليها الحكم محل التعليق من قضائه بنقض الحكم بقبول الطعن موضوعا ـ على حد تعبيره ـ وبراءة الطاعن ؛ يبين أن محكمة النقض قد مارست سلطتها في نقض الحكم وتصحيحه .

وتقضي محكمة النقض بنقض الحكم وتصحيح ما شابه من خطأ دون إحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع في حالتين :

الأولى : إذا كان الحكم مشوبًا بالخطأ في تطبيق القانون بالمعنى الضيق:

يكون نقض الحكم وتصحيحه « إذا كان وجه الطعن بالنقض هو الخطأ في القانون سواء كان هو قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجنائية ؛ ويفترض ذلك أن تكون جميع عناصر الواقعة ثابتة في مدونات الحكم بحيث تستطيع محكمة النقض تصحيح الخطأ القانوني دون الإلتجاء إلى تحقيق موضوعي ، ويتم تصحيح هذا الخطأ على

(2) د/ أحمد السيد صاوى ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بدون ناشر ، 2011 ، صـ 1148

الوجه الذي كان يتعين على المحكمة المطعون في حكمها أن تقضي به «[3].

وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان حكم محكمة أول درجة قد قضى بالعقوبة في حدود القانون ، إلا أن المحكمة الإستئنافية عدلت هذه العقوبة على نحو مخالف للقانون فإن محكمة النقض حين تنقض حكمها تصححه بتأييد الحكم المستأنف الذي صادف صحيح القانون مادام تصحيح هذا الخطأ لا يخضع إلى أي تقدير موضوعي»[4].

ويقتضي تصحيح الخطأ في قانون العقوبات الحكم في الموضوع إما بتعديل العقوبة المحكوم بها وفقًا للقانون ، وذلك إذا كانت العقوبة المقضي بها مخالفة للقانون ، أو الحكم ببراءة المتهم إذا ثبت أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون[5].

أما تصحيح الخطأ في قانون الإجراءات الجنائية فهو لايكون إلا بحكم إجرائي ؛ وقد يقتصر هذا الحكم على شكل الدعوى أو الطعن كالحكم بعدم قبول المعارضة إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ بقبولها عن حكم حضوري[6].

الثانية : استحالة نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع :

قد يكون الحكم مشوبًا بالخطأ في القانون ، إلا أن محكمة النقض ترى أنه لا جدوى من إحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع وذلك لإستحالة تطبيق القانون عليها ، إما لمضى مدة التقادم على الدعوى بعد صدور الحكم فيها ، او لصدور عفو عن العقوبة أو الجريمة ، أو لصدور قانون أصلح للمتهم ، أو إذا تبينت محكمة النقض أنه قد سبق أن صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضي.

وفي مثل هذه الأحوال «تصحح محكمة النقض الحكم وتقضي في الدعوى بمثل ماكان يجب أن تقضي به محكمة الموضوع وفقًا للقانون»[7].

وبتحليل النتيجة التي انتهي إليها الحكم محل التعليق من خلال حملها على أسبابه،

(3) د/ أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق صـ 512 وما بعدها
(4) نقض 1996/11/14 ، الطعن رقم 49867 لسنة 59 ق ،موقع محكمة النقض المصرية الرسمى http://www.cc.gov.eg/
(5) نقض 28 /1/ 1957 ، مجموعة الأحكام س8 رقم 18 صـ 65
(6) نقض 1963/6/25 ، مجموعة الأحكام س14 ، رقم 110 صـ710
(7) د/ احمد فتحى سرور ، المرجع السابق صـ 512 ومابعدها .

يبين لنا أنه استند في براءته للطاعن على أنه قد بادر من تلقاء نفسه بإبلاغ الجهات الأمنية بإتصاله بأحد ضباط الشرطة الإسرائيلية ، ومن ثم فقد توافر في حق الطاعن عذر مخفف أوجب إعفاء من اشترك في مؤامرة على أمن الدولة وأخبر السلطة بها قبل البدء في التنفيذ من العقوبة ، وذلك وفقًا لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 109 من قانون العقوبات الفلسطيني الصادر بالقانون رقم 16 لسنة 1960[8] .

وحري بالذكر أن المادة سالفة البيان تقابل في القانون المصري المادة 84 أ من قانون العقوبات المصري الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937[9] .

كما أن الحكم محل التعليق قد جانبه الصواب في أنه لم يذكر سنده في براءة الطاعن، وهو ما يتناقض مع دور محكمة النقض بإعتبارها المحكمة العليا التي تعمل على حسن تطبيق المحاكم للقانون وتضمن عدم مخالفته ، فكان حريًا بالحكم محل التعليق أن يضرب المثل في كيفية كتابة الأحكام الجنائية ، وذلك بذكر المواد القانونية التي تمثل سنده التشريعي في الحكم الذي يصل إليه ، فضلاً عن كون ذلك تطبيقا فرعيًا لضمان تسبيب الأحكام والتي من بينها أن يذكر الحكم نصوص المواد المطبقة على وقائع الدعوى .

حيث اكتفى الحكم محل التعليق بالقول بأن الحكم الطعين إجتزأ أقوال الطاعن أمام النيابة وقرأها بمعزل عن كافة ملابسات ووقائع الدعوى ، ولم يذكر أن الطاعن قد أخبر السلطات وهو الأمر الثابت بشهادة مسؤول الأمن الوقائي .

(8) تنص المادة 109 من قانون العقوبات الفلسطيني الصادر برقم 16 لسنة 1960 على أن « العذر المخفف في جرائم أمن الدولة :
يعفى من العقوبة من اشترك في مؤامرة على أمن الدولة وأخبر السلطة بها قبل البدء بأي فعل مهيئ للتنفيذ .
إذا ارتكب فعل كهذا أو بدء به لايكون العذر إلا مخففا
يستفيد من العذر المخفف المتهم الذي أخبر السلطة بمؤامرة أو بجريمة أخرى عن أمن الدولة قبل إتمامها أو أتاح القبض ـ ولو بعد مباشرة الملاحقات ـ على المتهمين الآخرين أو على اللذين يعرف مختبأهم .
لا تطبق أحكام هذه المادة على المحرض .

(9) تنص المادة 84أ من قانون العقوبات المصري الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 وتعديلاته ، في الباب الأول من الكتاب الثاني على أن « يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المشار إليها في هذا الباب كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق . ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد تمام الجريمة وقبل البدء في التحقيق . ويجوز لها ذلك إذا مكن الجانى في التحقيق السلطات من القبض على مرتكبى الجريمة الآخرين أو على مرتكبى جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة .

وفضلا عما تقدم فإن الحكم محل التعليق ـ ورغم تأييدنا للنتيجة التي انتهي إليها بقضاءه ـ لم يقم بوصف العيب الذي وقع فيه الحكم الطعين وصفًا قانونيًا ؛ وهو إجتزاء أقوال الطاعن في تحقيقات النيابة العامة ، إذ يسمى ذلك العيب خطأ في الإسناد .

ويعني الخطأ في الإسناد إعتماد المحكمة على دليل لا أساس له في الأوراق قد أثر في سلامة اقتناعها مما يجعل منطقها معيبا ، ويتحقق الخطأ في الإسناد بتوافر شرطين هما :

أولا : أن يكون ما أثبته الحكم من أدلة لا مصدر له في أوراق الدعوى :

إذ أنه لا يمكن الإعتداد بدليل أسندته المحكمة إلى مصدر معين على خلاف الحقيقة، كأن يسند الحكم أقوالا إلى شاهد معين لم يقلها ، ويعد من قبيل ذلك تدخل المحكمة في عرض الدليل وأخذه على وجه يخالف الثابت في الأوراق ، ومن أمثلة ذلك تدخل المحكمة في رواية شاهد وأخذها على وجه يخالف صريح عباراتها وإقامة قضائها على فروض تناقض صريح روايته.

ويقتضي اكتشاف ذلك العيب «الإطلاع على مفردات الدعوى للتحقق مما إذا كان الدليل الذي أسنده الحكم إلى مصدر معين قد تضمنه هذا المصدر أم لا ، ولايعد هذا الإطلاع تحقيقا موضوعيا من جانب محكمة النقض لأنه محض مراقبة لسلامة المصدر الذي اعتمد عليه منطق المحكمة «[10].

ثانيًا : أن يكون الخطأ في الإسناد مؤثرا :

ويتحقق ذلك إذا كان هذا الخطأ يؤثر في عقيدة المحكمة ، وبتطبيق ما سبق يبين لنا أن العيب الذي وقع فيه الحكم الطعين يعد خطأ في الإسناد ، إذ أن الحكم الماثل قد عرض للدليل المستمد من أقوال الطاعن أمام النيابة العامة بشكل مجزأ، مما أثر في تكوين عقيدته التي انتهي إليها ، وهو ما كان يتعين معه على الحكم محل التعليق وصف هذا العيب.

فضلا عن إغفال الحكم ذكر العيب الذي وقع فيه حكم محكمة الإستئناف والمتمثل في مخالفة الفقرة الأولى من نص المادة 109 من قانون العقوبات سالفة البيان والتي تعفي من العقاب من اشترك في مؤامرة على أمن الدولة وأخبر بها السلطات قبل بدء

(10) د/ أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، صـ 348.

التنفيذ، وهو ما يعد عيبًا في الحكم الطعين لمخالفته نص قانون العقوبات الواجب التطبيق .

وقد استند الحكم الطعين إلى نص المادتين 110 ، 112 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 الصادر عن السلطة الوطنية الفلسطينية [11].

وذهب الحكم محل التعليق إلى أن استناد محكمة الاستئناف إلى المواد سالفة الذكر لا يتفق وسلامة التطبيقات القانونية على الوقائع الواردة في الدعوى ، وذلك لأن الطاعن كان على صلة بأحد ضباط الأمن الوقائي والذي كان يشغل وظيفة مسؤول مكافحة الجاسوسية في الجهاز، وقد واصل الطاعن التعامل والإتصال بالضابط الإسرائيلى بناء على طلب سالف الذكر .

والأمر الذي يستوقف النظر أنه حتى – ولو افترضنا جدلا – أن الطاعن قد ارتكب جريمة الخيانة ، فإن الفقرة الثالثة من المادة 110 من القانون رقم 16 لسنة 1960 الصادر عن السلطة الوطنية الفلسطينية والتي تنص على أن « كل أردني تجند بأية صفة كانت في جيش معاد ولم ينفصل عنه قبل أي عمل عدواني ضد الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وإن يكن قد اكتسب بتجنيده الجنسية الأجنبية « ، فهذا النص لا ينطبق على التهمة الموجهة للطاعن ، لكونه يفترض أن المتهم قد تجند في صفوف جيش العدو ، وإن كان قد اكتسب الجنسية الأجنبية بتجنيده هذا ، فهو أمر لا يعفيه من عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة ، ولا تنطبق تلك المادة على التهمة الموجهة للطاعن وهي تهمة الخيانة نتيجة لإتصاله بضابط في الجيش الإسرائيلي .

فإن صحت التهمة الموجهة إلى الطاعن ، فكان يتعين على محكمة الإستئناف أن تطبق نص المادة 112 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 والمعنونة بعقوبة دس الدسائس لدى العدو والإتصال به ، حيث تنص على أنه « كل أردني دس الدسائس لدى العدو أو اتصل به ليعاونه بأي وجه كان على فوز قواته على الدولة عوقب بالإعدام « .

(11) حيث نصت المادة 110 والمعنونة ب (حمل السلاح والقيام بأعمال عدوانية ضد الدولة لصالح العدو)
1 – كل أردني حمل السلاح ضد الدولة في صفوف العدو عوقب بالإعدام .
2 – كل أردني وإن لم ينتم إلى جيش معاد – أقدم في زمن الحرب على عمل عدوانى ضد الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤبدة .
3 – كل أردني تجند بأية صفة كانت في جيش معاد ، ولم ينفصل عنه قبل أي عمل عدوانى ضد الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وإن يكن قد إكتسب بتجنيده الجنسية الأجنبية .
كما نصت المادة 112 من ذات القانون على أن «كل أردني دس الدسائس لدى العدو أو اتصل به ليعاونه بأي وجه كان على فوز قواته على الدولة عوقب بالإعدام « .

ويقابل هذه المادة في قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 في الكتاب الثاني ، الباب الأول في المادة 77 د حينما نصت على أنه « يعاقب بالسجن إذا ارتكبت الجريمة في زمن السلم وبالسجن المشدد إذا ارتكبت في زمن الحرب : -1 كل من سعى لدى دولة أجنبية أو أحد ممن يعملون لمصلحتها أو تخابر معها أو معه وكان من شأن ذلك الإضرار بمركز مصر الحربي أو السياسي أو الدبلوماسي أو الإقتصادي ، -2 .....»

وبذلك يكون الحكم الطعين معيبا بالخطأ في تطبيق القانون ، وهو الأمر الذي أغفلت محكمة النقض في حكمها محل التعليق أن تصفه وصفًا قانونيًا صريحًا بالخطأ في تطبيق القانون ، واكتفت بقولها أن ما توصلت إليه محكمة الإستئناف في الحكم الطعين لا يتفق وسلامة التطبيقات القانونية على الوقائع الواردة في هذه الدعوى.

ومن المقرر أن صور الخطأ في القانون بالمعنى الضيق تتمثل في مخالفة القانون ، والخطأ في تطبيق القانون ، والخطأ في تأويل القانون.

و»يتحقق الخطأ في تطبيق القانون بإعمال قاعدة قانونية لا تنطبق على الواقعة بسبب الخطأ في التكييف القانوني للواقعة التي ثبتت للمحكمة في حدود سلطتها التقديرية مثال ذلك الحكم بعقوبة جريمة غير تلك التي أدين بها المتهم» [12].

وتطبيقًا لما تقدم فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لما كانت المحكمة قد دانت المطعون ضده في جريمة إحداث عاهة ، وذكرت في حكمها أنها رأت معاملته طبقًا لنص المادة 17 من قانون العقوبات ، ومع ذلك أوقعت عليه عقوبة السجن لمدة سنة ، فإنها فضلًا عن مخالفتها لنص المادة 16 من قانون العقوبات التي توجب أن لا تنقص مدة عقوبة السجن عن ثلاث سنين ، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ، إذ كان عليها أن تنزل بعقوبة السجن إلى عقوبة الحبس التي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة أشهر ، طبقًا لنص المادة 17 من قانون العقوبات ، ولما كانت المادة 35 من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم 57 لسنة 1959 ، تخول لمحكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها ، إذا تبين لها مما هو ثابت به أنه مبني على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، ومن ثم

(12) د/ أحمد فتحى سرور ، النقض الجنائى ، مرجع سابق ، صـ 189

فإنــه يتعــين نقض الحكــم المطعون فيه ، وأن يكون مع النقض الإعادة ، لما هو مقرر من أن تطبيق العقوبة في حدود النص المنطبق من اختصاص محكمة الموضوع»[13].

أسباب الطعن من منظور نقدي :

استند الطاعن على أربعة أسباب في طعنه وهي :

- **أولاً:** أن محكمة الإســتئناف أخطأت بإدانة الطاعن والحكم عليه بمدة ســنتين بعد تخفيض العقوبة ، وذلك لحرمانه من حق التقاضي على مرحلتين ، ولم تعمل على إعادة الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى .

وظاهر النعي الأول للطاعن يثير عيب الخطأ في تطبيق القانون بإحدى صوره الثلاث وهي مخالفة القانون ، والخطأ في تطبيق القانون ، والخطأ في تأويله ؛ وجميع هذه الصور تفيد عــدم إعمــال القانــون على وجهه الصحيح ، الأمر الــذي يقتضي تدخل محكمة النقض لكي تراقب سلامة الحكم المطعون فيه ، بالنظر إلى القانون واجب التطبيق[14].

والمســألة محــل النعي الأول للطاعــن تمثل إن افترضنا صحتهــا مخالفة للقانون ، وهــي الخطأ المباشــر في القانون والذي يتحقق بتجاهــل القاعدة القانونية واجبة التطبيــق وعــدم إعمال الحكم القانوني الــذي تنص عليه ، فهذا الخطأ هو بمثابة رفض لتطبيق نص قانوني ينطبق على الواقعة المعروضة على المحكمة ، مثال ذلك عدم الحكم بعقوبة تكميلية وجوبية [15].

أما عن جوهر النعي الأول للطاعن على محكمة الإستئناف في حكمها بأنها خالفت القانون بأن قامت بتخفيض العقوبة من تلقاء نفسها ، مما فوت على الطاعن درجتين من درجات التقاضي ، متناسيًا أن تخفيض العقوبة يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع طالما أن المحكمة لم تتعدى الحد الأدنى والأقصى المنصوص عليه في قانون العقوبات .

(12) نقض جنائى رقم 5601 لسنة 73 ق ، بتاريخ 2010/6/7 ، أنظر أيضا نقض جنائى رقم 17310 لسنة 71 ق ، 53 ع ، صـ 436 بتاريخ 2002/3/7 ، http://www.cc.gov.eg/

(14) د/ أحمد فتحى سرور ، النقض الجنائى ، مرجع سابق ، صـ 186

(15) نقض 25 ابريل 1929 ، مجموعة القواعد ج1 رقم 240 ، صـ 279

ويبين لنا مما سبق أن محكمة الإستئناف قد طبقت صحيح القانون ولم تخالفه .

- **ثانيًا** : جاء نعي الطاعن الثاني في أن محكمة الإستئناف قد جزأت إفادة الطاعن لدى النيابة بأن أخذت قوله بأنه مذنب دون التطرق لحيثيات هذه الإفادة بذكره أنه قام بإعلام جهاز الأمن الوقائي بما حصل معه ، و الذي كان على علم بالإتصال وأخبروه بأن لايقوم بقطع الإتصال وذلك وفق شهادة رئيس مكافحة الجاسوسية للأمن الوقائي الشاهد أمين أبو صفية الذي أكد أن المتهم أخبر الجهاز بذلك وطلب منه الإستمرار بالإتصال مع الضابط الإسرائيلي .

وبالرغم من التقدير المطلق لمحكمة الموضوع في إثبات الوقائع ، فإن هذا التقدير يجب أن يستمد على نحو سليم من إجراءات الخصومة الجنائية ، وأن تبنى الأحكام على أسس صحيحة من أوراق الدعوى وعناصرها[16].

ويثير النعي سالف البيان عيب الخطأ في الإسناد و الذي يتحقق بتوافر شرطين وذلك على نحو ما سلف بيانه.

ويلاحظ على دفاع الطاعن أنه لم يصف ذلك العيب بوصفه القانوني ، وهو الخطأ في الإسناد واكتفى بوصف هذا الخطأ بأنه مخالفة للقانون لتغيير قناعة محكمة الدرجة الأولى وهو قول محل نظر فما هو المقصود بعبارة ـ تغيير قناعة محكمة الدرجة الأولى ـ و الذي ابتدعه الطاعن في طعنه ، فالمسلم به أن المحكمة لها سلطة تقديرية مطلقة في استخلاص وقائع النزاع مادام أن هذا الإثبات قد بني على أسس صحيحة من أوراق الدعوى وعناصرها، فإن أخطأت المحكمة بإعتمادها على دليل ليس له أساس في الأوراق مما أثر في سلامة اقتناعها وجعل منطقها معيبا عُد ذلك خطأ في الإسناد وليس مخالفة للقانون .

- **ثالثًا** : أسس الطاعن نعيه في سببه الثالث على عدم قيام محكمة الإستئناف بمعالجة البينات المقدمة في الدعوى سواء من النيابة العامة أو الدفاع معالجة قانونية صحيحة ووقعت في فساد في الإستدلال ، وأن محكمة الدرجة الأولى عالجت البينات معالجة وافية مستفيضة ، وهي الأجدر على تكوين القناعة خلال سماعها للبينات وسلوك الشهود أثناء تأديتهم لشهادتهم .

(16) نقض 16 مايو 1985 ، مجموعة الأحكام س36 رقم 120 صـ 677

ويثيـر النعى سـالف الذكر أن المحكمـة قد وقعت في خطأين هما قصور في البيان، وفساد في الإستدلال.

وتعد أسباب الحكم مشوبة بالقصور في البيان إذا انطوت على عيب سلامة استقراء الأدلة ، ويعد هذا الإستقراء معيبا في الأحوال الآتية :-

1. عدم بيان مضمون الأدلة التي استند إليها :

يجـب علـى المحكمة أن تبين مضمون الأدلة التي اسـتند إليهـا الحكم بيانا كافيا ، وهذا البيان يعبر عن استقراء المحكمة عن علم وبصيرة بالأدلة التي أسست عليها اقتناعها وعقيدتها ، حتى تستنبط في ضوئها وجه الحقيقة .

وقـد عبـرت محكمة النقض المصريـة عن ذلك بقولها « يجب ألا يجهل الحكم أدلة الثبوت في الدعوى بل عليه أن يبينها بوضوح بأن يورد مؤداها في بيان متصل يتحقق به الغرض الذي قصده الشـارع من تسـبيب الأحكام وتتمكن معه محكمة النقض من إعمال رقابتها على تطبيق القانون تطبيقا صحيحًا »[17].

2. عدم مناقشة الأدلة بطريقة موضوعية :

تتطلب المحاكمة القانونية المنصفة احترام حق الدفاع ، ومن ثم فإنه يتعين لضمان هـذا الإحتـرام أن تلتزم المحكمـة بالرد على أوجه الدفاع الجوهري ، وعليه فإن الحكم الذي يخل بهذا الإلتزام يكون مشوبًا بعيب اجرائي وهو الإخلال بحق الدفاع .

ومن ناحية أخرى ، فإن» إغفال الرد على أوجه الدفاع الجوهري يخل بمقومات الأدلة التي أسسـت عليها المحكمة اقتناعها مما يشـوب سلامة الإستقراء ، ويعيب الحكم في ذات الوقت بقصور في التسبيب ، ووجه القصور هو ما شاب الإستقراء من عيب بسبب عدم الإحاطة بالأسباب التي أدت إلى اطراح الدفاع الجوهري»[18].

وهناك بعض أوجه الدفاع التي تستأهل ردا صريحا من المحكمة ، إلا أنه يتعين أن

(17) نقض جنائى 1976/3/28 ، مجموعة الأحكام ، س 27 رقم 78 صـ366

(18) أنظر المزيد من التفاصيل حول القصور في البيان ، د/ أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، صـ 324 وما بعدها .

يتوافر فيها الشروط الآتية :

أ) أن يتضمن الدفاع طلبات حقيقية ويتحقق ذلك بتوافر شرطين وهما :

1. أن يستند الدفع إلى أمر محدد
2. أن يترتب على الدفع أثر قانوني .

ب) أن يكون طلب الدفاع جازمًا :

وقد عرفت محكمة النقض المصرية ذلك بأنه الطلب الذي يقرع سمع المحكمة ويشتمل على بيان ما يرمي إليه ويُصر عليه مقدمه في طلباته الختامية[19].

جـ) أن يكون الدفاع جوهريًا :

يعد الدفاع جوهريا إذا كان تحقيقه لازما للفصل في الدعوى بحيث لو صح لتغير وجه الر أي فيها .

د) أن يُبدى هذا الدفاع قبل قفل باب المرافعة :

ينتهي الدفاع بإقفال باب المرافعة ، وكل دفاع يبدى بعد ذلك لا تلتزم المحكمة بإجابته أو الرد عليه ، وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن « الدفاع إذا كانت له الحرية المطلقة في إبداء ما يريد وطلب ما يريد فيما يتعلق بالدعوى إلا أنه متى أتم كلامه وأقفل باب المرافعة قد استوفى قسطه من الحرية ، وليس على المحكمة إن هو قصر أو سهي ، فإن للمرافعات مدى يجب أن تنتهي إليه»[20].

3. عدم بيان العناصر الأساسية لواقعة الدعوى :

ويصيب هذا العيب الإستقراء الذي تستنبط منه المحكمة الصورة النهائية للنتيجة متمثلة في واقعة الدعوى ومنطق الحكم ، «فيتعين على المحكمة في قضائها بالإدانة أن تبين واقعة الدعوى كما ارتسمت في ذهنها مع بيان الوقائع التي تفيد توافر الجريمة حتى تبرر حكم القانون الذي نطقت به المحكمة ، لكي تتمكن محكمة النقض من مراقبتها في صحة تطبيق القانون»[21].

(19) نقض جنائى 1977/2/13 ، مجموعة الأحكام س28 رقم 5 صـ 230
(20)نقض جنائى 1929/1/3 مجموعة القواعد جـ1 رقم 102 صـ122
(21) د/ أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، صـ 339 .

أما الفساد في الإستدلال الذي نعى به الطاعن الحكم ،فإن الحكم يكون قد شابه فساد في الإستدلال إذا انطوى على عيب يمس سلامة الإستنباط ، فهذا العيب يكشف عن عدم سلامة المنطق القضائي ، إذ يجب أن يكون استدلال المحكمة للنتيجة التي توصلت إليها نتيجة استنباط سليم ، وهو ما يجب الوصول إليه من خلال عملية ذهنية تؤدي إلى النتيجة التي أسست عليها قضائها .

ويتوافر الفساد في الإستدلال في الأحوال الآتية :

1. أن تستند المحكمة في اقتناعها إلى ما لايصلح مصدرًا للإستنباط وهي الأدلة غير المقبولة قانونًا أو غير الصالحة بذاتها من الناحية الموضوعية للإقتناع بها .
2. الإستنباط من وقائع متناقضة كمصدر للإستنباط دون رفع هذا التناقض .
3. عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على الوقائع التي ثبتت لديها واتخذتها مصدرا للإستنباط .
4. الإستدلال الظني غير اليقيني حيث «يجب أن تبنى الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة على الجزم واليقين وعلى الواقع الذي يثبت بالدليل المعتبر ، ولا تؤسس على الظن والإحتمال من المفروض والإعتبارات المجردة «[22].

وبذلك يكون النعي الثالث الذي استند إليه الطاعن في طعنه يوضح أن الحكم الطعين قد شابه فساد في الإستدلال ، وقصور في البيان ، وهو ما يندرج تحت الفقرة السادسة من المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني والصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2001 [23].

- **رابعًا:** السبب الرابع الذي أثاره الطاعن هو إدانته بتهمة الخيانة المعاقب عليها بالمادة 3/110ع لسنة 60 قد وقع باطلا ، وذلك أن وقائع هذه الدعوى لا تنطبق

(22)د/ أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، صـ 354 .

(23)تنص الفقرة السادسة من المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة لايقبل الطعن بالنقض إلا للأسباب التالية : -1 .....، -2.....، -3.....، -4.....، -5.....، -6 خلو الحكم من أسبابه الموجبه ، أو عدم كفايتها أو غموضها أو تناقضها «

على مكونات وعناصر هذه المادة ، وبذلك يكون الطاعن قد عاب على الحكم الطعين بوقوعه في خطأ في تطبيق القانون ، وهو إحدى حالات الطعن بالنقض والمنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني[24].

ويتحقق الخطأ في تطبيق القانون بإعمال قاعدة قانونية لا تنطبق على الواقعة بسبب الخطأ في التكييف القانوني للواقعة التي ثبتت لدى المحكمة في حدود سلطتها التقديرية ، ومثال ذلك الحكم على المتهم غير العائد بالعقوبة المقررة للمتهم العائد .

ويتضح مما سبق أن الأسباب التي ينعاها الطاعن على الحكم الإستئنافي تندرج في ظاهرها ضمن أسباب الطعن بالنقض المقررة بالمادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الرقيم 3 لسنة 2001 ، إلا أن دفاع الطاعن لم يقم بتوصيف ما أثاره من عيوب بأوصاف قانونية سليمة ، وهي ذات الملاحظة التي آخذناها على الحكم محل التعليق .

ومما سبق نخلص إلى أنه رغم اتفاقنا مع الحكم محل التعليق في النتيجة التي خلص اليها ، سيما وأن المحكمة قد مارست دورها في تصحيح الحكم المطعون فيه، إلا انها جانبها الصواب في عدم ذكر سندها التشريعي في النتيجة التي انتهت اليها، وعدم تأصيل النصوص القانونية التي خالفها الحكم الطعين ، وتلك التي كان يتعين عليه اتباعها ، فضلا عن عدم قيامها بوصف الاخطاء القانونية التي وقع فيها الحكم الطعين بالوصف القانوني السليم وفقا للمادة 351 من قانون الاجراءات الجزائيه الفلسطيني، وكل ذلك يتنافى مع الدور المفترض لمحكمة النقض بوصفها المحكمة العليا التي تضع المبادىء القانونية لتوحيد كلمة القانون ، فضلا عن انها تخط بأحكامها المنهج الأمثل في كتابة الاحكام وفقا للضوابط القانونية والتي يتعين على المحاكم أن تحذو حذوها.

(24) تنص الفقرة الخامسة من المادة سالفة البيان على أنه « إذا كان الحكم المطعون فيه بنى على مخالفة القانون ، أو على خطأ في تطبيقه أو في تفسيره .»

حكم رقم 2012/66 نقض جزاء

موضوعه جريمة اعطاء مصدقة كاذبة

2012/66 نقض جزاء

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـة النقض

« الحكـــــــم »

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئـة الحاكمـة: برئـاســة القــاضـــي الســـيد ســـــامي صرصـــور وعضوية القضاة السادة عبد الله غزلان،إيمان ناصر الدين،عزمي طنجير،عدنان الشعيبي

الطـاعـنان : 1. محمد عوض بدران عوض

2. يوسف عوض بدران عوض

وكيلهما المحامي: مازن عوض /الخليل

المطعون ضده: الحق العام

الإجـــــراءات

تقــدم الطاعنــان بهذا الطعن بتاريــخ 2012/3/19 بواســطة وكيلهما لنقض الحكم الصادر بتاريخ 2012/2/28 عن محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية في الاستئناف الجزائي رقم 2011/402 القاضي بقبول الاســتئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المســتأنف وإدانة الطاعنين بالتهمة المسندة لهما وهي إعطاء مصدقة كاذبة المعاقب عليها بالفقره الثالثة من المادة 266 من قانون العقوبات رقم 16 لســنة 1960 وحبس كل واحد منهما مدة ثلاثة أشهر .

تتلخص أسباب الطعن بالنعي على الحكم الطعين الخطأ في تطبيق القانون ذلك أن البينة المقدمة جاءت عاجزة عن ربط الطاعنين بالتهمة المسندة إليهما اذ أن من واجب

المحكمــة تعيــين خبيــر الأمر الذي لم تفعله ، كما أن القرض هو باســم شــركة بدرانكو وليس باسم أي من الطاعنين .

وقد طلب الطاعنان بالنتيجة قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم الطعين .

تقــدم رئيــس النيابة العامــة بمطالعة خطية تضمنت أن الحكــم الطعين جاء متفقاً وحكــم القانــون وان النعي على الحكم في القناعة الوجدانية للمحكمة غير جائز قانوناً وهو من المسائل الموضوعية التي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب طالباً بالنتيجة رد الطعن موضوعاً .

المحكمــة

بعد التدقيق والمداولة ولورود الطعن في الميعاد تقرر قبوله شكلاً .

ولمــا كانــت وقائــع ومجريــات الدعوى وعلى ما أنبــات عنه ســائر الأوراق تفيد بان النيابــة العامــة أحالت كلاً من الطاعنين إلى محكمــة صلح حلحول لإجراء محاكمتهما بتهمة (تقديم واســتعمال وتزوير مصدقة كاذبة المعاقب عليها بالفقرتين 1،2 من المادة 266 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 – كما جاء في لائحة الاتهام –) ، ذلك انه وبتاريخ 2010/10/2 تقدمت المشتكية (شركة بنك الإسكان والتمويل) بشكوى ضد كل مــن الطاعنــين مفادها إقدامهما تقديم مصدقة كاذبة في عام 2007 من اجل الحصول على قرض بمبلغ (52) ألف دينار أردني حيث قدمت ورقة ضمان عقاري تفيذ بان قيمة العقــار موضــوع الرهــن (171) ألف دينار من قبل الخبير عبــد المعطي أبو عمر المعتمد من قبل البنك وبناء عليه تم إعطاء القرض ، وعند التخلف عن السداد تبين أن العقار مقدر بأكثر من قيمته إذ أن قيمتة (24) ألف دينار كما أن ورقة الضمان العقاري مزوره ولم تصدر عن الخبير .

ســارت محكمة صلح حلحول بإجراءات الدعوى وبنتيجة المحاكمة أصدرت حكمها بتاريخ 2011/9/11 القاضي بإعلان براءة كل من المتهمين (الطاعنان) من التهمة المسندة إليهما وذلك لعدم كفاية الأدلة .

لم ترتض النيابة العامة بالحكم الصادر فطعنت فيه استئنافاً لدى محكمة بداية الخليل لصفتها الاستئنافية بالاستئناف الجزائي رقم 2011/402 وبنتيجة المحاكمة الاستئنافية أصدرت المحكمة حكمها الطعين القاضي بقبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء حكم محكمة صلح حلحول وإدانه كل من الطاعنين بتهمة استخدام مستند مزور المعاقب عليها بالفقره (3) من المادة(266) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 وحبس كل واحد منهما مدة ثلاثة أشهر.

لم يرتض الطاعنان بالحكم الصادر فطعنا فيه بطريق النقض للأسباب المشار إليها آنفا المبسوطه في لائحة الطعن .

وفي الموضوع وبالرجوع إلى الحكم الطعين على النحو الذي صيغ به وما حمل عليه فقد جاء على النحو التالي (وبعد التدقيق والمداولة من قبل هيئة المحكمة فقد ثبت أن المبرز م/1 هو مصدق كاذب لأنه مخالف للحقيقة حيث أن الشاهد عبد المعطي أبو عمر قد أنكر أن يكون هو من نظم هذا السند وأنكر التوقيع والختم مما يوحي للمحكمة بوجود قرينة قضائية بان البيانات غير حقيقية حيث قضت محكمة التمييز الأردنية «أن المصدقات الكاذبة هي إقرارات فردية صادرة عن طرف واحد بما يخالف الحقيقة بمعنى انه يشترط لاعتبار المستند مصدق كاذب أن يكون نظم في الأصل بصوره مخالفة للحقيقة « هذا من جهة ومن جهة أخرى وحيث لم تقدم النيابة العامة ما يفيد أو يثبت أن المستأنف ضدهما هما من قاما بتزوير المستند وعملاً بأحكام المادة 1/274 من قانون الإجراءات الجزائية تقرر المحكمة إعلان براءتهما من التهمة المسندة وهي تزوير المصدقة ، أما بخصوص الاستعمال فقد ثبت للمحكمة أن المستأنف ضدهما قد استخدما المستند الثابت تزويره وعدم مطابقته للحقيقة والواقع وذلك بتقديمهما المستند للجهة المشتكية والذي على أساسه قامت الجهة المشتكية بمنح القرض وحيث ثبت عنصر الضرر وكافة أركان جرم استعمال مصدقة كاذبة خلافاً للمادة 266 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 مع علمهما أن المصدقة مخالفة للحقيقة والواقع وسنداً للمادة 2/274 من قانون الإجراءات الجزائية تقرر المحكمة إدانتهما بجرم استخدام مستند مزور المعاقب عليها بنص المادة 3/266 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 وعليه نقرر وعملاً بأحكام المادة 327 قبول الاستئناف موضوعاً ، وإلغاء

الحكم المستأنف ، وفقاً لما بيناه أعلاه وعملاً بأحكام المادة 3/266 من قانون العقوبات حبس كل واحد من المستأنف ضدهما مدة ثلاثة أشهر).

وفي هـذا الـذي خلص إليه الحكم الطعين على النحو الذي صيغ به وما تضمنه من عبارات وما حمل عليه من أسباب :-

- نرى أن نقرر ابتداءً أن الحكم الطعين إذ قضى بإعلان براءة كل من الطاعنين من تهمة اسـتعمال مصدقـة كاذبة المجرمـة بالفقرة الأولى من المادة 266 مـن قانون العقوبات وإدانتهما بتهمة اسـتخدام سـند مزور المعاقب عليها بالفقرة الثالثة من ذات المادة قد خلط بين إعلان البراءة وبين تعديل وصف التهمة من حيث مادة الإسناد، ذلك أن الفارق بيّن من حيث هذه المادة بين إعلان البراءة وبين عدم انطباق الوصف الجرمي .
- هذا كما أن إنكار من نُسب إليه المستند القيام بتنظيمه وإنكار خاتمة وتوقيعه عليه لا يكفي لإثبـات تزويـر هذا المسـتند إذ أن أمرا كهـذا يثبت من خلال تقريـر الخبير المختص وفق الإجراءات واجبة الإتباع .ذلك أن إنكار الخط والتوقيع شيء وادعاء التزوير شيء آخر .
- كمـا أن الحكـم جـاء قاصراً ، يفتقـر إلى منهج بناء الأحـكام ، خاصة تلك المتعلقة بالإدانة والتجريم وما يرافقها بل يسـبقها من بيان عناصر الجريمة وأركانها على نحو واضح وفق عبارات دالة على معانٍ معينة تفيد إنزال القانون على الوقائع بشكل سليم بغية إعطاء الفعل وصفه الحق وتكييفه السليم .

ولما كان الحكم الطعين قد اغفل ذلك بل جاء على نحو لا يتفق ومنهج بناء الأحكام وضوابط تسبيبها فانه يغدو والحالة هذه معتلاً مستوجباً النقض .

لهـــذه الأســـباب

تقـرر المحكمـة نقض الحكم الطعـين وإعادة الأوراق إلى مرجعهـا لإجراء المقتضى القانوني في ضوء ما تم بيانه على أن تنظر من قبل هيئة مغايره .

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 6/11 /2012

الكاتب **الرئيس**

التعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض الموقرة

رقم 2012/66 الصادر بتاريخ 2012/6/11

القاضي الدكتور جمال برجس الزعبي

قاضي محكمة استئناف الغرفة الجزائية

ومحاضر غير متفرغ في كل من الجامعات الأردنية

والمعهدالقضائي الأردني/الاردن

وفي هذا السياق، فإنني سأتناول موضوع الحكم الصادر عن محكمة النقض /راملة/ رقم 2012/66 تاريخ 2012/6/11 وذلك بوضع ملخص للواقعة موضوع الحكم، مبيناً الإسناد القانوني لهذه الواقعة كما وردت بذات الحكم، ونعمل بعد ذلك على إظهار أركان وعناصر هذا الإسناد القانوني ألا وهو جرم /تقديم / واستعمال /وتزوير مصدقة كاذبة وفقاً لأحكام المادة (266) من قانون العقوبات بفقرتيها الأولى والثانية مع إيراد بعض التطبيقات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية الموقرة، ونتولى بعد ذلك ترسيخ الخطوات العملية حول تقييم هذا الحكم، ووزنه في إطار معطيات الدعوى ودون الانتقاص من قيمته بقدر ما هو إلقاء الضوء على جوانبه المختلفة.

ملخص الواقعة موضوع الحكم

بتاريخ 2010/10/2 تقدمت شركة بنك الإسكان والتمويل بشكوى لدى محكمة صلح حلحول ضد المشتكى عليهما :

1. محمد عوض بدران عوض
2. يوسف عوض بدران عوض

وكيلهما المحامي / مازن عوض / الخليل

مفادها قيام المشتكى عليهما بتقديم مصدقة كاذبة خلال عام 2007 لغايات الحصول على قرض بمبلغ (52) ألف دينار أردني، وقدمت ورقة ضمان عقاري من الخبير /عبد المعطي أبو عمر/ – المعتمد من قبل البنك، تفيد بأن قيمة العقار موضوع الرهن (171) ألف دينار، وبناءً على ذلك، واستناداً إلى ورقة الضمان العقاري تم منح المشتكى عليهما / القرض المطلوب، وعندما تخلف المشتكى عليهما من سداد قيمة القرض، تبين أن العقار مقدر بأكثر من قيمته الحقيقية والبالغة (24) ألف دينار فقط مما يجعل ورقة تقدير قيمة العقار المقدمة لغايات الحصول على القرض مخالفة للحقيقة (مصدقة كاذبة)، ولدى تقديم الشكوى تشكلت هذه الدعوى.

ونظرت محكمة صلح حلول الدعوى وقضت بنتيجة المحاكمة وبموجب قرارها الصادر بتاريخ 2011/9/11 بإعلان براءة المتهمان من التهمة المسندة إليهما وهي /

تقـديم /واسـتعمال / وتزويـر / مصدقة كاذبة خلافاً لأحكام المـادة (266) من قانون العقوبات لعدم كفاية الأدلة.

لم ترتض النيابة العامة الجليلة بالحكم المذكور فطعنت فيه استئنافاً لدى محكمة بداية الخليل بصفتها الاسـتئنافية، والتي نظرت هذا الطعن الاسـتئنافي وقضت بقبول الاسـتئناف موضوعـاً، وإلغاء حكـم محكمة صلح حلحول القاضـي ببراءة المتهمين بما أسند إليهما، وبنفس الوقت الحكم بإدانتهما بجرم استخدام مستند مزور المعاقب عليه بالفقرة (3) من المادة (266) من قانون العقوبات وحبس كل منهما مدة ثلاثة أشهر.

لم يرتض المتهمان بهذا الحكم الصادر عن محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية، فطعنا فيه لدى محكمة النقض / رامله، وللأسباب الواردة في لائحة الطعن.

ونظرت محكمة النقض / رامله الدعوى وبهيئة خماسية وقضت بموجب قرارها رقم 2012/66 الصادر بتاريخ 2012/6/11 بنقض الحكم الطعين، وإعادة الأوراق لمصدرها لإجراء المقتضى القانوني في ضوء ما تم بيانه على أن تنظر من قبل هيئة مغايرة.

وقبـل التعليـق على الحكم مدار البحث، نرى أنه مـن المفيد إظهار أركان وعناصر جرم المصدقة الكاذبة مع إيراد بعض أحكام محكمة التمييز الأردنية الموقرة ذات العلاقة بالجرم المشار إليه.

وفي ذلك نجد أن المشـرع الجزائي قد عالج جرم المصدقة الكاذبة في المادة (266) من قانون العقوبات والتي نصت على ما يلي :

1. من أقدم حال ممارسته وظيفة عامة أو خدمة عامة أو مهنة طبية أو صحية أو أية جهة أخرى، على إعطاء مصدقة كاذبة معدة لكي تقدم إلى السلطات العامة أو من شـأنها أن تجر لنفسـه أو إلى غيره منفعة غير مشروعة أو تلحق الضرر بمصالح أحد الناس، ومن اختلق بانتحاله اسـم أحد الأشـخاص المذكورين آنفاً أو زور تلك المصدقة أو استعملها يعاقب بالحبس مدة شهر إلى سنة.
2. وإذا كانت المصدقة قد أعدت لكي تبرز أمام القضاء أو لتبرير الإعفاء من خدمة عامة فلا ينقص الحبس عن ثلاثة أشهر.

3. وإذا ارتكب هذه الجريمة أحد الناس خلاف من ذكر فيما سبق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر.

وباستقراء هذا النص القانوني نجد أن أركان جرم المصدقة الكاذبة تتمثل بما يلي:

1) أن تصدر المصدقة عن :-

- موظف مختص حال ممارسة وظيفة عامة.
- أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- أو شخص يعمل في نطاق المهن الطبية أو الصحية أو عن أي جهة أخرى.

ولعلنا نرى أن هذا النص القانوني قد تضمن تعداداً للجهات التي تصدر عنها المصدقة الكاذبة، إلا أن هذا التعداد لم يأتِ على سبيل الحصر، إنما ورد على سبيل التمثيل، وذلك عندما أضاف النص عبارة (.... أو أي جهة أخرى)، وحسناً فعل المشرع بإضافة هذه العبارة ليصبح النص مطلقاً ليشمل أي جهات أخرى تعمل على إصدار مصدقات كاذبة لا تندرج ضمن الأشخاص والجهات الواردة في صلب النص القانوني مدار البحث، واستناداً لذلك يجوز ملاحقة المهندس أو الصيدلاني أو المحامي أو أي شخص مهني آخر إذا ما قام بإعطاء مصدقة كاذبة.

2) أن يقوم الجاني في جرم المصدقة الكاذبة على تغيير الحقيقة، بمعنى أن يجعل واقعة كاذبة في صورة واقعة صحيحة، وهذا الأمر يشكل الجوهر الذي تقوم عليه جريمة المصدقة الكاذبة، والتي يقصد بها الأوراق والشهادات الخطية التي تتضمن بياناً كاذباً خلافاً للحقيقة.

3) أن تكون هذه المصدقة الكاذبة قد أعدت لكي تقدم إلى :-

- السلطات العامة.
- أو أن يكون من شأنها أن تجر للجاني أو إلى غيره منفعة غير مشروعة.
- أو تلحق الضرر بمصالح أحد الناس.

ولا يتطلب القانون أن تتحقق هذه الحالات مجتمعة لغايات نهوض جرم المصدقة

الكاذبــة، إنمــا تنهض هذه الجريمة إذا ما تحققت إحدى هذه الحالات، وبنفس الوقت فإنه وبانتفاء هذه الحالات من نشاط الجاني فلا تنهض هذه الجريمة.

وتطبيقــاً لذلــك قضت محكمــة التمييز الأردنية بقرارها رقــم (79/37) تاريخ 1979/1/1 علــى أن الكتــاب المنســوب إلى مدير التربيــة والتعليم المتضمن بأن المميز قد تقدم لامتحان الشــهادة الإعدادية وكانت نتيجته ناجحاً لا يخرج عن كونه بياناً كاذباً أُعد لكي يقدم إلى سلطة عامة أو لكي يجر لمن يستعمله منفعة غير مشروعة وهو بهذا الوصف يعتبر مصدقة كاذبة بالمعنى المقصود في المادة (266) من قانون العقوبات وليس تزويراً للشهادة الإعدادية.

وقضــت محكمــة التمييــز الأردنية أيضاً وبهذا الســياق وبموجــب قرارها رقم (79/169) تاريخ 1980/1/1 بأنه إذا كانت الوثيقة المزورة التي استعملها المتهم هي شــهادة موقعة ومنســوبة إلــى عميد الكلية وموظفين آخريــن تتضمن بياناً موجهاً إلى من يهمه الأمر بأن المميز قد نجح في امتحان البكالوريوس فإن هذه الوثيقة هي مجرد بيان كاذب مخالف للحقيقة أُعد لكي يقدم إلى سلطة عامة بقصد جر منفعة لمن يســتعملها وهي بهذا الوصف تعتبر مصدقة كاذبة بالمعنى المنصوص عليه في المادة (266) من قانون العقوبات.

وبانتفــاء هــذه الحالات الواردة في النص القانوني فإن أركان جرم المصدقة الكاذبة لا تنهض بحق المتهم، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بموجب قرارها رقم (99/607) تاريخ 1999/1/1 بأن الشهادة المزورة والتي قــد أُعــدت من أجل أن يطلع عليها والد المتهم، ولم يكن إعدادها لتقديمها إلى الســلطات العامة أو لتجر له أو لغيره منفعة أو تلحق الضرر بمصالح أحــد الناس فتكون الوثيقة المــزورة التي أعدها المتهم والحالة هذه لاطلاع والده عليها وقيامه بعد ذلك بتمزيقها لا تنطبق عليه أركان وعناصر جريمة المصدقة الكاذبة.

4) أن يتوافر لدى الجاني القصد الجرمي المتمثل بالعلم والإرادة.

التعليق على الحكم مدار البحث

وبتطبيق أركان وعناصر جريمة إعطاء مصدقة كاذبة أو استخدامها أو تزويرها في حدود المادة (266) من قانون العقوبات على واقعة الدعوى، والحكم الذي توصلت إليه محكمة نقض رامله الموقرة فإننا نجد ما يلي :-

1. **فيما يتعلق بالفقرة الأولى** من الحكم والتي تضمنت القول ... (نرى أن نقرر ابتداءً أن الحكم الطعين إذ قضى بإعلان براءة كل من الطاعنين من تهمة استعمال مصدقة كاذبة المجرمة بالفقرة الأولى من المادة (266) من قانون العقوبات وإدانتهما بتهمة استخدام سند مزور المعاقب عليها بالفقرة الثالثة من ذات المادة قد خلط بين إعلان البراءة وبين تعديل وصف التهمة من حيث مادة الإسناد ذلك أن الفارق بيّن من حيث هذه المادة بين إعلان البراءة وبين عدم انطباق الوصف الجرمي).

وبتدقيق هذه الفقرة فإننا نجد أن محكمة النقض الموقرة لم توضح لمحكمة الدرجة الأولى أو الاستئنافية ما تود توضيحه، واكتفت بالقول بأن قرار البراءة يختلف عن تعديل وصف التهمة من حيث مادة الإسناد.

ونحن نرى في هذا الصدد أن جريمة المصدقة الكاذبة بحدود المادة (266) من قانون العقوبات تنهض بتوفر أحد الصور التالية :

1. إعطاء مصدقة كاذبة (تقديم).
2. تزوير مصدقة كاذبة.
3. استعمال مصدقة كاذبة.

ولا يشترط القانون توفر هذه الحالات مجتمعة لنهوض جرم المصدقة الكاذبة، إنما تنهض هذه الجريمة إذا ما ارتكب الجاني إحدى هذه الصور ضمن إطار الركن المادي لهذه الجريمة.

وبالرجوع إلى إسناد النيابة العامة للمتهمين في هذه الدعوى مدار البحث، نجد أن التهمة المسندة إليهما هي :-

/ تقديم / واستعمال / وتزوير / مصدقة كاذبة.

فيكون هذا الإسناد قد استجمع الصور الثلاث التي تضمنها النص القانوني، وأنه وفي مثل هذه الحالة فقد كان أمام محكمة النقض الموقرة الفرصة لإرشاد محكمة الاستئناف وتكليفها ببحث ومناقشة الواقعة موضوع الدعوى، والبينة الواردة فيها لغايات تحديد الوصف القانوني السليم الذي ينطبق على نشاط المتهمين، وذلك فيما إذا ما قاما به من سلوك أو نشاط يشكل إعطاء وتقديم مصدقة كاذبة أو تزوير مصدقة كاذبة، أو استعمال مصدقة كاذبة مع العلم، ومن ثم إجراء المقتضى القانوني.

ونحن لا نؤيد الاتجاه حول إجراء تعديل وصف التهمة في هذه الدعوى، ذلك أن إسناد النيابة العامة تضمن / إعطاء / وتزوير / واستعمال / مصدقة كاذبة بحدود المادة (266) من قانون العقوبات، وأن كل صورة تشكل جريمة مستقلة في إطار النموذج القانوني الواحد، وعليه وفي حال توافر أدلة ثابتة وكافية حول نهوض التزوير في مصدقة كاذبة – وعلى سبيل المثال – فإنه يصار إلى إدانة المتهمين بهذه الصورة المستقلة، وإعلان براءتهما عن إعطاء مصدقة كاذبة واستعمال مصدقة كاذبة عندما لا تتوافر الأدلة لنهوضهما.

وتطبيقاً لذلك، فإذا ما أسند للمتهم جرم الذم والقدح والتحقير خلافاً للمواد (1/188) و(2/188) و(190) من قانون العقوبات، وتبين للمحكمة أن المتهم قد ارتكب جرم التحقير فقط فتقوم بإدانته بهذا الجرم وبنفس الوقت تعلن براءته عن جرمي الذم والقدح المسندين له دون الالتجاء إلى تعديل وصف التهمة.

2. **وفيما يتعلق بالفقرة الثانية** من الحكم والتي تضمنت ما يلي : (..... هذا كما أن إنكار من نسب إليه المستند بتنظيمه وإنكار خاتمه وتوقيعه عليه لا يكفي لإثبات تزوير هذا المستند، إذ أن أمر كهذا يثبت من خلال تقرير الخبير المختص وفق الإجراءات واجبة الاتباع، ذلك أن إنكار الخط والتوقيع شيء وادعاء التزوير شيء آخر ...).

وبتدقيق هذه الفقرة نجد أن محكمة النقض الموقرة قد أصابت الحقيقة عندما توصلت إلى أن إنكار الخبير البنكي بأن ورقة التقدير العقاري غير صادرة عنه لا يكفي للقول بأن هذه المصدقة قد وردت مزورة، وهذا يدعو للاستنتاج أن أحداً سواه قام بتزويرها أو إعدادها أو إنشائها خلافاً للحقيقة إضراراً بالبنك المقرض ولجلب

منفعة للمتهمين، الأمر الذي يتعين على محكمة الأساس وقبل إصدار قرارها الطعين إجراء الخبرة الفنية بمعرفة خبير أو أكثر من ذوي الاختصاص لبيان فيما إذا كانت ورقة التقدير العقاري صادرة عن مفوض البنك، لما في ذلك من آثار قانونية يتأثر بها الحكم الطعين، وحيث أن محكمة الدرجة الأولى لم تفعل ذلك فيكون قرارها سابقاً لأوانه ومشوباً بعيب الفساد في الاستدلال ومستوجباً النقض.

3) **وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة** من الحكم والتي تضمنت ما يلي (..... كما أن الحكم جاء قاصراً، ويفتقر إلى منهج بناء الأحكام خاصة تلك المتعلقة بالإدانة والتجريم وما يرافقها بل يسبقها من بيان عناصر الجريمة وأركانها على نحو واضح وفق عبارات دالة على معان معينة تفيد إنزال القانون على الوقائع بشكل سليم بغية إعطاء الفعل وصفة الحق وتكييفه السليم ....).

وبتدقيق هذه الفقرة فإننا نجد أن محكمة النقض الموقرة قد أصابت عندما توصلت إلى أن الحكم الطعين جاء قاصراً، ذلك أن القانون يتطلب أن يكون الحكم النهائي شاملاً على العلل والأسباب الموجبة له، وهذا يقتضي قيام المحكمة التي أصدرت الحكم الطعين أن تتوصل إلى واقعة ثابتة تستخلصها من الأدلة المقدمة في الدعوى بعد استعراضها ومناقشتها، وأن يكون هذا الاستخلاص سائغاً ومقبولاً، ومن ثم تسعى المحكمة إلى تطبيق القانون على هذه الواقعة تطبيقاً سليماً، وهذا الأمر يقتضي بيان أركان وعناصر وشروط جريمة المصدقة الكاذبة، والتي سبق لنا استعراضها بصورة مقتضبة في الفقرات السابقة من هذا التعليق، وفي ضوء توفر هذه الأركان والعناصر أو عدم توافرها تصدر المحكمة قرارها المناسب، وحيث أن الحكم الطعين لا يتضمن ذلك فيكون مشوباً بعيب القصور في التعليل والتسبيب ومستوجباً للنقض.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بقرارها تمييز جزاء رقم (1992/206) تاريخ 1992/7/28 بأنه لا يكفي لتطبيق المادة (1/237) من قانون أصول المحاكمات الجزائية أن تقول محكمة الاستئناف في ردها على أسباب الاستئناف أن الوقائع التي خلصت إليها تؤدي إلى ما قام به المشتكى عليه يشكل جنحة إعطاء مصدقة

كاذبة بحدود المادة (3/266) من قانون العقوبات، وإنما يقتضي أن تعالج في حكمها أركان الجريمة واستظهارها من الأدلة والأسباب الداعية إلى تعديل وصف التهمة حتى تستطيع محكمة التمييز من بسط رقابتها على الحكم المميز مما يشوب الحكم المميز من قصور في التعليل ويوجب النقض عملاً بأحكام المادة (6/274) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

وفي ختام هذه الورقة، فإنني أتقدم بالشكر الجزيل للمركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) لإعطائي الفرصة لإبداء الآراء والمناقشات حول الدعاوى القضائية المختلفة، راجياً أن لا يشكل هذا التعليق انتقاصاً من الأداء القضائي لكافة محاكم فلسطين الغالية.

مقدماً خالص التقدير والاحترام ،،،

التعليق على الحكم رقم 66 لسنة 2012
نقض جزاء

بقلم الأستاذ مصطفى قاسم

وكيل النائب العام من الفئة الممتازة

مدير نيابة في النيابة العامة المصرية/مصر

تخلص وقائع الحكم في أنه بتاريخ 2010/10/2 تقدمت شركة بنك الإسكان والتمويل ببلاغ ضد الطاعنين لإستعمالهما مصدقة كاذبة (شهادة مزورة) عام 2007 وذلك من أجل الحصول على قرض بمبلغ 52000 دينار أردني، وذلك بتقديم ورقة ضمان عقاري تفيد أن قيمة العقار موضوع الرهن تقدر بـ 171000 دينار أردني ،ومنسوب صدورها إلى خبير يدعى عبد المعطى أبو عمر والمعتمد من قبل البنك ،وبناء على تلك الشهادة المزورة تم إعطائهما القرض .

وتبين عند تخلف الطاعنين عن سداد القرض أن قيمة العقار محل الرهن لا تتجاوز 24000 دينار، وأنه قدر بأكثر من قيمته الحقيقية وتبين أن الضمان العقاري كان مزورا ولم يصدر عن الخبير المعتمد من قبل البنك .

قُدم الطاعنان لمحكمة صلح حلحول وبوشرت إجراءات الدعوى الجنائية ، وقضت المحكمة بجلسة 2011/9/11 ببراءة الطاعنين لعدم كفاية الأدلة ، فلم ترتض النيابة الحكم فطعنت عليه بالإستئناف أمام محكمة بداية الخليل فقضت المحكمة بقبول الإستئناف وإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بمعاقبة الطاعنين بتهمة إستخدام مستند مزور بالحبس لمدة ثلاثة أشهر لكل منهما.

وحيث أن الحكم لم يلق قبولًا لدى المتهمين فقاما بالطعن عليه أمام محكمة النقض، واستندا في طعنهما على أن الحكم قد شابه الخطأ في تطبيق القانون ،وذلك تأسيسًا على أن البينة المقدمة جاءت عاجزة عن ربط الطاعنين بالتهمة المسندة إليهما، إذ أن من واجب المحكمة تعيين خبير وهو الأمر الذي لم تفعله ، كما أن القرض بإسم شركة بدرانكو وليس بإسم أي من الطاعنين.

وإذ فرغنا من سرد موجز للوقائع ،فنوضح خطتنا لمعالجة الموضوع طبقا للنقاط التالية:-

- تقييم منهج الشارع الفلسطيني في تحديد اسباب الطعن بالنقض.
- نقد رد النيابه العامه على الطعن.
- تحليل النصوص واجبة التطبيق على وقائع النزاع.
- رأينا في قضاء النقض.

تقييم منهج الشارع الفلسطيني في تحديد اسباب الطعن بالنقض:-

استند الطاعنين في طعنهما على حقهما المخول لهما قانونا بالطعن بالنقض وفقا للمادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الرقيم 3 لسنة 2001 والتي حددت أوجه الطعن بالنقض في ثمانية حالات [1] ، وهي تقابل المادة 30 من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض المصري والصادر بالقانون رقم 57 لسنة 1959 والتي حددت أسباب الطعن بالنقض في ثلاثة أسباب[2].

وبتحليل نص القانون الفلسطيني نجد أن الأوجه الثمانية لنقض الأحكام الجنائية التي حددها المشرع الفلسطيني تعد تفصيلا لأوجه النقض في القانون المصري، فالفقرة الثانية من المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني والتي تتعلق بكون المحكمة التي أصدرت الحكم ليست مشكلة وفقا للقانون ولم تكن لها ولاية الفصل في الدعوى يعد إحدى حالات مخالفة القانون لمخالفته قانون الإجراءات الجزائية و الذي يحدد ولاية المحاكم الجنائية للفصل في الدعاوى ،فإذا ما أضفنا إلى ذلك أن قواعد الإختصاص الولائي متعلقة بالنظام العام كان هذا العيب إحدى صور الوجهين الثاني والثالث من أوجه الطعن بالنقض في القانون المصري وهو وقوع بطلان في الحكم ذاته ووقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .

(1) نصت المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الصادر عن السلطة الوطنية الفلسطينية والرقيم 3 لسنة 2001 على أن « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، لا يقبل الطعن بالنقض إلا للأسباب التالية : 1 – إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .
2 – إذا لم تكن المحكمة التي أصدرته مشكلة وفقا للقانون ، أو لم تكن لها ولاية الفصل في الدعوى .
3 – إذا صدر حكمان متناقضان في وقت واحد في واقعة محددة
4 – الحكم بما يجاوز طلب الخصم .
5 – إذا كان الحكم المطعون فيه بنى على مخالفة القانون ، أو خطأ في تطبيقه أو في تفسيره .
6 – خلو الحكم من أسبابه الموجبه ، أو عدم كفايتها ، أو غموضها، أو تناقضها .
7 – مخالفة قواعد الإختصاص أو تجاوز المحكمة سلطاتها القانونية .
8 – مخالفة الإجراءات الأخرى إذا كان الخصم قد طلب مراعاتها ولم تستجب له المحكمة ولم يجر تصحيحها في مراحل المحاكمة التي تليها .

(2) نصت المادة 30 من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض على أنه «لكل من النيابة العامة والمحكوم عليه والمسؤول عن الحقوق المدنية والمدعى بها الطعن أمام محكمة النقض في الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة في مواد الجنايات والجنح وذلك في الأحوال الآتية : -1 إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أأو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله .
2 – إذا وقع بطلان في الحكم .
3 – إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم .

كما اعتبرت الفقرة الثانية في شقها الأول من المادة سالفة الذكر أن مخالفة قواعد الإختصاص يعد أحد أسباب الطعن بالنقض ، و نرى أن مخالفة قواعد الإختصاص تعد إحدى حالات مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، فضلًا عن بطلان الإجراءات التي تؤثر في سلامة الحكم الجنائي وتستوجب نقضه.

«فإختصاص المحكمة بنظر الدعوى شرط من شروط صحة جميع اجراءاتها ، والخطأ في هذا التطبيق يعد خطأ في القانون ، فإذا قضت المحكمة خطأً بعدم الإختصاص كان حكمها مشوبا بالخطأ في القانون ، أما إذا قضت المحكمة خطأ بإختصاصها بنظر الدعوى فإن حكمها يكون مشوبا بعيب الخطأ في القانون ، بالإضافة إلى عيب البطلان الذي يصيب جميع الإجراءات التي قامت بها المحكمة رغم اختصاصها ، ويستوي أن يكون القضاء الخاطئ بالإختصاص أو بعدمه جاء بناء على دفع مقدم من أحد الخصوم أو تم من تلقاء نفس المحكمة ، ذلك أن جميع قواعد الإختصاص من النظام العام» [3].

وقد قضت محكمة النقض بأن «القواعد المتعلقة بالإختصاص في المسائل الجنائية كلها من النظام العام بالنظر إلى أن الشارع في تقديره لها قد أقام ذلك على اعتبارات عامة تتعلق بحسن سير العدالة» [4] .

ويعد تجاوز المحكمة لسلطتها القانونية كعيب في الحكم اعتبره المشرع الفلسطيني في الشطر الثاني من الفقرة السابعة من المادة 351 إحدى حالات الخطأ في تطبيق القانون ، إذ أن القانون هو الذي يحدد سلطة المحكمة بصدد الدعاوى التي أمامها ،» فالمحكمة تفصل في موضوع الدعوى وفقا لحدود اجرائية معينة وتمثل هذه الحدود السياج الذي تمارس بداخله سلطتها في الفصل في موضوع الدعوى ، ويحدد قانون الإجراءات الجنائية الحدود التي تضبط هذه السلطة ، فإذا تجاوزتها المحكمة كان حكمها مشوبا بالخطأ في القانون» [5]، وهو ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية .

(3) د / أحمد فتحى سرور ، النقض الجنائى ، دار الشروق ، الطبعة الرابعة ، 2003 ، صـ201
(4) نقض 1989/11/16 مجموعة الأحكام س 40 رقم 159 صـ983 المكتب الفنى
(5) د / أحمد فتحى سرور ، النقض الجنائى ، مرجع سابق ، صـ 204

ومما سبق يتضح أن الفقرتين الثانية والسابعة من المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني تعد إحدى صور الخطأ في تطبيق القانون بمفهومه الواسع ، فضلا عن بطلان الإجراءات التي تؤثر في سلامة الحكم.

كما أن نص الفقرة السادسة من المادة رقم 351 آنفة البيان والتي تحدد أن من بين أسباب الطعن بالنقض « خلو الحكم من أسبابه الموجبه أو عدم كفايتها أو غموضها أو تناقضها « تعد إحدى صور عيب بطلان الحكم .

«فالحكم يجب أن يكون مشتملا على شروط صحته ومقومات وجوده ، ومن بين أوجه بطلان الحكم العيب في تدوينه هو عدم تسبيب الحكم أو تسبيبه على نحو معيب وذلك حتى تستطيع محكمة النقض مراقبة المنطق القضائي للحكم الطعين ، فإلزام المحكمة بتسبيب قضائها هو ضمان ضد تحكم القاضي ويولد أثرا نفسيا لدى الخصوم بالإقتناع بعدالة المحكمة « ، وفضلا عن ذلك فإننا نرى أن خلو الحكم من أسبابه ، أو عدم كفايتها، أو غموضها ، أو تناقضها يعد إحدى صور مخالفة القانون، فنص المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية المصري قد أوجب على المحكمة تسبيب حكمها وذلك بنصها أنه « يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها ، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه « ، و نص قانون الاجراءات الجزائيه الفلسطيني في الماده 276 على ان» يشتمل الحكم على ملخص الوقائع الوارده في قرار الاتهام والمحاكمه وعلى ملخص طلبات النيابة العامة والمدعى بالحق المدني ودفاع المتهم وعلى الاسباب الموجبة للبراءه او الادانه، وعلى الماده القانونيه المنطبقة على الفعل في حالة الإدانه،وعلى تحديد العقوبه ومقدار التعويضات المدنيه»

وفي ذلك تقول محكمة النقض « أن المراد بالتسبيب المعتبر للحكم هو تحرير الأسانيد والحجج المبني هو عليها والمنتجة هي له ، سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون، ولكى يحقق الغرض منه يجب أن يكون في بيان جلي مفصل بحيث يستطاع الوقوف على مسوغات ما قضي به ، أما إفراغ الحكم في عبارات عامة أو بوصفه في صورة مجهلة فلا يتحقق الغرض الذي قصده الشارع من استيجاب تسبيب الأحكام «[6].

(6) نقض 1973/1/29 مجموعة الأحكام س 24 رقم 27 صـ 114 ، نقض 1983/3/16 س 34 رقم 75 ص 371

وما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني يعد تزيدا ، فذلك الوجه من أوجه الطعن بالنقض يعد إحدى صور بطلان الإجراءات التي أثرت في الحكم ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من ذات المادة ، فمخالفة الإجراءات التي كان يتعين اتباعها يفترض أنها تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فإن انتهاكها يعد صورة من صور البطلان في الإجراءات التي أثرت في الحكم .

وتنص الفقرة الرابعة من المادة سالفة البيان والتي تجعل الحكم بما يجاوز طلب الخصم إحدى أوجه الطعن بالنقض ، فتلك الفقرة بها الكثير من العوار وعدم المنطقية، فالدعوى الجنائية بها خصمان النيابة العامة بوصفها ممثلة عن المجتمع وهي الخصم الشريف في الدعوى الجنائية ، والأصل أنها تقوم بالبحث عن الحقيقة وتطالب بتطبيق العقوبة المنصوص عليها بمواد الإتهام على المتهم ، والطرف الثاني هو المتهم والذي يطالب دائما ببراءته .

ونرى أن هذا الوجه من أوجه الطعن بالنقض قد أُستعير من قانون المرافعات المدنية والتجارية نصًا ، وذلك بإعتباره أحد أسباب الطعن بالنقض وإلتماس إعادة النظر دون الأخذ في الإعتبار الإختلاف البين بين طبيعة الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، «ومرجع هذ الاختلاف الى ان الدعوى الجنائيه تحمي مصلحة عامة للمجتمع في توقيع العقوبة على من ارتكب الجريمة ، في حين ان الدعوى المدنية تحمي مصلحة خاصة للمدعى في ان يحصل على حقه من المدعى عليه ، فتطبيق قانون العقوبات لا يتصور دون دعوى جنائية يتدخل فيها القضاء في حين أن الأصل في القانون المدني او التجاري ان تطبق قواعده بالتراضي ، ويعني ذلك ان الدعوى الجنائية أصيلة وضرورية اذا ارتكبت جريمة في حين ان الدعوى المدنية عارضه في العلاقات المدنية والتجارية، ويتصل بذلك أنه إذا ثار نزاع مدني أو تجاري فيجوز أن يعهد أطرافه به إلى التحكيم في حين أنه لا وجود للتحكيم في الإجراءات الجنائية .

ومن ناحية ثانيه ، فإن من المراحل الأساسية في الدعوى الجنائية مرحلة التحقيق الإبتدائي وقد يسبق التحقيق استدلال ، ويعني ذلك أن الأصل في الدعوى الجنائية ألا تقام أمام القضاء مباشرة ، وحين تعرض الدعوى الجنائية على القاضي فإنه يتمتع

بسلطات واسعة في تحقيقها ، ويستمد من القانون وسائل تحقيق فيها قهر وإكراه ، ودوره في الدعوى ايجابي ويحكم الإثبات فيها مبدأ الإقتناع القضائي ، وفى مقابل ذلك فإن دور القاضي في الدعوى المدنية أقل ايجابيه ، بل لقد وصف في التشريعات التقليديه بأنه سلبي ، ومهمته أن يتلقى الأدله التي يقدمها الأطراف ليقدر قيمتها ، ولا يحوز وسائل لقهر خصم على سلوك معين ، ويسود في الدعوى المدنيه مبدأ قانونية الأدله ، وفى النهايه فإن تنفيذ الأحكام الجنائية من شأن السلطات العامه ، اما تنفيذ الحكم المدني فمن شأن المحكوم له «[7]

وتطبيقا لما تقدم وكما جرى قضاء محكمة النقض المصرية في الدعوى المدنيه أنه لا قضاء إلا في خصومة ، ولا خصومة بغير دعوى يقيمها مدعيها ويحدد طلباته فيها طبقا لنص المادة 63 من قانون المرافعات ، ومن ثم كان التزام المحكمة بما يطلبه الخصوم أمرا نابعا من طبيعة وظيفة القضاء المدني بوصفه احتكاما بين خصمين على حق متنازع عليه فإذا خرجت المحكمة عن هذا النطاق ورد حكمها على غير محل [8].

فإذا كانت المحكمة قد تجاوزت طلبات الخصوم وهي مدركة لحقيقة ما طلبه الخصوم عالمة أن بقضائها هذا أنها تقضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ومع ذلك أصرت على القضاء به مسببة إياه في هذا الصدد فإن حكمها يقع باطلا يجوز الطعن فيه بالنقض ، أما إذا كانت المحكمة لا تقصد تجاوز طلبات الخصوم فإن سبيل الطعن على ذلك يكون بإلتماس إعادة النظر[9]، وعلة ذلك أن إلتماس إعادة النظر يكون أمام ذات المحكمة فإن كان قاصدا تجاوز طلبات الخصوم أو الحكم بأكثر مما طلبوه فلا جدوى من الإلتماس في هذه الحالة ويكون الطعن بالنقض هو السبيل لتصحيح ذلك الخطأ .

أما الدعوى الجنائية وكما سلف القول فتتميز بطبيعة خاصة عن الدعاوى

(7) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ،تنقيح الدكتوره فوزيه عبدالستار، دار النهضة العربية ، 201 صـ 18

(8) د/ أحمد السيد صاوى ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دون ناشر ، 2011 ، صـ 317

(9) نقض مدنى ، 1998/4/19 الطعن رقم 3560 لسنة 60 ق

الأخـرى كالدعـوى المدنية والتأديبية ، فالقاضي يحكم وفقا لعقيدته التي تكونت في ضوء الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى ، ويقوم بإدارة الدعوى بكافة السبل للوصول إلـى الحقيقـة فمن حقه تحقيق الدعوى بكافـة عناصرها ، واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للوصول إلى الحقيقة ويتمتع بالسلطة التقديرية في إجاباته لطلبات الخصوم سـواء أكانت النيابة العامة أم المتهم مادام تلك السـلطة التقديرية خاضعة للتسبيب المتفـق مـع المنطق السـليم ، فكيف يعتبر أن الحكم بما يجـاوز طلب الخصم احدى أسباب الطعن بالنقض ، فلو النيابة العامة طالبت بتوقيع أقصى العقاب على المتهم وقضت المحكمة ببراءته لعدم الجريمة أو لعدم كفاية الأدلة أو غير ذلك من الأسباب القانونية بناء على تسـبيب سـائغ لحمل الحكم على ما انتهي إليه ، فهل يعتبر ذلك احدى أسباب الطعن بالنقض ، كما أن مسايرة تلك الفقرة تؤدي إلى نتيجة مؤداها أن كل الأحكام قابلة للطعن بالنقض لأن الحكم الجنائي لابد وأن يقضي بما يجاوز طلـب أحـد الخصوم فلو قضـي بالبراءة كان ذلك مجاوزا لطلـب النيابة العامة ولو قضي بالإدانة كان ذلك مجاوزا لطلب المتهم.

