



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

“مساواة”

العدالة و القانون

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

المركز الفلسطيني لاستقلال
الامانة والقضاء
«مسيرة اواه»

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ ٢٠٠٣/١٨ بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والحماية شرعاً 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 وضامنات استقلال القضاء والحماية و ذلك بالطرق والوسائل القانونية.

مجلس إدارة مساواة

الرئيس التنفيذي الم Hammam Ibrahim Al-Barghouthi

البرة - البالوع - شارع المحاكم

٠٠٩٧٠٢٢٤٢٤٨٧٠ تاون

فایل نامه: ۱۴۴۴۰۷۹

الكتاب : musawa@musawa.ps

www.musawa.ps صفحة الكترونية:

حقوق الطبع و النشر محفوظة للمركز

کانون ثانی / بنار ۲۰۰۹

الآراء الواردة في هذه المجلة لا تعبّر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة
والمقاضاة «سي إن إف».

في هذا العدد

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة

دراسات وأبحاث قانونية

- | | |
|----|--|
| ١١ | العلامة التجارية/ الحامي معاذ الطزيز - القدس |
| ٢٦ | القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية/ الباحث معين شواهنة - جنين |
| | الطبيعة القانونية لصك تبليغ الورقة القضائية والأثار المترتبة على ذلك |
| ٤٢ | الحامي عصام الشريف - الأردن |
| ٤٧ | تنظيم السند الرسمي وحجته في الإثبات/ الحامي عبدالله مصلح - رام الله |

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

- | | |
|----|---|
| ٦١ | الحكم رقم ٢٠٠٥/١٨٢ - اختصاص - |
| ٦٦ | تعليق الحامي أمين الضابوس - غزة |
| ٧١ | تعليق الحامي فهد أبو العثم - الأردن |
| ٧٢ | تعليق الأستاذة الدكتورة سعاد الشرقاوي - مصر |
| | ٣ |
| ٧٥ | الحكم رقم ٢٠٠٥/٧٩ - الخصومة في دعوى الإلغاء - |
| ٨١ | تعليق الأستاذ الدكتور على الشطناوي - الأردن |

٨٥ تعليق الخامي الدكتور فرج البوشى - مصر

٩٢ تعليق الخامي الدكتور مراد حميس - مصر

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية والتعليق عليها

٩٧ الحكم رقم ٢٠٠٤/٢٦ - احتساب مدة التوقيف -

١٠٩ تعليق الخامي الدكتور يونس عرب - الأردن

١١٧ تعليق الأستاذ الدكتور مأمون سلامة - مصر

١١٩ تعليق الدكتور محمد أبو الفار - مصر

حوارات قانونية ومبادئ قضائية

من أوراق العمل المقدمة في مؤتمر استقلال المحاماة وسيادة القانون الثالث

١٢٥ المنعقد في الجامعة العربية الأمريكية - جنين

١٢٦ دور المحاماة في صيانة حقوق المتضليلين / المحامي فريد الجلاد - نابلس

١٢٩ دور نقابة المحامين في تعزيز مهنة المحاماة وحماية استقلالها / المحامي وليد العارضة - جنين

١٣٣ آداب وأخلاقيات مهنة المحاماة / المحامي فواز صايحة - نابلس

مهنة المحاماة تحديات وعقبات «نظرة لتكامل المهنة مع القطاع الخاص ومؤسسات

المجتمع المدني» / المحامي صلاح موسى - جنين

١٣٩ ملاحظات حول قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية / د. على كريبي - المغرب

الثغرات القانونية المتعلقة بقانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية

١٤٩ أ. عبدالله أبو صاع - رام الله

١٥٢

الآثار المترتبة على عدم تنفيذ القرار الصادر عن محكمة العدل العليا

المستشار الدكتور هاني الدرديرى - مصر

١٥٤

من قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية

العدالة و القسوة



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 لـأعمال قاعدة تسبب القرارات والأحكام 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 لمقصود ومعاني النصوص والقواعد القانونية والتشريعات، وإنزال 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 اللازمة والضرورية لتوحيد رزمة القوانين والأنظمة، بما يضمن دستوريتها وتطابقها وانسجامها كمدخل أساس لتجسيدها مبدأ سيادة القانون وحفظ الأمن الاجتماعي وتعزيز هيبة القضاء وتوطين مبدأ استقلال القاضي، وبناء دولة المؤسسات والقانون.

و«مساواة» لا تستهدف بائي حل التجريح الشخصي أو النقد السلبي، بقدر ما تنطلق في مسعها هذا من كافة الاعتبارات التي أجمع عليها فقهاء القانون والقضاء والكامنة وراء التعليق على القرارات والأحكام القضائية.

v

ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة والمحامين والمستغلين بالقانون تعبّر عن اتجهادات وأفكار ورؤى أصحابها ومقدميها وفي ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً للحوار القانوني والفكري المهم والضروري

لتوحيد المفاهيم القانونية وإثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينيين وكافة المشتغلين بالقانون من رؤساء ووكلاً نيابة وأساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم.

وهذا ما يصبو إليه المركز الفلسطيني لاستقلال الخاتمة والقضاء «مساواة» في إطار سعيه الحيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر وفاعل، وتعزيز وتطوير دور ورسالة المحامين الفلسطينيين ونقايبتهم في صيانة مبدأ سيادة القانون وسواده على الكافة كطريق ملحوظ للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

وها نحن في «مساواة» نصدر العدد العاشر من مجلة «العدالة والقانون»، والتي يتضمن أربع دراسات وأبحاث قانونية تتناول بالدراسة والبحث العلامة التجارية، القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية، الطبيعة القانونية لصك تبليغ الورقة القضائية والأثار المترتبة على ذلك، وتنظيم السند الرسمي وحجته في الإثبات. مقدمة من محامي. كما يتناول هذا العدد بالتعليق ثلاثة أحكام صادرة عن المحكمة العليا؛ اثنان عن محكمة العدل العليا، الأول يتعلق باختصاص محكمة العدل العليا، والثاني بصحة الخصومة في الدعاوى الإدارية. وحكم صادر عن محكمة النقض في القضايا الجزائية حول احتساب مدة التوقيف.

وارتأت «مساواة» أن تختتم إصدارها العاشر بباب خاص بعنوان «حوارات قانونية ومبادئ قضائية». تضمن؛ أوراق عمل قدمت في مؤتمر استقلال الخاتمة وسيادة القانون الثالث الذي عقده «مساواة» في الجامعة العربية الأمريكية- جنين بالتعاون مع كلية الحقوق فيها ونقابة محامي فلسطين، وهي: دور الخاتمة في صيانة حقوق المتقاضين، دور نقابة المحامين في تعزيز مهنة الخاتمة وحماية استقلالها، آداب وأخلاقيات مهنة الخاتمة، ومهنة الخاتمة تحديات وعقبات «نظرة لتكامل المهنة مع القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني، كما تضمن دراسة بعنوان ملاحظات حول قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية، وأخرى حول التغيرات القانونية المتعلقة بقانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية. بالإضافة إلى ورقة بعنوان الآثار المترتبة على عدم تنفيذ القرار الصادر عن محكمة العدل العليا. ومبدأ قضائي صادر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية قضى بعدم جواز الاستيلاء على عقارات المواطنين الخاصة لمدة غير محددة.

وتأمل «مساواة» أن يتحقق العدد العاشر من مجلتها «العدالة والقانون» الغاية المرجوة منه.

دراسات وأبحاث قانونية



العلامة التجارية

الخامي معاذ الطزيز - القدس

مقدمة

تحتل العلامة التجارية مكانة مرموقة بين عناصر نجاح أي مشروع تجاري وذلك من خلال توظيفها كوسيلة دعائية لزيادة الطلب على سلع معينة، إضافة إلى ما تتمتع به من صفة التميز للمنتجات أو البضائع التي توضع عليها عن بضائع ومنتجات تاجر آخر. ولما كان تزايد استهلاك سلعة ما دليلاً على شهرة علامتها التجارية وما يترتب على ذلك من اعتبار العلامة التجارية حقاً لصاحبها وقد تكون ذات قيمة مالية كبيرة في بعض الأحيان، كان لا بد من توفير الحماية لهذا الحق، وذلك لبعث الإطمئنان في نفس صاحبه ولضمان حُسن استقرار المعاملات التجارية وابقائها في مجرىٍ مناسبٍ عن المراحمة غير المنشورة.

لذا دأبت التشريعات العالمية ومن جملتها التشريع الأردني بوضع القوانين والأنظمة التي تكفل حماية العلامات التجارية وإبقاء التنافس بين أصحاب العلامات في إطار المشروع ومحاباة المحظوظ المنزع.

وسأتناول في هذا البحث الحماية المدنية للعلامة التجارية مبيناً ماهية هذه العلامة، والتكييف القانوني للحماية المدنية لهذه العلامة وصولاً إلى أشكال الحماية في قانون العلامات التجارية الأردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ الساري المفعول في فلسطين.
وعليه، سينتظم الحديث تحت هذا العنوان في مباحثين اثنين هما:-

المبحث الأول:- ماهية العلامة التجارية

المبحث الثاني:- نظام الحماية المدنية للعلامة التجارية.

المبحث الأول ماهية العلامة التجارية

الحديث عن ماهية العلامة التجارية يفرض علينا ابتداءً التعريف بها وبيان شروطها ومن ثم الأسس القانونية لاكتساب ملكيتها والآثار المترتبة على ذلك.
لذا سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:-

المطلب الأول – تعريف العلامة التجارية وشروطها.

المطلب الثاني – الأسس القانونية لاكتساب ملكية العلامة التجارية.

المطلب الأول

تعريف العلامة التجارية وشروطها

أولاً: تعريف العلامة التجارية

عرف المشرع في المادة الثانية من قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ العلامة التجارية على أنها «أية علامة استعملت أو كان في التية استعمالها على أية بضائع أو فيما له تعلق بها للدلالة على أن تلك البضائع تخص صاحب العلامة بحكم صنعها أو انتاجها أو الشهادة أو الاتجار بها أو عرضها للبيع».

وقد ذهب بعض فقهاء القانون وشراحه إلى أن العلامة التجارية هي «كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة^(١).

وعلى الصعيد القضائي نجد أن محكمة النقض المصرية قد عرفت العلامة بأنها «عبارة عن رموز تستخدم لبيان مصدر وطبيعة الصفات الخاصة للبضائع، وأنها تسمح للمستهلكين بالتمييز بينها والتعرف بين بعضها الآخر وكذلك التعرف على الصناع والتجار»^(٢).

أما محكمة العدل العليا الأردنية فقد قضت في إحدى حكماتها بأن العلامة التجارية عبارة عن حروف أو رسوم أو علامات أو خليط من هذه الأشياء ذي صفة فارقة (ميزة) وعلى شكل يكفل تمييز بضائع صاحبها عن بضائع غيره من الناس^(٣).

غير أن المطالع للمؤلفات التي تناولت العلامات التجارية والمتابع لأحكامها في ثانياً هذه المؤلفات يستطيع الخروج بتعريف للعلامة التجارية على أنها «كل رمز أو إشارة يستعملها التاجر لتمييز بضائعه أو ممتلكاته الصناعية عن غيرها من البضائع والمنتجات، كما يستخدمها مقدم الخدمة لتمييز خدماته عن خدمات غيره».

فالعلامة التجارية إذ هي وسيلة تستخدم للدلالة على مصدر المبيع أو مصدر الإنتاج أو لتمييز خدمات مشروع عن خدمات مشروعات أخرى.

أضاف إلى ذلك فإن العلامة التجارية هي الرمز الموضعي للثقة التي ارتبطت بسلعة معينة، إذ أنه بدون وظيفة التشخيص التي تقوم بها العلامة التجارية فإن المستهلكين لا يجدون طريقة أخرى لشراء المنتجات التي يرغبونها مرة ثانية. فإذا كان اقتناء المستهلك وفضيلته للسلعة قائماً على الثقة بها، عندها تعتبر العلامة الرمز الذي يمكن للجمهور أن يشخص بواسطتها هذه الثقة بالسلعة التي يفضلها.

ثانياً: شروط العلامة التجارية

يشترط القانون لتسجيل العلامة التجارية وتمتعها بالحماية القانونية أن تتوافر فيها علة شروط وهي:-

شرط الصفة المميزة:-

حيث لا بد أن تتمتع العلامة بصفات فارقة تمنع من اللبس والتشابه بينها وبين علامة أخرى.
(م/ع.ق.ت/١)

وهذا لا يعني بالطلاق أن تكون العلامة في مجموع عناصرها المكونة لها متميزة عن غيرها، بل يكفي إخراج العلامة في شكلها النهائي بطريقة تكفل لها التمييز وتحتها بخصوصية عن غيرها، إذ المهم أن تتصف العلامة بصفة ذاتية تمنع من الخلط بغيرها وتجعل من أليسر معرفتها^(٤).

وإن المتعقب لقرارات محكمة العدل العليا الأردنية يجدوها قد تواترت على نزع الحماية القانونية عن العلامة الشائعة حتى وإن تم تسجيلها، فجاء في أحد حكماتها.

«إذا كان شكل العلامة التجارية المطلوب تسجيلها هي إنتاج صناعي ذات شكل عام شائع الاستعمال ولم تكن ذات علامة مميزة فارقة على شكل يكفل تمييز بضائع صاحبها عن بضائع غيره من الناس فيتحقق لمسجل العلامات التجارية رفض تسجيلها»^(٥).

أن تكون العلامة جديدة

تكون كذلك إذا لم تكن العلامة المراد تسجيلها مشابهة لعلامة أخرى سبق استعمالها أو تسجيلها على بضائع مماثلة أو من ذات الصنف، حتى لا تؤدي إلى اللبس أو التضليل مع علامة أخرى مستعملة لتمييز نفس المنتجات أو الخدمات. إلا أنه لا يشترط عدم سبق استخدام العلامة التجارية بصورة كلية، حيث أنه شرط نسبي يمكن تناوله بإعتبارات عدّة ذكر منها ما يلي:-

الجلدة من حيث الاستعمال:-

حيث أعطى القانون مسجل العلامة التجارية في المادة (٦/٨) حق رفض تسجيل آية علامة مشابهة لعلامة أخرى سبق استعمالها استعملاً مادياً حتى ولم تكن مسجلة^(٦).

وهنا لا بد من الإشارة إلى جواز استعمال نفس العلامة لتمييز منتجات مختلفة وذلك لانتفاء اللبس والتضليل الذي يقع فيه جمهور المستهلكين عادة، ويستثنى من ذلك العلامة المشهورة التي استقر الاجتهد القضائي على منع استخدامها مطلقاً، وكذا المشرع الأردني في المادة (٢٦) من قانون العلامات التجارية المعدل رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩ حيث أفرد العلامة التجارية المشهورة بحماية خاصة فمنع استعمالها مطلقاً. وهذا ما سنأتي عليه بشيء من التفصيل في الصفحات التالية من هذا البحث.

الجلدة من حيث السبق في التسجيل

نصت المادة (١٠/٨) من قانون العلامات التجارية (١٩٥٢) على انتفاء شرط الجلة في العلامة المراد تسجيلها إذا كانت مطابقة أو مشابهة لعلامة أخرى سبق تسجيلها. وهنا يجب على مسجل العلامات التجارية التدقيق في السجلات للتأكد من عدم وجود علامة مطابقة أو مشابهة للعلامة المطلوب تسجيلها. وإذا كان الحال كذلك الزمه القانون بالامتناع عن تسجيل هذه العلامة، كما أعطى المشرع الأردني لكل ذي مصلحة الحق في التقدم باعتراض خلال ٣ أشهر تبدأ من تاريخ نشر إعلان تقديم الطلب لتسجيلها أو خلال مدة أخرى تعين لهذا الغرض^(٧) لمسجل العلامات التجارية^(٨) ويكون القرار الصادر عن المسجل قابلاً للطعن به أمام محكمة العدل العليا باعتبارها المرجع الإستئنافي لقرارات مسجل العلامات التجارية.

ولقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية على هذا المبدأ في قرارها رقم ٩٧/٣٥٦ الصادر

بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٨ حيث قالت «بأن قرار مسجل العلامات التجارية بترقين العلامة التجارية المملوكة للجهة المستألفة واقعاً في محله وذلك لسبق الشركة المستألفة عليها تسجيل هذه العلامة وتجديدها مرة ثانية».

ولكن ان كنت أنسى فلن أنسى في هذا المقام الإشارة إلى أن واقعة التسجيل تعتبر قرينة بسيطة على ملكية العلامة التجارية وبالتالي يجوز اثبات عكسها. — وهذا ما سنستطرد بالحديث عنه عند تناول حالات ترقين العلامة التجارية.

الجلدة من حيث نوع المنتجات

لا تنتفي الجلة إذا كانت العلامة المنوي تسجيلها أو استعمالها مشابهة أو مطابقة لعلامة أخرى سبق تسجيلها فحسب، بل يجب إضافة إلى ذلك أن تتعلق كلتا العلامتين بنفس البضائع أو بنوع منها.

وذلك لأن مقصد المشرع من الجلة هو الجلة النسبية التي تمنع من اللبس أو الغش في مصدر المنتجات أو البضاعة أو مقدم الخدمات.

وهذا ما يعززه قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٧/١١٥^(٤). «استقر الاجتهداد على عدم منح الحماية، إلا للعلامة التجارية التي سبق تسجيلها لنفس الصنف من البضاعة، وعليه لا ترد الحماية على العلامة إن كان الاختلاف واضحًا بين نوع وصنف البضاعة ومادة التعبئة لانتفاء تضليل المستهلك أو تشجيع المنافسة غير المشروعة».

ومع ذلك ذهبتمحكمة العدل العليا الأردنية إلى القول بجواز تسجيل شكل كعلامة تجارية ولو كان ذات الشكل سبق تسجيله على منتجات من نفس الفئة ما دام الأمر لا يثير خلطًا أو ليأساً لدى المستهلك فقضت بان «كون العلامة — الوردة المميزة باللون الزهري والأخضر — المسجلة لتمييز الطون والأسماك لا يمنع استعمال نفس العلامة لتمييز اللحوم المعلبة أو الخضار أو الفواكه المجففة، إذ أن المستهلك العادي يستطيع التمييز بين السمك والطون وبين اللحوم والخضار والتواكمة الحقيقة، حيث أن هنالك اختلاف واضح بين هذه الأصناف مما يجعل أمر وقوع غش الجمهور متوفياً»^(٥).

وغني عن البيان أن مسألة تكيف أو تقدير تقارب المنتجات واحتمالية وقوع الجمهور في غش أو لبس خاضع لسلطة المحكمة التقديرية.

الجلدة من حيث الزمان والمكان

حتى يتحاشى المشرع احتمالية حدوث غش أو لبس لدى الجمهور في التفريق بين المنتجات أو البضائع منع أن تحمل هذه المنتجات أو البضائع علامات تجارية واحدة طلباً أنها تنتج وتسوق في مكان واحد^(٦).

وقد توسع المشرع الأردني في هذه المسألة وذلك بإعتبار نطاق الحماية شامل لكل ارجاء الوطن حتى ولو كانت العلامة التجارية الموضوعة على نوع معين من البضاعة قد سجلت في مدينة واحدة فقط.

وعليه فإنه يحظر تسجيل نفس العلامة التجارية لمنتجات أو بضائع مشابهة داخل فلسطين^(٧).

كما نص القانون على أن مدة ملكية حقوق العلامة التجارية هي ٧ سنوات قابلة للتجديد لمدة مماثلة. ونشير هنا إلى أن نص المادة (٢٠/أ) قد طرأ عليه تعديل في الأردن بمقتضى القانون المعدل رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩ حيث أصبحت مدة الحماية ١٠ سنوات قابلة للتجديد.

ويقصد هنا بالجلة من حيث الزمان الجلة النسبية وليس المطلقة إذ أن شرط الجلة لا يعني اشتراط عدم سبق استعمال أو تسجيل العلامة مطلقاً في الماضي، فالعلامة تعتبر جديدة حتى ولو كان قد سبق استعمالها أو تسجيلها، وذلك في حالة عدم قيام مالك العلامة بتجديدها خلال سنة واحدة^(١٣). من انتهاء مدة تسجيلها إذ تعتبر مشطوبة حكماً من السجل فيتحقق للغير عندئذ استعمالها دون أن يعتبر ذلك تعدياً عليها^(١٤).

شرط المشروعية:

أي أن لا تكون العلامة مخالفة لنص قانوني آخر أو للنظام العام أو الآداب^(١٥). وقد ضمن قانون (١٩٥٢) في المادة الثامنة منه العلامات المحظوظ تسجيلها كعلامات تجارية. ومن المفيد أن نذكر هنا أنه يجوز لأي شخص الاعتراض على تسجيل أية علامة إذا لم تتوافر فيها الشروط الموضوعية حتى ولو لم يكن له مصلحة مباشرة في الاعتراض، وذلك بدلالة نص المادة (١٤) من قانون العلامات «يجوز لأي شخص أن يعتريض لدى المسجل على تسجيل أية علامة تجارية.....».

وقد أسفرت محكمة العدل العليا الأردنية عن هذا المبدأ فأوردت في إحدى قراراتها «يجوز لأي شخص أن يعتريض لدى مسجل العلامات التجارية على طلب تسجيل أية علامة تجارية دون أن يكون للمعتريض مصلحة شخصية مباشرة في رفض طلب التسجيل، ومرد ذلك أن يباح لكل شخص من الجمهور أن يعتريض على طلب التسجيل لمنع الغش»^(١٦).

المطلب الثاني:

الأسس القانونية لاكتساب ملكية العلامة التجارية

أولاً: ثبوت ملكية العلامة بأسبقية الاستعمال
بمقتضى هذا النظام فإن ملكية العلامة التجارية تثبت لمن يستعملها أولاً^(١٧)، وبالتالي فإن الأمر لا يتوقف على تسجيل العلامة لإثبات ملكيتها. إلا أنه ينبغي أن يكون الاستعمال استعمالاً فعلياً لتمييز منتجات تاجر ما أو بضائعه أو خدماته عن بضائع أو خدمات الآخرين.

ولعل من أبرز مزايا هذا النظام أنه لا يحرم مالك العلامة الذي يهمل تسجيلها من حق ملكيتها، فيجيئ له إستردادها من كل مغتصب لها ولو قام هذا الأخير بتسجيلها. ناهيك عن أن هذا النظام يمنع احتكار حق ملكية العلامة التجارية دون استعمالها بل يلزم مالكها باستخدامها فعلاً.

ثانياً: ثبوت ملكية العلامة بأسبقية التسجيل^(١٨).

حيث تعتبر واقعة التسجيل هي الواقعه المنشئه لحق ملكية العلامة التجارية. ويتميز هذا النظام أنه يضع حداً للمنازعات التي تنشأ حول الملكية إذ أن هذا الحق يتقرر من قام بتسجيل العلامة المتنازع عليها أولاً.

وعلى الجانب الآخر فقد يقتنون هذا النظام بإمكانية هدر حقوق مالك علامة تجارية اعتاد على استخدامها لتمييز منتجاته مدة طويلة فإذا به يفاجأ بتسجيلها بإسم شخص آخر يحول دون إكتسابه لملكية^(١٩).

ثالثاً: ثبوت ملكية العلامة التجارية بأسبقية الاستعمال مقوياً بالتسجيل

جاء هذا النظام محل وسط بين النظاريين السابقين، بحيث لا يعتد بالاستعمال وحده كوسيلة لاكتساب ملكية العلامة التجارية وإنما يكتسب حق ملكية العلامة بواسطة إستعمالها استعمالاً ظاهراً مقوياً بالتسجيل كإثبات على ملكيتها.

ولا تستقر هذه الملكية بالتسجيل والاستعمال إلا بمضي مدة من الزمن لا يظهر خلالها من يدعى ملكيته للعلامة بسبق إستعمالها^(٢٠)، أي أن التسجيل بعد مضي المدة المحددة يصبح منشأً لحق ملكية العلامة التجارية بشرط ألا يشوب هذا التسجيل غش أو تدليس.

وهذا النظام يجمع في ثنيه مزايا كل من النظاريين السابقين فهو لا يسلب مالك العلامة الأول حقه في استرداد ملكيته عليها على الرغم من وقوع التسجيل، كما لا يترك من قام بتسجيل العلامة قلقاً على ملكيته لها إلا لفترة محددة يستقر بعدها حقه عليها ويكون في مأمن من كل إدعاء.

موقف المشرع في قانون العلامات التجارية لعام ١٩٥٢

إن المشرع الأردني في قانون العلامات التجارية (٣٣) لسنة ١٩٥٢ أن ملكية العلامة تثبت بالتسجيل في السجل المعده لذلك لدى مسجل العلامات التجارية (م)، وعليه يكون التسجيل منشأ للحق في العلامة التجارية وتشكل واقعة التسجيل قرينة على الملكية، غير أنها قرينة بسيطة «غير قاطعة» يجوز إثبات عكسها من قبل الأسبق في الاستعمال خلال خمس سنوات من تاريخ تسجيل العلامة^(٢١) وهو ما يعرف بترقين العلامة التجارية (م ٥/٢٥). وهو بفهمه أن مضي ٥ سنوات على واقعة التسجيل يجعل منها قرينة قاطعة على الملكية الأمر الذي تغدو معه العلامة التجارية عصية على أي طعن.

كما أن المادة (٣٤) أعطت الحق لكل ذي مصلحة التقدم بطلب إلى مسجل العلامات لإلغاء تسجيل علامة تجارية مسجلة في فلسطين من قبل شخص لا يملك حق تسجيلها إذا كانت هذه العلامة مسجلة في الخارج وذلك إذا كانت الأسباب التي يستند إليها طالب الإلغاء هي تلك الواردة في المادة (٨) بفقراتها (٦، ٧، ١٠).

المبحث الثاني نظام الحماية المدنية للعلامة التجارية

لا شك أن حق صاحب العلامة التجارية على علامته يتمتع بحماية مدنية أسوة بسائر الحقوق، وذلك وفق القواعد العامة في المسؤولية وعلى أساس قاعدة جبر الضرر. غير أن المشرع قد خص العلامة التجارية بمحاكم خاصة.
وهذا ما سنتوافر على تناوله على التوالي:-

المطلب الأول

التكيف القانوني للحماية المدنية للعلامة التجارية وأثر التسجيل على الحماية

أولاً: التكيف القانوني للحماية المدنية للعلامة التجارية
لقد تبانت الآراء في الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة (باعتبارها
الوسيلة لحماية حقوق مالك العلامة التجارية من أي اعتداء عليها).

فره البعض إلى أن المسؤولية عن أعمال المنافسة غير المشروعة هو من قبيل الجزاء عن
التعسف في استعمال الحق على اعتبار أن التاجر له الحق في القيام بأعمال المنافسة ما دام أنه
لا يخرج بها عن الحدود المشروعة، وإذا ما اخترفت المنافسة عن هذا السبيل فإن التاجر الذي قام
بالعمل يكون قد أساء استعمال حقه^(٢٢).

وذهب آخرون إلى أن الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة هي القواعد
العامة في باب المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن العمل غير المشروع يلزم مرتكبه
بتوعیض الضرر الناتج عنه (م ١٦٣ مدني مصرى / ٢٥٦ مدني أردني).
وقوام المسؤولية التقصيرية وعمادها توافر ثلاثة أركان وهي الفعل (الخطأ) والضرر والعلاقة
السببية بينهما^(٢٣).

وعلى هذا إنعقد إجتهاد محكمة التمييز الأردنية.....
إن المسؤولية المدنية تقوم على أركان ثلاثة خطأ وضرر ورابطة الخطأ بالضرر وتجعل الأول علة
الثانية وسببه.....

تمييز حقوق ٧٥/٣٣٤ ص ٩٢٧ سنة ١٩٧٦

وكذا قرارها «..... إن التعويض عن المسؤولية التقصيرية يلزم عن كل ضرر مباشر متوقعاً
كان أو غير متوقع ولا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب
في الضرر أي أن يكون هناك علاقة سلبية ما بين الخطأ والضرر وإذا إنعدم ركن السببية فلا
مسؤولية مدنية»

تمييز حقوق ٨٤/٦٨٢ ص ١٥١١ سنة ١٩٨٥

غير أنه ينبغي التمييز بين ضرر سببه فعل مشروع، وآخر سببه فعل خاطئ. ذلك أن الضرر
المترتب على فعل مشروع لا مسؤولية عليه مهما بلغت جسامته، وإنما يشترط لقيام المسؤولية أن
يكون الفعل الذي يسبب الضرر ناتجاً عن خطأ، ومعيار الخطأ هنا هو تجاوز ما جرى عليه تصرف
الرجل العادي في استعمال الحق.

ثانياً: أثر التسجيل على الحماية المدنية للعلامة التجارية

القاعدة العامة التي أخذت بها معظم التشريعات العربية ومن جملتها التشريع المصري^(٢٤) هي

أن الحق في الحماية المدنية ينشأ مع نشوء الحق في العلامة التجارية، أي لا أثر للتسجيل لا على نشوء الحق ولا على نشوء الحماية المدنية للعلامة التجارية وما ذاك إلا تطبيقاً لقواعد المسؤولية في القانون المدني.

أما قانون العلامات التجارية لسنة ١٩٥٢ فقد منح الحماية المدنية للعلامة التجارية المسجلة وفقاً للأصول المرعية، وأسقط هذه الحماية عنها إذا لم تكن مسجلة (م ٣٤، ق. ع. ت).

ويعلق الخامي صلاح الأسر على موقف المشرع الأردني إزاء العلامة غير المسجلة «ولا جدال أن في ذلك خالفة فاضحة لقواعد المسؤولية المدنية وخروجاً صارخاً عليها، كما أنه لا يخلو من تحكم، إذ أنه – أي النص – قد حرم ملكية العلامة التجارية غير المسجلة من الوسيلة الوحيدة التي يمكن أن تستظل بها، ألا وهي الدعوى الحقيقية إذ الأصل أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمانته، فيتحقق لكل من أصحابه ضرر أن يطالب مرتكبه بالتعويض، إلا أن النص موضوع الحديث قد خالف ذلك ومنع المطالبة بالتعويض عن أي تعد على العلامة التجارية غير المسجلة»^(٢٥).

ولما كان مسلك المشرع في هذه المسألة يعتبر خروجاً على قواعد المسؤولية التقتصيرية واستثناء منها، فإنه ينبغي عدم التوسع في هذا الاستثناء وعدم القياس عليه للقاعدة الأصولية «الاستثناء يجر ولا يcas عليه» وأن الضرورة تقدر بقدرها.

بيد أن ذلك وإن كان يشكل قاعدة عامة في قانون العلامات، إلا أنه يرد عليه استثناءين اثنين.
١- انتفاء الحماية المدنية عن العلامة التجارية المسجلة

تزول الحماية المدنية عن العلامة المسجلة في الحالتين التاليتين:-

- كون العلامة التجارية عبارة عن الاسم الشخصي أو الاسم أو العنوان التجاريين للغير.

تنص المادة (٣٦) من قانون العلامات «لا يمنع التسجيل التجاري بمقتضى هذا القانون أي شخص من إستعمال اسمه الخاص أو اسم محل عمله أو اسم أحد أسلافه في العمل استعمالاً حقيقةً أو من استعمال أي وصف حقيقي لبضائعه من حيث النوع والصنف».

ويفهم من النص سالف الذكر أنه يجوز لأي شخص استعمال اسمه الشخصي أو إسمه التجاري بغض النظر عن أي تسجيل لعلامة تجارية مماثلة، ويقصد بالإستعمال هنا الإستعمال العادي للإسم الشخصي والتجاري في المعاملات اليومية وكذلك استعمالهما وتسجيلهما كعلامة تجارية^(٢٦).

فمثلاً، لو سجل أحدهم علامة تجارية مكونة من إسم «محمد نبيل» وصدق أن وجد شخص آخر «محمد نبيل»، فإن هذا الثاني يستطيع إستعمال اسمه كعلامة تجارية بالرغم من التسجيل الأول، لا بل وأكثر من هذا حيث يفقد صاحب العلامة الأولى المسجلة حقه في الحماية والمطالبة بالتعويض.

وفي تقديرى أنه كان الأجدى بالمشروع الأردني عند تناول هذه المسألة في المادة (٣٦) أن ينص صراحة على الإستثناء كما هو الحال مع القانون البريطاني – الذي اقتبس قانون العلامات رقم (٣٣) سنة ١٩٥٢ جل أحکامه منه – في ٢/١١ بقوله: «لا يعتبر اعتداءً إستخدام العلامة التجارية المسجلة من قبل أي شخص يحمل نفس الاسم أو العنوان شريطةً أن يتم الاستخدام في الأمور الصناعية والتجارية وفقاً للممارسات الشريفة».

(ب) بطلان تسجيل العلامة التجارية

تنافي الحماية المدنية عن العلامة التجارية إذ كان تسجيلها باطلًا، ومن المفيد أن نشير هنا إلى أن هذا الإستثناء مقرر فقط في قانون العلامات التجارية الأردني الذي يشترط التسجيل لقيام الحماية المدنية للعلامة التجارية (م ٣٤).^(٣٤)

٢- قيام الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة

على الرغم من أن المشرع الأردني في قانون العلامات التجارية (١٩٥٢) لم يوفر الحماية للعلامة التجارية غير المسجلة، إلا أنه ثمة علة إستثناءات ترد على هذا المبدأ.

أ- كون العلامة التجارية عبارة عن الاسم الشخصي لصاحبها:

من البديهي أنه من حق كل شخص أن تتألف علامته التجارية من اسمه الشخصي ليميز بها متجراته التي يصنعها أو يتاجر بها، فإن مثل هذه العلامة تتمتع بالحماية المدنية حتى لو لم تكن مسجلة وفقاً للأصول، وذلك لأن حق الشخص في الاسم يعتبر من الحقوق الشخصية الملزمة لصفة الإنسان.^(٣٥)

وبناء على ما سلف يحق لصاحب العلامة غير المسجلة إذا كانت مكونة من اسمه الشخصي أن يدفع الاعتداء على علامته وان يطالب بالتعويض ليس على اعتبار أن الاعتداء وقع على علامته التجارية بصفتها هذه، وإنما لكون ذلك يشكل إعتداء على حق من الحقوق الشخصية، وعليه لا يشترط أن تتوافر في العلامة الشروط الالزامية لإنكتسابها صفة العلامة التجارية.

ب) كون العلامة التجارية عبارة عن الإسم التجاري أو العنوان التجاري لصاحبها.

نص المشرع^(٣٦)، على تمنع العلامة بالحماية حتى ولو كانت غير مسجلة إذا كانت مكونة من عنوان الشخص التجاري، وذلك لأن القانون أضفى الحماية المدنية على العنوان التجاري^(٣٧)، وكذا الحال إذا ما أخذت شخص من اسمه التجاري علامة تجارية لتمييز بضائعه، فإن هذه العلامة تتمتع بذات الحماية التي يتمتع بها الاسم التجاري.

وتصفو القول أن العلامة التجارية تتمتع بالحماية التي يتمتع بها كل من العنوان والاسم التجاري في الحالة المذكورة.

ج) كون العلامة غير المسجلة هي علامة مشهورة

«العلامة المشهورة ليست في الأصل سوى علامة عادية ثم أخذت تنتشر في الأسواق بصورة أضحت معها معروفة لعظام المهتمين في عالم الإنتاج أو التجارة أو الخدمات، ومرتبطة بمتطلبات أو بضائع أو خدمات ذات جودة مميزة من مصدر محدد ومعلوم، وعادة يتم التعرف على مدى شهرة العلامة التجارية من خلال جملة عوامل، كدرجة الصفة الفارقة والثقة والانتشار والجودة الخ»^(٣٨).

ولقد تبانت الآراء حول المعايير التي يمكن الإستناد إليها لمعرفة ما إذا كانت العلامة أي علامة مشهورة أم لا في مجال التجارة أو الخدمات.

وتذكر الدكتورة سمحة القليوبى بعض هذه العوامل فتقول «ومن هذه العوامل في سبيل معرفة الشهرة في القطاع المعنى من الجمهور الدراسات والإحصائيات للأمنيات الاستهلاكية واستطلاع آراء الجمهور من المستهلكين، النطاق الجغرافي و المجالات استعمال العلامة بالإضافة إلى مدة الدعاية والإعلان عن العلامة وعرض المنتجات أو الخدمات محل العلامة في الأسواق والمعارض

الدولية، كذلك الشأن بالنسبة لحجم الإنتاج ورقم المبيعات، ولعل من العوامل الرئيسية في شهرة العلامة عدد الدول السابق تسجيل العلامة فيها ومدة حاليتها منذ تسجيدها وكذلك قيمة العلامة في السوق التجاري أو الخدمي^(٣٣).

وترد الدكتورة سمية «أن هذه المعايير ليست إلا عوامل استرشادية للقاضي إذ له مطلق الحرية في الأخذ بها جيئاً أو بعضها وفق طبيعة النزاع المعروض»^(٣٤).

وقد أثبتت محكمة العدل العليا الأردنية على منح صاحب العلامة المشهورة المسجلة في خارج الأردن ومستعملة ومعرفة فيه الحق في طلب ترقين أي علامة مطابقة لعلامته في الأردن متى كان من شأنها أن تؤدي إلى غش الجمهور أو تشجع المنافسة غير المشروعة، ولا يشترط لهنّه الغاية أن تكون العلامة مسجلة في الأردن^(٣٥).

المطلب الثاني أشكال الحماية المدنية للعلامة التجارية

إن أشكال الحماية متعددة ومتعددة أتناولها على النحو التالي:-

أولاً: المطالبة بالتعويض

إن الأساس القانوني لحق المتضرر بالطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به يكمن في ثبات القواعد العامة التي تقضي بأن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض^(٣٦).

واستناداً لهذا المبدأ يحق لصاحب العلامة التجارية الذي لحقه ضرر من جراء ممارسة غير عادلة من الغير إقامة دعوى لدى القضاء للمطالبة بتعويض عادل وبشكل يجبر الضرر الذي لحق به على أساس المنافسة غير المشروعة.

ولما كان الأصل في المنافسة التجارية أن تكون منافسة شريفة مراعية لقواعد الصدق والأمانة والعادات والتقاليد والأعراف التجارية السائدة بين التجار وما يترب عليها من نتائج حميدة وصحية تتجلى في ازدهار الاقتصاد الوطني وتنمية اقتصاده ودفع عجلته إلى الأمام، كان لا بد والحالة هذه من وجود قواعد قانونية تعالج أي فعل يخرج عن هذه الجادة محاولاً المساس بأصول المنافسة المشروعة بين التجار متشققاً الأساليب المخالفة للقانون والعادات المصادمة للأعراف التجارية ولقواعد الشرف والأمانة.

والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو هل يجوز إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عن أي تعدد على علامة غير مسجلة؟

أشترت في الصفحات السابقة أن قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ في المادة (٣٤) منه قد قطع جازماً بأنه لا يحق لأحد أن يقيم دعوى بطلب تعويضات عن أي تعدد على علامة تجارية غير مسجلة في سجل العلامات التجارية المنظم لدى وزارة التجارة.

أما في الأردن فقد تدارك المشرع الأردني هذه الشغرة وخاصة بعد ازدلاف الأردن إلى رحاب منظمة التجارة العالمية وتعهده بالالتزام باتفاقية تربس وباريس للملكية الفكرية وذلك في قانون

المنافسة غير المشروع رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٠) حيث تنص المادة (٢/أ) منه «لكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتاجة أي منافسة غير مشروعه».

واعتبر في المادة (٢/ب) أي ممارسات غير شريفة والمتعلقة بعلامة تجارية مستعملة في المملكة سواء أكانت مسجلة أو غير مسجلة وتؤدي إلى تضليل الجمهور من صور المنافسة غير المشروعه. وعليه فإنه يمكن للمتضارر إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الخسارة التي لحقت به على أساس هذا القانون وذلك لأن المادة (٣٤) من قانون العلامات تكون قد نسخت بنص المادة (الثانية) من قانون المنافسة غير المشروعه والأسرار التجارية لسنة (٢٠٠٠).

وفي جميع الأحوال يشترط لإجابة دعوى المطالبة بالتعويض جراء التعدي على العلامة التجارية أن يثبت المدعى فعل التعدي كتقليد العلامة أو استعمالها بدون موافقة صاحبها، بالإضافة إلى إثبات الخسارة التي لحقت بالمدعى جراء الفعل المشكو منه.

أما عن مقدار التعويض فيدخل في حسابه الخسارة التي لحقت بالمدعى بالإضافة إلى الربح الغائط (٢٥).
كالانخفاض مبيعات المدعى

وغني عن البيان أنه يشترط لإجابة المدعى إلى دعواه إثبات قيام علاقة سببية بين واقعة التعدي والضرر الحصول وذلك وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقتصيرية (المدنية).

ثانياً: ترقين العلامة التجارية المسجلة التي تطابق علامة تجارية سبقتها في التسجيل أباح نص المادة (٢٥) من قانون العلامات التجارية الأردني (٣٣) لسنة ١٩٥٢ التقدم بطلب لشطب العلامة التجارية وترقينها من سجل العلامات متى كان تسجيلها قد تم بصورة مخالفة للقانون، ويمكن إجمال حالات ترقين العلامة التجارية بمقتضى هذه المادة بما يلي (٣٤):-

إذا لم يكن هنالك سبب يدعو إلى بقاءها في السجل أو إذا كان تسجيل العلامة التجارية قد تم خلافاً لأحكام القانون.

إذا تم استعمال العلامة التجارية المطلوب ترقينها لغير تميز البضائع التي من إنتاج طالب التسجيل أو صنعه أو انتخابه أو ما أصدر شهادة بها أو البضائع التي يتجر أو التي ينوي الاختبار بها.

إذا كانت العلامة التجارية المطلوب ترقينها من السجل فاقده للشروط الموضوعية اللازم توافرها فيها.

إذا كانت العلامة التجارية المطلوب ترقينها من السجل من العلامات المحظورة قانوناً.
إذا كان بقاء العلامة التجارية المطلوب ترقينها في السجل ينشأ عنه منافسة غير عادلة بالنسبة لحقوق طالب الترقين في المملكة.

وأشير هنا إلى أن قانون العلامات التجارية لسنة (١٩٥٢) قد أعطى طالب الترقين في المادة (١/٢٥) الخيار في تقديم الطلب إلى محكمة العدل العليا وبين أن يقدم طلباً إبتدائياً بذلك إلى المسجل.

ويشترط تقديم الطلب خلال خمس سنوات من تاريخ تسجيل العلامة لإمكان ترقينها في سجل العلامات التجارية إذ أن واقعة التسجيل لا تعدو أن تكون قرينة بسيطة على الملكية.
وعلى هذا سار إجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية (٣٧). حيث جاء في إحدى قراراتها «استقر

الفقه والقضاء على أن تسجيل العلامة التجارية وان كان قرينة على ملكية العلامة إلا أنه يجوز هدم هذه القرينة بدليل عكسي ولمستعمل العلامة التجارية السابقة التي أصبحت العلامة مميزة لبضائعه أو من يعمل تحت اسم تجاري بعلامة مميزة الحق في ترقين العلامة التجارية المسجلة باسم شخص آخر تحتوي على اسم الخل إذا ثبت أن هنالك تشابهاً بين العلامة المطلوبة ترقينها باسم الخل التجاري لطالب الترقيق، وإذا كان استعمال طالب الترقيق للاسم التجاري سابقاً لتاريخ تسجيل العلامة المطلوب ترقينها، وإذا لم ير على تسجيل العلامة المطلوب ترقينها مدة خمس سنوات».

كما قضت محكمة العدل العليا الأردنية بأن مدة تقادم الخمس سنوات المنصوص عليها في المادة (٢٥) تبدأ من تاريخ تسجيل العلامة التجارية تسجيلاً فعلياً في سجل العلامات، وليس من تاريخ تقديم الطلب لتسجيلها ذلك أن المبادئ المسلم بها أن مدة التقادم تبدأ من تاريخ نشوء الحق في إقامة الدعوى وحق صاحب المصلحة في تقديم طلب إلغاء تسجيل العلامة التجارية لا ينشأ إلا بعد تسجيلها فعلياً ولا يجوز وبالتالي احتساب المدة السابقة على التسجيل من مدة التقادم^(٣٧).

الخاتمة

وبعد، ففي ختام هذا البحث الذي آمل أن أكون قد وفقت في اختيار موضوعه وتناوله تناولاً قانونياً وفقهياً على ضوء نصوص القوانين ذات العلاقة أخلص إلى عدة ملاحظات أوجزها بما يلي:

- ١- ضرورة الإستغناء عن ضبط العلامة التجارية بتعريف معين، وذلك لأن وضع التعريفات هو من إختصاص فقهاء القانون، ولا يختص به المشرع إلا إستثناءً، أو على الأقل تعديل هذا التعريف لتلافي سوء صياغته التشريعية وما يعتريه من نقص وقصور، وليشمل التعريف علامة الخدمة والعلامة المشهورة.
- ٢- ضرورة تعديل المادة (٣٤) من قانون العلامات التجارية وذلك لعدم انسجامها مع القواعد العامة في المسؤولية، بحيث تعدد العلامة غير المسجلة مظللة بحماية تشريعية يتسرى من خلالها لصاحبها منع أي تعدٍ على حقوقه بها والمطالبة بالتعويض العادل والجابر للضرر الواقع عليه بسبب استخدامها غير الحق من الغير.
- ٣- وجوب إيجاد تنظيم تشريعي فلسطيني جديد خاص بالعلامات التجارية وآخر خاص بالمنافسة غير المشروعة على غرار ما هو سائد في الأردن، وذلك لضمان بقاء المنافسة المشروعة بين التجار متواقة مع الأعراف التجارية وقواعد الشرف والأمانة والمصداقية في العمل التجاري بشكل عام.

المواهش

- (١) د. سبيحة القليوبى، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠٥، ص ٤٦١
- (٢) قرار رقم (٢٣٨٨) لسنة ٣٣ ق الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٤/١٣
- (٣) قرار رقم (٨٧٤٩) الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٢/٣١
- (٤) د. صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣، ص ١٣٩
- (٥) قرار رقم (٩١٢١٩)، مجلة نقابة الحامين لسنة ١٩٩٢، ص ١٠٣٨، انظر قرار عدل عليا رقم ٨٧٤٩، سنة ١٩٨٩، ص ٩٦
- (٦) ماهر حдан، حماية العلامات التجارية، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ط١، سنة ١٩٩٩، ص ٤٣
- (٧) قرار عدل عليا، رقم (٧٦١٧)، مجلة نقابة الحامين لعام ١٩٩٩، ص ٩١٣
- (٨) المادة (١٧/٤)، قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) سنة ١٩٥٢
- (٩) منشور في مجلة نقابة الحامين لسنة ١٩٩٧، ص ٣٩٧
- (١٠) عدل عليا رقم ٨٧٣٩، مجلة نقابة الحامين الأردنيين، ١٩٨٨، ص ٦٨٩
- (١١) ماهر حدان، المراجع السابق، ص ٤٣
- (١٢) أورد المشرع استثناء على هذه القاعدة في المادة (١٣) من قانون ع.ت.أ.
- (١٣) م ٢١ من قانون العلامات التجارية الأردني.
- (١٤) د. صلاح زين الدين، المراجع السابق، ص ١٤٢
- (١٥) د. سبيحة القليوبى المراجع السابق، ص ٩٤
- (١٦) عدل عليا رقم ٦٦ / ٦٥، مجلة نقابة الحامين، سنة ١٩٦٥، ص ١٣١
- (١٧) الحامي صلاح الأسر، العلامات التجارية في القانون الأردني والمصري، عمان، ص ٥٨
- (١٨) تأخذ المانيا ومصر بهذا النظام.
- (١٩) الحامي صلاح الأسر، المراجع السابق، ص ٥٩
- (٢٠) الحامي صلاح الأسر، المراجع السابق، ص ٦٠
- (٢١) د. عبدالله الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ص ١٦٢
- (٢٢) ماهر حدان ، المراجع السابق، ص ٩٣
- (٢٣) د. أنور سلطان، صادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٠٠٢
- (٢٤) الحامي صلاح الأسر، المراجع السابق، ص ٨١
- (٢٥) الحامي صلاح الأسر، شرح قانون العلامات التجارية الأردني، سنة ١٩٩٢، ص ١٦٠ - ١٦١
- (٢٦) ماهر حدان، المراجع السابق، ص ١١١
- (٢٧) الصرف وحزبيون: المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، الطبعة الثانية، ١٩٩١، ص ١٣٧١٥
- (٢٨) نصت المادة (٤٩) من قانون التجارة الأردني لعام (١٩٦٦) على "١- إذا استعمل عنوان تجاري بأية صورة كانت خلافاً للأحكام المدرجة في هذا الفصل فلذوي الشأن أن يطلبوا من استعمال ذلك العنوان التجاري أو شطب إز كان مسجلاً".
- (٢٩) لا يتشرط لحماية العنوان التجاري أن يكون مسجلاً في سجل التجارة بينما يتشرط التسجيل لحماية الاسم التجاري، راجع ماهر حدان، المراجع السابق، ص ١١٦.
- (٣٠) الحامي الأسر، المراجع السابق، ص ١٣٣
- (٣١) المراجع السابق ، ص ٥٦٨
- (٣٢) المراجع السابق، ص ٥٦٨
- (٣٣) راجع القرار رقم ٥٣/٤ (عدل عليا) مجلة نقابة الحامين لسنة ١٩٥٣ ص ١٥١، والقرار رقم ٨٧/٣٢ مجلة نقابة الحامين لسنة ١٩٨٨، ص ١٢٠٧، والقرار رقم ٩٧/٢٠، اجلة القضائية، العدد السادس، كانون أول، ١٩٩٧، ص ٣٥١
- (٣٤) المادة (٢٥٦) مدني أردني
- (٣٥) دعبد الله الخشروم، المراجع السابق، ص ١١٧
- (٣٦) د. صلاح زين الدين، المراجع السابق، ص ١٧٠ + ١٦٩
- (٣٧) عدل عليا رقم ٨٧/١٦٩، منشور سنة ١٩٨٩، ص ٨٩٩
- (٣٨) قرار عدل عليا رقم ٧٧/٤، مجلة نقابة الحامين عدد (١٢-١١)، ص ١٤٠٣

القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية دراسة تحليلية مقارنة

الباحث معين داود شواهنة - جنين

تمهيد

تعتبر العلامة التجارية ذات أهمية بالغة بسبب ارتباطها بالنشاط الاقتصادي والتجاري للدولة، فلا يمكن تصور مشروع بدونها سواء كان ذلك المشروع تجارياً أو صناعياً أو زراعياً.

