المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

"مســـاواة"

العدالة و القانون

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحامـــــاة و القضـــاء
«مســـــاواة»

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

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

مجلس إدارة مساواة

- المحـــامي ياســـــر جبـــر — رئيس مجلس الإدارة
- الأستـــاذ سليمان الربضي — نائب رئيس مجلس الإدارة
- المحـــــامي اسعد غزاونـــة — أمين الســـر
- الأستـاذ سمير البرغـــوثي — أمين الصـــندوق
- الدكتور محمد خالد السيفي — عضـو
- المحـــامية فايزة الشـــاويش — عضـو
- الدكتـــور علي الجربـــــاوي — عضـو

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

البيرة - البالوع- شارع المحاكم
تلفون: ٠٠٩٧٠٢٢٤٠٤٨٧٠
فاكس: ٠٠٩٧٠٢٢٤٠٤٨٦٦
ص.ب ١٢٢٦ رام الله
بريد الكتروني: musawa@musawa.ps
صفحة الكترونية: www.musawa.ps

حقوق الطبع و النشر محفوظة للمركز
أيلول / سبتمبر٢٠٠٧

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

في هذا العدد

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة ٧

دراسات قانونية

أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية/ المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد- الاسكندرية/ مصر..... ١١

عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم ومخاصمتهم/ المحامي غازي زهران- نابلس..... ٢٨

الحكم القضائي: مفهومه، تحليله، موضوعه، عملية إنشائه/ المحامي محمود دودين- رام الله..... ٣٩

استجواب المتهم وسماع الشهود في الدعوى الجزائية- دراسة مقارنة- / الاستاذ أحمد براك- رئيس نيابة أريحا..... ٥١

وكالة الوكيل الثاني «منذ انعقادها وحتى زوالها» / المحامية فاطمة علي حمودة-□..... ٧١

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية و التعليق عليها

■ الحكم رقم ٢٠٠٦/١٨٦ - مخاصمة قضاة-

تعليق المحامي فريد الجلاد- رام الله..... ٩٤
تعليق الاستاذ الدكتور أحمد مليجي- مصر..... ٩٦

■ الحكم رقم ٢٠٠٤/١ - مخاصمة قضاة-

تعليق المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد- مصر..... ١١٠

■ الحكم رقم ٢٠٠٦/٨٩ - منع معارضة-

تعليق المحامي هشام قراعين- رام الله..... ١٦٠
تعليق المحامي باسل بسطامي- الأردن..... ١٦٢
تعليق الاستاذ الدكتور أحمد جميعي- مصر..... ١٦٧

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية و التعليق عليها

■ الحكم رقم ٢٠٠٦/١٤ - اختصاص القضاء النظامي والقضاء العسكري-

تعليق الدكتور عصام عابدين- القدس..... ١٧٧
تعليق الاستاذ الدكتور كامل السعيد- الأردن..... ١٨٣
تعليق الاستاذ الدكتور عمرو الوقاد- مصر..... ١٩١

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

■ الحكم رقم ٢٠٠٢/١٤٧ - صلاحيات وزارة العدل-

تعليق المحامي الاستاذ فهد أبو العثم- الأردن..... ٢٠٤
تعليق المستشار الدكتور هاني الدرديري- مصر..... ٢٠٨

حوارات قانونية

- أثر حالة الطوارئ على ما تملكه السلطات الأمنية والقضائية من صلاحيات وسلطات استثنائية تتعلق بحقوق المواطن/ أ.د محمود طه- مصر..... ٢٢٨

- علاقة المجلس التشريعي بالمجلس المركزي لمنظمة التحرير الفلسطينية.. الشرعية الفلسطينية بعد أحداث غزة...الرأي في مرسوم رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن أختصاص القضاء العسكري/ المحامي أحمد عبد الحفيظ- مصر..... ٢٤٠

- نحو الاسراع في الفصل في القضايا المنظورة أمام المحاكم النظامية الفلسطينية/المحامي حسين أبو هنود- رام ٢٥٧

- حوار مع صديقي القاضي/ الاستاذ هاني المصري- نابلس..... ٢٦٥

- مراسلات (مساواة) مع النيابة العامة وديوان الرئاسة بخصوص اختطاف سعادة النائب العام واضراب النيابة ٢٦٦

- سلطة النقد تستجيب لتوصيات ومطالب «مساواة».....٢٧٠

العدالة و القـــانون

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش و اغناء التجربة

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

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

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

و تعتقد «مساواة» أن عملية التعليق على الأحكام القضائية تلعب دوراً هاماً في لفت انتباه المشرع إلى مواطن الخلل و الضعف و التناقض في القوانين و الأنظمة السارية، ليقوم بدوره بإجراء التعديلات اللازمة و الضرورية لتوحيد رزمة القوانين و الأنظمة، بما يضمن دستوريتها و تطابقها و انسجامها كمدخل أساس لتجسيد مبدأ سيادة القانون و حفظ الأمن المجتمعي و تعزيز هيبة القضاء و توطين مبدأ استقلال القاضي، و بناء دولة المؤسسات و القانون.

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

ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة و القضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة و المحامين و المشتغلين بالقانون تعبر عن اجتهادات و أفكار و رؤى أصحابها و مقدميها و في ذات الوقت تشكل تعميقاً و تطويراً للحوار القانوني و الفكري الهام و الضروري لتوحيد المفاهيم القانونية و إثراء التجربة العملية للقضاة و المحامين الفلسطينيين و كافة المشتغلين بالقانون من رؤساء و وكلاء نيابة و أساتذة قانون و طلبة كليات الحقوق و غيرهم.

و هذا ما يصبو إليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة و القضاء «مساواة» في إطار سعيه الحثيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر و فاعل، و تعميق و تطوير دور و رسالة المحامين الفلسطينيين و نقابتهم في صيانة مبدأ سيادة القانون و سواده على الكافة كطريق مجرب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح و حديث.

وها نحن في «مساواة» نصدر العدد السابع من مجلة « العدالة والقانون»، و الذي يتضمن خمسة ابحاث قانونية تتناول بالدراسة والبحث في أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية، وعدم صلاحية القضاة وتنحيتهم ومخاصمتهم، الحكم القضائي: مفهومه، تحليله، موضوعه، عملية إنشائه، و استجواب المتهم وسماع الشهود في الدعوى الجزائية، ووكالة الوكيل الثاني منذ انشائها حتى زوالها، مقدمة من قضاة ومحامين اساتذة و ورؤساء نيابة. كما يتناول هذا العدد بالتعليق ثلاثة أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية؛ الأول والثاني خاصان بمخاصمة القضاة، والثالث تناول التعليق على حكمٍ صادر عن محكمة النقض في دعوى منع معارضة، كما تناول هذا العدد بالتعليق حكماً صادراً عن محكمة النقض في القضايا الجزائية بخصوص تنازع الاختصاص بين القضاء النظامي والقضاء العسكري اضافة الى حكم صادر عن محكمة العدل العليا في غزة بخصوص صلاحيات وزارة العدل في الاشراف الاداري على موظفي المحاكم

وارتأت «مساواة» أن تختم إصدارها السابع بباب خاص بعنوان «حوارات قانونية» تناول بالبحث الضوابط والمحددات القانونية لحالة الطوارئ، وعلاقة المجلس التشريعي بالمجلس المركزي لمنظمة التحرير الفلسطينية، والشرعية الفلسطينية بعد أحداث غزة، والمرسوم الرئاسي الخاص باختصاص القضاء العسكري، اضافة الى الضوابط القانونية ذات الصلة بالفصل في المنازعات القضائية الى جانب اعادة نشر لمقالة صحفية بعنوان «حوار مع صديقي القاضي»، ومراسلات (مساواة) مع النيابة العامة وديوان الرئاسة بخصوص اختطاف سعادة النائب العام واضراب النيابة العامة. ونشر رسالة تلقتها «مساواة» من سلطة النقد الموقرة تضمنت استجابتها لعدد من التوصيات والمطالب القانونية التي وجهتها «مساواة» لسلطة النقد فيما يتصل بدور السلطة الرقابي على أعمال البنوك.

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

"مســـــــــــاواة"

دراسات قانونيـة

أصول التعليــق علـــى النصوص القانونية والأحكام القضـــائية

القاضي المستشار الدكتور/ عبد الفتاح مراد*
رئيس محكمة الاستئناف العالي بالإسكندرية- مصر

تمهيـــد:

انتشرت في المؤلفات الفقهية وفي الدوريات القانونية والاقتصادية مصطلح التعليق على الحكم أو النص التشريعي وإظهار مزاياه وعيوبه استناداً إلى الأصول القانونية والقضائية المعروفة ، ولما كان موضوع التعليق على النصوص القانونية وأحكام وقرارات وأوامر القضاء لم يتطرق إليه - حتى الآن - أية أبحاث باللغة العربية فقد رأينا أن نتعرض له ونضع فلسفة عامة تحكمه يستند إليها الباحثون في التعليق على الأحكام القضائية وما يرونه من الأحكام والأوامر والقرارات والنصوص القانونية وذلك فيما يلي:

تقسيم:

أولاً:- تعريف التعليق على أحكام القضاء:

يراد بالتعليق على الحكم قيام المعلق بعملية ذهنية هي عبارة عن قراءة الحكم - أو القرار أو الأمر أو الفتوى - بجميع أجزائه وتحليله وتأصيله وذلك لتحديد معناه ومرماه ثم تقييمه وصياغة الرأي العلمي القانوني للمعلق بشأن الحكم ويشمل ذلك الرأى وقائع الحكم وأسانيده وأسبابه وما انتهى إليه من نتيجة نهائية أو رأي قضائي نهائي ومدى اتفاق ذلك مع القانون والمنطق والنظريات العلمية والقانونية السائدة فى المجتمع.

ثانياً: التفرقة بين الأحكام والأوامر والقرارات:

تعتبر الأحكام هي النهاية الطبيعية للخصومة القضائية حيث تفصل في المنازعات المعروضة على القضاء.

إلا أن القضاء قد يصدر أوامر أو قرارات يكون لها شكلاً قضائياً إلا أنها لا تحسم النزاع حيث أن سلطة القاضي في تلك الحالات ليست سلطة قضائية وإنما هي سلطة ولائية كما في حالة الأوامر على العرائض أو سلطة إدارية يتخذها القاضي دون طلب من الخصوم بهدف تسيير إدارة القضاء. كما أن الأعمال الولائية يقوم بها القاضي بناء على طلب من الخصوم.

وفي جميع الأحوال عند التعليق على أحكام القضاء فإن منهج التعليق الذي يسري على الحكم القضائي يسري على القرار القضائي أو الأوامر الولائية أو الفتاوى. لأن العبرة في جميع الحالات أنه صدر من قاضي وأنه يمس بمركز قانوني معين سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء أو الرفض.

ثالثاً: رؤيتنا بشأن سريان القواعد التى تحكم التعليق على الأحكام القضائية على القرارات والأوامر القضائية وقرارات النيابة العامة وفتاوى مجلس الدولة:

*المستشار الدكتور/ عبد الفتاح مراد يعمل رئيساً بمحكمة الاستئناف العالي بالأسكندرية والأستاذ المحاضر بالجامعات المصرية والعربية وهو حاصل على درجة الدكتوراه في القانون العام المقارن مع مرتبة الشرف الأولى في موضوع جديد لم يتطرق إليه أحد من قبل هو «المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة - دراسة مقارنة في التشريعات العربية والشريعة الإسلامية والقانون المقارن» وله مؤلفات وأبحاث متعددة منشورة على هيئة كتب وبرامج CD ومقالات متنوعة بالدوريات العربية والأجنبية . =

=أنظر موقعه على شبكة الإنترنت :
www.drmourad.net
E:mail:comourad@yahoo.com
E:mail:m@drmourad.net
www.drmourad.net\blog مدونة الكاتب على شبكة الإنترنت

يندرج تحت قواعد التعليق على أحكام القضاء[1] كذلك ويسرى عليه المبادئ التى سوف ترد فيما بعد القرارات التى تصدرها المحاكم سواء أكانت مسببة أو غير مسببة والأوامر الولائية والأوامر على عرائض والقرارات الصادرة من النيابة العامة وكذلك فتاوى مجلس الدولة وهى جميعا يمكن أن ينطبق عليها الأصول الواجبة للتعليق على الأحكام القضائية والتى سوف يأتى ذكرها فيما بعد.

وسوف نتناول موضوع التعليق علي أحكام القضاء فى الأبواب التالية:

الباب الأول: التعريفات المتعلقة بعلم وفن التعليق على أحكام القضاء.

الباب الثانى: أهداف التعليق على أحكام القضاء.

الباب الثالث: حدود وقيود التعليق على أحكام القضاء.

الباب الرابع: تقسيمات التعليق على أحكام القضاء.

الباب الخامس: أنواع مناهج التعليق على أحكام القضاء.

الباب السادس: شرح المنهج التحليلى التأصيلى فى التعليق على أحكام القضاء.

وبعد ذلك سوف ننتهي إلى خاتمة البحث.

(١) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «أصول البحث العلمي وكتابة الأبحاث والرسائل والمؤلفات» ص ٣٣ وما بعدها.

البـــاب الأول
التعريفـــات المتعلقـــة بعلـــم وفـــن التعليق على أحكام القضـــاء

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول فى هذا الباب التعريفات المتعلقة بعلم وفن التعليق على أحكام القضاء وذلك فيما يلى:

أولاً: مفهوم الفن لغة وإصطلاحاً:

لكل لفظ معنيان: **أحدهما** لغوي وينصرف حول مفهوم اللغة بشأن اللفظ ويقصد بالمفهوم اللغوي للفن انصرافه إلى الأساليب أو الطرق الجديدة أو المميزة مما يضفي عليها المفهوم الفني.

وثانيهما: مصطلحي ويتعلق بالمفهوم المتعارف عليها أو يعني الدلالة للفظ ويقصد به أنه مجموع الطرق أو الوسائل التي تستعمل للوصول إلى نتيجة معينة حسب أصول معينة.

ثانياً: معنى الحكم لغة وإصطلاحاً وفقهاً:

الحكم لغة: هو الحكم والفقه ويقال حكم بمعنى قضى، والحكم القضاء بالعدل.

والقضاء في الاصطلاح حكم حاكم أو الحكم بأمر ثبت عنده.

ونحن نرى أن الحكم بمعناه القضائي الضيق: القرار الصادر من المحكمة في خصومة رُفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء كان صادراً في موضوعها أو في شق منها أو في مسألة متفرعة عنها[٢].

ونحن نرى أنه يقصد بالحكم في معناه الواسع أن الحكم هو ذلك القرار الذي يصدر في خصومة قضائية أو غير قضائية بصفة قطعية أو تحضيرية تتعلق بالإثبات.

ثالثاً: لغة الأحكام القضائية:

إن لغة الأحكام القضائية تعتبر عاملاً أساسياً في تحرير الأحكام، فبدون لغة قضائية جيدة لا يمكن التعبير عن الفكر القضائي، فهي مفتاح القاضي لفهم الغاية من النصوص والأسباب والأسانيد القانونية والحجج الواقعية، وهي وسيلة القاضى للتعبير عما أطمئن إليه ضميره وفكره وبتلك اللغة يمكن فهم المراد من الحكم القضائى الصادر منه[٣].

(٢) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « موسوعة مصطلحات البحث العلمي وإعداد الرسائل والأبحاث والمؤلفات . فرنسي . عربي . شرعي» ص ٢٥ وما بعدها.

(٣) انظر فى التفرقة بين التعليق على أحكام القضاء وما يختلط به من مصطلحات القاضي د. عبد الفتاح مراد «أصول التعليق على الأحكام « ص ٤٥ وما بعدها.

البـــاب الثانـــى
أهداف التعليق على أحكام القضاء

تمهيد وتقسيم:

يعتبر القانون مجرد وسيلة تساعد القاضي في حل ما يعرض عليه من منازعات إلا أن القانون لا يمكن أن يحيط بمستجدات الحياة العملية وما يمكن ان تُسببه من نقص أو غموض في المنازعات القضائية.

لذلك فإن التعليق على أحكام القضاء التي يقوم بها الفقهاء والقضاة والأساتذة وكبار المحامين تعد أفضل وسيلة لترسيخ علم القانون وفقاً لواقع الحياة العملية , يتمكن القاضي من خلالها المزج بين النصوص القانونية [٤] للوصول إلى التطبيق السليم للقاعدة القانونية على العناصر الواقعية[٥]، وتحديد مدى التقارب بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القانونية[٦].

ويتبين مما تقدم أن أهداف التعليق على أحكام القضاء هى ما يأتى:

أولاً: تنمية الثقافة القانونية لأساتذة الجامعات والقضاة والمحامين والمشتغلين بالقانون.

ثانياً: تطوير التشريع الوضعي فقد أخذ المشرع المصرى بكثير من النظريات القضائية التى أرستها المحاكم العليا مثل محكمة النقض المصرية , والمحكمة الإدارية العليا المصرية.

ثالثاً: الارتقاء بمستوى التعليم القانونى فى الجامعات والمعاهد القضائية.

رابعاً: الربط بين نظرية القانون وبين الواقع القانونى القائم على الوعى الكامل بالعلم القانونى المجرد والتطبيق الواقعى.

خامساً: أخذ المشرع المصري - وغيره من المشرعين - برؤية بعض الفقهاء وتعليقاتهم علي الأحكام والتشريعات القائمة.

سادساً: قد يؤدي التعليق علي الأحكام إلي عدول القضاء عن إتجاهه القضائي إلي إتجاه أخر جديد يتفق مع أصول القانون والواقع الاجتماعي والعدالة.

(٤) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « التعليق على الجديد في قضاء محكمة النقض المصرية ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤» ص ١٧ وما بعدها.

(٥) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « الجديد في أحكام محكمة النقض المصرية ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦» ص ٣٣ وما بعدها .

(٦) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «موسوعة النيابات والتحقيق الجنائي التطبيقي والفني والتصرف في التحقيق (٦ اجزاء) « الجزء السادس ص ٣٣ وما بعدها .

الـبــاب الثالث

حـــدود وقيـــود التعليق على أحكام القضـــاء

تمهيد وتقسيم:

يجب على المعلق على أحكام القضاء أياً كانت صفته طبقاً للتقسيمات السابقة أو منهجه طبقا للمناهج السابقة أن يلتزم بالحدود والقيود القانونية للتعليق على أحكام القضاء حتى لا يتحول هدفه إلى هدف شخصي هو الاعتداء على أشخاص القضاة أو إهانتهم أو التعدى على هيبة القضاء. وسوف نتناول فى هذا الباب الحدود والقيود الواقعية التى أرستها محكمة النقض المصرية فى قضاء الدوائر الجنائية والمدنية وذلك فيما يلى:

أولا: حدود وقيود حق النقد المباح فى قضاء الدوائر الجنائية لمحكمة النقض المصرية:

حددت الدوائر الجنائية بمحكمة النقض المصرية حدود وقيود حق النقد المباح فى أحكام متعددة حيث تواتر قضاؤها على ما يأتي:

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: تعريف النقد المباح هو إبداء الرأي في أمر دون المساس بشخص صاحبه[٧].

وقالت المحكمة فى أسباب الطعن: أن النقد المباح هو إبداء الراي فى أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجب العقاب عليه باعتباره مكونا لجريمة سب أو اهانة أو قذف حسب الأحوال. وإذن فلا يعد من النقد المباح التعرض لأشخاص النواب بالطعن فى ذمهم برميهم بأنهم أقروا المعاهدة المصرية الانجليزية. مع يقينهم أنها ضد مصلحة بلدهم . حرصا على مناصبهم وما تدره عليهم من مرتبات. بل ان ذلك يعد اهانة لهم طبقا للمادة ١٥٩ من قانون العقوبات[٨].

وقد حددت الدوائر الجنائية بمحكمة النقض المصرية حدود وقيود حق النقد المباح.

ثانياً: حدود وقيود حق النقد المباح فى قضاء الدوائر المدنية لمحكمة النقض المصرية:

حددت الدوائر المدنية بمحكمة النقض المصرية حدود وقيود حق النقد المباح فى أحكام متعددة حيث تواتر قضاؤها على ما يأتي:

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: النقد المباح مناطه هو إبداء الرأي في أمر دون المساس بشخص صاحبه.

وقالت المحكمة فى أسباب الطعن: النقد المباح هو ابداء الرأي فى أمر أو عمل دون مساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته. فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجبت

---

(٧) أنظر الطعن ٢٤٨ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/١/١٠ مجموعة الربع قرن ص٧٣٨ جنائى.
والطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٢٠ س ١٦ ص ٧٨٧ جنائى.
والطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١١ س ١٥ ص ٣٤٣ جنائى.
والطعن رقم ٢٠٣٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٧ س ١٥ ص ٦٨٧ جنائى.
والطعن ٢٤٩ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/١/١٠ مج الربع قرن ص٧٣٧ جنائى.
والطعن ١١١٦ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٢/٢/٢٧ مج الربع قرن ص ٧٣٨ جنائى.
والطعن ١٧٢٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/٤ مج الربع قرن ص ٧٣٨ جنائى.
والطعن ٥٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٤٨/٦/١٥ مجموعة الربع قرن ص ٧٣٨ جنائى.
والطعن ٥٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١/٤ مجموعة الربع قرن ص ٧٣٨ جنائى.
وأنظر أيضاً القاضي د. عبد الفتاح مراد «التعليق على قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم ٢٠٠٦/١٤٥ (الطبعة الثانية)/٢٠٠٧» ص ١٩ وما بعدها.

(٨)وأنظر القاضي د . عبد الفتاح مراد «موسوعة التشريعات المصرية - واحد وتسعون كتاباً (الطبعة الثانية ٢٠٠٧)» كتاب قانون العقوبات المعدل ص ١٣ وما بعدها.
وأنظر أيضاً القاضي د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد للتشريعات المصرية - مادة عقوبات».

المساءلة باعتباره مكونا لجريمة سب أو اهانة أو قذف حسب الأحوال، فحتي يكون النقد مباحا تعين ألا يخرج الناقد فى نقده إلى حد ارتكاب احدي الوقائع المذكورة، فيجب أن يلتزم الناقد العبارة الملائمة والألفاظ المناسبة للنقد وان يتوخي المصلحة العامة، وذلك باعتبار أن النقد ليس الا وسيلة للبناء لا للهدم [٩]، فإذا ما تجاوز ذلك فلا يكون ثمة محل للتحدث عن النقد [١٠].

(٩) انظر بشأن البناء القانونى للحكم القاضي د . عبد الفتاح مراد « شرح قانون الإجراءات الجنائية المعدل « ص ١٢٥ وما بعدها.

(١٠) انظر الطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ ص ١٦٦٢ مدنى
والطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ ص ١٦٦٢ مدنى
والطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ ص ١٦٦٢ مدنى
والطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ ص ١٦٦٢ مدنى
والطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ ص١٦٦٢ مدنى
والطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧ س ٣٩ ص٢٥٧ مدنى=
=والطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧ س ٣٩ ص٢٥٧ مدنى
والطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧ س ٣٩ ص٢٥٧ مدنى

الـبــاب الرابــع
تقسيمــات التعليــق علــى أحكــام القضــاء

تمهيـــد:

يمكن تقسيم التعليق على أحكام القضاء بأختلاف شخص القائم بالتعليق أو الغاية منه أو منهجه وهذا التقسيم قد ينعكس على النتيجة التى ينتهى إليها المعلق فقد ينتهى المعلق إلى تخطئة الحكم وإظهار عيوبه لمجرد أنه قد أصاب مركزاً قانونياً يعنيه ويهتم به المعلق شخصيا أو ينتمى إليه كأن يقوم أحد أساتذة كلية الحقوق بتخصيص باب من كتاب له لتخطئة حكم قضائى صادر من مجلس الدولة مثلا ضد الكلية أو الجامعة التى ينتمى إليها[١١].

وهناك تعليقات يكون الهدف منها إظهار مزايا الحكم وتأييده منذ البداية لمجرد أنه صدر لصالح مركز يهمه كما يحدث فى بعض التعليقات الصحفية على أحكام القضاء[١٢].

وهناك تعليقات المدرسة المحايدة التى تهدف إلى إظهار الحقيقة وإبراز مزايا الحكم وعيوبه وتقديره عموما بمنطق محايد **وهو ما نرى تسميته بالنقد البناء لأحكام القضاء.**

وتأسيساً على ما تقدم يمكن تقسيم التعليق على أحكام القضاء إلى الأقسام الأتية[١٣]:

أولاً : تقسيم التعليق على الأحكام طبقا لمصدرها:

أى الشخص الذى قام بالتعليق مثل أستاذ القانون أو الباحث أو المحامى أو الصحفى أو القاضى أو غيره.

ثانياً: تقسيم التعليق على الأحكام طبقا للغاية منها:

أى الهدف الذى يسعى إليه القائم بالتعليق فقد يكون هدفه علميا للبحث العلمى أو فنيا للتفتيش الفنى على القاضى أو عضو النيابة العامة[١٤].

ثالثا: تقسيم التعليق على الأحكام طبقا لمنهجها:

فقد يكون منهج التعليق على الأحكام منهج الشرح على متون الأحكام أو المنهج التحليلى أو منهج الاستقراء Induction أو المنهج التأصيلى أو الاستنباط Deduction أو المنهج المقترح وهو المنهج التحليلى التأصيلى أو منهج الاستقراء والاستنباط Induction & Deduction .

---

(١١) قام أحد أساتذة القانون العام بأحد كليات الحقوق بذلك بأن قام بتخطئة حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا وقد ردت عليه المحكمة الإدارية العليا عملياً بأن أصدرت دائرة توحيد المبادئ حكماً يؤيد المبدأ الذى أنتهت إليه المحكمة الإدارية العليا وهى مسألة قانونية كانت مستقرة فى مصر وفرنسا ولكن يبدو أن الأستاذ الجامعى لم يمر على فرنسا أو يفتح الكتب المصرية أو الفرنسية الموجودة فى مصر. وكان محركه الوحيد هو دافع شخصي هو ان الحكم - محل التعليق والذي قام بتخطئته دون وجه حق - صادر ضد كلية الحقوق التي يعمل بها.

(١٢) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد لصيغ الدعاوى والأوراق القضائية والكمبيوتر والإنترنت».

(١٣) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية».

(١٤) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد لصيغ العقود المدنية والتجارية والشركات والكمبيوتر والإنترنت».

البـــاب الخامس

أنـــواع منـاهـــج التعليـــق علـــى أحكـــام القـضـــاء

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول فى هذا الباب أنواع مناهج التعليق على الأحكام وذلك فيما يلى:

النوع الأول: التعليق على الأحكام طبقا لمنهج الشرح على متون الأحكام:

أولاً: رؤيتنا بشأن تعريف التعليق على الأحكام طبقا لمنهج الشرح على متون الأحكام:

لم يسبق أن أطلقت هذه التسمية على مدرسة من هذا النوع من قبل وإنما هى تسمية تأثرنا فى إطلاقها على هذا النوع من التعليق على الأحكام مثل المدرسة الفقهية القديمة فى التعليق على النصوص القانونية وهى مدرسة الشرح على المتون والنصوص القانونية وعلى ذلك فإننا يمكننا أن نعرف منهج هذه المدرسة بأنه التعليق الموجز على الحكم فى هامشه أو فى نهايته وذلك بإيراد مواد القانون المتصلة به أو ذكر التطور التشريعى للنصوص أو الآراء الفقهية التى قيلت بشأنها أو المراجع العلمية المتصلة بموضوع الحكم أو الإشارة إلى الأحكام المتفقة مع الحكم أو المختلفة معه فى الحل القضائى للنزاع وعلى ذلك يعتبر هذا النوع هو أبسط أنواع التعليقات على الأحكام القضائية وهو ما يرد فى الهوامش السفلية لتلك الأحكام ومنها تلك التى توضح ما غمض منها، وإيراد نصوص المواد المشار إليها بالحكم، وما صدر بشأنها من أحكام محاكم أخرى فى ذات الموضوع وخاصة إذا كانت تلك الأحكام صادرة من المحاكم العليا.

وذلك حتى تتحقق الغاية من التعليق وهو تعميق الفكر القانونى التطبيقى لأحكام القضاء وبيان عما إذا كانت قد أصابت فى إجتهادها فتؤجر أجران، أم أخفقت فتؤجر أجر واحد.

ويكون من حق المضرور الطعن عليها بالطريقة المناسبة وهو أمر يخرج عن موضوع بحثنا هذا بشأن التعليق على الأحكام ويدخل فى موضوع آخر هو طرق الطعن على الأحكام.

وبعبارة أخرى فإن منهج الشرح على متون الأحكام[١٥] هو طريقة تقليدية عبارة عن إيراد الحكم والتعليق المجرد عليه - دون تحليله أو تأصيله - طبقاً للمنهج المختار الذى نميل إليه في هذا المقام والذى سوف نشرحه فيما يلي:

ثانياً: شيوع منهج الشرح على متون الأحكام[١٦]:

انتشر منهج الشرح على متون الأحكام وذلك نظراً لأن طريقة التعليق على الأحكام طبقا لمنهج الشرح على متون الأحكام هى طريقة عملية وقد أتبعنا هذا المنهج في بعض مؤلفاتنا وذلك لظروف المساحة فى تلك الكتب وحتى يمكن العرض والتعليق على أكبر قدر ممكن من أحكام محكمة النقض الحديثة مرتبة موضوعيا فى أهم فروع القانون المصرى[١٧].

النوع الثانى: التعليق على الأحكام طبقا للمنهج التحليلى أو منهج الاستقراء Induction ويقابله بالفرنسية مصطلح méthode inductive ويقابله فى اللغة اللاتينية Inductio[١٨]:

يراد بمنهج **الاستقراء** أو طريقة توليد الفرضية Hypothesis Generating method الانتقال من الجزئيات إلى الحكم على العموميات أو من الخاص إلى العام أو من المجهول إلى اكتشاف حقيقة علمية جديدة أي المعلوم.

(١٥) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « أصول البحث العلمى وكتابة الأبحاث والرسائل والمؤلفات « ص ٣٣ وما بعدها .

(١٦) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « موسوعة مصطلحات البحث العلمى وإعداد الرسائل والأبحاث والمؤلفات «إنجليزي - فرنسي - عربي « ص ٩٦ وما بعدها .

(١٧) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «موسوعة التعليق على أحدث الأحكام الجنائية والمدنية لمحكمة النقض المصرية - ثمانية أجزاء» الجزء الثامن ص ٣٣ وما بعدها.

(١٨) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري « إنجليزي - عربي « حرف (S).

وهذا يعنى أن المنهج الاستقرائي ينتقل من المعلومات والبيانات التي تم الحصول عليها بواسطة القياس إلى بناء فرضية جديدة يتم بواسطتها التوصل إلى نظرية أو حقيقة علمية جديدة بواسطة إثبات هذه الفرضية أو نفيها عندما تكتمل هذه الدورة كاملة بالدخول من بوابات النظرية العلمية الحالية بواسطة الاستنباط إلى الخروج بواسطة الاستقراء بنظرية جديدة[١٩].

ويتميز المنهج الاستقرائي بأنه تفكير مُبْدع وخلاق والطريقة الاستقرائية طريقة دقيقة وموضوعية وشاملة، ذلك أن هذه الطريقة تجعل من نتائج الدراسة معممة سلفاً دون حاجة لفحصها أو قياسها فالنتائج تخرج وهي تحمل سمة النجاح مسبقاً دون استثناء، فالاستقراء يتعامل مع مجتمع الدراسة ولا يتعامل مع العينة sample مما يجعل البحث دقيقاً وموضوعياً، وفي حالة تعامله مع عينة ممثلة فإنه يصبح "**استقراءاً ناقصاً**".

ويلزم لتطبيق المنهج الاستقرائي في البحث أن يكون الباحث متخصصاً ومبدعاً في ميدانه وعلى مقدرة وتأهيل وخلفية علمية واسعة، بينما الوضع مختلف في نمط التفكير الاستنباطي حيث أن كثيراً من الأبحاث التي تتم سواءاً كانت أكاديمية أو غير أكاديمية تتم بالطريقة الاستنباطية والتي ترتكز على الحقائق العلمية الموجودة بالفعل لتكون أساسًا متينًا تتواتر بموجبها التحليلات العلمية المنبثقة منها، وفى ظل هذا الوضع فلسنا بحاجة إلى خبراء أو علماء متخصصين كما هو الحال فى منهج الاستقراء.

فالنظريات العلمية فى الغالب تخرج على أيدى علماء لهم باع طويل، أو من مراكز دراسات متخصصة تتابع التطور العلمى وتخصص موازنات ضخمة للإنتاج العلمى وتدعم أى توجه علمى وترعاه الرعاية المناسبة[٢٠].

- تطبيق المنهج التحليلى أو الاستقراء Induction على التعليق على الأحكام:

يمكن تطبيق المنهج التحليلى أو الاستقراء فى التعليق على الأحكام بتحليل الحكم واستقرائه Induction بطريقة توليد الفرضية Hypothesis Generating method والانتقال من الجزئيات إلى الحكم على العموميات التى إنتهى إليها الحكم أو من الخاص إلى العام أو من المجهول إلى اكتشاف حقيقة علمية جديدة أو حل قضائى جديد أو تأكيد لحل قضائى قائم. وهذا يعنى أن المنهج الاستقرائي ينتقل من المعلومات والبيانات التي تم الحصول عليها بواسطة القياس إلى بناء فرضية جديدة يتم بواسطتها التوصل إلى نظرية أو تأكيد لحقيقة علمية قائمة وتوضيحها بإسهاب.

النوع الثالث: التعليق على الأحكام طبقا للمنهج التأصيلى أو الاستنباط Deduction ويقابله بالفرنسية مصطلح méthode deductive ويقابله فى اللغة اللاتينية Deductio[٢١]:

يطلق على **الاستنباط** عدة تسميات مثل: الاستدلال، الاستنتاج، القياس ويسمى أيضاً أسلوب فحص الفرضية hypothesis testing method والتفكير الاستنباطي يعني الانتقال من العموميات أو الكليات إلى الحكم على الجزئيات، أو الانتقال من العام إلى الخاص أو من المعلوم إلى المجهول.

وينطلق منهج الاستنباط من النظرية العلمية الحالية - من البديهيات والمسلمات العلمية - إلى استنتاج منطقي متدرج يفسر بعضه البعض، فمثلاً إذا انتقلنا من مقدمات صحيحة فإننا نصل إلى نتائج صحيحة، وإذا بُني الاستنتاج على مدخلات خاطئة فإن النتيجة كمخرجات تكون خاطئة.

(١٩) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « كيف تستخدم شبكة الإنترنت في البحث العلمي وإعداد الرسائل والأبحاث والمؤلفات عربي - إنجليزي » ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٢٠) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « أصول البحث العلمى وكتابة الأبحاث والرسائل والمؤلفات » ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٢١) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري « فرنسى - عربى - شرعى - ٣ أجزاء « الجزء الأول ص ٤٥ وما بعدها.

ويوصف التفكير الاستنباطي بأنه غير خلاق ولا يتم بواسطته اكتشاف حقائق علمية جديدة، فهو أسلوب للتوضيح والتفسير والتحليل المنطقي للحقائق العلمية الموجودة من قبل[٢٢].

- تطبيق المنهج التأصيلى أو الاستنباط Deduction على التعليق على الأحكام:

يمكن تطبيق المنهج التأصيلى أو الاستنباط فى التعليق على الأحكام بتأصيلها أو استنباطها **Deduction** ويسمى هذا المنهج أيضاً أسلوب فحص الفرضية hypothesis testing method والتفكير الاستنباطي فى التعليق على الأحكام يعني الانتقال من العموميات التى انتهى إليها الحكم فى منطوقه أو أسبابه إلى الحكم على الجزئيات التى تناولها الحكم ، أو الانتقال من العام إلى الخاص أو من المعلوم إلى المجهول كما فى حالة الاطمئنان على استقرار قضاء المحاكم العليا على أمر معين فى المواد الجنائية أو المدنية أو غيرها.

النوع الرابع: رؤيتنا بشأن إتباع المنهج المقترح وهو المنهج التحليلى التأصيلى أو منهج الاستقراء والاستنباط Deduction & Induction ويقابله بالفرنسية méthode Inductive & déductive ويقابله فى اللغة اللاتينية Deductio & Inductio[٢٣]:

يراد بهذا المنهج التعليق على الأحكام بتحليلها واستقراء **Induction** ما فيها والانتقال من الجزئيات إلى الحكم على العموميات أو من الخاص إلى العام أو من المجهول إلى اكتشاف حقيقة علمية جديدة أي المعلوم. ثم بعد ذلك تأصيل الحكم واستنباط **Deduction** ما فيه من مبادئ والانتقال من العموميات أو الكليات إلى الحكم على الجزئيات، أو الانتقال من العام إلى الخاص أو من المعلوم إلى المجهول.

ونحن نرى أنه بهذا المنهج المزدوج نكون قد جمعنا بين مزايا أصول البحث العلمى فى الحكم من الخاص إلى العام ومن العام إلى الخاص للمراجعة على الأفكار الواردة بالحكم والوصول إلى النتائج العلمية المفيدة بطريقة تبادلية ذهاباً فكرياً وعودة توصلا إلى نتائج منطقية تصلح لتطوير الفكر القانونى وتنميته إلى الأفضل.

- دور القاضى هو صناعة الحلول القضائية وليس إنشاء النظريات الفقهيه:

يعتبر جوهر عمل القاضى هو البحث عن أفضل الحلول القضائية للمنازعات المطروحة عليه لأن القاضى لا يصنع النظريات القانونية مثل الفقيه وإنما يصنع حلولاً قضائية تتناسب مع النزاع القضائى المطروح عليه وقد يتعارض ذلك مع النظريات القانونية القائمة فى الفقه وهذا هو دور المُعلق على الحكم فى تقدير قيمة الحكم وإظهار مزاياه وعيوبه وإبراز مدى إتفاقه أو أختلافه مع ما هو موجود من نظريات فى الفقه والقضاء[٢٤].

(٢٢) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «التعليق على الجديد في قضاء محكمة النقض المصرية ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤» ص ٤٥ وما بعدها.

(٢٣) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «المعجم القانوني رباعي اللغة « ص ٥٣ وما بعدها.

(٢٤) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « القواعد الصحيحة للأخلاق والقيم والتقاليد القضائية - دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية (الطبعة الأولى ٢٠٠٧) « ص ٧٥ وما بعدها.

البـــاب السادس
شرح المنهج التحليلى التأصيلى فى التعليق على أحكام القضـــاء

تمهيد وتقسيم:

سبق أن ذكرنا أن المنهج التحليلى التأصيلى أو منهج الاستقراء والاستنباط يراد به التعليق على الأحكام بتحليلها واستقراء Induction ما فيها والانتقال من الجزئيات إلى الحكم على العموميات أو من الخاص إلى العام أو من المجهول إلى اكتشاف حقيقة علمية جديدة أي المعلوم. ثم بعد ذلك تأصيل الحكم واستنباط Deduction ما فيه من مبادئ والانتقال من العموميات أو الكليات إلى الحكم على الجزئيات. أو الانتقال من العام إلى الخاص أو من المعلوم إلى المجهول[٢٥].

وبهذا المنهج المزدوج نكون قد جمعنا بين مزايا أصول البحث العلمى فى الحكم من الخاص إلى العام ومن العام إلى الخاص للمراجعة على الأفكار الواردة بالحكم والوصول إلى النتائج.

حيث إن التعليق على الحكم يتطلب من المعلق القيام بعمليات متوالية , بدءاً بقراءة الحكم ثم تحليله وإعادة تركيبه لتحديد معناه. ثم تقييمه وأخيراً وضع منهج لتحرير التعليق وسوف نتناول فى هذا الباب أنواع مناهج التعليق على أحكام القضاء وذلك فى البنود التالية:

أولاً: قراءة الحكم [٢٦]:

إن فهم الحكم موضوع التعليق يتطلب قراءته بكامله لمعرفة الإجراءات ووقائع القضية والمشكلات القانونية المثارة واستنتاجات المحكمة ومنطوق الحكم. ويجب أن تكون هذه القراءة متأنية لاستيعاب لغة الحكم وفهم عباراته. خاصة وأن لغة الأحكام تتميز بالدقة وباستعمال المصطلح القانوني مما يستلزم الوقوف عند الكلمات لمعرفة معناها. واستقراء حيثيات الحكم لاستيعاب المراد منها.

ثانياً: تنوع طرق قراءة الاحكام:

تختلف طرق قراءة الاحكام بحسب شخصية القارئ وغايته من استطلاعه للاحكام التي تصل إلى يده. فمبدئياً تتنوع القراءة بحسب شخصية المستطلع ما بين شخص عادي صادفه حاجة هذا الاستطلاع. وبين شخص متخصص في مجال يمسه الحكم الذي بين يديه.

١- غاية الشخص العادي من قراءة الحكم:

تتنوع غاية الشخص العادي من استطلاعه للحكم الذي يصل إلي يده ما بين مجرد قراءة عابرة. وبين قراءة مستكشفة لمنطوق الحكم. وبين قراءة باعثها التشويق والإثارة.

أ- القراءة العابرة:

وهي القراءة التي يحركها مجرد الرغبة في الفُضول لهذا الشخص العادي. وتأتي بمصادفة الحكم في يد هذا الشخص دون أدنى سعي منه للوصول إليه.

ب- قراءة مستكشفة لمنطوق الحكم:

ويكون ذلك في حالة أن يكون الحكم ماساً بهذا الشخص العادي. وهي قراءة متأملة إلى حد ما في أثر هذا الحكم على هذا الشخص.

ج- قراءة هدفها التشويق والإثارة:

وهي التي تكون محلاً لرأي أو حادثة صادفها علم الكافة بها أو تعلق بها امراً من الأمور العامة أو حتى شخصاً من الشخصيات المشهورة.

---

(٢٥) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « موسوعة مصطلحات البحث العلمى وإعداد الرسائل والأبحاث والمؤلفات «إنجليزي - فرنسي - عربي « ص ١٥٠ وما بعدها.

(٢٦) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية - عشرة أجزاء» الجزء الرابع ص ١٧ وما بعدها.

٢- غاية المُعلق من قراءة الحكم:

تتميّز غاية الشخص المتخصص في تركيز قراءته في الاحكام التي تصل إلى يده، وهي غاية عامة يتفرع عنها غايات اخرى تتجه نحو التخصص الذي يمارسه هذا المعلق. وينصب الهدف من تلك القراءة غالبا على احد الاهداف المبدئية والتي تتمثل في تفسير الحكم واستيضاحه، أو معرفة مناط تنفيذه، أو بحث أوجه قصور الحكم لكشف مدى إمكانية الطعن عليه من عدمه.

أ- تفسير الحكم واستيضاحه:

وهي الغاية التي يسعى اليها المتعمقون والدارسون والباحثون وكذا الفقهاء والمؤلفون، وتتسم قراءة هؤلاء وامثالهم بالقراءة التدقيقية الفاحصة.

ب- معرفة مناط تنفيذ الحكم[٢٧]:

يكون مرجع تلك القراءة للأحكام هو بحث مدى انشائها لإلتزام أو اقرارها لحق من الحقوق، لمعرفة مناط تنفيذ تلك الاحكام والذي يسعى إلى تنفيذ الحكم أو إلى عدم تنفيذه هو المنوط به قراءة مثل هذه الأحكام وهذه القراءة تتسم بطابع نسبية اثر الحكم بمعنى أن اشخاص مثل هذه القراءة محددين بنطاق تنفيذ هذا الحكم[٢٨].

ج- بحث أوجه قصور الحكم لكشف مدى أمكانية الطعن عليه من عدمه:

ويهدف إلى هذه الغاية الذين يمارسون العمل القانوني، والذين يناط بهم السعي وراء حماية المراكز القانونية التي تنشئها الاحكام القضائية التي تعتد بالتصرفات القانونية، أو بما يتولد عنها كأثر من الآثار اليومية.

ونتناول فيما يلي أهم طرق القراءات السابقة والتي تتمثل في تفسير الحكم واستيضاحه[٢٩]:

٣- قراءة الحكم أو استيضاحه بالنسبة للمُعلقين والباحثين:

أ- الاشخاص الذين يقرأون الحكم بغرض التعليق عليه وتفسيره واستيضاحه:

يقوم بقراءة الحكم بغرض التعليق عليه وتفسيره المتعمقون والدارسون والباحثون والفقهاء والمؤلفون، وتتميز قراءة هؤلاء وامثالهم بالقراءة التدقيقية الفاحصة.

وتعتمد هذه القراءة على مَلكة التحليل والتفسير والتأويل التي يكتسبها أمثال هؤلاء المتعمقون والدارسون والباحثون، وتتمثل في استخدام عدة وسائل وطرق للوصول إلى غاية هي ايضاح وتفسير الحكم[٣٠].

ب ـ كيفية قراءة الحكم بغرض التعليق عليه:

وتوجب هذه الطريقة على الشخص المتخصص أن يقوم بقراءة الحكم كاملاً بجميع عناصره الواقعية والقانونية والحلول التي انتهى اليها بالنسبة لجميع المسائل القانونية التي تم طرحها من الخصوم على المحكمة ، كما يجب التفرقة الواعية في هذه القراءة بين نوع ودرجة المحكمة التي أصدرت الحكم لأن قيمة الحلول التي خَلصَ اليها الحكم تختلف تبعاً لما اذا كان صادراً عن المحاكم العليا مثل الدستورية العليا أو النقض أو الادارية العليا أو الاستئناف العالي أو غيرها من المحاكم الابتدائية أو الجزئية، كذلك يكون لتاريخ الحكم أحياناً أهمية متى كانت المسألة أو المسائل القانونية المطروحة موضوع تطور في البحث العلمي والفقهي.

(٢٧) انظر القاضي د.عبد الفتاح مراد «إشكالات التنفيذ الجنائية» ص ٥٥ وما بعدها.

(٢٨) انظر القاضي د.عبد الفتاح مراد «شرح التنفيذ العملي (الطبعة الثانية)» ص ٥٢ وما بعدها.

(٢٩) انظر القاضي د.عبد الفتاح مراد « موسوعة النيابات والتحقيق الجنائي التطبيقي والفني والتصرف في التحقيق (٦ اجزاء) « الجزء الرابع ص ٨٥ وما بعدها.

(٣٠) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض المصرية جنائياً ومدنياً - سبعة أجزاء « الجزء الخامس ص ٧٨ وما بعدها.

كما تتسم قراءة ذلك المتخصص بكونها قراءة متأنية تتم بانتباه وتركيز وذلك للوقوف على المسائل التدقيقية التي بني عليها الحكم بعد ان تم تحسس كلياته.
ومن خلال ذلك التحليل يتم الربط بين المبادئ التي تم تأسيس منطوق الحكم عليها والنص القانوني المطبق ويضيف المتخصص إلي ذلك تعليقه على هذا التحليل ومدى اصابة الحكم والنص القانوني من وجهة نظر المعلق الذي يقوم بتحليل الحكم وتأصيله.
هذا هو الاطار العملي الذي يمارس من خلاله المتخصصون في مجال التحليل والتعليق على الاحكام لتفسيرها وايضاحها.

ج ـ الطابع الشخصي للباحث الذي يقوم بالتعليق على الحكم:

تختلف طريقة كل معلق عن الأخر في تعليقه على الحكم لأن لكل محلل أو مفسر ذاتية تظهر في قيامه بالتعليق على الحكم وتميز تعليقه بطابعه الشخصي رغم أنه يمكن توارد الافكار حول مدلول الاحكام ونصوصها ما بين معلق وآخر.
كما يصبغ ذاتية المعلق عند تفسير أو تحليل الاحكام بحسب موضوع الحكم أو تخصص الباحث نفسه، إذ تختلف نوعية التدقيق في الأحكام من حيث ثقافة ذلك المعلق أوتخصصه في مجال قانوني معين، وعلى ذلك تختلف طرق التعليق على الأحكام القضائية باختلاف المعلق عما اذا كان رجل قانون أم رجل حسابات فنية أو يكون صاحب خبرات معينة يلزم إصباغها على تعليق الحكم أو تفسيره.

د ـ كيفية تناول المعلق للحكم محل التعليق:

تنصب مهمة المعلق الأولى عند مباشرته استكشاف الحكم، على عرض موجز للمراحل القضائية للنزاع محل التعليق بصورة تفصيلية، ويشمل ذلك العرض على بيان مراحل النزاع القضائية، وذلك منذ بداية رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى عادة، حتى صدور الحكم محل التعليق، ويعرض في كل مرحلة الاسباب الواقعية والقانونية و الخصوم وطلباتهم المختلفة ثم الحل القانوني الذي أعطته المحكمة للنزاع، على سبيل المثال إذا كان الحكم موضوع بحثه صادراً عن محكمة الاستئناف العالي يجب أن يتعرض المعلق لما يأتي:

١ـ الاسباب الواقعية والقانونية وطلبات الخصوم أمام محكمة أول درجة.
٢ ـ الحل القانوني الذي أعطته محكمة الدرجة الأولى للنزاع.
٣ ـ الطعن بطريق الاستئناف في الحكم الصادر من محكمة اول درجة.

ويجب على المعلق أن يراعى اثناء عرض مراحل النزاع القضائي القواعد الآتية:

١- مراعاة التسلسل الزمني في ترتيب درجات التقاضي في الحكم محل التحقيق.
٢- يجب ان يتعرض المعلق لما انتهت اليه محكمة أول درجة وهي محكمة غير المحكمة التي أصدرت الحكم موضوع التعليق، وذلك لأن التعليق سينصب فقط على ما ورد ضمن هذا الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية، فمن المنطقي أن يتناول المعلق تطور النزاع منذ نشأته أمام محكمة أول درجة.

ثالثاً: تحليل الحكم وأستقراءه:

أن كل حكم يشتمل على بيانات وإجراءات ووقائع وأسباب ومنطوق، وتعرض المحاكم عادة هذه المشتملات وفقاً لترتيب معين، غير أن بعض الأحكام قد لا تراعي هذا الترتيب ولا تخضع لتسلسل منطقي خاصة فيما يتعلق ببيانها للأسباب. لذلك فإن التدريب على التحليل يتطلب تصنيف المعلومات الواردة في الحكم وإخضاعها لترتيب وتسلسل منطقي واختصارها قصد الاستفادة منها عند دراستها للتعليق عليها، ويمكن اتباع ترتيب كالتالي مع تخصيص خانة لكل بيان:

- بيان بالإجراءات والوقائع. - بيان خاص بحالة النزاع. - بيان وسائل وحجج الطرفين. - بيان الاستنتاجات والمنطوق[٣١].

رابعاً: الإجراءات والوقائع:

إن الوقائع تعني تاريخ بداية النزاع، وقد تكون سابقة لتاريخ إقامة الدعوى أو مصاحبة لمراحل النزاع إلى حين اختتام المناقشات أو المرافعة، ويجب أن تكون ثابتة غير مشكوك فيها، ويكفي استخلاصها من الحكم باعتباره مادة للتعليق دون إغفال لأي معطى مفيد بحيث تشمل بإيجاز المراحل التي مر منها الحكم المعلق عليه، لكن يجب ألا تكون العملية مجرد نقل للحكم، وهكذا فلو افترضنا أن قراراً صادراً عن أعلى هيئة قضائية هو محل التعليق فيجب أن نشير بإيجاز إلى تاريخ الأحكام السابقة ومنطوقها باعتبار أنها من وقائع الحكم المعلق عليه[٣٢].

خامساً: مقطع النزاع القضائي:

لكي نتمكن من بيان حالة النزاع يتعين ضبط أطراف الدعوى وصفتهم كفلان مدعي وفلان مدعى عليه، ثم بيان موضوع الدعوى باستخلاص عنوانه كطلب تعويض أو فسخ عقد بيع أو شفعة أو حضانة أو تطليق، وأخيراً بيان الأساس أو الأسس القانونية التي اعتمدها الأطراف بالإشارة إلى أرقام المواد أو القاعدة القانونية في حال عدم الاستناد على مادة قانونية معينة[٣٣].

سادساً: الوسائل والحجج:

يجب الاقتصار على بيان الدفوع الأساسية المؤثرة في الحكم وعدم التعرض للوسائل القانونية غير المؤثرة وخاصة الوسائل غير المدعمة بحجج، ثم عرض حجج الطرفين وما ثبت للمحكمة من خلال تحقيقها في النزاع.

سابعاً: الاستنتاجات والمنطوق:

يجب بيان تاريخ منطوق الحكم والهيئة التي أصدرته والمستفيد من الحكم والأساس القانوني الذي اعتمدته المحكمة والحل القانوني الذي قررته للنزاع.

١- تحديد معنى الحكم: لتحديد معنى الحكم يتعين فهم الوقائع وفحصها، والتساؤل الواقعي حول تكييف المحكمة لهذه الوقائع والمفهوم القانوني الذي اختارته وطبقته على النزاع، والنتائج التي استخلصتها تلك المحكمة من التكييف.

ويمكن تحديد معنى الحكم من خلال الجواب عن التساؤلات حول الوقائع وتكييفها القانوني، ومن خلال أسباب الحكم ومنطوقة لاستخلاص المعنى القانوني للحكم أي للقاعدة التي ارتكز عليها الحكم والتي يمكن اعتبارها العنوان الرئيسي للتعليق على ذلك الحكم.

٢- تقييم الحكم: لتقدير قيمة الحكم يتعين على المُعلق أن يحل مكان القاضي فيتصور الوقائع ويكيفها بمنظوره القانوني الذي يراه مناسباً ويستخلص النتائج من هذا التكييف، أن هذه العملية شبيهة بالتي يقوم بها قضاة الاستئناف عند النظر في طعن ضد حكم ابتدائي وهي تساعد على مناقشة الحكم فيما يتعلق باختياره للقاعدة التي طبقها على النزاع أو تفسيره للأساس القانوني الذي اعتمد عليه في أسبابه.

(٣١) انظر القاضي د.عبد الفتاح مراد « موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ويتضمن النصوص الكاملة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية وذلك منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٧٩ وحتى ٢٠٠٤ - ١٠ أجزاء».

(٣٢) أنظر القاضي د.عبد الفتاح مراد «التعليق على قانون الإجراءات الجنائية (الطبعة الثانية)» ص ٣٢ وما بعدها.

(٣٣) أنظر القاضي د.عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الآن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية «.

أن الحلول التي يتوصل إليها المعلق والأسباب التي ارتكز عليها لإيجاد الحل هي التي تساعده على المقارنة بين النتائج التي توصل إليها وبين الحل الذي ورد في الحكم موضوع التعليق ومن خلالها يأخذ التعليق الاتجاه المؤيد أو المعارض للحكم.

غير أنه في مادة التعليق لا يكفي تحديد الأساس القانوني وإجراء المقارنة بل أنه يجب إعطاء البرهان على صحة أو فساد الاستدلال القضائي. وهذا يتطلب من المعلق استعمال معلوماته القانونية من تشريع وفقه واجتهاد قضائي وخاصة الحلول القضائية المعروفة.

٣- تحديد قيمة الحكم ومدى حداثته ومدى موافقته أو مخالفته لما استقر عليه القضاء: لكي يقوم المُعلق بتحديد قيمة الحكم ومدى حداثته ومدى موافقته أو مخالفته لما استقر عليه القضاء يجب الإشارة إلى الحلول القضائية السابقة لمعرفة ما إذا كانت الأحكام السابقة تأخذ نفس الاتجاه من عدمه، أو أن في الحكم اتجاهاً مخالفاً لما استقر عليه القضاء من قبل وأنه يتضمن إضافات جديدة، وبيان أثر ما هو جديد على حسن سير العدالة، وخاصة بالنسبة لوقائع مماثلة من خلال منطق المعلق وفهمه للأحداث سواء من المنظور الاقتصادي أو الاجتماعي أو الأخلاقي أو السياسي، وخاصة وجهة نظره في عدالة الحكم وإنصافه لطرفي النزاع وتحقيقه للعدل المطلق والعدالة المجردة.

ثامناً: كيفية صياغة التعليق على الحكم وتحرير التعليق:

لكي يقوم المعلق بالتعليق الصحيح يجب عليه أن يقوم بتحديد كيفية **صياغة التعليق على الحكم وتحرير ذلك التعليق** ويستوجب ذلك بيان العناصر التي تتعلق بالبناء العام الذي يجب أن يعرض به التعليق ليشتمل على مقدمة وبناء فكري وخاتمة.

١- مقدمة التعليق: يجب الإشارة إلى أن القراءة والتحليل في منهجية التعليق هي مجرد وسيلة لا غاية فالهدف هو مناقشة الحكم وتقسيمه وتحديد مكانته، لذلك يكفي أن تكون المقدمة موجزة وواضحة لتعرف القارئ بمراحل النزاع إلى حين صدور الحكم وأن تشمل الأسئلة المطروحة للنقاش.

٢- البناء الفكري للتعليق: يعتبر أهم ما في البناء الفكري للتعليق تحديد الموضوع وعرضه بمنطق قانوني لا تناقض فيه، ويجب أن يكون قريباً من وقائع القضية بحيث لا يتحول إلى بحث قانوني أكاديمي مجرد، ويجب أن يدور حول النقاط التي وردت في المقدمة وأن يجيب عن الأسئلة المطروحة للنقاش بوضوح وتفصيل، وأن يشتمل على العمليات الفكرية التي قادت المعلق إلى تبني وجهة نظر المحكمة أو مخالفتها جزئياً أو كلياً مع تدعيمها بالبراهين من نصوص قانونية أو نظريات فقهية أو أراء قضائية [٣٤].

٣- الخاتمة: يتم تخصيص الخاتمة لبيان القيمة العلمية والقانونية والقضائية للحكم مع تلخيص تقريري في أسطر قليلة جامعة يلخص فيها المُعّلق ما انتهى إليه من تقديره للحكم ومزاياه وعيوبه ورأي المُعلق في الحكم.

تاسعاً: الغاية النهائية من سلامة صياغة الأحكام وتسببها والتعليق عليها:

يتبين لنا مما سبق ذكره أن الغاية النهائية من سلامة صياغة الأحكام وتسببها والتعليق عليها هي ما يأتي:

(١)- إن علم وفن التعليق على الأحكام وصياغتها وتسببها يعتبر ضرورياً لحسن سير العدالة لاعتبارات متعددة منها:

(٣٤) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « أصول البحث العلمي وكتابة الأبحاث والرسائل والمؤلفات « ص ٢٥٢ وما بعدها.

(أ)- العمل على تشجيع القضاة على الاجتهاد فى حسن تحرير أحكامهم وتسبيبها وعدم الجور وإصدار الأحكام بناء على الحكمة والتسبيب وليس على التحكم والهوى لأنهم سوف يعلمون أن أحكامهم سوف تكون محل دراسة وتعليق من الشراح والمعلقين.

(ب)- إن الصياغة الجيدة للحكم تقرب الفكر القضائي من الخصوم وغيرهم وتساعد على إثراء الفكر القانوني وتطوره وانتشار الثقافة القانونية الرفيعة.

(ج)- إن الرقابة العلمية على الجهاز القضائي لا يمكن أن تُمارس إلا من خلال التعليق على الأحكام وحسن صياغتها. لذلك يمكن القول بأن الصياغة وسيلة للحفاظ على التوازن القضائي لأنها تحمي القاضي من الضغوط ومن نفسه. كما تحمي الخصوم من التحامل على ما جاء بأحكام القضاء لأن المعيار سوف يكون هو العلم والمنطق والعدل وروح العدالة [٣٥].

(د)- إن التدريب على الصياغة الجيدة يتطلب بالإضافة إلى المعرفة المسبقة بالقانون والشريعة الإسلامية ومعرفة بالمنطق القانوني، والمنطق القضائي، وبأصول الفقه[٣٦] باعتبارها جميعاً من أدوات ووسائل العمل القضائي الصحيح الذي يرتكز على الفهم بكل جوانبه: أي فهم الواقع والقانون والقواعد الشرعية، وكيفية استنباط الأحكام وذلك من مزج القواعد الشرعية والقانونية بالواقع، واستخلاص القواعد الخاصة من القواعد العامة بعد فهم الغاية منها طبقاً لكل واقعة على حدة [٣٧].

(٣)- إن تدريب القضاة الجدد على صياغة الأحكام والقرارات والتعليق عليها يعد ضرورياً لتكوين مَلكة الفَهم لديهم ولتوسيع مداركهم العلمية والفقهية والعقلية.

(٤)- إن اتجاهات التشريع الإجرائي العربي فيما يتعلق بتسبيب الأحكام وصياغتها والتعليق عليها يوجد بينها قاسم مشترك متفق عليه فيما بينها مع مراعاة وجود بعض الاختلافات من دولة إلى أخرى، وذلك لأنها تختلف أحياناً ويظهر هذا الاختلاف على وجه الخصوص فيما يتعلق بصياغة الأحكام غير القابلة للطعن والأوامر والأحكام الغيابية[٣٨].

أما الاتجاه السائد لدى القضاء العربي فهو أن الحكم يستقيم ويعتبر صحيحا بالأسباب الواردة فيه، ويكفي أن يجيب عن الدفوع والطلبات والمستندات التي لها تأثير على مقطع النزاع وجوهره، ومن شأنها أن تغير من الفهم الصحيح للدعوى ومن اتجاه الحكم فى الدعوى، وبذلك يمكننا القول بأن ما يهم القضاء هو وضوح الأحكام حتى يمكن فهمها. هذا الوضوح الذي يتنافى مع الإسهاب الممل الذي يؤدي إلى التناقض وسوء الفهم ومع الإيجاز المُخِل الذي يحول دون معرفة المراد من الحكم وقصده ومراميه[٣٩].

٥- أن لغة الأحكام القضائية تعتبر عاملاً أساسياً في صياغة الأحكام. فبدون لغة قضائية جيدة لا يمكن التعبير عن الفكر القضائي، فهي مفتاح القاضي لفهم الغاية من النصوص والأسباب والأسانيد القانونية والحجج الواقعية، وهي وسيلة القاضى للتعبير عما أطمئن إليه ضميره وفكره وبتلك اللغة يمكن فهم المراد من الحكم القضائى الصادر منه[٤٠].

---

(٣٥) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ويتضمن النصوص الكاملة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية ويتضمن آليات إليكترونية متطورة للبحث داخل أحكام المحكمة الدستورية العليا وذلك منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٧٩ وحتى ٢٠٠٧ ».

(٣٦) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «القضاء في الإسلام - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي « ص ٣٣ وما بعدها.

(٣٧) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» ص ٣٥ وما بعدها.

(٣٨) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «شرح قوانين التصالح الجنائية والمدنية والإدارية « ص ١٧ وما بعدها .

وأنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «موسوعة التشريعات العربية المقارنة والمستويات الدولية « الجزء السادس ص ٣٣ وما بعدها.

(٣٩) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « التعليق على قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم ٢٠٠٦/١٤٥ (الطبعة الثانية)/٢٠٠٧ « ص ١٩ وما بعدها.

(٤٠) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «شرح الحبس الاحتياطي» ص٣٣ وما بعدها.

٦- أن معيار صواب الحكم وسلامته ووضوحه لإظهار معناه يتطلب تصور الأحداث ودقة التكييف وحسن اختصار الوقائع والأسباب علاوة على المعرفة العميقة المسبقة بالشريعة والقانون الوضعى. فإذا ما اقترنت هذه الأسباب بوضوح العبارة وسلامة الاستخلاص القانونى وسداد الرأي فإن ذلك يؤدي إلى توفير الجهد والوقت ويحول دون المتاعب التي تترتب على غموض الأحكام وفسادها وما يعتريها من عوار قد يؤدي إلى ممارسة طعون مختلفة تحول دون الإسراع بالفصل فى المنازعات ويؤدى ذلك إلى أن ينقلب القضاء بدلا من سيف قاطع للنزاع إلى وسيلة لعذاب المجنى عليه والمدعى المدني والطالب لكى يصل كل منهم إلى حقوقه الجنائية والمدنية والإدارية[٤١].

خاتمــة البحــث

يتبين لنا مما تقدم أهمية دراسة أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية والأوامر والقرارات لما لها من أهمية كبرى في التعليم القانوني وتطوير الفكر القانوني والارتقاء بالتشريعات والعمل على التقريب بين النظريات القانونية المجردة والواقع القانوني والقضائي العملي وضرورة وضع معايير عامة مجردة لتناولها ودراستها واستخلاص الأفكار القانونية الجديدة منها وأدعو الله تعالى أن يكون من العلم الذي ينتفع به.

(٤١) انظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « شرح الأحكام الكبرى للمحكمة الإدارية العليا المصرية بالمقارنة بأحكام مجلس الدولة الفرنسى « ص ٦٣ وما بعدها.

عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم ومخاصمتهم

المحامي
غازي رجائـــــي زهـــــــران- نابلس

المقدمـــــة

إن من حق الدولة وحدها في المدنيات الحديثة أن تقوم بحل الخلافات التي تنشأ بين الأفراد والجماعات وأن تتولى حماية حقوقهم عندما تكون تلك الحقوق عرضة للنزاع.

وفي النظام الحالي فالدولة وحدها هي التي تكفل بواسطة المحاكم حل المنازعات من أي نوع كانت التي تحصل بين الأفراد والجماعات فتقول الحق وتحدد مدى تطبيق القواعد القانونية وشمولها وتلزم الناس على إحترامها فتمنح المتضرر التعويض الذي يستحقه وتتجلى جميع هذه الأمور بالأحكام التي تصدرها المحاكم.

ولكي تتمكن الدولة من القيام بوظيفتها القضائية كان لا بد من إصدار تشريعات مختلفة يتعلق بعضها بالتنظيم القضائي ويبحث بعضها الآخر بالأصول التي يجب إتباعها أمام المحاكم أثناء نظر الدعوى ولا شك أن هاتين الفئتين من التشريعات ترتبطان بعضهما بعضاً إرتباطاً وثيقاً فقوانين الأصول تتأثر إلى حد بعيد من كيفية تشكيل المحاكم فهي تختلف في حكم الفرد عنها في حكم الجماعة كما تتأثر من تعدد طرق الطعن ومن وجود محكمة النقض على رأس درجات المحاكم وللقواعد التي تنظم إنتقاء القضاة وترقيتهم تأثيرها أيضاً في قواعد الإجراءات. فإذا كان إنتقاء القاضي وترقيته يخضعان لشروط فنية صعبة أمكن التساهل عندئذ في أمر تحديد مدى إختصاصه وفي توسيع سلطته بحيث تشمل أكبر عدد ممكن من القضايا ولذلك نجد إرتباطاً وثيقاً بين قوانين النظام القضائي وقوانين الأصول. فكان لا بد من بحث النظام القضائي إلى جانب قانون أصول المحاكمات. ومن الطبيعي أن تكون لقواعد الأصول الصفة الآمرة إذ لا يجوز أن يترك للمتداعين حرية إختيار المحكمة التي بإمكانهم رفع دعواهم أمامها ولا حرية إختيار الإجرآت الواجب إتخاذها لحسن سير العدالة كما هو الأمر في عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم وردهم وفي دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في البابين التاسع والعاشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ وهذه القواعد هي من النظام العام.

ولما أن المشرع الفلسطيني أخذ بمبدأ حياد القاضي في الإثبات إذ يعود مبدئياً للخصوم أن يقدموا الإثبات على ما يدعونه من وقائع مادية أو تصرفات قانونية وينتج عن هذا المبدأ الأمور التالية:

أولاً: لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى وقائع وأدلة غير التي قدمها الخصوم.

ثانياً: لا يحق للقاضي أن يقرر إبراز وثائق إتفق الخصوم على عدم إبرازها. أو أن يقرر إستماع إفادة شاهد إتفق الخصوم على عدم سماع إفادته. وقد إعتبر مبدأ حياد القاضي نتيجة طبيعية للقاعدة القائلة بأن تعيين محل النزاع في المسائل المدنية هو من حق أطراف النزاع دون غيرهم. ولا شك أن إدعاء كل من الخصوم مرتبط إرتباطاً وثيقاً بوسائل الإثبات التي تدعم هذا الإدعاء. فإذا خرج القاضي عن حياده قد ينتج عن ذلك إدخال تعديل على محل النزاع فضلاً عن أن تدخل القاضي من شأنه في كثير من الحالات أن يؤدي إلى الإخلال بحق الدفاع الممنوح للخصوم ذلك الحق الذي أجمع الفقه والإجتهاد على إعتباره من النظام العام.

إن القضاء المدني يفصل بالنزاع المعروض عليه ولا يثير تلقائياً إدعاءات أو دفوعاً لصالح الخصوم إذ أن موقف القضاء إلتزام الحياد التام.[1]

وقانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢هو الذي يبين كيفية تعيين القضاة وترقيتهم ونقلهم وتأديبهم وإحالتهم على التقاعد. ومحاكمتهم عما يقترفونه من مخالفات وجنح أمام محكمة مشكلة تشكيلاً خاصاً.

ولا تمنع عدم قابلية القاضي للعزل من إحالته إلى التقاعد إذا بلغ السن القانونية أو إذا ألم به مرض يقعده عن العمل كما لا يتنافى ذلك مع تأديب القاضي إذا خرج في مسلكه أو في عمله عن الحدود التي يجب عليه إلتزامها.

أما أحكام دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة عما يقع منهم من غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه وما يترتب من مطالبتهم بالتعويض المدني٠فقد وردت في قانون أصول المحكامات المدنية والتجارية.

وبينت المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٤ من مجلة الاحكام العدلية في بيان أوصاف الحاكم ومنها ينبغي أن يكون الحاكم حكيماً فهيماً مستقيماً وأميناً مكيناً متيناً واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لهما مقتدراً على التمييز التام فلا يكون حاكماً الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي ولا يقبل هدية أي من الخصمين ولا يذهب إلى ضيافة أي منهما قطعاً ولا يقبل زيارة أي من الخصمين في داره ولا الخلوة مع أحدهما في مجلس الحكم ويجب معاملة الخصمين بالعدل والمساواة في مجلس الحكم.

وسيقتصر كتابنا على الأحكام المتعلقة بالرد والتنحي والمخاصمة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وسيقسم إلى فصلين.

الفصل الأول: في عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم وردهم.

الفصل الثاني: في دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة.

الفصل الأول

عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم وردهم

لقد جاءت الأحكام المتعلقة بعدم صلاحية القضاة وتنحيتهم وردهم في الباب التاسع من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ وتطرق هذا الباب إلى ثلاثة حالات: الأولى عدم صلاحية القاضي والثانية: تنحي القاضي والثالثة: رد القاضي ولكل حالة من الحالات المذكورة شروط وأسباب. وقد تتلاقى بعض الشروط مع بعضها البعض في بعض الحالات كونها جميعها تتعلق بعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى المعروضة أمامه.

ويقصد بتنحية القاضي منعه عن نظر الدعوى إذا قام به سبب من الأسباب التي يخشى معها أن يحكم بغير ميل إلى جانب أحد الخصوم ويلاحظ أن أساس التحية ليس هو الشك في ذمة القاضي أو نزاهته لأن القاضي المشكوك في ذمته لا يصلح أصلاً أن يكون قاضياً ولكن أساس التنحية هو حماية مظهر الحيدة الذي يجب أن يظهر به أمام الخصوم والجمهور ويمكن تقسيم أحوال عدم أهلية القاضي لمباشرة القضاء إلى ثلاثة أقسام.

القسم الأول - ظروف تقتضي بذاتها عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى بحيث يجب عليه أن يتنحى عنها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم.

١- تمييز حقوق ٨٥/٤٦١ صفحة ١٣٢٦ سنة ١٩٨٧.

القسم الثاني - ظروف أخرى تقتضي ترك الأمر فيها لمطلق تقدير الخصوم إن شاؤوا ردوا القاضي عن نظر الدعوى.
القسم الثالث - ظروف أخرى قد يشعر القاضي بحرج من نظر الدعوى فيطلب التنحي من تلقاء نفسه.
وكافة أسباب عدم صلاحية القاضي أو رده توجب رد القاضي إذا وجدت بين الحاكم وبين أحد الخصمين في الدعوى بالذات، أما إذا وجدت بين الحاكم ووكيل الخصم فلا.

القسم الأول - عدم الصلاحية. نصت المادة ١٤١ من قانون أصول المحاكمات على أن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في ألأحوال ألآتية:
١: إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم أو زوجه حتى الدرجة الرابعة.
ويتحقق ذلك ولو كان القاضي قريباً أو صهراً للخصمين معاً ولو في نفس درجة القرابة.
كما يتحقق ذلك إذا كانت زوجة القاضي قريبة أو صهراً للخصمين معاً ولو في نفس درجة القرابة.[٢]
حساب درجة القرابة أو المصاهرة.
القـــرابـــة
الدرجة ألأولى- الإبن مع الأب أو العكس بينهما بطن واحد وكذلك الأم مع الإبن.
الدرجة الثانية- الجد والحفيد بينهما بطنان.
الدرجة الثالثة- بين الرجل وعمه بينهما ثلاثة بطون، منه إلى أبيه بطن من أبيه إلى جده بطن ومن جده إلى عمه بطن.
الدرجة الرابعة- بينه وبين إبن عمه أربعة بطون، منه إلى أبيه بطن، ومن أبيه إلى جده بطن ومن جده إلى عمه بطن ومن عمه إلى إبن عمه بطن.
المصـــاهـــرة
الدرجة ألأولى- زوجة الإبن وزوج الإبنة.
الدرجة الثانية- زوجة الأخ وزوج الأخت.
الدرجة الثالثة - زوجة العم وزوجة الخال.
الدرجة الرابعة- زوجة إبن العم وزوجة إبن الخال.
ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بحضور المحامي وكيل المدعي ولو كان هذا المحامي شقيقاً للقاضي أو إبناً له.
جاء في شرح المادة ٦٢ من قانون المحاكمات الحقوقية لباز الصفحة ٢٣٥ /٢٣٦ أن القرابة قسمان الخط المستوي والخط المنحرف فالأول: هو ألأصول والفروع كالأب والإبن وألأم والبنت والثاني: هو الحواشي وذووالأرحام كألأخ والعم والخال.
٢: إذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو زوجه في الدعوى.
ويشترط في هذه الحالة أن تكون الخصومة نشأت بين الخصوم بالذات وبينه قبل رفع الدعوى المطروحة على القاضي فإذا كانت الخصومة إنتهت أو رفعت بعد رفع الدعوى فلا يكون ذلك سبباً من أسباب عدم الصلاحية.

٢- رغم أن قانون أصول المحاكمات المدنية السوري لم يورد في الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه زوجة القاضي كما فعل القانون الفلسطيني إلا أنه ولما كان بين زوجة القاضي وأحد الخصوم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة كان من رأي الدكتور رزق الله ألإنطاكي أن وجود هذه القرابة أو المصاهرة مع زوجة القاضي تبرر حتماً الرد. الصفحة ٤٢٤ من كتاب أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية - الطبعة السادسة - الدكتور رزق الله الإنطاكي.

تقديم شكوى جزائية على القاضي بشأن تصرفاته لا تثبت الخصومة الموجبة لعدم الصلاحية والخصومة الموجبة لذلك هو أن يكون بين القاضي وبين الخصم أو بين أقاربهما بغض وضغينة ناجّة عن دعوى جزائية من نوع الجناية أو الجنحة كالقتل والتزوير وما شاكل ذلك من التعديات التي توغر الصدر وتثير البغض والحقد كما ورد في شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني لباز صفحة ٢٣٦ والمقصود القضية الجزائية هي التي يرفعها القاضي ضد الخصم طالب الرد ومجرد قول الخصم أن بينه وبين القاضي خصومة لا يكفي.

وحبذا لو أن المشرع الفلسطيني أجاز رد القاضي ليس فقط لوجود خصومة بل وأيضاً لوجود مودة قوية بينه وبين أحد الخصوم فإذا كان القصد من عدم صلاحية القاضي بسبب وجود الخصومة الخوف في أن يخرج القاضي عن تجرده بسبب الخصومة الموجودة بينه وبين أحد الخصوم فإذا وجدت مودة قوية بين القاضي وأحد الخصوم من شأنها أيضاً أن تخرج القاضي عن حياده ويعود لرئيس المحكمة المختص الذي ينظر الطلب أمر تقدير ما إذا كانت الخصومة التي يدعى بها وجودها هي على درجة من الشدة التي قد تؤدي إلى خروج القاضي عن حياده.

٣: إذا كان ممثلاً قانونياً أو شريكاً لأحد الخصوم أو كان وارثاً ظنياً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة مع أحد أوصياء الخصوم أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها.

والممثل القانوني للصغير في مجلة الأحكام العدلية هو وليه عملاً بالمادة ٩٧٤ منها ويعتبر كل شريك وكيلاً عن الشركة العادية وعن سائر شركائه في قيامه بأعمال الشركة المادة ١٧ قانون الشركات رقم ١٢ لسنة ١٩٦٤ او رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة المادة ١/١٢٦ من قانون الشركات وأي ممثل قانوني بموجب أحكام أي قانون آخر[٣]

٤: إذا كانت الدعوى تنطوي على مصلحة قائمة له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلاً قانونياً له.

والمصلحة القائمة المصلحة المباشرة والمصلحة غير المباشرة لعمومية كلمة المصلحة في النص فإذا عرضت دعوى أزالة الشيوع على القاضي وكان هو أو زوجته يملك حصة شائعة في المال المشاع تكون للقاضي مصلحة مباشرة بالدعوى وكذلك إذا كان موضوع الدعوى المرفوعة أمام القاضي تصفية شركة وكانت زوجة القاضي شريكة في هذه الشركة تكون المصلحة مباشرة.

ومن الأمثلة على المصلحة غير المباشرة أن ترفع الدعوى بمنع المعارضة ومن ضمنها وقف البناء ويكون للقاضي عقار قد يتأثر نتيجة الحكم الذي يصدره بوقف البناء ويلاحظ أن المشرع ساوى بين القاضي وزوجته. فأعتبر أن مصلحة الزوج تتأثر إلى حد بعيد من مصلحة الزوجة والعكس بالعكس كل هذا يسري على أقارب القاضي أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون القاضي ممثلاً قانونياً له.

٥: إذا كان قبل إشتغاله في القضاء قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب أو أدلى بشهادة فيها وعلة عدم الصلاحية في هذه الحالة أن يكون القاضي قد قام بعمل يجعل له رأياً في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزناً دقيقاً فضلاً عما فيه من معنى الميل إلى جانب من حصل الإفتاء أو الكتابة أو المرافعة لمصلحته. ويشترط في ذلك كله أن يكون قبل إشتغاله بالقضاء.

٣- النيابة عن الغير إما أن تكون قانونية أي بنص في القانون كالولي ورئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة وإما أن تكون قضائية كتعيين المحكمة المختصة الوصي على الصغير والمحجور والغائب أو تعيين قيم وإما أن تكون عقدية كالوكالة المنظمة للمحامي أمامه عملاً بالمادة ٢٠ من قانون نقابة المحامين النظاميين رقم ٣ لسنة ١٩٩٩ أو أمام كتاب العدل أو أمام المحكمة الشرعية كل حسب إختصاصه. والتمثيل القانوني هي نيابة عن الغير بحكم ونص في القانون.

وإذا سبق للقاضي أن كان شاهداً في القضية وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل بأنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي على أنه يشترط من أجل رد القاضي بالإستناد إلى هذا السبب أن يكون للقاضي قد شهد فعلاً في القضية قبل عرضها عليه وأما إذا سمي بصفة شاهد من قبل أحد الخصوم دون علمه ودون أن يكون له أي إطلاع على الدعوى فلا يكتسب صفة الشاهد الذي تكون سبباً للرد.

والمقصود بالمرافعة عن أحد الخصوم إن كان وكيلاً لأحد الخصوم في الدعوى فلا يجوز أن يكون قاضياً فيها؛ لأنه لا يجوز أن يكون الشخص الواحد خصماً وحكماً في آن واحد.

٦: إذا كان قد سبق له نظرها بصفته قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو وسيطاً.

والمقصود بسبق نظر القاضي للدعوى أن يكون قد سبق له أن أصدر فيها حضورياً حكماً فاصلاً أو حكماً فرعياً قطعياً في جزء منه يشف عن وجهة نظره فيها فمثلاً لا يجوز للقاضي إن كان قد حكم في الدعوى إبتدائياً أن ينظرها في الإستئناف ولكن لا يعني ذلك أن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى إذا سبق أن أدلى برأي علمي في مؤلف مثلاً ولا يعد سبباً لعدم الصلاحية أن يكون القاضي قد أصدر حكماً غيابياً في الدعوى أو حكماً وقتياً لأن المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي هي المختصة لنظر الإعتراض عليه ولأن الطلب الوقتي يختلف عن الطلب الموضوعي.

كذلك فإن المحكم يكون في الحقيقة وكيلاً للشخص الذي إختاره.

٧: إذا كان بينه وبين أحد قضاة الهيئة صلة قرابه أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة أو كان بينه وبين الممثل عن أحد الخصوم صلة قرابه أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

وقد جاء في المادة ١/٣٠ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ عدم جواز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الثانية.

وجاء في الفقرة الثانية منها لا يجوز أن يجلس للقضاء أي من القضاة الذين تربطهم صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة مع عضو النيابة أو ممثل الخصوم أو أحد طرفي الخصومة.

كما جاء في الفقرة ألأولى من المادة ٢٨ من قانون السلطة القضائية أنه لا يجوز للقاضي القيام بأي عمل تجاري كما لا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق وإستقلال القضاء وكرامته ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها.

٨: إذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده شكوى لجهة الإختصاص إمتنع عليه نظر الدعوى. المادة ١٥٢ قانون أصول المحاكمات المدنية.

٩: يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ الحكم بقبول دعوى المخاصمة- المادة ١٥٩ من ألأصول المدنية.

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من الأصول المدنية أنه يقع باطلاً كل قرار أو حكم أصدره القاضي في إحدى الحالات المتقدمة الذكر والتي جاءت على سبيل الحصر وهي من النظام العام ولا يجوز إتفاق الخصوم على خلافها.

القسم الثاني- رد القضاة.

بعد بيان ألأسباب التي بناءً عليها يجب على القاضي أن يتنحى من تلقاء نفسه وإلا كان قضاؤه باطلاً نجد أن هناك أسباب أخرى حددها القانون تبرر طلب رد القاضي قبل نظر الدعوى ومجرد علم صاحب المصلحة بقيامها وهذه ظروف تقديرية لعدم صلاحية القاضي بخلاف الظروف السابقة التي تعتبر ظروفاً حتمية.

وقد نصت المادة ١٤٣ على هذه ألأسباب التي وردت في الأصول المدنية على سبيل الحصر وهناك

أسباب نصت عليها أحكام المجلة بهذا الخصوص.
١: إذا كان للقاضي أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا وجدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجه بعد سماع الدعوى المنظورة أمام القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.
جاء في شرح باز لقانون الحقوق العثماني إذا كان الخصم هو الذي أقام الدعوى على الحاكم فهذا ليس من أسباب الرد إلى أن قال لأنه في هذه الصورة لو جاز رد الحاكم لتعمد كل طرف في الدعوى إلى إقامة الدعوى على الحاكم الذي يخشاه لعدالته حتى يتخلص منه وهذا لا يوافق القانون والمعقول أما في صورة تصدي الحاكم إلى مخاصمة أحد الخصمين فيخشى من الإنحراف عن خطة العدل والإستقامة فجاز للخصم أن يطلب تنحيته.
وتكون الدعوى مماثلة لدعوى أخرى إذا كانت المسألة القانونية المقتضى الفصل فيها في الدعويين واحدة أو كانت وقائعها متشابهة.
أما الخصومة بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم أو زوجته فيشترط أن تنشأ بعد رفع الدعوى وأن تتخذ شكل الدعوى فلا تكفي الشكوى فقط. ويشترط من ناحية أخرى أن لا تكون الدعوى التي رفعت قصد بها رد القاضي وتقدير ذلك يعود إلى رئيس المحكمة المختص في طلب الرد.
٢: إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بعدسماع الدعوى المنظورة أمام القاضي بقصد رده.
٣: إذا كان أحد الخصوم عاملاً لديه أو كان بينه وبين أحد الخصوم كراهية أو مودة يرجح معها عدم الحيدة في الحكم.
وسبب الكراهية والمودة يمكن أن تنطوي تحتها صور متعددة ومن الأسباب التي تفيد الكرهية أو المودة: إرتكاب الظلم عن قصد بحق أحد الخصوم أو محاباته. سكوت القاضي عن أوراق أو مستندات قدمها أحد الخصوم. تحريف أقوال شاهد أحد الخصوم. أو زيادة على أقوال شهود أحد الخصوم. توجيه النصيحة لمن أحب من الخصوم فيما يجب أن يقدم في الدعوى.
وهناك حالة أخرى نصت عليها المادتين ١٧٩٩ و١٨١٥ من المجلة وهي:
إبداء القاضي رأيه في الدعوى.
لهذا فإن أسباب الرد المنصوص عليها في المادة ١٤٣ من الأصول المدنية لا تنحصر فيها بل هناك أسباب أخرى إستنبطها العلماء من القواعد العمومية ومن آداب القاضي المنصوص عليها في المجلة وغيرها كما ألمح لذلك العلامة باز في شرحه للمادة ٦٢ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية وأشار إلى أن من الأسباب أن يفعل القاضي ما يدل منه الإنحراف والميل ويخشى معه الإصرار على رأيه وأن يلقن أحد الخصمين رأياً أو نصيحة خطياً أو شفاهاً لأن ذلك يدل على ميله وإنحرافه ولأن حب الذات قد يدفعه إلى التمسك برأيه بغير حق وإلى سد أذنيه عن الآراء التي تقاومه وتخالفه.

إبداء الرأي الذي يمنع القاضي من رؤية الدعوى إنما هو الرأي الذي يبديه بعد إقامة الدعوى لديه وأما القرارات القضائية والإدارية التي يتخذها القاضي بحكم وظيفته قبل إقامة الدعوى فلا تعتبر إبداء رأي مانع من رؤيتها.
إن الشرع الشريف قد منع القاضي من أن يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم كما صرحت بذلك المادة ١٨١٥ من المجلة وليس للقاضي أن يفتي أحد الطرفين أي أن يبدي رأياً لأحد الخصمين في المسألة التي يتخاصمان فيها. كما ذكر ذلك العلامة علي حيدر في شرح المادة ١٩٧٧ من المجلة أما

إدارة سير الدعوى فهي بيد القاضي وحده وهو صاحب الحق فيما يصدره من أحكام وقرارات وما يتخذه من إجراءات وليس لأحد الخصمين أن يعترض عليها إلا في الحدود المقررة قانوناً وذلك عن طريق الإستئناف مع الحكم الفاصل في الدعوى.

كما أن إبداء الرأي الذي يجيز رد القاضي عن الحكم إنما يكون فيما من شأنه أن يكون محل نزاع بين الخصمين ويكون ذلك الرأي في مصلحة الطرف الآخر أما الأمور الثابتة شرعاً والمقررة بحكم شرعي أو قانوني فلا يعتبر التصريح بها إبداء رأي مطلقاً أو فتوى من القاضي.

لهذا فإن إبداء الرأي في شهادات الشهود لا يعد إبداء للرأي في موضوع القضية فإذا قال القاضي إنني أقبل أو لا أقبل شهادات الشهود فإن ذلك لا يعني إبداء رأيه في موضوع القضية ذاتها لأنه يوجد بينات أخرى غير الشهادات.

فإذا قال القاضي حينما قدم له إستئناف حكم أو قرار غير فاصل أن هذا مردود إستئنافاً لأنه غير فاصل وسارع في إجراءات الإستئناف لا يعتبر هذا إبداءً للرأي مبرراً لرده لأن ألإسراع في معاملات الناس يحمد عليه القاضي.

إن المادة ١٨١٥ من المجلة منعت القاضي من إفشاء الوجه الذي يحكم به قبل الحكم وهذا يعني أن على القاضي أن لا يبدي رأيه حين نظر القضية في غير القرار القضائي الذي يصدر عنه وذلك لأن إفشاء وجه الحكم يدل على الإنحراف والميل وهو ما يجب أن يتنزه عنه القضاء ولا ينطبق هذا طبعاً على الرأي الذي تضمنه القرار القضائي لأنه قابل للطعن وفقاً للأصول القانونية.

إجراءات الرد

نظمت المواد من ١٤٥ إلى ١٥٢ إجراءات الرد والحكم فيه ويحصل الرد بطلب يقدم يوقعه الطالب نفسه أو وكيله المفوض فيه بتوكيل خاص يرفق بالطلب ويجب أن يقدم طلب الرد قبل إبداء أي دفع في الدعوى وإلا سقط حقه بالمطالبة فيه إيما يجوز قبول طلب الرد بعد ذلك إذا أثبت طالبه أنه لم يعلم بسبب الرد إلا بعد مضي الميعاد السابق أو إذا وقع سبب الرد بعد مضي المواعيد السابقة المادة ١٤٧ ويجب ان يشتمل الرد على اسبابه ولا يقبل طلب الرد بعد إقفال باب المرافعه كما لايقبل طلب الرد ممن سبق له ان طلب رد نفس القاضي في ذات الدعوى ويتعين على القاضي المطلوب رده كتابة الأجابه على الطلب خلال ثلاثة أيام من تسلمه طلب الرد.

فإذا لم يكن منصوصاً في الوكالة على توكيله لطلب رد القضاة لا يحق للوكيل ذلك لأن طلب رد القضاة من الأمور التي لا تدخل بالوكالة إلا بالنص الصريح كما جاء في شرح أصول المحاكمات الحقوقية لفارس في صفحته ٣٠٤و٣٠٥. حيث عدد الأمور التي لا تدخل في الوكالة بالخصومة إلا بالذكر الصريح فيها وما جاء في شرح قانون أصول المحاكمات العثماني للعلامة علي حيدر.

في دعوى طلب رد القاضي لا بد من بيان تاريخ إبداء الرأي والإفتاء من قبل القاضي ليعلم هل أخر المدعي دعواه عن الجلسة التي تلت الحادثة.

يترتب على تقديم طلب الرد الى رئيس المحكمه المختص وقف السير في الدعوى الأصليه الى ان يحكم فيه نهائيا ومع ذلك يجوز لرئيس المحكمه المختص في حالة الأستعجال وبناء على طلب أحد الخصوم ندب قاض أخر وإذا امتنع القاضي المطلوب رده عن الرد كتابة خلال المده المذكوره في الفقره (٢) من الماده (١٤٨)المذكوره يجوز لرئيس المحكمه المختص إذا كانت أسباب طلب الرد تصلح قانونا للرد ان يصدر أمرا بمنعه من سماع الدعوى وندب قاض أخر لسماعها ولايجوز في تحقيق طلب الرد إستجواب القاضي ولاتوجيه اليمين له لأنه في كثير من الحالات يكون توجيه الأستجواب مقصودا به مجرد الرغبه في إحراج القاضي وتجريحه.

الجهه المختصه في طلب الرد:-

يقدم طلب الرد بإستدعاء إلى رئيس محكمة البداية إذا كان المطلوب رده قاضي صلح أو أحد قضاة محكمة البداية، أو إلى رئيس محكمة الإستئناف إذا كان المطلوب رده رئيس محكمة البداية أو قاضياً في محكمة ألإستئناف أو إلى رئيس محكمة النقض إذا كان المطلوب رده رئيس محكمة الإستئناف أو قاضياً في محكمة النقض.

فإذا كان المطلوب رده جميع قصاة البداية فإن طلب الرد يقدم إلى رئيس محكمة الإستئناف، وكذلك إذا كان المطلوب رده كامل قضاة الإستئناف فإن الطلب يقدم إلى رئيس محكمة النقض ولا يجوز طلب رد كامل قضاة النقض.

أثر تقديم طلب الرد والحكم فيه:

يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد نهائياً على أنه يجوز لرئيس المحكمة في حال الإستعجال وبناءً على طلب الخصم الآخر ندب قاضي بدلاً من القاضي المطلوب رده ويجوز ذلك أيضاً في حالة ما إذا أستؤنف الحكم الصادر برفض طلب الرد المادة ١٥٠ من الأصول المدنية.

عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه جاز للمحكمة أن تحكم على طالب الرد بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تتجاوز خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً. المادة ١٥١ من ألأصول المدنية [٤]

وإذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده شكوى لجهة الإختصاص إمتنع عليه نظر الدعوى عملاً بالمادة ١٥٢ من ألأصول المدنية وقد سبق الإشارة إلى ذلك.

الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد:

يجوز لطالب الرد إستئناف الحكم الصادر في طلبه برد القاضي إلى المحكمة الأعلى درجة من رئيس المحكمة التي نظر الطلب، ما لم يكن القرار صادر عن رئيس محكمة النقض فهو قرار قطعي. ويكون قرار الرفض قابلاً للإستئناف أو النقض مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ما لم يكن القرار صادر عن رئيس محكمة النقض المادة ١٤٩ من الأصول المدنية.

القسم الثالث: تنحي القاضي من تلقاء نفسه:

تنص المادة ١٤٥ على أنه يجب على كل قاضي يعلم بقيام سبب من أسباب الرد أو عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادتين١٤١و١٤٣ أن يعلم كتابياً رئيس المحكمة التابع لها عن السبب ويصدر رئيس المحكمة قراراً بإحالة القضية إلى هيئة أخرى أو لقاض آخر.

كما يجوز للقاضي في غير الحالات المذكورة في المادتين ١٤١و١٤٣ من القانون إذا أستشعر الحرج من سماع الدعوى لأي سبب أن يتنحى عن نظرها وإعلام رئيس المحكمة التابع لها بذلك.

الفصـــل الثـــاني

دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

عمل المشرع أيضاً على حماية القضاة من عنف المتقاضين أنفسهم بالنظام المسمى بنظام مخاصمة القضاة فلم يشأ المشرع أن يترك القاض مسؤولاً مسؤولية مدنية عن أي خطأ يرتكبه

٤- إن المادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية جعل جهة ألإختصاص في طلب رد القضاة إلى رئيس المحكمة المختص منا أن رئيس المحكمة المختص هو الذي ينظر في الطلب كما هو الذي يقرر قبول الطلب أو رفضه المادة ١٤٩ من القانون المذكور أما قول المادة ١٥١ من القانون بأن أجاز للمحكمة فرض الغرامة المقررة فهذا ما لم تقل عنه المواد السابقة والصحيح جاز لرئيس المحكمة المختص فرض الغرامة وليس للمحكمة كما ورد في النص المذكور.

أثناء تأديته لوظيفته وإنما جعله فقط مسؤولاً إذا أخل بواجباته إخلالاً جسيماً ونظام المخاصمة هو الإجراء الذي يستطيع به الخصم في الأحوال وبالشروط المنصوص عنها في القانون أن يرفع دعوى مسؤولية على القاضي يطالبه بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الفعل المنسوب إلى القاضي أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ويترتب على إجابة طلب الخصم بطلان التصرف الصادر من القاضي وعلى ذلك ثار التساؤل حول تكييف دعوى المخاصمة وهي فيما يبدو دعوى مسؤولية تهدف في نفس الوقت إلى بطلان التصرف الصادر من القاضي الذي تسبب عنه ضرر للخصم.

ويترتب على هذا القول أنه يشترط توافر خطأ معين يقع من القاضي في عمله أو بسبب تأدية وظيفته فهي دعوى مسؤولية من نوع خاص كما يشترط من ناحية أخرى طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية توافر ضرر يصيب رافع الدعوى بسبب الفعل المنسوب إلى القاضي.

أما بطلان التصرف المنسوب إلى القاضي فيمكن تبريره بأنه لا يصح القول بصحة تصرف القاضي الذي ثبتت إدانته أو عدم كفاءته ولعل خير تعويض عن الضرر الذي أصاب رافع الدعوى فضلاً عن الحكم له بالتضمينات هو بطلان تصرف القاضي المشوب بسبب المخاصمة.

أسباب المخاصمة:

نصت المادة ١٥٣من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية على الحالات التي يجوز فيها مخاصمة رجال القضاء وقد وردت هذه ألأسباب على سبيل الحصر لكي يطمئن القاضي في عمله ولا يتهيب التصرف والحكم ولا يعرض للدعاوى الكيدية التي يرفعها الخصم بسوء نية وهذه ألأسباب هي الآتية :

١: إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه.

فالغش والتدليس يجمعهما جامع واحد هو أنها تصدر بقصد وسوء نية لإعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة والعدالة ولكن ما هو الخطأ المهني الجسيم - الخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الفاحش الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش والذي لا ينقصه بإعتباره غشاً إلا إقترانه بسوء النية فهو الخطأ الذي ينطوى على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب وبمعنى آخر فهو الجهل الفاضح والخطأ الفاحش الذي لا ينبغي أن يقع فيه أي قاضي يهتم بعمله إهتماماً عادياً وغالباً ما يستدل على الغش بجسامة المخالفة وسوء النية بميز الغش عن الخطأ المهني الجسيم إذ لا يشترط في الخطأ المهني الجسيم توافر هذا العنصر المعنوى وإن الخطأ اليسير الذي لا يسلم منه القاضي لا يترتب عليه أي مسؤولية بل يشترط توافر جسامة معينة من الجهل والإهمال في أداء العمل كما قيل على حق في سلم الخطأ أعلى درجاته.

وقد عرف الغش بأنه إرتكاب الظلم عن قصد بدافع كراهية أحد الخصوم أو محاربته كما إذا حرف القاضي عن قصد ما أدلى به أحد الخصوم أو شاهده من أقوال أو كما إذا كلف بكتابة تقرير عن القضية فكتبه محرفاً عن قصد بأن وصف مستنداً مقدماً في القضية بغير ما إشتمل عليه حتى يخدع باقي أعضاء المحكمة[٥]

والتدليس هو سكوت القاضي عن واقعة تمت أمامه أو عن أوراق ومستندات قدمت إليه ذات تأثير في الحكم.

٢: في ألأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات:

ويشمل هذا السبب جميع الحالات التي توجب قانوناً مسؤولية القاضي الجزائية أو مسؤوليته

٥- رزق الله الأنطاكي شرح أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية الصفحة ١٠٦.

المدنية تجاه أحد المتخاصمين في الدعوى كأن يثبت على القاضي إرتكابه تزويراً في إحدى وثائق الدعوى أو أخذه رشوة من أحد الخصوم.

إجراءات دعوى المخاصمة

ترفع دعوى المخاصمة بطلب يقدم لقلم محكمة الإستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة يوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً ويجب أن يشتمل الطلب على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها المادة ١٥٥ من الأصول المدنية وعلى المدعي إيداع خزينة المحكمة مبلغ مائتي دينار أردني أو ما يعادلها على سبيل الكفالة.

وتوجه دعوى المخاصمة بحق جميع قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة كما توجه بحق أحدهم او بحقهم جميعاً ويكون توجيهها بحق المحكمة بكاملها في قضاء الجماعة واجباً عندما تمنع سرية المداولة من معرفة القاضي المسؤول عن الخطأ [1]

ويتعين على المدعي في دعوى المخاصمة قبل إقامتها أن يخطر مجلس القضاء الأعلى بما يسنده إلى المدعى عليه وعدم إخطار المدعي لمجلس القضاء الأعلى لا يبطل دعوى المخاصمة.

يأمر رئيس محكمة الإستئناف بتحديد جلسة سرية لنظر دعوى المخاصمة يبلغ بها الخصوم وتحكم المحكمة في قبول دعوى المخاصمة أو عدم قبولها بعد سماع الخصوم مرافعة أو بموجب مرافعات خطية.

إذا كان المدعى عليه قاضياً بالمحكمة العليا أو في محكمة الإستئناف أو نائباً عاماً تختص بنظر الدعوى إحدى دوائر محكمة النقض أما إذا كان المدعى عليه من غير هؤلاء تختص بنظرها محكمة الإستئناف.

ويكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ الحكم بقبول دعوى المخاصمة وقد أشرت إلى ذلك سابقاً

إذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى المخاصمة أو بردها تحكم على المدعي بغرامة لا تزيد على خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً وبمصادرة الكفالة مع التعويضات إذا كان لها وجه. وإذا قضت المحكمة للمدعي بطلباته تحكم على المدعى عليه بالتعويضات والمصاريف وببطلان تصرفه ويجوز لها في هذه الحالة أن تحكم في الدعوى ألأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم في موضوعها بعد سماع الخصوم.

ولا تحكم المحكمة ببطلان الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر غير المدعي إلا بعد تبليغه لإبداء أقواله.

ويجوز الطعن في دعوى المخاصمة ما لم يكن صادراً عن محكمة النقض.

سقوط دعوى المخاصمة.

تسقط دعوى المخاصمة بمضي ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ إكتشاف الغش أو التدليس أو الخطأ المهني الجسيم وفي جميع ألأحوال تسقط هذه الدعوى بمضي ثلاثة سنوات على إرتكاب الفعل المستوجب للمخاصمة.

وإن المدة المشار إليها لسقوط دعوى المخاصمة هي من النظام العام تحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثره أحد الخصوم كما لا يجوز الإتفاق على خلافها أو التنازل عنها.

ومن كل ما تقدم يبين أن المشرع أحاط القضاة بالكثير من الضمانات التي تكفل إستقلالهم في عملهم وإن أجاز مساءلتهم فقد حدد الأسباب على سبيل الحصر وألزم المتقاضين بإتباع إجراءات

٦- المصدر السابق صفحة ١٠٨.

معينة وهو يوقع عليهم أيضاً عقوبة الغرامة ومصادرة التأمين والحكم بتعويضات للقاضي المدعى عليه إذا كان لها وجه وهي عقوبات رادعة وذلك إذا فشلوا في دعواهم لكي يحمي نزاهة القضاء ويتفادى لرجاله الدعاوى الكيدية حتى لا يتهيبوا التصرف والحكم.

الحكم القضائي
مفهومه، تحليله، موضوعه، عملية إنشائه

المحامي محمود دوديــن- رام الله

توطئة

على الرغم من أهمية البحث في جزئيات الحكم القضائي وتفاصيلها، إلا أن الدراسات والبحوث ذات الصلة به نادرة من حيث الكم، وغير شاملة لجميع إشكالاته المتصورة، وبالتالي لا يرقى ما هو متوفر عن الحكم القضائي من دراسات إلى مستوى الأهمية التي يحظى بها ضمن موضوعات محاور البحث القانوني.

لذا، كان لا بد من طرق البحث في هذا الجانب، ولو بشكل مختصر، لإعطاء المعنيين فكرة عن بعض جوانب الحكم القضائي؛ سواء من حيث بيان مفهومه، أو تحليله وإبراز موضوعه، أو من حيث الكشف عن عملية إنشائه. وهذا ما سنعرض له في المبحثين التاليين.

المبحث الأول: الحكم القضائي: مفهومه، تحليله وموضوعه

يمارس القضاء وظيفته الرئيسة من خلال ما يصدره من أحكام منهية للنزاع، وهو بذلك ينقل حكم القانون من العمومية والتجريد والحالة النظرية إلى الخصوصية والواقعية، بتطبيقه على كل حالة تعرض أمامه على وجه الاستقلال.

والأحكام القضائية التي تصدر في الخصومة يختلف بعضها عن بعض من عدة وجوه، فمن حيث طبيعة موضوعها تنقسم إلى أحكام مدنية، تجارية،عمل، ضمان، أحوال شخصية وأحكام جزائية... الخ. ومن حيث محلها تنقسم إلى أحكام تقريرية بحتة، أحكام إلزام وأحكام منشئة، ومن حيث الأسس الإجرائية، تنقسم إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام إجرائية، أحكام قطعية وغير قطعية، أحكام منهية للخصومة وأحكام (قرارات) غير منهية لها، ومن حيث مدى قابليتها للطعن تنقسم إلى أحكام ابتدائية، نهائية، حائزة لقوة الأمر المقضي وأحكام باتة.[1]

إلا أننا في هذا المقام لن نتعرض إلى تفاصيل كل هذه الأقسام، ولن نبحث منها إلا ما نراه يخدم هدف هذه الدراسة. كما أن للحكم القضائي موضوع أو مسألة معينة يفصل فيها بعد إبداء الأسباب الموجبة له، وبغية تحليل هذا الحكم من حيث الشكل والموضوع لا بد من إتباع منهجية معينة.

وعليه، سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، نتناول في الأول الحكم أو القرار القضائي، وفي الثاني، تحليل الحكم القضائي «شكلاً وموضوعاً»، وفي الثالث، المبدأ القانوني والمبدأ القضائي، وفي الرابع، تحديد المسألة القانونية التي بحثها القاضي، والتعليل الذي توصل من خلاله للحكم.

١ أنظر: عوض الزعبي: أصول المحاكمات المدنية، عمان: دار وائل للنشر، ج. ٢، ٢٠٠٣، ص ٧٣٢ وما بعدها.