وهو مانرى معه دعوة المشـرع الفلسـطيني إلى ضرورة اعادة النظر في تلك الفقرة مع الغائها كلية لعدم اتفاقها وطبيعة الدعوى الجنائيه.

ونـص الفقـرة الثالثة من المـادة 351 والذي يجعل أحد أسـباب الطعن بالنقض هو صـدور حكمـان متناقضان في وقت واحد في واقعة واحدة ، فتلك الفقرة تثير فرض أن تكـون ذات الدعـوى الجنائية قد أقيمت أمام محكمتين ، وقررت كل منهما اختصاصها بنظـر الدعـوى ، وفى هذه الحالة كنـا بصدد تنازع الاختصاص ، وتعين أن تكون هناك محكمة عليا تختص بالفصل في هذا التنازع من خلال تقديم طلب لها بحيث تقرر تلك المحكمة العليا المحكمة المختصة بنظر الدعوى دون أن يكون ذلك أحد أسـباب الطعن بالنقض ، فسلطة المحكمة العليا في هذا الصدد تتعلق بتطبيق قواعد الاختصاص لتحديد المحكمة صاحبة الولاية بالفصل في الدعوى دون أن تتعلق بمحاكمة الحكم الصادر عن أي مـن المحكمتـين ، وجديـر بالذكـر ان قانون الإجراءات الجزائيه الفلسـطيني قد عالج تنازع الاختصاص في المواد من174 وحتى 181 منه وقد تشابه في بعض الاوجه مع

قانــون الإجــراءات الجنائية المصري في المواد 226 وحتــى 231 [10] ، وإختلف في اوجه اخرى لايتسع المقام لتفصيلها.

ومما ســبق يتضح أن الأســباب الثمانية التي حددها المشــرع الفلسطيني كأسباب للطعــن بالنقــض تندرج تحت ثلاثة أســباب أساســية وهي الخطــأ في تطبيق القانون، ومخالفة القانون والخطأ في تأويله ، وكذا بطلان الحكم ، ووقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم [11] ، ومن ثم فإن المشــرع الفلســطيني كان متزيدا في ســرد أسباب الطعن بالنقض مما أوقعه في الكثير من الهنات وذلك على نحو ما سلف بيانه.

نقد رد النيابه العامه على الطعن:

نعــي الطاعنــين على الحكم الطعين بالخطــأ في تطبيق القانون لعدم كفاية الدليل المقدم عن إثبات إسناد التهمة لهما وعدم قيام المحكمة بتعيين خبير ، وتقدمت النيابة بمذكرة للرد على ذلك الطعن بقولها أن الحكم جاء متفقا وحكم القانون ، وأنه لا يجوز النعي على الحكم في القناعة الوجدانية لأنه من المســائل الموضوعية التي تســتقل بها المحكمة دون مُعقب .

وماورد في مذكرة النيابه في رأينا محل نظر لأنه وإن كان من الأمور المســلم بها والتي تعد أحد مبادىء النظرية العامة في الإثبات الجنائي هو مبدأ الإقتناع القضائي، «ومضمونه أن للقاضى أن يقبل جميع الأدلة التي يقدمها إليه أطراف الدعوى ، فلا وجود لأدلة يحظر عليــه القانــون مقدمــا قبولهــا ،كما له أن يســتبعد أي دليل لا يطمئن إليه، وله الســلطة التقديرية في وزن كل دليل على حده ، والتنســيق بين الأدلة التي قدمت إليه واســتخلاص نتيجة منطقية من هذه الأدلة مجتمعة ومتساندة تتمثل في تقرير البراءاة أو الإدانة ، إلا أن

(10) نصت المادة 226 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه «إذا قدمت دعوى عن جريمة واحدة أو عدة جرائم مرتبطة إلى جهتين من جهات التحقيق أو الحكم تابعتين لمحكمة ابتدائية واحدة وقررت كل منهما نهائيا اختصاصها أو عدم اختصاصها وكان الإختصاص منحصر فيهما ، يرفع طلب تعيين الجهة التي تفصل فيها إلى دائرة الجنح المستأنفة بالمحكمة الإبتدائية « ، كما تنص المادة 227 من ذات القانون على أنه « إذا صدر حكمان بالإختصاص ، أو بعدم الإختصاص من جهتين تابعتين لمحكمتين إبتدائيتين أو من محكمتين إبتدائيتين أو من محكمتين من محاكم الجنايات أو من محكمة عادية ومحكمة استثنائية يرفع طلب تعيين المحكمة المختصة إلى محكمة النقض «

(11) نص المادة 30 من قانون الطعن بالنقض المصري

تلك السلطة التقديرية في تكوين عقيدة القاضي ليست سلطة تحكمية وانما يظل القاضي ملتزما بأن يكون تكوين عقيدته في ضوء الأدلة التي طرحت أمامه في الدعوى وأن يتحرى المنطق السليم الذي قاده إلى اقتناعه وأن يكون مسببا تسبيبا سائغا» [12].

وفـى ذلـك تقول محكمة النقض «ان تسـبيب الأحكام من أعظـم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة ، إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الاقضيه ، وبه وحده يسـلمون من مظنة التحكـم والاسـتبداد ، لانـه كالعذر فيما يرتأونه ويقدمونه بين يـدي الخصوم والجمهور، وبه يرفعون ماقد يرين على الاذهان من الشكوك والريب ، فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين» [13]

كمـا قضـت ايضا »أنه إذا حكمت المحكمة بإدانة المتهم واقتصرت في الاسـباب على قولها بأن التهمة ثابتة من التحقيقات والكشف الطبي ،فان هذا الحكم يكون غير مقنع ويتعين نقضه ، لأن هذه العباره إن كان لها معنى عند واضعي الحكم ، فإن هذا الحكم مستور في ضمائرهم لايدركه غيرهم ، ولو كان الغرض من تسبيب الأحكام ان يعلم من حكم لماذا حكم لكان ايجاب التسـبيب ضربا من العبث ، ولكن الغرض من التسـبيب ان يعلـم مـن له حق الرقابـه على أحكام القضاة من خصوم وجمهور ومحكمة نقض ماهي مسـوغات الحكم ، وهذا العلم لابد لحصوله من بيان مفصل ولو إلى قدر تطمئن معه النفـس والعقـل إلـى ان القاضي ظاهر العذر في ايقاع حكمـه على الوجه الذي ذهب اليه» [14]

وتطبيقـا لمـا تقدم فقد إسـتقرت أحكام محكمة النقض المصريـة في مبدأ الإقتناع على رقابة محكمة النقض في إتباع المنطق السـليم في أسـتعماله لتلك السلطة على أنه «من اللازم في أصول الإستدلال أن يكون الدليل الذي يعول عليه الحكم مؤديا إلى ما رتبه عليه من نتائج في غير تعسف في الإستنتاج ولا تنافر على حكم العقل والمنطق «[15]

(12) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية تنقيح د/ فوزية عبد الستار صـ 846 طبعة 2013 دار النهضة العربية

(13) نقض 21 /1929/2 مجموعة القواعد ج1 رقم 170 ، صـ178 ، نقض 20 /1950/11 مجموعة الأحكام س2 رقم 70 صـ177

(14) نقض 1929/2/28 مجموعة القواعد ج1 رقم 183 صـ223

(15) نقض 1990/5/3 س 41 رقم 119 صـ 689

كما قضت أيضا أن « أســاس الأحكام الجنائية هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى ، إلا أنه يرد على ذلك قيود منها أن يدلل القاضي على صحة عقيدته في أســباب حكمه بأدلة تؤدي إلى ما رتبه عليها لا يشــوبها خطأ في الإستدلال أو تناقض أو تخاذل »[16]

وممــا ســبق يبين لنا أن قــول النيابة العامة بمذكرتها في الحكــم محل التعليق بعدم جواز النعي على القناعة الوجدانية للمحكمة قد جانبه الصواب ، لأن القول بذلك على اطلاقه دون اعمال رقابة محكمة النقض على التســبيب وســلامة الاستدلال تؤدي إلى التحكم القضائي في الدعاوى الجنائية وهو أمر تأباه قواعد العدالة ونصوص القانون .

تحليل النصوص واجبة التطبيق على وقائع النزاع:-

تثير وقائع الحكم محل التعليق شبهة الجريمة المنصوص عليها بالمادة 266من قانون العقوبات الفلسطيني الرقيم 16 لسنة 1960 [17]

وتناول المشــرع الفلســطيني الجريمة ســالفة الذكر في الفصل الثاني من الباب الخامس مــن قانــون العقوبات تحت عنوان المصدقات الكاذبة أي الشــهادات المــزورة، وذلك بعد أن تناول تعريف التزوير وتجريم التزوير في المحررات الرسمية ، والواقع أن المصدقات الكاذبة تعد صورة من صور جريمة التزوير سواء كان التزوير منصبا على محرر رسمي أو عرفي.

فالمادة سالفة الذكر تعاقب على إصطناع وإستعمال الشهادات المزورة ونوعت عقوبتها تبعا لشخص مرتكبها أو للجهة التي تقدم اليها تلك الشهادة (المصدقة) ؛ فالفقرة الأولى

(16) نقض 1957/4/2 مجموعة أحكام محكمة النقض س 8 رقم 93 صـ 352 ، نقض 1973/6/4 س24 رقم 147 صـ715

(17) تنص المادة 266 من قانون العقوبات الفلسطيني الصادر بالقانون رقم 16 لسنة 1960 تحت عنوان المصدقات الكاذبة على أنه « -1 من أقدم حال ممارسته بوظيفة عامة أو خدمة عامة أو مهنة طبية أو صحية أو أية جهة أخرى على اعطاء مصدقة كاذبة معدة لكى تقدم إلى السلطات العامة ومن شأنها أن تجر لنفسه أو إلى غيره منفعة غير مشروعة أو تلحق الضرر بمصالح أحد الناس ، ومن اختلق بإنتحاله اسم أحد الأشخاص المذكورين آنفا أو زور هذه المصدقة أو استعملها يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة.
2 – واذا كانت المصدقة الكاذبة قد أعدت لكى تبرز أمام القضاء أو لتبرر الإعفاء من خدمة عامة ، فلا ينقص الحبس عن ثلاثة أشهر
3 – واذا ارتكب هذه الجريمة أحد الناس خلاف من ذكر في ما سبق فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر.

من المادة 266 تفترض أن من يصدر عنه تلك المصدقة المزورة يمارس إحدى الوظائف أو المهن سواء كانت وظيفة عامة أو خاصة ، وأن تصدر عنه تلك الشهادة المزورة بمناسبة ممارسته لوظيفته ، فالمشرع بعد أن بين مجالات الوظائف التي يرتكب المنتمون إليها تلك الجريمة عاد وقرر أنه يشمل ذلك المنتمون إلى أية جهه أخرى ، واشترط لقيام الجريمة أن تكون تلك المصدقة معدة لكي تقدم للسلطات العامة، أو أن يكون من شأنها أن تجر لنفسه ،أو إلى غيره منفعة غير مشروعة ،أو أن تلحق الضرر بمصالح احد الناس، وتتحقق الجريمة كذلك إذا انتحل المتهم شخصية ايا من الوظائف المذكوره آنفا وقام بتزوير أو إستعمال تلك المصدقه المزوره.

وشددت الفقرة الثانية من المادة محل البحث العقاب وذلك برفع الحد الادنى للعقوبه الى ثلاثة اشهر بدلًا من شهر وذلك اذا كانت الشهادة المزورة معده لتقديمها للقضاء ، او للإعفاء من الخدمة العامة، وجاءت الفقرة الثالثة لتخفف العقاب عن تلك الجريمة اذا ارتكبها احد الناس من غير مما ذكر في الفقرة الأولى لتجعل الحد الأقصى للعقوبه الحبس ستة اشهر بدلا من الحبس لمدة عام.

ومما سبق يتضح ان الماده 266 من قانون العقوبات الفلسطيني تناولت صوره من صور التزوير تمثلت في المصدقات الكاذبه ، وأن تلك المصدقات منها مايعتبر محررا رسميا ومنها مايعتبر محررا عرفيا ،إلا اننا نرى عدة ملاحظات على تلك المادة اهمها أن المشرع لم يكن بحاجه الى تجريم تلك الافعال لأنها خاضعة للقواعد العامة في جريمة التزوير، اذ ان المشرع الفلسطيني قام بتعريف التزوير في الماده 260 من قانون العقوبات الرقيم 16لسنة 1960 بأنه تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد اثباتها بصك أو مخطوط يحتج بهما نجم أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي أو اجتماعي .

وقد ذهب الفقه في مصر إلى تعريف التزوير بأنه «تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون تغييرا من شأنه إحداث ضرر ويقترن بنية استعمال المحرر المزور فيما أعد من أجله»

ويتضمن هذا التعريف بيان العناصر القانونية التي يفترضها التزوير في المحررات،

فثمة تغيير للحقيقة وهذا التغيير موضوعه محرر، ويتعين أن تكون وسيلته احدى الطرق التي حددها القانون على سـبيل الحصر، وينبغي أن يكون من شـأنه احداث ضرر، وأن يتغير بالقصد الجنائي الخاص الذي يفترض نية استعمال المحرر المزور فيما زور.

وقد عدد المشرع المصري في خطته جرائم التزوير، وتفاوتت عقوباتها وفقا لمعيارين الأول: هو مقدار الثقة التي يريد المشـرع كفالتها لنوع معين من المحررات، ووفقا لهذا المعيار ميز المشـرع المصري بين التزوير في المحررات الرسـمية والتزوير في المحررات العرفية واعتبر بعض صور التزوير جرائم ذات عقوبات مخففة وذلك في المواد من 216 وما بعدها من قانون العقوبات المصري الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 وتعديلاته [18].

وبالنظـر إلـى اعتبارات متنوعـة منها تضاؤل مقدار الثقة الـذي تتطلب المصلحة الاجتماعية كفالته لهذه المحررات ، فخفف تبعا لذلك عقوباتها ، أما المعيار الثاني الذي قام على أساسـه التمييز بين جرائم التزوير في القانون المصري هو مقدار مسـؤولية المزور عن صيانة الثقة في المحرر الذي غيرت فيه الحقيقة ، فكلما ازداد مقدار هذه الثقة أو مقدار هذه المسـؤولية ازدادت في نظر المشـرع خطورة الجريمة اسـتعان على مكافحتها بعقوبة أشد ، وعلى أساس هذا المعيار الثاني ميز في المحررات الرسمية بين التزوير الذي يرتكبه الموظف المختص بتحريرها ، والتزوير الذي يرتكبه أحد الناس فخفف العقاب في الحالة الثانية [19].

وفضلا عن ذلك فقد عالج المشرع ضمن خطته في تجريم التزوير جريمة استعمال المحررات المزورة وجعل لها استقلال عن جريمة التزوير .

(18) مثال ذلك ما تنص عليه المادة 216 من قانون العقوبات المصري على أن « كل من تسمى في تذكرة سفر أو تذكرة مرور بإسم غير اسمه الحقيقى أو كفل أحد في استحصاله على الورقة المشتملة على الإسم المذكور وهو يعلم ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين.
وتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات إذا ارتكبت أي منها تنفيذا لغرض ارهابى»

(19) نص المشرع في المادة 211 من القانون المصري الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 على أن « كل صاحب وظيفة عمومية ارتكب في أثناء تأدية وظيفته تزويرا في أحكام صادرة أو تقارير أو محاضر أو وثائق أو سجلات أو دفاتر أو غيرها من السندات والأوراق الأميرية سواء كان ذلك بوضع إمضاءات أو أختام مزورة أو بتغيير المحررات أو الأختام أو الإمضاءات أو بزيادة كلمات أو بوضع أسماء أو صور أشخاص آخرين مزورة يعاقب بالسجن المشدد أو السجن «
كما نصت المادة 212 من ذات القانون « كل شخص ليس من أرباب الوظائف العمومية ارتكب تزويرا مما هو مبين في المادة السابقة يعاقب بالسجن المشدد أو بالسجن مدة أكثرها عشر سنين «

ونــرى أن خطة المشــرع المصري في تجريمه لأفعــال التزوير أدنى إلى الصواب ،إذ أن العلة من تجريم التزوير وهو حماية الثقة في المحررات بما يحقق استقرار المعاملات وكافــة مظاهــر الحياة في المجتمع لإعتماد الدولة والمواطنين في ممارســتهم أنشــطتهم عليها ، فضلا عن كونها الوسيلة الأساسية لإثبات الحقوق، الأمر الذي لابد معه من حماية الثقة في هذه المحررات، ومن ثم كان تقسيم خطة التجريم بالنظر إلى نوع المحرر بين محرر رســمي وآخر عرفي مع بيان طرق التزوير على ســبيل الحصر ، وكذلك على أساس شخص مرتكب التزوير في المحررات الرسمية التي يفترض أن تتوافر فيها الثقة المطلقــة مــن قبل المواطنين أقرب إلى الصواب، إذ أنــه من الصعوبة بمكان حصر كافة أشكال التزوير في القانون ومن ثم يتعين بيان أركان جريمة التزوير وفقا لمعايير منضبطة مع تنوع العقوبات دون تخصيص لأشــكال التزوير ، وهو الأمر الذي لم يفعله المشــرع الفلسطيني إذ أنه عرف التزوير من المادة 260 من قانون العقوبات ، وساوى بين عقوبة المــزور المســتعمل المحرر المزور في المادة 261 ، ثــم عالج التزوير المادي المرتكب من قبل الموظــف العــام مبينــا طرقه ، وكذا التزوير المعنوي في المــادة 263 ، ثم عرف الموظفين العموميــين، ثــم بــدأ بعد ذلك يجرم صورا معينة من جرائــم التزوير كأوراق التبليغ ،ثم أقحم جريمة إســاءة اســتعمال شهادة حسن الأخلاق ضمن نصوص التزوير دون مبرر، ثــم عالــج جريمة انتحــال الهوية والتزوير في أوراق خاصة وهــي المحررات العرفية، ثم التزوير في الشــيكات ، ومن ثم فنرى أن المشــرع الفلســطيني كان أكثر ميلا للتفصيل والتزيد لأشــكال التزوير دون مقتضى ظاهر هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى جاءت صياغة المادة مضطربة لإفتقادها فلســفة التجريم ،فهذه المادة وكما ســلف القول تجرم الشهادات المزورة وهو ما أطلق عليها القانون المصدقات الكاذبة ، وتلك الشهادة إما ان تكون محررا رسميا فيعاقب عليها بالعقوبة المقررة في القانون لتزوير المحررات الرسمية ،وإما أن تكون محررا عرفيا تطبق عليها قواعد ما إصطلحه القانون الفلسطيني بالتزوير في الأوراق الخاصة ، والسؤال ما هو الحاجة للنص على تلك الجريمة ؟

قــد يرى البعض بأن خطورة اســتعمال تلك الشــهادات بتقديمهــا إلى جهات معينة كالقضاء أو القوات المسلحة هو الداعي إلى ذلك ، والرد هنا أنه إذا كانت علة التجريم

هــي المســاس بثقة المحــررات المقدمة إلى بعض الجهات الســيادية في الدولة ، فالمعيار لابد وأن يكون موضوعيا أي أن يقوم المشــرع بتشــديد العقاب على اســتعمال الأوراق المزورة وتقديمها إلى بعض الجهات بإعتباره ظرف مشدد للعقاب ، وقد يدافع البعض الآخــر عــن تلــك المادة بأن الهدف منهــا هو حماية الثقة في المحــررات التي تصدر من أرباب الوظائف وبعض المهن واللذين قد تســول لهم أنفســهم المتاجرة بأشغالهم ،والرد بأن تلك المادة أوجدت إزدواجا في التشريع ووفرت حماية للمزور.

فالموظف العام إذا ما ارتكب تلك الجريمة ســوف يعاقب بعقوبة أخف من تلك التي كان ســيعاقب عليها لو طبقت القواعد العامة بتزوير المحررات الرســمية وذلك تطبيقا للقاعدة الأصولية بأن النص الخاص يقيد العام .

أما إذا قام ذوي المهن الأخرى بإرتكاب تلك الجريمة وطبقت عليهم القواعد العامة وهــي عقوبــة التزوير في الأوراق الخاصة لــكان ذلك أجدى في تحقيق الردع لهم ،إذ أن العقوبة المقررة بنص المادة محل البحث أخف من العقوبة المقررة للتزوير في أوراق خاصة وفقــا للمــادة 271 من قانون العقوبات وهي الحبس من ســنة إلى ثلاث ســنوات وليس الحبس من شهر إلى سنة كما هو الحال في تزوير المصدقات الكاذبة .

ولــو أن الهــدف من تلك المــادة هو تخفيف العقاب على بعض صور التزوير،لكان من الأجــدر أن تحــدد الجريمــة بموضوعها أي المحرر محل التزوير، وهنا تكون العلة من التخصيص هو تضاؤل الثقة في المحرر دون تحديد أشخاص مرتكبوا الجريمة أو الجهات التي ستقدم اليها ،وذلك كما فعل المشرع المصري وفقًا لما سبق بيانه.

ومما ســبق نخلص إلى أن المشــرع الفلسطيني لم يكن بحاجة للنص على تلك المادة، وأنها من قبيل التزيد والتفصيل الذي لا طائل من ورائه .

رأينا في قضاء النقض:-

انتهــي الحكــم محل التعليق إلى قبول الطعن ونقــض الحكم الطعين وإعادة الأوراق لإعمــال مقتضــى القانون في ضــوء ما تم بيانه ،ولنا على الحكــم بعض الملاحظات مع اتفاقنا مع النتيجة التي انتهي اليها بنقض الحكم الطعين:

أن الحكم محل التعليق لم يصف العيوب التي ارتآها في الحكم الطعين بالأوصاف القانونيــة ، وإنما اكتفى بســرد أخطاء الحكم الطعين التــي رآها مبررا لنقضه دون أن يوصــف تلــك الأخطاء بأوصافها القانونية الســليمة ، وهو ما لا يتلائم أو يتفق مع دور محكمة النقض بإعتبارها الجهة المنوط بها العمل على تأكيد سيادة القانون عن «طريق ضمان حسن تطبيق المحاكم للقانون من أجل كفالة تحقيق سلامة معناه تحقيقا لوحدة القضــاء وتأكيدا للمســاواة بــين الناس أمام القانون والقضــاء ، فمن المؤكد أن المحاكم قد تختلف فيما بينها في تطبيق القانون مما يؤدي إلى تعدد معناه واختلاف الناس في تفســيره مما يؤثر في الاســتقرار القانوني ويزعزع ســيادة القانون ومن هنا يأتي أهم واجبات محكمة النقض في إزالة هذا اللبس ومنع الإختلاف «[20]

ومن ثم يكون نطاق سلطة مراقبة محكمة النقض محاكمة الحكم – ان جاز التعبير– مــن الناحيــة القانونية وذلك بإشــتراط وجود خطأ في القانون قــد وقعت المحكمة فيه وفقا للمفهوم الواسع أي وجود مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو بطلان الإجراءات الجنائية ، وهي كلها أوجه الطعن بالنقض ، ومن ثم يتعين أن تكون عبارات محكمة النقض واضحة لا تزيد اللبس ، بل تضع المبادىء وفقا لمنهج محكم بوصف عيوب الأحكام بأوصافها القانونية التي اعتبرها المشــرع أســبابا لنقض الأحكام ، وهو الأمر الــذي لــم يفعلــه الحكم محل التعليق ، فهو قد عــاب على الحكم الطعين أنه خلط بين اعلان البراءة وبين عدم إنطباق الوصف التجريمي وذلك بقوله « أن الحكم الطعين إذ قضى بإعلان براءة كل من الطاعنين من تهمة استعمال مصدقة كاذبة المجرمة بالفقرة الأولى من المادة 266 من قانون العقوبات وإدانتهما بتهمة إستخدام سند مزور المعاقب عليهــا في الفقــرة الثالثــة من ذات المادة قد خلط بين اعــلان البراءة وبين تعديل وصف التهمة من حيث مادة الإسناد ، ذلك أن الفارق بين من حيث هذه المادة بين اعلان البراءة وبــين عــدم انطبــاق الوصف الجرمي» ، واكتفى الحكم محل التعليق بتلك الجملة دون وصف العيب قانونا، وأن يبين أن هذا العيب يسمى خطأ في تطبيق القانون، لأنه وكما سلف القول فإن دور محكمة النقض هو وضع المبادىء القانونية من خلال وصف عيوب

(20)د/ أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق صـ 38

أحكام المحاكم لضمان حسن تطبيق قواعد القانون ، فهي مطالبة بإعتبارها المحكمة العليا أن تحدد ما هو الخطأ القانوني الذي ارتكبته محكمة الموضوع لكي ينقض حكمها وذلك وفقا لأحكام القانون .

ومن ناحية أخرى، فإن ما أسنده الحكم محل التعليق للحكم الطعين في هذ العيب ليس صحيحا، ذلك أن الحكم محل التعليق سرد مدونات الحكم الطعين صـ3 من أوراق الحكم وأثبت أنه نظرا لعدم وجود دليل في الأوراق على إصطناع الطاعنين للشهادة المزورة فقرر براءتهما من تلك التهمة وأسند إليهما الإستعمال لأنهما من قاما بتقديم المستند المزور للجهة الشاكية ، ومن ثم فإن ما أسنده الحكم محل التعليق للحكم الطعين من أنه غير التهمة من استعمال مصدقة كاذبة إلى استخدام مستند مزور ليس صحيحا ، قد يكون هذا الأمر خطأ مادي ،إلا أن هذا ليس مقبولا هو الآخر من محكمة النقض .

ونرى أن كل من الحكمين قد أخطأ حين قصر نص الإتهام على الفقرة الثالثة من المادة 266 من قانون العقوبات، وذلك لأن الفقرة الأولى من تلك المادة هي التي تحدد أركان جريمة تزوير واستعمال المصدقات الكاذبة وعقوباتها ، والفقرة الثالثة اقتصرت على النص على ظرف مخفف للعقاب وهو كون فاعل الجريمة من آحاد الناس وليس من أرباب الوظائف والمهن التي نص عليها في الفقرة الأولى ، ومن ثم فإن منهج تحديد نصوص الاتهام يقتضي أن تذكر النيابة في قرار الإتهام ، ويذكر الحكم في مدوناته مواد الإتهام والتي تحدد أركان الجريمة المسندة للمتهم وعقوباتها لا أن تذكر الفقرة الخاصة بالظرف المشدد أو المخفف الواجب تطبيقه على المتهم، وهو ما نرى معه أن الحكم محل التعليق قد وقع في ذات الخطأ الذي وقع فيه الحكم الطعين .

كما أن الحكم محل التعليق لم يصف العيب الثاني الذي ارتآه في الحكم الطعين وهو عدم قيام المحكمة بندب خبير لفحص المستند محل الدعوى، وذلك للوقوف عما إذا كان هذا المستند مزور من عدمه ،و اكتفى في التدليل على ثبوت تزوير المستند بشهادة من نسب إليه وهو الخبير عبد المعطي أبو عمر و الذي شهد أنه لم يقم بكتابة المستند محل التداعي أو التوقيع عليه .

والحكـم محل التعليق سـرد هذا العيب دون وصفه قانونـا واكتفى بقوله « ان انكار الخط والتوقيع شيء وادعاء التزوير شيء آخر « ، وهو أمر كما سبق لا يجوز لأن هذا العيب إما أن يكون مخالفة للقانون، وذلك إذا كان هناك إلتزام قانوني على عاتق المحكمة بندب خبير في مثل هذه الأحوال، او أن يكون هناك فسادا في الإستدلال أو قصورا في التسبيب ،إذ أنه ليس كافيا لإثبات جريمة استعمال محرر مزور في حق الطاعنين شهادة من نسـب اليه المسـتند محل التزوير ،سـيما وان الحكم الطعين قعد عن إثبات توافر القصـد الجنائـي لدى الطاعنين وهو أمر غير مقبول مـن الناحية الموضوعية ويخضع لرقابة محكمة النقض في مراقبة مدى كفاية الأدلة إثباتا أو نفيا .

وقـد قضـت محكمة النقض في ذلـك « أنه لا يجوز الإسـتناد في إدانة الطاعن عن جريمـة خيانـة الإئتمان في الإمضاء المسـلمة له على بياض بنـاء على عجزه عن اثبات صحة بيانات سند الدين الذي كتب على الورقة الموقعة على بياض إذا كان يتعين على المجنـي عليـه إثبات ملئها بخـلاف المتفق عليه لآن المتهم لا يكلـف بإثبات براءته طبقا لأصل البراءة «[21]

وقد إنتقد الحكم محل التعليق الحكم الطعين في كونه جاء قاصرا يفتقد منهج بناء الأحـكام وذلـك وفقا لماورد بصحيفتـه الرابعه والاخيره ، ونرى أن ما عاب عليه الحكم محـل التعليـق قـد وقع فيه ذلك أنه هـو الآخر فقد عازه المنهج المنضبـط لبناء أحكام محكمة النقض وبيان ذلك :

1. ما سـلف الإشـارة اليه من عدم قيامه بوصف عيوب الحكم الطعين بالأوصاف القانونية السليمة إعمالا لدور محكمة النقض في وضع المبادىء القانونية لضمان حسن تطبيق القانون من قبل المحاكم .
2. أن الحكـم الطعـين جـاء قاصرا قصورا بينا في التسـبيب ، معتورا بفسـاد في الاستدلال وهو الأمر الذي يمس شكل الحكم قبل مضمونه ، فكان يكفي الحكم محل التعليق بحث تلك العيوب الشكلية دون التطرق للعيوب الموضوعية المتعلقة بالخطأ في تطبيق القانون بصوره الثلاث ، فالمستقر عليه وفقا لأحكام محكمة

(20)نقض 1987/2/15 مجموعة الأحكام س 38 رقم 40 صـ 287

النقض في العديد من الدول أن محكمة النقض تبحث الأوجه المتعلقة بتسبيب الأحكام قبل تناول العيوب الموضوعية التي ترد في الحكم ، وذلك لأنه إذا شاب الحكم محل النقض عوار في تسبيبه فإن ذلك يؤدي إلى عجز محكمة النقض عن أداء وظيفتها في مراقبة حسن تطبيق القانون، ومن ثم كان يتعين على الحكم محل التعليق أن يتناول بالبحث والتأصيل القصور البين في التسبيب الذي وقع فيه الحكم الطعين إذ أنه لم يبين أركان الجريمه المسندة للطاعنين ولم يدلل ويسبب كيف ثبت للمحكمة توافر أركانها في حق المتهمين، ولم يبين ماهي الادلة التي توافرت في الدعوى وإطمئن اليها في تكوين عقيدته للقضاء بإدانة الطاعنين ،واكتفى الحكم الطعين بعبارة»ثبت للمحكمة أن المستأنف ضدهما قد استخدما المستند الثابت تزويره» وكأن تسبيب الاحكام قد شرع ليعلم من حكم لماذا حكم، مما يجعل تلك الضمانه لغو وعبث ، فتسبيب الاحكام شرع ليعلم من له حق الرقابة على الاحكام سيما محكمة النقض لماذا حكم على وجه معين، وماهي مسوغات الحكم ،فالحكم الطعين قارب ان يخلو من تسبيب مفصل الأمر الذي تعجز معه محكمة النقض عن اداء دورها ،كل ذلك فضلا عن الفساد البين في الإستدلال الذي تمثل في وصول الحكم إلى اثبات تزوير المستند محل التداعي من شهادة من نسب إليه دون احالة المستند لخبير لفحصة ومضاهاة خطوطه مع خطوط من نسب اليه، وكذا الطاعنين للوقوف على الحقيقة ، ومن ثم فإن النتيجة التي خلص إليها الحكم الطعين لا تتفق مع المقدمه التي استند إليها وهو مايعد فسادا في الإستدلال .

ومما سبق فإنه كان يتعين على الحكم محل التعليق أن تكون عباراته واضحة حاسمة في أسباب نقضه للحكم الطعين ،واضعًا ضمانة تسبيب الأحكام نصب عينه في سرده لأسباب نقضه للحكم الطعين والتي أهدرها ، مؤسسًا بذلك المبادىء التي يتعين على المحاكم اتباعها استيفاءً لإستيجاب تسبيب الأحكام الذي فرضه القانون ، لا أن يكتفي بسرد بعض من عيوب الحكم الطعين دون وصفها وأن يذكر في نهاية الحكم في عبارة قصيرة أن الحكم الطعين قد أغفل منهج بناء الأحكام وضوابط تسبيبها .

حكم رقم 2012/45 نقض جزاء

موضوعه جريمة القتل القصد

2012/45

السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

محكمة النقض

«الحكم»

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة باجراء المحاكمة واصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة : برئاسة القاضي السيد محمد شحادة سدر. وعضوية القضاة السادة: عماد سليم، ايمان ناصر الدين، د .عثمان التكروري، محمد سامح الدويك

الطاعن : غانم رياض رباح جغبة / عين يبرود

وكيله المحامي الاستاذ ناصر محمد الرفاعي / البيرة بالقرب من منتزه بلدية البيرة

المطعون ضده : الحق العام يمثله النائب العام

الاجراءات

تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن بتاريخ 2012/2/27 لنقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف رام الله في الطعن الجزائي رقم 2010/403+387 بتاريخ 2012/1/29 والمتضمن رد الاستئنافين موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف.

وتلخصت اسباب الطعن بما يلي :

1. القرار الطعين صدر من هيئة لم تستمع الى المرافعات
2. اخطأت المحكمة بعدم معالجة جميع اسباب الاستئناف الثاني
3. اخطأت المحكمة في التكييف القانوني للوقائع التي قنعت بها
4. اخطات المحكمة في نفي حالة الدفاع المشروع

وطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه موضوعاً.

تقدمت النيابة العامه بمطالعة خطية طلبت من خلالها رد الطعن شكلاً و/او موضوعاً وتأييد القرار المطعون فيه.

المحكمة

بعد التدقيق والمداولة قانوناً نجد ان الطعن مستوف لاوضاعه القانونية لذا نقرر قبوله شكلاً .

كذلك نجد ان الاوراق تشير الى ان النيابة العامه اسندت للمتهمين :

1. غانم رياض رباح جغمة
2. زاهي رياض رباح جغمة

أ. جرم القتل المعاقب عليه بنص المادة 328 من قانون العقوبات

ب. التدخل في القتل المعاقب عليه بنص المادة 328 بدلالة المادة 80/2/ج من القانون ذاته.

وبالاستناد الى الوقائع التالية :

(انه وبتاريخ 2005/11/22 ولدى وصول المغدور الى بوابة منزله في قرية عين يبرود برفقة زوجته وابنه قام المتهمان بالصراخ عليه وشتمه طالبين منه النزول من سيارته فقام المغدور بفتح باب سيارته للنزول منها وعندها باغته المتهم الثاني بضربة على اسفل بطنه بواسطة قدمه فانحنى المغدور متأثراً بالضربة فاستغل المتهم الاول ذلك وبادر بضرب المغدور على راسه بضربة قوية مستخدماً ماسورة حديدية كانت بحوزته ويحملها بيده اليمنى وعلى الفور سقط المغدور ارضاً والدماء تسيل منه بغزارة ولاذا بالفرار ونقل المغدور الى المستشفى حيث توفي فيها بعد مكوثه يومين في وحدة العناية لخطورة الاصابة التي تعرض لها).

جرى احالة الاوراق الى محكمة بداية رام الله التي باشرت النظر فيها وبعد

استكمال اجراءات المحاكمة اصدرت حكمها في الدعوى الجنائية رقم 2006/41 بتاريخ 2010/10/21 المتضمن ادانة المتهم الاول غانم رياض رباح جغمة بتهمة القتل القصد خلافاً لاحكام المادة 326 (حسب الوصف المعدل) واعلان براءة المتهم الثاني عن الجرم المنسوب اليه، وعطفاً على قرار الادانة وضع المدان غانم رياض رباح جغمة بالاشغال الشاقة لمدة خمسة عشر عاماً محسوبة له مدة توقيفه عملاً بالمادة 1/274 من قانون العقوبات ورد الادعاء بالحق المدني.

لدى طعن المتهم غانم في هذا الحكم استئنافاً طبقاً لاستئنافه رقم 2010/387، وكذلك طعن النيابة العامه فيه طبقاً لاستئنافها رقم 2010/403، وبعد استكمال اجراءات المحاكمة اصدرت محكمة استئناف رام الله حكمها رقم 387+2010/403 بتاريخ 2012/1/29 المتضمن رد الاستئنافين وتأييد الحكم المستأنف.

لم يلق الحكم المذكور قبولاً لدى المتهم غانم فطعن فيه لدى محكمة النقض طبقاً للاسباب المذكورة في اللائحة المقدمة من وكيله في 2012/2/27.

وعن السبب الاول وحاصله تخطئة هيئة المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه بعدم استماعها لمرافعات الطرفين لاشتراك القاضي السيد طالب البزور لاول مرة بجلسة صدور القرار الطعين.

وفي ذلك نجد ان القاضي المذكور كان قد اشترك في نظر الدعوى في الجلسة المؤرخة في 2012/1/29 والتي كانت محددة من السابق لاغراض التدقيق واعطاء القرار، ولما كان ذلك وكانت الهيئة الجديدة التي اشترك فيها القاضي المذكور قد سارت بالدعوى من النقطة التي وصلت اليها الهيئة السابقة وجرى تكرار الاقوال والمرافعات السابقة من قبل الوكيلين، وحيث ان مثل هذا التكرار المثبت في المحضر ينبئ بأن القاضي المذكور قد استمع الى المرافعات مع باقي قضاة الهيئة، الامر الذي يجعل من هذا السبب مخالف للواقع والقانون ويتعين رده.

وعن السبب الثاني وحاصلة النعي على محكمة الاستئناف خطأها في عدم معالجة جميع اسباب الاستئناف الثاني 2010/387 سواء التي جاءت في اللائحة او

في المرافعة وفي ذلك نجد ان محكمة الاستئناف عندما عالجت الطعن الاستئنافي المقدم من المتهم غانم رقم 2010/387 عمدت الى الوقوف على الواقعة الثابته في الدعوى من خلال البينات المقدمة واتفقت مع محكمة اول درجة في التكييف وما صاحب ذلك من تعديل لوصف الفعل من جناية القتل العمد خلافاً للمادة 328 من قانون العقوبات الى جناية القصد خلافاً لاحكام المادة 326 من القانون ذاته وانزلت حكمها القانوني على الفعل بوصفه المعدل طبقاً للعقيدة التي استقرت في وجدانها وقنعت فيها، وحيث ان محكمة الاستئناف غير ملزمة بتتبع اسباب الطعن بالتفصيل سواء ورد باللائحة او المرافعة وانما يكفي ان تقيم حكمها على حيثيات واسباب تؤدي اليه وهذا ما استقر عليه الفقه وذهب اليه الاجتهاد القضائي، وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده.

وعن السبب الثالث الذي حاصله تخطئة محكمة الاستئناف فيما توصلت اليه من تكييف للوصف الجنائي، وفي ذلك نجد ان محكمة الاستئناف وبوصفها محكمة تملك صلاحية وزن وتقدير البينات توصلت من خلال الفعل الذي ارتكبه الطاعن (المتهم) المتمثل في اقدامه على ضرب المغدور بواسطة ماسورة حديد على راسه وما صاحب ذلك من كسور في الجمجمة وبالتالي الوفاه طبقاً للتقرير الطبي القضائي ن/13 الذي ربط بين الفعل والنتيجة الى ان عناصر القتل اصبحت متوافرة في الواقعة المذكورة لعله ان القصد الاحتمالي المتمثل في ان الجريمة تعد مقصودة وان تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل الذي قصده اذا توقع حصولها فقبل بالمخاطرة فالقصد غدا متوافراً.

وحيث ان هذا الذي توصلت اليه محكمة الاستئناف انما كان مستخلصاً استخلاصاً سائغاً وسليماً وله ما يبرره من الواقع المعزز بالبينة القانونية المتمثلة في اقوال شهود النيابة والتقرير الطبي واعتراف المتهم امام النيابة وحيث لا يوجد مبرر لتدخل محكمة النقض فيما قنعت فيه محكمة الموضوع سيما وانها اخذت بعين الاعتبار طبيعة الاداة المستعملة ومكان الاصابة وطبيعتها، وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده.

وعن السبب الرابع وحاصله النعي على محكمة الاستئناف خطأها في اعتبار عدم توافر عناصر الدفاع الشرعي بجانب الطاعن، وفي ذلك نجد ان محكمة الاستئناف توصلت الى ان البينة لم تثبت ان المتهم كان في حالة دفاع شرعي طبقاً لاحكام المادة 341 من قانون العقوبات التي تشترط ان يقع الدفع حال وقوع الاعتداء غير المحق والا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من الاعتداء الا بالقتل او الجرح او الفعل المؤثر وحيث ان هذا الذي توصلت اليه محكمة الاستئناف واقع في محله ونقرها عليه لعله ان المتهم (الطاعن) امامه الفرصة للتخلص من التعدي المزعوم عليه الا انه لم يفعل واقدم على ضرب المجني عليه بالماسورة وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده.

ولكل ما تقدم تقرر محكمة النقض رد الطعن الماثل وتأييد الحكم المطعون فيه.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/6/24

الكاتب **الرئيس**

تعليق على قرار محكمة النقض

رقم 2012/45

القاضي الدكتور: عوض عبد البخيت أبو جراد

رئيس محكمة الجنايات الكبرى

المملكـة الأردنيـة الهاشميـة/الاردن

ابتداءً اسمحوا لي أن أعرب عن عظيم شكري وجزيل عرفاني باختياري للتعليق على قرار محكمة النقض للسلطة الوطنية الفلسطينية (2012/45) .

مبدياً تقديري لقضاء السلطة الوطنية الفلسطينية على ما عرف عنه كل نزاهة وحيدة في سبيل تحقيق مبتغى رسالتنا القضائية في إحقاق الحق ونُصرة المظلوم فلكم مني كل الاحترام والله اسأل ان يسدد على العدل خطاكم .

يتبين لي من امعان النظر في قرار محكمة النقض محل التعليق ان النيابة العامة كانت قد **أسندت للمتهمين:**

1. غانم رياض رباح جمعة .
2. زاهي رياض رباح جمعة .

تهمة :

1. جناية القتل المعاقب عليها بنص المادة 328 من قانون العقوبات .
2. جناية التدخل في القتل المعاقب عليه نص المادة 328 بدلالة المادة 2/80/ج من القانون ذاته .

الوقائع :

تتلخص وقائع الدعوى موضوع قرار النقض المشار اليه وكما وردت باسناد النيابة العامة «أنه بتاريخ 2005/11/22 ولدى وصول المغدور إلى بوابة منزله في قرية عين يبرود برفقة زوجته وابنه قام المتهمان بالصراخ عليه وشتمه طالبين منه النزول من سيارته فقام المغدور بفتح باب سيارته للنزول منها وعندها باغته المتهم الثاني بضربه على أسفل بطنه بواسطة قدمه فانحنى المغدور متأثراً بالضربه فاستغل المتهم الأول ذلك وبادر بضرب المغدور على رأسه بضربه قوية مستخدماً ماسورة حديدية كانت بحوزته ويحملها بيده اليمنى وعلى الفور سقط المغدور أرضاً والدماء تسيل منه بغزارة ولاذا المتهمان بالفرار ونُقل المغدور إلى المستشفى حيث توفي فيها بعد مكوثه يومين في وحدة العناية لخطورة الإصابة التي تعرض لها» .

جـرت إحالـة الأوراق علـى محكمـة بداية رام الله التي باشـرت النظـر فيها وبعد استكمال اجراءات المحاكمة أصدرت حكمها في الدعوى الجنائية رقم 2006/41 بتاريخ 2010/10/21 المتضمن :

1. ادانـة المتهـم الأول غانم رياض رباح جمعة بتهمة القتـل القصد خلافاً لاحكام المادة 326 (حسب الوصف المعدل) .
2. اعلان براءة المتهم الثاني عن الجرم المنسوب اليه.

وعطفاً على قرار الإدانة وضع المتهم غانم رياض جمعة بالاشغال الشاقة لمدة خمسة عشر عاماً محسوبة مدة التوقيف ورد الادعاء بالحق الشخصي .

لـم يرتـضِ المتهـم غانم في هـذا الحكم فطعـن به اسـتئنافاً طبقاً لاسـتئنافه رقم 2010/387 وكذلـك طعنت النيابة العامة فيه طبقاً لاسـتئنافها رقم 2010/403 وبعد اسـتكمال اجـراءات المحاكمـة أصدرت محكمـة اسـتئناف رام الله حكمها رقم 387 + 2010/403 بتاريخ 2012/1/29 المتضمن رد الاستئنافين وتأييد الحكم المستأنف .

لم يرتضِ المتهم غانم بهذا الحكم ولم يلق لديه قبولاً فطعن به لدى محكمة النقض تأسيسـاً على الأسـباب الـواردة في اللائحة المقدمة من وكيلـه في تاريخ 2012/2/27 وباشـرت محكمـة النقض الفلسـطينية النظـر في الطعن المقدم من المتهـم غانم وبعد استكمال الاجراءات خلصت بقرارها رقم 2012/45 تاريخ 2012/6/24 الى رد الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه بعد مناقشتها لأسباب الطعن وردها .

وانني إذ أتشرف بالتلعيق على قرار محكمة النقض المشار اليه والتي ابداً لا تنتقص من جهد محكمة النقض الفلسـطينية والتي أكن لها كل الاحترام والتقدير، اذ لا تعدو ملاحظتي أكثر من اجتهاد شخصي قابله للمناقشة والحوار؛ فإن أصبت اسأل الله جزاء الأجرين وأن اخطأت فما أنا إلا بشر والكمال لله وعسى الله ان يمنحني أجر الاجتهاد .

وعن أسـباب الطعن وما خلصت اليه محكمة النقض فإني أُبدي الملاحظات التالية بكل تواضع:

- **أولاً:** بالنسبة للسبب الأول: ومؤداه النعي على القرار الطعين أنه صدر من هيئة لم تستمع إلى المرافعات .

وقد خلصت محكمة النقض إبان مناقشتها لهذا السبب برده تأسيساً على أن القاضي السيد طالب البزور اشترك في نظر الدعوى في الجلسة المؤرخة في 2012/1/29 والتي كانت محددة من السابق لأغراض التدقيق وإعطاء القرار، ولما كانت الهيئة الجديدة التي اشترك فيها القاضي المذكور قد سارت بالدعوى من النقطة التي وصلت اليها الهيئة السابقة وجرى تكرار الأقوال والمرافعات السابقة من قبل الوكيلين، وحيث أن مثل هذا التكرار المثبت في المحضر ينبيء بأن القاضي قد استمع إلى المرافعات مع باقي قضاة الهيئة .

والذي أجده أن اشتراك العضو الجديد القاضي السيد طالب البزور لأول مرة بجلسة صدور القرار الطعين لا يخلو من احتمالين لا ثالث لهما، فإما أوهلما أن يكون القاضي السيد طالب البزور قد وقع مع الهيئة على قرار الحكم الطعين، فإن ذكر عبارة (تليت الاجراءات السابقة) وان كانت تفيد أن القاضي المذكور قد استمع الى المرافعات مع باقي قضاة الهيئة الا ان ذلك لا يغني بأي حال من الأحوال عن رفع الجلسة للمداولة استناداً لمنطوق المادة 272 من قانون الاجراءات الجنائية الفلسطيني والتي نص منطوقها «بعد اختتام المحاكمة تختلي المحكمة في غرفة المداولة وتدقق فيما طرح امامها من بينات وادعاءات وتصدر حكمها بالاجماع أو الأغلبية» يقابلها المادة 236 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 6 لسنة 1961 وتعديلاته .

وايه ذلك ان توقيع الحكم من هيئة خلاف الهيئة التي دققت الحكم واختتمت المحاكمة يشكل مخالفة لاحكام المادة 272 آنفة الذكر لتعلقها بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها تحت طائلة البطلان .

ولعدم ارفاق صورة محضر جلسة ختام المحاكمة المؤرخة في 2012/1/29 مما يتعذر معه عليَّ الجزم بأن الهيئة المطعون في قرارها قد رفعت الجلسة للمداولة، الا انني أجد من إمعان النظر في قرار الطعن رقم 2012/45 ما يوحي أن القاضي السيد طالب البزور قد اشترك مع باقي الهيئة بالتوقيع على القرار الطعين، الأمر الذي أجد معه أنه كان يتوجب على محكمة النقض مع الاحترام والتقدير نقض القرار

الطعـين للعلة التي ذكرتها، وعلـى ذلك تواتر اجتهاد محكمة التمييز الاردنية على نحو ما ورد بقرارها رقم 2003/471 (هيئة خماسـية) تاريخ 2013/5/26 والذي جـاء فيـه (.... وقبل البحث في اسـباب التمييز ولدى رجوع محكمتنا الى جلسـة 2003/3/31 والتـي ختمـت المحاكمة بها بعـد ان تم التدقيق ومن ثم صدر الحكم المميـز , نجـد ان الهيئة الحاكمـة كانت مؤلفة من القاضي المترئس فهد المشـاقبة وعضوية القاضيين تغريد حكمت ومحمد تيسير طبيشات.

ألا أنا محكمتنا تجد ان الحكم المميز الصادر في ذات الجلسـة تم توقيعه من قبل الهيئة الحاكمة الرئيس فهد المشـاقبة والعضويين الدكتور نايف السمارات ومحمد تيسير طبيشات.

وحيث ان توقيع الحكم من هيئة خلاف الهيئة التي دققت الحكم واختتمت المحاكمة يشكل مخالفة لاحكام المادتين 1/236 و 2/237 من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللتين تتعلقان بالنظام العام ولا يجوز مخالفتهما، ممايتوجب معه نقض القرار المميز قبل الرد على أسـباب التمييز) وكذلك انظر قرار محكمة التمييز رقم 995/254 تاريخ 995/6/26 والذي اجازت اشتراك عضو جديد بشرط المداولة .

- **أمـا الاحتمال الثاني:** ان يكون القاضي السـيد طالـب البزور لم يوقع على القرار الطعين وانما كان ذلك القرار موقعاً من الهيئة السابقة فعندئذ لا حرج على الهيئة الجديـدة مـن تلاوة القرار الموقع من الهيئة السـابقة ويشـترط في ذلك عدم تلاوة الإجراءات السابقة، ومجرد تلاوتها كفيله بنقض القرار الطعين .

ولا يخفى أن أياً من الاحتمالين يوجب نقض الحكم الطعين فإن كان القاضي السيد طالب البزور قد وقع على القرار الطعين فإن تلاوة الإجراءات السابقة لا تغني كما ذكرنا عن رفع الجلسة للمداولة سنداً للمادة 272 – آنفة الذكر – وكذلك إن كان القاضي المذكور لم يوقع على القرار الطعين فإن دور الهيئة في جلسة الحكم يقتصر على تلاوة القرار الموقع من الهيئة السابقة دون ذكر عبارة «تليت الإجراءات والأقوال السـابقة وبخلاف ذلك الأمر يوجب نقض القرار الطعين لأن الهيئة الجديدة تكون قد دققت قرار ليس صادر عن أحد أعضائها .

والمحضـر الختامـي الصحيح في مثل هذا الفرض (ختمت المحاكمة . تلي من قبل هيئتنا القرار الموقع من الهيئة السابقة برئاسة القاضي السيد محمد سدر وعضوية القضاة السادة عماد سليم، ايمان ناصر، د . عثمان التكروري، محمد الدويك وطالب البزور) مع ملاحظة ترتيب الدرجة. ودون ذكر لعبارة تليت الإجراءات السـابقة أو عبارة تم التدقيق .

وعـن باقي أسـباب الطعن فإنني أجـد اذا ما خلصنا إلى نقض الحكم الطعين بناء على السبب الأول فإن ذلك يغني الرد على باقي الأسباب، ومع ذلك فإنني من منطلق العصف الذهني والتزود العلمي فإنني أُبدي بعض الملاحظات على باقي الأسـباب الأخرى .

بالنسبة للسبب الثاني: ومؤداه النعي على محكمة الاستئناف خطأها في عدم معالجة أسباب الأستئناف الثاني 2010/387 سواء تلك التي جاءت في اللائحة أو المرافعة.

ولئـن كنـت أتفق مـع محكمة النقض من حيـث النتيجة برد هذا السـبب، ذلك ان محكمة الاسـتئناف غير ملزمة بتتبع أسـباب الطعن بالتفصيل سـواء ما ورد منها باللائحة أو المرافعة، وغاية ما في الأمر أن تقيم حكمها على حيثيات وأسباب تؤدي إليه، إلا أنني أجد أنه كان يلزم تبني الواقعة الجرمية من قبل محكمة النقض ومن ثـم انـزال القانون على تلك الواقعة المعروضة عليها؛ اذ انه من الأنسـب الا تكتفي محكمة النقض بالركون إلى الواقعة التي خلصت اليها محكمة الاسـتئناف، اذ كان من الأنسـب أن تسـتخلص الواقعة الثابتة من أوراق الدعوى والبينات المقدمة فيها فمتى كانت هذه البينات تؤدي الواقعة التي اسـتنبطتها وان تورد التطبيق القانوني السـليم علـى الواقعـة المعروضة عليهـا ؛ فإن وجدت ذلك مطابقـاً لما خلصت اليه محكمة الاستئناف أيدتها فيما خلصت اليه .

- **وعن السـبب الثالث** من أسـباب الطعن ومفـاده تخطئة محكمة الاسـتئناف فيما توصلت اليه من تكييف قانوني للوصف الجنائي والمتمثل بتعديل وصف التهمة من جناية القتل المعاقب عليها بمقتضى المادة 328 من قانون العقوبات إلى جناية القتل القصـد طبقـاً لاحكام المادة 326 من ذات القانون. وان كنت لا أجحد على محكمة

النقض الموقرة في النتيجة التي خلصت اليها برد هذا السبب تأسيساً على الوقائع الثابتة في هذه الدعوى والمتمثلة بإقدام الطاعن على ضرب المغدور بواسطة ماسورة حديد على رأسه وما صاحب ذلك من كسور في الجمجمة وبالتالي الوفاة طبقاً للتقرير الطبي ن/3 الذي ربط النشاط الجرمي بالنتيجة برابط العلة بالمعلول .

ودلت الوقائع الثابتة بالأدلة المؤدية أليها الى انصاف نية الطاعن لقتل المغدور, الامر الذي يجعل التكييف القانوني للنشاط الذي قارفه المتهم (الطاعن) يشكل كافة اركان وعناصر جناية القتل المقصود طبقا لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات الفلسطيني.

الا أنني مع الاحترام والتقدير اختلف مع محكمة النقض الموقرة في وصفها للقصد الجرمي لدى الطعان بأنه قصد احتمالي .

والذي اراه بتواضع أن صورة القصد الجرمي لدى الطاعن هي صورة القصد المباشر ذلك أنه اذا كانت الإرادة تتجه إلى احداث النتيجة الجرمية مباشرة منذ البداية أو تتجه إلى الوقائع التي ترتبط على نحو لازم بهذا الغرض ويتوقعها الجاني كأثر حتمي ولازم، فان الارادة تأخذ صورة القصد المباشر في حين ان الارادة في القصد الاحتمالي تتخذ صورة القبول في النتيجة ويتوقعها الجاني كأثر محتمل الحدوث لفعله .

فالمدلول الصحيح لفكرة القصد الاحتمالي الذي استقر عليه الفكر الجنائي الحديث، تلك الفكرة التي تقوم على عنصري التوقع غير الجازم للنتيجة الاجرامية من جانب الجاني وقبوله لهذه النتيجة .

(لطفاً انظر د. ابو المجد علي عيسى «القصد الجنائي الاحتمالي – دراسة تحليليه تأصيليه مقارنة» ط1، 1409هـ – 1988م – دار النهضة العربية، صفحة 585» .

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائي الأردني والفلسطيني في قانون العقوبات باعتناقه مدلول القصد الاحتمالي «تعد الجريمة مقصودة وأن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل اذا كان توقع حصولها فقبل المخاطرة» .

وعلى ذلك انعقد اجماع الفقه الجنائي بتحديد مدلول القصد الاحتمالي على نحو متى كانت النتيجة الجرمية التي آل إليها حال المجني عليه هي نتيجة محتمله للفعل

الذي قصد الجاني ارتكابه متى توقعها وقبل المخاطرة، شـريطة ألا تكون النتيجة حتمية وإلا ظهر القصد بصورة المباشر .

(لطفاً أنظر د. محمد كامل مرسـي «شـرح قانون العقوبات» صفحة 222 – 224 وكذلك الاستاذ احمد صفوت «شرح قانون العقوبات ص169 – 171 .

وعلى ذلك انعقد اجماع الفقه الجنائي على اعتناق معيار للتفرقه ما بين القصد الاحتمالي والقصد المباشر مؤداه أنه ولئن كان القصد الاحتمالي والقصد المباشر نوعان من القصد الجنائي في صورته العامة، وهما يشتركان في ذات العناصر التي تقوم عليها فكرة القصد الجنائـي ذاتهـا، وهما العلم والارادة، والعلم في كل منهما علم حقيقي بعناصر الجريمة التي تتطلب القواعد العامة في القصد الجنائي الاحاطة بها.

ولكن الاختلاف بينهما يتضح في الصورة التي يرسمها الجاني في ذهنه لهذه العناصر عند علمه بها، فإن تصورها متحققة او في سبيل التحقق، وكان هذا التصور يقيناً لا يرد فيه شـك الى ذهنه، وكان نتيجة حتمية ولازمة لنشـاطه عدَّ القصد ولا ريب مباشراً، أما إذا كان توافر هذه العناصر محل شك أو ظنيه وكان الجاني غير متأكداً من انها متحققة أو في سبيلها للتحقق كان قصده احتمالي .

ومجمل القول اذا اقترف الجاني نشاطه الخاضع لنص التجريم ومتوقعاً نتيجة على أنها أمر حتمي لا بد حادث كأثر لفعله كان قصده بالنسبة لها مباشراً.

(لطفـاً انظـر د. محمود نجيب حسـني «النظرية العامة للقصد الجرمي – صفحة 223 وكذلك د. أبو المجد علي عيسى – المرجع السابق – صفحة 302 – 303) .

وعليه فالمناط بالتفرقه ما بين القصد الاحتمالي والقصد المباشر أن النتيجة الجرمية المتوقعة في ذهن الجاني، ان كانت نتيجة محتمله الوقوع وتوقعها وقبل المخاطره بها، كنـا بصـدد قصد احتمالي، في حين اذا كانت النتيجة الجرمية حتميه ولازمه لفعله وتصورها الجاني متحققة او في سبيل التحقق عن القصد مباشراً .

ومن استعراض وقائع الدعوى على ما هو ثابت من القرار الطعين يمكن الاستنباط مـن توافـر القصد المباشـر لدى الجانـي على نحو ما هو ثابت مـن اقدام الطاعن

على ضرب المغدور بواسطة ماسورة حديد على رأسه وما صاحب ذلك كسور في الجمجمة وبالتالي الوفاة طبقاً للتقرير الطبي سيما وان الفاعل قد استخدم اداة لجريمته تمثلت بماسورة حديدية وهي بطبيعتها قاتلة بحسب استخدامها وبالنظر مكان الاصابة بمقتل وطبيعتها القاتلة كان ذلك يجيز عقلاً ومنطقاً القول ان الجاني كان متصوراً حتمية هذه النتيجة الجرمية «الوفاة» او في اقل الفروض على سبيل التحقق .

- **أما عن السبب الرابع** والمتمثل بتخطئة محكمة الاستئناف برد الدفع المثار حول الدفاع الشرعي انني اتفق مع ما خلصت اليه محكمة النقض من حيث النتيجة والتعليل، ذلك ان الثابت من وقائع الدعوى أن المتهم «الطاعن كان امامه مجال للتخلص من التعدي المزعوم عليه، أما أنه لم يفعل وبادر الى ضرب المغدور بالماسورة فان ذلك سيتبع بالضرورة الى انعدام شروط الدفاع الشرعي المبحوث عنها بالمادة 341 من قانون العقوبات .

الخلاصة :

مع الاحترام والتقدير فانني لا اتفق مع محكمة النقض بالنتيجة التي خلصت إليها بتأييد الحكم الطعين حيث أرى أنه استناداً للسبب الأول من أسباب الطعن نقض القرار الطعين للسند السابق الذكر، اما عن السببين الثاني والثالث وان كنت اتفق مع محكمة النقض بالنتيجة برد هذين السببين إلا انني اختلف – مع الاحترام بالتعليل.

اما بصدد السبب الرابع فاني اتفق مع محكمة النقض بنتيجة رد هذا السبب وتعليله مع التأكيد على انه الأخذ بالسبب الأول كافياً لنقض الحكم و يغني عن البحث بباقي أسباب الطعن .

مقدماً الاحترام والتقدير

تعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض في الطعن الجزائي رقم 45 لسنة 2012

الدكتور عماد الفقي – مصر

يخلص وجيز واقعات الدعوى الصادر بشأنها الحكم محل التعليق في أن النيابة العامة قد أسندت لمتهمين ارتكاب جريمة القتل المعاقب عليها في المادة 328 من قانون العقوبات، والتدخل في القتل المعاقب عليه في المادة 328 بدلالة المادة 2/80/ ج من ذات القانون. وقد أحيلت هذه الدعوى إلى محكمة بداية رام الله التي قضت بتاريخ 2010/10/21 بإدانة المتهم الأول بالأشغال الشاقة لمدة خمسة عشر عاما بتهمة القتل قصدا خلافا لأحكام المادة 326 بعد أن قامت بتعديل وصف التهمة ، وإعلان براءة المتهم الثاني مما هو منسوب إليه . ولم يلق هذا الحكم قبولا سواء من النيابة العامة أو المحكوم عليه ، فطعنا عليه أمام محكمة استئناف رام الله التي قضت بتاريخ 2012/1/29 بتأييد الحكم المستأنف .

طعن المحكوم عليه على الحكم الأخير بطريق النقض لثلة من الأسباب أولها ، صدور الحكم المطعون فيه من هيئة لم يشترك أحد أعضائها في سماع المرافعة. وثانيها ، عدم معالجة محكمة الاستئناف لجميع الأسباب التي بنى عليها المحكوم عليه استئنافه . وثالثها ، خطأ محكمة الاستئناف في تكييف الوصف الجنائي لواقعة الدعوى. ورابعها، خطأ محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من عدم توافر عناصر الدفاع الشرعي في جانب الطاعن .

وبعد أن تناولت محكمة النقض هذه الأسباب بالتمحيص والرد عليها ، قضت بتاريخ 2012/6/24 برد الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه.

والمبادئ القانونية التي يثيرها حكم محكمة النقض هي :

1. ضرورة صدور الحكم من جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة .
2. عدم التزام المحكمة بالرد على جميع ما يثيره الخصوم .
3. سلطة المحكمة في تغيير الوصف القانوني للدعوى .
4. سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر حالة الدفاع الشرعي .

أولا : ضرورة صدور الحكم من جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة :

الأصل في المحاكمات الجنائية أن تبنى على المرافعة التي تحصل أمام المحكمة وعلى التحقيق الشفوي الذي تجريه بنفسها في الجلسة . لذا يتعين أن تصدر الأحكام من القضاة الذين سمعوا المرافعة . وهو ما نصت عليه المادة 167من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 بقولها :» تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة الذين استمعوا إلى المرافعة الختامية وإلا كان الحكم باطلا « . والمادة 170 من ذات القانون على أنه :» إذا حجزت القضية للحكم وتبدلت هيئة المحكمة ، تقوم الهيئة الجديدة بسماع المرافعات الختامية للخصوم ثم تصدر حكمها « [1].

ويقتضي ذلك حضور القاضي جميع الجلسات التي دارت فيها المرافعات فإذا تغيب عن أحدها ثم أشترك في المداولة وقعت المداولة باطلة ، وبطل الحكم المستند إليها بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام . وهذه القاعدة فرع من أصل عام يوجب استمرار ذات الهيئة القضائية التي سمعت المرافعة واشتركت في المداولة في إصدار الحكم [2] .

وعلى ذلك فإذا تغير أحد القضاة الذين حضروا جانبا من المرافعات ، لنقل أو وفاة أو إحالة إلى المعاش أو غير ذلك تعين فتح باب المرافعة وإعادة الإجراءات وطرح الأدلة وسماع المرافعة أمام الهيئة الجديدة وإلا كان الحكم باطلا . وبالمثل فإذا طرأ السبب بعد قفل باب المرافعة وأثناء المداولة تعين إعادة فتح باب المرافعة لتنظرها المحكمة مجددا بتشكيلها الجديد [3].

والحكمة من قاعدة وجوب صدور الحكم من القضاة الذين اشتركوا في سماع المرافعة هي ضمان أن يكون القضاة الذين يصدرون الحكم قد أحاطوا بجميع

1 يجدر التنويه إلى أن هاتين المادتين وإن لم يرد النص عليهما في قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 ، إلا أنهما تقرران قاعدة عامة في إصدار الأحكام ، لا تتعارض مع طبيعة الدعوى الجنائية ، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من تطبيقهما في القضاء الجنائي حلا لمشكلة لم يعالجها قانون الإجراءات الجزائية .

2 الدكتور / نبيل مدحت سالم – شرح قانون الإجراءات الجنائية – الجزء الثالث – نادي القضاة – طبعة 2009 – ص 2136 .

3 الدكتور / عادل محمد فريد قوره – شرح قانون الإجراءات الجنائية – طبعة 1987 – ص 497 .

الأدلة المطروحة في الدعوى ، وتفنيدها من جانب المدافع عن المتهم ، وبالتالي تكون المحكمة قد شكلت عقيدتها التي عبرت عنها من خلال حكمها عن علم ودارية بعناصر الدعوى ، إذ لو اشترك في إصدار الحكم قاضي لم يعلم بهذه العناصر ، لكان الحكم – في شق منه على الأقل – مستندا إلى العلم الشخصي للقاضي [4] .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه :» لما كان ذلك ، وكان الثابت من الاطلاع على محاضر جلسات محكمة أول درجة والحكم الصادر منها أن المحكمة المنعقدة برئاسة الأستاذ / ..... القاضي بعد أن سمعت طلبات وكيل المدعي بالحقوق المدنية في حضور الطاعنين ومحاميهما أجلت الدعوى لجلسة ..... سنة 1993 لإعلان المتهمين الآخرين بالدعوى المدنية ثم لجلسة ..... سنة 1993 حيث سمعت مرافعة الدفاع عن الطاعنين وفي هذه الجلسة الأخيرة صدر الحكم وجاء بديباجته أن الذي أصدره الأستاذ / ..... الرئيس بالمحكمة وذلك دون أن يسمع المرافعة ، ومن ثم فإن ذلك الحكم يكون باطلا ويكون الحكم المطعون فيه الذي أيده معيبا بالخطأ في تطبيق القانون متعينا نقضه . لما كان ذلك ، وكانت محكمة أول درجة وإن قضت في موضوع الدعوى إلا أنه قد وقع قضاؤها باطلا بطلانا مطلقا متصلا بالنظام العام لصدوره من قاض لم يسمع المرافعة فإنه لا يعتد به كدرجة أولى للتقاضي ولا يجوز لمحكمة ثاني درجة تصحيح هذا البطلان – عملا بالفقرة الأولى من المادة 419 من قانون الإجراءات الجنائية – لما في ذلك من تفويت تلك الدرجة على الطاعن مما يتعين معه أن يكون النقض مقرونا بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف وإعادة القضية إلى محكمة أول درجة للفصل فيها مجددا من قاض آخر دون حاجة لبحث أوجه الطعن الأخرى وإلزام المطعون ضده المصاريف المدنية « [5].

كما قضت بأنه:» إذا كانت المحكمة بعد أن سمعت المرافعة أمرت بحجز القضية للحكم لجلسة أخرى ورخصة للخصوم بتقديم مذكرات في خلال مدة معينة ، وفي

4 أنظر : الدكتور / محمود نجيب حسني – شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية – تنقيح الدكتورة / فوزية عبد الستار – الجزء الثاني – دار النهضة العربية – طبعة 2013 – ص 1071 .

5 الطعن رقم 14579 لسنة 63 ق – جلسة 1999/6/1 – المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية بمحكمة النقض من أول أكتوبر 1998 حتي آخر سبتمبر 1999 – ص 86 .

هذه الجلسة استبدل بأحد القضاة قاض آخر ، وقررت المحكمة مد أجل الحكم لجلسة أخرى ، وفي هذه الجلسة أصدرت المحكمة الحكم في الدعوى مشكلة من الهيئة السابقة ، فيكون أحد القضاة ، قد اشترك في المداولة دون أن يكون من بين الهيئة التي سمعت المرافعة وبالتالي يكون الحكم باطلا « [6].

وفيما يتعلق بالحكم محل التعليق فقد بنى الطاعن السبب الأول من أسباب طعنه على عدم استماع المحكمة التي أصدرته لمرافعات الخصوم لاشتراك القاضي السيد / طالب البزور لأول مرة بجلسة صدوره . بيد أن محكمة النقض قد ثبت لديها من مفردات الدعوى أن هذا السبب لا أساس له من الواقع أو القانون وقالت في معرض الرد عليه بأنه :» لما كان ذلك ، وكانت الهيئة الجديدة التي اشترك فيها القاضي المذكور قد سارت بالدعوى من النقطة التي وصلت إليها الهيئة السابقة وجرى تكرار الأقوال والمرافعات السابقة من قبل الوكيلين ، وحيث أن مثل هذا التكرار المثبت في المحضر ينبئ بأن القاضي المذكور قد استمع إلى المرافعات مع باقي قضاة الهيئة ، الأمر الذي يجعل من هذا السبب مخالف للواقع والقانون ويتعين رده « .

ثانيا : عدم التزام محكمة الموضوع بالرد على جميع ما يثيره الخصوم :

أوجب القانون على محكمة الموضوع [7] ، أن تفصل في الدفوع والطلبات المقدمة لها من الخصوم وتبين الأسباب التي تستند إليها ، وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع . بيد أن ذلك مشروط بأن تكون تلك الدفوع والطلبات جوهريه . وهي لا تكون كذلك إلا إذا ترتب عليها – لو صحت – تغيير وجه الرأي في الدعوى . كما لا يكون الدفاع أو الطلب جوهريا إلا إذا كان في ذات الوقت جديا يشهد له الواقع ويسانده ، فإذا كان غير مستند إلى دليل وكان الواقع يدحضه فإن المحكمة تكون غير ملزمة بالالتفات إليه ولا يعد سكوتها عنه إخلالا

6 الطعن رقم 1354 لسنة 23 ق – جلسة 1955/2/28 – مجموعة الأحكام – السنة 6 – قاعدة 230 – ص 709 .

7 تعد المحكمة الاستئنافية محكمة موضوع وقانون في آن واحد ، إذ يترتب علي الاستئناف طرح الدعوى من جديد أمام المحكمة الاستئنافية .

من جانبها بحق الدفاع ولا يكون حكمها معيبا بالقصور في التسبيب [8].

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية – في معرض الرد على الدفوع والطلبات التي يقدمها المتهم – على أنه من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بأن تتبع المتهم في مناحي دفاعه المختلفة والرد على كل شبهة يثيرها على استقلال إذ الرد يستفاد دلالة من أدلة الثبوت التي أوردها الحكم . إلا أن المحكمة ملتزمة بأن تورد في حكمها ما يدل على أنها واجهت عناصر الدعوى وألمت بها على وجه يفصح عن أنها فطنت إليها ووازنت بينها [9] .

وتطبيقا لذلك قضي بأنه :» لما كانت المحكمة غير ملزمة بتعقب المتهم في مناحي دفاعه الموضوعي وفي كل جزئية يثيرها واطمئنانها إلى الأدلة التي عولت عليها يدل على إطراحها لجميع الاعتبارات التي ساقها الدفاع لحملها على عدم الأخذ بها دون أن تكون ملزمة ببيان علة إطراحها ، ومن ثم فإن النعي على الحكم إعراضه عما أبداه الدفاع من أوجه التهمة يكون في غير محله « [10] . كما قضي بأنه :» من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد صراحة على أدلة النفي التي يتقدم بها المتهم مادام الرد عليها مستفادا ضمنا من الحكم بالإدانة اعتمادا على أدلة الثبوت التي أوردها ، إذ بحسب الحكم كيما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى المتهم ، ولا عليه

8 أنظر : الدكتور / محمد زكي أبو عامر – الإجراءات الجنائية – دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية – طبعة 2009 – ص 840 وما بعدها .