لقد تناولت الكثير من الدراسات العلامة التجارية لكنها لم ت تعرض لها بالشكل المطلوب، فمعظم الدراسات تناولت العلامة وأشارت لها باعتبارها عنصراً من عناصر الملكية الفكرية دون الخوض في تفصيلاتها الدقيقة.

تقوم فرضية البحث على تحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف عناصر العلامة التجارية سواء على الشروط الشكلية أو الموضوعية، هل نطبق القانون الوطني؟ أم نطبق الاتفاقيات الدولية؟

بناءً على ما تقدم سنقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، تتناول في البحث التمهيدي ماهية العلامة التجارية، وفي البحث الأول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، فيما تتناول في البحث الثاني القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

ال ISSN ٢٠١٧٥٦٩٨

المبحث التمهيدي ماهية العلامة التجارية

من المعروف أن العلامة التجارية رمز معين مبسط يرتبط في ذهن المستهلكين بسلعة معينة ذي صفات محددة، يرضى به الجمهور ويشبع رغباته، وتزداد أهميتها وترتفع قيمتها باطراد – أي العلامة التجارية – وتقوم بوظائف كثيرة ومتنوعة للصانع والتاجر ومقدم الخدمة على حد سواء^(١) وبينما على ما تقدم فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول تعريف العلامة التجارية ومقارنتها مع بعض عناصر الملكية الفكرية الأخرى، كذلك نتناول أشكال العلامات التجارية في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث نتناول التنظيم الوطني والدولي للعلامات التجارية.

المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية ومقارنتها مع بعض عناصر الملكية الفكرية الأخرى.

تعرف العلامة التجارية بأنها: «إشارة محسوسة توضع على المنتج أو الخدمة لغرض تمييزه عن ما يشبهه من منتجات منافسة أو ما يقدمه الغير من خدمة»^(٢)، كذلك فإن البعض يعرف العلامة التجارية على أنها «كل إشارة أو دلالة يصفها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة»^(٣)، ولقد عرفتها المادة الثانية من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢ بأنها «أية علامة استعملت أو كان في النية استعمالها على أية بضائع، أو فيما له تعلق بها للدلالة على أن تلك البضائع تخص صاحب العلامة بموجب صنعها أو إنتاجها أو الشهادة أو الاتجار بها أو عرضها للبيع»، ونلاحظ على هذا التعريف أنه اكتفى ببيان المقصود من العلامة التجارية والمدف منها دون أن بين مضمونها^(٤). أما المادة الثانية من القانون المعدل لقانون العلامات التجارية رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩ فقد عرفت العلامة التجارية على أنها أي إشارة ظاهرة يستعملها أو يريده استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته على بضائع أو منتجات أو خدمات غيره.

أولاً: العلامة التجارية والاسم التجاري.

لقد سبق وعرفنا العلامة التجارية على أنها «كل إشارة مادية مميزة يتخدتها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها الآخرون»^(٥)، أما الاسم التجاري فيقصد به «الاسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتمييزه عن غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له»^(٦)، ومن هنا يتضح الفرق بين كل من العلامة التجارية والاسم التجاري، فالعلامة التجارية تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات أما الاسم التجاري فيستخدم لتمييز التاجر عن غيره من التجار وكذلك يستخدم لتمييز المتجر عن بقية المتاجر الأخرى^(٧).

ثانياً: العلامة التجارية والبيانات التجارية.

يقصد بالبيانات التجارية: «كل إيضاح يضعه التاجر أو المنتج على بضائعه أو منتجاته أو

خدماته»^(٣)، ويقصد بالإيضاح التعرف على عددها أو مقاساتها أو مصدرها أو عناصر تركيبها أو طاقتها الخ، مع العلم أن الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لا يستطيع احتكار هذه البيانات، وهنا يتضح الفرق جلياً بين البيانات التجارية والعلامة التجارية، فالعلامة التجارية تعتبر من عناصر الملكية الفكرية أما البيانات التجارية فلا تعتبر كذلك^(٤).

ثالثاً:- العلامة التجارية وبراءة الاختراع.

الاختلاف: «هو كل اكتشاف أو ابتكار جديد وقابل للاستغلال الصناعي سواءً تعلق ذلك الاكتشاف أو الابتكار بالمنتج النهائي أو وسائل وطرق الإنتاج»^(٥)، ومن خلال هذا التعريف يتبين الفرق بين العلامة التجارية وبراءة الاختراع وهو القابلية للاستغلال الصناعي ، فالاستغلال الصناعي ينطبق فقط على براءة الاختراع دون العلامة التجارية.

رابعاً:- العلامة التجارية والرسم والنمذجة الصناعيين.

يقصد بالرسوم الصناعية: «كل ترتيب وتسيق للخطوط بطريقة معينة مبتكرة تكسب السلع والبضائع رونقاً جميلاً وجذباً يشد انتباه المستهلك، كما هو الحال بالرسوم الخاصة بالمنتجات والسجاد والخزفيات وما إلى ذلك»^(٦)، في حين تعرف النماذج الصناعية على أنها «كل شكل أو قالب أو هيكل يستخدم لصناعة السلع والبضائع بشكل يضفي عليها مظهراً خاصاً بها يميزها عن غيرها، كما هو الحال في صناعة قوالب الأحذية وهيأكل السيارات وزجاجات العطور وما إلى ذلك»^(٧)، ولعل المفهوم من هذين التعريفين أن الرسم والنمذجة الصناعيين يدخلان في طبيعة المنتجات ويعداًن جزءاً لا يتجزأ منها، بينما لا أثر للعلامة التجارية في طبيعة المنتجات أو البضائع أو الخدمات، مع العلم أن العلامة التجارية والرسم والنمذجة الصناعيين يعادان من عائلة الحقوق الفكرية ويساعدان في ترويج المنتجات أو البضائع أو الخدمات وانتشارها^(٨).

المطلب الثاني:- أشكال العلامات التجارية^(٩)

أولاً: الأسماء المتخذة شكلاً معيناً.

يمكن اتخاذ اسم أو أكثر كعلامة تجارية فارقة ولكن يشترط أن تتخد هذه العلامة شكلاً مميزاً عن الاسم المألوف قبل اتخاذها كإطار أو لون أو ترتيب خاص^(١٠)، ومثال ذلك (الحرمين) (الأشقر) أو (coca cola) أو (philips).

ثانياً: الحروف والأرقام.

يمكن أن تتكون العلامة التجارية من حروف أو أرقام معينة سواءً كانت هذه الحروف تمثل الحروف الأولى لاسم التاجر أو المنشأة أو أنها لا تدل على اسم معين شريطة أن تتخذ هذه الحروف أو الأرقام شكلاً مميزاً^(١١)، ومن الأمثلة عليها علامة (B.M.W) لتمييز نوع من السيارات الألمانية، أو علامة (٠٠٠) التي تميز نوعاً من الكولونيا أو الصابون، وعلامة (7up) لتمييز نوع من المشروبات الغازية.

ثالثاً:- الرسوم والصور والرموز.

ربما تتخد العلامة التجارية من الرسوم والصور والرموز، فيمكن أن تكون عبارة عن صورة (غزال) مثلاً^(١٢)، أو أن تكون عنقود زيتون مثلاً، أو لب^(١٣) لتمييز صناعة السفن وملحقاتها،

ونشير هنا إلى أنه لا يجوز للغير استخدام هذه الرسوم والصور والرموز بالشكل ذاته لأنها تتمتع بالحماية المقررة للعلامة التجارية^(١٩).

رابعاً:- الألوان

يمكن أن يختار المنتج أو الموزع ألواناً معينة كعلامة تجارية، سواءً استخدم لوناً واحداً مميزاً أو لوناً مركباً من ألوان مختلفة شريطة أن لا يكون من نفس لون البضاعة أو الخدمة^(٢٠)، ومثال ذلك أن يستخدم اللون الأبيض كعلامة تجارية للجبن البيضاء فهنا العلامة لا تعتبر فارقة وتحتوي على لبس واضح، فهذا اللون لا يصح أن يشكل علامة تجارية محمية وفقاً للقانون^(٢١)، ويعتبر المشرع الفرنسي أكثر من تشدد في هذه المسألة^(٢٢).

خامساً:- أشكال الغلافات والعلب المختلفة (العلامة ثلاثة الأبعاد)

قد تقع العلامة التجارية على أشكال الغلافات والعلب المختلفة بشكل آخر يميزها عن الأخرى^(٢٣) وبمعنى آخر قد تكون العلامة التجارية ملزمة لمتجر معين أو تقديم خدمة بعينها، يكون الهدف منها التفاف المستهلكين حول المنتج أو الخدمة^(٢٤).

المطلب الثالث : التنظيم الوطني والدولي للعلامات التجارية.

أولاً:- التنظيم الوطني للعلامات التجارية.

أ- فلسطين:

كانت فلسطين جزءاً من الدولة العثمانية وعليه فإن القانون المعمول به سابقاً هو القانون العثماني المتعلق بالحقوق الفكرية لعام ١٨٧٩ وبعد الاحتلال البريطاني تم تطبيق قانون العلامات التجارية لعام ١٩٣٨^(٢٥)، لكن القانون المطبق حالياً في فلسطين هو قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢^(٢٦)، بالإضافة إلى قانون العلامات التجارية الفلسطيني لسنة ١٩٣٨^(٢٧).

ب - الدول العربية:-

بدأت الدول العربية بسن القوانين الخاصة بالعلامات التجارية وإن جاء ذلك متاخرًا بعض الشيء بسبب طبيعة تطور هذه المجتمعات في المجالات كافة، إضافة إلى ازدياد أهمية العلامات الاقتصادية وتجاريًا^(٢٨)، وهنا نستعرض بعجاله بعض قوانين العلامات التجارية في البلاد العربية على النحو التالي:-

١ - لبنان: قانون ماركات التجارة والمصانع بقرار رقم (٢٣٨٥) لسنة ١٩٢٤^(٢٩).

٢ - تونس: قانون العلامات التجارية لسنة ١٨٩٩ والمعدل في سنة ١٩٣٦.

٣ - المغرب: قانون حماية الملكية الصناعية لسنة ١٩٦١.

٤ - مصر: قانون العلامات والرسوم والنماذج الصناعية لسنة ١٩٣٩ و الذي حل محله القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

٥ - الأردن: قانون العلامات التجارية رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩.

- ٦ - سوريا: القرار التشريعي بشأن حماية الملكية الصناعية و التجارية لسنة ١٩٤٦.
- ٧ - العراق: قانون العلامات التجارية لسنة ١٩٥٧.
- ٨ - الجزائر: قانون العلامات التجارية لسنة ١٩٦٦^(٣).

ثانياً: التنظيم الدولي للعلامات التجارية:-

نكتفي بالإشارة إلى الاتفاقيات الدولية في مجال الحقوق الفكرية على النحو التالي:-

- ١ - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣.
- ٢ - اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية لسنة ١٨٩١.
- ٣ - اتفاقية ينس بشأن التصنيف الدولي للسلع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات لسنة ١٩٧٥.
- ٤ - اتفاقية لشبونة بشأن تسميات المنتج على الصعيد الدولي لسنة ١٩٥٨.
- ٥ - اتفاقية فينا بشأن التصنيف الدولي للعناصر التصويرية في العلامات لسنة ١٩٧٣.
- ٦ - اتفاقية نيروبي بشأن حماية الرمز الأولي لسنة ١٩٨١.
- ٧ - بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لسنة ١٩٨٩.
- ٨ - اتفاقية قانون العلامات لسنة ١٩٩٤ التي لم تدخل حيز التنفيذ بعد.
- ٩ - اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تربس: TRIPS) (٣٠)

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

تعتبر فكرة القانون الواجب التطبيق فكرة مأخوذة عن القانون الدولي الخاص بل هي الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص، وقد نظم المشرع الفلسطيني قواعد الإسناد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١ وقصرها على أربع مواد فقط^(٣٣)، لذلك فإنه من الصعب أن تغطي هذه المواد الأربع حاجة القضاء والفقه من تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع معين، أما المشرع الأردني فقد نظم قواعد الإسناد في القانون المدني الأردني في المواد من ١١-٢٩^(٣٤) وما يهمنا من هذه المواد في هذا البحث المادة (٢٤) – والتي تنص على:- «لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية بتعارض معها» والمادة (٢٥) التي تنص على «تبعد مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين»، وانطلاقاً من هذه المقدمة البسيطة سوف نقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب تتناول في المطلب الأول شرط الصفة المميزة، فيما تتناول في المطلب الثاني شرط الجدة وتناول في المطلب الثالث شرط مشروعية العلامة، وفي المطلب الرابع شرط الإدراك بالبصر وندرج في المطلب الخامس على شرط تسجيل العلامة التجارية باللغة العربية.

المطلب الأول:- شرط الصفة المميزة (الفارقية)

كما أسلفنا مقدماً فإن العلامات التجارية التي يمكن تسجيلها مؤلفة من حروف و أرقام و أسماء لها صفة فارقةالخ^(٣٥)، أي أن تكون قادرة على تمييز البضائع والخدمات عن غيرها من البضائع أو الخدمات التي يقدمها الآخرون^(٣٦).

وقد نظم المشرع المصري الصفة المميزة للعلامة التجارية في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ لحماية الملكية الفكرية إذ نص على : «ألا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر منها ما يأتي - العلامات الخالية من أي صفة مميزة أو المكونة من علامات أو بيانات ليست إلا التسمية التي يطلقها العرف على المنتجات أو الرسم أو الصور العادي لها»^(٣٧).

أما اتفاقية تربس فقد أحالت الأحكام المتعلقة بشرط العلامة الفارقة إلى اتفاقية باريس لسنة ١٨٣٣^(٣٨)، وتنص اتفاقية باريس على:-

«العلامات الفارقة التي لا يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة أخرى مشهورة ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة أو تشكل في جزء منها تقليداً لها^(٣٩) يتضح من استعراض القانون الأردني والقانون المصري واتفاقية الجوانب المتعددة المتصلة بالتجارة (تربس) واتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية أن القوانين والاتفاقيات السابقة قد جاءت متوافقة تماماً في هذه المسألة - الصفة المميزة - وأنه لابد لأي علامة تجارية أن تلتزم بالشرط السابق حتى يتم تسجيلها.

العلامة المشهورة والقانون الواجب تطبيقه عليها
تعرف العلامة المشهورة في القانون الأردني على أنها «العلامة التجارية ذات الشهرة العالمية

التي تجاوزت شهرتها البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة في القطاع المعنى من الجمهور في المملكة الأردنية المأثمة^(٣٩). وبهذا اعترف المشرع الأردني ضمناً بالحماية التي تتمتع بها العلامة المشهورة حتى لو كانت غير مسجلة^(٤٠)، كذلك فإن المشرع المصري حداً حذو المشرع الأردني ووفر الحماية للعلامة التجارية المشهورة حتى لو كانت غير مسجلة^(٤١).

وقد اهتمت اتفاقية تربس بالعلامة المشهورة إذ ألزمت دول الاتحاد الموقعة على الاتفاقية بالحماية بغض النظر عن التسجيل، وأنه إذا ما تم تسجيل علامة تجارية تحمل علامة تجارية مشهورة سواء عن طريق النسخ أو التقليد أو الترجمة يجوز شطبها خلال خمس سنوات من تاريخ التسجيل وإذا كان أصحابها سيء النية يجوز المطالبة بشطبها مهما كانت المادة^(٤٢).

المطلب الثاني: شرط الجدة

يعتبر شرط الجدة من أهم الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في العلامة التجارية الجديدة أي أنه لم يسبق استعمالها أو تسجيلها ولكي تعد العلامة جديدة يجب أن تحتوي على عنصر مميز على الأقل، وفي النهاية تعتبر العلامة كوحدة واحدة غير مجزأة حتى لو تشابهت مع علامة أخرى ما دامت عناصرهما في مجموعهما مختلفان في التركيب والمظهر^(٤٣)، ولكن هناك ملاحظة بسيطة هي أن شرط الجدة غير مطلق، وإنما مقيد في ثلاثة نواح هي^(٤٤):

١. من حيث نوع المنتجات:

حيث يبقى استعمال العلامة التجارية ممنوعاً للغير في حدود المنتجات أو البضائع التي خصصت لها لكنه يجوز استعمال العلامة نفسها في منتجات أو بضائع أخرى^(٤٥)، وقد اتفق المشرع المصري مع المشرع الأردني في هذه الجزئية^(٤٦)، كذلك فإن كل من اتفاقية باريس وتربس قد أخذنا بهذا المبدأ^(٤٧)، علماً بأن المدف الرئيسي هو عدم تضليل الجمهور وإيقاعه في الخطأ^(٤٨).

من حيث المكان:-

يجوز من ناحية تجارية أن تحمل منتجات أو بضائع أو خدمات متشابهة علامات تجارية واحدة طالما أنها- أي المنتجات أو الخدمات- لا تجتمع في مكان واحد، بمعنى آخر أن يكون مجال تصريف كل منها في أسواق مختلفة و لكن ذلك صعب من الناحية العملية، بل ويصل إلى حد الاستحالة بسبب تطور وسائل المواصلات مما يؤدي إلى تداخل المنتجات المحلية والعالمية في الأسواق على حد سواء^(٤٩).

٢. من حيث الزمان:

يعد مرور الزمن على تسجيل العلامات التجارية عاملاً مهمًا فإذا لم يقم صاحب العلامة بتجديده علامته التجارية حسب الأصول المقررة فإنه يعتبر متنازلاً عن حقه في العلامة^(٥٠)، التي تعتبر حكماً مشطوبة من سجل العلامات التجارية^(٥١)، وبالتالي فإن العلامة التجارية في هذه الحالة تعتبر متروكة أو مهجورة ويحق للغير استعمالها من جديد استعملاً مشروعًا وقد وضع المشرع الأردني علة قواعد لاعتبار أن العلامة التجارية أصبحت مهجورة أو متروكة و هذه القواعد هي^(٥٢):-

أ- مرور سنة واحدة على انتهاء مدة تسجيلها دون أن يقوم أصحابها بتجديده ذلك التسجيل، وعندئذ تشطب العلامة من سجل العلامات التجارية.

بـ- ألا يؤدي استعمال العلامة التجارية المشطوبة إلى نشوء خداع أو تقليل من جراء استعمالها من جديد.

تـ - إذا لم تستعمل العلامة التجارية المشطوبة استعملاً حقيقياً خلال الستين السابقة.

على تاريخ شطتها.

وقد اتفق المشرع المصري مع المشرع الأردني في هذه الشروط أيضاً، إذ أن العلامة التجارية لا تفقد عنصر الجلة ب مجرد استعمالها من قبل، فإذا لم يقم صاحب العلامة بتجديد تسجيلها أو عدم استغلالها فإنها تعتبر متروكة ويجوز استعمالها من جديد^(٥٣).

وقد اتفقت أيضاً كل من اتفاقية باريس واتفاقية تربس في هذا المبدأ حيث أن العلامة التجارية تشطب وفقاً لاتفاقيتين بعد مرور ثلاث سنوات على عدم استعمالها^(٥٤).

المطلب الثالث: شرط مشروعية العلامة.

يعني ذلك أن العلامة تكون غير مشروعة إذا خالفت نصاً قانونياً أو جاءت مخالفة للنظام والأداب العامة^(٥٥)، ويحق لمسجل العلامات رفض تسجيل العلامة التجارية، في حالة مخالفتها القانون أو النظام العام إذ لا يجوز تسجيلها كعلامة تجارية وهي^(٥٦):

١. العلامات التي تشابه شعار جلالة الملك أو الشارات الملكية أو لفظة ملوكي أو أية دلالة تخدع المستهلك وتجعله يعتقد أن الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة يتمتع برعاية ملكية.

٢. شعار أو سمة المملكة الأردنية الهاشمية أو البلاد الأجنبية إلا بتقويض من المراجع المختصة.

٣. العلامات التي تدل على صفة رسمية إلا في حالة الحصول على تقويض من المراجع المختصة.

٤. العلامات التي تشابه الرأي الوطنية أو أعلام الدولة العسكرية أو البحرية... الخ.

٥. العلامات التي تشمل الألفاظ أو العبارات التالية: امتياز، ذو امتياز، امتياز ملكي، مسجل، رسم مسجل، حقوق الطبع، التقليد يعتبر تزويراً، أو ما شابه هذه الألفاظ أو العبارات.

٦. العلامات المخالفة بالنظام العام أو الأداب العامة أو التي تؤدي إلى غش الجمهور أو العلامات التي تؤدي إلى المنافسة غير المشروعة أو التي تدل على غير مصدرها الحقيقي.

٧. العلامات المؤلفة من أرقام وحروف الخ، والتي تستعمل عادة لتمييز أنواع البضائع وأصنافها أو العلامات التي تصف نوع البضائع أو جنسها أو الكلمات التي تدل على معنى جغرافي أو ألقاب.

٨. العلامات التي تطابق أو تشابه الشعارات الدينية.

٩. العلامات التي تحتوي على صورة شخص أو اسم محل تجاري أو شركة أو هيئة إلا برضأ أصحابها أو مثيلتها.

١٠. العلامات التي سبق تسجيلها إذا كان تسجيلها مجدداً يؤدي إلى غش الجمهور.

١١. العلامات المطابقة لشارة الحلال الأحمر أو الصليب الأحمر أو صليب جنيف.

١٢. العلامة التي تشكل تطابق أو تشابه أو ترجمة لعلامة مشهورة تؤدي إلى غش الجمهور وكذلك الأسماء الخاصة بالمنظمات الدولية أو الإقليمية أو التي تسيء إلى القيم التاريخية أو العربية أو الإسلامية^(٥٧).

وقد اتفق المشرع المصري مع نظيره الأردني في هذه الجزئية وجاءت النصوص متوافقة إلى حد كبير من حيث العلامات المخالفة للقانون وكذلك المخالفة للنظام والأداب العامة^(٥٧). وكذلك موقف اتفاقتي باريس وتربيس جاء موافقاً للقوانين السابقة^(٥٨). فيما يختص بمخالفة العلامات التجارية للنظام العام والأداب العامة نورد مثلاً على ذلك وهو قرار إبطال العلامة التجارية التي تحمل اسم زيبو(zippo) لشركة زيبو مانيو الأمريكية التي لا تعتبر علامة مخالفة للأداب العامة في الولايات المتحدة الأمريكية ولكنها تعتبر مخالفة للأداب العامة في الأردن^(٥٩)، وكذلك قرارها المتعلق بعدم تسجيل علامة(STMICHSEL) لتعامل الشركة صاحبة العلامة مع إسرائيل^(٦٠).

المطلب الرابع: قابلية العلامة التجارية للإدراك عن طريق البصر
يعني ذلك بأن تكون العناصر الدالة في تكوين العلامة التجارية قابلة للإدراك بصورة ملموسة كالأسناء والموز والحرروف والأختام والقوش والصور.....الخ، وبناء عليه لا تكون العلامة التجارية قابلة للتسجيل إذا كانت مكونة من عناصر مادية كالنغمات الصوتية أو الموسيقية أو يمكن تمييزها بواسطة الشم أو الذوق^(٦١).

وقد اتفق المشرع المصري مع المشرع الأردني حيث أنه أورد في تعريف العلامة التجارية وجوب أن تكون العلامة التجارية قابلة للإدراك بالبصر^(٦٢).

أما اتفاقية تربيس فلم تشرط إدراك العلامة التجارية بالبصر وتركت الأمر للتشريعات الوطنية حول إمكانية وجوب الإدراك بالبصر من عدمه^(٦٣) علمًا بأن اتفاقية باريس قد سكتت عن وجوب إدراك العلامة بالبصر من عدمه^(٦٤).

المطلب الخامس: شرط كتابة العلامة التجارية باللغة العربية
جعل المشرع الأردني كتابة العلامة التجارية باللغة العربية أمراً جوازياً لمسجل العلامات التجارية^(٦٥)، وأرى أنه كان على المشرع أن ينص على وجوب استخدامها إظهاراً لمكانتها والاعتراض بها^(٦٦).

أما المشرع المصري فقد أوجب تسجيل العلامة التجارية باللغة العربية وأحال ذلك إلى المادتين ٤،٣ من القرار بقانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٨^(٦٧)، وقد جاءت كل من اتفاقية باريس وتربيس متفقان مع المشرع المصري والأردني على حد سواء حيث ترك أمر التسجيل فيها إلى التشريعات الوطنية^(٦٨).

المبحث الثاني القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

قبل الخوض في تقسيمات هذا المبحث، نرى الإشارة إلى بعض المبادئ التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية في مجال العلامات التجارية بشكل موجز وعلى سبيل المثال لا الحصر.

تعرضت العلامة التجارية للاهتمام بسبب أهميتها الكبيرة ودورها في المجالين الاقتصادي والتجاري، فقد نصت الاتفاقيات الدولية على مبدأ المساواة وتعني هنا المساواة بين مواطني الدولة والأجانب على حد سواء في تسجيل العلامة التجارية^(٧٣)، وكذلك مبدأ الأسبقية في تسجيل العلامات التجارية^(٧٤)، وكذلك على مبدأ تسجيل جميع العلامات الأجنبية المسجلة في بلدتها الأصلية^(٧٥)، وأيضاً نصت على مبدأ الدولية وتعني بذلك إمكانية انتضام أي دولة إلى هذه الاتفاقية^(٧٦)، بالإضافة إلى مبدأ استقلال العلامات التجارية ويعني ذلك أنه إذا سجلت علامة تجارية معينة في دولتين أو أكثر فإن العلامة لا تسقط أو لا حاجة إلى تجديدها إذا ما شطبت في دولة أخرى^(٧٧).

وبناء على ما سبق فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب رئيسية تتناول في المطلب الأول تقديم طلب التسجيل وفي المطلب الثاني الاعتراض وسلطة المسجل وأخيراً إصدار شهادة التسجيل.

المطلب الأول: تقديم طلب التسجيل من تعريف العلامة التجارية يتضح أنها إما أن تقدم من الصانع أو التجار أو مقدم الخدمة على أن يكون قد استعملها أو يرغب في استعمالها، بوصفهم الأشخاص الذين يملكون الحق في تسجيل العلامة التجارية الخاصة بهم في سجل العلامات التجارية وفقاً لأحكام القانون^(٧٨).

والمشرع الأردني لم يحصر الحق في تقديم الطلب في فئة معينة، كذلك فإنه لم يضع أية شروط في طلب التسجيل وأجاز لكل من يريد استعمال علامة أو يدعى أنه صاحب علامة استعملت أو في النية استعملها أن يقدم طلباً لتسجيلها وفقاً للأصول والقانون، سواء كان ذلك من قبل شخص أو هيئة أو أية جهة أخرى، كما أنه لم يحدد جنسية مقدم الطلب^(٧٩).

واشترط المشرع الأردني عدداً من الشروط في تقديم طلب التسجيل وهي^(٨٠):

١. الاسم المدني لطالب التسجيل.
٢. الاسم التجاري لطالب التسجيل.
٣. الاسم الخاص بصنف أو أصناف البضاعة المراد تسجيل العلامة من أجل تمييزها.
٤. الرقم الخاص بصنف البضاعة المراد حماية البضاعة ضمنه.
٥. العنوان المدني لطالب التسجيل.
٦. الموطن المختار لطالب التسجيل (إن وجد).
٧. الوكيل القانوني لطالب التسجيل (إن وجد).
٨. النسخ الإضافية من العلامة عدد ٤.

أما المشرع المصري فقد أناط تسجيل العلامة التجارية بمصلحة التسجيل التجاري وفقاً للائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢^(٧٧)، لكنه اختلف مع المشرع الأردني في أن التسجيل يكون على المنتجات التي يصدرها الصانع فقط دون المنتجات التي تصدر من جهات أخرى^(٧٩). أما اتفاقية تريسي فقد سكتت عن تنظيم هذه المسألة - تقديم طلب التسجيل وشروطه^(٨٠) فيما نصت اتفاقية باريس على أن تحديد شروط وإيداع وتسجيل العلامات الصناعية والتجارية في كل دولة من دول الاتحاد ترجع إلى تشريعها الوطني^(٨١).

المطلب الثاني: الاعتراض على طلب التسجيل وسلطة المسجل يجب على المسجل عند استلامه طلباً لتسجيل علامة تجارية أن يقوم بالتحري عن العلامات التجارية المسجلة وأية طلبات غير معمول بها، يمكن أن تكون علامات مسجلة أخرى تتعلق بالبضائع نفسها أو بصنف البضائع التي قد تكون مشابهة لها أو قريبة منها الأمر الذي يؤدي إلى غش المستهلك^(٨٢). ويتحقق للمسجل قبول تسجيل العلامة التجارية دون تعديلات أو تحويلات أو قيود و في هذه الحالة يجب على المسجل إبلاغ طالب التسجيل خطياً، كما ويتحقق له قبول الطلب بإجراء تعديلات أو تحويلات أو قيود في هذه الحالة يجب على مقدم الطلب تقديم هذه التعديلات خطياً إلى المسجل أما في حالة وجود اعتراض فعلى مقدم الطلب أن يطلب النظر في الاعتراض خلال شهر واحد من تبليغه قبول طلبه مشروطاً و إلا اعتبر ساحباً لطلبه، وبذلك يمكن القول أن المشرع الأردني أخذ بنظرية الفحص السابق للعلامة التجارية لنواح محددة^(٨٣) و هي:-

١. التأكد من مشروعية العلامة.
٢. التأكد من الصفة المميزة للعلامة.

٣. التأكد من عدم مطابقة العلامة المطلوب تسجيلاً لها لعلامة أخرى مسجلة من قبل. وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الأردني منع مسجل العلامات التجارية السلطة التامة في قبول تسجيل العلامة أو رفضها أو طلب إجراء تعديلات عليها^(٨٤). وفي حالة رفض المسجل تسجيل العلامة فإنه يحق لمقدم الطلب أن يستأنف قرار المسجل لدى محكمة العدل العليا^(٨٥).

أما في حالة قبول طلب التسجيل فإنه يتوجب نشر ذلك وفقاً للأصول المقررة بما فيها جميع الشروط و القيود التي تم قبول الطلب بموجتها - إن وجدت - علماً بأن رسوم النشر والإعلان تكون على نفقة طالب التسجيل^(٨٦)، ولكن حتى يكون الإعلان قانونياً يجب أن يحتوي على رقم العلامة التجارية (المؤقت) المراد تسجيلاً لها وصنف البضاعة التي تستعمل عليها إضافة إلى اسم الجهة طالبة التسجيل مع ذكر طالب التسجيل جهة لا علاقة لها بالطلب^(٨٧).

في حالة عدم الاعتراض على الطلب أو انتهاء مدة الاعتراض فإنه يتم تسجيل العلامة التجارية بشكل نهائي في سجل العلامات التجارية^(٨٨)، وقد أجاز قانون العلامات التجارية الأردني لأي شخص أن يعتراض لدى المسجل خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلان عن تقديم الطلب لتسجيلها أو خلال أية مدة أخرى تعين لهذا الغرض^(٨٩)، ويكون الاعتراض بواسطة إخطار خطبي يقدم إلى مكتب المسجل مبيناً أسباب الاعتراض^(٩٠)، على أن يقوم المسجل بإرسال نسخة من الاعتراض إلى طالب التسجيل^(٩١)، ويجب على طالب التسجيل تقديم بيان خطبي بالأسباب التي

يستند عليها^(٩٣) كما ويجب عليه أيضا تقديم لائحة جوابية تتضمن الأسباب التي يستند إليها في الطلب المقدم منه لتسجيل العلامة، وإنما يعتبر متنازلا عن الطلب^(٩٤).

بعد الإجراءات السابقة يقوم المسجل بدعوة الأطراف إلى جلسة استماع يقدم فيها كل طرف بياناته وبعد ذلك يقوم المسجل بإصدار قرار إما بالقبول أو الرفض ويكون قراره قابلا للاستئناف أمام محكمة العدل العليا^(٩٥). وموقف المشرع المصري جاء مشابها لموقف المشرع الأردني^(٩٦) فيما جعل للأطراف إمكانية الطعن لدى محكمة القضاء الإداري^(٩٧).

أما موقف الاتفاقيات الدولية من الاعتراض والمحكمة المختصة بنظره فقد أكدنا سابقا أن الاتفاقيات أحالت للقوانين الوطنية إتباع الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الوطني للدول الأعضاء.

المطلب الثالث: إصدار شهادة التسجيل يجب على المسجل بعد نهاية الإجراءات السابقة تسجيل العلامة التجارية في سجل العلامات التجارية بالسرعة الممكنة وبحد أقصى بعد ثلاثة شهور من تاريخ نشر الطلب في الجريدة الرسمية مضمنا إليها كافة البيانات والتفصيات التي يراها ضرورية^(٩٨).

أما المشرع المصري فقد أوجب إتباع الإجراءات السابقة، تسجيل العلامة بقرار من مصلحة التسجيل التجاري ونشر هذا القرار في جريدة العلامات التجارية والتصنيمات والنمذج الصناعية وفق اللائحة التنفيذية لقانون حماية الملكية الفكرية^(٩٩).

أما موقف الاتفاقيات الدولية فقد نصت اتفاقية ترس على أن تلتزم البلدان الأعضاء بنشر كل علامة تجارية إما قبل تسجيلها أو بعده فورا وبإعطاء مدة معقولة للاعتراض^(١٠٠)، وكذلك نصت اتفاقية باريس على ذلك^(١٠١).

ويترتب على تسجيل العلامة التجارية إقرار الملكية للعلامة التجارية وليس اكتسابها وهو ما اتفق عليه المشرع الأردني والمشرع المصري^(١٠٢).

الخاتمة

أولاً: النتائج

١. اهتمت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية بالعلامة التجارية.
٢. بمجرد تصديق الدولة على الاتفاقية تصبح جزءاً من قانونها الوطني.
٣. العلامة التجارية المشهورة تتتمتع بالحماية الوطنية والدولية حتى لو لم تكن مسجلة.
٤. المساواة والأسبقية واستقلال العلامات التجارية مبادئ متفق عليها في العلامات التجارية.
٥. تشطب العلامة التجارية في حالة عدم الاستعمال لمدة معينة.
٦. إصدار شهادة التسجيل يعتبر أمراً كافياً.
٧. هناك مسائل تركتها الاتفاقيات الدولية للقوانين الوطنية.
٨. يمكن للدولة التحفظ على بنود معينة عند توقيعها على الاتفاقيات الدولية.
٩. مشروعية العلامة التجارية تختلف من دولة إلى أخرى.
١٠. يشترط إدراك العلامة التجارية عن طريق البصر.
١١. يوجد فروق بسيطة بين عناصر الملكية الفكرية.
١٢. أحالت بعض الاتفاقيات وخصوصاً اتفاقية تربس بعض الأحكام إلى اتفاقيات أخرى.

ثانياً: التوصيات

١. بيان الفرق بين مصطلحي المنافسة غير الشريفة والمنافسة غير المشروعة، أو توحيدهما.
٢. ضرورة العمل على تعديل القوانين الوطنية حتى تصبح متوافقة مع الاتفاقيات الدولية بشكل كامل.
٣. توضيح معنى الاستعمال غير الفعال للعلامة التجارية.
٤. بيان موقف المشرع من العلامة الصوتية.
٥. إخطار صاحب العلامة قبل شطبها.
٦. بيان موقف المشرع الفلسطيني من الاتفاقيات الدولية.
٧. إصدار قانون فلسطيني جديد خاص بالعلامات التجارية.

المواهش

١. د. صلاح زين الدين ، العلامات التجارية وطنياً ودولياً ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى ٢٠٠٦ ص ٣٩.
٢. د. نوري حمد خاطر ، شرح قواعد الملكية الفكرية ، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ ص ٢٦٥.
٣. الحامي عامر محمود الكسواني ، الملكية الفكرية ، دار الجيب ، عمان ، ١٩٩٨ ص ١٣٨ .
٤. الحامي صلاح سلمان الأسر ، العادة التجارية في القانون الأردني والمصري ، ١٩٧٦ ص ١٥ .
٥. د. صلاح زين الدين، المرجع السابق ص ٥٧.
٦. المراجع السابق ص ٥٧.
٧. المراجع السابق ص ٥٧.
٨. د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص ٤٦٤ .
٩. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق ص ٦٠ .
١٠. د. عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية و التجارية، دار وائل/عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ ص ٣٣ .
١١. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق ص ٥٦ .
١٢. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق ص ٥٦ .
١٣. المراجع السابق، ص ٥٦ .
١٤. انظر المادة (٤) من القانون المعدل لقانون العلامات التجارية رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩.
١٥. د. عبد الله حسين الخشروم، المراجع السابق، ص ١٤٧ .
١٦. الحامي خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، د.ت، ص ٢١٤ .
١٧. الحامي صلاح سلمان الأسر ، المراجع السابق، ص ٢٩ .
١٨. الملخص هو رمز السفينة .
١٩. الحامي خاطر لطفي، المراجع السابق، ص ١٤٤ .
٢٠. د. نوري حمد خاطر، المراجع السابق، ص ٢٧٩ .
٢١. الحامي خاطر لطفي، المراجع السابق، ص ٢١٥ .
٢٢. د. نوري حمد خاطر، المراجع السابق، ص ٢٧٩ .
٢٣. د. عبد الله حسين الخشروم، المراجع السابق، ص ١٤٨ .
٢٤. الحامي سمير فرنان بالي، قضايا القرصنة التجارية والصناعية والفكرية، منشورات الحلي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٢٧ .
٢٥. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق ص ٢٧٩ .
٢٦. الحامي مهند عساف، محاضرة ألقاها في مؤتمر العدالة الفلسطينية الثاني ٢٠٠٧، ملخص المؤتمر، مركز مساواة، رام الله، ص ٢٤٠ .
٢٧. طارق زاهي ”محمد سعيد“ طوقان، تسجيل العلامات التجارية والترخيص باستعمالها في فلسطين/ رسالة ماجستير، جامعة بير زيت، ١٩٩٩، ص ٢٥ .
٢٨. الحامي صلاح الأسر ، المراجع السابق ص ١٢ .
٢٩. الحامي صلاح الأسر ، المراجع السابق، ص ١٣ .
٣٠. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق، ص ٢٩، ٢٨ .
٣١. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق، ص ٢٨، ٢٧ .
٣٢. انظر المواد من (٣١) إلى (٣٤) من قانون أصول المحاكمات التجارية المدنية رقم ٤ لسنة ٢٠٠١ .
٣٣. انظر د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل ، عمان، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥ من صفحة ٣٦٠ - ٣٧٢ .
٣٤. انظر المادة (٧) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢ .
٣٥. د. صلاح زين الدين، المراجع السابق ص ٩٦ .
٣٦. للمزيد انظر المادة (٦٧) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ .
٣٧. انظر المادة (٢١٥) من اتفاقية ترسٍ وللمزيد انظر الحامي خاطر لطفي، المراجع السابق ص ٢٢٥ .
٣٨. المادة السادسة /ثانية/ الفقرة (١) .
٣٩. المادة الثانية من قانون العلامات التجارية الأردني العدل رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩ .
٤٠. مجلة المدار، جامعة آل البيت /الأردن، المجلد السابع، العدد ٣، تشرين أول ٢٠٠١ ص ١٧٧ .
٤١. المادة (٦٨) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ .

- .٤٢. د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق ص ٢٨٩ وللمزيد انظر (٦) مكرر من اتفاقية تربس.
- .٤٣. د. صلاح زين الدين، المرجع السابق ص ٨٩.
- .٤٤. المراجع نفسه ص ٩٩.
- .٤٥. قرار رقم ٨٧/٢٢٧ عدل عليه، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٨٩ ص ٩١٣.
- .٤٦. د. سميحة القليبي، الملكية الصناعية، دار النهضة، القاهرة الطبعة الرابعة، ١٩٩٦ ص ٣٠١.
- .٤٧. المادة السادسة والستة مكرر من اتفاقية باريس ١٨٨٣.
- .٤٨. الدكتور صلاح زين الدين، المرجع السابق ص ١٠١.
- .٤٩. د. صلاح زين الدين، المرجع السابق ص ١١٠.
- .٥٠. تنص المادة (٢٠) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢ على أنه "مدة ملكية حقوق العالمة التجارية عشر سنوات من تاريخ تسجيلها، ويجوز تجديد تسجيلها لمدة مماثلة وفقاً لأحكام القانون".
- .٥١. انظر المادة ١/٢١ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٥٢. للمزيد انظر المادة (٢١) والمادة (٢٢) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٥٣. د. سميحة القليبي، المرجع السابق، ص ٣٠٢.
- .٥٤. راجع المادة (١٩) من اتفاقية تربس والمادة ٧/٥ من اتفاقية باريس.
- .٥٥. راجع المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني.
- .٥٦. انظر المادة الثامنة من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٥٧. انظر المادة الخامسة من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩.
- .٥٨. راجع المادة (٦٧) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٥٩. انظر المادة ٢/٥ من اتفاقية تربس والمادة ٦ مكرر/ثالثاً.
- .٦٠. قرار رقم ١٩٩٥/٣٣٧ عدل عليه، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٩٧، ص ٦٥٩. وأشار اليه الدكتور نوري حمد الخاطر، المرجع السابق، ص ٢٩٦.
- .٦١. قرار رقم ٩٥/٩٣ عدل عليه، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٩٦، ص ٦٢٩. وأشار اليه د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ١٠٦.
- .٦٢. د. عبد الله حسين الخشروم، المرجع السابق، ص ١٥٣. وللمزيد انظر المادة (٧) من قانون العلامات التجارية الأردني المعدل رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩.
- .٦٣. انظر المادة (٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٦٤. انظر المادة ١/١٥ من اتفاقية تربس .
- .٦٥. المحامي خاطر لطفي، المرجع السابق، ص ٢١١.
- .٦٦. انظر المادة (٢١) من نظام العلامات التجارية رقم (١) لسنة ١٩٥٢.
- .٦٧. د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ١٠٧.
- .٦٨. انظر المادة (٤٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٦٩. انظر المادة ٥/٥ من اتفاقية تربس والمادة ٦ من اتفاقية باريس.
- .٧٠. انظر المادة ٢ فقرة ١ من اتفاقية باريس، المواد ٤١ و ٤٢ و ٤٣ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٧١. انظر المادة ٤ فقرة أ بند ١ من اتفاقية باريس.
- .٧٢. انظر المادة ٦ مكرر (٥) فقرة أ بند (١) من اتفاقية باريس.
- .٧٣. انظر المادة ٦ مكرر (٥) فقرة هـ من اتفاقية باريس.
- .٧٤. أحد يحيى جراحة، ملكية العلامات التجارية في القانون الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٣، ص ١٧٩.
- .٧٥. انظر المادة ٦ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٧٦. د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ١٠٨.
- .٧٧. للمزيد انظر المادة ١١ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٧٨. انظر المادة (٧٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٧٩. انظر المادة (٧٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٨٠. المحامي خاطر لطفي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.
- .٨١. انظر المادة ١/١ من اتفاقية باريس .
- .٨٢. د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ١١٢.
- .٨٣. المرجع السابق، ص ١١٣ و ١١٤.

- .٨٤ المادة ٨ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٨٥ انظر المادة ٣/١ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٨٦ انظر المادة ٣ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٨٧ قرار رقم ١٩٨٠/٣٤ عدل عليه، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٨١، ص ١٤. أشار إليه د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ١٠٦.
- .٨٨ قرار رقم ١٩٩٥/٩٣ عدل عليه، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٩٦، ص ٦٢٩.
- .٨٩ انظر المادة ١/١٤ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٩٠ انظر المادة ٢/١٤ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٩١ انظر المادة ٣/٤ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٩٢ انظر المادة ٣ من نظام العلامات التجارية الأردني رقم ١ لسنة ١٩٥٢.
- .٩٣ انظر المادة ٣/٤ من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢.
- .٩٤ انظر المادة ٧٧ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٩٥ انظر المادة ٨٢ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٩٦ انظر المواد ٢/١٥ و ٤٧ و ٤٨ من قانون العلامات التجارية الأردني المعدل رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩.
- .٩٧ انظر المادة ٨٣ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- .٩٨ انظر المادة ٥/١٥ من اتفاقية تربس.
- .٩٩ انظر المادة ١٢ من اتفاقية باريس.
- .١٠٠ انظر د. عبد الله الخشروم، المرجع السابق، ص ١٦٢، و المحامي خاطر لطفي، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

الطبيعة القانونية لصك تبليغ الورقة القضائية والأثار المترتبة على ذلك

الخامي عاصم الشريف-الأردن

يعتبر التبليغ الوسيلة التي يقرها القانون للتخطاب رسميًّا أو قضائيًّا، ويقصد بالتبليغ عادة أحد غرضين رئيسيين:-

١. إنخطار المطلوب تبليغه بأمر ما على سبيل التبليغ أو الإنذار.
 ٢. تكليف المطلوب تبليغه بعمل ما على سبيل الطلب أو الوجوب.
- وتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ بصفحته المعدلة بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ النصوص المنظمة لقواعد وأحكام التبليغ حيث وردت هذه النصوص ضمن الباب التمهيدي الذي يحمل عنوان "أحكام عامة".
- وقد عالجت المواد (٤ - ٢٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية أحكام وقواعد التبليغ.
- ويتم التبليغ:-

إما بواسطة المخبرين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (المادة ١/٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية) أو بواسطة شركة خاصة (المادة ٣/٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية).

ونظرًا لكون المادتين (٦/٣) و(٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية ورد فيما عبارة "تبليغ الأوراق القضائية" فقد ثار التساؤل عن المقصود بهذه العبارة.

لم يرد أي نص في قانون أصول المحاكمات المدنية يتضمن تعريفاً للأوراق القضائية مما دعانا للرجوع إلى قرارات محكمة التمييز الموقرة لمعرفة فيما إذا كان هناك أي قرار يتضمن تعريفاً للأوراق القضائية أم لا.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩١/٣٧٩ صفة ٢٤١ سنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

"١. لم يرد نص في قانون أصول المحاكمات الحقوقية أو قانون أصول المحاكمات المدنية يعرف فيه المقصود من الورقة القضائية كما لم يرد فيما نص يميز الجهة التي تبلغ إليها لواصع الدعوى أو الطعون أو إعلام الحكم أو الجهة التي يجب أن تبلغ إليها الإنذارات العدلية أو الإخبارات الصادرة من دائرة الإجراء، ولم يرد في قانون كاتب العدل رقم ١١ لسنة ١٩٥٩ نص بهذا الخصوص.

٢. استقر اتجاه محكمة التمييز على أن المقصود من الورقة القضائية هو كافة الأوراق الصادرة عن المحاكم والدوائر التابعة لها بما فيها دائرة كاتب العدل".

وعلى ضوء ذلك يمكن القول أن الأوراق القضائية التي يتم تبليغها -سواء عن طريق المخبرين أو عن طريق الشركة الخاصة- كثيرة ومتنوعة ومن الصعب حصرها إلا أنه يمكن تقسيمها بحسب الغرض منها إلى:-

أ. أوراق تكليف بالحضور:-

وهي الأوراق التي يكون الغرض منها دعوة الخصوم أو أي شخص آخر للحضور أمام محكمة معينة.

(تبليغ موعد الجلسة، تبليغ اليمين الحاسمة، مذكرة دعوة شاهد).

ب . الإخطارات والتنبيهات والإنذارات:-

وهي الأوراق التي يكون الغرض منها إعلام شخص بأمر معين أو تكليفه بعمل معين أو نهيه عنه.

(إنذار عدلي، إخطار تنفيسي، حجز ما للمدين لدى الغير، تبليغ الحكم للمحكوم عليه).
ج. أوراق التنفيذ:-

وهي الأوراق المثبتة لإجراءات التنفيذ.

" إعلان بيع أموال محجوزة منقوله أو غير منقوله).

ويكن القول أن هذه الأوراق قد تصدر عن المحكمة أو عن دائرة "الإجراءات التنفيذ" أو عن دائرة كاتب العدل.

أولاً: الأوراق الصادرة عن المحاكم:

من الأوراق الصادرة عن المحاكم - على اختلاف درجاتها واحتياطاتها - والتي يطلب من الحضريين أو الشركة الخاصة تبليغها:-

١. لائحة الدعوى مع حافظة المستندات.

٢. تبليغ موعد الجلسة.

٣. مذكرة تبليغ شاهد.

٤. حجز ما للمدين لدى الغير.

٥. تبليغ الورثة في حال وفاة المورث.

٦. تبليغ لائحة الاستئناف.

٧. تبليغ لائحة التمييز.

٨. تبليغ الأحكام الصادرة وجاهياً اعتبارياً أو بمثابة الوجاهي.

٩. تبليغ صيغة اليمين الحاسمة.

١٠. تبليغ الأمر الصادر عن المحكمة بدفع الأجرة عملاً بأحكام المادة (١٣) من قانون المالكين والمستأجرين.