المطلب الأول: مفهوم الحكم القضائي والقرار القضائي

اختلف الفقه في بيان مفهوم الحكم القضائي، كما يخلط البعض بين الحكم القضائي والقرار القضائي،فيسوون في المعنى والدلالة بينهما، مع أن لكل منهما دلالة خاصة تختلف عن دلالة الآخر. لذا سنقوم في هذا المطلب بإيضاح الفرق بينهما من خلال إيضاح المقصود من كل منهما في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الحكم القضائي

يمكن القول بأن الحكم القضائي هو النتيجة الفاصلة في الخصومة المعروضة أمام المحكمة والذي يصدر وفقا للمقتضيات والأصول القانونية المقررة، ويغل يدها عن نظره مرة أخرى.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه «كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم، وأيا كان مضمونه».[٢] في حين عرّفه جانب آخر من الفقه بأنه: «القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه».

فالحكم النهائي يمكن أن يفصل في النزاع بكامله، فيبت في جميع طلبات الخصوم، فيقضي بها أو يردها كليا أو جزئيا، كما يتصور أن ينهي النزاع استنادا إلى دفع إجرائي، كرد الدعوى لعدم الاختصاص، أو الدفع بعدم القبول؛ كرد الدعوى لانعدام الصفة أو المصلحة. وتكون للحكم النهائي منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة لكل منازعة تم الفصل بها قضائيا، كما يصبح الحكم النهائي باتا وعنوانا للحقيقة عندما لا يعود قابلا للطعن بأي طريق كان.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية الحكم القضائي بأنه: «عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين: القسم الأول هو إلزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت أو أعط الشيء الذي ادعي به عليك ويقال لهذا قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق. والقسم الثاني هو منع الحاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك».

وبالتالي، فإن خصائص الحكم القضائي تتلخص في أنه نتيجة فاصلة، وأن هذه النتيجة هي ما تتوصل إليه المحكمة في نزاع معروض عليها، وأن يصدر هذا الحكم وفقا لمقتضى القانون.[٣]

وفي الأردن، تردد المشرع والقضاء على حد سواء في استعمالهما لمصطلح «حكم» ومصطلح «قرار»، حيث جاء في بعض التشريعات، كقانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨،[٤] وقانون محاكم الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢،[٥] تعبير «حكم». في حين ورد استعمال مصطلح «قرار» في تشريعات أخرى، كقانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦١.[٦] وقد ترددت محكمة التمييز هي الأخرى بين استعمال المصطلحين، حيث استعملت في بعض أحكامها مصطلح «حكم» وفي البعض الآخر مصطلح «قرار».

وفي فلسطين، لم يعرّف كل من قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون الاجراءات الجزائية الحكم القضائي بشكل صريح، لكن يستشف من مطالعة نصوص هذين القانونين أنهما يفرقان بين الحكم والقرار، على اعتبار أن الحكم هو الذي ينهي الخصومة فقط.

٢ فتحي والي: مبادئ قانون القضاء المدني، القاهرة: دار النهضة العربية، ط. ٢، ١٩٧٥، ص ٥٣١.

٣ أنظر: أحمد المومني، المرجع السابق، ص ١٨.

٤ في المواد (٧٧، ١٥٠، ١٥٨ -١٦١، ١٦٨).

٥ في المواد (٢٤، ٢٥، ٢٨، ٢٩، ٣١، ٣٤، ٤٠).

٦ في المواد (٢٠، ٩٨، ٩٩).

الفرع الثاني: القرار القضائي

يخلط البعض -كما أشرنا سابقا- بين تعبير الحكم القضائي والقرار القضائي، إلا أننا نرى أن هناك فروقا بين المصطلحين، إذ ينبغي إطلاق مصطلح الحكم على الحالة التي يكون فيها منهيا للنزاع وفاصلا في نتيجتها، أما القرار فيمكن أن يكون مؤقتا أو احتياطيا، كما يمكن أن يكون تمهيديا.
ويقصد بالقرارات المؤقتة تلك التي تقضي باتخاذ إجراء احتياطي أو عاجل تستدعيه ظروف الدعوى أثناء السير فيها، ومثال ذلك منع المدين من السفر وإثبات الحالة.
فالقرارات الاحتياطية لا تفصل في أصل النزاع، وإنما تقتضيها العجلة التي لا تحتمل انتظار انتهاء المحاكمة وصدور الحكم النهائي الفاصل بنتيجة الدعوى، فمثل هذه القرارات تهدف إلى صيانة حقوق الأطراف أو أحدهم، عندما يخشى المس بها من طول أمد المحاكمة.
وعادة ما تكون القرارات المؤقتة لتلبية حاجة ملحة لأحد الخصوم لا تحتمل التأخير، كتقرير سلفة للدائن الذي يكون دينه غير قابل لنزاع جدي، فمثل هذه القرارات تمتاز بالتأقيت، بمعنى أنه يجوز للقاضي العدول عنها نهائيا أو تعديلها في حال تغيرت الظروف التي استدعت تقريرها.
مما سبق يتضح لنا الفرق الجوهري بين كل من الحكم والقرار القضائي، فالأول هو الذي يفصل بأصل النزاع دون الثاني، فمثلا لا يصح القول بأن القاضي حكم في دعوى ما بمنع المدين من السفر، لأن هذا الإجراء لا يعدو أن يكون قرارا مؤقتا هدفه توفير السبل الملائمة لحسن سير إجراءات المحاكمة، التي تهدف في النهاية إلى إصدار حكم نهائي في أساس الدعوى المنظورة، وبالتالي حسم النزاع. بتعبير آخر، فإن مثل هذا القرار لا يفصل في المسألة موضوع الدعوى وإنما اقتضته ظروف وملابسات النزاع التي لا يكون حسمها إلا بحكم منهي للخصومة.

وقد لجأ المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية إلى استعمال مصطلح «قرار» في معرض حديثه عن أحكام الطلبات المستعجلة، التي تتضمن اتخاذ إجراءات وقتية آنية، ما يفهم منه أن النظام القانوني في فلسطين يفرّق بين الحكم والقرار القضائي، على اعتبار أن الأخير لا يشكل مساسا بأصل الحق المدعى به، وأنه لا يعني سوى كونه إجراء مؤقت لا تتحدد قيمته إلا بعد الفصل في الدعوى الأصلية بحكم نهائي.
أما القرارات التمهيدية، فيقصد بها تلك التي تصدر قبل الفصل في أصل النزاع، وهي التي تتناول أحد تدابير التحقيق أو الإثبات، فغايتها التمهيد لحسم النزاع بحكم قضائي ولا شأن لها في حسمه مباشرة واستقلالا، فلا تغل يد المحكمة عن نظر النزاع، كما أن هذه القرارات لا تتمتع بحجية القضية المقضية، فضلاً عن أنها تقبل الطعن على وجه الاستقلال قبل صدور الحكم النهائي، ومن أمثلتها، قرار المحكمة سماع الشهود أو ندب خبير أو استجواب الخصوم...الخ.
لكن وعلى الرغم مما سبق ذكره، إلا أن القضاء الفلسطيني متردد بين استعمال المصطلحين، فأحيانا يطلق تسمية «حكم» وفي أحيان أخرى يستعمل مصطلح «قرار» على الحالات التي يكون فيها الحكم منهيا للنزاع، وبالتالي يبقى البون الشاسع قائما بين ما يذهب إليه الفقه من ضرورة التفريق بين المصطلحين، وبين ممارسة القضاء التي لا تعير اهتماما بالنسبة لهذه التفرقة.

المطلب الثاني: تحليل الحكم القضائي من حيث الشكل والموضوع

من المقرر أن الأحكام القضائية تصدر في **شكل** معين ينبغي توافره فيها، وقد أوضحت القوانين ذات الصلة (أصول المحاكمات المدنية والتجارية، قانون الإجراءات الجزائية) ما يجب مراعاته من أحكام في هذا الصدد. لكن قد يَشكُل على البعض تحديد الأسس التي يقوم عليها هيكل الحكم القضائي أو عناصره، من هنا يكون من الضروري إجراء عملية تحليل لشكل هذا الحكم بغية التوصل إلى معرفة الحدود الفاصلة بين العنصر والآخر وحجم الإطار الذي يتعين رسم كل عنصر فيه. فمثلا ديباجة الحكم يستدل عليها من مجمل الحكم من خلال معيارين رئيسين، الأول هو أن الديباجة تمثل صدر أو مقدمة الحكم، والثاني يتعلق بمحتوياتها حيث أنها تشتمل على البيانات التي تستلزمها القوانين سالفة الذكر. وبعدها يتم الانتقال إلى العنصر الثاني وهو الوقائع، إذ تقوم المحكمة بعرض تسلسلي لمجريات أحداث النزاع، وبخصوص التسبيب؛ أي إيراد العناصر القانونية للنزاع، فإنه عادة ما يختلط بالوقائع؛ أي العناصر الواقعية والموضوعية للنزاع، لذا ولغاية التمييز بينهما تلجأ المحاكم عادة إلى عرض الوقائع أولا ثم تنتقل إلى تأويل وتفسير العناصر القانونية بهدف تحديد النصوص والقواعد القانونية التي يتعين تطبيقها وإسقاط حكمها على الوقائع. ويمكن لنا إسدال الستار عن هذا الخلط من خلال القول بأن عبارة «بالمداولة والتدقيق» تنصرف إلى الوقائع، وأن عبارة «في القانون» أو ما شابهها من عبارات تشير إلى العناصر القانونية للنزاع. أما بخصوص منطوق الحكم أو ما يطلق عليه بالفقرة الحكمية، فإنه يمكن تحديده وفصله عن عنصر التسبيب من خلال عبارة «فلهذه الأسباب» التي تسطرها المحكمة في حكمها، حيث يعبر ما يليها عن المنطوق وهو الحل الذي ينهي النزاع.

ومن **ناحية الموضوع**، هناك أسس منهجية لعمل القاضي تتيح له التوصل إلى حسم النزاع بحكم نهائي، إن هو طبّق القانون بشكل صحيح انطلاقا من وقائع النزاع المعروض أمامه.

وقبل الشروع في عملية تحليل موضوعي لحكم القاضي، ينبغي أن يكون هناك افتراض مؤداه أن القاضي يستند في حكمه إلى وعي وإدراك بموضوع وطبيعة النزاع المعروض عليه وبآليات عمله، وأنه كذلك يفصل بهذا النزاع وفق ما يمليه صحيح القانون، بمعنى آخر، ينبغي أن يكون هذا الافتراض هو المنطلق والمحدد لتحليل المنحى أو المذهب الذي تبناه القاضي في حكمه.

وإذا تمت مراعاة ما سبق فإنه يصار بعد ذلك إلى البدء بالتحليل الموضوعي والمنهج للإجراءات التي سلكها القاضي والتي فصل بالدعوى على ضوئها، ولعل البداية تنطلق من المقابلة بين وقائع النزاع ونصوص أو قواعد القانون المحددة لعناصر المركز القانوني المجهول -إلى هذه اللحظة- والمطلوب الكشف عنه، فالوقائع هي التي تكشف للقاضي ما إذا كانت عناصر المركز القانوني -كما حددتها القاعدة أو القواعد القانونية- متوافرة أم لا. وإذا كان من المفترض في القاضي علمه بالقانون، إلا أن قواعد القانون متعددة وتتناول بالتنظيم ظواهر اجتماعية عديدة، لذلك يتعين على القاضي أولا أن يحدد من بين هذه القواعد تلك التي تحكم موضوع النزاع، وهذا الأخير لا يتحدد إلا على ضوء عناصره الواقعية.

والتحليل السليم لموضوع الحكم القضائي لا يكون إلا من خلال تتبع الخطوات التي ينبغي على القاضي سلوكها حتى يتوصل إلى الحكم النهائي الذي يعطي حلا قانونيا للنزاع، وبالتالي مقارنة ما بدر من خطوات قضائية من قبل القاضي الذي ينظر النزاع مع ما يجب أن يكون من خطوات وإجراءات حسبما يمليه صحيح القانون.

ويمكن تلخيص هذه الخطوات بالآتي:

- دراسة العناصر الواقعية للنزاع، الأمر الذي يحدد للقاضي -ولو بشكل مبدئي- موضوع النزاع وأطرافه وأسبابه.
- دراسة طلبات الخصوم؛ للتعرف على الآثار القانونية للطلبات المدعى بها على الأقل في نظر الخصوم.
- تكييف عناصر النزاع الواقعية توصلا لمنحها الوصف القانوني الصحيح، وبالتالي إسقاط أحكام هذا الوصف عليها، والعبرة في ذلك للجوهر والمعاني لا للألفاظ والمباني؛ أي لا عبرة لما يطلقه الخصوم من مسميات وأوصاف على النزاع، وإنما يكون التعويل على حقيقة الفروض التي تتضمنها القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها لحسم النزاع.
- اتخاذ القاضي موقفا بعد تحديد العناصر الواقعية للنزاع يقضي بقبولها أو ردها.
- تقييم مدى توافر عناصر المركز القانوني وذلك بعد الفراغ من حصرها، ويخلص من ذلك إما إلى ثبوت المركز القانوني المدعى به فيصدر حكمه بترتيب الأثر المطلوب، وإما إلى نفي هذا المركز فيصدر حكمه برفض ترتيب الأثر المطلوب.

بالتدقيق فيما سبق يتضح لنا أن جوهر عمل القاضي يتمثل في إجراء قياس منطقي بين مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع والعناصر الواقعية لهذا النزاع، فهذا القياس يفضي إلى نتيجة محددة هي الحكم؛ أي وجه الفصل في النزاع على النحو الذي تتم صياغته في المنطوق أو الفقرة الحكمية.

المطلب الثالث: المبدأ القانوني والمبدأ القضائي

يشير الواقع العملي لدى الفقه والقضاء إلى الخلط بين المبدأ القانوني والمبدأ القضائي، حيث يطلقون تسمية أي منهما على الآخر على اعتبار أنهما يحملان ذات الدلالة والمضمون، بل إن غالبية الفقه والقضاء يذهبون إلى إطلاق تسمية «المبادئ القانونية» على ما تقرره المحاكم في بعض المسائل التي تعرض عليها، فالفقهاء والباحثون يطلقون على مؤلفاتهم حول الأحكام القضائية التي يجمعونها باسم المبادئ القانونية لمحكمة كذا في موضوع كذا، وكأن هذه التسمية من المسلمات بالنسبة لهم، فلا يولون اهتماما خاصا لمسألة التفريق بين الاصطلاحين.

ورغم هذا الموقف الفقهي والقضائي إلا أننا نرى أن حقيقة الحال ليست بهذه السهولة، وأن الأمر بحاجة إلى بحث وتحليل علمي قبل القول بالأخذ بأي من الاصطلاحين دون الآخر، أو بأنهما مترادفان ما يتضمنه أحدهما ينطبق على الثاني وبالتالي ليس هناك داعٍ للتفريق بينهما.

فكلمة مبدأ تعني الشيء الثابت والراسخ؛ أي يشترط للقول بأن هناك مبادئ أن تتمتع الأحكام بالثبات والاستقرار ردحا من الزمن وأن تتواتر المحاكم على الأخذ بها مدة زمنية طويلة نسبيا، ولا مشكلة في هذه الناحية من الموضوع؛ إذ أن كلمة «مبدأ» مشتركة بين الاصطلاحين، لكن الإشكال يكمن في تحديد المصطلح الأكثر دقة فيما إذا كان مبدأً قانونيا أم مبدأ قضائيا؟

من المعلوم أن وظيفة المشرع هي وضع قواعد قانونية عامة ومجردة قابلة للانطباق على جميع الحالات التي وضعت لأجلها، فهذه القواعد يطلق عليها كذلك تعبير أحكام أو مبادئ قانونية؛ كونها تتمتع بالثبات -ولو النسبي- ومصدرها القانون، ومثال ذلك النص القانوني: «كل من سبب ضررا بالغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»، فهذا النص يقرر مبدأً قانونيا يقضي بوجوب التعويض عن الإضرار بالغير، أو بتعبير آخر فإن المبدأ هو أن مناط أو أساس المسؤولية عن الفعل الضار هو الضرر، فإذا جاءت المحكمة وقالت بأن الضرر هو أساس المسؤولية التقصيرية فإنه لا يمكن لنا أن

نقول بأن ما قالت به المحكمة هو مبدأ قضائي بل علينا إطلاق مصطلح مبدأ قانوني؛ لأن المحكمة لم تضف شيئا، بمعنى آخر فهي لم تبتدع أو تنشئ قاعدة جديدة بل كشفت عن قاعدة وحقيقة قائمة بالفعل. أما إذا عرض عليها نزاع ما أو مسألة معينة في نزاع ولم يوجد بشأنه نص أو حكم قانوني خاص، أو تطرقت هذه المحكمة لتفسير نص قانوني معين، فاجتهدت إزاءه وقررت قاعدة جديدة واستقرت فيما بعد وتواتر القضاء على الأخذ بها، فإنه عندها يمكننا القول بأن ما جاءت به المحكمة هو مبدأ قضائي وليس مبدأ قانوني؛ لأن محاكم الأساس (الموضوع) تفصل في العناصر الواقعية للنزاع؛ أي تنظر النزاع من حيث الموضوع وليس القانون، فكل ما تبتدعه من قواعد في هذا الجانب من النزاع تكون تسميتها مبادئ قضائية وليست قانونية إذا ما توافرت فيها شروط المبادئ بوجه عام.

وبخصوص محكمة النقض (التمييز) وبالنظر إلى صلاحيتها ووظيفتها فإن ما تقرره يكون مبادئ قانونية وليست قضائية من حيث الأصل، فهي تراقب صحة تطبيق وتفسير القانون على الوقائع، وبالتالي فإن ما تقوله يظل متمتعا بالطابع القانوني، أما إذا تصدت لموضوع النزاع في الحالات التي يجوز لها ذلك فإن عملها لا يكون مختلفا في جوهره عن عمل محاكم الموضوع، وبالتالي ما قيل أعلاه بشأن هذه الأخيرة ينطبق على محكمة النقض بطبيعة الحال.

نخلص مما سبق إلى القول، بأن إطلاق تسمية مبدأ قانوني أو مبدأ قضائي على أحكام المحاكم يحكمه اعتباران، فإذا كان الحكم كاشفا ومؤكدا على مبدأ قانوني مألوف ومتعارف عليه في القانون، فإننا نرى استعمال تسمية «مبدأ قانوني». أما إذا كان الحكم منشئا ومبتكرا لقاعدة جديدة فيها إضافة معينة لم تكن مقررة في التشريعات، فإننا نرى أن ما أتت به المحكمة هو مبدأ قضائي.

المطلب الرابع: تحديد المسألة القانونية التي بحثها القاضي، والتعليل الذي توصل من خلاله للحكم

يهدف الخصوم من رفع النزاع إلى القضاء الحصول على نتيجة محددة، يتم على ضوئها تحديد المسألة المتنازع عليها والتي تمثل موضوع الدعوى، وبالتالي يمكن القول بأن محل أو موضوع النزاع يتعين من خلال مطالب الأطراف.

وبغية تحديد المطالب بشكل دقيق وسليم فإنه لا بد من اللجوء إلى إعمال منهجية حل النزاع القانوني، والتي من مسلماتها ومبادئها وأصولها المألوفة حقيقة شمول القاعدة القانونية على جزئين: فرضيات عامة وحكم يُقرر لهذه الفرضيات، وأن هذا الحكم يجب أن يقرر لكل حالة تتضمنها الفرضيات العامة، وهذا يستتبع نتيجة واحدة فيما يتصل بالمطالب التي يجوز التقدم بها إلى المحكمة بصورة صحيحة، وهي تلك التي يتضمنها الحكم المقرر في القاعدة القانونية؛ بمعنى أن المطالب ينبغي أن تكون منطبقة على الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية.

قد يخطئ أحد الخصوم في الوصف أو التكييف الذي يعطيه لمطالبه، أو يعرض هذه المطالب بشكل غامض وغير واضح، وعندئذٍ يكون للمحكمة التدخل وتقرير الوصف الصحيح الذي يستلزمه تطبيق الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية ذات الصِلة.

فعلى سبيل المثال، إذا ادعى أحد أطراف النزاع أن عقدا أُبرم بينه وبين الطرف الآخر، وطلب بالنتيجة إلزام الأخير بإعادة المبالغ التي دفعها له وبالعطل والضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ الخصم أحكام العقد، فإن الوصف الصحيح لطلب المدعي هو «فسخ العقد»، لأن كافة المطالب التي يتقدم بها هي آثار قانونية للفسخ، فإذا ذهبت المحكمة بأن للمدعي الحق في فسخ العقد، فلا تكون

حكمت بغير المطلوب. أما إذا أدلى المدعي بعناصر واقعية معينة وتذرع بحل العقد بأثر رجعي، وطلب إلغاء العقد، فإن هذا الوصف لا يغل يد عن المحكمة عن إعطاء الوصف الصحيح له متى كان المقصود منه الفسخ وليس الإبطال.

وكل ذلك يتضح من خلال **التعليل** الذي تضعه المحكمة لتأييد الحل الذي توصلت إليه في الفقرة الحكمية -المنطوق والتسبيب-. والتعليل هو الجزء الأول من الحكم الذي تبين فيه المحكمة الأسباب والحجج الواقعية والقانونية التي أدت بها إلى الحل الذي قررته للنزاع في الفقرة الحكمية. ويبدأ بعرض المحكمة لعناصر النزاع الواقعية والقانونية ومراحله القضائية ولوسائل الإثبات المعروضة والقواعد القانونية التي يطلب الخصوم حسم النزاع على هديها، وتقوم المحكمة باستخلاص النتائج من العناصر الواقعية لتنطلق بعدها إلى استخراج النتائج القانونية منها على ضوء القواعد القانونية الواجب تطبيقها، وضمن حدود ما تقدم به الخصوم من مطالب. وفي النهاية لا بد للتعليل من إيجاد حلول لجميع المسائل المطروحة مع إيراد الأسباب الملائمة لذلك، وكذلك إثبات توافر عناصر النزاع الواقعية المفروض توفرها لإعمال الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية.

المبحث الثاني: عملية إنشاء الحكم القضائي الفلسطيني

يهدف الخصوم من إتباع إجراءات التقاضي أمام المحاكم الحصول على حكم قضائي ينهي الخصومة أو النزاع، وقد وضعت قوانين المرافعات أو أصول المحاكمات في البلدان كافة قواعد عامة منظمة لموضوع وشكل الحكم القضائي، وقبل وصول القاضي إلى لحظة تقرير الحكم، رسمت هذه القوانين إجراءات إصدار الأحكام، من اختتام المحاكمة والمداولة وغيرهما، إلا أننا في هذا المقام لسنا بصدد التعرض لهذه الاجراءات، وسنكتفي بتناول أساليب تحرير وإنشاء الحكم القضائي.

وحتى يتسم الحكم بالسلامة والصحة لا بد أن يصاغ في الشكل أو القالب القانوني الصحيح، كما ينبغي أن تراعى عند كتابته العناصر المكونة لهذا الشكل كافة، وكذلك بيان الأسباب التي بني عليها ومنطوقه وفق الأصول القانونية المقررة.

وفيما يتصل بمقولة أن هناك أساليب لتحرير الأحكام القضائية، فإننا نرى أن ذلك يكتنفه الغموض حينا وعدم الدقة أحيانا أخرى، فالحقيقة ليس هناك أساليب وأشكال متعددة تتبع في تحرير الأحكام القضائية، وإنما هناك أسلوب واحد، وهو الذي يتفق مع ما هو مقرر في القانون. أما إذا نظرنا للمسألة من منطلق طبيعة ونوع النزاع المنظور أمام المحكمة، فيما إذا كان نزاعا مدنيا أم جزائيا، فعندئذٍ يمكن القول بتعدد أساليب إنشاء الحكم أو القرار القضائي.

وعليه، سنقوم بدراسة عملية إنشاء الحكم القضائي في النظام القانوني الفلسطيني، في الأحكام المدنية والجزائية على حد سواء، كما لا بد من التعرض لهذه العملية في كل من النظام القانوني الأردني والمصري؛ لأهمية ذلك في التعرف على النمط المتبع في إنشاء الحكم القضائي في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة. وتوضيحا لما تقدم فإننا سنتولى معالجة هذا الموضوع من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مسودة الحكم القضائي ونسخته الأصلية.

المطلب الثاني: تلاوة منطوق الحكم القضائي.

المطلب الثالث: لغة الحكم والسلطة التي يصدر باسمها.

المطلب الرابع: عناصر الحكم القضائي.

المطلب الخامس: تصحيح الأخطاء المادية في الحكم وتفسيره.

المطلب الأول: مسودة الحكم القضائي ونسخته الأصلية

يقصد بمسودة الحكم الورقة التي توقع من قبل هيئة المحكمة كخلاصة لما توصلت إليه بعد التدقيق والمداولة، وتحفظ هذه الورقة في ملف الدعوى، لتنطق المحكمة بما تتضمنه. وتشتمل على منطوق الحكم وأسبابه وتوقيع هيئة المحكمة.

ولم ينص المشرع في كل من الأردن وفلسطين على مدة يتعين على المحكمة خلالها انجاز نسخة الحكم الأصلية بعد الانتهاء من عمل المسودة، هذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات والذي حدد مددا لتسجيل هذا الحكم، بحيث جعلها ٢٤ ساعة في الدعاوى المستعجلة وثلاثة أيام في الدعاوى الخاضعة لاختصاص محكمة الصلح وسبعة أيام في الدعاوى الأخرى. ومهما يكن من أمر، فإنه يبقى من اللازم على المحكمة تحرير نسخة الحكم الأصلية خلال مدة تسمح للخصوم بتقدير مواقفهم ومراكزهم القانونية لممارسة حقهم بالطعن فيه.

وقد حددت التشريعات المقارنة البيانات التي ينبغي توافرها في مسودة الحكم بشكل عام ومجمل، ويمكن تلخيص هذه البيانات في الآتي: أسباب الحكم، منطوقه، توقيع القاضي أو القضاة الذين أصدروا الحكم وتاريخ إيداع المسودة، ويكون من حق الخصوم الاطلاع على هذه المسودة دون حق الحصول على صور منها إلا بعد إتمام نسخة الحكم الأصلية، ومؤدى ذلك أنه لا يشترط تضمين مسودة الحكم البيانات الكاملة التي يتعين وجودها في نسخة الحكم الأصلية.

وإذا خلت المسودة من البيانات المذكورة أعلاه انعدمت قيمتها القانونية وأصبحت ورقة عادية غير ذات معنى. وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية عندما قضت بأن: «توقيع مسودة الحكم من القاضي المترئس وحده دون توقيعه من كامل الهيئة الحاكمة والنطق به بعد ذلك يؤدي إلى أن تنعدم صفته كحكم ولا يترتب عليه أي أثر».

وعادة ما يتم تحرير مسودة الحكم بخط اليد، وقد تحتوي على شطب أو تحشير أو إضافات، ولا غرو في ذلك، فهي لا تعدو أن تكون مجرد مسودة.

ساوت بعض القوانين بين مسودة الحكم ونسخته الأصلية من حيث ذاتية البيانات وتطابقها، ومنها قانون المرافعات المدنية الليبي، في المادة (١/٢٧٤) منه، والتي اشترطت لتوقيع الحكم النهائي مطابقة بياناته للمسودة.

إلا أن النظام القانوني الفلسطيني -كما أشرنا سابقا- لا يشترط هذه المطابقة، ويكتفي بإيراد أسباب الحكم ومنطوقه والتوقيع دون أية إضافة، شأنه في ذلك شأن كل من المشرعين الأردني والمصري.

أما **نسخة الحكم الأصلية** فيقصد أصل ورقة الحكم الذي تؤخذ عنها الصور، فهي ليست مجرد نسخة للحكم ولا صورة منه. ويجب أن تشتمل هذه النسخة على جميع بيانات وعناصر الحكم التي حددتها قوانين أصول المحاكمات، والتي سنرد على ذكرها لاحقا.

المطلب الثاني: تلاوة منطوق الحكم القضائي

تقضي القاعدة العامة أن النطق بالحكم يأتي بعد إعلان ختام المحاكمة في جلسة علنية، بحيث يتم النطق بما اشتملت عليه مسودة الحكم؛ أي أسباب الحكم ومنطوقه. إلا أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني خيَّر القاضي بين تلاوة منطوق الحكم أو تلاوة منطوقه مع الأسباب التي بني عليها.

الأصل أن يحضر جلسة النطق بالحكم جميع القضاة الذين اشتركوا في المداولة، إلا أنه وفي حالة تغيب بعضهم فيجوز تلاوته من قبل هيئة أخرى شريطة أن تكون مسودة الحكم موقعة من قبل

هيئة المداولة وعلى أن يثبت ذلك في محضر الجلسة.
أما إذا كان الحكم جزائيا، فتتم تلاوته علنا بحضور وكيل النيابة العامة والمتهم، ويقوم رئيس الهيئة الحاكمة بإفهام المحكوم عليه بحقه في استئناف الحكم خلال المدة المقررة قانونا، كما يجب أن يكون الحكم المنطوق به موقعا ومؤرخا وأن يصدر بالإجماع أو الأكثرية.

المطلب الثالث: لغة الحكم القضائي والسلطة التي يصدر باسمها

تحرر الأحكام القضائية في البلدان المختلفة باللغة الرسمية المعتمدة فيها، وفق ما تحدده دساتيرها. وتحرر في فلسطين باللغة العربية، إذ أن لغة التقاضي هي اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية في البلاد، كما قضت بذلك المادة (٤) من القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣.
وبالتالي، إذا اقتضت المحاكمة تقديم بينات أو مستندات بلغة أجنبية فإنه يتعين ترجمتها إلى اللغة العربية.
وتصدر الأحكام في فلسطين وتعلن وتنفّذ باسم الشعب العربي الفلسطيني، نزولا عند حكم المادة (٩٧) من القانون الأساسي المعدل. هذا على خلاف الحال في معظم الدول العربية التي تصدر الأحكام فيها باسم رئيس البلاد.

ويثور تساؤل هنا حول قيمة الحكم القضائي في حال عدم صدوره باسم السلطة التي تحددها دساتير الدول؟

يذهب جانب من الفقه في إجابته على هذا التساؤل بالقول: إذا لم يصدر الحكم باسم السلطة العليا في البلاد يفقد شكله كحكم، بمعنى أنه يخلو من أية قيمة قانونية، ويصبح غير قابل للتنفيذ الجبري. لكن عرض الأمر على محكمة التمييز الأردنية باعتباره عيبا جوهريا في الحكم، لمخالفته نص المادة (٢٧) من الدستور التي تقضي بأن تصدر الأحكام القضائية باسم الملك، إلا أن المحكمة لم تقر الطاعن بوجود عيب جوهري، واعتبرت أن تضمين الحكم العبارة المنصوص عليها في هذه المادة يعتبر عملا ماديا كاشفا عن أمر مفترض، وهو صدور الحكم باسم الملك، ما دام أن القضاة الذين اشتركوا في إصداره معينون وفق الأصول القانونية المرعية.
ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهبت إليه محكمة التمييز في هذا الشأن، ونرى أن غياب هذا البيان في الحكم لا يجعله معيبا، ولا يمس بقيمته القانونية؛ لأن السهو عن تدوينه بالحكم لا يعني إنكاره، وبالتالي فإن النص الدستوري لا يمس ويبقى حكمه قائما حكماً. أما إذا صدر الحكم باسم سلطة غير التي حددها الدستور -كأن يصدر باسم قاضي القضاة مثلا- فإنه عندها يمكن القول بانعدام قيمته كحكم قضائي، واعتباره كأن لم يكن؛ لمخالفته الصريحة للمقتضى الدستوري.

المطلب الرابع: عناصر الحكم القضائي

ليس لجميع الأحكام القضائية شكل موحد، ذلك أن القوانين جاءت خلواً من النص على شكلٍ موحدٍ للحكم القضائي، إلا أن هناك عناصر للحكم القضائي لابد من توافرها في كل حكم، وهذهً العناصر هي:

١. الديباجة: تشكل الديباجة عنصراً مهماً من عناصر الحكم القضائي، فهذا الجزء من الحكم يحتوي على معلومات شكلية هامة، ففي الحكم القضائي الفلسطيني لابد أن يعنون (يروّس) كل حكم بعبارة(السلطة الوطنية الفلسطينية) وعبارة (مجلس القضاء الأعلى)، ثم يذكر اسم

المحكمة مصدرة الحكم موضوع النزاع، واسم الهيئة الحاكمة أو اسم القاضي الفرد الذي تنظر أو ينظر النزاع. كما تحتوي ديباجة الحكم على أسماء الخصوم، مكان إقامتهم، أسماء وكلائهم ومكان إقامتهم. وفي الأحكام التي تصدر عن محاكم الاستئناف، يذكر فيها اسم محكمة الدرجة الأولى مصدرة الحكم، رقم الدعوى، تاريخ الفصل فيها وملخص القرار المطعون فيه. وكذلك بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، يذكر في ديباجة الحكم رقم الاستئناف، محكمة الاستئناف مصدرة الحكم، سواء كانت محكمة الاستئناف أو محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، رقم الاستئناف، تاريخ الفصل فيه وملخص الحكم المطعون فيه.

٢. الوقائع: هي ما تسرده المحكمة من حقائق وملابسات للنزاع الذي تنظر فيه، وهي ادلاءات كل خصم من الخصوم ودفوعه ودفاعه الجوهري وحججه التي يستند إليها في تعزيز مطالبه، والتي يحاول من خلالها إقناع المحكمة برأيه، والتي عادة ما تكون على شكل نقاط يسرد فيها الخصم ما توصل إليه من نتائج واقعية وقانونية، بالإضافة لرأي النيابة إن وجد.

٣. التسبيب أو التعليل: وهو الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بنت المحكمة على أساسها منطوق الحكم، وعادة ما يطلق عليها لفظ (الحيثيات)، فهي التي تقود إلى النتيجة. وهذا التسبيب يختلف في الأحكام الصادرة عن محكمة النقض عنه في الأحكام الصادرة عن محاكم أول وثاني درجة، ذلك أن وظيفة محكمة النقض محصورة في مراقبة صحة تطبيق القانون، بينما تناقش محاكم الدرجة الأولى والثانية القانون والواقع. وهناك استثناء في الأحكام الجزائية حيث تصبح محكمة النقض فيها محكمة موضوع بعد النقض الثاني، استناداً للمادة (٣٧٤) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي تنص على أنه: «إذا طعن في الحكم الصادر بعد النقض الأول تنظر محكمة النقض في موضوع الدعوى».

٤. منطوق الحكم: هو الجزء الفاصل في الخصومة، والذي تكشف فيه المحكمة عن المراكز القانونية للخصوم، وتعطي فيه المحكمة الحل للنزاع المعروض عليها، وفي الحكم الجزائي هو تقرير ما ارتأته المحكمة من وصفٍ للحادثة المعروضة عليها، وما يترتب على هذا الوصف من جزاء.

٥. الخاتمة: وتشتمل على معلومات مهمة قد يترتب البطلان على إغفالها، مثل صدور الحكم باسم الشعب الفلسطيني، وكذلك كيفية صدور الحكم وتاريخ صدوره، الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، حق الخصوم في الطعن بالحكم وتوقيع القضاة الذين أصدروا الحكم، إذ تعتبر هذه المعلومات هامة لغايات الطعن بالحكم وحساب المدد وكيفية حسابها.

المطلب الخامس: تصحيح الأخطاء المادية في الحكم القضائي وتفسيره

قد يعتري الحكم القضائي خطأ مادي؛ كالخطأ في الكتابة أو الحساب، مثل الخطأ في كتابة اسم أحد الخصوم أو القضاة الذين اشتركوا في المداولة وإصدار الحكم، أو الخطأ في عملية الجمع عند حساب المبالغ المالية المستحقة أو الفوائد. فهل يمكن تدارك ذلك؟ وما هو السبيل الذي ينبغي سلوكه في هذا الصدد؟ أجابت على هذا التساؤل المادة (١٨٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، والمادة (٢٨٣) من قانون الإجراءات الجزائية. حيث تتولى المحكمة التي أصدرت الحكم تصحيحه من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم دون مرافعة، على أن يوقع على التصحيح كل من رئيس الجلسة وكاتبها، مع الإشارة إلى أنه لا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم الذي يعتريه الخطأ إصلاح أي صورة من صور الخطأ الأخرى الكامنة في الحكم، غير الخطأ

المادي، كالخطأ في تطبيق القانون على الوقائع، أو في استخلاص الوقائع وتقديرها إلى غير ذلك. والسبيل الوحيد لمعالجة مثل هذه الأخطاء هو سلوك طرق الطعن المقررة للأحكام فحسب.
ومن المقرر أنه لا سبيل لتصحيح الخطأ المادي إلا بهذا الأسلوب، فلا يجوز الطعن في الحكم الذي يشوبه خطأ مادي بوسائل الطعن المألوفة لمجرد تصحيحه ماديا، إذ أن الخطأ المادي لا يصلح بذاته سببا للطعن. لكن إذا تم الطعن بالحكم لسبب آخر غير الخطأ المادي، فإن المحكمة التي أصدرته تفقد الحق في تصحيحه، ويصبح ذلك من اختصاص المحكمة التي تنظر الطعن. ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح بطرق الطعن التي يقبلها الحكم موضوع التصحيح. أما القرار الصادر برفض التصحيح، فلا يجوز الطعن فيه على استقلال.

أما تفسير الحكم القضائي؛ فيقصد به توضيح الغموض أو اللبس الذي قد يكتنف ذلك الحكم، وقد أجازت المادة (١٨٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني للخصوم التقدم بطلب إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، كما اعتبرت القرار الصادر بالتفسير متمما للحكم الذي يفسره من كل الوجوه، ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية.
وحتى يقبل طلب التفسير لا بد أن يكون هناك غموض وإبهام في الحكم المطلوب تفسيره، وأن تكون هناك مصلحة لطالب التفسير، كما يجب أن يقتصر على توضيح الغموض الوارد في منطوق الحكم دون إدخال أية تعديلات عليه. ومن ناحية أخرى لا يحق للمحكمة إجراء أي تعديل على حكمها بحجة التفسير.
بقي أن نشير إلى أن القانون لم يحدد مهلة زمنية معينة لتقديم طلب التفسير إلى المحكمة، ما يعني جواز تقديمه في أي وقت يراه الخصوم. ويقدم طلب التفسير هذا وفق الإجراءات والأصول المقررة لإقامة الدعوى.

استجواب المتهم وسماع الشهود في الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)

أحمد براك
رئيس نيابة أريحا

تمهيد وتقسيم

سوف نتناول البحث في موضوعي استجواب المتهم وسماع الشهود في الدعوى الجزائية بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني وغيره من القوانين، وخاصة العربية موضحين إشكالية بعض النصوص في التطبيق العملي، وعليه بمشية الله سوف نقسم هذه الدراسة إلى فصلين تاليين:

الفصل الأول: استجواب المتهم.

الفصل الثاني: سماع الشهود.

الفصل الأول
استجواب المتهم

تمهيد وتقسيم:

سنتناول بمشية الله في هذا الفصل بحث ماهية الاستجواب، والطبيعة القانونية للاستجواب، ومفهوم الاستجواب من حيث الشكل والضمانات، وبخلاف الاستجواب، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول
ماهية الاستجواب Interrogation

١) مفهوم الاستجواب:

لقد انفرد القانون الفلسطيني من بين القوانين العربية[١] بتعريف الاستجواب في المادة ٩٤ بالقول «الاستجواب هو مناقشة المتهم بصورة تفصيلية بشأن الأفعال المنسوبة إليه ومواجهته بالاستفسارات والأسئلة والشبهات عن التهمة ومطالبته بالإجابة عليها». فهو إجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يتثبت المحق قمن شخصية المتهم ويناقشه في التهمة المنسوبة إليه على وجه مفصل في الأدلة القائمة في الدعوى إثباتاً ونفياً[٢]. فلا يتحقق الاستجواب بمجرد سؤال المتهم عما هو منسوب إليه أو إحاطته علماً بنتائج التحقيق إذا لم يتضمن ذلك مناقشته تفصيلياً في الأدلة المسندة إليه[٣]. وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه «مجابهة المتهم بالأدلة المختلفة قبله ومناقشته مناقشة تفصيلية كي يفندها إن كان منكراً للتهمة أو معترفاً بها إذا شاء الاعتراف[٤]. وعرفته كذلك بأنه مناقشة المتهم تفصيلية في أمور التهمة وظروفها، ومجابهته بما قام عليه من الأدلة ومناقشته في أجوبته مناقشة يُراد بها استخلاص الحقيقة التي يكون كاتماً لها[٥].

٢) التمييز بين الاستجواب وسؤال المتهم (الحضور لأوّل مرّة):

ومن أجل ذلك يختلف الاستجواب عن سؤال المتهم في محضر جمع الاستدلالات بمعرفة مأمور الضبط فالإجراء الذي يقوم به مأمور الضبط هو مجرد سماع أقوال المتهم بالنسبة للتهمة

---

(١) لم يعرف معظم القوانين الإجرائية -ومن بينها قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ وقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١- الاستجواب. وأما من بين القوانين الحديثة التي عرفت الاستجواب قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤، حيث نصت المادة ١٧٧ على ذلك في قولها «يقصد بالاستجواب علاوة على توجيه التهمة إلى المتهم مواجهته بالدلائل والأدلة القائمة على نسبة التهمة إليه ومناقشته فيها تفصيلاً. ويجب على المحقق أن يكفل للمتهم حقوق الدفاع كاملة وعلى الأخص حقه في تنفيذ ومناقشة الأدلة القائمة ضده. وللمتهم في كل وقت أن يبدي ما لديه من دفاع أو يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق وتثبيت جميع أقواله وطلباته في المحضر. انظر الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٤٧٥.

(٢) أستاذنا الدكتور/ مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات النائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، الجزء الأول، الطبعة الثانية، طبعة خاصة بالسادة أعضاء نادي القضاة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٢٦.

(٣) انظر الدكتور/ محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة ١٩٦٨، ص ٦٦؛ الأستاذ/ فهد إبراهيم السبهان: استجواب المتهم، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، سنة ١٩٩٥؛ المستشار/ عدلي خليل: استجواب المتهم فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩.

(٤) نقض ٢٥ يناير ١٩٣١، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ٦٨، ص ٢٢٢.

(٥) انظر نقض ٢١ يونيه ١٩٦٦، س ١٧، رقم ١٦٢، ص ٦٨٢.
نقض ١١ ديسمبر، س ٢٣، رقم ٣٠٨، ص ١٣٦٨.
نقض ٦ إبريل ١٩٨٢، س ٣٣، رقم ٩٠، ص ٤٤١.
نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٨٢، س ٣٣، رقم ٢١٣، ص ١٠٣٨.
نقض ١٨ يناير ١٩٨٣، س ٣٤، رقم ١٨، ص ١٠٧.
نقض ٢٣ مارس ١٩٨٤، س ٣٤، رقم ٨٨، ص ٤٣٢.
نقض ١٤ مارس ١٩٨٥، س ٣٦، رقم ٦٩، ص ٤٠٣.
نقض ٣ مارس ١٩٩٠، س ٤١، رقم ١١٩، ص ٦٨٩.

المنسوبة إليه دون تفصيل ودون تحقيق لدفاعه. ولذلك فإن المشرّع لم يحط سماع الأقوال بمحضر جمع الاستدلالات بذات الضمانات التي أحاط بها الاستجواب كإجراء تحقيق تقوم به سلطة التحقيق.

وسؤال المتهم عن التهمة كما تملكه الضابطة العدلية على مقتضى المادة ١٠٠/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمادة ٢٧ من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ فلسطيني والمادة ٣١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠، يملكه عضو النيابة على مقتضى نص المادة ٦٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمادة ١/٩٦ من القانون الفلسطيني والمادة ١٢٣ من قانون الإجراءات المصري، وسبب اختصاص كل من النيابة العامة والضابطة العدلية في توجيه السؤال إلى المتهم عن التهمة لأنه من إجراءات الاستدلال لا التحقيق شأنه في ذلك شأن الإجراءات الأخرى التي تقوم بها الضابطة العدلية دون تحليف اليمين[٦]. فإذا مثل المتهم أمام المحقق تعين عليه أن يسأله عن اسمه ويثبت شخصيته، ويجب بقدر الإمكان أن يكون الاسم أيضاً دفعاً لأي لبس وقد تعرض الصورة التي يرفض فيها المتهم الإدلاء باسمه وحينئذٍ إن كان من بين الأوراق ما يكشف عن الاسم فإنه يواجهه وتثبت إجابته أو امتناعه. لا يمنع هذا من السير في الإجراءات اكتفاءً بما يرد في المحضر عن شخصية المتهم بالوصف والمميزات التي يحددها على من تعرض له على أن المتهم قد يذكر اسماً غير اسمه الحقيقي وحينئذٍ قد يكون اسماً وهميّاً أو اسماً لشخص آخر. ففي الحالة الأولى -الاسم الوهمي- أن يسير في التحقيق حيث لا يشكل الفعل جريمة تأسيساً على أن حق المتهم في الدفاع يجيز له إخفاء شخصته بطل سبيل. أما حين يوجد احتمال تشكيل الأمر لجريمة تزوير -كما في الصورة الثانية- فإن على المحقق أن يفرد محضراً خاصّاً بهذه الواقعة حتى لا يضيع تسلسل التحقيق بالنسبة للواقعة الأصلية[٧]. وإثبات شخصية المتهم تتضمن أمرين، الأول إثبات المعلومات المحددة له الخاصة به أي نسبة وضاعته ومحل ميلاده ومحل إقامته واسمه وشهرته حتى يمكن التعرف عليه ويكون هذا بالقدر المتيسر للمحقق ما دام يوصل إلى تحديد شخصية المتهم. والأمر الآخر هو إثبات الحالة التي عليها المتهم -وهو ما يشبه المعاينة- وذلك بوصف إجمالي لهيئته وما فيها من علامات أو آثار ظاهرة ثم بيان لملابس المتهم وما بها من آثار أو عدم وجود أية آثار، وذلك وفقاً لأهمية هذا الأمر حسب اختلاف أنواع الحوادث وإذا دعا الحال يجري فحص جسم المتهم كذلك لاحتمال وجود آثار به تفيد في تعرف حقيقة الحادث مثلاً في قضايا المشاجرات أو القتل وحالات الدفاع الشرعي وهكذا لا يستتبع ما تقدم في غالب الأحوال تفيد المتهم وإثبات ما قد يوجد معه في محضر التحقيق، فقد تسفر دقة التفتيش بمعرفة المحقق ولو من بعد تفتيشمأمور الضبط القضائي عن وجود آثار بملابس أو يضبط معه ما يثبت أو ينفي صلته بالجريمة[٨].

وقد أوجب بذلك القانون على المحقق أيضاً عند حضوره لأول مرة بعد التثبت من شخصيته أن يحيطه علماً بالتهمة منبهاً إيّاه بأن من حقّه الاستعانة بمُحام، وأن كل ما يقوله يجوز تقديمه كدليل ضده في معرض البينة عند محاكمته، المادة ١٩٦ إجراءاتً فلسطيني، فهذه المادة لا تتعلق بالاستجواب وإنما تتعلق بسؤال المتهم عن التهمة، وغالباً ما يكون مقدمة للاستجواب وجزءاً لا يتجزّأ منه عندما يتم من قبل عضو النيابة الذي يتولى التحقيق في القضية[٩]. ويجب أن يحاط

(6) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص 474.

(7) انظر المستشار/ فرج علواني هليّل: التحقيق الجنائي والتصرف فيه، دار المطبوعات الجماعية، الإسكندرية، 1999، ص 757 وما بعدها؛ الدكتور/ كامل السعيد: المحقق الجزائي، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، سلسلة العدالة الجنائية، فلسطين، 2003، ص 58.

(8) المستشار/ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص 759.

(9) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص 474.

المتهم علماً بسلطة المُحقق وهل هو من مأموري الضبط القضائي أو من أعضاء النيابة العامة. صحيح أنه لا يترتب على إغفال هذه الإحاطة البطلان، ولكنه قد يؤثر في اقتناع المحكمة بحالة المتهم عند إبداء أقواله ومدى هدوء روعه وبعثه في حياد المحقق[١٠].

وتبدو أهمية السؤال في أنه قد يؤدي إلى توجيه المحقق بطريق من اثنين وفقاً لإنكار المتهم ما أسند إليه أو اعترافه به، ولا يعني هذا أن الأمر يقتصر على مجرد سؤال واحد، فقد تتعدد الأسئلة على أن الأمل لا يصل إلى مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة القائمة في الدعوى، إذ يُعد هذا حينئذٍ استجواباً فإن أنكر المتهم ما أسند إليه سار المحقق في إجراءات التحقيق مع العناية بإثبات دفاع المتهم إن أبداه وإثبات أسماء الشهود الذين يستند عليهم في نفي الاتهام لأن الأقوال الأولى التي تبدى في هذه المرحلة تكون ذات أثر كبير في تكوين المحكمة لرأيها في الدعوى إذا طرحت عليها. أما إذا اعترف المتهم بالجريمة المسندة إليه فإنه يتعين على المحقق أن يبادر إلى استجوابه وذلك خشية أن يؤدي التريث في مباشرة هذا الإجراء إلى عدول المتهم عن اعترافه[١١]. وهذا يتضح بأن المشرّع لم يرتب على سؤال المتهم الآثار القانونية التي رتبها على الاستجواب والحبس الاحتياطي مثلاً لا يجوز الأمر به إلا بعد استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق ولا يجوز الأمر به بناءً على سماع الأقوال بمحضر الاستدلالات[١٢]. كما أن وصف التهمة وتحديد عناصرها يتوقف على ما توجهه سلطة التحقيق للمتهم وتحقيق دفاعه بالنسبة لها على عكس الحال بالنسبة لمحضر الاستدلالات الذي يسمح فيه مأمور الضبط أقوال المتهم. فوصف التهمة إنما تتولاه النيابة العامة بناءً على تكييفها للوقائع الواردة بالمحضر وليست بناءً على ما ووُجِهَ به المُتّهم من قِبل مأمور الضبط[١٣].

٣) مفهوم المواجهة confrontation وعلاقتها بالاستجواب وعرض المتهم:

قد يستتبع الاستجواب إجراء آخر وثيق الصلة به، وهو المواجهة، أي الجمع بين متهم ومتهم آخر أو بين شاهد وإثبات والمتهم إثبات لكي يدلي كل منهما بأقواله أمام الآخر[١٤]. وقد نص القانون الفلسطيني في المادة ٨٤ منه على إجراء المواجهة بالقول «لوكيل النيابة مواجهة الشهود بعضهم البعض ومواجهتهم بالمتهم إذا اقتضى الأمر ذلك». ويلاحظ على هذا النص أنه لم ينص على مواجهة المتهمين بعضهم ببعض على عكس النص المادة ١٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري «أن يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود..... وبالإطلاع أيضاً إلى القانون الأردني نجده خالٍ من النص على المواجهة إلا نص حديثاً في التعديل الذي تم في عام ٢٠٠١ حيث نص في المادة ٧٠ من قانون الأصول الجزائية على أن «للمدعي العام مواجهة الشهود بعضهم ببعض إذا اقتضى التحقيق». وإنني أتّفق تماماً مع الرأي القائل أنه لا يوجد مانع من إجرائه بكافة صوره ما دام أن إجراءات التحقيق قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، شريطة أن يتفق مع القانون نصه وروحه[١٥]. وبذلك يلاحظ الصلة الوثيقة بين الاستجواب والمواجهة فيغلب أن يقصد الاستجواب المواجهة التي تكون وسيلة إلى تحري صحة أقوال المتهم[١٦]، وهذه المواجهة الشخصية تختلف عن المواجهة القولية التي يواجه المحقق المتهم بما أدلى به شاهد أو متهم آخر بالتحقيق، وبذلك تعتبر جزءاً مكملاً للاستجواب باعتبار أن الاستجواب يتضمن مواجهة المتهم بأدلة الثبوت ضدّه[١٧].

(١٠) الدكتور/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، منصورة من طبعة ١٩٨٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣١٣.
(١١) المستشار/ فرج علواني هليّل، المرجع السابق، ص ٧٦٠.
(١٢) المستشار/ عدي خليل، المرجع السابق، ص ٤٨.
(١٣) أستاذنا الدكتور/ مأمور محمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٢٦ وما بعدها.
(١٤) الدكتور/ كامل السعيد: المحقق الجزئي، المرجع السابق، ص ٥٩.
(١٥) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٧٩.
(١٦) المستشار/ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص ٧٥٧.
(١٧) المستشار/ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص ٤٢.

وهذا فإن مجرد حضور متهم أقوال متهم آخر غيره أو شاهد في التشريعات التي تسمح بذلك مثل القانون المصري المادة ٧٧ إجراءات، وذلك على عكس القانون الفلسطيني والأردني لا يعد مواجهة حتى ولو سأله المدعي العام إذا كانت ملاحظات على أقوال أيهما ما دام ذلك في حدود الاستفهام الإجمالي ودون ما استرسال في المجابهة بالأدلة ومناقشة فيها وإلا لأصبح الأمر استجواباً صريحاً[١٨]. ونظراً لأن مواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود هي مواجهة بأدلة الثبوت فهي بذلك تأخذ حكم الاستجواب، ولذلك أطلق عليها البعض بالاستجواب الحكمي[١٩]. ولخطورة المواجهة فقد أحاطها المشرّع بذات الضمانات التي أحاط الاستجواب بها، وقد قررت محكمة النقض المصرية امتداد ضمانات الاستجواب إلى المواجهة بالنسبة لضرورة حضور محامي المتهم[٢٠]، ولذلك فهي محظورة على مأمور الضبط القضائي[٢١]. ولكن عدم مواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود لا يترتب عليه البطلان فإن الأمر جوازي لسلطة التحقيق ولا يعتبر من قبيل المواجهة عملية عرض المتهم على الشهود للتعرف parade[٢٢].

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية للاستجواب

الاستجواب هو عمل من أعمال التحقيق بل إنه يعتبر من أخطر إجراءات التحقيق الابتدائية وأهمها[٢٣]، لأنه قد يفضي إلى اعتراف المتهم، ولذلك لا يكون إلا إجراء تحقيق ولا يمكن أن يكون إجراء استدلال في أية صورة، ويبطل إذا أجراه مأمور ضبط قضائي، ولذلك ذهب البعض إلى أن الاستجواب رهن بمشيئة المتهم[٢٤]، ولكن القانون سواءً المصري المادة ١٣١ أ.ج والفلسطيني المادة والأردني المادة ١/١/٢ في حالة القبض على المتهم يجب استجوابه بل ويقع الحبس الاحتياطي باطلاً إذا لم يسبقه استجواب (المادة ١/١٣٤ أ.ج مصري والمادة ١٠٨ فلسطيني والمادة ١١٤ الأردن المعد بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١). ولكن هذا لا يمنع سلطة التحقيق من ندب مأمور الضبط القضائي بالقيام بالاستجواب في الجُنح دون الجنايات في القانون الفلسطيني المادة ٢/٥٥ إجراءات وبذلك نجد في القانون الفلسطيني تشدد محمود في الجنايات وإن كان القانون المصري مثل نظيره الفرنسي قد قصر إجراءات الاستجواب فقط على سلطة التحقيق المادة ١٥٢ فرنسي والمادة ١/٧٠ مصري والمادة ٤٨ أصول جزائية أردني إلا أن التشريعات ذاتها سرعان ما أوردت بعض الاستثناءات على المبدأ السابق من شأنها إضعاف هذه الضمانة، حيث عادت وأجازت لمأمور الضبط القضائي القيام بمهمة الاستجواب متصلاً بالعمل المسند له ولازماً لكشف الحقيقة، المادة ٢/٧١ مصري، وبالفعل فإنني أؤيد بحق الاتجاه الذي يتبنى إلغاء هذا الحق لأعضاء الضابطة العدلية ضماناً لحق المتهم في

(١٨) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

(١٩) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٢٠) انظر نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٦٨، س ١٩، ١٧٦.

(٢١) تنص بأنه «المواجهة كالأسلوب هي من إجراءات التحقيق المحظورة على مأمور الضبط القضائي مباشرتها، وكان البين من المفردات المضمونة أن الضابط أجرى مناقشة تفصيلية للمتهم، وواجهه بما قرره الطاعن الآخر ربما أسفرت عنه التحريات ثم خلص إلى توجيه الاتهام إليه، فإن ما صدر عن مأمور الضبط القضائي من مواجهة الطاعن الأول بالأدلة القائمة في الدعوى ضده ومناقشته تفصيلياً فيها وتوجيه الاتهام إليه إنما هو بعينه الاستجواب المحظور قانوناً على غيره سلطة التحقيق وكان الحكم قد استند ضمن ما استند إليه في إدانة الطاعن إلى الدليل المستمد من هذا الاستجواب دون أن يعرض لما تمسك به الطاعن الأول من بطلانه فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب»، نقض ٣ مايو سنة ١٩٩٠، مجموعة أحكام النقض، س ٤١، ص ٦٨٩، رقم ١١٩.

(٢٢) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٥٧٠؛ وقضى بأن تعرف الشهود على المتهم إجراء لم يوجب له القانون شكلاً خاصاً. نقض ٢٣ يونيه سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٦٨١، رقم ١٥١.

(٢٣) الدكتور/ محمد سامي النبواني، المرجع السابق، ص ٧.

(٢٤) الدكتور/ عزت صالح: الطعن الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، سنة ١٩٩٦، ص ٨٦.

الدفاع أمام القضاء، وقصر فقط على سماع المتهم وإحالته إلى سلطة التحقيق لاستجوابه[٢٥]، علماً بأنه إذا باشر مأمور الضبط القضائي الاستجواب في الحالات التي يخشى منها فوات الوقت فلا يتقيد الاستجواب بالشكليات والضمانات التي يوجب القانون على المحقق مراعاتها عند قيامه بها[٢٦]. وبذلك يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن الاستجواب وفقاً للقوانين الإجرائية المقارنة له طبيعة مختلطة في مرحلة التحقيق الابتدائي فيجمع بين كونه وسيلة إثبات ودفاع في ذات الوقت وتتمثل في أهمية الاستجواب في طبيعته المزدوجة وذلك من حيث إنه إجراء اتهام ودفاع في وقت واحد فهو إجراء اتهام يستهدف منه جمع الأدلة بشأن الجريمة الواقعة ونسبتها إلى المتهم، وذلك من مصدرها الأساسي وهو المتهم بارتكاب الجريمة. فالاستجواب التفصيلي يتفق وطبيعة النظام التنقيبي في التشريعات ذات الأصل اللاتيني في مرحلة التحقيق الابتدائي أو يعد الاستجواب في هذا النظام إجراءً ضرورياً للحصول على اعتراف من المتهم، ولذلك فقد اهتم هذا النظام برسم الطريق الموصل للاعتراف فأجاز أخذه من المتهم بطريق الاستجواب[٢٧].

وهذا على عكس ما عليه الحال في القانون الأنجلوأمريكي الذي يأخذ بالنظام الاتهامي حيث يرفض أن يكون الاستجواب طريقاً موصلاً للاعتراف، فلا يقبل هذا النظام الاعتراف إلا إذا كان تلقائيّاً[٢٨].

كما يعد الاستجواب من جهة أخرى إجراء دفاع إذ يساعد على استجلاء الحقيقة وذلك بإتاحة الفرصة للمتهم ليفند ما أحاط به من الشبهات وإثبات براءته، وبالتالي الوصول إلى الفاعل الحقيقي[٢٩]. وهذا فإن الاستجواب يجري مع متهم هو مَن توافرت ضده أدلة وقرائن قوية كافية لتوجيه الاتهام إليه وتحريك الدعوى الجنائية قبله[٣٠]. وقد انفرد القانون الفلسطيني على عكس القانون المصري بتعريف المتهم، وذلك في المادة ٨ إجراءات بأنه «كل شخص تقام عليه دعوى جزائية يسمى متهماً. هذا والاستجواب ممنوع في التحقيق النهائي -الذي تجريه المحكمة- ما لم يقبل المتهم أن يستجوب المادة ٢٧٤ مصري والمادة ٢٥٨ إجراءات فلسطيني، وذلك لأن مرحلة المحاكمة هي المرحلة الأخيرة في الدعوى الجنائية وتوجب تمكين المتهم من الحرية الكاملة في الإدلاء بما يشاء من أقوال دون دفعه إلى ذلك مضطراً فينزلق إلى قول ما ليس في صالحه، ويسفر هذا عن دليل إدانته اقتضى الأمر تصريح استجوابه أمام المحكمة[٣١]. ولكن توجيه بعض الأسئلة من المحكمة إلى المتهم للاستفسار عن بعض نقاط متعلقة بأدلة الثبوت فجائزة، وهو ما يطلق عليه الاستيضاح. هذا مع العلم بأن قانون الإجراءات الفرنسي في المواد ٢٣٧ يسمح باستجواب المتهم باعتباره حق من حقوق الدفاع[٣٢].

المبحث الثالث

مضمـون الاسـتجواب

إن أهم ما يتميز به هذا الإجراء أنه يتضمن مناقشة تفصيلية مع المتهم ومواجهته بالأدلة القائمة ضده في الدعوى، أي أن موضعه يتمثل في أسئلة المحقق وأجوبة من المتهم في شكل المحادثة بين

(٢٥) المستشار الدكتور/ طارق محمد الديراوي: ضمانات وحقوق المتهم في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة المنصورة، ٢٠٠٥، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢٦) المستشار/ فرج علوان هليل، المرجع السابق، ص ٧٦٢.

(٢٧) انظر في هذا المعنى الدكتور/ خليفة كلندر عبد الله حسين: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائية في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٢٥ وما بعدها.

(٢٨) الدكتور/ محمد سامي النبراوي، المرجع السابق، ص ٥٢٠.

(٢٩) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٣٠) الدكتور/ سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٦٨، ص ٢٦.

(٣١) المستشار/ عدلي خليل، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣٢) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣١٦.

الطرفين. فالمناقشة التفصيلية تكون العنصر الجوهري الذي ينفرد به الاستجواب عن باقي إجراءات جمع الأدلة[٣٣].

وعلى هذا فالاستجواب يجب أن يتضمن عنصرين جوهرين حتى يمكن الاعتراف بوجوده وهما المناقشة التفصيلية والمواجهة بالأدلة. فإذا تخلف أحدهما أنها ركن هام ,أصبح إجراء آخر لا يتمتع بالشكليات أو الضمانات[٣٤]. مع ملاحظة أن صمت المتهم وعدم الرد على الأسئلة أو الأدلة التي توجه إليه أو يمتنع عن مناقشتها لا يؤثر على صحة قيام الاستجواب من الناحية القانونية. ويكون في حكم الاستجواب المواجهة وإعادة تمثيل الجريمة بمعرفة المتهم وأولاده بمعلوماته أثناء ذلك وأحد جابه المكان الحادث لحضور معاينة وتعليقه عليها وعرض الأشياء المضبوطة عليه للتأكد من حقيقتها سماع ملاحظته عليها وتعرض الشهود عليه. كل هذه الإجراءات تعتبر من قبيل الاستجواب[٣٥]، وعليه فسوف نبحث كلاً من شكل الاستجواب وضمانات الاستجواب كلاً في مطلب مستقل.

المطلب الأول
شكل الاستجواب

لم يحدد القانون شكلاً معيناً للاستجواب وترك ذلك لتقدير المحقق والقضاء واجتهاد الفقهاء.

أ- شفوية الاستجواب:

يجري الاستجواب شفاهة بالنسبة لأسئلة المحقق والإجابات التي يدلي بها المتهم فلا يجوز للمحقق أن يوجه للمتهم أسئلة مكتوبة أو يعرض عليه شيئاً دون أن يطلب منه التوضيحات شفاهة فليس للمتهم الحق في أن يطلع على مذكرات أو مستندات تقرأ منها الأقوال التي يدعي بها لأن إجابته تكون من ذاكرته والاستجواب يتم باللغة الرسمية للدولة. وإذا كان المتهم أجنبياً ويجهل اللغة يعين له مترجماً لكي يساعده على فهم الاتهامات وينقل إجابته ويتعين ملف المترجم اليمين ولا يجب أن يكون المترجم من شهود الدعوى كما لا يجوز للمحقق أن يقوم بهذه المهمة حتى يتفرغ لعمله. وهناك مَن يرى بأنه باستطاعة النيابة العامة التحقيق مع الأصم والأبكم طالما كانت تدرك معاني الإشارات. وإن هذا خاضع لرقابة محكمة الموضوع[٣٦]، وإني أرى عكس ذلك بأنه يجب تعيين خبير لأن المتهم في استطاعته الطعن في أن ما أفهمته النيابة مخالف ما أراده من إنكار التهمة المسندة إليه.

ب- محضر الاستجواب:

لا يوجد في القانون نصوص خاصّة بالقواعد الواجب مراعاتها في تدوين محضر الاستجواب. ولكن يجب أن يشتمل بعض البيانات منها:

- التاريخ: فهو عنصر هام لاستجواب ومساعد على إثبات أن الشكليات الخاصة بالاستجواب قد اتخذت في الميعاد ويجب أن يذكر اليوم والشهر والسنة وأن تحدد الساعة.
- الديباجة: يجب أن يشتمل المحضر على اسم وصفة واختصاص المحقق.
- مضمون المحضر: يدون جميع الملاحظات الخاصة بالمتهم ووصفه وملابسه والإصابات والآثار التي به واسم المتهم رباعياً وحقوقه القانونية.

(٣٣) المستشار/ فرج علواني هليل. المرجع السابق. ص ٧٦٤.

(٣٤) انظر في هذا المعنى أستاذنا الدكتور/ مأمون حمد سلامة. المرجع السابق. ص ٤٢٧؛ الدكتور/ أحمد فتحي سرور. المرجع السابق. ص ٣١٤؛ الدكتور/ خليفة كلندر عبد الله حسين. المرجع السابق. ص ٣٢٤؛ الدكتور/ كامل السعدي: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية. المرجع السابق. ص ٤٧٨؛ المستشار/ عدلي خليل. المرجع السابق. ص ٤١؛ المستشار/ فرج علواني هليل. المرجع السابق. ص ٧٦٤.

(٣٥) المستشار/ فرج علواني هليل. المرجع السابق. ص ٧٦٤.

(٣٦) المستشار/ فرج علواني هليل. المرجع السابق. ص ٧٦٦؛ المستشار/ عدلي خليل. المرجع السابق. ص ٥٤.

- التوقيعات: يجب أن يشتمل المحضر توقيع المحقق والكاتب والمتهم، فإذا رفض الأخير يجب أن تكتب بملاحظة.

فالمحضر يجب أن يكون كافياً بذاته في تأكيد أن جميع الإجراءات والشكليات الخاصة بالاستجواب قد استوفيت على الوجه القانوني المطلوب ومع ذلك يظل خاضعاً لتقدير المحكمة المختصة دون رقابة من محكمة النقض[٣٧].

ج- ميعاد الاستجواب:

لم يقيد المشرّع سلطة التحقيق بإجراء الاستجواب في وقت معين، وذلك كقاعدة عامة[٣٨]، وللمحقق سلطة تقديرية فقد يؤخر الاستجواب لبعض الوقت إذا ما رأى مصلحة في ذلك، مثل أن يتمكن من جمع الأدلّة وكشف مستندات معينة[٣٩]، حتى وإن كان ظاهر النص في المادة ٢/١٠٧ أن يستجوب وكيل النيابة المتهم المطلوب بمذكرة حضور في الحال، على أنه في حالة اعتراف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه شفوياً عنها فإنه يستحسن استجوابه فوراً وقبل أي شخص آخر، وفي حالة الإنكار يفضل استجوابه بعد جمع أدلة الثبوت الأخرى لمواجهته بما أسفرت عنه، ويجوز إعادة استجواب المتهم أكثر من مرة أثناء التحقيق[٤٠].

ولكن هناك قيد على سلطة التحقيق في الميعاد، وهي حالة المقبوض عليه، حيث يجب استجوابه فوراً إذا تعذر فيلزم أن يتم ذلك خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر، المادة ٣٤ و٢/١٠٧ فلسطيني، المادة ١٣١٣ مصري، المادة ١/١١٢ أردني.

المطلب الثاني
ضمانات الاستجواب

نظراً لأهمية الاستجواب سواءً بالنسبة لسلطة التحقيق أو بالنسبة للمتهم، فقد روعي في إجرائه وجوب توافر ضمانات معينة، ومن أجل هذا الاعتبار فقد نصّ المشرّع على الضمانات التالية:

أولاً- ضمان الجهة المختصة بالاستجواب:

وهي ضمانة إجرائية هامة، فهناك من الأنظمة الإجرائية ولتحقيق أكبر قدر من الحيادية والاستقلال بين سلطتي الاتهام والتحقيق يخضع التحقيق لقاضٍ مختصّ يسمى قاضي التحقيق، مثل النظام الفرنسي أو مختلط من النظام الفرنسي، وهناك من يضم سلطتي التحقيق والاتّهام معاً تحقيقاً لفاعلية الإجراءات والسرعة مثل النظام الفلسطيني والأردني، ولكن بالطبع وضمانة أخرى أنه كقاعدة عامة لا يجوز التحقيق إلا من سلطة التحقيق نفسها، ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي القيام باستجواب، مع الملاحظة حالة الاستثناء في القانون المصري والندب في حالة القانون الفلسطيني في الجنح فقط في المادة ٢/٥٥ إجراءات.

ثانياً- كفالة حق المتهم في أن يدلي بأقواله في حرية:

كفل المشرّع الضمانات للمتهم كي يدلي بأقواله في الاستجواب بحرية تامة دون خضوعه لأي تأثير على إرادته مهما قلّ شأن هذا التأثير.

(37) المستشار/ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص 767.
(38) أستاذنا الدكتور/ مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 427.
(39) المستشار/ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص 767.
(40) الدكتور/ مأمون حمد سلامة، المرجع السابق، ص 428.

١- عدم جواز تحليف المتهم اليمين القانونية Le serment:

تذهب التشريعات الأنجلوسكسونية إلى أنه من الجائز أن يجلس المتهم في مقعد الشهود وأن يُدلي بأقواله بعد حلف اليمين القانونية[٤١]، بينما تذهب التشريعات اللاتينية إلى عدم جواز تحليف المتهم اليمين عند استجوابه. ويجمع الفقه والقضاء أن تحليف المتهم اليمين يعتبر من قبيل الضغط الأدبي الذي تتأثر به إرادته[٤٢]، بالرغم من عدم وجود نص في القانون يحرم تحليف المتهم اليمين لكن حلف اليمين يحتم على المتهم إما أن يحلف اليمين كاذباً وينكر الحقيقة وبالتالي يخالف ضميره الديني والأخلاقي أو يضحي بنفسه ويعترف[٤٣].

وإذا كانت مبادئ الأخلاق تسمح بأن يكذب المتهم أمام العدالة ولكنها تنكر عليه أن يحلف يميناً كاذباً[٤٤]، وبذلك يعتبر من قبيل الإكراء المعنوي ويحدث أن يسأل المحقق الشخص على أنه شاهد وحلفه اليمين القانونية ثم بدا له توافر بعض أدلة الاتهام قبله فلا يجوز توجيه التهمة إليه في نهاية سماع شهادته، وإنما يتعين عليه استجوابه بعد بإجراء مستقل عن إجراء سماع الشهادة دون تحليفه اليمين[٤٥]، وعليه يقضي بطلان الاستجواب والاعتراف المتهم منه إذا حلف المتهم اليمين وهو بطلان متعلق بالنظام العام[٤٦].

وهذا ولم ينص القانون الفلسطيني[٤٧] أو المصري أو الأردني على هذه القاعدة ولكنها مستقرة فقهاً وقضاءً بينما ينص القانون الكويتي صراحة في المادة ٩٨ إجراءات جزائية على عدم جواز تحليف المتهم اليمين، وكذلك القانون البحريني في المادة ٤/١٣٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والقانون اليمني في المادة ١/١٤٥ إجراءات جزائية، والقانون العراقي في المادة ١/١٢٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والقانون السوداني في المادة ٤/٢١٨ إجراءات جزائية[٤٨].

٢- حماية المتهم من الإكراه:

تتمثل هذه الحماية في تحريم تعذيب المتهم لإكراهه على إبداء أقوال معينة، فإذا كان الغرض من التعذيب هو حمل المتهم على الاعتراف كان الفعل جريمة معاقباً عليها بالمادة ٢٠٨ أردني والمادة ١٢٦ مصري، كما صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٤٥٢ ي ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ بشأن حماية جميع الأشخاص ضد التعذيب وغيره من العقوبات أو المعاملات القاسية أو غير إنسانية أو المهينة، وحظرت المادة (٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ تعذيب المتهم، والمقصود بالإكراه هنا الآلام البدنية أو النفسية التي تصيب المتهم من رجاء إخضاعه لوسيلة من وسائل التعذيب كالضرب أو الجَلْد وخلا منهما من وسائل التعذيب البدنية ألو التهديد بإيقاع هذا الأذى[٤٩]. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٩٩ من القانون الفلسطيني على أنه يتعين على وكيل النيابة قبل الاستجواب أن يعاين المتهم ويثبت الإصابات علاوة على ذلك أوجبت المادة (١٠٠) من القانون

(٤١) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣٢٤. مثال ذلك القانون الإنجليزي يسمح باستجواب المتهم بعد تحليفه اليمين على أداء الصدق إذا أراد المتهم ذلك ويلتزم المتهم بالصدق وإلا تعرض لعقوبة الشهادة الزور. انظر الدكتور/ سامي النبراوي، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٤٢) الدكتور/ مأمون حمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٣١؛ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص٣٢٤؛ الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٧٣؛ المستشار/ فرج علواني، المرجع السابق، ص ٧٧٠؛ المستشار عدلي خليل، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٤٣) الدكتور/ سامي صادق الملا، المرجع السابق، ص ١٠٢؛ المستشار/ عدلي خليل، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٤٤) الدكتور/ سامي صادق الملا، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٤٥) الدكتور/ مأمون حمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٣١.

(٤٦) الدكتور/ سامي صادق الملا، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٤٧) وكان القانون الفلسطيني يُجيز للمتهم بأن يحلف اليمين ويدلي بشهادته إلا أنه ألغي بالقانونن الحالي رقم ٣ لسنة ٢٠٠١. انظر الدكتور/ طارق محمد الديراوي، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها، هامش رقم ١٠٩٧.

(٤٨) الدكتور/ خليفة كلندر عبد الله حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٤٩) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

الفلسطيني على وكيل النيابة من تلقاء نفسه الأمر بإجراء الفحوصات الطبيّة والنفسية للمتهم من قبل الجهات المختصة. وأنا أرى ضرورة لذلك أو بناءً على طلب المتهم أو محاميه. وكذلك فإن الإغراء وهو كل وعد من شأنه إيجاد الأمل لدى المتهم بتحسين ظروفه إذا اعترف بجريمته ولكي يؤدي هذا الإغراء إلى بطلان الاستجواب يجب أن يصدر من شخص له نفوذ وسلطة في الدعوى[٥٠]، كما يعيب الاستجواب الإكراه المعنوي ويعرض للبطلان الذي يتمثل في تهديد المتهم بضربه بقصد التأثير على الإرادة وهو يتنوع وفقاً لظروف يوجب أن تأخذ في الاعتبار جميع الملابسات المحيطة. ويلاحظ أن وجود رجال البوليس في غرفة المحقق لا يؤثر على سلامة الإجراءات وقبول الأدلة التي تسفر عنها. إلا أنه وبالقدر المتيقن منه يعد قرينة إذا ما أيدت بأمور أخرى تختلف في كل حالة على أن المتهم كان واقعاً تحت تأثير إكراه معنوي[٥١]. وإنني أرى عدم وجود الشرطة داخل غرفة النيابة ضماناً وحفاظاً على حقوق المتهم من أي تأثير كان.

٣- عدم إحداث إجهاد نفسي للمتهم (عدم إطالة مدة الاستجواب):

من الأساليب التي تتبع في استجواب المتهم الإرهاق وذلك بأن يعمد المحقق إلى مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية مطولة تمتد ساعات متواصلة حتى تضعف سيطرته وروحه المعنوية ويقل تركيزه فيرغمه على الاعتراف[٥٢]. فإذا حدث ذلك فإن الاستجواب يبطل[٥٣]. ورغم أنه لا يوجد معيار زمني محدد لإجراء الاستجواب إلا أن تحديد الفترة المعقولة لإجراء الاستجواب دون تأثير على إرادة المتهم مسألة تخضع لرقابة محكمة الموضوع[٥٤].

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ في العديد من أحكامها الحديثة[٥٥]، ولم يحدد القانون الفلسطيني والمصري والأردني وقتاً محدداً يجري فيه الاستجواب ولم يضع حداً أقصى لمدة الاستجواب ولكن القانون السعودي حدد زمن فتح التحقيق وتوقفه وقفله بالدقيقة والساعة واليوم والشهر والسنة. وعلى القاضي إذا رأى أن التحقيق قد استغرق مدة طويلة أن يسأل المتهم عما إذا كان ذلك قد أثر في الإدلاء بأقواله أم لا[٥٦]. وذهب القانون الفرنسي في المادة ٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية أي أنه ولضمان عد إرهاق المتهم باستجوابه المطول إلى إلزام جهات الضبط القضائي أن يذكروا مدة الاستجواب وفترات الراحة التي تخللت الاستجواب. ويجب أن يوقع على هذه البيانات[٥٧]. ولذلك حرصت بعض التشريعات الجنائية المقارنة على تحديد الفترة التي يمكن استجواب المتهم خلالها مثل القانون الفنلندي الذي حدد وقت الاستجواب ما بين الساعة السادسة صباحاً والساعة التاسعة مساءً أو أنه لا يجوز استجواب المتهم مدة تزيد على اثنتي عشرة ساعة مرة واحدة[٥٨]، وكان القانون الأرجنتيني ينص في المادة ٢٢٤ من قانون الإجراءات الجزائية أنه يجب على القاضي إغلاق المحضر إذا استغرق الاستجواب مدة طويلة أفقدت المتهم صفاء تفكيره

(٥٠) المستشار/ فرج علواني هليلي. المرجع السابق. ص ٧٧٠.

(٥١) انظر نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٨٥. طعن رقم ٧٠٥٠ لسنة ٥٤ انقضائية غير منشور. مذكور في مؤلف الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي. المرجع السابق. ص ٥٧٥.

(٥٢) الدكتور/ سامي النبراوي. المرجع السابق. ص ٤١٦؛ الدكتور/ سامي صادق الملا. المرجع السابق. ص ١٤٧ وما بعدها.

(٥٣) الدكتور/ أحمد فتحي سرور. المرجع السابق. ص ٣٢٣.

(٥٤) انظر حكم المحكمة في ٣ سبتمبر سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٢٣٥٩ لسنة ١٩٨٢ جنايات عابدين والمقيدة برقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ على وسط أمن دولة. وقد تصدق هذا الحكم في ١٩٨٥/١/٦ مشار إليه في مؤلف الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي. المرجع السابق. ص ٥٧٦.

(٥٥) نقض ٢٣ من إبريل سنة ٢٠٠٣ طعن رقم ٣٠٦٣٩ لسنة ٧٢ ف.

(٥٦) الدكتور/ أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية. دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٩٠. ص ٤٥٢.

(٥٧) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي. المرجع السابق. ص ٥٧٧. هامش رقم ٣٠.

(٥٨) الدكتور/ أحمد فتحي سرور. المرجع السابق. ص ٣٢٣.

أو ظهرت عليه بوادر الإرهاق[٥٩]، ويجب على المتهم أن يدفع أمام محكمة الموضوع بأن الاستجواب كان طويلاً مما أدى إلى إرهاقه والتأثير في حريته، وللمحكمة السلطة التقديرية في قبول هذا الدفاع أو رفضه بشرط أن يكون التسبيب سائغاً[٦٠]. كما رفض القضاء الأنجلوأمريكي الاعتماد على الاستجواب المطول فقد قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٤٠ إلى أن إخضاع المتهم لاستجواب متواصل يساوي الإكراه الذي يفسد الإقرار الصادر عنه لأنه خرق لقواعد أصول المحاكمات[٦١]. وإني أؤيد وضع تحديد معين لمدة الاستجواب في القانون الفلسطيني وحصره فقط في ساعات الدوام الرسمي.

٤- أثر الوسائل العلمية الحديثة في استجواب المتهم:

يكاد ينعقد الإجماع على رفض الوسائل العلمية الحديثة وأهمها التنويم المغناطيسي وعقار كشف الحقيقة كوسائل لاستجواب المتهم حتى ولو لم يوجد نص تشريعي يقضي بتحريمه، وقد شبه بعض الفقهاء بالإكراه المادّي الذي يعدم الإرادة[٦٢]. إذ يترتب عليها الحصول على معلومات من المتهم يحرص على عدم البوح بها أي أنها تنتزع منه بغير رضائية[٦٣]. ولقد صرحت بعض التشريعات بالنص صراحة على تحريم الالتجاء إلى الوسائل العلمية للحصول على الاعتراف مثال ذلك المادة ١٤١ من قانون الإجراءات في الأكوادور والمادة ١٣٦/أ من قانون الإجراءات الجنائية لألمانيا الاتحاديّة[٦٤]، بل إن المادة ٦١٣ من قانون العقوبات الإيطالي تنص على معاقبة كل من تسبب في سلب حرية الإرادة والتفكير لدى شخص ما بالتنويم المغناطيسي أو استخدام المواد الكحولية أو المخدّرة بصرف النظر عن موافقته على ذلك، ويبطل الاستجواب أيضا إذا استعمل جهاز كشف الكذب مع المتهم وكذلك القانون السويسري[٦٥]. وهو ما أكدت أيضاً المؤتمرات الدولية ومنها لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة سنة ١٩٦٢[٦٦]، ولا يغير من الأمر شيئاً حتى ولو رضي المتهم بالإجراء[٦٧]، وعليه لا يجوز استخدام الوسائل العلمية الحديثة في استجواب المتهم.

٥- عدم خداع المتهم:

ويتمثل في الطرق الاحتيالية والأسئلة الخادعة والإيحائية ويتنافى ذلك كله مع مبدأ الأمانة في التحقيق، فقد أصبح المحقق ملزماً بمراعاة الأمانة التابعة بالنسبة لما يقوم به من إجراءات، فهي تنبع من الضمير وتفرضها مبادئ العدالة، وينتج من الخروج عليها البطلان دون حاجة إلى نص يفرضه استناداً إلى أنها تعتبر مخالفة لقاعدة جوهرية مقررة لمصلحة الدفاع[٦٨].

ثالثاً- كفالة حقوق الدفاع Les droits de la défense:

من الضمانات المقررة للمتهم في الاستجواب توفير حقوق الدفاع له من ذلك التسليم بحقه في الصمت كوسيلة للدفاع وحق محاميه في أن يدعى لحضور وقت الاستجواب، وحق محاميه في

(٥٩) المرجع السابق، ص ٣٢٣، هامش رقم (١).
(٦٠) الدكتور/ خليفة كلندر عبد الله حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٨.
(٦١) الدكتور/ سامي النبراوي، المرجع السابق، ص ٤١٦؛ الدكتور/ سامي صادق الملا، المرجع السابق، ص ١٤٧.
(٦٢) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣٢٠؛ الدكتور/ سامي النبراوي، المرجع السابق، ص ٤٨١؛ الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٨٧.
(٦٣) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٧٨.
(٦٤) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣٢٢.
(٦٥) عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٧٨.
(٦٦) الدكتور/ خليفة كلندر عبد الله حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٦.
(٦٧) الدكتور/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣٢٢.
(٦٨) المستشار/ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

الاطلاع على الأوراق قبل الاستجواب بذلك على النحو التالي:

١) حق المتهم في الصمت Le droit du si lence del inculpe:

إن المشرع الفلسطيني قد تميز عن القانونين المصرين والأردني بتبنيه صراحة للرأي الفقهي الأول الذي منح المتهم الحق في الصمت. حيث نصت المادة ١/٩٧ من القانون الفلسطيني صراحة على أن «للمتهم الحق في الصمت وعدم الإجابة على ألأسئلة المتوجهة إليه» وإن كان قانون الإجراءات الجزائية اليمين قد نص في المادة ١٧٨ على عدم إجبار المتهم على الإجابة[٦٩]. ويجد هذا الحق سنده في القاعدة الدستورية أن الأصل براءة المتهم وعلى مَن يدعي عكس ذلك أن يقيم الدليل على صحة مَن يدعيه وينتج عن ذلك أنه لا يكلف إنسان بإثبات براءته. وما دام الأمر كذلك فإنه إذا اختار المتهم التزم الصمت وعدم الإجابة على أسئلة المحقق. فلا تجوز مصادقة فيما اختاره لأنه غير ملتزم بالدفاع عن نفسه[٧٠]. وقد استقر هذا الوضع الآن في معظم التشريعات سواء التي تنتمي إلى النظام اللاتيني مثل القانون الفرنسي المادة ١/١١٤ إجراءات فرنسي أو المادة ٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي أو تلك التي تنتمي للنظام الأنجلوسكسوني مثل القانون الإنجليزي طبقاً لقانون سنة ١٨٩٨ وإن كان يوجد استثناء في قضايا إفشاء الأسرار والدولة[٧١]. كما قضت المحكمة العليا الأمريكية بأنه ليس لممثل الادعاء أن يستغل صمت المتهم كقرينة ضدّه. ومع ذلك فهناك بعض التشريعات ترفض هذا الحق للمتهم مثل قانون مقاطعة جنيف وقانون مقاطعة زيوريخ[٧٢]. كما أوصت بهذا الحق العديد من المؤتمرات الدولية منها المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة ١٩٥٣ وكذلك أوصت لجنة حقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة في ٥ يناير سنة ١٩٦٢ بهذا الحق. وقد استقرّ الفقه والقضاء في مصر على حق المتهم في الصمت بالرغم من عدم النص عليه صراحة[٧٣].

٢) دعوة محامي المتهم للحضور:

استلزم المشرّع ضرورة دعوة المحامي للحضور أثناء الاستجواب وتمثل ضمانة للمتهم. وهذا ما نصت عليه المادة ٩٦ و٢/٩٧ من القانون الفلسطيني. وعلة ذلك إحلال السكينة والطمأنينة لدى المتهم عندما يشعر بأن محاميه يقف إلى جانبه وما يترتب على ذلك من جعله في وضع يحسن فيه الردّ على الأسئلة والمناقشة بالإضافة إلى أن محاميه قد يقترح على المحقق توجيه أسئلة معينة للمتهم في صالحه وذلك بإذن المحقق. فإذا لم يأذن له وجب إثبات ذلك في المحضر. المادة ٢/١٠٢ من القانون الفلسطيني. وهو نفس المادة ١/١٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ مصري وإن كانت تفوق النص الفلسطيني في إمكانية من تلقاء نفسها المحقق أن يندب له محامياً. وللمحامي أن يثبت في المحضر ما يعنيِ له من دفوع وطلبات أو ملاحظات. وذلك في مواد الجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس وجوبياً أيضاً[٧٤]. وهو نفس النص في المادة ١/٦٣ أصول أردني ويخطره بهذا الحق وله التأجيل مدة أربع وعشرون ساعة. فإذا لم يخطر يباشر في

(٦٩) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية. المرجع السابق. ص ٤٨٨.
(٧٠) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي. المرجع السابق. ص ٥٧٩.
(٧١) الدكتور/ أحمد فتحي سرور. المرجع السابق. ص ٣١٩.
(٧٢) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي. المرجع السابق. ص ٥٨٠.
(٧٣) انظر نقض ١٧ مايو سنة ١٩٦٠. مجموعة أحكام النقض. س١١. ص ٤٦٧. رقم ٩٠. طعن رقم ١٧٤٣ لسنة ٢٩ ق.
(٧٤) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي. المرجع السابق. ص ٥٨٠ وما بعدها.

التحقيق بمعزل عنه[٧٥]. والواقع أن الدستور الفلسطيني قد أوجب حضور محام في الجنايات وهو ما ينص عليه قانون الإجراءات، وهذه إشكالية في حاجة إلى تعديل بالنص عَلى وجوب حضور محام في الجنايات وندب محام للمتهم في الجنايات لخلو قانون الإجراءات الجزائية منه. هذا علماً أن حضور المحامي للاستجواب لا يقصد به أن يجيب على أسئلة المحقق نيابةً عن المتهم أو حتى يساعده في الإجابة بل بقصد المراقبة سلامة الإجراءات والاعتراض على ما يراه باطلاً[٧٦]. ولقد اشتهر المشرع الفلسطيني والمصري والأردني في المواد ٩٨ فلسطيني ١٢٤ مصري ٢/٦٣ أردني في أحوال التلبس بالجريمة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة من واجب دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب والحكمة المحافظة على مصلحة التحقيق وتقدير هذه السرعة متروك للمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع[٧٧].

٣) حق المحامي في الاطلاع على الأوراق:

تمكيناً لمحامي المتهم من أداء واجبه في حضور الاستجواب أوجب المشرّع السماح للمحامي بالاطلاع على الأوراق أي ملف الدعوى قبل الاستجواب فيما يخص موكله استناداً إلى نص المادة ٣/١٠٢ وعطفها على المادة ٦٣ والمادة ٩٢ إجراءات، يجوز للمتهم أيضاً تصوير أوراق التحقيق أو مستنداته وبذلك يكون القانون الفلسطيني لم يضع أي قيد على سريّة التحقيق بالنسبة لخصوم الدعوى كافة، وهذا النص لا يوجد له نص مماثل في القانون الأردني ولكن في القانون المصري نص عليه في المادة ١٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية وإن كان قيد قيده يحق رفض المحقق أو القاضي الاستجابة لطلب المحامي دوماً إشارة لأسباب الرفض، فجاء النص عاماً مع نص المادة ٨٤ من حق الخصوم في تصوير التحقيق إلا إذا كان التحقيق حاصلاً بغير حضورهم بناءً على قرار صادر بذلك، وبذلك يتضح في النص المصري أيضاً وذلك قبل ٢٤ ساعة من الاستجواب، وإلا وقع الاستجواب باطلاً، ولكنه بخلاف نسبي لأن الإجراءات مقرر لصالح المتهم فيجب أن يتمسك به صاحب الشأن كما هو الحال في ضمان حقوق الدفاع[٧٨]. ويلاحظ وبحق أهمية هذا الاستثناء الذي تقرره في التشريع المصري في المادة ١٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المادة (٥) من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، فقد استثنى المشرّع المصري الاستجواب الذي يجري في الجنايات المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني مكرر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات فيجوز أن يجري فيها الاستجواب دون أن يمكن المحامي من الاطلاع على الأوراق.

٤) إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه:

وهو ما نصت عليه المادة ١٩٦ من القانون الفلسطيني والمادة ١٢٣ مصري والمادة ٦٣ أردني وعلة هذه الضمانة هي إتاحة الفرصة للمتهم للتعرف على التهمة المنسوبة للمتهم، وتبعاً لذلك تنظيم خطة دفاع لها بالتعاون مع محاميه فيعقب فساد الاتهام ضده كما لها فائدة للمحقق من حيث أن يتيح له وضع خطة سليمة للاستجواب ويتطلب إحاطة المتهم علماً بما هو منسوب إليه وعدم الاكتفاء بإخطاره بالتهمة المنسوبة إليه على وجه إجمالي بل إخطاره تفصيلاً بالشبهات القائمة ضده كي يتاح له تفنيدها[٧٩]. وقد نص الدستور على هذه الضمانة.

(٧٥) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات، المرجع السابق، ص ٤٨٣.
(٧٦) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٨٢.
(٧٧) المرجع السابق، نفس الموضع.
(٧٨) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٨٤.
(٧٩) الدكتور/ كامل السعيد: المحقق الجزائي، المرجع السابق، ص ٦٢.

٥) حق المتهم في الامتناع عن تمثيل الجريمة:

لقد ثار البحث في طلب المحقق من المتهم إعادة تمثيل ارتكاب الجريمة، ولذلك يرى البعض بأن المتهم غير ملزم بالمعاونة في ذلك لأن هذا العمل ليس إلا تأكيد لاعتراف الجريمة وليس للمحقق أن يفعل ذلك حالما أنه ليس للمحقق أن يطلب من المتهم الاعتراف بارتكاب الجريمة[٨٠]. وإنني أؤيد هذا الرأي وأضيف أن الأمر يتعلق برضاء المتهم بالقيام بهذا الإجراء طواعية مثل الاعتراف الصادر منه، وهذا وقد نصت على حق المتهم في الامتناع عن تمثيل الجريمة، المادة ٢٠٥ من مشروع قانون الإجراءات الجنائية الأرجنتيني.

٦) حق المتهم في حضور جميع إجراءات التحقيق:

لقد نص القانون المصري صراحة في المدة ٧٧ إجراءات جنائية على حق المتهم بل الخصوم جميعاً في الحضور جميع إجراءات التحقيق ليكون على بينة من كل ما يجري في هذا التحقيق، سواء لصالحه أو ضد صالحه، وحتى يتمكن من مناقشة من يدلون بأقوالهم في هذا التحقيق، وهذا وقد سمع المشرّع بعدم حضور المتهم إلا في حالتين حددهما على سبيل الحصر هما حالة الاستعجال وحالة الضرورة، ويترتب على مخالفة ذلك البطلان إذا منع المتهم من حضور إجراءات التحقيق[٨١]. ولا يوجد هذا النص مماثل في القانون الأردني، ولكن الحال في القانون الفلسطيني يثير إشكالية حقيقة، وبالرغم من عدم وجود نص صريح كما هو الحال في المادة ٧٧ مصري إلا أنه يوجد تأكيد على حق المتهم في حضور جميع إجراءات التحقيق، ونستند على ذلك بالنصوص التالية ولا وإلا تعرضت الإجراءات للبطلان:

١- نص المادة ٨٢ إجراءات فلسطيني من حق الخصوم بعد الانتهاء من سماع أقوال شاهد أن يطلبوا من وكيل النيابة أو المحقق المفوض سؤال الشاهد عن نقاط لم تَرِد في شهادته وهو تأكيد عن حضور المتهم سماع الشهود.

٢- المادة ٦١ «يعلن الخصوم باليوم الذي يباشر فيه التحقيق ومكانه فهذا تأكيد في القانون الفلسطيني على ضرورة حضور المتهم جميع جلسات التحقيق، وهذا النص يخلق إشكالية في العمل لاستحالة حضور الخصوم وإحضار المتهم حين حضور الشهود مما يزيد من أزمة العدالة الجنائية، بل إن الأمر أكثر تعقيداً في القانون الفلسطيني، حيث لم يسمح للنيابة العامة أو المحقق استناد هذا الإجراء في حين الضرورة أو الاستعجال كما فعل المشرّع المصري مما يعرض الإجراء للبُطلان وهو بحقّ بحاجة لتدخل المشرّع لتصويب الوضع.

المبحث الرابع
بطلان الاستجواب

يترتب على عدم مراعاة الضمانات الخاصة بالاستجواب بطلانه وبطلان ما ترتب عليه من إجراءات، ولكن يختلف نوع البطلان بحسب الضمانة التي تمت مخالفتها فيكون البطلان مطلق إذا أجرى مأمور الضبط القضائي الاستجواب أو إذا حلف المتهم اليمين أو إذا وقع عليه إكراه وكذلك اتخاذ أي وسيلة مؤثرة على حرية إرادته كالخداع أو الوعد أو الوعيد، ويكون البطلان نسبياً إذا خولفت قاعدة حق المتهم في دعوة محاميه للحضور في الجنايات أو إذا لم يمكن المحامي من الاطلاع على الأوراق، لأن هذه القواعد مقررة لصالح المتهم ويجب على المتهم التمسك بهذا البطلان، وإلا

(٨٠) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٨٣.

(٨١) الدكتور/ كامل السعيد: مشروع قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٤٤.

سقط حقه أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. ويترتب على بطلان الاستجواب بُطلان كل ما يترتب عليه من آثار مثل الاعتراف المترتب على الاستجواب. وكذلك التوقيف الاحتياطي[٨٢]. وإن كُنّا نؤيّد أن البعض من أن بطلان الاستجواب أو انعدامه لا يترتب عليه بطلان أمر الإحالة إلى المحكمة المختصة لكونه غير مترتب عليه، ولأنه من أوامر التصرف في التحقيق وما الاستجواب إلا إجراء من إجراءاته[٨٣]. هذا ويمكن تصحيح الاستجواب الباطل بإعادته مع تجنب سبب بطلانه[٨٤]. بالرغم من عدم وجود نص بذلك في القانون الفلسطيني وجود نص في القانون المصري في المادة ٣٢٥ إجراءات جنائية.

(٨٢) انظر في هذا المعنى الدكتور/ مأمون حمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٣١ وما بعدها؛ الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٨٧ وما بعداه.

(٨٣) الدكتور/ مأمون حمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٣٢.

(٨٤) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٩٤.

الفصل الثاني
سماع الشهود Témoignage

تمهيد وتقسيم:

سوف نبحث في هذا الفصل مفهوم الشهادة، السلطة التقديرية للمحقق وجريمة التخلف عن الحضور وجريمة الامتناع عن الشهادة، كيفية سماع الشهادة، وحالات الإعفاء من الشهادة أو حلف اليمين، سماع شهادة الأصم والأبكم والضرير، وعدم جواز رد الشاهد، وذلك في المباحث التالية تبعاً:

المبحث الأول
مفهوم الشهادة

الشهادة دليل من الأدلة الجنائية التي يسعى المحقق بجمعها للوصول إلى الحقيقة، سواء كان ذلك لإثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم أو نفي الجريمة أو نفي نسبتها إليه[٨٥]. فالشهادة في الأصل هي تقرير شخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم وحواسه[٨٦]. فهي إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي كما أنها إجراء من إجراءات المحاكمة، وبالتالي فهناك فرق بين استماع الشهود في مرحلة التحقيق الابتدائي واستماعهم في مرحلة التحقيق النهائي، فالشهادة في مرحلة التحقيق الابتدائي ترمي إلى أن تلقى في ردع وكيل النيابة أو مَن يقوم مقامه من أعضاء الضابطة العدلية بأن الأدلة كافية أو غير كافية لإحالة المتهم إلى المحاكم أو حفظ القضية، كذلك لا تعتبر عنصراً من عناصر القناعة أمام المحاكم، أما في التحقيق النهائي فالشهادة عنصر من عناصر الإثبات[٨٧]، وعليه فإن الإدلاء بالمعلومات أمام مأمور الضبط القضائي في محاضر الاستدلالات أو الإدلاء بها أمام سلطة التحقيق بغير الشكل القانوني يجعلها من إجراءات الاستدلال وليس من إجراءات التحقيق[٨٨].

والشهادة نفترض أن الشاهد قد رأى أو سمع بنفسه ولكن هناك ما يسمى «بالشهادة السماعية» و«الشهادة بالتسامُع»، والشهادة السماعية تعني أن شخصاً سمع من آخر معلوماته عن الواقعة محل التحقيق كمَنْ يشهد بأنه سمع من آخر أنه شاهد ارتكاب المتهم للجريمة، وواضح أن هذه الشهادة غير مباشرة، فالشاهد لم يرَ الجريمة بنفسه مباشرة ولذلك فهذه الشهادة تكون قوتها في الإثبات أقل. أما «الشهادة بالتسامع» فهي مجرد ترديد لإشاعة تتردد بين الناس، فقد تكون صادقة وقد لا تكون، ولذلك لا تصلح هذه الشهادة كدليل لاستحالة التحقيق من صحتها[٨٩]. ولا يجوز للشاهد أن يبدي رأياً في الوقائع التي شهد بها ولا في مدى مسؤولية المتهم، ولكن ليس ما يمنع أن تكون سمعة المتهم هي موضوع الشهادة إذا طلبها المحقق، لأن هذه السمعة لا تتكون من رأي للشاهد ولكن من وقائع تتردد بين الناس سمعها الشاهد منهم[٩٠]. وبالتالي ينقسم الشهود إلى شاهد إثبات بمعنى الذي يشهد بما يؤدي إلى ثبوت التهمة الموجهة للمتهم وشاهد نفي هو الذي يشهد بما يؤدي إلى نفي التهمة الموجهة للمهم فتعتبر شهادته دليلاً لبراءة المتهم مما نسب إليه، وهناك شاهد الواقعة وهو الشاهد الذي شهد الواقعة محل الجريمة المنسوبة إلى المتهم وهو ما يكون شاهد إثبات أو شاهد نفي ويعامَل مُعاملة القانون كشاهد الإثبات من حيث ضرورة سماعه[٩١].

(٨٥) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(٨٦) نقض ٢ إبريل سنة ١٩٧٩ س ٣٠، ص ٤٢٦، رقم ٩٠، طعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٤٨ ق.

(٨٧) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٤١.

(٨٨) الدكتور/ مأمون حمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤١٥.

(٨٩) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

(٩٠) المرجع السابق، ص ٤٦٨.

(٩١) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

المبحث الثاني
السلطة التقديرية للمحقق في سماع الشهود

لقد وضع المشرّع في يد المحقق سلطة تقديرية جدوى سماع الشاهد لصالح التحقيق، ويستوي في ذلك أن يكون سماعهم بمبادرة من المحقق أو بناءً على طلب أحد أطراف القضية بدله أن يسمع الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه وطلب سماع معلوماته في القضية وقدر المحقق أهميتها، وهو نص المادة ٧٧ إجراءات فلسطيني المقابلة لنص المادة ١١٠ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٢/١١١ إجراءات، والمقابلة للمادة ٦٨ أصول أردني، ولكن جرت أحكام القضاء على أن هناك نوعاً من الشهود يتعين على المحقق سماعهم متى طلب أحد الخصوم ذلك هم شهود الواقعة سواء كانوا شهود إثبات أو نفي لأهمية شهادتهم في إنارة الطريق أمام المحقق[٩٢]. وتقوم النيابة العامة بإعلان الشهود وتكليفهم بالحضور بمذكرات دعوة قبل الموعد المحدد بأربع وعشرين ساعة عن طريق رجال السلطة العامة أ و المحضرين، المادة ٧٨ إجراءات فلسطيني المقابلة للمادة ١١١ إجراءات مصري والمقابلة للمادة ٦٩ أصول.

المبحث الثالث
جزاء التخلف عن الحضور وجريمة الامتناع عن أداء الشهادة

أوجب القانون على كل من دُعي للحضور أمام سلطة التحقيق بناءً على استدعاء المغلف إليه رسمياً أن يلتزم بهذا الواجب وإلا أجاز للنيابة العامة توجيه استدعاء ثاني فإذا تغيب بعد ذلك يصدر وكيل النيابة العامة مذكرة إحضار بحقه المادة ٨٥ إجراءات فلسطيني وكذلك إذا تبين لوكيل النيابة العامة أن حالة الشاهد الصحية لم تَكن لتمنعه من الحضور فله إصدار مذكرة إحضار بحقه المادة ٨٧ إجراءات فلسطيني، وإن الالتزام بالحضور أمام المحقق منصوص عليه في القانون الأردني والمصري. ففي القانون الأردني المادة ١/٧٥ ولكن يحق للمدعي العام إحضاره وتغريمه خمسة دنانير غرامة وله أن يعفيه منها إذا كان تخلفه بسبب معقول المادة ٢/٧٥ أصول، وكذلك نجد في القانون المصري أيضاً نفس الالتزام على الشاهد بضرورة الدعوى، ولقد أعطى القانون لوكيل النيابة مكنة رفع الأمر للقاضي الجزئي لتوقيع عقوبة الغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً بعد سماع أقوال النيابة العامة، وإنني أؤيد وجود هذا النص في القانون الفلسطيني لتوقيع جزاء من المحكمة على المخالف، ومن ناحية أخرى تعرضت المادة ٨٨ إجراءات فلسطيني، والمادة ١١٩ أ.ج معدلة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على حالة إذا حضر الشاهد وامتنع بعد حضوره عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين اعتبر المشرّع ذلك جريمة يُعاقب عليها بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه في القانون المصري أو بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو الحبس مدة أسبوع أو بكلتا العقوبتين، ويلاحظ تشدد المشرع الفلسطيني حيث أجاز الحبس مع إمكانية إعفائه من العقوبة إذا عدل الشاهد عن امتناعه قبل انتهاء المحاكمة، ونرى الأفضل النص قبل انتهاء التحقيق لأهمية الشهادة في قرار وكيل النيابة حين نهاية الإجراءات، مع ملاحظة عدم وجود نص في القانون الأردني مماثل أثناء التحقيق الابتدائي، وإن كان ورد النص على هذا الجزاء حالة امتناع الشاهد عن حلف اليمين أمام المحكمة، وكذلك الحكم بالنسبة للامتناع عن تأدية الشهادة، ولذلك نادى البعض بضرورة النص على ذلك ومنح المدعي العام الحق بتوقيع العقوبات على الشاهد[٩٣].

(٩٢) نقض ١٨ فبراير سنة ١٩٧٤، مجموعة أحكام لنقض س ٢٥، ص ١٤٨، رقم ٣٢.
(٩١) الدكتور/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٤٤.

المبحث الرابع
كيفية سماع الشهادة

يتبع في سماع الشهادة من قبل المحقق الإجراءات التالية، سواء تعلق الأمر بشهود الإثبات أم النفي:

١- يطلب المحقق من الشاهد أن يبين اسمه ولقبه وسنه وصناعته وسكنه وعلاقته بالمتهم وصلته بالخصوم.