9 9 الطعن رقم 316 لسنة 80 ق – جلسة 2011/10/26 ، الطعن رقم 24012 لسنة 74 ق – جلسة 2004/12/4 – مجموعة الأحكام – السنة 55 – ص 772 ، الطعن رقم 44817 لسنة 72 ق – جلسة 2003/1/8 – مجموعة الأحكام – السنة 54 – ص 85 ، الطعن رقم 21725 لسنة 64 ق – جلسة 2000/10/23 – مجموعة الأحكام – السنة 51 – ص 130 ، الطعن رقم 1619 لسنة 60 ق – جلسة 1998/12/23 – مجموعة الأحكام – السنة 49 – ص 1516 ، الطعن رقم 21150 لسنة 60 ق – جلسة 1992/5/14 – مجموعة الأحكام – السنة 43 – ص 524 ، الطعن رقم 17400 لسنة 59 ق – جلسة 1990/1/11 – مجموعة الأحكام – السنة 41 – ص 118 ، الطعن رقم 4821 لسنة 58 ق – جلسة 1989/11/30 – مجموعة الأحكام – السنة 40 – ص 1117 ، الطعن رقم 4749 لسنة 56 ق – جلسة 1987/1/28 – مجموعة الأحكام – السنة 38 – ص 148 .

10 الطعن رقم 8267 لسنة 71 ق – جلسة 2005/11/16 – مجموعة الأحكام – السنة 56 – ص 572 .

أن يتعقبه في كل جزئية من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه أطرحه « [11] .

وقد سارت محكمة النقض الفلسطينية برام الله في الطعن مدار التعليق على ذات النهج وهي بصدد ردها على السبب الثاني من أسبابه المتمثل في النعي على محكمة الاستئناف عدم معالجة جميع الأسباب التي بنى عليها المتهم استئنافه سواء تلك التي وردت في اللائحة أو المرافعة قائلة :» وحيث أن محكمة الاستئناف غير ملزمة بتتبع أسباب الطعن بالتفصيل سواء وردت باللائحة أو المرافعة وإنما يكفي أن تقيم حكمها على حيثيات وأسباب تؤدي إليه وهذا ما استقر عليه الفقه وذهب إليه الاجتهاد القضائي ، وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد يتعين رده « .

ثالثا : سلطة المحكمة في تغيير الوصف القانوني للدعوى :

أجازت المادة 270 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 للمحكمة أن تعدل التهمة شريطة أن لا يبنى هذا التعديل على وقائع لم تشملها البينة المقدمة من ناحية ، وإذا كان التعديل يعرض المتهم لعقوبة أشد تؤجل القضية للمدة التي تراها المحكمة ضرورية لتمكين المتهم من تحضير دفاعه على التهمة المعدلة من ناحية أخرى. وليس في هذه الإجازة ما يشكل خروجا على القاعدة التي توجب على المحكمة الالتزام بالواقعة التي رفعت بها الدعوى ، ذلك لأن الوصف القانوني للواقعة لا يعد عنصرا من عناصرها ، وإنما هو مجرد اسم يطلقه القانون عليها ، فإذا أخطأ من رفع الدعوى وأضفى على وقائعها تكييفا أو وصفا غير الذي أطلقه عليها القانون ، وجب على المحكمة أن تعدل الوصف القانوني الخاطئ إلى الوصف الذي يتفق وصحيح القانون [12].

وتوضيحا وتأكيدا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه :» لما كان من المقرر أن

11 الطعن رقم 12270 لسنة 67 ق – جلسة 2004/10/18 – مجموعة الأحكام – السنة 55 – ص 681 ، الطعن رقم 1776 لسنة 65 ق – جلسة 2004/6/14 – مجموعة الأحكام – السنة 55 – ص 596 ، الطعن رقم 23432 لسنة 66 ق – جلسة 2006/3/16 – منشور علي الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية ؛ وراجع كذلك الدكتور / يسر أنور علي ، والدكتورة / آمال عبد الرحيم عثمان – شرح قانون الإجراءات الجنائية – طبعة 1997 – ص 736 .

12 راجع : الدكتور / عوض محمد عوض – المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية – منشأة المعارف بالإسكندرية – بدون تاريخ طبع – ص 624 .

محكمة الموضوع لا تتقيد بالوصف القانوني الذي تسبغه النيابة العامة على الفعل، بـل من واجبها أن تمحـص الواقعة المطروحة عليها بجميـع كيوفها وأوصافها وأن تطبـق عليهـا نصوص القانون تطبيقـا صحيحا ، ذلك أنها وهي تفصل في الدعوى غيـر مقيـدة بالواقعة في نطاقها الضيق المرسـوم في وصف التهمـة المحالة إليها ، بـل إنهـا مطالبة بالنظر في الواقعة الجنائية على حقيقتها كما يتبين من عناصرها المطروحة عليها ومن التحقيق الذي تجريه في بالجلسة ، هذا فضلا عن أن وصف النيابة العامة لا يعدو أن يكون إيضاحا عن وجهة نظرها ، فهو غير نهائي بطبيعته وليس من شأنه أن يمنع المحكمة من تعديله متى رأت أن ترد الواقعة بعد تمحيصها إلى الوصف الذي ترى أنه الوصف القانوني السليم [13] .

وفيما يتعلق بالحكم موضع التعليق فقد قامت الاستئناف – وهو ما تملكه – بتأييد محكمة أول درجة في التكييف القانوني الذي أسـبغته على الواقعة المرفوع بشـأنها الدعوى حيث عدلت المحكمة الأخيرة وصفها – التي أضفته النيابة العامة عليها – من جناية القتل العمد المعاقب عليها في المادة 328/ من قانون العقوبات التي تنص علـي أنـه :» يعاقب بالإعدام على القتل قصدا : –1 إذا ارتكب مع سـبق الإصرار ، ويقال له (القتل العمد) . –2 ..... –3 ..... إلى جناية القتل القصد المعاقب عليها في المادة 326 من قانون العقوبات والتي تنص على أنه :» من قتل إنسانا قصدا ، عوقب بالأشغال الشاقة خمس عشرة سنة « .

13 الطعن رقم 66141 لسنة 75 ق – جلسة 2006/4/4 ، الطعن رقم 15757 لسنة 63 ق – جلسة 2004/7/25 – مجموعة الأحكام – السنة 55 – ص 620 ، الطعن رقم 21988 لسنة 64 ق – جلسة 2003/3/18 – السنة –54 ص 1100 ، الطعن رقم 52711 لسنة 72 ق – جلسة 2003/10/12 – مجموعة الأحكام – السنة –54 ص 962 ، الطعن رقم 30639 لسنة 72 ق – جلسة 2003/4/23 – مجموعة الأحكام – السنة 54 – ص 853 ، الطعن رقم 5369 لسنة 64 ق – جلسة 2003/3/12 – مجموعة الأحكام – السنة 54 – ص 412 ، الطعن رقم 30966 لسنة 68 ق – جلسة 2001/4/2 – مجموعة الأحكام – السنة 52 – ص 398 ، الطعن رقم 10936 لسنة 62 ق – جلسة 2001/1/9 – مجموعة الأحكام – السنة –54 ص 104 ، الطعن رقم 826 لسنة 60 ق – جلسة 1999/2/1 – مجموعة الأحكام – السنة 50 – ص 80 ، الطعن رقم 24964 لسنة 66 – جلسة 1998/2/15 – مجموعة الأحكام – السنة 49 – ص 1468 ، الطعن رقم 19079 لسنة 66 ق – جلسة 1998/12/3 – مجموعة الأحكام – السنة 49 – ص 1389 ، الطعن رقم 22185 لسنة 65 ق – جلسة 1997/12/13 – مجموعة الأحكام – السنة 48 – ص 1402 .

وقـد دللت محكمة الاسـتئناف على توافر أركان جريمـة القتل القصد بأن بينت السلوك الإجرامي فيها المتمثل في قيام المتهم بضرب المجني عليه بماسورة حديد على رأسـه وما صاحب ذلك من كسـور في الجمجمة ترتب عليه حدوث النتيجة الإجراميـة وهي وفـاة المجني عليه ؛ وهذا هو الركن المادي للجريمة . أما الركن المعنـوي لهـا ، فقد تمثل في توافر القصـد الاحتمالي ومعناه أن الجاني قد توقع النتيجة (الوفاة) التي من الممكن أن تحدث جراء فعله (ضرب المجني عليه بماسورة حديد على رأسه) ، ولكنه لم يحفل بها وقام بعمله غير عابئ بها . والواقع أن الذي يتوقع نتيجة معينة ويقبلها مرحبا بها فكأنه يريد تحقيق هذه النتيجة ، لذا فإن القصـد الاحتمالي ليس سـوى صورة من صـور القصد الجنائي العام [14]. وبعيدا عـن الخـلاف الدائر في الفقه والقضاء حول فكـرة القصد الاحتمالي هذه، فإن المحكمة الاستئنافية بهذا البيان لأركان جريمة القتل القصد المنصوص عليها في المادة 326 من قانون العقوبات تكون قد أصابت محجة الصواب في بيان الواقعة المؤثمة قانونا .

وهو ما أقرته عليها محكمة النقض في الطعن الذي نحن بصدده قائلة :» وحيث أن هذا الذي توصلت إليه محكمة الاسـتئناف إنما كان مسـتخلصا استخلاصا سائغا وسليما وله ما يبرره من الواقع المعزز بالبينة القانونية المتمثلة في أقوال شهود النيابة العامـة والتقرير الطبـي واعتراف المتهم أمام النيابة ، وحيث لا يوجد مبرر لتدخل محكمـة النقض فيما قنعت به محكمة الموضوع سـيما وأنهـا أخذت بعين الاعتبار طبيعة الأداة المستعملة ومكان الإصابة وطبيعتها ، وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده» .

14 راجع : الدكتور / أحمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص – دار النهضة العربية – الطبعة الخامسة 2013 – ص 697 ، 698 ، الدكتور / رءوف عبيد – السببية في القانون الجنائي دراسة تحليلية مقارنة – دار الفكر العربي – الطبعة الثالثة 1974 – ص 85 وما بعدها ، الدكتور / رءوف عبيد – ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق – دار الجيل للطباعة – الطبعة الثالثة 1986 – ص 52 وما بعدها ، الدكتور / محمود نجيب حسني – النظرية العامة للقصد الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية – دار النهضة العربية – طبعة 1978 – ص 219 وما بعدها .

رابعا : سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر حالة الدفاع الشرعي :

يعد الدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي من الدفوع الأكثر إثارة في الواقع العملي في دعاوى الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد .

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن تقدير الوقائع التي يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعي أو انتفاؤها يتعلق بموضوع الدعوى ، لمحكمة الموضوع تقديرها بحسب ما يقوم لديها من الأدلة والظروف إثباتا أو نفيا دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض مادامت الأدلة التي توردها تؤدي عقلا إلى النتيجة التي تنتهي إليها [15] .

لذا نجد أن محكمة النقض تقرر أنه إذا استظهرت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، ولم تكن هذه الوقائع متجافية مع النتيجة التي استخلصتها المحكمة ، فلا معقب عليها في ذلك . أما إذا كانت المحكمة قد أثبتت في حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي ، لكنها استخلصت ما يخالف هذه الحقيقية فعندئذ يكون لمحكمة النقض أن تصحح هذا الاستخلاص بما يقضي به المنطق والقانون [16] ؛ وينطبق هذا الحكم في حالة عدم توافر الدفاع الشرعي .

15 الطعن رقم 27639 لسنة 68 ق – جلسة 2002/4/1 – مجموعة الأحكام – السنة 53 – ص 544 ، 9841 لسنة 70 ق – جلسة 2002/3/18 – مجموعة الأحكام – السنة 53 – ص 485 ، الطعن رقم 32282 لسنة 69 ق – جلسة 2002/1/18 – مجموعة الأحكام – السنة 53 – ص 165 ، الطعن رقم 26573 لسنة 68 ق – جلسة 2002/1/15 – مجموعة الأحكام – السنة 53 – ص 91 ، الطعن رقم 14306 لسنة 68 ق – جلسة 2001/1/8 – مجموعة الأحكام – السنة 52 – ص 85 ، الطعن رقم 21736 لسنة 67 ق – جلسة 1999/11/10 – مجموعة الأحكام – السنة 50 – ص 572 ، الطعن رقم 18750 لسنة 67 ق – جلسة 1999/9/22 – مجموعة الأحكام – السنة 50 – ص 462 ، الطعن رقم 46454 لسنة 46 ق – جلسة 1990/10/23 – مجموعة الأحكام – السنة 41 – ص 940 ، الطعن رقم 3030 لسنة 55 ق – جلسة 1988/1/8 – مجموعة الأحكام – السنة 37 – ص 34 ، الطعن رقم 6161 لسنة 56 ق – جلسة 1987/2/19 – مجموعة الأحكام – السنة 38 – ص 305 ، الطعن رقم 1635 لسنة 88 ق – جلسة 1986/3/12 – مجموعة الأحكام – السنة 37 – ص 381 ، الطعن رقم 1887 لسنة 48 ق – جلسة 1979/6/10 – مجموعة الأحكام – السنة 30 – ص 651 .

16 راجع : الدكتور / رءوف عبيد – مبادئ القسم العام من التشريع العقابي – دار الفكر العربي – الطبعة الرابعة 1979 – ص 581 وما بعدها ، الدكتور / محمد عيد الغريب – شرح قانون العقوبات القسم العام – الجزء الأول – النظرية العامة للجريمة – طبعة 1994 – ص 430 وما بعدها ، الدكتور / عبد الفتاح مصطفي الصيفي – الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون – دار المطبوعات الجامعية – طبعة 2010 – ص 422 .

وقضـاء محكمـة النقض المصرية زاخـر بالعديد من التطبيقـات المتعلقة بالقاعدة السـابقة ، وحيـث لا يتسـع المقام هنـا لضرب العديد من هـذه الأمثلة ، لذا فإننا نكتفـي بعـرض المثال التالي ؛ والتي قضت فيه محكمـة النقض المصرية بأنه :» لما كان الحكم قد عرض لدفاع المحكوم عليه القائم على حالة الدفاع الشرعي واطرحه بقوله « وحيث إن الأوراق لا تتضمن شـبهة الدفاع الشـرعي لأن المتهم هو من بادر بالاعتداء على المجني عليه بدفعه أرضا ثم إلقاء الحجر الكبير على رأسـه بقصد إزهـاق روحـه في الوقـت الذي لم يصدر من المجني عليـه أي خطر أو اعتداء على المتهـم يبـرر هـذا الفعل منه « لمـا كان ذلك وكان من المقرر أن تقديـر الوقائع التي يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعي أو انتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى ولمحكمة الموضوع الفصل فيه بغير معقب متى كانت الوقائع مؤدية إلى النتيجة التي خلصت إليها ، وكان حق الدفاع الشرعي لم يشرع إلا لرد الاعتداء عن طريق الحيلولة بين من يباشـر الاعتداء وبين الاسـتمرار فيه ، فلا يسـوغ التعرض بفعل الضرب لمن لم يثبـت أنـه لم يعتـدي أو يحاول – فعلا – الاعتداء على المدافع أو غيره . وإذا كان ما أورده الحكم على السياق المتقدم أن المحكوم عليه لم يكن في حالة دفاع شرعي عن النفس ، بل كان معتديا وحين دفع المجني عليه أرضا وألقى الحجر الكبير علي رأسـه كان قاصـدا إلحاق الأذى به لا دفع اعتـداء وقع عليه ، فإن هذا الذي رد به الحكم المعروض ينهض كافيا لدحض ما قاله الدفاع في هذا الصدد « [17] .

أما فيما يتعلق بالتكييف القانوني للدفاع الشـرعي فهو من المسـائل القانونية التي تخضـع فيهـا محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض ، فإذا شـاب الحكم خطأ في تكييف الدفاع الشـرعي بأن تطلب فيه ركنا غير مطلوب فيه أو أغفل ركنا يتطلبه القانون فإن لمحكمة النقض أن ترد هذا الحكم إلى صحيح القانون [18].

وجدير بالذكر أن الدفع بتوافر حالة الدفاع الشـرعي من الدفوع الموضوعية التي

17 الطعن رقم 41101 لسنة 75 ق – جلسة 2006/2/27 – منشور علي الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية .

18 راجع الدكتور / رءوف عبيد – ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية – المرجع السابق – ص 291 وما بعدها .

يجب التمسك بها لدى محكمة الموضوع فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم دالة بذاتها على تحقق حالة الدفاع الشرعي كما عرفه القانون أو ترشح لقيامها [19] .

وفيما يتعلق بالحكم مجال التعليق كان الطاعن قد نعى على محكمة الاستئناف خطأها في تقديرها بعدم توافر حالة الدفاع الشرعي في جانب الطاعن . بيد أن محكمة الاستئناف توصلت إلى أن البينة لم تثبت أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي طبقا لأحكام المادة 341 من قانون العقوبات التي تشترط أن يقع الدفع حال وقوع الاعتداء غير المحقق وألا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر . وهو ما أقرته محكمة النقض بقولها :» وحيث أن هذا الذي توصلت إليه محكمة الاستئناف واقع في محله ونقرها عليه لعلة أن المتهم (الطاعن) أمامه الفرصة للتخلص من التعدي المزعوم عليه إلا أنه لم يفعل وأقدم على ضرب المجني عليه بالماسورة وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده « .

19 الطعن رقم 1048 لسنة 44 ق – جلسة 1979/11/20 – مجموعة الأحكام – السنة 30 – ص 845 ، الطعن رقم 97 لسنة 49 ق – جلسة 1979/5/7 – مجموعة الأحكام – السنة 30 – ص 549 ، الطعن رقم 1885 لسنة 48 ق – جلسة 1979/3/18 – مجموعة الأحكام – السنة 30 – ص 360 .

احكام صادرة عن محكمة النقض بصفتها المدنية

حكم رقم 2011/340 نقض مدني

موضوعه فقدان شيك دون ضمان قيمته

2011/340 نقض مدني

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـة النقض

«الحكـــــــــم»

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره بإسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة : برئاسة القاضي السيد عماد سليم سعد .

وعضوية القضاة السادة : ابراهيم عمرو ، خليل الصياد ، احمد المغني ، محمد العمر .

الطاعـــن : الياس زكريا محمود بدوي / الخليل .

وكيله المحامي عبادة مسوده / الخليل .

المطعون ضدها : البنك الاهلي الاردني / رام الله .

وكيله المحامي ساري مسودي / الخليل .

الإجراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بواسطة وكيله بتاريخ 2011/4/26 لنقض الحكم الصادر عن محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية في الاستئناف المدني رقم 2011/3 بتاريخ 2011/4/10 والقاضي برد دعوى المدعي وتضمينه الرسوم والمصاريف وعشرون دينار اتعاب محاماة.

تتخلص اسباب هذا الطعن في خطأ محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تطبيق القانون حيث اخطأت بقولها بان مسؤولية المستأنف (المطعون ضده) تنحصر في القرار التعسفي الذي لحق به جراء فقدان الشيك دون ان يضمن قيمته كما اخطأت المحكمة بقولها ان الشيك هو في حكم الوديعة وبالنتيجة يطلب الطاعن قبول النقض شكلاً ومن

ثم فسـخ القرار المطعون فيه والحكم بتثبيت قرار محكمة صلح الخليل والزام المطعون ضده بالرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة .

اجاب المطعون ضده بتاريخ 2011/5/16 بلائحة جوابية تضمنت المطالبة برد الطعن مع الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة .

المحكمة

ولدى التدقيق والمداولة ولورود الطعن في الميعاد تقرر المحكمة قبوله شكلاً .

وفي الموضـوع تفيـد وقائع ومجريـات الدعوى ان الطاعن (المدعـي) اقام الدعوى المدنية رقم 2009/290 ضد المطعون ضدها (المدعى عليها) لدى محكمة صلح الخليل بتاريخ 2009/8/24 لمطالبتها بمبلغ (19000) شـيقل قيمة شـيك موصوف في لائحة الدعـوى كان المدعي اودعه لـدى المدعى عليها للتحصيل من البنك يهب للعمال بتاريخ 2008/10/15 وبعد عشرة ايام وعند مراجعة المدعي للمدعى عليها اخبره موظف البنك بان الشيك فقد اثناء التحصيل وبالنتيجة يطلب المدعى عليه بدفع قيمة الشيك البالغ (19000) شيقل والزامه بالرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة .

اجاب المدعى عليه على ادعاء المدعي بلائحة جوابية تضمنت بان الشيك المودع لديها للتحصيـل موضوع الادعاء ارسـل الى البنك المسـحوب عليه وهـو بنك (يهاب لموظفي الدولـة) حيفـا او يهـاب للموظفين لتحصيل قيمته الا ان البنك المذكور اضاع الشـيك وعلى المدعي اقامة الدعوى للمطالبة بقيمة الشـيك على البنك المسـحوب عليه الشيك والذي اضاع الشيك موضوع الدعوى وان المدعى عليه لا يتحمل أية مسؤولية عن ذلك .

وبعد ان استكملت محكمة الصلح الاجراءات في الدعوى وسماع البينات والمرافعات اصـدرت محكمة الصلح حكمـا في الدعوى بتاريخ 2011/12/29 يقضي بالزام المدعى عليه البنك الاهلي الاردني بدفع قيمة الشيك المدعى به البالغ (19000) شيقل للمدعي وتضمينه الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة .

لم يرتض المدعى عليه بحكم محكم البداية فطعن به اسـتئنافاً لدى محكمة بداية

الخليل بصفتها الاستئنافية في الاستئناف المدني رقم 3 لسنة 2011 والتي اصدرت حكمها المطعون فيه بالنقض بعد استكمال الاجراءات وسماع المرافعات .

وبالعودة الى اسباب الطعن بمجملها والنعي فيها على الحكم المطعون فيه بمخالفته للقانون وتأويله عندما اعتبرت المستأنف وكيلاً تجارياً بالعمولة غير مسؤول عن قيمة الشيك وكان على المحكمة معالجة الدعوى على اساس الضرر الذي لحق بالمستأنف (المدعي) بارجاع قيمة الشيك له . ولما كان الاساس القانون للالتزام الصرفي يقوم على اساس انه التزام مجرد بمعنى ان اثاره تتحدد وفقاً لمضمون الادارة المعبرة عنه وحيث ان ارادة المدعي والمدعى عليه انصرفت عند ايداع الشيك لدى المطعون ضده الى قيام الاخير بتحصيل قيمته من البنك المسحوب عليه الشيك وهو بنك يهان في اسرائيل كما هوى ثابت من واقع الدعوى والبينات المقدمة وحيث ان المطعون ضده قام بواجبه الذي اتجهت اليه الارادة وارسل الشيك الى المسحوب عليه وفقد هذا الشيك لديه وفقاً للمبرز ع/1 الصادر عن بنك يهاف والذي يعترف منه بفقدان الشيك لدية وحيث ان الارادة كما اشرنا تحددت وقت ايداع الشيك لدى المطعون ضده لغايات تحصيل القيمة من البنك المسحوب عليه الامر الذي يجعل من المطعون ضده وكيلا تجارياً عن الطاعن طبقاً لقواعد الوكالة التجارية والتي لا يترتب للحامل بموجب هذه الوكالة حق ذاتي تجاه المطعون ضده في مقابل الوفاء تطبيقاً لنص المادة 1/92 بدلالة المادة 2/87 من قانون التجارة التي نصت على انه لا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولا عن عدم الوفاء . وعليه حيث ان ما توصلت اليه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية من حيث النتيجة واقع في محله وتكون اسباب الطعن غير وارده .

لـــذلك

تقرر المحكمة عدم قبول الطعن موضوعاً وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف ومائة دينار اتعاب محاماة .

حكماً صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/11/28

الكاتب **الرئيس**

تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2011/340 نقض مدني صادر بتاريخ 2012/11/28

القاضي الدكتور حازم الصمادي/ الاردن

ان هــذا التعليــق ينصب على بيان طبيعة العلاقة القانونية بين البنك وعميله عندما يفوض العميلُ البنك بتحصيل قيمة ورقة تجارية (شيك) مسحوب على بنك اخر، وتبعا لذلك بيان حدود مسؤولية البنك تجاه عميله.

ملخص القرار والحكم المعلق عليه:

تقــدم الطاعــن (أ ز م ب) بطعــن بمواجهة المطعون ضدها (ب أ أ) للطعن في القرار الصادر عن محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية في الاستئناف المدني رقم 2011/3 الصادر بتاريخ 2011/4/10 والمتضمن رد دعوى المدعي (الطاعن امام النقض).

تلخصت اسباب الطعن بنعي الخطأ على قرار محكمة البداية بصفتها الاستئنافية فيمــا ســبق ان توصلت له بان مســؤولية المســتأنف ضده (المطعون ضــده امام محكمة النقض) لا تشــمل ضمان قيمة الشــيك المفقود والذي ســلم له من الطاعن. كما ورد في اسباب الطعن نعي الخطأ على القرار الطعين بما توصل له بان الشيك وديعة لدى البنك المطعون ضده وبالتالي فهو ضامن للوديعة. علما ان الدعوى تتلخص بأن الطاعن سلم البنك المطعون عليه شيكا مسحوبا على بنك (يهاب لموظفي الدولة في اسرائيل) لغايات التحصيل وقد ارسل البنك المطعون عليه الشيك لبنك (يهاب لموظفي الدولة) لتحصيله وقد فقد الشــيك لدى بنك يهاب. وقد اقر بنك يهاب بهذا الفقد. اقام الطاعن دعواه امــام محكمــة صلح الخليل بمواجهة البنــك المطعون عليه طالبا الزامه بقيمة الشــيك المفقود, وقد قررت محكمة صلح الخليل رد دعوى المدعي لكون البنك غير مسؤول عن هذا الفقدان. طعن العميل بهذا الحكم امام محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية طالبا فســخ قرار محكمة الصلح، الا ان محكمة البداية بصفتها الاســتئنافية قررت رد الاستئناف وتأييد القرار المستأنف. وقد طعن العميل امام محكمة النقض بقرار محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية للاسباب الواردة اعلاه.

توصلت محكمة النقض الموقرة في قرارها موضوع التعليق الى ان البنك الذي تسلم الشيك لغايات تحصيله هو وكيل بالعمولة عن المستفيد (الطاعن) وانه لا مسؤولية عليه نتيجة فقدان الشيك من قبل البنك المسحوب عليه.

التعليق

في تعليقنا على هذا الحكم، يبدو جليا بان الحكم موضوع البحث قد بني على اساس ان البنك المطعون ضده والذي تسلم الشيك من الطاعن لغايات تحصيله هو وكيل بالعمولة عن المستفيد. وانه تبعا لذلك ليس مسؤولا عن ضياع الشيك. كما عالج القرار المطالبة على اساس الدعوى الصرفية.

ولغايات التعليق لا بد من توضيح العلاقة بين البنك والعميل عندما يسلم العميل البنك ورقة تجارية (شيكا) لتحصيله من بنك اخر. حيث نجد ان العميل عندما يسلم البنك شيكا لتحصيله من بنك اخر ، فان العميل يفوض البنك بتحصيل قيمة الشيك العائد له وفق الاعراف المصرفية المتبعة. وان البنك يوافق على القيام بهذه المهمة لحساب عميله خدمه له ويتقاضى عموله عن ذلك. والبنك اما ان يكون ضامنا او ان يكون وكيلاً، فإذا كان ضامناً فانه يدفع للعميل قيمة الشيك نقداً ويتملك البنك في مثل هذه الحالة الشيك وهذه حالة قليلة الحدوث. والحالة الثانية الاكثر انتشارا عندما يقوم العميل بتظهير الورقة التجارية للبنك لغايات تحصيلها مع بقاء العميل مالكا للورقة التجارية ويعد هذا التظهر تظهيراً توكيلياً[1] بموجبه يبقى العميل مالكاً للورقة التجارية يستطيع استردادها باي وقت في حال عدم تحصيلها.[2]

فالعلاقة بين الطرفين هي عقد وكالة تخضع لاحكام القانون المدني.[3] والتزام البنك يتمثل بان يتقدم للمطالبة بالورقة التجارية في موعدها وان يخطر العميل باستمرار بكل التطورات في الامور التي من شأنها ان تؤثر في استيفاء حقه وكذلك باعلامه باي امر اخر يهمه.

وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الاردنية في العديد من قراراتها ، حيث قررت:

« .....وحيث ان المدعى عليه تقدم بطلب خطي الى المميز ضده لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتحصيل الشيكات وقيد قيمتها بعد التحصيل في حسابه الجاري وفوض البنك

1 الدكتور علي البارودي ، «العقود وعمليات البنوك التجارية»، طبعة 1988 , لا تظهر دار النشر، صفحة 404 .

2 الدكتور محمود الكيلاني ، «عمليات البنوك» الجزء الاول، طبعة 1992، دار الجيب للنشر والتوزيع، صفحة 315.

3 الدكتور علي جمال الدين عوض، «عمليات البنوك من الوجهة القانونية»، لا تهر دار النشر ولا سنة النشر، صفحة 890.

بقيد العمولات والمصاريف على حسابه وبإعفاء البنك مسبقاً من أية مسؤولية أو ضرر قد يحدث نتيجة تأخره او عدم تحصيل الشيكات. وحيث استقر الاجتهاد القضائي ان ما يقوم به العرف المصرفي وما تقتضيه طبيعة تحصيل الأوراق التجارية هو ان يعهد العميل إلى البنك الذي يتعامل معه لتحصيل حقوقه لدى الغير والبنك الذي يقوم بتحصيل هذا الحق إنما يقوم بعمل قانوني لحساب العميل ويعتبر وكيلاً عنه باعتبار ان إيداع الأوراق التجارية لدى البنك برسم التحصيل لا تنقل ملكيتها للبنك وتطبق أحكام الوكالة على مثل هذه الودائع ويعتبر ما استلمه البنك هو بحكم الوديعة».[4]

يلتزم العميل مقابل ذلك بدفع العمولة المتفق عليها للبنك او العمولة التي يقضي بها العرف المصرفي اضافة لاي مصاريف تكبدها البنك.

ويقع على كاهل البنك ان يتقدم هو نيابة عن العميل الى المدين لمطالبته بالوفاء وفق احكام الوكالة الواردة في القانون المدني، وعلى الوكيل ان يسلك مسلك الرجل المعتاد ومفهوم ذلك ان يبذل العناية المنتظرة من بنك معتاد، وان يقوم بكافة الاجراءات الضرورية لحفظ حقوق العميل. وهذا هو منهج الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر وفي الاردن. فقد حكم القضاء الفرنسي بان على البنك بذل عناية الوكيل الماجور واخطار عميله بعدم حصول الوفاء.[5]

وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الاردنية في العديد من قراراتها ايضا، حيث قررت:

« ان إيداع الشيك لدى البنك المدعى عليه لغايات تحصيله يجعل من البنك المذكور وكيلاً عن المدعي وأن ذلك يلزمه أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت الوكالة بلا أجر وعليه أن يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر طبقاً لأحكام المادة [1/841 و2] من القانون المدني. وحيث أن من الثابت أن البنك المدعى عليه قد بذل العناية الكافية في سبيل المحافظة على الشيك

4 انظر قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/3344 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/3/27 ، منشورات مركز عدالة. انظر ايضا في نفس الاتجاه (تمييز حقوق رقم 2002/282 تاريخ 2002/6/3).

5 انظر نقض مدني فرنسي الصادر بتاريخ 1954/12/14 المنشور بالمجلة الفصلية صفحة 357 وكذلك الحكم الصادر تاريخ 1954/5/6 المنشور في المجلة الفصلية صفحة 180.

المودع لديه حيث تم إيراد الشيك في كشف الحساب العائد للمدعي ثم أعيد تنزيله من الكشف نتيجة عدم صرفه. كما أنه لم تصب المدعي أية أضرار نتيجة فقدان الشيك إذ أن الشيك المذكور لم يتم صرفه وأعيد بدون صرف لاختلاف التوقيع وعدم وجود رصيد. وبالتالي فإن المدعي لم تلحق به أية خسارة نتيجة فقدان هذا الشيك كما أنه بإمكان الطاعن مطالبة الساحب بقيمة الشيك موضوع الدعوى طبقاً لأحكام المواد [175–180] من قانون التجارة وبدلالة المادة [255] من ذات القانون والرجوع على الساحب وفقاً لما يقضي به المادة [1/260/ب] من ذات القانون».[6]

وعلى البنك ان يعيد للعميل الموكل كافة المستندات او الاوراق المثبتة للحق سواء تم تحصيلة ام لم يتم . وتثور في الواقع مشكلات عملية بما فيه ضياع الورقة التجارية التي سلمها العميل له حيث ان البنك لايسال اذا كان قد اتبع الطريق او الاسلوب الذي عينة له الموكل (العميل) او القانون.[7] وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي.[8] واذا ضاعت الورقة التجارية بعد ان سلمها البنك الوكيل للبنك المسحوب عليه فانه لامسؤولية على البنك الوكيل وهذا ايضا ماقررته محكمة النقض الفرنسية .[9]

ويسأل البنك عن حسن تنفيذ المطلوب منه ويتشدد القضاء في محاسبته عن كل اهمال يقع منه باعتباره متخصصاً فيما يعهد به اليه فيسأل عن تعويض الضرر المترتب على تاخره في اتخاذ اجراء مناسب او عدم اتخاذ اجراء كان يجب عليه ان يقوم به. كما يجب عليه ان يقوم بكل عمل بحسن نيه من شخص محترف ومأجور .[10]

وفي المقابل ولا يحاسب البنك عن عمل لم تجر المعاملة المصرفية على القيام به من قبل البنك، ولا يحاسب ايضا عن عمل لم يتفق العميل مع البنك على القيام به. كما

6 قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2009/897 (هيئة خماسية) تاريخ 2009/9/7. وانظر ايضا في نفس الاتجاه: قرار تمييز حقوق رقم 2001/2888 تاريخ 2002/2/28 وايضا تمييز حقوق رقم 2006/426 تاريخ 2006/8/23.

7 الدكتور علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، صفحة 899 .

8 مشار لقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه لدى د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، مشار له على النحو التالي: نقض تجاري صادر بتاريخ 1968/3/4 رقم –1969 –2 15777، تعليق جافلدا.

9 حكم محكمة النفص الفرنسية الصادر في 1954/12/30 في مجلة البنوك 1955 صفحة 177.

10 انظر نقض تجاري فرنسي الصادر في 1975/3/15 المجلة الفصلية 1975 صفحة 875.

يجب احترام شروط الاعفاء التي يدرجها البنك في الاتفاق مع عميله بما فيه الشروط التي يضعها البنك ويقبلها العميل صراحة او ضمناً.[11]

ولا يعد البنك وكيلا بالعمولة عن العميل بل وكيلا عاديا اذ ان الوكيل بالعمولة يكون وكيلا عن الموكل في البيع والشراء اما التصرفات القانونية فان الوكيل هو وكيل عادي وفق احكام القانون المدني. وهذا ما سار عليه قضاء محكمة التمييز الاردنية

2. اذا تلقى البنك المدعي من البنك الوسيط إشعاراً بأن الشيك لم يتم تحصيله فعلاً، فإن ما ينبني على ذلك ان للبنك المدعي ان يرجع على عميله بما استوفاه من قيمة المبالغ المقيدة استناداً لإيداع الشيك بالتحصيل والذي لم يتم تحصيله فعلاً والقول بغير ذلك يؤدي الى إثراء العميل بلا سبب مشروع على حساب البنك المدعي الذي هو مجرد (وكيل بالتحصيل) مقابل عمولة معينة وليس طرفاً بالمديونية الواردة في الشيك سواء بين الساحب أو المستفيد او المظهر أو المظهر إليه وبالتالي فإن المميز ضدها لا تكون طرفاً في النزاع الجزائي حول تزوير الجيرو وحيث يصح استرداد غير المستحق عملاً بالمادة 397 من القانون المدني فيكون القرار المطعون فيه في محله وتغدو هذه الأسباب غير واردة ويتعين ردها.

3. لا تعتبر المميز ضدها وكيل بالعمولة وإنما يعتبر البنك وكيلاً مأجوراً لتحصيل قيمة الشيكات المودعة لديه برسم التحصيل وفقاً للمادة 2/841 من القانون المدني ودور البنك إنما يقوم بعمل قانوني لحساب العميل ولا يعتبر طرفاً في المديونية سواء بين الساحب او المظهر أو المظهر إليه. وان المقصود بالمادة 1/270 من قانون التجارة ان» البنك المسحوب عليه الشيك المزور» هو الذي يتحمل الضرر وهو هنا البنك المودع لدية النقود وعليه فلا ينطبق نص المادة المشار إليها على الحالة المعروضة على محكمتنا».[12]

11 علي جمال الدين عوض المرجع السابق صفحة 903

12 قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/3344 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/3/27

الخلاصة:

يتضــح ممــا تقدم ان البنك المودع لديه الاوراق التجارية لتحصيلها من بنك اخر هو وكيــل عــن العميل وكالة مأجــورة عادية تخضع لاحكام القانون المدني ، وليســت وكالة بالعمولة تخضع لاحكان قانون التجارة.

وان الحكم موضوع الدراسة قد استند الى احكام الوكالة بالعمولة في علاقة البنك الوكيل بالعميل وكان يتوجب الاستناد لاحكام الوكالة العادية الواردة في القانون المدني. فالوكالة بالعمولة تطبق في توكيل الوكيل للبيع او الشــراء باســمه ولحســاب موكله. اما علاقــة البنك بالعميــل فانها تخضع لاحكام الوكالة العاديــة، وان كانت النتيجة واحدة (في هذه الدعوى) من حيث مســؤولية البنك فلا يســأل البنك عن ضياع الشيك المسلم له للتحصيل ما دام قد بذل مسؤولية الرجل العادي او البنك العادي في المحافظة على الشيك ومطالبة الساحب بقيمة الشيك.

اما بالنسبة لما اثاره الطاعن في طعنه بوجوب تطبيق احكام الضرر على فعل البنك فاننا نجد بأن هذا الطعن مستوجب للرد لان الدعوى اقيمت ابتداءً -بحق- باعتبارها دعوى صرفية وهذا ما كيفته محكمة النقض الموقرة في قراراها بشكل صحيح وسليم. وقد استندت الدعوى للعقد المبرم بين العميل والبنك، وعليه فلا يجوز الاستناد ضمن اســباب الطعن لاحكام الفعل الضار (المســؤولية التقصيرية) فهذا الســبب مســتوجب الالتفات عنه شــكلا من هذه الناحية، ناهيك عن عدم احقيته موضوعا لعدم نســبة أي اهمال او تقصير للبنك المطعون عليه.

لذا فانه من حيث النتيجة فان حكم محكمة النقض الموقرة المشار له محق من حيث النتيجة لا من حيث التعليل او السند القانوني.

تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 340 لسنة 2011 بتاريخ 2012/1/28

بقلم : د. خالد إمـــام

المحامي بالنقض/مصر

تمثـل الاحاطة بالوقائع الخاصة بالحكم موضوع التعليق أساسـاً لتكوين الخصومة القضائيــة وبالتالــي يتم تحديد المبادىء أو النماذج القانونية المنطبقة عليها، وعلى هذا الأساس يبدأ التعليق بعرض موجز لوقائع النزاع حسب تتابعها كالآتي:-

الوقائع

- أقــام الطاعــن الدعــوى المدنية رقــم 2009/290 ضد المطعون ضدها «المدعــى عليها» أمام محكمة صلح الخليل ، لمطالبتها بسداد مبلغ 19000 شيكل قيمة شيك موصوف في الدعوى.
- أودع المدعي الشيك للتحصيل لدى البنك المطعون ضده بتاريخ 2008/10/15.
- بعد مرور عشرة أيام وعند مراجعة المدعي للمدعى عليها أخبره موظف البنك بأن الشيك فقد أثناء التحصيل.
- أجاب المدعى عليه بأن الشــيك المودع لديه للتحصيل موضوع الادعاء أرســل للبنك المسحوب عليه، والأخير تسبب في فقد الشيك ، وعلى الطاعن الرجوع على البنك المسحوب عليه الشيك و الذي أضاع الشيك موضوع الدعوى ،وأن المدعى عليه لا يتحمل أية مسؤولية عن ذلك.

أصدرت محكمة الصلح حكما في الدعوى بتاريخ 2011/12/29 يقضي بإلزام المدعى عليه (البنك الأهلي الأردني) بدفع قيمة الشيك البالغ 19000 شيكل.

طعن المدعى عليه (البنك الأهلي الأردني) بالاستئناف أمام محكمة بداية الخليل بدائرة استئنافية في الاستئناف المدني رقم 3 لسنة 2011.

وحكمــت محكمة النقض بعدم قبول الطعن موضوعا ، وتضمين الطاعن الرســوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماه.

وذلك لأسباب حاصلها

1. أن الأســاس القانوني للالتزام الصرفى يقوم على أســاس أنه التزام مجرد بمعنى أن آثاره تتحدد وفقا لمضمون الإرادة المعبرة عنها ، وحيث إن إرادة المدعي والمدعى عليه انصرفت عند إيداع الشيك لدى المطعون ضده إلى قيام الأخير بتحصيل قيمته من البنك المسحوب عليه الشيك وهو (بنك يهاب لموظفي الدولة في إسرائيل).

2. ان المطعون ضده قدم الشيك إلى البنك المسحوب عليه وفقد هذا الشيك لديه.

3. ان الارادة استهدفت وقت ايداع الشيك لدى المطعون ضده لغايات تحصيل القيمة من البنك المسحوب عليه.

وحيث ان محكمة النقض الفلسطينية ، أيدت حكم محكمة الاستئناف على الرغم مما اعتراه من مخالفة التكييف الصحيح للوقائع والتي تستدعي مسؤولية البنك عن أعماله التي يؤديها لعملائه، وبالتالي إذا أخطأ البنك فيلزم بتعويض المضرور من هذا الخطأ.

وعلى ذلك

سنوضح مضمون الوكالة بالعمولة (أولاً) – لنلحق بذلك الفارق بينها وبين الخدمات المصرفية التي يقدمها البنك لعملائه (ثانيا) وأساس مسؤولية البنك (ثالثا) . رقابة محكمة النقض على التكييف (رابعا) وأخيراً تقييم حكم محكمة النقض (خامسا). يليه تعقيب .

أولا – الوكالة بالعمولة :

الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة أن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر ، وبالتالي ، فإن الوكيل بالعمولة شخص يباشر التصرفات باسمه لحساب شخص آخر يسمى الموكل ، ويحكم العلاقة عقد الوكالة بالعمولة[1].

ويوجد شرطان أساسيان لاعتبار التصرف وكالة بالعمولة:

1. أن يقوم الوكيل بالعمولة التعاقد فيها باسمه الشخصي أو باسم الموكل.

2. أن يحترف الوكيل هذا النشاط بأن يمارس هذا النشاط بصورة منتظمة ومستمرة واتخاذه مهنة لتحصيل رزقه منها[2].

وقد نصت على هذين الشرطين المادة 148 من قانون التجارة المصري بقولها «تطبق أحكام الوكالة التجارية إذا كان الوكيل محترفا إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير».

(1) د. سميحة القليوبى ، شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية سنة 1992 ص32.
(2) د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعى ، 2005 ص95.

وحددت المادة 166 من قانون التجارة المصري الوكالة بالعمولة بقولها

1. «الوكالــة بالعمولــة عقد يتعهــد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باســمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل.
2. «وتسري على الوكالة بالعمولة بالإضافة إلى الأحكام العامة بشأن الوكالة التجارية الأحكام المنصوص عليها في المواد التالية :

- وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية بقولها «إن الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية – وعلى ما سبق لهذه المحكمة القضاء به – بطبيعة الشيء محل الوكالة فإذا كان من عروض التجارة أعتبرت الوكالة بالعمولة ومن ثم تسري عليها أحكام قانون التجارة التي تجيز إعتبار الوكيل بالعمولة ضامنا تنفيذ العقد بناء على إرادة الطرفين ولو كانت ضمنية أو إعمالا للعرف التجاري[3].

وفى عجالة فإن الوكيل بالعمولة يقع عليه عدة التزامات[4] وهي كالآتي :

1. القيام بالأعمال المكلف بها.
2. المحافظة على البضائع والمنقولات التي يتسلمها من الموكل.
3. تقديم حساب موقع منه بنتيجة العمليات التي يقوم بها لحساب موكله.

ويلتزم الموكل بعدة إلتزامات كالآتي:

1. التزام الموكل بدفع العمولة المتفق عليها.
2. التزامه برد كافة المصاريف التي تحملها الوكيل بالعمولة لانجاز العمل المكلف به.
3. يلتزم الموكل بتعويض الوكيل بالعمولة عما يصيبه من أضرار نتيجة قيامه بتنفيذ الوكالة دون خطأ منه.

وبالتالي فان جوهر الوكالة بالعمولة ، التعاقد باسم الموكل في بيع أو شراء أو ابرام صفقــات بالشــروط التي يراها الموكل في مصلحته . ســواء من حيــث نوع البضاعة أو كميتها أو ثمنها وهي في جوهرها أعمال تصرف بخلاف أعمال الإدارة.

(3) طعن نقض مصرى رقم 396 لسنة 37ق – جلسة 1974/3/12 مكتب فنى 25 – ج1 – ص492.
(4) د. سميحة القليوبى ، العقود التجارية ، مرجع سابق بند 29 ص51.

والوقائـع التـي ذكرتها محكمـة أول درجة ثم ثاني درجة وتبعتهـا محكمة النقض ، غيـر ذلـك تمامـا . فجوهر الوقائع يتمحور في أن الطاعن سـلم شـيكا للمطعون ضده البنك الأهلي الأردني ليقوم بتحصيله من البنك المسحوب عليه (يهاب لموظفي الدولة) لتحصيـل قيمتـه ، وبالتالي فهذا العمل ليس من أعمـال التصرف ، ولا يعتبر من قبيل إبـرام العقود سـواء بيعا أو شـراء وليـس محل العقد أي بضائـع أو خدمات ، وإنما أعطي للبنك المطعون ضده لأن ذلك جزءاً من وظيفته لعملائه وهو تحصيل الشـيكات أو الحقوق غير المتنازع عليها .

وبالتالـي فـان الواقعـة محل الطعن لا تدخل ضمن أعمـال الوكالة بالعمولة . وإنما تندرج في أعمال الإدارة.

ثانيا – الخدمات المصرفية التي يقدمها البنك لعملائه :

يقوم البنك بجانب وظيفته الأساسية في تلقي الودائع وفتح الحسابات الجارية وفتح الاعتمادات المستندية ، وإعطاء خطابات الضمان والإقتراض وخصم الأوراق التجارية ، فـان البنـك يقدم لعملائه خدمـات مصرفية ، وهي تحصيل الحقوق وأهمها تحصيل الأوراق التجارية كالكمبيالة والسـند الإذني والشـيك ، وهذه الخدمات تتصل بنشاطها المصرفي الأصيل[5] ولا تكلفه جهداً كبيراً أو نفقة خاصة إذا يملك الوسائل والإمكانيات اللازمة لتنفيذها ، ويستهدف بذلك ، رضاء عملاؤه ، وفى نفس الوقت فهذه العمليات يستحق البنك عليها عمولة بالإضافة إلى مصاريفه الإدارية.

طبيعة العملية :

يعهـد العميـل إلى البنك الـذي يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير ، ويفترض أن تكون هذه الحقوق ثابتة في سندات أو أوراق ، بحيث لا تحتاج العملية إلا إلى تقديم السند للمدين ومطالبته بالوفاء . وغالبا أن يكون تكليف البنك بتحصيل أوراق تجارية، ولا يوجد ما يمنع من تحصيل حقوق أخرى[6].

(5) د. على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، سنة 1981 بند 733 ص716.

(6) د. على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مرجع سابق بند 735 ص718.

ويعتبر البنك وكيلا عن عميله في تحصيل تلك الحقوق ، والعقد بينهما وكالة تخضع لأحكام هذا العقد المواد(699 – 717 مدني مصري) يكملها العرف المصري في ولكن ليست وكالة بالعمولة خاضعة للقانون التجاري والعرف التجاري.

إثبات التوكيل للتحصيل :

يثبت هذا التوكيل بكافة الوسائل المقبولة تجاريا ، ويذهب رأي إلى أن عبارة «القيمة للتحصيل» . لا تكفي لإثبات أن التظهير للتوكيل[7] فالتظهير التوكيلي بمثابة عقد وكالة بين المظهر (الموكل) والمظهر إليه (الوكيل) ، يكلف بمقتضاه المظهر إليه «بالقبض والتحصيل وبتقديم حساب للمظهر عن المبالغ التي قبضها والمصاريف التي أنفقها»[8].

والتظهير التوكيلي من العقود الشكلية إذ يلزم أن يكون مكتوبا على الصك ، والكتابة شرط لصحته وليست مجرد وسيلة لإثباته[9] ويجب أن يكون التظهير التوكيلي صريحا وهو الذي تفيد عبارته صراحة إن إرادة المظهر لم تنصرف إلى نقل الحق الثابت في الشيك إلى المظهر إليه ، وإنما مجرد توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الصك ، فيذكر في صيغة التظهير أن «القيمة للتوكيل أو للقبض أو للتحصيل ، أو أي عبارة أخرى تؤدي نفس المعنى[10].

ومتى إنعقد بين العميل والبنك توكيل للتحصيل ، كان البنك بذلك وكيلا عن عميله. فيجب على البنك ان يتقدم للمطالبة بالحق في موعد استحقاقه ، وأن يخطر العميل بكل التطورات والأمور التي تؤثر في إقتضاء حقه[11]، ويجوز للبنك الوكيل أن يستعين ببنك آخر يكون وكيلا من الباطن، ويكون الأول مسؤولا عن أخطائه.

فإذا رفض المدين وفاء الشيك ، وجب على البنك تحرير البروتستو (عمل إفادة بالتوقف عن الدفع متى كان واجبا قانونا) لأنه يثبت واقعة الامتناع لإتخاذ اللازم ، ويحافظ على حق عميله المستفيد في الورقة التجارية . وعند هذا الحد ينتهي التزام

(7) المرجع السابق ، بند 736 ص719.
(8) نقض مصرى 21 فبراير سنة 1974 المجموعة السنة 25 ص240.
(9) د. على قاسم ، قانون الأعمال ، الجزء الثالث ، دار النهضة العربية الطبعة الثانية ، 1999 بند 123 ص147.
(10) المرجع السابق ، بند 124 ص147.
(11) د. على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مرجع سابق بند 738 ص721.

البنــك الوكيــل ، إذ طالــب بالوفــاء وحفظ حق عميله ومكنه مــن المطالبة بها قضائيا . ويبدأ بعد ذلك دور العميل في السعي لاستيفاء حقه.

وفى تفصيل وقائع النزاع على ما ســبق ، يتضح أن الطاعن قد وكل البنك المطعون ضده في تحصيل قيمة الشــيك محل النزاع ، وقام البنك بطلب تحصيل قيمة الشــيك من بنك آخر (المســحوب عليه) إلا أن البنك المســحوب عليه رد بأن الشــيك فقد . ورد البنــك المطعــون ضده بالرد على العميل بأن الشــيك تم فقده . ولم يقم البنك المطعون ضــده (الوكيــل) بالرجوع على البنك الأخير (المســحوب عليه) ، وهو ما يثير مســؤولية على ما سنرى حالاً.

ثالثاً – مسؤولية البنك :

بداية تنص المادة 2/704 مدني على الوكيل أن يســلك مســلك الرجل المعتاد ، ومفهوم ذلــك هنــا – العناية المنتظرة مــن بنك معتاد وهو البنك المحترف المتخصص في المهنة ، هذا في القواعد العامة ، أما التظهير التوكيلي أو التظهير للتحصيل فمن أهم نتائجه انه لا ينقل ملكية الورقة التجارية (الشيك) إلى البنك الوكيل ، وبالتالي فإن العميل (الموكل) مالك للورقة التجاريــة ، فــإذا قام البنك بتقديم الورقة التجارية المراد تحصيلها ، ولم يحصلها إلتزم برد الورقة التجارية إلى العميل (الموكل) أو المظهر . فإذا أدعى البنك بفقد الورقة التجارية إلتزم بتعويض العميل وذلك بسداد قيمة الورقة التجارية ، وسواء تم فقد الورقة من المظهر إليه أو من أحد تابعي البنك المظهر إليه ، لأن الأخير مسؤول عن أخطاء البنك الأخر وعن تعويض الاضرار بصفته تابعا للبنك المظهر إليه . وأساس مسؤولية البنك هنا – عقدية – ذلك أن العميل عندما ســلم البنك الشــيك وقام بتظهيره للتحصيل لم يفقد ملكيته لهذا الصك وله بذلــك أن يرجــع على البنك بدعوى اســترداد بهذا الشــيك باعتباره مالــكا له ، وهي دعوى مسؤولية عقدية[12] ناشئة عن عقد وكالة البنك بتحصيل الورقة التجارية.

ولذا اصدرت محكمة النقض الفرنســية في 4 مارس ســنة 1968 حكما قضى على البنــك بدفــع قيمة الكمبيالة التي عهد إليه عميله بها لتحصيلها ، فرفضها المســحوب

(12) د. أحمد بركات مصطفى ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى سنة 2005 ، ص202.

عليه بدفع قيمة الكمبيالة إلى عميله بالبريد العادي فضاعت، وأقامت محكمة الموضوع مسؤولية البنك على الأخطاء المهنية التي تستخدم البريد المسجل ، واكتفت بتقرير وجود خطأ على البنك ، دون البحث في وجود أو عدم وجود عادة مصرفية في هذا الشأن.

وقد نصت المادة 628 من قانون التجارة المصري على ذلك بقولها :

1. يجوز إسترداد الأوراق التجارية وغيرها من الأوراق ذات القيمة المسلمة إلى المفلس لتحصيلها أو لتخصيصها لوفاء معين إذا وجدت عينا في التفليسة ،ولم تكن قيمتها قد دفعت.

وبذلك ، فإن البنك يسأل عن حسن تنفيذ المطلوب منه ، ويتشدد القضاء في محاسبته عن كل اهمال يقع منه ، ولو كان يسيراً بوصفه محترفا متخصصا فيما يعهد به إليه[13].

وبالتالي يسأل عن تعويض الضرر المترتب على اهماله ، أو على تأخره في اتخاذ إجراء مناسب ، كما يطلب منه أن يقوم بكل ما يقضي به حسن النية على شخص محترف حريص ومأجور ويتحدد مسؤولية البنك عن الضرر الناشىء عن تنفيذ الوكالة – بما يقضي به إتفاق الطرفين ، والعادة المصرفية.

وبالتالي فإن البنك المطعون ضده يلتزم بتعويض العميل (الموكل) الذي ظهر الشيك للتحصيل للبنك بقيمة الشيك الذي فقد مع التعويض عن التأخير أو أي أضرار أخرى بسبب تأخر صرف الشيك وضياعه . وأساس تلك المسؤولية في أن (الموكل) المظهر مازال يملك الصك [ويقصد بالصك الورقة المادية التي يطلق عليها اسم الشيك والتي تحمل بيانات من شأنها أن تجعل للورقة قيمة قانونية وتتخذ شكل الشيك المقرر في القانون التجاري] .

هذا الصك مازال ملكا للموكل ولم يتنازل عن ملكيته له ، إلا إذا صرف البنك مقابل الورقة ، أما وأن البنك قد تسبب مباشرة أو عن طريق البنك الذي سلمه الصك في ضياعه، فيلتزم البنك الموكل والبنك من الباطن بتعويض المضرور وهو هنا صاحب الشيك [المستفيد و الذي وكل البنك في تحصيله] .

(13) د. على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مرجع سابق بند 743 ص728.

رابعا – رقابة محكمة النقض على التكييف :

يقوم القاضي بتطبيق النصوص القانونية ، على ما ثبت لديه من الوقائع ، واستخلاص ما يترتب على ذلك من نتائج ، وما سبق يفترض أن القاضي قد خلع على وقائع الدعوى التكييف القانوني، أي أضفى عليها وصفا قانونيا معينا[14].

ويعنـي التكييـف القانوني، أن هنـاك ألفاظا ذات معاني قانونية يسـتطيع القاضي ربطها بواقع الدعوى وتكييف هذا الواقع بها بنوع من اجتهاد وتفسير لاستنتاج التكييف القانونـي السـليم بموجب هذه الألفـاظ[15] ، أو ترجمة لمفهوم واقعي بواسـطة مفهوم قانوني ، بمعنى رد فهم الواقع في الدعوى إلى فهم حكم القانون في هذا الواقع ، وبذلك فإن العلة لرقابة محكمة النقض على التكييف القانوني هي هل واقع الدعوى كما أثبته قاضي الموضوع يمكن ادخاله تحت القاعدة القانونية التي طبقها عليه[16]؟

والتكييف القانوني للوقائع دائما عملية قانونية ، يترتب عليها نتائج قانونية ، الأمر الذي يحتم خضوعها لرقابة محكمة النقض.

وخلاصـة القـول أن رقابة محكمة النقض على التكييف القانوني للواقع ، هو أحد مهام محكمة النقض لتضمن وحدة القانون أمام المحاكم فلا تختلف بشأن معناه بصدد ما يصدر عنها من تكييفات . فالتكييف دائما عمل قانوني يترتب على الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون. ومن ثم يتعين خضوع كل تكييف يقوم به القاضي لرقابة محكمة النقض.

خامسا : تقييم حكم محكمة النقض :

أثبتت محكمة النقض الفلسـطينية في حكمها رقم 2011/340 الصفحة الرابعة من أسباب الطعن الآتي نصه «وبالعودة إلى أسباب الطعن بمجملها والنعي فيها على الحكم المطعون فيه بمخالفته للقانون وتأويله عندما اعتبرت المسـتأنف وكيلاً تجارياً بالعمولة غير مسـؤول عن قيمة الشـيك وكان على المحكمة معالجة الدعوى على أسـاس الضرر الذي لحق بالمسـتأنف (المدعي) بارجاع قيمة الشـيك له . ولما كان الأسـاس القانوني

(14) د. أحمد الصاوى ، نطاق رقابة محكمة النقض ، دار النهضة العربية ، 1984 ، بند 127 ص216.
(15) المرجع السابق ، بند 133 ، ص223.
(16) المرجع السابق بند 134 ص225.

للالتزام الصرفي يقوم على أساس أنه التزام مجرد بمعنى ان اثاره تتحدد وفقاً لمضمون الإدارة المعبرة عنه وحيث أن إرادة المدعي والمدعى عليه انصرفت عند ايداع الشيك لدى المطعون ضده إلى قيام الأخير بتحصيل قيمته من البنك المسحوب عليه الشيك وهو بنك يهان في إسرائيل كما هو ثابت من واقع الدعوى والبيانات المقدمة وحيث أن المطعون ضده قام بواجبه الذي اتجهت إليه الإرادة وأرسل الشيك إلى المسحوب عليه وفقد هذا الشيك لديه وفقاً للمبرز ع/1 الصادر عن بنك يهاف و الذي يعترف منه بفقدان الشيك لديه وحيث أن الإرادة كما أشرنا تحددت وقت ايداع الشيك لدى المطعون ضده لغايات تحصيل القيمة من البنك المسحوب عليه الأمر الذي يجعل من المطعون ضده وكيلا تجاريا عن الطاعن طبقا لقواعد الوكالة التجارية والتي لا يترتب للحامل بموجب هذه الوكالة حق ذاتي تجاه المطعون ضده في مقابل الوفاء تطبيقاً لنص المادة 1/92 بدلالة المادة 2/87 من قانون التجارة التي نصت على أنه لا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولا عن عدم الوفاء . وعليه حيث أن ما توصلت إليه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية من حيث النتيجة واقع في محله وتكون أسباب الطعن غير واردة».

ومن خلال ما أوردته محكمة النقض هناك عدة ملاحظات :

1. أنها أعطت الحق للطاعن في الحصول على تعويض الضرر وبما يساوي قيمة الشيك الذي فقد.
2. أنها حددت العلاقة بين الطاعن والمطعون ضده بأن الطاعن سلمه الشيك بغية تحصيله وأن البنك المطعون عليه قام بتسليم الشيك إلى بنك (يهاب) لصرف الشيك ولكنه فقد من الأخير، وهو ما يتعارض مع التكيف الذي خلصت إليه.
3. إنتهت إلى صحة حكم وتكييف محكمة البداية بصفتها الاستئنافية ، ورفضت الطعن ولم تفرق بين عمل الوكيل بالعمولة والاعمال المصرفية للبنك مما أوقع محكمة النقض ذاتها في خطأ تكييف وقائع الدعوى حيث ان الأسباب التي ذكرتها لم تنتهي إلى النتيجة المنطقية لتلك الأسباب وهي تكييف العلاقة على أن الطاعن أعطى الشيك للتحصيل وليس تمليكا وان البنك ليس وكيلا بالعمولة لاختلاف العمل المكلف به.

تعقيب

إن ضيـاع سـند الحـق ليس ضياعا للحـق الذي يمثله ، ويحـق للطاعن بالرغم مـن صدور حكم من محكمـة النقض بعدم الرجوع على البنك المطعون ضده بدعوى الضمان ولكن يمكن الرجوع على البنك المطعون ضده وهو بنك (يهاب) – المسحوب عليه الشـيك ، بقيمة الشـيك وإختصام الساحب في الدعوى وإقرارهم بالواقعة . أو إثبات فقد الشـيك الأول ، وإقامة دعوى ضد السـاحب بالحق الذي يمثله الشـيك الذي تم فقده لدى البنك المسحوب عليه وفي كل الأحوال لا يعفى من المسؤولية البنك الأخير وللطاعن حق الرجوع عليه.

حكم رقم 2010/262 نقض مدني

موضوعه الشرط الجزائي

2010/262 نقض مدني

السلطــة الوطنيــة الفلسطينيــة

السلطــة القضائيــة

محكمــة النقض

« الحكـــــــــــــم »

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره بإسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئــة الحــاكمــة برئــاســة القاضي السيد/ سامي صرصور.

وعضوية القضاة السادة: د.عثمان التكروري، عزمي طنجير، محمد ســامح الدويك، عدنان الشعيبي.

الطاعــنة: شركة الاتصالات الخلوية الفلسطينية المساهمة الخصوصية جوال/ رام الله.

وكلاؤها المحامون مهند عســاف، عميد عناني، اشــرف الفار، محمد حــداد، رائــد نصــار، ثائر الشــيخ، إبراهيــم صبيحــات/ مجتمعين ومنفردين/رام الله.

المطعون ضـدهما: 1. محمد حمدي محمد خضير/ القدس

2. حمدي محمد حسن خضير/ القدس

وكيلهما المحامي هاشم القواسمي/ القدس

الإجـــــــراءات

تقدمت الشــركة الطاعنة بواســطة وكيلها بهذا الطعن بتاريخ 2010/5/20 لنقض الحكم الصادر عن محكمة بداية رام الله بصفتها الإســتئنافية بتاريخ 2010/4/13 في الاســتئناف رقم 2009/152 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والحكم للمستأنف عليها (الطاعنة) بمبلغ 3870 دولاراً بدلاً من المبلغ المحكوم به وذلك بعد حسم المبلغ المستحق للمســتأنف الاول من أصل المبلغ المســتحق للمستأنف عليها وإلزام المستأنفين (المطعون

ضدهما) بدفع المبلغ المحكوم به للشركة المستأنف عليها وتضمين هذه الأخيرة الرسوم المصاريف و(300) أتعاب محاماة

وتلخصت أسباب الطعن بمايلي:

1. أخطأت محكمة البداية بصفتها الإستئنافية في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله وفي تكييف العلاقة بين الطرفين.
2. أخطأت المحكمة في عدم تطبيق القاعدة القانونية (العقد شريعة المتعاقدين).
3. أخطأت المحكمة في النتيجة التي توصلت إليها بخصوص عدم إثبات وقوع ضرر للطاعنة.
4. أخطأت المحكمة في تطبيق أحكام المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية و التي اشترطت لإجراء المقاصة ان يتقدم المدعى عليه بطلب عارض أو أصلي.
5. أخطأت المحكمة في تطبيق أحكام المادتين 174و175 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

وقد طلب وكيل الطاعنة قبول الطعن شكلاً ونقض القرار المطعون فيه موضوعاً وإجراء المقتضى القانوني.

تقدم وكيل المطعون ضدهما بلائحة جوابية طلب من خلالها رد الطعن.

المحكمـــــــــــة

وبعد التدقيق والمداولة قانوناً نجد ان الطعن مستوف لأوضاعه القانونية لذا نقرر قبوله شكلاً.

كذلك نجد ان الأوراق تشير بان المدعية شركة الاتصالات الخلوية الفلسطينية (جوال) أقامت الدعوى رقم 2006/104 لدى محكمة صلح رام الله في مواجهة المدعى عليهما-1 محمد حمدي محمد خضير وحمدي محمد حسن خضير لمطالبتهما بمبلغ 7043 ديناراً أردينا و440 فلساً وذلك استناداً للاسباب والوقائع المذكورة في لائحة الدعوى.

باشرت المحكمة المذكورة النظر في الدعوى وبعد استكمال إجراءات المحاكمة أصدرت حكمها في الدعوى بتاريخ 2009/11/4 المتضمن إلزام المدعى عليهما بالتكافل والتضامن

بدفع المبلغ المدعى به للمدعية وإلزامهما بالرسوم والمصاريف ومئة دينار أتعاب محاماة والفائدة القانونية من تاريخ إقامة الدعوى وحتى السداد التام.

لدى طعن المدعى عليهما في هذا القرار استئنافاً وبعد استكمال إجراءات المحاكمة في مرحلة الطعن الإستئنافي قررت محكمة بداية رام الله بصفتها الإستئنافية في الطعن رقم 2009/152 بتاريخ 2010/4/13 إلغاء الحكم المستأنف والحكم للمستأنف عليها (الشركة المدعية) بمبلغ 3870 دولاراً بدلا من المبلغ المحكوم به وذلك بعد حسم المبلغ المستحق للمستأنف الاول من أصل المبلغ المستحق للمستأنف عليها وإلزام المستأنفين (المدعى عليهما) بدفع المبلغ المحكوم به للمستأنف عليها وتضمين المستأنف عليها الرسوم والمصاريف والأتعاب.

لم يلق القرار المذكور قبولاً لدى الشركة المدعية (الطاعنة) فطعنت فيه لدى محكمة النقض للاسباب المبسوطة في اللائحة المقدمة من وكيلها في 2010/5/20.

وعن أسباب الطعن.

- عن السبب الاول وحاصله النعي على محكمة البداية بصفتها الإستئنافية خطأها في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله وفي تكييف العلاقة بين الطرفين.

وفي ذلك نجد أن الطاعنة لم تبين وجه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله وكذلك الخطأ في تكييف العلاقة بين الطرفين لكي يتسنى لمحكمتنا مناقشة ذلك مما يتعين معه رد هذا السبب لعموميته وغموضه.

- وعن السبب الثاني وحاصله النعي على محكمة البداية بصفتها الإستئنافية خطاها في عدم تطبيق القاعدة القانونية بان العقد شريعة المتعاقدين وعدم الحكم بكامل المبلغ المدعى به.

وفي ذلك نجد ان الدعوى انطوت على المطالبة بمبلغ 7043 ديناراً أردنيا وقد ركنت الجهة المدعية في إثبات هذه المطالبة إلى التعهد والإقرار الخطي الموقع من المدعى عليه الاول وبكفالة المدعى عليه الثاني.

وبالرجوع إلى التعهد المذكور المنظم في 1998/9/30 نجد ان المدعى عليه الاول تعهد بالعمل لدى الشركة المدعية لمدة سنتين اعتباراً من 1998/9/30 مقابل إرساله في دورة تدريبية في

السويد، وبأنه في حال الإخلال بتعهده المتصل بالعمل فانه يلتزم بدفع مبلغ عشرة آلاف دينار أردني كتعويض متفق عليه مسبقا عن مصاريف وتكاليف ونفقات البرنامج (الدورة).

وقد أثبتت البينة المقدمة من الجهة المدعية إخلال المدعى عليه الاول بهذا الشرط حيث انقطع عن عمله بسفره إلى أمريكا طبقاً لما هو وارد في أقوال الشاهد سمير ظاهر رشيد المصري.

ولما كان التعهد بدفع المبلغ المذكور يشكل في حقيقته تعويضاً اتفاقياً (شرطاً جزائياً) عما يصيب الدائن من أضرار جراء إخلال المدين بالتزامه.

وحيث أن اثر هذا الشرط الجزائي ينحصر في إعفاء الدائن من تقديم البينة على حجم الضرر اللاحق به جراء الإخلال بالالتزام فان عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين.

وحيث أن الجهة المدعى عليها لم تنتهج هذا السلوك مع الإشارة إلى ان الجهة المدعية قدمت البينة على ان حجم الضرر اللاحق بها بحدود أربعة عشر ألف دولار وقد تمثلت هذه البينة في شهادة الشاهد سمير ظاهر رشيد المصري المذكور وفي الشيكين (د/1ود/2) المحررين للمدعى عليه الاول كمستفيد بقيمة ثمانية آلاف دولار .

ومع الإشارة كذلك إلى ان الجهة المدعى عليها لم تبد أي اعتراض على البينة الشفوية والشيكين المشار إليهما حول قيمة الأضرار.

الأمر الذي ينهض معه القول بوجوب الحكم للمدعية بالمبلغ المدعى به كاملا باعتبار ان المدعى عليه الاول مديناً والمدعى عليه الثاني كفيلاً.

وحيث ان محكمة البداية بصفتها الإستئنافية نهجت نهجاً مغايراً عندما حكمت بقسم من المبلغ المدعى به طبقاً للمفهوم المتقدم بيناته، فان حكمها المطعون فيه يكون واقعاً في غير محله ومخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض لورود هذا السبب عليه.

وعن السبب الثالث وحاصله النعي على محكمة البداية بصفتها الإستئنافية خطاها في النتيجة التي توصلت إليها بخصوص عدم إثبات وقوع الضرر.

وفي ذلك نجد ان ما جاء في ردنا على السبب الثاني فيه الرد الكافي على ما جاء في هذا السبب ونحيل إليه تحاشياً للتكرار مما يتعين معه رد هذا السبب.

وعن السبب الرابع وحاصله النعي على محكمة البداية بصفتها الاستئنافية خطأها في تطبيق أحكام المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي اشترطت لإجراء المقاصة ان يتقدم المدعى عليه بطلب عارض أو أصلي.

وفي ذلك نجد أن محكمة البداية بصفتها الإستئنافية عمدت إلى حسم المبلغ المستحق للمدعى عليه الاول والبالغ 2957 ديناراً من المبلغ المتوجب الحكم به للجهة المدعية.

وحيث ترى محكمتنا ان حسم المبلغ المذكور(وعلى فرض صحة انشغال ذمة الجهة المدعية بهذا المبلغ لمصلحة المدعى عليه الاول) يخالف أحكام المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 فكان على المدعى عليه ان يقدم طلباً عارضاً لإغراض المقاصة.

وحيث ترى محكمتنا ان خلو الأوراق من هذا الطلب العارض الذي يتصل بالمقاصة يجعل من إجراء المقاصة التي قامت بها محكمة البداية بصفتها الإستئنافية إجراء معيباً فان القرار المطعون فيه حري بالنقض لورود هذا السبب عليه أيضا.

وعن باقي أسباب الطعن فان ما جاء في ردنا على الأسباب السابقة يغني عن الرد عليها ونحيل إليها تحاشياً للتكرار.

لهـــــذه الأسبـــــاب

تقرر محكمة النقض بالأغلبية نقض الحكم المطعون فيه من حيث عدم قضائه بالمبلغ المدعى به ويكون الدعوى جاهزة للحكم تقرر المحكمة بالأغلبية الحكم بإلزام المطعون ضدهما

(المدعى عليهما) -1 محمد حمدي محمد خضير، حمدي محمد حسن خضيربان يدفعا للشركة الطاعنة (المدعية)وبالتكافل والتضامن كامل المبلغ المدعى به البالغ 7043 ديناراً و440 فلساً (سبعة ألاف وثلاث وأربعون ديناراً وأربعمائة وأربعين فلساً) وتضمينهما كامل الرسوم والمصاريف ومبلغ خمسمائة دينار أتعاب محاماة عن جميع مراحل المحاكمة.