ثانياً: الأوراق الصادرة عن كاتب العدل:-

من الأوراق الصادرة عن كاتب العدل والتي يطلب من الحضريين أو الشركة الخاصة تبليغها:

أ . تبليغ الإنذار العدلي (مهما كان موضوعه)

ب . تبليغ بروتستو عدم الدفع (م/١٩٢ من قانون التجارة).

ثالثاً: الأوراق الصادرة عن دائرة التنفيذ:-

من الأوراق الصادرة عن دائرة التنفيذ والتي يطلب من الحضريين أو الشركة الخاصة تبليغها:-

١. إخطار تنفيسي.

٢. إعلان بيع بالزاد العلني.
 ٣. الموافقة على أية تسوية أو شرط عرضه الحكم له أو الحكم عليه.
 ٤. الإخطار للكفيل بإحضار المجوزات.
 ٥. إخطار آخر للمحكوم عليه بدفع المبلغ قبل التنفيذ.
 ٦. حجز ما للدين لدى الغير.
 ٧. الحجز على أموال المحكوم عليه لدى دائرة الأراضي أو دائرة الترخيص أو البنوك.
- ولكل نوع من هذه الأوراق قواعد خاصة تتفق مع الغرض منها ولكنها تشتهر في قواعد عامة من حيث تحريرها ومن حيث البيانات التي تشتمل عليها حيث أوضحت المادة (٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية البيانات التي يجب أن تشتمل عليها ورقة التبليغ حيث نصت هذه المادة على ما يلي:-
- ”يجب أن تشتمل ورقة التبليغ على البيانات الآتية:-
١. تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها التبليغ.
 ٢. اسم طالب التبليغ بالكامل وعنوانه واسم من يمثله إن وجد.
 ٣. اسم المحكمة أو الجهة التي يجري التبليغ بأمرها.
 ٤. اسم المبلغ إليه بالكامل وعنوانه أو من يمثله إن وجد.
 ٥. اسم الخضر بالكامل وتوقيعه على كل من الأصل والصورة.
 ٦. موضوع التبليغ.

٧. اسم من سلم إليه التبليغ وتوقيعه على الأصل بالاستلام أو إثبات امتناعه وسببه.”.
وفي الواقع أنه ورغم تعدد هذه البيانات وتنوعها فإنه يمكن أن نصنفها إلى أربع طوائف:-

الطاقة الأولى: التعريف بطالب التبليغ.

الطاقة الثانية: التعريف بالمطلوب تبليغه.

الطاقة الثالثة: التعريف بالخضر وعمله في سبيل إقام عملية التبليغ.

الطاقة الرابعة: موضوع التبليغ.

والسؤال الذي يثار في هذا المجال أو الصدد:-

ما هي الطبيعة القانونية لصك تبليغ الورقة القضائية؟

ما هو التكييف القانوني لصك تبليغ الورقة القضائية؟

عبارة أخرى:-

- هل يعتبر صك تبليغ الورقة القضائية ورقة رسمية؟ أو

- هل يعتبر صك تبليغ الورقة القضائية ورقة عرفية؟ أو

هل يعتبر صك تبليغ الورقة القضائية ذو طبيعة مختلطة؟

وقد يسأل البعض: ما أهمية تحديد طبيعة صك تبليغ الورقة القضائية؟

إن طبيعة الورقة عموماً تحدد وسائل إثبات عكس ما ورد في هذه الورقة.

فمثلاً:-

- إذا قلنا أن صك تبليغ الورقة القضائية هو (ورقة رسمية) فلا يجوز إثبات عكس ما ورد

فيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

- وإذا قلنا أن صك تبليغ الورقة القضائية هو (ورقة عرفية) فيجوز إثبات عكس ما ورد فيها بالبينة الشخصية.

- وإذا قلنا أن صك تبليغ الورقة القضائية أنها (ذو طبيعة مختلطة) فيجب إتباع التزوير والبينة الشخصية لإثبات عكس ما ورد فيها.

وقد نصت المادة (١٨٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية على ما يلي:-

"١- إنكار الخطأ أو الإضفاء أو الختم أو بصمة الإصبع إنما يرد على الوثائق والمستندات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الوثائق والمستندات الرسمية وغير الرسمية".
وفي الحقيقة تسهل الإجابة على التساؤل السابق إذا قمنا بإجراء تحليل طبيعة البيانات التي يتضمنها صك التبليغ:-

- فصك تبليغ الورقة القضائية يتضمن بيانات يدونها المحضر على الصك على لسان أشخاص وليس بناء على معرفته الشخصية (مثلاً سكتني الأهل مع بعضهم، كون من جرى إليه التبليغ قريب للمطلوب تبليغه، كون الذي تبلغت زوجة المطلوب تبليغه).
هذه البيانات لا يجوز إثبات عكسها بالبينة الشخصية.

- وصك تبليغ الورقة القضائية يتضمن بيانات يقوم المحضر بتدوينها بناء على علمه الشخصي (مثلاً توقيع المطلوب تبليغه، أو توقيع أحد أفراد عائلته، تاريخ التبليغ).
هذه البيانات لا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير.

من هذا كله يتضح أن صك تبليغ الورقة القضائية "ذو طبيعة مختلطة" وهذا ما يستفاد من قرارات محكمة التمييز والتي أوضحت أيضاً الآثار المترتبة على اعتبار صك تبليغ الورقة القضائية ذو طبيعة مختلطة.

جاء في القرار رقم ٦٢٢٢ ص ٩٧٧ سنة ١٩٦٨ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

"أن للمحضر مهمة في معرفة الواقع التي يدونها في ورقة التبليغ، منها وقائع يدونها على لسان الآخرين وليس بناء على معرفته الشخصية كسكنى الأهل مع بعضهم أو كون من جرى آلية التبليغ قريب أو غير قريب للمطلوب تبليغه، وهذه الواقع تتقبل إثبات عكسها بالبينة الشخصية، أما الواقع التي يقوم بتدوينها المحضر بناء على علمه الشخصي كالقول بتوقيع صاحب العلاقة أو تاريخ توقيع التبليغ فهذه الأمور لا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير.
وإذا كان مبني الطعن بالتبليغ يقوم على أن الشخص الذي جرى التبليغ إليه يقيم مع الطاعن المطلوب تبليغه فيجوز سماع البينة الشخصية على هذه الواقعة".

وجاء في القرار رقم ٨٥٠٢ ص ١٥٦٣ سنة ١٩٩٠ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

"يجوز تقديم البينة لإثبات عدم قانونية التبليغ بكلفة طرق الإثبات إذا انصب الطعن على هوية من تبلغ، ولا يرد القول بأن المحضر قد شرح على صك التبليغ بأن المبلغ هو مدير الشركة طالما ورد طعن بأن المبلغ لم يكن شريكاً أو مديرًا أو مفوضاً بالتوقيع عن الشركة، وذلك لأن المادة ٢٣ من قانون الأصول الحقوقية تنص على وجوب اعتبار تبليغ الشركة تبليغاً صحيحاً إذا بلغ أحد

الشركاء فيها أو مدیرها، والطعن لم ينصب على عدم قانونية التبليغ المبلغ للمدیر أو الشريك بل انصب على هوية من تبلغ وهذه واقعة مادية تقبل النفي والإثبات بكافة الطرق دون المساس بإلزامية القانون“.

وجاء في القرار التمييزي رقم ٨٧/١٧٧ ص ١٩٩٠ سنة ١٩٨٥ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-
 ”أن صك تبليغ الحكم الصلاحي هو من الأوراق القضائية التي تصدرها المحكمة للتبلیغ وينظمها محضر المحکمة بحکم الوظيفة عملاً بالملادة ٢٠ من قانون أصول المحاكمات الحقوقي فهو سند رسمي بما تضمنه من وقائع التبليغ والتاريخ ويعمل به ما لم يثبت تزويره عملاً بالملادة ١/٦ من قانون البيانات، وبما أن التزوير في سند رسمي جريمة جنائية تلاحق من قبل النيابة العامة وتثبت بحکم جزائي صادر عن المرجع المختص، وعلى ذلك فإن الاحتجاج بتزوير تاريخ التبليغ كسبب من أسباب الطعن هو ادعاء مجرد عن أي دليل إذا لم يثبت صدور الحكم الجزائي أو إقامة دعوى الحق العام في هذه الجريمة أو تحريكها أو مباشرة التحقيق فيها“.

وجاء في القرار التمييزي رقم ٩١/١٣١ ص ١٠٧٦ سنة ١٩٩٢ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-
 ”يجوز تقديم البينة لإثبات عدم قانونية التبليغ بكافة طرق الإثبات إذا نصت على هوية من تبلغ عليه فيكون قرار محكمة الاستئناف القاضي برفض طلب المستأنف السماح له بتقديم البينة على أن ابنته التي تبلغت متزوجة وتسكن في بيت آخر تصادف وجودها في بيت أبيها للزيارة بحجة أن التبليغ الذي أجراه الخضر أصولي ويتفق مع أحكام القانون ولا يجوز الطعن بالصلك إلا بالتزوير مخالف للقانون لأن ما ورد في علم وخبر التبليغ ليس من الأفعال المادية التي قام بها الموظف العام في حدود اختصاصه وإنما هو قول ورد على لسان ذوي الشأن يتبع إثبات خلافه بالبينة القانونية“.

وجاء في القرار التمييزي رقم ٩١/١٣١٢ ص ١٤٠٦ سنة ١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين ما يلي:
 ”أن ما يرد على لسان ذوي الشأن من بيانات في علم وخبر تبليغ إعلام الحكم الحقوقي من أن الذي تبلغ هو موظف مسؤول لدى المميزين لا يعتبر من الأفعال المادية التي قام بها الخضر في حدود اختصاصه.....الخ“.

وجاء في القرار التمييزي رقم ٩٣/٧٩ ص ١٢٧٨ سنة ١٩٩٤ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-
 ”أن ورقة التبليغ التي ينظمها الخضر وإن كانت من الأسناد الرسمية ويعتبر ما جاء فيها صحيحاً إلا أنه من الجائز قانوناً إثبات عكس ما جاء فيها عملاً بالفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون البيانات، وعليه فإن عدم استجابة المحكمة للمستأنف الذي طعن بصحة تبليغه الحكم المستأنف على اعتبار أن الشخص الذي جرى التبليغ بواسطته ليس موظفاً لديه وطلب السماح له بتقديم البينة حول هذا الدفع فإن عدم الاستجابة لطلبه وعدم معالجته مخالف للقانون“.
 وعليه وعلى ضوء ما تقدم لا يجوز القول أن صك تبليغ الورقة القضائية هو ورقة عرفية فقط أو من الأسناد الرسمية فقط لأن هذا الصك هو ذو طبيعة مختلطة.

تنظيم السندي الرسمي وحججته في الإثبات

الخامي عبدالله مصلح - رام الله

تمهيد وتقسيم

عرف قانون البيانات الفلسطينية السنديات الرسمية في المادة ٩ بأنها «التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية...» وتنص المادة ٣٤ من القانون المدني الجزائري على أن «الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام ، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه».

وعرفت المادة ٢١ من قانون الإثبات المدني العراقي، الورقة الرسمية بأنها «السندي الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يده أو ما أدل به ذوي الشأن في حضوره».

ويستفاد من نصوص التشريعات العربية انفة الذكر أن الشروط الواجب توافرها ليكون السندي الرسمي صحيحاً هي:

١. أن يقوم بكتابة السندي الرسمي موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

٢. أن يكون هذا الشخص أو الموظف مختصاً من حيث الموضوع، ومن حيث المكان.

٣. أن يراعي في عمله الأوضاع القانونية التي قررها القانون.

وهذه الشروط الواجب توافرها سواءً قام الكاتب العدل بتنظيم السندي بنفسه أو قام الأطراف بتنظيم السندي الرسمي وكان دور الكاتب العدل التصديق على التوقيع، فإذا لم تتوافر الشروط انفة الذكر أو تختلف بعضها هناك جزاء للإخلال بهذه الشروط.

من هنا سنقوم ببحث الشروط الواجب توافرها في تنظيم السندي الرسمي في البحث الأول وستنطرب إلى اختصاص الكاتب العدل.

أما في البحث الثاني فسنبحث في حجية السنديات الرسمية الأصلية والمصورة.

المبحث الأول

تنظيم السندي الرسمي و اختصاص الكاتب العدل

سنقوم في هذا المبحث بدراسة هذه الشروط وجزاء الإخلال بها من خلال ثلات فروع وهي كالتالي:

الفرع الأول: تنظيم السندي من قبل الكاتب العدل.

الفرع الثاني: تنظيم السندي من قبل الأطراف وتصديقه من الكاتب العدل.
«وسبنح من خلال هذين الفرعين في الشروط الواجب توافرها لصحة السندي و اختصاص الكاتب العدل بها».

الفرع الثالث: جزاء تخلف شروط السندي أو بعضها.

الفرع الأول

تنظيم السندي من الكاتب العدل

الشروط الواجب توافرها بالسندي الرسمي هي:

الشرط الأول:

صدر السندي الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ويقصد بالموظفي العام هو «كل شخص عيشه الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء آجرته على هذا العمل كالوثق أو لم تؤجره كالعملة»^١.

من هذا يتبيّن لنا أن الكاتب العدل هو موظف عام مأجور ويتناقضى راتبه من الدولة، فهو موثق للورقة الرسمية وله اختصاصه الذي يختلف عن اختصاص غيره من الموظفين العموميين. فالقاضي يعتبر موظف عام بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها. وأيضاً كاتب الجلسات يعتبر موظفاً عاماً بالنسبة لخاضر الجلسات، والمأذون يعتبر موظفاً عاماً بالنسبة لعقود الزواج والطلاق وغيرها.

وهنا يهمّنا في هذا الصدد فئة خاصة من الموظفين العموميين وهم الكاتب العدل. فقد عرفت المادة ٢ من قانون الكاتب العدل الأردني رقم ١١ لسنة ١٩٥٢ الكاتب العدل بأنه «هو الكاتب العدل العمومي المكلف بإجراء المعاملات المنصوص عليها في هذا القانون أو أي قانون آخر».

الشرط الثاني:

أن يكون الموظف مختصاً بتنظيم السندي الرسمي من حيث الموضع ومن حيث المكان، أما عن اختصاص كاتب العدل من حيث الموضع فتنص المادة السادسة من قانون الكاتب العدل على «يدخل في اختصاص الكاتب العدل ما يلي:

١. أن ينظم بذاته جميع العقود لمصلحة الأفراد والأشخاص المعنوين وان يوثق هذه العقود

بحتمه الرسي لي تكون لها صبغة رسمية فيحفظ الأصل عنده ويسلم نسخاً منها للمتعاقدين»
فالقصد هنا باختصاص الكاتب العدل الاختصاص الموضوعي أو النوعي، وستحدث أيضاً في
فقرة ثانية عن اختصاص الكاتب العدل المكاني كالتالي:

أولاً: الاختصاص الموضوعي:

يجب أن يقوم الكاتب العدل بتحرير السند بذاته فلا يجوز لغيره أن يقوم بتنظيم السند حتى لو
كان هذا الشخص موظفاً عمومياً آخر كالقاضي أو كاتب الجلسة أو المأذون، فالقاضي مثلاً مختصاً
بتحرير الحكم وكاتب الجلسة مختص بتحرير محضر الجلسات، والكاتب العدل مختص بتنظيم أو
تصديق معظم العقود التي تتعقد بين الأفراد كالعقود والسنادات التي تتعلق بالتصرف بالأموال
المتقدمة والصكوك والوكالات والكفارات والصلح والإبراء والتحكيم والمزارعة والمساقاة، وأيضاً
تنظيم عقود الشركات وأوراق التتبية والإخطار والتبلیغ وغيرها من عقود وصكوك مذكورة بالملادة
٢٥ من قانون الكاتب العدل.

من هنا لا يجوز للكاتب العدل تنظيم سنادات لا تدخل ضمن الاختصاص الذي حدده له القانون
في المادة ٢٥.

ثانياً: الاختصاص المكاني:

تنص المادة ٥ الفقرة ١ من قانون الكاتب العدل على انه «يقوم الكاتب العدل في محل الذي
يختص له في المحكمة التي ينتمي إليها ولا ينتقل لإجراء عمل من مقاضي وظيفته إلى غير محل
المذكور ما لم يأذن له رئيس المحكمة أو قاضي الصلح بأمر خطوي».

يتبيّن لنا من نص المادة أن الاختصاص المكاني هو إنما يقيّد فيه الكاتب العدل وحده، بحيث لا يجوز
له القيام بنشاط خارج دائرة اختصاصه، أما بالنسبة للأطراف الذين يطلبون توثيق ورقة رسمية
فهم غير مقيدين بدائرة اختصاصهم ما لم يرد استثناء خاص ببعض العقود في القانون بوجوب
توثيق ذلك السند في دائرة معينة بالذات حسب مكان عمل أطراف العلاقة أو غير ذلك، أما في
الحالات العادلة فيجوز للشخص المقيم في بيت لحم أن يطلب من الكاتب العدل برام الله أن
يقوم بتنظيم السند.

ولا يجوز للكاتب العدل أن يباشر عمله إلا في محل الذي يختص للمحكمة التابع لها، غير أن
القانون أجاز للكاتب العدل أن ينتقل إلى مكان آخر كذهابه إلى مكان وجود طرف لا تسمح له
حالته الصحية بالذهاب إلى مكان تواجد الكاتب العدل ولكن بشرط أن يأذن له رئيس المحكمة
أو قاضي الصلح خطياً بذلك.

وعلى ذلك يعتبر كل عمل توثيقي يقوم به الكاتب العدل خارج دائرة اختصاصه الإقليمي يعتبر
عملاً غير صحيح، وهنا يدور السؤال: إذا قام الكاتب العدل بتنظيم سند خارج المكان المخصص
له بالمحكمة بدون إذن خطياً من رئيس المحكمة أو القاضي المختص فالورقة المنظمة هل هي ورقة
رسمية أم لا؟.

بالإمكان هنا اعتبار تلك الورقة بمثابة المحرر العرفي إذا توافرت بعض الشروط، فهنا إذا قام
الكاتب العدل بتنظيم السنّد خارج دائرة اختصاصه، فإنه يفقد صفتة ككاتب عدل ويعتبر
شخص عادي، والسنّد الذي قام بتنظيمه يعتبر سنّد عادي إذا توافرت فيه شروط السنّد العادي

* سلطة الكاتب العدل القانونية

يجب لصحة الورقة الرسمية أن تصدر من موظف عمومي صاحب صلاحية وولاية قائمة وقت تحريرها، فالمادة ١٠ من قانون الإثبات المصري تقول في متن نصها ”..... وذلك طبقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه“.

إذا ما هي حدود سلطة الموظف العام؟

يقرر الفقه أن المقصود بحدود سلطة الموظف العام (بما فيهم الكاتب العدل) أو الشخص المكلف بخدمة عامة أمران:

أولاً: ولاية الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة من حيث قيامها.

ثانياً: أهلية الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة من حيث عدم قيام مانع شخصي به يجعله غير صالح لتوثيق ورقة بالذات.

إذا لبحث عن شروط الكاتب العدل هذه بشكل أوسع قليلاً كالتالي:

أولاً: الولاية

يجب أن تكون ولاية الكاتب العدل قائمة وقت تحرير السندي، معنى أن يكون أمر تكليفه بالقيام بمهام وظيفته قد صدر وما زال قائماً، وهذا يقتضي ألا يقوم الكاتب العدل بتحرير السندي قبل ثبوت ولايته أو بعد زوالها عنه لأي سبب من الأسباب، كعزله أو نقله أو وقفه عن عمله أو إحلال كاتب عدل آخر، فإذا قام بتحرير المحرر قبل ثبوت ولايته أو بعد زوالها عنه، فإن المحرر عندئذ يكون باطلًا لافتقاده شرطاً من شروط صحته. ولكن يشترط لذلك أن يكون الكاتب العدل يعلم بعدم ابتداء ولايته بعد أو بزوالها عنه، او ان يكون ذوو الشأن يعلمون بذلك. أما إذا كان حسن النية فإن المحرر يكون صحيحاً حماية للوضع الظاهر المستند إلى حسن النية، على اعتبار أن الموظف في هذه الحالة يعتبر موظفاً فعلياً بحكم الواقع.

ثانياً: الأهلية.

يجب إلا يقوم على الكاتب العدل مانع يجعله غير صالح لتحرير محرر معين بالذات، كأن يكون قد قام بشأنه مثلاً سبب يرجع معه عدم استطاعته تحرير هذا المحرر بغير تحيز، كأن يكون له فيه مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيه صلة معينة من قرابة أو مصاهرة، فمثلاً ينبع على الموثق أن يحرر الأوراق التي يكون هو طرفاً أو كفيلاً فيها أو إذا كان أحد ذوي الشأن أو الشهود من أصوله أو فروعه.

وبذلك تنص المادة ٨ من قانون الكاتب العدل على ما يلي «يجوز على الكاتب العدل تنظيم وتصديق أي عقد فيه منفعة شخصية له أو لأي واحد من أصوله أو فروعه وزوجته، كما يحظر عليه قبول أي واحد من المذكورين كمعرف أو شاهد أو خبير أو كفيل».

الشرط الثالث:

أن تتم كتابة المحرر طبقاً للأوضاع المقررة له في القانون. يقرر القانون لكل نوع من أنواع المحررات الرسمية أوضاعاً يتعين على الكاتب العدل مراعاتها عند تحريره للسندي الرسمي حتى يكتسب السندي الصفة الرسمية ولا يمكن هنا حصر مختلف هذه الأوضاع ولكن فقط ستنطرق في هذا الشرط إلى الإشارة لأهم الأوضاع التي قررها قانون الكاتب العدل رقم ١١ لسنة ١٩٥٢.

وتتلخص في وجوب أن يكون السندي مكتوباً باللغة العربية فإذا كان غير عربي فيجب أن يترجم

إلى العربية مع ضرورة وجود إمضاء المترجم المرخص للترجمة وذلك حسب ما ذكر في متن المادة ٢٢ من نفس القانون «جميع الأوراق التي ينظمها الكاتب العدل يجب أن تكتب باللغة العربية أما الأوراق التي كتبت بغير العربية فليس له أن يصدق عليها ما لم تترجم إلى العربية وتسجل وتحفظ».

ويجب أن تكون بخط واضح دون إضافة أو تحشى أو كشط كما نصت المادة ١١ من القانون «يجب أن تكون الصكوك والسنادات التي تقدم إلى الكاتب العدل للتصديق عليها مكتوبة بخط واضح وإن لا يكون في متنها حشو وفواصل...».

ويجب أن تشتمل على ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق ووجوب أن يشتمل المحرر على اسم الكاتب العدل وأسماء الشهود وأسماء أصحاب الشأن وآبائهم وأجدادهم لإبائهم وصناعتهم ومحل اقاماتهم وتوقيع الشهود على المحرر مع ذوي الشأن.

يجب على الكاتب العدل تلاوة الصيغة الكاملة للمحرر ومرافقاته على ذوي الشأن قبل توقيعهم وإن بين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم وهذا ما ورد في المادة ١٣ من القانون التي تنص على «يجب على الكاتب العدل أن يقرأ العقود التي ينظمها بنفسه على ذوي العلاقة وأمام شاهدين على الأقل ويشير في عبارة التصديق إلى أن القراءة وقعت بالفعل».

الفرع الثاني

تنظيم السند من قبل الأفراد وتصديقه من الكاتب العدل

تنظيم السند الرسمي من اختصاص الكاتب العدل، وبهذه الحالة فإن السند قد أخذ طابع الرسمية في متنه وفي بياناته وأيضاً في توقيع الأفراد وتاريخ إنشاء السند.

ويجوز للأفراد أن يقوموا بتنظيم السند، ويكون دور كاتب العدل هنا هو التصديق على التوقيع والتاريخ، فتكون الرسمية هنا بالنسبة لتوقيع الأطراف وتاريخ السند، وبذلك نصت الفقرة ٢ من المادة ٦ من قانون الكاتب العدل على أنه يدخل في اختصاص الكاتب العدل «أن يسجل العقود التي ظهر لها من لهم علاقة بها، وإن يصدق تواريخها والتواقيع التي عليها، ويحفظها عنده ويسلم نسخاً منها لذوي العلاقة بها عند طلبهم».

والسند الذي ينظمه الأفراد ويصادق على تاريخه والتواقيع الكاتب العدل هو نوع من أنواع الاستناد الرسمية، وتنطبق عليه شروط السند الرسمي التي قمنا ببحثها في الفرع الأول من هذا المبحث، ولكن في هذا النوع من السنادات الرسمية فإنه يوجد هناك دور استشاري للكاتب العدل بالتجاه الأفراد، فالرجوع إلى الشرط الثالث من شروط السند الرسمي وهو مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً، فهنا يتوجب على الكاتب العدل أن يتتأكد من صحة السند المنظم من الأطراف من حيث الشكل فيجب أن يكون الكاتب العدل قد ثبت من هوية الطرفين وأهليةهما للتعاقد، ويتأكد من صحة رضاهما فقد نصت المادة ٢ من القانون على «يجب على الكاتب العدل أن يتثبت من هوية الطرفين وأهليةهما للتعاقد بمقتضى أحكام القوانين العامة وإن يتتأكد من صحة رضاهما وإن يذكر بوضوح، اسم وشهرة محل إقامة كل واحد من أصحاب العلاقة...».

فلذلك إذا قام الكاتب العدل بالتأكد من الأهلية والتأكد من رضا الأطراف وشعر الكاتب العدل أن هناك عيب في الرضا فيجب عليه أن يكتنف عن تصديق هذا المحرر، أو إذا شعر أو اشتبه من محتويات السندي ومن الظروف المتعلقة به أنه قد صد بذلك السندي الاحتياط، فهنا يتوجب عليه أن يرفض التصديق على السندي وأن يحوله إلى رئيس الحكمة وبذلك نصت المادة ١٠ من القانون على «إذا طلب إلى الكاتب العدل أن ينظم سندياً أو يصدق عليه واستبه من محتوياته أو من الظروف المتعلقة به انه قد صد به الاحتياط، فعليه أن يرفض تنظيمه أو التصديق عليه...».

وبعد البيان في الشرط الثالث السابق الذكر وفي باقي الشروط فإنه من السهل التمييز بين الورقة الرسمية الكاملة وبين غيرها من السنديات المشابهة أو السنديات التي تعتبر نوع من أنواع السنديات المشابهة أو السنديات التي تعتبر نوع من أنواع السنديات الرسمية، فمن هذه السنديات المصدقة من قبل الكاتب العدل على التوقيع والتاريخ.

أولاً: السندي الرسمي المنظم من الكاتب العدل والسندي الرسمي المصدق على توقيعه من قبل الكاتب العدل:

يختلف السندي الرسمي عن السندي المصدق على توقيع أطرافه، فهذا الأخير ما هو إلا ورقة عرفية قام بتحريرها ذوي الشأن أنفسهم ثم جاؤ بعد ذلك إلى الكاتب العدل للتصديق على توقيعها، ويتم هذا التصديق بأن يوقع ذوي الشأن على الورقة أمام الكاتب العدل ثم يقوم هذا الأخير بكتابته محضر في ذيل الورقة يذكر فيها أسمائهم و محل اقاماتهم وحصول التوقيع منهم أمامه وأسماء الشهود ومهنهم و محل اقاماتهم ويوقع هذا الحضر الشهود والكاتب العدل ويوضع عليه ختمه ورقم إدراجه في الدفتر المعده لذلك ثم تسلم الورقة ذاتها إلى ذوي الشأن ويحتفظ الكاتب العدل بنسخة منها ، لذا فهنا يقتصر دور الكاتب العدل على التصديق على التوقيعات إضافة إلى دوره الاستشاري في السندي.

والتصديق على التوقيع إجراء لا بد منه في بعض السنديات خاصة السنديات التي يلزم شهرها ، وقد يلجأ إليه المتعاقدون في غير ذلك من المحررات لمنع المنازعات في المستقبل على صحة التوقيع. غير أن هذا التصديق أيا كان الغرض منه لا يكسب المحرر الصفة الرسمية، بل أن شهر هذا المحرر بعد التصديق على التوقيع لا يكتسب الرسمية، ولا يسمح بتذليلها بالصيغة التنفيذية التي يصح تذليل المحرر الرسمي بها ولا يجعل لها قوّة في الإثبات أكثر من أي ورقة عرفية إلا فيما يتعلق بمحضر التصديق على التوقيع فإنه وحده يعتبر كتابة رسمية ولا يطعن فيه إلا بالتزوير ، وفي ذلك تنص المادة ٩ من قانون البيانات الفلسطيني في متنها «... أما السنديات التي ينظمها أصحابها وبصدقها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تصدقها طبقاً للقانون فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوفيق فقط».

ثانياً: السندي الرسمي المنظم من الكاتب العدل والسندي الرسمي المصدق على تاريخه من قبل الكاتب العدل:

يختلف أيضاً السندي الرسمي عند إثبات التاريخ، وفيه يتولى ذوي الشأن تحرير السندي بأنفسهم ثم يتقدموه به إلى الكاتب العدل لإثبات تاريخه فقط، ويتم هذا بكتابته محضر يثبت فيه تاريخ تقديميه ورقم إدراجه في الدفتر المعده لذلك وينتظم بخاتم الكاتب العدل ويوقعه، ويعبر عن هذا الإجراء عادة في العمل باصطلاح التسجيل التاريخي.

الفرع الثالث

جزاء تخلف شروط النص أو بعضها

تنص المادة ١٠ من قانون البيانات الفلسطيني على "إذا لم تستوف هذه السنادات الشروط الواردة في المادة ٩ من هذا القانون، فلا يكون لها إلا قيمة السنادات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعنها بإمضاءاتهم أو باحتتمامهم أو ببصماتهم" وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢١ من قانون الإثبات العراقي على "إذا لم تستوف السنادات الشروط التي استلزمتها الفقرة السابقة فلا تكون لها إلا حجية السنادات العاديّة في الإثبات، إذا كان ذوو الشأن قد وقعنها بإمضاءاتهم أو ببصمات إباهامهم".

يتضح لنا من هذين النصين أنه إذا وقع إخلال بأحد الشروط المتقدمة أو بعضها، لم تعد الورقة رسمية وارتفاعت عنها الحجية التي كان يجب أن تعطى لها، وبذلك تصيب الورقة الرسمية باطلة.

فإذا لم يصدر السند من موظف عام مثلاً، أو صدر من موظف مكلف بخدمة عامة، ولكنه غير ختص، أو أنه لم يراع الأوضاع المقررة قانونياً، كان السند باطلًا باعتباره ورقة رسمية. وتحذر الإشارة إلى أن الأوضاع الجوهرية التي تتعلق مثلاً بتاريخ السند وصفات وأسماء أصحاب الشأن والشهود وتواقعهم إذا تخلفت يتربّ عليها بطalan السند، أما الأوضاع غير الجوهرية كدفع الرسم أو ترقيم صفحات السند فإن تخلفها لا يفقد السند صفتة الرسمية.

غير أنه إذا كانت الورقة باطلة للأسباب المتقدمة فلا يستلزم ذلك أن يكون الاتفاق ذاته باطلًا، إذ بالإمكان إثباته بوسائل الإثبات الأخرى التي يميزها القانون، ولكن هل تتحوّل الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية صالحة؟

بالإضافة إلى المادة ١٠ من قانون البيانات، فإن المادة ٣٩٠ من القانون المدني المصري تنص على «إذا لم تكتسب هذه الورقة صفة الرسمية، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوا بها بإمضاءاتهم أو باحتتمامهم أو ببصمات أصحابهم». وقد ألغى المشرع الجزائري هذه الفقرة، ولكن هذا الحكم بدبيهي وهو تطبيق سليم للقواعد العامة فقد جاء في المادة ١٠٥ من القانون المدني الجزائري على "إذا كان العقد باطلًا أو قابلاً للإبطال، وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تصرف إلى إبرام هذا العقد".

ويتبين لنا من النصوص الواردة أن بطalan السند لا يجرّه من كل قيمة، بل يعد سنداً عادياً بشرط أن يكون موقعاً عليه من أصحاب الشأن وإن لا يكون قد فقد ركتاً من أركانه، هذا ما لم تكن صفتة الرسمية متطلبة لانعقاد التصرف القانوني، فإذا كانت الصفة الرسمية متطلبة قانوناً أو اتفاقاً - كالهبة أو الرهن التأميني - لانعقاد التصرف نفسه، فإن تخلف الصفة الرسمية يجرّد السند من كل قيمة.

المبحث الثاني

حجية السنّدات الرسمية في الإثبات

إن السنّدات الرسمية متى توافرت بها الشروط المطلوبة بحيث يكون مظهرها الخارجي يدل وينطق برسالتها، قامت بهذه السنّدات قرينة سلامتها المادية وبصدورها من الموظف العام المختص وبالتالي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

أما إذا كان المظاهر الخارجي يدل في ذاته على إمضاء به تزويراً واضحاً لوجود كشط أو نوع من أنواع التحشير جاز للقاضي أن يرده لتخلف شرط من شروطه باعتباره مزوراً وباطلاً. وبالتالي فإن السنّدات الرسمية سواء كانت أصلية أو في صورة فإن لها حجة في الإثبات وسنقسم هذا المبحث إلى فرعين، هما:

الفرع الأول حجية السنّدات الأصلية.

الفرع الثاني حجية السنّدات المضورة.

الفرع الأول

حجية السنّدات الأصلية

سنبحث هنا في حجية الورقة الرسمية من حيث المصدر، وحجية الورقة الرسمية من حيث البيانات المدونة بها.

أولاً: حجية الورقة الرسمية من حيث المصدر:

الورقة الرسمية حجة في ذاتها بتصورها من الأشخاص المنسوب إليهم توقيعها بغض النظر عما إذا كان صلب الورقة محراً بخطهم أو بخط غيرهم، سواء في ذلك الكاتب العدل الذي قام بتحrirها وذوو الشأن الذين حضروا تحريرها ووقعوها، أي أنها تكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها دون حاجة إلى الإقرار بها وذلك خلافاً للورقة العرفية إذ هي لا تكون قبل الإقرار بها حجة بما دون فيها).

والورقة الرسمية حجة كذلك بسلامتها المادية أي بعدم حصول تغيير في محتوياتها التي دونت فيها وقت إنشائها.

ولا يشترط في ذلك إلا أن يكون مظهرها الخارجي غير باعث على الارتياب في مصدرها وفي سلامتها. فإذا وجد في الورقة كشط أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية، كان للمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك من إسقاط قيمة الورقة في الإثبات أو إنقاذه. وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعى الموظف الذي صدرت عنه ليبيدي ما يوضح حقيقة. وتعتبر هذه الحجية بمثابة قرينة قانونية تعنى من يتمسك بورقة رسمية لا يبعث مظهرها الخارجي على الشك في سلامتها من إقامة الدليل على صحة توقيع الكاتب العدل المنسوبة إليه الورقة وصحة توقيعها من ذوي الشأن فيها وخلوها من التغيرات اللاحقة

لإنشائها. غير أن هذه القرينة ليست قاطعة وإنما يجوز إثبات عكسها بطريق الطعن بالتزوير. فيجب على من يدعي عدم صدور الورقة من الكاتب العدل أو تزوير توقيع ذوي الشأن، فيها أو حصول تغيير في محتوياتها أن يقيم الدليل على ذلك باتخاذ الإجراءات التي رسمها القانون للطعن بالتزوير.

أما إذا كان مظهر الورقة الخارجي يبعث على الارتياح في سلامتها جاز للمحكمة أن تحكم بسقوط الرسمية عنها دون حاجة للأطراف سلوك سبيل الطعن بالتزوير.

ثانياً: حجية الورقة الرسمية من حيث البيانات المدونة بها:

نص المشرع في المادة ١١ من قانون البيانات الفلسطينى على أن "السنادات الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محيرها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً".

فهل بذلك على أنه يعبر حجية الورقة الرسمية بحقيقة ما دون بها حجية قابلة لإثبات العكس بطريق واحد هو طريق الطعن بالتزوير.

ولكن أيستفاد من ذلك أن كل ما دون في الورقة الرسمية يعتبر حجة لا يقبل ادحاضها إلا بهذا الطريق؟

التفرقة بين نوعين من البيانات الواردة بالورقة الرسمية

إن علة تحويل الورقة الرسمية حجية لا تدحض إلا بطريق الطعن بالتزوير هي ما يضعه القانون من ثقة في الموظف العام بصحبة ما يتولى هذا الموظف إثباته في هذه الورقة من البيانات التي تدخل في حدود مهمته بما في ذلك تدوين الإقرارات التي تصدر من ذوي الشأن في حضوره. ولذلك قصر نص المادة ١١ من قانون البيانات هذه الحجية على هذا النوع من البيانات وسكت عمداً، فوجبت التفرقة بين النوعين.

أما النوع الأول وهو الذي لا تدحض حججته إلا بطريق الطعن بالتزوير فيشمل:

(أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور، باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه، ومن قبيل هذه الواقع والأمور: التاريخ وهو يعتبر ثابتاً من يوم تلقى الورقة وقبل قيدها في السجل المعد لذلك. وبيان مكان تلقي الورقة والكتابة وحضور ذوي الشأن والشهود وتوقيعهم والبيانات المتعلقة بإنقاص الإجراءات التي يتطلبها القانون كالتعرف على ذوي الشأن مباشرة أو عن طريق شهود المعرفة.

(ب) ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدرك بالحس عن طريق الاتصال بالسمع أو الواقع تحت البصر كالإقرارات أو وقائع التسليم والتسلم سواء كانت واردة على مبلغ من النقود أو غيره.

ويراعى أن الكاتب العدل يثبت واقعة الإلقاء بهذه الإقرارات دون أن يمس ذلك صحتها، فلو قرر أحد المتعاقدين أنه باع وقرر الآخر أنه أدى الشمن، أثبت الموظف هذين الإقرارين وكان لثباته لهما دليلاً على الإلقاء بهما لا على صحة الواقع التي تنطوي فيهما، وكذلك إذا دفع المشتري الشمن إلى البائع أمام الكاتب العدل وذكر الأخير ذلك في العقد كان ذكره فيه حجة محصر واقعة

تسليم الشمن وتسليم بحضور الموثق، ما لم يطعن فيه بالتزوير. ولكنه لا يحول دون إثبات صورية هذه الواقعة بالطرق العادي، كأن يثبت البائع أنه كان قد أعطى المشتري النقود التي سلمها إليه هذا الأخير أمام الموثق، أو أنه رد إلى المشتري النقود التي تسلّمها منه أمام الموثق مجرد مغادرتهم مكتب التوثيق، أو أن البيع الجري الذي أجراه المخضر لم يكن جدياً بالرغم من وجود مزايدين وقعوا كشاهد على مخاضر بيع الأشياء المخوّزة عليها.

وفي هذه الحالة يتشرط أن تكون هذه الواقعه والأمور مما أعدت الورقة لإثباته وما يدخل في حدود مهمه الكاتب العدل، ويرجع ذلك إلى إلحاقيه صفة الرسميه للبيانات المدونة بالحرر ويكون مقصوراً على الحدود التي رسمها القانون.

ولا تثبت الحجية لما يثبتته الموظف العام في الورقة التي يحررها من تقدير شخصي لواقعه أو رأي، إلا فيما يتعلق بصدوره من ذلك الموظف.

ويعتبر ثبوت هذه الحجية الكاملة للبيانات المدونة بالحرر أي التي لا تقبل النقض إلا بطريق الطعن بالتزوير متعلقاً بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إثبات عدم صحة هذه البيانات بالطرق العادي. فلا يجوز لمدعى التزوير أن يطلب استجواب المتهم بالحرر المطعون فيه، ولا أن يوجه إليه اليمين الحاسمة في شأن صحة ذلك الحرر أو عدمها، ولا أن يطلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات عكس ما تضمنه الحرر الرسمي بغير أن يسلك طريق الطعن بالتزوير، ولو وجد اتفاق مسبق بينه وبين خصميه على جواز ذلك.

وبالنسبة إلى النوع الثاني الذي يشمل مضمون البيانات التي أدلى بها ذوو الشأن إلى الموظف العام، فقام بتدوينها تحت مسؤوليتهم بناء على ما سمعه منهم دون أن يكون له تحري صحتها، كإقرار البائع بأنه سبق أن قبض الشمن، وإقرار المشتري بأنه عاين المبيع ووضع يده عليه الخ.

وحكم هذه البيانات فيما يتعلق بصحة مضمونها - لا فيما يتعلق بواقعه تقريرها - لا يختلف عن حكم البيانات الواردة في ورقة عرفية.

وبالنسبة للأوراق الرسمية الأخرى غير العقود الموثقة فلا تعتبر البيانات المدونة بها على لسان ذوي الشأن حجة بذاتها، ولكن يجوز اتخاذها قرينة على صحة ما تضمنه.

الفرع الثاني

حجية السنّدات الرسمية المصورة

حجية الحرارات الرسمية فيما يتعلق بالصور

يأخذ ذوي الشأن صور من الحرر الرسمي، أما أصل الحرر فيبقى محفوظاً في مكاتب التوثيق، والفارق بين أصل الحرر وصورته هو أن الأصل يحمل التوقيعات. فجميع من وقعوا على الحرر الرسمي وقعوا على الأصل. ومن جهة أخرى فإن الأصل هو الحرر الذي صدر من الموثق أما الصورة فلا تتحمل توقيعات، كما أنها لم تصدر من الموثق، بل هي منقوله عن الأصل بواسطة موظف عام مختص، وهذا ما يعطيها صفة الرسمية.

ويسوى القانون في الحكم بين الصور الشمسية والصور الخطية طالما كانت هذه الصور صوراً رسمية. وحجية الصورة أقل من حجية الأصل. ولبيان ذلك نفرق بين حالتين: حالة ما إذا كان الأصل موجوداً، وحالة ما إذا كان الأصل غير موجود.^٨

وجود أصل المحرر الرسمي

تنص المادة ١٢ من قانون البيانات الفلسطيني على:

١. إذا كان أصل السند الرسمي موجود، فإن صورته خطية كانت أو فوتستانية تكون لها قوة السند الرسمية.
٢. تعتبر الصورة مطابق للأصل ما لم ينزع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.

يندر أن ينعدم الأصل الذي يبقى محفوظاً في مكتب التوثيق، ولا يفقد إلا لأسباب قهريّة أو طارئة كالحرق أو السرقة، فإذا وجد الأصل وكانت هناك صورة رسمية مأخوذة عن الأصل - سواء كانت هذه الصورة خطية أم فوتوغرافية - اعتبرت هذه الصورة مطابقة للأصل.
وإذا نازع أحد الطرفين في هذه الصورة تعين على المحكمة أن تراجع الصورة على الأصل لكي تتحقق من مطابقتها له.

وتكون حجية الصورة الرسمية للمحرر الرسمي بالقدر الذي تكون فيه الصورة مطابقة للأصل.

عدم وجود الأصل:

سبق القول أنه يندر إلا يوجد أصل المحرر الرسمي لحفظه بمكتب التوثيق، ونفرق هذا الفرض بين الحالات الآتية:

أ- **الصورة الرسمية الأصلية:** هذه الصورة تؤخذ من الأصل مباشرة، سواء كانت هذه الصورة تنفيذية وهي التي تنقل من الأصل مباشرة وتوضح عليها الصيغة التنفيذية، أو كانت غير تنفيذية مثل الصورة الأصلية الأولى وهي تنقل من الأصل مباشرة لكن بعد التوثيق بملة وتعطى لذوي الشأن، وقد تعطى للغير بعد إذن للقضاء. والصورة التي تحرر بحضور القاضي المتذهب عندما يصدر قرار من المحكمة يضم الأصل إلى ملف الدعوى لمشاهدة الصورة الأصلية به عند النزاع فيها. كمارأينا في الحالة الأولى إذا كان أصل الورقة موجوداً. وفي هذه الحالات تعتبر الصورة صورة أصلية لأنها مأخوذة من الأصل مباشرة.

ويكون للصورة في كل الحالات السابقة حجية الأصل طالما كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها (المادة ١٣ من قانون البيانات الفلسطيني) وحجية الصورة في هذه الحالة مستمدّة من ذاتها لأن الأصل غير موجود.

ب- **الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية:** والصور في هذه الحالة ليست مأخوذة عن الأصل مباشرة. ويكون لها نفس الحجية التي للصور المأخوذة عنه. ولكن هذا يستلزم بقاء الصور الأصلية حتى يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد الطرفين ذلك (المادة ٢/٣ من قانون البيانات الفلسطيني) وحجية الصور في هذه الحالة ليست مستمدّة من ذاتها، بل مستمدّة من الصور

الأصلية. فإذا لم توجد مطابقة للصور استبعدت وبقيت الصور الأصلية. ولا يكون للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية حجية عند المنازعة فيها إذا ما فقدت الصورة الأصلية، ولا يعتد بها إلا بخدر الاستئناس.

جـ- الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصور الأصلية: الصورة في هذه الحالة ليست مأخوذة من الصور الأصلية، ولكنها مأخوذة من صور عنها، والقاعدة في هذا الشأن انه يعتد بها مجرد الاستئناس تبعاً للظروف (ماد ٣/٣ من قانون البيانات الفلسطيني) فللقاضي أن يعتد بها حسب ظروف كل دعوى، لكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب، أي أنها لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ذلك أن المسافة بين هذه الصور والصورة الأصلية تتعدد حلقاتها.

في الختام فإنني أرى أن هنالك شروط للسند الرسمي يجب إلا تخالف، فإذا تمت مخالفتها فإن السند يعتبر سند عرفي ويتجبر من صفتة الرسمية. والسند الرسمي المنظم من قبل الكاتب العدل لا يطعن به إلا بالتزوير، إلا السند المنظم من قبل الأطراف والمصدق عليه من الكاتب العدل فإنه يجوز الطعن بمحتواه لكن لا يجوز الطعن بالتوقيع أو التاريخ المدون فيه إلا بالتزوير، ذلك لأنه يعتبر سند رسمي بالنسبة للتوقيع والتاريخ، ومن هنا فالكاتب العدل لا يتدخل بالسند المنظم من قبل الأطراف، إلا إذا شك بوجود احتيال أو عيب بالرضا أو الأهلية.

المواهش

١. د.عبد الرزاق السنهاوري - الوسيط ج ٢ ص ١١٥.
٢. د.عبدالعزيز المرسي - مبادئ الإثبات ص ٩١.
٣. د.بيكوش يحيى - أدلة الإثبات - ص ٩٧.
٤. د. عبد العزيز المرسي - المراجع السابق - ص ٩٤.
٥. د. عبد العزيز المرسي - المراجع السابق ص ١٠٣.
- ٦ . عباس العبوبي - شرح أحكام قانون الإثبات المدني - ص ١٢٧.
٧. د. عادل حسن على - الإثبات في المواد المدنية - ص ٦٦.
٨. د. عادل حسن على - المراجع السابق - ص ٧٦.
٩. د. عادل حسن على - المراجع السابق - ص ٧٢.

أحكام صادرة
عن محكمة العدل العليا
والتعليق عليها



الحكم رقم ٢٠٠٥/١٨٢
«اختصاص»

تعليق المحامي أيمان الضابوس - غزة
تعليق المحامي فهد أبو العشم - الأردن
تعليق الدكتورة سعاد الشرقاوي - مصر

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

محكمة العدل العليا

السلطة القضائية

٢٠٠٥/١٨٢: رقم الدعوى

محكمة العدل العليا

٣٥٣ رقم القرار:

التاريخ : ٢٠٠٧/٦/٤

القرار

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

الهيئة الحاكمة : برئاسة
عضوية السيدين القاضي

المستدل به

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المستدعي ضدها : -

- ١) وزير الصحة بالإضافة لوظيفته
- ٢) وزير المالية بالإضافة لوظيفته
- ٣) مدير عام الرواتب في وزارة المالية
- ٤) النائب العام بالإضافة لوظيفته

الاجراءات

٢٠٠٥/١٢/٢٨ تقدمت المستدعاة بواسطة وكيلها بهذه الدعوى للطعن في:-

- ١) القرار الضمني برفض اعتماد وترقية المستدعاة إلى درجة مدير دائرة بروتوكول الوزير على التدرج (A-C).
- ٢) القرار الضمني برفض تنفيذ قرار رئيس ديوان الموظفين العام باعتماد مسامها الوظيفي على التدرج (A-C).
- ٣) القرار الضمني برفض الرجوع عن قرار نقل المستدعاة إلى درجة أدنى في دائرتها دون موافقتها.



عدل العليا

رقم الدعوى : ٢٠٠٥/١٨٢



تستد المستدعاة في طعنها على أن القرارات الضمنية بالرفض قرارات منعدمة وهي باطلة بطلاناً مطلقاً وفيها تعسف في استعمال السلطة وسوء في استعمالها وهي واجبة الالغاء. لهذه الأسباب التمس المستدعاة إصدار قرار مؤقت ومذكرة للمستدعاي ضدهم.

بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٨ كرر وكيل المستدعاة لاتحة الدعوى وقدم بيته المبرزات (ع/٤) وشهادة المستدعاة وبعد الاستماع إلى اقوال وكيل المستدعاة في جلسة علنية أصدرت المحكمة قراراً مؤقتاً دعت فيه المستدعاي ضدهم لبيان الأسباب الموجبة للقرارات الضمنية المطعون فيها أو المانعة من الغائبة.

بتاريخ ٢٠٠٦/١٨ تقدم رئيس النيابة العامة بلائحة جنوبية تتضمنه فيما تضمنته أن طلب الجهة المستدعاة واجب الرد لعدم صحة الخصومة ولجهة الفاحشة وإن ما صدر عن الجهة المستدعاي ضدها من قرارات جاءت منتفقة مع أحكام القانون وبعيدة كل البعد عن أي عيب من عيوب القرار الإداري.

بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٢ كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجنوبية. بتاريخ ٢٠٠٦/٦/١٤ طلب رئيس النيابة العامة سؤال وكيل المستدعاة إن كانت المستدعاة تحمل شهادة جامعية أم لا وأجاب وكيل المستدعاة أن المستدعاة تحمل شهادة الكلية المتوسطة وبناءً على ذلك أبدى رئيس النيابة العامة عدم رغبته في تقديم أية بينة ثم ترافع الطرفان.

المحكمة

بالتدقيق في أوراق الدعوى والبيانات المقدمة فيها وفي مرافعات الطرفين يتبين للمحكمة أنه وبناءً على طلب وزير الصحة المستدعاي ضده الأول ومصادقة رئيس ديوان الموظفين العام نقرر ترقية المستدعاة وتعديل وظيفتها لنصبح مديرية دائرة بروتوكول الوزير على التدرج (C-A) بالدرجة C وذلك اعتباراً من ٢٠٠٤/١٢/١ (المبرزين ع ١/٤/٣) وإن وزارة المالية لم تنفذ هذا التعديل مالياً حتى شهر ٢٠٠٦/٣ كما هو ثابت من كتاب وزير الصحة بالوكالة مبرز ع ٧/٧ وإن المستدعاي ضدهما الثاني وزير المالية والمستدعاي ضده الثالث مدير عام الرواتب في وزارة المالية قاماً بتنفيذ قرار الترقية اعتباراً من تاريخ ٢٠٠٦/٤/١ كما جاء في مرافعة وكيل المستدعاة.



عدل العليا

رقم الدعوى : ٢٠٠٥/١٨٢

وبالرجوع إلى لائحة الدعوى تجد المحكمة أن وكيل المستدعية قد حدد تحت عنوان القرار الطعنين ثلاثة قرارات هي:-

١) القرار الضمني برفض اعتماد ترقية المستدعية على التدرج (C-A) اعتباراً من

٢٠٠٤/١٢/١.

٢) القرار الضمني برفض قرار رئيس ديوان الموظفين العام باعتماد مسمى المستدعية الوظيفي على التدرج (C-A) لدى وزارة المالية وتنتزيل واعتماد راتبها بما يتلائم مع الترقية.

٣) القرار الضمني برفض الرجوع عن قرار نقل المستدعية إلى درجة ادنى في دائريتها دون موافقتها وطلبها وذلك لعدم الرد على الاستدعاء المرسل من المستدعية إلى المستدعى ضده الأول بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٦.

وباستعراض القرارات المطعون فيها كما جاءت في لائحة الطعن يتبيّن للمحكمة:-

١) ان المستدعى ضده الرابع - النائب العام - لم يُدعى بأنه أصدر تلك القرارات أو شارك في اصدارها ولذلك فإن مخاصمته في هذه الدعوى تكون في غير محلها.

٢) ان القرارين الاول والثاني المطعون فيما هما في حقيقة الأمر قرار واحد مضمونه عدم تنفيذ واعتماد ترقية المستدعية التي جاءت بناء على طلب المستدعى ضده الأول ومصادقة ديوان الموظفين العام كما أسلفنا من قبل وزارة المالية لذلك فإن مخاصمة المستدعى ضده الأول في هذا الموضوع تكون في غير محلها خاصة وأن المستدعى ضده الأول قد خاطب وزارة المالية بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٥ يستفسر منها عن سبب عدم تنفيذ قرار الترقية.

٣) ان القرار الثالث المطعون فيه وموضوعه رفض الرجوع عن قرار نقل المستدعية إلى درجة أدتها متعلق بالمستدعى ضده الأول ولا علاقة للمستدعى ضدهما الثاني وزير المالية والثالث مدير عام الرواتب في وزارة المالية بنقل المستدعى أو رفض الرجوع عن قرار نقلها ولذلك فإن مخاصمتهم في هذا المجال يكون في غير محله.

أما من حيث الموضوع تجد المحكمة أن المستدعى ضدهما الثاني والثالث وكما صرّح بذلك وكيل المستدعية قد قاما بسحب القرارين الطعنين الأول والثاني اعتباراً من ٢٠٠٦/٤/١ وبذلك ينحصر النزاع في موضوع تنفيذ ترقية المستدعية وصرف مستحقاتها المالية اعتباراً من تاريخ ٢٠٠٤/١٢/١ ولم يعد موضوع اعتماد ترقية المستدعية بحد ذاته.



عدل العليا

رقم الدعوى : ٢٠٠٥/١٨٢



وبهذا الخصوص وبناءً على ما تقدم وحيث أن الرواتب والعلاوات التي يستحقها الموظف عن خدمته الوظيفية تعتبر ديناً في ذمة الخزينة حتى يتقاضاها فإن النزاع حولها هو نزاع مدني تتظره المحاكم العادلة كدعوى دين عادي والدعوى بهذه الصفة تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا الذي هو اختصاص قضاء الغاء وليس اختصاص قضاء كامل.

أما بخصوص الطعن في القرار الثالث الذي حده وكيل المستدعاة بالقرار الضمني برفض الرجوع عن قرار نقل المستدعاة إلى درجة أدنى في دائتها دون موافقتها أو طلبها وذلك بعدم الرد على استدعاء وكيلها المرسل للمستدعا ضدّه الأول مع أنه لم يرد في بثبات المستدعاة ما يثبت صدور قرار بنقل المستدعاة فإن الطعن يجب أن ينصرف إلى قرار نقل المستدعاة الذي من مركزها القانوني وليس إلى قرار رفض الرجوع عن قرار النقل لأن قرار رفض الرجوع عن قرار النقل لم يأت بجديد ولم يؤثر في مركز المستدعاة القانوني.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة:-

- ١) رد الدعوى شكلاً عن المستدعا ضدّه الرابع - النائب العام - لعدم صحة الخصومة.
- ٢) رد الطعن شكلاً عن المستدعا ضدّه الأول فيما يتعلق بالقرارين المطعون فيهما الأول والثاني لعدم صحة الخصومة.
- ٣) رد الطعن شكلاً عن المستدعا ضدّهما الثاني والثالث فيما يتعلق بالقرار المطعون فيه الثالث لعدم صحة الخصومة.
- ٤) اعتبار الخصومة أصبحت غير ذات موضوع فيما يتعلق باعتماد ترقية المستدعاة مالياً ورد الطعن فيما يتعلق بطلب صرف مستحقات المستدعاة المالية لعدم الاختصاص.
- ٥) عدم قبول الطعن في القرار المطعون فيه الثالث.

قراراً صدر وتأتي على أساس الشعب العربي الفلسطيني بحضور وكيل المستدعاة

ورئيسي النيابة العامة وافهم بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٤

الرئيس

الكاتب:
دقق:

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٥/١٨٢

الخامي أمين الضابوس - غزة

توطئة

- يتعلق الحكم القضائي مدار البحث بجانب من أحكام الوظيفة العامة نتناول من خلاله في مبحثين نقطتين أساسيتين وهما:-
- مدى قيام الحكم القضائي مدار البحث بالدفاع عن المصالح العامة والخاصة في ضوء الأحكام القانونية المقررة.
 - مدى انسجام الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في رام الله وغزة.

المبحث الأول:- وظيفة القضاء الإداري:

وظيفة القضاء الإداري تمثل في الفصل بالمنازعات المتعلقة بالقرار الإداري التي تنشأ بين الأفراد وجهة الإدارة بما يحقق الرقابة الإيجابية الهدف إلى إخضاع القرار الإداري لمبدأ سيادة القانون في جميع جوانبه وبما يؤدي إلى احترام جهة الإدارة لمبدأ العلاقة التي تربطها بشرائح المجتمع المختلفة والقائمة على أساس تحقيق العدالة بأبعادها المتعددة تطبيقاً لنصوص القانون الحاكم لهذه العلاقة.

وينبغي للقضاء الإداري وهو يسعى إلى أداء رسالته السامية والشريفة على النحو المذكور أن يسعى إلى تصويب تصرفات وقرارات الإدارة ما وجد إلى ذلك سبيلاً، حيث يعتبر النظر في الدعوى الإدارية مناسبة للاطلاع على كافة الإجراءات المتخذة من جانب الإدارة والمتهمة بإصدار القرار الإداري وهو ما يتتيح ويستدعي بالضرورة استبطاط المبادئ القضائية أثناء ممارسة العملية القضائية حتى تكون هذه المبادئ مقوماً للأخطاء الإدارية وملاذاً للباحثين عن حقوقهم ومرجعاً يستنار بهديه قبل ممارسة الإدارة لصلاحياتها وسلطاتها، إذ أن وجود محكمة العدل العليا ما كان إلا لتقويم الانحراف ودرء الضرر البالغ عن الكافة من تصرفات قد تنزلق إليها بعض عناصر السلطة التنفيذية أو الإدارية. (٩٧/١٠ عدل عليا - غزة).

فيما يتعلق بالرقابة القضائية الخاصة بتطبيق أحكام الوظائف العامة فقد استمدت محكمة العدل العليا صلاحياتها من المادة (٣٣) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ التي نصت فقرتها (٤، ٥) على أنه (تحتخص محكمة العدل العليا بالنظر في المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإقالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية ورفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها) ويتبين من خلال هذا النص أن المشرع الفلسطيني أعطى القضاء صلاحيات واسعة النطاق تمكنه من ممارسة رقابته الملزمة في المنازعات المتعلقة بالوظائف العامة.

مقاصد المشرع:

عند البحث في النزاع المتعلق بالوظائف العامة لابد من استحضار مقاصد المشرع المتوجه نحو

الحفاظ على مصالح المجتمع في البعدين الآتيين:-

أولاً: الأحكام القانونية للوظيفة العامة تعتبر ركيزة من ركائز إيجاد جهاز وظيفي قادر على تلبية الخدمات المختلفة للمواطنين ورعاية مصالحهم وبالتالي فإن الالتزام بهذه الأحكام ينعكس إما إيجاباً أو سلباً على صعيد قدرة الإدارة على أداء واجباتها من جهة وتوفير سبل الحياة الكريمة للمواطنين من جهة أخرى.

ثانياً: الأحكام القانونية للوظيفة العامة خاضعة لمبدأ المساواة ومبدأ حق المواطنين في العمل ومبدأ تكافؤ الفرص وهي مبادئ دستورية أساسية (المادتين ٩، ٢٥ من القانون الأساسي) هدفها تحقيق العدالة الاجتماعية المنشودة الازمة لبناء كيان اجتماعي قادر على تحقيق أهدافه واستمرار تماسكه ووحدته وفتح آفاق المستقبل أمام أبنائه بدون أي تمييز وهذه الأحكام منسجمة مع ما ورد في المواثيق الدولية حيث نصت المادة (٢٢١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ على أن (لكل شخص بالتساوي مع الآخرين حق تقلد الوظائف العامة في بلده) كما نصت المادة (٢٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على أنه (يكون لكل مواطن دون أي وجه من أوجه التمييز وعلى قدم المساواة مع سواه فرصة تقلد الوظائف العامة).

تكيف القرارات الإداري:

في التعاطي مع وقائع الدعوى يجب تحديد ماهية القرار الإداري الأساس وتكييفه هل هو قرار ترقية أم قرار تعيين؟ علماً بأن تكيف القرارات الإداري تكييفاً قانونياً صحيحاً هو من صميم صلاحيات محكمة العدل العليا.

التعيين في الوظيفة العامة بالمفهوم الشامل يعني التحاق الشخص بالوظيفة لأول مرة أو تولي الموظف العام لوظيفة جديدة تغير في طبيعتها وشروطها الوظيفة التي كان يشغلها في السابق. أما الترقية فهي انتقال الموظف العام من فئة وظيفية إلى فئة وظيفية أعلى منها أو انتقاله من درجة إلى درجة أعلى داخل ذات الفئة وذلك وفقاً لشروط محددة من أهمها أن تكون الترقية إلى الدرجة التالية مباشرة للدرجة التي يشغلها الموظف وأن تتوفر في الموظف المؤهلات العلمية الالزامية لشغل الوظيفة المرقى إليها وأن يكون الموظف قد أقضى الحد الأدنى من المدة المقررة للبقاء في الدرجة التي يشغلها وذلك إضافة إلى الحكم القانوني الوارد في المادة (٤٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (٤) لسنة ١٩٩٨م التي تنص على أنه (تم الترقية من الفئة الثانية إلى الفئة الأولى للموظفين المستوفين لشروط الترقية بتناسب من رئيس الدائرة وبقرار من مجلس الوزراء، وتعطى الأولوية للترقية بالاختبار لمن حصل على تقدير ممتاز طيلة سنوات الخدمة في هذه الدرجة، وعند التساوي في تقييم الأداء يتم الاختيار حسب الأقدمية فيما بين المستحقين).

وبالضرورة هناك أحكام قانونية متباينة لازمة لصحة إصدار القرارات الإداريين (التعيين والترقية).

يتضح من خلال وقائع الدعوى أن المستدعية نقلت من وزارة الاقتصاد الوطني للعمل بوزارة الصحة بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٢ م بسم رئيس شعبة على الدرجة الثالثة، وبتاريخ ٢٠٠٤/٧/٦ م (أي بعد شهر ونصف من نقلها) وبناءً على قرار وزير الصحة تم ترقيتها إلى درجة مدير C مفتوح التدرج بوظيفة مدير دائرة بروتوكول الوزير (برغم عدم حصولها على مؤهل علمي جامعي وفقاً لما يقرره القانون) ولما لم تنفذ وزارة المالية الأثر المالي المترتب على الترقية ولم توافق على طلب المستدعية

بدفع الراتب على أساس الترقية بادرت الأخيرة إلى إقامة دعواها أمام محكمة العدل العليا وهذه الوقائع (في رأيي الشخصي) تدل على أمرين:

الأول: أن القرار الإداري الأساس في جوهره أبعد ما يكون عن كونه قرار ترقية لخالفةه أصول الترقية الإدارية بمفهومها الوارد أعلاه، وإنما هو قرار تعين بالتكيف القانوني الصحيح وهو ما يستلزم تطبيق أحكام التعين وفقاً لقانون الخدمة المدنية رقم (٤) لسنة ١٩٩٨م وإتاحة المجال العادل للمواطنين على قدم المساواة بالمنافسة على وظيفة مدير دائرة بروتوكول الوزير، وقد قضت محكمة العدل العليا بغزة في الدعوى رقم (١٦٦٧/١٩٩٧) أن (التعيين في وظيفة معينة طبقاً للدرجة المحددة لها هو قرار مستقل عن قرار الترقية من درجة أدنى إلى درجة أعلى على طبقاً للنظام الوظيفي، فالتعيين في وظيفة مستحدثة قد يتم باختيار أحد موظفي الوزارة العاملين فيها أو بتعيين واحد من غير العاملين فيها طبقاً للمواصفات المحددة والمطلوبة التي يتم تحديدها من المسؤولين في الوزارة وحسب حاجتها، وبعد ذلك يعرض الأمر على رئيس السلطة لاستصدار قرار التعين على الدرجة، أما ترقيات الموظفين فتتم من قبل الديوان طبقاً للأنظمة والقوانين المتّبعة في الترقية لن يستحقها بناءً على توصيات المسؤولين في الجهة التي يتبعها الموظف) وحتى لو قلنا بالفرض الساقط أن القرار الإداري الأساس هو ترقية فهو قرار منعدم لأنّه تضمن اعتداءً على صلاحيات مجلس الوزراء طبقاً لنص المادة (٤٨) من قانون الخدمة المدنية المشار إليها أعلاه وقد قضت محكمة العدل العليا بغزة في الدعوى رقم (٢٠٠٤/١٣٠) بأن عدم قرار ديوان الموظفين لأنّه تضمن اعتداءً على اختصاصات مجلس الوزراء والجنس التشريعي وخالف القانون مخالفة جسيمة يتغذّر منها القول بأنه يعتبر تطبيقاً لقانون أو لائحة، وأن القرار الإداري يجب أن يستند إلى قاعدة قانونية، فإذا انقطعت الصلة بينهما غداً عملاً مادياً صرفاً وقد صفت الإدارية وأصبح في حالة اغتصاب السلطة والمال الحي وال حقيقي لفكرة الانعدام.

الثاني: تجاوز الإدارة (وزير الصحة وديوان الموظفين) لأحكام القانون (سواءً بالترقية أو التعين) وهذا التجاوز يعكس حالة متflexية من الانحراف الإداري والتمييز بين الموظفين على أساس غير قانونية في دوائر متعددة منها دوائر أنشط بها القانون مسؤولية خاصة في مراعاة ضبط الجهاز الإداري وفقاً للقانون، وهو ما يستدعي تكريس كل الجهود الممكنة (وفي طليعتها القضاء العادل) لتصويب هذا الانحراف لأنّ الإدارة في الأساس مقيّدة بعدم مخالفته القانون (٢٠٠٠/٤٧ عدل عليا غزّة).

دور المحكمة العليا

قد يقال بأنه لا يجوز لمحكمة العدل العليا أن تتصدّى لقرار تم تنفيذه (٢٠٠٢/٢٤ عدل عليا غزّة) وطالما أن وزارة المالية اعتمدت قرار "الترقية" بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١ وصرفت راتب المستدعي على أساسها فإنه لا مجال لإعمال وتطبيق المفاهيم القانونية والفقهية السابقة ، والجواب على ذلك فيما يلي:-

١. في رأيي الشخصي ليس هناك ما يمنع محكمة العدل العليا من أن تورد في حيثيات وأسباب حكمها مبادئ قانونية تنسجم وتوافق مع وظيفتها السامية والشريفة في الدفاع عن مصالح المجتمع - كما أشرنا في مطلع الحديث - بل إن ذلك من أهم واجباتها ، ثم إن مبرر

الإشارة في حيثيات الحكم لهذه النقاط يكمن في ضرورة تعرية الفساد والانحراف الذي بات ينخر في جسم الأجهزة الإدارية للسلطة والذي يجذب التزعة البيروقراطية ويوطن للاعتبارات غير القانونية كالمحسوبيّة والواسطة والتفضيل على الأساس السياسي والشخصي والعائلي مما يؤثر على فعالية الجهاز الإداري ويعزز الإحساس والشعور العام بالظلم.

٢. إن مطالبة المستدعاة بصرف راتبها اعتباراً من تاريخ اعتماد "الترقية" في ٢٠٠٤/١٢/١ وحتى تاريخ صرف وزارة المالية للراتب على أساس الترقية في ٢٠٠٦/٤/١ يعتبر مدخلاً قانونياً مواتياً ومناسباً لتقديم قرار الإدارية في هذه الفترة على الأقل ، وبدلاً من ذلك فقد فتحت المحكمة العليا المجال للمطالبة للمحكمة المختصة للمطالبة بمستحقاتها وهو ما يعتبر غطاءً ضمنياً للقرار الإداري الخاطئ.

المبحث الثاني: نظام قضائي وقانوني واحد ومبادئ متعارضة:

يلقي الحكم القضائي مدار البحث الضوء على إشكالية قضائية قائمة تتمثل في تعارض بعض المبادئ القضائية المقررة من جانب محكمة العدل العليا بمقريها في رام الله بغزة برغم وحدة النظام القضائي والقانوني وتتبّدئ هذه الإشكالية في المبادئ التالية:

المبدأ الأول: الاختصاص القضائي بطلب صرف المستحقات المالية:

قضى الحكم القضائي مدار البحث بأنه وبعد تفويض وزارة المالية للترقية من تاريخ ٢٠٠٦/٤/١ لم يعد موضوع البحث اعتماد الترقية بحد ذاته ولكن انحصر النزاع في تفويض الترقية من تاريخ ٢٠٠٤/١٢/١ وحتى تاريخ صرف وزارة المالية للراتب على أساس الترقية في ٢٠٠٦/٤/١ وبناءً عليه وحيث إن الرواتب والعلاوات التي يستحقها الموظف عن خدمته الوظيفية تعتبر ديناً في ذمة الخزينة العامة حتى يتقادها فإن النزاع حولها هو نزاع مدني تنظره المحاكم العادلة كدعوى دين عادي والدعوى بهذه الصفة تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا الذي هو اختصاص قضاء إلغاء وليس اختصاص قضاء كامل.

وفي المقابل فقد قضت محكمة الاستئناف العليا في القضية رقم (٦٠٥) بأنه لا يجوز للمحاكم المدنية الفصل في المنازعات الداخلة في اختصاصها إذا ابنت على قرار إداري متنازع في سلامته قبل الفصل في ذلك من القضاء الإداري، وقد حكم برد العديد من القضايا المدنية المقامة أمام المحاكم النظامية بالمحافظات الجنوبية استناداً إلى هذا المبدأ القضائي.

وعلى ضوء هذا التعارض فإننا نرى بأن الصواب قد جانب قضاء محكمة العدل العليا برام الله إزاء هذه الإحالة للقضاء المدني إذ بالإضافة إلى ما أشرنا إليه أعلاه من أن هذا القضاء فيه تصويب ضمني للقرار الإداري الخاطئ فإنه لو أقمت المستدعاة القضية المدنية فإن سماع هذه الدعوى وطرح المواقف القانونية للمتذمرين لابد أن يصطدم بالبحث في صحة القرار الإداري الذي يشوّه العديد من المخالفات الجوهريّة وهو بحث خارج عن نطاق صلاحيات المحاكم المدنية، بالإضافة إلى أن طلب المستدعاة إلزام وزارة المالية بتنفيذ "الترقية" من تاريخ اعتمادها في ٢٠٠٤/١٢/١ هو طلب ذو بعد إداري واضح مما يجعله داخلاً ضمن اختصاص محكمة العدل العليا.

المبدأ الثاني: القبول الشكلي في الإطار الزمني للدعوى المتعلقة بامتناع الإدارة عن المخاذ أي

قرار:

قبلت محكمة العدل العليا برام الله ضمنياً الإطار الزمني للطعن في القرار الضمني المتعلق بعدم تنفيذ واعتماد ترقية المستدعاة برغم أن قرار الترقية صدر بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٦ عن وزير الصحة واعتمد بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١ من ديوان الموظفين وتم تقديم الطعن بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٨.

أما الطعن في القرار الضمني برفض رجوع وزير الصحة عن قرار نقل المستدعاة إلى درجة أدنى في دائتها دون موافقتها فقد قررت المحكمة عدم قبوله لأن الطعن يجب أن ينصرف إلى قرار نقل المستدعاة الذي مس مركزها القانوني وليس إلى قرار رفض الرجوع عن قرار النقل لأن قرار رفض الرجوع عن قرار النقل لم يؤثر في مركز المستدعاة القانوني.

وفي المقابل قضت محكمة العدل العليا بغزة في العديد من الدعاوى الإدارية برفض طلبات الموظفين القائمة على أساس امتناع الإدارة عن تنفيذ القرار الضمني برفض وزارة المالية صرف راتب الموظف الحاصل على قرار تعين لتقديمه بعد أكثر من ستين يوماً من تاريخ صدور قرار التعين.

لابد من الإشارة إلى الخطورة البالغة لهذه الناحية القانونية التي يتوقف عليها تحقيق أو إهانة مصالح المواطنين، وبالتالي فمن غير المقبول بأي حال من الأحوال أن تكون المبادئ القضائية في هذه الناحية متضاربة ومتعارضة مما يستلزم الاتفاق على مبدأ واضح للعمل به من قبل المختصين بما يحقق مصالح المواطنين في الإطار القانوني.

وفي هذا السياق فإننا نرى بأن معيار قبول الطعن في القرار الإداري بإطاره الزمني يتمثل في تحديد ماهية القرار الإداري من حيث كونه قراراً إيجابياً أو سلبياً ، فإن كان قراراً إيجابياً معنى إصدار الإدارة لقرار ما فإن الطعن يقبل شكلاً إذا قدم خلال ستين يوماً من تاريخ صدوره ولا يقبل الطعن في القرار الضمني برفض الرجوع عن القرار الإيجابي ، أما إذا كان القرار سلبياً معنى امتناع الإدارة ابتداءً عن اتخاذ قرار يجب اتخاذه فإن الطعن يقبل خلال ستين يوماً من تاريخ القرار الضمني بفرض اتخاذ القرار وهو ما يتوافق تماماً مع ما قررته محكمة العدل العليا برام الله في سياق حكمها مدار البحث.

الخلاصة:

ركز الحكم القضائي مدار البحث على الناحية الشكلية البحثة في اختصاص المطعون ضدهم وعلى الرغم من صوابيةتناول الناحية الشكلية على النحو الوارد بالحكم إلا أن محكمة العدل العليا لم تقم بإيراد أي إشارة في حيثيات حكمها لتعريضة القرار الإداري الأساس المتمثل في «ترقية» المستدعاة وبيان أوجه الفساد والآخراف والمخالفات لقانون التي انطوى عليها هذا القرار برغم وجود أكثر من مدخل يمكن المحكمة من التعرض إلى الأخطاء الإدارية الفادحة التي اقترفتها الإدارة ، وبذلك يكون الحكم القضائي قد شابه النقص في تحقيق جزء هام من وظيفة القضاء المتمثلة في استنباط وتكريس المبادئ القضائية المادفة إلى الدفاع عن مصالح المجتمع ، كما كان الحكم القضائي مناسبة لإلقاء الضوء على إشكالية التعارض بين المبادئ القضائية التي تقررها وتستتبطها وتقررها محكمة العدل العليا بمقريها في رام الله وغزة مما يستدعي إيجاد السبل والوسائل الكفيلة بالتنسيق بين الحكمتين لضمان وحدة المبادئ القضائية في ظل الوحدة القانونية والمؤسسية لجهاز القضاء.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٥/١٨٢

الخامي فهد أبو العثم - الأردن

بعد الاطلاع على قرار محكمة العدل العليا في رام الله في ضوء لائحة الدعوى واللائحة الجوابية وقبل إعطاء الرأي فيه، فإن القرار قد اعتبرته أخطاء نحوية لا يحسن صدورها عن محكمة بمستوى محكمة العدل العليا؛ مثلاً: ورد على الصفحة الثانية من القرار في السطر الثاني قولها (ثلاث قرارات) والصحيح أن يقال (ثلاثة قرارات). وعلى نفس الصفحة من السطر العاشر ورد (لم يدعى) والصحيح أن يُبْرِز الفعل المضارع بأن يُقال لم (يدع). وأما من حيث القرار:

فإنني أتفق مع المحكمة الموقرة في رد الدعوى شكلاً عن المستدعي ضده الرابع، وكذلك يُقال بالنسبة للمستدعي ضده الأول والقول ذاته بالنسبة للمستدعي ضدهما الثاني والثالث.

وهذا يعني أن الدعوى ردت شكلاً عن المستدعي ضدهم الأربع، وما دام أن جاء الرد شكلاً للأسباب التي ذكرتها المحكمة، فمن غير الجائز النظر في الموضوع والبحث في محتواه وجوهره، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فقد ورد في لائحة الدعوى طلب الرسوم والمصاريف وأتعاب المحامية، ولم يرد له ذكر في القرار دون أن ترد عليه المحكمة.

وعليه فإنني أتفق مع المحكمة الموقرة من حيث النتيجة في ضوء الواقع الثابتة لها، مع الإشارة إلى ضرورة عدم إغفال الرد على طلبات الجهة المستدعية.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٥/١٨٢

أ.د سعاد الشرقاوي
أستاذ القانون العام
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

عرض الواقع والقرارات محل الدعوى:

- تم تعيين المدعية (المستدعية) م. و.ح في وظيفة على التدرج (C-A) بدرجة مدير عام بقرار من وزير الصحة في ٢٠٠٤/٨/١٥.
- يشترط قانون الخدمة الفلسطينية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ للترقية إلى درجة مدير عام الحصول على درجة جيد جداً طيلة سنوات الخدمة (م٤٤)، كما أن المادة ٩ من ذات القانون تشرط الحصول على مؤهلات عليا.
- قرار وزير الصحة المشار إليه لم يكن مستقراً ولا فعالاً بسبب عدم اكتمال الإجراءات المالية والإدارية. ولذا استباقت المدعية الأحداث وطالبت الإدارة بتنفيذ القرار وتقرير المزايا المالية المترتبة عليه. ولم تجب الإدارة على طلبات المدعية بالتنفيذ مما اعتبرته المدعية قراراً ضمانياً بالرفض وطعنـت في هذه القرارات الضمنية طالبة إلغاءـها.
- غير أن قرارات الترقية كما توصلت إلى ذلك وحق محكمة العدل العليا كانت مشوبة بعيوب جسيمة. ولذا فقد رفضت المحكمة في حكمها طلبات المدعية والتي تنحصر في إلغاء ما يلي:
 - القرار الضمني برفض اعتماد وترقية المستدعية إلى درجة مدير دائرة بروتوكول الوزير على التدرج (A-C).
 - القرار الضمني برفض تنفيذ قرار رئيس ديوان الموظفين العام باعتماد مسمها الوظيفي على التدرج (A-C).
 - القرار الضمني برفض الرجوع عن قرار نقل المستدعية في درجة أدنى دون موافقتها.

ونحن نرى أن ما توصلت إليه محكمة العدل العليا سليم لأن القرار الصادر بترقية المدعية لم تكتمل أركانه ومشوب بعيوب جسيمة تصل إلى حد الانعدام لعدة أسباب:
أولاً: صدر قرار وزير الصحة بنقل المدعية من وزارة الاقتصاد إلى وزارة الصحة بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٢ اعتباراً من ٢٠٠٤/٨/١٥ واستلمت المدعية عملها وبشرته في مكتب وزير الصحة اعتباراً من ٢٠٠٤/٥/٢٢.

وهذا القرار صدر بأثر رجعي وهو بذلك معيب بعيوب جسيم حيث أن المدعية باشرت العمل بوزارة الصحة في ٢٠٠٤/٥/٢٢ ثم صدر القرار بنقلها في ٢٠٠٤/٨/١٥.
ثانياً: استمرت المدعية في مباشرة عملها بسمى رئيس شعبة، ثم صدر كتاب من وزير الصحة إلى رئيس ديوان الموظفين في ٢٠٠٤/٧/٦ يطلب فيه تعديل المسماي الوظيفي للمدعية إلى درجة مدير وهذا الخطاب ليس قراراً إدارياً نهائياً.

ثالثاً: يشترط للترقية على الدرجات داخل الفئة الأولى حصول الموظف على تقدير جيد جداً طيلة سنوات الخدمة.

ويتم اعتماد الترقية من قبل مجلس الوزراء بناء على تنسيب رئيس الدائرة الحكومية المختصة (المادة ٤٤ من قانون الخدمة المدنية).

إن عدم اعتماد الترقية من مجلس الوزراء بناء على الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٤٤ من قانون الخدمة المدنية يجعل القرار غير مكتمل الأركان.

رابعاً: تشرط المادة ٩ من قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ الحصول على مؤهل عال للترقية إلى درجة مدير ، إذ تنص المادة المذكورة على ما يلي:

فيما عدا الوزراء تقسم الوظائف في الدوائر الحكومية في فلسطين إلى الفئات التالية:
الفئة الخاصة : وتشمل من يعين بدرجة وزير من رؤساء الدوائر الحكومية.
الفئة الأولى : وتشمل الوظائف التخطيطية والإشراف العليا
ويشترط فيهم توافق المؤهلات العليا والخبرات العملية.

والدعية ليست حاصلة على شهادة عليا وإنما باعتراف وكيلها حاملة شهادة متوسطة مما يجعل قرار ترقيتها إلى درجة مدير مشوباً بعيوب جسيم.

رابعاً: يلاحظ أن مواعيد رفع الدعوى لإلغاء القرارات لم يثرها المدعى عليه لأن المدعية (المستدعاة) استباقت الأحداث إزاء عدم حصولها على المزايا التي ترتبتها الترقية وطالبت الإدارة بتنفيذ قرار وزير الصحة (هو مجرد خطاب من الوزير إلى الأجهزة المختصة) ، ولا لم تجبرها الإدارة إلى طلبها طعن في القرارات الضمنية المترتبة على سكوت الإدارة.

خامساً: يلاحظ أن الإدارة سحت القرارات الصادرتين من وزير الصحة في ٢٠٠٤/١٢/١ وقرار رئيس ديوان الموظفين ٢٠٠٥/٥/٣ وقد تم سحب القرارات بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١ – وهذا يثير تساؤلاً حول حق الإدارة في سحب قرارات بعد مضي المواعيد المنصوص عليها في القانون.

غير أن سحب القرارات المذكورين يعتبر إجراءً سليماً لأن القرارات المذكورين لم يكتمل صدورهما كما سبق أن أشرنا ولذا فهما في حكم المنعدمين يمكن سحبهما في أي وقت.

أما إذا انتقلنا إلى مطالبة المدعية بتنفيذ الإدارة للقرارات المشار إليها وتسوية الآثار المالية المترتبة عليهما فإن المحكمة رفضت الفصل في هذا الطلب على أساس: أن ”.....الرواتب والعلاوات التي يستحقها الموظف عن خدمته الوظيفية تعتبر في ذمة الخزينة حتى يتقادها ، فإن النزاع حولها هو نزاع مدني تنظره المحاكم العادلة كدعوى دين عادي ، والدعوى بهذه الصيغة تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا الذي هو قضاء إلغاء وليس اختصاص قضاء كامل.....“.

ونحن ننوه بهذا الصدد إلى أن تسوية المسائل المالية المتعلقة بالموظفين يختص بها مجلس الدولة في مصر تتحقق لتوحيد الجهة التي تنظر الدعوى بحيث تتحسم النزاع برمتها .
كما أنها نرى أن محكمة العدل العليا يدخل في اختصاصها جميع دعاوى الموظفين كما تختص بسائر المنازعات الإدارية .

ومن ثم كان من الممكن حسم هذا الشق موضوعياً ويستفاد اختصاص محكمة العدل العليا بدعوى الموظفين وكذا بسائر المنازعات الإدارية من نص المادة ٣٣ من قانون السلطة القضائية

الفلسطيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ والتي تجري على النحو التالي:
تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي :
١. الطعون الخاصة بالانتخابات .
٢. الطلبات التي يقدمها ذوي الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام في شأن النقابات المهنية.
.....
٤. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل. وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
.....
٥.
٦. سائر المنازعات الإدارية .
ومن جانبنا وبتقريب نصوص قانون السلطة القضائية الفلسطيني ونصوص مجلس الدولة المصري، نرى أن اختصاص محكمة العدل العليا يشمل جميع الدعاوى المتعلقة بالموظفيين إلغاء وتسوية، كما أن بسط محكمة العدل العليا لاختصاصها على جميع دعاوى الموظفيين فيه تيسير على الموظف التقاضي، وعدم شغل القضاء العادي مرة أخرى بدعوى تم فحصها بدقة من محكمة العدل العليا.

بهذا تكون قد اجتهدنا وأبدينا رأينا في موضوعين تضمنهما حكم محكمة العدل العليا:
الموضوع الأول : عدم أحقيبة المدعية للترقية:
حيث أن قراري ترقيتها لم يكتملا من الناحية الشكلية كما أنهما معيان ، ولذا تم سحبهما ، وفي هذا نرى أن المحكمة أصابت في حكمها.
الموضوع الثاني : اختصاص محكمة العدل العليا بدعوى الموظفين:
ذهبت المحكمة إلى أنها تختص بدعوى إلغاء فقط وتختص المحاكم العادلة بدعوى القضاء الكامل.
ونحن نرى أن نصوص قانون السلطة القضائية الفلسطيني مفادها اختصاص محكمة العدل العليا بجميع دعاوى الموظفيين سواء كانت دعاوى إلغاء أم دعاوى تسوية. ومحكمة العدل العليا كان يمكنها حسم موضوع الآثار المالية بعد أن فصحت بدقة جميع جوانب الدعوى.



الحكم رقم ٢٠٠٥/٧٩
«الخصومة في دعوى الإلغاء»

تعليق الاستاذ الدكتور على الشطناوي - الأردن
تعليق المحامي الدكتور فرج البوشى - مصر
تعليق المحامي الدكتور مراد خميس - مصر



رقم الدعوى: ٢٠٠٥/٧٩

القرار

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

الهيئة الحاكمة : برئاسة

عضویة السیدین القاضیین

المسعدية - وزارة السياحة والآثار / رام الله

المستدعي ضدهما:- ١) رئيس لجنة بلدية دير دبوان/دير دبوان
وكيله المحامي

۱۴

وكيله المحامي / رام الله

الاجراءات

بتاريخ ٢٩/٥/٢٠٠٥ تقدمت المستدعية بهذه الدعوى ضد المستدعي ضدهما للطعن برخصة البناء رقم (٣٢١) الصادرة عن المستدعي ضده الأول بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠٠٤ الممنوحة للمستدعي ضده الثاني. تتعى الطاعنة على القرار الطعن أنه مشوب بعيوب عدم الاختصاص واسوءة استعمال السلطة.

في جلسة ٢٠٠٥/٦/١٥ كرر مثل المستدعاة لاثجة الاستدعاء وقدم بينته المبررات
(س١—س٥) وحتم بينته والتمس إصدار القرار المؤقت بتكليف المستدعي ضدهما لبيان الأسباب
الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من الغائه وإصدار القرار المستعجل بوقف تنفيذ القرار المطعون
فيه لحين البت في الدعوى.

الرئيس

الكاتب: دفق:



رقم الدعوى: ٢٠٠٥/٧٩

في جلسة ٢٠٠٥/٩ قررت المحكمة:-

- ١) إصدار قرار مستعجل بوقف تنفيذ الرخصة رقم (٣٢١) محل الطعن أو القيام بأية اعمال مادية بالأرض ذلك حين الفصل في الدعوى.
- ٢) إصدار قرار مؤقت ومذكرة للمستدعي ضدهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من اصدار القرار موضوع الطلب.

بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٦ تقدم وكيل المستدعي ضده الثاني بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته أن الدعوى مردودة لعدم صحة الخصومة ولا تستند إلى سبب قانوني أو واقعي صحيح.

بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٧ تقدم وكيل المستدعي ضده الأول بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته أن دعوى الجهة المستدعية مردودة شكلاً وأنها مردودة وغير مسموعة قانوناً لكونها مقدمة بعد فوات المدة القانونية.

في جلسة ٢٠٠٥/١٠/٣١ كرر وكيل المستدعي ضده الأول اللائحة الجوابية وكرر وكيل المستدعي ضده الثاني اللائحة الجوابية.

في جلسة ٢٠٠٦/٥/١٠ قدم وكيل المستدعي ضده الأول بينته المبرزات (م ع/١ - م ع/٨).

في جلسة ٢٠٠٧/٢/٣ قدم وكيل المستدعي ضده الأول باقي بينته المبرزات (م ع/٩ - م ع/١١) واستمعت المحكمة لشهادة الشاهد مظير جمال جبر.

في جلسة ٢٠٠٧/٤/٢١ قدم وكيل المستدعي ضده الثاني بينته ضمن حافظة مستدفات المبرز (ع/١) واستمعت المحكمة لشهادة الشاهد حسان جميل حسان مصباح وختم بينته وابدى مثل المستدعا عدم رغبته في تقديم أي بينة ثم ترافع الاطراف.



رقم الدعوى: ٢٠٠٥/٧٩

المحكمة

بالتدقيق في أوراق الدعوى والبيانات المقدمة فيها وفي مرافعات اطراف الدعوى والدفوع التي وردت في مرافعة وكيل المستدعى ضده الثاني المتعلقة بعدم احقيه جهة ادارية في الطعن بقرارات صادرة عن جهة ادارية اخرى وبوجوب ان يقدم الطعن من صاحب اختصاص ومن ذي صفة وان توجه الخصومة لمصدر القرار المطعون فيه لقبول الدعوى شكلا وبمعالجة هذه الدفوع تبين ما يلى:-
أولاً: الدفع بعدم احقيه جهة ادارية في الطعن بقرارات صادرة عن جهة ادارية اخرى.

لقد استقر الفقه والقضاء على قبول دعوى الالغاء من جهات ادارية ضد القرارات الادارية التي لا تملك سلطة الغاءها بالطريق الاداري — انظر كتاب القضاء الاداري للدكتور ماجد راغب الحلو صفحة ٣٣ — في حين لا تقبل دعوى الالغاء اذا كان الطاعن يملك عن طريق رقابته الرئاسية سلطة الغاء القرار وذلك تطبيقاً لمفهوم الخضوع الرئاسي الذي يخول السلطة الاعلى صلاحية الغاء قرارات السلطة الادنى ما لم تكن السلطة الادنى تملك اختصاصات بموجب القانون يجعلها مستقلة تتأى بها عن كل رقابة رئاسية وفي هذه الحالة ايضاً يحق له اللجوء إلى دعوى الالغاء.

بناءً على ما نقدم وحيث ان الجهة الادارية مصدرة القرار المطعون فيه في هذه الدعوى لا تخضع لسلطة وزارة السياحة والآثار الرئاسية فإن هذا الدفع لا يكون وارداً خاصه وان المادة ٣٣ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ قد اجازت تقديم الطعون بالالغاء من ذوي الشأن دون تقييد كما ان المادة ٣٤ من القانون المذكور التي حددت اسباب الطعن للأفراد والهيئات قد لوردت لفظ الهيئات بصورة مطلقة دون تفريق بين الهيئات العامة والخاصه.



رقم الدعوى: ٢٠٠٥/٧٩

ثانياً: الدفع المتعلق بعدم صحة الخصومة سواء من حيث الطاعن او من حيث المطعون ضده.

ان من الامور المسلم بها فقهياً وقضاء ان الدعوى بصورة عامة لا تقبل إلا إذا كانت مقدمة من ذي صفة تخوله حق تقديمها وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التي منحها القانون شخصية اعتبارية مستقلة فإن الدعاوى تقام من يمثلها قانوناً في التقاضي اما فروع الدولة كالوزارات والمصالح التي لم يمنحها القانون تلك الشخصية الاعتبارية فالاصل عندئذ ان يمثل الدولة والتي هي بطبيعة الحال تتمنع بشخصية اعتبارية كل وزير في الشؤون المتعلقة بوزارته وذلك تطبيقاً لقواعد العامة باعتباره الممثل الاشراف على شؤون وزارته والمسئول عنها والذي يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها إلا اذا اسند القانون صفة النيابة فيها فيما يتعلق بشؤون هيئة أو وحدة ادارية إلى رئيسها ف تكون لهذا الاخير عندئذ هذه الصفة وفي الحدود التي بينها القانون – انظر كتاب قضاء الالغاء للدكتور سليمان الطماوي صفة ٩٥٦ الطبعة الخامسة.

وحيث ان هذه الدعوى المقدمة باسم وزارة السياحة والاثار لم يرد فيها اية اشارة إلى أنها مقامة من قبل وزير السياحة والاثار او من شخص يملك قانوناً حق اقامتها باسمها فإن دفع وكيل المستدعى ضده الثاني يكون في محله اما القول بأن النيابة العامة تمثل المستدعية قانوناً فهو غير وارد لأن هنالك فرق بين ان تمثل النيابة المستدعية امام القضاة في اجراءات المحاكمة وبين ان تحل محل من اناط به القانون صلاحية اتخاذ القرار بالتوجه إلى القضاة.

اما من ناحية ان الخصومة يجب ان توجه إلى مصدر القرار المطعون فيه كي تقبل الدعوى فهذا أمر مؤكّد وحيث انه من الثابت ان القرار المطعون فيه صادر عن لجنة التنظيم المحلية في دير دبوان في حين كان المخاصم في هذه الدعوى هو رئيس لجنة بلدية دير دبوان المحلية لتنظيم المدن فإن الخصومة تكون غير صحيحة من هذه الناحية ايضاً ولا يغير من الامر شيئاً أنه تمت مخاصمة المستدعى ضده الثاني عماد حسين مناصره باعتباره المستفيد من القرار المطعون فيه لانه يشرط لصحة مخاصمته ان تكون قد تمت مخاصمة مصدر القرار ابتداء.



رقم الدعوى: ٢٠٠٥/٧٩

ل بهذه الأسباب

- ١) تقرر المحكمة رد الدعوى شكلاً لعدم صحة الخصومة وتضمين الجهة المستدعية مبلغ مائة دينار أتعاب محاماة للمستدعي ضدهما.
- ٢) الغاء القرار المستعجل بوقف تنفيذ الرخصة رقم (٣٢١) محل الطعن.

قراراً صدر وتلى علنـا باسم الشعب العربي الفلسطينى بحضور ممثل المستدعا رئيس
النيابة العامة ووكيل المستدعا ضده الاول ووكيل المستدعا ضده الثاني وافهم بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢٧

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٥/٧٩

الاستاذ الدكتور على شطناوي
عميد كلية الدراسات القانونية والسياسية العليا
جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن

وقائع القضية:

تدور وقائع القضية محل التعليق في أن وزارة السياحة والأثار تقدمت بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٩ بدعوى لدى محكمة العدل العليا للطعن بالقرار الصادر عن المستدعى ضدهما الأول، رئيس لجنة بلدية دير دبوان، والثاني السيد ع.ح. م بنج رخصة البناء رقم (٣٣١).

وبتاريخ ٢٠٠٥/١٦ قدم وكيل المستدعى ضده الثاني (السيد ع.ح. م) لائحته الجوابية التي تضمنت أن الدعوى المقدمة لدى محكمة العدل العليا مردودة شكلاً لعدم صحة الخصومة، فضلاً عن كونها لا تستند إلى سبب قانوني أو واقعي صحيح. وبتاريخ ٢٠٠٥/١٧ قدم وكيل المستدعى ضده الأول (رئيس لجنة بلدية دير دبوان) لائحته الجوابية على استدعاء الدعوى طالباً ردها شكلاً لكونها مقدمة بعد فوات ميعاد الطعن القانوني.

وبتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٨ قررت محكمة العدل العليا بإصدار قرارين مؤقتين تضمن الأول منهم، إصدار قرار مستعجل بوقف تنفيذ الرخصة رقم (٣٣١) محل الطعن أو القيام بأية أعمال مادية بالأرض ذلك لحين الفصل في الدعوى، وتضمن الثاني منهم، إصدار قرار مؤقت ومذكرة للمستدعى ضدهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب. وبتاريخ ٢٠٠٧/٢/٧ أصدرت محكمة العدل العليا قرارها برد الدعوى شكلاً لعدم صحة الخصومة، وإلغاء القرار المستعجل بوقف تنفيذ الرخصة رقم (٣٣١) محل الطعن.

المبادئ العامة الواردة في الحكم القضائي:

إن الاطلاع على حيثيات الحكم الصادر في هذه الدعوى يثير النقاش الفقهي حول علة مسائل وإشكالات قانونية تسحق التوقف عندها بغية تسلیط الضوء على اتجاه محكمة العدل العليا حولها.

المسألة الأولى، الطاعن في دعوى الإلغاء.

يشترط القانون والاجتهاد القضائي توافر العديد من الشروط القانونية في الطاعن في دعوى الإلغاء، فلا تقبل الدعوى إلا من شخص له مصلحة شخصية و مباشرة، كما يجب أن يكون منتمياً بالأهلية القانونية، وإن لا يكون قد أذعن للقرار الطعن.

وفي الدعوى الماثلة أمامنا قدمت الدعوى من وزارة السياحة والأثار ضد قرار صادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٢٦ عن المستدعى ضده الأول (رئيس لجنة بلدية دير دبوان) بنجح المستدعى ضده الثاني (السيد ع.ح. م) رخصة البناء رقم (٣٣١). لهذا أثير دفع من وكيل المستدعى ضده الثاني برد الدعوى شكلاً لكونها مقدمة من جهة لا تملك حق تقديمها، فليس لأي جهة إدارية حق الطعن بقرارات صادرة عن جهة إدارية أخرى.

من المعلوم أن منح أي هيئة عامة أو خاصة الشخصية المعنية أو الاعتبارية يخولها أهلية التقاضي، فتنص المادة (٥١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على ما يلي (الشخص الحكمي يتمتع

بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون، فيكون له: أ) ذمة مالية مستقلة بـ) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون جـ) حق التقاضي دـ) موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية. ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته). وبناءً عليه تتمتع وزارة السياحة والآثار بأهلية التقاضي، فلها أن تقاضي وتقاضى أمام القضاء النظامي والإداري، ولكن التساؤل الجوهري الذي يطرح في هذا المقام هو هل يحق لها أن تطعن بقرار إداري صادر عن جهة إدارية أخرى؟ الإجابة على التساؤل السابق هي بالإيجاب للسبعين التاليين: السبب الأول، أن الأحكام التشريعية المتعلقة بالقضاء الإداري تمنع حق الطعن بالقرارات الإدارية لذوي الشأن، فتنص المادة (٣٣) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ على ما يلي:- (تحتفظ محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: ١) الطعون الخاصة بالانتخابات ٢) الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية... الخ) وتنص المادة (٣٤) من القانون على انه (يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الم هيئات الواردة في المادة (٣٣) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر... الخ.

وгинي عن البيان أن القاعدة الأصولية في التفسير (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة) توجب تفسير تلك العبارات على إطلاقها ما دام لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة، وهو ما فعلته محكمة العدل العليا في قرارها، فقد وردت العبارات الآتية في حكمها (إن المادة ٣٣ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ قد أجازت تقديم الطعون بإلغاء من ذوي الشأن دون تقييد كما أن المادة (٣٤) من القانون المذكور التي حدّدت أسباب الطعن للأفراد والم هيئات قد أوردت لغز الم هيئات بصورة مطلقة دون تفريق بين الم هيئات العامة أو الخاصة).

السبب الثاني، استقر الفقه والقضاء الإداري المقارن على قبول دعوى الإلغاء المقدمة من جهات إدارية ضد القرارات الإدارية الصادرة من جهات إدارية لا تخضع لسلطاتها الرئيسية. فالاجتهد القضائي الأردني زاخر بالاحكام القضائية الصادرة في دعوى مقدمة من وزير المالية ضد القرارات الصادرة من جлан التقاعد المدني أو العسكري.

