



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
«مساواة»

العدالة والقانون

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

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحاماة والقضاء
«مساواة»

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ ٢٠٠٢/٣/١٨ بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهودها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشعرياً ومنهجاً وسلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية.

مجلس إدارة مساواة

- | | |
|-----------------------------------------------------|----------------------------|
| رئيس مجلس الإدارة | - المحامي ياسر جبر |
| نائب رئيس مجلس الإدارة - رئيس هيئة الرقابة الداخلية | - المحامي فهد الشويكي |
| أمين السر - عضو هيئة الرقابة الداخلية | - المحامي يوسف بختان |
| أمين الصندوق | - الأستاذ سمير البرغوثي |
| عضو - عضو هيئة الرقابة الداخلية | - المحامية فايزة الشاويش |
| عضو | - المحامية علا الشريف |
| عضو | - الدكتورة لبنى عبد الهادي |
| عضو | - الدكتور علام جرار |
| عضو | - المحامي غسان مساد |

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

مكتب غزة - شارع الجلاء،
برج الجلاء «الطابق الخامس»
تلفاكس: ٠٠٩٧٠ ٨ ٢٨٦٤٢٠٦

البيرو - البالوع - شارع المحاكم
تلفون: ٠٠٩٧٠ ٢٢٤٢٤٨٧٠
فاكس: ٠٠٩٧٠ ٢٢٤٢٤٨٦٦

بريد الكتروني: musawa@musawa.ps
صفحة الكترونية: www.musawa.ps

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز
آب / أغسطس ٢٠١١

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

في هذا العدد

مقدمة العدد

- على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة ٦

دراسات وأبحاث قانونية

- مدى الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني / المحامي المتدرب محمود أبو صوي - القدس .. ١١
- طبيعة القرار الصادر عن النائب العام بالمنع من السفر / المحامي جمال الخواجا - غزة ٣٥
- موقف الفقهين الإسلامي والقانوني من بيع الشريك المال الشائع / أيمن ظاهر - وكيل النيابة العامة - رام الله ٦١
- الإعلام والإجرام / القاضي الدكتور عبد القادر صابر جراده - غزة ٨٩

أحكام صادرة عن المحكمة العليا المناظط بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها، وتعليق عليها

- الحكم رقم ٢٠١٠/١ - طعن دستوري بنظام موافق مركبات الهيئات المحلية ١٢٠
- تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان - مصر ١٢٧
- تعليق المحامي محمد خليل يوسف أبو بكر - الأردن ١٥١

أحكام صادرة عن المحكمة العليا وتعليق عليها

- الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥ - علاوة المؤهل العلمي للقضاة ١٥٨
- تعليق المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح - مصر ١٦٥
- تعليق المحامي عبدالله محمد الظاهري - الأردن ١٨٠

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا وتعليق عليها

- الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٣١ - إلغاء الانتخابات المحلية ١٨٦
- تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري - مصر ١٩٧
- تعليق المحامي محمد استانبولي - الأردن ٢١٢
- تعليق المحامي علي السفاريني - فلسطين ٢١٧

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية والتعليق عليها

- الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢٧ - تخلية مأجور ٢٢٢
- تعليق المحامي عصام لطفي الشريف- الأردن ٢٢٩
- تعليق المحامي هشام قراعين- فلسطين ٢٣٦

حوارات قانونية ومبادئ قضائية

- البيان الختامي للمؤتمر القضائي الرابع ٢٤٥
- مفهوم استقلال القاضي «القيمة الأخلاقية والمهنية» واستقلال وفاعلية القضاء/ القاضي عبد الله غزلان- عضو المحكمة العليا ٢٤٩
- التفتيش القضائي منجزات وأفاق/ القاضي فتحي أبو سرور- رئيس دائرة التفتيش القضائي ٢٦١
- حدود وآليات الرقابة على التعين في الوظيفة القضائية/ المستشار محمود غنيم - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا- مصر ٢٦٧
- تنفيذ الحكم القضائي والآثار المترتبة على اعاقة التنفيذ أو الامتناع عنه/ المحامي عصام الشريف- الأردن ٢٨١
- رقابة دستورية اللوائح في ثلاثين عاماً .. ملاحظات أولية وخمس استنتاجات نقدية / أ.د فتحي فكري- مصر ٢٩٣
- المحكمة الدستورية العليا المصرية «قانون نقابة المحامين قانون مكمل للدستور ويجب أن يقوم التنظيم النقابي وفق مقاييس ديمقراطية» ٣١٧

ملف خاص: التقرير الإداري والمالي لمركز «مساواة» لعام ٢٠١٠

- التقرير الإداري ٣٢٥
- التقرير المالي ٣٣٥

العدالة والقانون

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة

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

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

وتسعى «مساواة» إلى إثراء الحوار القانوني وإغناهه، بغية تحقيق العدالة واغناء التجربة القضائية في تفسير أحكام القانون، وإعطاء الوصف الأدق لمقاصد ومعانٍ النصوص والقواعد القانونية والتشريعات، وانزال القاعدة القانونية الملائمة على وقائع النزاع المرفوع إلى القضاء.

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

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

ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة والمحامين والمشتغلين بالقانون تعبّر عن احتجادات وأفكار ورؤى أصحابها ومقدميها و في ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً للحوار القانوني والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيم القانونية و إثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينيين وكافة المشتغلين بالقانون من رؤساء و وكلاء نيابة وأساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم.

وهذا ما يصبو إليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» في إطار سعيه الحثيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر، وفاعل، وتعزيز وتطوير دور ورسالة

المحامين الفلسطينيين ونقاوتهم في صيانة مبدأ سيادة القانون وسواه على الكافة كطريق مجرّب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

وها نحن في «مساواة» نصدر العدد السادس عشرة من مجلة «العدالة والقانون»، والذي يتضمن أربع دراسات وابحاث قانونية تتناول بالدراسة والبحث؛ مدى الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة، طبيعة القرار الصادر عن النائب العام بالمنع من السفر، موقف الفقهين الإسلامي والقانوني من بيع الشريك المال الشائع، والإجرام والإعلام، مقدمة من قضاة ومحامين ووكلاه نيابة. كما يتناول هذا العدد بالتعليق أربعة أحكام؛ الأول صادر عن المحكمة العليا المناظب بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها - طعن دستوري يتصل بنظام مواقف مركبات الهيئات المحلية -، والثاني صادر عن المحكمة العليا يتعلق بعلاوة المؤهل العلمي للقاضي، والثالث صادر عن محكمة العدل العليا ويتعلق بإلغاء الانتخابات المحلية، والرابع صادر عن محكمة النقض ويتعلق باخلاء مأجور وشروط توجيه الاخطار العدلي.

وارتأت «مساواة» أن تضمن الباب الخاص بالحوارات القانونية البيان الختامي الصادر عن المؤتمر القضائي الرابع والذي تزامن صدوره مع اعداد هذا العدد من مجلة العدالة والقانون، وبالنظر للأهمية القانونية للأوراق المقدمة في المؤتمر المذكور فقد ارتأت «مساواة» نشر ورقتين من اوراق المؤتمر الأولى بعنوان «مفهوم استقلال القاضي .. القيمة الأخلاقية والمهنية» قدمها القاضي عبدالله غزلان عضو المحكمة العليا، والذي ارتأت «مساواة» أن تنشر ورقته هذه الى جانب ورقة أخرى سبق للقاضي غزلان وقدمها في المؤتمر القضائي الثالث بعنوان استقلال وفاعلية القضاء. الى جانب ورقة قدمها قاضي المحكمة العليا فتحي أبو سرور رئيس دائرة التفتيش القضائي تناول فيها منجزات دائرة التفتيش القضائي خلال عام الى جانب أبرز المعوقات التي تؤثر على مجرى العدالة وبخاصة تلك المتصلة باداء السادة القضاة المスلكي والمهني، والأفاق المتاحة لتطوير أدوات وأدوات التفتيش القضائي. وفي موضوع ذا صلة فقد خص المستشار القاضي محمود غنيم نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية «مساواة» بورقة بعنوان «حدود وأدوات الرقابة على التعين في الوظيفة القضائية» ارتأت «مساواة» نشرها تحت ذات الباب. الى جانب موضوع آخر ذا صلة أيضاً يتصل بتنفيذ الحكم القضائي والآثار المرتبة على اعاقة التنفيذ أو الامتناع عنه، أعدها لـ «مساواة» المحامي والأستاذ الجامعي عصام الشريف من الأردن.

وبهدف اثراء الفكر القانوني فقد ارتأت «مساواة» نشر دراسة قانونية بعنوان «رقابة دستورية

اللوائح في ثلاثين عاماً ملاحظات أولية واستنتاجات نقدية» للتجربة المصرية في هذا الإطار، أعدها الأستاذ الدكتور فتحي فكري أستاذ ورئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق بجامعة القاهرة. إضافة إلى مبدأ قضائي هام ارسته المحكمة الدستورية العليا المصرية اعتبر بموجبه قانون نقابة المحامين قانوناً مكملاً للدستور وأوجب أن يقوم التنظيم النقابي وفق مقاييس ديمقراطية، وتكمّن أهمية هذا المبدأ كونه يشكل بوصلة على الكتل النقابية العاملة في نقابة محامي فلسطين ومجلس إدارة النقابة وهيئتها العامة الاسترشاد به في مساعها للتغلب على أزمة تأخير إجراء الانتخابات مجلس نقابة محامي فلسطين.

وارتأت «مساواة» أن تضمن هذا العدد من مجلة العدالة والقانون ملفاً خاصاً يحتوي على التقرير الإداري والتقرير المالي لعام ٢٠١٠ وللذان يبيّنان ابرز الانشطة التينفذها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، وأوجه اتفاق موازنته لعام ٢٠١٠، ليوضع بين أيدي القراء ومتبعي نشاط «مساواة»، وذلك اعملاً لمبدأ الشفافية والعلنية، مذكراً بأن التقرير المالي صادر عن شركة برليس ووترهاوس شركة التدقيق المالي الخارجية.

وتأمل «مساواة» أن يحقق العدد السادس عشرة من مجلتها «العدالة والقانون» الغاية المرجوة منه، وهي عاقدة العزم على الاستمرار في مواصلة إصدارها إلى جانب شقيقتها نشرة «عين على العدالة».

«مساواة»

دراسات وأبحاث قانونية

مدى الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني

المحامي المترب
 محمود أبوصوي - القدس

مقدمة

اهتمت العديد من الحضارات والديانات المختلفة عبر العصور بموضوع المحاكمة العادلة بدرجات وأشكال متفاوتة، وبعد أن أصبح هناك اهتمام عالمي بحقوق الإنسان منذ منتصف القرن العشرين، و بتبني الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وصدور العديد من المواثيق الدولية ذات العلاقة بتلك الحقوق، أصبح الحق بمحاكمة عادلة له معنى عالمي واضح، حيث تبني معظم الدساتير في مختلف الدول، مبدأ حق الأفراد بمحاكمة عادلة، وبذلك لم يعد الحق بمحاكمة عادلة باعتباره أحد الحقوق الأساسية للأفراد، مجرد فكرة خيالية تستند إلى التفكير المثالي، وإنما انتقلت إلى مجال الحماية القانونية، وأصبحت ذات قيمة محددة يتمتع بها الأفراد في مواجهة السلطة عن طريق تقييد نشاطها وتحديد نطاقها تماشياً مع مبدأ سيادة القانون.

و قبل الخوض بالحديث بصلب الموضوع، نود الإشارة إلى أنها اعتبرنا وبصورة مجازية، القانون الأساسي الفلسطيني، «دستوراً»، في إطار أهداف هذه الدراسة، وذلك لكونه القانون الأساسي لنظام الحكم القائم بالواقع الفلسطيني، وهو بمثابة دستور لسلطة في طور إنشاء الدولة.

و قد تضمن القانون الأساسي الفلسطيني النص على الحق بمحاكمة قانونية ب المادة (١٤) منه والتي نصت على: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه».

إلا أن الواقع العملي في فلسطين يحتوي على العديد من الانتهاكات لهذا الحق الدستوري بشكل مستمر منذ صدور القانون الأساسي الفلسطيني إلى يومنا هذا، وذلك من خلال تشكيل أنظمة قضائية استثنائية للنظر بقضايا الأشخاص المدنيين الخاضعين لاختصاص القضاء العادي، والتي عادة ما يكون السبب في إنشائها هو فتح الباب أمام تطبيق إجراءات استثنائية لا تتوافق مع المعايير العادلة للمحاكمة العادلة، بالإضافة إلى تطبيق بعض القوانين التي تتعارض بشكل واضح مع هذا الحق، مما يُشكل انتهاكاً لحق الأفراد بمحاكمة عادلة.

ومن جملة الإنجازات الهامة التي قامت بها السلطة الفلسطينية على صعيد إعادة بناء سلطات الدولة الثلاث وخاصة السلطة القضائية، هي سن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٣) لعام ٢٠٠٦، والتي تتولى المحكمة العليا القيام بمهامها، لممارسة الرقابة الدستورية إلى حين تشكيل محكمة دستورية، إذ تعتبر الرقابة الدستورية من أهم الوسائل الحديثة اللاحقة والضرورية لضمان حسن نفاذ القواعد الدستورية والمحافظة على مبدأ سمو الدستور، وذلك لضعف الثقة في قدرة الرقابة السياسية على تحقيق هذا الهدف.

والإشكالية القائمة في هذا الموضوع، أن قطاع العدالة في فلسطين ما زال يُعاني من توتر قائم بين السلطات الثلاث، مما يعزز الانتهاكات الماسة بحقوق الأفراد التي كفلتها القانون الأساسي الفلسطيني وخصوصاً الحق بمحاكمة قانونية وعادلة، مما يُثير علامات استفهام بشأن مدى الحماية الدستورية التي يقدمها القانون الأساسي الفلسطيني للحق بمحاكمة قانونية وعادلة، ومدى إمكانية المحكمة الدستورية القيام بالمحافظة على حماية هذا الحق من خلال ممارسة الرقابة على دستورية القوانين. والسؤال هنا: ما مدى الحماية الدستورية التي يقدمها القانون الأساسي الفلسطيني للحق بمحاكمة قانونية وعادلة، وإلى أي مدى تستطيع المحكمة الدستورية المحافظة على هذا الحق عند تشكيلها؟ وفي الإجابة على هذا السؤال ما يُساهم في تفسير قواعد القانون الأساسي ذات الصلة بحقوق الإنسان وتحديداً الحق بمحاكمة عادلة، فالحديث عن الحق بمحاكمة عادلة في ظل المجتمع الفلسطيني، يتم عادة من خلال دراسة لواقع الانتهاكات الماسة بهذا الحق، وأثارها على سير قطاع العدالة بالمجتمع الفلسطيني، دون التطرق إلى مدى الحماية التي يكفلها القانون الأساسي لهذا الحق، ومدى استطاعة المحكمة الدستورية المحافظة على هذا الحق بوصفها إحدى أدوات العملية الديمقراطية والضمانة الحقيقية لحماية القواعد والحقوق الدستورية، لتحقيق العدل وسيادة القانون.

ولحل الإشكالية قيد البحث في هذه الدراسة، وفي محاولة للإجابة على السؤال الرئيسي بهذا البحث نتساءل عدداً من التساؤلات الفرعية والتي سنجيب عليها من خلال هذا البحث، وهي:

- ما هو المقصود بالحق بمحاكمة عادلة، وما هي طبيعة هذا الحق؟
- ما هي أهم عناصر المحاكمة العادلة، وما هو أساس حق المتهم بمحاكمة عادلة؟
- ما هي أهم الانتهاكات الواقعية على الحق الدستوري بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني؟
- إلى أي مدى يؤدي وجود قضاء استثنائي إلى انتهاك الحق بمحاكمة عادلة؟
- ما هي قيمة الاعتراف الدستوري بالحق بمحاكمة عادلة؟

- ما هو دور القضاء الدستوري بالمحافظة على الحقوق والحريات العامة؟ وبغية تحقيق أكبر قدر من الفائدة سنقوم بالإجابة على هذه التساؤلات من خلال اعتماد المنهج الوصفي التحليلي في إعداد هذا البحث في جميع أجزائه من خلال التركيز على أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، في محاولة لتفسيير أحكامه ذات الصلة بموضوع المحاكمة العادلة، من خلال الاستعانة بالتقارير والدراسات المعدة بهذا الخصوص، بالإضافة إلى التطرق لقرارات المحكمة العليا المناظر بها القيام بمهام المحكمة الدستورية لحين تشكيلها وتحليلها، لبيان مدى إمكانية المحكمة الدستورية القيام بالمحافظة على حماية هذا الحق من خلال ممارسة الرقابة على دستورية القوانين.

وسيتم معالجة موضوع الدراسة من خلال مبحثين نخصص الأول للحديث عن الحق بمحاكمة عادلة في ظل أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، من حيث: ماهية الحق بمحاكمة عادلة، متناولين المقصود بالحق بمحاكمة عادلة، وأهم عناصر المحاكمة العادلة، وأساس حق المتهم بمحاكمة عادلة، بالإضافة إلى الحديث عن الانتهاكات الواقعية على الحق بمحاكمة عادلة في الواقع الفلسطيني.

ونخصص المبحث الثاني للحديث عن الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني، من حيث:

الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بموجب أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، بالإضافة إلى الحديث عن دور القضاء الدستوري بالمحافظة على الحق بمحاكمة عادلة، من حيث دور القضاء الدستوري بالمحافظة على الحقوق والحريات العامة، ودور المحكمة الدستورية في فلسطين بحماية الحق بمحاكمة عادلة.

المبحث الأول

الحق بمحاكمة عادلة في ظل أحكام القانون الأساسي الفلسطيني

يعتبر الحق بمحاكمة عادلة من الحقوق الأساسية، التي ضمنتها الشرائع السماوية، والمواثيق الدولية، والدساتير الوطنية، فلا يمكن أن تتصور حياة حضارية قائمة على أسس الديمقراطية، بدون قضاء عادل ومستقل، وإجراءات قانونية سليمة وضمانات قضائية عادلة، وفي هذا المبحث سنقوم بالحديث عن الحق بمحاكمة عادلة في ظل أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، من خلال مطلبين نخصص الأول للحديث عن ماهية الحق بمحاكمة عادلة، والثاني للحديث عن الانتهاكات الواقعية على الحق بمحاكمة عادلة في الواقع الفلسطيني.

المطلب الأول

ماهية الحق بمحاكمة عادلة

ستتناول في هذا المطلب الحديث عن ماهية الحق بمحاكمة عادلة، من خلال ثلاثة فروع شخصية الأول للحديث عن تعريف حق المتهم بمحاكمة عادلة، والثاني للحديث عن أهم عناصر المحاكمة العادلة، والثالث للحديث عن أساس حق المتهم بمحاكمة عادلة.

الفرع الأول

المقصود بالحق بمحاكمة عادلة

أولاً: تعريف الحق بمحاكمة عادلة

لا يوجد تعریف محدد للحق بمحاكمة عادلة، إلا أن البعض قام بتعریف المحاكمة العادلة بأنها: «المحاكمة التي تشمل بالواقع حقوق المتّهم من إحاطته علمًا بالتهمة الموجهة إليه، إلى الاستعانة بمحام، إلى عدم تعرضه لخطر العقاب أكثر من مرة، وحقه بالطعن في الأحكام والتعويض في حالة إخفاق العدالة، وأن تكون المحكمة حيادية مستقلة لا تأثير عليها».^١

ويمكن تعریف حق المتهم بمحاكمة عادلة بأنه يعني: «الإمكانية في مقاضاة المتّهم بشأن الاتهام الموجه إليه، أمام محكمة محايدة منشأة بحكم القانون، طبقاً لإجراءات علنية يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكينه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل قضاء أعلى درجة من المحكمة التي حكمت عليه».^٢

ثانياً: طبيعة الحق بمحاكمة عادلة

يمكن القول بأن طبيعة الحق بمحاكمة عادلة تتمثل بما يلي:

١. أنه حق:

فإذا كانت الدولة هي صاحبة الحق في توقيع العقاب على من ثبتت إدانته عن اقتراف فعل نص القانون على تجريمه، فإن هذا المتّهم تبرز مصلحته في أن يحاكم بعدلة، وهو ما يلقي على عاتق الدولة التزاماً بأن تهيئ له سبل ذلك، وتتوفر له الجهة الكفيلة بالوفاء بمقتضيات هذا الحق.^٣

٢. أنه حق عالمي:

وذلك لأن أغلب مواثيق حقوق الإنسان والمعاهدات الإنسانية والدولية ومعظم الدساتير قد تضمنته. فقد نصت عليه المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،

والمادة (٨) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة (٧/د) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.^٤

٣. أنه حق شخصي عام:

فهو حق شخصي لأنّه يستهدف حماية مصالح المتهم بتمكينه من أن يُحاكم بشأن الاتهام الجنائي المسند إليه أمام قاضيه الطبيعي، علناً مع إتاحة الفرصة له للدفاع عن نفسه، ووفاءً لذلك تلتزم الدولة بتوفير آلية حيادية تضمن لها الاستقلال وتدع لها مهمة محاكمته، وتقف منه موقف الخصم الشريف.

ومن ناحية أخرى فهو حق يتسم بالعمومية لأنّه بالإضافة إلى حمايته لمصلحة المتهم يحقق مصلحة عامة ممثلة في كشف الحقيقة، واستيفاء حق المجتمع بالعقاب من من تعودى على المصالح التي يحميها القانون، حفاظاً على كيانه ودعماً لاستقراره وضماناً لسير الحياة الاجتماعية بصورة مستقيمة.^٥

٤. أنه حق غايتها العدالة:

وذلك لأنّ هذا الحق يوفر للمتهم جميع الضمانات التي يحتاجها لأجل محاكمته محاكمة قانونية وعادلة، حيث يتمتع المتهم بحقه بالدفاع عن نفسه أمام محكمة مستقلة محايدة، وغيرها من الضمانات التي تكفل بلوغ العدالة بوصفها محور الحق في المحاكمة العادلة وجواهره.^٦

الفرع الثاني أهم عناصر المحاكمة العادلة

لكي تكون المحاكمة عادلة يجب أن تقوم على وسائل قانونية سليمة وتتوفر فيها عناصر معينة، وهذه الوسائل والعناصر التي تقوم عليها المحاكمة العادلة هي ثمرة من ثمرات التجارب التي مرت بها الإنسانية عبر تاريخ طويّل على مختلف العصور، نتيجة لما تعرض له الإنسان من ظلم وتعسف ذهب ضحيته العديد من الأبريةاء.

ويمكن إجمال أهم عناصر المحاكمة العادلة التي نصّت عليها معظم الدساتير والمواثيق الدولية ودون الخوض بشرحها وتفصيلها، بما يلي:

١. محكمة مستقلة ونزيهة.

٢. علنية إجراءات المحاكمة.

٣. شفهية الإجراءات.
٤. محاكمة سريعة.
٥. المساواة أمام القضاء.
٦. حق الدفاع.
٧. إحاطة المتهم بالتهمة المسندة إليه وإعلامه عند تغيير التهمة المنسوبة إليه.
٨. حق الطعن بالأحكام.^٧

الفرع الثالث

أساس حق المتهم بمحاكمة عادلة

إن أساس حق المتهم في محاكمة عادلة يعود إلى التسليم بأصلية براءة الإنسان، فاقرار مبدأ الأصل في الإنسان البراءة - قرينة البراءة - يفسر جميع ما يرتكز عليه حقه في محاكمة عادلة من ضمانات، و يولف بينها بغير تضاد.

مدلول قرينة البراءة:

من الثابت أن الإنسان يولد بريئاً، وهذا هو الأصل فيه، ويستمر هذا الأصل مصاحباً له طيلة حياته، بحيث لا ينتقص إلا بحكم قضائي يقضي بالإدانة عن فعل جرمي، وهذا يعني أنه إذا نسبت إليه جريمة ما، تعين على الإدعاء أن يقيم الدليل عليها، ولا تثبت إدانته عنها إلا إذا كانت أدلة الاتهام جازمة على نحو يقتضي به القاضي اقتناعاً كاملاً لا شك فيه.^٨

وتعني قرينة البراءة «أن الأصل في المتهم أنه بريء مما أنسد إليه، ويبقى هذا الأصل قائماً حتى تثبت في صورة قاطعة أو جازمة إدانته».

ويقتضي ذلك أن يحدد وضعه القانوني خلال الفترة السابقة على ثبوت إدانته على أنه شخص بريء، وأهم ما تتضمنه قرينة البراءة أنه إذا لم يقدم للقاضي الدليل القاطع على الإدانة تعين عليه أن يقضي ببراءة.

ويترتب على ذلك إنه إذا تردد القاضي بين الإدانة والبراءة، وثار لديه الشك فيهما، تعين عليه أن يرجح جانب البراءة، وقد نشأت بناء على ذلك قاعدة جوهرية في الإثبات الجنائي يُعبر عنها بالقول: إن «الشك يفسر لصالحة المتهم».^٩

وكذلك أنه لا يجوز تكليف المتهم بإثبات براءته، وإنما تُكلّف سلطة الاتهام بإثبات إدانته أي إثبات

توافر أركان الجريمة، فإذا لم تستطع سلطة الاتهام إثبات ذلك وجبت براءة المتهم دون أن يُكلّف^١ بإثبات براءته.

ومن هنا نرى أن أساس حق الإنسان بمحاكمة عادلة، هو التسلیم ببراءته خلال جميع مراحل وإجراءات المحاكمة، أي أن المحكمة تتعامل مع شخص بريء لم تثبت إدانته بعد، وبالتالي يتوجب عليها كجهة مستقلة ومحايدة - تعمل على استيفاء الحقوق وتطبيق القانون - أن توفر للمتهم جميع الضمانات التي يحتاجها لأجل محاكمته محاكمة عادلة من خلال توفير عناصر المحاكمة العادلة التي طرقتنا إليها فيما سبق، باعتباره أحد حقوق الإنسان الأساسية ذات الصفة الإلزامية، والواجبة الاحترام.

المطلب الثاني

الانتهاكات الواقعية على الحق بمحاكمة عادلة في الواقع الفلسطيني

بعد أن تحدثنا عن ماهية الحق بمحاكمة عادلة في المطلب السابق، سنقوم في هذا المطلب بالحديث عن أهم الانتهاكات الواقعية على الحق بمحاكمة عادلة في الواقع الفلسطيني، دون الخوض بالانتهاكات القائمة على صعيد الواقع العملي لهذا الحق الدستوري، وذلك من خلال مراجعة الأطر القانونية الناظمة لعمل المحاكم الاستثنائية لفحص مدى انتهاكها للحق الدستوري بمحاكمة قانونية وعادلة.

تضمن القانون الأساسي الفلسطيني النص على الحق بمحاكمة عادلة بـ(١٤) منه، والتي نصت على: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه».^{١١}

إلا أننا نلاحظ من خلال النص أعلاه أن القانون الأساسي الفلسطيني لم ينص على الحق بمحاكمة عادلة بصورة صريحة وواضحة، على غرار باقي الدساتير والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، بل تضمن النص على محاكمة قانونية تكفل للمتهم ضمانات الدفاع، وبالتالي فإن هذه الضمانة تخرج عن التحديد الوارد والمتفق عليه بمختلف المواثيق الدولية وهو «الحق بمحاكمة عادلة» والذي يعتبر مصطلحاً قانونياً في الفقه العالمي لحقوق الإنسان، والذي يشتمل على عدد من الحقوق الإجرائية الهامة التي طرقتنا إليها عند الحديث عن أهم عناصر هذا الحق.

ومع ذلك يمكننا اعتبار النص على: «الحق بمحاكمة قانونية تكفل ضمانات الدفاع للمتهم»، صورة مرادفة للحق بمحاكمة عادلة من جهة، ومن جهة أخرى نرى ضرورة اتجاه الجهة القائمة على إعداد

الدستور الفلسطيني مستقبلاً، إلى التنبه إلى هذه النقطة والاتجاه نحو النص الصريح على الحق بمحاكمة عادلة على نحو ما سار عليه الفقه العالمي لحقوق الإنسان.

وبعد مراجعتنا لقانون العقوبات الساريين بالضفة الغربية^{١٢}، وقطاع غزة^{١٣}، وقانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ الساري في فلسطين^{١٤}، يتبيّن لنا احترام هذه القوانين للحق بمحاكمة قانونية وعادلة على أساس قرينة البراءة انسجاماً مع ما جاء بالقانون الأساسي الفلسطيني بهذا الشأن، وذلك من خلال توفير� واحترام أهم ضمانات وعناصر المحاكمة العادلة، من حيث النص على محكمة مستقلة ونزيفة، بالإضافة إلى علنية إجراءات المحاكمة، وشفافية الإجراءات، وتوفير محاكمة سريعة، والمساواة أمام القضاء، وحق الدفاع، وإحاطة المتهم بالتهمة المسندة إليه وإعلامه عند تغيير التهمة المنسوبة إليه، وحق الطعن بالأحكام.

إلا أن التوتر القائم بين السلطات الثلاث في الواقع الفلسطيني، يُعزز الانتهاكات الواقعة على الحق بمحاكمة عادلة، من خلال إقدام السلطة التنفيذية على إيجاد قضايا استثنائي على خلاف القضاء الطبيعي للأفراد، بصورة تخل بحق الأفراد بمحاكمة عادلة، على نحو ما سنبيّنه في هذا المطلب.

وعليه يتبادر إلى أذهاننا السؤال التالي: لماذا يوجد بالأساس قضايا استثنائي ينتهي الحق بمحاكمة عادلة، وإلى أي مدى يؤدي وجود هذا القضاء إلى انتهاء الحق بمحاكمة عادلة؟

يعاني الواقع الفلسطيني من وجود قضايا استثنائي، ينتهي حق المواطن بالمثلول أما قاضيه الطبيعي استناداً للحق بمحاكمة عادلة، ويأخذ هذا القضاء شكلين وهما: القضاء العسكري ومحاكم أمن الدولة. إذ يُشكل القضاء العسكري امتداداً لما يُعرف بالقضاء الثوري لقوات الثورة الفلسطينية والفصائل المنضوية تحت مظلة منظمة التحرير الفلسطينية، وقد شكلت قوانين منظمة التحرير الأساس القانوني لهذا القضاء، وبعد صدور القرار التشريعي رقم (٥) عن رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير القائد الراحل ياسر عرفات، بتاريخ ١٩٧٩/٧/١١، بدأ العمل بهذه القوانين في الشتات الفلسطيني، وفي الأماكن التي تواجدت فيها قوات الثورة الفلسطينية، وبعد توقيع اتفاقية أوسلو في العام ١٩٩٣م، استمر عمل القضاء العسكري في أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية، حيث تم تشكيل المحاكم العسكرية وتعيين المدعين العامين العسكريين، ويوجد خمسة أنواع من المحاكم العسكرية وهي:

المحاكم العسكرية الدائمة، والمركبة، والخاصة، ومحاكم الميدان، ومحاكم أمن الثورة.^{١٥}

أما بخصوص محاكم أمن الدولة فقد قام الرئيس محمود عباس بإلغائها بموجب مرسوم رئاسي، حيث كانت على ثلاثة أنواع من المحاكم وهي: محكمة أمن الدولة الجزئية ومحكمة أمن الدولة الكلية

ومحكمة أمن الدولة العليا والتي تتشكل بقرار رئاسي وتحتسب بالنظر في القضايا المتعلقة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، وتُشكّل بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في كل قضية بعينها.^{١٦} ومن أهم الانتقادات والأخذ الموجهة لهذه الأنظمة القضائية الاستثنائية، هي اختزالها لإجراءات العدالة بشكل لا يوفر الحد الأدنى لضمانات المحاكمة العادلة ويمكن إجمال هذه الأخذ على النحو التالي:

إذ تتشكل الإجراءات المتبعه أمام المحاكم العسكرية التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري الصادر عن منظمة التحرير الفلسطينية لسنة ١٩٧٩، انتهاكاً للحق بمحاكمة عادلة، وذلك من خلال استخدام هذا القانون عند تمديد توقيف المدنيين من قبل هيئة القضاء العسكري، حيث تقوم الأجهزة الأمنية الفلسطينية باعتقال واحتجاز المواطنين المدنيين والتحقيق معهم بدعوى ارتكابهم جرائم يُعاقب عليها قانون العقوبات الثوري لعام ١٩٧٩، بناء على طلب من رئيس هيئة القضاء العسكري للسماح لهم بتوفيقهم، بحيث تأتي الموافقة دون عرضهم عليه أصلاً.^{١٧} مما يُشكّل مخالفة صريحة لأحكام القانون الأساسي الفلسطيني وتحديداً المادة (٢/١٠١) والتي تنص على: «تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة، وليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج نطاق الشأن العسكري».^{١٨} مما يعني أن قرار رئيس هيئة القضاء العسكري بتتوقيف المدنيين يُشكّل غصباً للسلطة ومساساً بحقوق الأفراد وحرياتهم، وخاصة الحق بمحاكمة عادلة للفرد أمام قاضيه الطبيعي، وذلك من خلال مد اختصاص الأنظمة القضائية الاستثنائية الغير مختصة أصلاً بموجب القانون الأساسي بالنظر في هذا النوع من القضايا.

فهذه الأنظمة القضائية الاستثنائية، تتبع قواعد أصولية خاصة، من حيث التدقيق بالجريمة، ومدة التوقيف، وإجراءات المحاكمة والتصديق على الحكم، فلا يُعطى المتهمون الوقت والتسهيلات الكافية للدفاع عن أنفسهم، حيث تتم المحاكمة مباشرةً وبعد وقت قصير جداً من إلقاء القبض على المتهم، دون إبلاغه مسبقاً بموعد المحاكمة، وفي الكثير من الحالات لا يتم إبلاغ المتهمين قبل وقت كاف بالتهم الموجهة إليهم، كما أن الإبلاغ بالتهم لا يتم بصورة تفصيلية، ولا يكون بإمكان المتهمين الحصول على نسخة من أوراق القضية، بالإضافة إلى القصور الواضح في تقديم المساعدة القانونية للمتهمين، خاصة حق المتهم في اختيار محام يمثله للدفاع عنه، إذ كثيراً ما يتم تعين ضابط من قوات الأمن للقيام بوظيفة الدفاع، وقد تقتصر المحاكمة على جلسة سريعة واحد، بالإضافة إلى أن قرارات هذه المحاكم قطعية، ولا يستطيع المحكوم عليه استئناف أو الطعن في أحكامها لدى محكمة أعلى.^{١٩} بناء على ما سبق، نرى أن وجود قضاء استثنائي ينظر بقضايا المواطنين المدنيين، يؤدي إلى انتهاك

حق الإنسان بمحاكمة قانونية وعادلة أمام قاضيه الطبيعي، بصورة تخل بتحقيق ضمانات المحاكمة العادلة، وذلك كنتيجة للتوتر القائم ما بين السلطات الثلاث بالواقع الفلسطيني، ومحاولة قيام السلطة التنفيذية بفرض هيمنتها وسطوتها على باقي السلطات، واتخاذ إجراءات من شأنها مخالفة الحقوق المنصوص عليها بموجب القانون الأساسي الفلسطيني، وعادة ما يكون هدف لجوء السلطة التنفيذية إلى إنشاء المحاكم الاستثنائية، هو فرض هيمنتها كسلطة أسمى ما بين السلطات الثلاث بالدولة، بالإضافة إلى تحقيق الأجندة السياسية الإستبدادية لمصلحة السلطة التنفيذية، وذلك في سبيل تحقيق الهيمنة الكاملة على المواطنين داخل الدولة بانتهاج إجراءات استثنائية لا تتماشى مع المعايير العادلة للمحاكمة العادلة، في محاولة لمحاربة أي أفكار تتعارض مع أجندة السلطة التنفيذية، مما يؤكد من جديد على أن وجود قضاء استثنائي يؤدي إلى انتهاك الحق بمحاكمة عادلة بصورة تخل بالحقوق الدستورية المنصوص عليها بالقانون الأساسي الفلسطيني، مما يدفعنا باتجاه فكرة إنشاء محكمة دستورية على أرض الواقع، باعتبارها إحدى الوسائل الالزمة والضرورية لضمان حسن نفاذ القواعد الدستورية.

مما يدفعنا لطرح السؤال التالي: إلى أي مدى يُعتبر قيام السلطة التنفيذية بالتدخل لإنشاء المحاكم الاستثنائية انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات؟

إن بناء نظام سياسي ديمقراطي حسب المنظومة الليبرالية، يتطلب توزيعاً متوازناً لسلطات النظام السياسي بأطرافها الثلاث، - التنفيذية والتشريعية والقضائية - وتأمين علاقة تكاملية بينها، وذلك من خلال تفعيل الرقابة المتبادلة بينها، واحترام كل منها للاختصاصات الوظيفية المنوطة بالسلطات الأخرى وفقاً للقواعد الدستورية والقانونية المعتمدة، واعتماد الشفافية في عمل كل منها في ظل وجود نظم مسئلة فعالة، مما يوفر بيئة تؤسس لوجود نظام ديمقراطي ينعم بالاستقرار والنزاهة.^{٢٠}

ومن هنا جاء مبدأ الفصل بين السلطات والذي يعد من أهم دعائم المجتمع الديمقراطي الليبرالي الخاضع لسيادة القانون، حيث ارتبط باسم الفيلسوف السياسي الفرنسي «مونتيسكيو» والذي كان له الفضل في إبرازه كمبدأ أساسى لتنظيم العلاقة بين السلطات العامة في الدولة، وكوسيلة لتفتيت السلطة ومنع تركيزها في يد سلطة واحدة على نحو يهدد حريات الأفراد ويعرض حقوقهم للخطر.^{٢١}

وقد تبنى النظام السياسي الفلسطيني مبدأ الفصل بين السلطات، إذ نص القانون الأساسي الفلسطيني على اعتباره أساساً لنظام الحكم في فلسطين، كما ضمن المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي وبعض القوانين الأخرى، العديد من الأحكام التي تنظم قواعد الفصل بين السلطات بتحديد

الصلاحيات الرئيسية المسندة لكل سلطة من السلطات الثلاث، بالإضافة إلى منحها صلاحيات ثانوية تكفل فرض الرقابة المتبادلة بينها.^{٢٢}

إذ يقوم مبدأ الفصل بين السلطات على ضرورة وجود ثلاث سلطات أساسية في النظام السياسي، وهي: السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، وأن تتمتع كل سلطة منها بصلاحيات و اختصاصات أصلية ومحددة في الدستور، بالإضافة إلى تمتّع كل سلطة منها باستقلال نسبي عن السلطات الأخرى في عملها وفي آليات اتخاذ القرارات، وبما يسند لها من صلاحيات، بصورة تحول دون استئثار أي سلطة من السلطات الثلاث سابقة الذكر بصلاحيات مطلقة في تنفيذها للمهام الموكولة لها، أي بمعنى الحيلولة دون الاحتكار المطلق للسلطة في أي مجال من المجالات حتى لا يتم الاستبداد باستعمالها.^{٢٣}

وبالتالي نرى أن قيام السلطة التنفيذية بخلق قضاء استثنائي على خلاف القضاء الطبيعي للأفراد، يُشكل انتهاكاً مبدأ الفصل بين السلطات، والذي يحظر على أي سلطة من السلطات الثلاث أن تحتكر السلطة وتستأثر عليها، من خلال القيام بأعمال تُعتبر من الاختصاصات الأصلية للسلطات الأخرى، باستثناء الاختصاصات الثانوية التي تكفل فرض الرقابة المتبادلة فيما بينها، فمحاولة قيام السلطة التنفيذية بإيجاد قضاء استثنائي يُعزز فرض هيمنتها وسطوتها على باقي السلطات، من خلال التعدي على السلطة التشريعية بانتهاكها للتشرعيات التي سنتها، والتي تكفل حق المتهم باللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وذلك من خلال قيامها بإيجاد قضاء بديل لهذا القضاء، بالإضافة إلى مساسها بهيبة السلطة القضائية من خلال سحب اختصاصاتها كسلطة ذات اختصاص أصيل بمحاكمه الأفراد المدنيين أمام قاضيهم الطبيعي بخلق أنظمة قضائية استثنائية، وعادة ما يكون هدف لجوء السلطة التنفيذية إلى إنشاء المحاكم الاستثنائية، هو فرض هيمنتها كسلطة أسمى ما بين السلطات الثلاث بالدولة ومحاولة استئثارها للسلطة، مما يخل بجوهر مبدأ الفصل بين السلطات، والذي يهدف إلى الحيلولة دون الاحتكار المطلق للسلطة في أي مجال من المجالات من قبل أي سلطة من السلطات الثلاث. الأمر الذي يدفعنا إلى إيجاد وسيلة للحيلولة دون استمرار هذا الانتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنه لا توجد وسيلة أفضل من الرقابة على دستورية القوانين للقيام بهذا الغرض من خلال المحكمة الدستورية، للعمل على كبح جماح السلطة التنفيذية في حال انتهاكها لهذا المبدأ الذي يعتبر أحد المبادئ التي يقوم عليها نظام الدستورية، والذي تبنته السلطة الفلسطينية حتى قبل النص عليه بموجب المادة (٢) من القانون الأساسي الفلسطيني، من خلال إيجاد مؤسسات السلطات الثلاث

على أرض الواقع – سلطة تشريعية منتخبة من الشعب، ورئيس منتخب على رأس حكومة قام بتشكيلها، ومجلس قضاء يمثل السلطة القضائية – قائمة على التعاون والرقابة المتبادلة فيما بينها.

المبحث الثاني

الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني

بعد أن تطرقنا إلى الحديث عن ماهية المحاكمة العادلة، وأهم الانتهاكات للحق بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني، سنقوم بالحديث عن الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بالواقع الفلسطيني من خلال مطلبين، نخصص الأول للحديث عن الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بموجب أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، والثاني للحديث عن دور المحكمة الدستورية العليا بالمحافظة على الحق بمحاكمة عادلة.

المطلب الأول

الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بموجب أحكام القانون الأساسي الفلسطيني

سنقوم في هذا المطلب بالحديث عن الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة بموجب أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، بعد أن بينا فيما سبق، أن القانون الأساسي الفلسطيني نص على الحق بمحاكمة عادلة بموجب المادة (١٤) منه.

فما هي قيمة الاعتراف الدستوري بالحق بمحاكمة عادلة، وإلى أي مدى يوفر قيام القانون الأساسي الفلسطيني بالنص على الحق بمحاكمة عادلة، الحماية الدستورية لهذا الحق؟

عند اعتراف الدستور – أو القانون الأساسي كما في الحالة الفلسطينية – بحق من الحقوق فإنه يتمتع بالحماية الدستورية انطلاقاً من مبدأ سمو الدستور، والذي يعتبر أحد المبادئ المسلمة بها بالفقه الدستوري، ويقصد به علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، وهذا يعني أن أي قانون تصدره الدولة يجب لا يكون مخالفًا للدستور، ولا فرق إن كان الدستور مكتوباً أو عرفيًا، فالقاعدة الدستورية هي بمثابة العمود الفقري لأي نشاط قانوني، والمصدر الأساسي لشرعنة أعمال السلطات بالدولة. وقد اجمع الفقه على أن مضمون تلك القواعد له الصدارة والسمو على ما عداها من القواعد الدنيا التي يمكن أن تقررها تلك السلطات، إذ إن القواعد الدستورية بمضمونها ترسم الإطار القانوني للدولة، والذي يسير على خطاه السلطة والشعب^٢، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأن قيام القانون الأساسي الفلسطيني بالنص على الحق بمحاكمة عادلة، يعني وجوب احترام هذا الحق

وعدم المساس به من قبل أي سلطة من السلطات الثلاث، باعتباره قمة التسلسل الهرمي للقواعد القانونية انطلاقاً من مبدأ تسلسل قواعد القانون، والذي يعتبر أن الدستور هو رأس الهرم، ومن الواجب على السلطات أن تتقيّد عند إعمال صلاحياتها في خلق القواعد الأمرة من قوانين ومراسيم وقرارات بما يفرضه الدستور، وألا تخرج عن المسار المرسوم دستورياً، مما يُوفر عاماً أساسياً وضرورياً في كيان دولة القانون الهدافـة إلى تحقيق مزيد من الضمانات لحقوق الإنسان وحرياته^{٢٥}. وبالتالي لا يجوز للسلطة التشريعية خرق الحق بمحاكمة عادلة من خلال سن أي قوانين متعارضة مع هذا الحق، ولا يجوز للسلطة التنفيذية إصدار قوانين مؤقتة - قرارات بقانون - أو أنظمة مستقلة أو أنظمة تنفيذية أو مراسيم تتعارض مع هذا الحق الدستوري المنصوص عليه بموجب القانون الأساسي^{٢٦}. كما لا يجوز للسلطة القضائية عدم مراعاة هذا الحق وانتهاكه خلال الممارسات العملية لإجراءات المحاكمة أمامها، وذلك انطلاقاً من مبدأ سيادة القانون، والذي يتربّط عليه التزام جميع أعضاء المجتمع وأجهزة الدولة بالقوانين التي تصدرها الجهة المختصة كأساس لمشروعية أعمال السلطة، ولا شك أن هذا المبدأ يضمن احترام حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة، لكونها تصبح محكومة بالقانون وحده بعيداً عن أهواء السلطة وتحكمها، والذي يعتبر أحد الأسس التي يقوم عليها نظام الدستورية المعمول به في فلسطين^{٢٧}.

بناء على ما سبق يتبيّن لنا عدم جواز مخالفـة ما جاء به الدستور من الحقوق والحرـيات، وبالتالي فإن قيام القانون الأساسي بالنص على الحق بالمحاكمة العادلة، يكفل الحماية الدستورية الكاملة لهذا الحق، فلا يجوز لأي سلطة من السلطات الثلاث أن تمـس هذا الحق بأي صورة كانت وبأي شكل من الأشكال، إذ يقع باطلـاً كل ما يخالفـ ما نص عليه القانون الأساسي من احترام لهذا الحق، الأمر الذي يحتاج إلى وجود جهة تعمل على السهر من أجل المحافظة على هذه الحقوق، وعدم انتهاكـها وهي المحكمة الدستورية من خلال الرقابة على دستورية القوانـين.

كما أن الحقوق الدستورية في بعض الحالـات تتعارض مع الصالـح العام، مما يؤدي إلى تعـالي الأصوات المنادية بـانتهاـكـ هذا الحق في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ومن الطبيعي أن هذا التعارض والتصادـم يحتاج إلى قضاء من نوع خاص ألا وهو القضاء الدستوري، لـكي يـبت بهذا الأمر ويـقيم التوازن ما بين الأمـرين، بـصفـتهـ الجـهةـ المـخـولةـ بـضمـانـ حـسـنـ نـفـاذـ القـوـاءـ الدـسـتـورـيـةـ، وـحـمـاـيـةـ الـحـقـوقـ وـالـحـرـياتـ المنـصـوصـ عـلـيـهاـ بـالـدـسـتـورـ.

ولـكنـ إـلـىـ أيـ مـدـىـ يـسـتـطـعـ القـضـاءـ الدـسـتـورـيـ الـفـلـسـطـينـيـ الـمـحـافـظـةـ عـلـىـ الـحـقـ بـمـحاـكـمةـ عـادـلـةـ؟

المطلب الثاني

دور القضاء الدستوري بالمحافظة على الحق بمحاكمة عادلة

سنقوم في هذا المطلب باستجلاء دور المحكمة الدستورية العليا بالمحافظة على الحق بمحاكمة عادلة، من خلال فرعين نخصص الأول للحديث عن دور القضاء الدستوري بالمحافظة على الحقوق والحريات العامة، والثاني للحديث عن دور المحكمة الدستورية في فلسطين بحماية الحق بمحاكمة عادلة.

الفرع الأول

دور القضاء الدستوري بالمحافظة على الحقوق والحريات العامة

تُعتبر الرقابة على دستورية القوانين العامل الأساسي لضمان حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها بالدستور والتي عادة ما تكون عرضة للمساس بها، إذ يترتب على القاضي الدستوري السهر الدائم لحفظ حقوق الإنسان وحرياته مع مراعاة عدم إسقاط موجبات المصلحة العامة.

فلا يمكن القول بوجود حقوق وحريات للإنسان قابلة للوجود من دون الاعتراف بالإنسان كشخص مستقل وصاحب حق، هذا «الإنسان» الذي يعيش ضمن مجموعة يشكل مجموع أفرادها «المجتمع»، والذي يترتب على «السلطة» أن تنظم آليات حياته.

وبذلك تكون الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور مترابطة مع مصالح الثالث (الفرد، المجتمع، السلطة)، وبغية التوفيق ما بين متطلبات وحقوق أركان هذا المثلث، يسعى القاضي الدستوري من خلال الرقابة على دستورية القوانين وتفسير الدستور، إلى تحقيق هذا التوفيق، والعمل على ضمان احترام الحقوق والحريات التي يجسدها الدستور، وعدم المساس بها.^{٢٨}

وعليه يتعمّن على القاضي الدستوري المحافظة على حق الإنسان بمحاكمة عادلة، من خلال فرض الرقابة على دستورية القوانين التي تتعارض مع هذا الحق من خلال التتحقق من مخالفة القوانين للدستور، تمهيداً لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر، أو إلغائها والامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها، وذلك لضمان احترام هذا الحق وعدم انتهائه، بوصفه أحد الحقوق الدستورية التي حماها الدستور.

ومن خلال إسقاط الضوء على الواقع الفلسطيني، فهل تكفل المحكمة الدستورية العليا الحفاظ على الحق بمحاكمة عادلة؟

الفرع الثاني

دور المحكمة الدستورية في فلسطين بحماية الحق بمحاكمة عادلة

قبل البدء بالحديث عن دور المحكمة الدستورية في فلسطين بحماية الحق بمحاكمة عادلة سنُقدّم لحة موجزة عن القضاء الدستوري في فلسطين، والأسس التي ستقوم عليها المحكمة الدستورية مستقبلاً في حال تشكيلها.

أولاً: لحة عن القضاء الدستوري في فلسطين

بدأ الاهتمام بإيجاد محكمة دستورية فلسطينية بالتزامن مع قيام رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ياسر عرفات بإصدار كل من القانون الأساسي، وقانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ٢٠٠٢، حيث نص القانون الأساسي في المادة (٩٤) منه على ضرورة تشكيل محكمة دستورية عليا فلسطينية كهيئة قضائية مستقلة، على أن تتولى المحكمة العليا القيام بمهامهاحين تشكيلها طبقاً للنص المادة (٩٥). وبعد تعديل القانون الأساسي المؤقت بتاريخ ١٨-٣-٢٠٠٣ أُبقي على الأحكام الواردة بالمواد ٩٤، ٩٥ كما كانت وتم نقلها للمواد (١٠٢) و (١٠٤) من القانون الأساسي المعدل حيث نصت المادة ١٠٣ على:

١. «تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:-

أ. دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب. تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

ت. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي».

٢. بين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والأثار المترتبة على أحکامها.^{٢٩}

وقد نصت المادة (٤) على:

«تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة».^{٣٠}

وقد استمر الحال على ما هو عليه إلى حين إصدار قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦،^{٣١} من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتاريخ ١٧/٢/٢٠٠٦ إلا أنه لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية حتى الآن، وتتولى المحكمة العليا القيام بمهامها حين تشكيلها.

ثانياً: مدى إمكانية قيام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية مستقبلاً بالحفظ على الحق بمحاكمة عادلة في حال تم تشكيل المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، وتولت النظر بقضية دستورية ذات علاقة بالحق بمحاكمة عادلة، فكيف ستتصرف هذه المحكمة لحماية هذا الحق في ظل الإطار القانوني الناظم لعملها؟

في محاولة لإسقاط الضوء على الواقع العملي القائم بالوضع الفلسطيني، سنجاول الإجابة على هذا السؤال بداية من خلال البدء بتحليل وتقدير ما هو كائن، ومن ثم العمل على افتراض ما يمكن أن يكون مستقبلاً، في إطار القضايا الدستورية ذات الصلة بالحق بمحاكمة عادلة.

بداية ومن خلال مراجعة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، كان لابد من التوقف عند الطعن الدستوري رقم (١) لسنة ٢٠٠٩، حيث تم الطعن بعدم دستورية: قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لنظمة التحرير الفلسطينية لسنة ١٩٧٩م، وقانون العقوبات الثوري لنظمة التحرير الفلسطينية لسنة ١٩٧٩.

وقد دفعت الجهة المطعون ضدها بعدم اختصاص المحكمة بالنظر بمثل هذا الطعن المتعلق بهذه القوانين، وقد رأت المحكمة أن ولاية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة قد جاءت مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل على التقيد، لذلك رأت أن للمحكمة الدستورية صلاحية التصدي لمدى دستورية أي قانون طالما أن تطبيقه أمر وارد، وبذلك منحت لنفسها الاختصاص للرقابة على دستورية القوانين المذكورة والتي تنتهي الحق الدستوري بمحاكمة عادلة.

إلا أن المحكمة وبصورة غير منطقية ردت الطعن بعدم صحة الخصومة، وذلك استناداً إلى المادة (٣٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي تلزم قلم المحكمة بإعلان ذوي الشأن بالقرارات والدعوى، وقد اعتبرت هذه المحكمة أن الحكومة من ذوي الشأن بهذه الدعوى، ممثلة برئيس مجلس الوزراء والوزراء، طبقاً للمادة (٦٥) من القانون الأساسي الفلسطيني، وعليه فقد تم رد الطعن بعدم إشراك الحكومة بالدعوى، باعتبارها من ذوي الشأن، لتقول كلمتها بالطعون الموجهة إلى التشريعات والقوانين التي تكون قد أصدرتها أو شاركت في وضعها.^{٣٢}

وبالنظر إلى الطعن السابق يتبيّن لنا عدم مقدرة المحكمة العليا بالوقت الحالي، على توفير الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة وضمان عدم المساس به، فعلى الرغم من قيام المحكمة - بالطعن المذكور أعلاه - بمنح نفسها صلاحية النظر بمدى دستورية القوانين المطعون بعدم دستوريتها، ومدى تعارضها مع الحق الدستوري بمحاكمة عادلة، إلا أنها أثرت ألا تقوم بدورها ومهمتها السامية، ألا

وهي حماية الحقوق والحراء المنصوص عليها بالدستور، من خلال الرقابة على دستورية القوانين والعمل على محاولة تفسير نصوص الدستور ذات العلاقة بهذه الحقوق والحراء.

فقد رفضت المحكمة النظر بالطعن بعدم دستورية القوانين المذكورة أعلاه من ناحية موضوعية لأسباب شكلية غير منطقية، فما هي علاقة الحكومة القائمة في فترة وجود وقيام السلطة الوطنية الفلسطينية، بقوانين تم إقرارها من قبل منظمة التحرير خارج الأراضي الفلسطينية! ولماذا لم تقم المحكمة العليا برد الطعن الدستوري رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥^{٣٣} بذرية عدم انعقاد الخصومة على الرغم من عدم إشراك الحكومة بهذه الدعوى؟

من خلال ما سبق نستنتج أن المحكمة أثرت ألا تتطرق للنظر بمدى دستورية القوانين المطعون بعدم دستوريتها، بصورة غير مباشرة، على الرغم من أهمية الحق الدستوري الذي تم انتهائه من قبل هذه القوانين ألا وهو الحق بمحاكمة عادلة، وذلك لأسباب سياسية بحثه، تتعلق بمكانة ودور ما يصدر عن الفاعل الدولي المعترض به بصفته حركة تحرر، وهو منظمة التحرير الفلسطينية بصفتها الممثل الشرعي للشعب الفلسطيني، وذلك لأن قيام المحكمة الدستورية بال تعرض لقوانين صادرة عن منظمة التحرير والحكم بعدم دستوريتها، سيؤكّد سمو القانون الأساسي الفلسطيني، مما يعني التخلّي عن المنظمة وعن الشّتات لصالح مؤسسات الداخل المتمثّلة بمؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية، وهذا ما لا تريد السلطة الوطنية الفلسطينية قوله أو تبنيه، في ظل استمرار الاحتلال الإسرائيلي من جهة، واستمرار تشتت الفلسطينيين بالدول العربية من جهة أخرى.^{٣٤}

مما يؤكّد ويعزّز حاجتنا لتشكيل محكمة دستورية مستقلة، قائمة على أسس النّزاهة والشفافية، لتشكل الدرع الحامي للحقوق والحراء المنصوص عليها بالدستور، لضمان عدم انتهاكها والمساس بها.

أما وفي حال تم تشكيل المحكمة الدستورية العليا في فلسطين على أساس من الشفافية والنّزاهة، وتولت النظر بقضية دستورية ذات علاقة بالحق الدستوري بمحاكمة عادلة، نتوقع ونأمل أن تعمل هذه المحكمة على حماية هذا الحق بكافة الطرق والسبل القانونية التي يسمح بها الإطار القانوني الناظم لعملها، بإتباع آليات الرقابة على دستورية القوانين، من خلال ما يلي:

- قيام المحكمة بالتصدي لكافة التشريعات - التشريعات الأولى والثانوية - المخولة بالحق بمحاكمة عادلة من خلال التحقق من مدى مخالفتها للقانون الأساسي، تمهدًا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر، أو لإنزالها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها، وذلك لضمان احترام

- هذا الحق وعدم انتهاكه، استناداً إلى نص المادة (١٤) من القانون الأساسي والتي تضمنت النص على الحق بمحاكمة قانونية تُكفل فيها ضمانات الدفاع.
- ستعمل المحكمة على البت بالطعون المتعلقة بعدم دستورية المراسيم والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية والمنشأة للقضاء الاستثنائي، والحكم بعدم دستوريتها وإلغائها وبالتالي إلغاء الأساس القانوني الذي تقوم عليه المحاكم الاستثنائية، مما يعني بطلان القرارات والأحكام والإجراءات الصادرة عنها بحق الأفراد.
 - إتاحة المجال للأفراد للطعن بالأحكام الصادرة عن القضاء الاستثنائي أمام المحكمة الدستورية، والتي بدورها ستعمل على التصدي مثل هذه الأحكام لكونها جاءت مخالفة لما جاء بالقانون الأساسي بالمادة (٣٠) والتي تنص على: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، وكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ...".^{٣٦}
 - وذلك استناداً على كلمة "وغيرها" المنصوص عليها بالمادة (١٠٢) من القانون الأساسي ذات العلاقة باختصاصات المحكمة الدستورية، إذا ما تم تفسيرها بشكل واسع.
 - ستعمل المحكمة على تفسير مدى إلزامية الحق بمحاكمة عادلة المنصوص عليه بالقانون الأساسي، باعتباره أحد حقوق الإنسان الأساسية وللزمه انطلاقاً من المادة (١٠) بالقانون الأساسي الفلسطيني والتي تنص على: "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام".^{٣٧} وذلك تعزيزاً لأحد أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الدستورية القائم بالنظام الفلسطيني وهو: «احترام حقوق الإنسان». مما يعني عدم جواز انتهاك هذا الحق من قبل أي سلطة من السلطات الثلاث بوصفه أحد الحقوق الأساسية ذات الصلة بالكرامة الإنسانية، والذي يقوم على الموازنة ما بين حق الفرد بالحرية من ناحية، وحق الجماعة بالدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى.
 - ونرى أنه من الممكن أن يُفسر القضاء الدستوري مستقبلاً، معيار الحق بمحاكمة عادلة بأنه: "مجموعة من الضمانات الأساسية التي تكفل بتكميلها وتوافقها تحقيق العدالة، بوجه يتفق مع القواعد والمعايير المعمول بها بالمواثيق الدولية الحديثة.

نستنتج مما سبق إمكانية المحكمة الدستورية مستقبلاً القيام بحماية الحق بمحاكمة عادلة من خلال إتباع الطرق والأساليب المطروحة أعلاه، في سبيل المحافظة على هذا الحق وحمايته، مع ضرورة التنبه إلى عدم تغليب ذريعة المصلحة العامة في سبيل المساس بهذا الحق، بوصفه أحد الحقوق الدستورية الأساسية التي تحميها الدساتير، إذ نرى أن احترام هذا الحق وعدم المساس

به، سيؤدي إلى حماية المجتمع ككل، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة بصورة تكاملية تؤدي بالنتيجة إلى تحقيق العدالة.

ولكن الغائب في هذا النقاش هو البحث في معاني العدالة المترتبة على احترام الحق بمحاكمة عادلة، إذ تكتسب العدالة معنى كأنه طبيعي مما يحول دون التشكيك بالمصطلحات الكونية والمطلقة التي تحكر الاصطلاح القانوني من خلال تصوير نفسها على أنها مطلقة وغير قابلة للبحث في معطياتها. مما يتتيح المجال لدراسة هذا الموضوع مستقبلاً في دراسات أخرى. فهل يضمن الالتزام بالحق بمحاكمة عادلة تحقيق العدالة فعلاً؟ وعن أي عدالة نتحدث؟ وما هي معاني العدالة الناتجة عن ضمان هذا الحق؟

إن هذا السؤال يبقى في رأينا مطروحاً للدراسة، والاستقصاء والتتبع، من قبيل الباحثين والدارسين للحق والقانون.

الخاتمة

في ضوء ما سبق ومن خلال دراسة موضوع الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة في ظل أحكام القانون الأساسي الفلسطيني.

فقد توصلنا إلى عدة نتائج نجملها بما يلي:

١. أن أساس حق المتهم في محاكمة عادلة يعود إلى التسليم بأصلية براءة الإنسان، فإن قرار مبدأ الأصل في الإنسان البراءة – قرينة البراءة – يفسر جميع ما يرتكز عليه حقه في محاكمة عادلة من ضمانات، ويفصل بينها بغير تضاد.
٢. أن الواقع الفلسطيني يعاني من وجود قضاء استثنائي، ينتهك حق المواطن بالمثل أمام قاضيه الطبيعي تماشياً مع الحق بمحاكمة عادلة، وإن وجود قضاء استثنائي ينظر بقضايا المواطنين المدنيين، يؤدي إلى انتهاك حق الإنسان بمحاكمته قانونية وعادلة أمام قاضيه الطبيعي، بصورة تخل بتحقيق ضمانات المحاكمة العادلة، وعادة ما يكون هدف لجوء السلطة التنفيذية إلى إنشاء المحاكم الاستثنائية، هو فتح الباب أمام تطبيق إجراءات استثنائية لا تتماشى مع المعايير العادلة للمحاكمة العادلة، بالإضافة إلى تحقيق الأجندة السياسية الاستبدادية لمصلحة السلطة التنفيذية.
٣. إن قيام السلطة التنفيذية بإيجاد قضاء استثنائي على خلاف القضاء الطبيعي للأفراد، يشكل

انتهاكاً مبدأ الفصل بين السلطات، والذي يحظر على أي سلطة من السلطات الثلاث أن تحكر السلطة و تستأثر بها.

٤. إن قيام القانون الأساسي بالنص على الحق بالمحاكمة العادلة، يكفل الحماية الدستورية الكاملة لهذا الحق، إذ لا يجوز لأي سلطة من السلطات الثلاث أن تمس بهذا الحق بأي صورة كانت وبأي شكل من الأشكال، ويقع باطلًا كل ما يخالف ما نص عليه القانون الأساسي من احترام لهذا الحق.

٥. عدم مقدرة المحكمة العليا بالوقت الحالي، على توفير الحماية الدستورية للحق بمحاكمة عادلة وضمان عدم المساس به، وذلك لأسباب سياسية بحثه، مما يؤكد حاجتنا لتشكيل محكمة دستورية مستقلة قائمة على أساس من النزاهة والشفافية.

٦. في حال تم تشكيل المحكمة الدستورية العليا في فلسطين على أساس من الشفافية والنزاهة، وتولت النظر بقضية دستورية ذات علاقة بالحق الدستوري بمحاكمة عادلة، تتوقع أن تعمل هذه المحكمة على حماية هذا الحق بكلفة الطرق والسبيل القانونية، وذلك من خلال التصدي لكل ما يمكن أن يمس هذا الحق الدستوري بوصفه أحد الحقوق الأساسية للمواطن من خلال:

- إمكانية التصدي لكافة التشريعات - التشريعات الأولية والثانوية- المخلة بالحق بمحاكمة عادلة من خلال التحقق من مدى مخالفتها للقانون الأساسي، تمهدًا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر، أو لإلغائها إذا كان قد تم إصدارها.

- البت بالطعون المتعلقة بعدم دستورية المراسيم والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية والمنشأة للقضاء الاستثنائي، والحكم بعدم دستوريتها وإلغائها وبالتالي إلغاء الأساس القانوني الذي تقوم عليه المحاكم الاستثنائية، مما يعني بطلان القرارات والأحكام الصادرة عنها بحق الأفراد.

- قيام الإفراد بالطعن بالأحكام الصادرة عن القضاء الاستثنائي أمام المحكمة الدستورية، والتي بدورها ستعمل على التصدي لمثل هذه الأحكام لكونها جاءت مخالفة لما جاء بالقانون الأساسي، استناداً للتفسير الواسع لاختصاصات المحكمة الدستورية.

- العمل على تفسير إلزامية الحق بمحاكمة عادلة باعتباره أحد حقوق الإنسان الأساسية والملزمة، وذلك تعزيزاً لأحد أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الدستورية القائم بالنظام الفلسطيني، وبالتالي عدم جواز انتهاك هذا الحق من قبل أي سلطة من السلطات الثلاث بوصفه أحد الحقوق المتعلقة بالكرامة الإنسانية.

وقد توصلنا في ختام هذا البحث إلى الاستنتاجات التي نراها هامة بكل صدق وحق، والتي عرضناها في نقاط بالنتائج والتوصيات أعلاه، والتي تكفل في رأينا الحق لكل مواطن فلسطيني في محاكمة عادلة، تكفل تحقيق العدالة فعلاً، وأن لا تبقى مجرد نصوص دستورية تطبق بصورة مجزوءة، لأسباب مختلفة يعاني منها الواقع الفلسطيني، فإننا نأمل أن يؤخذ بذلك الاستخلاصات والتوصيات، من جانب قضاة المحكمة الدستورية -المأمول قيامها- عند قيامها بالنظر بقضية دستورية تتعلق بالحق بمحاكمة عادلة.

الهوامش

١. عمر الحديسي، حق الإنسان في محاكمة عادلة دراسة مقارنة (عمان: دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٥).
٢. حاتم بكار، حماية حق المتهم بمحاكمة عادلة الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٧.
٣. الحديسي، حق الإنسان في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ٨٦.
٤. المراجع السابق، ٨٧.
٥. بكار، حماية حق المتهم بمحاكمة عادلة، مرجع سابق، ٥٤.
٦. الحديسي، حق الإنسان في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ٨٨.
٧. الحديسي، حق الإنسان في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ٩١.
٨. بكار، حماية حق المتهم بمحاكمة عادلة، مرجع سابق، ٥٨.
٩. محمود حسني، حقوق المتهم وضماناته في مرحلة المحاكمة (القاهرة: المجلس الأعلى للثقافة، ١٩٩٦).
١٠. المراجع السابق، ٣٢.
١١. فلسطين، القانون الأساسي الفلسطيني المعديل لسنة ٢٠٠٣. (مجلة الواقع الفلسطيني: تاريخ ١٩/٣/٢٠٠٣).
١٢. الأردن، قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ م. (الجريدة الرسمية الأردنية: عدد ١٤٨٧، ١/٥/١٩٦٠).
١٣. فلسطين، قانون العقوبات رقم (٧٤) لسنة ١٩٣٦ م. (مجلة الواقع الفلسطيني: عدد ٦٥٢، ١٤/١٢).
١٤. فلسطين، قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ م. (مجلة الواقع الفلسطيني: عدد ٦٢، ٢٥/٣).
١٥. غاندي رباعي، احتجاز المدنيين لدى الأجهزة الأمنية الفلسطينية بقرار من هيئة القضاء العسكري، كانون الأول، تقرير صادر عن الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ٢٠٠٨).
١٦. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، تقرير حول قضایا محالة إلى المحاكم العسكرية ومحاكم أمن الدولة بسبب ضغط الرأي العام، آب، (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ٢٠٠٠).
١٧. رباعي، احتجاز المدنيين لدى الأجهزة الأمنية، مرجع سابق.
١٨. القانون الأساسي الفلسطيني، مصدر سابق، المادة (١٠١/٢).
١٩. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، تقرير حول قضایا محالة إلى المحاكم العسكرية، مرجع سابق.
٢٠. مؤسسة أمان، تقرير حول إشكاليات الفصل بين السلطات بالنظام السياسي الفلسطيني (حالة السلطة القضائية)، (رام الله: مؤسسة أمان، ٢٠٠٧).
٢١. محمد عبد الوهاب، مبادئ النظم السياسية، (بيروت: منشورات الحلبي، ٢٠٠٢).
٢٢. القانون الأساسي الفلسطيني، مصدر سابق، المادة (٢): " الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي".

٢٣. مؤسسة أمان، تقرير حول إشكاليات الفصل بين السلطات بالنظام السياسي الفلسطيني (حالة السلطة التشريعية، (رام الله: مؤسسة أمان، ٢٠٠٧)، ص ٣.
٢٤. أمين صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون "دراسة مقارنة"، (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٢)، ٧٧.
٢٥. صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق.
٢٦. نفيض المدانا، قيمة الاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان، (عمان: المركز القانوني الأردني، ١٩٨٩).
٢٧. محمد القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦).
٢٨. صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ٣٠٨.
٢٩. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، مصدر سابق، المادة (١٠٣).
٣٠. المصدر السابق، المادة (١٠٤).
٣١. فلسطين. قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦. (مجلة الواقع الفلسطيني: عدد ٦٢. تاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٥).
٣٢. الطعن الدستوري رقم (١)، لسنة ٢٠٠٩.
٣٣. الطعن الدستوري رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥.
٣٤. عاصم خليل، "دور الرقابة الدستورية في تعزيز دولة القانون: الحالة الفلسطينية" ورقة قدمت إلى مؤتمر دولي أعدته وزارة العدل الفلسطينية. فلسطين: ٢٥-٢٦. تشرين الأول، ٢٠٠٨.
٣٥. القانون الأساسي الفلسطيني، مصدر سابق، المادة (٣٠).
٣٦. القانون الأساسي الفلسطيني، مصدر سابق، المادة (١٠).

طبيعة القرار الصادر عن النائب العام بالمنع من السفر

المحامي

جمال الخواجا - غزة

تقديم:

تهدف الدراسة للتعرف على الجهة المختصة بتعقيب ومراجعة القرار الصادر بالمنع من السفر عن النيابة العامة، وذلك من خلال البحث في طبيعة قرار المنع من السفر الصادر من النائب العام، وهل هو قرار قضائي أم قرار إداري.

حيث قدمنا في الدراسة إيجازاً عن الأصل القانوني لإصدار قرار المنع من السفر للأشخاص الطبيعيين من خلال تأصيل قانوني للنصوص القانونية التي تمنح للجهات القضائية إصدار قرار المنع من السفر وكيفية تنفيذه، كما أثنا قمنا بالدراسة بالاعتماد على المبادئ الدستورية - القانون الأساسي - التي يقوم عليها النظام القانوني الفلسطيني وذلك من خلال بيان للنصوص التي تحدث عنها القانون الأساسي لاسيما النصوص القانونية التي تتحدث عن حرية التنقل باعتباره حقاً دستورياً مصوناً لا يجوز حرمان أي شخص منه إلا وفقاً للأصول القانونية التي يبينها ويحددها المشرع، لاسيما المادة (٢٠) التي تبين أنه لا يجوز تقييد الحرية أو المنع من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون أي أن المنع من التنقل يجب أن يكون بالكيفية التي ينظمها القانون وما عدتها فانه يصدر مخالفًا لما أوجبه النصوص القانونية والدستورية، وبيننا انه لا يمكن باى حال من الأحوال أن يتم الاصطلاح على القرار الصادر بالمنع من التنقل دون سند صريح من القانون يخول النائب العام بإصدار قرار المنع من السفر انه قرار قضائي لا تعقيب عليه لمحكمة العدل العليا - القضاء الإداري - كونه لا اختصاص ولاي لها.

كذلك بينما في الدراسة بان ليس كل ما يصدر عن النيابة العامة من قرارات هي قرارات ذات صبغة قضائية ذلك أن ما اختصت به من اختصاصات وفقاً للنصوص القانونية كإجراءات القبض والتفتيش تبقى اختصاصات ذات صبغة قضائية لا معقب عليها لمحكمة العدل العليا، إما ما لم ينص عليه القانون من اختصاصات كأن نقول وفقاً للقواعد العامة فذلك لا سند تشريعي له وهذا ما أكدته وما دعمنا به دراستنا من سوابق قضائية صادرة عن المحكمة الدستورية المصرية العليا والمحكمة الإدارية العليا بمصر ومحكمة العدل العليا في قطاع غزة.

حيث اجتمعت السوابق القضائية على نتيجة واحدة رغم اختلاف النصوص القانونية المعهود بها في جمهورية مصر والمعهود بها في فلسطين، إلا أن ما أكدت عليه السوابق القضائية المصرية من أن إجراء المنع من السفر هو إجراء خطير لم ينظمه القانون وعليه يبقى ذلك الإجراء خاضعا لرقابة القضاء الإداري ولا يعتبر قراراً قضائياً لا اختصاص ولا ينطوي للقضاء الإداري للتعقيب عليه.

طبيعة قرار المنع من السفر الصادر عن النائب العام وفقاً لأحكام القوانين الفلسطينية

حقائق قانونية

- لم يرد في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية أية إشارة صريحة أو ضمنية تखول النائب العام صلاحية قانونية بموجبها يحق له إصدار قرار المنع من السفر.
- لم تنظم التشريعات الفلسطينية أو أمر المنع من السفر من خلال نصوص قانونية واضحة الدلالة تشير إلى الأحوال التي يجوز فيها إصدار القرار أو التظلم أو الطعن فيه وما هي المد التي يسري فيها قرار المنع من السفر إلا ما ورد في قانون أصول المحاكمات وما ورد في قانون ضريبة الدخل.

قانون ضريبة الدخل رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٤ م
المادة (٤٢)

يصدر منع سفر المكلف لغرض ضمان تحصيل الضريبة المستحقة عليه، بقرار من المحكمة المختصة بناء على طلب يتقدم به المديون بعد موافقة الوزير وموضحاً أسباب طلبه ومبرراته.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١
مادة (١١١)

يجوز لقاضي الأمور المستعجلة عند إصدار قراره بمنع المستدعى ضده من السفر بناءً على أسباب جدية تدعو إلى الاعتقاد بأنه على وشك مغادرة فلسطين أن يكلف المستدعى بتقديم كفالة مالية لضمان ما قد يصيب المستدعى ضده من عطل أو ضرر إذا ثبت أن غيره محق في دعواه.

مادة (٢٧٧)

إذا اقتنعت المحكمة بناءً على ما قدم إليها من بيات بأن المدعى عليه أو المدعى الذي أقيمت ضده دعوى متقابلة قد تصرف بجميع أمواله أو هربها إلى خارج فلسطين وأنه على وشك أن يغادرها وذلك بقصد عرقلة تنفيذ أي قرار قد يصدر في حقه جاز لها أن تصدر مذكرة تأمره بالمثل أمامها

وإن تكفله بتقديم كفالة مالية تضمن ما قد يحكم به عليه، فإذا امتنع عن تقديم الكفالة تقرر منعه من مغادرة البلاد لحين الفصل في الدعوى.

مادة (٢٧٨)

تكون القرارات الصادرة في الحجز التحفظي أو تعين قيمة أو المنع من السفر قابلة للاستئناف.

القانون الأساسي ٢٠٠٣

لقد جاءت أحكام القانون الأساسي والتي تمتلك أحكامها سموا على باقي التشريعات والقوانين، بأحكام متميزة حيث نصت المادة ٢ الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون.

مادة (٦)

مبادئ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص.

مادة (١٠)

١. حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام.

مادة (١١)

١. الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مكفولة لا تمس.

٢. لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة ال羶س الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو ال羶س في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون.

مادة (٢٠)

حرية الإقامة والتنقل مكفولة في حدود القانون.

مادة (٢٨)

لا يجوز إبعاد أي فلسطيني عن أرض الوطن أو حرمانه من العودة إليه أو منعه من المغادرة أو تجريدته من الجنسية أو تسليمها لأية جهة أجنبية.

مادة (١٠٧)

١. يتولى النائب العام الدعوى العمومية باسم الشعب العربي الفلسطيني ويحدد القانون اختصاصات النائب العام وواجباته.

وحيث أن ما يستقرأ وما يفهم من تلك النصوص القانونية على أنها تشير إلى حماية مبدأ سيادة القانون وانه يمثل المبدأ السائد أى انه لا سلطان لأي سلطة أو جهة إلا بموجب ما يخولها القانون من اختصاص وصلاحيات كما بينت أحكام القانون الأساسي أن الحريات الشخصية مصونة وتتمتع بالحماية القانونية وأن كل حرية مكفولة في الحدود التي يضعها القانون والذي يكون وليد لإرادة المشرع عبر الطرق الدستورية كونه صاحب السلطة لإقرار القوانين.

وحيث أن قانون الإجراءات الجزائية هو الشريعة العامة لاختصاصات النائب العام و للاختصاصات التي تتولاها النيابة العامة والتي بموجبها خولت صلاحية مباشرة الدعوى الجزائية منذ بدء مرحلة جمع الاستدلالات وصولاً إلى التحقيق الابتدائي حتى تقديم المتهم إلى المحاكمة (التحقيق النهائي) وإصدار حكم قضائي وتنفيذه، بعد استنفاد طرق الطعن القانونية وحيث أن القرارات والإجراءات التي تتخذها النيابة العامة بحكم وظيفتها القضائية المحددة بموجب نصوص تشريعية تكون من صميم الأعمال القضائية وأما ما عداها من استحداث اختصاصات لم ينص عليها القانون تحت عنوان القواعد العامة فإنها تكون قرارات إدارية، وعلى سبيل البيان نورد-

قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ .

نظم قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية في المادة ٧٣ أحوال رد المضبوطات والجهة التي لها حق طلب الرد ،والجهة المكلفة بإصدار قرار الرد .

مادة (٧٣)

١. يجوز أن ترد المضبوطات ولو كان ذلك قبل الحكم ما لم تكن لازمة لسير الدعوى، أو محلا للمصادرة الوجوبية وذلك بناء على طلب من كانت له حيازتها وقت ضبطها.

٢. إذا كانت المضبوطات هي التي وقعت عليها الجريمة أو تحصلت منها، فيكون ردتها إلى من فقد حيازتها بالجريمة، مالم يكن من ضبطت معه الحق في حبسها وفقاً للقانون.

مادة (٧٤)

يصدر الأمر بالرد من النيابة العامة، ويجوز للمحكمة أن تأمر بالرد أثناء نظر الدعوى.

مادة (٧٥)

- يجب أن يتضمن الأمر بحفظ الأوراق أو الحكم الصادر في الدعوى، كيفية التصرف في المضبوطات.

أحوال التظلم من قرار حفظ الدعوى من قبل المدعى بالحق المدني.

مادة (١٥٣)

١. يجوز للمدعى بالحق المدني التظلم من القرار الصادر بحفظ الدعوى بطلب يقدم منه إلى النائب العام.
٢. يفصل النائب العام في طلب التظلم خلال شهر من تاريخ تقديمها بموجب قرار نهائي منه.
٣. يجوز للمدعى بالحق المدني استئناف قرار النائب العام أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى ويكون قرارها نهائية، فإذا ألغت المحكمة القرار تعين نظر موضوع الدعوى أمام هيئة أخرى.
 - تنظيم الأصول القانونية لوضع أموال المتهم الفار تحت التحفظ.

مادة (٢٨٩)

١. في الحالات التي تقوم فيها من التحقيق أدلة كافية على جدية الاتهام في أي من الجرائم التي تقع على الأموال العامة للنائب العام متى قدر أن الأمر يقتضي اتخاذ تدابير تحفظية على أموال المتهم الفار أن يعرض الأمر على المحكمة الجزائية التي يجوز لها أن تقرر وضع أمواله وممتلكاته تحت التحفظ ومنعه من التصرف فيها.
٢. يجوز للمحكمة بناء على طلب النائب العام أن تشمل في قرارها أموال وممتلكات زوج المتهم الفار وأولاده القصر متى توافرت لديها أدلة كافية على أنها متحصلة من الجريمة موضوع التحقيق.
٣. أ. تعين المحكمة من يدير الأموال المتحفظ عليها بعد جردها بحضور ممثلي النيابة العامة والخبر الذي تنتدب به المحكمة.
ب. يلتزم من يعين للإدارة بالمحافظة على الأموال المتحفظ عليها وحسن إدارتها وردها مع غلتها عند انتهاء مدة التحفظ.

٤. يجوز لكل ذي مصلحة أن يتظلم من قرار المحكمة المشار إليه في الفقرات (١) و (٢) و (٣) أعلاه خلال شهر أمام المحكمة التي أصدرته.
٥. خلال مدة وجود أموال المتهم الفار تحت التحفظ يعطى زوجه وأولاده ووالداته ومن يعولهم شرعاً نفقه شهرية من إيرادات أملاكه تحددها المحكمة المختصة، كما يجوز للمدعى بالحق المدني أن يستنصر من هذه المحكمة قراراً باستيفاء مقدار مؤقت من التعويضات المحكوم بها مقابل كفالة أو بدونها. وحيث أن النيابة العامة لا تستنهض ولايتها بشأن المنع من السفر إلا وفقاً لقانون ينظم القواعد الموضوعية والشكلية لإصدار تلك القرارات التي تمس الأشخاص بحرياتهم الشخصية التي كلفها القانون في حين لم ينص القانون على تخويل النائب العام صلاحية إصدار قرار المنع من السفر.

وعلى ذلك فإنه في حال غياب القانون فإن ما يصدر عن النيابة العامة من قرار بالمنع من السفر هو مجرد إجراء إداري وبذلك يستقيم أن يعرف القرار الصادر عن النيابة العامة في هذا الخصوص (منع من السفر) بأنه قرار إداري وبذلك تكون محكمة العدل العليا ذات اختصاص في نظر الطعن في قرار المنع من السفر الصادر من النائب العام ذلك ان المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا هي صاحبة ولایة عامة في نظر المنازعات الإدارية وإلغاء أي قرار إداري وفقا لـأحكام النصوص القانونية التالية بيانها.

القانون الأساسي

مادة (٢١٠)

يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها.

مادة (١٠٤)

تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة.

قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ م

مادة (٢)

١. تنظر المحاكم النظامية في فلسطين في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى بنص قانوني خاص، وتمارس سلطة القضاء على جميع الأشخاص. ٢- تحدد قواعد اختصاص المحاكم وتبادر اختصاصها وفقاً للقانون.

مادة (٣٣)

تحتفظ محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: ٢- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الملاسة للأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية. ٦- سائر المنازعات الإدارية.

قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ م

مادة (٧)

يحدد القانون طرق تشكيل المحاكم واحتياطاتها.

مادة (١٤)

تنظر المحاكم النظامية في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى بنص خاص، وتمارس سلطة القضاء على جميع الأشخاص.

وحيث أن المادة ١١ من القانون الأساسي قد عهدت إلى السلطة التشريعية تقدير المقتضى القانوني والإجراءات والسبيل القانونية لحبشة وضبط حرية التنقل وفقاً لأسس قانونية منصوص عليها في القوانين بنصها على:

١. الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مكفولة لا تمس. ٢- لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون).

وحيث أن حرية الانتقال هي من الحريات العامة التي تلزم أي شخص طبيعي وهو أقل حق يحمله الإنسان فيكف أن كان هذا الإنسان هو مواطن دولة هي ملزمة بحماية وتوفير الحياة الكريمة له.

وحيث أن تقييد تلك الحرية إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها الطبيعية بتقويض صحيح بنيانها ولما كان القانون الأساسي عهد إلى السلطة التشريعية تقدير ذلك المقتضى ولازم ذلك الامر ان الاصل هو حرية التنقل وان الاستثناء هو المنع منه (الا بأمر قضائي) وفقاً لأحكام القانون.

وحيث أن محاولة بنيان صلاحيات و اختصاصات بدون أسس قانونية إنما هو بنيان على أساس غير سليمة ولا تحمل الا معنى التغول واغتصاب السلطة.

كما لا ننكر ان امر المنع من السفر الصادر عن النائب العام هو إجراء احترازي هام (إداري) وهو أمر وقائي لضمان امن المجتمع و الامن العام وذلك لضمان الامن القومي او الامن الاقتصادي كما ان المنع من السفر ليس عقوبة لانه لم ينص عليه في قانون العقوبات لذلك لا يشترط لصدره الاتهام بوقائع محددة.

وعلى ذلك و في ظل وجود فراغ تشريعي فإنه ينعقد اختصاصاً ولائياً للمحكمة العليا (عدل عليا) بنظر الطعن في قرار المنع من السفر. هذا بالإضافة إلى ان اتصال المحكمة بالدعوى الجنائية لا يكون الا بعد تصرف النيابة بالتحقيقات وايداع لائحة الاتهام لدى المحكمة.

وبدورنا نضع هنا تساؤلاً قانونياً يتمثل في أنه لو افترضنا ان قرار النائب العام بالمنع من السفر هو اجراء قضائي فما هي الجهة التي سيطعن لديها او يتم الاعتراض لديها في حال تبين ان هناك

اخلاً أو تعسفاً في اصدار مثل هذا القرار وما هي الفترة التي يجوز خلالها الطعن في ذلك القرار يترب على ذلك تساؤل آخر يتمثل في الاجابة على ما هو السند القانوني لكي يمتلك النائب العام تشريعياً صلاحية اصدار قرار يصبح بالصبغة القضائية.

هذا بالإضافة إلى أن قانون الإجراءات الجزائية لم يعطى النيابة العامة سوى فترة ٤٨ ساعة لكي تقوم بتقييد حرية المتهم أو المشتبه به وتوقيفه، فهل يعقل أن نقول أن القانون أعطى للنائب العام صلاحية إصدار قرار يصطبغ بصبغة القرار القضائي في المنع من السفر وفقاً للقواعد العامة، ذلك أن الواقع العملي سيشهد صعوبة في ظل عدم وجود نص يبين أن للنائب العام تلك الصلاحية في التعاطي مع الطعن في ذلك القرار، خاصةً لمن يكونوا في دائرة الاشتباہ دون أدلة دامنة ويكون لديهم أمر طارئ أو يحتاجون للانتقال للخارج لإجراء فحوصات طبية مستعجلة على سبيل المثال ويكون ماسبق قبل أن يتم إيداع لائحة الاتهام فلن يجدوا جهة قضائية غير محكمة العدل العليا مختصة في إلغاء أو تقرير صحة قرار المنع من السفر، ذلك أن المحكمة الجزائية (المختصة) لا ينعقد لها اختصاص بدون وجود نص قانوني صريح أو بدون اتصالها بالدعوى (بعد إيداع لائحة الاتهام)، ولو افترضنا أن لائحة الاتهام تم إيداعها فما هو الأصل أو السند القانوني لتقديم طلب رفع قرار المنع من السفر وكيف سيتم استئنافه وما هي المدة التي يستأنف خلالها، وأخيراً إلى أي نصوص جزائية سيستند النائب العام لبيان دفاعه عن أحقيته في إصدار قرار قضائي بالمنع من السفر.

اما من حيث علة أنه من الممكن أن يقوم المتهم بالهروب من تنفيذ حكم قضائي، فالرد يسير؛ هو أن يتم إرسال نسخة من الحكم وأمر قبض لهيئة المعاشر.

وهنا سوف نبدأ بإجراء بعض المقارنات بين النصوص القانونية في كل من القانون الأساسي الفلسطيني وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والدستور المصري وقانون الإجراءات الجنائية المصري. حيث نجد أن المادة ١١ من القانون الأساسي تنص على:

١. الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مكفولة لا تمس.
٢. لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون.

في حين تنص المادة ٤١ من الدستور المصري على الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي

قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزم ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون.

وقد بينت أحكام الدستور المصري على أنه لوكيل النيابة اصدار قرار بالمنع من السفر قرار خلت نصوص قانون الاجراءات الجنائية من ما يشير بتصريح النص أو غموضه إلى اسناد صلاحية قضائية لاصدار قرار منع السفر وبيان كيفية الطعن فيه، في حين أن قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ قد نص على اتخاذ اجراءات (تحفظية) وهي التي فتحت الباب لاعتبار قرار المنع من السفر ليكون بمثابة قرار قضائي في حينه (الغيت الفقرة الاولى من المادة ٢٠٨ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري بموجب حكم محكمة دستورية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية اكتوبر ١٩٩٦) مرفق في نهاية الدراسة نسخة عن الحكم.

وانطلاقاً من هذه الفروق في النصوص التشريعية للنصوص القانونية سوف تقوم الأن بالتعريج على ما قاله القضاء المصري في أوامر وقرارات المنع من السفر من خلال السوابق القضائية الصادرة عن المحكمة الدستورية أو المحكمة الإدارية العليا مع ضرورةأخذ ما سبق بيانه من فروق في النصوص القانونية حيث سنعرض القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية (دستورية، عدم دستورية) والقضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية.

ولما كان لازماً أن نبين التفرقة بين الأعمال القضائية التي تؤديها النيابة وهي التي حدتها نصوص قانون الاجراءات الجزائية من توجيه الاتهام، وإجراءات التحقيق وإجراءات القبض والتفتيش حبس (توقيف احتياطي) والتصرف بالتحقيق والطعن بالأحكام القضائية واستئنافها ونقضها أي أن الاختصاصات المخولة لها قانوناً تكون اجراءات قضائية.

ولما كانت القواعد العامة في الاختصاص - المادة ١٤ من قانون السلطة القضائية والمادة ٢ من قانون تشكيل المحاكم تشير إلى أن "تنظر المحاكم في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى بنص خاص، ولما كانت المادة ٣٣ من قانون تشكيل المحاكم تنص تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي :

١. 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.
٢. سائر المنازعات الإدارية تطبيقاً لقاعدة صاحب الأصل هو صاحب الفرع.

واخيراً نبين اننا لا ننكر أن للسلطة أن تقوم بما هو ضروري لصيانة المجتمع وحماية أمنه وحقوقه المشرعة واتخاذ الاجراءات اللازمة للبقاء على تلك الحماية وبالتالي يكون على الجهات المختصة

أن تستيقن من ما هو منسوب إلى المبلغ ضده حتى لا يقع أي حيف في قرارات السلطات كما يجب البحث فيما كان قرار المنع من السفر هو مندرج ضمن الإجراءات التي أولاها قانون الاجراءات الجزائية فإن خرج الاجراء عن نطاق تلك الاجراءات بما يؤدي إلى المساس بحق دستوري فإنه لا يندرج ضمن القرارات القضائية ويغدو القرار تحت سلطات القضاء لبحثه وتمحيصه كونه لا يوجد سند قانوني في تقييد الحرية مما يدعم ذلك نص المادة (٣٤) من قانون تشكيل المحاكم يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (٣٢) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد وأكثر مما يلي:

١. الاختصاص.
 ٢. مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.
 ٣. التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون.
- كما أنه بالبحث عما إذا كان هناك اختصاص ولائي لنظر محكمة العدل العليا في أي قرار لصدره بالمنع من السفر أم لا نجد أن محكمة العدل العليا لا تنظر في أي قرار قضائي طالما صدر عن النيابة العامة باعتبارها سلطة تحقيق مخولة بالاختصاص وفقاً للقانون، أما ما دون ذلك فان الاختصاص بالطعن في قرار المنع من السفر يكون لمحكمة العدل العليا - كونه لم يتم تنظيم صلاحية النائب العام باصدار قرار منع السفر ومن ثم لا يعتبر قرار قضائي ولما كان المنع من السفر يدخل في حق النيابة في تقييد حرية المتهم في التنقل بصفة عامة ومتى كان ذلك لازماً لصلاحة التحقيق فان ذلك الامر لا ينفي صفة القرار الاداري عن قرار منع السفر، ومما هو أكيد أن توقيف المتهم يحمل صورة اكبر من صور تقييد الحرية وعليه يكون من باب أولى أن يكون للنيابة تقييد هذه الحرية بالنسبة للخارج فقط بمنعه من السفر للخارج دون حبسه احتياطيا مع الأخذ بعين الاعتبار أن قانون الاجراءات بين أن في مادة التوقيف أن للنيابة العامة أن توقف ٤٨ ساعة وما عدا ذلك فهو للقضاء.

وقد أكدت السابقة القضائية رقم ١٤٩ لسنة ٢٠٠٤ والصادرة عن المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة عدل عليا في ردها على الدفع الشكلي المثار من قبل النيابة العامة في شأن الدفع بان القرار الصادر عن النائب العام بایقاع الحجز التحفظي على حساب المستدعى هو قرار قضائي يخرج عن ولاية و اختصاص المحاكم الادارية وبانه إجراء من إجراءات التحقيق صدر طبقاً لنص المادة ٧٣، ٧٤ من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١، وقد بينت السابقة القضائية في حيثياتها على ان القرار المطعون فيه لا يعدو ان يكون قراراً إدارياً لا يندرج ضمن القرارات القضائية التي

تصدرها النيابة العامة وهي بصدق مباشرتها للدعوى العمومية كالقبض والحبس والتفتيش وسماع الشهود واقامة الدعوى الجزائية وحفظها اما القرارات التي تتخذها النيابة العامة خارج هذا النطاق فانها لا تعتبر قرارات قضائية. وتخضع نتيجة لذلك لرقابة القضاء الاداري، وقد توالت الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الادارية في مصر انطلاقاً من هذه المبادئ التي اجمع عليها فقهاء القانون الاداري، وتأسساً على ما تقدم فان المحكمة تجد ان القرار المطعون فيه هو قرار اداري وليس قضائي يندرج ضمن اختصاص القضاء الاداري وبيان الدفع المثار من قبل النيابة العامة في غير محله حري بالرفض.

وعلى ذلك نختم القول بأنه طالما لم يخول الدستور أو القانون الأساسي او قانون الإجراءات الجزائية صلاحية للنائب العام لإصدار قرار منع السفر فان قرار المنع من السفر الصادر في ذلك الشأن يبقى بدون سند قانوني وبذلك فهو قرار إداري محض يتم النظر في مدى مشروعيته أمام محكمة العدل العليا التي لها صلاحية إجابة طلب المستدعي من عدمه في حال توافر المبررات الإدارية لإصدار مثل هذا القرار. وتأكيداً لهذا الفهم نورد عدداً من احكام المحكمة الإدارية العليا المصرية والمحكمة الدستورية العليا المصرية.

أولاً: أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية

١. منع من السفر :

المبدأ: المنع من السفر لا يملكه إلا قاضٍ أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك وينظم القواعد الشكلية والموضوعية لإصداره ومؤدي ذلك: عدم مشروعية قرار المنع من السفر أياً كانت سلطة إصداره طالما لم يصدر وفقاً لأحكام تشريع ينظم قواعد إصداره: " ولما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن النيابة العامة شعبة أصلية من السلطة القضائية، تتولى أعمالاً قضائية أهمها وظيفة التحقيق ثم وظيفة الاتهام أمام المحاكم الجنائية، وأن القرارات والإجراءات التي تتخذها بحكم وظيفتها القضائية تعتبر من صميم الأعمال القضائية، إلا أن النيابة العامة لا تستنهض ولايتها في خصوص المنع من السفر إلا وفقاً لقانون ينظم القواعد الموضوعية والشكلية لإصدار قرارات بذلك. وأنه في غياب هذا القانون، وفي ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١٢ قضائية دستورية بجلسة ١١/٤ م بعدم دستورية نصي المادتين رقمي (٨ و ١١) من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ م في شأن جوازات السفر وكذا بسقوط نص المادة (٣) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ م، فلا تستنهض النيابة العامة هذه الولاية ولا تقوم لها قائمة، ويكون ما تصدره النيابة في هذا الشأن مجرد إجراء فاقد لسنته الدستوري

والقانوني مما تختص محاكم مجلس الدولة باعتبارها صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية وفقاً لنص المادة (١٧٢) من الدستور وقانون مجلس الدولة بمراقبة مشروعيته ووقف تنفيذه وإلغائه حسب الأحوال، وذلك هو عين ما أكدته محكمة النقض في الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ ق بجلسة ١٩٨٨/١١/١٥ م.

- الطعن رقم ٧٧١١ لسنة ٤٧ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٢/٥ م . الدائرة الأولى عليا

× منع من السفر:

المبدأ: المنع من السفر لا يملأ إلا قاضٍ أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك وينظم القواعد الشكلية والموضوعية لإصداره مؤدي ذلك: عدم مشروعية قرار المنع من السفر أياً كانت سلطة إصداره طالما لم يصدر وفقاً لأحكام تشريع ينظم قواعد إصداره:

تطبيق: "من حيث إن لهذه المحكمة قضاء بأن المشرع الدستوري جعل من الحرية الشخصية حقاً طبيعياً يصونه بنصوصه ويحميه بمفاده، فنص في المادة (٤١) منه على أن: "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزم ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون".

ونص في المادة (٥٠) منه على أنه: "لا يجوز أن يحظر على أى مواطن الإقامة فى جهة معينة، ولا أن يلزم بالإقامة فى مكان معين، إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ونص فى المادة (٥١) على أنه: "لا يجوز إبعاد أى مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها . كما نص فى المادة (٥٢) على أن: "للمواطنين حق الهجرة الدائمة أو الموقته إلى الخارج، وينظم القانون هذا الحق، وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد".

ومن حيث إنه فى ضوء هذه المبادئ الدستورية، قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤ من نوفمبر سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ ق دستورية بعدم دستورية نص المادتين (٨) و (١١) من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ م فى شأن جوازات السفر وكذلك بسقوط نص المادة (٣) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ م، استناداً إلى أن حرية الانتقال تنخرط فى مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتضى مشروع إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوض صحيح بنيانها، كما أن الدستور بنص المادة (٤١) منه عهد إلى السلطة التشريعية وحدها تقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك: أن يكون الأصل هو حرية التنقل والاستثناء

هو المنع منه ، وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك وينظم القواعد الشكلية والموضوعية لإصدار الأمر بذلك، في ضوء الضوابط التي وضع الدستور أصولها، وعلى هذا فإن أي نص يخالف هذه الأصول يعتبر منسوباً حتماً بقوة الدستور نفسه باعتباره القانون الوضعي الاسمي.

ومتي كان ذلك، وكان الأمر موضوع الطعن الماثل فيما جرى به من منع الطاعن من السفر لم يصدر وفقاً لأحكام تشريع ينظم قواعد إصدار ذلك الأمر، فإنه يكون قائماً على غير أساس، وإذا ذهب الحكم المطعون فيه إلى غير هذا المذهب فإنه يكون مخالفًا للقانون جديراً بالإلغاء ، ويتعين القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه." وقد تكرر هذا المبدأ في الأحكام الصادرة في :

(الطعن رقم ٥٢١٧ لسنة ٤٩ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٧/٣ مـ . الدائرة الأولى عليا)

(الطعن رقم ١١٠٣٠ لسنة ٤٧ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٦/١٨ مـ . الدائرة الأولى عليا).

(الطعن رقم ١٢١٦٠ لسنة ٤٨ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٤/٩ مـ . الدائرة الأولى عليا).

(الطعن رقم ٣٤٥٨ لسنة ٤٩ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٤/٩ مـ . الدائرة الأولى عليا).

(الطعن رقم ١٥٧٥١ لسنة ٥٠ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٥/٢١ مـ . الدائرة الأولى عليا).

(الطعن رقم ٤٦٢٥ لسنة ٤٩ ق . عليا . جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤ مـ . الدائرة الأولى عليا).

٣ - منع من السفر نيابة عامة

طعن رقم ١٠٩٣٢ لسنة ٤٧ قـ.عـ - جلسة ١ - ١ - ٢٠٠٥

الموضوع : حريات

العنوان الفرعي: منع من السفر- نيابة عامة

المبدأ:

- النيابة العامة شعبة أصلية من السلطة القضائية، تتولى أعمالاً قضائية أهمها وظيفة التحقيق ثم وظيفة الاتهام أمام المحاكم الجنائية، وأن القرارات والإجراءات التي تتخذها بحكم وظيفتها القضائية تعتبر من صميم الأعمال القضائية، إلا أن النيابة العامة لا تنهض ولايتها في خصوص المنع من السفر إلا وفقاً لقانون ينظم القواعد الموضوعية والشكلية لإصدار قرارات بذلك، وأنه في غياب هذا القانون وفي ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بحكمها سالف الذكر فلا تستنهض النيابة العامة هذه الولاية ولا تقوم لها قائمة، ويكون ما تصدره النيابة في هذا الشأن مجرد إجراء فاقد لسنته الدستوري والقانوني مما تختص محاكم مجلس الدولة باعتبارها

صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية وفقاً لنص المادة ١٧٢ من الدستور وقانون مجلس الدولة بمراقبة مشروعه ووقف تنفيذه أو إلغائه حسب الأحوال.

٤- الموضوع: حقوق وحريات

العنوان الفرعى: منع من السفر - حق جهة الإدارة في المنع من السفر إلى دولة يسودها العنف والقتل حماية للمواطنين

المبدأ:

فقرة رقم ١:

- المواد ٤١ و ٥٠ و ٥٢ من الدستور تبين أن المشرع الدستوري قد ارتفق بالحرية في السفر والتنقل في مدارج المشروعية ودفعها إلى مصاف الحقوق والحريات العامة ، فجعل من حرية السفر والتنقل داخل البلاد بوصفها أحد مظاهر الحرية الشخصية حقاً دستورياً مقرراً للفرد لا يجوز المساس به دون مسوغ أو الانتقاد منه بغير مقتضى ، ولا أن يتخد من تنظيم هذا الحق ذريعة للعصف أو التغول عليه، كما أحاط هذه الحرية بسياج قوى من الضمانات التي تكفل حسن رعايتها وتمام ممارستها على أكمل وجه بأن حظر وضع قيود عليها إلا في أضيق نطاق وعلى سبيل الاستثناء ، فلا يجوز منع أحد من التنقل أو السفر إلا لأمر تستلزم ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وبشرط أن يصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو من النيابة العامة وذلك طبقاً لما يصدر بتنظيمه قانون من السلطة التشريعية يحدد إجراءات وضوابط المنع من السفر - السلطات المختصة بجمهورية مصر العربية بحماية أمن المواطنين والحرس على سلامتهم داخل البلاد وخارجها فمن ثم فإنه يكون لها أن ترفض الأذن لأى من المواطنين بزيارة دولة أو منطقة تسودها أعمال العنف والقتل.

ثانياً: أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية

١- قضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية المحكمة الدستورية العليا «دستورية»

نص الحكم

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ الموافق ٨ من شعبان سنة ١٤٢١ هـ

رئيس المحكمة

برئاسة السيد المستشار / محمد ولی الدين جلال

وعضوية السادة المستشارين / حمدى محمد على وعبد الرحمن نصير والدكتور عبد المجيد فياض

وماهر البحيري ومحمد على سيف الدين وعدلي محمود منصور

رئيس هيئة المفوضين وحضور السيد المستشار / عبد الوهاب عبد الرازق

أمين السر وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بعد

أن أحالت محكمة القضاء الإداري ملف الدعوى رقم ١٠٤٣١ لسنة ٥٣ قضائية المقامة من

السيد ة / سماح محمد رافت

ضد

١ - السيد / أيمن إبراهيم عبد اللطيف

٢ - السيد وزير الداخلية

٣ - السيد رئيس مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية

الإجراءات

بتاريخ السابع من ديسمبر سنة ١٩٩٩ ورد إلى قلم كتاب المحكمة ملف الدعوى رقم ١٠٤٣١ لسنة ٥٣

قضائية، بعد أن قضت محكمة القضاء الإداري بجلستها العقدية في ١٩٩٩/١١/٢٣ بوقف الدعوى وإحالته

أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المادتين ١١ و١٨ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون

رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن جوازات السفر والنصوص المرتبطة بهما، وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة

طلب في خاتمتها الحكم برفض الدعوى وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها،

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة

حيث إن الواقع - على ما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعية كانت

قد أقامت الدعوى رقم ١٠٤٣١ لسنة ٥٣ قضائية أمام محكمة القضاء الإداري طالبة الحكم

بوقف تنفيذ ثم بإلغاء قرار وزير الداخلية بإدراج اسمها على قوائم المنوعين من السفر مع

ما يتربى على ذلك من آثار، قوله منها بأنها مصرية الجنسية، وتعمل بإمارة دبي، وتحمل جواز

سفر مصرياً سارى المفعول؛ إلا أنها فوجئت بأن اسمها مدرج ضمن قوائم المنوعين من السفر

بتاريخ ١٩٩٩/٨/٧، وذلك بناء على طلب زوجها المدعى عليه الأول، مما يضر بحقوقها ويمس مستقبلها، وبتاريخ ١٩٩٩/١١/٢٣ قضت محكمة القضاء الإداري بإجابة المدعية إلى طلبهما العاجل، وبوقف الدعوى وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية المادتين ٨ و ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه والنصوص الأخرى المرتبطة بهما، وأقامت قضاها على أن الدستور قد أكد حرية التنقل، وأقر حق المواطنين في الهجرة، وعهد إلى القانون بتنظيم تلك الحرية، وهذا الحق؛ فإذا مخالف المشرع هذا المسلك وفوض السلطة التنفيذية في تحديد شروط وإجراءات منح جوازات السفر للمواطنين، وخلوها الحق في رفض منحهم جواز السفر أو تجديده، فضلاً عن إمكان سحب الجواز بعد إعطائه - وذلك على النحو الوارد بالمادتين ٨ و ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ - فإنه يكون قد وقع في شبهة المخالفة لأحكام المواد ٤١ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ من الدستور؛ وهذه الشبهة تتسبّب بالتبعية على المادة (٣) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ الصادر تنفيذاً لبعض أحكام ذلك القرار بالقانون.