٢- يجب أن يسمع المحقق شهادة كل شاهد على انفراد ومخالفة هذا الوجب لا يترتب عليها البطلان وإنما تؤثر على قيمة الدليل المستمد من الشهادة. ويجوز للمحقق أن يواجه الشهود بعضهم ببعض أو بالمتهم، وسواءً أكان ذلك أثناء سماع الشهادة أم بعد الانتهاء منها، ويثبت ذلك في محضره.

٣- إذا كان سن الشاهد قد بلغ خمسة عشر سنة فيجب على الشاهد أن يحلف اليمين وهي أنه (أقسم بالله العظيم أن أقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق). كل ذلك قبل الإدلاء بشهادته وعلى المحقق إثبات ذلك في محضره ويجوز سماع شهادته من هم دون الخامسة عشرة دون حلف يمين، وتكون شهادتهم على سبيل الاستئناس (الاستدلال). كذلك عدم تعليق المحقق للشاهد اليمين القانونية يترتب عليها عدم اعتبار الشهادة كدليل إثبات، وإنما تؤخذ على سبيل الاستئناس (الاستدلال)، وبالتالي لا تصلح أن يعتمد عليها في الإدانة وحدها، ولكن لا بد أن معززة لأدلة أخرى في الدعوى[٩٤]، وهذا وإن كان حلف اليمين يُخالف عقيدة الشاهد الدينية جاز تدوين أقواله بعد تأكيده أنه سيقول (الصدق) وكذلك فإنه إذا دُعيَ رجل دين لتأدية الشهادة فيكون حلف اليمين بين يدي أسقفة أو رئيس الدين ثم يعود لوكيل النيابة بشهادة بذلك أنه حلف اليمين وأنه سيقول الصدق، والعلة في ذلك أن تحليف اليمين القصد منها تذكير الشاهد بأن الله يسمعه ويراه وهو يؤدي شهادته[٩٥].

٤- تدوين شهادة الشاهد كتابة بالمحضر، وكذلك البيانات الخاصة به كشط أو تحشير ويعتمد أن تصحيح أو شطب أو تخريم إلا إذا صدّق عليه القاضي والكاتب والشاهد ويوقع على الشهادة كلٍّ من القاضي والكاتب والشاهد بعد تلاوتها عليه وإقراره بأنه مُصِرّ عليها.

٥- إذا تعذر حضور الشاهد لأسباب صحية ينتقل وكيل النيابة إلى محل إقامتهم لسماع أقواله أما إذا كان مقيماً خارج منطقة اختصاصه فعليه أن ينيب وكيل النيابة المختص لسماع شهادته.

٦- يكون حضور الشهود لأداء الشهادة على نفقة الدولة ويقدر وكيل النيابة الذي يباشر التحقيق بناءً على طلب الشهود المصاريف والتعويضات التي يستحقونها بسبب حضورهم لأداء الشهادة.

المبحث الخامس
حالات الإعفاء من الشهادة أو حلف اليمين

هناك حالات أوردها المشرّع نص فيها على عدم الصلاحية الشاهد لأداء الشهادة منها ما ورد في قانون الإجراءات ومنها ما ورد في قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٤

(٩٤) نقض ١٥ فبراير سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ٢١٥، رقم ٤٣، طعن رقم ١٨٠٩ لسنة ٤٥ ق.

(٩٥) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص.

لسنة ٢٠٠١م، إلا أنها واجبة التطبيق أمام المحاكمة الجنائية، بالرغم من عدم النص عليها، وإن كان قانون الإجراءات المصري قد نصّ عليها في المادة ٢٨٧ إجراءات وهي:

١) الشهادة عن معلومات تتعلق بأمن الدولة:
حيث لا يجوز أن يشهد أحد عن معلومات أو مضمون أوراق تتعلق بأمن الدولة إلا إذا كانت قد نشرت بإحدى الطرق القانونية أو كانت السلطة المختصة قد أذنت بإذاعتها المادة ٧٥ من قانون البينات الفلسطيني.

٢) خطر إفشاء معلومات تم الوصول إليها عن طريق المتهم:
حيث لا يجوز عن علم من المحامين أو الأ»باء أو غيرهم عن طريق مهنية أو صنعته بوقائع أو معلومات يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة أو في حالة طلب ذلك منهم من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم، المادة ٧٦ من قانون البينات الفلسطيني.

٣) خطر شهادة أحد الزوجين:
حيث لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الأخرى أبلغه إليه أثناء قيام الزوجية أو بعد انفصامها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر المادة ٧٧ من قانون البينات الفلسطيني.

٤) الإعفاء من اليمين لأصول المتهم وفروعه وزوجته:
في البداية لا يمكن النظر إلى المادة ٢/٨٣ بمعزل عن نص المادة ٢٢٢ إجراءات فلسطيني،وإنني أرى أن المشرّع قصد من عدم حلف اليمين هو أن تأخذ الشهادة على سبيل الاستدلال بل الاستغناء عنها قدر الإمكان إلا في حالة أن الجريمة وقعت عليه، ولكن النص المصري أفضل من إذا نص في المادة ٢٨٦ إجراءات على امتناع عن الشهادة ضد المتهم إذا كانت تربطه به صلة قرابة حتى الدرجة الثانية أو لوجود صلة زوجية تعطي الشخص حق الامتناع عن الشهادة ولو بعد انقضاء رابطة الزوجية.

المبحث السادس
سماع شهادة الأصم والأبكم والضرير

ليس ما يمنع قانونياً من سماع شهادة الأصم والأبكم طالما أنه يحتفظ بملكتي التمييز والاختيار، وللمحقق أن يعتمد على شهادته على حساب طريقة تعبيره[٩٦]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الحكم قد أثبت بمدوناته أن الشاهد عبر لوكيل النيابة المحقق عما رآه بطريقة الإشارات، وهي التي اعتاد البكم التعبير بها وأحال في بيان شهادته على أقوال الشاهدة الأولى فلا يؤثر فيه أن يكون الشاهد أصم أبكم[٩٧]، كما قضى بأنه ليسا ما يمنع من الآخذ بشهادة الضرير في واقعة يدركها بغير حاسة البصر[٩٨].

(٩٦) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٧٥.
(٩٧) نقض مصري ١٢ نوفمبر سنة ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٢، ص ٩٨٣، رقم ١٥٤.
(٩٨) نقض مصري ٢٢ أكتوبر ١٩٨٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ٧٩٢، رقم ١٥٢.

المبحث السابع
عدم جواز رد الشاهد

لقد نصّ القانون الفلسطيني المادة ٢٣٦ إجراءات والقانون المصري المادة ٢٨٥ إجراءات على عدم جواز رد الشهود لأي سبب من الأسباب، وذلك لأن شهادة الشاهد خاضعة دائماً لتقدير غيره أي المحقق والمحكمة[٩٩]. فإذا كان لدى المتهم أسباب تدعو إلى عدم الثقة في أقوال الشاهد كوجود علاقة تربطه بخصم آخر في الدعوى أو وجود ضغائن بينه وبين الشاهد، فله أن يظهر هذه الأسباب للقاضي كي يدخلها في اعتباره عند تقديره لأثرها على صدق أقوال الشاهد، ولكن لا يجوز رد الشاهد في حالة عدم صلاحيتة لأداء شهادة كما لو كان غير مميز، وهناك مَن يرى وبحق أن نصّ المادة ٢٢٨ إجراءات فلسطيني والمقابل لنص المادة ٢٨٨ إجراءات مصري غريباً بأن يسمع المدعي بالحقوق المدنية كشاهد ويحلف اليمين، ذلك أنه لا نزاع في أنه خصم للمتهم حتى في الدعوى الجنائية على الأقل في مرحلة التحقيق الابتدائي، وله حقوق الخصم فله حق الطعن في قرار النيابة العامة بأن الأوجه لإقامة الدعوى (حفظ القضية)، كما له حق اصطحاب محام معه في التحقيقات أمام المحكمة، وله حق مناقشة الشهود، وليس هذا شأن الشاهد، فالمدعي بالحق المدني صاحب مصلحة في أن يقضي في الدعوى الجنائية بإدانة المتهم لما يترتب على ذلك القضاء من الحكم له بالتعويض، ولا شكّ أن هذه المصلحة تدعو إلى عدم الثقة في أقواله[١٠٠].

(٩٩) الدكتور/ مأمون سلامة: قانون الإجراءات والجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٣٢.
(١٠٠) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

وكالة الوكيل الثاني "منذ انعقادها حتى زوالها"

المحامية فاطمة علي حمودة- القدس

مقدمة

يقوم الشخص عادة بأعماله بنفسه ولا يمكن إلزامه بشئ لم تتجه إرادته إليه. فالعقد لا ينعقد إلا إذا صدر إيجاب من طرف وقابله قبول يطابقه. هذه هي القاعدة العامة في انعقاد العقود وخاصة العقود الرضائية وقد ينشغل هذا الشخص بأعمال كثيرة لا تمكنه من القيام بكل شئ يريد إعماله. وبالتالي فيقوم بتوكيل غيره لإبرام تصرف ما نيابة عنه وباسمه. ومن هنا ظهر عقد الوكالة بحيث يفوض شخص شخصا أخر للقيام بعمل ما. ويعمل الوكيل هنا بإرادته ولكن ليس لحسابه وإنما لحساب من وكله. فكل تصرفاته بمجرد إبرامها تنصرف إلى الموكل مباشرة. فلا يلتزم إلا بما يفرضه عليه عقد الوكالة.

والوكيل أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة قد تواجهه صعوبات أو أمور تمنعه من تنفيذ الوكالة بنفسه هو أيضا مما يدفعه إلى توكيل غيره في تنفيذ ما التزم به كله اوبعضه. وهذا هو محور بحثي وكثير ما تواجهنا مثل تلك الحالة. ويثور التساول حول مدى إمكانية توكيل الوكيل لغيره؟ وما طبيعة هذه الوكالة؟ وما هي الآثار التي ترتبها؟ وما طبيعة العلاقة بين الموكل والوكيل الثاني؟ وغيرها تساؤلات كثيرة.

وفي حياتنا العملية وخاصة فيما يتعلق بنقل ملكية الأموال غير المنقولة. نتعرض لما يسمى بالوكالة الدورية والتي لها أهمية كبيرة في فلسطين بشكل خاص. لما نعانيه من عدم تسوية الأراضي بشكل تام. وتدخل الحكم العسكري في المراحل السابقة وإصداره الأوامر العسكرية المشرعة لنا والملزمة.والمعدلة للأحكام السابقة السارية . وحيث أصبحت الوكالة الدورية الوسيلة الأكثر استخداما لبيع العقارات. وقد يتم الاستناد إلى الوكالة في بيع ما تخوله بموجب وكالة أخرى وهنا نتساءل حول طبيعة الوكالة الدورية المتسلسلة؟ والى أي حد يمكن أن ينطبق عليها مفهوم توكيل الوكيل لغيره؟

وفي هذا البحث سنعمل على الإجابة على التساؤلات السابقة والتي يمكن أن تثور. بالرجوع إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري. وسوف أتناول الموضوع من خلال أربعة مباحث. أتحدث في مبحث تمهيدي عن الوكالة بشكل عام من حيث تعريفها وأركانها. وفي المبحث الثاني أتناول قيام الوكيل بتوكيل غيره وبيان طبيعة هذا التوكيل والآثار المترتبة عليه. والثالث يتناول انتهاء وكالة الوكيل الأول وأثرها على توكيل الوكيل الثاني. وأخيرا موضوع الوكالة الدورية ومدى انطباق وكالة الوكيل الثاني عليها.

المبحث التمهيدي

تعريف الوكالة:

عرفت المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية الوكالة حيث نصت المادة ١٤٤٩ «الوكالة تفويض واحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر ويقال لذلك الواحد الوكيل ولمن أقامه عنه وكيل ولذلك الأمر الموكل به «.

ونصت المادة ١٤٥٩ على «يصح أن يوكل واحد غيره في الأمور التي يجوز له أن يباشرها بنفسه».

وعرف مشروع القانون المدني الفلسطيني عقد الوكالة حيث نص في المادة ٨٦٦ «الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل».

وتعريف الوكالة هنا يتفق مع تعريف القانون المدني المصري حيث عرف الوكالة في المادة ٦٦٩ وعرف المشرع الأردني الوكالة في المادة ٨٣٣ من القانون المدني ولا يختلف عن تعريف كل من المصري والفلسطيني والمجلة.

ويخلص من النصوص المتقدمة أن عقد الوكالة عقد رضائي فلا يشترط فيه شكل معين بل يكتفي بالإيجاب والقبول، فيمكن إبرامه مشافهة أو كتابة عرفية أو رسمية والكتابة هنا تكون لإثبات العقد وليس لانعقاده وان اشتراط حضور شاهدين كما هو العمل في دوائر كتاب العدل والغرض منه هو التثبت من شخصية الموكل لما ترتبه الوكالة من أثار والتزامات[١].

ويكون عقد الوكالة شكليا إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة تصرف شكلي أيضا، عقد الوكالة في الأصل من عقود التبرع، وقد يكون من عقود المعاوضة إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمنا، وهو عقد ملزم للجانبين سواء كانت الوكالة تبرعا أو بأجر[٢].

وعقد الوكالة يتميز بأنه يخضع للاعتبار الشخصي فالموكل يدخل في اعتباره شخصية الوكيل و الوكيل كذلك، فالموكل عندما يوكل غيره لابد أن تكون شخصيته محل اعتبار واهتمام لديه، وعقد الوكالة يتميز بأنه من العقود غير اللازمة بالنسبة لطرفيه إذ يجوز للوكيل النزول أو التنحي عن الوكالة في أي وقت وأيضا يمكن أن ينهي الوكالة متى شاء[٣].

أنواع الوكالة:

تبين المادة ٨٦٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني أنواع الوكالة حيث تنص « يجوز أن تكون الوكالة عامة أو خاصة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى وقت مستقبل».

فالوكالة لا تتخذ نوعا واحدا أو شكل معين بل تتعدد وتتنوع حسب التصرف أو العمل الموكل به والمراد إبرامه بها، وقد نص على هذه الأنواع كل من القانون المصري والأردني وسوف نتطرق إليها بشكل مختصر.

١- الوكالة المطلقة: - فمن اسمها فهي مطلقة وغير مقيدة، فلم يرد فيها أي شرط يقيد حرية في التصرف، بحيث يكون المجال متسع ومفتوح أمام الوكيل بالتصرف بكامل الصلاحيات ويترك له تقدير كافة الأمور والتصرفات القانونية التي يقوم بها.

١- الدكتور عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، دار الثقافة ، عمان، ٢٠٠١م ،ص١٠٢.
٢- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، ص٣٧٢.
٣- الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوى، أحكام عقد الوكالة،منشاة دار المعارف ، الإسكندرية، ص١٧.

(٢- الوكالة المقيدة:- وهي عكس الوكالة المطلقة بحيث تكون مقيدة بتصرف معين من أنواع التصرفات أو بزمن معين أو بشروط معينة يجب إجراء التصرف بموجبها كتحديد مقدار الثمن الذي يجب البيع بموجبه مثلا[٤].

(٣- الوكالة العامة:- وجاء الحديث عنها في كل من القانون المدني الأردني حيث نص عليها في المواد ٨٣٦و٨٣٧ والمصري نص عليها في المادة ٧٠٧. فالوكالة العامة هي التي ترد بألفاظ عامة، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به للوكيل، ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته، سواء اشارت الوكالة العامة إلى الإدارة أو لم تشر فإنها لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، فلا يجوز للوكيل أن يقوم بأي من أعمال التصرف إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة[٥].

(٤- الوكالة الخاصة:- فهي تنطلق من التخصيص فتكون خاصة بتصرف معين أو عدة تصرفات محددة وواضحة، فالوكالة العامة تشمل أعمال الحفظ والإدارة أما أعمال التصرف فلا بد لها من تخصيص التوكيل بها، فيجب تحديد الأمور و الأعمال التي يجوز للوكيل التصرف فيها فلا يجوز توكيله توكيل عام للقيام بجميع أعمال التصرف دون تحديد لهذه الأعمال، وتصح أيضا الوكالة الخاصة في أعمال الإدارة ويجوز أن تتعدد الوكالة الخاصة بتعدد التصرفات الموكل بها [٦].

أركان عقد الوكالة:

أركان عقد الوكالة كما في سائر العقود وهي التراضي والمحل والسبب، ومحل الوكالة بالنسبة على التزامات الوكيل هي التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل، أما التزامات الموكل من دفع الأجرة ورد المصروفات والتعويض عن الضرر فليست محتمة إذ هي قد تتحقق وقد لا تحقق [٧]

ولا يوجد إمكانية لتناول هذه المواضيع بشكل مفصل لتركيز البحث على وكالة وكيل الوكيل وأثارها والأمور المرتبطة بها، وهذا ما سابحثه في المباحث التالية.

المبحث الأول
قيام الوكيل بتوكيل غيره

تمهيد:-

عرفت في المبحث التمهيدي إن الوكالة هي تفويض شخص لأخر للقيام بإجراء عمل أو تصرف وبالتالي يقيمه مقامه وعوضا عنه، وقد يقوم وكيل الشخص بتوكيل غيره للقيام بالعمل أو التصرف نيابة عنه كله أو جزء منه، فيثور التساؤل حول قانونية توكيله لغيره وما هي الآثار المترتبة على ذلك، وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث في ثلاث مطالب على التوالي نتحدث في الأول عن الطبيعة القانونية لوكالة الوكيل لغيره وحكم التصرفات التي يقوم بها الوكيل الثاني، وفي المطلب الثاني نستعرض مدى مسئولية الوكيل عن تصرفات وكيله، وفي المطلب الثالث نتناول الحديث عن تصرفات الوكيل الثاني في مواجهة الموكل والوكيل الأول.

٤- عدنان السرحان، المرجع السابق، ص١٢٤.

٥- السنهوري، المرجع السابق، ص٤٣٤.

٦- عدنان السرحان، المرجع السابق، ص١٢٦.

٧- قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص٣٧.

المطلب الأول
الطبيعة القانونية لوكالة الوكيل لغيره وحكم التصرفات التي يقوم بها الوكيل الثاني

جاء الحديث عن وكالة الوكيل لغيره في مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٤٦٦ واخذ المشرع الأردني بحكم هذه المادة وكان نصه في القانون المدني عليها مطابق لنص المجلة؛ تنص المادة ٨٧٣ منه على «١- ليس للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل به كله أو بعضه إلا إذا كان مأذونا من قبل الموكل أو مصرحا له بالعمل برأيه ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل الأصلي.
٢- فإذا كان الوكيل مخولا حق توكيل الغير تحديد فانه يكون مسئولا تجاه موكله عن خطئه في توكيل غيره أو فيما أصدره له من توجيهات».
المشرع الفلسطيني عندما تناول هذا الموضوع فكان نصه مطابق لما نص عليه القانون المدني المصري حيث جاء في المادة ٨٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني «١- إذا عهد الوكيل إلى غيره مرخصا له في ذلك، كان مسئولا عن عمل الوكيل الثاني، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل والوكيل الثاني في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.
٢- إذا رخص للوكيل في أن يوكل غيره دون تعيين شخصه، فان الوكيل الأول لا يكون مسئولا إلا عن خطئه في اختيار الوكيل الثاني، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.
٣- يجوز في الحالتين السابقتين للموكل والوكيل الثاني أن يرجع كل منهما مباشرة على الأخر».
من خلال النصين السابقين نجد إن الحكم قد جاء فيما يتعلق بتوكيل الوكيل لغيره متفق في بعض الأحكام ويختلف في غيرها، فنرى أن توكيل الوكيل لغيره في القانون الأردني لا يجوز إلا إذا ورد نص على ذلك ما بين الوكيل والموكل فلا بد من وجود إذن للوكيل حتى يتمكن من توكيل غيره، فالأصل هنا منع توكيل الوكيل لغيره والاستثناء هو إباحة ذلك.
فان وكل الوكيل غيره دون أن يكون مأذونا بذلك من قبل الموكل أو مصرحا له العمل برأيه كانت الوكالة الثانية باطلة، ومن ثم لا تكون لوكيل الوكيل صفة في مباشرة التصرف محل الوكالة، ويبقى الوكيل وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة، ما لم يقر الموكل هذا التصرف بعد وقوعه وذلك تطبيقا لقاعدة الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة[٨].
لكن بالرجوع إلى النص الفلسطيني نجد أن الأصل هو إباحة توكيل الوكيل لغيره ما لم يرد منع على ذلك، والمنع استثناءا وليس أصلا، وأيضا المشرع الأردني اعتبر الوكيل الثاني بمثابة وكيل للموكل وليس وكيلا للوكيل أما في المشروع الفلسطيني فلم ينص على هذا الحكم وإنما اكتفى المشروع بإقامة علاقة مباشرة بين الموكل والوكيل الثاني دون النص على اعتبار الوكيل الثاني وكيلا للموكل[٩].
وان يكن الاختلاف ما بين المجلة والقانون الأردني من جهة وبين المشروع الفلسطيني والمشرع المصري من جهة ثانية فجميعها بالمحصلة تجيز للوكيل أن يوكل غيره لتنفيذ الوكالة الموكل بها، مع وضع بعض القيود من هنا وهناك، فالوكيل له أن يوكل غيره للقيام بما فوضه به الموكل وقد يوكله في كل ما هو موكل فيه فيطابق توكيله له مدى سعة عقد الوكالة الأصلية، وقد يوكله في بعض ما هو موكل فيه، ولا يستطيع الوكيل الأول توكيل الوكيل الثاني في أكثر من ما هو موكل به عملا بقاعدة فاقد الشئ لا يعطيه.
مما سبق رأيت أن القانون الأردني اعتبر الوكيل الثاني وكيلا للموكل إذا كان ماذون للوكيل أن يعمل

٨- عدنان السرحان، المرجع السابق،ص١٣٧.
٩-المادة ٣/٨٧٧من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

برأيه وأيضا نص مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري على وجود علاقة مباشرة تربط بين الموكل والوكيل الثاني فلذلك ولوجود هذه الروابط بين الموكل والوكيل الثاني فان كل ما يقوم به الوكيل الثاني من أعمال وتصرفات إعمالا للوكالة التي أوكل بها منالوكيل الأول تنصرف جميعا إلى الموكل الأصلي مباشرة وليس إلى من وكله لأنه هنا لا يعمل لحسابه الخاص أو حساب من وكله بل يعمل لحساب الموكل الأصلي، ولا يغير في هذا الحكم مسؤوليته تجاه الوكيل الأول في بعض الأحيان ومسؤولية الأخير تجاهه في أحيان أخرى والتي سأبحثها في المباحث التالية.

وارى أن المشروع الفلسطيني كان أكثر توفيقا من المشرع الأردني في تناوله لهذا الموضوع في جانب اعتباره أن الأصل هو إباحة توكيل الوكيل لغيره والاستثناء هو المنع فالشخص عندما يوكل غيره للقيام بعمل فيفترض ضمنا انه قد وكله للعمل برأيه وحسب خبرته وبالتالي فهو اقدر منه في القيام بهذا العمل أو التصرف، فيكون الشخص الذي وكله حر التصرف والا لقام بالعمل بنفسه دون الحاجة لتوكيل غيره بذلك، وعندما لا يريد أن يعمل الوكيل برأيه سوف يذكر ذلك صراحة بالوكالة ويمنعه من توكيل غيره.

ولكن في جانب أخر أرى أن المشروع قد اخفق في عدم النص على اعتبار الوكيل الثاني وكيلا للموكل صراحة واكتفى بوجود دعوى مباشرة ما بين الموكل والوكيل الثاني يستطيع كل منهما الرجوع على الأخر بموجبها، والذي قد يفهم من خلالها إن رجوع كل منهما يكون في حالات معينة مثل إلحاق الضرر بالموكل نتيجة عمل الوكيل الثاني أو العكس بحيث لا تضمن تصرفات وأعمال الوكيل الثاني للموكل مباشرة بمجرد إبرامها، فالرجوع الذي يتصور هنا لا يكون إلا في حالة وجود مسؤولية من احديهما قبل الأخر.

فالعلاقة المباشرة بين الموكل والوكيل الثاني لا تتضمن حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق، وان الصحيح إن هناك رابطة مباشرة، لا شان لهذه الرابطة بفكرة الدعوى المباشرة، بل هي نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع ما لم يمنع من ذلك صراحة أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص أخر، فلا يعني هذا الجواز إلا أن الوكيل الثاني يعتب بدوره وكيلا عن الموكل[١٠].

وما تقدم اصل إلى نتيجة هي أن الوكيل يجوز له أن يوكل غيره بتنفيذ كل أو جزء ما أوكل به ضمن الوكالة الأصلية وان توكيله لغيره صحيح وجائز قانونيا، ما دام انه ماذونا بالعمل وفق رأيه ولم يرد قيد يمنعه من ذلك صراحة، والتي قد نعتبرها عقد وكالة من الباطن.

وآمل على المشرع الفلسطيني وحيث انه في طور إقرار مشروع القانون المدني أن يعدل نص المادة ٣/٨٧٧ بحيث ينص على اعتبار الوكيل الثاني وكيلا للموكل حتى تكمل هذه المادة بعضها وتتفق مع جوهر المادة بالفعل.

المطلب الثاني
مدى مسئولية الوكيل الأول عن تصرفات الوكيل الثاني

عندما يقوم الوكيل بتوكيل غيره لتنفيذ ما هو موكل به كله أو بعضه فتثور عدة تساؤلات منها ما مدى مسئوليته عن أعمال وتصرفات من عينه ؟ وهل بموجب توكيله لغيره تنتفي علاقته مع الموكل وأسئلة كثيرة غيرها، وفي هذا المطلب سنحاول أن نبين مدى مسؤوليته ونطاقها.

١٠- السنهوري،المرجع السابق،ص٤٨٨.

بداية فان علاقة الوكيل مع الموكل تبقى محكومة بموجب عقد الوكالة الأصلي فهو أساس العلاقة بينهم ويكون الوكيل ملتزم نحو الموكل بكافة الالتزامات التي يرتبها عقد الوكالة في ذمته، وأيضا بالمقابل يكون الموكل ملتزم بجميع الالتزامات المترتبة في ذمته بموجب العقد[١١].

بالرجوع إلى القواعد العامة في مسؤولية الوكيل عن وكيله نجد أن الوكيل مسئول عن نائبه تجاه الموكل، ومسئوليته في ذلك مسئولية عقدية عن الغير وقد توافرت شروطها، من حيث وجود عقد الوكالة الأصلية والوكيل فيه مدين للموكل بتنفيذ الوكالة، وبعد توكيل الوكيل غيره في تنفيذ التزامه العقدي، فالمسئول هو الوكيل، والمضرور هو الموكل، والغير هو الوكيل الثاني، وقد كلف اتفاقا بتنفيذ التزام الوكيل العقدي وبالتالي فإذا ارتكب نائب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة تحققت مسؤوليته العقدية تجاه الوكيل وتحققت مسؤولية الوكيل العقدية عن وكيله تجاه الموكل وأمكن أيضا للموكل الرجوع مباشرة على نائب الوكيل، وهكذا يكون للموكل إذا ما ارتكب وكيل الوكيل خطأ مدينان الوكيل بموجب المسؤولية العقدية عن الغير، ووكيل الوكيل الشخص الذي عينه لتنفيذ الالتزام نيابة عنه بموجب الدعوى المباشرة، وان الوكيل ونائبه لا يكونان مسئولين تجاه الموكل بالتضامن لتعدد المصدر بالرغم من وحدة المحل، وإنما يكونان مسئولين بالتضامن[١٢].

لكن من خلال دراسة نص المادة ٨٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني نجد انه قد خالف القواعد العامة فيما يتعلق بمسؤولية الوكيل عن نائبه الوكيل.

فنصت المادة ١/٨٧٧ « إذا عهد الوكيل إلى غيره بتنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولا عن عمل الوكيل الثاني، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل والوكيل الثاني في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.»

في هذه الحالة الوكيل قد وكل غيره دون أن يكون مرخصا له ذلك ولم يمنع من ذلك صراحة أيضا، ويظهر لنا أن مسؤولية الوكيل الأول تتحقق في مواجهة الموكل طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الغير ولكن مع اختلاف واحد هو أن كل من الوكيل الأول والثاني يكونوا مسئولين تجاه الموكل بالتضامن وليس بالتضامن، ويكون الوكيل الأول مسئولا هنا عن عمل الوكيل الثاني كما لو صدر منه هو، فيرتب عليه كافة الالتزامات التي يرتبها عقد الوكالة الأصلي سواء تجاه الموكل أو الغير.

يكون الوكيل الأول مسئولا عن عمل الوكيل الثاني وفق معيار المسئولية الذي ينطبق عليه هولا بمعيار المسئولية الذي ينطبق على الوكيل الثاني، فإذا كان الوكيل مأجورا والوكيل الثاني غير مأجور وبذل الوكيل الثاني في تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد، كان الوكيل الثاني غير مسئولا لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور، وكان الوكيل الأول مسئولا إذ العناية المطلوبة منه هي عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور،وأيضا في حالة العكس وهو أن يكون الوكيل الأول غير مأجور والثاني مأجور فلا يكون الوكيل الأول مسئول تجاه موكله إلا بعنايته الشخصية أما الوكيل الثاني فيكون مسئولا تجاه الوكيل الأول بان يقوم بعمله وفق عناية الشخص المعتاد ،ويرجع عليه بالدعوى المباشرة ما دامت مسؤليته قد تحققت[١٣].

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة جاء فيها « إذا رخص للوكيل أن يوكل غيره دون تعيين شخصه، فان الوكيل الأول لا يكون إلا مسئول عن خطئه في اختيار الوكيل الثاني أو عن خطئه

١١- قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٦٤.

١٢- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثالث، ص١٧٧.

١٣-معوض عبد التواب، التعليق على القانون المدني، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص٩٣٧.

فيما أصدره له من تعليمات»[١٤].

وحكم هذه الفقرة جاء متفق مع القانون المدني الأردني في المادة ٢/٨٤٣ فهنا الوكيل الأول مأذونا له بان يوكل غيره ولكن فيما يتعلق بمسئوليته عن الوكيل الثاني فانه تختلف فيما إذا كان قد رخص له بتوكيل غيره دون تحديد الشخص بعينه الذي يجب توكيله من قبل الوكيل الثاني.

وسوف يتم تناول مسؤوليته في هذه الحالة من خلال النقطتين التاليتين:-

(١) الوكيل الثاني مرخص بتوكيل غيره دون تعيين الوكيل الثاني، وهذه الحالة هي جوهر المادة ٢/٨٧٧ فان الوكيل الأول لا يكون مسئولا تجاه موكله إلا عن خطئه الشخصي أما في اختيار الوكيل الثاني، كأن اختاره مشهورا بالإهمال أو عدم الأمانة، وأما فيما يتعلق فيما أصدره له من توجيهات، فان أحسن الوكيل الاختيار ولم تكن تعليماته التي أصدرها للوكيل الثاني خاطئة ومع ذلك ارتكب الوكيل الثاني خطا في تنفيذ الوكالة كان وحده مسئولا تجاه الموكل، أما الوكيل الأول فلا يكون مسئولا عن الوكيل الثاني، فقد أعفاه القانون مسؤوليته التعاقدية ما دام مرخصا له في توكيل غيره [١٥].

(٢) الوكيل الثاني مرخص له بتوكيل شخص يعينه فهنا لم يترك الخيار للوكيل الأول في اختيار الوكيل الثاني فبداهة فان الوكيل الأول لن يكون مسئولا عن اختيار الوكيل الثاني لان الموكل قد وافق على هذا الاختيار ورخص به مسبقا، ويبقى مسئولا عن خطئه الشخصي وتقصيره هو فيما يصدره من تعليمات إلى الوكيل الثاني، أما غير ذلك فلا يكون مسئولا عنه وتنحصر المسئولية بين الموكل والوكيل الثاني.

أما إذا كان الوكيل ممنوعا بنص صريح عن إنابة غيره فهنا لا يكون للوكيل الثاني أي صفة في التعاقد مع الغير ولا يسري تعاقده في حق الموكل، هذا في حالة لم يقر الموكل لاحقا هذا التوكيل، أما إذا اقره فانه يأخذ حكم الإجازة اللاحقة في حكم الرخصة السابقة ويكون في حكم من رخص للوكيل في توكيل شخص يعينه إذ انه لم يقر بالتوكيل إلا بعد أن عرف شخص الوكيل الثاني، وتسري الأحكام التي تتعلق فيما إذا كان الوكيل مرخصا له توكيل شخص بعينه[١٦].

أما بالنسبة لمسؤولية الوكيل الأول اتجاه الغير عن أعمال وكيله(الوكيل الثاني)، فنجد أن الوكيل لا يكون مسئولا اتجاه الغير عن التصرفات التي يقوم بها لمصلحة الموكل إلا إذا تجاوز حدود الوكالة أو عمل دون وكالة أو بعد انتهائها فهنا يزول عن الوكيل صفة النيابة ويصبح الموكل أجنبي عن التصرف ولا يضاف إليه، هذا الأصل وفيما يتعلق بالوكيل الثاني فان الوكيل الأول يكون مسئولا اتجاه الغير إذا تجاوز حدوده كان يوكل غيره وهو ممنوع من ذلك أو يصدر له تعليمات خاطئة فهنا يكون مسئولا عن أعمال الوكيل الثاني وتعتبر كأنها صادرة عنه ،فلا تنحصر مسؤوليته اتجاه الموكل فقط بل تمتد في مقابلة الغير ايضا.

وبموجب النص فالحالتين التي يجوز لكل من الموكل والوكيل الثاني أن يرجع كل منهما على الأخر مباشرة هما الحالتين اللتين تناولتهما في المطلب السابق، وهما حالة توكيل الوكيل الأول لغيره دون ترخيص من الموكل والحالة الثانية هي توكيل الوكيل الأول لغيره بترخيص فيجوز للموكل أن

١٤-المادة٢/٨٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

١٥- عدنان السرحان، المرجع السابق، ص١٣٨.

١٦- السنهوري، الوسيط ، المجلد السابع، ص٤٩٣.

يرجع بدعوى مباشرة على الوكيل الثاني يطالبه بجميع التزاماته الناشئة بموجب الوكالة التي بين الوكيل الأول والوكيل الثاني، حيث لا يلزم الوكيل الثاني بعقد الوكالة الأصلي إلا إذا كانت توكيله يتسع ليشمل سعة الوكالة الأصلية جميعها دون أي نقص، ويلحق بها مسالة ما إذ وكل الوكيل الثاني غيره مع انه ممنوع ذلك أو اقر الموكل ذلك.
وكذلك لا يملك نائب الوكيل أن يرجع على الموكل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها هو أيضا باسم الوكيل[١٧].

بالمقابل يكون للوكيل الثاني أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأول ولكن بشرط أن تكون في حدود التزامات الوكيل الأول نحو الوكيل الثاني، وبالتالي يكون الوكيل الثاني مسئولا قبل الموكل مباشرة عن أي خطا يرتكبه في تنفيذ الوكالة ولا يجوز له أن يحتج على الموكل بمقاصة تقع بين التزاماته وبين ماله من حقوق قبل الوكيل الأول ولا يشارك دائنو الوكيل الأول الموكل في رجوعه المباشر على الوكيل الثاني، ولا يحتج نائب الوكيل على الموكل بحكم صادر على الوكيل الأول حائز قوة الأمر المقضي[١٨].
فالعلاقة بين الموكل والوكيل الثاني محصورة بالتوكيل الحاصل بين الوكيل الأول والوكيل الثاني فلا يلزم الموكل تجاه الوكيل الثاني أكثر مما هو ملزم به من قبل الوكيل الأول في حدود الموكل به الوكيل الثاني، و أيضا لا يسأل الوكيل الثاني قبل الموكل إلا بحدود ما وكل به من قبل الموكل الأول، وفيما يتعلق بالتزامه ومسؤوليته قبل الغير فانه يأخذ حكم الوكيل الأول أي انه ما دام قد نفذ التزامه وفق ما وكل به فعمله ينصرف إلى الموكل مباشرة ولكن إذا تجاوز حدود توكيله أو مثلا استمر بالعمل بالتوكيل رغم نهايته فانه يكون مسئولا قبلهم مما صدر منه من أعمال ولا يلزم بها الموكل أو الوكيل نتيجة خطئه أو تجاوزه لحدود وكالته.
ويظهر لنا ما أكدناه سابقا حيث وضع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري علاقة مباشرة بين الوكيل و الوكيل الثاني هي إمكانية رجوع كل منهما على الآخر بدعوى مباشرة دون اعتبار الوكيل الثاني حسب المشروع الفلسطيني ونائب الوكيل حسب القانون المصري وكيلا للموكل وهو ما نص عليه القانون المدني الأردني صراحة حيث اعتبر الوكيل الثاني وكيلا للموكل.
أما في مسؤلية الوكيل الثاني تجاه الوكيل الأول فان العلاقة بين الوكيل الأول والثاني يحكمها عقد التوكيل الذي بينهم وهو عقد وكالة من الباطن، أصبح بموجبه الوكيل الثاني وكيلا عن الوكيل الأول وقد يوكل الوكيل الأول وكيله الثاني كل ما هو موكل فيه أو بعضه كما بينت سابقا.
وفي كلتا الحالتين يكون الوكيل الثاني ملزم نحو الوكيل الأول بجميع ما يلزم به الأخير تجاه الموكل في حدود عقد الوكالة من الباطن، وبالمقابل يصبح الوكيل الأول ملتزم قبله بجميع ما يلزم به الموكل نحوه في حدود الوكالة من الباطن أيضا[١٩].
وهكذا أكون قد انتهيت من بيان الطبيعة القانونية لوكالة الوكيل لغيره والمسؤولية التي ترتبها على كل من الموكل والوكيل الأول والوكيل الثاني، وبما أن إنشاء هذه الوكالة يوجد التزامات واثر على أشخاصها، فانتهاءها يرتب أثارا أيضا فيما يخص العلاقات بين الموكل والوكيل الأول والوكيل الثاني والغير وهذا ما سوف نتناوله في المبحث التالي.

١٧- السنهوري، المرجع السابق، ص٤٨٧.
١٨- قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٦١.
١٩- الدكتور قدري عبد الفتاح، مرجع سابق، ص١٦٢.

المبحث الثاني
اثر انتهاء وكالة الوكيل الأول على وكالة الوكيل الثاني

تمهيد:

تنتهي الوكالة بشكل عام بعدة طرق مما يؤدي إلى انتهاء الوكالة كنتيجة طبيعية له كإتمام العمل الموكل به أو انتهاء الأجل المحدد للوكالة وهذه الطريقة لا تثير أي إشكالية سواء بالنسبة للوكيل الأول أو الوكيل الثاني فإذا تم العمل الموكل به فالوكالة تنتهي بشكل طبيعي وكأثر مباشر للقيام بتنفيذها، وإنهاء الأجل المحدد لها أيضا كذلك، ولا داعي لدراسة هذه الحالة.

من الطرق الأخرى لانتهاء الوكالة ما يرجع لكون الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي ما بين الموكل والوكيل، وما يرجع لكون عقد الوكالة غير لازم مما يرتب أثار عدة تؤثر على استمرار الوكالة بشكل عرضي ومفاجئ أحيانا ،وهذه الطرق تثير إشكاليات في مدى سريان حكمها على الوكيل الثاني، واستمرار وكالته من عدمها وسوف نتناولها في مطلبين على التوالي، نتحدث في المطلب الأول عن اثر وفاة الموكل والوكيل الأول أو خروجهم عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني، وفي المطلب الثاني نتطرق لأثر عزل الوكيل الأول أو تنحيه على وكالة الوكيل الثاني.

المطلب الأول
اثر وفاة الموكل أو الوكيل الأول أو خروجهم عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني.

سنتناول اثر وفاة الموكل أو الوكيل أو خروجهم عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني في نقطتين ندرس في الأولى اثر وفاة الموكل أو خروجه عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني وفي الثانية اثر وفاة الوكيل أو خروجه عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني.

أولا:- اثر وفاة الموكل أو خروجه عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني

بداية يظهر لنا مما سبق أن هناك اختلاف في تكييف العلاقة بين الموكل والوكيل الثاني في ما بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني من جانب والقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني من جانب أخر، حيث اعتبر الجانب الأول الوكيل الثاني وكيلا للموكل في حين أوجد الجانب الأخر دعوى مباشرة ما بين الوكيل الثاني والموكل دون النظر على اعتباره وكيلا للموكل، ولكن توصلنا إلى نتيجة فيما سبق أن وجود الدعوى المباشرة ما بين الموكل والوكيل الثاني وإمكانية رجوع كل منهم على الأخر مباشرة، وان هذه الرابطة المباشرة ما بينهم، لا يمكن أن تفسر إلا على اعتبار أن الوكيل الثاني وكيلا للموكل أيضا.

وبالتالي فإننا نطبق على وكاله الموكل الثاني الأحكام المتعلقة بانتهاء الوكالة بشكل عام ولأنه وكيل أول للموكل، وان كان المشرع الأردني ومن قبله مجله الأحكام العدليه قد أزالت أي تأويل أو شك في هذا المجال حيث نصت صراحة على اعتبار الوكيل الثاني وكيلا للموكل وبهذا لا يوجد أي إشكال حول انتهاء الوكالة بحق الوكيل الثاني، أما المشرع المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني كان من الأولى عليهم أن يوردوا نص يوضح ما اثر انتهاء الوكالة بالنسبة للوكيل الأول على الوكيل الثاني حتى لا تثير هذه المسالة اللبس.

حيث أن الوكالة تعتبر من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي لذلك فان الوكالة تنتهي بموت الموكل، حيث تنص المادة ٨٩٢ من مشروع قانون المدني الفلسطيني « تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل به أو باستحالة تنفيذه أو بانتهاء الأجل المحدد لها، وتنتهي بموت الموكل أو موت الوكيل أو

بفقد احدهما أهليته» ويقابل هذه المادة المادة ٧١٤ مدني مصري والمادة ٨٦٢ /٣ من القانون المدني الأردني والمواد ١٥٢٧ و١٥٣٠ من المجلة. ولقد تناولت مجله الأحكام العدليه اثر وفاة الموكل على الوكيل الثاني بحكم خاص بها وذلك في المادة ١٥٢٨ حيث نصت « ينعزل وكيل الوكيل أيضا بموت الموكل».

ونخلص من النصوص السابقة إلى أن الوكالة تنتهي بموت الموكل سواء كانت الوكالة غير مأجوره أو مأجوره. وأيضا إذا كان الموكل شركه أو شخصا معنويا أخر انتهت الوكالة بحله ولو كان هذا الحل اختياريا. ولا تنتهي الوكالة بمجرد موت الموكل. بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل فإذا لم يعلم به وتعاقد مع الغير وكان هذا الغير حسن النية. اعتبرت الوكالة قائمه. وانصرف اثر العقد الذي يبرمه الوكيل حقا كان أو التزاما إلى ورثة الموكل لا بموجب وكالة ظاهره بل بموجب وكالة حقيقية[٢٠].

إذا تعدد الموكلون ومات احدهم لا تنتهي الوكالة إلا بالنسبة لمن مات منهم إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة فتنتهي بالنسبة إلى الموكلين جميعا .وتنتهي الوكالة بفقد الموكل أهليته بسبب ما كالجنون والعته أو الحجر بسفه إذا كان من شان هذا الحجر أن يجعل الموكل غير أهل للتصرف الذي صدر منه التوكيل فيه. أما إذا كان التوكيل في عمل من أعمال الإدارة. وكان الموكل المحجور مأذونا له بإدارة أمواله فان الوكالة لا تنتهي بالحجر ويبقى الوكيل ملزما بالمضي بتنفيذ الوكالة.وسبب انتهاء الوكالة بخروج الموكل عن الأهلية لان أهليته ليس شرطا لانعقاد الوكالة فقط وإنما شرط أيضا لبقائها و بالتالي فإذا فقد أهليته سقطت ولايته على العقود. فتبطل كل ولاية تستمد منها.وولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل فيجب أن تبقى أهلية الثاني لتبقى ولاية الأول[٢١].

ولهذا فان وكالة الوكيل الثاني تنتهي بوفاة الموكل مثل ما تنتهي وكالة الوكيل الأول فلا اختلاف بينهم بالحكم. وبالمقابل نجد انه يوجد حالات حتى لو توفي الموكل فان الوكالة لا تنتهي بالنسبة للوكيل الأول أو الثاني حيث نصت المادة ٨٩٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني «إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح غيره فلا تنتهي الوكالة لأي سبب من الأسباب دون رضا من صدرت لصالحه» ويقابلها المادة ٣/٨٦٢ مدني أردني والمادة ٧١٥ مدني مصري.

فان وفاة الموكل في هذه الحالات لا تؤدي إلى انتهاء الوكالة أو سقوطها لتعلق حق الغير بها أو لتعلق حق الوكيل نفسه بها فلو انتهت الوكالة لفات على الوكيل أو غيره مصالحهم وحقوقهم فلا بد من استمرار ها حتى استيفاء حقوقهم كاملة.

وفي أحيان كثيرة يكون محل الوكالة لا ينفذ إلا بعد موت الموكل. مثلا كنشر مذكراته. أو سداد دين عليه من تركته. فلا يبدأ بتنفيذ الوكالة إلا بعد وفاة الموكل وتتخذ الوكالة صورة الوصية والوكيل المنفذ لها[٢٢].

وأخيرا فان انتهاء الوكالة بموت الموكل. لا يعتبر من النظام العام. فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم[٢٣].

٢٠- معوض عبد التواب. مرجع سابق. ص٩٥٥.

٢١- عدنان السرحان.نقل عن الإمام محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية .ص٣٩٤

٢٢-عدنان السرحان.مرجع سابق .ص١٧٤

٢٣- قدري عبد الفتاح.مرجع سابق.ص٥٠٦.

ثانيا:- اثر وفاة الوكيل الأول أو خروجه عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني:

كما أتضح لنا سابقا ، فان الوكيل الثاني يعتبر وكيلا للموكل مع اختلاف في تكييف العلاقات والروابط ما بين الوكيل الثاني والموكل ولقد بينا ذلك في النقطة السابقة فلا داعي لإعادة تناولها هنا وحيث انه يعتبر وكيلا أو بمثابة وكيلا للموكل فجميع تصرفاته تنصرف إلى الموكل مباشرة دون أن تؤثر على الوكيل الأول إلا في حالات محددة بيناها فيما سبق، وبالتالي فانتهاء وكالة الوكيل الأول بموته أو بفقده لأهليته لا يؤثر على العلاقة ما بين الوكيل الثاني والموكل فيبقى الوكيل الثاني ملزما بتنفيذ ما أوكل به تنفيذا تاما دون أي نقص.

وبما أن الوكيل الثاني مسئول قبل الموكل بتنفيذ ما التزم به، وبالمقابل يجوز له الرجوع على الموكل مباشرة لمطالبته بحقوقه، فلهذا لا يمكن له أن يدعي بانقضاء التزامه بمجرد وفاة الوكيل الأول أو فقد أهليته، فيبقى ملتزم تجاه الموكل وتظل الرابطة بينهم قائمة.

وبما أننا قد اعتبرنا الوكيل الثاني وكيلا للموكل فيصح هنا تطبيق حالة تعدد الوكلاء، فاذاتعدد الوكلاء ومات احدهم لم تنتهي الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم إذا كان الباقون يملكون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة، أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين فان موت احدهم ينهي الوكالة أليهم جميعا[٢٤].

المطلب الثاني
اثر عزل الوكيل الأول أو تنحيه على وكالة الوكيل الثاني

لا بد لنا قبل بيان اثر عزل الوكيل الأول أو تنحيه على وكالة الوكيل الثاني ومركزه، أن نتطرق ولو بشكل مختصر إلى اثر عزل الوكيل الأول أو تنحيه على الوكالة الأصلية ما بين الوكيل والموكل، حيث أن عزل الوكيل أو تنحه تعتبر أحدى طرق انتهاء الوكالة العائد لكون عقد الوكالة غير لازم.

أولا: انتهاء الوكالة بعزل الوكيل أو تنحيه:

حيث أن الوكالة عقد غير لازم بطبيعته، فيجوز للموكل أن ينهيها بعزل الوكيل، أو يقيد من الوكالة ولم يشترط القانون شكلا معينا للعزل، فقد يكون صريحا بان يعبر الموكل بإرادته المنفردة عن رغبته في عزل وكيله ويعلمه به، وقد يكون ضمنيا كما لو نفذ الموكل بنفسه العمل محل الوكالة أو وكل فيه شخصا أخر[٢٥].

وجاء النص على إمكانية عزل الوكيل من قبل الموكل في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة٨٩٣(يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإذا كانت الوكالة باجر فان الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء إنهاء الوكالة في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول) ويتفق هذا الحكم مع القانون المدني الأردني والمصري.

النص أعطى الموكل حق عزل الوكيل حتى لو تم الاتفاق على خلاف ذلك، فلا يمكن أن يشترط أن يستمر الوكيل في الوكالة إلى ما لا نهاية، فان حق الموكل هنا يعتبر من النظام العام.

لكن حق الموكل في عزل وكيله مقيد وفق النص السابق فلا يجوز له عز الوكيل إذا مأجور في وقت غير مناسب وإذا قام بذلك فيلزم بتعويض الوكيل عن الأضرار التي تلحقه نتيجة العزل غير المناسب

٢٤-السنهوري، مرجع سابق،ص٦٥٥.

٢٥-الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة، مجموعة البحوث القانونية، جامعة المنصورة،١٩٨١،ص١٥.

وغير المبرر، بالإضافة إلى هذا القيد حيث ورد في المادة ٨٩٤ قيد عام (إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح الغير، فلا تنتهي الوكالة لأي سبب من الأسباب دون رضاء من صدرت لصالحه).
فهذا القيد يشمل أي حالة يتعلق حق الوكيل أو الغير بالوكالة، فلا تنتهي بمجرد عزل الوكيل بل تبقى مستمرة حتى يتم استيفاء الغير أو الموكل لحقوقهم من الوكالة وصدور الرضا منهم.
ويختلف القيد هنا عن سابقه فعزل الوكيل بموجب هذا القيد لا يكون صحيحا ولا ينعزل الوكيل، بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف اثر تصرفه إلى الموكل، في حين أن حكم العزل وفق القيد الأول يكون صحيحا ويقتصر حق على تقاضي تعويض من الموكل[٢٦].
وتصرف الوكيل قبل العلم بالعزل ينفذ في حق الموكل، أما بعد علمه فلا يجوز له أن يمضي في أعمال الوكالة، فان فعل كان المسئول ومن ثم لا يرجع بما انفق من مصروفات على الموكل، ويكفي لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر، ولو كان هذا الإعلان باطلا من ناحية الشكل، إذ لا يشترط شكل مخصوص في العزل[٢٧].
أما بالنسبة لتنحي الوكيل بحيث يعزل الوكيل نفسه بإرادته وجاء حكمه في المادة ٨٩٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني (يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ويتم النزول بإعلانه للموكل) من خلال النص نجد انه مثل ما أعطي الحق للموكل بعزل الوكيل متى شاء لكن ضمن حدود، فمنح الوكيل حق التنحي عن الاستمرار في تنفيذ الوكالة، وان هذا الحق أيضا من النظام العام فيجوز للوكيل التنحي حتى لو اشترط في الوكالة عدم تنحيه، ويخضع للقيد الوارد في المادة ٨٩٤ فلا يجوز التنحي في حال تعلق حق الغير بالوكالة، ولا يتم التنازل إلا من وقت علم الموكل به، فما دام لم يصل خبر التنازل إلى الموكل فان الوكالة تبقى نافذة ومستمرة في حق ولا يعتبر تنحي.
ونرى أن مشروع القانون المدني الفلسطيني قد خالف المصري في تناول هذه الحالة، فلم يبين حكم التنازل في الوقت غير المناسب وكون الوكالة مأجورة واستحقاق الموكل للتعويض في مثل هذه الحالة وهذا ما نص عليه المشرع المصري ولم يتطرق إليه المشروع فمن باب أولى أن يتم النص على أن لا يكون التنحي في وقت غير مناسب أو بدون عذر مقبول، مادام انه قد أعطى هذا الحق للوكيل فيما يتعلق بعزله من الموكل، فكان يجب عليه أن يمنحه أيضا للموكل في مواجهة تنحي الوكيل، وآمل أن يتم الأخذ بالنص المصري كاملا بهذا الخصوص وعدم الاكتفاء بجزء منه فقط.

ثانيا: اثر عزل الوكيل الأول أو تنحيه على وكالة الوكيل الثاني:

إن اثر عزل الوكيل أو تنحيه على وكالة الوكيل الثاني يسري بحقه ما ينطبق على وفاة الوكيل الأول و خروجه عن الأهلية على وكالة الوكيل الثاني، فوفق القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية، فإذا قام الوكيل بتوكيل غير فيعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل الأصلي مباشرة وليس وكيلا للوكيل الأول بحيث أن الوكيل الثاني لا ينعزل بعزل الوكيل الأول أو تنحيه، وبالتالي فلا اثر لعزل الأخير أو تنحيه على العلاقة بين الموكل والوكيل الثاني.
وأيضا ظهر لي انه لا يمكن أن يتم تفسير العلاقة التي أوجدها القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني إلا باعتبار الوكيل الثاني وفق مشروع القانون المدني الفلسطيني ونائب الوكيل وفق القانون المدني المصري، وكيلا للموكل وهكذا يسري بحقه نفس الحكم الذي أورده المشرع الأردني، فلا تأثير لعزل الوكيل الأول أو تنحيه على الوكيل الثاني، ويبقى الأخير مسئولا أمام الموكل عن تنفيذ التزامه، فعندما قام الوكيل الأول بتوكيل غيره وكان مخولا بالتصرف برأيه

٢٦-احمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٢٥.
٢٧-قدري عبد الفتاح، ص٥١٢.

فان هذا التوكيل قد انصرف إلى الموكل مباشرة وخرج الوكيل الأول من العلاقة ما بينهم مع بقاء مسؤوليته ضمن حدود معينه تناولناها في المبحث الأول. وأيضا في الحالة التي يكون فيها الوكيل ممنوع من توكيل غيره صراحة ويقوم بذلك ويتم إجازة هذا التصرف من قبل الموكل لاحقا فانه يعتبر بمثابة الإجازة السابقة ويسري عليه نفس الحكم.

ونعتقد انه يمكن أن يكون لعزل الوكيل الأول أو تنحيه اثر على الوكيل الثاني ووكالته وذلك في حالة إذا كان تنفيذ الوكالة لا يتم إلا بوجودهم أو إن التزام الوكيل الثاني مرتبط بتنفيذ الوكيل الأول لالتزامه وبهذا نكون قد انهينا المبحث الثاني وعرفنا ما هو الأثر الذي يرتبه إنهاء وكالة الوكيل الأول على وكالة الوكيل الثاني بحيث تبين لنا انه لا تأثير لإنهاء وكالة الوكيل الأول في اغلب الحالات على وكالة الوكيل الثاني. وسوف انتقل الآن إلى دراسة الطبيعة القانونية للوكالة الدورية المتسلسلة ومدى انطباق وكالة الوكيل عليها وذلك من خلال المبحث التالي.

المبحث الثالث
الطبيعة القانونية للوكالة الدورية المتسلسلة ومدى انطباق وكالة الوكيل عليها

تمهيد:

تظهر أهمية الوكالة الدورية فيما لها من اثر ملموس في انتقال ملكية الأراضي. ولما لها من قوة تنفيذية بحد ذاتها تفوق حتى قوة التنفيذ العيني. وقبل أن نخوض في الطبيعة القانونية للوكالة الدورية المتسلسلة ومدى انطباق وكالة الوكيل عليها لا بد من التعريف بالوكالة الدورية وأركانها بشئ من التفصيل ومن ثم الانتقال إلى الوكالة الدورية المتسلسلة وهذا ما سوف نبحثه في هذا المبحث وذلك في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول
التعريف بالوكالة الدورية وأركانها

الوكالة الدورية تعني أن يبيع شخص إلى أخر ماله غير المنقول لقاء ثمن متفق عليه ومعلوم للبائع والمشتري يدفعه المشتري ويقبضه البائع ويوكل شخصا أخر من اجل تنفيذ هذا البيع وتسجليه في الموقع الرسمي[٢٨].

لقد ساعدت عدة عوامل ودفعت إلى إيجاد الوكالة الدورية وجوهر هذه العوامل هو آلية انتقال ملكية الأموال غير المنقولة فقبل صدور قانون التسوية الأردني رقم ٤٠ لسنة ٥٢ كانت الأراضي تباع وتنتقل ملكيتها باتفاقيات ينظمها الأطراف فيما بينهم بحضور شهود وهذا ما كان يصطلح على تسميته «حجة البيع». وبعد صدور قانون التسوية فحظر البيوع الخارجية واعتبرها باطلة وحصر إجراءات البيع في دوائر تسجيل الأراضي واعتبر البيوع التي تتم خارج دوائر التسجيل باطلة ومخالفة للقانون وتستوجب العقوبة. واستثناء على القاعدة أجاز البيوع الخارجية في الأراضي التي لم يتم تسويتها أو المستثناة من التسوية داخل القرى ولكنه يشترط أن يكون البيع موثقا بسند وان يتصرف المشتري بموجب السند. وان يمر على التصرف عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشر سنه بالأراضي المملوكة[٢٩].

٢٨-المحامي احمد قنديل،الصياغة القانونية للوكالة الدورية وتنفيذها،محاضرات القبت على طلبة معهد الحقوق. جامعة بيرزيت،٢٠٠٣،ص١٢.

٢٩-احمد قنديل. المرجع السابق،ص٧.

فهذه الأمور أثارت إشكاليات كثيرة وخاصة انه ليس كل الأراضي قد تم تسويتها وخاصة عندنا في الأراضي المحتلة. فكيف يتم انتقال ملكيتها بدون تسجيلها في دوائر الأراضي .مما دفع إلى إيجاد هذا النوع من الوكالات للتسهيل على الناس في أجراء المعاملات وصون حقوقهم وقد جاء النص على الوكالة الدورية وتنظيمها في المادة ١١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ -قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة حيث نصت المادة « أ-الوكالات ببيع أو فراغ أموال غير منقولة التي ينظمها أو يصدقها كتاب العدل داخل المحكمة أو التي ينظمها أو يصدقها قناصل المملكة الأردنية الهاشمية والقناصل الذين له صلاحية كاملة بموجب ترتيب خاص وكتاب العدل خارج المملكة الأردنية الهاشمية لتمكين الوكيل من بيع وفراغ أموال غير منقولة إلى شخص أخر لدى دوائر لتسجيل الأراضي تعمل بها دوائر التسجيل خلال سنة من تاريخ تنظيمها أو تصديقها وتعتبر ملغاة إذا لم تنفذ أحكامها لدى الدوائر خلال المدة المذكورة.

أما الوكالات المنظمة أو المصدقة قبلا فتعتبر ملغاة إذا لم تنفذ أحكامها خلال سنة واحدة من تاريخ نفاذ هذا القانون وإذا كانت أية مدة مما عينتها المادة السادسة من قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٦ آخذة في المضي عند بدء العمل بهذا القانون فينتهي اجلها بانتهاء تلك المدة ولا يدخل في حساب السنة أو المدة المتبقية أية مدة تنشا عن تأخير يقع في معاملة البيع أو الفراغ وتكون دائرة التسجيل مسئولة عنه.

ب- الوكالات التي ينظمها أو يصدقها الموظفون المذكورون في الفقرة السابقة والمتضمنة بيع وفراغ الأموال غير المنقولة والمتعلق بها حق الغير كقبض الثمن واجبة التنفيذ في جميع الأموال لدى دوائر التسجيل والمحاكم في خلال سنه واحدة من تاريخ نفاذ هذا القانون سواء عزل الموكل الوكيل أو توفي الموكل أو الوكيل وفي حالة وفاة الوكيل تقوم دوائر التسجيل بإتمام معاملة البيع والفراغ وتكون دائرة التسجيل مسئولة عنه».

من خلال النص السابق والتعريف الذي أوردناه للوكالة الدورية فان النقاط الرئيسة التي تترتب على الوكالة الدورية هي:

١- وقوع البيع والإقرار به وقبض الثمن.

٢- تحديد المشتري وتعلق حقه بالبيع.

٣-تعيين المال غير المنقول واشتراط أن يكون البائع مالكا لهذا البيع عند وقوع البيع.

٤- انقطاع صلة البائع بالبيع من تاريخ تنظيم الوكالة.

٥- عدم جواز الرجوع عن البيع أو إلغاءه أو عزل الوكيل.

٦- دوائر التسجيل ملزمة بتنفيذ هذا البيع وتسجيله في سجلاتها وإعطاء المشتري سندا بالملكية وإلزام المحكمة بالحكم في وجوب التنفيذ عند المنازعة فيه.

وفي التعديلات اللاحقة للأحكام السابقة وثم الأوامر العسكرية فقد تم تعديل المدة التي يجوز فيها تسجيل البيع وتنفيذه في دوائر الأراضي حيث أصبحت في النهاية خمسة عشرة سنه هي مدة الحماية القانونية للوكالة الدورية.

وخلاصة الحديث فالوكالة الدورية في الواقع تشمل عقدين الأول عقد بيع المال غير المنقول بين البائع والمشتري والثاني عقد وكالة بين البائع و شخص أخر يعمل باسم البائع لحساب المشتري في تنفيذ مضمون هذا العقد ومن هنا جاء الإلزام بالتنفيذ ووجوبه رغم وفاق الموكل أو الوكيل أو حتى المشتري على عكس القواعد العامة بالوكالة فتنتهي الوكالة بوفاة احد أطرافها.

حكم تمييز رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٦»إن الفقرتين ا و ب من المادة ١١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة تقضيان بان الوكالة التي لن تنفذ أحكامها خلال

سنة واحدة تعتبر باطلة لا حكم لها لأغراض التسجيل أو المطالبة بالأرض التي تتعلق بها الوكالة. نصت الفقرة (ب) منها على انه لا يحق للموكل التي يتعلق بها حق الغير عزل الوكيل خلال مدة السنة وتكون واجبة التنفيذ سواء توفي الموكل أو الوكيل ولكنه يبقى حكم الوكالة الدورية التي لم تنفذ خلال سنة من تنظميها».

وبهذا أكون عرفت لمحة بسيطة عن الوكالة الدورية وعناصر تكوينها وضرورة إيجادها، ولكن ما يهمنا بموضوع الوكالة الدورية هو مدى ارتباط الوكالة الدورية المتسلسلة بوكالة وكيل الوكيل وهذا ما سوف أتحدث عنه في المطلب التالي.

المطلب الثاني
الوكالة الدورية المتسلسلة ومدى انطباق مفهوم وكالة الوكيل عليها

إن مفهوم الوكالة الدورية قد يختلط مع حالة الوكالة غير القابلة للعزل، وهي الوكالة التي يتعلق بها حق الغير أو الوكيل نفسه والتي لا تنتهي بعزل الوكيل بل لابد أن تستمر حتى يتم استيفاء الغير لحقهم إلا أنهم يختلفوا عن بعضهم فالوكالة الدورية لا تجوز إلا في الأموال غير المنقولة بعكس الوكالة القابلة للعزل فتجوز في كل شئ، والوكالة الدورية تشمل عقدين كما بينا، بينما الأولى فلا تشتمل على ذلك، وفي الوكالة الغير قابلة للعزل يمكن أن يكون المستفيد نفس الوكيل.

إن الوكالة الدورية المتسلسلة تعني تعدد البيوع بسبب الوكالة الأولى بالمال الواحد بمعنى أن يبيع المشتري بالوكالة الأولى ما آل إليه بموجب هذه الوكالة إلى مشتري ثاني ويقوم الثاني ببيعها إلى ثالث وهكذا، وفي هذه الحالة فالوكالة الواجبة التنفيذ هي الوكالة الأخيرة لان السابق قد تنازل عن حقوقه إلى اللاحق وهكذا[٣٠].

فيوجد عندنا في هذه الحالة أكثر من وكالة تستند كل منها على التي تسبقها ولكن السؤال الذي يثور في هذا المقام هل يمكن أن يعتبر الوكيل الدوري في الوكالة الأولى وكيلا أول والوكيل الدوري في الوكالة الثانية وكيل ثان؟ وللإجابة على ذلك لا بد من العودة إلى ما سبق تناوله في المباحث السابقة.

فالوكالة هي عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، فالوكيل هو شخص يفوضه الموكل للقيام بأجراء أو عمل لحسابه أو باسمه بحيث ينصرف اثر هذا التصرف مباشرة إلى الأصيل أي الموكل، وظهر لنا أن الوكيل يجوز له توكيل غيره لما أوكل به كله أو بعضه، وان التصرفات التي يقوم بها الوكيل الثاني تنصرف إلى الموكل أيضا.

وبالنسبة إلى الوكالة الدورية المتسلسلة ووجود وكيل يقوم بتوكيل غيره بموجب وكالة جديدة، فان كان من حيث المظهر يمكن لحد كبير أن نقول انه يوجد هناك انطباق لحكم وكالة وكيل الوكيل عليها، فيعتبر الوكيل في الوكالة الأولى وكيلا أول ويقوم بتوكيل غيره لتنفيذ البيع بموجب الوكالة الثانية والتي يصبح بها الوكيل وكيلا ثانيا، إلا انه يوجد اختلاف جوهري بينهم من عدة جهات:

أولا: هناك اختلاف جوهري فيما يتعلق بطبيعة الوكالة ومحلها فالوكالة بالمفهوم العام والتي تربط الوكيل الأول والوكيل الثاني فهي وكالة واحدة «عقد واحد» وإن تعدد الوكلاء واختلاف التزاماتهم، ولكن الوكالة الدورية فتشتمل على عقدين عقد بيع بين البائع والمشتري وعقد توكيل لطرف ثالث ليقوم بتنفيذ هذا البيع نيابة عن البائع.

٣٠-احمد قنديل، ص٢٤.

ثانيا: من حيث العلاقة بين الموكل والوكيل الأول والثاني ففي الوكالة بشكل عام العلاقة تكون بشكل مباشر بين الموكل و الوكيل والأول والثاني بحيث يعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل مثل الوكيل الأول وهذا ما لا يوجد بالوكالة الدورية فان كان من حيث الظاهر أن الوكيل الدوري فالوكالة الأولى وكيلا عن الموكل وهو البائع في تنفيذ البيع فانه عندما ينقل هذا الحق بموجب الوكالة الدورية اللاحقة فان الوكيل الجديد يصبح وكيلا عن من كان يملك البيع بموجب الوكالة السابقة له.

ثالثا: هناك اختلاف جوهري أيضا من حيث سلطة الموكل على الوكيل الأول والثاني فوفق الأحكام العامة بالوكالة تكون سلطة الموكل موجودة فيحق له أن يعزل الوكيل الأول أو الثاني، وبمجرد وفاة الموكل تنتهي وكالتهما بشكل طبيعي وان كان هناك استمرار لها في حالات بيناها سابقا إلا أنها محدودة ومحصورة وتبقى علاقة الموكل موجودة ومتوافرة مع الوكيل الأول والثاني، أما بالنسبة للوكالة الدورية بمجرد أبرام الوكالة وتصديقها لدى كاتب العدل أو الموظف المختص تنتهي علاقة الموكل «البائع» في كل من الوكيل الدوري والمشتري وينتقل الحق بالتنازل وتسجيل البيع إلى الوكيل الدوري ولا يكون للموكل «البائع» أي سلطة بعد ذلك حتى إذا توفي الموكل«البائع» أو المشتري أو الوكيل نفسه فلا يؤدي ذلك إلى إنهاء الوكالة وتبقى نافذة ويمكن تنفيذها بحكم قضائي.
هذه بعض الاختلافات الجوهرية التي تؤدي بنا إلى القول بان مفهوم وكالة وكيل الوكيل تنطبق على الوكالة الدورية المتسلسلة من حيث الشكل فقط ولكنها لا تنطبق عليها من حيث المضمون.

الخاتمـــــــة

وفي الختام وبعد دراستي هذه،آمل أن أكون قد وفقت بالإجابة على ما ثار وما قد يثور من تساؤلات حول توكيل الوكيل لغيره، مع ما واجهني من صعوبات وخاصة عدم توفر الدراسات الفقهية لها،وبالخصوص موضوع الوكالة الدورية التي يمكن القول بان الحديث عنها فقهيا شبه معدوم.

ومن خلال دراستي السابقة تبين لي في المبحث الأول إمكانية توكيل الوكيل لغيره وقانونية تصرفه،إذا لم يكن ممنوع من ذلك صراحة والحكم في هذه المسالة مختلف ما بين المشرع الأردني و عندنا حيث الأصل في الأردن هو منع التوكيل والاستثناء الإباحة، ولكن مشروع القانون المدني اخذ العكس مثل القانون المصري، وظهر لنا أن الوكيل الثاني يعتبر بمثابة وكيل ثاني للموكل وان لم ينص المشروع على ذلك صراحة، وتبين لنا عدم مسؤولية الوكيل الأول عن أعمال الوكيل الثاني الا فيما يصدره له من تعليمات أو خطئه الشخصي في اختيار الوكيل الثاني، وما إذا وكل غيره بالرغم من وجود المنع على ذلك وعدم إجازة الموكل لهذا التوكيل لاحقا.

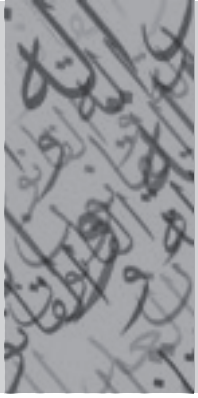
وفي المبحث الثاني تبين لي انه يمكن القول بعدم وجود اثر لانتهاء وكالة الوكيل الأول على الوكيل الثاني بشكل عام، وظهر لي في المبحث الأخير أن مفهوم وكالة وكيل الوكيل يمكن أن تنطبق على الوكالة الدورية من حيث الشكل والعناصر الرئيسية للوكالة بشكل عام، ولكن من حيث المضمون فانه هناك اختلافات جوهرية بينهما.

وأخيرا أجد انه هناك قلة في النصوص القانونية التي تناولت هذا الموضوع بالتحديد بالرغم من أهميته والإشكاليات التي قد يثيرها، والتشريعات التي درسنها لم تبين الآثار المترتبة على انتهاء وكالة الوكيل الأول على وكالة الوكيل الثاني، مما يؤدي إلى ظهور إشكاليات عند التطرق لها.

ومشروع القانون المدني الفلسطيني وان كان قد وفق في عدة جوانب بمعالجة هذا الموضوع إلا انه لم يتناول كافة الأمور التي قد يثيرها تصرف الوكيل الأول، وحيث أننا في طور إقرار القانون المدني فان المجال مفتوح لتعديله بكل سهولة، وآمال على المشرع الفلسطيني أن يعمل على تعديل هذا المشروع حتى يكون مكتمل من كافة الجوانب، خاصة في اعتبار الوكيل الثاني وكيلا للموكل والآثار المترتبة على انتهاء وكالة الوكيل الأول على وكالة الوكيل الثاني.

بحيث نقترح تعديل المادة٨٧٧ من مشروع القانون المدني، بحيث يتم إلغاء الفقرة الثالثة وتوضع الفقرة التالية مكانها"يكون الوكيل الثاني وفق الحالتين السابقتين، وكيلا عن الموكل الأصلي".

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية و التعليق عليها



الحكم رقم ٢٠٠٦/١٨٦

تعليق المحامي الاستاذ فريد الجلاد- نابلس.
تعليق الأستاذ الدكتور أحمد مليجي- مصر.

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/١٨٦
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة
السلطـــة القضائيـــة
محكمـــة النقض
"الـــــحـــــكـــم"

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله و المأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ فريد مصلح
وعضوية السادة القضاة/ ايمان ناصر الدين، ود. عثمان التكروري، وفتحي ابو سرور، ورفيق زهد

المدعية: حورية عيد موسى عوض الله الطويل/ البيرة
وكيلها المحامي ربيع ربيع/ رام الله

المدعى عليهم: ١- القاضي زهير خليل/ البيرة/ مجمع المحاكم
٢- القاضي محمد شحادة سدر / البيرة / مجمع المحاكم
٣- القاضي عماد سليم / البيرة / مجمع المحاكم
٤- القاضي هشام الحتو/ البيرة/ مجمع المحاكم
٥- القاضي عزمي طنجير/ البيرة / مجمع المحاكم

بصفتهم الشخصية وبصفتهم هيئة محكمة النقض المنعقدة في رام الله في القضية رقم ٢٠٠٥/٢٧٣ وبالاضافة لوظيفتهم.

موضوع الدعوى: ١- المخاصمة استناداً لنصوص المواد ١٥٣ و ١٥٨ و ١٦٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١.
٢- المطالبة بتعويضات ومصاريف بقيمة خمسة الآف دينار اردني.

الكاتب ١ الرئيـــس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/١٨٦
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

الاجـــراءات

تتلخص اسباب الدعوى في ان المدعى عليهم بصفتهم هيئة محكمة نقض قد اصدروا قرارا بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٦ يتضمن قبول الطعن شكلاً وموضوعاً ونقض القرار المطعون فيه في الطعن المدني رقم ٢٠٠٥/٢٧٧ المقدم للطعن في القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في الدعوى المدنية استئناف رقم ٢٠٠٤/٤٥.

٢- الطعن بالنقض مقدم بعد مضي المدة القانونية بتسعة ايام ورغم ذلك اصدرت محكمة النقض قرارها المذكور حيث كان يجب ان تقوم برد الطعن شكلاً مما الحق بالمدعية ضررا جسيما.

وطلب وكيل المدعية ابطال القرار رقم ٢٠٠٥/٢٧٣ الصادر عن محكمة النقض بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٦ واعتباره كأن لم يكن والتصديق على قرار محكمة الاستئناف والحكم بالتعويضات حسب لائحة الدعوى والزام المدعى عليهم بالرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

وتقدم المدعى عليهم بطلب لرد الدعوى اعلاه لانها سابقة لاوانها.

وبالمحاكمة الجارية تقدم وكيل المدعية بمرافعة خطية طلب في ختامها قبول الدعوى شكلاً وموضوعاً والحكم حسب لائحة الدعوى وتقدم المدعى عليهم بمرافعة خطية طلبوا في ختامها عدم قبول الدعوى مع اجراء المقتضى القانوني.

وفي جلسة ٢٠٠٧/٤/١٨ تغيرت الهيئة الحاكمة وتقرر السير بالدعوى من النقطة التي وصلت اليها وكرر الطرفان مرافعاتهما الخطية.

الوقائع

بالتدقيق والمداولة وحيث ان دعوى المخاصمة مقدمة ضمن المدة القانونية ومستوفية لشرائطها الشكلية فإننا نقرر قبولها شكلاً.

الكاتب ٢ الـ ئـــيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/١٨٦
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

اما من حيث الموضوع وحيث ان المادة ١٥٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية تنص على انه يتعين على المدعي في دعوى المخاصمة قبل اقامتها ان يخطر مجلس القضاء الاعلى بما يسنده الى المدعى عليه.

وحيث ان ملف الدعوى يخلو من هذا الاخطار الواجب ارساله لمجلس القضاء الاعلى قبل اقامتها ، وان كان المدعي قد تقدم بطلب لرئيس مجلس القضاء الاعلى للحصول على اذن باقامة الدعوى في حين ان رئيس المجلس لم يعطي مثل هذا الاذن.

وحيث ان ما قام به المدعي لا يغني عن اخطار مجلس القضاء الاعلى بما ينسبه للمدعى عليهم لان هذا الاخطار ووصوله للمجلس واطلاعه عليه يعتبر من الامور الاساسية الداخلة في اختصاص مجلس القضاء الاعلى اثناء ممارسته لمهامه الموكلة اليه.

وحيث ان رئيس مجلس القضاء الاعلى يتولى متابعة تنفيذ قرارات المجلس وينوب عنه في صلاته بالغير ويمثله امام القضاء عملاً بالمادة ٣٩ من قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢ ولا يشمل ذلك الاخطار الواجب ارسالة للمجلس بذاته وفقاً لاحكام المادة ١٥٤ من قانون الاصول الامر الذي يجعل طلب الاذن من رئيس المجلس واخطاره لا يغني عن اخطار المجلس بذاته .

وحيث انه والحال هذا تكون الدعوى سابقة لاوانها وغير مقبوله بدون اتباع الاجراء الوارد في المادة ١٥٤ المذكورة.

الحكم

لذلك نقرر عدم قبول الدعوى والزام المدعية بغرامة مقدارها خمسين دينار اردني ومصادرة الكفالة .

حكماً علناً تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠

الكاتب ٢ الرئيس ،

التعليق على الحكم رقم ٢٠٠٦/١٨٦

مخاصمة قضاة

تعليق المحامي الاستاذ فريد الجلاد- نابلس.
تعليق الأستاذ الدكتور أحمد مليجي- مصر.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/١٨٦
"مخاصمة قضاة"

المحامي الاستاذ فريد الجلاد- نابلس

تعتبر المدد المحددة للطعون من النظام العام تستطيع المحكمة التصدي لها من تلقاء نفسها ولا اعتبار لأي اتفاق مخالف يجري بين الفرقاء سواء بتقصير أو تمديد هذه المدد. ومن أولى واجبات المحكمة التصدي لهذه المسألة ويجب التحقق فيما إذا كان الطعن قد قدم خلال المدة القانونية من عدمه فتقضي بقبول الطعن أو رده وفق ما يثبت في أوراق الدعوى. وينطبق ذلك على موضوع القضية نقض حقوق رقم ٢٠٠٦/١٨٦ المقدم من المدعية ضد قضاة محكمة النقض بصفتهم الشخصية وبصفتهم الوظيفية وموضوعها مخاصمة القضاة وبالرجوع إلى أحكام المادة ١٥٣من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة٢٠٠١ نجد أنها تشترط لقبول هذه الدعوى الادعاء بان القاضي أو عضو النيابة العامة قد ارتكب في عمله غشا أو تدليسا أو خطأ مهنيا جسيما لا يمكن تداركه. وان يقوم المدعي بإخطار مجلس القضاء الأعلى بما يسند إلى المدعى عليه.

وقبل التطرق إلى موضوع الحكم في الدعوى المشار إليها أعلاه يجب الانتباه إلى أن من مهام محكمة النقض فرض الرقابة القضائية على قرارات محكمة الاستئناف والبت فيما إذا اعترى حكم هذه المحكمة مخالفة للقانون أو ثبوت خطأ في تطبيقه أو في تأويله. فإذا وجدت هذه المحكمة أن قرار الحكم محل الطعن قد شابه مخالفة للقانون أو اعتراه الخطأ في تطبيقه عندها تقضي بنقض الحكم وإجراء المقتضى القانوني وفق أحكام المادة ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

ان الحكم الذي تصدره محكمة النقض عادة يعد حكما باتا فيما قضى به. ولا يقبل الطعن امام أي مرجع. الامر الذي يوجب على هذه المحكمة التدقيق في الملفات برويته من اجل ضمان التطبيق السليم لاحكام القانون ليس على مستوى هذه المحكمة فحسب بل تشمل احكام المحاكم الادنى درجة. حتى ان اجتهاد هذه المحكمة في أي مسألة فقهية يعتبر مكملا لنصوص القانون ذاته. ويعتبر سندا ومرجعا عند اختلاف الاراء.

وبالرجوع الى قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٥/٢٧٣ الذي استندت اليه المدعية في دعوى المخاصمة نجد ان المحكمة قد قررت قبول الطعن شكلا بداعي تقديم الطعن في الميعاد وانه استوفى شرائطه القانونية.

- كما ورد في متن القرار-. وقضت بنقض الحكم الاستئنافي وقررت اعادة الدعوى الى محكمة الاستئناف لاعادة النظر فيها.

ثبت من اوراق الدعوى ان الطعن المشار اليه قد قدم بعد المدة القانونية المحددة لقبول الطعن بتسعة ايام مخالفة بذلك نص المادة ٢٢٧من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية التي حددت مدة الطعن باربعين يوما وهي مخالفة واضحة لنص آمر واضح المضمون. اذ ان تقديم الطعن بعد فوات الاجل القانوني يستوجب رده شكلا وعدم قبوله. وهو ما لم تتقيد به محكمة النقض. كما انها لم تبحث الدفع الذي اورده المطعون ضده انذاك في لائحته الجوابية من ان الطعن مردود شكلا لانه قدم بعد مضي الاجل القانوني. ان بحث هذا الدفع امر جوهري لانه من المفترض بداهة على اية

محكمـــــة ان تبحث المســـــائل الشكلية وهي بصدد النظر في اعتراض او طعن عند بدء وضع يدها على الدعوى هذا الواجب يفترضه القانون وعادة ما تلتزم به المحاكم وفق الاجراءات المتعارف عليها.

خلاصة ذلك ان محكمة النقض مع الاحترام قد شاب حكمها الخطأ في التطبيق السليم لحكم المادة ٢٢٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية. كما اخطأت بالتالي لاغفالها بحث الدفع المثار من الخصم المتعلق بادعائه ان الطعن مردود شكلا لتقديمه بعد فوات الاجل القانوني. ولا يكفي ما ورد في القرار من ان الطعن مقدم ضمن الميعاد فحسب. وليس من المقبول اعتبار ما حصل بانه هفوة او اهمال من جانبها عندما لم تدقق بتاريخ الحكم وتاريخ تقديم الطعن. طالما تعلق الامر بمسألة جوهرية هامة يترتب عليها نتائج نهائية يصعب تداركها. خلافا لما لو صدر ذلك الخطأ عن محكمة ادنى درجة فلا يعتبر خطأ جسيما لان هناك امكانية لتدارك ذلك الخطأ بطريق الطعن امام محكمة اعلى. اذ ان مناط الخطأ الجسيم هو وقوع غلط فاضح او ارتكاب اهمال مفرط في أي اجراء مقتضى.

ان حقوق الخصوم في الدعاوى يرتبط بنصوص القانون عامة والنصوص الآمرة بوجه خاص. ومن ضمنها التزام المخاصمين بالمدد الزمنية المحددة في القانون لتقديم الطعون. لا سيما ان وضوح نص المادة ٢٢٧ من ذات القانون التي حددت مدة الطعن القانونية لا تحتاج الى عناء ولا تستأهل الاجتهاد.خصوصا ولم يرد في الاوراق ما يشير الى وجود أي مسوغ لانقطاع الخصومة او أي سبب يؤدي الى وقف سريان مدة الطعن. ان استقرار المعاملات الناشئة عن الدعاوى بين المخاصمين يقضي بضرورة الالتزام بالمدد القانونية المحددة. وعليه فان الضرر اللاحق بالمدعية واضح للعيان لاجدل بشأنه. ولا يمكن تدارك آثاره لتعلقه بمخالفة نص آمر حيث لا يمكن تصويب ذلك بحال من الاحوال. ادى الى اطالة امد النزاع وعدم حسم الدعوى. اضف الى هذا أن اغفال محكمة النقض الرد على دفع المطعون ضده بعدم قبول الطعن يجعل من الصعب التعرف على أي تبرير لذلك القرار.

هذا من جانب ومن جانب آخر فان ارتكاز محكمة النقض لرد دعوى المدعية رقم ٢٠٠٦/١٨٦ بداعي أنها سابقة لأوانها ومن ان الإخطار الموجه إلى رئيس مجلس القضاء غير كاف فانونا فهو تبرير للحكم حمّـل إلى نص المادة ١٥٣ التي اشترطت إخطار مجلس القضاء الأعلى بما يسند إلى المدعى عليه، وهو تبرير مغالى فيه لان مفهوم النص أعلاه يعني إشعار مجلس القضاء بالوقائع المدعاة، دون ان يتقيد قبول الدعوى على أي امر ورد في الاخطار، ولا يتوقف قبولها على صدور أي قرار أو إذن أو إجراء من هذا المجلس. وعليه فان مخاطبة رئيس مجلس القضاء بالإخطار الموجه الواضح المضمون تكفي لغايات تقديم الدعوى طالما يعتبر رئيس المجلس منابا عن المجلس في صلاته بالغير استنادا الى نص المادة ٣٩ من قانون السلطة القضائية.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/١٨٦
"مخاصمة قضاة"

الأستاذ الدكتور أحمد مليجي- مصر

موجز وقائع الدعوى:

بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٧ تقدمت المدعية بواسطة وكيلها بدعوى المخاصمة رقم ٢٠٠٦/١٨٦الى محكمة النقض برام الله ضد خمسة من قضاتها بصفتهم الشخصية وبصفتهم هيئة محكمة النقض المنعقدة في رام الله في القضية رقم ٢٠٠٥/٢٧٣ وبالإضافة لوظيفتهم. لان المدعي عليهم بصفتهم هيئة محكمة نقض قد أصدروا قرارا بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٦ يتضمن قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه في الطعن المدني رقم ٢٠٠٥/٢٧٧ المقدم للطعن في القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في الدعوى المدنية استئناف رقم ٢٠٠٤/٤٥.

وان الطعن بالنقض مقدم بعد مضي المدة القانونية بتسعة أيام ورغم ذلك أصدرت محكمة النقض قراراها المذكور حيث كان يجب أن تقوم برد الطعن شكلا مما الحق بالمدعية ضررا جسيماً وطلب وكيل المدعية إبطال القرار رقم ٢٠٠٥/٢٧٣ الصادر عن محكمة النقض بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٦ واعتباره كان لم يكن والتصديق على قرار محكمة الاستئناف والحكم بالتعويضات حسب لائحة الدعوة وإلزام المدعى عليهم بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

وتقدم المدعى عليهم بطلب لرد الدعوى أعلاه لأنها سابقة لأوانها.

حكم محكمة النقض:

وقد أصدرت محكمة النقض حكمها في الدعوى بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠ ومنطوقة «نقرر عدم قبول الدعوى وإلزام المدعية بغرامة مقدارها خمسين دينار أردني ومصادرة الكفالة».

وقد أسست محكمة النقض حكمها على الأسباب الآتية:-

انه من حيث الموضوع وحيث أن المادة ١٥٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية تنص على انه يتعين على المدعي في دعوى المخاصمة قبل إقامتها أن يخطر مجلس القضاء الأعلى بما يسنده إلى المدعي عليه.

حيث آن ملف الدعوى يخلو من هذه الإخطار الواجب إرساله لمجلس القضاء الأعلى قبل إقامتها وان كان المدعي قد تقدم بطلب لرئيس مجلس القضاء الأعلى للحصول على إذن بإقامة الدعوى في حين أن رئيس المجلس لم يعطي مثل هذا الإذن.

وحيث أن ما قام به المدعي لا يغني عن إخطار مجلس القضاء الأعلى بما ينسبه للمدعي عليهم لان هذا الإخطار ووصوله للمجلس واطلاعه عليه يعتبر من الأمور الأساسية الداخلة في اختصاصات مجلس القضاء الأعلى أثناء ممارسته لمهامه الموكلة إليه.

وحيث أن رئيس مجلس القضاء الأعلى يتولى متابعة تنفيذ قرارات المجلس و ينوب عنه في صلاته بالغير ويمثله أمام القضاء عملا بالمادة ٣٩ من قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢ ولا يشمل ذلك الإخطار الواجب إرساله للمجلس بذاته وفقا لأحكام المادة١٥٤ من قانون الأصول الأمر الذي يجعل طلب الإذن من رئيس المجلس وإخطاره لا يغني عن إخطار المجلس بذاته.

وحيث انه والحال هذا تكون الدعوى سابقة لأوانها وغير مقبولة بدون إتباع الإجراء الوارد في المادة المذكورة.

التعليق:

الأصل هو عدم مسؤولية القاضي عما يصدر من أحكام وأوامر وقرارات إثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقا خوله القانون، وترك له سلطة التقدير فيه، ولكن رأي المشرع أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها فنص في قانون أصول المحاكمات على أحوال معينة أوردها على سبيل الحصر يسأل فيها القاضي، والهدف الذي ابتغاه المشرع من ذلك توفير الطمأنينة للقاضي في عمله، وإحاطته بسياج من الحماية يجعله في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامته وهيبته برفع دعاوي كيدية لمجرد التشهير به، ومن ثم لا يجوز مقاضاته بالتضمينات عن التصرفات التي تصدر منه إبان عمله إلا في هذه الأحوال المنصوص عليها في المادة ١٥٣ من قانون أصول المحاكمات.

إذ لم يكتف المشرع في سبيل ضمان استقلال القضاة بما قرره من ضمانات تحميهم من عنت الحكام، وإنما حماهم أيضا من كيد المتقاضين، فلم يجعل القضاة خاضعين لما يخضع له سائر الأفراد وسائر موظفي الدولة من حيث مسئولياتها عن عملهم، وإنما قرر لهم نظاما خاصا هو نظام مخاصمة القضاة، وتظهر حماية المشرع للقضاة في هذا الصدد فيما تختلف فيه دعوى المخاصمة عن سائر دعاوى المسئولية من حيث تحديد أسباب المخاصمة، وإجراءات دعوى المخاصمة والمحكمة المختصة بها والأثر الذي رتبه على الحكم فيها.

فالقاعدة هي أن خطأ يرتب ضررا يؤدي إلى مسؤولية فاعله عن التعويض، ولكن إذا طبقت هذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة للقاضي في علاقته بالخصوم، لتعرض كثير من دعاوي التعويض التي يرفعونها عليه، فلا شك أن كثيرا من المحكوم عليهم يعتقدون أنهم ضحايا أخطاء القاضي.

ولو ترك القاضي تحت تهديد دعاوي التعويض فانه لن يشعر بالاستقلال بالرأي عند إصدار أحكامه، كما انه سينشغل بالدفاع عن هذه الدعاوى عن أداء واجبه مما يؤدي إلى تعطيل عمله، على انه لا يمكن أن يكون مؤدي هذا إعفاء القضاة من كل مسؤولية مدنية، لأنه إذا كان خطا القاضي بحيث يشكك في حياده، وفي حسن تطبيقه للقانون، فانه يجب أن يكون للخصم الذي أصابه ضرر دعوى مسؤولية ضده.

وللتوافق بين هذين الاعتبارين وضع القانون قواعد خاصة لمسؤولية القضاة المدنية عن أعمالهم، وهذه القواعد تهدف إلى ضمان إلا تؤدي مسؤولية القاضي إلى التأثير في استقلاله، وذلك عن طريقين:

الأول: تحديد الحالات التي يسأل فيها القاضي مدنياً، فعلى خلاف القاعدة العامة بالنسبة للأفراد لا يسأل القاضي عن كل خطأ.

الثاني: رسم خصومة لتقرير هذه المسؤولية لا تخضع لكل القواعد العامة، تسمى في الاصطلاح القانوني بالمخاصمة.

ويلاحظ أن مسؤولية القاضي المدنية هي مسؤولية شخصية تقع على عاتق القاضي في مواجهة الخصم الذي أصابه الضرر، والأساس القانوني لهذه المسؤولية لا يختلف عن أساس مسؤولية أي موظف عام عن عمله.

ويثور التساؤل حول تكييف دعوى المخاصمة، أهي دعوى مسؤولية الغرض منها تعويض الخصم المضرور من عمل القاضي أم هي دعوى بطلان للحكم الذي أصدره، أم هي من قبيل الدعاوى التأديبية التي يقصد بها دمغ القاضي بالتدليس أو الغش أو الخطأ الجسيم، ولهذا الخلاف أهميته فإذا قيل بأنها من قبيل الدعاوى التأديبية فان محلها القوانين التي تنظم محاكمة القضاة، كما أن زمامها

يجب أن تكون بيد الهيئات التي لها رفع الدعوى التأديبية، وإذا قيل أن الغرض منها بطلان الحكم الذي أصدره القاضي وجب أن يختصم فيها الخصوم في الحكم المراد بطلانه، وبذلك تلحق الدعوى بطرق الطعن في الأحكام، وإذا قيل أنها دعوى مسئولية فإنها مكانها في قانون المرافعات كما أنها ترفع من الخصم المضرور من عبث القاضي وتوجه إلى القاضي المخاصم.

رغم أن دعوى المخاصمة تنطوي على هذه المعاني جميعا، فقد غلب المشرع فيها معنى تعويض الخصم المضرور من عمل القاضي فاعتبرها دعوى مسؤولية ترفع من الخصم المضرور على القاضي المنسوب إليه العبث في عمله. إذ ليست المخاصمة من المسائل العارضة كرد القضاة والخبراء، إنما هي دعوى تعويض مستقلة ترفع من احد الخصوم على القاضي لسبب من الأسباب التي يبينها القاضي، ومقتضى هذا أن تطبق على هذه الدعوى القواعد العامة التي تطبق على سائر الدعاوى فيما يتعلق برفعها، ونظرها والحكم فيها، فيما لم يرد بشأنه حكم خاص في قانون المرافعات، واختص به المشرع دعوى المخاصمة دون سائر الدعاوى.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بان دعوى المخاصمة هي دعوى مسؤولية ترمي إلى تعويض عن ضرر أصاب المخاصم، وتستند إلى قيام القاضي بعمل أو إصدار حكم مشوب بعيب يجيز قبول المخاصمة (نقض ١٩٩٤/٩/٢٧-طعن رقم ٨٧٨٥سنة ٦٣ قضائية).

أحوال المخاصمة محددة في القانون على سبيل الحصر.

حدد القانون حالات المخاصمة على سبيل الحصر، فلا يجوز الإضافة إليها، فليس كل خطا يقع من القاضي في عمله موجبا لمسؤوليته، ولا يصح أن يكون كل خطأ يقع منه سببا لدعوى مسؤولية ترفع عليه، ومفهوم ذلك انه فيما عدا هذه حالات لا يكون القاضي مسئولا عما يقع من خطأ منه في عمله، وفي هذا خالف المشرع القاعدة العامة على أساس المسؤولية المدنية.

وأساس هذه المخالفة اعتبار قانوني، إذ يترتب على السماح برفع دعاوى المسؤولية عن كل خطأ يدعى حصوله من القاضي، وإهدار أهم خصائص العمل القانوني إلا وهي حجية الشئ المحكوم فيه، لان في رفع دعوى المسؤولية على القاضي بحجة انه اخطأ فيما قضى به تجريحا وإخلالا بحجية الشيء المحكوم فيه، والأصل أن الحكم إذا استنفذت فيه طرق الطعن أو فاتت مواعيدها ثبتت له حجيته، ومقتضى ذلك أن يعتبر بريئا من كل خطأ يشوبه براءة لا تقبل إثبات العكس، ولذا كان طبيعيا ومنطقيا إلا يسمح بمخاصمة القاضي إلا في أحوال استثنائية لأسباب خاصة حددها المشرع احتراما لحجية الأحكام.

كذلك فان السماح للمتقاضين بمخاصمة القاضي بسبب أي خطأ ينسب إليه يتنافى مع حسن سير القضاء لما يترتب عليه من تهيب القضاة التصرف والحكم، فضلا عن انشغالهم بالدفاع عن تصرفاتهم بدلا من التفرغ لأعمالهم، فهو يؤدي أن يمضي القاضي نصف عمره في إصدار الأحكام ونصفه الأخر في الدفاع عنها وهذا يتناقض مع حسن سير القضاء.

حددت المادة ١٥٣ حالات مخاصمة القضاة على سبيل الحصر. فإذا لم تتوفر إحدى هذه الحالات لم تعجز مخاصمة القاضي، وليس معنى هذا جواز مسائلة القضاة مدنيا خارج هذه الحالات بالإجراءات العادية، فهذا التحديد يعتبر أيضا تحديدا لحالات مسؤولية القاضي مدنيا عما يرتكبه أثناء عمله إذ لا يجوز مسائلة القاضي مدنيا عما يصدر منه أثناء عمله إلا بطريقة المخاصمة.

ولكن يلاحظ -من ناحية أخرى - إن هذه الحالات إنما تحدد مسؤولية القاضي عن أعماله التي يقوم بها كقاضي، ولا تشمل مسؤوليته كفرد - فإذا اخل القاضي بأحد العقود بينه وبين أخر، أو ارتكب خطأ تقصيريا أيا كان فانه يخضع في مسؤوليته المدنية عن هذه الأخطاء للقواعد العامة.

إذن أسباب المخاصمة وردت في القانون على سبيل الحصر فلا يجوز رفع دعوى المخاصمة استنادا إلى غيرها.

فيما يتعلق بحالات المخاصمة يجب ملاحظة الآتي:

١- إن دعوى المخاصمة التي حددها المشرع على سبيل الحصر، والتي لا تخضع للقواعد العامة في المسؤولية، هي دعوى المسؤولية الناشئة عما يقع من القاضي من خطا في عمله أي أو بمناسبة تأدية عمله القضائي، أما دعوى المسؤولية التي ترفع على القاضي بسبب فعل خارج عن نطاق عمله فتخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

٢- إن عمل القاضي إذا كان جريمة معاقبا عليها جنائيا تخضع لقواعد مخصوصة إلا أنها باعتبارها دعوى مسؤولية لا تقبل من رافعها إلا إذا ترتب على الفعل المنسوب إلى القاضي ضرر أصاب رافع الدعوى في المخاصمة.

٣- إن دعوى المخاصمة وان كانت دعوى خاصة تخضع لقواعد مخصوصة إلا أنها باعتبارها دعوى مسؤولية لا تقبل من رافعها إلا إذا ترتب على الفعل المنسوب إلى القاضي ضرر أصاب رافع دعوى المخاصمة.

وفي هذا المعنى قالت محكمة استئناف إسكندرية أن « دعوى المخاصمة وان كانت دعوى خاضعة لقواعد مخصوصة إلا أنها باعتبارها دعوى مسؤولية لا تقبل من رافعها إلا إذا ترتب على الفعل المنسوب إلى القاضي ضررا أصاب المخاصم (حكم محكمة استئناف إسكندرية في ٥/٣١/ ١٩٥٥منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ستة ٣عدد٣، ص٢٥٩).

الحالة الأولى لمخاصمة القاضي أو عضو النيابة: إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عمله غش أو تدليس أو غدر:

ويقصد بالغش أو التدليس الانحراف عن العدالة بقصد وسوء النية لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة كالرغبة في إيثار بعض الخصوم و الانتقام منه أو تحقيق مصلحة شخصية للقاضي، أو غير ذلك من الاعتبارات الخاصة، ومن أمثلة ذلك أن يرتكب القاضي ظلما عن قصد بدافع المصلحة الشخصية أو الكراهية لو المحاباة، أو أن ينحرف عن قصد ما أدلى به الخصم أو الشاهد أو أن يكلف بكتابة تقرير في الدعوى فيصف عن عمد مستندا بغير ما اشتمل عليه ليخدع باقي الأعضاء. أما الغدر فهو صورة من صور الانحراف عن العدالة عمدا يكون الدافع فيها الانحراف، الرغبة في الحصول على منفعة مادية للقاضي أو لغيره (حكم محكمة استئناف المنصورة في ١٩٥٣/٧/١٨ن منشور في المحاماة سنة ٣٤ ص١١١).

فالغدر يقصد به انحراف القاضي أو عضو النيابة بقبول أو الأمر بقبول منفعة مالية لنفسه أو لغيره لا يستحقها أو هو ارتكاب جريمة الغدر، وهي تتحقق بان يطلب رسوما أو غرامات ليست مستحقة أو تزيد على المستحق مع علمه بذلك. والغش والتدليس والغدر يجمعهما جامع واحد هو أنها تصدر عن سوء نية، إذن يقصد بالغش أو التدليس أو الغدر أو الانحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الانحراف، وذلك أما إيثار لأحد الخصوم أو نكاية في خصم، أو تحقيقا لمصلحة خاصة للقاضي. المهم هو ن يثبت قصد القاضي الانحراف، أي سوء النية لديه، ويمكن أن يحدثه الانحراف سواء في مرحلة التحقيق أو في مرحلة الحكم، ومثاله في مرحلة التحقيق أن يعمد القاضي المنتدب للتحقيق إلى تغيير شهادة آو في مرحلة الحكم أن يعمد رئيس الدائرة إلى التغيير في مسودة الحكم،ويتصور الانحراف من القاضي ولو تعلق الأمر بعمل له في أدائه سلطة تقديرية.

الحالة الثانية لمخاصمة القاضي أو عضو النيابة: الخطأ المهني الجسيم:

أضاف المشرع الخطأ المهني الجسيم كسبب للمخاصمة، إلى الغش والتدليس والغدر، مما يستفاد منه أن الخطأ المهني الجسيم يختلف عن الغش والتدليس والغدر، وهذا السبب من أسباب المخاصمة، وان قارب من حيث جسامة الفعل المكون له الغش إلا انه يختلف عنه من حيث العنصر المعنوي، إذ لا يشترط فيه ما يشترط في التدليس والغش والغدر من سوء النية، وقد أضاف المشرع الخطأ المهني الجسيم كسبب للمخاصمة نتيجة لما لوحظ في العمل من صعوبة إثبات سوء النية لدى القاضي، واستشعار الخصوم الحرج من نسبة سوء النية إليه.

ويلاحظ انه في نطاق الخطأ المجرد من سوء القصد، لا يعتبر كل خطا من جانب القاضي سببا للمخاصمة، وإنما يختلف خطا القضاة كسبب للمسؤولية عن أنواع الخطأ المهني الأخرى التي تحكمها قواعد المسؤولية العادية، فهو فكرة خاصة بموضوع مخاصمة القضاة بمقتضاها لا تجوز مخاصمة القاضي إلا للخطأ الذي ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب فهو في سلم الخطأ اعلي درجاته ، وهو الخطأ الفاحش الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش والذي لا ينقصه لاعتباره غشا إلا اقترانه بسوء النية، ومثله الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون أو الجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، ولذلك لا يعتبر خطأ مهنيا جسيما فهم رجال القضاء والقانون على نحو معين ولو خالف فيه إجماع الشراح، ولا تقديره لواقعه، ولو أساء الاستنتاج، ولو عرض هذا الخطأ رجل القضاء لملاحظاته رؤسائه أو لتوقيع جزاء تأديبي عليه، وينبني على ذلك أن الخطأ اليسير الذي يقع فيه القاضي الذي يهتم بعمله اهتماماً عادياً لا يجيز مخاصمة القاضي، ومن أمثلة الخطأ اليسير على ما يستفاد من إحكام القضاء المصري أمر رجل القضاء بالحبس في جنحة لا يجيز فيها القانون الحبس الاحتياطي (حكم محكمة الاستئناف المنصورة في ١٩٥٣/٧/١٨ منشور في المحاماة سنة ٣٤ ص١١١).

من المسلم به أن تحصيل الوقائع المكونة للفعل المدعي صدوره من رجل القضاء مسألة وقائع لا تخضع لرقابة محكمة النقض، وأما وصف المحكمة لهذا الفعل بعد استخلاصه من الوقائع بأنه يعتبر خطا جسيماً أو لا يعتبر فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض لأنه وصف بأنه يعتبر خطأ مهنيا جسيما أو لا يعتبر فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني يخلعه القاضي على واقعة معينة ، وينزل حكم القانون علها فهو تكييف قانوني يخضع كسائر التكييفات القانونية لرقابة محكمة النقض.

والراجح أن تقدير ما إذا كان الخطأ المهني جسيما أو غير جسيم ليس من أطلاقات قاضي الموضوع، وإنما يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني يخلعه القاضي على واقعة معينة فهو تكييف قانوني يخضع لرقابة محكمة النقض المصرية، بل آن محكمة النقض المصرية ذهبت في أحكام حديثة لها إلى أن تقدير ما إذا كان الخطأ المهني جسيماً أم غير جسيم هو من أطلاقات قاضي الموضوع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض ١٩٩٠/١/١٨-في الطعن ٢٣٣٣ لسنة ٥١ قضائية، نقض ١٩٩٣/٣/٢٨ -طعن رقم ٧٦٤لسنة ٥٨ قضائية).

فينبغي ملاحظة أن هناك فارقاً كبيرا بين الغش والخطأ المهني الجسيم، فالأول عسير الإثبات لأنه يتميز بسوء النية ، وقد وصفت محكمة الاستئناف المختلطة الغش - في أخر حكم أصدرته - بأنه ارتكاب الظلم عن قصد بدافع المصلحة الشخصية أو بدافع كراهية احد الخصوم أو محاباته، كما إذا حرف القاضي عن قصد ما أدلى به احد الخصوم أو شاهده من أقوال، أو كما كلف بكتابة تقرير عن القضية فكتبه محرفا عن قصد، بأن وصف مستندا مقدما في القضية بغير ما اشتمل عليه حتى يخدع باقي أعضاء المحكمة، فسوء النية آمر لازم لتوافر الغش، أما الخطأ المهني الجسيم فلا

يشترط فيه سوء النية، ويكفي أن يثبت المتقاضي إن القاضي قد ارتكب خطا جسيما أو انه يجهل ما يتعين عليه معرفته، إنما ليس معنى هذا أن يكون القاضي مسئولا أذا اخطأ في التقدير أو في استخلاص الوقائع أو في تفسير القانون، فسبيل تدارك الخطأ في هذه الأحوال هو فقط الطعن في الحكم بطريقة الطعن المناسب (استئناف مصر- ١٩٥٠/١١/٢٨- منشور في المحاماة ٣ ص ٢٢٢، احمد أبو الوفا-المرافعات بند ٥٤-ص٧١ وص٧٢).