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 29/ 2012/11

الكاتب **الرئيس**

الرأي المخالف المعطى من القاضيين د.عثمان التكروري وعدنان الشعيبي في الطعن بالنقض المدني رقم 2010/262

نتفق مع الأغلبية المحترمة في ما ذهبت إليه من أن اثر الشرط الجزائي ينحصر في إعفاء الدائن من تقديم البينة على حجم الضرر اللاحق به جراء الإخلال بالالتزام من قبل مدينه، وان عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين.

غير أننا نختلف معها فيما قضت به للطاعنة بكامل مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي على الرغم من ان الطاعن الاول قد نفذ القسم الأكبر من التزامه.

ذلك ان للمحكمة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين: الأولى إذا اثبت المدين ان تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، والثانية إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، فالشرط الجزائي يوضع عادة لحالة عدم قيام المدين بالتزامه أصلا، فإذا نفذ جزءاً منه وجب تخفيض الشرط الجزائي بمقدار النسبة التي تم تنفيذها (يرجع في ذلك إلى د.عبد الرازق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (1) نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية القاهرة سنة 1966 صفحة 808 ، ود. أنور سلطان أحكام الالتزام سنة 1972 صفحة 77،78) بمعنى ان المدين لا يلزم بكامل المبلغ المتفق عليه، بل يخفض بنسبة ما نفذ من الالتزام فينقص القاضي المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام.

ولما كان الثابت في ملف الدعوى أن المطعون ضده الاول قد عمل لدى الشركة الطاعنة مدة سنة ونصف من أصل سنتين كما جاء في شهادة الشاهد سمير ظاهر رشيد المصري مدير الموارد البشرية في الشركة المطعون ضدها في جلسة 2009/10/20، فان ما تستحقه الطاعنة من تعويض هو نسبة تعادل المدة الباقية أي 25٪ فقط وليس كامل المبلغ المقدر بعشرة آلاف دينار، علماً بأن ما دفعته الطاعنة للمطعون ضده الاول كمصاريف ونفقات للدورة التي حصل عليها

بموجب هذا الاتفاق كما هو ثابت في ملف الدعوى هو (8000) دولار أمريكي، وهي تعادل 5600 دينار فقط وهو مبلغ يقل كثيراً عن قيمة التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي.

لذلك نرى ان المبلغ الذي تستحقه الطاعنة كتعويض عن عدم إكمال المدة المتفق عليها في العقد هو 2500 دينار فقط ، ولما كانت محكمة الاستئناف قد قضت بأكثر من ذلك ولم يطعن المحكوم عليه فإننا نرى رد الطعن.

تحريراً في 2012/11/29

العضو المخالف **العضو المخالف**

بخصوص التعليق على القرار الصادر عن محكمة النقض رقم 2012/262 والصادر بتاريخ 2012/11/29

تعليق الدكتور عبد الرحمن جمعة/ الاردن

نبدي ان القرار الصادر عن المحكمة المختصة يدور حول المحاور الآتية

المحور الأول: ضمان الضرر الاتفاقي مفترض.

المحور الثاني: التمسك بالمقاصة .

المحور الثالث: سلطة القاضي في تعديل مقدار الضمان الاتفاقي.

المحور الأول

ضمان الضرر الاتفاقي مفترض

أقرت المحكمة الموقرة في قرارها وعلى الصفحة الرابعة من القرار « .... لما كان التعهد بدفع المبلغ المذكور يشكل في حقيقته تعويضا اتفاقيا (شرطا جزائيا) عما يصيب الدائن من اضرار جراء اخلال المدين بالتزامه، وحيث أن اثر هذا الشرط الجزائي ينحصر في اعفاء الدائن من تقديم البينة على حجم الضرر اللاحق به جراء الاخلال بالالتزام فإن عبء الاثبات من حيث عدم وقوع الضرر او المبالغة فيه يقع على المدين، وحيث أن الجهة المدعى عليها لم تنهج هذا السلوك مع الإشارة إلى ان الجهة المدعية قدمت البينة على ان حجم الضرر اللاحق بها بحدود اربعة عشرة الف دولار وقد تمثلت هذه البينة في شهادة الشاهد سمير ظاهر المصري، وفي الشيكين د/1 و د/2 المحرر للمدعى عليه الأول كمستفيد بقمية ثمانية الاف دولار.

ومع الإشارة إلى ان الجهة المدعى عليها لم تبد أي اعتراض على البينة الشفوية والشيكين المشار إليهما حول قيمة الاضرار، الأمر الذي ينهض معه القول بوجوب الحكم للمدعين بالمبلغ المدعى به كاملا باعتبار ان المدعى عليه الأول مدينا والمدعى عليه الثاني كفيلا، وحيث ان محكمة البداية بصفتها الاستئنافية نهجت نهجا مغاير عندما حكمت بقسم من المبلغ المدعى به طبقا للمفهوم المتقدم، فإن حكمها المطعون فيه يكون في غير محله ومخالفا للقانون ومستوجبا للنقض لورود هذا السبب عليه.

باستعراض المقتضيات القانونية التي نظمت الضمان الاتفاقي (الشرط الجزائي) في القوانين التي اذكر منها نجد أن المادة 364 من القانون المدني الأردني قد نصت:

1. يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون.

2. ويجـوز للمحكمـة في جميع الأحوال بنـاء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

وقد اخذ بذات الاتجاه قانون المعالات الاماراتي في المادة 390 .

القانون المدني المصري المادة 224 «-1 لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر. -2 ويجوز للقاضي أن يخصص هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه. -3 ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين السابقتين. «ونصت المادة 225 « إذا جـاوز الضـرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[1].

والسـؤال الذي طرح نفسـه في القانـون المدني الأردني هل الضـرر مفترض أم انه واجـب الاثبـات؟ اختلـف الرأي في الاجابة على هذا السـؤال فيـرى الدكتور الجبوري «انه في القانون المدني الأردني، فيمكننا القول بان الضرر يعد ركناً من أركان الشـرط الجزائـي، ولا يحكـم به للدائن ما لم يلحقـه ضرر وهو ما تضمنه نص المادة (2/364) من القانون المدني التي تقضي بأنه: «ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك». ومؤدى ذلك ان مناط الحكم بالشرط الجزائي هو حصول الضرر.

(1) ويقابل النص في القوانين المدنية العربية:
القانون المدني الكويتي المادة 303 التي تطابق في صياغتها واحكامها القانون المدني المصري وفي المادة 304 التي تتفق في الحكم مع المادة 225 من القانون المدني المصري.
القانون المدني العراقي المادة 170 «-1 يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد 168 و 256 و 257 و 258 . -2 ولا يكون التعويض مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا أو ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة. -3 أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما».
القانون المدني القطري المادة 266: «لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقا إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر. ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة او ان الالتزام قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما».

أما عبء إثباته فلا يقع على الدائن لأنه ضرر مفترض، ويشكل قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس[2]. بمعنى أن على المدين ان يثبت عدم حصول الضرر للدائن جراء اخلاله بالتزاماته، وبذلك يكون الشرط الجزائي قد جاء على خلاف القواعد العامة في الإثبات، وهو ما تبنته محكمة التمييز الاردنية في قرارها الذي تقول فيه: «ان وجود الشرط الجزائي يفترض وقوع الضرر باتفاق المتعاقدين فإذا ادعى الملتزم بأن الضرر يقل عما تم تقديره بمقتضى الشرط الجزائي فعبء إثبات ذلك يقع على عاتقه لأنه يثبت خلاف الظاهر في الشرط الجزائي»[3]

ويختلف الدكتور فؤاد الدرادكه عن القول الأول في الرأي، ويرى «للإجابة عن هذا السؤال نقول ان المادة 2/364 نصت على أنه «ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك». يتضح من هذا النص أن المشرع الأردني قد الزم من يدعي من الطرفين المتعاقدين سواء كان الدائن أم المدين ان كان هذا التعويض ليس مساويا للضرر ان يثبت ما يدعيه، وبهذا نجد ان المشرع الأردني قد خالف المشرع المصري ومن نهج نهجه، وهذا الموقف من جانب المشرع الأردني منطقي ما دام انه منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقص». [4]

ونحن نرجح الرأي الثاني بأن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية في نطاق القانون المدني الأردني واجب الاثبات.

يظهر جليا من خلال قضاء النقض الفلسطيني أنه جنح موقف القانون المدني المصري والقوانين التي تأثرت بأحكامه حيث نجد المشرع في قوانين تلك الدولة قد نص صراحة على المتضرر مفترض، وعلى المدين اثبات ما يخالف ما يدعيه المدعي.

(2) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 91/582 منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1993، ص737.
(3) راجع ج2، فقرة 275 ص 247-248 . وأخذ بهذا الاتجاه د. منذر الفضل، احكام الالتزام ، ص76.
(4) الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة مع القوانين المدنية في البلاد العربية وبعض القوانين المدنية في البلاد الأردنية واحكام الفقه الإسلامي 1995م، دار الشعب، ص 187-188 ، وتبنى ذات الاتجاه د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص 239. الزرقا، احكام الالتزام، فقرة 51، ص 82-83.

المحور الثاني

التمسك بالمقاصة

نصت المادة 347 من القانون المدني الأردني (350) «تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين». [5]

أوجب القانون على صاحب المصلحة أن يتمسك بها[6]. وعليه فالمقاصة مقررة لمصلحة الطرفين، وأما القاضي فلا يجوز له أن يقضي بها ذاتيا حتى لو علم بوقوعها وانما يجب على ذي المصلحة أن يتمسك بها. أما إذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة فيفسر موقفه أنه تنازل عنها بعد ثبوتها وهذا جائز قانونا.

ويجوز التمسك بالمقاصة في نظر الدكتور الجبوري في أي حالة كانت عليها الدعوى وكذلك يصح التمسك بالمقاصة أمام محكمة الاستئناف ولأول مرة. [7]

ونحن نرى أن التمسك بالمقاصة يتم في الاردن من خلال طلب اصلي أو عارض يقدمه المدين. [8] فقد يتم في صورة ادعاء بالتقابل يقدمه المدين في الدعوى المرفوعة ضده. استنادا لاحكام المادة 1/116 من قانون اصول المحاكمات المدنية.[9] فمتى توافرت شروطها قضى القاضي بوقوعها، ومن ثم يعد الحكم الصادر عن القاضي كاشفا لها، على ان يقدم هذا الطلب قبل ختام المحاكمة وسندنا في هذا الرأي المادة 121 من قانون اصول المحاكمات المدنية التي نصت على أنه «لا تقبل الطلبات المشار اليها في المواد السابقة بعد ختام المحاكمة». ويجوز للمدعي عليه أن يقيم لدى المحكمة المختصة دعوى

(5) ويقابل النص في القوانين المدنية العربية :
- القانون المدني المصري المادة 1/365 «لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها»
- القانون المدني السوري المادة 1/363 «تطابق في صياغتها القانون المدني المصري».
- القانون المدني الكويتي المادة 1/428 «تطابق في صياغتها القانون المدني الاردني».
- قانون المعاملات الاماراتي 375 «تطابق في صياغتها القانون المدني الاردني».
- قانون الالتزامات والعقود المغربي «ليس للقاضي ان يعتد بالمقاصة إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها».

(6) وذو المصلحة في المقاصة هو احد المدينين. وقد يكون كفيلا يتمسك بمقاصة تمت بين المدين والدائن.

(7) راجع ج2 فقرة 140 ص 131 وفي هذا الاتجاه د. السنهوري الوسيط، ج3 فقرة 545 ص 911-912. د. الكزبري، ج2 فقرة 339 ص 459-456 .

(8) استنادا لحكم المادة 347 من القانون المدني الأردني «تتم المقاصة القضائية بحكم من المحكمة إذا توفرت شروطها وبطلب أصلي أو عارض»

(9) والتي نصت «للمدعى عليه أن يقابل اي إدعاء من ادعاءات المدعى: -1 بطلب المقاصة القضائية وطلب الحكم له بتضمينات عن ضرر لحقه من الدعوى الاصلية أو من اجراء حصل فيها».

مســتقلة يطالب بحقوقه حتى اذا صدر حكم في الدعويين، واختار احد الدائنين تنفيذ حكمه لدى دائرة التنفيذ كان للدائن الآخر أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدينين [10] .

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يصح الاتفاق عن النزول عن المقاصة؟

يتضح من المادة 1/98 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم لسنة 2001 انها تطابق في حكمها المادة 1/116 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

يظهر مما تقدم أنه إذا كان المدعى عليهما قد تمسكا بطلب المقاصة فعلى المحكمة أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار، مع مراعاة أن هذا الطلب يجب أن يقدم قبل ختام المحاكمة، وبالرجوع إلى الصفحة الخامسة من الفقرة الحكمية يتضح أن المدعى عليهما لم يتقدما بهذا الطلب العارض الذي يتصل بالمقاصة فإننا نتفق مع ما توصلت له محكمة النقض.

والســؤال الذي يطرح نفســه، هل للقاضي تعديل مقدار الضمان الاتفاقي. وهو ما سنتناوله في المحور الثالث.

المحور الثالث

سلطة القاضي في تعديل مقدار الضمان الاتفاقي

نصت المادة 364 من القانون المدني الأردني «-1 يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. -2 ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك». [11]

يتبين من هذا النص ان للمتعاقدين ان يحددا مقدما في العقد او بموجب اتفاق لاحق مقدار

(10) راجع د. السنهوري، الوسيط ج3 فقرة 547 ص 911-912. د. الكزبري ج2 ص459-460.

(11) ويقابل النص في القوانين المدنية العربية :

- القانون المدني المصري المادة 224 «-1 لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر -2 ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه -3 وقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين التاليتين»
- القانون المدني المصري المادة 355 «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشاً وخطأ جسيماً».
- القانون المدني السوري المادتين (225-226) مطابقتان لنص القانون المدني المصري.
- القانون المدني اليمني «يجوز الاتفاق مقدما على مقدار التعويض وفي جميع الأحوال يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض اولا يحكم بتعوض اذا كان صاحب الحق قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه».

الضمان الذي يجب على المدين الذي يتمنع عن تنفيذ التزامه او يماطل في تنفيذه والذي نجم عنه الاضرار بالدائن، وعلى القاضي أن يحكم بمقدار هذا الضمان احتراما لارادة المتعاقدين اللذين يعرفان اكثر من غيرهما مقدار الضرر الذي سيلحق بالدائن من خطأ المدين.

يتضح من المادة 364 ان المشرع أجاز للمحكمة على سبيل الاستثناء أن تعدل من مقدار الضمان المحدد من المتعاقدين لتجعله مساويا للضرر. فإذا ثبت للقاضي ان قيمة الضمان المقدرة تزيد عن قيمة الضرر كان له تخفيضه بناء على طلب المدين، وله أن يزيد في قيمته إذا كانت قيمته تقل عن قيمة الضرر اللاحق بالدائن بناء على طلبه.[12]

ويقع باطلا أي شرط تضمن سلب المحكمة سلطة التعديل دون المساس بالعقد الذي يبقى صحيحا، هذا من جهة ومن جهة اخرى يمنح القاضي سلطة تعديل قيمة الضمان المتفق عليه بما يتناسب مع مقدار الضرر.

(12) تمييز حقوق رقم 87/391 فصل 876/16 مجلة نقابة المحامين ص 334 لسنة 1990 ان المادة 364 من القانون المدني قد اجازت للمحكمة وفي جميع الاحوال بناءعلى طلب الفريقين ان تعدل في الاتفاق على الشرط الجزائي يجعل التقدير مساويا للضرر، وبناء عليه فإن صلاحية المحكمة في تخفيض التعويض المقدر بالشرط الجزائي بناء على طلب الملتزم أو زيادة التعويض بناء على طلب الفريق الاخر ليست صلاحية مطلقة وانما لها قواعد مقررة وهي ان يقدم طلب تعديل التعويض دليلا قانونيا يثبت مدعاه فان هو تخلف عن ذلك فعليه تبعة تقصره اذ لا تحكم المحكمة حسب طلب الفريقين المجرد من الدليل، وبالتالي اذا لم يقدم طالب تعديل التعويض دليلا قانونيا يثبت ما ادعاه فيلزم بالتعويض المقدر بالشرط الجزائي المبين في العقد.
وقررت في القضية رقم 1999/2141 تاريخ 2000/3/20 المنشور على الصفحة 2206 من مجلة نقابة المحامين لسنة 2001 اجازت المادة (164) من القانون المدني اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او جرى به العرف او ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير ما لم يمنعه الشارع او يخالف النظام العام او الاداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد، وعليه فانه من الجائز ان يشترط احد المتعاقدين لمصلحته في حال اخلال المتعاقد الاخر بالتزامه بضمان معين، واذا لم يكن هذا الضمان مقدرا في القانون او في العقد جاز لاحد المتعاقدين ان يحدده مقدما بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب احد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل الضمان مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك عملا بالمادة (364) من القانون المدني، وحيث ان المميزة اخلت بالتزامها بتوريد الكميات المتعاقد عليها في المواعيد المحددة ولم تثب عدم وقوع الضرر فلا يرد قولها بان عبء اثبات وقوع الضرر يقع على عاتق الجهة المستوردة طالما ان شروط عقد التوريد والشرط الجزائي وضع لمنع تاخير توريد المواد المستوردة فيكون احتساب مدة التاخير وفرض الغرامة المتفق عليها في محله وموافقا للقانون. راجع مصطفى الزرقا، احكام الالتزام فقرة 51 ، ص 84-85. د. عبد المجيد الحكيم، ج2 فقرة 82-85 ، ص 41-43 . د. انور سلطان، احكام الالتزام، فقرة 74-76، ص 77-80 .
د. سليمان مرقس، ج4، فقرة 102، ص 190-194. والجدير بالذكر ان المادة 361 من القانون المدني اليمني التي نصت على انه «يجوز للقاضي ان يخفض التعويض المتفق عليه، إذا ثبت ان التقدير مبالغ فيه أو ان الحق قد نفذ في جزء منه ولا يحكم بتعويض اذا لم يصب صاحب الحق ضرر ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف الحكمين المنصوص عليهما فيما تقدم ونصت المادة 362 «اذا جاوز الضرر مقدار التعويض المتفق عليه فيجوز لصاحب الحق أن يطالب بزيادة التعويض اذا ظهر غش في العمل أو خطأ جسيم».

إطلالة عامة حول الطعن بالنقض في المواد المدنية في فلسطين

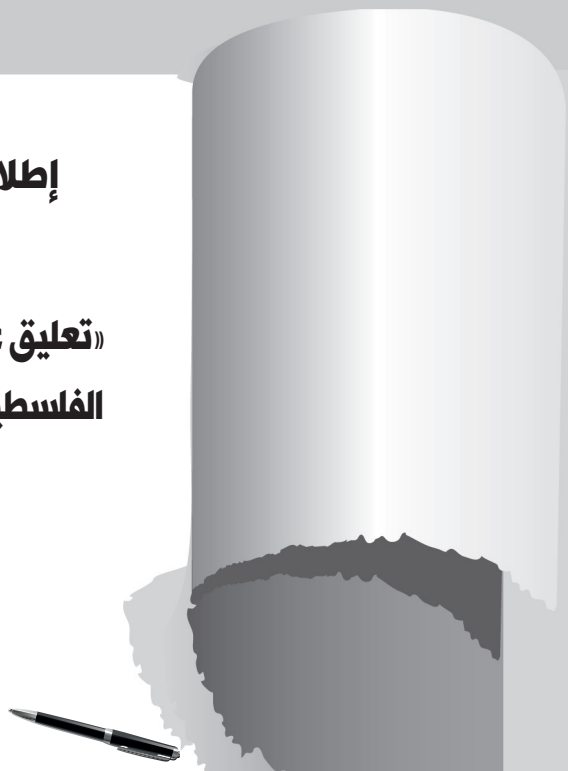
«تعليق على الحكم الصادر من محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 262 لسنة 2010»

بقلم المستشار الدكتور

عبد العزيز محمد سالمان

رئيس هيئة المفوضين

بالمحكمة الدستورية العليا المصرية/مصر



أولاً : في الوقائع :

تتحصل الوقائع – حسبما ورد بالحكم محل التعليق – في أن الشركة الطاعنة (شركة الاتصالات الخلوية الفلسطينية المساهمة الخصوصية « جوال » ، سبق وأن أقامت الدعوى رقم 104 لسنة 2006 لدى محكمة صلح رام الله، ضد المدعى عليهما محمد حمدي محمد خضير، وحمدي محمد حسن خضير لالزامهما بدفع مبلغ 7043 دينارًا أردنيًا و 440 فلسًا، للأسباب المبينة بصحيفة هذه الدعوى.

وبجلسة 2009/1/4 حكمت المحكمة بالطلبات التي طلبتها الشركة المدعية.

طعن المدعى عليهما بالاستئناف في هذا الحكم أمام محكمة مدني مستأنف رام الله، وقيد الطعن برقم 152 لسنة 2009 مدني مستأنف، رام الله بطلب الحكم بإلغاء الحكم المستأنف. وبجلسة 2010/4/13 حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء للشركة بمبلغ 3870 دولاراً بدلاً من المبلغ المحكوم به.

لم ترتض الشركة الطاعنة هذا الحكم، فطعنت عليه بطريق النقض بالطعن المعروض .

ثانياً : أسباب الطعن :

تتحصل أسباب الطعن حسبما أوردها الحكم محل التعليق في الآتي :

1. أخطأت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تطبيق القانون، وتفسيره، وتأويله، وفي تكييف العلاقة بين الطرفين.
2. الخطأ في تطبيق القانون وخاصة قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.
3. الخطأ في النتيجة التي توصلت إليها المحكمة.
4. الخطأ في تطبيق نص المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.
5. الخطأ في تطبيق أحكام المادتين 174، 175 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

وخلصت الشركة الطاعنة إلى طلب قبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه وإجراء المقتضى القانوني.

التعليــق

بداية نريد أن نؤكد أنه ليس بيدنا ســوى الحكم الصادر من محكمة النقض فقط، دون الحكم الصادر من محكمة أول درجة أو الحكم الصادر من محكمة الدرجة الثانية، ومن ثم فإن التعليق سيعتمد على ما أورده الحكم محل التعليق.

والحكم محل التعليق يثير عدة نقاط قانونية هامة يلزم التعرض لها، ولعل أهمها : محكمة النقض وظيفتها واختصاصاتها.

- أسباب الطعن بالنقض والتزام محكمة النقض بالأسباب المثارة بصحيفة الدعوى.
- الأسباب المتعلقة بالنظام العام، والتعرض لها حتى ولو لم ترد بالصحيفة.
- الأسباب غير المقبولة أمام محكمة النقض.
- مدى جواز إبداء طلبات جديدة أمام محكمة النقض.
- الطلبات العارضة، وإدخال خصوم جدد هل يجوز أمام محكمة النقض.
- التعويــض القضائــي والاتفاقي، وأهمية التفرقة بينهمــا، وأثر ذلك على الحكم محل التعليق.

ونعرض لهذه النقاط على النحو التالي :

محكمة النقض : وظيفتها واختصاصاتها [1]:

النقض لغة، إفســاد الشــئ بعد إحكامه ... ويقال نقض البناء هدمه، ونقض اليمين أو العهد نكثها، ونقض ما أبرمه أي أبطله، وانتقض الشئ أي فسد . ولا شك أن المعنى اللغوي هو مصدر تسمية الطعن بالنقض باعتبار أن الغاية من نقض الحكم هي لإبطاله أو إلغاؤه .

وفي بعض البلدان العربية تسمى محكمة النقض « محكمة التمييز «، استنادًا إلى أن دور محكمــة النقــض لا يقتصر على نقض الأحكام، بل هو في الحقيقة تمييز الصحيح

1 يراجع : المستشار طه الشريف : نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية- بدون ناشر أو تاريخ نشر، والمستشار محمد وليد الجارحي : النقض المدني – طبعة نادي القضاة.

من الباطل . إلا أن مجلس وزراء العدل العرب أقر بجلسته المنعقدة في 1992/4/22 اعتمد مصطلح الطعن بالنقض، وحدد فحواه بأنه الطعن الذي يرفع إلى المحكمة العليا بقصد نقض الحكم [2] .

فكرة الطعن بالنقض :

نشأت فكرة الطعن في الأحكام بطريق النقض في فرنسا منذ القرن الرابع عشر، حين أدرك الفقهاء إمكان القول بتولي الملك إقامة العدل بنفسه باعتباره مصدر جميع السلطات.

وعلى سند من أن القضاة إنما يحكمون بين الناس باسمه، يستطيع أن يتدخل في أعمال القضاة وذلك بمقتضى توقيعات أو خطابات يصدرها : إما بوقف إجراءات المرافعة في بعض القضايا القائمة أمام المحاكم، وإما بتعديل السير فيها، وإما بانتزاعها من قاضيها، وإحالتها إلى مجلسه الخاص ليفصل فيها باسمه مباشرة.

وعلى ذلك فقد كان الملك يصدر توقيعات بالعفو عن العقوبة المحكوم بها وأخرى بإمهال المحكوم عليه في الدفع لحين ميسرة، وثالثة بحبس من يخشى خطره على الدولة أو على الذات الملكية، وتوقيعات بوقف السير في بعض الدعاوى لغياب بعض الخصوم فيها في مهام رسمية، وبانتزاع بعض القضايا الخاصة بكبار الموظفين من ولاية المحاكم العادية وعقد الاختصاص بنظرها والفصل فيها لمجلس سام .

وبسبب تعدد المحاكم العليا في فرنسا (وكانت تسمى برلمانات) وتنازعها على الاختصاص، وتضارب الأحكام الصادرة منها، اضطر المتقاضون إلى اللجوء إلى الملك ليأمر مجلسه الخاص إما بتعيين البرلمان المختص، وإما بنقض أحد الحكمين المتناقضين، وإما بانتزاع القضية من قضاتها وإحالتها إلى المجلس الخاص ليحكم فيها.

وبقى الأمر على هذا النحو إلى أن صار اللجوء إلى الملك بالشكوى طريقًا منظماً للطعن في الأحكام.

وبعد الثورة الفرنسية أنشئ في 1790/8/21 مجلس أعلى أطلق عليه اسم « مجلس

2. يراجع المستشار طه الشريف – المرجع السابق ص 7، 8 .

النقض والإبرام « وألحق بالسلطة التشريعية، وقيل في تبرير هذا الإلحاق أن نقض الأحكام لمخالفتها القانون لا يمكن اعتباره من وظائف القضاء، بل الأشبه أن يكون من اختصاص السلطة التشريعية.

وظل الأمر في تطور طويل حتى وصلنا إلى نظام النقض الحالي [3] .

وفي مصر :

أنشأت محكمة النقض المصرية عام 1931، وهذا لا يعني أن مصر لم تكن تعرف الطعن بطريق النقض قبل هذا التاريخ، لكنها عرفته قبل ذلك بفترة طويلة، فعندما أنشأ المشرع المحاكم الأهلية سنة 1884 اكتفى بإجازة الطعن بطريق النقض في الأحكام التي تصدر في المواد الجنائية بإحالتها إلى محاكم الاستئناف مشكلة من جميع أعضائها، وذلك في حالة عدم استيفاء الأحكام المطعون فيها الأصول المقررة أو بسبب مخالفتها للقانون.

وتعدل الوضع متطورًا بأن أدخل المشرع تعديلات جوهرية سنة 1891، ثم عام 1895، ثم عام 1921، والأمر فيه من التفصيلات ما يخرجنا عن نظام البحث، حتى وصلنا الى الوضع الحالي الذي سنعرض لبعض ملامحه من خلال هذا البحث.

الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض واختصاصاتها :

يعد تطبيق القانون على وجه صحيح وتوحيد فهمه هي الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض، ذلك أن معرفة حكم القانون المنطبق على واقعات الدعوى من أهم واجبات قاضي الدعوى، والتطبيق الصحيح للقانون لا يحتاج إلى طلب من الخصوم. ولكي يحسن القاضي فهم القانون وتطبيقه؛ ينبغي أن يقف على معنى القانون وعلله وحكمته، ومقصود الشارع منه لكي يحسن تطبيقه. وعملية تفسير القانون أو تأويله عملية ذهنية تعتمد في نتيجتها على ما جعله التفسير واقع لا محالة لأنه يختلف باختلاف من يفسر، حيث تضار العدالة باختلاف التفسيرات بما يتنافى ومبدأ المساواة واهتزاز الثقة في القضاء.

3. في التفاصيل : المستشار وليد الجارحي – المرجع السابق – صـ 17 : 22 .

وعلى ذلك كان من الضروري أن تتولى محكمة عليا توحيد القضاء عن طريق الرقابة علـى تفسـير القانون وتطبيقه وهـذه المحكمة هي «محكمة النقـض» التي تعتلي مركز الصدارة في النظام القضائي.

ومحكمـة النقـض وهي تقوم بوظيفتها الأساسـية فإن دورها لا يتجاوز توحيد كلمة القانون وتوحيد تفسيره.

فهـي لا تضـع قواعد قانونية لها صفة العمومية والتجريد، بل تتولى تحديد مدلول موحد للقانون الصادر من السلطة التشريعية.

وتفسـيرها ليس تفسـيرًا مجرداً، بل هو تفسـير يرتبط دوماً بأدائها لوظيفتها حال نظرها الطعون المرفوعة إليها. ومن ثم فهي لا تختص بتقرير تفسيرات قانونية مجردة.

كما أنها لا تبحث وليس لها – ولا للقضاء بوجه عام – أن يبحث في ملاءمة التشريع أو ضرورته، لأن هذا الاختصاص منوط بالمشرع وحده.

محكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضي :

إذا كانت وظيفته محكمة النقض تقتصر – كأصل عام – على مراقبة الأحكام المطعون فيها بطريق النقض من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب دون أن تجاوز ذلك إلى مواجهـة عناصـر النزاع الذي صدر فيه الحكم من الناحيـة الواقعية، إلا منظورًا إليها من الناحية القانونية لا من ناحية إعادة الوزن أو الملاءمة أو التقدير.

وقضاء محكمة النقض مستقر على أن الطعن بطريق النقض ليس امتدادًا للخصومة الأولـى، ولا درجة مـن درجات التقاضي، حتى يصح أن يكون للخصوم فيه من الحقوق والمزايـا مـا كان لهـم أمام محكمـة الموضوع بدرجتيها من تقديم طلبـات أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها من قبل على كلتا المحكمتين، إنما هو خصومة خاصة حرم فيها المشـرع علـى محكمة النقض إعادة نظر الموضـوع للفصل فيه من جديد إلا على النحو المبين بالقانون، وجعل مهمتها مقصورة على القضاء في مدى صحة الأحكام النهائية من حيث أخذها أو عدم أخذها بحكم القانون فيما يكون قد عرض على محكمة الموضوع من الطلبات وأوجه الدفاع [4] .

4. نقض مدني – الطعن رقم 973 لسنة 51 قضائية – جلسة 1985/3/27.

ويترتب على عدم اعتبار محكمة النقض درجة ثالثة من درجات التقاضي عدة أمور، لعل أهمها :

1. أن محكمة النقض لا تعيد فهم الواقع، أو تعاود وزن الأدلة وتقدير الدليل، لأن هذا من شـؤون المحكمة، وأنها لا تبحث مسـألة من مسـائل الواقع إلا منظورًا إليها من الناحية القانونية.
2. أن المحكمة لا تقبل طلبات أو دفوع أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق طرحها على محكمة الدرجة الثانية، عدا ما يتعلق بالنظام العام والتي سوف نعرض لها فيما بعد.
3. في حالة نقض الحكم، يتعين على محكمة النقض – كأصل عام – أن تعيد القضية إلـى المحكمـة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتنظـره بهيئة مغايرة. ولا تتصدى للموضوع إلا في أحوال محددة نظمها القانون.

حالات الطعن بالنقض والالتزام بالأسباب الواردة بصحيفة (لائحة) الطعن :

يجمع حالات الطعن بالنقض أنها جميعها تندرج تحت مفهوم « مخالفة القانون» بوجه عام، ويقع تحت هذا العنوان مخالفة القاعدة القانونية والخروج عليها بصورة صريحة ومباشـرة، أو الخطـأ في تطبيـق هذه القاعـدة القانونية أو الخطـأ في تأويلها، وكذلك الخطأ الذي يؤدي إلى بطلان الحكم أو إلى بطلان في الإجراءات بما يؤثر في الحكم.

فالطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن على الأحكام لم يجزه القانون إلا لأسباب حصرية يوردها القانون .

وعلى ذلك فحالات الطعن بالنقض ينحصر في الحالات الآتية :

1. **مخالفـة القانـون** : ويقصـد بالقانون في هذا الصدد، القانـون بمعناه الأعم الذي يشـمل كل قاعدة قانونية عامة مجردة مأخوذة من مصادرها سـواء كانت مصادر أصلية أو احتياطية.

ويقصـد بمخالفـة القانون كوجه للطعـن بالنقض : إنكار القاضـي قاعدة قانونية موجـودة أو تأكيـده لقاعدة قانونية غير موجودة، سـواء كانت القاعدة من القواعد الموضوعية أو الإجرائية.

ويشـترط أن يكون الحكم مبنيًا على هذه المخالفة، أي أن يكون القاضي قد أسـس قضاءه سواء ورد في المنطوق أو في الأسباب على المخالفة محل النعي.

فإذا كان قضاء الحكم متفقًا وصحيح القانون، فإنه لا يعيبه ما يرد في أسـبابه من أخطاء قانونية.

ولا يلزم أن يكون الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بالقاعدة القانونية التي ينسـب إلى الحكم المطعون فيه مخالفتها، بل يجوز له التمسـك بالمخالفة ولو كان الحكم قد طبق القاعدة التي تمسك بها، إذ الأصل أن تطبيق القانون الصحيح من عمل القاضي [5] .

2. **الخطأ في تطبيق القانون :**

يقصد بالخطأ في تطبيق القانون، تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليهـا، أو تطبيقهـا علـى نحو يـؤدي إلى نتائـج قانونية مخالفـة كتلك التي اسـتهدفتها هـذه القاعدة، أو برفض تطبيقها على واقعـة تنطبق عليها، كأن يخطـئ في تكييف الوقائع ويـؤدي به ذلك إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق [6] .

ويشترط بطبيعة الحال أن يكون الحكم قد بني على الخطأ في تطبيق القانون، بأن يكون هذا الخطأ هو العلة المؤثرة في قضائه، وذلك بغض النظر عما ورد في أسبابه من تقريرات قانونية.

والخطأ في تطبيق العقد يعد خطأ في تطبيق القانون، إذ يعتبر العقد قانون المتعاقدين.

وفي ذلـك تؤكـد محكمة النقض المصرية بأن « العقـد قانون العاقدين، فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض « [7] .

5 يراجع الاستاذ / محمد كمال عبد العزيز- تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء- طبعة نادي القضاة- الجزء الأول – صـ 1720 .

6 محمد كمال عبد العزيز – المرجع السابق – صـ 1721 .

7 الطعن رقم 55 لسنة 7 قضائية – جلسة 1937/12/16 .

3. **الخطأ في تأويل القانون :**

يقصد بالخطأ في تأويل القانون، الخطأ في تفسيره وهو ما يفترض أن النص القانوني الذي أعمله الحكم محل خلاف، وأن الحكم تبنى تفسيرًا تراه محكمة النقض لا يتفق والتفسير الصحيح، فالخطأ في التأويل والتفسير لا يتضمن مخالفة نص القانون، وإنما مخالفة روح القانون بإعطائه معنى غير معناه الحقيقي.

4. **بطلان الحكم المطعون فيه :**

يقصد ببطلان الحكم المطعون فيه، البطلان كعمل إجرائي شاب الحكم ذاته، سواء في تشكيل الهيئة التي أصدرته بدرجاتهاالمختلفة، أو في إجراءات إصداره، أو النطق به، أو إيداع أسبابه، أو تدوينه، أو بياناته.

ويلزم أن يكون البطلان في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف، فإذا توافر وجهاً من أوجه بطلان الحكم في حكم أول درجة، فإنه لا ينصرف إلى حكم الاستئناف، ما لم يتبنى الحكم الأخير أسباب حكم أول درجة، وأيدها دون أن يضيف دعامة يمكن أن يقوم عليها الحكم الاستئنافي بصورة مستقلة.

5. **بطلان في الإجراءات أثر في الحكم :**

يقصد بذلك، أن يكون ثمة عيب شاب أحد إجراءات الدعوى منذ رفعها حتى صدور الحكم، وأن تكون هناك صلة وثيقة بين هذا العيب، وبين الحكم الصادر في الدعوى.

ويشترط لتوافر هذا الوجه للطعن بالنقض توافر ستة شروط :

أ. أن يتخذ في الدعوى إجراء باطل سواء اتخذ في بداية الخصومة، كأن يشوب البطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو الاستئناف، أو تعلق بالسير فيها أو بإثباتها، وسواء كان البطلان منصوصًا عليه أو غير منصوص عليه، كما يستوي أن يتعلق بالبطلان بالنظام العام أو الخاص.

ب. ألا يكون الخصم الذي شرع البطلان لمصلحته قد تنازل عنه أو تم تصحيح الإجراء المعيب.

ج. ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء المعيب.

د. توافر رابطة السببية بين الإجراء الباطل وبين الحكم المطعون فيه.

هـ. أن يكون الطاعن هو الخصم الذي مسه البطلان، إلا إذا كان البطلان مما يتعلق بالنظام العام.

و. أن يتمسك الطاعن بالبطلان في صحيفة الطعن.

وبوجه عام، فإن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، ويقع على عاتق من يدعي خلال ذلك إثبات إدعائه، بالوسيلة المقبولة قانونًا [8] .

الأسباب المتعلقة بالنظام العام :

يتعين على محكمة النقض أن تلتزم الأسباب التي يوردها الطاعن في صحيفة طعنه دون تجاوز، فلا يجوز لها أن تعرض لحالات جديدة غير التي أوردها القانون تحديدًا، ولا أن تتناول الطعن من خلال أسباب جديدة لم ترد في صحيفة الطعن.

ويستثنى من ذلك الأسباب المتعلقة بالنظام العام، فتعرض لها المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يوردها الطاعن في صحيفة الطعن.

وفكرة النظام العام تقوم على اعتبار أن القواعد القانونية تنقسم إلى قواعد آمرة ينعدم أمامها سلطان إرادة الأفراد، فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، وإلا وقعت اتفاقاتهم باطلة بطلانًا مطلقاً لا تصححه الإجازة، ولا يرد عليه قبول . وقواعد مكملة أو مقررة تعين الحاجة إليها لتقرير حكم القانون فيما تخلو اتفاقات المتعاقدين من النص عليه. ولهم أن يتفقوا على خلافها فإن اتفقوا فإن الاتفاق هو الذي يسري.

ومن قبيل ما يوصف بأنه من القواعد الآمرة، قواعد قانون المرافعات المتعلقة بالولاية والاختصاص، سواء النوعي أو القيمي، وبطلان صحف الدعاوى، وصحف الطعون لعدم التوقيع عليها من محامين مقبولين للمرافعة أمام المحكمة المختصة، وأسباب عدم صلاحية القضاة، ومواعيد الطعن في الأحكام، وطرق الطعن فيها، والدفع بحجية الشئ

8 الأستاذ / محمد كمال عبد العزيز – المرجع السابق – صـ 1732 وما بعدها .

المقضي، وسـريان قواعد المرافعات من حيث الزمان، وتحديد جهات القضاء وتشـكيل المحاكم وإجراءات إصدار الأحكام، وما يتعين أن تشـتمل عليه هذه الأحكام من بيانات جوهرية [9] .

وفكـرة النظـام العام، فكـرة مرنة تختلف باختـلاف الزمان والمـكان، إذ أنها تتعلق بالمصالح الأساسـية للمجتمع سياسـية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية، وإذ تتصل هذه المصالـح اتصـالاً وثيقاً بالدعامات الرئيسـية التي تقوم عليها المجتمعات، وتسـتقر في ضمائر أفرادها فهي تتابين من مجتمع لآخر.

أثر تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام :

يترتب على اعتبار القاعدة القانونية من القواعد المتعلقة بالنظام العام :

1. عدم جواز مخالفتها، أو الاتفاق على مخالفتها، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً، لا تصححه إجازة، ولا يرد عليه قبول.
2. جـواز إثارتهـا مـن أي من الخصوم أو مـن النيابة العامة في أية حالـة تكون عليها الدعوى، حتى أمام محكمة النقض.
3. على المحكمة أن تعرض لها من تلقاء نفسها، ولو لم يقم بذلك أي من الخصوم، بل وعلى الرغم منهم.
4. تسري بأثر فوري على جميع المراكز والوقائع التي لا تستقر نهائيًا وقت نفاذها، ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها.

أسباب الطعن غير المقبولة :

مـن الملاحظ على أسـباب الحكم محل التعليق أن محكمـة النقض تناولت في ردها على السـبب الأول من أسـباب الطعن أن هذا السبب مردود لعموميته وغموضه أي أنه مجهـلاً، أما عن رد الحكم على السـبب الثالث، فكان تسـبيبًا عـن طريق الإحالة، مما دعانا إلى تناول الأسباب غير المقبولة أمام محكمة النقض.

9 المستشار / محمد وليد الجارحي – المرجع السابق – صـ 949 .

والقانون يفرض بيان أسباب الطعن وبيانها هو تعيينها تعيينًا كافيًا كاشفًا عن المقصود منها، فإن شابها غموض أو إبهام، كان السبب مجهلاً و بالتالي غير مقبول.

ويمكـن القـول بوجه عام ودون دخول في تفصيلات أن أسـباب الطعن غير المقبولة تتمثل في :

1. السبب المجهل.
2. السبب الجديد.
3. السبب العاري عن الدليل.
4. السبب الموضوعي.
5. السبب غير المنتج.

ولنأت بنبذة عن كل سبب من تلك الأسباب غير المقبولة :

1. **السبب المجهل :**

لابد من بيان الأسباب بيانًا كافياً، بمعنى تحديد المآخذ التي يأخذها الطاعن على الحكم المطعون فيه، وتعيينها تعيينًا واضحاً، لا لبس فيه، وبما يبعدها عن الجهالة، بحيث ييسر لمن يطلع على الحكم أن يدرك على الفور وجه العيب الذي شابه وموضع هذا العيب منه. فإذا لم يبين الطاعن بياناً كافياً عما يقصده من النعي على الحكم ويعرفه تعريفًا واضحاً نافياً كل جهالة أو غموض، فإن النعي يكون مجهلاً.

2. **السبب الجديد :**

ترتبط قاعدة عدم قبول السبب الجديد أمام محكمة النقض ارتباطاً وثيقاً بنطاق خصومة الطعن بالنقض وبالوظيفة الرئيسـية لهذه المحكمة، وعدم اعتبارها درجة من درجات التقاضي.

فالطعـن بالنقـض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلى محكمة النقض، ولا تطرح عليها الخصومـة بكامـل عناصرها، وإنمـا هو طعن خاص لم يجـزه القانون في الأحكام النهائيـة، إلا في الأحـوال التي بينها وهي ترجع كلها – كما سـلف القول – إما إلى

مخالفة القانون، أو الخطأ في تطبيقه، أو تأويله، وإما إلى وقوع بطلان في الحكم، أو في الإجراءات أثر في الحكم.

ولا تنظر محكمة النقض إلا في الأسباب التي ذكرها الطاعن في صحيفة طعنه مما يتعلق بهذه الوجوه من المسائل القانونية.

والسبب الجديد هو وجه النعي الذي يثير عناصر واقعية لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع، أو المشتمل على قانون امتزجت به أمور موضوعية لم يسبق إثارتها أمام هذه المحكمة الأخيرة، وبالتالي لم يتسن لها أن تتأكد من صحتها ولم تعمل في شأنها سلطتها في الموازنة والتقدير.

ومن ثم يعتبر سبباً جديدًا كل طلب أو دفع أو وجه دفاع لم يطرح على قضاء الموضوع، سواء اتصل ذلك بأصل الحق أو بالمركز القانوني المدعى به أو بإجراء من إجراءات إثباته أو بوسيلة من وسائل الدفاع فيه أي بإجراء علني من إجراءات الخصومة السابقة على صدور الحكم المطعون فيه، على تفصيل ليس هنا موضعه [10] .

3. **السبب العاري عن الدليل :**

لابد أن يكون سبب الطعن مقرونًا بإقامة الدليل عليه، فقد عد المشرع من الإجراءات الجوهرية في الطعن بطريق النقض أن يناط بالخصوم تقديم الدليل على ما يتمسكون به من أوجه الطعن في المواعيد التي حددها القانون، فإن لم يحدث كان النعي عاريًا عن دليله، وبالتالي غير مقبول.

4. **السبب الموضوعي :**

السبب الموضوعي هو وجه النعي الذي ينحل إلى مجادلة محكمة الموضوع فيما لها من سلطة في فهم واقع الدعوى، أي تقرير ثبوته أو إنعدامه، وفي تقدير الأدلة المطروحة فيها، وفي تفسير العقود وسائر المحررات، وفي كافة ما يقوم به القاضي من تقديرات مادية، أو معنوية، لا تتضمن أية تقريرات قانونية.

10 في التفاصيل المستشار / محمد وليد الجارحي – المرجع السابق – صـ 917.

وتتعدد صور السبب الموضوعي بتعدد وتنوع الحالات التي يثار بمناسبتها هذا السبب، وهي حالات وإن كانت لا تقع تحت حصر، إلا أنه يمكن ردها إلا ثلاث صور رئيسية وهي [11] :

1. فهم واقع الدعوى.
2. تقدير الأدلة والترجيح بينها.
3. تفسير العقود.

5. **السبب غير المنتج :**

يكون السبب غير منتجًا عندما ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه بعيب – بافتراض صحته – إلا أنه لا يؤدي إلى نقض الحكم، إما لأن هذا العيب لا يرد على قضاء الحكم المطعون فيه، وإما لعدم تأثيره في النتيجة التي انتهي إليها الحكم.

الطلبات العارضة أمام محكمة النقض، ومدى جواز إدخال خصوم جدد :

تنقسم الطلبات في الدعوى إلى طلبات أصلية، وطلبات فرعية، الطلبات الأصلية هي التي تفتتح بها الخصومة وتنشأ من خلالها الدعوى، عن طريق صحيفة افتتاحها. أما الطلب الفرعي فهو الذي يقدم متصلاً بقضية قائمة، ويشمل ما يرفعه أحد طرفي الخصومة الأصلية على الآخر، وما يرفعه أحد طرفي الخصومة الأصلية على الآخر وما يرفعه أحدهما على شخص ثالث، وما يرفعه شخص ثالث على أحدهما أو كليهما [12] .

إذا كان هذا هو وضع الخصومة في نطاقها العادي، فإن ثمة مسائل توسع نطاق الخصومة، وهذه التوسعة إما أن تأتي من جانب الخصوم الأصليين في الدعوى، أي من المدعي أو المدعى عليه، وتسمى حينئذ بالطلبات العارضة، أو طلب الضمان أو إدخال خصوم جدد، وقد تأتي التوسعة من جانب الغير الذي لم يكن طرفًا في الدعوى وتسمى « التدخل » .

11 في التفاصيل المستشار / محمد وليد الجارحي – المرجع السابق – صـ 1010 وما بعدها.
12 محمد حامد فهمي – المرافعات المدنية والتجارية 1937 – صـ 362 وما بعدها – مطبعة النصر.

والطلبات العارضة بمعناها العام، هي المسائل التي تثار أثناء سير الدعوى وبمناسبتها، وتتميـز بأنهـا تتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقـص أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعه أو سببه أو أطرافه [13] .

والطلبـات العارضـة يجوز للمدعي تقديمها في اية حالة تكـون عليها الدعوى أمام محكمة أول درجة.

والطلبات العارضة لا يجوز طرحها إلا أمام أول درجة فقط، لأن الطلب العارض يعد مـن قبيـل الطلبات الجديدة التي لا يجوز طرحها أمام محكمة الدرجة الثانية. حتى لا يؤدي ذلك إلى حرمان مبدي الطلب الجديد، ومن أبدى في مواجهته من الانتفاع بميزة عرض النزاع على درجتين.

وقـد أكـدت على ذلك المادة 235 من قانون المرافعـات المدنية والتجارية بقولها « لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها .

ومـع ذلـك يجوز أن يضاف إلى الطلـب الأصلي الأجور والفوائد والمرتبات وسـائر المستحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى، وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات.

وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حالة تغيير سببه والإضافة إليه.

ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد».

وإذا كان أمر عدم قبول طلبات جديدة في الاستئناف أمرًا أورده المشرع بصريح النص سالف الذكر، فإن عدم قبول الطلبات العارضة أمام محكمة النقض أمر مقطـوع بـه حتى ولو لم يرد به نص مماثل لهذا النص، نظرًا لأن طبيعة محكمة النقـض، وطبيعـة النزاع الذي يطـرح عليها يأبى ذلك فمحكمة النقض ليسـت محكمـة موضـوع، ولا تنظر الموضوع، حتـى ولو كان ذلك في الحالات التي تنظر فيهـا المحكمـة موضوع الدعوى، فهي تنظـر فيه وفقًا للنطاق المحدد والذي كان

13 الأستاذ / محمد العشماوي ود. عبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن – الجزء الثاني – سنة 1958 – المطبعة النموذجية – صـ 308 وما بعدها .

معروضًا على محكمة الاستئناف، وفي الحدود التي طرحها الطاعن، وما يتعلق بالنظام العام دون غيرها.

ومن ثم يكون الطلب الجديد غير مقبول أمام محكمة النقض، سواء كان طلب مقاصة أو غيرها، وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا الأمر في الكثير من أحكامها، فقررت بأن: « الطعن بطريق النقض ليس امتداداً للخصومة الأولى ولا درجة من درجات التقاضي حتى يصح أن يكون للخصوم فيه من الحقوق والمزايا ما كان لهم أمام محكمة الموضوع بدرجتيها من تقديم طلبات وأوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها من قبل على كلتا المحكمتين، وإنما هو خصومة جديدة حرم فيها المشرع على محكمة النقض إعادة نظر الموضوع للفصل فيه من جديد إلا على النحو المبين في القانون وجعل مهمتها مقصورة على القضاء في صحة الأحكام النهائية من حيث أخذها أو عدم أخذها بحكم القانون فيما يكون قد عرض على محكمة الموضوع من الطلبات وأوجه الدفاع » [14].

إذا كانت الطلبات العارضة غير مقبولة أمام محكمة النقض، فهل يجوز إدخال خصوم جدد ؟

مدى جواز التدخل أو الإدخال في خصومة النقض :

نظمت المادتين 259، 260 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري هذا الأمر.

فيجري نص المادة 259 على أن: « يجوز للمدعى عليهم في الطعن قبل انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة السابقة أن يدخلوا في الطعون أي خصم في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يوجه إليه الطعن، ويكون إدخاله بإعلانه بالطعن ..... » .

والواضح من صريح النص أن الحق في إدخال الغير في خصومة النقض قاصر على المطعون ضده دون الطاعن الذي لا يجوز له كأصل عام إدخال من فاته اختصامه في صحيفة الطعن.

ويتعين أن يتم الإدخال بالإجراء وفي الميعاد المنصوص عليهما .

14 الطعن رقم 973 لسنة 51 قضائية – جلسة 1985/3/27 .

كما نصت المادة 260 من قانون المرافعات على أن : « يجوز لكل خصم في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يعلنه رافع الطعن بطعنه ليتدخل في قضية الطعن ليطلب الحكم برفض الطعن، ويكون تدخله بإيداع مذكرة بدفاعه قلم الكتاب قبل انقضاء الميعاد المحدد في الفقرة الأولى من المادة 258 مشفوعة بالمستندات التي تؤيدة ..... « .

والواضح من النص أن التدخل المنصوص عليه قاصر على من لم يختصمهم الطاعن من المحكوم لهم المتعددين.

ولا يجوز للمتدخل أن يطلب الحكم بشئ آخر غير رفض الطعن.

التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي :

أهمية التفرقة بينهما – أثر هذه التفرقة على الحكم محل التعليق .

- الحكم المطعون فيه سواء في رأي الأغلبية الذي صدر على أساسه الحكم، أو في الرأي المخالف تناول التعويض من وجه النظر التي يراها.
- تقدير التعويض إما أن يكون قانونيًا، أو اتفاقيًا، أو قضائيًا:

التعويض القانوني :

قد يتدخل المشرع – في بعض الأحيان – لتحديد التعويض بنص القانون، ومثالها نص المادة 226 من القانون المدني التي تنص على : « إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزمًا بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية لها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره « .

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) :

قد يدرك المتعاقدان من واقع ظروف العقد ومدى التزاماتهما المتقابلة أن التعويض

الـذي يقـرر وفقًـا للقواعـد العامة عن الإخـلال بالعقـد لا يكون عادلاً بالنسـبة لأحدهما أو كليهما، لذلك فإن المشـرع يصرح لهما بتحديد قيمة التعويض مقدماً بما يتفق والعدالة من وجهة نظرهما المشتركة . فنصت المادة 223 مدني على أنه : « يجـوز للمتعاقديـن أن يحـددا مقدمًا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215 : 220 « .

وتنـص المـادة 224 / 1، 2 على أنه :« -1 لا يكون التعويض الاتفاقي مسـتحقًا إذا أثبـت المديـن أن الدائن لم يلحقه أي ضـرر . -2 ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه «

وتنص الفقرة الثالثة من المادة على أنه :« يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين « .

وتنـص المـادة 225 علـى أنه :« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائـن أن يطالـب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشـاً أو خطأ جسيمًا» .

فالمشـرع يحتـرم إرادة الطرفين في تحقيـق جبر الضرر بتعويـض اتفاقي يقل عن التعويض الكامل .

فالشرط الجزائي – كما تقول المذكرة الايضاحية – ليس في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدرًا لوجوب التعويض، بل الوجوب مصدرًا آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى .

التعويض القضائي :

إذا لـم يوجـد نص أو اتفاق يقـدر التعويض، فإن القاضي هو الذي يقدره، وقد حدد المشرع للقاضي العناصر التي يجب أن يضعها عند تقدير التعويض، وهي عناصـر من شـأنها أن تؤدي إلـى التعويض الكامل الـذي يجبر كل ضرر لحق بالمضرور.

فقد نصت المادة 170 من القانون المدني على أن : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضـــرر الذي لحق المضـــرور طبقًا لأحكام المادتين 221، 222 مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة فإذا لم يتيسر وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالبه خلال مدة معينة إعادة النظر في التقدير « .

كمـــا نصـــت المـــادة 221 على أن : « إذا لم يكـــن التعويض مقدرًا في العقد أو في نص القانـــون فالقاضـــي هو الذي يقدره، ويشـــمل التعويض ما لحق الدائن من خســـارة وما فاته من كســـب بشـــرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في اســـتطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ومـــع ذلـــك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشًـــا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» .

والواضح من هذا العرض الموجز لأنواع التعويض أن للمحكمة في حالة وجود شـــرط جزائي أن تعدل من هذا الشـــرط بالتخفيض بمقدار ما نفذ من الالتزام لكن لا يحق للمحكمة الزيادة على مبلغ التعويض الذي ورد به الشرط الجزائي، ومـــن ثـــم فإن الرأي المخالـــف الذي صدر مـــن القاضيين د. عثمـــان التكروري، وعدنـــان الشـــعيبي هـــو الذي نراه قد صادف صحيح القانـــون، مع تحفظنا على بعـــض مـــا ورد بحكم النقض محل التعليق من كيفية تناول أوجه الطعن، وطريقة التســـبيب وإمكانية بناء الحكم على ســـبب واحد ولغة الحكم، وضوابط تســـبيب الحكـــم الصـــادر من محكمـــة النقض، وهي أمور نجدها غايـــة في الأهمية، لكن نطاق التعليق يضيق عن ذلك.

وقـــد قصدنـــا مـــن هذا التعليق أن يكون إطلاله عامـــة، لأن كل نقطة تم عرضها، لم تُبحث بحثاً متعمقاً لأن ذلك يتطلب وقتاً طويلاً ومساحة أوفر، وإنما اقتصر الأمر على المبادئ والضوابط العامة، ولعله يتاح لنا فيما بعد أن نعرض لبعض التفصيلات في بعض الموضوعات التي عرضنا لها .

حكم رقم 2012/238 نقض مدني

موضوعه تمثيل النائب العام لدعاوى الحكومة

2012/238 نقض مدني

دولة فلسطين

السلطة القضائية

محكمة النقض

الحكم

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة باجراء المحاكمة واصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد / محمود حماد

وعضوية القضاة الســادة : ايمان ناصر الدين، محمد ســامح الدويك، خليل الصياد، طلعت الطويل.

الطاعن : معالي وزير المالية بالاضافة الى وظيفته

عطوفة النائب العام بصفته ممثلاً عن الحكومة

المطعون ضده : جريس بندلي حصري / رام الله

وكيله المحامي الاستاذ سباح سباح / رام الله

الاجراءات

تقدمت الجهة الطاعنه بواسطة وكيلها بهذا الطعن بتاريخ 2012/3/21 لنقض الحكم الصــادر عن محكمة اســتئناف رام الله في الطعن الاســتئنافي رقــم 2011/289 بتاريخ 2012/2/23 المتضمن قبول الاســتئناف موضوعاً والغاء الحكم المســتأنف والحكم برد الدعوى رقم 2008/205.

وتلخصت اسباب الطعن بما يلي :

1. الحكم المطعون فيه مخالف للاصول والقانون
2. الحكم المطعون فيه يفتقر الى التعليل والتسبيب ولا يستند الى اي اساس قانوني

3. اخطأت محكمة الاستئناف في تطبيق القانون باعتبارها ان النائب العام لا يملك الصلاحية في اقامة الدعوى لمصلحة الحكومة.
4. اخطأت محكمة الاستئناف بتطبيقها نصوصاً قانونية غير نافذة في الاراضي الفلسطينية
5. اخطأت محكمة الاستئناف بتفسيرها لقرار ديوان التفسير الاردني
6. اخطأت محكمة الاستئناف في تأويل وتفسير القانون وتطبيقه وذلك بعدم تطبيق القرار الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم 43 لسنة 1964.
7. اخطأت محكمة الاستئناف في تطبيق القانون وتأويله بقرارها القاضي بانها غير مختصة بنظر الدعوى كون ان المطالبة يحكمها قانون تحصيل الاموال الاميرية رقم 6 لسنة 1952.

وطلبت الجهة الطاعنة قبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه موضوعاً والغاء الحكم المطعون فيه واعادة الدعوى الى محكمة الاستئناف للنظر بها وفق الاصول واحكام القانون.

لم تتقدم الجهة المطعون ضدها بلائحة جوابية رغم تبلغها لائحة الطعن في 2012/3/27.

المحكمة

وبعد التدقيق والمداولة قانوناً نجد ان الطعن مستوف لاوضاعه القانونية لذا نقرر قبوله شكلاً.

كذلك نجد ان الاوراق تشير الى ان المدعيين

1. معالي وزير المالية بالاضافة الى وظيفته
2. النائب العام بصفته ممثلاً عن الحكومة

اقاما هذه الدعوى لدى محكمة بداية رام الله في مواجهة المدعى عليه جريس بندلي حصري لمطالبته بمبلغ (266322) مائتي وستة وستون الف وثلاثمائة وعشرون ديناراً مستحقة للخزينة العامة عن ضرائب الاملاك المستحقة.

وبالاستناد الى الوقائع والاسباب المذكورة في لائحة الدعوى.

باشرت المحكمة المذكورة النظر في الدعوى وبعد استكمال اجراءات المحاكمة اصدرت محكمة بداية رام الله حكمها في الدعوى رقم 2008/205 بتاريخ 2011/4/11 المتضمن الـزام المدعـى عليه بدفع المبلغ موضوع الدعوى 266322 دينـاراً اردنياً للجهة المدعية مع الرسوم والمصاريف.

لدى طعن المدعى عليه في هذا الحكم اسـتئنافاً وبعد اسـتكمال اجراءات المحاكمة في مرحلة الطعن الاستئنافي اصدرت محكمة استئناف رام الله حكمها رقم 2011/289 بتاريخ 2012/2/23 المتضمن قبول الاستئناف موضوعاً والغاء الحكم المستأنف والحكم برد الدعوى رقم 2008/205 بداية رام الله وتضمين الجهة المسـتأنف عليها الرسـوم والمصاريف ومبلغ مائتي دينار اتعاب محاماة.

لـم يلـق الحكم المذكـور قبولاً لدى الجهة المدعية فطعنت فيـه لدى محكمة النقض للاسباب المذكورة في اللائحة المقدمة منها في 2012/3/21.

وعن اسباب الطعن

عن السبب الاول وحاصله النعي على الحكم المطعون فيه مخالفته للاصول والقانون.

وفي ذلك نجد ان الطاعن لم يبين في هذا السـبب وجه مخالفة الحكم المطعون فيه للاصول والقانون لكي يتسنى لمحكمة النقض مناقشة ذلك مما يتعين معه رده للعمومية والغموض.

وعـن السـبب الثانـي وحاصله النعي علـى الحكم المطعون فيه افتقـاره الى التعليل والتسبيب ولا يستند الى اي اساس قانوني.

وفي ذلك نجد ان الحكم المطعون فيه اشتمل على علله واسبابه المؤدية اليه والمتصلة بعدم صحة الخصومة.

وحيـث لـم تبين الطاعنة ما هية عدم اسـتناد الحكم المطعـون فيه الى القانون لكي يتسنى لمحكمة النقض الرد على ذلك بالمناقشة والتحليل.

الامر الذي يتعين معه رد هذا السبب.

وعن السبب الثالث وحاصلة النعي على محكمة الاستئناف خطاها في تطبيق القانون واعتبارها ان النائب العام لا يملك الصلاحية في اقامة الدعاوى لمصلحة الحكومة.

وفي ذلك نجد ان الدعوى الماثلة جرى اقامتها من النائب العام بصفته ممثلاً عن الحكومة في مواجهة المدعى عليه جريس بندلي حصري.

لمطالبته بمبلغ 266322 ديناراً اردنياً مستحقة للخزينة عن ضرائب الاملاك والدعوى بهذا التكييف تغدو مقامة طبقاً لاحكام المادة 2/3 من قانون دعاوى الحكومة رقم 25 لسنة 1958 التي تنص على انه يقيم النائب العام الدعاوى للحكومة على اي كان وفق الاجراءات المنصوص عليها في المادة التاسعة من هذا القانون.

ولما كان ذلك وكانت اقامة الدعوى من قبل النائب العام طبقاً للقانون المذكور منوطة بالمادة التاسعة منه والتي تنص على انه:

أ. جميع الخلافات التي تحصل بين الحكومة وبين اي كان والتي لا تزيد قيمتها عن الف دينار ويتعذر حلها ترسل الى وزير المالية الذي عليه ان يحيلها الى المستشار الحقوقي في وزارة المالية ليتولى دراستها وابداء رايه فيها بتقرير يرفعه الى الوزير المشار اليه.

ب. اذا راى المستشار الحقوقي بنتيجة الدرس والتدقيق ان الحكومة على حق في تلك الخلافات وان النتيجة ستكون بجانبها لو رفعت الى القضاء احال وزير المالية الامر الى النائب العام ليسير في الدعوى وفق احكام هذا القانون.

ج. اذا راى المستشار خلافاً لما ورد بالفقرة (ب) من هذه المادة احال الوزير الامر الى لجنة مكونة من رئيس النيابة العامة رئيساً ومن النائب العام والمستشار الحقوقي في وزارة العدلية والمستشار الحقوقي في وزارة المالية وموظف من الدائرة المعنية في النزاع الذي يعينه الوزير المختص اعضاء لدراسة تلك الخلافات وتقديم توصياتها الى وزارة المالية التي عليها ان تعمل براي هذه اللجنة سواء اكان قرارها بالاجماع ام بالاكثرية.

د. في الدعاوى التي ترفع الى المحاكم ويرى النائب العام في اي دور من ادوار المحاكمة فيها ان النتيجة قد لا تكون في جانب الحكومة يرفع بها تقريراً سرياً الى وزير المالية الذي عليه ان يرسل هذا التقرير الى اللجنة المنصوص عليها في الفقرة (ج) لتقديم توصياتها الى وزير المالية للعمل بها).

والمستفاد من ذلك ان التفويض الذي منحه القانون للنائب العام بتمثيل الخزينة او الحكومة في الدعاوى التي تقام عليها او منها وفقاً للمادة سالفة الاشارة (3) من القانون المذكور هو تفويض معلق ومقيد بطلب وزير المالية الذي يجب ان يستند الى راي المستشار الحقوقي او اللجنة المختصة حسب مقتضى الحال عملاً باحكام الفقرات أ،ب،ج من المادة التاسعة من القانون ، وكذلك فإن النائب العام لا يملك التصرف في الدعوى حتى ولو كان يرى ان النتيجة ليست في صالح الحكومة الا براي الوزير الذي يجب ان يتقيد به بتوجيه اللجنة المختصة عملاً بالفقرة د من المادة التاسعة المشار اليها. هذا واذا كان النائب العام لا يملك اقامه دعوى لمصلحة الحكومة او الخزينة والتي لا تتجاوز قيمتها الف دينار الا بطلب وزير المالية طبقاً للمفهوم السالف بيانه.

فإن ما توصلت اليه محكمة الاستئناف من حيث ان الدعوى الماثلة بالنظر لقيمتها مقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها لعدم الحصول على التفويض اللازم من الجهة المعينة يغدو واقعاً في محله وبأنه لا تثريب عليها في الاخذ بما توصل اليه الديوان الخاص بتفسير القوانين الاردني رقم 25 لسنة 1968 باعتبار ان اعتماد هذا التفسير يعد تفسيراً منها والتفسير من صلاحيات المحاكم ونحن وبدورنا نقرها عليه فان كان التفويض واجب مراعاته في الدعاوى التي تقل قيمتها عن الف دينار فان من باب اولى يكون واجباً في الدعاوى التي تزيد على الف دينار فالذي لا يملك الاقل الا باذن فانه لا يملك الاكثر الا باذن.

وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده.

وعن باقي اسباب الطعن فان محكمة النقض لا ترى موجباً للرد عليها في ضوء ما جاء في الرد على السبب الثالث.

ولكل ما تقدم تقرر محكمة النقض بالاغلبية رد الطعن الماثل بجميع اسبابه وتأييد الحكم المطعون فيه.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2014/6/4

الكاتب **الرئيس**

القرار المخالف المعطى
من القاضي طلعت الطويل

اخالــف راي الاغلبيــة المحترمة فيما قضت به ذلك ان الحكم المطعون فيه اذ قضى بــرد الدعــوى للاســباب التي اوردها به، ذلك ان محكمة الاســتئناف اخطأت في تأويل القانون وفي الاصطلاح هو انحراف بمعنى النص عن مرار الشارع منه وفي مجال تطبيق قواعد التفسير المنصوص عليها طبقاً للقرار الصادر.

وعن ديوان تفسير القوانين لصدوره بعد تاريخ 67/5 وفقاً للقرار بقانون رقم 1994 والمتعلق باســتمرار العمل بالتشــريعات السارية قبل صدور هذا القرار باعتباره تفسيراً قانونياً والذي لا يعتبر تشريعاً ولا يصح الاستئناف اليه كونه غير مطبق لدينا.

ولما كانت المادة الثالثة من قانون دعاوى الحكومة تنص (يقيم النائب العام الدعاوى التــي للحكومــة على اي مكان والنص جاء مطلقاً ولم يرد اي نص يخصص هذا النص وان القرارات الصادرة عن ديوان تفسير القوانين اضحت قانوناً وان هذا التفسير سنة 1968 الامر الذي لا يعتد به ولا ينطبق لدينا .... ذلك ان هذا القانون قد استند لاحكام المادة 1/45 من الدســتور الاردني الغير ســاري في فلســطين اضافة لذلك ان التفسير المذكور جاء (بما تعلق بالخلافات التي تزيد قيمتها على الف دينار فيما ان قانون دعاوى الحكومة لم يعهد الى جهة معينة حق طلب اقامة الدعوى بها من النائب العام نيابة عن الحكومة وهذا ليس به تقييد للنائب باقامة دعاوى الحكومة باي اذن او طلب قبل تاريخ 68/12/16 وهناك تفريق بين مرحلتين قانونيتين لتمثل النائب العام للحكومة والفاصل بين هاتين المرحلتين هو ذلك القرار التفسيري الاول الذي اجاز اقامة الدعوى لمصلحة الحكومة وفق النص الاصلي لصريح المادة الثالثة من قانون دعاوى الحكومة دون اذن وفق تمثيله المطلق للحكومة والمرحلة الاخرى الثانية بعد صدور هذا القرار التفسيري والتي تشترط حصول النائب العام على اذن من مجلس الوزراء لاقامة الدعوى بالاستناد للنص المعدل بعد عام (67) والمشرع الاردني تحديداً فرق بين هاتين المرحلتين وكذلك التعديل جاء وفق الاجراءات المنصوص عليها في المادة التاسعة من هذا القانون وحيث جاء في المادة الرابعة ان جميع الدعاوى التي اقيمت قبل نفاذ هذا القانون صحيحة.

وكما انني ارى بما ورد في النص (اقل من الف دينار والتي تحتاج اذن من وزير المالية.

الامر الذي اجد معه ان احكام المادة التاسعة من القانون لا تسري عليها عبارة الا تحديداً (لا تزيد قيمتها موضوعها عن الف دينار فيما اذا كان مراد المشرع وفق عبارة النص وصيغته المكونة من مفرداته وجمله والمراد بما يفهم من عبارة النص والذي يستوي ان يكون المعنى مقصوداً من سياق النص اصالة او مقصوداً تبعاً وكذلك اشارة النص بما يفهم من اشارة النص المعنى الذي لا يتبادر فهمه من الفاظه ولا يقصد من سياقه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من الفاظه فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام ولكونه كذلك فان دلالة النص المعنى الذي يفهم من روحه ومعقوله وكذلك اقتضاء النص والمقصود بما فيهم من اقتضاء النص المعنى الذي لا يستقيم الكلام الا بتقديره فقد جاءت صيغة النص وفق ما ورد ليس فيها لنظر يدل على ما توصلت اليه الاغلبية المحترمة.

وبالتالي ووفق لما اوردناه كان يتوجب على محكمة الاستئناف ان تقرر صحة الخصومة كون الدعوى اكثر من الف دينار اردني.

ولما كان قانون تحصيل الاموال الاميرية رقم 6 لسنة 1952 هو جواز تحصيل هذه الاموال الاميرية بالوسائل المنصوص عليها قانوناً والذي يعتبر قانوناً تنفيذياً والذي يعطي الحق للحكومة العمل وفق احكام هذا القانون الذي منح هذا الحق لجميع الاطراف سواء اكانت اموال اميرية او خاصة للحكومة ومن تمثله في هذا السياق.

الامر الذي اجد معه في اسباب الطعن بمجملها وارد على القرار المطعون وتستوجب النقض.

لذلك

ارى قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم فيه واعادة الاوراق لمصدرها لاجراء المقتضى القانوني اللازم في 2014/6/4

القاضي المخالف

التعليق على حكم محكمة النقض رقم 2012/238 الصادر بتاريخ 2014/6/4

بقلم القاضي الدكتور فؤاد درادكة

قاضـي محكمة التمييز الأردنـية

نائـب رئيـس محكمة التمييـز /الاردن.

مختصر الوقائع :

يشير الحكم محل التعليق إلى أن المدعيين :

1. معالي وزير المالية ، بالإضافة إلى وظيفته .
2. النائب العام بصفته ممثلاً عن الحكومة ، أقاما الدعوى لدى محكمة بداية رام الله في مواجهة المدعى عليه جريس بندلي حصري لمطالبته بمبلغ (266322) ديناراً مستحقة للخزينة العامة عن ضرائب الأملاك المستحقة .

باشرت المحكمة المذكورة النظر في الدعوى وبعد استكمال إجراءات المحاكمة أصدرت محكمة بداية رام الله حكمها في الدعوى رقم 2008/205 بتاريخ 2011/4/11 المتضمن : إلزام المدعى عليه بدفع المبلغ موضوع الدعوى (266322) ديناراً أردنياً للجهة المدعية مع الرسوم والمصاريف .