وحيث إن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن جوازات السفر ينص في المادة (١) على أنه: "لا يجوز لمن يتمتعون بجنسية جمهورية مصر العربية مغادرة أراضي الجمهورية أو العودة إليها إلا إذا كانوا يحملون جوازات سفر وفقاً لهذا القانون" • وفي المادة (٧) على أن: « تصرف جوازات السفر لمن يطلبها من الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية جمهورية مصر العربية الثابتة جنسياً أصلاً أو بشهادة جنسية من وزارة الداخلية » كما تنص المادتين ٨ و ١١ منه على ما يأتي:

(مادة ٨) "يعين بقرار من وزير الداخلية بموافقة وزير الخارجية شكل جواز السفر، ومدة صلاحيته وطريقة تجديده وشروط وإجراءات منحه ..." (مادة ١١) "يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب هامة يقدرها رفض منح جواز السفر أو تجديده كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه" .

وحيث إن المادة (٣) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه تنص على أن: "يكون منح الزوجة جواز سفر أو تجديده بعد تقديم موافقة زوجها على سفرها للخارج، كما يجب تقديم موافقة الممثل القانوني لغير كامل الأهلية على استخراج جواز السفر أو تجديده وفي الحالتين تعتبر الموافقة على استخراج جواز السفر أو تجديده تصريحاً بالسفر طوال مدة صلاحية الجواز،

ولايكون إلغاء الموافقة إلا بإقرار من الزوج أو الممثل القانوني بعد التحقق من شخصيته وصحة صدور الإقرار منه أمام الموظف المختص بمصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية وفروعها، أو أمام القنصليات المصرية بالخارج، ويجب وصول الإقرار إلى المصلحة المذكورة أو فروعها قبل السفر بوقت مناسب".

وحيث إن نطاق الدعوى - على ضوء ارتباط النصوص المحالة بالطلبات المطروحة في النزاع الموضوعي - يتحدد بما تضمنه نص المادة (٨) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه، من تخويل وزير الداخلية بموافقة وزير الخارجية سلطة تعين شروط منح جواز السفر؛ ونص المادة (١١) من ذات القرار بالقانون التي تجيز لوزير الداخلية سلطة رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه بعد إعطائه وكذلك نص المادة (٣) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه فيما تضمنه من تنظيم منح وتجديد جواز سفر الزوجات.

وحيث إن حق المواطن في استخراج وحمل جواز السفر، لا يعد فحسب عنواناً لمصرفيته التي يشرف بها داخل وطنه وخارجها؛ بل يعكس فوق ذلك رافداً من روافد حرفيته الشخصية التي حفى بها الدستور بنصه في المادة ٤١ على أنها مصونة ولا يجوز المساس بها "وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمها ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون" دالاً بذلك على أن حرية الانتقال تنخرط في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتض مشروع، إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوّض صحيح بنيانها؛ وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك، أن يكون تعين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال؛ والاستثناء هو المنع؛ وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض، أو عضو نيابة عامة، يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية.

وحيث إن الدستور قد احتفى - كذلك - بالحقوق المتعلقة بالحق في التنقل فنص في المادة ٥٠ منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبيّنها القانون، وتبعتها المادة ٥١ لتمتنع إبعاد المواطن عن البلاد أو حرماته من العودة إليها، وجاءت المادة ٥٢ لتأكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو الموقوتة على أن ينظم القانون هذا الحق

وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد؛ ومقتضى هذا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور فيما تقدم، وأن هذا التنظيم يتبع أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين متى كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا مأسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها، وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك ونات بالسلطة التنفيذية، تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة ٨٦ من الدستور، ساقطاً - وبالتالي - في هوة المخالفة الدستورية.

وحيث إن نص المادتين ٨ و ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ المشار إليهما بما تضمناه من تفويض وزير الداخلية في تحديد شروط منح جواز السفر، وتحويله سلطة رفض منح الجواز أو تجديده، وكذا سحبه بعد إعطائه، إنما يتمحض عن تنصل المشرع من وضع الأسس العامة التي تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله على الرغم من كونها الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه، وارتباط ذلك ارتباطاً وثيقاً بالحقوق التي يكفلها الدستور في المواد ٤١ و ٥٠ و ٥٢ على الوجه المتقدم بيانه؛ ومن ثم فإن مسلك المشرع في هذا الشأن يكون مخالفًا للدستور.

وحيث إن المادة (٢) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ قد نظمت منح وتجديد جواز السفر للزوجة، محددة الشروط الازمة لذلك بما يجيز إلغاء الموافقة السابقة على صدور الجواز أو تجديده، وكان وزير الداخلية في تنظيمه هذا، يستند إلى السلطة المخولة له بالمادتين ٨ و ١١ المشار إليهما؛ فإن القضاء بعدم دستوريتهما يترتب عليه لزوماً سقوط المادة الثالثة من ذلك القرار.

وحيث إنه وإن كان ما تقدم إلا أن ذلك لا يحول دون أن يتولى المشرع - بتشريع أصلي - تنظيم منح وتجديد جواز السفر للزوجة وسحبه منها موازناً في ذلك بين حرية التنقل - بما تتضمنه من الحق في مغادرة الوطن والعودة إليه - وبين ما تنص عليه المادة ١١ من الدستور من كفالة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع ومساواتها بالرجل دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وما تقضى به المادة الثانية من الدستور من أن مبادئ الشريعة الإسلامية - القطعية الثبوت والدلالة - هي المصدر الرئيسي للتشريع.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة:

أولاً: بعدم دستورية نص المادة (٨) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ فيما تضمنه من تخويل وزير الداخلية بموافقة وزير الخارجية سلطة تحديد شروط منح جواز السفر.

ثانياً: بعدم دستورية نص المادة (١١) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون المشار إليه.

ثالثاً: بسقوط نص المادة (٣) من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦.

٢- قضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية المحكمة الدستورية العليا «دستورية»

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ الموافق ٢٢ جمادى الأولى سنة ١٤١٧

برئاسة السيد المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين ومحمد ولی الدين جلال ونهاد

عبد الحميد خلاف وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصیر والدكتور عبد المجيد فياض

وحضور السيد المستشار الدكتور / حنفى على جبالي رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / حمدى أنور صابر

أصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"

المقامة من

السيد / سعد محمد أحمد

السيدة / نادية نور الدين عبد السلام مصطفى

ضد

١. السيد / رئيس مجلس الوزراء

٢. السيد / وزير العدل

٣. السيد المستشار / النائب العام

الإجراءات

بتاريخ ٢٩ من أبريل سنة ١٩٩٠ ، أودع المدعى ان صحيفه هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبين

الحكم بعدم دستورية نص المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية، قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلت فيها الحكم برفض الدعوى، وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

وحيث إن الواقع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائل الأوراق - تتحصل في أن هيئة الرقابة الإدارية ، كانت قد أبلغت النيابة العامة ماورد إليها من معلومات عن قيام المدعى الأول - إبان شغله لمناصبه السابقة وهي وزير القوى العاملة، رئيس الاتحاد العام لعمال نقابات مصر، رئيس النقابة العامة للصناعات الغذائية، رئيس مجلس إدارة المؤسسة النقابية العمالية - بالتوطؤ مع بعض معاونيه بتلك الجهات ، بإسناد مشروعات باهظة التكاليف إلى مكاتب وشركات غير متخصصة، تربطه بأصحابها والمسئولين عنها صلة القربي أو الصدقة الوطيدة، وذلك بالأمر المباشر أو في مناقصة صورية أو بأسعار مغالى فيها، مقابل حصوله منهم على منافع مالية، مما أضر بمال العام وإن أصدر النائب العام - وأثناء تحقيق النيابة العامة مع المدعى الأول فيما هو منسوب إليه من اتهامات - الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٨٨ بتاريخ ٧ يونيو سنة ١٩٨٨ - إعمالاً للمادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية - بمنع كل من سعد محمد أحمد، ووجدي محمد أحمد من التصرف في أموالهما العقارية والمنقوله وإدارتها، وسريان هذا المنع على الأموال العقارية والمنقوله التي يمتلكها زوجتهما وأولادهما القصر - عدا الراتب أو المعاش الحكومي - وتكليف إدارة أمانة الاستثمار بالبنك الأهلي بإدارة هذه الأموال، فقد تظلم المدعيان من هذا الأمر أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية - دائرة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة - وطلبا الحكم بإلغائه وأثناء نظر تظلمهما، دفعاً بعدم دستورية نص المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية وإن قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية، فقد صرحت لهما بإقامة دعواهما الدستورية، فأقاما الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعين ينعيان على نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية، إخلالها بأحكام المواد ٢ ، ٣٤ ، ٦٧ من الدستور، تأسيساً على أن ما قرره النص المطعون فيه من جواز منع زوجة المتهم من التصرف في أموالها أو إدارتها، إنما ينافي ما كفلته الشريعة الإسلامية للزوجة من ذمة مالية تستقل بها عن زوجها. كذلك فإن الأصل في الملكية الخاصة، هو صونها من

العدوان. فإذا منع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها بأمر من النائب العام، كان ذلك بمثابة فرض للحراسة عليها بغير حكم قضائي، وقد أهدر النص المطعون فيه - فوق هذا - أصل البراءة المفترض في كل متهم، إذ لم يتطلب سوى وجود دلائل كافية على جدية الاتهام، لإعمال مقتضاه وحيث إن المادة ٢٠٨ مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن:-

فقرة أولى: يجوز للنائب العام إذا قامت من التحقيق دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضماناً لتنفيذ ماعسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية. فقرة ثانية: كما يجوز له أن يأمر بتلك الإجراءات بالنسبة لأموال زوج المتهم وأولاده القصر ضماناً لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها مالم يثبت أن هذه الأموال إنما ألت إليهم من غير مال المتهم. فقرة ثالثة: ويجب على النائب العام عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يعين لإدارة الأموال وكيلًا ، يصدر ببيان قواعد اختياره، وتحديد واجباته قرار من وزير العدل".

وحيث إن البين مما تقدم، أن القيود التي فرضها النص المطعون فيه على أموال بعض المتهمين، سواء في مجال إدارتهم لها أو تصرفهم فيها ، مخولة للنائب العام وحده، إذ هو الذي يأمر بفرضها ضماناً لتحقيق أغراض بذواتها حددها هذا النص حصرياً ولا يصدر النائب العام هذا الأمر، إلا بناء على تحقيق تقوم بمقتضاه دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم التي عينها المشرع دون غيرها بل إن هذه القيود ، يجوز أن تمتد من المتهمين إلى أموال زوجاتهم وأولادهم القصر ، مالم يقم الدليل على أيلولتها إليهم من غير مال المتهم.

وحيث إن من المقرر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن الدساتير المصرية جميعها ترد المواطنين جميعاً إلى قاعدة واحدة ، تقيم مساواتهم أمام القانون ، باعتبارها مناطاً للعدل، وجواهر الحرية ، ومفترضاً للسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الأغراض التي تتوخاها، تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم ، في مواجهة صور التمييز التي تناول منها هدماً لمحتوها أو تقييداً لمارستها وغداً أمر هذه المساواة متصلةً بضمان الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور، أو التي كفلتها النظم المعمول بها ، ضماناً لمصالح لها اعتبارها.

وحيث إن الدستور وإن نص في مادته الأربعين، على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بذواتها، هي تلك التي يكون التمييز فيها قائماً على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها، يبلور شيوخها عملاً، ولا يشى بهبة باستناده إليها دون غيرها، وإلا جاز التمييز بين المواطنين فيما عداها مما لا يقل عنها خطراً، كتفضيل بعضهم على بعض بناء على مولدهم، أو على قدر ثرواتهم، أو لعصبيتهم القبلية، أو مراكزهم الاجتماعية، أو على أساس من ميلهم وأرائهم، أو لغير ذلك من صور التمييز التي تفتقر في بنائها إلى أساس موضوعية تسوغها. ولا يتصور وبالتالي أن يكون الدستور قد قصد إلى حمايتها، ولا أن تقرها السلطة التشريعية في مجال تنظيمها للحقوق والحريات على اختلافها، إذ هي تعارضها، ولا تقييمها على ضوء من الحق والعدل.

وحيث إن مبدأ المساواة، ليس مبدأ تلقيني جامداً منافياً للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء iron rule تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء. وإذا جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ماتراه ملائماً من التدابير، لتنظيم موضوع محدد أو توقياً لشر تقدر ضرورة رده؛ وكان دفعها الضرر الأكبر بالضرر الأقل لازماً؛ إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كأشفا عن نزواتها، ولا منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائرة تثير ضغائن أو أحقاد تنقلت بها ضوابط سلوكها، ولا هشيمها معبراً عن بأس سلطانها، بل يتبع أن يكون موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين، فلاتمييز بينهم إملاء أو عسفاً. ومن الجائز وبالتالي، أن تغير السلطة التشريعية - ووفقاً لمقاييس منطقية - بين مراكز لا تتحدد معطياتها، أو تتبادر فيما بينها في الأساس الذي تقوم عليه، على أن تكون الفوارق بينها حقيقة لا اصطدام فيها ولا تخيل real and not feigned differences التنظيم الذي يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص القانونية التي يضمها، بالأغراض المنشورة التي يتوخها، فإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن أهدافها، كان التمييز انفلاتاً لا يبصر فيه. كذلك الأمر إذا كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهياً، إذ يعتبر التمييز عندئذ مستندًا إلى وقائع يتعذر أن يُحمل عليها، فلا يكون مشروعًا دستورياً.

وحيث إن أصل البراءة مفترض في كل متهم، فقد ولد الإنسان حرّاً، مطهراً من الخطيئة ودنس المعصية، لم تنزلق قدماه إلى شر، ولم تتصل يده بجور أو بهتان، ويفترض وقد كان سوياً حين ولد حياً، أنه ظل كذلك متجنباً للأثام على تباينها، نائياً عن الرذائل على اختلافها، ملتزماً طريقاً مستقيماً لا يتبدل اعوجاجاً، وهو افتراض لا يجوز أن يهدم توهماً، بل يتبع أن ينقض بدليل مستنبط من

عيون الأوراق وبموازين الحق، وعن بصر وبصيرة، ولا يكون ذلك كذلك إلا إذا أدين بحكم انقطع الطريق إلى الطعن فيه، فصار باتاً.

وحيث إنه متى كان ماتقدم، وكان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا شأن له بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها؛ وكان هذا الأصل كامنا في كل فرد، كافلاً حمايته سواء في المراحل المؤثرة السابقة على محاكمة جنائياً، أو أثناءها، وعلى امتداد حلقاتها؛ وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود على أموال الأشخاص - الذين توافرت من خلال التحقيق معهم دلائل كافية على تورطهم في إحدى الجرائم التي عينها - تحول دون إدارتهم لها أو تصرفهم فيها - وهي قيود لا سند لها من النصوص الدستورية ذاتها - مما يميز بذلك بين هؤلاء وغيرهم من المواطنين، بل بينهم وبين غيرهم من المتهمين المدعى ارتكابهم جرائم أخرى غير التي حددتها هذا النص؛ وكان هؤلاء وهؤلاء يضمهم جميعاً مركز قانوني واحد، هو افتراض كونهم أسواء، لايقضى الاتهام - عند وجوده، ولامجرد التحقيق من باب أولى - أصل براءتهم، ولا يفرق بينهم في الحقوق التي يتمتعون بها، ذلك أن صور التمييز التي تخل بمساواتهم أمام القانون - وإن تعذر حصرها - إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقيد أو استبعاد أو تفضيل، يجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحرفيات التي كفالتها الدستور والقانون، سواء بإنكار أصل وجودها أو من خلال تقيد آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان مناط فرض القيود التي تضمنها النص المطعون فيه، لا يرتبط حتى بتصور إتهام محدد في شأن شخص بعينه، بل مبناهما قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان اتهامه بإحدى الجرائم التي حددتها، وكانت هذه الدلائل لاتتبس بقوة الأمر المقصى، ولا تأخذ مجراً في شأن هؤلاء المتهمين، ولا تعتبر وبالتالي حكماً لارجوع فيه يدينهما عندها، فإن التمييز بينهم وبين غيرهم - وعلى غير سند من الدستور - وأصل البراءة يجمعهم - يكون منافياً حكم العقل Unreasonable ظاهر التحكم palpably arbitrary ، ومخالفاً بالتالي لحكم المادة ٤٠ من الدستور

وحيث إن الدستور - إعلاه من جهة دور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل حمايتها لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلى جهد أصحابها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنجازها، وأحاطها بما قدره ضروريًا لصونها، مُعداً بها الطريق إلى التقدم، كافلاً للتنمية أهم أدواتها، محققاً من خلالها

إرادة الإقدام، هاجعاً إليها لتوفر ظروفًا أفضل لحرية الاختيار والتقرير، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده، مهيمناً عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، فلا يرده عنها معتد ، ولا ينماجز سلطته في شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، ليتعصب بها من دون الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تُعينها على أداء دورها، وتقييها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقادها من أطرافها ولم يعد جائزًا بالتالي أن ينال المشرع من عناصرها، ولا أن يُغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمهما، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تتفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، ودون ذلك تفقد الملكية ضمانتها الجوهرية، ويكون العداون عليها غصباً، وافتئاتاً على كيانها أدخل إلى مصادرتها.

وحيث إنه من المقرر كذلك، أن حق الملكية من الحقوق التي يجوز التعامل فيها، وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها، وتتنوع استخداماتها، لتشكل نهراً يتدفق بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفريط فيها أو بعثرتها تبديلاً لقيمتها، ولا تنظيمها بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين، ذلك أن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزوج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقاً مطلقاً، ولا هي عصية على التنظيم التشريعي، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها، ومن ثم ساغ تحميلاها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكماً، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية

والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع الاجتماعي معين، في بيئه ذاتها، لها مقوماتها وتوجهاتها ومقوماتها. وفي إطار هذه الدائرة، وتقيداً بخصوصها، يفضل المشرع بين البدائل، ويرجح على ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه منصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقاً لأحكام الدستور، مستهدياً في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة ذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها لا تعتبر مقصودة ذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة.

وينبغي من ثم أن يكون لحق الملكية إطار محدد، تتواءن فيه المصالح ولا تتنافر، ذلك أن الملكية خلافة، وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها، وهي حدود يجب التزامها، لأن العداون عليها، يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلها الدستور لها.

وحيث إن القيود التي فرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون، وهي بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدارة أموالهم بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها ، وتمتد منهم إلى أولادهم القصر وزوجاتهم بالشروط التي بينها وفي كل ذلك تنال هذه القيود من ملكيتهم ، وتقوض أهم خصائصها لتكون - في مضمونها وأثرها- صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع عليها - بعيدا عن صدور حكم قضائي بها - بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التي تقضي بأن الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي، ذلك إن ماتوخاه الدستور بنص المادة ٣٤، هو أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المتفرعة عنها، لتدخل أيديهم متصلة بها، لا تفل عندها، ولا تردد عن حفظها وإدارتها، بل يحيط ذواوها بها، وبأشكال من التعامل يقدورن ملامة الدخول فيها، وإذا جاز استثناء أن تفرض قيود على الأموال موضوعها، فلا يكون ذلك إلا بنص خاص، وعند الضرورة، وفي أحوال بذواتها، من بينها أن يكون فرض هذه القيود في شأن بعض الأموال، متصلة بوظيفتها الاجتماعية، أو لقيام مخاطر في شأنها تختلف فيما بينها في درجتها وحدتها، ومن ثم كان تقييمها عملا قضائيا، وكان دفعها كذلك لازما، وعلى الأخض من خلال تعين محكمة الموضوع لأمين عليها يتولى حفظها وإدارتها صونا وإنماء لها .

ويتعين بالتالي أن تتناول الحراسة - ومن خلال الخصومة القضائية وإجراءاتها - أشياء يتهددها خطر عاجل توقيا لضياعها أو تلفها أو تبديد ريعها، لتكون وديعة عند الأمين عليها يبذل في شأن رعايتها العناية التي يبذلها الشخص المعتاد ، ثم يردها - مع غلتها المقبوسة- إلى ذويها بعد استيفاء الحراسة لأغراضها. بما مؤداته أن الحراسة - بالنظر إلى طبيعتها ومداها - لا تدعو أن تكون إجراء تحفظيا لا تفيدها، وأن الخطر العاجل الذي يقتضيها يعتبر شرطا موضوعيا متطلبا لفرضها، وأن صفتها الوقتية تحول دون استمرارها بعد زوال مبرراتها، وأن الحكم بها لا يمس أصل الحقوق المتنازع عليها، ولا يعتبر قضاء بإثباتها أو نفيها، وأن توقيعها يخول الحارس انتزاع الأموال محلها من حائزها وتسليمها مع توابعها - ولو لم ينص الحكم عليها - ليباشر في شأنها - لامجرد الأعمال التحفظية - بل كل الأعمال التي تلائم طبيعتها وظروفها، وتقضيها المحافظة عليها وإدارتها بما في ذلك رد المخاطر عنها وتوقيها قبل وقوعها .

وحيث إن الحراسة - على ضوء مقاصد الدستور، وبمراهنة ماتقدم - تعتبر سلطانا على الأموال المشمولة بها في مجال صونها وإدارتها فلا يكفي لفرضها مجرد أمر على عريضة يصدر في غيبة

الخصوم، بل يكون توقيعها فصلاً في خصومة قضائية تقام وفقاً لإجراءاتها المعتادة، وتباشر علانية في مواجهة الخصوم جميعهم، وعلى ضوء ضماناتها القانونية التي تتكافأ معها مراكزهم وأسلحتهم، لتكون خاتمتها - إذا توافر الدليل على قيام الخطر العاجل في شأن أموال بذاتها - تعين حارس قضائي عليها، يكون نائباً عن أصحابها، يباشر سلطته عليها في الحدود التي يبينها الحكم الصادر بفرضها، فلا يجاوزها أبداً كان نطاقها، وهو ما يعني أن تدخل القاضي لا يكون إلا لضرورة، وبقدرها، وأن فرض قيود على بعض الأموال عن طريق حراستها، لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية فصلاً في جوانبها، إلا كان تحميل المال بها - في غيابها - عملاً مخالفًا لنص المادة ٣٤ من الدستور. وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت الأوامر التي يصدرها النائب العام في شأن أموال المخاطبين بالنص المطعون فيه، وإن جاز التظلم منها إلى جهة قضائية عملاً بنص المادة ٢٠٨ مكرراً (ب) من قانون الإجراءات الجنائية، إلا الآثار التي ترتبها تظل نافذة، مابقيت قائمة، لتمثل عدواً على الملكية مستنداً إلى نص القانون، وإلى مجرد دلائل من التحقيق يرجح معها الاتهام، وهي بعد دلائل يستقل النائب العام بتقييمها، وليس لها قوة اليقين القضائي.

وحيث إنه متى كان ماتقدم، فإن النص المطعون عليه يكون مخالفًا للمواد ٣٢، ٣٤، ٤٠ من الدستور. وحيث إن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً (ب) من هذا القانون ترتبط جميعها بالنص المطعون فيه ارتباطاً لا يقبل التجزئة، ولا يتصور إعمالها إلا بوجوده، فإنها تسقط تبعاً للحكم بعدم دستوريته.

فلهذه الأسباب

حسمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ سنة ١٩٥٠، وبسقوط فقرتيها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً (ب) من هذا القانون وألزمت الحكومة المصاريف وما ته جنيه مقابل أتعاب المحاما.

موقف الفقهين الإسلامي والقانوني من بيع الشريك المال الشائع

أيمن ظاهر

وكيل النيابة العامة - رام الله

تقديم وتمهيد

الملكية نوعان: ملكية عادية مفرزة لشخص واحد. وملكية شائعة لأكثر من شخص والملكية أو الحصة الشائعة هي كما عرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٩) السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك كما لو كانت داراً مشتركة بين ثلاثة أشخاص فيكون كل ما فيها من غرف وأخشاب وحجارة مشتركاً بين الثلاثة شركاء، لكل منهم ثلث يتعلق بكل جزء من الدار.

ولأن الاشتراك في الشيء غالباً ما يفضي إلى الضرر، إذ قد يتصرف أحد الشركاء في الملك الشائع على نحو يتفق مع مصالحة الشخصية معارضًا بذلك مصالح باقي الشركاء. ولأن أخطر هذه التصرفات وقعًا على الشركاء التصرفات الناقلة للملكية. فإنني سوف أقصر بحثي على نوع واحد من هذه التصرفات، كونه أكثرها شيوعاً وأقدمها في التعامل لا وهو البيع.

وإذا كان البيع يعني كما جاء في المادة (٤٦٥) من القانون المدني الأردني هو "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض" فإن البيع على هذا المعنى ينقل الملكية. ونقل الملكية يفترض من الناحية الواقعية أن يكون البيع قد صدر عن مالك الشيء المبيع.

ومن ثم يثور التساؤل عما إذا كان بيع الشريك للمال الشائع في صوره المختلفة يرتب هذا الأثر لا سيما إن تحدثنا عن بيع الشريك على الشيوع جزء مفرز من المال الشائع أو حتى كل المال الشائع؟ في الحقيقة أن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع أو كل المال الشائع يصطدم مع قاعدتان فقهيتان هما:

الأولى: فاقد الشيء لا يعطيه.

الثانية: أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك.

ولكن بالرغم من كل ما قيل نلاحظ أن بيع الشريك المال الشائع كثير الوقع في الحياة العملية إذ أن الشريك في الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصة فيها أو قد يبيع جزء مفرز من المال الشائع. وقد يبيع حصة شائعة له على سبيل الشيوع ولا غبار في هذه الحالة الأخيرة. لأهمية هذا الموضوع لما يرتبه من آثار قانونية واجتماعية. اخترنا البحث في جزئية من الملكية الشائعة

وهي ليست جزئية عامة تتحدث فيها عن أحكام وأثار بيع الشرير المال الشائع بل نبحث في هذه الجزئية في الحكم القانوني لهذا البيع من حيث مدى صحته وبطلانه وقابليته للإبطال والفسخ والوقف دون أن نذهب إلى ابعد من ذلك.

وسوف اعمل كل جهد لأبين الحلول العملية مثل هذا البيع مبيناً ما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال من سعة في الأفق إذ هي الدواء الشافي لكل شؤون الحياة.

أما المنهج الذي اخترناه لهذا البحث، فهو منهج تحليلي مقارن:

لأنني سوف أعمل على تحليل النصوص القانونية والأراء التي قيلت في شأنها وأحكام التي تعرضت لهذا الموضوع. وسوف أقارن القانون الأردني بغيره من القوانين العربية التي تمثل وجهة نظر الفقه الغربي في هذا الموضوع مثل القانون المصري والسوري والمشروع الفلسطيني. وسوف أقارن بالفقه الإسلامي لنرى مدى توافق القوانين الوضعية مع المذاهب الفقهية في مختلف الأحكام لعلنا نخلص إلى النتيجة المرجوة من هذا البحث.

وحتى نستطيع أن نحكم على بيع المال الشائع وبالتالي إعطاءه الوصف القانوني الملائم له ارتأيت أن أبين مفهوم البيع بشكل عام في الفقه القانوني والفقه الإسلامي في تمهيد ثم انطلق بعد ذلك إلى بيان بيع المال الشائع.

واستناداً إلى ذلك قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

أولاً: تمهيد تناولت فيه مفهوم عقد البيع.

ثانياً: المبحث الأول وخصصته لبيان التكليف القانوني لبيع الشرير حصته الشائعة.

ثالثاً: أما المبحث الثاني فيخصص بيع الشرير جزءاً مفرزاً من المال الشائع.

رابعاً: أما المبحث الثالث وفيه أوضحنا التكليف القانوني لبيع الشرير كل المال الشائع.

خامساً: وأما الخاتمة فأنهت فيها بحثي وطرحت فيها ما توصلت إليه من نتائج في هذا النوع من البيوع مفرزاً بعد ذلك بعض التوصيات والاقتراحات.

حتى نستطيع الوصول إلى حكم القانون والفقه الإسلامي من مسألة بيع الحصة الشائعة بجميع صور هذا البيع المفترضة في هذا البحث لا بد لنا بداية من التعريف بالبيع حسب القانون والفقه الإسلامي لا سيما وأننا سنحتاج إلى هذا المفهوم في مواضيع لاحقة من هذا البحث.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية البيع بأنه "مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد"^١. وعرف صاحب مرشد الحيران عقد البيع بأنه «تمليك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمن للمبيع»^٢.

وعرفت المادة (١٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تأليف "قارئ" البيع: عقد مبادلة مال بمال ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض". ويلاحظ أن الشافعية ومعهم الحنبلية اعتبروا بيع المنافع إذا كان بصفة مؤبدة، بيعاً. خلافاً للمالكية الذين استثنوا المنافع والحنفية لأنهم لا يعتبرون المنفعة مالاً^٢.

وبهذا نستطيع أن نقول بأن البيع حسب الفقه الإسلامي يعتبر من عقود المعاوضة المالية وكما يقع على ملكية العين يقع أيضاً على ملكية المنفعة.

أما عن تعريف القانون للبيع، فإن القانون المدني الأردني عرف البيع في المادة (٤٦٥) بأنه "البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض" وعلى ما يبدو فإن المشرع الأردني في هذا التعريف يتفق مع الفقه الإسلامي إذ أنه أعطى لعقد البيع الدور الكامل لنقل ملكية الشيء المبيع ولا فرق في ذلك بين عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر.

ومع ذلك فإننا نأخذ على التعريف الأردني لعقد البيع مأخذين:

الأول: نلاحظ أن المشرع الأردني فرق بين المال والحقوق المالية مع أن الاصطلاحين أمر واحد وكلمة المال يقصد بها الدلالة على كل حق ذي قيمة مالية كالحق العيني والحق الشخصي والحق الذهني لذا كان من الأفضل أن يستخدم كلمة شيء بدلاً من الكلمة مال^٣.

الثاني: لم يحدد المشرع الأردني طبيعة العوض الذي سيدفعه المشتري لقاء نقل الملكية مما يشير للبس والغموض بين عقد البيع وعقد المقايسة. ويرجع عدم التحديد هذا إلى أن أصل النص الأردني هو نص المادة (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية، إذ أن هذه الأخيرة عرفت أنواعاً أربعة من البيوع ونصت عليها فالمادة (١٢٧) تنص على «الصرف بيع النقد بالنقد» والمادة (١٢٢) تقول «المقايسة بيع العين بالعين أي مبادلة مال بمال غير النقدين» والمادة (١٢٣) تنص على أن «السلم بيع مؤجل بمعدل» هذا بالإضافة إلى بيع المال بالثمن كما عرفناه في المادة (١٠٥) من نفس المجلة. وبما أن المشرع الأردني كان قريباً في تعريفه للبيع من مصدره الرئيسي الفقه الإسلامي، نعرف البيع حسب ما جاء في القانون المدني المصري الذي يمثل الاتجاه المعاكس لاسيما وأن دراستنا ستكون مقارنة ما بين الفقهين الإسلامي والقانوني. وعرفت المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري البيع بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدى» ويستخلص من هذا التعريف حسب قول الدكتور السنهوري «إن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر، ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً

للثمن. ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة، فالبائع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع، والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن. ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً، فهو ينعقد بمجرد تراضي المتباهعين، ويستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص^٦. ونلاحظ أن ما استخلصه السنهوري من تعريف نص المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري يتفق مع الفقه الإسلامي، فعقد البيع عقد ملزم للجانبين، وعقد معاوضة، وعقد رضائي، وعقد ناقل للملكية. غير أن التعريف فيه ما يختلف عن الفقه الإسلامي وهذا ما بينه بعد ذلك قائلاً «التعريف يبيّن في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود، وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ويميزه عن البيع في الفقه الإسلامي، ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم»^٧.

المبحث الأول

التكيف القانوني لبيع الشريك حصته الشائعة

بعد أن أوضحنا مفهوم البيع بشكل عام، قد يسهل علينا البحث في التكيف القانوني لبيع الشريك حصته الشائعة. وسوف نبحث أولاً في موقف الفقه الإسلامي ومن ثم نبحث في موقف القانون الوضعي من بيع الشريك حصته الشائعة حتى يتسعى لنا المقارنة ما بين الموقفين الشرعي والوضعي من هذه المسألة.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من بيع الشريك حصته الشائعة

يتافق فقهاء الإسلام الحنفيين والمالكين والشافعيين والظاهريين على جواز بيع الحصة الشائعة سواء كانت هذه الحصة عقاراً أم منقولاً^٨ وسواء كان البيع بدون إذن الشريك أم بإذنه. جاء في المغني والشرح الكبير «باع مشاعاً بينه وبين غيره، بغير إذن شريكه، كعبد مشترك بينهما أو ما يقسم عليه الثمن بالأجزاء كففيزيين متساوين لهما فيصبح في ملكه بقبضه من الثمن ويقسم في نصيب الآخر... إذا كان هذا يصدق على بيع كل المال الشائع فمن باب أولى بيع الشريك حصته الشائعة ولو باعها يجوز»^٩

وجاء في المحيي لابن حزم " هل يجوز بيع المشاع أم لا... قال رفع إلى عبد الملك بن يعلي قاضي البصرة رجل باع نصيبا له غير مقسوم فلم يجزه " وجاء أيضا في نفس المرجع " فأما من منع بيع المشاع فما يعلم لهم حجة أصلا بل هو خلاف القرآن والسنة. قال الله تعالى " وأحل الله البيع " (آية ٢٧٥ سورة البقرة) وقال الله تعالى " وقد فصل لكم ما حرم عليكم " (آية ١١٩ سورة النساء) فهذا البيع لم يفصل لنا تحريمـه فهو حلال " .

إذن موقف الشرع الإسلامي واضحًا من جواز بيع الحصة الشائعة ودليل ذلك قول رب العالمين " وأحل الله البيع وحرم الربا " وقوله عز وجل " وقد فصل لكم ما حرم عليكم " والله عز وجل لم يبين لنا تحريم بيع الشريك حصته الشائعة، لهذا يبقى أن نقول بجواز البيع الواقع من قبل الشريك على حصته الشائعة ولم يقل أحد بعدم جواز بيع الحصة الشائعة إلا عبد الملك بن يعلي - وهو تابعي قضاء البصرة - إلا أنه لا دليل على قوله فلا يكون حجة .^{١٠}

ولكن يجب في كل الأحوال مراعاة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" بمعنى على الشريك عند بيع حصته الشائعة سواء كان هذا البيع لشريك آخر أو حتى لأجنبي بإذن باقي الشركاء أو بدون إذنهم على لا يترتب على هذا البيع ضرر. فإن أدى هذا البيع إلى ضرر فإنه لا يصح كما إذا باع الشريك حصته الشائعة في البناء فقط دون الأرض فالمشتري لهذه الحصة إذا اشتراها على أن يتركها قائمة في الأرض فالبيع فاسد، وإن لم يشتريها على هذا الأمر فهو ملزم بهدم البناء وإخلائه من الأرض، وفي هذا ضرر والضرر لا يكون لازماً بالإذن^{١١}.

إذا نخلص بنتيجة مفادها أن تكييف الفقه الإسلامي للبيع الواقع على الحصة الشائعة جائزًا شرعاً وهذا يعني أنه بيع صحيح ونافذ سواء وقع على عقار أو منقول وسواء كان البيع لشريك أم لأجنبي بإذن ذلك الشريك أو بدون إذنه بشرط أن لا يترتب ضرر على هذا البيع ويجب أن نلاحظ في هذه الخلاصة بأن بيع الشريك حصة الشائعة للأجنبي ينتفي فيها الضرر حتى لو لم يستأذن بذلك الشركاء الآخرين إذ لهؤلاء حق الشفعة إذ يسمح لهم باسترداد الحصة الشائعة إن كانت عقاراً.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من بيع الشريك حصته الشائعة

موقف القانون المدني الأردني صريح من المسألة محل البحث، حيث جاءت المادة (١٠٣١) صريحة في القول بجواز هذا البيع عندما نصت على أنه "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في

حصته كيف شاء دون إذن من باقي شركائه بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء^{١٢} فهذا النص قاطع في معناه بجواز بيع الشريك حصته الشائعة دون إذن باقي شركائه وسواء كان البيع لأحد الشركاء الآخرين أم لأجنبي. وهذا يفهم من عبارة (كيف شاء) فهي تتصرف إلى الشركاء وغير الشركاء، فالصيغة كانت مطلقة في النص الأردني مما يتصور معها بيع الشريك ماله الشائع إلى شريكه الآخر ليتم بذلك تصفية الشيوع وتتتج عنها ملكية مفرزة عادلة.

كذلك يتصور في ظل هذا النص أن يبيع الشريك حصته الشائعة إلى أجنبي عن الشركاء دون موافقتهم على هذا البيع، فهذا بيع صحيح ونافذ، إذ أن البائع يتصرف في ملكه وإن كان شائع ولكن من ناحية أخرى نجد أن القانون يعطي الشركاء في هذه الحالة حق الشفعة في العقار وحق الاسترداد في المنشول^{١٣}. وبهذين الحلين يسترد الشركاء الحصة المشاعة المباعة من يد مشتريها الأجنبي. وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي علماً أن هذا الفقه لا يعرف الاسترداد، ويعطي الشركاء حق الشفعة على العقار فقط دون المنشول.

والقانون المدني الأردني تأثرا منه بالفقه الإسلامي لا يعرف هو الآخر ما يسمى بالاسترداد وبالتالي فإن الحكم في القانون المدني الأردني هو حق الشريك في استرداد العقار الذي تصرف به شريكه بالبيع لأجنبي بموجب حق الشفعة ولا يمتد هذا الحق ليشمل الاسترداد في المنشول كما هو الحكم في القانون المدني المصري الذي نظم أحكام هذا الحق بموجب نص المادة (٨٣٣)^{١٤}.

على كل حال نستطيع القول بأن البيع على النحو السابق ما لم يترتب عليه ضرر في حق باقي الشركاء يكون بيعاً صحيحاً ونافذاً حتى لو لم يعلن الشريك البائع هذا البيع للشركاء بل وحتى لو رفضوا هذا البيع إذ أن البائع في كل الأحوال يتصرف في ملكه وكما نعلم أن حق الملكية حقاً جاماً مانعاً استشارياً.

وبالرغم من أن القانون قد أجاز البيع لأجنبي دون أن يشترط الحصول على إذن باقي الشركاء، إلا أنه من مصلحة الشريك البائع لحصته الشائعة أن يعلن باقي الشركاء بهذا البيع، إذ انه بهذا الإعلان يجعل ميعاد الحق في الاسترداد - في الدول التي تأخذ به - أو الحق في الشفعة يسري على هؤلاء الشركاء^{١٥}.

وفي حالة ما إذا باع الشريك حصته الشائعة إلى أكثر من مشتري كانت العبرة بأسبقية التسجيل إن كان المباع عقاراً، وبأسبقية التاريخ إذا كان المباع منقولاً حتى ولو كان الذي أعلن الشركاء المشتري الذي سجل عقده ثانياً أو الذي ثبت تاريخه ثانياً^{١٦}.

ولا يوجد ما يمنع من أن يبيع الشريك نصف حصته الشائعة ويبقى شريكا على الشيوع في النصف الثاني من حصته. ولكن يجب في كل الأحوال تسجيل البيع في السجل العقاري إن كان البيع واردا على عقار ذلك أن البيع العقاري لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل فإذا قام المشتري بالتسجيل قبل إشهار عقد القسمة فإنه لا يحتاج عليه بعد ذلك بالقسمة، يستوي في ذلك إن كان شراؤه سابقا على القسمة أم لاحقا^{١٧}.

ولا بد من ملاحظة الفرق ما بين بيع الشريك لحصة شائعة وبيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع - كما سنرى في البحث الثاني - حيث أن المشتري في البيع الأخير لا يحل محل البائع بقدر الحصة المبيعة وبالتالي لا يصبح شريكا مع باقي الشركاء وليس له أي حق من حقوق باقي الشركاء. فالعبرة في هذا البيع تكون برأي الشريك البائع. لهذا قضت محكمة النقض المصرية بحكم لها مفاده "إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع فإنه إذا كان هذا البيع سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يكون تمثيله في القسمة لازما" ^{١٨}.

وتطبيقا لذلك قضت نفس المحكمة بأن المتصرف إليه بجزء مفرز يعد من الغير المنصوص عليه في المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري ومن ثم ليس له أي حق من حقوق الشركاء على عكس المشتري لحصة شائعة ^{١٩}.

وفي هذا الصدد يعرض الفقهاء لتفريع لا يخرج عن كونه بيع للحصة الشائعة - على ما يبدو - وهو حالة ما إذا كان الشيوع وارد على مجموع من المال يضم أشياء متعددة وقام الشريك ببيع أحد هذه الأشياء المعينة كما لو باع الشريك على الشيوع حصة في الدار المشتركة دون باقي أموال التركة. لقد انقسم الفقه المصري في هذا الشأن إلى اتجاهين، بينما يؤكد الاتجاه الأول إجازة هذا البيع وبالتالي حلول المشتري محل البائع في الشيء المبيع ويبقى البائع شريكا على الشيوع في باقي أموال التركة^{٢٠}. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية عندما قالت «إن الشريك على الشيوع في عدة عقارات إذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعاً ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان اتفاقاً أو قضاءً فإذا تجاهله شركاؤه واجروا قسمة هذه الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة^{٢١}.

يبينما يرى الاتجاه الثاني بأن هذا البيع يعد بيعاً لجزء مفرز للمال الشائع ومن ثم فان هذا البيع لا يرتب أثره حالاً بل يتوقف على نتيجة القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع وإلا انعدم أثر البيع^{٢٢}. ونحن نرجح ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول، لأن البيع قد ورد على شيء شائع أولاً وأخيراً لهذا الأدق أن نقول أن البيع ورد على جزء شائع من شيء معين هذا فضلاً عن أن نسبة المتعاقدين قد ذهبت إلى بيع حصة شائعة ابتداء وليس جزء مفرز.

ويرى البعض بان الاحتجاج في هذا الصدد بأن مجموع الأشياء يمثل وحدة مستقلة عن مفرداته إذ إن ذلك يخالف ما اتجه إليه المشرع المصري بصدق تنظيمه لبيع التركة من ضرورة استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق عيني اشتملت عليه التركة...^{٢٣}.

فهذا القول يفصح أن مجموع الأشياء في تلك الحالة لا يمثل وحدة مستقلة عن مفرداته بدلالة وجوب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة.

وبالخلاصة نقول بان المشتري في هذه الحالة يكون مشتري لحصة شائعة - حسب ما نرى - وبالتالي هو شريكاً على الشيوع مع باقي الشركاء الآخرين ويقتسم معهم المال الذي اشتراه دون سائر الأموال الأخرى التي بقيت ملكيتها لاصاحبها وإذا تجاهمه بقية الشركاء واقتسموا المال الشائع بما في ذلك المال المعين فان هذه القسمة لا يحتاج بها على المشتري.

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني في الحكم على بيع الشريك حصته الشائعة

مما تقدم اتضح لنا بان الفقهين الإسلامي والقانوني متفقان على جواز بيع الشريك الحصة الشائعة له من العقار والمنقول سواء كان ذلك البيع للشريك الآخر أم لأجنبي، وفي الحالة الأخيرة متفقان على إعطاء الشركاء الحق في الشفعة فيما لو كان البيع واقع على عقار. وفي هذا المجال فقد ذهب الفقه القانوني - الفرنسي - إلى إخضاع المنقول لنفس الحكم فيما يسمى بالاسترداد. وبهذين الحقين تنتفي إمكانية وقوع الضرر بالشركاء^{٢٤}.

ولكن ما هو موقف الفقهين الإسلامي والقانوني من مسألة بيع الشريك حصته الشائعة فيما لو كانت هذه الحصة مشتركة بسبب الخلط والاختلاط كالحبوب مثلاً؟.

إن القوانين المدنية العربية التي سارت على منهج القانون المدني الفرنسي خلت نصوصها من معالجة هذه الصورة^{٢٥}. بينما القوانين التي أثرت السير على نهج الفقه الإسلامي قد نصت على هذه الصورة

ووُضعت حكماً لها. فالمادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني نصت على أنه «للشريك على الشيوع بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضرًا بدون إذن شريكه» ويقصد بالخلط كما جاء في المذكرة الإيضاحية الأردنية «خلط النصيبين بحيث لا يميز أحدهما عن الآخر» أما الاختلاط فهو «صفة للمال تثبت من فعل الشريكين» والمشرع الأردني في هذا النص لا يجيز بيع الشريك حصته الشائعة بغير إذن شريكه في صورة الخلط والاختلاط.^{٦٦}

والمنطق القانوني يقودنا في صدد هذا البيع للحصة المشتركة على سبيل الخلط والاختلاط أن نفرق فيما إذا كان البيع لشريك أم لأجنبي، إذ أننا من الممكن تصور هذه الصورة من هذا البيع للشريك بعكس ما لو تم البيع للأجنبي فانه لا يتم مثل هذا البيع إلا بإذن الشريك.

ويقول الشيخ الأستاذ علي الخفيف في هذا الصدد بعد أن ضرب مثال لهذا البيع في الحبوب
أما في حال الخلط فان كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للأخر فيها اشتراك فلا
يمكن التسليم إلا بتسليم ما هو غير مملوك للبائع وذلك بتسليم حب مملوك جميعه لأحدهما مخلوطا
بحب مملوك جميعه للأخر فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة حينئذ على تسليمه لما
يملك دون اعتداء على نصيب غيره بتسليمه معه بدون إذن منه^{٢٧}.

ولا نرى بان ما قاله الأستاذ علي الخفيف يتعارض مع ما جاء به المشرع الأردني في نص المادة (١٠٢٢) السابق ذكرها. ذلك أن المشرع الأردني قرر عدم إجازة البيع دون إذن الشريك في صورة الخلط والاختلاط وذلك بسبب عدم إمكانية تسليم المبيع إلا مختلطًا مع نصيب الشريك الآخر وبالتالي يؤدي إلى التداخل في الحصص وهذا غير جائز وبالتالي يجب في كل الأحوال لتصحيح البيع الحصول على إذن الشريك وعندما قال الشيخ علي الخفيف بان هذا البيع يجوز من الشريك ولا يجوز من أجنبي فانه يكون قد قصد الاتجاه المعاكس بالمعنى إذ ذهب إلى أن الأصل هو جواز البيع إن كان من شريك وبالبطلان إن كان من أجنبي. ولكنه يضيف أثناء الشرح بان البيع من أجنبي يحتاج إلى إذن الشريك حتى يتصور انتقال النصيب الشائع إلى المشتري. أما قوله بان البيع هذا يجوز من الشريك فهذا لا يحتاج إلى النص عليه لوضوح الحكم فيه إذ لا يوجد ما يمنع ذلك فان كان الشريك البائع مال مختلط مقيد في بيته بإذن شريكه فمن باب أولى أن هذا الشريك يكون له الحق في شراء هذا المال المختلط ليصبح مال مميزا له.

المبحث الثاني

التكيف القانوني لبيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع

لقد تبين لنا في المبحث الاول مدى توافق الفقهين الاسلامي والقانوني في موقفهما من مسألة بيع الشريك حصته الشائعة. ولكن هل هذا التوافق ما بين الفقهين سوف يستمر في مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع؟ هذا ما سوف نبحثه في هذا البحث. علماً أن دراسة هذا البيع في القانون المدني تفترض علينا ان نرى حكم القانون قبل قسمة المال الشائع وحكمه بعد القسمة.

المطلب الأول

موقف الفقه الاسلامي من بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع

في الحقيقة وبعد الاطلاع على الكثير من مؤلفات الفقه الاسلامي على مختلف مذاهبها، لم نلمس فيها اشارة الى بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع سوى في المذهبين الحنفي والظاهري اللذان على ما يبدو لا يجيزان للشريك على الشیوع ان يبيع جزء مفرز من المال الشائع.

ففي الفقه الحنفي ورد في حاشية ابن عابدين^{٢٨} "لو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتا معينا او نصيبيه من بيت معين فللآخر ان يبطل البيع، كذا في غالب كتب المذهب معللين بتضرر الشريك بذلك عند القسمة اذ لو صح في نصيبيه لتعيين نصيبيه فيه، فاذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضررا على الشريك اذ لا سبيل الى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه، لأن نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيعه النصف وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريقة القسمة". أما بالنسبة للفقه الظاهري فقد أورد ابن حزم المحلي^{٢٩} " لا يحل لأحد من الشركاء انفاذ شيء من الحكم في جزء معين مما له فيه شريك".

أما بالنسبة لمذاهب الفقه الاسلامي الاخرى فهي لم تشير الى هذا النوع من البيوع وكل ما ذهبت اليه هو تصرف الشريك - بالبيع او الرهن - في نصيبيه كله من بيت معين^٣. وهذا في حقيقة الأمر ليس افرازاً بقدر ما هو شيئاً. اذ ان الشريك يتصرف في نصيبيه كله من شيء معين من بين عدة أشياء أخرى.

وبعد عرض هذه الآراء الفقهية نستطيع ان نقرر بأن الفقه الاسلامي لا يجيز بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لأن الضرر سيقع حتماً على الشريك الآخر عند القسمة. لأنه من الممكن فيما لو صلح البيع ان يقع نصيب الشريك الآخر في ذلك الجزء. وهذا من شأنه ان يرتب ضرر على هذا الشريك

اذ لا سبيل الى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه لأن نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع لفوات ذلك ببيعه النصف واذا سلم الأمر من ذلك وسهل طريقة القسمة^{٣١}.

وهذا الموقف للفقه الاسلامي يختلف - كما سنشاهد لاحقاً - عن موقف الفقه القانوني الذي يجيز بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع وفق ضوابط سنأتي عليها. ومنها حالة ما اذا وقع في نصيب البائع جزء آخر غير المتفق عليه. وبهذه الحالة يكون القانون قد اجاز انتقال حق المشتري الى هذا الجزء.

والشريعة الإسلامية لا تقر هذا الانتقال، لأن انتقال حق المشتري الى محل لم يرد عليه العقد لا تقره الشريعة الإسلامية الا اذا كان ذلك بعقد جديد^{٣٢}.

وبقي ان نقول بأن هناك من الشرح من يرى في هذا البيع على انه بيع ملك الغير وبالتالي يجب تطبيق احكام الفضاله عليه^{٣٣}. الا اننا وبالاستناد الى الاقوال الفقهية السابقة الحنفية والظاهرية، ولعدم وجود اقوال اخرى تؤيد هذا البيع او تعتبره بأنه قريب من بيع الفضولي، ولأننا شاهدنا في المبحث السابق اتفاق الفقهاء على المذاهب المختلفة على بيع الشريك حصته الشائعة بشرط ان لا يتربى على هذا بيع أي ضرر بحقوق الشركاء، ولان بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع فيه أكبر ضرر متصور وقوعه على باقي الشركاء فاننا لا نوافق هذا الرأي بل يجب الاعتراف بعدم صحة هذا البيع في ظل الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع قبل القسمة

تنص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الاردني على انه " اذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آلت الي المتصرف بطريقه القسمة و اذا كان المتصرف اليه يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في ابطال التصرف أيضاً.

بداية لا بد من الاشارة الى اختلاف الفقهاء حول سريان هذه المادة على كافة انواع التصرفات القانونية ام لا. فالبعض يعمم هذا النص ليشمل حكمه جميع انواع التصرفات بما فيها الإيجار بينما يقصر البعض الآخر حكم هذه المادة على التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والمقايضة والهبة دون أن يمد حكم هذه المادة الى الإيجار^{٣٤}.

والراجح في نظري الرأي الاخير، لأن المقصود من التصرف في هذه المادة هو نقل الملكية ولا يمكن التذرع في هذا المجال بالقول بأن المشرع الاردني استمد من الفقه الإسلامي معظم أحكامه وبالتالي يجب تفسيرها بمعنى اشمل ليشمل كافة التصرفات. ذلك أن المشرع الأردني في هذه المادة يالتحديد نجده قد نقلها حرفيًا عن القانون المدني المصري المادة (٨٢٦) وكما نعلم ان القانون المصري يقصد بالتصرف الاعمال الناقلة للملكية دون غيرها والذي يؤكد ان المشرع الاردني قد نقل هذه المادة عن القانون المصري هو وقوع المشرع الاردني في تعارض مع نفسه في هذا الحكم الغريب عليه الذي جاء في المادة (٢/١٠٣١) وبالتحديد العبارة الاخيرة منها " فله الحق في ابطال التصرف أيضًا " . إذ أن المشرع الأردني يقر في اكثر من مادة (١٥٤/١٥٣) حكم الفسخ وفقاً للقواعد العامة دون حكم قابلية الابطال كما هو واضح في المادة (٢/١٠٣١) ذلك ان المشرع الاردني لا يعرف نظام البطلان النسبي في قانونه المدني وإنما استبدل بنظام العقد الموقوف وكان الامر بالمشروع الاردني ان يبقى في نفس السياسة التشريعية المأخوذة من الفقه الاسلامي في جانب انعقاد العقد لهذا فانني اعتقد بأن هذا الحكم سببه النقل الحرفي من القانون المصري القائم على نظام البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وعلينا الان البحث في صحة الاراء التي قيلت في حكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة لا سيما ان نص المادة (٢/١٠٣١) لم يتعرض لحالة البيع هذه قبل القسمة وإنما اكتفت بحكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة مما ادى في البعض بالتطرف إلى حد القول بأن هذا النص لا ينطبق الا على حالة بعد القسمة وبالتالي يجب تطبيق القواعد العامة في الشيوع وعلى أي حال علينا استعراض هذه الاراء.

الرأي الأول ذهب الى القول بصحبة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لانه صادرًا من مالك فيما يعادل حصته وبالنسبة لباقي الشركاء يكون بيع صادر من غير مالك أي بيع ملك الغير فيما يعادل حصة باقي الشركاء ذلك ان حصة باقي الشركاء تتركز أيضًا على الجزء المعين الذي تصرف فيه الشريك^{٣٥}.

والرأي الثاني يعتبر هذا البيع بيعاً ملك الغير لأن البائع في هذا الفرض لا يملك إلا حصته شائعة وبالتالي ان فرز حصة من هذه الحصة الشائعة وعيتها وباعها فيكون قد باع مالاً يملكه^{٣٦}. أما الرأي الثالث فلا يعتبر هذا البيع بيعاً ملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها وبالتالي فان هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح لانه صادر من مالك^{٣٧}.

وقد يقول البعض ان الرأي الاول لا يعارض القواعد العامة التي تقضي بان الشرك تصرف في ملكه أي في حصته وفيما لا يملك أي حصص باقي الشركاء ، باعتبار ان حق المشتري لم يتعين بعد، إلا أن هذا الرأي إن اتفق مع القواعد العامة فهو لا يتفق مع النص الخاص به (٢/١٠٣١ أردني ٢/٨٢٦ مصرى) حيث انه حسب مفهوم هذا النص فالقسمة تجري بين الشركاء الأصلين بما فيهم المتصرف أي البائع والقول بأن بيع الشرك جزء مفرز من ماله الشائع يعد بيعاً لملك الغير قول غير دقيق بدليل ان المادة (٢/١٠٣١) تصرح حق المشتري على طلب إبطال هذا البيع قبل القسمة او بعدها اذا كان رضا هذا المشتري معييناً بالغلط وهذا يعني ان البيع اصلاً بيع صادر من مالك. وتوکد هذا القول محكمة النقض المصرية بقرار لها اعتبرت فيه تصرف الشرك في جزء مفرز من المال الشائع يعد صحيحاً من مالك، وذلك في العلاقة بين المتصرف "البائع" والمتصرف اليه "المشتري" لكن هذا التصرف "البيع" لا ينفذ في حق باقي الشركاء، ومن حق الشرك اذن ان يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة^{٣٨}.

لهذا فاننا نرى بأن بيع الشرك جزء مفرز من ماله الشائع ليس بيعاً لملك الغير، كما يعتقد معظم فقهاء القانون الوضعي، وبالتالي فان اساس طلب الابطال المقرر للمشتري يكون الغلط في صفة جوهريه وهو جهلة بالشروع. وليس على اساس صدور البيع من غير المالك، لأن احكام بيع ملك الغير تسوى بين حالة العلم والجهل بأن البائع مالك أو لا يملك ما يبيعه، وتعطى للمشتري حق طلب الابطال في كلتا الحالتين وذلك خلافاً لنص المادة (٢/١٠٣١ ٢/٨٢٦ أردني) (٢/٨٢٦ مصرى) حيث ان كلتا المادتين يفرقان بين حالة العلم والجهل، وبالتالي فان طلب الابطال يكون مبني على اساس الغلط الوارد في المواد السابقة لا على اساس بيع ملك الغير الذي اقر له المشرع نصوص خاصة به متى توافرت شروطه (٥٥١، ٥٥٠ مدنی اردني) و(٤٦٧، ٤٦٦ مدنی مصرى)^{٣٩}.

المطلب الثالث

موقف القانون المدني من بيع الشرك حصة مفرزة من المال الشائع بعد القسمة

بموجب نص المادة (٢/١٠٣١) مدنی اردني السابق ذكرها، فان باع الشرك جزء مفرز من المال الشائع فان هذا الجزء بعد القسمة اما ان يقع في نصيب البائع او لا يقع.

اما ان وقع الجزء المفرز بعد إجراء القسمة في نصيب البائع فان البيع والحالة هذه يستقر نهائياً على الجزء المبيع لذلك لم ينص المشرع الاردني على حكم خاص لهذه الحالة لوضوح الحكم فيها وهذا

يجعلنا ان نقول ايضاً بان الحكم واحد في هذه الحالة أي في حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب البائع بعد القسمه – سواء كان المشتري عالماً بالشيوخ ام جاهلاً به.

وبالتالي فانه لا يجوز للمشتري طلب ابطال البيع في حالة جهله بالشيوخ، لأن هدفه الذي يريد تحقيقه، وبالتالي لا يجوز له التمسك بالابطال وفقاً للمادة (١٥٦) مدني اردني والتي تنص على:

١. ليس من وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.
 ٢. ويبقى ملتزماً بالعقد الذي قصد ابرامه اذا اظهر الفريق الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.
- وهذا الحكم يقودنا الى تقرير حكم آخر هو عدم امكانية المشتري التمسك بحقه بالإبطال فيما لو اقر باقي الشركاء ببيع الشريك الجزء الشائع، فلا يجوز للمشتري طلب الابطال بعد القسمة حتى ولو كان يعتقد ان البائع مالك ملكية مفرزة.

أما إذا لم يقع الجزء المباع في نصيب البائع فانه يستفاد من نص المادة (٢/١٠٣١) اردني (٢/٨٢٦) مصري) ان حق المشتري ينتقل من وقت البيع الى الجزء الذي آلت الى البائع بطريق القسمة.^{٤١} وللمشتري في هذه الحالة حق طلب الابطال اذا كان يعتقد ان البائع يملك ملكية مفرزة.

إذا يجب أن نفرق بين حالة جهل المشتري بالشيوخ وحالة علمه بوجوده:

ففي الحالة الاولى: يحق طلب الابطال للغلط حتى ولو وقع في نصيب البائع جزء آخر من المال المباع وهذا ما قصدته المادة (٢/١٠٣١) بقولها «وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً» فالمشرع في هذه العبارة اراد ان يوضح انه حتى في حالة انتقال حق المشتري الى الجزء الذي آلت الى البائع بطريق القسمة. معنى ذلك انه يحق للمشتري طلب الابطال رغم وقوع جزء في نصيب البائع الا انه يختلف عن الجزء الذي اراده المشتري ، مما أدى إلى تفويت أهدافه التي كان يبتغيها من امتلاك الحصة المعينة والتي تم الاتفاق عليها.

اما في الحالة الثانية: أي حالة علم المشتري في حالة الشيوخ، فلا يحق له طلب ابطال البيع، حتى ولو وقع في نصيب البائع جزء غير الذي وقع عليه البيع^{٤٢} منذ البداية وبالتالي فان حق المشتري ينتقل إلى الجزء الذي آلت إلى المتصرف بطريق القسمة.

المبحث الثالث

التكيف القانوني لبيع الشريك كل المال الشائع

في هذا المبحث سوف نرى موقف الشريعة الإسلامية من مسألة بيع الشريك كل المال الشائع في مطلب أول وحكم القانون من هذا البيع في مطلب ثاني ونبحث في تكيف بيع الشريك كل المال الشائع على أنه بيعاً لملك الغير في مطلب ثالث.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من بيع الشريك كل المال الشائع

إن الفقه الإسلامي في حكمه على بيع الشريك كل المال الشائع يفرق بين أمرين ، الأمر الأول علاقة البائع بباقي الشركاء ، والأمر الثاني في علاقة البائع بالمشتري .

اما في العلاقة ما بين البائع والمشتري فالبيع يكون صحيحاً اذا ما تم باذن باقي الشركاء ، اما ان كان هذا البيع قد تم بغير إذن باقي الشركاء فان الفقهاء يجعلون مثل هذا البيع صحيحاً بمقدار حصة الشريك البائع ويفسد في نصيب باقي الشركاء لأن كل من الملكين في نظر الفقهاء الاسلاميون حكم لو انفرد اما ان جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه . أما إذا كان الشيء المشترك مما لا ينقسم كالدابة مثلاً وباع الشريك نصبيه وهذا يعني تسليم المال كله للمشتري فان حكم هذه المسألة كما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ان كان البيع قد تم دون اذن الشريك الآخر فان البائع يضمن حصة شريكه اذا تلفت الدابة^{٤٣} .

اما علاقة البائع بالمشتري ، ففي حال علم المشتري بملكية البائع للعين على الشيوع فانه لا يجوز للمشتري ان يطلب الابطال لانه على بصيرة من أمره ، أما إن كان المشترى جاهلاً بحالة الشيوع ، بل كان معتقداً ان البائع يملك المال ملكية مفرزة ففي هذه الحالة يكون المشترى امام خيارين الامساك او الرد .

أما بالنسبة للبائع فلا خيار له لأنه باع ما يريد من نصبيه وليس من حقه ذلك فهو قد رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسط^{٤٤} .

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من بيع الشريك كل المال الشائع

لقد رأينا في المبحث السابق ان المادة (٢١٠٢) تعالج صورة بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع ، وهي في الحقيقة لم تتعرض لبيع الشريك كل المال الشائع ، وبالتالي ما هو حكم هذا البيع في ظل هذا القانون المدني؟

يرى بعض الفقهاء، بأنه ان قام بعض الشركاء ببيع كل المال الشائع، فان هذا البيع يصح في حصته فقط ولا يسري بحق باقي الشركاء، بل يكون لهم رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقهم على الشيء المبيع وفي نفس الوقت يجوز لهم ان يقرروا هذا البيع ليصبح نافذاً في حقهم.

وعلى هذا الرأي فان بيع كل المال الشائع يعد بيعاً صحيحاً وينتج أثاره بين طرفيه ولا يجوز للمشتري طلب الإبطال إلا إذا كان يعتقد ان البائع يملك العين كلها ملكية مفرزة.

وعلى ما يبدو ان هذا الرأي يبني حكمه على نص المادة (٢١٠٣٢) التي تجيز بيع الشريك جزءاً مفرزاً ولا تشترط ان يكون هذا الجزء مساوياً لحصة الشريك الشائعة فربما تزيد عنها وبالتالي لا مانع من تطبيق هذه المادة على صورة بيع الشريك كل المال الشائع وبالتالي لا يجوز للمشتري طلب ابطال البيع لا قبل القسمة ولا بعدها إلا إذا كان يعتقد ان البائع يملك العين ملكية مفرزة لا شائعة.^{٤٥}

ويذهب الفقه المصري الى ضرورة صدور البيع من جميع المالك حتى يكون بيع كل المال الشائع نافذاً في حقهم جميعاً. اما ان باع احد الشركاء كل المال، فإنه يكون قد باع ملكه وهو حصته الشائعة وباع ملك غيره وهو حصص باقي الشركاء، وبالتالي فان هذا البيع يكون صحيحاً في حدود حصته وقابل للابطال فيما يعادل حصص باقي الشركاء ويتحقق لهؤلاء طلب ابطال هذا البيع دون انتظار القسمة. أما المشتري فيكون من حقه طلب الابطال سواء فيما زاد على نصيب البائع بل وله ان يطلب الابطال بالنسبة لكل المال الشائع في حال جهله بملكية البائع للمال على سبيل الشيوع بأن كان يعتقد بأنه يملكها ملكية مفرزة.^{٤٦}

وما تقدم ذكره يعني ان الفقه القانوني يفرق ما بين حالتين:

الأولى: حالة علم المشتري بالشيوع: والحكم في هذه الحالة – كما سبق ان رأينا عند البحث في البيع لجزء مفرز – هو انه لا يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال، لأن ارادته اتجهت الى احداث هذا الأثر القانوني وهو على بصيرة من أمره ذلك انه قد اشترى وهو متوقع بأن البائع قد يستطيع ان يستخلص كل المال لنفسه، والا فمن حق المشتري ان ينقص من الثمن بما يعادل ما وقع في نصيب البائع، ولكن ليس من حق المشتري ان يطلب الفسخ كما يرى بعض الفقهاء لأن المشتري من بداية البيع يعلم بحالة الشيوع ومتوقع لكل النتائج.^{٤٧}

الاً اننا لا نستطيع تأييد هذا الرأي على اطلاقه وكذلك الأمر لا نستطيع اقرار الفسخ للمشتري على اطلاقه فقد نؤيد الذين يقولون بحق المشتري بانقصاص الثمن بما يوازي ما وقع في نصيب البائع وذلك فقط في حالة ما اذا كان الجزء الواقع في نصيب الشركاء الآخرين لا يؤثر على المشتري بل

ان المشتري يجعل من الحصة الواقعة في نصيب البائع والتي ستنقل اليه بعد القسمة من الامامية اما ان كان الأمر غير ذلك بمعنى لو ان المشتري كان سيمتنع عن شراء الشيء المبيع لو كان يعلم بهذا الاستحقاق عند البيع لامامية الشيء المبيع في نظره فاننا نعتقد في هذه الحالة بثبوت الحق للمشتري، فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

الثانية: حالة جهل المشتري بالشروع، وفي هذه الحالة يكون من حق المشتري طلب ابطال البيع قبل القسمة للغلط أما بعد القسمة فاذا لم يقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب ابطال البيع نظراً للتفريق الصفة عليه. أما إن وقع المال كله في نصيب البائع فيكون قد استقر نهائياً وبالتالي تتحقق ما أراد المشتري فمن الطبيعي والحالة هذه ان لا يحق للمشتري طلب الابطال طالما ان البائع استخلص المال كله لنفسه.

اذن بيع الشرك كل المال بيع صحيح بين طرفيه ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، اذ يكون لهؤلاء الشركاء رفع دعوى الاستحقاق. ويكون لهم أيضاً ان يقرروا هذا التصرف وبالتالي يصبح نافذاً في حقهم جميعاً ولا نعتقد بأن، هناك اختلاف ما بين الفقهين القانوني والإسلامي في الحكم على بيع الشرك كل المال الشائع ومن ثم فان بيع الشرك كل المال الشائع بيعاً وان كان صحيح بين طرفيه الا انه غير نافذ في حق باقي الشركاء.

المطلب الثالث

تكيف بيع الشرك كل المال الشائع على انه بيع ملك غير

قد يقال بأن بيع الشرك كل المال الشائع لا يعود ان يكون سوى بيعاً ملك الغير. ذلك انه اذا باع الشرك كل الارض المشاعة بينه وبين شريكه فإنه يكون قد باع بالإضافة الى ملكه ملك غيره. وحقيقة تستطيع ان تقرر مبدئياً بأن الشرك البائع يكون بائعاً ملك غيره فقط في نصيب شريكه في الشروع وهذا القول من شأنه ان يمنح الشرك الآخر - باعتباره مالك - استرداد نصبيه في الشروع من المشتري.

اذا في هذه الحصة تكون أماماً بيع ملك الغير. فهناك بائع ومشتري ومالك والحكم في هذه الحالة - حسب احكام بيع ملك الغير - ان البيع يسرى في حق البائع و المشتري مع تقرير قابلية التصرف للابطال لصالح المشتري، ويكون للمالك دعاوى الاسترداد والاستحقاق والتعويض ان توافرت شروطها.

ولكن هل الحكم هذا ينطبق على بيع الشريك كل المال الشائع؟

لقد رأينا في المطلب السابق من هذا البحث، بأن أحد من فقهاء القانون لم يقرر مثل هذا الحكم بل فرقوا بين حالة علم وجهل المشتري بالشيوخ وحالة ما قبل وما بعد القسمة ورتبوا على كل حالة حسب ظروفها حكم خاص بها.

بل وفي بعض الأحيان استعانا بالقواعد العامة لتسعفهم كما حدث في حالة علم المشتري بالشيوخ مع عدم استطاعة البائع استخلاص المال كله لنفسه فمنهم من اعطى المشتري حق الفسخ ومنهم من اعطاه حق انفاس الثمن بقيمة الحصص غير الواقعية في نصيبيه.

ولكن ما هو سبب ابتعاد الفقهاء عن تطبيق احكام بيع ملك الغير على هذه الحالة مع انه من الممكن تطبيقها كما وضحنا، ذلك أن العلاقة واضحة والأطراف والمحل بل والشروط حتى متوافرة لحالة قيام بيع ملك الغير؟

أعتقد بأن سر ابتعاد فقهاء وشرح القانون عن تطبيق احكام بيع ملك الغير - علماً ان كثيراً منهم ان لم يكن أغلبهم يقررون في شروحاتهم انه بيع ملك الغير - هو وجود نص المادة (٢١/١٠٣١) مدني أردني ونص المادة (٢٦٢/٢) مدني مصرى.

علماً ان هذه المواد لم تتطرق لا من بعيد ولا من قريب الى حالة بيع الشريك كل المال الشائع وإنما اجتنزأت بالقول على بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وقررت احكاماً للحالة الأخيرة فقط. اذ ان شرح القانون بالقياس على هذه النصوص السابقة حكموا على بيع الشريك كل المال الشائع وبالتالي جاءت احكامهم قريبة كل القرب من حالة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع. وما لم يجدوا له حكماً من هذه المواد، ذهبوا فيه الى القواعد العامة الغنية بالحلول.

ولكن هل يصح مثل هذا القياس، بمعنى لماذا لم يقيسوا على احكام تكون قد قررت مثل هذه الحالة؟ في الحقيقة لا يسعنا القول في الاجابة على هذا السؤال سوى الانضمام إلى الشرح في تنظيم بيع كل المال الشائع على أساس القواعد العامة في الشيوخ ومنها نص المادة (٣١/١٠) أردني والمادة (٢٦٢/٢) مصرى. والسبب في قوله هذا ان المشرع وان تحدث عن بيع جزء مفرز من المال الشائع الا ان هذا لا يعني استبعاده لبيع كل المال الشائع لما بين البيعين من تشابه. إذ انه إن كان بيع كل المال الشائع - كما قلنا - بيع ملك الغير في الجزء غير الواقع في نصيب البائع، فإن بيع الجزء المفرز من باب أولى هو بيع ملك الغير عندما لا يقع هذا الجزء في نصيب البائع.

والذي جعلنا نخرج بيع الشريك جزء مفرز من ماله الشائع من نطاق بيع ملك الغير هو احكام المادة

(٢٠٣٢) وبالتالي لنفس السبب نخرج بيع الشريك كل المال الشائع من نطاق بيع ملك الغير. لنعتبرها بيوعاً خاصة جاء المشرع لها بأحكام خاصة بها يجب أن تطبق عليها كما هي في القانون المدني والتي بدأنا بالبحث عنها في أبسط صورها عندما تكون الحصة الشائعة مملوكة على الشيوع انتهاء بعقدها عندما يبيع الشريك كل المال الشائع.

الخاتمة

بدأتنا هذا البحث بتمهيد تعرفنا من خلاله على معنى البيع في الفقهين الإسلامي والقانوني وهذا التمهيد مكنتنا من الدخول إلى موضوع البحث وهو التكييف القانوني لبيع الشريك المال الشائع بجميع صور هذا البيع الممكن وقوعها. لهذا فقد استعرضنا حكم القانون والفقه الإسلامي في هذه الصور وبأنها في بيع الشريك الحصة الشائعة ومن ثم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وختمنا بحكم القانون والفقه الإسلامي لبيع الشريك كل المال الشائع وبهذا العرض نأمل ان تكون قد وصلنا إلى الغاية المرجوة من هذا البحث.

والآن يتوجب علينا أن نلخص أهم نتائج البحث التي وصلنا إليها ليكون للبحث ثمرة وهذه النتائج هي:
أولاً: يجوز للشريك أن يبيع حصته الشائعة لأنه يبيع ما يملك ملكية تامة. ويجب مراعاة باقي الشركاء في هذا البيع وذلك بعدم الحق الضرر بحقوقهم. وفي هذا القول اتفق فقهاء القانون الوضعي مع فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، لهذا فقد أعطى القانون المدني المصري لباقي الشركاء حق استرداد الحصة المبيعة وهذا يقابل حق الشفعة في الفقه الإسلامي وهذين الحقين من شأنهما أن يمنعوا الضرر عن الشركاء.
وان كان حق الاسترداد مقصور على المنقول وهذا يعد بمثابة حكم مستحدث في القانون الوضعي، إلا أنه مع ذلك نجد أن ابن حزم المحلي أخضع المنقول والعقارات لحق الشفعة ليكون هو الأسبق في ذلك.
ثانياً: بالنسبة لبيع جزء مفرز أو كل المال الشائع، فالبيع في هذه الصورة يتصور فيه اعتداء على حقوق باقي الشركاء لهذا كان البيع صحيحاً بين طرفيه، غير نافذ في حق باقي الشركاء. لأنه إذا تمت القسمة ربما لا يقع المبيع في نصيب البائع.

ثالثاً: لقد وضع المشرع ضوابط تحكم حالة جهل المشتري بملكية البائع للمال على أنه شائع، وذلك من أجل الحفاظ على حقوق المشتري من ناحية وحقوق الشركاء من ناحية أخرى لهذا فقد أعطى المشرع للمشتري في حالة عدم علمه بالشيوع الحق في إبطال البيع واخذ ما دفعه أو الابقاء على البيع وبالتالي الموافقة على ما وقع في نصيب البائع.

أما إذا كان المشتري على علم بحالة الشيوع، فإن البيع يعد صحيحاً فيما بينه وبين البائع الاّ انه لا ينفذ في حق باقي الشركاء لأن لهم من الحقوق مثل ما للمتصرف.

رابعاً: لقد تبين لنا من خلال هذا البحث اتفاق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في كثير من الأحكام الخاصة ببيع المال الشائع. فالقانون يتافق مع الشريعة الغراء في الحكم على بيع الشرك الحصة الشائعة كما سبق ان أوضحنا ويتفقاً أيضاً على حكم بيع الشرك كل المال الشائع ذلك ان هذا البيع الأخير وان كان صحيح بين طرفيه الاّ انه غير نافذ في حق باقي الشركاء. اذ ليس له حق أكثر من شركائه في المال الشائع.

أما بالنسبة لبيع الشرك جزء مفرز من المال الشائع. فان الأصل في الشريعة الإسلامية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» وبالتالي من شأن هذا البيع أن يؤدي إلى النزاع ما بين الشركاء. من هذا المنطق قلنا بأن الفقه الإسلامي لا يجيز هذا النوع من البيوع بالرغم من ان بعض الشرح استند الى اقوال من الفقه الحنفي تجعل من هذا البيع صورة من صور بيع الفضولي الموقوف على اجازة المالك إلا أننا نرى بعد عدم جواز هذا البيع لأن الفقه الإسلامي لا يجيز انتقال حق المشتري الى البائع بموجب عقد سابق بعد القسمة هذا كله على خلاف القانون الوضعي الذي اجاز هذا النوع من البيوع ونظم أحكامه في المادة (٢١٠٣) والتي سبق ان اشرنا اليها.

أهم التوصيات:

بالاضافة الى ما جاء في هذا البحث من معالجة الكثير من المسائل المختلف فيها والتي حاولنا قدر الامكان معالجتها في موقعها فإننا نوصي بما يأتي:

أولاً: لم ينهج المشرع الأردني منهج المشرع المصري الذي نظم في قانونه المدني حق الاسترداد في حال بيع الحصة الشائعة عندما تكون الحصة مالاً منقولاً. واكتفى بترك الأمر للشفعه على العقارات كما هو الفقه الإسلامي. وهذا يعني أن المشرع الأردني ترك المنقولات دون حكم لها في هذا البيع لهذا فإننا نوصي بأن يأخذ المشرع الأردني في قانونه المدني حالة المنقول هذه في الحسبان دون تركها هكذا دون حكم خاص بها. لا سيما وأنه يملك قول فقهي يستند اليه يجعل حق الشفعة يسري على العقار والمنقول معاً كما أوضحنا دون ان يذهب الى التوسع في ذلك كما فعل المشرع المصري في تنظيمه حق الاسترداد وبوضع شروط وضوابط له مستمددة من الفقه الفرنسي.

ثانياً: لقد كان المشرع الأردني في قانونه المدني كثير الخلط وأحياناً الغموض عند استخدامه مصطلح «التصرف» وهذا كان يقودنا إلى البحث عن مقصود المشرع من هذا المصطلح لا سيما وأنه يقصد تارة التصرف بمعناه اللغوي الذي سار عليه الفقه الإسلامي ليتمتد إلى كافة التصرفات وتارة أخرى إلى التصرف القانوني الناقل للملكية. لهذا فإننا نوصي أن يكون المشرع الأردني أكثر دقة في تحديد المقصود من التصرف في أحکامه ونصوصه حتى يقطع الاجتهادات التي قد تأخذ بنا إلى تقرير حكم لا يستقيم مع نهج وسياسة القانون المدني الأردني.

ثالثاً: لقد تعارض المشرع الأردني مع نفسه في نص المادة (٢/١٠٢١) عندما قرر حق المشتري في ابطال التصرف. ذلك أن هذه المادة تتحدث عن حالة ما إذا وقع المشتري في غلط وهو جله بحالة الشيوع ونحن نعلم بأن الحكم في القانون الأردني هو الفسخ في حالة الغلط كما هو في مادة ١٥٣، ١٥٤. بل أن المشرع الأردني لا يعرف نظام البطلان النسبي لهذا كان عليه أن يبحث في حل آخر غير أن يجعل العقد قابل للابطال لصالح المشتري وعليه فإننا نوصي بأن يبقى المشرع الأردني على موقفه المتأثر في الكثير من أحکامه في الفقه الإسلامي وبالتالي ينص على بطلان هذا البيع ابتداءً اذ من شأنه ان يلحق الضرر في حقوق باقي الشركاء وسبق ان قال المشرع الأردني لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال.

رابعاً: لقد بين فقهاء القانون الوضعي حكمهم لبيع الشريك كل المال الشائع على أساس النص الذي عالج بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وبناء على هذا النص قد فرقوا بين حالة علم وجهل المشتري بحالة الشيوع وقرروا الحكماماً على هذا الفرق ولأن بيع كل المال الشائع كما هو واضح من تسمية هذا البيع من شأنه ان يقع على كل المال الشائع وبالتالي قد يستطيع البائع ان يخلص هذا الملك لنفسه لينتقل إلى المشتري على عكس عدم استطاعة البائع تخلص الملك لنفسه لهذا فقد اختلف الفقهاء في هذا الشأن فمنهم من منح المشتري حق الفسخ ومنهم من اعطاه حق الابقاء على الملكية مع انقاذه الثمن وعلى ضوء ذلك نوصي القوانين الوضعية بإفراد نص خاص ينظم هذا النوع من البيوع في حال ان وقع لا سيما واننا قد أخرجناه من كونه بيع ملك الغير للأسباب التي أوضحتها سابقاً والتي من أهمها «القياس» على النص الخاص ببيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع.

خامساً: لقد تعرض القانون المدني الأردني لحالة بيع الشريك حصته الشائعة في صورة الخلط والاختلاط ونص على عدم جواز هذا البيع الا باذن الشريك الآخر مستمدأ هذا الحكم من الفقه الحنفي. وفي الحقيقة فإننا نرى بأن الشيوع واحد سواء بالميراث او الاختلاط وبالتالي يجب إفراد

حكم واحد لهما دون التفرقة بينهما لأن يكون الحكم هو جواز بيع الحصة الشائعة مهما كان مصدر هذا الشيوع كما هو حال المذاهب الفقهية الأخرى غير الحنفية والقوانين الوضعية الأخرى غير الأردنية لا سيما وإن المشرع نص على بطلان بيع الحصة الشائعة في حال وقوع ضرر من هذا البيع، فالخوف من الضرر لا يبرر مثل هذا الحكم لأننا لا حاجة لنا له متى تحقق الضرر سواء كان البيع لحصة شائعة اكتسبت بالميراث أو الوصية أو الخلط أو الاختلاط.

الهوامش:

١. المادة (١٠٥) مجلة الأحكام العدلية.
٢. مرشد الحيران، المادة (٣٤٢) ويؤخذ على التعريف الذي جاء به صاحب مرشد الحيوان بأنه بيان لأثر عقد البيع وليس تعريفاً لعقد البيع. د.البوطي، محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها الطبيعة الأولى، دار الفكر، ١٩٩٨، ص ٣١.
٣. البوطي، المرجع السابق، ص ٣٢.
٤. في هذا المعنى، د منذر الفضل، د صاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسممة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٣، ص ١٩-٢٠ ..
٥. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، القاهرة، دار النهضة العربية، لم يذكر تاريخ نشر، ص ٢١.
٦. السنهوري، المرجع السابق، ص ٢١-٢٢ . وفي نفس المعنى أنظر: مرقس، سليمان، عقد البيع، نادي القضاة، ١٩٨٠، ص ٢٠-٢١.
٧. المنقول هو ما تم نقله من محل إلى آخر ويشمل النقود والحيوانات وغيرها من المثلثيات والقيمتيات أما العقار فهو حسب تعبير مجلة الأحكام العدلية أي غير المنقول ما لا يمكن نقله من مكان لأخر كالاراضي وغيرها. راجع المواد ١٢٨-١٢٩ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر، المطبعة العباسية، حيفا، ١٣٤٣/١٩٢٥م، ص ١٠١ . والعقار حسب نظر الحنفية ينحصر في الأرض المبنية. راجع في ذلك: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأ بصار، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، ١٩٦٦، ص ٣٦١ تحت عنوان مطلب في وقف المنقول تبعاً للعقارات. والبناء والشجر لو كانوا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات لذلك لا يجري فيهما الشفعة إذا بيعاً منفردين عن الأرض لأن حق الشفعة مقصور على الأرض. غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر ومعنى هذا أن البناء والشجر لهما اعتباران في نظر الفقه الحنفي، فهما بانفرادهما عن الأرض يعدان من المنقولات، وهما مع الأرض عقار بالتبعية. راجع في ذلك ابن عابدين، المرجع السابق، والشيخ الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، طبعة أولى، ١٤٧-١٤٨ . أما المالكية فهم يعتبرون البناء والغراس القائمين على الأرض من العقارات لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلها بل يتغيران من حال إلى آخر فيصبح الشجر حطباً والبناء أنقاضاً. راجع في ذلك المغني والشرح الكبير للإمام شمس الدين بن قدامة المقدسي، الجزء الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢/١٩٧٢م، ص ٤٧٦.
٨. المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٣٨.
٩. المحلي، أبي محمد علي ابن احمد بن سعيد بن حزم، الجزء التاسع، دار الآفاق الجديدة، ص ٨٣-٨٥ ..

١٠. المحلي، المرجع السابق، ص٨٣.
١١. ابن عابدين، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص٣٠١. وراجع في نفس المعنى: الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٢٢٠ ..
١٢. تقابل المادة ١/٨٢٦ مدني مصرى، و٧٨١ مدنى سوري.
١٣. مرسي، محمد كمال، شرح القانون المدنى الجديد، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، الجزء السادس، المطبعة العالمية، ١٩٥٣، ص٥١٥. عيسى، محمد حلمي، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الإسلامية، مطبعة المعارف، ص١٩٠. سلطان، أنور ، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، مطبعة دار النشر للثقافة، ١٩٥٢، ص٤١٢. السنهورى، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد، حق الملكية، المجلد الثامن، القاهرة، دار النهضة العربية، ص٨٤٣.
١٤. للمزيد عن حق الاسترداد في القانون المدنى الفرنسي راجع الدكتور السنهورى، المرجع السابق، ص٨٥٠ إلى ص٨٦٨، ولن أطيل البحث في هذا الموضوع إذ أن موضوع الاسترداد بحد ذاته يصلح لأن يكون محلاً لأكثر من بحث وما يعنينا في هذا المجال هو الإشارة إلى الحكم الجديد الذي أتى به القانون المصرى المستمد من القانون المدنى المصرى في حكم المنقول والحكم هنا شبيه بحق الشفعة في العقار من حيث المبدأ إذ كلاهما يقران للشركاء حق الحلول محل المشتري مع اختلاف الإجراءات الواجب إتباعها في كل حق.
١٥. السنهورى، الوسيط، الجزء الثامن، ص٨٤٣. كيره، حسن، أصول القانون المدنى، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، منشأة المعرف بالإسكندرية، ١٩٦٥، ص٣٩٩.
١٦. الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصرى، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص١٧٥-١٧٦.
١٧. وهنا لابد من توضيح المواقف القانونية من ضرورة التسجيل وأهميته إذ أنها ليست واحدة، فبينما نجد أن القانون المدنى الأردنى في المادة (١٤٤٦) ينص على « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقارات بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً لأحكام القانون » فهذه المادة تضع الأصل العام القاضى بأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية تنتقل بالعقد بمجرد استيفاء العقد أركانه وشروطه، ولكن هذا النص العام يقيده النص الخاص فالمادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٣ تنص على أنه « في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل » بموجب هذا النص الخاص يعتبر التسجيل في القانون ركناً في البيوع العقارية في الأراضي التي تمت تسويتها. أما الأراضي التي لم تتم تسويتها فالمادة الثالثة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ تنص على أنه « تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنى منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفًا فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمسة عشر سنة في العقارات المملوكة » واضح أن هذا النص يشترط لانتقال ملكية

العقار الذي لم تتم به التسوية أن يتم البيع بموجب أي سند سواء كان كتابي أو ما يعرف بالحجة وأن يمر على تصرف المشتري الفعلي فيها مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمسة عشر سنة في العقارات المملوكة دون أن يوضح هذا النص على وجوب تسجيل السند في دائرة التسجيل كما هو الحال في الأرض التي تمت تسويتها إذ أن كل معاملة فيها تتم خارج دائرة التسجيل تعتبر باطلة. راجع في ذلك أحكام تمييز تحت عنوان بيع، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية، ١٩٦٣-١٩٧٠، الجزء الثاني، القسم الأول، إعداد تركي حداد، قضية حقوقية رقم، ٢٩٥/٦٢، المنشورة في صفحة ٥١٢ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٣. وقضية حقوقية رقم ١١٢/٦٤ مرجع سابق، ص ١١٧٢ لسنة ١٩٦٦ . وللمزيد حول هذا الموضوع راجع: الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ١٩٩٣، ص ٢٣٥ إلى ٢٨٧ . ونشير هنا إلى أن ما قيل ينطبق على أراضي الضفة الغربية، إذ أن القوانين المذكورة عموماً بها حتى الآن في الضفة الغربية . أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٩٣٤) منه على أنه «في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري » وبمقتضى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فان « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهراً بطريقة التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويتربّ على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » هذا النص يعني وجوب تسجيل عقد البيع إذ أنه بمجرد انعقاده يكون للمشتري جميع الحقوق التي من شأن هذا البيع أن يرتبها ما عدا انتقال الحق العيني فيترافق هذا الانتقال حتى حصول التسجيل. ويكون للمشتري بموجب عقد البيع الحق في تسلم العقار والحصول على ريعه وثماره حتى قبل التسجيل وفي حال امتناع البائع عن القيام بالتسجيل جاز للمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع . وللمزيد حول هذا الموضوع راجع الدنناصوري، عز الدين، الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية والدعوى والدفع في عقد البيع، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص ٦١ وما بعدها. إذا في بيع الحصة الشائعة يجب مراعاة ما تقدم على اختلاف القانونين الأردني والمصري في الحكم وذلك في حالة كون الحصة الشائعة عقارية فالتسجيل ركن في الأردن في أراضي التسوية وغير ذلك فيما لم يتم تسويته من أراضي. أما في مصر فالتسجيل والشهر لا يتربّ على عدم مراعاته بطلان البيع .

١٨. نقض رقم ١٨٤ لسنة ١٩٦٥، مكتبة التشريعات العربية (IGLC) وتشتمل على قرارات محكمة النقض المصرية المخزنة على الأقراص المغネットة والموجودة نسخة منها لدى المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان.

١٩. نقض رقم ٨١ لسنة ١٩٦٤، المرجع السابق.

٢٠. كيره، مرجع سابق، ص ٤٠ هامش.

٢١. نقض مدني لسنة ١٩٥٥، مرجع سابق .
٢٢. أنظر هذه الآراء ويخصها الدكتور السنهوري بفرنسا: السنهوري، مرجع سابق، جزء ٨، ص ٨٤٤. كير، مرجع سابق، ص ٤٠٠.
٢٣. تقابل المادة ٥٤٢ من القانون المدني الأردني، والمادة ٤٤٤ مدني سوري، والمادة ٥٤٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني. علماً أن هذه القوانين جعلت هذه المواد تحت عنوان بيع التخارج الذي هو عقد بيع محله نصيب الورث من التركة ويقع هذا البيع بين وارث وأخر من الورثة وبين وارث والورثة الآخرين بعوض نقدي معلوم. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، ٢٠٠٣.
٢٤. إن الفقيه ابن حزم رضي الله عنه قد أقر الشفعة في كل شيء سواء كان المبيع عقاراً أم منقولاً. وابن حزم بهذا الرأي لا يختلف عما جاء به الفقه القانوني. المحلي، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص ٨٢.
٢٥. المذكورة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الثاني، نقابة المحامين، عمان، إعداد المكتب الفني، ٢٠٠٠، ص ٧٠٩ - ٧١٠. وقد استمد القانون المدني الأردني هذا النص من الفقه الحنفي، حيث ورد في حاشية ابن عابدين ما يدل على أن الفقه لا يحizin بيع الحصة الشائعة بصورة الخلط والاختلاط راجع في ذلك ماورد في المنظومة المحببة في حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ص ٣٣٤ إلى ٣٣٦.
٢٦. أما القانون المدني المصري ولعدم النص فيه على هذا الحكم فإننا نرى بأن الحكم فيه هو صحة بيع الحصة الشائعة سواء من الشريك أو من الأجنبي حتى في الشيوع الذي تم بالخلط والاختلاط. وحسناً فعل المشرع المصري بعدم تضمين قانونه مثل هذا النص إذ ليس من الضروري إعطاء حكم مستقل لهذه الحالة لا سيما وإن الشيوع واحداً مهما كان مصدره سواء كان ابتداء كالميراث والوصية أم الخلط والاختلاط. حتى لو افترضنا أن هذا الحكم جاء لمنع الضرر الذي قد يلحق الشركاء في حال كون المال المشترك مختلطاً فإننا نقول بأن بيع الحصة الشائعة يجب في كل الأحوال أن لا يترتب عليه ضرر لأنه لا ضرر ولا ضرار.
٢٧. الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٢٠.
٢٨. حاشية رد، المختار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٠٢.
٢٩. المحلي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٦١.
٣٠. جاء في المغني والشرح الكبير «يصح ان يرهن بعض نصبيه من المشاع كما يصح ان يرهن جميعه سواء رهنه مشاعاً في نصبيه مثل أن يرهن نصف نصبيه او يرهن نصبيه من معين مثل ان يكون له نصف دار فيرهن نصبيه من بيت منها بعينه، وقال القاضي يحتمل ان لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال ان يقتسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه، ولنا انه يصح بيعه فصح رهنة كغيره، وما ذكر لا يصح ، لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه» المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٧٥.
٣١. حاشية رد، المختار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٠٢.

- . ٣٢. الخفيف، مرجع سابق، ص ٢٢٢.
- . ٣٣. راجع في هذا الرأي «بودى، حسن محمد محمد، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدنى، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، للنشر، ٢٠٠٤، ص ٨٧».
- . ٣٤. منصور، منصور مصطفى، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، ١٩٥٦، فقرة ١٧٣، ص ٤٢٨. علماً أن المشرع الأردني في هذا الصدد يخلط في المواد المنظمة لحق الملكية بين التصرف بمعناه القانوني والتصرف بمعناه اللغوي المستمد من الفقه الإسلامي ليشمل كل أنواع التصرفات.
- . ٣٥. مرقس، سليمان بالاشتراك مع محمد امام، عقد البيع في التقنين المدنى الجديد، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ٤٦٥.
- . ٣٦. منصور، مصطفى منصور، حق الملكية من خلال العمروسي، أنور، الملكية واسباب كسبها في القانون المدنى، طبعة أولى دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٢٦٩.
- . ٣٧. شحاته، شفيق، النظرية العامة للتأمين العيني، ١٩٥٢، ص ١٦٤.
- . ٣٨. نقض مدنى، ١٩٧٢، مرجع سابق، واضح من الحكم السابق انه يطبق فكرة العقد الموقوف وهذا غير معمول به في القانون المصري.
- . ٣٩. وبخصوص الرأي الثاني والثالث راجع لاحقاً من هذا البحث من ص ٢٤ إلى ص ٢٦.
- . ٤٠. تقابل المادة ١٢٤ / ٥ مصري، ١٢٣ مشروع فلسطيني وراجع في هذا الرأي: سوار مرجع سابق، ص ١٢٩.
- . ٤١. نقض مدنى رقم ٣١٠ سنة ١٩٨٠، مرجع سابق. قد يقول البعض ان في هذا الحكم، ما يقربنا من بيع ملك الغير. ويرد على ذلك بأن أحكام بيع ملك الغير تطبق متى توافرت شروطها ولا تنطبق على بيع له شروط خاصة به كالبيع الذي نحن في صدده الذي كما نشاهد يفرق بين حاله ما قبل التسمة وحاله ما بعدها. والحكم الذي قررناه في المتن من انه ليس للمشتري طلب الإبطال في حال اقرار الشركاء بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لا بنبيه على أحكام بيع ملك الغير وإنما بنبيه على القواعد العامة كما ورد معنا بأنه ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه بتعارض مع ما يقضي به حسن النية.
- . ٤٢. وهذا يجعلنا نقرر بأن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع ليس بيع ملك الغير، اذ ان المشرع في بيع ملك الغير يسوى بين حالة حسن النية وسوءها إذ المشتري من حقه طلب إبطال البيع اللهم يشترط حسن النية أي الجهل فقط للتعويض. راجع في ذلك نصوص المواد (٤٦٦، ٤٦٧ مدنى مصري).
- . ٤٣. حاشية الدسوقي على شرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المطبعة الأزهرية . ٢٣٦، ص ١٣٩.
- . ٤٤. مصدر ما جاء في المتن اقوال الفقهاء الاسلاميون التالية: جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي «فإن وقع و باع أحد الشركين حصته في الدابة وسلمها للمشتري بغير إذن شريكه وتلفت فقال في النخيرة مقتضى القواعد أنه يضمن البائع حصة الشرك لان أقل احوال هذا الشريك البائع ان يكون كالمودع ، والمودع اذا وضع يد أجنبى على الامانة بغير إذن ربها فإنه يضمن لتعديه» حاشية الدسوقي المرجع السابق.

وجاء في المغني والشرح الكبير ما يلي « باع مشتاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما او ما يقسم عليه الثمن بالاجزاء كففيزيين متساوين لهما ، فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر ، والثاني لا يصح فيهما . واصل الوجهين ان احمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين : (الأولي) يفسد فيهما (الثانية) يصح في الحرة . والوجه الاول قول مالك وأبي حنيفة وأحد قوله الشافعي وقال في الآخر لا يصح وهو قول ابي ثور لأن الصفة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحرير ولأن الصفة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين . وجده الاول ان كل واحد منهما له حكم لو كان منفراً ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شططاً وسيفاً ، وأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من اهله في محله بشرطه ، فصح كما لو انفرد ، ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في احد المحلين لنبوئه عن قبوله فيصح الآخر . وأما الدرهان والأختان فليس واحداً منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما . ومتى حكمنا بالصحة هنا وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له ، لأن دخل على بصيرة وان لم يعلم مثل ان اشتري عبداً يظنه كله للبائع فبان انه لا يملك الا نصفه ولوه الخيار بين الفسخ والامساك ، لأن الصفة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار له لأن رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه » المغني والشرح الكبير ، مرجع سابق ، ص ٤ ، ص ٣٨ .

٤٥. كبيرة ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥ - ٣٦٦ . وراجع كذلك رأي الاستاذ اسماعيل غانم في نفس المرجع هامش صفحة ٣٦٧ .

٤٦. سلطان ، مرجع سابق ، ص ٣٩٨ ، مرسى ، مرجع سابق ، ص ٥٢١ ، شحاته ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ .
 ٤٧. كبيرة ، المرجع السابق ، ٣٦٥ ، ٣٦٦ . ويستوي الدكتور السنهوري بين حالة علم وجهل المشتري في حالة بيع كل المال الشائع ويرى أنه في كل الأحوال يجب على البائع استخلاص الملكية لنفسه والأجزاء للمشتري طلب الفسخ ، انظر في ذلك السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ .

الإعلام والإجرام

القاضي الدكتور

عبد القادر صابر جرادة

وأستاذ القانون الجنائي بالجامعات-غزة

أولاً: موضوع البحث

تشمل وسائل الإعلام: الانترن特 والتلفاز والصحافة والمسرح والسينما والإذاعة، ولا يخفى ما لهذه الوسائل من دور ايجابي في تثقيف أفراد المجتمع ونقل الأخبار إليهم وتبادل الأفكار والمعلومات ومحو الأمية وتكوين وتوجيه الرأي العام. وكذلك لا يخفى دورها في التأثير سلباً على الظاهرة الإجرامية، فهي سلاح ذو حدين.

ويمكن إبراز دور الإعلام في مجال الجريمة من خلال تأثيرين رئيسيين: الأول: ينصرف إلى الأشخاص الذين يتصفون بالانفعال الشديد وضعف الإرادة. والآخر: يتعلق باعتقاد سهولة عدم احترام القوانين وإفلات المجرم من الجزاء. فالإعلام كثيراً ما يبالغ في نشر أخبار الجرائم والمحاكمات مما يثير الرأي العام، وقد يدفعه إلى التأثير على القضاة وأعضاء النيابة العامة، بيد أن الإعلاميين يرفضون هذا الاتجاه ويررون ضرورة إعلام الجمهور بالجرائم المقترفة وبما يتخذ حالها من إجراءات ضماناً لرقابته للعدالة الجنائية.

وتلعب الأجهزة المرئية: كالتلفاز والحاسوب الآلي والهاتف الجوال دوراً مميزاً ومهماً في التوجيه والتثقيف، وقد ازدادت هذا الدور مع توفرها في متناول الغالبية العظمى من الناس، وانصراف الأشخاص إلى قضاء وقت غير قصير في مشاهدة البرامج والأفلام التي تعرضها تاركة آثارها الواضحة وال مباشرة خاصة على الأطفال.

وإذا كان من المستحيل في ظل التقدم التقني الدعوة للانعزal عن العالم الخارجي، فالمطلوب القدرة على التعامل مع الوسائل الإعلامية الحديثة بتعاون أجهزة الإعلام العربي لمواجهة الغزو الثقافي الغربي والغربي وفقدان الهوية العربية، بواسطة وضع كواكب لانسياب البرامج الإعلامية والثقافية التي يكون لها تأثير سلبي على مجتمعنا وتأكيد هويته العربية والإسلامية بحيث تصبح تلك الوسائل عنصراً فعالاً في نشر الثقافة العربية والإسلامية الأصيلة والقيم الاجتماعية العربية.

ثانياً: أهمية البحث

لقد شغلت الجريمة العلماء والفقهاء والمفكرين والفلسفه من حيث دراسة أسبابها والعوامل الدافعة لاقترافها ووسائل قمعها وملحقتها؛ ونظرًا لأن كل منهم يسير في طريقه، فقد تعددت زوايا معالجتهم لها وتبينت آراؤهم ونتائج بحوثهم ودراساتهم. ولذا فدراستنا ضرورة البحث في العلاقة بين الإعلام والإجرام؛ ذلك أن دراسة هذه الظاهرة لم تأخذ حظها ونصيبها من الدراسات الجنائية الفلسطينية، فلم نعثر على بحث أو دراسة مستفيضة تتناولها بأي جانب من جوانبها، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن الدراسات العربية في ذات المجال ركزت جل اهتمامها على الدراسات الأجنبية القديمة، ولم تتناول بشكل ملحوظ طبيعتها في العالم العربي، مما اقتضى تناولها في الوطن العربي حتى تكون الدراسة شاملة متوازنة تحقق الغاية منها.

كما أن دراسة علاقة الإعلام بالإجرام لم تتخذ شكل الدراسة العلمية القانونية الرامية إلى تفسيرها واستقصاء أسبابها ووسائل ملحقتها بل اتخذت شكل الأفكار والتأملاط الفلسفية دون غوص في طبيعتها الحقيقة وعلاجها، فاتسمت معظمها بالبعد عن الدراسة العلمية للظاهرة.

ثالثاً: خطة البحث

تتركز مشكلة الدراسة في محاولة الإجابة عن علاقة السلوك الإجرامي بالإعلام وأثر نشر أخبار الجرائم على إجراءات التحقيق والمحاكمة، وطبيعة الجريمة الإعلامية. ولا ريب أن تلك المشكلة من أهم المشكلات التي واجهت علماء الإجرام على أساس أن تحديدها يسهم في امكان التعرف على أحسن السبل القادرة على احتواء الجريمة الإعلامية والقضاء عليها أو بالحد الأدنى تقليص معدلاتها. وعلى ضوء ذلك فقد قسمنا دراستنا هذه إلى ثلاثة فصول، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: الإعلام والظاهرة الإجرامية.

الفصل الثاني: أثر الإعلام على إجراءات التحقيق الجنائي.

الفصل الثالث: الجريمة الإعلامية.

الفصل الأول: علاقة الإعلام بالظاهرة الإجرامية

٩٠

الإعلام الحر الهدف هو خير وسيلة للحد من الظاهرة الإجرامية في المجتمع، أما الإعلام الهابط فتأثيره سلبي على الحياة في المجتمع، ويؤدي إلى ازدياد وتتنوع الظاهرة الإجرامية؛ الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى زعزعة استقرار المجتمع وتخلقه عن ركب الحضارة والتقدم والازدهار.^١

وستنطوي في هذا الفصل دراسة علاقة وسائل الإعلام المقرؤة والمرئية بالظاهرة الإجرامية وذلك

على نحو ما هو تالٍ :

المبحث الأول: علاقة وسائل الإعلام المقرؤة بالظاهرة الإجرامية.

المبحث الثاني: علاقة وسائل الإعلام المرئية بالظاهرة الإجرامية.

المبحث الثالث: علاقة وسائل الإعلام بجنوح الأطفال.

المبحث الأول

علاقة وسائل الإعلام المقرؤة بالظاهرة الإجرامية

تلعب وسائل الإعلام المقرؤة وخاصة الصحافة دوراً بارزاً في مجال الإجرام من خلال تأثيرين رئيسيين: الأول: ينصرف إلى الأشخاص الذين يتصرفون بالانفعال الشديد وضعف الإرادة. والآخر: يتعلق باعتقاد سهولة عدم احترام القوانين وإفلات المجرم من الجزاء^٢. فالصحف كثيراً ما تبالغ في نشر أخبار الجرائم والمحاكمات مما يثير الرأي العام، وقد يدفعه إلى التأثير على القضاة، بيد أن الصحافيين يرفضون هذا الاتجاه ويررون ضرورة إعلام الجمهور بالجرائم المرتكبة وبما يتخذ حيالها من إجراءات ضماناً لرقابته للعدالة الجنائية.

وتلجأ الصحف في سبيل تشويق القارئ وجذب انتباذه إلى تخدير العناوين المثيرة والبالغة في وصف الجرائم وأساليب اقترافها. ولأن كثيراً من الصحف لا تلتزم الدقة في هذا الخصوص ولا تقتصر على سرد الأخبار الحقيقة بل تعمد إلى إضافة وقائع من وحي الخيال إمعاناً في إثارة القراء، وتلك أمور تحدث إيحاء لا يقوى على مقاومتها الصغار والبالغون الذين تحيط بهم ظروف خاصة قد تسهل انقيادهم إلى السلوك الإجرامي^٣; وبذلك فقد خرجت الصحافة عن هدفها الأصلي لتصبح مؤثراً من مؤثرات الإجرام^٤. وانطلاقاً من ذلك أثبتت دراسة عن اثنين عشرة صحفية أن أخبار الجرائم فيها كانت في أربعة آلاف وسبعين مائة واثنين عشر مقالاً. وهذا العدد الكبير من الأخبار لا يتلوى الدقة والصدق في كثير من الأحيان بل يتناول أوصافاً ووقائع الغرض منها جذب القارئ وضمان أكبر توزيع للصحيفة^٥.