والفارق بين الخطأ المهني الجسيم والخطأ المهني فارق ذهني فيخضع للتقدير لأنه يختلف باختلاف مدى ما يشترط في القاضي من مميزات، واختلاف الوسائل التي تضمن للقاضي العمل في الجو المناسب سواء من حيث عدد القضايا أو عدد الجلسات أو وسيلة اتصال بالقوانين الجديدة إلى غير ذلك من العوامل المؤثرة.

إذن الخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالا مفرطاً. ويستوي أن يتعلق هذا الغلط الفاضح بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى (نفض مدني مصري ١/١٨سنة ١٩٩٠، في الطعن ٢٣٣٣لسنة ٥١ ق، ونقض مصري ١٩٨٩/٢/٢٢، في الطعن ٢٦٥٨ لسنة ٥٨ق).

أما الخطأ غير الجسيم فانه لا يبرر مخاصمة القاضي، ولهذا لا تقبل مخاصمة القاضي بسبب خطئه في تقرير صحة إجراء معين، أو خطته في تقرير ثبوت الوقائع أو في تكييفها أو في تفسيره للقانون تفسيرا معينا، ولو كان مخالف لإجماع الفقهاء أو أحكام القضاء، أو في تطبيق القانون على وقائع القضية، آو في رفضه أجراء تحقيق معين، ما دام في كل هذا حسن النية (نقض مدني مصري ١٩٦٠/٦/٣٠- مجموعة النقض سنة ١١-ص٢٩٨، استئناف القاهرة ١٩٦٣/١/١٤، المجموعة الرسمية سنة ٦١ ص ١١ رقم ٣). ولا يكفي السماح بالمخاصمة أن يكون الخطأ محل مساءلة تأديبية.

فلا يدخل في نطاق الخطأ المهني الجسيم مجرد الخطأ في التقدير أو استخلاص الوقائع أو في تفسير القانون أو في قصور الأسباب لان سبيل تدارك ذلك هو الطعن في الحكم بطريقة الطعن المناسب (حكم محكمة الاستئناف الإسكندرية في ١٩٥٩/٥/٣، منشور في المحاماة ٣٩-ص٦٦ ومشار إليه آنفا).

ومن التطبيقات النادرة في القضاء المصري، ما قضت به محكمة استئناف المنصورة من توافر خطا مهني جسيم لدى دائرة المخاصمة بحكمها بعدم قبول تدخل المخاصم خصما منضما للمستأنف عليها إلزامه بالمصاريف بمقولة انه لم يطعن بالاستئناف على الحكم الصادر برفض تدخله أمام أول درجة، في الوقت الذي كان حكم أول درجة قد قبل تدخله، ولم يرفضه، ورغم ما هو مسلم به من جواز التدخل ألانضمامي لأول مرة في الاستئناف (حكم محكمة استئناف المنصورة في ١٩٧٨/٢/٢- منشورة في مجلة إدارة قضايا الحكومة سنة ١٩٧٨-عدد٢- بند٢٢٧-ص١٩٧، وقد جاء في هذا الحكم تقريرا للخطأ المهني الجسيم:» أن خطا الدائرة المخاصمة قد بلغ في جسامته حدا لا يعلوه خطا ويكاد أن يصل إلى حد الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات، ويتمثل هذا الخطأ في جهل المخاصمين الصارخ والفاحش للمبادئ الأساسية للقانون وهو جهل لا يغتفر ولا شفيع لهم فيه إذ هو لا يقع من القاضي ذي الحرص العادي على أعمال وظيفته «وفي دعوى مخاصمة أقيمت ضد إحدى دوائر محكمة النقض، على أساس الخطأ المهني الجسيم المنسوب إلى الدائرة قولا بأن أعضاء الدائرة لم يتبينوا أن الخصومة لم تنعقد في الطعن ببطلان إعلان المطعون ضده بصحيفة الطعن، إذ تم إعلانه بالتخاطب مع مأمور قسم الشرطة لغلق مكتبة دون أن يثبت المحضر إخطاره بذلك

بكتاب مسجل، وترتب على ذلك الإخلاء بحقه في تقديم مذكرة بدفاعه ردا على أسباب الطعن بالنقض، فضلا عن أن أعضاء الدائرة فاتهم أن الطعن باطل لسبب آخر وهو عدم استئذان المحامي الموكل فيه رئيس النقابة الفرعية في رفع الطعن ضد محام عملا بقانون المحاماة. فلم يشر الحكم إلى هذا الوجه رغم تمسك المطعون ضده به في مذكرها قدمها فور علمه بالطعن.

وقد قضت محكمة النقض بعدم جواز المخاصمة، على أساس انه يكفي أن يبين المحضر إرساله الكتاب المسجل في أصل الإعلان دون صورته التي تكون قد سلمت قبل توجيه الكتاب، والى بطلان الطعن لعدم استئذان المحامي رافعه رئيس النقابة الفرعية) في مذكرته المقدمة بعد الميعاد (نقض مدني مصري ١٩٨٨/١٢/٢٢، في دعوى المخاصمة رقم ١٨٩٣، لسنة ٨٥ق).

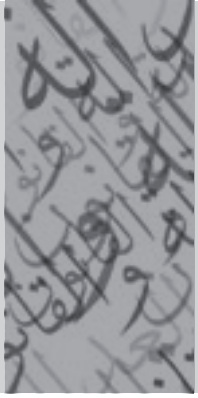
ويلاحظ انه إذا بنيت المخاصمة على ادعاء تغيير القاضي للحقيقة في حكمه أو قراره وجب اتخاذ طريق الطعن بالتزوير (نقض ١٩٧٥/١١/١١، في الطعن ٤٥٩ لسنة ١٩٣٩).

كما يجب ملاحظة أن مساءلة القاضي عما يقع منه في عمله من غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم لا يقتصر على ما يصدر منه من أحكام بل ينصرف إلى أي إجراء قضائي اتخذه أو أمر ولأني أصدره إذ أن النص ورد بغير تخصيص لنوع معين من الأعمال دون أخرى مادام ذلك داخلا في نطاق وظيفته.

وقد نظمت التشريعات المختلفة إجراءات دعوى المخاصمة وهي إجراءات بها ضمانات معينة للقاضي وتراعي أيضا صالح المدعي في هذه الدعوى , وقد نظم المشرع الفلسطيني إجراءات هذه الدعوى في الوارد ١٥٤الى ١٦٣ من قانون أصول المحاكمات صراحة على انه « يتعين على المدعي في دعوى المخاصمة قبل إقامتها أن يخطر المجلس الأعلى بما يسنده للمدعي».

ونرى أن حكم محكمة النقض الفلسطينية -محل التعليق - صدر مطابقا للقانون ولا تشوبه شائبة وكانت المحكمة على حق حينما حكمت برد الدعوى اذ لم يتخذ المدعي هذا الإجراء وإنما اكتفى بطلب إذن من رئيس مجلس القضاء الأعلى لرفع الدعوى، والإخطار ضمان للقضاء وإجراء ضروري كان يجب على المدعى عليه أن يتخذه.

اما من حيث موضوع دعواه الأصلية فان الحق فيها لن يضيع فقد صدر الحكم فيها مع الإحالة لمحكمة الاستئناف وهناك جولة أخرى للتقاضي أمام المحكمة الاستئنافية يستطيع أن يثبت حقه أمامها إن كان لديه من الأدلة الكافية.



الحكم رقم ٢٠٠٤/١

مخاصمة قضاة

تعليق المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد
- الاسكندرية/ مصر

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٤/١
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

"الـــــحـــــكـــم"

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله و المأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ فريد مصلح
وعضوية السادة القضاة/ ايمان ناصر الدين، ود. عثمان التكروري، وعزمي طنجير وهشام الحتو

المخاصمان المدعيان: ١- شركة بنك فلسطين الدولي المساهمة العامة المحدودة
بواسطة رئيس مجلس ادارتها والمفوض بالتوقيع عنها السيد عصام عبد السلام ابو عيسى/ البيرة
٢- عصام عبد السلام محمد ابو عيسى
بصفته الشخصية وبصفته رئيساً لمجلس ادارة شركة بنك فلسطين الدولي المساهمة العامة المحدودة والمفوض بالتوقيع عنها وبصفته ايضاً مؤسساً ومساهماً في الشركة المذكورة وممثلاً عن اسهم شركة عصام عبد السلام الدولية وبصفته الولي الطبيعي عن اسهم اولاده القصر.

وكيلهما المحامي احمد الصياد بموجب وكالة خاصة مؤرخة في ٢٠٠٤/٨/١٨ وبموجب وكالة عامة مصدقة حسب الاصول ومحفوظة لدى كاتب عدل رام الله كمستند محفوظ بحمل رقم ٢٠٠٤/٢٣٦١ تاريخ ٢٠٠٤/٣/١٠ رام الله.

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٤/١
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

المخاصمون – المدعى عليهم- : ١- القاضي المستشار زهير خليل/ رئيس الهيئة
٢- القاضي المستشار اسامة الطاهر / عضو
٣- القاضي المستشار رفيق زهد/ عضو
بصفتهم الشخصية وبصفتهم هيئة محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله والتي نظرت واصدرت القرار في القضية عدل عليا ٢٠٠٤/١٣ وبالاضافة لوظيفتهم.

بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٢٨ اقام المدعيان بصفتهما المذكورة اعلاه القضية المسجلة تحت رقم ٢٠٠٤/١ لدى محكمة النقض لمخاصمة المدعى عليهم السادة القضاة الذين كانوا يشكلون هيئة محكمة عدل عليا لنظر القضية ذات الرقم ٢٠٠٤/١٣ عدل عليا وبصفتهم المذكورة بلائحة دعوى المخاصمة وذلك استناداً للمادتين ١٥٣ و ١٥٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ للمطالبة بتعويضات (تضمينات) مدنية ومعنوية مقدرة بمبلغ ثلاثة الآف دينار كحد ادنى مع الاحتفاظ بحقوقهما تجاه السلطة الوطنية الفلسطينية.

ومستندين للاسباب في اقامة هذه الدعوى وهي:

١- اخطأت محكمة العدل العليا (السادة القضاة المخاصمون) في قرارها رقم ٢٠٠٤/١٣ حيث انحازت انحيازاً سافراً للادارة.

٢- اخطأت هيئة المحكمة اخطاءاً جسيمة في تطبيق القانون وما استقر عليه الفقه والاجتهاد الاداريين وخالفت الواقع.

٣- اخلت بالمبادئ الاساسية للقانون واصدرت قرارها قاصراً قصوراً فاحشاً في التسبيب الواقعي ومنافياً لواجباتها القانونية .

٤- قرارها جاء مخالفاً للمشروعية وقواعد العدالة والقانون الاساسي.

الرئيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٤/١
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

٥- اخطأت محكمة العدل العليا خطأ جسيماً عندما لم تقض بانعدام و/أو بطلان القرارات (ع/١ - ع/٦).

وبطلب المدعيان:

١- قبول الدعوى شكلاً لتقديمها ضمن المدة القانونية .

٢- الحكم على المخاصمين (السادة القضاة اعضاء هيئة محكمة العدل العليا في القضية رقم ٢٠٠٤/١٣ مجتمعين ومنفردين بالمسؤولية سنداً للمادة ١٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ مع الحكم ببطلان القرار رقم ٢٠٠٤/١٣ الصادر عن محكمة العدل العليا بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٣١ واعادة الحال لما كان عليه قبل صدوره واعتباره كأن لم يكن و/ أو الحكم وفق المادة ٢/١٦٠ من ذات القانون.

٣- الزام المخاصمون المدعى عليهم بالتكافل والتضامن بالتعويض على المدعين عن الضرر الذي اصابهم نتيجة صدور القرار والذي قدراه بمبلغ ٣٠٠٠ دينار مع الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

وبجلسة ٢٠٠٥/٢/٥ تم تأجيل المحاكمة لعدم اكتمال النصاب القانوني خاصة ان بعض قضاة الهيئة كانوا من غزة واستمر تأجيل الجلسات لذات السبب حتى جلسة ٢٠٠٧/١/١٧.

وفي جلسة ٢٠٠٧/٢/٧ استمعت هيئة المحكمة لاقوال ودفوع الطرفين الحاضرين في الجلسة بعد ان تمت محاكمة المدعى عليه الثاني القاضي اسامة الطاهر حضورياً لعدم حضور وقررت المحكمة امهال وكيل المدعين لتقديم مرافعته الخطية.

الرئيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٤/١
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

وفي جلسة ٢٠٠٧/٤/١٨ تقدم الطرفان بمرافعات خطية حيث سرد كل طرف وجهة نظره بالدعوى ورفعت الجلسة لإعطاء القرار بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠

المحكمة

بالتدقيق في الحكم الصادر عن الهيئة المخاصمة تجد المحكمة ان الهيئة قد اخطأت في تناول القرارات الستة المطعون فيها كرزمة واحدة، ذلك ان القرارات الخمسة الاولى صادرة عن رئيس السلطة الوطنية وفق المادة ٥/٤٧ من قانون سلطة النقد رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ وفقا لمقتضيات المصلحة العامة بينما صدر القرار السادس عن سلطة النقد وفق المادة ٤٧/أ من قانون سلطة النقد التي تنص على انه "اذا خالف مصرف مرخص احكام هذا القانون او نظامه الاساسي او أي تدبير فرضته سلطة النقد او لم يقدم البيانات والمعلومات المفروضة عليه تقديمها او قدم معلومات ناقصة او غير مطابقة للحقيقة ، يكون لسلطة النقد الحق في ان توقع على المصرف المخالف احد الجزاءات التالية:

أ- حل مجلس ادارة المصرف المخالف وتعيين مفوض لادارة المصرف لمدة لا تتجاوز ستة اشهر ويعرض المفوض خلال مدة تعيينه الامر على الهيئة العامة للمصرف لاختيار مجلس ادارة جديد.

ب-في جميع الاحوال لا يجوز توقيع أي جزاء الا بعد سماع إيضاحات المصرف المعني" لذلك فإن هذه القرارات صادرة عن شخصين مختلفين ، وتستند الى صلاحيات مختلفة وكان يتوجب بحث كل منهما على حدة.

وبالرجوع الى القرارات الخمسة الاولى الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية تجد انها صدرت في الفترة ما بين ٩٩/١١/٣٠ و ٢٠٠٣/٥/٢٩ وان كل قرار لمدة محددة هي ما بين ستة اشهر الى سنة في القرارين الاول والثاني وسنة في القرارات التالية وان هذه القرارات قد نفذت بالفعل وانتهت المدد المحددة فيها لسريانها قبل الطعن فيها في الدعوى رقم ٢٠٠٤/١٣ عدل عليه التي اصدرت فيها الهيئة للمخاصمة حكمها محل هذه الدعوى ، ذلك ان القرار الخامس انتهى سريانه بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٩ بينما قدم الطعن بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٥ ولذلك فإن هذا الطعن لا جدوى

الرئيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٤/١
التاريخ : ٢٠٠٧/٤/٣٠

منه بصرف النظر عما اذا كانت هذه القرارات متعدمة للاسباب الواردة في لائحة الطعن ام لا، وعليه يكون الطعن مردود شكلاً باعتباره غير ذي موضوع لهذا السبب.

اما القرار السادس الصادر عن محافظ سلطة النقد سنداً للمادة ٤٧ من قانون سلطة النقد، فإن الطعن فيه مقيد بالمدة القانونية.

وقد اصابت الهيئة المخاصمة في رد الطعن فيه شكلاً لتقديمه بعد الميعاد (حيث صدر القرار عن سلطة النقد بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٤ وقدم الطعن بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٥" ولما كانت الجهة الطاعنة تستند في طعنها الى نص الفقرة الاولى من المادة ١٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ التي تجيز مخاصمة القضاة اذا وقع من القاضي في عمله غش او تدليس او خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه، ولما كان يقصد بالغش والتدليس الانحراف عن العدالة بقصد وسوء نية، لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة، بينما الخطأ المهني الجسيم الذي يبرر مخاصمة القاضي هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق اليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي، او لاهماله في عمله اهمالاً مفرطاً، او لجهل لا يغتفر كالجهل بالمبادئ الاساسية للقانون او بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، لا شفيع له فيه ، اذ هو لا يقع من القاضي ذي الحرص العادي على اعمال وظيفته، فلا يجوز مخاصمة القاضي الا للخطأ الذي ينطوي على اقصى ما يمكن تصوره من الاهمال في اداء الواجب، فهو اعلى درجات الخطأ الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش ولا ينقصه لاعتباره غشاً الا اقترانه بسوء النية.

ولما كان ما صدر عن الهيئة المخاصمة لا يعدو مجرد خطأ في تسبيب الحكم، ولما كان الخطأ في التسبيب لا يعد خطأ مهنياً جسيماً.

لهـــذه الاسباب

وعملاً بالمادتين ١٥٧ و ١٦٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ تقرر المحكمة عدم قبول دعوى المخاصمة ، والحكم على الجهة المدعية بغرامة مقدارها خمسماية دينار اردني ومصادرة الكفالة.

حكماً صدر علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠

الرئيـــس

التعليق على الحكم رقم ٢٠٠٤/١

مخاصمة قضاة

تعليق المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد- الاسكندرية/ مصر

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/١
مخاصمة قضاة

المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد*
رئيس محكمة الاستئناف العالي- الاسكندرية

المبحث الأول: منهج التعليق على الحكم.
المبحث الثاني: ملخص الحكم.
المبحث الثالث: الموضوعات التي يطرحها التعليق على الحكم الصادر في النقض المدني.
المطلب الأول: مدى جواز مخاصمة القضاة في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.
المطلب الثاني: التعريف بدعوى مخاصمة القضاة وطبيعتها القانونية في التشريعات العربية والتشريع الأجنبي المقارن.
المطلب الثالث: المقصود بالغش والتدليس والغدر كسبب لمخاصمة القضاة.
المطلب الرابع: المقصود بالخطأ المهني الجسيم للقاضي كسبب للمخاصمة.
المطلب الخامس: مدى جواز مخاصمة هيئة محكمة النقض الفلسطينية التي نظرت دعوى المخاصمة موضوع التعليق.
المطلب السادس: تطبيقات المحاكم العربية والأجنبية بشأن ثبوت بعض الوقائع التي كانت موضوعاً لمخاصمة القضاة من واقع الأحكام القضائية التي قررت ذلك.
المطلب السابع: تقدير الحكم محل التعليق.

- خاتمة التعليق على الحكم[1].

*المستشار الدكتور/ عبد الفتاح مراد يعمل رئيساً بمحكمة الاستئناف العالي بالأسكندرية والأستاذ المحاضر بالجامعات المصرية والعربية وهو حاصل على درجة الدكتوراه في القانون العام المقارن مع مرتبة الشرف الأولى في موضوع جديد لم يتطرق إليه أحد من قبل هو «المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة - دراسة مقارنة في التشريعات العربية والشريعة الإسلامية والقانون المقارن» وله مؤلفات وأبحاث متعددة منشورة على هيئة كتب وبرامج CD ومقالات متنوعة بالدوريات العربية والأجنبية.
(١) أنظر تفصيلاً القاضي المستشار د.عبد الفتاح مراد « أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية» مقال منشور في هذا العدد من العدالة والقانون التي يصدرها المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة.

مقدمة التعليق:

١- يتناول هذا التعليق الحكم الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية الصادر فى النقض المدنى رقم ٢٠٠٤/١ بتاريخ ٣٠/ ٤ /٢٠٠٧ والذي يتعلق بدعوى مخاصمة لهيئة المحكمة المنعقدة برام الله والتي نظرت وأصدرت القرار في القضية عدل عليا ٢٠٠٤/١٣.

٢- ويكتسب التعليق على هذا الحكم أهمية كبرى من الناحيتين النظرية والعملية لأنه **أولاً ونظرياً**: يتعلق بالقضاة وأعضاء السلطة القضائية الفلسطينية التي يفترض فيهم الأصل المستقر وهو الحيدة الكاملة والنزاهة المطلقة.

ولأنه ثانياً وعملياً: يتعلق بحقوق المتقاضين التي ينبغي أن يتم القضاء فيها علناً وبإجراءات قانونية سليمة وشفافة وبأقصى قدر من العدالة والمساواة[٢].

وسوف نتناول فيما يلي البناء الفكري للتعليق وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: منهج التعليق على الحكم.

المبحث الثاني: ملخص الحكم.

المبحث الثالث: الموضوعات التي يطرحها التعليق على هذا الحكم.

(٢) أنظر القاضي المستشار د.عبد الفتاح مراد «القضاء في الإسلام - دراسة مقارنة» ص ٣٣ وما بعدها.

المبحث الأول
منهج التعليق على الحكم

تمهيد :

سوف نتناول في التعليق على هذا الحكم المنهج التحليلى التأصيلى أو منهج الاستقراء والاستنباط Induction & Deduction ويقابله بالفرنسية méthode Inductive & déductive ويقابله فى اللغة اللاتينية Inductio & Deductio وذلك فيما يلي:

ويراد بهذا المنهج الذي سوف نستخدمه في هذا التعليق تحليل هذا الحكم واستقراء **Induction** ما فيه والانتقال من الجزئيات التي تناولها إلى الحكم على العموميات أو من الخاص إلى العام أو من المجهول إلى اكتشاف حقيقة علمية جديدة أي المعلوم. ثم بعد ذلك تأصيل الحكم واستنباط **Deduction** ما فيه من مبادئ والانتقال من العموميات أو الكليات إلى الحكم على الجزئيات، أو الانتقال من العام إلى الخاص أو من المعلوم إلى المجهول.

ونحن نرى أنه بهذا المنهج المزدوج نكون قد جمعنا بين مزايا أصول البحث العلمى فى الحكم من الخاص إلى العام ومن العام إلى الخاص للمراجعة على الأفكار الواردة بالحكم والوصول إلى النتائج العلمية المفيدة بطريقة تبادلية ذهاباً فكرياً وعودة توصلا إلى نتائج منطقية تصلح لتطوير الفكر القانونى العربي والفلسطيني وتنميته إلى الأفضل[٣].

(٣) دور القاضى هو صناعة الحلول القضائية وليس إنشاء النظريات الفقهيه:

يعتبر جوهر عمل القاضى هو البحث عن أفضل الحلول القضائية للمنازعات المطروحة عليه لأن القاضى لا يصنع النظريات القانونية مثل الفقيه وإنما يصنع حلولاً قضائية تتناسب مع النزاع القضائى المطروح عليه وقد يتعارض ذلك مع النظريات القانونية القائمة فى الفقه وهذا هو دور المُعلق على الحكم فى تقدير قيمة الحكم وإظهار مزاياه وعيوبه وإبراز مدى إتفاقه أو أختلافه مع ما هو موجود من نظريات فى الفقه والقضاء.

أنظر تفصيلاً القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية» مقال منشور في هذا العدد من العدالة والقانون التي يصدرها المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة.

المبحث الثاني
ملخص الحكم موضوع التعليق

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المبحث في البنود التالية:

١- الإجراءات والوقائع للحكم محل التعليق.

٢- منطوق الحكم محل التعليق.

٣- الأسباب والحجج القانونية للحكم محل التعليق.

٤- مقطع النزاع القضائي في الحكم محل التعليق.

أولاً: الإجراءات والوقائع للحكم محل التعليق.

يتلخص النقض المدنى، رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠ الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية فى أن[٤]:

المخاصمان المدعيان:

١- شركة بنك فلسطين الدولي.

٢- عصام عبد السلام محمد أبو عيسى، بصفته الشخصية وبصفته رئيساً لمجلس إدارة شركة بنك فلسطين الدولي المساهمة العامة المحدودة.

قد تقدما به ضد المخاصمون المدعى عليهم وهم:

المخاصمون – المدعي عليهم:١- القاضي المستشار زهير خليل / رئيس الهيئة

٢- القاضي المستشار أسامة الطاهر/ عضو

٣- القاضي المستشار رفيق زهد/ عضو

بصفتهم الشخصية وبصفتهم هيئة محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله والتي نظرت وأصدرت القرار في القضية عدل عليا ٢٠٠٤/١٣ وبالإضافة لوظيفتهم.

وذلك تأسيساً على أنه بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٢٨ أقام المدعيان بصفتهما المذكورة أعلاه القضية المسجلة تحت رقم ٢٠٠٤/١ لدى محكمة النقض لمخاصمة المدعي عليهم السادة القضاة الذين كانوا يشكلون هيئة محكمة عدل عليا لنظر القضية ذات الرقم ٢٠٠٤/١٣ عدل عليا وبصفتهم المذكورة بلائحة دعوى المخاصمة وذلك استناداً للمادتين ١٥٣ و ١٥٨[٥] من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ للمطالبة بتعويض (تضمينات) مدنية ومعنوية مقدرة بمبلغ ثلاثة آلاف دينار كحد أدنى مع الاحتفاظ بحقوقهما تجاه السلطة الوطنية الفلسطينية.

وقد استند المخاصمان المدعيان - سالفى الذكر - فى دعواهما للأسباب القانونية والموضوعية التالية:

أولاً: اخطأت محكمة العدل العليا (السادة القضاة المخاصمون) في قرارها رقم ٢٠٠٤/١٣ حيث انحازت انحيازاً سافراً للإدارة.

ثانياً: اخطأت هيئة المحكمة اخطاءاً جسيمة في تطبيق القانون وما استقر عليه الفقه والاجتهاد الإداريين وخالفت الواقع.

(٤) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «شرح النظام القانوني والقضائي في إسرائيل وفلسطين» ص ١٧ وما بعدها.

(٥) تناولت التشريعات العربية رد مخاصمة القضاة على النحو التالي:

أولاً : التشريع الفلسطيني :

تنص المادة ١٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ علي الأتي:

مادة ١٥٣: «يجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في الحالتين الآتيتين:

[١] إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه.=

ثالثاً: أخلت بالمباديء الأساسية للقانون وأصدرت قرارها قاصراً قصوراً فاحشاً في التسبيب الواقعي ومنافياً لواجباتها القانونية.
رابعاً: قرارها جاء مخالفاً للمشروعية وقواعد العدالة والقانون الأساسي.
خامساً: أخطأت محكمة العدل العليا خطأً جسيماً عندما لم تقض بانعدام و/أو بطلان القرارات (ع/١- ع/٦).
وقد طلب المدعيان فى دعواهما الطلبات الآتية:
أولاً: قبول الدعوى شكلاً لتقديمها ضمن المدة القانونية.
ثانياً: الحكم على المخاصمين (السادة القضاة أعضاء هيئة محكمة العدل العليا في القضية رقم ٢٠٠٤/١٣ مجتمعين ومنفردين بالمسئولية سنداً للمادة ١٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ مع الحكم ببطلان القرار رقم ٢٠٠٤/١٣ الصادر من محكمة العدل العليا بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٣١ وإعادة الحال لما كان عليه قبل صدوره واعتباره كأن لم يكن و/أو الحكم وفق المادة ٢/١٦٠ من ذات القانون).
ثالثاً: الزام المخاصمون المدعي عليهم بالتكافل والتضامن بالتعويض على المدعين عن الضرر الذي أصابهم نتيجة صدور القرار والذي قدراه بمبلغ ٣٠٠٠ دينار مع الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

ثانياً: منطوق الحكم محل التعليق

وبجلسة ٢٠٠٧/٤/٣٠ أصدرت محكمة النقض الفلسطينية حكمها ، الذى ينص منطوقه على ما يأتى:
«وعملا بالمادتين ١٥٧و١٦٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ تقرر المحكمة عدم قبول دعوى المخاصمة. والحكم على الجهة المدعية بغرامة مقدارها خمسمائة دينار أردني ومصادرة الكفالة».

ثالثاً: الأسباب والحجج القانونية للحكم محل التعليق

وقد استندت محكمة النقض الفلسطينية، فى أسباب قضائها إلى أنه: «بالتدقيق في الحكم الصادر عن الهيئة المخاصمة تجد المحكمة أن الهيئة قد أخطأت في تناول القرارات الستة المطعون فيها كرزمة واحدة، ذلك أن القرارات الخمسة الأولى صادرة عن رئيس السلطة الوطنية وفق المادة ٥/٤٧ من قانون سلطة النقد رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، بينما صدر القرار السادس عن سلطة النقد وفق المادة ٤٧/أ [1] من قانون سلطة النقد التي تنص على أنه «إذا

(٦) تنص المادة ٤٧ من قانون سلطة النقد الفلسطيني رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ علي أنه:
مادة ٤٧:
(أ) إذا خالف مصرف مرخص أحكام هذا القانون أو نظامه الأساسي أو أي تدبير فرضته سلطة النقد أو لم يقدم البيانات والمعلومات المفروض عليه تقديمها أو قدم معلومات ناقصة أو غير مطابقة للحقيقة، يكون لسلطة النقد الحق في أن توقع على المصرف المخالف أحد الجزاءات التالية:
١- التنبيه.
٢- تخفيض تسهيلات التسليف الممنوحة له أو تعليقها.
٣- منعه من القيام ببعض العمليات أو فرض أية قيود أخرى على المصرف المخالف في ممارسة أعماله.
٤- تعيين مراقب مؤقت للإشراف على سير أعماله.
٥- حل مجلس إدارة المصرف المخالف وتعيين مفوض لإدارة المصرف لمدة لا تتجاوز ستة أشهر ويعرض المفوض خلال مدة تعيينه الأمر على الهيئة العامة للمصرف لاختيار مجلس إدارة جديد.
٦- شطبه من سجل المصارف.
(ب) في جميع الأحوال لا يجوز توقيع أي جزاء إلا بعد سماع إيضاحات المصرف المعني.

خالف مصرف مرخص أحكام هذا القانون أو نظامه الأساسي أو أي تدبير فرضته سلطة النقد أو لم يقدم البيانات والمعلومات المفروضة عليه تقديمها أو قدم معلومات ناقصة أو غير مطابقة للحقيقة، يكون لسلطة النقد الحق في أن توقع على المصرف المخالف أحد الجزاءات التالية:

أ- حل مجلس إدارة المصرف المخالف وتعيين مفوض لإدارة المصرف لمدة لا تتجاوز ستة أشهر ويعرض المفوض خلال مدة تعيينه الأمر على الهيئة العامة للمصرف لاختيار مجلس إدارة جديد.

ب- في جميع الأحوال لا يجوز توقيع أي جزاء إلا بعد سماع إيضاحات المصرف المعنى» لذلك فإن هذه القرارات صادرة عن شخصين مختلفين، وتستند إلى صلاحيات مختلفة وكان يتوجب بحث كل منهما على حدة.

وبالرجوع إلى القرارات الخمسة الأولى الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية نجد أنها صدرت في الفترة ما بين ٩٩/١١/٣٠ و ٢٠٠٣/٥/٢٩ وإن كل قرار لمدة محددة هي ما بين ستة أشهر إلى سنة في القرارين الأول والثاني وسنة في القرارات التالية وأن هذه القرارات قد نفذت بالفعل وانتهت المدة المحددة فيها لسريانها قبل الطعن فيها في الدعوى رقم ٢٠٠٤/١٣ عدل عليا التي أصدرت فيها الهيئة المخاصمة حكمها محل هذه الدعوى، ذلك أن القرار الخامس انتهى سريانه بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٩ بينما قدم الطعن بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٥ ولذلك فإن هذا الطعن لا جدوى منه بصرف النظر عما إذا كانت هذه القرارات منعدمة للأسباب الواردة في لائحة الطعن أم لا، وعليه يكون الطعن مردود شكلاً باعتباره غير ذي موضوع لهذا السبب.

أما القرار السادس الصادر عن محافظ سلطة النقد استناداً للمادة ٤٧ من قانون سلطة النقد، فإن الطعن فيه مقيد بالمدة القانونية[٧].

وقد أصابت الهيئة المخاصمة في رد الطعن فيه شكلا لتقديمه بعد الميعاد (حيث صدر القرار عن سلطة النقد بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٤ وقدم الطعن بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٥».

رابعاً: مقطع النزاع القضائي في الحكم محل التعليق

تناولت محكمة النقض الفلسطينية مقطع النزاع المطروح على النحو التالي:

ولما كانت الجهة الطاعنة تستند في طعنها إلى نص الفقرة الأولى من المادة ١٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ التي تجيز مخاصمة القضاة إذا وقع من القاضي في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه، ولما كان يقصد بالغش والتدليس الانحراف عن العدالة بقصد وسوء نية، لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة، بينما الخطأ المهني الجسيم الذي يبرر مخاصمة القاضي هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي، أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، أو لجهل لا يغتفر كالجهل بالمباديء الأساسية للقانون أو بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، لا شفيع له فيه، إذ هو لا يقع من القاضي ذي الحرص العادي على أعمال وظيفته، فلا يجوز مخاصمة القاضي إلا للخطأ الذي ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، فهو أعلى درجات الخطأ الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش ولا ينقصه لاعتباره غشاً إلا اقترانه بسوء النية.

ولما كان ما صدر عن الهيئة المخاصمة لا يعدو مجرد خطأ في تسبيب الحكم، ولما كان الخطأ في التسبيب لا يعد خطأ مهنياً جسيماً[٨].

(٧) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « شرح النظم القانونية والاقتصادية والسياسية في مصر والدول العربية « ص ١٧ وما بعدها.

(٨) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « تشريعات المحاماة فى الدول العربية ومستويات العدالة الجنائية الدولية» ص ٤٥ وما بعدها.

المبحث الثالث
الموضوعات التي يطرحها التعليق على الحكم

تمهيد وتقسيم:

يتبين من مطالعة الحكم محل التعليق أنه يثير العديد من الأسئلة المطروحة للنقاش وهي الموضوعات العلمية القانونية التي يلزم التعرض لها لإثراء البحث القانوني وتعميق مخاصمة القضاة محل البحث والتعليق.

والموضوعات التي يطرحها هذا الحكم سوف نتعرض لها في المطالب التالية:

المطلب الأول: مدى جواز مخاصمة القضاة في أحكام الشريعة الإسلامية الغرّاء[٩].

المطلب الثاني: التعريف بدعوى مخاصمة القضاة وطبيعتها القانونية في التشريعات العربية والتشريع الأجنبي المقارن.

المطلب الثالث: المقصود بالغش والتدليس والغدر كسبب لمخاصمة القضاة.

المطلب الرابع: المقصود بالخطأ المهني الجسيم للقاضي كسبب للمخاصمة.

المطلب الخامس: مدى جواز مخاصمة هيئة محكمة النقض الفلسطينية التي نظرت دعوى المخاصمة موضوع التعليق[١٠].

المطلب السادس: تطبيقات المحاكم العربية والأجنبية بشأن ثبوت بعض الوقائع التي كانت موضوعاً لمخاصمة القضاة من واقع الأحكام القضائية التي قررت ذلك.

المطلب السابع: تقدير الحكم محل التعليق.

(٩) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « الغصب في الشريعة الإسلامية» ص ٣٣ وما بعدها.

(١٠) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « شرح النظام القانوني والقضائي في إسرائيل وفلسطين» ص ١٧ وما بعدها.

المطلب الأول

مدى جواز مخاصمة القضاة في أحكام الشريعة الإسلامية الغرّاء[11]

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المطلب في البنود التالية:

- أولاً: أصول حيدة القاضي ونزاهته في الشريعة الإسلامية الغراء.
- ثانياً: منهج الحكم للرسول (ص) في الحكم بين الناس بالعدل وتجنب الخطأ في قضاءه.
- ثالثاً: مدى احتمال خطأ القاضي في الاجتهاد في الشريعة الإسلامية.
- رابعاً: المبادئ العامة للشريعة الإسلامية الغراء تجيز مخاصمة القاضي ورده.
- خامساً: وحدة أسباب المخاصمة والرد وعدم صلاحية القضاة في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.
- سادساً: استقرار القاعدة الشرعية الإسلامية التي تقضي بأن: (النهي عن الفعل يقتضي فساد الفعل المنهي عنه إذا تم عمل المنهي عنه).
- سابعاً: استقرار أحكام الشريعة الإسلامية الغراء على أن أخذ القاضي للرشوة يشكل جريمة تعذيرية كما يترتب عليه إجرائياً عدم نفاذ حكمه القضائي.
- ثامناً: لا يجوز للقاضي قبول الهدية من أي من الخصوم.

أولاً: أصول حيدة القاضي ونزاهته في الشريعة الإسلامية الغرّاء:

يُطلق على علم القضاء علم الحكمة لما فيه من منع المظالم , وهو مأخوذ من الحكمة التي توجب وضع الشئ في محله , والأصل في القضاء الكتاب والسنة وإجماع الأمة . فمن الكتاب قول الله تعالى: «**وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ**» **(سورة النساء الآية ٥٨).** «**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّهُ**» **(سورة المائدة الآية ٤٩).**

ومن السنة **حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ يَزِيدَ الْمُقْرِئُ الْمَكِّيُّ حَدَّثَنَا حَيْوَةُ بْنُ شُرَيْحٍ حَدَّثَنِي يَزِيدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي قَيْسٍ مَوْلَى عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ قَالَ فَحَدَّثْتُ بِهَذَا الْحَدِيثِ أَبَا بَكْرِ بْنَ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ فَقَالَ هَكَذَا حَدَّثَنِي أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَقَالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ الْمُطَّلِبِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِثْلَهُ).**

وقد جاءت هذه الرواية في صحيح البخاري كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة وموضوع أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ[12].

والقاضي : (اسم لكل من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواء كان خليفة أو سلطاناً أو نائباً أو ولياً أو كان منصوباً ليقضي بالشرع, أو نائباً له, حتى من كان يحكم بين الصبيان في الخطوط إذا تخايروا) هكذا ذكر ٢ وهو ظاهر.

---

(١١) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «القضاء في الإسلام - دراسة مقارنة» ص ٣٣ وما بعدها .

(١٢) وهذا الحديث وارد فى سته من كتب السنه بالاضافة الى ما هو وارد بالمتن وهذة الكتب هى:

انظر تفصيلا سنن ابن ماجه - الأحكام - الحاكم يجتهد فيصيب الحق.

انظر تفصيلا سنن أبي داود - الأقضية - في القاضي يخطئ.

انظر تفصيلا سنن الترمذي - الأحكام عن رسول الله - ما جاء في القاضي يصيب ويخطئ.

انظر تفصيلا مسند أحمد - مسند الشاميين - حديث عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم.

انظر تفصيلا سنن النسائي - آداب القضاة - الإصابة في الحكم.

انظر تفصيلا صحيح مسلم - الأقضية - بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

والأحاديث السابقة وما ورد فيها كله في القاضي الذي هو بصفة القضاء العالم بالأحكام، أما من ليس أهله كالجهلة والفسقة كقضاة الرشوة والبراطيل (لباس الإرتشاء) فهم بشهادة سيد الأولين والآخرين r في النار لقوله: قال صلى الله عليه وسلم:(القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاض في الجنة قاض قضى بغير الحق وهو يعلم فذاك في النار وقاض قضى وهو لا يعلم فاهلك حقوق الناس فذاك في النار وقاض قضى بالحق فذاك في الجنة).

قال العلماء: كل من ليس بأهل للحكم فلا يحل له الحكم ، فإن حكم فهو إثم ولا ينعقد حكمه سواء وافق الحق أم لا، لأنه أصابه الحق اتفاقاً ليست صادرة عن أصل شرعي فهو عاص في جميع أحكامه وأحكامه مردودة لقول الله تعالى "**فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ**" (**سورة النحل الآية ٤٣**).

ثانياً: منهج الحكم للرسول r في الحكم بين الناس بالعدل وتجنب الخطأ في قضاءه:
كان رسول الله (ص) يتولى أمور القضاء في الأمة الإسلامية ، وكانت الطريقة التي يعتمدها في القضاء تنحصر في تنفيذ قول الله تعالى: "**فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ**" (**سورة المائدة الآية ٤٨**). "**لاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا**" (**سورة النساء الآية ٦٥**).

ثالثاً : مدى احتمال خطأ القاضي في الاجتهاد :
كان الرسول الكريم يحكم بين الناس بما ينزله الله عليه من الوحي، ويحضر المتخاصمان إليه مختارين، فيسمع كلام كل منهما ، وكانت طريقته هي الإثبات بالبينة وباليمين وبشهادة الشهود وبالكتابة وغيرها، وكان يقول (**البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه**) الترمذي، والبينة في الشرع، اسم لما يبين الحق ويظهره، بمعنى أنه المدعي ملزم بإظهار ما يبين صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بإحدى الطرق حكم له، وروي مسلم أنه[١٣] (**حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ يَزِيدَ الْمُقْرِئُ الْمَكِّيُّ حَدَّثَنَا حَيْوَةُ بْنُ شُرَيْحٍ حَدَّثَنِي يَزِيدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي قَيْسٍ مَوْلَى عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ . قَالَ فَحَدَّثْتُ بِهَذَا الْحَدِيثِ أَبَا بَكْرِ بْنَ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ فَقَالَ هَكَذَا حَدَّثَنِي أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَقَالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ الْمُطَّلِبِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِثْلَهُ**) وكان (ص) لا يحابي أحداً من المتخاصمين، فقد ورد في الأثر (فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقض حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك وجه القضاء)[١٤].

رابعاً: المبادئ العامة للشريعة الإسلامية الغراء تجيز مخاصمة القاضي ورده:
يتبين من مطالعة آراء الفقهاء المسلمين من نظام مخاصمة ورد القضاة وجود خلاف محدد حول إقرار المبدأ جملة، فذهب بعضهم إلى إنكار نظام المخاصمة والرد جملة، ولكن جمهور الفقهاء

(١٣) أنظر ما سبق ذكره في البند أولاً من نص رواية الحديث في صحيح البخاري.
(١٤) أنظر تفصيلاً القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى « من ص ٢٤٠ إلى ص٣٢٩.

يذهبون إلى إقرار هذا النظام، وهذا هو الرأي الصحيح في نظرنا والموافق لمبادئ الشريعة الإسلامية وذلك للأسباب التالية:

(١) أن نظام المخاصمة والرد لا يتعارض مع مقاصد الشريعة وقواعدها العامة.

(٢) تتضمنت السنة النبوية الشريفة مخاصمة الشاهد ورد شهادته والقضاء بين الناس يُصدر بناءً على شهادة الشاهد وهو أولى بالحماية من رد الشاهد نفسه.

(٣) أن نظام مخاصمة القاضي ورده هو تطبيق عملي للحكم بين الناس بالعدل الذي أمر به الله تعالى في كتابه الكريم، وتحقيق هذا العدل الإلهي هو الهدف الأسمى للنظام القضائي الإسلامي.

(٤) يعتبر من أهم الضمانات للقضاء هو الحيدة، وتقرير مخاصمة ورد القضاة من أهم الضمانات الشرعية والدستورية للحيدة.

(٥) يتبين من مطالعة خلاصة آراء جمهور علماء المسلمين أن التهمة تعتبر ذات أثر بالغ في الحكم الذي يصدر من الشخص الذي توجد به تلك التهمة.

خامساً: وحدة أسباب المخاصمة والرد وعدم صلاحية القضاة في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء:

يتبين من مطالعة آراء الفقهاء المسلمين عدم تفرقتهم بين أسباب المخاصمة والرد وأسباب عدم الصلاحية والتنحي حيث تحدثوا عن هذا الأمر كموضوع واحد دون تقسيم باعتبارها جميعاً تتناول الجانب الشخصي لصلاحية القاضي للحكم في الدعوى وذلك تطبيقاً للمنهج الكلي الشامل للشريعة الإسلامية في تناول أمور العباد[١٥].

سادساً: استقرار القاعدة الشرعية الإسلامية التي تقضي بأن: (النهي عن الفعل يقتضي فساد الفعل المنهي عنه إذا تم عمل المنهي عنه)[١٦]:

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن القاضي إذا قضى في الدعوى المعروضة عليه بحكم قضائي - رغم توافر أسباب المخاصمة أو الرد - فإنه يترتب على ذلك عدم نفاذ هذا الحكم القضائي وهذا هو الجزاء الإجرائي الشرعي الإسلامي المترتب على مخالفته لروح القضاء في الإسلام ومبادئه السامية في العدالة والمساواة.

سابعاً: استقرار أحكام الشريعة الإسلامية الغراء على أن أخذ القاضي للرشوة يشكل جريمة تعذيرية كما يترتب عليه إجرائياً عدم نفاذ حكمه القضائي:

يعتبر قبول القاضي للرشوة يتضمن جريمة تعزيرية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك لمخالفة النصوص الواردة الآمره التي تحرمها، كما أنه يترتب على قبول القاضي لتلك الرشوة عدم صلاحيته لنظر الدعوى، ويجوز للخصم المضرور إثبات ذلك بكافة الطرق كما يجوز له رد القاضي المرتشي عن نظر تلك الدعوى ، كما أنه يترتب فضلاً عما تقدم عدم نفاذ حكم القاضي ويتم نقض هذا الحكم ولو كان مطابقاً للحق وذلك تأسيساً على رد قصده ومعاملته بنقيض قصده لأن يصبح مجروح العدالة وغير صالح للفصل في النزاع ويجب على ولي الأمر عزله من ولاية القضاء لعدم صلاحيته لهذه الرسالة.

(١٥) كان نظام القضاء في الأندلس يعين قاضياً متخصصاً لنظر الخصومات التي يردها القضاة عن أنفسهم وكان يسمى هذا القاضي - صاحب الرد - أي صاحب القضايا التي لا يفصل فيها بسبب ردها من القضاة.
أنظر تفصيلاً القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «القضاء في الإسلام - دراسة مقارنة» ص ٣٣ وما بعدها.

(١٦) أنظر تفصيلاً القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «الغصب في الشريعة الإسلامية» ص ١٧ وما بعدها.

ثامناً: لا يجوز للقاضي قبول الهدية من أي من الخصوم:

أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية قبول الهدية لأنها أمر مندوب، لنشر المحبة والألفة بين الناس أما القاضي فلا يجوز له ذلك ، لأن حكمها يختلف بالنسبة للقاضي فيجوز له أخذها من أقاربه، ومن غيرهم من أصدقائه إن كانوا يعتادون على تبادل الهدايا معه على أن لا تكون لهم قضايا أمامه حالياً أو مستقبلاً.

أما الهدايا التي تقدم ممن لهم خصومة معروضة عليه فلا يجوز له أن يقبلها لأنها تأخذ حكم الرشوة، ويترتب على قيامه بقبولها أن يصبح غير صالح لنظر تلك الخصومة، فإذا أصدر الحكم في تلك الخصومة فإن حكمه لا ينفذ بين الخصوم[١٧].

(١٧) أنظر تفصيلاً القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى « من ص ٧٤٣ وما بعدها.

المطلب الثاني
التعريف بدعوى مخاصمة القضاة وطبيعتها القانونية في التشريعات العربية والتشريع الأجنبي المقارن

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المطلب في البنود التالية:

أولاً: تعريف دعوى مخاصمة القضاة.

ثانياً: الطبيعة القانونية لدعوى مخاصمة القضاة.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لدعوى مخاصمة القضاة في قضاء محكمة النقض المصرية.

رابعاً: رؤيتنا للطبيعة القانونية لدعوى مخاصمة القضاة.

خامساً: حدود وقيود المسئولية المدنية للقضاة في المواثيق الدولة.

سادساً: المسئولية المدنية للقضاة في القانون المقارن.

سابعاً: مخاصمة القضاة في القانون المصري.

أولاً: تعريف دعوى مخاصمة القضاة[١٨]:

يمكننا تعريف دعوى مخاصمة القضاة بأنها الإجراءات والحالات الخاصة التي حددها القانون للخصم لمطالبة القاضي بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الفعل المنسوب إلى القاضي أثناء تأدية وظيفته[١٩] أو بسببها يؤدي إلى إهمال القاضي في واجباته لعدم شعوره بالمسئولية الشخصية فعمل القاضي يختلف تماماً عن عمل أي موظف إداري تسأل عنه الدولة، إذ أن القاضي مستقل في أداء وظيفته ولا يخضع بالتالي لأية رقابة إدارية مثل الموظف العادي إلا في الحدود المنصوص عليها في القانون .

وإزاء هذه الاعتبارات المتعارضة تحرص التشريعات على تقرير نظام خاص يكفل حماية القاضي من دعاوى الخصوم ويسمح في نفس الوقت بمساءلة القاضي مدنياً[٢٠]. وهذا النظام هو مخاصمة القاضي Prise á partie.

---

(١٨) BEHNAM (R), La responsibilité sans faute en droit privé et public, Rome ١٩٥٣. P. ٣٠-٢٧.

HENRY (ANDRÉ) : La responsibilité des magistrats en matière civile et pénale D.H. ١٩٣٣, Chron P. ٩٧, V.P. ١٠١.

(١٩) المنشأ التاريخي لهذه الدعوى: لقد اختلفت الآراء بصدد المصدر التاريخي لدعوى المخاصمة. وقد اتجه رأي إلى القول بأن هذه الدعوى ترجع إلى القانون الروماني. حيث كان القاضي الذي يخل بواجباته يتحمل مخاطر الخصومة. لتصبح الخصومة المطروحة خصومة شخصية. Le Juge faisait le procès sien وأن هذه الدعوى وجدت في القوانين الجرمانية في صورة المبارزة القضائية التي بمقتضاها يختصم الخصم المحكوم عليه قاضيه. وكانت نتيجة المبارزة Le jugement de Dieu أي حكم الله هو الذي يحدد صحة الحكم. وقد ألغى الملك لويس التاسع هذه الطريقة. وكان يظل الطعن موجهاً إلى القاضي الذي يقف أمام محكمة أعلى ليدافع عن الحكم الذي أصدره.

ويتجه رأي آخر إلى القول بأن المصدر الحقيقي لدعوى المخاصمة يرجع إلى أمر الملك فرنسوا الأول في سنة ١٥٤٠ والأوامر الملكية التالية في سنة ١٦٥٧ وسنة ١٦٦٧ التي فرقت بين الطعن في الحكم ومخاصمة القاضي الذي أصدره. وقررت أن القاضي لا يجوز أن يختصم شخصياً إلا إذا وقع عنه غش أو تدليس أو غدر أو في أية حالة أخرى ينص فيها القانون على مسئولية القاضي المدنية والتزامه بالتعويض. وهذه هي الصورة المعروفة لدينا اليوم. =

=أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» من ص ٦٠٣ وما بعدها.

(٢٠) د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني - مرجع سابق -ص ٣٣٥.

ثانياً: الطبيعة القانونية لدعوى مخاصمة القضاة:

سوف نتعرض فيما يلي لطبيعة دعوى المخاصمة في الفقه الفرنسي والإيطالي والمصري:

١- طبيعة دعوى المخاصمة في الفقه الفرنسي:

يترتب على إجابة طلب الخصم في دعوى المخاصمة بطلان التصرف الصادر من القاضي فقد ثار التساؤل حول تكييف دعوى المخاصمة . وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنها طريق طعن غير عادي يهدف به إصلاح الحكم ويؤيد هذا الرأي موقف المشرع الفرنسي الذي ينظم المخاصمة في الباب المخصص لطرق الطعن غير العادية من قانون المرافعات المادة ٥٠٥ وما بعدها. كما أنها من الدعاوى التأديبية. إلا أن هذا الرأي مهجور اليوم ويرجع تبريره إلى المنشأ التاريخي لنظام المخاصمة حيث كان يدافع القاضي على موقفه وعلى الحكم الذي أصدره أمام محكمة أعلى. وهذه الاتجاهات محل نظر. فقد قيل بحق أن الطعن يوجه إلى المحكوم عليه . مما يفترض صدور الحكم. كما أن طريق الطعن غير العادي لا يقبل إذا كان الحكم يقبل الطعن بالطرق العادية. وهذه الشروط لا تتوافر في المخاصمة فالقاضي هو المدعي عليه في هذه الخصومة. كما أنه يمكن رفع هذه الدعوى قبل صدور أي حكم. ويقبل طلب المخاصمة وإن كان الحكم الأصلي يقبل الطعن بالطرق العادية [٢١] لذلك لا يمكن اعتبار هذه الدعوى طريق طعن غير عادي.

وفي هذا المعنى كتب الأستاذ الفرنسي **"أندريه هنري" "André Henri"** أستاذ القانون بكلية حقوق نانسي بمناسبة تعديل المادة ٧٠٥ من قانون المرافعات الفرنسي في ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ بادخال الخطأ المهني الجسيم ضمن أسباب مخاصمة القضاة فقال:

«لا ينبغي أن يمضي القاضي نصف عمره في إصدار الأحكام ونصفه الآخر في الدفاع عنها ضد ادعاءات المتخاصمين ولذلك فإن مسئولية القاضي يجب أن تظل استثناء لا يتحقق إلا في حالة الخطأ المهني الذي لا يغتفر».

ثم استطرد بعد ذلك فبين أن خطأ القضاة المهني الجسيم هو فكرة خاصة بموضوع مخاصمة القضاة فلا يجوز قياسه على أنواع الخطأ المهني الأخرى التي تحكمها قواعد المسئولية العادية. ومن ثم فلا يمكن مخاصمة القاضي لأنه أخطأ في تأويل القانون أو تطبيقه أو في تقدير الواقعة بل لا يعد خطأ جسيماً يجيز مخاصمة القاضي إلا ما دل بذاته على جهل القاضي الذي لا يغتفر. بالمبادئ الأساسية أو بالوقائع المطروحة عليه أو ما ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب والقصور في الاعتداد بالمسئولية فالخطأ المهني الجسيم يجب أن يظل محصوراً في عدد قليل جداً من الأمثلة وضابطه أنه خطأ لا يقع فيه القاضي الذي يهتم بعمله اهتماماً عادياً[٢٢].

فإذا طبقت هذه القواعد في المسئولية المدنية لتعرض القاضي لكثير من دعاوى المتقاضين الذين قد يتصورون أنه أهمل في واجبه أو ارتكب خطأ ما دام لم يحكم لصالحهم فمن النادر أن يقتنع المحكوم عليه أنه لم يكن على حق ويأخذ برأي القاضي وحكمه[٢٣]. فمنعاً لهذه الدعاوى الكيدية التي قد تشغل وقت القاضي في الدفاع عن نفسه بدلاً من أداء عمله. وضماناً لحريته وجب على المشرع ألا يقرر مساءلة القاضي عن كل خطأ أو أهمال يقع أثناء

(٢١) أنظر تفصيلاً حكم محكمة استئناف الإسكندرية ١٩٥٩/٥/٣١ في الطعن رقم ١٠٦ ص ١٥.
وأنظر في الفقه العربي: د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ص ٣٣٦ رقم ١٤٦ . د. إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ص ٢٩١ .

(٢٢) أنظر الأستاذ أندريه هنري «مسئولية القضاة في المسائل المدنية والجنائية» ص ٩٩.

(٢٣) د. فتحي والي «الوسيط في قانون القضاء المدني» ص ٣٣٥ رقم ١٤٥.

تأدية وظيفته[٢٤]. ولكنه لا يمكن في نفس الوقت منح حصانة مطلقة للقاضي لأن إعفاءه من المسئولية قد يؤدي إلى إهمال القاضي في القيام بواجباته لعدم شعوره بالمسئولية الشخصية[٢٥].

٢- طبيعة دعوى المخاصمة في الفقه الإيطالي:

ويرى بعض الفقه الإيطالي أن دعوى المخاصمة هي دعوى مسئولية مدنية خاصة بالقضاة[٢٦].

٣- طبيعة دعوى المخاصمة في القانون المصري:

وقد أثارت قواعد وإجراءات دعوى المخاصمة الخلاف بين الفقه المصري في طبيعة هذه الدعوى خصوصاً أن الدولة تعتبر مسئولة عما يحكم به من تضمينات على القاضي أو عضو النيابة . **فيرى البعض** أنها دعوى مسئولية ترمي إلى تعويض ضرر وأن الدولة إذا كانت قد اختصمت فيها فإنه يحكم عليها أيضاً بما يحكم به على القاضي على أن لها الرجوع عليه بما تدفعه طبقاً للقواعد العامة ويترتب على المخاصمة[٢٧]. والأساس القانوني لهذه المسئولية لا يختلف عن أساس مسئولية أي موظف عام عن عمله[٢٨] **ورأى البعض** أنها دعوى تعويض وفي ذات الوقت دعوى بطلان. الغرض منها الوصول إلى بطلان الحكم الذي أصدره القاضي المخاصم مما حدا بهم إلى القول بأنها تعتبر طريقاً من طرق الطعن غير العادية في الأحكام قرره القانون بقصد حماية المتقاضين من القاضي الذي يخل بواجباته إخلالاً جسيماً. وهذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الفرنسي ولكن الفقه هناك يعارضه[٢٩].

ويرى فريق ثالث أنها من قبيل الدعاوى التأديبية التي وإن كانت تنطوي على هذه المعاني جميعاً فإن المشرع غلب معنى تعويض الخصم المضرور من عمل القاضي المنسوب إليه العبث في عمله إذ ورد في المذكرة الإيضاحية أن المخاصمة ليس من المسائل العارضة كرد القضاة إنما هي دعوى تعويض مستقلة ترفع من أحد الخصوم على القاضي لسبب من الأسباب التي بينها القانون وحيث أنه متى استقر هذا النظر فإن أحكام قانون المرافعات هي التي تطبق على هذه الدعوى شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى وإن تختلفت معها في قواعدها وإجراءاتها فليست أذن متعلقة بالصالح العام لاتصالها بسلطة القضاء بحيث لا تطبق أحكام هذا القانون عليها[٣٠]. وهي رغم أنها دعوى مسئولية إلا أن المشرع خالف فيها بعض القواعد العامة في دعوى المسئولية المدنية حيث نص

---

(٢٤) فعلى المضرور من خطأ القاضي أن يطعن في الحكم الصادر منه بطريق من طرق الطعن المقررة لذلك والغاية من تقرير عدم مسئولية القاضي ضمن حريته. فلا يقصد بذلك حماية شخص القاضي من المسئولية. لأن الحصانة المقررة للقاضي تهدف كباقي الضمانات - مثل عدم القابلية للعزل - إلى حماية استقلاله. أنظر تفصيلاً في الفقه الفرنسي:

Vincent: note sous Grnoble ٣١ mai ١٩٦٧. D. ١٩٦٨ ١٢.P ١٤ et v.p ١٥ .

وفي الفقه المصري: د. إبراهيم نجيب سعد - المرجع السابق - ص ٢٩٠.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» ص ٦٠٥ وما بعدها .

(٢٥) أنظر في هذا المعنى د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني ص ٣٣٥ رقم ١٤٥.

(٢٦) GIACCALONE (GIOVONNI) : responsibilità desciplinare dei Magistrati seconodo il nuovo codico italiano di procedura penale Aless. ١٩٩٠.

(٢٧) د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - المرجع السابق ص ٩١٣ ، ٩١٤. د. محمد محمود إبراهيم - الوجيز في قانون المرافعات دار الفكر العربي سنة ١٩٨١ ص ١٢٤.

(٢٨) د. فتحي والي - المرجع السابق - ص ٢٠٥ . د. رمزي سيف - الوسيط في المرافعات - فقرة ٤٤ ص ٦٢-٦٣.

(٢٩) أنظر في عرض هذا الرأي . د. رمزي سيف هامش ١ ص ٦٠ - المرجع السابق - د. أحمد أبو الوفا. التعليق على نصوص قانون المرافعات ١٩٩٢ - مرجع سابق - ص ٩٣٧.

(٣٠) أنظر محكمة الاستئناف العالي بالإسكندرية ١٩٥٩/٤/٣١ - القضية ١٠٦ ص ١٥ ق.

على رفعها في أحوال معينة وليس عن أي خطأ يرتكبه القاضي حتى يحفظ للقضاء هيبته وحتى لا يبدد القاضي نصف عمره في إصدار الأحكام ونصفه الآخر في الدفاع عنها[٣١].

ثالثاً: الطبيعة القانونية لدعوى مخاصمة القضاة في قضاء محكمة النقض المصرية:

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على تكييف دعوى المخاصمة بأنها دعوى تعويض من أثارها بطلان تصرف القاضي أو عضو النيابة المخاصم[٣٢].

وقد رتبت محكمة النقض المصرية **بعض الآثار التأديبية على الحكم الصادر بجواز مخاصمة القاضي** مثل التخطي في الترقية وعدم أهلية القاضي للترقي.

فقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الكبرى ذات المبادئ:

«وحيث إنه وإن قدر عمل الطالب على ما يبين من الاطلاع على ملفه السري في الفترة السابقة على القرارين الجمهوريين الصادرين في ١٩٥٧/٨/٢٦، ١٩٥٨/٨/٢٤ وطبقاً للتقريرين المودعين في ٦/١٦/ ١٩٥٦ ، ١٩٥٧/٦/١٣ بدرجة «فوق المتوسط» إلا أن توافر الكفاية الفنية للطالبة لا يفيد توافر باقي العناصر التي تتكون منها أهليته للترقية إلى الدرجة التي يطلبها - ولما كان الثابت على ما جاء **بمذكرة السيد/ رئيس مجلس القضاء الأعلى المؤرخة ١٩٥٧/٨/٥ والمودعة بالملف السري للطالب أن المجلس رأى تخطي الطالب في الترقية بسبب ما تبين له من الاطلاع على الدعوى الموضوعية المتعلقة بدعوى المخاصمة رقم ١٩٩ سنة ٧٤ ق محكمة استئناف القاهرة التي قضى فيها بجواز مخاصمة الطالب والتي انتهت في الموضوع بإثبات التنازل عن دعوى المخاصمة** – وكان قيام هذه الاعتبارات ضد الطالب من شأنه أن يخل ببعض العناصر اللازمة لترقيته بما يبرر تخطيه في الترقية بالقرار المطعون فيه .

لما كان ذلك فإن الطعن على هذا القرار بالخطأ في تطبيق القانون أو بسوء استعمال السلطة يكون على غير أساس متعين الرفض»[٣٣].

رابعاً: رؤيتنا للطبيعة القانونية لدعوى مخاصمة القضاة[٣٤]:

ونحن نرى أن دعوى المخاصمة هي دعوى مسئولية مدنية ذات طبيعة خاصة[٣٥] لأنه يترتب على الحكم فيها ضد القاضي انعقاد مسئوليته التأديبية كذلك فهي دعوى شخصية ضد القاضي، وبما أنها تهدف إلى تعويض الخصم المضرور من عمل القاضي فيجوز رفعها على ورثة القاضي[٣٦].

فهي دعوى مسئولية مدنية وهذا ما قررته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري السابق بقوله «**أن المخاصمة ليست من المسائل العارضة كرد القضاء والخبراء وإنما هي دعوى تعويض مستقلة ترفع من أحد الخصوم على القاضي لسبب من الأسباب التي يبينها القانون**».

---

(٣١) د. رمزي سيف «الوسيط في قانون المرافعات» ص ٦٢.

(٣٢) نقض مدني رقم ٤٠٧ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/٢٩ ص ٣٦٠ مج المكتب الفني السنة ١٣ مدني.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية» مادة مخاصمة القضاة.

(٣٣) الطلب رقم ١٩ س ٢٨ ق رجال القضاء جلسة ١٩٦١/٣/٢٥ س ١٢ ص ٣٨-٤٠.

(٣٤) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» ص ٦٠٧ وما بعدها.

(٣٥) وفي هذا المعنى : حكم محكمة الاستئناف العالي بالإسكندرية ٢١ مايو ١٩٥٩ - مجلة إدارة قضايا الحكومة سنة ٣ عدد ٣ ص ٢٥٩ ، استئناف طنطا ٢٧ ديسمبر ١٩٧١ - مجلة المحاماة - س ٥٢ - عدد ٥، ٦ ص ١٢ ويشير الحكمان إلى أن دعوى المخاصمة تنطوي على عدة معاني منها دعوى تعويض ودعوى بطلان ودعوى تأديبية إلا أن المشرع المصري قد غلب معنى التعويض فيها على المعاني الأخرى.

(٣٦) هذه الحالة على المحكمة التي ترفع إليها دعوى المخاصمة أن تقدر صعوبة موقف الورثة في الدفاع لعدم علمهم بمبررات مورثيهم.

ولكن محافظة على كرامة القضاء وحتى لا يُساء استعمال هذه الدعوى فقد أجاز المشرع المصري مساءلة القاضي مدنياً في حالات محددة رأى أن لها من الخطر وفيها من المساس بالنظام القضائي ذاته ما يبرر الخروج على مبدأ الحصانة المقررة للقاضي[٣٧] كما حدد الطريق الذي يتبع في اختصام القاضي وجعله طريقاً استثنائياً . ويقصد بذلك أنه لا يجوز مخاصمة القاضي في غير الأحوال الواردة في المادة ٤٩٤ من تقنين المرافعات المصري[٣٨]، ولا يجوز اتباع هذا الطريق إلا في هذه الحالات بصفة استثنائية، فخلاف ذلك يمتنع مخاصمة القاضي لأي سبب يرجع إلى خطأ منسوب إليه أثناء تأدية وظيفته[٣٩].

وتأسيساً على ما تقدم فليست دعوى مسئولية القاضي إحدى طرق الطعن في الأحكام بل هي دعوى مسئولية مدنية ذات طبيعة خاصة يهدف الطالب من ورائها إلى تصحيح الأوضاع التي يشكو منها وإزالة كل أثر لما وقع من غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، وإلى الحصول على التضمينات التي يستحقها تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه من فعل القاضي أو عضو النيابة، وهي وإن كانت تنتهي غالباً بطلب تضمينات، فإن الكشف عن وقائع الغش والتدليس واستظهار ظروفها وبيان الأحوال التي حصل فيها الخطأ المهني الجسيم وما إلى ذلك من أسباب المخاصمة، كل ذلك ينطوي تحت طلب المخاصمة ولا يقوم لهذا الطلب قائمة إلا بتوافر هذه العناصر، وقد يكون في إثبات حصولها أكبر تعويض. فطالب المخاصمة قد يرى في مصلحة الاكتفاء بمحو أكثر للغش أو التدليس وغيرهما وفي استرداد حقوقه التي تعرضت للضياع أو للخطر بسبب الإجراءات المطعون عليها وقد يستزيد الطالب ولا يقف عند هذا الحد ويطالب بالتعويضات المالية. وهذا جائز في القانون لأن التضمينات كما تكون نقداً فقد تكون عيناً وقد تجمع بين الاثنين والأمر في ذلك موكول إلى صاحب الشأن. ولا سبيل إلى إلزامه بأن يطلب تضميناً نقدياً إذا هو رأى أنه يكفيه أن يعلن القضاء أن الإجراء الذي يشكو منه شابته عيوب وقعت من القاضي أو عضو النيابة عن عمد أو ما يقرب من العمد وهو الخطأ المهني الجسيم[٤٠].

---

(٣٧) استئناف طنطا ٢٧ ديسمبر ١٩٧١.

تنص المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري المعدل بالقانون ٢٠٠٧/٧٦ على أنه:

«تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية :

١- إذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم.

٢- إذا امتنع القاضى من الإجابة على عريضةٍ قدمت له أو من الفصل فى قضيةٍ صالحةٍ للحكم وذلك بعد إعذاره مرتين على يد محضر يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام فى الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام فى الدعاوى الأخرى. ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة فى هذه الحالة قبل مضى ثمانية أيام على آخر إعذار.=

=٣- فى الأحوال الأخرى التى يقضى فيها القانون بمسئولية القاضى والحكم عليه بالتعويضات».

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية فى القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢٣ قضائية - دستورية بجلسة ١٣ ابريل ٢٠٠٣ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٧ (تابع) فى ٢٠٠٣/٤/٢٤ بعدم قبول الدعوى بعدم دستورية نص المادتين ٤٩٤، ٤٩٥ من قانون المرافعات . وهذا ما مفاده أن المادة ٤٩٤ والمادة ٤٩٥ موافقتان للدستور المصري.

(٣٨) نقض مدني ٢٩ مارس ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض. س ١٣، ص ٥٦.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد المدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الآن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية».

(٣٩) حكم محكم استئناف القاهرة في القضية رقم ٣٧٤ سنة ٦٩ ق في ١٨ يونيو سنة ١٩٥٢.

والقانون نفسه يفترض أن تقام دعوى المخاصمة في أثناء نظر الدعوى التي حصلت فيها التصرفات المشكو منها، ويفترض استمرار الدعويين في آن واحد . فتأخذ دعوى المخاصمة مجراها، وتسير الدعوى الأخرى سيرها الطبيعي حتى تقرر المحكمة الأولى بجواز قبول المخاصمة . فيمتنع على القاضي المخاصم النظر في الدعوى المطروحة أمامه لعدم صلاحيته .=

=- أنظر تفصيلاً المستشار/ عادل يونس - رقابة محكمة القضاء الإداري على سلطات التحقيق والاتهام -. مجلة ملس الدولة س ٦ - ١٩٦٠ ص ٢٠٤.

(٤٠) أنظر في هذا المعنى الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٩ س ٢٨ ق رجال القضاء جلسة ١٩٦١/٣/٢٢ س ١٢ ص ٣٨-٤٠.

وخلاصة رأينا أن دعوى المخاصمة هي دعوى مسئولية مدنية ذات طبيعة خاصة يترتب على الحكم فيها ضد القاضي بطلان عمله القضائي بالإضافة إلى ثبوت خطئه التأديبي[٤١] وإنعقاد مسئوليته التأديبية وقد تنعقد مسئوليته الجنائية في نفس الوقت إذا ثبت أنه قد ارتكب جريمة إنكار العدالة المنصوص عليها في المادتين ١٢٠، ١٢١ من قانون العقوبات المصري[٤٢].

خامساً: حدود وقيود المسئولية المدنية للقضاة ومخاصمتهم في المواثيق الدولة:

وقد تضمنت المواثيق الدولة النص كقاعدة عامة على حصانة القضاة ضد أي دعاوى مدنية[٤٣].

فقد نص إعلان ميلانو لسنة ١٩٨٥ بشأن المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية في المادة ١٦ منه على أنه «**ينبغي أن يتمتع القضاة بالحصانة الشخصية ضد أي دعاوى مدنية بالتعويض النقدي عما يصدر عنهم في أثناء مهامهم القضائية من أفعال غير سليمة أو تقصير، وذلك دون إخلال بأي إجراء تأديبي أو بأي حق في الاستئناف أو في الحصول على تعويض من الدولة، وفقاً للقانون الوطني**».

وقد نص المادة العشرون من مشروع الإعلان العالمي لاستقلال القضاء على أنه «**توفر للقضاة في أدائهم لوظائفهم القضائية الحماية من المضايقة بدافع الخصومة المدنية الشخصية، ولا يجوز مقاضاتهم أو اتهامهم إلا بتفويض من الهيئة القضائية المختصة**»[٤٤].

وقد تضمن تقرير المقرر الخاص للأمم المتحدة الأستاذ "سنجفي SINGHVI صوراً لبعض حالات الانحراف التي تقع من بعض القضاة في دول العالم ومن هذه الحالات:

"سوء السلوك القضائي في شكل الفساد والرشوة والامتناع الجسيم والواضح عن الحكم"[٤٥].

وقد ذهبت غالبية الفقه المعاصر في دول العالم إلى تأكيد ثقتهم الكاملة في حيدة ونزاهة القضاة وإلى سعيهم في الوصول قدر جهدهم إلى الحقيقة في كل ما يعرض عليهم من منازعات. إلا أن القضاة ليسوا إلا آدميين غير معصومين من الخطأ في تفسير القوانين وتطبيقها على الوقائع ، وإذا كان المشرع قد وضع ضمانات متعددة تكفل نزاهة القاضي وحسن أدائه لوظيفته، فإن هذا وإن أدى إلى قلة الأخطاء إلا أنه ينفي وجودها كلية. وقد تؤدي هذه الأخطاء - في بعض الأحيان - إلى الإضرار بالمتقاضين بدون وجه حق، وفي هذا ما يتطلب ضرورة تعويضهم عن الأضرار التي تصيبهم.

فيشترط أن يترتب ضرر يصيب رافع الدعوى بسبب الفعل المنسوب إلى القاضي ويقصد بهذه الأخطاء تلك التي تصدر من القاضي أثناء ممارسة عمله القضائي. فلا يخضع القاضي لنظام المخاصمة إذا ارتكب فعلاً خارج عمله وإنما يخضع للقواعد العامة في المسئولية.

---

(٤١) تنص المادتين ١٢٠، ١٢١ من قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون رقم ٢٠٠٦/١٤٧ على أنه:

«مادة ١٢٠- كل موظف توسط لدى قاض أو محكمة لصالح أحد الخصوم أو إضراراً به سواء بطريق الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه.

مادة ١٢١- كل قاض امتنع عن الحكم أو صدر منه حكمٌ ثبت أنه غير حق وكان ذلك بناءً على سبب من الأسباب المذكورة فى المادة السابقة يُعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ مكرراً وبالعزل.»

(٤٢) الإعلان الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو - بإيطاليا - في الفترة من ٢٦ أغسطس إلى ٦ سبتمبر ١٩٨٥.

(٤٣) E/CN/sub ٢/١٩٨٨/add ٢٠ ١ July ١٩٨٨: op. cit. p ٦.

- أعدت مشروع الإعلان العالمي لاستقلال القضاة اللجنة الفرعية التمييز وحماية الأقليات المتفرعة من لجنة حقوق الإنسان. الدورة الأربعون البند ١٠ من جدول الأعمال المؤقت وتولى صياغته النهائية المقرر الخاص السيد المستشار ل. م . «سنجفي» نقلاً عن= =إعلان مونتريال وتنقيحاً له وذلك عملاً بقرار اللجنة الفرعية ١٩٨٧/٢٣ المؤرخ ١٩٧٧/٩/٣ بشأن استغلال وحيدة القضاة.

(٤٤) SINGHVI: Op.cit, p ٧٥.

(٤٥) SINGHVI: (L.M.) Op.cit, p ٥٦.

وأنظر في الفقه المصري د. رمزي الشاعر - المسئولية عن أعمال السلطة القضائية - ط١٩٩١/٣ مرجع سابق ص ٧.

سادساً: المسئولية المدنية للقضاة عن دعاوى المخاصمة في القانون المقارن:

لما كانت مساءلة القاضي عن الأخطاء التي يرتكبها مباشرة أعمال وظيفته، وقد تتخذ وسيلة لتهديد القضاة وإزعاجهم أو للتشهير بهم والحط من قدرهم . مما يترتب عليه ضياع الاحترام الواجب لأحكام القضاء وأعماله. كل ذلك قد يدفع القضاء إلي الإحجام عن الفصل في الدعوى خشية المسئولية - وفي المقابل فإن عدم مساءلة القاضي عن خطأه هو أمر قد يؤدي بالقاضي إلي عدم التحرز في إصدار الأحكام مادام بمنجاة من كل تعقيب عن خطأ يقع فيه.

وقد ترددت التشريعات المختلفه في تقرير مسئولية القضاة أو عدم مسئوليتهم.

وتوجد هناك حصانة قضائية - شبه كاملة - للقضاة ضد المسئولية المدنية في النظم الانجلوسكسونية[٤٦].

وقد وردت النصوص الخاصة بمخاصمة القضاء في فرنسا في المادة ٥٠٥ من القانون الصادر في ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ بتعديل قانون المرافعات، وذلك قبل تعديله في سنة ١٩٧٢[٤٧].

سابعاً: مخاصمة القضاة في القانون المصري:

وقد نصت المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري الصادر في ٧ مايو ١٩٦٨ علي أنه: « **تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية:**

١- إذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم .

٢- إذا امتنع القاضى من الإجابة على عريضةٍ قدمت له أو من الفصل فى قضيةٍ صالحةٍ للحكم وذلك بعد إعذاره مرتين على يد محضر يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام فى الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام فى الدعاوى الأخرى. ولاً يجوز رفع دعوى المخاصمة فى هذه الحالة قبل مضى ثمانية أيام على آخر إعذار.

٣- فى الأحوال الأخرى التى يقضى فيها القانون بمسئولية القاضى والحكم عليه بالتعويضات«[٤٨].

---

(٤٦) د. إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - المرجع السابق ص ٢٩٣.

(٤٧) CAPPELLETTI (M) : op.cit. p.p ٣٦-١٥٨

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» من ص ٦١٤ وما بعدها.

(٤٨) خرج المشرع المصري حديثاً علي قاعدة عدم المسئولية عن أعمال القضاء . وقرر في سنة ١٩٧٢ قاعدة جديدة، مقتضاها أن تسال الدولة عن اعمال القضاء دون حاجة إلي إلتماس إعادة النظر أو إلي دعوى المخاصمة. واقترب بذلك نظام مسئولية الدولة عن أعمال القضاء من نظام مسئوليتها عن أعمال الإدارة.

فقد نصت المادة ١١ من القانون الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢ المعدل لقانون المرافعات المدنية، علي مسئولية الدولة عن الأخطاء التي يقع فيها مرفق القضاء في حالة الخطأ الجسيم وحالة إنكار العدالة . كما نصت علي مسئولية رجال القضاء عن أخطائهم الشخصية . وفي هذه الحالة تضمن الدولة حصول المضرور علي تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة لهذه الأخطاء الشخصية . علي أن ترجع علي من سبب الضرر ليتحمل العبء النهائي للتعويض . ولقد أكد هذا المبدأ قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر في ديسمبر سنة ١٩٧٥، وذلك في المادة ٥٠٥ منه . كما صدر قانون ١٨ يناير سنة ١٩٧٩ ، مضيفاً في مادته الأولي إلي القانون الأساسي الصادر بتنظيم القضاء في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٨٥ المادة ١/١١ ، والتي قررت أن «قضاة المحاكم العادية لا يسألون إلا عن أخطائهم الشخصية . وأن مسئولية القاضي التي تترتب علي الخطأ الشخصي المتصل بمرفق القضاء لا تتقرر إلا بدعوى ترفع ضد الدولة . وهذه الدعوى تباشر أمام الدائرة المدنية بمحكمة النقض».

أنظر في هذا المعنى نص المادة ١٢١ من الدستور الإسباني لسنة ١٩٧٨ والمادة ٤٧ من الدستور الجزائري سنة ١٩٧٦.

قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية فى القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢٣ قضائية - دستورية بجلسة ١٣ ابريل ٢٠٠٣ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٧ (تابع) فى ٢٠٠٣/٤/٢٤ بعدم قبول الدعوى بعدم دستورية نص المادتين ٤٩٤ ، ٤٩٥ من قانون المرافعات، وهذا ما مفاده أن المادة ٤٩٤ والمادة ٤٩٥ موافقتان للدستور المصري.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية - ويتضمن النصوص الكاملة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية ويتضمن آليات إليكترونية متطورة للبحث داخل أحكام المحكمة الدستورية العليا وذلك منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٧٩ وحتى ٢٠٠٤».

نقض مدني الطعن رقم ٩٨٥ س ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٦/١٧.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد المدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية» .

حكم محكمة الاستئناف العالي بالأسكندرية الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٥٩ المحاماة السنة ٣٩ - ص ١٠٦٦.

ومن المتفق عليه في الفقه المصري أن دعوى المخاصمة هي السبيل الواجب إتباعه في شأن مسئولية القضاة وأعضاء النيابة العامة.

وقد تأثرت غالبية التشريعات العربية بالقانون المصري والفرنسي في تقرير المسئولية المدنية للقضاة في حالة المخاصمة ومثال ذلك التشريع الجزائري الذي نص علي دعوى المخاصمة في المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات المدنية والتشريع اللبناني الذي نص علي مخاصمة القاضي في المادتين ٥٦٣ ، ٥٨١ من قانون أصول المحاكمات المدنية، وهي دعاوى نادرة الحدوث في الدول العربية.

المطلب الثالث
المقصود بالغش والتدليس والغدر كسبب لمخاصمة القضاة
FRAUDE, DOL OU CONCUSSION

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المطلب في البنود التالية:

أولاً: الغش أو التدليس.

ثانياً: الغدر.

اختلفت التشريعات في القانون المقارن في تقرير المسئولية المدنية للقضاة من عدمه في دعاوى المخاصمة عن الغش والتدليس.

فقد ذهبت دول القانون المدني مثل فرنسا وإيطاليا إلي تقرير المسئولية للقضاة.

بينما ذهبت دول القانون العام مثل الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة إلى عدم مسئولية القضاء مدنياً.

وقد ذهب القانون المصري - وغالبية قوانين الدول العربية - إلي تقرير المسئولية المدنية للقضاة.

وقد نصت المادة ١/٤٩٤ من قانون المرافعات المصري علي أنه: « **تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية:**

١- إذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم".

وفي القانون المصري يجوز للخصوم مخاصمة القاضي إذا وقع منه في عمله غش أو تدليس أو غدر.

أولاً: الغش أو التدليس:

وقد نص المشرع المصري علي هذا السبب اقتداء بالمشرع الفرنسي. ويجمع بين الأسباب الواردة في المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري - سالفة الذكر - جامع واحد هو أن هذه الأفعال تصدر من القاضي بقصد سوء النية لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة والعدالة.

١- تعريف الغش:

ويمكن تعريف الغش الذي يقع من القاضي بأنه ارتكاب الظلم عن قصد بدافع المصلحة الشخصية أو بدافع كراهية أحد الخصوم أو محاباته. كما إذا حرف القاضي عن قصد ما ادلى به أحد الخصوم أو شاهده من أقوال. أو كما إذا كلف بكتابة تقرير عن قضية فكتبه محرفاً عن قصد بأن وصف أحد المستندات المقدمة في القضية بغير ما اشتمل عليه حتى يخدع باقي أعضاء المحكمة. فسوء النية أمر لازم لتوافر الغش. أما الخطأ المهني الجسيم فلا يشترط فيه سوء النية أو قصد المحاباة أو الانتقام. بل يكفي إثبات أن ما فعله القاضي يعتبر **خطأ جسيم كما لو أغفل تسبيب حكم أصدره، أو تسبب عن غير قصد في ضياع مستند معين، أو أنه يجهل ما يتعين عليه معرفته من القواعد القانونية العامة الأساسية**. وليس معنى ذلك أن يكون القاضي مسئولاً إذا أخطأ في التقدير أو استخلاص الوقائع أو في تفسير القانون. **فسبيل تدارك الخطأ في هذه الحالة هو الطعن في الحكم بطريق الطعن المناسب.**

٢- تعريف محكمة النقض المصرية للغش:

وقد عرفت محكمة النقض المصرية: بأن المقصود بالغش هو انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون وذلك إما محاباة لأحد الخصوم أو نكاية في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي[٤٩].

(٤٩) نقض مدني رقم ٩٢٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ قاعدة ١٠١ ص ٥١٤ مج المكتب الفني س ٣١ مدني.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية» .

وقد قضت محكمة النقض المصرية: الأصل هو عدم المسئولية القاضي عما يصدر من تصرفات في عمله لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله القانون له وترك له سلطة التقدير فيه. وأجاز المشرع استثناء من هذا الأصل مساءلة القاضي عن الضرر الناشئ عن تصرفاته في عمله في أحوال معينه بينها علي سبيل الحصر في المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري [٥٠] ورسم طريقاً خاصاً لهذه المساءلة وهو رفع دعوى مخاصمة أفرد لها إجراءات خاصة وأحاطها بضمانات تكفل توفير الطمأنينة للقاضي في عمله وحمايته من كيد العابثين ممن يحاولون النيل من هيبته وكرامته برفع دعاوى كيدية لمجرد التشهير به. وكان من تلك الأحوال أن يقع من القاضي غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم في عمله بغير تخصيص لنوع معين من العمال دون أخرى سواء كان العمل حكماً أو إجراءاً قضائياً أو أمراً ولائياً ينصرف أثره إلي الخصوم في المنازعة المطروحة عليه أو إلي سواهم مادام هذا العمل داخلاً في نطاق مهمة القاضي فإن الرجوع علي القاضي بالتضمينات في هذه الأحوال لا يكون إلا بطريق دعوى المخاصمة[٥١].

وقد ميزت محكمة الاستئناف العالي بالإسكندرية: بين الغش والخطأ الجسيم بقولها «المستفاد من العمال التحضيرية لقانون المرافعات الجديد. أنه لم يكن الخطأ المهني الجسيم سبباً من أسباب المخاصمة في قانون المرافعات القديم .... أن هذا السبب وإن قارب الغش من حيث جسامة العمل إلا أنه لايشترط فيه سوء النية . فهو الجهل الفاضح بمبادئ القانون. والوقائع الثابتة في اوراق الدعوى. فلا يدخل في نطاقة الخطأ في التقدير أو استخلاص الوقائع أو تفسير القانون أو قصور الأسباب . لأن سبيل تدارك ذلك هو الطعن في الحكم بطرق الطعن العادية المقررة قانوناً[٥٢].

ويستخلص مما تقدم أن المقصود بالغش *fraude* والتدليس *dol*[٥٣] انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون بقصد وبسوء نية لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة كالرغبة في إيثار أحد الخصوم أو الانتقام منه أو تحقيقاً لمصلحة شخصية للقاضي أو غير ذلك من الاعتبارات الخاصة.

---

(٥٠) تنص المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري الجديد علي أنه : « تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية:
١- إذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم .
٢- إذا امتنع القاضى من الإجابة على عريضةٍ قدمت له أو من الفصل فى قضيةٍ صالحةٍ للحكم وذلك بعد إعذاره مرتين على يد محضر يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام فى الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجاريَّة وثمانية أيام فى الدعاوى الأخرى. ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة فَى هذه الحالة قبل مضى ثمانية أيام على آخر إعذار.
٣- فى الأحوال الأخرى التى يقضى فيها القانون بمسئولية القاضى والحكم عليه بالتعويضات «.
وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية فى القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢٣ قضائية - دستورية بجلسة ١٣ ابريل ٢٠٠٣ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٧ (تابع) فى ٢٠٠٣/٤/٢٤ بعدم قبول الدعوى بعدم دستورية نص المادتين ٤٩٤ ، ٤٩٥ من قانون المرافعات . وهذا ما مفاده أن المادة ٤٩٤ والمادة ٤٩٥ موافقتان للدستور المصري.
أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية - ويتضمن النصوص الكاملة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية ويتضمن آليات إليكترونية متطورة للبحث داخل أحكام المحكمة الدستورية العليا وذلك منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٧٩ وحتى ٢٠٠٤».
(٥١) نقض مدني الطعن رقم ٩٨٥ س ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٦/١٧.
أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد المدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية» .
(٥٢) حكم محكمة الاستئناف العالي بالأسكندرية الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٥٩ المحاماة السنة ٣٩ - ص ١٠٦٦.
- وانظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٩ مارس سنة ١٩٦٢ - مجموعة احكام النقض - السنة ١٣ - ص ٣٦.
(٥٣) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري « فرنسى - عربى - شرعى « ص ٣٢ وما بعدها.

ثانياً: الغدر

يقصد به إنحراف القاضي أو عضو النيابة بقبول أو الأمر بقبول منفعة مالية لنفسه أو لغيره لا يستحقها، أو هو ارتكاب جريمة الغدر المشار إليها في المادة ١١٤ من قانون العقوبات[٥٤] وهي تتحقق بأن يطلب رسوماً أو غرامات ليست مستحقة أو تزيد علي المستحق مع علمه بذلك، والغش والتدليس والغدر يجمعها جامع واحد وهو أنها تصدر عن سوء نية وعمد من القاضي المخاصم[٥٥].

(٥٤) تنص المادة ١١٤ من قانون العقوبات المصري علي أنه: « كل موظف عام له شأن فى تحصيل الضرائب أو الرسوم أو العوائد أو الغرامات أو نحوها، طلب أو أخذ ما ليس مستحقاً أو يزيد على المستحق مع علمه بذلك يُعاقب بالسجن المشدد أو السجن».
أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «التعليق على قانون العقوبات المعدل (الطبعة الثانية) « ص ١٧ وما بعدها.

(٥٥) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» ص ٦٢٢ وما بعدها.

المطلب الرابع
المقصود بالخطأ المهني الجسيم للقاضي كسبب للمخاصمة
LA FAUTE LOURDE

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المطلب في البنود التالية:

أولاً: الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون المقارن.

ثانياً: الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون المصري.

أولاً : الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون المقارن:

سوف نتعرض فيما يلي للخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون الفرنسي والإيطالي والأسباني والأمريكي والإنجليزي.

١- الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون الفرنسي:

وقد أضيف هذا السبب في فرنسا في ٧ فبراير ١٩٣٣، وقد أراد المشرع أن ييسر المخاصمة للمتقاضين، إذ أن القضاء كان يتطلب ثبوت الغش والتدليس من جانب القاضي حتى تقبل مخاصمته، وهذا أمر صعب ، وعلي ذلك كانت دعوى المخاصمة ترفض ولو ثبت أن القاضي قد أخطأ خطأ جسيماً ***faute grossière***.

وقد اختلفت أراء الفقة الفرنسي وأحكام القضاء في تعريف الخطأ المهني الجسيم ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأنه يقصد بالخطأ المهني الجسيم بأنه الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في خطأ فاضح ما كان يجب أن يقع في القاضي الذي يهتم أهتماماً عادياً بعمله [٥٦]. وقد يكون جهلاً فاضحاً بالمبادئ الأساسية للقانون أو الجهل الذي لا يغتفر ***inexcusable***[٥٧] في الوقائع الثابته في ملف الدعوى، ويشترط أن يكون هذا الخطأ استثنائياً وفاضحاً. أما الخطأ غير الجسيم فلا يبرر مخاصمة القاضي حتى يطمئن القاضي في عمله ولا يتهيب التصرف أو الحكم في الدعوى. وعلي ذلك لا يكون القاضي مسئولاً مدنياً إذا أخطأ في تقدير الوقائع واستخلاصها أو في تفسير القانون ومع ذلك قد يستوجب ذلك مسئوليته التأديبية لسوء تقديره للوقائع الثابته أو لتفسيره المتعارض مع صريح النص. وإذا كانت جسامة الخطأ المهني تستخلص من الوقائع وتخضع لتقدير محكمة الموضوع. فإن تكييفها لهذه الوقائع باعتبارها خطأ مهنياً جسيماً يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن مسألة التكييف هي من المسائل القانونية التي تختص بها محكمة النقض.

وفي فرنسا لم يصدر أي حكم ضد أحد القضاة الفرنسيين بسبب خطأ من الخطاء التي عددتها المادة ٥٠٥ مرافعات فرنسي.

ومع ذلك فقد قضت المحاكم الفرنسية: بجواز المخاصمة لبعض الموظفين العموميين الذين تسري عليهم قواعد مخاصمة القضاة وذلك في حالتين أثنتين إحداهما تتعلق بمفوض في الشرطة القضائية قام بترويج إشاعات كاذبة مع علمه بذلك [٥٨].

أما دعوى المخاصمة الثانية فهي ضد أحد رؤساء البلديات [٥٩] وذلك عن قيامه بتعيين أحد الأفراد بطريقة غير قانونية.

(٥٦) حكم محكمة النقض الفرنسي (الدائرة الأولى المدنية) الحكم الصادر في ١٣ أكتوبر ١٩٥٣ Bull. civ ١٩٥٣.

(٥٧) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري « إنجليزي - عربي - عربي - إنجليزي « ص ١٧ وما بعدها.

(٥٨) Paris ٨ mai ١٩٤٦ , s. ١٩٤٦,٢,٩٩

(٥٩) محكمة نانسى ١٤ مارس ١٩٤٨ مجموعة ١٩٤٨ ١٩٤٩ ج ٢ ص ٣٠.

كما أن محكمة استئناف "جرونوبل" "*Grenoble*"، قبلت في سنة ١٩٦٧ دعوى المخاصمة ضد ثلاثة من قضاة المحاكم التجارية للإخلال بحق الدفاع[٦٠]، ولكن هذا الحكم لم يلق تأييداً من محكمة النقض الفرنسية، إذ تطلبت في حكمها الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٩ أن يكون الخطأ بالغ الجسامة [٦١].

وقد اصدر المشرع الفرنسي قانونين أتسع بهما نطاق مسئولية السلطة العامة في حالات لا زالت محدودة في نطاق المرفق القضائي: قانون ١٧ يولية سنة ١٩٧٠ الذي نص علي إمكان التعويض بسبب الحبس الإحتياطي إذا كان الضرر غير معتاد بصورة صارخة وذا جسامة خاصة. وقانون ٥ يولية سنة ١٩٧٢ تنص المادة ١١ منه علي أن: « تلتزم الدولة بتعويض الضرر الذي يسببه تشغيل مرفق القضاء علي وجه معيب في حالة الخطأ الجسيم أو إنكار العدالة . وقد استلهم مجلس الدولة المبادئ التي تضمنها هذا القانون لإقراره أن: « الخطأ الجسيم الذي ترتكبه محكمة إدارية في عملها القضائي يمكن أن يفتح حق التعويض «. ولكن هذه المسئولية لا تقوم مع ذلك في حالة ما إذا كان الخطأ الجسيم المنسوب ناشئاً من « ذات مضمون الحكم القضائي وكان هذا الحكم قد اصبح نهائياً «، مثلاً بسبب أن حكم محكمة إدارية بإلغاء قرار إداري بغير حق قد ألغاه قاضي الإستئناف [٦٢].

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بسلامة إجراءات عزل أحد اعضاء النيابة العامة[٦٣] بسبب عدم نزاهته واتجاهاته المنحرفة في بعض القضايا[٦٤].

٢- الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون الإيطالي :

وقد أصدرالمشرع الإيطالي القانون رقم ١٧ الصادر في ١٩٨٨/٤/١٣ بشأن تعويض الأضرار الناشئة عن ممارسة الوظائف القضائية والمسئولية المدنية للقضاة.

وقد اجاز هذا القانون لكل من أصابه ضرر غير مشروع نتيجة مسلك أو قرار أو تدبير قضائي صدر من القاضي عن غش أو خطأ جسيم في مباشرة وظائفة أو عن إنكار للعدالة يجوز له مقاضاة الدولة للحصول علي تعويض للأضرار المالية. وكذلك عن الأضرار غير المالية الناشئة من الحرمان من الحرية الشخصية ومع **ذلك فإنه في ممارسة الوظائف القضائية لا يمكن أن يفتح الباب للمسئولية نشاط تفسير قواعد القانون أو تقييم الواقعة أو الأدلة التي يقوم بها القاضي الإيطالي.**

وقد تضمن القانون الإيطالي الجديد بشأن المسئولية المدنية للقضاة ما يأتي:

« يكون خطأ جسيماً ما يأتي:

١) الإخلال الجسيم بالقانون الناشئ من إهمال غير مغتفر.

٢) التقدير الراجع إلي إهمال غير مغتفر ، لأمر يكون وجوده مستبعداً دور منازع من أوراق الدعوى أو ما يمكن تسميته بالجهل الفاضح بوقائع الدعوى المعروضة علي القاضي.

٣) الإنكار الراجع إلي إهمال غير مغتفر لأمر نتج وجوده بغير منازع من أوراق الدعوى أو ما يكون تسميته بمخالفة الثابت بأوراق الدعوى.

---

(٦٠) C.A. GRENOBLE : ٣١ mai ١٩٦٧ , D. ١٩٦٨ ,١٢ note Vincent

(٦١) CASS : Civ ١٠ décembre ١٩٦٩, Bull. civ; no ٣٨٩.

(٦٢) C.E. ٢ oct. ١٩٨١ , Rec , Ministre de l>environnement et du cadre de vie c/Cloâtre et autre. ٣٥١.

(٦٣) ARRET C.E HURLAUX : ١٨ décembre ١٩٣٦ - Recueil lebon p.٣٥٦

(٦٤) من الجدير بالذكر بشأن النظام القانوني الفرنسي أنه يُطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بالقضاة وأعضاء النيابة العامة أمام مجلس الدولة الفرنسي كقاضي نقض وذلك على خلاف الوضع في مصر إذ أنه تختص بها دائرة طلبات رجال القضاء بمحكمة النقض المصرية.=

=أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « شرح الأحكام الكبرى الجنائية والمدنية لمحكمة النقض المصرية» ص ٣٨ وما بعدها .

٤) إصدار قرار يتعلق بحرية الشخص في غير الأحوال التي يجيزها القانون أو بغير أسباب.
ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المحكمة القضائية اللاتينية تقول أن الحكم بلا علم وتبصر جريمة ***In Judicando est criminosa celeritas*** ومعناها بالإنجليزية ***to Judge without deliberation is criminal***. [٦٥]

وتأسيساً علي هذا المعنى يكون من الطبيعي أو المنطقي أن تترتب علي قيام القاضي بالحكم عن غير علم - أو رغم عدم علمه - انعقاد مسئوليته المدنية والتي سيترتب عليها مسئوليته الجنائية ثم مسئوليته التأديبية عن ذات الفعل.

وقد رتب المشرع الإيطالي علي إقامة دعوى المسئولية المدنية ضد القاضي، إمكان رفع دعوى المسئولية التأديبية لمحاسبته عما قد يتضمنه تصرفه من خطأ تأديبي فقد نصت المادة التاسعة من القانون الإيطالي ١١٧ لسنة ١٩٨٨ علي أنه:

« يباشر الدعوى التاديبية تجاه القاضي عن الوقائع التي نشأت منها دعوى التعويض النائب العمومي لدى محكمة النقض بالنسبة للقضاة العادين أو صاحب الدعوى التأديبية في الحالات الأخرى.

مالم تكن الدعوى التأديبية قد اقيمت في حدود شهرين من الإخطار المشار إليه في الفقرة (٥) من المادة الخامسة من هذا القانون هذا مع عدم المساس برخصة **وزير الرحمة والعدل** المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة ١٠٧ من الدستور.

٢- يجوز إحالة أوراق الدعوى التأديبية إلي دعوى الرجوع بناء علي طلب الخصم أو تلقائياً. وذلك بإحالة الملف نفسه.

٣- أن الحكم المنصوص عليه في المادة الثانية والذي يقيد الاعتداد بالخطأ بكونه جسيماً لا يسري علي الدعوى التاديبية.

ومفاد ما تقدم أن التصرف موضوع الدعوى المدنية قد يرتب مسئولية القاضي التأديبية إلي جانب مسئولية المدنية وقد يثبت الخطأ التأديبي الخطأ المدني لأن الدعوى التأديبية يجوز أن تشتمل حتى الخطأ المهني غير الجسيم.

٣- الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون الإسباني:

وضع المشرع الإسباني بعض الضوابط التشريعية لعدم إساءة إستعمال الحق في مقاضاة القاضي وذلك بأن قام بتحديد حالات الجهل أو الإهمال غير المغتفر بأنها: إما أن يقرر القاضي تدبيراً متعارضاً مع نص في القانون أو أن يغفل إجراء يترتب علي إغفاله البطلان المطلق. إذ كان من الواضح في الأمرين تجاوز القاضي لحدود سلطته أو انحرافه بها.

وفيما عدا هاتين الحالتين وهما خاصتان بتدابير تمهيدية سابقة علي الحكم القطعي لم يكن من الممكن عملاً تسجيل سبب لمسئولية القاضي عن إصداره لهذا الحكم سوى أن يكون القاضي قد ارتكب به جريمة مثل تواطئه مع أحد الخصوم[٦٦].

وفضلاً عن ذلك فإن القاضي يتحمل المسئولية عن أي خطأ منه في فهم الوقائع موضوع الدعوى حين يتمثل هذا الخطأ في التعارض الواضح بين فهمه وبين ما ورد مكتوباً في مستندات الدعوى[٦٧].

(٦٥) أنظر ما سبق من أحاديث نبوية شريفة في هذا الشأن. وأنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «القضاء في الإسلام - دراسة مقارنة» ص ٥٩ وما بعدها.
(٦٦) الحكم الصادر من محكمة النقض الإسبانية في ٥ / ١٢ / ١٩٨٠.
(٦٧) الحكم الصادر من محكمة النقض الإسبانية في ٢٨ / ٤ / ١٩٨٣.

وقضت محكمة النقض الإسبانية : كذلك في ١٩٨٠/١/١ بأنه يكون إهمالاً غير مغتفر تأخر القاضي في إتخاذ إجراء الحجز بناء علي طلب الدائن إلي حد تمكين المدين من تهريب أمواله المزمع توقيع الحجز عليها لا سيما لما ينص عليه قانون المرافعات الإسباني من أن القاضي ملتزم بأن يصدر قرار الحجز في ذات لحظة التقدم به وعلي الأكثر خلال اليومين التاليين من إيداع طلب الحجز لدى قلم الكتاب[٦٨].

٤- الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون الأمريكي:

ولا يسأل القضاة الفيدراليين في الولايات المتحدة الأمريكية مدنياً عن أخطائهم في الأحكام مهما بلغت جسامة تلك الأخطاء.

وذلك لوجود حق المتضرر في أن يستأنف تلك الأحكام كما أن تقرير مسئولية القضاة يؤدي إلي المساس باستقلال القضاء والمساس بحريته في الأحكام القضائية.

ويشترط في الفقه الأمريكي لإمكان إنعقاد المسئولية عن الحبس الإحتياطي أن يتوافر ركن العمد. وهذا هو اتجاه القضاء الأمريكي .

٥- الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون الإنجليزي:

وفي المملكة المتحدة فقد أعفى القانون اللإنجليزي القضاة من المسئولية المدنية أثناء ممارساتهم لاختصاصاتهم القضائية حتى ولو وقعت منهم عمداً وبدون سبب معقول أو راجح . وأن قضاة المحاكم العليا غير مسئولين حسب الظاهرعن أعمالهم التي تقع منهم خارج اختصاصاتهم . ويفترض دائماً أن أحكام المحاكم العليا قد صدرت في نطاق اختصاصها. وعلي أي حال لا توجد محكمة تبت في تلك المسئولية. أما قضاة المحاكم الدنيا فهم مسئولون أعمالهم القضائية التي تقع منهم خارج نطاق إختصاصهم أو تلك الأعمال التي تجاوزوا فيها إختصاصها.

فمنذ وقت بعيد إستقرت احكام القضاء الإنجليزي علي مبدأ عدم مسئولية القضاة. ويقول المستشار الإنجليزي. كيلي ***Kelly*** في ذلك: «إن هذا الحكم القانوني ليس معداً لحماية أو منفعة قاض شرير أو فاسد وإنما لمصلحة العامة الذين من مصلحتهم أن تكون لدى القضاة الحرية في ممارسة وظائفهم بإستقلال وبدون خوف من العواقب إذ كيف يستطيع قاض أن يمارس وظيفته إذا كان يعيش في خوف كل يوم بل وكل ساعة من رفع دعوى ضده في شأن تصرف يكون قد أتاه أثناء نظر قضية». وقد قضى المجلس الخاص ومن بعده محكمة الإستئناف بأنه «لا سبيل لمساءلة قاض عن تصرفات أو أقوال أدلى بها في ممارسة عمله القضائي حتى ولو كان دافعه علي ذلك شريراً وحتى لو تمت تصرفاته أو أدلى بأقواله أثناء ممارسة غير أمينة لوظيفته».

ثانياً – الخطأ المهني الجسيم للقاضي في القانون المصري:

وقد يكون الخطأ غير عمدي ولكن يبلغ قدراً من الجسامة يوصف معه بأنه خطأ جسيم. والخطأ الجسيم لا يصدر من أقل الناس تبصراً وحيطة. ويجري القضاء علي تشبيه الخطأ غير العمدي الجسيم بالخطأ العمدي الجسيم في كثير من الأحكام. وذلك تطبيقاً لحكمة رومانية مفادها أن «الخطأ الجسيم يعادل الغش «***Culpe lata Dolo aequiparatur***" [٦٩] بل أن القانون نفسه قد طبق هذا المبدأ في عدة مواطن. من ذلك نصه علي عدم جواز الاتفاق علي إعفاء المدين من أية مسئولية

(٦٨) الحكم الصادر من محكمة النقض الإسبانية في ١ / ١٠ / ١٩٨٠.

أنظر في شأن هذه الأحكام القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى».

(٦٩) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري « فرنسي - عربي - شرعي « ص ١٧ وما بعدها.

تترتب علي غشه أو خطئه الجسيم (م ٢١٧/٢/مدني)[٧٠]، ومن ذلك ايضاً ما قررته اتفاقية برن بشأن النقل الدولي بالسكك الحديدية واتفاقية وارسو الخاصة بالنقل الجوي من أن القيود التي قررتها علي مسئولية الناقل الدولي لا تنطبق لصالح الناقل إذا كان خطؤه متعمداً أو جسيماً.

وقد أضاف المشرع المصري الخطأ المهني الجسيم في سنة ١٩٤٩ إلي الأسباب الأخرى. وغني عن البيان أن هذا السبب يختلف عن الغش والتدليس. وقد قيل أن الفارق بين الخطأ الجسيم وبين الغش فارق ذهني في معظم الأحوال. وان هذا الخطأ الجسيم هو الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش والذي لا ينقصه لإعتباره غشاً إلا إقترافه بسوء النية فهو في سلم الخطأ أعلى درجاته.