طعن المدعى عليه في هذا الحكم استئنافاً وبعد استكمال إجراءات المحاكمة الإستئنافية أصدرت محكمة استئناف رام الله حكمها رقم 2011/289 بتاريخ 2012/2/23 ويتضمن :- قبول الإستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف والحكم برد الدعوى رقم 2008/205 بداية رام الله وتضمين الجهه المستأنف عليها الرسوم والمصاريف ومبلغ مائتي ديناراً اتعاب المحاماة .

لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى الجهه المدعية فطعنت فيه لدى محكمة النقض ، التي أصدرت بتاريخ 2014/6/4 حكمها رقم 2012/238 قضت فيه بالأغلبية رد الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه .

من الواضح أن النزاع المطروح في حكم التعليق محكوم بقانون دعاوى الحكومة الأردني رقم (25) لسنة 1958 وتعديلاته ، ويمكن تبرير سريان هذا القانون بالإستناد إلى ما يلي :

- **أولاً :** ما جاء بالقرار رقم (1) لسنة 1994 الصادر عن رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية / رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ، حيث جاء في مادته الأولى ما يلي ((يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت

سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية ((الضفة الغربية وقطاع غزة)) حتى يتم توحيدها)) ، وجاء في مادته الثانية ((تستمر المحاكم النظامية ... على اختلاف درجاتها في مزاولة أعمالها طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها)) .

- **ثانياً :** ما جاء أيضاً بالقرار رقم (5) لسنة 1995 تاريخ 1995/4/17 ، حيث نصت المادة الأولى منه على أن ((تؤول إلى السلطة الفلسطينية جميع السلطات والصلاحيات الواردة في التشريعات والقوانين والمراسيم والمنشورات والأوامر السارية المفعول في الضفة الغربية وقطاع غزة قبل 1994/5/19)) .
- **ثالثاً :** ما جاء كذلك في القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 ، الصادر عن رئيس دولة فلسطين بتاريخ 2014/7/2 ، حيث نصت المادة الأولى منه على أن ((يشار إلى قانون دعاوى الحكومة رقم 25 لسنة 1958 وتعديلاته لغايات إجراء هذا التعديل بالقانون الأصلي)) .

يستفاد من هذه النصوص التشريعية أن قانون دعاوى الحكومة الأردني رقم (25) لسنة 1958 وتعديلاته التي أجريت عليه قبل 1967/6/5 هو القانون الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية ، حيث لا يوجد ما يشير إلا أنه تم إلغاء العمل به وحل محله قانون جديد ، أو جرى عليه أي تعديل ، ويؤكد ذلك ما جاء في المادة (4) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 التي جاء فيها ((تعتبر جميع الدعاوى التي أقامها النائب العام قبل نفاذ أحكام هذا القرار بقانون صحيحه وكأنها أقيمت بموجب أحكامه)) .

لقد سقنا هذه المقدمة حتى لا يتبادر للذهن أن نص المادة (4) المشار إليها آنفاً تعني إعمالاً لمبدأ رجعية القوانين ، ذلك أنها تكرس واقعاً قائماً وإعمالاً لقانون ما زال ساري المفعول في الأراضي الفلسطينية ما دام لم يجر أي تعديل عليه قبل التعديل الأخير ، حيث نصت المادة رقم (5) من القانون رقم (18) لسنة 2014 على أن ((يلغى كل من يتعارض مع أحكام هذا القرار بقانون)) . وهذا

يعنـــي أن الدعاوى المقامـــة قبل هذا التعديل وفي ظل قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958 ، مقامة بصورة صحيحة ، إذا كانت متبعه فيها الإجراءات التي يحكمها ذلك القانون .

فالأصل كما هو معلوم عدم رجعية القوانين ، فالقرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 ليس فيه إعمالاً لمبدأ الرجعية ولا يؤثر بالحقوق المكتســبة ، لأن التعديل الرئيس الذي ورد فيه يتعلق بآلية إقامة الدعوى من النائب العام وفق ما نصت عليه المادة (3) والتي نصــت علــى أن ((جميع الخلافات التي تحصل بــين الحكومة وبين الغير ويتعذر حلها يقيــم النائــب العام الدعوى بشــأنها بــإذن من رئيس الدولة أو رئيــس الوزراء أو رئيس المالية)) . فهذا التعديل لا يمس أصل الحقوق ، والغرض المقصود منه تحقيق العدالة وحسن سير القضاء ، والقاعدة أنه لا يجوز الإدعاء بالحق المكتسب إذا ما أصبح الحق مخالفاً للنظام العام .

القيمة القانونية للتفسير الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين :

لقــد جــاء في حيثيــات حكــم محكمة النقــض ((... لا تثريب عليهــا في الأخذ بما توصل إليه الديوان الخاص بتفسير القوانين الأردني رقم (25) لسنة 1968 بإعتبار أن إعتماد هذا التفســير يعد تفســيراً منها والتفسير من صلاحيات المحاكم ونحن بدورنا نقرها عليه)) .

ومن ذلك يتضح أن محكمة النقض اخذت على اســتحياء بالقرار التفســيري الذي استندت إليه محكمة استئناف رام الله .

وتجدر الإشــارة إلى أن القرار الذي يصدره الديوان الخاص بتفســير القوانين يكون له مفعول القانون ، استناداً إلى نص المادة (123) من الدستور الأردني التي تنص على أن ((-1 للديوان الخاص حق تفسير أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته إذا طلب إليه ذلك رئيس الوزراء ... .

..... - 2

..... - 3

4 – يكـون للقـرارات التي يصدرها الديوان الخاص وتنشـر في الجريدة الرسـمية مفعول القانون .

5 – .....)) [1] .

أما وإن القرار التفسيري رقم (25) لسنة 1968 قد صدر بتاريخ 1968/10/17 ، وبالتالي لا يجوز الإستناد إليه في ظل سريان قانون فلسطيني يقتصر السريان على القوانين والاوامر التي كانت سارية المفعول قبل 1967/6/5 . فإن ذلك منوط بالقانون محل التطبيق .

لقد سبق لنا الإشارة إلى قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958 هو القانون الـذي يحكـم النزاع ، أي أن النصوص لم تتغير وبالتالـي لا مجال للتحفظ الذي أبدته محكمة النقض من الأخذ بالقرار التفسيري ، لأن العبرة بسريان قانون دعاوى الحكومة وهو سابق على تاريخ 1967/6/5 ، والقرار التفسيري يستند إلى نص سابق على هذا التاريـخ ، كما أن التفسـير الصحيح للنـص القانوني لا يؤثر على المراكز القانونية ، ولا نرى صحة فيما ذهب إليه – قرار المخالفة .

صلاحية النائب العام في إقامة الدعوى المدنية :

بعـد أن اسـتعرضت محكمـة النقـض في حكمها نص الفقرة (أ) من المـادة الثالثة ، والمادة التاسـعة من قانون دعاوى الحكومة ذكرت في متن الحكم ما يلي : ((والمسـتفاد مـن ذلـك أن التفويض الـذي منحه القانون للنائب العام بتمثيل الخزينة او الحكومة في الدعاوى التي تقام عليها او منها وفقاً للمادة سالفة الإشارة (3) من القانون المذكور هو تفويض معلق ومقيد بطلب وزير المالية الذي يجب ان يستند إلى رأي المستشار الحقوقي أو اللجنـة المختصة حسـب مقتضى الحال عملاً بأحـكام الفقرات (أ،ب،ج) من المادة التاسـعة مـن القانـون وكذلك فإن النائب العام لا يملـك التصرف في الدعوى حتى ولو كان يرى ان النتيجة ليسـت في صالح الحكومة إلا برأي الوزير الذي يجب ان يتقيد به بتوجيه اللجنة المختصة عملاً ، الفقرة (د) من المادة التاسعة المشار إليها .

(1) وهذا ما سار عليه قرار محكمة التمييز الأردنية إنظر على سبيل المثال :
تمييز حقوق رقم 2005/2604 هيئة عامة تاريخ 2006/4/9 وتمييز حقوق رقم 2006/891 تاريخ 2006/9/17 .

هذا وإذا كان النائب العام لا يملك إقامة دعوى لمصلحة الحكومة أو الخزينة والتي لا تتجاوز قيمتها الف دينار إلا بطلب وزير المالية طبقاً للمفهوم السابق بيانه ، فإن ما توصلت إليه محكمة الإستئناف من حيث ان الدعوى الماثلة بالنظر لقيمتها مفوضة فمن لا يملك الحق في تقديمها لعدم الحصول على التفويض اللازم من الجهه المعنية يغدو واقعاً في محله)) .

إن ما توصلت إليه محكمة النقض يتفق وصحيح القانون ، ذلك أن قرار تفسير الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم (25) لسنة 1968 المشار إليه آنفاً يفضي إلى هذه النتيجة من ناحية ، وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في الدعاوى المماثلة من ناحية ثانية [2].

وعلى ضوء ذلك ، لا يملك النائب العام إقامة الدعوى بصفته ممثلاً للحكومة إلا بطلب من وزير المالية ، وبمفهوم المخالفة إذا قدم طلب إقامة الدعوى إلى النائب العام لم يمنحه القانون هذه الصلاحية ، كوكيل وزارة المالية ، أو مساعد وزير المالية أو المستشار الحقوقي في الوزارة ، فإن الدعوى والحالة هذه تكون مقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها . ومؤدى ذلك ان لا قيمة قانونية للإذن الصادر من مستوى إداري أدنى من المستوى الإداري المنصوص عليه في قانون دعاوى الحكومة ، الذي أناط الأمر بوزير المالية .

فالحصول على إذن لإقامة الدعوى ، وإن كانت مسألة إجرائية فهي شرط شكلي لقبول الدعوى ، ولا تعتبر بأي حال ركناً من أركان الدعوى .

التعريف القانوني للحكومة :

لما كانت الدعوى مقدمة من النائب العام بصفته ممثلاً عن الحكومة ، للمطالبة بضرائب أملاك مستحقة للخزينة ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو المقصود بالحكومة ؟

(2) انظر على سبيل المثال : تمييز حقوق رقم 2008/2585 تاريخ 2008/9/23 وتمييز حقوق رقم 2006/2482 تاريخ 2007/2/22 وتمييز حقوق رقم 2004/1334 تاريخ 2004/9/23 وتمييز حقوق رقم 1999/1776 تاريخ 2004/1/27 .

نشير إبتداء إلى أن كلمة (الحكومة) تعني الحكومة الأردنية الهاشمية أو أية دائرة من دوائرها وفقاً لتعريفها في المادة (2/ب) من قانون دعاوى الحكومة .

وقد سبق للديوان الخاص بتفسير القوانين أن فسر عبارة دوائر الحكومة : بأنها جميع المصالح الحكومية التي تساهم في أداء وظائف الدولة ، سواء أكانت من الدوائر الحكومية المنصوص عليها في نظام تنظيم الوزارات وارتباط دوائر الحكومة بها أو الدوائر الأخرى التي أحدثت أو ستحدث بموجب أي تشريع آخر .

(انظر قرار التفسير رقم (30) لسنة 1963 وقرار التفسير رقم (5) لسنة 1969) .

وقد أستقر قضاء محكمة التمييز الأردنية على أن المقصود (الحكومة) على ضوء ما ورد في قراري التفسير السابق الإشارة إليهما ، أنها الشخصية الإعتبارية للدولة ذات الذمة المالية القابلة للإلتزام والإلزام ، أي القابلة لأن تكون مدينة او دائنة وان اي فرع أو جزء من هذه الشخصية الإعتبارية تكون تصرفاته المالية مضافه أو مضمومه على شخصية الدولة الإعتبارية من الناحية المالية ، وليس له شخصية اعتبارية أو مالية مستقلتان ويعتبر دائرة من دوائر الحكومة لغايات قانون دعاوى الحكومة وأغراضه[3] .

وقياساً على ذلك ، فإن الحكومة المقصودة في فلسطين هي الحكومة التي يتم تشكيلها وفقاً لأحكام الدستور الفلسطيني – القانون الأساسي ، وهي الشخصية الإعتبارية للدولة ذات الذمة المالية القابلة للإلتزام والإلزام ، أي القابلة لأن تكون مدينة او دائنة وأن اي فرع أو جزء من هذه الشخصية الإعتبارية– ليس له شخصية إعتبارية او مالية او مستقلة – ويعتبر دائرة من دوائر الحكومة لغايات القانون المذكور ، وبهذا المعنى فإن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية لا يعتبر جزءاً من الحكومة .

وخلاصة القول إن ما ذهبت إليه الأغلبية المحترمة في الحكم محل التعليق هو الرأي الذي يتفق واحكام القانون فيما نرى ، وفقاً لما بيناه ، وان رأي المخالفة لا يستند إلى

(3) انظر على سبيل المثال : تمييز حقوق رقم 2005/3344 (هيئة عامة) تاريخ 2006/7/5 وتمييز حقوق رقم 2006/1425 تاريخ 2007/2/19 وتمييز حقوق رقم 1988/283 هيئة عامة تاريخ 1988/9/25.

تفسير سليم لنصوص قانون دعاوى الحكومة ، فهذا الرأي يشير إلى المادة الثالثة من قانون دعاوى الحكومة، ((والنص جاء مطلقاً ولم يرد أي نص يخصص هذا النص وان القرارات الصادرة عن ديوان تفسير القوانين أضحت قانوناً ، وإن هذا التفسير لسنة 1968، الأمر الذي لا يعتد به ولا ينطبق لدينا ...)) .

بالإضافة إلى ما ذكرناه سابقاً ، ان تفسير النص القانوني يستلزم الإطلاع على النصوص الملازمة / المتعلقة بالنص محل التفسير ، وإن الوقوف على النص بحد ذاته لا يؤدي إلى الوصول إلى نتيجة سليمة ، ولما كانت المادة الثالثة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمادة التاسعة فكان لزاماً قراءتها معها حتى يصار إلى تفسير المادة الثالثة تفسيراً سليماً ومن ثم الوصول إلى مراد المشروع . ويمكن الإسترشاد في هذه المسألة بالقرار التفسيري رقم 43 لسنة 1964[4] وهو سابق على عام 1967 ، وقد جاء فيه :

((وحيث أن (ال) في كلمة الدعاوى الواردة في مطلع الفقرة (د) هي ال التعريف العهدية ، فإن الدعاوى المقصودة في هذه الفقره هي الدعاوى التي ترفع إلى المحاكم بشأن الخلافات المبحوث عنها في الفقرات السابقة والتي لم يتم حلها بالصورة المنصوص عليها في هذه الفقرات ، أي الخلافات التي لا تزيد قيمتها عن ألف دينار .

ولا يمكن هنا القول أن كلمة (الدعاوى) في الفقرة (د) قد جاءت مطلقة وأنه يجب أن تجري على إطلاقها وان تشمل كافة الدعاوى مهما بلغت قيمتها ذلك لأن المطلق لا يجري على إطلاقه إذا ورد دليل التقييد نصاً أو دلالة .

ومن الواضح أن دليل التقييد مستفاد من (ال) التعريف العهدية كما أسلفنا ومن اتحاد العلة في الفقرة (د) والفقرات الثلاث السابقة لها ... واتحاد العله يوجب اتحاد الحكم)) ، إذا كان ظاهر نص المادة الثالثة قد جاء مطلقاً بألفاظه ، فإن دليل التقييد قد ورد في النص ذاته عندما ورد ((.... وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة التاسعة من هذا القانون)) .. أي لا بد من إستقراء نص المادة (9) حتى نصل إلى تفسير سليم لنص المادة الثالثة ، وهو ما توصل إليه القرار التفسيري رقم (25) لسنة 1968 .

(4) المنشور على الصفحة 337 من عدد الجريدة الرسمية رقم 1751 تاريخ 1964/4/1 .

تعليق على حكم النقض المدني
رقم 238 لسنة 2012
تساؤلات بسبب الحكم وأخرى بمناسبته

بقلم الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام – حقوق القاهرة/مصر

لـم تجـر العادة على عنونة التعليقات التي تُسـطر على الأحـكام ، ولكننا وجدنا أن التقيد الصارم بهذا المسـلك سـيعني التصدي للتساؤلات المباشرة التي طرحها النزاع ، دون تلك التي تثار بمناسبته ، مع أهميتها وخطورة الإشكاليات المتولدة عنها .

وهكذا اقتضى الإلمام بابعاد الموضوع ، تجاوز الاقتصار على معالجة تخومه المباشرة، وإمتداد تلك المعالجة لتخومه غير المباشرة أيضاً .

وقبل أن نخوض في الفرعين المشار إليهما ، نود أن نسجل في كلمات موجزات نقاط الخصومة ، لتكون تحت نظرنا ونحن نشرع في استخلاص المبادىء القانونية التي حكمت القضية ، وتقديرنا لها .

واقعات النزاع:

يتمحور النزاع في ثلة نقاط أساسية كالتالي:

- أقام النائب العام دعوى أمام محكمة بداية رام الله لمطالبة أحد الأشخاص بمبلغ مائتي وستة وستون ألف وثلاثمائة وعشرون دينار كضرائب أملاك.
- بتاريـخ 11 أبريـل 2011 أصدرت محكمة الدرجة الأولـى حكمها بالزام المدعى عليه بالمبلغ الذي إدعته الإدارة محملاً بالرسوم والمصاريف.
- لم يلق حكم محكمة بداية رام الله قبول صاحب الشأن ، فطعن عليه بالإستئناف طالباً إلغاء الحكم المستأنف ورد الدعوى.

  وبتاريـخ 23 فبراير 2012 قضت محكمة اسـتئناف رام الله بقبول الاسـتئناف والحكـم بـرد الدعـوى ، اعتماداً على رفعها بغير الطريـق القانوني المتمثل في استئذان الجهات المعنية.
- طعنـت جهـة الإدارة على هـذا الحكم الأخير أمام محكمة النقض التي قضت في 4 يونيو 2014 بتأييد الحكم المطعون فيه ، لعين السبب المُتبنى من قضاء الإستئناف.
- جاء حكم محكمة النقض بأغلبية الآراء ، مما يفيد بوجود رأي مخالف ، الأمر الذي يستدعي الموازنة بين الرأيين (الأغلبية – الأقلية) والترجيح – من وجهة نظر فقهية – بينهما .

أولاً – التساؤلات المطروحة بسبب الحكم:

سنعرض لتلك التساؤلات من خلال المناعي التي وجهت لحكم محكمة الاستئناف وموقف قضاء النقض منها.

وقد هاجمت صحيفة الطعن بالنقض حكم الاستئناف عبر عدة جبهات ، فتصدرت مخالفة الأصول القائمة لائحة الطعن ، وتلى ذلك الزعم بالافتقار للتعليل والتسبيب ، وانتفاء الأساس القانوني .

ولم تلق المحكمة أدنى مشقة في استبعاد السبب الأول ، لما لابسه من غموض وأحاط به من عمومية.

وواجه السبب الثاني ذات المصير لكونه جاء على خلاف الحقيقة ، حيث اشتمل الحكم الطعين على «**علله وأسبابه المؤدية إليه والمتصلة بعدم صحة الخصومة**».

وبقي من أسباب الطعن الخطأ في تطبيق القانون.

فقد انتهي قاضي الاستئناف إلى أن النائب العام لا يملك صلاحية إقامة الدعوى نائباً عن الحكومة ، حيث قدمت الدعوى من قبل النائب العام بصفته ممثلاً للحكومة في مواجهة صاحب الشأن لمطالبته بقيمة ضرائب أملاك مستحقة عليه. وطبقاً للقانون 25 لسنة 1958 ، هذه الدعاوى مقيدة بالحصول على موافقة وزارة المالية ، وفقاً للمراحل المقررة نصاً . وبغياب هذا الإذن لا مفر من رفض الدعوى لرفعها دون احترام الإجراءات الواجبة المراعاة.

وكان تقدير الإدارة أن القيد المنوه عنه قاصر – بحسب نص المادة التاسعة من القانون 25 لسنة 1958 – على الدعاوى التي لا تزيد قيمتها عن ألف دينار أردني ، وإذ تجاوزت الدعوى المثارة هذا المقدار ، فلا محل لإثقالها بهذا العبء ، والقول بخلاف ذلك يشكل مخالفة في تطبيق القانون تبرر نقض الحكم.

وكان على قاضي النقض الترجيح بين الاتجاهين ، ليتمكن من حسم النزاع ، واعطاء التفسير الصحيح لنص المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1958 بشأن دعاوى الحكومة.

وطبقاً لتلك المادة «أ- جميع الخلافات التي تحصل بين الحكومة وبين أي كان والتي لا تزيد قيمتها على ألف دينار ويتعذر حلها ترسل إلى وزير المالية الذي عليه أن يحيلها إلى المستشار الحقوقي في وزارة المالية ليتولى دراستها وإبداء رأيه فيها بتقرير يرفعه إلى الوزير المشار إليه . ب- إذا ر أي المستشار الحقوقي بنتيجة الدرس والتدقيق أن الحكومة على حق في تلك الخلافات وأن النتيجة ستكون في جانبها لو رفعت إلى القضاء أحال وزير المالية الأمر إلى النائب العام ليسير في الدعوى وفق أحكام هذا القانون. جـ- إذا كان رأي المستشار خلافاً لما ورد في الفقرة (ب) من هذه المادة أحال الوزير الأمر إلى لجنة مكونة من رئيس النيابة العامة رئيساً ومن النائب العام والمستشار الحقوقي في وزارة العدلية والمستشار الحقوقي في وزارة المالية وموظف من الدائرة المعنية في النزاع يعينه الوزير المختص ، أعضاء لدراسة تلك الخلافات وتقديم تواصيها إلى وزارة المالية التي عليها أن تعمل برأي هذه اللجنة سواء أكان قرارها بالإجماع أم بالأكثرية ...».

وهذا النص خاص بالدعاوى المدنية التي ترفعها الحكومة للمطالبة بمديونياتها تجاه الأشخاص الطبيعية أو المعنوية.

والأذن الذي يصدر من وزير المالية بمثابة قيد إجرائي يثقل الدعاوى التي ترفعها الحكومة لتحصيل مطلوباتها ، وبدونه تتعرض الخصومة للحكم بعدم القبول ، مما يعني رد الدعوى شكلاً بلغ ما بلغ وجه الحق للمدعي في موضوعها.

وبعيداً عن طبيعة الإذن الصادر من وزير المالية ، فإن الكيفية التي يتبلور بها تدعو للدهشة.

فالمنازعة تحال لوزارة المالية ليقوم وزيرها بعرض الأمر على المستشار الحقوقي ، فإذا رجح الأخير جانب السير في الدعوى ، تعين على الوزير التزام هذا الرأي ومنح الموافقة باللجوء للقضاء.

وهكذا لا يملك الوزير إلا التسليم – في هذا الفرض – بما انتهي إليه ر أي المستشار الحقوقي ، وهو ما يكشف أن سلطته مقيدة بصورة تامة وكاملة.

ولا يختلف الوضع في الفرض العكسي ، ففي حالة اقتراح المستشار الحقوقي إغلاق ملف المنازعة القضائية ، لرجحان كفة خسارتها على كفة كسبها ، على الوزير طرح الموضوع على لجنة بعينها ، وعليه إعمال توصيتها ، ولو صدرت بالأغلبية.

والواقع أن الأمر لا يتعلق بتوصية ، كما ورد في النص ، وإنما بقرار يتولى الوزير فقط تجسيده بإعمال مفاده وتنفيذ مقتضاه.

وهذا التصور يناقض اعتبار الوزير الرئيس الأعلى لوزارته [1] ، ويجافي إمكانية تعرضه للمسؤولية السياسية عن الدعاوى التي رفعت أمام المحاكم أو حجبت عنها ، بناءً على رأي المستشار الحقوقي أو اللجنة المعنية.

وقصارى القول أن الفهم الذي صيغ النص لترجمته اكتنفه تعارض ظاهر.

وسوف نعود لهذا التعارض فيما بعد، إلا أن ما سبق يقودنا إلى لب النزاع:

نطاق تطبيق المادة التاسعة من قانون دعاوى الحكومة :

فالنص صريح في انصرافه إلى المنازعات التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار أردني ، فهل يمكن مد حكمه أيضاً إلى الخصومات التي تزيد عن هذا المقدار ، أم أن إعماله ينحصر في إطار المنازعات المحددة قيمتها نصاً؟

وبرغم بديهية هذا السؤال، وإمكانية مقابلته في أي نظام قانوني يتعرض لإشكالية مشابهة ، إلا أن الأمر له خصوصيته في الفرض محل الدراسة.

فقانون دعاوى الحكومة في الأصل قانون أردني ، وصدر تشريع محلي يقضي بتطبيق القوانين والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل 5 يونيو 1967.

وبهذه الخطوة أضحت تلك القوانين وكأنها صادرة من السلطة التشريعية الفلسطينية.

وفى هذه الحدود لا يبدو أن هناك مشكلة حقيقية ، إلا أن الوضع يتبدل إذا وضعنا في الحسبان صدور تفسير من ديوان تفسير القوانين في الأردن عام 1968 يوضح أن

(1) يستفاد ذلك من المهام المناطة بالوزير وفقاً للمادة 71 من القانون الأساسى.

الدعاوى التي تتعدى قيمتها الألف دينار أردني تخضع لقيد موافقة وزير المالية لتحريكها. وتأسس هذا الفهم على أنه إذا كانت المنازعات قليلة القيمة تتطلب إذن وزير المالية لتأخذ طريقها إلى الساحات القضائية ، فمن المنطقي إقتضاء ذات الإجراء بخصوص الدعاوى عالية القيمة.

ويجرنا المفهوم المحدد للنص ، من خلال ديوان التفسير ، إلى التعرف على طبيعة عمله.

ولا مراء في أن هذا التفسير أقرب إلى ما يعرف بالتفسير التشريعي . فهو لا يفترق عنه إلا في أن أساسه نص دستوري (المادة 123 من الدستور الأردني) لا تفويض من المشرع العادي[2].

فالتفسير ينصب على نص قانوني في حاجة إلى الوقوف على صحيح مكنونه وحقيقة مضمونه ، كما أن صدوره يغلق باب الجدل حول مدلول النص ، وعلى الجميع الالتزام به.

ولذا ينص صراحة على نشر التفسير في الجريدة الرسمية ، وعاء الإعلام بالقواعد القانونية ، حيث ينصهر التفسير في القاعدة المفسرة ويصبح جزءاً منها[3].

ومن المستقر أن التفسير التشريعي ، وما يأخذ حكمه يسري بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ إصدار التشريع الأصلي.

وعله ذلك جليه ، فالتفسير يكشف عن إرادة المشرع لحظة سن القاعدة ، دون إضافة

(2) فى بيان ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أن «السلطة العامة إذا وضعت قاعدة تنظيمية – فإنه يكون من حقها أن تلغيها أو تعدلها حسبما يقتضيه الصالح العام ، كما إنها تملك تفسيرها لإجلاء ما بها من غموض أو إزالة ما فيها من تناقض ، ولكن لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة صادرة من سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة ، كما أنها لا تملك تفسيرها إلا بتفويض خاص بالتفسير من السلطة التي أصدرتها ...».
المحكمة الإدارية العليا – 1959/4/4 – مجموعة الأحكام – جـ (4) – ص1119.

(3) تأكيداً لذلك قضت الفقرة (4) من المادة 123 من الدستور الأردني المنشئة لديوان التفسير أن «يكون للقرارات التي يصدرها الديوان الخاص وتنشر في الجريدة الرسمية مفعول القانون».

أو حذف[4] ، ومن ثم يأخذ حكم النص منذ لحظة ميلاده[5].

يبين مما سبق أن الخلاف الذي شجر حول تفسير ديوان التفسير الأردني ، وكونه جاءً لاحقاً لعام 1967 ، وبالتالي انتفاء سند للاقتداء به لا محل له[6].

فالعبرة ليست بتاريخ التفسير ، وإنما بتاريخ النص ، لكون الأول يندمج فيه ويصبح جزءاً من كيانه وكأنه صدر بهذه الحالة منذ البداية.

والواقع أن المشكلة لا تكمن في تاريخ التفسير ، وإنما في الجهة القائمة عليه.

وبعبارة أكثر تفصيلاً: هل تطبيق القانون رقم 25 لسنة 1958 بشأن دعاوى الحكومة في إطار حزمة القوانين المعمول بها قبل 5 يونيو 1967 ، تعني الأخذ بالتفسيرات التي تصدر من ديوان التفسير الأردني ؟

فى قناعتنا أن الإجابة بالنفي هي الأدنى للصحة.

فتبنى قوانين مطبقة في بلد آخر لا يفضي بالضرورة إلى تبني آليات إنفاذها ، ومنها – بطبيعة الحال – أجهزة تفسيرها . فالقواعد العامة المجردة مادامت عادلة ، وتحقق التوازن المطلوب بين المصالح المتصارعة ، لا حائل يعوق انتقالها من بلد لآخر ، أما آليات أو أدوات النفاذ فمسألة تتسم بالمحلية ، ويتعين أن تراعى خصوصيات البيئة التي تتواجد فيها ، ومن ثم يصعب تقبل أن تعبر تلك الأدوات الحدود مع القاعدة العامة الأصلية.

(4) الإضافة أو الحذف في القانون التفسيرى إذا جاءت من البرلمان ، فإنها لا تسرى بأثر رجعى ، وينظر إليها على إنها تعديل يطبق من وقت صدوره وإتخاذ إجراءات نشره.
أما إذا وقعت الإضافة من الجهة المفوضة ، فإن ذلك يعنى سن تشريع عن غير طريق السلطة التشريعية ، فالجهة المفوضة عليها أن تلتزم حدود التفسير لا تبارحها بأي حال ول أي سبب ، وإلا انتهكت أحكام الدستور وخرقت قواعده باغتصاب إختصاص منوط بالسلطة التشريعية.

(5) واتت المحكمة الإدارية العليا الفرصة لتأكيد تلك القاعدة ببيانها إنه «وإن كان القرار .. قد نشر بتاريخ 17 من أغسطس سنة 1967 ولم يتضمن نصاً يقضى بنفاذه في تاريخ سابق على تاريخ نشره ، غير أنه ليس من شك في سريانه اعتباراً من تاريخ نفاذ القانون الذي صدر القرار التفسيرى استناداً لأحكامه ، وذلك لأن القرارات التفسيرية إنما تصدر لتكشف عن غوامض القانون ، ولتزيل الإبهام الذي قد يلابس بعض نصوصه ، فهي لا تخرج عن أحكام القانون أو تعدله أو تستحدث أحكاماً لم يتناولها».
المحكمة الإدارية العليا – 1968/11/16 – الموسوعة الإدارية الحديثة – إعداد نعيم عطية ، حسن الفكهانى – جـ(19) قاعدة (221) – ص381.

(6) نلمح ذلك في الر أي المخالف الذي أشار بوضوح إلى أن أبرز علل عدم تطبيق تفسير ديوان التفسير صدوره بعد يونيو 1967.

هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن الاختصاص التفسيري للديوان قد ينطلق في موطنه الأصلي (الأردن) لدواعي تتخلف في فلسطين.

فطبقاً للبند (1) من المادة 123 من الدستور الأردني لا ينعقد الاختصاص التفسيري لديوان التفسير إلا بالنسبة للنصوص «التى لم تفسرها المحاكم». فماذا لو اصدر هذا الجهاز تفسيراً لنص لم تتعرض له المحاكم الأردنية ، في حين أن المحاكم الفلسطينية أتيحت لها الفرصة لتفسير النص ، وبالتالي أنتفى ، بالنسبة لها ، مبرر تدخل الديوان للنهوض بالدور المنوط به ؟

وأخيراً ، فإن وجود الديوان في الأردن يستند إلى نص دستوري، لا نظير أو مقابل له في النظام القانوني الفلسطيني، فكيف يمكن والحال على هذا المنوال قبول اتباع التفسير الصادر عن هذا الديوان؟ (7)

والخلاصة إنه لا إلزام على المحاكم الفلسطينية بإتباع التفسير الصادر من ديوان التفسير الأردني **لا قبل عام** 1967 **ولا بعده.**

والحقيقة أن الحكم والرأي المخالف اتفقا حول هذه الجزئية ، والتباين بينهما ظاهري وشكلي.

فمن الدعائم الأساسية للرأي المخالف صدور التفسير عام 1968، أي في تاريخ تالي لإعلان العمل بالقوانين الأردنية في فلسطين.

والواقع أن محكمة النقض ومن قبلها محكمة الاستئناف لم يقرا تفسير ديوان التفسير لكونه تفسيراً ملزماً، وإنما بوصفه مجرد رأي مقبول في تحديد أبعاد النص محل النزاع، والأمر أشبه باتباع رأي فقهي هنا أو هناك يقدر القاضي منطقيته وسلامة بنيانه وقوة حججه وتماسك براهينه.

وكانت عبارات محكمة النقض في هذا الخصوص قاطعة، ولأهميتها نعيد التذكرة

(7) طبقاً للبند الأول من المادة 123 دستور الأردن «للديوان الخاص حق تفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته إذا طلب إليه ذلك رئيس الوزراء».
وجدير بالتسجيل أن الر أي المخالف قد ألمح إلى ذلك حال بسطه لدواعى عدم انضمامه لوجهة نظر الأغلبية.

بها : «فإن ما توصلت إليه محكمة الإستئناف من حيث أن الدعوى الماثلة بالنظر لقيمتها مقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها لعدم الحصول على التفويض اللازم من الجهة المعنية يغدو واقعاً في محله وبانه لا تثريب عليها في الأخذ بما توصل إليه الديوان الخاص بتفسير القوانين الأردني رقم 25 لسنة 1968 باعتبار أن اعتماد هذا التفسير **يعد تفسيراً منها** والتفسير من صلاحيات المحاكم ونحن بدورنا نقرها عليه ...».

والحيثيات – هكذا – تفيد بلا مواربة أن التفسير الذي اقتنعت به محكمة الاستئناف، وإن كان قد سبق إليه ديوان تفسير القوانين بالأردن ، فإنه يعد تفسيراً صادراً عنها، أي أن الإلزام مستمد من الحكم ذاته ، لا من قرار الديوان التفسيري.

تبقى من هذا الشطر من التعليق التساؤل عن الرأي في تفسير القيد المتضمن المادة التاسعة من قانون دعاوى الحكومة ، وإمكانية تطبيقه على المنازعات التي تزيد قيمتها عن ألف دينار أردني .

لدينا أكثر من داعي يمنعنا من الاقتناع باستدعاء مبدأ «من باب أولى» ، لكي يتعدى القيد الذي أورده المشرع بالنسبة للمنازعات قليلة القيمة إلى المنازعات التي تتجاوز المقدار المحدد نصاً.

فمن زاوية ، نص المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1958 بمثابة قيد على دعاوى الحكومة ، وبالتالي يقع في دائرة الاستثناءات ، والقاعدة أن الاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره.

ومن زاوية ثانية ، نحن نميل إلى أن القيد الخاص بالمنازعات التي تقل عن الف دينار ، يعود إلى بساطة قيمتها. وتلك البساطة دعت المشرع إلى عدم اتخاذ الإجراءات القضائية إلا حال رجحان كسب الدعوى ، منعاً من إزدحام ساحات المحاكم وإثقال جداولها بعبء لا يوازي العائد منها.

لذلك ترك أمر البت في مصير المنازعات بسيطة القيمة لرأي المستشار الحقوقي أو اللجنة المشار إليها نصاً ، بحيث ينحصر دور وزير المالية في الاعتماد على ما سلف من تبيان.

ومن زاوية ثالثة وأخيرة ، فإنه إذا كان من المقبول ترك التصرف في مطالبات الحكومة قليلة القيمة في يد جهات إدارية ، لا يملك الوزير إلا اعتماد قراراتها ، فإنه من غير المقبول أن يتحد الحكم في الخصومات مرتفعة القيمة والتي يجب أن تكون الكلمة الفاصلة فيها للقضاء والقضاء وحده.

والقول بغير ذلك يعني أن المستشار الحقوقي أو اللجنة المختصة ، سيتحولا إلى محكمة، حال رفضهما إحالة الأمر إلى القضاء ، بناء على فهم ربما تكشف الأيام عدم صوابه.

وهذا التحول لا يتسم فقط بعدم المعقولية ، وإنما يصطدم – وبشدة – بالنصوص الدستورية ، إذ سنجد جهات غير قضائية ، أو بالأحرى إدارية ، تمتلك سلطة حسم منازعات مديونية جهة حكومية، حال رفض احالة تلك المنازعات إلى المحكمة المعنية.

ولعل خير إثبات لرجحان تحليلنا إقدام المشرع على تعديل قانون دعاوى الحكومة مؤخراً ، لإلغاء المادة الرابعة واستحداث أخرى محلها تتباين مع سابقتها في مضمونها وفلسفتها ، وهو ما يعبر بجلاء عن افتقار المادة الرابعة قبل التنقيح إلى الاتساق بين الصياغة المتبناه والغاية المتوخاه.

ثانياً – التساؤلات المثارة بمناسبة الحكم:

عقب صدور حكم محكمة النقض في 4 يونيو 2014 ، سارع الرئيس الفلسطيني إلى سن قرار بقانون بتاريخ 2 يوليو 2014 ، قضت المادة الرابعة منه باعتبار «جميع الدعاوى التي اقامها النائب العام قبل نفاذ أحكام هذا القرار بقانون صحيحة وكأنها أقيمت بموجب أحكامه».

وينبثق عن هذا النص ثلاثة تساؤلات:

- هل يجوز للرئيس الفلسطيني إصدار قرار بقانون يسري بأثر رجعي ؟
- ما أثر القرار بقانون على حكم محكمة النقض الصادر في 4 يونيو 2014 ؟.

- هـل يندرج رئيـس الدولة ضمن اصطلاح الحكومة كما ورد في القانون رقم 25 لسنة 1958 ؟

وبعد طرح هذه التساؤلات ، علينا بسط الإجابة عليها .

أ. جواز إصدار رئيس الدولة لقرار بقانون بأثر رجعي:

جـواز إصـدار رئيس الدولة لقرار بقانون بأثر رجعـي لا يتحدد إلا على ضوء بيان سند إصدار ذلك القرار بقانون.

وتفيـد ديباجـة قـرار رئيـس الدولة بقانون رقم 18 لسـنة 2014 أن ممارسـة تلك الصلاحية تأسس على المادة 43 من القانون الأساسي[8].

والمـادة سـالفة البيان تنظم ما يعرف فقهيـاً بلوائح الضرورة . والضابط الجوهري لتلك اللوائح أن تواجه الدولة خطراً حالاً يتطلب سـن تشـريعات لا تحتمل التربص لحين عودة البرلمان من اجازته أو إعادة تشـكيله حال حله . ولا مفر إزاء ذلك من قبـول سـن السـلطة التنفيذية للتشـريعات المتطلبة ، على أن تعـرض على البرلمان صاحب الاختصاص التشريعي الأصيل ، في أول جلسة له.

وربط إصدار لوائح الضرورة بالخطر الحال ، يمنع استخدام تلك الصلاحية لإقرار قواعـد بأثـر رجعي . فالرجعية في حالتنـا تفيد إصدار قانون لمواجهة خطر مضى وانقضى ، أو لا يتطلب وضع قواعد بخلاف تلك القائمة[9].

وفى اعتقادنا أن المادة 43 من القانون الأساسي ليست هي سند إصدار القرار بقانون محل الدراسة .ففلسطين تمر – كما هو معلوم – بأزمة دستورية تمنع تشكيل المجلس النيابي أو

(8) طبقاً لنص المادة 43 من القانون الأساسى «لرئيس السلطة الوطنية في حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعى إصدار قرارات لها قوة القانون ، ويجب عرضها على المجلس التشريعى في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون ، أما إذا عرضت على المجلس التشريعى على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون».

(9) قلنا بهذا الرأي في خصوص المادة (147) من دستور 1971 وهي في مضمونها تتطابق مع المادة 43 من القانون الأساسى.
انظر مؤلفنا: القانون البرلمانى – 2006 – ص440.

اجتماعه ، بما يفضي إلى تعطيل النصوص الدستورية المتعلقة بالسلطة التشريعية[10].
ولا معدى بالتالي من جمع رئاسة الدولة بين الوظيفتين التنفيذية والتشريعية.

وما تضعه السلطة التنفيذية من تشريعات خلال فترة الأزمة واندماج السلطات الحادث فيها ، لا ينظر إليه كقرارات بقوانين ، وإنما كقوانين حقيقية ، كما لو كانت قد سنت عبر السلطة التشريعية.

وبهذا قضت المحكمة العليا المصرية (المحكمة الدستورية العليا الآن) بإعلانها «ومن حيث أنه بالنسبة إلى عدم عرض القانونين المطعون فيهما الصادرين في غيبة المجالس النيابية – على هذه المجالس عند انعقادها لإقرارهما ، فمن المقرر قانوناً وجوب التفرقة في هذا الصدد بين القرارات بقوانين التي تصدر أثناء قيام الحياة النيابية وتلك التي تصدر أثناء وقفها أو تعطيل العمل بالدستور ، فالأولى فقط هي التي تعرض على المجلس النيابي فور إنعقاده بحيث يترتب على عدم عرضها أو رفضها الأثر الذي ينص عليه الدستور ، أما الثانية فلا تزول قوتها القانونية عند اجتماع المجلس النيابي بعودة الحياة النيابية لمجرد عدم عرضها على هذا المجلس ، ذلك أنها تعتبر قوانيناً عادية لا يمكن إلغاؤها إلا بقوانين مثلها ...»[11].

(10) من الشروط المتطلبة لذلك ألا تكون السلطة الحاكمة تقف وراء هذا التعطيل وإنها فرضته بإرادتها المنفردة ، حيث نكون في هذا الفرض أمام ما يعرف «بالانقلاب الدستوري».
- ولا يتصور إعفاء السلطة التنفيذية التي تجرؤ على هذا المسلك من عرض القرارات بقوانين على البرلمان عند عودته.

ومن الأمثلة الحديثة نسبياً على تعطيل السلطة الحاكمة النصوص الدستورية الخاصة بالسلطة التشريعية ما وقع في الكويت عام 1976 من إيقاف الحياة البرلمانية لمدة أربع سنوات . وتكرر المسلك مرة أخرى سنة 1986 حيث جرى تعطيل بعض أحكام الدستور وإيقاف الحياة البرلمانية لمدة غير محددة.
لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن واستعراض مفصل للآراء حول عرض المراسيم التي صدرت إبان تعطيل البرلمان ، انظر على وجه الخصوص:
- عادل الطبطبائى – مدى اختصاص مجلس الأمة بنظر المراسيم بقوانين الصادرة في فترة الحل – مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت – السنة (18) – العدد (4) – ص11 ،
- يسري العصار – نظرية الضرورة في القانون الدستورى والتشريع الحكومى في فترات إيقاف الحياة النيابية – 1995.

(11) المحكمة العليا (مصر) – 1987/4/1 – مجموعة الأحكام – جـ2 – ص120.
وحرى بالتسجيل أن المحكمة الإدارية العليا (مصر) قد سبقت إلى استخلاص ذات المعانى في حكم لها صدر في 1963/6/29 – مجموعة الأحكام – السنة 8 – العدد (3) – ص1418.

واضطلاع رئاسة الدولة – في فترات إندماج السلطات – بإصدار قواعد تشريعية، يجيز لها ، بالتبعية ، سريان تلك القواعد بأثر رجعي.

ولا محل للمحاجة في هذا الشـأن بعدم توافر الأغلبية البرلمانية اللازمة لإنفاذ ذلك الأثر ، فالفرض أن البرلمان غائب ، لسبب لا يد للسلطة الحاكمة فيه ، مما يعني أنه من المستحيل سن القاعدة عبر منفذها الطبيعي ، ومن ثم لا مفر من السماح للسلطة التنفيذية بإصدار القاعدة وبأثر رجعي ، إعمالاً لمبدأ لا التزام بمستحيل ، ومادامت المصلحة العامة تقتضي ذلك.

وقد نحت المحكمة العليا في مصر هذا المنحى بإعلانها جواز إصدار مجلس الوزراء قوانـين لهـا أثر رجعي في الفتـرة التي أعقبت ثورة يوليو 1952 وحتى تشـكيل المجلس النيابي على النحو الذي ساقه دستور 1956.

ويترجم هذا الشطر من الحيثيات الفهم السابق: «ومن حيث أن القول بأن الإعلان الدستوري الصادر في 10 من فبراير سنة 1953 الذي صدر القانون المطعون في ظله لم يتضمن نصاً على تخويل مجلس الوزراء الذي عهد إليه سلطة التشريع في فترة الإنتقال الحق في إصدار القوانين بأثر رجعي هذا القول مردود ... بأن الإعلان الدستوري المتقدم ذكره إذ خول مجلس الوزراء في مادته التاسعة ولاية التشريع أثناء فترة الإنتقال فإن هذه الولاية تنتقل إليه كي يتولاها كما تتولاها الهيئة التشـريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بممارسـتها فيكون له كافة سلطاتها وحقوقها في مجال التشريع. ولما كانت هذه الهيئة وفقاً لما استقرت عليه جميع الدساتير المصرية في خصوص هذا المبدأ منذ دستور سنة 1923 حتى الدستور القائم تملك إستثناء من الأصل الدستوري المقرر بشأن عدم رجعية القوانين – رخصة إصدار القوانين بأثر رجعي متى اقتضى ذلك الصالح العام ولم يسـتثن الشـارع من هذه الرخصة سوى القوانين الجنائية فحظر سريانها بأثر رجعي لما كان الأمر كذلك فإن مجلس الوزراء الذي انتقلت إليه السـلطة التشـريعية كاملة على النحو المتقدم يملك إصدار القوانين بأثر رجعي متى اقتضى ذلك الصالح العام»[12].

ب. أثر القرار بقانون بأثر رجعي على حكم محكمة النقض:

أحكام محكمة النقض تتمتع بحجية الأمر المقضي، أي إنها باتة ، وليس مجرد أحكام نهائية . فهل يمكن لقرار بقانون المساس بتلك الحجية من خلال الأثر الرجعي ؟

(12) المحكمة العليا (مصر) – 1975/6/7 – مجموعة الأحكام – جـ(1) – ص314.

وسبب هذا التساؤل المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 18 لسنة 2014 القاضية باعتبار «جميع الدعاوى التي اقامها النائب العام قبل نفاذ هذا القرار بقانون صحيحه وكأنها أقيمت بموجب أحكامه».

وفي رأينا أن الأثر الرجعي الذي تضمنه النص لا يمتد إلى الأحكام الباتة ، رغم ما توحى به عبارات النص من عمومية وشمول ، تؤازرنا في ذلك **جملة حجج**:

- قبول صدور قانون (ويأخذ حكمه القرار بقانون) يهدر حجية الأحكام القضائية، لا سيما الباتة منها ، يحدث ارتجاجاً في مبدأ الفصل بين السلطات عبر ما يفضي إليه من تدخل المشرع في صميم مهمة القضاء ، وهو ما يصطدم بالوثيقة الدستورية في غير موضع ومكان[13].
- الأحكام النهائية ومن باب أولى الباتة تنشىء حقوقاً مكتسبة لا يجوز الاقتراب منها ، ولو بقانون له أثر رجعي التزاماً بمبدأ الأمن القانوني [14] ، و الذي يعني عدم وضع قانون يخل بالتوقعات المشروعة للمخاطبين به[15].
- من المبادىء القانونية المستقرة علو حجية الأحكام على اعتبارات الصالح العام، مما يغل يد أي جهة ، ولو كانت المشرع – من المساس بتلك الحجية.

وتعبيراً عن ذلك أعلنت المحكمة العليا المصرية «ولما كان القانون المطعون فيه لم يمس حقوقاً تقررت بأحكام قضائية نهائية ، وإنما كان مبنى الطعن أن القانون لم يسو بين من صدرت لهم أحكام قضائية نهائية ومن لم تصدر لهم مثل هذه الأحكام ، فإن القول

(13) مثال ذلك المادة (2) من القانون الأساسى المؤكدة لمبدأ الفصل بين السلطات ، والمادة (97) القاضية باستقلال السلطة القضائية ، والمادة (98) المانعة من تدخل أي سلطة في القضاء أو في شؤون العدالة.

(14) فى مبدأ الأمن القانوني راجع:
يسري العصار – الحماية الدستورية للأمن القانوني – مقال – مجلة الدستورية التي تصدر عن المحكمة الدستورية العليا في مصر – العدد (3) – ص51 وما بعدها.

(15) فى هذه المعانى أعلنت المحكمة الدستورية العليا أن القانون الرجعى الأثر إذا أدى إلى «إلغاء حقوق تم اكتسابها فعلاً وصارت لصيقة بأصحابها ، وفقاً لأحكام قانونية كفلت حمايتها والاحتجاج بها في مواجهة الكافة ، كأثر لنفاذ هذه الأحكام ، فإن الأثر الرجعى للقانون يكون بذلك قد تحول إلى أداة لإهدار قوة القوانين السابقة ومكانتها من الاحترام الذي يجب كفالته لها طوال الفترة التي كانت نافذة فيها وهو الأمر الذي يتصادم مع أحكام المادتين 64 و65 من الدستور (دستور 1971) اللتين تنصان على أن «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة» وأنه تخضع الدولة للقانون ...».
المحكمة الدستورية العليا (مصر) – 2002/7/7 – مجموعة الأحكام – جـ(10) – ص508.

بإخلاله بمبدأ المساواة لهذا السبب يكون غير سديد لاختلاف المراكز القانونية لكل من الفريقين ، هذا فضلاً عن أن استثناء من صدرت لهم أحكام نهائية هو ما يمليه وجوب إحترام حجية هذه الأحكام ، تلك الحجية التي تعلو على اعتبارات النظام العام»[16].

جـ. مدى إندراج رئيس الدولة ضمن اصطلاح الحكومة:

التعديل الذي جرى مؤخراً على قانون دعاوى الحكومة ، جعل الدعاوى التي تقع بين الحكومة والغير ، ويتعذر فضها ودياً ، تحال للمحاكم من النائب العام بناء على إذن من إحدى ثلاث جهات:

- رئيس الدولة.
- رئيس الوزراء.
- وزير المالية.

وأثار هذا التعديل لغطاً فيما يتعلق بصدور الإذن من رئيس الدولة. فالقانون يسمى قانون «دعاوى الحكومة» ، فهل يعد رئيس الدولة جزءاً من الحكومة ؟

وبادىء ذي بدء لا يصح أن تكون تسمية القانون وحدها هي الفيصل في تقييم نصوصه ، فتلك التسمية غايتها تمييز تشريع عن آخر ، ولا يجب أن نصرفها إلى ما هو أبعد من هذا الغرض.

ويقطع النظر عما سبق ، فإن اصطلاح الحكومة يحمل على معنى ضيق وآخر واسع.

ففي الأول يفيد الاصطلاح الحكومة كجزء من السلطة التنفيذية التي تتوزع على فرعين (الحكومة – الإدارة). أما في الثاني فينصرف الاصطلاح إلى كافة سلطات الدولة: تنفيذية – تشريعية – قضائية[17].

ونحن نميل إلى صرف تسمية الحكومة في القانون محل البحث للمفهوم الأخير . فمن غير المقبول أن تكون الدعاوى المتعلقة فقط بإحدى السلطات هي التي تحظى بإهتمام الشارع ، تاركاً دعاوى الجهات الأخرى للقواعد العامة ، في حين أن العلة (حماية المصلحة العامة ومراعاة التوازن بين مهام الدولة وحقوق الأفراد) قائمة في كل الحالات.

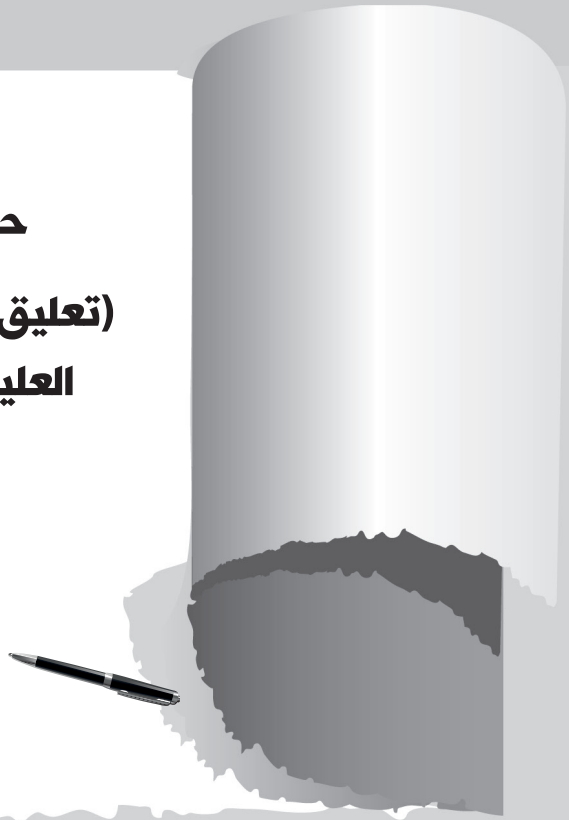
(16) المحكمة العليا (مصر) – 1975/6/7 – سبق ذكره.
(17) فى مدلول اصطلاح الحكومة تراجع مؤلفات النظم السياسية ، وانظر بصفة خاصة:
ثروت بدوى – النظم السياسية – 1970 – ص153 وما بعدها.

حل الأحزاب في أوقات الأزمات

(تعليق على حكمي المحكمة الإدارية العليا بانقضاء الحزب الوطني وحل حزب الحرية والعدالة)

بقلم الدكتور: فتحي فكري

أستاذ القانون العام – حقوق القاهرة/مصر



فى التاسع من أغسطس 2014 صدر حكم المحكمة الإدارية العليا بحل حزب الحرية والعدالة[1] ، وعلى الفور تداعى للذهن حكم ذات المحكمة بتاريخ 16 أبريل 2011 بانقضاء الحزب الوطني[2].

وتأمل التوقيتات المعاصرة للحكمين ، يكشف أن الأول صدر بعد بضعة أسابيع من ثورة يناير 2011 ، اما الثاني فتم النطق به وعمر ثورة يونيو 2013 قد تجاوز العام. وبدون جهد أو اجتهاد يبين أن الحكم الأول كما الثاني صدرا في ظروف غير طبيعية، أقل ما توصف به أنها فترة أزمة.

والسؤال البديهي في هذا المقام: هل انعكست تلك الظروف على هذا الحكم أو ذاك؟ وما هي درجة هذا الإنعكاس إن ثبت ؟

والمسعى للعثور على إجابة لهذا الاستفهام بجانبية ، لابد وأن ينطلق من قانون الاحزاب السياسية ، وعلى وجه التحديد النصوص المنظمة لحل تلك التجمعات.

ويعود تاريخ أول تشريع ينظم الأحزاب السياسية في العهد الجمهوري[3] إلى النصف الثاني من سبعينات القرن الماضي ، حيث صدر القانون رقم 40 لسنة 1977. وكان طبيعياً أن يشار في هذا القانون لضوابط نشأة الأحزاب وكذا حالات أفولها وإنقضاء حياتها ، وهو ما تكفلت به المادة (17).

(1) المحكمة الادارية العليا – 2014/8/9 – الطعن رقم 49821 لسنة 60ق. عليا – غير منشور.
(2) المحكمة الإدارية العليا – 2011/4/16 – الطعون 20030 ، 20279 ، 20459 لسنة 57ق. عليا – غير منشور.
(3) عرفت مصر الأحزاب في ظل النظام الملكى ، ويرجع البعض جذور التجربة لعام 1907 تاريخ نشأة حزب الأمة. وحينما صدر دستور 1923 اكتسبت الأحزاب وضعاً قانونياً بوصفها تندرج في إطار الحق الدستورى في تكوين الجمعيات (المادة 21 من دستور 1923).
واستمرت الأحزاب تمارس دورها في الحياة السياسية حتى قامت ثورة 23 يوليو 1952 ، حيث صدر المرسوم رقم 179 لسنة 1952 داعياً الأحزاب إلى توفيق أوضاعها طبقاً له.
وقدرت السلطة الحاكمة آنذاك أن الأحزاب لم تثبت الجدية في الالتزام بالمرسوم المشار إليه ، فسُن إعلان دستورى بتاريخ 17 يناير 1953 بحل الأحزاب ومصادرة أموالها لصالح الشعب.
فى تفاصيل ما سبق راجع على سبيل المثال مؤلفنا المعنون:
القانون الدستورى – الكتاب الثاني – النظام الحزبى ، وسلطات الحكم في دستور 1971 – ط 2000 – ص23 : 26 والمراجع المنوه عنها في هذه الصفحات.
وهكذا طويت صفحة التعددية الحزبية ، وطبقت نظرية التنظيم السياسى الواحد بدءاً من هيئة التحرير إلى الاتحاد الاشتراكى العربى مروراً بالاتحاد القومى . ولم يرفع الحظر الذي ضرب التعددية الحزبية إلا عام 1977 على ما سُطر في المتن.

ووفقاً للمادة المشار إليها في صورتها الأولى[4] «يجوز لأمين اللجنة المركزية (للاتحاد الاشتراكى العربى) بعد موافقة اللجنة المنصوص عليها في المادة (8) أن يطلب من محكمة القضاء الإداري حل الحزب وتصفية أمواله وتحديد الجهة التي تؤول إليها هذه الأموال وذلك لأحد الأسباب الآتية:

- «**أولاً**: فقد شرط عن شروط التأسيس المنصوص عليها في المادة (4).
- «**ثانياً**: صدور حكم نهائي بإدانة قيادات الحزب كلها أو بعضها في جريمة من الجرائم المخلة بالوحدة الوطنية أو تحالف قوى الشعب العاملة أو السلام الاجتماعي أو بالنظام الاشتراكي الديمقراطي وذلك إذا كانت الجريمة قد وقعت بسبب أو بمناسبة مباشرة هذه القيادات لنشاط الحزب أو تصرفاته.

«كما يجوز لأمين اللجنة المركزية بعد موافقة اللجنة المذكورة أن يطلب من تلك المحكمة بصفة مستعجلة وقف نشاط الحزب أو أي قرار من قراراته لأحد الأسباب المشار إليها وذلك إلى حين الفصل في طلب حل الحزب.

«وتعلن عريضة الطلب في أي من الحالات السابقة شاملة الأسباب التي تستند عليها إلى رئيس الحزب خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ إيداعها سكرتارية المحكمة ويجب على المحكمة أن تفصل خلال خمسة عشر يوماً في طلب وقف نشاط الحزب أو أحد قراراته.

«وعلى المحكمة أن تفصل في طلب حل الحزب على وجه السرعة».

وقد طال هذا النص مراجعات عدة ، نكتفي منها بخطوطها الكلية وملامحها الرئيسية، لما ذلك من صدى في تحليل ثنايا الجزئيات المبسوطة بحثياً.

فبعد أقل من عامين من خروج قانون الأحزاب إلى حيز الوجود تدخل الشارع عام

(4) لم يكن دستور 1971 الذي صدر قانون الأحزاب في ظله يشير إلى الأحزاب ، مكتفياً بالنسبة للتنظيمات السياسية بالاتحاد الاشتراكى العربى ممثلاً لتحالف قوى الشعب العاملة (المادة 5 من دستور 1971) واتفاقاً مع ذلك كان مفهوماً أن يكون للاتحاد الاشتراكى العربى ، مجسداً في لجنة المركزية ، الدور المحورى في انقضاء الأحزاب السياسية.

1979[5] لإعـادة النظـر في بعـض مواد هذا القانون ، ومنها المـادة 17 المنصبة على حل الأحزاب السياسية.

فمن ناحية ، اتسعت سلطة لجنة الأحزاب لتشمل حل الحزب لتخلف شروط تكوينه علاوة على زوالها.

ومـن ناحيـة ثانية ، نقل الاختصاص بنظر دعاوى حل الأحزاب من محكمة القضاء الإداري إلى المحكمة الإدارية العليا (الدائرة الأولى) على أن ينضم لتشكيلها عدد مماثل من أعضاء مجلس الشعب.

كما اقتضى النص أن يسبق الطلب بحل الحزب من قبل لجنة الأحزاب إجراء تحقيق من المدعي العام الاشتراكي يثبت تخلف أو زوال أي شرط من شروط تأسيس الأحزاب.

وفضلاً عما تقدم غاير المشـرع سياسـته فيما يتعلق بأجل الفصل في دعوى الحل ، فبعد أن كان يكتفي بحث المحكمة على سرعة فض النزاع ، عين مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً على الأكثر لإصدار الحكم . وتنطلق تلك المدة من تاريخ أول جلسة والتي تتحدد خلال السبعة أيام التالية لإعلان رئيس الحزب بمقره الرئيسي.

وتحت وطأة الانتقادات التي طاردت التعديل السابق ، لا سيما فيما يتصل بتشكيل المحكمة الإدارية العليا[6] ، أجري التعديل التالي للمادة (17) عام 2005[7].

وفـى هذا التعديل احتفظ المشـرع بالتشـكيل المختلط للمحكمـة الإدارية العليا مع استبدال الشخصيات العامة بأعضاء مجلس الشعب.

وحينما نقح دسـتور 1971 عام 2007 وأُلغي نظام المدعي العام الاشـتراكي ، اضطر الشارع عام 2008 للنص على إجراء التحقيق اللازم بمعرفة النائب العام[8].

(5) القانون رقم 36 لسنة 1979.

(6) انظر على سبيل المثال:

- وحيد رأفت - دراسات في بعض القوانين المنظمة للحريات - 1981 - ص39 وما بعدها ،
- نبيلة عبد الحليم كامل - حرية تكوين الأحزاب السياسية في مصر بين النص القانوني والواقع السياسى - 1992 - ص175 وما بعدها.

(7) القانون رقم 177 لسنة 2005.

(8) القانون رقم 194 لسنة 2008.

وبإندلاع ثورة 25 يناير 2011 تولى المجلس الأعلى للقوات المسلحة إدارة شؤون البلاد، واستناداً لذلك صدر المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 بتعديل قانون الأحزاب السياسية ، ووقعت المادة 17 الحاكمة لحل الأحزاب في مرمى هذا التعديل.

والمادة في صياغتها المعمول بها حالياً ، والتي كانت سنداً للحكمين القاضيين بانقضاء الحزب الوطني وحل حزب الحرية والعدالة ، تجري عباراتها كالتالي:

«يجوز لرئيس لجنة الأحزاب السياسية – بعد موافقتها – أن يطلب من الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا الحكم بحل الحزب وتصفية أمواله وتحديد الجهة التي تؤول إليها ، وذلك إذا ثبت من تقرير النائب العام بعد تحقيق يجريه ، تخلف أو زوال أي شرط من الشروط المنصوص عليها في المادة (4) من هذا القانون.

«وعلى المحكمة تحديد جلسة لنظر هذا الطلب خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه إلى رئيس الحزب بمقره الرئيسي ، وتفصل المحكمة في الطلب خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ الجلسة المذكورة».

والاستخلاص الجوهري[9] للتعديل الموضح آنفاً يتمثل في اختصاص المحكمة الإدارية العليا بتشكيلها القضائي الصرف بحل الأحزاب السياسية.

وبعيداً عن هذا الملمح ، فإن المُنقب عن تطبيق النص في الحكمين محل الدراسة سيسترعي انتباهه فقدان الانسجام في إعماله ، وهو ما يثير التساؤل حول بواعث اختلاف المسارات.

وفى رأينا أن القرب من الحدث الثورى (أولاً) أو البعد عنه (ثانياً) يعد أبرز عوامل غياب التناسق المنشود في التطبيق العملي.

وسنسوق تواً الأدلة المرجحة لهذا الفهم والداعمه له.

(9) حرى بالتسجيل أن مرسوم 2011 خفف من قبضة لجنة الأحزاب ، فلم يعد لها حق طلب وقف نشاط الحزب أو أحد قياداته أو أي قرار أو تصرف مخالف اتخذه الحزب.

أولاً – القرب من الحدث الثوري وبصمته على حكم

انقضاء الحزب الوطني

شغلت جداول المحكمة الإدارية العليا بثلاثة طعون لإنهاء وجود الحزب الوطني . وكانت الدعوى الأولى مقدمة من رئيس حزب سياسي طالبه حل الحزب الوطني [10] ، أما الثانية فحركها مواطن بغية القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري السلبي للإدارة بالإمتناع عن إصدار قرار بحل الحزب الوطني ، وفى الموضوع بإلغاء هذا القرار[11]. وتغيت الدعوى الأخيرة المقامة من أحد الصحفيين وبرلماني سابق وقف تنفيذ القرار السلبي لنائب رئيس مجلس الوزراء بالإمتناع عن إصدار قرار بتجميد نشاط الحزب الوطني ووقف نشاط أعضائه وإقامة الدعوى اللازمة أمام المحكمة الإدارية العليا لحله وتصفية أمواله، وفى الموضوع بإلغاء القرار السلبي ، المشار إليه والقضاء بحل الحزب الوطني [12].

والحكم الذي توج هذه الدعاوى ، محللاً في ضوء النصوص النافذة ، يقتضي وقفه تأملية ، ليس لعُسّر فهم القبول الشكلي للخصومة فحسب (§-1) وإنما أيضاً لتناقض بعض جوانب الحكم في الموضوع (§ -2).

1. **عُسّر فهم القبول الشكلي للخصومة:** إعمال القواعد المستقرة في القضاء الإداري يفضي إلى عدم قبول الدعاوى الثلاث المشار إليها دون استثناء.

فتلك الدعاوى استهدفت إتخاذ إجراء وقتي يتمثل في وقف تنفيذ القرار السلبي بامتناع الجهة الإدارية عن حل الحزب الوطني وفى الموضوع بإلغاء ذلك القرار ، وهو ما يعني في النهاية حل الحزب موضوع الدعوى كما أوضحت الدعوى الأولى.

وتأمل هذه الطلبات يكشف وبجلاء عن انتفاء أي قرار سلبي للجهة الإدارية.

(10) حملت الدعوى رقم 20030 لسنة 57ق. عليا وقدمت في 2011/3/10 ضد رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة بصفته ووزير الداخلية بصفته.

(11) قيدت الدعوى برقم 20279 لسنة 57ق. عليا بتاريخ 2011/3/13 ضد رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة بصفته – رئيس مجلس الوزراء بصفته – رئيس المجلس الأعلى للصحافة بصفته – وزير الداخلية بصفته.

(12) اقيمت الدعوى تحت رقم 20459 لسنة 57ق. عليا في 2011/3/14 ضد نائب رئيس مجلس الوزراء بصفته.

فوفقاً لعجز المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 يعتبر «فى حكـم القرارات الإدارية رفض السـلطات الإداريـة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوئح».

وصياغـة النـص تفصـح ، بصورة لا تحتمـل التأويل ، عن أن القرار السـلبي يرتبط بإيراد نص يلزم جهة الإدارة بإصدار قرار ما ، في الوقت الذي تلوذ فيه تلك الجهة بالصمت وتحتمي بالسكون . والأحكام الصادرة من القضاء الإداري في هذا الشأن ومترجمـة لهـذا الفهـم من الغزارة لدرجـة يصعب حصرها والإحاطـة بها . وتكرار المعانـي المتضمنـة تلك الأحكام واضطرادها يرخص بذكر واحداً منها ، إلا وهو ذلك الصادر عام 2001 و الذي أعلنت فيه المحكمة الإدارية العليا أنه «من المستقر عليه أن القـرار السـلبي لا يصح القول بقيامه وإمكانيـة مخاصمته بدعوى الإلغاء طبقاً للمادة (10) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 إلا إذا ثبت أن جهـة الإدارة قـد امتنعت أو قعدت عن اتخاذ قـرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للقوانين واللوائح ، وذلك بأن يكون صاحب الشأن قد توافرت في شأنه الشروط والضوابط التي استلزمها القانون و الذي أوجب بتوافرها على جهة الإدارة التدخل بقـرار لإحـداث الأثر الذي رتبه القانون . فإذا لم يكن هذا القرار واجباً عليها فإن امتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً مما يقبل الطعن عليه بالإلغاء»[13].

والجهـات المطعـون عليهـا (رئيس المجلس الأعلى للقوات المسـلحة بصفته ، رئيس مجلـس الـوزراء بصفته – نائـب رئيس مجلس الـوزراء بصفته – وزيـر الداخلية بصفتـه – رئيس المجلس الأعلى للصحافة بصفته) جميعها لم تخول قانوناً باتخاذ أي إجراء لحل الأحزاب.

فالمشـرع أوكل تلـك المهمـة للقضاء (المحكمة الإدارية العليا) ، على أن يسـبق ذلك إجراء تحقيق يتبعه طلب انيط بلجنة الأحزاب التقدم به.

(13) المحكمة الإدارية العليا – 2001/4/7 – مجموعة الأحكام – السنة (46) – جـ (2) – ص1329.
ولمزيد من الأحكام والتفاصيل راجع على سبيل المثال مؤلفنا المعنون وجيز دعوى الإلغاء – 2010 – ص224 وما بعدها.

وبتخلف القرار السلبي يتهاوى أهم ضابط لدعوى الإلغاء ألا وهو وجود قرار إداري، ولا مصيـر للطعـون التي تتعيب بهذا المثلب إلا القضاء بعدم قبولها دون حاجة إلى فحص موضوعها.

وعـدم قبـول دعـوى إلغاء القرار السـلبي يسـتتبعه بالضرورة عـدم قبول الطلب المستعجل بوقف التنفيذ ، بحسبان أن الأخير جزء من كل ، وما يسري على الأصل يطول – بالضرورة – الفرع[14].

أضف لذلك أن الشارع لم يخول المحكمة الإدارية العليا – حال مباشرة اختصاصها بحل الأحزاب – سلطة وقف تنفيذ قرار الإدارة بالامتناع عن حل هذا الحزب أو ذاك .

فمهمة المحكمة الإدارية العليا مقصورة على إقرار طلب لجنة الأحزاب بحل الحزب أو رفضه.

يعضد ذلك تحديد الشارع لفترة قصيرة قوامها (30) يوماً كحد أقصى للفصل في الطلب ، مما يغني عن أي إجراء مستعجل، وينفي الاحتياج الحقيقي له .

لذا بات مفاجئاً أن تقضى المحكمة الإدارية العليا بقبول الدعاوى المشار إليها.

وربمـا قيـل أن المحكمـة كانت تعـي ذلك جيداً ، ولذلك لم تقبـل الدعوى على أنها خصومة إلغاء وإنما للكشـف عن سـقوط الحزب الوطني ، بعد أن إنحل وأصبح – وفقـاً لتعبيـر المحكمة – «هباء منثوراً ، مع ترتيب الآثـار القانونية لذلك طبقاً لما ينظمه قانون الأحزاب السياسية ..».

وبعيداً عن تخلف نص يسـند للمحكمة مثل تلك المهمة ، فإن التحليل الفائت تغلب علـى النقـد أعلاه ليواجه آخر تمثل في اعتبار المطعون ضدهم خصوم في الدعاوى المثارة ، وهو ما يستفاد من إلزامهم بالمصروفات ، في الوقت الذي لم يسند الشارع لهم أي دور في إنهاء حياة الأحزاب أو الكشف عن انحسارها[15].

(14) للاستفاضة في هذه الجزئية يراجع على وجه الخصوص:
محمد فؤاد عبد الباسط – وقف تنفيذ القرار الإداري – 1997 – ص218 وما بعدها.
(15) انتفاء صلة المطعون ضدهم بموضوع الدعوى كان يجب أن يفضى إلى عدم قبولها لسبب آخر ألا هو رفعها على غير ذى صفة.

وصـادف حكـم المحكمة الإدارية العليا تناقضاً ثانيـا بتأييد موقف المجلس الأعلى للقوات المسـلحة الرافض لإقرار سـقوط الحزب الوطني لكون ذلك الإقرار منوط بالمحكمة الإدارية العليا وحدها[16].

فـإذا كان قرار سـقوط الحزب عهدة المحكمة الإداريـة العليا دون غيرها ، فما هو السند القانوني لاعتبار المجلس الأعلى للقوات المسلحة خصماً في الدعوى ؟

ولعل أثقل ما يؤازرنا في تحفظاتنا ما ذكرته المحكمة الإدارية العليا ذاتها في حكمها عـام 2014 بحـل حزب الحرية والعدالة من أن «كيفيـة تقديم الطلب إلى المحكمة المختصـة – الدائـرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليـا – وإعلانه أمور جوهرها هو إجـراءات التقاضـي وهـي دون ريب تتعلق بالنظام العام – فـإن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة «17» السالفة الذكر أن اتصال هذه المحكمة بالطلب يتم عن طريق تقديمه من السيد رئيس لجنة الأحزاب السياسية بعد موافقة اللجنة على ذلك متى ثبت لديها من تقرير النائب العام بعد تحقيق يجريه تخلف أو زوال أي شرط من الشروط اللازم توافرها لقيام الحزب السياسي ابتداء واستمراراً»[17].