ورغم هذا، فإن البعض يرى للصحافة أثراً واقياً من الإجرام، فنشر أخبار الجريمة قد يكون بالنسبة للقارئ وسيلة عن التنفيس عن الرغبات الإجرامية المكبوتة وإشباعاً كافياً للميل العدوانية أو الجنسية مما يؤدى لحماية الفرد والمجتمع^٦. كما أن النشر يقطع الطريق على الإشاعات المغرضة

التي يتناولها الأشخاص عن الجرائم. وقد تسدي الصحافة لرجال الأمن خدمة كبيرة عندما يؤدي نشر خبر الجريمة وأسماء المشتبه فيهم أو المتهمين أو صورهم أو وصفاتهم إلى تعقب الجمهور لهم والكشف عن هويتهم والقبض عليهم^٧.

أما القصص والروايات ، فمنها الساقط الذي يهدف كاته إلى اكتساب المال والشهرة فقط، فمثلاً يصور البعض أحد شخصوص الرواية إنساناً خيالياً خارقاً في الذكاء لا تستطيع يد العدالة القبض عليه، وهنا يتأثر القارئ خاصة المراهقين. بما كتب فيها، فيتمنوا أن يصبحوا مثل بطلها، وكم في غياب السجون من مراهقين تأثروا بتلك القصص والروايات التي تختص بالحديث عن العنف والجنس. مع ملاحظة أن كثير منها تدعو للفضيلة وتحارب العنف وتعلى الجوانب التربوية وتسلط الضوء على نبذ الرذيلة والجريمة وشتان بين الأولى والأخرى من جهة تأثيرها على الظاهرة الإجرامية إيجاباً أو سلباً.

المبحث الثاني

علاقة وسائل الإعلام المرئية بالظاهرة الإجرامية

تلعب الأجهزة المرئية: كالتلفاز والحاسوب الآلي والهاتف الجوال دوراً مميزاً ومهماً في التوجيه والتثقيف^٨، وقد ازداد هذا الدور مع توفرها في متناول الغالبية العظمى من الناس، وانصرافهم إلى قضاء وقت غير قصير في مشاهدة البرامج والأفلام التي تعرضها تاركة آثارها الواضحة وال مباشرة خاصة على الأطفال^٩.

وقد رأى البعض أن وسائل الإعلام المرئية تمارس تأثيراً سيئاً في النفوس، خاصة لدى الصغار والبالغين الذين تحيط بهم ظروف فردية أو اجتماعية معينة، فالصغر يغلب عليهم اتجاه التقليد لما يشاهدونه في المسلسلات والأفلام، وقد تقدم لهم هذه المواد الإعلامية أساليب جديدة لارتكاب السلوك الإجرامي، فمثلاً السينما قد تهبط بالمستوى الأخلاقي للأجيال الجديدة، وتوزع بالإجرام أو الانحراف بما تعرسه من أفلام العنف والإثارة الجنسية، والأمر ذاته يمكن ملاحظته بالنسبة للفضائيات وشبكة الانترنت التي غزت كل المجتمعات، ولم تعد الدولة قادرة على التحكم فيما تعرضه من مواد إعلامية وإخبارية. ولقد أكدت دراسات عديدة هذا الأمر، فوجدت أن الأطفال يقلدون الأفلام التي تعرض الإجرام بأنواعه، وأن معدل الجرائم يرتفع في المجتمع نتيجة عرضها عليهم. وفي دراسة إسبانية أظهرت أن ٣٩٪ من الشباب الأسباني المنحرف قد حصلوا على معلوماتهم الإجرامية بواسطة الأفلام التي عرضت عليهم^{١٠}.

ولقد أثبتت بعض الدراسات الأمريكية التي أجريت على نزلاء المؤسسات العقابية أن السينما كانت سبباً في دفع بعض النزلاء لطريق الإجرام، فقد تبين أنها دفعت ١٠٪ من الذكور، ٢٥٪ من الإناث إلى سلوك هذا السبيل. وفي فرنسا أظهرت دراسات كثيرة أن المجرمين الشبان يتربدون غالباً على دور السينما، وأن معدل مشاهدتهم للأفلام السينمائية يتجاوز بكثير معدل مشاهدة الشباب غير المجرم من المجموعة الضابطة التي قورنت بمجموعة المحكوم عليهم، ومن تلك الدراسات دراسة إحصائية أظهرت أن ٢٧٪ من الشباب الجانح كانوا يذهبون إلى صالات العرض السينمائي من ٨ إلى ١٢ مرة في الشهر أي ب معدل مرتان إلى ثلاثة مرات أسبوعياً، بمقابل ١٧٪ من أفراد المجموعة الضابطة من غير المجرمين.

وأتجه البعض إلى التقليل من قيمة التأثير السيء الذي تمارسه وسائل الإعلام المرئية^{١١}، ويركزون على الجانب الایجابي الذي تلعبه في تربية الأجيال الصغيرة وشغل أوقات فراغهم، يتجاوز بكثير ما يمكن أن تحدثه بعض العروض الهابطة من أثر سيء.

والواقع أن العلاقة بين وسائل الإعلام والسلوك الإجرامي هي في النادر علاقة مباشرة، وهي في الغالب الأعم علاقة غير مباشرة، فالعلاقة المباشرة بين وسائل الإعلام والإجرام علاقة محدودة وإن كانت غير معروفة؛ ذلك أن بعض الأفراد قد يتأثر مباشرة بما يشاهده أو يسمعه، بمعنى أن المادة الإعلامية يمكن أن تكون هي التي وجّهته إلى اقتراف الجريمة أو سهلت للمجرم أسلوب ارتكابها أو أرشدته إلى إخفاء معالمها. ولا شك في أن ثلاثة من الأشخاص يتأثرون بطريق مباشر بما تقدمه وسائل الإعلام من مواد تتعلق بالعنف أو بالجنس، خاصة الأحداث والراهقين الذين يميلون إلى التقليد^{١٢}.

ولكن التأثير غير المباشر لوسائل الإعلام أوضح أثراً في الظاهرة الإجرامية عندما يقتصر دورها على تنمية الاستعداد للمغامرة والإيحاء الذاتي بأفعال العنف أو الإثارة الجنسية، ففي ذلك تنمية وتصعيد لبعض الغرائز والرغبات المكتوبة، على نحو قد يدفع الأطفال والراهقين، بل والبالغين في بعض الأحيان، إلى سلوك سبب الجريمة. ومن ثم فالمادة الإعلامية تعتبر أحد المؤشرات التي حرّكت التكوين الشخصي، فدفعت إلى السلوك الإجرامي^{١٣}.

وإذا كان من شبه المستحيل في ظل التقدم التقني الدعوة للانعزal عن العالم الخارجي، فالمطلوب القدرة على التعامل مع وسائل الإعلام الحديثة بتعاون أجهزة الإعلام العربي لمواجهة الغزو الثقافي الغربي والشرقي وفقدان الهوية العربية والإسلامية، بواسطة وضع كواكب لانسياب البرامج الإعلامية التي يكون لها تأثير سيء على مجتمعنا وتأكيد هويته المستقلة بحيث تصبح تلك الوسائل عنصراً فعالاً في

نشر الثقافة العربية الأصيلة. ولن يتم الحفاظ على هوية الأمة العربية في عصر الانترنت والفضائيات إلا إذا تم بناء نظام إعلامي وثقافي عربي يواجه الإعلام المستورد وعدم ترك الساحة خالية للبث الوافد من الخارج؛ كي يستطيع المتلقي العربي أن يقارن بين الغث والسمين، كما أنه من الأهمية بمكان الارتفاع بمستوى البرامج الإسلامية والعربية لمواجهة البث الوافد من الخارج الذي يحمل قيمًا سلبية وصوراً إباحية وعلاقات محرمة وممارسات شاذة لا تتفق مع المنظومة الأخلاقية للمجتمع العربي المسلم^{١٤}.

المبحث الثالث

علاقة وسائل الإعلام بجنوح الأطفال

تعمل القنوات الفضائية وصفحات الانترنت بما تبثه من مسلسلات وأفلام على نمو الجريمة في المجتمع، والمتخصص لها يجد أنها تتضمن أساليب خطيرة تنفذ بتقنية عالية جداً من خلالها يتعلم الأشخاص الذين لديهم استعداد لارتكاب الجريمة كيفية تفزيذها والاستعداد لها ، وأوضحت إحدى الدراسات أن الطفل الذي يشاهد القنوات (٢٧) ساعة في الأسبوع سيشاهد (١٠٠) ألف عمل من أعمال العنف من سن الثالثة حتى العاشرة .

وقد تعددت الدراسات التي أجرت لبحث العلاقة بين الإعلام وجنوح الأطفال^{١٥} ، ورصدت إحداها وجود ٣٦٪ من أفراد عينة الأحداث الجانحين كانوا في السابعة عشرة ، و٢٩٪ في السادسة عشرة، و٢٢٪ في الثامنة عشرة، وبالنسبة لعينة الأحداث العاديين فقد بلغت نسبة من هم في الثامنة عشرة ٢٩٪ و١٧٪ في السادسة عشرة. كما كشفت الدراسة أن غالبية الجانحين انقطعوا عن التعليم في المرحلة الابتدائية أو المتوسطة ولم يتلق منهم تعليما ثانوياً سوى ١٧٪ مقابل ٤٨٪ من العاديين. وبالنسبة للمستوى الدراسي فيوجد ٦٧٪ من الجانحين مستواهم متوسط و١٧٪ أقل من المتوسط مقابل ٦٥٪ من العاديين فوق المتوسط و٣٢٪ متوسط و٣٪ أقل من المتوسط . كما بينت الدراسة أن مهنة الوالد توفر مؤشرات عامة بشأن المستوى الاجتماعي والثقافي لأسر المبحوثين وقد جاءت مهنة رجل أعمال (مقاول) في مقدمة مهن أباء الأحداث المنحرفين بنسبة ٢١٪ تليها الوظائف العسكرية العادية ١٩٪ فالوظائف العادية ١٨٪. كما رصدت الدراسة وجود فروق دالة بين عادات مشاهدة التليفزيون لدى الجانحين، فنسبة ٥٨٪ من الجانحين تشاهد التليفزيون دائمًا مقابل ٤٦٪، بينما ٥٪ من الجانحين فقط لا يشاهدون التليفزيون على الإطلاق مقابل ٩٪ من العاديين.

ويشير البحث إلى أن الفروق التي تظهر في أوقات مشاهدة المجموعتين للتلفاز تؤكد اختلاف عادات

المجموعتين في مشاهدة التلفاز حيث إن ٥٠٪ من الجانحين و٣٢٪ من العاديين يشاهدونه في كل الأوقات وهو ما يعني عدم وجود نظام محدد لديهم، ومثل هذا الوضع ربما يعكس قلة تدخل الوالدين في تحديد فترات المشاهدة وبالتالي ضعف التوجيه داخل الأسرة لكيفية استخدام التلفاز، ويبدو أن ضعف التوجيه يزيد لدى المنحرفين مقارنة بالعاديين، حيث أفاد ٣٪ من الجانحين أنهم يشاهدونه صباحاً و٢٣٪ مساءً و٨٪ عصراً ومساءً مقابل ٣٢٪ من العاديين يشاهدونه مساء و٢٠٪ عصراً ومساءً.

الفصل الثاني

أثر الإعلام على إجراءات التحقيق الجنائي

كان طابع مرحلة التحقيق الجنائي هو السرية منذ نشئها في نظام التحري والتنقيب، فالمبدأ هو جمع الأدلة بعيداً عن الخصوم والجمهور وذلك باعتبار أن العلانية المطلقة تقضي التحقيق وتعرضه للتأثير في سيره وحياته وفاعليته، ثم جاء مبدأ مباشرة التحقيق في حضور الخصوم للموازنة بيه وبين مبدأ عدم علانية التحقيق الجنائي^{١٦}. وسننول في هذا الفصل بيان ماهية عدم علانية التحقيق الجنائي و موقف الفقه والقانون منه وذلك على نحو ما هو تالي:

المبحث الأول

ماهية عدم علانية التحقيق الجنائي أولاً: تعريف عدم علانية التحقيق الجنائي.

المقصود بعدم العلانية هو إجراء التحقيق في جو من السرية والكتمان وصد من لا شأن له به في حضور جلساته، أما الذين تربط مصالحهم به أو لهم دور فيه فمن حقهم حضورها؛ ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للمحقق أن يسمح للجمهور بارتياد مجلس التحقيق أو الإطلاع على ما يجري فيها كما لا يجوز له إجراء التحقيق في غيبة من لهم حق مشاهدته أو منعهم من الإطلاع على ما تم فيه^{١٧}.

ثانياً: أهمية عدم العلانية في الشريعة الإسلامية.

للسر أ أهمية خاصة في الشريعة الإسلامية فقد حررت الأفراد من العبودية والظلم والاضطهاد وسلب حقوقهم وانتهاك حرماتهم، ونهت عن كل هذه الانتهاكات، وفي هذا قال الله تعالى: "يا أيها الذين امنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً أحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتموه"^{١٨}.

وهكذا يؤكد الشارع الحكيم على أن إشاعة أسرار الناس بمثابة من يأكل لحم أخيه ميتاً. وليس هناك دليل أعظم من هذا؛ لأن إفشاء الأسرار يترتب عليها أضرار بالغة الخطورة بالأفراد والمجتمع على حد سواء. ومن هنا جاء التحذير الشديد عن إفشاء السر وجاء الأمر من الله على لسان يعقوب لابنه يوسف عليه السلام عندما قص عليه رؤياه بسجود الكواكب والشمس والقمر في قوله تعالى: "يابني لا تقصص رؤياك على أخوتك فيكيدوا لك كيداً إن الشيطان للإنسان عدو مبين" ^{١٩}.

ثالثاً: العناصر التي تقوم عليها عدم علانية التحقيق الجنائي.

١. عدم السماح للجمهور بحضور إجراءات التحقيق الجنائي.

إن مبدأ عدم علانية التحقيق الجنائي لا يتحقق إلا بمنع الجمهور من ارتياه مكان التحقيق ولا يسمح لأي فرد بالدخول سوى الخصوم ووكالائهم، وكذلك الشهود لا يجوز للمحقق سماهم في جلسة علانية؛ وذلك حماية لمصلحة التحقيق من جانب وحماية سمعة الفرد من التشهير به من جانب آخر وخاصة لو انتهى التحقيق بإصدار أمر بحفظ الدعوى؛ مما يشكل خطورة بالغة على ذلك الشخص حيث إن علانية التحقيق يترتب عليها إهدار لمبدأ البراءة.

٢. حظر إذاعة ونشر مجريات التحقيق الجنائي.

إن مبدأ عدم علانية التحقيق لا يتحقق بمنع الجمهور من حضور التحقيق فقط بل يستلزم أيضاً من الصحفيين وكافة وسائل الإعلام المسموعة والمرئية والمقرؤة من الدخول إبان التحقيق الجنائي وإذاعة أو نشر أخبار التحقيق وما يسفر عنه من نتائج.

رابعاً: أهمية عدم العلانية في نطاق التحقيق الجنائي.

إن حضور الخصوم إجراءات التحقيق الجنائي ضمان هام لاحترام حق الدفاع حتى يكون الخصم على بيته مما يجري حوله أو ضده، فلا تحاك الأدلة ضده في غيبته بل يكون مدركاً لكل جوانب التحقيق، فيتم بنزاهة وشرف أمام أطراف الخصومة؛ لأن الحقيقة المنشودة هي التي تتم على مسمع ومرأى من أطرافها ^{٢٠}. ولقد أصبح التطور المذهل في أجهزة الإعلام التي تقوم بنشر التحقيقات الجنائية يشكل خطراً جسرياً على حرية الأفراد وسمعتهم، الذين تودي بهم أقدارهم في ساحات القضاء نتيجة خطأ أو ظلم الآخرين لهم، وبعد ذلك تتضح الحقيقة أمام القضاة وينتج عن هذه الحقيقة أحد أمرين ^{٢١}:

الأول: ثبوت إدانة المتهم وهذا قد يكون فيه تأثير على القضاء وخاصة قضايا الرأي العام. وهنا تظهر النتيجة السيئة للنشر وذلك حين يحكم القاضي بإدانة المتهم متأثراً بالرأي العام وخاصة حينما تكون الجريمة من الجرائم العامة التي يكون لها صدى لدى الجمهور، ويظهر انقسام في المجتمع يتمثل في اتجاهين أحدهما مناهض للمتهم والآخر يناصره وهذا يكون نتيجة لنشر أخبار التحقيق وأقوال الشهود.

الثاني: ثبوت براءة المتهم وهنا تكون نتائج النشر سيئة على سمعته أو بمعنى أدق على سمعة وحرية الفرد. وهنا يكون المتهم ما زال راسخاً في ذهن المجتمع أنه هو المجرم حتى تاريخ صدور حكم بات ببراءته وقد نشر عنه حياته الخاصة وعلاقته بالأخرين وصوره وبعد كل ذلك يتضح أنه بريء. وماذا يعوضه عن ذلك النشر السيئ الذي أُلْحق به أضراراً جسيمة لا يمحوها أبداً الدهر؟ أي تعويض؟

المبحث الثاني

موقف القانون الفلسطيني من مبدأ عدم علانية التحقيق الجنائي

يعتبر القانون الفلسطيني إجراءات التحقيق من الأسرار وقد حرم إفشاءها ورتب عليها مسالة جزائية أو مدنية أو تأدبية تبعاً لأهمية ونوع السر^{٢٢}. ويترتب على قيام المحقق بإفشاء أسرار التحقيق، فضلاً عما تقدم آثار عملية هامة، فقد يتربّط على ذلك مضار كثيرة، فهناك احتمال لأن ينتقل الحدث، وما أسرع ذلك إلى من قد يستفيد مما به من معلومات، بل إنه قد يسعى إلى ذلك، وعلى أساسها يرسم لما فيه مصلحته سواء أتعلقت بإثباتاته قبل المتهم أم محاولة دفع التهمة عنه، ولا شك أنه على أي الصورتين تضييع الحقيقة^{٢٣}; ولأجل ذلك يكون من واجب الحق أن يقصر المعلومات التي يتلقاها خلال عمله على نفسه وحده، وإن دعت الضرورة إلى الاستئناس برأي بعض زملائه في شأن واقعة معينة، فمن الأفضل أن يحرص على عدم الكشف عن الأشخاص المتصلين بها، بمعنى أن يقصر التساؤل على الناحية الموضوعية دون الشخصية، والأمر متترك لحسن سياسة المحقق في حديثه عن الواقعه^{٢٤}.

إجراءات التحقيق الجنائي تتم في عدم علانية تامة لا يحضرها الجمهور ولا يسمح فيها للصحفيين باختراق حجرات التحقيق، ولا يقتصر الأمر على إجراءات التحقيق بل يمتد أيضاً لنتائجه حيث إنها من الأسرار، وهذا ما أكدته المادة (٥٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها: " تكون إجراءات التحقيق أو النتائج التي تسفر عنها من الأسرار التي لا يجوز إفشاوها، ويعتبر إفشاوها جريمة يعاقب عليها القانون" .^{٢٥}

ولكن للأسف الشديد أن ما يجري في الحياة العملية عكس ذلك حيث تطالعنا الصحف والمجلات والإذاعات وموقع الانترنت بتصریحات تصدر عن العاملين في النيابة العامة حول أبناء التحقيق وما وصل إليه من نتائج ، وكل ذلك قبل إحالة الدعوى للمحاكمة.

الفصل الثالث

الجريمة الإعلامية

تمهيد وتقسيم:

كفل القانون الأساسي الفلسطيني لوسائل الإعلام حرية التعبير، ولم يجز إنذارها أو وقفها أو إلغاءها بالطريق الإداري، بما يحول كأصل عام دون التدخل في شئونها أو إرهاقها بقيود ترد رسالتها على أعقابها أو إضعافها من خلال تقليص دورها في بناء مجتمعها وتطويره، متخيلاً دوماً أن يكرس بها قيماً جوهرية، يتتصدرها أن يكون الحوار بديلاً عن القهر والسلط، ونافذة لإطلاق المواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم ومدخلاً لتعزيز معلوماتهم، فلا يجوز طمسها أو تلوينها، بل يكون تقييمها عملاً موضوعياً محدداً لكل سلطة مضمونها الحق، فلا تكون ممارستها إلا توكيضاً لصفتها التمثيلية، وطريقاً إلى حرية أبعد تتعدد مظاهرها وتتنوع توجهاتها. بل إن وسائل الإعلام تكفل للمواطن دوراً فاعلاً، وعلى الأخص من خلال الفرص التي تتيحها معبراً بوساطتها عن تلك الآراء التي يؤمن بها منكفاً وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالفزع من بأس السلطة وعدوانيتها، بل واثقاً من قدرته على مواجهتها، فلا تكون علاقتها به انحرافاً، بل اعتدالاً، وإلا ارتد بطشها عليها، وكان مؤذناً بأقوالها^{٢٦}. وسننولى في هذا الفصل دراسة النظرية العامة للجريمة الإعلامية وأنواعها وجزاءاتها الجنائية، وذلك على نحو ما هو تالٍ :

المبحث الأول: النظرية العامة للجريمة الإعلامية

المبحث الثاني: أنواع الجرائم الإعلامية وجزاءاتها الجنائية

المبحث الأول: النظرية العامة للجريمة الإعلامية

تمهيد وتقسيم:

لا تختلف طبيعة الجريمة الإعلامية عن الجرائم التي قررها قانون العقوبات، ولا مبرر لوجود هذا الاختلاف؛ فهي تنتهك مصالح جديرة بالحماية الجزائية. وعدم الاختلاف في الطبيعة بينهما لا يمنع من

التغيير في بعض الأحكام الخاصة بكل منهما، ولا غرابة في ذلك؛ لأنه في نطاق قانون العقوبات توجد فوارق بين مختلف الجرائم؛ يترتب عليها اختصاص بعضها بأحكام لا توجد بالنسبة لغيرها، وستتناول في هذا المبحث ركينها المادي والمعنوي على أن نسبتها بالحديث عن عدم مشروعية السلوك، وذلك على نحو ما هو تالي:

المطلب الأول: عدم مشروعية السلوك

المطلب الثاني: الركن المادي للجريمة الإعلامية.

المطلب الثالث: الركن المعنوي للجريمة الإعلامية.

المطلب الأول

عدم مشروعية السلوك

يقصد بالركن الشرعي للجريمة عدم مشروعية السلوك^{٢٧}، ولقد رأى بعض الفقهاء^{٢٨}: أن عدم مشروعية السلوك هو ركن من أركان الجريمة. وهذا الموقف محل نقاش من بعض آخر؛ على أساس أنه من الصعب اعتبار نص التجريم ركناً في الجريمة، في حين أنه منشئها ومصدر وجودها ولا يتصور اعتبار المنشئ مجرد عنصر فيما أنشأ.

والحقيقة أن (مبدأ الشرعية) يعد من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها الأنظمة الجنائية الحديثة، ووفقاً لهذا المبدأ يلزم وجود نص قانوني يحدد: الجريمة والجزاء الجنائي^{٢٩}، والذي يضفي هذا الوصف على ماديات معينة، فينقلها من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم.

أولاً : ماهية مبدأ الشرعية.

لقد اكتسب المبدأ صورته ومداه منذ القرن الثامن عشر، إلا أن جذوره راسخة تمتد أكثر قدماً في الشريعة الإسلامية الغراء والنصوص القرآنية صريحة في ذلك ، حيث قال المولى عز وجل: « وما كان مذهبين حتى نبعث رسولنا»^{٣٠}.

ويعني هذا المبدأ: أنه لا جريمة ولا جزاء جنائياً إلا بناء على نص قانوني^{٣١}، أيًّا كان موضع هذا النص في سلم التدرج التشريعي: الدستور أو التشريع العادي أو التشريع الفرعي^{٣٢}. ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ حصر مصادر التجريم في التشريع المكتوب، وبالتالي عند غيابه فإننا نعود إلى الأصل العام في الأشياء وهو الإباحة وليس التجريم^{٣٣}.

ثانياً، النقد الموجه لمبدأ الشرعية.

رغم أهمية مبدأ الشرعية إلا أنه تعرض لانتقادات عديدة منها^{٣٤} أنه يقيد سلطان القاضي بشكل قد يضر بمصالح المجتمع. وبالتالي فالتمسك بالشرعية الضيقة يؤدي إلى إفلات الكثيرين من الجزاء بالرغم من أن أفعالهم تحقق ضرراً فعلياً بالمصلحة الاجتماعية، إلا أنها لا تدرج تحت العبارات المستخدمة لتحديد الأفعال المجرمة. ومن جهة أخرى، فإن التمسك بالمبادئ يؤدي إلى عدم مجازة الأشخاص الذين يعرفون كيفية الاستفادة من ثغرات التشريع، ويقتربون أفعلاً ضارة بالمصالح محل الحماية الجنائية، إلا أنها غير مطابقة للأفعال المنصوص عليها صراحة في القانون^{٣٥}. ومع ذلك ، فإن تلك الانتقادات لم تتنل من مبدأ الشرعية ، وإن خفت من حدته ، ذلك أن الأضرار المترتبة على إلغائه تفوق كثيراً الأضرار التي قد تتحقق من وجوده ، فهو ضمانة للأفراد ضد التحكم . وهو النواة لتطوير وتنامي القانون الجنائي^{٣٦}.

المطلب الثاني

الركن المادي للجريمة الإعلامية

الفرع الأول: عناصر الركن المادي للجريمة الإعلامية

لا يتصور أن يرتكب الجريمة الإعلامية إلا إنسان؛ لأنها لا تعدو أن تكون سلوكاً بشرياً إرادياً يعتد به القانون، والركن المادي لهذه الجريمة شأنه شأن الجرائم كافة له عناصر ثلاثة، وهي: السلوك الإجرامي والنتيجة وعلاقة السببية، وهو ما سنتناوله بالتحليل على نحو ما هو تالي:-

أولاً: السلوك الإجرامي

السلوك هو القاسم المشترك بين كافة الجرائم^{٣٧} ، فإذا لم تتخذ الأفكار والمعتقدات الداخلية لشخص ما مظهراً خارجياً ملماساً، فإنه لن يترتب عليها أية أضرار بالمصالح التي يحميها القانون الجنائي، ولا ينتج عنها تهديد للنظام العام، وتنتفي عنها من ثم علة التجريم والجزاء، وبالتالي لا قيام للركن المادي للجريمة إذا تخلف السلوك.

١. السلوك الإيجابي

هو نشاط إرادي ينفذه الجنائي في العالم الخارجي تحقيقاً لغاية معينة مخالفًا بذلك نهياً تفرضه قاعدة جنائية، وقد يكون ذلك السلوك من فعل واحد أو من جملة أفعال متتابعة، تجمعها وحدة الهدف^{٣٨}. ومثاله: نشر الصحيفة صور لفتيات مخلة بالأدب العامة.

٢. السلوك السلبي

الأصل في القواعد العقابية أنها تفرض التزاماً بامتناع عن عمل على عاتق المخاطبين بها في بعض الأحيان، وقد تفرض التزامات بعمل. ويعاقب القانون على الامتناع عن تنفيذ تلك الالتزامات، وهذا النوع الأخير من الالتزامات يهدف القانون منه إلى حماية مصلحة معينة، ويمثل الامتناع عن تنفيذها اعتداء على هذه الحماية^{٣٩}. وبالتالي يمثل السلوك السلبي إهمام الشخص إرادياً عن إتيان سلوك إيجابي معين كان من الواجب عليه قانوناً أن يأتيه في ظروف معينة. وهو سلوك نادر الحدوث ، إذ الغالب أن تكون الجرائم إيجابية^{٤٠} ، ويطلق عليه (الامتناع) ، ومثاله: امتناع رئيس تحرير صحيفة عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لمن نشر أخبار كاذبة في صحفته مع علمه بكتابتها.

ثانياً: النتيجة الإجرامية

يتمثل مفهوم النتيجة الإجرامية في أنها الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي، وهي الضرر المتجسد الذي يقع على المصلحة التي يحميها القانون. فالنتيجة في جريمة نشر معلومات سرية عن قوات الأمن العام الفلسطيني هي كشف وفضح أسرار تهم الدولة إلى الجمهور مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح الدولة.

ثالثاً: علاقة السببية

علاقة السببية تعني: أن يكون السلوك الإجرامي سواءً أكان إيجابياً أم سلبياً، هو الذي أفضى إلى تحقق النتيجة الإجرامية التي يتطلبها القانون في أنموذج الجريمة، بمعنى: إثبات أن تلك الأخيرة ما كانت لتحدث في العالم الخارجي، مالم يتم ارتكاب عمل معين أو الامتناع عن إتيان عمل محدد^{٤١}. وبالتالي فإذا نشرت صحفة أخبار كاذبة وردت في إعلان لإحدى الشركات التجارية، فلا يمكن أن يسأل رئيس التحرير عن نشرها لانتفاء علاقة السببية بين الفعل والنتيجة وذلك على اعتبار أن ما يرد في نشر الإعلانات التجارية من بيانات يكون من مسؤولية صاحبها.

الفرع الثاني: صور الركن المادي للجريمة الإعلامية

قد لا يتحقق الركن المادي للجريمة كاملاً؛ وذلك إذا تخلفت النتيجة الإجرامية، وفي هذه الحالة تكون بقصد محاولة فيها، وقد يتحقق الركن المادي بمساهمة أكثر من شخص، بحيث يختلف دور كل واحد منهم في مباشرة السلوك الذي يفضي للنتيجة وفي هذه الحالة تكون بقصد الاشتراك ، وسوف نتحدث عن هاتين الصورتين للركن المادي للجريمة الإعلامية:

أولاً: المحاولة في الجريمة الإعلامية

المحاولة جريمة ناقصة بسبب عدم اكتمال الركن المادي^{٤١}، والعنصر الذي يختلف في الركن المادي، يجعل الجريمة في حالة محاولة هو النتيجة الإجرامية^{٤٢}.

وقد عرف المشرع الفلسطيني في المحافظات الجنوبية (قطاع غزة) المحاولة بقوله: "يعتبر الشخص بأنه حاول ارتكاب الجرم إذا ما شرع في تنفيذ نيته على ارتكاب ذلك الجرم باستعمال وسائل تؤدي إلى وقوعه واظهر نيته هذه بفعل من الأفعال الظاهرة ولكنه لم يتمكن من تنفيذ نيته إلى حد إيقاع الجرم". أما في المحافظات الشمالية (الضفة الغربية) فقد عرفها المشرع بأنها^{٤٣}: البدء في تنفيذ فعل من الأفعال الظاهرة المؤدية إلى ارتكاب جنائية أو جنحة ، إلا أنه لم يتمكن من إتمام الأفعال اللازمة لحصولها لحيلولة أسباب لا دخل لإرادته فيها^{٤٤}.

فالمحاولة تفترض أن الجاني قد حقق من الركن المادي عنصر السلوك الذي كان يقصد منه تحقيق النتيجة؛ لكن تلك النتيجة تختلف، فلم يفض السلوك إليها بسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه^{٤٥}، فالجاني. مثلاً. لم يتوصّل بسلوكه إلى إنتاج صور إباحية لعرضها على شبكة الانترنت بل بدأ في عملية التصوير ثم ضبط في تلك الحالة، فهنا لم يقم بسلوكه بتحقيق النتيجة الإجرامية بصورة كاملة^{٤٦}. فمتنى بدأ الجاني في تنفيذ الجريمة، فإن المحاولة تتحقق فيها، وبالتالي يستوجب الأمر مجازاة مرتكبها^{٤٧}، ولا يشترط لتحقيق المحاولة أن يبدأ الفاعل تنفيذ جزء من الأعمال المكونة للركن المادي للجريمة، بل يكفي لاعتباره محاولاً ارتكاب جريمة أن يأتي فعلاً سابقاً على تنفيذ الركن المادي لها، ومؤدياً إليه حالاً^{٤٨}.

ولا عبرة إلا فيما يتعلق بالعقوبة سواء أقام ذلك الشخص بكل ما هو ضروري لإتمام ارتكاب الجرم أم لم يقم بذلك، وسواء أحالت دون تنفيذ نيته بتمامها ظروف لم يكن فيها مختاراً أم عدل من تلقاء نفسه عن متابعة تنفيذ نيته، ولا عبرة فيما إذا لم يكن في الامكان ارتكاب الجرم بالفعل بسبب ظروف كان يجهلها الجاني. والحقيقة أن معظم الجرائم الإعلامية ومثالها: جريمة نشر أخبار كاذبة غير متصور المحاولة فيها، فجريمة النشر تتحقق بمجرد وقوعه وقبل تمام ذلك فلا جريمة في الأمر؛ ذلك أن النشر يمثل مرحلة التوزيع أو البدء فيه، أما قبل ذلك فيعتبر الفعل في مرحلة المحاولة وهو أمر غير متصور؛ لأن المحاولة ستستوجب أن تكون الأعمال السابقة على التنفيذ قد أوقفت، وما دام الأمر كذلك فإن العلانية وهي مناط التجريم لم تتوافر فتكون الجريمة لا وجود لها، أما إذا تم النشر ولم تتحقق مع ذلك الغاية التي كان الكاتب يقصد إليها، فإن عمله هذا لا يعتبر محاولة بل هو جريمة تامة ما دامت قد استكملت أركانها القانونية أو لا يعتبر جريمة على الإطلاق إذا لم تتوافر هذه الأركان^{٤٩}.

ثانياً: الاشتراك في الجريمة الإعلامية

يتحقق الاشتراك في الجريمة الإعلامية بإحدى وسائل الاشتراك التي نصت عليها المادة (٢٣) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (٧٤) لسنة ١٩٣٦ المطبق في المحافظات الجنوبية، والتي نصت على أنه:

١. لدى ارتكاب جرم يعتبر كل شخص من الأشخاص المشار إليهم أدناه بأنه قد اشترك في ارتكاب ذلك الجرم، وأنه ارتكبه، ويجوز اتهامه به:
 - أ. كل من ارتكب بنفسه الفعل المكون للجريمة أو أحد الأفعال المكونة للجريمة أو أغفل القيام بأي أمر أو أمور يعتبر إغفالها مكوناً للجريمة.
 - ب. كل من ارتكب فعلًا أو أغفل القيام بفعل بقصد تمكن أو مساعدة غيره على ارتكاب الجرم.
 - ج. كل من ساعد شخصاً آخر على ارتكاب الجرم سواء أكان حاضرًا حين ارتكابه أم لم يكن. ويعتبر الشخص بأنه ساعد غيره على ارتكاب الجرم إذا كان موجوداً في المكان الذي ارتكب فيها الجرم بقصد إرهاب المقاومين أو تقوية تصميم الفاعل الأصلي أو ضمان ارتكاب الجرم المقصود.
 - د. كل من حمل أو أغوى شخصاً آخر على ارتكاب الجرم، سواء أكان حاضرًا حين ارتكابه أم لم يكن.
٢. يجوز في الحالة المشار إليها في الفقرة (١/د) من هذه المادة اتهام الشخص إما بأنه ارتكب الجرم بنفسه أو بأنه حمل أو أغوى غيره على ارتكابه.
٣. إذا أدين شخص بأنه أغوى أو حمل غيره على ارتكاب الجرم، فيتحمل في جميع الأحوال نفس التبعية كما لو كان هو الفاعل الأصلي لذلك الجرم.
٤. كل من حمل شخصاً آخر على ارتكاب فعل أو ترك يعد ارتكابه جرماً فيما لو فعله بنفسه يعتبر فاعلاً أصلياً، ويعاقب بنفس العقوبة المقررة، فيما لو كان هو الذي ارتكب الفعل أو الترك، ويجوز اتهامه بأنه هو الذي ارتكب ذلك الفعل أو الترك».

ثالثاً: مسؤولية رئيس التحرير.

رئيس التحرير المسئول جنائياً طبقاً لأحكام قانون العقوبات والمسئول إدارياً طبقاً لأحكام قانون المطبوعات والنشر، ويجب أصلاً أن يكون رئيساً فعلياً، أي أنه يجب أن يباشر التحرير بنفسه أو يشرف عليه أو يكون في استطاعته هذا الإشراف، واتفاقه مع شخص آخر على القيام بوظيفة رئيس التحرير لا يدرأ عنه هذه المسئولية بعد أن أخذها على نفسه رسميًا بقيامه بالإجراءات التي يقتضيها قانون المطبوعات والنشر، إلا لأصبح في استطاعة كل رئيس تحرير أن يتخلى عن هذه المسئولية بإرادته.

ومسؤولية رئيس التحرير الجنائية مبنية على افتراض قانوني بأنه اطلع على كل ما نشر في الصحيفة، وأنه قدر المسئولية التي قد تنتجم عن النشر، ولو لم يطلع فعلاً. وهو لا يستطيع دفع تلك المسئولية بإثبات أنه كان وقت النشر غائباً عن مكان الإدارة، أو أنه وكل إلى غيره القيام بأعمال التحرير، أو أنه لم يطلع على أصل المقالة المنشورة، أو أنه لم يكن لديه الوقت الكافي لراجعتها.

ويظهر من ذلك أن المسئولية الجنائية في جرائم النشر أتت على خلاف المبادئ العامة التي تقضى بأن الإنسان لا يكون مسؤولاً إلا عن العمل الذي يثبت بالدليل المباشر أنه قام به فعلاً، فهي إذن مسئولية استثنائية ربها القانون تسهيل الإثبات في جرائم النشر، ومتى كان الأمر كذلك فلا يجوز التوسيع في هذا الاستثناء أو القياس عليه، ويجب قصر تلك المسئولية الفرضية على من نص القانون عليهم بشأنها . فمتى وجد رئيس التحرير، بحسب ما تقدم بيانه، أصبح هو وحده المسئول جنائياً بهذا الوصف عن كل ما ينشر في الصحيفة التي يرأس تحريرها ولا يجوز أن تتعدى هذه المسئولية الفرضية إلى غيره من يقومون بالتحرير أو يتولون رئاسته فعلاً. على أن هؤلاء المحررين لا يكونون بمنجاة من الجزاء على ما تسطره أيديهم، بل هم مسؤولون أيضاً، غير أن مسؤوليتهم خاصة للقواعد العامة في المسئولية الجنائية، فيجب لإدانتهم أن يثبت من الواقع أنهم حرروا فعلاً المقال موضوع الاتهام أو أنهم اشتركوا في تحريره اشتراكاً يقع تحت نصوص قانون العقوبات^{٥١}.

المطلب الثالث

الركن المعنوي للجريمة الإعلامية

إن القصد الجنائي يفترض العلم بوقائع معينة ، ويفترض اتجاه الإرادة إلى إحداث وقائع معينة، فهو إذن علم وإرادة^{٥٢} :

أولاً: العلم .

القاعدة أنه لكي يتوافر العلم الذي يقوم به القصد الجنائي إلى جانب الإرادة، يتعمّن أن يحيط الجاني علمًا بجميع العناصر القانونية للجريمة، فإذا انتفى العلم بأحد تلك العناصر بسبب الجهل أو الغلط؛ انتفى القصد بدوره^{٥٣} . فيجب أن ينصب العلم على كافة عناصر الواقع الماديّة التي نص عليها القانون، أي: كافة مراحل السلوك أو الامتناع ، كما يشمل علاقة السببية بين السلوك والنتيجة^{٥٤} .

ففي مجال جريمة نشر صور إباحية عبر الانترنت. مثلاً. يجب أن يعلم الجاني أنه ينشر تلك الصور على شبكة الانترنت وأنها صور إباحية وأن نشرها سيؤدي إلى الآداب العامة للمجتمع.

ثانياً: الإرادة.

تعتبر الإرادة العنصر الثاني للقصد الجنائي، وهي عبارة عن قوة نفسية توجه كل أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق غرض غير مشروع، أي: نحو المساس بحق أو مصلحة يحميها القانون. ويجب أن تكون الإرادة مختارة أي: لديها القدرة على المماطلة بين دوافع السلوك بين الإقدام على ما هو مباح والإحجام عما هو محظوظ^{٥٥}، فالإرادة يجب أن تنتصر إلى كل من السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية بالنسبة للجرائم ذات النتيجة أو إلى السلوك الإجرامي فقط بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد. وفي مجال جريمة نشر أخبار كاذبة يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى نشر تلك الأخبار عبر إحدى وسائل الإعلام.

المبحث الثاني

أنواع الجرائم الإعلامية وعقوباتها

لم تكن الجرائم الإعلامية حدثاً فجائياً في المجتمع الفلسطيني، فمثلاً كانت الجرائم كافة حقيقة واقعية من طبيعة الإنسان وغراائزه، كانت تلك الجرائم ظاهرة سلبية اجتماعية أفرزتها الحياة العصرية. وهي لا تختلف عن الجرائم التي قررها قانون العقوبات، ولا مبرر لوجود هذا الاختلاف؛ فهي تنتهك مصالح جديرة بالحماية الجزائية. وسننول في هذا المبحث بيان الجرائم التقليدية والجرائم الحديثة وذلك على نحو ما هو تالي:

المطلب الأول

الجرائم التقليدية

أولاً: نشر الأخبار غير الصحيحة عبر الصحف

إذا نشرت المطبوعة الصحفية خبراً غير صحيح أو مقالاً يتضمن معلومات غير صحيحة^{٥٦}، فيتحقق الشخص الذي يتعلق به الخبر أو المقال الرد على الخبر أو المقال أو المطالبة بتصحيحه، وعلى رئيس التحرير المسئول نشر الرد أو التصحيح مجاناً في العدد الذي يلي تاريخ ورود الرد في المكان والحرروف نفسها التي نشر فيها وبها الخبر أو المقال في المطبوعة الصحفية^{٥٧}. وإذا نشرت المطبوعة الصحفية خبراً غير صحيح أو مقالاً يتضمن معلومات غير صحيحة تتعلق بالمصلحة العامة، فعلى

رئيس التحرير المسئول أن ينشر مجاناً الرد أو التصحيح الخطى الذى يرده من الجهة المعنية وفي العدد الذى يلى تاريخ ورود الرد أو التصحيح وفي المكان والحروف ذاتها التي ظهر فيها وبها الخبر أو المقال في المطبوعة الصحفية^{٥٨}.

وإذا خالف رئيس التحرير المسئول عن المطبوعة الصحفية الأحكام السابقة يعاقب بالسجن لمدة لا تقل عن شهر أو بغرامة لا تقل عن (٥٠٠) خمسمائة دينار ولا تزيد عن (١٥٠٠) ألف وخمسمائة دينار أو بالعقوبتين معاً وذلك بناء على شكوى المتضرر^{٥٩}.

ويعاقب رئيس التحرير هنا باعتباره فاعلاً أصلياً؛ ذلك أن الصحف تجسدت في شخص رئيس تحريرها، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية للكاتب. مع ملاحظة أنه يتبع أن يكون رئيس التحرير رئيساً فعلياً، أي يجب أن يباشر التحرير بنفسه أو يشرف عليه أو يكون باستطاعته هذا الإشراف.

وتقرير مسئولية رئيس التحرير على هذا النحو هو نوع من الافتراض الذي لا يقبل إثبات العكس حتى ولو لم يكن هو الجاني الحقيقي الذي ارتكب الجريمة أو اشترك في ارتكابها^{٦٠}.

ثانياً: تلقي المطبوعة موارد من مصادر غير مشروعة.

يوجب المشرع الفلسطيني على المطبوعة الدورية أن تعتمد في مواردها على مصادر مشروعة معلنة ومحددة، ويحظر عليها تلقي أي دعم مادي أو توجيهات من أية دولة أجنبية.

وأية مطبوعة دورية تريد تلقي الدعم من جهات خارجية غير حكومية، فيجب عليها أن تتقدم بطلب إلى وزارة الإعلام وأن تتلقى الموافقة على هذا الدعم قبل الحصول عليه^{٦١}. وكل من يخالف هذا الأمر يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن أربعة أشهر ولا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن (٤٠٠) أربعة ألف دينار ولا تزيد على (٦٠٠) ستة آلاف دينار. وتحكم المحكمة باسترداد أي مبلغ دفع للمحكوم عليهم أو لغيرهم وذلك لصالح الخزينة العامة للسلطة^{٦٢}.

ثالثاً: طباعة مطبوعة محظور نشرها.

يحظر المشرع الفلسطيني على مالك المطبعة وعلى مديرها المسئول أن يطبع أي مطبوعة كان قد منع طبعها أو نشرها أو توزيعها أو تداولها أو بيعها أو طبع مطبوعة غير مرخص بإصدارها أو حظر نشرها^{٦٣}.

وكل من يخالف هذا الأمر يعاقب بغرامة لا تقل عن (٥٠٠) خمسمائة دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) ألفي دينار، أما إذا كان صاحب المطبعة شخصاً اعتبارياً فيعاقب بغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ألفي دينار ولا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار أو الحبس شهرين أو بكلتا هاتين العقوبتين معاً^{٦٤}.

رابعاً: المنشورات المحظورة.

يحظر المشرع الفلسطيني على المطبوعة أن تنشر ما يلي^{٦٥}:-

١. أي معلومات سرية عن الشرطة وقوات الأمن العام أو أسلحتها أو عتادها أو أماكنها أو تحركاتها أو تدريباتها.
٢. المقالات والمواد التي تشتمل على تحفيز الديانات والمذاهب المكفولة حريتها قانوناً.
٣. المقالات التي من شأنها الإساءة إلى الوحدة الوطنية أو التحرير على ارتكاب الجرائم أو زرع الأحقاد وبذر الكراهية والشقاوة والتنافر وإثارة الطائفية بين أفراد المجتمع.
٤. وقائع الجلسات السرية للمجلس الوطني ومجلس وزراء السلطة.
٥. المقالات أو الأخبار التي يقصد منها زعزعة الثقة بالعملة الوطنية.
٦. المقالات أو الأخبار التي من شأنها الإساءة لكرامة الأفراد أو حرياتهم الشخصية أو الأضرار بسمعتهم.
٧. الأخبار والتقارير والرسائل والمقالات والصور المنافية للأخلاق والأداب العامة.
٨. الإعلانات التي تروج الأدوية والمستحضرات الطبية والسجائر وما في حكمها إلا إذا أجاز نشرها مسبقاً من قبل وزارة الصحة.

هذا وجدير بالذكر أن القانون الفلسطيني يمنع إدخال المطبوعات من الخارج إذا تضمنت ما حظر نشره في أي من الحالات السابقة. ويجوز للسلطة المختصة بقرار إداري ضبط ومصادرة جميع نسخ المطبوعة الصادرة في ذلك اليوم وللمحكمة أن تأمر بتعطيل صدور المطبوعة تعطيلاً مؤقتاً ولدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر^{٦٦}.

المطلب الثاني الجرائم الحديثة

الإنترنت أو الشبكة الدولية كنظام للاتصالات تعتبر الامتداد الطبيعي لتكنولوجيا الاتصالات المعتمدة على الحاسوبات، وهذه الأخيرة تجد جذورها في ظهور وتطور تكنولوجيا الاتصالات الالكترونية بوجه عام التي بدأت بظهور التلغراف ثم الهاتف سنة ١٨٢٦م ثم موجات الراديو سنة ١٨٩٨م ثم الإرسال التلفازي سنة ١٩٣٧م.

والإنترنت عبارة عن شبكة تتألف من آلاف الحواسيب الآلية المرتبطة بعضها البعض ارتباطاً إما

عن طريق خطوط الهاتف أو عن طريق الأقمار الصناعية، وتمتد عبر العالم لتؤلف في النهاية شبكة هائلة بحيث يمكن للمستخدم لها الدخول إلى أي منها في أي وقت ولو في أي مكان يتواجد فيه على الكره الأرضية ولو حتى في الفضاء.

وتحمي خدمة الانترنت عن الخدمات الإعلامية التقليدية حيث يستطيع المتلقى الحصول على المعلومات من فضاء الشبكة أو الفضاء الإلكتروني^{٦٧} ، وفي ذات الوقت يقوم بتقديم بياناته هو لتنضم إلى هذا الفضاء.

وقد حدد مشروع قانون العقوبات الفلسطيني عدداً من الجرائم المتعلقة بالشبكة الدولية وعقوباتها، ومن الجرائم الإعلامية وردت الجرائم التالية:-

١ . نشر معلومات أو بيانات عبر شبكة الانترنت.

كل من يقوم بدون وجه مشروع بنشر معلومات أو بيانات تتعلق بالأخرين عبر شبكة الانترنت قاصداً التشهير بهم أو الإساءة لهم وتشويه سمعتهم ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين^{٦٨} .

٢ . إنشاء معلومات غير موثوق بها.

كل من يقوم بإدخال أو تغيير أو حجب معلومات حاسوب مما قد يؤدي إلى نشوء معلومات غير موثوق بها بهدف ترويج استعمالها أو تطبيقها على اعتبار أنها معلومات موثوق بها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين^{٦٩} .

٣ . إنتاج أو عرض الصور الإباحية بواسطة حاسوب آلي.

كل من يقوم بإنتاج صور إباحية بهدف توزيعها من خلال نظام حاسوب أو بعرضها أو توفيرها أو شرائها أو معالجتها من خلال ذات النظام أو من خلال وسيط لتخزين معلومات حاسوب، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الخاتمة والتوصيات

أولاً: حصاد الدراسة.

الجريمة ظاهرة اجتماعية ليست بحاجة لوصف أو بيان، وهي منذ بدء الخليقة تورق الإنسان والمجتمع وتهدد استقراره وتکبد الدولة خسائر جمة ومكافحتها لا يكون بتقديم فاعلها للمحاكمة وإيقاع الجزاء المناسب عليه فقط، بل باستئصال أسبابها ومؤثراتها.

هذه الجريمة لم تستقر على نوع أو صورة معينة بل تنوعت وتعددت على مر العصور والأزمان واختلفت باختلاف مركبيها وأغاياتهم وأساليبهم، وبالتالي تبانت جرائم الأمس عن جرائم اليوم من حيث أهميتها وخطورتها وضررها ونطاقها، وكان للإعلام الحديث تأثير إما سلبي أو إيجابي على اقترافها من حيث الكم والنوع والكيفية.

ولهذا السبب فقد أولينا هذه الدراسة اهتماماً بالغاً على أمل أن نضع لبنة في بناء متوازن نحو الحد من الظاهرة الإجرامية في صورتها القديمة والحديثة على حد سواء، فكانت هذه الدراسة بعنوان (الإعلام والإجرام)، بحيث قسمناها إلى ثلات فصول تناولنا في الأول منها: الإعلام والظاهرة الإجرامية. وفي الثاني درسنا: الإعلام والتحقيق الجنائي. أما في الثالث فتحدثنا عن: الجريمة الإعلامية. وبعد أن انتهينا من هذه الدراسة بهذا الشكل توصلنا إلى العديد من النتائج والتي تمثلت فيما هو تالي:-

١. إن للسلوك الإجرامي بواعته الحقيقة التي تشكل في الإنسان سمة الإجرام، وهناك دوافع ومؤثرات خارجية لا تشكل بالضرورة عوامل للشخصية الإجرامية.

٢. إن لكل مجرم مؤثر يدفعه لاقتراف جريمته ويحركه صوب تنفيذها لتحقيق أهدافه، ونظراً لاختلاف الجرائم وتعددها، فالمحصلة النهائية هي تعدد هذه الدوافع وتنوع خطورتها على الفرد والمجتمع حسب نوع كل جريمة ومن تلك المؤثرات وسائل الإعلام.

٣. عوامل السلوك الإجرامي هي داخلية في النفس، أما ما قد يبدو من مؤثرات خارجية فهي أسباب تساعد على وقوع الجريمة، فالنفس البشرية إما أن تأمر بالخير أو بالشر ، فإن أمرت بالشر فذلك هو الجريمة بمعناها الواسع. فالتفصير العلمي من وجهة نظرنا لظاهرة ارتكاب الجريمة يعود إلى مؤثرين هما: الأول: المؤثر الجوهري: وهو المؤثر النفسي حينما تأمر النفس الشريرة بارتكاب الجريمة ويقوم الجسد بتنفيذ أمرها في شكل فعل يجرمه القانون. والآخر: المؤثر الفرعي: هي المؤثرات الخارجية التي تساعد الجسد في تنفيذ أمر النفس البشرية، سواء أكان هذا المؤثر إعلامياً أم اقتصادياً أم اجتماعياً أم سياسياً

٤. إن للوازع الإيماني الأثر الأكبر في منع وقوع الجريمة؛ حتى لو تهيأت مؤثراتها الخارجية أو الداخلية، فهو صمام الأمان المانع للجريمة، فهو الذي يمنع الإنسان من الزنا مثلاً رغم توفر الدواعي الخارجية: كالإغراء أو توفر الشهوة وتوقدها في لحظة ما وهي صفة في أصل خلق الإنسان . فتوفر الأسباب الخارجية وحدها لا يكفي لوقوع الجريمة، بل لا بد من غياب الوازع النفسي وعندها تتوقع حدوث الجريمة.
٥. يجب عدم تغيير ثوابت المجتمع الفلسطيني والتي انقلب عليها البعض من الفاسدين والمفسدين فانقلبت حياتهم إلى جحيم، ومثالها: الإفراط في الحرية الشخصية والانفتاح.
٦. إن الإسلام يأخذ في مجال مكافحة الإجرام بالوسائل الإستراتيجية الوقائية ذات الطبيعة الاجتماعية التي تخلو من الإيلام، فالعقيدة تلعب دوراً محورياً والهدف منها منع تكوين الشخصية الإجرامية منذ البدء.
٧. تعتبر العقوبة من الأمور الضرورية للمجتمعات، ولا يمكن أن تعيش دون أن تفرض فيه عقوبة، فكما أن الجريمة جزء من المجتمع ملازمه له ولا يتصور وجوده بدونها، فكذلك لا يتصور وجود مجتمع بدون عقوبة، فالأخيرة تعتبر رد فعل للجريمة. وقد سبقت الشريعة الإسلامية أفكار المدارس الجزائية الوضعية التي سعت لتحديد أهداف العقوبة وأساليب تطبيقها، حيث إن الخالق عز وجل هو من خلق الإنسان ويعرف تكوينه، فهو الأقدر على أن يقرر الجزاء الملائم لصالح الإنسانية.

ثانياً: توصيات الدراسة.

لقد أحدثت البشرية متغيرات كثيرة في نمط ثقافتها، فالزنا مثلاً لم يعد جريمة في معظم المجتمعات إلا إذا ارتكب مع قاصر أو كان بالإكراه (اغتصاب)، والعري أصبح فضيلة وعلامة على التحرر، وشرب الخمر مسألة لا بد منها لإنعاش الروح، والربا مهنة مشروعة ودعامة من دعams الاقتصاد الوطني، وهكذا تغيرت مفاهيم كثيرة ارتبطت بثقافات الأمم.

ولا شك أن قيام السلطة الوطنية الفلسطينية بواجباتها بصفة عامة والأمنية والاجتماعية بصفة خاصة تستوجب منها إعادة النظر في سياستها في ملاحقة الجرائم وال مجرمين على نحو يتلاءم مع مقتضيات العصر من خلال إحداث ثورة شاملة في نمط الحياة الفلسطينية من كافة النواحي وخاصة التعليمية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والإدارية... . وذلك بالعودة للأصالة مع تحديتها بما يناسب متطلبات الحياة ولا يخالف ديننا وقيمنا وعاداتنا . ونحن هنا ندق ناقوس الخطر بضرورة المبادرة إلى وضع الخطط والبرامج والسياسات التي تحقق هذا التغيير في نمط الحياة الفلسطينية ، بحيث

يكون شعارنا (الوحدة، الإصلاح، البناء، والتحرير في آن واحد)، إعمالاً لقوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْيِرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يَغْيِرُوا مَا بِأَنفُسِهِمْ" ^{٧٠}.

وعلى ضوء ما تقدم فإننا نوصي السلطة الوطنية الفلسطينية بمكوناتها الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية بما هو تالي:

١. بناء نظام إعلامي وثقافي فلسطيني يواجه الإعلام المستورد وعدم ترك الساحة خالية للبث الوافد من الخارج؛ كي يستطيع المثقفي العربي أن يقارن بين الغث والسمين، كما أنه من الأهمية بمكان الارتفاع بمستوى البرامج الإسلامية والعربية في الراديو والتلفاز وإقامة موقع عربية وإسلامية متميزة على شبكة المعلومات الدولية لمواجهة البث الوافد من الخارج الذي يحمل قيمًا سلبية وصوراً إباحية وعلاقات محرمة وممارسات شاذة لا تتفق مع المنظومة الأخلاقية للمجتمع الفلسطيني المسلم.
 ٢. ضرورة الاهتمام بالبحث العلمي في أسباب ومؤثرات السلوك الإجرامي ودوافعه وعلاقته بوسائل الإعلام. ولما كان هذا السلوك يمثل ظاهرة اجتماعية سواءً أكان محلياً أم دولياً، فإن البحث في تلك الأسباب والمؤثرات يجب أن يعتمد على المنهج العلمي القويم؛ مما يتضمن إنشاء مركز فلسطيني متخصص للبحوث الجنائية ومكافحة الجريمة.
 ٣. الحد من العقوبات السالبة قصيرة المدة واستبدالها بالتدابير الوقائية والعقوبات المالية والتشغيل خارج مراكز الإصلاح والتأهيل (السجون)، والتقليل من ظاهرة التوقيف الاحتياطي للحد من ظاهرة اكتظاظ تلك المراكز.
 ٤. إجراء مزيد من الدراسات عن آثار وسائل الإعلام على السلوك الإجرامي من ناحية وإدراك حقائق الجريمة والخوف منها بين المواطنين من ناحية أخرى.
 ٥. توعية أولياء الأمور والمدرسين والمرشفين الاجتماعيين بأهمية إرشاد الأطفال والراهقين لكيفية استخدام وسائل الإعلام الحديثة وخاصة الانترنت.
 ٦. توضيح أهمية وضرورة قيام أولياء الأمور والمدرسين والمرشفين الاجتماعيين بمناقشة الأطفال والراهقون في مضامين ما يتعرضون له في وسائل الإعلام.
 ٧. محاولة الاستفادة من عادات الجانحين الخاصة بزيادة ساعات التعرض لوسائل الإعلام بأن نقدم لهم إبان إقامتهم في دور الرعاية مواد إعلامية ذات محتوى اجتماعي هادف ومعدة خصيصاً للعرض على الجانحين بهدف الإصلاح والتقويم.
- وليس هناك أفضل من اختتام دراستنا هذه إلا بقوله عز وجل "وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ، فَسَيَؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا" ^{٧١}.

الهوامش

١. نصت المادة (٢) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ على أن : "الصحافة والطباعة حرتان وحرية الرأي مكفولة لكل فلسطيني، وله أن يعرب عن رأيه بحرية قولاً، كتابة، وتصويراً ورسمياً في وسائل التعبير والإعلام" .
٢. د. علي محمد جعفر، الإجرام وسياسة مكافحته ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٣ م ، ص ١٠٤ .
٣. د. أكرم نشأت إبراهيم، علم النفس الجنائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ م ، ص ٢٦ .
٤. تشجع الصحافة في الولايات المتحدة الأمريكية علي الإجرام بمثابرتها علي نشر أخبار الجرائم وتجسيد الجرمين وإظهارهم في صورة مغامرين ، كما أنها تعوق سير العدالة عندما تسبق القضاء فتجرى المحاكمات على صفحاتها وتوجه الرأي العام إلى حكم معين وهو ما يضع القضاة في حرج ، وقد تتجل بنشر معلومات تعوق جهود السلطة المختصة ، فتسدى بغير قصد إلى الجرمين خدمة كبرى ، وأخيراً قيل إنها تعرض أخبار الجرائم بطريقة مثيرة ترعب الناس وتزعزع شعورهم بالأمن وتضعف ثقتهم بالسلطات العامة وتشوه فكرتهم عن الإجرام وأسبابه وكيفية علاجه .
٥. د. نور الدين محمد الهنداوي ، الإعلام والجريمة في عصر العولمة ، مجلة الأمن والحياة ، العدد (٢٧٠) ، السنة الرابعة والعشرون ، ديسمبر ٢٠٠٤ م / يناير ٢٠٠٥ م ، ص ٥٥ .
٦. نصت المادة (٣) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ على أن : "تمارس الصحافة مهمتها بحرية في تقديم الأخبار والمعلومات والتعليقات وتسهم في نشر الفكر والثقافة والعلوم في حدود القانون وفي إطار الحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرية الحياة الخاصة للآخرين وحريتها" .
٧. د. علي القهوجي ود. فتوح الشاذلي ، علم الإجرام والعقاب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٨ م ، ص ١٦٤ وما بعدها .
٨. إذا كان لشبكة الانترنت ايجابيات وفوائد فإن سلبياتها خطيرة على العالمين العربي والإسلامي ، إذ يتم استخدامها سلاحاً ضد الآخرين لحراربة الأفكار ونقل المعلومات الخاطئة والقيم المفسدة ويتمثل الخطير فيها في هذا التدفق المعلوماتي الذي لا يمكن السيطرة عليه ؛ بسبب عدم امتلاك المجتمعات العربية لخيار الانتقاء ؛ مما يؤدي إلى نتائج سلبية حتى أصبحت حياة الناس الشخصية عرضة للانتهاك والاقتحام ؛ لأنه يمكن للانترنت الكشف عن أسرار الناس على نحو لم يسبق له مثيل ، وقد نجم عن ذلك اختلاط العلاقة بين الأمور الخاصة بالإنسان والأمور العامة ، إضافة إلى المخاطر الأخلاقية وتبادل معلومات متصلة بالمخدرات أو الجريمة المنظمة ، بل إن أسرار الدول أصبحت عرضة للانتهاك .
٩. د. علي محمد جعفر ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .
١٠. عصام سليم ، أشكال السلوك الانحرافي للشخصيات في أفلام الرسوم المتحركة ، المجلة العربية للعلوم الإنسانية ، العدد ٥٧ ، س ١٥ ، جامعة الكويت ، ١٩٩٧ م ، ١٤٥ و ١٥ .

١١. د. سليمان عبد المنعم ، أصول علم الإجرام والجزاء ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ م ، ص ٣٩٩ .

١٢. د. رمسيس بهنام، المجرم تكويناً وتقويمياً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣ ، ص ١٥٣ وما بعدها .
١٣. د. علي القهوجي ود. فتوح الشاذلي ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ وما بعدها .

١٤. نصت المادة (٤) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م على أن : "تشمل حرية الصحافة ما يلي : -أ- إطلاع المواطن على الواقع والأفكار والاتجاهات والمعلومات على المستوى المحلي والعربي والإسلامي والدولي. ب- إفساح المجال للمواطنين لنشر آرائهم. ج- البحث عن المعلومات والأخبار والإحصائيات التي تهم المواطنين من مصادرها المختلفة وتحليلها وتناولها ونشرها وتعليق عليها في حدود القانون. د- حق المطبوعة الصحفية ووكالات الأنباء والمحرر والصحفي في إبقاء مصادر المعلومات أو الأخبار التي يتم الحصول عليها سرية إلا إذا قررت المحكمة غير ذلك أثناء النظر بالدعوى الجزائية حماية لأمن الدولة أو لمنع الجريمة أو تحقيقاً للعدالة. هـ- حق المواطنين والأحزاب السياسية والمؤسسات الثقافية والاجتماعية والنقابات في التعبير عن الرأي والفكر والإنجازات في مجالات نشاطاتها المختلفة من خلال المطبوعات «

١٥. عثمان أنور ، الإعلام وجنوح الأحداث :

<http://www.suhuf.net.sa/1999jaz/nov/5/hdlines3.htm>

١٦. د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة السابعة ، نادي القضاة ، القاهرة ، ١٩٩٣ م ، ص ٤٧٠ ، ٤٧١ .

١٧. د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ م ، ص ٣٤٩ .

١٨. الآية (١٢) من سورة الحجرات .

١٩. الآية (٥) من سورة يوسف .

٢٠. د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص ٤٧٢ ، ٤٧٣ .

٢١. د. عويس دياب ، الحماية الجنائية لسرية التحقيق الابتدائي ، غير موضح جهة النشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩ م ، ص ٨٩ وما بعدها .

22. Article (127) of the Palestinian penal code states that : Any person who by any means publishes in bad faith an incorrect report of proceedings in a court is guilty of a misdemeanor and is liable to imprisonment for six months .

-نصت المادة (١٦٦) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني على أن : " كل من نشر أو أذاع عنًا ما يدور في محاكمة أو تحقيق قررت المحكمة أو سلطة التحقيق نظرها أو سمعاه في جلسة سرية يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر و بغرامة لا تجاوز مئة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين " . وانظر في قوانين العقوبات : المادة (١٩٣) مصرى والمادة (٦٧) سعودي .

٢٢. أ. سليم الزعنون ، التحقيق الجنائي أصوله وتطبيقاته ، غير موضح جهة النشر ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٥ م ، ص ٧٩ .

٢٣. انظر : المواد (٤٧ ، ٥٥ ، ١٥٨ ، ٢٧٢ ، ٢٧٣) من التعليمات العامة للنيابات المصرية . نصت المادة (٤٨) من التعليمات القضائية للنائب العام الفلسطيني رقم (١) لسنة ٢٠٠٦م على أنه "يتعين على عضو النيابة أن يكون كتماً لإجراءات التحقيق ، ضماناً لسيره في طريقه الطبيعي ، وعدم المساس بمصالح الخصوم بغير مقتضى" . ونصت المادة (٤٩) منها على أنه "إن إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار ، فيجب على عضو النيابة أن يحرص على سريتها وعلى عدم إفشائها ، وألا يفضي لنذوي وسائل الإعلام بأية معلومات عنها ، رعاية للصالح العام ، وتفادياً لما يؤدي إليه من ضرر بصالح تلك التحقيقات"

24. Article (59) of the Palestinian Criminal Procedure code states that: The investigation procedures or the results of the investigation are considered secrets that are not subject to disclosure، and disclosing them is a crime punishable by law.

٢٥ . قارن في قوانين الإجراءات الجنائية : المادة (٣٢٩) إيطالي والمادة (٨٣) بحريني والمادة (٥٣) اللبناني والمادة (٧٥) مصرى والمادة (٦٨) سعودي .

٢٦. طعن دستوري مصرى رقم (٥٩) لسنة ١٨ ق ، جلسة ١/٢/١٩٩٧ م ، س ٨ ، ص ٢٨٦ .

٢٧. د. محمود صالح العادلى ، الجريمة الدولية ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢م ، ص ٦٨ .
- C. Lombois Droit Pénal International، Deuxième édition، Dalloz، Paris، 1979.

٢٨. راجع في موقف ذلك الفقه : د.ة سوسن تمر خان بكرة ، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٤٢٠٠٤م ، ص ٢٠٦ . د. محمد عبد المنعم عبد الخالق ، النظرية العامة للجريمة الدولية، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٨٨م ، ص ١١٢ .

29. Voir G. Stefani، G. Levasseur، B. Bouloc، Droit Pénal Général، Edition Dalloz، Paris، 1997، P. 114 et ss. C. Lombois، Op. Cit. P.48

٣٠. الآية رقم (١٥) من سورة الإسراء. وتؤكد ذلك المبدأ قوانين العقوبات في كثير من الدول، ومنها المادة (٥) من قانون العقوبات المصري ، والمادة (٣٠١١) من قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٢م ، والمادتين (١٦) من قانون العقوبات اللبناني . والمادة (٩٣/١) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩م .

٣١. يعتبر ذلك المبدأ حجر الزاوية في التشريع الجنائي الفلسطيني ، حيث نصت عليه المادة (١٥) من النظام الأساسي الفلسطيني المعدل بقولها: "العقوبة شخصية ، وتمتنع العقوبات الجماعية ، ولا جريمة ، ولا عقوبة إلا بنص قانوني ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتنفيذ القانون" .

٣٢. د. أحمد عوض بلال ، النظرية العامة للجزاء الجنائي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦م ، ص ٢٢ .

33. Voir C. Lombois، Op. Cit. P.49.

٣٤. راجع في عرض تلك الانتقادات : د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨١ م ، ص ١٢٩ وما بعدها . ود. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ م ، ص ٨٠ وما بعدها .
٣٥. د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ م ، ص ٢٢ .
36. Voir C. Lombois, Op. Cit. P.50
37. Voir M. Rassat, Droit Pénal, Presses Universitaires De France, 1987, P.345.
٣٨. راجع : د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ .
- J. Pradel, Le Droit Pénal Général, Sans Maison D'édition, 1997, P. 185.
- S. Glaser, Infraction International, Librairie Général De Droit Et De Jurisprudence, Paris, 1957, P. 11.
٣٩. راجع : د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، مصدر سابق ، ص ٤١٥ .
- J. Pradel, Op. Cit. P. 185.
- د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم العام ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٣ م ، ص ٩٦ ، ٩٧ .
- د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة العاشرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣ م ، ص ٢٧٠ .
- J. Pradel, Op. Cit. P. 185.
٤٠. د. محمود محمود مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦ .
٤١. رأى بعض الفقهاء : أن استخدام العقوبة مجرد البدء في السير في طريق ينتهي للجريمة ، يعني : أن هذا البدء في السير على ذلك الطريق يشكل خطوة أولية أو بالأحرى يكشف عن شروع في الجريمة ذاتها ، وهو ما يمثل ما يطلق عليه وصف (التجريم الاحتياطي السابق) .
- Voir R. Behnam, Egypte Rapport National, Les Crimes Internationaux Et Le Droit Pénal Interne, Actes du Colloque Préparatoire, Tenu à Hammamet, Tunisie 6-8 Juin 1987 Revue Internationale De Droit Pénal, Vol. 60, 1989, P. 232-233.
٤٢. د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، مصدر سابق ، ص ٤٣٧ . د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣ .
- M. Rassat. Op. Cit. P.345. W. Schabas, An Introduction To The International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001, P.82.
٤٣. انظر في تعريف المحاولة : المادة (١ / ٣٠) من قانون العقوبات الفلسطيني لسنة ١٩٣٦ م ، والمادة (٧٠ / ١) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩ م ، والمادة (٥ / ١٢١) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٢ م ، والمادة (٤٥) من قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٣٧ م
٤٤. نصت المادة (٥٥) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني على أنه : " ١ - الشروع هو : البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها . ٢ - ولا يعتبر شروعًا في الجنائية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ، ولا الأعمال التحضيرية لها " .

45. Voir G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Op. Cit. P. 197.

- S. Glaser, Infraction International, Op. Cit. PP. 164 - 165.

٤٦. مع ملاحظة أن مشروع قانون العقوبات الفلسطيني يعاقب على محاولة ارتكاب الجرائم الإعلامية بواسطة الحاسوب أو الانترنت بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة . راجع : المادة (٣٩٥) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني المقر بالقراءة الأولى عام ٢٠٠٣ م .

٤٧. راجع : د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، مصدر سابق ، ص ٤٤١ .

٤٨. نقض جنائي مصرى رقم (٢٠٥) لسنة ٤٠ ق، جلسة ٥ / ٤ / ١٩٧٠ م ، س ٢١ ، ص ٥١٨ .

٤٩. المستشار / فتحي العيسوي ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، المجلد الثاني ، غير موضح جهة النشر ، ١٩٩٥ م ، ص ١١٢٠ .

٥٠. هذا ويتحقق الاشتراك بالوسائل المقررة في المادة (٧٦) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ م المطبق في المحافظات الشمالية (الضفة الغربية) . ونصت المادة (٥١) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني على أنه : " يعد شريكاً في الجريمة كل من : ١- حرض غيره على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض . ٢- اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق . ٣- أعطى للفاعل سلاحاً أو أداة أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعده بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها" .

٥١. نقض جنائي مصرى رقم (٣٧٨) لسنة ٤ ق، جلسة ٥ / ٣ / ١٩٣٤ م ، س ٣ ع ، ص ٢٧٤ .

٥٢. نصت المادة (٥٩) من قانون العقوبات الثوري لنقطة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩ م على أن: " النية هي إرادة ارتكاب الجريمة على نحو ما عرفها القانون " .

53. Voir S. Glaser, Infraction International, Op. Cit. PP. 120-121.

- W. Schabas, An Introduction To The International Criminal Court, Op. Cit. PP. 85-86.

٥٤. د. محمد زكي أبو عامر ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ و ١٨١ .

٥٥. د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص ٦٣٣ .

٥٦. عرفت المادة (١) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م المطبوعة بأنها : كل وسيلة نشر دونت فيها الكلمات أو الأشكال بالحروف أو الصور أو الرسوم أو بالضغط أو الحفر المطبوعة الدورية . أما المطبوعة الصحفية والمتخصصة بكل أنواعها والتي تصدر على فترات منتظمة فتشمل:-
أ-المطبوعة الصحفية وتشمل ما يلي:-
١- المطبوعة اليومية: المطبوعة التي تصدر يومياً بصورة مستمرة باسم معين وأرقام متتابعة وتكون معدة للتوزيع على الجمهور مجاناً أو بثمن.
٢- المطبوعة غير اليومية: المطبوعة التي تصدر بصورة معدة للتوزيع على الجمهور مجاناً أو بثمن.
أما المطبوعة المتخصصة فهي المطبوعة التي تختص بموضوع أو أكثر في مجالات معينة على وجه التحديد وتكون معدة للتوزيع على المعنيين بها أو على الجمهور وذلك حسبما تنص عليه رخصة إصدارها" .

٥٧. راجع : المادة (٢٥) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٥٨. راجع : المادة (٢٦) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٥٩. راجع : المادة (٤٤) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٦٠. المستشار / فتحي العيسوي ، مصدر سابق ، ص ١١٢٠ . قضت المحكمة الدستورية العليا أن : ما تتواهله كل جريدة ، هو أن يكون اهتمام قرائتها بموضوعاتها حياً من خلال تنوعها وعمقها وتعدد أبوابها وامتدادها على كامل صفحاتها مع كثرتها ، وتطرقها لكل جديد في العلوم والفنون على تباينها ، فلا تكون قوة الصحافة إلا تعبيراً عن منزلتها في إدارة الحوار العام وتطويره ، لا تقييد رسالتها في ذلك بالحدود الإقليمية ، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة أيا كان بأسها ، بل توفر صناعتها . سواء من خلال وسائل طبعها أم توزيعها . تطوراً تكنولوجياً غير مسبوق يعزز دورها ، ويقارنها تسابق محموم يتوكى أن تقدم الجريدة في كل إصداراتها ، الأفضل والأكثر إثارة لقرائتها ، وأن تتيح لجموعهم قاعدة أغرض لمعلوماتهم ومجالاً حيوياً يعبرون فيه عن ذواتهم ، وأن يكون أثراها في وجدهم ، وصلتهم بمجتمعهم بعيداً . بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها ، إنما تقود رأياً عاماً ناضجاً وفاعلاً وتتزاحم مقالاتها ، وتتعدد مقاصدها ، أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعاً ، نافذاً إلى محتوياتها ، محمضاً بعين ثاقبة كل جزئياتها ، ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها ، ولا أن يقيسها وفق ضوابط قانونية قد يدق الأمر بشأنها فلا تتحد تطبيقاتها " . طعن دستوري مصرى رقم (٥٩) لسنة ١٨٣ ق ، جلسة ١٩٩٧/٢ م ، س ٨ ، ص ٢٨٦ .

٦١. راجع : المادة (٩) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٦٢. راجع : المادة (٤٥) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٦٣. راجع : المادة (٤١) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٦٤. راجع : المادة (٤٦) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٦٥. راجع : المادة (٣٧) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

- قضت محكمة النقض : " أن جرائم النشر يتطلب لبحث وجود جريمة فيها أو عدم وجودها تقدير مرامي العبارات التي يحاكم عليها الناشر وتبين مناجيها فإذا ما اشتمل المنشور على عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن مصلحة عامة أو خاصة وأخرى يكونقصد منها التشهير فللمحكمة في هذه الحالة أن توازن بين القصدين وتقدر أيهما كانت له الغلبة في نفس الناشر ، لما كان ذلك ، وكان الأصل أن المرجع في تعرف حقيقة الفاظ السب أو القذف أو الإهانة هو بما يطمئن إليه القاضي من تحصيله لفهم الواقع في الدعوى ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ما دام لم يخطئ في تطبيق القانون على الواقعة ، وإن كان ما أورد به الحكم الابتدائي الذي اعتنق الحكم المطعون فيه أسبابه تبريراً لقضائه بالبراءة وبرفض الدعوى المدنية . من أن العبارات الواردة بالتحذير لا يقصد منها المطعون ضده سب الطاعن أو القذف في حقه . سائغ ويؤدي إلى ما رتب عليه وينهى عن إمام المحكمة بالدعوى وبظروفها عن بصر وبصيرة ، فإن كل ما يثيره الطاعن

في طعنه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في وزن عناصر الدعوى واستنباط معتقدها وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض " . نقض جنائي مصرى رقم (٤٧٦١٧) لسنة ٥٩ ق ، جلسة ١٠/٥/١٩٩٨ م ، س ٤٩ ، ص ٦٨٤ .

٦٦. راجع : المادة (٤٧) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٥ م .

٦٧. عرفت المادة (٣٧٨) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني المقر بالقراءة الأولى ٢٠٠٣ م مزود الخدمات بأنه : "أي شخص طبيعي أو اعتباري يقدم للمستخدمين خدمات إمكانية الاتصال بواسطة أنظمة حاسوب أو أي شخص يعالج أو يخزن معلومات حاسوب تتعلق بخدمات الاتصال أو مستخدمي هذه الخدمات" .

٦٨. راجع : المادة (٣٩٤) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني المقر بالقراءة الأولى ٢٠٠٣ م .

٦٩. راجع : المادة (٣٨٤) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني المقر بالقراءة الأولى ٢٠٠٣ م .

٧٠. الآية رقم (١١) من سورة الرعد .

٧١. الآية رقم (١٠) من سورة الفتح .

أحكام صادرة عن المحكمة العليا المنوط بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها والتعليق عليها

الحكم الصادر في الطعن رقم ٢٠١٠/١

«طعن دستوري بنظام مواقف مركبات الهيئات المحلية»

تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان - مصر
تعليق المحامي محمد خليل يوسف أبو بكر - الأردن

طعن دستوري
رقم: ٢٠١٠/١



السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

المحكمة العليا

القرار

الصادر عن المحكمة العليا المنعقدة في رام الله المأذونه بالنظر في الطعون الدستورية وإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد القاضي فريد الجلاء رئيس المحكمة العليا
وأعضويه القضاة السادة : عماد سليم وفتحي أبو سرور وهشام الحتو ومحمد سامح الدويك
وابراهيم عمرو وخليل الصياد

المستدع_يات : - ١) شركة باصات التميمي المساهمة الخصوصية/نابلس بواسطة المفوض عنها بالتوقيع حمدي راضي التميمي وعبد الرحيم راضي التميمي.

٢) شركة سيارات بيرزيت /بني زيد المساهمة الخصوصية المحدودة/رام الله بواسطة المفوض عنها بالتوقيع إبراهيم عوض إبراهيم.

٣) شركة سيارات سلمة المساهمة الخصوصية المحدودة/رام الله بواسطة المفوض عنها بالتوقيع سفيان مصطفى أبو نجم.

٤) شركة باصات دير دبوان/رام الله بواسطة المفوض عنها بالتوقيع سلام حسين نجمة .

٥) شركة باصات دير أبو مشعل العادية العامة/رام الله بواسطة المفوض عنها بالتوقيع يوسف محمد العبد.

وكيلهم المحامي

المستدعي ضدهما:- ١- السيد وزير الحكم المحلي بالإضافة إلى وظيفته/رام الله.

٢- النائب العام بالإضافة إلى وظيفته ممثلاً للمستدعي ضده الأول/رام الله.



طعن دستوري
رقم ٢٠١٠/١:

الآراء

تقدمت الجهة المستدعاة بواسطة وكيلها بهذه اللائحة بتاريخ ٢٠١٠/١٨ في مواجهة المستدعي ضدّهما وذلك للطعن بالنظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ نظام موافق المركبات للهيئات المحلية الصادر عن المستدعاي ضده الأول بتاريخ ١٩٩٨/٧/١ لمخالفته القانون الأساسي المعمول به وقانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ وعلى سند من الأسباب والوائق المذكورة في اللائحة.

تبليغ الجهة المستدعي ضدها لائحة الطعن ثم تقدمت بالائحة جوابية جرى إرفاقها في الملف.

وبالمحاكمية الجارية عنا بحضور وكيل الجهة المستدعاة وممثل الجهة المستدعاة ضدها جرى تكرار لائحة الطعن وكذلك اللائحة الجوابية وطلب وكيل الجهة المستدعاة إبراز حافظة مستداته حيث تم التأشير عليها بالحرف ط/١ وكذلك إشعار بيداع المبلغ النقدي لدى بنك الأردن بالحرف ط/٢ وختم الوكيل المذكور بذلك بيته.

وأفاد ممثل الجهة المستدعى ضدها بعدم رغبته في تقديم أية بينه ثم ترافع الطرفان كل في دوره حسب الأصول مبدياً كلاهما طلباته وأقواله الأخيرة في الطعن الماثل.

الحكمة

- وبعد التدقيق والمداولة قانونا واستعراض البيانات المقدمة تجد محكمتنا ما يلي:-

أ- من حيث المصلحة ،

فإن الجهة المستدعاة تقدمت بدعوى إلغاء النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ المتعلق بموافقات المركبات للهيئة المحلية الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١ لمخالفته القانون الأساسي من حيث فرضه رسوماً.

وحيث أن سلوك طريق هذا الطعن يأتي انسجاماً مع أحكام المادة ١/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ والتي تشرط أن تكون الدعوى مقامة من الشخص المتضرر باعتبار ذلك من شروط صحة قبول الدعوى.

وحيث ترى محكمتنا أن الجهة المستدعية جرى مطالبيها بمقابلة استنادا للنظام سالف الإشارة.

وحيث أن هذه المطالبة تلحق ضررا مباشرا بها وترقى إلى المصلحة القائمة

وحيث أن مناط أي دفع أو طلب يتمثل في توافر المصلحة القائمة طبقاً لأحكام المادة ١/٣ من
قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١.

الأمر الذي يجعل الطعن الماثل مقدماً من يملك الحق في تقديمها وبالتالي يغدو مقبولاً.
وعلية نقرر قبول الطعن من هذا الجانب.



بـ من حيث الرقابة ،

فإن المادة ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ أعطت المحكمة الصلاحية في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة بصورة مطلقة .

وحيث أن محل الطعن المائل يتصل بالنظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بحجة مخالفته للقانون الأساسي . الأمر الذي يتوجب معه على محكمتنا التصدي لهذا الطعن وبالتالي الرقابة على النظام المذكور للتحقق من توافقه أو تعارضه مع الدستور لترتيب الأثر اللازم بقبول الطعن أو رده حسب المقاضي .

وعليه يغدو الطعن مقبولاً من حيث انعقاد الولاية لمحكمتنا في النظر في هذا الطعن تحقيقاً للرقابة على دستورية النظام المذكور أعلاه .

وعليه نقرر قبول الطعن المائل من هذا الجانب أيضاً .

جـ من حيث دستورية النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ ،

فإن محكمتنا تجد أن النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ وبموجب المادتين (٥ و ٦) منه فرض رسوماً معينة لقاء منح رخصة لإدارة موقف خاص ومنح رخصة ساحة موقف ، وتحديد مدخل خاص وكذلك لاستعمال ساحة الموقف وإشغال الموقف الخ .

كذلك نجد أن النظام المذكور صدر بالاستناد إلى أحكام المادتين (٢ و ١٥) من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ المتصلتين بعلاقة وزارة الحكم المحلي بالهيئات المحلية وصلاحيات مجالس هيئات المحلية وجرى إعطاء الحق لمجلس الهيئة المحلية بإصدار أنظمة تتضمن أية ضرائب أو رسوم أو عوائد أو غرامات أو نفقات أو مخالفات شريطة موافقة الوزير عليها (أي وزير الحكم المحلي) ولما كان ذلك وكان المشرع قد أعطى لمجلس الهيئة المحلية صلاحية إصدار أنظمة تتضمن ضرائب أو رسوم .. الخ واشترط موافقة وزير الحكم المحلي عليها طبقاً للبند (ب) / ١ من المادة ١٥ من القانون سالف الإشارة .

وحيث تجد محكمتنا أن المستدعي ضد الأول وزير الحكم المحلي صادق على النظام محل الطعن المائل وبيان هذه المصادقة يعني الموافقة على هذا النظام وعلى نحو ينهض معه القول بأن النظام المذكور يعتبر في حقيقته صادراً من له الولاية في إصداره وموافقاً عليه من يملك الحق في هذه الموافقة وهو وزير الحكم المحلي وبالتالي تغدو أحكام المادة ١٥/ب من قانون هيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بعنصراًها من حيث آليات إصدار النظام المذكور المتضمن رسوماً المنصب عليها الطعن متوفراً .



طعن دستوري
رقم: ٢٠١٠/١

ولطالما الأمر كذلك وكان النظام من حيث فرض الرسوم متفقاً وأحكام المادة ١٥ من قانون الهيئات المحلية.

وحيث من المقرر فقها واجتهاداً أن النظام الذي يصدر طبقاً للقانون يكون له القوة الإلزامية التي يتمتع بها القانون ذاته.

وحيث أن النظام محل الطعن الماثل الصادر طبقاً لقانون الهيئات المحلية غالباً له قوة القانون الإلزامية طبقاً للمفهوم السالف بيانه.

الأمر الذي يجعله متفقاً تماماً مع المادة ٨٨ من القانون الأساسي التي تنص على أن (فرض الضرائب والرسوم وتعديلها وإلغاءها لا يكون إلا بقانون الخ).

هذا وبوصول محكمتنا إلى أن النظام محل الطعن الماثل لا يخالف أو يتعارض مع القانون الأساسي مما يعني أن الطعن الماثل يغدو فاقداً لركازه القانوني ويتعين رده.

لهذه الأسباب

وبناءً على ما تقدم تقرر محكمتنا وبالإجماع رد الطعن ومصادرة الكفالة المقدمة لصالح الخزينة طبقاً لأحكام المادة ٤٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦.

قراراً صدر وتلي علينا باسم الشعب العربي الفلسطيني وافهم في ١١/٥/٢٠١٠

الرئيس

الكاتب: [Signature]
دفق: [Signature]

التعليق على الحكم الصادر في الطعن رقم ٢٠١٠/١

«طعن دستوري بنظام موافق مركبات الهيئات المحلية»

تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان- مصر
تعليق المحامي محمد خليل يوسف أبو بكر- الأردن

التعليق على حكم المحكمة العليا المنادى بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيها الصادر في الطعن رقم ٢٠١٠/١

المستشار الدكتور
عبد العزيز محمد سالمان
رئيس هيئة المفوضين
بالمحكمة الدستورية العليا المصرية

أقام المدعون الطعن الدستوري الماثل بطلب الحكم بإلغاء النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ المتعلق بنظام مواقف المركبات للهيئات المحلية الصادر عن وزير الحكم المحلي بتاريخ ١٩٩٨/٧/١ لمخالفته القانون الأساسي وقانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ .
وذلك لسببين حاصلهما:

أولاً: مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتفسيره:-
ذلك أن النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ الصادر بمقتضى نص المادتين (٢، ١٥) من قانون الهيئات المحلية الفلسطينية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ لا يخول الوزارة (المدعي عليها الأولى) فرض رسوم تمس الأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام، على التفصيل الوارد بصحيفة الطعن.

ثانياً: مخالفة القانون الأساسي:-
وذلك استناداً إلى أن نص المادة (٨٨) من القانون الأساسي الفلسطيني يجري على أن "فرض الضرائب والرسوم العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها في غير الأحوال المبينة في القانون".

والنظام المطعون فيه إذ فرض الرسم محل الطعن بعيداً عن المجلس التشريعي فإنه يكون قد صدر مخالفًا للنظام الأساسي ويغدو منعدماً ولا يترتب عليه أي أثر قانوني.

- نظرت المحكمة الدعوى على النحو الثابت بمحاضرها وبجلسة ٢٠١٠/٥/١١ قررت المحكمة بالإجماع رد الطعن ومصادرة الكفالة.

- ومع احترامنا لهذا الحكم باعتباره غداً عنواناً للحقيقة فإنه يثير النقاش العلمي للعديد من المسائل الهامة التي نرى استعراضها في هذا التعليق على النحو التالي:

١. صياغة ومنهجية وإقناعية الحكم الدستوري.
٢. كيفية التعرض لدستورية نص في قانون أو لائحة أو نظام (أوجه عدم الدستورية).
٣. حول دستورية فرض الضرائب والرسوم وفقاً للمادة (٨٨) من القانون الأساسي الفلسطيني.
٤. انحسار الرقابة الدستورية عن مخالفة النظام للقانون أو مخالفة قانون لقانون آخر.

أولاً: صياغة ومنهجية وإقناعية الحكم الدستوري:-

أما من حيث الصياغة: فإن صياغة الحكم الدستوري تعتمد على الحس والذوق اللغوي والقانوني لكل قاض، فاللغة القضائية ترهن بشخص القاضي وتتأثر بجوانب شخصيته، وتكوينه العلمي، والقضائي، والثقافي. وإذا كان الناس يتفاوتون فيما بينهم في القدرات الخاصة فإنهم تبعاً لذلك في المهارات التي تتهيأ لبعضهم ولا تتهيأ لبعض الآخر بل ويتفاوتون في درجة هذه المهارات ومنها مهارة اللغة.

ويترتب على اختلاف لغة القضاء بحسب وجهة كل قاض وعدم وجود قوالب جامدة تصب فيها هذه اللغة، وأن تكون اللغة القضاء خصوصية تميزها عن غيرها. ولكن على الرغم من ذلك فإن ثمة قواعد عامة يجب إتباعها، أهمها حسن اختيار اللفظ، ودقته، وبعد عن التزييد، والحرص على وقار اللغة، وهذه القواعد تمثل الحد الأدنى الذي يجب على القاضي أن يراعيه عند تحرير حكمه^١.

والحديث عن أسلوب صياغة الأحكام وخاصة صياغة الحكم الدستوري حديث طويل ليس هنا مجال التفصيل فيه وإنما نوجزها في أن القاضي الدستوري يجب أن يكتب حكمه ملتزماً باللغة العربية كلغة الحكم، وأن يلتزم القاضي بنطاق الخصومة المعروضة وحدودها دون تجاوز، واختيار مفردات اللغة القانونية وحصر التعبير والألفاظ في حدود ما هو مطلوب دون تزييد في تناسب للجمل ووقار. والأهم من كل ذلك الالتزام بالسميات التي نص عليها القانون^٢.

وصياغة الحكم الدستوري محل التعليق لم يلتزم فيها محررها - بالسميات التي نص عليها قانون المحكمة الدستورية فقد أوردت المحكمة في حكمها الماثل «وحيث أن محل الطعن الماثل يتصل بالنظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بحجة مخالفته للقانون الأساسي، الأمر الذي يتوجب معه على محكمتنا التصدي لهذا الطعن وبالتالي الرقابة على النظام المذكور....».

والواقع أن لفظة "التصدي" التي أوردها الحكم تفارق في معناها الوارد بالحكم الاصطلاح القانوني الوارد بقانون المحكمة الدستورية الفلسطينية أو المصرية وهي تعني إحدى الطرق التي تتصل من خلالها المحكمة الدستورية ومفادها أن المحكمة الدستورية أثناء نظرها نزاعاً معرفياً عليها يتراءى لها أن نصاً قانونياً أو لائحاً أو نظاماً غير دستوري ومتصل بالنزاع الذي تنظر فيه، فتقوم بالتصدي لهذا النص من تلقاء نفسها دون تدخل من أحد. ولهذه الطريقة مجموعة من الضوابط لا مجال لعرضها.

أما "التصدي" كما قصده الحكم فهو التعرض لأمر دستورية النظام المعرف. وكان يتعين على الحكم أن يبتعد عن استخدام اصطلاح "التصدي" في غير موضعه.

- ومن حيث المنهجية: فإن للحكم الدستوري - بالإضافة إلى أسلوب الصياغة الصحيح - له منهجه واضح يجب أن يلتزم به القاضي الدستوري حتى يأتي حكمه سليماً. والمنهج الواضح يتمثل في أن يعرض القاضي أولاً لوجز الواقع، ثم لشكل الدعوى بأن يعرض لكيفية اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية، وهل تمت عن طريق الدعوى الأصلية أم عن طريق الدفع، أم الإحالة، أم التصدي، وما إذا كانت الدعوى قد أقيمت في الميعاد القانوني المقرر... وتتوافق سائر الشرائط الشكلية التي بينها القانون واستلزمها لانعقاد الخصومة صحيحة.

ثم يعرض الحكم لتوافر المصلحة في الدعوى.

والمصلحة في الدعوى الدستورية لها ضوابط وحدود وشروط يتعين على الحكم أن يستظرها وصولاً للتحقق من وجودها أو عدم وجودها.

ولأهمية المصلحة فقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية العديد من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل والتأصيل نذكر منها: "أن المصلحة الشخصية المباشرة المعتبرة شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، لا تعتبر متحققة بالضرورة بناء على مجرد مخالفه النص التشريعي المطعون عليه للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص - بتطبيقه على المدعى - قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو الحق به ضرراً مباشراً، وبذلك يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية مرتبطة بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية ، وليس بهذه المسألة ذاتها منظوراً إليها بصفه مجردة، ولا يجوز بالتالي الطعن على النص التشريعي إلا بعد توافر شرطين أوليين يحددان معاً مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة ولا يتداخل أحدهما مع الآخر أو يندمج فيه ، وإن كان استقلال كل منهما عن غيره لا ينفي تكاملاًهما ، وبدونهما مجتمعين لا يجوز لهذه

المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية، أولهما أن يقيم المدعى - وفي حدود الصفة التي اختص بها النص التشريعي المطعون عليه - الدليل على أن ضرراً واقعياً اقتصادياً أو غيره - قد لحق به، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره ممكناً إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، ذلك أن إسناد الرقابة الدستورية إلى هذه المحكمة لا يتوجّي الفصل في خصومه تكون المصلحة بشأنها نظرية كذلك التي تتغيّر تقرير حكم الدستور مجرداً في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية، أو دفاعاً عن قيم مثالية يرجي تثبيتها، أو كنوع من التعبير في الفراغ عن وجهه نظر شخصيه، أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بمضمونه لا صلة للطاعن بها، أو لإرساء مفهوم معين في شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن ولو كانت تشير اهتماماً عاماً، وإنما قصد المشرع بهذه الرقابة التي تقوم عليها المحكمة الدستورية العليا أن تقدم من خلالها الترضية التي تقتضيها أحكام الدستور عند وقوع عدوان على الحقوق التي كفلها، ومن ثم تكون هذه الرقابة موطنًا لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها وتصفيه أثارها القانونية، ولا يتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بدفعها ، وثانيهما أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينها تتحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً من هذا النص متربتاً عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي المطعون عليه قد طبق على المدعى أصلاً، أو كان من غير الخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعى بها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية بما كان عليه عند رفضها^٢.

وبعد أن يقف الحكم على توافر المصلحة، يجب أن يوردها في حكمه ويورد ثبوتها، ويدرك الانعكاس الذي يحدثه القضاء في دستورية النظام على الطلبات المطروحة على محكمة الموضوع، وما هو التغيير الذي سيحدث على المركز القانوني للمدعين بعد الفصل في الدستورية بما كان عليه قبلها. يلي ذلك تحديد نطاق الدعوى بمعنى ما هو النص أو جزء من النص الذي من خلاله يمكن تتحقق مصلحة المدعين دون التجاوز إلى النظام بكتامله أو أجزاء منه لا تتحقق مصلحة ما للمدعين. وإذا تركنا الشكل والمصلحة فإن الحكم يجب أن يعرض بعد ذلك لموضوع الدستورية أي بيان ما إذا كان النظام محل الطعن قد صدر متوافقاً مع النظام الأساسي (الدستور) أم مخالفًا له وفي الحالة

الأخيرة تحديد الجزء الذي يحمل المخالفة ليكون القضاء بعدم الدستورية محمولاً على هذا الجزء وحده دون باقي ما تضمنه "النظام" من أحكام.

- وتحديد أوجه عدم الدستورية بمعنى أوجه الطعن التي يمكن أن تناول من التشريع أو اللائحة أو النص الوارد في نظام ما وتجعله مخالفًا للدستور يمكن ردتها إلى عيب رئيسي هو عيب مخالفة الدستور بمعناه الواسع يتفرع عنها عيوب أخرى سترعرض لها في بند مستقل فيما بعد.

- ومن حيث إقناعية الحكم الدستوري:

بعد الحكم القضائي بوجه عام والحكم الدستوري بوجه خاص عنواناً للحقيقة، وعنوان الحقيقة يجب أن يكون جديراً بها من حيث الصياغة والأسباب.

وأحكام القضاء حوت على عدد من القرارات السليمة التي تنتهي إليها الأحكام أكثر بكثير من عدد الحيثيات السليمة التي كانت دعائم قامت عليها هذه القرارات، وكثيراً ما يكون الاهتداء إلى القرار السليم أسهل من الاهتداء إلى صياغة سلية للأسباب.

ومهمة القاضي لا تنتهي بالوصول إلى رأي فاصل في الدعوى المطروحة أمامه، إذ عليه بعد ذلك أن يؤيد حكمه بقلمه. وليس الأمر يسيراً، لا سيما في القضايا التي تدفع فيها حجج الخصوم بعضها البعض، كل لديه من الحجج الدافعة والبراهين القوية ما يجعل القاضي حائراً بينها، حتى إذا ما قال كلمته الحاسمة، فإنه يثور التساؤل عن كيفية هذا القول؟.

هناك بعض الأنظمة القانونية تأخذ بنظام الملففين، وفيها يجيئ الملف بكلمة واحدة، نعم أو لا، ولكن القاضي ليس محفلاً، وإنما عليه أن يصيغ حكمه في أسباب. وهذه الأسباب يتطلع إليها الخصمان سواء الخاسر دعواه أو الكاسب لها.

ويجب لذلك أن تكون أسباب الحكم مقنعة، ولا يتوافر هذا الإقناع إلا بأن يكون لدى كاتبها المقدرة بحيث يستطيع أن يعالج بقلمه القضية من جميع نواحيها وبين بخلافه وقائمه، ويستعرض مختلف الآراء فيها بدقة وإيجاز. يناهض ما يرى مناهضته، ويعيد ما يرى تأييده، ثم يقف عند الرأي الذي يعتقد بصحته^٤.

فالذي يؤدي إلى الإقناعية هو قوة وكفاية الأسباب بحيث تقنع من يطلع على الحكم بأنه بنى على دعائم متينة.

والكلام حول أسباب الحكم الدستوري يطول وما أوردناه يكفي^٥.

ثانياً: أوجه عدم الدستورية^١:-

يمكن رد أوجه البطلان التي تшوب تشريعًا ما، وتجعله محلًا لرقابة القضاء إلى عيب رئيس واحد هو "مخالفة الدستور" ، ويندرج تحت هذا العيب:

١. المخالفة من حيث الاختصاص في إصدار التشريع.

٢. المخالفة من حيث الشكل الواجب إتباعه في سن التشريع.

٣. المخالفة الموضوعية وتشمل مخالفة القواعد الدستورية التي تكون سلطة المشرع في شأنها محددة، وكذلك الخروج عن مقتضى القواعد التي يكون للمشرع في شأنها سلطة تقديرية، وتلك هي منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

مخالفة قواعد الاختصاص

انطلاقاً من مبدأ الفصل بين السلطات أوكل الدستور إلى كل سلطة من السلطات العامة في الدولة أموراً محددة على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم التداخل والاحتياك فيما بين هذه السلطات. فأنماط بالسلطة التشريعية سلطة سن التشريع في البلاد. والخروج على هذا الأصل يقتضي نصاً صريحاً في الدستور، كما أنماط بالسلطة التنفيذية مهمة تولي أعمال التنفيذ، وهي أعمال تقوم على حالات فردية ذاتية لا تداخل بينها وبين القواعد العامة المجردة، والخروج على هذا الأصل أيضاً يقتضي نصاً صريحاً في الدستور، وكذلك الحال إذا جاوز القضاء حد الفصل في الخصومات، وقرر في حكم من أحکامه قواعد عامة مجردة، فلا تكون لهذه القاعدة من قوة إلا بقدر ما تكون تعبيراً صحيحاً عن القانون ذاته، فإذا لم تكن كذلك، فهي باطلة، ويجوز لمحكمة أخرى مخالفتها، بل تجوز المخالفة من المحكمة التي قررتها، ومن الناحية الأخرى إذا جاوزت السلطة التشريعية الدائرة المخصصة لها، فتصدت لأعمال إدارية مما تدخل في صميم أعمال التنفيذ، وأطلقت في شأنها يد التشريع دون سند من أحکام الدستور، كان عملها محلًّا للبطلان، كما أنه إذا تعدت السلطة التنفيذية نطاق أعمالها المحددة في الدستور، وأصدرت تشريعًا ما في غير الحالات المقررة لها، كان تشريعها باطلًا جديراً بالإلغاء، أما سلطتها في إصدار تشريعات معينة في الحالات الاستثنائية التي خولها فيها الدستور ذلك فمقيدة بحدود ضيقة تنبسط رقابة القضاء على مدى التزامها بها. ويتبادر مفهوم الاختصاص في القدرة على القيام بعمل معين أو إجراء، وبالمقابلة فإن عدم الاختصاص يعني عدم القدرة من الناحية القانونية على إتيان تصرف معين^٧، وفكرة الاختصاص تعتبر أساس القانون العام كله في العصر الحديث.

و فكرة الاختصاص في المجال الدستوري تعني ألا يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي عينها الدستور لمارسته ويترتب على ذلك:-

- أنه لا يجوز لسلطة تستمد من الدستور اختصاصها مباشرة أن تفوض في ممارسة هذا الاختصاص إلا بناء على نص صريح في الدستور، كما هو الحال في اللوائح التنفيذية التينظمها الدستور المصري في المادة (١٤٤) منه، والتي نصت على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح الالازمة لتنفيذ القانون، وله أن يفوض غيره في إصدارها"، ففي هذا النص تخويل لرئيس الجمهورية حق تفويض غيره في إصدار هذه اللوائح. وعلى ضوء ذلك لا يتأتى لرئيس الجمهورية أن يفوض غيره في إصدار لوائح الضبط المنصوص عليها في المادة ١٤٥، ولا اللوائح التنظيمية المنصوص عليها في المادة ١٤٦ منه، باعتبار أن هذين النصين قد عقدا الرئيس الجمهورية الاختصاص بإصدار هذه اللوائح، ولم يخولاه سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص.^٨ أن الحلول في مباشرة الاختصاص الدستوري غير جائز بحسب الأصل، ومع ذلك فإن الدستور يجيز استثناء الحلول في ممارسة الاختصاصات الدستورية في أحوال محددة بعينها، وتقوم فكرة الاختصاص في المجال الدستوري على عناصر أربعة، شأنها في ذلك شأن فكرة الاختصاص في المجال الإداري، وهي العنصر الشخصي، العنصر الموضوعي، العنصر الزمني، العنصر المكانى:

أولاً: العنصر الشخصي:

يقتضي العنصر الشخصي في الاختصاص أن تتولى التشريع أو الإجراء السلطة المختصة به وفقاً لأحكام الدستور، فمجلس الشعب هو صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع عملاً بالمادة (٨٦) من الدستور مع مراعاة دور مجلس الشورى، كما أن لرئيس الجمهورية دوراً في عملية التشريع، وهذا الدور يتسع ليتضمن حالات تتعلق بسلطته في إصدار قرارات لها قوة القانون، إستناداً إلى نص المادة (٧٤) من الدستور الخاصة بحماية الوحدة الوطنية وسلامة الوطن ومؤسسات الدولة من الأخطار، أو استناداً إلى نص المادة (١٠٨) من الدستور المنظمة للتفويض التشريعي، أو المادة (١٤٧) منه المتعلقة بتنظيم لوائح الضرورة، ومن ثم يتبع أن تتولى التشريع السلطة المختصة به ولا تملك سلطة غيرها أن تحل محلها. كما أن هذه السلطة لا تملك أن تتنازل عنه لغيرها، فإذا صدر تشريع على خلاف القواعد التي جرى بها الدستور، كان منطويًا على اغتصاب للسلطة التشريعية، وعيب عدم الاختصاص كما قد يكون ظاهراً كما هو الحال في الحالة السابقة، قد يكون خفياً، كما

إذا أقر التشريع من قبل السلطة المختصة بسنّه، ثم يتبيّن بعد ذلك أن هذه السلطة قد نشأت على خلاف أحكام الدستور، أي شابها عيب دستوري في تكوينها، يستدعي بحث الأثر المترتب على ما تصدره^٩ من تشريعات، ويمكن أن يعرض تجسيداً واقعياً لعيب عدم الاختصاص الخفي، من خلال استرجاع القضية رقم ١٣١ التي أودعت قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٣/١٢/١٩٨٤، من تحديد ميعاد للطاعن غايتها آخر يناير ١٩٨٥ لرفع دعوى بعدم دستورية القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣، على أساس مخالفة النصوص المطعون فيها لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وأحكام المواد (٣، ٤٠، ٤٦، ٤٧، ٥٧، ٦٢، ٨، ١١، ١٢، ٨٨) من الدستور.

