



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
«مساواة»

العدالة والقانون



جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 2002/3/18 بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعاً ومنهجاً وسلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية.

مجلس إدارة مساواة

رئيس مجلس الإدارة	- المحامي يوسف بختان
نائب رئيس مجلس الإدارة	- المحامي ياسر جبر
أمين السر	- المحامية فايزة الشاويش
أمين الصندوق	- الأستاذ سمير البرغوثي
عضو	- المحامي فهد الشويكي
عضو	- المحامي غسان مساد
عضو	- المحامي نضال ابو فرحة
عضو	- المحامية رنا واصف
عضو	- المحامية شيرين شعراوي

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

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

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

كانون ثاني 2014

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

العدالة والقانون

في هذا العدد

مقدمة العدد

7 على طريق اثرات النقاش واغناء التجربة

دراسات وأبحاث قانونية

طبيعة التظلم الإداري في فلسطين

10..... الدكتور عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة - رئيس النيابة العامة/ غزة

بيع الشريك كامل العقار الشائع - دراسة مقارنة

22..... المحامي حسين العيسه/ النيابة العامة - رام الله

نماذج قضايا قانونية

45..... القاضي فواز عطية / قاضي محكمة استئناف - رام الله

وجهة نظر بشأن التنظيم النقابي للمحامين الشرعيين

50..... المحامي قصي عواد - رام الله

71 أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

• الحكم رقم 2012/105 قرار رئيس الإجراء بإحالة العقار على المزاد الأخير

تعليق د. السيد أحمد موسى - وكيل النائب العام/ مصر

72 والمحامي عصام الشريف - الاردن

• الحكم رقم 2011/361 تعديل تسكين الموظف

تعليق أحمد أنور الغريايوي/ رئيس نيابة/مصر والمحامي هاني زاهدة/ الاردن ... 91

أحكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى الجزائية والتعليق عليها 113

- الحكم رقم 23\2012 جريمة هتك العرض
تعليق المحامي وائل فتحي شربيله مصر و الدكتور احمد السويطي / الخليل...116
- الحكم رقم 263\2012 الدفاع الشرعي126
تعليق المحامي ربحي عطوي/ الاردن130
- الحكم رقم 125\2011 و 142\2011 القتل القصد والتدخل في القتل 141
تعليق الدكتور احمد السيد موسى امصر والمحامي نبيه صالح/رام الله154
والمحامي ربحي عطوي /الاردن، الأستاذ أيمن ظاهر/وكيل النيابة العامة/ رام الله

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى المدنية والتعليق عليها 203

- الحكم رقم 805\2011 اليمين الحاسمة205
تعليق المحامي بالنقض خالد امام / مصر
والدكتور يوسف شندي جامعة بير زيت
- الحكم رقم 701\2011 منع معارضة في منفعة عقار235
تعليق المحامي محمد عبد الله الظاهر الاردن

مقترحات مشاريع قوانين مقترحة من مركز «مساواة»

247 والاسباب الموجبة لها ومذكرات السياسة التشريعية المتصلة بها

- مشروع قانون معدل لقانون الجمارك والمكوس248
- مشروع قانون معدل لقانون مكافحة الفساد.....257
- مشروع قانون القضاء الشرعي286
- مشروع قانون تشكيل المحاكم الشرعية318
- مشروع قانون رسوم المحاكم الشرعية331

العدالة والقانون

مقدمة العدد

على طريق اثرء النقاش واغناء التجربة

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

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

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

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

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

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

للحوار القانوني والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيم القانونية واثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينيين وكافة المشتغلين بالقانون من رؤساء ووكلاء نيابة وأساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم.

وهذا ما يصبوا اليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» في اطار سعيه الحثيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر، وفاعل، وتعميق وتطوير دور ورسالة المحامين الفلسطينيين ونقابتهم في صيانه مبدأ سيادة القانون وسواده على الكافة كطريق مجرب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

وها نحن في «مساواة» نصدر العدد الحادي والعشرون من مجلة «العدالة والقانون» والذي يتضمن ثلاث دراسات وابحاث قانونية تتناول بالدراسة والبحث طبيعة التظلم الإداري في فلسطين وبيع الشريك كامل العقار الشائع - دراسة مقارنة- و وجهة نظر بشأن التنظيم النقابي للمحامين الشرعيين الى جانب نماذج قضايا قانونية. كما يتناول هذا العدد بالتعليق حكمان صادران عن محكمة العدل العليا الاول يتعلق بقرار رئيس الإجراء بإحالة العقار على المزاد الأخير والثاني يتعلق بتعديل تسكين الموظف الى جانب التعليق على ثلاثة احكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية الاول يتعلق بجريمة هتك العرض والثاني يتعلق بالدفاع الشرعي والثالث يتعلق بجريمة القتل القصد وجريمة التدخل في القتل اضافة الى التعليق على حكمين صادرين عن محكمة النقض في القضايا المدنية (حقوقية) موضوع الحكم الاول اليمين الحاسمة وموضوع الحكم الثاني منع معارضة في منفعة عقار.

وارتأت «مساواة» ان تختتم اصدارها الحادي والعشرون بباب خاص تضمن مقترحات مشاريع قوانين جديدة او معدلة مقترحة من المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» تتناول القضاء الشرعي وتشكيل المحاكم الشرعية ورسوم المحاكم الشرعية وتعديل قانون مكافحة الفساد وتعديل قانون الجمارك والمكوس.

وتأمل «مساواة» ان يحقق العدد الحادي والعشرون من مجلتها «العدالة والقانون» الغاية المرجوة منه، وهي عاقدة العزم على الاستمرار في مواصلة اصدارها الى جانب شقيقتها «عين على العدالة».

دراسات وأبحاث قانونية

طبيعة التظلم الإداري في فلسطين

الدكتور عبدالناصر عبدالله أبوسمهدانة

رئيس النيابة العامة/ غزة



لقد اختلف الفقهاء في فلسطين حول طبيعة التظلم الإداري في فلسطين هل هو تظلم وجوبي أم تظلم اختياري⁽¹⁾، وأخيراً جاء قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم 2010/969 بتاريخ 2012/3/14، والذي فصل بمجال لا يدع مجالاً للشك أو التأويل طبيعة التظلم الإداري فلسطين بأنه تظلم اختياري، ولأهمية هذا القرار كان هذا البحث الذي سنتناول فيه التعليق على هذا القرار، وذلك على النحو التالي:

أولاً: القرار محل التعليق

أولاً: الإجراءات

بتاريخ 2010/12/12 تقدم المستدعي بواسطة وكيله بهذه الدعوى للطعن في القرارات التالية:

1. إلغاء القرار الإداري الصادر عن وزيرة التربية والتعليم رقم (922789417/4347) الصادر بتاريخ 2010/8/30، القاضي بنقل المستدعي من وظيفة محاسب في قسم الشؤون المالية في مديرية التربية والتعليم إلى وظيفة سكرتير في إحدى مدارس مديرية الخليل (مدرسة الخليل الأساسية للبنين) والمبلغ للمستدعي بواسطة كتاب مدير التربية والتعليم رقم (ح/خ/539/101) بتاريخ 2010/9/1.
2. إلغاء القرار الإداري الصادر عن وزيرة التربية والتعليم رقم (وت/4355/922789417) الصادر بتاريخ 2010/8/30 القاضي بتوجيه عقوبة الإنذار للمستدعي.
3. إلغاء القرار الإداري الصادر عن مديرية التربية والتعليم في الخليل رقم (ت/خ/89/101) بتاريخ 2010/2/24 القاضي بتوجيه التوبيخ للمستدعي.
4. إلغاء القرار الإداري الضمني السلبي القاضي برفض التظلم المقدم من المستدعي بتاريخ 2010/9/10 على عقوبة الإنذار والنقل.

في جلسة 2010/12/21 كرر وكيل المستدعي لائحة الاستدعاء وقدم بينته وابرز

(1) ولقد كنا من أول من قال أن التظلم الإداري في فلسطين هو تظلم اختياري كون المشرع لم يرتب أي جزاء على عدم القيام به كما أن ألفاظه قد جاءت على سبيل الجواز وليس على سبيل الوجوب، للمزيد راجع مؤلفنا الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين، دار النهضة العربية، 2010.

حافضة المستندات المبرز(س/1) وختم بينته والتمس من المحكمة إصدار القرار المؤقت حسب الأصول والقانون وفي ذات الجلسة قررت المحكمة توجيه مذكرة الى المستدعي ضدهما لبيان الأسباب الموجبه لإصدار القرار المطعون فيه أو المانعة من إلغاءه. بتاريخ 2011/1/6 تقدم المستدعي ضدهما بلائحة جوابية طلبا في نتيجتها رد الدعوى.

في جلسة 2011/2/21 كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية. في جلسة 2011/4/18 قدم رئيس النيابة العامة بينته وابرز حافضة المستندات كبينه له المبرز(ن/1) وختم بينته. في جلسة 2011/5/16 صرح وكيل المستدعي بأنه لا يرغب في تقديم بينة مفنده، وقدم مرافعة خطية طلب في نتيجتها إلغاء القرارات المطعون فيها. كما قدم رئيس النيابة مرافعته الخطية طلب بنتيجتها رد الدعوى.

ثانياً: المحكمة

بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية وسماع مرافعات الطرفين يتضح للمحكمة وحسب ما هو واضح من لائحة الدعوى أن القرارات المطعون فيها الأربعة أن القرار الأول صدر بتاريخ 2010/8/30، والثاني بتاريخ 2010/8/30، والثالث بتاريخ 2010/2/24.

وأن هذه الدعوى مقدمة بتاريخ 2010/12/12 أي بعد مضي المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (1/284) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 التي حددت ميعاد الطعن بستين يوماً من تاريخ العلم اليقيني أو التبليغ حسب الأصول، أما بالنسبة إلى القرار الرابع فإننا نجد أن التظلم المنصوص عليه في المادة (160) من قانون الخدمة المدنية لسنة 98 وما تم عليه من تعديلات فإننا نجد أن المقصود بالتظلم في هذه المادة هو التظلم الجوازي وليس الوجوبي، لأن المشرع هو الذي يضع القواعد القانونية التي تقرر جعل تقديم التظلم وجوبياً أو جوازياً، وهو الذي يتولى صياغتها من الناحية القانونية، وعليه تكون إرادة المشرع واضحة وصريحة في اعتبار التظلم

وجوبيا حينما يوجه خطاب القاعدة القانونية بصيغة الوجوب (يجب تقديم تظلم إداري مسبق)، وتكون إرادة المشرع صريحة وواضحة في اعتبار التظلم جوازياً، ويتجلى ذلك حينما تتوجه القاعدة القانونية بخطابها بصيغة الجواز (يجوز تقديم تظلم) (إذا رغب في تقديم تظلم)، وبما أن القاعدة القانونية الذي استخدمها المشرع في المادة (160) من قانون الخدمة المدنية هو (إذا رغب الموظف)، وهذه صيغة جوازية وليس وجوبية أي أنها اختيارية بالنسبة للموظف، وأن التظلم الجوازي لا يقطع ميعاد الطعن أمام محكمة العدل العليا لذلك فإننا نجد أن القرار المطعون فيه الرابع غير قابل للطعن به بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا.

لهذه الأسباب، تقرر المحكمة رد الدعوى.

ثانياً: تعليقنا على القرار

أولاً: الوقائع

تقدم المستدعي باستدعاء أمام محكمة العدل للطعن في القرارات التالية:

1. إلغاء القرار الإداري الصادر عن وزيرة التربية والتعليم رقم (922789417/4347) الصادر بتاريخ 2010/8/30، القاضي بنقل المستدعي من وظيفة محاسب في قسم الشؤون المالية في مديرية التربية والتعليم إلى وظيفة سكرتير في إحدى مدارس مديرية الخليل (مدرسة الخليل الأساسية للبنين) والمبلغ للمستدعي بواسطة كتاب مدير التربية والتعليم رقم (ح/خ/101/539) بتاريخ 2010/9/1.
2. إلغاء القرار الإداري الصادر عن وزيرة التربية والتعليم رقم (وت/922789417/4355) الصادر بتاريخ 2010/8/30 القاضي بتوجيه عقوبة الإنذار للمستدعي.
3. إلغاء القرار الإداري الصادر عن مديرية التربية والتعليم في الخليل رقم (ت/ح/101/89) بتاريخ 2010/2/24 القاضي بتوجيه التوبيخ للمستدعي.
4. إلغاء القرار الإداري الضمني السلبي القاضي برفض التظلم المقدم من المستدعي بتاريخ 2010/9/10 على عقوبة الإنذار والنقل.

ثانياً: النصوص القانونية

المادة 105 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 وتعديلاته.

والتي جاء عنوانها بالتظلم من القرارات الإدارية على أنه:

1. للموظف أن يتظلم لرئيس الدائرة الحكومية من أي قرار إداري، وذلك خلال عشرين يوماً من تاريخ العلم به.
2. ويتم البت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، فإذا انقضت هذه المدة دون الرد خطياً على المتظلم اعتبر تظلمه مرفوضاً.
3. للموظف اللجوء إلى القضاء خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه برفض تظلمه أو انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة 2 أعلاه.
4. تنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون الإجراءات الخاصة بالتظلم من القرارات الإدارية.

المادة 160 من اللائحة التنفيذية رقم 45 لسنة 2005 لقانون الخدمة المدنية**على أن**

1. تتولى وحدة شؤون الموظفين إخطار الموظف شخصياً عن القرار الإداري الذي يتعلق به أو بوظيفته فور صدوره بوساطة رئيسه المباشر.
2. لا يجوز للموظف أن يتظلم من القرار الإداري إلا إذا كان للقرار الإداري ارتباطه بشخصه وبوظيفته وخلال عشرين يوماً من تاريخ علمه به.
3. للموظف الذي يرغب في التظلم من أي قرار إداري أن يتقدم بكتاب التظلم لرئيس الدائرة الحكومية على النموذج المخصص لذلك بواسطة رئيسة المباشر.
4. يجب أن يشتمل التظلم على البيانات الآتية:

(أ) اسم المتظلم ووظيفته وعنوانه.

(ب) تاريخ صدور القرار المتظلم منه وتاريخ نشره أو تاريخ إعلان القرار المتظلم منه.

(ج) موضوع القرار المتظلم منه والأسباب التي بني عليها التظلم، ويرفق بالتظلم المستندات التي يرى تقديمها.

5. يحال طلب التظلم والمستندات المرفقة في اليوم التالي إلى وحدة شؤون الموظفين بالدائرة الحكومية المختصة للنظر به وبحثه والتأشير عليه، وتقوم بقيده برقم مسلسل في سجل خاص يبين فيه تاريخ تقديمه أو وروده.
6. يعرض الطلب ومرفقاته على رئيس الدائرة الحكومية المختص، وله أن يبحثه بنفسه أو بواسطة لجنة لفحص التظلمات تشكل بقرار منه، ويجوز النظر في التظلم بغياب الموظف أو بعد استدعائه وسماع أقواله.
7. يصدر رئيس الدائرة الحكومية المختص قراره بشأن التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا انقضت المدة دون الرد على التظلم اعتبر تظلمه مرفوضاً، ويبلغ صاحب الشأن خطياً بالقرار الصادر في تظلمه والأسباب التي بني عليها، ويبلغ الديوان بذلك.
8. بحالة رفض تظلم الموظف أو انقضاء المدة المنصوص عليها بالفقرة (7) عالية يقدم الموظف التظلم إلى الديوان على النموذج المخصص لذلك، وتبلغ الدائرة الحكومية التابع لها الموظف بنسخة من التظلم.
9. يشكل رئيس الديوان لجنة للنظر في التظلمات من مندوب عن الديوان ومندوب عن الدائرة الحكومية التابع لها الموظف، ويشمل القرار مهام وإجراءات انعقاد اللجنة، وتقدم توصياتها إلى رئيس الديوان.
10. يصدر رئيس الديوان بالتنسيق مع رئيس الدائرة الحكومية المختص قراراً بشأن التظلم خلال فترة شهر من تاريخ تقديمه، ويبلغ الموظف بذلك وفي حالة عدم الرد على الموظف خلال هذه المدة يعتبر تظلمه مرفوضاً.

ثالثاً: ملاحظتنا على القرار محل التعليق:

يعد التظلم الإداري من الإجراءات السابقة على رفع الدعوى أمام القضاء الإداري (محكمة العدل العليا في فلسطين)، كونه إجراء يتم من خلاله مراجعة الجهة الإدارية مصدرة القرار الإداري محل النظر أو الجهة الإدارية الرئاسية لها لمراجعة هذا القرار إما بإلغائه أو تعديله.

وهذا يعني أن التظلم الإداري هو إعطاء فرصة أو تبييه الجهة الإدارية للتراجع أو تعديل القرار الإداري محل النظر قبل اللجوء إلى القضاء.

ويكون التظلم الإداري إما اختياري يقوم به الشخص المضرور طواعية واختياراً أو يكون إجبارياً بمعنى أن شرط لقبول الدعوى أمام القضاء الإداري كما هو الحال في مصر، حيث نصت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري الحالي على ضرورة التظلم من بعض القرارات الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء، ورتبت عدم قبول الدعوى في حال عدم التظلم من تلك القرارات.

والأصل في التظلم إنه اختياري لصاحب الشأن إما أن يقدم عليه أو لا، ولكن المشرع المصري قد أوجب التظلم من بعض القرارات الإدارية قبل رفع الدعوى وما عدا هذه القرارات يكون التظلم اختيارياً لصاحب الشأن⁽²⁾.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن الأصل أن التظلم اختياري للمتقاضى إن شاء سلك سبيله قبل ولوج ساحات القضاء وإقامة دعواه وإن شاء نحاه جانباً ولجأ مباشرة إلى قاضيه لا يحجبه حاجب ولا يقتضيه إجراء، حيث قضت بأن «الأصل في نظام سيادة القانون الذي تكفله المشروعية الدستورية والقانونية أن يكون للمتضرر من أي قرار إداري أو إجراء إداري أن يلوذ بقاضيه الإداري مباشرة دون تقييد في ذلك بسبق اتخاذ إجراء معين، إذ الأصل أن التظلم اختياري للمتقاضى إن شاء سلك سبيله قبل ولوج ساحات القضاء وإقامة دعواه وإن شاء نحاه جانباً ولجأ مباشرة إلى قاضيه لا يحجبه حاجب ولا يقتضيه إجراء.

ومن ثم فإن التظلم الوجوبي لا يتقرر إلا استثناءً وحيث يأنس المشرع في ذلك مصلحة عامة توجهه ولذلك فلا يتقرر إلا بنص صريح يستلزمه ويحظر قبول الدعوى قبل تقديمه وترخيص مواعيد الفصل فيه من جهة الإدارة .

ومن حيث إن قانون مجلس الدولة المار آنفاً ولتسن رسم إجراءات وعين مواعيد للطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية. بيد أنه إذا نظم المشرع بمقتضى قانون خاص إجراءات ومواعيد لعل ارتآها وأوجب مراعاتها لطائفة من القرارات الإدارية فأوجب التظلم منها قبل

(2) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف، 2004، ص225، د. على حسن عبد المجيد، الغلو في الجزاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2007، ص238 وما بعدها.

الطعن عليها لجهات محددة وفي مواعيد مخالفة لميعاد التظلم الوارد بقانون مجلس الدولة وجب تقديم أحكام القانون الخاص على الأحكام الواردة في قانون مجلس الدولة بحسبان أن هذا الأخير يعد قانوناً عاماً في هذا الشأن وإنفاذاً لقاعدة أن الخاص يقيد العام⁽³⁾. أما التظلم الوجوبي فيقصد به التظلم الذي يفرضه القانون ولا يجوز رفع بعض الدعاوى أمام القضاء قبل تقديم هذا التظلم.

والحكمة منه هي الرغبة في التقليل من المنازعات بإنهائها في مراحلها الأولى بطريق أيسر للناس وذلك بالعدول عن القرار المتظلم منه إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه⁽⁴⁾. وحرصاً من المشرع على تقليل الدعاوى أمام القضاء منح الأفراد فرصة التظلم من القرارات الإدارية تخفيفاً عن كاهل الأفراد وأقل كلفة من ولوج القضاء، ولقد نص المشرع المصري في المادة 12فقرة (ب) من قانون مجلس الدولة المصري الحالي على أنه «لا تقبل الطلبات المقدمة بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة (10) وذلك قبل التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية، وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم وتبين إجراءات التظلم وطريقة الفصل فيه بقرار من رئيس مجلس الدولة».

و بينت المادة العاشرة القرارات التي يتعين التظلم منها قبل رفع الدعوى وهي:

1. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات.
2. الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.
3. الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن «..... هذه المحكمة سبق أن قضت بان تقديم التظلم وفقاً لحكم المادة 32 من القانون رقم 46 لسنة 1964 بنظام

(3) الطعن رقم 1466 - لسنة 50 - تاريخ الجلسة 2009/05/09 .

(4) راجع الطعن رقم 2623 - لسنة 36 - تاريخ الجلسة 1994/06/02 - مكتب فني 39 - رقم الجزء

1 - رقم الصفحة 36، و حكمها في 2002/5/25 الطعن رقم 7391 لسنة 46ق، مكتب فني 47، ص 881.

العاملين المدنيين يجعل من تقديم التظلم المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة غير مجد الأمر الذي يقتضى قبول الدعوى شكلا.

ولو لم يسبقها التظلم المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة اكتفاء بتقديم التظلم المنصوص عليه في قانون العاملين المشار إليه، وان تقرير هذه القاعدة لا يقوم على أساس إلغاء أحكام التظلم المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة.

بل يستند إلى الحكمة التشريعية من استحداث نظام التظلم الوجوبي وهي الحكمة التي تكشف عنها المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة والتي جرت عبارتها بما يأتى «أن الغرض من ذلك هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطرق أيسر على الناس وإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه، فان رفضته أو لم تبت فيه خلال الميعاد المقرر فله أن يلجا إلى طريق التقاضي».

ومن ثم فان تقديم التظلم إلى لجنة شؤون العاملين وفوات ستين يوما على تقديمه دون ان تجيب عنه اللجنة يعتبر أخذا بالأصل العام المقرر في شأن التظلم الوجوبي والحكمة التشريعية من استحداثه بمثابة رفض حكمي له⁽⁵⁾.

ومما لاشك فيه أنه في حالات التظلم الوجوبي يجب أن يقوم صاحب الحق بالتظلم قبل رفع الدعوى و إلا حكم بعدم قبولها⁽⁶⁾.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن المادة (12) من قانون مجلس الدولة استلزمت لقبول الطلبات المقدمة بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها بالبنود ثالثا ورابعا وتاسعا من المادة (10) التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم وفي حالة عدم التظلم لا تقبل تلك الطلبات⁽⁷⁾.

(5) الطعن رقم 1408 - لسنة 14 - تاريخ الجلسة 12/15/1974 - مكتب فني 20 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 54.

(6) وفي فرنسا التظلم الذي يعتد به في حساب الميعاد هو التظلم الأول فقط أما التظلمات التالية لا أثر لها في قطع الميعاد راجع:

Frier (P-L); précis de droit administratif, montchrestien, 3è éd, 2004.P. 97.

(7) الطعن رقم 11205 - لسنة 48 - تاريخ الجلسة 2010/07/04.

والجدير بالذكر أن محكمة العدل العليا أكدت في القرار محل التعليق على أن التظلم الوارد في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني ولائحته التنفيذية إنما هو التظلم الاختياري الذي لا يترتب على عدم القيام به أي جزاء، وبالتالي يكون تقدير القيام بهذا التظلم من عدمه لصاحب الشأن.

بيد أن المحكمة قد جانبها الصواب عندما قررت أن التظلم الإداري- وان كان اختياري- لا يترتب عليه قطع ميعاد رفع الدعوى أمامها، ولمخالفة ذلك نص الفقرة الثانية والثالثة من المادة 105 من قانون الخدمة المدنية والتي نصت على أن«..... 2. ويتم البت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، فإذا انقضت هذه المدة دون الرد خطياً على المتظلم اعتبر تظلمه مرفوضاً. 3. للموظف اللجوء إلى القضاء خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه رفض تظلمه أو انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة 2 أعلاه.».

أي أن المادة أكدت على أن التظلم الإداري الذي يقدمه المتظلم يقطع الميعاد، كون المادة بينت الخطوات التي يتوجب على المتظلم فعلها في حالة رفض التظلم سواء بالرد من قبل الجهة الإدارية أو بانقضاء ستين يوماً دون الرد وهو الرفض الضمني للمتظلم. بمعنى أن التظلم يقطع سريان ميعاد رفع الدعوى، وتبدأ مدة طعن جديدة بعد رد الإدارة على المتظلم أو بعد مرور ستين يوماً من عدم رد الإدارة.

وهذا يعني أن التظلم بشكل واضح وجلي يقطع ميعاد رفع الدعوى أمام محكمة العدل العليا فعلى سبيل المثال لو أن قراراً صدر في 2000/1/1 وقدم صاحب الشأن التظلم في 2000/1/10، ولم تقم الإدارة بالرد عليه، ومضى الستين يوماً المنصوص عليها في المادة السابقة فيبدأ حقه في رفع الدعوى أمام محكمة العدل العليا في الستين يوماً التالية لذلك أي من تاريخ 2000/3/10 وتنتهي المدة في 2000/5/10، وذلك على فرض أن الشهر ثلاثين يوماً.

وبالتالي فإنه بالنسبة للقرار محل التعليق فيتضح جلياً أن القرار الأول والخاص بنقل المستدعي قد صدر بتاريخ 2010/8/30، والقرار التأديبي الثاني والخاص بعقوبة الانذار قد صدر أيضاً بتاريخ 2010/8/30، وأن- ما يسمى بالقرار الرابع- فهو ليس قرار يجوز

الطعن فيه بالالغاء وانما هو رد على التظلم المقدم من المستدعي للاعتراض على القرار الأول والثاني وبالتالي فهو النتيجة المترتبة على عدم رد الجهة الإدارية على التظلم.

وبالتالي فإن المستدعي قد قام بتقديم التظلم بتاريخ 2010/9/10، ولم ترد عليه الجهة الإدارية وبالتالي يحق له اللجوء إلى المحكمة بعد مضي مدة ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وهذا يعني أنه يحق له اللجوء إلى المحكمة من تاريخ 2010/11/10، ولمدة ستين يوماً تنقضي تقريباً بتاريخ 2011/1/10.

وحيث أن الدعوى مقدمة بتاريخ 2010/12/12 أي أنها مقدمة في خلال المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 105 من قانون الخدمة المدنية وبالتالي كان يتوجب على المحكمة قبول الدعوى شكلاً لتقديمها خلال المدة القانونية.

ولقد أكدت محكمة العدل العليا في العديد من أحكامها أن التظلم الاختياري المنصوص عليه في المادة 105 من قانون الخدمة المدنية يقطع ميعاد رفع الدعوى، ومن هذه الأحكام ما قرره المحكمة من أن «ولقد أكدت محكمة العدل العليا بأن» المستدعي قد علم في بداية عام 2010 بالقرار الطعين وتظلم منه بتاريخ 2010/4/11، وتقدمه بهذا الطعن بتاريخ 2010/9/6 تجد المحكمة أن الطعن مقدم بعد انقضاء المدة القانونية للطعن لذلك أنه، وبالرغم من أن التظلم الذي يقطع ميعاد الطعن هو التظلم الذي يقدم خلال عشرين يوماً من تاريخ تبليغه القرار المتظلم منه أو علمه بها، وذلك حسبما نصت عليه المادة 105/1 من قانون الخدمة المدنية، فإن مدة الطعن القانونية تكون قد انقضت لمضي أكثر من عشرين يوماً على تاريخ تقديم التظلم وفقاً لأحكام الفقرتين 2، 3 من المادة 105 من قانون الخدمة المدنية اللتان نصتا على مايلي:

2. ويتم البت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، فإذا انقضت هذه المدة دون الرد خطياً على المتظلم اعتبر تظلمه مرفوضاً.

3. للموظف اللجوء إلى القضاء خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه برفض تظلمه أو انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة 2 أعلاه.

ولهذه الأسباب، تقرر المحكمة رد الدعوى شكلاً لتقديمها بعد فوات المدة القانونية

للطعن»⁽⁸⁾.

(8) قرارها رقم 636/2010، جلسة 2011/11/22، رام الله، غير منشور.

وصفوة القول أن المشرع الفلسطيني أحسن باختيار التظلم الاختياري، ولم يأت في القوانين الفلسطينية المتعاقبة الإشارة إلى وجوب التظلم كما جاء في القانون المصري، وبذلك أعطى المشرع الحرية المطلقة لصاحب الشأن لتقدير مصلحته من التظلم أولاً ثم رفع الدعوى أو رفع الدعوى مباشرة.

ومن جانبنا نرى أن المشرع الفلسطيني قد أحسن بسلوكه هذا الطريق لما فيه من حرية مطلقة لصاحب الشأن، ولعدم إجباره على التظلم الوجوبي وتأخير رفع الدعوى وبالتالي المساس بالمصلحة الشخصية له، وهو الاتجاه الذي أصبح له صدى في جمهورية مصر العربية فقد بدأت الأصوات ترفع لإلغاء شرط التظلم الوجوبي فيرى البعض أنه «على القاضي الإداري تطبيق فكرة جدوى التظلم، فإذا أقام المدعي دعواه ولم يتظلم من القرار المطعون فيه في حالة وجوبه، وردت الجهة الإدارية على الدعوى بما يفيد رفضها أو عدم قبول طلب المدعي، فليس هناك جدوى للتظلم في هذه الحالة، فقد أفصحت الجهة الإدارية عن اتجاهها إلى عدم الاستجابة لأي طلب للمدعي حتى لو كان من خلال إقامة الدعوى، فهذا أقوى تعبير عن عدم جدوى أي تظلم يقدم للجهة الإدارية»⁽⁹⁾.

(9) د. محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري، ك1، نقابة المحامين، 2007، ص466، وقد صنّف البعض التظلم الوجوبي ضمن مشكلات بطء إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، د. عبد الناصر علي عثمان حسين، ولاية القضاء الإداري في ضوء المبادئ الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006، ص 462 وما بعدها.

بيع الشريك كامل العقار الشائع

دراسة مقارنة

المحامي حسين العيسه

النيابة العامه - رام الله



تمهيد

في هذا الفرض لا يتعلق البيع بحصة شائعة من المال الشائع، ولا بجزء مفرز منه، بل أنه ينصب على المال الشائع كله بما فيه حصة الشريك البائع، ومثاله أن يكون المال الشائع عبارة عن ارض مملوكة بين ثلاثة أشخاص ويقوم أحد الشركاء ببيع الأرض كلها دون تفويض من باقي الشركاء، لذا فالبيع في هذه الصورة يرد على ما يملكه الشريك البائع وما لا يملكه من حصص باقي الشركاء، الأمر الذي ينطبق عليه بيع ملك الغير بالنسبة لهذه الحصص.

ومع أن القانون المدني (الاردني والمصري والمشروع الفلسطيني) لم يتناول عند النص على بيع ملك الغير من أنواع البيوع بأنه قد يتحقق عند بيع الشريك كل المال الشائع، بعكس الفقه الإسلامي الذي نظم هذه الصورة من البيع بنصوص خاصة على اعتبار انه من صور بيع ملك الغير. ولما كان بيع الشريك كل المال الشائع هو ذاته بيع ملك الغير، فاني رأيت أن ابحث في بيع ملك الغير وبيان حكمه واثره في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، على النحو التالي:

المبحث الأول: حكم بيع الشريك كل المال الشائع.

المبحث الثاني: اثر بيع الشريك كل المال الشائع.

المبحث الأول

حكم بيع الشريك كل المال الشائع

لما كان البائع بطبيعة الحال ينقل ملكية المبيع للمشتري، فيجب أن يكون هذا البائع مالكاً لما يبيع حتى يستطيع نقل ملكيته للمشتري، لانه إذا لم يكن مالكاً فلا يستطيع نقل الملكية وفاقد الشيء لا يعطيه.

فالشريك عندما يبيع كل المال الشائع يكون قد باع ما يملك من حصته الشائعة، وما لا يملك من حصص باقي الشركاء في المال الشائع وهذا هو بيع ملك الغير.

وسأبحث في حكم هذا البيع في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني وفق مطلبين:

المطلب الأول: حكم بيع الشريك كل المال الشائع في الفقه الإسلامي

في بيان حكم بيع الشريك كل المال الشائع في الفقه الإسلامي، بالنسبة لباقي الشركاء فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم هذه المسألة بين الحالة التي يكون فيها البيع صادر بإذن باقي الشركاء في المال الشائع، وبين الحالة التي يكون فيها البيع صادر دون إذن من باقي الشركاء:

ففي الحالة الأولى: يكون البيع صحيحاً وناظراً في حق جميع الشركاء.

أما في الحالة الثانية: فإنه وفقاً لما سبق بيانه بان حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية، فان عقد بيع الشريك كل المال الشائع يكون صحيحاً وناظراً بمقدار حصته في هذا المال، ويكون موقوفاً في نصيب باقي الشركاء لدى كل من الحنفية والمالكية والحنابلة، وباطلاً عند الشافعية لان كلاً من المالين له حكم لو انفرد، فإذا اجمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه.

فالجواز على هذا البيع يقتصر على ما يعادل حصة الشريك البائع، ولا ينفذ في الزيادة عن ذلك، وللشريك الآخر إجازة هذا البيع فيكون صحيحاً نافعاً في الجملة عند الحنفية والمالكية والحنابلة.

أما إذا كان الشيء المشترك الذي ورد عليه البيع لا يقبل القسمة كالداية مثلاً، وباع أحد الشركاء الداية، فان معنى ذلك انه لابد أن يسلم المال كله للمشتري، فإذا كان هذا البيع بغير إذن باقي الشركاء، فان الشريك البائع يضمن حصة شريكه إذا تلفت الداية في يد المشتري¹.

وفيما يتعلق بعلاقة الشريك البائع بالمشتري للمال الشائع كله، فان تحديد هذه العلاقة ينبغي التفرقة بين حالتين يكون فيهما المشتري حسن النية أو سيء النية.

الحالة الأولى: أن يكون المشتري لكل المال الشائع سيء النية، أي عالماً بان المال الذي اشتراه هو مال شائع وليس فيه للبائع الا حصة شائعة، وفي هذه الحالة لا يجوز للمشتري أن يطالب بفسخ عقد البيع لانه على بصيرة من أمره.

الحالة الثانية: أن يكون المشتري حسن النية، أي لا يعلم بحالة الشيوغ واقدم على

1 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - صفحة 236.

الشراء، معتقداً أن البائع يملك المال ملكية مفرزة، ففي هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين الإمساك والرد. وذلك لان الشركة عيب يؤدي إلى تفريق الصفقة بالنسبة للمشتري، غير انه إذا رضي المشتري بهذه الحالة، يكون له أن ينقص من الثمن ما يعادل حصص باقي الشركاء.

أما بالنسبة للشريك البائع، فلا خيار له، لانه باع ما يزيد عن نصيبه، وليس ذلك من حقه فهو قد رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه².

وفي هذا جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، انه إذا كان لجماعة زيت مشترك فيما بينهم بدون الاختلاط فباع أحدهم حصته وحصه شركائه من أجنبي دون إذنهم ولا إجازتهم ولا وجه شرعي، فان هذا البيع يكون صحيحاً للأجنبي في حصه الشريك البائع فقط دون حصص شركائه³.

وجاء أيضاً في المغنى المحتاج انه (إذا باع شريك في صفقة واحدة مالاً مشتركاً بغير إذن الشريك الآخر، صح البيع في ملكه وبطل في ملك غيره، والعلة في بطلان البيع الثاني لها وجهان.

الوجه الأول: تبريره الجمع بين حلال وحرام لقول ابن عباس ((ما اجتمع حلال وحرام الا وغلب الحرام على الحلال)).

الوجه الثاني: جهالة العوض الذي يقابل الحلال ويستفاد من تمثيل المصنف بالمشارك، أن العلة الصحيحة هي الأولى لان الحصه من الثمن معلومه، وجرى على ذلك في المجموع فان قيل صحة المصنف تبعاً للرافعي خلاف المذهب الشافعي، فانه إذا كان للمجتهد في المسألة قولان وعلم المتأخر منها كان الأول مرجوعاً عنه، فيكون مذهبه هو الثاني، فقد رجع الشافعي عن القول بالصحة كذا ذكره الربيع في الام، وعبر بقوله أن البطلان هو آخر قوله، وقال الأسنوي أنها دقيقة غفلوا عنها وقال الازدعي انه إذا كان راوي المذهب قد شهد بذلك ففي النفس حزاة من ترجيح الصحة بذلك⁴.

2 حاشية الدسوقي - نفس المرجع - 338.

3 العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية - صفحة 247.

4 مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشرييني الخطيب على تبين المنهاج لابي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي - الجزء الثاني - مطبعة مصطفى الحلبي - 1958 - صفحة 40.

ويقول أيضاً أن قول الربيع بالبطلان آخر قوليه يحتمل أن يكون أخرهما في الذكر لا في الفتوى، وإنما يكون المتأخر مذهب الشافعي إذا أفتى به، أما إذا ذكره في مقام الاستتباط والترجيح ولم يصرح بالرجوع عن الأول، فلا مع أن هذه اللفظة وهي آخر قوليه يحتمل أنها كانت أحد قوليه بالدال فقصرت فقرئت بالراء.

وجاء في المفتي أيضاً ما نصه (فيتخير المشتري أن جهل الحال لضرر التبويض لانه خيار نقص فان كان عالماً فلا خيار له لتقصيره، فان أجاز البيع أو كان عالماً بالحال فبحصته أي المملوك له من المسمى باعتبار قيمتها، لانهما أوقعا الثمن في مقابلتهما جميعاً، فلا يلزم المشتري في مقابلة إحداهما الا قسطة، وفي قول بجميعة ولا خيار للبايع لانه المفطر حيث باع ما لا يملكه وطمع في ثمن لا يستحقه)⁵.

وجاء في المغنى والشرح الكبير ما نصه (باع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كناقاة مشتركة بينهما أو ما يقسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما، فيصح في ملكه بقسطه، من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، والثاني لا يصح فيهما واصل الوجهين أن احمد بن حنبل نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين: الأولى يفسد فيهما، والثانية يصح في الحرة.

والوجه الأول قول مالك وأبي حنيفة واحد قولي الشافعي، وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم، ولان الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين أختين وبيع الدرهم بدرهمين.

والوجه الثاني إن كان واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شسطاً وسيفاً، ولان ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه، فصح كما لو انفرد، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين لثبوته عن قبوله فيصح الآخر كما لو وصى بشيء لأدمي وبهيمة، واما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه.

ومتى حكمنا بالصحة وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة، وان لم يعلم مثل أن اشترى ناقة يظنها أنها مملوكة كلها للبائع، فبان انه لا يملك الا نصفها، فله الخيار بين الفسخ والامساك، لان الصفقة تبعضت عليه، واما البائع فلا خيار له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه⁶.

ومما سبق فان عقد بيع الشريك كل المال الشائع يكون موقوفاً بالنسبة لباقي الشركاء فيما يتعلق بحصصهم الشائعة في المال المبيع لدى كل من فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة، الأمر الذي ينطبق على حكم هذا البيع في مجلة الأحكام العدلية المطبقة في فلسطين والقانون الاردني، ولهذا تجدر الإشارة إلى تعريف العقد الموقوف بأنه العقد الذي لا ينتج أثره قبل الإجازة من قبل لمن تقرر الإيقاف لمصلحته وهم الشركاء في المال الذي باعه أحد الشركاء بأكمله فيما يتعلق بحصصهم الشائعة فيه، فإذا أجازه الشركاء نفذ وان لم يجيزوه بطل، فمعنى وقف العقد الا يترتب على إنشائه أي اثر من آثاره على الرغم من انه صحيح. فالبيع في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي، لكن يكون له وجود شرعي لانه انعقد صحيحاً، ولكن هذا الوجود الشرعي للعقد لا يترتب عليه أي آثار، فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل ولكن يفارقه بان آثاره موقوفة على إجازة الشركاء لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال فان أجزى نفذ وتميز عن البيع الباطل تميزاً كبيراً إذ اصبح تصرف نافذ الأثر، وان تخلفت الإجازة انعدم واختلط بالتصرف الباطل فاصبح باطلاً مثله⁷.

وحالات العقد الموقوف كثيرة متعددة حتى قيل أن عددها وصل إلى ثمان وثلاثين حالة، ولكن عند التحقيق يتبين أن كثيراً من هذه الحالات لا يكون الموقوف فيها النفاذ بل الانعقاد أو الصحة أو اللزوم والمقصود هنا هو الموقوف النفاذ فلكي يتم الترابط بين العاقد من جهة وبين صيغة العقد ومحلله من جهة اخرى يجب أن يكون للعاقد ولا يتان⁸.

6 المغنى والشرح الكبير - الجزء الرابع - المرجع السابق - صفحة 38.

7 السنهوري - مصادر الالتزام - الجزء الاول - صفحة 234.

8 فتح القدير - المرجع السابق - صفحة 135.

الأولى: الولاية على محل العقد، وهي تتحقق للعاقد بان يثبت له حق الملكية في محل العقد أو النيابة عن المالك، والا يتعلق بالمحل حق للغير كان يكون مرهوناً أو مستأجراً، فغير المالك أي الفضولي ليس له الولاية على محل العقد، ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليس له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به.

الثانية: وهذه الولاية تتحقق باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره، ذلك أن من التصرفات ما يكفي منها مجرد التمييز ومنها ما لا يكفي فيه مجرد التمييز بل يجب فيه بلوغ سن الرشد.

فإذا تخلفت إحدى الولايتين كان العقد موقوفاً أي غير نافذ رغم انه صحيح⁹. فالعقد الموقوف هو عقد انعقد وصح لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته ولكن تنقصه إحدى الولايتين: الولاية على محل العقد أو الولاية على نوع التصرف¹⁰.

وقد قال بالعقد الموقوف من فقهاء الشريعة الإسلامية، كل من الحنفية والمالكية ورواية احمد ابن حنبل، وفي المذهب الحنفي هناك رأي يذهب إلى أن العقد الموقوف من قسم العقد غير الصحيح ولكن الراجح انه من الصحيح، وينكر العقد الموقوف ويعتبره باطلاً المذهب الشافعي والرواية الأخرى في المذهب الحنبلي ففيهما العقد الموقوف والفاقد والباطل سواء، بناءً على أن الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ¹¹.

9 السنهوري - مصادر الحق - المرجع السابق - صفحة 434.

10 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الاردني - المرجع السابق - صفحة 185.

11 ابن نجيم - البحر 6:7 - مشار إليه في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الاردني - المرجع السابق - صفحة 185.

المطلب الثاني: حكم بيع الشريك كل المال الشائع في القانون المدني

في الأحكام المطبقة بموجب مجلة الأحكام العدلية، لم يختلف حكم هذا البيع عما هو عليه في الفقه الحنفي والمالكي والحنبلي، فالمادة 1075 من المجلة تنص على أنه «كل من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة سائرهم فليس أحدهم وكيلًا عن الآخر ولا يجوز له من ثم أن يتصرف في حصة شريكه بدون إذنه..».