والعبارات من الجلاء بحيث تغني عن التعليق أو التعقيب.

2. **تناقض بعض جوانب الحكم في الموضوع:** الملاحظات التي لحقت الشكل ، لم يفلت منهـا الحكـم في الموضوع ، فقد شـاب الفصل في الموضـوع تناقض ظهر – بصورة أساسية – على صعيدين:

أ- أبرزت المحكمة تولي رئيس الجمهورية الأسبق لرئاسة الحزب الوطني، وانفراد هذا الحزب بالحكم طوال المدة التي استمر فيها رئيس الجمهورية الأسبق على قمة السلطة ، وكيف زورت الانتخابات في تلك الحقبة وأهدرت حجية الأحكام، وعيق بين المواطن غير المنتمي لحزب السـلطة وبين المشـاركة في الانتخابات ،

(16) ترجمة لذلك سطرت المحكمة في حيثياتها أن المجلس الأعلى للقوات المسلحة أحجم عن إقرار سقوط الحزب الوطني «حتى لا يتهم بأنه أغتصب سلطة هذه المحكمة المنوط بها دون غيرها الكشف عن حل الحزب وتصفيته وتحديد الجهة التي تؤول إليها أمواله احتراماً منه للسلطة القضائية ولمبدأ الفصل بين السلطات ...».

(17) المحكمة الإدارية العليا – 2014/8/9 – سبق ذكره .

استعمالاً لحقه وأداءً لواجبه الدستوري في هذا الخصوص[18].

وخلصت المحكمة إلى أن إزاحة الرئيس الأسبق بفعل ثورة 25 يناير 2011 من سدة الحكم يتبعها منطقياً إزالة الحزب الوطني «من الواقع السياسي المصري رضوخاً لإرادة الشعب ، ومن ثم ، فلا يستقيم عقلاً أن يسقط النظام دون أداته وهو الحزب..».

وهكذا يرى الحكم – دون أدنى لبس – أن الإطاحة بالرئيس الأسبق تمت بفعل ثوري ، وهو ما ينصرف أيضاً إلى الأثر التبعي وهو سقوط الحزب الوطني .

والنتيجة الطبيعية للمقدمة السالفة ، أنه لا محل لحل الحزب بالتمسك بتقديم طلب من لجنة الأحزاب عقب تحقيق يجرى بمعرفة النائب العام.

وهذا المنحى يتعذر تقبله دون تحفظ . فإذا كان الأمر يتعلق بشرعية ثورية مصدرها الإرادة الشعبية ، فإن المجلس الأعلى للقوات المسلحة المعهود له بحماية تلك الشرعية ، أصدر مرسوماً بقانون بتعديل المادة 17 من قانون الأحزاب السياسية دخل حيز النفاذ بتاريخ 29 مارس 2011 ، أي قبل صدور الحكم ، وكان على المحكمة إعمال ما ورد بهذا المرسوم بقانون من إجراءات لحل الأحزاب، أو على أقل تقدير تكشف لنا عن دواعي طرحه والالتفات عنه.

ب. المحت المحكمة الإدارية العليا في حيثياتها إلى المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 ، وكونه أضحى نافذاً اعتباراً من 29 مارس 2011، أي قبل النطق بالحكم بعدة أيام.

(18) باستعارة كلمات الحكم في هذه الجزئية نقرأ: «لما كان رئيس الجمهورية السابق هو ذاته رئيس الحزب الوطني الديمقراطى ، ذلك الحزب الذي كان يمارس الحكم منفرداً طوال المدة التي استمر فيها رئيس الجمهورية السابق على قمة نظام الحكم في البلاد ، وعلى ذلك ، ودون الحاجة إلى الخوض في جدل كان الحزب المذكور لا ينفك عن أن يثيره وهو ما إذا كان الحزب هو حزب الحكومة أم كانت الحكومة هي حكومة الحزب ، وأياً كان الأمر فإن الواقع القانوني والفعلى يتحصل في أن السلطة التشريعية بمجلسيها كانت واقعة تحت الأغلبية المصطنعة للحزب المذكور عن طريق الانتخابات التي شابتها مخالفات جسيمة على مدار السنوات الماضية وآخرها الانتخابات التي أجريت عام 2010 وكشفت التقارير التي أعدت عنها ومنها ما صدر عن المجلس القومى لحقوق الإنسان في ديسمبر 2010 من أن هذه الانتخابات دمغت بمخالفات جسيمة تخرجها عن أي مفهوم صحيح للعملية الانتخابية ومن ذلك منع الناخبين من غير أعضاء الحزب الوطني بالقوة من الادلاء بأصواتهم ، وغلق بعض اللجان ومنع الوكلاء والمندوبين من دخول اللجان الانتخابية ، والتواجد غير القانوني لبعض الأفراد داخل اللجان الانتخابية فضلاً عن صدور الف وثلاثمائة حكم نهائى واجب النفاذ من محاكم القضاء الإداري لم ينفذ منها سوى خمسة عشر حكماً الأمر الذي عصف بمبدأ سيادة القانون وحجية الأحكام».

وفيما يخص المادة 17 تحديداً أوضحت المحكمة أن تلك المادة لا تقيد المحكمة «فى تحديد أيلولة أموال الحزب المنقضي إلى جهة معينة وإنما يكون الأمر مرهوناً بما تراه[19] باعتبارها المؤتمنة على شؤون الأحزاب».

وهنا يطرح السؤال نفسه: ما هو السبب في تطبيق شطر المادة 17 فيما يتعلق بسلطة المحكمة في بيان الجهة التي تؤول إليها أموال الحزب ، في الوقت الذي أغفلت فيه إعمال الشق الخاص بالإجراءات الواردة في ذات المادة ، والتي تسبق عرض النزاع على ساحة القضاء ، والسالف التذكرة بإتصالها بالنظام العام ؟

والواقع أنه كان يمكن اعتبار الطلبات المقدمة إلى سلطات غير مختصة (المجلس الأعلى للقوات المسلحة – رئيس مجلس الوزراء – نائب رئيس مجلس الوزراء – وزير الداخلية – رئيس المجلس الأعلى للصحافة) لحل الحزب الوطني قد احيلت إلى الجهة المعنية: لجنة الأحزاب . ولا يوجد في القانون ما يمنع من أن تتحرك لجنة الأحزاب بناء على طلبات تعرض عليها من خارجها.

ولما كانت تلك اللجنة ، بمراعاة الظروف التي سادت وقت الدعوى ، استحال عليها الاجتماع لفحص الطلب والسير في إجراءاته ، إن قدرت ذلك ، فلا يعد العرض على المحكمة دون استيفاء هذا الإجراء حائلاً لنظر طلب الحل لاستحالة إتمامه ، والقول بغير ذلك لا نتيجة له إلا تعطيل تطبيق المادة 17 في الفروض التي تستوجب إعمالها.

إلا أن المحكمة كان عليها – في اطار هذا التخريج – ندب أحد قضاتها لإجراء التحقيق اللازم ، وهو ما كان يحقق الغاية من الإجراء ويزيل أي اعتراض على تخلفه.

وعلى ضوء التحقيق المشار إليه كان يمكن الفصل في طلب الحل.

وبقطع النظر عن صواب أو خطأ اجتهادنا ، فإننا نميل إلى أن القرب من الحدث

(19) فى ترجيح ايلولة أموال الحزب الوطني للدولة أوردت المحكمة : «ومن حيث إن الثابت من العلم العام أن الحزب المذكور نشأ في كنف السلطة الحاكمة وظل ملتحفاً بسطوتها مستغلاً أموالها بحيث اختلطت أموال الدولة مع أموال الحزب (ومن ذلك على سبيل المثال تمويل نشاط الحزب والدعاية له ولمؤتمراته من أموال الدولة وكذلك استيلاء الحزب على مقار له من أملاك الدولة في مختلف أنحاء الجمهورية) ومن ثم فإن المحكمة – وقد راعت كل ذلك – تقضى بايلولة أموال الحزب التي هي ابتداءً وانتهاءً أموال الشعب – إلى الدولة».

(ثورة 25 يناير 2011) هو المفتاح لفهم الحكم بحل الحزب الوطني ، ولعل تحليل القضاء بحل حزب الحرية والعدالة ، و الذي تباعدت المسافة الزمنية بينه وبين ثورة 30 يونيو 2013 يرجح هذا الفهم ، وهو ما سنتطرق إليه في التالي .

ثانياً: انعكاس البعد النسبي عن الحدث الثوري على حكم

حل حزب الحرية والعدالة

على غرار حل الحزب الوطني ، صدر حكم حل حزب الحرية والعدالة عقب حادث ثورى: ثورة 30 يونيو 2013.

والإشتراك بين الحكمين في هذه الجزئية ، لا يعني التغافل عن أن حل حزب الحرية والعدالة تقرر بعد ما يربو على ثلاثة عشر شهراً من ثورة يونيو. وبسبب هذا التباعد الزمني وجدنا المحكمة تلتزم الحرص بآليات رفع النزاع أمامها ومدة الفصل فيه ، كما سنحت الفرصة لطرح العديد من الاشكاليات القانونية ومناقشتها بشكل مقبول . إلا أن الحدث الثوري تسرب للحكم حال الفصل في طلب الحل ، حيث تقيدت المحكمة بمستندات الطلب دون أسبابه.

وإلى تفصيل ما أجملناه أعلاه.

(1) **تقيد المحكمة بآليات رفع النزاع أمامها ومدة الفصل فيه:**

أحيل طلب حل حزب الحرية والعدالة للمحكمة الإدارية العليا بمراعاة الإجراءات الواردة بالمادة 17 من قانون الأحزاب السياسية. فقد قدم الطلب من رئيس لجنة الأحزاب بعد موافقة اللجنة في اجتماعها المنعقد بتاريخ 13 يوليو 2014 بكامل تشكيلها وبإجماع الآراء ، وذلك بعد أن ثبت من التقرير المعتمد من النائب العام مخالفة الحزب المطالب بحله للبنود «ثالثا ورابعاً وخامساً وسادساً» من المادة (4) من قانون الأحزاب السياسية.

ويتصل بما سبق التقيد بمواعيد نظر طلبات حل الأحزاب ، والتي تفترق عن تلك الخاصة بالدعاوى الإدارية الأخرى . فالعريضة قيدت في 2014/7/15 ، وجرى إعلان الصحيفة وصورة من قرار لجنة شؤون الأحزاب لرئيس الحزب بمقره الرئيسي في 16، 17 يوليو 2014.

وحدد لنظر الدعوى جلسة 2014/7/19 التزاماً بما تقضي به المادة 17 من قانون الأحزاب السياسية بتحديد جلسة نظر طلب حل الحزب «خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه إلى رئيس الحزب بمقره الرئيسي».

وتم الفصل في الدعوى بجلسة 9 أغسطس 2014 . وهكذا استغرق نظر الدعوى ما يقل عن ثلاثة أسابيع ، بما يوافق نص القانون الذي حدد مدة الثلاثين يوماً لحسم الخصومة[20].

وهذا القضاء يعد سابقة قضائية في اعتبار مدة الفصل في طلب حل الحزب الزامية لا تنظيمية. فإذا اضفنا لذلك السابقة المستقاة من حل الحزب الوطني [21]، و الذي حافظ على نصاب الميعاد المنوه عنه ، تكشف لنا أننا أمام ما يشبه القضاء المستقر، إن لم يكن كذلك بالفعل.

وهذا المنحى جدير بالالتفاف حوله ، فالمواعيد المتعلقة بممارسة الحريات أو حسم ما يخصها من منازعات ، يجب اتسامها بالقطع والتحديد ، وهو ما يتعارض مع فكرة المواعيد التنظيمية التي تتصف بمرونة يتعذر الوقوف على نهاية واضحة لها.

وغير مقنع الدفاع عن عدم الزامية مواعيد الفصل في دعاوى حل الأحزاب – إن حدث – من منطلق انه قد يتعذر الفصل – أحياناً – في الدعاوى في المواعيد المقررة، وأن القضاء سيقضي لصاحب الحق بحقه ، طالت مدة التقاضي أم قصرت.

والحقيقة أن التنفيذ الواقعي للأحكام في مجال الحريات يتعذر عليه تغطية الحقب السابقة على صدورها. كما أن التعويض المادي لا يغطي الاضرار اللاحقة من جراء العدوان عليها. وبدون المواعيد الإلزامية سيغدو حق التقاضي مفتقراً لعنصر جوهري في تكوينه ، ألا وهو الترضية القضائية ، أي الحصول على نتائج واقعية للملاحقة القضائية[22].

(20)تنطلق تلك المدة – على ما سبق البيان – من تاريخ أول جلسة لنظر الطلب.
(21) نظرت الدعاوى بحل الحزب الوطني بجلسة 2011/3/26 ، وقضى فيها بتاريخ 2011/4/16.
(22)راجع في ضابط الترضية القضائية مقالنا المعنون:
التنظيم الدستوري لحق التقاضي بين الواقع والمأمول – المجلة الدستورية – العدد (20) – ص53 وما بعدها.

(2) المناقشة المقبولة لإشكاليات قانونية متعددة:

كانت خصومة حل حزب الحرية والعدالة ثرية بالعديد من الاشـكاليات القانونية ، وتوزعت تلك الاشكاليات على قسمين ، تمحور الأول حول ثلة دفوع بعدم الدستورية، وانصرف الثاني إلى استدعاء أكثر من مظهر من مظاهر ما يمكن تسميته بالبطلان الإجرائي.

وفرضت علينا أهمية تلك الاشكاليات ضرورة التصدي لها ، لتعزيز الحلول المعطاة لها ، أو التحفظ عليها ، سـواء في فلسـفتها أو الركائز التي ترتكن عليها ، أو ربما لبسط تصورات مغايرة بالكلية .

أ. الدفوع بعدم الدستورية:

هاجم دفاع حزب الحرية والعدالة طلب حله بأكثر من دفع بعدم الدستورية ، على ما سنرى بعد قليل.

1. عدم دستورية المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 من الناحية الإجرائية:

أُرجع الدفع بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 إلى سببين:

السـبب الأول: عدم عرض المرسـوم المنوه عنه على مجلس الشعب الذي تشكل في يناير 2012 أو مجلس الشـورى على إثر حل مجلس الشـعب. ووفقـاً لهذه الرؤية فإن المجلس الأعلى للقوات المسلحة كان يباشر عند إصدار المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 سلطة رئيس الجمهورية . ومن المبادئ الدستورية التي استقر عليها الشارع الدستوري في مصـر ، عـرض القوانين التي تصدر من رئيس الجمهورية على البرلمان عقب وجوده خلال خمسة عشر يوماً ، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون وبأثر رجعي.

وتنحية لهذا الجانب من الدفع بعدم الدستورية أعلنت المحكمة أن «المرسوم بقانون المشـار إليـه صـدر بتاريـخ 2011/3/28 وعمل به مـن اليوم التالي لتاريخ نشـره أي اعتباراً من 2011/3/29 حيث تم نشره بالجريدة الرسمية في ذات تاريخ صدوره ، بما يعني أنه صدر إبان فترة سريان الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسـلحة عقب اضطلاعه بإدارة شـؤون البلاد و الذي نشـر في الجريدة الرسـمية في

13 فبراير 2011 متضمناً تسعة قرارات أولها تعطيل العمل بأحكام الدستور ، ورابعها حل مجلسي الشعب والشورى ، وخامسها تخويل المجلس ذاته سلطة إصدار مراسيم بقوانين خلال الفترة الانتقالية ، الأمر الذي زال معه خلال فترة العمل بهذا الإعلان الدستوري ذلك الإلزام الدستوري الذي كان منصوصاً عليه في دستور 1971 بوجوب عرض ما يصدر من رئيس الجمهورية حال كونه مخولاً بإصدار قرارات بقوانين على مجلس الشعب خلال الأجل المضروب بالنص لذلك وإلا زال ما كان لهذه القرارات من قوة القانون ، وإذ خلا ذلك الإعلان من مثل هذا الحكم بالنسبة لما يصدره المجلس الأعلى للقوات المسلحة استناداً إلى ما انيط به من اختصاص وفقاً للقرار الخامس من الإعلان بإصدار مراسيم بقوانين كالمرسوم بقانون 12 لسنة 2011 الذي استند المجلس على ما ورد بديباجته في إصداره إلى الإعلان الدستوري المذكور ، فمن ثم يغدو الدفع المبدى بشأن عدم دستوريته للسبب المنوه به غير جدي».

والاتفاق مع النتيجة التي خلص الحكم إليها من عدم الحاجة لعرض المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 على البرلمان ، لا تمنع من أن المبررات كانت في حاجة إلى مزيد من التعضيد ، خصوصاً ولدينا قضاء متواتر عرض للمشكلة وأدلى بدلوه فيها ، وكان من المنطقي أن يجد هذا القضاء موقعاً في حيثيات عدم الجدية.

وبداية تجدر الإشارة إلى أن مراسيم فترات الأزمات ليست كتلة واحدة ، إذ يتعين التفرقة في هذا الشأن بين فرضين:

الأول: أن تُعطل الحياة النيابية مما ينجم عنه جمع رئاسة الدولة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية . وهذا الجمع يوصف – عادة – بأنه «انقلاب دستوري»[23]. وفي

(23) صادفت مصر ظاهرة الانقلاب الدستورى في العهد الملكى غير مرة :
- ففى 19 يوليو 1928 صدر الأمر الملكى رقم 46 لسنة 1928 بايقاف الحياة النيابية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، بالإضافة لوقف العمل بالدستور.
- فى 22 أكتوبر 1930 صدر الأمر الملكى رقم 70 ليحل البرلمان ويلغى دستور 1923 ويستبدله بدستور 1930 ، مع تولى الملك السلطة التشريعية إلى أن يشكل البرلمان وفقاً للدستور الجديد.
- تاريخ 30 نوفمبر 1934 صدر الأمر الملكى رقم 67 بإلغاء دستور 1930 وحل البرلمان وتولى الملك مقاليد السلطتين التنفيذية والتشريعية.

واستمر هذا الوضع نافذاً حتى أُعيد العمل بدستور 1923 في 8 مايو 1936.

هذه الحالة تدعي السلطة الحاكمة طروء ما يتطلب إيقاف العمل بنصوص الدستور ، بشكل كلي أو في شقها المتعلق بالحياة النيابية.

وإذ جاء تعطيل النصوص الدستورية خلافاً لما سُطر فيها ، فيصعب مسايرة التحليل المنادى باعفاء المراسيم بقوانين من قيد العرض على البرلمان حال عودته لمباشرة مهامه[24]، حتى لا نوفر – على الأقل – حافزاً لإنتهاك حرمات الدستور وإهدار أحكامه، خاصة في الدول التي يتدنى فيها مستوى الوعي العام.

الثاني : صدور المراسيم بقوانين عقب سقوط نظام تمهيداً لإقامة آخر، وفى هذا الفرض[25] لا مفر من النظر إلى المراسيم بقوانين على أنها بمثابة **تشريعات قائمة بذاتها**، ومن ثم

(24) في تأييد عدم العرض راجع:
- محكمة النقض – 1930/12/4 – مجموعة الأحكام لسنة 1931 – ص249 ،
- السيد صبرى – مبادئ القانون الدستورى – 1949 – ص490 ،
- سليمان الطماوى – القرارات الإدارية – 1976 – ص533.

(25) عرفت مصر تطبيقات عدة لهذا الفرض:
- عقب قيام ثورة 1952 مارس مجلس الوزراء سلطة التشريع استناداً للإعلان الدستورى المؤقت الصادر في 10 فبراير 1953.
- اصدار رئيس الجمهورية لقرارات لها قوة القانون ، اعتماداً على قرار مجلس قيادة الثورة في 22 يونيو 1956 ، من تاريخ إعلان الموافقة على دستور 1956 وحتى انعقاد البرلمان.
- على إثر إعلان الوحدة بين مصر وسوريا عام 1958 تولى رئيس الجمهورية التشريع حتى اجتماع مجلس الأمة في يوليو 1960.
- ممارسة رئيس الجمهورية مهام التشريع عقب فصم عرى الوحدة بين مصر وسوريا . وانتقل هذا الاختصاص فيما بعد إلى المجلس الرئاسى بمقتضى الإعلان الدستورى لعام 1962 وحتى تشكيل مجلس الأمة وفقاً للدستور المؤقت لسنة 1964.
- مباشرة المجلس الأعلى للقوات المسلحة التشريع في الفترة من 11 فبراير 2011 تاريخ تولية إدارة شئون البلاد ، حتى انتخاب مجلس الشعب في يناير 2012.
- عادت السلطة التشريعية للمجلس الأعلى للقوات المسلحة في 2012/6/14 تاريخ صدور حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان تشكيل مجلس الشعب.
- فى 25 يناير 2012 صدر أول دستور عقب ثورة يناير 2011 ، وبمقتضى المادة 230 من هذا الدستور انتقلت السلطة التشريعية لمجلس الشورى . وبعد عدة شهور اندلعت ثورة 30 يونيو 2013 وأوقف العمل بدستور 2012 وعهد الإعلان الدستورى الصادر في 2013/7/8 لرئيس الجمهورية المؤقت بممارسة المهام التشريعية.

واستمر هذا الوضع إلى لحظة صدور الدستور الحالى في 15 يناير 2014.

ومنذ ذلك الحين ورئيس الجمهورية المؤقت وخلفه لا يملكا – في تقديرنا – إلا سّن ما يعرف بلوائح الضرورة.

لا يقتضي استمرار العمل بها إحالتها للمجالس النيابية التي سيوجدها النظام التالي [26].

وبهذا قضت المحكمة العليا (الدستورية العليا الآن) حيث أعلنت في حكم لها عام 1975 أن الإعلان الدستوري الصادر في 10 من فبراير سنة 1953 إذ « خول مجلس الوزراء في مادته التاسعة ولاية التشريع أثناء فترة الانتقال فإن هذه الولاية تنتقل إليه كي يتولاها كما تتولاها الهيئة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بممارستها ..»[27].

وواتت ذات المحكمة الفرصة لتأكيد رؤيتها فنجدها تقول عام 1978 : «ومن حيث أنه بالنسبة إلى عدم عرض القانونين المطعون فيهما الصادرين في غيبة المجالس النيابية – على هذه المجالس عند انعقادها لإقرارهما ، فمن المقرر قانوناً وجوب التفرقة في هذا الصدد بين القرارات بقوانين التي تصدر أثناء قيام الحياة النيابية وتلك التي تصدر أثناء وقفها أو تعطيل العمل بالدستور ، فالأولى فقط هي التي تعرض على المجلس النيابي فور انعقاده بحيث يترتب على عدم عرضها أو رفضها الأثر الذي ينص عليه الدستور، أما الثانية فلا تزول قوتها القانونية عند اجتماع المجلس النيابي بعودة الحياة النيابية لمجرد عدم عرضها على هذا المجلس ، ذلك أنها تعتبر قوانيناً عادية لا يمكن

(26) إكمال الصورة يتطلب أن نلمح إلى أن السلطة التنفيذية تظل قابضة على السلطة التشريعية عقب إصدار دستور جديد ولحين تشكيل المجلس النيابى واضطلاعه بمهامه. ويطرح التساؤل نفسه حول القرارات بقوانين الصادرة في تلك الفترة ، ووجوب عرضها على البرلمان من عدمه.
ونعتقد أنه يلزم التفرقة في هذا الصدد بين حالتين:
- أن ينص الدستور على تولى السلطة التنفيذية الاختصاص التشريعى إلى أن ينتخب البرلمان : في تقديرنا أن هذا النص يفهم منه أن ما سيصدر من تشريعات في الفترة المشار إليها يعامل ذات معاملة القوانين التي يسنها البرلمان ، وبالتالى فلا التزام بالعرض لضمان تتابع النفاذ.
- أن يخلو الدستور من نص على نهوض السلطة التنفيذية بالتشريع ، وهنا تمارس السلطة التنفيذية مكنة التشريع في إطار النظام المرسوم دستورياً ، بحيث لا يكون بوسعها سوى إصدار لوائح ضرورة والتزام ضوابطها ، والتي يأتى في مقدمتها – عادة – العرض على أول تشكيل للمجلس النيابى.

(27) المحكمة العليا – 1975/6/7 – مجموعة الأحكام – جـ(1) – ص314 ، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية العليا سبقت إلى استخلاص ذات المعانى. انظر:
المحكمة الإدارية العليا – 1963/6/29 – مجموعة الأحكام – السنة (8) جـ(3) – ص1418.
وفى مناصرة هذا الاتجاه راجع:
يسري العصار – نظرية الضرورة في القانون الدستورى والتشريع الحكومى في فترات ايقاف الحياة النيابية – 1995 – ص68 وما بعدها.

الغاؤها إلا بقوانين مثلها ..»[28].

صفوة القول أن رفض جدية الدفع بعدم الدستورية لا محل للتحفظ عليه ، إلا فقط من زاوية تخلف الإشارة إلى القضاء السابق في الموضوع.

إلا أن المشــكلة لها وجهاً آخر ، فلنفترض أن المحكمة ، وهي تمثل نهاية المطاف في القضاء الإداري ، قضت بعدم جدية الدفع لأسباب لا تحمل على الاقتناع الكافي بها أو حتى تجاهلته[29] ، في هذه الحالة أو تلك سيفصل في النزاع وفقاً لقانون تحوطه مظنة عدم الدستورية ، ولكن الأهم أن باب المحكمة الدستورية العليا لم ينفتح أمام أصحاب الشأن لبسط نواعيهم بمخالفة القانون الواجب التطبيق للدستور . ومؤدى ذلك انفراد المحكمــة المطروح النزاع على ســاحتها بتقدير الدســتورية بصــورة نهائية ، على نقيض النصوص الدستورية التي قصرت هذا الحق على القاضي الدستوري دون غيره[30].

(28)كانت المادة 175 من دستور 1971 تنص على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ..».
وعهدت المادة 175 من دستور 2012 هي الأخرى للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص «دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح».
ورددت المادة 192 من دستور 2014 في صدرها ذات العبارات الواردة في المادة 175 من دستور 1971.

(29)حدث أن محكمة القضاء الادارى أصدرت حكماً بإلغاء القرار السلبي بامتناع جامعة القاهرة عن إنشاء وحدة للأمن الجامعى إعمالاً للمادة 317 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات ، وإلغاء الحرس الجامعى المنشأ بقرار من وزير الداخلية .
فما كان من الجامعة إلا أن طعنت على الحكم ، وكان من بين أوجه دفاعها لإلغائه الدفع بعدم دستورية المادة 317 من اللائحة التنفيذية المشار إليه ، بحسبانها تخطت المعنى الضيق للتنفيذ بإيراد أحكام جديدة لا صلة لها بالقانون الذي وضعت لتطبيقه .
ونظراً لأن الطعن على الحكم الصادر من القضاء الادارى لا يوقف تنفيذه ، كما أن القواعد القانونية واجبة الإحترام حتى تلغى أو يقضى بعدم دستوريتها ، فقد شرعت الجامعة في إنشاء وحدات الأمن الجامعى .
وكان من الغريب أن تستند المحكمة الإدارية العليا إلى الخطوة التي خطتها الجامعة لإعتبار الخصومة منتهية في هذا الجانب من الدعوى ، « ومن ثم لا تكون ثمة محل للتصدى للدفع المقدم من الجامعة بعدم دستورية المادة (317) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات ».
المحكمة الإدارية العليا – 2010/10/23 – الطعون أرقام 5545 ، 5742 ، 33299 لسنة 55 ق – عليا – غير منشور .
وهكذا كان التقيد بالحكم المطعون عليه التزاماً بحجيته ، واحترام النص القانوني لحين الفصل في مصير دستوريته ، سبباً في استبعاد الدفع بعدم الدستورية ، دون أدنى محاولة لفحصه أو تمحيصه .

(30) سبق لنا التنويه بذلك في المقال المعنون «تأكيد السياسة التشريعية تجاه المحكمة الدستورية العليا – تعليق على القانون رقم 184 لسنة 2008» المجلة الدستورية – العدد (15) ص26.

وتلك الاشكالية نعاني منها منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا ، ودفعت الفقه للمطالبة بايجاد آلية تسمح للمتقاضين باللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا ، حال اصرار محاكم جهة قضائية بدرجاتها المختلفة على رفض دفوعهم بعدم دستورية التشريع الحاكم لخصوماتهم.

إلا أن الأمر تتضاعف حدته وتزداد جسامته بخصوص النزاع محل الدراسة ، فالقضية تنظر أمام المحكمة الإدارية العليا كأول وآخر درجة ، مما يعني افتقاد حتى الفرصة لمعاودة النظر في رفض جدية الدفع بعدم الدستورية أمام ذات الجهة القضائية في درجة تقاضي أعلى.

لكل ما سلف نرى أننا – على الأقل – بحاجة إلى تدخل تشريعي عاجل للسماح باللجوء للمحكمة الدستورية العليا حال رفض جدية الدفع بعدم الدستورية في محاكم الدرجة الواحدة.

السبب الثاني – عدم عرض المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 على قسم التشريع بمجلس الدولة: استحدث دستور 2014 التزام الحكومة بعرض مشروعات القوانين على قسم التشريع بمجلس الدولة[31] ، لإبداء الر أي فيها[32].

وجاءت هذه الخطوة عوضاً عن إلغاء مجلس الشورى ، ورداً على ما كان يطرح للاحتفاظ بهذا المجلس من أن معاودة النظر في مشروعات القوانين من مجلس آخر تضمن – إلى حد بعيد – التطابق مع نصوص الدستور ، والإمتثال لأوامره ونواهيه .

واقتنص دفاع حزب الحرية والعدالة مناسبة القيد الذي استحدثه الدستور ، ليدفع بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2011 لتحرره من هذا القيد والتغافل عنه .

وهذا التحليل وقع في حومة القياس الخاطىء ، أو بمعنى مختلف القياس مع الفارق.

فالمثالب المفضية إلى إبطال النص التشريعي ليست من طبيعة واحدة ، فبعضها

(31) طبقاً للمادة 63 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 «على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحية أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغة».
وهذا النص إذ تضمنه تشريع برلمانى لا يشكل تجاوزه – حال خلو الدستور من صياغة نظيره – مخالفة دستورية . فالخروج على الدستور يتحدد في ضوء النصوص الدستورية لا قواعد أدنى منها في المكانة أو المرتبة.

(32) المادة 190 من دستور 2014.

شكلي والآخر موضوعي . وإذا كان المرجع في الأخيرة إلى الدستور القائم والنافذ ، فإن العبرة في الأولى بالنصوص الدستورية المعمول بها لحظة إقرار التشريع محل النظر.

وعلى هذا النهج سارت الأحكام في ظل المحكمة العليا[33] ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا[34] ، مؤيدة بالعديد من الآراء الفقهية[35].

(33) انظر على سبيل المثال – المحكمة العليا – 1978/4/1 – مجموعة الأحكام – جـ (2) ص120.

(34) راجع على سبيل المثال – المحكمة الدستورية العليا – 1983/2/5 – مجموعة الأحكام – جـ(2) ص77.

ومن أحدث الأحكام المنشورة في هذا الصدد ذلك الصادر في 12 مايو 2013 و الذي قرر أن «الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية ، سواء في ذلك تلك المتعلقة بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص باصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها أو ما كان متصلاً منها باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية ، إنما تتحدد على ضوء ما قررته في شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها».

وتمشياً مع ما سلف خلصت المحكمة إلى أن القرارين بقانونين المطعون عليهما وقد صدرا «فى ظل العمل بأحكام الدستور المؤقت الصادر سنة 1958 ، ومن ثم تكون أحكام هذا الدستور هي الفيصل في تحديد الأوضاع الشكلية المتطلبة للنصوص التشريعية لكل من القانونين. ولما كان هذان القانونان قد صدرا استناداً إلى المادة (53) من دستور 1958 التي تنص على أنه «لرئيس الجمهورية أن يصدر أي تشريع أو قرار مما يدخل أصلاً في اختصاص مجلس الأمة إذا دعت الضرورة إلى اتخاذه في غياب المجلس ، على أن يعرض عليه فور انعقاده ، فإذا اعترض المجلس على ما أصدره رئيس الجمهورية بأغلبية ثلثى أعضائه سقط ماله من أثر من تاريخ الاعتراض» ، فإن مؤدى ذلك أن الدستور وإن اسند اختصاص التشريع إلى مجلس الأمة ، إلا أنه أجاز لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى حالة غياب المجلس أن يصدر أي تشريع أو قرار مما يدخل أصلاً في اختصاص المجلس على أن يعرض عليه فور انعقاده . وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن نص المادة (53) من دستور سنة 1958 وإن أوجب عرض ما يصدره رئيس الجمهورية من تشريعات تطبيقاً له على مجلس الأمة فور انعقاده إلا أنه لم يرتب جزاء على عدم العرض ، خلافاً لمسلك الشارع في سائر الدساتير الأخرى سواء السابقة على هذا الدستور أو اللاحقة له ، ورتبت المحكمة على هذه المغايرة أن الشارع في هذا الدستور قصد ألا يرتب أثر على مجرد عدم عرض القرارات بقوانين على مجلس الأمة ، بل رتبه فقط في حالة اعتراض المجلس عليها بالأغلبية التي نص عليها وهي أغلبية ثلثى أعضائه ، ومن ثم فإنه وإذ كان الثابت من مطالعة الإفادة الواردة من الأمانة العامة لمجلس الشعب المؤرخة 2010/11/25 بشأن القرارين بقانونين رقمى 192 لسنة 1958 في شأن طرح النهر وأكله و100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها عدم عرضهما على مجلس الأمة ، فإنه إزاء ثبوت عدم العرض على المجلس فلا محل لقالة اشتراط الأغلبية الخاصة المتطلبة للقوانين رجعية الأثر ، ويكون النعى في هذا الشق غير قائم على سند ولا محل له».

المحكمة الدستورية العليا – 2013/5/12 – مجموعة الأحكام – جـ(14) – ص419.

وراجع حكم ذات المحكمة بعدم دستورية إحدى فقرات المادة 44 من قانون الخدمة العسكرية والوطنية لسنة 1980 لانعطافها على الماضى دون استيفاء الضابط المنصوص عليه في المادة 178 من دستور 1971 الصادر القانون في ظله من ضرورة إقرار النصوص الرجعية بأغلبية الأعضاء.

المحكمة الدستورية العليا – 2011/7/31 – مجموعة الأحكام – جـ13 – المجلد الأول – ص683.

(35) انظر على سبيل المثال:

– يحيى الجمل – القضاء الدستورى في مصر – 2000 – ص191 ،

– عبد العزيز سالمان – رقابة دستورية القوانين – 1995 – ص236.

وفي عبارة شارحة لأبعاد التفرقة بين الجوانب الشكلية والجوانب الموضوعية في بحث المثالب الدستورية أوضح البعض – بحق – أنه «ولئن كانت المحكمة العليا ، ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا قد قررتا أن رقابتيهما على دستورية التشريعات إنما تتم على ضوء أحكام الدستور القائم ، إلا أن هذا القضاء لا ينصرف بداهة إلى غير العيوب الموضوعية باعتبار أن القيود التي يفرضها الدستور في شأن مضمون التشريع، والتي يتعين على المحكمة الدستورية العليا تطبيقها لا تستمد إلا من أحكام الدستور القائم ، و الذي يستهدف بتقرير هذه القيود أن تتحاذى معها جميع التشريعات ، ما كان منها سابقاً على الدستور ، وما كان منها لاحقاً على العمل به.

«والاعتبار السابق لا يصدق في شأن العيوب الشكلية فهذه العيوب يستحيل أن تتحدد بالرجوع إلى الدستور القائم ذلك أن الأوضاع والإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية من بدايتها إلى نهايتها ، ولا تكون السلطة التشريعية مخاطبة إلا بأحكام الدستور الذي فرض هذه الأوضاع ، فإن هي اتبعتها ، ونزلت عليها أصبح التشريع الصادر عنها مبرءاً من العيوب الشكلية وخالياً منها»[36].

قصارى الحديث أن المحكمة الإدارية العليا حينما رفضت الدفع بعدم الدستورية للعيب الإجرائى المزعوم (عدم العرض على قسم التشريع بمجلس الدولة) طبقت صحيح القانون مدعمه ليس فقط بقضاء دستوري مستقر وثابت ، وإنما أيضاً بمنطق قانوني صلد البنيان.

الدفع بعدم دستورية المادة (17) لأسباب موضوعية:

الدفع الدستوري الأول بوجهيه إنصب على الإجراءات الواجبة الاتباع لسن التشريعات. أما الدفع بعدم الدستورية الثاني فانصرف لمضمون نص المادة 17 من قانون الأحزاب السياسية ، وانقسم بدوره إلى شطرين ، كما ستوضح السطور التالية:

الشطر الأول – إخلال المادة 17 بحق التقاضي على درجتين:

قدر الحزب المطلوب حله أن المادة 17 مشوبة بعدم الدستورية من زاوية منحها الاختصاص للمحكمة الإدارية العليا بنظر طلبات حل الأحزاب كأول وآخر درجة ، بما يهدر مبدأ التقاضي على درجتين.

(36) عادل عمر شريف – القضاء الدستورى في مصر – 1988 – ص329.

ولـم تقتنـع المحكمة الإدارية العليا بهـذه المخالفة ، واعرضـت عنها مرددة أن «المسـتقر لدى المحكمة الدستورية العليا أن قصر التقاضي على درجة واحدة مما يجـوز دسـتورياً كلما كان هذا القصر مسـتنداً إلى أسـس موضوعيـة ، ولما كانت مقتضيات الفصل في طلب حل الحزب السياسـي وما يحاط به من جلال تقتضي أن تكون الكلمة العليا فيها للمحكمة الإدارية العليا بعد تمحيص الطلب واسـبابه وأدلة توافر الأسباب الموجبة لحله، فمن ثم فلا يكون ثمة جدية للدفع بعدم دستورية النص لذلك السبب ...».

ولدينـا أكثـر من تحفظ على هذا التسـبيب والنتيجة التي توصـل إليها . وبداية لا خلاف حول وجود قضاء متواتر للمحكمة الدستورية العليا يسمح بالتقاضي على درجة واحدة ، ما دامت قد اكتملت المسوغات المتطلبة لذلك[37].

وقد سبق لنا في دراسة أخرى تقصي هذا القضاء وتحليله والمطالبة بتقنين التقاضي على درجتين[38] دستورياً[39]. وبرغم عدم استجابة الدستور الحالي لهذا الإقتراح ، فإننا نميل إلى أن المسـألة تتطلب – على الأقل بالنسـبة لطلب حل حزب سياسـي – إعادة الطرح على المحكمة الدستورية العليا ، بعد صدور دستور 2014.

فروح هذا الدسـتور أقرب إلى مبدأ التقاضي على درجتين ، أو على الأقل تقليص نطاق قضاء الدرجة الواحدة إلى أبعد حد ممكن . وتدليلاً على ذلك نذكر بالمادة 202 وإقرارهـا حـق الطعن على قرارات اللجان القضائية في شـأن منازعات ضباط وأفراد القوات المسلحة . وكانت تلك المنازعات تنظر، في السابق، على درجة واحدة.

(37) انظر على سبيل المثال:
- المحكمة الدستورية العليا – 1995/2/4 – مجموعة الأحكام – جـ(6) – ص511 ،
- المحكمة الدستورية العليا – 2002/9/22 – مجموعة الأحكام – جـ(10) – ص638 ،

ومن القضاء الأحدث:
- المحكمة الدستورية العليا – 2010/7/4 – مجموعة الأحكام – جـ(13) المجلد (1) – ص417 ،
- المحكمة الدستورية العليا – 2013/3/3 – مجموعة الأحكام – جـ(14) ص292.

(38) انظر مقالنا المعنون التنظيم الدستوري لحق التقاضي بين الواقع والمأمول – المجلة الدستورية – العدد (20) – ص58.

(39) نصادف هذا التقنين في الدستور التونسي الصادر عام 2014 والقاضي الفصل 108 منه على «أن يضمن القانون التقاضي على درجتين».

يضاف لذلك حق الطعن بالاستئناف في الجنايات الوارد في المادتين 96 ، 240 من دستور 2014[40].

خلاصة ما تقدم أن الدفع بعدم دستورية نص المادة 17 من قانون الأحزاب السياسية كان مناسبة للتعرف على رؤية القاضي الدستوري بشأن مبدأ التقاضي على درجة واحدة بالنسبة للمسألة المثارة ، وإمكانية العودة إلى الوضع القائم عند صدور قانون الأحزاب عام 1977 حيث تمتعت منازعات حل الأحزاب بميزة التقاضي على درجتين ، والتي جرى التراجع عنها قبل أن تطبق ولو مرة واحدة[41].

ولا محل للمحاجة في ذلك بوجود قضاء للمحكمة الدستورية العليا بخصوص جواز التقاضي على درجة واحدة ، مما يجعل الإحالة إلى تلك المحكمة غير مجدية.

فمن زاوية أولى مهما تعددت أحكام القاضي الدستوري في موضوع ما ، فإن ذلك لا يحول دون طرق أبوابه مرة أخرى ، وإلا أغلقنا باب تطور القضاء نحو مزيد من الفاعلية والحماية المراد كفالتها للحقوق والحريات الدستورية.

ولنُذكر في هذا الصدد ، على سبيل التمثيل لا الحصر والتحديد ، بموقف المحكمة الدستورية العليا من الطعن على القاعدة القانونية لأسباب شكلية ، وكيف أنها كانت لا تتقيد بهذا النوع من الأسباب ، وفرضت على نفسها فحص المطاعن الموضوعية المحتملة أيضاً. وإرتكازاً على ذلك كان الحكم بدستورية تشريع يمنع عرض أمره مرة ثانية على الساحة الدستورية ، فكافة المناعي التي يمكن أن تلحق بالقانون ، شكلية أو موضوعية، سبق التصدي لها والبت فيها[42].

(40) سبق دستور 2012 إلى إقرار الاستئناف في الجنايات (المادة 77) مع تحديد فترة انتقالية قدرت بسنة (المادة 234) . ور أي المشرع التأسيسى في دستور 2014 أن تلك الفترة غير كافية ، فرفعها إلى خمس سنوات.

(41) في نقد ذلك راجع: عبد الرحمن أحمد حسين النجار – التنظيم القانوني للأحزاب السياسية ودورها في التجربة الديمقراطية اليمنية – رسالة – حقوق القاهرة – 2007 – ص616 – 617.

(42) انظر على سبيل المثال:
- المحكمة الدستورية العليا – 1984/3/17 – مجموعة الأحكام – جـ(3) ص49 ، ومن الأحكام اللاحقة:
- المحكمة الدستورية العليا – 1994/1/8 – مجموعة الأحكام – جـ(6) ص133 ،
- المحكمة الدستورية العليا – 1999/1/2 – مجموعة الأحكام – جـ(9) ص126.

وكان هـذا النهـج يلقي بأعباء جسـام على المحكمة ، مما دفعهـا إلى تبديل موقفها بالاقتصار على بحث النواحي الشكلية ، إذا تأسس الطعن عليها وحدها[43] ، مما يسمح باعادة طرح دستورية القانون مرة ثانية لعيوب موضوعية.

ومن زاوية ثانية ، فان التفرقة واجبة بين القاعدة (جواز التقاضي على درجة واحدة) وبين تطبيقاتها . إذ يتصور عرض تطبيق للقاعدة لم يسـبق أن وجد سـبيله للمناقشـة أمام القاضي الدستوري للتثبت من استيفاء المبررات اللازمة. ولا يشكل القضاء الذي أرسى القاعدة ، وأعملها في حالة مختلفة ، أي عقبة لإتمام ذلك العرض.

ومـن زاويـة أخيرة ، فإن تغير الظروف باصدار دسـتور جديد مـن الدوافع لعرض تطبيق لأحد المبادىء المستقرة ، ليس فقط للنظر في تعارضه مع النصوص المستحدثة، وإنما كذلك لاحتمال اصطدامه مع روح تلك النصوص ومقاصدها الكلية.

وقد سلف أن المحنا إلى قناعتنا بميل دستور 2014 للتقاضي على درجتين.

****

ولا يفوتنا ختاماً أن ننوه إلى أن ما أوردته المحكمة الإدارية العليا من ركائز يستخلص منها توافر سبب موضوعي لنظر طلبات حل الأحزاب على درجة واحدة ، ومن ثم رفض اسباغ الجدية على الدفع بعدم الدستورية ، اتسم بعمومية غير خافية.

فالاشـارة إلـى جـلال موضوع النزاع – حسـب تعبير المحكمة – ترجـح تبني مبدأ التقاضي على درجتين ، لا قضاء الدرجة الواحدة.

فجلال الموضوع مُستقى – بصفة خاصة – من ارتباطه الحميم بالعديد من الحقوق والحريات (حرية الرأي– حق الاجتماع – المشاركة في الحياة السياسية ... الخ). فحماية تلك الحقوق والحريات تستأهل معاودة فحص الموضوع في درجة أخرى ، بما يسهم في

(43) انظر على سبيل المثال:
المحكمة الدستورية العليا – 1993/1/2 – مجموعة الأحكام – جـ(5) المجلد (1) ص145، ومن القضاء اللاحق: المحكمة الدستورية العليا – 2000/6/3 – مجموعة الأحكام – جـ(9) ص582.
ولمزيد من الأحكام والتفاصيل راجع مؤلفنا المعنون: القانون الدستورى – الكتاب الأول – 2009 – ص312 وما بعدها.

ترسيخ معاني العدل وتوطيد الاحساس بالعدالة في الوجدان.

وإذا كان الشيء بالشيء يذكر ألم يكن جلال مسألة تأديب القضاة هو المحرك الأبرز لتعديل قانون السلطة القضائية[44] عام 2006 لتبنى استئناف الأحكام التأديبية أمام مجلس أعلى ؟

ووهن الحجة نصادفه كذلك في إقرار نظر طلب حل الحزب على درجة واحدة لكون هذا الطلب تمحص أسبابه للتأكد من وجود الأسباب الموجبة لقبوله من عدمه ، ففحص موضوع النزاع من مختلف جوانبه جوهر أي حكم قضائي ، وبدونه يكاد يرتفع وصف الحكم عن العمل[45].

الشطر الثاني : عدم دستورية المادة 17 لعدم تطلبها إجراء الحل بناءً على صدور أحكام قضائية باته:

حاول دفاع حزب الحرية والعدالة محاصرة المادة 17 بعدم الدستورية من جانب أنها أجازت إنهاء حياة الحزب استناداً لتحقيقات دون استلزام صدور أحكام باته.

والواقع أن هذا الدفع أقرب إلى السجال القانوني منه للدفوع الموسومة بالجدية . فالدستور اشترط لحل الحزب صدور حكم قضائي لإقرار إداري (المادة 2/74) . ولا معنى لاقتضاء صدور أحكام باته ، ليعرض الأمر من جديد على محكمة ما لتقضي بالحل تبعاً لها.

وتطلب الحل بحكم قضائي لإقرار إداري يحقق لذي الشأن الحماية المتطلبة ، والمتمثلة في تحقيق دفاعه وتمحيص دفوعه من جهة محايدة ومستقلة ، لتنطق في نهاية المطاف بكلمة القانون.

لذا كان متوقعاً رفض المحكمة الإدارية العليا لهذا الشق من الدفع بعدم الدستورية. إلا أن ذلك ربما يُعيد طرح الحاجة إلى مراجعة فكرة التقاضي على درجة واحدة في النزاعات الحزبية ، وخصوصاً طلبات حلها.

(44) يحسب للمحكمة الإدارية العليا أنها لم تتطرق لحاجة طلب حل حزب لسرعة الفصل فيه ، إذ أن اتجاه القاضي الدستورى أن هذا العامل لا يندرج في إطار الأسس الموضوعية لقصر التقاضى على درجة واحدة.
فى أحدث الأحكام المردة لذلك راجع:
المحكمة الدستورية العليا – 2014/4/6 – الدعوى رقم 24 لسنة 33ق. دستورية – المجلة الدستورية – العدد (25) ص101.

(45) القانون رقم 142 لسنة 2006.

ب. استدعاء دفاع حزب الحرية والعدالة للبطلان الإجرائي وتقديرنا لموقف المحكمة من استبعاده:

فى محاولة لإجهاض مسعى لجنة الأحزاب حل حزب الحرية والعدالة ، اثير أن هناك بطلان إجرائي مزدوج : بطلان موافقة لجنة الأحزاب على حل الحزب ، وبطلان تقرير هيئة المفوضين المودع ملف الدعوى.

وسنعرض الآن لهذين الوجهين من البطلان ، واستبعاد المحكمة لهما وتقديرنا لموقفها.

بطلان موافقة لجنة الأحزاب على حل حزب الحرية والعدالة:

وصم دفاع حزب الحرية والعدالة موافقة لجنة الأحزاب على الحل بالبطلان لأوجه عدة ، أهمها – في تصورنا – عدم إجراء التحقيق من النائب العام شخصياً.

واسباغ البطلان على موافقة لجنة الأحزاب يتطلب بداية الوقوف على التكييف القانوني لتلك الموافقة.

وقد انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن تلك الموافقة لا تعد قراراً إدارياً ، لكون تلك الموافقة لا أثر لها على المركز القانوني للحزب ، حيث يظل مصير الحزب بيد المحكمة التي تملك رد الطلب أو إجابته بعد التثبت من موجباته.

واعتبار النزاع حول حل الحزب لا ينصرف إلى قرار إداري كان من المفترض أن يمهد السبيل لمراجعة استمرار اختصاص القضاء الإداري بهذا النزاع.

يعضد ذلك ويسانده أن ذات المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1958 احال ، لأول مرة، للقاضي لا للجنة الأحزاب موضوع الخلاف حول تأسيس الأحزاب وخروجها لواقع العمل السياسى. فاللجنة إذا رأت أن الحزب افتقر لشروط التأسيس لا تصدر قراراً إدارياً بالرفض ، كما كان الوضع في الماضي ، وإنما تحيل الأوراق إلى القضاء ليقدر ما يراه[46].

(46) نص قانون الاحزاب السياسية في المادة 9/8 على أن لجنة الاحزاب إذا اعترضت على تكوين الحزب ، فانها تصدر قراراً بذلك ، مما قد يعطى الانطباع باننا بصدد قرار إدارى.
وهذا التصور غير دقيق ، فجوهر القرار أن يكون نافذاً بذاته ، وهو ما يفتقده اعتراض لجنة الاحزاب ، لضرورة عرضه – من قبل اللجنة – على المحكمة الإدارية العليا لتأييده أو إلغائه.

وانتفـاء القـرار الإداري ، وعدم تعلق خصومات انشـاء وحـل الأحزاب بمرفق عام تدفعنا إلى المناداة بنقل هذا الاختصاص إلى القضاء الدستوري[47]. فعلاوة على تخلف معيار المنازعة الإدارية (السـلطة العامة بأدواتها والمرفق العام باحتياجاته) فإن غالبية ضوابط تأسيس الأحزاب ، والتي تفحص لحظة الانشاء أو الحل ، أضحت متضمنة صلب النصوص الدستورية[48] لا التشريعية كما كان الحال في الفترات الماضية. وليس هناك من هو أقدر من المحكمة الدسـتورية العليا على إعمال تلك النصوص بما يوافق الإرادة الحقيقية للسلطة التأسيسية.

ويجد اقتراحنا مؤازرة إضافية عند الاصرار على درجة التقاضي الواحدة في المنازعات الحزبية. فالأحكام الدستورية – أياً كان موضوعها – نهائية ولا تقبل الطعن عليها.

وجماع ما سُـطر يسـمح لنا بمناشـدة المشـرع بإعمال الفقرة الأخيرة من المادة 192 من الدسـتور ، والتي بعد أن بسـطت اختصاصات القاضي الدستوري ، أتاحت السبيل لإضافة أي اختصاصات أخرى يقدر الشـارع أن نظرها أمام تلك المحكمة له مبررات موضوعيـة وتمليـه المصلحة العامة . وليكن نقل الاختصاص بالمنازعات الحزبية (انشـاء وحل الأحزاب) إلى المحكمة الدستورية العليا أول تطبيق لتلك الفقرة في ظل دستور 2014.

وإذا نحينا جانباً تحديد القاضي المختص بمنازعات حل الأحزاب السياسية ، وعدنا إلى طلب لجنة الأحزاب حل حزب ما ، فإن هذا الطلب يجد سنده في التقرير المعد من النائب العام بعد تحقيق يستجلي تخلف أو زوال أحد شروط إنشاء الأحزاب السياسية.

فهل يجري النائب العام التحقيق بنفسه ، أم يمكن أن يعهد به لإحدى النيابات (نيابة

(47) تتجه بعض الدول هذه الوجهة ومنها المانيا الاتحادية حيث تنص المادة 2/21 من دستورها على أن «تعتبر الاحزاب التي تسعى ، بحكم أهدافها أو سلوك المنتمين إليها ، إلى تقويض أو إلغاء النظام الأساسى الديمقراطى الحر أو إلى تعريض وجود جمهورية ألمانيا الاتحادية للخطر ، أحزاباً غير دستورية . وتبت المحكمة الاتحادية في مسألة عدم الدستورية».
ورد النص الكامل للدستور الألمانى في : أمانى فهمى – دساتير العالم – المجلد الأول – اصدار المركز القومى للترجمة – 2007 – ص95 ، والنص المشار إليه ص109.

(48) وفقاً للفقرة الأولى من دستور 2014 «للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية ، بإخطار ينظمه القانون . ولا يجوز مباشرة أي نشاط سياسى ، أو قيام أحزاب سياسية على أساس دينى ، أو بناء على التفرقة بسبب الجنس أو الأصل أو على أساس طائفى أو جغرافى ، أو ممارسة نشاط معاد لمبادئ الديمقراطية أو سرى ، أو ذى طابع عسكرى أو شبه عسكرى».

أمــن الدولــة في الخصومة موضع النقاش) ؟ وماذا لو أن التعليمات الصادرة من النائب العام والمنظمة لاختصاص تلك النيابة لا تنيط بها إجراء مثل هذا التحقيق؟

رجحت المحكمة الإدارية العليا التفسير الواسع لنص المادة 17 ، بما يتيح للنائب العام إجراء التحقيق بنفسه ، أو الاكتفاء باعتماد نتيجته وما يعد من تقرير منه[49].

وهــذا الوجــه من المشــكلة لا يطفو إلا إذا قررنا أن النــص يجيز للنائب العام إجراء التحقيق عبر إحدى النيابات ، وهو ما نتحفظ عليه لأكثر من داعي:

- النص استخدم اصطلاح «النائب العام» ، ولو كان يرمي للمعنى المُتبنى من المحكمة للجأ لتعبير «النيابة العامة».

بل أن صياغة النص تفيد – في تحليلنا – التأكيد على قيام النائب العام بالتحقيق بنفسه . فبعد أن أوضحت المادة 17 من قانون الاحزاب أن الاحالة للمحكمة تتم بعد «تقريــر النائب العام» أضافت مباشــرة «بعــد تحقيق يجريه» ، أي يجرى بمعرفة النائب العام. فالتقرير وما يسبقه من تحقيق أُسند للنائب العام دون غيره.

- لا مراء في أن إجراء التحقيق بمعرفة النائب العام يمثل ضمانة في موضوع شــديد الخطورة بالغ الأهمية كحل الأحزاب السياسية ، خصوصاً إذا تمسكنا بنظر طلبات حل الأحزاب على درجة تقاضي واحدة ووحيدة.
- لا محــل للاعتــراض علــى اقتراحنــا اعتمــاداً علــى مــا يمكــن أن يحدثــه تطلــب قيــام النائــب العــام بالتحقيــق بنفســه مــن تأثيــر ســلبي علــى التبعات الجســام لوظيفتــه ، فحــل الأحــزاب ، عــلاوة علــى خطورتــه ، لا يطــرح في أوقــات متقاربــة ، بــل أن عــودة الحيــاة إلــى وتيرتهــا المألوفــة ســيجعلنا لا نقابل المشكلة إلا نادراً.
- يتجنب تحليلنا الجدل حول جواز أن يرفق بتقرير النائب العام تحقيقات لم تجر بناء على طلب لجنة الأحزاب، وإمكانية التعويل على التحقيقات الأخيرة لحل الحزب.

فإجراء التحقيق من النائب العام بنفسه ، سيعني انصرافه إلى الوقائع المحددة في

(49) نوهت المحكمة بان الادعاء بمخالفة التعليمات الصادرة من النائب العام غير منتجة ، لكونها أدنى درجة من النصوص التشريعية. ولبداهة المسألة حسبنا هذه الإشارة.

طلب اللجنة. وبالتالي ستختفي فرصة الاعتداد بتحقيقات سابقة ، لأنها ببساطة لم تنطلق بناء على طلب من لجنة الأحزاب السياسية.

ونظراً لأن الحكم لم ينحز إلى هذه الرؤية وتبنى عكسها ، فقد أُجهدت الحيثيات لتخريجها وهو ما كنا في غنى عنه[50].

وكل ما سبق ربما يدعو المشرع للتدخل لإعادة صياغة العبارات الخاصة بالتحقيق السابق على حل الحزب ، بما يمنع الجدل حول إسناده للنائب العام شخصياً.

بطلان تقرير هيئة مفوضي الدولة:

من الدفوع التي ساقها حزب الحرية والعدالة بطلان تقرير هيئة مفوضي الدولة ، لسبق ابداء المستشار المفوض لرأيه في موضوع مماثل (الطعن رقم 35341 لسنة 59ق.ع) ، وعلى هذا النحو توافر في حقه – حسب رؤية الحزب المعني – البند (5) من المادة 146 مرافعات والتي تنص على عدم صلاحية القاضي «إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى ، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها».

وردت المحكمة هذا الدفع استناداً إلى أن الحظر الوارد بالنص يتحدد نطاق انطباقه بسبق إبداء الر أي **في ذات الدعوى**، «أما إذا كان ما أبداه من إفتاء أو ر أي أو ما قام بكتابته في دعوى أخرى تماثل في موضوعها موضوع الدعوى التي ينظرها فلا يكون ثمة مانع من نظرها وسماعها. ويكون عمله وقضاؤه بشأنها بمن أي عن البطلان ...».

وإذا كنا نتفق مع المحكمة في عدم انطباق المادة 5/146 مرافعات ، إلا أننا لا نجاريها في تسبيبها.

(50) لتصل المحكمة لمقصدها تناولت بداءة نطاق ولايتها في المسألة وايضاح أنها ولاية كاملة لا يحدها سوى حدود القانون.
وبالبناء على ما تقدم استطردت المحكمة قائلة: «وحيث إن ما ثبت مواجهة ممثل الحزب وإجراء التحقيق معه وسؤاله من بين تلك التحقيقات المرفقة بطلب رئيس لجنة الأحزاب السياسية الحكم بحل الحزب ، التحقيق الذي أُجرى مع رئيس الحزب ... في القضية رقم 371 لسنة 2013 حصر أمن الدولة العليا ، ومن ثم فإن المحكمة تعول على هذا التحقيق ، دون أن يحد من ولايتها أن هذا التحقيق لم يكن بناء على طلب لجنة الأحزاب السياسية ، بحسبان ما سلف ذكره بشأن سلطان المحكمة وهيمنتها وامتداد ذلك إلى جميع ما طرح عليها ..».

فعلـه عـدم الصلاحية في الفـرض محل النقاش أن يحكم القاضـي بحياد تام ، مما يقتضي خلو ذهنه من أي آراء أو أفكار مسـبقة . وبالتالي إذا أبدى القاضي رأياً في نزاع ما ، فعليه الامتناع عن نظر أي نزاع مشابه . والقول بغير ذلك يوفر الحيـاد بالنسـبة لبعض المتقاضين دون البعض الآخـر ، رغم التماثل أو التطابق في الحقوق التي يجري العراك القضائي حولها . فالقاضي سـيمتنع عن نظر الدعوى التي حدد موقفه منها ، ولكن سيتاح له الفصل في الدعاوى النظيرة ، دون أي ضمان لعدم تأثره بسابق موقفه.

وأياً كان القول الفصل في مفهوم «سبق ابداء الرأي في الدعوى» ، فاننا نميل إلى أن نص المادة 5/146 مرافعات لا يمتد تأثيره ولا يحاج بأثره بالنسبة لهيئة مفوضي الدولة ، وتقوم قناعتنا في ذلك على **دعامتين**:

- النص المشار إليه ورد في قانون المرافعات الذي يغطي – بصفة أساسية – الإجراءات أمام المحاكم العادية، والتي لا تعرف نظاماً شبيهاً بهيئة مفوضي الدولة.

  ولا يقـدح في ذلـك إمكانية تطبيق قانون المرافعـات على الخصومات الإدارية ، فهذا التطبيق مرهون بتوافق القاعدة مع طبيعة الدعاوى الإدارية وما للإجراءات المتبعة أمامها من خصوصية[51].

- النص المتضمن قانون المرافعات يستهدف القاضي الحائز لسلطة إصدار حكم أو قـرار في النـزاع المثـار ، وهيئة المفوضين لا تملك شـيئاً من ذلك . فدور تلك الهيئة يتحدد بحدود تحضير الدعوى وإبداء الرأي فيها ، مع ترك حسم النزاع والكلمة الأخيرة فيه للمحكمة[52].

(51) اتجهت المحكمة الإدارية العليا صوب هذا التفسير من لحظات ميلادها الأولى:
المحكمة الإدارية العليا – 1955/11/5 – مجموعة الأحكام – السنة (1) ص64 ، ومن الأحكام اللاحقة راجع على سبيل المثال: المحكمة الإدارية العليا – 1983/6/25 – مجموعة الأحكام – السنة (28) ص925.

(52) لمزيد من التفاصيل حول نظام مفوضى الدولة انظر على وجه الخصوص:
محمد جابر عبد العليم – مفوض الدولة بين القضاء الإداري المصري والفرنسى – رسالة – حقوق القاهرة – 2005.

(3) التقيد بمستندات طلب الحل دون أسبابه:

عزت لجنة الأحزاب السياسية طلبها بحل حزب الحرية والعدالة[53] إلى أربعة أسباب:

- قيام الحزب في مبادئه وبرامجه ومباشرة نشاطه على أساس ديني[54]، لما ثبت من تسجيلات اجتماعات شورى جماعة الأخوان من الإتفاق على أن يكون الأعضاء المؤسسون للحزب بنسبة 80٪ من أبناء الجماعة وأن تقتصر نسبة مشاركة من عداهم نسبة 20٪ ، وتمتد تلك السيطرة إلى تنظيمات الحزب على كافة المستويات ، وكذا القرارات الصادرة عنها ، مما يغدو معه اشتراك نفر من غير المسلمين أو من غير جماعة الأخوان أمر صورياً.
- وجود تشكيلات عسكرية لدى الجماعة ، والحزب فرع منها ، بالمخالفة للقانون[55].
- الجماعة بمثابة تنظيم دولي ، وتبعية الحزب للجماعة وكونها تمثل المرجعية في قراراته ، تجعل الحزب يقع في محظور اعتباره فرعاً لتنظيم أجنبي[56].
- انتفاء ضابط علانية مبادىء الحزب وأهدافه وأساليبه وتنظيماته ووسائل ومصادر تمويله ، لما تبين أن الجماعة قد وضعت ما يعد نظاماً أو لائحة مستترة تحكم عمل الحزب ، وأقرت تلك اللائحة من مجلس شورى الجماعة[57].

والمفاجأة أن المحكمة الإدارية العليا في سبيل تمحيصها زوال أحد شروط إنشاء الحزب ، استبعدت كل ما سبق ، واتجهت صوب البند ثانياً من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية والقاضي بعدم تعارض مبادىء الحزب أو أهدافه أو برامجه أو سياساته أو أساليبه في ممارسة نشاطه مع المبادىء الأساسية للدستور أو مقتضيات حماية الأمن القومى المصري أو الحفاظ على الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي والنظام الديمقراطي.

(53) من تبعات حل حزب سياسى تحديد الجهة التي تؤول إليها أمواله ، وعلى نمط حكم انقضاء الحزب الوطني قُضى بأيلولة أموال حزب الحرية والعدالة إلى الدولة ، إلا أن المحكمة لم تضمن حيثياتها الدوافع التي وقفت وراء ذلك الاختيار كما حدث في الحكم الأول .

(54) البند (ثالثاً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية.

(55) البند (رابعاً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية.

(56) البند (خامساً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية.

(57) البند (سادساً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية.

واستظهاراً لانسحاب هذا الضابط عن الحزب سطرت المحكمة: «أن موقف حزب الحرية والعدالة من أحداث 30 يونيو 2013 وما تبعها من إجراء يوم 3 يوليو 2013 هو اعتبار ما حدث مجرد تظاهرات من عشرات الآلاف وأن ما حدث يوم 3 يوليو 2013 هو انقلاب على الشرعية وليس استجابة لمطالب الشعب وأنه للخروج من الأزمة التي تمر بها البلاد لابد من العودة عن الانقلاب العسكري وعودة الدكتور محمد مرسى لرئاسة الجمهورية رجوعاً للشرعية الدستورية ، ومما لا ريب فيه أن هذا الموقف لا يمثل رأياً لفرد وإنما يعبر عن توجه الحزب ، رغم ما هو ثابت واقعاً خلافاً لذلك وما صدر من إعلان دستوري نشر بالجريدة الرسمية يوم 2013/7/8 متضمناً الخطوات التي يتعين اتباعها لبناء مؤسسات الدولة الدستورية ورغم التأييد الشعبيي الواسع لما تم يوم 3 يوليو باعتباره ثورة شعب و الذي هو مصدر السلطات .. ، الأمر الذي يؤدى إلى خروج المنتمين إلى هذا الحزب على وحدة الوطن والعمل على انقسامه وعدم استقراره كما حدث واقعاً غير منكور ، وهو ما لا مندوحة معه من ثبوت خروج الحزب بذلك وبالإصرار عليه على مبادىء وأهداف التنظيمات الشعبية والديمقراطية بما ينال من الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي والنظام الديمقراطي وفق ما آل إليه أمر رافضي الثورة وداعمي فكرة أن ما حدث انقلاب عسكري على الشرعية من نشر الفوضى في ربوع البلاد واشاعة العنف بديلاً للحوار والديمقراطية وتهديد السلام الاجتماعى الذي يجعل الحزب بذلك قد زال في شأنه الشرط المنصوص عليه في البند ثانياً من المادة «40» ...».

وقراءة العبارات السابقة تدفعنا إلى التساؤل حول مبررات القفز على الأسباب المبينة في طلب لجنة الأحزاب لحل الحزب ، واستنباط غيرها ، من المستندات المرفقة.

لم تدع المحكمة لنا فرصة للاجتهاد باعلانها أن ولايتها في طلب حل الأحزاب ولاية كاملة ، مضيفة ، أن تلك الولاية «لا يحدها سوى حدود القانون دون أن يكون ما قامت به لجنة الأحزاب السياسية من إجراءات وما استندت إليه في شأن طلب الحل من أسباب حائلاً دون بسط كامل هذه الولاية بحسبانها صاحبة كلمة الفصل في مدى استمرار قيام الحزب من عدمه دون أن يحد من سلطانها في سبيل ذلك شيء أو يقف

أمـام سـعه اختصاصها أي تصور مقـدم من جهة الإدارة أو يقيد مـن تقديرها ما قام عليه الطلب من أسباب ..».

وإقـرار المحكمة لنفسـها الولايـة الكاملة في نظر طلب حل الحـزب يرتبط ارتباطاً وثيقـاً بنفـي إدراج هـذا الطلب ضمن طعون الإلغاء على ما سـبق البيان. إلا أن ذلك لا يمنعنا من الحذر في قبوله.

فمن تبعات الولاية الكاملة اسـتناد المحكمة إلى تحقيقات[58] لم تجر بناء على طلب لجنـة الأحـزاب ، في حـين أن الخاضع لها لم يكـن يدري إمكانية اسـتخدامها في حل الحزب، وربما لو اتصل علمه بذلك لبدل اقواله ، أو حتى التزم الصمت[59] إزاء الأسئلة أو الاستجوابات التي توجه إليه.

ولعـل ذلك يعيـد إلى دائرة الضوء اختيارنا لقيام النائب العام بنفسـه بالتحقيق في طلب حل الحزب ، مما يمنع أن يلحق بالتقرير المقدم منه أي تحقيقات أخرى ، مهما تعلقت بنشاط الحزب وضوابط تكوينه .

وعلـى صعيـد السـبب الذي تبنتـه المحكمة لحل الحزب ، فمـن الملاحظ أنه أكثر الأسباب تعلقاً بالسياسة ، إلا وهو رفض الحزب النظر إلى ما حدث في 30 يونيو 2013 على أنه ثورة ، والإصرار على نعته بالانقلاب ، مع القيام بأنشطة تتسم بالعنف ورغبة في أن تعم الفوضى شتى أرجاء البلاد.

فهل أرادت المحكمة بذلك حسم هذا الوضع بحكم له حجيته ؟ والحجية هي عنوان الحقيقة ، بل هي – في نظر البعض – الحقيقة نفسها .

وبـدون تقييـم للحكـم في هذه الجزئية ، نرى صعوبة تقبل أن الأزمة التي كانت وراء أحداث 30 يونيو 2013 لم تكن في خلفية الحيثيات بدرجة أو بأخرى.

علـى أي حـال كان يمكـن للمحكمة أن تنهي حيثياتها باثبـات زوال البند (ثانيا) من

(58) من الأهمية أن نلمح إلى أن المحكمة استبعدت التحقيقات التي جرت دون توجيه أية استجوابات لرئيس الحزب ، أو القضايا التي اقيمت في غيابه.

(59) قنن حق المتهم في الصمت دستورياً لأول مرة في دستور 2014 بالفقرة الثانية من المادة 55.

المادة الرابعة لتقضي بحل الحزب ، إلا إنها فاجأتنا بالعروج على الحظر الوارد في البند (خامساً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب و الذي يشدد على عدم قيام الحزب كفرع لحزب أو تنظيم سياسي أجنبي . ولما كان حزب الحرية والعدالة قد أنشأته جماعة الأخوان في مصر ، وهي جزء لا يتجزأ من التنظيم العالمي للأخوان ، الأمر الذي يكشف عن تخلف هذا الضابط منذ لحظة الميلاد.

وهذا الشطر من الحيثيات ، و الذي لم تكن المحكمة بحاجة لاستعراضه ، لكونه لا يغير من النتيجة النهائية لقرارها ، يبدو أنه موجه للجنة الأحزاب.

فقد وافقت تلك اللجنة على تكوين الحزب في 2011/6/5[60] ، ومنذ ذلك الحين ويتردد على الأسماع ، بكل السبل والوسائل ، أن حزب الحرية والعدالة يشكل الذراع السياسي لجماعة الأخوان.

وبالتالي كان على اللجنة ، حتى ولو فات عليها حال بحث الطلب توافر الشرط المثار ، أن تتنبه فيما بعد وتطلب من النائب العام التحقيق في الأمر لتنجلي حقيقة وجود هذا الضابط من عدمه.

وبقطع النظر عما سبق فان التطرق إلى تخلف شرط عدم التبعية لحزب أو تنظيم سياسي أجنبي يفضي لنتيجة **مزدوجة**:

- عدم جواز إعادة تكوين حزب الحرية والعدالة ، ولو تحت مسمى آخر أو ببرنامج مختلف ، طالما ظلت وشائج الصلة بالتنظيم الدولي قائمة وممتدة.
- الحاجة إلى مراجعة أوضاع الأحزاب المرتبطة بجماعة الأخوان ، لاقترافها ذات المحظور : التبعية الأجنبية.
- من اللافت للنظر أن المحكمة لم تتعرض للبند (ثالثاً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية المانع من قيام الحزب على أساس ديني أو ممارسة نشاطه استناداً لذلك.

(60) نشر قرار لجنة الأحزاب بالموافقة على تأسيس حزب الحرية والعدالة بالجريدة الرسمية في اليوم التالي أي بتاريخ 2011/6/6 – العدد (22) مكرر – السنة الرابعة والخمسون.