وتجدر الإشارة إلى أن الرئيس الإداري الأعلى لا يملك الطعن قضائياً لدى محاكم القضاء الإداري بالقرارات الصادرة عن مرؤوسيه، اللهم إلا إذا تمعن هؤلاء بصلاحيات يستمدونها من القانون مباشرة وبصورة مستقلة تجعلها بمثابة عن رقابته الرئاسية اللاحقة. وعلة ذلك أن السلطة الرئاسية المقررة للرئيس الإداري الأعلى تخلوه صلاحية التوجيه السابقة، والرقابة اللاحقة على قرارات مرؤوسيه. فالاجتهد القضائي مستقر على أن مصدر القرار أو رئيس مصدر القرار يملك سحب أو إلغاء القرار الإداري. وهذا تستطيع الجهة الإدارية الرئاسية سحب أو إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن جهة خاضعة لسلطاتها الرئاسية.

ويستفاد من حيثيات الحكم محل التعليق أن محكمة العدل العليا طبقت تلك القواعد المستقرة في الفقه والقضاء الإداري خير تطبيق، فقد قررت (وحيث أن الجهة الإدارية مصدرة القرار المطعون فيه في هذه الدعوى (رئيس لجنة بلدية دير دبوان) لا تخضع لسلطة وزارة السياحة والآثار الرئاسية

فإن هذا الدفع لا يكون وارداً.
المسألة الثانية، صفة الطاعن.

استقر الفقه الإداري على أن شرط المصلحة والصفة يندمجان مع بعضهما البعض في دعوى الإلغاء ويعتبران شرطاً واحداً، وهو موقف صحيح بخصوص الدعاوى التي يقدمها الأشخاص الطبيعيين. ولكن شرط المصلحة يستقل عن شرط الصفة في الطعون التي تقدمها الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة، لهذا يتوجب القبول دعوى الإلغاء شكلاً أن تقدم من ذي صفة وإلا ردت شكلاً.

وغمى عن البيان أن الدولة تتمتع بشخصية قانونية واحدة تحوّلها إجراء جميع التصرفات القانونية. كما أن الوزارات المركزية تتمتع بشخصية معنوية، لكنها شخصية قانونية غير مستقلة عن شخصية الدولة القانونية، بل أنها تجسيد لشخصية الدولة في مجال تخصصها واحتضانها، فالشخصية القانونية التي تتمتع بها الوزارة هي ترجمة وتجميد لشخصية الدولة القانونية. وعليه يعتبر الوزير باعتباره أعلى سلطة إدارية في وزارته المعتبر عن إرادة الوزارة باعتبارها شخص معنوي لا يقوى بذلك على التعبير عن إرادته الذاتية، فالوزير هو الجهة الوحيدة التي تعبّر عن إرادة الوزارة، وهو الشخص الطبيعي الذي يمثلها أمام القضاء. لهذا يتعين لصحة الدعاوى القضائية التي تقدمها الوزارة للمحاكم القضائية أن تكون الوكلالات القانونية صادرة عن الوزير وموقعه منه، وإلا ردت تلك الدعاوى شكلاً لتقديمها من غير ذي صفة، ومن أشخاص لا يملكون حق تقديمها.

وفي الحالة الماثلة والتي نحن بصدده التعليق عليها طبقت محكمة العدل العليا المبادئ السابقة خير تطبيق، فقد أوضحت في حيثيات حكمها المبادئ والقواعد العامة التي تحكم التعبير عن إرادة الأشخاص المعنوية العامة، ومتى لها لدى القضاء (إن من الأمور المسلم بها فقها وقضاءً) أن الدعوى بصورة عامة لا تقبل إلا إذا كانت مقدمة من ذي صفة تغوله حق تقديمها وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التي منحها القانون شخصية اعتبارية مستقلة فإن الدعاوى تقام من يمثلها قانوناً في التقاضي أما فروع الدولة كالوزارات والمصالح التي لم يمنحها القانون تلك الشخصية الاعتبارية فالأسهل عندئذ أن يمثل الدولة والتي هي بطبيعة الحال تتمتع بشخصية اعتبارية كل وزير في الشؤون المتعلقة بوزارته وذلك تطبيقاً للقواعد العامة باعتباره الممثل الإشرافي على شؤون وزارته والمُسؤول عنها والذي يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها إلا إذا أُسند القانون صفة النيابة فيها فيما يتعلق بشؤون هيئة أو وحدة إدارية إلى رئيسها فتكون هذا الأخير عندئذ هذه الصفة وفي الحدود التي بينها القانون).

وبعد هذا التقديم والعرض للمبادئ والقواعد العامة خلصت محكمة العدل العليا إلى صحة الدفع الذي أورده وكيل المستدعى ضده الثاني، بأن الدعوى مردودة شكلاً لتقديمها من غير ذي صفة بعد أن ثبت لها أن الدعوى لم تقدم من قبل وزير السياحة والآثار (وحيث أن هذه الدعوى المقدمة باسم وزارة السياحة والآثار لم يرد فيها أية إشارة إلى أنها مقامة من قبل وزير السياحة والآثار أو من شخص يملك قانوناً حق إقامتها باسمها فإن دفع وكيل المستدعى ضده الثاني في محله).

وقد أوضحت محكمة العدل العليا في معرض ردتها على الدفوع المختلفة التفرقة الدقيقة بين التمثيل أمام القضاء والخصوصة في دعوى الإلغاء. فالاختلاف بين المفهومين السابقين جوهري وكبير، فقد قررت محكمة العدل العليا في هذا الشأن (أما القول بأن النيابة العامة مثل المستدعية كانونا فهو غير وارد لأن هنالك فرق بين أن تمثل النيابة المستدعية أمام القضاء في إجراءات

الحاكمية وبين أن تحل محل من أن أناط به القانون صلاحية اتخاذ القرار بالتوجه إلى القضاء).
المسألة الثالثة: الخصومة في دعوى الإلغاء.

تعتبر دعوى الإلغاء دعوى عينية، فالاشتقاق اللغوي لكلمة عينية قائم على الإشارة إلى أن الخصومة في هذه الدعوى هي خصومة عينية موجهة إلى القرار عينه، وبذل توصف دعاوى الإلغاء بأنها دعاوى عينية لأنها موجهة لعين القرارات ذاتها، وليست منازعة شخصية بين طرفين، أو موجهة إلى شخص المدعى عليه. فللمنازعات العينية هي تلك المنازعات المتعلقة بالراكيز القانونية العامة، والتي ينحصر ادعاء المدعي فيها في وقوع مخالفة لأحكام القانون أو المساس بميزة يخوّلها له مركز قانوني عام. ولكن الفقه الإداري بدأ يميل إلى القول بأن دعاوى الإلغاء يجتمع فيها جانب عيني يتمثل في قيام هذه الدعوى على فكرة حماية مبدأ المشروعية، وجانب شخصي لا يمكن إنكاره مهما قيل بعينية هذه الدعوى يتمثل في ذاتية المصالح والراكيز القانونية التي تستهدف هذه الدعوى حمايتها والتي لا تقبل الدعوى بدونها ابتداءً واستمراراً. لهذا يجب لصحة الخصومة في دعوى الإلغاء أن تقام الدعوى على مصدر القرار المطعون فيه حتى لو كان غير مختص قانوناً بإصداره.

وفي الحالة الماثلة والتي نحن بصدد التعليق عليها أقام المستدعي (وزارة السياحة والأثار) دعواه على كل من (١) رئيس لجنة بلدية دير دبوان (٢) ع.ح.م. وعليه قررت محكمة العدل العليا عدم صحة الخصومة في هذه الدعوى بعد أن ثبت لديها أن مصدر القرار الطعن هو جهة إدارية أخرى غير الخصم فيها. فقد وردت العبارات التالية في حيثيات حكمها (أما من ناحية أن الخصومة يجب أن توجه إلى مصدر القرار المطعون فيه كي تقبل الدعوى فهذا أمر مؤكّد وحيث انه من الثابت أن القرار المطعون فيه صادر عن لجنة التنظيم الخلية في دير دبوان في حين كان المخاصم في هذه الدعوى هو رئيس لجنة بلدية دير دبوان الخلية لتنظيم المدن فإن الخصومة تكون غير صحيحة من هذه الناحية أيضاً).

ويضاف إلى ذلك أن محكمة العدل العليا أوضحت بإجلاء تام التفرقة بين مصدر القرار الطعن الذي يجب مخاصمتها، وبين أشخاص القانون الخاص المستفيدين من القرار المطعون فيه. فأشخاص القانون الخاص لا يملكون إصدار قرارات إدارية أو المشاركة في إصدارها، وبذل لا يجوز مخاصمتهم بجانب مصدر القرار حتى وإن كانوا مستفيدين من القرارات الإدارية المطعون بها، فالشخص في دعوى الإلغاء كما استقر قضاء محكمة العدل العليا الأردنية هو حسراً مصدر القرار الطعن فقط. وعليه لا يجوز الخلط بين الشخص في دعوى الإلغاء وبين المستفيدين من القرار الإداري المطعون به. فيملك المستفيد في دعوى الإلغاء أن يطلب من المحكمة إدخاله كشخص ثالث في الدعوى، ولكن إدخال المستفيد كشخص ثالث في دعوى الإلغاء يستلزم إقامة هذه الدعوى أولاً ضد مصدر القرار الطعن ومن ثم إدخال المستفيد لاحقاً.

وتطبيقاً لتلك المفاهيم القانونية قررت محكمة العدل العليا رد الدعوى لعدم صحة الخصومة حتى لو ثبتت مخاصمة المستفيد من القرار المطعون فيه. فتقول المحكمة في هذا الشأن (ولا يغير من الأمر شيئاً أنه ثبتت مخاصمة المستدعي ضده الثاني (ع.ح.م) باعتباره المستفيد من القرار المطعون فيه لأنّه يشترط لصحة مخاصمتها أن تكون قد ثبتت مخاصمة مصدر القرار ابتداءً).

وفي ختام هذا التعليق نقول وبكل موضوعية أن محكمة العدل العليا بردها للدعوى المقدمة في هذه القضية لعدم صحة الخصومة أصابت كبد الحقيقة بعد أن دلت تدليلاً قانونياً سليماً وسائغاً على صحة موقفها وسلامتها.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٥/٧٩

الخامي الدكتور فرج البوشى
أستاذ القانون العام - جامعة حلوان
مصر

موجز الواقع:

تتلخص وقائع الموضوع في أن وزارة السياحة والآثار قد أقامت دعواها للطعن على القرار رقم (٣٢١) الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٢٦ من المستدعي ضده الأول لصالحة المستدعي ضده الثاني بالترخيص له بالبناء بقطعة الأرض رقم (١٠٢) من حوض رقم (٦) الواقعة ضمن أراضي مدينة دير دبوان.

وقد استندت الجهة المستدعاة في طعنها إلى الأسباب التالية:

١. أن القرار المطعون فيه مشوب بعيب عدم الاختصاص.
٢. أن القرار المطعون فيه مخالف للقانون.

٣. أن الجهة المستدعاة قد أساءت استعمال سلطتها في إصدار القرار محل الطعن.

وقد طلبت الجهة المستدعاة في ختام صحيفة دعواها الحكم لها بما يلي:

١. إصدار قرار مؤقت ومن ثم إصدار مذكرة للمستدعاي ضدهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إلغائه.

٢. إصدار قرار مستعجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين البت في الدعوى.

٣. وفي النتيجة إلغاء رخصة البناء رقم (٣٢١) محل الطعن.

وقد تقدم وكيل المستدعاي ضده الأول بـلائحة جوابية اشتملت على عدة دفوع، أهمها:

١. أن دعوى الجهة المستدعاة مردودة لعدم صحة الخصومة.

٢. أن دعوى الجهة المستدعاة مردودة لتقديمها بعد فوات المدة القانونية.

٣. أن دعوى الجهة المستدعاة مردودة لأنها لا تستند إلى أساس واقعي أو قانوني سليم.

بينما تقدم وكيل المستدعاي ضده الثاني بـلائحة خطية اشتملت على عدة دفوع، أهمها:

١. عدم أحقيـة جهة إدارـية (وزارة السياحة والآثار) في الطعن على قرارات صادـرة من جهة إدارـية أخرى (بلدية دير دبوان).

٢. عدم صـحة الخـصـومة لـانتـفاء الصـفة في رـافـعـها من نـاحـية، وـفي المـسـتـدـعاـي ضـدهـ من نـاحـيةـ آخـرى.

٣. أن الدعوى قدمـت بعد فـوات المـدة القانونـية لـرفعـها.

وإذ تداولـت المحـكـمة الدـعـوى كـماـ هو ثـابـتـ بـمحـاضـر جـلسـاتـهـا، فـقدـ أـصـدرـتـ - في جـلـسـةـ ٢٠٠٥/٩/٢٨ -

قرـارـاـ مـسـتعـجـلاـ بـوقـفـ تـنـفـيـذـ القرـارـ محلـ الطـعنـ، كـماـ أـصـدرـتـ قـرـارـاـ مـؤـقـتاـ وـمـذـكـرـةـ لـلـمـسـتـدـعاـي ضـدهـماـ لـبـيـانـ الأـسـبـابـ الـمـوجـبةـ لـلـقـرـارـ المـطـعـونـ فـيهـ أوـ المـانـعـةـ منـ إـصـدـارـ القرـارـ مـوـضـوعـ الـطـلـبـ.

وـفـيـ جـلـسـةـ الفـصـلـ فيـ مـوـضـوعـ الدـعـوىـ المنـعـقـلـةـ بـتـارـيخـ ٢٠٠٨/٢٧ـ، أـصـدرـتـ المحـكـمةـ قـرـارـهاـ بـرـدـ الدـعـوىـ شـكـلاـ، إـلـغـاءـ القرـارـ مـسـتعـجـلاـ بـوقـفـ تـنـفـيـذـ القرـارـ المـطـعـونـ فـيهـ.

وـفـيـ سـبـيلـ التـعلـيقـ عـلـىـ هـذـاـ القرـارـ يـتـعـينـ عـلـىـنـاـ التـعرـضـ بـالـدـرـاسـةـ -ـ بـالـقـدـرـ الـنـيـ يـتـحـمـلـ

التعليق - لمسالتين هامتين: أولهما تتعلق بالصفة في دعوى الإلغاء، أما ثانيهما فتتعلق بأثر الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه على موضوع الدعوى.

أولاً: الصفة في دعوى الإلغاء:
من الأمور المسلمة فقها وقضاء أنه لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت مقدمة من ذي صفة تخوله حق تقديمها.

يعنى آخر، لا يمكن أن يباشر الدعوى القضائية إلا ذو صفة في مباشرتها، وهو إما صاحب الحق أو المصلحة نفسه أو النائب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، ومن عدا هؤلاء فهو غير ذي صفة في مباشرة الدعوى.

(الدكتور سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية - ص ٨٩)

وتعرف الصفة في الدعوى بأنها "قدرة الشخص على المثول أمام القضاء في الدعوى كمدعي عليه. وهي بالنسبة للفرد كونه أصيلاً أو وكيلًا، ومثلاً قانونياً أو وصياً أو قيمة، وهي بالنسبة للجهة الإدارية كونه صاحب الاختصاص في التعبير عن الجهة الإدارية أو الشخص الاعتباري العام المدعي عليه في الدعوى والمفصل به موضوعها، والذي تكون له القدرة الواقعية على مواجهتها قانوناً بالرد وبتقديم المستندات، وماليًا بالتنفيذ".

(الدكتور مصطفى كمال وصفي - أصول إجراءات القضاء الإداري - ط ٢ - ص ١٥٢ وما بعدها)
بينما يعرفها البعض الآخر باعتبارها القدرة القانونية على رفع الخصومة إلى القضاء أو المثول أمامه لتلقينها.

(الدكتور سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٨٩)

وبهذا المفهوم تتطوي الصفة في الدعوى الإدارية على جانبيين متميزين: أولهما وجوب أن ترفع الدعوى الإدارية من ذي صفة؛ وهو صاحب الحق أو من يقوم بتمثيله قانوناً، وثانيهما وجوب أن ترفع الدعوى على ذي صفة وهي الجهة الإدارية مصدرة القرار:

١- رفع الدعوى من ذي صفة:
يشترط في رافع دعوى الإلغاء أن يكون ذا صفة في رفعها، يعنى أن تكون له مصلحة في إبطال القرار المطعون فيه. فمن المسلم في الفقه والقضاء أنه «حيث لا مصلحة فلا دعوى-Pas d'intérêt, pas d'action».

وفي هذاخصوص تنص المادة (٣) من قانون المراهنات المدنية والتجارية المصري على أنه «لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحب فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستئثار بحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

وسيرا على ذات النهج، تنص المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ على ذات الحكم بقولها:

١. لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحب مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.

٢. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستئثار

ل الحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

٣. إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى».

أما بالنسبة للقضاء الإداري، فقد نصت المادة الثانية عشر من قانون مجلس الدولة المصري على أنه «لا تقبل الطلبات الآتية:

(أ) المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية».

أما بالنسبة لأصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا الفلسطينية، فإن المواد (٢٨٣) وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لم تتضمن أية استثناءات بخصوص شرط توافر المصلحة في رفع دعوى الإلغاء.

كذلك نصت المادة (٣٤) من قانون تشكيل المحاكم الناظمية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ على أنه «يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (٣٣) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يلي:

١. الاختصاص.

٢. وجود عيب في الشكل.

٣. خالفة القوانين أو المواريث أو الخطأ في تطبيقها أو تأويتها.

٤. التعسف أو الاحرف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون».

وفي سبيل تأكيدها على شرط توافر الصفة في رفع دعوى الإلغاء، تقول محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحکامها: "... يشترط لقبول الدعوى أن ترفع من صاحب الحق المطلوب الحكم به أو أن ترفع باسمه من وكيل مفوض عنه في رفعها. فإذا كان المدعي لا يملк الحق المطلوب في الدعوى ولا هو موكل من أصحاب الحق في إقامتها، فتكون الدعوى مرفوعة من غير ذي صفة...».

(راجع حكمها في الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٤٩/٤/٢٦)

ويتعين في شرط المصلحة أن تكون هذه المصلحة شخصية، فلا تقبل الدعوى من شخص ليست له مصلحة شخصية في إلغاء القرار، مهما كانت صلته بصاحب المصلحة الشخصية، ولكن لا يعني ذلك أنه يجب أن تقتصر المصلحة على شخص واحد بل يمكن أن تتحقق لعدد كبير من الأشخاص. ويشترط أيضاً أن تكون المصلحة مباشرة أي يجب أن يؤثر القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً في مركز قانوني لرفع الدعوى. كذلك يشترط أن تكون هذه المصلحة قائمة أي أن تتوافر وقت رفع الدعوى وأن تستمر كذلك إلى أن يصدر حكم في الدعوى.

ويبين من ذلك أن دعوى الإلغاء تتميز عن غيرها من الدعاوى بالنسبة لشرط المصلحة، وتفصيل ذلك أنه ولوئن كان يتعين في شرط المصلحة في الدعوى أن تكون شخصية و مباشرة وقائمة إلا أنه في مجال دعوى الإلغاء، حيث تتصل هذه الدعوى بقواعد واعتبارات المشروعية والنظام العام، يتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له، دون أن يعني ذلك الخلط بينها وبين دعوى الحسبة، إذ يظل قبول الدعوى منوطاً بتوافر شرط المصلحة الشخصية لرافعها.

(حكمها في الطعن رقم ٣١٣٣٩ لسنة ٦١ ق بجلسة ٤/٢٠٠٧)

ويعنى آخر فلا يشترط أن يستند رافع دعوى الإلغاء إلى حق معين قبل الإدارة، بل يكفي أن تكون له صفة قانونية أثر فيها القرار تأثيراً مباشراً.

أما بالنسبة لصفة النيابة العامة لفروع الدولة التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية كالوزارات والمصالح، فإن المبدأ المستقر في الفقه والقضاء يجعل تمثيل هذه المصالح للوزير المختص.

وفي هذا الصدد تؤكد محكمة القضاء الإداري المصرية على أن "...تمثيل الدولة في التقاضي هو فرع من النيابة عنها وهي نيابة قانونية المرد في تعين مداها وبيان حدودها إنما يكون بالرجوع إلى مصدرها وهو القانون، والدولة من الأشخاص الاعتبارية العامة، وقد يكون من فروعها ما له الشخصية الاعتبارية فتتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملزاماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون، ومن بين هذه الحقوق حق التقاضي ويكون لها نائب يعبر عن إرادتها ويمثلها في التقاضي. وقد يكون من فروع الدولة ما ليست له الشخصية الاعتبارية كالوزارات والمصالح التي لم ينحها القانون تلك الشخصية الاعتبارية، والأصل عندئذ أن يمثل الدولة كل وزير في الشئون المتعلقة بوزارته وذلك بالتطبيق للأصول العامة باعتباره المتولى بالإشراف على شئون وزارته والمسئول عنها والذي يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها إلا إذا أسنده القانون صفة النيابة العامة فيما يتعلق بشئون هيئة أو وحدة إدارية معينة إلى رئيسها تكون لهذا الأخير عندئذ هذه الصفة بالمعنى وفي الحدود التي بينها القانون...".

(حكمها في الطعن رقم ١٤٢٧ لسنة ١٠١٥ ق بجلسة ٢١/٥/١٩٦١)

وقد أكدت على هذا الحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها أن: "...الصفة في تمثيل الدولة وفروعها في التقاضي هي للوزير في الشئون المتعلقة بوزارته، وللنائب عن هذه الفروع إذا كانت من الأشخاص الاعتبارية العامة، أما الفروع التي ليست لها هذه الشخصية الاعتبارية فإن الصفة تكون أصلاً للوزير الذي تتبعه، إلا إذا أسندها القانون فيما يتعلق بشئون هيئة أو وحدة إدارية معينة إلى رئيسها فتكون له عندئذ هذه الصفة بالمعنى وفي الحدود التي بينها القانون...".

(حكمها في الطعن رقم ٨٩٢ لسنة ٧٣/٥/١٩٦٣)

ثم عادت المحكمة لتدرك على أن (صاحب الصفة هو من يختص وفقاً لأحكام القانون بتمثيل الشخص الاعتباري والتحدث باسمه) - والصفة في تمثيل الجهة الإدارية أمر مستقل عن الشخص الذي تسلم إليه صور الإعلانات، ومستقل أيضاً عن نيابة إدارة قضايا الحكومة عن الجهات الإدارية فيما يرفع منها أو عليها من قضايا وطعون، فلا يكفي بصحبة الإجراء أن تباشره إدارة القضايا بل يتquin لصحته أن تكون مباشرة باسم صاحب الصفة وهو الوزير بالنسبة إلى شئون وزارة رئيس المجلس المحلي بالنسبة إلى الوحدة الإدارية والتي يمثلها هذا المجلس - أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فت تكون الصفة في تمثيلها حسبما ينص عليه نظامها وليس لجهة الوصاية الإدارية صفة في تمثيل المدارس المحلية فلا صفة لأي وزير في تمثيل تلك المجالس".

(حكمها في الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ١٠١٥ ق بجلسة ٢٩/١٩٦٦)

-٢- رفع الدعوى على ذي صفة:

وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها: "...إن القاعدة في اختصاص القرارات الإدارية هي توجيه الخصومة إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو من يمثلها لتلقي وجوه الطعن

فيه والدفاع عنه ثم لإنفاذ ما تقضي به المحكمة في شأنه لذلك كان اختصاص جهة غير تلك الجهة رفعا للدعوى على غير ذي صفة، وتوجيهها لها على غير خصم... .
 (حكمها في الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٣٢ ق بجلسة ١٩٥٠/٧/١)

وهو ما أعادت المحكمة التأكيد عليه في حكم آخر بقولها: "... أنه لا يكفي لقبول الدعوى أن تختص المهمة التي أصدرت القرار محل المنازعه بل يشترط لقبول الدعوى أن تكون الجهة المدعي عليها قد توافرت لها الشخصية الاعتبارية وأهلية التقاضي... ."
 (حكمها في الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٢٢ ق بجلسة ١٩٦٠/١١/١٠ دمشق)

كذلك قضت المحكمة في أحد أحكامها بأن "الاختصاص في دعوى الإلغاء يوجه إما إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الرئيسية لها، سواء كانت جهة رئاسة أو وصائية، أو إليهما معا فإذا كان من الثابت أن وزارة المالية ليست هي الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه كما أنها ليست الجهة الرئيسية أو الوصائية عليها، فلا تكون لها صفة لاختصاصها في الدعوى ولا يكون هناك محل لما يذهب إليه المدعي لتبرير هذا الاختصاص من أنه قضى بإدخالها في الدعوى حتى يصدر الحكم في مواجهتها فتلتزم بتنفيذه، لا محل لذلك، لأن هذا النظر إن كان يصدق في قضاء التعويض أو في قضاء الدعاوى الشخصية بصفة عامة حيث تكون للأحكام الصادرة فيها حجية نسبية ومقصورة على من كانوا طرفا فيها، ومن ثم تقوم الحاجة إلى اختصاص الغير في هذه الدعاوى حتى ينبع عليهم بالأحكام الصادرة فيها، إلا أن هذا النظر لا يصدق بالنسبة لقضاء الإلغاء أو قضاء الدعاوى العينية، لأن الأحكام الصادرة فيها هي أحكام ذات حجية مطلقة وتسرى على الكافة... حتى على من لم يكونوا طرفا في الدعوى ومن ثم تنتهي كل مصلحة في إدخال وزارة المالية في الدعوى".
 (حكمها في الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ١١١ ق بجلسة ١٩٥٧/٥/٧)

وقد ثار خلاف في الفقه حول طبيعة الدفع بانتفاء المصلحة، حيث ذهب رأي راجح إلى أنه دفع بعدم القبول، ومن ثم يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى. بينما ذهب رأي آخر مرجوح إلى أن الدفع بانعدام المصلحة هو دفع موضوعي.

وقد أكدت على ذلك محكمة القضاء الإداري في بواكيير أحکامها، حيث قالت: "لا يؤثر في الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم وجود صفة لرافعها، التأثير في إبدائه إلى ما بعد مواجهة موضوع الدعوى لأنه من الدفع التي لا تسقط بالتكلّم في الموضوع ويجوز إبداؤها في أية حالة كانت عليها الدعوى".
 (حكمها في الدعوى رقم ١٩٦ لسنة ٢٢٢ ق بجلسة ١٩٤٩/٣/٢٢)

ثانياً: أثر الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ على الحكم في موضوع الدعوى:
 لقد جعل القضاء الإداري رفع الدعاوى بطلب إلغاء القرارات الإدارية صورتين: صورة عاجلة يطلب فيها وقف تنفيذ القرار الإداري، وصورة عادية يطلب فيها إلغاء القرار الإداري. فتقضي المحكمة في الصورة الأولى بوجه عاجل وبحكم وقتى، إما بوقف تنفيذ القرار المطعون، وإما بالاستمرار بتنفيذه، وذلك على غرار الاختصاص المخول لقاضي الأمور المستعجلة في القضاء العادي.
 (حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٧٧ ق بجلسة ١٩٥٧/١٢٩)

ومثل وقف التنفيذ إلغاء مؤقت للقرار الإداري، وقيام ظروف واقعية يحتمل معها أن يتحول الإلغاء المؤقت إلى إلغاء نهائي. ويرجع وقف التنفيذ إلى الظروف الملابسة للقرار لا إلى عدم قابلية القرار الإداري في ذاته لوقف التنفيذ.

(حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ١٩٥٥ - مجلس ١٢/١٢/١٩٥١)

أما عن علاقة الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ بموضوع الدعوى الأصلي، فقد بات من الأمور المنطق عليها أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ منبت الصلة بموضوع الدعوى الأصلي، فهو لا يمس أصل النزاع، ولا يتعرض لموضوعه.

(الدكتور محمود حافظ - القضاء الإداري - ١٩٩٣ - ص ٦٧١)

ومن ثم فقد تقضي المحكمة في الطلب المستعجل بوقف التنفيذ، ثم عند نظرها كامل الدعوى تنتهي إلى سلامته القرار فتحكم برفض الطعن، وحينها يستعيد القرار قوة نفاده (كحالات محل التعليق). والعكس صحيح أيضاً، بما يعني أنه قد تقضي المحكمة في الحكم المستعجل برفض طلب وقف تنفيذ القرار، ثم يتبيّن لها بعد الفراغ من نظر الدعوى أن ذات القرار غير سليم فتقضي بإلغائه.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على ذلك بقولها: "...أنه من المسلمات أن الأحكام المؤقتة الصادرة في طلبات وقف التنفيذ لا تقييد المحكمة عند نظر الموضوع ولا تحوز قوة الشيء المضني به، ولها أن تعدل عنها أو تغير فيها عند الفصل في الموضوع...".

(راجع حكمها في الطعن رقم ٨ لسنة ١٩٥٤ - مجلس ٦/٤/١٩٥٤)

فليس معنى إجابة طلب وقف التنفيذ أن المحكمة حيث تعرّض للموضوع سوف تقضي ب悍ماً بإلغاء القرار المطعون فيه، وليس رفض وقف التنفيذ دليلاً على أن المحكمة ستتحكم بعد ذلك في الموضوع برفض دعوى الإلغاء، فمسألة وقف التنفيذ مستقلة تماماً عن موضوع الدعوى، والفصل فيها يتوقف فقط على توافر شروط وقف التنفيذ، بصرف النظر عن موضوع الدعوى وأحقية المدعى فيما قدّمه من طلبات، إذ أن محكمة الموضوع هي التي تفصل في ذلك.

(الدكتور محمود حافظ - المرجع السابق - ص ٦٧١)

وقد أكدت على هذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: "...ولكنه (أي الحكم المستعجل) لا يقييد تلك المحكمة عندما تقضي في موضوع طلب الإلغاء، لأن حكمها الأول حكم وقتي يتناول الوجه المستعجل للنزاع فقط دون المساس بأصل الموضوع، ومن ثم يجوز للمحكمة عند نظر موضوع دعوى الإلغاء العدول عنه كلياً أو جزئياً، بما في ذلك ما تكون المحكمة قد فصلت فيه من دفع أبدىت أمامها من الخصوم بقصد التدليل على عدم جدية طلب وقف التنفيذ...".

(حكمها في الطعن رقم ٣٩٩ - سابق الإشارة إليه)

ومن المستقر عليه فقها وقضاء أنه على الرغم من أن الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه هو حكم مؤقت، إلا أنه يعد من قبيل الأحكام القضائية وليس من قبيل الأفعال الولائية للمحكمة. فهو حكم قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها ويحوز قوة الشيء المحکوم فيه فيما صدر فيه، طالما لم تتغير الظروف الملابسة له. وينبني على ذلك أنه يجوز الطعن فيه بصفة مستقلة شأنه في ذلك شأن أي حكم انتهائي.

(راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١١/٥/١٩٥٥ - مجموعة أحكام المحكمة - السنة

الأولى - حكم رقم ٨ - ص ٦٤)

وإذا نحن أنزلنا ما تقدم من مبادئ قانونية على وقائع الحكم محل التعليق لتبين لنا ما يلي:

١. أن الحكم في قبوله لدفع المستدعي ضده الثاني ومفاده انتفاء الصفة في رافع الدعوى قد وقع صحيحاً، حيث أنه على الرغم من أن الدعوى مقامة باسم وزارة السياحة والأثار، غير أنه لم يرد فيها أية إشارة إلى أنها مقامة من قبل الوزير المختص (وزير السياحة والأثار) أو من يملك قانوناً حق إقامتها باسم الوزارة المذكورة.
٢. أن الحكم في قبوله للدفع المبني على عدم صحة الخصومة لرفعها على غير ذي صفة قد وقع صحيحاً، بالنظر إلى أن الطعن لم يوجه إلى مصدر القرار المطعون فيه (لجنة التنظيم المحلية في دير دبوان) بل وجه إلى رئيس بلدية دير دبوان المحلية لتنظيم المدن. ولا يؤثر في هذا النظر مخاصمة المستدعي ضده الثاني أي المستفيد من القرار المطعون فيه، لأنه يشترط لصحة مخاصمته أن يخالص مصدر القرار كما ذهبت إلى ذلك محكمة الموضوع في قرارها.
بيد أن الذي نراه في هذا الخصوص أنه ليس هناك صفة لاختصاص المستفيد من القرار المطعون فيه في كافة الأحوال، أي سواء تمت مخاصمة مصدر القرار ابتداء أم لم يتم. فليس هناك محل لتبرير هذا الاختصاص من أنه قضى بإدخاله في الدعوى حتى يصدر الحكم في مواجهته فيلتزم بتتنفيذها، باعتبار أن قضاء الإلغاء ذو طبيعة عينية، ومن ثم فاحكامه ذات حجية مطلقة وتسري على الكافية، حتى على من لم يكونوا طرفاً في الدعوى، وفقاً لما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها سالف الإشارة إليه رقم ٢٣٣ لسنة ١١٩٥/٥/٧.
٣. أن المحكمة لم تكن في حاجة إلى النص على إلغاء قرارها الذي أصدرته بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، على أساس أن حكمها برد الدعوى (أي عدم قبولها) يعيد إلى القرار الإداري قوة نفاده دون حاجة إلى القضاء بذلك.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٥/٧٩

الخامي الدكتور مراد خميس
الخامي بالنقض والإدارية العليا
مصر

الوقائع

بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٩ تقدمت المستدعاة بهذه الدعوى ضد المستدعى ضدهما للطعن برخصة البناء رقم (٣٢١) الصادرة عن المستدعى ضده الأول بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٢٦ الممنوعة للمستدعى ضده الثاني.

ونعت الطاعنة على القرار الطعن أنه مشوب بعيوب عدم الاختصاص وإسعة استعمال السلطة.

في جلسة ٢٠٠٥/٧/١٥ كرر ممثل المستدعاة لائحة الاستدعاء وقدم بيته المبرزات (س١ - س٥) والتمس إصدار القرار المؤقت بتوكيل المستدعى ضدهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إلغائه وإصدار القرار المستعجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين البت في الدعوى.

وفي جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٨ قررت المحكمة:

١. إصدار قرار مستعجل بوقف تنفيذ الرخصة رقم (٣٢١) محل الطعن أو القيام بأية أعمال مادية بالأرض ذلك لحين الفصل في الدعوى.

٢. إصدار قرار مؤقت ومذكرة للمستدعى ضدهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب.

وبتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٦ تقدم وكيل المستدعى ضده الثاني بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته أن الدعوى مردودة لعدم صحة الخصومة ولا تستند إلى سبب قانوني أو واقعي صحيح .

وبتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٧ تقدم وكيل المستدعى ضده الأول بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته أن دعوى الجهة المستدعاة مردودة شكلاً وأنها مردودة وغير مسموعة قانوناً لكونها مقدمة بعد فوات المدة القانونية.

وفي جلسة ٢٠٠٥/١٠/٣١ كرر وكيل المستدعى ضده الأول بلائحة الجوابية وكيل المستدعى ضده الثاني بلائحة الجوابية .

وفي جلسة ٢٠٠٦/٥/١٠ قدم وكيل المستدعى ضده الأول بيته المبرزات (م ع ١ / م ع ٨).

وفي جلسة ٢٠٠٧/٢/٣ قدم وكيل المستدعى ضده الأول باقي بيته المبرزات (م ع ٩ / م ع ١١) واستمعت المحكمة لشهادة الشاهد مظهر جمال جبر.

وفي جلسة ٢٠٠٧/٤/٢١ قدم وكيل المستدعى ضده الثاني بيته ضمن حافظة مستندات المبرز (ع ١) واستمعت المحكمة لشهادة الشاهد حسان جمیل حسان مصباح وختم بيته وأبدى مثل المستدعاة عدم رغبته في تقديم أي بينة ثم ترافع الأطراف.

وبجلسة ٢٠٠٨/٢٧ قضت المحكمة في الدعوى بالآتي:

١. تقرر المحكمة رد الدعوى شكلاً لعدم صحة الخصومة وتضمين الجهة المستدعاة مبلغ مائة دينار أتعاب محاماة للمستدعاي ضدهما.

٢. إلغاء القرار المستعجل بوقف تنفيذ الرخصة رقم (٣٢١) محل الطعن.

و قبل أن تنتهي المحكمة إلى هذا القرار، كانت قد تصدت للدفع بعدم أحقيّة جهة إدارية في الطعن على قرارات صادرة عن جهة إدارية أخرى ، وانتهت في ذلك إلى أن الفقه والقضاء قد استقرأ على قبول دعوى الإلغاء من جهات إدارية ضد القرارات الإدارية التي لا تملك سلطة إلهاها بالطريق الإداري، في حين لا تقبل دعوى الإلغاء إذا كان الطاعن يملك عن طريق رقابته الرئاسية سلطة إلغاء القرار وذلك تطبيقاً لمبدأ الخضوع الرئاسي الذي يخول السلطة الأعلى صلاحية إلغاء قرارات السلطة الأدنى ما لم تكن السلطة الأدنى تملك اختصاصات بموجب القانون تجعلها مستقلة تناهى بها عن كل رقابة رئاسية وفي هذه الحالة أيضاً يحق لها أيضاً اللجوء إلى دعوى الإلغاء، خصوصاً وأن المادة (٣٣) من قانون تشكيل المحاكم الناظمية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ قد أجازت تقديم الطعون بالإلغاء من ذوي الشأن دون تقييد، كما أن المادة (٣٤) من القانون المذكور التي حددت أسباب الطعن للأفراد والهيئات قد أوردت لفظ الهيئات بصورة مطلقة دون تفريق بين الهيئات العامة والخاصة.

وأما قرار المحكمة الذي انتهت إليه برد الدعوى شكلاً لعدم صحة الخصومة، فقد استندت فيه إلى أن الدعوى مقدمة باسم وزارة السياحة والآثار إلا أنه لم يرد فيها أية إشارة إلى أنها مقامة من قبل من يمثلها قانوناً وهو وزير السياحة والآثار أو أي شخص يملك قانوناً حق إقامتها باسمه، دون أن يغير من ذلك إقامتها من النيابة العامة، لأنها وإن كان من الممكن أن تمثل الجهة المستدعاة أمام القضاء في إجراءات المحاكمة إلا أنها لا تخل محل من أناط به القانون صلاحية اتخاذ القرار بالتجهيز إلى القضاء.

هذا فضلاً عن أن الخصومة، يجب أن توجه إلى مصدر القرار المطعون فيه كي تقبل الدعوى، والثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه صادر عن لجنة التنظيم الخلية في دير دبوان، في حين كان المخاصم في هذه الدعوى هو رئيس لجنة بلدية دير دبوان الخلية للتنظيم المدني مما يجعل الخصومة غير صحيحة من هذه الناحية أيضاً دون أن يغير من الأمر شيئاً أنه تمت مخاصمة المستدعاي ضده الثاني عماد حسين مناصرة باعتباره المستفيد من القرار المطعون فيه لأنه يشترط لصحة مخاصمته أن تكون قد تمت مخاصمة مصدر القرار ابتداء.

التعليق

كما نرى فقد تصدت المحكمة في حكمها لدعوى:
الأول: هو الدفع بعدم جواز رفع الدعوى الإدارية من جهة إدارية.
الثاني: هو رفع الدعوى من غير صفة.

والمحكمة في ذلك تكون قد خالفت الأصول المنطقية في تناول الدفع. كما أنها حين تصدت للدفع الأول فقد ابتسرت الرد عليه ولم تصل به إلى منتهاه الواجب قانوناً، هذا إن صح في الأساس أنها تتصدى له وأمامها دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة.

**وتناول ذلك بشئ من التفصيل فيما يلي:
أولاً: خالفة المحكمة للأصول المنطقية في تناول الدفوع:**

تشير المادة (١٩٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ (الذي تسري أحکامه على التقاضي أمام محكمة العدل العليا فيما لم يرد فيه نص مخصوص أمامها أيضاً) إلى موضوع الصفة الالزمة لقبول الدعوي أو الطعن بإشارتها إلى ذلك بطريق غير مباشر بقولها: «إذا فقد الحكم له أهليته أو توفي من كان ي Bias الخصومة عنه أو زالت صفتة»، وهو ما يقطع بضرورة توافر الصفة في الدعوي برفعها من ذي صفة وعلى ذي صفة مما هو مقرر ويدعيه في أصول المحاكمات المدنية والتجارية والإدارية كلها، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثر ذلك أحد الخصوم، وهو ما يشبه ما ورد في نص المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري مثلاً التي تنص في فقرتها الأولى والثانية على أنه: «الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداوه في أية حالة تكون عليها».

إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لإنقضاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تجاوز خمسين جنيهها ..»

ومن جماع هذه النصوص يتضح لنا أنّة يتعين التصدي للدفع بانعدام صفة المدعى قبل أي دفع آخر. فهب أن المدعى كان عديم الأهلية أو ناقصها، ولكن الحامي رفع الدعوى نيابة عنه ليس لديه توكيل من أساسه لرفع الدعوى، فإن المحكمة لا يجوز لها أن تستطرد وتناقش إمكانية رفع الدعوى من عديم الأهلية أو ناقصها، وإنما هي ترك ذلك بالطبع، وتتصدى فوراً لرفع الدعوى من غير ذي صفة، وتقتضي بعدم قبولها شكلاً لرفعها من محام غير موكل، أي من غير ذي صفة، أيا كانت قانونية رفع الدعوى من عديم الأهلية أو ناقصها، فكل ذلك يمكن أن يناقش إذا كانت المحكمة قد اتصلت بالدعوى في الأساس من ذي صفة في رفعها.

وفي الحكم محل التعليق فإن المحكمة، بعد أن طافت بغير داع في إمكان رفع الدعوى من الجهات الإدارية، فإنها انتهت إلى أن الدعوى مرفوضة من غير ذي صفة، مما كان يتعين معه أن تتصدى لهذا الدفع وحده لأنّه يكفيها لعدم قبول الدعوى، دون حاجة للاستطراد بنظر دفوع لا يقتضيها المقام، لأن الأحكام ليست مخالفة لترف الفكري أو الاستطرادات التي لا لزوم لها.

ثانياً: المحكمة لم تصل باستطرادها إلى منتهى الواجب قانوناً:

فلعله ما ضاعف الخطأ في تصدى المحكمة للدفع بعدم جواز رفع الجهات الإدارية للدعوى الإدارية، أن المحكمة لم تصل في بحث هذا الدفع إلى منتهى الواجب قانوناً.
فإنه يشترط لجواز رفع الجهات الإدارية للدعوى الإدارية ثلاثة شروط هامة لم تتصد المحكمة لأبيها:

الشرط الأول: ألا تكون الجهة الإدارية رافعة الدعوى تملك التنفيذ الجبri في الأساس، لأنّها إذا كانت تملك هذه السلطة فهي ليست بحاجة لرفع دعوى.

الشرط الثاني: هو عدم وجود نظام قانون بديل ينظم النزاعات بين الجهات الإدارية:
ففي مصر مثلاً، تنص المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه: «

تحتخص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي مسبباً في المسائل والمواضيعات الآتية:

أ - ب - ج -

د - المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض.

ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين. ومن هذا النص يتضح مثلاً أن النزاعات بين الجهات الإدارية في مصر لا يتم حسمها بنظام الدعاوى الإدارية العادية، وإنما بنظام مخصوص يعد وسطاً بين الدعاوى الإدارية والتحكيم تتصدى فيه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لنظر هذا النزاع والفصل فيه بقرار نهائي لا يجوز الطعن فيه، ومع وجود هذا النظام لا يجوز أبداً للجهات الإدارية أن تلجأ في منازعاتها مع الجهات الإدارية الأخرى إلى نظام الدعاوى الإدارية العادية، حيث لم يبين لنا الحكم محل التعليق ما إذا كان هذا النظام يقوم في فلسطين أيضاً أم لا؟! (ما قد نتهز معه هذه الفرصة وندعوا إلى وضع مثل هذا النظام الأقرب للتحكيم في منازعات الجهات الإدارية وبعضها البعض في فلسطين أيضاً، لما في ذلك من توفير للجهد والنفقات بين جهات إدارية تتبع جميعها في النهاية مصلحة واحدة هي المصلحة العامة، وميزانية واحدة هي ميزانية الدولة).

الشرط الثالث: أن يكون القرار المطعون فيه قد مس المركز القانوني للجهة الإدارية؛ وهو شرط على الطعن في أي قرار إداري، حيث لا يملك هذا الطعن إلا من مس القرار مركزه القانوني، وهو ما لم يبينه الحكم محل التعليق أيضاً، حيث لا يكفي في ذلك أن يكون القرار قد مس مركزاً قانونياً أو مصلحة لأحد المواطنين ليتمكن أن تشاركه الجهة الإدارية الحق في رفع الدعوى، فهي ليست جهة حسبة لرفع الدعاوى نيابة عن الأفراد وإنما يتبعن لقبول النزاع منها في أي نظام قانوني قائم أو مقترن - يقبل ذلك - أن يكون القرار الصادر من جهة أخرى قد مس مركزها القانوني أي مس المصلحة التي تقوم على أدائها ورعايتها وبحسب السندي القانوني الصادر بإنشائهما.

وأخيراً، فإنه يشبه خطأ المحكمة في التصدي لهذا الدفع بهذا الاستطراد الذي ليس محله الأحكام أبداً، أنها أيضاً استطردت بالقول في النهاية أن الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة أيضاً، وهو استطراد غير منهجي كذلك، فإنه إذا لم تتصل المحكمة بالدعوى من له صفة، فإنها فوراً تكتفي بذلك ولا تبحث معه أية أمور أخرى، لأن اتصال المحكمة بالدعوى من لا صفة له يجعل الدعوى والعدم سواء أمام المحكمة، فلا تستطرد فيها أبداً بنظر أي دفع أو دفاعات أخرى.

وفيما عدا ذلك فقد أصاب الحكم محل التعليق كيد الحقيقة .

أحكام صادرة
عن محكمة النقض في القضايا الجزائية
والتعليق عليها



الحكم رقم ٢٠٠٤/٢٦
«احتساب مدة التوقيف»

تعليق المحامي الدكتور يونس عرب - الأردن
تعليق الأستاذ الدكتور مأمون سلامة - مصر
تعليق الدكتور محمد أبو الفار - مصر

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

نقض جراء رقم: ٢٠٠٤/٢٦

مجلس القضاء الأعلى

قرار رقم ٣٨

القرار

الصادر عن محكمة النقض المعقدة في رام الله والمأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الم الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد المستشار

عضويه السادة المستشارين

بنين

الطاعن :

وكلاوه المحامون:

المطعون ضده : الحق العام

تقدم الطاعن بهذا الطعن لنقض القرار الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٢ عن محكمة استئناف رام الله في الاستئناف الجنائي رقم ٢٠٠٣/٤٣ المتضمن رد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٢ عن محكمة بداية جنين في الدعوى التحقيقية رقم ٢٠٠٣/٥٠ القاضي برفض إخلاء سبيله بالكافلة .

تتلاخض أسباب الطعن بما يلي:

- أخطأ محاكمه أول درجة ومحكمة الاستئناف بعدم اعتبار مدة توقيف الطاعن محتبسة من اليوم الأول لتوقيفه من قبل مأمور الضبط القضائي مخالفة بذلك نص المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية.

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الأعلى

نقض جزاء رقم ٢٠٠٤/٢٦:

قرار رقم ٢٨

٢- أن محكمتي أول درجة والاستئناف خالفتا نص المادة ٦٦ من قانون السلطة القضائية من أن أعضاء النيابة يتبعون رؤسائهم وفقاً لترتيب درجاتهم، وكذلك المادة ٦٩ من ذات القانون إضافة لمخالفتهما المادتين ٢٠ و ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية ذلك أن أعضاء وأمورو الضبط القضائي كل فيما يتعلق بأعمال وظائفهم تابعين للنيابة العامة وإن النائب العام يشرف عليهم وبخضعون لمراقبته فيما يتعلق بأعمال وظائفهم.

٣- أخطأ محكمتا أول درجة والاستئناف بعدم تطبيق ما نصت عليه المادة ٤٨١ من قانون الإجراءات الجزائية تبدأ مدة العقوبة السالبة للحرية من يوم القبض على المحكوم عليه الأمر الذي يجب معه احتساب مدة توقيفه من قبل مأمور الضبط القضائي لغايات تطبيق وتفعيل نص المادة ١٢٠ من ذات القانون.

وقد طلب بالنتيجة قبول الطعن شكلاً ومن ثم موضوعاً وإلغاء القرار المطعون فيه والإفراج عنه ما لم يكن موقوفاً على حساب قضية أخرى.

تقديم رئيس النيابة العامة بمطالعة خطية "لائحة جوابية" ملتمساً إصدار القرار المتفق وحكم القانون.

الوقائع

تتلخص الواقعية الثابتة بالقبض على الطاعن بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٢٠ بتهمة القتل مع سبق الإصرار والترصد وبالاشتراك المعاقب عليها بالمادتين ١/٣٢٨ و ٧٦ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ كما هو ثابت في قرار الاتهام والإحالـة الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٨ عن رئيس نيابة جنين.

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الأعلى

نقض جزاء رقم ٢٦٠٤/٢٠٠

قرار رقم ٣٨

بتاريخ ٢٠٠٣/٢٤ تم أخذ إفادة الطاعن من قبل الشرطة بواسطة الملازم حسام عرار وبقي الطاعن قيد التوقيف فيما تم استجوابه من قبل وكيل النيابة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٠ وفي ذات التاريخ أصدر وكيل النيابة قراره بتوفيق الطاعن لمدة (٤٨) ساعة في سجن طولكرم.

بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢ وبناءً على طلب وكيل النيابة أصدر قاضي صلح جنين قراراً بتوفيقه لمدة خمسة عشر يوماً كما وأصدر بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٩ قراراً آخر بتمديد توقيفه لمدة خمسة عشر يوماً، بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٥ أصدرت محكمة بداية جنين - مشكلة من قاضيين قراراً بتوفيقه لمدة خمسة عشر يوماً. كما وأصدرت بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٠ ذات المحكمة - مشكلة من قاضٍ فرد قراراً بتمديد توقيفه لمدة خمسة عشر يوماً.

وبتاريخ ٢٠٠٣/٨/٣ أصدرت مشكلة من قاضٍ فرد قراراً آخر بتمديد توقيفه لمدة خمسة عشر يوماً في سجن طولكرم.

وبتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٧ أصدرت المحكمة ذاتها - مشكلة من قاضٍ فرد - قراراً بتمديد التوقيف لمدة خمسة عشر يوماً.

وبتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣ أصدرت قراراً آخر بتمديد توقيف الطاعن لمدة خمسة عشر يوماً.

وأخيراً وبتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٧ أصدرت قراراًها الأخير بتمديد توقيف الطاعن لمدة خمسة عشر يوماً.

وان جميع الإجراءات المتعلقة بالتوقيف تمت من قبل محكمتي الصلح والبداية في ظل عدم حضور الطاعن (المتهم) أو محاميه وفي غفلة منها.

المحكمة العليا

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الأعلى

نقض جزاء رقم ٢٠٠٤/٢٦:

قرار رقم ٢٨

بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٦ تقدم الطاعن بطلب للإفراج عنه وإخلاء سبيله لدى محكمة بداية جنين مبدياً أن مدة توقيفه تجاوزت ستة أشهر دون أن تتم إحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته مشيراً لنص المادة ١٢٠/٤ من قانون الإجراءات الجزائية وبالنتيجة وبعد سماع أقوال وكيل الطاعن ووكيل النيابة أصدرت المحكمة قرارها بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٢ متضمناً رفض الطلب والإبقاء على الطاعن (المتهم) موقوفاً.

لم يرتضى الطاعن بالقرار الصادر فتقدم باستئناف للطعن بالقرار المذكور حيث أصدرت محكمة استئناف رام الله قرارها بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٢ في الاستئناف الجنائي رقم ٢٠٠٣/٤٣ متضمناً بالنتيجة رد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف.

بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٩ وببناء على الطعن المقدم من قبل الطاعن للطعن بقرار محكمة الاستئناف أصدرت محكمة النقض قرارها القاضي بقبول الطعن موضوعاً ونقض القرار الطعن وإعادة الأوراق لمحكمة الاستئناف لحكم فيها من جديد بهيئة مغيرة للهيئة مصدرة القرار بعد سماع مAAF الطرفين النهائية.

بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٢ أصدرت محكمة الاستئناف قرارها المتضمن بالنتيجة رد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف.

تقدّم الطاعن بهذا الطعن لنقض قرار محكمة الاستئناف للأسباب المشار إليها آنفاً.

المحكمة

بعد التدقيق والمداولة ولورود الطعن بالميعاد ولتوفر شرائطه الشكلية الأخرى نقرر قبول الطعن شكلاً.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الأعلى

٣٠٠٤/٢٦: رقم جزاء نقض

قرار رقم

أما من حيث الموضوع فقد بنت محكمة الاستئناف قرارها الطعين على أن التوقيف والحبس الاحتياطي الذي يعتبر أساساً لحساب مدة الحبس ومدتها مدة متعاقبة وفق نص المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية تبدأ من تاريخ القبض على المتهم بموجب مذكرة إحضار صادرة عن الجهة القضائية المختصة أما الحبس الذي يسبق القبض على المتهم دون مذكرة صادرة عن الجهة المختصة لا يمكن احتسابه لغایات تطبيق المادة ١٢٠ وإن التهمة المسندة للطاعن هي تهمة القتل المعاقب عليها بالمادة ٣٢٨ من قانون العقوبات وهي من التهم الخطيرة والتي توجب عند نقل المتهم من مكان توقيفه إلى المحكمة إجراءات أمنية مشددة الأمر الذي لا يمكن توفره في ظل الظروف السائدة وبالتالي فإن القول بأن إجراءات تمديد التوقيف وقعت باطلة بسبب عدم حضور الطاعن أو وكيله غير وارد في هذه المرحلة.

وبإزال حكم القانون على الواقع الثابت المشار إليها فقد نصت المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجزائية "يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المقيوض عليه فإذا لم يأت بمبرر إطلاق سراحه يرسله خلال أربع وعشرين ساعة إلى وكيل النيابة المختص فيما نصت المادة ٢/١٠٧ يستجوب وكيل النيابة المتهم المطلوب بمذكرة حضور في الحال أما المتهم المطلوب بمذكرة لحضور فعلى وكيل النيابة أن يستجوبه خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه.

كما نصت المادة ١٠٨ من ذات القانون لوكيل النيابة توقيف المتهم بعد استجوابه لمدة ثمان وأربعين ساعة ويراعي تمديد التوقيف من قبل المحكمة طبقاً للقانون.

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

نقض جزاء رقم: ٤٠٠٤/٢٦

مجلس القضاء الأعلى

قرار رقم ٣٨

بذلك يتضح أن أقصى مدة تملك فيها سلطة الاستدلال والتحقيق توقيف المتهم هي مدة ثمان وأربعين ساعة، ذلك أن القبض هو إجراء من إجراءات الاستدلال والتحقيق يراد به تقييد حركة وحرمانه من حرية التجول لفترة زمنية معينة حددتها القانون تمهدًا لاتخاذ إجراءات بحقه بما بحبسه احتياطيًا بعرضه على المحكمة المختصة أو الإفراج عنه.

ومفاد ذلك أن القبض على أي شخص ووضعه تحت سلطة الاستدلال والتحقيق خلال المدة التي أجازها المشرع هو عمل لا قضاء فيه وإن العمل القضائي يبدأ بعرضه على القضاء بغية حبسه احتياطيًا.

وباستقراء النصوص المتعلقة بالتوقيف والحبس الاحتياطي كعمل قضائي وبعد أن يتولى وكيل النيابة استجواب المقيوض عليه وإبلاغه بأمر التوقيف وإذا اقتضت إجراءات التحقيق استمرار توقيفه لمدة تزيد عن المدة التي منحه إياها المشرع كسلطة تحقيق تقدم بطلب للمحكمة المختصة بتمديد توقيفه لمدد متعاقبة حددتها المادة ١٢٠ وقد تضمنت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة قياداً على إجراءات الحبس الاحتياطي كعمل قضائي بان نصت لا يجوز بأي حال أن تزيد مدد التوقيف المشار إليها في الفقرات الثلاث على / ستة أشهر وإلا يفرج فوراً عن المتهم ما لم تتم أحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته.

ومفاد ذلك أن المشرع جاء بقاعدة آمرة مؤداها أن أقصى مجموع مدد توقيفها المحكمة بحبس المتهم احتياطياً إذا لم تتم إحالته للمحكمة المختصة لإجراء محاكمته هي ستة أشهر وإلا يفرج عنه فوراً وبذلك وضع قياداً على إجراءات الحبس الاحتياطي ايماناً منه بأن حرية الإنسان لا يجوز امتهانها أو التضييغ بها في غير ضرورة ت مليها مصلحة

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الأعلى

نقض جزاء رقم: ٤/٢٦

قرار رقم ٣٨

لها اعتبارها وفق ضوابط صارمة دقيقة محكمة بما يحول دون إطالة أمد التوقيف بذرية عدم انتهاء التحقيق.

إلا أن ما ذهبت إليه أرادة الشارع ليس من شأنه أن يسلب حق النيابة طلب إلى المحكمة المختصة بإجراء محاكمة المتهم بعد أن يكون هذا الأخير موقوفاً مدة ستة أشهر وتم الإفراج عنه لعدم إحالته لمحاكمته خلال المدة المذكورة توقيفه مرة ثانية بعد الإحالـة إذا ما كان مبرراً لمثل هذا الإجراء، إذ لا فارق بين الطلب إلى المحكمة إعادة النظر بأمر من تم الإفراج عنه سواء كان الإفراج صادراً بقرار من لدنها وفق الإجراءات التي رسمها القانون أو أن يكون الإفراج بحكم القانون وفق نص المادة ٤/١٢٠ ذلك أن إحالـة المتهم إلى المحكمة لإجراء محاكمته يجعل من أمر الإفراج عنه إذا كان موقوفاً أو حبسـه – إعادة توقيفه – إذا كان مفرجاً عنه من المسائل التي تختص بها المحكمة التي أحيلـت لمحاكمته أمامها.

ويؤخذ من مجموع النصوص المتعلقة بالتوقيف والحبس الاحتياطي أنه يجب أن يسبق طلب الحبس الاحتياطي استجواب المتهم من سلطة التحقيق وأن تقتضي الإجراءات استمرار توقيفه وأن يصدر أمر الحبس الاحتياطي من المحكمة المختصة وأن تكون الجريمة مما يجوز فيه القانون الحبس الاحتياطي وأن تراعي مدة الحبس وفرق الضوابط التي حددتها المادة ١٢٠.

وبذلك فإن مدة التوقيف التي منحها المشرع لسلطة الاستدلال والتحقيق قبل عرض المتهم على المحكمة المختصة لحبسه احتياطياً لا تحسب لغايات تطبيق الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات ولا يغير من الامر شيئاً تجاوز سلطة

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الأعلى

نقض جزاء رقم: ٢٠٠٤/٢٦

قرار رقم ٣٨

الاستدلال أو التحقيق المدة التي منحها المشرع ببقاء المقبوض عليه قيد التوقيف دون عرضه على المحكمة لإصدار قرار بحبسه احتياطياً وإن كان مثل هذا الاجراء يستوجب المساءلة ويقع تعسفياً.

أما من حيث الإجراءات المتتبعة لدى المحكمة المختصة بتمديد التوقيف، فقد أخلت كل من محكمتي الصلح والبداية في إتباع الأصول الواجبة، بأن تم إصدار أمر التوقيف في غياب المتهم خلافاً للمادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص صراحة لا يجوز إصدار أمر بتوقيف أي متهم في غيابه إلا إذا اقتضى القاضي بالاستناد إلى بینات طبية أنه يتغىر إحضاره بسبب مرضه.

فضلاً عن أن محكمة البداية أخلت أخلاً فاضحاً بنظرها طلب التوقيف المقدم من النائب العام تارة من قبل قاضٍ فرد وتارة من قبل قاضيين مخالفة بذلك صريح نص المادتين ١٣ و ١٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١، إذ نصت المادة ١٣ تشكيل محكمة البداية من رئيس وعدد كافٍ من القضاة، فيما نصت المادة ١٤ تتعقد المحكمة من ثلاثة قضاة تكون الرئاسة لأقدمهم وتتعقد من قاضٍ فرد في الأحوال التي يحددها القانون.

لذا ولما كان الأمر كذلك وحيث جرى حبس الطاعن احتياطياً دون حضوره وفي غفلة منه خلافاً للمادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجزائية وحيث أن محكمة البداية خالفت حكم المادة ١٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية وحيث أن كلا الأمرين متعلق بالنظام العام وحيث أن مخالفة محكمة البداية لقانون تشكيل المحاكم ينحدر

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

نقض جزاء رقم: ٢٦٤/٤

مجلس القضاء الأعلى

قرار رقم ٣٨

بقرارها الصادر إلى درجة الانعدام، فإن الطعن يغدو والحالة هذه وارداً وفي محله وعليه نقرر قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه وحيث أن هذا الطعن قد تم في حكم صادر بعد النقض الأول فإننا نقرر بالأغلبية وعملاً بأحكام المادة ٣٧٤ من قانون الإجراءات الجزائية الإفراج عن الطاعن فوراً ما لم يكن موقوفاً أو محبوساً لداع آخر وإعادة الأوراق لمصدرها.

قراراً صدر تدقيقاً بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٢

الرئيس

عضو

عضو مخالف

عضو

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الأعلى

نقض جزاء رقم: ٢٠٠٤/٢٦

قرار رقم ٣٨

قرار المخالفة

اتفق مع الاكثريّة المحترمة في النتيجة التي توصلت إليها ولكنني اختلف معها فيما يتعلق بعدم احتساب مدة التوقيف قبل عرض المتهم على المحكمة المختصّة لغايات تطبيق الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات وذلك لأن المدة التي تبدأ بتاريخ القبض على المتهم وتمديّدات التوقيف والاحالة للمحكمة وأصدر الحكم بخصوص تهمة معينة لا يمكن تجزئتها والفصل بين التوقيف في فترة التحقيق الاحتياطيًّا وجمع الاستدلالات وفترة التوقيف بعد الاحالة للمحكمة لأن التهمة واحدة والمتهم هو ذاته وتاريخ القبض عليه واحد وعلى هذا الأساس نص المشرع في المادة ٤٨١ من قانون الإجراءات على (تبدأ مدة العقوبة السالبة للحرية من يوم القبض على المحكوم عليه بناء على الحكم الواجب تنفيذه ويراعى انفاصها بمقدار مدة التوقيف الاحتياطي والقبض).

وطالما أن المشرع اعتبر بموجب هذا النص مدة التوقيف لغراض تنفيذ العقوبة المحكوم بها على المتهم من تاريخ القبض عليه وكذلك مدة التوقيف التالية لذلك كمدة توقيف معتمدة. لأن التوقيف بحد ذاته لا تتغير صفتة سواء كان قبل الاحالة للمحكمة أو بعد صدور الحكم باعتباره إجراء يتضمن حجزاً للحرية والقول بغير هذا يؤدي إلى التناقض فكيف تحسب للمتهم هذه المدة من تاريخ القبض عليه عملاً بالمادة ٤٨١ من الإجراءات في حالة الحكم عليه ولا تحسب له هذه المدة في فترة قبل الاحالة للمحكمة لأن في عدم احتساب مدة التوقيف من تاريخ القبض وما يتلوه من تمديد التوقيف لغايات

العضو المخالف

بسم الله الرحمن الرحيم



السلطة الوطنية الفلسطينية

نقض جزاء رقم: ٢٠٠٤/٢٦

مجلس القضاء الأعلى

قرار رقم ٣٨

الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ التي شرعت لحماية الحريات العامة وعدم التعسف في تمديد التوقيف يؤدي إلى عدم احتسابها من مدة العقوبة المفروضة الأمر الذي يتعارض مع نص وروح المادة ٤٨١ من قانون الإجراءات الجزائية. وأرى أن حساب مدة التوقيف من تاريخ القبض لغايات المادة ١٢٠ اذا زادت عن المدة المحددة في الفقرة الرابعة منها وهي ستة أشهر للافراج عن المتهم اذا لم تتم احالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته. يتفق ورغبة المشرع في حماية الحرية الفردية وعدم التعسف في اجراءات القبض وتمديد التوقيف باعتماد مدة التوقيف من تاريخ القبض على المتهم وانقصاصها من العقوبة المفروضة على المتهم في حالة الحكم عليه.

لذلك أخالف الاكثريـة المحترمة فيما يتعلق بهذا الخصوص واتفق معها في النتيـجة التي توصلت إليها.

صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني في ٢٠٠٤/٧/١٢

العضو المخالف

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/٢٦

الهامي الدكتور يونس عرب
رئيس مجموعة عرب للقانون - الأردن

أصدرت محكمة النقض الفلسطينية قرارها رقم ٢٨ في الدعوى (نقض جزاء) رقم ٢٠٠٤/٢٦ تاريخ ٢٠٠٤/٧/١٢ وبت نتيجته قررت بالأكثريّة نقض قرار محكمة استئناف رام الله الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٢ في الاستئناف الجزائري رقم ٢٠٠٣/٤٣ والإفراج عن الطاعن فوراً.

وقد انصب البحث في هذا القرار على مسائلتين، الأولى: الوقت الذي تختص به مدة توقيف الشخص لأغراض تطبيق المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية الباحثة في الحد الأقصى لمرة التوقيف. والثانية: اثر مخالفة القواعد والضوابط القانونية المتعلقة بتمديد مدة التوقيف من قبل المحكمة.

وفيمما يأتي عرض موجز للواقع متضمنا بيانا بأسباب الطعن وموقف محكمة النقض منها، ومن ثم تعليقنا على مسائل القرار مدار البحث.

أولاً: مختصر الواقع

١. بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٤ تم توقيف الطاعن (أ.غ.) في سجن طولكرم من قبل الشرطة بعد اخذ إفادته بواسطة الملازم (ح.ع) وتم لاحقاً بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٠ استجوابه من قبل وكيل النيابة عن تهمة القتل مع سبق الإصرار والترصد بالاشتراك العاقد عليهما بملادتين ١٣٣٨ و ٧٦ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ (كما في قرار الاتهام والإحالة اللاحرين) وقد قرر وكيل النيابة توقيف الطاعن بذات التاريخ (أي ٢٠٠٣/٥/٢٠) لمدة (٤٨) ساعة في سجن طولكرم.

٢. بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢ وبناء على طلب وكيل النيابة قرر قاضي صلح جنين توقيف الطاعن مدة خمسة عشر يوماً وقرر بتاريخ ٢٠٠٣/٧/١٩ تمديده توقيفه مدة خمسة عشر يوماً أخرى، ثم بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٥ قررت محكمة بداية جنين المشكلة من قاضين قراراً بتوفيق الطاعن مدة خمسة عشر يوماً، ثم أصدرت ذات المحكمة (مشكلة من قاض فرد) بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٠ قراراً بتمديد التوقيف لمدة خمسة عشر يوماً، وتلاحقت قرارات التمديد من ذات المحكمة المشكلة من قاض فرد (وآخرها في ٢٠٠٣/٩/١٧)، وقد تمت جميع الإجراءات المتعلقة بالتوقيف وتمديله من قبل الجهات المتقدمة في ظل عدم حضور الطاعن أو وكيله.

٣. بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٦ تقدم الطاعن لدى محكمة بداية جنين (في الدعوى التحقيقية رقم ٢٠٠٣/٥٠) بطلب للإفراج عنه وإخلاء سبيله بالاستناد إلى المادة ٤/١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية لتجاوزه مدة توقيفه ستة أشهر دون أن تتم إحالته إلى المحكمة المختصة، فقررت محكمة بداية جنين بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٢ رفض الطلب والإبقاء على الطاعن موقفاً.

٤. استأنف الطاعن قرار محكمة البداية المشار إليه، فأصدرت محكمة استئناف رام الله قرارها بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٢ في الاستئناف الجزائري رقم ٢٠٠٣/٤٣ متضمنا رد الاستئناف موضوعاً وتأييداً للقرار المستأنف.

٥. تقدم الطاعن لدى محكمة النقض بطعنه في قرار الاستئناف المشار إليه فقررت محكمة

- النقض بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٩ (بموجب القرار رقم ١١ الصادر في الطعن رقم ٢٠٠٤/١٠) قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار الطعن وإعادة الأوراق إلى محكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد ب الهيئة مغایرة للهيئة مصدرة القرار بعد سماع مرافعات الطرفين.
٦. بعد إعادة الأوراق إلى محكمة الاستئناف أصدرت بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٢ قرارها متضمناً بالنتيجة رد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار الصادر عن محكمة بداية جنين (أي أن محكمة الاستئناف بعد النقض الأول أصرت على قرارها برفض طلب إخلاء سبيل).
٧. تأسس الطعن الثاني أمام محكمة النقض (في القضية رقم ٢٠٠٤/٣٦) على نعي الخطأ في عدم اعتبار مدة توقيف الطاعن محتسبة من اليوم الأول لتوفيقه من قبل مأمور الضبط القضائي خلافاً للمادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٤٨١ من ذات القانون، وخلافاً لنصوص المادتين ٦٦ و ٦٩ من قانون السلطة القضائية والمادتين ٢٠ و ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية التي اعتبرت أعضاء ومائوري الضبط القضائي كل فيما يتعلق بأعمال وظيفته تابعاً للنيابة خاضعاً لإشراف ورقابة النائب العام.
٨. نظرت محكمة النقض الطعن الثاني المقدم من الطاعن في الدعوى (نقض جزاء) رقم ٢٠٠٤/٦٦ وأصدرت بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٢ قرارها رقم ٢٨ بالأكثريّة متضمناً (بشأن سبب الطعن المتقديم بيانيه) أن مدة التوقيف التي منحها المشرع لسلطة الاستدلال والتحقيق قبل عرض المتهم على المحكمة المختصة لحبسه احتياطياً لا تختص لغايات تطبيق الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية، ومتضمناً أيضاً أن محكمتي الصلح والبداية قد خالفتا القانون والأصول الواجبة بشأن تمديد التوقيف من حيث إصدار أمر التوقيف في غياب المتهم خلافاً لما توجبه المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجنائية، ومن حيث نظر طلب التوقيف أو تمديده تارة من قبل قاض فرد وتارة من قبل قاضيين خلافاً لما توجبه المادتين ١٣ و ١٤ من قانون تشكييل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ وان كلتا المخالفتين تتعلقان بالنظام العام إلى الحد الذي ينحدر بالقرار إلى درجة الانعدام. وسندًا لذلك قررت محكمة النقض بالاستناد للمادة ٣٧٤ من قانون الإجراءات الجنائية (الباحثة بنظر الطعن موضوعاً بعد النقض الأول) الإفراج عن الطاعن فوراً. وقد خالف هذا القرار أحد أعضاء الهيئة من حيث عدم احتساب مدة التوقيف قبل عرض المتهم على المحكمة المختصة واتفق العضو المخالف مع الأكثريّة بشان النتيجة النهائيّة وهي نقض القرار وإخلاء سبيل الطاعن مبيناً في قرار المخالفه أسانيده القانونية للمخالفه وتحديداً المادتين ١٢٠ و ٤٨١ من قانون الإجراءات الجنائية.

ثانياً: المسائل القانونية المثاره والتعليق عليها

كما أشرنا أعلاه فإن القرار مدار البحث يشير جملة من التساؤلات تتمحور حول مسالتين رئيسيتين: الأولى تتعلق بالوقت الذي تختص به مدة توقيف الشخص لأغراض تطبيق المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية. والثانية تتعلق بأثر مخالفه القواعد والضوابط القانونية المتعلقة بتمديد مدة التوقيف من قبل المحكمة.

المسألة الأولى: احتساب مدة التوقيف : تنص المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ على ما يلي:

١. لقاضي الصلح بعد سماع أقوال مثل النيابة والمقبوض عليه أن يفرج عنه، أو يوقفه لمدة لا تزيد على خمسة عشر يوماً. كما يجوز له تجديد توقيفه مدة أخرى لا تزيد في مجموعها على خمسة وأربعين يوماً.
٢. لا يجوز أن يوقف أي شخص مدة تزيد على ما ذكر في الفقرة (١) أعلاه، إلا إذا قدم طلب لتوقيفه من النائب العام أو أحد مساعديه إلى محكمة البداية وفي هذه الحالة لا يجوز أن تزيد مدة التوقيف على خمسة وأربعين يوماً.
٣. على النيابة العامة عرض المتهم قبل انتهاء مدة الثلاثة أشهر المشار إليها في الفقرتين السابقتين على المحكمة المختصة بمحاكمته لتمديد توقيفه مدة أخرى حتى انتهاء المحاكمة.
٤. لا يجوز بأي حال أن تزيد مدد التوقيف المشار إليها في الفقرات الثلاث أعلاه على ستة أشهر وإلا يفرج فوراً عن المتهم ما لم يتم إحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته.
٥. لا يجوز أن يستمر توقيف المتهم المقبوض عليه في جميع الأحوال أكثر من مدة العقوبة المقررة للجريمة الموقوف بسببها).

واستناداً لصريح نص الفقرة ٤ من هذه المادة فإن مدد التوقيف المشار إليها في الفقرات الثلاث الأولى من المادة لا يجوز أن تزيد عن ستة أشهر طالما لم تتم إحالة المتهم إلى المحكمة المختصة. وبالرجوع للفقرات الثلاث الأولى نجد أنها تبحث في مدة التوقيف التي يقررها قاضي الصلح أولاً ثم يمدها لما لا يزيد عن ٤٥ يوماً، ثم مدد التوقيف التي تعقبها وترتها محكمة البداية التي يتعين أن لا تزيد هي الأخرى عن ٤٥ يوماً، ثم مدد التوقيف بعد الأشهر الثلاثة التي تقررها المحكمة المختصة بمحاكمته إلى أن تصل إلى ستة أشهر إذا لم يتم إحالته للمحاكمة أو أن تنتهي المحاكمة فيما إذا جرت إحالته للمحاكمة، ولا تتضمن الفقرات الثلاث المشار إليها أي بحث في مدة التوقيف السابقة على قرار قاضي الصلح بالتوقيف والتمديد، وهذا مثل الأساس الذي انطلقت منه أكثريات الهيئة مصدرة القرار مدار البحث حين قررت أن مدة التوقيف التي منحها المشرع لسلطة الاستدلال والتحقيق قبل عرض المتهم على المحكمة المختصة لحبسه احتياطياً لا تختص بـ لغایات تطبيق الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية ، واعتبرت تبعاً لذلك أن مدة الستة أشهر لا يدخل في احتسابها مدة القبض أو مدة التوقيف السابقة على القرار الأول لقاضي الصلح.

غير أن هذا التطبيق - مع الاحترام - وإن كان تطبيقاً حرفيّة نص الفقرة ٤ من المادة ١٢٠ مدار البحث ، لم يأخذ بعين الاعتبار جملة مسائل من شأنها أن تغير وجهة التطبيق أو تفسير النص (الذي هو مطلوب وجائز في الأحكام الجنائية لجهة مقاربة التطبيق لمقاصد التشريع وقواعده) وتبعاً له تغير النتيجة بشأن احتساب وقت ابتداء (التوقيف)، وهذه المسائل هي:

١. إن قانون الإجراءات الجنائية في الفصلين السادس والسابع من الباب الثالث (التحقيق) من الكتاب الأول، قرر قواعد ملزمة تضبط مذكرات الحضور والإحضار وعملية القبض وواجبات مأمور الضبط القضائي ومدير المركز بشأن الشخص المقبوض عليه، وتولي وكيل النيابة التحقيق والتوقيف والأحكام المتعلقة بتمديد التوقيف من قبل المحكمة. والإيقاع الناظم لأحكام هذه المسائل يظهر حرص المشرع (الشديد) على عدم توقيف أي شخص إلا بصورة توافق المشرعية، والامر عدم جواز التوقيف لمدة (سابقة على قرار المحكمة الأول

بتتمديد التوقيف) لأكثر من الحد (القصير) المعين في القانون ، فالمادة ١١٥ توجب على مأمور الضبط القضائي أن يسلم المقبوض عليه فوراً إلى مركز الشرطة (دون أن تمهله أية مدة للاحتفاظ به)، والمادة ١١٦ توجب على المسؤول عن مركز الشرطة الذي استلم المقبوض عليه (دون مذكرة إحضار) التحقيق فوراً في أسباب القبض. والمادة ١١٧ التي منحت المسؤول عن مركز الشرطة حق التحفظ على المقبوض عليه لم تمنحه سوى مدة ٢٤ ساعة كحد أقصى ملدة التحفظ يلتزم بعدها فوراً بتسليمه إلى وكيل النيابة المختص. وكذلك المادة ١٠٧ نجد هنا توجب على مدير المركز أو مكان التوقيف أن يسلم المتهم خلال (٢٤) ساعة إلى النيابة العامة للتحقيق معه وتوجب على وكيل النيابة استجوابه في الحال أو خلال ٢٤ ساعة من تاريخ القبض عليه، والمادة ١٠٨ أجازت فقط لوكيل النيابة بعد الاستجواب توقيف المتهم لملدة لا تزيد على ٤٨ ساعة ليصار لتمديده توقيفه لاحقاً أن اقتضي الأمر من قبل المحكمة المختصة، ومقتضى هذه النصوص (في جموعها) أن الشخص لا يجوز أن يبقى موقفاً أو متحفظاً عليه لدى سلطتي الاستدلال والتحقيق قبل عرضه على المحكمة المختصة لتمديده توقيفه أكثر من ٢٤ ساعة، ولا تسمح هذه النصوص بملدة تحفظ تزيد على ٢٤ ساعة ولا تسمح بتوقف لأكثر من ٤٨ ساعة خارج نطاق قرار محكمة الصلح الأول بتتمديد التوقيف.

٢٠. أن المادة ١٢٠ بفقراتها الثلاث الأولى لا يمكن أن تقرأ بعزل عن النصوص السابقة التي نظمت إلقاء القبض والتحفظ والتوفيق من قبل سلطتي الاستدلال والتحقيق، فليس ثمة اعتبار لعدة توقيف سابقة حسب صريح النص طالما لا تتجاوز المدد المحددة في النصوص السابقة (أي ٧٢ ساعة)، ولا يكفي كجزء لتتجاوز هذه المحظورات أن نقرر قيام مسؤولية تأديبية على المعينين عند مخالفة أحكام هذه المواد، فقانون الإجراءات هو قانون الشرعية أو الشروعية، ومخالفته ليست فقط مخالفة للشرعية في بعض الحالات وإنما ذمها لها لا يستقيم معه مجرد ترتيب الأثر خارج نطاق استفادة المضرور من مخالفة الشرعية، والأمر المعمول عليه البحث في جزء واثر مخالفة هذه الضوابط فيما يتعلق بمصلحة المتهم لا فيما يتصل بحسن سير جهاز العدالة فقط.

٣. إن الثابت من الواقع أيضاً أن التوقيف الذي حصل بتاريخ ٢٤/٧/٢٠١٣ تم في سجن طولكرم بعد أن جرى الاستماع إلى إفادة المتهم من قبل الملازم في مركز الشرطة، وجرت إحالة المتهم بعدها بنحو شهر إلى وكيل النيابة الذي بدوره استجوبه وأوقفه ٨ ساعة ثم أحاله إلى قاضي الصلح الذي قرر تجديد توقيفه ١٥ يوماً. وهذه الواقعة تثير التساؤل التالي، ما هو الدور الذي اطلع به مأمور الضبط القضائي في هذا الإجراء؟ وما حكم توقيف المتهم من قبل مأمور الضبط القضائي لمدة تقارب الشهر في سجن طولكرم (مكان مخصص قانوناً للتوقيف) قبل تولي وكيل النيابة الاستجواب؟ وهل يتأثر الحكم في ظل النصوص التي جعلت من مأمور الضبط جزءاً من جهاز النيابة وخاصعين لها تحت إشرافها ورقابتها وأناط القانون بـمأمور الضبط جانباً من إجراءات التحقيق عبر الانابات والأوامر الخطية؟ وهل هذه المدة قبض أم مدة تحفظ؟ وهل أجازها القانون إلى هذا المقدار بأي صورة من الصور؟ إن هذه المسائل لم تخضع للبحث والمناقشة من لدن محكمة النقض في حين تعد جوهرية لدى تقدير مدة التوقيف (المهدورة) في إطار تطبيق نص المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات مدار

البحث. مشيرين هنا أن القصور في تناول مسألة مرتبطة بتطبيق النص مدار البحث من الأمور التي تعد ذات اثر جوهري في تقدير صحة أو عدم صحة نتيجة التطبيق.

٤. أما الأمر الرابع (وهو الذي تأسس عليه قرار المحالفة الصادر عن عضو الهيئة مصداة قرار النقض مدار البحث) فيتصل بحكم المادة ٤٨١ من قانون الإجراءات الجزائية، فهنه المادة الواردة ضمن أحكام الباب الخامس المتعلق (بحسب الزمن) تنص صراحة على انه: (تبدأ مدة العقوبة السالبة للحرية من يوم القبض على المحكوم عليه، بناءً على الحكم الواجب تنفيذه، ويراعى إنفاسها بمقدار مدد التوقيف الاحتياطي والقبض). واستناداً لهن هذه المادة فإن التوقيف يعتبر منذ يوم القبض على الشخص، ومن تاريخ القبض تتحسب مدة تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وقد ذهب قرار المحالفة إلى انه لا يعقل أن يحتسب التوقيف من يوم القبض بالنسبة لتنفيذ العقوبة ولا يحتسب بالنسبة لأخلاط السبيل المقرر في الفقرة ٤ من المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات، ونضيف بدورنا أن التغريق بين الحالتين يتطلب أن يستظر القاضي سبباً للتمييز وعلة توجب هكذا تمييز، وبمراجعة سائر أحكام قانون الإجراءات ومقاصده وبشكل خاص الدواعي والمقصود وراء الأحكام المقررة في المادتين ١٢٠ و ٤٨١ (المنتظمتين للحالتين مدار البحث) نجد انه لا يمكن تبيين أي مقصد أو سبب للتغريق أو التمييز بين الحالتين لتقول أن ثمة داع لان لا يحتسب التوقيف من يوم القبض لأغراض إخلاء السبيل المقرر في المادة ١٢٠ من القانون (وفق حرافية النص) في حين يجب احتسابه من يوم القبض عند تنفيذ العقوبة المقضي بها (وفق حرافية النص أيضاً)، بل ربما لا نبالغ أن قلنا أن تطبيق معيار احتساب التوقيف من يوم القبض لأغراض إخلاء السبيل المقرر في المادة ١٢٠ هو من باب أولى مقارنة بتطبيقه عند احتساب مدة العقوبة عند تنفيذه.

إن المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية هي من بين النصوص التي شرعت لمقصد واضح ومحدد وهو حماية الحرفيات العامة وعدم جواز التوقيف خارج نطاق المشروعية وخارج نطاق الضوابط الحصرية المقررة في القانون. كما أن حكم الفقرة الرابعة منها حكم جوهري بخصوص الحرص على إحالة المتقبوض عليهم والمحووظين إلى المحاكمة أمام المحكمة المختصة، ونوع من الجزاء على التهاؤن في هذا الأمر وإعادة الأمور إلى نصابها عبر تخلية سبيل من لم تخر إحالته للمحاكمة بانقضاء مدة الأشهر الست. ومن شأن القول (كما تضمن قرار النقض مدار البحث) بأن مدد التوقيف خلال القبض والتحفظ (السابقة على قرار المحكمة الأول بتمديد التوقيف) لا تدخل في احتساب مدة التوقيف لأغراض إخلاء السبيل عند انقضائه ستة أشهر دون الإحالـة للمحكمة المختصة، يفتح الباب مشرعاً أمام سلطات الاستدلال والتحقيق لمحالفة مقصود المادة ذاتها ويتيح لها (تدبرها) أو (حيلة) تغطي عبرها المسار الجوهري بالحرفيات العامة إلى جانب أن من شأنها أن تفرغ جزاء عدم الإحالـة للمحاكمة (وهو إخلاء السبيل بانقضاء ستة أشهر على التوقيف) إلى جزاء مفرغ من مضمونه.

في ضوء هذه المسائل - والتي يحتاج كل عنوان منها إلى بحث قانوني متخصص ومستقل لتعويقه وتأصيله في ضوء المصادر التاريخية للنص مدار البحث وفي ضوء التطبيقات القضائية المقارنة - نجد أن قرار المحالفة كان أقرب للصواب بشأن احتساب مدة التوقيف لأغراض تطبيق الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية، ونجد أن التوقيف يتبعـن أن يحتسب من

يوم القبض، وإذا ما قبل أي تجاوز لهذا المعيار فلا يجوز أن يتجاوز السماح بانقضاض مدة التوقيف عن مدد القبض والتحفظ والتوقيف من قبل سلطتي الاستدلal والتحقيق المقررة حسرا في القانون والتي لا تزيد على ٧٢ ساعة في مجموعها.

وبعدها هذه النتيجة فإن القرار محل التعليق وان كان في نتيجته (المؤسسة على المسالة الثانية التي نتناولها تاليا) قد توصل إلى إخلاء سبيل الطاعن، فإنه انطوى على تفسير حرفي لنص المادة ٤/١٢٠ من القانون يتعارض مع جموع أحكام ومقاصد وغايات قانون الإجراءات في مسائل التوقيف، والاهم انه اغفل الأبواب التي قد تشرع في ظل ما توصل إليه وهي أبواب يمكن من خلالها الدخول إلى فضاء تمس فيه الحرية وتتخذ فيه إجراءات مخالفة للمشروعية في وقت تمثل محكمة النقض بحسن تطبيقها للقانون وتوجيهه القضاء إلى تطبيقاته الملائمة الجهة الأكثر حرضا على سيادة المشروعية وحماية الحريات العامة.

المسألة الثانية: مخالفة القواعد والضوابط المتعلقة بقرارات تمديد التوقيف

حرضت محكمة النقض في القرار مدار البحث على تناول مسألة تمديد التوقيف تناولا شموليا من حيث مدى قانونية قرارات تمديد التوقيف ومدى اتفاقها أو مخالفتها للضوابط والأحكام المتعلقة بمسالة الجهة مصدرة القرار، ومسالة عدم جواز اتخاذ الإجراء بغية المتهم.

ومن المهم الإشارة في هذا المقام إلى أن لائحة الطعن لم تتناول هذا الأمر كسبب من أسباب الطعن، إذ انصبت أسباب الطعن كما أوضحتنا أعلاه على احتساب مدة التوقيف وصلاحيه مأمور الضبط القضائي (باعتباره جزءا من جهاز النيابة وخاصعا لها) في التوقيف، لكن محكمة النقض تملك حق التعرض لأمر خارج نطاق أسباب النقض في الحالة مدار البحث لسببين: الأول أنها تنظر الطعن موضوعا باعتباره الطعن الثاني بعد أن أصرت محكمة الاستئناف على قرارها الأول، وفي هذه الحالة تملك البحث عبر النطاق الواسع لمسائل الطعن وملفه بالكامل في ضوء الصلاحية التي تتجاوز بحث سلامية القانون فقط وتجاوز حدود ما نسب للقرار من مخالفات قانونية في لائحة أسباب الطعن. والثاني لأن القرار الطعين تعرض لمسالة اتخاذ إجراءات تمديد التوقيف في غيبة المتهم ووكيله مبررا ذلك بان الظروف حالت دون إحضاره للممثل أمام الجهات التي اتخذت هذه القرارات.

وخصوص هذه المسألة ثمة أمرين تناولهما القرار مدار البحث:

الأمر الأول هو مدى جواز إصدار قرار التوقيف أو تمديده في ظل غيبة المتهم وعدم حضوره أو حضور وكيله، وفي هذه المسألة ابرز القرار حكم المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص صراحة على انه: (لا يجوز إصدار أمر بتوقيف أي متهم في غيابه، إلا إذا اقتضى القاضي بالاستناد إلى بيات طيبة أنه يتغدر إحضاره أمامه بسبب مرضه).

ووفق صريح نص المادة المشار إليها، فإن إصدار أمر التوقيف في غيبة المتهم أمر غير جائز إطلاقا، والاستثناء الوحيد على ذلك أن يحول المرض فقط دون إحضار المتهم أمام القاضي وان يثبت ذلك ببيانات طيبة يقتضي بها القاضي. أما تبرير عدم إحضار المتهم بدوعي الظروف الأمنية أو مشكلات انتقاله في ضوء الظروف العامة القائمة أو غير ذلك من الأسباب فإنها مما لم يجزه القانون ولم يصرح به كاستثناء على الحكم، ومعلوم أن الاستثناء عموما لا يمتد إلى ما يتتجاوزه ولا يفاس عليه، وينحصر فقط بما قرره القانون صراحة كاستثناء، ومعلوم أيضا انه في النصوص الجزائية سواء

الموضوعية أو الإجرائية لا يجوز تحت أي مبرر التوسيع في الاستثناء لأنه حكم مخالف لأصل يحظر المشرع عليه كمقصد أو غرض أو هدف من مقاصد أو أغراض أو أهداف التشريع.

وقد اعتبرت محكمة النقض الأمر بشان عدم جواز إجراء التوقيف في غيبة المتهم من النظام العام، وحسنا فعلت في هذا المجال إذ بالرجوع للصياغة التشريعية للمادة ١٢١ نجدتها صريحة في تأكيد عدم جواز الإجراء في غيبة المتهم وصرحه في الاستثناء الوحيد مع تحديد دقيق لضوابط إعمال الاستثناء المنصوص عليه، وهذه جميعا من الاعتبارات التي تجعل الحكم من بين قواعد النظام العام أو متعلق بها كما قالت محكمة النقض، خاصة بالنسبة للفريق الذي يرى في القواعد الإلزامية في الإجراءات الجزائية عموما تعليقا كلها بالنظام العام، ونحن من يتعمى إلى هذا الفريق في إطار قناعتنا أن قانون الإجراءات الذي ينقل حق المجتمع في العقاب من طور السكون إلى طور الحركة إنما هو قانون الشرعية، ولا نقبل عند تأكيد الواجب القانوني بقاعدة ما من قواعد قانون الشرعية أن تعد بأي صورة خارج نطاق النظام العام أو غير متعلقة به حماية للشرعية وللمقاصد النبيلة والحيوية التي يحظر عليها هذا القانون.

الأمر الثاني: مخالفة إجراءات التوقيف لقانون تشكيل المحاكم من حيث الجهة التي اخترته
وفق قانون الإجراءات الجزائية، وعلى نحو ما أشرنا أعلاه لدى عرض أحكام المادة ١٢٠ من القانون، فإن وكيل النيابة يحيل الشخص الذي استجوبه وقرر توقيفه لمدة ٤٨ ساعة إلى قاضي الصلح لتوقيفه أن رأى لذلك مبررا مدة ١٥ يوما، وقاضي الصلح يملأ بناء على طلب وكيل النيابة أن يدها مرتين أيضا كل مرة ١٥ يوما بحيث يكون مجموعها الكلي ٤٥ يوما، فإذا ما استدعي الأمر تجديد التوقيف يتم بعد هذه المدة بقرار محكمة البداية بناء على طلب النائب العام أو أحد مساعديه لمدة لا تزيد أيضا على ٤٥ يوما، وبعد انقضاء الأشهر الثلاث هذه يجدد التوقيف من قبل المحكمة المختصة بمحاكمة هذا الشخص تبعا للجرائم محل الإسناد.

وتبعا للأحكام النظامية القاضائي الفلسطيني، فإن المحاكم النظامية (وفق قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١) هي محاكم الصلح والبداية والاستئناف والمحكمة العليا. أما محكمة الصلح فتشكل من قاض فرد سenda للمادة ٩ من هذا القانون، وتشكل محكمة البداية من رئيس وعدد كاف من القضاة وفق المادة ١٣ من ذات القانون، وتتعقد محكمة البداية (وفق المادة ١٤ من ذات القانون) من ثلاثة قضاة تكون الرئاسة لأقدمهم، وتنعقد من قاض فرد في الأحوال التي يحددها القانون (والتي ليس من ضمنها اختصاص النظر في الجنایات أو في طلبات إخلاء السبيل وتجديد التوقيف للمتهمين).

وبالرجوع إلى القرارات الصادرة بتوفيق الطاعن وتجديد توقيفه، نجد أنها (بعد أن تم توقيفه من قبل قاضي الصلح) صدرت عن محكمة البداية، مرة من قبل هيئة مشكلة من قاضيين وبقية المرات من هيئة مشكلة من قاض فرد، وهو أمر مخالف صراحة لنص المادة ١٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية.

وتشكيل هيئة المحكمة أمر من النظام العام لا يجوز مخالفته ويترتب على مخالفته ليس فقط بطalan الإجراء بل كما قالت محكمة النقض يصل الأمر إلى حد انعدام القرار الصادر عن تشكيل مخالف للقانون.

واستنادا إلى مخالفة قرارات التوقيف وتمديدها لل المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجزائية والمادتين ١٣ و ١٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية، قررت محكمة النقض إخلاء سبيل الطاعن إذ اعتبرت أن هذه القرارات تنحدر إلى حد الانعدام. وأخيرا، إن قراءة أوراق هذه الدعوى ذات العلاقة والقرارات مدار البحث، يثير تساؤلا يخرج نسبيا عن نطاق التعليق على مضمون القرار، ويتعلق بمسألة الزمن المتد من تاريخ الشروع بالطعون وحتى إخلاء سبيل.

إن القرار مدار البحث، الذي قرر بنتيجهه (الصائبة) إخلاء سبيل الطاعن صدر بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٢ أي بعد مضي سنة وشهرين ونصف من تاريخ القبض على المتهم (الطاعن) وبعد مضي تسعه أشهر على طلب إخلاء سبيل المقدم إلى محكمة بداية جنين بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٦) وبعد مضي ما يقارب أربعة أشهر على الطعن الأول أمام محكمة النقض بقرار الاستئناف، وهذه جيئا مدد لا تتناسب مع نظر طلبات الإخلاء والطعون فيها، إذ هي بطبيعتها من الطلبات المستعجلة التي تنظر في الغالب تدقيقا وحتى عندما تنظر مرافعة فإن إجراءاتها تتطلب سرعة البت وإلا لا يكون ثمة مبرر للمدد المقررة في القانون بشأن التوقيف وحدوده القصوى وصلاحيات الجهات القضائية بشأنه.

ولهذا فإن هذا القرار مما يسترعي انتبه جهات نظر الطعون في قرارات الإخلاء لجهة السرعة في تناولها ونظرها والبت فيها مراعاة لمقاصد التشريع وأهدافه.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/٢٦

الأستاذ الدكتور مأمون سلامة
أستاذ القانون الجنائي
رئيس جامعة القاهرة الأسبق - مصر

تعليق على قرار محكمة النقض المتعقدة في رام الله والمأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني رقم ٢٨ الصادر في النقض الجنائي رقم ٢٠٠٤ / ٢٦

تعرضت محكمة النقض في قرارها المشار إليه إلى مدى احتساب مدة توقيف المتهم من قبل سلطات الاستدلال والتحقيق ضمن مدة الستة أشهر المنصوص عليها في المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية والمعتبرة كحد أقصى لمرة الحبس الاحتياطي وانتهت إلى أن القبض على شخص ووضعه تحت سلطة الاستدلال والتحقيق خلال مدة التوقيف التي أجازها المشرع في المادتين ٣٤ ، ١٠٧ ، ٢ / ٢ هو عملا لا قضاء فيه وإن العمل القضائي يبدأ بعرضه على القضاء بغية حبسه الاحتياطيا.

فبعد أن يتولى وكيل النيابة استجواب المقبوض عليه وإبلاغه بأمر التوقيف وإذا اقتضت إجراءات التحقيق استمرار توقيفه لمدة تزيد على المدة التي منحه إليها المشرع كسلطة تحقيق تقدم بطلب للمحكمة المختصة بتمديد توقيفه لمدة متعاقبة حددتها المادة ١٢٠ وقد تضمنت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة قيد على إجراءات الحبس الاحتياطي كعمل قضائي بان نصت: «لا يجوز بأي حال أن تزيد مدة التوقيف المشار إليها في الفقرات الثلاث على ستة أشهر وإلا يفرج فورا عن المتهم ما لم تتم إحالته إلى المحكمة المختصة».

واعتبرت بذلك أن المشرع قد جاء بقاعدة آمره مؤداتها أن أقصى مجموع مدد تقررها المحكمة لحبس المتهم احتياطيا هي ستة أشهر وانتهت صراحة في أسبابها إلى أن مدة التوقيف التي منحها المشرع لسلطة الاستدلال والتحقيق قبل عرض المتهم على المحكمة المختصة لحبسه احتياطيا لا تحسب لغaiات تطبيق الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ إجراءات جزائية ولا يغير من الأمر شيئا تجاوز سلطة الاستدلال والتحقيق المدة التي قررها المشرع ببقاء المقبوض عليه قيد التوقيف دون عرضه على المحكمة لإصدار قرار بحبسه احتياطيا.

وهذا الذي ذهبت إليه محكمة النقض وان كان يتفق مع التفسير الضيق للعبارات والألفاظ التي استخدمها المشرع إلا انه يتعارض وضوابط تفسير النصوص الجنائية والإجرائية خاصة في أن المصلحة محل الحماية الإجرائية هي التي يدور النص في فلكها وجودا وعدما.

ولا يخفى أن المشرع حين وضع حدا أقصى لتوقيف المتهم في القضايا التي لم يتم التصرف فيها بعد إنما أراد بذلك وضع الضوابط بين حریات الأفراد وبين تدخل سلطة الدولة لإجراءاتها الجنائية ولذلك فإن تاريخ القبض على المتهم هو دائما الحد الفاصل بين تدخل الدولة بإجراءاتها الجنائية وبين ما يسفر عنه الحكم في الدعوى الجنائية.

ولذلك جاء نص المادة ٤٨١ من ذات القانون على أن تختص مدة العقوبة من تاريخ القبض على المحكوم عليه باعتبار أن هذا التاريخ يختص في جميع النصوص التي تقرر مدةً كحد أقصى لسلب حرية المتهم ومن غير المتصور والمقبول عقلاً ومنطقاً إن يحدد المشرع للسلطة القضائية حدّاً أقصى لقراراتها القضائية المتعلقة بسلب حرية المتهم ولا يقييد سلطات الاستدلال والتحقيق في المدة التي ينحها لها بنصوص قانون الإجراءات الجنائية ويقتصر الأمر على مجرد المخالفات التأديبية لمن يتتجاوز هذه المدة.

والقاعدة الجنائية التي تطبق في هذا الشأن هو أنه إذا كان هناك تجاوز من قبل سلطات الاستدلال والتحقيق في مدة التوقيف فإن هذا يشوب إجراءاتها بالبطلان فضلاً عن المسائلة التأديبية ولكنه لا يغير من الأمر شيئاً بالنسبة للمتهم باعتباره أنه هو الذي تعرض لسلب الحرية بالتوقيف الباطل.