فالشريك الذي يبيع كل المال الشائع بما فيه حصته الشائعة بغير إذن باقي الشركاء، فالبيع الصادر منه يكون صحيحاً وناظراً بالنسبة لطرفيه، الشريك البائع والمشتري، وغير نافذ في حق باقي الشركاء، كما أنه لا يكون للمشتري الحق في طلب فسخ عقد البيع إلا إذا كان حسن النية جاهلاً بحالة الشيوع، وكما هو الحكم في الفقه الإسلامي فإنه يفرق في هذا الصدد بين فرضين بالنسبة للمشتري، فرض سوء النية الذي لا يجيز له فيه المطالبة بفسخ العقد لعلمه بحالة الشيوع، وبين حسن النية الذي يجيز له المطالبة بفسخ عقد البيع لعدم علمه بحالة الشيوع.

أما في القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فإنه لا يوجد في هذه القوانين ما يقابل نص المادة 1075 من مجلة الأحكام العدلية والتي عالجت الصورة التي يبيع فيها أحد الشركاء كل المال الشائع بدون إذن باقي الشركاء. فالقوانين المذكورة تعرضت فقط لحكم بيع الشريك حصته الشائعة ولحكم بيع الشريك للجزء المفرز من المال الشائع، ولم تتعرض بنصوص خاصة للصورة التي يبيع فيها أحد الشركاء كل المال الشائع، بل تركت ذلك لأحكام بيع ملك الغير بالنسبة لحصص باقي الشركاء، وإن كانت نص المادة 1075 من المجلة قد تناولت حكم بيع الشريك لكل المال الشائع بشكل خاص، إلا أن هذا الحكم لا يخرج بطبيعته عن حكم بيع ملك الغير لأن الشريك عندما يبيع كل المال الشائع من غير إذن باقي الشركاء فإنه يكون قد باع ما يملك هو من حصته الشائعة وما لا يملك من حصص باقي الشركاء. وفي هذا المطلب سأبحث في بيع ملك الغير حتى أبين حكم الصورة التي يبيع الشريك فيها كل المال الشائع والتي تعتبر من صور بيع ملك الغير، على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم بيع ملك الغير وتحديد منطقتيه

من الشروط الأساسية لعقد البيع، أن يكون البائع مالكاً لمحل العقد ملكية خالصة، حتى يستطيع نقل ملكية المبيع للمشتري، لأنه إذا لم يكن مالكاً أو مفوضاً عن الغير بنقل الملكية فإنه لا يستطيع نقل الملكية.

أما إذا صدر البيع دون تفويض من غير مالك، فهذا هو بيع ملك الغير والذي يظهر فيه البائع وكأنه مالك المبيع الحقيقي، وقد يكون البائع مالكاً ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع أحد الشركاء المال الشائع كله، أو يخالط ملكيته حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت، أو حق الدائنين في بيع أحد الورثة عين من التركة قبل سداد الديون، وفي بيع المحجور عليه أو المعسر.

ومما تقدم فإن بيع ملك الغير هو أن يبيع شخص شيء معين بذاته وهو لا يملكه، كما لو باع خالد بيت سعيد لأشرف دون الإذن أو التوكيل المسبق لهذا البيع، أو يبيع شخص شيء معين بذاته يملك فيه ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء كما لو باع خالد البيت الذي يملكه مع سعيد على سبيل الشيوخ لأشرف.

وقبل أن اصل إلى بيان حكم بيع ملك الغير، يجب الإشارة إلى ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير، على النحو التالي:

أولاً: بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل، فإذا باع شخص مائة أردب من القمح، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لا يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل، فإنه لا يكون هذا بيعاً لملك الغير، حتى لو كان البائع وقت البيع غير مالك للمبيع، ذلك أن المبيع لم يعين بذاته، فلا يمكن القول أن البائع مالك له أو غير مالك، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين المبيع بالذات، أما في هذه المرحلة والمبيع لم يتعين بالذات فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعين¹².

ثانياً: تعهد الشخص عن مالك الشيء، بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر، فهذا ليس بيعاً لملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع فيكون تعهداً عن الغير.

ثالثاً: أن يبيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع، فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً بل علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك البائع المبيع¹³. وهذا لا يعتبر بيعاً لملك الغير، فالبائع والمشتري متفقان على أن البيع ليس ببات.

رابعاً: بيع الشريك الجزء المفرز من المال الشائع، فهنا وكما بينت في الفصل السابق، أن بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع، لا يظهر في البداية انه يبيع ملك غيره لكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة، فإذا وقع الجزء المفرز كله في حصة الشريك البائع اعتبر انه قد باع ملكه، وإذا لم يقع في نصيبه اعتبر بائعاً لملك الغير.

وبعد تحديد ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير بقي أن أشير إلى ما يدخل في منطقتة بأنه كل بيع لشيء معين بذاته يكون فيه البائع غير مالك لمحل البيع. ويستوي في ذلك أن يكون البائع عالماً بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد انه يملكه، كما يستوي أن يكون البيع قضائياً أو مساومة¹⁴. وبيع ملك الغير على هذا التحديد يقع كثيراً في الحياة العملية، فالأب قد يبيع ملك ولده لا باعتباره نائباً عنه بل باعتباره أصيلاً عن نفسه، والزوج قد يبيع ملك زوجته، والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته، والشريك على الشيوع وفق الصورة التي ابحثها قد يبيع كل المال الشائع وهو لا يملك الا حصة شائعة فيه.

الفرع الثاني حكم بيع ملك الغير

تنص المادة 96 من مجلة الأحكام العدلية على انه « لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه أو وكالة منه أو ولاية عليه وان فعل كان ضامناً »، ويتضح من هذا النص أن من يبيع شيئاً لا يملكه دون إذن من مالكة الأصلي أو وكالة، كان البيع باطلاً فيما بين طرفيه ويلتزم البائع بالضمان في مواجهة المالك الأصلي، غير انه يستثنى من هذه القاعدة مسائل عدة منها، إذا مات المسافر في الطريق جاز لرفاقه بيع أمتعته

13 أنور سلطان - العقود المسماة - دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1983 - صفحة 325.

14 عباس الصراف - العقود المسماة - المرجع السابق - صفحة 417.

وتكفينه وتجهيزه ورد الباقي إلى ورثته، وكذلك لو أغمى عليه وأنفقوا عليه من ماله لم يضمنوا، ومنها إذا انفق الوديع على أبوي المودع أو من لزمته نفقتهم بدون إذنه في مكان لا يمكنه مراجعة الحاكم لا يضمن، ومنها انه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج إليه المريض من ماله بغير إذنه، ومنها لو حمل المالك دابته فسقط الحمل فحملها آخر بدون إذنه لا يضمن إذا هلكت بخلاف ما لو حملها ابتداء فهلكت فإنه يضمن¹⁵.

وحكم بيع ملك الغير في مجلة الأحكام العدلية، هو ذات الحكم الذي اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية (المالكية والحنفية والحنابلة والظاهرية). فبيع مال الغير دون إذن مالكة يكون البيع غير نافذ في حقه، أما بالنسبة للعلاقة بين البائع والمشتري فان عقد بيع ملك الغير غير لازم بالنسبة للمشتري ويحق له فسخه. وقد ذهب فقهاء المذهب الشافعي إلى بطلان هذا البيع.

أما في القانون المدني الاردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فقد اختلف حكم هذا البيع عنه في الفقه الإسلامي والمجلة، فالمادة 1/550 من القانون المدني الاردني نصت على انه «إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري فسخ البيع»، فيكون بيع ملك الغير وفق هذا النص قابلاً للفسخ وليس باطلاً كما هو الحكم في المجلة. والمادة 1/550 أردني تقابل المادة 1/446 من القانون المدني المصري و المادة 543 من مشروع القانون المدني الفلسطيني غير أن النص المصري والفلسطيني استخدم مصطلح الإبطال بدلاً من الفسخ مما يكون حكم بيع ملك الغير قابل للإبطال في القانون المصري والمشروع الفلسطيني، وبالرغم من اختلاف المصطلح بين القانون الاردني الذي استخدم لفظ الفسخ والقانون المصري والمشروع الفلسطيني الذين استخدموا لفظ الإبطال، فان الأثر يكون واحد سواء فسخ أو ابطال العقد بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

الفرع الثالث: تأصيل البطلان وتفصيل الفسخ في بيع ملك الغير

كما تقدم أن بيع ملك الغير، هو بيع قابل للإبطال في كل من القانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني، وقابل للفسخ في القانون الاردني، لهذا فأنتي ساين تأصيل البطلان وتفصيل الفسخ الذي يكون للمشتري في عقد بيع الشريك كل المال الشائع وفق بندين:-

• البند الأول: تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

لتأصيل البطلان في بيع ملك الغير لابد أولاً من الإشارة إلى النظريات الفقهية التي قيلت في تأصيل بطلان بيع ملك الغير، وهي كما يلي:

أولاً: نظرية البطلان المطلق: والتي انبثقت عن الفقه الفرنسي، ومن أصحابها الفقيه كولميه دي سانتير وبودري و كولان وكابيتان¹⁶، وأساس هذه النظرية أن بيع ملك الغير هو بيع باطل بطلاناً مطلقاً إما لانعدام السبب، إذ أن التزام المشتري في هذا العقد لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، واما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملكية إلى المشتري. وعيب هذه النظرية أنها تتعارض معارضة صريحة مع الآثار التي تنتج عن بيع ملك الغير، فلو كان بيع ملك الغير وفق هذه النظرية باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أي اثر، فالبائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، فالسبب إذن غير معدوم، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، وإذا لم يقد البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية الشيء المبوع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ وليس البطلان المطلق. وفي هذا يقول الفقيه الفرنسي بودري وسينيا ((والذي يعتبر مستحيلاً استحالة مطلقة ليكون العقد معه باطلاً بطلاناً مطلقاً هو أن يبيع شخص لآخر شيئاً يتبين بعد ذلك أنه كان مملوكاً للمشتري وقت البيع، كان يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن يكون هذا عالماً بالوصية، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة))¹⁷.

16 مشار لذلك لدى السنهوري - البيع والمقايضة - الجزء الرابع - مرجع سابق - صفحة 276.

17 أنور سلطان - العقود المسماة - المرجع السابق - صفحة 344.

وكذلك فإن الفقه الفرنسي الحديث اخذ يعدل على هذه النظرية ويذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست الا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من قبل المالك الحقيقي، فالمشتري في دعوى ضمان الاستحقاق يجب أن يتربص حتى يتعرض له المالك الحقيقي المستحق، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق¹⁸.

ثانياً: نظرية تحويل العقد: ومن أصحاب هذه النظرية الأستاذ سليمان مرقس، والأستاذين نجيب الهلالي وحامد زكي¹⁹، وتقوم هذه النظرية على أن بيع ملك الغير، بيع باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع فيتحول بيع ملك الغير من بيع ناقل للملكية إلى بيع منشئ للالتزام وفق نص المادة 144 من القانون المدني المصري، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. وقد فرض المشرع المصري فرضاً غير قابل لاثبات العكس أن البائع انصرف نية المحتملة إلى تحويل العقد على هذا النحو، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك فمفروض إلى أن يثبت العكس، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وانه لم تنصرف نية إلى التحول²⁰.

ويختم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبارات التالية²¹ ((وعلى ذلك يمكن القول بان المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحويل العقد الباطل، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى التحول، إذا فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لاثبات العكس، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري)).

18 مشار إليه لدى السنهوري نفس المرجع - صفحة 277 - هامش رقم 1.

19 نجيب الهلالي وحامد زكي - عقد البيع والإيجار - دار النهضة العربية - 1960 صفحة 108. / سليمان مرقس - المرجع السابق - صفحة 277

20 السنهوري - عقد البيع والمقايضة - المرجع السابق - صفحة 279.

21 سليمان مرقس - نفس المرجع السابق - صفحة 476.

ونأخذ على هذه النظرية:

1 - القول بان بيع ملك الغير هو في اصله باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص القانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني في بيع ملك الغير والتي نصت على أن بيع ملك الغير هو بيع قابل للإبطال وليس باطل، وكذلك مع نصوص القانون المدني الأردني التي نصت على أن بيع ملك الغير يكون قابل للفسخ أي غير لازم.

2 - والقول بان العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزام يتعارض مع نظرية التحول المعروفة، فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تتصرف وقت العقد لا بعد ذلك إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل²². ونية المشتري المحتملة تستعصي عن هذا التأويل، فإما أن تكون هذه النية انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي الا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع، واما الا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.

ثالثاً: نظرية العقد الموقوف: ومن أصحاب هذه النظرية الأستاذ شفيق شحاتة، في كتابه النظرية العامة للتأمين العيني إذ كتب ما يأتي ((وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير، على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس ذلك معناه أن العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً، والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا اقره المالك انتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك، وإذا لم يقره المالك يظل معدوم الأثر كما كان))²³.

22 السنهوري - البيع - المرجع السابق - صفحة 280.

23 شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العيني - المرجع السابق - صفحة 258.

ويأخذ على هذه النظرية:

1 - انه لو كان بيع ملك الغير بيعاً موقوفاً، لما انتج أي اثر قبل أن يقره المالك الحقيقي، كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي الذي كان أول من عرف العقد الموقوف، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال، شأنه في ذلك شأن أي عقد قابل للإبطال ولا يبطل الا إذا طلب المشتري إبطاله، ثم أن المشتري يملك الإجازة، والعقد الموقوف لا يملك إجازته الا المالك الحقيقي.

نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في كل من القانون المدني الاردني والمصري والمشروع الفلسطيني عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر هذه القوانين فذلك لا يكون الا في حال عدم وجود نص قانوني يعالج المسألة، ونص المادة 550 أردني و466 مصري و 543 من المشروع الفلسطيني كان واضحاً في حكم بيع ملك الغير بأنه بيع قابل للفسخ في النص الاردني وقابل للإبطال في النص المصري والفلسطيني بالنسبة للمشتري. إذ يمكن الأخذ بنظرية العقد الموقوف من الفقه الإسلامي في المسائل التي لا يوجد بشأنها نص في القانون كما في مجاوزة الوكيل حدود الوكالة فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها في كل من القانون الاردني والمصري والمشروع الفلسطيني.

رابعاً: الرأي الذي اقف عنده: هو أن بيع ملك الغير بيع قابل للفسخ بموجب نص قانوني، لذلك أرى بعدم صحة الآراء بان عقد بيع ملك الغير هو عقد باطل أو عقد موقوف بل هو عقد قابل للإبطال في القانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني وقابل للفسخ في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الاردني كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه.

وازاء تضارب النظريات السابقة في تأصيل بطلان بيع ملك الغير، فلا يسعني الا أن أعود إلى الأصل التاريخي لهذا البطلان، ففي القانون الروماني كان بيع ملك الغير يقع صحيحاً، لأن البيع بموجب هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة الشيء المبيع إلى المشتري

وان يضمن له هذه الحيازة دون التعرض من أحد، وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ومن ثم كان بيعه صحيحاً²⁴.

وكان يترتب على بيع ملك الغير في ظل القانون الروماني القديم أن المشتري لعين غير مملوكة للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع فعل شيئاً قبل البائع²⁵.

واستمر الحال على ذلك أيضاً في القانون الفرنسي القديم، رغم أن البيع اخذ يتدرج في طبيعته إلى عقد ناقل للملكية، وعندما صدر القانون المدني الفرنسي الجديد ومن بعده القانون المدني المصري القديم والجديد والقانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني الذي اقتبس في معظمه من القانون المدني المصري، فقد حسم الخلاف بصريح النص بان البيع ينقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، فنص المشرع في القوانين المذكورة على جعل بيع ملك الغير لحماية المشتري قابلاً للإبطال في القانون المصري والمشروع الفلسطيني وقابل للفسخ في القانون الاردني، فيستطيع هذا قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي أن يباديء البائع بطلب إبطال البيع، فلا يبقى مكتوف اليدين حتى يتعرض له المالك.

والعلة في كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هي منافاة هذا العقد لطبيعة البيع، ولكن العلة وحدها لا تكفي، فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون كما يقول المرحوم السنهوري علة مقبولة للبطلان، ولكن ليس في القواعد العامة في المجلة والقانون الاردني والمصري والمشروع الفلسطيني ما يجعل منها سبباً للإبطال، فسبب إبطال العقد وفقاً للقواعد العامة ليس الا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضا.

24 بودري وسينا - مشار إليه لدى منصور مصطفى منصور - عقد البيع - مرجع سابق - صفحة 258.

25 السنهوري - عقد البيع - المرجع السابق - صفحة 282.

• البند الثاني تفصيل الفسخ الذي يثبت للمشتري في بيع الشريك كل المال الشائع

بعد بيان حكم بيع ملك الغير وتأصيل بطلانه ولما كان بيع الشريك كل الملك الشائع هو من أحد صور بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء، وهنا سأشير إلى حكم بيع الشريك كل المال الشائع بالنسبة للمشتري كما يلي:

أولاً: حق المشتري في فسخ عقد البيع: نصت المادة 1075 من مجلة الأحكام العدلية، وكذلك المادة 1/550 من القانون المدني الاردني «إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع». وهي تقابل المادة 1/446 من القانون المدني المصري و 1/543 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، غير أن النص المصري والفلسطيني استخدمتا مصطلح إبطال البيع بدلاً من فسخ البيع الوارد في المجلة والقانون الاردني.

وللمشتري أن يتمسك بفسخ البيع حتى لو كان هذا التمسك قبل أن يتعرض له باقي الشركاء في المال الشائع المبيع، وهذا ما يفهم من نص المادة 1/550 أردني «إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطالب بفسخ البيع» وهي تقابل المادة 1/446 مصري و 1/543 مشروع فلسطيني وهذا النص جاء عاماً بحيث يفتح المجال للمشتري بطلب الفسخ في أي وقت سواء قبل تعرض باقي الشركاء له أو بعد، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 11 مايو 1922 بأنه (وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي)²⁶ . وهذا التمسك جائز للمشتري حتى لو كان يعلم وقت البيع أن الشريك البائع لا يملك جميع المال المبيع فهو إنما رضي بالمبيع معتقداً أن الشريك البائع يستطيع أن يحصل على ملكية حصص باقي الشركاء في المبيع، فإذا تبين له أن الشريك البائع لا يستطيع ذلك، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له باقي الشركاء بل له أن يبادر بطلب الفسخ، وهذه هي الميزة الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للفسخ اوللابطال لمصلحة المشتري. كما سبق القول.

وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ أو الإبطال، فقد ثبت حقه في الإبطال، ويتحتم على القاضي أن يحكم له بذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح المالك مالكاً قبل صدور الحكم، ما دام المشتري رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكاً، ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلاً للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكاً للمبيع²⁷. وفي هذا قضت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في حكم لها بتاريخ 25 مارس سنة 1941 أن (مجرد رجوع المشتري عن البيع في بيع ملك الغير وعلان البائع بهذا الرجوع ولو قبل رفع الدعوى وقبل صدور الإقرار من المالك الحقيقي، فإن ذلك يكفي لسقوط البيع، ولو أقر المالك بعد ذلك²⁸.

أما بالنسبة للشريك البائع فلا يملك طلب فسخ عقد البيع، لأن الفسخ لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري، غير أن هناك رأي وجيه في الفقه المصري يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط، إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له. ومن أصحاب هذا الرأي منصور مصطفى منصور وجميل الشرقاوي²⁹.

أما الرأي الراجح والذي ذهب إليه كل من أنور سلطان وسليمان مرقس و عبد المنعم البدر اوي³⁰، فإن البائع لا يجوز له طلب إبطال البيع سواء كان حسن النية أو سيء النية، وارى بسلامة هذا الرأي لأن طلب الإبطال لم يتقرر الا لمصلحة المشتري، ولأن التزام البائع بالضمان يتعارض مع إبطاله للبيع، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية فإنه مقصر لبيعه شيء لا يملكه.

27 أنور سلطان - عقد البيع والمقايضة - المرجع السابق - صفحة 324.

28 مشار إليه لدى السنهوري - عقد البيع - المرجع السابق - صفحة 289.

29 منصور مصطفى منصور - عقد البيع والإيجار - الجزء الثاني - مطبعة فؤاد - 1968 - صفحة 378 /

جميل الشرقاوي - عقد البيع - دار النهضة العربية - 1956 - صفحة 333.

30 أنور سلطان - عقد البيع - المرجع السابق - صفحة 406 / سليمان مرقس - المرجع السابق - صفحة

378 / جميل الشرقاوي - عقد البيع - دار النهضة العربية - 1956 - صفحة 333.

ثانياً: حق المشتري في طلب فسخ بيع كل العقار الشائع سواء قبل التسجيل أو بعده، يعتبر قانون التصرف في الأموال غير المنقولة الاردني رقم (49) لسنة 1953، والمطبق حالياً في الأردن والضفة الغربية، تسجيل عقد بيع العقار من أركان عقد البيع، فنص المادة الثانية من هذا القانون « ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأموال والمسقفات والمستغلات الوقفية وفق سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي » وكذلك نص المادة السابعة من قانون تسوية الأراضي والمياه الاردني « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية يجب شهرها بطريق التسجيل »، يفيدان بان عقد بيع العقار قبل أن يسجل في دوائر التسجيل يكون باطلاً لتخلف ركن الشكل فيه. أما بالنسبة للقانون المصري فلم يعتبر التسجيل من أركان عقد بيع العقار بل اعتبره شرطاً للإشهار حتى ينفذ في حق الغير، فنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري المصري « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب شهرها بطريق التسجيل » تفيد بأن عقد بيع العقار لا يزال من شأنه نقل الملكية إلى المشتري.

لذا فالمشتري للمال الشائع كله وفق القانون الاردني يحق له فقط أن يفسخ عقد البيع إذا تم تسجيله أما قبل التسجيل فان العقد يكون باطلاً وطلب الفسخ لا يكون الا على عقد صحيح.

أما في القانون المصري فانه وفقاً لعدم اعتبار التسجيل من أركان العقد واعتباره شرطاً للشهر فان المشتري يكون له أن يطالب بإبطال عقد البيع سواء قبل التسجيل أو بعده. ومن ثم فانه كما يقول المرحوم السنهوري أن علة البطلان في البيع غير المسجل موجودة كما هي في البيع المسجل لان نص المادة 2/466 من القانون المدني المصري جاء عام شامل لا يميز بين البيع المسجل وغير المسجل³¹.

وبالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني في نص المادة 2/543 جاء حاسماً في هذا الصدد فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير

ولو لم يسجل « يكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل أو لم يسجل » وهي تقابل المادة 2/466 من القانون المدني المصري.

ويتضح من هذا النص أن مشروع القانون المدني الفلسطيني وقع في تناقض واضح حيث أن المادة 77 من المشروع تنص على ضرورة استيفاء الإجراءات الشكلية في العقود التي يكون محلها عقاراً بمعنى أن التسجيل هو الركن الشكلي للعقد يجب استيفائه، غير أنه في نص المادة 2/543 (سجل العقد أو لم يسجل) أوصلنا إلى مرحلة لا نستطيع خلالها فهم موقف المشروع من التسجيل.

ثالثاً: حق المشتري في طلب التعويض جراء الخسارة من فسخ عقد البيع، لا يقتصر حق المشتري للمال الشائع كله والذي يصدر من أحد الشركاء دون إذن الباقيين على طلب فسخ البيع بل له أيضاً أن يطالب الشريك البائع بتعويض ما أصابه من ضرر من خسارة لحقت به أو كسب فاتته بسبب فسخ البيع³².

وفي هذا تنص المادة 545 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تقابل 468 من القانون المدني المصري « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » ولا مقابل لهذه المادة في نصوص مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الاردني غير انه يكون للمشتري هذا الحق وفقاً للقواعد العامة.

ولكن يشترط في أن يكون للمشتري طلب التعويض أن يكون حسن النية أي لا يعلم بان البائع للمال الشائع كله هو مجرد شريك وقد باع من دون إذن بقية الشركاء، أما إذا كان المشتري سيء النية أي عالم بوضع البائع فانه لا يحق له الا أن يطالب بفسخ البيع دون التعويض فيكون له أن يسترد فقط ثمن المبيع دون مصروفات عقد البيع التي أنفقها، ذلك لانه اقدم على البيع وهو عالم بان المبيع هو غير مملوك جميعه للشريك البائع، فهو الذي يحمل تبعه ذلك.

ولكن يجوز للمشتري، حتى لو كان عالماً وقت البيع بان المبيع غير مملوك جميعه

32 جميل الشرقاوي - عقد البيع - دار النهضة العربية - القاهرة 1959 - صفحة 564.

لشريك البائع أن يشترط في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انتزع المالك الحقيقي المبيع من يده، وعلى العكس من ذلك لا يستطيع الشريك البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيري إذ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية³³.

كما انه لا يشترط في جواز مطالبة المشتري بالتعويض أن يكون الشريك البائع سيء النية أي أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له بمجمله، فحتى لو كان البائع حسن النية، يعتقد وقت البيع أن المبيع مملوك له بمجمله، فهذا لا يمنع من جواز أن يطالب المشتري بالتعويض على النحو المتقدم. وفي هذا قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه لا يشترط في بيع ملك الغير أن يكون البائع سيء النية حتى يكون للمشتري الحق في فسخ عقد البيع³⁴.

ومصدر التعويض بعد أن يقوم المشتري بفسخ عقد البيع، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه، فالعقد زال بالفسخ، وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية الشريك البائع إلى الخطأ التقصيري، وفي حال حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد والتي تقتضي بأن كل عقد من العقود يتضمن في نفس الوقت عقد ضمان ضمني من شأنه التزام كل عاقد بضمان صحة العقد الذي أبرمه، وعلى ذلك إذا تقرر بطلان العقد لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لنقص أهلية العاقد... الخ، الزم المتعاقد الذي وجد علة البطلان في جانبه بتعويض المتعاقد الآخر الذي اطمأن إلى العقد إذا كان هذا الأخير حسن النية أي يجهل علة البطلان³⁵.

كما يجوز القول هنا بتحول العقد، فيتحول العقد من بيع ملك الغير بعد فسخه إلى عقد ملزم للشريك البائع بالتعويض، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الالتزام لو انهما كانا يعلمان أن البيع سيفسخ.

33 إسماعيل غانم - العقود الواردة على الملكية - دار النهضة العربية - مجهول السنة - صفحة 18.
34 تمييز حقوق أردني - قرار رقم 519 / 95 - الصادر بتاريخ 9/13/2002 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين - صفحة 347.

35 منصور مصطفى منصور - عقد البيع - مطبعة فؤاد بمصر - 1964 - صفحة 252.

رابعاً: حق المشتري للمال الشائع في إجازة عقد البيع، كما يكون لمشتري المال الشائع كله أن يفسخ عقد البيع مع الشريك البائع، يكون له أيضاً أن يجيزه صراحةً أو ضمناً كان يقوم المشتري بتنفيذ التزاماته مختاراً بعد علمه بان المبيع غير مملوك كله للشريك البائع كان يتسلم المبيع أو يدفع الثمن، فينقلب البيع لازماً فيما يعادل حصة الشريك البائع من المال الشائع المبيع ويبقى منشئاً للالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري، والبيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري الا فيما يعادل حصة الشريك البائع بحصة شائعة مقدرة نسبياً كالنصف أو الثلث أو الربع. أما فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء فإنها لا تنتقل إلى المشتري لان هؤلاء الشركاء هم أجنب عن العقد ولا تنتقل ملكية حصصهم الشائعة في المال المبيع الا برضائهم. وهذا ما يفهم من نص المادة 96 من مجلة الأحكام العدلية ونص المادة 2/550 من القانون المدني الاردني والتي تقابل المادة 2/466 مصري و 2/543 من مشروع القانون المدني الفلسطيني «ولا يسري هذا البيع في حق مالك العين المباعة ولو أجازها المشتري» .

واجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للفسخ، وتقلبه لازماً فيما بين المتعاقدين، فيكون الشريك البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن.

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لانه لا يملكه، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له باقي الشركاء أن يرجع على الشريك البائع بضمان الاستحقاق³⁶.

خامساً: صيرورة بيع الشريك كل المال الشائع لازماً بأيولة كل المال الشائع للشريك البائع، لا ينقلب بيع الشريك لكل المال الشائع لازماً بإجازة المشتري فحسب بل هو أيضاً ينقلب لازماً إذا آلت ملكية المال الشائع المبيع بأكمله إلى الشريك البائع كما لو اشترى الشريك البائع حصص باقي الشركاء في المال بعد صدور العقد، وهذا ما يفهم من نص المادة 377 من مجلة الأحكام العدلية، وكذلك

نصت المادة 2/551 من القانون المدني الاردني صراحة على ذلك «وينقلب البيع صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد»، وهي تقابل المادة 467 مصري و 1/544 من المشروع الفلسطيني.

واري أن هذا النص معيب لاستخدامه مصطلح ينقلب صحيحاً فالأولى أن يستخدم مصطلح ينقلب لازماً، لان العقد هو صحيح في ذاته وان أيلولة المال إلى الشريك البائع تقلب العقد لازماً، ذلك لانه إذا آلت ملكية كل المال الشائع المبيع إلى الشريك البائع وهو مازال ملتزماً بنقل الملكية لان المشتري لم يتمسك بعد بفسخ البيع، فان هذا الالتزام ينفذ فوراً، ما دام العائق الذي يحول دون تنفيذه، وهو انعدام الملكية عند الشريك البائع بالنسبة لحصص باقي الشركاء في المال الشائع المبيع قد زال واصبح الشريك البائع مالكاً لكل المال المبيع، ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري إذا كان المال عقاراً خاضعاً للتسجيل، بعد التسجيل في العقار بمجرد ايلولتها للشريك البائع، ومتى اصبح المشتري مالكاً للمبيع، فانه لم يعد هناك محل لفسخ البيع، لان الفسخ تقرر لحماية المشتري وقد اصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية. فينقلب البيع لازماً، وذلك بحكم القانون لا بحكم الإجازة، ويكون الشريك البائع بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري، ملتزماً بتسليمه اياه وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع.

وقد يكسب المشتري ملكية المال الشائع المبيع لا عن طريق أيلولة ملكية المبيع للشريك البائع، بل عن طريق التقادم أو الحيازة في المنقول على النحو الذي قدمته في الفصل الثاني من هذه الرسالة، ففي هذه الحالة يصبح البيع صحيحاً لازماً بعد زوال السبب الذي كان يدعوا إلى فسخه.

نماذج قضايا قانونية

القاضي فواز عطية

قاضي محكمة الاستئناف - رام الله



مسائل عملية حول التوقيف والحبس الاحتياطي

1. تقدم سعيد بشكوى لدى نيابة اريحا ضد سامر بتهمة اصدار شيك دون رصيد وارفق معها اخطار عادي مع علم الوصول وبعد سماع المشتكي اصدر وكيل النيابة مذكرة احضار بحق المتهم وفور احضاره من قبل الضابطة القضائية قرر وكيل النيابة احالة المتهم موقوفا لمحكمة الصلح.
2. قدمت ليلي شكوى امام مأمور الضبط القضائي في قرية ابو قش ضد مجهول زاعمة انها تتلقى مكالمات هاتفية بالمعاكسة ، تحرت الضابطة القضائية عن الموضوع وحصلت على اذن من النيابة العامة للتحقق على المكالمات التي تتلقاها المشتكية وبالاتفاق معها ومن خلال نظام GPS استطاعت الضابطة القضائية معرفة مكان المتهم ومصدر المكالمة، بحيث تم القاء القبض على المتهم متلبس في اجراء المكالمة من كشك في رام الله وسجلت المكالمة اذ تبين انه خطيبها السابق بحيث تم القاء القبض عليه من قبل الضابطة القضائية يوم الاربعاء الساعة السادسة مساء وتم عرض المتهم على النيابة العامة برام الله يوم الاحد محالا بكافة اوراق محضر جمع الاستدلالات اذ قرر وكيل النيابة ان الدعوى صالحة لاقامتها مما احال الملف لمحكمة الصلح مباشرة مع المتهم موقوفا.
3. تم القاء القبض على متهم يتناول مادة يشتبه بانها مخدرة من قبل ضابط مكافحة المخدرات في العيزرية بصورة التلبس بحيث تم احالة المقبوض عليه لمركز مكافحة وفورا تم سماع اقواله من قبل ضابط آخر وبعد 24 ساعة تم ارساله للنيابة العامة في بيت لحم مع اضبارة ملفه الذي احتوى على المادة المضبوطة وتقرير الضابط واقوال المتهم الذي اعترف بانه كان يتعاطى المرغوانا اصدر وكيل النيابة امرا بتوقيف المتهم لمدة 24 ساعة وبعد انتهاء المدة استجوب وكيل النيابة المتهم وامر بتوقيفه لمدة 48 ساعة عملا باحكام المادة 108 من الاجراءات الجزائية.
4. بموجب شكوى مقدمة من احمد ضد صايل لدى نيابة رام الله موضوعها الايذاء والتعطل لمدة يومين بموجب تقرير طبي استمع معاون النيابة للمشتكي وبموجب تفويض من رئيس نيابة رام الله تم سماع المتهم من ذات المعاون واعترف المتهم

بما نسب اليه عن تهمة الايذاء وابدى المتهم ندمه والتمس الرحمة وأصدر معاون النيابة تقريراً لرئيس النيابة بضرورة احالة المتهم موقوفاً لمحكمة صلح رام الله وتم ذلك، طعن وكيل الدفاع بالاجراءات التي تمت امام قاضي الصلح وبالنتيجة التمس اخلاء سبيل موكله دون كفالة.

5. تقدمت النيابة العامة في نابلس باول طلب تمديد توقيف المتهم لقاضي الصلح بموجب طلب تمديد موقع من مساعد النائب العام عن تهمة الشروع بالقتل دون تحديد للمدة، وكيل الدفاع اعترض على ذلك لان طلب التمديد جاء خالياً من المدة قرر قاضي الصلح التدقيق ورفع الجلسة لمدة 48 ساعة وفي اليوم المحدد وبحضور المتهم الموقوف وحضور معاون النيابة ووكيل الدفاع وجد قاضي الصلح ان طعن الدفاع لا يخالف حكم المادة 1/120 من الاجراءات الجزائية مما قرر تمديد توقيفه لمدة 15 يوم.

6. بانتهاء مدة التوقيف للمتهم زيد عن تهمة التخابر مع العدو قدمت النيابة العامة طلب تمديد توقيف المتهم لمدة 15 يوم للتحقيق مع المتهم مما تقرر اجابة طلبه وفي التمديد الثاني اجاب قاضي الصلح طلب النيابة على اساس ان التهمة خطيرة على الامن والنظام العام وفي طلب التمديد الثالث اجاب ذات القاضي لطلب النيابة مع العلم ان الدفاع في كل مرحلة كان يبدي ان التحقيق مع موكله قد انتهى بدلالة ان النيابة احالة الاوراق للنائب العام لاتخاذ المقتضى القانوني كما ابدى الدفاع ان توقيف المتهم لدى جهاز الامن الوقائي كان بصورة غير قانونية لاحالته للنيابة العامة بعد 72 ساعة من تاريخ القبض عليه.

7. قدمت النيابة ما يشير على ان احد المتهمين لا يستطيع الحضور بسبب اجراء عملية جراحية له وبرزت تقرير طبي يفيد بذلك اما الباقيين تذرعت بعدم احضارهما بسبب عدم وجود تنسيق لهما من الجانب الاسرائيلي وارفقت كتاب من الشرطة يفيد ذلك، قرر قاضي الصلح برام الله تقدمت النيابة العامة بطلب تمديد توقيف عدد من المتهمين عن تهمة السرقة بالاشترار بحيث حضر واحد من الاربعة لقاضي الصلح الذي كان موقوفاً على لدى مركز شرطة الضواحي

والباقيين موقوفين لدى مركز الاصلاح والتاهيل في اريحا تمديد توقيف جميع المتهمين.

8. تقدمت النيابة العامة بطلب تمديد المتهم الحاضر امام محكمة البداية بعد انتهاء ولاية محكمة الصلح عن تهمة هتك العرض دفع المتهم ان ما نسب لموكله ماهو الافعل مناف للحياء على اساس ان المتهم قام باستعمال اصابعه بحركات ولم يمس جسد المشتكية مما قررت المحكمة توقيف المتهم لمدة 48 ساعة على ان تحضر النيابة العامة الملف التحقيق وكيل المتهم كرر اقواله واثار دفعا جديدا يتعلق بعدم اهلية موكله الذي لا يعي كنه افعاله مما قررت المحكمة ارجاء هذا الدفع لحين المحاكمة وقررت اجابة طلب النيابة بتمديد توقيف المتهم مدة 45 يوم على امل اجراء المصالحة مع المشتكية بالتنازل عن شكاوها.

مسائل عملية حول طلبات الافراج بالكفالة

قدم وكيل الدفاع عن المتهم سمير بطلب افراج بالكفالة في اليوم الاول من تاريخ تقديم طلب التمديد اذ تضمنت وقائع الطلب ان التهمة الموجهة لموكله لا تتفق وطبيعة مجريات التحقيق لان ما نسب لموكله هو تهمة الضرب المفضي للموت في طوشة ومن خلال التحقيقات تبين ان موكله لم يكن في الموقع وثبت ذلك، قرر قاضي الصلح تمديد توقيف المتهم لمدة عشرة ايام لمنح النيابة فرصة اجراء التحقيق وللحفاظ على الادلة.

قدم شقيق المتهم طلب افراج بالكفالة لقاضي الصلح بعد 28 يوم من توقيف المتهم عن تهمة السكر المقرون بالشغب فقرر قاضي الصلح على الطلب رفض الطلب لتقديمه ممن لا يملك الحق في تقديمه.

قررت محكمة بداية رام الله الافراج عن عدد من المتهمين بكفالة 500 دينار اردني لكل متهم وقررت على ان لا يكون اي منهم موقوف على ذمة اية قضية اخرى النيابة العامة وتم اطلاق سراحهم جميعا بعد ان تم دفع قيمة الكفالات، قدمت طلب اعادة نظر عند الساعة 2.30 ظهرا في امر الافراج ونتيجة لمغادرة الهيئة مصدرة القرار تم تشكيل هيئة اخرى ونظرت ذلك الطلب ومن ضمن طلبات النيابة ان اليوم هو الخميس

ونتيجة التهم الخطيرة التي وجهت للمتهمين فلدى النيابة اسباب جدية لاعادة المتهمين للتوقيف للتحقيق معهم في تهمة جديدة وهي التخابر مع العدو مما اجابة الهيئة الثانية طلب النيابة .

تقدم وكيل الدفاع بطلب افراج بالكفالة بعد 15 يوم من تاريخ توقيف المتهم ورفض طلبه وبعد يومين قدم ذات الطلب ورفض طلبه وبعد يوم قدم ذات الطلب ورفض طلبه وبعد اسبوع قدم ذات الطلب فرفض طلبه وعندما تقدمت النيابة بطلب تمديد التوقيف الثاني قدم ذات الطلب واجاب قاضي الصلح طلب النيابة ورفض طلب الدفاع .

تقدم وكيل الدفاع بعد شهرين من توقيف موكله بطلب امر افراج لقاضي الصلح عن المتهم الذي وجهت له تهمة تعاطي مواد مخدرة قرر القاضي على الاستدعاء اجابة الطلب على ان يتقدم المتهم بكفالة نقدية بقيمة الف دينار المتهم لم يستطع دفع قيمة الكفالة وتقدم وكيله بطلب تحويل الكفالة المالية لعدلية فاجاب الطلب وقرر قاضي الصلح ان يوقع عليها كفيل مليئى ولم يجد المتهم من يكفله، وبعد اسبوع زار رئيس هيئة الجنايات في محكمة البداية مركز الاصلاح اذ بالمتهم يقص قصته للقاضي ووعد بحل مشكلته رفع القاضي الامر لرئيس المحكمة .

وجهة نظر بشأن التنظيم النقابي للمحاميين الشرعيين

المحامي قصي عواد - رام الله



قام عدد من المحامين الشرعيين بالتداول والتشاور من اجل انشاء نقابة محامين شرعيين تختص في متابعة شؤون المحامين الشرعيين ومنح الاجازات لهم وتحقيق الاهداف المرجوة .

حيث دعا الى انتشار فكرة هذه النقابة عدد من المحامين الأساتذة، منهم الاستاذ علي شقيرات والاستاذ عماد عواد والاستاذ تامر زايد والاستاذة امل العيساوي وعدد من المحامين الشرعيين الخريجين كليات الشريعة الاسلامية .

ففكرة انشاء نقابة نالت انتشار نقابة محامين شرعيين استحسن خريجي كليات الشريعة الاسلامية سيما انها تؤمن لهم الاحتياجات التي يريدونها بحسب اعتقادهم كالتقاعد والتأمين الصحي على غرار ما هو مطبق من قبل نقابة المحامين النظاميين .

وبلقاء سماحة القائم باعمال قاضي القضاة رئيس المحكمة العليا الشرعية الشيخ يوسف ادعيس رحب بفكرة انشاء جسما يمثل المحامين الشرعيين سواء كان ذلك نقابة ام جمعية ام رابطه المهم ان تكون متفقه واحكام القانون ومصادق عليه من الجهات المختصة ولها الحق في منح الاجازات ومتابعة شؤون المحامين على غرار نقابة المحامين النظاميين، بحيث لا يتعارض هذا الجسم وانظمة القوانين السارية والنافذه، وايضا لا تشكل تعارضا مع نقابة المحامين النظاميين، وقد تفهم الإشكاليات والصعاب التي تحول دون انشاء مثل هذه النقابة ، وازاف قائلاً انه في حال خرجت الى النور جسما قانونيا مصادق عليه من قبل الجهات المختصة واصبح لها قوة القانون ولها انظمتها الداخلية الخاصة بها فان ذلك سيكون من دواعي سروره للتعاون المطلق ولا محدود مع هذه النقابة وسوف يحترم ما يصدر عنها من قرارات سيما فيما يتعلق بمنح الاجازات للمحامين الشرعيين.

كما بين سماحة الشيخ يوسف ادعيس انه كان ممن ضمن الحاضرين للمؤتمر التأسيسي الذي دعا اليه الأعضاء المؤسسون لفكرة انشاء النقابه معالي مستشار الرئيس للشؤون القانونية الأستاذ حسن العوري.

ومن خلال هذا المؤتمر انطلق مشروع تأسيس قانون نقابة المحامين الشرعيين على امل المصادقة على هذا القانون من قبل الجهات المختصة .

ففكرة تأسيس نقابة المحامين الشرعيين أخذت على محمل الجد سيما انها تعالج المشاكل والصعوبات التي يواجهها خريجي كليات الشريعة الإسلامية خاصة ان المحامين الشرعيين الحاصلين على إجازة نظامية من قبل نقابة المحامين النظاميين مشمولين بحماية ورعاية نقابة المحامين النظاميين وهي التي تتكفل بهم وتحميهم وتحفظ حقوقهم . فمثل هذه الجسم النقابي سيكون لها دور فعال لدعم وإرساء قواعد العدالة وداعمه اساسية للقضاء الشرعي باعتبار ان المحامين الشرعيين خريجي الشريعة الإسلامية والمحامين النظاميين الحاصلين على الإجازة الشرعية يشكلون معا القضاء الواقف ويسعون معا لدعم قواعد العدل والمساواة ، فالقضاء يشكل الركيزة الاساس للنهوض بمؤسسه تهتم بشؤون المحاكم الشرعية وهذا الأمر سيكون بدوره داعما لحقوق ومتطلبات المحامين الشرعيين من خلال نقابتهم التي يطمحون ويأملون ان ترى النور. الاهداف والغايات المرجوة من فكرة إنشاء نقابة المحامين الشرعيين بحسب القائمين عليها

1. وجود جسم نقابي يساهم في تنظيم مهنة المحاماة الشرعية وتطوير فكر المحامي الشرعي
2. العمل على تطوير وتعديل بعض القوانين من خلال نقابة المحامين الشرعيين لما لها من صلة دائمة بالقضاء الشرعي بشكل مباشر .
3. المحافظة على حقوق المحامي الشرعي ورفع مكانتهم من خلال وجود جسما يضم في طياته جميع اطياف المحامين الشرعيين سواء كانوا خريجي شريعة اسلامية ام محامين شرعيين حاصلين على إجازة المحاماه الشرعية .
4. متابعة ومواكبة المراحل والظروف والمتغيرات التي يمكن ان تحدث خلال ممارسة المحامين الشرعيين لمهنة المحاماه الشرعية خاصة الجزء المتعلق في تنظيم وحل المشاكل التي يتعرض لها المحامي من خلال ممارسة هذه المهنة .
5. المحافظة على هذه المهنة والرفع من مكانتها لما لها من اهمية كبيرة في تحقيق العدالة وخاصة انها تساهم في استقرار ومعالجة مشاكل الاسرة وهي اهم مراكز العدالة في المجتمع المدني لعلاقتها المباشرة بالأسرة .