١- الخطأ المهني الجسيم للقاضي في الفقه المصري:

وقد عرف الفقه المصري الخطأ الجسيم بانه الخطأ الذي ينطوى علي اكثر ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب فهو في سلم الخطأ أعلى درجاته وهو الخطأ الفاحش الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش والذي لا ينقصه لإعتباره غشاً سوى إقترافه بسوء النية ومثله الخطأ الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون والجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابته بملف الدعوى **ولذلك لا يعتبر خطأ مهنياً الخطأ اليسير كالحبس في جنحه لا يجيز فيها القانون الحبس الإحتياطي ولا الخطأ في تقرير ثبوت الوقائع أو في التكييف أو في التفسير الصحيح للقانون.**

والخطأ الجسيم يجب فهمه في دور الإنحراف عن الحياد ولا يجوز تأويله بوصفه مجرد مخالفة جسيمة لواجبات القاضي المهنية ومنها حسن تطبيق القانون. فالغش هو إنحراف عن الحياد مصحوب بأفعال أخرى تنم عن التواطوء مع الغير فالفارق بينه وبين الخطأ المهني الجسيم علي حد تعبير المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فارق ذهني في معظم الأحوال إذ غالباً ما يستدل علي الغش بجسامة المخالفة وكثيراً ما يدعو التحرج إلي درء نسبة الغش عمن أتهم به بنسبة الخطأ الفاحش إليه.

٢- الخطأ المهنى الجسيم للقاضى فى قضاء محكمة النقض المصرية:

إستقر قضاء محكمة النقض المصرية: على عدم مسئولية القاضى عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله وأن الإستثناء هو مسئوليته إذا إنحرف عن واجبات وظيفته أو أساء إستعمالها وأن أحوال مساءلته عن التضمينات واردة على سبيل الحصر[٧١].

وقد قضت محكمة النقض المصرية:

بأن الأصل هو عدم مسئولية القاضى عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله لأنه يستعمل فى ذلك حقاً خوله له القانون وترك له سلطة التقدير ولكن المشرع رأى أن يقرر مسئوليته على سبيل الإستثناء إذا إنحرف عن واجبات وظيفته وأساء إستعمالها فنص فى قانون المرافعات على أحوال

---

(٧٠) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري علي أنه: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئوليه تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه».

(٧١) الطعن ٩٢٠ س ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ س ٣١ ص ٥١٤.

- الطعن رقم ٩٢٦ س ٤٦ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨.

- الطعن رقم ١٦٠١ س ٥١ ق جلسة ٢٣/ ٤ /١٩٨٥.=

=- الطعن رقم ١٢٩٨ س ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٩ س ٣١ ص ١٧٨٨.

- الطعن رقم ٤٩٧ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩.

- الطعن رقم ٢٤٦٧ س ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٧.

- الطعن رقم ٢٣٣٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٨.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية».

معينة أوردها على سبيل الحصر يسأل فيها القاضى فأجاز نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤[٧٢] مخاصمة القضاة إذا وقع منهم غش أو خطأ مهنى جسيم [٧٣].

وأضافت محكمة النقض المصرية فى هذا الحكم:

«ويقصد بالغش إنحراف القاضى فى عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الإنحراف وذلك إما إيثاراً لأحد الخصوم أو نكاية فى خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضى. أما الخطأ المهنى الجسيم فهو الخطأ الذى يرتكبه القاضى لوقوعه فى غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو إهتم بواجباته الإهتمام العادي أو لإهماله فى عمله إهمالاً مفرطاً ويستوى أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة فى ملف الدعوى وتقدير مدى جسامة الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التى تدخل فى التقدير المطلق لمحكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض المصرية:

«بأن تقدير مدى جسامة الخطأ الموجب لمساءلة المخاصم ضده من الأمور الموضوعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص - فى حدود سلطته التقديرية - إلى أن الطعون الموجهة إلى القضاء الصادر فى موضوع الدعوى محل المخاصمة طعون موضوعية مجالها الطعن فى الحكم المشار إليه سواء ما تعلق منها بالقصور فى الأسباب أو الخطأ فى تفسير التعاقد المبرم بين طرفى الخصومة ولا ترقى إلى الخطأ المهنى الجسيم فإن النعى على هذا الحكم والمنازعة فى جسامة الخطأ المنسوب إلى المطعون ضده يكون مجادلة موضوعية فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع تنحسر عنها رقابة محكمة النقض[٧٤].

ونحن نرى أن حكم محكمة النقض المصرية - المذكور - قد جانبه الصواب وذلك حين ذكر أن لمحكمة الموضوع سلطة تامة فى تقدير ما إذا كانت الواقعة المطروحة تشكل خطأ جسيماً من عدمه لأن هذا يخالف ما إستقر عليه الفقه المصرى. وما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية[٧٥] ذاتها من إخضاع نشاط القاضى فى تكييفه للواقع لرقابة محكمة النقض المصرية.

كما قضت محكمة النقض المصرية:

بأن القضاء فى طلب وقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه قضاء وقتى لا يحوز حجية الأمر المقضى - للمحكمة العدول عن رأى إرتأته وقت الفصل فى هذا الطلب. وإنتهاء الحكم المطعون فيه إلى أن الطعون الموجهة إلى القضاء الصادر بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه محل المخاصمة طعون موضوعية ولا ترقى إلى الخطأ الجسيم . ومنازعة الطاعن فى مدى جسامة الخطأ مجادلة موضوعية تنحسر عنها رقابة محكمة النقض[٧٦].

---

(٧٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري المعدل بالقانون ٢٠٠٧/٧٦ على أنه:

«يجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية:

١- إذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم».

(٧٣) نقض مدنى رقم ٩٢٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ قاعدة ١٠١ - المكتب الفنى سنة ٣١ ص ٥١٤ مدني.

(٧٤) نقض الطعن رقم ٩٢٠ س ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ س ٣١ ص ٥١٤ مدني.

(٧٥) إستقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن تقدير مدى جسامة الخطأ الموجب لمسئولية المخاصم ضده من الأمور الموضوعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص- فى حدود سلطته التقديرية - أن الطعون الموجهة إلى القضاء الصادر فى موضوع الدعوى محل المخاصمة طعون موضوعية محلها الطعن فى الحكم المشار إليه سواء ما تعلق منها بالقصور فى الأسباب أو الخطأ المهنى الجسيم فإن النعى على هذا الحكم والمنازعة فى جسامة الخطأ المنسوب إلى المطعون ضده يكون مجادلة موضوعية فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع تنحسر رقابة محكمة النقض. نقض مدنى الطعن رقم ٩٢٠ س ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ س ٣١ ص ٥١٤.

(٧٦) نقض مدنى رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ١٩٨٤/٥/١٧.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد المدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية».

ومن تطبيقات محاكم الإستئناف لما يعد خطأ مهنياً جسيماً وما لا يعد كذلك ما قضت به محكمة إستئناف المنصورة: من توافر خطأ مهنى جسيم لدى الدائرة المخاصمة بحكمها بعدم قبول تدخل المخاصم خصماً منضماً للمستأنف عليها مع إلزامه بالمصاريف بمقوله أنه لم يطعن بالإستئناف على الحكم الصادر برفض تدخله أمام محكمة أول درجة فى الوقت الذى كان حكم أول درجة قد قبل تدخله ولم يرفضه ورغم ما هو مسلم به من جواز التدخل الإنضمامى لأول مرة فى الإستئناف [٧٧].

وقد جاء فى هذا الحكم ما يلى - إن خطأ الدائرة المخاصمة قد بلغ فى جسامته حداً لا يعلوه خطأ ويكاد أن يصل إلى حد الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات ويتمثل هذا الخطأ فى جهل المتخاصمين الصارخ والفاحش للمبادئ الأساسية للقانون وهو جهل لا يغتفر ولا شفيع لهم فيه إذ هو لا يقع من القاضى ذى الحرص العادي على أعمال وظيفته ذلك أن المشرع قد أباح التدخل الإنضمامي لأول مرة فى الإستئناف وإدخل من لم يكن خصماً فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف وقد فات الدائرة هذا المبدأ القانونى الأساسى هذا فضلاً عن أن الخصم سبق له طلب قبول تدخله أمام أول درجة وأجيب إلى طلبه منضماً إلى المدعية فى طلباتها وقد قضى لها بما طلبته فكيف يطلب منه إستئناف هذا الحكم بمقوله أنه رفض تدخله [٧٨].

وقد انتقد بعض الفقه - وبحق - ما ذهبت إليه محكمة استئناف المنصورة فى الإستئناف رقم ٣٧٨ لسنة ٢٥ ق من أن الخطأ الذى وقعت فيه الدائرة المخاصمة يشكل خطأً مهنياً جسيماً لأنه إذا كان قد فات على أعضاء الدائرة التنبه من خلال الأوراق لهذه القاعدة القانونية التى إعتبرها الحكم من المبادئ الأساسية فربما كان ذلك من قبيل السهو غير المقصود أو ضغط العمل خصوصاً وأن هناك من الأخطاء التى لا تقل عن هذا الخطأ يقع فى العمل ولم يقل أحد بأنها تشكل خطأ أو خطأ مهنياً جسيماً.

وقد توقع صاحب هذا الرأى نقض الحكم عند الطعن فيه وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية عند نظرها لحكم محكمة الإستئناف.

وقد قضت محكمة النقض: أن ما ينعاه مدعي المخاصمة بأسبابها لا يتضمن فى أى شق منه خطأ جسيم بما تجوز تخاصمة القاضى بسببه طبقاً لما إستقر عليه قضاء النقض كما أنه لا يفيد فى مجموعه وجود الغش أو التدليس المدعى بهما فإن المخاصمة تكون عندئذ حائزة القبول. ولما كان الطعن بالنقض للمرة الثانية فقد نقضت المحكمة الحكم وحكمت فى موضوع دعوى المخاصمة الرقمية ٣٧٨ لسنة ٢٥ ق المنصورة بعدم جواز قبولها[٧٩].

ونحن نرى أن ما وقعت فيه الدائرة المخاصمة هو مجرد خطأ عادي قد يقع فيه رجل القضاء العادي وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: إن حالات تدخل الخصوم إنضمامياً أمام محكمة ثانى درجة فى القضاء المستعجل يعتبر من الحالات النادرة فى العمل والتى قد تخفى على الكثيرين رغم النص عليها قانوناً.

ثانياً: عدم إهتمام أغلب الفقه المصرى والفرنسى على السواء بموضوع إختصام الغير وتدخله مثل بقية موضوعات قانون المرافعات، حيث إقتصرت المجهودات على مجرد سرد نصوص القانون وأحكام القضاء دون التعليق عليها فى أغلب الأحوال.

(٧٧) استئناف المنصورة فى ٢ فبراير ١٩٧٨.

(٧٨) وقد عرفت محكمة استئناف القاهرة الخطأ المهنى الجسيم بأنه : الخطأ الذى لا يقع فيه القاضى العادي ونعنى القاضى المتبصر الحريص فى أعماله.

(٧٩) الطعون أرقام ٢٢٣٠ ، ٢٢٧٩ ، ٢٢٨٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٢٨.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية - ٨ أجزاء» الجزء الثامن ص ١٧ وما بعدها.

ثالثاً: أن مسألة إختصام الغير وتدخله أمام محكمة الإستئناف من الموضوعات الخلافية فى قانون المرافعات المقارن لأنها من المسائل التى لا تستند إلى قاعدة منطقية راسخة، ومثال ذلك أن المشرع المصرى قد نص فى المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات المصري علي أنه: "**لا يجوز فى الإستئناف إدخال من لم يكن خصماً فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف ما لم ينص القانون على غير ذلك**"، أما المشرع الفرنسى فإنه يجيز إختصام الغير أمام محكمة الإستئناف وذلك بمقتضى المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى.

ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية بشأن الخطأ المهنى الجسيم:

ما قضت به من أن «إقامة الحكم قضاءه بعدم جواز قبول دعوى المخاصمة على انتفاء الدليل على الغش أو التدليس أو الخطأ الجسيم - النعى على تفسير الحكم للغش غير منتج [٨٠].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذا كان الحكم قد قرر أن حبس المخاصم إحتياطياً فى تهمة عدم إعلان عن الأسعار طبقاً للمواد ١٩، ٢٠، ٢١ من القرار رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٠[٨١] والمرسومين رقمى ٩٦ سنة ٤٥، ١٩٦٣ لسنة ١٩٥٠ لا يعتر خطأ مهنياً جسيماً وأقام قضاءه على إعتبارات تكفى لحمله فإن النعى فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع[٨٢].

---

(٨٠) نقض مدنى رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ قاعدة ٢٢٩ ص ١٢٤٤، ع المكتب الفنى س ٣٢.

(٨١) تنص المواد ١٩، ٢٠، ٢١ من قرار ١٨٠ لسنة ١٩٥٠ بتنفيذ المرسوم بقانون رقم ٩٦ سنة ١٩٤٥ بشأن التسعير الجبري علي الأتي:

« مادة ١٩- كل تاجر ببيع أية سلعة أو مادة يجب عليه أن يعلن كل صنف بالأوضاع الآتية:

١- يكون الإعلان بكتابة سعر السلعة أو المادة مع إيضاح صنفها ونوعها وذلك بشكل واضح غير قابل للشك وباللغة العربية ويجوز أن يكون البيان مصحوبا بترجمة له بإحدى اللغات الأجنبية.

٢- يكتب بيان العسر والصنف والنوع على السلعة ذاتها أو على أغلفتها أو على بطاقة توضع على المواد أو البضائع.

٣- يجوز أن يكتفي ببطاقة واحدة للسلع المماثلة في صنفها ونوعها ووزنها حتى ولو تعددت الأمكنة التي تعرض فيها هذه السلعة داخل المحل.

٤- المواد والبضائع التي تباع عادة بالوزن أو الكيل أو المقاس يكون الإعلان عنها ببيان وحدة الوزن أو الكيل أو المقاس.

مادة ٢٠- إذا ثبت للموظفين المشار إليهم في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٤٥ أن أحد الأصناف الموجودة داخل المحل لا يحمل بيانا بسعره وفقا لحكم المادة ١٩، وادعى صاحب المحل أن البيان المطلوب كان موجودا وزال لأي سبب. فلا يعتبر التاجر مخالفا لأحكام المادة السابقة إذا كان - علاوة على تنفيذ حكم المادة ١٩ - قد اتبع الإعلان عن أسعاره بجدول يضع بيانا بهذا الصنف وسعره.=

=مادة ٢١- يعلق الجدول المشار إليه في المادة السابقة في مدخل المحل ومداخله بكيفية تستلفت النظر. ويحرر الجدول بالأوضاع المنصوص عليها في المادة ١٩(بند ١، ٤)، ويجب أن يكتب بحروف لا يقل ارتفاعها عن عشرة ملليمترات».

وقد نصت المادة رقم (٧) من المرسوم بقانون رقم ٩٦ سنة ١٩٤٥ بشأن التسعير الجبري على جريمة عدم الإعلان عن الأسعار على النحو التالي:=

«كل من باع سلعة مسعرة أو محددة الربح في تجارتها طبقاً للمادتين ٢ و٤(بند ١) أو عرضها للبيع بسعر أو ربح يزيد على السعر أو الربح المحدد أو امتنع عن بيعها بهذا السعر أو الربح يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ١٠٠ جنيه إلى ٥٠٠ جنيه وفي حالة العود تضاعف هذه العقوبات.

وفي جميع الأحوال تضبط الأشياء موضوع الجريمة ويحكم بمصادرتها .

وتسري العقوبات المتقدم ذكرها على مشتري السلعة موضوع المخالفة إن كان تاجراً.

ويعاقب بنفس هذه العقوبات كل من خالف أحكام القرارات التي تصدر استناداً إلى المادة ٤ (بند ٢) من هذا المرسوم بقانون».

كما تنص المادة (١٣) من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ بشأن التسعير الجبري وتحديد الأرباح على أنه :

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(١) كل من يخالف أحكام القرارات التي تصدر بإعلان الأسعار والأجور ومقابل الدخول.

فإذا كان المخالف من الباعة الجائلين عوقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(٢) كل من يخالف أحكام القرارات التي تصدر استنادا إلى المادة (٧).

(٣) من امتنع عن بيع سلعة غير مسعرة أو غير محددة الربح في تجارتها. وكل من طالب عميلا بثمن أعلى من الثمن المعلن عن هذه السلعة، وفي حالة العود تضاعف العقوبات في حديها الأدنى والأقصى».

(٨٢) نقض مدنى رقم ٢٨٨ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٤/١٨ س ٨ ص ٤٣٨ مدني.

ونحن نرى أن هذا الحكم قد جانبه الصواب فهذا العمل يعد خطأ مهنياً جسيماً عندما يقترفه الشخص المنوط به تحقيق الجرائم طبقاً لقواعد وإجراءات يفترض فيه الإلمام والعلم اليقيني بها خاصة وأن الأمر يتعلق بحرية الإنسان.

وقد أسست محكمة الإستئناف قضاءها فى الحكم السابق على أن الحبس الإحتياطى قد حدث من وكيل النيابة بحسن نية وبدون رعونة. ونحن نرى عكس ما ذهب إليه الحكم السابق لأن الخطأ المهنى الجسيم له شروط خاصة طبقاً للنصوص الحالية فى القانون المصرى وطبقاً لما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية.

وقد تأثر المشرع المصري لرأينا سالف الذكر وأصدر أخيراً القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل قانون الإجراءات الجنائية المصري ونصت المادة ٣١٢ مكرراً منه على أنه:

«تلتزم النيابة العامة بنشر كل حكم بات ببراءة من سبق حبسه احتياطياً. وكذلك كل أمر صادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية قبله فى جريدتين يوميتين واسعتى الإنتشار على نفقة الحكومة. ويكون النشر فى الحالتين بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم أو أحد ورثته وبموافقة النيابة العامة فى حالة صدور أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى.

وتعمل الدولة على أن تكفل الحق فى مبدأ التعويض المادى عن الحبس الإحتياطى فى الحالتين المشار إليهما فى الفقرة السابقة وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قانون خاص».

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذا كان الطالبان قد خاصما أعضاء دائرة فحص الطعون بدمشق قائلين أنه وقع خطأ مهنى جسيم برفضهم لطعن عرض عليهم غير ملتزمين ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض. وكان البين أن الطعن الذى عرض على تلك الدائرة لم يكن يستلزم تقرير مبدأ قانونى جديد وأن الدائرة قد إلتزمت ما كان مستقراً فى قضاء محكمة التمييز وأنها بينت وجهة نظرها بمحضر الجلسة مستوفية بذلك ما تطلبه نص المادة العاشرة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فإن قراراها لا يكون قد لابسه أى خطأ مهنى ومن ثم يكون طلب المخاصمة غير جائز القبول مما يقضى رفضه شكلاً إعمالاً للمادتين ١/١٤٩، ٤٩٤ من قانون أصول المحاكمات المصري»[٨٣].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: «من حق المحكمة أن تبحث مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى لتحكم بقبولها وهذا لا يتأتى لها إلا باستعراض أسباب المخاصمة وأدلتها لتبين منها مدى ارتباطها بأسباب المخاصمة فإذا كان الحكم قد أشار إلى أنه لم ير فيما أسند إلى وكيل النيابة على ما ظهر من الأوراق غشاً أو تدليساً أو غدراً أو خطأ مهنياً جسيماً وإنما رأى أن ما أتاه يعتبر خطأ مهنياً غير جسيم بسبب حداثة عهده بأعمال النيابة وأنه خطأ هين لا يدخل فى أسباب المخاصمة فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى بعدم جواز المخاصمة»[٨٤].

ولا يخضع أعضاء مجلس الدولة لإجراءات المخاصمة أمام القضاء العادي **وقد قضت محكمة النقض المصرية:** فى هذا الشأن بعدم إختصاص جهة القضاء العادي بنظر دعوى المخاصمة المقامة ضد عضو مجلس الدولة وإحالتها إلى مجلس الدولة للإختصاص بنظرها [٨٥].

كما قضت محكمة النقض المصرية بعدم جواز مخاصمة قضاة المحاكم العسكرية لعدم إنطباق أحكامها على قضاة المحاكم العسكرية [٨٦].

(٨٣) نقض مدنى رقم ١٤٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٦٠/٦/٣٠ ص ٢٩٨ مج المكتب الفنى س ١١.

(٨٤) نقض مدنى رقم ٢٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠ ص ١٠٠١ مج المكتب الفنى س ٧.

(٨٥) الطعن رقم ١٨٥٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٦=

=أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الأن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية».

(٨٦) الطعن رقم ٢٠٢٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/٦/٢٢.

٢- الخطأ الجسيم فى قضاء مجلس الدولة المصرى:

أخذت أحكام القضاء الإدارى المصرى بفكرة الخطأ الجسيم بإعتبارها أحد المعايير للتمييز بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى. والواقع أن معظم المعايير التى تحكم فكرة الخطأ الشخصى تستند إلى نية الموظف وإلى مدى جسامة الخطأ.

وقد طبقت أحكام القضاء الإدارى فى كثير من أحكامها معيار الخطأ الجسيم فقد قضت المحكمة الإدارية العليا: فى حكمها الصادر فى ١٩٧٣/٥/٢٠ بمسئولية الموظف الشخصية إذا كان الفعل الضار الذى ارتكبه الموظف ألحق ضرراً جسيماً بالأفراد . وفى هذا الخصوص تقول المحكمة «.... أن الخطأ يعتبر شخصياً إذا كان العمل التقصيرى يكشف عن نزوات مرتكبه وعدم تبصره وتغييه منفعته الشخصية أو قصد النكاية أو الإضرار بالغير أو كان الخطأ جسيماً» [٨٧] وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الأخطاء الجسيمة التى يرتكبها الموظفون أثناء ممارسة وظائفهم تعتبر أخطاء شخصية يسألون عنها ويلتزمون بالتعويض عنها من أموالهم الخاصة [٨٨]. كما قضت بعض الأحكام بمسئولية الموظف لإخلاله الجسيم بمقتضيات الواجب الوظيفى واستغلاله غير المشروع لوظيفته[٨٩].

وقد أخذت أحكام القضاء العادي بمعيار جسامة الخطأ فى حالة رجوع العامل على صاحب العمل بالتعويض فيما يتعلق بإصابات العمل فتقول محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد أن: «المادة ٤٧ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ تشترط لإمكان رجوع العامل على صاحب العمل بالتعويض فيما يتعلق بإصابات العمل أن يكون خطؤه جسيماً». وقد وردت هذه العبارة فى هذا النص بصيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل خاطئ سواء أكان مكوناً لجريمة يعاقب عليها أم أنه لا يقع تحت طائلة العقاب طالما أنه خطأ جسيم وإذا كان ما يقوله الطاعن فى الحكم بسبب النص من أن الخطأ الجسيم لا يتوافر إلا أن يكون مكوناً لجريمة جنائية - ينطوى على تخصيص لعموم النص بغير مخصص وهو ما لا يجوز - وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس الخطأ الجسيم من جانب رب العمل وتابعه مستنداً فى ذلك إلى قواعد المسئولية التقصيرية المقررة فى القانون المدنى فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور [٩٠].

---

(٨٧) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٦ يونيو سنة ١٩٥٩ فى القضية رقم ٩٢٨ لسنة ٤ ق ص ١٤٦٢، وحكمها فى ١٩٦٧/١١/١٢ فى القضية رقم ١٤٤٨ س ٨ ق . وحكمها فى ١٩٦٩/٣/٣٠ فى القضية رقم ١١٨٣ س ١٠ ق وحكمها فى القضية ١٩٧٣/٥/٢٠ فى القضية رقم ١٤٣٧ س ١٣ ق مجموعة الخمسة عشر عاماً ١٩٨٠/١٩٦٥ الجزء الثالث ص ٢٢٣٦.

وأنظر القضاء الإدارى فى ١٩٧٢/٣/٢٧ فى القضية رقم ١٠٥٤ لسنة ٢٤ ق س ٢٦ ص ٨١ .

وأيضاً أنظر فتوى مجلس الدولة رقم ٥٥٠ فى ١٩٦٢/٨/٢٦ . وفتوى المجلس فى ١٩٦٥/١١/٣، وفتوى المجلس فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٦٦ . وفتوى المجلس فى ١٩٧١/١٠/١٣، وفتوى المجلس فى ١٩٧٢/٥/٣١.

(٨٨) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٩/٢/٤.

(٨٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٦/٥/٢٧ فى الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٢٩ ق - غير منشور - وقد جاء فيه « .... ولا شك أن الجزاء المطعون فيه يتناسب وما نسب إليه من مخالفات ثبتت يقيناً فى حقه وتدل على إخلاله الجسيم بواجبات وظيفته وخروجه على مقتضى الأمانة والشرف وهو يحتم أيضاً إبعاده عن العهد المالية حفاظاً على أموال الشركة .=

=- وراجع أيضاً حكمها فى ١٩٨٦/٦/٢٤ فى الطعن رقم ٧٣٧ لسنة ٣١ ق - غير منشور - الذى قضى بمسئولية أعضاء لجنة الفحص لإخلالهم بواجبات وظيفتهم إذ كان عليهم أن يسلكوا المسلك المألوف والمعتاد بأن يتأكدوا من مطابقات الطاولات الموردة مع المواصفات التى وضعتها الشركة ولما كان أعضاء اللجنة قد تقاعسوا لسبب غير مفهوم عن القيم بهذا الواجب فإن ذلك يكفى لإعتبار أعضاء اللجنة مخلين بواجباتهم الوظيفية ومن ثم فلا تثريب على المحكمة أن إنتهت فى حكمها المطعون فيه إلى مساءلة هؤلاء الأعضاء وتوقيع الجزاء التأديبى المناسب والذى يتمثل فى خصم أجر شهرين من كل منهم».

- وحكمها فى ١٩٨٦/٦/٢٤ فى الطعن رقم ٢٩٧١ لسنة ٣١ ق - غير منشور-. وحكمها فى ١٩٨٨/٦/٣٠ فى الطعن رقم ٣٦٠٥ لسنة ٣١ ق - غير منشور - والذى أجاز لجهة الإدارة حق الرجوع على الموظف بقيمة ما دفعته بسبب خطئه.

(٩٠) أنظر حكم محكمة النقض . الدائرة المدنية فى ١٩٧٣/١٢/٢٩ فى الطعن رقم ١٣٨٨ لسنة ٤٢ ق . أنظر أيضاً حكمها فى ١٩٧٣/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٢ ق وحكمها فى ١٩٧٤/١٢/٣١ فى الطعن رقم ١٥١٩ لسنة ٤٥ق.

وقد ذهبت أحكام القضاء الإدارى المصرى إلى اعتبار الخطأ الجنائى خطأ شخصياً يسأل عنه الموظف من ماله الخاص[٩١]، ولكن محكمة القضاء الإدارى قررت فى حكمها الصادر فى ١٩٧١/١١/١٥ فى الطعن رقم ٨٣٤ س ١ قضائية أن الخطأ الجنائى لا يعتبر لزاماً خطأ شخصياً وأنه قد يكون فى بعض الأحيان من قبيل الخطأ المرفقى [٩٢].

ويستخلص مما تقدم أن فكرة **الخطأ الشخصى** فكرة معيارية تستعصى بطبيعاتها على وضع تعريف جامع لها ، كما لا توجد ثمة قاعدة عامة مجردة تضع ضوابط محددة تفصل بوجه قاطع بين الأخطاء المرفقية وبين الأخطاء الشخصية وإنما يتحدد كل نوع من هذه الأخطاء فى كل حالة على حدة تبعاً لما يستخلصه القاضى من ظروفها وملابساتها مستهدياً فى ذلك بعدد من المعايير منها نية الموظف ومبلغ الخطأ من الجسامة الدافع إلى إرتكابه. فليس من السهل وضع حدود فاصلة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، وذلك أن تحديد درجة جسامة الخطأ مسألة نسبية تتفاوت للظروف المختلفة ويستهدى فيها بقدرة الموظف المتوسط الكفاية الذى يوجد فى ظروف مماثلة لتلك التى كان فيها الموظف المخطئ، ويدخل فى نطاق الخطأ الجسيم الإخلال بأى إجراء جوهرى يؤثر فى كيان العمل المنوط بالموظف أداؤه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا فى مصر بأن: «الإهمال الجسيم والتلاعب يشكل خطأ شخصياً يسأل عنه الموظف وحده فى ماله الخاص. ومن ثم يكون للجهة الإدارة أن ترجع عليه بقيمة الضرر الذى لحقها كاملاً»[٩٣].

(٩١) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٣/١١/١٢ القضية رقم ١٤٤٨ س ٨ ق مجموعة س ١٣ ص ٧١ مجموعة الخمسة عشر عاماً ج٣ ص ٢٢٣٧. حكمها فى ١٩٨٦/٦/١٧ الطعن رقم ٢٤٦٥ س ٣٠ غير منشور . والطعن ٢٤٦٥ س ٣٠ ق فى ١٩٨٦/٦/١٧. غير منشور.

(٩٢) أنظر حكم محكمة القضاء الإدارى الدائرة الإستئنافية فى ١٩٧١/١١/١٥ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى س ٣ ص ١١٠ وما بعدها رقم ٥.

(٩٣) حكم الإدارية العليا فى القضية رقم ٥٤٢ لسنة ١٦ ق فى ١٩٧٣/٦/١٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة ١٩٩١ ج٨ ص ٣٢٤.

أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد «شرح الأحكام الكبرى للمحكمة الإدارية العليا المصرية بالمقارنة بأحكام مجلس الدولة الفرنسى» ص ١٧ وما بعدها.

المطلب الخامس
مدى جواز مخاصمة هيئة محكمة النقض الفلسطينية التي نظرت دعوى المخاصمة موضوع التعليق

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المطلب في البنود التالية:

أولاً: الوضع القانوني والقضائي للمشكلة.

ثانياً: مخاصمة هيئة محكمة التمييز في النظام القانوني اللبناني[٩٤].

ثالثاً: مخاصمة هيئة محكمة النقض في النظام القانوني المصري.

رابعاً: مدى جواز مخاصمة هيئة محكمة النقض الفلسطينية التي نظرت دعوى المخاصمة موضوع التعليق.

أولاً: الوضع القانوني والقضائي للمشكلة:

يثور التساؤل عن مدى جواز مخاصمة هيئة محكمة النقض أو التمييز التي تعتبر أعلى هيئة قضائية في النظم القانونية الأجنبية والعربية التي تختص بنظر دعاوى المخاصمة إما بصفتها محكمة الموضوع أو بصفتها محكمة طعن على الحكم الصادر من محاكم الاستئناف.

فقد اختلفت النظم القانونية والقضائية في تقرير مدى جواز تلك المخاصمة من عدمه.

ثانياً: مخاصمة هيئة محكمة التمييز في النظام القانوني اللبناني:

١- النصوص القانونية اللبنانية التي تحكم دعوى المخاصمة في النظام القانوني اللبناني:

أولا: نص قانون أصول المحاكمات الحديثة الصادر عام ١٩٣٣.

ثانيا: تعديل قواعد المخاصمة بصدور المرسوم رقم ٨٧٥٥ الصادر بتاريخ ١٩٦١/١٠/١٦ وهو قانون التنظيم القضائي اللبناني.

ثالثا: المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ٩٠ الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ وهو قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد.

٢- تكوين الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية:

تتألف الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية من التشكيل الآتي:

أ- الرئيس الأول.

ب- رؤوساء الغرف.

ج- ولايجوز أن تصدر قرارات الهيئة العامة إلا عن الرئيس وأربعة أعضاء على الأقل، وفي حال تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً[٩٥].

وقد نصت المادة ٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ والمعدلة بالقانون رقم ٩٨/٤ تاريخ ١٩٨٩/١/٥ على الآتي:

تنظر محكمة التمييز بهيئتها العامة التي تنعقد بالنصاب المحدد في قانون تنظيم القضاء:

١- في الدعوى المقامة على الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة العدليين.

٢- .....

(٩٤) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « شرح النظم القانونية والاقتصادية والسياسية في مصر والدول العربية « ص ١٧ وما بعدها.

(٩٥) المادة ٣٠ من قانون القضاء العدلي، الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٥٠ صادر في ١٦/ ٩/ ١٩٨٣.

ويثور التساؤل في هذا المقام حول مدى إمكانية مخاصمة أعضاء الهيئة العامة اللبنانية من أجل إبطال قرار أصدرته الهيئة العامة في موضوع قانوني معين.
خاصة وأن الهيئة العامة، وكما هو من وضوح وصراحة نص المادة ٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية هي المختصة بالنظر في دعاوي مخاصمة القضاة.
ونحن نجيب على هذا التساؤل وذلك من خلال صراحة نص المادة ٧٣٨ فقرة أولى من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تقضي بأنه:
"لا يقبل جميع القرارات الصادرة عن الهيئة العامة أيا كان موضوعها، أي طريق من طرق الطعن بما فيها مداعاة الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة العدليين".
ولكن هذا الأمر يثير تساؤل آخر هو، هل يمكن طلب رد قضاة الهيئة العامة اللبنانية عندما تكون دعوى المخاصمة المقامة أمام الهيئة موجهة ضد أحد أعضائها؟ أو بمعنى آخر عندما يحاول أحد الخصوم مخاصمة أحد رؤساء الغرف التمييزية أمام الهيئة العامة، هل يمنع هذا الرئيس من المشاركة في القرار وممارسة دوره كعضو في الهيئة العامة؟ وقد عرضت هذه المشكلة القضائية على الهيئة العامة حيث اتخذت موقفاً في هذا الشأن ، وذلك في القرار القضائي رقم ٢٣ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٨ حيث اعتبرت الهيئة أنه:
«لا يمكن طلب رد أحد أعضاء الهيئة العامة أو قبول تنحيتهم عن المشاركة في القرار في هذه الحالات السابقة».
وسوف نتعرض فيما يلي لنص القرار الذي يوضح الأسباب القانونية والحجج الواقعية التي اعتمدت عليها الهيئة العامة للوصول إلى هذه النتيجة وهذا القرار القضائي.
وقد تشكلت الهيئة فعلاً، من رئيسها وكامل أعضائها بمن فيهم القضاة المطلوب ردهم، في المسألة الأولية المطروحة.
وانتهت الهيئة صائبة إلى أنه "لا يجوز طلب رد أعضاء الهيئة العامة لمحكمة التمييز وأن المبرر لذلك:
١- عدم وجود هيئة قضائية من ذات النوع ومن ذات الدرجة تستطيع البت بهذا الطلب.
٢- أن حرمة القضاء لا تسمح بأن يكون حياد أعلى هيئة قضائية موضع شك وريبة".
ونحن نرى أن حكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية قد انتهى إلى تطبيق صحيح للقانون اللبناني وروح القانون لأن حرمة القضاء لا تسمح بأن يكون حياد أعلى هيئة قضائية موضع شك وريبة.

ثالثاً: مخاصمة هيئة محكمة النقض في النظام القانوني المصري:
١- النصوص القانونية من قانون المرافعات المصري التي تتعلق بالموضوع:
أجازت المادة ١٦٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المعدل بالقانون ٢٠٠٧/٧٦ رد القضاة ومنهم مستشاري محكمة النقض المصرية حيث تنص المادة ١٦٤ على أنه:
«لا يجوز طلب رد جميع قضاة أو مستشارى المحكمة أو بعضهم ، بحيث لا يبقى من عددهم من يكفى للحكم فى الدعوى الأصلية أو طلب الرد».

كما تضمن قانون المرافعات المصري نص المادتين ٤٩٦، ٤٩٧ المتعلقين بالمخاصمة حيث تنص المادة ٤٩٦ على أنه:
«تحكم المحكمة فى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها وذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضى أو عضو النيابة المخاصم حسب الأحوال وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت فى الدعوى.

وإذا كان القاضي المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض تولت الفصل في جواز قبول المخاصمة إحدى دوائر هذه المحكمة في غرفة المشورة".

كما تنص المادة ٤٩٧ على أنه:

«إذا حكم بجواز قبول المخاصمة وكان المخاصم أحد قضاة المحكمة الإبتدائية أو أحد أعضاء النيابة لديها حدد الحكم جلسةً لنظر موضوع المخاصمة في جلسةٍ علنيةٍ أمام دائرةٍ أخرى من دوائر محكمة الإستئناف ويُحكم فيه بعد سماع الطالب والقاضي أو عضو النيابة المخاصم وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى. وإذا كان المخاصم مستشاراً في إحدى محاكم الإستئناف أو النائب العام أو المحامي العام فتكون الإحالة على دوائر خاصةٍ مؤلفةٍ من سبعةٍ من المستشارين بحسب ترتيب أقدميتهم. **أما إذا كان المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض فتكون الإحالة إلى دوائر المحكمة مجتمعة.**

٢- ويتبين من جماع النصوص المتقدمة جواز رد ومخاصمة مستشاري محكمة النقض المصرية ولو كانت تنظر طعناً على إحدى دعاوى المخاصمة المطعون فيها بالنقض أمام محكمة النقض المصرية. كما يجوز ردهم بشأن غيرها من الدعاوى التي تدخل في اختصاص تلك المحكمة إلا أن المشرع المصري قد قيد ذلك إذا كان المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض فتكون الإحالة إلى دوائر المحكمة مجتمعة وتلك ضمانة كبيرة تتناسب مع المكانة الكبرى لمحكمة النقض ومكانة أعضائها.

رابعاً : مدى جواز مخاصمة هيئة محكمة النقض الفلسطينية التي نظرت دعوى المخاصمة موضوع التعليق[٩٦]:

١- تتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ في الباب العاشر منه دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في المواد من ١٥٣ حتى ١٦٣ ويتبين من مطالعة تلك المواد جميعاً أنها تضمنت المادتين رقم ١٥٨ و١٦٢ حيث تنص المادة ١٥٨ على أنه:

"إذا كان المدعى عليه قاضياً بالمحكمة العليا أو بمحكمة الاستئناف أو نائباً عاماً تختص بنظر الدعوى إحدى دوائر محكمة النقض، أما إذا كان المدعى عليه من غير هؤلاء تختص بنظرها محكمة الاستئناف".

كما تنص المادة ١٦٢ على أنه: **"يجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى المخاصمة ما لم يكن صادراً من محكمة النقض".**

ويتبين من هذين النصين أنه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى المخاصمة الماثلة لأنه صادر من محكمة النقض الفلسطينية.

كما يتبين من مطالعة مواد دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني أنها قد خلت من تنظيم قانوني لمخاصمة أعضاء هيئة محكمة النقض التي تصدر الحكم في دعاوى المخاصمة أو غيرها.

٢- رؤيتنا بشأن المشكلة محل البحث:

أ- وتأسيساً على ما تقدم فإننا نرى طبقاً للقانون الوضعي الفلسطيني أنه لا يجوز مخاصمة أعضاء هيئة محكمة النقض مُصدرة الحكم.

ب- كما أننا نرى ضرورة تدخل المشرع الفلسطيني لحسم هذه المشكلة صراحة طبقاً لمنهج المشرع المصري أو المشرع اللبناني حتى لا تثير هذه المشكلة جدلاً قانونياً وقضائياً مستقبلاً.

(96) أنظر القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « شرح النظام القانوني والقضائي في إسرائيل وفلسطين « ص 17 وما بعدها.

المطلب السادس
تطبيقات المحاكم الأجنبية والعربية بشأن ثبوت بعض الوقائع التي كانت موضوعاً لمخاصمة القضاة من واقع الأحكام القضائية التي قررت ذلك

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول موضوع هذا المطلب في البنود التالية:

أولاً: الوضع القانوني والقضائي للمشكلة.

ثانياً: وقائع المخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني الفرنسي.

ثالثاً: وقائع المخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني الأسباني.

رابعاً: وقائع المخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني اللبناني.

خامساً: وقائع المخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني المصري.

سادساً: مدى ثبوت وقائع المخاصمة في النظام القانوني الفلسطيني.

أولاً: الوضع القانوني والقضائي للمشكلة:

يثور التساؤل عن مدى ثبوت دعاوى المخاصمة في النظم القانونية المختلفة خاصة وأنها دعاوى ذات حساسية خاصة إذ أنها تقام ضد قضاة ويفصل فيها قضاة أخرين وما قد يثيره ذلك في نظرنا ومن واقع تجربتنا الشخصية في العمل في القضاء على مدى خمسة وثلاثون عاماً قمنا بالفصل فيها في بعض دعاوى المخاصمة التي كانت مقامة ضد بعض الزملاء المشهود لهم بالعلم والخلق وغيرهم وذلك أثناء رئاستنا لدائرة الاستئناف العالي المختصة بنظر مثل تلك الدعاوى.

وقد اختلفت تطبيقات النظم القانونية والقضائية في هذا الشأن.

ثانياً: وقائع المخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني الفرنسي:

في النظام القانوني الفرنسي لم يصدر أي حكم ضد أحد القضاة الفرنسيين - على قدر علمنا حتى اليوم - بسبب خطأ من الأخطاء التي عددتها المادة ٥٠٥ من قانون المرافعات الفرنسي المعدل.

ومع ذلك فقد قضت المحاكم الفرنسية: بجواز المخاصمة لبعض الموظفين العموميين الذين تسري عليهم قواعد مخاصمة القضاة وذلك في حالتين أثنتين إحداهما تتعلق بمفوض في الشرطة القضائية قام بترويج إشاعات كاذبة مع علمه بذلك [٩٧].

أما دعوى المخاصمة الثانية فهي ضد أحد رؤساء البلديات [٩٨] وذلك عن قيامه بتعيين أحد الأفراد بطريقة غير قانونية.

كما أن محكمة استئناف "جرونوبل" *"grenoble"* قبلت في سنة ١٩٦٧ دعوى المخاصمة ضد ثلاثة من قضاة المحاكم التجارية للإخلال بحق الدفاع[٩٩]. ولكن هذا الحكم لم يلق تأييداً من محكمة النقض الفرنسية. إذ تطلبت في حكمها الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٩ أن يكون الخطأ بالغ الجسامة [١٠٠].

(٩٧) Paris ٨ mai ١٩٤٦ , s. ١٩٤٦,٢,٩٩.

(٩٨) محكمة نانسى ١٤ مارس ١٩٤٨ مجموعة ١٩٤٨ ١٩٤٩ ج ٢ ص ٣٠.

(٩٩) C.A. GRENOBLE : ٣١ mai ١٩٦٧ , D. ١٩٦٨, ١٢ note Vincent

(١٠٠) Civ : CASS ١٠ decembre ١٩٦٩, no ; Bull. civ. ٣٨٩.

ثالثاً: وقائع الخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني الأسباني:

وقد ثبتت بعض وقائع الخاصمة في النظام القانوني الأسباني حيث **قضت محكمة النقض الإسبانية** في ١٩٨٠/١/١ بأنه يكون إهمالاً غير مغتفر تأخر القاضي في إتخاذ إجراء الحجز بناء علي طلب الدائن إلي حد تمكين المدين من تهريب أمواله المزمع توقيع الحجز عليها لا سيما لما ينص عليه قانون المرافعات الإسباني من أن القاضي ملتزم بأن يصدر قرار الحجز في ذات لحظة التقدم به وعلى الأكثر خلال اليومين التاليين من إيداع طلب الحجز لدى قلم الكتاب[١٠١].

رابعاً: وقائع الخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني اللبناني:

١- وقد ثبتت بعض وقائع القرار رقم ٢٠٠٣/٣١ الصادر فى يوم ٢٠٠٣/١١/٢٠ من الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية المرفوع من الجميل وقربه ضد الدولة اللبنانية ونظراً لأهمية هذا الحكم الصادر من القضاء العربي فسوف نورده كاملاً فيما يأتي.

٣- أسباب ومنطوق القرار رقم ٢٠٠٣/٣١ الصادر فى يوم ٢٠٠٣/١١/٢٠ من الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية المرفوع من الجميل وقربه ضد الدولة اللبنانية:

الهيئة الحاكمة

الرئيس الأول: طانيوس الخورى

الرؤساء: عفيف شمس الدين - غسان أبو علوان - لبيب زوين- محمد سعيد عدره - شبيب مقلد - محمد على عويضه ورالف الرياشى.

بناء عليه

حيث أن المرجعة الحاضرة تتعلق بالتقرير المنظم من قبل رئيس المحكمة مصدرة الحكم موضوع هذه المراجعة وهو بتاريخ ١٩٩٩/٣/٩ وبالقرارات الصادرة عن المحكمة بتاريخ ١٩٩٩/١/٢٦ و ١٩٩٩/٢/٢٣ و١٩٩٩/١/١٨.

وحيث من جهة أولى فإن التقرير الذى ينظم فى الدعوى تمهيداً لإصدار الحكم عملاً بالمادة ٧٢٩ أصول محاكمات مدنية ليست له قوة تنفيذية بل يتضمن وقائع القضية وأسباب الطعن والحلول القانونية التى يقترحها واضع التقرير والذى لا يكون له سوى قيمة إستشارية ويبقى بالتالى بمنأى عن إمكانية الطعن به لإبطاله.

وحيث أن القرار الصادر بتارخ ١٩٩٩/١/٢٦ قضى بتكليف مستدعى النقض بدفع الرسم النسبى عن مراجعته. كما قضى القرار الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٢/٢٣ بمنح مستدعى النقض المذكور المعونة القضائية ولا يتوافر فى أى منها الخطأ الجسيم مما يقضى برد طلب إبطالهما.

وحيث أن المعول عليه فى الدعوى هو القرار الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/١٨ والذى قضى بنقض القرار الإستئنافى ودعوة الفرقاء للمناقشة فى رد الثمن ولواحقه مع حفظ حق الجهة المميز عليها فى الإدعاء بالنفقات عن الإضافات إلى العقار بدعوى على حدة إذا شاءت.

وحيث أن مقدمى المراجعة طلبا إبطال القرار تاريخ ١٩٩٩/٣/١٨ المذكور وأدليا بعدة أسباب منها استناد المحكمة مصدرته الى المادة ١٠٧ من قانون الملكية العقارية المتعلقة بالرهن العقارى بالرغم من أن عملية الرهن غريبة عن موضوع الدعوى.

(١٠١) الحكم الصادر من محكمة النقض الإسبانية في ١ / ١٠ / ١٩٨٠.

وحيث أن المطلوب إدخاله طلب رد الدعوى لأن المادة ١١٤ من قانون الملكية العقارية لا تجيز للدائن الذى أعطى عقارا على سبيل الضمان أن ينقل هذا العقار الى اسمه بموجب وكالة باطلة بطلاناً مطلقا لتعلق هذا الأمر بالنظام العام.

وحيث أن الدولة طلبت رد الدعوى لعدم توافر الخطأ الجسيم فى الأحكام المشكو منها. وكذلك طلب ممثل النيابة العامة ردها لعدم توافر الخطأ الجسيم.

وحيث من الرجوع الى القرار المطلوب ابطاله والصادر فى ١٩٩٩/٣/١٨ تبين أن المحكمة أوردت وقائع إعتبرتها ثابتة مفادها أن المطلوب إدخاله كان إستدان من أحد مقدمى المراجعة السيد بطرس الجميل مبلغا من المال ونظم لهذا الأخير كضمان للدين وكالة غير قابلة للعزل تخوله بيع العقار ١٩٧٨ بكفيا عند عدم إيفاء الدين وأنه بالفعل وعندما لم يتم إيفاء الدين عمد الدائن الى إستعمال هذه الوكالة وباع العقار الى زوجته السيدة ليلى قربه.

وحيث أن المحكمة اعتبرت أن الوكالة المنظمة على الوجه المذكور هى ضمان للدين وتمنح الدائن فى حالة عدم وفاء الدين أن ينقل الحيازة والملكية بتسجيل عقار المدين على إسم من يشاء حتى من أقرب المقربين إليه وبالشروط التى يراها الدائن دون مراجعة المدين. هى باطلة منذ تاريخ تنظيمها وذلك إستنادا إلى المادة ١٠٧ من قانون الملكية العقارية التى لا تجيز الإتفاق على أن يبقى العقار المرهون. فى حالة عدم وفاء الدين ملكا للدائن وخلصت إلى نقض القرار الإستئنافى معتبرة أنه أخطأ فى قوله بأن مجرد ستر التأمين بعقد وكالة لا يؤدى بذاته إلى بطلان الوكالة.

وحيث إستنادا الى وقائع القضية والى المعطيات المتوفرة فى الدعوى والتى أخذت بها محكمة التمييز وعلى ضوء الإتفاق اللاحق لتنظيم الوكالة والمبالغ الإضافية التى دفعت عند تنظيم عقد البيع فضلاً عن أنه لم ينظم أى عقد رهن بين الفرقاء ولم يتم تسليم العقار موضوع الوكالة إلى الدائن ولم يسجل فى صحيفته العينية ما يشير الى أن هنالك عملية رهن عقارى وهى الشروط التى يتطلبها قيام عقد الرهن على ما نصت عليه المادة ١٠١ من قانون الملكية العقارى والتى تعرف عقد الرهن وتحدد شروطه بل من الثابت من حيثيات القرار ذاته أن وكالة نظمت لصالح الدائن أعطته صلاحية التصرف بالعقار العائد للمديون وبيعه إذا لم يوف الدين فى الإستحقاق وهذا ما قام به الدائن بطرس الجميل إذا قام ببيع العقار ولم يتملكه.

وحيث أن تقرير محكمة التمييز إبطال الوكالة وبالتالى التسجيل الذى تم استناداً لها معتبرة أن فى ذلك مخالفة للمادة ١٠٧ من قانون الملكية العقارية التى لا تجيز للدائن تملك العقار المرهون تكون قد طبقت أحكاماً قانونية لا تنطبق على حقيقة وواقع العلاقات التى قامت بين الطرفين وفى ذلك خطأ جسيم يوجب بطلان الحكم المطعون فيه.

خامساً: وقائع المخاصمة التي ثبتت في النظام القانوني المصري:

الخطأ المهنى الجسيم للقاضى فى قضاء محكمة النقض المصرية:

في النظام القانوني المصري لم يصدر أي حكم ضد أحد القضاة المصريين - على قدر علمنا حتى اليوم - بسبب خطأ من الأخطاء التي عددتها المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري المعدل بالقانون رقم ٢٠٠٧/٧٦.

ومع ذلك فقد ثبتت إحدى دعاوى المخاصمة أمام إحدى محاكم الاستئناف.

ومن تطبيقات محاكم الإستئناف لما يعد خطأ مهنياً جسيماً وما لا يعد كذلك ما قضت به محكمة إستئناف المنصورة[١٠٢]: من توافر خطأ مهنى جسيم لدى الدائرة المخاصمة بحكمها

(١٠٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري المعدل بالقانون ٢٠٠٧/٧٦ على أنه:
«تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية: =

بعدم قبول تدخل المخاصم خصماً منضماً للمستأنف عليها مع إلزامه بالمصاريف بمقوله أنه لم يطعن بالإستئناف على الحكم الصادر برفض تدخله أمام محكمة أول درجة فى الوقت الذى كان حكم أول درجة قد قبل تدخله ولم يرفضه ورغم ما هو مسلم به من جواز التدخل الإنضمامى لأول مرة فى الإستئناف [١٠٣].

وقد جاء فى هذا الحكم ما يلى - إن خطأ الدائرة المخاصمة قد بلغ فى جسامته حداً لا يعلوه خطأ ويكاد أن يصل إلى حد الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات ويتمثل هذا الخطأ فى جهل المتخاصمين الصارخ والفاحش للمبادئ الأساسية للقانون وهو جهل لا يغتفر ولا شفيع لهم فيه إذ هو لا يقع من القاضى ذى الحرص العادي على أعمال وظيفته ذلك أن المشرع قد أباح التدخل الإنضمامى لأول مرة فى الإستئناف وإدخل من لم يكن خصماً فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف وقد فات الدائرة هذا المبدأ القانونى الأساسى هذا فضلاً عن أن الخصم سبق له طلب قبول تدخله أمام أول درجة وأجيب إلى طلبه منضماً إلى المدعية فى طلباتها وقد قضى لها بما طلبته فكيف يطلب منه إستئناف هذا الحكم بمقولة أنه رفض تدخله [١٠٤].

وقد انتقد بعض الفقه - وبحق - ما ذهبت إليه محكمة استئناف المنصورة[١٠٥] فى الإستئناف رقم ٣٧٨ لسنة ٢٥ ق من أن الخطأ الذى وقعت فيه الدائرة المخاصمة يشكل خطأً مهنياً جسيماً لأنه إذا كان قد فات على أعضاء الدائرة التنبه من خلال الأوراق لهذه القاعدة القانونية التى إعتبرها الحكم من المبادئ الأساسية فربما كان ذلك من قبيل السهو غير المقصود أو ضغط العمل خصوصاً وأن هناك من الأخطاء التى لا تقل عن هذا الخطأ يقع فى العمل ولم يقل أحد بأنها تشكل خطأ أو خطأ مهنياً جسيماً.

وقد توقع صاحب هذا الرأى نقض الحكم عند الطعن فيه وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية عند نظرها لحكم محكمة الإستئناف.

وقد قضت محكمة النقض: أن ما ينعاه مدعي المخاصمة بأسبابها لا يتضمن فى أى شق منه خطأ جسيم بما تجوز تخاصمة القاضى بسببه طبقاً لما إستقر عليه قضاء النقض كما أنه لا يفيد فى مجموعه وجود الغش أو التدليس المدعى بهما فإن المخاصمة تكون عندئذ حائزة القبول . ولما كان الطعن بالنقض للمرة الثانية فقد نقضت المحكمة الحكم وحكمت فى موضوع دعوى المخاصمة الرقمية ٣٧٨ لسنة ٢٥ ق المنصورة بعدم جواز قبولها [١٠٦].

وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في أحدث أحكامها بأن: تمسك الطاعنة بعدم قبول الدعوى محل المخاصمة لرفعها من غير ذي صفة لاختلاف اسم المدعي فيها عن اسم مالك عقار النزاع. اقتصار الحكم محل المخاصمة الصادر من المطعون ضده على ندب خبير للوقوف على صحة الدفع. اعتباره قضاءً تمهيدياً متعلقاً بإجراءات الإثبات دون حسم الخصومة بين طرفيها أو المساس بمصلحة الطاعنة. إقامة الطاعنة دعوى المخاصمة على المطعون ضده

١- إذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم .»

(١٠٣) استئناف المنصورة فى ٢ فبراير ١٩٧٨ وهو حكم غير منشور وموجود لدى كاتب هذا التعليق صورة رسمية منه.

(١٠٤) وقد عرفت محكمة استئناف القاهرة الخطأ المهنى الجسيم بأنه: الخطأ الذى لا يقع فيه القاضى العادي ونعنى القاضى المتبصر الحريص فى أعماله.

(١٠٥) أنظر انتقاد كاتب هذا التعليق لحكم محكمة استئناف المنصورة قبل إلغاءه من محكمة النقض القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد « المسئولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة دراسة مُقارنة للمسئولية التأديبية والجنائية والمدنية للقضاة وأعضاء النيابة في النظم القانونية المعاصرة الرسالة الحائزة على مرتبة الشرف الأولى» ص ٦٠٣ وما بعدها.

(١٠٦) الطعون أرقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٢٨.

بقالة إغفاله ما تمسكت به من دفع أو عدم إجابة طلبها التحفظ على التوكيل المقدم في الدعوى محل المخاصمة والمدعى بتزويره. جدل موضوعي. قضاء الحكم المطعون فيه بعدم جواز المخاصمة استناداً إلى نفي الخطأ من جانب المطعون ضده. صحيح.

وقالت المحكمة في أسباب هذا الطعن: إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنة - وهي المدعي عليها في الدعوى موضوع المخاصمة - قد نازعت في صفة المدعي فيها وتمسكت بعدم قبولها لرفعها من غير ذي صفة على سند من اختلاف اسمه عن اسم مالك عقار النزاع وكان الحكم محل المخاصمة الصادر من المطعون ضده قد اقتصر على ندب خبير للوقوف على مدى صحة الدفع المبدى منها، وهو لا يعدو أن يكون قضاءً تمهيدياً يتعلق بإجراءات الإثبات في الدعوى دون أن يحسم الخصومة بين طرفيها، فلم يضع هذا الحكم حداً للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم فيه مساس بمصلحة الطاعنة. وإذ كان ما نسبته الأخيرة للمطعون ضده بتقرير المخاصمة هو مجرد مجادلة موضوعية تدور في الأساس حول المنازعة في أصل الحق المتنازع عليه ومجالها الطعن في الحكم المنهي للخصومة بالطريق المناسب، ولا تنطوي على الخطأ المهني الجسيم على النحو الذي عنته المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات. وكان لا عبرة بما تثيره الطاعنة بشأن ادعائها بتزوير توكيل قدم في الدعوى المستعجلة محل المخاصمة وعدم إجابة المحكمة طلبها التحفظ عليه ذلك أن الأوراق المعروضة على هذه المحكمة قد خلت من دليل في هذا الخصوص ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وخلص إلى نفي الخطأ في جانب المطعون ضده، ورتب على ذلك قضاءه بعدم جواز المخاصمة. فإن النعي عليه بما أوردته الطاعنة بأسباب الطعن ومنازعتها في توافر الخطأ المهني الجسيم في جانب المطعون ضده لا يعدو أن يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الدليل فيها تنحسر عنه رقابة محكمة النقض[١٠٧]

الطعن رقم ٩١٣٧ لسنة ٦٤ق- جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٠ مدني

سادساً: مدى ثبوت وقائع المخاصمة في النظام القانوني الفلسطيني:

يمتد التاريخ القانوني الفلسطيني إلى عُمق التاريخ منذ الحضارات الأولى[١٠٨] ومع ذلك فنظراً لحداثة النظم القانونية الفلسطينية المعاصرة في ظل السلطة الفلسطينية المعاصرة فإنه لم يتأكد لدينا علمياً حتى اليوم صدور أي أحكام قضائية فلسطينية بثبوت مخاصمة القضاة الفلسطينين.

(١٠٧) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الآن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية ».

(١٠٨) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « شرح النظام القانوني والقضائي في إسرائيل وفلسطين» ص ١٧ وما بعدها.

المطلب السابع
تقدير الحكم محل التعليق

يتبين من تحليل وتأصيل الحكم الصادر من محكمة النقض الفلسطينية الصادر في النقض المدني رقم ٢٠٠٤/١ بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠ على ضوء نصوص القوانين الفلسطينية وما استقر عليه قضاء المحاكم الفلسطينية والقانون والقضاء المقارن ما يأتي:

أولاً: أن المحكمة قد طبقت قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ تطبيقاً صحيحاً حيث أنها مختصة بنظر النزاع موضوع المخاصمة واتبعت الشكل والأصول القانونية لدعوى المخاصمة المنصوص عليها في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠١[١٠٩].

ثانياً: ما وقعت فيه الدائرة المخاصمة هو وبحق مجرد خطأ في تسبيب الحكم وقد استقرت التشريعات المقارنة والفقه والقضاء المقارن - كما سلف البيان تفصيلاً على أن الخطأ في تسبيب الحكم لا يعد خطأ مهنياً جسيماً.

ثالثاً: أنه نظراً للأضرار التي لحقت بالمخاصَمْين المدعيْن فإنهما من الناحية الواقعية قد اعتبرا أن ما أصابهما من ضرر جسيم لا بد أن يقابله خطأ جسيم من قبل الهيئة التي أصدرت الحكم وهذا أمر غير لازم وقياس مع الفارق إذ أن معيار قياس خطأ القاضي يختلف عن معايير قياس الأوراق المالية وأسعار العملات وغيرها من المعايير السائدة في الأسواق.
ومع ذلك فقد كفل القانون لهما هذا الحق ولا ننكره عليهما.
رابعاً: أن الحكم محل التعليق لم يخالف المبادئ العامة لرد القضاه ومخاصمتهم فى الشريعة الإسلامة على النحو السالف بيانه.

خامساً: ضرورة تدخل المشرع الفلسطيني لعمل تنظيم تفصيلي لمخاصمة القضاة في القانون الفلسطيني طبقاً لما أوضحناه تفصيلاً وعلى وجه الخصوص اتباع النظام القانونى المعمول به في القانون المصري والقانون الإيطالي.

سادساً: أن الخطأ في التسبيب في تقديرنا هو بصفة عامة مجردة قد يبيح الطعن على الحكم بالاستئناف أو الطعن عليه بالنقض ولكنه لا يعد في جميع الأحوال خطأ مهنياً جسيماً يصلح كسبب لقبول دعوى المخاصمة ضد القاضي.

سابعاً: ويؤكد ما انتهينا إليه سلفاً بعض الأحكام النادرة لمحكمة النقض المصرية والتي لم يسبق الإشارة إليها في هذا التعليق وهي:
١- قضت محكمة النقض المصرية بأن: تُزيد الحكم إلى ما أثر له في نتيجته لا عيب. مثال.
وقالت المحكمة فى أسباب الطعن: وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يفلح فى اقناع محكمة الموضوع بسلامة نيته فى الطعن ولم يستطيع التدليل على حقيقة ما أسنده إلى المجنى عليهم ، فان منعاه على الحكم فى هذا الخصوص يكون غير سديد لما كان ما أثبته الحكم

(١٠٩) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد « شرح النظم القانونية والاقتصادية والسياسية في مصر والدول العربية « ص ١٧ وما بعدها.

المطعون فيه فى مدوناته من أنه وقد حددت المادة ٤٩٤ مرافعات الحالات التى يجوز فيها مخاصمة القضاة، على سبيل الحصر إذا وقع من القاضى فى عمله غش أو تدليس أو غدراً أو خطأ مهنى جسيم أو انكار العدالة وفى المقابل لذلك عند اتهام القضاة بأمور مؤثمة جنائياً، فان المشرع رأى منعا من اتخاذ إجراءات اتهام أو تحقيق أو محاكمة جنائية تعسفا ضد قاضي للتنكيل به، قد جعل هذه الإجراءات،تحت إشراف لجنة متفرعة من المجلس الأعلي للهيئات القضائية، مع مراعاة حكم المادتين ٩٥ و ٩٦ من قانون السلطة القضائية لا يعدو أن يكون تزيدا لم يكن له أثر فى منطق الحكم ولا فى النتيجة التى انتهى إليها، ذلك بأنه أقام قضاءه على ما تفصح عنه مدوناته على أسباب مستقلة عما تزيد فيه من أسباب ورد عليها النعى ويستقيم الحكم بدونها، فان منعى الطاعن فى شأنها بفرض صحته يكون غير منتج[١١٠].

• الطعن رقم ٢٠٣٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠ س ٣٤ ص ١٠١٥ جنائى.

٢- قضت محكمة النقض المصرية بأن: حق المحكمة في استعراض أسباب المخاصمة وأدلتها للحكم بجواز المخاصمة أو بعدم جوازها. المادة ٨٠٢ مرافعات (من قانون المرافعات المصري الملغي).

وقالت المحكمة فى أسباب الطعن: من حق المحكمة عملا بالمادة ٨٠٢ مرافعات (**من قانون المرافعات المصري الملغي**) أن تبحث مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وتحكم بقبولها وهذا لا يتأتى الا باستعراض أسباب المخاصمة وأدلتها لتتبين منها مدى ارتباطها بأسباب المخاصمة فإذا كان الحكم قد أشار إلى أنه لم ير فيما أسند إلى وكيل النيابة على ما ظهر له من الأوراق غشا أو تدليسا أو غدرا أو خطأ مهنيا جسيما، وانما رأي أن ما أتاه يعتبر خطأ مهنيا غير جسيم بسبب حداثة عهده بأعمال النيابة وأنه خطأ هين لا يدخل فى أسباب المخاصمة فان الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون إذا قضي بعدم جواز المخاصمة.

• الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠ س ٧ ص ١٠٠١ مدنى

(١١٠) أنظر القاضي د. عبد الفتاح مراد «برنامج CD موسوعة مراد الجنائية والمدنية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشاء المحكمة عام ١٩٣١ وحتى الآن وطرق نقض الأحكام فى القوانين العربية».

خاتمة التعليق على الحكم

سوف نقوم بتخصيص هذه الخاتمة لبيان القيمة العلمية والقانونية والقضائية للحكم محل التعليق مع تلخيص تقريري في أسطر قليلة جامعة نلخص فيها ما انتهينا إليه من تقديرنا للحكم ومزاياه وعيوبه ورأينا فى هذا الحكم وذلك فيما يلي:

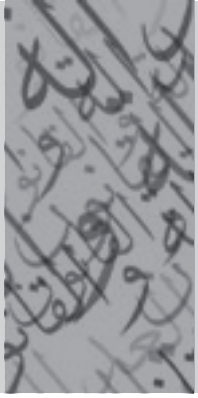
يتبين من مطالعة الحكم الصادر من محكمة النقض الفلسطينية الصادر في النقض المدني رقم ٢٠٠٤/١ بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠ أنه قد انتهى صائباً إلى تقرير قانوني مطابق للقانون ويتفق مع الواقع وعلى ما استقرت عليه أحكام القضاء الفلسطيني والقضاء المقارن ولا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وانتهى صحيحاً إلى أن ما صدر عن الهيئة المخاصمة لا يعدو أن يكون مجرد خطأ يصدر من القاضي العادي في تسبيب الحكم القضائي ولما كان الخطأ كما استقر عليه الفقه والقضاء المقارن لا يعد خطأ مهنياً جسيماً فقد انتهى الحكم المذكور إلى عدم قبول دعوى المخاصمة. والحكم على الجهة المدعية بغرامة مقدارها خمسمائة دينار أردني ومصادرة الكفالة.

والخطأ في التسبيب في تقديرنا هو بصفة عامة مجردة قد يبيح الطعن على الحكم بالاستئناف أو الطعن عليه بالنقض ولكنه لا يعد في جميع الأحوال خطأ مهنياً جسيماً يصلح كسبب لقبول دعوى المخاصمة ضد القاضي[١١١].

وذلك لأن الخطأ المهنى الجسيم هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في خطأ فاضح ما كان يجب أن يقع في القاضي الذي يهتم أهتماماً عادياً بعمله. وقد يكون جهلاً فاضحاً بالمبادئ الأساسية للقانون أو الجهل الذي لا يغتفر ***inexcusable*** في الوقائع الثابته في ملف الدعوى. ويشترط أن يكون هذا الخطأ استثنائياً وفاضحاً. أما الخطأ غير الجسيم فلا يبرر مخاصمة القاضي حتى يطمئن القاضي في عمله ولا يتهيب التصرف أو الحكم في الدعوى. وعلي ذلك لا يكون القاضي مسئولاً مدنياً إذا أخطأ في تقدير الوقائع واستخلاصها أو في تفسير القانون ومع ذلك قد يستوجب ذلك مسئوليته التأديبية لسوء تقديره للوقائع الثابته أو لتفسيره المتعارض مع صريح النص.

الأمر الذى مفاده عدم توفر الخطأ المهنى الجسيم فى الحكم محل المخاصمة كما انتهت إلى ذلك محكمة النقض الفلسطينية.

(١١١) رجعنا في هذا البحث إلى مراجع إنجليزية وفرنسية وإيطالية وأسبانية وعربية قمنا بالإشارة إلى أهمها في حواشي هذا البحث.



الحكم رقم ٢٠٠٦/٨٩

تعليق المحامي الاستاذ هشام قراعين- رام الله
تعليق المحامي الاستاذ باسل بسطامي- الاردن
تعليق الاستاذ الدكتور أحمد عبد الباسط جميعي- مصر

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/٨٩
التاريخ: ٢٠٠٧/٢/١٤

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

"الـــــحـــــكـــم"

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي زهير خليل

وعضوية السادة القضاة : محمد شحادة سدر ، وعماد سليم ، ود. عثمان التكروري، وفتحي ابو سرور

الطاعـــــن: يونس محمد شحادة ابو قبيطة/ رام الله

وكيله المحامي ابراهيم البرغوثي/ رام الله

المطعون ضده: منصور محمود المعروف باسم منصور عطية ناصر بصفته الشخصية وبوكالته عن ناصر عطية بموجب الوكالة العامة رقم ٩٦/١٤٣١ عدل رام الله وكلاهما بالاضافة الى تركة مورثهما عطية ناصر منصور بموجب حجة التخارج رقم ٤٣/٢٦/١٦٥ شرعية رام الله.

وكيله المحامي محمد عثمان عطا/ البيرة

الاجـــراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٨ لنقض القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في الاستئناف المدني رقم ٢٠٠٥/٢٧ تاريخ ٢٠٠٦/٣/٢١ والقاضي برد الاستئناف وتصديق القرار المستأنف .

الكاتب — الرئيـس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/٨٩
التاريخ: ٢٠٠٧/٢/١٤

يستند هذا الطعن للاسباب التالية:

١ـ القرار المطعون فيه مخالف للقانون.

٢ـ اخطأت محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في تطبيق القانون على وقائع الدعوى كما اخطأت في تأويل وتفسير القانون واجب التطبيق.

٣ـ اخطأت محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في عدم اعمال ما استقر عليه الفقه والقضاء من ان البينات من حق الخصوم وبالتالي فإن المحكمة لا تملك اخضاع مبدأ عدم جواز الاثبات بالبينة من عدمه لتقديرها الخاص.

٤ـ القرار المطعون فيه مخالف لاحكام القانون وكان على المحكمة ان لا تتناقض مع قناعة محكمة الصلح والتي توصلت الى انه لا يجوز بالمطلق اثبات الاجارة بالبينة الشفوية.

٥ـ اخطأت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تأويل القانون وتفسيره وفي التطبيق السليم لاحكام القانون على وقائع الدعوى وفسرت البند العاشر من اللائحة الجوابية تفسيراً على خلاف الحقيقة والقانون متجاهلة دونما سند ما ورد في البندين التاسع والحادي عشر من اللائحة الجوابية.

٦ـ اخطأت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تأويل القانون وتفسيره وفي التطبيق السليم عندما قرأت وعلى خلاف الحقيقة والواقع والقانون حين استندت في حكمها الى التناقض بين اقوال المستأنف وزوجته.

٧ـ اخطأت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تأويل القانون وتفسيره وفي التطبيق السليم لاحكام القانون على وقائع الدعوى عندما قضت ضد الحقائق التي تبينت امام محكمة اول درجة حيث اثبت فيه الطاعن انه وبصفته زوجاً للمستأجرة يضع يده على الغرفة موضوع الدعوى بموجب عقد ايجار لا زال ساري المفعول حسب القانون.

٨ـ يلتمس الطاعن اعتماد مرافعته امام محكمة صلح رام الله جزء لا يتجزء من لائحة الطعن.

الكاتب

الرئيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/٨٩
التاريخ: ٢٠٠٧/٢/١٤

٩- اخطأت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تأويل القانون وتفسيره وفي التطبيق السليم لاحكام القانون على وقائع الدعوى وعندما استندت الى اجتهاد مفاده اثبات العلاقة الايجارية امر يتوقف على وقائع الدعوى عندما استندت الى اجتهاد مفاده ان اثبات العلاقة الايجارية امر يتوقف على فهم المحكمة الواقعي في قبول او عدم قبول الاثبات بغير الكتابة.

١٠- اخطأت محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في تأويل القانون وتفسيره وفي التطبيق السليم لاحكام القانون على وقائع الدعوى عندما تجاوزت صلاحية القضاء عبر التوسع في تفسير احكام قانونية وجوبية لا صلاحية للمحكمة الموقرة فيه.

١١- اخطأت محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في تأويل القانون وتفسيره وفي التطبيق السليم لاحكام القانون على وقائع الدعوى عندما استحدثت طرق اثبات لم ينص عليها القانون واناطت تحديد امر وسائل الاثبات بالمحكمة وليس بالقانون.

الوقائع

١- بتاريخ ٩٨/٥/٩ اقام المطعون ضده الدعوى الحقوقية -المدنية- رقم ٩٨/٧٦ضد الطاعن وموضوعها منع معارضة في منفعة جزء من عقار بداعي ان الطاعن (المدعى عليه) مستأجر غرفة ومطبخ (طابق ارضي) وحمام خارجي في عمارة المطعون ضده (المدعي) الواقعة في مدينة البيرة شارع جبل الطويل والقائمة على قطعة الارض رقم (٢٣)حوض (٢٨) حي كرم جاسر رقم (٩) من اراضي البيرة وان الطاعن (المدعى عليه) قام منذ حوالي اربع سنوات بالاستيلاء على غرفة علوية تقع فوق المأجور مباشرة واخذ يستغلها ويعارض المدعي (المطعون ضده) في الانتفاع بها مستغلاً غيابه في المهجر ويرفض تسليمها له رغم المطالبة برفع يده عنها بعد حضوره حديثاً.

٢- تقدم الطاعن (المدعى عليه) بلائحة جوابية ورد فيها ان الغرفة موضوع الدعوى هي جزء لا يتجزأ من المأجور وانه يستغلها بصفته مستأجرا قانونيا لها.

الكاتب

الرئيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/٨٩
التاريخ: ٢٠٠٧/٢/١٤

٣- بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٧ اصدرت محكمة الصلح قراراً في الدعوى المذكورة يقضي بعدم معارضة المدعى عليه (الطاعن) للمدعي (المطعون ضده) على ان تسلم الغرفة العلوية من العقار الواقع في قطعة الارض رقم (٢٣) حوض (٢٨) مدينة البيرة خالياً من الشواغل والشاغلين لعدم ثبوت شرعية وضع اليد على الغرفة موضوع الدعوى وعجزه عن اثبات الايجارة.

٤- لم يرتض المدعى عليه (الطاعن) بقرار محكمة الصلح وطعن به بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٦ لدى محكمة البداية بصفتها الاستئنافية سجل طعنه تحت رقم ٢٠٠٥/٢٧.

٥- وبتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢١ اصدرت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية القرار المطعون به بالنقض بتأييد حكم محكمة الصلح لعدم اثبات تأجير العقار موضوع الدعوى في البينة المقدمة.

المحكمة

بالتدقيق والمداولة ولتقديم الطعن بالميعاد تقرر المحكمة قبوله شكلاً.

وفي الموضوع وفيما يتعلق بالسببين الاول والثاني نجد بان الطاعن لم يبين في مدين السببين ما يعاب على الحكم المطعون فيه من انواع مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه او تأويله ووجه هذه المخالفة وسندها القانوني لان القانون اوجب على الطاعن ان يبين في لائحة طعنه النص او القاعدة واجبة التطبيق واوجه المخالفة التي يدعيها ولا يكفي الاشارة الى العيوب التي يأخذها على الحكم بصيغة عامة بل عليه ان يلتزم بالتعريف بها تعريفاً نافياً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها كشفاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة بحيث يبين فيها العيب الذي يعزوه الطاعن الى الحكم وموضعه واثره في قضاءه، لذلك فإن خلو السببين الاول والثاني من التعريف الواضح والكاشف عن مخالفة القرار المطعون فيه للقانون والخطأ في تأويله وتطبيقه يجعلهما غير مقبولين ونقرر ردهما.

الكاتب — الرئيس

نقض مدني
رقم: ٢٠٠٦/٨٩
التاريخ: ٢٠٠٧/٢/١٤

اما بالنسبة لباقي اسباب الطعن والتي ينعى فيها الطاعن على القرار المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تأويله وتفسيره وفي التطبيق السليم لاحكام القانون على وقائع الدعوى بما في ذلك ايضا السبب الثامن الذي يلتمس فيه الطاعن اعتبار مرافعته امام محكمة الصلح جزء لا يتجزأ من هذا الطعن نجد بأن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية توصلت في قرارها المطعون فيه الى عجز الطاعن عن اثبات قيام علاقة الايجار بالعقار موضوع الدعوى كان استنادا لسلطتها في استخلاص ذلك من فهم الواقع وهو الامر الذي تستقل به محكمة الموضوع وحسبها ان تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وان يصح قضائها على اسباب سائغة لا تخالف الثابت بالاوراق وبما ان محكمة الاستئناف جملت حكمها على اسباب سائغة وثابتة في اوراق الدعوى فلا رقابة لمحكمة النقض على قضائها ويكون النعي على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه وتأويله كما ورد في اسباب الطعن المذكورة غير مقبول

لهذه الاسباب

تقرر رد الطعن بالنقض موضوعا وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف والغاء القرار المؤقت القاضي بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه الصادر في الطلب رقم ٢٠٠٦/١٥.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ١٤/ ٢ /٢٠٠٧

الكاتب

الرئيس

التعليق على الحكم رقم ٢٠٠٦/٨٩

"منع معارضة"

تعليق المحامي الاستاذ هشام قراعين- رام الله
تعليق المحامي الاستاذ باسل بسطامي- الاردن
تعليق الاستاذ الدكتور أحمد عبد الباسط جميعي- مصر

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/٨٩

المحامي الاستاذ هشام قراعين- رام الله

أولا: المقدمة

في الأمور العلمية التي من المفروض ان تكون ثابتة وأكيدة يختلف العلماء حول مسألة ما. فما بالك بمسألة قانونية أو فكرة معينة.
فعلى مدى التاريخ قد اختلف رجال القانون والقضاة فيما بينهم حول نقطة قانونية أو مبدأ قانوني ترسيه المحاكم فترة من الزمن لا يلبث أن يتغير لتغير المرحلة أو أشخاص القضاة.
فشخص القاضي مهم جداً في إرساء مبدأ القانون أو تغييره. وهذا ما لاحظناه عندما كانت هناك هيئتان منفصلتان لمحكمة العدل العليا الفلسطينية حيث كانت تتناقض الاجتهادات حول نقطة قانونية واحدة. وما تلاحظه من تناقض الاجتهادات عندما تتغير تشكيلة محكمة النقض بين الحين والأخر.
يساعد على تعميق هذه التناقضات واختلاف المبادئ القانونية إلغاء قوانين قديمة مضى على تطبيقها خمسين عاما وحلول قوانين جديدة محلها مجتزأة من قوانين الدول العربية المحيطة بصورة تفتح المجال أمام اجتهادات مختلفة قد تكون متناقضة أو متباعدة عن بعضها.
وبذلك يشتق الأمر على قضاة محاكم الدرجة الأولى والثانية كما يشتق على المحامين ورجال القانون سواء بالتعامل مع المحاكم أو مع موكليهم أو حتى في تكييف الدعوى وصياغتها.

ولكن قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:
(من اجتهد فأصاب له أجران. ومن اجتهد فأخطأ فله اجر). متمنيا أن يكون لي أجران. ولكل مجتهد نصيب.

ثانياً: التعليق على القضية:
هذا التعليق يشمل القضية ذاتها وإجراءاتها وبذلك القرارات الثلاثة الصادرة فيها من صلح واستئناف ونقض.

أ-الوقائع:

١- أقيمت هذه القضية من المدعي ضد المدعي عليه سنة (٩٨) بطلب منع معارضة في جزء من عقار وهو عبارة عن غرفة تعلو المأجور الذي يشغله المدعي عليه وعائلته بطريق الإجارة. حيث يعتبر المدعي ان المدعي عليه قد اغتصب منفعة هذه الغرفة.

٢-رد المدعي عليه بلائحة جوابية ادعى في البند التاسع منها ادعاء موضوعيا بكونه مستأجراً قانونياً لهذه الغرفة وأنها جزء لا يتجزأ من المأجور الذي يقع تحتها.
٣-سارت الإجراءات أمام محكمة الصلح في ظل قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني رقم (٤٢) لسنة (٥٢). ثم صدر قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠٠١) وأصبح موضع التطبيق.

٤-أصدرت محكمة الصلح الموقرة قرارها بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٧ بإلزام المدعي عليه بتسليم الغرفة العلوية خالية من الشواغل والشاغلين.
كما أصدرت محكمة البدائة الموقرة بصفتها الاستئنافية قرارها رقم ٢٠٠٥/٢٧بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢١ برد الاستئناف موضوعا وتصديق القرار المستأنف الذي طعن فيه أمام محكمة النقض الموقرة التي أصدرت قرارها رقم ٢٠٠٦/٥٩ بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٤ برد الطعن وتأييد قرار محكمة الاستئناف الموقرة.

وبذلك أضحى القرار الصادر عم محكمة الصلح قطعياً.

ب-القانون:

لقد أوردت الوقائع في هذه القضية الأصل إلى نقطة واحدة ووحيدة تتعلق بالإجراءات.
فالمدعي عندما ادعى بغصب الغرفة الواقعة فوق المأجور من قبل المدعي عليه رد الأخير بادعاء قانوني يدفع به الدعوى وهو أنه مستأجر قانوني لهذه الغرفة.

إذن كان من المفروض والحال كذلك أن يبدأ المدعي عليه بتقديم بينته لإثبات الإجارة عملا بإحكام المادة (١٣٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم (٤٢) لسنة (٥٢) (تقابلها بنفس الصيغة تماما المادة (١١٩) (١) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.
ذلك إن الأصل براءة الذمة والأصل أن الغرفة محل الدعوى خالية من حقوق الآخرين. ومن يدعي بوجود حق انتفاع له فيها أن يثبت ذلك لأنه خلاف الأصل. وبذلك ينتقل إليه عبء الإثبات.
هذا الأمر مع _كامل الاحترام_ فات كل من تعامل مع هذه القضية من المحامين الأربعة الذين تولوا القضية اثنان عن المدعي واثنان عن المدعي عليه كما فات السادة قضاة الصلح الذين تعاقبوا على نظر القضية وهم اكثر من أربعة قضاة وفات قضاة محكمتي الاستئناف والنقض الموقرتين ولم يطعن المدعي عليه بذلك أساسا أمام هاتين المحكمتين ببطلان الإجراءات أمام محكمة الصلح وأنا اعتبر أن هذه الإجراءات من النظام العام لتعلقها بحسن سير العدالة وتسيير القضية الحقوقية طبقا للقانون وهو بلا شك مهمة القاضي.
لذلك أرى انه كان يجب إبطال الإجراءات من أساسها والسير في القضية من أولها وإعطاء المدعى عليه حق البدء في الدعوى.
قد يقال بأن من يبذل عشر سنوات من حياته في إجراءات محاكمة تتعلق بغرفة فوق السطح ليس لديه استعداد للخوض مجددا في محاكمة لعشر سنوات أخرى ...!
ولكني أقول بأن الفكرة القانونية التي طرحتها ليس لها علاقة بطول أمد المحاكمة مع إننا جميعا نعاني من ذلك. راجيا أن يتحمل السادة القضاة وبعدهم الزملاء المحامين الذين شاركوا في هذه القضية هذا الانتقاد الذي اعتبر أن الهدف منه فائدة القانون وليس التعرض لأحد بشخصه أو بكفاءته أو علمه إذ كلنا لا زلنا نتعلم.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/٨٩

المحامي الاستاذ باسل بسطامي- الأردن

تقديم:

بناء على الطلب الوارد في كتاب الرئيس التنفيذي للمركز الفلسطيني لإستقلال المحاماة و القضاء «مساواة» المؤرخ في ٢٠٠٧/٨/٥ والذي يطلب فيه موافاته بالتعليق على قرار محكمة الإستئناف الموقرة رقم ٢٠٠٥/٢٧ وقرار محكمة النقض الموقرة رقم ٢٠٠٦/٨٩ تاريخ ٢٠٠٧/٢/١٤ وحيث تم تزويدي بمحاضر الدعوى المشتملة على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة من الفريقين وقرارات المحاكم الصادرة فيها. وأرفق بها صور عن قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.

أولاً: موجز الوقائع كما هي في لائحة الدعوى وفي اللائحة الجوابية: (الدعوى رقم ٩٨/٧٦ صلح حقوق رام الله):

١- موضوع الدعوى هو منع معارضة في منفعة جزء من عقار.

٢-المدعي السيد / منصور محمود بالصفة الشخصية وبوكالته عن السيد/ ناصر عطيه ناصر بالإضافة إلى تركة مورثهما عطيه ناصر منصور. الوكيل المحامي الأستاذ محمد عثمان عطا.

٣-ذكر المدعي في البند (١) أن المدعى عليها مستأجرة غرفة ومطبخ (طابق أرضي) وحمام خارجي في عمارة المدعي المشار إلى رقمها ووصفها في هذا البند.

وذكر في البند (٢) أن المدعى عليه منذ حوالي سبعة سنوات تقريباً قام بالإستيلاء على غرفة علوية تقع فوق المأجور مباشرة ويعارض المدعي في الانتفاع بها (مستغلاً غياب المدعي في المهجر).

٤-لذا فقد طلب المدعي الحكم على المدعى عليه بعدم معارضته في الغرفة العلوية الواقعة فوق المأجور المستأجر من المدعى عليه وتسليمها له خالية من الشواغل والشاغلين....

٥-طالب المدعى عليه السيد يونس محمد شحادة أبو قبيطة في جوابه برد الدعوى لعدم صحة الخصومة ولأنها مقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها ولإنتفاء الصفة القانونية للمدعي ولأن المدعي ليس من الورثة ولأنها مقامة بالاستناد لوكالات لا تخول صاحبها الحق في إقامتها.

وانكر المدعى عليه ملكية المدعي للعمارة وأنكر واقعة الاستيلاء على الغرفة وأضاف في البند (٩) من جوابه بأن الغرفة المشار إليها في البند الثاني من لائحة الدعوى هي جزء لا يتجزأ من المأجور منذ مدة طويلة من الزمن وطالب برد الدعوى.

ثانياً: ملاحظات حول صحة الخصومة:

١-لماذا لم ترد دعوى السيد منصور محمود بالصفة الشخصية طالما أنه ليس وريثاً وبالتالي ليس متخارجاً له !

٢- سند التسجيل رقم ٢٣٠٧٢ يشير إلى ملكية المرحوم محمود عطية ناصر القراقرة للعقار موضوع الدعوى.

٣-وحول مخاصمة المدعى عليه فقد ذكر المدعي على الصفحة (١٨) من محضر المحاكمة من شهادته/ تحت القسم القانوني (لا بل أن زوجة المدعى عليه قامت بالاستيلاء على الغرفة العلوية موضوع دعوى منع المعارضة)) ولكن الزوجة ليست خصماً في هذه الدعوى و/أو لم يتم تعديل لائحة الدعوى (المواد ٩٦ . ٩٧ . ٩٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١) والذي أصبح ساري المفعول أثناء سير الدعوى ويسري على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى (المادة ١ من هذا القانون).

ثالثاً: التقادم ومرور الزمن:

١- تمسكت الجهة المدعى عليها ـ على سبيل التناوب ـ بأنها تشغل الغرفة العلوية منذ أكثر من خمسة عشر عاماً مما يوجب رد الدعوى لمرور الزمن الطويل (نهاية الصفحة ٥ من مرافعة المدعى عليه) حيث بين على تلك الصفحة أن الدعوى قدمت وسجلت بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ وأن المدعي في أقواله في جلسة ٢٠٠١/٥/٢٣ (صفحة ٢١ من محضر المحاكمة) ذكر بأن وضاعة اليد (.. لا أعرف إذا ما كان المدعى عليه وزوجته قد استوليا على الغرفة قبل ١٥ سنة).

٢-ولكن المدعى عليه ــ مع الإحترام ـ لم يتمسك بهذا الدفع في أي مكان من لائحته الجوابية وبالتالي وحيث يتوجب أثارة هذا الدفع ابتداء وإلاّ سقط الحق به فإن إلتفات المحاكم بدرجاتها الثلاثة عنه يكون متفقاً وأحكام القانون.

رابعاً: إشارة بإيجاز إلى بينات الطرفين:

١-قدم المدعي أقوال مجموعة من الشهود على مرحلتين: مرحلة بينة أولية ثم في مرحلة البينة الداحضة.

٢-تهاترت بينات المدعي ــ مع الإحترام ــ حيث لم اعثر على أقوال متطابقة لشاهدين مثلاً بل كل شاهد / شاهدة كان يذكر واقعة مغايرة (حول تسليم المفتاح والمستأجر السابق وتاريخ خروجة وساعة الكهرباء التي تغذي المأجور والغرفة العلوية ... الخ).

ومعلوم أن البينات إذا تهاترت لا يؤخذ بها إعمالاً بقاعدة (يسقط الدليل إذا تطرق له الاحتمال).

٣-ليس مألوفاً ــ مع الإحترام ــ الطريق الذي سلكه المدعي ــ مع كل التقدير والإحترام للجهد الكبير الذي بذله وكيله في تقديم البينات أو المرافعات أو في الرد على لوائح الإستئناف والنقض.

وما قصدته هنا هو أنه في دعوى منع المعارضة ليس مألوفاً تقديم شهود و/أوبينة على النفي والبينات الوحيدة التي تقدم في دعوى منع معارضة في منعفة عقار هي:

أ-سند تسجيل العقار (لإثبات ملكية المدعي له).

ب-مخطط موقع ومخطط أراضي.

حـ- إذا أنكر المدعى عليه وضع يده / إشغاله للعقار يجري تقديم شاهدين إثنين لإثبات واقعة الإشغال.

وطالما إن المدعى عليه لم ينكر واقعة إشغال الغرفة موضوع الدعوى (البند رقم ١٠ من اللائحة الجوابية) فلم يكن هنالك أي سبب يدعو المدعي لتقديم البينة الشخصية والتي لم تكن منسجمة مطلقاً وبالتالي لا يطمئن إليها .

٤-كذلك فإن أقوال شهود المدعى عليه تهاترت ولم ترد بشكل واضح على واقعة إستئجار الغرفة العلوية من (المرحومة الحاجة أم أنور) بإستثناء ما ورد في أقوال المدعى عليه كشاهد لنفسه في جلسة ٢٠٠١/١٢/٣٠ وأقوال الشاهدة (وضحة جبرين جبر أبو قبيطة) في جلسة ٢٠٠١/١٠/١٧.

٥-كما قدم المدعى عليه إيصالات صادرة عن شركة كهرباء محافظة القدس يتعلقان بخدمة الكهرباء شاملة الغرفة العلوية.
٦- أي أن المدعى عليه قدم قرينة على واقعة الإيجار وقدم البينة الشخصية التي أكدت واقعة الإيجار للغرفة العليا (موضوع الدعوى) ولكنه لم يقدم عقد إيجار ولم يقدم إيصال صادر عن المالك و/أو عن ورثة المالك.

خامساً: من حيث قرارات المحاكم الصادرة في هذه الدعوى:
١-قرار محكمة الدرجة الأولى (صلح حقوق رام الله رقم ٩٩/٧٦) استعرض بعض أقوال شهود فريقي الدعوى والبينات الخطية المقدمة فيها وأشار إلى تعريف المستأجر الوارد في المادة(٣) من قانون المالكين والمستأجرين رقم (٦٢) لسنة ١٩٥٣ وتوصل القرار إلى أن المدعى عليه لم يثبت شرعية وضع يده على الغرفة موضوع الدعوى لا بالإجارة ولا بأي صفة قانونية أخرى وتوصل القرار إلى الحكم لصالح المدعي.
٢- قرار محكمة بداية رام الله ــ بصفتها الإستئنافية ــ رقم ٢٠٠٥/٢٧ حيث عالج القرار الدفع بعدم صحة الخصومة بداعي أن إسم المدعي منصور ورد في حجة الإرث(محمود) وأن وكالته عن ناصر (الوكالة الخاصة المبرز م/١) تخوله مع الإشارة إلى توصل القرار إلى وجود تضارب في أقوال المستأنف ــ كشاهد ــ وأقوال زوجته حول واقعة الإجارة وناقش القرار بعد ذلك مفهوم الإجارة وطريقة إثباتها وفّند ما ورد في مرافعة المستأنف وقرارات محكمة النقض المصرية الموقرة وأن عقد الإيجار هو من عقود المعاوضة ملزم للجانبين وقررت رد الإستئناف من حيث النتيجة.
٣-قرار محكمة النقض الموقرة المنعقدة في رام الله رقم ٢٠٠٦/٨٩ / نقض مدني والذي رد السببين الأول والثاني لخلوهما من التعريف الواضح والكاشف عن مخالفة القرار المطعون فيه للقانون والخطأ في تأويله وتطبيقه. وبخصوص باقي أسباب الطعن توصل القرار إلى أن محكمة البداية بصفتها الإستئنافية توصلت إلى عجز الطاعن عن إثبات قيام علاقة الإيجار بالعقار موضوع الدعوى وذلك استناداً لسلطتها في استخلاص ذلك من فهم الواقع مما تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك وتقرر رد الطعن بالنقض موضوعاً.

سادساً: من حيث القانون والاجتهاد:
١- تنص المادة (١٠٨) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ على تعريف القرينة القضائية (هي التي لم ينص عليها القانون ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى و مستنداتها بما له من سلطة تقديرية).

ملاحظة: إن إشغال المدعى عليه و/أو زوجته للغرفة موضوع الدعوى من حوالي سبعة سنوات (البند ٢ من لائحة الدعوى) رغم أن المدعي كان يحضر إلى رام الله كل شهرين ــ حسب أقوال بعض شهوده ــ وإيصالات الكهرباء ... كل ذلك يكن إعتباره قرينة قضائية تجيز سماع البينة الشخصية لإثبات الإجارة التي يدعيها ويتمسك بها المدعى عليه.

٢-قانون المالكين والمستأجرين رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣ أجاز إجارة صاحب أي حصة شائعة في العقار وقد تم تقديم البينة الشخصية على إجارة الحجة أم أنور للغرفة موضوع الدعوى إلى المدعى عليه و/أو زوجته.

٣-ودعماً من المشّرع الأردني للعنصر الضعيف في عقد الإيجار آلا وهو المستأجر فقد نصت المادة (٤) من قانون المالكين والمستأجرين المؤقت رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والذي أصبح قانوناً دائماً بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٤ على أنه (يجوز للمستأجر إثبات الإجارة بجميع طرق الإثبات في العقود اللاحقة التي تجري بعد نفاذ هذا القانون).
٤-وتنص المادة (٧٣) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية (الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق).

ملاحظة: حيث أن المدعي قدم البينة الشخصية ــ دون أي مسوغ قانوني كما أسلفت مع الإحترام ــ لإثبات النفي أي لإثبات عدم وجود عقد إيجار فإن تقديم المدعى عليه لشهود أكد إثنان منهما واقعة الإجارة بجميع تفاصيلها كان يقتضي ــ مع الإحترام ــ الأخذ بها واعتمادها في رد الدعوى بالإضافة لنقطة القرائن المشار إليها أعلاه.

٥-وأشير إلى بعض من قرارات محكمة التمييز الأردنية الموقرة:
ــ قرار تمييز حقوق رقم ٨٣/٤١٧ المنشور على الصفحة ٥١٨ لسنة ١٩٨٤ من مجلة نقابة المحامين (إن دعوى منع المعارضة في حالة وجود عقد إيجار لا تقام إلاّ في الحالة التي تكون فيها يد المدعى عليه على العقار في الأصل غير مشروعه ....).

ــ قرار تمييز حقوق رقم ٨٥/٢٢٠ صفحة ١٩١١ لسنة ١٩٨٥ من مجلة نقابة المحامين:
(أن لمحكمة الموضوع أن تستدل من سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد على مقاصدهما والتعرف على إرادتهما توصلاً لتفسير العقد تفسيراً صحيحاً. تقبل البينة الشخصية لإثبات واقعة مادية تتعلق بطريقة تنفيذ المتعاقدين للعقد).

ــ قرار تمييز حقوق رقم ٧٢/١٤ صفحة ٣٦٩ لسنة ١٩٧٢:
(لا يجوز اعتبار المدة التي قضاها المستأجر الفرعي السابق قرينة على موافقة المالك على التأجير ما دام أن هذه المدة لم تكن طويلة حتى يجوز إتخاذها قرينة على الموافقة على التأجير للغير يجوز معها استماع البينة الشخصية لإثبات هذه الواقعة).
ملاحظة: هناك العديد من القرارات التمييزية ما قبل عام ١٩٨٢ والتي كانت في معظمها لا تجيز إثبات الإجارة بالبينة الشخصية وذلك عملاً بالمادة (٢٤) من نظام إيجار العقارات العثماني.
(قرار تمييز حقوق ٧١/٢٠٠ المنشور على الصفحة ١٢٦١ لسنة ١٩٧١ من مجلة النقابة).

ــ قرار تمييز حقوق رقم ٧٥/٩٦ صفحة ١٥١٥ لسنة ١٩٧٥:
(إذا كان المؤجر مطلعاً على إشغال المأجور من قبل المدعى عليه مدة تتراوح بين (٣، ٤) سنوات ولم يرد ما يثبت أنه كان خلال هذه المدة غير راض عن ذلك ، فإن سكوته على هذا الوضع يشكل قرينة يجوز بالإستناد إليها سماع البينة الشّخصية لإثبات أن التأجير الفرعي كان بموافقة المالك).
وأخيراً أرجو أن تسمحوا لي بإبداء الملاحظات التالية:-
١-إن جهداً كبيراً وملموساً قدماه الزميلان الفاضلان الأستاذان المحاميان محمد عثمان عطا وإبراهيم البرغوثي في هذه الدعوى ويتجلّى ذلك من عدد الشهود اللذين تم الاستماع لأقوالهم واللوائح والمذكرات والمرافعات... والوقت الذي إستغرقته رؤية هذه الدعوى.

٢-كما أن محكمتي الموضوع في قراريهما تعرضا للعديد من النقاط المثارة من المدعى عليه ولكنهما تمسكا ــ مع الإحترام ــ بنقطة واحدة هي عدم جواز إثبات الإجارة بالبينة الشخصية دون التعرض لموضوع القرينة القضائية.

٣-أما قرار محكمة النقض الموقرة فقد اكتفى ــ مع الإحترام ــ بالتمسك بصلاحية محكمة الموضوع في وزن البينة واستخلاص النتائج دون أن يتعرض للنقاط الأخرى مثل عدم صحة الخصومة وعدم تناسق البينات المقدمة من المدعي ومدى توفر القرينة القضائية.

شاكراً للسادة المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء ثقته التي اعتز بها بتكليفي بتقديم هذا التعليق ومتمنياً دوام التقدم والنجاح للقضاء الفلسطيني العادل.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/٨٩

الاستاذ الدكتور أحمد عبد الباسط جميعي
استاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق- جامعة القاهرة/مصر

قام السيد/ أ برفع الدعوى القضائية رقم: ٧٦ لسنة ١٩٩٨أمام محكمة رام الله ضد السيد/ ب طالبا منع معارضة السيد « ب» له في منفعة الغرفة العلوية بالعقار الذي يملكه. و لقد أدعى السيد /» أ « أن زوجة المدعى علية تستأجر غرفة و مطبخ (طابق أرضى و حمام خارجي في عمارة المدعى الواقعة في مدينة البيرة. و أن المدعى عليه يشغل بدون وجه حق و منذ حوالي ٧ سنوات غرفة علوية بذات العقار واستغلها دون وجه حق و عارض المدعى في الانتفاع بها. و قد أبدى المدعي في طلباته النهائية:»عدم معارضة المدعى عليه له في منفعة الغرفة العلوية الواقعة فوق المأجورة لزوجته و تسليمها للمدعى خالية من الشواغل و الشاغلين.

وفي مواجهة الإدعاء المتقدم فقد قدم المدعى عليه دفاعا ضمنه إنكار طلبات المدعي و طلب رفض الدعوى استنادا إلى أنه يشغل الغرفة بموجب عقد إيجار رضائي تم إبرامه مع المالك و لقد استجابت المحكمة إلى طلب إثبات العلاقة الإيجارية بالبينة. و أحالت الدعوى إلى التحقيق و قامت بالاستماع إلى شهادة الشهود.

و بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٧ صدر حكم محكمة رام الله في القضية المدنية رقم ٩٨/٦٧ و القاضي منطوقة بعدم معارضة المدعى عليه للمدعى بصفته الموضح عنها مع تضمين المستأنف المصارف و الرسوم على أن يسلم الغرفة العلوية من العقار .....خالية من الشواغل و الشاغلين.
بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٣ استأنف السيد/ « ب» الحكم عاليه بالاستئناف رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٥ استئناف مدني رام الله وأقام استئنافه على أسباب من بينها: مخالفة الحكم المستأنف لقواعد و أحكام قانون الإثبات وإلى أن الحكم مشوب بعيب التناقض والخطأ في تفسير القانون وتطبيقه. و بصفة خاصة لأنه صدر غير معلل وغير مبرر للتناقض بين ما اقتنعت به المحكمة من صحة الوقائع وعدم قبولها لتلك الوقائع بادعاء أن الإجارة لا تثبت إلا ببينة خطية في الوقت /الذي جاءت به أوراق الدعوى خلوا من أي اعتراض صادر عن المستأنف عليه أو وكيله بهذا الخصوص الأمر الذي يجعل من البينة المقدمة كافية للإثبات. كما و نعى المستأنف على الحكم التفسير الخاطئ للقانون الذي نسبه إلى الفهم الخاطئ الذي وقعت فيه المحكمة بإعمالها قاعدة أن الإجارة لا تثبت إلا ببينة خطية على إطلاقها دون أن تجهد نفسها عناء البحث في قواعد الإثبات التي تقضي بأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام وأن سكوت الخصوم عن التمسك بها يعتبر تنازلا عن هذه الحماية وفقا لما استقر عليه من أحكام القضاء. ولقد طلب المستأنف في لائحة استئنافه قبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع الحكم بفسخ الحكم المستأنف ورد دعوى المستأنف عليه.
و بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢١ صدر حكم محكمة استئناف رام الله في الدعوى ٢٠٠٥/٢٥ والذي قضى منطوقه « تقرر المحكمة رد الاستئناف موضوعا وتصديق الحكم المستأنف, و حيث لم يرتض المستأنف في الدعوى سالفة البيان السيد « ب» الحكم الإستئنافي فقد قدم وكيله القانوني

بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٨ طعنا بالنقض على الحكم: وأسس طعنه على عدة أسباب من بينها مخالفة الحكم الاستئنافي للقانون والخطأ في التطبيق والتأويل وتفسير القانون. واستنادا إلى أن محكمة الإستئناف قد أخطأت في عدم إعمالها وتقيدها بما استقر عليه الفقه والقضاء من أن البينات من حق الخصوم وبالتالي فإن المحكمة لا تملك إخضاع مبدأ جواز الإثبات بالبينة من عدمه لتقديرها الخاص دونما اعتراض واضح ومسبق من قبل من شرع له الحق بالاعتراض قانونا وعلى المحكمة حال تنازل من شرع له الحق عن استخدامه أن تقبل البينة الشفوية كوسيلة من وسائل إثبات العقد كما أخطأت المحكمة الاستئنافية في تفريقها بين حكم القضاء المصري وحكم القضاء الفلسطيني في هذا المجال لان القانون الفلسطيني مأخوذ بالكامل عن القانون المصري.
وبتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٤ صدر حكم محكمة النقض في الطعن عاليه على النحو التالي:
« رد الطعن بالنقض موضوعا وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف وإلغاء القرار المؤقت القاضي بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه الصادر في الطلب رقم ٢٠٠٦/١٥».

التعليق على حكم النقض

بقراءة الحكم الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، نجد أن المحكمة أقامت قضائها برد الطعن بالنقض و تأكيد القرار المطعون فيه على أساس قانوني سليم:

فمن ناحية أولى فإن محكمة النقض قد قضت قضاءا صحيحا وفقا للمستقر عليه فقها وقضاءا في مصر أيضا من حيث عدم قبول السببين الأول والثاني من أسباب الطعن بالنقض حيث لم تشتمل لائحة الطعن في شأن هذين السببين على بيان واضح و كاف إلى العيوب التي ينعاها الطاعن على الحكم المطعون عليه، وهو الأمر الذي يجعل هذين السببين مجهولين غير كاشفين عن المقصود بهما بما ينفي الغموض ويزيل الجهالة.

و من ناحية ثانية، فإن محكمة النقض قد أجملت ردها على أسباب الطعن بما إرتأته من الأسباب التي استند إليها الحكم المطعون عليه وعدم مخالفتها الثابت بالأوراق وبصفة أساسية لما استند إليه الحكم محل الطعن من إعمال سلطة المحكمة التقديرية في استخلاص عجز الطاعن عن إثبات قيام العلاقة الإيجارية بالعقار موضوع الدعوى، وهو الأمر الذي تستقل به محكمة الموضوع التي يكفيها بيان ما اقتنعت به و حقيقته و أن تقيمه على أسباب سائغة تطابق الثابت بأوراق الدعوى، على نحو ما سلف بيانه.

- و بالرجوع إلى الحكم الاستئنافي محل الطعن بالنقض الذي انتهى قضاء محكمة النقض إلى عدم قبول الطعن عليه، فإننا نجد أن محكمة النقض قد أقرت سلامة تطبيق القانون وتفسيره فيما انتهت إليه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية من إقامة قضاءها على قناعتها بحقيقة أن الطاعن قد عجز عن إثبات قيام العلاقة الايجارية بالعقار موضوع الدعوى. و لقد أقامت المحكمة الاستئنافية هذه القناعة استنادا إلى ما استخلصته من تحليل للبينات و بصفة خاصة تناقض أقوال الشهود الذين استند الطاعن إلى شهادتهم و إلى أن ما أورده حال عدم قيام أي دليل بالبيانات التي ساقها على ما ادعاه من وجود عقد إيجار أو علاقة تأجيرية في خصوص الغرفة محل التداعي.