وقد جاءت المادة ٤٨١ إجراءات جنائية صريحة في هذا الشأن حينما نصت على أن مدة العقوبة السالبة للحرية تختص من تاريخ القبض وما تلاه من إجراءات توقيف حتى ولو كانت هذه الإجراءات باطلة ومخالفة للقانون.

وإذا كانت محكمة النقض قد انتهت إلى بطلان الإجراءات التي تمت لمخالفة محكمة البداية لنصوص قانون الإجراءات الجنائية ولقواعد تشكيل المحاكم النظامية وهو أمر متعلق بالنظام العام وانتهت إلى أن قرار محكمة البداية الصادر منها ينحدر إلى درجة الانعدام فهي بذلك قد أصابت الحقيقة ويعتبر قرار محكمة النقض في هذا الشأن بنقض القرار المطعون فيه والإفراج عن الطاعن فوراً هو قرار أصاب صحيح القانون.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/٢٦

الدكتور محمد أبو الفار - مصر

وقائع التعليق

تتلخص الوقائع الثابتة بالقبض على الطاعن بتاريخ ٢٠٠٣/٢٠١ بتهمة القتل مع سبق الإصرار والترصد وبالاشراك العاقد عليها بالمدتين ٦٧٦، ٣٢٨ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ كما هو ثابت في قرار الاتهام والإحالة الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٨ عن رئيس نيابة جنين.

- بتاريخ ٢٠٠٣/٢٤ تم أخذ إفادة الطاعن من قبل الشرطة بواسطة الملازم/ ح.ع وبقى الطاعن قيد التوقيف فيما استجوابه من قبل وكيل النيابة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٠ وفى ذات التاريخ أصدر وكيل النيابة قراره بتوقيف الطاعن لمدة (٢٤) ساعة في سجن طولكرم.

- بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢ وبناءً على طلب وكيل النيابة أصدر قاضى صلح جنين قراراً بتوقيفه لمدة ١٥ يوماً كما وأصدر بتاريخ ٢٠٠٣/٧/١٩ قراراً آخر بتمديد توقيف لمدة ١٥ يوماً، بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٥ أصدرت محكمة بداية جنين مشكله من قاضين قراراً بتوقيف لمدة ١٥ يوماً، كما وأصدرت بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٠ ذات المحكمة مشكلة من قاضى فرد قراراً بتمديد توقيفه لمدة ١٥ يوماً.

- بتاريخ ٢٠٠٣/٨/٣ أصدرت ذات المحكمة وهى مشكلة من قاضى فرد قرار آخر بتمديد توقيفه لمدة ١٥ يوماً.

- وبتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٧ أصدرت المحكمة ذاتها مشكله من قاضى فرد قراراً بتمديد التوقيف لمدة ١٥ يوماً.

- بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣ أصدرت قراراً آخر بتمديد توقيف الطاعن لمدة ١٥ يوماً

- وأخيراً بتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٧ أصدرت قرارها الأخير بتمديد توقيف الطاعن لمدة ١٥ يوماً.

أن جميع الإجراءات المتعلقة بالتوقيف تمت من قبل محكمتي الصلح والبداية في ظل عدم حضور الطاعن (المتهم) أو محاميه وفي غفلة منهم.

- وبتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٦ تقدم الطاعن بطلب للإفراج عنه وإخلاء سبيله لدى محكمة بداية جنين مبدياً أن مدة توقيفه تجاوزت ٦ أشهر دون أن تتم إحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته مشيراً لنص المادة ٤/١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية وبالنتيجة وبعد سماع أقوال وكيل الطاعن ووكيل النيابة أصدرت المحكمة قرارها بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٢ متضمناً رفض الطلب والإبقاء على الطاعن (المتهم) موقوفاً.

- لم يرتضى الطاعن بالقرار الصادر فتقدم باستئناف للطعن بالقرار المذكور حيث أصدرت محكمة استئناف رام الله قرارها بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٢ في الاستئناف الجزائي رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٣ متضمناً رد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف.

- لم يرتضى الطاعن بحكم محكمة الاستئناف وطعن على الحكم فأصدرت محكمة النقض

قرارها القضائي بقبول الطعن موضوعاً ونقض القرار الطعين "إعادة الأوراق لمحكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة للهيئة مصدرة القرار بعد ساعي مرافعات الطرفين النهائية فصدر حكم محكمة الاستئناف القضائي برد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف.

- فتقديم الطاعن بهذا الطعن لنقض حكم محكمة الاستئناف للأسباب الآتية:-
أولاً: مخالفه حكم أول درجة ومحكمة الاستئناف لنص المادة ٤٨١، ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية.

وكذا مخالفته لنص المادة ٦٩، ٦٦ من قانون السلطة القضائية.

وكذا مخالفته لنص المادة ٢١، ٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية.

ثانياً: مخالفه محكمتي الصلح والبداية لنص المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية.

ثالثاً: مخالفه محكمة البداية لنص المادة ١٣، ١٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١.

وقد طلب بالت نتيجة قبول الطعن شكلاً ومن ثم موضوعاً وإلغاء القرار المطعون فيه والإفراج عنه ما لم يكن موقوفاً على حساب قضية أخرى.

وبناءً على الأسباب المشار إليها أصدرت محكمة النقض قرارها بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٢ نقض جزء رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٤ برقم ٢٨ بقبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه عملاً بأحكام المادة ٣٧٤ من قانون الإجراءات الجزائية بالإفراج عن الطاعن فوراً ما لم يكن موقوفاً أو محبوساً لداع آخر وإعادة الأوراق لمصدرها.

المبادئ القانونية التي يثيرها هذا الحكم:-

أولاً: تبعية مأمورى الضبط القضائى للنيابة العامة والتبعية للنائب العام.

ثانياً: مدة التوقيف القانونية وإحالة المتهم للمحاكمة.

ثالثاً: حضور المتهم جلسة إصدار أمر التوقيف وتجديله وغيابه عنها.

رابعاً: التشكيل القانوني لمحكمة البداية.

خامساً: أسباب الطعن بالنقض وهي ما نصت عليه المادة (٣٥١) من قانون الإجراءات الجزائية:-

أولاً: تبعية مأمورى الضبط القضائى للنيابة العامة والتبعية للنائب العام. إن مأمورى الضبط القضائى يتبعون النيابة العامة فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم، وللنائب العام الإشراف عليهم ومراقبتهم فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم وهو الثابت قانوناً بنص المادتين ٦٩، ٦٦ من قانون السلطة القضائية من إن أعضاء النيابة العامة يتبعون رؤسائهم وفقاً لترتيب درجاتهم وطبقاً لنص المادتين ٢٠، ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية من أن أعضاء ومائورى الضبط القضائى كلاً فيما يتعلق بأعمال وظائفهم تابعين للنيابة العامة، وأن النائب العام يشرف عليهم ويختضعون لمراقبته فيما يتعلق بأعمال وظائفهم.

ثانياً: مدة التوقيف القانونية وإحالة المتهم للمحاكمة:- فقد نص المشرع على تحديد مدة التوقيف القانونية للمتهم حرصاً منه على حماية الحقوق والحربيات من التعسف واستغلال النفوذ والاحتجاز بدون وجه حق طبقاً لنص المادة ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصت على:

١. لقاضى الصلح بعد سماع أقوال النيابة والمقبوض عليه أن يفرج عنه أو يوقفه لمدة لا تزيد على ١٥ يوماً كما يجوز له تجديد توقيفه مدة أخرى لا تزيد في مجموعها على ٤٥ يوماً.
٢. لا يجوز أن يوقف أي شخص مدة تزيد على ما ذكر في الفقرة (١) أعلاه إلا إذا قدم طلب لتوقيفه من النائب العام أو أحد مساعديه إلى محكمه البداية وفي هذه الحالة لا يجوز أن تزيد مدة التوقيف على ١٥ يوماً.
٣. على النيابة العامة عرض المتهم قبل انتهاء مدة الثلاثة أشهر المشار إليها في الفقرتين السابقتين على المحكمة المختصة بمحاكمته لتمديده توقيفه مدة أخرى حتى انتهاء المحاكمة.
٤. لا يجوز بأي حال أن تزيد مدة التوقيف المشار إليها في الفقرات الثلاثة أعلاه على ستة أشهر وإلا يفرج فوراً عن المتهم ما لم يتم إحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته.
٥. لا يجوز أن يستمر توقيف المتهم المقبوض عليه في جميع الأحوال أكثر من مدة العقوبة المقررة للجريمة الموقوف بسببها.

ثالثاً: حضور المتهم جلسة إصدار أمر التوقيف وتجديده وغيابه عنها فقد حرص المشرع على حضور المتهم الجلسات التي يصدر فيها أمر بتوقيفه أو تجديد توقيفه وذلك حرصاً منه على حماية حقوقه في الدفاع عن نفسه وأورد على سبيل الحصر الحالة التي تكون مبرره قانوناً بعد حضوره وهي اقتناع القاضي بالاستناد إلى بيات طبية تفيد تعذر حضور المتهم أمامه بسبب مرضه وذلك طبقاً لنص المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص على أنه لا يجوز إصدار أمر بتوقيف أي متهم في غيابه، إلا إذا إقتنع القاضي بالاستناد إلى بيات طبية أنه تعذر إحضاره أمامه بسبب مرضه.

رابعاً: التشكيل القانوني لمحكمة البداية: وهو ما نصت عليه المادتين ١٣، ١٤ من قانون ٥ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم المحاكم النظامية.

وتنص المادة ١٣ على أن تشكل محكمة البداية من رئيس وعدد كافٍ من القضاة. وتنص المادة ١٤ من ذات القانون على أنه تعقد المحكمة من ثلاثة قضاة تكون الرئاسة لأقدمهم وتنعقد من قاضي فرد في الأحوال التي يحددها القانون.

خامساً: أسباب الطعن بالنقض:- فقد نصت المادة ٣٥١ من قانون الإجراءات الجزائية على الأسباب التي يجوز فيها الطعن بالنقض على سبيل الحصر وهي كالتالي:

١. إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
٢. إذا لم تكن المحكمة التي أصدرته مشكلة وفقاً للقانون أو لم تكن لها ولاية الفصل في الدعوى.
٣. إذا صدر حكمان متناقضان في وقت واحد في واقعة واحدة.
٤. الحكم بما يجاوز طلب الخصم.
٥. إذا كان الحكم المطعون فيه بني على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تفسيره.

٦. خلو الحكم من أسبابه الموجبة أو عدم كفايتها أو غموضها أو تناقضها.
 ٧. مخالفة قواعد الاختصاص أو تجاوز المحكمة سلطتها القانونية.
 ٨. مخالفة الإجراءات الأخرى إذا كان الخصم قد طلب مراعاتها ولم تستجب له المحكمة ولم يجر تصحيحها في مراحل المحاكمة التي تليها.

٠ التعقيب على الحكم محل التعليق في ضوء المبادئ القانونية المتقدمة.

من جماع ما تقدم وإإنزال تلك النصوص القانونية على الواقع السالف سردها يتضح جلياً أن محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف اعتبرت ملة توقيف الطاعن محتسبه من اليوم الأول للتوقيف من قبل مأمور الضبط القضائي مخالفًا بذلك نص المادة ٤٨١، ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية وخالفت نص المواد ٦٧٩، ٦٦ من قانون السلطة القضائية وخالفت نص المواد ٢١، ٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية في شأن تبعية مأمورى الضبط القضائى للنيابة العامة وتبعية مأمورى الضبط القضائى والنيابة العامة إلى النائب العام فيما يتعلق بأعمال وظائفهم كلاً بترتيب درجاته وقد خالفتا نص المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجزائية بعدم السماح للمتهم بحضور أمر توقيفه وتحديد ذلك الأمر بدون مرر قانوني.

وقد خالفت أيضاً نص المادتين ١٣، ١٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية بإصدار أمر التوقيف وتجديده من قاضي وأحد تارة ومن قاضيان تارة أخرى الأمر الذي كان حرياً بها الالتزام بالتشكيل القانوني، الثلاثي، للمحكمة.

وأخطاء محكمة أول درجة برفض طلب إخلاء سبيل المتهم.
أخطاء محكمة الاستئناف حينما ردت الاستئناف موضوعاً وأيدت القرار المستأنف في الحكمان
سواء الأول أو بالهيئة المغایرة.

ونجد أن القرار الصادر من محكمة النقض بتاريخ ٢٠٠٨٧/١٢ نقض جزاء رقم ٢٠٠٤/٢٦ بقبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه والإفراج عن الطاعن فوراً ما لم يكن موقفاً أو محبوساً لداع آخر هو القرار الصحيح والمستساغ والمستمد من تطبيق صحيح القانون.

المستفاد من ذلك:-

وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري حيث نصت المادة ٢٠١ من قانون الإجراءات الجنائية على أن ”الأمر بالحبس الصادر من النيابة العامة لا يكون نافذ المفعول إلا لمدة الأربعة أيام التالية للقبض على المتهم أو تسليمه للنيابة العامة إذا كان مقبوضاً عليه من قبل“.

حوارات قانونية ومبادئ قضائية

- من أوراق العمل المقدمة في مؤتمر استقلال المحاماة وسيادة القانون الثالث المنعقد في الجامعة العربية الأمريكية - جنين
- ملاحظات حول قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية
- التغيرات القانونية المتعلقة بقانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية
- الآثار المترتبة على عدم تنفيذ القرار الصادر عن محكمة العدل العليا
- من قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية



من أوراق العمل المقدمة في مؤتمر استقلال المحاماة وسيادة القانون الثالث

دور المحاماة في صيانة حقوق المتضاضين/ المحامي
فريد الجلاد - نابلس

دور نقابة المحامين في تعزيز مهنة المحاماة وحماية
استقلالها/ المحامي وليد العارضة - جنين
آداب وأخلاقيات مهنة المحاماة/ المحامي فواز
صاياغة - نابلس

مهنة المحاماة تحديات وعقبات «نظرة لتكامل
المهنة مع القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع
المدني»/ المحامي صلاح موسى - جنين

دور المحاماة في صيانة حقوق المتقاضين*

المحامي فريد الجلاد - نابلس

«مهنة المحاماة»

المحاماة مهنة حرة تهدف إلى تحقيق العدالة، وتتسع مع القضاء في إرساء قواعد العدل وتعاون المتقاضين في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم.

ويتمتع المحامون في مزاولة مهنتهم، بالحقوق والضمانات المنصوص عليها في القانون ويلتزمون بالواجبات التي يفرضها عليهم وهذا ما أكدته المشرع بنص المادة رقم (٢٦) من قانون المحامين النظاميين رقم (٣) لسنة ١٩٩٩ يجب على المحامي ما يلي:

* أن يتقييد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والتزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه هذا القانون وتفرضها عليه أنظمة النقابة وتقاليدها.

* أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو خطأه الجسيم.

فالمحاماة مهنة حرة تعامل السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون، وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم ، الأمر الذي يستدعي أن يكون للمحامي استقلاله في أداء وظيفته متحرر من التدخل في شؤونه من أي كان، إنما يخضع فقط لما يملئه عليه ضميره وأخلاقيات المهنة بشكل يطمئن المتقاضين إلى من يمثلوهم ويثقوا بهم ومتطلبات مهنته.

وهذا ما أكدته المشرع في المادة رقم (٢) من قانون المحامين النظاميين رقم (٣) لسنة ١٩٩٩ حيث نصت (المحاماة مهنة حرة تعامل السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم، ويزاول المحامون وحدهم مهنة المحاماة، ولا سلطان عليهم في مزاولتهم إلا لضمائرهم وأحكام القانون)

فالوكلالة لغة تعني تفويض المرء أمره أو بعضها إلى شخص موثوق يسمى الوكيل يقوم بتنفيذها نيابة عنه، ووكلة المحامي تدرج في هذا السياق وإن كانت تتسم بتفويض الوكيل القيام بتمثيل

الموكل أمام المحاكم والإدارات الرسمية إزاء مسألة معينة، فهي إذن وكلة خصومة تحول الوكيل استخدام درايته القانونية وخبرته في معالجة المسألة موضوع تلك الوكالة، وعليه بذل الجهد اللازم في معالجه هذه المسألة، ولا يختلف اثنان في أن عامل الثقة بشخص الوكيل يعتبر الأساس الذي أدى إلى إبرام هذا العقد وهو عقد الوكالة بالإضافة إلى عامل الركون إلى خبرة الوكيل ودرايته في إنجاز هذا العقد وفق الغاية المقصودة فالوكيل مؤمن وعليه مراعاة مبادئ الشرف والأمانة ومراعاة مصالح موكليه.

ولا تزال الأحكام العامة في مجلة الأحكام العدلية هي المرجعية الناظمة لأحكام الوكالة وفق ما ورد في المواد ١٤٤٩ وما بعدها.

المهنة المحامية

وحرصاً من المشرع على ضرورة قيام العلاقة بين الموكيل والوكيل على أساس سليمة فقد جاء القانون مؤكداً على ضرورة احترام هذه العلاقة وذلك في المادة (٢٧) منه والتي نصت على بعض الضوابط التي تحكم هذه العلاقة بما يتلاءم مع طبيعة مهنة الحامدة حيث نصت على ما يلي:-

لا يجوز للمحامي أن يقبل الوكالة في الحالات التالية:

أ. عن طرفين متخاصمين في دعوى واحدة.

ب. ضد موكله بمقتضى وكالة عامة.

ج. ضد شخص كان وكيلًا عنه، في نفس الدعوى أو الدعاوى المتفرعة عنها ولو بعد انتهاء وكالته.

د. ضد جهة سبق أن أطلعته على مستنداتها الثبوتية ووجهة دفاعها مقابل أتعاب استوفاها منها سلفاً.

كما يجب الحرص على عدم الانضمام الشخصي للشخصية القائمة بحيث لا يعتبر الخصم خصماً للمحامي ذاته، وكذلك الأمر بالنسبة لوكيل الخصم، وإن يكون السلوك والتصرف مهنياً بمحض وبشكل موضوعي، مع الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات الخاصة بصاحب العلاقة وهذا ما تم النص عليه في العديد من المواد ومنها نص المادة (٢٨) التي تضمنت بعض المحظورات في الفقرتين التاليتين:-

١. أداء شهادة ضد موكله بخصوص الدعوى التي كان وكيلًا فيها أو إفشاء سر أؤمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته المتعلقة بأسرار الموكلين لدى القضاء في مختلف الظروف ولو بعد انتهاء وكالته.

٢. إعطاء رأي أو مشورة لخصم موكله في دعوى سبق له أن قبل الوكالة فيها أو في دعوى ذات علاقة بها، ولو بعد انتهاء وكالته.

وإعمالاً للنصوص الواردة في القانون وضرورة الالتزام بها فقد حدد المشرع العقوبات الواجب إيقاعها في حال الإخلال بها، حسبما جاء في المادة (٢٩) من القانون.

الوصيات:

• ضرورة الالتزام بأحكام القانون الذي ينظم مهنة الحامدة من قبل جميع المحامين، وضرورة قيام نقابة المحامين بدور فاعل في الإشراف على الالتزام بأحكام القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

• مراعاة الجانب المادي للمتقاضين والدور الذي من الممكن لنقابة المحامين القيام به وأخذه بعين الاعتبار في حماية حقوق المتقاضين غير القادرين على تغطية التكاليف المرتبطة على المطالبة القضائية من أجل استيفاء حقوقهم، حيث يحتاج هؤلاء إلى مساعدته كليه أو جزئية، الأمر الذي يتطلب من النقابة إصدار نظام تفصيلي يتضمن الشروط والآليات الالزمة للقيام بهذا الدور.

• التصدي لأى ادعاءات موجهة من قبل البعض للمحامين بتقصيرهم في الأداء، إذ يجب على مجلس النقابة التصدي لهذه الادعاءات، والعمل على معالجه أزمة الثقة مع القضاء وضرورة تقييد الحالات وحصرها لا تعيمها.

• إعمال نظام التخصص في مهنة الحامدة، فذلك يعد ضمانه أقوى لحقوق الموكلين المتقاضين،

بحيث يؤخذ في الاعتبار خبرة الخامي وقدراته من جانب كما تؤخذ أيضا اهتمامات الخامي الموضوعية من جانب آخر، ويغدو العالم كله إلى إعمال نظام التخصص ليس في مجال الخامة فحسب بل في مجالات أخرى.

- على النقابة أن تتولى مسؤولية التأهيل والتدريب المستمر وعقد الدورات الإرشادية في سبيل تطوير الخبرات والقدرات من أجل رفع مستوى الأداء والإبقاء على قنوات الاتصال بين الخامين.
 - كما ويجب الانتباه إلى نقطة هامة وهي أن لا يكون هنالك إسراف من قبل الخامين في طمأنة موكليهم بنتائج القضية منعا للحرج حال حدوث مفاجآت تؤدي إلى نتائج مغايرة، أو حال صدور اجتهاد قضائي من قاض سواه أكان مصيبا في اجتهاده أم لا.
 - ويجب أيضا أن يكون هنالك حرص من قبل الخامين على ضبط العلاقة فيما بينهم وبين موكليهم واستبعاد العامل الشخصي / أو تحجب إضفاء الطابع الشخصي على هذه العلاقة.
 - مراعاة درجات التقاضي كونها تشكل ضمانه لتصويب الحكم الصادر، فذلك ادعى لحسن سير العدالة وان يعمل الخامي على تنظيم أجندته وعدم تفويت فرص الطعن.
 - يفترض على الخامي أن لا يضع نصب عينيه فقط زيادة المردود المادي مقابل العمل الذي يقوم به ، بل يجب مراعاة مدى قدرته الشخصية على تغطيه القضية المعروضة عليه.
 - يفترض على الخامي دراسة القضية بعناية بكلفة عناصرها، ومن ثم إجراء التطبيق القانوني على الواقع لكي يصار إلى وضع خطة عمل.
 - على الخامي الحرص على عدم إطالة أمد التقاضي والابتعاد عن التجايلات طويلة المدى غير المبررة.
 - على الخامي إشراك موكله في المسؤولية عند توصله إلى تسوية أو مصالحة في الدعوى وعدم إبرامها إلا بعد موافقته.
- ختاماً أن حماية حقوق المقاضين تتوقف على أداء الخامين أنفسهم طلما التزموا بالقواعد والأسس المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي تقتضيها طبيعة المهنة.

دور نقابة المحامين في تعزيز مهنة المحاماة وحماية استقلالها*

المحامي وليد العارضة - جنين

إن دور نقابة المحامين في تعزيز مهنة المحاماة وحماية استقلالها مفترض وبديهي، وقد كثر فيه الحديث فضعف أثره ومل السامعون، ولذا فإنني سأخو منحى آخر في حديثي، في محاولة علاجية وصفية موضوعية بعيدة عن التنظير والأمال والأحلام، وأرجو ألا تكون تهويات أو أوهاماً.

وعليه فأنا أشير إلى الملاحظات التالية:

١. من المسلمات أن دور أي نقابة أن تحقق مصالح أصحابها وتعزز مهنتهم وتحميهم وتحميها حتى يتمكنوا أفراداً وجماعة من القيام بواجبهم وتؤدية رسالتهم على أكمل وجه وفق ما رسمه القانون.
٢. لقد عرف قانون نقابة المحامين الفلسطينيين في مادته الثانية - شأنه في ذلك شأن جميع قوانين نقابات المحامين في العالم العربي على الأقل إن لم يكن في العالم - مهنة المحاماة بنصه على أنها مهنة حرة وعون للسلطة القضائية في تحقيق العدالة، وتأكيد سيادة القانون، وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وعن حرياتهم، كما نص على أن المحامين وحدهم هم الذين يزاولون مهنة المحاماة، كما أكد على أنه لا سلطان عليهم في مزاولتهم لهنّتهم إلا لضماناتهم ولأحكام القانون.
٣. نص القانون على شروط التسجيل في سجلات المحامين، وعلى شروط مزاولة المهنة وعلى الوظائف والأعمال التي لا يجوز الجمع بينها وبين مزاولة مهنة المحاماة (م ٦-٧)، كما نص على حقوق المحامين (م ٢٠، ٢١، ٢٤، ٢٢، ٢٣، ٢٥) ونص على واجباتهم (م ٢٦-٢٨)، كما نص على العقوبات (م ٢٩-٣٥).
٤. حدد القانون من هي الهيئة العامة وما هي وظائفها وطريقة ومواعيد اجتماعاتها وصلاحياتها في المواد من (٣٦-٤٠).
٥. نص القانون على انتماء النقابة لاتحاد المحامين العرب وعلى تعاونها مع نقابات المحامين في الوطن العربي لرفع مستوى مهنة المحاماة كما حدد شعارها (الحق والعروبة) م (٥٠).
٦. نص القانون على صلاحيات المجلس وواجباته وكيفية انتخابه ومدة ولايته وعلى صلاحيات النقيب من المادة (٤٠-٤٤).

من الملاحظات السابقة تتوصل إلى الفهم القانوني الدقيق لمهنية نقابة المحامين وطبيعة دورها وما هي مهنة المحاماة وما معنى وأهمية استقلالها.

فالنقابة شخصية اعتبارية وذات استقلال مالي يتولى إدارة شؤونها مجلس منتخب من الهيئة العامة وفقاً لأحكام القانون (١١)، وأهدافها محددة بنص المادة (١٢) وهي أهداف سامية تبدأ من الدفاع عن مصالح النقابة والمحامين ومن الحافظة على رسالة مهنة المحاماة وضمان حرية المحامي في أداء رسالته وتنظيم جهود المحامين لتطوير الفكر القانوني وتطوير التشريعات وتشجيع الباحثين

* ورقة عمل قدمت في مؤتمر استقلال المحاماة وسيادة القانون الثالث الذي نظمته «مساواة» في الجامعة العربية الأمريكية - جنين بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٢٢.

وتنشيط البحوث القانونية ورفع المستوى العلمي للمحامين وتقديم الخدمات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتوفير الضمان الصحي والاجتماعي وتوفير الحياة الكريمة للمحامين وعائلاتهم من خلال تأسيس وتنمية الصناديق التعاقدية والتعاونية، وكل ذلك لإعدادهم وتجهيزهم وتنظيم جهودهم لتقديم العون لغير القادرين من المواطنين ومن أجل تكريس مبدأ سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان ولخدمة الحق وتحقيق العدالة دون تأخير أو تعقيد، ولعاونة القضاء في تحقيق هذه العدالة ولنصرته والمحافظة على استقلاله وبالتالي نصرة الحق والوطن والأمة، هذه هي النقابة.

وأما مهنة الخامة، فهي حرفة ولن تكون كذلك إلا إن كان الخامي حراً ونقابته كذلك، مهنة الخامة مستقلة ولن تكون كذلك إلا إن كانت النقابة كذلك، ومهنة الخامة معينة على تحقيق العدالة وحاملة للواء الدفاع عن حريات المواطنين ولن تكون كذلك إلا إن كانت النقابة كذلك، ولا يزاول الخامة إلا المحامون وحدهم، ولا سلطان عليهم وهو يزاولون مهنتهم إلا لضمان رهم وأحكام القانون، فإن لم ترعاهم نقابتهم وتسند لهم وتأخذ بأيديهم وعلى أيديهم فهل تكون نقيبة لهم ورائدة؟!.

بعد هذا العرض المستمد من النصوص القانونية أود أن أعبر جازماً عما يلي:

١. إن العلاقة طردية وتبادلية وتكاملية بين تعزيز مهنة الخامة واستقلالها.
٢. لا تعزيز لهنة الخامة ولا استقلال لها إلا بتطبيق القانون والأنظمة.
٣. لا استقلال لهنة الخامة إلا إن كانت النقابة مستقلة.
٤. لن تتعزز مهنة الخامة إن لم تكن النقابة حارسة أمينة على كرامة المحامين.
٥. إن ترك الإنسان (والخامي إنسان) لغائلة الجهل والعوز والخوف على المستقبل يجعله لقمة سائغة للانحراف عن الجادة.
٦. إن القضايا الكبرى لا تنتصر إلا بالكتاب.
٧. إن التنظير السياسي لا يعزز مهنة الخامة ولا يحمي استقلالها ولا ينصر العدالة ولا الحق ولا الكرامة ولا الفردية ولا الجماعية ولا كرامة الوطن.
٨. إن نقابة المحامين لتكون رائدة لا بد إلا أن تكون مستقلة وحرة وكذلك القضاء.
٩. العمل النقابي يجب أن يكون مستمراً ونشطاً ونتائجها تراكمية.

آن لنا بعد هذا كله أن نتساءل ما هو الحال وما صار إليه المآل؟!

وسائل بـالجواب - لقد أصبح كل واحد منا مستودعاً لللون الأسود - !

آن لنا أن نتساءل عن كيفية وآليات ممارسة النقابة لمهامها وأدائها لواجباتها - وأعني النقابة الهيئة العامة ومجلسها ولجانها وإدارتها وموظفيها - !؟

آن لنا أن نتساءل كيف ستتعزز مهنة الخامة أن لم تكن النقابة خادمة لأعضائها ومعبرة عن ضمائرهم ومصالحهم.

ثم نتساءل كيف ستتعزز مهنة الخامة إن لم تكن النقابة حارسة أمينة على كرامة المحامين؟! ثم كيف - وكيف - وكيف -!؟

لقد درجنا على تسويق سلبياتنا، وأرجو ألا تكون قد وصلنا إلى تثبيت نهج تسويقي (تبريري) في حياتنا كلها، لقد تكاثرت المشاجب التي نعلق عليها تقديرنا! بل إن أهم اختراعاتنا هي نظرية

الظروف السائدة؟! فما هو الحل؟

١. على عاتق نقابة الحامين بهيئتها العامة ومجلسها وبلجاتها.... تقع المسؤولية الكبرى فيما آل إليه حل القضاء في فلسطين.
٢. تعزيز مهنة الحامة وبالتالي استقلاليتها منوط بالتعاون والتنسيق الكامل والجاد المستمر مابين نقابة الحامين والجامعات الفلسطينية والمعاهد الحقوقية والمؤسسات الحقوقية.
٣. تطبيق أحكام قانون النقابة وأنظمتها وبالتزامن تمام أساس لابد منه لتعزيز مهنة الحامة وحماية استقلالها، فإن لم تجتمع الهيئة العامة ولم تجر الانتخابات ولم يطبق النظام الداخلي ونظام التدريب..... الخ وإن لم تعمل بلجان الأتعاب و المجالس التأديب وإن لم تنشط اللجان الفرعية فلا تعزيز لمهنة الحامة ولا استقلال لها.
٤. استكمال أنظمة النقابة وتطوير البنية القانونية للنقابة أمران ضروريان.
٥. تطوير المناهج الحقوقية التعليمية في الجامعات الفلسطينية وضبط وبرمجة القبول في كليات الحقوق وبالتنسيق مع النقابة أمر ضروري بل في غاية الأهمية.
٦. إطلاق برنامج للتشقيق القانوني الجماهيري وبالتعاون بين النقابة والجامعات ومؤسسات المجتمع المدني والمنظمات الحكومية وزرارة التربية والتعليم ضرورة لابد منها.
٧. تعزيز مهنة الحامة لا يكون إلا بالتأكيد على حقوق الحامين وواجباتهم وعلى التزامهم بالسلوك المهني التزاماً تاماً.
٨. المحافظة على أقصى درجات التعاون والتأكيد على التكامل بين القضاة والحامين يعزز مهنة الحامة ويشكل عوناً للقضاء والحاماة على الاستقلال.

آداب وأخلاقيات مهنة المحاماة*

المحامي فواز صایة
عضو مجلس نقابة المحامين - نابلس

تعتبر المحاماة من أ Nigel وأقدس المهن، ومن ينتمون لها يعتبرون من أهم شرائح المجتمع، فمعظم أهل رجال السلطة في العالم سابقاً وحاضراً هم من المحامين أو من خريجي كليات الحقوق، كما أنها مطعم وحلم الكثير من لم يتمكنوا من تحقيقها رغم علو شأنهم. ويحضرني قول ملك فرنسا لويس الثاني عشر «لهم أكُن ملوكاً لو ددت أن أكون محامياً».

في البداية أود أن أبين التعريف القانوني لمهنة المحاماة، فقد أشارت المادة (٢) من قانون المحامين النظاميين رقم (٢) لسنة ١٩٩٩ أن: «المهنة حرفة تعاون السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون والدفاع عن حقوق المواطنين ويزاولها المحامون فقط لا سلطان عليهم في مزاولتهم لهذه المهنة إلا لضمانهم وأحكام القانون». إن التعريف لهذه المهنة بين أهم المبادئ المتعلقة بآداب وسلوكيات مهنة المحاماة التي تتوجه بعده اتجاهات:

١. المحامي اتجاه موكله.
٢. المحامي اتجاه خصمه.
٣. المحامي اتجاه المحكمة.
٤. المحامي اتجاه التشريعات القانونية.
٥. المحامي اتجاه نقابته.

وتتقاطع هذه الاتجاهات مع بعضها لتشكل أهم مبادئ وأخلاقيات مهنة المحاماة التي يؤدي الالتزام بها إلى علو شأن المهنة واحترام المجتمع لها، وتعزيز الثقة بالمحامين وانتمائهم على حماية وصيانة الحقوق، وقد نظم قانون المحامين النظاميين في مواده وخاصة المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨) حقوق وواجبات المحامي والتي تؤدي للاتجاهات المذكورة.

أولاً: المحامي اتجاه موكله: إن أساس علاقة المحامي بموكله هي الصدق والأمانة والإخلاص، حكماً أن المحامي حر في قبول ورفض الوكالة، وحر في تحديد خطط دفاعه عن موكله وتقاضيه لأتعابه، فإن عليه مجموعة من الواجبات تجاه موكله أهمها:

١. إن المحامي ملزم بالدفاع عن موكله وعن مصالح هذا الموكيل بكل أمانة وإخلاص، وأن يتقييد بمبادئ الشرف والاستقامة والتزarah.
٢. يجب على المحامي عدم قبول التوكيل ضد موكله، خاصة الموكيل بموجب وكالة عامة.
٣. يجب على المحامي عدم قبول التوكيل ضد موكله في نفس الدعوى وأو الدعاوى والطلبات المتفرعة عنها.

* ورقة عمل قدمت في مؤتمر استقلال المحاماة وسيادة القانون الثالث الذي نظمته "مساواة" في الجامعة العربية الأمريكية - جنين بتاريخ ٢٠٠٨/١١/٢٢

٤. أن يحضر جلسات المحكمة لقضايا موكله ويبذل كل جهد مستطاع للدفاع عنه وفق أحكام القانون.
٥. أن يحافظ على أسرار موكله والتي عرفها واطلع عليها بحكم وكتله.
٦. أن يمتنع عن إعطاء أي مشورة لخصم موكله.
٧. أن يمتنع عن الشهادة ضد موكله وعن أي أمر يعرض مصالح موكله للخطر.
٨. يلتزم الحامي بإعادة أية أوراق أو مستندات أو أموال لموكله التي ائتمنه عليها.
- ثانياً: **الحامي اتجاه خصم:** إن وكالة الحامي عن موكله تجعل المصالح التي يمثلها تتعارض بالنتيجة مع مصالح خصميه ومع ذلك فإن عليه أن يتقييد بعدم إتباع أساليب احتيالية والتقييد بممارسة القانون في مواجهة خصميه (خصم موكله)، حتى لو كان ذلك بطلب من موكله لأنه ليس لسان حال موكله، وثانياً يجب أن يمنع موكله عن هذه الأساليب وإلا انسحب من تمثيل موكله.
- ثالثاً: **اتجاه المحكمة:** حيث أن الحامي هو أحد أركان العدالة يساعد القضاء في تحقيق العدل فإن عليه اتجاه القضاء الالتزام بعدة مسلكيات هي:
١. أن يساعد القضاء لتسهيل ممارسته لرسالة العدالة وتسريع إجراءات التقاضي.
 ٢. أن يحضر جلسات المحكمة عن القضايا الموكل بها بالرداء الخاص الذي تحدده الأنظمة.
 ٣. أن يتقييد بحضور الجلسات في المواعيد التي تحدها المحكمة دون إبطاء.
 ٤. أن يسلك اتجاه القضاء مسلكاً محترماً بما يتفق وكرامة القاضي وهيبته واستقلاله وأن لا يشوش سير الجلسات سواء بالإشارة أو القول أو الفعل.
 ٥. أن تكون علاقته بالقضاء على أساس الزمالة والتعامل الرسي "أن لا يتناقش مع القضاة في مواضيع قضائيه على انفراد وعدم ممارسة أي هيمنة عليهم".
 ٦. احترام القرارات الصادرة عن المحاكم حتى وإن كانت ضده، وعدم الاحتجاج المباشر للقاضي مصدر القرار وأن يتبع الطرق القانونية للطعن بهذه القرارات.
- رابعاً: **اتجاه نقابته والقوانين والتشريعات:** إن أساس ممارسة الحامي لهنته والضابط لقواعد هذه الممارسة إضافة لضميره هو القوانين والتشريعات، وبالتالي لزاماً على الحامي أن:
١. يتقييد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه القانون وأنظمة النقابة.
 ٢. أن يتبع صدور أية قوانين وأنظمة وتعليمات جديدة ويقرأها ليعمل بوجوها حماية لحقوق ومصالح موكليه.
 ٣. أن يلتزم ويتقييد بقانون نقابة المحامين وأنظمتها والتقييد بشروط ممارسة المهنة، ومن أهم المواد التي إن التزم بها اعتبر متقييناً بسلوكيات وأخلاق المهنة المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨) والتي تضيف إلى ما سبق ذكره:
 - أـ أن يكون لديه مكتب لائق لمارسة أعمال المحاماة فقط، حتى يتمكن مراجعوه وموكلوه من التوجه إليه ومراجعةه في أمورهم القانونية.
 - بـ - أن لا يقبل أي دعوى ضد زميل له أو ضد مجلس النقابة قبل إجازتها من قبل المجلس.
 - تـ - أن يشعر النقابة خطياً بأسماء المؤسسات أو الشركات أو فروعها أو الوكالات التي عين وكيلها عاماً أو مستشاراً قانونياً لها.

- ث - أن لا يكون شريكًا في أكثر من شركة محاماة.
- ج - لا يجوز للمحامين الشركاء أو المتعاونين في مكتب واحد أن يترافع أحدهم ضد الآخر أو يمثلوا فريقين مختلفين المصالح.
- ح - أن لا يقبل وكالة عن طرفين متخاصمين في دعوى واحدة.
- خ - أن لا يقبل الوكالة ضد جهة سبق أن أطعلته على مستنداتها الشبوانية ووجهة نظرها مقابل أتعاب استوفيت منها سلفاً "المشورة أو الاطلاع بدون أتعاب عكس ذلك".
- د - عدم شراء القضايا والحقوق المتنازع عليها.
- إن القواعد التي ذكرتها بما اشتغلت بها من حقوق وواجبات ومحظورات وقيود تشكل بمجموعها أهم قواعد السلوك المهني وأدابه توصلنا إليها عبر القوانين والأنظمة التي تنظم وتحكم ممارسة مهنة المحاماة وخاصة قانون نقابة المحامين النظاميين رقم (٣) لسنة ١٩٩٩.
- ولكن من الواقع العملي وبعيداً عن ما أشارت إليه القوانين والأنظمة ومن خلال ممارستنا العملية للمهنة، فإن مهنة المحاماة وكما ذكرنا مهنة نبيلة ومقدسة أسمى أهدافها تحقيق العدل من خلال شخص يستنجد به الناس وهذا تعريف كلمة (Advocates) وبشكل أصح هو شخص يأتمنه الناس للحفاظ على مصلحهم وتحصيل حقوقهم والدفاع عنها رقية إضافة للقانون ضميره.
- ويرأبّي المتواضع فإن الضمير أهم من أحكام القانون لأنّه من يتمتع بضمير حي ونقى سيلترزم تلقائياً بالقانون وتعليماته وأحكامه وأنّ من يتصرف بالأخلاق الحميدة والصفات الحسنة ويصون الأمانة بالضرورة يتمتع بضمير حي، لذلك يتعمّن على المحامي إضافة للقواعد التي ذكرناها أن يتقيّد أيضاً:
١. أن يقوم بواجبه المهني باستقلال تام وبشكل هادئ بعيداً عن الضغوط المادية وغيرها وأن لا يمثل لأي اعتداء أو تهديد على أدائه لهنته.
 ٢. الامتناع عن إتيان ومارسة أيّة أنشطة أو أفعال من شأنها أن تمس شرف المهنة وقدسيتها وكرامتها.
 ٣. إن المحامين يمثلون مصالح متعارضة بطبيعة من يمثل كلاً منهم وبالتالي لا يجوز أن يؤثر ذلك على علاقتهم ببعض وعلى كل منهم احترام زميله عند الترافع وعند أدائه لواجبه وأن لا يسيء إليه.
 ٤. عدم دخول المحامي (التوكل) في أي موضوع يوجد لزميل له وكالة سابقة به انتهت أم لا تزال سارية إلا بعد إعلام زميله والحصول على موافقته حرصاً وصوناً لحقوق هذا الزميل (دون التعارض مع حق الموكيل لأنّ يكون له أكثر من وكيل).
 ٥. أن يمارس عمله مع جميع الجهات التي يرتبط بها بكل لباقه ولياقة واحترام وأن يتتجنب في التعامل مع خصومه أو خصوم موكله تحريضهم أو الإساءة إليهم.
- كل ما ذكرناه يعتبر أهم القواعد التي تحكم آداب وسلوكيات مهنة المحاماة ولا بد للحرص عليها والتتأكد من تطبيقها أن يتم تفعيل قوانين وأنظمة النقابة التي تخول فرض عقوبات على من يخالفها، وأهمها تفعيل دور لجنة الشكاوى التي تنظر في حالات المحامين لسلوكهم المهني والأخلاقي، وقد وردت هذه العقوبات في المادة (٢٩) من قانون النقابة، ويتم ذلك بناء على

الشكاوى التي ترفع للمجلس ويحيلها للجنة الشكاوى، وإذا ما تبين وجود مخالفة مهنية وقانونية لأدائه وسلوكه، يقوم المجلس بإحالته إلى مجلس تأديب لتطبيق العقوبات عليه التي نص عليها القانون، وهذا يتطلب:

١. تفعيل مجالس التأديب.
٢. سرعة البت في الشكاوى لتكريس ثقة المواطنين والمحامين في هذه المهنة، وأن هناك من يحرض على قدسيتها.
٣. عدم التهاون في فرض العقوبات الرادعة على من يثبت انتهاكه لقواعد السلوك المهني.
وذلك استحداث لجنة رقابة على أداء المحامين وسلوكياتهم ومدى التزامهم بالقوانين يكون من صلاحياتها رفع التوصيات لمجلس النقابة بإحاله المخالف لمجلس التأديب.
وأود أن أنهى إلى أن كل المثاليات التي ذكرتها إنما هي ما يجب أن يكون الحال عليه إلا أن الواقع من حيث السلوكيات الأخلاقية والمهنية لبعض المحامين بعيدة كل البعد عن ذلك لوجود دخلاء على المهنة بكلأسف من أصحاب الضمائر الميتة والنفوس الضعيفة والذين أعمتهم المادة فأساءوا وما زالوا لهذه المهنة السامية ولا مشتكى بحقهم ولا وجود لأدلة لدى النقابة ضدهم.

مهنة المحاماة تحديات وعقبات

نظرة لتكامل المهنة مع القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني*

الحامي صلاح موسى - جنين

ما لا شك فيه أن طبيعة عمل مهنة المحاماة في فلسطين تكتسي أهمية خاصة وتحتل مكاناً استثنائياً بالمقارنة مع العاملين بذات المهنة في الدول المجاورة أو في الدول الأكثر استقراراً، لذا فإن العمل بمهنة المحاماة في فلسطين يمثل امتيازاً وتحدياً على حد سواء.

إن طبيعة العلاقة التي تحكم مهنة المحاماة مع القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني، ترتبط ذاتياً وموضوعياً بجملة من العوامل التي تعكس بيئة العمل القانونية، التي يارس فيها المحامون عملهم.

إننا في هذه الورقة نسعى إلى تسلیط الضوء على طبيعة علاقة مهنة المحاماة مع مؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص في ظل الحالة الفلسطينية المعاشرة، ومن الممكن تناول جملة من التحديات المتعلقة بالحاميين وتنظيمهم النقابي (التحديات الداخلية) من جهة، وبيئة العمل السياسية والقانونية التي يعمل بها المحامون بفعل حالة الانقسام السياسي والجغرافي التي تعشه الأراضي الفلسطينية (التحديات الخارجية) من جهة أخرى.

- وعليه نرى أن مهنة المحاماة تواجه جملة التحديات الخارجية وتنقسم إلى:
 - البيئة السياسية وأثرها على مهنة المحاماة: وتشمل الانفصال الجغرافي بين شطري ما تبقى من الوطن، وغياب قسري للمجلس التشريعي بحكم اعتقال سلطات الاحتلال غالبية أعضائه، بالإضافة إلى غياب الإرادة السياسية لطرف المجلس الرئيسي، حيث لم تصدر أية تشريعات قادرة على الاستجابة الموضوعية للواقع القانوني الفلسطيني، فضلاً عن وجود حكومتين تملك كل منهما أجهزة مستقلة، بالإضافة إلى وجود جهازين للقضاء.
 - ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل اخنقت الأمور أبعاداً أكثر خطورة، تمثلت في بروز تعابير ومصطلحات وسياسات عمل لكل طرف لا تمت إلى القانون بصلة، مثل "عدم الالتزام بالشرعية"، "والإحلال الوظيفي"، وعرض المدنيين على هيئة القضاء العسكري، وعدم تنفيذ أحكام المحاكم في حالات معينة، والتضييق على عمل بعض المحامين، إلى أن وصل الأمر إلى اعتقال بعضهم من قبل الأجهزة الأمنية، ولم تتمكن نقابة المحامين من التعامل مع مثل هذا تحديات بمعزل عن مؤسسات المجتمع المدني، حيث تعاونت النقابة والحاميين على السواء مع بعض مؤسسات المجتمع المدني، وخاصة الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم" لمعالجة العديد من الإشكالات التي أفرزتها الحالة المعاشرة.
 - البيئة القانونية وأثرها على مهنة المحاماة: لقد أضاف الانفصال بين شطري الوطن تحدياً

* ورقة عمل قدمت في مؤتمر استقلال المحاماة وسيادة القانون الثالث الذي نظمته "مساواة" في الجامعة العربية الأمريكية - جنين بتاريخ ٢٠٠٨/١٢٢

آخر أيام مهنة الخامة، فقد باشرت سلطة الأمر الواقع في قطاع غزة القيام بسلسلة من الإجراءات التي قادت إلى فرض وقائع قانونية على الأرض، مثل تشكيل مجلس العدل الأعلى، ومقاطعة نقابة المحامين المحاكم في القطاع في بادئ الأمر، ثم عدلت عن ذلك، كما أن الإجراءات القانونية المتبقية في الضفة الغربية باتت مختلفة عنها في قطاع غزة.

• ممارسات الاحتلال وإجراءاته في كل من الضفة والقطاع والقدس الشرقية، حيث يفرض واقع الحال من النقابة والمحامين فاعلية أكبر في فضح ممارسات الاحتلال وإجراءاته في المخالف العربية والإقليمية والدولية.

من البديهي القول إن طبيعة تطور العلاقة ما بين الخامة والقطاع الخاص، مرهون بالاستقرار السياسي والاقتصادي، وتتوفر بيئة استثمارية آمنة تمكن رجال الأعمال المحليين والعرب والأجانب، من اللجوء إلى المحامين الوطنيين لمنابعة قضياتهم، وحمل الملفات ذات الصلة. فغياب البيئة الآمنة للمستثمرين جعلت مهنة الخامة تواجه صعوبات حقيقة في التواصل مع القطاع الخاص، وإن اختفت من منطقة إلى أخرى.

أما التحديات الداخلية فتتمثل في:

• ضمان ديمومة واستمرارية عمل النقابة، وذلك بتوفير موارد مالية ثابتة خاصة بعد أن أصبحت سلطة الأمر الواقع، لا تتطلب الحصول على ختم المحامين أو نقابتهم في العديد من المعاملات القانونية، التي كانت تستوجب أن تكون ممهورة بختم النقابة وأحد المحامين المزاولين للمهنة.

• دور فاعل للنقابة في قطاع غزة، عبر التدخل لدى سلطة الأمر الواقع للسماح للمحامين بزيارة موكلיהם لدى الأمن الداخلي، فلا يمكن المحامي المزاول من زيارة الأمن الداخلي، ما يتطلب الأمر تدخل الهيئة المستقلة ومؤسسات المجتمع المدني، من خلال محاميها للاطمئنان على أوضاع أبنائهم، ما يحد من دخول المحامين ويفقد ثقة الجمهور بهم.

• الحفاظ على وحدة النقابة في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة مع حالة الاحتراز السياسي والانقسام الجغرافي، ونعتقد أن قرار النقابة بالعدول عن مقاطعة المحاكم في قطاع غزة، حال دون شطر النقابة إلى قسمين كانعكساً لحالة الانقسام السياسي.

أمام كل ذلك نرى أن دور مؤسسات المجتمع المدني، ومن خلال محاميها، استطاعت أن تكون عوناً وسندًا للمحامين المزاولين للمهنة، الذين تواجههم تحديات متعددة، بتجدد وتعقيد الواقع الفلسطيني السياسي والقانوني.