6. تنظيم وتفعيل مهنة المحاماة الشرعية خاصة لما لهذه المهنة من أهمية في المجتمع المدني وكونها اصلاً لا تقل عن مهنة المحاماه النظامية فكلا المهنتان تشكلان هدفاً واحداً هو العمل على استقرار العدالة في المجتمع وتوفير الحماية اللازمة لأفراد الأسرة الواحد .
7. يسعى هذا الجسم القانوني والمتمثل بفكرة النقابة في بسط الشروط الواجب توافرها في المحامي الشرعي الذي يرغب في مزاوله المحاماه الشرعية فهي التي تتحقق من صحة الوثائق والمستندات والشهادات ليس هذا فحسب هذه النقابة ايضاً من صلاحياتها التحقق من ان الجامعه هي من ضمن الجامعات المعترف بها ام لا حتى يتم إعتماذ الشهادات الصادره عنها .
8. كما ان الجسم النقابي من أهدافه تحقيق التوازن فيما بين المحاكم الشرعية المتمثلة بمجلس القضاء الأعلى الشرعي وفيما بين نقابة المحامين النظاميين
9. الدفاع عن مصالح النقابة والمحامين والمحافظة على فعالية المهنة وضمان حرية المحامي في اداء رسالته ومهامه الموكلة اليه .
10. تنظيم جهود اعضاء النقابة لتطوير الفكر القانوني في خدمة الحق والعدل والتقدم والمساهمة في تطوير القوانين المعمول بها في المحاكم الشرعية .
11. تنشيط البحوث القانونية وتشجيع القائمين بها ورفع المستوى العلمي لاعضاء النقابة المنتسبين لها .
12. تقديم الخدمات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمحامين وتنظيم أمور التقاعد والشيخوخة والعجز والوفاة
31. تقديم المساعدة عند الحاجة وتوفير الرعاية الصحية لهم ولعائلاتهم بما يكفل لهم حياة كريمة .
14. تأسيس وتنمية صندوق تقاعد للمحامين يضمن للمحامي راتباً تقاعدياً .
15. تأسيس وتنمية صندوق تعاون للمحامين لتعزيز روح التعاون فيما بينهم وتوطيد الخدمات التعاونية والمهنية والمادية لهم .

16. توفير العمل المهني للاعضاء وتنظيم التعاون في ممارسة مهنة المحاماة وتقديم المعونة القضائية لغير القادرين من المواطنين حسب اللوائح التي ينظمها مجلس النقابة.

المعوقات التي تحول دون صدور قانون يتعلق بالمحامين الشرعيين

عند متابعة هذا الموضوع لما له من أهمية تم مراجعة بعض المحامين الشرعيين سواء الحاصلين على الإجازات الشرعية والمنتسبين لنقابة المحامين النظاميين ام الحاصلين على الإجازات الشرعية من خريجي كليات الشريعة الإسلامية حث تحدثوا عن معوقات التي تحول من صدور مثل هذا الجسم القانوني المعوقات التي تحول دون وجود نقابة محامين شرعيين .

فقد تحدث كل من المحامي عماد عواد وفريد الجيوسي امين صندوق المجلس التأسيسي لنقابة المحامين الشرعيين وناصر رامية امين سر النقابة حاليا والاستاذ امل عيساوي امين سر النقابة سابقا والدكتورة اكرام القيسي والأستاذة صباح الجعبري عضوي المجلس التأسيسي لنقابة المحامين الشرعيين عن فكرة انشاء النقابة والمعوقات التي تحول دون صدور قانون يخص بها وما اذا كانوا يميلون الى فكرة وجود جمعية او رابطة تمثل الجسم القانوني والمهني لهم كمحامين شرعيين في حال تعذر صدور قانون لنقابة المحامين الشرعيين وقدتم ذكر هذه المعوقات على سبيل المثال وليس الحصر وتتمثل في:

1. عدم وجود مجلس تشريعي فاعل الذي من الممكن من خلاله طرح مشروع القانون للمصادقة عليه فوجود المجلس التشريعي من شأنه ان يبرق بصيصا من الأمل لولادة مثل هذا المشروع .
2. غياب المحامين الشرعيين الموجودين في المحافظات الجنوبية وعدم اطلاعهم على مسودة المشروع وعدم اشراكهم فيه اذ لا يعقل باي شكل من الاشكال ولادة جسم نقابي لا يمثل المحامين الشرعيين في شطري الوطن (الضفة وغزه) سواء كانوا خريجين لكليات الشريعة الاسلامية او محامين حاصلين على اجازة المحاماة النظامية.

3. وجود نقابة المحامين النظاميين التي تعارض بشكل قاطع هذا المشروع فبحسب وجهة نظرهم لا يجوز باي شكل من الأشكال وجود نقابتان تمثلان جسدا واحد لجهة واحدة ، وإنما يرون ان وجود نقابة تمثل المحامين الشرعيين هي الحل الوحيد والأنسب لهم اذ لا فرق فيما بين المحامي الشرعي والمحامي النظامي فكلاهما يمثلان امام محاكم نظامية وشرعية ولهما حقوق وعليهما واجبات وهذا الامر موجود في ظل قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم 35 لسنة 99 فمثل هذا القانون ينظم مهنة المحاماة النظامية ولذلك بالامكان تنظيم مهنة المحاماة الشرعية من خلال استحداث نقابة تمثل المحامين الشرعيين .
4. رفض المتحدثون فكرة مسمى المرافع الشرعي لأن مسمى المحامي الشرعي منصوص عليه في قانون تنظيم مهنة المحاماه الشرعية رقم 12 لسنة 52 وما جرى عليه من تعديلات ينص صراحة على مسمى المحامي الشرعي في حين نجد ان عبارة المرافع الشرعي لم ترد في اي قانون وانما هو اقتراح من قبل بعض المحامين النظاميين للخروج من ازمة المسمى .
5. اشارة المحامون بأن الإجازة الشرعية المنوي منحها للمحامين المنتسبين لهذا الجسم القانوني قد تشكل مؤقتا عائقا للترافع امام المحاكم الشرعية من حيث معاملة المثل لدى المحاكم الشرعية العاملة بالقدس الشريف التابعة اداريا وقانونيا للمملكة الأردنية الهاشمية ومع ذلك وضع المحامون الشرعيون بأن هذا الإشكال من الممكن تجاوزه من خلال تعديل نصوص المواد ووجود التنسيق فيما بين المحاكم الشرعية العاملة في المحافظات الشمالية وفيما بين المحاكم الشرعية العاملة بالقدس الشريف .
6. كما بين المحامون الشرعيون من خلال دفاعهم عن مشروع النقابة بانه لا يوجد مانع او تعارض فيما بين نقابة المحامين الشرعيين وبين نقابة المحامين النظاميين بالرغم من ان نصوص مواد كلا النقابتين من حيث تشكيل جسم النقابة والانتساب والعضوية والأهداف والغايات المخصصة لكل منهما لا يتعارضان مع بعضهما البعض من وجهة نظرهما ومن حيث منح الإجازة الشرعية .

موقف نقابة المحامين النظاميين من المشروع

تعتبر نقابة المحامين الفلسطينيين تنظيم مهني نقابي مستقل يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي حيث يتولى شؤونها مجلس منتخب يعمل بمنأى عن أي تدخل أو تأثير خارجي مركزها الرئيسي القدس.

تمارس النقابة عملها من خلال فروعها العاملة في كافة انحاء الوطن ، وتؤدي رسالة غاية في الاهمية بصفتها اللواء الذي ينضوي تحته رجال القضاء الواقف المساند للقضاء الجالس للوصول في نهاية الامر لبسط العدالة وتحقيق الاستقرار الاجتماعي المنشود وتتعاظم اهمية رسالة النقابة في خضم الصراع السياسي الداخلي وتساعد وتيرة انتهاكات الاحتلال واعتداءاته على المواطن الفلسطيني وحقوقه الامر الذي يتطلب وقفة حاسمة من النقابة باعتبارها مرفقا هاما من مرافق العدالة.

تتجسد رسالة نقابة المحامين بمجموعة من المبادئ التي تعمل النقابة من اجل حمايتها وتطويرها وهي على سبيل المثال لا الحصر :

1. حماية الحريات والحقوق

ان نقابة المحامين ومن موقعها في معالجة قضايا الوطن والمواطن ومن منطلق حرصها على اقامة دولة القانون والمؤسسات وحماية حقوق الانسان الاساسية من الظلم والتعسف والتدخل غير المشروع تسعى لتطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بالحريات العامة والحقوق كضمانة اساسية لحماية كافة الحريات السياسية والحقوق الطبيعية للمواطنين التي كملها القانون الاساسي وشكلت لهذه الغاية لجانا متعددة للدفاع عن المعتقلين لاسباب سياسية او لاسباب تتعلق بحرية المواطن في التعبير عن رايه بكافة الوسائل التي كفلها القانون الاساسي .

وعطفا على ما سبق فقد رفضت نقابة المحامين تخويل السلطنة التنفيذية على السلطات الاخرى وتقييد نشاطها وتحفظت على كافة القرارات بقوانين التي صدرت في غياب السلطة التشريعية وتحديد القوانين المقيدة للحريات العامة والماسة بحقوق الانسان الاساسية.

2. تسهيل الوصول الى العدالة

تشكل نقابة المحامين الاطار الذي ينصهر فيه كافة المحامين النظاميين على اختلاف اطيافهم وانتماءاتهم ويدخل المحامون في معادلة طرفها الاخر القضاء للوصول من نهاية المطاف الى احقاق الحق واعادة الامور إلى نصابها الطبيعي.

وفي هذا السياق ونظرا لظروف الاحتلال القاسية التي يعيش شعبنا الفلسطيني تلعب النقابة دورا مميزا لتسهيل وصول المواطنين الى العدالة.

فانطلاقا من اهداف النقابة الرامية لتحقيق العدالة وترسيخ سيادة القانون فان النقابة تعمل باستمرار لتيسير التمثيل القانوني لكل ذي حق بواسطة وكيل قانوني ولادراك النقابة بان قلة المال قد يكون عالقا بين اصحاب الحقوق وبين تمثيلهم بواسطة وكيل قانوني فقد قامت النقابة بتقديم المعونة المجانية لمن يثبت لنقيب المحامين فقره وعدم استطاعته دفع اتعاب المحاماة كما اجيز لنقيب المحامين تكليف اي من المحامين الاساتذة بتقديم هذه المعونة لمئات الحالات خلال السنوات المنصرمة.

3. استقلال القضاء

مساهمة من النقابة لترسيخ مبادئ العدالة فانها وبشكل مستمر تعمل على دعم مبدأ استقلال القضاء وتكريس مكانته واحترام قراراته، كما وتسعى من اجل تطوير هيكلية خاصة بالجهاز القضائي والمحافظة على استقلاليته التامة كما تساهم النقابة بوصفها مرفقا هاما من مرافق العدالة في تطوير القوانين والتشريعات لخدمة الحق والعدل.

4. رفع مستوى مهنة المحاماة

لضمان قيام المحامين بدورهم على اكمل وجه للنهوض بدورهم المتمثل في حماية الحريات والحقوق وتحقيق العدالة ولتمكين رجال القانون من مواجهة تحديات المهنة في ظل تعديل الكثير من القوانين وصدور قوانين جديدة وتزايد عدد المؤسسات التي تطلب ان يكون ضمن كوادرها قانونيون مؤهلون على اعلى مستوى كان لا بد من تاهيل محامي المستقبل اكااديميا على نحو لائق من خلال النهوض بمستوى التدريب.

وتحقيقا لهذه الغاية فقد شكلت لجنة تختص بمتابعة كافة الشؤون المتعلقة بالتدريب كما صدر نظام تدريب المحامين النظاميين الذي يشكل الاطار القانوني لتنظيم عملية التدريب برمتها .

اما الانجاز الاكبر في هذا الصعيد فقد تمثل في نظام الامتحانات التي تعدها النقابة كمتطلب اساسي للحصول على اجازة مزاولة مهنة المحاماة ودعمًا لعملية التدريب الابتدائي تعقد النقابة محاضرات وندوات في مواضيع قانونية متخصصة على ايدي نخبة من المحامين من ذوي الخبرة والممارسين يستفيد منها المحامون المتدربين وانطلاقا من اهمية التدريب على الاجراءات العملية تجري بعض التدريبات من خلال قاعات المحاكم الصورية الموجودة في بعض مقرات النقابة ويتوفر في مقرات النقابة مكاتب قانونية توفر المراجع القانونية الهامة في العديد من المواضيع القانونية .

فنظام التدريب وفقا لأنظمة النقابة يلتقي مع قانون المحامين الشرعيين رقم 12 لسنة 1952 الذي ينص من خلال نصوص مواده بان قاضي القضاة يمنح الإجازة الشرعية للمحامين الشرعيين بعد ان يتقدم ببحث بشرط ان يكون متفرغا لممارسة اعمال المحاماه الشرعية .

5. التطور المهني والتعليم المستمر

تسعى نقابة المحامين جاهدة للتطوير وتفعيل النقابة ورفع المستوى المهني فقد قامت بالأونه الأخيرة بفتح الأفق امام المحامين من أجل تطوير قدراتهم من خلال التدريب المستمر فقد عملت نقابة المحامين بالتعاون مع معهد الحقوق في جامعة بيرزيت على تقديم دبلوم المهارات القانونية وقدمت تدريبا للمحامين في مجال مفاهيم حقوق الانسان والكرامة الانسانية وكيفية ادخال هذه المفاهيم وتعزيزها في اجراءات التقاضي وفي هذا السياق لا بد من الاشارة إلى دور النقابة في تشييط البحوث القانونية وتشجيع الباحثين من اعضائها .

وفي اطار جهود النقابة في سعيها المتواصل لرفع المستوى الاكاديمي لمنتسبيها فان هناك العديد من المشاريع المستقبلية الطموحة التي تصبو النقابة الى تحقيقها انشأت

نقابة المحامين الفلسطينيين مكتبا فنيا وشرعت باصدار مجله قانونية وقامت بتجهيز قاعات للتدريب ومحاكاة المهنة من خلال المحاكم الصورية.

لذلك فان نقابة المحامين النظاميين تمنع وتعارض فكرة انشاء نقابة محامين شرعيين سيما ان ما يصبوا اليه البعض من المحامين الشرعيين موجود ومتوفر لهم في نقابة المحامين النظاميين، وبالإمكان ان تضم تحت ظلها كافة المحامين الشرعيين الحاصلين على الإجازات الشرعية من خريجي كليات الشريعة الإسلامية.

وبسؤال عطوفة نقيب المحامين النظاميين الاستاذ حسين شبانة عن اسباب معارضته لفكرة نقابة محامين شرعيين اوضح لنا بأن النقابة لكل ما ذكر اعلاه من انجازات وان النقابة لها استقلال مالي واداري تستطيع ان تضم في طياتها كافة المحامين الشرعيين بصرف النظر عن طبيعة شهادته.

فالمحامي سواء كان شرعيا او نظاميا يمثل جسدا واحد فلا يجوز وجود نقابتان تمثلان جسدا واحد لمهنة واحدة ، فمهنة المحاماة الشرعية والنظامية لا تختلفان عن بعضهما البعض فكلتاهما تحققان غاية واحدة الا وهي الدفاع المشروع والبحث عن العدل وتحقيق العدالة وتشكلان ايضا قضاء واقفا سواء هذا الامر كان امام القضاء الشرعي ام القضاء المدني، لذلك فوجود نقابة محامين شرعيين لتمثيل ذات الجسد القانوني امر يخالفه القانون.

ومن اجل الخروج من هذا التيه فان مجلس نقابة المحامين النظاميين لا يمانع باي شكل من الاشكال ان يتم انشاء واستحداث سجلا خاصا لمن هم حاصلون على الاجازة الشرعية تحت مسمى المرافع الشرعي ، وبالتالي لا داعي لمثل هذا المشروع طالما يوجد غطاء قانوني متمثل في نقابة المحامين الشرعيين الأمر الذي من شأنه تمثيل وضم جميع المحامين النظاميين والمرافيعين الشرعيين تحت مظلة واحدة ووحيدة هي نقابة المحامين النظاميين التي انشأت بقانون ولها انظمتها وقواعدها وبدورها تستطيع منح الإجازات الشرعية وتحفظ حقوق المرافيعين الشرعيين أسوة بزملائهم المحامين النظاميين.

فنقابة المحامين النظاميين محصنة بالقانون رقم 3 لسنة 99 الذي يضم شطري

الوطن (الضفة وغزة) ، اُضيف الى ذلك ان المحاكم الشرعية في ظل قانون رقم 12 لسنة 52 وما جرى عليه من تعديلات وكذلك الامر قانون العائلة العثماني المطبق في المحافظات الجنوبية يعتبران الاساس القانوني لمنح حملة الشهادات الشرعية الاسلامية والمحامين النظاميين الاجازة الشرعية ، كما أن نقابة المحامين النظاميين تمنح الاجازة من خلال شروط معينة رسمها قانون نقابة المحامين النظاميين ، فالخريج الذي تخرج من جامعته المعتمده من قبل وزارة التعليم العالي والتي تدرس مواد القانون وكذلك مواد الشريعة الإسلامية فالمتدرب يمر بها فالمتدرب يمر بعدة مراحل حتى يحصل على إجازة المحاماه النظامية، فمدة التدريب سنتان لا يحصل المتدرب الا اذا خضع لإمتحان كتابي وشفهي وتقديم بحث قانوني ويكون قد نجح بهم جميعا يتم رفع توصية من لجنة التدريب الى مجلس النقابة لنقل اسمه من سجل المحامين المتدربين الى سجل المحامين المزاويلين ولا تمنح له الإجازة الا بعد حلفه لليمين القانونية بحضور نقيب المحامين وعضوين من مجلس النقابة، هذا الامر لا يوجد ولم ينص عليه قانون رقم 12 لسنة 52 وانما جاءت الصلاحية مطلقة لقاضي القضاة الشرعي بمنح الاجازة الشرعية بعد اعداد بحث شرعي.

لذا نجد انه من الاولى قبل التفكير في نقابة محامين شرعيين او ما يسمى بذلك لا بد من التفكير جيدا باصدار قانون يتعلق باصول المحاكمات الشرعية وقانون الأحوال الشخصية الأمر الذي من شأنه معالجة القصور سيما ان قانون اصول المحاكمات الشرعية وقانون الأحوال الشخصية قانونان مطبقان منذ الحقبة الأردنية ولا بد من تفعيلها ومعالجة القصور الموجوده فيهما .

اضف الى ذلك ايضا أن قانون رقم 12 لسنة 52 وما جرى عليه من تعديلات هو قانون مصدره المشرع الاردني وليس الفلسطيني وبالتالي لا يجوز الغاءه الا من قبل مصدره او مشرعه لذا نجد انه في باب الإلغاءات ترد عبارة يلغى كل ما يتعارض مع هذا القانون، فاصل القانون يبقى ويلغى كل ما يتعارض معه .

وخلص عطوفة نقيب المحامين النظاميين بأنه سيعمل على تفعيل وتطوير الأنظمة المتعلقة بقانون نقابة المحامين بحيث يتم انشاء سجلا خاصا لخريجي كليات الشريعة

الإسلامية وعرضه على الهيئة العامة لإصباح الصفه القانونية عليه بحيث يمكن منح الإجازة الشرعية وفقا للأصول والقانون وايضا ينظم العلاقات المهنية اسوة بزملاتهم من المحامين النظاميين فلهم من الحقوق وعليهم واجبات ولهم حق الإستفادة من صندوق الزمالة والتعاون وكذلك الأمر التأمين الصحي وكل ما نص عليه قانون نقابة المحامين النظاميين والأنظمة وهذا هو الحل الأفضل والأمثل لهم، اذ لا يعقل باي شكل من الأشكال ان يكون هناك نقابتان تتحدثان عن نصوص مواد لا تبعد كثيرا عن نصوص المواد الموجودة والمطبقة في ظل نقابة المحامين النظاميين.

موقف قاضي القضاة في من هذا المشروع

بالمقابلة التي اجريت مع سماحة القائم باعمال قاضي القضاة رئيس المحكمة العليا الشرعية ابدى سماحته بانه لا يمانع ولا يعارض وجود مثل هذا القانون سيما ان وجود جسما يمثلهم سيقوم ويستطيع منح الاجازات الشرعية لهم بحيث لا يبقون هذا الجسم معارضا للأنظمة والقوانين ولا يتعارض مع اي جسم نقابي او اي هيئة اخرى وان مثل هذه الجسم سيكون له ذات القيمة القانونية الموجودة في ظل قانون رقم 12 لسنة 52 النافذ سيما انه وبعد اصدار مثل هذا القانون والمصادقة عليه من الجهات المختصة ونشرة في الجريدة الرسمية سيكون له ذات الاثر المترتب على قانون رقم 12 لسنة 52 وما جرى عليه من تعديلات؟

واشار سماحة القائم باعمال قاضي القضاة رئيس المحكمة العليا الشرعية بان قرار فك الارتباط الاداري والقانوني فيما بين الضفة الغربية والمملكة الأردنية الهاشمية ومع دخول السلطة الوطنية الفلسطينية اتاح الى إنشاء ديوان قاضي القضاة الذي يتمتع بصلاحيه اصدار التعليمات والانظمة التي تخص المحامين الشرعيين. وكذلك الامر منح الاجازات ومتابعة مسلكيات المهنة واخضاع المتدرب الشرعي الى مناقشة الابحاث من خلال لجنة الابحاث.

واشار سماحته ايضا بان عدد المحامين الحاصلين على الاجازة الشرعية من ديوان قاضي القضاة منذ سنة 2002 ولغاية تاريخ 2013/9/15 ستمائة وثلاث وثمانون محام شرعي منهم خمسمائة وثلاثة عشر من خريجي الكليات التي تدرس الشريعة الاسلامية.

واوضح سماحته بان القانون رقم 12 لسنة 52 هو القانون الساري والنافذ في الضفة الغربية وما جرى عليه من تعديلات وقانون العائلة العثماني مطبق ونافذ في المحافظات الجنوبية فكلا القانونين ينظمان ويمنحان المحامين الشرعيين الإجازة الشرعية .

كما يبين سماحته بأنه في حال اصدار قانون بتنظيم مهنة المحاماة الشرعية بصرف النظر عن مسماه (نقابة او رابطة او جمعية) طالما تمت المصادقه عليه وتم نشره في الوقائع الرسمية وله انظمته فانه سيحترم مثل هذا القانون وسيطبق نصوص المواد الصادرة بما لا يتعارض وقانون رقم 12 لسنة 52 وما جرى عليه من تعديلات وكذلك الامر قانون العائلة العثماني المطبق في المحافظات الجنوبية .

وبسؤال سماحته عن موقف نقابة المحامين النظاميين بين سماحته بأنه قام بزيارة مقر النقابة ووضح لهم بأنه سيتنازل عن صلاحيات منحها له قانون نقابة المحامين الشرعيين رقم 12 لسنة 1952 وذلك من اجل اتاحة الفرصة لإنجاح فكرة مشروع النقابة و/أو أي مسمى يتم الإتفاق عليه بحيث يكون له القوة القانونية في تنظيم مهنة المحاماه فلا يعارض وجود نقابة و/أو جمعية و/او رابطة المهم موافقة هذه المسميات للقوانين والأنظمة التابعه لها ولا تخالف القانون الأساسي .

التفرقة بين مسمى النقابة والجمعية

تردد على السنة بعض المحامين بان مسمى النقابة يخالف ويتعارض مع النظام والقانون سيما ان نقابة المحامين النظاميين قائمة وموجودة وصادرة بموجب قانون رقم 3 لسنة 99 وهي صاحبة النفاذ والسريان في ظل السلطة الوطنية الفلسطينية وبالتالي لا يجوز انشاء نقابة تمثل فئة محددة تنحصر في المحامين الشرعيين فالنقابة لها قوة القانون ولها القوة في تحصيل الرسوم ولها الصلاحية في منح الإجازة وتنظيم مهنة المحاماه .

فالأصل أن النقابة هي كيان حر مستقل ينشأ بإرادة أعضائها الذين لهم وحدهم تحديد مصير هذه النقابة بداية من اللائحة التي تحكمها، مروراً بطريقة عقد اجتماعاتها، أو إصدار قراراتها، أو انتخاب مجلس إدارتها، و إنتهاءً بحلها، ولكن الوضع يختلف في طبيعه القانونيه لنقابة المحامين وبين اي مسمى اخر مثل جمعيه أو غير ذلك .

فالقانون الاساسي الفلسطيني نص من خلال المادة 2/26 يحق للجماعات تأسيس النقابات المهنية فان طبيعه القانونيه والخصائص التي تتمتع بها النقابة يختلف عن خصائص وطبيعة الجمعيه ومن هنا لا بد لنا من الوقوف حول هذه الطبيعه والخصائص لكل من المسميان (نقابة وجمعيه).

الطبيعة القانونية للنقابات المهنية والجمعيات

استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على اعتبار المهن الحرة كالطب والهندسة والمحاماة وغيرها مرافق عامة. مما يدخل أصلاً في صميم اختصاص الدولة بوصفها القائمة والراعية لكافة المرافق العامة، فإذا ما رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لصالح اعضاء المهنة المتمثل بالنقابة فإنها تساعدهم على ذلك من خلال قانون يصدر ويصدق من قبل رئيس الدولة (السلطة) باعتبارهم هم الأقدر على إدارة شؤونهم من خلال نقابتهم التي مرت اصلا بقنوات عدة ابتداء بالمسودة ومرورا بالمجلس التشريعي وانتهاء بتصديقه من قبل رئيس الدول (السلطة ونشره بالوقائع الفلسطينية وبالتالي يصبح له قوة النفاذ.

فالسلطة العامة تخول النقابة المهنية المتمثلة بهيئتها العامة والراعية للقانون الصادر والأنظمة التابعه في تنظيم وتفعيل شؤون مهنتهم وهذه القوة تأتي من خلال القانون وهذا هو الأمر المطبق من قبل نقابة المحامين النظاميين .

كما أن اعضاء هذا الجسم النقابي لهم أن يستعينو بكل ما اتيح لهم من وسائل تكون متفقه والنظام العام ولا تخالف القوانين والأنظمة الأمر الذي يحفزهم على تحقيق رسالتهم التي يبغونها مع الاحتفاظ بحقهم في الإشراف والرقابة تحقيقا للصالح العام، فمثل هذا الأمر لا يغير شيئاً من التكييف القانوني لهذه المهن باعتبارها مرافق عامة.

كما استقر القضاء على اعتبار النقابات المهنية من أشخاص القانون العام. (وهو ما أشارت إليه فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم 56/1/88 بتاريخ 1994/7/20).

في حين ان النقابات العمالية تعد من أشخاص القانون الخاص لأن غايتها هي حماية

الحقوق المشروعة لأعضائها والدفاع عن مصالحهم وتحسين ظروف وشروط العمل، كما أن الدولة لا تقوم بإنشائها بل يتعلق تكوينها بإرادة مكوناتها ولا تتدخل الدولة في تعيين القائمين على إدارة المنظمات النقابية بل يختارهم أعضائها بأنفسهم عن طريق الانتخاب ، كما لا تملك النقابة في علاقاتها بأعضائها حقوق السلطة العامة كإرغام الأفراد على الانضمام إليها أو على البقاء فيها .

ومن ابرز خصائص النقابة ان لها الحق في انتخاب هيئتها العامة لمجلس النقابة كما هو مطبق في نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين العامه ولها ان تضع الانظمه والرسوم المقررة على اعضائها وتصديقها للحصول على صفة النفاذ من قبل الهيئة العامة للنقابة. كما ان المجلس التشريعي في فلسطين يمنحها قوة السلطه القانونيه التي تكون ممنوحة بقوة القانون اصلاً .

اما الجمعيه فهي جهة منظمه تحصل على صفتها القانونيه من جهة رسميه الا وهي وزارة الداخليه وبالتالي لاتملك أصلاً صفة التشريع بل تطبيق القوانين الممنوحة لها من قبل المجلس التشريعي. والتعليمات الصادره عن وزارة الداخليه.

كما ان اعضائها لا يملكون حق وضع الانظمة ورسم السياسات الا بعد الحصول على المصادقه من الجهة المشرفه عليها .

فالرقابه على النقابه هي رقباه ذاتيه منحصره بهيئتها العامه في حين ان الرقباه على الجمعيه هي رقباه مناطه للجهه المسؤوله عنها الا وهي وزارة الداخليه او العمل أو الجهه المنشئه لتلك للجمعيه .

فالاراده النقابه هي اراده حره مكتمله كونها محصنه بقوة القانون والأنظمة الخاصه تكون منوطه بقانونها ومصادقة الهيئة العامه عليها تضي عليها الشرعيه والنفاذ .

أما الجمعيه فالاراده بها اراده ناقصه ومقترنه بمصادقه الجهه الاعلى منها ومقيدة بتعليمات الجهه المنشئه لها لاتتجاوز تعليماتها ولا تخالفها ولا تستطيع وضع نظام لها الا بعد الحصول على موافقة تلك الجهه والجمعيه إما ان تكون جمعيه خيريه طوعيه وإما ان تكون جمعيه سياسيه يدخل بطياتها تنظيم سياسي معين.

كما ان العضوية بالنقابة باعتبارها جهة تنظيم مهنة تكون اجباريه بحيث لا يمكن للاشخاص الذين لا يمتنون مهنة النقابه ان يدخلو بها وتكون محصورة في فئة معينه هم فقط الذين يستطيعون الدخول اليها وفق ما ينص عليه القانون الخاص بها والأنظمة التابعة لها بينما في الجمعيه العضويه اختياريه وبالتالي لا يمكن ان يكون لها أثراً تنظيمياً بخصوص اعضائها .

ومن الملاحظ ان فكرة الجمعيه ليست وليدة الحاضر ولم تأتي من الأعضاء المؤسسون لفكرة انشاء ما يسمى بالنقابة وإنما اتت من خلال التوجه الذي اتجه به المحامين الشرعيين في المملكة الاردنية الهاشمية الذين حاولوا مرارا وتكراراً على انشاء نقابة تضم في طياتها المحامين الشرعيين من خريجي كليات الشريعة الإسلامية، الا المشرع الاردني عارض فكرة وجود نقابة محامين شرعيين لوجود نقابة المحامين النظاميين الأمر الذي دفع بالمحامين الشرعيين إلى بحث تاسيس جمعيه المحامين الشرعيين لذا فان مسمى الجمعيه قد يكون ضمن الحلول المقدمه للخروج من ازمة مسمى نقابة المقترح.

تنازع القوانين بين القوانين النافذه في عهد السلطة الوطنية والقوانين الأردنية الصادرة

ايبان الحكم الأردني

من الملاحظ ان القانون الساري المعدل في الضفة الغربية هو قانون رقم 12 لسنة 52 وما جرى عليه من تعديلات وقانون العائلة العثماني الساري المفعول في المحافظات الجنوبية يفيد نشوء ما يسمى نقابة محامين الشرعيين على فرض المصادق عليها من الجهات المختصة واعتمادها وعلى فرض ضمها المحامين من كلا شطري الوطن فان هناك تساؤل فيما يتعلق بمحكمتي البداية والاستئناف الشرعيتين التابعتين للمملكة الاردنية الهاشمية سيما ان قرار فك الارتباط الاداري والقانوني مع المملكة الاردنية الهاشمية ابقيا هاتين المحكمتين تحت تصرف القوانين النافذه في المملكة الاردنية الهاشمية ليس هذا فحسب وانما ايضا موظفيها يخضعون لتعليمات ديوان قاضي القضاة وبسؤال المحامية اكرام القيسي وهي احدى المحاميات الحاصلات على اجازة المحاماة الشرعية وهي ايضا خريجة شريعة اسلامية عقبته قائلة بان اذا ما تم الاعتراف بنقابة محامين شرعيين واكتسب وجودها على ارض الواقع فان الاجازة الممنوحة من قبل نقابة المحامين

الشرعيين لا بد من احترامها والتعامل معها اذ لا يوجد ما يعارض ذلك وقد ايدتها في ذلك المحامية النظامية والشرعية امل العيساوي وهنا لا بد من الوقوف الى ان نقابة المحامين الشرعيين فيما لو انشئت واصبحت نافذة فانها تصبح صاحبة الحق في منح الاجازة الشرعية

نخلص من هذه الدراسة بأن بطرح السؤال التالي :

مشروع نقابة المحامين الشرعيين ولد ميتا ام ولد ليحي؟؟

بالاطلاع على مشروع مسودة قانون المحامين الشرعيين المعدل من قبل المجلس التأسيسي سنة 2012 نجد انه قد اعد من قبل عدد من المحامين الشرعيين المنتسبين لنقابة المحامين النظاميين الحاصلين على الإجازات النظامية والشرعية ، وكذلك الامر خريجي كليات الشريعة الاسلامية ، وعلى ضوء ذلك فإن من أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة .

اولا : القائمين على هذا المشروع هم من خريجي كليات الشريعة الإسلامية والمحامين النظاميين المنتسبين لنقابة المحامين النظاميين من المحافظات الشمالية ولم تتم الإشارة الى المحافظات الجنوبية بإعتبار ان شطري الوطن وحده واحده لا تتجزأ .

ثانيا : لم يتم الإشارة من خلال نصوص المواد المذكوره في هذا المشروع للوضع القانوني للمحاكم الشرعية في القدس الشريف التي مازالت تحت ادارة واشراف المملكة الأردنية الهاشمية .

ثالثا : لم يتم الإشارة الى كيفية معالجة نصوص مواد قانون نقابة المحامين لسنة 52 النافذ في الضفة الغربية وقانون العائلة العثماني النافذ في قطاع غزة .

رابعا : لم يتم الإشارة في باب الإلغاءات معالجة عبارة كل ما يتعارض واحكام هذا القانون سيما ان القانون النافذ لا يتم الغائه الا من قبل منشئه ومصدره وبالتالي تبقى نصوص مواده التي لم تتعارض مع نصوص مواد مشروع قانون نقابة المحامين الشرعيين سارية المفعول ونافذه .

خامساً: لم يتم الإشارة الى موضوع الإجازة الشرعية وقوتها القانونية ومدى سريانها في المحاكم الشرعية في القدس الشريف التابع اداريا وقانونيا للمملكة الأردنية الهاشمية .

سادساً: لم يتم معالجة المسألة التي تخص المحامين المنتسبين لنقابة المحامين النظاميين إذ لا يجوز لهم الإنضمام الى نقابتان تتهجان ذات النهج القانوني .

سابعاً: لم يلاحظ وجود تغير جوهري عند الإطلاع على نصوص مواد مسودة المشروع فهي ذات نصوص المواد التي اتى بها قانون المحامين النظاميين ولم يأتي بأمر جديد سوى منح الإجازة .

ثامناً: لاحظت من خلال هذه الدراسة بان الهدف والغاية من هذا المشروع ومن خلال اللقاءات التي تمت مع بعض المحامين الشرعيين من خريجي كليات الشريعة الإسلامية بان الهدف هو وجود نقابة تضمهم وتحفظ حقوقهم وتنظم مهنتهم وترعى شؤونهم وتأمين لهم الإحتياجات المنقوصة وتحقق لهم ضمانات مستقبلية كالتقاعد على سبيل المثال لا الحصر وهذا الأمر متوفر وموجود من خلال نقابة المحامين النظاميين .

تاسعاً: وجدت ايضا وبدون تحيز لأحد ان الغاية من هذه النقابة السعي الشخصي للبعض من المحامين سيما كبار السن منهم الذي يسعى لأن يكون نقيباً وكذلك الأمر لم اجد من خلال هذه الدراسة رؤية جديدة تحفز وتشجع على انشاء نقابة مستقلة ترعى شؤون المحامين الشرعيين.

عاشرًا: استنتجنا من خلال هذه الدراسة ان موقف القائم باعمال قاضي القضاة جاء سلبيا حيث صرح سماحته بانه على استعداد لأن يتنازل عن الحق الممنوح له فيما يخص منح الإجازات الشرعية، فسماحته يتنازل عن قانون لا يملك اصلا التنازل عنه هذا الأمر ان دل على شئ فإنه يدل على ان اصحاب السماحة والفضيلة والمعنيين بالأمر لا يستطيعون التفرقة فيما بين قانون وتعليمات صادرة عنه .

ومن خلال هذه النتائج التي توصلنا اليها نجيب على التساؤل بان مسودة مشروع نقابة المحامين الشرعيين ولدت ميتة اذ لا رؤية واضحة لها ولا عبره لها وكل ما فيها من بنود ونصوص مواد هي ذات نصوص المواد التي نصت عليه انظمة وقوانين نقابة المحامين النظاميين أضف الى ذلك انه لا يوجد حالة ضرورة لإصدار قرار يقانون من قبل رئيس دولة فلسطين للمصادقة على هذا المشروع سيما ان هذا المشروع فيه من المغالطات ما فيه ولا يرقى اصلا لأن يكون قانون يضم في طياته شطري الوطن (المحافظات الشمالية والجنوبية).

اضف الى ذلك لم اجد من خلال هذه الدراسة حلاً جذرياً يعالج مسألة مدى قوة الإجازة الشرعية التي ستمنح للمحامين الشرعيين من قبل هذه النقابة امام الحاكم الشرعية في القدس الشريف.

لذلك كله ومن خلال هذه النتائج لا نرى ضرورة لوجود مثل هذه النقابة واميل كباحث اعد هذه الدراسة الى:

1. انشاء سجلا خاصا يضم كافة حملة الإجازات الشرعية من خريجي كليات الشريعة الإسلامية.
2. انشاء صندوق مالي مستقل لحملة الإجازة الشرعية حتى يتسنى لهم دفع الرسوم
3. تعديل النظام الداخلي لنقابة المحامين
4. تعديل قانون نقابة المحامين ورفع توصية للجهات المختصة لتعديل القرار بقانون المعدل لقانون المحامين النظاميين رقم 3 لسنة 1999 حيث تتوافر حالة الضرورة في هذه الحالة كل ما يتعارض مع هذا القانون وبخلاف ذلك لا تسطيع نقابة المحامين النظاميين ضم المحامين الشرعيين في جسمها النقابي.
5. تشكيل لجنة سباعية تضم كل من:

أ. عطوفة نقيب المحامين او من ينوب من المحامين المزاولين بحيث يمثل المحافظات الشمالية والجنوبية .

ب. سماحة القائم باعمال قاضي القضاة او من ينوب من اصحاب الفضيلة قضاة المحكمة العليا الشرعية بحيث يكون ممثلا لشطري الوطن (المحافظات الشمالية والجنوبية).

ج. رئيس مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني او من ينوب عنه من قضاة المحكمة العليا.

د. ممثل عن المحامين الشرعيين من خريجي كليات الشريعة بحيث لا تقل درجته العلمية عن ماجستير وان يكون حاصلًا على الإجازة الشرعية مدة لا تقل عن عشرة سنوات.

هـ. وزير العدل او من ينوب من وزارة العدل بحيث يكون من ذوي الإختصاص القانوني المحترف

و. احد عمداء كليات الشريعة الإسلامية العاملة في الجامعات الفلسطينية.

ز. ممثلاً عن المحامين الشرعيين العاملين في المحاكمات الجنوبية بحيث لا يقل عمره المهني عن عشرة سنوات ومن خريجي كليات الشريعة الإسلامية.

نوصي بأن تكون مهمة هذه اللجنة اعداد مسوده لتعديل نصوص مواد قانون نقابة المحامين النظاميين فقط فيما يتعلق بانشاء سجلا يضم خريجي الشريعة الإسلامية واحداث نظام لذلك.

نوصي باعداد دورات متخصصة في صياغة القوانين سواء كان ذلك من قبل نقابة المحامين الشرعيين و/او من قبل مجلس القضاء الأعلى الشرعي للوقوف على مفهوم الصياغة الصحيحه والسليمه.

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

حکم محکمہ العدل العليا

رقم 2012/105



السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

محكمة العدل العليا

القرار

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

**الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي هشام الحتو وعضوية
السيد القاضي مصطفى القاق و تيسير ابو زاهر**

المستدعي: ناجي حسني عيسى دار موسى / رام الله

وكيلاه المحاميان عمر الشويكي ومحمد وائل اسليم

المستدعي ضدهما:-

1. رئيس دائرة اجراء رام الله بصفته الوظيفية

2. النائب العام بصفته الوظيفية

الإجراءات

بتاريخ 2012/5/24 تقدم المستدعي بهذه الدعوى للطعن بالقرار الصادر عن رئيس إجراء رام الله الصادر بالملف الإجرائي رقم (2002/256) والمتضمن تسجيل قطعة الأرض رقم 367 حوض رقم 9 السلامية من أراضي مدينة البيرة باسم المحال له قطعياً سهيل محمد محمود صايف المزاول الأول بتاريخ 2005/6/15.

يستند المستدعي في طعنه إلى ان القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون ومنعدم.

في جلسة 2012/11/12 قدم وكيل المستدعي مذكرة من اجل قبول دعواه شكلاً.

المحكمة

بالتدقيق والمداولة و بعد الاطلاع على لائحة الدعوى و القرار المطعون فيه نجد انه قد استقر الفقه والقضاء على ان قرار رئيس الإجراء بإحالة العقار على المزاد الأخير لا يدخل في عداد القرارات القابلة للاستئناف بمقتضى المادة الخامسة من قانون الاجراء رقم 31 لسنة 52 الساري المفعول آن ذاك وعليه يكون قرار رئيس الاجراء قابلاً للطعن امام محكمة العدل العليا (قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 84/ 95 صفحة 52 سنة 85) شريطة ان يكون ذلك ضمن المدة القانونية وحسب ما هو واضح من البند الأول من لائحة الاستدعاء ان قرار رئيس الإجراء صدر بتاريخ 2005/6/15 والدعوى مقدمة بتاريخ 2012/5/24 أي بعد مضي المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 1/284 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 وان اللجوء الى محكمة ثانية للطعن بقرار رئيس الإجراء القرار المطعون فيه لا يقطع مدة التقادم وهذا يعني ان الدعوى غير مقبولة شكلاً لتقديمها بعد مضي المدة القانونية .

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الدعوى.

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم بتاريخ 2012/11/26

الرئيس

الكاتب

**التعليق على حكم محكمة العدل
العليا الصادر في الدعوى رقم 105 لسنة
2012 عدل عليا**

د. السيد أحمد موسى

وكيل النائب العام - مدير نيابة بناحية الإسكندرية



الموضوع : كما هو وارد بالأوراق ، فنحيل إليها ؛ والمنازعة متعلقة بطبيعة القرارات المختلفة والصادرة عن رئيس الإجراء (أو ما يطلق عليه قاضي التنفيذ في النظام المصري) ، المقننة لأوضاعه وصلاحياته واختصاصاته بموجب قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952 ، ومدى اختصاص المحاكم المختلفة بنظرها أو الفصل فيها .