و يتضح من ولوج محكمة الاستئناف إلى تحليل شهادة الشهود والانتهاء إلى عدم كفايتها في إقامة الدليل على وجود العلاقة الإيجارية المدعى بها، أن محكمة الاستئناف قد استجابت إلى الدفوع التي كان الطاعن قد أبداها في شأن إمكان إثبات العلاقة الإيجارية بكافة الطرق بما في ذلك شهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، مما يبين معه أنها اعتبرت أن وجوب إثبات العلاقة الإيجارية بالبينة الخطية ليس أمرا متعلقا بالنظام العام (فيما تصدى له الحكم الاستئنافي من أحقية المدعي بصفته كمستأجر دون التطرق بطبيعة الحال إلى مدى تعلق هذه القاعدة بالنظام العام حينما يكون المدعي بوجود العلاقة الإيجارية هو المؤجر).

و يتفق هذا القضاء مع المبدأ العام المستقر قضاء و فقها من:»عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام و أنه يجوز الإتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها، وأنه إذا طلب أحد الخصوم إثبات حقه بالبينة و سكت الخصم الآخر عن التمسك بالدفع بعدم جواز هذا الإثبات و لم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة على التحقيق فإن ذلك يعد قبولا منه لجواز الإثبات بالبينة ..» (الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ٤٥٠ س ٢١ ق، مكتب فني ٦، جلسة ١٤ /٤/ ١٩٥٥)، و إنظر (عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، التعليق على المادة ٦٠ من قانون الإثبات، ص ٣٤٩ و ما بعدها وما ورد بها من أحكام النقض المستقرة على هذا المبدأ العام).

- و لقد استبان الحكم ذلك على نحو لا لبس فيه ولا غموض حيث ورد بالحكم الاستئنافي محل الطعن بالنقض من تحليل لأقوال الشهود و استنتاج عدم كفايتها لإقامة الدليل على وجود العلاقة الإيجارية، ثم تطرق و على سبيل الفرض الجدلي في حالة صحة الادعاء بوجود عقد رضائي إلى بطلان هذا العقد لما تحققت معه المحكمة الاستئنافية من أن مثل هذا العقد لم يكن ليستجمع أركانه و يقع بالتالي باطلا لعدم توافر ركن التراضي.

و لا يقدح فيما تقدم ما أوردته محكمة الاستئناف أن أي حالة قانونية أو واقعية تقوم بين الأطراف في أي دعوى لا يمكن اعتبارها من قبيل العلاقة الإيجارية، و أن هذا لم يترك لمناضلة أطراف الدعوى، بل أنه يقع في مجمله من حيث الفهم الواقعي تحت سلطة المحكمة الكاملة في قبول أو عدم قبول الإثبات بغير الكتابة فيما يجب إثباته بالكتابة، بل أن هذا القول يساير منهج الحكم السليم فيما إرتآه مستقرا من حيث عدم اعتبار وجوب إثبات العلاقة الإيجارية بالكتابة متصلا بالنظام العام (على الأقل في خصوص المستأجر في هذه الدعوى)، وأقام دليلا على صحة هذا ما انتهت إليه أحكام محكمة النقض المصرية التي ساقها الطاعن ذاته، و إلى أن محكمة النقض المصرية قد اعتبرت أن الإتفاق على الإثبات بطرق أخرى غير البينة الخطية قد يتم صراحة أو ضمنا وأقامت هذا الإتفاق محلا لاستخلاص التنازل عن تلك القاعدة، و هو ما تتكامل به أسباب الحكم و حيثياته تكاملا متناسقا يتوافق مع ما ولجت إليه محكمة البداية بصفتها الإستئنافية في تحليل أقوال الشهود والإنتهاء إلى عدم كفايتها لإقامة الدليل على الادعاءات المرسلة التي أوردها المستأنف أمامها (الطاعن بالنقض على حكم الاستئناف).

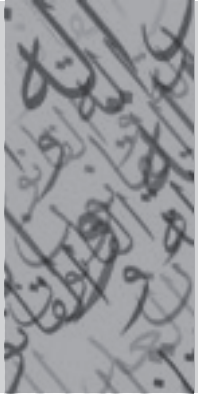
ونحن نعتقد أنه حتى فيما ترد بشأنه نصوص في تشريعات خاصة متعلقة بعقد الإيجار أو غير ذلك من علاقات تعاقدية توجب الإثبات بالكتابة ولا تجعل من الكتابة ركنا من أركان التعاقد، فإن

مثل هذه النصوص لا تتحول بموجبها قاعدة الإثبات إلى قاعدة متصلة بالنظام العام لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفة أحكامها ما لم يرد النص بلفظ صريح أو دلالة قاطعة على توجه نية المشرع إلى جعل العقد شكليا، أو جعل الإثبات بالدليل الكتابي من النظام العام.

و لقد كان ذلك هو المسلك الذي اتبعه المشرع المصري على سبيل المثال في كل من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن و تنظيم العلاقة بين المؤجرين و المستأجرين، إذ ورد نص المادة ١٦ منه بأنه : «١- اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة، ويلزم المؤجر عند تأجير أي مبنى أو وحدة منه أن يثبت في عقد الإيجار .....٢- ويجوز للمستأجر عند المخالفة إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات. «، و كذلك فيما ورد به نص المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من أنه: « ١- اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة، ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقاري... ٢-و يلزم المؤجر عند تأجير أي مبنى أو وحدة منه أن يثبت في عقد الإيجار....٣- و يجوز للمستأجر عند المخالفة إثبات واقعة التأجير و جميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات».

- وعلى ما تقدم فإننا نرى أن ما انتهت إليه محكمة النقض بفلسطين قد أصاب الحقيقة وعبر عن الموقف القضائي والفقهي المستقر.

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية والتعليق عليها



الحكم رقم ٢٠٠٦/١٤

تعليق الدكتور عصام عابدين- القدس.
تعليق الاستاذ الدكتور كامل السعيد- الاردن.
تعليق الاستاذ الدكتور عمرو الوقاد- مصر.

بسم الله الرحمن الرحيم

نقض جزاء
رقم: ٢٠٠٦/١٤
التاريخ: ٢٠٠٦/٩/١٦

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ زهير خليل

وعضوية السادة القضاة/ محمد شحادة سدر وعماد سليم وفريد مصلح وعثمان التكروري .

الطاعـــــن: رئيس نيابة رام الله.

المطعون ضدهم: ١- جهاد فؤاد مصطفى دحادحة.

٢- عروه ماهر حسني صوالحة.

٣- امجد طلال احمد سلامة.

٤- ايهاب فؤاد مصطفى دحادحة.

٥- لؤي عيسى قدورة قنع.

الاجـــراءات

تقدم رئيس النيابة بهذا الطعن بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٣ لنقض الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣ في الاستئناف الجزائي رقم ٢٠٠٥/١١٩ القاضي برد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف واحالة المستأنف ضدهم الى محكمة الشرطة المختصة وتطبيق احكام المادة(٨٤/ ب) من قانون الامن العام رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٥ واعادة الاوراق لمرجعها.

الكاتـب — الرئيـس

نقض جزاء
رقم: ٢٠٠٦/١٤
التاريخ: ٢٠٠٦/٩/١٦

يستند الطعن الى الاسباب التالية:-

١. القرار المطعون فيه مبني على مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله.
٢. القرار المطعون فيه خال من اسبابه الموجبة او عدم كفايتها او غموضها.
٣. لم تطبق محكمة الاستئناف الباب السابع من قانون الامن العام المادة (٨٠) بفقراتها(أ و ب و جـ)
٤. اخطات محكمة الاستئناف بتطبيق نص المادتين (٨٤) و(٨٥) من قانون الامن العام رقم ٣٨ لسنة ٦٥.
٥. لايوجد محكمة شرطية ولذلك فإن قرار محكمة الاستئناف بجعلها المحكمة المختصة وهي غير موجودة.

الوقائـــــع

بتاريخ ٢٠٠٥/٨/٢٩ وحسب لائحة الاتهام المقدمة من وكيل النيابة احيل المطعون ضدهم لمحكمة بداية رام الله لمحاكمتهم. وبتاريخ ٢٠٠٥/١١/٢٠ قررت المحكمة احالة المتهمين للنيابة العامة لقوة الامن العام التابع لها المطعون ضدهم باستثناء المدعو نهاد ماهر حسني صوالحة وهو ممرض في مستشفى الحكومي برام الله.

لم ترتض النيابة العامة المدنية هذا الحكم فقامت باستئنافة لدى محكمة الاستئناف في الاستئناف الجزائي ٢٠٠٥/١١٩ حيث قررت بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣ رد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف بإحالة المطعون ضدهم الى النيابة العسكرية ومن ثم الى محكمة الشرطة لم يرتض المستأنف فتقدم بهذا الطعن لنقض الحكم.

المحكمـــــة

بالتدقيق والمداولة وحيث ان الطعن مقدم في الميعاد ولتوافر شرائطه الشكلية تقرر قبوله شكلاً.

اما من حيث الموضوع وبمراجعة احكام المادة (٨٤) من قانون الامن العام نجدها تنص:-

أ- اذا ارتكبت جريمة وكان جميع افرادها من افراد القوة تتولى النيابة العامة للقوة اجراء التحقيق فيها وفي حالة مباشرة الادعاء العام المدني التحقيق فعليه ان يودع الاوراق التي تظلمها الى النيابة العامة للقوة عند حضورهما.

ب- في حالة وجود طرف مدني مع افراد القوة في تهمة واحدة يتولى المدعي العام المدني التحقيقات المتعلقة بالمدنيين وتتولى النيابة العامة للقوة التحقيق بالنسبة لافراد القوة.

الكاتب **الرئيس**

نقض جزاء
رقم: ٢٠٠٦/١٤
التاريخ: ٢٠٠٦/٩/١٦

في حين نصت المادة (٨٥) من ذات القانون المشار اليه في الفقرة أ- للمدير تشكيل محكمة شرطة من رئيس وعضويين على ان لا تقل رتبة رئيس المحكمة عن رئيس اول وان يكون احد اعضاءها مجازا في الحقوق.

ب- يتولى المرافعة امام محكمة الشرطة المدعي العام.

جـ- تجري المحاكمة في محكمة الشرطة وفقا لقانون اصول المحاكمات الجزائية.

يستفاد من هذه النصوص بانه اذا ارتكبت جريمة جميع اطرافها من القوة العسكرية فإن النيابة العامة لهذه القوة هي التي تباشر التحقيق فيها وفي حالة وجود طرف مدني مع احد افراد القوة في تهمة واحدة يتولى المدعي العام المدني التحقيقات مع المدنيين.

وحيث ان المادة (٨١) المعدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ٦٥ وهو قانون الامن العام المعدل اجازت للمدير أي مدير الامن العام البت في قضايا المخالفات والجنح اما القضايا الاخرى فيحيلها الى المستشار العدلي بمعنى ان التحقيقات في الجرائم نظمها قانون الامن العام وان المحاكمات ايضا في المخالفات والجنح يبت فيها مدير الامن العام والقضايا الاخرى تحال للمستشار العدلي ليحيلها بدوره الى محاكم الشرطة.

وبما ان المتهمين بإستثناء المتهم نهاد صوالحة متهمين بجريمة قتل من نوع الجناية فإن الاختصاص فيها ينعقد لمحكمة الشرطة وفق نص المواد (٨٤) و (٨٥) و (٨١) من قانون الامن العام وحيث ان ما توصلت اليه محكمة الاستئناف من جهة انعقاد الاختصاص لنيابة القوة ومحكمة الشرطة واقع في محله وان ما ذهبت اليه بإحالة الملف للنيابة العسكرية ومن ثم المحكمة العسكرية ليس الا من قبيل التزيد الذي لا لزوم له لانه غير ذي موضوع.

لذلـــــك

تقرر رد الطعن موضوعا وتأييد قرار محكمة الاستئناف القاضي برد الاستئناف وتأييد القرار المستأنف.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١٦

الكاتـب — الرئيـس

التعليق على الحكم رقم ٢٠٠٦/١٤

"تنازع الاختصاص بين القضاء النظامي والعسكري"

تعليق الدكتور عصام عابدين- القدس.

تعليق الاستاذ الدكتور كامل السعيد- الاردن.

تعليق الاستاذ الدكتور عمرو الوقاد- مصر.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/١٤

الدكتور عصام عابدين- القدس
المستشار القانوني لرئاسة المجلس التشريعي

أولاً: وقائع الدعوى

تتلخص وقائع الدعوى في أنه بتاريخ ٢٠٠٥/٨/٢٩م، وحسب لائحة الاتهام المقدمة من السيد وكيل نيابة رام الله، فقد أحيل المطعون ضدهم إلى محكمة بداية رام الله لمحاكمتهم بالتهم الواردة في لائحة الاتهام. وبتاريخ ٢٠٠٥/١١/٢٠م قررت المحكمة إحالة المتهمين إلى « النيابة العامة لقوة الأمن العام» التابع لها المطعون ضدهم باستثناء أحدهم الذي يعمل ممرضاً في المستشفى الحكومي برام الله.

لم ترضَ النيابة العامة المدنية هذا الحكم، فقامت باستئنافه لدى محكمة الاستئناف في الاستئناف الجزائي رقم ٢٠٠٥/١١٩ وقررت المحكمة بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣م ردّ الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف وإحالة المستأنف ضدهم إلى « النيابة العسكرية « ومن ثم » المحكمة العسكرية المختصة « وتطبيق أحكام المادة (٨٤/ب) من قانون الأمن العام المؤقت رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥م وإعادة الأوراق إلى مرجعها لتنفيذ مضمون هذا القرار.

لم يرضَ الطاعن بقرار محكمة الاستئناف، فتقدم بالطعن رقم ٢٠٠٦/١٤ لدى محكمة النقض والتي أصدرت بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١٦م قرارها برد الطعن موضوعاً وتأييد قرار محكمة الاستئناف. وقد بنت محكمة النقض الموقرة قرارها على أحكام المواد (٨١) و(٨٤) و(٨٥) من قانون الأمن العام المؤقت رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥م وتعديلاته. وعللت بالقول: يُستفاد من هذه النصوص أنه إذا ارتكبت جريمة جميع أطرافها من « القوة العسكرية « فإن النيابة العامة « لهذه القوة « هي التي تباشر التحقيق فيها، وفي حالة وجود طرف مدني مع أحد أفراد القوة في تهمة واحدة يتولى المدعي العام المدني التحقيقات مع المدنيين.

وتابعت المحكمة الموقرة بالقول: وحيث أن المادة (٨١) من قانون الأمن العام المعدلة بالقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٥م قد أجازت للمدير (أي مدير الأمن العام) سلطة البت في قضايا المخالفات والجنح، أمّا القضايا الأخرى فيحيلها إلى « المستشار العدلي « فإن الأمر يعني بنظر المحكمة أن « التحقيقات» في هذه الجرائم نظمها قانون الأمن العام وأن « المحاكمات » أيضاً في المخالفات والجنح يبت فيها مدير الأمن العام، والقضايا الأخرى تُحال إلى المستشار العدلي ليحيلها بدوره إلى « محكمة الشرطة».

وخلصت المحكمة الموقرة إلى القول: وحيث أن المتهمين، باستثناء أحدهم، أي الممرض، قد اتهموا بجريمة قتل من نوع جناية فإن الاختصاص فيها ينعقد « لمحكمة الشرطة » وفقاً للنصوص القانونية التي استندت إليها المحكمة من قانون الأمن العام وتعديلاته، وحيث أن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من جهة انعقاد الاختصاص لنيابة القوة ومحكمة الشرطة «واقع في محله» وأن ما ذهبت إليه بإحالة الملف للنيابة العسكرية ومن ثم المحكمة العسكرية، ليس إلاّ من قبيل التزيد

الذي لا لزوم له لأنه غير ذي موضوع. فقد قررت المحكمة ردّ الطعن موضوعاً وتأييد قرار محكمة الاستئناف.

ثانياً: نقاط التعليق

بعد الانتهاء من عرض أبرز وقائع ومراحل هذه الدعوى الجزائية، ننتقل للتعليق على الحكم الصادر بشأنها عن محكمة النقض في النقض الجزائي رقم ٢٠٠٦/١٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١٦م. والرأيُ عندنا، أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الموقرة يثير العديد من التساؤلات التي تحتاج بحقٍ إلى توضيحٍ بالتعليق، وصولاً إلى الخلاصة.

١- ما هو المبرر القانوني لتطبيق الإجراءات الواردة في قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م على النزاع المثار في ظل وجود قانون إجراءات جزائية موحد ونافذ ؟

إن فهم طبيعة ومغزى وأصول (السياسة التشريعية) المتبعة في أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية، وأولويات سير عملية توحيد التشريعات الفلسطينية، في ظل وجود تركة تشريعية موروثة مُربكة ومعقدة، أمر يستدعي وقفة عميقة في التفكير والتدبير عند السادة القضاة والمحامين والعاملين في المجال القانوني، بل حتى عند المشرّع ذاته. وعلى هذا الهدي، ولكي لا نبتعد كثيراً عن سياق التعليق، نقول إن قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م « مُلغى ضمنياً « بنفاذ قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م الذي ينظم جميع إجراءات ومراحل سير دعوى الحق العام، وقد أكد في المادة (٤٨٥/ثالثاً) على إلغاء كلّ حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون.

٢- ولكن ما هي الإجراءات الجزائية التي كان ينبغي على المحكمة الموقرة مراعاتها في النزاع المثار بافتراض أن قانون الأمن العام المؤقت لا زال سارياً ؟

هي ذات الأصول الواردة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م في جميع الظروف والأحوال. وذلك، لأن إجراءات سير « التحقيق والمحاكمة وطرق الطعن « الواردة في الباب السابع من قانون الأمن العام المؤقت، الوارد تحت عنوان النيابة العامة ومحكمة الشرطة، تُخالف قانون الإجراءات الجزائية بشكل جوهري واضح. وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يمكن إعمال نص المادة (٨٥/ ج) من قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م والتي تؤكد على وجوب سير إجراءات المحاكمة أمام محكمة الشرطة وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية ؟!

ولا أدل على ذلك، من أن الأحكام الصادرة عن « محكمة الشرطة « لا تقبل الطعن بالاستئناف، وإنما الطعن بالتمييز فقط، وبطلب من المحكوم عليه أو « المستشار العدلي « وخلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الحكم، وذلك بموجب أحكام نص المادة (٨٨) من قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م.

٣- وماذا عن محكمة الشرطة والمستشار العدلي؟

لا وجود على أرض الواقع لأيّ محكمة تعمل في أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية باسم « محكمة الشرطة»، ولا وجود لها أيضاً في تشكيل المحاكم الفلسطينية عموماً والمبينة في

المادة السادسة من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢م ولا ضمن تشكيل المحاكم النظامية الواردة في المادة السابعة من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م. كما أن مسمى» المستشار العدلي» غير موجود في الواقع العملي ولا وجود له أيضاً في تشكيل النيابة العامة وطبيعة اختصاصاتها المستندة إلى أحكام الباب السادس من القانون الأساسي المعدل لعام ٢٠٠٣م وتعديلاته لجهة المواد (١٠٧) و(١٠٨) والمبينة في أحكام الباب الخامس من قانون السلطة القضائية الوارد تحت عنوان (النيابة العامة) والتي تعمل بموجب قواعد وأحكام قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م.

وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يمكن لما تُسمى « محكمة الشرطة « أن تباشر اختصاصاتها وما هو التشريع الذي سيحدد لها طبيعة الاختصاص وسير الإجراءات؟! والأمر ذاته ينطبق تماماً على ما سُمي « المستشار العدلي» ؟! هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن قانون الأمن العام المؤقت يؤكد في المادة (٨١/ج) على أن المستشار العدلي هو الجهة الوحيد المخولة قانوناً بقرار الإحالة على محكمة الشرطة في الجنايات بعد بيان مطالعته على الأوراق التحقيقية، أي أن محكمة الشرطة لا تتصل بالدعوى الجزائية في مثل هذه الأحوال إلاّ عبر المستشار العدلي!!

٤- ولكن محكمة النقض الموقرة أشارت في قرارها إلى أن مدير الأمن العام هو الذي يتولى تشكيل محكمة الشرطة وإحالة القضايا الجنائية على المستشار العدلي ليحيلها بدوره إلى محكمة الشرطة بموجب أحكام قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م ؟

مع الاحترام لما ذهبت إليه المحكمة الموقرة، إلاّ أن قانون الأمن العام المؤقت قد أحال إجراءات المحاكمة أمام محكمة الشرطة إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية بنص واضح وصريح كما سبق القول. وقانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م لا يعترف بأي وجود أو أي دور أو أي اختصاص لمدير الأمن العام ومحكمة الشرطة والمستشار العدلي في جميع مراحل سير دعوى الحق العام.

٥- هل يوجد مدير للأمن العام في الأراضي الفلسطينية أساساً ؟!

إن مسمى « مدير الأمن العام « الوارد في قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م، غير موجود على أرض الواقع وغير وارد على الإطلاق في قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥م. كما أن التشريع الفلسطيني المذكور، يؤكد صراحة في المواد (١٠) و (١٢) على أن (جهاز الشرطة) هو جزء من الأمن الداخلي « كهيئة أمنية نظامية « تؤدي وظائفها وتباشر اختصاصاتها برئاسة وزير الداخلية وبقيادة مدير عام الأمن الداخلي، وهو الذي يصدر القرارات اللازمة لإدارة عملها وتنظيم كافة شؤونها.

٦- وماذا عن النيابة العامة للقوة واختصاصها بنظر النزاع المثار وفقاً لما جاء في قرار محكمة النقض الموقرة؟

ينبغي أولاً تحديد معنى « القوة « في قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م ومكانها في قوى الأمن الفلسطينية التي تعمل بموجب قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥م، وذلك قبل الولوج إلى النيابة العامة للقوة واختصاصها بنظر النزاع المثار حسب ما جاء في قرار المحكمة؟

وبالرجوع إلى قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م، نلاحظ أن المادة الثانية من القانون المذكور الواردة في الباب الأول الخاص بالتعريفات قد عرفت القوة بأنها « قوة الأمن العام المشكلة بموجب هذا القانون». وفي المقابل، نجد أن قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥م ينص على وجود ثلاث قوى أمنية فلسطينية، وهي التي أكدت عليها المادة الثالثة صراحة بقولها: تتألف قوى الأمن من: قوات الأمن الوطني وجيش التحرير الوطني الفلسطيني، قوى الأمن الداخلي، والمخابرات العامة. وقد سبق القول أن قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية قد أكد على أن « جهاز الشرطة » هو جزء من قوى الأمن الداخلي كهيئة أمنية نظامية.

ولمّا كان الأمر كذلك، فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الموقرة في حيثيات قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣م في النزاع المثار، والتي اعتبرت بموجبه أن عبارة قوة الأمن العام الواردة في قانون الأمن العام تعني (الأجهزة الأمنية الفلسطينية).
لغايات انعقاد الاختصاص لـِ « نيابة القوة ومحكمة الشرطة « في النزاع المثار، وأيدته محكمة النقض الموقرة في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١٦م، قد جانبه الصواب فجاء غير متفق وصحيح القانون.

وبما أن فاقد الشيء لا يعطيه، فإنه لا وجود على أرض الواقع وفي التشريع الفلسطيني لمسمى «مدير الأمن العام» الذي يتولى تعيين أعضاء النيابة العامة للقوة التي تتألف من المستشار العدلي والمدعين العامين وهيئات التحقيق فيها بموجب أحكام نص المادة (٨٠) من قانون الأمن العام المؤقت. وقد سبق القول أيضاً، أنه لا وجود على أرض الواقع وفي التشريع الفلسطيني لمحكمة تُسمى محكمة الشرطة.

٧- هل يؤثر وجود أحد المتهمين (المتهم الأخير) من جهاز المخابرات العامة في النزاع المثار ؟
يبدو لنا أن محكمة النقض الموقرة ومن قبلها محكمة الاستئناف قد تجاهلوا هذا الأمر تماماً، أو أن الأمر قد اختلط عليهم فبدا وكأنه غير ذي أهمية وخاصة عندما اعتبرت محكمة الاستئناف أن عبارة قوة الأمن العام الواردة في قانون الأمن العام تعني (الأجهزة الأمنية الفلسطينية) لغايات بسط الاختصاص لنيابة القوة ومحكمة الشرطة في النزاع المثار، وأيدتها في هذا التوجه محكمة النقض الموقرة.

والحقيقة، أن عناصر جهاز المخابرات العامة لا ينطبق عليهم قانون الأمن العام المؤقت رقم (٣٨) لعام ١٩٦٥م وتعديلاته، وبالتالي فإنه لا ينعقد الاختصاص للنيابة العامة للقوة ومحكمة الشرطة في أيّ نزاع يثور ضدهم، حتى عند مَن لا زال يعتقد بأن القانون المذكور هو واجب التطبيق في الحالة المعروضة. وذلك لأن المادة الثالثة من هذا القانون تؤكد على أن قوة الأمن العام هي هيئة نظامية مرتبطة بوزارة الداخلية، وهذه « القوة» المشكلة بموجب أحكام قانون الأمن العام المؤقت لعام ١٩٦٥م هي التي تخضع للإجراءات المبينة في الباب السابع من هذا القانون والوارد تحت عنوان النيابة العامة ومحكمة الشرطة.

وأمّا بشأن عناصر جهاز المخابرات العامة، فإنهم يخضعون بهذا الخصوص لقانون المخابرات العامة رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٤م، والذي أكد صراحة في المواد (٥) و(٦) على اعتبار كافة أعضاء المخابرات

العامة أعضاءً في القوات المسلّحة (أي الجيش) ويسري عليهم أحكام قانون العقوبات العسكري رقم (٤٣) لعام ١٩٥٢م. والواضح لدينا، أن المشرع الأردني منسجم تماماً مع نفسه في هذه المسألة، فقد نصت المادة (٤٦) من القانون المذكور على أنه إذا ارتكب أي فرد داخل حدود المملكة الأردنية الهاشمية أو خارجها فعلاً يعد جريمة بمقتضى أحكام القوانين الجزائية الأردنية يعتبر أنه قد ارتكب جريمة بمقتضى أحكام هذا القانون ويعاقب بعد إدانته من قبل « مجلس عسكري» بالعقوبة المقررة في القوانين الجزائية. وجاءت المادة الثانية من القانون المذكور لتعرّف كلمة (فرد) بأنها تعني كل شخص مستخدم في « الجيش « بموجب شروط الاستخدام القانونية.

٨- ولكن هل يفهم من ذلك بأنه كان يتوجب إحالة المتهمين إلى النيابة العسكرية ومن ثم إلى المحكمة العسكرية وفقاً لما جاء في قرار محكمة الاستئناف الموقرة؟

بالتأكيد لا، وذلك لأن ما سبق عرضه بشأن قانون الأمن العام المؤقت وقانون العقوبات العسكري قد جاء جرياً وراء اجتهاد محكمة النقض الموقرة ومن قبلها محكمة الاستئناف في النزاع المثار ليس إلاّ، وبهدف الوصول إلى ذات النتيجة التي انطلقنا منها ألا وهي أنه كان يتوجب مراعاة الأصول والإجراءات الواردة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م في النزاع المثار وفي جميع الظروف والأحوال.

فلا مكان لتطبيق قانون الأمن العام المؤقت وقانون العقوبات العسكري في النزاع المثار على الإطلاق، نظراً للإلغاء الضمني، ولاستحالة التطبيق، ولاختلاف إجراءات التحقيق والمحاكمة في قانون الأمن العام المؤقت اختلافاً جوهرياً عن الأصول الواردة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م، إضافة إلى عدم وجود تشريع خاص ينظم الإجراءات الجزائية في الدعوى الجزائية أمام المحاكم العسكرية.

وأمّا الزعم بإمكانية تطبيق قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩م وقانون أصول المحاكمات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩م في نطاق الشأن العسكري، فهو مردودٌ حتماً على أصحابه، وذلك لأن هذه القوانين ليست من تشريعات السلطة الوطنية الفلسطينية، ولا تعد سارية في الأراضي الفلسطينية، بل وغير منشورة في الجريدة الرسمية « الوقائع الفلسطينية » على الإطلاق.

وعلاوة على ذلك، فإن القرار الرئاسي رقم (١) لسنة ١٩٩٤م والذي حدد السياسة التشريعية في الأراضي الفلسطينية قد أكد في المادة الأولى على ما يلي: ((يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ ١٩٦٧/٦/٥م في الأراضي الفلسطينية « الضفة الغربية وقطاع غزة » حتى يتم توحيدها)).

وبالنتيجة، فإن قانون العقوبات الثوري وقانون أصول المحاكمات الثوري هي تشريعات غير سارية في الأراضي الفلسطينية، ولا تدخل ضمن السياسة التشريعية الفلسطينية، ولا تطبق إلاّ في الخارج إن أمكن، وعلى هذا الأساس فإن هذه التشريعات تبقى في عهدة منظمة التحرير الفلسطينية.

وبانتظار، تنفيذ أحكام نص المادة (٢/١٠١) من القانون الأساسي المعدل لعام ٢٠٠٣م وتعديلاته،والتي جاءت بالآتي: ((تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة، وليس لهذه المحاكم أيّ اختصاص أو ولاية

خارج نطاق الشأن العسكري))، مع التأكيد، على أن مشروع قانون المحاكم العسكرية وأصول المحاكمات العسكرية لعام ٢٠٠٧م يتم تجهيزه للقراءة الأولى في المجلس التشريعي الفلسطيني، فإن القضاء النظامي يظل صاحب الاختصاص الأصيل بالنظر في جميع الجرائم أياً كان نوعها وصفة مرتكبها.

ثالثاً: خلاصة التعليق

إنّ ما ذهبت إليه محكمة النقض الموقرة، من تأييد لما توصلت إليه محكمة الاستئناف الموقرة، من جهة انعقاد الاختصاص لنيابة القوة ومحكمة الشرطة في النزاع المثار، قد جانبه الصواب فجاء غير متفق وصحيح القانون. وإنّ لائحة الاتهام المقدمة من السيد وكيل نيابة رام الله بإحالة المتهمين إلى محكمة بداية رام الله بصفتها الجزائية لمحاكمتهم بالتهم الواردة في لائحة الاتهام قد جاءت متفقة وصحيح القانون.

ولكم كانت فرصة ذهبية لمحكمة النقض الموقرة لترسيخ مبدأ قانوني يُشار إليه بالبنان من خلال هذا النزاع المثار، بأن تقرر أن القضاء النظامي (القاضي الطبيعي) هو صاحب الاختصاص الأصيل بالنظر في جميع الجرائم المرتكبة أياً كان نوعها وصفة مرتكبها.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/١٤

الاستاذ الدكتور كامل السعيد
استاذ القانون الجنائي
عميد كلية الحقوق- الجامعة الاردنية- الأردن

المبدأ القانوني للمحكمة :-

١- يستفاد من نص المادتين ٨٤و٨٥ من قانون الامن العام الصادر عام ١٩٦٥ أنه إذا ارتكبت جريمة جميع إطرافها من القوة العسكرية فإن النيابة العامة لهذه القوة هي التي تباشر التحقيق فيها وفي حال وجود طرف مدني مع إفراد القوة في تهمة واحدة يتولى المدعي العام المدني التحقيقات مع المدنيين[1].

٢- وحيث ان المادة (٨١) المعدلة بالقانون رقم (٥٠) لسنة ٦٥ هو قانون الامن العام المعدل اجازت لمدير الامن العام البت في قضايا المخالفات والجنح. أما القضايا الأخرى فيحيلها الى المستشار العدلي بمعنى ان التحقيقات في الجرائم نظمها قانون الأمن العام وان المحاكمات ايضا في المخالفات والجنح يبت فيها مدير الامن العام والقضايا الاخرى تحال للمستشار العدلي ليحيلها بدوره الى محاكم الشرطة وبما ان المتهمين باستثناء المتهم نهاد صوالحة متهمين بجريمة قتل من نوع الجناية فان الاختصاص فيها ينعقد لمحكمة الشرطة وفق نص المواد (٨٤) و (٨٥) و (٨١) من قانون الامن العام وحيث ان ما توصلت اليه محكمة الاستئناف من جهة انعقاد الاختصاص لنيابة القوة ومحكمة الشرطة واقع في محلة وان ما ذهبت اليه بإحالة الملف للنيابة العسكرية ومن ثم المحكمة العسكرية ليس إلا من قبيل التزيد الذي لا لزوم له لأنه غير ذي موضوع.

قبل التعليق على قرار محكمة النقض المحترمة وما تمخض عنه قرارها من مبدأ قانوني صريح او مبادئ قانونية ضمنية أخرى، نقول بان قراراً كهذا او التعليق عليه يقتضي طرح الأسئلة التالية والإجابة عليها تمهيداً للتوصل إلى الاتفاق مع المحكمة العتيدة او الاختلاف معها.

- أولا:

هل قانون الأمن العام الأردني رقم (٣٨) لسنة ٦٥ ما زال ساري المفعول في الأراضي الفلسطينية ؟؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب هل يمكن تطبيقه من الناحية العملية في هذه القضية؟؟ وأما إذا كان الجواب بالنفي ما هو القانون الذي يتعين تطبيقه؟

(١) لقد ورد نص المادة (٨٤) على النحو التالي:-
١- اذا ارتكبت جريمة وكان جميع افرادها من افراد القوة تتولى النيابة العامه إجراء التحقيق فيها وفي حالة مباشرة الادعاء العامة المدني التحقيق فعليه ان يودع الاوراق التي نظمها الى النيابة العامة للقوة عند حضورها.
٢- في حالة وجود طرف مدني مع افراد القوة في تهمة واحدة يتولى المدعي العام المدني التحقيقات المتعلقة بالمدنيين وتتولى النيابة العامة للقوة التحقيق بالنسبة لأفراد القوة حيث نصت المادة (٨٥) من ذات القانون المشار إليه في الفقرة (أ) للمدير تشكيل محكمة شرطة من رئيس وعضويين على أن لاتقل رتبة رئيس المحكمة عن رئيس أول و أن يكون احد أعضائها مجازا في الحقوق.

-ثانياً:

هل محكمة الشرطة المنصوص عليها في هذا القانون، هي التي ينعقد اختصاص النظر لها في هذه القضية؟ وإذا كان الجواب بالنفي، ما هي المحكمة صاحبة الاختصاص للنظر في هذه القضية؟؟

-ثالثاً:

هل نيابة القوة الأمنية هي صاحبة الاختصاص في تولي التحقيق مع جميع الشركاء في هذه الجريمة او مع بعضهم فقط؟

وإذا كان الجواب على هذا السؤال بالنفي، ما هي الجهة المختصة التي يجب أن تتولى التحقيق؟؟ قبل الإجابة على هذه الأسئلة لا بد من التقرير بان ما تمر به أراضي السلطة الفلسطينية من أوضاع غير اعتيادية اقتضت بل وما زالت تقتضي تداخلاً في التطبيق بين قوانين عديدة، بعضها سُن من قبل السلطة الفلسطينية بعد قيامها، في حين سُن البعض الآخر من قبل حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وما زال ساري المفعول لغاية الان على الأراضي الفلسطينية باعتبار ان هذه الأراضي كانت تشكل جزءا من أراضي المملكة الأردنية الهاشمية قبل الاحتلال الغاشم في عام ١٩٦٧ وحصول فك الارتباط عام ١٩٨٩، ولهذا فان التنازع في الاختصاص او عليه أمر لا يثير أي استغراب بل هو امر يكاد يكون طبيعيا، كما وان تمهيداً كهذا ولو في حدود ضيقة يقتضي التعرض للاختصاص بالمعنى القانوني كما تقتضي الإشارة لتشكيل القضاء الجنائي بموجب قوانين تشكيل المحاكم النظامية إن في المملكة الأردنية الهاشمية او في أراضي السلطة الفلسطينية وأصول المحاكمات الجزائية و الإجراءات الجزائية بالإضافة إلى قانوني استقلال القضاء والسلطة القضائية.

فيما يتعلق بالاختصاص، لم تجعل القوانين القضاء نوعا واحداً، وإنما جعلته أنواعا متعددة فثمة القضاء الإداري وثمة القضاء العادي والقضائي العادي بدوره نوعان: قضاء مدني وقضاء جنائي. وفي سلطة الشارع ان ينشئ أنواعا أخرى من القضاء اذا قدر ملائمة تخصيص محاكم معينة تنظر دعاوي من نوع معين، ولكن يتعين عليه أن يعترف لنوع من القضاء بأنه القضاء العام في الدولة أي القضاء ذو الاختصاص الشامل الذي يختص بأية دعوى لم يجعلها من اختصاص قضاء اخر ولا ينازع احد بأن القضاء العادي في اراضي السلطة الفلسطينية هو القضاء العام وواضح ان ضابط التمييز بين أنواع القضاء هو الاختصاص وعلى سبيل المثال فان ما يميز القضاء الاداري عن القضاء العادي هو اختصاص الأول بدعاوي من نوع معين، ويغلب أن ينبع من طبيعة الدعاوي التي يختص بها قضاء معين مجموعة من القواعد القانونية وتحدد أسلوب عمل هذا القضاء.

وتطبيقاً لهذه المفاهيم فإننا نجد أن المادة (١٠٠) وما بعدها من القانون الأساسي في أراضي السلطة الفلسطينية تنص على ما يلي:-

فالفقرة الأولى منها تنص على أن المسائل الشرعية والأحوال الشخصية تتولاها المحاكم الشرعية والدينية وفقاً للقانون، أما الفقرة الثانية من ذات المادة فتنص على أن: تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة وليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج الشأن العسكري.

أما المادة (١٠٢) فتنص على انه يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى والإجراءات المتعبة أمامها أما المادة(١٠٣) فقد حددت تشكيل المحكمة الدستورية العليا وبيان اختصاصاتها في حين نصت المادة(٩٧)على أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقا للقانون وتعلن الأحكام وتعقد باسم الشعب العربي الفلسطيني ليصدر بعد ذلك وتنفيذا لهذا صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ م. حيث حددت المادة (٧) منه أنواع المحاكم النظامية التي تمارس اختصاصها في فلسطين في المنازعات والجرائم كافة الاّ ما استثنى بنص قانوني خاص وتمارس سلطتها القضائية على جميع الأشخاص . مادة (٢). في حين حددت المادة (٨) وما بعدها تكوين اختصاص محاكم الصلح اما المادة (١٨) وما بعدها فانصبت على تكوين وتحديد اختصاص محاكم الاستئناف لتتولى المادة (٢٣) وما بعدها تكوين واختصاص المحكمة العليا المكونة من محكمتي النقض ومحكمة العدل العليا. هذا هو تشكيل المحاكم الجزائية وتحديد اختصاصاتها في اراضي السلطة الفلسطينية حيث تقوم كما قلنا بتطبيق القوانين الصادرة في اراضي السلطة الفلسطينية وبعض القوانين الصادرة في المملكة الاردنية الهاشمية. ومن هذه القوانين قانون العقوبات الأردني الصادر عام ١٩٦٠ باستثناء التعديلات التي تمت عليه بعد عام ١٩٦٧ أما قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني فقد بقي مطبقا في اراضي السلطة الفلسطينية الى حين صدور قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

هذا هو الوضع العام للنظام القانوني في اراضي السلطة الفلسطينية. نصل الآن للاجابة على التساؤلات التي أثيرت في البداية ونرى ما اذا كان المبدأ الذي استنته محكمة النقض العتيدة لهذه القضية قد اصابت به صحيح القانون أم لا. وفيما يتعلق بقيام محكمة النقض بتأييدها لمحكمة الاستئناف في هذه القضية. هل قانون الأمن العام الأردني رقم (٣٨) الصادر عام ١٩٦٥ ما زال ساري المفعول في الأراضي الفلسطينية وهل هو القانون الواجب التطبيق في هذه القضية كما أشير في القرار. أما إن إلغاءه قد تم ؟؟ وإذا كان الإلغاء قد تم فبأي قانون يجب أن يحكم في هذه القضية ؟؟

لا نرى - في حدود ما نعلم - ان هذا القانون قد تم إلغاؤه بموجب أي قانون اخر صدر في اراضي السلطة الفلسطينية بما في ذلك القانون الاساسي ذاته . بل على العكس من ذلك تماماً نجد ما يؤيد استمرار العمل بهذا القانون بموجب المادة (١١٨) من القانون الأساسي في قولها "فيما لايتعارض وأحكام هذا القانون الأساسي المعدل تظل سارية المفعول القوانين واللوائح المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون إلى أن تعدل وتلغى"!! ونستمد الدفع لرأينا هذا من ان المادة (٨٤) من القانون الاساسي نصت في الفقرة الاولى منها على" أن قوات الأمن والشرطة قوة نظامية وهي القوة المسلحة في البلاد وتنحصر وظيفتها في الدفاع عن الوطن وخدمة الشعب وحماية المجتمع والسهر على حفظ الامن والنظام العام والآداب العامة وتؤدي واجبها في الحدود التي رسمها القانون في احترام كامل للحقوق والحريات. في حين نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على ان يتم تنظيم قوات الامن أو الشرطة بقانون وما دام قانون الأمن العام الأردني لم يتم الغاؤه لغاية الان. فتعتبر قوات الأمن الفلسطينية منشأه بموجب القانون على مقتضى نصوصه ان لم

يكن قد صدر قانون بهذا الخصوص في أراضي السلطة الفلسطينية.

وفي نفس السياق نصت المادة (٨٤) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ على الغاء القوانين التالية:-

١- قانون استقلال القضاء رقم (١٠٩) لسنة ١٩٥٥ المعمول به في محافظات الضفة.
٢- قانون المحاكم رقم (٣١) لسنة ١٩٤٠ والمعمول به في محاكمات غزه.
٣- الأمر الصادر عن الحاكم الإداري رقم (٤٧٣) لسنة ١٩٥٦بشأن اختصاصاتها النيابة العامة المعمول به في غزة.
٤- كل حكم يتعارض مع إحكام هذا القانون.

ويلاحظ انه ليس من بين هذه القوانين الملغاة قانون الأمن العام رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥.

بناء على ما تقدم يمكننا القول بأن قانون الأمن العام الأردني رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥ ما زال ساري المفعول في أراضي السلطة الفلسطينية لغاية الان وليس صحيحاً ان إلغاءه قد تم ضمن قانون الاجراءات الجزائية الفلسطينية وقانون منظمة التحرير الثوري. ولكن هل يمكن تطبيق قانون الامن العام في هذه القضيـــة ما دام انه ما زال ساري المفعول؟ وبالتحديد هل يمكن تطبيـــق الجانب المتعلق بمحاكم الشرطة المنصوص عليـــه فيـــه؟

لا نتردد في الإجابة على هذا السؤال بالنفي والنفي المطلق. لأن السلطة الفلسطينية لم تنشئ محاكم للشرطة او للقوى الأمنية ليمكن محاكمة أفرادها أمامها فيما لو ارتكبوا جرائم. ولكن هل يصح ان تحل المحاكم العسكرية محل محاكم الشرطة للنظر في الجرائم الجزائية او الجنائية التي يقترفها هؤلاء كما حدث في هذه القضية؟؟ لانترد في الإجابة على هذا السؤال بالنفي والنفي المطلق أيضا حتى وان تضمن القانون الأساسي احكاما خاصة بإنشاء القضاء العسكري واختصاصاته. ذلك أن مرتكبي الجريمة موضوع هذه الدعوى في معظمهم من القوى الأمنية التي تخضع للقوانين الأمنية لا للقوانين العسكرية فلا يخضع لقوانين العقوبات العسكرية ومحاكمها إلا إفراد القوات العسكرية المسلحة ولا يعد أفراد القوى الأمنية من بين عداد افراد القوات العسكرية. وإلا لما نصت قوانين السلطة على إنشاء القوى الأمنية وفي نفس الوقت على انشاء المحاكم العسكرية وان كانت تفتقر إلى تشريع ينظمها. أما الفـرق بين القـــوى الأمنية والقوى العسكرية (الجيش). فيتمثل في أن لكل مجاله وقوانينه الخاصة به التي تتفق مع طبيعة مهمته سواء في السلم او في الحرب. مما يقتضي أن يكون لكل من هذه القوى احكامها الخاصة بها.

ونحن نرى أن النص الوارد في القانون الأساسي بخصوص إمكان إنشاء القضاء العسكري واختصاصاته انما جاء كخطوة استباقية مرغوب بها تأسيساً لمرحلة مستقبلية تتم على ارض فلسطين ليس الاّ.

ومن نافلة القول الإشارة الى انه لا مجال للحديث عن تطبيق قانون أصول المحاكمات الجزائية الثورى لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩ إن في هذه القضية او حتى في غيرها لأن هذا القانون قد تم صدوره قبل نشوء السلطة الفلسطينية. تم انشاؤة في زمن الحرب التي كانت تدور رحاها بين منظمة التحرير والثورة الفلسطينية من جهة وإسرائيل من جهة أخرى! عندما كان

يتردد على السنة رجال الثورة **شعار ثورة حتى النصر**، وبعبارة أخرى، فان هذا القانون هو من قوانين الحرب التي تطبق في زمن الحرب لا في زمن السلم كما هو الوضع عليه الآن بين السلطة وإسرائيل فهذا القانون كان يتحدث عن مفاهيم ثورية ويستخدم الفاظا وينشئ مؤسسات لم يعد لها وجود خاصة وان قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) الصادر عام ٢٠٠١ قد اعاد تشكيل كثير من الأجهزة القضائية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الثوري على نحو مختلف، بل ان قانون الإجراءات الجزائية قد أعاد تنظيم كامل إجراءات لتقاضي في الدعاوي الجزائية التي كان قد وضعها قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري الأمر الذي يعتبر هذا القانون من هذا الجانب ملغي أو معطلا في كثير من مواده كونه أصبح من نشوة الماضي، بل وأكثر من هذا فإن ما تسمح بإنشائه اتفاقية أوسلو، قوات الأمن العام والشرطة وليس الجيش ومؤسساته فهذه الاتفاقية تعتبر قانوناً دولياً تتعارض مفاهمة ومبادؤه مع إنشاء مؤسسات كهذه ..... الخ وهذه الاتفاقية هي الواجبة التطبيق عند التعارض وفقا لما استقر عليه القضاء الوطني والدولي من انه إذا تعارض قانون وطني مع قانون دولي فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الدولي.

ننتهي مما تقدم إلى انه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق قانون الأمن العام الأردني على أراضي السلطة حتى ولو لم تستند إليه في تطبيقاتها منذ أربعة عشرة عاما لمرة واحدة، فعدم التطبيق لايعني الإلغاء.

ولكن ما نقوله من صلاحية تطبيق قانون الأمن العام الأردني في أراضي السلطة الفلسطينية بشكل عام شي، وما اذا كانت المحاكم العسكرية هي التي يجب أن تتولى النظر في هذه القضية وغيرها لعدم وجود محاكم شرطة في اراضي السلطة الفلسطينية شيء اخر، فلا يجوز بأي حال من الاحوال ان تتولى المحاكم العسكرية النظر في جرائم يرتكبها افراد القوى الامنية ، لعدم وجود أي سند قانوني لمثل هذا الحلول العيني. وتأسيساً على ما تقدم فان تولي المحاكم العسكرية النظر في هذه الجريمة سواء بالنسبة لأفراد القوى الأمنية الذين شاركوا في ارتكاب الجريمة أم بالنسبة للأشخاص المدنيين المشاركين معهم هو امر غير صحيح من الناحية القانونية، فما الصحيح إذن، ما هو الحل؟

أيفلت هؤلاء من العقاب على ما اقترفت اياديهم من جرائم خطيرة بحق المجتمع والمواطن؟ لا احد يجيب على هذا السؤال بالإيجاب لان معنى ذلك إطلاق يد المجرمين في العبث بأمن الوطن والمواطن على حد سواء، خاصة وان استغلال رجال الامن لوظائفهم في سبيل ارتكاب الجرائم، انما يعتبر او يجب ان يعتبر ظرفا مشدداً يوجب إنزال اشد العقوبات بحقهم لأنهم خانوا الأمانة واستغلوا وظائفهم التي تفرض عليهم السهر على امن المجتمع والمواطن فانزلقوا في مهاوي الجريمة. وفي سبيل الإجابة على هذا السؤال نرى تسليط الضوء على ما جرى عليه العمل في القضاء المقارن اما تطبيقا لنصوص قانونية صريحة أو إرساء لمبادئ قضائية تنسجم مع مبادئ المحاكمة العادلة.

ثابت مما أوردته النصوص القانونية الواردة في القوانين الصادرة عن السلطة الفلسطينية كالقانون الأساسي وقانون السلطة القضائية وقانون الإجراءات الجزائية وقانون تشكيل المحاكم النظامية من ان المحاكم النظامية تمارس حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد النظامية والجزائية بما فيها الدعاوي التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية او محاكم خاصة، وثابت أيضا أن المحاكم النظامية في النظام القضائي الفلسطيني نوعان رئيسيان مدنية تقضي في الدعاوي المدنية وجزائية تقضي في الدعاوي الجزائية

إلا أنها تتحد في أشخاص القضاة. فالمحاكم النظامية تمارس قضاءها على جميع الاشخاص في المواد المذكورة وثابت أخيرا ان المحكمة الجزائية لا تكون مختصة في دعوى الحق العام إلا إذا اختصها القانون من جوانب ثلاثة مجتمعة وهي:

-أولاً: من حيث شخص المتهم ويسمى اختصاصها شخصيا أي الاختصاص الشخصي.

-ثانياً: من حيث نوع الجريمة ويسمى اختصاصها نوعيا أي الاختصاص النوعي.

-ثالثاً: من حيث مكان وقوعها او موطن المشتكي عليه او مكان القاء القبض عليه ويسمى الاختصاص المكاني.

وما يقتضي التركز عليه في هذا المقام هو الاختصاص الشخصي والخروج على القواعد العامة في الاختصاص او ما يعبر عنه أحيانا بامتداد الاختصاص.

- أولاً:

الاختصاص الشخصي:

تقضي المادة السابعة من قانون العقوبات لعام ١٩٦٠ ان كل من ارتكب جرماً على أراضي السلطة الفلسطينية يطبق عليه قانونها ويحاكم أمام محاكمها وتقضي أيضا إن جميع الأشخاص الذين ارتكبوا جريمة من نوع معين يخضعون لذات القضاء فلا تفرقة بين الناس تبعاً لجنسياتهم ومراكزهم الاجتماعية من حيث الخضوع لقضاء معين، وذلك إعمالا لمبدأ المساواة بين الناس، وهذا المبدأ يقرر زوال جميع الامتيازات القضائية التي كانت تمنح للأجانب في البلاد العربية في العهد العثماني، فكان للقنصل الفرنسي علي سبيل المثال محاكمة الفرنسيين في البلاد العثمانية في المواد المدنية والجنائية والتجارية، وعلى كل حال فان المبدأ العام المتمثل في عدم الاعتداد الشخصي المتهم في تحديد الاختصاص ليس مطلقاً، فثمة اعتبارات أملت على الشارع الجزائي في جل البلاد إن لم يكن في كلها الاعتداد بصفته في تحديد القضاء المختص بمحاكمته واهم هذه الحالات هي:

١. القضاء المختص بمحاكمة الأحداث.
٢. القضاء المختص بمحاكمة العسكريين.
٣. القضاء المختص بمحاكمة الوزراء.
٤. ويستثنى من القاعدة رؤساء الدول وهم الملوك ورؤساء الجمهوريات فعلى سبيل المثال الملك في الأردن مصون من كل تبعة ومسئولية مادة (٣٠) من الدستور الأردني.
٥. رجال السلك الدبلوماسي الخارجي والقناصل الأجانب المعتمدين.
٦. القضاء المختص بمحاكمة رجال الأمن العام من شرطة وغيرهم.

وفقاً لما تقدم فان رجال القوى الأمنية بما فيهم رجال الشرطة الفلسطينية تختص بمحاكمتهم عن جرائمهم محكمة الشرطة وفقاً لمنطق نص المادة (٨٥) من قانون الأمن العام الأردني رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥، وقد كان من الممكن محاكمتهم من قبلها فيما لو كان قد تم إنشاء هذه المحاكم على أراضي السلطة الفلسطينية، أما وان مثل هذا الأمر لم يحدث فمن غير الممكن محاكمتهم أمام المحاكم العسكرية كبديل عن محاكم الشرطة سيما وانه لايوجد - في حدود ما نعلم - تشريع ينظم المحاكم العسكرية على أراضي السلطة الفلسطينية، ولا يجوز لهذه المحاكم تطبيق قانون منظمة التحرير الثوري لسنة ٧٩ عليهم في هذه القضية، وبعبارة أخرى لايمكن إعمال مبدأ الحلول

العيني في الاختصاص دون قانون او نص في القانون ولا وجود لمثل هذا القانون. في ضوء هذا الوضع نتساءل أمام أي من المحاكم يجب ان يحاكم هؤلاء في هذه القضية ؟؟

لا نتردد في الإجابة على هذا السؤال بأنه يتعين محاكمتهم أمام المحاكم الجزائية العادية باعتبارها محاكم نظامية عادية عاملة على أراضي السلطة الفلسطينية. خاصة وأن المادة (١) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ تنص على ان "النيابة العامة تختص دون غيرها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا تقام من غيرها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون". كما أن المواد التي أوردها الكتاب الثاني من القانون ذاته نصت على اختصاص هذه المحاكم في النظر في الجرائم التي تقترف على أراضي السلطة الفلسطينية الأمر الذي يعني بكل صراحة ووضوح أن المحاكم الجزائية الفلسطينية بأنواعها الصلحية والبدائية والاستشنافية والمحكمة العليا - محكمة النقض- هي المختصة بنظر هذه الجريمة وإصدار الأحكام الخاصة بها وطرق الطعن بها.

وبالنظر لأن محكمة البداية تختص بالنظر في القضايا الجنائية- أي التي يعاقب عليها بعقوبات جنائية وهي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والاعتقال المؤبد والأشغال الشاقة المؤقتة والاعتقال المؤقت مادة (١٤) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠. فإنها تكون هي صاحبة الاختصاص بالنظر في هذه الجريمة الجنائية سواء بالنسبة لقوى الأمن العام أو بالنسبة لشركاء هذه القوى في الجريمة من المدنيين للأسباب التالية:

١. إن القضاء الجزائي العادي هو القضاء الطبيعي الذي يحق لكل فلسطيني الالتجاء إليه للحصول على حقه او رفع الظلم عنه على مقتضى نص المادة (١/٣٠) من القانون الأساسي في قولها " التقاضي حق مصون مكفول للناس كافة. ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي .... الخ والقاضي الطبيعي هو القاضي الذي ينعقد له الاختصاص الشخصي والمكاني والنوعي / أي هو القضاء العام الذي يختص في النظر في القضايا كافة و يطبق القوانين على الجميع كافة. لأن هذا القضاء يوفر اقوى أنواع الضمانات التي تقتضيها مبادئ المحاكمة العادلة.
٢. تبقي المحاكم العادية والنظامية هي المختصة في النظر في جميع المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثني بنص خاص وتمارس هذه المحاكم سلطة القضاء على جميع الأشخاص.
٣. نستمد الدفع لرأينا هذا من إن إحالة الدعاوي على المحاكم العسكرية أو الخاصة في القضايا الجزائية لا تكون إلا بنص خاص ولهذا نجد أن قانون العقوبات السوري يرجح بنص صريح جانب المحاكم العسكرية في حال وجود احد الشركاء ممن يحاكمون أمام هذه المحاكم وكان البعض منهم يحمل الصفة المدنية.

بمعنى أن إحالة المتهم المدني المشارك في ارتكاب الجريمة مع عسكريين على المحاكم العسكرية ليحاكم مع شركائه العسكريين في هذه الجريمة او غيرها لا يكون الا بنص وهو ما لم يتحقق في القوانين الفلسطينية.

وعلّة إحالة الدعوى إلى المحاكم الخاصة ومنها العسكرية عندما يكون الأصل إن تراها المحاكم النظامية أو إحالة احد الشركاء المدنيين في الجريمة إلى المحاكم الخاصة. لأن هذه الاحالة تشكل خروجاً على الأصل. أي يشكل استثناء والاستثناء يستلزم لغايات تطبيقه نصاً قانونياً بهذا الخصوص.

***خلاصة العقد في ما يلي:**

أن المبدأ الذي توصلت إليه محكمة النقض سليماً من الناحية القانونية ولكن ما هو غير سليم رؤيـــة هذه القضيـــة من قبـــل المحكمـــة العسكريـــة، وبالمثل أيضا التحقيق في هذه القضية إن كان ذلك مع الشخص المدنـــي أو مع أفـــراد القـــوى الأمنـــية، فمـــن كان يتعين عليه أن يتولى التحقيق هو النيابـــة العامـــة التابعـــة للقضـــاء الجزائـــي النظامـــي، وان القضـــاء الجزائي النظامي ممثلاً في محكمة البدايـــة، هي التي ينعقد لها اختصاص النظر في هذه القضيـــة.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٦/١٤

الاستاذ الدكتور عمرو الوقاد
أستاذ القانون الجنائي ووكيل كلية الحقوق
جامعة طنطا - مصر

الموضوع:

تقدم رئيس نيابة رام الله بطعن لنقض الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣ في الاستئناف الجزائية رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٥ والذي قضى بإحالة المتهمين للنيابة العامة لقوة الأمن العام التابع لها المطعون ضدهم باستثناء المدعو نهاد ماهر حسن صوالحه وهو ممرض في المستشفى الحكومي برام الله.

قضت محكمة النقض رد الطعن موضوعاً وتأييد قرار محكمة الاستئناف.

استندت محكمة النقض في قضائها إلى نص المادة ٨٤ من قانون الأمن العام والتي تنص فقرتها الأولى على اختصاص النيابة للقوة اداء التحقيق وذلك في حالة كان جميع المتهمين من أفراد القوة أما الفقرة الثانية فقد قررت أنه فى حالة وجود طرف مدنى مع أفراد القوة في تهمة واحدة يتولى المدعي العام المدني التحقيقات المتعلقة بالمدنيين وتتولى النيابة العامة للقوة التحقيق بالنسبة لأفراد القوة.

كما استندت المحكمة إلى نص المادة ٨٥ من ذات القانون والتي تعطي للمدير الحق في تشكيل محكمة شرطة من رئيس وعضوين على أن لا تقل رتبة رئيس المحكمة عن رئيس أول وأن يكون أحد أعضاءها مجازاً في الحقوق على أن يتولى المدعي العام المرافعة أمام محكمة الشرطة وأن تتم المحاكمة في محكمة الشرطة وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية.

واستند أيضاً قضاء محكمة النقض إلى نص المادة ٨١ المعدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٥ (قانون الأمن العام) والتي تشير إلى أن الجنايات يتم إحالتها إلى المستشار العدلي ليحيلها بدوره إلى محاكم الشرطة.

التعليق

استند حكم محكمة النقض إلى نصوص المواد ٨١، ٨٤، ٨٥ من قانون الأمن العام رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٥ والذي أجاز اختصاص النيابة العامة للقوة بالتحقيق في الجرائم حال كون المتهمين من أفراد القوة ومن ثم إحالتهم بعد ذلك إلى محكمة الشرطة لمحاكمتهم.

وقد جانب المحكمة الصواب في استنادها إلى قانون الأمن العام الصادر عام ١٩٦٥ في هذا الصدد وذلك نظراً لأن هذا القانون يتعارض مع نص المادة ١٠١، ١٠٧ من القانون الأساسي الصادر عام ٢٠٠٢.

فقد نصت الفقرة الثانية من م ١٠١ على أنه «تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة، وليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج نطاق الشأن العسكري».

وحيث أنه لم يصدر أي قانون أو تشريع خاص لإنشاء المحاكم العسكرية كما جاء بنص المادة فإن الأمر لن يخرج عن إحدى فرضين:

الفرض الأول: أن يؤدي التفسير الضيق لهذه المادة إلى إلغاء جميع القوانين العسكرية السابقة

على صدور القانون الأساسي ومنها قانون الأمن العام الذي استندت إليه محكمة النقض في تأييد اختصاص النيابة العامة للقوة بنظر هذه الجريمة.

الفرض الثاني: أن يؤدي التفسير الموسع إلى القول باستمرار القوانين العسكرية والتي منها قانون الأمن العام - إلى حين صدور القوانين الخاصة لإنشاء مثل هذه المحاكم.

وسواء تم الاستناد إلى الفرض الأول أو الفرض الثاني فإن حكم محكمة النقض يعد مخالفاً لنص هذه المادة.

وفيما يتعلق بالفرض الأول والذي نرجحه فإن الأمر لا يثير أي صعوبة لأن اشتراط صدور قوانين خاصة لإنشاء المحاكم العسكرية وفقاً لما جاء بالقانون الأساسي يؤدي إلى عدم تطبيق جميع القوانين العسكرية السابقة عليه والتي منها قانون الأمن العام وليس أدل على ذلك من أن المادة ١١٨، ١١٩ من القانون الأساسي قد قررتا صراحة إلغاء كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون.

وفيما يتعلق بالفرض الثاني فإن القول باستمرار القوانين العسكرية السابقة على القانون الأساسي إلى حين إنشاء القوانين الخاصة بإنشاء المحاكم العسكرية مقيد بقيد أوردته المادة ١٠١ من القانون الأساسي وهو أنه ليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج نطاق الشأن العسكري الأمر الذي يفيد أن المشرع قد اشترط شرطاً مطلقاً مفاده أنه ليس لهذه المحاكم اختصاص خارج نطاق الشأن العسكري.

ويقصد «بالشأن العسكري» الموضوعات ذات الطبيعة العسكرية ومن ثم فإنه خارج نطاق المسائل العسكرية فليس لهذه المحاكم أي اختصاص وإنما يعود الاختصاص إلى النيابة العامة المدنية بحكم أنها الأصل في التحقيق.

ومن ثم فإنه سواء تم الأخذ بالفرض الأول أو الثاني فإن المحكمة قد جانبها الصواب حيث أقرت اختصاص أحد المحاكم العسكرية - قانون الأمن العام - على واقعة مدنية «جناية القتل» بالمخالفة لنصوص المواد ١٠١، ١٠٧، ١١٨، ١١٩ من القانون الأساسي.

ونتيجة لذلك فقد خالفت محكمة النقض نص المادة ١٠٧ من القانون الأساسي والذي يجيز للنائب العام فقط حق تولي الدعوى العمومية في الجرائم ذات الشأن غير العسكري. وحيث أن الجريمة موضوع الطعن تعد ذات طبيعة مدنية فإن الاختصاص بها يكون للنائب العام وليس إلى النيابة العسكرية.

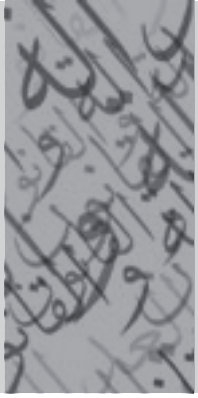
ومن ناحية أخرى فإنه: لا يجوز الاستناد إلى قانون العقوبات الثوري لسنة ١٩٧٩ أو إلى ما استقرت عليه أحكام المحاكم العسكرية الفلسطينية منذ عام ١٩٩٤، كما أنه لا يجوز الاستناد إلى قانون العقوبات العسكرية الأردني الصادر عام ١٩٥٢ حيث أن هذه القوانين والأحكام كلها قد صدرت في الفترة السابقة على صدور القانون الأساسي عام ٢٠٠٢.

وبالرغم من أن بروتوكول التعاون بين النيابة العامة والنيابة العسكرية والصادر عام ٢٠٠٦ - والذي لا يعد قانون - قد خالف القانون الأساسي حيث أجاز اختصاص النيابة العسكرية بالنسبة للأشخاص الخاضعين لأحكام القوانين العسكرية إلا أنها قد اشترط عدم وجود شريك أو مساهم من غير الخاضعين لأحكام القوانين العسكرية. ومن ثم فإن تطبيق هذا المفهوم يجعل النيابة العامة المدنية هي صاحبة الاختصاص بنظر التحقيق موضوع الطعن وليس النيابة العسكرية حيث أن أحد أطراف الاتهام ذات صفة مدنية.

الخلاصـــة:

نخلص من ذلك إلى أن قضاء محكمة النقض قد جانبه الصواب حيث قضى باختصاص النيابة العسكرية ومن ثم محكمة الشرطة بنظر الدعوى موضوع الطعن بالمخالفة لنص المادة ١٠١،١٠٧، ١١٨، ١١٩من القانون الأساسي اللاحق على القانون العسكري الذي استند عليه الحكم.

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا و التعليق عليها



الحكم رقم ٢٠٠٢/١٤٧

تعليق المحامي الاستاذ فهد أبو العثم- الأردن.
تعليق المستشار الدكتور هاني الدرديري- مصر.

(1)

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة العدل العليا بغـزة

في الطلب 2002/147 عدل عليا

****

امام السادة القضاة : المستشار / فايز الفدرة رئيساً وعضوية المستشارين / عدنان الزيـن وفيصل الحسيني .

وسكرتارية : مروان النمرة .

المستدعـون : 1- حسن حسني أوصلان – رئيس قلم محكمة بداية خان يونس الرقم الوظيفي 267 .

2- يعقوب طاهر الأخا – رئيس قلم محكمة صلح القرى الشرقية الرقم الوظيفي 15809

3- عبد الحي عبد الرحمن اللحام – مدير مجلس القضاء الأعلى / محافظات الشمال / الرقم الوظيفي 71814 .

4- فهد عمر القواسمي – نائب مدير مجلس القضاء الأعلى / محافظات الشمال الرقم الوظيفي 71799 .

5- يحيى زكريا عدوي – نائب مدير مجلس القضاء الأعلى الرقم الوظيفي 71852 .

6- عيوش محمد حويلة – نائب مدير الشئون الإدارية بمجلس القضاء الأعلى الرقم الوظيفي 6601 .

7- عبد الكريم علي أبو شاويش – نائب رئيس قلم محكمة بداية غزة الرقم الوظيفي 15744

8- إلهام إبراهيم الخايك – رئيس قسم في محكمة بداية غزة الرقم الوظيفي 4398 .

9- محمد عبد المجيد أبو لطيفة – مباشر في محكمة صلح خان يونس الرقم الوظيفي20921.

10- حسين محمود الطلاع – رئيس قسم في المالية الرقم الوظيفي 39147 .

11- حسن حسين نواس – رئيس قسم في المالية رقم الرقم الوظيفي39148 .

12- إبراهيم مصطفى الأسطل – رئيس قسم في المالية الرقم الوظيفي 38349 .

13- بشير خ... رئيس قسم في المالية الرقم الوظيفي 39138 .

14- عوني ... الرقم الوظيفي 43490

15- زكي ... مساعد رئيس شعبة الرقم الوظيفي 24123 .

صورة طبق الأصل

رئيس قلم المحكمة العليا

(2)

وجميعهم من العاملين في المحاكم النظامية (الضفة وغزة) .

وكيلاهم المحاميان / ناظم عويضة وعبد الرؤوف الخليلي .

المستدعى ضده : د. محمد عبد العزيز أبو شريعة – بصفته رئيس ديوان الموظفين العام .

يمثله الأستاذ / النائب العام .

موضوع الطلب : 1- إصدار قرار بقبول نظر هذا الطلب .

2- إصدار قرار مؤقت يقضي بإلزام المستدعى ضده تقديم مذكرة بالأسباب المانعة من تنفيذ قرارات مجلس القضاء الأعلى القاضية بترقية المستدعين كلاً حسب الفئة المدرجة في القرار الخاص به .

3- إصدار قرار قطعي يقضي بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ قرارات الترقية للمستدعين واعتبارها نافذة المفعول من تاريخ صدورها مع استحقاقهم للعلاوة المترتبة على هذه القرارات وإشعار المستدعى ضده بذلك حسب الأصول .

تاريخ تقديمه : 2002/10/5 م .

جلسة يوم : الثلاثاء 2002/12/3 م .

الحضور : حضر الأستاذ / ناظم عويضة وكيل المستدعين .

وحضر وكيل النيابة الأستاذ / منير العقبي .

****

// القرار //

بعد الاطلاع على الأوراق والإنصات إلى المرافعة والمداولة قانوناً .

وحيث أن واقعة الطلب تتحصل في أن المستدعين وهم من العاملين في المحاكم النظامية الخصموا بواسطة وكيلهما المحامين / ناظم عويضة وعبد الرؤوف الخليلي المستدعى ضده السيد / محمد عبد العزيز أبو شريعة بصفته رئيس ديوان الموظفين العام وممثله السيد / النائب العام وموضوعه :

1- إصدار قرار بقبول هذا الطلب .

2- إصدار قرار مؤقت يقضي بإلزام المستدعى ضده تقديم مذكرة بالأسباب المانعة من تنفيذ قرارات مجلس القضاء الأعلى القاضية بترقية المستدعين كل حسب الفئة المدرجة في القرار الخاص به .

3- إصدار قرار قطعي يقضي بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ قرارات الترقية للمستدعين واعتبارها نافذة المفعول من تاريخ صدورها مع استحقاقهم للعلاوة المترتبة على هذه القرارات وإشعار المستدعى ضده بذلك حسب الأصول .

صورة طبق الأصل
رئيس قلم المحكمة العليا
احمد حسن الأسمر

(٢)

(3)

وحيث أن المحكمة بقاضي منفرد أجابت المستدعين لطلبهم بإصدار مذكرة للمستدعى ضده لبيان الأسباب المانعة من تنفيذ قرارات مجلس القضاء الأعلى والقاضية بترقية المستدعين كل حسب الفئة المدرجة بالقرار الخاص به وعلى المستدعى ضده إن شاء تقديم رده خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بهذا القرار .

وحيث أن المستدعى ضده وفي لائحته الجوابية رد على ما جاء في طلب المستدعين بمقولة:

1- أخضع المشرع بموجب المادة 79 من قانون السلطة القضائية العاملين في المحاكم لأحكام قانون الخدمة المدنية الذي يتولى بيان الأحكام الخاصة بتعيين وترقية الموظفين وتحديد واجباتهم وحقوقهم وبشكل عام كافة الأمور المتعلقة بشئونهم الوظيفية .

2- أن الأمور المتعلقة بالموظفين والعاملين بالمحاكم من حيث التعيين والترقية هي من صلاحيات وزارة العدل عملاً بأحكام المادة 47 التي نصت على أن الإشراف الإداري في جميع المحاكم لوزير العدل .

3- أوجبت المادة 4 بفقرتيها الثانية والثالثة من قانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998 أن تضع كل دائرة حكومية مشروعاً لهيكلها التنظيمي بكافة تقسيماته واختصاص كل منها مع وضع جدول بالوظائف وبطاقة وصف لكل وظيفة محدداً بها واجباته ومسئولياتها وشروط شغلها وتصنيفها .

4- أن ديوان الموظفين قام بمخاطبة السيد وزير العدل بتاريخ 2002/2/17 بتزويده بالهيكل التنظيمي للوزارة ولما لم يرد رد وزارة العدل أتبعه بكتاب استعجال بتاريخ 2002/8/22 ولم يرد حتى تاريخه أي رد يفيد بشأن الموضوع .

وحيث أنه وفي الجلسة المحددة لنظر الطلب كرر الحاضر عن المستدعى ضده وكيل النيابة الأستاذ /أسامة أبو مدين ما جاء في اللائحة الجوابية ملتمساً إجابة الطلب الوارد فيها .

وحيث أن وكيل المستدعين رد بمذكرة قانونية على ما جاء في لائحة المستدعى ضده .

وحيث أن المستدعى ضده أشهد إثباتاً لطلبه الأستاذ / حجازي القرشلي المستشار القانوني في ديوان الموظفين وفحوى شهادته أن موضوع الكتب تتعلق بتعديل وظيفة أي أن منح وظيفة تختلف عن التي كان يمارسها والديوان لم ينفذ القرارات لأنه تعديل لعدد كبير وتعديل الوظائف يتطلب هيكل تنظيمي حسب القانون وعليه يتم تعيين الموظف حسب الهيكلية وكان مطلوب هيكل تنظيمي ولم يتوفر ذلك لمجلس القضاء والوصف الوظيفي هو لمعرفة طبيعة كل وظيفة ولهذا القدر ختم المستدعى ضده بيناته .

وحيث أن المستدعى الأول السيد حسن أرسلان شهد لنفسه وللمستدعين وشرح في شهادته أمام المحكمة تاريخه الوظيفي منذ أن استلم العمل سنة 1963 حتى تاريخه كما شهد أيضاً السيد / حسين محمود الطلاع بأنه عمل في ليبيا لمدة خمسة عشر عاماً ولمجلس القضاء الأعلى السيد الرئيس وعمل كمحاسب في

صورة طبق الأصل
رئيس قلم المحكمة العليا
أحمد حسني الأمير
18 -01- 2003
السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الأعلى
محكمة بداية غزة

(4)

وزارة العدل مع أربعة من الموظفين وأن الموظفين الذين عملوا كموظفين جدد يعملون مساعدين لهم وحصلوا على علاوة وهو وزملاؤه لم يحصلوا .

ثم شهد للمستدعين السيد / أحمد حسني الأمير بأنه يعمل مديراً للشئون الإدارية بمجلس القضاء الأعلى وان الهيكلية هي أساساً كمطلب لتحسين مستوى القضاء وهناك مطالب دولية لذلك وليس بناء على طلب الديوان وأنه سيتم الانتهاء من الهيكلية خلال شهر بالنسبة للموظفين وما حصل لهم هو تعديل وظيفي وبالنسبة لصلاحيات المحاكم أحيلت من وزارة العدل بقرار من وزارة العدل موجه إلى ديوان الموظفين وموقع من الوزير السيد / فريح أبو مدين آنذاك وأضاف الشاهد أنه توجد موازنة خاصة بمجلس القضاء الأعلى وفيها بند الرواتب وشيك صادر باسم مجلس القضاء الأعلى ومنذ إحالة الصلاحيات من الوزارة إلى المجلس ليس لوزارة العدل أية معلومات او علاقة بموظفي مجلس القضاء .

وحيث أنه وبعد الاستعراض لوقائع هذا الطلب وبعد الاستماع لمرافعة الأطراف والاطلاع على البيّنات والوقوف على ما احتوته مذكراتكم انتهت المحكمة إلى أن مناط الفصل فيه يتحدد على ضوء تحديد الجهة المختصة بالإشراف الإداري على موظفي المحاكم هل هي وزارة العدل أم مجلس القضاء الأعلى إذ أن في تحديده ما يضع النقاط فوق الحروف ويجلي الأمور بكل وضوح فالمستدعين في طلبهم طالبوا بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ قرارات مجلس القضاء الأعلى القاضية بترقية كلاً حسب الفئة الخاصة به في حين أن ممثل المستدعى ضده الأستاذ النائب العام رد بأن الأمور المتعلقة بالموظفين العاملين بالمحاكم من حيث التعيين والترقية هي من صلاحيات وزارة العدل عملاً بأحكام المادة 47 من قانون السلطة القضائية والتي نصت على أن الإشراف الإداري في جميع المحاكم لوزير العدل .

وحيث أن هذه المحكمة وبعد أن قامت بتمحيص وبحث الأساس القانوني الذي عول عليه كل فريق تأكيداً لرأيه انتهت إلى أن ممثل المستدعى ضده لم يفلح في إقناع المحكمة بصحته وكل ما ساقه دعماً له اصطدم بالواقع والمنطق إلى حد ما يظاهره وأيد ذلك أنه لا يأذ بالمادة 47 وهذه المادة لا تنطبق ولا بأي حال من الأحوال لا من قريب أو بعيد على موظفي المحاكم فهي تناولت ما يقع من القاضي من مخالفته لواجباته أثناء عمله والنهاء الإجراء التأديبي وانتهت بفقرتها الثالثة إلى أنه إذا تكررت المخالفة أو استمرت بعد صيرورة القيد نهائياً رفعت الدعوى التأديبية بما يقطع جزماً ويقيناً إلى أن هذه المادة في تطبيقها تقتصر على النواحي التأديبية بالقاضي فقط ولا علاقة لها بالموظفين فهي لم تذكرهم أو تتطرق إليهم ومن ثم فإن هذا الاستناد غير محمل على أساس من القانون ويتعين طرحه جانباً فهي بذلك تمنع عن [illegible] الفصل بين السلطات ولو أنها لا تملك إلغاءه لأن ذلك سبيل آخر حدده القانون

صورة طبق الأصل
رئيس قلم المحكمة العليا
أحمد حسني الأمير
السلطة الوطنية الفلسطينية
محكمة بداية غزة
18 -01- 2003
الصادر :
الوارد :
السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الأعلى
المحكمة العليا

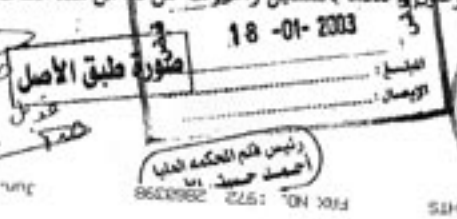
(5)

وحيث أنه ولعل ما يؤيد ذلك أن المادة 3 من قانون السلطة القضائية بفقراتها الثلاثة جاءت صريحة بالدلالة على مدى صلاحية مجلس القضاء الأعلى بان تكون للسلطة القضائية موازنتها الخاصة وتكون مستقلة ضمن الموازنة العامة للسلطة الوطنية الفلسطينية وهذا يعني أن موازنتها تظهر كفصل مستقل دون تبعيتها لأي وزارة أو مؤسسة وان موظفيها وانيها هم الذين يقومون بإعدادها والإشراف عليها فكما لوزارة العدل أو غيرها من الوزارات موازنة خاصة باسمها فكذلك الأمر للسلطة القضائية لمجلس القضاء الأعلى وهو المتخصص بمسئولية إعداد موازنة السلطة القضائية بفصولها الثلاث ويتولى هذا المجلس مسئولية الإشراف على تنفيذ موازنة السلطة القضائية ولا ريب في أن هذا تأكيد مطلق بأن للسلطة القضائية الصلاحية الخاصة بالإعداد والإشراف والتنفيذ بكل ما يتعلق بموازنتها وبشئون موظفيها .

وحيث أنه وطبقاً لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2002 لرئيس كل محكمة إصدار القرارات المنظمة للعمل الإداري بما يشمله ذلك من إجراءات العمل والموظفين القائمين عليه وهذا يبين وبصورة لا تقبل التأويل أن لا علاقة لوزارة أو وزير العدل بالإشراف على الموظفين بالسلطة القضائية ثم جاءت المادة 75 من قانون السلطة القضائية لتؤكد هذا المعنى عندما نصت على أن أعوان القضاء هم المحامون والخبراء وأمناء السر والكتبة والمترجمون ولا شك أنها لو قصدت عدا ذلك لنصت على انهم أعوان وزارة العدل وليس أعوان مجلس القضاء فهي نصت بالتخصيص والتحديد على أن أولئك المذكورين أعوان لمجلس القضاء الأعلى فقط كما وأن المادة 79 من نفس القانون نصت " تسري على العاملين بالمحاكم النظامية أحكام قانون الخدمة المدنية ".

وحيث أنه يضاف إلى هذا الذي تقدم والذي أيضاً عزز ما سبق الكتاب الصادر عن مدير عام الموازنة في 2002/2/18 والموجه إلى مستول المالية وفيه ذكر "يرجى العلم بأنه تم تخصيص اعتماد لعدد 394 موظف ليتم نقلهم من وزارة العدل إلى مجلس القضاء بالاتفاق ما بين الأطراف المعنيين ويرجى توجيه كتاب لديوان الموظفين لفصل استمارات الرواتب الخاصة بمجلس القضاء الأعلى" وأنه بالفعل تم تنفيذ ذلك ومن هنا أضحت العلاقة ما بين وزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى منقطعة وأصبحت شئون الموظفين الإدارية في ذمة هذا المجلس .

وحيث أنه ولعل ما يؤكد إشراف مجلس القضاء الأعلى على الشئون الإدارية للموظفين ما نصت عليه المادة 9 من قانون الخدمة المدنية فهذه المادة تناولت كافة فئات الموظفين وتحديداً بالتفصيل وأعطت كل فئة من هذه الفئات وحدة متميزة في



(6)

مجالات شئون الخدمة المدنية من تعيين وترقية ونقل ويكون لها قائمة مستقلة بأقدمية موظفيها بكل الدرجات التي تتضمنها .

ولما كان رئيس مجلس القضاء الأعلى بصفته رئيساً للمحكمة العليا يعتبر بدرجة وزير بحكم هذا القانون مادة 2/9 ومن ثم فإن جميع موظفي المحاكم النظامية يكونون تحت رئاسته وإمرته وحده دون سواه .

وحيث أنه بالتدقيق في الأوراق والمبرزات يبين لنا أن جميع القرارات المرفقة بالدعوى والصادرة عن السيد / رئيس مجلس القضاء الأعلى هي قرارات لتعديل الوظائف حسب ما تتطلبه المصلحة العامة للقضاء دون سواه .

وحيث أنه ولما كان كل ما تقدم فإن هذه المحكمة انتهت وقد اطمأن وجدانها إلى أن مجلس القضاء الأعلى هو بمفرده الجهة المختصة بقوة القانون بالإشراف على شئون الموظفين الإداريين التابعين لها بكل النواحي والجوانب وأنه ومتى كان ذلك فإن قراره بالترقية للمستدعين كلاً حسب الفئة المدرجة به يتفق وصحيح القانون لأنه استمدها من الولاية المعقودة له دون سواه ويغدو واجب التنفيذ منتجاً لكافة آثاره القانونية .

وحيث أن المحكمة وإزاء ما انتهت إليه لا يسعها إلا وأن تشير إلى أنه لا مجال للأخذ وتطبيق الهيكلية التي أشار إليها المستشار القانوني لديوان الموظفين ذلك وكما اتضح ومن خلال البينة أن هذه الهيكلية غير معمول بها في معظم الوزارات وان الكثير من الترقيات تمت لكثير من الموظفين دون الأخذ أو النظر إلى هذه الهيكلية لعدم وجودها آنذاك كما وأنه تم ترقية بعض الموظفين وفي غضون فترة قريبة لا تتجاوز الأشهر أكثر من مرة دون الرجوع للهيكلية وأنه في النهاية وفي حال عدم وجود أو اكتمال هذه الهيكلية فليس من شأن ذلك أن يحرم الموظف من حقوقه المستحقة .

لهذه الأسباب

وباسم الشعب العربي الفلسطيني

// الحكم //

حكمت المحكمة بإجابة المستدعين إلى طلبهم القطعي وذلك بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ قرارات الترقية الصادرة لصالح المستدعين عن السيد رئيس المحكمة العليا قاضي القضاة رئيس مجلس القضاء الأعلى حسب الدرجة على النحو التالي :

1- حسن حسني أرسلان
2- يعقوب طاهر الأغا

صورة طبق الأصل

(7)

-3	عبد الحي عبد الرحمن اللحام	الدرجة C
-4	فهد عمر القواسمي	الدرجة الثانية
-5	يحيى زكريا عدوي	الدرجة الثانية
-6	عيوش محمد حويلة	الدرجة D-2 بالدرجة D
-7	عبد الكريم علي أبو شاويش	الدرجة D-2
-8	إلهام إبراهيم الحايك	الدرجة الثانية
-9	محمد عبد المجيد أبو لطيفة	الدرجة التاسعة
-10	حسين محمود الطلاع	الدرجة الثالثة
-11	حسن حسين نواس	الدرجة الثالثة
-12	إبراهيم مصطفى الأسطل	الدرجة الثالثة
-13	بشير شعبان رمضان	الدرجة الثالثة
-14	عوني يوسف بكير	الدرجة الثالثة
-15	زكي سليمان البرديني	الدرجة السادسة

مع منحهم العلاوات المترتبة على هذه القرارات . حكماً صدر وأفهم علناً في 2002/12/3 م .

رئيس المحكمة (فايز القدرة)

عضو (عبدالله الزين)

عضو (فيصل الحسيني)

السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الأعلى
محكمة بداية غزة
18-01-2003

صورة طبق الأصل

رئيس قلم المحكمة العليا
أحمد حسني الأسيوطي

التعليق على الحكم رقم ٢٠٠٢/١٤٧

"صلاحيات وزارة العدل بالاشراف الإداري على موظفي المحاكم"

تعليق المحامي الاستاذ فهد أبو العثم- الأردن.
تعليق المستشار الدكتور هاني الدرديري- مصر

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٢/١٤٧

المحامي فهد أبو العثم- الأردن

بناء على الكتاب الصادر عن المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء « مساواة « بتاريخ ٨/٥/ ٢٠٠٧ والذي يطلب فيه الرئيس التنفيذي للمركز الزميل المحامي الأستاذ إبراهيم البرغوثي التعليق على الحكم القضائي في الطلب رقم (٢٠٠٢/١٤٧) الصادر عن محكمة العدل العليا في غزة.
وقد أودع الزميل الفاضل أوراقا متعلقة بملف الدعوى المذكورة مثلما أرفقها مشكوراً بنسخ من القانون الأساسي المعدل وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.

ومن دراسة الأوراق المودعة والتدقيق في الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا رقم (٢٠٠٢/١٤٧)أجد أن المستدعين حسن حسني ارسلان وآخرين، وبتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٥ قدموا طلباً بمواجهة المستدعى ضده د. محسن عبد العزيز أبو شريعة بصفته رئيس ديوان الموظفين ملتمسين:-

١- إصدار قرار بقبول نظر هذا الطلب.
٢- إصدار قرار مؤقت يقضي بإلزام المستدعي ضده تقديم مذكرة بالأسباب المانعة من تنفيذ قرارات المجلس القضائي القاضية بترقية المستدعين حسب الفئة المدرجة لكل منهم.
٣- إصدار قرارا قطعي يقضي بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ قرارات الترقية للمستدعين واعتبارها نافذة المفعول من تاريخ صدورها مع استحقاقهم للعلاوة المترتبة على هذه القرارات وإشعار المستدعي ضده بذلك حسب الأصول.

و بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٥ عرض الاستدعاء على المحكمة التي قررت إصدار مذكرة للمستدعي ضده لبيان الأسباب المانعة من من تنفيذ قرارات المجلس القضائي الأعلى القاضية بترقية المستدعين كل حسب الفئة المدرجة بالقرار الخاص به، وعلى المستدعي ضده تقديم رده خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه لهذا القرار.
وبتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٩ تقدم النائب العام بلائحة جوابية احتفظ بها بحق النيابة العامة بتقديم لائحة جوابية حال تلقيه المعلومات الخاصة بهذا الشأن.
وبتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٢ قدم القائم بأعمال النائب العام لائحة جوابية قوامها سبعة بنود مؤداها أن المشرع بموجب المادة (٧٩) من قانون السلطة القضائية اخضع العاملين بالمحاكم لأحكام قانون الخدمة المدنية من حيث التعيين والترقية والحقوق والواجبات وجميع شؤونهم الوظيفية وإنها جميعاً من صلاحيات وزارة العدل، وانه على كل دائرة حكومية ان تضع مشروعا لهيكلها التنظيمي مع وضع جدول الوظائف، وان ديوان الموظفين خاطب وزير العدل لتزويده بهذا الهيكل دون أن يتلقى أي رد.
واضافت اللائحة تفصيلا عن ملفات المستدعين الوظيفية وطالبت النيابة في نهايتها رد الاستدعاء المقدم من المستدعين وتضمينهم الرسوم والمصاريف.
وفي شهر (١١السنة٢٠٠٢) تقدم المستدعون بمذكرة ختامية ملتمسين في نهايتها من المحكمة إصدار قرار قطعي بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ هذه القرارات واعتبارها نافذة المفعول من تاريخ

صدورها مع استحقاقها للعلاوة المترتبة على هذه القرارات.
وبتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣ أصدرت المحكمة حكما يقضي بإجابة المستدعي إلى طلبهم القطعي بالزام المستدعي ضده بتنفيذ قرارات الترقية الصادرة لصالح المستدعين عن السيد رئيس المحكمة العليا على النحو المبين في متن الحكم مع منحهم العلاوات المترتبة على هذه القرارات.
هذه هي خلاصة وقائع الدعوى وذلك هو منطوق الحكم.
وبالتدقيق في هذه الأوراق جميعها وبما حواه الحكم الصادر فاني أرى أن ثمة سؤالين لا مناص من الإجابة عنهما.
الأول: وهو سؤال أساسي ومفصلي وهو من الجهة صاحبة الاختصاص في تقرير طلبات الموظفين العاملين في المحاكم؟ هل هو المجلس القضائي أو وزارة العدل؟
ولقد أجابت المحكمة على هذا التساؤل تأسيساً على مناقشة المواد(٣و٤٧و٧٥) من قانون السلطة القضائية بصورة واضحة وصريحة لم يعد فيها مجال للشك أو التأويل وخلصت إلى أن المجلس القضائي هو صاحب الصلاحية في اتخاذ تلك القرارات ولا يرد القول أن في ذلك مساساً بهيبة القضاء أو نيلا من قدره ومكانته والعكس هو الصحيح فان استقلال القضاء حقيقة لا قولا يقضي أن يتصرف المجلس القضائي وحده وليس وزير العدل بهؤلاء العاملين في أروقة المحاكم وان ترك هؤلاء لرغبة الوزير في الترقية والعلاوة و...الخ هو الذي يمس باستقلال القضاء.
وعليه فان حكم المحكمة قد انسجم مع النصوص القانونية من جهة، وتوافق مع مفهوم استقلال القضاء من جهة أخرى.
الثاني: هل تملك أية جهة على التعقيب على قرار محكمة العدل العليا؟؟
ليس للوزير صلاحية التعقيب على قرار هذه المحكمة، ولا يملك هو أو رئيس ديوان الخدمة المدنية ولأي جهة أخرى الامتناع عن تنفيذه مادام انه حكم نهائي قطعي غير خاضع للطعن تجاه أي جهة أخرى.
وأكثر من ذلك فان الامتناع عن تنفيذ هذه الفقرة الحكمية يشكل جريمة ويعاقب عليها القانون.
قد يقال أن المحكمة قد جانبت صحيح القانون، وقد تحشد لذلك الذرائع والأسباب، ومع ذلك فلا ينهض الوزير أو غيره بمهمة النظر بدستورية القانون إذا اعترض على عدم دستورية مادة قانونية.
وأكثر من ذلك فان المادة(٨٣) من قانون السلطة القضائية أناطت بالمحكمة العليا مؤقتا بالمهام المسندة بالمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها، بمعنى أن المحكمة العليا تقوم بدور محكمة القضاء الإداري من جهة والمحكمة الدستورية من جهة أخرى.
ومن جهة أخرى فان الحفاظ عل هيبة القضاء واستقلاله يقضي بالمبادرة إلى تنفيذ أي حكم قضائي قطعي.
وأما بالنسبة لما أثير في اللائحة الجوابية من استحقاق بعض المستدعين للترقية وعدم استحقاق البعض الآخر فأمر لا تملك النيابة وزن البينة وتقدير قيمتها وإنما هو عائد للمحكمة نفسها.
وطالما أن المحكمة قررت الموافقة على الترقيات على النحو الذي ورد بقرارها فليس من الجائز مناقشة ذلك.
وهذا ما أراه من استقراء الحكم المذكور.

وردتني الأسئلة بخصوص الدعوى ذات الرقم (٢٠٠٢/١٤٧) وأجيب عليها بما يلي:
الأول: هل تنعقد محكمة العدل العليا من قاض منفرد في طلب إصدار قرار مؤقت ... الخ؟ وأبادر بالقول بأنه من غير الجائز انعقاد المحكمة من قاض منفرد، إنما تعقد بالنصاب الذي ينص عليه القانون.

ولكن ذلك لا يرد بالدعوى المذكورة، لأن القرار المؤقت الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٥ لم يصدر عن القاضي المنفرد حيث ورد بالحرف الواحد (لقد عرض هذا الاستدعاء على هذه المحكمة..... والمحكمة قررت إصدار مذكرة للمستدعي ضده لبيان الأسباب...صدر بأمر المحكمة ...الخ).
من استقراء صياغة هذه العبارات فإننا نكون عل مثل اليقين إن القرار صادر عن المحكمة وليس عن القاضي المنفرد الذي اقتصرت مهمته على نقل فحوى القرار الصادر عن المحكمة وتبليغه لصاحب الشأن، بمعنى انه ليس هو مصدر القرار، ولا غضاضة في ذلك، وليس هناك أية مخالفة قانونية.
أما ما ورد في صدر الصفحة الثالثة من قرار المحكمة (من أن المحكمة بقاضي منفرد أجابت..) فان ذلك ينصرف إلى أن القاضي المنفرد قام بمهمة إجابة المستدعين بقرار المحكمة أي إبلاغ قرار المحكمة إليهم، واعتبر أن ذلك لا يعدو أن يكون سوى صياغة وليس انعقاد المحكمة من قاض منفرد.

الثاني:هل تملك محكمة العدل العليا وهي محكمة إلغاء أن تقضي بالتعويض وبإلزام جهة الإدارة بالتنفيذ؟
بالرجوع إلى قانون السلطة القضائية نجد أن المادة (٦) بند (١/٣) تنص على أن:
١- المحكمة العليا تتكون من:
أ: محكمة النقض.
ب:محكمة العدل العليا.
بمعنى أن محكمة العدل العليا هي محكمة عليا بموجب هذا النص:
بالرجوع إلى المادة (١/٤٦) نجد أنها تنص على انه:
١-تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض .... والفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب ... الخ.
يفهم من هذا النص أن اختصاص محكمة العدل العليا هو اختصاص إلغاء وتعويض، وهذا المعنى صريح وواضح لا مجال للتأويل أو التفسير.
يضاف لذلك فانه من الخطأ القول بان محكمة العدل العليا هي محكمة إلغاء فقط لان ذلك مخالفة صريحة للنص المشار إليه أنفا، وإنما هي محكمة إلغاء وتعويض، وهذا ما هو عليه الحال في الأردن.
هذا من جهة ...
وأما بالنسبة لصلاحية هذه المحكمة أن تقضي بإلزام جهة الإدارة بالتنفيذ، فهو قول غير وارد أصلا، لان من ابسط قواعد الفقه الإداري أن قرارات هذه المحكمة -مادام وإنها غير خاضعة لطعن أمام محكمة أعلى درجة- هي أنها تحمل في طياتها قابليتها للتنفيذ دون حاجة لذكرها، فلم يرد في أي قرار لمحكمة العدل العليا الأردنية أو لمحكمة الإدارة العليا في مصر ما يشير إلى طلب تنفيذه لان المعروف أصلا لا يعرف.
بمعنى انها تنفذ رأساً مادام وأنها تحمل صفة القطعية، وان أي ممانعة في تنفيذه يشكل جريمة يعاقب عليها قانوناً.

الثالث:هل تملك محكمة العدل العليا بصفتها محكمة إدارية أن تتعرض لدستورية نص قانون في ظل وجود محكمة دستورية وفي ظل إناطة صلاحيتها بالمحكمة العليا الفلسطينية؟
أقول ليس في عداد الأوراق المودعة ما يشير إلى وجود قانون للمحكمة الدستورية، ولم يتسنى لي الاطلاع على أحكامه.

فإذا كان موجودا فان مواده هي التي ينبغي أعمالها في موضوع دستورية النصوص القانونية.وبخلاف ذلك فانه ينبغي الرجوع إلى المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية التي تنيط بالمحكمة العليا مهام المحكمة الدستورية.

الرابع: هل أن قانون السلطة القضائية ينيط صلاحية الإشراف الإداري على الموظفين الإداريين بوزارة العدل أم المجلس القضائي؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من الرجوع إلى جملة المواد القانونية وقراءتها مجتمعة.

تنص المادة(٤٧) من قانون السلطة القضائية على انه:-

أ: لوزير العدل الإشراف الإداري على جميع المحاكم...الخ

ب: تنص المادة (٣/٣) من قانون السلطة القضائية:

يتولى مجلس القضاء الأعلى مسؤولية الإشراف على تنفيذ الموازنة العامة.

وتنص المادة(٧٩) منه على انه:»تسري على العاملين بالمحاكم أحكام قانون الخدمة المدنية».

الأصل إن القانون يورد أحكاما على سبيل يحدد الأمور المبحوثة بشكل واضح وصريح. وإلا أن القانون ورد بعبارات عائمة غير واضحة.

فلابد من إعمال المناقشة و استخلاص الدلائل من المواد بمجموعها للوصول إلى الإجابة المطلوبة.

لقد وردت المادة(٤٧) المشار إليها أعلاه على سبيل الجواز بدليل قول المشرع (لوزير العدل) وحرف اللام هنا يحمل معنى الجواز وليس غيره فليس من المنطق أن يعلق المشروع مسؤولية الإشراف على رغبة الوزير في أن يستعمل صلاحيته بالإشراف الإداري أو لا يستعملها.

الأمر الذي يتعين معه حمل مفهوم الإشراف على المحاكم على رغبة الوزير. وليس من المعقول أن يترك الإشراف بدون أن يناط على سبيل الوجوب والإلزام بجهة معينة ذات علاقة وهذه الجهة ذات العلاقة هي المجلس القضائي هذا من جهة.

من جهة ثانية وإزاء ما ذكر أعلاه فمن المنطق أن تفسر المادة الثالثة التي تنيط بالمجلس القضائي مسؤولية الإشراف على الموازنة على أنها تنطوي على إناطة الإشراف بهذا المجلس.

يستخلص من ذلك انه إزاء غموض النصوص ووردها بالصيغة الماثلة. فان مناقشتها (النصوص) تجعل إناطة مهمة الإشراف بالمجلس القضائي ادعى إلى القبول.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٢/١٤٧

المستشار الدكتور هاني الدرديري
نائب رئيس مجلس الدولة المصري
الاستاذ المنتدب للدراسات العليا والتدريس الجامعي- مصر

المستدعون: حسن حسني أرسلان وآخرون
المستدعي ضده: د. محمد عبد العزيز أبو شريعة
بصفته رئيس ديوان الموظفين العام

الموضوع

تنص المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢م على أنه: « لوزير العدل الإشراف الإداري على جميع المحاكم، ولرئيس كل محكمة الإشراف على القضاة العاملين بها وعلى سير العمل بها».

وقد ثار الخلاف حول أمرين:

الأول: مدى دستورية هذا النص.

الثاني: الجهة التي تملك الإشراف الإداري على الموظفين العاملين بالمحاكم، وهل هي مجلس القضاء الأعلى أم وزير العدل؟

وبالنسبة للأمر الأول فقد إنتهت محكمة العدل العليا في الدعوى رقم ١٤٧ / ٢٠٠٢ بتاريخ ١٢/٣/ ٢٠٠٢ إلى عدم دستورية نص المادة (١/٤٧) المذكور لمخالفته لمبدأ الفصل بين السلطات، ولهذا فإنها إمتنعت عن تطبيقه، بما مؤداه أن رئيس المحكمة العليا رئيس مجلس القضاء الأعلى هو وحده دون سواه من يرأس الجهاز الإداري للمحاكم.

وبالنسبة للأمر الثاني، تنازع الأمر اتجاهان، اتجاه مجلس القضاء الأعلى، ويرى أنه المختص بهذا الإشراف كاملا عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، واتجاه السلطة التنفيذية ممثله في وزير العدل ورئيس ديوان الموظفين العام، ويري أنهم خاضعون لإشراف وزير العدل، لعدة أسانيد، أهمها: المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية سالفة الذكر.

وإذ تمسك مجلس القضاء الأعلى بوجهة نظره، فإنه أتبع الرأي العمل، وأصدر عدة قرارات بترقية المستدعين حسن حسني أرسلان وآخرين، إلا أن رئيس ديوان الموظفين العام امتنع عن تنفيذ هذه القرارات، مما حدا بالمستدعين إلى رفع طلبهم، محل التعليق، طالبين في ختامه:

١- **إصدار قرار بقبول نظر هذا الطلب.**
٢- **إصدار قرار مؤقت يقضي بإلزام المستدعى ضده تقديم مذكرة بالأسباب المانعة من تنفيذ قرارات مجلس القضاء الأعلى القاضية بترقية المستدعين كلٍ حسب الفئة المدرجة في القرار الخاص به.**
٣- **إصدار قرار قطعي يقضي بإلزام المستدعى ضده بتنفيذ قرارات الترقية للمستدعين وإعتبارها نافذة المفعول من تاريخ صدورها مع استحقاقهم للعلاوة المترتبة على هذه القرارات وإشعار المستدعى ضده بذلك حسب الأصول.**

واستند المستدعون في طلبهم للأسانيد الآتية:

- إن جميع هذه القرارات صادرة من ذي صفة قانونية وبموجب الصلاحيات المناطة برئيس مجلس القضاء الأعلى من خلال القرار الرئاسي رقم ٩٩/٢٦.

- طبقا للأصول فقد تبلغ المستدعي ضده هذه القرارات إلا أنه إمتنع عن تنفيذها بلا مسوغ أو سند من القانون , مما يشكل مخالفة لنص المادة (٤٩) من الفصل الخامس من قانون الخدمة المدنية رقم (٤) لسنة ١٩٨٨م.

- لا يملك المستدعي ضده قانوناً الإمتناع أو التباطؤ في تنفيذ هذه القرارات كونه جهة تنفيذية للقرارات التي تصدر من ذوي الصفة بناء على مقتضيات المصلحة العامة للعمل.

- بتاريخ ٢٩/ ٢٠٠٢/٨م أرسل الأستاذ المستشار/ رضوان الأغا رئيس مجلس القضاء الأعلى كتاباً عاجلاً (وهام جدا) إلى المستدعى ضده لتنفيذ هذه القرارات لأهميتها البالغة إلا أن المستدعي ضده لم يتفضل حتى بالرد على هذا الكتاب.

- أرسل المستدعون الإخطار رقم ٢٠٠٢/٤٨٥٧ إلى المستدعى ضده لتنفيذ هذه القرارات إلا أن سيادته أيضا لم يتفضل بالرد, الأمر الذي دعاهم لتقديم هذا الطلب إلى عدالة المحكمة الموقرة بحكم إختصاصها القضائي في نظره.

- المستدعون متضررون جراء رفض المستدعى ضده تنفيذ هذه القرارات بلا مسوغ أو سند من القانون.

وبتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٥ عرض هذا الإستدعاء على المحكمة فقضت بقرار مؤقت من قاضي منفرد بإصدار مذكرة للمستدعى ضده لبيان الأسباب المانعة من تنفيذ قرار مجلس القضاء الأعلى القاضية بترقية المستدعين كل حسب الفئة المدرجة بالقرار الخاص به وعلى المستدعى ضده إن شاء تقديم رده خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه هذا القرار.

وفي ٢٠٠٢/١٠/٩ ردت النيابة العامة بصفتها ممثله للمستدعى ضده بلائحة جوابية أولى احتفظت فيها بحقها في تقديم لائحة جوابية مفصلة؛ والتي قدمتها بالفعل في ٢٠٠٢/١١/١٢, وطلبت في ختامها: رد الاستدعاء المقدم من المستدعين وتضمينهم الرسوم والمصاريف القانونية, إستناداً للأسباب الآتية:

أولاً: أخضع المشرع بموجب المادة (٧٩) من قانون السلطة القضائية العاملون بالمحاكم لأحكام قانون الخدمة المدنية الذي يتولى بيان الأحكام الخاصة بتعيين وترقية الموظفين ومسائلتهم وتحديد واجباتهم وحقوقهم وبشكل عام كافة الأمور المتعلقة بشئونهم الوظيفية.

ثانيا: إن الأمور المتعلقة بالموظفين العاملين بالمحاكم من حيث التعيين والترقية من صلاحيات وزارة العدل عملا بأحكام المادة (٤٧) التي نصت على أن الإشراف الإداري في جميع المحاكم لوزيرالعدل. ووفقا لهذا النص فإن مجلس القضاء الأعلى يجب أن يكون بمنأى عن الأمور المتعلقة بالموظفين وشئونهم لما قد يترتب عليه من رفع قضايا للطعن في القرارات الإدارية الخاصة بالموظفين أمام المحاكم الأمر الذي من شأنه أن يشكل مساساً بهيبة الجهاز القضائي فيما إذا تولى مجلس القضاء الأعلى هذه الصلاحيات.

ثالثاً: أوجبت المادة ٤ بفقرتيها الثانية والثالثة من قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ أن تضع كل دائرة حكومية مشروعاً لهيكلها التنظيمي بكافة تقسيماته وإختصاص كل منها مع وضع جدول بالوظائف وبطاقة وصف لكل وظيفة محدداً به واجباتها ومسؤولياتها وشروط شغلها وتصنيفها.

رابعاً: عملاً بأحكام القانون ووفقاً للأصول قام ديوان الموظفين بمخاطبة السيد وزير العدل بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١٧ لتزويده بالهيكل التنظيمي للوزارة. ولما لم يرد رد وزارة العدل أتبعه بكتاب إستعجال بتاريخ ٢٠٠٢/٨/٢٢ ولم يرد حتى تاريخه أي رد يفيد بشأن الموضوع.