وطبقاً لهذه النصوص فقد ثارت الشكوك حول التكوين الدستوري لجلس الشعب الذي جرى انتخابه وفقاً لأحكام نصوص قانون الانتخاب الطبيعية، وهي أحكام القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣، لما أدت إليه بعض هذه الأحكام من خلل في تحديد نطاق الدوائر الانتخابية ومكوناتها وعدد أعضائها، ولفرضه اختيار النساء وجوباً ضمن قوائم إحدى وثلاثين دائرة انتخابية، ولحرمان المستقلين من الترشيح وهو ما يتبلور جميعه في الإخلال بالمساواة وتكافؤ الفرص والخروج على أحكام الدستور، وفي ظل هذه الشكوك حول دستورية مجلس الشعب سارعت الحكومة، وأصدرت تشريعاً جديداً هو القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، بتعديل بعض أحكام القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب وتعديلاته، وذلك بغرض استبدال أحكام جديدة بالأحكام الطعينة في القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه تواجه المخالفات التي اعتبرت هذه الأحكام وتدرّؤها، بيد أن هذا التدخل التشريعي لم يمنع المحكمة الدستورية العليا من الاستمرار في نظر دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريتها رغم إلغائها بأحكام التعديل المستحدث، وذلك استناداً إلى ما استقر عليه قضاها من أن إلغاء القانون لا يحول دون قبول الطعن بعدم دستوريته من طبق عليه ذلك القانون خلال فترة نفاذها، وترتبط بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة له بحيث تتواتر له مصلحة شخصية في الطعن بعدم دستوريته، وقد انتهت المحكمة من نظر هذا الطعن بجلستها المنعقدة بجلسة ١٦/٥/١٩٨٧ حيث قضت بعدم دستوريته.

ثانياً: العنصر الموضوعي:

يأتي بحث العنصر الموضوعي بعد الوقوف على وجود العنصر الشخصي، أي بعد الوقوف على أن التشريع محل الطعن صدر من السلطة المختصة به، ومفاد هذا العنصر الموضوعي يتمثل في أن

التشريع المذكور قد صدر من سلطة التشريع وفي موضوع أثار بها الدستور تحديده، أي أن هذا التشريع قد نظم مجالاً من المجالات التي حجزها الدستور للبرلمان، والأصل العام أن البرلمان يملك التشريع في أي موضوع من الموضوعات باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، ولا يرد على هذه السلطة أية قيود سوى تلك الضوابط التي أوردها الدستور، سواء تمثلت في ضوابط عامة أم كانت قيوداً خاصة كعدم جواز تقرير رجعية القوانين الجنائية، وتحريم المصادر العامة، وبالبناء على ذلك فإن مهمة السلطة التنفيذية في مجال التشريع محددة بنصوص دستورية، ولا يجوز لها أن تتعدى هذا المجال المحدد، على اعتبار أن هذه المهمة استثنائية أملتها ظروف واعتبارات معينة فلا يجوز لها التشريع في غيرها، ولقد ذهب رأي - وبحق - إلى أن إعمال السلطة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية معقودة لها وحدها، ولا يجوز للسلطة التشريعية منعها من ممارسة هذا الاختصاص، إذ أنها أصيلة فيه وليس أدلة على ذلك من أنها تمارسها رغم عدم النص عليها في الدستور باعتبار أن تنظيمها يدخل في جوهر الوظيفة التنفيذية^{١٠}، فإذا ما تعددت السلطة المجال المحدد لها في التشريع، فإن ما يصدر عنها يعتبر غير دستوري استناداً إلى العنصر الموضوعي في الاختصاص.

ثالثاً: العنصر الزمني:-

قد يضع الدستور قيداً زمنياً لممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة التشريعية، أو من قبل السلطة التنفيذية، فإذا ما مورس التشريع خارج هذا النطاق الزمني المحدد كان مشوباً بعدم الدستورية، ويستوجب الإلغاء، فإذا ما أقرت السلطة التشريعية تشريعاً بعد انتهاء ولايتها، أو تناول رئيس الجمهورية موضوعاً بالتنظيم في حالة التفويض التشريعي بعد انتهاء زمن التفويض، فإن هذا التشريع يكون غير دستوري محلاً للإلغاء من قبل المحكمة الدستورية العليا.

رابعاً: العنصر المكاني:-

قد ينعقد الاختصاص لسلطة معينة، ويتحدد مكان معين لممارسة هذا الاختصاص من جانب هذه السلطة، وهذا هو المقصود بالعنصر المكاني للاختصاص، ويتجلّى هذا العنصر المكاني فيما استقرت عليه الدساتير المصرية المتعاقبة من جعل مكان ممارسة السلطة التشريعية من قبل مجلس الشعب مدينة القاهرة، وذلك ما نصت عليه المادة ١٠٠ من دستور سنة ١٩٧١ من أن مدينة القاهرة مقر مجلس الشعب، ويجوز في الظروف الاستثنائية أن يعقد جلساته في مدينة أخرى بناء على طلب رئيس

الجمهورية أو أغلبية أعضاء المجلس، واجتماع مجلس الشعب في غير المكان المعد له غير مشروع، والقرارات التي تصدر فيه باطلة، فإذا ما عقد مجلس الشعب جلساته في غير مدينة القاهرة، ولم تكن هناك ظروف استثنائية، فإن ما يصدر عنها يعتبر باطلاً.

مخالفة الشكل^{١١}

حتى يكون التشريع دستورياً يجب أن يصدر مستوفياً للشروط الشكلية التي أوجب الدستور استيفاءها، وأهم مسائل الشكل في التشريع تلك الإجراءات التي أوجبها الدستور بالنسبة لاستصداره من اقتراح وإقرار وإصدار، وهذه الإجراءات نجد أساسها مدونة في الدستور، ونجد تفصيلاً لها في اللائحة الداخلية لمجلس الشعب، وبحثنا ينصب على أهم القواعد الشكلية الخاصة بإجراءات سن التشريع، ثم عن مجال ومناط تتحققه.

- أهم الإجراءات الشكلية في العملية التشريعية :

تقوم فكرة الشكل في المجال الدستوري على حماية الأوضاع والإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور، والتي تتصل بالعملية التشريعية من زاوية اقتراح التشريع وإقراره وإصداره، بحيث يكون التشريع معيناً متى خرج على الشكل الواجب إتباعه طبقاً لأحكام الدستور في أي مرحلة من هذه المراحل.

- مجال عيب الشكل ومناط تتحققه:

السلطة التشريعية بمعناها الواسع يملكتها مجلس الشعب مع مراعاة دور مجلس الشورى. مجال عيب الشكل يكون في الإجراءات الشكلية التي تحيط بعملية سن التشريع، بداية بالاقتراح ثم الإقرار ثم الإصدار، وكذا العملية التشريعية التي يقوم بها رئيس الجمهورية عملاً بالمواد الدستورية سالفة البيان.

أما الإجراءات الشكلية الخاصة بالتعديلات الدستورية فإنها تكون خارج نطاق البحث، ولا يتصور أن يكون محلأً للرقابة الدستورية، إذ أنه بإتمام إجراءات التعديل الدستوري، يصبح الجزء محل التعديل جزءاً من الدستور، ويأخذ حكمه ومرتبته، وبالتالي لا يتصور الطعن في دستوريته^{١٢}، أما عن مناط تحقق عيب الشكل، فإن هذا العيب يتحقق بخرق التشريع للإجراءات الشكلية الواردة في الدستور دون سواه من القواعد الواردة في أدوات قانونية أخرى أدنى مرتبة، فالدستور هو أسمى القواعد الأمارة، وهو وحده الذي يجب الاحتكام إليه في تقرير بطلان التشريع أو صحته،

أما ما تتضمنه النصوص القانونية الأخرى الأقل مرتبة من الدستور لنصوص اللوائح الداخلية للبرلمان من قواعد شكلية في شأن اقتراح النصوص التشريعية وإقرارها وإصدارها، فإن مخالفتها لا تؤدي إلى عدم الدستورية.

ذلك فإن التحقق من مخالفة التشريع للأوضاع والإجراءات الشكلية في الدستور، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور الذي صدر التشريع المعني في ظله، وليس بالرجوع إلى أحكام الدستور القائم، وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها المحكمة العليا، قد استقرت على أن رقابتهما على دستورية التشريعات إنما تتم على ضوء الدستور القائم، وليس بالرجوع إلى الأحكام الدستورية النافذة عند صدور هذه التشريعات فإن هذا القضاء لا ينصرف بداعه إلى غير العيوب الموضوعية باعتبار أن القيود التي يفرضها الدستور في شأن مضمون التشريع والتي يتعمّن على المحكمة الدستورية العليا تطبيقها لا تستمد إلا من أحكام الدستور القائم والذي يستهدف بتقرير أن تتحاذي معها جميع التشريعات ما كان منها سابقاً على الدستور، وما كان منها لاحقاً على العمل به، والاعتبار السابق لا يصدق في شأن العيوب الشكلية، فهذه العيوب يستحيل أن تتحدد بالرجوع إلى الدستور القائم، ذلك أن الأوضاع والإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية من بدايتها إلى نهايتها، ولا تكون السلطة التشريعية مخاطبة إلا بأحكام الدستور الذي فرض هذه الأوضاع، فإن هي اتبعتها ونزلت عليها أصبح التشريع الصادر عنها مبدأً من العيوب الشكلية وحالياً منها، و الواقع أنه لو قبل بتطبيق أحكام الدستور القائم في شأن الأوضاع والإجراءات الشكلية التي فرضها بالغاية للأوضاع وإجراءات شكلية، كان الدستور النافذ عند سن التشريع قد قررها لانتهى الأمر إلى إبطال كل تشريع بالمخالفة للأوضاع الشكلية في الدستور القائم، وهي أوضاع ما كان للسلطة التشريعية التي أقرت التشريع المطعون عليه أن تتقيد بها لخلو الدستور النافذ عند سن التشريع المطعون عليه منها، ومن ثم يكون من الخلط في الرأي أن تأتي بمخالفة شكلية، لم تكن لها قائمة عند إقرار السلطة التشريعية المطعون عليه^{١٣}.

- جزاء تخلف الشكل:

إذا خرج التشريع على أحد الإجراءات الشكلية المقررة في الدستور، فإن جزاء هذا الخروج اعتبار القانون غير دستوري، ولا يكون هذا النص أو القانون محل التطبيق من اليوم التالي لنشر الحكم. وقد اتجه رأي في الفقه إلى التفرقة بين الإجراءات الشكلية الواردة في الدستور جاعلاً بعضها جوهري، والبعض الآخر غير جوهري والبعض الثالث تردد بين هذا وذاك، وأسماؤها بالإجراءات محل النظر، وجعل البطلان جزءاً للخروج على الإجراءات الجوهرية دون سواها^{١٤}.

وقد أسس هذه التفرقة على الغاية التي تغيّها من كل إجراء، وقد أعطى صاحب هذا الرأي أمثلة لحالات يكون فيها الإجراء جوهرياً، منها أنه إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون في غير دور الانعقاد أو نظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب من حل، كذلك إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الأغلبية المطلوبة، فإذا ما أقر المجلس تشريعًا فإن مثل هذا التشريع يعتبر باطلًا، كذلك إذا أقر أحد المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة^{١٠}، كذلك أعطى الفقيه أمثلة لحالات يكون فيها الإجراء غير جوهري منها، إذا تأخرت اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر فإن هذا التأخير لا يكون موجباً للبطلان، كذلك عدم إحالةاقتراح إلى لجنة الاقتراحات قبل لجنة الموضوع وكذا أخذ الرأي في مشروع قانون على المبدأ والمواد معاً، أو إقرار مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ والمواد معاً، ثم أخذ الرأي بالاسم على مجموع المشروع في الجلسة ذاتها لا في جلسة تالية، فإن هذا لا يكون موجباً للبطلان^{١١}.

كما أعطى الفقيه الكبير أمثلة لحالات الإجراء فيها محل نظر، منها أنه إذا قدمت الحكومة مشروع قانون إلى البرلمان وجب تقديمها في صورة مرسوم بمشروع قانون، فيوافق عليه مجلس الوزراء ويمضي الملك، ثم يقدم بعد ذلك إلى البرلمان لإقراره، وهذا الحكم يستخلص من المادة (٢٨) من الدستور "دستور ١٩٢٣"^{١٢} إذ تنص على أن للملك حق اقتراح القوانين لكن تقديم مشروع القانون بعد أن يقره البرلمان إلى الملك للتصديق عليه، هل يشترط فيه هو أيضاً موافقة مجلس الوزراء، ويحجب سيادته على ذلك بأن ذلك ليس واجباً، وكان العمل في ظل دستور ١٩٢٣ يجري على إرجاع مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان إلى مجلس الوزراء للموافقة على رفعها إلى الملك للتصديق عليها، حتى يتحقق من ناحية الشكل، أنه يستعمل سلطة التصديق بواسطة وزرائه، ثم عدل عن ذلك وأصبحت مشروعات القوانين ترفع رأساً إلى الملك من رئيس مجلس الوزراء، وقد أعطى سيادته مثلاً آخر للإجراءات التي هي محل نظر وهي انه إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمه إلى البرلمان، وجب عليها أولاً أن تعرض هذا المشروع على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغته، فإذا هي لم تعرضه، واستصدرت المرسوم بمشروع القانون وقدمته إلى البرلمان، فأقره وصدق عليه الملك، أيكون التشريع باطلًا بسبب عدم عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة؟ وفي إجابته على هذا التساؤل يذهب بعض الفقهاء إلى بطلان التشريع في حالة عدم العرض، استناداً إلى أن نص المادة (٣٥) من قانون مجلس الدولة صريح في وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، فأي مرسوم بمشروع قانون لم يصفه قسم التشريع يكون باطلًا من ناحية

الشكل، فإذا بني على هذا المرسوم الباطل تشريع، كان هذا التشريع باطلًا أيضًا، وما بني عليه الباطل فهو باطل، ولا يقدح في صحة هذا الرأي أن البرلمان هو صاحب التشريع وأنه هو الذي وضع المادة (٣٥) من قانون مجلس الدولة، وأوجب بها أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين فله أن يستثنى من هذا الحكم العام مشروعًا معيناً أقره هو وإن لم يصفه قسم التشريع، وقد رد سيادته على هذا الرأي بحق مقررًا أنه لا يجوز للجنة تضع قاعدة تنظيمية أن تستثنى من حكم هذه القاعدة حالة فردية قبل أن تقوم بتعديل القاعدة، بحيث تتسع لهذا الاستثناء، كذلك لا يقدح في صحة هذا الرأي الزعم بأن القول به يضيف شيئاً لم يقل به الدستور وأن نصوص الدستور لا تتطلب في التشريع أن يصوغه قسم التشريع بمجلس الدولة، بل كل ما يطلبه هو موافقة البرلمان وتصديق الملك، ذلك أن المادة (٣٥) من قانون مجلس الدولة لا تضيق جديداً على أحكام الدستور بل هي تؤكد هذه الأحكام وتكتف الدقة في تنفيذها، فإن الصياغة التي يتولاها قسم التشريع تتوكى كفرض من أهم أغراضها ألا يتعارض التشريع مع الدستور، وهذا التعارض يأبه الدستور ويستنكره، فتكون المادة (٣٥) كفيلة بتنفيذ أحكام الدستور، وليس من شأنها أن تضيق على هذه الأحكام شيئاً جديداً، وينتهي الدكتور إلى عدم تأييد الرأي السابق رغم وجاهة الحجج التي قام عليها ذاتها إلى أن عدم العرض على قسم التشريع لا يؤدي إلى بطلان التشريع، ليس لأن العرض ليس واجباً، بل هو واجب وإنما استناداً إلى أن العرض على قسم التشريع ليس بالإجراء الجوهرى، ومن ثم لا يكون الإخلال به موجباً لإبطال التشريع^{١٧}.

والواقع أننا لا نستطيع مسايرة ما قاله الفقيه الكبير من تمييز داخل النصوص المنظمة للإجراءات الدستورية بين ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى وما هو محل نظر، وفي البداية نقرر أننا لا ندري ما يقصده الفقيه الكبير بالإجراء محل النظر، فالإجراء إما ذو أهمية جوهرية، أو أنه لا أهمية له مطلقاً، ومن وجهة نظرنا، فإن الإجراء المقرر بموجب نص، وبخاصة إذا كان هذا النص ضمن نصوص الوثيقة الدستورية لابد أن يكون ذا أهمية وإلا لكان النص عليه في الدستور نوعاً من العبث، وهو ما نبرأ المشروع الدستوري منه، ونصوص الوثيقة الدستورية بطبيعة الحال ذات مرتبة واحدة، لا فرق بين نص وآخر، فالنص التشريعي إذا خالف نصاً في الدستور، وكان هذا النص يتضمن تحديد إجراء معين، فإن الخروج على هذا الإجراء يجب أن يترتب عليه جزاء، والأخذ بالرأي السابق يجعل النصوص الدستورية في درجات متباينة وبعضها يعلو على الآخر، وهي نتيجة غير منطقية، ولم ينته إليها أحد من الفقهاء.

فالنصوص الدستورية هي أسمى القواعد الأممية في البيان القانوني للدولة، ولها جميعها مكان الصدارة، لا فرق في ذلك بين نص وأخر ولو كان بعض القواعد أهمية قصوى وللآخرى أهمية دنيا، لكن حقيقةً بالشرع الدستوري أن يخرج هذه النصوص الأخيرة من صلب الوثيقة الدستورية، وقد أحسن أحد الفقهاء في صياغة هذا المبدأ فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية التي قررها الدستور حين قال "إن كل ما جاء في الدستور يعتبر من الشكليات الأساسية أو الجوهرية التي يتربّ على عدم مراعاتها البطلان" وذلك خلافاً لبعض التشريعات الأخرى مثل اللائحة الداخلية التي لا تعدو أن تكون تنظيمياً اختيارياً وضعه المجلس بمحض إرادته، ويستطيع أن يعدل عنها إلى غيرها عندما يريد، ولذلك فإن من ورد فيها من إجراءات لا يمكن اعتبارها من الشكليات الأساسية التي يتربّ عن عدم مراعاتها البطلان^{١٨}، وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها أحكام المحكمة العليا على هذه المعاني، ومن ذلك حكمها في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢٠٢٣ دستورية بجلسة ٤/٥/١٩٨٥ «أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مكان الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الأممية، وإهار ما يخالفها من تشريعات^{١٩}».

خلاصة ما تقدم، أن الإجراءات الشكلية المقررة بموجب الدستور واجبة الإتباع جميعاً، ولا محل للتمايز بينها، ولا فرق بين قاعدة وأخرى، والمحكمة الدستورية هي المختصة وحدها ببحث توافق التشريعات مع الإجراءات الشكلية المقررة في الدستور، مع ملاحظة أن تعرض المحكمة الدستورية للمخالفة الدستورية الموضوعية، وفصلها فيها ما يفيد أنها تعرضت ضمماً في الشكل وقضت بدسستوريتها، ومن ثم فإن فصل المحكمة في دستورية تشريع من الناحية الموضوعية، يمنعها من التعرض للعيوب الشكلية فيما بعد^{٢٠}.

المخالفة الموضوعية للدستور^{٢١}

إذا ما التزمت سلطة التشريع الضوابط الشكلية السابقة، فإن ذلك لا يعني أن القانون الصادر عنها أصبح مبرأً من كافة العيوب الدستورية، أو أنه أصبح بعيداً عن الرقابة الدستورية، إذ إن هناك قيوداً موضوعية فرضها الدستور على السلطة التشريعية، ويجب عليها مراعاتها عند وضع أي تشريع، هذه الضوابط قد تكون ضوابط عامة، كما قد تكون نصوصاً محددة، وتأتي أهم الضوابط العامة في أن للتشريع طبيعة يتميز بها عن القرار الإداري، هي كونه قاعدة عامة مجردة، فلا يجوز أن يخرج ما يصدر عن السلطة التشريعية عن هذه الطبيعة، فإذا خرج عن العمومية والتجريد، كان

تشريعاً باطلاً وغير دستوري، ولا يمنع من عمومية التشريع وتجريده ألا يطبق التشريع بالفعل إلا لمرة واحدة، أو ألا يطبق بالفعل إلا على فرد واحد، كما لا يمنع من ذلك أن يكون التشريع مقصوراً على مكان معين، أو موقوتاً بمدة محددة، والقيود التي ترد بها نصوص دستورية محددة تختلف من دستور لأخر، لكن يجمعها أنها يجب ألا تطغى على الأصل العام بالنسبة للسلطة التشريعية، والأصل العام أن للمشرع سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالتشريع، فله أن يفضل بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغيّر دون أن يفرض عليه طريقاً ذاته يجب إتباعه، أو توجيههاً محدداً يتعين عليه التزامه^{٢٢}، فسلطة المشرع التقديرية تكاد تستغرق النشاط التشريعي، وهي على اتساعها لا تعني نقض الحقوق التي يتولاها المشرع بالتنظيم أو الانتهاص منها، لكن للمشرع أن ينظم ممارسة الحقوق الفردية، وذلك بأن يضع شروطاً تحدد المراكز القانونية التي يتساوى أمامها الأفراد ويتساون بها أمام القانون، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجّب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم. إلى جانب الأصل العام، يوجد الاستثناء، وهو بدوره يتدرج من الاتساع والتضييق إلى درجة تكاد تنعدم فيها حرية المشرع في التشريع، فقد يفرض المشرع الدستوري على المشرع العادي قيداً في تنظيم موضوع معين تنعدم بصدره حرية الأخير في التنظيم، ومن أهم هذه القيود ما نصت عليه المادة (٣٤) من دستور ١٩٧١ من أن «الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون، وحق الأرث فيها مكفول»، فإذا ما صدر تشريع عادي مقرراً فرض الحراسة بغير حكم قضائي: أو ناصاً على نزع ملكية بعض المنشآت دون تعويض فإن مثل هذا القانون يعتبر قانون غير دستوري لخروجه على قيد موضوعي صريح في الدستور، كذلك ما نصت عليه المادة (٣٦) من الدستور التي تقرر أن المصادر العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادر الخاصة بقرار إداري أو حتى بموجب ذات القانون، فإنه يعتبر قانون غير دستوري متعيناً الإلغاء، ومحلاً للرقابة أمام المحكمة الدستورية.

كذلك ما نصت عليه المادة (٤٤) من ذات الدستور "للمساكن حمرة، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون" فالقانون الذي يصدر بتنظيم إجراءات التفتيش، لابد أن يراعي أنه لا يتم إلا بأمر قضائي، وكذلك يعتبر من أهم القيود ما نصت عليه المادة (٦٦) من الدستور "العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"، فلا يجوز بناء على هذا النص صدور تشريع يخل بمبدأ شخصية

العقوبة أو يتعارض مع مبدأ لا عقوبة ولا جريمة إلا بقانون، أو يسمح بتوقيع عقوبة دون صدور حكم قضائي بتوقيعها، وكذلك لا يجوز للمشرع أن يصدر قانوناً يتناقض مع مبدأ سريان القوانين الجنائية، لأن يبيح توقيع العقوبة بأثر رجعي، فإذا ما صدر قانون يبيح ذلك، فإنه يعتبر قانوناً غير دستوري، وكذلك ما نصت عليه المادة (٦٧) من الدستور التي تنص على أن "المتهم برى حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" فسلطة المشرع في هذا المجال تكاد تكون منعدمة، فلا يمكن أن يصدر تشريعًا يعتبر المتهم مذنباً إلى أن يستطيع إثبات العكس، كذلك ما نصت عليه المادة (٦٨) من ذات الدستور من أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، وكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

فالسلطة التشريعية بموجب هذا النص محظوظ عليها الإخلال بحق التقاضي، أو المساس به، أو إبعاد أي عمل أو قرار إداري عن رقابة القضاء. وهو ما كان كثير الحدوث قبل صدور دستور سنة ١٩٧١. وإذا كانت السلطة التقديرية للمشرع تكاد تخفي في الأمثلة السابقة فإن هناك حالات أخرى تكون فيه السلطة التقديرية والسلطة المقيدة في وضع متوازن، فهناك قيود لكنها من المرونة بحيث تسمح للمشرع بتنظيم تلك الأمور المنصوص عليها، ومثالها ما نصت عليه المادة (٤٧) من الدستور التي تنص على حرية الرأي محفوظة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه، ونشره بالقول أو الكتابة أو بالتصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني" فالقانون الذي يصدر بتنظيم حرية الرأي لابد أن يكون نصب عينيه، ذلك النص الدستوري من تمكين الأفراد من مبادرتها بأي طريق ملائم، وكذلك ما نصت عليه المادة (٨٨) من الدستور" يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب، ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء، على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئات قضائية" فوفقاً لهذا النص تستطيع السلطة التشريعية أن تحد أحكام الانتخاب والاستفتاء كيما تشاء، مقيدة بأن تتم عملية الاقتراح تحت إشراف أعضاء من الهيئات القضائية، والأمثلة على ذلك عديدة ولا مجال لحصرها^{٢٣}.

ثالثاً: حول دستورية أداة فرض الضرائب والرسوم وفقاً للمادة (٨٨) من القانون الأساسي الفلسطيني:
جرى نص المادة (٨٨) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن "فرض الضرائب العامة والرسوم، وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون، ولا يعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها، في غير الأحوال المبينة في القانون".

- تقابل هذه المادة من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ المعدل والممعطل العمل به في المرحلة الحالية - المادة ١١٩ والتي يجري نصها على أن "إنشاء الضرائب العامة وتعديلها أو إلغاؤها لا يكون إلا بقانون. ولا يعفي أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون".

ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

و واضح من مقارنة النصين أن القانون الأساسي الفلسطيني لم يفرق بين الضرائب والرسوم فيما يتعلق بأدلة فرض كل منها وقصرها على القانون وحده دون غيره من الأدوات التشريعية الأخرى كاللوائح مثلاً.

بينما الدستور المصري فرق بين "الضرائب العامة" وبين غيرها من التكاليف كالضرائب المحلية أو الرسوم فأجاز فرضها بأدلة أقل من القانون.

فالسلطة التشريعية وحدها - بالنسبة للضريبة العامة - هي التي تقبض بيدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائتها، ولللتزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عن توريدتها، وهي تحدد كذلك مبلغها وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها وضوابط تقادمها والطعون التي يجوز أن تتناولها وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإعفاء منها إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي بينها القانون. ولئن كانت الضريبة تتفق في خصوصيتها للدستور مع غيرها من الأعباء المالية الأخرى التي أوردها الدستور إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة هي إقليم الدولة كله في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتي تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

وهذه الضريبة العامة هي التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون هي التي قدر الدستور أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتيبها في العلاقة القانونية على اختلافها وعلى الأخص ما تعلق منها بمعدل التنمية وضمان وسائل تحقيقها وتدفق فرص الاستثمار أو تقلصها أو تراجعها، واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة، وإمكان إيجاد فرص جديدة، للعمل أو الحد منها، واطمئنان رأس المال الخاص لمعقولية الأعباء التي يجوز أن يتحمل بها أو إرهاقها لوجوده، أو إنهاوها لدوره، وتقليل الأموال التي يصبها أصحابها في السوق أو انكماش حركتها، ووفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومرافقها، أو ندرتها، وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توازنها أو اتصال التجارة بأسبابها أو انقطاع حرياتها، وضمور قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها، إلى غير ذلك مما يتصل بعوامل الإنتاج وإثراء الأسواق وانفتاحها بأقل القيود عليها.

ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة

الإقليمية للدولة، فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي بينها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها.

ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شأنه هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دوراً في تنظيمها قد يكون ثانوياً في أبعاده إذا انحصر نطاق التفويض الصادر لها في حدود ضيقه.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في بناء الضريبة المحلية خطيراً إذا فوضها القانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية تنصلأ منها عن واجباتها في ضبط الأهم في شأنها.

ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمسصالح العريضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة أفتح عبئاً من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتعلقها بالواقعة التي أنشأتها أيّاً كان مكان تحققها، إلا أن الضريبة المحلية تظل في دائرة تطبيقها عبئاً مالياً على المكلفين لا يجوز التقليل من آثاره.^{٢٤}

وإذا كانت التفرقة بين الضرائب العامة والضرائب المحلية وبين الضرائب العامة وسائر التكاليف المالية الأخرى وفي مقدمتها الرسوم جائزة من حيث تنظيم فرضها وجواز أن تتولى جانبًا من التنظيم السلطة التنفيذية في ظل الدستور المصري المادة (١١٩) فإن تلك التفرقة ليست جائزة في ظل القانون الأساسي الفلسطيني، إذ أن نص المادة (٨٨) منه كان صريحاً واضحاً في أن الضرائب والرسوم على إطلاقها لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون. فما يسري على الضريبة العامة يسري على الضريبة المحلية، ويسري على الرسوم فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تتولى بالتنظيم أي جانب من جوانب فرض الرسوم أو تعديلها أو إلغائها.

ومعنى ذلك أنه إذا تولت اللائحة أو النظام فرض الضريبة أو الرسم فإن ذلك يوقع اللائحة أو النظام في حمأة المخالفة الدستورية ويتعمّن إلغاؤها بمعرفة المحكمة الدستورية.

فرض الرسوم - في ظل القانون الأساسي الفلسطيني - لا يكون إلا بقانون، وفرضها بأدلة أقل من القانون. (النظام محل الطعن)، يجعل فرض الرسم باطلأ.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن: «أن الضريبة العامة هي التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على رقعة إقليمية معينة تتبسط عليها دون سواها، ويتحدد المخاطبون بها في إطار هذه الدائرة وحدها، بل يعتبر تحقق الواقعة المنشأة لها على امتداد النطاق الإقليمي للدولة - وبغض النظر عن تقسيماتها الإدارية - مرتبًا لدينها في ذمة الممول ، بما مؤده تكافؤ الممولين المخاطبين بها في الخضوع لها دون

تمييز، وسريانها بالتالي – وبالقوة ذاتها – كلما توافر مناطتها في أية جهة داخل الحدود الإقليمية للدولة . ولا يعني ذلك أن يتماثل الممولون في مقدار الضريبة التي يؤدونها ، بل يقوم التماثل على وحدة تطبيقها من الناحية الجغرافية ، فالتكافؤ بينهم ليس فعلياً بل جغرافياً.

وحيث إن الدستور أعلى شأن الضريبة العامة ، وقدر أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبتها، وبوجه خاص من زاوية جذبها لعوامل الإنتاج أو طردها أو تقييد تدفقاتها ، وما يتصل بها من ظواهر الانكماش أو الانتعاش ، وتأثيرها بالتالي على فرص الاستثمار والادخار والعمل وتكلفة النقل وحجم الإنفاق؛ وكان الدستور – ونزولاً على هذه الحقائق واعترافاً بها – قد مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية، فنص على أن أولاً ما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون، وأن ثانياً ما يجوز إنشاؤها في الحدود التي يبيّنها القانون؛ وكان ذلك مؤداه أن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة ، إذ تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها متضمناً تحديد نطاقها، وعلى الأخص من خلال تحديد وعائتها وأسس تقاديره، وبيان مبلغها، وللتزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها وتحصيلها وتوريدتها، وكيفية أدائها، وغير ذلك مما يتصل ببنيان هذه الضريبة، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبيّنها القانون .

وحيث إنه متى كان ماتقدم ، فإن نص القانون يعتبر مصدرًا مباشراً للضريبة العامة، إذ ينظم رابطتها محيطاً بها في إطار من قواعد القانون العام، متوكلاً تقديرأً موضوعياً ومتوازناً لمتطلبات وأسس فرضها، وبمراعاة أن حق الدولة في تنمية مواردها من خلالها ينبغي أن يقابل بحق للتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفق أسس موضوعية ، يكون إنصافها نافياً لتحقيقها ، فلا تتسم بوطأة الجزاء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلاً، ولا ينافق معدها وأحوال فرضها، الضوابط الالازمة لعدالتها الاجتماعية.

وحيث إن الدستور قد مايز - بنص المادة ١١٩ - بين الضريبة العامة، وبين غيرها من الفرائض المالية من حيث إدراة إنشاء كل منها ، ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها أو يعدلها أو يلغيها إلا القانون، أما غيرها من الفرائض المالية، فيكفي لتقديرها أن يكون واقعاً في حدود القانون، تقديرأً من الدستور خطورة الضريبة العامة بالنظر إلى اتصالها بمصالح القطاع الأعرض من المواطنين، وتأثيرها في الأوضاع الاقتصادية بوجه عام ، مما يحتم موازنتها بالقيود المنطقية التي ينبغي أن تكون إطاراً لها، فلا تفرضها السلطة التشريعية إلا لضرورة تقتضيها، وعلى ضوء معايير تكفل عدالتها اجتماعياً،

وكان التفويض المقرر بالنص المطعون فيه، يخول رئيس الجمهورية – وفي الحدود التي يبيّنها قانون التفويض – إنشاء ضريبة عامة، فإن فرضها لا يكون بقانون، بل في حدوده، وهو ما يعني مساواتها بغيرها من الفرائض المالية، لتصدر جميعها في حدود القانون، بالمخالفة لمقاصد الدستور. وحيث إن إقرار السلطة التشريعية للضريبة العامة التي فرضها رئيس الجمهورية – على خلاف أحكام الدستور – لا يزيل عوارها، ولا يحيلها إلى عمل مشروع دستورياً –، ولا يدخل تشريعها في عداد القوانين التي تقرها السلطة التشريعية ، مقيدة في شأن اقتراحتها وإقرارها وإصدارها ، بالأحكام المنصوص عليها في الدستور^{٢٥}.

كما قضت بأن: "إن الدستور قد ما يزيد بنص المادة (١١٩) بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية، فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون، وأن ثانيتها يجوز إنشاؤها في الحدود التي بينها القانون، وكان ذلك مؤداه أن المشرع الدستوري بهذه التفرقة في الأداة، قد جعل من القانون وسيلة وحيدة ومصدراً مباشراً بالنسبة للضرائب العامة؛ فالسلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة وتتولى بنفسها تنظيم أوضاعها وتفصيل ما يتصل ببنيانها، وذلك على تقدير أن الضريبة العامة هي فريضة مالية يلتزم الشخص بأدائها للدولة مساهمة منه في التكاليف والأعباء والخدمات العامة، ودون أن يعود عليه نفع خاص من وراء التحمل بها، بما ينطوي عليه ذلك من تحويل المكلفين بها أعباء مالية تقطع من ثرواتهم تبعاً لقدرتهم التكليفية، ومن ثم فإنه يتعمّن تقريرها بموازين دقة ولضرورة تقتضيها، وهو ما ارتبط من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ورقابتها للسلطة التنفيذية، ومن هنا كان القانون هو وحده وسيلة فرضها^{٢٦}.

أما بالنسبة للفرائض والأعباء المالية الأخرى ومن بينها الرسوم التي تستأنى جبراً مقابل خدمة محددة يقدمها الشخص العام لمن يطلبها عوضاً عن تكلفتها وإن لم يكن بمقدارها، فقد سلك الدستور في شأنها مسلكاً وسطأً بأن أجاز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في تنظيم أوضاعها، ولكنه لم يشأ أن يكون هذا التفويض مطلقاً وإنما مقيداً بالقيود التي حددها الدستور ذاته، وأخصها أن تكون في حدود القانون أي أن يحدد القانون حدودها وتخومها ويُشي بملامحها، مبيناً العريض من شؤونها، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يكون تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها، فالقانون هو الذي يجب أن يحدد نوع الخدمة التي يحصل عنها الرسم وحدوده

القصوى التي لا يجوز تخطيها بأن يبين حدوداً لها، حتى لا تنفرد السلطة التنفيذية بهذه الأمور، على خلاف ما أوجبه الدستور من أن يكون تفويضها في فرض هذه الرسوم "في حدود القانون".^{٢٧} وحيث إن القيود التي قيد بها الدستور السلطة التشريعية في تفويضها للسلطة التنفيذية في شأن الفرائض المالية الأخرى غير الضريبة العامة، تتفق وكون هذه الفرائض مصدراً لإيرادات الدولة، ووسيلة من وسائل تدخلها في التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، تأكيداً لإتاحة الفرص المتكافئة للحصول على الخدمات العامة التي تؤديها الدولة وحتى لا تكون الرسوم مجرد وسيلة جباية لا تقابلها خدمات حقيقة يحصل عليها من يدفعها، ولا يتأتى ذلك كله إلا بسلوك متوازن من المشرع لا يكتفى فيه بمجرد إقرار مبدأ فرض الرسم، وإنما يتم تحديده في نطاق السياسة المالية التي تنتهجها السلطة التشريعية في مجال تحديد الإيرادات وضبط الإنفاق، وكفالة تقديم الخدمات التي تلتزم بها الدولة على أساس من العدل الاجتماعي. ولا يتنافي ذلك مع المرونة اللازمة في فرض الرسوم لجاهة الظروف المتغيرة في تكاليف أداء الخدمة، طالما أن فرضها أو تعديلها لا يكون بقانون في كل حالة على حده، وإنما يتم ذلك في حدود القانون، أي بقرار من السلطة التنفيذية يقع في دائرة السلطة المقيدة ولا يتجاوز نطاق التفويض المنوх من المشرع^{٢٨}.

رابعاً: انحسار الرقابة عن تعارض النظام مع القانون:

كان من بين المطاعن التي وجهها المدعون إلى النظام محل الطعن أنه خالف قانون الهيئات المحلية الفلسطينية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ في المادتين ٢ ، ١٥ /أ. وهو سبب لم تواجهه المحكمة العليا ولم ترد عليه. والرد عليه سهل ميسور ذلك أن من المقرر في الفقه الدستوري أن مناط اختصاص المحاكم الدستورية بالفصل في دستورية التشريعات واللوائح هو مخالفة النص التشريعي أو اللائحة لنص في الدستور. ولا تمتد الرقابة الدستورية للحالات التي يكون فيها التعارض قائماً بين القوانين واللوائح ولا بين القوانين بعضها البعض، ولا بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة.

ومن ثم فإن مخالفة النظام محل الطعن لنص في قانون الهيئات المحلية لا يعدو أن يكون نعياً بمخالفة النظام للقانون وهو ما لا يشكل مخالفة لأحكام الدستور، ولا تختص المحكمة الدستورية بنظره. – وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على هذه المعان في العديد من أحكامها ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر في القضية رقم ٢٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية بجلسة ٢٠٠١/٦/٢ حيث تقرر "وحيث إن المدعيات ينعين على هذا النص مخالفته مبدأ المساواة المنصوص عليه في

المادة ٤٠ من الدستور، تأسيساً على أنه غلَّ يد المالك عن طلب إخلاء المستأجر الطبيب من العين المؤجرة له لاستعمالها كعيادة طبية، إذا قام بتأجيرها من الباطن دون موافقة المالك، في حين أن ذلك مكفول قانوناً لغيره من المالك إذا كانت العين مؤجرة لغرض آخر، وكذلك مساسه بالملكية التي صانها الدستور بنص المادتين ٣٢ و ٣٤ منه، باعتبار أن حظر المشرع إخلاء المستأجر الطبيب من العين في هذه الحالة، يعد تدخلاً في استثمار مالكها لها؛ وانتقاداً من حق الاستغلال المخول له قانوناً؛ هذا فضلاً عن مخالفته نص المادتين ٥٥٨، ٨٠٢ من القانون المدني، بنقله ذلك الحق من المالك إلى المستأجر؛ فبات أقرب إلى نزع الملكية.

وحيث إن هذا النوع في وجهه الأخير مردود بأن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن دستورية النصوص القانونية، على ما جرى به قضاها، مناطها مخالفة تلك النصوص لقاعدة تضمنها الدستور؛ ولا شأن لها بالتعارض بين نصين قانونيين جمعهما قانون واحد أو تفرقاً بين قانونين مختلفين، ما لم يكن هذا التعارض منطويأً - بذاته - على مخالفة دستورية".

الهوامش

١. يراجع: الأستاذ زكي عربى: لغة الأحكام والمرافعات الكتاب الذهبي للمحاكم ١٨٨٣: ١٩٣٣ طبعة نادى القضاة الجزء الثاني ص ١٨٢ وما بعدها.
٢. المزيد من التفاصيل ملأ أراد الاستزادة بحثاً للدكتور عبد الوهاب العشماوى حول فن صياغة الأحكام القضائية منشور بمجلة القضاة السنة التاسعة عشر - العدد الأول يناير/يونيه سنة ١٩٨٦.
٣. الحكم في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" جلسه ١١/١/١٩٩٤.
٤. يراجع الأستاذ زكي عربى: المقال السابق ص ١٨١.
٥. ملأ أراد الاستزادة حول أهمية تسبيب الحكم الدستوري يراجع المستشار الدكتور/ عبد العزيز سالمان رقابة دستورية القوانين سنة ١٩٩٥ دار الفكر العربي ص ٣٧٣ والمستشار الدكتور/ عبد العزيز سالمان في مؤلف الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا سنة ٢٠٠٠ نادى القضاة ص ١٥٥ وما بعدها - وتعليق لنا على الحكم رقم ٤ لسنة ٢٠٠٧ طعن دستوري منشور بمجلة العدالة والقانون الصادرة عن المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء العدد ١٢ ص ١٤٠ وما بعدها.
٦. يراجع بتفصيل د. عبد العزيز سالمان رقابة دستورية القوانين - المرجع السابق ص ٣٢٩ وما بعدها ود. عادل شريف، المرجع السابق ص ٢٨٦ وما بعدها، د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري لسنة ١٩٨٦ ص ٣٧٤ وما بعدها، المستشار عادل يونس، المحكمة الدستورية العليا - دراسة تحليلية مقارنة للرقابة على دستورية القوانين - مجلة القضاة س ١٤ لسنة ١٩٦٨ ص ٣٧ وما بعدها.
٧. الدكتور عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية لسنة ١٩٦٤ ص ١٧٥.
٨. أستاذنا العميد د. سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، سنة ١٩٨٤ ص ٤٥٩ وما بعدها - دار الفكر العربي.
٩. يراجع أستاذنا العميد د. سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية المرجع السابق ص ٣٠٨ وما بعدها، د. عادل شريف، المرجع السابق ص ٢٩٢ وما بعدها.
١٠. أستاذنا العميد د. سليمان الطماوى، السلطات الثلاث، سنة ١٩٧٩ ص ١٧١، أستاذنا الدكتور كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري لسنة ١٩٦٩، الجزء الأول ص ٣١٥.
١١. يراجع المستشار عادل يونس، البحث السابق، ص ٣٩ د. عادل شريف، المرجع السابق ص ٢١٦ وما بعدها، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة - يناير ١٩٥٢، وقد أعادت نشره مجلة القضاة ص ٣٢٨، وما بعدها.
١٢. ومع ذلك فشلة اتجاه يتضمن في اتجاه يطالب بإخضاع التعديلات الدستورية للرقابة على دستوريتها لبيان مدى توافقها مع نصوص الدستور الذي وضع بمعرفة السلطة التأسيسية.
١٣. يراجع في كل ذلك، د. عادل شريف، المرجع السابق ص ٣٢٩، ٣٣٠، د. عبد العزيز سالمان، المرجع السابق ص ٣٣٦.

١٤. يراجع د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلس القضاة س ١٩ عن لسنة ١٩٨٦ ص ٣٣٠ وما بعدها.
١٥. البحث السابق، للدكتور السنهوري ص ٣٣١.
١٦. د. السنهوري، البحث السابق، ص ٣٣٢.
١٧. يراجع د. السنهوري البحث السابق ص ٣٣٣.
١٨. يراجع د. مصطفى أبو زيد فهمي الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين لسنة ١٩٨٥ منشأة المعارف بالإسكندرية ص ٤٩٨.
١٩. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث ص ١٩٦ المجموعة الجزء الرابع ص ٢٥٦ وما بعدها.
٢٠. يراجع د. عادل شريف، المرجع السابق، ص ٣٣٣، والمراجع التي أشار إليها في الهاشم.
٢١. يراجع د. السنهوري البحث السابق ص ٣٣٥ وما بعدها أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية المرجع السابق ص ٣٦ وما بعدها د. عادل شريف المرجع السابق ص ٣٤٤ وما بعدها.
٢٢. يراجع د. السنهوري البحث السابق ص ٣٣٨.
٢٣. يراجع، أمثلة أخرى، د. عبد الرزاق السنهوري البحث السابق – مجلة القضاة ص ٣٤٨ وما بعدها، د. عادل شريف، المرجع السابق ص ٣٥٤ وما بعدها.
٢٤. في تفصيلات أخرى يراجع المستشار الدكتور عوض المرفي مؤلفه القيم الرقابية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ص ٢٦٨.
٢٥. الحكم في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية جلسة ٣/٢/١٩٩٦.
٢٦. والجدير بالذكر أن المبادئ التي أوردها هذا الحكم وإن تعلقت بالضريبة العامة وفقاً للدستوري المصري إلا أنها تظل صالحة للسريان على أداة فرض الضرائب والرسوم بالنسبة للقانون الأساسي الفلسطيني، إذ أن هذا الأخير لم يفرق كما سلف بين الضرائب بأنواعها والرسوم فيما يتعلق بأداة فرض كل منها وما أوردنا من ضوابط لدستورية الضريبة يسري أيضاً لضوابط فرض الرسوم وفقاً لحكم المادة (٨٨) من القانوني الأساسي الفلسطيني.
٢٧. الحكم في الدعوى رقم ١٧٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" جلسة ٥/٩/٢٠٠٤.

التعليق على حكم المحكمة العليا المنادى بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها الصادر في الطعن رقم ٢٠١٠/١

المحامي الدكتور
محمد خليل يوسف أبو بكر
رئيس قسم القانون - جامعة الزيتونة الأردنية

أولاً: عناصر الدعوى.

أ. عرض عناصر النزاع الواقعية:

قدمت المستدعيات:

- شركة باصات التميمي المساهمة الخصوصية.
- شركة سيارات بير زيت -بني زيد المساهمة الخصوصية المحدودة.
- شركة سيارات سلمة المساهمة الخصوصية.
- شركة باصات دير دبوان.
- شركة باصات دير أبو مشعل.

ضد المستدعي ضده:

- السيد وزير الحكم المحلي بالإضافة لوظيفته.
- النائب العام بالإضافة لوظيفته.

لدى المحكمة العليا في رام الله بصفتها محكمة دستورية عليا.

الطعن الدستوري:

بإلغاء النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ المتعلق بنظام مواقف المركبات للهيئات المحلية الصادر عن المستدعي ضده الأول بتاريخ ١٩٩٨/٧/١ لمخالفته القانون الأساسي المعول به وقانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ وسجل هذا الطعن تحت الرقم ٢٠١٠/١.

ب. مستندات في الطلب إلى:

- مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتفسيره.
- مخالفة القانون الأساسي.

وإن المستدعيات لهم مصلحة في إقامة هذه الدعوى.

ج- طالبين: إلغاء النظام المطعون فيه لعدم دستوريته وقانونيته. وإلزام المستدعى ضدهما بالرسوم والمصاريف وأنتعاب المحامية.

ثانياً: مراحل سير النزاع.

أ. تقدمت المستدعيات:

- وكالة خاصة.
- صورة عن المفوض بالتوقيع عن كل شركة من الشركات المستدعية.
- صورة عن الإنذارات التي استلمتها الشركات المستدعية.
- صورة عن النظام المطعون فيه.
- أي بینات خطیة.

ب. قدمت لائحة جوابية تاريخ ٢١/٢٠١٠ من المستدعى ضدها وقدم وكيل المستدعيات مرافعة خطية ختم بيته واعتبر لائحة الطعن مرافعة له. وقدم ممثل النيابة العامة مرافعته الخطية.

ثالثاً: عناصر القرار.

١. القرار الصادر عن المحكمة العليا المنعقدة في رام الله.
٢. الهيئة الحاكمة الصادر عنها الحكم.
٣. المستدعيات.
٤. المستدعى ضدهما.
٥. الإجراءات.
٦. واستعرضت المحكمة:

أ. المصلحة:

إذ وجدت المحكمة أن المستدعيات تتوافر فيهم المصلحة القائمة وفقاً لأحكام المادة ١/٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ وبالتالي تم قبول الطعن من قبلهم.

ب. من حيث الرقابة:

إن المادة ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ أعطت المحكمة الصلاحية في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة بصورة مطلقة.

وإن الطعن الماثل يتصل بالنظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بحجة مخالفته للقانون الأساس - يتوجب على المحكمة التصدي لهذا الطعن - ومدى توافقه ، أو تعارضه مع الدستور.

وبالتالي قبلت المحكمة قبوله من حيث انعقاد الولاية لهذه المحكمة للنظر في هذا الطعن.

ج. من حيث دستورية النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ :

خلصت المحكمة إلى:

- النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ وبموجب المادتين (٦، ٥) منه فرض رسوم معينة لقاء منح رخصة لإدارة مواقف خاص ومنح رخصة ساحة موقف وتحديد مدخل خاص وكذلك لاستعمال ساحة الموقف واستعمال الموقف.

- النظام المذكور أعلاه هو بالاستناد إلى المادتين (١٥، ٢) من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧

- المتصلين بعلاقة وزارة الحكم المحلي بالهيئات المحلية وصلاحيات مجالس الهيئات المحلية.

- وأعطي الحق لمجلس الهيئة إصدار أنظمة تتضمن أية ضرائب أو رسوم أو عوائد أو غرامات أو نفقات أو مخالفات.

- شريطة موافقة الوزير (أي وزير الحكم المحلي).

- وأن موافقة وزير الحكم المحلي صادق على النظام وتعني الموافقة - صدور النظام من له الولاية في إصداره وموافقا عليه من يملك الحق في هذه الموافقة - (وهو وزير الحكم المحلي).

تغدو موافقة (الاحكام المادة ١٥/ب) من قانون الهيئة رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بعناصرها

من حيث آليات إصدار النظام المذكور ومن حيث فرض الرسوم متفق مع أحكام المادة (١٥)

الأمر الذي يغدو معه هذا النظام القوة الملزمة وله قوة القانون الإلزامية ومتفقا مع المادة (٨٨)

من القانون الأساسي.

(فرض الضرائب والرسوم وتعديلها وإلغاءها لا يكون إلا بقانون) وبالتالي رد الطعن ومصادرة

الكافالة في ١١/٥/٢٠١٠.

ثالثا: النقطة القانونية التي طرحت على المحكمة.

هل النظام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ الصادر بمقتضى نص المادة (٢) والمادة ١٥/أ من قانون الهيئة المحلية الفلسطينية رقم ١٩٩٧/١ موافق لنص المادة (٨٨) من القانون الأساسي الفلسطيني. الذي نص على أنه (فرض الضرائب والرسوم العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون والتي هي من

صلاحيات (المجلس التشريعي الفلسطيني) والقانون لا يصدر إلا من المجلس التشريعي. أو يجوز أن يصدر مثل هذا النظام من قبل الوزير أو رئيس هيئة محلية.

رابعاً: مناقشة الحل وتقويمه (والرأي الشخصي).

أ. من الناحية القانونية:

(هل طبقت المحكمة على القضية القاعدة القانونية الواجبة التطبيق؟)

ب. تفسير القاعدة القانونية:

ج. من الناحية الاجتماعية والاقتصادية:

د. مدى وایجاد الحل القانوني الذي اعتمد القرار:

أ. من الناحية القانونية:

السؤال الأول: هل ان المحكمة طبقت على القضية القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

وهو هل طبقت المحكمة النص القانوني من القانون الاساسي المادة (٨٨) والتي تنص على ان (فرض الضرائب والرسوم وتعديلها والغائها لا يكون الا بقانون).

وبالتالي فان المحكمة جانت الصواب عندما لم تطبق على القضية القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وهي نص المادة (٨٨) من القانون الاساسي الفلسطيني.

السؤال الثاني: هل ان المحكمة احسنت في تفسير القاعدة القانونية التي طبقتها.

ان المحكمة الموقرة: لم تقم بتفسير المادة (٨٨) من القانون الاساسي الفلسطيني تفسيرا صحيحا. اذ ان صلاحية اصدار القوانين وفقا لهذه المادة لا يكون الا بقانون، والقانون لا يصدر إلا من قبل المجلس التشريعي. اما القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٧ المتعلق بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية فإن المحكمة جانت الصواب باعتبار ان هذا القانون يعطي لوزير الحكم المحلي صلاحية لاصدار انظمة بفرض الرسوم او الضرائب.

وعليه فانه اذا تعارض التشريع الادنى مرتبة مع التشريع الاسمى مرتبة اخذ بما نص عليه التشريع الاسمى واذا تعارض القانون مع الدستور اعتبر القانون ليس دستوريا. واذا تعارض النظام مع القانون طبق القانون دون النظام (وهذا ما هو مقرر في الفقه الدستوري).

وكذلك ما استقرت عليه قرارات محكمة التمييز الاردنية في كثير من قراراتها:

(القرار رقم ٤٤/٢٠٠٧ تاريخ ٢٦/٢/٢٠٠٨ هـ.ع. - ١٢٦٥/٢٠٠٨ تاريخ ٣/٢٣/٢٠٠٩).

وان احتجاج المحكمة بأن النظام صدر واعتبرته قانونا مخالفًا للفقه الدستوري وللدستور. اذ ان المحكمة الموقرة خالفت حرفيًّا النص الصادر في القانون الأساسي الفلسطيني.

ب. تقويم القرار من الوجه الاجتماعي والاقتصادي:

ان تقويم القاعدة القانونية التي طبقت في هذه القضية اذ انه لا بد من تدخل المشرع لتعديل النص القانوني المادة (٢) الوارد في قانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٧ بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية وذلك لأن لا يتعارض هذا النص من المادة (٨٨) من القانون الأساسي – والذي خلط هذا النص ما بين الاعمال الإدارية والمالية – وكان على المشرع عدم الخلط ما بين ما نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني المادة (٨٨) والمادة (٢) من قانون بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية والذي اناط بالوزير (وزير الحكم المحلي) ايضا الامور المالية.

وهو ان المحكمة توسيع في تطبيق نص المادة (٢) من قانون رقم (١) بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية لغايات ومراعاة نواحي اقتصادية فقط.

ج. الحل القانوني الذي اعتمدته القرار:

ان الحل الذي اعتمدته المحكمة هو حل اقتصر على حل القضية فقط بعينها وحل مشكلة خاصة التي طرحتها النزاع.

ولم يتجاوز هذا القرار أو يؤسس للمستقبل تفسيرًا مبدئياً لقاعدة قانونية معينة.

أحكام صادرة عن المحكمة العليا والتعليق عليها

الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥

"علاوة المؤهل العلمي للقضاة"

تعليق المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح- مصر

تعليق المحامي عبدالله محمد الظاهر- الأردن

دعي علىا
رقم: ٢٠٠٩/١٥



السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

المحكمة العليا

القرار

الصادر عن المحكمة العليا المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد القاضي / عماد سليم سعد
وأعضويّة السادة القضاة ،فتحي ابو سرور و هشام الحتو و محمد سامح الدويك
و إبراهيم عمرو وخليل الصياد ومصطفى القافق

المستدعى: - القاضي أمجد نبيه عبد الفتاح لباده / قاضي محكمة بداية جنين
وكلاوه المحامون^١.

المستدعي ضدهم: - ١) وزير المالية بالإضافة الى وظيفته / رام الله
٢) مدير عام الرواتب في وزارة المالية بالإضافة الى وظيفته / رام الله
٣) وزارة المالية في السلطة الوطنية الفلسطينية / رام الله
٤) رئيس ديوان الموظفين العام في السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضافة الى
وظيفته

الإحراeات

تقدم المستدعي بواسطة وكيله بهذا الاستدعاء بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٠ لدى المحكمة العليا
للطعن بالقرار الصادر عن المستدعي ضدهم الأول والثاني والثالث بالامتناع عن صرف علاوة
المؤهل العلمي له وبالقرار الصادر عن المستدعي ضده الأول بسحب القرار القاضي بمنح المستدعي
علاوة المؤهل العلمي (درجة الماجستير)، وذلك استناداً للأسباب والواقع المذكورة في اللائحة.

وبالمحاكمة الجارية علناً بحضور وكيل المستدعي وممثل المستدعي ضدهم رئيس النيابة العامة
الاستاذ خالد عواد قدم وكيل المستدعي حافظة مستندات حيث إشرت عليها المحكمة بالحرف (ط/١)



دعاوى عليا
رقم ٢٠٠٩/١٥

كما قدم الكتاب الصادر عن ديوان الموظفين حيث إشرت عليها المحكمة بالحرف (ط/٢) وصادق رئيس النيابة العامة على جميع الوقائع المذكورةاللائحة طبقاً لوقائع الجلسة المنعقدة في ٢٠١٠/١/٢١.

لم يقدم رئيس النيابة العامة بأية بينة .
وترفع الطرفان كل في دوره حسب الأصول مبدياً أقواله وطلباته الأخيرة.

المحكمة

وبعد التدقيق والمداولة تجد محكمتنا ما يلى:-

أ- من حيث الواقع :

١. ان المستدعي يعمل قاضي لدى السلطة القضائية الفلسطينية حيث انه يعمل قاضي في محكمة بداية .

٢. ان المستدعي (القاضي المذكور) يحوز على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية من كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية منذ عام ٢٠٠٦.

٣. بموجب الكتاب الصادر عن ديوان الموظفين رقم ٢٤٢٧٠ بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٠ تقرر منح القاضي المذكور علاوة مؤهل لحصوله على شهادة الماجستير اعتباراً من ٢٠٠٧/٢/٢٠

٤. جرى سحب القرار بمنح علاوة المؤهل العلمي لانتهاق قانون السلطة القضائية وليس قانون الخدمة المدنية على المستدعي تلك هي الواقع المستفاده من المستندات المرفقة في الحافظة (ط/١) والمستند (ط/٢).

ب- من حيث المنازعة :

فأن المنازعة التي انصب عليها الطعن الماثل اتصلت في مدى استحقاق المستدعي لعلاوة المؤهل العلمي (الماجستير) وفي حال استحقاقه لها الحكم له بها باثر رجعي منذ تاريخ ٢٠٠٦/١٢/١١

ج- من حيث الدفع المثار المتصل بانتفاء الخصومة:

فإن من المقرر أن مصدر القرار المطعون فيه هم الخصم في الطعون التي توجه ضده .
وحيث أن مصدر القرار بمنح العلاوة المتصلة بالمؤهل العلمي تم إلغاؤها طبقاً للبيانات المقدمة هو



دعاۃ علیا

٢٠٠٩/١٥: رقم

ديوان الموظفين ليس الا وبالتالي يغدو هو الخصم الحقيقي في الطعن الماثل وأما باقي المستدعي ضدتهم وزير المالية ومدير عام الرواتب ووزارة المالية ليسوا سوى أداة تنفيذية للقرارات الصادرة عن ديوان الموظفين دون ان تكون لهم أدنى علاقة لهم في إصدارها وعليه بكون الدعوى واحدة الـ رد عنهم لعلة عدم صحة الخصم منه

وأما فيما يتصل بمدى استحقاق المستدعي القاضي السيد أمجد لباده لعلاوة المؤهل العلمي (الماجستير).

وبالرجوع الى النصوص القانونية ذات العلاقة نجد ان قانون السلطة القضائية وطبقاً للجدولين او الملحقين فيه بين الراتب الأساسي حسب المسمى الوظيفي لكل قاضي وعلاوة طبيعية العمل وعلاوة الدورية التي يستحقها.

وفي المادة ٢/٣٢ منه نص على انه (لا تخل المخصصات الواردة في الجدولين او الملحقين بقانون السلطة القضائية بالعلاوات الإدارية والاجتماعية وبدل الانتقال وعلاوة غلاء المعيشة المقرره لسائر موظفي الدولة وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية).

وبأن المادة ٥١ من قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ أوضحت استحقاقات الموظف من راتب أساسى وعلاوات متعددة منصوص عليها في البند بـ ط من من المادة اتفقاً الذكر كما ان مجلس الوزراء وبموجب القرار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ نص في المادة ٥ منه على انه (يضاف الى راتب الحاصل على المؤهلات العلمية علاوة مؤهل علمي بمبالغ محددة لكل مؤهل دكتوراه أو ماجستير).

ان المستفاد مما تقدم ان قانون السلطة القضائية حدد العلاوات التي يستحقها القاضي منها ما هو منصوص عليه في في الجدولين او الملحقين به ومنها ما احاله الى قانون الخدمة المدنية وبالتالي يكون من حق القاضي ان يتلقى بدل هذه العلاوات المتصلة حصرأ في :

- علاوة طبيعة العمل .
 - العلاوة الدورية .
 - العلاوات الإدارية .
 - العلاوات الاجتماعية .
 - بدل الانتقال .
 - علاوة غلاء المعيشة .

دعوى عليا

رقم: ٢٠٠٩/١٥



وبالتالي فإن أي علوة أخرى منصوص عليها في قانون الخدمة المدنية وقائمة عند نفاذ قانون السلطة القضائية أو أية علوة جديدة جرى إلهاقها بقانون الخدمة المدنية بعد نفاذ قانون السلطة القضائية لا ينشأ للقاضي حقاً باستحقاقها وبأنه لا يرد القول بأنه عدم النص على علوة محددة بقانون السلطة القضائية يوجب تطبيق النصوص الواردة في قانون الخدمة المدنية باعتبارها قواعد عامة على اعتبار أن المشرع لا يلغى والمشروع بقانون السلطة القضائية الذي هو قانون خاص حدد علاوات بعينها للقاضي مما يعني عدم استحقاقه للعلاوات الأخرى المنصوص في قانون الخدمة المدنية وهذه العلاوات لا تجوز المجادلة بشأنها وبالتالي فإنه إذا كانت العلاوات الأخرى القائمة المنصوص عليها بقانون الخدمة المدنية ولم يرد لها ذكر في قانون السلطة القضائية عند نفاذها لا يستحقها القاضي فإن الشيء ذاته ينصحب على العلاوات الجديدة المضافة إلى قانون الخدمة المدنية بعد نفاذ قانون السلطة القضائية من حيث عدم استحقاق القاضي لها لأن القول بخلاف ذلك فيه تحويل للنصوص القانونية بأكثر مما لا تتحمل وهذا غير جائز قانوناً.

واما فيما أثاره وكيل الجهة المستدعاة حول عدم جواز سحب القرار بمنح المستدعي العلوة بدل المؤهل العلمي فإن محكمتنا تجد ان الفقه والقضاء الإداري قد استقر على ان من حق الإدارة سحب القرارات الإدارية غير المشروعة دون التقيد بميعاد اذا كانت هذه القرارات صادرة بناء على سلطة مقيدة خاصة وأن هذه القرارات لا تنشئ حقاً وإنما تكشف عن حق فتكون بموجب القانون ولا تملك الإدارة الا تنفيذ تلك النصوص الأمره.

وحيث أن الإدارة ملزمة بتنفيذ القوانين دون ان يترك لها اية حرية في التقدير بل فرض عليها بطريقة أمره التصرف على وجه معين اذا توافرت شروط معينة وبالتالي فإذا ما أخطأات في تطبيق القانون من خلال ممارستها لسلطتها المقيدة فأ أنها لها صلاحية تصحيحه او إلغاءه ومثل هذا القرار لا يتحصن من الطعن بممرور المدة على دعوى الإلغاء طبقاً لما ذهب اليه الفقه.

وبهذا نجد أن القانون قد حدد مقدماً سلطة الإدارة في اصدار القرار بحيث لم يترك حرية في التقدير بل فرض عليها وبطريقة أمر التصرف على وجه معين و في هذه الحالة تكون السلطة مقيدة لا تقديرية ومن حق الإدارة تصحيح الوضع الناشئ عن قرارها دون التقيد بميعاد ، فالادارة وهي تطبق نصوص معينة على أحوال معينة تتصرف عن ادارة مقيدة اذا ثبت في تطبيقها هذا غير صحيح فإن قرارها يكون في حكم العمل المادي الذي لا يترتب عليه للأفراد حقوق مكتسبة أو مراكز قانونية ذاتية وبالتالي فلا بد للإدارة من إعلان هذه الحقيقة مراعاة للمصلحة العامة



دعوى عليا
رقم: ٢٠٠٩/١٥

وهذا لا يعتبر سحب للقرار الإداري وإنما هو تصحيح للوضع الخاطئ ، وبأن عدم جواز سحب القرارات بعد فوات ميعاد الطعن تتطبق على القرارات الصادرة عن سلطة مقيده حيث تمars الإدراة اختصاصاً حده القانون بدرجة لا تترك لها أي حرية في التقدير فيكون لها ان ترجع عن قراراتها كلما أخطأ في تطبيق القانون دون التقيد بالمدة.

وبما ان قرار منح العلاوة المتعلقة بالمؤهل العلمي جاء تطبيقاً لسلطة الديوان المقيد و قد شاب هذا القرار خطأ في تطبيق القانون طبقاً لما سلف ذكره و توصلت اليه محكمتنا الأمر الذي يجعل به الحق في إلغاء هذا القرار دون التقيد بميعاد ولا يرتب للمستدعي حقاً مكتسباً طبقاً للمفهوم المتقدم.

وعليه وبالبناء على ما تقدم وحيث توصلت محكمتنا إلى ان الطعن الماثل فقداً الركازة القانوني ضمن حدود المستدعي ضده رئيس ديوان الموظفين .

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة:-

١. رد الطعن شكلاً لعدم صحة الخصومة ضمن حدود المستدعي ضدهم الأول والثاني والثالث.
٢. رد الطعن موضوعاً ضمن حدود المستدعي ضده الرابع.

حاماً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني
وافهم بحضور وكيل المستدعي (المدعي) ورئيس النيابة ممثلاً عن الجهة المدعي
عليها(المستدعي ضدها) في ٢٠١٠/٥/١٨

الرئيس

الكاتب مسار عتياء

دفق

م.ع

التعليق على الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥
"علاوة المؤهل العلمي للقضاة"

تعليق المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح- مصر
تعليق المحامي عبدالله محمد الظاهر- الأردن

التعليق على حكم المحكمة العليا الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥

المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح
نائب رئيس مجلس الدولة - مصر

الوقائع:

بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٠ أقام القاضي أمجد نبيه عبد الفتاح لباده الدعوى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٩ بإيداع عريضتها قلم كتاب المحكمة وطلب في ختامها الحكم بإلغاء القرار الصادر بالامتناع عن صرف علاوة المؤهل العلمي له وبالقرار الصادر عن وزير المالية بصفته بسحب القرار القاضي بمنح المدعى علاوة درجة الماجستير.

وتداولت الدعوى بالجلسات بجلسة ٢٠١٠/٥/١٨

حكمت المحكمة:

١. رد الطعن شكلاً لعدم صحة الخصومة ضمن حدود المستدعي ضدهم الأول والثاني والثالث.
٢. رد الطعن موضوعاً ضمن حدود المستدعي ضده الرابع.

والواضح أن المنازعة تتصل بعلاوة الماجستير التي يتم منحها للحاصل على مؤهل أعلى من اللازم لشغل الوظيفة الأصلية وإذا كان من واجب القاضي نحو الدولة والمجتمع أن يحسن الاضطلاع برسالته السامية التي تلقي على كاهله أضخم الأعباء والمسؤوليات وأن يلتزم في حياته ومسلكه النهج الذي يحفظ للقضاء هيبته ومكانته فإن من واجب الدولة نحو القاضي أن تهيئ له أسباب الحياة الكريمة والمستوى الآمن الذي يعينه على النهوض بواجبه المقدس في ثقة واطمئنان وهو أمر حرصت كافة النظم القضائية في العالم على اختلاف مذاهبها على توفيره لرجل القضاء مع تقرير معاملة مالية خاصة لرجال السلطة القضائية تتفق وما تملية عليهم مناصبهم وأسلوب حياتهم من تكاليف وأعباء جسام.

وما دعانا إلى تلك المقدمة أن موضوع المنازعة محل الحكم موضوع التعليق تتصل بأحد عناصر الراتب الذي يحصل عليه القاضي وهو العلاوة بصفة عامة وعلاوة الماجستير بصفة خاصة إلا أن تلك المقدمة يجب ألا تخرجنا عن أصول البحث والتعليق وعناصر العرض في التعقيب ذلك أن الحكم قد خرج على قواعد الاختصاص وشروط قبول الدعوى وبعض المبادئ المستقر عليها بشأن

تحصن القرار الإداري ومدى جواز سحب القرارات الإدارية المعيبة والقرارات المستثناء من قيد ميعاد السحب لذلك سوف تتناول تلك النقاط بدون إفراط أو تفريط على النحو التالي:
أولاً: بالنسبة لقواعد الاختصاص:- تنص المادة ٣ من قانون المراقبات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والمعدلة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ أنه لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا يكون لصاحب مصلحة شخصية و مباشرة وقائمة يقرها القانون.

ولقد استقر الفقه وأحكام القضاء على أن شرط المصلحة والصفة من الشروط الالازمة لقبول الدعوى فيجب أن تتوافر الصفة في المدعى والمدعى عليه فيجب أن يكون للمدعى صفة في رفع دعواه بأن يكون هو صاحب الحق أو ممثله القانوني كما يجب أن يكون للمدعى عليه صفة في أن توجه إليه الدعوى بأن يكون هو الطرف السلبي في الحق^١.

ويحدد الصفة في الطلب القانوني الموضوعي والصفة أصبحت من النظام العام ويجوز الدفع بانتفاءها لأول مرة أمام محكمة النقض وأن رفع الدعوى من غير صاحب الصفة أو على من ليس له صفة فيها يتربّع عليه انعدام الخصومة^٢

لذلك استقرت أحكام النقض على أن تمثيل الدولة في التقاضي فرع من النيابة القانونية والأصل أن الوزير هو صاحب الصفة في تمثيل وزارته الاستثناء إسناد هذه الصفة إلى الغير متى نص القانون على ذلك^٣.

وأن استخلاص توافر الصفة في الدعوى هو من قبيل فهم الواقع فيها مما يستقل به قاضي الموضوع وبحسبه أن يبين الحقيقة التي أقنع بها وأن يقيم قضاه على أسباب تكفي لحمله^٤.

ومن حيث أن المنازعات تتصل بالمدعى وهو أحد قضاة محكمة بداية حنين فإن الصفة يجب أن تحدد في ضوء المرفق الذي يعمل فيه وهو مرافق القضاة وقد حررت معظم دول العالم على تحديد صاحب الصفة المخاطب بالتقاضي في شأن أي شأن من شأن القضاة وكذلك المحكمة أو الدائرة التي تنظر المنازعات الخاصة بأحد أعضاء مرافق القضاة لذلك نجد مثلاً المادة ٧٧ مكرر (٢) من قانون السلطة القضائية رقم ٤ لسنة ١٩٧٢ والمضاقة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ أنه يختص مجلس القضاة الأعلى بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة رجال القضاة والنيابة العامة وكذلك سائر شئونهم على النحو المبين في هذا القانون.

كما أن مفاد المادة ٧٧ مكرر (٥) والمضاقة بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ تكون للقضاء والنيابة

العامة موازنة سنوية مستقلة وتبداً ببداية السنة المالية للدولة وتنتهي بنهايتها... ويباشر مجلس القضاء الأعلى السلطات المخولة لوزير المالية في القوانين واللوائح بشأن تنفيذ موازنة القضاء والنيابة العامة في حدود الاعتمادات المدرجة لها.

كما أن مفاد المادة ٦٨ مكرر من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ينشأ مجلس الدولة مجلس خاص للشئون الإدارية برئاسة رئيس مجلس الدولة وعضوية... ويختص هذا المجلس بالنظر في تعيين أعضاء مجلس الدولة وتحديد أقدمياتهم وترقياتهم ونقلهم وندبهم خارج المجلس وإعارتهم والظلمات المتصلة بذلك وكذلك سائر شئونهم على الوجه المبين في هذا القانون.

- كذلك الأمر بالنسبة لهيئة النيابة الإدارية إذا وفقاً للمادة (١) من قانون هيئة النيابة الإدارية والمعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ و١٢ لسنة ١٩٨٩ النيابة الإدارية هيئة قضائية مستقلة تلحق بوزير العدل كما أن المادة ٢ مكرر والمضافة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ أنه يشكل مجلس أعلى للنيابة الإدارية برئاسة رئيس الهيئة وعضوية.... ويختص هذا المجلس بنظر كل ما يتعلق بتعيين أعضاء النيابة الإدارية وترقياتهم ونقلهم وإعارتهم وندبهم وكذلك سائر شئونهم على الوجه المبين في هذا القانون على أن يكون نظر ما يتعلق فيها بالتعيين والترقية بطلب من وزير العدل بناء على اقتراح رئيس الهيئة.

فالبين من النصوص المتقدمة أن المشرع قد حرص على توفير أكبر قدر من الاستقلال بالنسبة لمن يعمل في مرفق القضاء ويتولى الفصل في الدعاوى والمنازعات أمام المحاكم أي القضاء وكذلك أعضاء النيابة العامة بل وحرص على أن تكون الجهة التي تتولى أمورهم الوظيفية في كل ما يتعلق بالتعيين والترقية والذب الإعارة وكذلك إنهاء الخدمة من نفس أعضاء الهيئة التي يتبعون إليها وبالتالي فلا يجوز إهدار تلك الضمانة بأن يوكل أمر القضاة إلى أي جهة أخرى هي التي تتولى إصدار القرارات المتصلة بأي شأن من شئونهم فيجب أن يمثل في الدعوى و كنتيجة لما سبق السلطة التي تملك إصدار القرار المطعون فيه وهي أما المجلس الأعلى للهيئات القضائية ووزير العدل وذلك بالنسبة للقضاء العادي أو رئيس مجلس الدولة بالنسبة لقضاة مجلس الدولة أو رئيس هيئة النيابة الإدارية وذلك بالنسبة للمنازعات الخاصة بأعضاء ومستشاري النيابة الإدارية وتطبيق ذلك على الدعوى محل التعليق نجد أنها قد أقيمت ضد كل من:-

١. وزير المالية
٢. مدير عام الرواتب في وزارة المالية

٣. وزارة المالية في السلطة الوظيفية الفلسطينية

٤. رئيس ديوان الموظفين العام في السلطة الوطنية الفلسطينية وأن كل من سبق ذكرهم ليست لهم الصفة في التقاضي حيث يكون الاختصاص للسلطة القضائية التي تشرف على مرفق القضاء وذلك وفقاً للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ والخاص بالسلطة القضائية الفلسطينية وكذلك وزير العدل بصفته.

ولا ينال مما تقدم أن القرار المطعون فيه قد صدر من رئيس ديوان الموظفين العام ذلك أنه قد صدر من غير مختص وقد أشير إلى ذلك بصحيفة افتتاح الدعوى حيث دفع بعدم الاختصاص بها لعدم صدور القرار من المختص بإصداره وهو رئيس دائرة المدعى إلا أن المحكمة قد التفت عن هذا الدفع ولم تعقب عليه الأمر الذي تغدو معه الدعوى قد أقيمت على غير ذي صفة وهو ما كان يتquin على المحكمة أما تأجيل نظر الدعوى لاختصاص صاحب الصفة أو القضاء بعدم القبول.

ثانياً: القصور في التسبب: - الأصل أن الحكم يجب أن يتضمن بيانات معينة حرصت قوانين المرافعات المدنية على إيراد أمثلة لها وتصدت محكمة النقض والمحكمة العليا لبيان مدى جوهريّة تلك العناصر أو البيانات في الحكم من عدمه والأثار التي تترتب على تخلف أمر هذه البيانات من بطalan الحكم من ذلك المادة ١٧٨ من قانون المرافعات حيث أوجبت ضرورة أن تشتمل أسباب الحكم على خلاصة موجزة لدفع الخصوم ودفاعهم الجوهري كما أن الحكم يجب أن يقام على أسباب تطمئن المطلع عليه إلى أن المحكمة قد فحصت الأدلة التي قدمت إليها وحصلت فيها ما تؤدي إليه وبذلت كل الوسائل التي من شأنها أن توصلها إلى ما ترى أنه الواقع ^٥ وتحديد ما استخلص ثبوته من الواقع وطريق هذا الثبوت وذلك تمكيناً لمحكمة النقض من بسط رقابتها على سلامية تطبيق القانون والثابت من أسباب الحكم محل التعليق انه لم يشر إلى القرارات المطعون فيهما من حيث تاريخ إصدارهما كما أنه خلط بين سحب القرار الإداري السليم أو المعيب وبين أثار القرار أو أثار سحب القرار وقد جاءت عبارات الحكم من حيث العموم والاتساع الذي يثير الخلط إذ أن موضوع الدعوى يثير العديد من الموضوعات القانونية وهي مدى سريان بعض قواعد القانون العام على موضوعات تتصل بقانون خاص أفرد له المشرع تنظيم وقصره على الخاضعين له كما تثير الدعوى أيضا الفرق بين القرار الباطل والمنعدم وفكرة تحصن القرارات الإدارية ومدى انطباقها على القرارات المنعدمة كما تتصل الدعوى بتفسير إرادة المشرع بالنسبة لبعض المزايا المالية التي قررها للعاملين بالدولة ثم أحال إلى قانون خاص للاستفادة منها وهذا القصور في الحكم يعييه.

ثالثاً: جوهر المنازعة موضوع الدعوى: من المسلم به أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة قانونية نظامية تحكمها القوانين واللوائح والقضاء الإداري ليس ملزماً بتطبيق النصوص المدنية على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقتضي بذلك أو رأى أن تطبيقها يتلاءم مع طبيعة تلك الروابط^٦. والأصل أن موضوع النزاع يتصل بمدى جواز استفادة القضاة بالعلاوة التشجيعية التي تقررت للعاملين بالدولة إذا ما حصلوا أثناء الخدمة على مؤهل أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك تقديرًا من المشرع للعامل المجد وحثاً على الاستمرار في بذل الجهد بغية زيادة الإنتاج وتحسين مستوى الإدارة لذلك نصت معظم التشريعات العربية على تلك العلاوة من ذلك قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ وكذلك المشرع المصري في المادة ٥٢ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ والمعدلة بالقانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٨٣ حيث أجاز بموجب تلك المادة للسلطة المختصة منح علاوة تشجيعية للعاملين الذين يحصلون أثناء خدمتهم على درجات علمية أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض هيئة شئون الخدمة المدنية.

وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٩٨ لسنة ١٩٨٢ والمعدل بالقرار رقم ٨٧٢ لسنة ١٩٨٣ وقرر في المادة الأولى منه منح علاوة تشجيعية للعاملين الخاضعين لأحكام القانونين رقمي ٤٧، ٤٨ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام الذين يحصلون أثناء خدمتهم على درجة الماجستير أو ما يعادلها أو دبلومتين من دبلومات الدراسات العليا مدة كل منها سنة دراسية على الأقل أو دبلوم منها تكون مدة دراسته سنتين دراسيتين كما يمنح العامل علاوة تشجيعية أخرى إذا حصل على درجة الدكتوراه أو ما يعادلها.

واشتريطت المادة الثالثة من القرار لاستحقاق تلك العلاوة أن يكون المؤهل الذي حصل عليه العامل يتفق وطبيعة عمله أو أن يكون فرع التخصص في الدرجة العلمية التي حصل عليها متصلة بعمل الوظيفة التي يعمل فيها.

وقد جاء في الباب الأول من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه في المادة الأولى فيه أنه يعمل في المسائل المتعلقة بنظام العاملين المدنيين بالدولة بالأحكام الواردة بهذا القانون وتسرى أحكامه على:-

(١) (٢)

ولا تسرى هذه الأحكام على العاملين الذين تنظم شئون توظفهم قوانين أو قرارات خاصة فيما نصت عليه هذه القوانين والقرارات.

ومعنى تلك المادة أن الطوائف التي تنظم شئون موظفيهم قوانين خاصة وقد ورد في أي منها أحكام تنظم مسألة معينة وردت في قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة فيجب أعمال القانون الخاص باعتبار أن الخاص يقيد العام وبمفهوم المخالفة إذا مالم ترد في القوانين الخاصة أحكام تنظم مسألة معينة لم يرد النص عليها في القانون الخاص فيجوز استدعاء أحكام قانون نظام العاملين فيما ورد من أحكام لم ترد في القانون الخاص إلا أن تلك القاعدة لم ترد على إطلاقها حيث يتتصدى القضاء من خلال السوابق القضائية لتقدير تلك القواعد وبيان مدى إمكانية تطبيقها في ظل قواعد القانون الخاص والتي قد تصطدم أحكامها مع ما ورد في القانون العام.

لذلك حتى لو ورد في القانون الخاص نص يجيز تلك الإحالة صراحة فلا يجب الأخذ بهذا النص على إطلاقه بل يجب النظر إلى طبيعة القانون الخاص من حيث المرفق الذي يدار من خلاله وطبيعة الأعمال التي تمارس لبيان مدى مناسبة تطبيق تلك القواعد في ظل أحكام هذا القانون الخاص من ذلك قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وقانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ وقانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ وكذلك الهيئات والمراكز البحثية التي تخضع للوائح خاصة بها.

لذلك فقد خلا قانون السلطة القضائية المصري من تلك الإحالة بصفة عامة وعدم جواز منح علاوة المؤهل الأعلى المشار إليها في المادة ٥٢ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة المشار إليه. والشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ قد نظم العلاوات والكافأت والبدلات وقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ وقرر في المادة (٥) أنه يضاف إلى راتب الحاصل على المؤهلات العلمية علاوة مؤهل علمي بمبالغ تحدد لكل مؤهل دكتوراه أو ماجستير وهذا النص ينطبق على العاملين في دواعين الخدمة المدنية.

ولقد ورد في قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ في المادة ٢/٣٢ فيه أنه لا تخل المخصصات الواردة في الجدولين أو الملحقين بقانون السلطة القضائية بالعلاوات الإدارية والاجتماعية وبدل الانتقال وعلاوة غلاء المعيشة المقرر لسائر موظفي الدولة وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية. وبين من النصوص المتقدمة أن قانون السلطة القضائية الفلسطيني قد أحال لقانون الخدمة المدنية فيما ورد به من علاوات إدارية واجتماعية وبدل انتقال وعلاوة غلاء المعيشة وهذه الإحالة تشر أحد الافتراضين:-

الفرض الأول: أن المادة ٢/٣٢ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه قد حددت

على سبيل الحصر الإحالة للمزايا المالية التي تطبق على القضاة والخاصة بالعاملين الخدمة المدنية والمخاطبين بأحكام القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته وهي:-

- ١) العلاوات الإدارية ٢) العلاوات الاجتماعية
٣) بدل الانتقال ٤) علاوة غلاء المعيشة.

وبالتالي فلا يجوز أن يطبق نص الإحالة على غير ذلك من المزايا المالية التي وردت في المادة ٢/٣٢ المشار إليها حيث أن الاستثناء لا يقتضي عليه ولا يتوسع في تفسيره ويخرج من النص الخاص بالإحالة علاوة المؤهل العلمي التي قررها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ وإلا لو أراد المشرع غير ذلك لنصل إليها صراحة أو أورد النص في عبارات من العموم بحيث أنها تتسع لكل المزايا المالية التي يحصل عليها العاملين في الخدمة المدنية ويمتد أثرها للقضاة وهو لم يفعل.

الفرض الثاني: وهو وحتى مع ورود نص الإحالة في شأن المخصصات المقررة لسائر موظفي الدولة المالية واستفادة القضاة منها فيجب بحث ما إذا كانت علاوة المؤهل العلمي للدكتوراه أو الماجستير هل يمكن تطبيقها على قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بالقضاة باعتباره قانون ذو طبيعة خاصة سواء من حيث المعاملة المالية أو المزايا الأدبية وطبيعة العمل إلى غير ذلك من المزايا المالية ذلك أن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ يطبق على القضاة سواء كان أقل أو أكثر سخاء من تلك التشريعات الواردة في الخدمة المدنية ومن ثم فلا يجوز كقاعدة عامة إهانة نصوص القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه باعتباره قانوناً أو كادراً خاصاً والرجوع إلى أحكام القانون العام في كل مافات القانون الخاص من قواعد أو غفلة من أحكام لما في ذلك من مجافاة صريحة لغرض الذي من أجله وضع القانون أو الكادر الخاص والقول بغير ذلك مؤداه أن يجمع من تنطبق عليهم قوانين خاصة من العاملين بين ما تضمنه هذه القوانين من أحكام راعي فيها المشرع نوعية مؤهلاتهم وتحصصاتهم وطبيعة الأعمال والمهام المسندة إليهم وبين أحكام القوانين العامة فيما تنص عليه أو تنظمه القوانين الخاصة من أحكام تتكامل فيما بينها على وجه مغایر لما تنظمه القوانين العامة من قواعد.

ومن حيث أنه بالرجوع لأحكام القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه بين أن المشرع نظم الحقوق المالية من مرتبات وعلاوات وبدلات للعاملين لمرفق القضاة ومن ثم فلا يسوغ الرجوع إلى أحكام قوانين الخدمة المدنية فيما نظمها القانون المشار إليه وإذا كان هذا القانون قد نظم العلاوات المستحقة للقضاة فأبأن قدرها وقواعد منها فلا يجوز استعارة أنواع أخرى من المكافأة والعلاوة مما ورد في نظم الخدمة المدنية بشأن العلاوة التشجيعية للحصول على مؤهل أعلى من الشهادة الجامعية.

كما أن استدعاء الأحكام الواردة في نظام قانون معين كنظام الخدمة المدنية لتطبيقها على المعاملين نظام قانوني آخر كقانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه لا تقتضي الضرورة استدعائه من أحكام هو ما يعني إقحام نصوص قانونية على تنظيم قانوني قائم متكامل بما يخل بالإطار العام له وبما قام عليه من أسس ومبادئ راعاها المشرع عند استصداره للقانون الخاص ومن ثم فلا يجوز استعارة الحكم الوارد في المادة (٥١) من قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ لمن يحصل من العاملين المخاطبين بأحكامه على مؤهل أعلى من الدرجة الجامعية الأولى بمنحه علاوة وتطبيقه على القضاة الذين نظمت مرتباتهم وعلاواتهم وبدلاتهم تنظيمًا دقيقًا محكمًا لأوجه مع وجوده إلى استعارة أنواع أخرى من العلاوات المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية.

ولقد استقر الفقه والقضاء في مصر على هذا الفرض من خلال تطبيقه على أعضاء الإدارات القانونية والمنظم بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ حيث انتهى إلى أنه لا يجوز تطبيق المادة ٥٢ من قانون نظام العاملين المدني بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وتعديلاته وذلك بالنسبة للعلاوة التشجيعية لمن يحصل على مؤهل أعلى من الشهادة الجامعية المطلوبة للتعيين^٧.

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن القرار الصادر بمنح العلاوة التشجيعية لأعضاء الإدارات القانونية هو قرار منعدم فلا تتحقق حصانة ويجوز الطعن عليه في أي وقت ويجوز للجهة الإدارية سحبه في أي وقت^٨.

من جماع ما تقدم أنه على أي من الفرضين المشار إليهما فإن الأخذ بأي منهما سوف ينتهي إلى عدم جواز انطباق المادة (٥) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ المشار إليه بالنسبة لعلاوة المؤهل العلمي لكل مؤهل دكتوراه أو ماجستير على القضاة المخاطبين بقانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢. وإذا كان ذلك ما انتهى إليه الحكم محل التعليق إلا أنها نختلف تماماً مع الحكم في الأسباب التي أوردها للوصول إلى تلك النتيجة أو المنطوق خاصة فيما يتعلق بالمدى الزمني للأداة التي أنشئت تلك العلاوة بموجبها وهو قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ إذا أن نص الإحالة الذي ورد في قانون السلطة القضائية في المادة ٣٢/٢ منه يسري على المخصصات التي وردت في تلك المادة من العلاوات الإدارية والاجتماعية وبديل الانتقال وعلاوة غلاء المعيشة وفق القواعد التي وردت في قانون الخدمة المدنية وقت صدور قانون السلطة القضائية ويليها من قواعد تستحدث أو تعدل في قانون الخدمة المدنية وذلك ما دامت مادة الإحالة قائمة لم تتغير أو تلغى ولا يمكن القول بأن المزايا التي تطرأ في قانون الخدمة المدنية.

لا يجوز سريانها إعمالاً لنص الإحالة أما ما لا يجوز هو أعمال تلك القواعد بأثر رجعي إذ الأصل أنه لا رجعية للقوانين فإنها تطبق من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ما لم يحدد القانون تاريخ آخر لأعمال قواعدها ولا يستثنى من قاعدة عدم سريان القوانين بأثر رجعي سوى القانون الجنائي وذلك ما دامت أصلح للمتهم لذلك فإن ما ورد في الحكم من أسباب يتنافى مع ما هو مستقر عليه في الفقه والقضاء بشأن سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان.

ذلك أن من المبادئ الدستورية المقررة^٩ أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف أثارها على ما وقع قبلها مالم ينص القانون على خلاف ذلك مما مؤداته عدم جواز انسحاب تطبيق القانون الجديد على ما قد يكون صدر قبل العمل به من تصرفات أعمالاً لبدأ رجعية القوانين. وأن النص الخاص يقيد النص العام ويعتبر استثناء منه وأن النص اللاحق يلغى النص السابق إذا ما تعارض معه إلا أن النص العام اللاحق لا يلغي نصاً خاصاً سابقاً عليه وأن تعارض معه^{١٠}. رباعاً: طبيعة القرار المطعون فيه والأثار التي ترتب عليه:- أن الثابت من الأوراق أن المدعى يعمل قاضياً لمحكمة بداية حنين وبتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١١ حصل على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية. وقد صدر قرار رئيس ديوان الموظفين العام رقم ٢٤٢٧٠ لسنة ٢٠٠٧ ب بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٠ لمنحة علاوة مؤهل عالي بقيمة ٢٠٠ شيكل. وبتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٩ تم سحب قرار منح المدعى علاوة المؤهل العلمي ويثير التساؤل حول القرار المطعون فيه هل هو مطابق للقانون أم معيناً بعيب مخالفة القانون أم أنه صدر ابتداء منعدماً ذلك أن توصيف القرار بأي من تلك الأوصاف سوف يتربّط عليه آثار غایة في الخطورة سواء من حيث سلطة جهة الإدارة في سحب القرار ومواعيد الطعن على هذا القرار بناء على الوصف الذي سوف يتم إسbaghe عليه.

إن الفقه والقضاء الإداري منذ نشأة مجلس الدولة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ حتى الآن في قضاء متواتر ومستقر قد حاول تعريف القرار الإداري وموضحاً أركانه ثم بيان أثر كل ركن على القرار من حيث المشروعية وجواز سحبه.

فلقد عرفت المحكمة الإدارية العليا القرار الإداري بأنه هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة^{١١} بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين ابتعاه مصلحة عامة. ومن خلال هذا التعريف حرص قضاء المحكمة الإدارية العليا على التفرقة بين القرار الإداري بالمعنى المتقدم والفعل أو العمل المادي حيث أن الأخير^{١٢} لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى أحداث

آثار قانونية وأن رتب القانون عليها آثاراً معينة لأن مثل هذه الآثار تعتبر وليدة الإرادة المباشرة للمشرع وليست وليدة إرادة الإدارة الذاتية كما استقرت على أن محل العمل المادي دائمًا واقعة مادية أو إجراء مبيناً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة إلا ما كان فيها وليد إرادة المشرع مباشرة لا إرادة جهة الإدارة.

وأن مناسبة إصدار القرار الإداري ليست شرطاً من شروط صحة القرار ولا ركناً من أركان انعقاده^{١٢}.

ولقد رتب قضاء المحكمة الإدارية العليا على تعريف القرار الإداري نتائج عديدة أهمها تحديد أركان القرار الإداري وأول هذه الأركان هو ركن الشكل حيث استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن جهة الإدارة غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة ما لم يحتم القانون إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين ولذلك فقد يكون القرار الإداري مكتوباً أو شفويأً^{١٤}.

والأصل أن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفاً في ذاتها أو طقوساً لا مندوحة من إتباعها تحت جزاء البطلان الحتمي وإنما هي إجراءات هدفها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء يفرق فيها بين الشكليات التي تناول من تلك المصلحة وتعتبر جوهريّة ويقتضي إغفالها في سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات القانونية وعليه لا يبطل القرار الإداري لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان لدى إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهريًّا في ذاته يتربّ على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها ومن ثم بطلان القرار بحسب مقصود الشارع منه^{١٥}. ولقد رتب الفقه والقضاء على ذلك نتائج أهمها إذا كان الشكل ليس جوهريًّا أو لم ينص القانون على البطلان جزاء تخلفه فإن القرار الإداري يصدر سليماً وبالتالي لا يجوز لجهة الإدارة سحبه ما دام قد صدر سليماً من الناحية القانونية^{١٦}.

أما إذا صدر القرار بالمخالفة للشكل الجوهري الذي تطلبه القانون فإن القرار يكون قد صدر بالمخالفة للقانون ويجوز لجهة الإدارة سحبه خلال المواجه المقررة لذلك وهي ستين يوماً من تاريخ صدوره وكذلك إذا كان القانون قد نص على البطلان إذا لم يراعي ذلك الشكل وبانقضائه تلك المواعيد فقد اكتسب القرار حصانة تعصمه من السحب بمضي المدة القانونية المقررة لسحب القرارات الإدارية وأن سحب هذا القرار^{١٧} بعد مضي تلك المدة لإزالة ما شابه من عيب يجعل القرار الساحب باطلأً لمخالفته للقانون إلا أنه ليس من شأن البطلان في هذه الحالة أن ينحدر بهذا القرار إلى مرتبة العدم ومن ثم فإنه تحصن بعدم الطعن عليه في الميعاد القانوني.

كما أن من أركان القرار الإداري ركن الاختصاص أو يتعين أن يصدر القرار الإداري من السلطة الإدارية المختصة التي أناط بها القانون سلطة إصدار مثل تلك القرارات كما يجوز أن يصدر من السلطة الأدنى ما دام القانون قد أجاز التفويض في الاختصاص بإصدارها للغير وفي حدود هذا التفويض.

وإذا فقد القرار الإداري أحد أركانه الأساسية فإنه يعتبر معيّناً بخل جسيم ينزل به إلى حد العدم والاتفاق منعقد على أنه سواء^١ اعتبر الاختصاص أحد أركان القرار الإداري أم أحد مقومات الإرادة التي هي ركن من أركانه فإن صدور القرار من جهة غير منوط بها بإصداره قانوناً يعيّنه بعيب جسيم ينحدر به إلى حد العدم طالما كان في ذلك افتئات على سلطة أخرى لها شخصيتها المستقلة.

وبمفهوم المخالفة إذا صدر القرار الإداري من جانب السلطة المختصة بإصداره ولكن دون الشخص الذي خوله القانون تلك السلطة فإن القرار يعتبر هنا معيّناً ويجوز سحبه خلال المواجهة لذلك ويتحسن بمضي تلك المواجهة دون سحبه أو الطعن عليه قضائياً ومثال عيب عدم الاختصاص الجسيم والذي يعدم القرار ولا تتحققه حصانة ويجوز سحبه في أي وقت دون التقييد بالمواعيد وكذلك يجوز الطعن عليه قضائياً دون التقييد بمواعيد دعوى الإلغاء قرار النيابة العامة بإخلاء المدعى وتمكن الغير من محل النزاع إذا صدر قرار النيابة العامة في غير نطاق وظيفتها القضائية لعدم تعلق الأمر بإحدى جرائم الحيازة التي وردت في المادتين ٣٦٩، ٣٧٠ عقوبات وهذا القرار انطوى على غصب لسلطة القضاء المدني الذي يختص وحده بالفصل في منازعات الحيازة فإن هذا القرار يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذي ينحدر به إلى درجة العدم.

كذلك فإن من أركان القرار الإداري ركن السبب وسبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي توسيغ تدخل رجل الإدارة بسلطته الملزمة^٢ والأصل العام أن الإدارة غير ملزمة يتسبب بقراراتها إلا أن القانون إذا ألزمها بتسبب قراراتها تعين عليها الالتزام بذلك وتلك الأسباب تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه وأثر ذلك على النتيجة التي انتهى إليها القرار وتتجدد النتيجة حدها الطبيعي فيما إذا كانت مستخلصاً استخلاصاً سائغاً من أصول انتجها مادياً وقانونياً أما إذا كانت منتزعة من غير أصول موجودة أو كانت مستخلصاً من أصول انتجها أصبح القرار فاقداً للسبب ووقع مخالفًا للقانون^٣.

والأصل العام أن فقدان القرار الإداري لركن السبب متى ألزم القانون الجهة الإدارية تسبب بعض القرارات الصادرة منها يترب عليه بطلان القرار الإداري وكذلك إذا كانت تلك الأسباب

التي استندت إليها الإدارة بمناسبة إصدار قراراتها ليس لها سند من الواقع والقانون. ومخالفة القرار لركن السبب يجيز لجهة الإدارة سحبه خلال المواجه المقررة قانوناً وإلا ترتب على فوات تلك المواجه تحصن القرار من الإلغاء.

ومن العيوب التي تناول من صحة وسلامة القرار الإداري بحسبان أنها تناول من أحد أركان القرار الإداري وأهمها وهو ابتعاد المصلحة العامة إذا يجب أن تدور القرارات الإدارية في تلك المصلحة العامة أو صالح المرفق الذي تديره الجهة الإدارية مصدرة القرار الإداري ويرتبط ركن الغاية أو المصلحة العامة في القرار الإداري بعيوب إساءة استعمال السلطة وذلك من خلال استهداف المصالح الشخصية دون الصالح العام وهذا العيب يجب أن يشوب الغاية من القرار ذاتها بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتبعيها القرار أو أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة^{٢١}.

وهذا العيب الذي يشوب القرار الإداري يجوز للجهة الإدارية سحبه خلال المواجه المقررة قانوناً وألا تحصن القرار بفوات مواجهات السحب.

من جماع ما تقدم يتضح أن عيوب القرار الإداري تختلف من حيث الأثر الذي ترتبه بالنسبة للقرار من حيث جواز سحبه خلال المواجه المقررة قانوناً أو تحصنه من السحب كما أن هناك بعض القرارات التي يجوز سحبها في أي وقت دون التقيد بـ المواجه المشار إليها من ذلك القرارات المخالفة للقانون مخالفة جسيمة تنحدر بالقرار لمترتبة عدم وكذلك عيب عدم الاختصاص الجسيم فإن هذين العيوب يجعلان القرار الإداري هو وعدم سواء وبالتالي يجوز الطعن عليها قضائياً دون التقيد بـ مواجهات دعوى الإلغاء ويجوز للجهة الإدارية سحبه في أي وقت.

ومن حيث أنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعى يعمل قاضياً لمحكمة بداية جنين وبالتالي فهو مخاطب بـ قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ وقد حصل أثناء الخدمة بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠٦ على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ثم صدر القرار رقم ٢٤٢٧٠ لسنة ٢٠٠٧/٢/٢٠ بمنح المدعى علاوة مؤهل بـ قيمة ٢٠٠ شيكلاً وذلك من رئيس ديوان الموظفين العام ثم صدر القرار بـ سحب قرار منح المدعى علاوة المؤهل العلمي في ١٩/١١/٢٠٠٩ وأيا ما كان سبب القرار المطعون فإنه قد صدر معيناً بـ مخالفة القانون الجسيم الذي ينحدر بالقرار لدرجة الانعدام والذي يترتب عليه جواز سحبه في أي وقت دون التقيد بـ مواجهات دعوى الإلغاء ذلك أن المدعى مخاطب بـ قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة

٢٠٠٢ المشار إليه والعلاوة التي تم منحها له منصوص عليها في قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ وهو قانون عام وقانون السلطة القضائية قانون خاص بطائفة القضاة والأصل أن الخاص يقيد العام وقد خلا قانون السلطة القضائية من تنظيم علاوة المؤهل الأعلى وبالتالي لا يجوز تطبيقها على القضاة باعتبار أن المشرع أفرد لهم نظام خاص من النواحي المالية كما أن طبيعة هذه العلاوة تتعارض مع قانون السلطة القضائية على نحو ما أسلفنا كما أن القرار المطعون فيه قد لحقه عيب آخر هو عيب عدم الاختصاص الجسيم أيضًا ذلك أن القرار المطعون فيه قد صدر من رئيس ديوان الموظفين بالخدمة المدنية وهو غير مختص بمنح أو رفض العلاوة الخاصة بالمؤهل العالي بل يجب أن يصدر هذا القرار من السلطة القضائية المختصة بشئون القضاة حسبما حددها قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ ومن ثم فإن ما تنتهي إليه تلك السلطة يقوم رئيس ديوان الموظفين بتديير الأعتماد المالي لها وإصدار القرارات التنفيذية لها. هذه العيوب التي لحقت بالقرار المطعون فيه تجعله وعدم سواء ومن ثم تكون النتيجة التي أنتهت إليها الحكم محل التطبيق دون الأسباب تتفق وصحيح حكم القانون.

١. التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه وأحكام النقض - الجزء الأول - د. أحمد مليجي - الطبعة الثالثة

- طبقة نادي القضاة - ص ١٦٢.

٢. نقض الطعن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق. جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠.

٣. نقض الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٥٦ ق. جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠.

- نقض الطعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٥٨ ق. جلسة ١٩٩١/٣/٦.

٤. نقض الطعن رقم ٣٤ س ٥١ ق. جلسة ١٩٨٥/٢/٢٧.

٥. نقض الطعن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٩ ق. جلسة ١٩٨٣/٤/١٣.

٦. الطعن رقم ٣٧٦٤ لسنة ٣٥ ق. عليا جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧.

٧. الطعن رقم ٢٢٧٩ لسنة ٣٦ ق. عليا جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣.

- الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٥٤١ ق. عليا جلسة ٢٠٠١/٣/١٠.

- الطعن رقم ٢٤٩٤ لسنة ٤٠ ق. عليا جلسة ٢٠٠١/٢/٢٤.

- الطعن رقم ١٣٥٣/٤/٨٦ ملف رقم ٢٠٠١/٢/٢٤ جلسة ١٩٩٧/٥/٢١.

- الطعن رقم ٢٤٩٤ لسنة ٤٠ ق. عليا جلسة ٢٠٠١/٢/٢٤ ملف رقم ٢٤٧/٢/٨٦ جلسة ١٩٩٥/٣/٢٢.

- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة ملف رقم ٥٠٤/٤/٨٦ جلسة ١٩٩٦/١٠/٢.

- الطعن رقم ٧٤٥ لسنة ٣٧ ق. عليا جلسة ١٩٩٧/٤/٥.

- الطعن رقم ٨١٤ لسنة ٣٧ ق. عليا جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٨.

٨. الطعن رقم ٢٨٣١ لسنة ٢٨ ق. عليا جلسة ١٩٩٨/٥/٢٣.

- الطعن رقم ١٢٦٧ لسنة ٢٨ ق. عليا جلسة ١٩٩٨/٦/٢٧.

- الطعن رقم ٣٠٥٢ لسنة ٣٧ ق. عليا جلسة ١٩٩٨/٨/٨.

- الطعن رقم ٣٥٥٤ لسنة ٣٩ ق. عليا جلسة ١٩٩٨/٨/٢٩.

٩. نقض الطعن رقم ٢١٠ س ٤٢ ق. جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٩.

- نقض الطعن رقم ٧٠٩ س ٤٨ ق. جلسة ١٩٨٢/١١/١٨.

١٠. نقض الطعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ ق. جلسة ١٩٨٣/٣/١٦.

- نقض الطعن رقم ١٨٣٥ س ٥٠ ق. جلسة ١٩٨٤/٤/١٠.

- نقض الطعن رقم ٧٤٣ س ٤٩ ق. جلسة ١٩٨٣/١/١١.

١١. الطعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٩ ق. عليا جلسة ١٩٩٩/٢/١٢.

- الطعن رقم ١٥٦٥ لسنة ١٠ ق. عليا جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢.

- الطعن رقم ٣٨٣ لسنة ١٨ ق. عليا جلسة ١٩٧٧/٢/١٢.

- . - الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ١٢ ق. عليا جلسة ٩/٢ . ١٩٦٧ .
- . ١٢ . الطعن رقم ١٠٢٩ لسنة ١١ ق. عليا جلسة ٣٠/١١ . ١٩٦٨ .
- . - الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ١٢ ق. عليا جلسة ١١/١ . ١٩٦٩ .
- . - الطعن رقم ٩٣٠ لسنة ١١ ق. عليا جلسة ٢٤/٢ . ١٩٦٣ .
- . ١٣ . الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ١٠ ق. عليا جلسة ١٧/١١ . ١٩٦٦ .
- . ١٤ . الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٩ ق. عليا جلسة ٢٢/٣ . ١٩٧٠ . والطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ١٠ ق. عليا جلسة ١٠ . ١٩٦٥/١٢/١٨ .
- . ١٥ . الطعن رقم ٥٧١ لسنة ١٨ ق. عليا جلسة ١٢/٥ . ١٩٧٩ .
- . ١٦ . الطعن رقم ٨٣٤ لسنة ١٦ ق. عليا جلسة ٢٥/٦ . ١٩٧٤ .
- . ١٧ . الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ١٦ ق. عليا جلسة ٥/١ . ١٩٧٥ .
- . ١٨ . الطعن رقم ٧٤١ لسنة ٢١ ق. عليا جلسة ٢٢/٥ . ١٩٧٧ .
- . - الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ١٠ ق. عليا جلسة ٢٩/٦ . ١٩٩٨ .
- . - الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٢ ق. عليا جلسة ١٠/٦ . ١٩٧٨ .
- . - الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ١٢ ق. عليا جلسة ٢٩/١١ . ١٩٦٩ .
- . ١٩ . - النظرية العامة للقرارات الإدارية د. سليمان الطماوي ص ١٨٢ .
- . - الطعن رقم ١١١٥ لسنة ١٥ ق. عليا جلسة ٢٩/١٢ . ١٩٧٣ .
- . - الطعن رقم ٢١ لسنة ١٠ ق. عليا جلسة ٢٤/٥ . ١٩٦٦ .
- . - الطعن رقم ٧٧٥ لسنة ١٣ ق. عليا جلسة ٢٢/٢ . ١٩٦٩ .
- . - الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٧ ق. عليا جلسة ١٢/١١ . ١٩٦٦ .
- . ٢٠ . الطعن رقم ٣٢٠٥ لسنة ٤٠ ق. عليا جلسة ٨/٧ . ٢٠٠١ .
- . - الطعن رقم ٣٩٢٩ لسنة ٣٨ ق. عليا جلسة ٢٨/٣ . ١٩٩٥ .
- . - الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٤١ ق. عليا جلسة ١٢/٣ . ١٩٩٥ .
- . ٢١ . الطعن رقم ٧١١٣ لسنة ٤٨ ق. عليا جلسة ١٠/٢ . ٢٠٠٧ .
- . - الطعن رقم ١٦١٦ لسنة ٤٤ ق. عليا جلسة ٦/٢ . ٢٠٠١ .
- . - الطعن رقم ٧٩٨ لسنة ٣٦ ق. عليا جلسة ١٧/١ . ١٩٩٥ .

التعليق على حكم المحكمة العليا الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥

المحامي

عبد الله محمد الظاهر - الأردن

التعليق على القرار الصادر عن المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥ دعوى عليا الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ والمكونة فيما بين:

المستدعي أمجد نبيه عبد الفتاح لبادة / قاضي محكمة بداية جنين.

المستدعي ضدتهم

١. وزير المالية بالإضافة إلى وظيفته / رام الله.

٢. مدير عام الرواتب في وزارة المالية بالإضافة إلى وظيفته / رام الله.

٣. وزارة المالية في السلطة الوطنية الفلسطينية / رام الله.

٤. رئيس ديوان الموظفين العام في السلطة الوطنية الفلسطينية

بالإضافة إلى وظيفته.

١. القرار الصادر عن المستدعي ضدتهم الاول والثاني والثالث بالامتناع عن صرف علاوة المؤهل العلمي للمستدعي.

٢. القرار الصادر عن المستدعي ضده الرابع بسحب القرار القاضي بمنح المستدعي علاوة المؤهل العلمي "درجة الماجستير" والمشاركة في الكتابين الصادرتين عن سعادة رئيس مجلس القضاء الاعلى الاول بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٦ يحمل الرقم ٣٠٩/٢٤٢٧٠ والثاني بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٧ يحمل الرقم ٢٥٢٧٠ حيث صدر القرار بسحب علاوة المؤهل العلمي وبلغ للمستدعي بواسطة الكتاب الصادر عن رئيس مجلس القضاء الاعلى بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٩ والذي يحمل الرقم صادر ٣٧٢٦/٢٩ بواسطة رئيس محكمة بداية جنين.

موضوع الطعن:

التعليق على حكم المحكمة العليا الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٥

وفي معرض التعليق على القرار المشار اليه، ومع كل الاحترام للمحكمة الموقرة التي أصدرته، فإننا نندي ما يلي:

أولاً: مختصر الواقع

١. المستدعي يعمل قاضيا لدى السلطة القضائية الفلسطينية في محكمة بداية جنين.
٢. حصل المستدعي على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية من كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية منذ عام ٢٠٠٦.
٣. تقرر منح المستدعي علاوة مؤهل علمي لحصوله على درجة الماجستير اعتبارا من تاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٠ وذلك بموجب الكتاب الصادر عن ديوان الموظفين رقم ٢٤٢٧٠ تاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٠.
٤. جرى سحب القرار بمنح المستدعي علاوة المؤهل العلمي لانطباق قانون السلطة القضائية وليس قانون الخدمة المدنية، حيث علم المستدعي بقرار السحب بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٩ من خلال كتاب رئيس مجلس القضاء الاعلى المؤرخ في ٢٠٠٩/١١/١٩.

ثانياً: في النواحي الشكلية للقرار

معلوماً أن النظر في أي دعوى والفصل فيها يتطلب دائماً التطرق للنواحي الشكلية والموضوعية وصولاً إلى اصدار القرار الفاصل في النزاع المعروض، وأن كلا الناحيتين يحتل أهمية بالغة يتعين مراعاتها لغايات البت في النزاع، أما النواحي الشكلية فهي تلك المتعلقة بالقواعد الاجرائية التي تحكم العمل القضائي والتي يتعين إعمالها وتطبيقاتها في النزاع المعروض قبل التطرق للقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، وبعد ذلك يتم التصدي لموضوع الدعوى بحيث تمارس المحكمة سلطتها في بحث مشروعية القرار الإداري لتنتهي بالنتيجة أما إلى إلغاء القرار المشوب بأحد عيوب القرار الإداري، أو إلى تأكيد مشروعية القرار والحكم برفض الدعوى.

إذن بعد أن تستكمل دعوى الإلغاء شرائطها الشكلية أمام المحكمة، قد تحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، أو على غير ذي صفة، أو لرفعها بعد المعياد أو أن تصرف الإدارة غير مستكمل شرائط القرار الإداري القابل للطعن بالإلغاء.

بالرجوع إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا الموقرة -مدار الحديث- يتبيّن أنه لم يتضمن البحث في النواحي الشكلية والاجرائية الواجب إعمالها ومراعاتها، فهو لم يشر إلى مسألة القبول الشكلي

للطعن المقدم من المستدعي، من حيث تقديمها ضمن المهلة المحددة قانوناً، بل أن المحكمة الموقرة مصدرة القرار لم تتعرض لتاريخ صدور القرار الطعن وتاريخ تبليغه للمستدعي حتى يتسعى لها اتخاذ القرار المناسب بشأن قبول الطعن شكلاً من عدمه، ولا يخفى أن المدد المعينة لتقديم الطعن في القرارات الإدارية حتمية ومتعلقة بالنظام العام ويترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن بحيث تقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد الدعوى، إزاء هذه الأهمية فقد كان لزاماً أن يتعرض الحكم الصادر في دعوى الطعن بالالغاء إلى مسألة القبول الشكلي بعد التثبت من تقديم الدعوى ضمن الميعاد المحدد قانوناً.

وأخيراً فقد خلى القرار مدار الحديث من الحكم بالزام المستدعي بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماه بالرغم من أنه الطرف الخاسر في الدعوى، وذلك خلافاً لما تقضي به الأصول والإجراءات القانونية.

ثالثاً: المسائل القانونية التي تضمنها القرار:

تضمن القرار مدار التعليق مسألة قانونية هامة في مجال القانون الإداري، تتعلق بسحب القرارات الإدارية وصلاحيتها الإدارية في اتخاذ مثل هذا الإجراء، وفي ذلك نقول: إن الفقه والقضاء الإداريين قد استقرَا على تقييد سلطة الإدارة في سحب القرارات الإدارية بميعاد الطعن القضائي، وهو ستون يوماً من تاريخ صدور القرار الإداري الطعن، وذلك لاعتبارات تتعلق بالتوفيق بين حق الإدارة في تلافي ما انطوى عليه قرارها من عيوب، وتحقيق الاستقرار القانوني للقرار الإداري بصورة تناهى به عن كل تغيير وتعصمه من التعديل حتى لا تكون المراكز القانونية معلقة لأمد طويل بحجة مشروعية القرارات الإدارية التي اوجدت هذه المراكز، وكذلك مراعاة الاتساق بين ميعاد الطعن القضائي وميعاد السحب الإداري بهدف استقرار المعاملات بعد مضي زمن واحد تقريباً وللمساواة بين طرفي القرار ومراعاة بين مركز الإدارة ومركز الأفراد إزاء القرار الإداري. ومن المسلم به أن القرار الإداري متى صدر سليماً فإنه يغدو غير قابل للسحب تأسيساً على مبدأ عدم رجعية القرار الإداري، أما إذا صدر القرار الإداري معيناً فإنه يكون عرضة للسحب ضمن الميعاد القانوني المحدد للطعن وذلك كأصل عام، غير أن الفقه والقضاء الإداريين قد اجازاً -على سبيل الاستثناء- سحب بعض القرارات الإدارية بعد انقضاء مدة الطعن لمبررات ومقتضيات قانونية، كما في حالة انعدام القرار عندما تكون درجة العيب فيه قد بلغت حداً يجرده من صفات

القرار الاداري ومقوماته كتصرف قانوني، بحيث يكون فيه وعدم سواء، ففي هذه الحالة استقر الفقه والقضاء على جواز سحب القرار المنعدم في أي وقت دون التقيد بميعاد الطعن باعتباره مدعوما، وعدم لا يرتب حقا ولا يولد أي اثر قانوني مهما استطالت مدة بقائه، وبالتالي فلا يتحصن بفوات ميعاد الطعن، كذلك فقد أجيزة سحب القرار الاداري دون التقيد بميعاد الطعن متى قام القرار على غش او تدليس صادر من صدر القرار لمصلحته، باعتبار ان الغش يفسد كل شيء، اضافة الى ذلك فقد ذهب القضاء الاداري الى تبرير سحب القرارات الادارية دون التقيد بميعاد الطعن اذا كانت كافية لحق من الحقوق المقررة بحكم القانون، باعتبار ان مثل هذه القرارات ليست الا تطبيقا لقواعد امرة مقيدة تنعدم فيها سلطة الادارة التقديرية من حيث المنح او الحرمان، ومن ثم يجوز للادارة أن تسحب قراراتها من هذا القبيل متى استبان لها أنها مخالفة للقانون، إذ ليس هناك حق مكتسب في هذه الحالة يمنع الادارة المساس به، أما القرارات الادارية التي تنشأ مراكز لأصحاب الشأن بحدود السلطة التقديرية للادارة، فإنها تتحصن بعد فوات ميعاد الطعن، وفي ذات السياق فقد استقر الفقه والقضاء على عدم جواز سحب القرارات الادارية المبنية على سلطة تقديرية من قبل الادارة الاخالل مدة الطعن المقررة، بحيث اذا انقضت هذه المدة اكتسب القرار الاداري حصانة تعصمه من أي الغاء او تعديل، أما القرارات الصادرة بالاستناد الى سلطة مقيدة دون أن يترك للادارة حرية التقدير بشأنها، فتستطيع هذه الاخرة الرجوع عن قراراتها وتسحبها دون التقيد بأي ميعاد، وأخيرا فقد ذهب الفقه والقضاء الاداريين الى جواز سحب القرارات الادارية المتعلقة بالتسويات المالية الخاطئة للمرتبات، بحيث تستطيع الادارة سحب مثل هذه القرارات في أي وقت دون التقيد بميعاد الطعن متى تبين لها وجہ الخطأ فيها، ويعود ذلك الى أن الموظف إنما يستمد حقه في التسوية المالية من قواعد تنظيمية عامة وليس من قرار اداري لا يعدو عن كونه اجراء تنفيذيا للقاعدة التنظيمية، وبالتالي فإن الاعمال التنفيذية هذه لا تولد حقوقا يمتنع المساس بها إذا صدرت بصورة غير مشروعة.

وبالرجوع الى القرار رقم ٢٠٠٩/١٥ مدار التعليق، فإنه يتبيّن من خلال حيثياته أن المحكمة الموقرة التي اصدرته قد أثبتت حكمها وسببيتها على اعتبار ان القرار القاضي بمنح علاوة المؤهل العلمي للمستدعي قد صدر عن سلطة مقيدة، وبالتالي فإن مصدر القرار الحق في سحبه دون التقيد بميعاد الطعن اذا تبيّن له انه مخالف للقانون، في حين أن التعلييل والتسبيب الدقيق للقرار مدار الحديث ينبغي أن يتمتد ليشمل معالجة تفصيلية لأسباب ووقائع النزاع المعروض خاصة فيما يتعلق بمسألة الادعاء بوجود حق مكتسب للمستدعي في علاوة المؤهل العلمي التي صرفت اليه لمدة قاربت سنة

ونصف منذ صدور القرار بمنحه هذه العلاوة وحتى تاريخ سحب هذا القرار، وفي ذلك نقول بأن القرار المسحوب موضوع الطعن هو في حقيقته قراراً إدارياً صادر عن الادارة بناء على سلطة مقيدة فضلاً عن كونه قراراً كاشفاً يتعلق بتسوية خاطئة لمرتب المستدعي، وبالرغم من أننا نتفق مع المحكمة الموقرة في النتيجة التي خلصت إليها برد الدعوى، وبالرغم من أن معالجة حكمها لوقائع وأسباب النزاع في ضوء كون القرار صادر عن الادارة بناء على سلطتها المقيدة، كانت معالجة وافية في ضوء ما استقر عليه الفقه القانوني والاجتهاد القضائي، الا أنه -حسب اعتقادنا- كان من اللازم في هذه المعالجة التعرض لمسألة الحق المكتسب في العلاوة التي صرفت للمستدعي والتي يتمسك فيها هذا الاخير، وذلك من خلال البحث في طبيعة القرار الاول القاضي بمنح العلاوة وصولاً إلى اعتباره قرار اداري كاشف وليس منشئ وأنه تبعاً لذلك يحق للادارة أن تسحبه دون التقيد بميعاد الطعن اذا اتبين لها أنه صدر مخالف للقانون، كون مثل هذه القرارات ليست الا تطبيقاً لقواعد امرة مقيدة تنعدم فيها سلطة الادارة التقديرية من حيث المنح او الحرمان، ومن ثم يجوز للادارة أن تسحب قراراتها من هذا القبيل متى اتبان لها أنها مخالفة للقانون، إذ ليس هناك حق مكتسب في هذه الحالة يمنع الادارة المساس به، اضافة الى ذلك فقد جاء القرار الاول القاضي بمنح المستدعي علاوة المؤهل العلمي متعلق بتسوية مالية خاطئة لمرتبه، وأنه تبعاً لذلك تستطيع الادارة سحبه في أي وقت دون التقيد بميعاد الطعن متى تبين لها وجہ الخطأ فيه، باعتبار أن المستدعي يستمد حقه في التسوية المالية من قواعد تنظيمية عامة وليس من قرار اداري لا يعود عن كونه اجراء تنفيذياً للقاعدة التنظيمية، وبالتالي فإن هذا الاجراء التنفيذي لا يولد حقاً يمتنع المساس به إذا صدر بصورة غير مشروعة.

خلاصة القول أنه وإن كنا نتفق -من حيث النتيجة- مع ما توصلت اليه المحكمة العليا الموقرة في قرارها محل التعليق عندما قررت رد الطعن شكلاً عن المستدعي ضدهم الاول والثاني والثالث لعدم صحة الخصومة، ورده موضوعاً عن المستدعي ضده الرابع، إلا أننا نجد أن هناك جوانب هامة يتعمّن مراعاتها بغية الوصول إلى أحكام وقرارات تسهم في إثراء الاجتهاد القضائي، ومن هذه الجوانب -كما أسلفنا- النواحي الإجرائية وتلك المتعلقة بشكليات الحكم، إضافة إلى معالجة موضوع النزاع معالجة موضوعية بشيء من التفصيل في ضوء ما استقر عليه الفقه القانوني بهدف الوصول إلى التسبيب والتعليق السليم واصدار الحكم بناء عليه.

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٣١

"الغاء الانتخابات المحلية"

تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري- مصر
تعليق المحامي محمد استانبولي-الأردن
تعليق المحامي علي السفاريني- فلسطين

دعوى عدل عليا

رقم: ٢٠١٠/٥٣١



السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

محكمة العدل العليا

القرار



الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم

باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة : برئاسة نائب رئيس المحكمة العليا السيد القاضي محمود حماد
وعضوية السيدين القاضيين/رفيق زهد وهاني الناطور

المستدعي:- عمر شفيق مطلق حمدان / بصفته ممثل قائمة شهداء عصيرة القبلية الانتخابية
والمسجلة لدى لجنة الانتخابات المركزية في مكتب منطقة نابلس وفقاً لقانون
انتخابات مجالس الهيئات المحلية رقم ٢٠٠٥ لسنة ٢٠٠٥ رقم (٥١٨٨٠٧٦)
 بتاريخ ٢٠١٠/٠٦ و بصفته أحد مرشحي قائمة شهداء عصيرة القبلية
الانتخابية.

مجتمعين

وكلاوْه المحامون

و/أو منفردين.

المستدعي ضدهما:- ١) مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة إلى وظيفته.
٢) رئيس مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة إلى وظيفته.

الإجـراءـات

بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٣ تقدم المستدعي بواسطة وكيله بهذه الدعوى للطعن في القرار الصادر
عن المستدعي ضده الاول رقم (١٣/A/٥٢٠٠ م.و.س.ف) لعام ٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١٠/٠٦/١٠
المتضمن الغاء قرار مجلس الوزراء بشأن انتخابات مجالس الهيئات المحلية و بشأن موعد انتخابات
مجالس الهيئات المحلية و تحديد موعد اجراء الانتخابات القادمة في موعد لاحق.
في جلسة ٢٠١٠/٠٧/١٨ قرر وكيل المستدعي لائحة استدعاء و أبرز حافظة المستندات (المبرز
ع ١) و ختم بيته و طلب اصدار القرار وفق ما جاء في لائحة الطعن و في ذات الجلسة قررت



دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٠/٥٣١

المحكمة توجيهه مذكرة الى المستدعي ضدهما لبيان الاسباب الموجبة لاصدار القرار المطعون فيه او المانعة من الغاءه .

بتاريخ ٢٠١٠/٠٨/٥ تقدم المستدعي ضدهما بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته بـأن القرار المطعون فيه موافق الاصول و القانون و ان الدعوى واجبة الرد شكلا و/أو موضوعا . في جلسة ٢٠١٠/٠٩/٢٠ كرر رئيس النيابة اللائحة الجوابية و صرخ بأنه لا يرغب في تقديم أية بينة .

في جلسة ٢٠١٠/١١ قدم وكيل المستدعي مرافعته الخطية . في جلسة ٢٠١٠/١١/١٠ قدمت رئيسة النيابة العامة مرافعتها الخطية . في جلسة ٢٠١٠/١٢/١٣ كرر الطرفان اقوالهما و مرافعاتهما السابقة

المحكمة

بالتدقيق في اوراق الدعوى و البنات المقدمة فيها و في مرافعات الطرفين تبين أنها مقدمة بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٣ من المستدعي عمر شفيق مطلق حمدان بصفته ممثلا لقائمة شهداء عصيره القبلية و بصفته الشخصية باعتبار أنه أحد مرشحي هذه القائمة ضد مجلس الوزراء و رئيس مجلس الوزراء للطعن في القرار رقم (١٣/A٥٢/٠١) م.و/س.ف) لعام ٢٠١٠ الصادر عن مجلس الوزراء في الجلسة المنعقدة بتاريخ ٢٠١٠/٠٦/١٠ المتضمن ما يلي :

١. الغاء قرار مجلس الوزراء رقم (١٣/٣٦/٠١) م.و/س.ف) لعام ٢٠١٠ بشأن انتخابات مجالس الهيئات المحلية .

٢. الغاء قرار مجلس الوزراء رقم (٤٦/٠٢) م.و/س.ف) لعام ٢٠١٠ بشأن موعد انتخابات مجالس الهيئات المحلية .

نعي مستدعي على القرار الطعن مخالفته الجسيمة للقانون و أنه مشوب بعيوب السبب و بعيوب عدم الاختصاص الجسيم .

ردت الجهة المستدعي ضدها في لائحتها الجوابية على الطعن طالبة رده لأسباب نجملها بالآتي :
أولاً: أن من حق مجلس الوزراء سحب أو الغاء القرار رقم (٤٦/٠٢) م.و/س.ف) الصادر عنه بتاريخ ٢٠١٠/٠٤/٢٥ خلال المدة القانونية التي يسمح بها القانون للتراجع عن القرار الإداري و هي مدة ٦٠ يوما من صدوره .

ثانياً: أن قانون انتخابات مجالس الهيئات المحلية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ تحدث عن تأجيل

دعوى عدل عليا

رقم: ٢٠١٠/٥٣١



الانتخابات المحلية في بعض المجالس ببناء على طلب لجنة الانتخابات المركزية اذا اقتضى ذلك وجود اسباب فنية او سلامة الانتخابات الا انه لم يتطرق الى تأجيل الانتخابات المحلية في جميع المجالس في حال وجود مانع يعيق اجراءها لذلك أصدر مجلس الوزراء القرار فيه لاسباب تتلخص فيما يلي:

١. ان المصلحة العامة المتمثلة بحفظ الأمن و منع وقوع اتكلات على مستوى الوطن تهديد السلم و الامن الاجتماعي اقتضت اصدار هذا القرار لأن حماية النظام العام مسؤولية السلطة التنفيذية.
٢. وجود ظروف على أرض الواقع غير ملائمة لإجراء العملية الانتخابية بما يضمن شفافية و نزاهة الانتخابات و أن التأجيل يهدف الى تحقيق الوفاق الوطني و المصالحة؟
٣. استحالة اجراء الانتخابات المحلية في الوقت المحدد بقرار مجلس الوزراء بسبب الانقسام و ما نجم عنه من سيطرة قوى على المحافظات الجنوبية و منعها من اجراء الانتخابات المحلية المتمثل بمنع لجنة الانتخابات المركزية و طوافتها من ممارسة مهامهم للتحضير للانتخابات المحلية في المحافظات الجنوبية.

وفي مرافعة النيابة العامة أثارت دفعا لرد الدعوى لعدم الاختصاص بدعوى أن القرار الطعن محصن من رقابة القضاء باعتبار أنه من اعمال السيادة لأن المصلحة العامة تتطلب اطلاق يد الحكومة بوصفها سلطة حكم في تنظيم المرافق العامة و في ادارتها على احسن وجه و ذلك باختيار اقدر الاشخاص على العمل في خدمة هذه المرافق و ابعاد من ترى انه غير صالح و ان الاجراءات التي تتخذها الحكومة و الكفيلة بصيانة النظام العام و ضمان سير المرافق العامة بطريقة مستمرة و منتظمة و منتجة تتصل بمصالح الدولة العليا و من ثم تعتبر من اعمال السيادة و تخرج عن رقابة القضاء.

و المحكمة تجد أن وقائع هذه الدعوى تتلخص في أن مجلس الوزراء أصدر بتاريخ ٢٠١٠/٠٢/٠٨ القرار رقم (٠١/٣٦٠/م.و/س.ف) الذي نص في المادة الاولى منه على ما يلي:

١. اجراء الانتخابات لجميع مجالس الهيئات المحلية في يوم واحد في كافة الاراضي الفلسطينية و ذلك يوم السبت الموافق ٢٠١٠/٠٧/١٧.
٢. تكليف لجنة الانتخابات المركزية بالبدء في اجراء كافة التحضيرات و الترتيبات الفنية اللازمة لتنظيم انتخابات مجالس الهيئات المحلية في موعدها المحدد اعلاه.
٣. تكليف وزير الحكم المحلي بمتابعة تنظيم و اجراء الانتخابات مع لجنة الانتخابات المركزية.



دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٠/٥٣١

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٥ وبعد أن أطلع مجلس الوزراء على كتاب رئيس لجنة الانتخابات المركزية المؤرخ في ٢٠١٠/٤/١٤ اصدر القرار (١٣/٤٦/٠٢ م.و/س.ف) الذي تضمنت المادة الاولى منه ما يلي:

١. استمرار التدابير الازمة لاجراء انتخابات مجالس الهيئات المحلية في محافظات الضفة الغربية في التاريخ المحدد ٢٠١٠/٧/١٧.
٢. تأجيل انتخابات مجالس الهيئات المحلية في قطاع غزة الى حين تمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الادارية و الفنية و متطلبات عقدها وفقا لاحكام القانون.
٣. تكليف لجنة الانتخابات المركزية مواصلة العمل و الاستمرار في اتخاذ التدابير الازمة لاستكمال متطلبات اجراء هذه الانتخابات في قطاع غزة وفقا لاحكام القانون.

وبتاريخ ٢٠١٠/٥/٥ اصدر سيادة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس دولة فلسطين قرارا تضمنت المادة الاولى منه ما نصه: "يسمح لافراد الشرطة و قوى الامن الاقتراع في يوم واحد يسبق الموعد المحدد لبدء الاقتراع يحدد باعلان يصدر عن لجنة الانتخابات المركزية على ان يتم البدء بفرز الاصوات من صناديق الاقتراع لافراد الشرطة و قوى الامن في نفس الوقت الذي يم فيه بدء فرز الاصوات من صناديق الاقتراع في انتخابات مجالس الهيئات المحلية باعتبار ان العملية الانتخابية كل متكامل و يجري الاقتراع طبقا لنفس الاحكام و الاجراءات المطبقة في يوم الاقتراع المحدد بقرار مجلس الوزراء".

وبتاريخ ٢٠١٠/٦/١٠ اصد مجلس الوزراء القرار المطعون فيه.

وبتاريخ ٢٠١٠/٦/١٠ اصدرت لجنة الانتخابات المركزية البيان التالي حول تأجيل الانتخابات المحلية:

((تلقت لجنة الانتخابات المركزية من مكتب رئيس الوزراء بعد ظهر يوم الخميس الموافق ٢٠١٠/٦/١٠ قرارا بتاجيل موعد اجراء انتخابات مجالس الهيئات المحلية التي كانت مقررة في ١٧ تموز المقبل الى موعد لاحق وذلك بناء على الصلاحيات المخولة لمجلس الوزراء حسب قانون الانتخابات المحلية و بناء على مقتضيات المصلحة العامة كما ورد في قرار التاجيل .

وتنتهز اللجنة هذه المناسبة للتعرب عن شكرها لكافة القوى و الاحزاب السياسية و القوائم الانتخابية المستقلة و مؤسسات المجتمع المدني على تعاونها خلال الفترة الماضية في التحضير لاجراء

دعوى عدل عليا

رقم: ٢٠١٠/٥٣١



الانتخابات. كما تنتقد بالشكر و التقدير الى كافة طواقمها التي عملت على مدار الساعة خلال الفترة الماضية في سبيل انجاح العملية الانتخابية و التي برهنت على جاهزية اللجنة الدائمة للتعامل مع اي حدث انتخابي. و تأمل اللجنة ألا يكون لقرار تأجيل المشار إليه اعلاه اي اثر على الارث الديمقراطي في فلسطين و الذي اصبح نهجا نعتز به و نفتخر.

تنويه : يشير قرار مجلس الوزراء "بمسماه" الى تأجيل الانتخابات غير أن مضمون القرار هو الغاء قراري مجلس الوزراء بشأن الدعوة للانتخابات و تحديد موعدها)).

و بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٢ تقدمت الجهة المستدعاة بهذا الطعن،

و تخلص المحكمة مما تقدم الى الحقائق التالية:

١. ان قرار مجلس الوزراء بإجراء الانتخابات لمجالس الهيئات المحلية قدر صدر رغم وقوع الانقسام المؤسف بين شطري الوطن في عام ٢٠٠٧.

٢. ان مجلس الوزراء قرر الاستمرار في اجراءات الانتخابات في محافظات الضفة الغربية و تأجيل انتخابات مجالس الهيئات المحلية في قطاع غزة بعدما اعلنته اللجنة المركزية للانتخابات بعدم تمكنها من استكمال استعداداتها الادارية و الفنية و متطلبات عقدها وفقا لاحكام القانون.

٣. ان اجراء الانتخابات لمجالس الهيئات المحلية قد حظي بموافقة سيادة رئيس دولة فلسطين _ رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية_ رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الذي قرر بتاريخ ٢٠١٠/٠٥ السماح لافراد الشرطة و قوى الامن بالاقتراع قبل الموعد المحدد لاقتراع المواطنين باعلن يصدر عن لجنة الانتخابات المركزية.

٤. ان لجنة الانتخابات المركزية قد استكملت اجراءاتها في التحضير لإجراء الانتخابات و أكدت على جاهزيتها على التعامل مع اي حدث انتخابي و انها عملت بالقرار الطعين بعد صدوره.

٥. ان القرار المطعون فيه هو في حقيقة الامر الغاء للانتخابات و ليس تأجيلا لها طالما انه لم يحدد آجلا للتأجيل و ان ما ذهبت اليه لجنة الانتخابات المركزية بهذا الخصوص موافق ل الواقع و القانون.

و بتطبيق حكم القانون على وقائع هذه الدعوى و حيث ان الاصول في صياغة الاحكام توجب ان يقدم الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاص المحكمة على ما سواه فاننا سنبدأ بالدفع الثاني الذي اثارته النيابة العامة و الذي مفاده ان المحكمة غير مختصة لأن القرار المطعون فيه هو من اعمال السيادة.

دعوى عدل عليا

رقم: ٢٠١٠/٥٣١



و في هذا الخصوص نرى ان نبين ابتداء ما يلي:

١. ان اعمال السيادة هي بطبيعتها اعمال ادارية و ان الدفع بان بعض القرارات الادارية هي من اعمال السيادة يهدف لتحسين هذه القرارات من رقابة القضاء كونها مشوبة بعدم

المشروعيه الامر الذي ادى لان يعتبرها الفقهاء بأنها و بحق تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعيه و اصبحت لديهم رغبة شبه اجتماعية بزوالها من عالم القانون في المجتمعات التي يقوم كيانها على مبدأ سيادة القانون.

٢. أنه بسجل للمشرع الفلسطيني باعتراز انه وافق ما انتهى اليه الفقه بهذا الخصوص و نص في المادة ٣٠ من القانون الاساسي على انه يحظر النص في القوانين على تحسين اي قرار او عمل اداري من رقابة القضاء و انه بذلك واكب روح العصر.

٣. ان القضاء ساير توجه الفقه بالنسبة لاعمال السيادة و ضيق من نطاق تطبيقها و حصرها في مجالات محددة.

٤. ان القضاء في فرنسا و مصر استقر على انه في ظل الاحوال ان عمل السيادة هو كل عمل يقرر القضاء له هذه الصفة.

٥. ان القضاء الاداري في البلاد التي نصت قوانينها على اعمال السيادة حصرت هذه الاعمال في الحالات التالية:

أولاً: الاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبلدان و بضمان سير السلطات العامة وفق الدستور.

ثانياً: الاعمال المتعلقة بسير مرافق التمثيل الدبلوماسي.

ثالثاً: الاعمال المتعلقة بالحرب.

رابعاً: بعض الاعمال المتعلقة بسلامة الدولة و منها الداخلي في نطاق الحدود و الضوابط التي بينها القانون.

انظر كتاب الدكتور سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية صفحة ١٤٥ و ما بعدها.

وبالعودة الى موضوع الدفع بعدم الاختصاص الذي أثارته النيابة العامة على اعتبار ان القرار الطعن هو من اعمال السيادة تجد المحكمة الآتي :

١. أنه من الرجوع لنص المادة ٨٥ من القانون الاساسي و التي جاء فيها أنه تتظم البلاد بقانون في وحدات ادارية محلية تتمتع بالشخصية الاعتبارية و يكون لكل وحدة منها



مجلس منتخب انتخاباً مباشراً على الوجه المبين في القانون. و الى نص المادة الرابعة من قانون انتخابات مجالس الهيئات المحلية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ و التي جاء فيها أنه تجري الانتخابات المحلية في جميع المجالس في يوم واحد كل أربع سنوات بقرار يصدر عن مجلس الوزراء يتضح بصورة مؤكدة ان اجراء الانتخابات العامة لمجالس الهيئات

المحلية هو استحقاق دستوري و قانوني يجب مباشرته في الموعد المحدد و على النحو الذي بيته و حدده القانون و أنه ليس منحة او خياراً للسلطة التنفيذية أن شاعت باشرته و ان شاعت تركته.

٢. ان القرار المطعون فيه لا يدخل ضمن الحالات التي استقر القضاء على اعتبارها من اعمال السيادة فهو ليس من الاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان و بضمان سير السلطات العامة وفق الدستور و هو ليس متعلقاً بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي و لا باعمال متعلقة بالحرب كما انه لا يدخل ضمن الاعمال المتعلقة بسلامة الدولة و أنها الداخلي بعد أن ثبت أن مجلس الوزراء قرر اجراء الانتخابات للهيئات المحلية بعد مضي اكثر من عامين على الانقسام المؤسف بين شطري الوطن ثم عاد وأكد على الاستمرار لى اجراءها في محافظات الضفة الغربية و تأجيلها في قطاع غزة رغم علمه بعدم تمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الادارية و الفنية و متطلبات عقدها فيه وفقاً لاحكام القانون هذا مع العلم بان لجنة الانتخابات المركزية قد استكملت اجراءاتها للتحضير للانتخابات في محافظات الضفة الغربية في موعدها المقرر دون عائق و دون وجود أي مظاهر من المظاهر التي تهدد الامن الداخلي و المحكمة ترى أن اجراء الانتخابات وتطبيق احكام القانون يعزز الامن و السلم الاهلي و يبعث على الطمأنينة و الاستقرار في المجتمع كما أنها ترى في قول النيابة العامة ((ان المصلحة العامة تتطلب اطلاق يد الحكومة بوصفها سلطة حكم في تنظيم المرافق العامة و في ادارتها على احسن وجه و ذلك باختيار اقدر الاشخاص على العمل في خدمة هذه المرافق و ابعد من ترى انه غير صالح و أن الاجراءات التي تتخذها الحكومة و الكفيلة بصيانة النظام العام و ضمان سير المرافق العامة بطريقة مستمرة و منتظمة و منتجة تتصل بمصالح الدولة العليا)) ما يعتبر هدماً لأسس الديمقراطية التي يقوم عليها النظام السياسي و الاجتماعي في فلسطين و التي كرسها بنصوص واضحة و صريحة القانون

دعوى عدل عليا

رقم: ٢٠١٠/٥٣١



الأساسي كما انها تمس في الصميم قيما و مبادئ راسخة في وجدان الشعب.

٣. ان وظائف و صلاحيات و سلطات المجالس المحلية المنصوص عليها في المادة ١٥ من قانون الهيئات المحلية تتحصر في تقديم الخدمات المتمثلة في تخطيط البلدات و الشوارع و ترخيص المباني و تامين الماء و الكهرباء و انشاء المجاري و تنظيم الحرف و الصناعات و جمع النفايات و مراقبة الصحة و المحلات العامة الى غير ذلك من الخدمات المماثلة و هي جميعها تتعلق بحياة المواطنين بصورة مباشرة و هم الاقر على معرفة و اختيار الاكفاء القيام بها و توقي مسؤوليتها و ليس لها علاقة بسلامة السلطة و أنها الداخلي او الخارجي لا من قريب و لا من بعيد.

بناءا على ما تقدم تجد المحكمة أن الدفع الذي اوردته النيابة العامة بعدم الاختصاص على اعتبار ان القرار الطعن من اعمال السيادة ليس له سند من القانون ولذلك فهو مستوجب الرد.
أما بالنسبة لصحة الخصومة والتي يجب أن تتحقق المحكمة منها قبل التصدي لموضوع الطعن تجد المحكمة أن الدعوى مقدمة من المستدعي عمر شفيق مطلق حمدان بصفته أحد المرشحين للانتخابات المركزية في مكتب منطقة نابلس و المحكمة ترى ان للمستدعي المذكور حق تقديم هذه الدعوى بصفته أحد المرشحين للانتخابات المحلية و هي صفة ثبتت له من اشعار استلام طلب التسجيل و الترشح المقدم منه للجنة المركزية و من اشعار ايداعه رسوم الترشح لدى البنك العربي لحساب اللجنة المركزية المبرزين ضمن حافظة مستندات المستدعي في حين أنه لا يحق له تقديم الدعوى بصفته مثلا لقائمة شهادة عصيرة القبلية لأن القانون لم يمنح القوائم الانتخابية الشخصية الاعتبارية المستقلة عن اعضاءها التي تخولها حق التقاضي، و من المسلم به أن الشخصية الاعتبارية لا تثبت لأي مجموعة من الاشخاص الا اذا نص القانون على منحها تلك الشخصية كما هو الحال في الشركات و الجمعيات و البلديات و غيرها من الاشخاص الاعتباريين. تعزيزا لما ذهبنا اليه نجد ان المشرع اعطى بموجب المادة ٥٥ من قانون انتخابات المجالس المحلية لكل ناخب او مرشح او وكيله حق الطعن في نتائج الانتخابات و لم يعط ذلك الحق لقائمة الانتخابية.

و من ناحية ثانية تبين ان المستدعي خاصم في هذه الدعوى كل من مجلس الوزراء مصدر القرار الطعن و رئيس مجلس الوزراء وذلك خلافا لما استقر عليه الفقه و القضاء من ان الخصومة يجب ان توجه لمصدر القرار.

بناءا على ما تقدم فان تقديم الطعن من المستدعي بصفته مثلا لقائمة شهادة عصيرة القبلية و مخاصمتها للمستدعي ضدّه الثاني رئيس مجلس الوزراء يكونان في غير محلهما.



دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٠/٥٣١

و بالعودة لموضوع الدعوى فان المحكمة تجد أن مضمون القرار المطعون فيه هو الغاء القرار الصادر عن المستدعي ضده الاول مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠١٠/٠٨/٢٠ القاضي بإجراء انتخابات مجالس الجهات المحلية بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٧.

و المحكمة ترى أن مجلس الوزراء في ذلك قد خالف القانون للأسباب التالية:

١. ان القرار الطعن الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٠٦/١٠ قد صدر بعد انقضاء المدة القانونية التي يجوز فيها للادارة سحب او الغاء قرار سبق ان اصدرته و هذه المدة هي مدة الطعن و هي محددة بستين يوما. ولا يغير من الامر شيئا قول النيابة العامة من ان مجلس الوزراء قد سحب او الغى القرار الصادر عنه بتاريخ ٢٠١٠/٠٤/٢٥ ذلك ان القرار هو قرار توكيدي للقرار الصادر عنه بتاريخ ٢٠١٠/٠٨ فيما يتعلق بإجراء الانتخابات بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٧.
٢. ان القرار الطعن لم يأتي مسببا خلافا لما استقر عليه الفقه و القضاء.
٣. ان قرار السحب او الاغاء غير جائز قانونا الا عندما يكون القرار المسحوب او الملغى قرار غير مشروع و قرار اجراء الانتخابات قرار مشروع لان الانتخابات و اجراءها في موعدها المحدد هو استحقاق دستوري و قانوني.
٤. ان صلاحية مجلس الوزراء تأجيل الانتخابات جزئيا او كليا يتوقف على طلب من لجنة الانتخابات المركزية باعتبارها الجهة التي اناط بها القانون مهمة تنفيذ قرار اجراء الانتخابات و لا يملك مجلس الوزراء بعد ان اصدر قراره بإجراء الانتخابات في موعد محدد ان يعود عن ذلك من تلقاء ذاته طالما ان لجنة الانتخابات المركزية لم تطلب ذلك.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة :

١. رد الطعن المقدم من المستدعي بصفته ممثلا لقائمة شهداء عصيرة القبلية الانتخابية شكلا لعدم الخصومة.
٢. رد الطعن ضد المستدعي ضده الثاني رئيس مجلس الوزراء شكلا لعدم صحة الخصومة.
٣. الغاء القرار المطعون فيه الصادر عن المستدعي ضده الاول مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠١٠/٠٦/١٠ و تضمينه الرسوم و مبلغ مائة دينار أتعاب محاما.

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وافهم بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٣

الرئيس
[Signature]

الكاتب : مهند سعيد

دقق:

م.خ

التعليق على الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٣١

"الغاء الانتخابات المحلية"

تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري- مصر
تعليق المحامي محمد استانبولي- الأردن
تعليق المحامي علي السفاريني- فلسطين

التعليق على حكم محكمة العدل العليا الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٣١

دكتور / فتحي فكري
أستاذ ورئيس قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

تعليق وتأكيد

ندرك أن العنوان المسطور أعلاه يلفه قدر من الغموض، من اللازم إذ احتجه بداية لتبين جوانب الصورة، ويصبح بمقدور القارئ تقييم الأفكار المطروحة ملماً بالأبعاد المباشرة أو غير المباشرة للموضوع. فعقب الطعن على قرار مجلس الوزراء القاضي "بتأجيل" إجراء الانتخابات المحلية التي كان من المقرر إتمامها في ٢٠١٠/٧/١٧، استفسرت منا نشرة "عين على العدالة"^١ عن بعض النقاط القانونية بخصوص القرار الطعن.

وحينما صدر الحكم في النزاع تلاقت المفاهيم التي بسطناها في النشرة المنوه عنها مع الحلول التي خلص إليها قضاء محكمة العدل العليا.

ومن هنا أثرنا أن نسجل أن جانباً مما سيرد بيانيه في هذه المقالة سبق لنا ذكر مضمونه، وإن كان ذلك لا يمنع من أن الإطلاع على حيثيات الحكم والمذكرات المتبادلة بين الخصوم وكذا مرفقات الدعوى المتاحة الآن لنا، قد فتح الآفاق لتعزيز جزئيات سبق معالجتها، والتصدي لأخرى قفزت أمامنا. في هذا السياق إنحرنا لعبارة «تعليق وتأكيد».

ويلي الفراغ من الإيضاح السابق التطرق لل موضوع، ومقدمته المنطقية الوقوف على واقعات النزاع. ولما كان التسلسل التاريخي لتلك الواقعات من الأهمية بمكان، فإننا سنطرحها وفقاً لترتيبها زمنياً:

- في ٨ فبراير (شباط) ٢٠١٠ أصدر مجلس الوزراء قراراً بإجراء الانتخابات لجميع مجالس
- الهيئات المحلية في ١٧ يوليو (تموز) ٢٠١٠.

- في ٢٥ إبريل (نيسان) ٢٠١٠ أصدر ذات المجلس قراراً آخر بتأجيل انتخابات مجالس هيئات المحلية في قطاع غزة إلى حين تمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الإدارية والفنية ومتطلبات عقدها.

- في ١٠ إبريل (نيسان) ٢٠١٠ أصدر رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قراراً بتحديد المقاعد المخصصة للمسيحيين والمسلمين في المجالس المحلية التي ستجرى الانتخابات بها.

- مع قرب موعد الانتخابات أصدر رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في ٥ يونيو (حزيران) ٢٠١٠ قراراً آخر يحدد فيه موعد اقتراع أفراد الشرطة وقوى الأمن في انتخابات الهيئات المحلية.
- في ١٠ يونيو (حزيران) وفي اللحظات الأخيرة لتسجيل قوائم المرشحين أصدر مجلس الوزراء قراراً بتأجيل إجراء انتخابات المجالس المحلية لموعد يعين في وقت لاحق.
- قدر البعض انتهاك هذا القرار لصحيح القانون، مما دفعه للمطالبة بإلغائه موضوعاً، وبوقف تنفيذه بصورة مستعجلة لحين الفصل في النزاع.
- في ١٣ ديسمبر (كانون الأول) ٢٠١٠ حسمت محكمة العدل العليا مشروعية القرار بالقضاء بإلغائه، ولكن هذا القضاء جدد إشكاليات، وخلف تساؤلات، واستدعاي إثارة الحذر من التداخل بين بعض الأفكار. ومن هذا المنظور سينطلق ما سيلي من تحليل:

إشكالية متعددة:

سبق لنا التطرق إلى الحاجة لدعم دعوى الإلغاء بطلب مستعجل يتمثل في وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين الفصل في الموضوع^١.

وأبناً أن قاعدة الأثر غير الواقف للطعن بالإلغاء تفضي، في غير فرض، إلى صدور أحكام لا طائل من ورائها عملياً، حيث سيكون القرار المقصي بعدم مشروعيته قد استند كافة أغراضه واقعياً، ويضحي الحكم بالإلغاء مجرد إقرار نظري بصحة تقدير الطاعن.

فما قيمة دعوى إلغاء قرار هدم مبني له طابع أثري؟ وما جدوى إلغاء قرار منع مريض من السفر للعلاج بعد استفحال حالته الصحية بحيث بات الشفاء ميئوساً منه؟

ولا محل للتعوييل على قضاء التعويض في الحالات الفائتة، فالآثار أبعد من أن تجبر بمال أو تمحى بنقود.

ويحمد لمحكمة العدل العليا أنها تقبل طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية مع تخلف نص قانوني يجيزها ويقر نظر القضاة لها.

إلا أنها نعتقد أن ضوابط هذا الطلب لم تتبادر بعد بصورة كافية.

فطلب وقف التنفيذ كنمط من أنماط القضاء المستعجل يجب أن يستوفي ضابط مزدوج:

- الاستعجال وهو ما يترجم بتعذر تدارك نتائج تنفيذ القرار الطعن.
- ترجيح مأخذ القرار لاحتمال القضاء بعدم مشروعيته حال نظر الدعوى موضوعية.

وهذا المطلب بديهيان، ولذا يلزم توافرهما ولو أغل الشارع اقتضاءهما كلياً أو جزئياً.
فقانون مجلس الدولة المصري ينص في المادة ١/٤٩ على تقيد طلب وقف التنفيذ بالاستجال
فحسب^٢، ومع ذلك اطرد القاضي الإداري على ضرورة استيفاء الطلب أيضاً لشرط الوسائل الجدية.
وتعبيراً عن ذلك النهج أوضحت المحكمة الإدارية العليا في أحد حكماتها أنه "من المستقر في قضاء
هذه المحكمة أن مناط الحكم بوقف القرار الإداري هو توافر ركين أساسيين أولهما الجدية ومؤداه
أن يبني الطلب على أسباب يرجح معها بحسب الظاهر من الأوراق الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه
والثاني ركن الاستجال ومقتضاه أن يترتب على تنفيذ القرار آثاراً يتعدى تداركها فيما لو تراخي
القضاء بإلغائه، فإن تخلف أي منهما وجوب القضاء برفض الطلب"^٣.

وبإعمال ما سبق على النزاع محل التحليل سنجد أن صحيفة الطعن التمتن بالفعل وقف القرار المطعون فيه
كأحد الطلبات الختامية، دون أن تتطرق في الصلب إلى بيان توافر الاستجال مشفوعاً بالوسائل الجدية.
وموقف محكمة العدل العليا من طلب وقف التنفيذ لا يكاد، في هذه الجزئية، يفترق عن الوضع السابق.
ففي الجلسة المنعقدة بتاريخ ١٨/٧/٢٠١٠ أصدرت المحكمة قراراً مؤقتاً برفض طلب وقف التنفيذ،
دون أن تلتفت إلى شرائطه وتوافرها من عدمه في الحالة المعروضة، حتى أن الرفض جاء في عبارة
عارضة في إطار دعوة المستدعي ضدتهم بتقديم دفاعهم ودفعهم.

ولا مراء في أن غياب نص ينظم وقف تنفيذ القرارات الإدارية يشكل العامل الأساسي في الموقف
الباخت من هذا الطلب.

وأهمية طلب وقف التنفيذ لفاعليه دعوى الإلغاء، تدفعنا إلى تكرار النداء بتدخل المشرع لتقنين نظام
قانوني للطلبات المستعجلة في الطعون المستهدفة إلغاء القرارات الإدارية.
وإلى أن يستجيب المشرع ويحقق هذا الرجاء، فإننا نأمل من المحاكم أن تعمل المبادئ العامة بشأن
ضوابط الطلبات المستعجلة، ويحفز على ذلك الطابع الإنساني لقاضي المنازعات الإدارية^٤.

تساؤلات مُختلفة:

الصيغة التي صدر بها قرار مجلس الوزراء في ١٠ يونيو ٢٠١٠ اتسمت بعدم الجسم، ولذا لزم
تنقية العبارات المستخدمة لاستصفاء المعنى المراد.

والتدليل على ما سبق سنعرض للمواد الأولى والثانية والثالثة من القرار المنوه عنه أعلاه.
فالمادة الأولى تقرر: "١- إلغاء قرار مجلس الوزراء رقم (١٢/٣٦/٠١) م.ع/س.ف) لعام ٢٠١٠
بشأن موعد انتخابات مجالس الهيئات المحلية".

أما المادة الثانية فتنص على أن "يحدد مجلس الوزراء موعد إجراء انتخابات مجالس الهيئات المحلية القادمة في موعد لا حق".

وأخيراً تضيي المادة الثالثة بأن "يلغى الأثر القانوني لكافحة الإجراءات التي تم اتخاذها بناء على القرارات المشار إليها في المادة الأولى من هذا القرار".

ومجمل تلك المواد يطرح إشكالية مزدوجة:

- هل نحن بصدده تأجيل للانتخابات كما توحى المادة الثانية بحديثها عن تحديد موعد لاحق لإتمامها، أم أن الأمر في مكتونه ومضمونه هو إلغاء لتلك الانتخابات؟
- يلي تحديد طبيعة القرار بيان خصوصه للرقابة القضائية، أم أنه من أعمال السيادة التي تنفلت منها؟

(١) الانتخابات بين التأجيل والتعطيل:

ألمح قرار مجلس الوزراء في ٢٠١٠ يونيو إلى تحديد موعد لاحق لإجراء الانتخابات المحلية، وهو ما يعطي الانطباع بأننا بصدده مجرد تأجيل للانتخابات لا تعطيلها.

وبطبيعة الحال يختلف وضع التأجيل عن التعطيل. فالتأجيل لا يلغى الانتخابات، وبالتالي يتحمل الجدال في مشروعيته، أما الإلغاء فيعني حقاً دستورياً، ولا يمكن من ثم الدفاع عنه. فالانتخابات سواء كانت تشريعية أو محلية تمثل مشاركة في الحياة السياسية مضمونة للمواطنين بالمادة (٢٦) من الوثيقة الدستورية.

ومن المُجمع عليه أن الحقوق الدستورية لا تمتلك السلطة التشريعية إلا تنظيمها، إذ يمتنع عليها تقييدها كلياً أو جزئياً^٦. وهذا الحظر الذي يعترض السلطة الممثلة للشعب (البرلمان) يقوم، من باب أولى، في وجه السلطة التنفيذية.

ولقد أفصحتنا قبل صدور الحكم أن «قرار تأجيل الانتخابات إلى أجل غير مسمى، هو في حقيقته إلغاء لتلك الانتخابات»^٦.

فالتأجيل بمعناه الفني كان يتحقق لو أن القرار الطعين حدد لحظة صدوره التاريخ الذي سيجرى فيه الاقتراع، أو على أقل تقدير أبان أن هذا التحديد سيتم خلال فترة زمنية معينة.

أما وقد خلا القرار من تحديد موعد الانتخابات في الحال أو الاستقبال، فلا مدعى من اعتباره بمثابة إلغاء لها.

ولتبديد أي قدر من الشك حول إننا بصدق إلغاء لانتخابات لا تأجيلها، نشير إلى أن قرار مجلس الوزراء نص في مادته الثالثة على إلغاء الأثر القانوني للإجراءات التي تم اتخاذها استعداداً لإجراء الاقتراع، وفي صدارتها، تسجيل القوائم الانتخابية.

فلو كانت النية تتجه إلى إجراء الانتخابات في وقت لاحق، لما أعدم المشرع الخطوات المتخذة في هذا الشأن، ليس فقط منعاً لإهدار الجهد المبذولة والوقت المنفق، وإنما أيضاً سعياً لإجراء الانتخابات في أقرب فرصة بما يوافق فكرة التأجيل، وبحيث يعاد انطلاق سير العملية الانتخابية من النقطة التي توقفت عندها. ولا يسعنا والوضع كذلك إلا أن نساير محكمة العدل العليا فيما خلصت إليه من أن "مضمون القرار المطعون فيه هو في حقيقة الأمر إلغاء لانتخابات وليس تأجيلاً لها طالما أنه لم يحدد أجلاً للتأجيل...". ونعتقد أنه من الضروري قبل الفراغ من الجزئية موضع النقاش أن تتصدى لاختصاص مجلس الوزراء بتأجيل الانتخابات المحلية.

وبالعودة للقرار نجد أنه ببر سنه بالصلاحيات المخولة لمجلس الوزراء، ولقتضيات المصلحة العامة. وسنستهل التحليل بالسند الأخير.

فالقول بأن مقتضيات المصلحة العامة هي مبرر إصدار القرار لا يضيف أي جدي، فكافحة القرارات الإدارية ينبغي أن تتroxى المصلحة العامة، يستوي أن ينص القانون على ذلك أم لا، أو أن يشير القرار للأمر أو يغفل عنه.

وكان على مصدر القرار، إذا أراد المعاضة فيما ذهب إليه، أن يكشف عن أوجه تحقيق ما صدر عنه للمصلحة العامة بشكل تفصيلي وتحليلي، وليس في عبارة مجملة ومفترضة في جميع تصرفات السلطات العامة. أما الزعم بأن مجلس الوزراء سن القرار الطعن اعتماداً على الصلاحيات المخولة له، فيدفعنا للبحث عما إذا كان القانون قد منح مجلس الوزراء بالفعل مكنة تأجيل الانتخابات المحلية.

بمطالعة المادة (٥) من قانون الانتخابات المحلية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ نجد أنها تنص على أن "لجنة الانتخابات المركزية أن تطلب تأجيل موعد الانتخابات في مجلس أو أكثر من المجالس المحلية لمدة لا تزيد على أربعة أسابيع، إذا اقتضت ذلك الضرورات الفنية وسلامة الانتخابات، ويصدر قرار التأجيل عن مجلس الوزراء".

ويبين من النص أن قرار مجلس الوزراء بتأجيل الانتخابات متقل بثلاثة ضوابط:

١. وجود طلب بتأجيل من لجنة الانتخابات المركزية؛

هذا الطلب إجراء جوهري لإصدار القرار الإداري بتأجيل، من شأن إسقاطه أو التغافل عنه بطalan القرار وانزلاقه إلى حومة عدم المشروعية^٧.

وقد افتقد القرار هذا الطلب، فلم يدع مجلس الوزراء تقادمه، ولم ينسب للجنة الانتخابات المركزية التقدم باقتراح يتعلق به.

ولا يفوتنا هنا أن نعرج على ما سُطر في مذكرة دفاع مجلس الوزراء، من أن طلب التأجيل قاصر على حالة عدم إجراء الانتخابات في بعض المجالس المحلية، أما الفرض الخاص بامتناع الانتخابات في كافة تلك المجالس، فلا محل فيه لهذا الطلب^٨.

والحقيقة أن عدم إنفراد مجلس الوزراء بقرار تأجيل الانتخابات في بعض المجالس، وضرورة تقديم لجنة الانتخاب بطلب في هذا الصدد، يجعلنا نميل إلى أن تأجيل الانتخابات في كافة المجالس يتطلب الالتزام بذات القيد من منطلق خطورة وجسامته التعطيل العام لصورة من صور المشاركة الشعبية في الحياة السياسية.

هذا على فرض جواز التقدم بمثل هذا الطلب من الأساس.

وتترى انتهاكات الضوابط التي شيدتها الشارع لتأجيل انتخابات بعض المجالس المحلية، كما سنرى توًا.

٢. عدم تجاوز التأجيل لأربعة أسابيع:

سمح القانون بتأجيل انتخابات بعض المجالس المحلية، ولكنه لم يترك للجهة الإدارية، حرية تقدير فترة التأجيل إذ قضى بـألا يتجاوز التأجيل فترة أربعة أسابيع.

وكما نعلم فإن القرار الطعن وإن قرر تأجيل الانتخابات فإنه تجاوز عن موعد إتمامها، مما يدعم ما بيانيه من انطواء القرار على إلغاء الانتخابات لا مجرد تأجيلاً.

٣. ركون التأجيل لضرورات فنية وسلامة الانتخابات:

السماح بتأجيل انتخابات بعض المجالس المحلية رهن بضرورات فنية أو متطلبات سلامة العملية الانتخابية. وبالتالي لا يجوز التذرع بأسباب أخرى للتأجيل الذي حدد النص دواعيه حسراً لا مثلاً.

ولا يجدي في هذا الصدد التعويل على منع المحافظات الجنوبية للجنة الانتخابات من ممارسة دورها التحضيري في تلك الأماكن وإغلاق مقارها ومكاتبها، فذلك الأمر سبق القطع فيه منذ إبريل (نسيان) ٢٠١٠ بإعلان تأجيل الانتخابات في تلك الأماكن^٩.

ولا يعقل أن يفضي تعذر إجراء الانتخابات في محافظة أو أكثر إلى منع الانتخابات في باقي المحافظات، و إلا بدا الأمر وكأننا نعاقب المحافظات المؤهلة لإتمام الانتخابات بفعل غيرها.

ويتأكد هذا الاستخلاص من أننا بصدده إجراء تشكيل مجالس محلية، أي مجالس تمثل كل محافظة للإسهام في أداء الخدمات في نطاقها.

وهذا الوضع يختلف عن تكوين البرلمان والذي يفترض أن يمثل فيه الشعب على تباين فئاته ومختلف أقاليمه.

(٢) اندراج قرار إلغاء الانتخابات المحلية ضمن أعمال السيادة:

أظهر التفصي السابق أن قرار مجلس الوزراء في ١٠ يونيو (حزيران) ٢٠١٠ كان بإلغاء انتخابات المجالس المحلية لا مجرد تأجيلها.

وحيثما رفع أمر هذا القرار للقضاء تذرعت الحكومة بنظرية أعمال السيادة لمنع المحكمة من نظر الدعوى. وأعمال السيادة هي محض أعمال إدارية، وبالرغم من ذلك لا يختص القضاء بنظر الطعون التي توجه إليها بطريق مباشر (طلب الإلغاء أو التعويض) أو غير مباشر (فحص المشروعية).

فهل القرار الطعن يقع في دائرة ما يسمى بأعمال السيادة، ويتمتع وبالتالي بحصانة انتفاء الرقابة القضائية؟

قبل أن نحاول الإجابة على هذا التساؤل يحسن أن نزيل الخلط بين أعمال السيادة وبعض النظريات الأخرى كنظرية الضرورة.

وقد رصدنا هذا الخلط في مذكرة دفاع مجلس الوزراء المقدمة في ٢٠١٠/١١/٨ والتي جاء بها أن "الدعوى واجبة الرد لعدم الاختصاص لكون القرار محل الطعن محصن من رقابة القضاء باعتباره من أعمال السيادة التي استثنها المشرع من دعوى الإلغاء، فأعمال السيادة أو الحكومة كما يحلو للبعض أن يسميها هي بطبعتها أعمال إدارية ولكنها بمنجاه من كل رقابة قضائية مهما كانت درجة عدم مشروعيتها، أو الآثار الضارة المترتبة عليها، فإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي إخضاع أعمال الإدراة لرقابة القضاء، فإن بعض تصرفات السلطة الإدارية قد تحيط بها اعتبارات خاصة تجعل من المصلحة العامة لا تعرض على القضاء لما يحيط به من علانية وتحقيق وتجريح.... الخ ولأن القاعدة المسلم بها أن "سلامة الدولة فوق القانون..." .

وهذه العبارة تكشف أن دفاع مجلس الوزراء تدخلت لديه نظرية الضرورة وفكرة أعمال السيادة. فنظرية الضرورة يتحقق مناطها حينما تدahم الدولة بأخطار لا يمكن تجاوزها والتصدي لها طبقاً للقواعد المرعية، ولأن التمسك بتلك القواعد قد يفضي لإنهيار الدولة، وبالتالي اختفاء القانون، فإنه يسمح بمواجهة تلك الأخطار ولو بالخروج على القانون، من أجل الحفاظ على كيان الدولة وجودها. من هنا قيل أن سلامة الدولة فوق القانون.

أما أعمال السيادة فلا تفترض أو تشترط وجود خطر تعجز عن محاصرته القوانين المطبقة.

فعرض موضوع على الاستفتاء من أعمال السيادة، وكذا سحب مشروع قانون مطروح على البرلمان، وفي هذا المثال أو ذاك لا محل للزعم بوجود خطر تتعرض له الدولة أو يمس صميم كيانها، علاوة على أنه لم يتم العدول عن إتباع نص وتطبيق غيره كما يقع في حالة الضرورة. وبإغلاق الحديث في الجزئية السابقة يطرح التساؤل حول وجود مكانة لأعمال السيادة في القانون الفلسطيني.

ويعود التساؤل إلى البند الثاني من المادة ٣٠ من الدستور والذي ينص على أن "يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء".

والنص انطوى على عمومية تعطي الانطباع الأولي بنبذ القانون الأساسي لنظرية أعمال السيادة، فحظر التحصين من الرقابة انتصر - بحسب صريح النص - إلى أي عمل أو قرار. وإذا كان الخطاب في النص موجه للمشرع، فهو ينصرف كذلك إلى أي فكرة لا تستند إلى نصوص قانونية، لتوافر ذات العلة: تأكيد سيادة القانون من خلال إخضاع كافة القرارات المراجعة القضائية.

إلا أن النظرة المتمعة لا تتفق وتلك النتيجة، فنص المادة ٢/٣٠ من القانون الأساسي مقتبس - على الأرجح - من المادة ٦٨ من دستور ١٩٧١ المصري والتي تقضي بحظر "النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

ومع وجود النص خلصت المحكمة العليا (المحكمة الدستورية العليا الآن) إلى أن قاعدة عدم خصوص أعمال السيادة للرقابة القضائية بمثابة "قاعدة استقرت في النظم القضائية في الدول المتحضرّة وغدت أصلًا من الأصول القضائية الثابتة".^{١٠}

ولا يستفاد مما تقدم أن المادة ٢/٣٠ من القانون الأساسي تخلو من الفائدة، فمثل هذا النص يعبر عن اتجاه إرادة السلطة التأسيسية لإخضاع الأعمال الإدارية للرقابة القضائية. وإذا كانت هناك نظريات تخرج بعض تلك الأعمال من نطاق الرقابة، فإنها يجب أن تفسر في أضيق نطاق ممكن، حتى لا نخرق القاعدة المرساة بنصوص الوثيقة الدستورية.

وهذا هو ما اتجهت إليه محكمة العدل العليا، إذ أنها بعد أن ذكرت المادة ٢/٣٠ من القانون الأساسي، أفادت بأن القرار الطعن لا يندرج ضمن قائمة الأعمال المعتبرة من أعمال السيادة، وهو ما يفيد بوجود تلك النظرية حال تعلق الأمر بالأعمال المندرجة في نطاقها.

إلا أن التسلیم بأعمال السيادة يفتح الباب للتعرف على المعيار المميز لها.

وكما هو معروف، فإن تلك النظرية فرنسية المنشأ والمنبت. وترددت عدة تحريرات لتبريرها، تبرز الكتابات – عادة – ثلاثة منها:

- ال باعث السياسي: يكتسي العمل بوصف السيادة إذا صدر بباعث سياسي. وهذه الفكرة تفتح الباب واسعاً أمام السلطة التنفيذية لتفلت بسهولة من الرقابة القضائية، إذ يكفيها إعلان وجود باعث سياسي وراء تصرفها لكي تنسحب الرقابة القضائية، ويغلق ملف مناقشة مشروعية تصرفها.

وبعبارة أخرى فإن ناصية الرقابة القضائية للتصرفات الإدارية ستعقد للسلطة التنفيذية، إن شاءت أفسحت المجال لها، وإن أبت تذرعت بالبواعث السياسية.

وعدم منطقية هذه النتيجة أفضى إلى هجر تلك النظرية، خصوصاً مع تحول مجلس الدولة من مرحلة القضاء المحجوز إلى مرحلة القضاء البات^{١١}.

- التفرقة بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة: تصدر القرارات من السلطة التنفيذية بوصفها حكومة تارة وبوصفها إدارة تارة أخرى.

وأعمال السلطة التنفيذية كإدارة وحدتها هي التي تخضع للرقابة القضائية، بحسبان أن أعمال الحكومة يُبحث مصيرها أمام المجالس النيابية.

إلا أن هذا المعيار عاقد صعوبة الاتفاق على خط واضح لفصل أعمال الحكومة عن أعمال الإدارة. وتعود تلك الصعوبة – بصورة أساسية – إلى أن التفرقة بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة "لها جانب سياسي، وبالتالي فإن معالجتها طبقاً لمعايير قانوني يفيد الفشل مقدماً"^{١٢}.

- القائمة القضائية: إزاء الانتقادات التي أحاطت بمعايير السابقين قنع الفقه بإعداد قائمة لأعمال السيادة مستخلصة من أحكام القضاء.

- وتشتمل القائمة – بصورة رئيسية – على طائفتين من الأعمال:

• علاقة الحكومة بالبرلمان كدعوة البرلمان للانعقاد وفض دور انعقاده وحل المجلس النيابي واقتراح مشروع قانون أو سحبه... الخ.

• العلاقات الدولية كالمعاهدات وأعمال حرب.

ويتسم معيار القائمة القضائية بالمرونة، بحيث يمكن للقضاء التدخل بالحذف والإضافة من مفردات القائمة حسب مقتضيات الحال.

وهكذا فإن وجود عمل ضمن القائمة لا يكسبه حصانة دائمة ضد الرقابة القضائية، فقد تتبدل

الاعتبارات المدرجة له ضمن أعمال السيادة بما يستتبع إخراجه منها، ومن أظهر أمثلة ذلك سحب صفة عمل السيادة عن قرارات العفو عن العقوبة في فرنسا.

وحسناً فعلت محكمة العدل العليا بتبنيها معيار القائمة القضائية، وخلوصها إلى رفض اعتبار قرار إلغاء الانتخابات المحلية من أعمال السيادة، حيث "لا يدخل ضمن الحالات التي استقر القضاء على اعتبارها من أعمال السيادة فهو ليس من الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان وبضمان سير السلطات العامة وفق الدستور وهو ليس متعلقاً بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي ولا بأعمال متعلقة بالحرب كما أنه لا يدخل ضمن الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي..." .

وقد سبق لنا، وقبل صدور الحكم، أن أوضحنا أن الأعمال الواردة في القائمة القضائية تفيد أنها تتصل بعلاقة السلطة التنفيذية بسلطة أخرى.

وبناء عليه فإن قرار مجلس الوزراء بإلغاء انتخابات المجالس المحلية إذ لا يتعلق بسلطة أخرى، فإنه لا يتمتع بوصف العمل السياسي، ولا يتسلب بالتالي من الرقابة القضائية.

وإذا كانت الأسئلة السابقة قد عثرت على إجابات لها، فهناك أخرى لا زالت معلقة.

ويدور السؤال الأول حول ملائمة تدخل الشارع الفلسطيني لتقنين أعمال السيادة، أم أنه من الأمثل ترك الأمر كاجتهاد قضائي؟

نحن نميل إلى إبقاء الوضع على ما هو عليه، أي بعدم تدخل الشارع للنص على أعمال السيادة لسببين:

- وجود نص قانوني لأعمال السيادة لن يضيف أي جديد للنظام القانوني. فإن قرار القضاء للنظرية يجعل النص عليها بمثابة تحصيل حاصل، وليس من مهام التشريعات التأكيد على ما هو مستقر ومؤكد.

- التطور، خصوصاً مع هدир موجة حقوق الإنسان، قد يدفع فكرة أعمال السيادة إلى التراجع بل التلاشي. وفي الفرض الأخير قد يقف وجود النص على أعمال السيادة حجر عثرة في سبيل التخلص منها، رغم تهاوي أساس بنائها.

أما السؤال الثاني، فيتعلق بمدى صواب منهج عرض مفردات معيار القائمة القضائية لأعمال السيادة.

في الحقيقة لا نجد مفراً من التحفظ على منهج عرض مفردات معيار القائمة القضائية، حيث سردت حيثيات الحكم العديد من الأعمال التي تندرج في تلك القائمة، وهو ما لا يتفق والمنهج الصائب في التسبيب، فطبقاً للأصول المقررة يتعين الاقتصار على تحديد إذا ما كان العمل المطروح من أعمال

السيادة أم لا، حتى لا يختلط الأمر بين تسبب الحكم القضائي والتحليل النقيدي الفقهي. أما السؤال الثالث والأخير، فيختص تحديد كيفية تحجيم حصانة أعمال السيادة.

في هذا الإطار نأمل في مسعى مزدوج.

فمن جانب ندعوا لإتباع منهج مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق قاعدة الأعمال القابلة للإنفصال. ففي غير فرض وجدنا القاضي الإداري في فرنسا يقرر أن العمل يقع في دائرة علاقة الدولة بالدول الأخرى^{١٣}، أو بتنظيم الصلة بين السلطات التنفيذية والتشريعية، إلا أن القرار المطعون فيه يقبل الإنفصال عن هذه الطائفة أو تلك بما يخلع وصف عمل السيادة عنه.

ومن جانب آخر، نناشد فتح الباب أمام التعويض عن بعض أعمال السيادة، ولتكن التعويض في الحالات التي يمكن أن تتأسس على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وعلى هذا النحو يزول الاعتراض بأن التعويض على أساس الخطأ يفضي إلى فحص مشروعية العمل وهو ما يناقض الحصانة المقررة لأعمال السيادة^{١٤}.

الحذر من التداخل بين بعض الأفكار:

استلفت نظرنا الحيثية الواردة في حكم محكمة العدل العليا والقاضية بأن القرار الطعن "صدر بعد انقضاء المدة القانونية التي يجوز فيها للإدارة سحب أو إلغاء قرار سبق أن أصدرته وهذه المدة هي مدة الطعن وهي محددة بستين يوماً".

ومن الملاحظ أن الحكم قرن السحب بالإلغاء الإداري واحتضنها لذات القاعدة ألا وهي التقيد بمدة الطعن بالإلغاء.

وحتى لا تغم الحقائق لابد من التمييز بين السحب والإلغاء الإداري، فالسحب يعني إزالة الإدارة للقرار بأثر رجعي.

أما الإلغاء الإداري فيحدد بالمستقبل، أي أنه يوقف إنتاج العمل لآثاره في الفترة التالية للإلغاء دون المساس بما وقع في الماضي.

وبهذا يفترق الإلغاء الإداري عن الإلغاء القضائي الذي يعدم القرار بأثر رجعي.

وهذا الخلاف في المضمون لابد وأن ينعكس على النظام القانوني للسحب والإلغاء.

فالسحب يمتنع عن القرارات المشروعة^{١٥}، أي أن جوازه ينحصر في القرارات المخالفة للقانون، وحرصاً على استقرار المراكز القانونية قصر السحب على فترة الطعن بالإلغاء، حيث ينغلق السبيل أمام تلك الآلية بانصرام أو انقضاء تلك الفترة^{١٦}.

وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا بمصر هذه الضوابط في حكم لها عام ٢٠٠٣ بقولها "إنه من الأصول المسلمة أن سحب القرارات الإدارية لا يكون سليماً ومشروعًا ومنتجاً لآثاره إلا إذا تم في إطار النظام القانوني المقرر لاتخاذ هذا الإجراء بأن يجري السحب بالطريق الذي رسمه القانون وبالأدلة القانونية للسحب... من يملك ذلك طبقاً للقانون هذا ولا يسوغ السحب إلا من ذات مصدر القرار المراد سحبه أو من يعلوه من السلطات المختصة - إن وجدت - وليس يسوغ السحب من أي سلطة أدنى من مصدر القرار المراد سحبه، كما يتوجب أن تجري السلطة المختصة السحب في خلال الميعاد المحدد قانوناً لذلك وهو ستون يوماً من تاريخ إصدار القرار المراد سحبه إن ارتأت أنه قد شابه العوار وابتغت إعادة تصويب الأمر في إطاره الصحيح وذلك صوناً للمراكز القانونية وعدم زعزعتها بعد أن تكون قد استقرت بعد المدة المحددة بستين يوماً طبقاً للقانون وبغير إتباع ذلك يظل القرار المسحوب منتجًا لآثاره من الناحية القانونية..."^{١٧١}.

والوضع لا يتطابق بالنسبة للإلغاء الإداري الذي قد يطول القرارات المشروعة وفي أي وقت. فإذا كانت القرارات الفردية المشروعة تظل سارية حتى تنتهي نهاية طبيعية، فإن هناك أسباب عده تمنع الإدارة مكنته التدخل لإنهاء حياة تلك القرارات، بغض النظر عن فوات ميعاد الطعن بالإلغاء من عدمه، كتغير الظروف المادية التي صدر القرار وفقاً لها، أو اقتضاء المصلحة العامة هذا الإلغاء.^{١٨}. وهذا التباين في الأحكام، يدفعنا إلى التحرز من أن نقرن السحب بالإلغاء الإداري، حتى لا ي zenith اتحاد نظامهما القانوني.

الهواش

١. نشره عين على العدالة - عدد كانون الأول ٢٠١٠ - ص ٥٢.
٢. راجع تعليقنا على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٢٦ المنشور بمجلة العدالة والقانون - العدد (٩) ص ١٠٣.
٣. المحكمة الإدارية العليا - ١٩٩١/١١/٣ - مجموعة الأحكام - السنة (٣٧) - ص ١٥٣، ولمزيد من التطبيقات راجع على وجه الخصوص: محمد فؤاد عبد الباسط - وقف تنفيذ القرار الإداري - ١٩٩٧ - ص ٥٣٣ وما بعدها. وفي نظرة انتقادية لطلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية في مصر راجع: فتحي فكري - دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء - ٢٠١٠/٢٠٠٩ - ص ٣٦٧ وما بعدها.
٤. نحن نميل إلى أن الطابع الإنساني للقضاء الإداري لصيق بطبيعة المنازعة الإدارية، وما تتطوّر عليه من ضرورة تحقيق التوازن بين مصلحتين غير متكافئتين (المصلحة العامة والمصلحة الخاصة)، مع مراعاة أن المصلحة العامة تتتطور وتتغير باختلاف الزمان والمكان.
٥. أعلنت المحكمة الدستورية العليا (مصر) أن القواعد التي يتولى المشرع وضعها تنظيمياً للحقوق والحريات العامة، ومنها الحقوق السياسية، يتعمّن "ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتهاك منها، وأن لا تخلقيود التي يفرضها المشرع في مجال هذا التنظيم بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون للذين تضمنهما الدستور بما نص عليه في المادة ٨ من أن "تケفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين". وفي المادة ٤٠ من أن "الموطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة. لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة". المحكمة الدستورية العليا (مصر) - ١٩٨٧/٥/١٦ - مجموعة الأحكام - ج (٤) ص ٣١.
٦. نشره عين على العدالة - عدد كانون الأول ٢٠١٠ - ص ٥٢. وحرى بالتسجيل أن لجنة الانتخابات المركزية أصدرت في ٢٠١٠/٦/١٠ بياناً نوهت فيه إلى أن قرار مجلس الوزراء يشير إلى تأجيل الانتخابات، "غير أن مضمون القرار هو إلغاء قراري مجلس الوزراء بشأن الدعوة للانتخابات وتحديد موعدها". علمًا بأن اللجنة لم تحدد الدواعي التي حدث بها إلى هذا التنويه.
٧. إذا نص القانون على طلب جهة ما استصدار القرار، فإننا تكون بصدق إجراء، وإجراءات إصدار القرار واجبة الإتباع بحيث يتترتب على تجنب مراحتها عدم مشروعية العمل. ويختلف الأمر في ذلك عن الأشكال المقررة لإصدار القرار، فالشكل لا يبطل القرار إلا إذا كان جوهرياً، أي من شأن عدم الالتزام به التأثير في مضمون القرار. لمزيد من التفاصيل حول إجراءات وأشكال إصدار القرار الإداري والتطبيقات القضائية لذلك أنظر على سبيل المثال: فتحي فكري - وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء - ٢٠١٠/٢٠٠٩ - ص ٢٧٣ وما بعدها.
٨. راجع لائحة المستدعى ضدهما الجوابية المقدمة للمحكمة بجلسة ٢٠١٠/٨/٥.

٩. قرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٥ إبريل (نيسان) ٢٠١٠ والقاضي في بند الثاني بتأجيل انتخابات مجالس الهيئات المحلية في قطاع غزة إلى حين تمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الإدارية والفنية ومتطلبات عقدها وفقاً للقانون.
 ١٠. المحكمة العليا - ١٩٧٧/٢/٥ - المجموعة (من نوفمبر ١٩٧٦ حتى إنشاء المحكمة الدستورية العليا) - ص ٣٢. وحينما أطلت علينا المحكمة الدستورية العليا عام ١٩٧٩ اتبعت نهج استبعاد أعمال السيادة من الرقابة القضائية، وإن أطلقت عليها مؤخراً وصف الأعمال السياسية، ومن الأحكام المعتبرة عن هذا الاتجاه ذلك الصادر عام ١٩٩٣ والذي نقتبس من حبيثاته السطور التالية: "وإذ كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له، إلا أنه يرد على هذا الأصل - وفقاً لما يجري عليه قضاء هذه المحكمة - استبعاد "الأعمال السياسية" من مجال هذه الرقابة القضائية تأسياً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية. وحيث أن العبرة في تحديد التكيف القانوني "للأعمال السياسية" وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافي وهذه الأوصاف، ذلك أن استبعاد "الأعمال السياسية" من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً لاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال، واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضي من الجهة القائمة بهذه الأعمال - سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد، ولأن النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح للقضاء، فضلاً عن عدم ملاءمة طرح المسائل علناً في ساحاته".
 - المحكمة الدستورية العليا (مصر) ١٩٩٣/٦/١٩ - المجموعة - ج (٥) المجلد (٢) - ص ٣٧٦.
 ١١. راجع: فتحي فكري - مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية - ١٩٩٥ - ص ١٨٤.
 ١٢. راجع: فتحي فكري - مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية - المرجع السابق - ص ١٨٥، وكذا المراجع المشار إليها في ذات الموضوع.
 ١٣. هذه الفكرة قديمة في القضاء الفرنسي، ومن أوائل الأحكام التي استعانت بها حكم Goldschmidt لسنة ١٩٢٤. فقد كانت هناك اتفاقية دولية تعفي بعض المنتجات من منطقة الألزاس واللورين من الجمارك لدى دخولها ألمانيا. وطبقاً للاتفاقية تُعين فرنسا طبيعة وكيفية تلك المنتجات بقرار سنوي، وبمناسبة منازعة على هذا القرار أعلن مجلس الدولة الفرنسي بأنه ينفصل عن المعاهدة التي صدر تطبيقاً لها.
- C.E 27 juin 1924 , Goldschmidt et Strauss, Rec. p.607.
- ومن الأحكام التالية ذلك الصادر عام ١٩٨٨ والذي انتهى فيه القاضي الإداري إلى أن قرار الوزير الأول بنشر تقرير أعده نائب بالبرلمان كلف من الحكومة بمهمة إعداد التقرير ينفصل عن العلاقة بين الحكومة

والبرلمان، وبالتالي لا يندرج في قائمة أعمال السيادة، راجع الحكم والتعليق عليه في:

Jacqueline MORANO - DEVILLER, Droit administrative, 2007, p.668 – 670.

١٤. طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في مجال المعاهدات الدولية، وقضى بالتعويض في حكم شهير له
صدر عام ١٩٩٧.

C.E. 29 oct. 1976, Burgat, D.1978, J, p.76 note Louis – Vier. Et Lamoureut.

١٥. من تطبيقات المحكمة الإدارية العليا (مصر) في هذا الشأن حكمها الصادر سنة ١٩٩٢ " ومن حيث إنه من القواعد المسلم بها أن القرار الإداري السليم لا يجوز سحبه إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية السليمة – سيكون رجعياً من حيث إعدامه لآثار القرار المسحوب من تاريخ صدور هذا القرار الأخير، احتراماً لما يرتبه القرار الصحيح من مركز قانوني أصبح حقاً مكتسباً لمن صدر القرار في شأنه الأمر الذي يمتنع على أية سلطة إدارية المساس به". المحكمة الإدارية العليا – ١٩٩٢/٤/١١ – المجموعة – السنة (٣٦) العدد الثاني – ص ١٢٢٤.

١٦. هناك بعض الاستثناءات يُحمل بها المبدأ بحيث يجوز السحب دون التقيد بميعاد أهمها فيما يخص القرارات المنعدمة باعتبار أنها بمثابة أعمال مادية لا قرارات إدارية، وكذا القرارات الصادرة بناء على غش أو تدليس من صاحب الشأن، ليس فقط لأن المخطئ لا يجب أن يستفيد من مسلكه، وإنما أيضاً باعتبار أن الغش يفسد كل شيء. لمزيد من التفاصيل راجع على وجه الخصوص: سليمان الطماوي (مراجعة عاطف البناء) – النظرية العامة للقرارات الإدارية – ٢٠٠٦ – ص ٧١٧ وما بعدها.

١٧. المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٣/١/١١ – المجموعة – السنة (٤٢) – ص ٣٠٧.

١٨. لمزيد من التفاصيل راجع: سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٧٣ – وما بعدها.

التعليق على حكم محكمة العدل العليا الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٣١

المحامي

محمد احمد يوسف استانبولي

الأردن

مقدمة:

ينظم الباب الرابع عشر (وفي الماد ٢٩١-٢٨٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ الإجراءات والأصول المتبعة امام محكمة العدل العليا الفلسطينية.

بينما ينظم الإجراءات والأصول المتبعة امام محكمة العدل العليا الأردنية القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته حيث اشتمل القانون المذكور على اثننتان وثلاثين مادة.

ولقد اوضحت المادة (١/٢٨٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية انه:

(١) يكون ميعاد تقديم الاستدعاء الى محكمة العدل العليا ستين يوما من تاريخ:-

أ. نشر القرار الإداري المطعون فيه ، او

ب. تبليغه الى صاحب الشأن

(وفي حالة رفض الإدارة او امتناعها عن اتخاذ أي قرار يبدأ الميعاد من تاريخ انقضاء ثلاثة أيام على تقديم الطلب).

اولا: ملخص القرار الصادر عن محكمة العدل العليا رقم ٢٠١٠/٥٣١ تاريخ ٢٠١٠/١٢/١٣ :

أ. بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٣ تقدم المستدعي عمر شفيق مطلق حمدان بصفته ممثل قائمة شهداء عصيره القبليه الانتخابية وبصفته احد مرشحي قائمة شهداء عصيره القبليه الانتخابية بلائحة طعن ضد المستدعي ضدهما:

١. مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة لوظيفته

٢. رئيس مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة لوظيفته

للطعن في القرار رقم (13/52A/01/م.و/س.ف) لعام ٢٠١٠ الصادر عن مجلس الوزراء في الجلسة المنعقدة بتاريخ ٢٠١٠/٦/١٠ والمتضمن ما يلي:-

١. الغاء قرار مجلس الوزراء رقم (١٣/٣٦/٠١/م.و/س.ف) لعام ٢٠١٠ بشأن انتخابات مجالس الهيئات المحلية.

٢. الغاء قرار مجلس الوزراء رقم (٤٦/٠٢) لعام ٢٠١٠ بشان موعد انتخابات مجالس الهيئات المحلية.
- ب. بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٨ اصدرت محكمة العدل العليا الموقرة وعملا بأحكام المادتين ٢٨٦، ٢٨٧ من قانون اصول المحکمات المدنیة والتجاریة رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ قرارا مؤقتا يتضمن دعوة المستدعي ضدهما لبيان الأسباب الموجبة لإصدار القرار المطعون فيه او المانعة من الغاء حتى اذا كانوا يعارضون في اصدار قرار قطعي، عليهم تقديم لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبلغهم لائحة الدعوى ورفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه.
- ت. بتاريخ ٢٠١٠/٨/٥ قدمت النيابة العامة لائحة جوابية ردًا على لائحة الطعن.
- ث. بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٣ اصدرت محكمة العدل العليا الموقرة قرارها والذي عالجت فيه الدفع المثار من النيابة العامة بالإضافة لما توصلت اليه بنتيجة القرار حيث قررت:
١. رد الدفع المثار من النيابة العامة بإعتبار ان القرار الطعن هو من اعمال السيادة.
٢. طلما ان الخصومة توجه ضد مصدر القرار فإن مخاصمة رئيس مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة لوظيفته واجب الرد شكلا.
٣. انه لا يجوز للمستدعي التقدم بهذا الطعن بصفته ممثلا لقائمة شهداء عصيره القبلية لأن القانون لم يمنح القوائم الانتخابية الشخصية الإعتبرانية المستقلة عن اعضائها التي تخولها حق التقاضي .
٤. الغاء القرار المطعون فيه الصادر عن المستدعي ضده الأول مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠١٠/٦/١٠ وتضمينه مبلغ مائة دينار اتعاب محاما.

ثانيا : ملاحظة قبل التعليق على قرار محكمة العدل العليا الموقرة :

لفت نظري وعلى الصفحة التاسعة من القرار ان محكمة العدل العليا الموقرة اشارت لسؤالتين: ان القرار الطعن الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٦/١٠ قد صدر بعد انقضاء المدة القانونية التي يجوز فيها للادارة سحب او الغاء قرار سابق وان اصدرته وهذه المدة هي مدة الطعن وهي محددة بستين يوما. ان قرار السحب او الإلغاء غير جائز قانونا الا عندما يكون القرار المسحوب او الملغى قرار غير مشروع / وقرار اجراء الانتخابات قرار مشروع لأن الانتخابات او اجراؤها في موعدها المحدد هو استحقاق دستوري وقانوني.

فهل القرار هو قرار مشروع او غير مشروع ؟ لم تجب المحكمة الموقرة على ذلك.

- جاء في القرار رقم (٨١/٨٥) عدل عليا اردنية صفحة ١٨٦ لسنة ١٩٨٢ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-
(من المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء الإداريين انه لايجوز سحب القرار الإداري السليم)
- وجاء في القرار رقم ٨٥/٣٩ عدل عليا اردنية صفحة ٤٥٩ لسنة ١٩٨٦ من مجلة نقابة المحامين ما يلي:-
(استقر الفقه والقضاء الإداريين على عدم جواز سحب القرار الإداري السليم) .
- وجاء في القرار رقم ٧١/٤٩ عدل عليا اردنية صفحة ١٢٣ لسنة ١٩٧٢ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-
"لايجوز للإدارة سحب القرار الإداري المخالف للقانون الا اذا جرى السحب خلال مدة الطعن
بالإلغاء ..."

ثالثا: مناقشة المبادئ التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الموقرة :

١. اصابت محكمة العدل العليا الموقرة وفي معرض ردها على الدفع المثار من النيابة العامة في المرافعة النهائية - وليس في اللائحة الجوابية - بأن محكمة العدل العليا غير مختصة بنظر هذا الطعن لأن القرار المطعون فيه هو من اعمال السيادة وذلك للأسباب الآتية:-
 - أ. ان المادة (٣٠) من القانون الأساسي نصت على انه (يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار او عمل اداري من رقابة القضاء).

جاء في القرار رقم ٩٣/١٨٦ عدل عليا اردنية صفحة ٢٣٩١ لسنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين ما يلي :

(خولت المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا ذوي المصلحة بحق الطعن بأي قرار اداري نهائي حتى ولو كان محصنا بالقانون الذي صدر بمقتضاه).

ب. لايجوز للنيابة العامة التذرع في اغلب الأحوال ان القرار المطعون فيه من اعمال السيادة ويفضل دائما ان يتاح للقضاء الرقابة على هذه القرارات بإعتبار ان القضاء ضمانة للأفراد.

- ج. ان القضاء في معظم الدول ساير توجه الفقه بالنسبة لأعمال السيادة ويحاول بقدر الإمكان التضييق من نطاق تطبيقها وحصرها في اضيق المجالات بل ونتمنى ان يتم الغاؤها .
٢. اصابت محكمة العدل العليا الموقرة برد الطعن ضد رئيس الوزراء الفلسطيني بالإضافة لوظيفته لأن القضاء الإداري مستقر ومنذ مدة طويلة على ان الطعن يقدم ضد (مصدر القرار).

جاء في القرار رقم ٩١/٢٢٨ عدل عليا اردنية صفحة ٨٣ لسنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين ما يلي:

(ان الخصم في دعوى الإلغاء هو مصدر القرار الإداري) .

٣. اصابت محكمة العدل العليا الموقرة برد الطعن المقدم من المستدعي بصفته ممثلا لقائمة شهادة عصيره القبليه الإنتخابية شكلا لعدم الخصومة وقبول الطعن المقدم منه (بصفته احد مرشحي قائمة شهادة عصيره القبليه الإنتخابية) وذلك للأسباب الآتية:-

أ. طالما ان من ضمن بینات المستدعي:

ب. اشعار استلام طلب التسجيل او الترشح المقدم منه للجنة المركزية.

ج. اشعار ايداعه رسوم الترشح لدى البنك العربي لحساب اللجنة المركزية فإن ذلك يؤهله للطعن بصفته الشخصية فقط

د. ان القانون لم يمنح القوائم الإنتخابية الشخصية الإعتبارية المستقلة عن اعضائها وبالنالي كيف يمكن للوكيل المحامي ان يطعن بالوکالة عن القائمة المذكورة طالما انها لا تملك حق التقاضي.

هـ. ان قانون انتخابات المجالس المحلية منح لكل ناخب او مرشح او وكيله حق الطعن في نتائج الإنتخابات ولم يعط هذا الحق للقائمة الإنتخابية.

جاء في القرار رقم (٩٠/١١٠) عدل عليا اردنية صفحة ١٠٠١ لسنة ١٩٩١ مجلة نقابة المحامين ما يلي: (شرع حق الطعن بالقرار الإداري لمن له مصلحة شخصية مباشرة مادية او ادبية في الغاء القرار الإداري وتتوفر المصلحة في من مس القرار الإداري مركزه القانوني) .

وجاء في القرار رقم ٩١/٢٦٥ عدل عليا اردنية صفحة ١١٢٨ لسنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين ما يلي:- (... وعليه تتتوفر المصلحة في الطعن المقدم من المستدعيات المنصب على نتيجة انتخابات اللجنة التنفيذية للإتحاد النسائي الأردني بصفتها عضوات في جمعيات وهيئات خيرية نسائية منتمية الى الإتحاد النسائي الأردني ولهم حق انتخاب رئيسه وهبته الإدارية فإن لهم مصلحة ادبية وشخصية و مباشرة للطعن في أي قرار اداري له علاقة بنتيجة الإنتخاب يررين انه مخالف للقانون).

٤. ان الفقرة الحكمية من القرار المتضمنة الغاء القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس الوزراء الفلسطيني بالإضافة لوظيفته موافقة للقانون من حيث النتيجة بإعتبار ان القرار الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٥ هو (قرار سليم) وليس لعنة انه جرى سحب القرار بعد انتهاء المدة القانونية وهي مدة الطعن.

التعليق على حكم محكمة العدل العليا الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٣١

المحامي

علي السفاريني - فلسطين

في ردتها على ما دفعت به النيابة العامة دعوى المستدعي من ان القرار المطعون فيه المتضمن الغاء او ارجاء اجراء انتخابات الحكم المحلي هو من اعمال السيادة ويخرج وبالتالي عن ولاية القضاء الاداري، وجدت المحكمة نفسها في مواجهة مسألة قانونية معقدة كانت ولا تزال موضع خلاف شديد بين فقهاء القانون الاداري . وتدور هذه المسألة القانونية حول تعريف المقصود باعمال السيادة، وما هي الاعتبارات او المعايير التي يمكن الاستناد اليها او اعتمادها للتفريق بين هذه الاعمال التي تقوم بها الحكومة في معرض تنفيذها للسياسة العامة التي تنتهجها ، وبين القرارات الادارية العادية التي تقوم بها كسلطة ادارية.

وترجع صعوبة التفريق بين هذين النوعين من القرارات الى امرتين هامين:

الاول: ان القرارات التي تصدر عن الحكومة سواء ما تعلق منها باعمال السيادة او تعلق بالامور الادارية العادية، انما تصدر عنها كسلطة عامة تباشر مظاهر السيادة في الدولة. والحكومة في نهاية المطاف ليست اكثر من سلطة اختارها الشعب لتنفيذ حقوقه السيادية على ارضه.

الثاني: ان القوانين التي استثنىت اعمال السيادة من رقابة القضاء، سواء في فرنسا او في جمهورية مصر العربية او في الاردن لم تعرف المقصود باعمال السيادة ولم تضع معيارا واضحا يرسم الحدود الفاصلة بينها وبين القرارات الادارية العادية التي تخضع للرقابة القضائية . واكثر ما ذهبت اليه هذه القوانين، وبخاصة في مصر وفرنسا ، هو مجرد بيان لبعض الحالات التي تعتبر من اعمال السيادة. ولذلك ظل باب الاجتهاد مفتوحا على مصراعيه امام المحاكم الادارية لتقرر على ضوء ظروف ومبررات واسباب القرارات المطعون في صحتها فيما اذا كانت هذه القرارات تندرج تحت مفهوم السيادة وتخرج عن ولايتها او هي مجرد قرارات ادارية عادية تخضع لرقابتها القضائية.

اما في فلسطين ، فان الامر يبدو اكثر صعوبة ، ذلك ان المادة ٣٣ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ لم تتطرق على الاطلاق لموضوع اعمال السيادة ولم تستثن الطعون الخاصة بهذه

الاعمال من اختصاصات محكمة العدل العليا بنص صريح كما فعل المشرع الاردني عندما نص على ذلك في قانون تشكيل المحاكم النظامية الملغى رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ واستثنى اعمال السيادة من اختصاصات محكمة العدل العليا صراحة . غير ان غياب النص على استثناء اعمال السيادة من اختصاص محكمة العدل العليا في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ لم يشن المحكمة من اتباع ما استقر عليه اجتهاد القضاء الاداري سواء في فرنسا او مصر او الاردن من استثناء الطعون الخاصة باعمال السيادة من ولاية القضاء .

غير ان المحكمة ذهبت في ذلك مذهبين مختلفين . فمن جهة اشادت بالرأي الفقهي القائل بان استثناء الطعون الخاصة باعمال السيادة من صلاحية القضاء الاداري انما يهدف الى «تحصين هذه الاعمال كونها مشوبة بعدم المشروعية الامر الذي ادى الى ان يعتبرها الفقهاء بانها وبحق تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية، واصبحت لديهم رغبة شبه اجتماعية بزوالها من عالم القانون في المجتمعات التي يقوم كيانها على مبدأ سيادة القانون». ووجدت المحكمة ما يؤيد هذا الرأي في نص المادة (٣٠) من القانون الاساس الفلسطيني التي تحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار او عمل اداري من رقابة القضاء . ومن جهة اخرى، فانها حرصت على نفي أي صلة للقرار المطعون فيه باعمال السيادة، واعتبرت قرار الحكومة بارجاء او الغاء انتخابات الحكم المحلي لا يعود ان يكون من زمرة القرارات الادارية العادية التي تخضع لرقابة القضاء الاداري، ولا صلة له على الاطلاق باعمال السيادة . ولو كانت المحكمة مقتنعة بالرأي الفقهي الذي لا يستثنى اعمال السيادة من رقابة القضاء، والذي يعتبر استثناء هذه الاعمال من الرقابة القضائية بمثابة نقطة سوداء في جبين المشروعية، لما كانت بحاجة الى سوق الاسباب والبررات التي تجرد القرار المطعون فيه من أي صلة له باعمال السيادة . غير انه يؤخذ على هذا الاجتهاد مايلي :

١. ان الرأي الفقهي المذكور الذي اشارت اليه ، كان واحدا من اراء فقهية عديدة بحثت في مسألة تحديد المقصود باعمال السيادة ذات الصلة بالسياسة العامة لسلطة الحكم، ولم تأخذ به الدول العربية بالديمقراطية، وبخاصة فرنسا التي تعتبر المواطن الاول الذي احتضن القضاء الاداري.
٢. ان الرأي الفقهي المذكور يتعارض في مبناه ومرماه مع مبدأ الفصل بين سلطات الدولة الثلاث التي يقوم عليه نظام الحكم الديمقراطي السليم . اذ ان مراقبة ومحاسبة الحكومة بما تقوم او لا تقوم به من اعمال سيادية ذات صلة بالسياسة العامة التي تنتهجها او مما يتعارض مع برنامجها السياسي الذي نالت الثقة على اساسه، انما هو من اختصاص السلطة التشريعية

الممثلة بالبرلمان المنتخب من قبل الشعب، ويخرج بالتالي عن صلاحية السلطة القضائية.

٣. انه يخشى في حالة استمرار الاخذ بهذا الرأي، ان يؤدي ذلك الى تسييس القضاء الامر الذي يتناهى مع مبادئ الحكم الديموقراطي السليم.

٤. ان المحكمة حملت المادة (٣٠) من القانون الاساس الفلسطيني اكثر مما تحتمل عندما تحتضمنا ان النص فيها على حظر تحصين القرارات الادارية من الطعن يشمل اعمال السيادة كما يشمل القرارات الادارية العادية سواء بسواء. ان قراءة متأنية لنص هذه المادة تظهر بكل جلاء انها تتعلق بالقرارات الادارية العادية التي تصدر عن جهات الادارة المختلفة بصفتها الادارية. وان المشرع الفلسطيني لم يقصد على الاطلاق اخضاع اعمال السيادة ذات الصلة الوثيقة بالسياسة العامة للحكومة لرقابة القضاء ، وبخاصة ان المادة (٢) من نفس القانون اوجبت الالتزام بمبدأ الفصل بين سلطات الحكم الثلاث.

وكما اسلفت فان اجتهاد القضاء الاداري مستقر على اعتبار اعمال السيادة خارجة عن ولايته وهذه مسألة ليست موضع خلاف ، ولكن الخلاف يثور حول تحديد المقصود باعمال السيادة وما هو الحد الفاصل بينها وبين القرارات الادارية العادية . وهذه في الحقيقة مسألة موضوعية تفصل فيها المحكمة على ضوء الواقع التي انطوت عليها والظروف التي احاطت بها والاسباب التي دعت اليها مثلها مثل أي مسألة موضوعية اخرى. وفي هذا السياق فان من الثابت ان مسألة اجراء او عدم اجراء الانتخابات في فلسطين هي مسألة تهم كل فرد من افراد المجتمع الفلسطيني، وبخاصة في ظل انقسام الوطن الى قسمين، وخضوعه الى سلطتين مختلفتين. ولا احد ينكر ان اقتصار اجراء هذه الانتخابات على قسم واحد دون الاخر، في الوقت الذي يوجب القانون اجرائها في جميع ارجاء الوطن في آن واحد ، هو امر وثيق الصلة بحالة الانقسام، فهناك من يؤيد وهناك من يعارض ذلك ، وهناك من يسعى الى تكريس هذا الانقسام وهناك من يرى الخلاص في وحدة الصف ورأت الصدع، والموضوع بالتالي هو موضوع سياسي بامتياز، وتحمل الحكومة وحدها مسؤولية اجراء او عدم اجراء هذه الانتخابات في ظل هذه الظروف، وربما كان على محكمة العدل العليا الفلسطينية التي عملت على ترسیخ مبدأ المشروعية في قراراتها، وحظيت باحترام وتقدير الجميع، الا تتصدى لمسألة سياسية تتحمل الحكومة كامل المسؤولية عن نتائجها وعواقبها.

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية والتعليق عليها

الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢٧
"تخلية مأجور"

تعليق المحامي عصام لطفي الشريف- الأردن
تعليق المحامي هشام قراعين- فلسطين



نقض مدنی
رقم: ۲۰۰۹/۲۷

السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطنة القضائية

محكمة النقض

"الحـ" "مـ"

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

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي / سامي صرصور.

وعضوية السادة القضاة: عماد سليم، د. عثمان التكروري، فتحي أبو سرور، محمد سامح الدويك.

الطاعون: رامي وسامي وسامح وشادي أبناء محمود احمد ريماوي / رام الله.

وكيلهم المحامي

المطعون ضده: داود باجس أليو عواد / البيرة

الإجـراءات

قدم الطاعون هذا الطعن بواسطة وكيلهم بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٩ لنقض الحكم الصادر من محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية بتاريخ ٢٠٠٩/١/٦ في الاستئناف المدني رقم ٢٠٠٧/٨٣ القاضي برد الاستئناف موضوعاً وتصديق على القرار المستأنف وتضمين الجهة المستأنفة مائتي دينار أتعاب محامية إضافة إلى الرسوم والمصاريف.

تتلخص أسباب الطعن في أن محكمة البداية بصفتها الإستئنافية أخطأت في تعرضها لموضوع الإلخطار العدلي وحكمها بأن المدعى الأول "لم يثبت انه يملك حق إدارة العقار أو توجيه الإلخطارات العدلية" وهو أمر ثابت بالكتابة ومستند إلى ملكية الطاعن الأول (المدعى عليه الأول) وإخوانه شركائه في العقار بموجب سند تسجيل موثق منذ عام ١٩٧٩ أي قبل الإلخطار العدلي بأكثر من عشرين عاما، وان المطعون ضده (المدعى عليه) تناقض في رده على الدعوى عندما ادعى أن الإلخطار العدلي صادر عن من لا يملك الحق في توجيهه كونه لم يكن آنذاك المالك للعقار بينما عاد وادعى في البند السادس

الكاتب



نقض مدنى
رقم: ٢٠٠٩/٢٧

السابع من لائحة الجوابية انه عرض دفع الأجرة على والد الطاعنين الذي كان يملك آنذاك العقار الواقع فيه المأجور.

وطلب الطاعون قبول الطعن وفسخ قرار محكمة بداية رام الله بصفتها الإستئنافية رقم ٢٠٠٧/٨٣ مع تضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف وأتعاب المحامية.

قدم المطعون ضده لائحة جوابية ورد فيها أن الحكم المطعون فيه موافق للقانون وان محكمة البداية بصفته الإستئنافية أصابت في حكمها عندما أيدت القرار المستأنف من جهة اعتبار الإخطار العدلي الذي استند إليه المستأنفون (الطاعون) في إقامة دعوى التخلية على المطعون ضده لا يصلح للاستناد عليه لإقامة دعوى التخلية لأن موجه الإخطار لا يملك أكثر من نصف العقار ولا يملك حق إدارته كما يتطلب الأمر (١٢٧١) الساري المعمول.

وطلب رد الطعن وتصديق الحكم المطعون فيه مع الحكم على الطاعنين بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحامية.

المحكم

تفيد وقائع و مجريات الدعوى أن الطاعنين أقاموا الدعوى رقم ٢٠٠٤/٤٥٦ لدى محكمة صلح رام الله ضد المطعون ضده موضوعها تخلية مأجور والمطالبة بأجر مستحق وقد ورد في لائحة الدعوى أن المدعى عليه قطعاً خطأ قد تراكم في ذمته أجرة تم مطالبته بسداد مبلغ منها بموجب المدعى عليه شقة ارتكبها في ذلك المكان وقد تراكم في ذمته أجرة تم مطالبته بسداد مبلغ منها بموجب إخطار عدلي مسجل لدى كاتب ذلك رام الله تحت رقم ٢٠٠٢/٢٠٥٩ تبلغه بالذات حسب الأصول ورغم مرور المدة القانونية لم يقم بسداد المبالغ المطلوب بها أو يعرض سدادها دون مبرر.

قدم المدعى عليه لائحة جوابية أبدى في البند الخامس منها أن الإخطار العدلي المنوه عنه في البند الثالث من لائحة الدعوى والموجه إليه من قبل المدعى الأول هو إخطار صادر عن من لا يملك الحق في توجيهه كونه لم يكن آنذاك المالك للعقار الواقع فيه المأجور موضوع الدعوى وبالتالي فإن الدعوى تكون مؤسسة على إخطار باطل وسابقة لأوانها وأبدى أيضاً في البند السابع من لائحة الجوابية انه عرض دفع الأجرة على والد المدعين الذي كان يملك آنذاك العقار الواقع فيه المأجور إلا انه تمنع عن قبول استلامه دون سبب قانوني.

الرئيس

الكاتب

نقض مدنى
رقم: ٢٠٠٩/٢٧



وبنتيجة المحاكمة قررت المحكمة أن الإخطار العدلي موجه من المدعي الأول رامي الذي يملك على الشيوع حصص مشاريعه من أصل (٤٢) حصة وان حصصه تلك لا تزيد على النصف حسبما هو مبين في سند التسجيل المبرز (م٢) وعليه توصلت إلى أن الإخطار المذكور يكون باطلًا لأنه صادر من لا يملك حق إصداره وحيث أن إقامة الدعوى قبل تبلغ المدعي عليه إخطاراً عدلياً وفقاً للأصول وأحكام القانون يجعلها سابقة لأوانها قضت بالحكم بعدم قبول ورد دعوى الجهة المدعية بخصوص طلبها تخلية المدعي عليه من المأجور إلا أنها قررت إلزام المدعي عليه بدفع المبلغ المطالب به وتضمينه الرسوم والمصاريف وسبعون ديناراً أتعاب محامية.

لم يقبل المدعون بهذا الحكم فطعنوا فيه لدى محكمة الاستئناف بالاستئناف المدني رقم ٢٠٠٧/٢٨٧ وأحيل الاستئناف إلى محكمة بداية رام الله بصفتها الإستئنافية وسجل تحت رقم ٢٠٠٧/٨٣ وبنتيجة المحاكمة الإستئنافية قررت المحكمة رد الاستئناف الأمر الذي لم يقبل به المستأنفون فطعنوا فيه بالنقض للسبب الآف ذكره.