التعقيب وابداء الرأي القانوني :

أولاً : حول موضوع الدعوى :

حيث أن المشرع الفلسطيني كان قد أبدى عناية خاصة بالإجراء أو تنفيذ الأحكام والقرارات الصادر عن المحاكم الفلسطينية، أو أي مجلس أو سلطة أخرى نصت قوانينها الخاصة على ولاية الإجراء تنفيذها، فأفرد لها قانوناً مستقلاً عن قانون المرافعات (أصول المحاكمات المدنية والتجارية)، هو القانون رقم 31 لسنة 1952 وتحت اسم قانون الإجراء .

هذا وقد نص في "المادة الخامسة" من هذا القانون الأخير، وعلى سبيل الحصر فقط وبالذات ، على الأمور التي يصدر بشأنها قرار من رئيس الإجراء (قاضي التنفيذ) ويكون قابلاً للإستئناف أمام محكمة الاستئناف المدنية ، والمتسمة بتعلقها أو اتصالها أو ارتباطها بالتنفيذ فقط وبشكل وثيق ، يؤكد ذلك بند / 4 من ذات المادة التي ترتب وقف التنفيذ (الإجراء) فوراً إلى أن تبت محكمة الاستئناف فيه بقرار نهائي (بند / 3 من النص ذاته).

وهذه الأمور أو منازعات التنفيذ الوقتية، او الحالات القابلة للاستئناف والصادرة عن رئيس الإجراء، وبالباقي من العدد سبعة منازعات من أنزعة التنفيذ، خاصة أو متعلقة بإنعقاد الاختصاص لدائرة الإجراء في تنفيذ حكم ما من عدمه، أو قرارات رئيس الإجراء بشأن جواز الحجز على اموال ما وبيعها من عدمه، أو القرارات بشأن تأجيل تنفيذ الحكم لسبب ما، يخضع لسلطته التقديرية، أو قبول التسويات التي يتقدم ببيانها المحكوم عليه لتسديد المبالغ المحكوم بها او موضوع التنفيذ، أو قبول التسويات التي يتقدم ببيانها المحكوم عليه لتسديد المبالغ المحكوم بها أو موضوع التنفيذ، أو حبس هذا الأخير حال تخلفه عن سداد المبالغ المحكوم بها؛ ومدى جواز ذلك، وكذا قرارات رئيس الإجراء بشأن حق اشتراك شخص آخر في الحجز من عدمه، أو الترجيح فيما بين المحكوم لهم وأولوياتهم.

وفيما عدا هذه القرارات المختصة بالتنفيذ والمرتبطة بالإجراء بشكل وثيق ودقيق وفني ؛ فإن قرارات رئيس الإجراء كافة وبشكل عام ، تعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للطعن أمام محكمة العدل العليا ، وفقاً لنص المادة 33،34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، وكمحكمة اختصاص عام وأصيل بالطعون الإدارية .

وإذا ما تعلقت المنازعة محل التقاضي بمسألة خاصة بتسجيل مساحة من الأرض ، آلت إلى مالکها المستدعي عن طريق المزاد الخاص ببيع أحد العقارات المملوكة لمحكوم عليه مدين ، ومحجوز على أمواله تنفيذاً لحكما قضائياً بإلزامه الوفاء بهذا الدين ، وبقرار صادر عن رئيس إجراء ناحية رام الله بهذا الشأن وحده وبالذات ؛ فإن هذا القرار الأخير لا يعدو وأن يكون قراراً إدارياً خاضعاً لسلطان القضاء الإداري أو اختصاص محكمة العدل العليا ، خاصة وأن مثل هذه الأنزعة عن تسجيل الأراضي التي آلت ملكيتها لأصحابها عن طريق مزاد لبيع بعض المحجوزات، لا تعد من قبيل الأمور المشار إليها في المادة الخامسة من قانون الإجراء 31 / 1952، أو متعلق مباشرة بالتنفيذ .

وبالتالي، فإن كان المستدعي قد لجأ بمنازعته إلى محكمة أخرى غير مختصة، بدلاً من الطعن على القرار الإداري لرئيس الإجراء أمام محكمة العدل العليا - وكما تشير أوراق الدعوى - فإن الحكم بعدم القبول أو عدم الاختصاص ، كان هو المصير المحتوم لها ، تطبيقاً للقانون .

وإذا ما كان المستدعي قد التجأ إلى ولاية محكمة العدل العليا بعد فوات المواعيد المنصوص عليها في المادة 1/284 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 (ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري أو ثلاثين يوماً من تاريخ رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار) ، وكان التجأه هذا بمجرد عريضة دعواه الافتتاحية الجديدة ، وليس عن طريق الإحالة من المحكمة الغير مختصة ، والتي تداولت المنازعة بجلساتها وأمامها طوال هذه المدة (قرابة السبعة سنوات 19) فإن المصير الحتمي لهذه المنازعة في ثوبها الجديد، هو عدم القبول لمخالفة المواعيد المنصوص عليها، والمتعلقة بقواعد النظام العام (أو الرد وكما انتهت محكمة العدل العليا في قضائها).

هذا والرأي عندنا، أن الحكم في مثل هذه المنازعة او الدعوى ، كان يجب أن يكون

بعد القبول لمخالفة الشكل أو المواعيد القانونية- دون غيره - ونخالف بذلك الفصل فيها برد الدعوى أو رفضها ، لأن هذا القضاء الأخير يعد قضاءً أو فصلاً موضوعياً ، بعد ولوجه إلى موضوع الدعوى المستوفاة لشرائط الشكل وأخصها المواعيد المقررة للطعن، وهو الأمر المتخلف عن الدعوى التي فصل فيها لعدم استيفائها الشكل ووقوفاً عند مواعيد قبولها قانوناً، ولم يتطرق إطلاقاً إلى موضوعها الذي أشار إليه في اختصار شديد، ودون أن يتفحص أوراقها ولو من ظاهرها .

ثانياً : عن اجراءات صدور الحكم وشروطه :

1. حيث أن المحكمة العليا في النظام القضائي الفلسطيني ، تتكون من محكمتين اثنتين هما: محكمة النقض، ومحكمة العدل العليا (المادة 23 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001) .

هذا وقد تناول المشرع الفلسطيني تشكيل محكمة العدل العليا في المادة "32" من هذا القانون الأخير ، قبل أن يعين اختصاصها في المادة "33" منه ، أو يبين شروط قبول الدعوى أمامها (طلبات أم طعون) ، أو المرفوعة لهذه المحكمة في المادة التالية أو المادة "34" من ذات القانون .

وتبين المواد السابقة ان التقاضي بشأن المنازعات الإدارية أو تلك المتعلقة بقرار إداري ما، وسواء أكان إيجابياً أو سلبياً، صريحاً أم ضمناً، أو تلك الأفضية التي ترفع على جهة الإدارة في الدولة الفلسطينية أو تكون طرفاً فيها؛ لهو منعقد وعلى درجة قضائية واحدة ، أمام هذه المحكمة دون غيرها، وعلى خلاف الجاري بهذا الشأن في النظام القضائي المصري أو الفرنسي (كمثال) والذي ينظم هذا النوع من التقاضي على درجتين اثنتين - لا درجة واحدة - تحقيقاً للعدالة عن طريق طرح المنازعة على بساط الفحص مرتين؛ وتداركاً لليوب أو الأخطاء البشرية التي قد تلحق بها .

وهذا الاتجاه الأخير ؛ هو ما نؤيد الأخذ به، ونقترح بل ونهيب بالمشرع الفلسطيني أن يتدخل بالتشريع والتعديل وتنظيم هذا النوع من القضاء الإداري على أكثر من درجة للفائدة المذكورة .

2. وإذا ما كانت الأنزعة الإدارية لا تنظر ولا يفصل فيها إلا على درجة قضائية واحدة (وإنتهائية بالطبع)، وأمام محكمة وحيدة مختصة ومعينة (مادة 32 من ق5 / 2001)؛ فقد كان من اللازم والضروري أن ترسخ هذه المحكمة لمبادئها وأحكامها؛ والتي ستغدو بعد ذلك سوابق قضائية ملزمة لها ولجموع المتقاضين، في مثل هذا النوع الخاص من المنازعات، كون أن جهة الإدارة طرفاً أصيلاً فيها، وإرساءً منها لمبدأ أو قضاء **الموائمة** للملازم لكافة الأفضية الإدارية في كافة الأنظمة القانونية.

إلا أن الملاحظ أن الحكم محل التعليق كان قد اتسم بالإيجاز المؤدي إلى غموض فهم أسباب الحكم أو حيثياته، وهو أمر لا يتفق وطبيعة المحكمة وفرديتها ونوعية قضائها الإنشائي في كامل الهيكل القضائي، وكان من الأليق أو الواجب الملزم أن تستطرد عدالة المحكمة في استعراض وقائع الطعن، وأن تفسح المجال لاستعراض لأوجه دفع ودفع المستدعي قبل الرد عليها تفصيلاً، وحتى لا يتضمن الحكم إخلالاً بحق الدفاع قبل أن يشكل إغفالاً لترسيخ المبدأ القانوني الواجب الاتباع والالتزام مستقبلاً في الأحكام، أو ما بين المتقاضين ترشيدهم للإجراءات وحفظاً للحقوق.

كما يلاحظ أيضاً بشأن الحكم الإداري المذكور (ويشاركه في ذلك عدد غير قليل من الأحكام الصادرة عن ذات المحكمة) ندرة السوابق القضائية أو الأحكام المستشهد بها أو المستند إليها في تكوين عقيدة المحكمة قبل إصدارها لأحكامها، وهو أمر مؤثر للغاية وهام في مثل هذه الأفضية ذات الطبيعة الإدارية، فيشوب قرارها بالقصور في الاستدلال.

وهذه الأمور وغيرها، يمكن استبيانها بسهولة من استقراء الحكم ذاته، وخاصة في رفض الدفع المبدى من المستدعي أمامها بانقطاع مدة تقادم الدعوى أو الطعن، وأحقيته في قبولها شكلاً، على سند من قول منسوب إليه بسابقة التجائه إلى محكمة أخرى في المواعيد القانونية، والتي استمرت في نظر الدعوى وتداولها بجلساتها على مدى سبعة سنوات، قبل أن يتبين لهذه الأخيرة أنها غير مختصة بنظر الدعوى أو الطعن كون أن محلة قراراً إدارياً خارجاً عن نطاق الحالات أو الأمور المشار إليها أو الواردة بنص المادة الخامسة من قانون الإجراءات رقم 31 لسنة 1952. (الذي كان ساري المفعول وقت النزاع).

إلا أن قرار هذه المحكمة الأولى (الغير مشار إليها أو حتى تسميتها؛ ولنفترض أنها محكمة الاستئناف المدنية من باب المنطق ١٩) لم يشار إليه إطلاقاً في حيثيات أو أسباب محكمة العدل العليا ، رغماً من أهميته البالغة ، في تسبب حكم الرد لمخالفة شرط الشكل ١٩؛ وهل كان قضاءً بالرفض أم بعدم القبول أم كان قراراً (حكماً) بعدم الاختصاص الولائي ١٩؛ وإغفال الإحالة لجهة الاختصاص ١٩.

وإذا ما كان القرار أو الحكم سالف الذكر أو الصادر عن المحكمة المدنية الغير مختصة- ومن باب الافتراض - قد قضى بعدم الاختصاص الولائي؛ فلماذا لم تأمر المحكمة الغير مختصة هذه، بإحالة أوراق الدعوى أو الطعن إلى محكمة الاختصاص، وفقاً أو تطبيقاً لنص المادة "60" من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 (محكمة العدل العليا في هذه الحالة) ، حرصاً على مصلحة المستدعي / المتقاضى، والذي استنفذ مدة السبعة سنوات السابقة في إجراءات التقاضي في محكمة غير مختصة ولأثماً؟ (والاختصاص هنا امر فني يدق ادراكه ، خاصة وأن الطعن في قرارات رئيس الإجراء موزع بين أكثر من محكمة ١٩، كما يعد وصف القرار الصادر عن رئيس الإجراء من قبل المتشابهات التي يسهل الخطأ بشأنها) خاصة وأن الأمر لا يعدو وأن يكون إحالة من محكمة لأخرى تعد بدورها احدى محاكم السلطة الفلسطينية ، وضمن هيكلها القضائي الواحد ١٩.

لقد كان من اللازم قانوناً، أن يتضمن الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا، التفسير الملأئم أو التأصيل القانوني والأساس في رفضها لهذا الدفع المذكور للمستدعي، وقبل أن تحكم برد الطعن (أو عدم القبول من وجهة نظرنا) لعدم استيفائه الشكل أو لتخلف إبدائه خلال المواعيد المقررة امامها كمحكمة ذات ولاية أصيلة ومنفردة بهذا الشأن أو الأمر الإداري خاصة وهي تملك الحق في قبول الطعن شكلاً ، والاعتداد بإنقطاع التقادم ، للطعن بإبدائه في الميعاد أمام محكمة أخرى (وإن كانت غير مختصة) تدخل في تشكيل النظام القضائي للدولة، وبما تملك كمحكمة إدارية سلطان القضاء الإنشائي وإرساء المبادئ المتوخاة لتحقيق العدالة للمواطنين .

التعليق على قرار محكمة العدل العليا

الفالسطينية الموقرة

رقم 105 / 2012 تاريخ 2012/11/26

المحامي عصام لطفي الشريف/الاردن

محاضر غير متفرغ في كلية الحقوق جامعة الزيتونة

الاردنية الخاصة



مقدمة

لا تبيح الدولة في عصرنا هذا للأفراد أن يقتضوا حقوقهم بأيديهم بالقوة بعضهم من بعض، وإنما يجب على من يدعي حقاً قبل آخر أن يلجأ إلى الدولة لتمكينه من حقه أو لحمايته له.

والدولة تتولى إقامة العدل بين الناس بتنظيم خطوتين متتابعتين ((القضاء والتنفيذ)).

أ. ويطلق على الهيئة التي تعهد إليها الدولة بالقضاء بين الأفراد إسم ((القضاء)).
ب. أما الهيئة التي تتولى التنفيذ فهي ((دائرة التنفيذ)).
وكان يحكم وينظم تنفيذ الأحكام أو القرارات في المملكة الاردنية الهاشمية:-

1- قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952.

2- قانون ذيل لقانون الإجراء رقم 25 لسنة 1965.

بحيث كان:-

- قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952 ينظم تنفيذ الأحكام والقرارات.
- وقانون ذيل لقانون الإجراء رقم 25 لسنة 1965 ينظم ويحكم تنفيذ سندات الدين العادية أو المصدقة لدى كاتب العدل والأوراق التجارية القابلة للتظهير.

ولقد ثبت بالتطبيق العملي لنصوص قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952 أنه كان لهذا القانون دور في تأخير تنفيذ القرارات والأحكام ويعود ذلك لواحد أو أكثر من الأسباب الآتية:-

1. عدم وجود دائرة أو هيئة مستقلة تتولى الإشراف المباشر على أعمال التنفيذ.
2. التغيير المستمر لرؤساء الإجراء المنتدبين من رئيس محكمة البداية مما ترتب عليه :-
أ- إطالة أمد إجراءات التنفيذ لرغبة كل رئيس جديد بدراسة الإجراءات التي قام بها من سبقه.

ب- إختلاف وجهات النظر في كل مسألة.

3. عدم وجود العدد الكافي من الموظفين لكل قسم من الأقسام.

4. عدم وجود نص يلزم المحكوم عليه بعرض تسوية مقبولة لدفع وتسديد المبلغ المحكوم به.
5. تأخر الدوائر والمؤسسات الحكومية في توريد الأموال أو الأقساط التي تم حجزها وحسمها من رواتب الموظفين.
6. تبيد الكثير من الأموال التي تم الحجز عليها من قبل الكفلاء وعدم إتخاذ الإجراءات القانونية بحقهم مما يترتب عليه ضياع حقوق المحكوم لهم.
7. عدم وجود لائحة أو جدول يتضمن أسماء خبراء يقومون بمهمة وضع اليد وتخمين الأموال المنقولة وغير المنقولة.
8. عدم الجدوية في بحث الاعتراض الذي يقدم ضد قرار رئيس الإجراء.
9. عدم تحديد مدة يتوجب تقديم الاعتراض خلالها.
10. منح المحكوم عليه المتواري عن الأنظار فترة شهر عند تبليغه الأخبار الإجرائي في الصحف المحلية.
11. عدم وجود العدد الكافي من المحضرين للقيام بتبليغ الأوراق الصادرة عن دائرة الاجراء .
12. التضييق من القرارات الصادرة عن رئيس الاجراء والقابلة للطعن بطريق الاستئناف و/ او تحديدها على سبيل الحصر .

ومن أجل تلافي ذلك وإنسجاماً مع التعديلات التي طرأت على قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني، وقانون البيئات وللإسراع في تنفيذ الأحكام والقرارات صدر قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 وتم نشره في عدد الجريدة الرسمية رقم 4821 تاريخ 16 نيسان سنة 2007 ونصت المادة (1) منه على أن يعمل به بعد ستين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

كما نصت المادة (116) من قانون التنفيذ الاردني على مايلي :-

((يلغى (قانون الإجراء) رقم 31 لسنة 1952 و(قانون ذيل لقانون الإجراء رقم 25 لسنة 1965)).

ويلاحظ أنه ترتب على صدور قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 ما يلي :-

1. إختلاف في تسمية القانون من ((قانون الإجراء)) ليصبح ((قانون التنفيذ)).
 2. إختلاف في إسم الدائرة التي تتولى تنفيذ الأحكام والقرارات بحيث أصبح يطلق عليها ((دائرة التنفيذ)) بدلاً من ((دائرة الإجراء)).
 3. إختلاف في تسمية القائمين والعاملين في هذه الدائرة بحيث أصبح يطلق على رئيس الإجراء إصطلاح ((رئيس التنفيذ)) ومأمور الإجراء إصطلاح ((مأمور التنفيذ)).
- ولقد حاول المشرّع الاردني من خلال سن وإصدار قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 معالجة القصور الذي كان يشوب قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952.
- ومما لا شك فيه أن قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 تتضمن أحكاماً جديدة ومستحدثة لم يكن يعالجها قانون الإجراء وأن من شأن هذه الأحكام الجديدة المستحدثة الإسراع في تنفيذ الأحكام والقرارات.

وفي بحثنا ومناقشتنا والتعليق على قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة فإننا نتناول:

أولاً: المبادئ العامة التي تضمنها قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952 .

ثانياً: المبادئ القانونية التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة .

ثالثاً: بحث ومناقشة والتعليق على المبادئ التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة .

أولاً:- المبادئ العامة التي تضمنها قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952 .

ان السبب الذي دعانا للإشارة لهذه المبادئ ان قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952 لا زال هو القانون الساري والنافذ المفعول في الضفة الغربية / دولة فلسطين وان تنفيذ الاحكام او السندات يتم استناداً لهذا القانون .

ومن الرجوع الى القانون المذكور يلاحظ ان نصوصه نظمت بصفة خاصة الموضوعات والمبادئ الآتية:-

1. ان دائرة الاجراء تتولى تنفيذ الاحكام الصادرة من جميع المحاكم الحقوقية والشرعية والدينية واحكام المحاكم الجزائية المتعلقة بالحقوق الشخصية والسندات والاحكام والقرارات الصادرة من اية محكمة او مجلس او سلطة اخرى نصت قوانينها الخاصة على ان تتولى دوائر الاجراء تنفيذها .
2. أ- يمارس رئيس المحكمة البدائية صلاحية تنفيذ جميع الاحكام الصادرة من المحاكم والاحكام الاخرى والمستندات والمقررات الميينة في المادة السابقة بصفته (رئيس الاجراء) .
ب) يمارس قاضي الصلح الصلاحيات المذكورة في الفقرة السابقة في الاماكن التي ليس فيها محكمة بداية .
ج) يجوز لرئيس المحكمة البدائية ان يعين بأمر كتابي اي قاضي من قضاة المحكمة البدائية او قاضي صلح لمساعدته في مهام وظيفته كرئيس اجراء ويجوز لهؤلاء المساعدين مع مراعاة التعليمات العامة والخاصة التي قد يصدرها رئيس المحكمة البدائية او القيود التي قد يفرضها ان يمارسوا جميع او بعض الصلاحيات التي لرئيس المحكمة البدائية بصفته ((رئيس اجراء)) حق ممارستها .
3. ان وسائل الطعن بقرارات رئيس الاجراء هي:
أ. الاعتراض (المادة 4 من قانون الاجراء) .
ب. الاستئناف (المادة 5 من قانون الاجراء) .
4. أ- ان الطعن بقرارات رئيس الاجراء بطريق الاعتراض تشمل جميع القرارات ودون حصرها بقرارات معينة .
ب- اما الطعن بقرارات رئيس الاجراء بطريق الاستئناف فإنها واردة على سبيل الحصر .
5. ان الطعن بقرارات رئيس الاجراء بطريق الاستئناف :-
أ. تكون لمحكمة الاستئناف .
ب. ويجب ان يقدم الطعن خلال اسبوع من تاريخ صدوره اذا اعطي بحضور الشخص الذي صدر القرار ضده واعتبارا من اليوم التالي لتبليغه اليه اذا صدر القرار في غيابه .

ج. يعتبر الاستئناف بمقتضى احكام هذه المادة من الامور المستعجلة وينظر فيه تدقيقا الا اذا رأت المحكمة خلاف ذلك ويعتبر قرار محكمة الاستئناف نهائيا .

ثانيا: المبادئ القانونية التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة .

- بتدقيق القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة رقم 2012/105 يلاحظ انه تضمن المبادئ القانونية الآتية:
1. ان القرار الصادر عن رئيس الاجراء بإحالة العقار على المزاد الاخير لا يدخل في عداد القرارات القابلة للاستئناف بمقتضى المادة الخامسة من قانون الاجراء رقم 31 لسنة 1952 الساري المفعول آن ذاك .
 2. ان قرار رئيس الاجراء بإحالة العقار على المزاد الاخير قابلا للطعن امام محكمة العدل العليا الاردنية (رقم 84/95 صفحة 52 سنة 1985) باعتباره قرارا اداريا .
 3. طالما ان قرار رئيس الاجراء بإحالة العقار على المزاد الاخير قابلا للطعن امام محكمة العدل العليا فيجب ان يقدم الطعن خلال المدة المنصوص عليها في المادة (1/284) من قانون اصول المحاكمات المدنية وهي ستين يوما .
 4. حيث ان الطعن المقدم الى محكمة العدل العليا مقدم بعد مضي المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (1/284) من قانون اصول المحاكمات المدنية فإن الدعوى غير مقبولة شكلاً .
 5. ان اللجوء الى محكمة ثانية للطعن بقرار رئيس الاجراء (القرار المطعون فيه) لا يقطع مدة التقادم .

ثالثا:- بحث ومناقشة والتعليق على المبادئ التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة .

قبل بحث ومناقشة والتعليق على المبادئ القانونية لابد من الاشارة للنقاط والمسائل الآتية :-

1. لقد استندت محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة في اصدار القرار على

قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم 84/95 صفحة 52 سنة 1985 مجلة نقابة المحامين دون مراعاة ان محكمة العدل العليا الاردنية رجعت عن هذا القرار في عدة قرارات لاحقة .

2. ان محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة لم توضح في قرارها فيما اذا كان القرار الصادر عن رئيس الاجراء هو قرار قضائي او قرار اداري ولم يوضح معيار التفرقة بين القرارين .

3. ان محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة قررت ان قرار رئيس الاجراء قابلا للطعن امام محكمة العدل العليا دون ان توضح فيما اذا كان القرار المذكور يعتبر قرارا اداريا ؟؟

4. ان محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة قررت رد الدعوى شكلا لكون الدعوى مقدمة بعد مضي المدة القانونية لأن قرار رئيس الاجراء صدر بتاريخ 2005/6/15 والدعوى مقدمة بتاريخ 2012/5/24 دون مراعاة ان المادة 1/284 من قانون اصول المحاكمات المدنية توضح ((يكون ميعاد تقديم الاستدعاء الى محكمة العدل العليا ((ستين يوما)) من تاريخ :-

أ . نشر القرار الاداري المطعون فيه .

ب . او تبليغه الى صاحب الشأن)) .

ولم يوضح القرار فيما اذا تم تبليغ الطاعن نسخة عن القرار .

وبعد توضيح هذه المسائل نبدأ ببحث ومناقشة والتعليق على المبادئ القانونية :-

أولاً: ان ما توصلت اليه محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة من ان القرار الصادر عن رئيس الاجراء بإحالة العقار على المزاد الأخير لا يدخل في عداد القرارات القابلة للاستئناف بمقتضى المادة الخامسة من قانون الاجراء رقم 31 لسنة 1952 الساري المفعول آن ذاك انما هو تفسير وتطبيق صحيح لنص المادة الخامسة المذكورة وتأييدها في ذلك لأن ذلك موافق للقانون.

ثانياً: ان ما توصلت اليه محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة من ان قرار رئيس الاجراء بإحالة العقار على المزاد الاخير قابلاً للطعن امام محكمة العدل العليا انما جاء استناداً للقرار رقم 84/95 صفحة 52 سنة 1985 مجلة نقابة المحامين الذي جاء فيه:-
(ان قرار رئيس اجراء عمان بإحالة العقار على المزاد الاخير لا يدخل في عداد القرارات القابلة للاستئناف بمقتضى المادة الخامسة من قانون الاجراء وعليه يكون قابلاً للطعن امام محكمة العدل العليا)) باعتبار ان هذا القرار هو قراراً ادارياً دون مراعاة:-
1. ان المحكمة المذكورة لم توضح في قرارها المعيار الذي اعتمدته لاعتبار القرار قراراً ادارياً.

2. ان محكمة العدل العليا الاردنية رجعت عن هذا القرار بقرارات لاحقة مما يعني - مع الاحترام لمحكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة - أننا لا نؤيدها فيما توصلت اليه ويؤيدنا في ذلك العديد من القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا الاردنية وهي لاحقة في الصدور عن القرار الذي استندت اليه محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة .

- جاء في القرار التمييزي رقم 91/277 صفحة 427 سنة 1992 عدل عليا مجلة نقابة المحامين مايلى :-

((ان قرارات رئيس الاجراء التي يصدرها بصدد تنفيذ احكام القضاء هي قرارات قضائية لا ادارية وعليه فلا تختص محكمة العدل العليا بالنظر بالقرار الصادر عن رئيس الاجراء بعدم فتح القضية الاجرائية التي تقرر بطلان اجراءات البيع التي تمت فيها بحكم صادر عن محكمة البداية اكتسب الدرجة القطعية وذلك لان محكمة العدل العليا هي محكمة قضاء اداري حددت اختصاصاتها بمراقبة مشروعية القرارات الادارية لا القضائية)).

ان الرأي السائد في تعريف الاعمال القضائية يتلخص في انها الاعمال الصادرة عن الهيئات القضائية سواء أكانت هذه الاعمال قرارات قضائية او اوامر ولائية متعلقة بسير الدعوى وتحريكها او اجراءات تنفيذ الاحكام القضائية ، اي ان المعيار لتحديد

نوع القرارات فيما اذا كانت قضائية ام لا هو ((المعيار الشكلي)) الذي يعتمد على اعتبار الجهة التي اصدرت القرار ان كانت سلطة قضائية او لها الصفة القضائية أم لا . وبناء على ذلك فإن قرارات رئيس الاجراء التي يصدرها بشأن تنفيذ احكام القضاء استنادا لصلاحيته المنصوص عليها في قانون الاجراء رقم 31 لسنة 1952 هي من قبيل الاعمال القضائية لانها تصدر عنه بصفته سلطة قضائية لغايات تنفيذ الاحكام القضائية ومن القواعد المتفق عليها ((الاقضاء تنمة القضاء)) .

- جاء في القرار رقم 95/388 صفحة 805 لسنة 1996 عدل عليا مجلة نقابة المحامين مايلي:-

((ان المعيار الذي يرجع اليه لتحديد القرارات القضائية هو المعيار الشكلي الذي يضع في الاعتبار الهيئة التي يصدر عنها القرار هل هي سلطة لها الصفة القضائية ام لا . وعليه ونظرا لأن القرارات التي تصدر عن رئيس الاجراء بشأن تنفيذ الاحكام القضائية وبالتالي يكون الدفع بأن الدعوى مستوجبة الرد لكون القرارات الصادرة عن رئيس الاجراء هي قرارات قضائية لا تقبل الطعن بالالغاء امام محكمة العدل العليا مقبولا والدعوى حقيقة بالرد)).

- جاء في القرار رقم 95/104 صفحة 1782 لسنة 1995 عدل عليا مجلة نقابة المحامين مايلي:-

((وتعتبر القرارات التي تصدر عن رئيس الاجراء بشأن تنفيذ الاحكام القضائية والبت بإشكالات التنفيذ التي تعرض عليه هي من قبيل الاعمال القضائية ، وعليه فإن القرارين الصادرين عن رئيس الاجراء بالطلب من المستدعين بدفع قيمة كامل مساحة قطعة الارض قرارين قضائيين لا يندرجان ضمن اطار القرارات الادارية التي تخضع لرقابة القضاء الاداري ولا تختص محكمة العدل العليا بنظرها)).

ثالثاً: وبالتناوب:-

مع التمسك بان محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة غير مختصة بنظر الطعن فإنه لا يجوز احتساب مدة الستين يوماً لتقديم الطعن وذلك على ضوء تاريخ صدور

القرار والطعن المقدم بخصوصه لأن المادة 1/284 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفلسطينية توضح:-

((يكون ميعاد تقديم الاستدعاء الى محكمة العدل العليا ستين يوماً من تاريخ:-

1. نشر القرار الاداري المطعون فيه .

2. او تبليغه الى صاحب الشأن)) .

ولم يوضح القرار او يناقش فيما اذا تم تبليغ الطاعن نسخة عن القرار الصادر عن رئيس الاجراء وكان يجب التأكد من ذلك ، لذلك فإننا نخالف المحكمة فيما توصلت اليه ويبدو ان المحكمة الموقرة اعتمدت على طعن الطاعن بالقرار امام محكمة الاستئناف او محكمة البداية بصفقتها الاستئنافية لغايات احتساب مدة الستين يوماً .

رابعاً: ان ما توصلت اليه محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة من ان الطعن بالقرار الى محكمة ثانية (استئناف او بداية بصفقتها الاستئنافية) على الرغم من ان المادة الخامسة من قانون الاجراء لا تجيز هذا الطعن لا يقطع التقادم فإننا نبدي ان مواعيد الطعن هي مواعيد سقوط وليست مواعيد تقادم وبالتالي فإننا نخالف المحكمة الموقرة في التكييف القانوني للمواعيد .

حكم محكمة العدل العليا

رقم 2011/361



السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

محكمة العدل العليا

القرار

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

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي هشام الحتو وعضوية
السيدان القاضيين مصطفى القاق و تيسير ابو زاهر
المستدعيان-

1. وزير المالية بالإضافة لوظيفته

2. النائب العام بالإضافة لوظيفته

المستدعى ضدهما:-

1. ماهر عبد الله عبد القادر البليسي / ام الشرايط

2. فلسطين حجة علي ابو زرقة / رام الله

وكيلهما المحامي محمد ابو ناعمة / رام الله

الإجراءات

بتاريخ 2011/12/13 تقدم المستدعى ضدهما بواسطة وكيلهما بهذه الدعوى للطعن
في القرار الصادر عن المستدعي الأول والقاضي بعدم تنفيذ قرار ديوان الموظفين رقم
112123 الصادر بتاريخ 2009/1/11 المتضمن تعديل تسكين المستدعى ضدهما بوظيفة
مدير على الدرجة [C] مع صرف علاوة طبيعة العمل 50 % اعتبار من 2008/12/1.

يستند المستدعى ضدتهما في طعنهما إلى ان القرار المطعون فيه منعدم ومشوب بعيب استعمال السلطة.

في جلسة 2012/05/07 قدم وكيل المستدعى ضدتهما مذكرة من أجل قبول دعواه شكلاً وبذات الجلسة أصدرت المحكمة مذكرة للمستدعيين لبيان الأسباب التي أدت إلى إصدار القرار المطعون فيه أو بيان ما يحول دون إلغائه وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية.

وبتاريخ 2012/05/29 قدم رئيس النيابة العامة ممثلاً عن المستدعيين لائحة جوابية طلب بنتيجتها ردّ الدعوى، وفي جلسة 2012/06/11 كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية

بتاريخ 2012/6/20 تقدم رئيس النيابة العامة بالطلب رقم 2012/7 لرد الدعوى 2011/361 شكلاً بسبب سبق الفصل فيها عملاً بأحكام المادة 89 و 92 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتمس الانتقال إلى الطلب.

وقد جاء في لائحة الطلب المقدم من المستدعيين:

1. بتاريخ 2009/1/11 اصدر رئيس ديوان الموظفين العام قراراً يحمل الرقم (112123) بناءً على كتاب رئيس هيئة الإذاعة والتلفزيون رقم 777 بتاريخ 2008/11/30 يقضي بتسكين (76) موظفاً من موظفي هيئة الإذاعة والتلفزيون على درجة مدير (C) وصرف علاوة طبيعة العمل 50 % اعتباراً من تاريخ 2008/12/1.

2. على ضوء صدور القرار المشار إليه أعلاه وبعد ان تسلم المستدعى ضده الأول قرار رئيس ديوان الموظفين العام قام بتنفيذ القرار بحق 54 موظف واستثنى 12 موظف من التنفيذ .

3. تقدم عشرة من الموظفين اللذين تم استثنائهم من القرار لمحکمتم بدعوى عدل عليا سجلت تحت الرقم 2010/90 حيث أصدرت بتاريخ 2011/7/6 قراراً يقضي بإلغاء قرار وزير المالية والقاضي بالامتناع عن تنفيذ قرار رئيس ديوان الموظفين العام المشار إليه في البند رقم (1) من هذا الطلب .

4. ان إلغاء القرار محل الطعن في الدعوى رقم (2010/290) يعني بالضرورة إلغائه من تاريخ صدوره وشمل كافة الآثار التي ترتبت عليه او نتجت عنه وان هذا يعني بالضرورة العودة بالحال إلى ما قبل صدور القرار الطعين بغض النظر عن الشخص او الأشخاص اللذين قدموا الدعوى لأن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية موضوعية القصد منها تصحيح الأوضاع القانونية بإزالة كل اثر للقرار الإداري غير المشروع وهي تستهدف ليس مصلحة الطاعن الذي اضر به القرار الإداري فحسب بل وايضاً الدفاع عن المصلحة العامة وضمن احترام مبدأ المشروعية الإدارية .

في جلسة 2012/6/20 كرر رئيس النيابة العامة لائحة الطلب في حين أنكر وكيل المستدعى ضدهما الطلب وقدم مذكرة لرد الطلب وقدم رئيس النيابة العامة مرافعة خطية طلب في نتیجتها رد الدعوى الأساسية رقم 2011/361 كما قدم وكيل المستدعى ضدهما مرافعة خطية طلب في نتیجتها رد الطلب .

المحكمة

بعد التدقيق والمداولة والاطلاع على لائحة الطلب وأوراق الدعوى والبيانات ومرافعات الطرفين تجد المحكمة أنه وبالرجوع للقرار الطعين نجد انه قد تقرر تعديل تسكين موظفي هيئة الإذاعة والتلفزيون كل بالوظيفة والدرجة والفئة المدونة مقابل اسم كل منهم وذلك اعتباراً من تاريخ 2008/12/1 ومن ضمنهم المستدعيان كما تشير البيئة بان ديوان الموظفين العام قد صادق على الهيكلية بتاريخ 2008/12/14 وتم مخاطبة رئيس هيئة إذاعة تلفزيون فلسطين بذلك .

وحيث انه صدر قرار عن محكمة العدل العليا رقم 2010/290 بإلغاء القرار المطعون فيه وحيث ان الأحكام الصادرة بإلغاء تتمتع بحجية عامة ومطلقة ومؤدى هذه الحجية تسري على من طعن ومن لم يطعن كافة في مواجهة جهات الإدارة مثل في الدعوى ام لم يمثل فيها ويحق لكل صاحب مصلحة من الكافة التمسك به وحيث ان المحكمة قامت بإلغاء القرار المطعون فيه في الدعوى رقم 2010/290 وهو ذات القرار المطعون فيه

في هذه الدعوى لأنه يترتب على صدور حكم الإلغاء إعدام القرار المطعون به تلقائياً وبذا يعد هذا القرار بحكم العدم دون حاجة لتدخل الإدارة فالمطلوب من الإدارة هو تنفيذ حكم الإلغاء وبالتالي فان الدعوى التي تقدم للقضاء بطلب إلغاء قرار إداري سبق للمحكمة ان قررت إلغاء تعتبر دعوى منتهية وغير ذات موضوع وواجبة الرد .

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الدعوى .

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم بتاريخ 2012/11/28
الكاتب-دقق:

الرئيس م.ع

**التعليق على قرار محكمة العدل العليا (السلطة
الوطنية الفلسطينية - السلطة القضائية)
الصادر بتاريخ الثامن والعشرين من نوفمبر
سنة 2012 في الدعوى رقم 2011/361**

والمقدم من المستدعين : (1) وزير المالية بالإضافة لوظيفته
(2) النائب العام بالإضافة لوظيفته ضد المستدعى ضدهما /
(1) ماهر عبدالله عبدالقادر البليسي (2) فلسطين حجة علي
أبو زرقة. والمقرر برد الدعوى .

أحمد أنور الغرباوي

رئيس النيابة- مصر



الموضوع :

من حيث إن الوقائع تتحصل فيما هو وارد بمدونات هذا القضاء والذي نحيل إليه في هذا الشأن تلافياً للسرد والتكرار وإن كنا نوجزه بالقدر اللازم لحمل هذا الرأي على أسبابه في أن المستدعى ضدهما أقاما الدعوى طعناً في القرار الصادر من المستدعي الأول (وزير المالية بصفته) بعدم تنفيذ قرار ديوان الموظفين رقم ... الصادر بتاريخ المتضمن تعديل تسكين المستدعى ضدهما بوظيفة ... مع صرف علاوة طبيعة عمل بنسبة اعتباراً من تاريخ واستندا في طعنهما إلى أن القرار المطعون فيه منعدم ومشوب بعيب استعمال السلطة. وإذ تداولت الدعوى بالجلسات وقدم وكيل المستدعى ضدهما مذكرة بقبول دعواتهما شكلاً وقدم رئيس النيابة ممثلاً عن المستدعيين لائحة جوابية طلب فيها رد الدعوى واستند في ذلك إلى أنه سبق وأن صدر قرار رئيس ديوان الموظفين بتسكين (76) موظفاً من موظفي هيئة الإذاعة والتلفزيون على درجة مدير (c) وصرف علاوة طبيعة العمل بنسبة 50 ٪ اعتباراً من تاريخ 2008/12/1، إلا أن المستدعى ضده الأول بصفته قام بتنفيذ القرار بحق (54) موظفاً واستثنى (12) موظفاً من التنفيذ، وإذ أقام عشر موظفين من الذين تم استثنائهم دعوى عدل عليا قيدت برقم 90 لسنة 2010 والتي أصدرت قراراً في 2011/7/6 القاضي بإلغاء قرار وزير المالية بالامتناع عن تنفيذ قرار رئيس ديوان الموظفين العام والمشار إليه سلفاً. وبجلسة 2012/6/20 تقدم رئيس النيابة بالطلب رقم لرد الدعوى شكلاً لسبق الفصل فيها عملاً بالمادتين 89 ، 92 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، وانتهت المحكمة إلى قرارها الصادر في 2012/11/28 برد الدعوى استناداً إلى إنه سبق وأن صدر قرار محكمة العدل العليا رقم 290 لسنة 2010 بإلغاء القرار المطعون فيه ، ولما كانت هذه القرارات تتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة من كان خصماً في الدعوى ومن لم يكن خصماً فيها ويحق لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بها . ولما كان قد سبق وأن صدر قرار محكمة العدل العليا بإلغاء القرار المطعون فيه في الدعوى رقم 290 لسنة 2010 السابق الإشارة إليها ومن ثم فإن الدعوى تكون منتهية وغير ذات موضوع وواجبة الرد ، وانتهى في منطوقه إلى التقرير برد الدعوى .

التعليق:

أولاً: من حيث إن حكم محكمة العدل العليا - المطروح للبحث - أشار في ديباجته إلى أن المستدعيين هما : (1) وزير المالية بصفته (2) النائب العام بصفته و أن المستدعى ضدهما هما ماهر عبدالله عبدالقادر البليسي وفلسطين حجة أبو زرقة. وأن وكيلهما هو المحامي محمد أبو ناعمة ، ثم عاد في مدوناته فأورد أن المستدعى ضده الأول هو وزير المالية بصفته وأن المستدعيان هما من ضمن من شملهم القرار المطعون فيه. لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه يتعين ألا يكون الحكم مشوباً بإجمال أو إبهام أو تناقض مما يتعذر معه تبين مدى صحة الحكم أو فساده في التطبيق القانوني على واقعة الدعوى وهو يكون كذلك كلما جاءت أسبابه غامضة يشوبها الاضطراب الذي ينبئ عن اختلال فكرته من حيث تركيز المحكمة في تحديد عناصر الدعوى وموضوعها وتحديد الخصوم فيها وطلباتهم وهو ما لا يمكن معه استخلاص مقومات الحكم سواء ما تعلق منها بواقعة الدعوى أو بالتطبيق القانوني ويوقع من جهة أخرى اللبس الشديد في حقيقة ما انتهى إليه الحكم ويكشف عن اختلاط صورة الواقعة في ذهن المحكمة وعدم إحاطتها بها وهو ما يتنافى مع ما أوجبه الشارع من تسبيب الأحكام الأمر الذي يعيبه.

وجدير بالذكر هنا إلى أنه قد صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 في 12 من مايو سنة 2001 ، وجاء بنص المادة الأولى منه على أنه « 1 - تنشأ المحاكم النظامية بمختلف درجاتها وفقاً لأحكام قانون السلطة القضائية وهذا القانون . 2 - تعين دائرة اختصاص المحاكم النظامية بموجب قرار يصدر من وزير العدل ، وجاء الفصل الخامس من القانون المشار إليه بعنوان - المحكمة العليا - والذي تضمن المواد من 23 إلى 34 للتعريف بالمحكمة العليا وكيفية تشكيلها وتحديد اختصاصاتها ، فنصت المادة رقم (23) على أن «تتكون المحكمة العليا: 1- محكمة النقض . 2- محكمة العدل العليا.»، ثم جاءت المادة (33) من القانون الأخير لتتص على أنه « تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 2 - الطلبات الذي 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 . . . 4 - المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل ، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية .

5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها . 6- سائر المنازعات الإدارية . . . 8 - أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون . « ثم جاءت المادة رقم (34) من القانون فنصت على أنه » يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (33) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يلي : 1 - الاختصاص . 2 - وجود عيب في الشكل . 3 - مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها . 4 - التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين بالقانون .» . لما كان ذلك ، وكان البين من استقراء نصوص مواد الفصل الخامس من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 أن المشرع نص على محكمة العدل العليا باعتبارها إحدى رافدي المحكمة العليا إلى جانب محكمة النقض ، وإنه - أي المشرع - خصها . دون غيرها . بالاختصاص بالنظر والفصل في سائر المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو إحدى إداراتها طرفاً فيها وذلك بالإضافة إلى اختصاصاتها الأخرى التي يحددها القانون . ويلاحظ أن الأحكام الصادرة من محكمة العدل العليا تكتسب قوة الأمر المقضي أي أنها أحكام باتة لا يجوز الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن سواء أكانت العادية أو غير العادية باعتبارها محكمة عليا إذ أنه من غير المتصور أن يطعن على أحكامها أمامها ، ومن ثم فلا يجوز التعقيب عليها أو قبول طعن فيها . مفاد ذلك أن المشرع جعل من التقاضي في المنازعات الإدارية أمام محكمة العدل العليا على درجة واحدة إذ يعرض النزاع عليها ابتداءً لتفصل فيه وتكون أحكامها باتة غير قابلة للطعن فيها ، وبمعنى آخر فإنها تكون بمثابة بداية المطاف وخاتمته ، فلم يتبنى المشرع - في المنازعات الإدارية - مبدأ التقاضي على درجتين الذي يعد حقاً يخول لكل طرف في الحكم الصادر أن يطعن فيه ، وهو ضمان من ضمانات حق التقاضي . وإذ كان المشرع قد تبنى ذلك المبدأ - التقاضي على درجتين - في شتى المنازعات باختلاف أنواعها المدنية والجنائية إلا أنه خرج على ذلك المبدأ فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية .

وفي رأينا فإنه يتعين أن يوضع مبدأ التقاضي على درجتين في المنازعات الإدارية بعين الاعتبار حتى تتحقق تلك الضمانة لأطراف هذا النوع من النزاع ، ولقد تبنى المشرع المصري ذلك حين أصدر القوانين المتعاقبة في شأن تنظيم مجلس الدولة وآخرها القانون رقم 47 لسنة 1972 وتعديلاته والذي نص في المادة الثانية منه - والمعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1976 - على أن « يتكون مجلس الدولة من : (أ) القسم القضائي . (ب) قسم الفتوى . (ج) قسم التشريع . ويشكل المجلس من رئيس ومن عدد كاف من نواب الرئيس والوكلاء والمستشارين ومن المستشارين المساعدين والنواب والمندوبين . ويلحق بالمجلس مندوبون مساعدون تسري عليهم الأحكام الخاصة بالمندوبين عدا شرط الحصول على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا . » . كما نصت المادة الثالثة من ذات القانون على أنه « يُؤلف القسم القضائي من : (ا) المحكمة الإدارية العليا . (ب) محكمة القضاء الإداري . (ج) المحاكم الإدارية . (د) المحاكم التأديبية . (هـ) هيئة مفوضي الدولة . » . ولقد بين القانون تشكيل كل محكمة وحدد اختصاصاتها . ولعل الأمر يحتاج إلى استطراد وبحث موسع ودراسات مقارنة لا يتسع لها المقام إلا أننا رأينا ضرورة الإشارة إليه في عجالة .

ثانياً : أما إنه وبالنسبة لما أورده حكم محكمة العدل العليا - المطروح للبحث - في مدوناته من أن حجية الأحكام الصادرة بإلغاء تتمتع بحجية عامة إلخ فإنه يكون قد صادف صحيح القانون ونؤيده ، ولقد استقرت أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري على ذلك إذ قضت بأنه « ومن حيث إنه عن طلب المدعي وقف تنفيذ وإلغاء القرارين رقمي ... لسنة فأن المادة 52 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة تنص على أن «تسري في شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوه الشيء المحكوم فيه على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة . وفي تفسير هذا النص ذهبت المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بجلسة 1986/11/9 في الطعن رقم 495 لسنة 31 ق إلى أن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء هي حجة عينية كنتيجة طبيعية لانعدام القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها اختصاص له في ذاته ، وغني عن البيان أن مدى الإلغاء أمر يحدد بطلبات الخصوم وما انتهت إليه المحكمة في قضائها فإذا صدر الحكم بالإلغاء فإنه يكون حجه على الكافة ومرد ذلك إلى أن الخصومة الحقيقية في الطعن بالإلغاء تنصب على القرار الإداري وتستند إلى

أوجه عامة حددها القانون رقم 47 لسنة 1972 المشار إليه في المادة (10) بأنها عدم اختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة، وكل وجه منها له من العموم في حالة قبول الطعن ما يجعل القرار المطعون فيه باطلاً لا بالنسبة للطاعن وحده بل بالنسبة للكافة فهو باطل بطلان مطلق وأخذ بهذا الفكر القانوني وإعمالاً له ذهبت المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بجلسة 16/4/1995 في الطعنين 2408 ، 3166 لسنة 38 ق إلى أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها رقابة شرعية القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون فيما أن يسفر الطعن عن شرعيته فتفرض الدعوى أو تتقرر عدم مشروعيتها فيحكم بإلغائه ، والحكم الصادر بالإلغاء يعدم القرار في ذاته فينقضي وجوده ويزول بالنسبة لكل الناس من كان قد صدر لصالحه أو ضده، من أفاده ومن أضر به ، من طعن عليه ومن لم يطعن عليه من كان طرفاً في دعوى مهاجمة القرار ومن لم يكن ولهذا كان الحكم بالإلغاء حجة على الكافة لأنه يقوم على تقرير عدم مشروعية القرار من حيث هو في ذاته خاصة أن هذه الحجية المطلقة تمنع تسلسل الطعون إلى غير نهاية تبعاً لأصحاب المصالح التي يمسها القرار المطعون فيه إيجاباً أو سلباً، فيضيف إلى فقد الحجية المطلقة عدم الاستقرار المطلق للقرار الإداري والاستقرار اعتباراً قانوني يقوم على أساسه تنظيم الطعن وتحديد أمده، ومن ثم إذا حكم بإلغاء القرار الإداري بحكم حازقه الشيء المحكوم فيه فلا يجوز المنازعة في هذا القرار مرة أخرى ويتعين القضاء بعدم جواز نظر الدعوى المقامة بذلك مرة أخرى . وحيث إن الثابت بالأوراق أنه قد سبق لهذه المحكمة أن أصدرت العديد من الأحكام بإلغاء القرارات المطعون فيهما ، وقد قضي في منطوق تلك الأحكام في الدعويين رقمي 4981 لسنة 55 ق، ورقم 7357 لسنة 56 ق بإلغائهما تأسيساً على أن القرارين صدرا بدون سند من القانون مما يجعلهما منعدمين قانوناً وقد تأيدت تلك الأحكام من المحكمة الإدارية العليا ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر في الطعن رقم 10888 لسنة 47 ق0ع جلسة 29/6/2005 (الدائرة السادسة) وحكمها الصادر في الطعن رقم 5515 لسنة 49 ق0ع جلسة 3/7/2005 (الدائرة الأولى) . من حيث إنه في ضوء ما تقدم ولما كانت الدعوى المعروضة تنصب على طلب إلغاء ذات القرارين

الوزاريين فإنه نزولاً على مؤدي الأحكام السابقة يتعين الحكم بعدم جواز نظر الدعوى في هذا الشأن لسابقة الفصل في هذا الموضوع . (الطعن رقم 39094 لسنة 60 ق - جلسة 04 / 07 / 2007) وقضي فيه أيضاً بأن « الأصل في القرار الإداري هو نفاذه وسريان حكمه إلى أن تبطله الإدارة نفسها أو تسحبه في الحدود التي يجوز السحب فيها أو يقضى بوقف تنفيذه أو بإلغائه وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الحكم بإلغاء القرار الإداري يلقي على عاتق الإدارة التزامين أولهما سلبي بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء تنفيذي يترتب عليه حدوث أي أثر للقرار المقضي بإلغائه وثانيهما إيجابي باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ مؤدي الحكم ومقتضاه مع تطبيق نتائجها القانونية على أساس افتراض عدم صدور القرار ابتداء فيرد الأمر إلى ما كان عليه قبل صدوره مع رد ما سبق تحصيله نفاذاً للقرار الملغى . وبتطبيق ما تقدم في هذا الشأن وإذ كان الثابت في ضوء ما تقدم ونزولاً على أثر الأحكام الباتة السالف ذكرها والتي قضت بإلغاء القرارين المشار إليهما منذ صدورهما وما تحوزه من حجة عينية قبل الخصوم، فإنه يتعين على الجهة الإدارية أعمال مقتضى تلك الحجة، والتي هي من النظام العام بل في أعلى مدارجه ، وبالتالي يقع عليها التزام وواجب قانوني مؤداه وقف تحصيل أية مبالغ مقررة بالقرارين المشار إليهما ، وكذا الالتزام برد جميع المبالغ التي حصلت استناداً لهما ، الأمر الذي يكون معه الامتناع عن وقف ذلك التحصيل رد المبالغ السابق تحصيلها نفاذاً لهما مخالفاً لأحكام القانون . » . وفي ذات المعنى أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري في (الطعن رقم 11464 - لسنة 62 ق - جلسة 10 / 03 / 2009) .

وهو ما تواترت عليه أيضاً فتاوى مجلس الدولة المصري وجاء فيها : « ومن حيث أن المسلم به أن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء هي حجة عينية كنتيجة طبيعية لإعدام القرار الإداري في دعوى هي اختصاص له في ذاته ، إلا أن مدى الإلغاء يختلف بحسب الأحوال فقد يكون شاملاً لجميع أجزاء القرار وهذا هو الإلغاء الكامل وقد يقتصر الإلغاء على جزء منه دون باقيه وهذا هو الإلغاء الجزئي وغني عن البيان أن مدى الإلغاء أمر يحدد بطلبات الخصوم وما تنتهي إليه المحكمة في قضائها فإذا صدر الحكم بالإلغاء كلياً أو جزئياً فإنه يكون حجة على الكافة ذلك أن الخصومة الحقيقية

في الطعن بالإلغاء تنصب على القرار الإداري في ذاته وتستند على أوجه عامة كعدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة وكل وجه منها له من العموم في حالة قبول الطعن ما يجعل القرار المطعون فيه باطلاً لا بالنسبة للطاعن وحده بل بالنسبة للكافة فهو بطلان مطلق . ومن حيث أن الثابت في الحالة المعروضة أن الحكم الصادر لصالح السيدة/..... قد قضى بإلغاء القرار رقم ... لسنة المشار إليه لمخالفته القانون حيث تضمن سحب قرار تعيين هذه السيدة في وقت لا يجوز السحب فيه قانوناً وذلك على التفصيل السابق بيانه - وهذا السبب الذي استندت إليه المحكمة في إلغاء هذا القرار هو في حقيقته مما يعتبر سبباً شاملاً عاماً يمسه في أساسه ولم يتم على خصوصية معينه اختصت بها السيدة المذكورة ولا تقوم بالنسبة لغيرها ممن شملهم هذا القرار إذ أن جميعهم تشابهت حالتهم بها وسحبت قرارات تعيينهم بهذا القرار في وقت كان لا يجوز السحب فيه قانوناً ومن ثم فلا يسوغ القول بأن هذا القرار الذي أعدم لهذا السبب بالحكم المشار إليه يعتبر ما يزال قائماً للعاملين المعروضة حالتهم . ومن حيث أنه تأسيساً على ما تقدم فإنه ولئن كان الحكم الصادر من المحكمة الإدارية لرياسة الجمهورية السالف الإشارة قد صدر بعبارة..... إلغاء القرار المطعون فيه رقم فيما تضمنه من سحب قرار تعيين المدعية..... فإن هذا الإلغاء في حقيقة الأمر هو إلغاء كامل للقرار رقم لسنة ... المشار إليه وليس إلغاء جزئياً - فيستفيد منه كل من وجد في ظروف مماثلة لظروف السيدة التي صدر لصالحها هذا الحكم ولو لم يختصم هذا القرار أمام القضاء بوصفه من الكافة . لذلك / انتهى رأي اللجنة إلى أحقية كل من السيد/..... والسيدة /..... وغيرهم ممن شملهم القرار رقم ... لسنة ... المشار إليه في الاستفادة من الحكم الصادر لصالح السيدة/..... المنوه عنه سلفاً وإعادة تسوية حالتهم على هذا الأساس. (جمهورية مصر العربية الفتوى رقم 1984 لسنة 28 - جلسة 1973/11/5 - صفحة 25) وفي ذات المعنى (الفتوى رقم 869 لسنة 61 - جلسة 2006/10/18 - صفحة 44) .

وهدياً بما تقدم ، فإننا نؤيد ما جاء بأسباب حكم محكمة العدل العليا إلا أننا لا نؤيده

فيما انتهى إليه بمنطوقه من رد الدعوى وهو ما يعني رفضها موضوعاً وهو يخالف ويناقض ما سبق وأن قضت به محكمة العدل العليا نفسها في الدعوى رقم 290 لسنة 2010 - المشار إليها بمدونات الحكم - إذا انتهت في حكمها الأول بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه ثم تعود المحكمة لتتقضي بحكمها الراهن برد الدعوى على الرغم من اتحاد الموضوع في الدعويين ، وكان يتعين على المحكمة أن يأتي منطوق حكمها بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعوى رقم 290 لسنة 2010 أو بعدم قبول الدعوى . أما وإن هي لم تفعل وقضت برد الدعوى فإن من شأن ذلك أن يوقع القارئ للحكم والخصوم أنفسهم في اللبس الشديد في حقيقة ما ذهب إليه المحكمة ، وهو ما نربأ على المحكمة أن تخطئ فيه .

حكم محكمة العدل العليا

رقم 2011/361

مناقشة المبادئ القانونية التي تضمنها

قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم

2011/361 طلب رقم 2012/7

تاريخ 2012/11/28

المحامي: هاني زاهدة/ الاردن



التمهيد:

صدر قرار محكمة العدل العليا رقم 2011/361 في الطلب رقم 2012/7 بتاريخ 2012/11/28 والذي تضمن في فقرته الحكمية ما يلي:

« وحيث قد صدر قرار عن محكمة العدل العليا رقم 2010/290 بالغاء القرار المطعون فيه وحيث أن الاحكام الصادرة بالإلغاء تتمتع بحجية عامة ومطلقة ومؤدى هذه الحجية تسري على من طعن ومن لم يطعن كافة في مواجهة جهات الادارة مُثل في الدعوى ام لم يمثل فيها ويحق لكل صاحب مصلحة من الكافة التمسك به وحيث أن المحكمة قامت بالغاء القرار المطعون فيه في الدعوى رقم 2010/290 وهو ذات القرار المطعون فيه في هذه الدعوى لانه يترتب على صدور حكم الالغاء اعدام القرار المطعون به تلقائيا وبذا يعد هذا القرار بحكم العدم دون حاجة لتدخل الادارة فالمطلوب من الادارة هو تنفيذ حكم الالغاء وبالتالي فإن الدعوى التي تقدم للقضاء بطلب الغاء قرار اداري سبق للمحكمة أن قررت الغاءه تعتبر دعوى منتهية وغير ذات موضوع وواجبة الرد».

ونحن نبدي بدورنا الرأي القانوني الذي نجتهد فيه ودراستنا حول القرار المذكور مع مراعاة أحكام وآداب التعليق على أحكام المحاكم خدمة للحق والعدالة.

أولاً: ملخص وقائع الدعوى موضوع قرار محكمة العدل العليا أعلاه:

وردت الوقائع التالية ضمن حيثيات القرار وضمن لائحة استدعاء الدعوى، وهي الوقائع التي ستساهم في رأينا القانوني:

1. المستدعيان في الدعوى موظفان في هيئة الإذاعة والتلفزيون أقاما دعواهما على أساس أن رئيس ديوان الموظفين العام أصدر بتاريخ 2009/1/11 قرارا يحمل الرقم 112123 بناء على كتاب رئيس هيئة الإذاعة والتلفزيون رقم 777 تاريخه 2008/11/30 يقضي بتسكين 76 موظفا من موظفي هيئة الإذاعة والتلفزيون على درجة مدير (C) وصرف علاوة طبيعة العمل البالغة 50 ٪ اعتبارا من تاريخ 2008/12/1، إلا أن وزير المالية استثنى من تطبيق القرار 12 موظفا من هؤلاء الموظفين من ضمنهم المستدعيين .

2. بتاريخ 2011/12/13 خاصم المستدعيان في دعواهما التي تحمل الرقم 2011/361 وزير المالية والنائب العام بالإضافة لوظيفتهما طالبين إلغاء قرار وزير المالية القاضي بعدم تنفيذ قرار ديوان الموظفين .
3. بعد تقديم المذكرات حول القبول الشكلي ، وإصدار المحكمة مذكرة للمستدعى ضدهما في الدعوى لبيان الأسباب التي أدت إلى إصدار القرار المطعون فيه أو بيان ما يحول دون إلغائه، قدم رئيس النيابة العامة ممثلاً عن المستدعيين لائحة جوابية بتاريخ 2012/5/29 .
4. تقدم رئيس النيابة العامة بتاريخ 2012/6/20 بطلب يحمل الرقم 2012/7 لرد الدعوى رقم 2011/361 شكلاً بسبب سبق الفصل فيها عملاً بأحكام المادة 89 و 92 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية واستند في طلبه بأنه سبق لعشرة من الموظفين المتضررين من القرار المطعون به ان تقدموا لمحكمة العدل العليا بالدعوى التي تحمل الرقم 2010/290 للطعن بذات القرار المطعون به في هذه الدعوى ، وأصدرت المحكمة قرارا بتاريخ 2011/7/6 يتضمن إلغاء قرار وزير المالية وإن إلغاء القرار محل الطعن في الدعوى رقم 2010/290 يعني بالضرورة الغائه من تاريخ صدوره وشمل كافة الآثار التي ترتبت عليه او نتجت عنه وان هذا يعني بالضرورة العودة بالحال الى ما قبل صدور القرار الطعين بغض النظر عن الشخص او الاشخاص اللذين قدموا الدعوى لأن دعوى الالغاء هي دعوى عينية موضوعية القصد منها تصحيح الاوضاع القانونية بازالة كل أثر للقرار الاداري غير المشروع وهي تستهدف ليس مصلحة الطاعن الذي اضر به القرار الاداري فحسب بل وايضا الدفاع عن المصلحة العامة وضمن احترام مبدأ المشروعية الادارية.

ثانياً: المبادئ والنصوص القانونية التي ارتكز عليها قرار محكمة العدل العليا:

- بين القرار المذكور ضمن حيثياته مسألة رئيسية وتمثل المبادئ القانونية الذي ارتكز عليه القرار، وقد تم بسطها ضمن نقطتين متسلسلتين، هما كما يلي:
 1. الاحكام الصادرة بالإلغاء تتمتع بحجية عامة ومطلقة ومؤدى هذه الحجية تسري

على من طعن ومن لم يطعن كافة في مواجهة جهات الادارة مثل في الدعوى او لم يمثل فيها وأنه يحق لكل صاحب مصلحة من الكافة التمسك به .

2. يترتب على صدور حكم الالغاء اعدام القرار المطعون به تلقائيا وبعد القرار الملغى بحكم العدم دون حاجة لتدخل الادارة والمطلوب من الادارة فقط هو تنفيذ حكم الالغاء .

ثالثا: التعليق على قرار محكمة العدل العليا المذكور:

1. الجانب الشكلي للقرار ومدى معالجة المحكمة للجوانب الشكلية في الدعوى - لم يتطرق قرار المحكمة لقبول الشكلي للدعوى الأصلية من حيث مدد الطعن ولا للطلب ولا صلاحية المحكمة في نظر الطلب من الناحية الشكلية، حيث تم تقديم لائحة جوابية ثم تم تقديم الطلب ولم يتطرق قرار المحكمة الى قرار قبول الانتقال لرؤية الطلب والتدقيق فيه واصدار القرار فيه. وبهذا لا يمكن أن يتبين من القرار الأصول القانونية اللازمة لمعالجة مثل هذه الطلبات .

2. الطلبات في دعاوى الإلغاء :

استند رئيس النيابة العامة لأحكام المادتين 89 و92 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لتقديم الطلب لرد الدعوى شكلا بسبب سبق الفصل فيها ، وقامت المحكمة بالاستجابة لطلبه إلى الدرجة التي ظهر فيها وزير المالية والنائب العام بصفة المستدعيان في القرار النهائي، وهو ما يمكن ان يثير التباسا عند قراءة الحكم، لأن المحكمة اعتمدت اسلوب المحاكمات المدنية في معالجة الطلب، رغم أن الدفوع الشكلية والموضوعية في دعوى الالغاء لا تحتاج الى طلبات مستقلة لتقديمها ، والمحكمة تحكم بها من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك الخصوم بها . فلا يسقط الدفع بعدم إبدائه قبل غيره من الدفوع الشكلية أو غير الشكلية بل يجوز إبداءه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، وأن للمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تنزل هذه القاعدة على المنازعة الماثلة في الدعوى ولو لم يثرها الخصوم¹ ولعل من الأنسب لو قررت المحكمة ضم الطلب واعتباره دفعا من الدفوع المثارة في الدعوى .

1 فهد عبدالكريم ابو العثم- القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق - ص 411 - دار الثقافة .

3. الصياغة القانونية للقرار

لم تبين المحكمة ما ورد في القرار الصادر سابقاً رقم 2010/290 ولم يشر قرار المحكمة الى هذه البيئة وكيف تم تمييزها. كما كان يمكن للقرار ان يكون شاملاً موضحاً المواد القانونية التي استند اليها كما ورد في وقائع الطلب المقدم من المستدعين.

وكان يمكن للقرار ان يتطرق الى انه على الرغم من ان المستدعى ضدهما لم يتقدما بطلب لالغاء القرار الا ان الغاء القرار من قبل المحكمة يشمل المستدعى ضدهما، ضمناً لعدم امكانية المنازعة في تنفيذ القرار .

4. آثار حكم الإلغاء وحجيته:

إن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على كافة وهذا الحكم نتيجة منطقية لطبيعة دعوى الإلغاء العينية ولكون الدعوى مخاصمة للقرار الإداري ذاته ، فالحكم بالإلغاء هو هدم وإعدام للقرار الإداري² وإن الاحكام الصادرة بالالغاء كما هو متفق عليه فقهاً وقضاً تتمتع بحجية عامة ومطلقة، و مؤدى هذه الحجية أنها تسري على من طعن ومن لم يطعن كافة، وفي مواجهة جهات الادارة جميعها مثلت في الدعوى او لم تمثل ، وعليه يملك المستدعي المحكوم لصالحه ان يتمسك بحكم الالغاء بمواجهة كافة، كما يحق لكل صاحب مصلحة من كافة ان يتمسك به ايضاً . ورغم أن جانباً من الفقه ينتقد اصطلاح كافة ويرى أن من الأصوب أن نقول أن الحكم الصادر بالإلغاء قابل لأن يتعدى إلى الغير ، وأن هذا التعدي يختلف من حالة لأخرى في مدها وفي كلفيته . لهذا لا تعني كلمة (الكافة) الذي يتعدى إليهم الحكم هو (الناس جميعاً) ، فهذا الأثر لا يكون حتى للقواعد التنظيمية ذاتها على ما هو مقرر لها من صفة العمومية . بل هي تفهم على أنهم طائفة من الناس محددة بصفاتهم لا بأشخاصهم وذواتهم . وهذا الطائفة قد تتضاءل وتتناقص حتى تنحصر في قلة تتحقق فيهم الصفة التي من أجلها يفيدون أو يضارون من القرار . وأحياناً يتقلص معنى كافة الى العدم إذا لم يكن هناك من يفيد من الحكم أو يضار به سوى المحكوم ضده³

2 سليمان الطماوي - قضاء الإلغاء - ص 1025 - دار الفكر العربي 1976

3 الدكتور مصطفى كمال وصفي ، اصول إجراءات القضاء الإداري- القاهرة - مطبعة الأمانة 1978 ص.548 مشار اليه في مؤلف علي خطر

فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية : «أن الاحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا بالالغاء تكون لها الحجية المطلقة عليهم جميعا، وبالنسبة للمحاكم والسلطات الادارية جميعها ، ويترتب عليه اعدام القرار من يوم صدوره» وقد اختلف الفقهاء فيما تعنيه كلمة الكافة ، إلا أن الدكتور علي خطار يستخلص أن المقصود هو كل من لم يكن خصماً في دعوى الالغاء او ممثلاً فيها ويمكن الاحتجاج بمواجهته بحكم الالغاء الصادر او يتأثر من تنفيذه بشكل مباشر او غير مباشر.

بل في حال قدم طعن واحد بقرار جماعي من مستدعي واحد فقط او مجموعة منهم فهل يمتد حكم الالغاء الصادر الى الآخرين الذين لم يطعنوا بالقرار كغيرهم؟ اجابت محكمة العدل العليا الأردنية على هذا التساؤل بالنفي كأصل عام ، فقد قررت ان هؤلاء لا يستفيدون من حكم الالغاء ، الا اذا بني الالغاء على بطلان القاعدة القانونية التي صدر القرار الملغى استناداً اليها الا ان الدكتور علي خطار لا يتفق مع هذا الاجتهاد القضائي للأسباب التالية:

السبب الاول: ان حكم الالغاء الصادر يؤدي الى اعدام القرار واعتباره كأنه لم يكن، فلا يستقيم اعتباره منعماً للبعض وقائماً للآخرين.

والسبب الثاني: طبيعة دعوى الالغاء ، حيث انها ذات طبيعة عينية مناطها اختصام القرار نفسه.

السبب الثالث: غاية دعوى الالغاء، فهي دعوى تستهدف في المقام الاول حماية مبدأ المشروعية في الدولة وضمان سلامة النظام القانوني.⁴

ومن جهتي فإنني أرى بأن موقف محكمة العدل العليا الفلسطينية أكثر انسجاماً مع التوجهات الفقهية في مفهوم امتداد اثار حكم الالغاء وحجتيه ليشمل الكافة ، من موقف محكمة العدل العليا الأردنية التي اعتبرت أن حكم الإلغاء له حجية نسبية ، حيث جاء في القرار رقم 2000/155 «ولا يرد على ذلك ما جاء بمرافعة وكيل المستدعي من ان القرار المطعون فيه الاول الصادر عن

المستدعى ضده الاول منعدم لالغائه من قبل محكمة العدل العليا في القضايا ذات الارقام 98/98,552/524، ذلك لان حجية الحكم بالالغاء هي حجيه نسبيه تنحصر بالطاعن فقط والمستدعي في هذه الدعوى لم يطعن به في حينه خلال المده القانونيه كما فعل القضاة الاخرون الذين شملهم قرار المجلس القضائي».

رغم أن المحكمة الأردنية كان اجتهادها السابق أكثر انسجاما من العدالة عندما فرقت ما بين حجية الحكم بالإنهاء واعتبرته حجة على الكافة بينما الأحكام التي ترد الدعوى حجيتها نسبية، حيث قررت في حكمها رقم 1976/32 بأنه "لا يرد القول بان الحكم الذي تصدره محكمة العدل العليا في نفس الموضوع يكون حجة على الكافة ، اذ ان المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء الاداريين ان الاحكام التي تكون حجة على الكافة هي الاحكام الصادرة بالغاء القرارات الادارية فقط ، اما تلك التي ترفض الالغاء فان حجيتها نسبية مقصورة على اطراف الخصومة ولا تتعدى الى غيرهم.

رابعا : وبناء على الدراسة السابقة ، فإننا نلخص أهم النتائج التي توصلنا إليها فيما يلي :

1. إن آثار حكم الألغاء تمتد لتشمل جميع المتضررين بالقرار طعنوا بالقرار أم لم يطعنوا ، لأن دعوى الإلغاء تكون في مواجهة القرار الإداري وليس في مواجهة الخصم.
2. يترتب على صدور حكم الإلغاء إعدام القرار الإداري وبالتالي فلا محل له في دعوى أخرى يقيمها شخص آخر ، لأن من التزامات الإدارة أن تنهي القرار بمجمله ولجميع المتضررين منه .
3. أن المحكمة كانت أكثر اقترابا من العدالة في معالجة موضوع الدعوى ، باعتبارها ان القرار المطعون به لم يعد له وجود .
4. ان الدفع الشكلية أو المتعلقة بالنظام العام التي يتم الدفع بها في دعوى الالغاء لا تحتاج الى تقديم طلبات مستقلة ، لأن المحكمة تحكم بها من تلقاء نفسها ، ولا تسقط بتنازل الاطراف عنها .

**أحكام صادرة عن محكمة
النقض في الدعاوى الجزائية
والتعليق عليها**

**الحكم الصادر عن محكمة
النقض في الدعوى الجزائية
رقم 2012\23**



السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

محكمة النقض

« الحكم »

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة:	برئاسة السيد القاضي/ محمد شحادة سدر
وعضوية السادة القضاة:	عماد سليم سعد د. عثمان التكروري، محمد سامح الدويك، خليل الصياد
الطاعن:	حمدان صلاح الدين حمدان عسلية
المطعون ضده:	وكيله المحامي شفيق شلش/ رام الله الحق العام.

الإجراءات

بتاريخ 2012/02/06 تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن لنقض القرار الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2012/01/29 في القضية الاستئنافية الجزائية رقم 2011/14 المتضمن قبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء القرار المستأنف وإدانة المستأنف ضده بالتهمة المُسندة إليه وهي هتك العرض خلافاً لأحكام المادة 1/296 من قانون العقوبات والحكم عليه بالحبس مدة سنة واحدة استناداً للمادة 7/13 من قانون الأحداث محسوبة له مدة التوقيف.

وتتلخص أسباب الطعن بما يلي:-

1. أخطأت محكمة الاستئناف في تفسير القانون واعتبار البينة المقدمة من النيابة العامة كافية لإدانة الطاعن والحكم عليه بالعقوبة المقررة لها قانوناً.

2. إن البينة المقدمة من النيابة العامة لا تكفي لإدانة الطاعن بالتهمة المُسندة إليه.
 3. أخطأت محكمة الاستئناف في عدم معالجة التهمة الثانية المُسندة للطاعن.
 4. أخطأت محكمة الاستئناف في عدم استعمال صلاحيتها بوقف تنفيذ العقوبة.
- لهذه الأسباب يطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقدمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه وإعلان براءة الطاعن.
- بتاريخ 2012/03/21 قدم رئيس النيابة العامة مطالعة خطية طلب بنتيجتها ردّ الطعن شكلاً و/ أو موضوعاً.

القرار

بعد التدقيق والمدولة قانوناً نجد أن محكمة البداية كانت قد قررت إجراء محاكمة المتهم الحدث حمدان (الطاعن) أمامها بصفتها محكمة أحداث، وبذلك فإن قرار الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة استئناف رام الله يكون قد اكتسب الدرجة القطعية، وبالتالي لا يقبل الطعن فيه بطريق النقض طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة [16] من قانون إصلاح الأحداث رقم [16] لسنة 54 ووجب التطبيق والتي جاء فيها (يجوز لكل من له الحق في استئناف أحكام محكمة الدرجة الأولى أن يستأنف أي حكم من أحكام محكمة الصلح أو المحكمة البدائية بصفتها محكمة أحداث إلى محكمة الاستئناف ويكون حكمها قطعياً).

أما بالنسبة لطلب وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها الطاعن المرفق مع لائحة الطعن والذي سجل تحت الرقم 2012/32 فقد أصبح غير ذي موضوع فنقرر رده.

لهذا كله واستناداً لما تقدم نقرر عدم قبول الطعن وإعادة الأوراق لمصدرها.

قراراً صدرتدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/04/10

- الرئيس

الكاتب/ع.ن

**التعليق على الحكم الصادر من
محكمة النقض في الطعن الجزائي رقم
2012\23**

المحامي وائل فتحي شربيله مصر



تعقيب حول قضاء محكمة النقض الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) الصادر في رام الله في النقض الجزائي رقم 2012/23 بتاريخ 2012//10 والقاضي " عدم قبول واعداد الاوراق لمصدرها"

الموضوع والرأي القانوني

بتاريخ 2012\2\16 تقدم الطاعن / حمدان صلاح الدين حمدان عسليية بواسطة وكيله بهذا الطعن لنقض القرار الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2012\1\29 في القضية الاستئنافية الجزائية رقم 2011/14 والمتضمن قبول الاستئناف موضوعاً والغاء القرار المستأنف وادانة المستأنف ضده بالتهمة المسندة اليه وهي هتك العرض خلافاً لاحكام المادة 1/296 من قانون العقوبات والحكم عليه بالحبس مدة سنة واحدة استناداً للمادة 7/13 من قانون الاحداث محسوبة له مدة التوقيف .

هذا وقد تقدم الطاعن عن طريق وكيله بصحيفة الطعن تتلخص في التالي :

1. اخطأت محكمة الاستئناف في تفسير القانون واعتبار البينة المقدمة من النيابة العامه كافية لادانته الطاعن والحكم عليه بالعقوبة المقررة لها قانوناً .
 2. ان البينة المقدمة من النيابة العامه لا تكفي لادانته الطاعن بالتهمة المسندة اليه .
 3. اخطأت محكمة الاستئناف في عدم معالجة التهمة الثانية المسندة للطاعن .
 4. اخطأت محكمة الاستئناف في عدم استعمال صلاحياتها بوقف تنفيذ العقوبة .
- لهذه الأسباب يطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه واعلان براءة الطاعن .

وبتاريخ 2012/3/21 قدم رئيس النيابة العامه مطالعة خطية طلب بنتيجتها رد الطعن شكلاً او موضوعاً .

هذا وقد تصدت محكمة النقض في نقضها من ان محكمة البداية كانت قد قررت اجراء محاكمة المتهم الحدث حمدان صلاح الدين حمدان "الطاعن" امامها بصفتها محكمة احداث وبذلك فإن قرار الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة استئناف رام الله يكون قد اكتسب الدرجة القطعية وبالتالي لا يقبل الطعن فيه بطريق النقض طبقاً

لما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 16 من قانون اصلاح الاحداث رقم 16 لسنة 54 ووجب التطبيق والتي جاء فيها « يجوز لكل من له الحق في استئناف احكام محكمة الدرجة الاولى ان يستأنف اي حكم من احكام محكمة الصلح او المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة احداث الى محكمة الاستئناف ويكون حكمها قطعياً ».

- اما بالنسبة لطلب وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها فقد اصبح غير ذي موضوع فتقرر رده .
- لهذا كله واستناداً لما تقدم تقرر محكمة النقض عدم قبول الطعن واعادة الاوراق لمصدرها .
- لما كان ذلك وكانت قواعد الاختصاص في المواد الجنائية من حيث اشخاص المتهمين متعلقة بالنظام العام فلا يوجد ما يعكس صفو المحكمة من ان تقول كلمتها حول اختصاصها .
- ولما كان قانون العقوبات بالمادة 296 قد نص على :

1. كل من هتك بالعنف او التهديد عرض انسان عوقب بالاشغال الشاقة مدة لا تنقص عن اربع سنوات .

2. ويكون الحد الأدنى للعقوبة سبع سنوات اذا كان المعتدى عليه لم يتم الخامسة من عمره .

بذلك تكون محكمة الاستئناف قد صادفها الصواب طبقاً لقانون العقوبات سالف البيان . وبمطالعة قانون اصلاح الاحداث رقم 16 لسنة 1954 ينص في مادته 1/16 على "يجوز لكل من له الحق في استئناف احكام محاكم الدرجة الاولى ان يستأنف اي حكم من احكام محكمة الصلح او المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة احداث الى محكمة الاستئناف ويكون حكمها قطعياً" لذلك نرى ان محكمة النقض قضت وفقاً للقانون .

- الرأي:** نرى تأييد الحكم الصادر عن محكمة النقض في 2012/4/10 في الطعن الجزائي رقم 2012/23 بعدم قبول الطعن واعادة الاوراق لمصدرها وذلك للأسباب التالية:
1. من المقرر ان نظام التقاضي الفلسطيني قائم على نظام التقاضي على ثلاث

درجات ومن المقرر قانوناً ان قانون الاجراءات الجزائية قد تضمن - في بابه الثالث ومن خلال ما يزيد عن ثلاثين مادة موزعة على خمسة فصول - الحق في نقض الاحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف او تلك الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية ونص عليه وتناوله بالتنظيم.

2. ان قانون اصلاح الاحداث رقم 16 لسنة 1954 قد تضمن في مادته رقم 16 جواز الحق في استئناف احكام محاكم الدرجة الأولى سواء الصادر من محكمة الصلح او المحكمة البدائية وبصفتها **محكمة احداث** (بالذات) الى محكمة الاستئناف على ان يكون حكمها نهائياً (قطعياً) يحوز قوة الامر المقضي به فلا يجوز الطعن فيه بأي طريق اخر بعد ذلك وخاصة طريق النقض، او بعبارة اخرى: فإن حق التقاضي بالنسبة لقانون الاحداث لهو على درجتين فقط.

3. واذا ما كان قانون اصلاح الاحداث السابق يعد من القوانين الخاصة التي تقيد نصوصها احكام القانون العام سواء اكان قانون العقوبات او قانون الاجراءات الجزائية، وبما تضمنه هذا الاول من قواعد خاصة، واعمالاً للقاعدة القانونية: القاعدة أو النص الخاص يقيد ما عداه من القواعد العامة.

واذا ما كان قانون اصلاح الاحداث ينظم التقاضي اذا ما تعلق بالحدث على درجتين فقط هما (ولصلحة ارتأها المشرع): " **محاكم الدرجة الاولى** «سواء المقصود بها محاكم الصلح او المحاكم البدائية، يطعن على الاحكام الصادرة عنها امام محكمة الاستئناف كدرجة ثانية وانتهاية يدرك من النص على قطعية احكامها، بما يعني عدم جواز الطعن في احكام هذه الاخيرة بطريق النقض (مادة 346 اجراءات جزائية والخاصة في تنظيم حالات الطعن على الاحكام بطريق النقض).

4. لا يقبل الطعن اطلاقاً في هذه الاحكام النهائية القطعية الحائزة لقوة الشيء المقضي به بقوة القانون ونصه الصريح، الا في **حالة واحدة** هي حالة القضاء برد الدفع بعدم الاختصاص يصدر عن هذه المحكمة الاخيرة المشار اليها (محكمة الاستئناف) في احد منازعات او اقضية الاحداث، يكون قد ابدى امامها من قبل المتهمين الاحداث (عن طريق وكيلهم)، وهذا تطبيقاً لنص المادة العامه الواردة بقانون العقوبات تحت رقم 347.

وإذا ما كانت اسباب الطعن الواردة في صحيفة الطعن بالنقض، تنحصر بالكامل في موضوع الدعوى والخلاف حول وقائعها والاستدلال بشأنها، ولم يتطرق الطعن الى مسألة من مسائل الاختصاص او دفع ما بشأنه، فإن الطعن بالنقض يعد غير مقبولاً اعملاً لنص المادة 16 من قانون اصلاح الاحداث رقم 16 لسنة 1954، سالف الاشارة اليه.

وإذا ما تضمنت ايضاً اسباب الطعن والباقية منها، النعي على المحكمة عدم استعمال او استخدام صلاحياتها للأمر بوقف تنفيذ العقوبة، فعدا ان المادة الاخيرة لا تجيز او تبيح اللجوء لطريق الطعن بالنقض لهذا السبب، إلا ان هذا سبب بدوره غير مقبولاً او جائز الدفع به في الحالات العادية (غير اقضية الاحداث) لتعلقه بالسلطة التقديرية للمحكمة وعقيدها القانونية المتبناه من الاوراق.

**التعليق على قرار محكمة النقض
الفالسطينية رقم 2012/23 الصادر
بتاريخ 2012/4/10**

الدكتور احمد سويطي/الخليل



تعليقنا على قرار محكمة النقض لا يتعدى كونه دراسة بوجهة نظر قانونية تحليلية ليس لها بأي حال من الأحوال المساس بحجية الحكم التي بلغت قوتها، وتتبع من كون مصدرى هذا الحكم بشر معرضون في الوصول إليه للخطأ والصواب. وحيث لا يجوز النعي على الحكم القضائي إلا بالطريق الذي رسمه القانون وذلك بالطعن فيه، فإنه ومتى استنفذت تلك الطرق أو انقضت مواعيدها، فإن الحكم القضائي يصبح باتاً، لا يجوز المساس به، مهما حاد عن صحيح القانون بخطأ أو بعيب.

القرار محل التعليق حاز قوة الأمر المقضي به، وأصبح عنواناً للحقيقة، ودراستنا له لا تتعدى دراسة تحليلية للوقوف على محاور ذلك الحكم الموسوم في النقض الجزائي رقم 2012/23 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار حكمها باسم الشعب العربي الفلسطيني وذلك بتاريخ 2012/4/10 والذي قضى في منطوقه بعدم قبول الطعن وإعادة الأوراق لمصدرها.

تلخصت أسباب الطعن بما يلي:

1. أخطأت محكمة الاستئناف في تفسير القانون واعتبار البيينة المقدمة من النيابة العامة كافية لإدانة الطاعن والحكم عليه بالعقوبة المقررة لها قانوناً.
 2. إن البيينة المقدمة من النيابة العامة لا تكفي لإدانة الطاعن بالتهمة المُسندة إليه.
 3. أخطأت محكمة الاستئناف في عدم معالجة التهمة الثانية المُسندة للطاعن.
 4. أخطأت محكمة الاستئناف في عدم استعمال صلاحيتها بوقف تنفيذ العقوبة.
- ولهذه الأسباب طلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه وإعلان براءة الطاعن.

تلخصت وقائع القرار المطعون به وفق ما جاء في مضمون القرار محل التعليق أن محكمة البداية كانت قد قررت إجراء محاكمة المتهم الحدث (ح) (الطاعن) أمامها بصفتها محكمة أحداث، وبذلك فإن قرار الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة استئناف رام الله يكون قد اكتسب الدرجة القطعية، وبالتالي لا يقبل الطعن فيه بطريق النقض طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة [16] من قانون إصلاح الأحداث

رقم [16] لسنة 54م واجب التطبيق والتي جاء فيها (يجوز لكل من له الحق في استئناف أحكام محكمة الدرجة الأولى أن يستأنف أي حكم من أحكام محكمة الصلح أو المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة أحداث إلى محكمة الاستئناف ويكون حكمها قطعياً).

من الثابت ان الطاعن حدث وفق التعريف الوارد في المادة الثانية من قانون اصلاح الاحداث رقم 16 لسنة 1954 والتي نصت على أن (تعني لفظة (حدث) كل شخص أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة ذكراً كان أم أنثى). ونجد ان التهمة المسندة اليه هي هتك العرض خلافاً لأحكام المادة 1/296 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 والتي نصت على ان (كل من هتك بالعنف أو التهديد عرض إنسان عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تتقص عن أربع سنوات) وبالتالي فان التهمة هي من درجة الجنائية.

بالرجوع لنص المادة التاسعة من قانون إصلاح الأحداث رقم 16 لسنة 1954 التي نصت على أنه (1- تنظر محكمة الصلح بصفتها محكمة أحداث في الجرائم التي تستوجب الحبس أو الأشغال الشاقة المؤقتة بمدة لا تزيد على سبع سنوات. 2- وتنظر المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة أحداث في الجرائم الجنائية الأخرى وفقاً للأصول المتبعة في تلك المحكمة مع مراعاة نصوص هذا القانون)، وبدلالة أحكام المواد 20 و21 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 نجد أن التهمة التي أدين بها الحدث تزيد عن الحد المبين في المادة 9 ف1 من قانون إصلاح الأحداث رقم 16 لسنة 1954 وبالتالي فان محكمة البداية يكون قد انعقد اختصاصها صحيحاً بصفتها محكمة أحداث برؤية الدعوى وفق أحكام القانون وتحديد الفقرة 1 من المادة 7 من قانون إصلاح الأحداث المشار إليه أعلاه.