خامساً: إن إستحداث وظائف جديدة على ضوء صدور قانون السلطة القضائية وشغلها من قبل الموظفين العاملين بالمحاكم دون وضع هيكلية تنظيمية للدوائر والأقسام فيها ودون وضع بطاقة وصف لكل وظيفة يحدد في إطارها شروط شغلها وتصنيفها يعتبر مخالفاً للقانون ويتعارض مع الأهداف المرجوة من وراء ذلك والتي قصدها المشرع لتحقيق التنمية الإدارية وتطوير الجهاز الإداري بما يخدم مرفق القضاء.

سادساً: بمراجعة وتدقيق ملفات المستدعين الوظيفية يتبين الآتي:

١- المستدعون جميعاً ما عدا الرابع والخامس لم يحن ميعاد إستحقاقهم للترقية إذ أنهم لم يمضوا الحد الأدنى للمدة المقررة للبقاء على الدرجة والذي اشترطته المادة ٤٣ من قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨.

٢- المستدعي الرابع يستحق الترقية للدرجة الرابعة من تاريخ ٢٠٠٢/٦/١ ولم تتم ترقيته لعدم تقديم مجلس القضاء الأعلى طلباً لترقيته حسب النموذج رقم ٨.

٣- المستدعي الخامس يستحق الترقية للدرجة الخامسة من تاريخ ١٩٩٩/٨/١ ولم تتم ترقيته لعدم تقديم مجلس القضاء الأعلى طلبا لترقيته حسب النموذج رقم ٨.

٤- لقد تم منح المستدعية الثامنة الدرجة الثانية من تاريخ ٢٠٠٢/٨/١ وعليه فإنها لا تستحق الدرجة الأولى حسب الأقدمية.

٥- المستدعي التاسع منح الدرجة العاشرة بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١ وذلك حسب كتاب رئيس ديوان الموظفين العام رقم ٢٠٩٢١ المؤرخ في ٢٠٠٢/٨/٢٦ المرسل إلى السيد رئيس مجلس القضاء الأعلى ويستحق الدرجة التاسعة بتاريخ ٢٠٠٤/٢/١.

سابعاً: يملك ديوان الموظفين بموجب المادة رقم ٧ فقرة ٤ من قانون الخدمة المدنية مراجعة القرارات الإدارية الصادرة من الدائرة الحكومية بالتعيين والترقية وله أن يعترض على ما يراه مخالفاً منها لأحكام القانون واللوائح السارية بشان الخدمة المدنية وعند عدم الإتفاق بين الديوان والدائرة الحكومية يرفع الأمر لمجلس الوزراء لإتخاذ ما يراه مناسباً وفقاً لأحكام القانون.

وعقب وكيل المستدعين على هذه اللائحة الجوابية التفصيلية للمستدعى ضده بمذكرة ختامية ضمنها <u>ما أهمه</u>:

أولاً: إن المستدعى ضده إعترف بإستلام القرارات المطلوب إلزامه بتنفيذها. كما استلم أيضاً أكثر من كتاب من رئيس مجلس القضاء الأعلى يتضمن طلب تنفيذ هذه القرارات حسب الأصول.

ثانياً: إن المستدعى ضده إعترف أنه قد استلم أيضاً الإخطار العدلي المرسل من المستدعين قبل إيداع هذا الطلب.

ثالثاً: إن المستدعى ضده لم يتفضل بالرد على مجلس القضاء الأعلى والمستدعين في كتبهم المرسلة إليه كيفما تقضي الأصول. بل فضل الإنتظار لحين إيداع هذا الطلب ليأتي بحجج واهية قامت على أساس عدم وجود هيكل تنظيمي لمجلس القضاء الأعلى.

رابعاً: بقصد واضح أبى المستدعى ضده مخاطبة الجهة القانونية المسئولة عن عمل المستدعين (مجلس القضاء الأعلى) وقام بمخاطبة وزارة العدل رغم علمه بأن الوزارة ليست صاحبة الإختصاص في وضع الهيكل التنظيمي لمجلس القضاء الأعلى. وبالتالي فإن التغييب المقصود من جانب المستدعي ضده لمجلس القضاء الأعلى إنما ينم عن قصد واضح يكمن في سلبه الصلاحيات المناطة

به قانوناً. ودليل ذلك المبرزات التي أبرزها هذا الشاهد (م س/ ١- م س/٤) ليست موجهة إلى المجلس بل إلى الوزارات التي هي سلطة تنفيذية متجاهلاً بذلك العمود الثالث لأركان السلطة الوطنية الفلسطينية (السلطة القضائية).

خامساً: كيف ينكر الشاهد عدم وجود كتاب إحالة الصلاحيات (المبرز في الطلب) الموقع من وزير العدل الأسبق وهو قام بالفعل بالتعامل مع مجلس القضاء الأعلى بناءً على هذا الكتاب الذي من خلاله أصبح المستدعى ضده يصرف رواتب العاملين في السلطة القضائية تحت عنوان مجلس القضاء الأعلى؟

سادساً: لم تأت النيابة العامة بأي طعن قانوني من شأنه المساس بسلامة ومشروعية القرارات المطلوبة إلزام المستدعى ضده بتنفيذها. فجميع هذه القرارات صادرة من جهة إختصاص (مجلس القضاء الأعلى) التي أعطاها المرسوم الرئاسي الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٩/١٩ في مادته الثالثة حين نص على أن (ترتيب أوضاع الجهاز القضائي وإجازات القضاة والموظفين الإداريين يكون من إختصاص رئيس المحكمة العليا قاضي القضاة في جميع المحافظات الفلسطينية. ولا يجوز لأي شخص أو لجنة أو جهة (بمن فيها الديوان) التدخل في شؤؤن القضاء والعدالة طبقاً للمبادئ الدستورية والقانونية.

يدعم ذلك أيضا المرسوم الرئاسي رقم (١١) لسنة ٢٠٠٢ في مادته الثانية حيث أعطى مجلس القضاء الأعلى ممارسة نفس صلاحياته الواردة في المادة (٣٧) من قانون السلطة القضائية ولمدة سنة واحدة من ٢٠٠٢/٦/١٨م. وطالما أن القرارات صدرت خلال هذه المدة فتكون صادرة من سلطة مختصة قانونا. وبالتالي يجب إحترامها وتنفيذها.

سابعا: أوضح الشاهد/ أحمد الأمير مدير الشؤون الإدارية في المجلس بأن مطلب الهيكلية ليس مطلب الديوان بل هو مطلب لتحسين مستوى القضاء. وأن المجلس سيقوم قريبا بالإنتهاء من الهيكلية. وأن جميع القرارات صدرت بعد دراسة حالة كل واحد من المستدعين. وأن مجلس القضاء له موازنة خاصة ومستقلة عن وزارة العدل التي ليس لها أي صلاحية على الموظفين بالمحاكم. وبالتالي فلا ربط بين الوزارة والمجلس في هذا الصدد.

وبجلسة ٢٠٠٢/١٢/٣ ، حكمت المحكمة بإجابة المستدعين إلى طلبهم القطعي، وذلك بإلزام المستدعي ضده بتنفيذ قرارات الترقية الصادرة لصالح المستدعين عن السيد رئيس المحكمة العليا قاضي القضاة رئيس مجلس القضاء الأعلى من تاريخ صدورها، مع منحهم العلاوات المترتبة على هذه القرارات. <u>وإستندت المحكمة في حكمها إلى ما يأتي</u>:

- إن المستدعي ضده أشهد إثباتا لطلبه الأستاذ/ حجازي القرشلي المستشار القانوني في ديوان الموظفين وفحوى شهادته أن موضوع الكتب تتعلق بتعديل وظيفة. أي منح وظيفة تختلف عن التي يمارسها. والديوان لم ينفذ القرارات لأنه تعديل لحالة عدد كبير. وتعديل الوظائف يتطلب هيكل تنظيمي حسب القانون وعليه يتم تعيين الموظف حسب الهيكلية. وكان مطلوب هيكل تنظيمي ولم يتوفر ذلك لمجلس القضاء والوصف الوظيفي هو لمعرفة طبيعة كل وظيفة.
- إن المستدعي الأول السيد حسن أرسلان شهد لنفسه وللمستدعين وشرح في شهادته أمام المحكمة تاريخه الوظيفي منذ أن إستلم العمل سنة ١٩٦٣ حتى تاريخه كما شهد أيضا ألسيد/ حسين محمود الطلاع بأنه عمل في ليبيا لمدة خمسة عشر عاما ولما عاد تم تعيينه بقرار من السيد الرئيس وعمل كمحاسب في وزارة العدل مع أربعة من الموظفين وأن الموظفين الذين عملوا كموظفين جدد يعملون مساعدين لهم وحصلوا على علاوة هو وزملاؤه لم يحصلوا علي نظيرها.

- كما شهد للمستدعين السيد/ أحمد حسني الأمير بأنه يعمل مديرا للشؤون الإدارية بمجلس القضاء الأعلى وأن الهيكلية هي أساسا كمطلب لتحسين مستوى القضاء وهناك مطالب دولية لذلك وليس بناء على طلب الديوان وأنه سيتم الإنتهاء من الهيكلية خلال شهر بالنسبة للموظفين وما حصل لهم هو تعديل وظيفي وبالنسبة لصلاحيات المحاكم أحيلت من وزارة العدل بقرار من وزارة العدل موجه إلى ديوان الموظفين وموقع من الوزير السيد/ فريح أبو مدين آنذاك. وأضاف الشاهد أنه توجد موازنة خاصة بمجلس القضاء الأعلى وفيها بند الرواتب وشيك صادر باسم مجلس القضاء الأعلى ومنذ إحالة الصلاحيات من الوزارة إلى المجلس ليس لوزارة العدل أية معلومات أو علاقة بموظفي مجلس القضاء.
- إنه وبهذا الإستعراض لوقائع هذا الطلب وبعد الإستماع لمرافعة الأطراف والإطلاع على المبرزات والوقوف على ما إحتوته مذكراتهم إنتهت المحكمة إلى أن مناط الفصل فيه يتحدد على ضوء تحديد الجهة المختصة بالإشراف الإداري على موظفي المحاكم هل هي وزارة العدل أم مجلس القضاء الأعلى، إذ أن في تحديده ما يضع النقاط فوق الحروف ويجلي الأمور بكل وضوح فالمستدعين في طلبهم طالبوا بإلزام المستدعي ضده بتنفيذ قرارات مجلس القضاء الأعلى القاضية بترقية كل حسب الفئة الخاصة به في حين أن ممثل المستدعي ضده الأستاذ النائب العام رد بأن الأمور المتعلقة بالموظفين العاملين بالمحاكم من حيث التعيين والترقية هي من صلاحيات وزارة العدل عملا بأحكام المادة ٤٧ من قانون السلطة القضائية والتي نصت على أن الإشراف الإداري في جميع المحاكم لوزير العدل.
- والمحكمة من جانبها، وبعد أن قامت بتمحيص وبحث الأساس القانوني الذي عول عليه كل فريق تاكيدا لرأيه، انتهت إلى أن ممثل المستدعي ضده لم يفلح في إقناع المحكمة بصحته وكل ما ساقه دعما له إصطدم بالواقع وإفتقد إلى ثمة ما يظاهره وأيد ذلك أنه لاذ بالمادة ٤٧ وهذه المادة لا تنطبق ولا بأي حال من الأحوال لا من قريب أو بعيد على موظفي المحاكم فهي تناولت ما يقع من القاضي من مخالفته لواجباته أثناء عمله وإتخاذ الإجراء التأديبي وإنتهت بفقرتها الثالثة إلى أنه إذا تكررت المخالفة أو إستمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا رفعت الدعوى التأديبية بما يقطع جزما ويقينا إلى أن هذه المادة في تطبيقها تقتصر على النواحي التأديبية بالقاضي فقط ولا علاقة لها بالموظفين فهي لم تذكرهم أو تتطرق إليهم ومن ثم فإن هذا الإسناد غير محمل على أساس من القانون ويتعين طرحه جانبا فهي بذلك تمتنع عن تطبيق هذا النص لكونه مخالفا لمبدأ الفصل بين السلطات ولو أنها لا تملك إلغاءه لأن لذلك سبيل آخر حدده القانون.
- ويؤيد ذلك أن المادة ٣ من قانون السلطة القضائية بفقراتها الثلاث جاءت صريحة بالدلالة على مدى صلاحية مجلس القضاء الأعلى بأن تكون للسلطة القضائية موازنتها الخاصة وتكون مستقلة ضمن الموازنة العامة للسلطة الوطنية الفلسطينية وهذا يعني أن موازنتها تظهر كفصل مستقل دون تبعيتها لأي وزارة أو مؤسسة وأن موظفيها وفنييها هم الذين يقومون بإعدادها والإشراف عليها فكما لوزارة العدل أو غيرها من الوزارات موازنة خاصة باسمها فكذلك الأمر للسلطة القضائية ولمجلس القضاء الأعلى وهو المتخصص بمسؤولية إعداد موازنة السلطة القضائية بفصولها الثلاثة ويتولى هذا المجلس مسؤولية الإشراف على تنفيذ موازنة السلطة القضائية ولا ريب في أن هذا تاكيد مطلق بأن للسلطة الصلاحية الخاصة بالإعداد والإشراف والتنفيذ بكل ما يتعلق بموازنتها وبشؤون موظفيها.

- كما أنه وطبقا لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢ لرئيس كل محكمة إصدار القرارات المنظمة للعمل الإداري بما يشمله ذلك من إجراءات والعمل والموظفين القائمين عليه وبهذا يبين وبصورة لا تقبل التأويل أن لا علاقة لوزارة أو وزير العدل بالإشراف على الموظفين بالسلطة القضائية ثم جاءت المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية لتؤكد هذا المعنى عندما نصت على أن أعوان القضاء هم المحامون والخبراء وأمناء السر والكتبة والمترجمون ولا شك أنها لو قصدت عدا ذلك لنصت على أنهم أعوان وزارة العدل وليس أعوان مجلس القضاء فهي نصت بالتخصيص والتحديد على أن أولئك المذكورين أعوان لمجلس القضاء الأعلى فقط كما وأن المادة ٧٩ من نفس القانون نصت: " تسري على العاملين بالمحاكم النظامية أحكام قانون الخدمة المدنية".
- يؤكد ذلك ويعاضده أن الكتاب الصادر عن مدير عام الموازنة في ٢٠٠٢/٢/١٨ والموجه إلى مسئول المالية وذكر فيه أنه: " يرجى العلم بأنه تم تخصيص إعتماد لعدد ٣٩٤ موظفا ليتم نقلهم من وزارة العدل إلى مجلس القضاء بالإتفاق ما بين الأطراف المعنيين ويرجى توجيه كتاب لديوان الموظفين لفصل استمارات الرواتب الخاصة بمجلس القضاء الأعلى وأنه بالفعل تم تنفيذ ذلك ومن ثم أضحت العلاقة ما بين وزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى منقطعة وأصبحت شؤون الموظفين الإدارية في ذمة هذا المجلس.
- كما يؤكد إشراف مجلس القضاء الأعلى على الشؤون الإدارية للموظفين ما نصت عليه المادة ٩ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون الخدمة المدنية فهذه المادة تناولت كافة فئات الموظفين وحددتها بالتفصيل واعتبرت كل فئة من هذه الفئات وحدة متميزة في مجالات شئون الخدمة المدنية من تعيين وترقية ونقل ويكون لها قائمة مستقلة بأقدمية موظفيها بكل الدرجات التي تتضمنها.
- ولما كان رئيس مجلس القضاء الأعلى بصفته رئيسا للمحكمة العليا يعتبر بدرجة وزير بحكم هذا القانون (مادة ٩/ ٢) ومن ثم فإن جميع موظفي المحاكم يكونون تحت رئاسته وإمرته وحده دون سواه.
- وحيث إنه بالتدقيق في الأوراق والمبرزات يبين لنا أن جميع القرارات المرفقة بالدعوى والصادرة عن السيد / رئيس مجلس القضاء الأعلى هي قرارات لتعديل الوظائف حسبما تتطلبه المصلحة العامة للقضاء دون سواه.
- وحيث إنه ولما كان ما تقدم فإن هذه المحكمة إنتهت وقد إطمأن وجدانها إلى أن مجلس القضاء الأعلى هو بمفرده الجهة المختصة بقوة القانون بالإشراف على شؤون الموظفين الإداريين التابعين لها بكل النواحي والجوانب وأنه ومتى كان ذلك فإن قراره بالترقية للمستدعين كل حسب الفئة المدرجة به يتفق وصحيح القانون لأنه إستمدها من الولاية المعقودة له دون سواه ويغدو واجب التنفيذ منتجا لكافة آثاره القانونية.
- كما أن المحكمة وإزاء ما إنتهت إليه لا يسعها إلا وأن تشير إلى أنه لا مجال للأخذ وتطبيق الهيكلية التي أشار إليها المستشار القانوني لديوان الموظفين ذلك وكما إتضح ومن خلال البينة أن هذه الهيكلية غير معمول بها في معظم الوزارات وأن الكثير من الترقيات تمت لكثير من الموظفين دون الأخذ أو النظر إلى هذه الهيكلية لعدم وجودها آنذاك كما وأنه تم ترقية بعض الموظفين وفي غضون فترة قريبة لا تتجاوز الأشهر أكثر من مرة دون الرجوع للهيكلية وأنه في النهاية وفي حال عدم وجود أو إكتمال هذه الهيكلية فليس من شأن ذلك أن يحرم الموظف من حقوقه المستحقة.

المبادىء القانونية التي يثيرها هذا القرار

أولا ً مبدأ استقلال السلطة القضائية وعلاقته باستقلالها بالإشراف الإداري الكامل على موظفيها.

ثانياً: مدى دستورية المادة (٤٧/ ١) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢.

أولاً: مبدأ استقلال السلطة القضائية

وعلاقته باستقلالها بالإشراف الإداري الكامل على موظفيها

ينبع استقلال السلطة القضائية أساساً من مبدأ الفصل بين السلطات. وفي النظم الوضعية الديمقراطية بدأت الإرهاصات الأولى لهذا المبدأ في انجلترا في عهد كروميل. ثم تناول لوك J.Locke هذا المبدأ أيضاً في كتابه الحكومة المدنيةTrait éتناول هذا المبدأ أيضا فأبرزه وأجمله بشكل جيد. في كتابه روح القوانين (Esprit des lois) ١٧٤٨م .

ولا يعني هذا المبدأ مجرد تقسيم وظائف الدولة، أو تنويع أعضاء الحكومة. فهذا ما تعرفه بالضرورة العديد من النظم السياسية. ولكن الذي يقصد به. أن تكون كل سلطة من سلطات الدولة مستقلة عن الأخرى. أو وهو الأدق. ألا تجتمع قدرتا التشريع والتنفيذ في يد سلطة واحدة .

ولما كانت وظائف الدولة بطبيعتها ثلاث. هي: التشريع والتنفيذ والقضاء. فإن الفصل بينها في هذه الحالة. يعني أن تستقل كل سلطة بوظيفة من هذه الوظائف. وبما يؤدي إليه ذلك من نتيجة مزدوجة.هي تحديد سلطة الدولة في مجملها. مع منع طغيان كل سلطة من سلطاتها بواسطة السلطتين الأخريين. أو على وجه الخصوص. رقابة كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية للأخرى. مع رقابة تصرفاتهما بواسطة السلطة القضائية. حيث تختلف بعض التفاصيل في ذلك. تبعا للصورة النهائية التي يأخذ بها كل تطبيق لنظام الفصل بين السلطات.

وصار من نافلة القول الآن. أن يقال إن المبررات الرئيسية لهذا النظام هي:

١- **منع الإستبداد وصيانة الحرية**: فمنتسكيو ينتهي إلى أنه: « إذا جمع شخص واحد. أو هيئة واحدة. السلطتين التشريعية والتنفيذية. فإن الحرية تنعدم». وكذلك الشأن إذا إجتمعت السلطات الثلاث في يد واحدة. ولو كانت يد الشعب ذاته.

ومن أجل ذلك. فإن السلطة يجب أن تراقب السلطة لأن: «السلطة المطلقة مفسدة مطلقة !».

٢- **ضمان مبدأ الشرعية**: إذ أنه إذا لم يتم الفصل بين المشرع والمنفذ. فإن التشريع سوف يصدر على ضوء ما يراه المنفذ من إعتبارات عملية أو حالات فردية أمامه. فيفقد مبدأ الشرعية أهم قواعده. وهي أن التشريع يجب أن يتسم بالعموم والتجريد. حيث يجب أن تصدر التشريعات دون نظر لحالات فردية بعينها.

٣- فضلا عن أن الجمع بين التشريع والتنفيذ في يد هيئة واحدة. سوف يؤدي عملا إلى عدم خضوع هذه الهيئة للرقابة القضائية.

ويأخذ القانون الأساسي الفلسطيني المعدل بهذه المعاني كلها بوضوح. فتنص المادة (٢) منه: على أن:» الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي».

والمادة (٦) على أن: « مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين. وتخضع للقانون جميع السلطات والاجهزة والهيئات والمؤسسات والاشخاص».

والمادة (٣٠) على أن:
١- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي،وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعه الفصل في القضايا.
٢- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء.
٣- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته».
والمادة (٨٨)على أن: «السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها،ويحدد القانون طريقه تشكيلها واختصاصاتها، وتصدر أحكامها وفقا للقانون وتعلن الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني».
والمادة (٨٩) على أن: « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة «.
والمادة (٩١) على أن: « ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة.

وتطبيقا لهذه المبادئ الدستورية الواضحة، نص قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ في المواد الثلاث الأولى منه على أنه:
مادة (١): «السلطة القضائية مستقلة، ويحظر التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.
مادة (٢) : «القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون».
مادة (٣):
١- تكون للسلطة القضائية موازنتها الخاصة تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية.
٢- يتولى مجلس القضاء الأعلى إعداد مشروع الموازنة وإحالته إلى وزير العدل لإجراء المقتضى القانوني وفقا لأحكام قانون تنظيم الموازنة والمالية العامة.
٣- يتولى مجلس القضاء الأعلى الإشراف على تنفيذ موازنة السلطة القضائية.
٤- تسري على موازنة السلطة القضائية أحكام قانون الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية.

كما نص الباب السادس من هذا القانون في فصله الأول على أن: «أعوان القضاء هم: المحامون والخبراء وأمناء السر والكتبة والمحضرون والمترجمون»(م ٧٥)، وفي فصله الثاني المتعلق بالعاملين بالمحاكم علي أنه: « يعين لكل محكمة عدد كاف من العاملين ويحدد القانون واجباتهم». (م ٧٨)، وعلى أنه: « تسري على العاملين بالمحاكم أحكام قانون الخدمة المدنية » (م ٧٩)، والذي يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ كل أحكام هذا القانون هو مجلس القضاء الأعلى (م ٨٠).

كما نص أيضا قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ في مقدمته علي أن إصدار هذا القانون يأتي في إطار السياسة التشريعية العامة للمجلس التشريعي بشأن توحيد القوانين كافة في فلسطين بغرض خلق نظام قانوني موحد للكيان الفلسطيني، وفي نفس الوقت فقد أولاه المجلس عناية خاصة باعتباره أحد الدعامات الرئيسية لاستقلال القضاء وحماية الحقوق في المجتمع الفلسطيني من خلال تشكيل المحاكم النظامية على اختلاف درجاتها وفقا لأحكام هذا

القانون وقانون السلطة القضائية.
وتأكيداً لهذا الاستقلال في الجانب الإداري نصت المادة (٦) من هذا القانون على أن: « يصدر رئيس كل محكمة القرارات المنظمة للعمل الإداري فيها « كما نصت المادة (٣٨) على أن: « يصدر مجلس القضاء الأعلى الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون...».

وفي مقارنة نظيرة، نجد النظام القضائي المصري قد أخذ بأسلوبين في مدي إشراف السلطة القضائية على العاملين بها، الأول هو نظام قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م (المتعلق بالقضاء العادي والنيابة العامة)، والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة (القضاء الإداري).
وفي النظام الأول ، نجد قانون السلطة القضائية المشار إليه ينص في المادة (١٣٨) منه على أن: تعقد في محكمة النقض لجنة تشكل من رئيسها أو من يقوم مقامه من مستشارين تختارهم جمعيتها العامة كل سنة ومن كبير كتابها أو من يقوم مقامه وتختص هذه اللجنة باقتراح كل ما يتعلق بشؤون كتابها من تعيين ونقل وترقية ومن علاوات.
وتعقد في محكمة إستئناف القاهرة لجنة تشكل من رئيسها ومن رؤساء محاكم الإستئناف وكبار كتابها، وتختص هذه اللجنة بإقتراح ما يتعلق بشؤون كتابها من تعيين ونقل وترقية ومنح علاوات.
وتعقد في النيابة العامة لجنة تشكل من المحامي العام الأول ومدير إدارة النيابات وسكرتير عام النيابات بها، وتختص هذه اللجنة بإقتراح كل ما يتعلق بشؤون كتاب النيابة العامة من تعيين ونقل وترقية ومنح وعلاوات.
وتعقد في وزارة العدل لجنة تشكل من وكيل الوزارة ومن مدير عام إدارة المحاكم ومدير عام الشؤون الإدارية وتختص هذه اللجنة بإقتراح كل ما يتعلق بشؤون كتاب المحاكم إبتدائية من تعيين ونقل وترقية ومنح وعلاوات.
ويكون تعيين الكتبة ونقلهم من دوائر محكمة إلى أخرى وترقيتهم ومنحهم العلاوات بقرار من وزير العدل بعد الإطلاع على إقتراحات هذه اللجان كل فيما يخصها.
كما تنص المادة (١٣٦) من ذات القانون على أنه: « فيما عدا ما نص عليه هذا القانون تسري على العاملين بالمحاكم الأحكام العامة للعاملين المدنيين بالدولة.
ويكون لرئيس محكمة النقض سلطات الوزير ووكيل الوزارة المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالنسبة للعاملين بالمحكمة.
ويكون للنائب العام سلطات الوزير ووكيل الوزارة المشار إليها في الفقرة السابقة بالنسبة للعاملين بالنيابة العامة.

ويستفاد من هذا النظام أن العاملين بالمحاكم والنيابة العامة في القضاء العادي والنيابة العامة في مصر يتبعون فعليا السلطة القضائية ، وإن كانت القرارات المتعلقة بتعيينهم ونقلهم وترقياتهم تصدر شكلياً من وزير العدل ، حيث إضطرد العمل على إحترامه التام لإقتراحات لجان السلطة القضائية المنصوص عليها في الفقرات (٣ ،٢ ،١) ومن المادة (١٣٨) المذكورة.

وأما قانون مجلس الدولة والمتعلق بالقضاء الإداري، **فقد كان أكثر صراحة في تبعية العاملين بالمحاكم لمجلس الدولة وحده**، حيث ينص في المادة (١٢٦) منه على أن: « يكون لرئيس مجلس الدولة سلطة الوزير المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالنسبة لشاغلي الوظائف الإدارية والكتابية.

كما يكون لأمين عام المجلس بالنسبة إلى هؤلاء سلطة وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة بحسب الأحوال». وينص في المادة (١٢٨) منه على أن:» يكون التعيين في الوظائف الكتابية بالمجلس بعد امتحان مسابقة يجريه المجلس للمرشحين طبقا للنظام الذي تحدده اللائحة الداخلية للمجلس». وإن جاز كذلك ندب بعضهم من الوزارات والجهات الإدارية الأخرى بالاتفاق بين الجهة المختصة وبين رئيس مجلس الدولة.

ويتضح من مجموع هذه النصوص أن من المبادئ المسلمة في النظم الديمقراطية النيابة الوضعية المعاصرة، الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، بما يتضمنه من إستقلال السلطة القضائية، وأن هذا الإستقلال يكمل بالإستقلال التام لهذه السلطة في تنظيم شؤونها سواء الفنية المتعلقة بأعضائها وعملهم وتشكيل محاكمهم، أو الإدارية بتنظيم شؤون العاملين الإداريين بها ، حتى لا يكون تنظيم شؤونهم مدخلا لأي سلطة أخرى للتدخل بطريق غير مباشر في شؤون القضاء.

ولا يخل بهذا المعنى في النظام الفلسطيني ما ورد في المادة (٧٩) من قانون السلطة القضائية من أن: «تسري على العاملين بالمحاكم أحكام قانون الخدمة المدنية»، إذا أنها تسري عليهم موضوعياً، وأما الذي يطبقها عليهم، فهو رئيس مجلس القضاء الأعلى، وسائر جهات الإختصاص طبقا لقانون السلطة القضائية، وقانون تشكيل المحاكم النظامية.

وفي هذا الإطار نبحث الآن مدى دستورية المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية المشار إليه.

ثانيا: مدى دستورية المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢:

وردت هذه المادة في الفصل الرابع من القانون بعنوان: « مساءلة القضاة تأديبياً»، ونصت في الفقرة الأولى منها على أن:

«١- لوزير العدل الإشراف الإداري على جميع المحاكم، ولرئيس كل محكمة الإشراف على القضاة العاملين بها وعلى سير العمل فيها».

والذي يبدو لي أن هذه الفقرة قد حشرت حشراً في هذا المقام، إذ أن الفصل الذي وردت فيه:» مساءلة القضاة تأديبياً « لا علاقة له بها، بل إنها لا تتفق حتى مع الفقرتين التاليتين في هذه المادة، واللتين نصتا على أن: « ٢- لرئيس كل محكمة تنبيه القاضي إلى ما يقع منه مخالفاً لواجباته أو لمقتضيات وظيفته ويكون التنبيه شفاهة أو كتابة.. فماذا كان التنبيه كتابياً كان للقاضي الإعتراض عليه خلال عشرين يوما من تبليغه إليه وفقا للإجراءات المقررة بالمادة (٤٥) من هذا القانون، وفي هذه الحالة تقضي المحكمة إما برفض الإعتراض أو بإعتبار التنبيه كأن لم يكن.

٣- وإذا تكررت المخالفة أو إستمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا رفعت الدعوى التأديبية» .

وهذا كله ليس له أدنى علاقة بذكر الإشراف الإداري على المحاكم والعاملين بها، وسير العمل به، ومن هو المختص بذلك؟

وإذا صرفنا النظر عن هذا التناقض الواضح في مقام الفقرة وباقي المادة التي ذكرت بها، فإنه يبقى أهم من ذلك أن حكم هذه الفقرة يتناقض مع روح المعاني الدستورية التي سبق إيرادها، والتي تقطع بأن السلطة القضائية مستقلة (م ٨٨ من القانون الأساسي)، وبأنه لا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة (م٨٩)، وليس لهذا التدخل شكل معين، وإنما قد يكون إتخاذ الإشراف الإداري، والمضايقة فيه، تدخلا غير مباشر في شؤون العدالة، بإستخدام سيف المعز وذهبه في هذه النواحي الإدارية.

بل إنه لا معنى لأن يكون لوزير العدل الإشراف الإداري على جميع المحاكم، بينما أن للسلطة القضائية موازنتها الخاصة التي تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية ، ويتولى مجلس القضاء الأعلى مسؤولية الإشراف على تنفيذها (م ٣ /١، ٣) من قانون السلطة القضائية)، إذ من المعروف أن عصب الإشراف الإداري هو المورد المالي وكيفية إنفاقه، مما لا يتصور معه أن يكون الإشراف الإداري في ناحية والإرتباط والإنفاق المالي في ناحية أخرى أو في يد سلطة أخرى، إذ لا يجتمع سيفان في غمد كما هو معروفٍ، والأولى في هذه الحالة أن من يملك الإرتباط المالي وإنفاقه،يكون هو المسؤول القانوني عن الإشراف الإداري كذلك، ما دام هو الذي يملك هذا الإختصاص فعليا.

ولعله من النافلة بعد أن تأكد ما تقدم، أن نعيد التذكير بمقدمة قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٠ التي سبقت الإشارة إلى فحواها، وكذا إلى ما ورد بالمادة (٦) منه من أن رئيس كل محكمة هو المختص بإصدار القرارات المنظمة للعمل الإداري فيها، وتحت إشراف مجلس القضاء الأعلى بالطبع، **وكل ذلك قياساً من ناحية أخرى على إستقلال المجلس التشريعي في تنظيم لوائحه الداخلية، والإشراف الإداري على العاملين به، لما في ذلك من تأكيد فعلي على إستقلاله.**

التعـــليـــق

أولاً: ملاحظات مبدئية.
ثانياً: التعليق النهائي.

أولاً: الملاحظات المبدئية:

قبل أن ننتهي إلى التعليق النهائي، نود أولاً أن نبدي بعض الملاحظات المبدئية التي تتعلق بالآتي:

أ - علاقة وزير العدل بالسلطة القضائية.
ب- دور ديوان الموظفين العام بالنسبة للعاملين الإداريين بالمحاكم.
ج- مدى جواز انعقاد محكمة العدل العليا بقاضي منفرد للنظر في الطلب المؤقت للمستدعين.
د - مدى سلطة محكمة العدل العليا في نظر دستورية المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية.
هـ - طبيعة سلطة محكمة العدل العليا في التصدي للحكم بتنفيذ قرارات الترقية.

أ - علاقة وزير العدل بالسلطة القضائية:

القاعدة الأساسية، طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات في النظم الديمقراطية الذي بينا أبعاده آنفاً، أن وزير العدل جزء من السلطة التنفيذية وليس من السلطة القضائية، وبالتالي فإنه يتعين أن يكون هناك فصل واضح في الاختصاصات بينه وبين السلطة القضائية بما يحترم بوضوح مبدأ الفصل بين السلطات.

فالدور الأساسي لوزير العدل، هو مجرد تمثيل السلطة القضائية في مجلس الوزراء، نظراً لأنه لا يمكن الجمع عضوياً بين السلطة القضائية ومجلس الوزراء، ولا يمكن من ناحية أخرى أن يعمل كل في مجاله بعيداً عن الآخر، على الأقل في مجال بحث ودراسة وعرض شؤون السلطة القضائية

التي يكون من الواجب عرضها على مجلس الوزراء ليتخذ الإجراءات التنفيذية اللازمة بشأنها. ولذا فإنه، كما يوجد - في الأغلب -وزير للشؤون البرلمانية يكون همزة الوصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإنه من الملائم أيضاً أن يكون هناك وزير للعدل، يمثل همزة الوصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية، بل والسلطة التشريعية كذلك، شريطة ألا يكون ذلك مدخلاً لاعتداء أي من السلطتين التنفيذية والتشريعية على اختصاص السلطة القضائية - بطريق مباشرأو غير - إذ هي في الأصل السلطة المنوط بها مراقبة هاتين السلطتين بأبجع وسائل الرقابة المقررة، ألا وهي الرقابة القضائية دستورياً ومشروعياً.

ومن البداهة أن يكون لوزير العدل بعض السلطات اللازمة للمعاونة في تسيير مرفق العدالة بما يحقق قوته، ويعينه على أداء الدور المنوط به، فهو ليس مجرد سكرتير للسلطة القضائية، وإنما هو وزير في سلطة متكافئة هي السلطة التنفيذية . ولكن هذه السلطات المقررة له، لا تصل أبداً إلى حد أن يكون وزير العدل رئيساً بحال من الأحوال للسلطة القضائية، أو متدخلاً في شؤونها بشكل مباشر أو غير مباشر بما يخل باستقلالها المقرر طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات في النظم الديمقراطية.

وإذا كان هذا هو المبدأ، فالعليمون ببواطن الأمور والمتابعون لمثل هذه الأمور في التطبيق العملي، يعلمون أن الصراعات وتوازنات القوى الخفية، دائماً ما تلعب دوراً خفياً في هذا المجال ينصر دائما ً سلطة هذا على ذاك أو العكس، وهو ما يحدث حتى في أكثر النظم الديمقراطية، مثل الصراع الشهير الذي نشأ بين الرئيس الأمريكي روزفلت والمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية بمناسبة القوانين الاقتصادية التي اتخذها في الثلاثينيات، وقضت المحكمة بعدم دستورية بعضها حتي قال الرئيس روزفلت: ط يجب البحث عن وسيلة لحماية الدستور من الم-حكمة « ونشأ بينهما صراع انتهي لصالحه من الناحية الواقعية.

لكن المهم من كل ذلك، أن نؤكد أن المبدأ المقرر في هذا الشأن ، هو أن وزيرالعدل في الأصل جزء من السلطة التنفيذية ، وعلاقته بالسلطة القضائية لا تعدو أن تكون تمثيلها – بما تريد وتقرر هي لنفسها في مجلس الوزراء.

والإشكالية في هذا الصدد بالنسبة للنظام الفلسطيني، هو نص المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية التي قدمنا في عدم دستوريتها ما يكفي، ولكن حتى لو قلنا بدستوريتها، فإنه يتعين دوماً تفسيرها في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقتصر دور وزير العدل في ظله، أياً كانت سلطاته، على تمثيل السلطة القضائية – بما تريد وتقرر هي لنفسها – في مجلس الوزراء، وأن أقصى سلطاته الإدارية في هذا المجال بالنسبة للسلطة القضائية، هي الصياغة الشكلية لمقترحاتها، وإصدار القرارات الإدارية التي تحقق هذه المقترحات بالنسبة للعاملين الإداريين بالمحاكم ، دون أن يتخذ من ذلك وسيلة أبداً إلي التدخل في شؤون القضاء بشكل غير مباشر، مع تسليمنا رغم ذلك، بالواقع المخالف لذلك في بعض الأحوال، ولكن شأننا هنا، هو تقرير المبدأ، وليس تقصي الواقع أو تبريره في بعض التطبيقات.

ب- دور ديوان الموظفين العام بالنسبة للعاملين الإداريين بالمحاكم:

تنص المادة (٧) من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون الخدمة المدنية على ما يأتي:

« تحقيقا للغايات المقصودة من التنمية الإدارية في تطوير الجهاز الإداري في فلسطين يتولى الديوان المهام والمسؤوليات التالية:

١- الإشراف على تطبيق أحكام هذا القانون والتحقق من تطبيق الدوائر الحكومية لسائر تشريعات الخدمة المدنية بصورة سليمة.
٢- المشاركة في إعداد وتنفيذ الخطط المتعلقة بالموظفين والعمل على تنمية قدراتهم عن طريق تنسيق التدريب والبعثات داخل فلسطين وخارجها.
٣- المشاركة في وضع القواعد الخاصة بإجراء امتحانات تنافسية بين المتقدمين للتعيين في الوظائف العامة وإتخاذ الإجراءات اللازمة لعقد تلك الإمتحانات سنويا أو كلما دعت الحاجة إليها، وذلك بالتنسيق مع الدوائر الحكومية والجهات الأخرى المعنية.
٤- مراجعة القرارات الإدارية الصادرة من الدائرة الحكومية بالتعيين والترقية التي تلتزم بتبليغها للديوان خلال خمسة عشرة يوما من صدورها، وللديوان أن يعترض على ما يراه مخالفاً منها لأحكام هذا القانون واللوائح السارية بشأن الخدمة المدنية ويبلغ أسباب إعتراضه إلى الدائرة الحكومية خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بها، وفي حالة عدم الإتفاق بين الديوان والدائرة الحكومية المعنية يرفع الديوان الأمر إلى مجلس الوزراء لإتخاذ ما يراه مناسبا وفقا لأحكام هذا القانون.
٥- إعداد سجل مركزي لجميع موظفي الخدمة المدنية في فلسطين.
٦- إعداد الإحصاءات عن الموظفين وأية إحصاءات أخرى تتطلبها مهام الديوان ومتابعة الإحصاءات وتحديثها.
٧- توثيق التشريعات والمراجع المتعلقة بالخدمة المدنية.
٨- إعداد دليل للخدمة المدنية في فلسطين توضح فيه واجبات الموظف وحقوقه التي يتضمنها هذا القانون وسائر التشريعات المعمول بها في فلسطين والتي يجب على الموظف الإلمام بها.

ومن هذه الفقرات يتبين أن ديوان الموظفين العام له إختصاصان هامان في مجال التعليق على القرار الذي نحن بصدده، ألا وهما: «الإشراف على تطبيق أحكام قانون الخدمة المدنية والتحقق من تطبيق الدوائر الحكومية لسائر تشريعات الخدمة المدنية بصورة سليمة»، وكذا: «مراجعة القرارات الإدارية الصادرة من الدوائر الحكومية بالتعيين والترقية التي تلتزم بتبليغها للديوان خلال خمسة عشر يوما من صدورها، وللديوان أن يعترض على ما يراه مخالفاً منها لأحكام هذا القانون واللوائح السارية بشأن الخدمة المدنية ويبلغ أسباب إعتراضه إلى الدائرة الحكومية خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بها، وفي حالة عدم الإتفاق بين الديوان والدائرة الحكومية المعنية يرفع الديوان الأمر إلى مجلس الوزراء لإتخاذ ما يراه مناسبا وفقا لأحكام هذا القانون».

ج- مدى جواز صدور قرار مؤقت من قاضي منفرد بإصدار مذكرة للمستدعي ضده لتقديم رده:
تنص المادة (٣٢) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ سالف الذكر على أن: « تنعقد محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة العليا وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه ، فالقاضي الأقدم في هيئة المحكمة».
وتنص المادة (٢٨٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ على أن :» تبدأ الإجراءات أمام محكمة العدل العليا بتقديم استدعاء إلى قلم المحكمة بصدد المستدعي ضدهم مرفقاً به الأوراق المؤيدة له».
والمادة (٢٨٦) على أن:» ١- تعين المحكمة ميعاداً لسماع الاستدعاء بحضور فريق واحد للنظر في

إصدار قرار مؤقت وإصدار مذكرة للمستدعي ضده لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب.
٢- يبلغ القرار المؤقت إلى المستدعي ضده وإلى كل شخص ترى المحكمة تبليغه.
والمادة (٢٨٧) على أن: « إذا رغب المستدعى ضده في معارضة إصدار قرار قطعي وجب عليه خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه الاستدعاء أن يقدم لائحة جوابية مع نسخة منها لتبليغها للمستدعي، فإذا تخلف عن تقديم اللائحة خلال تلك المدة لا يجوز سماعه في معارضة الاستدعاء» .
والمادة (٢٨٨) على أن: «إذا قدمت اللائحة الجوابية خلال المدة القانونية يعين ميعاد لنظر الاستدعاء ويبلغ ذلك للخصوم إذا لم يكن هذا الميعاد محدداً في القرار المؤقت» .
والمادة (٢٨٩) على أن: «يقوم المستدعى ضده في اليوم المحدد لسماع الطلب بتكرار لائحته الجوابية وتقديم بيناته، ويكون للمستدعي الحق في الرد على الحجج التي أدلى بها المستدعى ضده».
والمادة (٢٩٠) على أن: «يجوز للمحكمة أن تكلف أياً من الطرفين تقديم لائحة إضافية أو بينة توضح أو تفصل أياً من وقائع الاستدعاء أو أسبابه».
والمادة (٢٩١) على أن: «تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية» .

والذي يتضح من المواد السابقة أن تشكيل محكمة العدل العليا هو تشكيل ثلاثي، وأنه لا يجوز انعقادها بقاضيين أو من باب أولى بقاض منفرد.
وحتى القرار المؤقت، وإصدار مذكرة للمستدعى ضده لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب، فإن المادة (٢٨٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية المذكورة قد ناطته بالمحكمة، التي تشكل تشكيلاً ثلاثياً كما تقدم.
ولكن ما مدى تأثير مخالفة ذلك على التصدي فيما بعد للقرار القطعي وإصداره من جانب المحكمة بالتشكيل السليم؟!
للإجابة على هذا السؤال، ينبغي أن نستعرض كذلك حكم المواد ٢٢- ٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي تنص على أن:
- المادة (٢٢): « يترتب البطلان على عدم الالتزام بمواعيد وإجراءات التبليغ وشروطه».
- المادة (٢٣): «١- يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء. ٢- لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء».
- المادة (٢٤): « فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام: ١- لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه. ٢ - يزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحته».
- المادة (٢٥): « يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه».
- المادة (٢٦): « ١- إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فيعتبر صحيحاً باعتبار الإجراء الذي توفرت عناصره. ٢- إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فيعتبر هذا الشق وحده باطلاً ما لم يكن الإجراء غير قابل للتجزئة. ٣- إذا كانت الإجراءات السابقة أو اللاحقة غير معتمدة على الإجراء الباطل فلا تبطل».

ومن هذه المواد يتضح أن **نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني** تسمح بالآتي:

- عدم الحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.
- لا يجوز التمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته.
- يزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحته.

وإذ ثبت في الدعوى محل التعليق، أن الغاية من التصدي للقرار المؤقت، وهو إصدار مذكرة للمستدعى ضده لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب قد تحققت، وأن المستدعى ضده في الدعوى الماثلة، لم يتمسك بالبطلان لصدور القرار المؤقت من قاض فرد، وتنازل عنه ضمناً بالحضور وتقديم لائحتين جوابيتين مؤقتة ونهائية، فإن بطلان التصدي للقرار المؤقت بقاض منفرد، وعدم نظره بالتشكيل الكامل للمحكمة يكون قد زال، ولا جدوى حالياً من الاستطراد ببحثه أكثر من ذلك، مع التسليم بأنه في الأصل إجراء باطل.

د- مدى سلطة محكمة العدل العليا في التصدي لدستورية المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية:

معروف أن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات تأخذ أحد شكلين :

١-رقابة امتناع: ويقصد بها أن يكون من حق القضاء الإمتناع عن تطبيق تشريع ما في القضية المطروحة؛ بسبب مخالفته للدستور، سواء كان ذلك من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب أحد الخصوم، والمحكمة في هذه الحالة لا تحكم ببطلان التشريع أو بإلغائه، وإنما تقف سلطاتها عند حد الامتناع عن تطبيقه؛ وبذلك فحكمها لا يقيد المحاكم الأخرى التي يكون لها أن تأخذ بالتشريع ذاته، إذا ارتأت أنه لا يخالف الدستور.

٢ -رقابة إلغاء: ويقصد بها أن يكون من حق القضاء إذا ما رفع إليه الأمر للفصل في شأن دستورية قانون معين، أن يحكم بإلغائه متى تبين أنه مخالف للدستور؛ ويترتب على حكمه بطلان ذلك التشريع واعتباره كأن لم يكن.

والأصل أن المحاكم العادية لا تختص بالحكم بإلغاء التشريع المخالف للدستور، وإنما يكون ذلك منوطاً بمحكمة دستورية خاصة تنشأ لهذا الغرض، ويكون لحكمها بالإلغاء حجيته المطلقة قبل سائر المحاكم والهيئات المختلفة في الدولة.

ورقابة الإلغاء من حيث توقيتها إما أن تكون:

(١) سابقة على صدور التشريع: حيث تحال التشريعات إلى محكمة عليا لفحصه من الناحية الدستورية، فإذا قررت عدم دستوريته، أعيد إلى الهيئة التشريعية لتعديله في حدود الدستور.

(٢) لاحقة على صدور التشريع: وفي هذه الحالة فإن المحكمة المنوط بها رقابة دستورية التشريعات، سوف تتعرض لتشريعات صدرت بالفعل، وليس كما في الرقابة السابقة حيث تتعرض لمجرد مشروع تشريع، وتتم إثارة مسألة عدم الدستورية في هذه الحالة عن طريق دعوى قضائية يقيمها صاحب المصلحة أمام المحكمة المنوط بها رقابة الدستورية.

وقد نص القانون الأساسي الفلسطيني على أن:
مادة (٩٤): " ١- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:-
١- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.
٢- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.
٣- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها".

مادة (٩٥): " تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة.

وبالتالي فإن ممارسة اختصاصات المحكمة الدستورية المنصوص عليها والمادة (٩٤) آنفة الذكر، لا يجوز ولا يكون إلا للمحكمة العليا التي تتكون طبقاً للمادة (٢٣) من قانون تشكيل المحاكم النظامية سابقة الذكر من:
١- محكمة النقض.
٢- محكمة العدل العليا.

وبالتالي فإن محكمة العدل العليا لا تملك وحدها مباشرة الاختصاصات الدستورية المنصوص عليها بالمادة (٩٤) من القانون الأساسي المشار إليه، اللهم إلا إذا قيل إن محكمة العدل العليا رغم صراحة نص المادة (٩٥) المذكور أيضا في أن المحكمة العليا هي التي تمارس الدعاوي الإدارية، فإن الذي يمارسها هو محكمة العدل العليا استجابة لنص قانوني لا دستوري، هو المادة رقم (٣٣) من قانون المحاكم النظامية التي بينت اختصاص هذه المحكمة بالدعاوي الإدارية علي ماسنتناوله بشئ من التفصيل بعد حين قليل.
ولكن، في جميع الأحوال، وأياً كان الرأي بالنسبة لممارسة محكمة العدل العليا وحدها رقابة الإلغاء الدستورية، فهل تملك هي التصدي لدستورية التشريعات **برقابة الامتناع؟**
الذي يبدو لي، أنه لا يوجد نص يمنع من ذلك في النظام القضائي الفلسطيني، وأن الأمر سيظل كذلك إلى أن يصدر قانون بتشكيل المحكمة الدستورية، وبيان اختصاصاتها والإجراءات أمامها على وجه التفصيل. وأما حتى الآن فإن رقابة الامتناع جائزة للمحاكم الفلسطينية، **وبالتالي فإن تصدي محكمة العدل العليا لدستورية المادة (١/٤٧) برقابة الامتناع عن تطبيقها يكون جائزاً وصحيحاً قانوناً، فضلاً عن أنه مطابق لمبدأ الفصل بين السلطات وللمبادىء الدستورية العليا التي فصلناها فيما سبق.**

هـ - طبيعة سلطة محكمة العدل العليا في التصدي للحكم بتنفيذ قرارات الترقية:
تنص المادة ٣٣ من قانون علي أن: " تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:
١- الطعون الخاصة بالإنتخابات.
٢- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.

٣- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
٤- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النتقل أو الإحالة الي المعاش أو التأديب أو الإستيداع أو الفصل، و سائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
٥- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ اي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
٦- سائر المنازعات الإدارية.
٧- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
٨- أية أمور أخري ترفع إليها بموجب أحكام القانون".

ويتضح من هذا النص، أن محكمة العدل العليا تختص بصفة عامة بالمنازعات الإدارية بما تتضمن من دعوي الإلغاء والاستحقاق، ولكل من النوعين صياغته في منطوق الحكام، حيث تعد الدعوي محل التعليق من دعاوي الإلغاء لأن طلبات المستعين فيها - والمحكمة تملك تكييفها التكييف السليم بالطبع - هي إلغاء القرار السلبي للمستعين ضده بالإمتناع عن تنفيذ القرارات الصادرة بترقياتهم بما يترتب علي ذلك من آثار، وهو أمر كان يجب عليه اتخاذه، وبالتالي كان الأوفق للمحكمة وهي تصوغ منطوق حكمها، أن يكون باستخدام عبارة: " **إلغاء القرار السلبي للمستدعي ضده بالامتناع عن تنفيذ قرارات الترقية محل الدعوي بما يترتب علي ذلك من آثار أخصها استحقاق المستدعين للعلاوات المترتبة علي هذه الترقيات"، وإن كان هذا لا يمنع من أن منطوق المحكمة – رغم هذه الملحوظة الصياغية – قد أدي الغرض المطلوب.**

ثانيا: التعليق النهائي:

يتضح من الإستعراض السابق للمبدأين الرئيسين المشار إليهما قبل التعليق، ومن الملاحظات المبدئية التي أشرنا إليها، وكذا المادة (٧) من قانون الخدمة المدنية المذكورة، أن الحكم محل التعليق قد وافق مبدأ الفصل بين السلطات، بما يتطلبه من إستقلال السلطة القضائية بشؤون العاملين الإداريين في المحاكم، خصوصا في ضوء ما قضت به محكمة العدل العليا من عدم دستورية المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية التي قدمنا أيضا في عيوبها ما فيه مستوفى.

وأما من حيث إعتراضات المستدعى ضده على قرارات الترقية من الناحية الإجرائية، وليس من حيث الإختصاص بإصدارها، فنلاحظ فيه ما يأتي:

أولا: إن قول المستدعى ضده أنه قام بمخاطبة السيد وزير العدل أكثر من مرة لتزويده بالهيكل التنظيمي للوزارة، ولم يتلق أي رد في شأن ذلك، فهذا مردود بما يأتي:
١- ما شهد به السيد/ أحمد حسني الأمير مدير الشؤون الإدارية بمجلس القضاء الأعلى، من أن صلاحيات المحاكم أحيلت من وزارة العدل بقرار من وزارة العدل موجه إلى ديوان الموظفين، وموقع من الوزير السيد/ فريح أبو مدين وزير العدل آنذاك.
٢- إنه حتى بفرض عدم وجود هذه الإحالة للصلاحيات التي كان يتعين على المستدعى

ضده مراعاتها، فإنه سبق مناقشة دستورية المادة (١/٤٧) من قانون السلطة القضائية، وبيان أنها فقرة غير دستورية.

٣- إنه بفرض حتى دستورية هذه الفقرة من المادة (٤٧) المذكورة، فإن الإلتزام بالهيكلة وجدولة الوظائف وتوصيفها، يقع على عاتق الجهة الإدارية،عملا بحكم المادة(٢،٣/٤) من قانون الخدمة المدنية المشار إليه وتنصان على ما يأتي:

" على الدوائر الحكومية القيام بما يلي:

١- .....

٢- أن تضع مشروعاً لهيكلها التنظيمي بتقسيماته محددا فيه إختصاصات كل منها ويصدر بإعتماده قرار من مجلس الوزراء.

٣- أن تضع جدولاً لوظائفها مرفقا به بطاقة وصف لكل وظيفة محددا به واجباتها ومسؤوليتها وشروط شغلها وتصنيفها وترتيبها وفقا للفئات الواردة في الجدول رقم (١) الملحق بهذا القانون على أن يقدم إلى مجلس الوزراء لإصدار القرار بشأنه.

وحين يكون الإلتزام على عاتق الجهة الإدارية على هذا النحو، بل وبغير تحديد سقف زمني محدد له، أو المسؤولية التي تترتب على عدم القيام به، حتى يكاد يكون بصيغة الحث والإستنهاض للجهات الإدارية للقيام به فحسب، **فإنه يتعين ألا يضار الموظف في ترقيته من جراء ذلك، وإنما ينبغي أن تمنح له سائر حقوقه الوظيفية، ولا تستفيد الجهات الإدارية في هذه الحالة ابداً من تقاعسها أو تأخرها في تنفيذ ما ألزمها القانون به، كما أنها إذا راعت ذلك ومنحت الموظف التابع لها حقه الوظيفي المستحق له، فلا يصح أبداً أن يكون تقاعسها سبباً لسلبه هذا الحق بعد إذ صدر القرار اللازم لحصوله عليه.**

٤- ثم إن ديوان الموظفين في جميع الأحوال، ليس له عند الإعتراض- **لهذا السبب، أو لغيره ما ذكره متعلقاً بمدد الترقي وعدم توافرها لدى بعض المستدعين** - لم يتبع الإجراء الذي خوله القانون في هذا الصدد، وهو أن يبلغ الجهة الإدارية أسباب إعتراضه، خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بقرارات التعيين أو الترقية محل الإعتراض، وفي حالة عدم الإتفاق بين الديوان والدائرة الحكومية المعنية يرفع الديوان الأمر إلى مجلس الوزراء لإتخاذ ما يراه مناسبا وفقا لأحكام قانون الخدمة المدنية (م ٤/٧ من ق. الخدمة المدنية سالفة الذكر).

ثانيا: إن قول المستدعى ضده أن العاملين بالمحاكم يخضعون لأحكام قانون الخدمة المدنية طبقا للمادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية ، فهو قول لا يجادل فيه أحد، ولكنه لا يفيده فيما ذهب إليه، لأنه ليس هناك ما يمنع من خضوع الموظف العام موضوعيا لقانون معين، يشمل سائر الموظفين الآخرين من جميع الجهات، ولكن الذي يطبق أحكام هذا القانون على كل طائفة منهم هو الجهة التي يتبعونها.

وهذه الجهة التي تطبق هذا القانون على العاملين في المحاكم هو مجلس القضاء الأعلى تطبيقاً على الأقل للكتاب الصادر من مدير عام الموازنة في ٢٠٠٢/٢/١٨ والموجه إلى مسؤول المالية بتخصيص إعتماد لعدد ٣٩٤ موظفاً يتم نقلهم من وزارة العدل إلى مجلس القضاء الأعلى، والذي تم تنفيذه بالفعل، بما يقطع بإستقلال السلطة القضائية بموظفيها، وهو ما أكده مدير الشؤون الإدارية بمجلس القضاء الأعلى السابق إيراد شهادته.

ثالثا: وأما قول المستدعى ضده بأن الأولى أن يكون مجلس القضاء الأعلى بمنأى عن مثل هذه القرارات المتعلقة بالعاملين بالمحاكم صوناً لكرامته في حالة الطعن فيها، فهو قول يكاد يجهل أن العدالة ليست شخصية وإنما هي معصوبة العينين يعطيها القاضي ولو من نفسه أو من قرار أصدره، إذ لا يمنعنه قضاء قضاه بالأمس أن يراجع فيه نفسه ويُهدى فيه إلى رشده، ما دام قد وجد الحق في غيره، وعندنا أبلغ مثال على ذلك مجلس الدولة المصري، إذ ترفع فيه القضايا كل يوم تقريباً من العاملين بالمحاكم ضد القرارات التي تمس مراكزهم القانونية، وتنظر فيها المحاكم المختصة بشكل «عيني « و» موضوعي»، بصرف النظر عن صدور هذه القرارات من رئيس المجلس أو الأمين العام، فهذا كله لا يهم في مقام العدالة!

وفي ضوء كل ما تقدم، يمكن القول إن القرار محل التعليق، إذا صرفنا النظر عن بعض الهنات اللغوية، وكذا الملحوظة الصياغية بالنسبة لمنطوقه، قد إنتهى على وجه صحيح إلى إلغاء القرار السلبي للمستدعى ضده بالإمتناع عن تنفيذ قرارات الترقية الصادرة لصالح المستدعين، بما يترتب على ذلك من الآثار التي أوردها هذا القرار من حيث تواريخ الترقية المحكوم بها قرين كل منهم، وكذا العلاوات المترتبة على تنفيذ هذه القرارات.

حـــوارات قـــانـــونيـــة

- أثر حالة الطوارئ على ما تملكه السلطات الأمنية والقضائية من صلاحيات وسلطات استثنائية تتعلق بحقوق المواطن.
- علاقة المجلس التشريعي بالمجلس المركزي لمنظمة التحرير الفلسطينية... الشرعية الفلسطينية بعد أحداث غزة... - الرأي في مرسوم رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن أختصاص القضاء العسكري
- نحو الاسراع في الفصل في القضايا المنظورة أمام المحاكم النظامية الفلسطينية.
- حوار مع صديقي القاضي.
- مراسلات (مساواة) مع النيابة العامة وديوان الرئاسة بخصوص اختطاف سعادة النائب العام واضراب النيابة العامة.
- سلطة النقد تستجيب لتوصيات ومطالب "مساواة".

أثر حالة الطوارئ على ما تملكه السلطات الأمنية والقضائية من صلاحيات وسلطات استثنائية تتعلق بحقوق المواطن.

أ.د احمد محمود طه
أستاذ القانون الجنائي
كلية الحقوق- جامعة طنطا- مصر

تنويه ضروري:

يمكننا الوقوف على اثر حالة الطوارئ على ما تملكه السلطات الأمنية والقضايا من صلاحيات وسلطات استثنائية تتعلق بحقوق المواطن وواجباته من خلال المراسيم بقوانين التي أصدرها السيد/ محمود عباس رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية. ويتعلق بعضها بإعلان حالة الطوارئ نفسه وإقالة حكومة الوحدة الوطنية وتعيين حكومة الطوارئ. ولا تتضمن هذه المراسيم أية سلطات استثنائية تم إسنادها إلى السلطات الأمنية أو القضائية. في حين تضمنت بعضها الأخر سلطات استثنائية تم إسنادها إلى السلطات الأمنية أو القضائية وهي التي تهمنا هنا بالدرجة الأولى:-

إعلان حالة الطوارئ:

أعلن السيد/محمود عباس رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية. رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية. والقائد الأعلى لحالة الطوارئ في جميع أراضي السلطة الفلسطينية بسبب الحرب الإجرامية في قطاع غزة. بالمرسوم رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٤.

الأثر العام والشامل لإعلان حالة الطوارئ:

يترتب بصفة عامة على إعلان حالة الطوارئ إحلال السلطة العسكرية محل السلطة المدنية .فحالة الطوارئ بمثابة نظام قانوني يمنح سلطات الضبط الإداري سلطات قانونية استثنائية لمواجهة الظروف الطارئة التي كانت سببا في إعلانها وتنتهي بانتهاء سبب إعلانها أو نهاية المدة المحددة. وتخضع هيئات الضبط الإداري في ممارستها للسلطات الاستثنائية لمراجعة البرلمان والقضاء.

أولا : الآثار المترتبة على المراسيم بقانون التى صدرت فى ظل حالة الطوارىء

١-آثار المرسوم رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٦ بشأن القوة التنفيذية وميليشيات حماس :

بموجب هذا المرسوم أصبحت القوة التنفيذية وميليشيات حماس خارجة عن القانون ، وبعاقب كل من تثبت له علاقة بها وفقا للقوانين السارية وأنظمة وتعليمات حالة الطوارىء . ومن ثم يصبح من حق السلطات الأمنية القبض على أفراد هذه الميليشيات اذا استمرت فى مظهرها العسكرى ، واتخاذ الاجراءات القانونية حول احالة أعضائها وكل من له علاقة بها الى القضاء لمحاكمتهم عن استمرارهم غير المشروع أو التعاون غير المشروع مع هذه الجماعات.

٢- آثار المرسوم بقانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ بشأن حظر كافة الميليشيات المسلحة والتشكيلات العسكرية أو شبه العسكرية أيا كانت تابعيتها ، والصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٦:

بموجب هذا المرسوم لم يقتصر تجريم تواجد الميليشيات المسلحة على القوة التنفيذية أو ميليشيات حماس فقط ، وانما اتسع نطاق التجريم والحظر الى كافة الميليشيات المسلحة ، و أصبح من سلطة قوات الأمن الفلسطينية الآتى :

١- حظر وجود كافة الميليشيات المسلحة والتشكيلات العسكرية أو شبه العسكرية غير النظامية أيا كانت تابعيتها ولو باستخدام القوة .

٢- حظر قيام الميليشيات المسلحة والتشكيلات العسكرية أو شبه العسكرية غير النظامية بأية نشاطات سرية أو علنية ولو باستخدام القوة .

٣- مساعلة كل من يساعد أو يقدم أية خدمات للمليشيات المسلحة والتشكيلات العسكرية أو شبه العسكرية غير النظامية جنائيا وادارياً ، ومن ثم القاء القبض على أفراد هذه المليشيات ، واحالتهم الى القضاء للمحاكمة .

٤- حظر حمل السلاح ومصادرة جميع الأسلحة والذخائر والمتفجرات وغيرها من الوسائل القتالية غير المرخصة وكافة المواد التي تشكل خطراً على النظام العام .

٥- ويعد كل من يخالف أحكام هذا المرسوم قد ارتكب جرماً يعاقب عند إدانته بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الساري المفعول .

٣- آثار المرسوم بقانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ الصادر في٢٠٠٧/٦/١٩ بشأن الاحالة الى المحاكم العسكرية :

بموجب هذا المرسوم تختص المحاكم العسكرية بالجرائم المخلة بالسلامة العامة وعلى وجه الخصوص : ١- الجرائم الواقعة على مسئولي وموظفي السلطة الوطنية الفلسطينية ومؤسساتها وممتلكاتها . ٢- الجرائم الواقعة على السلامة العامة والأمن العام الداخلي . ٣- الجرائم الواقعة على أجهزة الأمن الفلسطينية ومنتسبيها .

كما يئول الى النيابة العسكرية اختصاصات النيابة العامة فيما يتعلق بالتحقيق في هذه الجرائم. ويترتب أيضا أن تطبق المحاكم العسكرية في القضايا المنظورة أمامها قانون أصول المحاكمات الثورى لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩ .

وأخير يعلق العمل بالمواد الواردة في القانون الأساسي المعدل التي تتعارض مع أحكام هذا المرسوم وخاصة المادتين ١٠١ ، ١٠٧ والمتعلقتان بعدم اختصاص المحاكم العسكرية بأي ولاية أو اختصاص خارج نطاق الشأن العسكري ، حيث تختص المحاكم العسكرى بموجب هذا المرسوم بالنظر في العديد من الجرائم التي تخرج عن نطاق الشأن العسكرى وهي تلك الواردة في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا المرسوم . ويتولى النائب العام الدعوى العمومية ، حيث يختص المدعي العام العسكرية بالدعوى العمومية لبعض الجرائم التي تخرج عن نطاق الشأن العسكرى .

٤- آثار المرسوم بقانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ٢٠٠٧/٦/٢٠ بشأن الجمعيات والمؤسسات والهيئات :

بموجب هذا المرسوم يئول الى السيد / وزير الداخلية مراجعة تراخيص الجمعيات والمؤسسات والهيئات القائمة بالفعل . وعلى هذه الجهات تقديم طلبات جديدة بالترخيص خلال أسبوع ، ويملك وزير الداخلية الغاء الترخيص أو تصويب الأوضاع .

٥- آثار المرسوم بقانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ الصادر فى ٢٠٠٧/٦/١٧ بشأن تعليق العمل بالمواد ٦٥ ،٦٦، ٦٧ :

بموجب هذا المرسوم يتم تعليق العمل بالمواد ٦٥ الى ٦٧ من القانون الأساسى المعدل . وتتعلق هذه المواد بالمدة القانونية لرئيس الوزراء ، نظرا لارتباط الحكومة الجديدة بحالة الطوارىء . كما تتعلق أيضا بتصويت المجلس التشريعى لمنح الثقة للحكومة ، حيث تمارس حكومة الطوارىء أعمالها دون تعليق ذلك على تصويت المجلس التشريعى عليها ومنحها الثقة.

٦- آثار المرسوم بقانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ الصادر فى ٢٠٠٧/٦/١٧ بشأن تعليق العمل بالمادة ٧٩ من القانونى الأساسى المعدل :

بموجب هذا المرسوم يتم تعليق العمل بالمادة ٧٩ من القانون الأساسى المعدل . وتتعلق هذه المادة بطرح الثقة بالحكومة وتعيين الرئيس بديلا لها ، وكذلك بطرح الثقة فى عضو أو أكثر من أعضاء الحكومة وسلطة رئيس الحكومة فى تعيين البديل ، وعرض الحكومة الجديدة أو التعديل الجديد على المجلس التشريعى لنيل الثقة . اذ يملك رئيس السلطة الوطنية اقالة الحكومة الحائزة على ثقة المجلس التشريعى ، كما يملك اقالة عضو أو أكثر منها دون تعليق ذلك على طرح الثقة من قبل المجلس التشريعى .

ثانيا : الآثار المترتبة على المراسيم بقانون المتوقع اصدرها فى ظل حالة الطوارىء

نظرا للاحتمال القوى باصدار مراسيم جديدة تمنح السلطات الأمنية والقضائية سلطات استثنائية ، ، فانى وايمانا منى بضرورة المساهمة ولو بالقليل فىاقامة الدولة الفلسطينية ، قد عكفت على دراسة آثار حالة الطوارىء فى جمهورية مصر العربية استنادا الى قانون الطوارىء المصرى رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ والمعمول به حتى الآن ، لأوضح لكم آثاره راجيا الرجوع اليها حال صدور مراسيم جديدة فى هذا الصدد .

أثر اعلان حالة الطوارىء على الحقوق والحريات الفردية

يقصد **بالحقوق والحريات الفردية** : الحقوق اللصيقة بالفرد والضرورية لقيامـــه بـــأداء دور فعال فى المجتمع . وتتمثل هذه الحقوق فى : حق الفرد فى ألا تسلب حريتـــه أو تقييـــدها الا بحكم قضائى، وألا تنتهك حرمة حياته الخاصة الا وفقا لأحكام قانون الاجراءات الجنائية . فى حين تتمثل الآثار المترتبة على اعلان حالة الطوارىء فى : سلب الحريـــة (الاعتقـــال) أو تقييدها (الاقامة أو الانتقال) ، و الاعتداء على حقه فى أن ينعم بالأمن والأمان ، وأخيرا فى الاعتداء على حقه فى حرمة حياته الخاصة :-

أولا : الاعتقال :

أصبح من حق سلطات الأمن بموجب اعلان حالة الطوارىء اعتقال الشخص ، فهل هـــذا الاعتقال حق مطلق للسلطات الأمنية ؟ للاجابة على هذا التساؤل أشير فيمـــا يلـــى الـــى الأشخاص الجائز اعتقالهم فى ظل حالة الطوارىء ، وضمانات الاعتقال ، وأخيرا مـــدى جواز الطعن فى قرار الاعتقال :-

أ- الأشخاص الجائز اعتقالهم :

يجوز للسلطات الأمنية القاء القبض على المشتبه فيهم والخطرين على الأمـــن والنظـــام واعتقالهم . فمتى يعد الشخص مشتبها فيه أو خطرا على الأمن والنظام العام ؟

١- **المشتبه فيه** : يعد مشتبها فيه : -

أ- كل شخص يزيد سنه على ثمانية عشر عاما صدر ضده أكثر من حكم نهائى بـــالحبس أكثر من عام فى احدى جرائم الاعتداء على النفس والمال أو التهديد بذلك ،الوساطة فـــى اعادة الأشخاص المخطوفين أو الأشياء المـــسروقة ، تعطيـــل وســـائل المواصـــلات أو المخابرات ذات المنفعة العامة ، الاتجار بالمواد السامة أو المخدرة أو تقـــديمها للغيـــر ، تزييف النقود أو تزوير أوراق النقد الحكومية أو ترويجها ، جـــرائم هـــرب المحبوســـين واخفاء الجناة ، جرائم الاتجار فى الأسلحة والذخائر واعداد الغير لارتكـــاب الجـــرائم أو تدريبهم على ارتكابها ، ابواء المشتبه فيهم بقصد تهديد الغير أو بغرض السيطرة عليه .

ب- كل شخص أشتهر عنه اعتياده على ارتكاب الجرائم السابقة ، بمعنى أنه لا يـــشترط صدور أحكام ضده ، وانما يكتفى بأن يشتهر عنه اعتياده على ارتكاب احدى هذه الجرائم مع مراعاة أن تكون الأسباب التى تبنى عليها الشهرة أسباب مقبولة يطمئن اليها القاضـــى والى الدليل المستنبط منها . ووفقا للقضاء المصرى فان الشهرة تستمد من اتهام الشخص

في بعض جرائم التشرد والاشتباه غير أنه بريء منها لعـدم كفايـة الأدلـة أو لـبطلان الاجراءات .

٢- الخطرين على الأمن والنظام العام :

- ينصرف النظام العام الى كل التدابير التى من شأنها تحقيق الأغراض التى من أجلها أعلنت حالة الطوارىء . ومن ثم ينبغى قصر تفسيره على أحد مدلولاته الثلاث (الأمـن والـصحة والسكينة العامة) على الأمن فقط ، فلا يصح الاعتقال الا لمنع أفعـال مـن شـأنها اثـارة اضطراب الحالة الأمنية .

- **الخطورة** : يقصد بالخطورة كمبرر للاعتقال : ارتكاب الشخص لأفعال ماديـة معينـة لا تشكل جرائم ، ولكنها تمثل فى تقدير السلطة القائمة على حالة الطوارىء تهديدا للأمن العـام خاصة فى ضوء احتمال تكرار هذه الأفعال مستقبلا .

ب- ضمانات الاعتقال :

نظرا لكون الاعتقال تدبير مقيد للحرية ينطوى على اعتداء على حق الانسان فـى الانتقـال والتحرك ، تتخذه السلطات الأمنية فى ظل حالة الطوارىء ، فان الدستور قد كفل للمعتقل فى مواجهة قرار الاعتقال ضمانات أهمها :

١- حق المعتقل فى ابلاغه فورا كتابة بأسباب القبض عليه أو اعتقاله : حتى يعـرف المعتقل التهم الموجهه اليه ويجهز دفاعه . واهدار هذه الضمانة يجعل من اجراء القـبض أو الاعتقال غير مشروع ، ويتعرض القائم بهذا الاجراء مرتكبا لجريمة احتجاز الأفـراد بلا سند قانونى .

٢- حق المعتقل الاستعانة بمحام :

المعتقل من حقه الاستعانة بمحام ليتولى الدفاع عنه ، ومن حقه مقابلته على انفراد بنـاء على اذن من النيابة .

٣- حق المعتقل فى معاملة انسانية :

وجوب معاملة المعتقل معاملة انسانية تحفظ له كرامته كانسان ، اذ لا يجـب تعريـضه للايذاء البدنى أو المعنوى ، كما لا يجوز حجزه فى غير الأماكن الخاصة بالمـسجونين . كما يجب حفظ اموال المعتقل وردها اليه عند الافراج عنه ، وأن تنطبق عليـه القواعـد المعمول بها للمسجونين الخاصة بالمراسلات والزيارات وممارسة العمل داخل المعتقل .

ج- الطعن فى قرارات الاعتقال :

- يجوز للمعتقل التظلم من أمر القبض أوبعد ثلاثين يوما من تاريخ صدور الأمـر ، ويقـدم الطلب الى محكمة أمن الدولة العليا ، وعلى المحكمة البت فى التظلم خـلال ١٥ يومـا بعـد سماع أقوال المتظلم . ومن حق وزير الداخلية الطعن فى قرار الافراج عن المعتقل خلال ١٥ يوما من تاريخ قبول التظلم . ومن حق من رفض تظلمه تقديم تظلم آخر كل ٣٠ يومـا مـن رفض تظلمه .

ثانيا: حظر الاقامة ومنع التجول على الأشخاص الذين تـرى فـيهم الـسلطات الأمنية خطرا على التواجد فى الأماكن المعلن بها حالة الطوارىء : ولا يجـوز أن يكون هذا الحظر كلى وانما يتعين أن يكون جزئيا .

ثالثا : اخلاء بعض المناطق أو عزلها ، وتنظيم وسائل النقـل بـين المنـاطق المختلفة :

- يجوز للسلطات الأمنية بموجب قرارات من رئيس السلطة الفلسطينية اخلاء بعض المناطق أو عزلها ، وتنظيم وسائل النقل بين المناطق المختلفة ، بالصورة التى تحقق الغاية من اعلان حالة الطوارىء .

أثر اعلان حالة الطوارىء على الحقوق والحريات الاجتماعية

أولا : فرض قيود على حرية الرأى والتعبير :

تعد حرية الرأى والتعبير من الحريات الأساسية لكل انسان يقيم على أرض فلسطين ، الا أن اعلان حالة الطوارىء يضع قيودا على حرية الانسان فى التعبير عن رأيه ، وتتمثـل هـذه القيود فى نوعين من القيود :-

١- قيود ترد على المصنفات :

- يقصد بالمصنفات هنا المصنفات المبتكرة فى الأداب والفنون أيا كان نوعها أو طريقـة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها .

- ينجم عن اعلان حالة الطوارىء فرض الرقابة على جميع أنواع المصنفات ، اذ يملـك الرقيب فحص ومراقبة جميع المواد والرسائل والأخبار التى تتضمنها هذه المـصنفات ، وله كذلك أن يؤخر تسليمها أو يوقفها أو يمحو ما فيها أو يصادرها أو يعدمها أو يتصرف فيها على أى وجه اذا كان من شأنها الاضرار بسلامة الدولة .

٢- قيود ترد على تداول الصحف والمطبوعات :

- ينجم عن اعلان حالة الطوارىء فرض الرقابة على كل ما ينشر في الصحف والمطبوعات ووسائل الاعلام والرسائل : ويتسع مدلول الرسائل هنا ليشمل الرسائل الخطية أو المصورة أو الرسائل السلكية أو اللاسلكية والاتصالات التليفونية والرسائل عبر التليفون المحمول والرسائل عن طريق أجهزة الحاسب الآلي عبر شبكة الانترنت .

- يملك الرقيب فحص ومراقبة جميع المواد والرسائل والأخبار التي تتضمنها هذه الصحف والمطبوعات ، وله كذلك أن يؤخر تسليمها أو يوقفها أو يمحوا ما فيها أو يصادرها أو يعدمها أو يتصرف فيها على أي وجه اذا كان من شأنها الاضرار بسلامة الدولة .

ثالثا : فرض قيود على الحق في الاجتماع وتكوين الجمعيات :

١- فرض قيود على حرية الاجتماع :

أ- القيود :

- الأصل أن الانسان يحظى بحق الاجتماع في هدوء وسكينة دون حمل سلاح دون حاجة الى اذن من السلطات ما لم يكن الاجتماع عام فيجب الحصول على اذن من السلطات ، أو حدث في الاجتماع ما يخل بالنظام الاجتماعي اذ تملك الجهة الادارية في هذه الحالة منع الاجتماع .

٤- وفيما يتعلق بالاجتماعات العامة وهي تلك التي تنعقد في مكان أو محل عام أو خاص يدخله أو يستطيع دخوله أشخاص ليس بينهم دعوى شخصية فردية فقد فرض المشرع على عقدها عدة قيود : -

١- اخطار الجهة الادارية قبل عقد الاجتماع بثلاثة أيام على الأقل محددا فيه الغرض من الاجتماع .

٢- وجوب أن يكون للاجتماع لجنة مؤلفة من رئيس ومن عدد من الأعضاء . ويعهد لهذه اللجنة المحافظة على النظام العام ومنع كل خروج على القوانين .

٣- يحظر عقد الاجتماعات في أماكن العبادة أو في المدارس أو في غيرها من محال الحكومة الا اذا كانت المحاضرة أو المناقشة التي يعقد الاجتماع لأجلها تتعلق بغاية أو غرض مما خصصت له تلك الأماكن ، كما يحظر عقد الاجتماع في الطريق العام . ولا يجوز عقد الاجتماع الى ما بعد ساعة معينة من الليل .

ب- سلطات الجهات الأمنية :

تملك الجهات الأمنية ازاء الاجتماعات سلطات :

- **سلطة المنع** : تملك السلطات الأمنية منع الاجتماع متى كان من شأنه أن يترتب عليه اضطراب فى النظام أو الأمن العام بسبب الغاية منه او بسبب ظروف المكـــان والزمـــان الملابسة له أو بأى سبب آخر خطير . ويجوز لمنظمى الاجتماع التظلم من قرار المنـــع الى الجهة الادارية الأعلى . وفى حالة الطوارىء تملك السلطات الأمنية منع الاجتماعات الخاصة ، ومن باب أولى منع الاجتماعات العامة متى رأت أن هذا التدبير يقتضيه صون الأمن والنظام العام .

- **سلطة حضور الاجتماع** : السلطات الأمنية لها الحق فى حضور الاجتماع لحفظ النظام والأمن ولمنع كل انتهاك لحرمة القانون ، ومن حقه اختيار المكان الذى يستقر فيه.

- **سلطة فض الاجتماع** : يحق للسلطات الأمنية فض الاجتماع : اذا لـــم تؤلـــف لجنـــة للاجتماع أو لم تقم اللجنة بوظيفتها ، اذا خرج الاجتماع عن الصفة المعينة له فى الاخطار ، اذ ألقيت فى الاجتماع خطب أو حدث صياح أو أنشدت أناشيد مما يتضمن الدعوة الـــى الفتنة أو ارتكبت فيه جريمة أو أكثر ، اذا وقع اضطراب شديد .

٢- فرض قيود على تكوين الجمعيات :

يقصد بالجمعية كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية لغرض غير الحصول علـــى ربح مادى .

تملك الجهات الأمنية منع أى ناد أو جمعية وحلها بالقوة متى كان نشاطها غير مشروع أو كانت تشكل تهديد لأمن الوطن . وهو ما لمسناه من سلطات استثنائية فى المرسوم بقانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠٧ الصادر بتاريخ ١٧ /٦/٢٠٠٧

أثر اعلان حالة الطوارىء على الحقوق والحريات الاقتصادية

العمل التجارى وتملك الأشياء من أهم الحقوق والحريات الاقتصادية التى ينعم بها الفرد ، ولتوضيح أثر اعلان حالة الطوارىء أشير الى الوضع تحت الحراسة:-

الوضع تحت الحراسة :

تملك الجهة القائمة على حالة الطوارىء الاستيلاء على أى منقول أو عقار، والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات .

١ - صور فرض الحراسة :

تفرض الحراسة بأحد صور أربع : ان يكون الأمر بفرض الحراسة أمرا فرديا يقضى بفرض الحراسة على أموال شخص معين كلها أو بعضها ، وهذه هى الصورة الغالبة . وقد يكون الأمر بفرض الحراسة أمرا جماعيا يقضى بفرض الحراسة على أموال أشخاص عديدين معينين بذواتهم . وقد يكون الأمر بفرض الحراسة أمرا يقضى بفرض الحراسة على أموال أشخاص عديدين معينين بصفاتهم كالتمتع بجنسية معينة . وأخير الأمر بفرض الحراسة أمرا فرديا أو جماعيا يقضى بفرض الحراسة على شخص معين بذاته أو على أشخاص معينين بذواتهم بعد أن تتوافر فيهم صفة معينة .

٢- محل الحراسة :

يشترط فى محل الحراسة أن يكون مالا ، ومملوكا للشخص الخاضع للحراسة ، وأن يكون المال موجودا فى مصر .

٣-الآثار المترتبة على فرض الحراسة :

ترتب حالة الطوارىء الزام الشخص الخاضع للحراسة بتسليم الأموال المملوكة له الى الحارس المعين عليه ، كما يحظر عليه القيام بأى عمل من أعمال الادارة أو التصرف أو التبرع .

ولا تقتصر الآثار على الخاضع للحراسة اذ تمتد الى الغير فيلزم الغير بتقديم بيان عن أى دائنية أو مديونية للخاضع للحراسة ، وعن كافة العمليات أو العقود أو التصرفات التى يكون الخاضع للحراسة طرفا فيها . كما يتعين على الغير تسليم كافة الأموال المملوكة للخاضع للحراسة الى الحارس المعين عليه . وعليه الامتناع عن مباشرة أى عمل من أعمال الادارة أو التصرف أو استكمال أى عمل يكون الخاضع للحراسة طرفا فيه .

آثار اعلان حالة الطوارىء على حقوق التقاضى

يقصد بحق التقاضى حق الأفراد فى اللجوء الى قاضيهم الطبيعى . وينجم عن اعلان حالة الطوارىء فرض قيود على ممارسة حق التقاضى يتمثل أهمها فى :

١- جواز تحديد اجراءات خاصة أمام محكمة الطوارىء (أمن دولة طوارىء ، محاكم عسكرية) :

يجوز لرئيس السلطة الوطنية أو من يفوضه حفظ الدعوى قبل تقديمها الى المحكمة ، كما يجوز له الأمر بالافراج المؤقت عن المتهمين المقبوض عليهم قبل احالة الـدعوى الـى المحكمة . كما يجوز لرئيس السلطة أن يحيل الى المحكمة أى من الجرائم التـى يعاقـب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر . وهو ما لمسناه فى المرسوم بقانون رقـم ( ) لسنة ٢٠٠٧ الصادر فى ٢٠٠٧/٦/١٩ بشأن احالة جرائم القانون العـام الـى المحـاكم العسكرية .

٢- عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم العـسكرية أو أمـن الدولة طوارىء:

لا يجوز الطعن بأى وجه من الوجوه فى الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة وكـذلك من المحاكم العسكرية . وان جاز التماس اعادة النظر فى التظلم الذى يقدم من المحكـوم عليه الى رئيس السلطة الوطنية .

٣- يجوز لرئيس السلطة الوطنية تعديل الحكم الصادر من محاكم أمن الدولة والمحاكم العسكرية : سواء بالتخفيف أو بوقف تنفيذها ، كما يجوز له الغاء الحكم مع حفظ الدعوى ، أو الأمر باعادة المحاكمة أمام دائرة أخرى .

آثار اعلان حالة الطوارىء على حق الدفاع

ينجم عن اعلان حالة الطوارىء فرض قيودا على حق الـدفاع تتعلـق بـالقبض والحـبس واجراءات التحقيق والمحاكمة : -

١- القبض :

يجوز فى حالة الطوارىء القاء القبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام فى غير الحالات المنصوص عليها فى قانون الاجراءات الجنائية.

٢- التوقيف الاحتياطى :

تملك النيابة العسكرية ونيابة أمن الدولة طوارىء الـسلطات الممنوحـة للنيابـة العامـة والقضاة المنتدبين للتحقيق ولقضاة الاحالة فى القانون العام ، دون التقيـد بحـد أقـصى

للتوقيف الاحتياطى ، حيث تملك النيابة العسكرية التوقيف الاحتياطى لمدة ١٥ يوما ، كما تملك المحكمة العسكرية توقيف المتهم احتياطيا لمدة أو لمدد لا يزيد مجموعها عـن ٤٥ يوما ،وهو ما لمسناه بالفعل فى المرسوم بقانون رقم ( ) لـسنة ٢٠٠٧ الـصادر فـى ٢٠٠٧/٦/١٩.

٣- **التفتيش :**

يجوز لأعضاء الضبط القضائى من العسكريين ولأعضاء نيابة أمـن الدولـة طـوارىء تفتيش أى شخص أينما كان يشتبه فيه ، وله أن يضبط الأشياء والأوراق التى تفيد كشف الحقيقة ، كما يجوز لهم تفتيش المساكن فى غير حالة التلبس لمجرد الاشتباه دون التقيـد بالقيود الواردة فى قانون الاجراءات الجنائية .

وأخيرا أتمنى أن أكون بهذا الجهد المتواضع قد ألقيت الضوء علـى الـسلطات الاسـتثنائية الناجمة على حالة الطوارىء .

علاقة المجلس التشريعي بالمجلس المركزي لمنظمة التحرير الفلسطينية

الشرعية الفلسطينية بعد أحداث غزة... الرأي في مرسوم رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن إختصاص القضاء العسكري

الأستاذ أحمد عبد الحفيظ
المحامى بالنقض والدستورية العليا- مصر

إن الحديث عن وضعية منظمة التحرير الفلسطينية بعد اوسلو ليس حديثاً جديداً بل هو معاد ومكرر، ربما لان الحقيقة أن أصحاب منهج اوسلو قد راهنوا على تهميش وإنهاء دور المنظمة بالكامل وإحلال ما سمي بـ « السلطة الوطنية الفلسطينية» محلها لاهداف عديدة لعل أساسها كان يكمن فى الرغبة فى نزع صفة « التحرر الوطنى « عن النضال الفلسطينى والايهام بانه قد اصبح هناك كيان فلسطينى ما يقف على قدم المساواة مع الكيان الصهيونى فى الاراضى المحتلة، وهكذا سمعنا لأول مرة عن وجود إتفاق لوقف إطلاق النار بين قوات العدوان الصهيوني ورجال المقاومة الفلسطينية بما كان يعنى ان ما يجرى ليس معركة بين عدوان غاشم وحركات تحرر وطني وإنما عمليات عسكرية بين « دولتين».

وعلى المستوى الفلسطيني نفسه فان وقائع تهميش المنظمة لصالح السلطة تعددت وعلى سبيل المثال فقد ظل ما يسمى بـ « وزير الخارجية » فى السلطة هو المتولي لجميع الامور المتعلقة بالعلاقات الخارجية الفلسطينية حتى لقد وقعت ازمة معروفة مع السيد فاروق قدومى الذى كان رئيس الدائرة السياسية لمنظمة التحرير الفلسطينية حول من يقوم بتمثيل فلسطين فى احد إجتماعات الدول العربية ، وقد تم حسم هذا النزاع لصالح وزير السلطة الفلسطينية وليس ممثل منظمة التحرير. وقد حاول الرئيس ابو مازن تغيير هذا الوضع لصالح المنظمة بعد فوز حماس وتشكيلها « الحكومة » وتوليها امر « وزارة الخارجية » ولا نعرف كيف حسم الامر.

وهكذا فان امر إعتبار المنظمة هى الممثل الشرعى والوحيد للشعب الفلسطيني حتى بالمعنى الدبلوماسي المحدود قد صار موضع شك كبير بعد اوسلو.

فاذا كان الامر على هذا النحو بشان الوضع الدبلوماسي البحت والذى يمكن المجادلة فى شانه على اساس وجود إعتراف دولى كبير وواسع بكون المنظمة هى الممثل الشرعي والوحيد لشعب فلسطين، وهو اعتراف سابق على اوسلو وعلى قيام السلطة ولم يرد فى إتفاقات اوسلو ولا قوانين إنشاء السلطة ما يلغيه، بما قد يعني إمكانية الحديث عن بقاء تمثيل المنظمة للشعب الفلسطيني على حاله حتى بعد اوسلو. نقول إذا كان الامر كذلك فى هذا الشأن فإن الحديث عن وجود أي علاقة من اي نوع بين المنظمة وقوانينها وتشكيلاتها وبين السلطة وقوانينها ومؤسساتها هو ضرب من الخيال الذى لا تسعف به لا وقائع السياسة ولا نصوص النظم والقوانين وعلى رأسها القانون الاساسي الفلسطيني. دليل ذلك:

١- ان نصوص الدستور قد خلت تماماً من أى نص يشير إلى وجود منظمة التحرير او أى علاقة تربطها بمؤسسات السلطة ،ولو حتى من قبيل إشتراط وجود علاقة ما بين قيادة مؤسسات السلطة وتشكيلات المنظمة من نوع وجوب عضوية أى من رئيس السلطة أو رئيس الوزراء والوزراء وقيادات المجلس التشريعي فى اى مستوى من المستويات القيادية للمنظمة سواء

بان تكون هذه العضوية شرطاً لتولى مناصب السلطة او أمراً مترتباً على الحصول على هذه المناصب.

٢- نظم القانون الاساسي سلطات ثلاث تشريعية وتنفيذية وقضائية وبعض المؤسسات الاخرى وحدد نظمها وسلطاتها دون اى علاقة لمنظمة التحرير فى هذا الشان.

٣- لم يرد فى القانون الاساسي اي إشارة لمنظمة التحرير فى اى بند من بنوده ولا باب من أبوابه سواء كسلطة ضمن السلطات. او كهيئة أو مؤسسة ذات شأن بأراضي السلطة من أي نوع.

٤- وإذا كانت وثيقة إعلان الدستور قد تضمنت عبارة تفيد أن إصدار الدستور ينطلق من حقيقة « أن المنظمة هى الممثل الشرعى الوحيد « فان هذه العبارة لا يترتب عليها إلا قيمة ادبية صرفة ربما تفيد أن واضعيها ما زالوا حريصين على مكاسب النضال الفلسطينى السابقة وأنهم لم يقوموا باهدارها وتضييعها كما يرى خصوم منهج اوسلو ونحن منهم.

٥- فضلاً عن ذلك فإن الرأي الراجح فيما يتعلق بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الدساتير يقرر بأنها لا تتضمن إلا قيمة أدبية وانها لا ترقى إلى الزامية النصوص المتضمنة فى الدستور. وقد سبق أن قررنا بأن ماورد فى الديباجة يعطى غطاءاً شرعياً لمشروع مرسوم من رئيس السلطة كان يكلف منتسبي القوة الفلسطينية بتطبيق بعض نظم المنظمة القانونية. ولكن هذا ليس معناه ان الدستور ينص على أن للمنظمة اي شأن بأوضاع السلطة. لقد كنا نتكلم عن مرسوم صادر من رئيس السلطة نفسها وفى ضوء السلطات التى يعطيها له القانون الاساسي.

٦- ولعل من المفيد فى هذا المجال ان نشير إلى أنه برغم ان الدستور المصري قد صدر عام ١٩٧١ وكانت مادته الخامسة تنص على الاتحاد الاشتراكي باعتباره الممثل لتحالف قوى الشعب العامل الذى أصدر الدستور. فإن كلاً من محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا قد اجمعتا على أنه بالرغم من هذا النص فإن الاتحاد الاشتراكي لا يعد سلطة من سلطات الدولة التى نظمها الدستور وحدد اشكالها واوضاعها وإختصاصاتها دون إشارة للاتحاد الاشتراكي الذي يبقى منظمة سياسية جماهيرية تمثل تحالف قوى الشعب العاملة دون أن تعد إحدى سلطات الدولة. هذا برغم أن النص على الاتحاد الاشتراكي كان فى طليعة مواد الدستور التى تحدد طبيعة نظام الحكم ولم يكن مجرد عبارة غامضة واردة فى ديباجة الدستور أو وثيقة إعلانه على النحو الذى جرى فى الدستور الفلسطيني.

وعلى ذلك

فانه لا علاقة إطلاقا بين المجلس المركزي للمنظمة والمجلس التشريعي ولا يملك الأول أى اختصاصات تتعلق بالثاني ولا يعتبر بديلاً له. ولا ممتلكاً لسلطاته فى حال غيابه بأي حال من الأحوال. ولعلنا ننصح بعدم استخدام منظمة التحرير كسلاح فى الصراع الدائر اللهم إلا إذا كان ذلك طريقاً لحله من خلال الحوار بين جميع الاطراف وصولاً لحلول وسط يمكن ضمانها من خلال تشكيلات المنظمة بعد الاتفاق على إعادة تشكيلها لتمثل إطاراً جديداً للنضال الفلسطيني يمثل جميع فصائله وعناصره ويكون إطاراً حتى للسلطة الفلسطينية نفسها.

فيما يتعلق بدور منظمه التحرير

أن ما قد قدمناه في التحليل السابق يعنى بوضوح أن منظمة التحرير الفلسطينيه لم تعد

صاحبة صفة دستورية في أراضى السلطة. قد تكون المنظمة هي الممثل الشرعي الوحيد للشعب الفلسطيني في عمومه - و هو امر شديد الالتباس كما قدمنا -لكن فيما يخص أراضى السلطة الفلسطينية فليس للمنظمة اى سلطة داخلية. أراضى السلطة تخضع لنوع محدود من الحكم الذاتي طبقا لاتفاق اوسلو وهو ما لا شان للمنظمة به على اي حال ولا يدخل ضمن مسئولية التمثيل. ولم يكن للمنظمة اى دور سابق من جميع العمليات التي صاحبت تكوين السلطة أوهيكلة موسساتها أو إنتخابات رئاستها ومجلسها التشريعي.

و محاولهة العوده للحديث عن دور لمنظمة التحرير داخل أراضى السلطة ينهي شرعية اوسلو بالكامل. وينهى المصدر الشرعي للسلطة الفلسطينية الحالية بما فى ذلك قانونها الأساسي وأنظمتها الأخرى. ويعيد لمختلف الفصائل و القوى الفلسطينية حرية الحركة. واتخاذ ما تراه من سبيل للمقاومة سواء المسلحة أو السلمية دون أن يحتج من عليها احد بوجود شرعية اوسلو.

في خصوص الحلول الدستورية

في حالة تعذر إجتماع المجلس التشريعي

نرى ان هذه الحالة تقاس على حالة غياب المجلس. وأن تعذر إنعقاد المجلس لاي سبب سواء لانقطاع عمله بسبب أحداث غزة او بسبب إصرار أي كتلة من النواب على الغياب حتى لا يكتمل النصاب اللازم لصحة الانعقاد. نرى ان ذلك يوفر بالتأكيد إحدى حالات الضرورة المنصوص عليها فى المادة ٤٣ من القانون الاساسي والتي تتيح لرئيس السلطة إصدار قرارات لها قوة القانون تكون نافذة حتى ينعقد اول إجتماع للمجلس بعد إصدارها ليرى رأيه فيها إما باقرارها وإما بالغاءها والغاء أثارها القانونية. فاذا اجتمع المجلس ولم تعرض عليه زال ما كان لها من أثر قانونى تلقائياً بعدم العرض على هذه الجلسة. وهذا الحل تمليه القواعد العامة سواء نظريات الضرورة او نظريات ملء الفراغ . إذ من غير المعقول أن تترك اراضي السلطة فى حالة فارغ تشريعي نتيجة عدم إنعقاد المجلس التشريعي لاي سبب كان. علماً بأن رفع حالة الطوارئ لا يلغي إمكانية وجود حالة ضرورة. والحادث أن المشرع الفلسطينيي قد ميز بوضوح بين حالتيي الضرورة والطوارئ فافرد للاولى المادة ٤٣ الواردة ضمن الفصل المتعلق بسلطات رئيس السلطة الفلسطينية بينما خص الثانية بفصل خاص فى نهاية الدستور. وهو الامر الذى يقطع فى التمايز بين الحالتين وعدم التلازم الحتمي بينهما بما يعني ان وجود إحداهما لا يرتب وجود الاخرى بالتبعية واللزوم. إذ المفهوم أن حالة الضرورة هى مفهوم دستوري وقانوني أكثر إتساعاًمن مدلول حالة الطوارئ التى لا تعدو أن تكون صورة واحدة من صور حالات الضرورة.

موجبات الدعوة لدستور جديد

يمكن التأكيد على أن ألدستور القانون الاساسى الفلسطيني الحالي ما يزال صالحا في عموم ما يحتوى من طقوس ديمقراطية حقيقية.

ويمكن القول ان المشاكل التى احاطت بالحياة الدستورية الفلسطينية - نبعت من صراع سياسي يقع خارج النصوص الدستورية فى الحقيقة ولن يمكن حله من خلال إستحداث نصوص دستورية جديدة مهما كان نوعا خصوصا اذا كان الذى سوف يقوم بوضعها هو طرف وحيد من اطراف الصراع بما يتوقع معه رفض الاطراف الاخرى او بعضها على الاقل وهو ما يجعل هذه النصوص

الجديدة بلا قيمة حقيقية وبالتالي يصبح الوقت والجهد المبذول فى وضعها غير ذات معنى.
وإذا كان الامر يتعلق بمعالجة الوضع فى غزة فنحن نصر على أنه من الناحية الدستورية الصرفة فان الدستور الفلسطيني بما عالجه بخصوص حالتى الضرورة والطوارئ يقدم السند الدستورى والقانونى لمعالجة هذه الاحداث اما وسائل المعالجة بالحوار او بالقوة فانها لا تتعلق بنصوص الدستور وإنما بقدرة الرئيس الفلسطيني على إنفاذ قراراته فى قطاع غزة بعد سيطرة حماس على القطاع بالقوة.
فإما ان يجرى حوار يصل إلى نقطة التلاقى بين جميع الاطراف وإما أن يجرى تفجير حرب أهلية فلسطينية. لن يخفف من كوارثها ان تكون النصوص القانونية فى صف هذا الطرف أو ذاك ولن يكسبها - فى النهاية - أي منهما.
فاذا قيل أن القانون الاساسي كان موضوعاً لفترة مؤقتة وقد انتهت بما يوجب وضع دستور جديد فان هذا القول لا يمكن الاخذ به من النواحي الدستورية البحتة أيضاً وذلك لما يلى:

١- ان المرحلة المؤقتة لم تنته وإنما إنتهت مدة السنوات الخمس المنصوص عليها فى إتفاقات اوسلو كمدى زمني لهذه المرحلة.
أما المرحلة المؤقتة فلا تنتهى إلا بالمرحلة النهائية - اى بقيام «دولة فلسطينية» .فاذا لم تقم هذه الدولة فإن المرحلة المؤقتة تظل سارية من الناحية القانونية.

٢- أنه إذا قيل بانتهاء المرحلة المؤقتة دون الوصول إلى الدولة الفلسطينية فإن هذا الامر يعني إنتهاء شرعية أوسلو كلها والعودة لما قبلها كما كنا، وهو وضع ليس فيه لا دستور فلسطيني ولا إنتخابات تشريعية ولا رئاسية لما يسمى ب « سلطة فلسطينية ».

٣- فاذا قيل بإمكانية التراضي على إستمرار الوضع من خلال إستدعاء منظمة التحرير فان هذا التراضى يجب ان يشمل حماس لا أن يستعمل فى مواجهتها هى ومن يناصرها من أبناء الشعب الفلسطيني او الفصائل الفلسطينية الاخرى.

لكن الخشية الأساسية من هذا الوضع لو تم إقراره هو ان يصبح فى نظر الراى العام الدولي وضعا نهائياً للشعب الفلسطيني، أقره بمطلق إرادته وبواسطة المنظمة التي يقال إنها الممثل الشرعي والوحيد له مما سوف يترك أثاراً كارثية على القضية الفلسطينية وقد لا يمكن تداركها لعدة أجيال لاحقة. والمصيبة ان هذه الاثار سوف لن تكون في مقابل اى شئ إيجابي لان حماس سوف ترفض ولأنها سوف تظل تستولي على غزة بالقوة الفعلية التي لن يجابهها إلا قوة مماثلة فيما يعتبر حرب أهلية طاحنة تكون أسوأ بمراحل من استمرار الكارثة الحالية.

٤- نعم الدستور الفلسطيني يحتاج إلى بعض الإضافات الجوهرية لمعالجة بعض الأمور والإشكالات التي ظهرت في التطبيق مثل حالة الخلاف بين الحكومة والرئاسة. وربما قدر من التفصيل في حالات الضرورة والسلطات القائمة عليها. ومعالجة أحوال إصرار الكتل البرلمانية على عدم عقد المجلس التشريعي .....الخ وكل هذه أمور لن يتأتى حلها الصحيح إلا بالحوار والتفاهم.

ولعل الإخوة في السلطة يدركون جميعاً انه لم يحدث أن انتهت اي حرب أهلية في أي بلد إلا من خلال التفاهم والحوار. فلنبدأ بهما قبل أن يتحول الباقي من فلسطين إلى أشلاء ممزقة وانظروا حولكم لما يجرى في العراق والسودان والصومال، وما كان وما قد ينتهي إليه الأمر في لبنان.

- الشرعية الفلسطينية بعد احداث غزة

لا يمكن الحديث عن اي شئ يخص الشعب الشقيق في فلسطين قبل الاعلان عن ما يحمله كل عربي مخلص من حجم الهم والغم لما وصلت إليه الاحداث حتي اصبح طرفي الصراع الرئيسين في قيادة فتح وحماس يحققون للعدوان الصهيونى ما لم يكن يحلم به او يصبوا إليه دون ادنى احساس بالمسؤلية ولو علي مستوي الضمير والاخلاق ناهينا عن مشاعر المسؤولية الوطنية والقومية. وإن التداعي لادانة سلوك كلا الطرفين بقوة ودون مواربة ربما يكون هو المدخل الرئيسي لاعادة الامور إلي نصابها بالعودة إلي الشعب الفلسطيني في الضفة وغزة ليقول كلمته في انتخابات رئاسية وبرلمانية جديدة تحت رقابة محايدة عربية واسلامية يتم التوافق علي عناصرها بين جميع الاطراف لتكون الكلمة الحرة المعبرة بحق عن إرادة شعبنا الفلسطيني الصامد هي العمل الحاسم في فصل النزاع واعادة الوحدة إلي الصفوف. بديلاً عن دماء فلسطينية سوف تسيل بلا حدود إذا فكر احد في معالجة الوضع بالقوة. او حكومتي امر واقع منفصلتين واحدة في الضفة والأخرى في غزة. لا تملك أي منهما من أمر نفسها شيئاً بعد أن اعلن منهج أوسلوا عن أفلاسه بالكامل أو ربما عن الوصول إلي محطته الأخيرة وهدفه المنشود في تدمير شعبنا وتفكيك وحدته وأهدار دمه كمرحلة فيما يرجوه العدو ويأمله من أنهاء وجود هذا الشعب العملاق ذات يوم.

نقول ما تقدم لأنه لابد من قوله ولنبدأ به الحديث عن المخرج والبديل المتاح والذي لا بديل سواه ولا مشروعية لغيره. أذ لا ضير علينا أذا قلنا أن قواعد المشروعية الفلسطينية الحالية لا تقدم حلا يتوافر له كامل الشروط التي تجعله مشروعاً.

وهي النتيجة التي لا نظن أن ينكرها أي بحث قانوني محايد يلتزم بالقواعد العامة المقارنة في تحديد المشروعية أو بالقواعد الفلسطينية كما تضمنها القانون الأساسي - الدستور الفلسطيني - في هذا المجال وهو ما نفسره فيما يلي:

أولاً: لب المشكلة

من المؤكد أن ما جري في غزة من أحداث مؤخراً هو حالة مما ينطبق عليه تماماً وصف « الظروف الأستثنائية « بجدارة وأستحقاق. تلك الظروف التي يعرفها القانون الدستوري والأداري المقارن. والذي يتفق - بدرجات متفاوتة - علي أنها لا يمكن مواجهتها من خلال النصوص القانونية والأجراءات المعتادة . لأن هذه النصوص والأجراءات أنما أعدت لمعالجة الظروف العادية وليس لمثل هذه الظروف الأستثنائية التي لا يمكن لأي مشرع عادي - سواء على المستوى الدستوري أو القانوني أو الإداري - أن يقدر طبيعتها أو مداها، أو أستحقاقاتها .ولا يستطيع إلا أن يتوقعها كظرف عام استثنائي يفرد له في بعض النصوص العامة في الدساتير أو القوانين.