ولما كان الطعن مقدماً في الميعاد ومستوف شروطه القانونية نقرر قبوله شكلاً.
وفي الموضوع ولما كانت غاية المشرع من توجيه الإخطار العدلي للمستأجر الذي تختلف عن دفع أي بدل إيجار مستحق الأداء قانوناً، هو تنبيه المستأجر وإتاحة الفرصة له لتلافي إخلائه من المأجور إذا قام بدفع الأجرة المطلوب خلال مدة الإخطار، بينما غاية المشرع من منع إقامة دعوى إخلاء المأجور يمثل ~~بذلك أكثر من~~ نصف العقار هي حماية أغلبية المالكين للعقار من تصرف الأقلية وتجنب الإضرار ~~وتحمّل~~ ~~على~~ المستأجر المختلف عن دفع الأجرة.

ولما كان الطاعن ~~المدعي الأول~~ قد وجه الإخطار العدلي للمطعون ضده (المدعي عليه) ذاكراً فيه أنه أي المدعي عليه مستأجر في العمارة التي (أملاكها مع أشخاص) وقد تبلغ المدعي عليه الإخطار بالذات فإن الغاية من توجيه الإخطار تكون قد تحققت سيما أن الخصومة في الدعوى لا تتعقد إلا بعد تسجيلها وإصدار التبليغات للخصوم فيها وان الإخطار العدلي باعتباره إجراء تمهدياً يسبق إقامة دعوى التخلية ليس ركناً من أركانها وبالتالي لا أساس من القانون لما ذهبت إليه المحكمة الإستئنافية في قرارها الطعين الذي اعتبر الإخطار غير مجر لإقامة دعوى التخلية باعتبار الدعوى

نقض مدنى
رقم: ٢٠٠٩/٢٧

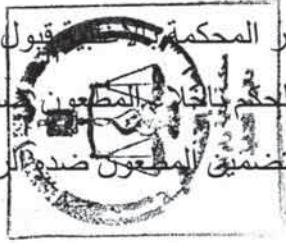


سابقة لأوانها ومن ناحية أخرى فإن النص الوارد في الأمر العسكري المعبد والمتعلق بمعنى المالك ومن له حق إقامة الدعوى إنما ينحصر فقط في إقامة الدعوى بعد توجيه الإخطار ولا يتعلق بتوجيه الإخطار ذاته.

وعليه وحيث أن الدعوى أقيمت من الطاعنين سندًا للإخطار العدلي الذي وجهه الطاعن الأول للمطعون ضده (المدعى عليه) مبدين أنه تم مطالبته بالأجرة بموجب الإخطار المذكور ولم يدفع تلك الأجرة خلال مدة هذا الإخطار فإن ما ذهبت إليه محكمة الصلح وأيدتها فيه محكمة البداية بصفتها الإستئنافية من أن الدعوى سابقة لأوانها يكون في غير محله ويكون سبب الطعن واردا والحكم المطعون فيه حرريا بالنقض من هذه الناحية.

ولما كان من الثابت في ملف الدعوى أن المطعون ضده لم يدفع بدل الإيجار المستحق عليه خلال مدة الإخطار العدلي بدليل الحكم عليه بتلك البدلات بموجب القرار الصالحي الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٤/٤٥٦ - صلح رام الله - والذي لم يستأنفه المدعى عليه ولما كان موضوع الدعوى والحال هذه صالحة للفصل فيه.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة  بقبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق برد دعوى الإخلاء والحكم ~~بالخلاء~~ ضد المطعون ضده (المدعى عليه) من العقار موضوع الدعوى وتصديق الحكم فيما عدا ذلك وتضمينه للمطعون ضده الرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محامية.

حکما صدر تدقیقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٩

الرئيس

الكاتب

التعليق على الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢٧
"تخلية مأجور"

تعليق المحامي عصام لطفي الشريف-الأردن
تعليق المحامي هشام قراعين-فلسطين

التعليق على حكم محكمة النقض الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢٧

المحامي عصام لطفي الشريف
محاضر غير متفرغ في كلية الحقوق
جامعة الزيتونة الأردنية الخاصة

مقدمة

يعتبر الإنذار العدلي في بعض الدعاوى إجراء شكلي لابد من القيام به أو توجيهه قبل إقامة الدعوى، بحيث اذا لم يتم توجيه هذا الإنذار فتعتبر الدعوى سابقة لأوانها.

وتبدو أهمية هذا الإنذار في دعاوى إخلاء المأجور التي يكون سببها:-

١. تخلف المستأجر عن دفع الأجرة.
٢. تخلف المستأجر عن دفع حصته من الخدمات المشتركة.
٣. تكرار تخلف المستأجر عن دفع الأجرة في مواعيد استحقاقها.
٤. مخالفة المستأجر لشروط عقد الإيجار.

ويثير الإنذار العدلي في الوقت الحاضر العديد من التساؤلات والإشكالات:-

أولاً: هل الإنذار العدلي كإجراء شكلي لابد من اتخاذه في دعواى إخلاء المأجور هو إجراء إداري أم اجراء قضائي؟

ثانياً: هل يشترط فيمن يوجه الإنذار العدلي قبل إقامة دعواى الإخلاء ان يملك ما يزيد على نصف العقار؟

ثالثاً: هل التمسك بعدم قانونية تبليغ الإنذار العدلي من حقوق الخصوم ام من النظام العام بحيث يكون من حق المحكمة التي تنظر الدعوى إثارة ذلك من تلقاء نفسها؟

لقد أجبت محكمة التمييز الاردنية الموقرة على هذه التساؤلات والإشكالات حيث قررت بخصوصها المبادئ الآتية:-

أ. بخصوص طبيعة أو التكييف القانوني للإنذار العدلي.

قررت محكمة التمييز الاردنية الموقرة ان الإنذار العدلي هو اجراء قضائي وليس اجراء اداري.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٢/٩٧ صفة ٢٥٢٤ سنة ١٩٩٤ مجلة نقابة المحامين مايلي:-

((يعتبر الإنذار العدلي بمثابة إجراء من إجراءات الخصومة القضائية مما لا يجوز معه اتفاق

الطرفين اسقاط الحق به كشرط لإقامة الدعوى بطلب التخلية الذي يستند إلى تخلف المستأجر عن دفع الأجر)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩١/٦٧٠ صفة ٢٠٨٠ سنة ١٩٩٢ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:- ((يعتبر تبليغ الانذار العدلي على يد محضر المحكمة اجراءً قضائياً أولياً للمطالبة بالدين وكافياً لقطع مرور الزمن المانع من سماع الدعوى عملاً بأحكام المادة ٤٧٠ من القانون المدني.))
- جاء في القرار التمييزي رقم ٢٦٢/٨٦ صفة ١٦٧٦ سنة ١٩٨٨ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:- ((ان توجيه الانذار من قبل المالك الى المستأجر يشكل احد اجراءات التقاضي)).

بـ. هل يشترط فيمن يوجه الانذار العدلي قبل اقامة دعوى الاحلاء ان يملك ما يزيد على نصف العقار؟ قررت محكمة التمييز الاردنية المؤقرة انه يشترط فيمن يوجه الانذار العدلي ان يملك ما يزيد على نصف العقار.

- في الواقع ان اشتراط القانون ضرورة تملك الشريك ما يزيد على نصف العقار يكون في ثلاثة حالات:-
١. عند تأجير العقار المشترك اذا يشترط فيمن يقوم بتأجير العقار المشترك ان يملك ما يزيد على نصف العقار.
 ٢. عند توجيه الانذار العدلي يشترط فيمن يوجه الانذار العدلي ان يملك ما يزيد على نصف العقار.
 ٣. عند اقامة دعوى الاحلاء يشترط فيمن يتقدم بدعوى الاحلاء ان يملك ما يزيد على نصف العقار.
- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٨/٢٠٥٧ صفة ١٩٤٨ سنة ١٩٩٩ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:-

((عرفت المادة الثانية من قانون المالكين والمستاجرين رقم ١١ لسنة ١٩٩٤ المالك بأنه من يملك حق التصرف فيما يؤجره أو الشريك الذي يملك ما يزيد على نصف العقار وعليه وحيث ان قوام دعوى الاحلاء هو الانذار العدلي فتحت خلاف المدعى عليه عن دفع الأجر المطالب بها بمقتضاه خلال المهلة المحددة قانوناً يجعل الانذار العدلي المقدم من الشريك الذي لا يملك أكثر من نصف العقار مقدماً ممن لا يملك الحق بتقديمه فيكون بالتالي الأساس الذي قامت عليه الدعوى قد انهار والدعوى سابقة لأوانها.

وحيث انه كان يتوجب على محكمة الاستئناف ان تبحث في قانونية الانذار فلما لم تفعل ف تكون بذلك قد خالفت القانون مما يتتيح لمحكمة التمييز التدخل ونقض القرار وفقاً للمادة ١٩٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية))

ج. هل التمسك بعدم قانونية تبليغ الانذار العدلي من حقوق الخصوم ام من النظام العام بحيث يكون من حق المحكمة التي تنظر الدعوى إشارة ذلك من تلقاء نفسها؟

على الرغم من ان المادة (١٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني نصت على ان ((يتربط البطلان على عدم مراعاة مواعيد واجراءات التبليغ وشروطه المنصوص عليها في المواد السابقة)) مما يعني ان من حق المحكمة التي تنظر الدعوى ان تبحث في مدى قانونية تبليغ الانذار العدلي من تلقاء نفسها الا ان محكمة التمييز الاردنية الموقرة اعتبرت ان التمسك بعدم قانونية تبليغ الانذار العدلي هو من حقوق الخصوم ويجب التمسك بذلك في جميع مراحل التقاضي.

- جاء في القرار التميزي رقم ٩٣١/٩٠ صفة ١٠٤٣ سنة ١٩٩٢ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:-
((ان ما تضمنته المادة ١٦ من الأصول المدنية تخص التبليغات القضائية المتعلقة بالقضايا ولا تطبق على تبليغ الانذارات العدلية .

على محكمة الاستئناف ان تعالج مسألة بطلان او عدم بطلان تبليغ الانذار العدلي الى زوجة المستأجر على ضوء السبب الذي تمسك به المدعى .

ان معالجة بطلان او عدم بطلان تبليغ الانذار العدلي يجب ان يتم في ضوء الاسباب التي تمسك بها المدعى عليه وليس لأي سبب آخر، وعليه فيكون قرار المحكمة الذي اعتبر تبلغ الانذار العدلي باطلًا مستندة الى سبب لم يثره المدعى عليه وإنما اثارته من تلقاء نفسها في غير محله ومستوجب النقض)).
- جاء في القرار التميزي رقم ٩١/٤٢١ صفة ٦١١ سنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:-
((ان قرار محكمة الاستئناف القاضي باعتبار تبليغ الانذار العدلي كشرط للتخلية غير قانوني واعتبار الدعوى سابقة لوانها دون احتجاج من المستأجر مخالف للقانون لأن الطعن في صحة تبليغ الانذار العدلي هو من حقوق الخصم وليس من حق المحكمة ولا تملك إثارته من تلقاء نفسها)).

- جاء في القرار التميزي رقم ٩١/٤٢١ صفة ٦١١ سنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:-
((.... لأن المسائل المتعلقة بتبليغ الانذارات و/ او امر الدفع من حقوق الخصوم وليس من النظام العام ولا يجوز للمحكمة ان تشيرها من تلقاء نفسها بدون طعن من احد الخصوم)) .

ولمناقشة المبادئ القانونية التي تضمنها قرار محكمة النقض الفلسطينية الموقرة رقم ٢٧/٢٠٠٩
 بتاريخ ٢٠٠٩/٢٩ فإننا نتناول:-

أولاً: الاجراءات التي تمت في القضية (ملخص القضية).

ثانياً: المبادئ القانونية التي تضمنها قرار النقض.

ثالثاً: مناقشة المبادئ القانونية التي تضمنها قرار النقض.

أولاً: الاجراءات التي تمت في القضية (ملخص القضية):-

من خلال تدقيق اوراق القضية تبين لنا ما هو آت : -

١. بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٢٨ أقام المدعون القضية الصلحية الحقوقية رقم ٤٥٦/٢٠٠٤ ضد المدعى

عليه بموضوع:-

أ. إخلاء مأجور أجرته السنوية (٧٨٠ دينار).

ب. مطالبة بأجور مستحقة مبلغ وقدره (٢٧٣٠ دينار).

٢. أسس المدعون دعواهم على أنه استحق بذمة المستأجر / المدعى عليه مبلغ وقدره (٩١٠ دينار)

حيث قام أحد المالكين بتوجيهه إنذار عدلي للمستأجر، ورغم مرور المدة القانونية إلا ان المستأجر /

المدعى عليه لم يقم بدفع الأجرة مما شكل ذلك سببا لإخلاء المأجور.

٣ ٢٠٠٧/٤/٢٤ قررت محكمة صلح حقوق رام الله:-

أ. رد الشق من الدعوى المتعلق بإخلاء المأجور على أساس أن من قام بتوجيه الإنذار لا يملك

ما يزيد على نصف العقار.

ب. الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعين مبلغ وقدره (٢٧٣٠ دينار) وهي الأجر المستحقة

بذمة المدعى عليه.

٤. لم يرض المدعين بالقرار الصادر عن محكمة صلح حقوق رام الله فتقديموا بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٠

بلائحة طعن الى محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية للطعن في الفقرة الحكمية المتضمنة

رد الشق من الدعوى المتعلق بإخلاء المأجور.

٥. بتاريخ ٢٠٠٩/١/٦ قررت محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية في القضية رقم ٨٣/٢٠٠٧

رد الاستئناف وتصديق القرار الصادر عن محكمة صلح حقوق رام الله.

٦. لم يرض المدعين / المستأنفين بالقرار الصادر عن محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية

في القضية رقم ٨٣/٢٠٠٧ فتقديموا بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٩ بلائحة طعن الى محكمة النقض

الفلسطينية الموقرة.

بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٩ قررت محكمة النقض وبموجب قرارها الصادر في القضية رقم ٢٧/٢٠٠٩

قبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق برد دعوى إخلاء والحكم بإخلاء

المطعون ضده (المدعى عليه) من العقار موضوع الدعوى وتصديق الحكم فيما عدا ذلك وتضمين

المطعون ضده الرسوم والمصاريف ومائة دينار اتعاب محاماة.

ثانياً: المبادئ التي تضمنها قرار النقض:-

بتدقيق قرار النقض رقم ٢٠٠٩/٢٧ يلاحظ انه تضمن المبادئ القانونية الآتية:-

- ان غاية المشرع من توجيه الإخطار العدلي للمستأجر الذي تخلف عن دفع أي بدل ايجار مستحق الأداء قانونا هو تنبيه المستأجر وإتاحة الفرصة له لتلافي إخلائه من المأجور اذا قام بدفع الأجرة المطلوبة خلال مدة الإخطار.
- ان غاية المشرع من منع اقامة دعوى اخلاء المأجور من لا يملك اكثر من نصف العقار هو حماية أغلبية المالكين للعقار من تصرف الأقلية وتجنب الإضرار بهم وليس رعاية للمستأجر المختلف عن دفع الأجرة.
- طالما ان موجة الانذار الذي لا يملك ما يزيد على نصف العقار قد اوضح في الانذار العدلي ان المستأجر / المطعون ضده (المدعى عليه) مستأجر في العمارة التي يملكها موجة الانذار مع اشقاءه فإن الغاية من توجيه الإخطار تكون قد تحققت.
- ان الإخطار العدلي باعتباره اجراءً تمهديا يسبق إقامة دعوى التخلية ليس ركنا من أركانها.
- ان النص الوارد في الأمر العسكري المعجل والمتعلق بمعنى المالك ومن له الحق بإقامة الدعوى انما ينحصر فقط في إقامة الدعوى بعد توجيه الإخطار ولا يتعلق بتوجيه الإخطار ذاته.
- ان ما ذهبت اليه محكمة الصلح وأيدتها فيه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية من ان الدعوى سابقة لوانها تكون من وجه الانذار العدلي لا يملك ما يزيد على نصف العقار يكون في غير محله ويكون سبب الطعن وارداً والحكم المطعون فيه حرياً بالنقض من هذه الناحية.
- لما كان موضوع الدعوى والحال هذه صالحًا للفصل فيه فتقرر المحكمة بالأغلبية قبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق برد دعوى الاعلاه والحكم بإخلاء المطعون ضده (المدعى عليه) من العقار موضوع الدعوى وتصديق الحكم فيما عدا ذلك وتضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف ومائة دينار اتعاب محاما.

ثالثاً: مناقشة وتحليل المبادئ القانونية التي تضمنها قرار النقض.

١. ان ما توصلت اليه محكمة النقض الفلسطينية بخصوص الغاية من توجيه الانذار العدلي من المأجور الى المستأجر وهي (تنبيه المستأجر وإتاحة الفرصة له لتلافي إخلائه من المأجور إذا قام بدفع الأجرة المطلوبة منه خلال مدة الإخطار) موافق للقانون.

- جاء في القرار التمييزي رقم ١٣٨٢/٨٧ سنة ١٩٨٩ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلي:-

((ان معنى الانذار هو وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ذلك ان مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من اعذاره فقد يحل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن ان يطلب التنفيذ من المدين فيحمل ذلك على التسامح وانه لم يصبه ضرر من تأخير المدين في تنفيذ التزامه الذي حل أجله فعليه ان يشعره بذلك عن طريق اعذاره بالطرق التي رسمها القانون وعندئذ يصبح ملزما بتنفيذ التزامه فورا)).

٢. أما بخصوص ما توصلت اليه محكمة النقض الفلسطينية الموقرة من ان غاية المشرع من منع اقامة دعوى إخلاء المأجور ممن لا يملك أكثر من نصف العقار هو حماية أغلبية المالكين للعقار من تصرف الأقلية وتجنب الإضرار بهم فإننا مع الاحترام نخالف هذا المبدأ وذلك للأسباب الآتية:-
أ. ان حماية المشرع لأغلبية المالكين تقررت ابتداءً عند ابرام عقد الاجار بحيث لا يجوز لمن لا يملك ما يزيد على نصف العقار تأجير العقار والغاية من ذلك لئلا يتم التأجير بأجرة زهيدة، أما اذا قام بالتأجير من يملك ما يزيد على نصف العقار فإن في ذلك حماية له وللحصصه وحصص باقي المالكين.

بـ ان اقامة دعوى الاحلاء - على فرض جواز اقامتها ممن لا يملك نصف العقار- ممن لا يملك ما يزيد على نصف العقار لا يلحق ضرراً بباقي المالكين بل هو في مصلحتهم اذا توافر سبب الاحلاء.

جـ. ان تملك الشخص لما يزيد على نصف العقار يجب ان تتوافر في ثلاثة حالات:-
- عند تأجير العقار.
- عند توجيه الإنذار العدلي.
- عند إقامة دعوى الاحلاء.

٣. أما بخصوص ما توصلت اليه محكمة النقض الفلسطينية الموقرة من انه وطالما ان موجه الانذار الذي لا يملك ما يزيد على نصف العقار اوضح في الانذار ان الموجه اليه الانذار مستاجر في العمارة التي يملكونها موجه الانذار مع اشقاءه فان الغاية من توجيه الاخطار قد تحققت فإننا مع الاحترام نخالف هذا المبدأ بل لابد ان يكون من وجہ الانذار يملك ما يزيد على نصف العقار او ان باقي المالكين يشاركون في توجيه الانذار ولا يكفي أن يرد في الانذار ان موجه الانذار يملك مع باقي شركائه البناء الموجود فيه العقار.

٤. أما بخصوص ما توصلت اليه محكمة النقض الفلسطينية الموقرة من أن الاخطار العدلي باعتباره إجراء اتهميديا يسبق اقامة دعوى التخلية ليس ركنا من اركانها فإننا مع الاحترام نخالف هذا المبدأ ونبدى:-

أ. ان الإنذار العدلي يعتبر اجراء شكلي تبني عليه دعوى الاعلاء ويعتبر جزءا لا يتجزأ منها.

ب. ان الإنذار العدلي هو اجراء قضائي وطالما كان الأمر كذلك فإن الإنذار العدلي المذكور يعتبر ركنا أساسيا في دعوى الاعلاء.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٨/٢٠٥٧ سنة ١٩٩٩ صفة ١٩٤٨ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ما يلى:-

((... وحيث ان قوام دعوى الاعلاء هو الإنذار العدلي يجعل الإنذار المقدم من الشريك الذي لا يملك اكثر من نصف العقار مقدما ممن لا يملك الحق بتقديمه فيكون بالتالي الأساس الذي قامت عليه الدعوى قد انهار.....))

٥. أما بخصوص ما توصلت اليه محكمة النقض الفلسطينية الموقرة من أن النص الوارد في الأمر العسكري المعجل والمتعلق بمعنى المالك ومن له حق إقامة الدعوى انما تنحصر فقط في إقامة الدعوى بعد توجيه الاخطار ولا يتعلق بتوجيه الاخطار ذاته فإننا مع الاحترام نخالف هذا المبدأ ونبدى:-

أ. ان ايراد تعريف المالك انما جاء حماية لباقي المالكين من قيام من يملك حصة صغيرة في العقار بتأجيره، لذلك تم الاشتراط أن يملك من يقوم بالتأجير ما يزيد على نصف العقار.

ب. ومن ناحية أخرى فإن المادة الثانية من الأمر العسكري تعرف المالك فقط ولا تتحدث عن يجوز له اقامة دعوى اعلاه المأجور.

٦. أما بخصوص ما توصلت اليه محكمة النقض الفلسطينية الموقرة من تخطئة كل من محكمة الصلح ومحكمة البداية بصفتها الاستئنافية فيما توصلت اليه من ان الدعوى سابقة لأوانها لكون من وجه الإنذار العدلي لا يملك ما يزيد عن نصف العقار فإننا مع الاحترام نخالف هذا الذي توصلت إليه ونرى أن قرار محكمة الصلح والمؤيد والمصدق من قبل محكمة البداية بصفتها الاستئنافية موافق للأصول والقانون.

وعليه نرى انه كان يتوجب على محكمة النقض الفلسطينية الموقرة - مع الاحترام - رد الطعن وتصديق القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية.

التعليق على حكم محكمة النقض الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢٧

المحامي
هشام قراغين - فلسطين

أولاً: مقدمة

في الأمور العلمية البحتة التي تواجه العالم، يختلف العلماء حول مسألة ما، فُيُبدي كل منهم رأياً يختلف عن الآخر، وأحياناً إلى درجة التناقض، فما بنا بمسألة قانونية تفتح مجالاً واسعاً للإختلاف والإجتهاد.

فالمحاكم العليا، على مدى التاريخ تُرسِي مبدأ قانونياً معيناً، ثم لا تثبت أن تُغيره أو تتراجع عنه، ولا تتغير الأحكام بتغير الزمان فقط، بل وفي عصرنا يتغيّر الأشخاص في الهيئات الحاكمة، وما أسرعه هذه الأيام.

يساعد على تعميق هذه التناقضات في الأحكام وإختلاف المبادئ القانونية، ما مر على فلسطين من حكومات متتالية إبتداء من العهد التركي، مروراً بالإنكليزي والأردني والإحتلال الإسرائيلي إلى عهد السلطة الوطنية الفلسطينية، وما تلى ذلك من تغيير في القوانين القديمة لتحل محلها قوانين جديدة مجذزة من قوانين الدول العربية المحيطة، بشكل يفتح المجال أمام إجتهادات متباudeة تصل أحياناً إلى درجة التناقض.

وبذلك أصبح الأمر شاقاً على قضاة محاكم الدرجة الأولى والثانية، كما يشق على المحامين ورجال القانون، سواء بالتعامل مع موكلיהם أو حتى في تكييف الدعوى وصياغتها وتحديد ماهيتها.

ولكن، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من إجتهد فأصاب، فله أجران، ومن إجتهد فأخطأ فله أجر».

راجياً أن يكون لي أجران، ولكل مجتهد نصيب.

ثانياً: تاريخ قانون المالكين المستأجرين.

قال لي أحد رجال القانون البارزين في الضفة الغربية والأردن - رحمة الله - بأن قانون المالكين المستأجرين، أو ما يُعرف بقانون حماية المستأجر، كان مخططاً له من السابق (زمن الإنجлиз)

ليشمل الدول العربية المحيطة بإسرائيل، ليمتنع الإستثمار في البناء حتى تبقى أراضي هذه الدول أو ما تبقى من فلسطين فارغة دون أبنية ، ذلك أن المستأجر إذا كان محمياً بالقانون، ولا يمكن إخراجه أو التعرض لاتفاقية حتى لو كان مقتدرًا، فإنه لن يفكر في بناء منزل خاص به يكلفه مئات الأوف الدنانيـر، وهو ينتفع بـبيـت عشرة دنـانـير أو يـقل أو يـزيد قـليـلاً بالـشـهر، أي بمـعـدـل (١٠٠) دـينـار سنـوـيـاً، الأمر الذي يقتل روح الإستثمار في قطاع الـبـنـاء، وتبـقـى الأمـور عـلـى حـالـها سـنـوـات طـوـيـلة ، وقد لـسـت هـذـا شـخـصـيـاً مع بـعـض مـعـارـفـي في رـامـ اللهـ.

قد يكون هذا التحليل صحيحاً، وقد يكون خطأناً، ولكن لا أحد يُنكر من ناحية أخرى فوائد قانون حماية المستأجر كما يسمى في بعض الدول العربية، والذي لم تطبقه إسرائيل في دولتها. على أية حال، يعتبر هذا القانون خروجاً عن الأصل وعن القواعد العامة، وهو أن العقد شريعة المتعاقدين وأن المستأجر ينتفع بال الأجور بمدة العقد فقط، الأمر المخالف للقانون المدني الأردني ولأحكام مجلة الأحكام العدلية التي لا زالت مطبقة في فلسطين.

هذا القانون مر بـعـدـة مـراـحـل، حيث وـُضـعـ القـانـون رـقـم (٦٢) سـنـة (١٩٥٣) فـي ظـلـ الأـرـدن بـضـفـتيـه الشـرـقـيـةـ وـالـغـرـبـيـةـ، إـلـىـ أـتـىـ الإـحـتـلـالـ الإـسـرـائـيـلـيـ سـنـة (١٩٦٧)، وـتـجـمـدـ التـشـرـيـعـ وـأـصـبـ يـطـبـقـ قـانـونـ سـنـة (١٩٥٣)، دونـ أـنـ تـطـبـقـ أـيـةـ تـعـديـلـاتـ تـجـريـ عـلـيـهـ فـيـ الأـرـدنـ بـعـدـ سـنـة (١٩٦٧).

في سـنـة (١٩٨٢) كانت هناك موجـةـ تـشـرـيـعـاتـ جـدـيـدةـ فـيـ الأـرـدنـ فـصـدـرـ قـانـونـ المـالـكـيـنـ وـالـمـسـتـأـجـرـيـنـ المؤـقـتـ رـقـمـ (٢٩) سـنـة (١٩٨٢) وـأـهـمـ التـغـيـرـاتـ فـيـهـ هيـ تـعـرـيفـ كـلـمـةـ (ـالـمـالـكـ)، وـزـيـادـةـ النـسـبـ عـلـىـ الإـجـارـاتـ.

في الأيام الأخيرة من سـنـة (١٩٨٢) نـشـبـتـ الإـنـفـاضـةـ الـفـلـسـطـيـنـيـةـ الـأـوـلـىـ ضـدـ الإـحـتـلـالـ، وـنـزـلـتـ بـيـانـاتـ الـقـيـادـةـ الـمـوـحـدـةـ لـلـإـنـفـاضـةـ إـلـىـ الشـارـعـ، وـكـانـ بـعـضـهاـ يـعـطـيـ لـلـنـاسـ تـوـجـيهـاتـ إـقـتـصـادـيـةـ، كـانـ أـهـمـهاـ مـقـاطـعـةـ الـبـخـانـ الـإـسـرـائـيـلـيـةـ وـمـقـاطـعـةـ الـعـمـالـةـ فـيـ إـسـرـائـيلـ وـضـرـورـةـ تـخـفيـضـ الـأـجـرـ الـمـسـتـأـجـرـ

بنـسـبـةـ (٣٠٪) لـلـأـجـورـ الـعـالـيـةـ.

تفاعل الناس مع هذا البيان - خاصة المستأجريـنـ - وأخذوا يـطبـقـونـهـ قـانـونـاـ عـلـيـهـ، فـمـاـ كـانـ مـنـ الإـحـتـلـالـ إـلـاـ تـصـيـدـ هـذـهـ الفـرـصـةـ، فـقـامـ بـتـبـنيـ القـانـونـ الـأـرـدـنـيـ، وـعـدـلـ فـيـ (٢٩/٣/١٩٨٩) بـالـأـمـرـ الـعـسـكـرـيـ رقمـ (١٢٧١) قـانـونـ الـمـالـكـيـنـ وـالـمـسـتـأـجـرـيـنـ رـقـمـ (٦٩) سـنـةـ (٥٣) لـيـحـكـمـ بـزـيـادـةـ الـأـجـرـ، رـدـاـ عـلـىـ بـيـانـ الإـنـفـاضـةـ وـلـإـيقـاعـ الـمـزـيدـ مـنـ الفتـنـةـ بـيـنـ النـاسـ، وـلـكـنـ كـانـ الشـعـبـ الـفـلـسـطـيـنـيـ مـدـرـكاـ لـذـلـكـ، فـلـمـ يـطـبـقـ أحـدـ أـحـكـامـ هـذـاـ الـأـمـرـ، إـلـاـ بـعـدـ دـخـولـ السـلـطـةـ الـوـطـنـيـةـ الـفـلـسـطـيـنـيـةـ وـسـيـطـرـتـهاـ عـلـىـ مـدـنـ الـضـفـةـ الـغـرـبـيـةـ.

والآن بعد هذه المخاضة في القوانين التي خلقها الاحتلال والسياسة، بين داع إلى تطبيق أحكام الأمر العسكري (١٢٧١) بإعتباره نسخة عن القانون الأردني ونحتاجه عملياً، وبين داع إلى إهماله وعدم تطبيقه، يقع المواطن ومعه رجال القضاء والقانون في حيرة، لم يمد المشرع الفلسطيني يده لحلها، وتركها تُفكّك، أركان المجتمع وتخلق مزيداً من المشاكل داخله، بينما إنبرى المشرع الأردني سنة (١٩٩٤) ليضع قانون المالكين المستأجرين رقم (١١) لسنة (١٩٩٤) لحل ما يطرأ من تغييرات وتعقيدات وتطورات فرضها العصر.

ثالثاً: الوقائع.

واضح من خلال أوراق الملف الذي زودتني به "مساواة" ما يلي:

١. المدعون قد أقاموا هذه الدعوى ضد المدعى عليه لمطالبته بتخلية المأجور من ناحية، ومطالبته بدفع الأجر المترصدة في ذمته من ناحية أخرى.

وحيث أن المطالبة بالأجر المترصدة في ذمة المستأجر ليست مجال خلاف ولا جدال، فإن الأمر ينحصر في المطالبة بتخلية المأجور للخلاف عن دفع الأجرة عملاً بالمادة (٤)(١) من قانون المالكين المستأجرين رقم (٦٢) لسنة (١٩٥٣).

٢. وجّه أحد المالكين على الشيوخ لخمس حصص من أصل أربع وعشرين - حسبما هو ثابت في سند التسجيل - وهو رامي محمود الريماوي، وجّه إنذاراً بواسطة الكاتب العدل برام الله للمستأجر لدفع الأجرة خلال شهر واحد من تاريخ تبليغه هذا الإنذار تحت طائلة تخليته من المأجور.

٣. عندما لم يتجاوب المستأجر أقام أربعة من المالكين هم المطر وثلاثة من أشقاءه - يملكون مجتمعين عشرين حصة من أربع وعشرين - دعوى أمام محكمة الصلح لتخلية المدعى عليه (المستأجر) من المأجور.

٤. رد المدعى عليه بـلائحة جوابية، أبرز ما جاء فيها من دفوع، هو كون الإخطار العدلي موجه من لا يملك الحق في توجيهه، وأنه قد عَرَضَ على والد المدعين - الذي كان يملك يومها كامل العقار - عَرَضَ عليه الأجرة.

٥. سارت إجراءات المحاكمة أمام قاضي الصلح، إلى أن أصدر بتاريخ (٢٤/٤/٢٠٠٧) قراره بعدم قبول الدعوى فيما يتعلق بطلب التخلية، حيث توصل إلى أن الإخطار العدلي المبرز

(م/١) موجه من المدعى الأول الذي يملك خمس حصص مشاعية من أصل أربع وعشرون حصة، أي لا تزيد عن النصف حسب سند التسجيل (م/٢)، وبالتالي فهو مُوجّه ومن لا يملك حق توجيهه قانوناً.

٦. تقدم المدعون بإستئناف ضد قرار قاضي صلح رام الله إلى محكمة بداية رام الله بصفتها محكمة إستئناف مدنى، التي قررت بدورها بتاريخ (٦/١/٢٠٠٩) رد الإستئناف موضوعاً لعدم قانونية الإخطار العدلي (م/١) وتصديق القرار المستأنف.

٧. توجه بعدها المدعون إلى محكمة النقض الموقرة للطعن في قرار محكمة الإستئناف الموقرة التي أصدرت بدورها بتاريخ (٢٩/٩/٢٠٠٩) قرارها باعتماد الإخطار العدلي (م/١) وإعتباره موجهاً من يملك حق توجيهه أو وبالتالي قررت بالأغلبية قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم المطعون فيه والحكم بإخلاء المطعون ضده (المدعى عليه) من العقار محل الدعوى.

رابعاً: القانون.

بعد هذه المقدمة والواقع يأتي دور التحليل القانوني.

١. واضح أن نقطة الحسم في هذه القضية هي نقطة واحدة ووحيدة وهي مدى صحة الإخطار العدلي (م/١)؟

للإجابة على هذا السؤال وجوب الرجوع إلى تعريف كلمة "الملك" حسبما ورد في قانون المالكين والمستأجرين رقم (٦٢) سنة (١٩٥٣) والمعدل بالقانون الأردني فيما بعد، والذي تعدل بالأمر العسكري (١٢٧١) سنة (١٩٨٩)، وتعرّيف هذه الكلمة البسيطة هو الذي يحسم المسألة برمتها.

عرف هذا الأمر - ومن قبله القانون الأردني سنة (١٩٨٢) بنفس العبارات تقريباً - عرّف كلمة "الملك" بأنه:

«صاحب حق التصرف في المؤجر، أو الذي يملك أكثر من نصف حق الملكية في العقار، أو صاحب حق إدارة العقار، أو أي شخص تنتقل إليه ملكية العقار».

حيث أن هذا التعريف حل محل التعريف الوارد في المادة (٣) من القانون الأصلي سنة (١٩٥٣).

٢. على ضوء هذا التعريف، وجوب البحث في سنددين هما الإخطار العدلي ولائحة الدعوى لمعرفة

أي من التعريفات الواردة في كلمة المالك إعتمدها وجہ الإخطار أو المدعى.

أ. لائحة الإخطار العدلی (١/م):

موجہ من أحد المالکین علی الشیوع لخمس حصص من أصل أربع وعشرون، لم يرد فيه إطلاقاً
أیة إشارة إلى أنه صاحب حق التصرف بالملأجور أو صاحب حق إدارته، وهما الحالتين اللتان
لا تفترضان ملكية أكثر من نصف الحصص.

ب. لائحة الدعوى:

مقامة من المالکين لعشرين حصة من أصل أربع وعشرين، أي أنها من أساسها صحيحة
من حيث الشكل ومن حيث الخصومة حيث أنها مقامة من يملك أكثر من نصف الأسهوم
في الملأجور.

ولكن حتى في هذه اللائحة، لم يُشر وكيل المدعى ولا بأية عبارة صغيرة إلى أن وجہ الإخطار
العدلی (١/م) يملك حق التصرف بالملأجور أو صاحب حق في إدارته، حتى يفسر سبب توجيهه
هذا الإخطار من قبل شخص لا يملك أكثر من نصف الحصص.

وبالتالي بقيت دعواه مستندة إلى كونه مالكاً، لا أكثر...!

حتى أني أصل إلى أبعد من ذلك ، وأقول أنه طالما لم يستند إلى كونه يملك حق التصرف أو
الإدارة من خلال لائحة الدعوى، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بها من خلال البيانات.

٣. وحيث أنه أينما ترد كلمة "المالك" في مواد قانون المالکين والمستأجرين يجب أن تفسر حسب
تعريفها المشار إليه.

وحيث أن المادة (٤) (أ) منه لا تجيز لایة محكمة أو مأمور إجراء أن يصدر حکماً أو أمراً
 بإخراج مستأجر من أي عقار بقطع النظر عن إنتهاء أجل عقد الإيجار، إلا إذا تختلف عن دفع
 بدل إيجار مستحق الأداء قانوناً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه طلباً بذلك من "المالك"
 بواسطة الكاتب العدل.

فإن كلمة "المالك" والحالة هذه وعلى ضوء ما بينته أعلاه يجب أن تتوافق فيها أغلبية الحصص:

أ. عند توجيه الإخطار العدلی.

ب. عند إقامة الدعوى.

هذا الأمر من البداهة، بحيث لا يحتاج لا إلى قرارات تمييزية ولا إلى سوابق قضائية تُعيننا على
 التوصل إلى هذه الفكرة.

أ. أما ما ساقته محكمة النقض الفلسطينية الموقرة – مع الاحترام – من تعليقات بخصوص الإخطار العدلي، والقول بأن غاية المشرع من توجيهه للمستأجر هو تنبيهه وإتاحة الفرصة له لتلافي إخلاءة من المأجور إن دفع الأجرة المطلوبة خلال مدة الإخطار. فإني أقول بأن ذلك لا ينهض سبباً لإعتبار إخطار عدلي باطل إخطاراً صحيحاً، ولا يقلبه صالحًا لإقامة دعوى تخلية، أمام نص قانوني واضح، حيث القاعدة الشهيرة "لا إجتهاد في مورد النص".

ب. أما قولها أيضاً في قرارها – مع الاحترام – بأن الإخطار العدلي إجراءً تمهدياً يسبق إقامة دعوى التخلية وليس ركناً من أركانها، هو قول غير دقيق.

ذلك أنه لا تقوم قائمة لدعوى تخلية المأجور لعدم دفع الأجرة دون أن يسبقها إخطار عدلي من "الملك" كما عرفته المادة (٣) من قانون المالكين والمستأجرين سنة (١٩٥٣) المعدلة بالأمر العسكري بدلاً عن الكلمة المالك الواردة في المادة (٤) منه.

ج. أما القول بأن تعريف كلمة "الملك" ينحصر فيمن يحق له إقامة الدعوى ولا تشمل من يحق له توجيه الإخطار العدلي، فإنه أيضاً قول – مع الاحترام – تعوزه الدقة. فكما أشرتُ سابقاً، فإن تعريف كلمة "الملك" تشمل أيضاً الكلمة المالك الواردة في المادة (٤) من القانون، وفي ذيلها نص واضح بقولها: (... خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه طلباً بذلك من «الملك» بواسطة الكاتب العدل).

فماذا سيكون أوضح من هذا النص؟

٥. إن قانون المالكين والمستأجرين هو قانون إستثنائي، وتخرج أحکامه عن القواعد العامة، ويجب أن تُفسر في حدوده الضيق لأنه إستثناء، هذا صحيح.

ولكن هو قانون لتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، ومن بنوده تتضح أنه يهدف إلى حماية المستأجر، حتى أن بعض رجال القانون يطلقون عليه قانون "حماية المستأجر" وبالتالي تعمل هنا قاعدة أخرى، هي قاعدة أن هذا القانون يجب أن تُفسر أحکامه لحماية المستأجر أساساً. صحيح أن المستأجر هذه الأيام غالى في الحماية وإستغل أحکام هذا القانون إلى أبعد حدٍ ممكن، وأن المالك خرج من جلد نتیجة تطبيق هذا القانون على مدى عقود...! خاصة وأنه لا يوجد لدينا لجنة لتخمين الأجر كل فترة من الزمن لإعادة التوازن إلى عقد الإيجار، كما هو الحال في بعض الدول المحيطة.

ولكن يبقى تطبيق نص القانون مهما كان هو الواجب الأول على الجميع.

كما يقول المثل الروماني القديم:

"فالتطبيق العدالة ولو إنطبقت السماء على الأرض".

٦. لذلك أرى – راجياً أن أكون صائباً – بأن قرار محكمة الصلح بعدم قبول الدعوى واقع في محله، وأن قرار محكمة البداية بصفتها الإستئنافية برد الإستئناف وتصديق قرار قاضي الصلح كذلك، وأن قرار محكمة النقض الفلسطينية – مع الاحترام – كان يجب أن يكون برد الطعن وتصديق قرار محكمة البداية بصفتها الإستئنافية.
٧. لاحظتُ عند قراءة قرار محكمة النقض الموقرة، بأن قرارها قد صدر بالأغلبية، ولم تزودني "مساواة" بقرار المخالفة حتى أطلع على حيثياته وأسبابه، وأعتقد – متنميًّا أن أكون مخطئاً – أنه لا زال من نوع طباعة ونشر قرار المخالفة بأمر من رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق..!، الأمر المخالف لكل منطق ولا يخدم القانون ...!، ويجب السعي للبحث عن حل لهذه المسألة الغريبة.

خامساً: تعليق أخير

١. إن المالك يمكنه أن يخسر القضايا عدة مرات دون أن يتأثر بصورة أساسية، حيث يمكن أن يكرر الإخطار بطريقة قانونية ويوجهه للمستأجر.
٢. إن الخاسر لمرة واحدة وللأبد، مسكنه أو متجره هو المستأجر، وقد يكون قد سَكَنَ عقوداً وأسس حياته كاملة فيه.
٣. كلمات رجل القانون الحكيم الذي بدأ في الحديث عن تاريخ قانون المالكين والمستأجرين، لازالت تصعق أذني بالرغم من مرور ثلاثة عقود عليها، كان يقول لي عندما كنت شاباً: (يا إبني إن حَكَمْتَ بِتَخْلِيةِ مُسْتَأْجِرٍ، فَقَدْ حَكَمْتَ عَلَيْهِ بِالْإِعدَامِ).
- راجياً أن يتحمل السادة القضاة وبعدهم الزملاء المحامين الذين شاركوا في هذه القضية ما أبديته من رأي، معتبراً أن الهدف فائدة القانون وليس التعرض لأحد بشخصه أو برأيه أو بكفائه أو علمه، إذ جمِيعنا لا زلنا نتعلم.

حوارات قانونية ومبادئ قضائية

حوارات قانونية

- البيان الختامي للمؤتمر القضائي الرابع
- مفهوم استقلال القاضي «القيمة الأخلاقية والمهنية» واستقلال وفاعلية القضاء/ القاضي عبد الله غزلان- عضو المحكمة العليا
- التفتيش القضائي منجزات وآفاق/ القاضي فتحي أبو سرور- رئيس دائرة التفتيش القضائي
- حدود وآليات الرقابة على التعين في الوظيفة القضائية/ المستشار محمود غنيم - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا- مصر
- تنفيذ الحكم القضائي والأثار المترتبة على اعاقة التنفيذ أو الامتناع عنه/ المحامي عصام الشرييف- الأردن
- رقابة دستورية اللوائح في ثلاثة عاماً .. ملاحظات أولية وخمس استنتاجات نقدية / أ. د فتحي فكري- مصر

البيان الختامي للمؤتمر القضائي الرابع "السلطة القضائية ركيزة لدولة القانون"

للعام الرابع على التوالي، عقدت الهيئة العامة لقضاة فلسطين في فندق الإنتركونتننتال "قصر جاسر" في مدينة بيت لحم خلال الفترة الواقعة بين ١٤-١٦ تموز، المؤتمر القضائي الرابع، والذي تضمن عرض إنجازات السلطة القضائية خلال المرحلة الماضية، والتعرف على التحديات والصعوبات الراهنة، والبحث والتداول في أفضل السبل لمواجهتها.

افتتح المؤتمر صباح يوم الخميس ٢٠١١/٦/١٤ بالسلام الوطني الفلسطيني، ثم بكلمة فخامة الرئيس الفلسطيني محمود عباس (أبو مازن)، ألقاها نيابة عنه معالي الدكتور حسين الأعرج - رئيس ديوان الرئاسة، حيث نقل فيها تحيات فخامة الرئيس للسادة القضاة وتمنياته لهم بالنجاح والتوفيق في مؤتمرهم، مع التأكيد على أهمية الحقوق الفردية للمواطنين الفلسطينيين وخاصة الحرية والمساواة، والتأكيد على إلتزام القيادة الفلسطينية بسيادة القانون، وصون استقلال السلطة القضائية، ومبدأ الفصل بين السلطات. كذلك تناولت كلمة فخامة الأخ الرئيس على أهمية أن يأخذ القضاة دورهم في الدفاع عن تثبيت الحقوق المنشورة للشعب الفلسطيني وفي مقدمة ذلك إتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية المدنيين في زمن الحرب.

تلى ذلك كلمة معالي رئيس مجلس القضاء الأعلى - رئيس المحكمة العليا، والتي رحب فيها بممثل سيادة الرئيس وبكافحة الحاضرين، ومؤكداً على أهمية استقلال القضاء والفصل بين السلطات باعتبارهما مركزات رئيسية في بناء النظام السياسي الديمقراطي، كفلها الدستور الفلسطيني. كذلك، تناول معالي رئيس المجلس في كلمته إنجازات السلطة القضائية في تطوير القضاء المتخصص كمحكمة جرائم الفساد والمحكمة الجنائية الإبتدائية والإستئنافية والقضاء العまい المتخصص، كما إستعرض إنجازات كافة إدارات المجلس من المكتب الفني والتفتيش والتدريب القضائيين والخطيط وغيرها من الإدارات، والجهود التي تمت في توفير المباني الملائمة للمحاكم، والأداء العام للمحاكم والساسة القضاة، والأمن الاقتصادي والإمتيازات.

بعد ذلك، وبمشاركة كل من رئيس ديوان الرئاسة ووزير العدل، كرم معالي القاضي فريد الجلاد السادة قضاة المحكمة العليا المتقاعدين خلال ولاية المجلس الحالية بعد ٢٩ تشرين الثاني ٢٠٠٩، وفي مقدمتهم رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق المستشار عيسى أبو شرار، وسعادة القضاة المستشارين سعادة الدجاني، فوزي أبو وطفة، يحيى أبو شهلا، عبد الرحيم أبو هاشم، وسليمان الدحدوح.

بعد ذلك، تم عقد جلسات مغلقة لقضاة الصلح وجلسات مماثلة لقضاة البداية مع رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى من القضاة، بحثوا خلالها التحديات والإشكاليات التي تواجههم أثناء تأديتهم لواجباتهم الوظيفية وتقدموا بعد من الإقتراحات والتوصيات بهذا الخصوص.

بدأ اليوم الثاني بجلسة ترأسها القاضي حلمي الكخن رئيس محكمة استئناف رام الله، تم خلالها عرض ومناقشة أوراق العمل التالية:

- ١) الأمن الاقتصادي والمعيشي وأثره في تعزيز استقلال القاضي قدمها القاضي عدنان الشعيببي،
- ٢) مفهوم استقلال القاضي (القيمة الأخلاقية والمهنية) قدمها القاضي عبد الله غزلان،
- ٣) ضمانات استقلال القضاة في التشريعات الفلسطينية قدمها القاضي محمد سامح دويك،
- ٤) أثر نفاذ قانون السلطة القضائية في توحيد النظام القضائي ألقاها القاضي إسحق مهنا،
- ٥) الملامح العامة الاستراتيجية لجلس القضاء الأعلى قدمتها القاضي ثريا الوزير.

واختتم اليوم الثاني باجتماع رئيس وأعضاء المجلس بقضاةمحاكم الإستئناف، ومن ثم بقضاة المحكمة العليا، تم خلالها مناقشة أهم القضايا التي تخص عمل هذه المحاكم وقضاتها والتحديات التي تواجه عملهم وأدوات تطوير هذا العمل.

وتم في اليوم الثالث تقديم ورقي عمل، الورقة الأولى حول التدريب القضائي ألقاها القاضي عثمان التكروري، والورقة الثانية حول التفتيش القضائي ألقاها القاضي فتحي أبو سرور،

وقد خلص المؤتمر عبر هذه اللقاءات وحلقات النقاش إلى جملة من التوصيات نجملها بالأتي :

١. ضرورة تعزيز استقلال القاضي في أداء رسالته القضائية السامية. وبهذا الصدد يؤكد مجلس القضاء الأعلى على حظر كافة أشكال التدخل في العمل القضائي من قبل أي جهة كانت، وسيعمل المجلس على متابعة كافة الشكاوى الواردة من السادة القضاة بهذا الخصوص ومتابعتها بما يضمن حسن سير العملية القضائية ونقائصها واتساقها مع مبادئ الإستقلال القضائي المرعية النفاذ.

٢. متابعة السعي لتوفير رواتب ومكافآت مالية مجزية للسادة القضاة بما يضمن العيش الكريم لهم ولأسرهم، وبما يشمل التعليم الجامعي والتأمين الصحي الشامل، واعادة النظر في جدول الرواتب الخاص بهم وربطه بجدول غلاء المعيشة.

٣. التأكيد على ضرورة تعميم ثقافة إحترام القاضي من قبل كافة الجهات الرسمية والأهلية. وبهذا الصدد، سيعمل المجلس على الحفاظ على هيبة وإحترام القضاة والسلطة القضائية.

٤. التطبيق السليم لأحكام قانون السلطة القضائية المتعلقة بدرجات القضاة وأقدمياتهم وترقياتهم ورواتبهم بما يحقق العدالة، مع مراعاة عدم المساس بمعيار الكفاءة كمؤشر جوهري في التقييم.
٥. تعزيز دور دائرة التفتيش القضائي في أداء دورها في الرقابة والشفافية بما يتفق وأحكام القانون، وبما لا يمسّ كرامة القضاة، ورفدها بكوادر قادرة على الوفاء بمقتضيات هذه المهام المنوطة بهذه الدائرة الهامة من دوائر المجلس، وإعتماد التقارير الصادرة عن هذه الدائرة كأحد أهم الأسس المعتمدة في تقييم الأداء.
٦. تمكين السادة القضاة من إكمال الدراسات العليا لمن يرغب منهم في ذلك، وإيجاد الآليات اللازمة لمساعدتهم في تحقيق ذلك بما يتفق والقانون وبما لا يتعارض مع مقتضيات العمل القضائي.
٧. تشكيل لجنة متخصصة لدراسة وتقديم مسودات مشاريع قوانين معدلة لعدد من التشريعات الناظمة للعمل القضائي، بما فيها الأحكام القانونية المتعلقة بإختصاصات الهيئات القضائية الثلاثية في محاكم البداية في القضايا المدنية والاختصاص الاستثنائي لمحاكم البداية تضمن سرعة اجراءات المحاكمة، وذلك للحدّ من مشكلة الإختناق القضائي في المحاكم.
٨. العمل على مواصلة تنفيذ البرامج التدريبية للقضاة وتطويرها بما يلبي الإحتياجات الواقعية للقضاة، مع التركيز على ضرورة أن يتولى تنفيذ التدريب خبرات محلية.
٩. إتاحة الفرص المتساوية للسادة القضاة في المشاركة في الدورات الداخلية والخارجية، وعلى أساس موضوعية وشفافة.
١٠. أن تكون الأولوية في تعيينة الشواغر القضائية لمحاكم البداية والإستئناف من داخل الجهاز القضائي وأن تكون الأولوية في التعيين في محاكم الصلح لخريجي المعاهد القضائية المبعثين من مجلس القضاء الأعلى والناجحين في المسابقات القضائية.
١١. إنشاء قسم في دائرة الأمانة العامة في مجلس القضاء الأعلى لخدمة الإحتياجات الخاصة للسادة القضاة أمام الدوائر الرسمية وغير الرسمية.
١٢. تفعيل دور المركز الإعلامي في مجلس القضاء الأعلى كأحد أهم وسائل الإتصال والتواصل مع المجتمع وتمكينه بناء على توجيهات ووصيات مجلس القضاء الأعلى بالرد على وسائل الإعلام في القضايا المتعلقة بالعمل القضائي ورفده بكوادر مؤهلة.
١٣. وضع الخطة الازمة لتفعيل دور دائرة العلاقات العامة في مجلس القضاء الأعلى بما يضمن تفعيل دورها والنهوض بأدائها.

١٤. التأكيد على ضرورة تعاون دوائر المجلس مع دائرة التخطيط من أجل تحديد وتنفيذ مشاريع التطوير القضائي ومتابعتها مع الجهات الأخرى وذلك وفق الخطة الإستراتيجية المقرة والتي تغطي الحقبة الزمنية حتى عام ٢٠١٣.

وفي الختام، فإنّ مجلس القضاء الأعلى يؤكّد حرصه على تنفيذ كافة التوصيات الواردة في هذا المؤتمر خلال العام القضائي القادم، ويحثّ كافة الجهات الرسمية والأهلية الإطلاع على مضمون هذا البيان والمساعدة على تنفيذه كل من موقعه.

مفهوم استقلال القاضي.. القيمة الأخلاقية والمهنية*

عبدالله غزلان

قاضي المحكمة العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

رب اشرح لي صدري، ويسر لي أمري، واحلل عقدة من لسانني يفهوا قولي. وأعوذ بك من الكبر، والنفاق والرياء وسوء الأخلاق، وأعوذ بك أن أقول زورا.

السيدات والسادة الزملاء

عندما طلب مني الحديث عن "مفهوم استقلال القاضي القيمة الأخلاقية والمهنية"، استوقفني الأمر للحظات بين الإقدام والإحجام أو إن شئت فقل بين القبول والرفض، لا أقول ذلك غروراً أو ترفعاً، وإنما لسمو الرسالة وعظم المسؤولية.

وبعد: خير الكلام ما قل ودل، ولما كان الأمر كذلك ولعلمي أن أقصر مسافة بين نقطتين الخط المستقيم، سأعمد وبحدود الوقت المحدد - ما استطعت لذلك سبيلاً - أن أخط مجموعة من الأفكار واللاحظات، بشكل مباشر وعلى نحو مستقيم، لا عوج فيها ولا انحراف، أسجلها على النحو التالي:-
أولاً: أحسب أن استقلال القاضي قيمة عليا، تعلو كل القيم و تتقدمها، تنبع من شخصه ومبناه، وهي أمانة في عنقه بل فرض عين عليه، ولن تقوى أفضل التشريعات على خلق قاض مستقل، إذا لم يكن هو بالأصل كذلك، فالتشريع يدعم الاستقلال ويؤيده إلا أنه لا يصنعه ، فالاستقلال صناعة شخصية و عمل يدوبي.

ولعل أجمل ما قرأت بهذا الشأن، ما خطه المستشار طارق البشري، نائب رئيس مجلس الدولة المصري الأسبق حيث يقول «إن ثمة أمررين متلازمين لا يكتمل التكوين القضائي إلا بهما. أولهما نظامي يتعلق بالتكوين المؤسسي المستقل للجهاز القضائي، وثانيهما نفسي تربوي يتعلق بتكوين القاضي الإنسان وكما أنه لا كفاءة لعالم في أي من فروع العلم الطبيعي أو الاجتماعي إلا «بالصدق»، ولا كفاءة لجندي مقاتل إلا «بالشجاعة»، ولا كفاءة لرائد فضاء إلا «بروح مغامرة»، ولا كفاءة لتاجر إلا «بروح مضاربة»، فإنه لا استقلال لقاضٍ ولا حياد له إلا «بروح استغناء».

* ورقة عمل قدمت في المؤتمر القضائي الرابع الذي عقد في مدينة بيت لحم في الفترة ١٤-١٦/٧/٢٠١١

ثانياً: لعل أخطر ما في الأمر، بل أخطره على الإطلاق، أن يستقل القضاء كسلطة، وأن لا يستقل القضاة كأفراد، لأن يخترق القاضي استقلاله بنفسه، أو أن يُخترق استقلاله من غيره من القضاة، وأزعم أن استقلال القاضي هو الداعم الأول وحجر الزاوية في استقلال القضاء كسلطة، وهو ما عبر عنه المستشار طارق البشري بقوله «بالتكوين المؤسسي المستقل للجهاز القضائي». كما وأزعم أيضاً أن المرشد الأول للاستقلال ولقيم وقواعد سلوك القاضي، للناشئة من السادة القضاة لا يمكن في نصوص مقتنة، أو في مدونة للسلوك القضائي، أو في مطبوعة ورقية أو دليل إرشادي أو ورقة عمل أو محاضرة أو ورقة عمل تقدم في مؤتمر، بل يمكن في ممارسة عملية يقوم بها الكبار، أولئك الذين هم في نظر الكافة النموذج والمثال، وهم العنصر الأول في خلق بيئة مستقلة نظيفة ومناخ صالح. كما أن من مؤيدات ذلك حسن اختيار القاضي بأن تتوفر فيه مقومات إشغال الوظيفة القضائية.

ثالثاً: إن البيئة التشريعية المتعلقة بالسلطة القضائية من حيث هي، وإن جاءت غير كاملة بل منقوصة، إلا أنها حالة متقدمة بما تضمنته من قواعد وأحكام مقارنة بعالمنا العربي، وفي هذا السياق نستذكر ما كتبه نائب رئيس محكمة النقض المصرية الأسبق، سعادة المستشار محمود الخضري، حيث يقول «ومن المفارقات الغريبة أن يكون للسلطة القضائية الفلسطينية وهي في مرحلة دون الدولة المستقلة ذات السيادة بمقتضى قانونها رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١٤ موازنة مالية مستقلة، حيث تنص المادة الثالثة منه « تكون للسلطة القضائية موازنتها الخاصة تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية »، ومن المفارقات أيضاً في هذا القانون أن من قام بإعداد مشروع قانون السلطة القضائية الفلسطينية حتى صدر وأصبح حقيقة واقعة هم قضاة مصريون وقد اجتهدوا في أن يضعوا في هذا القانون كل آمالهم التي يطمحون، وأن يتلافوا كل العيوب التي يعانون منها في مصر – وهي الدولة الأمة – العريقة في عالمنا العربي والمنطقة كلها، والأمل كبير في أن يتحقق لقضاة مصر ما تحقق لزملائهم في فلسطين... وعن التفتيش القضائي يقول في موقع آخر من مقاله « يتم تدعيم استقلال القضاء بنقل تبعية هذه الإدارة المهمة المؤثرة في حياة ومستقبل القضاة إلى جهة هي جزء من السلطة القضائية بعيداً عن تأثير السلطة التنفيذية ». ومن الأمور الغريبة أن تكون إدارة التفتيش على كل من القضاء العادي والنيابة العامة تابعتين لوزير العدل، حيث أن النائب العام نفسه الذي تتبعه إدارة التفتيش على أعضاء النيابة العامة يتبع وزير العدل، في حين تكون إدارة التفتيش على أعضاء مجلس الدولة تابعة لرئيس مجلس الدولة وليس لوزير العدل، والمفارقة الأكبر أن تكون إدارة التفتيش الفني على أعضاء كل من النيابة الإدارية،

وأعضاء إدارة قضايا الدولة تتبعان رؤساء كل من الهيئتين، وبذلك تكونا أكثر استقلالاً في هذا الشأن من القضاة وأعضاء النيابة العامة.

لذلك فإن هذا النص يحقق ميزة للقضاة في الاستقلال طالما كافحوا في سبيل الحصول عليه وما زالوا يكافحون، ومن الجدير باللحظة – والحديث لا يزال للمستشار محمود الخضيري – بأن هذه الميزة ينص عليها قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٢ في المادة (٤٢) وبذلك يكون قد تحقق لقضاة فلسطين في إطار السلطة الوطنية الفلسطينية بعض ما يطمح قضاة مصر إلى تحقيقه. وإنني وباسم مؤتمركم هذا أوجه التحيّة للسادة المستشارين محمود مكي ومحمود الخضيري وحسام الدين الغرياني، الذين كانت لهم اليد الطولى في إعداد قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢. كما لا يفوتنـي أن نبارك لسعادة المستشار حسام الدين الغرياني بمنصبه الجديد رئيساً لمحكمة النقض المصرية، رئيساً لمجلس القضاء الأعلى المصري، وأن يعينه الله على حمل الأمانة وأداء الرسالة.

رابعاً: رغم أن البيئة التشريعية للسلطة القضائية تضمنت قواعد وأحكام داعمة لاستقلال القضاة، إلا أن التكوين المؤسسي للجهاز القضائي الفلسطيني في ما أرى وأعتقد – والاعتقاد هذا يأتي بمعنى الجزم – أصبـبـ في استقلالـهـ، إذ تم تجاوزـ الكـثـيرـ منـ قـانـونـ السـلـطـةـ الضـقـائـيـةـ رقمـ (١)ـ لـسـنـةـ ٢٠٠٢ـ بـمـاـ تـضـمـنـهـ مـنـ أـحـكـامـ تـعـلـقـ باـسـتـقـلـالـ القـضـاءـ،ـ ذـلـكـ أـنـ القـانـونـ المـذـكـورـ أحـيلـ منـ قـبـلـ مجلسـ التـشـرـيعـ لـرـئـيـسـ السـلـطـةـ الوـطـنـيـةـ الـفـلـسـطـيـنـيـةـ بـتـارـيخـ ١٩٩٨/١٢/٥ـ لـاتـخـاذـ إـجـرـاءـاتـ القـانـونـيـةـ الـخـاصـةـ بـإـصـدـارـهـ،ـ إـلـاـ أـنـهـ بـقـيـ طـيـ الأـدـرـاجـ إـلـاـ أـنـ صـدـرـ بـتـارـيخـ ٢٠٠٢/٥/١٤ـ وـنـشـرـ بـتـارـيخـ ٢٠٠٢/٥/١٨ـ فـيـ العـدـدـ (٤٠)ـ مـنـ الـوـقـائـعـ الـفـلـسـطـيـنـيـةـ عـلـىـ أـنـ يـعـلـمـ بـهـ بـعـدـ ثـلـاثـيـنـ يـوـمـاـ مـنـ تـارـيخـ النـشـرـ،ـ وـرـغـمـ سـرـيـانـهـ بـقـيـتـ أـحـكـامـهـ دـوـنـ تـفـعـيلـ «ـفـلـمـ تـشـكـلـ المـجـالـسـ الضـقـائـيـةـ وـفـقـ أـحـكـامـهـ»ـ،ـ وـلـمـ يـتمـ تـعـيـنـ مـجـلـسـ اـنـتـقـالـيـ وـفـقـ مـاـ نـصـتـ عـلـىـ الـمـادـةـ (٨١)ـ كـمـاـ لـمـ تـتـمـ التـرـقـيـاتـ وـالـتـعـيـنـاتـ فـيـ ضـوءـ نـصـوـصـهـ،ـ كـمـاـ لـمـ يـصـدـرـ لـأـيـ مـنـ رـؤـسـاءـ الـمـحـكـمـةـ الـعـلـيـاـ مـنـذـ إـنـشـائـهـاـ تـنـسـيـبـ لـأـشـغالـهـمـ رـئـاسـةـ الـمـحـكـمـةـ الـعـلـيـاـ مـنـ قـبـلـ مـجـلـسـ القـضـاءـ الـأـعـلـىـ،ـ عـلـمـاـ أـنـ تـعـيـنـ القـضـاءـ وـتـرـقـيـتـهـمـ عـلـىـ اـخـتـالـفـ درـجـاتـهـ وـمـوـاقـعـهـ يـتـمـ بـقـرـارـ مـنـ رـئـيـسـ السـلـطـةـ الوـطـنـيـةـ الـفـلـسـطـيـنـيـةـ بـتـنـسـيـبـ مـنـ مـجـلـسـ القـضـاءـ الـأـعـلـىـ وـفـقـ صـرـيـحـ نـصـ المـادـةـ (١٨)ـ مـنـ قـانـونـ اـسـتـقـلـالـ القـضـاءـ،ـ وـفـيـ مـخـالـفـةـ ذـلـكـ خـرـقـ لـقـانـونـ السـلـطـةـ الضـقـائـيـةـ يـمـسـ اـسـتـقـلـالـ القـضـاءـ كـمـاـ يـمـسـ اـسـتـقـلـالـ كـلـ قـاضـيـ،ـ فـاسـتـقـلـالـ القـاضـيـ لـاـ يـقـفـ عـنـ حدـودـ مـاـ يـعـرـضـ عـلـيـهـ مـنـ خـصـومـاتـ وـمـاـ يـصـدـرـهـ مـنـ قـرـاراتـ وـأـحـكـامـ،ـ بـلـ يـمـتدـ لـيـلـامـسـ كـلـ مـاـ مـنـ شـأنـهـ أـنـ يـمـسـ اـسـتـقـلـالـ القـضـاءـ،ـ وـالـقـوـلـ بـعـكـسـ ذـلـكـ تـفـرـيـغـ لـلـاـسـتـقـلـالـ مـنـ مـعـناـهـ وـتـجـريـدـهـ مـنـ مـضـمـونـهـ وـمـحتـواـهـ.ـ خـامـسـاـ:ـ فـيـ سـبـيلـ مـمارـسـةـ اـسـتـقـلـالـ وـتـأـكـيـداـ لـلـشـفـافـيـةـ وـرـفـعـاـ لـمـظـنـةـ السـوـءـ نـادـيـنـاـ وـبـاسـمـ مـاـ يـقـارـبـ

من مئة قاض من محاكم الصلح والبداية، ومن على منبر المؤتمر القضائي الثالث، وإن صدى صوتنا ما زال يتردد، بل مازلنا ننادي إلى ضرورة احترام نصوص القانون ووضع ضوابط ومعايير دقيقة مُحكمة لتشكيل اللجان والدوائر و اختيار المدربين والمشاركين في المؤتمرات والبرامج الأخرى والرحلات التعليمية بعيداً عن أية اعتبارات غير موضوعية.. ونحذر من أن إغفال ذلك أو التهاون فيه يمس استقلال القضاء ويخلق إمارات وممالك وتغدو اللجان والدوائر المشكلة، كمظهر من مظاهر العمل المؤسسي مكياجاً، أو ما يعرف عند العرب بالقطريه، تخفي صورة الوجه الحقيقى وفي ذلك ما يقوض الاستقلال ويهدم البناء من داخله.

سادساً: لدى قناعة جازمة أن القضاة يملكون إصلاح الكثير من أوجه الخلل في شتى المجالات وكافة الصعد فيما يعرض عليه من دعوى وخصوصيات، وهذه قيمة أخلاقية ومهنية من قيم استقلال القضاة فتمسك القاضي باستقلاله وحرصه على هذا الاستقلال يجعل منه حارساً للدستور وحامياً له، وأن تفريط القاضي باستقلاله يعني تفريط بالدستور، وحثنا بما عاهد عليه الله من أنه سيحترم الدستور، فالقاضي وهو في سبيل تطبيق القانون يراقب مدى انسجام أحكامه مع الدستور، فإذا خالف القانون الدستور عمل على إحالة المسألة للمحكمة المختصة لتقرر بشأن المخالفة الدستورية، كما أن حماية الدستور تحمي السلطات القضائية والتنفيذية والتشريعية وفي ذلك ما يدعم الشرعية ويحقق المشروعية.

سابعاً: إن تمسك القاضي باستقلاله لابد أن يقابل بدعم وتأييد من التكوين المؤسسي للجهاز القضائي، فبتاريخ ٢٠١١/٦/٨ صدر قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٨١٢٠١١ القاضي بوقف الإضراب المعلن عنه من قبل السادة الأطباء وقد أخذته نموذجاً يحتذى في مساق قواعد سلوك القاضي للطلبة الدارسين في المعهد القضائي للتدليل على أن المحكمة تقول كلمتها على نحو ترى أنه يتفق وحكم القانون، دون أن تأبه برضاء الرأي العام أو سخطه، ومن الملفت للانتباه أن القرار المذكور صاحبه لغط كثير، ويقول العرب من كثر لغطه كثر غلطه، بما يعني أن اللغط صاحبه اتساع في دائرة الغلط، أقل ما يقال فيه انتفاء ثقافة احترام أحكام المحاكم، والغريب في الأمر أن المركز الإعلامي كواحد من مؤسسات مجلس القضاء الأعلى لم يثبت ببنته شفهه، رغم أن من موجبات إنشاء المركز التصدّي إعلامياً مثل ما قيل بحق القرار المذكور وبحق المحكمة مصدرته، وربما كان عذرها في ذلك الانشغال بإعداد الفلم المتعلق بمنجزات مجلس القضاء الأعلى والذي تم عرضه أمس الخميس.

ثامناً: للمرة الأولى في تاريخ محكمة النقض وبعد مضي ما يزيد على عشر سنوات من صدور قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، باشرت المحكمة الانعقاد وفق أحكام المادة (٢٣٩) من

القانون المذكور والتي تنص «إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تتعقد بكمال هيئتها لإصدار حكمها، ويكون هذا الحكم واجب الإتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الأحوال. وفي هذا الذي نهجهة المحكمة قيمة أخلاقية ومهنية إعمالاً لحكم القانون الذي بقي مغيباً لمدة طويلة».

تاسعاً: لست بحاجة أن أذكركم بأن هذا هو مؤتمركم الرابع، بما يعني أن جمعنا هذا سبقته مؤتمرات ثلاثة، ولكي لا يكون المؤتمر مجرد تقليداً سنوياً احتفاليًّا، فإن القيمة الأخلاقية والمهنية تقتضي منا أن نقف على مصير ما صدر عن تلك المؤتمرات من توصيات ومقررات، وما هي المعوقات والعقبات التي حالت دونها ودون أن ترى النور -هذا في حال وجود عقبات ومعوقات - وفي السياق ذاته هل ما يخرج عن المؤتمر من مقررات وتوصيات توازي جزءاً مما ينفق عليه؟، خاصة وأن ما تنبئ عنه عدد أيام المؤتمر وعدد السادة القضاة وغيرهم من الطواقم المشاركة وما رافق ذلك من مطبوعات وحقائب وأقلام وغيرها تفيد كما أخبرني أصحاب الصناعة الفندقية وصناعة المؤتمرات بغض النظر التكاليف

عاشرًا: مؤتمرنا هذا يعقد تحت عنوان كبير السلطة القضائية ركيزة لدولة القانون، والقيمة الأخلاقية والمهنية للاستقلال توجب أن تكون فعاليات المؤتمر بحجم عنوانه، وفيما أرى أن فعاليات المؤتمر ليس لها من اسمه نصيب، القضاة يقسمون لمجموعات حسب موقعهم، صلحاً وبدايةً واستئنافاً وعليها، وكان لكل منهم مؤتمره الخاص!!

مسألة أخرى، أين هي مساحة النقاش المخصصة للأوراق المقدمة، ثلاث أوراق مخصصة للفترة الصباحية، الأولى المقدمة من الزميل عدنان الشعبيي بعنوان «الأمن الاقتصادي والمعيشي وأثره في تعزيز استقلال القاضي»، والثانية المقدمة مني بعنوان «مفهوم استقلال القاضي القيمة الأخلاقية والمهنية»، والثالثة المقدمة من الزميل محمد سامح الدويك بعنوان «ضمانات استقلال القضاء في التشريعات الفلسطينية»، خصص لها نصف ساعة، نعم ثلاثون دقيقة ليس للنقاش فقط بل للنقاش والتوصيات، ثم يتبع ذلك أوراق أربع هي على التوالي:

١. أثر نفاذ قانون السلطة القضائية في توحيد النظام القضائي.
 ٢. الملامح العامة لـ«استراتيجية مجلس القضاء الأعلى».
 ٣. التدريب القضائي منجزات وأفاق.
 ٤. التفتیش القضائي منجزات وأفاق.
- وليس لأي من هذه الأوراق نصيب من النقاش.

أمر آخر، أودع في حقيبة كل من القضاة التقرير السنوي السادس ٢٠١٠ وقد بلغت عدد صفحاته ما يقارب (١٥٠) صفحة من الحجم الكبير المصقول الفاخر ولم يتمكن أي منا من الإطلاع على هذا

التقرير بغية مناقشة مضمونه، وأعتقد أن القيمة الأخلاقية والمهنية لاستقلال القاضي تتمثل في جانب منها بقدرته على البحث والتحقيق والتدقيق والنقاش وإبداء الرأي، إلا أن أي منا لم يعط هذه الفرصة لمناقشته ما تضمنه التقرير. إذ أن تقريراً كهذا يجب أن يكون بين أيدي السادة القضاة قبل أسبوعين على الأقل من موعد المؤتمر....

حادي عشر: بحكم موقعه قاضياً في محكمة النقض، وتجسيداً للقيمة الأخلاقية والمهنية أسجل بفخر واعتزاز وجود بعض طاقات قضائية شابة تبشر بحاضر زاهر ومستقبل أفضل ينبيء عنها ما يصل إلى محكمة النقض من طعون وأحكام.

ثاني عشر: حتى ينسب الفضل لأهله، أحمل أمانة من السادة الدارسين في المعهد القضائي الفلسطيني أولئك الذين أمضوا مدة سنتين في المعهد القضائي اليمني تتلخص على النحو التالي:

١. لم لا يُميّز القاضي في كسوته "الروب" (أو العباءة) خاصة وأن معظم الدول تراعي ذلك بحيث يكون له لباس لا يشاركه غيره فيه من المحامين أو أعضاء النيابة.

٢. لما كان الشعب العربي الفلسطيني جزءاً من الأمة العربية وفي سبيل توحيد التشريعات في العالم العربي نرى أن يتبنى مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني مدونة أخلاقيات القاضي العربي الصادرة عن هيئة التفتیش القضائي في الدول العربية المنعقدة في بيروت عام ٢٠٠٨م، علماً أن مدونات أخلاقيات القاضي العربي أوسع وأشمل وأعم من تلك المدونة الفلسطينية والتي صادرت بعضاً من حقوق القاضي وامتيازاته.

السادة الأفاضل: هذا ما سمح به الوقت لا الجهد، راجياً أن لا تكون قد أطلت بل أرجو أن تكون قد أوضحت وبلغت.

وأختم بالقول: إن التاريخ يسجل فإن سجل لنا أرجو أن يسجل بمداد من نور وإن سجل علينا أخْشى أن يسجل بشواطِن نار.

شاكرًا لكم حسن استماعكم.

وكان القاضي غزلان قدم ورقة في المؤتمر القضائي الثالث بعنوان:

استقلال وفاعلية القضاء

الاستقلال من المبادئ الأساسية التي يجب أن يتمتع بها القضاء كسلطة ويتصف به القضاة كأفراد، فالقضاء غير المستقل لا يمكن أن يستقيم حاله، أو تتحقق هيبته واحترامه، واستقلال القضاء قيمة وطنية عليا، تعلو كل القيم، وتبلغ بنظام الحكم قمة الهرم، ويرتكز على مجموعة دعائم ومؤيدات،

بعضها يتعلق بالتشريع، وأخر يتعلق بإرادة سياسية، وثالث يتعلق بالمجتمع، ورابع يتعلق بشخص القاضي، ولست هنا بقصد دراسة كل واحدة منها أو التعليق عليها، لأنكم عشر السيدات والسادة القضاة أصحاب الشرف على قدر كبير من العلم، والعالم لا يعلم، ولأن أتيحت لي فرصة الحديث في هذا المؤتمر، فإنني أشكر لكم ولمن رشحني للحديث، هذا الاختيار، راجياً أن أكون عند حسن الظن، وأملاً أن يلقى حديثي منكم القبول الحسن.

أصحاب الشرف

لقد حظيت بشرف الحديث في كثير من اللقاءات والندوات، وورشات العمل والمؤتمرات، لكنني أصارحكم القول، بأنه ليس أحباب إلى نفسي ولا أسهل علىّ من الحديث في مؤتمركم الثالث هذا، إذ أتني لم أكلف عناه الإعداد والتحضير، أو البحث والتنقيب، وإنني سأتحدث في معظم ما أقول، بلسان عدد كبير من الزميلات والزملاء القضاة، ذلك أنه قد أنسن لي، والسيدات القاضيات عزمي طنجير، ومحمد مسلم، شرف لقاء السادة قضاة الصلح والبداية، بغية تيسير ثمانى ورشات عمل، تتعلق بقيم القضاء وقواعد سلوك القاضي، حضرها ثلاثة وتسعون مشاركة، اثنان وخمسون قاضي صلح، وواحد وأربعون قاضي بداية، تميزت جميعها بالصراحة والمكاشفة والجرأة غير المعتادة، وقد كان همنا كمسيرين أن لا نفكري نيابة عن المجموع وأن نفسح المجال لنتدارس معاً مشاكلنا وتلتمس جمیعاً حلولاً لها، ثم نعمل سوياً على احترام وتنفيذ ما تم الاتفاق عليه وما خلصنا إليه من مبادئ وارشادات وتوصيات وهي تهدف إلى أن يهتدى القضاة إلى التغرات والزلات وأن يحولوا القول إلى عمل وأن يستبدلوا السيء - عند وجوده - بالحسن، والحسن بالأحسن، والاختلاف بالاتفاق، والشقاق بالوفاق، والسلبية بالإيجابية، وأن يشاركوا مجلس القضاء الأعلى التفكير بصوت مسموع وهادف، ليضيف إلى تفكير المجلس وعمله ما نعتقد أنه يدعم الاستقلال، ويرتقي بمستوى الأداء، ويضمن الهيبة، ويحفظ الكرامة، ويعزز الحيدة والنزاهة.

السيدات والسادة أصحاب الشرف

سوف أعمل وبحدود الوقت المخصص لي على بيان ما تم الاتفاق عليه من توصيات أو ارشادات أو مبادئ ومن ثم أرسل مجموعة من الرسائل والبرقيات باسمي ومذيلة بتوقيعي، وعن التوصيات والمبادئ والارشادات أجمل فأقول:

١. حسن اختيار القاضي هو الضامن الأول لقضاء مستقل، قوي، قادر، وفي سبيل ذلك، يجب وضع

معايير وضوابط، موضوعية، محكمة، دقيقة، وصارمة، بما يعزز الشفافية، ويضمن الابتعاد عن مظنة المحاباة او الواسطة او المنطقية او الجهوية، او الحاجة الى ملئ الشواغر أو عدم ضياع الاعتمادات المالية.

٢. استقلال القضاء ينبع من استقلال القاضي، بحيث يشكل جزءاً من شخصيته وبنائه وتكوينه، ولعل أقوى ضمانات الاستقلال الرقابة الذاتية، فالقاضي هو الذي يضع نفسه حيثما يريد، وبذلك على القاضي أن يحمي نفسه من نفسه، حمايته لنفسه من غيره.
٣. مراعاة أقدميات القضاة ودرجاتهم في اجتماعاتهم ولقاءاتهم جزءاً من قيم القضاء، واحترامهم لبعضهم البعض، إلا أن الاحترام لا يعني الخضوع، وعلى القاضي أن يحمي نفسه من غيره من القضاة، مميزة بين المjalمة والنفاق، وبين الاحترام والتذلل، وبين الارشادات والأوامر، وبين احترام الرأي وفرضه.
٤. وضع معايير موضوعية ناظمة لتشكيل اللجان على اختلاف اختصاصاتها ومهامها، وكذا الأمر في اختيار الوفود المشاركة في الندوات، والمحاضرات، والمؤتمرات، والدورات الخارجية منها والداخلية، وفي اختيار المدربين أو القيام بأية فعاليات من الأمور الهامة والضرورية بما يعزز الشفافية ويحول دون مظنة السوء والمحاباة ويفصل التساوي بالفرص، ويضمن اختيار القاضي المناسب للعمل المناسب.
٥. التماس القاضي زميله في دعوى منظورة لديه يمتد ليشمل طلب الاسراع في فصلها، بل يشمل أي حديث في الدعوى مهما كان، وفي ذلك مخالفة لقيم القضاء وقواعد سلوك القاضي.
٦. توزيع الدعاوى على القضاة أو الهيئات، يجب أن يتم وفق معيار رقمي مجرد، تحقيقاً للشفافية ومنعاً لمظنة السوء.
٧. احترام أحکام محكمة الدرجة الثانية ومحكمة النقض، لا يعني أن تتغول أي منها على المحكمة مصدرة الحكم الطعن، بما يخرج الحكم الصادر عن منهج بناء الأحكام.
٨. على القاضي أن لا يتسرع في اصدار قراره أو الحكم الفاصل في الدعوى قبل اكتمال نضوج عناصره في ذهنه، وإن سرعة الفصل في الدعاوى يجب أن لا تكون على حساب الكيف، وإن تحول الأمر من سرعة تحقيق العدالة إلى حمى انهاء الدعاوى.
٩. مع التأكيد على أن كل حق يقابل واجب، إلا أن الشعور العام لدى القضاة بأن الحرص على أداء الواجب لا يتزامن أو يتوازن مع أداء الحقوق، ذلك أن من مؤشرات تحقيق الاستقلال رفع

رواتب القضاة، وليس زیادتها على أن يكون هذا الرفع متناسباً وكرامة القضاة، وضخامة العباء وعظم المسؤولية، وفي ذلك تحريراً لارادتهم من الضغوط المالية، وليس في ذلك فضل ولا منة.

١٠. حفاظاً على الشفافية وفي سبيل تحقيق مظهر العدالة ورفع مظنة السوء ودفعاً للريبة يمتنع القضاة عن استضافة المحامين وأعضاء النيابة العامة في مكاتبهم.

١١. المحامون من أعون القضاة، بل هم القضاء الواقف، ولتمكين المحامي من القيام بواجبه يجب أن يتتجنب القاضي ما يعرف بخنق شخصية المحامي، لأن يضيق صدر القاضي بما يبديه المحامي من دفاع أو أوجه دفاع أو مرافعة ختامية، استشعاراً من القاضي أن كل ما يقوله المحامي لا حاجة له به، ولا يعدو أن يكون محاضرة لا يرافقها سماعها. وفي الوقت ذاته علينا أن نستذكر قضاة ومحامين بأن الخط المستقيم هو أقصر مسافة بين نقطتين، وقد يتراوح المحامي أو يعرض ساعات ويكون مقللاً، وقد يتراوح أو يعرض دقائق أو لحظات ويكون مملاً، كما نرى أن سياسة المذكرات الخطية في ابداء الاعتراضات أو الدفوع أو المرافعات من شأنها توفير وقت المحكمة والخصوم والحد من أية أخطاء طباعية أو كتابية، وتمكين المحامي من الاعداد الجيد.

١٢. مخاطبة الخصوم على قدر عقولهم لا يمس هيبة القاضي، فحسن الاستماع وسعة الصدر وكم الغيظ والصبر والحكمة جميعها من شيم وقيم القضاة.

١٣. في سبيل دعم سيادة القانون واستقلال القضاء وخلق ثقافة قانونية نوصي اعتماد مساق تعليمي الزامي يدرس لكافة التخصصات في الجامعات وكليات المجتمع بإسم "سيادة القانون واستقلال القضاء"، فضلاً عن دعم مؤسسات المجتمع المدني في اطار برامجها التثقيفية في المجال ذاته.

١٤. لا يكتفى بالاحكام القضائية- أيًّا كانت المحكمة مصدرتها- أن تأتي لمعالجة النزاع المعروض على نحو تقليدي، بل يجب أن تتضمن على نحو واضح مبادئ قانونية دالة على ذاتها، ناطقة بما فيها، ولتمكين القضاة من الاطلاع على الاجتهادات الحديثة لمحكمة النقض خاصة تلك التي تمثل رجوعاً عن اجتهادات سابقة تعمم الاحكام الصادرة على النحو المذكور فور صدورها على كافة المحاكم بما يضمن وصولها لجميع القضاة تحت عنوان "اجتهادات حديثة".

١٥. حياد القاضي تجاه الخصوم يعني حياده تجاه الخصومة، وعلى القاضي أن يحرص على

- أن يكون حيادياً تجاه الخصومة حرصه على أن يكون حيادياً تجاه الخصوم، وأن يبتعد عن الأهواء والرغبات والمنافع، وأن لا ينشد الشهرة والمجد الشخصي أو ارضاء الرأي العام، أو أن تأخذه العزة بالمنصب وأن يدرك جازماً أن القضاء يرتفع بقضاته.
١٦. يشكو القضاة من وجود عدد من أبنية المحاكم تفتقر إلى الخدمات الالزمة والضرورية مؤكدين على أن توفير أبنية مناسبة كمقرات للمحاكم من شأنه أن يدعم المهمة ويضمن حسن سير العدالة، مستذكرين القاعدة الهندسية "المبني يعبر عن ذاته ويجب أن يحقق الغاية من استعماله".
١٧. على القاضي أن يتتجنب إلا في حدود ضيقه وفي إطار اسرته أو الزملاء القضاة أن يكون وكيلًا أو كفيلًا أو شاهداً.
١٨. استشعار الريبة في نفس القاضي أدعى لتنحيه عن نظر الدعوى من استشعار الحرج، وإن كان كل منهما يصلح سبباً للتنحي.
١٩. على القاضي أن يتتبه إلى أن نقل أقوال الشهود أو المتهم على نحو خاطيء بما يعرف بترجمة أقوال الشهود أو المتهم قد يؤدي إلى اثبات أمور على لسانهم لا تتفق وحقيقة أقوالهم وما يقصد منها، رغم أن أمراً كهذا يتم دون قصد منه وبحسن نية.
٢٠. قرارات مجلس القضاء الأعلى يجب أن يتم الإعلان عنها وفق اصول متبعة، وأن تبقى طي الكتمان والسرية، وعلى المجلس أن يمنع تسريبها قبل الإعلان عنها عبر القنوات صاحبة الاختصاص وفي الوقت المحدد.
٢١. في ضوء تعرض بعض المحامين لشخص القاضي عند تقديم الطعون، على المحكمة صاحبة الاختصاص بنظر الطعن ان تأخذ دورها بالرد عليه، ذلك ان خروج المحامي عن منهج بناء الطعون بالتعرض لشخص القاضي او الهيئة مصدرة الحكم لا يستقيم وقيم المحاماة وقواعد وآداب المهنة، وقد يقتضي الأمر مخاطبة نقابة المحامين بالشأن المذكور و/ او اتخاذ المقاضي القانوني.
- السيدات والسادة الأفاضل هذه مجموعة من التوصيات والمبادئ والارشادات أجملتها على النحو الذي تم بيانه، أرجو أن تكون مرشدًا لنا وأن نعتنقها كمبادئ وأن نتبناها كجزء من توصيات هذا المؤتمر وفي ذلك وفق ما أرى وأعتقد ما يشكل احدى التوصيات بأن تكون نتائج وتوصيات المؤتمرات القضائية تعbirًا صادقاً عن رؤى القضاة.
- وأخيراً وليس آخرًا أسمحوا لي أن أوجه مجموعة من الرسائل والبرقيات، أرجو أن تصل وأن تلقى آذان صاغية واعية.

الى فخامة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الرئيس محمود عباس
القضاء احدى سلطات الدولة، وثقة المواطن بالقضاء ترد بحكم اللزوم على ثقته بنظام الحكم، وكل دعم للقضاء ينعكس ايجاباً على الدولة.

وانني إذ أقدر حجم الأعباء وعظم المسؤولية التي تحملونها إلا أن ذلك وفيما أرى لا يحول دون الاجتماع بالقضاة كجماعة، في لقاء مفتوح، سيما وان أمراً كهذا لم يتم ولو لمرة واحدة في عهدمكم الميمون، وقد قمتم فخامتكم بالمجتمع بكثير من القطاعات والمؤسسات واستمعتم لمطالبهم ولبيتهم بعضاً من حاجاتهم، فالقضاة جزء من الرعية، وليسوا أي رعية، فهم الأمناء على الأرواح والحقوق والأعراض، ومن حقهم على الراعي أن يسمع صوتهم، حرصه على أن يسمعهم صوته بل أشد حرصاً.

الى دولة رئيس الوزراء د. سلام فياض

نثمن عالياً اجتماع دولتكم بالسادة أعضاء مجلس ادارة نادي القضاة الفلسطيني، ونأمل أن تكون النتائج على مستوى الآمال والتطلغات، لكنني استميحك عذراً يا دولة الرئيس بالسؤال عن سبب عدم تلبية طلب الهيئة الإدارية لجمعية القضاة الفلسطينيين الاجتماع بدولتكم رغم أن أمراً كهذا طلب مرتين ومر على ذلك ما يزيد عن سنة، هل هناك من أوحى في حينه أن الاجتماع بالقضاة ينال من استقلالهم ويكتفي الاجتماع برئيسهم - معدرة - "أعني رئيس مجلس القضاء الأعلى" لأن القاضي ليس عليه في قضاة رئيس، ولا سلطان عليه سوى ضميره والقانون؟ أم حال بين طلب الهيئة الإدارية للجمعية والاجتماع بدولتكم كاتم للصوت؟

الى معالي رئيس مجلس القضاء الأعلى القاضي فريد الجلاد

نشكر لكم الاجتماع بالهيئتين الإداريتين لنادي القضاة الفلسطيني وجمعية القضاة الفلسطينيين يوم الأحد ٢٥/٧/٢٠١٠ مباركة ودعم خطوة توحيد واندماج كل من النادي والجمعية بجسم واحد ووحيد.

الى السادة أعضاء نادي القضاة الفلسطيني وجمعية القضاة الفلسطينيين والى أصحاب الشرف القضاة على اختلاف مواقعهم

نبارك وندعم توحيد واندماج كل من النادي والجمعية في جسم واحد ووحيد، ونناشد الجميع مباركة ودعم هذا التوجه فالماء كثير باخوانه ويد الله مع الجماعة، أملين أن يكون ذلك وأداً لفرقة ولسياسة فرق تسد.

الى من يلقي السمع للقيل والقال
من نم لك نم عليك.

الى قضاة فلسطين
كل منكم على ثغرة من ثغر القضاء فلا يؤتين من قبله، واستقلال القضاء فرض عين على كل واحد منكم.

ختاماً أرجو أن لا أكون قد أطلت بل أرجو أن أكون قد أوضحت وبلغت، شاكراً لكم حسن استماعكم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التفتيش القضائي منجزات وآفاق*

القاضي / فتحي أبو سرور
قاضي في المحكمة العليا ورئيس دائرة التفتيش القضائي

أعدت دائرة التفتيش القضائي هذا التقرير بعنوان "التفتيش القضائي منجزات وآفاق"، أمل أن يكون هذا العنوان قادراً على تغطية المضمون، لكن قبل أن نخوض في المضمون فإن الأمانة الوطنية والأمانة المهنية توجبان عليّ حديث الصراحة.

أنتم كقضاة تصدرون أحکامكم باسم الشعب، هذا يعني أنكم تعبرون عن إرادة الدولة في إصدار تلك الأحكام، ولا تمثلون الدولة في أحکامكم، أنتم تقومون بمهمة سامية لها أدبيات وأخلاقيات وقواعد ولو التزمتم بها لن يعاتبنا أحد، ولن ينتقدنا أحد، البعض منكم بالأمس كان ينادي بوضع حد للهجوم الذي يتعرض له من وسائل الإعلام، هل سألتم أنفسكم لماذا يتعرض مجرى العدالة لجرائم الذم والقذح والتشهير والشك من وسائل الإعلام والمواطنين؟ نحن السبب في ذلك لأن البعض منا لا يلتزم بأدبيات وأخلاقيات مهنتنا، ويفتح الباب للقذح والتشهير فيما، هل يعقل أن تؤجل قضية جزائية صلحية لإصدار القرار أربع أو خمس مرات مدة سنة دون إصدار القرار، وتعاقب على نظرها أربع قضاة، علماً أنه لم تقدم فيها أية بينة وختمت النيابة بينتها التي لم تقدم أصلاً، وامتنع الدفاع عن تقديم بينة دفاعية، ومع ذلك ما زالت القضية قيد النظر. وهل يعقل أن يدخل عضو النيابة إلى الجلسة دون ملفات، ويستعين بملفات المحكمة، ويضرب كوع على طاولة القاضي، وتبدأ الوشو شة بينهما أمام الحضور من المحامين والمتقاضين! هل هذا مظهر من مظاهر العدالة؟ هل يعقل أن يجلس قاضي على كرسي الحكم ويسلح تحت الطاولة، ويحمل ملفاً يغطي به وجهه ولا يظهر منه سوى شعره ...، وهناك أمور كثيرة لا أريد أن أسردها ولكن لن يفلت أحد من المسائلة.

اعلموا أيها السادة أن أي حكم صحيح يصدره أي قاضي فإن هذا القاضي يضع طوبية في بناء هذا الوطن، لأن هذا الوطن هو وطن المصير وليس وطن الفرص، وليس وطن الفرص واللبيب بالإشارة يفهم.

* ورقة عمل قدمت في المؤتمر القضائي الرابع الذي عقد في مدينة بيت لحم في الفترة ١٤-١٦/٧/٢٠١١

السادة أصحاب السعادة:-

لقد أناظر قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢ كما أنأاطت لائحة التفتيش القضائي لسنة ٢٠٠٦ لدائرة التفتيش القضائي باعتبارها إحدى الإدارات الملحقة بمجلس القضاء الأعلى مهام ومسؤوليات متعددة لأنها من المكونات الأساسية للنهوض بالجهاز القضائي في إطار الاحترام الدقيق للقانون والحرص الشديد على تعزيز استقلال القضاء، ولما للتلفتيش القضائي من دور فاعل في تشخيص وضعية المؤسسة القضائية من حيث الموارد البشرية والكفاءات المهنية فقد نشأت علاقة تواصيلية شبه يومية بين الدائرة وسيادة رئيس مجلس القضاء الأعلى باعتباره المسؤول الإداري الأول عن أعمال الإدارات الملحقة بمجلس القضاء الأعلى للاستنارة بتجيئاته والأخذ برأيه في كثير من الأمور التي تتعلق بمكونات الجهاز القضائي لأن دائرة التفتيش القضائي هي الجسر الذي يغذي مؤسسة مجلس القضاء الأعلى بالمعلومات عن مكونات هذا الجهاز وفعاليته.

السادة أصحاب السعادة:-

أبین لكم فيما يلي الإنجازات التي قامت بها دائرة التفتيش القضائي لسنة القضائية الواقعة ما بين المؤتمرين القضائيين (الثالث والرابع) .

أولاً: التحقيق والشكوى

إن الدائرة لا تستقبل أية شكوى ترد إليها من أية جهة إلا إذا كانت محالة من رئيس مجلس القضاء الأعلى سندًا لأحكام المادة (١٣) من لائحة التفتيش القضائي حيث يتم تسجيلها في سجل خاص بالشكوى يدون فيه رقمها واسم الجهة المستدعاة والجهة المدعى ضدها وموضوع الشكوى. ثم يباشر أحد السادة المفتشين التحقيق بالشكوى بناء على تكليف خطى من رئيس الدائرة وبعد الانتهاء من التحقيق يدون ملاحظاته واستنتاجاته التي توصل إليها ويرفعها إلى رئيس الدائرة الذي بدوره يقوم بالتدقيق فيما توصل إليه المفتش ويبدي ملاحظاته إن كان لها محل ثم يكون رأيا يرفق بموجبه تقرير خطى إلى رئيس المجلس وغالباً يأخذ معالي رئيس المجلس بالتوصية التي أوردها وأحياناً يستوضح عن بعض الجوانب لمعرفة إن كانت النتيجة التي توصلنا إليها تتناسب مع المخالفة المنسوبة للقاضي المستدعاي ضده أم لا. أما فيما يتعلق بعدد الشكاوى التي وردت إلى الدائرة خلال العام القضائي المنصرم فقد بلغ عددها (١٣٣) شكوى على اختلاف أنواعها تم التبت في (١٠٢) منها حيث كان منها:

١. (٤) شكوى تتعلق بالمخالفات السلوكية لبعض السادة القضاة من حيث السلوك السلبي للقاضي أثناء انعقاد الجلسة ويشمل ذلك أسلوب المخاطبة أو مجاملة بعض الخصوم أو

وكلائهم أثناء الجلسة وأمور أخرى من شأنها التقليل من هيبة مجلس الحكم وتعرض مجرى العدالة للشك والذم.

٢. (٦١) شكوى تتعلق بالمخالفات الإدارية من حيث أسباب التأجيلات المتكررة وغير المبررة وأسباب إطالة أمد التقاضي، وعدم استغلال الوقت في فصل الخصومات، والتأخير غير المبرر للنطق بالحكم وعدم جاهزية الحكم بعد النطق به من حيث الطباعة إلا في الأيام الأخيرة من مدة الطعن.
٣. (٢٧) شكوى ليست من اختصاص الدائرة، و(٥) شكوى تتعلق بفقدان ملفات، والباقي متنوعة.

ثانياً: مسلكيات السادة القضاة فيما بينهم

بناءً على تكليف معالي رئيس المجلس قامت الدائرة بالتحري ورصد بعض المخالفات المسلكية السلبية لبعض السادة القضاة فيما بينهم وللأمانة المهنية أقول أن بعض الزملاء تجاوزوا أدبيات وأخلاقيات هذه المهنة السامية التي يجب أن يحترمها ويقدسها كل من يجلس على كرسى الحكم ويحصل في الخصومات بين الناس لأنه متذور لتحقيق العدالة التي ينشدتها العامة وليس العدالة المزاجية أو المصلحية التي ينشدتها من يعتبرون أنفسهم أو يسمون أنفسهم أصحاب نفوذ، لأن القاضي الجيد يجب أن لا يخضع لأية تقييدات أو تأثيرات غير سلية أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة كانت أو غير مباشرة من أية جهة أو لأي سبب لأن العمل القضائي يجب أن يرتكز على أساس من النزاهة والشفافية والحيادية.

ثالثاً: أنشطة الدائرة الداخلية

نظراً لما لدائرة التفتيش القضائي من سلطة شاملة على أعمال السادة القضاة - عدا قضاة المحكمة العليا - لمعرفة البيانات التي تؤدي إلى معرفة درجة كفاءتهم ومدى حرصهم على أداء وظيفتهم وإعداد البيانات اللازمة عنهم وذلك لعرضها على مجلس القضاء الأعلى عند النظر في الحركة القضائية فقد أعدت الدائرة برنامجاً تنفيذياً ميدانياً مكثفاً للتفتيش الدوري والماجي على أعمال السادة القضاة وذلك على الشكل التالي:

١. اعتمدت الدائرة التفتيش الفجائي في كثير من الأحيان باعتباره أجدى وأنجع من التفتيش الدوري لأنه يتيح للمفتشين النزول إلى ميدان العمل دون إعلام القاضي أو المحكمة المعنية بالتلفتيش عليها وبدون سابق إنذار، وقد مارست الدائرة هذا النوع من التفتيش على جميع محاكم الصلح والبداية والاستئناف، وكان المقصود من ذلك متابعة تنفيذ التوجيهات والطلبات التي كان يبديها المفتشون أثناء زيارتهم التفتيشية وللتعرف على مدى التزام السادة القضاة

والموظفين في تطبيق القواعد القانونية كلا في مجال اختصاصه والوقوف على مدى التزامهم بتسهيل طلبات المراجعين والاستجابة لها، وقد تكررت الزيارة المفاجئة لبعض المحاكم أكثر من ثلاثة مرات في الشهر الواحد. وبلغ عدد الزيارات المفاجئة للمحاكم كافة (١٥٨) زيارة.

٢. قامت الدائرة بالعديد من الزيارات التفتيشية الدورية لجميع المحاكم المشمولة بالتفتيش وفق البرنامج المعد لذلك وقد بلغ عدد الزيارات الدورية للمحاكم خلال السنة القضائية الماضية (٨٢) زيارة، وقد تم تزويد المحاكم ببرنامج الزيارات الدورية. وأهداف هذه الزيارات الاطلاع على انتظام السادة القضاة أثناء سير الدعوى ومدى جديتهم في العمل وسيطرتهم على الجلسات ومعاملتهم لزملائهم وموظفيهم والخصوم والمحامين وأعضاء النيابة العامة ومقدرتهم المهنية والقانونية والتعرف على شخصيتهم الريادية وقدرتهم على معالجة الدفعات والطلبات التي تثار في الجلسات والاطلاع على كيفية صياغة القرارات وتبسيبها ومكانتها القانونية اللغوية، وعدد القضايا المنظورة يومياً وكيفية استغلال الوقت في الفصل في الدعاوى والتعرف على السلوك الشخصي للقاضي وثقته بنفسه ومدى انتماصه لعمله.

وفي هذا المجال أرى أن أطلع أصحاب السعادة على مدى التقدم الذي طرأ على عدد القضايا الواردة للمحاكم على اختلاف درجاتها في العام القضائي الماضي، وعلى التقدم الكبير الذي طرأ على عدد القضايا المفصولة مقابل الوارد، والنسبة المئوية بين المفصول إلى الوارد خلال ذات المدة الأمر الذي يدل على تنامي تعزيز ثقة الجمهور بالقضاء. حيث بلغت نسبة الفصل في القضايا الحقوقية الصلحية (٢٣٪، ١٠٥٪) كما بلغت نسبة الفصل في القضايا الجزائية الجنحوية (٤٣٪، ١٢٢٪)، في حين بلغ معدل النسبة المئوية للفصل في القضايا الحقوقية البدائية ما نسبته (٤٨٪، ٨٥٪) وفي الجنايات ما نسبته (٤٠٪، ١٥٧٪)، والجدول أدناه يوضح النسب المشار إليها:-

محاكم الصلاح	حقوق	الجزء
وارد	٧١٢٥	٢٢٨٠٥
مفصول	٧٤٩٨	٢٧٩٢١
النسبة المئوية	٪١٠٥، ٢٣	٪١٢٢، ٤٣

محاكم الصلاح	حقوق	الجزء
وارد	٣٣٤٩	٧٥٦
مفصول	٢٨٦٣	١١٩٠
النسبة المئوية	٪٨٥، ٤٨	٪١٥٧، ٤٠

أما في محكمتي استئناف رام الله والقدس فقد بلغت نسبة الفصل في استئناف الحقوق (١٣٤٪) واستئناف الجزاء (٦٪٩٠) واستئناف التنفيذ (٥٠٪٩٩) وذلك وفقاً للجدول التالي:-

استئناف تنفيذ		استئناف جزاء		استئناف حقوق		المحكمة
مفصل	وارد	مفصل	وارد	مفصل	وارد	
١١٤٢	١١٤٦	٣٥١	٤٢١	٧١٧	٥٠٤	استئناف رام الله
٤٨٢	٤٨٦	١٠٧	٨٤	٥٣٥	٤٣٠	استئناف القدس
١٦٢٤	١٦٣٢	٤٥٨	٥٠٥	١٢٥٢	٩٣٤	المجموع

٣. رصدت الدائرة وجود (٨١١) قضية مازالت عالقة في المحاكم منذ عدة سنوات تتراوح ما بين (١٢-٢٥ سنة) وعرضنا الأمر على سيادة رئيس مجلس القضاء الأعلى وقد أعطى تعليماته للمحاكم بضرورة سرعة البت في هذه الدعاوى وقد تابعنا الموضوع مع السادة رؤساء المحاكم إلا أن نسبة الفصل لم تكن بالمستوى المطلوب.

٤. بموجب كتابنا رقم ٢٠١١/١٥ تاريخ ٢٠١١/١٠/٢٠١١ وتعليمات من رئيس المجلس للقضاء على الاختناق القضائي في المحاكم بسبب تراكم الدعاوى فقد تم مفاتحة جميع السادة رؤساء المحاكم على أن لا تتجاوز مدة التأجيل (٤٠) يوماً في جميع القضايا، وتكثيف جهود السادة القضاة على أن لا تقل نسبة الفصل عن ١٠٠٪ من الوارد مضافاً إليه ٤٪ من المترافق شهرياً ليتسنى لنا القضاء على تراكم القضايا خلال سنتين. إلا أن واقع الحال والكم الكبير من القضايا لم يسعف الجهود المبذولة حيث بلغت نسبة الفصل في القضايا المتراكمة خلال السنة ١٧,٨٪ وما زال عالقاً في المحاكم (٣٢٢٨٤) قضية.

٥. رصدت الدائرة عدم توحيد الإجراءات القضائية لدى المحاكم في ثلاث حالات بحاجة إلى تدخل دائرة التدريب القضائي لمعالجة تلك الحالات، وهي:-

أ. بعض المحاكم تقرر اعتبار الدعوى كأن لم تكن من تلقاء ذاتها بعد مضي ستين يوماً على قرار الشطب. وبعض المحاكم تستبعد الدعوى بعد قرار الشطب من جدول القضايا لحين تقديم طلب بتعجيلها.

ب. يوجد اختلاف في آراء السادة قضاة التنفيذ حول مدة حبس المدين (٩١) يوماً إذا وقع جزء من المدة في نهاية العام والجزء الآخر في بداية العام الجديد.

ج. يوجد ضعف لدى السادة قضاة الصلح في إجراءات التقاضي بالنسبة للادعاء بالحق المدني المقترب بالدعوى الجزائية، المشكلة تكمن في كيفية إجراءات المحاكمة.