اما من حيث اعتبار محكمة النقض للقرار المطعون فيه والصادر عن محكمة استئناف رام الله بأنه اكتسب الدرجة القطعية، وبالتالي لا يقبل الطعن فيه بطريق النقض طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة [16] من قانون إصلاح الأحداث رقم [16] لسنة 54م واجب التطبيق والتي جاء فيها (يجوز لكل من له الحق في استئناف أحكام محكمة الدرجة الأولى أن يستأنف أي حكم من أحكام محكمة الصلح أو المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة أحداث إلى محكمة الاستئناف ويكون حكمها قطعياً) فان

قرارها لأمس صحيح القانون، وقد سبقتها في ذلك محكمة التمييز الأردنية أيضا التي قررت (أن حكم محكمة الاستئناف الصادر في استئناف حكم محكمة البداية بصفتها محكمه أحداث، يعتبر قطعيا وغير قابل للتمييز عملا بالفقرة الأولى من المادة (16) من قانون إصلاح الأحداث)¹.

إلا أننا نرى وجوب تعديل نص الفقرة الأولى من المادة 16 من قانون إصلاح الأحداث رقم 16 لسنة 1954، وذلك حتى تستطيع محكمة النقض بسط رقابتها القانونية على أحكام محكمة الاستئناف الصادرة في قضايا الأحداث، لأنني لا أرى - على الأقل من وجهة نظري- أي حكمة مرجوة تحققها الفقرة الأولى المشار إليها، خاصة انه يجوز الطعن في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض حينما لا تتعد محكمة الدرجة الأولى كمحكمة أحداث وفق ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون إصلاح الأحداث والتي جاء فيها (إيفاء بالغاية المقصودة من هذا القانون تعتبر المحكمة التي تنظر في التهم المسندة إلى أي حدث أنها «محكمة أحداث» ولا تعتبر كذلك إذا كان الشخص الجارية محاكمته متهماً بالاشتراك مع شخص آخر غير حدث)، أي انه إذا اشترك حدث مع بالغ في جريمة فإن محكمة الدرجة الأولى لا تتعد كمحكمة أحداث، وإذا كان الحدث لوحده متهم فان محكمة الدرجة الأولى تتعد كمحكمة أحداث، هذا يعني وفق هذا النص أن الحدث يمكن أن يطعن بالنقض فقط إذا ما كان هنالك متهم آخر لا ينطبق عليه التعريفات الواردة في المادة 2 من قانون إصلاح الأحداث في ذات الجريمة.

**الحكم الصادر عن محكمة
النقض في الدعوى الجزائية
رقم 2012\263**



دولة فلسطين السلطة القضائية

الحكم

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه باجراء المحاكمة واصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني
الهيئة الحاكمة برئاسة السيد القاضي محمود حماد
وعضوية السادة القضاة : د. عثمان التكروري، خليل الصياد، عدنان الشعيبي،
يوسف الصليبي

الطاعن: احمد موسى حسن ابو حلوة /الجلزون
وكيله المحامي ناصر الرفاعي / البيرة

المطعون ضده: الحق العام

بتاريخ 2012/11/25 تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن لنقض الحكم الصادر
عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2012/10/17 في القضية الاستئنافية الجزائية
رقم 2011/224 المتضمن الحكم برد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف.
وتتلخص اسباب الطعن بما يلي :

1. اخطأت محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه وشابه الفساد في الاستدلال
عندما بنت حكمها على اقوال الطاعن لدى النيابة العامه المبرز ن1
2. اخطأت محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه عندما نفت عن الطاعن وقوعه
في حالة الدفاع المشروع المنصوص عليه في المادة 341 من قانون العقوبات
3. اخطأت محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه في القول بتوفر نية القتل لدى
الطاعن
4. الحكم المطعون فيه مشوب بالقصور في تسبيب وتعليل واقعة سورة الغضب الشديد
المنصوص عليها في المادة 98 من قانون العقوبات.

5. اخطأت محكمة الاستئناف وهدرت حق الطاعن في الدفاع عندما قررت منعه من جلب خبير سلاح لاثبات ان الطلقة القاتلة لم تكن من مسدسه عيار 7 ملم لهذه الاسباب يطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه والحكم حسب الاصول والقانون.

بتاريخ 2012/12/17 قدمت النيابة العامة مطالعة خطية طلبت بنتيجتها رد الطعن شكلاً و/او موضوعاً

المحكمة

بعد التدقيق والمدولة قانوناً نجد ان الطعن مقدم ضمن المدة القانونية فنقرر قبوله شكلاً وفي الموضوع وعن اسباب الطعن:

وبالنسبة للسبب الأول نجد ان الاعتراف شأنه شأن باقي الادلة في المواد الجزائية التي تخضع لتقدير المحكمة وقناعتها بصحتها عملاً باحكام المواد 205، 206/1، 215، 1/273 من قانون الاجراءات الجزائية، وان القانون يخول المحكمة الاكتفاء بالاعتراف لادانه المتهم اذا ما تم امام المحكمة او امام النيابة العامة الذي يشكل دليلاً صالحاً للادانه واعتماد محكمة الاستئناف ويوصفها محكمة موضوع عليه في الادانه بالاضافة الى باقي البيئات وتوقيع العقاب لا يخالف القانون. وعليه فإن هذا السبب لا يرد على الحكم المطعون فيه مما يستوجب رده.

وبالنسبة للسبب الثالث نجد انه من المقرر فقهاً وقضياً ان نية القتل امر داخلي يبطنه الجاني ويضمرة في نفسه ولا يستطيع معرفتها الا بمظاهر خارجية من شأنها ان تكشف عن قصد هذا الجاني ومن المظاهر التي يتعين الرجوع اليها للاستدلال على نية القتل الاداة التي استعملت في الجريمة وبوضع الاصابة وجسامتها وظروف الواقعة وبناءً على ذلك فإن قيام المتهم الطاعن اثناء هروبه باطلاق العيارات النارية من مسدسه وهو من الاسلحة النارية القاتلة باتجاه المغدور معتصم والمشتكي محمد حجير اثناء وجودهما خلفه واصابة المغدور معتصم في منطقة الحوض مما ادت تلك الاصابة الى اصابة الوريد الحرقفي واحداث تمزق فيه ونزف دموي داخلي حاد نتج عن ذلك الوفاة

مما يشكل ادلة كافية على ان نية القتل متوفرة لدى المتهم (الطاعن) وعليه فإن هذا السبب لا يرد على الحكم المطعون فيه مما يستوجب رده.

وبالنسبة للسببين الثاني والرابع نجد ان محكمة الاستئناف قد اجابت على ما ورد في هذين السببين بطريقة دقيقة ومفصلة بما يتفق واحكام القانون وخلصت الى نتيجة نقرها عليها ان عناصر الدفاع المشروع المنصوص عليه في المادة 341 وعناصر العذر المخفف المنصوص عليه في المادة 98 من قانون العقوبات غير متوفرة بحق المتهم الطاعن وعليه فإن هذين السببين لا يردان على الحكم المطعون فيه مما يستوجب ردهما.

اما بالنسبة للسبب الخامس نجد ان المتهم الطاعن قد اعترف في اقواله لدى النيابة العامة المبرز ن1 لدى المحكمة بأنه عاد مرة ثانية الى مكان وجود المغدور والمشتكي كان يحمل معه مسدس وهو من نوع بريتا لون اسود عيار 7 ملم يحمل الرقم b w334882 محشو بالعيارات النارية وهو نفس المسدس الذي استعمله في اطلاق العيارات النارية باتجاه المغدور معتصم والمشتكي محمد حجير وان المتهم الطاعن بعد ارتكابه للجريمة قام بتسليم هذا المسدس للنقيب صابر بموجب تقرير الضبط المبرز ن8 لدى المحكمة. كما تم تنظيم تقرير ضبط للاظرف الفارغة وعددها ثلاثة المبرز ن2 لدى المحكمة والتي اعترف المتهم الطاعن انها تعود لنفس المسدس المضبوط وعليه فان هذا السبب لا يرد على الحكم المطعون فيه مما يستوجب رده

لهذا كله واستناداً لما تقدم نقرر رد الطعن موضوعاً وتأييد الحكم المطعون فيه واعادة الاوراق لمصدرها.

حكماً صدرتدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2013/2/6

الكاتب

الرئيس

**التعليق على قرار محكمة النقض
الفالسطينية رقم 263\2012**

المحامي د. ربحي صبحي عطوي/الأردن



التقديم:

لقد صدر قرار محكمة النقض الفلسطينية - نقض جزاء رقم 2012/263 تاريخ 2013/2/6 حيث وردت الاشارة الى عدة حيثيات ومسائل سوف نقوم باستعراض ومناقشة قناعة المحكمة ما يسمى بالدليل الابرز الذي بنت المحكمة قرارها عليه خلال هذا التعليق مبتعدين قدر الامكان عن النواحي الشكلية التي وردت في متن القرار.

الحيثيات والمبادئ القانونية

وقد تمثلت الحيثيات والمبادئ القانونية التي وردت في قرار النقض المذكور واستندت اليها وحسب التسلسل المنطقي الوارد فيه بأن:

الاعتراف شأنه شأن باقي الادلة في المواد الجزائية التي تخضع لتقدير المحكمة وقناعتها بصحتها عملاً باحكام المواد 205، 1/206، 215، 1/273، من قانون الاجراءات الجزائية وان القانون يخول المحكمة الاكتفاء بالاعتراف لادانة المتهم اذا ما تم امام المحكمة او امام النيابة العامه الذي يشكل دليلاً صالحاً للادانة.

قررت محكمة النقض في قرارها المذكور بأن الفعل الجرمي الذي اتاه المتهم الطاعن هو عبارة عن القتل القصد وذلك من خلال امرين:

- ان ما قام به المتهم من افعال تمثلت قيام المتهم الطاعن اثناء هروبه باطلاق عيارات نارية من مسدسه باتجاه المغدور معتصم والمشتكي محمد حجير اثناء وجودهما خلفه واصابة المغدور معتصم في منطقة الحوض مما ادت الى اصابة الوريد الحرقصي واحداث تمزق دموي داخلي حاد نتج عنه الوفاة مما يشكل ادلة كافية على ان نية القتل متوفرة لدى المتهم «الطاعن».
- ان اعتراف المتهم الطاعن لدى النيابة العامه بأنه عاد مرة ثانية الى مكان وجود المغدور والمشتكي وكان يحمل معه مسدس بريتا وهو نفس المسدس الذي استعمله في اطلاق العيارات النارية.

وفي اطار تعليقنا على حكم النقض المذكور فأننا سوف ننتهج التسلسل الاتي :

استناد المحكمة الى اعتراف المتهم الذي استندت اليه في اثبات جرم القتل القصد:

• لا بد من ان نخرج على مفهوم الاعتراف كدليل اساسي في اثبات الجرم المسند الى المتهم واركان وعناصر ذلك الجرم لما لذلك من اهمية في بيان صحة القرار الصادر وهل هناك معايير واضحة للاخذ بهذا الاعتراف وهل يوجد شروط خاصة يجب توافرها في هذا النوع من الادلة ام ان المحكمة تستطيع الركون الى هذا الدليل لتشكيل قناعتها . وحيث ان هذا الدليل يحتاج الى فطنة وتروي من قبل المحكمة والركون الى عقيدتها وقناعتها بعد ان تبسط وقائع وحيثيات الجريمة واقوال الشهود وباقي البيئات وتنتظر اليها جميعا كأنها كتاب مفتوح وخارطة واضحة توصل المحكمة بالنتيجة الى العدالة المنشودة من جميع اطراف المعادلة، فأهل المجني عليه يرتاحون للوصف الجرمي العادل وللعقوبة العادلة، والجاني يرتدع ويندم طالما نال العقاب المناسب، والمحامون الوكلاء لن يخسر منهم احد طالما تحققت العدالة وتم تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، والمحكمة يرتاح ضميرها لانها بتحقيق العدالة تكون قد ساهمت في اعادة التوازن إلى المجتمع بعد التلم الذي اصابه، وتكون قد ساهمت ايضاً في الوصول الى سوابق قضائية جديدة بالاحترام لانها بذلت جهدها في تأصيل جريمة القتل وبيان إلى اي الانواع والصور تنتمي، ومما لا شك فيه ان مثل هذا التأصيل لا يكون بحاجة فقط الى علم قانوني وابداع في استعراض الوقائع والبيئات لان المسألة ليست من مسائل الرياضيات او المنطق، وانما فوق ذلك فالامر بحاجة الى شجاعة بالغة من هيئة المحكمة للوصول الى مثل هذا القرار، فالامر اما حكم بالاعدام وبالتالي ازهاق روح بشرية واما حكم بالاشغال الشاقة لسنوات طوال، ومن منا يتمنى ان يكون في موقف القاضي الذي يتوجب عليه اصدار مثل هذا الحكم! وربما ان طبيعة هذه المسؤولية الماسة بحق الانسان في الحياة هو ما دعى محكمة النقض لمؤاخذة محكمة استئناف القدس بشدة.

وبالنتيجة فإن تحقيق العدالة المنشودة يؤدي الى ان يكون المجتمع قد ارسى قواعد السلم الاجتماعي وهو بهذا يعتبر المستفيد الاكبر من الحكم القضائي العادل.

• مفهوم الاعتراف كدليل رئيس في بناء قناعة المحكمة:

وهو الدليل الاساسي الذي استندت اليه المحكمة في اثبات القتل المقصود والوارد

ذكره في المادة (326) من قانون العقوبات الاردني: "من قتل انساناً قصداً، عوقب بالاشغال الشاقة خمس عشرة سنة".
وحتى نبتعد عن الاسلوب الفقهي المفصل الذي لا يستوعبه هذا التعليق، فإننا سوف نتطرق الى المفاهيم القانونية التي لها ارتباط مباشر بالدليل الاساسي لتكوين قناعه المحكمة.

ان الاعتراف وهو أهم البيئات لاثبات اركان الجريمة، وردت عليه عدة شروط اشارت اليها الاتفاقيات الدولية وفصلتها واعتبرتها شروطاً رئيسية ولا بد من توافرها لضمان المحاكمة العادلة.

والاصل ان محكمة النقض تبسط رقابتها على جميع الادلة الواردة في نسبة الجرم الى المتهم وايقاع العقوبة عليه ومن بينها الاعتراف. وتتساءل بداية لماذا على المحكمة الاخذ بما ورد بالاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الانسان في قضاءها؟! طالما هي في تطبيقها للقانون تستند الى قوانين الدولة الداخلية المعنية بالجرائم وطرق اثباتها.

وهنا تقوم المحكمة اولاً بتطبيق احكام الدستور والذي يعتبر اسمى القواعد القانونية حيث ورد في الدستور الفلسطيني لسنة 2003 بالمادة 10 منه (حقوق الانسان الفلسطيني وحياته الاساسية ملزمة وواجبة الاحترام).

لقد كثر الحديث في السنين الاخيرة عن موضوع العدالة الجنائية، واصبح هذا الموضوع محل اهتمام متزايد سواء من طرف الحكومات او من طرف مؤسسات المجتمع المدني. كما ان الدول اصبحت مطالبة بمراجعة تصوراتها القانونية، واستراتيجيتها الجنائية، ومطالبة ايضاً بتحديث اساليبها في مكافحة الجريمة، وبتطوير قوانينها بشكل يخدم التنمية الشاملة.

ويمكن القول ان المدخل للعدالة الجنائية يبدأ بالاساس من باب مخفر الشرطة، فما يمكن ان يقع في هذا المخفر قد يكون له انعكاس خطير على مصير المشتكى عليه، وعلى الحقيقة الجنائية، وعليه فانه يجب مراعاة حقوق المشتكى عليه في كل مرحلة من مراحل التحقيق، وحيث ان الاعتراف التي بنت المحكمة حكمها عليه حصل في مراحل

التحقيق الابتدائية فهل كانت هذه المراحل محاطة بضمانات ومعايير المحاكمات العادلة وفقاً لقواعد حقوق الانسان التي جاء الدستور الفلسطيني عنواناً لها؟.

التحقيق الابتدائي له معنيان، معنى واسع يشمل جميع الاجراءات التي تجري منذ كشف الجريمة او حتى قبل ذلك اي منذ بدء عملية الاستقصاء والتحري الى ان تصل القضية الى المحكمة، ومعنى ضيق بحيث يقتصر التحقيق على الاعمال التي يقوم بها المدعي العام او من يقوم مقامه بجمع الادلة على الجريمة والمجرم واتخاذ القرار باحالة المشتكى عليه الى المحكمة او بعدم احالته.

وما نقصده بالتحقيق الابتدائي موضوع تعليقنا هذا هو المعنى الضيق، اي الاجراءات والاعمال التي يقوم بها المدعي العام او من يقوم مقامه في جمع الادلة وتقدير قيمتها والتأكد مما اذا كانت كافية او غير كافية لاحالة المشتكى عليه الى المحكمة.

ومرحلة التحقيق الابتدائي هي مرحلة وسط، تأتي بعد مرحلة البحث والتحري والاستقصاء وقبل مرحلة المحاكمة.

والمشرع الزم النيابة العامة بالتحقيق الابتدائي بالجنايات والجنح التي تحال الى محكمة البداية، اما الجرائم الاخرى فأن المشرع لم يلزمها بالتحقيق وانما ترك لها الخيار.

والتحقيق الابتدائي له اهمية كبيرة في تقرير مصير الدعوى العامة، لان قضاة الحكم يعتمدون عليه كثيراً، لذا نظم المشرع التحقيق الابتدائي ووضع له اصول وقواعد وبين الضمانات التي يجب مراعاتها بالنسبة للمشتكى عليه.

اما التحقيق الاولي الذي تقوم به الضابطة العدلية والذي يسبق مرحلة التحقيق الابتدائي والذي يتمثل بعملية استقصاء الجرائم وجمع الادلة والقبض على الفاعلين، فإن المشرع لم يعين شكلاً خاصاً له، وبالتالي فإن هذه الاعمال تختلف ضيقاً او اتساعاً بحسب شخصية الموظف المختص الذي يقوم بها خاصة في المرحلة التي تسبق وصول المعلومات الى النيابة العامة، ولكن اثناء القيام بهذه الاعمال لا يجوز اللجوء الى وسائل غير مشروعة.

وعلى هذا الاساس تدخل المشرع ووضع ضوابط للتحقيق مع المشتكى عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي، وهذه الضوابط تعتبر بمثابة ضمانات للمشتكى عليه يجب مراعاتها.

والمشرع اناط بالنيابة العامه اقامه دعوى الحق العام ومباشرتها، لذا يجب على ممثل النيابة العامه الا يسارع الى اقامة الدعوى العامه بل عليه ان يتريث، لان اقامه الدعوى العامه وتوجيه التهمة الى شخص امر في منتهي الخطورة لانه يعتبر بدءاً لمرحلة هامة جداً، ذلك انه انطلاقاً من هذه المرحلة يصبح من الجائز للمدعي العام اتخاذ اجراءات تمس الحرية الشخصية، كتوقيف المشتكى عليه، واستجوابه، وتفتيش منزله ولذلك اوجب عليه القانون فوراً احترام ضمانات الدفاع التي خص بها القانون هذا الشخص، لكي لا يؤخذ على حين غرة، والا كانت الاجراءات باطلة.

ويجب احترام هذه الحقوق او الضمانات حتى قبل اقامة الدعوى العامه متى اظهر التحقيق ان هناك اتجاهاً لتوجيه التهمة اليه، والا اصبحت الضمانات حبراً على ورق. ويجب على المحاكم ان تشرف على سلامة هذه الاجراءات لتتري حقوق المشتكى عليه قد انتهكت فعلاً ام لا.

ويجب على ممثل النيابة العامه الذي يقوم باعمال التحقيق ان يعلم ان النيابة العامه تمثل المجتمع وتمارس الخصومة الجزائية باسمه، وان واجبها البحث عن الحقيقة وليس السعي لادانته المتهم لانها ليست خصماً شخصياً له، وانما هي خصم شكلي فقط، ويترتب على هذا ان تتصرف كما يتصرف الحارس الامين في حدود الحق وقواعد اثباته، فليس المهم ان تظفر بصدور حكم ادانته، ولكن واجبها ان تسعى للحصول على حكم يضرب مجرماً وينقذ بريئاً.

ويجب ايضاً على المدعي العام ان يبادر الى الاستفادة من اي وسيلة للاثبات او النفي يحتمل ان توصل الى الحقيقة.

الضمانات العامه في التحقيق الابتدائي :

المبادئ التشريعية:

لقد تضمنت الدساتير الحديثة ومنها الدستور الفلسطيني والدستور الاردني عدد من النصوص التي تستمد منها الشرعية الاجرائية مبادئها، واهم هذه المبادئ اعتبار المتهم بريئاً الى ان تثبت ادانته بحكم قضائي (قرينة البراءة)، ولا جريمة ولا عقوبة الا بنص (مبدأ

الشرعية)، وقانونية الاجراءات الجزائية. والخلاصة انه يجب على اعضاء النيابة العامة ان يكون لديهم ايمان بهذه المبادئ وان يعملوا على احترامها عند ممارستهم لوظائفهم، ولا يجوز لهم الخروج عليها لانه بدون ايمان بهذه المبادئ تصبح النصوص مجرد حبر على ورق.

الاستجواب:

الاستجواب هو وسيلة من الوسائل التي تهدف الى الحصول على الاعتراف، ويكون بسؤال المشتكى عليه عن الجرم المسند اليه ومواجهته بالادلة المقدمة ضده، وسؤاله عن دفاعه، لذا فإن الاستجواب افضل وسيلة للحصول على الحقيقة والاعتراف.

ومن واجب المدعي العام ان يقوم بالاستجواب بامانه وعفه وتجرده، وان يترفع عن كل اساليب الضغط المادي والمعنوي لان غاية المشرع الوصول للحقيقة لا ايقاع الناس في الشباك المنصوبة، لذا وجب ان يكون الاستجواب فرصة قانونية يبذل فيها المشتكى عليه التهم المنسوبة اليه بعلل معقولة.

وحتى لا يؤخذ المشتكى عليه على حين غرة فقد احاطه المشرع بسلسلة من الضمانات نذكر اهمها:

1. من واجب المدعي العام عندما يأتيه المشتكى عليه لأول مرة وبعد ان يتثبت من هويته ان يطلعه على الافعال المنسوبة اليه، ويطلب جوابه عنها وينبهه الى انه حر في الاجابة او في الانتظار حتى يختار له محامياً عنه يجيب بحضوره، وعلى المدعي العام ان يسجل هذا التثبيح في محضر التحقيق (مادة 63 من قانون اصول المحاكمات الجزائية) وهذه ضمانته ضد المباغته.
2. حصر الاستجواب بالنيابة العامة، فالمدعي العام يقوم بنفسه بالاستجواب، ولا يجوز له ان ينيب عنه احداً في ذلك، والسبب ان الاستجواب يرسم اتجاه الدعوى وهذا امر له خطورته فلا بد من ممارسته بصورة شخصية.
3. تمكين المحامين من الاطلاع على الملف والاتصال بالمشتكى عليهم.
4. الامتناع عن الاجابة عند الاستجواب، والتزام الصمت، وهو الذي يقدر مصلحته بالاجابة او السكوت وان كانت مصلحته في ان يدافع عن نفسه ويدحض الادلة المقدمة ضده.

5. ان تكون ارادة المشتكى عليه حرة وسليمة عند الاستجواب.

وهنا لا نعني بالارادة الحرة فقط عدم تعرض المتهم الى انواع الاكراه المادي والتعذيب ولكن تعني كذلك ان يكون المتهم في حالة صحية تمكنه من الحديث وهو يدرك من خلالها كنة اقواله ويعي مغزاها والا سيكون التحقيق معيباً. نلاحظ وبالرجوع الى محاضر التحقيق ان النيابة العامة اكدت حقيقة الحالة الصحية للمتهم من خلال الكشف الظاهري (.... تبين وجود انتفاخ في العين اليمنى مع ازرقاق وجرح في الراس مغطى بصفار وجرح في الكتف الايسر وان اليد اليمنى ملفوفة بضماد ابيض وان جميع هذه الاصابات من جراء الشجار قبل عملية القتل ..) وهنا كان على النيابة العامة عرض المتهم على الاطباء المختصين لبيان فيما اذا كانت الحالة الصحية للمتهم تمكن استجوابه على نحو صحيح او لا وحيث لم يتم مثل هذا الاجراء نكون امام انتهاك لحق من حقوق الانسان واهدان لنصوص الدستور الفلسطيني الذي جاء كما ذكرنا عنواناً لحقوق الانسان بمادته العاشرة. وهذا يقودنا الى البطلان المطلق الذي يمكن اثارته في اي مرحلة من مراحل الدعوى من جهة ومن جهة اخرى سوف يكون من واجبات المحكمة الاساسية بحث هذا الموضوع وبسط رقابتها عليه حتى لو لم يتم اثارته من قبل اطراف الدعوى وعدم القيام بمثل هذا الاجراء نكون امام اهدار لضمانات المحاكمة العادلة.

لا يجوز للمحكمة استمداد دليل الادانة من الاستجواب الباطل

"لما كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه - ضمن الادلة التي تساند اليها في ادانته الطاعن على الدليل المستمد من هذا الاستجواب الباطل فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه والاعادة، ولا يغير من ذلك ما اورده الحكم من ادلة اخرى اذ ان الادلة في المواد الجنائية متساندة يشد بعضها بعضاً ومنها مجتمعه تتكون عقيدة المحكمة بحيث اذا سقط احدها او استبعد تعذر التعرف على مبلغ الاثر الذي كان لهذا الدليل الباطل في الراي الذي انتهت اليه المحكمة".

(الطعن رقم 4385- لسنة 63ق - تاريخ الجلسة 1995/04/02 - مكتب فني 46)

وبالعودة مجدداً الى ملف الدعوى نجد ان اقوال المتهم اضافت ان هناك اطلاقاً اخر حصل لا يعرف مصدره وبالتقرير الفني وجد هناك اكثر من عيار ناري مستقر في جسد

المغدور الامر الذي يشير الى احتمالية اصابة المغدور به وهنا كان على النيابة العامه التوسع بالتحقيق للتعرف على مصدر هذا العيار الناري والاستعانه بخبير الاسلحة النارية لبيان فيما اذا كان العيار الناري الثاني صادراً من نفس السلاح الذي ضبطت بحوزة المتهم ام لا وبيان اثره على وفاة المغدور وهذا ينقلنا الى تعدد اسباب الوفاة وضرورة تحديد السبب المباشر ولما كان التحقيق خلواً من ذلك التحقق جعله معيباً وواجباً نقضه وكان على المحكمة ان تبحث هذا الامر من تلقاء نفسها لانها ليست خصماً للمتهم ولكن واجبها وهدفها اقامه العدالة بالحكم بالبراءة او الادانة.

ونعود مرة اخرى الى محاضر التحقيق والدعوى لبحث ما ثبت للمحكمة من ان الاطلاق جاء اثناء حالة الاشتباك بالايدي وتلاحم الاجساد ونتساءل عن مدى بسط المحكمة رقابتها على تحديد كيفية الاطلاق والنية التي توفرت في مثل هذه الحالة وهل من الممكن ان الاطلاق حصل دون ارادة من المتهم ام جاء نتيجة العراك والاشتباك وعدم السيطرة على الزند ومقبض المسدس وهل كان وليد الارادة الحرة. وهذه الحالة تلقي بظلال الشك ولا تبني حالة اليقين ولما كانت الاحكام الجزائية تبني على الجزم واليقين ولا تبني على الشك والتخمين فإننا نكون امام انحراف في القرار الصادر الذي يجب ان يكون عنوان العدالة انظر قرار محكمة التمييز الاردنية :

رقم القرار	2012/1861	السنة	2012	التاريخ	2012\12\31	المصدر	برنامج القانون
الصفحة	0	المحكمة	محكمة تمييز جزاء	الهيئة	هيئة خماسية	العدد	0

• جرى الاجتهاد القضائي على ان من شروط التجريم ثبوت عناصر الفعل المجرم بشكل جازم حيث ان الاحكام الجزائية تبني على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين واذا تولد الشك فيتوجب اعلان براءة المتهم عما اسند اليه.

ولا يفوتنا التعرّيج على توافر نية القتل حيث كان المتهم متمكناً من اطلاق العيارات النارية الى المغدور وقتله اول الامر وقبل الاشتباك ولكنه لم يفعل وهنا نلاحظ ان القرار جاء خلواً من مناقشة هذا الدفع مناقشة هادئة ويجعل قرار الحكم معيباً بعبء القصور

في التعليق ويجعله حرياً بالنقض انظر قرار محكمة التمييز الاردنية:

رقم القرار	2012/1539	السنة	2012	التاريخ	2012/11/28	المصدر	برنامج القانون
الصفحة	0	المحكمة	محكمة تمييز جزاء	الهيئة	هيئة خماسية	العدد	0

1. اذا ذكرت المشتكية انها بعد حصول واقعة الاعتداء عليها اتصلت برئيس القسم/مراد واخبرته بما حصل معها وطلبت منه ان يسأل المتهم لماذا فعل معها ذلك وان المدعو مراد هاتفها بعد ربع ساعه واخبرها انه اتصل بالمتهم وان المتهم ذكر له عبارة (انها لحظة ضعف). وحيث من واجبات المحكمة الاحاطة بالدعوى وظروفها والوقوف على الحقيقة ومن مستلزمات ذلك استعمال الصلاحية الممنوحة لها بموجب المادة (226) من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي اعطتها الحق بأن تستدعي من تلقاء نفسها اي شخص للاستماع الى اقواله كشاهد اذا رأت ان ذلك يساعد على اظهار الحقيقة فقد كان من واجب المحكمة دعوة هذا الشاهد (مراد) والاستماع لاقواله لاستظهار الحقيقة منه حول الامور التي وردت بشهادة المشتكية ولما لم تفعل ذلك يكون قرارها سابقاً لاوانه ويشوبه القصور في التعليق والتسبيب.

بقي ان نقول هل يعتبر اسقاط الحق الشخصي سبباً من الاسباب المخففة التقديرية التي يجوز للمحكمة الاستناد اليها في تخفيض العقوبة؟ وهل استخدمت هذه الصلاحية ام لا؟ وسنكتفي بايراد قرار محكمة التمييز الاردنية في تحديد البحث بهذا السبب حيث جاء في قرارها:

رقم القرار	2010/337	السنة	2010	التاريخ	2010/ 04/20	المصدر	برنامج القانون
الصفحة	0	المحكمة	محكمة تمييز جزاء	الهيئة	هيئة خماسية	العدد	0

2. جرى الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز على ان منح الاسباب المخففة التقديرية بمقتضى احكام المادة 99 من قانون العقوبات وان كانت مسألة تقديرية تستقل بها

محكمة الموضوع الا ان محكمة التمييز لها حق الرقابة على هذه الاسباب والعلل التي استندت اليها محكمة الموضوع في منح هذه الاسباب (تمييز جزاء 2001/1109 تاريخ 2001/1/10 و 2009/630 تاريخ 2009/5/19). (وحيث ان محكمة الموضوع قد استعملت الاسباب المخففة التقديرية نظراً لاسقاط ولي المجني عليها للحق الشخصي عن الجاني والذي يملك هذا الاسقاط بحكم ولايته عن المجني عليها فإن ذلك يشكل سبباً مخففاً تقديرياً يجوز لها بناء عليه تخفيض العقوبة الى الحد الذي وصلت اليه في قرارها المميز وبذلك تكون محكمة الجنايات الكبرى قد عللت قرارها المانع للاسباب المخففة التقديرية تعليلاً موافقاً لاحكام المادة 99 من قانون العقوبات.

الخلاصة:

هذا ما توصلنا اليه بالبحث الدقيق من خلال دراسة ملف الدعوى دراسة وافية والذي نستطيع ان نؤكد من خلالها ان هذه الدعوى جاءت خلواً من معايير ضمانات المحاكمة العادلة وجاءت هدرأً لحقوق الانسان ومعيبة بعيب القصور بالتعليل وخلواً من اخذ المتهم بالاسباب المخففة التقديرية وفضلاً عن مخالفة القرار لاحكام الدستور الفلسطيني. وعليه نرى انه يتوجب اعادة المحاكمة على وفق ما اثرناه اعلاه لمبدأ العدالة.

الحكم الصادر عن محكمة النقض بصفتها الجزائية

نقض جزاء 2011/125

ونقض جزاء 2011/142



النقض 2011/125

السلطة الوطنية الفلسطينية السلطة القضائية محكمة النقض

" الحكم م "

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

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ محمد شحادة سدر.

وعضوية السادة القضاة: عماد سليم، د. عثمان التكروري، محمد سامح الدويك،
خليل الصياد.

الطاعنان: 1 - ماهر فرح سابا قسيس/ بيت ساحور.

2 - جلال فرح سابا قسيس/ بيت ساحور.

وكيلهما المحامي إياد خير/ بيت لحم.

المطعون ضده: الحق العام.

الإجراءات

بتاريخ 2011/7/7 تقدم الطاعنين بواسطة وكيلهما بهذا الطعن لنقض القرار الصادر
عن محكمة استئناف القدس بتاريخ 2011/5/31 في القضية الإستئنافية الجزائية رقم
101/ 2010 المتضمن الحكم برد الاستئناف موضوعا وتأييد القرار المستأنف الصادر عن
محكمة بداية بيت لحم بصفتها الإستئنافية بتاريخ 2010/11/22 في القضية الجنائية
رقم 2010/1 المتضمن الحكم بإدانة المتهم الأول ماهر بالتهمة المسندة إليه وهي القتل
القصد لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات وتعديل وصف التهمة المسندة للمتهم

الثاني جلال من جناية التدخل في القتل القصد خلافا لأحكام المادتين 326 ، 80/ هـ من قانون العقوبات لتصبح جناحة إخفاء الأداة المستخدمة بالجريمة خلافا لأحكام المادة 83 من ذات القانون ووضع المتهم الأول ماهر بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة خمسة عشر عاما محسوبة له مدة التوقيف والحكم على المتهم الثاني جلال بالتهمة المسندة إليه وبوصفها المعدل بالحبس مدة ثلاثة أشهر والغرامة خمسون دينارا .

وتتلخص أسباب الطعن بما يلي:-

1. أخطأت محكمتي الموضوع (البداية والاستئناف) في تطبيق القانون حيث أنها عالجت ما أثاره الطاعنين معالجة خاطئة حول صفة الطبيب زياد الأشهب حيث ادعى بأنه طبيب شرعي مع العلم انه ليس اختصاصي طب شرعي بل طبيب عام.

2. أخطأت محكمة الاستئناف في تطبيق القانون حيث أن الوقائع التي استندت إليها لا تنطبق على هذه التهمة بل كان على المحكمة تطبيق نص المادة (343) من قانون العقوبات.

3. أخطأت محكمتي الموضوع (البداية والاستئناف) في تفسير نص المادة 326 من قانون العقوبات.

4. أخطأت محكمة الدرجة الأولى في إسناد حكمها بالكامل على اعتراف المستأنف أمام النيابة العامة حيث أن الاعتراف ليس حجة في ذاته وهو من جملة الأدلة ومن الجائز عدم الأخذ به حتى لو كان صادرا عن المتهم بلا ضغط أو إكراه.

5. أخطأت محكمة الاستئناف في تفسير نص المادة 83 من قانون العقوبات.

لهذه الأسباب يطلب وكيل الطاعنين قبول الطعن شكلا لتقديمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه وإعادة ملف الدعوى لمصدرها وبالنتيجة الحكم بإعلان براءة الطاعنين من التهمة المسندة لكل منهما .

بتاريخ 2011/9/19 قدم مساعد النائب العام مطالعة خطية طلب بنتيجتها رد الطعن موضوعا وتأييد القرار المطعون فيه .

المحكمة

بعد التدقيق والمداولة قانونا نجد أن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية فنقرر قبوله شكلا.

وفي الموضوع وعن أسباب الطعن:

وبالنسبة للسببين الثاني والثالث نجد أن محكمتي الموضوع قد فصلت في الدعوى دون أن تستند إلى وقائعها كما استخلصتها وقنعت بها من البيّنات المقدمة والمستمعة بها والمتمثلة ببيّنات النيابة العامة والدفاع والنصوص القانونية الواجبة التطبيق على هذه الواقعة وإنما اعتمدت في قرارها على واقعة النيابة العامة كما جاء في قرار الاتهام ولائحته من أن المتهم ماهر قام بإخراج خنجر من داخل الجرار

الموجود في الطاولة وسدد ضربه مباشرة إلى قلب المغدور مما أدى إلى سقوطه على الأرض وما ورد على لسان الشاهد الدكتور زياد أبو محفوظ والتي ورد بها (الطاعن كان يقف أمام المغدور اتجاه الضربة كان مباشرا إلى القلب بالنسبة للخط الوهمي المنصف للجسم من أعلى الرأس وحتى القدمين...).

وان محكمتي الموضوع مقيدتين في حكمهما بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة التي توصلتا إليها فكان عليها أن تبحث تلك الوقائع من جميع الوجوه وان تقضي بما ثبت لديها غير مقيدة بالوصف الذي جاء في إسناد النيابة العامة بل من واجبها أن تصف الواقعة بالوصف الصحيح الذي يسبغه القانون على ذلك الفعل طبقا لمؤدى ومفهوم المادة (270) من قانون الإجراءات الجزائية.

ولما كانت النية في القتل وسائر الأفعال الجرمية القصدية الأخرى أمر باطني يضمه الجاني في نفسه ولا يظهره وإنما يستدل عليه من الأفعال والشواهد الخارجية التي يقارنها الجاني أثناء ارتكاب الجريمة.

وان محكمتي الموضوع لم تبين أو تحاول أن تستظهر كيف استدلت على أن نية المتهم قد انصرفت إلى قتل المغدور سوى ما ورد في واقعة النيابة المشار إليها سابقا في حين أن النيابة العامة لم تقدم أية بينة تثبت أن المتهم قد ارتكب جريمته عن قصد.

وان الوقائع الثابتة في الدعوى من خلال البينة المقدمة المتمثلة ببيّنات النيابة العامة

والدفاع والتي توصلت إليها محكمتا الموضوع ابتداء لا تصلح منطقيا لترتيب القول بتوافر القصد الجرمي لدى المتهم ماهر وان ما أوردته من تبريرات واستنتاجات للوصول إلى نتيجة الحكم لا تستند إلى أي أساس قانوني أو واقعي سليم ولم تكن معالجتها في ذلك صحيحة وقد شاب حكمهما الفساد في الاستدلال والتعليل.

وان ما استعرضته لعدد من الوقائع لتوافر عنصر القصد الجرمي فهي عبارة عن استنتاجات مخالفة للحقيقة والوقائع والقانون معا وذلك للأسباب التالية:

1. أن محكمتي الموضوع قامتا باستعراض واقعة النيابة وتسمية بيناتها التي استندت إليها في تكوين قناعتها وان البيئة المتوفرة حول الوقائع الجرمية وكيفية ارتكابها وتفصيلها قد اقتصرت على أقوال المتهم ماهر لدى الشرطة والنيابة العامة المبرزين (م/1 ، ن/1) ومن مقارنة أقوال المتهم ماهر لتلك الأقوال نجد أنها جاءت متطابقة في الأمور الجوهرية وان محكمتي الموضوع قد استندت إلى تلك البيئة الرئيسية في استخلاص وقائع هذه الدعوى.

وباقى البيئات بالإضافة إلى كافة المحاضر والضبوط والتقارير والكشف على مكان الحادث وتقرير الكشف على الجثة وشهادة منظمة الدكتور زياد محفوظ وهذا ما أشارت إليه محكمة الموضوع بالوقائع الثابتة لديها في البنود من (1 - 10) ومن (12 - 15).

وقد تمثلت تلك الوقائع الثابتة من خلال تلك البنود بأنه بيوم وتاريخ الحادث موضوع الدعوى ما بين الساعة الخامسة والسادسة مساء حضر المغدور نزار إلى بيت المتهم ماهر وطلب منه الجلوس في المكتب مكان وقوع الجرم وتم ذلك بالفعل وان المكتب مساحته 3×4 ويقع في الطابق الأول لمنزل المتهم ماهر المكون من ثلاثة طوابق وغرفة المكتب لها باب حديدي بطول 180 سم ويوجد له فواحات زجاج على طوله ومن على الدفتين بطول 70 سم ويعرض 60 سم، حيث دار نقاش واخذ المغدور يسب ويشتم المتهم ماهر بالمسوني والحقير والدجال وانه سوف يدعس على رقبتة وان الأمور تطورت إلى اشتباك بالأيدي وان المتهم ماهر كان يجلس على كرسي خلف طاولة المكتب له عجلات وانه لذلك رجع إلى الخلف وان المغدور رمى صحن زجاج على المتهم ماهر لم يصبه وان المغدور قام ببعثرة الأغراض الموجودة على طاولة المكتب وانه كان هناك شفرات ياباني موجودة

على الطاولة وان المتهم ماهر خاف من استعمال نزار لها وان المغدور حاول الاقتراب من المتهم ماهر الذي ما كان منه إلا أن قام بفتح جرار المكتب واستل منه خنجر المبرزن/5 كان موجودا بجرار المكتب وان المتهم ماهر مسك الخنجر بيده اليمنى حيث كان يقف خلف الطاولة، وانه طلب من المغدور الخروج ولم يخرج وان المغدور هجم على المتهم ماهر وقام الأخير بعبط المغدور والخنجر بيده اليمنى. وتدافعا إلى أن وصلا عند باب المكتب حتى ضرب المغدور (صدم) في الباب الذي له فواححات من الزجاج وهنا قال المغدور للمتهم ماهر ترفع علي سكين وان المغدور لم يكن يحمل بيده أي آلة حادة أو أي شيء وأثناء العراك لم يكن داخل المكتب سوى المتهم ماهر والمغدور «وفي هذه الأثناء حصلت الطعنه» وان المتهم ماهر أول من شاهد الدم على يده اليمنى التي كان يحمل بها الخنجر... وان المتهم ماهر طلب من المتهم الثاني جهاد إخفاء الخنجر وعندما أعطاه الخنجر كان يلهث ولم يكن طبيعى وكان وضعه النفسى غير جيد وقال له احتمال أن تكون الضربة أي ضربة نزار من الخنجر وبعد وصول المغدور إلى المستشفى حصلت الوفاة وقد ورد في تقرير الكشف على الجثة وشهادة الدكتور زياد محفوظ أن سبب وفاة المغدور هو إصابته بطعنه واحده مباشرة للقلب بأداة حاده ذو حافتين نافذة للتجويف الصدري من الجهة اليسرى ما بين الضلع الخامس والسادس مما أدى إلى إصابة عضلة القلب وحدوث صدمه نرفيه أدت إلى الوفاة وانه لا يوجد سوى طعنه في جسم المغدور وانه لا يمكن أن تكون انتحارية أو أن تكون نتيجة لوح زجاج.

نجد أن محكمة الموضوع بعد أن استخلصت تلك الوقائع الثابتة وأوردتها في مضمون قرارها فكان يقتضى تطبيق حكم القانون على هذه الوقائع إلا أنها عادت وذهبت منحاً آخر وتبنت واقعه جديدة تناقضت مع ذاتها تناقضا جوهريا لما أثبتته سابقا بطريقه لا تتفق وأحكام القانون ودون أي سند قانوني وشرعت في سرد مواد قانون الإجراءات الجزائية التي تعطيلها الصلاحيه التقديرية بذلك كما استأنست بمجموعه قرارات صادرة عن محكمة النقض المصرية والتميز الأردنية وكذلك القرائن والاستنتاجات رغم وجود أدلة تكفي لبناء حكم عليها.

وفي هذا الخصوص نجد أن القاضي حر في تكوين قناعته في الدعوى من أي

دليل يجده في أوراقها طالما أن المشرع أطلق له حرية الاقتناع بما يراه **إلا أن هذه الحرية لا تعني السلطة المطلقة غير المحددة بل هي مقيدة بضوابط** وان من حق محكمتنا التصدي لجانب الوقائع في نطاق معين هو الرقابة على كفاية الأسباب الواقعية والرقابة على صحة اقتناع محكمة الموضوع من حيث **مصادر الاقتناع ومن حيث منطقيته الاقتناع**.