من هنا تنتفي إمكانية سحب حكم حل حزب الحرية والعدالة – كما يتصور البعض – إلى الأحزاب التي تبدت مسحتها أو مرجعيتها الدينية مؤخراً.

ولعلها مناسبة لبيان أن الأحزاب ذات البعد أو الطابع الديني لا تكشف عن توجهها الحقيقي في البرامج التي تضعها أمام لجنة الأحزاب، بل أنها تحرص على إبراز طابعها المدني والإلحاح الدؤوب على التمسك به[61].

تنويه ختامي:

حكما انقضاء الحزب الوطني وحل حزب الحرية والعدالة كونا بوتقة تزاحمت فيها تساؤلات قانونية شتى (دستورية – تشريعية – إجرائية) . وساهم عدم وجود سبل للطعن على الحكمين في تمدد نطاق نقاشهما لمدى كان يتعذر بلوغه في الفرض العكسي .

وقد حاولنا – ما وسعنا الجهد – أن ينعقد الحوار وتُسرد المقترحات في إطار دائرة الجدل القانوني ، دون تخطيها أو حتى تقاطعها مع أي دائرة أخرى .

وختاماً لا نملك إلا أن نردد – اقتباساً من القول المأثور – ان تعليقنا هذا ر أي «فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه » وآزرناه .

(61) مناقشة هذا الموضوع تتعدى إطار الدراسة الماثلة ، ولذا نحيل إلى أحد الأحكام الذي رفض الاعتراض على تأسيس حزب بعينه لقيامه على أساس ديني ، سارداً ما ورد في البرنامج المقدم من نفى لهذا الأساس وتبنى الطابع المدنى ، مما خلصت معه المحكمة إلى الموافقة على تكوين الحزب.
إلا أن الممارسة الفعلية أثبتت لاحقاً تباين النشاط الواقعى عن التصور النظرى ، وحسبنا الإشارة إلى انضمام هذا الحزب إلى التكتل المصور لما حدث في 30 يونيو على أنه انقلاب عسكرى.
انظر: المحكمة الإدارية العليا – 2011/10/10 الطعن رقم 44793 لسنة 57 قضائية عليا بشأن الإعتراض على تأسيس حزب البناء والتنمية – غير منشور.

حوارات قانونية

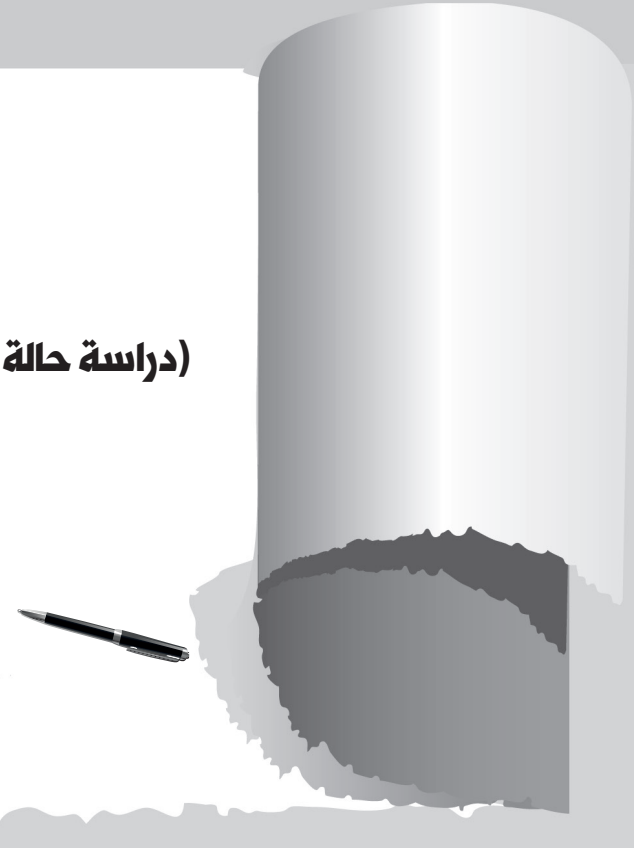
صياغات مرتبكة ومربكة

(دراسة حالة لتطبيقات من دستور 2014)

بقلم الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق – جامعة القاهرة/مصر



حينما صدر دستور 2012 واجه عاصفة عاتية من الاعتراضات . ومما عولت عليه تلك الاعتراضات جملة الصياغات غير المنضبطة التي حوتها نصوص الوثيقة الدستورية في غير موضع.

وإذا اكتفينا بنماذج لهذه الصياغات سنذكر المادة السادسة والتي كانت تقرر قيام «النظام السياسي على مبادىء الديمقراطية والشورى». فهل الديمقراطية تفترق عن الشورى ؟ وما مدى هذا الافتراق ، وهل ينصب على الجوهر ، أم يقع في نطاق الشكل والمظهر؟

وضمت دائرة النقاش كذلك ما جرت به بعض النصوص من تلازم لفظي بين الدولة والمجتمع في الالتزام بالطابع الأصيل للأسرة المصرية[1] ، وحماية كرامة الإنسان[2] واكتشاف المواهب الرياضية ورعايتها[3] ، مما يطرح التساؤل حول الكيان أو التنظيم الذي سيباشر المجتمع مهامه تلك من خلالها ، والأدوات المتاحة له ليبلغ غايته عبرها .

وبلغ الجدل الذروة في خصوص المادة الشهيرة 219 والتي تردد انها تفسر ما جاء بالمادة الثانية من أن مبادىء الشريعة الإسلامية هي «المصدر الرئيسي للتشريع».

فالعبارات التي احتوتها تلك المادة غلفت بسياج كثيف من الغموض يمنع الوقوف على مراميها، خصوصاً ما ورد في عجزها من إدخال مذاهب أهل السنة والجماعة تحت لواء «مبادىء الشريعة الإسلامية» ، وهو ما يفتح الباب لتبنى آراء مرجوحة واصدار تشريعات وفقاً لها ، رغم عدم ملاءمتها للأوضاع السائدة وقت سنها .

(1) المادة (10) من دستور 2012.
(2) المادة (31) من دستور 2012. ومما تجدر الإشارة إليه أن تعبير المجتمع قدم على كلمة الدولة ، وكأن دور المجتمع يعلو دور الدولة!
(3) المادة (68) من دستور 2012.

يرتبط بذلك ما توحي به عبارة «مذاهب أهل السـنة والجماعة» من اسـتبعاد لغير مذاهب أهل السنة والجماعة ، رغم ما قد تشتمل عليه من آراء فقهية أرجح وزناً وأثقل اثراً في تحقيق صالح العباد والبلاد[4].

أمـا أخطـر ما نال المادة 219 من انتقادات فيتمثل في تعبيدها السـبيل أمام إقامة «دولة دينية» ، لا سـيما إذا وضعنا في الحسـبان ما قضت به المادة الرابعة من دسـتور 2012 من أخذ «رأي هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف في الشؤون المتعلقة بالشريعة الإسلامية».

فبجانـب إغفـال النـص الإفصاح عن الجهة التي سـتطلب ر أي هيئة كبار العلماء (السلطة التشريعية لحظة سن القانون ، أم القاضي الدستوري حال عرض نزاع يتعلق بمخالفة الشريعة الإسلامية على ساحته) ، لا يخفى اتساع مدلول عبارة «الشؤون المتعلقة بالشـريعة الإسـلامية» ، وتجاوزها اصطلاح «مبادىء الشـريعة الإسلامية « الوارد في المادتين 2 ، 219 ، وتعذر خروج أي جهة على ر أي لهيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف ، مهما قيل عن طبيعته الاستشارية.

هـذه بعـض نماذج للصياغـات المعيبة التي حفل بها دسـتور 2012. وجلي أن الأمر تجاوز نقص دقة الصياغة إلى خلق إشكاليات تمنع تحقق التوافق حول أسس بناء دولة تكون المواطنة فيها هي أساس التمتع بالحقوق والحريات، ومسؤولية الحكام هي حائط الصد ضد كل تعسف أو استبداد.

فهل تحاشت السلطة التأسيسية عند وضعها دستور 2014 الوقوع في هذا الشرك ؟

تحليل مواد الدستور الحالي تفيد أن محاولات ضبط معاني النصوص وتركيبها لم ترق للمستوى المأمول منها.

فالعديد من النصوص رفعت شعارات رنانة بدلاً من اقامة أنظمة مُحكمة ، كما جرى

(4) لمزيد من التفاصيل راجع عبد العزيز سالمان – أثر بقاء المادة 219 من الدستور المعطل على تطبيق الشريعة الإسلامية – مجلة الدستورية – العدد 24 – ص27 وما بعدها.

اللجوء للإطناب في مجال لا يحتمله بحال[5].

(5) بدت تلك المآخذ تظهر من المادة الأولى ، فالفقرة الأولى من تلك المادة تشير إلى أن «جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة موحدة لا تقبل التجزئة ، ولا ينزل عن شيء منها ، نظامها جمهوري ...».
وهكذا يظهر التكرار في وصف الدولة بأنها جمهورية . ودقة الصياغة كانت تتطلب حذف نظامها جمهوري ، وهو ما ورد في مشروع لجنة الخبراء وأعرضت عنه لجنة الخمسين.
أما الفقرة الثانية فقضت بأن الشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تكاملها ووحدتها ، ومصر جزء من العالم الإسلامي ، تنتمي إلى القارة الإفريقية ، وتعتز بامتدادها الآسيوي ، وتسهم في بناء الحضارة الإنسانية».
وهذه الفقرة تفيض بالملاحظات:
فالحديث عن أن الشعب المصري يعمل على تكامل الأمة العربية ووحدتها خطاب سياسي بامتياز ، فالتكامل والوحدة بين الدول تتم بأطر قانونية عبر المؤسسات الرسمية. حقاً أن رغبات الشعوب تدفع تلك المؤسسات لإتمام الخطوات اللازمة ، إلا أن تلك الرغبات لا تكفي بمفردها لبلوغ غايات التكامل والوحدة.
وعلى وجه الإجمال تبدو العبارة وكأنها خلطت بين النصوص الدستورية وبين المقدمات التي ترد ممهدة لها ، والتي يسمح فيها بالتعبير عن أماني الشعوب وتطلعاتها.
أما الإشارة الخاصة بالانتماء للقارة الإفريقية فبدت غريبة ، وكأننا نكتشف ذلك الآن فقط ، في حين أننا أمام حقيقة جغرافية ثابتة ، لا يبدلها نص ، ولا يؤثر فيها غيابه.
وليس أقل عرضه للنقد التلميح بالاعتزاز بالامتداد الآسيوي ، فالعبارة فضفاضة ، يتعذر اعتمادها كجزء من نص دستوري ، ومحلها المقبول ديباجة تسبق صلب الوثيقة الدستورية.
وذات المثلب يلحق بالحديث عن الإسهام في بناء الحضارة الإنسانية.
فما هي كيفية هذا الإسهام ، وإدارته ، والأهم من ذلك أساليب مواجهة التقاعس عن الوفاء به ؟
أما التناقض الحاد في النصوص فتجسده المادة 32 من الدستور . فالفقرة الثالثة من تلك المادة تعلن بجلاء أن منح التزام المرافق العامة يتم «بقانون ، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً».
ومفاد ما تقدم أن مدة التزام المرافق العامة من سنة إلى ثلاثين عاماً تقتضي صدور قانون.
إلا أن الفقرة التالية لذات المادة فجأتنا بأن منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً يكون «بناء على قانون».
وهكذا تتبدى تناقضات الصياغة ، فمدة الخمس عشرة سنة فأقل تتطلب في التزام المرافق العامة صدور قانون وفقاً للفقرة الثالثة ، ويكتفى بشأن ذات المدة بقرار إداري يسن وفقاً لقانون طبقاً للفقرة الرابعة !!
أما الإطناب فنقابله في مختلف أبواب الدستور وفصوله ، وحسبنا أن نشير إلى المادة 1/237 كمثال لإطناب لا مبرر له. فتلك المادة تنص على أن «تلتزم الدولة بمواجهة الإرهاب بكافة صوره وإشكاله ، وتعقب مصادر تمويله باعتباره تهديداً للوطن والمواطنين ، مع ضمان الحقوق والحريات وفق برنامج زمني محدد.
«وينظم القانون أحكام وإجراءات مكافحة الإرهاب والتعويض العادل عن الأضرار الناجمة عنه وبسببه».
والمادة على حالها تشرح مخاطر الإرهاب ، وتتطرق إلى تعقب مصادر تمويله وكأن المكافحة لا تشمله.
وتفرض وضع برنامج زمني محدد لمكافحة الارهاب متناسية تعقد هياكل التنظيمات الإرهابية وسريتها وطابعها الدولي في الكثير من الأحيان ، مما يستحيل معه على أي دولة أن تضع مقدماً حداً زمنياً للقضاء على الإرهاب.
أما التلميح بأن إجراءات مكافحة الإرهاب تلتزم بضمان الحقوق والحريات ، فلا أثر قانوني له. ف أي إجراء يتخذ يجب ألا يخالف الدستور ، طالما أن الشارع التأسيسي لم يصرح له بخلاف ذلك.
وبناء عليه يمكن الاكتفاء من تلك الفقرة بالعبارة الأولى التي تتصدرها: «تلتزم الدولة بمواجهة الأرهاب» مع الاحتفاظ بالفقرة الثانية كما هي.

ولم نر التوقف طويلاً عند هذه المثالب ، فما دفعنا لتلك الدراسة النصوص التي بدت مبتورة أو متناقضة مع نفسها أو غائمة أو تفتح باب الجدل على مصراعيه في مجالات فائقة الحساسية ، في حين أنها تتطلب الوضوح التام والقطع الجازم في هيكلها وتشكيلها .

وتطبيقات ذلك – مع الأسف – غزيرة ولافتة ، وبسطها بكاملها يتجاوز نطاق المقالة الماثلة.

ولذا لم يكن في وسعنا إلا تخير بعضها ، وقد وقع اختيارنا على ست نماذج قدرنا أنها تترجم الإشكاليات الكامنة بين حنايا النصوص ، لعلنا نتنبه لها ، ونجتهد من الآن في مواجهتها ، ولو بطرق باب تعديل الدستور حينما يولد المجلس النيابي في ختام الحقبة الانتقالية.

وننوه إلى أننا لم نتقيد في عرض تلك النماذج بترتيب المواد كما سطرت بالدستور، فقد كان دليلنا في تحديد أولوية التناول قدر النقاش الذي آثاره النص حالياً ، أو ما قد يتفجر عنه من شجار مستقبلاً.

ولنعرض الآن للتطبيقات المختارة.

أولا: الخلاف حول سماح المادة 288 من الدستور بتحصين قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية:

في 8 مارس الحالي صدر القرار بقانون رقم 22 لسنة 2014 بتنظيم الانتخابات الرئاسية ناصاً في مادته السابعة على أن قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية «نهائية ونافذة بذاتها وغير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أيه جهة. كما لا يجوز التعرض لقراراتها بوقف التنفيذ أو الإلغاء».

وبرغم أن العبارة الأولى كاشفة عن المعنى المبتغى (عدم جواز الطعن على قرارات اللجنة أمام القضاء الإداري والعادي) ، فإن الشارع ، تعزيزاً لموقفه ، سارع بإضافة حظر التعرض لقرارات اللجنة بوقف التنفيذ أو الإلغاء ، مع أن العبارة الأولى تفيد ذلك. وهكذا يبين تشبث الشارع بموقفه .

وعلى هذا النحو عدنا لسياسة تحصين القرارات الإدارية ضد الطعن أمام أية جهة و بأي طريق كان، والتي كانت سبة في جبين نظامنا القانوني قبل عام 1971.

وتناثرت هنا وهناك قائمة من المبررات لدعم هذه الخطوة[6] ، وكان في مقدمة تلك الحجج – وهو ما يهمنا – المادة 228 من دستور 2014.

وطبقاً لنص تلك المادة «تتولى اللجنة العليا للانتخابات ، ولجنة الانتخابات الرئاسية القائمتين في تاريخ العمل بالدستور ، الاشراف على أول انتخابات تشريعية ، ورئاسية تالية للعمل به ، وتؤول إلى الهيئة الوطنية للانتخابات فور تشكيلها أموال اللجنتين».

(6) من المبررات التي دفع بها لمؤازرة التحصين أن الأوضاع غير المستقرة التي تشهدها البلاد تتعارض مع إجازة الطعن على قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية (فى هذا المعنى الر أي المنسوب لوزير العدل في تحقيق نشر بجريدة الأهرام – عدد 14 مارس 2014 الصفحة السادسة).
وهذا التخريج يحمل بين طياته مخاطر لا يستهان بها، فالظروف يمكن أن تكون – هكذا – مدخلاً للخروج على المشروعية حتى لو تمثلت في قاعدة دستورية.
فاستناداً للظروف ينتظر الاطاحة بحق أو حرية خلافاً للوثيقة الدستورية.
وفضلاً عن ذلك استدعى البعض فكرة المصلحة العامة المتمثلة في عدم إطالة الإجراءات للدفاع عن تحصين قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية (ر أي نسب للمستشار نصر الدين شعيشع مساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائى – جريدة الاخبار – عدد 10 مارس 2014 – الصفحة الرابعة).
والواقع أن المصلحة العامة لا يمكن أن تتحقق بالاعتداء على نص دستورى ، أو اهدار أهم حق ورد به ، ألا وهو حق التقاضى بوصفه أنجع الأدوات لرد الجوّر على الحقوق والحريات.
وغير مقنع أيضاً استدعاء ضرورة إتمام الانتخابات الرئاسية في مواعيدها ، وهو ما لا يتحقق حال فتح باب الطعن.
فمن ناحية ، الطعن على القرارات الإدارية لا يوقف تنفيذها ، فالحكم القضائى وحده هو الذي يمكن أن يسفر عن ذلك الأثر. وإذا صدر حكم بإلغاء قرار من قرارات اللجنة ، لا يتصور استمرارها في عملها بعد التيقن من أن العملية الانتخابية تنكبت طريق المشروعية. فالانتخابات آلية ديمقراطية غايتها التعبير عن إرادة الناخبين الحرة ، وهو ما لا يتحقق بانتهاك النصوص القانونية في مجملها.
ولا يعنى ما تقدم إنه لا يشغلنا فكرة أثر الطعن على إطالة زمن إتمام الانتخابات ، إذ يتصور تقصير مواعيد الطعن لثلاثة أيام ، ليفصل فيه خلال فترة لا تجاوز خمسة ايام. وهكذا يقع التوازن بين كفالة حق التقاضى وإنجاز العملية الانتخابية في مواعيد معقولة ومقبولة ، علماً بأن ذلك ما انتهي إليه قسم التشريع بمجلس الدولة ، وخالفه مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية باصداره القانون على نقيض ما إرتأه مجلس الدولة.
هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، لا يفوتنا أن ننوه إلى أن الاعتبارات العملية لا تجيز – حسبما خلصت المحكمة الدستورية العليا – مخالفة النصوص الدستورية (المحكمة الدستورية العليا – 2000/7/8 – مجموعة الأحكام جـ(9) – ص667) وكانت المحكمة تدحض بذلك ما أثير بعدم كفاية عدد القضاة لرئاسة لجان الانتخابات الفرعية.
أما ما أثير عن عدم صحة حظر الطعن ، لقابليه قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية للطعن أمامها ، فيجافى المعنى الدقيق للطعن و الذي يعنى نظر النزاع أمام جهة بخلاف تلك التي صدر عنها العمل المطلوب إعادة النظر فيه.
كما أن نظر ذات الجهة للطعن على أعمالها يجعلنا في وضع أقرب إلى التظلم الإداري ،إن لم يكن كذلك بالفعل .

وقـد حملت هذه المـادة على أن لجنة الانتخابات الرئاسـية الموجودة لحظة إصدار الدستور ستنهض ، بذات تشكيلها ، بالإشراف على أول انتخابات رئاسية ، وفقاً للأوضاع والصلاحيـات المقـررة في القانـون المنظم لها ، وبالأخص حجب قراراتها عن سـاحات القضاء وأروقة المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها.

وهذا الفهم يعتوره أكثر من نقيصة:

1. **تقضي المادة 97 من دستور 2014 بحظر تحصين « أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء».**

وهـذا المبـدأ الذي وجد سـبيله إلى نصوصنا الدسـتورية عـام 1971[7] ، كمظلة منيعة للذود عن الحق والحرية ، لم يعد مقبولاً مجرد التفكير في تجاوزه ، لا خرقه والخروج عليه فعلاً ، لا سـيما بعد ثورة يناير 2011 والتي كان من عوامل تأجيج جذوتها غياب دولة القانون ، والتي ساهم حظر الطعن في إعاقة إرساء لبنتها.

وحظـر الطعـن القضائي علـى بعض الأعمال يعيد لنا ظلاً من المناخ السـابق على الثورة، وهو ما يتعين تجنبه، بل وتحاشي المقدمات المفضية إليه.

وبطبيعة الحال نحن نعلم أن النص العام ، يمكن، بذات الأداة القانونية ، أن يقيد بإستثناء يثقله ، إلا أن ذلك مشروط بوجود إرادة تشريعية واضحة وجلية تفيد إقرار هذا الإسـتثناء، لا أن يكون التأويل والاسـتنتاج هو السند لتخطي القاعدة العامة ، وهو ما سنزيده إيضاحاً في الجزئية التالية.

2. **المادة 228 من الدستور تتكلم عن تولي لجنة الانتخابات الرئاسية القائمة الإشراف الكامل على أول انتخابات تجري بعد العمل بالدستور.**

وهذا النص تناول اللجنة بتشكيلها واختصاصاتها ، ولم يتطرق ،على أي وجه، إلى النظام القانوني للطعن على قراراتها. وإعمالاً لمبدأ التفسير الضيق للاستثناء، وهذا النص كذلك، لا مفر من إخضاع قرارات اللجنة للمادة 97 من الدسـتور، وبالتالي فتح باب الطعن عليها أمام القضاء.

(7) لا يفوتنا أن ننوه أن نص المادة 68 من دستور 1971 ، وقعت به ثغرة عام 2005 ، حيث عدلت المادة 76 لتقضى بحظر الطعن على قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية ، وكان ذلك موضع انتقاد شديد (راجع مؤلفنا : القانون الدستوري – الكتاب الأول – 2009 – ص 500 وما بعدها .
وتفادياً لهذا النقد تخلص دستور 2012 من هذا الاستثناء مؤكداً على قاعدة حظر تحصين أي قرار أو عمل من الرقابة القضائية في مادته 3/75.

ولا يصح – في رأينا – القول بأن المادة 228 من الدستور استطصحبت نص المادة (8) من قانون الانتخابات الرئاسية الصادر 2005 والمعدل في 2012 والقاضية بالتحصين ، فلو صح ذلك لنص الشارع التأسيسي على المادة برقمها، أو أورد نصها في متنه ، وما كان هناك شيء يعجزه عن ذلك.

هذا على فرض أن المادة (8) كانت قائمة ، وهو غير صحيح كما سنرى حالاً.

3. **تحصين قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية عول على نصوص دستورية سقطت ، وسقط معها أي نصوص تشريعية مرتبطة بها ارتباطاً عضوياً لا يقبل انفصال أو انفكاك .**

حينما صدر قانون الانتخابات الرئاسية لأول مرة عام 2005 استند في تحصين قرارات اللجنة المعنية إلى المادة 76 من دستور 1971 وفقاً لتعديل 2005 والتي نصت على أن «قرارات اللجنة نهائية ونافذة بذاتها ، وغير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أيه جهة ، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ».

وبعد ثورة 2011 وصدور إعلان 30 مارس الدستوري ، أُعيد النص على التحصين في المادة 3/28.

وبوضع دستور 2012 لم يعد تحصين قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية محل بحث ، حيث أُلغي إعلان مارس الدستوري ، وانتفت أي إجازة لتحصين القرارات الإدارية. وتعلونا الدهشة أن يتردد الآن إمكانية الإعتماد على ما ورد في قانون الانتخابات الرئاسية من حظر الطعن ، ليس فقط لإلغاء التحصين بصدور دستور 2012 ، بل بعد وضع دستور 2014 ، و الذي نبذ التحصين ضد الطعن القضائي بصورة قاطعة، وأصبح بحكم اللزوم هو المرجعية الوحيدة لتقدير صحة النصوص التشريعية.

4. **من العسير تقبل أن أول انتخابات تجري بعد دستور 2014 لن ينفتح فيها مجال الطعن ، في حين أن الانتخابات التالية ستتاح فيها تلك المكنة .**

فالانتخابات التي ستجري بعد قليل هي أول انتخابات رئاسية تتم بعد العمل بالدستور، وغايتها إقامة جسر للعبور من المرحلة الانتقالية ، بما تفيض به من قلائل وفتن ، إلى حقبة يسودها الاستقرار والأمان.

ومن المخاطرة أن نتصور إنجاز هذا الهدف دون توافر الشفافية لأقصى درجة ممكنة.

فتلك الشفافية هي الحاجز المنيع لمواجهة ما تموج به الفترات الانتقالية من شائعات مغرضة ومؤامرات تحاك خيوطها وتتشابك داخلياً وخارجياً.

وفتح طريق الطعن القضائي من أهم سبل بلوغ مستوى الشفافية المتطلبة. ولندرك مغزى ما تقدم علينا أن نتخيل وضع مرشــح أعلنت اللجنة فوزه ، إلا أن ســحب التشــكيك ظلت تطارده ، فهل سيهيء له هذا الحال ظرفاً مواتياً لمواجهة تحديات ما بعد المرحلة الانتقالية؟

وما سبق يدفعنا إلى بيان أن الطعن على الانتخابات الرئاسية ليس بدعة ، فلا زال ماثلاً في الأذهان طرح نتيجة الانتخابات الرئاســية في الولايات المتحدة الأمريكية على المحكمة العليا لتحسم أمر المرشح الحائز على ثقة الهيئة الناخبة[8].

أما ما يثار عن تعذر إقرار الطعن على الانتخابات الرئاسية أمام أي محكمة ، لما ينجم عنه من إخضاع محكمة عليا (لجنة الانتخابات الرئاسية) لمحكمة دنيا ، فليس بالحجة القاطعة.

- **فمن زاوية أولى** ، لجنة الانتخابات الرئاسية ليست محكمة ، فطبيعة مهامها (الإشراف على الانتخابات الرئاسية بكامل حلقاتها) إدارية في المقام الأول. وإدراكاً من المشرع لذلك وصف أعمالها بالقرارات. يعضد ما تقدم أن الهيئة التي ستشرف على الانتخابات لاحقاً سيطعن على قراراتها أمام المحكمة الإدارية العليا وبنص دستوري (المادة3/210) .
- **ومن زاوية ثانية** ، من المتصور – لتفادي الحجة السالفة – اسناد الطعن على قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية إلى المحكمة الدستورية العليا ، بالنظر إلى إلزام أحكامها لكافة الجهات القضائية إلى جانب الأفراد والسلطات العامة.

ولا محــل لــرد التحليل الفائت اعتماداً على حكم المحكمة الدســتورية العليا الصادر في أبريــل 2012[9] و الــذي اعتبــر لجنة الانتخابات الرئاســية هيئــة قضائية ذات اختصاص قضائــي، فهــذا الحكم اقتصر على بحث جواز الإحالة للمحكمة الدســتورية العليا من قبل

(8) حدث ذلك عام 2000 في الانتخابات التي تنافس فيها جورج دبليو بوش وآل جور.
(9) المحكمة الدستورية العليا – 25 أبريل 2012 – الدعوى رقم 57 لسنة 34ق. دستورية والمنشور بمجلة الدستورية – العدد 22 – ص82.

تلك اللجنة ، أما حظر الطعن على قراراتها فلم تجتهد المحكمة فيه ، لأنه – ببساطة – كان مقرراً بنصوص دستورية سارية آنذاك (الإعلان الدستوري الصادر في 30 مارس 2011).

وفضلاً عن ذلك ، فإن عناصر تكييف جهة ما كهيئة ذات اختصاص قضائي (تحديد الاختصاص بقانون – غلبه العنصر القضائي في التشكيل – توافر ضمانات الحيدة والاستقلال في الأعضاء – الفصل في خصومة بمراعاة الضمانات المقررة وبقرارات لا تخضع للمراجعة من جهة غير قضائية) تتكامل في الهيئة الوطنية للانتخابات التي ستتولى إدارة الانتخابات التالية ، ومع ذلك اجيز الطعن على قراراتها بنص دستوري صريح.

وحرى بالتسجيل في الختام أن حظر الطعن لن يمنع حدوثه ، فيمكن لصاحب الشأن أن يطعن على قرار للجنة المعنية أمام الجهة القضائية المختصة (مجلس الدولة) بطلب إلغاء ووقف تنفيذ القرار المنعي عليه. وفى هذا الفرض قد يقضى بوقف تنفيذ القرار، مع إحالة دستورية المادة (7) من قانون الانتخابات الرئاسية إلى القاضي الدستوري بناء على دفع من الطاعن، أو من تلقاء نفس المحكمة[10].

وما كان أغنانا عن تلك الإشكاليات لو جاء نص المادة 228 حاسماً في تولى لجنة الانتخابات الرئاسية القائمة في تاريخ العمل بالدستور الإشراف الكامل على أول إنتخابات رئاسية، مع حظر الطعن على قرارات تلك اللجنة أو إجازته، وفقاً لما يقدر الشارع التأسيسي مناسبته للمرحلة الانتقالية.

ثانيا- قصور تنظيم ترك المنصب الرئاسي اختياراً أو إجباراً:

قد تنتهي مدة الرئاسة بصورة مبتسرة بالاستقالة ، وخطورة احتمال شغور منصب الرئاسة قبل الأوان ، تقتضي أن تكون النصوص الحاكمة له دقيقة في بنيانها، قاطعة الدلالة في معاني ألفاظها.

والمتأمل للنصوص الدستورية ذات الصلة سيقابل العديد من الاسئلة التي غُفل من وضع إجابات واضحة لها.

(10) فى الدفع بعدم الدستورية حال نظر طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية انظر مقالنا: إثارة المسألة الدستورية أثناء طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية – مجلة الدستورية – العدد 16 – ص26 وما بعدها.

ولندلل على ذلك سنعرض لاستقالة الرئيس ، لنخوض عقب ذلك في تنظيم الانتخابات الرئاســية المبكرة ، لنتطرق ختاماً لمحاكمة الرئيس جنائياً والمؤدية ، حال الإدانة ، إلى خلو المنصب قبل مدته .

- **عدم إحكام قواعد استقالة الرئيس:**

وفقاً لنص المادة 158 من الدستور «لرئيس الجمهورية أن يقدم استقالته إلى مجلس النواب فإذا كان المجلس غير قائم ، قدمها إلى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا».

والنص بتلك الصيغة اقتصر على أمرين:

- حق الرئيس في ترك المنصب قبل انصرام الفترة المحددة له ، وهو أمر بديهي ، إذ لا يتصور إجبار شخص على التصدي لمسؤوليات بحجم رئاسة الدولة دون رغبة أكيدة من جانبه.
- الجهــة التــي تقدم لها الاســتقالة والمتمثلة في مجلس النــواب ، بوصفه المجلس الــذي يمثل الشــعب الذي ســبق وان اختار الرئيــس ، وفى حالة حل المجلس توجه الاستقالة إلى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا.

والحســم للأمرين الســابقين لا يمنع التساؤل حول جواز رفض الاستقالة ، أو حتى طلب تأجيلها لبعض الوقت.

وليس هذا هو المأزق الوحيد ، فالنص لم يحدد لنا لحظة قبول الاســتقالة لإعلان خلو المنصب ، واتخاذ الإجراءات اللازمة لشغله.

فالمنطــق يتطلــب أن يجتمع البرلمان أو الجمعية العامة للمحكمة الدســتورية العليا لعرض الاستقالة ، ولا يوجد في النص أي قيد زمني لانعقاد هذا الاجتماع.

وهكذا يصبح ترتيب الاستقالة لأثرها مرهون بإرادة غير مقدمها، ولمدى زمنى غير معلوم مقدماً.

وأخيراً من المتصور أن يطرح التساؤل حول جواز العدول عن الاستقالة[11].

(11) من السوابق الجديرة بالإشارة أن الرئيس الأسبق جمال عبد الناصر تقدم – على أثر هزيمة يونيو 1967 الوخيمة – باستقالته إلى مجلس الأمة. إلا أن البرلمان رفض الاستقالة واستمر جمال عبد الناصر في منصبه حتى وافاه الأجل في 28 سبتمبر 1970.
لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا: القانون الدستورى – الكتاب الثاني – 2000 – ص229 وما بعدها.

ولا يسعفنا النص بالأحكام التي يمكن من خلالها مواجهة هذه الأوضاع على خطورتها، لتتركنا الصياغة المعيبة نهباً للخلافات ، في فترات لا تتحملها أو تحتملها.

- **إحاطة اللبس لأسباب الاتهام الجنائي:**

الإدانة الجنائية من أسباب إعفاء الرئيس من منصبه. إلا أن تلك الإدانة تبدأ بالاتهام. ومما يؤسف له أن أسباب الاتهام الواردة بالنص يلفها غموض واسع المدى.

ففي صدارة دواعي الاتهام ما وصف «بانتهاك أحكام الدستور».

ولا شك أننا نواجه تعبيراً يتسم بهلامية تتخطى ما يعرف عن عمومية النصوص الدستورية ، ومكنة تفسيرها على غير معنى.

ويعزز المخاوف السابقة أن «الانتهاك» الوارد في النص لم يوصف مثلاً بأنه عمدي أو يتصف بالجسامة.

والخشية كل الخشية أن نجد أنفسنا أمام اتهام سياسي لا جنائي ، تسيطر على توجيه دفته الأغلبية البرلمانية . وعلى فرض الحكم بالبراءة ، فلا جدال أن الاتهام خلال فترة تداوله إلى لحظة الفصل فيه سيسفر عن اضطراب في سير أمور الدولة، بما يضر بالمصالح العامة على كافة الأصعدة.

ولا يقل الفرض الثاني للاتهام (الخيانة العظمى) عن سابقه في طرحه لتساؤلات بلا أجوبة.

ويزداد الأمر تعقيداً إذا علمنا أن اصطلاح الخيانة العظمى ورد لأول مرة في دستور 1956[12] ، وتبنته الدساتير اللاحقة[13] ، ومع ذلك لم يتدخل الشارع ليحدد مضمونه حتى اللحظة.

(12) نصت المادة 130 من دستور 1956 في صدرها على أن «يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو عدم الولاء للنظام الجمهوري بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الأمة ... ».

(13) ورد تعبير الخيانة العظمى كسبب لاتهام رئيس الدولة جنائياً في المادة 114 من دستور 1964 المؤقت ، والمادة 85 من دستور 1971 ، والمادة 152 من دستور 2012.

ولا يغيــب كذلــك أن الحــدود تتقاطع أحيانــاً بين الخيانة العظمــى وانتهاك أحكام الدســتور ، فإبرام معاهدة تنتقص من التراب الوطني تخالف الوثيقة الدســتورية[14] ، ويمكن أن تندرج أيضاً في نطاق ما يطلق عليه الخيانة العظمى.

والسبب الأخير للاتهام ارتكاب الرئيس لجناية . ومرة أخرى نصطدم بصياغة محيرة، فالنــص يتحــدث عن الجناية ، وهكذا أغفل تنــاول الجرائم الأخرى والمصنفة كجنح أو مخالفات ، وهنا تتبدى الإشكالية.

فاســتبعاد الجنح والمخالفات قد يفســر على أن مسؤولية رئيس الجمهورية تنحصر في دائــرة الجنايــات دون أن تتعداهــا . وأخطر نتائج هذا الفهم اســتبعاد جرائم كالقتل الخطأ ، على جسامة آثارها وفداحة الأضرار الناجمة عنها.

وربمــا تدفــع النتيجة المتقدمة إلى حمل تعبير «الجناية» على مدلوله العام لينصرف إلى كافة الجرائم.

ومن المؤســف مواجهة هذا المأزق بعد أن كان دســتور 1971 يجنبنا إياه بالنص على أن اتهام رئيس الجمهورية يكون عن أي «جريمة جنائية»[15].

تقنين متعجل لإجراء انتخابات رئاسية مبكرة:

من مســتحدثات دســتور 2014 المادة 161 المنظمة لسحب الثقة من الرئيس وإجراء انتخابات رئاسية مبكرة.

وتجــرى كلمــات الفقرة الأولى والثانية من تلك المــادة كالتالي: «يجوز لمجلس النواب اقتراح سحب الثقة من رئيس الجمهورية وإجراء انتخابات رئاسية مبكرة بناءً على طلب مسبب موقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل ، وموافقة ثلثي أعضائه. ولا يجوز تقديم هذا الطلب لذات السبب خلال المدة الرئاسية إلا مرة واحدة.

(14) تحظر الفقرة الأخيرة من المادة 151 من الدستور على رئيس الجمهورية ابرام معاهدة «يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة».

(15) وفقاً للمادة 1/85 من دستور 1971 «يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس».

وبمجـرد الموافقــة علــى اقتراح ســحب الثقة ، يطرح أمر ســحب الثقــة من رئيس الجمهورية وإجراء انتخابات رئاســية مبكرة في اســتفتاء عام ، بدعوة من رئيس مجلس الوزراء ، فإذا وافقت الأغلبية على قرار سحب الثقة ، يعفى رئيس الجمهورية من منصبه ويعد منصب رئيس الجمهورية خالياً ، وتجرى الانتخابات الرئاسية المبكرة خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء».

والنظرة العابرة على النص تبرز مشكلة من وجهين:

- **الوجه الأول** – عدم تحديد الأسباب المجيزة لطلب سحب الثقة:

وبذلك أصبح تقديم هذا الطلب أداة لإدارة الصراع السياسي بين البرلمان والرئاسة عند اختلاف انتماءاتهما الحزبية.

ولعله كان من المناســب – حال التمســك بالنص – أن يرتكز طلب سحب الثقة على الانتهاك الجســيم لأحكام الدســتور ، فقد ســبق أن أوضحنا ما ينطوي عليه هذا المصطلح من بعد سياســي ، مما يجعل محله الطبيعي النص الخاص بســحب الثقة كإجراءً سياسي بإمتياز.

- **الوجه الثاني** – عدم تحديد الأغلبية الشعبية اللازمة لسحب الثقة:

ربما يرد على خطورة عدم تحديد سبب سحب الثقة من الرئيس بأن الأمر في منتهاه في يد الإرادة الشعبية ، إذ ستعرض موافقة البرلمان على سحب الثقة للاستفتاء الشعبي. وهنــا تواجهنــا معضلة الصياغة من جديد. فالنص يتطلب موافقة «الأغلبية» على قرار سحب الثقة لإعفاء الرئيس من منصبه وإجراء انتخابات رئاسية مبكرة.

وتتعدد الاسئلة حول المقصود بالأغلبية ، فهل هي أغلبية من حضروا الاستفتاء ، أم أغلبية الأصوات الصحيحة لهؤلاء، أم أغلبية المقيدين في القوائم الانتخابية ؟

ومن الغريب أن يصمت المشــرع في هذا الشــأن على خطورته في ذاته وتبعاته ، على نقيض مسلكه بالاحتكام إلى الإرادة الشعبية بخصوص حل المجلس النيابي ، إذ اشترط لذلك موافقة أغلبية الأصوات الصحيحة للمشاركين في الاستفتاء (المادة 137 من دستور 2014).

ولا نملك – مع افتراض كمال حسن النية – إلا إدانة الاستعجال في صياغة النصوص، لاسيما تلك التي ترتبط باحتدام أزمة سياسية .

ثالثا- اشكاليات تشكيل الحكومة:

اتسم النظام السابق على ثورة 25 يناير 2011 «بتركيز السلطة» في يد رئيس الدولة، ولذا لم يكن موضوع تشكيل الحكومة ، يلفت الانتباه بالقدر الذي يوازي أهميته.

وكان ذلك مقبولاً في فترة التنظيم السياسي الواحد ، أو خلال حقبة التعددية الحزبية. فتلك التعددية اتصفت – إلى حد بعيد – بالشكلية لسيطرة حزب الأغلبية أو الحزب الحاكم على مقاليد الأمور وتوجيهها.

وحينما شرع في وضع دستور 2012 كان من المنطقي السعي لإعادة توزيع الاختصاصات بين رئاسة الدولة والحكومة ، بحيث تتسع سلطات الأخيرة وتضيق صلاحيات الأولى.

واستتبع ذلك تبني ملمح من النظام البرلماني يتمثل في العهود للمجلس النيابي بدور في اختيار الحكومة باستلزام حصولها على ثقة نواب الشعب.

ولمواجهة احتمال تعنت البرلمان في منح الثقة للحكومة، طرح دستور 2012 في المادة رقم 139 عدة احتمالات:

- **الأول:** رفض برنامج الحكومة التي كلف رئيسها من قبل رئيس الدولة ، بصرف النظر عن اعتداد هذا التكليف بالتمثيل الحزبي بالبرلمان من عدمه.

  في هذا الفرض يفقد رئيس الدولة حريته في الاختيار ، وعليه أن ينصب رئيس مجلس الوزراء من الحزب الحائز على أكثرية مقاعد مجلس النواب.

- **الثاني :** رفض برنامج الحكومة التي شكلها الحزب الحاصل على أكثرية مقاعد البرلمان.

وهنا يبين أن الأكثرية التي يحوزها الحزب المعني لا تشفع له في تشكيل الحكومة، خصوصاً إذا كانت تلك الأكثرية تمثل نسبة محدودة من إجمالي العضوية البرلمانية.

وحسماً للخلاف الناشب في هذا الصدد فوض النص مجلس النواب في اختيار رئيس مجلس الوزراء.

الثالث: اصرار مجلس النواب على رفض برنامج حكومة التي اختار هو رئيسها ، في هذه الحالة يتكشف أن التمثيل الحزبي في البرلمان لن يُمكن الحكومة من العمل ، وبالتالى لا مفر من حله ، وإجراء انتخابات جديدة بغرض أن تفرز عملية الاقتراع عن أغلبية أكثر تجانساً.

فحل البرلمان – في الفرض المطروح – بمثابة المخرج المتاح لأزمة التصادم الحاد بين مجلس النواب والحكومة ، حيث رفض مجلس النواب إعطاء الثقة لحكومة هو من اختار المكلف بتشكيلها.

والتصور السابق حاول تفادي حل البرلمان وإجراء انتخابات نيابية جديدة قدر الإمكان ، لما يرتبط بذلك من «ركود في العمل الحكومي» ينعكس سلباً على مختلف مناحى الحياة ، فضلاً عن العبء المالي الباهظ للانتخابات الذي تتحمله الدولة لإجراء انتخابات نيابية متتابعة.

ولذا كان من المقبول أن نقابل أحكام نص المادة 139 من دستور 2012 في دستور 2014 بلا تعديل يذكر ، وهو ما مالت إليه لجنة الخبراء في مشروعها[16].

إلا أن لجنة الخمسين شغلها هاجس أن التراجع في سلطات رئيس الجمهورية الذي أوجده دستور 2012 يتطلب المراجعة ، لدعم تلك السلطات ، مراعاة لطبيعة الأحوال القلقة الراهنة وكأنها لن تتبدل يوماً.

ومن ترجمات هذا الهاجس التغيير الذي طرأ على المادة 146 (المقابلة للمادة 139 من دستور 2012) و الذي يمكن ايجازه في ملمحين أساسيين:

الأول- اختصار مراحل حل المجلس النيابي لحجبه الثقة عن الحكومة:

إذا رفض البرلمان برنامج رئيس الحكومة المكلف من رئيس الجمهورية ، على الرئيس

(16) تبنت لجنة الخبراء نص المادة 139 من دستور 2012 بتعديل لفظى يتعلق باستخدام مصطلح مجلس الشعب بدلاً من مجلس النواب. راجع المادة 121 من مشروع لجنة الخبراء.

أن يكلــف رئيــس الحكومة من الحزب أو الائتلاف الحائز على أكثرية مقاعد البرلمان ، وحال تمسك البرلمان بحجب الثقة عن الحكومة ، عُد المجلس النيابي منحلاً ، واجريت انتخابات جديدة.

وهكذا أصبح سلاح حل المجلس النيابي ورقة ضغط لإقرار برنامج الوزارة ، حتى لا تتم الدعوة للانتخابات مرة أخرى ، مع ما يلازم ذلك من مخاطر على الحياة السياسية، وعلــى الأحــزاب الممثلــة في البرلمــان ، والتي قــد تفقد هذا التمثيل كليــاً أو جزئياً في الاقتراع البرلماني المبكر.

وهــذا الوضــع يطيــح بأحد مرتكزات الدســتور المحورية : التوازن بين الســلطات ، والمنصوص عليه جهرة في مادته الخامسة[17].

الثاني - لم يقف دعم الدستور لسلطة رئيس الجمهورية في تشكيل الحكومة عند هذه الجزئية ، بل أضاف لها أخرى يصعب الانحياز لها.

فقد نصت المادة 146 من الدستور في عجزها على أنه «فى حال اختيار الحكومة من الحزب أو الائتلاف الحائز على أكثرية مقاعد مجلس النواب ، يكون لرئيس الجمهورية ، بالتشاور مع رئيس مجلس الوزراء إختيار وزراء الدفاع[18] والداخلية والخارجية والعدل.

ويستخلص من تلك الفقرة نتيجة صريحة وأخرى ضمنية.

النتيجة الصريحة: قيام الأكثرية البرلمانية ، ســواء تشــكلت من حزب واحد أو من ائتــلاف حزبي ، بتشــكيل الحكومــة لا يعني أن تلك الأكثرية ســتتمتع بتمام الحرية في اختيار الوزراء.

فالنص أعطى لرئيس الجمهورية صلاحية التدخل في اختيار أربعة وزراء على وجه التحديد (الدفاع – الداخلية – الخارجية – العدل). ولأهمية تلك المناصب يطلق عليها

(17) طبقاً للمادة الخامسة من دستور 2014 «يقوم النظام السياسى على أساس التعددية السياسية والحزبية والتداول السلمى للسلطة ، والفصل بين السلطات والتوازن بينها ...».

(18) تتضمن الأحكام الانتقالية للدستور نصاً يجعل اختيار وزير الدفاع يتم بموافقة المجلس الأعلى للقوات المسلحة وذلك لدورتين رئاسيتين كاملتين. (المادة 234) ، وبالتالى لن يفعل نص المادة 146 فيما يتعلق بوزير الدفاع إلا بعد انصرام الفترة المشار إليها في الأحكام الانتقالية.

الوزارات السيادية[19].

وربما حاول البعض التقليل من أهمية ما سبق بالادعاء أن رئيس الجمهورية يتشاور فحسب مع رئيس الوزراء لاختيار أعضاء الحكومة المعنيين.

إلا إنه في إطار تحليل أعمق يأخذ في اعتباره كافة القواعد التي اشتمل النص عليها، ومن أبرزها – على ما سبق البيان – رجحان دور رئيس الجمهورية ،حيث يترتب على رفض برنامج حكومة الأكثرية حل البرلمان ، يتبين أن دور رئيس الدولة ليس هامشياً ، ويتعدى عملياً الحدود التشاورية .

وهذا التصور في تشكيل الحكومة يضعنا أمام شكل حكومي يتسم بالغرابة. فلا يمكن اسناد هذا الوضع إلى النظام البرلماني أو الرئاسي ، ففي الأول يستقل رئيس حزب الأغلبية بتشكيل الحكومة ، وفى الثاني تختفي فكرة الحكومة ، ويعين رئيس الدولة مجموعة من المستشارين أو المساعدين له.

وهكذا لازالت الحيرة في تحديد نظام الحكم هي سبب الموقف آنف البيان في ثاني دستور يوضع عقب الثورة.

والأهم من ذلك أن هذا الأسلوب في اختيار أعضاء الحكومة يُوجد إزدواجية داخل مجلس الوزراء ، فبعض الأعضاء ينفرد رئيس الوزراء باختيارهم ، والبعض الآخر – ولهم ثقلهم بحكم صلاحياتهم – لابد من التشاور مع رئيس الدولة بشأنهم ، وهو ما قد يتولد عنه افتقاد التجانس داخل مجلس الوزراء ، مما ينعكس سلباً على اضطلاعه بمسؤولياته .

النتيجة الضمنية: تطرق النص لدور رئيس الجمهورية في اختيار بعض الوزراء ، حال اختيار الحكومة من حزب الأكثرية أو الائتلاف الحائز عليها. وفى هذا الفرض يرشح البرلمان – بحسب النص – رئيس مجلس الوزراء.

(19) اعتمد اضافة وزارة العدل إلى قائمة الوزارات السيادية إلى الدور الذي كان يمارسه الوزير في السابق تجاه السلطة القضائية . وهذا الدور تراجع لأقصى درجة ممكنة أمام النصوص التي كفلت لكل جهة أو هيئة قضائية من خلال مجلسها الأعلى أو الخاص – بحسب الأحوال – القيام على كافة شئونها. وهكذا انحصر دور وزير العدل في كونه قناه وصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية.
ولذا انتفى مبرر ضم وزارة العدل إلى ما يسمى مجموعة الوزارات السيادية.

ولا يعنــي ذلــك اختفــاء دور رئيس الدولة في اختيار أعضــاء الحكومة حال اختياره وحده لرئيس مجلس الوزراء، فانفراده بتحديد رئيس الحكومة سـيتيح لرئيس الدولة مســاحة أعرض في اختيارات الوزراء. وهذه النتيجة مفهومة ضمناً ، دون حاجة للنص عليها. وإذا كنا نضعها تحت المجهر في هذا الموضع ، فذلك لنقيم التوازن الذي وعدنا به الدستور في نصوصه الأولى.

لــكل ما ســبق كان متوقعــاً أن ترفع لجنة الصياغة النهائيــة راية التحفظ على نص المادة 146 ، وتطالب بالعودة إلى النص الذي تضمنه دستور 2012 ، و الذي يخلو من الفقرة الأخيرة التي ذيلت بها تلك المادة[20].

رابعا – تناقض سحب الثقة من الوزير ومطالبته بتقديم استقالته:

تنظم الفقرة الأخيرة من المادة 131 من دستور 2014 سحب الثقة من الحكومة ككل أو أحد الوزراء بها .

وإذا استعدنا كلمات النص سنجده يعلن : «وإذا قرر المجلس سحب الثقة من رئيس مجلــس الــوزراء ، أو مــن أحــد نوابه ، أو نوابهــم وأعلنت الحكومــة تضامنها معه قبل التصويت وجب أن تقدم الحكومة اســتقالتها ، وإذا كان قرار ســحب الثقة متعلقاً بأحد

(20) كررت لجنة الصياغة النهائية والتي تشكلت من مجموع أعضاء لجنة الخبراء بالإضافة إلى سبعة أعضاء من لجنة الخمسين اعتراضها على مشروع المادة 146 غير مرة.
فبتاريخ 23 نوفمبر 2013 أبدت لجنة الصياغة ملاحظاتها على المادة المشار إليها عقب إقرارها من قبل اللجنة العامة معلنة توصيتها «بحذف نص المادة المقترحة من اللجنة العامة والابقاء على النص المقترح من لجنة الخبراء مع تعديل كلمة (.. المدد ..) الواردة بالفقرة قبل الأخيرة لتصبح (.. مدد الاختيار ..) باعتبارها أكثر توضيحاً لقصد المشرع الدستورى.
«وتقيم لجنة الصياغة النهائية رأيها على أن طريقة اختيار رئيس مجلس الوزراء وتشكيل حكومته والحصول على ثقة البرلمان ، والمقترحة من اللجنة العامة ينجم عنه في بعض الحالات وجود دولة بدون حكومة دائمة قرابة عام ، وهو ما يضر بسياسة الدولة محلياً ودولياً ، ويعطل استمرار تطبيق خطة التنمية المعتمدة من قبل للتقدم بحال المواطنين إلى ما هو أفضل ، ومن ثم اختيار الحكومة بتلك الطريقة يتعارض مع السياسة المقررة من قبل الدولة».
(محضر اجتماع لجنة الصياغة النهائية فى2013/11/23 ص24 ، 25).
ولم تلق التوصية السابقة قبولاً من لجنة الخمسين ، مما دفع لجنة الصياغة النهائية بمناسبة عرض مواد مشروع الدستور قبل التصويت النهائى عليها من اللجنة العامة إلى إعادة التأكيد عليأيها بالإبقاء على النص المقترح من لجنة الخبراء للمبررات السالف بسطها.
(محضر اجتماع لجنة الصياغة النهائية بتاريخ 2013/11/28 – ص53).

أعضاء الحكومة ، وجبت استقالته»[21].

والنص على هذا النحو وحد أثر سحب الثقة من الوزارة أو من وزير بعينه ، حيث يتوجب في الفرضين تقديم استقالة إلى الجهات المعنية.

والحقيقة أن هذا الفهم لا ينطوي على القدر من المنطق الذي يكفي للدفاع عنه.

فالحكومة ، بعد سحب الثقة منها ، لا يمكن أن تترك موقعها ، لتفادى خلق فراغ يعوق سير دولاب العمل الحكومي، وبالتالي عليها تقديم استقالتها، والتي ستقبل مع تكليفها بتسيير الأمور الجارية ، لحين تشكيل الحكومة التالية.

والوضع لا يتطابق بالنسبة للوزير ، فسحب الثقة منه ، يفيد ، ببساطة ، عزله من منصبه ، ولا يحتاج ذلك إلى أي إجراء آخر منه أو من غيره.

فمن ناحية أولى ، تحمل الاستقالة معنى التخلي الإختياري عن المنصب ، في حين أن سحب الثقة يعني أن ترك المنصب كان إجبارياً ، بل ويمثل عقوبة لفقد ثقة نواب الشعب.

ومن ناحية ثانية ، استقالة الوزير تقدم أولاً لرئيس مجلس الوزراء ، ليرفعها بعد ذلك لرئيس الدولة[22].

فماذا لو حدث تباطؤ في تقديم الاستقالة ، أو في رفعها للسلطة المختصة؟ وهل يملك الوزير مباشرة أياً من اختصاصاته بذريعة أن الاستقالة لم تقدم ، أو أنها قيد الرفع لرئيس الدولة؟

ومن ناحية ثالثة ، لا يجوز قياس وضع الحكومة على حال الوزير ، فغياب الوزير المسحوب منه الثقة لا يرتب أي اضطراب في العمل الحكومي ، لسهولة اسناد عمله لوزير آخر من بين أعضاء مجلس الوزراء ، لحين اختيار خلفه.

(21) وردت ذات الصيغة في المادة 126 من دستور 2012 ، وبالتالى تنالها الملاحظات التي تشوب النص المقابل في دستور 2014.

(22) طبقاً للمادة 174 من دستور 2014 «إذا تقدم رئيس مجلس الوزراء بالاستقالة ، وجب تقديم كتاب الاستقالة إلى رئيس الجمهورية ، وإذا قدم أحد الوزراء استقالته وجب تقديمها إلى رئيس مجلس الوزراء».
واستقالة الوزير بعد أن تقدم لرئيس مجلس الوزراء ، تحال لرئيس الجمهورية ليصدر قراراً بقبولها ، لصدور التشكيل الوزارى بقرار جمهورى ، تطبيقاً لقاعدة توازى الأشكال.

لكل ما ســبق كنا نفضل الصيغة التي جاء بها دســتور 1971 والقاطعة في أن ســحب الثقة من الوزير يفيد عزله، أي خلو منصبه تواً[23].

خامسا- التردد في وضعية محاكمة الوزراء:

مــن التقاليــد الدســتورية في العهد الملكــي أو الجمهوري إفراد نظــام اتهام الوزراء ومحاكمتهــم بنصــوص خاصة ، تراعي الجانب السياســي لوظائفهــم. ويمكن تلخيص النظام الذي كانت تبلوره تلك النصوص في نقطتين:

- تركيز الإتهام في يد البرلمان، سواء من حيث اثارته أو الموافقة عليه.
- تقديم الوزير المحال إلى محكمة خاصة[24].

وظل هذا التقليد ثابتاً حتى سقوط دستور 1971 بقيام ثورة يناير 2011.

ففــي أول دســتور صدر بعد الثــورة بدأ التراجع الجزئي عن النهج الســابق ، حيث حافظ المشــرع التأسيســي على الشــطر الأول من التقليد والمتمثل في انحصار الاتهام في يــد البرلمــان ، غافــلاً عن جانب المحاكمة ، الأمر الــذي فرض الاتجاه نحو تطبيق القواعد العامة[25].

ولم يكن من المفهوم إقرار الطابع السياسي في مرحلة الاتهام وإنكاره في طور المحاكمة. وانتظرنا علاج هذا الخلل في دستور 2014 ، إلا أن الأمر زاد تفاقماً.

فوفقاً للمادة 173 من الدستور القائم «يخضع رئيس مجلس الوزراء وأعضاء الحكومة للقواعــد العامــة المنظمة لإجراءات التحقيق والمحاكمة في حــال ارتكابهم لجرائم أثناء

(23) نصت المادة 128 من دستور 1971 على أنه «إذا قرر المجلس (مجلس الشعب) سحب الثقة من أحد نواب رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء أو نوابهم وجب عليه اعتزال منصبه».

(24) لمزيد من التفاصيل حول محاكمة الوزراء في الدساتير المصرية راجع مؤلفنا المعنون: دراسة لبعض جوانب قانون محاكمة الوزراء في فرنسا ومصر والكويت – 1995.

(25) نصت المادة 166 من دستور 2012 على أن «لرئيس الجمهورية ، وللنائب العام ، ولمجلس النواب بناء على طلب موقع من ثلث أعضائه على الأقل ، اتهام رئيس مجلس الوزراء أو أي من أعضاء الحكومة ، بما قد يقع منهم من جرائم خلال تأدية أعمال مناصبهم أو بسببها.
«وفى جميع الأحوال لا يصدر قرار الاتهام إلا بموافقة ثلثى أعضاء مجلس النواب ، ويوقف من يتقرر اتهامه عن عمله إلى أن يقضى في أمره ، ولا يحول انتهاء خدمته دون إقامة الدعوى عليه أو الاستمرار فيها».

ممارسة مهام وظائفهم أو بسببها ، ولا يحول تركهم لمناصبهم دون اقامة الدعوى عليهم أو الاستمرار فيها.

«وتطبق في شأن اتهامهم بجريمة الخيانة العظمى ، الأحكام الواردة في المادة (159) من الدستور».

وعلى هذا النحو واصل الشارع التأسيسي التراجع عن التقليد الدستوري المنوه عنه ، حتى بلغنا درجة قطع التواصل معه.

فالاتهام والمحاكمة أخضعا للقواعد العامة ، بلا تمييز – في هذا الشأن – بين الشخص العادي وشاغل المنصب الوزاري.

وبعيداً عن تقييم السياسة التشريعية التي انحازت لها الوثيقة الدستورية ، فانه مما يثير الدهشة العبارة الواردة في نهاية الفقرة الأولى والتي تعلن أن ترك الوزير لمنصبه لا يمنع من اقامة الدعوى أو الاستمرار فيها.

فتلك العبارة تظهر فائدتها حال تنظيم الاتهام أو المحاكمة أو كلاهما بقواعد خاصة، أما وان القواعد العامة هي المطبقة ، فلا تضيف تلك العبارة أي جديد ، وتبدو من قبيل التزيد الذي لا يجب مقابلته في الصياغات القانونية بصفة عامة ، والدستورية بصفة خاصة. فالإجراءات التي ستتخذ ضد عضو الحكومة ستتخذ بصفته الشخصية، وبالتالي لن تتأثر بترك عمله لأي سبب.

إلا أن افتقاد الرؤية الشاملة يتحقق وبدرجة أعلى فيما أفادت به الفقرة التالية من تطبيق المادة 159 من الدستور في شأن اتهام الوزراء بجريمة الخيانة العظمى.

فبخصوص تلك الجريمة وحدها نعود إلى انعقاد سلطة الاتهام للبرلمان ، أما المحاكمة فتطبق عليها القواعد العامة.

والغريب أن يراعي الشارع التأسيسي الطابع السياسي الظاهر في الاتهام بجريمة الخيانة العظمى ، ويتجاهل عن هذا الطابع في المرحلة الأخطر ألا وهي المحاكمة.

وغياب التناسق هذا يتضاعف بعدم تحديد نص الدستور لأركان جريمة الخيانة

العظمى ، وانتفاء – حتى اللحظة – تدخل المشرع العقابي لإجراء هذا التحديد.

وهكـذا جمـع النـص الخاص بمحاكمة الـوزراء ، بين التزيد غير المسـتحب حينا ، والقصور الشـديد حيناً آخر ، في مسـألة يختفي أي شجار على عظيم احتياجها للدقة التامة في تنظيمها.

سادساً- ردة السماح باختيار رئيس البرلمان من الأعضاء المعينين:

تقضي المادة 117 من الدسـتور بأن «ينتخب مجلس النواب رئيسـاً ووكيلين من بين أعضائه في أول اجتماع لدور الانعقاد السنوي العادي ...».

وهذا الشطر من النص لا يختلف مضمونه عما ورد في دستور 1971 و الذي افادت المادة 103 منه بأن «ينتخب مجلس الشعب رئيساً له ووكيلين في أول اجتماع لدور الانعقاد السنوي العادي ...».

والصياغـة في الفرضـين تترك البـاب مواربـاً ليعتلي رئاسـة البرلمان أحد الأعضاء المعينين. فالمشـرع التاسيسـي تغافل عن حصر دائرة اختيار رئيس المجلس النيابي في الأعضاء المنتخبين دون غيرهم.

وقد سـبق ، في إطار دسـتور 1971 والمتضمن ذات الصياغة ، أن تقلد أحد الأعضاء المعينين رئاسة مجلس الشعب[26].

وتكرر ذات النهج لاحقاً في شغل منصب وكيل المجلس[27].

والنص الحالي يتيح الفرصة لإضافة سـابقة جديدة للحالتين المشـار إليهما ، وهو نهج نعتقد الحاجة إلى التحرز منه.

فمـن ناحيـة ، لا يعقـل أن يتولى رئاسـة البرلمان عضو معين لم يحـظ بثقة الإرادة الشعبية. وتخلف تلك الثقة تجعل العضو المعين في مركز قانوني يختلف في بعض جوانبه عن العضو المنتخب ، مما يبرر حجب رئاسة المجلس التشريعي عنه.

(26) اختير الدكتور رفعت المحجوب عام 1987 رئيساً لمجلس الشعب ، وكان عضواً معيناً به.
(27) في برلمان 2005 – 2010 تقلدت عضوه معينة منصب وكيل مجلس الشعب.

هــذا مــن ناحيــة ، ومن ناحية أخرى ، فإن العضــو المعين يختار – كقاعدة – لنقص في بعــض الكفــاءات الفائزة في الانتخابــات ، أو تمثيل فئة لم يوفر لها الاقتراع التمثيل المناسب لها .

وتولي رئاسة البرلمان يمنع تحقيق هذا الهدف أو ذاك ، بالنظر إلى الحياد المفترض فيمن يتصدى لرئاسة البرلمان.

لذلــك لابــد وأن نســجل انحيازنا لما قرره دســتور 2012 من اختيــار رئيس البرلمان والوكيلين من بين الأعضاء المنتخبين[28].

وقد نبهت لجنة الصياغة النهائية لمشــروع الدســتور نظر أعضاء لجنة الخمســين للخشية التي يتيحها النص من وصول عضو معين لرئاسة مجلس النواب ، إلا أن الأخيرة اعرضت عن ذلك مصممة على موقفها الذي تطل منه المحظورات[29].

ولا يسعنا والوضع كذلك إلا أن نعول على وعي النواب في قصر اختيار رئيس المجلس النيابي على العضوية المختارة شعبياً، حتى لا نعود للوراء مرة ثانية.

إلا أن التعديل الدستوري سيكون هو الحل الأنجع لإغلاق ملف المشكلة ووأد أي جدل

قــد يثــار حولها، وهو ما ينطبق على جانب لا بأس به من النصوص الحالية ، والتي عرضنا فقط شطراً منها .

(28) صدر المادة 97 من دستور 2012 ، وهو الحل الذي كنا ننادى به من خلال الاعتراض على ما جاء بدستور 1971 من السماح للعضو المعين برئاسة المجلس التشريعى.
راجع مؤلفنا المعنون: القانون البرلمانى – 2006 – ص85.

(29) انظر ملاحظات لجنة الصياغة النهائية المثبتة في محضر اجتماع 23 نوفمبر 2013 بشأن نصوص مواد نظام الحكم – ص8.

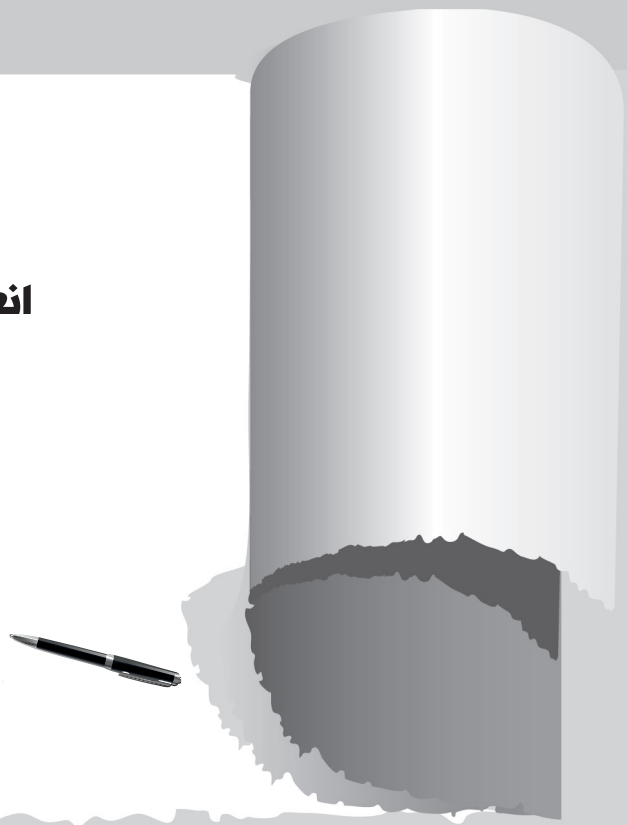
انعقاد الخصومة الدستورية

المستشار الدكتور

عبد العزيز محمد سالمان

رئيس هيئة المفوضين

بالمحكمة الدستورية العليا/مصر



بـدأ القضاء الدسـتوري المتخصـص في مصر بصدور القرار بقانون رقم 81 لسـنة 1969 الذي أنشأ المحكمة العليا لتتولى دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين.

وبصدور دسـتور 1971 نص في المادة (175) منه على أن «تتولى المحكمة الدسـتورية العليـا دون غيرهـا الرقابة القضائية على دسـتورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسـير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها».

وما يهمنا من هذا النص الدسـتوري أن نبين كيف نظم قانون المحكمة الدسـتورية العليا وقانون المرافعات المدنية وعلى الأخص كيف تنعقد الخصومة الدستورية انعقاداً صحيحـاً موافقـاً للقانون بحيث لا يجابه مقيم الدعـوى بعدم قبولها لعدم اتصالها بالمحكمة اتصالاً صحيحاً.

وقبل بيان ذلك لابد أن نشير إلى أمر هام وجوهري وهو أن:

المحاكم الدستورية ليست جهة رقابة أصيلة على المشرع:

من الأصول المتفق عليها الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ومقتضى هذا المبدأ أن تستقل كل سلطة بمباشرة الوظيفة التي أسندها إليها الدستور، وليس لأي من السلطات الثلاث أن تباشر عملاً يدخل في وظيفة السلطة الأخرى، ما لم يوجد نص في الدستور يقضي بغير ذلك.

- والسـلطة القضائية أحد هذه السـلطات تنفرد بمزاولة الوظيفـة القضائية والتي تتمثل في الفصل في المنازعات التي ترفع إليها سـواء بين الأفراد بعضهم بعضاً أو بـين الأفراد والسـلطات العامة داخل الدولة ويكـون ذلك بتطبيق القانون على تلك المنازعات وإصدار أحكام يكون لها قوة الشيء المقضي.
- واسـتقرار الأمر في مصر وكثير من الدول على أن الوظيفة القضائية يتسـع مداها ليشـمل الرقابة القضائية على دسـتورية القوانين سـواء في ذلك القوانين بمعناها الضيق الصادرة عن السلطة التشريعية، أو بمعناها الواسع في صورة لوائح صادرة عن السلطة التنفيذية.

- **واختصــاص الســلطة القضائية برقابة دســتورية القوانين واســتبعاد أو إلغاء ما يكون منها مخالفاً للدســتور ليس اختصاصاً أصيلاً تخول بموجبه أن تكون جهة رقابية على المشرع وإنما اختصاصها – وهذا أمر مهم للغاية – مستمد من طبيعة وظيفتهــا الأصلية التي تقــوم على تطبيق القانون بمعناه العام أي هو اختصاص يثور بمناسبة فصلها في المنازعات.**

وهــو اختصــاص احتياطي بمعنــى أن القانون لا يتعرض لأمر دســتوريته إلا إذا لم يتمكن من الفصل في النزاع عن طريق آخر.

- وقــد انعكــس هذا الــذي نقوله على طبيعة الدعوى الدســتورية والإجــراءات أمام القاضي الدستوري والسلطة التقديرية التي يملكها القضاء الدستوري حال فصله في خصومة دستورية.

- **الدعوى الدستورية: طبيعتها:**

الدعوى الدستورية دعوى قضائية، ولكنها ليست كسائر الدعاوى القضائية. فالقانون قد خصها ببعض السمات الخاصة بالنظر إلى طبيعتها الذاتية.

ومــن ثــم فقد جعل للإجــراءات الخاصة بهذا ذاتية مســتقلة في كثير من الأمور، واخص الخصوصيات ما يتعلق بانعقاد الخصومة.

فالدعوى الدستورية دعوى عينية تستهدف محاكمة القانون محل الرقابة بقطع النظر عــن الخصوم، ومن ثم فلا تســري على الدعوى الدســتورية قواعــد الحضور والغياب، والحكم الصادر عن المحكمة الدستورية لا يوصف بأنه حضوري أو غيابي.

- والأصل في إجراءات الدعوى الدستورية أن تنظمها الأحكام التشريعية الخاصة بها والتي أوردها قانون المحكمة الدستورية العليا واللجوء إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية لا يكون إلا في حالة عدم وجود حكم في قانون المحكمة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الالتجاء مشروط بألا يكون فيه تعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.

- وبعد هذه المقدمة التي نراها هامة ندلف مباشرة إلى تناول كيفية انعقاد الخصومة الدستورية انعقاداً صحيحاً:

تمر الإجراءات أمام المحكمة الدستورية بمرحلتين:

- **المرحلة الأولى:** وهي مرحلة محكمة الموضوع وهي التي تسبق إقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية سواء أقيمت الدعوى عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع أو عن طريق التصدي من جانب المحكمة الدستورية ذاتها.

وهي مرحلة شديدة الأهمية لا تقل أبداً في أهميتها عن مرحلة التداعي أمام المحكمة الدستورية ذاتها إذ أن عن طريق هذه المرحلة يتوقف أمر قبول الدعوى الدستورية أو عدم قبولها.

- **المرحلة الثانية:** وهي مرحلة التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا **والتي تبدأ من بعد بإيداع الصحيفة** قلم كتاب هذه المحكمة حتى مرحلة الحكم وحجيته وأثره والدعاوى المتعلقة به.

والمرحلة الأولى هي التي سنتناولها معاً الآن:

لا تنعقد الخصومة الدستورية انعقاد صحيحاً إلا إذا اتصلت المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية اتصالاً قانونياً.

والاتصال لا يكون قانونياً إلا إذا تم وفقاً لما نظمته المادتين (27، 29) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

والمستفاد من هذين النصين أن ثمة طرق ثلاثة لا تنعقد الخصومة الدستورية بدون ولوج أحدهم وهذه الطرق هي:

1. الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع.
2. الإحالة من جانب محكمة الموضوع.
3. التصدي من جانب المحكمة الدستورية العليا ذاتها.