رابعاً: التقييمات

بناءً على طلب رئيس مجلس القضاء الأعلى بإجراء تقييمات للسادة قضاة محاكم الصلح لمعرفة مدى قدرتهم القانونية وأحقيتهم للترقية بناءً على نتائج التقييم، فقد عملت الدائرة وبشكل مكثف لإنجاز هذه المهمة. وقد تم تقييم أداء (٢٧) قاضياً على أساس الأداء الفني وال موضوعي وفقاً للنماذج المعتمدة من السابق التي كانت أساساً لتقدير السادة القضاة في السنوات الماضية. وبناءً على تعليمات رئيس المجلس لإعطاء السادة رؤساء المحاكم دور في التقييم فقد تم اعتماد النماذج الداخلية الشهرية التي تعد من قبل رؤساء المحاكم كعنصر من عناصر التقييم، كذلك تم اعتماد الدورات التدريبية وورش العمل القانونية من حيث مدى الالتزام بالحضور والسلوك الشخصي للسادة القضاة الخاضعين للتقييم وقد تم الانتهاء من عملية التقييم وتسلیم النتائج لقيادة رئيس المجلس بتاريخ ٢٠١١/٤/٢١ بموجب كتابنا رقم ٢٠١١/٢٩١ إلا أننا لاحظنا بعد ذلك وجود خطأ حسابي في نتائج بعض السادة القضاة جراء عملية الجمع لتقارير رؤساء المحاكم وقمنا بتصويب الخطأ وأشارتنا سيادة رئيس المجلس بذلك بموجب كتابنا رقم ٢٠١١/٣١٦ تاريخ ٢٠١١/٥/٩، كما أشرت الدائرة السادة القضاة الذين تأثرت نتائجهم إيجاباً أو سلباً بذلك.

خامساً: النشاطات الخارجية

شارك ثلاثة من أعضاء دائرة التفتيش في مؤتمر رؤساء دوائر التفتيش القضائي في الدول العربية الذي انعقد في بيروت في شهر نيسان من هذا العام.

سادساً: آفاق مستقبلية لدائرة التفتيش القضائي

تبذل دائرة التفتيش القضائي ما في وسعها لتطوير أدائها بما يعزز ثقة المجتمع بالقاضي والقضاء للنهوض بمستوى المؤسسة القضائية إلى أعلى المستويات وذلك من خلال:

- تفعيل وتطوير الدائرة الكترونياً بالتنسيق مع دائرة تكنولوجيا المعلومات من أجل تسهيل القيام بأعمال الدائرة والاطلاع على أعمال المحاكم.

- رفد الدائرة بعدد من السادة القضاة يختارهم مجلس القضاء الأعلى من توفر فيهم الشروط على أن لا يقل عددهم عن ستة قضاة كي تتمكن الدائرة من تغطية أعمالها على أكمل وجه.

- زيادة عدد الموظفين وفقاً للهيكلية المعدلة للدائرة التي طلب تصديقها من قبل إدارة المجلس.
- تعديل لائحة التفتيش القضائي لتكون أكثر شمولية وخضوع السادة أعضاء النيابة العامة للتفتيش وقد تم الانتهاء من عمل المسودة وسيتم عرضها على المجلس في الأيام القادمة.

حدود وآليات الرقابة على التعين في الوظيفة القضائية*

المستشار / محمود غنيم

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا - مصر

يعتمد نجاح أي عمل في الأساس على الشخص القائم به، ثم يأتي بعد ذلك توفير الظروف والإمكانات اللازمة لأداء العمل. وهكذا الشأن في اختيار رجل القضاء، إذ يخضع لمعايير صارمة، للوقوف على الكفاية العلمية للمرشح، وحسن السير والسلوك، والسمعة الطيبة، والتوازن النفسي، والمظهر المقبول، والصلاحية الصحية. ويستطيع الأمر في بعض من هذه الشروط إلى الأسرة التي ينتمي إليها المرشح. وذلك كله وفق أسس موضوعية، تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

وتجدر بالذكر أن هذه الشروط والمعايير يجب توافرها ابتداءً، وأن تصاحب عضو الهيئة القضائية طوال حياته الوظيفية، فهي شروط ابتداء واستمرار.

ومن جانب آخر تتطلب الوظيفة القضائية بعض الالتزامات التي تقيد القائم بالعمل القضائي، قصد منها الحفاظ على هيبة وحيدة ونزاهة من يتولى منصب القضاء.

وينصرف ما تقدم إلى جميع العاملين بالهيئات القضائية، وأعضاء النيابة العامة سواء قضاة القضاء العادي أو الإداري أو الدستوري، ومعظم هذه الشروط ترددت في تشريعات الكثير من الدول العربية. وقبل أن نعرض لهذه الشروط، يتعين أن نمهد لذلك باستعراض الطرق المختلفة لاختيار القضاة، سواء تلك التي تعارفت عليها الدول المختلفة خاصة العربية، أو تلك التي وردت في الشريعة الإسلامية. وعلى هذا الأساس نقسم الدراسة إلى أربعة أقسام رئيسية:

- أولها: طرق اختيار القضاة.
- ثانيها: الشروط العامة للتعيين بإحدى الهيئات القضائية .
- ثالثها: شروط الاستمرار في العمل القضائي.
- رابعها: الشروط الخاصة لولاية القضاء.

* ورقة عمل قدمت في الدورة التدريبية بعنوان (أفضل الممارسات الدولية في الرقابة على أداء أركان العدالة) التي عقدها المركز الفلسطيني لإستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) بدعم من مؤسسة المستقبل في الفترة ما بين ٦/٢٦ - ٢٠/٦/٣٠ في عمان - الأردن.

القسم الأول

طرق اختيار القضاة

نظراً لما للقضاء من وظيفة اجتماعية عظيمة الخطر، كبيرة الأثر، فإنه من المصلحة العامة للأمة أن تراقب اختيار من يتولى هذا المنصب، إذ لم يعد بيعاً أو يشتري أو يورث^١، كما لم يعد مقصوراً على جماعة بعينها، كجماعة الكهنوت. ومن جانب آخر يجب أن تتوافر فيمن يتولى القضاء جملة شروط تكفل النزاهة التامة والاستقلال المطلق وضبط النفس والذكاء وجميعها مواهب طبيعية. ويجب كذلك أن يكون القاضي متيناً من العلوم القانونية وكيفية تصنيفها، وأن يكون واسع الإطلاع هادئاً الفكر متواضعاً، مع قدرته على مقاومة أهوائه وإصلاح ذات نفسه. ومن أجل ذلك يجب أن يخضع اختيار القضاة لشروط دقيقة وضوابط صارمة لانتقاء أفضل العناصر، وقد حرصت مختلف الدول على اختيار أفضل الطرق التي تتناسب وواقع مجتمعها لاختيار القضاة لضمان حسن سير العدالة. وذلك من بين طرقى انتخاب القضاة وتعيينهم . ونعرض فيما يلي موقف الدول المختلفة لاختيار القضاة ثم طريقة اختيار القضاة في الإسلام.

أولاً: الطرق التي تتبعها الدول لاختيار القضاة

تحتختلف الدول فيما بينها في أسلوب اختيار القضاة ومن في حكمهم، فبعض الدول تأخذ بنظام الانتخاب والبعض الآخر يأخذ بنظام التعيين. ولكل نظام منها مميزات ومسالب. وأيا كان الأمر، تقوم كل دولة باختيار ما يناسب واقع مجتمعها في هذا الشأن.

أ. نظام انتخاب القضاة:

يجب أن نفرق ابتداءً بين اشتراك الشعب في اختيار قضاة، واشتراك الشعب في القضاء^٢. فال الأولى طريق من طرق اختيار القضاة والثانية شكل من أشكال النظام القضائي الذي قد يأخذ صور متعددة قد تتمثل في محاكم أو لجان قضائية.

وانتخاب الشعب للقضاء سواء بطريق مباشر أو غير مباشر يجد سنته في أن الأمة هي مصدر السلطات وأن انتخاب القضاة هو أهم مظاهر سيادة الأمة. فالقاضي المنتخب يكون أكثر تعبيراً عن إرادة الأمة، وفي ذلك ما يكفل استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية.

وقد عرفت فرنسا طريق انتخاب القضاة، وصدر به قانون في سنة ١٧٩٠ م، وامتد هذا النظام إلى الدولة العثمانية، حيث كان لهيئات القرى والمدن انتخاب قضاة المحاكم الابتدائية والاستئنافية. وقد

ألغيت هذه الطريقة بموجب الدستور العثماني الصادر في ١٣ مارس ١٩١٣. وتأخذ سويسرا حاليا بنظام انتخاب القضاة وتتبع ذات النهج بعض الولايات الأمريكية، وعدد من دول الكتلة الشرقية، ومن ذلك الدستور السوفييتي قبل تعديله.

وفي الشأن العربي نجد القانون المغربي يجمع بين نظامي الانتخاب والتعيين فيما يتعلق بقضاء حكام الجماعات والمقاطعات، فقد صدر القانون رقم ٣٣٩/٧٤/١ بتاريخ ١٥/٧/١٩٧٤ بتنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات وتحديد اختصاصاتها: فقضاء هذه المحاكم يعينون من بين القضاة طبقاً لمقتضيات القانون الأساسي لرجال القضاء، من بين الأشخاص الذين لا ينتمون للهيئة القضائية (فصل ٢). وتحتار الهيئة الانتخابية من بين أعضائها المحاكم «القضاة» ونوابهم (فصل ٤). ويشرط في المحاكم أن تكون له مؤهلات تتيح له القيام بمهام المحاكم، وأن لا يكون من بين الموظفين العموميين والمحامين ووكلاً للأعمال (فصل ٣). والقاضي يعين - طبقاً للفصل الأول من القانون رقم ٤٩٩/٢٤/٢، الصادر بتاريخ ١٦/٧/١٩٧٦ - من طرف لجنة تشكل برئاسة رئيس المحكمة الابتدائية الذي توجد الجماعة القروية أو الحضرية بدائرة نفوذ محكمته، وعضوية قاض من قضاة المحكمة وقاض من النيابة العامة بنفس المحكمة، وقائد أو خليفة المقاطعة، وممثل من نقابة المحامين . أما قضاة المحكمة العليا وأعضاء لجنة التحقيق والنيابة العامة بتلك المحكمة، فيتم عن طريق الاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب (القانون رقم ٢٧٨/٧٧/١ - الصادر بتاريخ ١٨/١٠/١٩٧٧).

ورغم ما للنظام انتخاب الشعب للقضاة من مزايا إلا أنه نظام غير آمن وغير جدير بالتأييد للأسباب الآتية:

١. من الناحية السياسية: يؤدي نظام انتخاب القضاة إلى إقصام القضاة في السياسة، فالانتخابات العامة تنظمها وتمارسها الأحزاب السياسية، والقاضي لا يضمن فوزه في هذه الانتخابات مالم يجد دعم وتأييد من حزب سياسي معين، إذ يتوقف فوزه على اختياره من قبل جمهور الحزب. ونتيجة لذلك يشعر القاضي بأنه مدین لذلك الحزب وجماهيره متعاطفاً مع وجهة نظر الحزب مما يفقده حياده ومن ثم استقلاله، ويؤدي إلى خضوعه لهذا الحزب.

٢. ومن ناحية الكفاية والسلوك: غالباً ما يؤدي انتخاب القاضي إلى أن يسند هذا المنصب لغير المؤهلين علمياً، وأحياناً من هم غير منضبطين مسلكياً، إذ يعتمد اختيار القاضي على الرغبة الشعبية دون اعتبار للمؤهلات والمزايا التي يتعين توافرها في القاضي.

٣. يرتبط نظام انتخاب القضاة بتوقيت مدة عمل القاضي، ومن ثم يتعارض مع مبدأ عدم قابلية

القضاة للعزل، الذي يضمن استقلال القضاة . فالتأقيت مع رغبة القاضي في إعادة انتخابه، يجعله رهنا بإرادة ناخبيه متأثرا بالرأي العام، ولو كان ذلك على حساب العدالة.

٤. خضوع القاضي لسيطرة وسائل الإعلام، حتى تظهره بمظهر لائق يرضي جمهور الناخبين حتى يعاد انتخابه مرة أخرى.

ب. نظام تعيين القضاة:

أساس هذه الطريقة أن يعهد إلى جهة معينة في الدولة بتعيين القضاة، سواء كانت هذه الجهة تتبع السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أو بموجب نظام مختلط على التفصيل الآتي:

١. **تعيين القضاة من قبل السلطة التشريعية :** ومن أمثلة ذلك بعض الولايات الأمريكية ^٣ ، وسويسرا بالنسبة لقضاة المحاكم الاتحادية والمحاكم ذات الطابع السياسي و اختيار قضاة المحكمة العليا المغربية. ويعاب على هذه الطريقة أنها تؤدي إلى تغلغل الاعتبارات السياسية والحزبية للقضاء، رغم ما يفترض فيه من حياد فيكون القضاة خاضعين للأغلبية الحزبية في المجالس النيابية.
٢. **تعيين القضاة من قبل السلطة التنفيذية:** وتتبع هذه الطريقة الدول حديثة العهد بالاستقلال، رغم ما فيه من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات ، وفقدان القضاة لهيبتهم اتجاه السلطة التنفيذية وفقدانهم لاستقلاليتهم.

٣. **تعيين القضاة من قبل أعضاء الهيئات القضائية:** ويكون ذلك من خلال أن يعهد إلى لجنة عليا بكل هيئة من الهيئات القضائية، تقوم باختيار من يصلح لتولي منصب القضاء.

وتحقق هذه الطريقة مبدأ استقلال القضاء عن السلطات التشريعية والتنفيذية ، بمنع تدخلهما في تعيين القضاة، فيتمكن القاضي بالحياد التام في أداء وظيفته، وتحمّل القضاة حصانة تعصّبهم من الضعف أمام أعضاء السلطة التنفيذية، أو أمام الناخبين الذين اختاروا أعضاء السلطة التشريعية وتبع القضاة عن التأثيرات السياسية والحزبية فضلاً عن أن هذه الطريقة تؤدي إلى اختيار أفضل العناصر لتولي العمل القضائي.

إلا ان البعض يعيب على نظام تعيين القضاة من قبل من تختارهم المجالس العليا بكل هيئة قضائية، أنه قد يؤدي إلى سيطرة اتجاهات أعضاء هذه الهيئات على عملية الاختيار، فضلا عن خشية استغلال هذه الهيئات لنفوذها، بقصر التعيين على الأقارب والمعارف، فيصير القضاة حكراً على طائفة معينة من الناس، مما يجرد القضاء من طبيعته كهيئة محايدة، ويؤدي في النهاية إلى زعزعة الثقة بالقضاء.

٤. تعين القضاة وفقاً لنظام مختلط: إما أن يكون ذلك من خلال منح السلطة التنفيذية الدور الرئيسي في تعين القضاة، على أن يحاط تصرفها بضمانات تكفل عدم استغلال هذا الاختيار للتأثير في القضاة وتهديد استقلالهم. وبموجب هذا النظام تقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة من بين من ترشحهم الهيئات القضائية، دون غيرهم. وهذا النظام متبع في بلجيكا.

- وقد يكون ذلك من خلال المجلس الأعلى بكل هيئة قضائية، حيث يكون لكل منها الدور الرئيسي في تعين أعضاء جدد بها، على أن يحاط ذلك بضمانات تكفل الحياد في هذا الاختيار لانتقاء أفضل العناصر لتولي المنصب، مع إسناد سلطة تعين من تم اختيارهم لرئيس الجمهورية، وكفالة الحق لمن تم تخطيه في التعين، بالطعن في هذا القرار أمام المحكمة المختصة.
وغالبية الدول العربية تتبع أسلوب تعين القضاة سواء من خلال السلطة القضائية وحدها، أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية، على النحو الآتي:

في مصر: يتبع نظام التعين في كافة الهيئات القضائية (القضاء العادي بشقيه النيابة العامة والقضاء العادي – والقضاء الإداري – وهيئة قضايا الدولة – وهيئة النيابة الإدارية). وذات النهج يتبع في أعضاء المحكمة الدستورية العليا وهيئة المفوضين بها . ويكون التعين بقرار من رئيس الجمهورية لمن تختارهم المجالس العليا بتلك الهيئات . مع مراعاة أن تعين رؤساء تلك الهيئات يكون من بين أقدم أعضاء كل هيئة، عدا تعين رئيس المحكمة الدستورية العليا فيكون بقرار منفرد من رئيس الجمهورية، وهو أمر محل نقد ، وتم العدول عنه بموجب المرسوم بقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ وأصبح تعين رئيس المحكمة من بين أقدم نواب رئيس المحكمة وبموافقة الجمعية العمومية للمحكمة. وسوف نعرض – فيما بعد – لشروط وضوابط تعين أعضاء الهيئات القضائية في مصر، كنموذج لموقف الدول العربية من تعين القضاة.

المملكة العربية السعودية: يتم اختيار القضاة بطريق التعين من قبل هيئة رئاسة القضاة (المادة الخامسة من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي).

وفي اليمن: يكون التعين في جميع وظائف السلطة القضائية، وأعضاء النيابة العامة بقرار من رئيس الجمهورية، بناء على ترشيح وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى، عدا مساعدعي القضاة فيكون تعينهم بقرار من وزير العدل، ومساعدعي النيابة فيكون تعينهم بقرار من وزير العدل بعد ترشيح النائب العام، وذلك لمدة عامين تحت الاختبار، بعد انتهاءها وثبتت صلاحية العضو يتم تثبيته بقرار من مجلس القضاء الأعلى (المادة ٢٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٩).

وفي لبنان: يتم تعيين القضاة بموجب مرسوم بناء على اقتراح وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى.

وفي سوريا: يكون تعيين القضاة في وظائفهم وترقيتهم ونقلهم، بقرار من رئيس الجمهورية، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (المادة ٥٨ من قانون السلطة القضائية).

وفي العراق: يقوم مجلس القضاء بتعيين الحكام والقضاة، بعد التأكيد من لياقتهم، فإن كان المتقدمين أكثر من واحد، قام المجلس بإجراء امتحان لهم، ويقوم بتعيين من يراه أرجح من غيره من الناجحين. ثم يرسل قرار التعيين إلى وزير العدل لاستصدار مرسوم جمهوري بالتعيين (المادة ٣٤ من قانون السلطة القضائية). وجدير بالذكر أن طلب التعيين يقدم ابتداء إلى وزارة العدل مرفقا به المستندات المطلوبة، ويقوم وزير العدل بإرسال الطلبات المستوفاة منها إلى مجلس القضاء لاتخاذ قراره بشأنها. **وفي الجزائر:** يقر المجلس الأعلى للقضاء تعيين القضاة وأقدميتهم ونقلهم ومراقبة انضباطهم، وفقاً للأحكام التي يحددها القانون (المادة ١٨٢ من الدستور).

وفي السودان: يعين رئيس الجمهورية، بعد التشاور مع مجلس القضاء، رئيساً للقضاء، من بين ذوي الخبرة والسمعة الحسنة والكفاءة العالية (المادة ١٨ من قانون الهيئة القضائية).

وفي ليبيا: يكون تعيين رجال القضاء بمعرفة السلطة التنفيذية، بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (المادتان ٤٥ ، ٤٦ من قانون نظام القضاء).

وفي المغرب: الملك هو الذي يعين القضاة بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء (المادة ٨ من الدستور). مع مراعاة ما سبق ذكره في شأن حكام الجماعات والمقاطعات الذي يجمع بين طريقي الانتخاب والتعيين، أما قضاة المحكمة العليا وأعضاء لجنة التحقيق وأعضاء النيابة العامة بها فيتم عن طريق الاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب.

ثانياً: اختيار القضاة في الإسلام

أ. طرق الاختيار:

أخذ التنظيم القضائي الإسلامي مبدأ التعيين للقضاة. باعتبار أن ولاية القضاة من المصالح العامة، فلا بد أن تتم بمعرفةولي الأمر بنفسه أو من فوضه في ذلك.

واختيارولي الأمر، أو من يفوضه، للقاضي ليس أمراً مطلقاً، بل مقيد بأن يكون معروفاً له صلاحه وكفاءته، وعليه ان يتحرى ذلك فيه قبل ان يوليه القضاة، أو يعقد له اختبار إذا وجد في نفسه شيئاً

يقلل من كفاءته أو قدرته على أداء هذه الأمانة فقد اختبر الرسول صلى الله عليه وسلم معاداً حين عينه قاضياً على اليمن.

ب. الشروط الواجب توفرها في القاضي

إذا استبعدنا شرط الذكورة فيمن يولي القضاء، الذي نادى به فريق من فقهاء المسلمين، نظراً للعدم جدوى بحثه، بعد أن جرت دساتير وقوانين غالبية الدول العربية على عدم التمييز بين الرجال والنساء في تولي هذا المنصب، فإنه يتشرط فيمن يولي القضاء:

١. أن يكون القاضي عاقلاً، صحيح التمييز، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذلك إلى إيضاح ما أشكل، وفصل ما أعضل.
٢. أن يكون متكلماً سمعياً بصيراً، ويرى المالكيه أنه لا يجوز أن يكون ضريراً أو أصم أو أبكم، وهي شروط توليه واستمراره. وقال بعض الشافعية بجواز توليه الأعمى القضاء، ولهم في الآخرين الذي تفهم إشارته وجهان.
٣. أن يكون عدلاً، ويرى الماوردي أن هذا الشرط معتبر في كل الولايات، ويتمثل عنده في الصدق والأمانة والعفة. والعدالة عند المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة شرط في صحة تولية القاضي.
٤. أن يكون مسلماً، لأن الإسلام شرط في جواز الشهادة على المسلم، فلا يجوز لغير المسلم تولي القضاء على المسلمين. وأجاز الإمام أبو حنيفة أن يتولى غير المسلم القضاء بين أهل دينه.
٥. أن يكون حراً، فلا يجوز تولية العبد، وقد صار هذا الشرط على غير محل بعد أن انتهى نظام الرق.
٦. أن يكون عالماً بأصول الأحكام الشرعية.

القسم الثاني

الشروط العامة للتعيين في الهيئات القضائية

هناك جملة شروط يتعين توافرها في المرشح لإحدى الوظائف القضائية في جمهورية مصر العربية، تجمع بين الكفاية الفنية والسلوكية والصحية، فضلاً عن الجنسية وتوافر الأهلية المدنية، واجتياز اختبارات شخصية. وذلك على النحو الآتي:-

١. الكفاية الفنية (العلمية):-
 - أ. بذاته، يجب أن يكون المرشح حاصلاً على إجازة القانون من إحدى كليات الحقوق والشريعة والقانون. وباعتبار أن أكاديمية الشرطة المصرية تمنع إجازة في القانون، إذ يتلقى فيها الطالب

ذات المواد العلمية التي تدرس في كليات الحقوق الأخرى، فيجوز لخريجي تلك الأكاديمية التقدم للترشيح للعمل بإحدى الهيئات القضائية في مصر، شريطة توافر سائر الشروط الأخرى في المرشح، وسداده التكفة التي تحملتها وزارة الداخلية خلال سنوات الدراسة، والتي تصل أحياناً إلى نحو مائة ألف جنيه. وإن كانت هناك أصوات تنادي بحظر تعين رجال الشرطة في سلك القضاء.

بـ. أن لا يقل التقدير التراكمي للمرشح خلال سنوات دراسته الجامعية عن جيد، وذلك إعمالاً لنص المادة الأولى من القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٧. ولا يستثنى أحد من تطبيق هذا الشرط، في سائر الهيئات القضائية.

وتشترط كافة التشريعات العربية فيمن يرشح لولاية القضاء – سلطة الحكمـ أن يكون سبق له الاشتغال بعمل من الأعمال القضائية أو القانونية في النيابة العامة ، أو قام بالتدريس بكليات الحقوق أو غير ذلك من الأعمال التي ينص عليها القانون. وتحتفل مدة الخبرة المطلوبة بحسب الدرجة التي يعين فيها القاضي. وقد نص على هذا الشرط صراحة في المواد من (٣٩) إلى (٤٣) من قانون السلطة القضائية المصري الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، والمادة (٤٦) من قانون نظام القضاء الليبي، والمادة من الثانية حتى العاشرة من كادر القضاء السعودي، والمادة (٢٢) من قانون السلطة القضائية العراقي، والمادة الثالثة من قانون استقلال القضاء الأردني.

٢. الجنسية والأهلية المدنية :

في مصر، يشترط أن يكون المرشح للوظيفة القضائية ممتلكاً بجنسية جمهورية مصر العربية . وتنتفق غالبية الدول العربية في وجوب توافر هذا الشرط في المرشح ، فالقاضي موظف عام، ولا يجوز تولي الوظائف العامة إلا لرعايا البلد الذي يعمل به، فضلاً عن أن القضاة مظهر من مظاهر سيادة الدولة، فلا يجوز أن يتولاه سوى رعاياها . ومن جانب آخر، يشترط في المرشح لتولى الوظيفة القضائية أن يكون كامل الأهلية المدنية، فلا يقبل من تم الحجر عليه أو حكم بإشهار إفلاسه.

٣. سن المرشح:

في مصر، غالباً ما يشترط أن لا يزيد سن المرشح عن أربع وعشرين سنة عند تقديم طلب التعين في بداية السلم الوظيفي لإحدى الهيئات القضائية، وأحياناً ما يرتفع هذا السن، لمواجهة الحالات التي لا يتم فيها التعيين في إحدى الهيئات القضائية لمدة تزيد على سنة، ويرتفع هذا السن عند التعين في القضاء على نحو ما سيرد بيانه في القسم الرابع.

٤. جنس المرشح:

تتفق دساتير وقوانين الدول العربية على عدم التمييز بين الرجال والنساء في تولي منصب القضاء. وجرى العمل في تلك الدول على ذلك، وإن كان بدرجات متفاوتة^٤.

٥. ضوابط مسلكية:

أ. يجب في المرشح ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف، ولو كان قد رد إليه اعتباره (البند ٤ من المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، ولها نظير في قانون مجلس الدولة وقانون هيئة قضايا الدولة وقانون تنظيم هيئة النيابة الإدارية).

والملاحظ في هذا الشرط أنه استوجب عدم صدور حكم إدانة، فإن كان المرشح قد صدر ضده مثل هذا الحكم، امتنع تعينه في إحدى الوظائف القضائية، ولو كان قد رد إليه اعتباره، فنسىان المجتمع للخطأ الذي ارتكبه الإنسان بعد مرور مدة من الزمن، لا عبرة له في التعين في مثل تلك الوظيفة، نظراً لحساسيتها.

ب. يجب أن يكون المرشح محمود السيرة، حسن السمعة (البند ٥ من المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية المشار إليه). ويتم التأكد من ذلك من خلال ما يتم من تحريات جنائية، فضلاً عن الاستعلام عنه في محل إقامته وموطنه.

ت. يجب أن لا يكون أحد أفراد أسرة المرشح (الأب - الأم - الأخوة- الأخوات- الأعمام - الأخوال- أبناء وبنات الأعمام والأخوال) قد حكم عليه نهائياً في جريمة مخلة بالشرف، ويتم التركيز بصفة أساسية على الأب والأم والأخوة والأخوات والأعمام والأخوال.

٦. اجتياز الاختبارات الشخصية:

من توافرت فيه الشروط السابقة ، يتم دعوته لمقابلة شخصية أمام لجنة من كبار أعضاء كل هيئة قضائية يتم خلالها مراقبة توازنـه النفسي، وثقـته بالنفسـ، ونـسبة الذـكـاءـ، والمـظـهرـ الـلـائقـ، وتوافـرـ المـعـلـومـاتـ الـقـانـونـيـةـ. وفي مصر غالباً ما لا يقل عدد أعضاء تلك اللجنة عن خمسة أعضاء، يقوم كل منهم برصد درجة تقدير لصلاحية المرشح، وبعد الانتهاء من المقابلات، يتم التفضيل على أساس أعلى تقيـيرـ حـصـلـ عـلـيـهـ كـلـ مـرـشـحـ.

٧. اجتياز الكشف الطبي:

يتم دعوة كل من اجتازوا بنجاح المراحل السابقة، للحضور في يوم معين، يصطحبهم فيه عدد من

رجال القضاء إلى مصلحة الطب الشرعي، حيث تؤخذ عينات دم وبول من كل من المرشحين، للكشف عن الخلو من المواد الكحولية والمخدرة ، وتوقيع الفحص الطبي عليهم- وفق معايير محددة - للتأكد من صلاحيتهم لمباشرة مهام عملهم .

٨. تصفية المرشحين:

بعد الانتهاء من جميع المراحل السابقة، يتم تصفية من اجتازوها بنجاح، وعند تساوي أكثر من مرشح في التقدير النهائي، يفضل منهم من ينتهي لأسرة على حظ أوفر من التعليم . وتدليلًا على مدى الدقة في اختيار أعضاء الهيئات القضائية في جمهورية مصر العربية، نشير إلى أن حوالي ثلاثة آلاف من الحاصلين على ليسانس الحقوق ، يتقدمون سنويًا للالتحاق بوظيفة معاون نيابة عامة، وتستغرق مدة الاختبارات السابقة مدة تتراوح من سنة إلى سنتين، ولا يعين منهم إلا نحو مائتي وخمسين أو ثلاثة عشر سنويًا، يتم اختيارهم وفقاً لتوافر معايير وشروط القبول من قبل أعضاء مجلس القضاء الأعلى، ويصدر بتعيينهم - بعد ذلك - قرار من رئيس الجمهورية ومن ثم يعد قرار التعيين كاشفاً عن الاختيار الذي تم بمعرفة مجلس القضاء الأعلى. وذات الأمر يتبع في سائر الهيئات القضائية الأخرى.

وتجدر بالذكر أن من لم يشمله قرار التعيين من حقه الطعن على قرار تخطيه في التعيين أمام المحكمة المختصة، التي تتولى فحص ودراسة أسباب تخطيه، والحكم على ضوء ذلك في موضوع الطعن.

القسم الثالث

شروط الاستمرار في العمل القضائي

يجب أن تصاحب عضو الهيئة القضائية، خلال حياته الوظيفية، ذات شروط التحاقه بالعمل، فيجب أن يظل محافظاً على أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة، وأن لا يقع منه فعل يستوجب مساءلته جنائياً أو تأديبياً، وأن لا يفقد أسباب الصلاحية الفنية والسلكية والصحية، ويجب عليه أيضاً :

١. بعد عن مواطن الشبهة، فلا يجالس أو يقيم علاقات مع سيئي السمعة وأصحاب السوابق، ولا يتتردد على بعض الأماكن كالبارات والمقاهي الشعبية.
٢. الحد من الظهور الإعلامي خاصه في المسائل محل الخلاف المجتمعي.
٣. بعد - قدر الإمكان- عن الدخول في منازعات أيا كانت طبيعتها.
٤. عدم إبراز وظيفته القضائية أو الاحتماء بمحضانتها إلا عند الضرورة، وبقدرها.

٥. حسن معاملة زملاء العمل، وأفراد أسرته وعائلته والجيران وغيرهم.
٦. لا يجوز أن يكون محكما ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية، وبعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية المشار إليه).
٧. عدم القيام بأي عمل تجاري أو القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته، ويجوز ل مجلس القضاء الأعلى أن يقرر منع القاضي أو عضو النيابة العامة من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها (المادة ٧٢ من قانون السلطة القضائية المشار إليه).
٨. عدم الاشتغال بالعمل السياسي وإبداء الآراء السياسية (المادة ١/٧٣ من قانون السلطة القضائية المشار إليه).
٩. عدم الترشح لانتخابات مجلس الشعب والشورى أو الهيئات الإقليمية أو التنظيمات السياسية (المادة ٢/٧٣ من القانون المشار إليه).
١٠. مراعاة الضوابط الفنية القانونية فيما يعهد إليه من أعمال .
١١. عدم التغيب عن مقر عمله قبل إخطار رئيس المحكمة، وعدم الانقطاع عن العمل لغير سبب مفاجئ (المادة ٧٧ من قانون السلطة القضائية المشار إليه).

القسم الرابع

شروط الاستمرار في العمل القضائي

إذا كانت الشروط المبينة في القسمين ثانياً وثالثاً من هذه المذكرة، تمثل ضوابط عامة، فهناك ضوابط خاصة لولاية القضاء في مصر ، يمكن جمعها في الآتي :

١. يشترط أن لا يقل سن من يعين في وظيفة معاون نيابة عن ١٩ سنة، وفي وظيفة مساعد نيابة عن ٢١ سنة (المادة ١١٦ من قانون السلطة القضائية المشار إليه) . وإن كان يندر تطبيق هذا الشرط، لكون سن الالتحاق بالتعليم الابتدائي في مصر خمس سنوات، وتستغرق مدة الدراسة في التعليم الابتدائي والإعدادي والثانوي وكلية الحقوق مدة ١٦ عاماً ومن ثم غالباً ما يكون سن خريجي كلية الحقوق ٢١ سنة.
٢. يشترط فيمن يعين قاضياً بالمحاكم الابتدائية أو الجزئية أن لا يقل سنّه عن ثلاثة سنّة ، وملن

يعين في محاكم الاستئناف عن ثمانى وثلاثين سنة، ولمن يعين بمحكمة النقض عن إحدى وأربعين سنة (البند ٢ من المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية المشار إليه).

وقصد من تحديد هذه الأعمار، توافر الخبرة الالزمة للتعيين في كل من المحاكم المشار إليها، بحيث يزداد السن كلما ارتفعت درجة المحكمة.

٣. يشترط للتعيين في محكمة النقض أن يكون العضو قد شغل مدة ثلاثة سنوات على الأقل في وظيفة قاض بإحدى محاكم الاستئناف أو محام عام بالنيابة العامة أو ما يعادلها في الهيئات القضائية الأخرى (المادة ٤٣ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدلة بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦).

٤. اختيار قضاة المحاكم الابتدائية يكون بطريق الترقية من بين أعضاء النيابة العامة على أساس الأكاديمية من واقع أعمالهم وتقارير التفتيش عنهم . وتكون ترقية القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية من الفئتين (أ ، ب) على أساس الأكاديمية مع الأهلية (المادة ٤٩ من قانون السلطة القضائية المشار إليه).

٥. من يعين في وظيفة معاون نيابة عامة، لا يتمتع بحصانة من العزل، حتى يتم ترقيته إلى درجة مساعد نيابة والتي تستغرق مدة لا تقل عن سنة (المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية المشار إليه). ومن ثم يجوز فصل معاون النيابة العامة أو نقله إلى وظيفة غير قضائية وذلك بغير الطريق التأديبي، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (المادة ١٢٩ من قانون السلطة القضائية المشار إليه). جدير بالذكر، أن هناك مشروع قانون في مصر لإنشاء أكاديمية أو معهد، يتحقق به من تتوافق فيه شروط التعيين في القضاء، وتبلغ مدة الدراسة فيه سنتين، من يجتازها بنجاح، يتم إلحاقه للعمل بالنيابة العامة أو الإدارية أو مجلس الدولة أو هيئة قضايا الدولة، مع أحقيبة الآخرين في ممارسة مهنة المحاماة. وهذا المشروع لازال محل دراسة.

وبقيت كلمة ... قالوا قديما: " أعطني قاض عادل وقانون ظالم أضمن لك محاكمة عادلة". وحتى نصل إلى قاض عادل، متزن نفسيا، ذو كفاءة مهنية يتقييد بقيم وتقالييد القضاء، ويكرس نفسه لتحقيق العدالة، ويضحى بمصالحه وصحته وحياته الخاصة من أجل بلوغ وجه الحق وإنصاف المظلوم، غير هياب من سلطة، أو طامع في منصب أو نفع ... حتى نصل إلى ذلك كله، لابد أن ندقق في اختيار من يتم تعيينهم في منصب القضاء. ولو علم الناس كيف سيكون حساب القاضي يوم المشهد العظيم، ما سعى أحدهم لتولي هذا المنصب، ومن ذلك ما قاله سيد الرسل محمد صلى الله

عليه وسلم: "يُ جاء بالقاضي العدل يوم القيمة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في شق تمرة قط". فليتق الله كل من يسعى لهذا المنصب، ولليتق الله من يتولى اختيار من يصلح لهذا المنصب فهو شريك له إن أخطأ أو أصاب، وعليه أن يتذكر دوما قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من ولد من أمر المسلمين شيئاً فولي رجلاً وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين".

الهوامش

١. عرف هذا النظام في فرنسا في القرن الرابع عشر ، على أساس شراء القضاة لوظائفهم من الملك ، بحيث تنتقل هذه الوظائف إلى ورثتهم بعد وفاتهم . وقد حقق هذا النظام مزايا للقضاة ، بما كفله لهم من استقلال تام واستقرار ، وأنشأ تقاليد توارثها الخلف عن السلف ووجدت اسر قضائية ذات تقاليد عريقة . غير أن هذا النظام كان معيبا ، إذا جعل شغل الوظائف القضائية مرهوناً بالقدرة على شرائها ، كما انشأ نظاماً قضائياً بالتوارث . وقد ألغى هذا النظام في عهد الثورة الفرنسية في سنة ١٧٩٧ ميلادية .
٢. نصت المادة (١٧٠) من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ على أن "يسهم الشعب في إقامة العدالة على الوجه وفي الحدود المبينة في القانون" . وكان هذا النص هو السندا الدستوري لإنشاء محكمة القيم في مصر ، والتي تشكل من عنصرين ، أحدهما قضائي : يمثله قضاة ذوي خبرة وتجارب في القضاء ، والثاني يمثله أعضاء ذوي خبرة بشؤون الحياة واتصال وثيق بأمور الناس . ويتم تشكيل محكمة القيم ومحكمة القيم العليا بقرار من وزير العدل .
٣. يلاحظ أنه تم إدخال تعديلات على قانون القضاء الأمريكي الصادر في سنة ١٩٧٩ ، بموجبها تم تشكيل لجنة من مجلس الشيوخ ومساعدي الرئيس ونقابة المحامين ، تتولى تحري صلاحية المرشحين وترفع للرئيس أو المحكمة أسماء من ثلاثة إلى خمسة مرشحين لتعيينهم أو ليختار من بينهم من يعين قاضيا . وإن كان ذلك لا يلزم الجهة التي تقوم بالتعيين .
٤. ورد بنص المادة (١١) من الإعلان العالمي حول العدالة - الصادر من المؤتمر العالمي لاستقلال العدالة الذي انعقد بمونتريال في كندا - "على المرشحين لوظائف القضاة أن يكونوا من الأشخاص النزيهين والأكفاء والمدربين في القانون وتطبيقه ، ويتمتعون بالمساواة في الدخول إلى القضاء" . وقد نصت المادة (١٢) من الإعلان ذاته على أنه يجب "انتقاء القضاة دون تمييز على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية ... أو المنشأ القومي أو الاجتماعي أو الثراء أو الحالة المدنية باستثناء مستلزمات المواطنة" . وتردد ذات المعنى في المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية .

* تنفيذ الحكم القضائي والآثار المترتبة على إعاقة التنفيذ او الامتناع عنه

المحامي عصام لطفي الشريف
محاضر غير متفرغ في كلية الحقوق
جامعة الزيتونة الأردنية الخاصة

تقديم:

لا تبيح الدولة في عصرنا هذا للأفراد ان يقتضوا حقوقهم بأيديهم بالقوة بعضهم من بعض وانما يجب على من يدعى حقا قبل الآخر ان يلجا الى الدولة لتمكينه من حقه او لحمايته له .
والدولة تتولى اقامة العدل بين الناس بتنظيم خطوتين متابعتين (القضاء والتنفيذ) ، ويطلق على الهيئة التي تعهد اليها الدولة بالقضاء بين الافراد اسم ((القضاء)) ، والقضاء لا يتعرض لفض المنازعات من تلقاء نفسه وانما لابد ان يطلب منه ذلك في كل حالة.

- ونصت المادة ١٠١ من الدستور الأردني على ما يلي:-

(١) المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها)

وان تنفيذ القرار الصادر بنتيجة المحاكمة والمكتسب الدرجة القطعية يعتبر المرحلة النهائية والأخيرة من مراحل واجراءات التقاضي .

فإذا ما صدر حكم قضائي فإنه قد يتم تنفيذه وقد يتم إعاقة تنفيذه او الامتناع عن تنفيذه، وفي سبيل اعداد هذه الورقة او المحاضرة وجدنا انه من المناسب ان نقسم بحثنا وفقا للخطة الآتية:-

المبحث الأول: تحديد المحاكم التي تصدر عنها الأحكام القضائية.

المبحث الثاني: القوانين والتشريعات التي تحكم تنفيذ الحكم القضائي.

المبحث الثالث: الجهة المكلفة بتنفيذ الحكم القضائي.

المبحث الرابع: الامتناع عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية او اعاقة التنفيذ.

* ورقة عمل قدمت في الدورة التدريبية بعنوان(أفضل الممارسات الدولية في الرقابة على أداء أركان العدالة) التي عقدها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء(مساواة) بالتعاون مع مؤسسة المستقبل في الفترة ما بين ٦/٢٦ - ٢٠١١/٦ في عمان - الأردن.

- أولاً: الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا.
- ثانياً: الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضد المحامي العام المدني بصفته ممثلاً للدولة او المؤسسة العامة.
- ثالثاً: الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر بالافراج عن الموقوف نتيجة صدور حكم بالبراءة.
- المبحث الخامس: الجزاء المترتب عن الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي:-
- أ- الجزاء الجزائي.
 - ب- الجزاء المدني.

المبحث الأول

تحديد المحاكم التي تصدر عنها الأحكام القضائية

لما كان الحكم القضائي يصدر عن محكمة فلابد من تحديد المحاكم التي تصدر عنها الأحكام القضائية.

أولاً: الدستور الأردني:

- تنص المادة (٩٩) من الدستور الأردني على:-
المحاكم ثلاثة أنواع:
 ١. المحاكم النظامية.
 ٢. المحاكم الدينية.
 ٣. المحاكم الخاصة)

- تنص المادة (١٠٠) من الدستور الأردني على:-

(تعين انواع المحاكم ودرجاتها واقسامها و اختصاصاتها وكيفية ادارتها بقانون خاص على ان ينص
هذا القانون على انشاء محكمة عدل عليا)

ثانياً: قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١ :

- تنص المادة (٣) من القانون المذكور على:-

(أ- تشكل محاكم تسمى «محاكم الصلح»)

تنص المادة (٤) من القانون المذكور على:

(تشكل محاكم تسمى «محاكم البداية»)

تنص المادة (٦) من القانون المذكور على:-

- (تشكل محاكم استئناف)
- تنص المادة (٩) من القانون المذكور على:-
- أ- تشكل محاكم التمييز في عمان).

ثالثا: قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته:

- تنص المادة (٣) من القانون المذكور:-
- (تنشأ محكمة تسمى محكمة العدل العليا يكون مقرها في عمان).
- وما يهمنا ان المحاكم موضوع الورقة في المملكة الأردنية الهاشمية هي:-
١. المحاكم النظامية:-
- محاكم الدرجة الأولى (صلح وبداية).
 - محاكم الدرجة الثانية (الاستئناف).
 - محكمة التمييز.
 - محكمة العدل العليا.

وهذه المحاكم هي التي تهمنا في موضوع تنفيذ الحكم القضائي.

رابعا: قانون تشكييل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ :

- تنص المادة (٧) من القانون المذكور على:-
- ت تكون المحاكم النظامية على النحو الآتي:-
- محاكم الصلح.
 - محاكم البداية.
 - محاكم الاستئناف.
 - المحكمة العليا وتكون من محكمة العدل العليا ومحكمة النقض.

يضاف الى هذه المحاكم (محكمة النقض).

وهذه المحاكم هي التي تقوم باصدار الاحكام وتهمنا في موضوع تنفيذ الحكم القضائي.

ويلاحظ في هذا الصدد :-

١. ان محكمة الصلح تصدر احكاما في القضايا الحقوقية او المدنية وفي القضايا الجزائية.
٢. ان محكمة البداية تصدر احكاما في القضايا الحقوقية او المدنية والقضايا الجزائية.

٣. ان محكمة الاستئناف تصدر احكاما في القضايا الحقوقية او المدنية والقضايا الجزائية.
٤. ان محكمة العدل العليا (والمحكمة العليا في فلسطين) تصدر احكاما في الطعون المقدمة لها.

المبحث الثاني

القوانين والتشريعات التي تحكم تنفيذ الحكم القضائي

نظراً لتنوع وتنوع المحاكم التي تصدر عنها الاحكام القضائية فإن ذلك يترتب عليه تنوع وتنوع القوانين والتشريعات التي تحكم تنفيذ الحكم القضائي.

ومن خلال تدقيق القوانين الأردنية والفلسطينية لاحظنا ان هناك العديد من القوانين التي تحكم تنفيذ الأحكام:-

أولاً: بخصوص الاحكام الصادرة في الدعاوى الحقوقية او المدنية:

ينظم ويحكم تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الحقوقية او المدنية (قانون التنفيذ الاردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧).

وتنص المادة (٦) من القانون المذكور على ما يلي:-

(لا يجوز التنفيذ الا بسند تنفيذي اقتضاء الحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء وتشمل السندات التنفيذية ما يلي:-

أ. الأحكام الصادرة عن المحاكم الحقوقية / والشرعية / والدينية / واحكام المحاكم الجزائية المتعلقة بالحقوق الشخصية والاحكام والقرارات الصادرة عن اي محكمة او مجلس او سلطة أخرى نصت قوانينها الخاصة على ان تتولى الدائرة تنفيذها واي احكام اجنبية واجبة التنفيذ بمقتضى اي اتفاقية).

ثانياً: بخصوص الاحكام الصادرة في الدعاوى الحقوقية او المدنية ضد الدولة او المؤسسات الرسمية الذي يمثلها المحامي العام المدني:

في بعض الاحيان قد يقيم احد الأفراد ضد الدولة او المؤسسات الرسمية او العامة التي يمثلها المحامي العام المدني ويحصل على حكم قضائي بإلزام الدولة بهذا المبلغ.

ينظم ويحكم تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الحقوقية او المدنية قانون دعاوى الحكومة رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٨.

تنص المادة (١١) من هذا القانون على:-
(عند اكتساب الحكم الصادر ضد الحكومة الدرجة القطعية ترفع صورة مصدقة عن الحكم النهائي
إلى رئيس الوزراء الذي عليه ان يأمر بتنفيذ)
معنى ذلك ان هذا الحكم لا يطرح لتنفيذه عن طريق دائرة التنفيذ.

ثالثا: بخصوص الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا:

بتدقيق قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته لم نجد سوى نص المادة ٢٦/ب
من القانون المذكور التي تنص على:-

ب. يكون حكم المحكمة في اي دعوى تقام لديها قطعيا لا يقبل اي اعتراض او مراجعة بأي طريق
من الطرق ويتوجب تنفيذه بالصورة التي صدر فيها وإذا تضمن الحكم إلغاء القرار الإداري
موضوع الدعوى فتعتبر جميع الاجراءات والتصرفات القانونية والإدارية التي تمت بموجب
ذلك القرار ملغاة من تاريخ صدور ذلك القرار).

رابعا: بخصوص الأحكام الصادرة في الأحكام الجزائية:

أ. قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١ :-

ينظم ويحكم تنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا الجزائية في المملكة الأردنية الهاشمية قانون
أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١ وذلك في المواد ٣٥٣ - ٣٦١ .

ب. قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ :-

ينظم ويحكم تنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا الجزائية في فلسطين قانون الاجراءات الجزائية
رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ وذلك في المواد ٣٩٥-٤٠٧ من القانون المذكور.

ت. قانون محاكم الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته:-

ينظم ويحكم تنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا الصلحية الجزائية قانون محاكم الصلح رقم
١٥ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته وذلك في المادة (١٧) من القانون المذكور .

المبحث الثالث

الجهة المكلفة او التي تقوم بتنفيذ الحكم القضائي

يقصد بذلك تحديد الجهة المكلفة او التي تقوم بتنفيذ الحكم القضائي .

أولاً: الجهة التي تقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الحقوقية أو المدنية :

أوضحت المادة (١٠) من قانون التنفيذ الاردني انه :-

(يقدم طلب التنفيذ من المحكوم له او المحكوم عليه الى الدائرة مشتملا على اسم الدائن ولقبه وموطنه واسم المدين ولقبه وموطنه مشفوعا بالسند التنفيذي) .

معنى ذلك ان المحكوم له في الحكم القضائي - او الدائن في السندات الأخرى كمبيالة ، شيك - هو الذي يتقدم بطلب لتنفيذ الحكم القضائي .

ومن الأحكام المستحدثة في قانون التنفيذ انه اجاز للمحكوم عليه ان يطلب تنفيذ الحكم القضائي ، والسؤال هنا هل يتقدّم المحكوم عليه بطلب لتنفيذ الحكم القضائي؟!

هناك بعض الدعاوى يتقدّم فيها المحكوم عليه بطلب لتنفيذ الحكم القضائي ومن امثلة ذلك:-

١. اذا كان من ضمن توابع المحكوم له في الدعوى الحكم بالفائدة القانونية ، فلغایات وقف الفائدة القانونية فإن المحكوم عليه يطلب تنفيذ الحكم القضائي .

٢. قد يكون المحكوم عليه محجوزا على أمواله حجزا احتياطيا (قطعة ارض مثلا) وتحتاج الفرصة للمحكوم عليه لبيع الأموال المحجوزة بثمن مرتفع ففي هذه الحالة يتقدّم بطلب لتنفيذ الحكم القضائي بحيث يقوم بدفع المبلغ مع الرسوم والمصاريف واتّعاب المحاماة والفائدة القانونية ويطلب فك الحجز.

واذا كان الحكم القضائي صادرا ضد الدولة او المحامي العام المدني بصفته ممثلا للدولة او المؤسسات الرسمية العامة فإن المحكوم له (صاحب العلاقة) يطلب من دولة رئيس الوزراء ان يامر بتنفيذ الحكم القضائي .

ثانيا: الجهة التي تقوم بتنفيذ الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل العليا:

ان الجهة التي تطلب تنفيذ الاحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا هي الجهة التي صدر القرار لصالحها وغالبية القرارات تصدر لصالح موظفين او اشخاص طبيعيين .

ثالثا: الجهة التي تقوم بتنفيذ الحكم القضائي الصادر في القضايا الجنائية:

١. اذا كان الحكم القضائي صادر في قضية صلحية فإنه وفقا لنص المادة (١٧) من قانون

محاكم الصلح رقم (١٥) وتعديلاته فإن التنفيذ للحكم القضائي يكون فورياً وبلحظة صدوره وتقوم بذلك محكمة الصلح التي أصدرت القرار.

جاء في القرار التمييزي رقم ٧٢/١٢٤ تمييز جراء صفحة ١٣٦٥ سنة ١٩٧٢ مجلة نقابة المحامين ما يلي:- (ان الحكم الذي تصدره محكمة الصلح بالحبس او بالغرامة ينبغي تنفيذه بحق المحكوم عليه حال تفهمه إياه مالم تقرر المحكمة إطلاق سراحه ريثما يبت بالاستئناف اما ما ورد في المادة (١٩٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية من انه لا يجوز تنفيذ الحكم حال صدوره فإنه لا ينطبق الا على القضايا البدائية) .

٢. اما اذا كان الحكم القضائي صادرا في دعوى بدائية جزائية جنحة او جنائية فإن المادة (٣٥٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية اوضحت الجهة التي تقوم بتنفيذ القرار.

أ. تنص المادة (٣٥٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني على ما يلي:-

١. يقوم بإنفاذ الأحكام الجزائية المدعى العام لدى المحكمة التي أصدرت الحكم او من ينوبه.

٢. ويقوم قاضي الصلح مقام النيابة العامة بإنفاذ الأحكام في المراكز التي لا يوجد فيها مدعى عام

ب. تنص المادة (٣٩٥) من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ على ما يلي:-

١. تتولى النيابة العامة تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى الجزائية وفقا لما هو مقرر بهذا القانون ولها عند اللزوم الاستعانة بقوات الشرطة مباشرة.

٢. الأحكام الصادرة في دعاوى الحق المدني يكون تنفيذها بناء على طلب المدعى بالحق المدني طبقا لما هو مقرر في اصول المحاكمات المدنية.

المبحث الرابع

الامتناع عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية او اعاقلة التنفيذ

في بعض الأحيان قد لا يتم تنفيذ الحكم القضائي او يتم اعاقلة او عرقلة هذا التنفيذ، وقد لاحظت في الواقع العملي ان الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي او عرقلة او وضع العقبات امام التنفيذ يكون في ثلاثة أحكام:-

١. الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل العليا.

٢. الحكم القضائي الصادر ضد المحامي العام المدني بصفته ممثلا للدولة او المؤسسات العامة.

٣. الحكم القضائي الصادر بالإفراج عن الموقوف نتيجة صدور حكم بالبراءة.

أولاً: الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل العليا او اعاقته التنفيذ:
الأصل أنه اذا صدر حكم قضائي عن محكمة العدل العليا بإلغاء قرار اداري فإنه يتوجب على جهة الإدارة او رجل الإدارة ان يقوم بتنفيذ هذا القرار.

- جاء في القرار التميزي رقم ٨٨/٢٣٣ عدل عليا صفحة ٦٦٤ سنة ١٩٨٩ مجلة نقابة المحامين مايلي:-
(ان الأحكام الصادرة بإلغاء تكون حجة على الكافة وحجيتها من النظام العام ، اذا ما حكم بإلغاء قرار فإن الإدارة تتلزم بأن تعيد الحال الى ما كان عليه لو لم يصدر هذا القرار اطلاقاً مهما كانت تلك النتائج ذلك لأن ولاية الإلغاء تنتهي على انهاء الوجود القانوني للأمر المشكو منه).
- جاء في القرار التميزي رقم ٩٣/٦٣ عدل عليا صفحة ٢٣٥١ سنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين مايلي:-
(إلغاء القرار الإداري من شأنه اعدام كل أثر ترتب عليه ، وعليه فيكون إلغاء القرار الأول المتضمن نقل المستدعاة وما ترتب عليه من آثار تقتضي تصحيح الأوضاع بالنسبة لها ويغدو قرار النقل الثاني مستوجباً للإلغاء).

والسؤال هنا :- هل حصل ان تمنعت جهة الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي صادر عن محكمة العدل العليا؟

للإجابة على ذلك نعرض بعض قرارات محكمة العدل العليا الذي يتضح منها ان جهة الإدارة تمنع عن تنفيذ احكام قضائية صادرة عن محكمة العدل العليا.

- جاء في القرار التميزي رقم ١١١/٨٧ عدل عليا صفحة ١٦٠ سنة ١٩٨٩ مجلة نقابة المحامين مايلي:-
(استقر الاجتهاد والقضاء الاداريين على ان رفض الادارة تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء يعتبر قراراً ادارياً خاضعاً للطعن امام محكمة العدل العليا).

- جاء في القرار التميزي رقم ٩٣/٢٦٧ عدل عليا صفحة ٦٥٩ سنة ١٩٩٤ مجلة نقابة المحامين مايلي:-
(لا تملك أية جهة سواء كانت الادارة العامة او غيرها ان تناقش في قرار اداري او تشكي في قيمة متى حاز حجية الامر المقصي او اكتسب الدرجة القطعية ويعتبر اي تعقيب على حكم قضائي سواء بما استثبتته المحكمة من وقائع وما استندت عليه قانوناً اخلاقاً بحرمة الاحكام القضائية التي هي عنوان الحقيقة وللأحكام وسائل للطعن بها ضمن ما هو مرسوم لها وليس منها الامتناع عن تنفيذها بمقدمة عدم دستورية القانون التي استندت اليه المحكمة في حكمها.
يعتبر عزل المستدعى من وظيفته عقوبة تبعية يفرضها النظام بحق من يدان بجناية الاختلاس وتمارس الادارة بذلك حكم القانون .

وعليه فيعتبر امتناع الادارة (المستدعى ضدها) عن إلغاء قرار العزل والرجوع عنه بعد ان تحقق مقتضيات الرجوع ومستلزماته وانهيار سبب القرار بصدر حكم بالبراءة مخالفًا للقانون)).

ثانياً: الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضد المحامي العام المدني بصفته ممثلاً للدولة أو المؤسسات العامة:
تنص المادة (١٦ / أ، ب) من قانون تشكيل المحاكم الناظمية الأردني رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته على ما يلي:-

- أ. يعين المجلس القضائي بتناسب من وزير العدل قاضياً من قضاة الدرجة العليا بوظيفة (المحامي العام المدني) كما يعين المجلس القضائي مساعدين له من بين القضاة.
- ب. يتولى المحامي العام المدني ومساعدوه الذين يعينون أو ينتدبون وفقاً لأحكام هذا القانون لتمثيل الحكومة في الدعاوى الحقوقية المتعلقة بالخزينة سواء أقامتها الحكومة أو أقيمت عليها. فقد يصدر قرار لصالح أحد الأشخاص ضد المحامي العام المدني بصفته ممثلاً للحكومة بدفع مبلغ من المال ، أصدر دولة رئيس الوزراء أمراً بتنفيذ هذا القرار.
تم توريد الأوراق لوزارة المالية لدفع المبلغ المذكور إلا أن الموظف المختص امتنع عن تنفيذ هذا الحكم أو وضع العرائيل لإعاقته تنفيذه.

ثالثاً: الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر بالافراج عن الموقوف نتيجة صدور حكم ببراءة:
في بعض الأحيان قد يكون الشخص موقوفاً على ذمة قضية جزائية تجري محاكمة فيها ويصدر فيها حكم قضائي ببرائته مما يوجب الإفراج عنه إلا أنه قد يتم الامتناع عن تنفيذ هذا الحكم أو وضع العرائيل لإعاقته تنفيذه، ونعرض لبعض نصوص القوانين:-

- أ. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١ :-
 - تنص المادة ٢٣٨ من القانون المذكور على ما يلي:-
(اذا قضت المحكمة ببراءة المتهم او عدم مسؤوليته أطلق سراحه في الحال مالم يكن موقوفاً لداع آخر).
 - ب. قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١
- تنص المادة ٢٧٨ من القانون المذكور على ما يلي :-
(اذا قضت المحكمة ببراءة المتهم أطلق سراحه في الحال مالم يكن موقوفاً لسبب آخر).
 - ـ تنص المادة ٢٧٨ من القانون المذكور على ما يلي:-
(اذا كان المتهم موقوفاً على ذمة القضية وصدر الحكم الابتدائي ببراءة او بالغرامة او بالحبس مع وقف التنفيذ وجب إخلاء سبيله في الحال مالم يكن موقوفاً لسبب آخر).
 - ـ تنص المادة ٣٩٧ من القانون المذكور على ما يلي:-
(يجب إخلاء سبيل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية متى قضى في التوقيف الاحتياطي مدة تعادل المدة المحكوم بها عليه).

المبحث الخامس

الجزاء المترتب على الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي او اعاقة تنفيذه

يقصد بذلك توقيع جزاء على من يمتنع عن تنفيذ الحكم القضائي او يضع العرائيل امام تنفيذ هذا القرار.

وقد قرر المشرع نوعين من الجزاءات:-

١. الجزاء الجزايري.
٢. الجزاء المدني.

أولاً: الجزاء الجزايري:

- تنص المادة ١/١٨٢ من قانون العقوبات الاردني على ما يلي:-

١. كل موظف يستعمل سلطة وظيفته مباشرة او بطريق غير مباشر ليعوق او يؤخر تنفيذ القوانين او الانظمة المعمول بها او جباية الرسوم والضرائب المقررة قانونا او تنفيذ قرار قضائي او اي أمر صادر عن سلطة ذات صلاحية يعاقب بالحبس من شهر الى سنة) .

- تنص المادة (٢٢٧) من قانون العقوبات الاردني على ما يلي:-

١. يعاقب بالحبس من شهر الى سنة او بالغرامة من عشرة دنانير الى خمسين دينارا:-
أ. من وضع يده على عقار أخرج منه بصورة قانونية .

ب. من خالف التدابير التي اتخذتها المحكمة صيانة للملكية او وضع اليد) .

ثانياً: الجزاء المدني:

يقصد بذلك حق صاحب العلاقة بالطالبة بالتعويض.

أ. الجزاء المدني في حال الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل العليا:-

استقر القضاء الاداري على ان امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة بالالغاء يعتبر قرارا خاطئا يترب على مسؤولية الادارة والموظف المسؤول عن عدم التنفيذ متضامنين في دفع التعويض للمحكوم لصالحه الذي رفضت جهة الادارة تنفيذ الحكم الصادر ضدها .

- جاء في القرار التميزي رقم ٩٣/١٠١ عدل عليا صفة ١٨٠ سنة ١٩٩٥ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

(يجوز مخاصمة اي شخص بصفته الشخصية وبالاضافة لوظيفته في حالة الادعاء بالتعويض عن ضرر مادي او ادبى ناشئ عن خطأ غير وظيفي ارتكبه رجل الادارة.

وبما ان المستدعاة هنا تدعي في طعنها ان المستدعي ضده الرابع قد امتنع عن تنفيذ قرار محكمة العدل العليا وان امتناعه قد ألحق بها ضررا ماديا ومعنويا وبالتالي فتكون مخاصمه جائزة حتى اذا كان قد الحق بالمستدعاة ضررا نتيجة خطأ الشخصي أي ما يسمى بالخطأ غير الوظيفي).

بـ. الجزاء المدني في حال الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر في الدعاوى الأخرى:-
اذا تمنع الجهة الصادر بحقها القرار عن تنفيذ القرار او امتنع الموظف عن تنفيذ القرار فإنه يسأل هو والجهة التابع لها عن التعويض استنادا للمسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع) المنصوص عليها في المادة (٢٨٨ / ١/ب) من القانون المدني.

رقة دستورية اللوائح في ثلاثين عاماً ملاحظة أولية وخمس استنتاجات نقدية

دكتور فتحي فكري
أستاذ ورئيس قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

ارتبط دلوف المحكمة العليا إلى نظامنا القانوني عام ١٩٦٩ بجدل تشعبت أبعاده وتبااعدت اتجاهاته. وكانت رقابة تلك المحكمة لدستورية اللوائح من أغني مواطن هذا الجدل. فقد ناط القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ في مادته الرابعة بالمحكمة العليا^١ - الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية القوانين أمام إحدى المحاكم... . والنص على النحو الآتي لم يرسم رقابة دستورية اللوائح. فتعبير القوانين قد يُحمل على مفهوم واسع بحيث يضم كل قاعدة عامة مجردة بقطع النظر عن مصدرها: السلطة التشريعية (القوانين) أو السلطة التنفيذية (اللوائح).

وعلى النقيض يمكن اختيار المعنى الضيق لاصطلاح القوانين مما يحصره في القواعد المسنونة عبر المجالس النيابية، ومن ثم تنحصر مظلة رقابة الدستورية عن التشريعات اللائحة. حقاً أن المحكمة العليا انحازت للتفسير الواسع لاصطلاح "القوانين"^٢، إلا أن دائرة النقاش لم توصد، وظللت أصوات معارضة هذا المنحى قائمة غير خافتة^٣. وحينما صدر دستور عام ١٩٧١ مفرداً - لأول مرة في التاريخ الدستوري المصري - فصلاً مستقلاً^٤ للقضاء الدستوري، كانت الفرصة مهيأة لرأي هذا الخلاف على نحو قاطع وبات.

وترجمة لذلك قضت المادة ١٧٥ من الدستور بتولي "المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح...".

وهكذا أضحى الاختصاص بررقابة دستورية التشريع الفرعي يستند إلى نص قانوني دستوري لا مجرد اجتهاد قضائي.

ولملابسات لا مجال في هذه الدراسة للخوض فيها تباطأ نفاذ نصوص الدستور المتعلقة بإنشاء المحكمة الدستورية العليا حتى سنة ١٩٧٩^٥.

وبasherت هذه المحكمة مهامها وفي مقدمتها رقابة دستورية القوانين واللوائح اعتباراً من عام ١٩٨٠ . وهكذا اكتمل في العام الحالي ٢٠١٠ العقد الثالث لرقابة المحكمة الدستورية العليا للتشريعات الثانوية أو اللاحية.

ونعتقد أن تلك مناسبة لتأمل تلك الرقابة من منظور التطبيقات العملية وما قد تلمح به من استنتاجات ندية. إلا أن المنطق يفرض التصدي لمدلول اللوائح الخاضعة لرقابة الدستورية كمدخل أولي أو استهلاكي لعرضنا.

ملحوظة أولية - مفهوم اللوائح في مجال رقابة الدستورية:

بداية نسجل أن مسعانا ينصب على اللوائح التي تعد من قبيل الاختصاصات الأصلية للسلطة التنفيذية. وتلك اللوائح تدنى القوانين مكانة ومرتبة، وبالتالي يتعدى نطاق بحثنا التطرق للوائح التقويضية^٦ أو لوائح الضرورة^٧ ، بحسبان أن تلك اللوائح تعادل القوانين قوة وأثراً.

وتنتفي كل احتمالات تباين الرأي حول شمول رقابة الدستورية للوائح التنفيذية وكذا اللوائح المستقلة بفرعيها (لوائح الضبط – لوائح المرافق العامة).

وربما ظن – أخذًا في الحسبان ما تقدم – أن مفهوم اللوائح في إطار رقابة الدستورية لا يثير إشكالية تستأهل أن تُسطر.

إلا أن التطبيق العملي لا يساير هذا الاستخلاص على طول الخط.

فقد طرح على القاضي الدستوري تحديد دستورية اللوائح التي يصدرها أحد أشخاص القانون العام لتسرى على علاقى تتصل بنطاق القانون الخاص.

واطردت المحكمة الدستورية العليا على القضاء بعدم اختصاصها ببحث دستورية تلك القواعد. وتمشياً مع ذلك قضى بأن "شركة النصر للفوسفات" – حتى بعد تبعيتها لشركة قابضة وفقاً لأحكام قانون شركات قطاع الأعمال العام – تعتبر شركة مساهمة تتولى في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تنتجها، إدارة شأنها وفقاً لقواعد القانون الخاص التي تحكم علاقتها بالعاملين فيها وبالغير، وكانت المادة ٨٧ – المطعون عليها – واردة بـلائحة نظام العاملين بالشركة المدعية، فإن إصدارها بقرار من وزير قطاع الأعمال العام لا يغير من طبيعتها ولا يدخلها في دائرة التشريع الموضوعي الذي تختص هذه المحكمة (المحكمة الدستورية العليا) بالرقابة الدستورية عليه...".^٨

ومفاد ذلك أن القاضي الدستوري يعتمد في خصوص اللوائح الخاضعة لرقابته معيار من شقين:

أولهما عضوي (صدور اللائحة من أحد أشخاص القانون العام) وثانيهما موضوعي (تطبيق اللائحة على علاقات مكرومة بالقانون العام). فهل تبني المعيار المزدوج وإخراج اللوائح المستوفاه للضابط الأول دون الثاني من رقابة الدستورية يمكن الدفاع عنه؟

في تقديري أن إخضاع اللوائح المشار إليها لرقابة الدستورية أكثر تقبلاً من الحل المتبعة.

فمن ناحية، ورد تعبير اللوائح في المادة ١٧٥ من الدستور مطلقاً بحيث يستوعب شتى أنواعها، وبغض النظر عن اكتساب هذا الوصف على أساس عضوي أو موضوعي. ومن ناحية ثانية، فإن استبعاد اللوائح المنظمة لعلاقات القانون الخاص، رغم سنهما من أحد أشخاص القانون العام، يفضي إلى نتيجة شاذة: إفلات تلك اللوائح من رقابة الدستورية. وليس بمحنة دفع هذا النقد بذرية تعلق الأمر بثغرة نصية لا شأن للقاضي الدستوري بررتها.

فالمادة ٦٨ من الدستور تحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

والرقابة الدستورية من صور الرقابة القضائية بيقين، بل أنها الطريق الوحيدة للتخلص من القاعدة المتصادمة مع الدستور. فالقاضي العادي ليس بمقدوره إلغاء اللوائح المخالفة للدستور، والقاضي الإداري، وإن ملك سلطة الإلغاء، فقد صيغ اختصاصه بما يخرج رقابة دستورية النصوص اللائحتية من نطاقه. وهكذا فإن إقصاء اللوائح المعنية من رقابة الدستورية يضعنا في حالة أقرب لإنكار العدالة، لانتفاء الجهة التي يمكنها أداء مهمة القاضي الدستوري في اجتناث القاعدة المناهضة للوثيقة الدستورية من جملة القواعد السارية.

يضاف لما تقدم إن النهج المتبوع حالياً يسفر عن مفارقة يصعب السماح بها. فالقاضي الإداري مستقر على تحديد اللوائح - كقاعدة - من منظور عضوي فحسب^٩. ومن ثم فإن مفهوم اللوائح في إطار قضاء المشروعية أرحب منه في نطاق قضاء الدستورية، ومفاد ذلك أن الحرص على احترام اللائحة للقانون يفوق كفالة مطابقة ذات اللائحة للدستور!

وعلينا الآن بسط الاستنتاجات النقدية^{١٠}.

أولاً: غرابة عدم دستورية لائحة تختلف نشرها:

تكثر المخالفات التي قد تعترى القاعدة القانونية وتؤدي بها إلى هاوية عدم الدستورية. إلا أن بعض هذه المخالفات يصعب توقعه في التطبيقات العملية، ومن ذلك تخلف نشر القاعدة القانونية لحملها لعلم المخاطبين بها. فمن البديهيات الإعلام بالقاعدة قبل فرضها. إلا أن الواقع أثبت

أن التجاوز يمكن أن يصيب حتى البديهيات، ففي غضون ثلاثة أشهر رصدنا أكثر من سابقة كان عدم النشر هو السند للقضاء بعدم دستورية القاعدة المنعى عليها.

ففي ١٤ يناير ٢٠٠٧ حكم بعدم دستورية قرار وزير التعليم رقم ٣٠٥ لسنة ٢٠٠٣ بتطبيق نظام التقويم الشامل لعدم نشره في الوقائع المصرية.^{١١}

ولذات العلة قضي في ١٣ مايو ٢٠٠٧ بعدم دستورية قرار رئيس الهيئة العامة لرقة مياه الإسكندرية الصادر في ١١ يونيو ١٩٨٦، وكذا القرار رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٨ بخصوص فرض مساهمات مالية مقابل المشاركة في الشبكات والتوصيلات العمومية بإحدى مناطق مدينة الإسكندرية.^{١٢}

وأول تساؤل يطفو على السطح التعرف على سند الحكم بعدم الدستورية في ظل غياب نصوص في الوثيقة الدستورية تتطلب صراحة نشر القواعد اللاحقة (أ).

ويلي ما تقدم تسجيل إسقاطات القضاء بعدم الدستورية لخلاف النشر على مسلك السلطة التنفيذية (ب).
أ. سند القضاء بعدم دستورية لائحة لخلاف نشرها:

تفحص مواد الدستور يكشف عن خلوها من الإشارة إلى نشر اللوائح قبل انطلاق تطبيقها. ومع ذلك لم تتوان المحكمة الدستورية العليا من القضاء بعدم دستورية اللوائح المعهود بها حال عدم نشرها.

واعتمد القاضي الدستوري بداية على المادة ١٨٨ من الدستور والتي تنص على أن "نشر القوانين^{١٣} في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر".^{١٤}

وبرغم تناول النص لنشر القوانين، إلا أن المحكمة صرفت الاصطلاح إلى معناه الأوسع بحيث ينخرط في لوائح كل قاعدة عامة مجردة سواء أكانت تشريعياً برمانياً أم نصاً لائحاً.

فبعد أن ثبت أن القرار المنظم للتقويم الشامل بالتعليم الأساسي لم ينشر بالواقع المصرية أو الجريدة الرسمية، قضى بتبنكه للدستور، وتحديداً المادة ١٨٨ منه والتي تدل "على أن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية يعتبر شرطاً لإ Nicholsهم بمحتواها، ونفاذهما في حقهم، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال نشرها وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها. وعلة ذلك أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها، وذريوع حكماتها، واتصالها بمن يعندهم أمرها، وامتناع التذرع بالجهل بها، ولأن حملهم قبل نشرها على النزول عليها يتم خض إخلاً بحرياتهم أو بالحقوق التي كفلها لهم الدستور، ومؤدي ذلك ولازمه، أن القاعدة القانونية التي لا تنشر لا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً

لجواز التدخل بها لتنظيم الحقوق والحریات على اختلافها...".

وعززت المحكمة الدستورية العليا الحجة السابقة بأخرى مستقاة من مبدأ الدولة القانونية^{١٥}. فالقاعدة المفتقرة لأوضاعها الشكلية تتصادم ومفهوم الدوليّة القانونيّة التي "لا يتصور وجودها ولا مشروعية مباشرتها إلا بخضوعها للقانون وسموّه عليها باعتباره قيداً على كل تصرفاتها وأعمالها".

وقضاء المحكمة الدستورية العليا بنشر اللوائح جدير بالتأييد والتعضيد لغير سبب:

- العلة من تطلب النشر قبل نفاذ القاعدة تقوم في القوانين واللوائح سواء بسواء. ففي الفرضين يتغيّر النشر حمل القاعدة إلى علم المخاطبين بها، ليحدّدوا مسالكهم على ضوئها، أو يتحملوا عاقبة تنصلهم من طاعتھا والتزام حدودها.
- الحاجة للنشر أدعى في اللوائح منها في القوانين أو التشريعات البرلمانية. فالقوانين تُسن في المجلس النيابي عبر إجراءات عدّة ومراحل عديدة. والقاعدة علانية لأعمال البرلمان، مما يتيح للرأي العام الإحاطة بها ومتابعة تواصّلها، وإبداء الرأي بشأنها بطريق مباشر من خلال جلسات الاستماع التي يمكن أن تعقدّها اللجان النوعية المتخصصة، أو بطريق غير مباشر عبر المناقشات التي تجري في وسائل الإعلام على تنوع توجهاتها.

على نقىض ذلك تعد اللوائح – في غالبية الأحوال – في طي الكتمان. ولو لا النشر لما علم بوجودها، ولما استطعنا ضبط تصرفاتنا وفقاً لضوابطها.

ولن تكون نتيجة المفاجأة بوجود القاعدة اللاحقة إلا ضياع حق، أو إلحاق ضرر ما كان لذوي الشأن مفاداته في ظل غياب الإعلان عن القاعدة.

ب. إسقاطات عدم الدستورية لتخالف النشر على مسلك السلطة التنفيذية:

يتبدى مسلك عدم نشر النصوص اللاحقة عن سواءات تلحق بتصرفات السلطة التنفيذية تتجسد نقاطها المركزية في الآتي:

١. السلطة التنفيذية هي المهيمنة على أوعية نشر التشريع (الجريدة الرسمية – الواقع المصري) بمختلف فرقه، وبالتالي لا عذر لتلك السلطة في عدم إتمام النشر، سواء عزي العذر لجهة النشر ذاتها أو لجهة أجنبية عنها.

فسيطرة السلطة التنفيذية التامة والكافحة على قنوات النشر لا تجعل تلك الأعذار ترقى للدرجة التي تسقط واجب النشر عن كاھلها.

٢. تخلف النشر يهدى الحق في المعرفة للمخاطب بالقاعدة أو لغيره. فمن مقتضيات هذا الحق إلماً المواطن بالقواعد المنظمة للمجتمع في شتى قطاعاته، مما يمكنه من الإحاطة بنهج إدارة مصالح الجماعة، وتحديد موقعه منه خصوصاً حال الاقتراع في الانتخابات على تعدد مستوياتها.

٣. النشر هو الوعاء الرسمي الذي تستقى منه القاعدة في معناها ومتناها، وغياب هذا الإجراء يفقد القاعدة القانونية مُقومها الجوهرى ألا وهو العمومية.

وبعد النشر تتاح الفرصة للمُطبق بإعمال النص بمفاهيم متباعدة وضوابط متناقفة، اعتماداً على أن المخاطب بالقاعدة مغيب قسراً عن كلياتها وتفاصيلها.

وتتضخ مدّى خطورة الحال إذا أخذنا في الحسبان أن القواعد الائحتية، بخلاف القوانين، لا يمكن الرجوع بشأنها إلى مضابط تفید الصيغة التي أقرت بها.

واللافت للنظر، وبشدة، أن يقع ويذكر مسلك عدم نشر اللوائح في الوقت الحاضر حيث تكثر النداءات وتقوى المطالبات بالشفافية في تصرفات السلطات العامة.

٤. عدم نشر القاعدة الائحتية يحمل قدرأً يوزن من الجرأة على الشرعية ولا سيما الشرعية الدستورية. فالعيوب الشكلية لعدم الدستورية ومنها عدم النشر تتسم بالوضوح حتى أنها تشى بنفسها، كما أنها قاطعة في دلالتها على المخالفه الدستوريه.

وقد يرى القول أن القاعدة المشوبة بعيوب شكليه كعدم النشر تنطوي على بعض معاني الاستهانة بالنظام القانوني برمتته.

٥. تزداد جسامه المثالب السابقة حينما يكشف عدم النشر عن إعراض عمدي من الجهة المختصة عن الوفاء بهذا الإجراء.

ولعل قرار وزير التعليم رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠٠٣ بتطبيق نظام التقويم الشامل أظهر مثال يذكر في هذا المقام.

فوفقاً للمادة الرابعة "يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره وعلى جميع الجهات كل فيما يخصه تنفيذه".

فالعمل بالقرار فور صدوره لا معنى له إلا الاستغناء عن النشر لنفاذه، وهذا الأثر الجلل طال من طبق القاعدة أو طُبّقت عليه.

فالشطر الأول فرض نظام التقويم الشامل على الطلاب، أما الشطر الثاني فأبرز التزام جهات التطبيق بالبدء في النفاذ لحظة انتهاء سن القرار.

ولم تأبه السلطة التنفيذية حتى بالإشارة إلى النشر اللاحق على نفاذ القرار! ويتأكد المسلك العمدي في عدم النشر من أن قرار إتباع نظام التقويم الشامل صدر قرب نهاية الفصل الأول من العام الدراسي وتحديداً في ١٢/١٢/٢٠٠٣، وبالتالي فإنه لن يطبق عملاً إلا مع بداية الفصل الدراسي الثاني. فنفاذ القرار في اللحظات الأخيرة من الفصل الأول سيكون شكلاً مجردًا من أي مضمون فعلي. ولذا يلح التساؤل حول بواطن تخطي النشر لنفاذ القرار.

وهكذا تدل الملابسات عن أن تقاعس السلطة التنفيذية عن واجب النشر دُمغ بعمدية جلية.

ثانياً- الإعراض عن قواعد الاختصاص مع وضوحاها:

تعد قواعد الاختصاص حال الطعن بإلغاء القرارات الإدارية من النظام العام^{١٦}، فما بالنا بوضعها في مجال رقابة الدستورية؟

وبرغم ذلك فإن العمل يفيض بحالات سنت فيها قواعد لائحة بالمخالفة لقواعد الاختصاص مع وضوحاها وانتفاء أي مبرر للاختلاف حول مدلوها.

وسنعرض لتطبيقات اللوائح التي صدرت بالمخالفة للمادتين ٦٦، ١٤٤ من الدستور للتدليل على ما سلف.

فالمادة ١٤٤ من الدستور تنص على أن «يصدر رئيس الجمهورية اللوائح الازمة لتنفيذ القوانين.... وله أن يفوض غيره في إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات الازمة لتنفيذها». وعلى هذا النحو فإن رئيس الجمهورية هو صاحب الاختصاص الأصيل في إصدار اللوائح التنفيذية، وبالتالي فإن مباشرته لهذا الاختصاص لا تحتاج لنص صريح في التشريع^{١٧}.

وسمح الشارع التأسيسي لرئيس الجمهورية أن يفوض غيره في سن اللوائح التنفيذية. إلا أن الدستور أجاز للشارع أن يعهد باللوائح التنفيذية للجهة التي يراها. في هذا الفرض لا يسوغ لأي سلطة أخرى التصدي لوضع اللوائح التنفيذية.

والنص على هذا النحو بين من بمكتتهم وضع اللوائح التنفيذية على نحو واضح بما يستدعي قاعدة لا اجتهد مع جلاء النص.

إلا أن ذلك لم يحل دون انتهاك المادة ١٤٤ من الدستور وإصدار لوائح تنفيذية من غير الجهة المختصة بها.

وحظى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر بأكثر من سابقة قضائية.

ويعود أول تطبيق - حسب علمنا - لعام ١٩٨٦ حيث قضى بعدم دستورية قرار محافظ المنيا رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٢ الذي مد نطاق تطبيق أحكام بعض مواد القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على جميع القرى في محافظة المنيا، على خلاف ما ينص عليه القانون من إسناد إصدار مثل هذه القرارات إلى وزير الإسكان^{١٨}.

وتكرر الموقف بالنسبة للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيهه وتنظيم أعمال البناء والذي نص في المادة ١/٢٩ على سريان أحكام الباب الثاني من القانون على القرى بقرار من وزير الإسكان بناء على طلب المحافظ المختص.

فالمنوط به إصدار اللوائح التنفيذية بتطبيق القانون على القرى هو وزير الإسكان، وحده. وخلافاً للمبدأ المقدم أصدر محافظبني سويف قراراً قضى بنفاذ قانون توجيهه وتنظيم أعمال البناء على بعض القرى.

ولم يكن أمام القضاء الدستوري إلا إدانة القرار اللائحي واعتباره منعدماً لسنـه من غير السلطة المختصة بإصداره، وبالمخالفة للمادة ١٤٤ من الدستور^{١٩}.

وفي نموذج أحدث قضى بعدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٠٨٦ لسنة ١٩٩٦ والذي حظر الموافقة على هدم القصور والفيلاـت بمدينة الإسكندرية، بحسبـان صدوره من سلطة غير مختصة، فالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦١ في شأن تنظيم هدم المباني ناط في المادة (١١) بوزير الإسكان والمرافق إصدار القرارات الـلازمـة لتنفيذـه، ووفقاً لهذا النص وإعمالاً للمادة ١٤٤ من الدستور يكون وزير الإسكان والمرافق هو المختص دون غيره بإصدار القرارات المتعلقة بتنفيذ القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦١^{٢٠}، ومن ثم يتـسم بعدم الدستورية أي قرار يـصدر من جهة أخرى، ولو كانت رئـاسـة مجلسـ الوزراء.

وتخطـى الإعراض عن قوـاعد الاختصاصـ اللوائحـ التنفيـذـيةـ إلىـ لوائحـ التـجـريمـ وـالـعـقـابـ الصـادـرةـ استنادـاًـ لـالمـادـةـ ٦٦ـ منـ الدـسـتورـ^{٢١}.

فقد كانت التشريعـاتـ المنـظـمةـ لـشـئـونـ التـموـينـ (ـالـمـرـسـومـ بـقـانـونـ رقمـ ٩٥ـ لـسـنةـ ١٩٤٥ـ ،ـ المـرـسـومـ بـقـانـونـ ١٦٣ـ لـسـنةـ ١٩٥٠ـ)ـ تـجـيزـ لـوزـيرـ التـموـينـ اـتـخـازـ التـدـابـيرـ لـضـمانـ تـموـينـ الـبـلـادـ مـنـ الـمـوـادـ وـالـسـلـعـ وـتـحـقـيقـ العـدـالـةـ فـيـ تـوزـيعـهاـ مـعـ الـالـتـزـامـ بـجـدـاوـلـ الـأـسـعـارـ الـخـاصـةـ بـهـاـ.

وحـصـرـتـ النـصـوصـ هـذـاـ الاـخـتـصـاصـ فـيـ وزـيرـ التـموـينـ دونـ غـيرـهـ.ـ وـمـعـ ذـلـكـ أـصـدـرـ مـحـافـظـ السـوـيـسـ قـرارـاًـ ٢٢ـ فـرـضـ عـقوـبةـ عـلـىـ الشـرـوـعـ فـيـ نـقـلـ الأـسـمـاكـ دـاخـلـ الـمـاـفـاظـ وـخـارـجـهاـ بـغـيرـ تـصـرـيـحـ مـديـرـيـةـ التـموـينـ.

وكان طبيعياً أن يستبعد القاضي الدستوري هذا القرار من المفظومة القانونية، لانتهاكه اختصاص مقرر لوزير التموين في شأن التدابير التي ينفرد باتخاذها... وتقدير العقوبة على مخالفة القيود التي فرضها هذا القرار في شأن نقل الأسماك من جهة إلى أخرى أو الشروع في ذلك...».^{٢٣} وعلى ذات المنوال وقع قرار محافظ سوهاج رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٥ بحظر حيازة السمسم في حمأة المخالفه الدستوريه.^{٢٤}

القفز على حدود الاختصاص أصاب إذن أكثر من مجال، كما لحق بسلطات الإصدار في مستوييها المحلي (المحافظ) والعام (رئيس مجلس الوزراء والوزير) كل ذلك رغم أن القواعد الحاكمة لا تترك فرصة لتولد قدر من اللبس أو الإبهام يبرر هذه النتيجة.

وهذا الوضع يدعو لشديد القلق، خصوصاً إذا أخذنا في الاعتبار ما سلف التنوية عنه والتذكير به من إغفال للضابط الأولى في منظومة الشكل والمتمثل في النشر.

ثالثاً: الإبقاء على نصوص مطابقة لأخرى قضى بعدم دستوريتها:
أظهر التطبيق العملي أن السلطة التنفيذية تتمسك بنصوص لائحية بالرغم من القضاء بعدم دستورية نصوص مشابهة ومطابقة لها.

وتعتبر الوظيفة العامة من المجالات الخصبة التي نمت فيها الظاهرة.
فمن المعروف أن قانون العاملين المدنيين رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بمثابة الشريعة العامة في خصوص تنظيم العلاقة الوظيفية.

إلا أن هذا القانون ذاته، أتاح، بنص صريح منه، لبعض الجهات الإدارية تنظيم صلتها بعمالها بلوائح خاصة.^{٢٥}

وفي غير قليل من الفروض تقبس تلك اللوائح مواد قانون العاملين المدنيين حرفيًا، تقديرًا بأن هناك موضوعات لا تتطلب تنظيم مختلف.

ويحدث أحياناً أن يقضي بعدم دستورية نص وارد في قانون العاملين المدنيين استعارته بعض اللوائح الخاصة.

وبرغم وضوح وضع المادة المقتبسة وثبتت تعارضها مع الوثيقة الدستورية، فإن السلطة اللائحة لا تحرك ساكناً، لتظل تلك المادة سارية منتجة لفعاليها.

ويعد البديل النقدي لرصيد الإجازات من أغزر الموضوعات المعبرة عن هذا المسلك.
ففي عام ٢٠٠٠ قضى بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ من قانون العاملين المدنيين^{٢٦}

الحarama للعامل من البدل النقدي فيما جاوز أربعة أشهر، متى كان عدم الحصول على هذا الرصيد راجعاً إلى أسباب اقتضتها مصلحة العمل.

وشيء القاضي الدستوري حكمه على ثلاثة دعائم رئيسية:

- لا تملك السلطة التشريعية في تنظيمها لحق العمل تعطيله أو إهار حقوق العامل بذرية حمايتها، كالحق في الإجازة السنوية. وإذا كانت جهة العمل لا تملك حجب هذا الحق حال استحقاقه، فإن العامل ذاته لا يملك التسامح فيه.

- الإجازة ليست وعاءً ادخارياً، إلا أن هذا الحكم لا يمكن أن يطبق حال عدم استنفاد رصيد الأجازات لأسباب تطلبها ظروف العمل.

- عدم الحصول على تعويض، في الفرض المثار، يتعارض مع الحماية المقررة لحق الملكية. وهذه الأسباب بما تتصف به من عمومية تجعل عدم الدستورية نتيجة حتمية للنصوص الماسة جزئياً أو كلياً بالبدل النقدي للإجازات غير المستفدة.

ومع ذلك صمت السلطة التنفيذية الآذان عن تلك الحقيقة، مما جعل الأحكام بعدم دستورية نصوص اللوائح المقيدة للحصول على البدل النقدي لرصيد الإجازات تتوى يوماً بعد يوم، واستناداً لذات ^{٢٧} الحجج.

وفي أحيان أخرى تبلور الظاهرة بشكل مغاير، حيث تتبني اللوائح الخاصة ببعض فئات العاملين أحكاماً مناقضة لما ورد في قانون العاملين المدنيين من قواعد تعد بمثابة مبادئ ملزمة لا مجال للتفريط فيها أو الالتفات عنها.

وبرغم القضاء بعدم دستورية الأحكام المناقضة في أحدى اللوائح، تظل ذات الأحكام قائمة في اللوائح الأخرى، مما يفضي إلى تكرار الأحكام بعدم الدستورية.

ومن تطبيقات ذلك وضع بعض اللوائح الخاصة لحدود زمنية لإجازة مرافقة الزوج الم المصرح له بالعمل في الخارج.

وكانت المادة ٩١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات^{٢٨} هي أول ما طرح على القاضي الدستوري، الذي أوضح عدم جواز وضع حدود قصوى لمنح عضو هيئة التدريس إجازة خاصة لمرافقة الزوج في الفرض المثار.

فوحدة الأسرة في النطاق المكفول دستورياً، والمساواة في الحقوق، ولو كان مصدرها التشريع (مادة ١/٦٩ من قانون العاملين المدنيين)^{٢٩} يتعارض مع تقييد الإجازة محور النقاش.^{٣٠}

ولعدم اتخاذ خطوات لتنقية اللوائح الخاصة من النصوص المماثلة، سرعان ما طالعتنا الأحكام بعدم دستورية ذات القاعدة، كذلك التي وردت في لائحة^{٣١} العاملين بصندوق دعم صناعة الغزل والنسوجات القطنية^{٣٢}، أو الهيئة القومية^{٣٣} للبريد^{٣٤}.

ولا غرو في أن موقف السلطة التنفيذية في الإبقاء على نصوص برزت جوانب عدم دستوريتها يمثل نوعاً من التحدى للشرعية الدستورية، كما أنه أفضى إلى إثقال ساحة المحكمة الدستورية بعشرات المنازعات التي استنفذت، ولا تزال بعضاً، من وقتها وجهدها، وهو ما يرجع انعكاسه سلباً، بصورة ما، على منازعات أخرى تتضرر من تأجيل حسمها.

رابعاً: تجاوز اللوائح التنفيذية لحدودها الدستورية:

تستند اللوائح التنفيذية في وجودها للمادة ١٤ من الدستور والقضية بأن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح الازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها..".

وهذا الشطر من النص أرسى تخوم اللوائح التنفيذية بحيث ينحصر دورها في تنفيذ القوانين، بمعنى إيراد التفاصيل لما ورد بها من كليات دون تعديلها أو تعطيلها أو الإعفاء من تنفيذها.

وبالبحث في الأحكام الدستورية يبين أن السلطة التنفيذية قد تخطت القيود المرسومة لها مهامها في هذا الشأن، ولم يقف هذا التخطي عند التعديل الجزئي، وإنما بلغ استحداث قواعد لا أصل في القانون لها! ففي عام ٢٠٠٦ خلصت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ لسنها قيد أجدب منه القانون بخصوص نصاب رأس مال الشركات الراغبة في مباشرة أيّاً من الأنشطة المنظمة تشريعياً.

وترجمة لذلك أبان القاضي الدستوري أنه لا يدخل في مفهوم اللوائح التنفيذية توليها "ابداء تنظيم مسائل خلا القانون من بيان الإطار العام الذي يحكمها، وإلا كان ذلك منها تجريعاً لأحكام جديدة لا يمكن إسنادها إلى القانون، وليس تفصيلاً لأحكام أوردها المشرع في القانون إجمالاً، بما يخرج اللائحة - عندئذ - عن الحدود التي نظمتها المادة (١٤٤) من الدستور.

"حيث أنه لما كان ما تقدم، وكان قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ قد خلت أحكامه من أي قيد بشأن نصاب رأس مال الشركات التي يرغب المستثمر في تأسيسها لمواولة أي نشاط في المجالات التي حددها القانون للانتفاع بالحوافز والمزايا التي تضمنها ذلك القانون، ومن بينها النشاط الشامل لصناعة السينما. وكان القانون المشار إليه قد أحال في الفقرة الأخيرة من مادته الأولى إلى اللائحة التنفيذية بالنص الطعن وقد استحدثت حكماً

جديداً استلزم ألا يقل رأس المال الموظف في الشركة المساهمة أو المنشاة الكبرى التي تعمل في مجال النشاط الشامل لصناعة السينما عن مائتي مليون جنيه، فإنه يكون قد أتى بقيد لا سند له من القانون الذي جاء خلواً من بيان الإطار الذي يحكم هذا الأمر، مخالفًا بذلك الضوابط التي أوجب الدستور تقيد اللائحة التنفيذية بها بما يعييه بمخالفة نص المادتين (٨٦) و (١٤٤) من الدستور ويوجب القضاء بعدم دستوريته^{٣٥١}.

وفي سابقة أخرى معاصرة للأولى قضي أيضاً بعدم دستورية اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار من وزير الإسكان بحظر هدم القصور والفييلات، لعدم تعرض القانون الذي صدرت لتنفيذها لهدم المباني. ومفاد ذلك أن اللائحة استحدثت قواعد جديدة بدلاً من تفصيل القائم منها.

وجاءت حيثيات الحكم المعبرة عن ذلك الفهم في العبارات التالية: "وحيث أن البين من استعراض أحكام قرار وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيهه وتنظيم أعمال البناء أنه ينص في مادته الأولى على إضافة فصل ثان مكرر للائحة التنفيذية لقانون توجيهه وتنظيم أعمال البناء الصادرة بقرار وزير الإسكان والمرافق رقم ٢٦٨ لسنة ١٩٩٦ ورد به نص المادة ١١ مكرراً (٥) الذي يقضي بحظر الموافقة على هدم القصور والفييلات في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية." ويبين من الاطلاع على أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ المشار إليه أنه ناط في المادة (٣٤) منه بوزير الإسكان والتعمير إصدار اللائحة التنفيذية لأحكام هذا القانون خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به، وإذ خلت نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ من أية أحكام تنظم هدم المباني، أو تحظر هدم مباني بعينها باستثناء ما نصت عليه المادة (٤) من أنه "لا يجوز إنشاء مبانٍ أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو تدعيمها أو هدمها أو إجراء أية تشطيبات خارجية مما تحدده اللائحة التنفيذية إلا بعد الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم أو إخبارها بذلك وفقاً لما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، فإن قرار وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩٨ يكون قد صدر مجاوزاً حدود اختصاصه، إذ أنه لم يفصل أحكاماً أوردها المشرع إجمالاً في قانون توجيهه وتنظيم أعمال البناء، وإنما استحدث نصوصاً جديدة لا يمكن إسنادها إلى ذلك القانون مجاوزاً بذلك الحدود التي رسمتها المادة (١٤٤) من الدستور للوائح التنفيذية^{٣٦٠}.

وفي العام التالي ٢٠٠٧ طال عدم الدستورية المادة الثامنة من قرار وزير التعمير رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٢ المشترطة التمتع بالجنسية المصرية للأعضاء المؤسسين والممثلين القانونيين في الشركات

الراغبة في الحصول على العضوية العاملة للاتحاد المصري لقاولي التشييد والبناء. فاللائحة التنفيذية "لا يدخل في مفهومها توليها ابتدأ تنظيم مسائل خلا القانون من بيان الإطار العام الذي يحكمها، فلاتكون اللائحة عندئذ قد فصلت أحكاماً أوردها المشرع إجمالاً، وإنما شرعت ابتداءً من خلال نصوص جديدة لا يمكن إسنادها للقانون. ذلك أن الغرض من صدور اللائحة يتquin أن ينحصر في إتمام القانون أي وضع القواعد والتفاصيل الازمة لتنفيذها مع الإبقاء على حدوده الأصلية بلا أدنى مساس، ودون أن تتطوي على تعديل أو إلغاء لأحكامه أو تضيف إليه أحكاماً تبعده عن روح التشريع، فيجاوز بذلك مصدرها الاختصاص الدستوري المخول له...".^{٣٧}

أشرنا سلفاً إلى ثلاثة أحكام تدين السلطة التنفيذية فيما وضعته من لوائح إعمالاً للمادة ١٤٤ من الدستور. وأول ما يجذب الانتباه حداثة تلك الأحكام، من ناحية، وصدرها خلال فترة لا تتجاوز العام بكثير من ناحية ثانية.

وال موقف بتلك الأبعاد يولد الانطباع بأن السلطة التنفيذية بدأت في رفع لواء مقاومة مدلول اللوائح التنفيذية المستقر في الأحكام القضائية ومنذ زمن بعيد.^{٣٨}

وهذا الأمر على ما فيه من خطورة لا يمكن أن ينسينا أن السلطة التشريعية تغذى، في بعض الأوقات، هذا الاتجاه، حينما تتسلب من اختصاص ناطه الدستور بها، تاركه المسألة برمتها للسلطة التنفيذية. ففي عام ٢٠٠٩ قضي بعدم دستورية القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٥ بشأن تحديد الحد الأعلى للأجور وما في حكمها، والذي أحال إلى مجلس الوزراء الاختصاص بتقرير هذا الحد دون ضوابط أو ركائز، بالمخالفة للمادة ١٢٢ من الدستور، والتي خصت البرلمان بهذا الأمر.^{٣٩}

وترتب على هذا المسلك القضاء بعدم دستورية القانون المشار إليه وكذا قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦١٥ لسنة ١٩٨٦ الصادر بهذا الشأن.^{٤٠}

خامساً- مضاعفة وطأة قانون الطوارئ ومدى تطبيقه لحالات لا يحتملها:

تفتخي مواجهة الظروف الاستثنائية قواعد على شاكلتها. وغالباً ما تتضمن القواعد المعمول بها في الأحوال الاستثنائية قيوداً على الحقوق والحريات لا يُسمح بها في الأوضاع العادية، وتجاز تلك القيود من منطلق أن الضرورات تبيح المحظورات. إلا أن القاعدة لها شق آخر يوازنها: الضرورة تقدر بقدره. واستقراء أحكام القاضي الدستوري ينم عن تجاوز السلطة التنفيذية للضابط الأخير، مما ضاعف من وطأة قانون الطوارئ والأعباء الثقال لإعماله.

وهناك أكثر من نموذج لتأكيد الاستخلاص السابق.

ويلاحظ أن هذه النماذج لا تنحصر في فترة بعينها وإنما تتوزع على الحقبة محل الدراسة تماماً، مما يعطي الانطباع بأننا أمام ظاهرة أو نكاد.

ويرتد النموذج الأول لعام ١٩٨٣ حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الثامنة من أمر رئيس الجمهورية رقم (١) لسنة ١٩٦٧ بشأن الرقابة على الرسائل والصحف والمطبوعات وكافة وسائل التعبير^{٤١} والتي نصت على عدم قبول الدعاوى ضد القرارات المتخذة تنفيذاً للأعمال الرقابية. فبعد أن أوضحت المحكمة أن القرار الطعن يحصن الأعمال التي يتخذها القائم على شئون الرقابة ضد الطعن بالإلغاء أو التعويض بما يغلق باب المنازعة في تلك الأعمال، خلصت إلى مخالفته للمادة ٦٨ من الدستور التي تحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري ضد الرقابة القضائية، وكذا المادة ٤٠ المتعلقة بالمساواة. فالنص على النحو الذي كان عليه حجب حق التقاضي عن فئة من المواطنين دون مسوغ مما يطيح بمبدأ المساواة أساس كل الحقوق والحريات^{٤٢}.

وفي عام ٢٠٠٦ قضى بعدم دستورية المادة الثانية من أمر رئيس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام والذي حظر التصريح بهدم القصور والفيلاط في جميع أنحاء الجمهورية.

وكان مدخل القاضي الدستوري^{٤٣} في حكمه أن التدابير المقررة في قانون الطوارئ تستهدف الحفاظ على الأمن والنظام العام، وبحكم طبيعتها الاستثنائية لا يمكن أن يندرج فيها حظر هدم القصور والفيلاط، فتلك المسألة تتطلب إصدار تشريع لا تسمح نصوص قانون الطوارئ بسنّه لا رئيس الجمهورية ولا للمفوض من قبله^{٤٤}.

وفي سنة ٢٠٠٩ طرح مرة ثانية عدم دستورية القرار رقم (٢) لسنة ١٩٩٨ الصادر من رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام والخاص بحظر التعليمة بالنسبة للمبني التي بدأ في إنشائها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ المعدل لبعض أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦، وكذا حظر هدم القصور والمباني.

وكان طبيعياً أن يستعيد القاضي الدستوري الأسانيد المساقة في مخالفة حظر هدم القصور والفيلاط للدستور لينتهي إلى ذات النتيجة بخصوص منع التعليمة^{٤٥}.

والنماذج السابقة توحى بأربع انطباعات:

- منهاج تجاوز الدستور بمناسبة تطبيق حالة الطوارئ قائم ومستمر، ولا برهان على ذلك أظهر من أن السابقة الأخيرة تعود لشهر خلت.

- القيد، فإن السلطة التنفيذية لم تتورع عن تجاهله وبجرأة تدعو للدهشة، ولعل هذا المسلك يخفي نوعاً من الاعتراض الذي لا يفتر على التحول عما كان قائماً في الدساتير الملكية من إمكانية تجاوز النصوص الدستورية في فترة الأحكام العرفية (حالة الطوارئ حالياً) ^{٤٦}.
- الحرية هي ضحية كل مخالفة دستورية، إذا كان ذلك صحيحاً في الظروف العادية، فما بالنا بالوضع في الظروف الاستثنائية التي تُضيق بطبعتها على الحرية، ثم تأتي المخالفة الدستورية لتفاقم أثر التقييد وتبعته.
- استمرار تطبيق حالة الطوارئ من عام ١٩٨١^{٤٧} حتى يومنا هذا يسر الخلط بين الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ومن ثم لجوء السلطة التنفيذية إلى استخدام الاختصاصات المقررة في الأولى لتنظيم الأوضاع في الثانية.
- ولا يمكن لهذا المسلك إلا أن يتمحض عن وخيم الأثر على الحق والحرية، بل وأي تطور يرجى على طريق الديمقراطية.

كلمةأخيرة:

سخانظامنا القانوني في منح السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة في حجمها متشرعة في مجالاتها. فعلاوة على المكانت التنفيذية المألوفة هناك سلطات تشريعية وأخرى قضائية. ونظن أن ذلك الأمر له وثيق الصلة بالأحكام الصادرة بعدم دستورية التشريعات اللاحقة، سواء تلك التي أشرنا إليها أو غيرها.

فهل ترامي وتنوع صلاحيات السلطة التنفيذية جعلها تشعر بعسر تقبل وجود قيود على نشاطها أو حرقتها؟ أم أن تضخم الاختصاصات جاوز ما يعرف في علم الإدارة بنطاق التمكן، مما أدى إلى تساقط بعض الضوابط في غضون مباشرة السلطة التنفيذية لمهامها ووظائفها؟

أياً ما كان الرأي الأصوب، فإن الوضع يلح بقوة على ضرورة مراجعة اختصاصات السلطة التنفيذية، حتى لا تتفشى المخالفات لتغزو المسائل البديهية، مع ما لذلك من مردود سيء على الشرعية الدستورية.

الهوامش

١. من بوادر الأحكام في هذا الصدد حكم المحكمة العليا الصادر في ١٩٧١/١٣ - مجموعة الأحكام - الأحكام من ١٩٧٠ - نوفمبر ١٩٧٦ - ص ١٥، وفي طي حيثيات الحكم ورد ما يلي: "...أن رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم وما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذي يعنيه المشرع في المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفي مذكرته الإيضاحية إلا إذا ابسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جمِيعاً بل أن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمتلك الكثرة بين التشريعات - كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (اللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدرها من السلطة التنفيذية وهذه الوسيلة أكثر ملاءمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضي في الدفعات التي تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام قاصرة غير ملزمة ينافي بعضها بعضاً وأهدرت المحكمة التي تغييرها المشرع بإنشاء المحكمة العليا والتي أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية لقانون إنشائها كي تحمل دون سواها رسالة الفصل في دستورية القوانين". وانظر كذلك على سبيل المثال: المحكمة الدستورية العليا - ١٩٧٦/١١/٦ - المجموعة الرسمية - الأحكام من ١٩٧٠ - نوفمبر ١٩٧٦ - ص ٤٧٤.

٢. لم يقنع البعض بالحجج التي ساقتها المحكمة العليا في بسط رقابتها على دستورية اللوائح، فالقول بأن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة للقوانين واللوائح على السواء "قول صحيح في حد ذاته، ولكن لا يصح أن يكون من شأنه انعقاد الاختصاص للمحكمة العليا بالفصل في دستورية اللوائح". أما ما تردد عن أن اللوائح لا يتوافر لها ما يتيح للقانون من دراسة وبحث، وأن منها ما ينظم حرريات المواطنين، فإنها تقضي إلى ضرورة رقابة دستورية اللوائح، إلا أنه ليس من الضروري أن ينعقد الاختصاص للمحكمة العليا. "والواقع أن القضاء الإداري قد أظهر مقدرة كبيرة - بحكم تكوينه وشخصه - في تفهم نصوص اللوائح الإدارية والاستجابة لمقتضيات التطور". وما أثير من أن اللوائح كالقانون موضوعاً وإن لم تكن كذلك شكلاً، فمردود بأن "هذا الشكل في نظم تقوم على أساس الفصل بين السلطات - هو الذي يعتد به في تكيف العمل وتحديد نطاقه القانوني...". وأما القول بأن ترك رقابة دستورية اللوائح للمحاكم من شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة مما يهدد المحكمة التي تغييرها المشرع من إنشاء المحكمة العليا، فإن تحقيق هذه المحكمة يكون في حدود ما نص عليه القانون. والحكم كما يقول الشرعيون، منوط بعلته لا بحكمته. بل أن

مد ولاية المحكمة العليا إلى القرارات اللاحقة يبني عليه حتماً المساس باختصاص القضاء الإداري على الوجه المحدد في قانون مجلس الدولة بانتزاع هذه اللوائح من اختصاصه وزوال ولاليته عليها كجهة طعن عند الدفع بعدم دستوريتها وإيكال أمر الفصل في هذا إلى المحكمة العليا". محمود عاطف البنا - الرقابة القضائية على دستورية اللوائح - بدون تاريخ - ص ١١٢. وانظر أيضاً: رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري - ١٩٨٣ - ص ٥٤٤.