واذا كانت الحالة الفلسطينية بعد أحداث غزة قد أصبحت حالة أستثنائية بامتياز إلا أن خصوصياتها الذاتية تخرج بها عن جميع السوابق في جميع أنحاء العالم حتى لو كان بها بعض حالات الشبه الحالة الأوكرانية التي وقعت من جراء الخلاف بين رئيس الدولة ورئيس الحكومة في الشهور الماضية والتى جرى حلها بطريق الحوار والاتفاق. ويمكن أن نرصد عناصر تميز الحالة الفلسطينية فيما يلي:

١ - أن الأحداث جرت في أرض لا يمكن أن يقال أن لها صفة الدولة التي تملك سلطة سياسية حقيقية تمتلك قدرة التصرف الفعلي، ويمكنها أتخاذ القرار السياسي الذي تراه صحيحاً. فغزة مجرد قطعة من أرض فلسطين، ترتبط مع الضفة الغربية بشكل من أشكال الإرتباط الذي

أقامته اتفاقية أوسلو ,وهما منفصلتان بالكيان الصهيوني الجاثم على الأرض الفلسطينية فيما بينهما. وجميع السلطات الفعلية التي تتحكم بشئون القطاع. ولو كانت مجرد الدخول إليه أو الخروج منه تتحكم فيها سلطات الإحتلال بما في ذلك عناصر ما يسمى بـ « السلطة الفلسطينية». والأصل أن القوانين العادية والحالات الإستثنائية كلها تخص « دولاً » تملك سلطة سياسية حقيقية ونافذه. ولا يمكن تعليق تنفيذ قراراتها على إرادة سلطة أخرى أقوى منها أو على مجرد تأييد أقليمي أو دولي قادم من خارج الحدود أياً كانت طبيعته ومداه.

٢ - أن الشرعية الفلسطينية كلها مؤقته وأستثنائية أوضحتها بجلاء وثيقة اصدار القانون الأساسي التي قررت بوضوح أنه قد صدر « في أطار المرحلة الإنتقالية التي نتجت عن اتفاق إعلان المبادئ جعلت من مسألة السلطة الوطنية الفلسطينية بأجنحتها الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية واحدة من المهام الوطنية .... «. كما قررتها نصوصه بوضوح قاطع.

فالسلطة الوطنية الفلسطينية كلها مرحلة مؤقتة واستثنائية ولفترة إنتقالية. وبالتالي فإن فوات الفترة الإنتقالية التي قررها اعلان المبادئ وقدرها خمسة سنوات كان حرياً بأن يضع أكثر من علامة استفهام حول استمرار شرعية أوسلو نفسها بعد أن أنهاها الجانب الآخر وبعد ان انتهت الفترة المؤقتة التي تضمنها هذا الإعلان. مما يجعل السند الوحيد القائم لهذه المشروعية الفلسطينية هو إرادة الشعب الفلسطيني الذي ذهب إلى صناديق الإنتخاب بعد زوال شرعية أوسلو ليختار مجلسه التشريعي ورئيس سلطته الوطنية بمشاركة كاملة من جميع فاعلياته السياسية تقريباً. غير أن إرادة الشعب الفلسطيني وإن منعت من زوال شرعية السلطة الفلسطينية بعد زوال شرعية أوسلو إلا أنها لا تستطيع أن تضفي طابع الدوام علي سلطة مؤقته بطبيعتها الذاتية وبموجب سائر الظروف الوطنية والأقليمية والدولية المحيطة بها. مما نخشى معه أن تكون أحداث غزة في حقيقتها هي التصدي الفعلي لبدء خلل هذه السلطة بزوال الشرعية الأصلية التي أنشأتها وعدم قدرة رجالها على حمايتها على أساس شرعية الإرادة الخالصة للشعب الفلسطيني. فإذا قلنا بالطابع الإستثنائي والمؤقت للأوضاع الفلسطينية الناجمة عن اتفاق أوسلو فكيف نتحدث عن قواعد مشروعية سواء استثنائية أو طبيعية أساسها وجوهرها وجود سلطة حقيقية قائمة في ظل نظام سياسي دائم وطبيعي؟!

٣ - إن الشعب الفلسطيني برغم عدم امتلاكه لسلطة سياسية حقيقية إلا أن مستوى وعيه السياسي، وظروف مقاومته الباسلة وغير المسبوقة قد أوجدت على أرضه واقعاً سياسياً مختلفاً ومعقداً توزعت فيه القدرات والتوازنات السياسية بشكل لا مثيل له في عالمه الثالث. ولا سابقة له في الشعوب الواقعة تحت الإحتلال. ورغم الإبداع النضالي الذي أنتج منظمة التحرير الفلسطينية كممثل شرعي ووحيد له مما كان كفيلاً بتطوير أوضاعه السياسية في ما بعد أوسلو من خلال تطوير المنظمة نفسها. واستكمال شرعية تمثيلها للشعب الفلسطيني يفتح أبوابها أمام مختلف الفعاليات النضالية التي لم تمثل فيها من قبل. فان أخطاء متبادلة حالت دون هذا التطوير الذي كان كفيلاً بتأطير السلطة الفلسطينية الناشئة ضمن كيان حقيقي حاكم في ظل غياب السيطرة الفعلية على الأرض. لكن ذلك لم يحدث مع الأسف أو ربما كان جوهر مشروع أوسلو هو إنهاء دور هذا الإبداع الفلسطيني المتمثل في منظمة التحرير الفلسطينية.

٤ - أنه في ظل الظروف السابقة فإن ما جري في غزة هو حاصل خلاف بين طرفي المشروعية الفلسطينية فلا هو تمرد من خارج نطاق هذه المشروعية ولا هو إنقلاب كامل عليها بما

يوجب - في الحالين - أنتفاض عناصر هذه المشروعية - أو باقيها- لمعالجة الأمر سواء من خلال التشريعات العادية أو من خلال نظرية الطوارئ والظروف الأستثنائية.

وسوف نري أن الحقيقة السابقة قد تجلت بوضوح في الدستور الفلسطيني الذي أنتجه - في تقديرنا - مزيج ما بين رغبة أطراف خارجية في عدم توحيد الأرادة الفلسطينية خلف توجه سياسي بعينه فيما يتعلق بالسبل المطلوبة لأستمرار مقاومته ونضاله سلماً أو كفاحاً مسلحاً .والاوضاع التى أنتجها هذا الكفاح المسلح نفسه.

التعامل مع لب المشكلة

لقد أطلنا عامدين في طرح لب المشكلة التي ربما تكون السبب في أحداث غزة بأكثر مما تكون نتاجاً لهذه الأحداث تأكيداً علي النتيجة التي نظنها صحيحة لنتائج بحثنا ونستبق بها عناصر هذا البحث نفسه وهي تلك النتيجة التي تؤكد أن قواعد المشروعية القانونية - سواء الأستثنائية أو العادية - لن تقدم حلاً حقيقياً للمشكلة إلا في ضوء حلول ومخارج ذات طبيعة سياسية ونضالية سوف نحاول أقتراح بعضها في ختام البحث...

ثانياً : المشروعية الأستثنائية

(نظرية الطوارئ أو الضرورة أو الظروف الأستثنائية)

يمكن القول بأن كل النظم القانونية قد عرفت فكرة الضرورة أو الظروف الطارئة، أو الحالات الأستثنائية. وأن هذه الفكرة قد ترجمت نفسها في مختلف فروع القانون وليس فقط القانون الدستوري أو الإداري.

فقد عبر عنها الفكر الأسلامي بعبارة « إن الضرورات تبيح المحظورات «. وقال فقيه روماني « إن سلامة الشعب وأمنه تسمو على كل قانون وضعي. وأنه من الضروري الإلتجاء إلى اتجع علاج لمواجهة الأزمات العصيب».

وعبر عنها القانون الكنسي على لسان موتسكيو بأن ثمة « حالات بتعين فيها مؤقتاً وضع حجاب علي الحرية كما نخفى تماثيل الألهة « .

وهكذا فإن هذه النظرية وجدت لها تطبيقات مختلفة في مختلف فروع القانون العادية فعرف القانون المدني أنماطاً من ألغاء العقود أو تخفيف ألتزامات بعض أطرافها نتيجة الظروف الطارئة أو حالة الضرورة، وعرف القانون الجزائي أفكار أمثل أسباب الإباحة نتيجة هذه الظروف ومن باب أولي عرفها القانونان التجاري والدولي. وكذا مختلف فروع القانون .. بما في ذلك القوانين الأجرائية مثل قانون المرافعات الذي يوقف سريان المواعيد الإجرائية في حال وقوع ظروف طارئة تحول دون اتمامها، بل لقد وصل أقرار الفقه والقضاء لهذه النظرية إلي حد أن التساؤلات لا تطرح إلا حول مداها فقط وما أذا كانت تبيح تعطيل نصوص الدستور نفسه أو الخروج عليها أم أن أثرها يقتصر على امكانية تجاوز النصوص القانونية العادية دون المساس بالنصوص الدستورية.

وكان الفقة الألماني بالذات هو أكبر أنصار أطلاق فكرة الضرورة أو الظروف الإستثنائية لأبعد الحدود مما ترجم عنه قول هيجل « أن الدولة هي التي أوجدت القانون. وهي تخضع له لتحقيق مصالحها ولا تخضع له إذا كان تحقيق هذه المصالح بمنع الخضوع. لأن القانون وسيله غايتها حماية الجماعة فإذا لم تؤد القواعد القانونية لتحقيق هذه الغاية فلا خضوع للقانون وعلي الحكومة أن تضحي به في السبيل الجماعة».

بينما يقول فقهاء دستوريون «أن حالة الضرورة التي تستوجب تطبيق سلطات الحرب والظروف الأستثنائية تقوم كلما وجد خطر حال وجسيم يتهدد حقاً دستورياً جوهرياً لأن أستمرار المؤسسات الدستورية يماثل الحق في الحياة بالنسبة لهذه المؤسسات فأي تهديد لأستمرار وجودها أو لحقوقها أو لسطاتها يعتبر تهديداً لهذه الحياة».

وفي كل هذه الأراء فإن تعطيل الدستور والحياة النيابية يدخل ضمن حدود السلطات المعطاة للسلطة التنفيذية في حالات الضرورة والظروف الأستثنائية.

علي أن الرأي الأخر - الذي نعتنقه - هو ذلك الذي يؤكد علي أن قواعد المشروعية الأستثنائية هي من مرتبة قواعد الشرعية القانونية العادية وبالتالي فأنها لا تبيح تجاوز الدستور أو تعطيل نصوصه خصوصاً أن الدستور نفسه هو الذي يضفي على اجراءات الظروف الإستثنائية مشروعيتها إذ تتضمن مختلف الدساتير المقارنة قواعد للتصرف في حال الظروف الأستثنائية. ويشترط هذا الرأي لقيام حالة الضرورة أو الظروف الأستثنائية كما يقول العميد/ فيدل:

أ - أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تقتضي تدخل الحكومة.

ب - أن يكون تصرف الحكومة بالشكل الذي تصرفت بها هو الطريقة الوحيدة الكفيلة بمواجهة الموقف.

ج - أن يكون رائد الحكومة في تصرفها هو تحقيق المصلحة العامة.

ومن الجدير بالذكر أن الدساتير والتطبيقات المقارنة قد توزعت بين الرأيين مما نعرض لبعض نماذجه الدولية والعربية قبل أن نري موقف الدستور أو القانون الأساسي الفلسطيني وموقف السلطة الفلسطينية من أحداث غزة في أطار نصوص هذا الدستور.

النظام الأمريكي

لم يرخص الدستور الأمريكي للسلطة التنفيذية في أتخاذ الأجراءات اللازمة عند وقوع ظرف طارئ وترك ذلك للسلطة التشريعية- ومع ذلك فإن الرئيس الأمريكي يمارس سلطات خطيرة في الظروف الإستثنائية تجاوز كثيراً حدود سلطاته الدستورية ولدرجة قول الفكر الغربي أنه يمارس « دكتاتورية برلمانية » حتي أن الأوضاع مستقرة على الجمع بين نظامي الطوارئ الفرنسي والأنجليزي أي بين الإختصاصات التي يحددها القانون مقدماً كما هو الحال في فرنسا. والإختصاصات التي تتخذ كلها أستلزمت تلك الظروف والأحداث كما هو الحال في أنجلترا.

ورغم ان أعلان الطوارئ دستورياً منوطاً بالكونجرس أو بالحكومة في حالة غيابه. فقد جري العمل في أحيان كثيرة على أن الرئيس هو الذي يعلن الطوارئ ويتخذ الإجراءات شديدة الخطورة دون الرجوع إلى الكونجرس ومكتفياً بالحصول علي تأييده لاحقاً.

وكان الرئيس لنكولن هو أسبق الرؤساء في هذا السلوك الذي برره بكونه « لا يستطيع الأيمان أن في أمكانه صيانة الدستور إذا سمح بتدمير الحكومة أو الوطن». وأن الإجراءات التي تعد غير دستورية تصبح دستورية ومشروعة أذا أصبحت ضرورية لحماية الدستور علي طريق حماية كيان الوطن.»

وكان لنكولن قد فعل ذلك في مواجهة أندلاع الحرب الأهلية التي تمثل أحد أسباب أعلان حالة الطوارئ بجانب حالات الغزو. والعصيان والحرب الأجنبية متي عرضت أمن وسلامة الوطن للخطر. والكونجرس مخول دستورياً بسن جميع التشريعات اللازمة. وقد أصدر في سبيل ذلك العديد من التشريعات العادية والتي صدر علي أساسها مجموعة من الأوامر التنفيذية من رؤساء الجمهورية المتعاقبين.

ومع أن المفترض أن تلتزم جميع التشريعات بالحدود الدستورية التي تحصر مبررات حالة الطوارئ

كما قدمنا إلا أن العمل قد جرى على التوسع الكبير في هذه المبررات. حتى أن الرئيس ترومان أعلن حالة الطوارئ بمناسبة الحرب الكورية عام ١٩٥٠ بأعتبارها تهدد الأمن والسلم الدولي ، وتعرض للخطر جهود هذه البلاد ورغد العيش والحرية التي ينعم بها الشعب الأمريكي والسلام العالمي ويترتب علي أعلان الطوارئ في النظام الأمريكي سلطات خطيرة مثل التفويض التشريعي وأوامر الأحضار .... الخ. مما لا مجال للإفاضة فيه هنا.

النظام الفنزويلي

تعلن حالة الطوارئ دستورياً في فنزويلا لأسباب قيام نزاع داخلي، حدوث شغب يعكر أمن البلاد وسلامها، حدوث حالة خطيرة تؤثر في سير الحياة الأقتصادية والأجتماعية، وقوع نزاع دولي. أو وجود مبررات قوية تهدد بوقوع حالة من الحالات السابقة . وقد أباح الدستور للرئيس في حالة وقوع الحالات الموجبة للطوارئ القيام بمجموعة كبيرة من الأجراءات. التي يقل مداها في حالة أقتصار الأمر علي حالة وجود تهديد بوقوع هذه الحالة. والرئيس هو الذي يعلن الطوارئ أما الإجراءات التي تقيد أو تعطل الضمانات الدستورية فيتخذها مجلس الوزراء وترسل إلي البرلمان أو إلي اللجنة المفوضة منه في حالة أنفضاضه وذلك خلال العشرة أيام التي تلي نشرها وسلطة البرلمان إستشارية فقط.

النظام الفرنسي

يعتبر النظام الفرنسي- في عمومة - هو أكبر مصادر نظرية الظروف الإستثنائية حيث أباحت المادة ١٦ من الدستور الفرنسي للرئيس سلطات تبيح له أتخاذ أوسع الأجراءات بما فيها تعطيل النصوص الدستورية نفسها. لكن هذا الأمر يبقي سلطة تقديرية له لا يستحب الأقدام عليها.

وتتلخص حالات الظروف الإستثنائية طبقاً للمادة المذكورة في حالات أن تكون مؤسسات الجمهورية أو أستقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته مهددة بطريقة جسيمة أو وجود حالة ينشأ عنها أنقطاع السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية.

ومن الأفعال التي توجد أياً من الحالات السابقة أو تهدد بوجودها نشوب حرب أهلية داخلية. أو حرب مع دولة أجنبية. أو أضراب عام يتخذ طابع التمرد أو حدوث عصيان عسكري.

ويجب علي رئيس الجمهورية الفرنسية قبل أعلان سلطات الطوارئ أن يشاور الوزير الأول ورئيس البرلمان والمجلس الدستوري وكلها جميعاً أوضاع إستشارية كما يتعين عليه أعلام الأمة بقراراته وأجراءاته من خلال رسالة يوجهها إليها.

إن نظرية الظروف الإستثنائية ربما تكون مدينة بوجودها كله للنظام الفرنسي وعلي الأخص القضاء الإداري الفرنسي الأب الشرعي لهذه النظرية بما أعطاه من سلطات تكاد تكون مطلقة للسلطة التنفيذية حتي بالمخالفة للنصوص الدستورية.

النظام المصري

يقدم النظام الدستوري المصري أوسع النماذج أطلاقاً من حيث تعدد حالات الطوارئ والظروف الأستثنائية. والسلطة التقديرية الواسعة لرئيس الجمهورية في شأنها. والسلطات شبه المطلقة التى يملكها لمواجهتها.

فمن حيث تعدد الحالات. فهناك المادة ١٤٧ التي تتيح للرئيس أصدار لوائح الضرورة إذا حدث في غياب مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير.

وهناك المادة ١٠٨ التي أباحت لرئيس الجمهورية عند الضرورة وبتفويض من مجلس الشعب أن يصدر قرارات لها قوة القانون.
وهناك المادة ١٤٨ التي تعطي الرئيس الحق في إعلان حالة الطوارئ مع العرض على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً أو في أول اجتماع له إذا كان منحلاً.
وهناك المادة الأكثر خطورة وشمولاً وهي المادة ٧٤ والتي يكفي لبيان مداها أن نورد نصها « لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بيانا إلي الشعب، ويجري الأستفتاء علي ما أتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من أتخاذها». وقد أدخلت علي هذه المادة تعديلات شكلية بحتة وغير مؤثرة بموجب التعديلات الدستورية التي أجريت في مصر خلال هذا العام حيث أوجبت أخذ رأي رؤساء مجالس الوزراء والشعب والشورى قبل اتخاذ هذه الإجراءات ومنعت حل مجلس الشعب أو الشورى خلال ممارسة هذه السلطات.
أما من حيث السلطة التقديرية الواسعة للرئيس فأن تقدير قيام الحالة الموجبة لإتخاذه الإجراءات، والسلطات التي نصت عليها جميع المواد السابقة هو عمل مطلق له، فهو وحده يقدر نوع الخطر،ومقداره وحجم الإجراء اللازم لمواجهته سواء اتخاذ تدابير، أو أصدار قرارات لها قوة القانون أو أعلان حالة الطوارئ وصولاً إلي السلطات المطلقة في المادة ٧٤ والتي جري تطبيقها في سبتمبر ١٩٨١ فجري بموجبها أعتقال ١٥٠٠ من جميع قيادات وكوادر العمل السياسي المصري وتعطيل أحزاب وإلغاء تراخيص صحف، وعزل سياسي لعشرات من القيادات السياسية المصرية ..... الخ.
أما المادة الثالثة من قانون الطوارئ المصري فتجيز للسلطات الطوارئ المصرية إجراءات لا حصر لها، وهي منصوصه في القانون علي سبيل المثال وليس الحصر وتشمل الإعتقال، وتحديد الإقامة، ومنع التجمع ، ومصادرة الصحف، وتعطيل وسائل النقل، وتكليف المواطنين بالعمل طبقاً لما تراه سلطه الطوارئ.... الخ.
اما من ناحية إتساع السلطة التقديرية وغياب أى شروط موضوعية لمراقبة سلطة الرئيس فى جميع هذه الحالات فإن الواضح أنه لا قيود للرئيس إلا بعض القيود الشكلية غير المؤثرة مثل إستشارة رؤساء بعض السلطات أو العرض على مجلس الشعب او الاستفتاء. وكلها إجراءات شكلية لم يهتم المشرع الدستورى بمجرد ضبطها ووضع الحل فى حالة عدم إمكان القيام بها نتيجة هذه الظروف الاستثنائية نفسها.
و إذ قدم النموذج المصرى الوضع المطلق لسلطات رئيس الجمهورية فى حالات عديدة من حالة الضرورة إلى حالة الظروف الاستثنائية وبينهما حالة الطوارئ فاننا نكتفى به فى معرض النظم العربية المقارنة وكثير منها يماثله أو يقترب منه مثل النظام السورى والنظام التونسى والنظام العراقى السابق .وعلى ذلك فاننا سوف ننظر كيف عالج الدستور الفلسطينى سلطات الطوارئ او الظروف الاستثنائية او الضرورة. على انه يجب الاشارة إلى انه وعلى عكس القضاء الفرنسى، فإن القضاء المصرى بفرعيه الادارى والعادى قد درج على التخفيف من السلطات المطلقة للرئيس ومحالوة ضبطها ووضع سقوف أقل لطرق ممارستها واعتبر أن المادة ٧٤ لا تستقل بذاتها ولا تعدوا ان تكون إحدى حالات الضرورة تخضع لشروط ضوابط حالات الضرورة.

النظام الفلسطينى

يقتضى الحديث عن النظام الفلسطيني أمران:- اولهما بيان صورة توزيع السلطة فيه، وثانيهما حالات الضرورة أو الظروف الاستثنائية وكيفية تنظيمها.

١- صورة توزيع السلطة فى النظام الفلسطينى

يقدم النظام الاساسى الفلسطينى صورة ديمقراطية ومتوازنة لتوزيع وممارسة السلطة فى إطار من إنفصالها وتشابكها وتكاملها تكاد تجمع - حقيقة لا إدعاء - بين مزايا النظامين الرئاسى والبرلمانى ونتجنب معظم عيوبهما، وهو وضع غريب على جميع النظم السياسية العربية اوجدته- فى تقديرنا - مفردات ومنجزات النضال الوطنى الفلسطينى بحسه المقاوم، وكذلك ظروف اوسلو، وربما حالة التأقيت المقررة فيه، وإن كان قد عابه فى تقديرنا أن واضعيه وقد وضعوه ليسرى لخمس سنوات فقط - لم يفكروا إطلاقاً فى إمكانية إمتداد فترة الانتقال لما لا نهاية بما يمكن أن تتغير معه الظروف لصالح مدخلات أخرى تتجاوز التوازنات القائمة فى الواقع الفلسطينى وقت وضعه والمتمثلة فى الزعامة الشعبية لياسر عرفات والاغلبية المؤكدة لمنظمة فتح فى الشارع الفلسطيني.

وعلى ذلك فإن هذا النظام قد اخذ بمبدأ ثنائية السلطة التنفيذية اى إنقسامها بين رئيس الدولة ورئيس الوزراء، وأخذ من النظام الرئاسي فكرة إختيار رئيس الدولة بواسطة الشعب وحيازته لسلطات واسعة نابعة من منصبه مباشرة وليس من حجم تمثيل حزبه فى البرلمان. وأخذ من النظام النيابى فكرته الاساسية وهو مسؤولية الحكومة امام البرلمان فلا تمارس عملها إلا بعد الحصول على ثقته، وتفقد سلطتها كأثر مباشر لسحب هذه الثقة.

وقد دمج النظام السياسى الفلسطيني بين هذه الافكار جميعاً وصولاً إلى توازن حقيقى وفعلى بين السلطات وداخل السلطة التنفيذية بين مؤسستيها (الرئاسية ومجلس الوزراء). وامتنع الدستور عن الاخذ باى من مظاهر الديمقرطية المباشرة واهمها فكرة اللجوء المباشر إلى الشعب من خلال الاستفتاء على مواضيع او قرارات محددة. وكان من معالم هذا التوازن ما يلى:-

١- الاخذ بنصوص صريحة بمبادئ الفصل بين السلطات، والنظام النيابى، والتعدد الحزبى، وإنتخاب رئيس السلطة مباشرة من الشعب، وسيادة القانون، وخضوع جميع السلطات والهيئات والافراد له، ومنع تحصين القرارات الادارية ضد الطعن القضائى.

٢- عدم إنفراد رئيس السلطة بمباشرة سلطاته إذ يساعده مجلس الوزراء فيها بنص الدستور - م٤٦- وهو يصدرالقوانين التى يقرها المجلس التشريعى وله حق الاعتراض عليها - م ٤١ - وهو يختار رئيس الوزراء ويقيله ويقبل إستقالته ويحيله للتحقيق عنما يرتكبه من جرائم أثناء او بسبب ممارسة عمله، ويدعو مجلس الوزراء للانعقاد. وفى المقابل فإن رئيس الوزراء هو صاحب السلطة الفعلية على مجلس الوزراء من حيث إختيار أو إقالة أعضائه أو مسؤوليتهم امامه ....- م ٤٥، م٧٥، م ٧٦،م ٨١ -.

وفيما عدا السلطات التنفيذية لرئيس السلطة فإن باقى السلطات يمارسها مجلس الوزراء - م ٦٣ - ولكن الحكومة مسؤوله أمام الرئيس عن أعمالها - م ٥ - ورئيس السلطة هو القائد الاعلى للقوات الفلسطينية والمنفرد بتعيين وإعتماد الممثلين السياسين - م ٣٩ -.

ولكن مجلس الوزراء هو المكلف بحماية الامن وحفظ النظام - م ٧/٧٠ -. والحكومة لا تمارس عملها إلا بعد الحصول على ثقة البرلمان - م ٦٧ - وله سحب الثقة منها باغلبيته المطلقة م ٧٨. وهى سلطة لا يقابلها نص مباشر او صريح بحق الحكومة أو رئيس السلطة فى حل البرلمان وإن كان نص المادة ١١٣ الذى يمنع حل البرلمان او تعطيله فى ظل حالة الطوارئ يعنى - بمفهوم المخالفة - جواز هذا الحل أو التعطيل فى غير حالة الطوارئ، مما يعطى غطاءاً دستوريا لاي قانون يجيز هذا الحل ويبين حالاته.

إن هذه الصورة المتوازنة لتوزيع السلطة فى الدستور الفلسطيني قد انعكست على معالجة الظروف الاستثنائية فى هذا الدستور وهو ما نبينه فى البند التالى.

٢- حالتا الضرورة والطوارئ فى النظام الفلسطيني

- نظمت المادة ٤٣ من الدستور الفلسطيني حالة الضرورة التى لا تحتمل التأخير فأجازت لرئيس السلطة فى غير أدوار إنعقاد البرلمان إصدار قرارات لها قوة القانون وتعرض على المجلس التشريعي ليرى رأيه فيها إقراراً او رفضاً وذلك فى اول جلسة يعقدها بعد صدورها. كذلك تضمنت احكام الباب السابع بمواده الخمس ١١٠: ١١٤ احكام حالة الطوارئ فحددت حالاتها بوجود تهديد للأمن القومي أو تمرد أوعصيان مسلح او كارثة طبيعية.

وقيدتها بثلاثين يوماً يجوز تمديدها لمدة اخرى بقرار من المجلس التشريعي الذى يجوز له فى أول إجتماع بعد إعلانها أو عند التمديد أن يراجع كافة التدابير او بعضها وإجراء الاستجوابات اللازمة فى هذا الشان. وقد اوجب الدستور النص بوضوح على الهدف من إعلان الحالة والمنطقة التى يشملها، والفترة الزمنية، ووضع شروطاً وضوابط متعددة تخضع لها إجراءات الطوارئ يتعلق معظمها بالحقوق والحريات العامة والشخصية، اما الاخر فيتعلق بمنع حل البرلمان او تعطيله أثناء إعلان الطوارئ.

ومن مجمل النصوص السابقة يتضح أن الدستور الفسطيني بسبب تاقيته بمدة زمنية قصيرة ربما لا تحتمل حدوث مشاكل او مخاطر حقيقية كان من أقل الدساتير المقارنة عناية باوضاع الظروف الاستثنائية وكذلك بطرح الحلول المختلفة لحالات حدوث خلافات أو نزاعات بين السلطات والهيئات المختلفة التى إنتظمها وقام بتوزيع السلطة بينها باكبر قدر من التوازن.

وبذلك فان اسئلة الشرعية الفلسطينية الحالية بعد احداث غزة ربما تجد إجاباتها فى القواعد العامة للمشروعية المقارنة بأكثر مما تجده فى نصوص القانون الاساسى الفلسطينى نفسه وإن لم تخرج عن أوضاع وتوجهات هذا القانون وفى هذا نقول:-

أ - إن أحداث غزة تعد من حالات الظروف الإستثنائية المقررة فى جميع النظم المقارنة باعتبار ما تسببت فيه من إنقطاع السير المنتظم لاعمال السلطات العامة الفلسطينية بعد ان انفردت الحكومة بالسلطة فى قطاع غزة وانفرد الرئيس بالضفة الغربية. وفى القانون الاساسي الفلسطيني فإنه يمكن إعتبار أحداث غزة حالة عصيان مسلح بحسبان أنه برغم النص على أن حفظ الامن والنظام هو مسؤولية الحكومة إلا أن الدستور نص بوضوح على اعتبار رئيس السلطة هو القائد الاعلى للقوات الفلسطينية م -٣٩ - وان هذه القوات تتمثل فى قوات الامن والشرطة والتى تعتبر القوة السلحة فى البلاد بنص المادة ٨٤ من الدستور. وبذلك فإن ما ترتب على احداث غزة من إنعدام قدرة رئيس السلطة على ممارسة سلطات القائد الاعلى على القوات الموجودة فى غزة يمكن إعتباره من قبيل العصيان المسلح الذى يجيز إعلان الطوارئ.

ب- ومن المؤكد أيضاً ان احداث غزة قد اكملت الاثر القانونى لاعتقال بعض أعضاء المجلس التشريعي بواسطة سلطة الاحتلال الصهيونى، وأصبحت السلطة التشريعية معوقة عن اداء اعمالها بحدوث حالة الانقطاع بين القطاع والضفة وبالتالى أصبح البرلمان فى حالة غياب فعلى مانع من ممارسة سلطاته ومنها بالطبع سلطته فى تمديد حالة الطوارئ.

فاذا كان ذلك وكانت العوامل التى ادت إلى قيام هذه الحالة ما تزال قائمة فإن تمديدها - دون موافقة البرلمان - يصبح أمراً شرعياً مثل سائر الامور التى تتم فى غيبة البرلمان. بل و من الممكن أن يصدر رئيس السلطة قراراً جديداً فى نهاية كل مدة طوارئ ما دامت الحالة قائمة.

ج - كذلك إن حالة الضرورة المنصوص عليها فى المادة ٤٣ من القانون الاساسى سابق الاشارة تضفى المشروعية على قرارات ومراسيم رئيس السلطة و التى تعتبر قائمة ومشروعة حتى موعد اول إنعقاد للبرلمان بعد اصدار هذه القرارات.

د- هذا إلى ان رئيس السلطة الفلسطينية مطلق اليد - دستورياً - فى إختيار رئيس الوزراء وإقالته حتى فى غير حالة الطوارئ فاذا قيل إن الحكومة ممنوعة - دستورياً - من مباشرة مهامها قبل الحصول على ثقة البرلمان رددنا ذلك بما تؤكده الحقائق من ان البرلمان فى حالة غياب فعلى. وعليه فإن حكومة حماس تعتبر فى وضع إقاله وهى تبقى فى غزة باعتبارها حكومة تسير اعمال إلى ان تشكل حكومة اخرى تستطيع ممارسة سلطاتها على كامل أراضى السلطة الفلسطينية.
كذلك فإن حكومة الطوارئ تظل قائمة ما دامت الحالة قائمة ويمكن مدها سواء بقرار يصدر كل ثلاثين يوماً أو باعتبار الحالة قائمة إلى أن ينعقد البرلمان - الغائب - للنظر فى أمرها.
هـ - تثير المادة ١١٠ فقرة ٣ شبهة ان رئيس السلطة لا يملك إعلان الطوارئ فى كامل أراضى السلطة وذلك بما نصت عليه الفقرة من وجوب تحديد المنطقة الخاضعة للطوارئ. ولكن المؤكد ان القواعد العامة لا يمكن أن تمنع إعلان الطوارئ بامتداد اى وطن وإلا كنا قد قدمنا الخطر الذى يهدد منطقة واحدة على الخطر الذى يهدد كامل تراب الوطن وهو ما لا يمكن القول به.
و- الدستور الفلسطينى يتعين الحفاظ عليه وعلى توازن السلطات فيه وهو فى الحقيقة لا يتضمن اى نصوص تجيز لرئيس السلطة تعديله أو تعطيل اي من نصوصه لاى سبب ولو كان بسبب إعلان حالة الطوارئ. وقد كان من مكاسب النضال الوطنى الفلسطينى ان هذا الدستور لم يتضمن ذلك التوسع المذهل فى حالات الضرورة والطوارئ والحالات الاستثنائية الذى تعرفه النظم الدستورية العربية. ولا شك ان ذلك مكسب يتعين الحفاظ عليه. وإن كانت التجارب السابقة قد اثبتت حاجة هذا الدستور إلى إضافات تبين الحلول الواجبة لحالات غياب احد السلطات أو الهيئات الدستورية أو وقوع اى خلاف بينها.
ز - ولقد رأينا مدى كفاية نصوص الدستور فى إضفاء المشروعية على قرارات الطوارئ الحالية مما لا يدعوا إلى تعطيله أو وقف العمل ببعض مواده. فاذا قيل بانه يمكن إتباع بعض النظم المقارنة التى توسعت فى سلطات الطوارئ حتى فى غير الحالات التى يسمح بها الدستور مثل حالة الولايات الامريكية فان هذا القول يؤدى إلى مخاطر جمة حيث ان رئيس السلطة التنفيذية لا يملك السلطات ولا المكنات التى تمكنه من ممارسة تلك السلطات الهائلة التى يمارسها الرؤساء الامريكيون بمناسبة الطوارئ خارج إطار الدستور الامريكي نفسه.

ولكن ما هو الحل؟!

إن كل القوى الوطنية العربية والفلسطينية مدعوة إلى إبتكار الحلول الخلاقة التى تناسب الحال الفلسطينى بتعقيداته وتشابكاته المختلفة وطنياً وأقليمياً ودولياً. وهو حال يقطع فى عدم توافر الشرط الاساسى لامكان إستخدام سلطة الطوارئ لتصفية الوضع القائم فى غزة بواسطة القوة المسلحة لأن مخاطر هذا الاستخدام أخطر بما لا يقارن على المصلحة العامة للشعب والوطن الفلسطيني والسلطة الفلسطينية من كل مخاطر الوضع الحالي على ضراوتها وإستعمالها.
وإذا كان الضمير القانونى قد منعنا من محاولة إحداث اى تشويش على ما رايناه صحيحاً من شرعية قرارات الطوارئ الفلسطينية. أو عن سلطات رئيس السلطة وطرق ممارستها فإن الضمير الوطني والقومي بل والانساني والاخلاقي يدفعنا إلى التأكيد على خطورة إستخدام سلطة الطوارئ بأستعمال القوة المسلحة فى غزة مما يفجر حرباً اهلية فلسطينية لا تبقي ولا تذر ويضيع معها اى تعاطف حتى من شعوبنا المغلوبة على امرها مع الشعب الفلسطينى فى محنته غير المسبوقة.

وعليه فاننا نرى أن الحل الاساسي يتمثل فى:-

١- ضـرورة إسـتقالة كل مـن الحكومة والمجلس التشـريعى ورئيس السـلطة والعودة للشـعب الفلسـطينى فى إنتخابات رئاسـية ونيابية جديدة تجرى بواسـطة حكومـة محايدة ترضى عنها جميع الاطراف.

٢- ونقترح تمهيداً لهذا الحل عقد مؤتمر وطني فلسطيني تحت أعلام منظمة التحرير الفلسطينية بضـم ممثلين جميـع القوى والفاعليات الفلسـطينية بالتسـاوي فيما بينها بـما فيها ممثلى المهجر والمخيمات للوصول إلى توافق عام حول وضعية النضال الفلسطيني فى المرحلة المقبلة ووسـائله وهل سوف يكتفي بالوسائل السـلمية وحدها؟ وهل هناك إمكانية للإكتفاء بهذه الوسائل فى ظل ممارسات البربرية الصهيونية ضد شعبنا؟!

وهـو مؤتمـر نرى ان تتبنى قيادة منظمة التحرير الفلسـطينية الدعوة إليه ممثلة فى السـيد فاروق القدومي.

كمـا نقتـرح أن يحضـر هذا المؤتمر مجموعة مـن ممثلى التيار القومي والاسـلامي على إمتداد العالم العربى ووفود رسـمية وشـعبية من مصر وسـوريا والسـعودية والجزائر (ويمكن إضافة تركيا وإيران).

٣- يكون من حق أى فصيل عدم الموافقة على قرارات المؤتمر التى تتوافر لها الاغلبية بشرط أن كل من يرفض هذه القرارات سوف لا يشارك فى مؤسسات السلطة فى مرحلة مقبلة يمكن تحديد مداها الزمني.

٤- يكون هذا المؤتمر إعادة إحياء لمنظمة التحرير الفلسـطينية، بعد تعديل ميثاقها وتشكيلاتها لتمثيـل جميـع الفصائل مـن ناحيـة و لتأطير وضعيـة النضال الفلسـطيني والسـلطة الفلسطينية فى هذه المرحلة.

الرأي في مرسوم رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن أختصاص القضاء العسكري

بعد الأطلاع علي نصوص المشروع ومطابقتها مع نصوص الدستور القلسطيني تخلص إلي الرأي الأتي:

أولاً: ما يسمح به القانون الأساسي الفلسطيني

حالتا الضرورة والطوارئ فى النظام الفلسطينى

- نظمت المادة ٤٣ من الدستور الفلسطينى حالة الضرورة التى لا تحتمل التأخير فاجازت لرئيس السلطة فى غير ادوار إنعقاد البرلمان إصدار قرارات لها قوة القانون على ان تعرض على المجلس التشريعى ليرى رأيه فيها إقراراً او رفضاً وذلك فى اول جلسة يعقدها بعد صدورها. كذلك تضمنت احكام الباب السابع بمواده الخمس ١١٠: ١١٤ احكام حالة الطوارئ فحددت حالاتها بوجود تهديد للامن القومي أو تمرد أو عصيان مسلح أو كارثة طبيعية.

وقيدتها بثلاثين يوماً يجوز تمديدها لمدة اخرى بقرار من المجلس التشريعى الذى يجوز له فى أول إجتماع بعد إعلانها أو عند التمديد أن يراجع كافة التدابير او بعضها وإجراء الاستجوابات اللازمة فى هذا الشان. وقد اوجب الدستور النص بوضوح على الهدف من إعلان الحالة والمنطقة التى يشملها، والفترة الزمنية، ووضع شروطاً وضوابط متعددة تخضع لها إجراءات الطوارئ يتعلق معظمها بالحقوق والحريات العامة والشخصية اما الاخر فيتعلق بمنع حل البرلمان او تعطيله أثناء إعلان الطوارئ.

ومن مجمل النصوص السابقة يتضح

إن الدستور الفسطيني بسبب تأقيته بمدة زمنية قصيرة ربما لا تحتمل حدوث مشاكل او مخاطر حقيقية كان من أقل الدساتير المقارنة عناية باوضاع الظروف الاستثنائية وكذلك بطرح الحلول المختلفة لحالات حدوث خلافات أو نزاعات بين السلطات والهيئات المختلفة التى إنتظمها وقام بتوزيع السلطة بينها بأكبر قدر من التوازن.

وبذلك فان اسئلة الشرعية الفلسطينية الحالية بعد احداث غزة ربما تجد إجاباتها فى القواعد العامة للمشروعية المقارنة بأكثر مما تجده فى نصوص القانون الاساسى الفلسطينى نفسه وإن لم تخرج عن أوضاع وتوجهات هذا القانون وفى هذا نقول:-

أ - إن أحداث غزة تعد من حالات الظروف الاستثنائية المقررة فى جميع النظم المقارنة باعتبار ما تسببت فيه من إنقطاع السير المنتظم لاعمال السلطات العامة الفلسطينية بعد ان انفردت الحكومة بالسلطة فى قطاع غزة وانفرد الرئيس بالضفة الغربية. وفى القانون الاساسي الفلسطيني فإنه يمكن إعتبار أحداث غزة حالة عصيان مسلح بحسبان أنه برغم النص على أن حفظ الامن والنظام هو مسؤولية الحكومة إلا أن الدستور نص بوضوح على اعتبار رئيس السلطة هو القائد الاعلى للقوات الفلسطينية م -٣٩ - وان هذه القوات تتمثل فى قوات الامن والشرطة والتى تعتبر القوة السلحة فى البلاد بنص المادة ٨٤ من الدستور. وبذلك فإن ما ترتب على أحداث غزة من إنعدام قدرة رئيس السلطة على ممارسة سلطات القائد الاعلى على القوات الموجودة فى غزة يمكن إعتباره من قبيل العصيان المسلح الذى يجيز إعلان الطوارئ.

ب- ومن المؤكد أيضاً ان احداث غزة قد اكملت الاثر القانونى لاعتقال بعض أعضاء المجلس التشريعي

بواسطة سلطة الاحتلال الصهيونى، وأصبحت السلطة التشريعية معوقة عن اداء اعمالها بحدوث حالة الانقطاع بين القطاع والضفة وبالتالى أصبح البرلمان فى حالة غياب فعلى مانع من ممارسة سلطاته ومنها بالطبع سلطته فى تمديد حالة الطوارئ.

ثانياً : فيما يتعلق المشروع إلي احكام الباب السابع الخاص بسلطة الطوارىء

١- ما اضافه القانون من اختصاصات للقضاء العسكري بموجب المادة (١)فقرة ١ سليم ويندرج تحت سلطة الطوارىء المعلنة.

٢- ما جاء في الفقرة الثانية من المادة الاولي بخصوص تولي النيابة العسكرية اختصاصات النيابة العامة واعطاء جميع منتسبى القوة الفلسطينية حق الضبطية القضائية سليم في مجمله وتتسع له حالة الضرورة والظروف الاستثنائية المعلنة في اراضي السلطة ولا يوجد اي نص في الدستور الفلسطيني يمنعه.

٣- مـا ورد في ديباجة القانون الاساسـي الفلسـطيني من ان ما ورد في هـذا القانون ينطلق من حقيقة ان منظمة التحرير الفلسـطيني هي الممثل الشرعي والوحيد للشعب الفلسطيني يوفر غطاءاً شـرعيا كافيا لاعمال النظم والقوانين الصادرة عن تلك المنظمة علي نحو ما ورد فـي الفقرة ب من المادة من إلزام المحاكم العسـكرية بتطبيق قانـون اصول المحاكمات الثورى لمنظمـة التحرير لعام ١٩٧٩. فضلا عن ان مشـروعية هذا النص تنطلق من شـرعية القانون كله بمقتضي سلطة الطوارئ التي يمارسها رئيس السلطة من ناحية. ومن مقتضى حقه في اصدار القرارات والمراسيم مع وجوب عرضها علي البرلمان لدى اول اجتماع.
وحتي إذا لم يكن البرلمان غائباً فإن هذه المراسيم جميعاً تعتبر صحيحة ونافذة لحين انعقاد اول اجتماع للبرلمان ليبدي رأيه فيها.

٤- مـا جـاء في الفقرة الثالثة من المادة الاولى من تعطيل نصوص الدسـتور هو مما لا يباح لرئيس السلطة القيام به. كما أن المواد الدستورية المقترح تعطيلها بعيدة عن مجال المرسوم نفسه ولا تتعلق به بأي قدر للأسباب الأتية:

أ - إن القانون الأساسي الفلسطيني قد ضيق تماماً من حالات الطوارئ والضرورة وبالتالي فهو من الدساتير التي لا تتيح سلطة تعطيلها أو تعطيل أيا من نصوصها بسبب الطوارئ أو الضرورة أو الظروف الأستثنائية.

ب - إن إعلان الطوارئ نفسه قد استند علي القانون الأساسي وكذلك فإن مشروع المرسوم نفسه يرتكز علي الباب السابع الخاص بإعلان الطوارئ وليس فيها إطلاقاً ما يبيح تعطيل أو تعليق ايا من أحكام القانون الأساسي.

ج - إن الفقرتين الدستوريتين المطلوب تعطيلهما لا علاقة لهما بنصوص مشروع المرسوم ولا بحالة الطـوارئ من قريـب أو بعيد. فالفقرة الثانية من المادة ١٠١ تنص علي» تنشـأ المحاكم العسـكرية بقوانين خاصة وليس لهذه المحاكم أي إختصاص خارج الشـأن العسـكري» والنص بهذا الشـكل لا علاقـة له بظروف الطوارئ وهو نص ينظم إختصاص هذه المحاكـم في الظروف العادية. وإذا كان هناك خشـية من معني عدم وجود إختصاص لهذه المحاكم خارج الشـأن العسـكري. فإن تكليف منتسـبي القوة الفلسطينة بسلطة الضبطية القضائية بشـأن الطوارئ- وهو تكليف صحيح ويتسق مع معنى الطوارئ- يعني أن إختصاص المحاكم العسكرية بسبب حالة الطوارئ التي يقوم علي تنفيذها منتسبوا القوة الفلسطينية - لم يعد « خارج الشأن العسكري».

د - أما الفقرة الثانية من المادة ١٠٧ فنصها « يتولي النائب العام الدعوي العمومية بإسم الشعب

العربي الفلسطيني ويحدد القانون إختصاصات النائب العام وواجباته».
والمادة بهذا الشكل لا علاقة لها بوضع الطوارئ من قريب أو بعيد. فهي تنظم الحالة العادية. فضلا عن ذلك فإن النائب العام يظل هو القائم علي الدعوي العمومية في كل الجرائم التي تخرج عن نطاق الجرائم المحالة للقضاء العسكري بموجب مشروع المرسوم. فضلاً عن ان ما تضمنه البند أ من الفقرة ٢ من المادة الاولى يضفى المشروعية - بمقتضى حالة الطوارئ - على ما أعطى من إختصاصات النيابة العسكرية بشأن الجرائم المحالة للقضاء العسكرى بمقتضى مشروع المرسوم.
هـ- أن إستناد مشروع المرسوم إلى احكام الباب السابع دون تخصيص يؤكد على بقاء سلطة النائب العام الواردة بالبند أ من المادة ١١٢ على حالها وعدم تعطيلها. وهى الحالة الوحيدة لاختصاص النائب العام بخصوص الطوارئ مما يدعوا إلى القول بان المشرع الدستورى الفلسطيني لم يبق للنائب العام من سلطة - أثناء الطوارئ - إلا ما تتضمنه هذه الفقرة الواردة فى الباب الذى ينظم أحكام هذه الحالة. مما يعنى أن سلطة النائب العام المنصوص عليها فى المادة ١٠٧ تنظم إختصاصاته بالحالة العامة وليس بحالة الطوارئ.

وعلى ذلك نرى

١-أن مشروع المرسوم يتوافق مع احكام القانون الاساسي.
٢- الغاء الفقرة الثالثة من المادة الاولى من مشروع المرسوم القاضية بتعطيل بعض نصوص القانون الاساسي وذلك لعدم مشروعيتها قانوناً ولعدم ضرورتها عملاً على النحو الذى اوضحناه.
٣-تحديد الاختصاصات التى تتولاها النيابة العسكرية بتلك الدعاوي المحالة بموجب مشروع المرسوم.

نحو الإسراع في الفصل في القضايا المنظورة أمام المحاكم النظامية الفلسطينية

المحامي حسين أبوهنود- رام الله

لا يخفى على أحد حجم مشكلة تأخّر المحاكم النظامية الفلسطينية في إصدار أحكامها في القضايا المنظورة أمامها، خاصةً وأنّ المعلومات المتوفرة تشير إلى وجود ما يزيد عن حوالي ٦٥ ألف قضية مدورة من السنوات السابقة (قضايا وردت إلى المحاكم وإنتهى عام ٢٠٠٦ دون البتّ فيها)، إضافة إلى آلاف القضايا الواردة في العام ٢٠٠٧. طبعاً، تلك القضايا تشمل كافة أنواع القضايا، إبتداءاً من المخالفات بأنواعها، والجنح والجنايات، مروراً بالقضايا الحقوقية كالمنازعات المتعلقة بالأراضي والمطالبات المالية، وإنتهاءاً بالمنازعات العمالية والقضايا الإدارية... إلخ.

في الحقيقة، تعتبر مشكلة تأخير المحاكم في إصدار قراراتها واحدةً من المشاكل الرئيسية التي تواجه المحاكم في مختلف أنحاء العالم، وحتى نجدها في الكثير من الدول المتقدمة، وفي مقدمتها الدول الصناعية الأوروبية. فعلى سبيل المثال، نظرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، (تستمد تفويضها بموجب البروتوكول الحادي عشر الملحق بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والذي دخل حيز النفاذ في العام ١٩٩٨[1])، في آلاف القضايا الخاصة بتأخير المحاكم الوطنية الأوروبية في إصدار أحكامها ضمن وقت معقول وبدون تأخير، بإعتباره يشكل إنتهاكاً للمادة ٦/١ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة في روما في العام ١٩٥٠[2]. وفي إطار نظرها في القضايا المذكورة، وفي معرض تفحصها لإدعاءات الضحايا وردود الدول المدعى عليها، طورت المحكمة عدداً من الوسائل لمكافحة هذه الظاهرة، ومنها إقرار تعويضات مالية للضحايا تتراوح بين ١٠٠٠ - ٣٠٠٠ يورو في الحالات التي يثبت لديها وجود إنتهاك؛ بمعنى ثبوت تأخير غير مبرر. ونتيجة لتكرار الإنتهاكات من بعض الدول، ألزمت المحكمة والهيئات المنبثقة عن المجلس الأوروبي، بعض الدول كإيطاليا مثلاً،إلى تبني سلسلة من التدابير التشريعية والإدارية لمكافحة الأسباب الموجبة للتأخير عير المبرر في إصدار القرارات القضائية، وذلك بهدف تقليل عدد القضايا المتدفقة للمحكمة الأوروبية من هذا النوع أولاً، ولضمان حماية حقوق المواطنين الإيطاليين في الحصول على عدالة ضمن وقت معقول ثانياً[3] .

في ضوء ما ذكر أعلاه، فإننا في فلسطين، لسنا بمنأى عن هذه الظاهرة، العالمية والإقليمية، إلاّ أنّ تلك الدول أخذت وما زالت مبادرات وخطوات عملية خلاقة على مستويات مختلفة لوقفها أو الحدّ منها، يختلف الدافع وراء الإهتمام الدولي بهذه المشكلة من نظام قانوني إلى أخرى، فالدافع وراء

1 للإطلاع على النص الكامل للبروتوكول المذكور، يرجى مراجعة الرابط التالي:
http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm

2 للإطلاع على نص المادة وعلى كامل نصوص الإتفاقية، أنظر الرابط التالي على الإنترنت:
/http://www.echr.info

3 في الرابط التالي نشر مجلس أوروبا عدداً من التقارير والإحصائيات التي تبين نوع القضايا الواردة للمحكمة، ومنها المتعلقة بإنتهاك حقوق المواطنين الأوروبيين لحقهم في أن تفصل المحاكم الوطنية في قضاياهم ضمن وقت معقول، كما تبين هذه التقارير والإحصائيات:
/http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+information/Analyses+of+case+law
وكذلك الرابط التالي:
/http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+surveys+of+activity

تسريع إصدار القرارات القضائية في الدول الأوروبية ينبع من كونه حقاً من حقوق الإنسان الأساسية مصدره إتفاقية ١٩٥٠ المشار إليها وكذلك لاحقاً العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦. أعيد التأكيد عليه في نصوص القوانين الوطنية والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان. في حين أن الدافع في النظام الأمريكي هو دافع إقتصادي وتجاري أكثر من كونه حقاً من حقوق الإنسان. وإذا كان هذا هو الحال والدافع في النظامين الأمريكي والأوروبي. ومع الأخذ بعين الإعتبار الفارق السياسي والإقتصادي والحقوقي الكبير مع أي دولة أخرى في العالم الثالث يتبين حجم الفرق في الإهتمام والمتابعة. ففي فلسطين. مشرعين وصناع قرار. لا يبدو أنهم مدركون تماماً لحجم وخطورة المشكلة. بدليل أنه لم تتخذ الإجراءات العملية الكفيلة للحدّ من هذه المشكلة التي تفاقمت ويزيد تفاقمها يوماً عن يوم إلى حدود غير مسبوقة. علماً أنّ الحديث عن هذا الموضوع ليس جديداً. فجمهرة المحامين والقضاة والمتقاضين ومؤسسات المجتمع المدني يتذمرون من بطء المحاكم في إصدار القرارات. يشخصون أسبابها. ويصفون العلاجات المحتملة لها. ولكن دون تغيير يذكر .

تجمع الدراسات والأبحاث. وكذلك التطبيقات القضائية لإتفاقيات حقوق الإنسان. إلى أنّ الأسباب الرئيسية لتأخير المحاكم في إصدار قراراتها يتلخص في المسائل التالية:

أولاً: خلل في التشريعات ذات العلاقة:

من المعروف أن التشريعات ذات العلاقة. وفي مقدمتها قوانين الإجراءات المدنية والجزائية.والإثبات. وقوانين تشكيل المحاكم. تعتبر سبباً رئيسياً في تسريع أو تأخير المحاكم في إصدار قراراتها. وعليه. فإنّ إهتمام المعنيين في الكثير من الدول ينصب على مراجعة تلك التشريعات. وإجراء ما يلزم عليها من تعديلات بصورة مستمرة. بما يضمن حماية حقوق المتقاضين أولاً. وبما يضمن سرعة إنجاز العدالة ثانياً. وبهذا الخصوص. أسست الكثير من الدول قوانينها الإجرائية على مبدأ التبسيط خاصةً في مواضيع التبليغ بحيث أجاز الكثير منها التبليغ بطرق عملية وسخّر التكنولوجيا لخدمة هذا الغرض كالبريد الإلكتروني وتبليغ المحامي لزميله أو إناطة هذه المهمة بشركات خاصة. ووسّع من دور القضاة ورؤساء المحاكم في ضبط وإدارة الجلسات كالطلب من المحامين الإتفاق على تحديد سقف زمني لكل قضية أو إلزامهما بجدول زمني إذا لم يتفقا.وإستبعاد القضايا البسيطة من ولاية القضاء كمخالفات المرور. أو العمل على حلها خارج المحاكم من خلال توسيع مفهوم حل النزاعات بالطرق البديلة وفي مقدمته التحكيم التجاري. وغير ذلك من المسائل التي تهدف إلى تجنّب الشطط والإطالة من قبل بعض المتقاضين أو ممثليهم. وتجنيب القضاة والمحاكم الإنشغال في قضايا غير منتجة ولا طائل منها. وإنما الإنكباب على القضايا التي هي قضايا وفق ما هو سائد في كل مجتمع. والأمر ذاته في قوانين الإثبات. حيث حرصت بعض الدول على وضع بعض القيود على طرق الإثبات. وخاصة في مواضيع تقييد عملية إستدعاء ومناقشة وإستجواب الشهود. وتقارير الخبراء. حتى لا يتم إساءة إستخدامه وإستعماله كوسيلة لإطالة أمد القضية.

4 بهذا الصدد. أنظر التقارير السنوية للهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن للأعوام 2003 و2004 . حيث أشارت الهيئة في الفصول الخاصة بالسلطة القضائية إلى ضرورة معالجة مشكلة بطء النظر في القضايا وتأخر المحاكم في إصدار قراراتها. وناشدت الهيئة إلى ضرورة تبني سلسلة من الإجراءات من أجل تسريع النظر في القضايا. هذا بالإضافة إلى الجهود التي بذلتها الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية من خلال مشروع DPK في الفترة من 2004-2000 حيث تمّ البدء في تبني وتطوير آليات لمكافحة التأخير. من أبرزها العمل على إدارة الدعوى. وتبسيط الإجراءات من خلال المساهمة في إعداد كتيبات إرشادية في هذا الصدد.

وبهدف خلق التخصص والتركيز ورفع فعالية المحاكم، لجأت بعض الدول إلى تشكيل محاكم متخصصة، كالمحاكم العمالية، ومحاكم المرور، ومحاكم الجمارك، ومحاكم البلديات، ومحاكم أراضي، وغيرها من المحاكم المتخصصة في إطار المحاكم النظامية. دول أخرى إستعاضت عنه بتسمية قضاة معينين ذوو خبرة للنظر في أنواع معينة من القضايا، بشكل يتناسب وحجم القضايا الواردة من تلك الأنواع.

وبهدف ضمان عدم إشغال القضاة ومساعديهم في قضايا بسيطة، لجأت بعض الدول إلى منح صلاحيات أوسع لضباط الشرطة في المخالفات وفي الجنح البسيطة، أو تخصيص قاضي للنظر فيها في أماكن خارج المحكمة، مما أزاح آلاف من القضايا عن رفوف المحاكم وعن مكاتب القضاة، وجنبهم إضاعة أوقاتهم المهمة في قضايا بسيطة في قيمتها أو في العقوبة المتوقعة عليها.

من الواضح أنّ القوانين الإجرائية الفلسطينية أسست في معظمها على مبدأ التبسيط، حيث عمل المشرع الفلسطيني على الإستفادة من التجارب الدولية الحديثة في هذا المجال، ومع ذلك ما يزال المشتغلون في القانون يشكون من الخلل في الكثير من الإجراءات، والتي من شأن إستخدامها أو يسهل إساءة إستعمالها من قبل بعض المتقاضين، بما يسمح الإطالة المملة في إجراءات التقاضي. وهذا يتضح من خلال إجراءات تبليغ الأوراق القضائية، والإكثار من التقدم بالطلبات المستعجلة أثناء النظر في الدعوى، وضعف دور القاضي في إدارة الجلسات خاصة بالنسبة للمحامين، والتي تؤدي إلى تشتيت طاقة القاضي وطاقة طاقم المحكمة في أمور ليست بالضرورة متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها بقدر ما يقصد أصحابها صرف أنظار المحكمة بقدر المستطاع عن جوهر القضية.

كذلك، وبالرغم من أنّ القوانين السارية تسمح بإقامة محاكم متخصصة، لم يتم حتى الآن إنشاء محاكم عمالية، أو محاكم أراضي، أو محاكم مرور، وهناك خلل في عمل محاكم البلديات حيث أن قضاة البلديات هم قضاة صلح يعملون في تلك المحاكم بالإضافة إلى وظيفتهم مما يراكم العبء عليهم ويوقف العمل في محاكمهم في الأوقات التي يعملون فيها كقضاة بلديات.

مطلوب تحديد النصوص التشريعية في القوانين المذكورة التي تطلب التعديل، وصياغتها على شكل مشاريع قوانين، ورفعها من قبل الحكومة أو من قبل أعضاء المجلس التشريعي، ومن ثمّ إصدارها وفق الأصول. وهذه مسائل فنية يفترض بل يجب إقرارها بالصورة التي يصيغها الخبراء.

ثانياً: أسباب إدارية:

من الأسباب الرئيسية لتأخير المحاكم في إصدار قراراتها، الإدارة غير السليمة للكوادر البشرية والمادية للسلطة القضائية، ناهيك عما يؤديه من تشتيت للجهد وللمال. وبناءاً على ذلك، تبنت الكثير من الدول أنظمة إدارية حديثة من أجل الإستخدام الأمثل للكوادر البشرية والمادية في السلطة القضائية. فبعض الدول الإسكندنافية قامت بتصنيف القضايا التي ترد المحاكم إلى ٤٨ نوعاً، وبعد إجراء الأبحاث والإحصاءات عليها قامت بتحليل الوقت الذي يتطلبه كل نوع من تلك القضايا، سواء الوقت المطلوب من القاضي أو الوقت المطلوب من الإداريين العاملين في المحاكم، وعلى هذا الأساس وضعت تعليمات وإرشادات في متناول المواطنين تتضمن الوقت المقدر لكل

قضية. وبالتالي فإن المتقاضين يكونون على معرفة أولية للوقت الذي ستستغرقه قضاياهم قبل التوجه للمحكمة. وفي هذا الإجراء تأكيد على جدية القضاء في نفوس المتقاضين، مواطنين أو قطاع خاص.

طبعاً الوضع في فلسطين وفي الكثير من الدول العربية المجاورة بعيد عن هذا الوضع المتطور. فالمحاكم الفلسطينية تفتقر إلى التنظيم الإداري السليم للمحاكم، سواء لوقت القضاة أنفسهم أو لوقت الإداريين العاملين في المحاكم. فكثيراً ما يتمّ تشتيت جهد القضاة ومساعديهم في الحالات التي يتم فيها نقل القضاة أو ندبهم أو إعاراتهم للعمل لمواقع أخرى، خاصة لتغطية النقص العددي في بعض المحاكم أو لعدم توفر الخبرة اللازمة في بعض المواقع الأخرى. وهذه الإجراءات في الحقيقة واحدة من المواضيع التي ساهمت وما زالت في تأخير المحاكم في إصدار قراراتها، حيث يتم تبديل القاضي الذي ينظر في ملف الدعوى الواحدة لأكثر من مرة، مما يتطلب من كل قاضي دراسة الملف من جديد، ومما يزيد من إحتمالية رد القاضي عن النظر في الملف، إذ تتضاعف إحتمالية أن يكون القاضي قد نظر القضية أثناء الصلح ثم يضطر للتنحي إذا كان نقل ليسد النقص في البداية أو في الإستئناف.

ويتمّ تشتيت وقت الإداريين من خلال عدم إدارة التكنولوجيا المتوفرة، أو عدم توفير التكنولوجيا اللازمة في جميع المحاكم، وخاصة مسألة حفظ وإسترجاع الملفات بطريقة إلكترونية، وتحرير ضبط الجلسة، فما الذي يمنع الإنتهاء من الضبط في نهاية كلّ جلسة وتسليم نسخة منه لأطراف القضية، خاصةً وأن النسبة الأكبر من المحاكم تحتوي على حواسيب وتوابعها، ومن السهل توفير حواسيب للمحاكم الأخرى، وإذا كان الكتبة غير قادرين على الطباعة بسرعة وبدقة فهذه ليست مشكلة الحواسيب بقدر ما هي مشكلة الموظفين.

وفي إطار الأسباب الإدارية، وأهمية الإدارة السليمة، تقوم أجهزة خاصة بالتفتيش على أعمال القضاة، حيث لا يستثنى القضاة والعاملون في المحاكم من مسألة الإنتظام في الدوام، من حيث الحضور والغياب والإجازات بأنواعها المختلفة، وهذا من إختصاص إدارة السلطة القضائية ورؤساء المحاكم. وفي فلسطين يوجد لدينا خلل كبير في هذه المسألة، فلا يتمّ ضبط عملية الدوام حيث يتأخر الكثير من القضاة في الحضور وفي الغياب، ولم يتم حتى الآن إعمال التفتيش القضائي على أعمال القضاة كماً ونوعاً، بحجة عدم توفر الموارد اللازمة. وعليه فليس من المستبعد أن تجد عدم مبالاة طالما أنه لا توجد هناك مساءلة حقيقية ومحاسبة عملية عن نتائج أعمالهم.

مطلوب إيلاء تحسين الإدارة في القضاء، كونه يركز الجهد ويرفع الإنتاجية، وليس ما يمنع الإستفادة من طاقات كليات الإدارة في الجامعات الفلسطينية، وكذلك رفع الكفاءة الإدارية لموظفي التفتيش القضائي، وفي إدارة المحاكم.

ثالثاً: أسباب بشرية ومادية:

توفّر الموارد البشرية والمادية من العوامل الهامة لضمان سير المحاكم بسلاسة. وفي هذا الإطار، تسعى الدول للإستثمار في القضاء حيث تقوم بدراسة تحديد الإحتياجات وتخصيص ما يلزم من موازنات لتوفيرها، وفي مقدمة ذلك العدد الكافي والمؤهل من أعضاء السلك القضائي ومساعديهم، هذا بالإضافة إلى المقار والتجهيزات اللائقة بعمل السلطة القضائية.

وفي فلسطين، وبالرغم من الزيادة العددية في عدد أعضاء السلك القضائي ورفع رواتبهم مقارنةً مع ما كان عليه الوضع قبل عشر سنوات، إلا أنه تبدو أنّ هناك المزيد من الإحتياجات التي ما زالت تقتضي من السلطة التنفيذية العمل على توفيرها، وفي مقدمة ذلك دراسة الإحتياجات البشرية والمادية للمحاكم، والعمل على توفيرها بدون تلكؤ. فمن الواضح أنّ معظم التطورات البنيوية للقضاء كانت بمبادرات من الجهات المانحة أكثر من كونها مبادرات وطنية، وهو ما يعكس مدى تردي الإهتمام الوطني بهذا المرفق. علماً أنّ واردات المحاكم والسلطة القضائية تفوق إيرادات وزارات مجتمعة، ناهيك عن أهمية القضاء في الإستقرار السياسي والأمني والإجتماعي والإقتصادي. وعليه، لا بدّ من دراسة الإحتياجات وتحديثها بصورة مستمرة، والعمل على توفير تلك الإحتياجات بسرعة، فلا يعقل أن يؤجل خلق إعتمادات مالية لسنة أو سنتين والتذرع بعدم وجود موارد مالية كافية. وهنا، نتساءل: هل مستوى رئاسة الوزراء بمستوى السلطة القضائية؟! وهل إقرار الإعتمادات والتجهيزات للسلطة التنفيذية يستغرق الوقت الذي يستغرقه للسلطة القضائية؟!

إنّ السلطة التنفيذية ملزمة بتوفير كافة إلتزامات السلطة القضائية من القضاة والموظفين الإداريين والتجهيزات المكتبية، وبالسرعة الممكنة.

رابعاً: دور المتقاضين والمحامين والدوائر الرسمية

مما لا شكّ أنّ الكثير من المتقاضين وممثليهم من المحامين، خاصةً في الأحوال التي يكونون فيها مشتكى أو مدعى عليهم يسعون بل ويتعمدون في بعض الأحيان نحو عرقلة عمل المحاكم. وتتمثل هذه التصرفات في تعمد إختلاق الذرائع لتمديد الجلسات دون عذر حقيقي، مثل الإدعاء بعدم القدرة على الوصول إلى المحكمة في اليوم المحدد، أو الإدعاء بوجود شهود غير قادرين على الوصول إلى المحكمة، والطلب بالتمديد إلى حين تمكن وصولهم، أو ما شابه ذلك. وهذا كما قلنا يتطلب إجراءاً تشريعياً بوضع ضوابط على طرق الإثبات كتحديد عدد وأسماء الشهود في بداية كل جلسة، وتحديد الأوراق والوثائق المنتجة في الدعوى منذ بدايتها، وتحديد سقوف زمنية لكلّ قضية، وتشديد الإجراءات بخصوص تخلف الشهود من المواطنين أو من الموظفين العموميين، وتوسيع دور القاضي في إدارة الدعوى، وبإتخاذ القضاة ورؤساء المحاكم ونقابة المحامين سلسلة من التدابير العقابية إزاء هذه المسلكيات غير المهنية بحقّ كل من يقترفها، وتشديدها في حالة العود.

كما أن تعاون أو عدم تعاون الدوائر الرسمية مع المحاكم هو الآخر يلعب دوراً أساسياً في سرعة أو بطء إصدار القرارات القضائية. فمثلاً عندما لا تتعاون الأجهزة المكلفة بإنفاذ القانون، وعلى رأسها جهاز الشرطة المدنية بالصورة الواجبة، فإنه بالتأكيد يؤدي إلى التأخير في إصدار القرارات. ومثل ذلك عدم تعاون الموظفين العموميين كشهود في المثول أمام المحكمة في الوقت والزمان المحددين والإجابة على أسئلة وإستفسارات المحكمة والمحامين، أو عدم توفر أو تعاون الخبراء وعدم إعداد التقارير بصورة ملائمة وغير ذلك يؤدي إلى تأخير المحاكم في إصدار قراراتها.

مطلوب تشديد التدابير، خاصةً المالية، ضدّ الجهات التي تتعمد تأخير المحاكم في إصدار قراراتها.

خامساً: العلاقة مع السلطة التنفيذية

فيما نجحت العديد من الدول بوضع الصيغ التوافقية لعمل كافة أطراف السلطة القضائية بما يضمن خدمة الصالح العام، ما زالت العلاقة بين أطراف السلطة القضائية في فلسطين مع بعضها البعض وبينها وبين السلطة التنفيذية علاقة غير مستقرة وتقوم على التجاذب والتنافر، فتارةً تتحد النيابة العامة مع مجلس القضاء الأعلى من أجل إستبعاد أي دور لوزارة العدل، وتارةً تنفران من بعضهما البعض في إطار الإختلاف على الصلاحيات. والكل يدعي حرصه على إستقلال القضاء. صحيح أنّ قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ منح إستقلالاً مميزاً للسلطة القضائية، ولكنه منح أيضاً دوراً لوزارة العدل ما زالت بعض الأطراف تنكره صراحة وضمناً، خاصة مسألة الإشراف الإداري على المحاكم. فإما أن يُعترف للوزارة بصلاحياتها وإما أن تلغى وتسند الصلاحيات كافة لمجلس القضاء الأعلى، وذلك حتى يتحدد المسؤول عن القضاء، ومن ثم يسهل تحديد الجهة المسؤولة عن الخلل، وبالتالي محاسبتها أمام السلطات المختصة.

كذلك، وبالرغم من قانون السلطة القضائية السالف، فإنّ السلطة التنفيذية لم تنأى بنفسها بالكامل عن التدخل في شؤون السلطة القضائية، إذ إستفادت من حالة التجاذب القائمة بين أطراف السلطة القضائية وتسللت من خلالها للتدخل في بعض الشؤون وهو ما يؤثر بالنتيجة على عمل المحاكم ككل، ويعرقل عملها. فغالباً ما تختمي بعض الأطراف ببعض الأطراف في السلطة التنفيذية. وهذا الموضوع يطرح تساؤلاً جوهرياً حول المقصود بمفهوم إستقلال القضاء، فهل المقصود به الإستقلال عن أي نوع من الرقابة، أم أن المقصود به هو فقط إستقلال القاضي لدى نظره في القضية المعروضة عليه من أي تأثير خارجي أو داخلي؟ أعتقد أن الثاني هو المقصود.

لقد آن الأوان لحلّ هذه الإشكالية المستعصية، وهي تحتاج في المقام الأول إلى إرادة سياسية واضحة من المستويات السياسية بعدم التدخل في شؤون السلطة القضائية، وفي عدم إعانة جهة على أخرى، وفي توفير ما يلزمها من إحتياجات دون إبتزاز. وهذا يتطلب إجراء التعديلات التشريعية اللازمة إما بإلغاء دور وزارة العدل أو بإتخاذ الإجراءات اللازمة لتمكين الوزارة من ممارسة عملها، وتوضيح مفهوم إستقلال القضاء وإستقلال القاضي، ووضع القيادات القضائية المتفاهمة والمتعاونة وليست المتنافسة والمتنافرة.

سادساً: الإنتصاف للمتضررين

في الدول الذي تنظر إلى الموضوع بإعتباره حقاً من حقوق الإنسان، قررت للمتضررين وسائل متعددة من الإنتصاف، أبرزها تخويل المتضررين من التأخير حقّ اللجوء إلى القضاء الوطني، وطلب الإنتصاف REDRESS. والإنتصاف، قد يكون مالي أو غير مالي. فلو تصفحنا عدداً من قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بهذا الخصوص، لوجدنا أن متوسط التعويض الذي قررته المحكمة للمتضررين يتراوح ما بين ١٠٠٠ -٣٠٠٠ يورو بالنسبة للتعويض المالي، وفي حالات التأخير في القضايا الجزائية، فقد قررت ضرورة تخفيض عقوبة الحبس، وبعض الدول ألزمت بتبني تشريعات وسياسات تساعد على تخفيف حدة الإنتهاك، مثل إيطاليا. وهذا الأسلوب هو مظهر من مظاهر إحترام تلك الدول لمواطنيها، ولوقتهم، وهي بهذا الإجراء توجه رسالة للقضاة وللعاملين في المحاكم بأنّه عليهم بذل الجهد المستطاع من أجل إنهاء قضايا المواطنين في وقت معقول، وإلا فإن الخزينة العامة ستتكبد خسائر مالية نتيجة التأخير.

لا يوفر النظام القانوني الفلسطيني الإنتصاف لأصحاب القضايا التي تأخرت المحاكم في البتّ فيها،فلا يوجد نظام إنتصاف مالي أو غير مالي، وهو ربما ما يجب ضمانه، لأن من شأنه تنبيه أعضاء السلك القضائي لأهمية بذل الجهد المستطاع لتجنب إرهاق الخزينة العامة بدفع تعويضات مالية للمتضررين.

الخاتمة والتوصيات

إنّ موضوع التأخير في إصدار الأحكام القضائية له أسبابه الكثيرة، منها ما ذكرناه أعلاه، ولكن نفهم أن للوضع الفلسطيني خصوصيته وتعقيداته، خاصة أنّ فلسطين ليست دولة مستقلة ذات سيادة، وإنما هي إقليم مقطع الأوصال، وإسرائيل المحتلة تعتبر لاعباً بل وشريك رئيسي فيه، لا يمكن ما لم تتعاون وتقدم التسهيلات من الوصول إلى حلول مرضية للمشاكل المختلفة. ومع ذلك، فإننا نقول أنه حتى في الهامش المتاح القليل هناك الكثير ما يمكن عمله من أجل التخفيف من حدة هذه الظاهرة، فليس هناك ما يمنع القيام بما يلي:

١. إعلان صريح من السيد الرئيس، وبحضور السيد رئيس الوزراء، ووزرائه، ورئيس مجلس القضاء الأعلى ورؤساء المحاكم، والنائب العام ومساعدوه ورؤساء النيابة، وقادة الأجهزته الأمنية، وممثلوا القوى والفعاليات الرئيسية في المجتمع الفلسطيني، وبحضور كثيف للإعلام، بأهمية القضاء، وبإستقلاله وبفاعليته، وبضرورة دعمه، وتزويده بما يحتاج من بشر ومال، والإيعاز للأجهزة الأمنية بضرورة التعاون المطلق مع القضاء في المجالات التي تقتضي هذا التعاون تحت طائلة المسؤولية الصارمة.
٢. عقد إجتماع بحضور كل من رئيس الوزراء ورئيس مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل والنائب العام والتباحث في المشاكل الرئيسية، وإصدار التعليمات وإتخاذ إجراءات عملية سريعة لحلها، ومنها: خلق إعتمادات مالية جديدة للسلطة القضائية، تشكيل قوة شرطة قضائية، تنفيذ جميع القرارات القضائية الموجهة للسلطة التنفيذية، والبدء في تنفيذ القرارات القضائية التي يمكن تنفيذها.
٣. عقد إجتماعات متواصلة ومنتظمة بين وزير العدل ورئيس مجلس القضاء الأعلى لبحث جوانب التوافق والإختلاف، والبحث في كيفية تسوية جوانب الإختلاف، وكيف يمكن أن يتابع الوزير إحتياجات القضاء والنيابة العامة لدى الحكومة.
٤. إستحداث دائرة خاصة في المجلس التشريعي تسمى دائرة القضاء والعدل، تعنى بدراسة إحتياجات القضاء من السلطة التشريعية على صعيد القوانين ، ومتابعة تنفيذها.
٥. عقد إجتماع بين رئيس مجلس القضاء الأعلى بحضور جميع القضاة والتأكيد على أهمية الحضور والمغادرة في المواعيد المحددة، وعدم التغيب عن العمل بدون عذر، وحثّ القضاة على العمل والإنتاج.
٦. من أجل تشكيل رأي عام ضاغط، لا بدّ من زيادة إهتمام الإعلام، الرسمي والخاص، بموضوع القضاء والعدل وسيادة القانون، وتخصيص مساحة ووقت مناسبين يتم من خلالها تناول مشاكله وإحتياجاته من وجهة نظر المشتغلين بالقانون والقضاء.
٧. تفعيل دائرة التفتيش القضائي، والعمل على تزويدها بما تحتاجة من كوادر وموارد، والقيام بزيارات ميدانية للمحاكم، وحضور الجلسات، والنظر في الملفات، وتقييم القضاة ترقية أو حرماناً من الترقية أو حتى العزل بناء على تقارير وتوصيات التفتيش القضائي.

٨. البحث عن صيغ لحل مشكلة القضايا المتراكمة، ومنها على سبيل المثال: إصدار قرار بقانون بخصوص العفو العام عن بعض الأنواع من الجرائم المرتكبة قبل عام ٢٠٠٠، لأن من شأن ذلك تخفيف القضايا المتراكمة. وكذلك البحث في العمل وفق ورديتين حتى الوصول إلى نقطة يتم فيها تقليص البون بين القضايا الواردة والقضايا المفصولة. وكذلك تفعيل العمل بحوسبة المحاكم والإستخدام الأمثل لها في حفظ وإسترجاع الملفات، وفي حفظ وإستخراج ضبط الجلسات.

وفي الختام، فإنّ توفر الإرادة والنية الصادقة لدى الأفراد والقيادات على المستويات المختلفة في إجراء تغيير، وإستشعار المسؤولية، وبأنّ العمل قيمة وأمانة خاصة عندما يتعلق الأمر بحقوق الناس،تبقى هي المحرك الأساسي لأي عملية نهوض حقيقية في واقع القضاء الفلسطيني.

حوار مع صديقي القاضي

الأستاذ هاني المصري - نابلس

حوار مع صديقي القاضي

فجأة ودون سابق موعد، وجدتُ صديقي القاضي على باب مكتبي، الذي يزورني فيه للمرة الأولى. وبعد التحيات والقبلات، قلتُ له: بيت والله جايك، أريد أن أفهم منك المسائل القانونية المثارة، رغم أنني أعرف أن الأزمة في الساحة الفلسطينية ليست أزمة قانونية أو دستورية فقط، بل هي سياسية أولاً وقبل أي شيء آخر، سنجد حلاً لها (إن وجدته) على المستوى السياسي، فما رأي القانون بما يجري؟ أجابني فائلاً: هناك مثلٌ انكليزي مفاده «إذا أردت العدالة عليك أن تأتيها بيدين نظيفتين». وتابع: إن الحالة كلها عندنا غير قانونية، ويتم تجاوز القوانين من كل الأطراف، وبالتالي، لا نبحث كثيراً عن قانونية ما يجري.

فسألته: ماذا عن حكومة إنقاذ الطوارئ؟ فقال: إنها بدعة وغير قانونية، وكذلك إجراء فرضته الضرورة. فلا يحق لمن خالف النظم وقوانين الشرعية وبمعهم وزير الانقلاب، أن يتحدث عن القانون. فقلتُ له: لماذا لم يتم إقصاء رئيس الحكومة ومن شارك في الانقلاب من الوزراء، بدلاً من إقالة الحكومة برمتها، وذلك حسب نصيحة قدّمت للفلسطينيين من الوسيط مصرية؟ فقال: إن إقالة رئيس الحكومة توجب حتماً إقالة الحكومة بأسرها.

والقانون الأساسي عندنا ناقص ولا يجيب إذا طرأت مسألة من العائلة التي شهدناها. فالرئيس لا يستطيع أن يحلّ المجلس التشريعي أو يدعو لانتخابات مبكرة، أو يشكل حكومة طوارئ، ويفترض به وفقاً للقانون الأساسي، إذا اختفاء بصرفيته، أن يجعل الحكومة المقالة برئاسة هنية هي حكومة تسيير أعمال لحين تشكيل حكومة جديدة. وهذا مخالف لأبسط معاني المنطق والروح القانون، قبل أن يكون مخالفاً للقانون. فلا يمكن لرئيس حكومة معلوم بالانقلاب على الشرعية أن يقود حكومة لتسيير الأعمال. فهناك فهم أسمى وأعلى، ليس من القانون فقط بل هي أعلى من الدستور أو القوانين جميعاً. والديمقراطية والحفاظ عليها وتطويرها، من أهم هذه القيم. وأضاف: كيف يقبل إسماعيل هنية إنه يعترف بشرعية الرئيس ولا يعترف حتى بالمراسيم القانونية التي أصدرها؟! وكيف يقول إنه لا يزال يترأس حكومة تسيير أعمال، ولم أن الوزراء، حتى من محسوبي أو المحسوبين عليها في الضفة، سلموا وزارتهم للوزراء المعينين في حكومة إنقاذ الطوارئ؟! أصلاً الحكومة المقالة فقدت النصاب القانوني فلا يراعد اجتماعاتها ولاستمرارها في العمل. فلا تعقد الحكومة، التي تضم ٢٤ وزيراً، سوى اجتماعات بحضور ٤ أو ٥ وزراء فقط، فمثل هذه الاجتماعات فاقدة للنصاب، وغير قانونية.

وأضاف: هذا طبعاً لا يبرر تعطيل بعض مواد القانون الأساسي بإصدار مراسيم رئاسية، أو التصرف بصورة عشية، ولكن المجلس التشريعي غائب، أو لم يعد موجوداً، بدلاً من العمل الجاد حقاً وفوراً وفعلاً لإحيائه.. ولا يجوز وضع كل السلطات والصلاحيات بيد الرئيس.

ثم سألته: هل تصلح اللجنة والمجلس المركزي كبديل عن المجلس التشريعي؟ فقال: من حيث الشكل نعم، فاللجنة هي المرجعية العليا وقائمة الشعب الفلسطيني، معترف بها فلسطينياً وعربياً ودولياً. أما من ناحية الموضوع فلا.. فلو كانت اللجنة الشرعية فاعلة لكان الوجوه إليها قانونياً، ولكن اللجنة غائبة ومشلولة ولم تعد تحظى بالثقة والرضى من قطاعات واسعة من الشعب الفلسطيني، رغم أنها لا تزال شرعية. لكن شرعيتها ضعيفة ومنقوصة. كما أن اللجنة لم تجدد نفسها، ولم تدر قراراتها، ولم تأخذ المطالق الجديدة في الخارطة السياسية الفلسطينية في الحسبان، ولم تعقد مجلساً وطنياً منذ فترة طويلة.. والتعامل معها هو استخدام تاكتيكي، كما أن رئيس اللجنة التنفيذية للمنظمة هو الأول بين متساويين، وليس الأول والأخير.. أي أنه إذا اعتمد المنظمة بديلاً عن السلطة لا يدفع بسببها أن يقال: المنظمة فرّغت رئيسها رئيس السلطة، بل هي التي يجب أن تكون مسؤولة بشكل جماعي عن إصدار القرارات.. والأهم من ذلك كله، أن المنظمة رغم شرعيتها غير منتخبة، أما المجلس التشريعي فهو منتخب.

وسألته عن الانتخابات المبكرة وما قانونيتها وما جدواها؟ فقال: إن كل من يتحدث عن القانون عليه أن يحمي ويحترم القانون، ينفذ ما يصدر عنه.. وأضاف: حتى أن المتزلين من تنفيذ القانون وتطبيقه لا يحترمونه ويخالفونه كلما تعارض مع مصالحهم وبرامجهم. فيجب أن نستعد للقبول قرار القضاء في قانونية الإجراءات، إذا أردنا الاحتكام الى القانون. وإذا كانت هناك شكوك قوية في عدالة ونزاهة القضاء، فبالتالي نفقد واحداً من أكثر عناصر القضاء أهمية، وهو الاستعداد لتنفيذ القرار القضائي. وحال كل من يكابر ويراوغ أو يعثر هذا أو ذاك عميلاً للاحتلال وأميركا أو لإيران وسوريا، يجب أن يخضع للمساءلة القانونية وأمامه.. فالتهم لا تُساق جزافاً دون أدلة وبراهين.. وقال: لا أحد فكر عملياً بالتوجه الى القضاء للحسم في قانونية المراسيم والإجراءات التي اتخذت منذ الانقلاب وحتى الآن.. بل هناك من يقول سلفاً: إن القضاء الفلسطيني متحاز وليس أهلاً للحكم بعدالة ونزاهة.. على سبيل المثال: أذكر ما قاله وزير الإعلام السابق يوسف رزقة، لتبرير عدم الثقة بالقضاء الفلسطيني، عندما قال: إن القضاء الفلسطيني لا يخضع لسيادة المحكمة العسكرية.. فهو لا يعترف أو يتجاهل أن القضاء سلطة مستقلة ويجب أن تبقى مستقلة.

وقال: الحل بالانتخابات، ولكن متى تجري الانتخابات؟ يجب ضمان الحفاظ على وحدة الشعب والوطن والقضية.. فإذا كانت الانتخابات ستقسم الوطن والشعب أكثر من الانقسام الحالي، فإنه لا معنى لها.. فهناك شرعيات أهم من شرعية القانون الدستوري، لأن الشعب الفلسطيني تحت الاحتلال، وشرعية المقاومة والتحرر الوطني أعظم من شرعية صناديق الاقتراع.. فلا قانون دستوري دون سيادة، والجنسية القانونية، حسب المصطلح القانوني، ناقصة لأن فلسطين كلها، والشعب والسلطة من ورائها الى أخر شبر فيها، تحت الاحتلال.. ولكن السؤال هو: أين القانون؟ حتى نتحدث عن شرعيتها.. سلمنا جدلاً: أين المنظمة؟ قبل أن نتحدث عن شرعيتها.

وحتى تكون الانتخابات حلاً، يجب أن يسبقها توافق وطني على إجرائها، ويجب أن يسبقها اتفاق على المرجعية وقواعد اللعبة الديمقراطية، والأسس التي تكفل النظام الديمقراطي، بصرف النظر عمن سيفوز في الانتخابات.. فالانتخابات ليست عرساً ليوم واحد، بل نمط مستمر للحياة الديمقراطية.. ومن لا يوافق على ذلك، ليس أهلاً للمشاركة بالسيرة الديمقراطية والنظام السياسي!!

[redacted]

الأيام ٢٠٠٧/٧/٢٨

مراسلات مساواة مع النيابة العامة وديوان الرئاسة بخصوص اختطاف النائب العام واضراب النيابة

Palestinian center for the independence of judiciary and the legal profession
"MUSAWA"

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
" مساواة "

٢٠٠٧/٠٨/١٩

سعادة النائب العام الأستاذ احمد المغني المحترم .

تحية طيبة وبعد :-

الموضوع: احتجاز سعادة النائب العام وتعيين وكلاء نيابة.

إن النائب العام لا يمثل شخصه وإنما يمثل المجتمع في ملاحقته للجريمة وطلبه توقيع العقاب على الجناة ، وهي مهمة سامية كفلت لها كافة قوانين السلطة القضائية المقارنة بما فيها قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة (٢٠٠٢) الساري المفعول ، الحصانة ، من أي اعتداء عليها قد يقع بأي شكل من الأشكال أو أي فعل أو امتناع عن فعل من شأنه إعاقتها من تأديتها لوظيفتها وصلاحياتها المناطة لها قانونا سواء من أفراد أو سلطات الدولة الأخرى والتي لا يجوز لأي منها توقيف النائب العام او حجز حريته أو التحقيق معه من قبل أي سلطة أو جهة إلا سلطة واحدة وهي مجلس القضاء الأعلى وفقا لأحكام قانون السلطة القضائية .

سعادة النائب العام:

إن مراجعة دقيقة لإحكام قانون السلطة القضائية بكافة نصوصه الناظمة لصلاحيات وواجبات النيابة العامة وخاصة المواد (٤٧،٤٨،٤٩،٥٠،٥١،٥٢،٥٣،٥٤،٥٥،٥٦،٥٧،٥٨،٥٩،٧٢) من قانون السلطة القضائية تثبت مما لا يدع مجال للشك عدم جواز القبض على النائب العام (القاضي) أو توقيفه إلا بعد الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى الذي يمثل الجهة الوحيدة المختصة بالنظر في توقيف النائب العام وكذلك هو الجهة الوحيدة التي يتوقف أمر رفع أي دعوى ضد النائب العام على الحصول المسبق على إذنه وهو الذي يتولى تحديد المحكمة التي تنظر الدعوى بغض النظر عن قواعد الاختصاص المكاني المقررة قانونا .

سعادة النائب العام:

استنادا إلى ما تم بيانه فان " مساواة " تنظر ببالغ الخطورة للاعتداء الذي تعرضتم له والمتمثل بحجز حريتكم والتحقيق معكم بوصف ذلك الاعتداء فعلا قد يرقى إلى مستوى الجريمة المعاقب عليها قانونا، فضلا عما يمثله من مس خطير واعتداء صارخ على اختصاص السلطة القضائية .

كذلك فان " مساواة" تنظر بخطورة كبيرة لكافة المضايقات التي تعرض لها أعضاء النيابة العامة أثناء أدائهم لوظائفهم أو بسببه بما في ذلك إجراءات تعيين وكلاء نيابة جدد في قطاع غزة لإحلالهم محل أعضاء النيابة العامة الممارسين لوظائفهم، لما تمثله تلك المضايقات والإجراءات من اعتداءا على السلطة القضائية وسلبا لصلاحياتها .

سعادة النائب العام:

إن "مساواة " وهي تنظر بخطورة بالغة لجملة الاعتداءات التي تعرض لها صرح النيابة العامة والتي تعتبر شعبة من شعب السلطة القضائية تعود لتؤكد مجددا مطالبتها كافة السلطات والجهات والقوى بإبعاد القضاء والنيابة العامة عن الصراع السياسي بوصفهما صرحا للعدالة وأداة للحفاظ على حقوق المواطنين وصيانة أمنهم .

وقبلوا فائق الاحترام والتقدير

- للعلم والاطلاع واتخاذ المقتضى القانوني:
-المستشار القانوني لفخامة الرئيس-ديوان الرئاسة المحترمين.
-سعادة رئيس مجلس القضاء الأعلى المحترم.
-السادة نقيب وأعضاء مجلس نقابة المحامين المحترمين.
-معالي وزير العدل المحترم .
-الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن المحترمين.
-جمعية القضاة الفلسطينية المحترمين.

Al Bireh / Al Balou'a/ the courts street
behind of (Shaqer'q Ansuman flowers shop)
P.O Box, 1225
Tel.. +970 2 2404977 / 240 48 79
Fax:.+970 2 240 48 66
Web Page:.www.musawa.ps
E-mail..musawa@musawa.ps

البيرة – البالوع – شارع المحاكم
مقابل مشتل شقائق النعمان
ص.ب : ١٢٢٥
هاتف : ٢٤٠٤٩٧٧ / ٢٤٠٤٨٧٩ ٠٢٩٧٠
فاكس: ٢٤٠٤٨٦٦ ٠٢٩٧٠
الصفحة الإلكترونية : www.musawa.ps
البريد الإلكتروني : musawa@musawa.ps

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
" مســـــاواة "

Palestinian center for the independence of judiciary and the legal profession
" MUSAWA "

٢٠٠٧/٨/١٩

سعادة مساعد النائب العام الأستاذ عبد الغني العويوي المحترم .

تحية طيبة وبعد :

علمت " مساواة " أن النيابة العامة في الضفة الغربية – المحافظات الشمالية أعلنت عن إضراب عن العمل وأغلقت أبوابها حتى إشعار آخر، كما علمت " مساواة" أن قرار الإضراب نفذ بالفعل صباح اليوم الأحد، وذلك احتجاجاً على احتجاز سعادة النائب العام الأستاذ احمد المغني.

الأستاذ الفاضل

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى والثانية من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ نجدهما ينصان بوضوح لا يقبل الجدل على أن النيابة العامة هي الجهة المختصة دون غيرها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها و لا يجوز وقف الدعوى الجزائية أو التنازل عنها أو تركها أو تعطيل سيرها . كما أن النائب العام يباشر الدعوى الجزائية بنفسه أو بواسطة احد أعضاء النيابة العامة التي عليها وفقا لأحكام المادة الثالثة من ذات القانون واجب تحريك الدعوى الجزائية إذ أقام المتضرر نفسه مدعياً بالحق المدني.

الأستاذ الفاضل

استنادا إلى ما نصت عليه مواد قانون الإجراءات الجزائية يتضح انه يحظر على النيابة العامة وبصرف النظر عن أية أسباب أو دواع أو مبررات أيا كانت أن تضرب عن العمل أو أن تمتنع عنه لان في ذلك مخالفة صريحة لأحكام القانون وامتناعا غير مبرر قانونياً عن القيام بواجب قانوني ووظيفة عامة من شأن عدم القيام بها أن يلحق إضرار بالغة بأمن المجتمع ومصالح مواطنيه.

إن "مساواة" تنظر بخطورة بالغة للشروع في تنفيذ الإضراب على ارض الواقع وإغلاق أبواب النيابة العامة ونأمل منكم سرعة التوقف عن الإضراب والعودة إلى العمل حسب الأصول التزاماً بأحكام القانون واحتراماً لمبادئ دولة العدالة والقانون .

ان " مساواة " كلها أمل في إن تؤخذ مذكرتنا هذه على محمل الجد بحيث تعود أبواب النيابة العامة لاستقبال مراجعيها والقيام بواجبها القانوني والمجتمعي فوراً ودون إبطاء .

وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير

للعلم والإطلاع واتخاذ المقتضى القانوني:
-المستشار القانوني لفخامة الرئيس-ديوان الرئاسة المحترمين.
-سعادة رئيس مجلس القضاء الأعلى المحترم .
-السادة نقيب وأعضاء مجلس نقابة المحامين المحترمين.
-معالي وزير العدل المحترم .
-الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن المحترمين.
-جمعية القضاة الفلسطينية المحترمين.

Al Bireh / Al Balou'a/ the courts street
(Idrost of (Shaqaa'q Aniaman flowers shop)
P.O.Box, 1225
Tel:. +970 2 2404977 / 240 48 70
Fax:.+970 2 240 48 66
Web Page:. www.musawa.ps
E-mail:. musawa@musawa.ps

البيرة – الباروح – شارع المحاكم
مقابل مشتل شقائق النعمان
ص.ب : ١٢٢٥
هاتف : ٠٢-٢٤٠٤٩٧٧/٢٤٠٤٨٧٠
فاكس: ٠٢-٢٤٠٤٨٦٦
الصفحة الالكترونية : www.musawa.ps
البريد الالكتروني : musawa@musawa.ps

منظمـــة التحريـــر الفلسطينية
السلطة الوطنية الفلسطينية
الرئاسة
ديـــوان الرئاســـة

Palestine Liberation Organization
Palestine National Authority
Office of the President

منظمة التحرير الفلسطينية
السلطة الوطنية الفلسطينية
ديوان الرئاسة
20 AGU. 2007
6247
صادر

الأستاذ/ ياسر جبر حفظه الله
رئيس مجلس إدارة المركز الفلسطيني
لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة "

تحية طيبة وبعد،

الموضوع: إضراب النيابة العامة في المحافظات الشمالية بسبب احتجاز النائب العام

نهديكم أطيب التحيات، ونبدي استغرابنا من الكتاب الموجه لعطوفة مساعد النائب العام الأستاذ عبد الغني العويوي بتاريخ 2007/08/19م والمنسوخ لديوان الرئاسة والمستشار القانوني للرئيس، والذي ينظر فيه مركزكم الموقر " بخطورة بالغة للإضراب الذي قامت به النيابة العامة في المحافظات الشمالية بسبب احتجاز النائب العام" ومع إقرارنا بعدم أحقية النيابة العامة بالإضراب وفقاً للقانون، تمنينا لو أن الكتاب المذكور أشار إلى خطورة احتجاز عطوفة النائب العام والاعتداء على شخصه والاعتداء على وكلاء النيابة العامة في غزة وإغلاق مقراتها وتعيين وكلاء نيابة جدد خلافاً للقانون. كما كان من الأجدر بحركة مساواة أن تستنكر ما قامت به ميليشيات التنفيذية من اعتداءات على المحاكم والنيابة والقضاء الشرعي وعلى القانون وحقوق الإنسان ليكون مقبولاً لدينا الخطورة البالغة لخرق القانون في رام الله.

مع وافر الاحترام والتقدير،

رام الله في: 2007/08/20م

د/ رفيق الحسيني
رئيس ديوان الرئاسة

Palestinian center for the independence of judiciary and the legal profession
"MUSAWA"

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
" مســـــاواة "

٢٠٠٧/٠٨/٢١

حضرة رئيس ديوان الرئاسة الدكتور رفيق الحسيني المحترم

تحية طيبة وبعد :-

تلقينا باهتمام بالغ رسالتكم الموجهة إلى رئيس مجلس إدارة "مساواة" بتـــاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٠ تحت رقم ٦٢٤٧ و"مساواة" إذ تشكر لكم اهتمامكم بموضوع مذكرتها الموجهة إلـــى ســـعادة مساعد النائب العام الأستاذ عبد الغني العويوي بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٩ وسرعة معالجتها والرد عليها ، تود أن تشير إلى أنها أصدرت مذكرة قانونية حول احتجاز سعادة النائب العام الأستاذ احمد المغني وتعيين وكلاء نيابة جدد في قطاع غزة . وذلك في نفس اليوم الذي وجهت فيـــه مذكرتها إلى سعادة مساعد النائب العام الأستاذ احمد المغني، وتم إرسالها إلى ديوانكم الموقر بالفاكس ويسعدنا أن نرسلها لكم ثانية. آملين أن تكون بذلك قد وضعنا سعادتكم في الـــصورة الواقعية والحقيقية لرؤية "مساواة" وطريقة عملها، علنا ننجح في إزالة استغرابكم وفي بيـــان حقيقة أن " مساواة " مؤسسة مجتمع مدني مستقلة ومهنية ، واجبها الأساس الرقابة علـــى أداء أركان العدالة والطلب من صاحب القرار السياسي والقـــضائي والإداري معالجـــة مطالبهـــا بطريقة قانونية تضمن التطبيق السليم لأحكام القانون على الكافة.

كما تود" مساواة" أن تعبر عن جزيل شكرها للنيابة العامة لسرعة اســـتجابتها لمـــا ورد فـــي مذكرتها والتزامها بأحكام القانون وعودتها للعمل صباح يوم الاثنين بتاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٠.

وتتطلع "مساواة" إلى تعميق أواصر التعاون المبني على الحوار الايجابي والنقد المهني البنـــاء معكم بما يجسد بنى دولة المؤسسات والعدل والقانون .

واقبلوا منا فائق الاحترام والتقدير

Al Bireh / Al Balou'a/ the courte street
Infront of (Shaqaa'q Anouman flowers shop)
P.O.Box. 1225
Tel., +970 2 2404977 / 240 48 70
Fax:.+970 2 240 48 66
Web Page: www.musawa.ps
E-mail: musawa@musawa.ps

البيرة – البالوع – شارع المحاكم
مقابل مشتل شقائق النعمان
ص.ب : ١٢٢٥
هاتف : ٢٤٠٤٩٧٧/٢٤٠٤٨٧٠ ٠٢٩٧٠
فاكس: ٢٤٠٤٨٦٦ ٠٢٩٧٠
الصفحة الالكترونية : www.musawa.ps
البريد الالكتروني : musawa@musawa.ps

سلطة النقد تستجيب لتوصيات ومطالب "مساواة"

تلقت "مساواة" رسالة خطية صادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بشأن الاجراءات المتخذة من قبلها بهدف وضع العديد من توصيات ومطالب "مساواة" المنبثقة عن مشروع دور سلطة النقد الرقابي على أعمال البنوك.

"مساواة" تشكر لسلطة النقد تعاونها الايجابي البناء وتضع بين أيدي جمهور القانونيين رسالتها الخطية.

Palestine Monetary Authority

سلطة النقد الفلسطينية

الرقم: د-4-679/ 2007/ 05

التاريخ: 2007/05/21

السادة/ المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء المحترمين

"مساواة"

البيرة – فلسطين

الموضوع: التوصيات المقدمة من قبلكم

تحية طيبة وبعد،

إشارة الى الموضوع أعلاه، والى كتابكم تاريخ 2007/3/25، بخصوص التوصيات الصادرة عن ورش العمل والحوارات التي نظمتموها في المدن الفلسطينية والموجهة لسلطة النقد الفلسطينية، فإننا بداية نود أن نشكركم على الجهود التي بذلت بهذا الشأن ويعد الاطلاع عليها و دراستها، فإننا نود أن نبين لكم ما يلي:

- التوصية رقم (1): استناداً الى نص المادة رقم (250) من قانون التجارة الباب الثالث الفصل الرابع والتي تنص على أنه "إذا توفي الساحب أو فقد أهليته أو أفلس بعد إنشاء الشيك فليس لذلك اثر على الأحكام المتعلقة على الشيك"، فإنه جاري مراجعة التعليمات الصادرة بالخصوص وسيتم إصدارها للمصارف للالتزام بها حال الانتهاء من ذلك.
- التوصية رقم (2): وفقاً لقوانين سارية المفعول في فلسطين فان تزويد الورثة بكشوفات الحسابات منذ تاريخ فتح الحساب لا يعتبر حقاً لهم وإذا أصروا على حصولهم على هذه الكشوفات، يجب الطلب منهم الحصول على قرار قضائي لتزويدهم بأية معلومات تقررها المحكمة.
- التوصية رقم (3): استناداً الى القوانين والأعراف المصرفية السارية العمل في فلسطين، يجب على المصارف تزويد العميل بنسخة عن العقود الموقعة معه في اطار العلاقة التعاقدية مع العملاء وهذا يشمل جميع المستندات والعقود التي تنظم العلاقة ما بين المصرف والعميل.
- التوصية رقم (4): إن سلطة النقد هي صاحبة الصلاحية استناداً لنص المادة (50) من قانونها بتحديد تسمية العملة في فلسطين وحيث أنه لا يوجد عملة فلسطينية فإنها لم تقم بتحديد هذه التسمية، وحيث أن العملات المتداولة ليست لسلطة النقد سيطرة على سعر فائدتها فهي تخضع للتنافس فيما بين البنوك العاملة في فلسطين.
- التوصية رقم (5): تسعى سلطة النقد باستمرار لزيادة وعي الجمهور بالخدمات المصرفية التي تقدمها المصارف العاملة في فلسطين، وذلك لقوانين المنظمة للعمل المصرفي، سواء من خلال عقد الدورات التدريبية عن طريق معهد فلسطين للدراسات المالية، الموقع الإلكتروني لسلطة النقد،

Ramallah - Al Bireh - P.O.Box 452 - Tel: 02-2409929 - Fax 02-2409927
Gaza - P.O.Box 4029 - Tel: 08-2825713 - Fax 08-2644467
E-mail: info@pma.ps
www.pma.ps

Palestine Monetary Authority

سلطة النقد الفلسطينية

- النشرات السنوية لوسائل الأعلام المختلفة، وسيتم دراسة نشر الأسعار الدولية للاعتمادات على موقع سلطة النقد الإلكتروني.
- التوصية رقم (6): جاري إعداد دراسة للعمولات المستوفاة من قبل المصارف العاملة في فلسطين، بهدف تحديد أنواع العمولات والرسوم المسموح استيفائها، وتحديد حد أعلى لبعض العمولات المستوفاة أيا كان ذلك، وسيتم إلغاء باب المنافسة بين المصارف مفتوحاً للبعض الآخر من العمولات، وسيتم إلزام المصارف بتعليمات جديدة حال الانتهاء من إعداد الدراسة.
- التوصية رقم (7) + (8): تعتبر الضمانات المقدمة من قبل العملاء الملاذ الأخير للمصارف حيث تعتمد المصارف باستيفاء ضمانات عند اتخاذ القرار الائتماني بهدف تخفيض حجم المخاطر في حال عدم السداد، حيث تقوم سلطة النقد بإلزام المصارف بتكوين مخصصات في حال تعثر التسهيلات وبالتالي فإن قرار اعتماد ضمانات دون أخرى هو قرار ائتماني عائد للبنوك بما يتجانس مع تعليمات سلطة النقد.
- التوصية رقم (10): تثقيف الجمهور متطلب مهم في عملية التنمية والتطوير المصرفي والمصارف وسلطة النقد تقوم قدر الإمكان باتخاذ إجراءات من شأنها زيادة التوعية وتعريف جمهور المتعاملين بالخدمات التي تقدمها المصارف.
- التوصية رقم (11): قامت سلطة النقد بإصدار تعليمات بخصوص تهيئة المصارف لتتناسب مع ذوي الاحتياجات الخاصة وتقوم بمراقبة مدى الالتزام أولاً بأول.
- التوصية رقم (12): تعتبر سلطة النقد الجهة الوحيدة المكلفة بتطبيق أحكام قانوني سلطة النقد والمصارف، وفي هذا السياق فهي تقوم بمهامها وفقاً للقانون، وبدرجة عالية من المسؤولية، وتراقب عن كثب التزام المصارف بالقوانين النافذة بالتعليمات الصادرة عنها وتتدخل سلطة النقد في التفاصيل حسب الحاجة باستثناء ما كان خلافاً تعاقدياً منظوراً أمام المحاكم، حيث لا يعقل أن ينظر في نفس الخلاف أمام جهتين في نفس الوقت الأولى قضائية والثانية رقابية.

ويخوص التوصيات (9+13+14+15+16+17) فهي لا تخص سلطة النقد، مشكورين لكم دوام التوفيق.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام،

مديرة دائرة الرقابة المصرفية
سلطة النقد الفلسطينية