ونعطي فكرة عامة عن كل طريق من هذه الطرق الثلاث، ثم **نبين- وهذا هو الأهم- الخطوات العملية والضوابط اللازمة في كل من الدفع والإحالة.**

1. الرقابة بطريقة الدفع من الخصوم

كان الدفع من جانب أحد الخصوم هو الأسلوب الوحيد الذي يمكن عن طريقه تحريــك دعوى الدســتورية في ظل المحكمة العليا فلــم يعرف قانونها الإحالة من جانب محكمة الموضوع من تلقاء نفســها في حالة الشــك في دستورية قانون، كما لــم يُقــر للمحكمة الحق في التصدي. **وبصدور قانون المحكمة الدســتورية العليا تعدل هذا الوضع لكن يبقى الدفع هو أكثر الطرق شيوعاً**، ومؤداه أن تجد محكمة الموضــوع – أثنــاء نظر إحدى الدعاوى – أنها مضطرة للتعرض لمســألة قانونية لكونهــا لازمة للفصل في الدعوى الموضوعيــة، فيدفع أحد خصوم الدعوى بعدم دســتورية نص في قانون أو لائحة ، وعليها في هذه الحالة أن تبحث مدى جدية هــذا الدفــع، فإذا ما تحققت من جديته فعليها أن تؤجل الدعوى المنظورة أمامها وتحدد ميعاداً للخصوم لا يتجاوز ثلاثة أشــهر لرفع دعوى الدســتورية، فإذا لم ترفــع الدعــوى في الميعــاد أعتبر الدفع كأن لم يكــن. ويقصد بالجدية أن يتحقق القاضي من أنه لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد التقاضي، **ويتحدد ذلك بالتأكد من مســألتين أساســيتين: أولاً: أن يكون الفصل في مســألة الدســتورية منتجاً أي أن يكون القانون أو اللائحة المطعون في دســتوريتها متصلة بموضوع النزاع** أي أن يكــون هــذا القانــون أو اللائحة محتمل التطبيق على النزاع، في الدعوى الأصليــة علــى أي وجــه من الوجوه، وأن الحكم بعدم الدســتورية ســيفيد منه صاحب الشــأن في الدعوى المنظورة، **فإذا اتضح للقاضي أن القانون أو اللائحة المطعون بعدم دستوريتها لا تتصل بالنزاع المعروض عليه قرر رفض الدفع بعدم الدســتورية واســتمر في نظر الدعوى الموضوعية دون التفات لمسألة الدستورية.** وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بجلســة 16 مارس لســنة 1974 حيث ذهبت إلى أنه «من حيث أن الشركة الطاعنة دفعت بعدم دستورية المادة 49 من نظام العاملين بالقطاع العام فيما تضمنته المادة المذكورة من حظر الطعن في بعض أحكام المحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا، وذلك اســتناداً على أحكام قانون مجلس الدولة رقم 47 لســنة 1972 وعلى أســاس أن نظام التقاضي يأبى قصــر التقاضي على درجة واحدة في المنازعــات التأديبية الخاصة بالعاملين في

القطـاع العـام دون باقي تلك المنازعات الخاصة بغيرهم من العاملين، ومن حيث إنه أياً كان الرأي في جواز الطعن في الأحكام المشار إليها بالتطبيق لقانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 فإن المنازعة الماثلة لا شأن لها بأحكام القانون المذكور فيما يتعلق بحالات الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم يكون الدفع بعدم دستورية المادة 49 في المنازعة الماثلة غير جدي وتلتفت عنه المحكمة[1].

- **ثانيا: أن يتحقق من أن مطابقة القانون أو اللائحة للدستور تحتمل اختلاف وجهات النظر** أي أن يكون هناك شـبهة في عدم دسـتورية القانون أو اللائحة والشـك يفسـر في جانب عدم الدسـتورية عند تقدير مدى جدية الدفع. **وقرار القاضي بشـأن الجدية ليس نهائياً بل من حق صاحب الشـأن أن يطعن عليه بالطـرق المقررة للطعن أي بالاسـتئناف والنقض إذا كنـا في نطاق القضاء العـادي. أو أمام محكمة القضـاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا إذا كنا في نطـاق القضـاء الإداري . وذلك مع الطعن على الحكم ذاته وليس اسـتقلالاً والدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعـوى، وهـو دفع قانوني يمكن إثارته أمام محكمـة النقض وهو دفع يتعلق بالنظـام العـام إذ يمكن لمحكمة الموضوع أن تتعرض له من تلقاء نفسـها، وأن تحيل أمر الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا. وهذا بصريح نص قانون المحكمة الدسـتورية العليا** . ومتى دفع الخصم بعدم الدسـتورية ورأت المحكمة أن الدفـع جـدى فإنهـا تؤجل الدعوى وتضـرب للخصم أجـلا لا يجاوز ثلاثة أشـهر ليرفع الدعوى بعدم الدسـتورية، أمام المحكمة الدسـتورية **وهذا الميعاد من مواعيد السـقوط إذا أنه عقب انتهائه فإن حق الخصم في الدفع يسـقط وتستمر المحكمة في نظر موضوع الدعوى دون التفات للدفع.** ونرى أن الدعوى الموضوعية تستأنف سيرها بقوة القانون في حالة عدم رفع الدعوى الدستورية في الميعاد لأنها لم تكن متوقفة حتى يعجلها الخصم بل كانت مؤجلة ومتى انتهي الأجل فإنها تسـتمر في نظر الدعوى بقوة القانون مع مراعاة قواعد الشـطب والحضور الواردة بقانون المرافعات.

(1) يراجع مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة عشرة ص 309 ، 310.

2. الرقابة عن طريقة الإحالة من محكمة الموضوع

أعطى المشرع الحق لقاضي الموضوع في أن يلجأ إلى المحكمة الدستورية العليا كلما رأي أن نصاً ما في قانون أو لائحة لازماً للفصل في الدعوى المنظورة أمامه مشكوكاً في دســتوريته، وذلك بصرف النظر عــن موقف الخصوم في الدعوى الموضوعية إذ قد لا ينتبه أي منهم إلى الطعن في دستورية هذا القانون أو اللائحة، وقد نصت على ذلك المادة 29/أ من قانون المحكمة الدستورية العليا والسابق إيرادها.

- **ومقتضى ذلك أن من حق أي محكمة في السلم القضائي أن تحيل من تلقاء نفسها أي نص تراه غير دستوري إلى المحكمة الدستورية العليا. وهذا يعتبر من الروافد الجديدة التي أضافها قانون المحكمة الدســتورية موسعا من طرق اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية. وهذه الإحالة مشروطة بشرط هــام هو أن يكون النص المحال لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية. وتقدير ما إذا كان النص لازماً للفصل في الدعوى من عدمه متروك لقاضي الموضوع.** ولا شك أن هذا الطريق الجديد الذي أوجده المشرع قد دفع كثيراً من الحرج عن قاضي الموضوع، إذ بغير ذلك كان يمكن أن يوجد نص غير دســتوري ولم ينتبه الخصوم إلى ذلك، ومع ذلك يجد القاضي نفسه مضطراً لتطبيقه مع تيقنه من عدم دستوريته.

- **ويمكن أن يثار التساؤل عن مدى سلطة قاضي الموضوع في إحالة النص المشكوك في دســتوريته إلى المحكمة الدســتورية إذ تخاذل من دفع بعدم الدستورية** ولم يرفــع الدعــوى أمامها في الموعد المحدد له وطلــب الخصم تعجيل الدعوى بعد فــوات هــذا الموعد. **نــرى أنه لا يوجد ما يمنع قاضــي الموضوع في هذه الحالة من أن يحيل هذا النص ذاته ومن تلقاء نفســه إلى المحكمة الدســتورية العليا** إذا تــراءى له عدم دســتورية هذا النص، وأنــه لازم للفصل في الدعوى، والقول بغير ذلك يجعل دعوى عدم الدســتورية دعوى شــخصية وليست عينية كما أراد لها المشــرع فلا يتصور أن يجد القاضي نفســه أمام نص يعتقد تماماً في عدم دســتوريته ثم يلتزم به ويطبقــه على النزاع المعروض لمجرد أن صاحب الشــأن

لـم يرفـع الدعـوى في الموعد المحدد. ومن الجدير بالذكـر أن اتصال المحكمة الدستورية العليا بالمسألة الدستورية من خلال الإحالة يتم بمجرد صدور قرار الإحالة **ولا تتقيد هذه الإحالة بميعاد بل تقوم مناسبتها كلما رجح الظن لدى محكمة الموضوع بأن النص المعروض عليها هو نص غير دستوري .**

3. **الرقابة بطريقة التصدي من المحكمة الدستورية العليا**

أعطى القانون للمحكمة الدستورية العليا الحق في أن تتصدى لممارسة الرقابة على دستورية القوانين كلما رأت نصا غير دستوري، وكان ذا صلة بالنزاع المطروح عليها. فنصـت المـادة (27) من قانون المحكمة الدسـتورية العليا على أنه «يجوز للمحكمة في جميـع الحـالات أن تقضـي بعدم دسـتورية أي نص في قانـون أو لائحة يعرض لها بمناسـبة ممارسـة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية».

والتصدي كأحد أسـاليب الرقابة هو أمر مسـتحدث في قانون المحكمة الدستورية العليا، ولم تكن هذه الرخصة مقررة للمحكمة العليا عند إنشائها ولم تكن بطبيعة الحال- مقررة للقضاء قبل إنشاء القضاء الدستوري. والمستفاد من النص السابق أنه قد يتضح للمحكمة الدستورية أثناء ممارسة اختصاصاتها سواء منها المتعلقة بالرقابة على دسـتورية القوانين أو التفسـير أو تنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام المتناقضة أن نصا في قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المعروض عليها مخالف للدستور، ففـي هذه الحالة تتصـدى المحكمة لهذا النص وتقوم بفحص دسـتوريته والقضاء إما بدسـتوريته أو بعدم دسـتوريته وفقا للضوابط المقررة بالمادة 27 سالفة البيان. **وتتمثل هذه الضوابط في الآتي:-**

1. إنـه لكـي تمارس المحكمة الدسـتورية رخصـة التصدي فلا بـد أن يكون ذلك بمناسبة ممارسة المحكمة لاختصاص من اختصاصاتها وهو حق تباشره المحكمة مـن تلقاء نفسـها دون حاجة إلى دفع يقـدم إليها. وإذا كان ذلك كذلك **فإن من حق الأفراد أيضاً أن ينبهوا المحكمة الدسـتورية إلى ممارسة رخصة التصدي،** وليـس كل الأفراد يحـق لهم ذلك، وإنما الحق مقصور على أصحاب الصفة في

النــزاع المطــروح على المحكمة، ويمكن أن يكــون في صورة طلب يقدم للمحكمة، كمــا يمكــن أن يضمنوه المذكرات التــي تقدم منهم. ومن المتصور أن يتم ذلك في حالــة ما إذا كانت المحكمة تمارس اختصاصاتها بالفصل في تنازع الاختصاص أو تنفيذ الأحكام المتعارضة أو اختصاصها في الرقابة على دســتورية القوانين، ولكنــه أمــر غير متصور في مزاولة اختصاصها بالتفســير إذ لا علاقة للأفراد بهذا الاختصاص وإن كان هذا لا ينفي تصدي المحكمة من تلقاء نفسها لفحص دستورية النص المعروض أمر تفسيره.

2. إن التصدي لا يعني أن المحكمة تباشر فحص الدستورية فور اكتشافها للمخالفة الدســتورية **بــل يجب لممارســة رخصة التصــدي أن تتخذ الإجــراءات المعتادة لتحضير الدعاوى.** أي أن تحيل المحكمة النص إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعــوى وإعــداد تقرير برأيها ثم تعرض الأوراق علــى رئيس المحكمة لتحديد جلسة ليتم الفصل في الدعوى الدستورية.

3. إن المحكمة وهي في سبيلها إلى التصدي تكتفي بمجرد قيام صلة بين النص المطروح عليها والنص الذي رأت التصدي لفحص دســتوريته. **فلم يشــترط القانون أن يكون النص محل التصدي لازما للفصل في الدعوى بل اكتفى بمجرد قيام صلة أيا كانت**، وفى هذا توسعة لمجال مباشرة الرقابة عن طريق التصدي **لكن استلزمت المحكمة أن يكون النص متصلا بنزاع معروض عليها بالفعل. واتصلت المحكمة به اتصالا مطابقا للأوضاع القانونية المقررة فإذا لم تكن المحكمة قد إتصلت بالنزاع المطروح أمامها اتصالا قانونيا فلا مجال لممارســة رخصة التصدي.** وقد أعملت المحكمة هذا التخريج القانوني في العديد من الأحكام التي طلب منها ممارســة رخصة التصدي وانتهت إلى رفض هذا الطلب ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر بجلسة 1983/6/11 في الدعوى رقم 31 لسنة 1 ق دستورية بقولها «وحيث إنه لا محل لما يثيره المدعي من أن لهذه المحكمة رخصة التصدي لعدم دســتورية النــص المطعــون فيه طبقا لما تقضي به المادة 27 من قانونها والتي تنص على أنه «يجــوز للمحكمــة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دســتورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها

وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية، ذلك أن إعمال هذه الرخصة المقررة للمحكمة طبقا للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلا بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال في الدعاوى الراهنة التي انتهت المحكمة من قبل إلى انتهاء الخصومة فيها ومن ثم فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها.

وكذلك حكمها بجلسة 1985/12/21 في الدعوى رقم 18 لسنة 6 ق دستورية بقولها «حيث إنه لا محل لما يطلبه المدعيان من إعمال المحكمة لرخصة التصدي لعدم دستورية القرار بقانون المطعون عليه طبقا لما تقضي به المادة 27 من قانونها والتي تنص على أنه يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية» ذلك أن إعمال هذه الرخصة المقررة للمحكمة طبقا للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلا بالنزاع المطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال في الدعوى الراهنة التي انتهت المحكمة من قبل إلى عدم قبولها فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها[2].

- إن قانون المحكمة الدستورية إذ أجاز لها من تلقاء ذاتها اللجوء إلى حق التصدي إنما أراد أن يقرر المزيد من الضمانات في مجال الشرعية الدستورية فلقد كان من غير السائغ ولا المقبول أن يخول المشرع المحاكم حق الإحالة ثم يحرم المحكمة الدستورية ذاتها من استعمال حق التصدي وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة والمقصورة عليها هذه الولاية فيما يتصل بدستورية القوانين واللوائح. وبذلك يكون حق التصدي مكملا للدفع ولحق الإحالة باعتبار أن هذه الصور حلقات ثلاث تتعاون جميعا في توكيد الشرعية الدستورية وقد أحكم المشرع بهذه الحلقات جميعا الرقابة على دستورية القوانين.

(2) المجموعة- الجزء الثاني ص 126 وكذلك الحكم في الدعوى رقم 97 لسنة 4 ق بجلسة 1988/6/4 المجموعة الجزء الرابع ص 135 الحكم في الدعوى رقم 40 لسنة 7 ق بجلسة 1987/1/3 المجموعة الجزء الرابع ص 9.

ويجب أن نشير إلى أن **الرقابة على الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية من خلال استعمالها لحق التصدي لا تتقيد بميعاد شأنها في ذلك شأن الإحالة التي تتم بها المسألة الدستورية من محكمة الموضوع**. هذا وقد أعملت المحكمة حقها في التصدي في القليل من القضايا نذكر منها حكمها الصادر بجلسة 16 مايو 1982 في الدعوى رقم 10 لسنة 1 ق دستورية حيث طعن أحد أعضاء مجلس الدولة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 104 والفقرة الثانية من المادة 119 من قانون مجلس الدولة فقررت بأنه «لما كانت المادة 104 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم 47 لسنة 1972 تنص على أن تختص إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال مجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو أخطاء في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة إستعمال السلطة فإنها تماثل في حكمها الفقرة الأول من المادة 83 من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون 46 لسنة 1972 والمعدل بالقانون 49 لسنة 1973 فيما نصت عليه من أن تختص دوائر المواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وذلك عدا النقل والندب. متى كان في الطلب عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو أخطاء في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة الأمر الذي دعا المحكمة إلى إعمال رخصة التصدي المتاحة لها طبقا للمادة 27 من قانونها فيما يتعلق بهذه المادة الأخيرة لاتصالها بالنزاع المطروح عليها [3] .

حق الأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا

كان المشروع الأصلي لقانون المحكمة الدستورية العليا وهو الذي أقره مجلس الدولة (في 20 ديسمبر 1973) ينص على أنه يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة أن يطعن لدى المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة[4]. أي أنه

(3) المجموعة الجزء الثاني ص 50 .

(4) يراجع قرارات الجمعية العمومية لمجلس الدولة بشأن مشروع قانون المحكمة الدستورية المحاماة س 58 ع 1، 2 ص 186 .

كان يحق للأفراد أن يلجأوا إلى المحكمة الدستورية العليا مباشرةً طاعنين في دستورية التشريعات واللوائح، إلا أن المشروعات التي تلت هذا المشروع جاءت خالية من تقرير هذا الحق للأفراد بما فيها مشروع القانون الحالي. وفى الواقع أن القانون الدستوري المقارن قد حوى دولا تبيح للأفراد حق اللجوء المباشر إلى القضاء الدستوري ، ودولا أخرى لا تبيح للأفراد ذلك. ومثال الدول الأولى سويسرا في دستورها الصادر 29 مايو 1874 فيجوز لكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلة أن يطعن أمام المحكمة العليا الاتحادية بعدم دستورية القوانين الصادرة من الولايات. ودستور كوبا سنة 1934 ودستور أسبانيا 1931. والدستور الليبي الصادر عام 1953. ودستور السودان الصادر عام 1973. أما الأنظمة الدستورية الأخرى فقد حرمت الأفراد من اللجوء إلى المحاكم الدستورية وقصرت هذا الحق على بعض الهيئات. ولقد كانت هذه الأنظمة المختلفة ماثلة عند وضع نص المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا الذي رأي أن يستن طريقا وسطا فلم يكتف بطريق الدفع الذي يبدى أمام مختلف المحاكم. كما كان الحال أمام المحكمة العليا وإنما أضاف إليه طريقين آخرين أولهما حق أية محكمة أو أية جهة ذات إختصاص قضائي أن توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية والثاني هو حق المحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة إختصاصها وذلك طبقا للمادة 27 وقد رؤى الإكتفاء حاليا بهذه الوسائل الثلاث خشية أن تؤدى إباحة حق الطعن المباشر إلى إساءة إستعماله بما يكدس القضايا أمام المحكمة ويعوقها عن التفرغ لمهامها الجسام علاوة على أن الأصل هو مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور إلى أن يثور خلاف جدي بشأن عدم دستورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه فيعرض أمر دستوريته للبت فيه [5] .

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على القضاء بعدم قبول الدعوى إذا ما رفعت من قبل الأفراد بطريقة مباشرة أي أنها استقرت على أنه لا حق للأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للطعن بعدم الدستورية ومن ذلك قضاؤها في

(5) يراجع محاضرة المستشار ممدوح عطية دراسة تحليلية مقارنة عن المحكمة الدستورية العليا – منشورة بالجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا .

الدعوى رقم 8 لســنة 2 ق دســتورية بجلســة 1981/12/5 وذلك بقولها «لما كان ما تقدم وكانت ولاية هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا بإتصالها بالدعوى إتصالاً قانونياً طبقا للأوضاع المقررة في المادتين 27 ، 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 اللتين رسمتا سبل التداعي في شأن الدعاوى الدستورية وليس من بينها سبيل الدعوى الأصلية أو الطلبات العارضة التي تقدم للمحكمة مباشرة طعناً في دستورية التشريعات، وكان طلب المدعي الحكم بعدم دستورية المادة 8 من القانون 40 لسنة 1977 بنظام الأحزاب السياسية بعدم تعديلها بالقانون 30 لسنة 1981 الذي استبدل بأعضاء مجلس الشعب أعضاء من الشخصيات العامة قد أثاره في مذكرته المقدمة بجلسة 3 أكتوبر 1981 كطلب عارض وبالتالي لم يتصل بالمحكمة اتصالا قانونيا فإنه يتعين الالتفات عنه[6] .

وإذا كان البعض من الفقه قد أيد أتجاه قانون المحكمة الدستورية بحرمان الأفراد من اللجوء إليها مباشرة لرفع دعواهم بعدم الدستورية بحجة عدم إغراق المحكمة بسيل من الدعاوى التي قد لا يقصد منها سوى اللدد في الخصومة وإطالة أمد التقاضي.

فإننا نرى أنه من الأوفق أن يأخذ المشرع المصري بطريق بالدعوى الأصلية إلى جانب الطرق الثلاث الأخرى وليس من شأن إساءة استخدام المواطنين لحق أصيل كحق التقاضي في شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين حرمانهم بصفة مطلقة من هذا الحق، بل أن من الواجب أن يتقرر هذا الحق للأفراد مع وضع بعض الضمانات لعدم إساءة استعمال هذا الحق كأن تشكل لجنة من بعض أعضاء المحكمة لفحص الطعون واستبعاد ما يكون فيها ظاهر الكيد أو ظاهر البطلان ، كما يمكن أن يفرض على الطاعن إيداع كفالة مالية يودعها قبل الطعن أو فرض غرامة مالية كبيرة على من يخسر الدعوى مما يحد من عدد الدعاوى بحيث لا يرفع الدعوى إلا من كان جادا ومقتنعا بعدم دستورية النص الذي يطعن عليه.

(6) يراجع الحكم في الدعوى رقم 8 لسنة 2 ق دستورية بجلسة 1981/12/5 المجموعة الجزء الثاني ص 5 وما بعدها، الحكم في الدعوى رقم 47 لسنة 3 ق دستورية بجلسة 1983/6/11 الجزء الثاني ص 127 وما بعدها وكذلك الحكم في الدعوى رقم 92 لسنة 6 ق دستورية بجلسة 6 /1988/2 المجموعة الجزء الرابع ص 68 وما بعدها والحكم في الدعوى رقم 27 لسنة 7 ق دستورية بجلسة 1988/3/6 المجموعة الجزء الرابع ص 81 ما بعدها. والحكم في الدعوى 68 لسنة 3 ق دستورية بجلسة 1989/3/4 المجموعة الجزء الرابع ص 148 وما بعدها .

والآن نريـد أن نبرز – مـن الناحية العملية كيف يكون تقدير القاضي لجدية الدفع وللإحالة صحيحاً:

أولاً: دور محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع:

من الناحية العملية كيف يقدر القاضي جدية الدفع ؟ وما هي الخطوات التي يتعين على قاضي الموضوع اتباعها حتى يأتي تقديره للجدية صائباً ؟

بداية نقرر أن تقدير قاضي الموضوع لجدية الدفوع المبداة أمامه بعدم الدسـتورية ليست بالمهمة السهلة أو البسيطة ولها من الأهمية الكبرى ما ينبغي معها أن تأخذ حظاً وفيراً من العناية بحيث يكون تقدير محكمة الموضوع للجدية بمثابة المصفاة وبحيث لا يصل إلى المحكمة الدستورية العليا إلا النصوص التي يكون الشك في دستوريتها واضحاً.

ومن ثم يلزم أن يتبع قاضي الموضوع عدة خطوات أهمها:

1. أن يسـتوثق أن النص المدفوع بعدم دسـتوريته لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية «: على قاضي الموضوع أن يتيقن من أن النص المثار أمر دستوريته لازماً للفصل في الدعوى. فإن كان غير لازم للفصل في الدعوى المطروحة أمامه فإن القاضي يلتفت عنه لانعدام مصلحة مبدي الدفع في إثارة أمر دستوريته مسترشداً في ذلك بأحكام المحكمة الدستورية العليا العديدة الصادرة في شأن المصلحة وكيفية تقديرها.
2. وأن يبحث القاضي بعد ذلك عن مدى إمكانية الفصل في النزاع دون التعرض للدستورية فإن وجد أن ذلك ممكنا تعين عليه أن يطرح أمر الدسـتورية جانباً ويقوم بالفصل في النـزاع وفقـاً للحل الآخر الذي ارتأه. كأن يكون هناك دفع بالانقضاء للتقادم أو لغيره من الأسباب، ويكون معه أيضا دفع بعدم الدستورية فإذا كان الدفع بالإنقضاء مقبولاً وتنتهي به الخصومة الموضوعية فإن الدفع بعدم الدستورية يغدو غير منتج وهذا الأمر وإن كان يندرج في اشـتراط أن يكون النص لازم للفصل في الدعوى، إلا أننا أثرنا أن نورده في خطوة مستقلة، يجب أن يفكر فيها القاضي عند تقدير الجدية.
3. وأن يبحث عما إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد صدر عنها قضاء موضوعي في شأن دستوريته من عدمه:

إذا تحقــق القاضــي من أن النص المطعون بعدم دســتوريته لازم للفصل في الدعوى الموضوعيــة فعليــه أن ينتقل إلى الخطوة التالية وهي لا تقل أهمية عن الأولى، وهي أن يبحث ويتحقق قبل تقديره للجدية من عدم صدور حكم بشأنه من المحكمة الدستورية العليــا ســواء كان قــد صدر بعدم دســتورية هــذا النص . أو صدر بدســتوريته ورفض الدعوى. لأن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية ملزم لجميع ســلطات الدولة وللكافة بصرف النظر عن خصوم الدعوى الدســتورية فالحكم ذو حجية مطلقة ويستفيد منه كل ذي مصلحة، ولا يجوز أيضاً معاودة الطعن على ذات النص – ووفقاً لذات النطاق – مرتين لأن في ذلك إنكار وإهدار للحجية المطلقة ، ومن ثم فإذا كان الحكم الدســتوري ملزماً وبصورة مطلقة للخصوم، فلا يكون لأي شــخص مصلحة في أن يطعن عليه من جديد بعدم الدستورية.

فإذا كان قد ســبق صدور قضاء حاســم بشــأن النص المدفوع به فلا محل لتقدير الجدية إذ يعتبر الدفع في هذه الحالة غير جدي يجب أن تلتفت عنه المحكمة. **لكن من المهم جداً أن نشير إلى أن مجرد قراءة منطوق الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا لا يكفي للوقوف على حقيقة ما يتضمنه، إنما لابد من قراءة حيثياته للوقوف علــى نطاق الدعوى الذي حددته المحكمة وهــل ينصرف إلى ذات الفقرة الطعينة أم يختلف عنها ، إذ ربما يصدر حكم بشأن مادة معينة لكن نطاق الدعوى لا يشمل المــادة بكامــل فقراتها أو بكامل محتواها. بل قد يكون مقصوراً على أمر ما تضمنته فإن دفع بعدم دســتورية هذه المادة مرة ثانية ووفقاً لنطاق آخر أي على فقرة أخرى أو جزء من فقرة تعين على القاضي أن يبحث تقدير جديتها ولا يسارع بالقول بأنه ســبق أن صدر في المادة قضاء حاســم عن المحكمة الدســتورية العليا، ذلك أن قضاء الحكم لا ينصرف إلا إلى المســائل التي فصل فيها صراحة دون غيرها إلا ما ارتبط بها بحكم اللزوم العقلي.**

ومن هنا كان لازماً على قاضي الموضوع حتى يكون مســتكملاً لأدوات بحثه- وليس مــن قبيــل الترف العلمــي أو التثقيف الذاتي- أن يتعرف أولاً بــأول على ما يصدر عن المحكمة الدســتورية العليا من قضاء موضوعي (أي أحكام صادرة بعدم الدســتورية أو برفض الدعوى) .

وهذه الأحكام تنشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، فعليه تتبع أعداد هذه الجريدة ، فإن فاته شئ منها فإن المجلات المتخصصة وعلى رأسها مجلة الدستورية تتولى نشر الأحكام كاملة في كل عدد وتشمل جميع الأحكام الموضوعية في الفترة الزمنية الفاصلة بين العددين والتي تصل إلى حوالي ستة أشهر .

ذلك أن **من الأمور المعيبة في حق القاضي أن يتولى تقدير جدية نص ويصرح لمبدي الدفع بإقامة الدعوى الدستورية، في حين أن النص المقصود سبق وأن صدر فيه حكم بعدم الدستورية أو بالدستورية قبل ذلك بفترة طويلة .**

وحقيقة الأمر أن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع يفترض أن تجيل المحكمة بصرها في النص الطعين بعد فهمها لحقيقته ووقوفها على أبعاده . ويقتضي ذلك أن تقابل – بصفة مبدئية – بين هذا النص والنصوص الدستورية المدعى مخالفتها مستظهرة من ذلك نطاق التناقض بين مضمونه وأحكامها. ولا يجوز بالتالي أن يكون تقدير محكمة الموضوع جدية دفع مثار أمامها، منفصلا عن تعارض تتحراه مبدئياً بين النصوص القانونية المطعون عليها ومواقع بطلانها من أحكام الدستور .

(حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 62 لسنة 18 قضائية «دستورية» جلسة 1997/3/15).

أي أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن النص لها ما يظاهرها، وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر مبدئية.

(حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 94 لسنة 19 قضائية «دستورية» جلسة 1999/4/3).

ومن ثم فيلزم أن يتريث القاضي ويجيل بصره في الدعوى ويتفهم حقيقة النص المدفوع به وما يرمي إليه ومدى التعارض بينه وبين نصوص الدستوروذلك كله بصفة مبدئية.

4. **الشك يفسر لصالح عدم الدستورية:**

إذا كانت التشريعات يصاحبها دائماً قرينة الدستورية وتظل ملازمة لها إلى أن تقضي المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص، وهو ما يعني أن الأصل أن

كل ما يصدر عن الســلطة التشريعية من قوانين صحيح وصادر بالموافقة للدستور، فإنه في مجال تقدير جدية الدفع لا يجب أن يتمســك القاضي أو يضع في اعتباره هذه القرينة وإنما على العكس إذا ثار شك حول دستورية النص ولم يستطع القاضي ترجيحه بما يعضده أو يأتى بما ينفيه فإن الشــك – في هذه المرحلة – يفســر في جانب عدم الدستورية، لأنه في كل الأحوال تقدير مبدئي.

5. **إثبات الدفع بصورة دقيقة بمحضر الجلسة:**

حتى يستطيع القاضي تقدير جدية الدفع يلزم أن يكون الدفع محدداً للنص المدفوع بعدم دستوريته ورقم القانون وما إذا كان قد تم تعديله وكذا الفقرة الطعينة تحديداً، كل ذلــك يجــب أن يســتظهره القاضي عند ابــداء الدفع وادراجــه بصورة واضحة بمحضر الجلســة حتى ييسر للمحكمة الدستورية العليا تحديد نطاق الدعوى وهو الأمر الجوهري في الدعاوى الدستورية.

6. **تقدير جدية الدفع ليس نهائياً:**

إذا ما وجد القاضي أن الدفع المطروح أمامه غير جدى فإنه يلتفت عنه ويقضي برفضه. ويقضي في موضوع الدعوى. والحكم الصادر برفض الدفع إذا لم يرتضه صاحب الشأن فيمكن أن يطعن عليه أمام محكمة الطعن مع الحكم الصادر في النزاع.

7. **تقدير جدية الدفع لا يلزم أن يكون صريحاً:**

يمكن – بعد هذه الخطوات – أن يقوم القاضي بتقدير الجدية ولا يلزم أن يصرح بذلك بل يكفي أن يتخذ إجراء – في الدعوى – يدل بصورة جازمة على ذلك، ومن ذلــك تعليقــه الفصــل في النزاع الموضوعي على البت في المســائل الدســتورية التي أثيــرت لكــن التصريح والوضوح أفضل. وفى ذلك تؤكد المحكمة الدســتورية العليا أنــه ليــس متصــوراً – في مجال تقديــر جدية الدفع – أن تتعمــق محكمة الموضوع المســائل الدســتورية التي طرحتها المدعية عليها، ولا أن تفصل فيها بقضاء قطعي يكون منهياً لولاية المحكمة الدستورية العليا التي يعود إليها وحدها أمر الفصل في بطــلان النصوص القانونية أو صحتها بعد أن تســلط عليهــا ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية، وتزنها على ضوء مناهجها ومعاييرها.

وأن تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الدستورية المثارة أمامها، ليس لازماً أن يكون صريحاً، حسبها أن يكون قرارها في هذا الشأن ضمنياً، ويعتبر كذلك تعليقها الفصل في النزاع الموضوعي على البت في المسائل الدستورية التي اتصل بها (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 65 لسنة 17 قضائية «دستورية» بجلسة 1997/2/1).

8. **ماذا بعد الانتهاء من تقدير جدية الدفع ؟**

إذا خلص القاضي بعد البحث إلى أن الدفع المبدى أمامه يتسم بالجدية تعين عليه أن يؤجل نظر الدعوى أمامه ، ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لكي يتمكن من رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا.

وإذا كان نص المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد تطلب مجرد تأجيل نظر الدعوى عند التصريح بالطعن بعدم الدستورية، فإنه لا يغير من قبول الدعوى الدستورية أن توقف محكمة الموضوع الدعوى بدلاً من تأجيلها لأن ذلك لا يعدو من جانبها أن يكون تربصاً بقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية النصوص التشريعية المطعون عليها، وهي عين النتيجة التي قصد المشرع إلى بلوغها من وراء تأجيل الدعوى الموضوعية إثر التصريح برفع الدعوى الدستورية.

(حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 11 قضائية «دستورية» جلسة 1992/5/27).

وعلى الرغم من أن حكم المحكمة الدستورية العليا الذي أوردناه قد ساوى بين تأجيل نظر الدعوى، وبين وقفها إذ أن كلاهما يحقق قصد المشرع، **إلا أننا نرى أن تلتزم محكمة الموضوع صراحة نص المادة 29/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 و الذي يجري على أن:**

ب. إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي **أجلت نظر الدعوى** وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

فالنص حدد موعداً لا يجوز تجاوزه لرفع الدعوى واخطار محكمة الموضوع بذلك- قبل أن ينتهي الأجل الذي ضربته – ســواء كان شــهر أو شهرين أو أكثر من ذلك حتى تعلم مدى جدية الطاعن وتتربص بعد ذلك القضاء الصادر عن المحكمة الدســتورية العليــا لتطبيقــه على الموضوع، أو تعلم أن الطاعن غيــر جاد في طعنه- في حالة فوات الأجــل دون أن يقــدم ما يفيد إقامته الدعوى الدســتورية – فتمضي في نظر الدعوى الموضوعية ويعتبر الدفع في مثل هذه الحالة كأن لم يكن.

أمــا في حالــة وقــف الدعوى تعليقاً بدلاً من تأجيل نظرهــا فإن هذا الإجراء – وإن كان صحيحاً – إلا أنه يحدث العديد من المشــكلات العملية أهمها أن الوقف التعليقي يحكمه نص المادة 129 من قانون المرافعات المدنية والتجارية و الذي يجري على أن في غير الأحوال التي ينص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوزاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوع على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم.

وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصم تعجيل الدعوى والبين من النص أن الوقف التعليقي لا يكون مقيداً بميعاد كثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو ..... الخ وإنما هو مقيد بإجراء يتوقف عليه الفصل في الدعوى المنظورة .

والقاضي إذ يوقف الدعوى – بدلاً من تأجيلها – يثير عدة تســاؤلات هل ســيكون الوقــف معلقــاً علــى الفصل في الدعوى الدســتورية التي من المفتــرض أن الطاعن قد أقامهــا ؟ أم ســيجعل الوقــف معلقاً على مجرد إقامتها ؟ ومــاذا يحدث لو علق الفصل في الدعوى على هذا الإجراء الأخير، كيف يتصل علم قاضي الموضوع به ؟ لا شــك أن ذلك ســيكون عن طريق تعجيل الدعوى.وهل يعقل أن يعجل الخصم الســير في الدعوى للاطــلاع على ما يفيد إقامة الدعوى الدســتورية ثم تعيــد محكمة الموضوع وقفها مرة ثانية معلقة الحكم فيها – هذه المرة – على الفصل في الدعوى الدستورية التي أقيمت، وإذا لــم يعجــل الخصم الدعوى، هل ســتبقى موقوفة ؟ ومتى يمكــن اعتبار الدفع كأن لم يكن ؟ ولاشــك أن وقف الدعوى تعليقاً بدلاً من تأجيلها – اتباعاً لصريح نص المادة 29/ب من قانون المحكمة الدســتورية العليا والتزاما به – يؤدي إلى تعقيد الإجراءات

وعـدم الوضـوح وإطالة أمد التقاضي وإعطـاء الفرصة لظهور الدعاوى التي لا يقصد منها سوى التسويف وتعطيل الفصل في الدعوى، **ومن ثم فيجب أن يلتزم القاضي بعد تقديـر جدية الدفع والتصريح أن يؤجل نظر الدعوى أجلاً مناسـباً لا يجاوز الثلاثة أشهر ولا يستبدل هذا الإجراء بالوقف التعليقي .**

9. **تربص محكمة الموضوع قضاء المحكمة الدستورية العليا:**

إذا قـدرت محكمـة الموضـوع جدية الدفـع وصرحت لمبدي الدفـع بإقامة الدعوى الدسـتورية في الميعاد الذي ضربته له وقدم الطاعن لهذه المحكمة ما يفيد إقامته للدعوى الدسـتورية **فـإن هناك التزام يقع على عاتق محكمـة الموضوع يتمثل في عدم اتخاذ أي إجراء يحول دون الفصل في المسـائل الدسـتورية المطروحة على المحكمة الدسـتورية العليا إذ أن الدفع وما ترتب عليه من تقدير جديته وتصريح كان هو المحرك للخصومة الدسـتورية وعليها أن تتربص القضاء الذي سـيصدر من المحكمة الدسـتورية العليا في الدعوى الدسـتورية التي أقيمت بناء على هذا الدفع**، فإن اتخذت إجراء غير التربص بأن فصلت في الموضوع عد ذلك نكولاً من جانب محكمة الموضوع عن التقيد بنص المادة (175) من الدستور وتسليطاً لقضاء محكمة الموضوع على قضاء المحكمة الدستورية العليا.

يستثنى من ذلك حالات النزول عن الحق في الدعوى الموضوعية أو انتفاء المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا، وحالة تخلي محكمـة الموضـوع عن تقديرها لجديـة الدفع إعمالاً لقضاء صـادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن ذات النصوص التي قام عليها الدفع.

تقدير جدية النصوص اللائحية:

يطرح على المحكمة الدستورية العليا الكثير من الدعاوى المتعلقة بدستورية نص ورد في لائحة عن طريق محكمة الموضوع التي قدرت جدية الدفع المبدى أمامها أو عن طريق إحالتها بعد أن تراءى لها أن هذا النص اللائحي غير دسـتوري، ويمكن تبعاً لذلك قد يتعطل الفصل في الدعاوى الموضوعية لمدة قد تصل إلى سـنوات مع ما يبذل من جهد في سبيل الفصل في أكبر عدد من القضايا.

ويمكن الحد من هذا السـيل من القضايا والفصل فيها وانجازها واسـتقرار المراكز القانونية التي تشـملها في زمن قصير وذلك عن طريق سـهل وميسـور ولا يكلف شيئاً، وكل ما يلزم لذلك هو أن يتعرف قاض الموضوع على مدى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية اللوائح وهل يشمل هذا الاختصاص كل أنواع اللوائح ؟ أم يقتصر على نوع محدد منها ؟

أنواع اللوائح التي تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستوريتها:

بعيـداً عـن الآراء الفقهيـة التي قيلت في تحديد ماهية اللوائـح التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا، استقر قضاء هذه المحكمة على أن الدستور قد عهد – بنص المادة (175) – إلى المحكمة الدسـتورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دسـتورية القوانـين واللوائـح على الوجه المبـين في القانون ؛ وبناءً علـى هذا التفويض أصـدر المشـرع قانون هذه المحكمـة مبينا اختصاصاتها ؛ محددا مـا يدخل في ولايتها حصـراً ، مسـتبعدا من مهامها ما لا يندرج تحتهـا، فخولها اختصاصا منفردا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ؛ مانعا أي جهة من مزاحمتها فيه، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيتها، وذلك ضمانا منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية، وتأميناً لاتسـاق ضوابطها وتناغم معاييرها، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدسـتور، بما يكفل تكاملها وتجانسـها، مؤكداً أن اختصاص هذه المحكمة – في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على الدستورية – ينحصر في النصوص التشريعية أياً كان موضعهـا أو نطـاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، فلا تنبسـط ولايتها في شـأن الرقابـة القضائية على الدسـتورية، إلا على القانون بمعنـاه الموضوعي باعتباره منصرفا إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية أو تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها؛ وأن تنقبض تلك الرقابة – بالتالي – عما سواها.

كما أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة **أن كل لائحة يتحدد تكييفها القانوني بمجال سـريانها ؛ فكلما كان هذا المجال متصلا مباشـرة بنطاق القانون الخاص ؛ انحسـرت**

عنها الصفة الإدارية – ولو كانت الجهة التي أصدرتها شـخصا من أشـخاص القانون العام – فلا تعتبر بالتالي تشريعاً بالمعنى الموضوعي مما تشمله الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية . (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 100 لسنة 21 قضائية «دستورية» جلسة 2001/7/7) .

وأكدت المحكمة على أن كل لائحة يتحدد تكييفها القانوني بمجال سريانها – فكلما كان هذا المجال متصلاً بنطاق القانون الخاص ، انحسرت عنها الصفة الإدارية – ولو كانـت الجهة التي أصدرتها شـخصا من أشـخاص القانون العام – فـلا يعتبر بالتالي تشريعا بالمعنى الموضوعي مما تشمله الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية.

(حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 100 لسنة 21 قضائية «دستورية» جلسة 2001/7/7) .

ونخلص من ذلك إلى أن **المحكمة الدسـتورية العليا لا تختص سـوى باللوائح ذات الصفة الإدارية أي تلك التي يتعلق نطاق سريانها بمنطقة القانون العام فإذا انحسرت عن اللائحة الصفة الإدارية فإنها تخرج عن الاختصاص الولائي للمحكمة الدستورية العليا حتى ولو كانت صادرة عن أحد أشخاص القانون العام.**

وأياً كان وجه الرأي في هذا الاتجاه وقبولنا أو رفضنا له فإن المحاكم مقيدة بما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا، ومن ثم فجميع اللوائح الخاصة المتعلقة بشركات قطاع عـام أو قطـاع خاص أو بنوك خاصة أو عامة فيما عدا لوائح البنك المركزي تخرج عن ولاية المحكمة الدسـتورية العليا ويكون الاختصاص بنظر دسـتوريتها موكولاً إلى الجهة القضائية المختصة برقابة شرعيتها .

كيف يقدر القاضي جدية الدفع لنص لائحي؟

إذا مـا دفـع – أمـام محكمة الموضوع – بعدم دسـتورية نـص ورد في إحدى اللوائح **فعلى القاضي قبل أن يتبع الخطوات السابق ذكرها عند تقدير جدية نص تشريعي أن يبحث في مجال سريان اللائحة وهل يتصل هذا المجال بنطاق القانون العام**، كاللوائح الإدارية التي تصدر من أحد أعضاء السلطة التنفيذية تنظم بها أمراً عاماً يسري في

مواجهة الكافة كالقرارات اللائحية الصادرة من أحد الوزراء في أمر يتصل بتنظيم أمور وزارته أو أي أمر عام آخر.

وهناك من اللوائح ما لايحتاج إلى بحث مثل اللوائح التي لها قوة القوانين كلوائح التفويــض، ولوائــح الضرورة. فإن وجد اللائحة من اللوائــح الإدارية يمضي في تقدير جدية النص الوارد بها وفقا لما سلف.

أما اللوائح التي يتصل مجال ســريانها بنطاق القانون الخاص وهي كثيرة ومتنوعة كاللوائح التي تنظم العلاقات التعاقدية كالعلاقة بين العاملين والشركات الخاصة التي يعملون بها، **فإن وجد القاضي أن النص اللائحي المدفوع بعدم دستوريته من هذا النوع الأخيــر فيتعين عليــه أن يرفض الدفع لأن المحكمة الدســتورية العليا لن تقضي فيه ســوى بعدم الاختصاص، ولا ينخدع قاضي الموضوع بأن اللائحة صادرة بقرار وزاري أو قرار من رئيس مجلس الوزراء فإن هذا لا يغير من الأمر شئ.**

واللوائح الخاصة كثير منها ما يصل إلى المحكمة الدســتورية العليا ســواء عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة ولو تمهل القاضي قليلاً وهو يقدر جدية الدفع لالتفت عن هذه الدفوع جميعها واستمر في نظر دعواه ويتم بالتالي الفصل فيها خلال أمد يسير.

وللتيســير على محكمة الموضوع نورد – من واقع أحكام المحكمة الدســتورية العليا – بعض اللوائح التي لا تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستوريتها:

1. اللائحة التي تنظم شؤون العاملين بشركات البترول المختلفة سواء كانت شركات قطاع عام أو قطاع أعمال أو قطاع مشترك وكذلك الجمعية التعاونية للبترول (**يستثنى من ذلك العاملون بالهيئة المصرية العامة للبترول إذ أنهم موظفون عموميون**).

(حكم المحكمة الدســتورية العليا في القضية رقم 79 لســنة 19 قضائية «دستورية» جلسة 1998/7/6).

2. اللائحــة التــي تنظم شــؤون العاملين بأحد البنوك التابعة للبنك الرئيســي للتنمية والائتمان الزراعي أي فروع البنك الرئيسي في المحافظات المختلفة – **أما العاملون بالبنك الرئيسي ذاته فهم من الموظفين العموميين ومن ثم فإن اللائحة فيما يتعلق**

بشؤونهم تعتبر من اللوائح الإدارية التي تختص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستوريتها. (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم30 لسنة 18قضائية «دستورية» جلسة 1997/5/3).

3. اللوائح الخاصة بشركات قطاع الأعمال العام سواء كانت شركات قابضة أو شركات تابعة لأنها تتخذ شكل شركات المساهمة.

(حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 98 لسنة 19 قضائية «دستورية» جلسة 1998/2/7).

ثانياً: دور محكمة الموضوع في الإحالة وضوابطها:

حق الإحالة هو حق مستحدث أوجده قانون المحكمة الدستورية العليا – كما ذكرنا – ولم يكن قانون المحكمة العليا يعرف إحالة الأوراق من قبل محكمة الموضوع للفصل في دستورية نص في قانون أو لائحة.

ولا شك أن في ذلك توسيع لنطاق الرقابة الدستورية وتدعيم للشرعية. وذلك لأن محكمة الموضوع يجب عليها تغليب أحكام الدستور إذا ما تعارض معه نص في قانون أو لائحة ولا تستطيع الامتناع عن تطبيق نص لم يقض بعدم دستوريته بحكم صادر من المحكمة الدستورية العليا ولا يعقل أن يفرض على محكمة الموضوع أن تطبق نصاً ترى أنه غير دستوري. فكان المخرج من هذا الوضع أن يتاح لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها أن تحيل –وبغض النظر عن موقف الخصوم– أوراق الدعوى –وبغير رسوم– إلى المحكمة الدستورية العليا.

ونستعرض بعض الأمور التي من شأنها تفعيل الإحالة وضبط نطاقها:

المحاكم التي لها حق الإحالة:

الحق في الإحالة مخول لجميع أنواع المحاكم وبجميع درجاتها –وكذلك الهيئات ذات الاختصاص القضائي– سواء في ذلك القضاء العادي أو القضاء الإداري.

وقد ثار نقاش حول ما إذا كانت محكمة النقض –وهي محكمة قانون في المقام الأول وليست محكمة موضوع إلا في حالات محددة– من بين المحاكم التي تملك حق الإحالة

خاصة وأنه يُطعن أمامها في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف التي تصدر أحكاماً تتمتع بقوة الأمر المقضي.

وقـد حسـمت المحكمة الدسـتورية العليا هذا الجدل بحكمهـا الصادر في القضية رقم 137 لسـنة 18 قضائية «دسـتورية» جلسة 1998/2/7 بقولها: أن الشرعية الدستورية التي تنهض هذه المحكمة بمسـؤولية إرسـاء أسسها وتقرير ضوابطها، تتكامل حلقاتها، ومؤداها أن يكون إعمال النصوص القانونية في نزاع معين، مرتبطا باتفاقها مع الدسـتور، وإلا فقد سـيادته وعلوه على ما سـواه من القواعد القانونية. ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة اختصها الدسـتور أو المشـرع بالفصل في خصومة قضائية - وأياً كان موقعها من الجهة أو الهيئـة القضائيـة التـي تنتمي إليها- أن تقف من النصوص القانونيـة التي يبدو لها - من وجهة نظر مبدئية- تعارضها مع الدسـتور، موقفاً سـلبيا، بل عليها إما أن تحيل ما ترتئيه منها مخالفا للدستور إلى المحكمة الدستورية العليا لتستوثق بنفسها من الشبهة التي ثارت لديها في شأن صحتها، وإما أن تحدد للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني، وقدرت هي جدية هذا الدفع، مهلة يقيم خلالها دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي اختصها الدسـتور دون غيرها بالفصل في المسـائل الدسـتورية، **لا استثناء من هذه القاعدة، بل يكون سـريانها لازماً في شـأن المحاكم جميعها بما فيها محكمة النقض،** ذلك أن مراقبتها صحة تطبيق القانون على وقائع النزاع التي استخلصتها محكمة الموضوع، يقتضيها أن تنزل عليها صحيح حكم القانون. ويفترض ذلك ابتداء اتفاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق مع الدسـتور مما يقتضي عرضها على المحكمة الدسـتورية العليا - عند الطعن على صحتها باعتبار أن الفصل في هذه الصعوبة من مسائل القانون التي لا يخالطها واقع ، وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها .

ضوابط الإحالة:

قبل أن توقف محكمة الموضوع الدعوى المطروحة أمامها وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص في قانون أو لائحة عليها أن تتحقق من عدة أمور منها:

1. أن يكون النص الذي ثار حوله الشك في مخالفته للدستور لازم للفصل في الدعوى الموضوعيـة فإن كانت الدعوى المطروحة لا يحكمها هذا النص وبالتالي ليس لازماً

للفصل في موضوعها فلا يكون لمحكمة الموضوع أن تعطل الفصل في الدعوى وتحيل إلى المحكمة الدستورية العليا.

أما عن كيفية الاستيثاق من أن هذا النص لازم للفصل في الدعوى الموضوعية أم غير لازم فمرجعه إلى تقدير محكمة الموضوع ذاتها. وقد سبق أن فصلنا ذلك عند الكلام عن الدفع.

2. أن تتحقق محكمة الموضوع من أن هذا النص لم تفصل المحكمة الدستورية في أمر دستوريته سواء بعدم الدستورية أو برفض الدعوى وهذه النقطة سبق أن فصلناها أيضاً عن تعرضنا للدفع.

3. كما يتعين على قاض الموضوع أن يتيقن أنه ليس ثمة طريق آخر –غير الدستورية– يمكن أن يفصل في الدعوى على أساسه.

4. إذا قدر للقاضي وتحقق أن النص يحيط به شك معقول حول دستوريته تعين عليه أن يصدر حكماً أو قراراً يكون قاطعاً في دلالته على إنعقاد إرادته في أن يعرض هذا النص على المحكمة الدستورية العليا، وأن يتضمن الحكم أو قرار الإحالة تحديداً كافياً للنص محل الشك ، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها والأوجه التي تقوم عليها هذا المخالفة (مادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا).

- هل يجوز لمحكمة الموضوع العدول عن قرار الإحالة ؟

يثور التساؤل عما إذا كان يجوز لمحكمة الموضوع بعد إصدارها لحكم أو قرار بإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص استظهرت تطبيقه العدول عن هذا القرار ؟

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهيمن عليها وحدها، **فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها**. ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في

دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية - ثارت لديها شبهة عدم دستوريتها- على المنازعة المطروحة أمامها، يعد محركاً للخصومة الدستورية، **وعلى محكمة الموضوع بعد أن تعلقت المسـائل الدسـتورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن تتربص قضاءها فيها بإعتباره فاصلاً في موضوعها، كاشـفاً عن النصوص القانونية التـي يتعين تطبيقها في النزاع الموضوعي، بما مؤداه أنه -فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدسـتورية بقضاء من المحكمة الدسـتورية العليا، أو التي ينـزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً لقواعد المرافعات، أو التي يتخلى فيها عن دفع بعدم دستورية سبق لمحكمة الموضوع تقدير جديته، أو التي يكـون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدسـتورية أو قرارها بالإحالة مبناه إعمالها للآثار المترتبة على قضاء للمحكمة الدسـتورية العليا في شـأن النصـوص ذاتها التي قـام عليها الدفع أو انبنى عليها قرار الإحالة، سـواء بتقرير هذه المحكمـة لصحتها أو بطلانهـا -فإن على محاكم الموضوع - علـى اختلاف درجاتها- أن تلتزم قضاءها بالإحالة، فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة** (175) **من الدسـتور** التي تخول المحكمة الدسـتورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علـى دسـتورية القوانـين واللوائح، وتسـليطاً لقضاء أدنى على قضـاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها، وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة (68) من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسـائل الدستورية التي اختصها الدستور بها، بوصفها قاضيها الطبيعي، ولأن القواعد التي ينتظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها دائماً متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً على مبدأ خضوع الدولة للقانون على ما تقضي به المادة (65) من الدستور.

(حكم المحكمة الدسـتورية العليا في القضية رقم 25 لسـنة 22 قضائية «دستورية» جلسة 2001/5/5).

الطعن في حكم أو قرار الإحالة:

هـل يجوز لأي من خصوم الدعوى الموضوعية الطعن على الحكم أو القرار الصادر عن محكمة الموضوع بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا ؟

وإذا طعــن في هــذا الحكم وألغي عن طريق محكمة الطعن فهل هذا الحكم الأخير ملزم في خصومة الموضوع؟ وما هو وضع الأوراق المحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، وأثر هذا الإلغاء على الدعوى الدستورية ؟

أجابت المحكمة الدســتورية العليا على كل هذه التســاؤلات بحكم شامل في القضية الدستورية رقم 25 لسنة 22 قضائية جلسة 2001/5/5 المشار إليها آنفاً.

فقد قضت بـأن المحكمة الدســتورية العليا تســتمد ولايتها في الرقـابة بتفويض من الدستور- قد رسم لاتصالها بالدعوى الدستورية طرقاً ثلاثة - على سبيل الحصر- من بينها الإحالة من محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، فإن ذلك الحكم - حال صدوره - لا يعكس صورة نمطيه من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقاً المنصوص عليــه في قانــون المرافعات، و الذي يجوز الطعن فيه على اســتقلال قبل صدور الحكم المنهــي للخصومة الموضوعية بتمامها، إذ أن أحكام قانون المرافعات لا تســرى -كأصل عــام- إلا بالقــدر الــذي لا يتعارض مع طبيعة اختصاص هــذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن **الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه أن المحكمة الدســتورية العليا، يتحتم عليها وجوباً النظر في دســتورية هذا النــص، والفصــل فيه، ولو ثبت لديها أن حكم الوقف قد طعن فيه، أو أنه قد ألغي أمام محكمــة الطعن - رغم عدم جواز ذلك - وإلا كانت متســلبة من اختصاص انيط بها، ولرانت شبهة إنكار العدالة على تسلبها هذا.**

ومتى كان إعمال نصوص الدستور السابق بيانها، يقتضي ألا تعاق المحكمة الدستورية العليــا بقرار من محاكم الموضوع عن مباشــرة ولايتها التــي لا يجوز لها أن تتخلى عنها، وإلا كان ذلــك منهــا تحريفاً لاختصاصها، وإهداراً لموقعهــا من البنيان القانوني للنظام القضائــي في مصــر، وتنصــلاً من مســؤوليتها التي أولاها الدســتور أمانتها فإن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا - وهي محكمة موضوع في مفهوم المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا تنفك عنها هذه الصفة حتى مع كونها محكمة طعن- وإن

قضــي بإلغــاء قرار الإحالة المحرك للدعوى الدســتورية الراهنة، إلا ان تعلقها بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم واتصالها بها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المقرة في قانونها، والتزامها دستوريا بأن تقول كلمتها فيها، يقتضي أن تنحى أي عقبة – ولو كانت قانونية- وأن تمضي في نظرها وترفض الطلبات والدفوع المثارة وتفصل فيما تعرضه من مســائل دســتورية، غير عابئة بذلك الحكم، لما يشكله من عدوان على ولايتها في الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التي اختصها الدستور بها، ولتفصل المحكمة المحيلة في طلب إلغاء القرار المطعون فيه – الذي مازال مطروحاً عليها – على ضوء قضاء هذه المحكمة في الدعوى الماثلة، ذلك أن بحث محكمة الموضوع لمشــروعية القرار محل طلب الإلغاء الذي لم تنفك عنه بقضاء حاسم منها يقتضي أن تقول المحكمة الدستورية العليا أولاً كلمتها في شــأن ما أثارته محكمة الموضوع من شــبهات حول دســتورية نص القانون الذي صدر ذلك القرار استناداً إليه؛ وبالتالي فإن مصلحة المدعي في الدعوى الراهنة وبقدر اتصالها بطلب الإلغاء المطروح في الدعوى الموضوعية تكون قائمة.

- **فإذا ما تم الدفع أو الإحالة صحيحاً ووفقاً للضوابط التي أوردنا بقي أن يأتي صاحب الشــأن عن طريق وكيله (المحامي المقبول أمام المحكمة) ليودع صحيفة الطعن، أو ترد الأوراق من محكمة الموضوع مســتوفاة للبيانات التي استلزمها قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (30) على نحو ما نرى.**

- **وإذا كانت المرحلة التي تســبق إيداع الصحيفــة مرحلة هامة فإن إيداع الصحيفة مشتملة على بياناتها التي قررها القانون- يستوي أن تكون صحيفة أو قرار إحالة – لا تقل عنها أهمية وهو الأمر الذي سنتناوله الآن.**

إيــداع الصحيفة: نبــدأ الدعوى الدســتورية بإيداع صحيفتها قلــم كتاب المحكمة الدستورية:

والصحيفــة أو الطلــب أو أيــاً كان مســماها هــي الطلب الذي يقــدم إلى المحكمة الدســتورية إعمــالاً للمبدأ العام الذي يحكم إجــراءات التقاضي بوجه عام أنه «لا قضاء بغير طلب».

فالرقابة الدستورية لا تتم بطريقة آلية أو من تلقاء ذات المحكمة وإنما لابد أن يقدم

إليها طلب حتى في حالة التصدي من جانب المحكمة الدستورية فلا تستطيع المحكمة أن تمارسه إلا بمناسبة ممارستها لأحد اختصاصاتها التي بدأت بطلب.

- **والطلب الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية ليس أي طلب، وإنما استلزم القانون لصحته أن يشمل على عدة بيانات جوهرية.**

بيانات الصحيفة أو قرار الإحالة:

يجب أن يبين في الصحيفة عدة أمور:

1. **الطلبات كاملة منذ البداية وهي التي تعتد بها المحكمة ولا يقضى بغيرها ولا يجوز لها تجاوزها بالزيادة عليها. فلا يجوز القضاء بأكثر مما يطلبه الخصوم.**
2. أن تبين صفة مقدمها وهو أمر هام إذ أن الصفة من أهم شروط قبول الدعوى.
3. أن يبين فيها النص التشريعي أو اللائحي المطعون فيه بياناً دقيقاً يكون موافقاً لما دفع به الخصم، فلا تقام الدعوى ولا يورد بالصحيفة إلا ذات النص المدفوع بعدم دستورية والتي قدرت محكمة الموضوع جدية وصرحت لمبديه بالطعن وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لإقامتها بالطريق المباشر.
4. أن تحتوي بياناً على نصوص الدستور المدعى مخالفتها وأوجه تلك المخالفة.
5. يجب أن تكون صحيفة الدعوى موقعة من محام ويجب أن يكون هذا المحامي مقبول للحضور أمام المحكمة الدستورية العليا، والمحامي المقبول أمام الدستورية هو المقيد بالنقض.

- ويعد إغفال هذا التوقيع إغفالاً لبيان جوهري يؤدي إلى بطلان الصحيفة.
- **ولا شك أن طلب هذا التوقيع له ما يبرره إذ أن دعوى فحص الدستورية من الدعاوى التي تحتاج إلى خبرة قانونية كاملة وكفاية من درجة معينة.**

ومن المعروف أن جمهور المتقاضين ينقصه الثقافة القانونية التي تسمح بالاستغناء عن المحامي في مثل هذه القضايا الهامة. بحيث يخشى إضاعة الوقت إذا استغنى المتقاضي عن محام يوجهه وينبهه. ويعتبر هذا الإجراء متعلقاً بالنظام العام ويجوز للمحكمة أن تعرض لتخلفه من تلقاء نفسها.

6. إرفاق سند وكالة المحامي حتى تستطيع أن تقضي على صفته وحدود هذه الصفة وهذا الإجراء يمكن أن يتأخر إلى ما قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى.

7. إرفاق صورة رسـمية من محضر الجلسـة الذي أمرت فيه المحكمة بوقف الدعوى الموضوعية.

وهـذا الإجـراء لازم وإن لـم يرد بـه نص في قانون المحكمة الدسـتورية إلا أنه أمر تفرضـه طبيعة الأمور حتى تتمكن المحكمة الدسـتورية من التأكد من القرار الذي اتخذته محكمة الموضوع.

8. البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم... الخ البيانات التي استلزمها قانون المرافعات.

- كيف تصاغ صحيفة الدعوى الدستورية أو أمر الإحالة؟
- ليس هناك صياغة محددة للدعوى الدستورية أو لحكم الإحالة (الحكم أو الأمر يستوي) وإنما لابد أن تستوفي البيانات الجوهرية السالفة.

تبـدأ الصحيفـة عادة بالديباجة العاديـة أنه في / / بناء على طلب (يذكر اسـم المدعي ووكيله ومحل إقامته وموطنـه المختار) أودعت هذه الصحيفة ضد 1 - 2 - 3 - يذكر المدعى عليهم.

ويكون من بينهم الحكومة لأنها خصم بقوة القانون.

وسنفصل القول بعض الشيء فيما بعد عن الخصوم, والحكومة بوجه خاص حيث نتناول المقصود بها ودورها.... الخ.

ثم يذكر موضوع الدعوى:

حيث يبدأ أولاً بذكر موضوع الدعوى الموضوعية والطلبات فيها وسندها والجلسة التي أبدى فيها الدفع (ويذكر نص الدفع صراحة وبصورة دقيقة) وموقف محكمة الموضـوع حيال هـذا الدفع وفي أي جلسـة تم تقدير جدية الدفـع وأيضاً بصورة دقيقة ثم يلي ذلك بيان النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته ونصه والنصوص الدسـتورية المدعى مخالفتها وبيان تفصيلي بأوجه المخالفة التي يراها والأحكام

أو الآراء التي تؤيده لينتهي إلى بيان طلباته الختامية التي يجب أن تكون محددة تحديداً دقيقاً لأنها هي الطلبات التي ستلزمها المحكمة الدستورية حال نظرها الدعوى الدستورية.

يجب أيضاً أن تكون هذه الطلبات موافقة للدفع المقدم أمام محكمة الموضوع وعلى ذات النص وذات الفقرة محل الطعن ومحل تقدير الجدية، لأن النصوص الأخرى التي سترد بالصحيفة سيقضى بعدم القبول بالنسبة لها لأنها تعتبر مقامة بالطريق المباشر دون تقدير الجدية.

العلة من وضوح البيانات في الصحيفة حتى تنبئ بذاتها عن جدية الدعوى ومراعاة لقرينة الدستورية المقررة لمصلحة القوانين.

ميعاد إقامة الدعوى الدستورية:

حتى يكون اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية اتصالاً صحيحاً وموافقاً للإجراءات التي رسمها القانون فيجب أن يتم هذا الاتصال في الموعد القانوني المحدد.

- ذلك أن الدعاوى والطلبات التي تتصل بها المحكمة الدستورية منها ما هو مقيد بميعاد حتمي يتعين أن يتم الاتصال خلال، ومنها ما لم يقيده القانون بميعاد فيمكن أن يتم في أي وقت.

فطلبات التفسير مثلاً لم يقيد القانون صاحب الشأن فيها بميعاد حتمي، فيجوز له أن يلجأ في أي وقت إلى المحكمة طالباً التفسير.

وكذلك الحال بالنسبة لدعوى تنازع الاختصاص أما دعوى الفصل تناقض الأحكام النهائية فقد قيدها القانون – بطريق غير مباشر – بميعاد هو أن يتم رفع الدعوى قبل تنفيذ أي من الحكمين المتعارضين إذ أن تنفيذ أحدهما ينفي قيام التنازع.

- وكذلك بالنسبة للإحالة من محكمة الموضوع فلم يقيد المشرع محكمة الموضوع بميعاد معين تجب الإحالة خلاله، وفى حالة التصدي من جانب المحكمة الدستورية العليا يمكن أن تتم في أي وقت.
- **الحالة الوحيدة التي قيدها القانون بميعاد حتمي هي حالة الرقابة عن طريق الدفع من جانب الخصوم.**

- والميعــاد الحتمي هو ثلاثة أشــهر وثلاثة أشــهر لا تعني 90 يومــاً وإنما تعني ثلاثة أشــهر، فالميعاد يحســب بالأشــهر وليس باليــوم، وهو ميعاد حتمــي يتعين أن تودع صحيفة الدعوى قبل نهايته وهو يقيد المحكمة الدســتورية ويقيد محكمة الموضوع ويقيد الخصوم ويتعلق بالنظام العام.
- لكن ما معنى رفع الدعوى في خصوص الميعاد هل المقصود بها مجرد إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة الدستورية أم أن إعلان الصحيفة أيضاً يجب أن يتم في الميعاد المحدد .
- مجــرد إيــداع الصحيفة خلال الميعاد أو وصول قرار الإحالة من قاضي الموضوع يكفي لتحقيــق إقامتهــا في الميعاد وليــس بهام متى أعلنت للخصــوم، لأن الإعلان أمر تتولاه المحكمة الدستورية ذاتها ومن ثم فإعلان الصحيفة ليس بهام في الخصومة الدستورية.
- **هل يجوز لمحكمة الموضوع أن تضرب أجلاً يجاوز الثلاثة أشهر؟**

* لمحكمــة الموضــوع أن تعطي من الآجال ما تشــاء لا قيد عليهــا لكن ذلك لا يقيد المحكمة الدستورية في شيء ولا يؤثر على قبول الدعوى الدستورية بمعنى أن الأجل الذي تمنحه محكمة الموضوع زيادة على الثلاثة أشهر لا ينفذ إلا في حدود الثلاثة أشهر. **فلا ينخدع صاحب الشأن إذا اعطته محكمة الموضوع أجلاً أطول من الثلاثة أشهر، ولابد أن يسارع ويقيم الدعوى الدستورية قبل نهاية الأشهر الثلاث.**

- **هل يجوز لمحكمة الموضوع أن تعطى أجلاً أقصر من الثلاثة أشهر؟ وهل هذا الميعاد القصير ملزماً؟**

* يجوز لمحكمة الموضوع أن تعطي أجلاً أقصر من الثلاثة أشهر فيجوز أن تمنح مبدي الدفع شهراً واحداً أو أقل كأسبوعين مثلاً وفي هذه الحالة يكون هذا الميعاد هو الميعاد الملزم للخصم ويتعين أن تقام الدعوى قبل نهايته ولا اعتداد في ذلك ولا عبرة بميعاد الثلاثة أشهر.

- **ذلك أن ميعاد الدعوى الدســتورية ليس ســوى ميعاد واحد هو ما تحدده محكمة الموضوع شريطة ألا يتجاوز الأشهر الثلاثة التي حددها القانون. فالخصم لا يفاضل بين ميعادين الميعاد الذي تقرره محكمة الموضوع أو الثلاثة أشهر بل هو ميعاد واحد.**
- **ماذا لو سكتت محكمة الموضوع عن تحديد ميعاد لإقامة الدعوى الدستورية؟**

قد تصرح محكمة الموضوع بالطعن بعدم الدستورية ولكنها تفضل عدم تحديد ميعاد ليقوم مبدي الدفع خلاله برفع الدعوى الدستورية.

في مثل هذه الحالة يكون الميعاد وهو ثلاثة أشــهر وهو الحد الأقصى المقرر قانوناً يتعين على الخصم أن يقيم الدعوى قبل فواتها.

- **هــل يمكن لمحكمة الموضوع أن تعطي أجلاً ثانيــاً إذا لم يقم الخصم برفع الدعوى خلال الميعاد الأول؟**

هذا الأمر يتوقف على ما إذا كان الأجل الأول قد بلغ الأشهر الثلاث أم كان أقل منها.

فإذا كان الأجل الأول أقل بأن كان شــهراً أو شــهرين فإنه يجوز لمحكمة الموضوع أن تمنح الخصم أجلاً آخر بشروط ثلاثة:

1. ألا يكون الأجل الأول قد انتهي لأنه بانتهائه يسقط الدفع ويعتبر كأن لم يكن.
2. أن يكــون الأجــل الثانــي متصلاً بالأجل الأول ويكونان معاً أجــلاً واحداً بمعنى أن تمنح محكمة الموضوع الأجل الثاني قبل انتهاء الأجل الأول.
3. ألا يتجــاوز الأجلــين معاً مدة الثلاثة أشــهر لأنها الحد الأقصــى الذي يجب إقامة الدعوى الدستورية خلاله .

ميعاد المسافة:

يضاف إلى الميعاد القانوني المقرر ميعاد للمســافة وذلك بحســب قيمة المسافة بين محل إقامة المدعى وبين المحكمة الدستورية العليا بحد أقصى أربعة أيام.

وبوجه عام يسري على ميعاد الدعوى الدستورية القواعد المنظمة للمواعيد في قانون المرافعات.

- **انقطاع الميعاد:** يقبل ميعاد الدعوى الدستورية للانقطاع فهو ينقطع بتقديم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية والانقطاع يعني أن تبدأ المدة من جديد بعد زوال سبب الوقف ويكون من حق صاحب الشأن مدة جديدة مماثلة للمدة التي سبق أن حددتها المحكمة من قبل.
- **وقــف الميعاد:** يوقف ميعاد الدعوى الدســتورية في حالة القــوة القاهرة أو الحادث الفجائي طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات.

والوقف يعني أن تحتســب المدة الســابقة على ســبب الوقف ولا تحتسب مدة وجود القوة القاهرة ذاتها- وتستمر المدة في السريان بعد زوال سبب الوقف.

- **إذا لم يقم الطاعن برفع الدعوى الدستورية في الميعاد واعتبر الدفع كأن لم يكن، هل يجوز لمحكمة الموضوع إحالة ذات النص إلى المحكمة الدستورية لبحث دستوريته؟**

- يجوز لمحكمة الموضوع ذلك متى تشككت في دستوريته.
- بعد إيداع الصحيفة في الميعاد تقيد لدى قلم الكتاب في ذات يوم الإيداع في سـجل يخصص لذلك.
- يتولـى قلـم الكتاب إعلان صحف الدعوى وقـرارات الإحالة إلى الخصوم في مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ الإيداع.
- **يجب إعلان الحكومة لأنها تعد من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية.**
- **لكـن ما المقصود بالحكومة في هذا الخصـوص وما الحكم من اعتبارها خصماً في الدعوى الدستورية؟**

* يقصـد بالحكومـة عـدة معـان فقد يقصد بها الـوزارة وقد يقصد بها السـلطة التنفيذية، وقد يقصد بها كافة السلطات للدولة.

لكن المقصود بالحكومة في الدعوى الدستورية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء فقط.

فتصح الخصومة إذا اختصم رئيس الوزراء وحده أو مع الوزير المختص، كما تصح إذا اختصم الوزير المختص فقط

- **يثور التساؤل عن صحة الخصومة إذا اختصم رئيس الجمهورية ولم يختصم رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص؟**

رئيـس الجمهوريـة يعد رأس السـلطة التنفيذية ويمارس مهـام تنفيذية بمفرده أو بمساعدة الوزراء ومن ثم يصح اختصامه في الدعاوى الدستورية.

- الحكمة من اختصام الحكومة في الدعاوى الدستورية هي تمكينها من أن تقول كلمتها في الطعون الموجهة إلى التشريعات التي تكون قد أصدرتها أو شاركت في وضعها.
- لكل خصم تلقى إعلاناً بصحيفة دعوى أو بقرار إحالة أن يودع قلم الكتاب مذكرة بالسرد يبين فيها ملاحظاته وما يعن له من مستندات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه.
- ولخصمه الرد على تلك المذكرة بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء المدة السابقة، ويكون للخصم الأول التعقيب على المذكرة خلال الخمسة عشر يوماً التالية.
- بعد انقضاء هذه المواعيد لا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل أورقاً من الخصوم.
- **لكن إذا قدمت أورقاً ماذا يفعل قلم الكتاب؟**

عليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم الأوراق واسم مقدمها وصفته.