إن القطاع الخاص، وخاصة قطاع البنوك، واجه وما زال، تحديات كبيرة ومعقدة مع المحامين، حيث تقوم البنوك العاملة في الضفة والقطاع، بتنفيذ الأحكام الصادرة في كل من شطري الوطن، وإن صدر قرارات مُتعارضين بذات الخصوص، فإذا أصدرت محكمة في غزة قراراً بتجريد حساب جمعية خيرية، وأرسل القرار إلى البنك المعني، يقوم هذا البنك بتجريد الحساب، وفي المقابل إذا ما صدر قرار من محكمة مختصة في الضفة الغربية بذات الجمعية، وأرسل القرار إلى البنك، فإن البنك المعني يقوم بتنفيذ القرار وان تعارض، وأمام هذه الصورة، نجد أن مهنة الخامة تواجه جملة من التحديات والتعقيبات التي يجب الوقوف بجديه وعمق أمامها، ولذا يمكن لنا التوصية بجملة من الأمور:

١. ضرورة توثيق العلاقة ما بين مؤسسات المجتمع المدني ونقابة المحامين، عبر آليات عمل تكفل وتعزز الدفاع عن الحقوق والحرفيات العامة، و بما يعزز من دور المحامي كنموذج للدفاع عن الحق، بغض النظر عن الظروف.
٢. العمل ومن قبل مؤسسات المجتمع المدني، على توثيق ورصد الانتهاكات التي تعرض لها المحامون من قبل السلطات الرسمية، و متابعتها مع الجهات الرسمية، بشكل يعزز من هيبة المهنة و يؤكّد أهميتها وقدسيتها.
٣. العمل على التوصل إلى مذكرة تفاهم ما بين نقابة المحامين ومؤسسات المجتمع المدني، للنهوض بالواقع القانوني والشراكة الأصلية في الدفاع عن الحقوق والحرفيات الأساسية في أراضي السلطة الوطنية.
٤. نوصي بأن تعمل النقابة ومن خلال التواصل مع القطاع الخاص، على توفير رزمة خدمات قادرة على تمكين المحامي من المضي قدماً في عمله.
- ٥ نوصي أن تتخذ النقابة موقفاً واضحة وداعمة لمؤسسات المجتمع المدني، من خلال منع اعتقال أو تفتيش أي محامي دون إتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها، و ضرورة تحريم الاعتقال السياسي تحت كل المسميات والظروف.
- ٦ إيجاد آليات عمل أكثر فاعلية في فضح الممارسات الإسرائيليّة على الصعيدين الإقليمي والدولي.

ملاحظات حول قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية

الدكتور على كريبي

أستاذ كلية الحقوق

جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

المغرب

I - ملاحظات خاصة بقانون الجمعيات رقم 1 لسنة 2000 وقرار مجلس

الوزراء رقم "9" لسنة 2003

لقد تضمن القانون رقم "1" لسنة 2000 الخاص بالجمعيات والهيئات الأهلية مقتضيات جد عامة، لا تتroxى التدقيق في أمور تحتاج إلى كثير من الضبط والوضوح، قبل إحالة بعض الجوانب منها على اللائحة التنفيذية قصد تدقيقها أكثر وتوضيحها، حتى لا يتم التعسف من طرف من سيطبقها، قد يبدو هذا صحيحا إلى حد ما، ولكن لا ينبغي أن يكون القانون مختصرا إلى الحد الذي يحيل فيه كل شيء على اللائحة التنفيذية، وإلا ما الفائدة أصلا من وضعه إن لم يكن شاملا لقضاياهم في العمق تأسيس وسير ومراقبة الجمعيات بنوع من التفصيل.

إن العبرة بما هو مضمون في القانون الإطار الذي يعتبر أعلى مرتبة من حيث التسلسل القانوني من اللائحة التنفيذية، فهذه الأخيرة تأتي في أدنى مرتبة من القانون الإطار. ومن هنا ضرورة أن يتضمن هذا الأخير لبعض التفصيلات الضرورية قدر الإمكان، وخاصة حينما يتعلق الأمر بقضايا جوهريّة أساسية تهم ميدانا حساسا مثل النظام القانوني للجمعيات. نعم قد يمكن أن تحال بعض

الإشكالات التطبيقية التي لا لزوم لنقل النص القانوني بها على اللائحة التنفيذية، ولكن ليس على الصورة التي تم بها الأمر في هذه اللائحة رقم "9" لسنة 2003.

الرجوع إلى القانون الفرنسي 1901 أو إلى القانون المغربي لسنة 1958 والمعدل في سنة 2002، يوضح أكثر هذه المسألة، مسألة الاهتمام بالتفاصيل الضرورية لتأسيس الجمعيات، سواء من حيث الجوهر أو من حيث الشكل. وكمموج على ذلك: شكليات التأسيس، والجهات التي يرفع إليها التصريح بشأنه، ومضمون ومحتوى التصريح لتأسيس الجمعيات، وتعريف الجمعيات، والعقوبات التي تطبق على مجموعة من المخالفات، وتعريف الجمعية ... إلخ.

وهناك مجموعة من الملاحظات تخص هذا القانون ولا تتحت له التفسيرية

نوردها كما يلي:

1- هذه الملاحظة تتعلق بضرورة تصدر القانون رقم "1" لسنة 2000 بشأن الجمعيات بدياجة تشير إلى استحضار المعيار الدولي المكرس لحماية الجمعيات، وبالخصوص المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 22 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، مع إشارة في هذا التنصير إلى الوثيقة الدستورية الفلسطينية، وكذا إلى الظروف الدولية والمحليّة المشددة على الديمقراطية وعلى حقوق الإنسان ... إلخ

وعلى العموم ضرورة الإشارة إلى السياق الدولي والإقليمي والوطني الذي وضع فيه هذا القانون باختصار. ومن ثمة مباشرة يشار إلى الاطلاع على القانون العثماني لسنة 1327 هجرية المعمول به في محافظات غزة والقانون رقم 33 لسنة 1966 بشأن الجمعيات والهيئات الاجتماعية المعمول به في محافظات الضفة، وعلى مشروع القانون المقدم من المجلس التشريعي بتاريخ 25/5/1999.

2- هذه الملاحظة شكلية وتتعلق بترتيب التعريفات الخاصة بالمصطلحات الواردة في هذا القانون وإعطائها مكانة ضمن الفصل الأول في حين أنه من الناحية الشكلية هذه المصطلحات والتعريفات ينبغي أن تأتي في دجاجة القانون لا

في صلبه. إذ تكفي الإشارة في ديبةجة القانون إلى ما يقصد بالمصطلحات الواردة فيه ب ...

3- لم يتضمن القانون رقم "1" لسنة 2000 كما لم يتضمن قرار مجلس الوزراء رقم "9" لسنة 2003 المعتبر كلايحة تنفيذية أي تعريف للجمعية، وهذا أمر غريب جداً ومنافي لما هو متعارف عليه في قوانين بعض الدول، وأحيل هنا مرة أخرى على التجربة الفرنسية، وهي تجربة رائدة في هذا المجال، حيث تأثرت بها جل قوانين الدول العربية والإفريقية، وطبعاً تأثر بها التشريع المغربي الذي عرف الجمعية بكونها "اتفاق مستمر بين شخصين أو أكثر قصد استخدام معلوماتهم ونشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح ... إلخ". ولعل توزيع الأرباح هو ما يميز الشركة عن الجمعية، فالشركة تسعى إلى تحقيق الأرباح قصد توزيعها على أعضائها بينما الجمعية يمنع عليها ذلك.

4- هذه الملاحظة يتداخل فيها ما هو وارد في قرار مجلس الوزراء رقم "9" لسنة 2003 مع ما هو وارد في القانون رقم "1" لسنة 2000، فما هو وارد في الباب الثاني من اللائحة سوف يشار إليه في حينه عند تقديم الملاحظات حول اللائحة التنفيذية، ولكن مع ذلك لا بد من القول إنه لا لزوم لما هو وارد فيها ما دام أمر الإشراف على الجمعيات موكول إلى القضاء.

ولهذا أقترح إلغاء ما ورد في قرار مجلس الوزراء بهذا الشأن وتعويضه كلياً بالفصل الثاني من القانون رقم "1" لسنة 2000 المادة 3 منه التي ينبغي أن تعدل لتصبح كما يلي:

المادة 3: "تقوم المحكمة التي تكون الجمعية تابعة لولاية نفوذها القضائي بتلقي طلب التصريح بالتأسيس، وتسجيله بعد التأكد من توفره على كل الوثائق المطلوبة لذلك وعلى احترامه لشروط تأسيس الجمعيات".

هكذا يتم عبر هذا القانون تعويض كلمة الوزارة بكلمة المحكمة كما أن مسألة وجود وزارة مختصة لا ضرورة لها، لأن المسؤول عن تتبع نشاط الجمعيات وعن مدى مطابقتها للقانون أيا كان نوع نشاطها، والتأكد من مدى مطابقته للقانون، حتى

وإن كان نشاطها مرتبطة بوزارة ما هو المحكمة، وليس الوزارة التي يدخل نشاط الجمعية ضمن اختصاصاتها.

فهل يمكن أن يجعل المنظمات المدافعة عن حقوق الإنسان تحت مراقبة وزارة حقوق الإنسان؟ وهل يتصور أن يجعل الجمعيات المختصة للبيئة تحت مسؤولية وإشراف وزارة حماية البيئة؟ هذا غير معقول ولا منطقي!

وансجاماً مع هذا التوجه ينبغي إلغاء المادة 10 من القانون رقم "١" لسنة 2000. لأنه لم يعد لها لزوم مادام أن المسؤول والمشرف على الجمعيات هو القضاء ...

5- فيما يخص المادة 7 من القانون رقم "١" ينبغي التأكيد من خلالها على أن الجمعية تصبح قائمة وبإمكانها ممارسة نشاطها مباشرة بعد وضع التصريح لدى النيابة العامة بالمحكمة التي توجد تحت ولاية نفوذها القضائي، وتلقىها لوصول إيداع ملفها المعتبر كإشعار بذلك وبعد هذا بمثابة تسجيل للجمعية لأنه لا يقدم وصل إيداع الملف للمصرح إلا بعد التأكيد من طرف المحكمة بأن الملف كامل وجاهز، ومتوفّر على جميع الوثائق والشروط المطلوبة للتأسيس.

6- في المادة 8 من القانون هناك تناقض مع ما هو متعارف عليه، فالجمعية لا تصبح قانونية إلا بعد نشر قرار تسجيلها في الجريدة الرسمية بينما المادة 7 تقرر أن الجمعية تصير لها الشخصية الاعتبارية وذمة مالية مستقلة بمجرد تسجيلها ومنها رقم ترتيبي، وليس بعد نشر قرار تسجيلها في الجريدة الرسمية. وهذا مكمن التناقض. هل يمكن الاحتجاج بالقانون قبل نشره؟ إذا كان ذلك كذلك فما الفائدة من النشر. أرى أن الإفلات من مثل هذه التغرات المثيرة للمشاكل وللنقاوش الحاد يتطلب إلغاء المادة 8، لأنه لا أهمية لها لأنها تعامل على تعقيد الأمور، وقد يتم ذلك بإدماج فكرة النشر في الجريدة الرسمية في المادة 7 وذلك أسهل وأيسر.

7- في المادة 12 من القانون ينبغي تعويض كلمة الدائرة المختصة بكلمة المحكمة، وتعوض كلمة الوزارة المختصة كذلك بالمحكمة في المادة 13.

8- في الفصل الرابع من هذا القانون، المادة 16 منه أرى أن لا ضرورة لحصر عدد أعضاء مجلس الإدارة فيما لا يقل عن 7 أعضاء ولا يزيد عن 13، ينبغي ترك العدد مفتوحاً مع الإشارة إلى أن لا يقل عدد الأعضاء عن 7 ويترك ما فوق ذلك للتصرف فيه، إذ قد يكون 9 أو 11، 13، 15، 17، 19، 21. هذه الأمور تترك للجمع العام لكي يقرر فيها حسب الحاجة، إذ ما الفائدة من تحديد سقف لا يمكن تجاوزه على مستوى نص القانون الأساسي للجمعية. وفي نفس المادة من الأحسن الإشارة إلى أن الاجتماع يكون قانونياً بعد الانعقاد التالي للجتماع الذي لم يحضر فيه النصاب القانوني بمن حضر.

9- في المادة 22 في الفقرة الثانية تعوض كلمة الوزير بكلمة النيابة العامة بالمحكمة التي توجد الجمعية تحت ولاية نفوذها القضائي، وتعوض الوزارة المختصة بالمحكمة في المادة 31 من القانون.

إن الهدف من تعويض الوزارة المختصة أو وزارة الداخلية، وحتى الدائرة المختصة بالمحكمة على مستوى هذا القانون تكمن في الرغبة في تقاضي أن تكون السلطة التنفيذية التي ستدخل بدون شك في مواجهة مع الجمعيات خصماً وحكماً، وهذا يتنافى وحرية الجمعيات كما يتناهى ومنطق الديمقراطية.

10- فيما يخص الجمعيات الخيرية والهيئات الأجنبية لا بأس أن تكون وزارة الداخلية هي المشرفة على تأسيسها، ومراقبة نشاطها. ومن ثمة ينبغي أن يقدم ملف التصريح بإنشائها إلى هذه الوزارة، بحيث تقوم بإجراءات الاعتراف بها لكي تتخذ طابعها القانوني وتمارس نشاطها.

ولكن الفصل الثامن من القانون رقم "1" يجب إعادة النظر فيه جملة وتفصيلاً. من حيث الشكل فهو يتعلق بالجمعيات الخيرية والهيئات الأجنبية، ولكن في الآن نفسه تحشر فيه أمور تتعلق بكل أصناف الجمعية وبالخصوص إجراءات حلها. إنني أقترح أن يتم إفراد فصل خاص بحل الجمعيات، مستقل عن الفصل

الخاص بالجمعيات الأجنبية. هكذا سيقى الفصل الثامن بمواده من 34 إلى 36 وهو خاص بالجمعيات الأجنبية ويوضع فصل تاسع خاص بحل الجمعيات، ويشتمل على المواد 37، 38، 39. ويصبح الفصل العاشر هو الخاص بالأحكام العامة الانتقالية والختامية.

وهكذا ينبغي استبدال كلمة الوزير والوزارة الواردة في المادة 37.

الخلاصة:

إنه من الأفضل أن يكون المشرف على الجمعيات من حيث التصريح بتأسيسها والإشراف عليها ومتابعة نشاطاتها موكول إلى الجهاز القضائي، باعتباره سلطة مستقلة مفروض فيها أن تكون محايضة. فالقضاء لا يحمل حقدا ولا ضغينة ضد الجمعيات الأهلية، بينما أن وزارة الداخلية أو أية جهة تنفيذية أخرى، تكون في الغالب حانقة اتجاه الجمعيات، وخاصة تلك المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، وحماية المستهلك، وجمعيات محاربة الغش والرشوة وتبييد المال العام ... إلخ.

II - الملاحظات الخاصة بقرار مجلس الوزراء رقم "9" لسنة 2003

لا أحد أن هناك منطق قانوني يحكم هذه اللائحة التنفيذية، فهي عمليا وعلى الصورة التي هي عليها والمحتوى المتضمنة له تعجلنا نعتقد أنها أمام قانون إطار لا أمام لائحة شارحة لما هو غامض في القانون رقم "1" لسنة 2000. فاللائحة التنفيذية هذه تكرر وتتردد ما هو م ضمن في القانون، وقد كان من الأجرد أن يتم ذلك في بنود القانون، لكي تقوم اللائحة بشرح بعض الجوانب الغامضة منه والمحاجة إلى تفسير وتوسيع.

إن مهمة اللائحة هي أن توضح للجهة المسؤولة عن الجمعيات القضايا التي يريد النص القانوني وروحه أن يتحققها حتى لا تقوم تلك الجهة على تفسيره حسب هواها.

ولكن حينما ننحصص نصوص هذه اللائحة نجد أنها ليست شرحاً للقضايا الغامضة في القانون، بل هي تفاصيل كان من المفترض أن يرد بعضها في القانون، لذلك جاء التكرار على النحو التالي:

1- ما الفائدة من الفصل الأول من الباب الأول، أليس تكراراً وتrediداً للمادة 2 من الفصل الأول من الباب الأول من القانون رقم "1" لسنة 2000. إن التعريفات الواردة في هذا الفصل سبق ووردت في القانون رقم "1" ولا داعي لتكرارها مرة أخرى في دبياجة اللائحة.

في المادة 3 من الفصل الثاني من اللائحة التنفيذية الفقرة الثالثة منها ينبغي أن تعوض كلمة الوزارة الواردة فيها مرتين بكلمة المحكمة.

2- الباب الثاني من اللائحة التنفيذية لا ضرورة ولا لزوم له ما دام أن الأمور المتعلقة بالجمعيات من حيث المراقبة والإشراف ستصبح بيد القضاء. وهذا يجب أن يتحول ما هو وارد في هذا الباب إلى الجهاز القضائي وإلى المحكمة التي توجد الجمعية تحت ولاية نفوذها القضائي وهي التي ستقوم بهذه المهام.

3- ويتبين من خلال الإطلاع على هذه اللائحة وعلى هذا الباب بالخصوص أننا أمام وزارة قائمة الذات تضعها اللائحة وتوضح هيكلها التنظيمي، قصد مراقبة المجتمع المدني. بينما أن الأمر لا يحتاج إلى أكثر من قسم داخل المحكمة تابع للنيابة العامة. لذلك لا ضرورة لكل ما ورد في هذا الباب، وبالتالي ينبغي إسناد هذه المهام إلى المحكمة. لذلك لا فائدة من هذه الهيكلة المفرطة في البيروقراطية، وبالتالي أقترح أن تضاف مادة واحدة هنا تسند إلى المحكمة هذه المهمة.

4- فيما يخص الفصل الأول من الباب الثالث يجب تعويض كلمات الدائرة والوزارة المختصة والوزارة بكلمة المحكمة ويبقى النص كما هو بدون تغيير. مع الإشارة إلى أن هذه الملاحظة يجب أن تسرى على كل مفاصيل هذه اللائحة التنفيذية.

5- وفيما يخص المادة 18 من الفصل الثاني من الباب الثالث وردت قضية الإشعار، مما يوحي أن هناك إشعار مؤقت وإشعار نهائي، بينما أن الإشعار ينبغي أن يكون لمرة واحدة وبشكل نهائي، وقيمة القانونية تكمن في إعطاء الشرعية للجمعية التي تصبح مؤسسة بشكل قانوني بمجرد وضع ملفها لدى المحكمة، واستيفاء هذا الملف لكل الوثائق المطلوبة.

إن قضية الإشعار المؤقت والإشعار النهائي مطروحة على مستوى النص القانوني المغربي بعد تعديله في سنة 2002 وهو محل انتقادات كثيرة ومطالبات بإعادة النظر فيه لكي يصبح الإشعار الأولى إشعاراً نهائياً.

6- المادة 20 الفقرة 2 نقترح إلغاؤها (إلغاء الفقرة 2) لكي تترجم مع روح ومضمون التعديلات وتعويضها بما يلي:

"عند تلقي طلب تأسيس الجمعية من طرف المحكمة تسلم هذه الأخيرة إشعاراً لواصعي الطلب بشكل فوري وبدون تماطل شريطة استيفائه كل الوثائق المطلوبة".

كما أقترح أن يدمج محتوى المادة 21 في المادة 20 مع إلغاء هذه الأخيرة من اللائحة.

7- المادة 22، وتلغى كذلك بحيث لا لزوم لها، لأن الجمعية تتأسس بمجرد وضع ملفها لدى المحكمة وتحصل على إشعار بذلك الإيداع، وهي بذلك ليست في حاجة إلى شهادة التسجيل لأن الإشعار كاف لممارسة نشاطها.

8- كما أن المادة 23 تلغى كذلك وتدمج في الفقرة 3 من المادة 20 على النحو الآتي:

"بمجرد حصول الجمعية على الإشعار تصبح لها الأهلية في امتلاك الأموال وحق التقاضي في كل ما يتعلق بمحاسنها أو تحقيق أهدافها، ولها الحق في تملك الأموال المنقوله وغير المنقوله، وتقبل الهبات والتبرعات والمساعدات".

- 9- الباب الرابع الخاص بالجمعيات الأجنبية يبقى هذا الباب كما هو وتبقى وزارة الداخلية هي المشرفة عليه مع إلغاء ما يتعلق بالدائرة.
- وفيما يخص الباب الخامس أقترح انسجاماً مع هذا التصور أن يلغى.
- 10- أما الباب السادس فيجب أن يبقى كما هو مع تغيير كلمة الوزارة المختصة أو الوزارة بالمحكمة.
- 11- الباب السابع يبقى كما هو مع تعويض كذلك كلمة الوزارة والوزارة المختصة أو الدائرة بكلمة محكمة.
- 12- الباب الثامن: لا تغيير فيه ما عدا إحلال كلمة المحكمة محل الوزارة والدائرة في المادة 54 الفقرة 1 والفقرة 2، وكذلك تغيير كلمة الوزارة بالمحكمة في المادة 58 الفقرة 2 ونفس الشيء بالنسبة للمادة 59 الفقرة 1 والفقرة 2 وإلغاء الفقرة 3 إحلال المحكمة محل الدائرة أو الوزارة.
- 13- الباب التاسع: في المادة 60 يتم تعويض الوزارة المختصة بالمحكمة.
- 14- الباب العاشر: في المادة 62 إحلال المحكمة محل الدائرة أو الوزارة في الفقرة 2 والفقرة 3.
- 15- وفي المادة 63 إحلال كلمة المحكمة محل الدائرة فقرة 1، وأما الفقرة 3 فنقترح أن تصبح كما يلي:
- لا يمكن للمحكمة تنفيذ قرار الجمعية العمومية وشطب تسجيل الجمعية من السجلات إلا بعد صدور مقرر قضائي.
- 16- المادة 64: الفقرة 1 تحل المحكمة محل الدائرة، والفقرة 3 المحكمة محل الدائرة، الفقرة 4 المحكمة محل الدائرة والفقرة 5 تصبح كما يلي:
- في حال عدم وجود ظروف قاهرة وعدم تلقي النيابة العامة الإشعار المشار إليه في الفقرة 3 من هذه المادة من الجمعية المنذرة ترفع النيابة العامة القضية إلى رئيس المحكمة قصد استصدار حكم بذلك.

17- المادة 65: الفقرة 1 والفقرة 3: المحكمة بدل الدائرة الفقرة 4: تصبح كما يلي: "... ترفع النيابة العامة توصيتها إلى رئيس المحكمة من أجل استصدار حكم بذلك".

18- المادة 66: تُحذف الفقرة 1، وتصير المادة على النحو الآتي:
"يحق للجمعية الطعن في حكم المحكمة لدى محكمة الاستئناف وللجمعية مواصلة عملها إلى حين صدور قرار قضائي نهائي أو مؤقت بتوقيفها عن العمل أو حلها".

19- المادة 67: تعدل الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو الآتي:
"إذا لم تطعن الجمعية في حكم المحكمة القاضي بإلغاء تسجيلها أمام المحكمة تعتبر منحلة". وفي الفقرة 5 من هذه المادة تحل كلمة محكمة محل الدائرة.

20- المادة 69: تعدل فقرتها الأولى لتصبح على النحو الآتي: "تقوم وزارة العدل بإعداد النماذج الازمة لوضعها رهن المحاكم الابتدائية، ومن هذه النماذج إلخ"

الخلاصة:

هذه الملاحظات المتواضعة مستخلصة من قراءة القانون رقم: ١ لسنة ٢٠٠٠ ولقرار مجلس الوزراء رقم ٩ لسنة ٢٠٠٣ وأهميتها تكمن في إسناد مهمة الإشراف والمسؤولية على الجمعيات للجهاز القضائي عوض ترك مؤسسات المجتمع المدني تحت رحمة السلطة التنفيذية التي تعتبر خصماً عيناً للجمعيات.

الثغرات القانونية المتعلقة بقانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية

الخامي عبدالله أبو صاع - رام الله

تمهيد:

إن قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية رقم «١» لعام ٢٠٠٠ ولائحته التنفيذية المقرة في العام ٢٠٠٣، جديران بالدراسة والتقييم لرؤية مداههما في تطوير وتنظيم العمل الأهلي داخل الأراضي الفلسطينية بعد هذه السنوات من إقرارهما.

وبناء على ذلك يجب بداية وضع خطوط عريضة لدراسة مدى مواهمة هذا القانون ولائحته لتطوير القطاع الأهلي في فلسطين بعد هذه المدة من تطبيقهما، إلى جانب دراسة الأرضية الثقافية الواجب تعميقها لتكون الداعم الأساسي لتطبيق القانون.

إن العلاقة القائمة على التكاملية والتنسيق بين الجسم الحكومي والمجتمع المدني وبرفقها الأسس الصحيحة للخطاب والتواصل بين الطرفين من أهم الأسس المدعمة لإقامة مجتمع مدني مأسس قادر على الاستمرار.

وهذه الدراسة البسيطة استندت على ما يلي:

١. دراسة التناقضات القانونية بها سواء بين النصوص نفسها أو بين القانون واللائحة التنفيذية أو بينهما وبين القوانين الأخرى.

٢. الإشارة للنصوص القانونية المبهمة والآليات الغير موضحة لها والتي أدت لخلق الإشكالات في التطبيق.

٣. دراسة الاحتياجات والنوافض التي بُرِزَتْ بعد هذه المدة من التطبيق.

وعليه نورد ما يلي:

- ورد في المادة الأولى من القانون في التعريفات «بان الاتحاد هو ائتلاف جمعيتين أو أكثر في جمعية أو هيئة واحدة» وهذا ما ورد في اللائحة التنفيذية في المادة «١١» على عكس ما ورد في المادة «٢٧» من القانون التي نصت «يجوز لثلاث جمعيات أو هيئات أهلية أن تكون فيما بينها اتحادا.....»

- تم الإشارة في قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية بمخصوص الجمعيات الخيرية والهيئات الأجنبية في المادة «٣٤» وفي المادة «٣٦» من اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون بان هذه الجهات تتقدم بطلب لفتح فرع أو أكثر لها في الأراضي الفلسطينية للقيام بأية خدمات اجتماعية وهذا يعني أن الأهداف الأخرى المنصوص عليها في تعريف النشاط الخاص بها «اقتصادي، ثقافي، أهلي، تنموي،.....؟»

- لا يجوز للجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية ممارسة نشاطاتها قبل التسجيل المادة «٧» من قانون الجمعيات على اعتبار أنها لم تصبح شخصية اعتبارية ولم يصبح لها مركز قانوني ومالى مستقل كما هو مشار بمخصوص ذلك في القانون واللائحة، وعليه من المحتمل أن يرفض الطلب المقدم أو يقبل، ومع ذلك يتطلب منها تحديد عنوان محدد لها أثناء تقديم طلب التسجيل، وإن هذا يشكل عبئاً على المتطوعين للعمل الأهلي (المادة «٥» من قانون الجمعيات والمادة «١٤» من اللائحة التنفيذية).

- إن المادة الثانية من قانون الجمعيات في تعريفها للجمعية أو الهيئة منعت الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية من استهداف جني الربح المالي بهدف اقتسامه بين الأعضاء أو لتحقيق مفعة شخصية، والمادة“٥٠” من اللائحة التنفيذية بند (١/ت) أشارت بأن للجمعيات الحق في تنمية مواردها المالية من خلال القيام بنشاطات ربحية من شأنها أن تحقق دخلاً وتدر عليها ربحاً شرط أن لا توزع على الأعضاء، والبند الثالث من نفس المادة أشار بأن الجمعية تقوم بوصف الأنشطة الربحية التي أقامتها في تقريرها السنوي وبيان مقدار الحسابات المالية المتعلقة بها ضمن تقريرها المالي هل معنى ذلك ممارسة العمل التجاري بكل مقاييسه وعودة المال للجمعية؟ أن ذلك يتنافي مع مفهوم العمل الخيري التطوعي الذي يقوم بالدور التكميلي للمؤسسة الحكومية مقابل لا يرهق المواطنين المستهدفين من قبل الهيئة أو الجمعية، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن هذا فتح مجالاً أمام القائمين على الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية لإقامة مشاريع تجارية تحت حصوفهم فقط على امتياز الإعفاء الضريبي والإعفاء من الرسوم، وعليه نحن بحاجة إلى تحديد قيمة الربح المالي من المشاريع التجارية بشكل أقل بحيث ينسجم مع العمل الأهلي.
- إن المادة السادسة من قانون الجمعيات نصت «بأن الوزارة المختصة تتولى مسؤولية متابعة عمل الجمعيات والهيئات وفقاً لأحكام القانون ولا يجوز لوزارة الداخلية متابعة نشاط أي جمعية أو هيئة إلا بموجب قرار خططي مسبب صادر عن الوزير المختص في كل حالة». يجدر هنا الإشارة بأن آليات التثبت والمتابعة للجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية غير محددة وبالتالي كان هناك مجالاً للاجتهاد من قبل الوزارة والوزارات المختصة في هذه الآليات وحدث كثير من الإشكالات بينها وبين المجتمع المدني.
- أفادت المادة الثامنة بأنه يتم نشر قرار تسجيل الجمعية “الخلية” أو الهيئة “الخلية” في الجريدة الرسمية ولم تحدد من قبل من؟ على الرغم من أن المادة (٣٤) من اللائحة التنفيذية الخاصة بقانون الجمعيات ألزمت دائرة تسجيل الجمعيات لدى وزارة الداخلية بنشر قرار قبول تسجيل جمعية أجنبية في صحيفة يومية محلية واحدة على الأقل على نفقة الجمعية.
- إن المادة (١٢) من قانون الجمعيات أشارت بأن على كل جمعية أو هيئة إيداع بيان بكل تعديل يطرأ على مركزها أو نظامها أو أهدافها أو إغراضها أو أي تغيير في مجلس إدارتها كله أو بعضه لدى الدائرة المختصة “وزارة الداخلية خلال شهر ولم يتم الإشارة إلى تبليغ وزارة الداخلية عن طريق وزارة الاختصاص بصفتها صاحبة الاختصاص الأصيل بالتتابع.
- إن الوزارة المختصة الجهة التي يقدم لها إشعار بإيداع الأموال النقدية لدى مصرف أو مصارف معتمدة المادة (٣١) من قانون الجمعيات” ولم يتم التطرق إلى إشكالية تواجد حسابات الجمعيات أو الهيئات في الخارج وخصوصاً الإشكاليات المتعلقة بعملية التصفية إذا حلّت ومدى نجاعة المراقبة المالية والإدارية من قبل الوزارة المختصة في حال عدم إعلامها، وعليه يجب وضع آليات مع سلطة النقد أو البنك الفلسطيني لمراقبة صحة المعلومات الواردة بالإشعارات المتوفرة من الجمعيات بفتح الحسابات الخاصة بها.
- أن قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية أفاد بأن الإنذار الخططي يصدر من قبل وزير الداخلية أو الدائرة أو لم يتم التطرق للتتبّع للتنسيب الخططي كما ورد في المادة السادسة من نفس

القانون للإنذار من قبل وزارة الداخلية، فكيف يمكن أن تعرف وزارة الداخلية المخروقات المالية والإدارية والصلاحيات الأصلية تتبع وزارة الاختصاص المادة (٦) من قانون الجمعيات؟ إضافة إلى ما تقدم نود الإشارة إلى ضرورة مراجعة اللائحة التنفيذية كونها استحدثت نصوصاً قانونية جديدة مع أنها ملزمة بتفسير القانون ولا تأتي بتشريع جديد، ونوصي بإعادة صياغتها بشكل تجميلي أكثر بحيث لوحظ تبعثر نصوصها ويحتاج القارئ لوقت طويل من الممارسة لإدراكها أحياناً مثل: يقدم مؤسسو الجمعية أو الهيئة الخالية طلب خططي مستوف للشروط للدائرة المذكورة أعلاه، مشتملاً على الأمور الوارد ذكرها في المادة «١٢» من اللائحة التنفيذية الخاصة بقانون الجمعيات، كحد أدنى على النحو التالي:

١. أسماء جميع المؤسسين، ويشمل ذلك مقدمي الطلب والمؤسسين الآخرين.
٢. جنسيات المؤسسين.
٣. تواريخ ميلادهم.
٤. معلومات الاتصال بهم.
٥. أرقام بطاقات إثبات الشخصية للمؤسسين.
٦. اسم الجمعية.
٧. نشاط الجمعية الأساسي.
٨. عنوان الجمعية تحت التسجيل.

مع مراعاة أن يقدم الطلب موقعاً من قبل ثلاثة على الأقل من المؤسسين المفوضين بالتسجيل والتوقيع عن الجمعية أو الهيئة بموجب تفويض خططي موقع من قبل أعضاء اللجنة التأسيسية، بالإضافة إلى إثبات لجنسية المؤسسين، مضافاً إلى ما تقدم ثلاثة نسخ من النظام الأساسي الخاص بالجمعية أو الهيئة المادة «٤» من قانون الجمعيات والمادة «١٢» من اللائحة التنفيذية الخاصة بها.

*ويشترط في النظام الأساسي الخاص بالجمعية أو الهيئة الخالية ما يلي (المادة «٥» من قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية والمادة «١٤» من اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون):

- أ. اسم الجمعية أو الهيئة وعنوانها والغرض منها ومقرها الرئيسي.
 - ب. موارد الجمعية أو الهيئة وعنوانها وكيفية استغلالها أو التصرف بها.
 - ت. شروط العضوية وأنواعها وأسباب انتهائها واشتراكات الأعضاء.
 - ث. الهيكل التنظيمي للجمعية أو الهيئة وكيفية تعديل النظام الأساسي وكيفية إدماجها أو اتحادها.
 - ج. كيفية انعقاد الجمعية العمومية.
 - ح. طرق المراقبة المالية.
- خ. قواعد حل الجمعية أو الهيئة وكيفية التصرف بأموال وأملاك الجمعية أو الهيئة عند حلها.
- وكل ذلك يعبأ على النموذج المخصص لذلك، والمعد من قبل الدائرة والمصدق عليه من قبل وزير الداخلية المادة «٤٤» من قانون الجمعيات والمواد «٥، ٦٩، ١١٦» بند (أ) من اللائحة التنفيذية استحدثت بندًا في المادة «٤٥» في البند «الخامس» من اللائحة التنفيذية، حيث اشترطت على الجمعيات تضمين أنظمتها الداخلية أحكاماً تمنع تعارض المصالح بين الجمعية وأعضائها.

الآثار المترتبة على عدم تنفيذ القرار الصادر عن محكمة العدل العليا

المستشار الدكتور هاني الدرديرى
نائب رئيس مجلس الدولة
رئيس محكمة القضاء الإداري
مصر

سأتناول الموضوع بنظرة كلية شاملة، تستعرض ما يجب استعراضه وتوصل ما يجب تأصيله، وتأخذ في حسابها أن العبرة دائماً ليست بالنظام السياسي المطبق، ولكن بالبيئة السياسية الخحيطة بهذا النظام أيضاً. وكذلك فإن العبرة ليست بالنظام القانوني المطبق، ولكن بالبيئة القانونية الخحيطة بهذا النظام أيضاً. فالحقائق السياسية بل وحتى القانونية هي دائماً انعكاس صادق للحقائق المادية والبشرية السائنة. وفي هذا الإطار، نوضح فنقول:

لكل دولة أساسياتها العليا التي تدين بها، والتي تستخلص عادة من مخزون الرصيد الإنساني السائد فيها، شرّاً كان أم خيراً هذا الرصيد.

وأول هذه الأساسيات التي تسود وتناسب جانب التوحش البدائي الطبيعي في الإنسان هو المنطق العدوانى، الذي إذا ساد دولة من الدول، صار العدوان ضد الدول الأخرى وامتصاص خيراتها هو شريعتها الخارجية، وصارت السيادة للغلب والقوة هو شريعتها الداخلية.

وقد تتعاهد مثل هذه الدول داخلياً على التعاون والنظمية والتوزيع المنضبط بشكل ما للموارد الداخلية، مع بقاء المطلق العدوانى هو السائد في علاقاتها الخارجية، وهذه هي الدول العنصرية بشتى أنواعها وأشكالها المعروفة قديماً وحديثاً.

وقد تتجمّل هذه الدول خارجياً، بالاعتماد على آليات السوق التي تملك هي قبل غيرها أدواتها وعوامل الانتصار فيها، فتستبدل الإمبريالية وإعادة تصدير رؤوس الأموال واستغلالها بالمنطق العنصري العدوانى السافر، وهذه هي الدول الرأسمالية الأولى.

وأما الرأسمالية الحديثة، فإنها غلفت المطلق الأناني الفردي الطبيعي في الإنسان، بالعديد من المظاهر الإنسانية في الخارج والداخل، فيما تمثل خارجياً بالمعونات وإن كانت مسيسة، وداخلياً بالديمقراطية التي تطبق الرأسمالية الفردية التي تدين أساساً بالآليات السوق وحدها ولكن من خلال مُثُل ومبادئ عليها - ولكنها فردية الأساس - تمثل في سيادة القانون على نحو شكلي يعلو فيه الدستور على القانون، والقانون على اللائحة، واللائحة على القرارات الإدارية، وتتفصل فيه السلطات كي توقف السلطة الأخرى عند اللزوم، ولا مانع من تغليف كل ذلك بمبادئ عليا حاكمة كحمامة حقوق الإنسان، والمبادئ العامة للقانون، والنظام العام، وضرورة وجود تنظيم قانوني مسبق يحكم جميع الأوضاع والماكز القانونية ويلتزم به الجميع حكامًا ومحكومين وبالأحكام القضائية إذا لزم الأمر.

ومثل هذه المبادئ والمثل العليا في هذه النظم لا يحولها أبداً من دولٍ نفعية وضعية إلى دولٍ مذهبية علي، وإنما هي تظل نفعية ووضعية حتى ولو سادت فيها هذه المثل العليا الخادمة في الأساس للمنطق الوضعي الفردي النفعي.

وأما دول المذهبية العليا الصرف، ولم يُست أشباهها كالدول سالفة الذكر، فمنها فيما مضى الدول الدينية، وحالياً دول الحزب الواحد.

وهذه الدول بنوعيها تُعلي مذهبيتها العليا على كل مراكز قانونية، بل وتنظيم قانوني أيضاً، حتى ولو كان هو الدستور ذاته، حتى ولو كان المطلق الصوري وليس الحقيقى هو الذي يحكم ذلك حقيقة وواقعاً.

كما أنه في النظم المذهبية، يهدى أي نص أو تنظيم قانوني يخالف عقيدة أو مذهب النظام. وهذه تفرقة لا بد من الالتفات إليها، قبل أن ننتقل إلى شرح معنى آخر هام في موضوعنا هو الاستبداد، فمتى يكون الاستبداد؟!

الاستبداد في الدول العدوانية والعنصرية التي تُعلي شأن القوة والغلب في الأساس، يكون بجمع السلطات كلها - خصوصا التشريعية والتنفيذية - في يد واحدة، فهي تشرع ما تطبقه، وتطبق ما تشرعه، كما أن من يفتونها من مفكريها في هذه الحالة لا يجدون أمامهم سوى التقيد سلفاً بالإفباء في حدود ما يرضي صاحب السلطة.

وأما الاستبداد في الدول الديمقراطية وأشباهها التي تقر ببدأ الفصل بين السلطات كأساس، فإنه يكون بتغول السلطة التنفيذية على السلطات التشريعية والقضائية، حيث يتم التغلب على السلطة التشريعية بسيادة الحزب الحاكم وسلطته التنفيذية على الفرع البرلماني من هذا الحزب، ويتم التغلب على السلطة القضائية إما بشكل مستتر يتم فيه تقليص الاختصاص القضائي بالأعمال التي تستثنى من رقابته، كأعمال السيادة والقرارات المحسنة من الرقابة القضائية، أو بشكل سافر يبدأ باختراق القضاء والقضاة أولاً، ثم الاستهزاء بالأحكام القضائية وعدم تنفيذها أو الالتزام بها في النهاية إذا لم تعجب القائمون بالسلطة هذه الأحكام أو توافق هواهم في تفسيرها التي من المفترض أن يكون ملزماً بالأحكام القضائية.

وأما دول المذهبية العليا، فإن استبدادها يأتي من علو الحزب الحاكم على كل السلطات المنبثقة منه في الأساس، والتي لا يسمح فيها باعتلاء أي سلطة من لم يكن حزبياً، ويدين بسيادة الحزب الحاكم ذاته، وكذلك قيادته المختارة من خلال مذهبيتها.

ونستطيع من خلال كل ذلك، أن نستشرف الآثار والمخاطر التي تنتجم حال عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري والتي هي ببساطة سيادة الاستبداد الفعلي بكل أنواعه وأشكاله، والتهديد الكامل للشرعية والمشروعية معاً، والارتداد الواضح إلى عودة الدولة العدوانية العنصرية الاستبدادية من جديد، بل والتهديد الصارخ لكل الحقوق والحرمات، سواء كان القضاء الإداري المهدى أحکامه في هذه الحالة مأخوذاً به في شكل القضاء الموحد (Common Law)، كما في النظم الأنجلوسكسونية، أو القضاء المزدوج كما في النظم اللاتينية.

من قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية

استلاء وزير المعارف على العقارات
المادة الأولى بـ ٢٦ لسنة ١٩٤٧
جواز الاستلاء على عقارات المواطنين المملوكة
لهم ملكية خاصة لمدة غير محددة
عدم دستورية

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الموافق الثالث من فبراير سنة ٢٠٠٨ ،
الموافق السادس والعشرين من المحرم سنة ١٤٢٩ هـ .

برئاسة السيد المستشار / ماهر عبد الواحد
وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيري ومحمد عبد القادر عبد الله
 وأنور رشاد العاصي وماهر سامي يوسف ومحمد خيري طه
والدكتور عادل عمر شريف.

وحضور السيد المستشار / رجب عبد الحكيم سليم
رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن
أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٤١ لسنة ٢٤ قضائية
"دستورية" .. المحالة من المحكمة الإدارية العليا (الدائرة الأولى) بحكمها الصادر
بجلسة ١٣/٤/٢٠٠٢ في الطعن رقم ٤٢ لسنة ٢٠٢٣ قضائية عليا.

المقامة من

السيد / أنيس أمين خليل المشالي

عدد

- ١- السيد وزير التربية والتعليم
- ٢- السيد وكيل وزارة التربية والتعليم بشبين الكوم

الإيجاءات

بتاريخ السابع والعشرين من يوليو سنة ٢٠٠٢ ورد إلى المحكمة الدستورية العليا ملف الطعن رقم ٦٠٢٣ لسنة ٤٢ قضائية عليا تنفيذاً للحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٣ بوقف الطعن وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المادة الأولى من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧ فيما تضمنته من جواز الاستيلاء على عقارات المواطنين المملوكة لهم ملكية خاصة لمدد غير محددة.

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 -حسبما يتبيّن من حكم الإحالة وسائر الأوراق- تتحصل في أن بتاريخ ١٩٥٢/٩/١ كان قد صدر قرار وزير المعارف العمومية رقم ١٠٨٥٩ بالاستيلاء على أرض مملوكة للسيد/ أنيس أمين خليل المشالي وأخر للانتفاع بها في أغراض التعليم. وامتد هذا الاستيلاء دون أن تتخذ بشأنه إجراءات نزع الملكية، مما حدا بذوي الشأن إلى رفع الدعوى رقم ٥٧٨٤ لسنة ١٩٩٢ مدني شبين الكوم طلباً للحكم بطرد المدعى عليهم وإلزامهم متضامنين بأداء مبلغ أربعين ألف جنيه تعويض. والمحكمة بعد أن نسبت خيراً وأودع تقريره حكمت بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى محكمة القضاء الإداري بالقاهرة التي أحالتها بدورها إلى محكمة القضاء الإداري بطنطا وقامت برقم ٩٣٦٥ لسنة واحد قضائية وحكمت المحكمة بعدم قبول طلب إلغاء قرار وزير المعارف

العوممية شكلاً ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات. طعن المدعي على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٦٠٢٣ لسنة ٤٢ قضائية عليا، وبجلسة ٢٠٠٢/٤/١٣ قضت تلك المحكمة بوقف الطعن وإحالته إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المادة الأولى من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧ بتحويل وزير المعارف العوممية سلطة الاستيلاء على العقارات اللازم للوزارة ومعاهد التعليم.

وحيث إن حكم الإحالة قد أورد في مدوناته سندًا لقضائه، أن المحكمة الدستورية العليا سبق أن استقر قضاها في الدعويين رقمي ٥ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" و ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بأنه لا يجوز الاستيلاء على عقار لمدة غير محددة. واستندت إلى ذلك في قضائهما بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ ونص البند (٥) من المادة الأولى من القانون رقم ٩٥ لسنة ٤٥ الخاص بشئون التموين. وقد جاء النص المطعون عليه مماثلاً لتلك النصوص إذ أجاز الاستيلاء الدائم للعقارات، وهو الأمر الذي يعد مخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدستور.

وحيث إن الدولة القانونية - على ضوء أحكام المواد ١ و ٣ و ٤ و ٦٥ من الدستور - هي التي تنتقد في كل تصرفاتها وأعمالها بقواعد قانونية تعلو عليها، فلا يستقيم نشاطها بمجاوزتها، وكان خضوعها للقانون على هذا النحو، يقتضيها ألا يكون الاستيلاء على أموال بذواتها منتهياً إلى رصدها نهائياً على أغراض محددة ربطة المشرع بها ولا تزايدها، فلا تعود لأصحابها أبداً ، ولا يكون اختيارهم لغرض استغلالها ممكناً مما يقوض دعائمها. فالأصل في سلطة الاستيلاء على العقار أنها استثنائية ينبغي أن تتم في أضيق الحدود، ولمواجهة ظروف ملحة لا تحتمل التأخير ، وأن يكون مداها موقتاً بمدة محددة، فإذا استطال زمن الاستيلاء، وصار ممتداً دون قيد، انقلب عدواناً على الملكية الخاصة



التي كفل الدستور صونها بعناصرها جميعاً، ويندرج تحتها استعمال واستغلال المالك للشئ في كل الأغراض التي أعد لها، جنباً لشماره، بل إن أثر هذا النوع من الاستيلاء لا يقتصر على تعطيل هذين العنصرين اللذين لا يتصور بقاء حق الملكية كاملاً بدونهما، بل يتعداه إلى إنهاء فرص التعامل في الأموال المستولى عليها بعد اندثار قيمتها، وهو ما يعتبر عدواً عليها، وإخلالاً بحرية التعاقد التي يندرج مفهومها تحت الحرية الشخصية التي صانها الدستور، مرتقياً بها إلى مدارج الحقوق الطبيعية، ونحو لا - فوق هذا - عن ضوابط الشرعية الدستورية التي يجب أن تلتزمها الدولة القانونية في اعمالها وتصرفاتها.

وحيث إن التنظيم العام لسلطة الاستيلاء المؤقت على العقار، تقرر من خلال قانونين هما القانون رقم ٥٧٧ سنة ١٩٥٤، والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع الملكية وقد حدد أولهما مدة الاستيلاء بما لا يجاوز سنتين ثلاثة، بينما سريانها من تاريخ الاستيلاء الفعلى على العقار، على أن يعود بعد انتهاءها إلى أصحابه بالحالة التي كان عليها عند الاستيلاء، ولا يجوز مد هذه المدة إلا عند الضرورة، وباتفاق ذوى الشأن على المدة الزائدة، فإذا صار هذا الاتفاق متذرراً، تعين قبل انقضاء المدة الأصلية بوقت ملائم، أن تتخذ الجهة الإدارية الاجراءات التي يقتضيها نزع ملكية العقار، وقد اعتنق القانون الثاني هذه القواعد ذاتها باستثناء أن مدة الاستيلاء الفعلى تنتهي بانتهاء الأغراض التي توخاها أو بمضي ثلاثة سنين من تاريخ الاستيلاء الفعلى أيهما أقرب، ومؤدى ذلك أن هذا التنظيم العام لسلطة الاستيلاء على العقار - حتى مع قيام حالة الضرورة الملجئة التي توسيغ مباشرتها - يعارض استمرار اثارها إلى غير حد، ويجعل توقيتها شرطاً جوهرياً لازماً لممارستها، فلا يكون تراميها في الزمان ملائماً مع طبيعتها بل منافيًّا للأصل فيها، كافلاً عملاً نزع ملكية الأموال محلها بغير الوسائل التي رسمها القانون لهذا الغرض.



وحيث إن النص المطعون فيه قد نقض هذا الأصل المشار إليه سلفاً في شأن العقارات التي تحتاجها وزارة المعارف العمومية- في حينه- حيث خول وزير المعارف العمومية سلطة الاستيلاء عليها دون تقييد بزمن معين، ذلك أن البين من ذلك النص ، أن الاستيلاء وفقاً لأحكامه، ليس موقوتاً، بل متراخيأً إلى غير حد، وموكولاً انتهاءه إلى السلطة التقديرية للوزير ، فتخرج الأموال التي يرد عليها الاستيلاء بتمامها من السلطة الفعلية لأصحابها مع حرمانهم من كلفائدة اقتصادية يمكن أن تعود عليهم منها وبما يعطى وظائفها عملاً، وهو ما يعدل- في الآثار التي يرت بها- نزع الملكية من أصحابها دون تعويض ، وفي غير الأحوال التي نص عليها القانون. وبعيداً عن القواعد الإجرائية التي رسّمتها، بل يعتبر غصباً لها يحيل أصلها عدماً. بل إن اغتيالها على هذا النحو يمثل أسوأ صور العدوان عليها، لاتخاذه الشرعية ثوباً وإطاراً، وانحرافه عنها قصدأً ومعنى، فلا تكون الملكية التي كفل الدستور صونها إلا سراباً أو وهماً.

وحيث إنه على ضوء ما تقدم يكون نص المادة الأولى من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧ مخالفًا لأحكام المواد ٣٢ و ٣٤ و ٦٤ و ٦٥ من الدستور.

فلاهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧، وألزمت الحكومة المصاروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه.

رئيس المحكمة
سليمان حسني

أمين السر
ناصر إبراهيم