وان قناعة محكمة الموضوع **بالبينه** وان كانت لا تخضع لرقابة محكمتنا باعتبارها من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع إلا أنها تخضع لرقابة محكمتنا من حيث اعتبار الدليل **دليلاً قانونياً أم لا لأن ذلك من المسائل المتعلقة بالتطبيقات القانونية** ومن المعروف فقها وقضاء أن القرينة وان كانت تصلح لان تكون دليلاً إلا أنها تعتبر من اقل البيئات مرتبة.

وبذلك لا يكفي أن تقنع المحكمة بتصور واقعه بل لا بد لها أن تبين الأدلة التي أدت إلى قناعتها ولا يكفي أن تورّد في حكمها أن المتهم ماهر قام بطعن المغدور مباشرة **غيبه وغدرا** دون أن تسوق الدليل الذي اعتمده وأدى إلى قناعتها مما يشوب حكمها بغيب القصور في التعليل وإيضاح الدليل المؤدى إلى القناعة.

وبذلك تجد محكمتنا انه لا بد للوقوف على الحقيقة من خلال الواقعة الجديدة التي توصلت إليها محكمة الدرجة الأولى وأخذت بها محكمة الاستئناف على ضوء ظروف وملابسات هذه الدعوى وباقي بيانات النيابة العامة والدفاع وكافة الضوابط والتقارير وتقارير الكشف على مكان الجريمة وتقارير الكشف على جثة المغدور ومن خلال تدقيق محكمتنا لتلك البيانات نجد أن تلك الواقعة تتطوي على تناقضات جوهرية للوقائع الثابتة التي توصلت إليها سابقا وان تلك الواقعة لم ترد عليها البينة ولم يرد لها ذكر في أقوال المتهم ماهر في مراحل ضبط أقواله المختلفة أمام الشرطة والنيابة العامة عن وقائع الجريمة طالما وحسب ما اشرنا سابقا من أن أقواله هي البينة الوحيدة الأساسية على الوقائع المباشرة للجريمة ونعرض ذلك بصورة خاصة القصد الجرمي (النية الجرمية) حيث أن المتهم الطاعن لم يعترف بأنه كان قد طعن المغدور عن قصد ولم ترد أية بينه على ثبوت هذا الركن.

وان قول محكمة الموضوع بأن المتهم ماهر طعن المغدور طعنه واحده غيله وغدرا هو قول لم تدلل المحكمة على ثبوته بأي بينه وان مثل هذا الاستنتاج الذي لم يسبقه ما يدعمه أو يسبغ عليه المنطق له نتائج خطيرة على مصير المتهم مما لا يمكن قبوله إلا بدليل قاطع ويقيني ولا يجوز للمحكمة افتراض الوقائع من أقوال المتهم أو شهادات الشهود إلا ما يرد على أسنتهم بوضوح وخصوصا الوقائع التي تضر بمصلحة المتهم ويتضح ذلك من الآتي:-

1. أن الثابت من أوراق الدعوى أن المغدور عندما حاول الاقتراب من المتهم ماهر قام بفتح جرار المكتب واستل منه الخنجر الذي كان موجودا من السابق وان المتهم ماهر مسك الخنجر في يده اليمنى حيث كان يقف خلف طاولة المكتب ولم يطعن المغدور مباشرة وإنما طلب منه الخروج إلا انه رفض وان المغدور هجم على المتهم ماهر الذي قام بعبط المغدور والخنجر لا زال بيده اليمنى وتدافعا إلى أن وصلا باب المكتب الرئيسي حيث صدم المغدور في الباب الذي له فواححات من الزجاج مما أدى إلى كسر الزجاج عندها قال المغدور للمتهم (ترفع عليّ سكين) وفي هذه الأثناء حصلت الطعنه وهذه الوقائع الثابتة هي التي استتدت إليها المحكمة في البنود (1، 2، 3، 4، 5، 8، 9) وهي مناقضه للرواية الثانية والتي جاءت على النحو التالي (... عندما حاول المغدور الاقتراب من المتهم الأول ماهر قام بسحب الخنجر من جرار المكتب وامسك الخنجر بيده اليمنى ورفع على المغدور وان المغدور حينها قال له ترفع عليّ سكين وان المتهم كان يقف أمام المغدور وجها لوجه وبيده اليمنى السكين... وان المتهم ماهر طعن المغدور غيله وغدرا...

2. لقد ورد في تقرير الكشف على مسرح الجريمة المبرز (ن/1) وجود كسر في زجاج باب المكتب الرئيسي وتحطيمه على الأرض مما يثبت واقعة العراك والتدافع بينهما إلى أن وصلا الباب المذكور بما يتفق وأقوال المتهم.

3. أن الثابت من خلال الكشف الظاهري على جثة المغدور المبرز (ن/3) وشهادة منظمه الدكتور زياد محفوظ والملف الطبي الخاص به أن سبب وفاة المغدور نزار هو إصابته بطعنه واحدة مباشرة للقلب بأداة حاده ذو حافتين حادتين نافذة

للتجفيف الصدري من الجهة اليسرى ما بين الضلع الخامس والسادس مما أدى إلى إصابة عضلة القلب وحدوث صدمه نزفيه أدت إلى الوفاة وان الجرح الموجود على جثة المغدور هو من النوع الطعني ولا يمكن أن تكون طعنة انتحارية أو أن تكون نتيجة لوح زجاج وهي شهادة تنصب على خبرة فنية فيما يتعلق بطبيعة الإصابة ومكان وجودها في جسم المغدور ومدى خطورتها عليه وسبب الوفاة ولا يجوز نقضها إلا بخبره فنية مساوية لها أو اقوى منها ولم يرد في تقرير الكشف الظاهري على جثة المغدور المبرز (ن/3) أية إشارة للكيفية أو الهيئة التي كان يقف بها المتهم ماهر وكيفية تنفيذ الجريمة وان كانت الطعنة قد أصابت المغدور من الأمام في صدره الأيسر وان الشاهد المذكور لم يقيم بتشريح جثة المغدور وبالتالي فإن شهادته تنحصر حول تقريره الطبي المنظم من قبله بصفته طبيبا شرعيا وليس خبيرا لبيان تلك الواقعة لما لها من أهمية في التطبيقات القانونية وان العبارة التي وردت في أقوال الشاهد أمام المحكمة من أن الطاعن كان يقف أمام المغدور اتجاه الضربة كان مباشرا إلى القلب لا ينفي وقوع العراك والتلاحم بين المغدور والمتهم ماهر والتدافع إلى أن وصلا إلى باب المكتب.

وعليه وحيث وان كان توافر عنصر القصد الجرمي (النية الجرمية) من عدمه يدخل ضمن صلاحية محكمة الموضوع إلا انه يشترط أن يكون الاستخلاص سائغا تؤيده ظروف الدعوى ووقائعها وحيث أن ظروف الدعوى ووقائعها على ضوء ما سبق بيانه لا يؤدي إلى ما توصلت إليه لأنها استخلصت قناعتها الثانية من استنتاجات لا تكفي للوصول إلى النتيجة التي خلصت إليها وهو نفي لدليل ثابت في أوراق الدعوى فيكون القرار المطعون فيه في غير محله وهاذين السببين يردان عليه مما يستوجب نقضه من حيث وصف التهمة المسندة للمتهم الطاعن ماهر والعقوبة المحكوم بها، وبتطبيق القانون على الوقائع الثابتة المشار إليها سابقا نجد أن المشرع عندما قرر إباحة الدفاع الشرعي جعله سببا من أسباب التبرير الرئيسية إنما هدف بذلك إلى مقاومة العدوان ومنعه والتخلص منه وليس إباحتها من أجل الانتقام من المعتدي أو معاقبته ولذلك فإن على المدافع أو المعتدى عليه أن يلتزم بحدود هذا الحق ولا يفرط في ممارسته.

وقد نصت المادة (3/60) من قانون العقوبات انه إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة (89) من ذات القانون. والتي نصت على انه (لا يعاقب الفاعل على فعل أُلجأه الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطرا جسيما محققا لم يتسبب هو فيه قصدا شرط أن يكون الفعل متناسبا والخطر).

وتجاوز حدود الدفاع الشرعي لا ينشأ إلا إذا كان هذا الحق مستوفيا جميع الشروط التي نص عليها القانون.

فلا يصح القول بتجاوز الحق إلا مع وجوده وقيامه فإذا ما وقع من المدافع عنف لرد العدوان متناسبا مع خطره كان هذا العمل مبررا تبريرا تاما أما إذا ما وقع كان أكثر من الرد اللازم لدفع الاعتداء فإنه يكون معتديا بالقدر الذي يتجاوز به حقه في الدفاع. **ويقصد بالتجاوز:** أن تكون أفعال العنف والقوة الصادرة من المعتدى عليه لرد العدوان قد تعدت مقدار خطر الاعتداء الموجه إليه من المعتدي بصوره يقدرها الإنسان العادي لو أحاطت به نفس الظروف والملابسات ويعاقب المدافع الذي يتجاوز حدود الدفاع الشرعي والنتاج عن خطأ في التقدير بعقوبة الجريمة غير العمدية لوجود العذر ولانتفاء القصد الجرمي مما يعني انعدام التناسب بين قوة فعل الدفاع ومقدار خطورة الاعتداء وان لا يكون هذا الفعل قد تم عن قصد جنائي وسوء نية.

وبالتالي فإن أفعال المتهم ماهر والحالة هذه لا تشكل جناية القتل القصد خلافا لأحكام المادة (326) من قانون العقوبات كما ذهبت في ذلك النيابة العامة في إسنادها ومحكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه وإنما تشكل أركان وعناصر جنحة القتل من غير قصد طبقا لأحكام المادة (343) من ذات القانون مما يتعين تعديل وصف التهمة المسندة له.

لهذا كله واستنادا لما تقدم ودون حاجه لبحث باقي أسباب الطعن نقرر قبول الطعن موضوعا ونقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة في ضوء ما بيناه.

حكما صدرتدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/2/29

الرئيس

الكاتب

النقض 2011/142

السلطة الوطنية الفلسطينية السلطة القضائية محكمة النقض

« الحكم »

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني.
الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي: سامي صرصور.
وعضوية السادة القضاة: عبد الله غزلان, إيمان ناصر الدين, عزمي طننجير, عدنان الشعيبي.
الطاعن: معتمد طاهر صادق طحاينة / السيلة الحارثية.
وكيله المحامي وليد العارضة / جنين.
المطعون ضده: النيابة العامة.

الإجراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بواسطة وكيله بتاريخ 2011/8/11 لنقض الحكم الصادر
بتاريخ 2011/7/7 عن محكمة استئناف رام الله في الاستئناف الجزائيين 2010/381
و 2010/382 (الموحدين) القاضي برد الاستئناف الثاني , وقبول الاستئناف الأول في
الجانب المتعلق بمقدار العقوبة المفروضة لتصبح الأشغال الشاقة المؤقتة مدة عشرة
سنوات بدلا من الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة اثني عشر عاما.

تتلخص أسباب الطعن بالنعي على الحكم الطعن.

1. مخالفته القانون تطبيقا وتأويلا وذلك بخصوص حالة الدفاع الشرعي عن
النفس والغير والمال والتي كان عليها الطاعن رغم الإشارة إلى بعض السوابق
القضائية المتعلقة بهذه المسألة.

2. عدم الالتفات إلى مرافعة وكيل الطاعن من أن الطاعن قد أصيب بعيارات نارية أطلقها عليه المغدور إصابته في مقتل لولا عناية الله التي سلمته.
 3. الخطأ في مقدار فرض العقوبة بعد أن ثبت بان المغدور أطلق النار على الطاعن وأصابه بإصابات متعددة الأمر الذي يقتضي تخفيض العقوبة.
- وقد طلب وكيل الطاعن بالنتيجة قبول الطعن ونقض الحكم الطعين.
- تقدمت النيابة العامة بمطالبة خطية ردت من خلالها على أسباب الطعن طالبه بالنتيجة رده موضوعا .

المحكمة

بعد التدقيق والمداولة ولورود الطعن في الميعاد تقرر قبوله شكلا .

وحيث أن وقائع ومجريات الدعوى وعلى ما تنبئ عنه سائر الأوراق تفيد بان النيابة العامة أحالت الطاعن وآخرين لمحكمة بداية جنين لإجراء محاكمة كل منهم بما اسند إليه , إذ اسند للطاعن تهمتان:

1. القتل بالاشتراك المجرمة بالمواد 76 و 328 من قانون العقوبات لسنة 60.
2. حيازة سلاح بدون ترخيص المجرمة بالمادة 2/25 و 3 من قانون الأسلحة والذخائر لسنة 1998.

باشرت المحكمة النظر في الدعوى (2008/21) وبنتيجة المحاكمة أصدرت بتاريخ 2010/10/13 حكمها القاضي بإدانة الطاعن بالتهمة المعدلة وهي تهمة القتل القصد المجرمة بالمادة 326 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 ووضعها بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة خمس عشر سنة , وإدانته بالتهمة الثانية وهي حيازة سلاح بدون ترخيص المجرمة بالمادة 2/25 و 3 من قانون الأسلحة والذخائر لسنة 1998 وحبسه عنها مدة ستة أشهر على أن تنفذ بحقه العقوبة الأشد عملا بأحكام المادة 72 من قانون العقوبات , كما قررت تخفيض عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة عملا بأحكام المادة 99 من ذات القانون لتصبح الأشغال الشاقة لمدة اثني عشرة سنة .

لم يرتض الطاعن بالحكم الصادر فطعن فيه بالاستئناف الجزائي 2010/381 , كما

لم ترتض النيابة العامة بالحكم الصادر بحق باقي المتهمين القاضي بإعلان براءتهم فطعن فيه بالاستئناف الجزائي 2010/382 وبنتيجة المحاكمة الإستئنافية أصدرت محكمة استئناف رام الله حكمها الطعين القاضي ببرد استئناف النيابة العامة وقبول استئناف الطاعن في الجانب المتعلق بمقدار العقوبة إذ تم تعديل الحكم المستأنف ليصبح وضع الطاعن بالأشغال الشاقة المؤقتة عشر سنوات.

لم يرتض الطاعن أيضا بحكم محكمة الاستئناف فبادر للطعن فيه بطريق النقض للأسباب المشار إليها آنفا المبسوطة في لائحة الطعن.

وفي الموضوع وعن السببين الأول والثاني وحاصلهما النعي على الحكم الطعين مخالفته للقانون تطبيقا وتأويلا بما خلص إليه من انتفاء حالة الدفاع الشرعي وكذلك عدم الالتفات لما أبداه الدفاع من أن الطاعن أصيب بعيارات نارية أطلقها عليه المغدور إصابته في مقتل لولا عناية الله سلمته الأمر الذي يؤكد توفر حالة الدفاع الشرعي.

وفي ذلك نجد أن الحكم الطعين إذ قضى بتأييد الحكم المستأنف في الجانب المتعلق بانتفاء حالة الدفاع الشرعي فقد حملة على ذات الأسباب التي حملت محكمة الدرجة الأولى حكمها عليها إذ أن الواقعة التي أثبتتها الحكم، أن الطاعن وفور علمه بإطلاق النار، طلب من شقيقه عدنان وعبد الجابر الذهاب إلى مكان الحادث، حاملا مسدسه، وأنه والمغدور تبادلا إطلاق النار في وقت متزامن، الأمر الذي رأت إزاءه أن كلا منهما أراد الاعتداء على الآخر في لحظة زمنية واحدة وليس للرد على عدوان الطرف الآخر ويكون ما أوقعه كل منهما (الطاعن والمغدور) بالآخر من إصابات سواء هذه التي لحقت بالمغدور وأدت إلى وفاته أو تلك التي لحقت بالطاعن وشفي منها مقصودا لذاته وليس ردا على عدوان وقع هذا فضلا عن انه خلص إلى أن ذهب الطاعن إلى مكان الحادث حاملا مسدسه وطلبه من شقيقه عدنان وعبد الجابر الذهاب معه ينفي حالة الدفاع الشرعي خاصة وأنه كان بمقدوره أن يخبر السلطة المختصة بالحادث لتتولى متابعة الأمر.

وبذلك يتضح أن الحكم أتى على نفي أية صلة بين الاعتداء الذي وقع على الطاعن والاعتداء الذي وقع منه، باعتبار أن توفر حالة الدفاع الشرعي أو عدم توفرها، تكشف عنها وقائع الدعوى وأدلتها، وفي ذلك ما يفيد قطعاً أن المحكمة قالت كلمتها على نحو

مسبب، حاملة حكمها على ذات الأسباب التي حملت محكمة الدرجة الأولى حكمها عليه ولا تثريب عليها في ما قضت به وحملت حكمها عليه طالما انه جاء على نحو سائغ وله أصل في الأوراق، ولا يغير من الأمر شيئاً أن تكون المحكمة قد أقامت حكمها على ما اطمأنت إليه من أقوال المتهم (الطاعن) لدى النيابة العامة، وحتى ولو كان هذا الذي اطمأنت إليه جزء من أقواله إذ أن لها وهي في سبيل تكوين عقيدتها أن تجزئ في أقواله (الاعتراف) وتأخذ منها ما تراه مطابقاً للحقيقة والواقع وان تعرض عن ما تراه مغايراً لها، وليس في ذلك ما يعد تناقضاً أو عيباً يلحق بالحكم أو يجرحه .

أما عن السبب الثالث من أسباب الطعن وحاصلة النعي على الحكم الطعين الخطأ في مقدار فرض العقوبة بعد أن ثبت بان المغدور أطلق النار على الطاعن وإصابة بإصابات متعددة الأمر الذي يقتضي تخفيض العقوبة .

وفي ذلك نجد أن الحكم الطعين أتى على تخفيض العقوبة المقررة قانوناً من الأشغال الشاقة خمس عشرة سنة إلى الأشغال الشاقة عشر سنوات .

وبذلك فإن الحكم الطعين يكون قد اخذ بالأسباب المخففة التقديرية والمتعلقة بوقائع الدعوى وظروفها وان أمراً كهذا تختص به محكمة الموضوع حسبما تمليه عليها قناعتها دون رقابة عليها في ذلك ما دام أن التخفيض كان ضمن الحد المنصوص عليه قانوناً وقد جاء على نحو مسبب يتفق وصحيح القانون .

وعليه ولما كان الأمر كذلك فإن الطعن يغدو والحالة هذه في غير محله مستوجباً الرد موضوعاً .

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعاً .

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/ 4/2

الرئيس

الكاتب

**التعليق على كل من النقض الجزائري
رقم 125 لسنة 2011، والنقض الجزائري
رقم 142 لسنة 2011**

أ.د / أحمد السيد موسى / مصر
الأستاذ بكلية الحقوق - جامعة طنطا
والمحامي لدى محكمة النقض



تعقيب حول قضاء محكمة النقض الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) الصادر بتاريخ 2012/2/29 بناحية « رام الله » في النقض الجزائي رقم 125 لسنة 2011 والمقام من الطاعنين / ماهر وجلال فرح سابا قسيس من ناحية « بيت ساحور»، ضد الحق العام، وكذا النقض الجزائي رقم 142 لسنة 2011 الصادر في 2012/4/2، الصادر عن ذات المحكمة، والمقام من الطاعن / معتصم طاهر صادق طحاينة المقيم بناحية « السيلة الحارثية»، ضد الحق العام بدوره.

الموضوع: كما هو وارد بأوراق الدعوتين فنحيل إلى أوراقها معاً منعاً للتكرار، وبمراعاة تشابه وقائعهما وارتباطهما بذات الموضوع المتعلق بجريمة القتل القصد وما قد يرتبط بها من صور وظروف قانونية وواقعية، ويتشابه، وبخاصة القتل في صورة الدفاع الشرعي عن النفس.

وبداية نتناول الطعن الأول (2011/125)، فإن عدالة المحكمة كانت قد قضت بقبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه والصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ 2011/5/31 في القضية الاستئنافية الجزائية رقم 2010/101، وإعادة الأوراق لمصدرها سالف الذكر، لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة، وعلى ضوء ما انتهت إليه من تكييف مغاير لوقائعهما، ومن أنها لا تشكل جناية القتل المقصود المنصوص عليها في المادة 326 من قانون العقوبات (وإلى ذهب النيابة العامة إلى الأخذ بها والتكييف في إسنادها للاتهام، وشايعتها أو أيديتها محكمتي الموضوع - الجزائية والاستئنافية من بعدها - في ذاك التكييف أو الوصف، وذلك قبل إصدار هذه الأخيرة حكمها أو قرارها، المطعون فيه) وإنما تشكل أركان وعناصر جنحة القتل من غير قصد والمنصوص عليها في المادة 343 من ذات القانون المذكور، مما يتعين تعديل وصف التهمة المسندة له .

الرأي:

أولاً: فساد في الاستدلال والتعليل وعوار الاستنتاج، شاب إجراءات تكييف الواقعة ومحاولة التوصل لحقيقة الاتهام:

حيث أن محكمة النقض كانت قد مارست حقها (المادة 270 من قانون الإجراءات الجزائية، وبشرروطها) في تعديل مادة الاتهام من جناية القتل القصد المنصوص عليها في المادة 326 من قانون العقوبات، إلى جنحة القتل من غير قصد وفقاً لأحكام المادة

343 من ذات القانون وتعديل وصف التهمة المسندة للطاعن ، وناعية على حكمي محكمة الموضوع عجزهما عن الاستدلال على أن نية المتهم قد انصرفت إلى قتل المضرور عدا ما ورد في أوراق الإحالة أو بيانات النيابة العامة والتي كانت قد أخفقت بدورها في تقديم أية بينة أو دليل يرجح يقينها في اتهام المحال / الطاعن بارتكاب جريمة القتل القصد بالذات ، وتضمنين ذلك قرار إحالة المتهم وشقيقه للمحاكمة .

إلا أن محكمة النقض وفي سبيلها لاستظهار الفعل الإجرامي القصدي للمتهم، كأمر باطني مضمّر لا يستدل عليه إلا من جملة الأفعال والشواهد الخارجية التي يقارنها الجاني أثناء ارتكابه لجريمة - وعلى حد عبارات حيثيات حكم هذه المحكمة ، كانت قد تنكبت طريقاً لا يؤدي حتماً إلى تحقيق مقصدها أو غرضها، وذلك عندما ارتكبت أيضاً وبدورها إلى بيانات أو أوراق النيابة العامة وحدها في تكوين عقيدتها الجديدة أو إقامة صرح تكييفها الجديد المغاير ، ومتقيدة بدورها واعتيادياً بنص المادة 207 من قانون الإجراءات الجزائية التي تقيد إبتناء الأحكام إلا بالأدلة السابقة المقدمة أثناء تداول جلسات المحاكمة ، والتي تمت مناقشتها في جلساتها بصورة علنية .

هذا وبناء على ما سبق، فقد قامت محكمة النقض باستقراء أوراق تحقيقات النيابة من جديد وتحليلها توصلاً إلى وجه الحقيقة في الاتهام ، وطبيعة نية المتهم ، قبل انتهائها إلى تصور أو تخيل أو افتراض لمجريات واقعة القتل وتفاصيلها أو وقائعها على نحو يتفق مع أقوال المتهم وروايته عن الحادثة ، والتي لم يشاهدها أحد عدا هذا الأخير والقتيل! ، ودون الاستعانة برخصة المادة 208 من هذا القانون الأخير ، والتي تبيح للمحكمة وتجزيل لها ومن تلقاء نفسها وأثناء سير الدعوى، أن تأمر بتقديم أي دليل جديد تراه لازماً لظهور الحقيقة، وعدا ما تتضمنه الأوراق .

وإذا ما انتهت محكمة النقض إلى تكييف جديد لواقعة الاتهام، ترتيباً على تفصيل مفترضة أو متصوره ظنياً أو مستتبطة ذهنياً من اعترافات المتهم، فإن هذا الاستدلال الفرضي أو استنتاج عدالة المحكمة المبتني على التحليل الحدسي أو الظني وحده لاعترافات متهم، ومن دون أي دليل آخر، فإن هذا الحكم يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال والعوار في الاستنتاج .

وحيث أن محكمة النقض كانت قد أغفلت الفحص والتمحيص لعدد آخر من الأدلة،

تدور في فلك الدعوى، وتحقيقتها كان سيسبر - وبعمق - ويكشف عن وجه الحقيقة الغائبة في هذا الاتهام وتوصلاً إليها وإلى تحقيق العدالة، بدلاً من التوقف طويلاً عند اعترافات المتهم واستخراج التصورات المحتملة بشأن حقيقة الواقعة منها والافتراضي، وهو منحى كانت محكمة النقض قد عابت تبنيه من قبل محكمتي الموضوع من قبل، وقبل أن تسقط فيه بدورها .

أما الأدلة المعتبرة أو القرائن التي تشير إليها ، والتي كان على محكمة النقض أن تحققها توصلاً لحقيقة الواقعة، فهي:

1. **طبيعة الخصومة وتفاصيلها ما بين المتهم والقتيل ومداهما**، وأبعادها الحقيقية، والسبب أو الدفع الذي أدى بالقتيل إلى التوجه إلى منزل المتهم وطلب مقابله؟ وتفاصيل المشادة الكلامية بين الطرفين؟ وما الذي أدى بالقتيل إلى الانفعال وإلى أن يشتط في عباراته على النحو المدون في الأوراق (أو أقوال المتهم وحده)؟ في اعترافاته)، وكيف تطور الأمر إلى اشتباك بالأيدي رغماً من وجود طاولة كبيرة بين الطرفين؟ ، وكيف انفض هذا الاشتباك بالأيدي فجأة؟ قام القتل على أثره ببعثرة الأغراض الموجودة على طاولة المكتب (دليل آخر على حجم الطاولة وكونه كبيراً) وذلك بعد إلقاء صحن من الزجاج صوب المتهم لم يصبه؟ ، قبل قيامه مرة أخرى بالهجوم أو الاشتباك مع المتهم والذي كان يحمل هذه المرة في يده اليمنى أداة قتل مميتة (خنجر ذو حافتين حادتين / كوصف وارد في تقرير الكشف على الجثة) وغير عابئ بخطورتها؟ أو متردد في مهاجمة خصمه المتهم؟ .
- هذه البيانات أو التفاصيل السابقة وغيرها والتي كان يمكن استخلاصها من مناقشة المتهم أمام المحكمة، واستدعاء الشهود حول طبيعة العلاقة وأسباب الخصومة ومداهما بين طرفيها ، كانت كفيلاً حقاً في استظهار نية كل من طرفي الواقعة سواء المغدور أو المتهم، وما إذا كان هذا الأخير (في تقدير الإنسان العادي) قد استشعر خطراً حقيقياً وجاداً وجسيمياً من غريمه ، استدعى منه درءه أو منعه وإيقافه عن طريق التلويح باستخدام القوة أو أدواته القاتلة (سابقة الوصف)؟

2. **تقرير الطب الشرعي أو الكشف عن الجثة وهو دليلاً فنياً**، محايداً هاماً في كافة قضايا الاعتداء على الأشخاص ، ومن خلال هذا الدليل الغائب ، كان يمكن تعيين اتجاه

الطعنة وعمقتها ومداهما داخل جسد المغدور ، توصلاً إلى الوقوف على الحقيقة ، وما إذا كان المغدور قد تلقى الطعنة من المتهم وهما متقابلان على طرفي طاولة المكتب ؟ أم أنها جرت على سبيل الخطأ أثناء التلاحم والاشتباك المزعوم؟، وذلك من خلال تشريح جثة المغدور، ومناظرة جسد المتهم وقوته الجسدية.

كما كان يمكن لهذا التقرير الفني أن يكشف - ومن خلال المعاينة الأولية الظاهرية لجثة المغدور - عما إذا كانت هناك كدمات أو سحجات أو غيرها قد تتجم عن الاشتباك بالأيدي والتلاحم بالجسد، أو جروح قطعية ناتجة عن الاصطدام بلوح الزجاج الوارد ذكر تحطمه بالاصطدام به بجسدي الطرفين المتعاركين؟.

إن استبعاد الخبرة الفنية كلية في هذه الدعوى والالتفات عنها ، كان بلا شك سبباً في ابتناء استدلال محكمة النقض على أسس ظنية مفترضة وغير منطقية حول حقيقة أحداثها وتسلسلها خاصة في ظل عدد لا بأس به من المتناقضات القولية في اعترافات المتهم المعول عليها وحدها في استبيان حقيقة الجريمة ، ولا يشفع لمحكمة النقض الالتفات عن هذا الدليل بزعم عدم تشريح الجثة وخلو أوراق الدعوى من أية تقارير فنية بشأن جثة المجني عليه أو أسباب وفاته ؟ ، خاصة وأن تقرير الكشف الظاهري لجثة المغدور به لم يتلاحظ بها جروح أو إصابات أو كدمات خارجية ؟ الأمر الذي يناقض ويخالف رواية أو تصور المحكمة عن الواقعة الكلية ؟ ، بل كان الأمر يستدعي ندب لجنة من خبراء الطب الشرعي لفحص الأوراق وأوصاف الإصابة الواردة بها أو المتاحه ، ومقارنتها بالأوراق وخاصة محضر استدلال الشرطة الوارد به المناظرة الأولية للجثة ومعاينة حالة مكان الحادث ، والفصل فنياً عما إذا كانت الجريمة قد وقعت وفقاً للوصف التفصيلي المذكور والمتناقض بعضه البعض أو لا ؟ ، خاصة و أن محكمة النقض كانت قد أشارت إلى تهافت الأدلة التي استند إليها الحكم الطعين .

3. الالتفات أو إهمال دلالة قيام المتهم بإخفاء سلاح الجريمة (القاتل بطبيعته) لدى شقيقه؟ في محاولة منه لطمس أحد أدلة الجريمة المؤثرة .

(تراجع المواد 99 ، 100 ، 152 / بند 2 ، 214 / بند 2 ، 223 من قانون الإجراءات الجزائية).

وحيث أن محكمة النقض كانت قد التفتت عن أوجه قصور إجراءات الاستدلال التي شابت الدعوى على النحو سالف البيان، دون أن تلتفت أيضاً إلى أوجه العوار المذكورة والمبادرة بتلافيها توصلاً إلى وجه الحقيقة في الواقعة أو الاتهام، فإن استدلالها كان مشوباً بالفساد ومجافاة الحقيقة، بدوره .

**ثانياً: خطأ حكم محكمة النقض في تطبيق القانون وتأويله أدى إلى مخالفته ،
وإلى الخطأ في تكييف الجريمة محل الدعوى :**

كانت محكمة النقض قد أوردت أسباب حكمها، أنه من المستقر قانوناً وقضائياً ، أن صلاحيتها كمحكمة موضوع تتضمن الاستخلاص السائب لعنصر القصد الجرمي (النية الإجرامية) من عدمه ، من واقع ظروف الدعوى ووقائعها ، وهذا صحيح وفقاً لقواعد القانون . ثم شرعت المحكمة المذكورة في تطبيق القانون على وقائع الدعوى الثابتة بأوراقها والمشار إليها آنفاً، بعد أن نعت على الحكم الطعين استخلاصه قناعاته من استنتاجات غير كافية للوصول إلى نتيجته، بل ونايفاً لدليل ثابت بالأوراق - وعلى حد عبارات محكمة النقض حرفياً والواردة أسبابه - فأوردت قواعد أشكال ممارسة الحق أو الدفاع الشرعي والمنصوص عليه في المادة 60 من قانون العقوبات وبالذات البند / 3 منه ، والتي تحيل في شروط تطبيقها لنص المادة 89 من ذات القانون لإعفاء الجاني من العقوبة ، حيث تشترط هذه المادة الأخيرة من قانون العقوبات توافر حالة الضرورة لإعفاء الفاعل (المتهم) من العقاب على فعل أتاها دفع فيه عن نفسه خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً ، ويشترط أن يكون الفعل متناسباً والخطر .

وإذا ما توافرت شروط المادة السالفة مجتمعة عدا أن أفعال المتهم / المعتدى عليه (وفقاً لاستخلاص المحكمة)، لرد العدوان قد تجاوزت خطر الاعتداء، مع انتفاء سوء نية هذا الأول وتخلف قصده الجنائي، فإن فعل المتهم والحالة هذه لا تشكل جناية القتل القصد المنصوص عليها في المادة 326 عقوبات، ولكن تشكل أركان وعناصر جنحة القتل من غير قصد وفقاً لنص المادة 343 من ذات القانون.

التعقيب والرأي بشأن التكييف السابق :

حيث أن عدالة المحكمة كانت قد انتهت في حكمها إلى تكييف واقعة الدعوى ، على أنها من قبيل التجاوز في الدفاع المنصوص عليها في المادتين 3 / 60 ، 89 من قانون العقوبات الفلسطيني ، ومخلفة أو مشككة أركان جريمة القتل الخطأ (من غير قصد) وفقاً لنص المادة 343 من ذات القانون ، فإن الأمر يستحق منا التناول على شقيه المذكورين ، وعلى النحو التالي:

1. الخطأ في تكييف الواقعة على كونها من قبيل التجاوز في الدفاع الشرعي عن النفس (ممارسة الحق):

يتضمن قانون العقوبات الفلسطيني (16 لسنة 1960) خمسة مواد من النصوص المنفردة ، تعد كافية في تنظيم حق الدفاع المشروع عن النفس (أو المال) ، وهي المواد 60 ، 89 ، 90 ، 341 ، 342 .

هذا وتعد المادة 341 من أقربهم اتصالاً بموضوع الدعوى ، حيث تنص على :

تعد الأفعال الآتية دفاعاً مشروعاً:

1. فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر عن نفسه أو عرضه .. بشرط أن :

- أ. يقع الدفع حال وقوع الاعتداء .
- ب. أن يكون الاعتداء غير محق .

ج) أن لا يكون في استطاعة المعتدي عليه التخلص من هذا الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر .

هذا وقد أغفلت محكمة النقض في حكمها المذكور تماماً تطبيق نص هذه المادة أو الأخذ بها في الاعتبار، أو حتى الإشارة إليها، رغمًا من ارتباطها وثيقاً بالموضوع ، واكتفاءً من المحكمة في استدلالها قبل تكييفها للجرم ، بالإرتكان فقط إلى نص المادتين 3/60 ، 89 ، والغير كافيتان وحدهما في إسباغ وصف إباحة القتل دفاعاً شرعياً عن النفس، إلا بشروطه المنصوص عليها في 341 سالفة النص بعالية، والتي تم إغفالها تماماً وكيهه في الاستدلال، دون مبرر .

وبمراجعة نص هذه المادة الأخيرة في استبيان واستظهار شروط القتل دفاعاً عن النفس ، يتبين أنها تشترط وتستلزم أن لا يكون في استطاعة المعتدي عليه/المتهم، ولا في قدراته وإمكانه أن يتخلص أو يدفع اعتداء غريمه المغدور به لاحقاً ، وعدوانه إلا بالقتل، وذلك بعد أن يتبين له أن اعتداء هذا الأخير أو عدوانه عليه غير محق وليس في محله من القانون ، وأن الدفع بالقتل أو استخدام حق الدفاع الشرعي لا بد وأن يقع أو يجري حال وقوع الاعتداء عليه وإبانه أو فور بدئه .

وبإنزال قواعد قانون العقوبات: 60 / 3 ، 89 ، 341 ، وبالتطبيق على الواقعة محل المحاكمة يتبين لنا بداية تخلف الخطر الجسيم المحقق بالمتهم والذي يتخوف أن يحدث منه الموت أو الإصابة بجراح بالغة ، وذلك بالمخالفة لنص المادة 89 عن حالة الضرورة الملجأة إلى فعل القتل في الحال ، أو تلك الإباحة لأفعال دفع التعرض الغير محق قضت به الضرورة الحالية والمنصوص عليها في المادة 60 .

وحيث أن عدوان المضرور به قد تمثل وانحصر في أفعال السب والشتم وعبارات القذف المبينة بالأوراق ، ودون أن يكون حاملاً لأي سلاح أو أداة من أي نوع أو جسم غريب ، يمكن أن يمثل خطراً ولو محتملاً أو حتى يثير خيفة مدعاة أو ريبة موهومة عن إمكانية تعرضه للموت أو الجراح ، خاصة وأن المجني عليه كان قد امتنع عن ضرب المتهم بيديه أو حتى صفعه والإمساك بتلابيب ملابسه ، مكتفياً ببعض أدوات مكتب هذا الأخير (وبما عليها من أمواس يابانية ، امتنع عن استخدامها ، وكان في مقدوره إن كان ينتوي شراً بجسد المتهم!) ، أو تلك المحاولة الطائشة لرمي صحن زجاج عليه ، خابت! ، رغماً من ضيق مساحة المكان ومواجهة المتهم ! ، إلا إذا كانت المبالغة وتديبير الإدعاء للنجاة بالنفس هي العنوان ! .

وإذا ما اتسع الوقت بالمتهم أن يستعين بشقيقه في إخفاء أداة الجريمة ، فلما/ذا لم يستعن به بداية ، أو يستغيث برجال السلطة العامة تليفونياً (وقد يمثل هذا تهديداً يدفع المغدور به إلى الفرار أو الانصراف بدلاً من تهديده بأداة قتل مميتة أو خنجر حاد ذو نصلين مجتمعين!) ، أو الاستعانة بالمارة (وهو في مكتبه بالدور الأرضي) أو جيران السكن والجوار أو الصياح ، أو حتى مغادرة المكان بأكمله والهروب إلى خارجه طلباً للأمان والسلامة والعون ! ، وتاركاً المغدور به خلفه .

(تنص المادة 247 عقوبات مصري على : «وليس لهذا الحق وجود متى كان من المحكمة الركوز في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة» ، وذلك بشأن حق الدفاع الشرعي ، وهذا النص لا نظير له في القانون العقابي الفلسطيني) .

ومع التسليم بأن تقدير الوقائع التي يستتج منها حالة الدفاع الشرعي أو ممارسة الحق في المدافعة عن النفس، لهو أمر متعلق بموضوع الدعوى ، تفصل فيه محكمة الموضوع بلا معقب ، إلا أن هذا الحق مشروط بأن يقترن باستدلال سائغ يؤدي إلى ما انتهى إليه ، وإذا ما كان حق الدفاع الشرعي لم يشرع لعاقبة معتد ما على اعتدائه ، وإنما شرع لرد عدوان حقيقي وجاد وظاهر ، وإذا ما كان حق الدفاع الشرعي عن النفس يشترط أن يكون موجهاً إلى مصدر الخطر لمنع وقوعه حالاً ، لا وشيك الوقوع ، فإن استدلال محكمة النقض في أسبابها الواردة حكمها يكون غير سائغاً لتخلف الخطر الجسيم المحقق أو الحقيقي والحال - وفي معيار الإنسان العادي وفي ذات الظروف المحيطة والحالة النفسية الملازمة - الذي يكون قد حق وأحاط جيداً بالقاتل وأدى إلى فعلته .

وما كان أن تغيب عن عدالة المحكمة دلالات أداة القتل المستخدمة في الجريمة (وهو الخنجر ذو الحافتين المجتمعتين الحادثتين) في استظهار ظروف الواقعة، ومدى ملائمة هذه الأداة الفتاكة في مجابهة الخطر المتوهم جراء ألفاظ السباب والقذف بالاتهامات، وسبر أغوار نية المتهم وقصده الجنائي ، وما انطوت عليه سريرته وعقله الباطن وانصرف لحظة إخراجه لأداة القتل المؤكدة من مكنها بدرج مكتبه ، وهل كان حقيقة لدرء أو مواجهة خطر الألفاظ والكلمات ؟ أم للتهديد للكف عنها ؟ أم غرض آخر حركته بواعث الغضب والانفعال والرغبة في الانتقام المقابل والرد ؟ ، هذا مع تسليمنا بأن أدوات القتل - وبشكل عام - لا تمثل ركناً وحيداً في استظهار القصد الجنائي ومداه (هذا وإن كان بعض الفقهاء المسلمين وأخصهم أبي حنيفة يعتدون بالأداة المستعملة في الجريمة ، وبشكل وحيد في وصف جرائم شبه العمدة) .

وأخيراً ، فإن سلمنا جدلاً بأن الجاني / المتهم ، قد توجس خفية من خطر تعرض حياته لخطر حقيقي من قبل المغدور به ، وأن هذا الظن قد ابتتي على خلفية الخلافات

السابقة فيما بين الطرفين ، وطبيعة المنازعة وأسبابها (والتي لم نعلم عنها تفصيلاً ولم توليه المحكمة عنايتها رغماً من أهميته في إدراك القصد الجنائي ، وهو ما سبق أن أشرنا إليه من البداية) ، وترسخ في يقينه وظنه وتؤكد هذا الخوف ، فإن كان في إمكانه التخلص بسهولة من هذا الاعتداء الموهوم الظاهر بوسائل عدة (سبق العرض لها منذ قليل) ليس من بينها القتل باستخدام أداة مميتة ، وهو الشرط الثالث من شروط المادة 341 عقوبات فلسطين (وقد سبق استعراض نصها) .

وإذا ما تخلف هذا الشرط الأخير (ج) من شروط المادة السابقة، فإن ركناً أساسياً قد إنهار ، ولا يعد الفعل محل المحاكمة من قبيل الدفاع الشرعي عن النفس لتخلف اجتماع شروطه، وهو الأمر الذي أهملت المحكمة إعماله والتيقن من توافر أركانه القانونية مجتمعة، بعد أن التفتت عن وجود هذا النص كلية وأغفلته، وهو يمثل ركيزة هامة في شأن هذا الجرائم والأفعال .

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى ملاحظة شكلية تشريعية في هذا الشأن تتعلق بتباعد وتناثر نصوص مواد الدفاع الشرعي في القانون الفلسطيني ، بعضها عن بعض (بخلاف القانون المصري مثلاً)، والأفضل تجميعها متتالية متتابعة في شكل ظاهر الدلالة أمام رجل القانون وتحت عنوان واحد ، هذا بالإضافة إلى أن منطق الأمور يستلزم دمج المادة 89 في البند / 3 من المادة 60 ، والتعديل بما يلائم الدمج ، خاصة وأن كلتا المادتين مكملتين لبعضهما البعض بل ومفسرة .

وإذا ما تبين لنا تخلف أركان الدفاع الشرعي عن الواقعة ، فإن الإدعاء بتكليف الواقعة على أنها من قبيل التجاوز في حق الدفاع المشروع عن النفس يكون غير صحيح أو دقيق ، لافتراض هذا التكليف أو الاستدلال بوجود حالة من حالات الدفاع المشروع بداية، قبل أن يتجاوز المستعمل لحقه هذا وبنية سليمة حدوده .

(يراجع أيضاً نص المادة 251 عقوبات مصري التي نظمت حالات التجاوز هذه ، والتي يخلو القانون الفلسطيني من تنظيمها على استقلال أو أفراد ، وإن كانت مقدرة ضمناً من النصوص المشار إليها آنفاً) .

2. الرأي حول طبيعة الجرم ، وتكييف الدعوى :

تعد الجريمة محل موضوع المحاكمة ، من قبيل جرائم القتل العمد أو قتل قصد والمنصوص عليها في المادة 326 من قانون العقوبات ، وهو وصف النيابة العامة وقضاء محكمتي الموضوع .

وتفصيل ذلك - ومن أوراق الاتهام واعترافات الجاني - فإن هذا الأخير كان قد استشاط غضباً وثورة على أثر الإهانات اللفظية أو القولية المشبوبة بالانفعال والسيح المجردة من احترام المكان الخاص بالمتهم وفي حرمة ، فكان أن أخرج بلا وعي وفي ثورة انفعاله سلاح الجريمة طعن به غريمه ، ثأراً وانتقاماً ، هذا من وجهة نظر فرضية أولى .