٣. الفصل الخامس.
٤. في تفاصيل ذلك راجع مؤلفنا: القانون الدستوري - الكتاب الأول - ٢٠٠٨ - ص ٢٤٥ وما بعدها.
٥. المادة ١٠٨ من الدستور.
٦. المادة ١٤٧ من الدستور.
٧. في تطبيقات مراقبة دستورية اللوائح التفويضية راجع مؤلفنا: القانون البرلماني - ٢٠٠٦ - ص ٤١٧ وما بعدها، وص ٤٣٦ وما بعدها من ذات المؤلف فيما يتعلق بلوائح الضرورة.
٨. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٩٩/٣/٦ - المجموعة الرسمية - ج (٩) ص ٤٠٤، ومن الأحكام الأحدث أنظر على سبيل المثال: لمحكمة الدستورية العليا - ١/٤/٢٠٠٠ - المجموعة الرسمية - ج (٩) ص ٥١٩، (انصب النزاع على لائحة نظام العاملين بـ"المكتب العربي للتصميمات والاستشارات الهندسية والصادرة من وزير قطاع الأعمال العام". المحكمة الدستورية العليا - ٦/٦/٢٠٠٤ - مجموعة الأحكام - ج ١١ - المجلد (١) ص ٩٠٠. وتعلق الأمر بلائحة تنظيم أوضاع العاملين بشركة مطاحن جنوب القاهرة الصادرة بقرار من وزير قطاع الأعمال العام).

يكشف استقراء أحكام القضاء الإداري عن اتجاه واضح نحو المعيار الشكلي أو العضوي. ففي الفترة التي كانت محكمة القضاء الإداري محكمة أول وأخر درجة أعلنت: "أن مقطع النزاع في شأن التفرقة بين العمل التشريعي الذي يمنأى عن الإلغاء والعمل الإداري القابل للإلغاء إنما هو بالمعيار الذي يؤخذ به فهو المعيار الموضوعي أو المعيار الشكلي؟ وما من شك في أن قضاء هذه المحكمة قد جرى باضطراد على الأخذ بالمعيار الشكلي...".

٩. محكمة القضاء الإداري - ١٩٥٣/٦/٣٠ - م(٧) ص ١٨٢٥، ومن الأحكام اللاحقة: محكمة القضاء الإداري - ١٩٥٧/٦/٢٤ - م(١١) ص ٥٨١؛ محكمة القضاء الإداري ١٩٦٥/١/٢٦ - مجموعة الخمس سنوات (١٩٦١ - ١٦٦) ص ٤٨٢. وتطبيقاً للمعيار الشكلي أثبتت المحكمة أنه فيما "يتعلق بالأعمال الإدارية التي يصدرها البرلمان في صورة قوانين ومنها قانون ربط الميزانية فترى المحكمة الأخذ بالرأي الذي يأخذ بالمعيار الشكلي ومقتضى ذلك ولازمه أن يكون لقانون ربط الميزانية حصانات القوانين العادية ومن ثم لا يقبل الطعن فيها وطلب إلغائها لعيب مجاوزة السلطة أو الانحراف بها أو إساءة استعمالها...". محكمة القضاء الإداري - ١٩٥٢/٥/٢٦ - م(٧) ص ١٣٠٦. وحينما أنشئت المحكمة الإدارية العليا وافتتحت محكمة القضاء الإداري على توجوها في اعتماد المعيار الشكلي، وترجمة لذلك أوضحت: "إذا كان نقل المدعى من الجامعة إلى وزارة التربية والتعليم قد نص عليه بالجداول الملحقة بالقانون ٢٠٧ لسنة ١٩٥٥ بفتح اعتمادات إضافية في ميزانيات

الدولة وجامعي الإسكندرية وعين شمس للسنة المالية ١٩٥٤ / ١٩٥٥، فإنَّه مهما قيل في وصف هذا العمل بأنه من الأعمال الإدارية التي تصدرها سلطة التشريع في صورة قانون، فإنَّ هذه المحكمة لا يسعها إلا تغليب المعيار الشكلي، ومقتضاه لازمه أن يكون لقانون ربط الميزانية حصانات القانون العادي سيما وأنَّ النقل ذاته قد تم أصلًا بمقتضى القانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٥٥ سالف الذكر كما سبق إياضًا، إذ ورد اسم المدعى في الكشوف الملحة بهذا القانون ومن ثم فإنَّ ما ورد في هذه الكشوف هو جزء لا يتجزأ من القانون وتدرج في مضمون أحکامه، ولا عبرة بعد ذلك بأن يكون هذا القانون غير منطو على قاعدة عامة مجردة، لأنَّه يكفي من ناحية الشكل أن يكون مما لا يجوز معه الطعن فيه أو التقرير باختصاص القضاء الإداري بالنظر فيما تضمنه من أحکام ومن ثم يتبعن القضاة بعد عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر فيما تضمنه القانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٥٥ من أحکام أو التعقيب عليها أو الطعن فيها لأي سبب من أسباب عدم المشروعية".

المحكمة الإدارية العليا - ١٩٦٥/٣/٣١ - الموسوعة الإدارية... - ج (١٩) قاعدة (١٧٤) ص ٣١٤.

١٠. اخترنا تلك الاستنتاجات لتقديرنا لأهميتها، ولوجود تطبيقات عده لها، مما يمكن أن يعبر عن بلورة ظاهرة، أو على الأقل وجود اتجاه جدير بالنظر.

١١. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٧/١/١٤ - مجلة الدستورية - السنة (٥) - العدد (١١) ص ٤٠.

١٢. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٧/٥/١٣ - مجلة الدستورية - السنة (٥) - العدد (١٢) ص ٥١.

١٣. اتبعت الدساتير المصرية السابقة ذات النهج المتمثل في الإشارة إلى نشر القوانين دون التطرق إلى اللوائح صراحة (المادة ٢٦ من دستور ١٩٢٣، المادة ٢٦ من دستور ١٩٣٠، المادة ١٨٦ من دستور ١٩٥٦، المادة ١٦٤ من دستور ١٩٦٤).

١٤. عدا دستور ١٩٦٤ الذي اكتفى بالنص على نشر القوانين خلال أسبوعين من إصدارها (المادة ١٦٤) ربطت الدساتير المصرية، بما فيها الدستور الحالي، مبدأ تطبيق القاعدة القانونية بمدورة شهر على نشرها باستثناء يحتاج إلى مراجعة، فالنصوص تجيز تحديد ميعاداً آخر لسريان القانون وهذا الاستثناء يعمل في اتجاهين: الأول: تحديد ميعاد يتجاوز مدة الشهر، الأمر الذي يوسع من فرص العلم، ولا محل للاحتجاج على ذلك. الثاني: تقصير الفترة السابقة على نفاذ القاعدة إلى أقل من شهر، وربما تكون من اليوم التالي لنشر القاعدة. والاحتمال الأخير (إعمال النص من اليوم التالي للنشر) يحتاج إلى إعادة نظر. فتقسيم الفترة إلى هذا الحد لا يعطي الفرصة للإلام بالقاعدة واستيعاب أحکامها. وهذا الاحتمال يبدو أكثر إلحاحاً بالنسبة للتشريعات اللائحتية، والتي لا يسبقها - عادة - أعمال تحضيرية تعين على بيان مغزى القاعدة وإدراك مداها.

١٥. جدير بالتنويه أن القاضي الدستوري في الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٠ قدم السند المستمد من الدولة القانونية على نص المادة ١٨٨ من الدستور، كما أنه أسلَّم في عرض الفكره بصورة أكثر تفصيلاً.

١٦. انظر في تفصيل ذلك على سبيل المثال: سليمان محمد الطماوي - قضاء الإلغاء - ١٩٨٦ - ص ٦٩٩ وما بعدها.

١٧. راجع مؤلفنا: القانون الدستوري - الكتاب الثاني - ٢٠٠٠ - ص ٥٦٤.

١٨. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٨٦/٥/١٧ - مجموعة الأحكام - ج (٣) ص ٣٢٧. وعبرت المحكمة عن مقصدها

- في العبارات الآتية: "وحيث أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حدد في بعض نصوصه الأحكام التي يتوقف تنفيذها على صدور قرار وزير الإسكان والتعمير، ومن بينها ما نصت عليه الفقرة الثانية من مادته الأولى من أنه "يجوز بقرار من وزير الإسكان والتعمير مد نطاق سريان أحكام (الباب الأول منه) كلها أو بعضها على القرى بناء على اقتراح المجلس المحلي للمحافظة، وكذلك على المناطق السكنية التي لا ينطبق عليها قانون نظام الحكم المحلي...." وطبقاً لهذا النص، وإعمالاً لحكم المادة ١٤٤ من الدستور... يكون وزير الإسكان والتعمير هو المختص دون غيره بإصدار القرارات المنفذة للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه، ويكون قرار محافظ المنيا رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٢ بوصفه لائحة تنفيذية لهذا القانون إذ نص على مد نطاق أحكام بعض مواد القانون رقم ١٣٦ المعدل للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على جميع القرى الواقعة في دائرة محافظة المنيا، قد صدر مشوباً بعيب دستوري لصدره من سلطة غير مختصة بإصداره بالمخالفة لحكم المادة ١٤٤ من الدستور، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستوريته". طبق هذا القضاء على قرارات لمحافظ الفيوم بذات المضمون: المحكمة الدستورية العليا - ١٩٨٧/٦/٦ - مجموعة الأحكام - ج (٤) - ص ٥٦. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٨٩/٤/١ - مجموعة الأحكام - ج (٤) ص ١٦٤ .
١٩. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٩٨/٨/١ - مجموعة الأحكام - ج (٩) ص ٣٤ .
٢٠. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٦/١/١٥ - مجموعة الأحكام - ج (١١) مجلد (٢) - ص ٢١٥٨ .
٢١. وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور لا جريمة ولا عقوبة "إلا بناء على قانون". ومفاد ذلك أن التجريم والعقاب وإن لم يتقرر بقانون، فيتطلب على الأقل تفويض من القانون للسلطة التنفيذية لقيام بذلك.
٢٢. القرار رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٥ .
٢٣. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٩١/٤/٦ - مجموعة الأحكام- ج (٤) ص ٣١١ . وفي تطبيق مشابه قضى بعد دستورية قرار محافظ السويس رقم ١٠٨ لسنة ١٩٨٧ بشأن صيد الأسماك الطازجة بميناء الاتكة للموسم السمكي ٨٧ - ١٩٨٨ . المحكمة الدستورية العليا - ١٩٩١/٤/٦ - مجموعة الأحكام - ج (٤) ص ٣١١ . وفي الحكمين المشار إليهما لم يفت القاضي الدستوري الإشارة إلى أن النتيجة التي خلص إليها لا تتأثر بما نصت عليه "الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من قانون نظام الحكم المحلي الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ من أن "يتولى المحافظ - بالنسبة إلى جميع المرافق العامة التي تدخل في اختصاص وحدات الحكم المحلي وفقاً لأحكام هذا القانون - جميع السلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزارة بمقتضى القوانين واللوائح، ويكون المحافظ، في دائرة اختصاصه، رئيساً لجميع الأجهزة والمرافق المحلية" ذلك أن القانون المشار إليه استهدف تنظيم الأمور المتعلقة بنظام الحكم المحلي بإنشاء وحدات إدارية تتولى ممارسة السلطات والاختصاصات التنفيذية ذات الطبيعة الإدارية اللازم لإدارة الأعمال المنوطه بالمرافق العامة الواقعة في دائرتها نقلأً إليها من الحكومة المركزية بوزاراتها المختلفة، وقد المشرع بنص المادة (١/٢٧) المشار إليها أن يباشر المحافظون - بوصفهم رؤساء الأجهزة والمرافق العامة التابعة لهم - السلطات

والاختصاصات المقرة للوزراء في هذا الصدد، دون أن يتعدى ذلك إلى الاختصاص بإصدار اللوائح التنفيذية ولا إلى الاختصاص بإصدار قرارات لائحة تحدد بعض جوانب التجريم أو العقاب وذلك كلما كانت القوانين المعمول بها قد عهدت بهذا الاختصاص في أي من هاتين الحالتين إلى الوزراء، إذ تستقل الجهة التي عينها الشرع بممارسته ولا يجوز أن تفوض غيرها فيه، وهو في كل الأحوال اختصاص لا تشمله عبارة "السلطات والاختصاصات التنفيذية" الواردة بنص المادة (١/٢٧) المشار إليها على ما سلف البيان".

٤٤. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٩٢/٣/٧ - مجموعة الأحكام - ج (٥) مجلد (١) ص ٢١٤.

٤٥. يستفاد ذلك مما قضت به المادة الأولى البند (٢) من قانون العاملين المدنيين رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ من استبعاد تطبيق القانون على العاملين الذين تنظم شئون توظفهم قوانين أو قرارات خاصة.

٤٦. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٠/٥/٦ - مجموعة أحكام المحكمة - ج (٩) ص ٥٢٤.

٤٧. انظر على سبيل المثال: - المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٤/٤/٤ - مجموعة أحكام المحكمة - ج (١١) - المجلد (١) - ص ٦٤٩ . (البدل النقدي المنظم بالمادة ١٠٤ من لائحة العاملين بالهيئة العامة للبترول قبل تعديلها عام ١٩٩٨). - المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٤/٥/٩ - مجموعة أحكام المحكمة - ج (١١) المجلد (١) ص ٨١٤ . (البدل النقدي المنظم بالمادة ٨٠ من لائحة العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية الصادرة عام ١٩٨٢). - المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٤/٩/٥ - المجموعة - ج (١١) المجلد (١) ص ٩٩٧ . (البدل النقدي المنظم بالمادة ٧٧ من لائحة العاملين بالهيئة القومية للبريد الصادرة سنة ١٩٨٢ والمعدلة عام ١٩٩٤) . - المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٤/١١/٧ - المجموعة - ج (١١) المجلد (١) ص ١٠٤ . (البدل النقدي المنظم بالمادة ٦٣ من لائحة العاملين باتحاد الإذاعة والتلفزيون الصادر سنة ١٩٩٣) . - المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٨/٢/٢ - الجريدة الرسمية العدد ١١ مكرراً في ٢٠٠٨/٣/١٧ . (البدل النقدي المنظم بالمادة ١٠٢ من لائحة نظام العاملين بجهاز الخدمات العامة لقوى المسلحة بوزارة الدفاع الصادرة عام ١٩٨٥) . - المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٨/٤/٦ - الجريدة الرسمية العدد ١٦ مكرراً في ٢٠٠٨/٤/٢١ . (البدل النقدي المنظم بالمادة ٦٥ من لائحة العاملين ببنك ناصر الاجتماعي الصادرة عام ١٩٨٠ قبل تعديلها عام ٢٠٠٨) .

٤٨. كانت المادة ٩١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات تنص على أنه "في جميع الأحوال لا يجوز أن يزيد مجموع مدد الإعارات والمهام العلمية وإجازات التفرغ العلمي وإجازة مرافقة الزوج على عشر سنوات طوال مدة خدمة عضو هيئة التدريس".

٤٩. أطلقت المادة ١/٦٩ من قانون العاملين المدنيين مدد الإجازات لرافقة الزوج وذلك بعد تعديلها عام ١٩٩٤ ، حيث تنص حالياً على أن "يمنح الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو الدراسة لمدة ستة أشهر على الأقل إجازة بدون مرتب. ولا يجوز أن تجاوز هذه الإجازة مدة بقاء الزوج في الخارج ويسري هذا الحكم سواء أكان الزوج المسافر من العاملين في الحكومة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص. ويتعين على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة في جميع الأحوال".

٥٠. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٣/٥/١١ - مجموعة أحكام - ج (١٠) ص ١٠٧١ .

٢١. المادة ١٠٨ من اللائحة المشار إليها وكانت تقضي بأنه "يجوز بقرار من مدير عام الصندوق، الترخيص للعامل بإجازة بدون أجره للأسباب التي يبيدها العامل، ويقدرها الصندوق، ويمتحن الزوج أو الزوجة إجازة بدون مرتب، إذا رخص لأحدهما بالسفر إلى الخارج، لمدة ستة أشهر على الأقل، وبحد أقصى أربع سنوات، ويجوز لمدير عام الصندوق الموافقة على تجاوز هذه المدة، وفقاً لظروف العمل وصالحه ومتضيّاته".
٢٢. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٤/٤/٩ - مجموعة الأحكام - ج ١١ - مجلد (١) - ص ٧٣١.
٢٣. المادة ٨٢ من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية للبريد والتي كانت تنص على أن "يمتحن الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو الدراسة لمدة ستة أشهر على الأقل إجازة بدون مرتب، ولا يجوز أن تجاوز مدة هذه الإجازة مدة بقاء الزوج في الخارج ولا أن تزيد على ست سنوات...".
٢٤. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٦/٢/١٢ - مجموعة الأحكام - ج ١١ - المجلد (٢) ص ٢٣٣.
٢٥. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٦/١١/١٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٦ مكرر في ٢٠٠٦/١١/٢١.
٢٦. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٦/١/١٥ - مجموعة الأحكام - ج (١١) المجلد (٢) - ص ٢١٥٨.
٢٧. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٧/٦/١٠ - الجريدة الرسمية - العدد ٢٤ مكرر (١) في ٢٠٠٧/٦/١٧.
٢٨. قبل نشأة المحكمة الدستورية العليا ساندت الأحكام القضائية المدنية والإدارية المعنى الضيق للوائح التنفيذية. من أحكام القضاء العادي: محكمة النقض - ١٩٣٤/٢/٢٢ - المجموعة الرسمية - ١٩٣٤ - ص ٤٨٣. محكمة النقض - ١٩٣٦/١/٦ - مجلة المحاما - السنة (١٦) ص ٤ وما بعدها. ومن الأحكام الإدارية: المحكمة الإدارية العليا - ١٩٥٧/١١/٢٣ - مجموعة السنة الثالثة - ص ٧٤. ومن الأحكام الأحدث المحكمة الإدارية العليا - ٢٠٠٦/٦/١٧ - منشور في مجموعة المبادئ الهامة في أحكام المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٧ - ٢٠٠٥) الصادرة عن هيئة قضايا الدولة - ٢٠٠٧ - ص ٤٧٤.
٢٩. وفقاً للمادة ١٢٢ من الدستور "يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت التي تقرر على خزانة الدولة - وينظم القانون حالات الاستثناء منها والجهات التي تتولى تطبيقها".
٤٠. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٩/١٢/٦ - مجلة الدستورية - العدد (١٧) ص ٦٩.
٤١. اتخذ هذا القرار استناداً للمادة الثالثة (البند الثاني) من القرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ والتي تقضي بأنه "لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ بأمر كتابي أو شفوي التدابير الآتية: ١-.....، ٢- الأمر بمراقبة الرسائل أيها كان نوعها ومراقبة الصحف والمطبوعات والمحركات والرسوم وكافة وسائل التعبير والدعائية والإعلان قبل نشرها وضبطها ومصادراتها وتعطيلها وإغلاق أماكن طبعها، علي أن تكون الرقابة علي الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلان مقصورة علي الأمور التي تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومي". والجدير بالذكر أن المادة المشار إليها تضمنت ست بنود لتفصيل التدابير الممكن اتخاذها حال إعلان حالة الطوارئ. وهذه البنود علي كثرتها وتعدد التدابير التي اشتغلت عليها لم تمنع من تعديل المادة المشار إليها عام ١٩٧٢ لتصبح تلك التدابير مسطورة علي سبيل المثال لا الحصر. في تفاصيل ذلك راجع مؤلفنا المعون: الاعتقال - ١٩٩٢ - ص ٣٤ وما بعدها

٤٢. المحكمة الدستورية العليا - ١٩٨٣/٥/٢ - مجموعة الأحكام - ج (٢) ص ٨٦ - وفي هذا الحكم أوضحت الحيثيات: "وحيث أن المادة ٦٨ من الدستور تنص على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي... ويعتبر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء". وظاهر من هذا النص أن الدستور لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل، بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، وقد خص الدستور هذا المبدأ بالذكر رغم أنه يدخل في عموم المبدأ الأول الذي يقرر حق التقاضي للناس كافة وذلك رغبة من المشرع في توكيده الرقابة القضائية على القرارات الإدارية وحسماً لما ثار من خلاف في شأن عدم دستورية التشريعات التي تحظر حق الطعن في هذه القرارات، وقد رد النص المشار إليه ما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة حق التقاضي للأفراد وذلك حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا تؤتي ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمنع بها ورد العدوان عليها". وحيث أن الدساتير سالفة الذكر قد تضمن كل منها نصاً على أن المواطنين لدى القانون سواء، وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، كما ورد في الدستور القائم هذا النص في المادة ٤٠ منه. ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها، فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه - وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها - ينطوي على إهانة لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا من هذا الحق". وحيث أن القرارات والأعمال التي تتخذها الجهة القائمة على تنفيذ شئون الرقابة - المنصوص عليها في المادة الأولى من أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٦٧ - إنما هي قرارات وأعمال تصدر عن تلك الجهة باعتبارها سلطة عامة بقصد إحداث أثر قانوني معين ابتعاه مصلحة عامة، فتكون لها صفة القرارات والأعمال الإدارية وتنبع على نفسها رقابة القضاء، ومن ثم فإن المادة الثامنة من هذا الأمر إذ تقضي بعدم ترتيب أية مسؤولية وعدم قبول أية دعوى على الحكومة أو موظفيها أو الرقيب العام بسبب أي إجراء اتخذ تنفيذاً لأعمال الرقابة المشار إليها - وهي أعمال وقرارات إدارية على ما سلف البيان - تكون قد انطوت على مصادر لحق التقاضي وإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين في هذا الحق مما يخالف المادتين ٤٠، ٦٨ من الدستور". حيث أنه لما تقدم، تعين الحكم بعدم دستورية نص المادة الثامنة من أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٦٧ الخاص بالرقابة".

٤٣. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٦/١٥ - مجموعة الأحكام - ج (١١) - المجلد (٢) ص ٢١٥٨. في البداية أوضحت المحكمة أن التدابير المقررة لرئيس الجمهورية عند إعلان حالة الطوارئ غايتها المحافظة على أمن الوطن والمواطن. هذا من ناحية أخرى، فإن تلك التدابير خلت "من إعطاء رئيس الجمهورية سلطة إصدار تشريع لتنظيم أمر معين حتى لو كان يدور حول تحقيق تلك الغاية، وله إن شاء ذلك أن يلجأ إلى السلطة التي حددها الشرع الدستوري لإصدار هذا التشريع. وإذا كان هذا هو حال الأصيل عند ممارسة سلطة الطوارئ فإن من ينفيه ذلك الأصيل للقيام ببعض اختصاصاته ليس له أن يباشر اختصاصاً

لا يمنحه قانون حالة الطوارئ للأصيل". وأردفت المحكمة: " وحيث أن أمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ ينص في مادته الثانية على أنه يحضر في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية هدم أو تصريح بهدم القصور والفيلات، كما قررت المادة الثالثة منه عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة لكل من خالف حكم المادة الثانية أو شرع في ذلك، وتسرى العقوبة على كل ممثل لجهة حكومية وقع الفعل أو الشروع بتكليف منه، كما يعاقب بذات العقوبة كل من ساهم أو اشترك في الجريمة أو لم يقدم بواجبه في منعها واتخاذ الإجراءات القانونية حيالها من العاملين المختصين بشئون التنظيم وغير ذلك من الجهات الإدارية المختصة. وإذا كان تنظيم الأمر المتقدم يتصل بالصلحة العامة ومتضيئاتها إلا أنه لا يعد من التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام التي تعلن من أجلها حالة الطوارئ، ومن ثم فليس للسلطة التي حددها قانون الطوارئ من سبيل إلا ولو ج أسلوب التشريع العادي بضوابطه وإجراءاته من أجل وضع تنظيم تشريعي يقيم توازناً دقيقاً بين حقوق أصحاب تلك العقارات في استغلالها على النحو الذي يكفل لهم مصالحهم، وبين متضيئات الحفاظ على تلك الثروة العقارية وما تمثله من تراث قومي، وإذا تنكب ذلك الأمر العسكري هذا الطريق فإنه يكون قد وقع في حومة مخالفة نص المادة (٨٦) من الدستور الذي عهد بسلطة التشريع إلى مجلس الشعب " .

٤. في سابقة أخرى دفع بعدم دستورية أمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام رقم ٤ لسنة ١٩٩٢، وكذلك رقم ٧ لسنة ١٩٩٦، وكان الأمر الأول يجرم هدم المباني بغير ترخيص، أما الثاني فعاقب المالك أو المستأجر الذي ينشئ مبان أو يقوم بأعمال توسيعها أو تعديها أو تدعيمها أو هدمها دون إذن الجهة المختصة. وقد حكم بعدم قبول الدعوى بعدما تبين أن الأمرين ألغيا وبالتالي فقدت الدعوى محلها. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٦/١٢/١٢ - مجموعة الأحكام - ص (١١) المجلد (٢) - ص ٢٢٧١.

٤٥. المحكمة الدستورية العليا - ٢٠٠٩/١/١٤ - مجلة الدستورية - العدد (١٥) ص ٨٢.

٤٦. وفقاً للمادة ١٥٥ من دستور ١٩٢٣ "لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين في القانون." وعلى أي حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توافرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور". وتكررت كلمات النص حرفيأً في المادة ١٤٤ من دستور ١٩٣٠ .

٤٧. بالنظر للماضي القريب وامتداده للحاضر سنجد أن حالة الطوارئ أعلنت في ٥ يونيو ١٩٦٧ بمناسبة الحرب مع إسرائيل، وظلت حالة الطوارئ معمولاً بها حتى رفعت في ١٥ مايو ١٩٨٠ بالقرار الجمهوري رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٠ ، ولم تمض عدة شهور حتى أعيد العمل بها في ٦ أكتوبر ١٩٨١ عقب اغتيال الرئيس السادات. ومنذ ذلك الحين يتجدد العمل بحالة الطوارئ حتى اللحظة الآتية.

مبادئ قضائية

حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية

**قانون نقابة المحامين قانون مكمل للدستور ويجب أن يقوم التنظيم النقابي
وفق مقاييس ديمقراطية"**

**المحكمة الدستورية العليا المصرية" قانون نقابة المحامين قانون مكمل للدستور
ويجب أن يقوم التنظيم النقابي وفق مقاييس ديمقراطية"**
حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى الدستورية رقم ١٩٨ لسنة ٢٣ قضائية

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلاسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الثاني من يناير سنة ٢٠١١م، الموافق السابع والعشرين من
المحرم سنة ١٤٣٢هـ.

رئيس المحكمة

برئاسة السيد المستشار/ فاروق أحمد سلطان

وعضوية السادة المستشارين/ ماهر البحيرى و محمد عبد القادر عبد الله وعلى عوض محمد صالح
 وأنور رشاد العاصي وماهر سامي يوسف وبولس فهمى إسكندر. نواب رئيس المحكمة

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد المستشار/ حاتم حمد بحاتو

أمين السر

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٩٨ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية".

المقامة من

السيد الأستاذ / عبد العظيم جودة مصطفى ماجد

ضد

١. السيد وزير العدل

٢. السيد المستشار رئيس محكمة جنوب القاهرة الابتدائية

٣. السيد رئيس مجلس الوزراء

٤. السيد الأستاذ نقيب المحامين

بتاريخ العاشر من شهر يوليو سنة ٢٠٠١، أودع المدعى، صحفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة
الدستورية العليا، طالباً الحكم بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ بشأن ضمانات

ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية، المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥، خاصة المواد الثانية والثالثة والرابعة والخامسة والسادسة مكررًا والتاسعة من هذا القانون.

وقدمت هيئة قضايا الدولة ثلاث مذكرات، طلبت في الأولى رفض الدعوى، وفي الثانية والثالثة الحكم أصلًا بعد عدم قبول الدعوى، واحتياطيًا برفضها. كما قدمت نقابة المحامين مذكرة بذات الطلبات. وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرًا برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، حيث طلب الحاضر عن نقابة المحامين تأجيل نظر الدعوى لنظرها مع الدعوى رقم ١٦٧ لسنة ٢٤ ق "دستورية" وضمها لارتباط . وقررت المحكمة إصدار الحكم في الدعوى بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الواقع على ما يتبيّن من صحيفـة الدعوى وسائل الأوراق تتحصل في أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٥٦٥٦ لسنة ٥٥ قضائية، أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، ضد المدعى عليهما الأول والثاني، بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار السلبي للجنة القضائية المشرفة على انتخابات نقيب وأعضاء مجلس نقابة القاهرة الفرعية للمحامين بالامتناع عن فرز الأصوات، وإعلان نتيجة الانتخابات التي أجريت يومي ١٨ مارس و٢٥ مارس سنة ٢٠٠١، وذلك لحين الفصل في الطعن موضوعاً بإلغاء ذلك القرار وما يترتب على ذلك من آثار قانونية، أخصها تشكيل مجلس نقابة القاهرة الفرعية للمحامين. وأنشاء نظر محكمة القضاء الإداري لذلك الطعن، دفع المدعى بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ المشار إليه، والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، وصرحت له برفع الدعوى الدستورية، فقد أقام المدعى الماثلة.

وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى من وجهين، الأول: التجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها، لخلو تصريح محكمة الموضوع من تعريف بها، يكون محدوداً بذاته ل Maher her ، وكاشفاً عن حقيقة محتواها ، مما مؤداته أن هذا التصريح قد ورد على غير محل ، ومن ثم تكون الدعوى الماثلة قد اتصلت بالمحكمة بالمخالفة للأوضاع المنصوص عليها في قانونها ، والثانية: أن المشرع الدستوري قد أجرى تعديلاً على نص المادة (١٩٤) من الدستور، حدد بمقتضاه المواد الدستورية التي احتوت أحكاماً ما يعد من القوانين المكملة للدستور، ولم يرد من بينها القانون

المطعون بعدم دستوريته، الأمر الذي تنتفي معه مصلحة المدعى في الدعوى الماثلة. وهذا هو أيضاً ما استندت إليه نقابة المحامين في طلب الحكم بعدم قبول الدعوى.

وحيث إن هذا الدفع مردود في وجهه الأول بأن المدعى إذ طعن أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ بأكمله، وكان التصريح الصادر عنها برفع الدعوى الدستورية قد تعلق بهذا القانون في جملة أحكامه، فإن هذا التصريح يكون منصرفًا على كامل القانون المطعون عليه، بما في ذلك النصوص التي عينها المدعى بذواتها، ومردود في وجهه الثاني، بأن المقرر في قضاة هذه المحكمة أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية تتحدد على ضوء ما قررته في شأنها أحكام الدستور التي فرضها، ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانب شكلية، لا يتصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكتها عند إقرارها أو إصدارها. متى كان ذلك، وكان القانون المطعون عليه رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥، صدر قبل تعديل نصي المادتين (١٩٤) و (١٩٥) من دستور سنة ١٩٧١ طبقاً لنتيجة الاستفتاء الذي جرى في ٢٦/٣/٢٠٠٧، فإن لازم ذلك ومفاده، أن تتحدد الأوضاع الشكلية للنصوص ذلك القانون في شأن إقرارها وإصدارها على ضوء ما قررته أحكام المادة (١٩٥) من الدستور قبل تعديليها سالف الإشارة إليه. وإن كان من المقرر أيضاً في قضاة هذه المحكمة ضرورة وجود صلة حتمية بين الدعويين الدستورية والموضوعية، لازمها أن يكون قضاوها في أولاهما مؤثراً في النزاع الموضوعي المرتبط بها، ومقتضاهما أن يكون هذا النزاع قائماً عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه بعد أن لم يعد ثمة موضوع يمكن إزال قضاء المحكمة الدستورية العليا عليه. متى كان ذلك، وكان الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية، وكان ما يتواه الطاعن من إبطال القانون الطعن، هو إلغاء آثاره كيلاً يطبق في النزاع الموضوعي، فإن حرمان الطاعن من الحصول على هذه الترضية القضائية بعد قيام موجبهما يعتبر إهاراً للغاية النهائية لحق التقاضي الذي حرص الدستور في المادة (٦٨) منه على ضمانه للناس كافة، بما يكون معه التمسك بزوال مصلحة الطاعن في دعواه الماثلة، لا سند له من القانون. ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الدعوى بوجهيه المذكورين قد ورد على غير محل حريباً بالالتفات عنه. وحيث إنه عن طلب الحاضر عن نقابة المحامين ضم الدعوى رقم ١٦٧ لسنة ٢٤ ق "دستورية" إلى الدعوى الماثلة لارتباط موضوعهما، فإنه لما كانت الدعوى رقم ١٦٧ لسنة ٢٤ ق "دستورية" لم تحدد بعد جلسة لنظرها أمام المحكمة وكانت الدعوى الماثلة مهيئة للفصل فيها، فإن المحكمة تلتفت عن هذا الطلب.

وحيث إن المدعى ينبع على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ المشار إليه والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ انطوائه على عيب شكلي لصدوره دون عرض مشروعه على مجلس الشورى، بالمخالفة لنصي المادتين (١٩٤) و(١٩٥) من الدستور، وعيب موضوعى هو انحرافه التشريعى لإخلاله بالمبادئ الدستورية المقررة فى شأن تكافؤ الفرص لجميع المواطنين، والمساواة بينهم، والحق فى إنشاء نقابات على أساس ديمقراطى، وحق الانتخاب والترشح وإبداء الرأى، وسيادة القانون، وهى المبادئ المنصوص عليها بالمواد (٨ ، ٤٠ ، ٦٤ ، ٥٦) من الدستور.

وحيث إن الأصل فى الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة على دستورية النصوص التشريعية أنها رقابة شاملة تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها أياً كانت طبيعتها، وأنها بالتالى لا تقتصر على العيوب الموضوعية التى تقوم على مخالفة نص تشريعى للمضمون الموضوعى لقاعدة واردة فى الدستور، وإنما تمتد هذه الرقابة إلى المطاعن الشكلية التى تقوم فى مبناتها على مخالفة نص تشريعى للأوضاع الإجرائية التى تطلبها الدستور، سواء فى ذلك ما كان منها متصلة باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها.

وحيث إنه من المقرر وعلى ما اطرد عليه قضاء هذه المحكمة أن التتحقق من استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية يعتبر أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض فى عيوبها الموضوعية، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية هي من مقوماتها، لا تقوم إلا بها ولا يكتمل بنيانها أصلاً فى غيابها، وبالتالي تفقد بخلافها وجودها كقاعدة قانونية تتوافق لها خاصية الإلزام، ولا كذلك عيوبها الموضوعية، إذ يفترض بحثها أن تكون هذه النصوص مستوفية لأوضاعها الشكلية، ذلك أن المطاعن الشكلية وبالنظر إلى طبيعتها لا يتصور أن يكون تحريها وقوفاً على حقيقتها ، تالياً للنظر فى المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على المحكمة الدستورية العليا أن تقصها من تلقاء نفسها بلوغاً لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها منحصراً فى المطاعن الموضوعية دون سواها، منصرفًا إليها وحدها .

وحيث إن المادة (١٩٥) من الدستور قبل تعديلها المار بيانه كانت تنص على أن " يؤخذ رأى مجلس الشورى فيما يلى: ١ ٢ مشروعات القوانين المكملة للدستور. ٣ ٤ ٥ ٦ ويبلغ المجلس رأيه فى هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب".

وحيث إن مؤدى ذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن عرض مشروعات هذه القوانين على مجلس الشورى ليقول كلمته فيها لا يكون إلا وجوبياً، فلا فكاك منه ولا محicus عنه، ولا يسوغ

التفريط فيه أو إغفاله، وإلا تقوض بنية القانون برمته من أساسه، فإذا تحققت المحكمة من تخلف هذا الإجراء، تعين إسقاط القانون المشوب بذلك العوار الشكلي بكمال النصوص التي تضمنها، ولبات لغوًا بعدئذ التعرض لبحث اتفاق بعضها مع الأحكام الموضوعية للدستور أو منافاتها لها. وحيث إن الدستور قبل تعديله في ٢٦ مارس سنة ٢٠٠٧ لم يكن يتضمن تحديدًا للقوانين المكملة للدستور أو ما يعين على إيضاح معناها، وبلغًا لهذا التحديد، استقر قضاء هذه المحكمة على أن ثمة شرطين يتبعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملاً للدستور، (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي يبيّنها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى، (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلًا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتواها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتبعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملاً لها أن يكون محدداً لضمنها، مفصلاً لحكمها، مبيناً لحدودها. بما مؤداته أن الشرط الأول، وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتبع التحقق من توافره قبل الفصل في أية نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يُعد أولاً يعد مكملاً للدستور، إلا أنه ليس شرطاً كافياً، بل يتبع لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضافرين، استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية، بل يكون غريباً عنها مفعماً عليها. واجتماع هذين الشرطين مؤداته أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور، والتي يتبعين أن يؤخذ فيها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية، لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً، ولا موضوعياً بحتاً، بل قوامه مزاوجة بين ملامح شكلية، وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية.

وحيث إن البين من استقراء الدساتير المصرية المتعاقبة حرصها على النص على كفالة الحق في تكوين النقابات وذلك وفق عبارة نص المادة (٥٥) من دستور سنة ١٩٥٦ ، ونص المادة (٤١) من دستور سنة ١٩٦٤ ، وهو الحد الذي جاوزه دستور سنة ١٩٧١ بتقريره مبدأ الديمقراطية النقابية، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة (٥٦) منه على أن "إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون، وتكون لها الشخصية الاعتبارية". ومؤدى ما تقدم أن المشرع الدستوري عنى بأن يكون لأعضاء النقابة الحق في أن يختاروا بأنفسهم وفي حرية قيادتهم النقابية التي تعبّر عن

إرادتهم وتنوب عنهم، وكذا حقهم في صياغة أنظمة النقابة وبرامجها، وتنظيم إدارتها وأوجه نشاطها في حرية تامة، كذلك فإن الديمقراطية النقابية في محتواها المقرر دستورياً لازمها أن يكون الفوز داخل النقابة بمناصبها المختلفة مرتبطة بإرادة أعضائها الحرة الوعية، وفاء بأهدافها، وضماناً لتقديمها في الشؤون المختلفة التي تقوم عليها، توكيداً لديمقراطية العمل الوطني في واحد من أدق مجالاته وأكثرها اتصالاً به.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد تواتر على أن الديمقراطية النقابية التي كرسها، وأقام صرحها نص المادة (٥٦) من الدستور، تحتم أن يكون التنظيم النقابي قائماً وفق مقاييس ديمقراطية يكون القانون كافلاً لها، توكيداً لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانوناً لأعضائها، فلا ينحاز العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقدماً بالضرورة، متبعاً نهجاً مقبولاً من جموعهم، وقابل للتغيير على ضوء إرادتهم . كما وأن الديمقراطية النقابية تعتبر مفترضاً أولياً لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومنها نشاطها، وبها يكون العمل النقابي إسهاماً جماعياً في المجتمع المدني، متى كان هذا العمل منفتحاً لكل الآراء، قائماً على فرص حقيقة لتداولها وتفاعلها ، بما يوفقاً بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها، فلا يكون العمل النقابي إملاءً أو تواطئاً، بل تراضياً والتزاماً، وإلا كان مجاوزاً الحدود التي ينبغي أن يترسمها.

وحيث عُنيت المواثيق الدولية ودساتير الدول المختلفة العربية منها والأجنبية على ترسيخ المفهوم الديمقراطي للنقابات، ودورها في الضمير العالمي والوطني، وتمهيد الطريق أمامها للنهوض بواجباتها في خدمة المجتمع، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٢/١٠/١٩٤٨ من أن "لكل شخص الحق في أن ينشئ وأن ينضم إلى نقابات حماية لصلحته" ، كما نصت المادة (٢٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن "لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع الآخرين بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه، ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسته هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم" . وعلى الهدى ذاته، ردت الوثائق الدستورية في عديد من الدول على اختلاف نظمها السياسية وتوجهاتها الاقتصادية وموروثاتها الثقافية مفاهيمها وأحكاماً قاطعة الدلالة على أن حق تكوين النقابات على أساس ديمقراطية إنما هو من الأصول الدستورية التي لا مرأة

فيها. متى كان ما تقدم، فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ بشأن ضمانات ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي وال موضوعي اللازمان لارتقاءه إلى مصاف القوانين المكملة للدستور، التي أوجبت المادة (١٩٥) من الدستور، قبل تعديلها طبقاً لنتيجة الاستفتاء الذي جرى في ٢٦/٣/٢٠٠٧ ، أخذ رأى مجلس الشورى في مشروعه، وإذا لم يقم بالأوراق دليل على عرض مشروع القانون المشار إليه على مجلس الشورى ، بل ثبت من كتاب أمين عام مجلس الشورى رقم ٨٧ بتاريخ ٣٠/٨/٢٠٠٤ المرفق بالأوراق أنه لم يسبق لمجلس الشورى أن ناقش مشروع القانون المذكور لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوباً بمخالفة نص المادة (١٩٥) من الدستور قبل تعديلها.

وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان العيب الدستوري المشار إليه قد شمل القانون المطعون عليه بتمامه، فإن القضاء بعدم دستوريته يكون متعيناً، دون حاجة إلى الخوض فيما اتصل ببعض نصوصه من مظنة انطواها على عوار دستوري موضوعي .

فلهذه الأسباب

حكت المحكمة بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ بشأن ضمانات ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماه.

ملف خاص

التقرير الإداري والمالي لمركز "مساواة" لعام ٢٠١٠

التقرير الإداري

التقرير المالي

التقرير الإداري لعام ٢٠١٠

Palestinian Center for the Independence of
the Judiciary and the Legal Profession
"MUSAWA"



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

"مساواه"

السيدات والسادة أعضاء الهيئة العامة لجمعية المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
"مساواة" المحترمين

يسرفا في مجلس إدارة مركز مساواة أن نضع بين أيديكم تقريرنا الإداري لعام 2010 أملين إقراره بعد مناقشته، وسننطوا في هذا التقرير أبرز النشاطات ذات الصلة بأداء المركز خلال العام الماضي 2010 على الصعيد المؤسسي وعلى صعيد البرامج والنشاطات (الصعيد المالي مبين تفصيلا في التقرير المالي المدقق).

أولا على الصعيد المؤسسي: لقد شهد العام 2010 نموا ملحوظا في عضوية الهيئة العامة التي ارتفعت من 18 عضوا إلى 27 عضوا، كما ارتفع عدد أعضاء مجلس الإدارة من 7 أعضاء إلى 9 أعضاء في حين ارتفع عدد العاملين لصالح المركز إلى 23 شخص وذلك في الضفة الغربية وغزة، منهم من يعمل موظفا أساسيا دائمًا، ومنهم من عمل بمحظ عقد محددة المدة أو لغايات تنفيذ مشروع محدد، ومنهم من عمل بموجب اتفاقيات خاصة لتنفيذ مهام محددة، وفي هذا الإطار وسع المركز من دائرة عمله حيث افتتح مكتبا خاصا في مدينة الخليل يعمل فيه موظفان (على مشروع) ومكتب في مدينة نابلس يعمل فيه موظفان (على مشروع) إلى جانب مكتبا رئيسيا في رام الله الذي يضم موظفين من مختلف الوظائف المشار إليها أعلاه، ومكتب غزة الذي يعمل فيه موظفان (على مشاريع) إلى جانب استفادة المركز من ساعات عمل قدمها متطوعين سواء في مدينة غزة أو في الضفة الغربية.

ونستهل الإطار المؤسسي بالإشارة إلى دور الهيئة العامة التي عقدت ثلاثة اجتماعات:

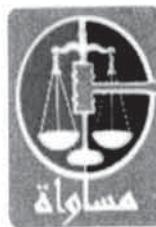
- الأول عقد بتاريخ 9/1/2010 وأبرز قراراته اعتماد سياسة التقييم الوظيفي، والاعتماد على عقود عمل محددة المدة، وشن حملة علاقات عامة مع الجهات المانحة في ضوء تعرض المركز لانخفاض حاد في مصادر تمويله بالمقارنة بين عامين 2009/2010.

- الاجتماع الثاني عقد بتاريخ 5/29/2010 ومن أبرز قراراته إقرار التقريرين المالي والإداري لعام 2009، وتقويض مجلس الإدارة باختيار مدقق حسابات خارجي، والمصادقة على عضوية أعضاء جدد للهيئة العامة، والدعوة لإجراء انتخابات استكمالية لمجلس الإدارة، ورفع عدد أعضائه إلى 9 بدلا من 7 أعضاء على ضوء ارتفاع عدد أعضاء الهيئة العامة من 18 إلى 27 عضوا، وفي هذا الإطار فإننا نعزز بانضمام العديد من الشخصيات التسوية إلى الهيئة العامة للمركز.

- أما الاجتماع الثالث فقد بصفته اجتماع استثنائي بتاريخ 5/29/2010 وبحضور ممثلا من وزارة الداخلية وأخر من وزارة العدل حيث جرت الانتخابات الاستكمالية لعضوية مجلس الإدارة وفقا للأصول القانونية المرعية.

اجتماعات مجلس الإدارة:

انتسم العام 2010 بأداء فاعل لأعضاء مجلس الإدارة الذين دأبوا على التواصل والإشراف على الطاقم التنفيذي بشكل جماعي وفردي، إضافة إلى التزام المجلس بعقد اجتماعاته الدورية وفقا



لأحكام القانون، حيث عقد اجتماعه الأول بتاريخ 2/1/2010 والذي خصص لمناقشة الوضع المالي للمركز والمشاريع التي يقوم بتنفيذها، وأوضاع موظفيه، وعلاقة المركز بالجهات المانحة، حيث قرر وبعد مناقشة مستفيضة للموضوعات المدرجة على جدول أعماله دعوة الهيئة العامة لاجتماع استثنائي لمناقشة المواقب المذكورة، واتخاذ القرارات الملائمة بشأنها، حيث تم انعقاد اجتماع الهيئة العامة بتاريخ 9/1/2010 ، وبتاريخ 8/5/2010 التأم المجلس ثانية في اجتماع أدرج على جدول أعماله مناقشة التقرير المالي المدقق لعام 2009، وتقرير المرصد القانوني الأول، والأنظمة الداخلية، والعضوية، واجتماع الهيئة العامة السنوي، حيث أقر التقرير المالي وأحاله إلى اجتماع الهيئة العامة لمناقشته بحضور مدقق الحسابات الخارجي، كما تمت مناقشة التحضيرات الخاصة بالمؤتمر الصحفي والمخصص لإعلان تقرير المرصد القانوني الأول، وأجل البحث في الأنظمة الداخلية، وقرر إنهاء عضوية عدد من أعضاء المجلس والهيئة العامة بسبب تغيبهم المتواصل عن حضور الاجتماعات، وأحال مناقشة العضوية إلى اجتماع الهيئة العامة السنوي بعد أن قرر زيادة عضوية الهيئة العامة وخاصة من النساء بما لا يقل عن ثلث عدد أعضائها، مع مراعاة شروط العضوية وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمركز وقانون الجمعيات الأهلية الساري المفعول. ودعا الهيئة العامة إلى اجتماعها السنوي العادي بتاريخ 29/5/2010 لغايات مناقشة وإقرار التقريرين المالي والإداري، وإجراء انتخابات استكمالية لعضوية مجلس الإدارة على ضوء قراره الخاص بانهاء عضوية عدد من أعضاء الهيئة العامة حيث تم عقد اجتماع الهيئة العامة العادي في التاريخ المذكور.

وبتاريخ 25/5/2010 عقد مجلس الإدارة اجتماعه الثالث الذي خصص للبحث في العضوية حيث تقرر قبول استقالة المحامي/ نبيل مشحور من عضوية الهيئة العامة، وإنهاء عضوية الدكتور/ سليمان الربيسي والدكتور/ محمد خالد السيفي بسبب تغييبيهما عن حضور الاجتماعات، وكذلك إنهاء عضوية الدكتور/ علي الجرباوي من مجلس الإدارة بسبب تعينه وزيراً للتخطيط والتنمية الإدارية مع إبقاء عضويته في الهيئة العامة ، وأوصى بزيادة عدد أعضاء مجلس الإدارة إلى 9 أعضاء على أن يتم إجراء انتخابات استكمالية لمجلس الإدارة وقرر الموافقة على عضوية 12 عضواً جديداً للهيئة العامة، وكلف أمين السر بتبلغهم بذلك ودعوتهم لحضور اجتماع الهيئة العامة المقرر عقده بتاريخ 29/5/2010 وأجل البحث في أوراق السياسات لاجتماع لاحق.

وبتاريخ 20/9/2010 عقد مجلس الإدارة اجتماعه الرابع الذي خصص لمناقشة المواقب التي ستنشر في نشرة عين على العدالة، وقرر عرض موضوعات النشرة على هيئة تحرير النشرة قبل إصدارها لغايات إقرارها واعتمادها من قبل هيئة التحرير.

السيدات والسادة المحترمين،

قبل بيان أبرز الأنشطة التينفذها المركز خلال عام 2010 لابد من الإشارة إلى أن المركز تلقى دعماً مالياً لتتنفيذ أنشطته خلال العام 2010 من الجهات المانحة التالية:

1. مركز تطوير المؤسسات الأهلية (NDC).

2. الممثلية النرويجية.

3. الاتحاد الأوروبي (استكمال مشاريع مدعاة من السابق).



4. مؤسسة المستقبل (Future).

5. مؤسسة التعاون.

6. الممثلية الإيطالية.

(ونحيل حضراتكم إلى التقرير المالي المدقق والذي يبين فيه مقدار الدعم المالي الذي تلقاه المركز من كل جهة مانحة والغرض المخصص لإنفاق ذلك الدعم).

السيدات والسادة المحترمين، من المعولم لحضراتكم أن المركز يستند في تحديد أنشطته إلى خطته الاستراتيجية والتي تستهدف تحقيق أربعة أهداف رئيسية:

• الأول: يتمثل في الحد من انتهاك حكم القانون.

• الثاني: يتمثل في الإسهام في تطوير التشريعات الفلسطينية وتوحيدها وعصرتها.

• الثالث: يتمثل في تنمية الوعي المجتمعي القانوني وتعزيز ثقافة احترام مبدأ سيادة القانون وفصل السلطات وحقوق الإنسان، وتعريف الفئات المجتمعية بحقوقها الدستورية وأليات الدفاع عنها.

• الرابع: يتمثل في العمل على استدامة المركز وتطوير بنائه المؤسسي.

وكما تعلمون أيضاً فإن المركز يعمل من أجل تنفيذ هدفه الأول على الرقابة على أداء أركان العدالة من خلال رصد وتوثيق ومتابعة ومعالجة كافة العوائق التي تحول دون التطبيق السليم لحكم القانون بوسائل قانونية متعددة منها:-

• إصدار نشرة عين على العدالة، ومجلة العدالة والقانون، وتقرير المرصد القانوني، وتوجيه مذكرات، وإبداء رأي قانوني، واتخاذ الإجراءات القانونية المتاحة لوقف أي انتهاك تشرعي أو إداري أو مادي لحكم القانون، والاسهام في بناء انتلافات مجتمعية متخصصة للضغط على أصحاب القرار ودعوتهم للتمسك بمبدأ احترام القانون، والخصوص لأحكامه، وسواده على الكافة حكامًا ومحكومين، ورصد وتوثيق الانتهاكات، وإصدار التشرفات والتقارير، وتقديم الشكاوى، وبيان الرؤيا، واستخدام الوسائل القانونية المتاحة والمتناثرة مع المنتاج المالي للمركز لغايات الحد من انتهاك حكم القانون، إلى جانب اقتراح مشاريع قوانين معدلة أو ملغية أو مضيفة للقوانين السارية، وتنظيم دورات وورش عمل ودوائر حوارية ومؤتمرات ذات صلة بالوضع القانوني والقضائي الفلسطيني سواء في داخل الوطن أو خارجه.

• ونؤكد بأن المركز يتقييد بالعمل وفقاً لخطته الاستراتيجية، وعدم الخروج عن الأهداف الرئيسية للمؤسسة، وغايتها ورسالتها، ويلتزم بالعمل وفقاً لأحدث الأنظمة المالية والإدارية، ووفقاً لنظامه الأساسي ونظم شؤون موظفين وأوراق سياسات وأنظمة داخلية مصادق عليها من الجهات الرسمية، ومتطابقة مع أحكام قانون الجمعيات الأهلية الساري المفعول، والقانون الأساسي الفلسطيني، والنظام الأساسي للمركز.



وتتجدر الإشارة إلى انخفاض الإيرادات المالية للمركز بشكل كبير خلال العام 2010 مقارنة مع موازنة وميزانية عام 2009، ويعتمد المركز في إدارة إيراداته وإنفاقها على أحدث نظام مالي معتمد به في فلسطين (بيسان 2)، وتتولى التدقيق المالي شركة تدقق خارجي (واحدة من الأربع شركات الكبرى في العالم والمعتمدة دولياً) وحسابات المركز مودعة في بنك واحد هو البنك العربي، وتخصص وتنفق وفقاً للمشاريع والاتفاقيات المبرمة بين المركز والجهات المانحة. السيدات السادة المحترمين، يسعدنا في هذا المقام أن نشير إلى أبرز الأنشطة التينفذها المركز خلال عام 2010 وهي على النحو التالي:-

1. إقرار خطة استراتيجية جديدة للمركز للأعوام 2010-2011-2012 وذلك بمشاركة واسعة من أعضاء الهيئة العامة ومجلس الإدارة والشركاء الرسميين والأهلين العاملين في قطاع العدالة الفلسطيني، واعتمادها كأساس ومرشد عمل لكافة البرامج والمشاريع التي يعمل المركز على تنفيذها، ويحرص المركز على تخصصه المهني بوصفه الهيئة الرقابية الأهلية الوحيدة في مجال الرقابة على أداء أركان العدالة، ويمتنع المركز عن العمل في أي مجال يخرج عن إطار أهدافه ورسالته المحددة في الخطة الاستراتيجية (أعدت الخطة بدعم من مركز تطوير NDC).

2. إصدار مشروع قانون معدل لقانون المحكمة الدستورية العليا والذي نال الدعم والتأييد من قبل العديد من الكتل البرلمانية والشخصيات القانونية والمجتمعية الفلسطينية، وذلك بدعم من الاتحاد الأوروبي.

3. تنظيم مؤتمر العدالة الفلسطيني الثالث تحت عنوان أي نظام قضاء دستوري ملائم لفلسطين ومدى الحاجة إلى محكمة دستورية فلسطينية كإحدى متطلبات بناء الدولة بمشاركة العديد من الخبراء وقهاء القانون الدستوري العرب والدوليين وذلك عبر تقنية الفيديو كونفرانس الرابطة بين رام الله وغزة والقاهرة وعمان (نفذ المؤتمر بدعم من الاتحاد الأوروبي) بحضور العشرات من الشخصيات القانونية الفلسطينية.

4. تنظيم دورة تدريبية متخصصة استهدفت بناء القدرات القانونية للعاملين في قطاع العدالة في القانون والقضاء الدستوري ونفذت في عمان-الأردن وكان من ضمن المستهدفين فيها وكلاء ورؤساء النيابة ومستشارين قانونيين في الوزارات المختلفة إضافة إلى محامين وأساتذة قانون (نفذت الدورة بدعم من الاتحاد الأوروبي) بمشاركة قضاة وقهاء قانون من مصر والأردن استفاد منها ثلاثين شخصاً، وينظر أن هذه الدورة تمثل المرة الأولى التي تنجح فيها مؤسسة مجتمع مدني في تدريب وتنمية قدرات موظفين عموميين وبخاصة وكلاء ورؤساء النيابة العامة، والمستشارين القانونيين لعدد من الوزارات.

5. إصدار تقرير المرصد القانوني الأول وإعلانه عبر مؤتمر صحفي حضره أصحاب القرار في القضاء والنيابة والسلطة التنفيذية وعدد من المحامين النقابيين وممثلين عن الجهات المانحة، وتوزيع ألف نسخة من التقرير، والذي اختص بقياس المتغير في أداء العدالة بين عام 2007 وعامي 2008-2009، ومن أبرز النتائج المترتبة على التقرير حضور وفد كندي من كندا خصيصاً لغايات الحصول على نسخة من التقرير ومناقشة المركز فيه، إضافة إلى الاهتمام الواسع من الجهات المانحة ومجلس القضاء الأعلى والنيابة العامة والقانونيين بالتقدير، إلى جانب اعتماد



- تقرير المرصد كأساس أو كمبادرة لغايات إعداد دراسة استطلاعية من قبل مجلس القضاء الأعلى نفسه، استهدفت بيان المتغير في أداء العدالة لعامي 2009-2010 (من وجهة نظر القضاة وموظفي المحاكم فقط)، والتي جاءت متطابقة إلى حد بعيد مع نتائج تقرير المرصد القانوني، وكذلك قيام الكونгрس الأمريكي وجامعتين أمريكيتين (هارفرد وكاليفورنيا في لوس انجلوس) بطلب التقرير لغايات عرضه في مكتباتها (نفذ التقرير بدعم من مؤسسة المستقبل).
6. إعداد مشروع قانون معدل لقانون المحاميين النظاميين ومشروع نظام معدل لنظام المحامين النظاميين ومشروع نظام معدل لنظام المحاميين المتربين وتوزيع ألف نسخة منه. واللافت في هذا الإطار تلقي مساواة لتأييد 537 محامي ومحامية للمشاريع، حيث وجه هؤلاء المحامين مذكورة خطية إلى مجلس نقابة المحامين أعلنوا من خلالها تأييدهم.
- ودعمهم للمشاريع المذكورة، وطالبو المجلس باتخاذ الإجراءات القانونية والإدارية الازمة لإقرارها، كما تلقي المركز مذكرة من نقيب المحامين تفيد بأن المجلس سيدخل المشاريع المذكورة في إطار خطته الهدافة لمؤسسة النقابة (أعد هذا المشروع بدعم من الممثلية النرويجية).
7. تنظيم 5 دورات تدريبية تعنى بتنمية الملكة القانونية للمحاميات والقانونيات الفلسطينيات بهدف زيادة فعالية تدخل المرأة القانونية في المجتمع الفلسطيني، يواقع 4 أيام لكل دورة و6 ساعات يومياً، نفذت اثنان منها في قطاع غزة، الأولى في مدينة غزة، والثانية في مدينة خان يونس، وثلاثة في الضفة الغربية، الأولى في نابلس والثانية في بيت لحم والثالثة في رام الله، استفاد منها 108 محامية وقاضية فلسطينية (20 من غزة، 20 من خان يونس، 24 من نابلس، 21 من بيت لحم، 23 من رام الله)، تناولت عدة موضوعات قانونية منها: قانون الإجراءات الجزائية، والقانون الإداري، وقانون مكافحة الفساد (تم تنفيذ الدورات بالتعاون مع مؤسسة التعاون).
8. تنظيم 5 حلقات إذاعية استهدفت تسليط الضوء على حقوق المرأة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية بثت كل منها في 16 محطات إذاعية في مختلف محافظات الضفة الغربية. (تم تنفيذ الحلقات الإذاعية بالتعاون مع مؤسسة التعاون).
9. إعداد دليل تدريبي رقم(5) خاص ببناء قدرات القانونيات الفلسطينيات في الإجراءات الجزائية الفلسطينية، وتوزيع ألف نسخة منه (تم إعداد هذا الدليل بدعم من مؤسسة التعاون).
10. إعداد دليل تدريبي رقم (6) بعنوان بناء قدرات المحاميات الفلسطينيات في القضاء الإداري ومكافحة الفساد ، وتوزيع ألف نسخة منه (تم إعداد هذا الدليل بدعم من مؤسسة التعاون).
11. إصدار العدد (11) من نشرة عين على العدالة وتوزيع ألف نسخة منها إضافة إلى توزيعها كملحق مع صحيفة الأيام (تم إصدار هذا العدد بدعم من مركز تطوير NDC والممثلية النرويجية).
12. إصدار العدد (15) من مجلة العدالة والقانون وتوزيع ألف نسخة منه (تم الإصدار بدعم من مركز تطوير NDC).



13. تنظيم 5 دورات تدريبية حول حقوق المرأة العاملة في كل من : الخليل، نابلس، جنين، بيت لحم، سلفيت، استفاد منها ما يزيد على 125 امرأة عاملة (تم تنظيم الدورات بالاشتراك مع الإغاثة الدولية وبدعم من الاتحاد الأوروبي).
14. تنظيم 5 دورات تدريبية مدة كل منها 5 أيام استهدفت بناء قدرات ممثلي الجمعيات النسوية في بيت لحم ، الخليل، نابلس، جنين، سلفيت، استفاد منها 134 امرأة (تم تنظيم الدورات بالاشتراك مع الإغاثة الدولية وبدعم من الاتحاد الأوروبي).
15. عقد 3 ورش عمل بمناسبة يوم المرأة العالمي في كل من: رام الله، نابلس، الخليل بمشاركة مايزيد على 100 امرأة قيادية مجتمعية (بالاشتراك مع الإغاثة الدولية وبدعم من الاتحاد الأوروبي) ويشار في هذا الصدد إلى قصة نجاح انفرد بها المركز تمثلت في اعتقاد الثامن من آذار عطلة مدفوعة الأجر للمرأة العاملة في الوظيفة العمومية، حيث تلقى المركز رداً على ذكره المطالبة بذلك رسالة خطية من المستشار القانوني للرئيس توكل استجابة الرئيس للطلب وإيعازه إلى مجلس الوزراء بالتنفيذ، والذي استجاب بدوره لطلب المركز الخاص باعتبار يوم المرأة العالمي يوم عطلة رسمية مدفوعة الأجر بشكل عام وليس فقط للمرأة العاملة في الوظيفة العمومية، إضافة إلى تنفيذ ما يزيد على 300 زيارة إلى الوزارات والجمعيات ودوائر السلطة التنفيذية تم من خلالها تهنئة النساء العاملات في الوظائف العامة وتقييم كروت معاهدة وورود إليهن تهنئنا لدورهن الانتاجي في الحياة العامة.
16. تنفيذ 100 زيارة ميدانية لأصحاب المشاريع الصغيرة ومتوسطة الحجم وعقد 5 ورش عمل في كل من: بيت لحم، الخليل، جنين، نابلس، سلفيت (استفاد منها 125 رب عمل) استهدفت رفع الوعي القانوني لأرباب العمل وتقديعهم على مدونة سلوك تضمنها إصدار صادر عن المركز والإغاثة الدولية بعنوان معايير العمالقة وحقوق المرأة العاملة وفقاً لقانون العمل الفلسطيني الساري المفعول، والأنظمة الصادرة بمقتضاه، وينظر في هذا المجال أن المركز وزع 2000 نسخة من الإصدار المذكور و 2000 نسخة من بروشور تعريفي بحقوق المرأة العاملة أعدد المركز والإغاثة الدولية، (تم تنفيذ الزيارات وتنظيم الورش والإصدارات بالاشتراك مع الإغاثة الدولية وبدعم من الاتحاد الأوروبي).
17. دعم مؤسسات إنتاج صغيرة ومتوسطة الحجم مالياً وذلك بتخصيص 10 منح قيمة كل منها 5000 يورو ووزعت على 10 مؤسسات عاملة في: بيت لحم، الخليل، جنين، نابلس، سلفيت (تم هذا النشاط بالتعاون مع الإغاثة الدولية وبدعم من الاتحاد الأوروبي).
18. عقد 62 ورشة عمل في مناطق مختلفة تابعة لخمس محافظات هي الخليل، بيت لحم، نابلس، جنين، سلفيت (مايصطلاح على تسميتها بالمناطق الريفية والمهمشة) استهدفت تنمية قدرات المرأة العاملة بحقوقها المنصوص عليها في قانون العمل الفلسطيني وأليات حماية تلك الحقوق (نفذت هذه الورش بالاشتراك مع الإغاثة الدولية وبدعم من الاتحاد الأوروبي) استفاد منها ما يقارب 1000 امرأة عاملة.



19. تنظيم دورتين تدريبيتين للإعلاميين الفلسطينيين حول آليات الرقابة الإعلامية على أداء أركان العدالة واحدة في مدينة بيت لحم وأخرى في مدينة غزة بالتعاون مع شبكة أمين الإعلامية، والافت للانتباه حضور وزير العدل للنورة التدريبية المنعقدة في بيت لحم ونشر عدد كبير من التحقيقات الصحفية من خريجي النورة في وسائل الإعلام المقرؤة والمترنة (نشر المركز عددا منها في العدد(11) من نشرة عين على العدالة)، واللافت للنظر أيضاً قبول مجلس العدل الأعلى في غزة بتمكين الإعلاميين من حضور جلسات المحاكمة في غزة ما يعتبر قصة نجاح ثانية لحقها المركز خلال العام الماضي (نفذت الدورتين بدعم من الممثلية النرويجية) واستفاد منها 60 إعلامي وإعلامية يعملون في وسائل الإعلام الرسمية والأهلية.
20. تنظيم 5 دورات تدريبية للمحامين حديثي المزاولة في القوانين الإجرائية والمحاكم الصورية في كل من: رام الله، نابلس، بيت لحم، غزة، خان يونس (نفذت هذه الدورات بدعم من الممثلية النرويجية) استفاد منها 150 محامي ومحامية.
21. تنظيم 3 ورش عمل حول الأنظمة الانتخابية والانتخابات الفلسطينية كحق قانوني وواجب وطني في كل من: طولكرم، جنين، قلقيلية (نفذت الورش بالتعاون مع لجنة الانتخابات المركزية وبدعم من الممثلية الإيطالية) شارك فيها 100 مواطن من مختلف الفئات المجتمعية، إضافة إلى الطاقم التدريبي الذي ضم محامين من مجموعات محامون من أجل سيادة القانون/أصدقاء مساواة.
22. توجيه العديد من المذكرات والشكاوي المتعلقة بأداء أركان العدالة وانتهاكات حكم القانون وبخاصة في مجال الاعتقال غير المشروع والفصل من الوظيفة العامة وعدم تنفيذ أحكام القضاء.
23. تنظيم 9 ورش عمل خصصت لمناقشة قوانين وأنظمة النقابة، ورؤوية المحامين الأساتذة والمتدربين بشأنها، ونقاط الضعف الواجب تعديلاً وذلك في كل من: جنين، نابلس، بيت لحم، رام الله، غزة، خان يونس، رفح (نفذت هذه الورش بدعم من الممثلية النرويجية)، وشارك فيها 270 محامي ومحامية أساتذة ومتربين، تبعها تنظيم ورشتي عمل بواسطة الفيديو كونفرانس بين رام الله وغزة شارك فيها ممثلو الكتل النقابية وأعضاء لجنة صياغة مشاريع قوانين وأنظمة معدلة لقانون نقابة المحامين ونظمها الداخلي والنظام التدريبي فيها، ويدرك أن المشاريع المذكورة استندت في إعدادها إلى العديد من القوانين والأنظمة المعتمدة بها في الدول العربية وتلك المقترحة والمقدمة إلى المجلس التشريعي إضافة إلى الأحكام والمبادئ القانونية المقررة من قبل محاكم النقض والمحكمة الدستورية العليا المصرية والمحاكم الإدارية العليا في عدد من الدول العربية موثقة في المذكورة التفسيرية المرفقة بالمشاريع المذكورة.
24. إعداد حلقتين تلفزيونيتين خصصت الأولى لبيان وجهة نظر الكتل النقابية في مشاريع قوانين والأنظمة المقترحة من المركز والخاصة ببنقابة المحامين، والثانية خصصت لدور الإعلاميين في الرقابة على أداء أركان العدالة (نفذت بدعم من الممثلية النرويجية وبالتعاون مع تلفزيون وطن).



25. إصدار تقارير ونشرات دورية بعنوان News Letter و Weekly Report وتوزيعها على عشرات المشتركين في الصفحة الالكترونية للمركز من ممثلي الجهات المانحة، والخاصة ببيان نشاطات المركز.

26. إصدار العديد من المذكرات القانونية وأوراق الموقف القانوني للمركز بشأن العديد من القرارات الإدارية وحوادث انتهاك حقوق العاملين في قطاع العدالة ونشرها في العديد من وسائل الإعلام المفروعة والمرئية ومنها على سبيل المثال لا الحصر: الموقف اتجاه قرار الغاء الانتخابات المحلية والقرار الوزاري الخاص بسحب المركبات من الموظفين العموميين ومن ضمنهم القضاة.

ويذكر أن عدداً من أنشطة المركز لاقت اهتماماً إعلامياً من قنوات فضائية إعلامية مثل الجزيرة والعربية والتلavan بتنا وقائع المؤتمر الصحفي الخاص بتقرير المرصد القانوني وكذلك تولت العديد من التلفزيونات المحلية وتلفزيون فلسطين تغطية وبث عدداً من الأنشطة التي نفذها المركز مثل الدورة التدريبية للإعلاميين والتي بثت تقريراً عنها الفضائية الفلسطينية، وكذلك تلفزيونات محلية في رام الله وطولكرم وشبكة معاً الإعلامية والتي تولت تغطية وبث عدداً من أنشطة المركز التي نفذت خلال العام 2010 المنصرم في 16 إذاعة محلية.

السيدات والسادة المحترمين ،
التزاماً من مجلس الإدارة بمبدأ الشفافية والنقد الذاتي لابد من الإشارة إلى ان المركز لا زال يعاني من بعض نقاط الضعف وخاصة في بنائه المؤسسي على ضوء قلة عدد الموظفين الرئيسيين الدائمين وعدم توفر المتأهّل المالي لتعزيز البناء المؤسسي، وبخاصة في وظيفتي مدير البرامج ومدير العلاقات العامة، وكذلك في استدراج كفاءات تتمتع بمستويات عالية من الأداء للعمل في دائري البرامج والعلاقات العامة، وذلك على ضوء انخفاض الإيرادات الخاصة برواتب العاملين في المؤسسة، إلى جانب عدم قدرة المؤسسة على توفير برامج تدريبية تأهيلية لموظفيها، وكذلك عدم قدرتها على تعين مراقب داخلي، كما ان المركز لا زال يعاني من ضعف التواصل بين أعضاء الهيئة العامة والطاقم التنفيذي، وكذلك مستوى المشاركة الفاعلة من جميع أعضاء مجلس الإدارة ، فضلاً عن ضعف أداء المركز الإعلامي، وقد وضع المركز خططاً للتغلب على هذه العقبات، ويجري اتصالات حثيثة مع الجهات المانحة لتأمين التقطيعية المالية اللازمة لتطوير الهيكل الوظيفي وأداء الموظفين وغيرها من نقاط الضعف التي لا يزال يعاني منها المركز.

وتتجدر الاشارة أيضاً الى ان طبيعة عمل المركز ورسالته ودوره الرقابي يؤثر على علاقاته مع أصحاب القرار الرسميين، ما يجعل من علاقة المركز بالقضاء والنيابة العامة والنقابة ووزارة العدل ومكتب الرئيس والأجهزة الأمنية بما فيها النيابة والقضاء العسكري، تمر في منعطفات يعلم المركز كل ما يسعه من أجل تجاوزها، وتنفيذ علاقته الإيجابية بكلفة شركاء العدل في فلسطين الرسميين والأهليين على أساس التعاون والمهنية والاستقلال والبعد عن الشخصنة والاستمرار في أداء رسالة المركز الرقابية، وتتجدر الإشارة في هذا المقام إلى دور المركز الفاعل في شبكة المنظمات الأهلية والانتاكات المجتمعية واللجان الاستشارية الرسمية، ما يعزز اعتقادنا بفاعليّة

Palestinian Center for the Independence of
the Judiciary and the Legal Profession

"MUSAWA"



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

"مساواه"

دور المركز في مؤسسات المجتمع المدني الفلسطيني وينظر في هذا المجال أن المركز بحاجة إلى تفعيل صلاته وعلاقاته مع مؤسسات المجتمع المدني الأقلية والدولية.

السيدات والسادة المحترمين ،

استناداً إلى كل ما ذكر أعلاه وما نفذه المركز في العام 2010، حرص مجلس الإدارة على تفعيل علاقته مع الجهات المانحة وإعداد خطط تنفيذية وبرامج لأنشطته للعام الحالي، بما يمكنه من تجاوز أزمته المالية من جهة، ويسهم في معالجة نقاط الضعف وتحولها إلى فرص للبناء والتأثير، ويسعدنا في مجلس الإدارة أن نشير إلى نجاح المركز في تجاوز أزمته المالية تجاوزاً ملحوظاً رفع إيراداته لعام 2011 إلى مستوى أعلى مما كان عليه الحال في العام 2010 ، ويعمل مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية على مواصلة العمل بأخلاص وتعاون وثابرة بما يؤمن استدامة المركز ويحقق رسالته بدعمكم وتواصلكم، منتظرين مقتراحتكم وأفكاركم التي من شأنها أن تسهم في تحقيق أهدافنا المشتركة.

مع الاحترام والتقدير ،

رئيس مجلس الإدارة
المحامي / ياسر جبر

2011/5/28

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة

**البيانات المالية للسنة المنتهية في ٣١ كانون أول ٢٠١٠
مع تقرير مدققي الحسابات المستقلين**

التقرير المالي لعام ٢٠١٠

برابس وترهاوس كورز

منطقة المسرحي / 201
البيرة، فلسطين
ص.ب. 1317 رام الله
تلفون: +970 2 242 0230
فاكس: +970 2 242 0231
E-MAIL: info.palestine@ps.pwc.com

تقرير مدقق الحسابات المستقلين

إلى السادة: أعضاء مجلس الإدارة
للمركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة

التقرير حول البيانات المالية

لقد قمنا بتدقيق البيانات المالية المرفقة للمركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة (فيما يلي "المركز") المولفة من بيان المركز المالي كما في 31 كانون الأول 2010 وبيانات النشاطات والتغيرات في صافي الموجودات والتغيرات النقدية للسنة المنتهية في ذلك التاريخ وملخص عن السياسات المحاسبية الهامة ولاحظات إيضاحية أخرى.

مسؤولية الادارة عن البيانات المالية

إن الادارة مسؤولة عن الإعداد والعرض العادل لهذه البيانات المالية وفقاً للمعايير الدولية للتقارير المالية. تتضمن هذه المسؤولية تصميم وتطبيق والمحافظة على نظام رقابة داخلي يتناسب مع الإعداد والعرض العادل لبيانات مالية خالية من أخطاء جوهرية، سواء تلك الناتجة عن احتيال أو عن خطأ، انتقاء وتطبيق سياسات محاسبية ملائمة، وإجراء تقديرات محاسبية تكون معقولة نسبية للظروف الراهنة.

مسؤولية مدقق الحسابات

إن مسؤوليتنا هي إبداء الرأي حول هذه البيانات المالية استناداً إلى التدقيق الذي قمنا به. لقد أجرينا تدقيقنا وفقاً لقواعد التدقيق الدولية. إن هذه القواعد تستدعي مثاً مراعاة متطلبات أدب المهنة وتنظيم وتأدية التدقيق للوصول إلى ضمان معقول حول ما إذا كانت البيانات المالية خالية من أية أخطاء جوهرية.

ينطوي التدقيق على القيام بإجراءات للحصول على إثباتات التدقيق بخصوص المبالغ والإفصاحات في البيانات المالية. إن الإجراءات المعتمدة تستند إلى تقييم المدقق، بما في ذلك تقييم مخاطر وجود أخطاء جوهرية في البيانات المالية، سواء كانت ناتجة عن احتيال أو عن خطأ. وفي تقييم المخاطر، يأخذ المدقق بالإعتبار نظام الرقابة الداخلي ذي الصلة بإعداد وعرض عادل للبيانات المالية من قبل المركز بهدف تنظيم إجراءات تدقيق ملائمة وفقاً للظروف الراهنة، وليس بهدف إبداء الرأي في فعالية نظام الرقابة الداخلي للمركز. كما يتضمن التدقيق تقييم ملائمة السياسات المحاسبية المستخدمة وعدالة التقديرات المgorاة من قبل الادارة، وكذلك تقييم عام لعرض البيانات المالية.

باعتقادنا إن الإثباتات التي حصلنا عليها من جراء التدقيق هي كافية ومناسبة لتوفير الأساس لإبداء رأينا.

الرأي

برأينا، إن البيانات المالية تظهر بصورة عادلة من كافة النواحي الجوهرية المركز المالي للمركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة - كما بتاريخ 31 كانون الأول 2010 ونتائج نشاطاتها وتغيراتها النقدية للسنة المنتهية في ذلك التاريخ وفقاً للمعايير الدولية للتقارير المالية.

أسامة ضاهر شريك
برابس وترهاوس كورز

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**بيان المركز المالي
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

<u>2009</u>	<u>2010</u>	<u>إيضاح</u>	
91,121	75,700	(4)	الموجودات
91,121	75,700		الموجودات غير المتداولة
129,619	21,691	(5)	مصاريف مدفوعة مقدماً وموجودات متداولة أخرى
659,412	617,521	(6)	ذمم مستحقة القبض من مانحين
103,116	91,764	(7)	النقد وأشياء النقد
892,147	730,976		مجموع الموجودات المتداولة
983,268	806,676		مجموع الموجودات
786,605	635,485	(8)	صافي الموجودات والمطلوبات
31,470	65,704		صافي الموجودات
818,075	701,189		صافي الموجودات مقيدة الاستعمال بشكل مؤقت
25,645	27,249	(9)	صافي الموجودات غير مقيدة الاستعمال
25,645	27,249		مجموع صافي الموجودات
139,548	78,238	(10)	المطلوبات المتداولة
139,548	78,238		مستحقات و أرصدة داتنة أخرى
983,268	806,676		مجموع المطلوبات المتداولة
			مجموع المطلوبات وصافي الموجودات

- إن الإيضاحات المرفقة للبيانات المالية على الصفحتين (18-6) تشكل جزءاً لا يتجزأ منها.
- تمت الموافقة على البيانات المالية في الصفحة 3 حتى 18 للإصدار من قبل مجلس الإدارة بتاريخ 28 نيسان 2011 ووقع نيابة عنها

السيد إبراهيم البرغوثي
المدير التنفيذي

السيد ياسر جبر
رئيس مجلس الإدارة

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**بيان النشاطات والتغيرات في صافي الموجودات
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

2009	2010	إيضاح	التغيرات في صافي الموجودات غير مقيدة الاستعمال: المنح، الإيرادات والعوائد إيرادات أخرى إجمالي المنح غير مقيدة الاستعمال، والإيرادات والعوائد صافي الموجودات المحررة من قيود الاستعمال إجمالي المنح غير مقيدة الاستعمال، والإيرادات والعوائد
544	12,136	(11)	
544	12,136		
926,984	570,522		
927,528	582,658		
			المصاريف
109,493	95,295	(12)	المصاريف الإدارية والعمومية
234,318	148,514	(13)	الرواتب والمصاريف المتعلقة بها
512,411	162,050	(14)	مصاريف البرامج
-	192,048	(15)	مصاريف المؤسسة الشركية
856,222	597,907		إجمالي المصاريف قبل مصاريف التمويل
59,748	(49,483)		مصاريف التمويل
915,970	548,424		إجمالي المصاريف والخسائر
11,558	34,234		الزيادة في صافي الموجودات غير مقيدة الاستعمال
			التغيرات في الموجودات مقيدة الاستعمال بشكل مؤقت:
923,803	558,288	(8)	المنح
(47)	-	(8)	مبلغ مرتجعة
-	(18,234)	(8)	مبلغ خالل السنة
(926,984)	(568,171)	(8)	صافي الموجودات المحررة من قيود الاستعمال
98,817	(123,003)	(8)	فرق عملة
95,589	(151,120)		صافي التغيرات في الموجودات المقيدة الاستعمال بشكل مؤقت
			التغيرات في صافي الموجودات للسنة
107,147	(116,886)		صافي الموجودات، بداية السنة
710,928	818,075		صافي الموجودات، نهاية السنة
818,075	701,189		

- إن الإيضاحات المرفقة للبيانات المالية تشكل من (6-18) جزءا لا يتجزأ منها.

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**بيان التدفقات النقدية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

2009	2010	
		التدفقات النقدية من الأنشطة التشغيلية
107,147	(116,886)	التغيرات في صافي الموجودات للسنة
10,496	15,421	تعديلات
22,320	11,284	استهلاكات
(252,628)	41,891	تعديلات لتسوية التغيرات في صافي الموجودات مع صافي التدفقات
(119,232)	107,928	النقدية الناتجة من الأنشطة التشغيلية:
86,092	(61,310)	ذمم مستحقة القبض من مانحين
(16,749)	(9,680)	مصاريف مدفوعة مقدماً وموجودات متداولة أخرى
(162,554)	(11,352)	مستحقات وذمم دائنة أخرى
		نفقات مخصص تعويض نهاية الخدمة
		صافي التدفقات النقدية المستخدمة في الأنشطة التشغيلية
(63,375)	-	التدفقات النقدية من الأنشطة الاستثمارية
(63,375)	-	شراء ممتلكات وأجهزة
		صافي التدفقات النقدية المستخدمة في الأنشطة الاستثمارية
18,480	-	التدفقات النقدية من الأنشطة التمويلية
18,480	-	موجودات مقيدة الاستعمال
(207,449)	(11,351)	صافي التدفقات النقدية الناتجة عن الأنشطة التمويلية
310,565	103,116	(النقص) الزيادة في النقد وأشباه النقد
103,116	91,764	النقد وأشباه النقد بداية السنة
		النقد وأشباه النقد نهاية السنة

- إن الإيضاحات المرفقة للبيانات المالية من (6-18) تشكل جزءاً لا يتجزأ منها

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010

الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)

إيضاح (1) عام

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء هو مؤسسة أهلية غير حكومية مستقلة تأسست في آذار من عام 2002 بمبادرة من محامين وقاضي وشخصيات اجتماعية أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات إستقلال القضاء والمحاماة تشارعاً ومنهجاً. لقد تم تسجيل المركز في وزارة الداخلية بشهر كانون ثاني من عام 2004.

يعمل المركز لتحقيق خمسة أهداف إستراتيجية لتقويد أعمالها على المدى المتوسط :

- (1) التطوير المؤسساتي لمساواة،
- (2) تعزيز نشاطات المركز الرقابية على كل من وزارة العدل، والمجلس التشريعي، ونظام القضاء في فلسطين،
- (3) زيادة الوعي العام وكذلك زيادة الثقة بنظام القضاء،
- (4) تعزيز استقلالية القضاء وفصل السلطات،
- (5) تعزيز وتطوير مهنة القانون.

إيضاح (2) أهم السياسات المحاسبية

يتم تحضير البيانات المالية وفقاً للمعايير الدولية للتقارير المالية حسب مبدأ التكلفة التاريخية حيث أن البيانات المالية تظهر بالدولار الأمريكي. لا تتضمن المعايير الدولية للتقارير المالية حالياً أي متطلبات خاصة بالمؤسسات غير الربحية من ناحية سياسات أو عرض البيانات المالية.

وفيما يلي ملخص لأهم السياسات المحاسبية للمركز:

أ- التغير في السياسات المحاسبية:

إن السياسات المحاسبية مطابقة لتلك المستخدمة في السنة السابقة إلا إذا ذكر عكس ذلك.

ب- الممتلكات والأجهزة:

تظهر الممتلكات والأجهزة حسب التكلفة التاريخية بعد تنزيل الاستهلاك المترافق، ويتم احتساب الاستهلاك بموجب طريقة القسط الثابت بناءً على العمر الإنتاجي المتوقع لهذه الموجودات باستخدام النسبة السنوية التالية:

نسبة الاستهلاك	
7	الأثاث المكتبي
15	الأجهزة المكتبية
30	أجهزة الكمبيوتر
15	سيارات

تشمل تكلفة الممتلكات والأجهزة جميع النفقات التي يتکدّها المركز من أجل جعل الموجودات جاهزة للإستعمال. يتم رسملة النفقات اللاحقة فقط عندما تزيد هذه النفقات المنافع الاقتصادية المستقبلية لهذه الموجودات، جميع النفقات الأخرى يتم الإعتراف بها في بيان النشاطات عند حدوثها.

ت - نعم مستحقة القبض من ماتحين:

تسجل النعم مستحقة القبض من ماتحين بقيمة التعهد الأصلي مخصوصاً منها أية مبالغ مستلمة بالإضافة إلى مبالغ لم تقبض.

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010

الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)

ث - النقد وأشباه النقد:

يشمل هذا البند النقد وأشباه النقد، النقد لدى البنوك والنقد في الصندوق.

ج - إنخفاض قيمة الموجودات:

يتم مراجعة القيمة الدفترية للموجودات ومقارنتها مع القيمة المتوقع استردادها، وذلك لفحص أي هبوط في قيمتها نتيجة أي أحداث قد تعطي مؤشرا على عدم استرجاع قيمتها. في حالة وجود مثل هذه المؤشرات، وعندما تصبح القيمة الدفترية أقل من القيمة المتوقع استردادها، فإنه يتم تنزيل القيمة الدفترية إلى القيمة المتوقع استردادها ويتم إظهار الفرق في بيان النشاطات.

ح - صافي الموجودات:

تم تصنيف صافي الموجودات للمركز كما يلي:

- صافي الموجودات غير مقيدة الإستعمال - وهي صافي الموجودات المستخدمة من قبل المركز، والتي لا تخضع للقيود المفروضة من قبل المانح.
- صافي الموجودات مقيدة الإستعمال مؤقتا - وهي صافي الموجودات المستخدمة من قبل المركز والتي تكون خاضعة للقيود المفروضة من قبل المانح، والتي تتحرر من القيود إما بمرور وقت محدد أو تتحقق المتطلبات المفروضة من قبل المانح.
- صافي الموجودات مقيدة الإستعمال دائما - وهي صافي الموجودات المستخدمة من قبل المركز التي تخضع للقيود المفروضة من قبل المانح بشكل دائم.

خ - مخصص تعويض نهاية الخدمة:

يتم احتساب مخصص تعويض نهاية الخدمة استناداً لقانون العمل الفلسطيني المعمول به وذلك باحتساب راتب شهر واحد عن كل سنة خدمة لكل موظف واستناداً على آخر راتب استحقه الموظف.

د - مستحقات وأرصدة دائنة أخرى

يتم تسجيل المستحقات وأرصدة دائنة أخرى لجميع المبالغ التي سوف يتم دفعها في المستقبل لجميع السلع والخدمات المستلمة من موردين سواء تم استلام الفاتورة أم لا. بالإضافة إلى أنها تشمل مصاريف غير مدفوعة كما في نهاية السنة.

ذ - تحقق الإيرادات:

المنح مستحقة القبض من مانحين الغير مقيدة الإستعمال هي المنح الذي لا يوجد عليها اي قيود من قبل المانحين . يتم تحقيق هذه المنح كما يلي:

- المنح الغير مقيدة الإستعمال بمدورة وقت محدد أو تتحقق المتطلبات المفروضة من قبل المانح يتم تسجيلها عند توقيع الاتفاقية.
- المنح مقيدة الإستعمال مؤقتا إما بمرور وقت محدد أو تتحقق المتطلبات المفروضة من قبل المانح يتم تسجيلها كايزاد عند مرور الوقت أو تتحقق المتطلبات المفروضة من قبل المانح.

ر - تسجيل المصاريف:

يتم تسجيل المصاريف حال حدوثها اعتماداً على مبدأ الاستحقاق. توزيع المصاريف على مختلف الأنشطة والممولين كما هو موضح في بيان المشاريع ونفقاتها تم بناءً على المصاريف الفعلية التي تم تكديها على كل مشروع وحسب الموارد الموقعة مع المانحين.

ز - التقديرات المحاسبية

إن إعداد البيانات المالية وتطبيق السياسات المحاسبية يتطلب من إدارة المركز القيام بتقديرات واجتهادات تؤثر في المبالغ التي تم الإفصاح عنها في البيانات المالية.

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جمیع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

و- ترجمة العملات الأجنبية:

إن البيانات المالية المرفقة تظهر بالدولار الأمريكي ويتم استخدام سعر الصرف السائد في تاريخ كل عملية لترجمة العملات الأجنبية إلى الدولار، كما ويتم تحويل الموجودات والمطلوبات المالية بالعملات الأجنبية إلى الدولار باستخدام أسعار الصرف السائدة بتاريخ البيانات المالية ويتم تسجيل أي فروقات في بيان النشاطات، وفيما يلي أسعار صرف العملات الأساسية مقابل الدولار الأمريكي كما في 31 كانون أول 2010 و 2009 على التوالي:

العملة	2010	2009
الشيكل	3.549	3.775
اليورو	1.315	1.491

إيضاح (3) إدارة المخاطر

3.1 - مخاطر الائتمان:

تتمثل في عدم قدرة الغير على تسديد التزاماتهم للمركز وتقسم هذه المخاطر إلى ما يلي:

أ- الموجودات المؤكدة استردادها ولا يوجد خطر انتقام عليها:

البيان	المبلغ	الإئتمان	جودة
نجم مستحقة القبض من مانحين	617,521	عالي	عالي
نقد وأشياء النقد	91,764	عالي	عالي

1) يمتلك المركز مبلغ 88,891 دولار أمريكي كنقد موجود لدى البنك ولا يوجد أي قيود على استعمال هذا المبلغ ويملك المركز مبلغ 2,783 دولار أمريكي كنقد في الصندوق.

2) يمتلك المركز مبلغ 617,521 دولار أمريكي كنجم مستحقة القبض من مانحين، وهي مبالغ سوف يتم قبضها عند استحقاقها حسب الاتفاقيات الموقعة مع المانحين.

ب- لا يوجد أي موجودات مستحقة استردادها ولم تسترد بعد ولا يوجد خطر انتقام عليها، كما أنه لا يوجد أي موجودات مستحقة استردادها ولم تسترد بعد ويوجد خطر انتقام كما في 31 كانون أول 2010 و 2009 .

3.2 - مخاطر السيولة:

تتمثل في عدم قدرة المركز على الوفاء بالتزاماته المالية. وتقدر الإدارة المبالغ التي سيتم دفعها نقداً عن الأرصدة الدائنة حسب الجدول التالي:

البيان	المبلغ	الإئتمان	الإئتمان	الإئتمان	الإئتمان	الإئتمان
مستحقات وأرصدة دائنة أخرى	78,238	-	-	-	78,238	78,238

توقع الإدارة دفع مبلغ 78,238 دولار أمريكي خلال النصف الأول من العام 2011 وسوف يستخدم النقد المتوفّر في المركز لمداد هذه الديون.

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

(3.3) - مخاطر السوق:

تتمثل هذه المخاطر بشكل رئيسي من مخاطر التغير في القيمة العادلة أو القيمة المستقبلية للتدفقات النقدية للأدوات المالية نتيجة التغير في أسعار السوق.

مخاطر أسعار الصرف هي من أهم مخاطر السوق التي يتعرض لها المركز. مخاطر أسعار الصرف هي المخاطر الناتجة عن التغير في القيمة العادلة للتدفقات النقدية المستقبلية للأدوات المالية نتيجة التغير في أسعار الصرف.

إن أهم العملات التي يتعامل بها المركز هي الدولار الأمريكي، والشيكل الإسرائيلي بالإضافة إلى اليورو. كان سعر صرف الشيكل مقابل الدولار في نهاية عام 2010 يساوي 3.549 مقابل 3.775 في نهاية عام 2009. وكان معدل سعر الصرف لعام 2010 هو 3.733 مقابل 3.92 في عام 2009. أما بالنسبة لسعر صرف اليورو مقابل الدولار فكان في نهاية عام 2010 يساوي 1.315 مقابل 1.491 في عام 2009. كما كان معدل سعر صرف اليورو خلال عام 2010 مقابل الدولار هو 1.329 مقابل 1.388 خلال عام 2009. من خلال دراسة هذه التغيرات في أسعار الصرف فإن هذه التغيرات أدت إلى تحقيق صافي ربح بقيمة 49,483 دولار أمريكي كما هو موضح في بيان النشاطات.

إيضاح (4) ممتلكات وأجهزة، بالصافي

تفاصيل البند –

2010				
النكلفة	الرصيد بداية السنة	الإضافات	الاستبعادات	الرصيد نهاية السنة
الأثاث المكتبي	30,471	-	-	30,471
الأجهزة	12,061	-	-	12,061
أجهزة الكمبيوتر	29,448	-	-	29,448
سيارات	46,140	-	-	46,140
الاستهلاك المتراكم				118,120
الأثاث المكتبي	6,343	-	1,834	4,509
الأجهزة	6,546	-	1,777	4,769
أجهزة الكمبيوتر	20,884	-	4,889	15,995
سيارات	8,647	-	6,921	1,726
صافي القيمة الدفترية				26,999
	75,700			91,121

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

					2009
الرصيد نهاية السنة	الاستبعادات	الإضافات	الرصيد بداية السنة	التكلفة	
30,471	-	6,335	24,136	الأثاث المكتبي	
12,061	-	735	11,326	الأجهزة	
29,448	-	10,165	19,283	أجهزة الكمبيوتر	
46,140	-	46,140	-	سيارات	
118,120	-	63,375	54,745	الاستهلاك المترافق	
4,509	-	1,701	2,808	الأثاث المكتبي	
4,769	-	1,738	3,031	الأجهزة	
15,995	-	5,331	10,664	أجهزة الكمبيوتر	
1,726	-	1,726	-	سيارات	
26,999	-	10,496	16,503	صافي القيمة الدفترية	
91,121			38,242		

ايضاح (5) مصاريف مدفوعة مقدما

تفاصيل البند -

2009	2010	
8,737	8,740	مصاريف مدفوعة مقدما
117,462	9,818	دفعه مقدمة إلى المؤسسة الشريكة *
3,420	3,133	قروض موظفين
129,619	21,691	

* يمثل هذا المبلغ دفعه مقدمة إلى مؤسسة "الإغاثة الدولية" حيث تم دفعه استناداً إلى الاتفاقية الموقعة بين المركز والإغاثة الدولية كما في 5 آذار 2009، سوف يتم تنفيذ مشروع "الوصول إلى العدالة من أجل النساء الفقيرات" الممول من الاتحاد الأوروبي .

ايضاح (6) ذمم مستحقة القبض من ماتحين

رصيد نهاية السنة	فرق عملة	خصم أو حذف خلال السنة	المبالغ المستلمة	الإضافات	رصيد بداية السنة	
-	-	-	(30,000)	-	30,000	الممثلية الهولندية
-	(3,435)	(2,702)	(21,714)	-	27,851	الاتحاد الأوروبي 2
274,291	(54,963)	-	(133,489)	-	462,743	الاتحاد الأوروبي 3
318,000	-	-	(87,000)	390,000	15,000	مركز تطوير المؤسسات الأهلية الفلسطينية
21,286	-	(12,532)	(90,000)	-	123,818	مؤسسة المستقبل
-	-	(3,000)	(27,000)	30,000	-	رعاية الاجتماعية
-	-	-	(134,344)	134,344	-	الممثلية النرويجية
3,944	-	-	-	3,944	-	الممثلية الإيطالية
617,521	(58,398)		(18,234)	(523,547)	558,288	659,412

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

إيضاح (7) النقد وأشباه النقد

تفاصيل البند -

	2009	2010	
	3,090	2,783	النقد في الصندوق
	<u>100,026</u>	<u>88,981</u>	النقد في البنوك
	<u>103,116</u>	<u>91,764</u>	

إيضاح (8) صافي الموجودات مقيدة الاستعمال بشكل مؤقت

تفاصيل البند -

رصيد نهاية السنة	فرق عملة خسارة (ربح)	الموجودات المحررة من قيود الاستعمال	خصم أو حذف خلال السنة	الإضافات	رصيد بداية السنة	
-	(15,995)	(44,839)	(2,702)	-	63,536	الاتحاد الأوروبي 2
301,597	(107,008)	(263,031)	-	-	671,636	الاتحاد الأوروبي 3
-	-	(38,901)	(12,532)	-	51,433	مؤسسة المستقبل
310,043	-	(79,957)	-	390,000	-	مركز تطوير المؤسسات الأهلية الفلسطينية
19,548	-	(114,796)	-	134,344	-	الممثلية النرويجية
353	-	(26,647)	(3,000)	30,000	-	الرعاية الاجتماعية
3,944	-	-	-	3,944	-	الممثلية الإيطالية
635,485	(123,003)	(568,171)	(18,234)	558,288	786,605	

إيضاح (9) مخصص تعويض نهاية الخدمة

تفاصيل البند -

	2009	2010	
	20,074	25,645	الرصيد في بداية السنة
	22,320	11,284	يضاف: المخصص للسنة
	<u>(16,749)</u>	<u>(9,680)</u>	يطرح : دفعات خلال السنة
	<u>25,645</u>	<u>27,249</u>	الرصيد في نهاية السنة

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

إيضاح (10) مستحقات وأرصدة دائنة أخرى

تفاصيل البند -

2009	2010	
75,974	18,964	ذمم دائنة
10,800	8,800	أتعاب تدقيق مستحقة
52,774	39,695	شيكات أجلة
-	10,779	رواتب مستحقة
139,548	78,238	

إيضاح رقم (11) إيرادات أخرى

يمثل هذا البند إيرادات متفرقة والتي لا تندرج تحت أي من البنود الأخرى وأهمها الخدمات المقدمة من أعضاء مجلس الادارة ومن استعمال الموظفين لسيارات المركز.

إيضاح (12) المصارييف الإدارية والعمومية

تفاصيل البند -

2009	2010	
2,735	1,517	قرطاسية
2,097	1,904	كهرباء وماء
9,897	7,531	برق، بريد وهاتف
1,152	975	فواتن بنكية
1,473	1,338	اشتراكات
17,548	16,843	إيجار مكتب
10,346	5,415	ضيافة وتنظيف
5,886	6,846	مصاليف صيانة
4,442	9,008	محروقات
16,724	4,323	نقل ومواصلات
8,624	1,857	مصاليف العلاج التأمين
1,851	1,448	إعلانات ومطبوعات
14,660	15,629	أتعاب تدقيق
1,562	1,155	متفرقات
-	4,085	رسوم خبراء
10,496	15,421	استهلاكات
109,493	95,295	

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

ايضاح (13) الرواتب والمصاريف المتعلقة بها

تفاصيل البدن -

2009	2010	
53,500	52,000	المدير العام
14,881	4,355	مدير البرامج
23,616	26,000	المسؤول المالي
94,784	37,350	الباحثون القانونيون
10,628	11,700	المحاسب
13,384	3,350	مدير العلاقات العامة
12,336	11,917	المساعدة الإدارية
-	1,300	المراسل
9,289	542	موظف استقبال
1,900	-	مكافأت
234,318	148,514	

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة

**المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010**

**الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

إيضاح (14) مصاريف البرامج

تفاصيل البند -

2009	2010	
22,318	1,431	البناء الداخلي لمساواة
4,583	-	التقرير السنوي والنشرات
40,776	8,519	مسح قطاع العام للعدالة
8,642	5,000	مجلة عين على العدالة
93,277	-	تبني قضيتي رأي عام
33,487	9,950	مجلة العدالة والقانون
9,382	-	انتلاقات وتشبيكات
8,692	-	دراسات قانونية مقارنة
1,200	2,350	برامج تلفزيونية وإذاعية
8,369	12,000	مفاوضات قوانين وتعديلات
-	8,940	سياسات ودراسات
-	615	ورشات عمل دورية
12,088	14,250	إصدارات
5,336	435	مؤتمر مساواة
107,567	57,072	بناء قدرات المحامين
-	3,828	الكتب المرجعية
26,096	6,539	مؤتمر القانون الدستوري
1,540	-	تقديم المشاريع
21,209	-	مكاتب تأهل
3,180	40	لوازم ومعدات ومواد
494	423	ترخيص سيارات
71,081	2,394	الوعية القانونية للنساء الفقيرات
33,094	28,264	القانون الدستوري
512,411	162,050	

إيضاح (15) - مصاريف الشرك

ويمثل هذا البند المصاريف الفعلية التي تم انفاقها من قبل الشرك (الإغاثة الدولية) خلال مشروع "الوصول إلى العدالة للنساء الفقيرات"، الممول من قبل الاتحاد الأوروبي. التفاصيل كما يلي :

2009	2010	
-	72,108	الرواتب
-	26,579	المصاريف الإدارية والعمومية
-	93,361	مصاريف النشاطات
-	192,048	

الإضطرابات للبيانات المالية
(جميع البيانات بالدولار الأمريكي)

إيضاح (16) – بيان تفاصيل المشاريع ونفقتها

تفاصيل البند -

الجمعـوع	الرـعاية الاجتـماعـية	الـمـعـثـلـة التـرـوـيـجـية	الـمـؤـسـسـات الـاـهـلـية	مـؤـسـسـة الـمـسـتـبـلـين	الـاـتـحـاد الـاـوـرـوـبـي 3	
					الـاـتـحـاد الـاـوـرـوـبـي 2	الـاـتـحـاد الـاـوـرـوـبـي 3
1,518	-	413	24	-	456	625
1,695	-	571	453	74	-	597
208	-	100	34	-	-	74
6,107	-	3,068	937	1,005	-	1,097
702	122	191	183	28	79	99
1,338	-	664	150	-	-	524
16,843	-	4,296	9,080	1,467	-	2,000
3,070	-	2,509	109	-	-	452
2,345	-	699	835	30	-	781
594	27	459	-	-	-	108
6,846	-	1,883	1,252	300	-	3,411
3,090	-	815	794	-	-	1,481
3,323	51	1,634	1,095	-	-	543
1,425	-	1,082	78	51	-	214
853	-	256	-	106	-	491
1,857	-	-	839	-	-	1,018
15,629	-	-	4,800	4,000	4,200	2,629
67,443	200	18,640	20,663	7,061	4,735	16,144

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010

**إيضاحات البيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

الجمع	الرعاية الاجتماعية	الممثلية التربوية	مركز تطوير المؤسسات الأهلية الفلسطينية	مؤسسة المستقبل	الاتحاد الأوروبي 2	الاتحاد الأوروبي 3	الأتحاد	اسم الحساب
1,155	-	718	75	-	-	-	362	مترفات
136,090	5,180	37,837	33,347	11,421	5,300	43,005	43,005	الرواتب
4,085	-	1,100	1,935	-	-	-	1,050	رسوم الخبراء
72,107	-	-	-	-	-	-	72,107	رواتب موظفين المؤسسة الشريكية
40	-	40	-	-	-	-	-	لوازم ومعدات ومواد
422	-	163	47	-	-	-	212	تجهيز المبادرات
5,918	-	1,199	-	158	-	-	4,561	وقود السيارات
26,579	-	-	-	-	-	-	26,579	المساريف الإدارية والمعدمة للشريك
3,828	-	-	-	-	-	-	3,828	الكتب المرجعية
1,431	-	-	-	-	1,431	-	-	البناء الداخلي لمساواة
8,517	-	509	-	-	8,008	-	-	مسح قطاع العام للعدالة
5,000	-	-	-	5,000	-	-	-	عن على العدالة
9,950	-	-	-	9,950	-	-	-	مبيلة القانون و العدالة
2,394	-	-	-	-	572	-	1,822	التوعية القانونية للنساء للتغيرات
2,350	2,350	-	-	-	-	-	-	برامج تلزيمية وإذاعية
12,000	-	12,000	-	-	-	-	-	مسودات قوانين وتعديلات
8,940	-	-	-	8,940	-	-	-	سياسات ودراسات
28,264	-	-	-	-	-	28,264	-	القانون الدستوري
329,070	7,530	53,566	59,294	21,590	33,564	153,526	-	المجموع

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مسؤولة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010

**إيداعات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)**

المجموع	الرعاية الاجتماعية	الممثلية الفروجية	مؤسسة المستقبل	الاتحاد الأوروبي 3	الاتحاد الأوروبي 2	الأوروبي 3	الإتحاد	الجمع
6,540	-	-	-	-	-	-	6,540	6,540
14,250	4,000	-	-	-	-	-	10,250	14,250
435	-	435	-	-	-	-	-	435
57,072	14,917	42,155	-	-	-	-	-	57,072
93,361	-	-	-	-	-	-	93,361	93,361
568,171	26,647	114,796	79,957	38,901	44,839	263,031	263,031	568,171
مجموع المصادر الكلية								
موزع القانون الدستوري								
إصدارات								
موزع مسلاة								
بناء قدرات المحامين								
مصاريف أنشطة الشرك								

المركز الفلسطيني لاستقلال القضاء والمحاماة - مساواة
البيانات المالية للسنة المنتهية في 31 كانون أول 2010

الإيضاحات للبيانات المالية
(جميع المبالغ بالدولار الأمريكي)

ايضاح (17) - أطراف ذات علاقة

يمثل هذا البند المعاملات التي تمت مع أطراف ذات علاقة بالمركز من مؤسسات، مدارء وأمناء وغيرهم والتي يستطيع المركز التأثير عليها بشكل ملموس.

أ- معاملات مع أطراف ذات علاقة

تفاصيل البند -

2009	2010
53,500	52,000
53,500	52,000

راتب المدير العام

ب- أرصدة مع أطراف ذات علاقة

تفاصيل البند -

2009	2010
117,462	9,818
117,462	9,818

دفعات مقدمة للمؤسسة الشريكية