وقد كان لهذه الجريمة كقتل قصد أن ترقى إلى الاتهام بالقتل القصد أو العمد المقترب بظرف سبق الإصرار كظرف مشدد وبلا ترصد (مادة 328 / بند 1 ، 329 عقوبات) ، إن ما كان الاستدلال في الدعوى قد نخب في أسباب الخلاف الدفينة بين الطرفين ومداه في السابق أو ماضي الزمان ، خلفت الرغبة في التخلص من بعضهم البعض أو من إحدهم تجاه غريمة عندما تحين الفرصة والتي طرقت باب المتهم أو يكون قد دبر لها ، وتبرر تلك الخشية أو ذاك التوقع الغير مناسب بالخطر الجسيم على الحياة من جراء بعض أفاظ السب؟، وهو فرض لا نستطيع الجزم به لقصور الاستدلال في البواعث وخلفيات الخلاف والذي التفتت عن سبر أغواره المحاكم المختلفة توصلاً إلى إدراك حقيقة القصد الجنائي، وهذه فرضية ثانية .

هذا ويمكن أن تكون هذه الوقائع مكونة لأركان الجريمة المقصودة المنصوص عليها في المادة 64 من قانون العقوبات الفلسطيني والتي تنص على: «تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة» ، ويعني ذلك أن المتهم قد توقع أو جال في خلد احتمال أن يؤدي إمساكه لذلك الخنجر القاتل بيده وتهديده لخصمه في هذا المكان الضيق ، أن يؤدي إلى إيذاء خصمه ومقتله وإزهاق روحه، فيقبل بهذه الفرضية المتوقعة ويرضى بهذه النتيجة الاحتمالية، وكرد فعل لحظي لغضبته من إهانة المجني عليه له وسبه إياه واتهامه؟ ، وقابلاً بالمخاطرة .

والقبول بالنتيجة المحتملة أو المتوقعة وفقاً لمعايير الإنسان العادي ، لهي من قبيل مهام محكمة الموضوع نحو استظهار النية الباطنة للفاعل تعكسها أفعاله الخارجية وخاصة باستخدامه لهذه الأداة القاتلة وعدم المبادرة بإلقائها من يده حال اشتباكه بغريمه في هذا المكان الضيق / إلا أنه قبل بنتيجتها المحتملة السابق له توقعها حتماً وبمعيار الإنسان الطبيعي العادي والبسيط ، وقبل بها بلا تردد ١٩ ، بعد أن أزكت فيه روح الانتقام والرغبة في رد الإهانة والثأر، ذلك .
وهذا التكييف الأخير ، هو الأقرب لصحيح تكييف الواقعة محل الاتهام ، وتلك **فرضية ثالثة .**

هذا ومع ملاحظة أنه لا مجال لتطبيق نص المادة 330 عقوبات الخاصة بالقتل غير المقصود، لاستلزامها أن تكون الأداة ليس من شأنها أن تفضي إلى الموت ، والأداة في هذه الجريمة لا بد حتماً من أن تؤدي إلى الموت، وفقاً لأوصافها سالفه الذكر .

ومن مجمل ما سبق ، فالجريمة محل الدعوى تقبل الاحتمال بأن تكون على أي صورة من صور الجرائم أو القوالب الجنائية عدا أن تكون دفاعاً مشروعاً تم التجاوز فيه ١٩ .
2. في خطأ تكييف الدعوى بأنها تشكل أركان وعناصر جنحة القتل من غير قصد طبقاً لأحكام المادة 343 عقوبات، على أثر تجاوز حد أو مقدار الدفاع المشروع عن النفس وكنتيجة حتمية :

كانت محكمة النقض قد انتهت إلى استبعاد جناية القتل القصد من الأوراق خلافاً لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات ، ومن دون جريمة القتل من غير قصد والتي تتوافر أركانها وعناصرها كجنحة منصوص عليها في المادة 343 من ذات القانون ، وذلك بعد تكييف الواقعة على كونها من قبيل التجاوز بحسن نية في حق الدفاع الشرعي عن النفس ، وعلى النحو السالف بيانه .

هذا وقد كان على الحكم المذكور أن يتصدى لوقائع الدعوى بعد التكييف الجديد، بحثاً عن توافر عناصر وأركان جنحة القتل من غير قصد المدعى بها التي تخلفت عن فعل تجاوز المتهم في استعمال الحق في الدفاع تحت وطأة حالة الضرورة، والتي لا يمكن أن تفترض كنتيجة مباشرة وحتمية ومنطقية أو واجبة ومقررة وملزمة للمحكمة في كل مرة أو واقعة يطلق عليها وصف التجاوز في ممارسة الحق أو تتوافر بأوراقها، وإلا عد

الحكم مشوباً بالفساد في الاستدلال والقصور في تطبيق القانون ، فليست كل واقعة تجاوز في استعمال الحق، يجب أن تكون أو تخلف أو تكيف قانوناً على أنها أو كونها قتل خطأ ، وبشكل عام لا اجتهاد فيه .

وإذا ما كان حكم محكمة النقض قد قفز من اعتباره بأن الواقعة تجاوز في استعمال الحق، إلى تكييفها أو تخريجها على أنها جنحة قتل خطأ ودون أن يستظهر أركان هذه الأخيرة وعناصرها بالأوراق، فإن القصور في التسبب بعد الخطأ في الاستدلال يكون قد شاب هذا القضاء .

هذا وقد كان على هذه المحكمة العليا أن تتصدى لهذه الجنحة وفي استبيان شروكها وعناصرها المنصوص عليها بالقانون ، وتوافرها في الأوراق ، ونفي ما قد يختلط بها من صور للجرم ، وهو الأمر الذي كان سيدعم ويفيد بلا شك التكييف الأساسي على أنها من قبيل التجاوز في ممارسة الحق بدون سوء نية أو قصد مجرم .

وإذا ما كان تقدير الخطأ المستوجب لمسؤولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً ، لما يتعلق بموضوع الدعوى، وسواء أكان هذا الخطأ مباشراً أو غير مباشراً، وإذا ما كانت محكمة النقض قد انتهت إلى أن تكييف الدعوى يخرج بها من دائرة القصد أو العمد إلى دائرة أو حالة الخطأ ونوعه تحديداً وصولاً إلى تكييف هذا الخطأ من بين صوره المتعددة في القانون ، خاصة وأن هذا التكييف للواقعة وبدوره على أنه من قبيل القتل الخطأ المنصوص عليها في المادة 343 عقوبات ، يختلط بالخطأ المشار إليه في المادة 330 عقوبات عن القتل غير المقصود ، خاصة وأن الحكم كان قد نفي عن المتهم قصده إزهاق روح المغدور (وتقابل نص المادة 236 عقوبات مصري عن القتل أو الجريمة المتعدية القصد، وإن أطلقت شرط خطورة الأداة المستخدمة وأغفلت النص عليه).

والرأي عندنا أن نص قانون العقوبات الفلسطيني السابقة (330) لم يسعف المحكمة في إسباغ هذا الوصف الأخير على الواقعة ، فانحصر استدلالها في المادة 343 عقوبات فلسطيني وحسبما انتهى قضاؤها، وإلا لقصت أو كما تذهب معظم الأحكام في القضاء المصري) إلى اعتبار الواقعة من قبيل القتل المتعمد القصد والذي يعاقب بالعقوبة المشار إليها في نظيره الفلسطيني ، وهي أشد من عقوبة القتل الخطأ .

ومن جهة أخرى وأخيرة ، فإن أعمال الاستدلال اللازم في الدعوى ، والذي غاب

عن أوراقها في شأن تحديد طبيعة الخطأ المنسوب للمتهم بعد التكييف المعدل للجريمة بواسطة محكمة النقض ووصفه للجرم بأنه من قبيل التجاوز في حق الدفاع الشرعي عن النفس أو ممارسة الحق ، كان من المؤكد أو المتيقن أن ما جاء بنص المادة 64 عن الجريمة المقصودة والتي يقبل فيها الجاني المخاطرة بارتكاب الفعل بعد توقع حصوله أو حدوثه (وقد سبق استعراض هذه الحالة تفصيلاً من قليل السطور)، كان سيبرز بشدة وإلحاح ، يدفع المحكمة إلى تصحيح يقينها أو استدلالها عن الواقعة .

هذا وبملاحظة أن قانون العقوبات المصري وفي مادته 251 يتعرض لهذه الحالة من التعدي بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي ، ويستعرض شروط تطبيقها وتخفيف العقاب دون أن ينص على توصيف الفعل أو تكييفه كقتل خطأ بالذات ، إضافة إلى التوسعة في اختصاص القاضي في هذا الحق .

3. في خطأ الالتفات عن بحث باقي أسباب الطعن ، قبل إعادة الأوراق لمصدرها محكمة الاستئناف:

حيث أن محكمة النقض كانت قد التفتت عن بحث باقي أسباب الطعن، وبالذات في شأن النعي على تفسير نص المادة 83 من قانون العقوبات ، والمبدي من المتهم الثاني عن جريمته في إخفاء أداة الجريمة .

وبمراجعة أوراق الدعوى يتضح أن ما افترفه المتهم الثاني (شقيق الأول)، لهو من قبيل الأفعال المؤثمة المنصوص عليها في المادة 80 / بند 2 / فقرة هـ - من قانون العقوبات ، ومن دون مادة اتهام النيابة العامة أو المادة 83 التي تتناول جريمة إخفاء ممتلكات الغير المختلسة أو التي حصل عليها بارتكاب جناية أو جنحة .

وهذا التكييف الأخير من قبل النيابة العامة أو الوصف والمؤيد من قبل محكمتي الموضوع ، كان جديراً بالالتفات إليه بالإلغاء أو الرد والتعديل بعد إسباغ الوصف الصحيح على الواقعة ، وهو استدلال كان سيؤدي حتماً إلى سبر أغوار الحقيقة في الاتهام ، وكما سلف لنا ذكره .

وإن ما انتهينا من تناول الطعن الأول ، فقد آن لنا أن نتناول الطعن الثاني والمبين بصدر هذه الأوراق وهو : النقض الجزائي رقم 142 لسنة 2011 الصادر في 2012/4/2 عن محكمة النقض الفلسطينية ، والمبدي من الطاعن / معتصم طاهر صادق طحاينة، ضد الحق العام : وهذا الحكم بدوره - ومن ناحية التسبب أو في مرحلته الاستدلالية توصلنا إلى

صحيح تكييف الواقعة وإسباغ الوصف القانوني الدقيق عليها - فإن المحكمة وإن توخت الاختصار في غير إخلال إلا أنها كانت قد دلفت مباشرة إلى جوهر الحقيقة، عندما اعتدت بواقعة إنطلاقه إلى مكان الحادث حاملاً سلاحه الناري الغير مرخص وفي صحبة شقيقاه، فور علمه بوجود إطلاق للنار، بدلاً من أن يبادر بالاتصال بالسلطة المختصة إبلاغاً لها والاستعانة بها، أو الابتعاد عن مكان الخطر.

(هذا وقد سبق الإشارة إلى نص المادة 247 عقوبات مصري، والتي تنص على نفي وجود لحق الدفاع الشرعي متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة، وهو نص غير موجود بالقانون الفلسطيني، إلا أن نص المادة 341 / فقرتين أ ، ج ، يمكن أن تستغرق هذه الحالة بالنص على وجوبية حال وقوع الاعتداء، والذي لا يستطيع معه المعتدى عليه أو مستخدم حق الدفاع عن الحق أن يتخلص منه إلا بفعل القتل أو الجرح) .

هذا وقد انتهت عدالة المحكمة إلى شروط تطبيق هذه المادة الأخيرة من قانون العقوبات الفلسطيني (341) ، دون أن تشير إليها صراحة ، وهو نفس الاتجاه الذي سلكته المحكمة - وفي هيئة مغايرة - في إغفال تناول هذه المادة في الطعن الأول (125 لسنة 2011 والسابق التعليق عليه) ، رغمًا من دلالة هذه المادة وأهميتها في استيضاح الحق في استعمال الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ١٩ .

والحقيقة أن الطعن على حكم محكمة الاستئناف بمخالفته القانون تطبيقاً وتأويلاً، لتوافر حالة من حالات الدفاع الشرعي أو الحق في ممارسته ، ليعد مرفوضاً ، وذلك لتخلف كافة شروط هذا الحق والمنصوص عليها في المواد 341 ، 342 ، 60 ، 89 ، 90 من قانون العقوبات الفلسطيني والسابق لنا استعراض نصوصها وشروطها وأركانها وأوصافها من قبل ، فنحيل إليها منعاً للتكرار .

هذا وتبين وقائع الدعوى ، أن المتهم قد تعمد التوجه أو الذهاب إلى مكان أو محل إطلاق النار منتوياً الغدر والقتل بدليل حمله لأداة قتل مؤكدة (مسدس غير مرخص) غير عابئ بما قد ينتهي به الأمر من إزهاق أرواح ، متوقعاً نتيجتها وقابلاً لها ومصراً عليها ، ومصطحباً لشقيقه للمعاونة ، وما أن ظفر بغريمه المغدور به حتى تبادل إطلاق النيران في لحظة زمنية واحدة وبمجرد رؤية كل منهما للآخر ، بما ينفي تماماً وقوع عدواناً ابتداءً من

قبل القتل لا يمكن رده إلا بإطلاق النار عليه .

هذا ولا ينال من التكييف السابق أو الاستدلال الصحيح للمحكمة ، التمسك بالقول بأن المتهم قد ناله مثل ما نال المغدور به من إصابات بالعبوات النارية التي نجا منها من دون الثاني بفضل عناية الله ، أو حتى من مقدار فرض العقوبة ، حيث العبرة بالقصد الجنائي بالمتهم وما كان قد انتواه من قبل ودبر ، ولا ينتقص من جريمته متى اكتملت أركانها ووجوب الأخذ بالعقوبة المنصوص عليها بمادتها ، إصابة ما أو ضرر يكون قد لحق به إبان عدوانه من قبل غريمه ، فهذه الجريمة الأخيرة يسأل عنها فاعلها بعد تكييفها بحسب المتوافر من أركان وعناصر وأوصاف ، والتي سقطت بوفاة أو مقتل فاعلها على يد المتهم ، فإنقضت الدعوى الجنائية بوفاة فاعلها المغدور به .

الرأي: نرى تأييد حكم محكمة النقض في رفض أو رد هذا الطعن لابتداءه على أسس صحيحة في الإسناد أو التكييف ، سائغة ومقبولة كلية .

هذا مع الإشارة إلى وجوب استظهار عقيدة المحكمة دائماً في استدلالها ، وكيفية تطبيقها وإعمالها لنصوص القانون على واقعات النزاع واستخلاصها المبادئ ، خاصة وأن محكمة النقض في النهاية لهي محكمة إرساء القواعد والسوابق التي يعتد بها ، والملزمة أدبياً ، لا تمنع اجتهاد القاضي في الدرجات الأدنى من القضاء ، من الاجتهاد الصحيح برأيه ، إلا أنه في النهاية لخاضع لرقابة هذه المحكمة والتي سترد أحكامه حتماً إن ما خالفت مبادئها المرسة من قبل في أحكامها ، لذا فإن كفاية الاستدلال واستنادها لنصوص القانون المطبقة ، واستخلاصها السائغ منها وفي كفاية مفيدة ، سيعود بالنفع الكبير على المنظومة القضائية بأكملها .

وهذا ما نرى في وجوب الإشارة إليه خاصة وأن كلا الحكمين محل التعقيب كانا قد اتسما بهذا الإيجاز الذي يزيد من إمكانية الاستخلاص صعوبة وغموضاً .

هذا وقد أيد حكم النقض منحي محكمة الموضوع في تخفيضها للعقوبة المقررة قانوناً من الأشغال الشاقة خمسة عشرة سنة إلى الأشغال الشاقة عشر سنوات أو تأسيساً على حق محكمة الموضوع في تقدير هذا الأمر حسبما تمليه عليه قناعتها دون رقابة عليها ما دام التخفيض كان ضمن الحد المنصوص عليه قانوناً ، وهو استدلال وتكييف وتأييد وافق صحيح القانون ، تؤيده بدوره ، لابتداءه على صحيح القانون والاستدلال الكافي في إرساء المبدأ أو تأييده .

التعليق على النقض الجزائري

رقم 2011/125

الدكتور المحامي نبيه صالح / رام الله



نعقب حول قضاء محكمة النقض الفلسطينية الصادر بتاريخ 2012/2/29، في النقض الجنائي رقم 2011/125، والذي تقدم به كل من 1. ماهر فرح سابا قسيس و 2. جلال فرح سابا قسيس وكلاهما من مدينة بيت ساحور، ضد الحق العام والقاضي برد الاستئناف موضوعا، وتأييد القرار المستأنف الصادر عن محكمة بداية بيت لحم بصفتها الاستئنافية تاريخ 2010/11/22 ذلك في القضية الجنائية رقم 2010/1 والمتضمن الحكم بإدانته المتهم الأول ماهر بتهمة القتل المقصود العادي خلافا لأحكام المادة (326) من قانون العقوبات، ثم تعديل وصف التهمة المسندة للمتهم الثاني جلال من جناية التدخل في القتل القصد خلافا لأحكام المادتين (326) والفقرة (هـ) من المادة (80) من قانون العقوبات لتصبح هذه التهمة جنحة اخفاء الأداه المستخدمة بالجريمة وذلك خلافا لأحكام المادة (83) من القانون المذكور، ثم وضع المتهم الأول المدعو (ماهر) بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة خمسة عشر سنة، محسوبه له مدة التوقيف ثم الحكم على المتهم الثاني (جلال) بالتهمة المسندة إليه بوصفها المعدل الجديد بالحبس مدة ثلاثة أشهر والغرامة خمسون ديناراً.

أما رايانا الشخصي فنؤيد ما ذهبت اليه محكمة النقض من نقض القرار المطعون فيه، ومن ثم إعادة الأوراق إلى مصدرها (محكمة الاستئناف) ومن ثم إعادة تكييف الواقعة الإجرامية من جديد، وذلك من قبل هيئة جديدة، وذلك للأسباب التالية :

أولاً: عدم تقييد محكمة الموضوع المختصة بالتكييف القانوني الذي تضيفه النيابة العامة على الواقعة، إنما لهذه المحكمة سلطة تقديرية في التكييف القانوني لهذه الواقعة، وهذا ما أكدته المادة (270) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني إذ نصت « يجوز للمحكمة أن تعدل التهمة، على أن لا يبنى هذا التعديل على وقائع لم تشملها البيئة المقدمة»، أما نيه القتل والمتمثلة في القصد الجنائي، فنرى أن الأصل في الأفعال أنها مقصودة، حيث يستدل على هذه النية والإرادة الاثمة من الأفعال والأدوات التي يستعملها الجاني في ارتكب الجريمة، وبالتالي ليس مطلوباً من محكمة الموضوع أن تستظهر وتبين نيه القتل عند المتهم، إنما يتوجب على محكمة الموضوع أن تكون القناعة الوجدانية من الأدلة والبيانات المقدمة في الدعوى الجزائية، سواء البيئة من النيابة العامة، أو من الأشخاص الذين شاهدوا

الواقعة الإجرامية، على أرض الواقع ، ومن المعلوم أن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بخصوص المسائل المادية والواقعية ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض، طالما كان استنتاجه مقنعا مع العقل والمنطق، كما أن محكمة الموضوع ، قد قضت بأن المتهم ماهر قد طعن المغدور نزار طعنه واحدة غيلة وغدرا، إنما هو قول يتنافى مع المنطق والواقع، وذلك لأن المغدور حاول أن يقترب من المتهم ماهر ، وعندما طلب منه ماهر الخروج من المكتب، هجم المغدور عليه، وهنا نظرا لتعرض ماهر لخطر حال سواء أكان جسيما أو بسيطا، دفع ماهر أن يستل خنجره ، وعندما قام المغدور بالهجوم عليه ، طعنه ماهر بالخنجر طعنه واحده فقط، وذلك بعد أن تدافعا إلى ان وصلوا باب المكتب الرئيسي والخنجر ما زال في يد ماهر اليمنى لم يطعن به المغدور، إلا عندما اصطدما بزجاج الباب، حينئذ قال المغدور لماهر (ترفع علي السكين) في هذه اللحظة حصلت الطعنة.

أن مثل هذه الوقائع إنما تؤكد أن المتهم ماهر كان يواجه خطرا حالا، فإذا لم يقوم بقتل المغدور حالا وإلا كان هو المقتول أو الضحية، وبالتالي فأن من حقه أن يدافع عن نفسه وحقه في الحياة .

كما نود الإشارة إلى أن القصد الجرمي أو النية الاثمة هي الأصل ، حيث أن الأصل في الجرائم أنها مقصودة، وأن هذه النية ليس من شأنها أن تتنافى مع الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الأباحة، وبالتالي فأن أصل الأفعال أنها إرادية ما لم يثبت عكس لهذا، القول أنه بالرغم من توافر القصد الإجرامي فليس من شأن ذلك أن ينفي توافر سبب من أسباب الأباحة.

لهذا فأن الدفاع الشرعي كسبب من أسباب التبرير أو الأباحة كما ورد في نص المادة (60) فقرة (1) « يعد ممارسة للحق كل فعل قضت به ضرورة حالية ، لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله ، ، حيث يتبين لنا أن الدفاع الشرعي جائز لمواجهة خطر حال سواء جسيما أو بسيطا على أن يقوم هذا الدفاع في المرحلة السابقة على تمام الجريمة ، فإذا تمت هذه الجريمة فأن الدفاع الشرعي حينئذ لا يتوافر ويصبح الفعل الذي يقوم به المعتدي عليه، من قبيل الانتقام وليس دفاعا ،

وبتبيين لنا من وقائع وظروف هذه القضية هو عدم جواز الالتجاء إلى السلوك الإجرامي لصد الخطر الحال، إلا حيث يستحيل صد هذا الخطر عن طريق وسيلة غير إجرامية، وبالتالي يجب على المدافع أن يثبت أن الخطر الحال الذي واجهه لم يكن في وسعه دفعه بوسيلة أخرى غير التي استعملها وهي (الخنجر) وهي المبرزن/5 وعلى فرض أن المدافع قد تجاوز في الدفاع مع جساماة الاعتداء، فأن مثل هذا التجاوز لا يتحقق إلا إذا انتفي التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء، وبالتالي فأن مثل هذا التجاوز في الدفاع الشرعي إنما يتحقق في حالة انتفاء التناسب، وهنا نطبق نص الفقرة (3) من المادة (60) من قانون العقوبات « إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن اعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة (89) » .

من هنا يتبين لنا لقيام التجاوز في الدفاع، يجب أولاً أن ينشأ الحق في الدفاع، ثم أن يكون هناك تجاوز لحدود حق الدفاع وذلك ضمن شروط نص المادة (89) ع، وهنا يتبين لنا من النص المتقدم أن المادة (89) قد بينت الشروط الواجب توافرها في حالة الضرورة، وكما نعلم فأن حالة الضرورة إنما هي مانع من موانع العقاب التي من شأنها انتفاء المسؤولية الجزائية فقط مع توافر المسؤولية المدنية، وهذا يتناهي مع طبيعة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الأباحة، وبالتالي فأن مثل هذا النص لا ينطبق على مثل هذه الواقعة التي نحن بصددھا، مما يدفعنا إلى القول بأن المشرع العقابي قد وقع في خطأ مادي حيث اتجهت اراده هذا المشرع إلى نص المادة (98) وليس نص المادة (89) من قانون العقوبات، وقد نصت المادة (98) « يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي اقدم عليها بسورة غضب شديد ناجم عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاها المجني عليه » .

ولا نعتقد أن المشرع العقابي قد اتجهت إرادته إلى اعفاء المدافع المتجاوز إذا ما ثبت أن هذا المدافع قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي قصداً، لأن مثل هذا الأعفاء لو حصل على سبيل الفرض، فإنه سيشمل حينئذ جميع حالات التجاوز، وهذا أمر لا يعقل أن يكون مقصودا، وذلك لأن الأعفاء المطلق من العقوبة في جميع حالات التجاوز، فيه شئ من الظلم والتفريط في حقوق الناس، كما فيه خروج على القواعد العامة للمسؤولية الجزائية دون أي سبب أو مبرر.

لهذا فإنه لا مجال للأعفاء من العقاب عن مثل هذا التجاوز في الدفاع إنما إذا تجاوز المدافع حدود حق الدفاع ، نتيجة عذر الاستفزاز والأنفعال والغضب الشديدين ، الذي من شأنهما إضعاف الإرادة ، مما يقتضي أن يكون ذلك سببا من أسباب التخفيف ، وبالتالي فإنه وفقا لنص المادة (98) ع عذر قانوني مخفف عام من شأنه أن يقلب الواقعة رأسا على عقب ، فيحولها من جناية إلى جنحة لهذا فأن عذر الاستفزاز المنصوص عليه في المادة (98) ع يتطلب توافر شرطين هما :

1. أن يكون المدافع المتجاوز حدود حق الدفاع قد أقدم على ارتكاب فعله ، تحت تأثير سورة الأنفعال والغضب الشديدين إذ من شأنهما انقاص حرية الإرادة عند المدافع ، وليس فقدان قوة الوعي والسيطرة على ارادة المدافع بشكل تام .

2. أن يكون الأعتداء الذي سبب الغضب الشديد ، على درجه من الخطورة أتاه المجني عليه (المعتدي) ، وبالتالي يستفاد من هذين الشرطين أنه لا يجوز اعفاء المدافع الذي خرج على حدود الدفاع الشرعي ، قاصدا بهذا التجاوز أحداث ضرر أشد مما يستلزمة فعل الدفاع ، إنما يجب اعفاء المدافع المتجاوز من العقاب ، إذا كان هدف هذا المدافع في تجاوزه حدود حق الدفاع ، الوفاء بما يستلزمه هذا الدفاع ، بحيث يكون هذا التجاوز راجعا إلى إفراط أو تهور غير إرادي من أجل استلزام فعل الدفاع ، دون انحراف المدافع في دفاعه إلى باعث اخر مثل الانتقام من المعتدي .

وقد انعقد اجماع كل من الفقه والقضاء على أن تجاوز المدافع في دفاعه ، لا يفهم على وجهه الصحيح بغير شرط حسن النية ، لهذا فأني أرى أنه من الصعوبة بمكان التوفيق بين تطبيق كل من الفقرة (3) من المادة (60) والمادة (89) من قانون العقوبات حيث أن المشرع العقابي كان قد تحدث عن نص المادة (89) ع في الوقت الذي كان يقصد به نص المادة (98) ع ، وهذا ما اكده ايضا المشرع المصري في المادة (251) أنه إذا تجاوز المدافع حدود حق الدفاع بنيه سليمة ، فأن حكم هذا التجاوز يمثل خروجاً على القواعد العامة ، حيث خفف المشرع العقوبة حينئذ استنادا إلى العذر القانوني المخفف ، وبالتالي يتوجب على القاضي حينئذ أن يقضي على المدافع المتجاوز بالحبس بدلا من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات .

لما تقدم فأن الفعل الذي ارتكبه المتهم ماهر، لا يشكل جناية القتل المقصود العادي (البسيط) خلافا لأحكام المادة (326) من قانون العقوبات، كما ذهبت إلى ذلك النيابة العامة في اسنادها ومحكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيها، إنما تقتضي العدالة القول، أن المتهم ماهر المذكور، قد تعرض لخطر حال جسيم يتوجب دفعه في الحال وإلا كان هو المجنى عليه (الضحية)، ومن ثم توافر بحقه الدفاع الشرعي كسبب من أسباب التبرير (الأباحة) وليس التجاوز في الدفاع وذلك لأن ماهر صد الخطر الحال الواقع عليه من قبل المغدور الذي جاء إلى بيته ومن ثم قاده إلى مكتبه وهجم عليه، وتعارك معه إلى أن اصطدما بباب المكتب الذي تم كسر الزجاج الموجود عليه، مما يؤكد مما شك فيه، أن ماهر استخدم الخنجر المبرزن/5 من أجل صد الخطر الحال والجسيم الواقع عليه، وذلك لأن العبرة بالتناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء، والتي تتمثل في المقارنه بين الوسيلة التي استخدمها المدافع لصد الخطر الحال الواقع عليه، وبين الوسيلة التي كانت تحت تصرفه وكان بوسعه أن يستخدمها فمتى استخدم هذا المدافع الوسيلة الوحيدة الموجودة تحت تصرفه أو ثبت أن الوسيلة التي استخدمها المتهم ماهر، كانت في ظروف استخدمها أنسب الوسائل لصد الاعتداء، في هذه الحالة يمكننا القول أن هناك تناسب بين خطر الاعتداء وفعل الدفاع بالمعنى الذي يريده القانون، وبالتالي فقد توافر بحق المتهم ماهر سبب من أسباب التبرير ألا هو الدفاع الشرعي .

**التعليق على قرار محكمة النقض
الفالسطينية (نقض جزاء) رقم 2011/142
تاريخ 2012/4/2**

المحامي الدكتور: ربحي صبحي العطيوي

الاردن



التقديم:

لقد صدر قرار محكمة النقض الفلسطينية - نقض جزاء رقم 2011/142 بتاريخ 2012/4/2، متضمنا الاشارة الى عدة حيثيات ومسائل سوف نقوم باستعراضها ومناقشتها خلال هذا التعليق، حيث تضمن قرار النقض المذكور انسجاما كبيرا مع القرار الصادر عن محكمة استئناف رام الله التي أيدت قرار محكمة بداية جزاء جنين ويقضي قرارها باعتبار أن الوقائع الجرمية في الدعوى لا تعدو عن كونها جريمة القتل القصد المجرمة بالمادة 326 من قانون العقوبات ووضع المتهم بالاشغال الشاقة لمدة خمسة عشر سنة وادانته بالتهمة الثانية وهي حيازة سلاح بدون ترخيص المجرمة بالمادة 25 من قانون الاسلحة و الذخائر لسنة 1998 وحبسه عنها مدة ستة اشهر على ان تنفذ بحقه العقوبة الاشد عملا باحكام المادة 72 من قانون العقوبات كما قررت تخفيض العقوبة لتصبح الاشغال الشاقة لمدة اثني عشر سنة عملا بأحكام المادة 99 من ذات القانون. وأصدرت محكمة استئناف جزاء رام الله قرارها بالمصادقة على قرار محكمة بداية جزاء جنين مع تخفيض العقوبة لتصبح الأشغال الشاقة مدة عشر سنوات. وكان قرار محكمة النقض ومن خلال الحيثيات التي أوردتها وبما لها من رقابة قانونية على محكمة الاستئناف قد قررت بأن الوقائع الجرمية المنسوبة الى الجاني هي في حقيقتها جريمة القتل القصد وعدم توافر شروط الدفاع الشرعي وقررت المصادقة على قرار محكمة الاستئناف ورد الطعن المقدم من الطاعن.

الحيثيات والمبانيء القانونية:

وقد تمثلت الحيثيات والمبانيء القانونية التي وردت في قرار النقض المذكور واستندت اليها بما يلي:

1. ان الوقائع الثابتة في الدعوى لا تصلح أساسا للقول بتوافر حالة الدفاع الشرعي.
2. ان لمحكمة الاستئناف الاخذ بالاسباب المخففة التقديرية المتعلقة بوقائع الدعوى وظروفها وان امرا كهذا تختص به بصفتها محكمة موضوع حسبما تمليه عليها قناعتها دون رقابة عليها في ذلك ما دام التخفيض كان ضمن الحد المنصوص عليه قانونا وقد جاء على نحو مسبب يتفق وصحيح القانون.

ملخص الوقائع التي استخلصناها من أوراق الدعوى والقرار:

1. طلب الطاعن معتصم من شقيقه عدنان وعبد الجابر الذهاب الى مكان الحادث، حاملا مسدسه، وانه والمغدور تبادلا اطلاق النار في وقت متزامن .
2. ذهب الطاعن الى مكان الحادث حاملا مسدسه وطلب من شقيقه عدنان وعبد الجابر الذهاب معه ولم يخبر السلطات المختصة بالحادث لتتولى الامر.
3. ان كلا من المتهم والمغدور اراد الاعتداء على الاخر في لحظة زمنية واحدة وليس للرد على عدوان الطرف الاخر ويكون ما اوقعه كل منهما (الطاعن و المغدور) بالاخر من اصابات سواء هذه التي لحقت بالمغدور وادت الى وفاته او تلك التي لحقت بالطاعن وشفي منها مقصودا لذاته وليس ردا على عدوان وقع .

وفي إطار تعليقنا على حكم النقض المذكور، فإننا سوف ننتهج التسلسل الآتي:

• أولا: جريمة القتل القصد:

يعتبر القتل القصد الركيزة الأساسية التي تنطوي تحت مسمى القتل المقصود والوارد ذكره في المادة (326) من قانون العقوبات الأردني: "من قتل انسانا قصدا، عوقب بالأشغال الشاقة خمس عشرة سنة".

إن فعل القتل وهو أهم مشتملات الركن المادي للجريمة، ويسمى بسلوك القتل يتوافر بأي طريقة يسلكها الجاني فيتوصل الى ازهاق روح المجني عليه، لأن المشرع لا يشترط لوقوع الجريمة أن يكون القتل بوسيلة معينة، وغاية ما هناك أن الوسيلة المستعملة قد تسهل على المحكمة استظهار نية القتل لدى الجاني (1).

وإزهاق الروح الإنسانية أو موت المجني عليه هي النتيجة التي تترتب على فعل القتل، وبدون هذه النتيجة لا تقوم جريمة القتل المقصود.

ولا بد من اثبات علاقة السببية بين فعل القتل والموت الحاصل للمجني عليه، وتكون أسهل حالات اثبات السببية هي حدوث الوفاة مباشرة بعد ارتكاب فعل القتل وبحيث يكون هو السبب الوحيد في الوفاة، أما في حال كان موت المجني عليه بعد فترة من

1 قرار محكمة التمييز الأردنية/ جزاء رقم 78/150 لسنة 1979.

فعل القتل فهذا يفتح الاحتمالات لتعدد أسباب الوفاة ويفتح الباب أمام المتهم للسمي للتشكيك بحصرية فعل القتل في إحداث الوفاة، وعليه فإن تقرير الطبيب الشرعي الناتج عن تشريح الجثة هو الدليل القاطع في هذه الحالة لإثبات علاقة السببية المذكورة.

أما **الركن المعنوي للجريمة**، فهو توجيه الفاعل لإرادته نحو النتيجة المجرّمة والمعاقب عليها قانوناً⁽²⁾ وهي ازهاق روح انسان، وبدون هذه النية أو القصد الجرمي فإن أركان جريمة القتل لا تكتمل .

والأصل أن يتوافر القصد الجرمي وقت اتيان فعل القتل وقبل أن تتحقق النتيجة وليس بالضرورة قبل **المباشرة بفعل القتل**، ومتى كان القصد معاصراً للنشاط فإن ذلك يكفي لمساءلة الجاني، بمعنى لو أن الجاني بدأ بضرب المجني عليه بنية إيذائه ثم تطورت نيته الى قتله بواسطة الضرب وتوفي نتيجة ذلك لانطبقت عليه جريمة القتل. ويمكن للمحكمة أن تستدل على توافر القصد الجرمي من خلال صورة الأفعال التي أتاها الجاني وظروفها والوسائل والأدوات المستعملة في الجريمة والوقائع الثابتة لديها والتي من شأنها أن تساهم في كشف قصد الجاني، حيث أن اثبات القصد الجرمي في القتل جائز بكافة طرق الاثبات .

وفيما يتعلق بالأدوات المستعملة في جريمة القتل كالأسلحة القاتلة والسكاكين، فإنها تدل دلالة واضحة وكافية على القصد الجرمي بالإضافة الى موضع الاصابة وجسامتها وتعدد الضربات في جسم المجني عليه، فيستحق عندها الجاني عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة خمس عشرة سنة.

• **ثانياً : مفهوم الدفاع الشرعي وشروط تحققه :**

ورد النص على حالة الدفاع الشرعي بالمواد 60 و 98 و 341 من قانون العقوبات الاردني بقولها :

المادة 60 : (1). يعد ممارسة للحق : كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس او المال او نفس الغير او ماله .

2 د . محمد نمور- الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني- 1990

2. يستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي .
3. اذا وقع تجاوز في الدفاع امكن اعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة 98)

المادة 89 : (حالة الضرورة :

لا يعاقب الفاعل على فعل الجاته الضرورة الى ان يدفع به في الحال عن نفسه او غيره او عن ملكه او ملك غيره، خطرا جسيما محققا لم يتسبب هو فيه قصدا شرط ان يكون الفعل متناسبا والخطر)

المادة 98 : (يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي اقدم عليها بسورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة اتاه المجني عليه .)

المادة 341 : (تعد الافعال الآتية دفاعا مشروعا :

1. فعل من يقتل غيره او يصيبه بجراح او باي فعل مؤثر دفاعا عن نفسه او عرضه او نفس غيره او عرضه ، بشرط ان :
 - أ . يقع الدفع حال وقوع الاعتداء .
 - ب. ان يكون الاعتداء غير محق .
 - ج. ان لا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء الا بالقتل او الجرح او المؤثر)

فما هو الدفاع الشرعي وهل له شروط خاصة وكيف تطبق نصوص القانون الناظمة لحالة الدفاع الشرعي، هذا ما سنبحثه فيما يلي :

1. تعريف الدفاع الشرعي : قيام الشخص المعرض للاعتداء من ضرر او خطر او غيره صده بفعل مؤثر من قتل او ضرب او جرح حين يتعذر عليه التخلص من الاعتداء او خطره الا بهذا الفعل المؤثر.⁽³⁾

2. شروط الدفاع الشرعي: ورد في النصوص القانونية المذكوره اعلاه حالة الدفاع الشرعي والتي يكون الفاعل في حال دفاع مشروع عند تحقق شروط معينه وعلى هذا سنناقش هذه الشروط والاثار المترتبة عليها :

3 شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات تأليف الدكتور كامل السعيد، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع

أ. الشرط الاول : حصول تعرض غير محق :

يعني هذا الشرط حلول اعتداء من ضرر أو خطر بفعل يعد جريمة . والعلاقة بين الضرر والخطر أن الضرر قد تحقق في حين أن الخطر هو ضرر لم يتحقق بعد وانما هو من التحقق قاب قوسين أو أدنى . والذي يبرر الدفاع هو الخطر في الدرجة الاولى أما الضرر فانه يكون قد بدأ ولكنه لم ينته بعد .

ب. الشرط الثاني : ان يكون التعرض غير مثار:

يراد بهذا الشرط الا يكون المدافع هو الذي خلق الوضع الذي اضطر فيه المتعدي الى ارتكاب الفعل الذي هدهد بالخطر ويترتب على هذا الشرط التقرير بانه لا وجود لحالة الدفاع الشرعي اذا ولد قصد الاعتداء عند الطرفين في لحظة زمنية واحدة وعليه فقد قضت محكمة النقض المصرية بانه اذا ثبت بان كلا من المجني عليه والمتهم كانا يقصدان الاعتداء وابقاع الضرب من كل منهما بالآخر , فان ذلك مما تتنفي به حالة الدفاع الشرعي عن النفس والمال بغض النظر عن بدأ منهما الاعتداء . وعلّة ذلك ان الفريقين وقت انزال كل منهما الضرب بالآخر كان قاصدا الضرب لذاته لا ليرد ضربا موجها اليه بلا تفريق بين من بدأ العدوان ومن لم يبدأ , فحق الدفاع الشرعي في هذه الحالة يكون منتفيا .

ج. الشرط الثالث : ان يكون الاعتداء واقعا على النفس او مال تصح المدافعة عنه:

والدفاع جائز ضد جميع الجرائم الواقعة على النفس كائنة ما كانت جسامتها او نوعها شريطة ان يكون في ظروف الواقعة ما يحمل على القول بان استعمال العنف المادي من المدافع كان لازما لوقفها بفعل متناسب معها .

د. الشرط الرابع : ان يكون الخطر حالاً :

وقد نص القانون الاردني على هذا الشرط في موضعين , وذلك في صلب المادتين 60 و 341 من قانون العقوبات , ومفاد هذا الشرط ان تتوافر ضرورة النية للدفاع عن حق مهدد بحيث لا يمكن صد الخطر المائل الا بارتكاب جريمة .

3. اثر الدفاع الشرعي: متى توافرت كافة الشرائط اللازمة لقيام الدفاع الشرعي وممارسته

برر فعل الدفاع وانتفت كل مسؤولية جنائية كانت او مدنية وقررت المحكمة عدم مسؤوليته أو اعلنت براءته طبقا لنص المادة 178 من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

• ثالثاً: تطبيق المبادئ على وقائع الدعوى :

بعد أن قمنا باستعراض النصوص القانونية وموقف الفقه والأحكام القضائية ومناقشتها، فإننا نبين موقفنا القانوني الذي نميل اليه على ضوء ذلك وعلى ضوء الوقائع والبيانات والظروف التي نراها مؤثرة في توصيف الفعل الجرمي:

1. إن قيام المتهم معتمسم من أفعال تمثلت باطلاق العيارات النارية باتجاه المغدور مما أفضى الى وفاته، فيكون ما قام به المتهم عمر هو ارتكاب لفعل مادي من الأفعال المكونة لجريمة القتل .

2. ثبت لدينا توافر القصد الجرمي لدى المتهم معتمسم ؛ لكون العيارات النارية قاتلة بطبيعتها وترتبت عليها نتائجها الطبيعية، وهي تدل دلالة واضحة وكافية على القصد الجرمي بالاضافة الى موضع الاصابة وجسامتها ، فيستحق عندها الجاني عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة خمس عشرة سنة.

3. وقد ثبتت رابطة السببية التي ادت الى حدوث النتيجة الجرمية وهي ازهاق روح انسان حي حيث اردى المتهم (الطاعن) المغدور قتيلا بسبب اطلاق العيارات النارية اليه مباشرة مما ادى الى وفاته .

4. ان الطاعن لا ينازع في ثبوت فعل القتل القصد وتوافر اركانه وانما يدفع بكون القتل تم دفاعا عن النفس .

5. لا تتوافر حالة الدفاع عن النفس حسب وقائع هذه الدعوى، حيث كان يستطيع الطاعن اللجوء الى سلطات الدولة لاقتضاء حقه المعتدى عليه بل هو الذي خلق الوضع الذي اضطر فيه المتعدي الى ارتكاب الفعل الذي هدمه بالخطر وانه لا وجود لحالة الدفاع الشرعي اذا ولد قصد الاعتداء عند الطرفين في لحظة زمنية واحدة ، بالاضافة الى ان كلا من المجني عليه والمتهم كانا يقصدان الاعتداء وايقاع الضرب كل منهما بالآخر ، فان ذلك مما تنتهي معه حالة الدفاع الشرعي عن النفس . وعلة ذلك ان الفريقين وقت انزال كل منهما الضرب بالآخر كان قاصدا الضرب لذاته لا ليرد ضربا موجها اليه بلا تفريق بين من بدأ العدوان ومن لم يبدأ ، فحق الدفاع الشرعي في هذه الحالة يكون منتفياً .

**التعليق على قرار محكمة النقض
الفالسطينية جزاء رقم 125 /
2011 تاريخ 2012-2-29**

الأستاذ أيمن ظاهر
وكيل النيابة العامة



الاقتناع يمر بدرجات مختلفة وفقا لمراحل التحقيق والإحالة والحكم. ففي مرحلة التحقيق والإحالة يكفي مجرد رجحان إدانة المتهم حتى تتقرر إحالته إلى المحكمة. أما في مرحلة الحكم فيجب أن يتوافر اليقين التام بالإدانة لا مجرد الترجيح. ولكن للقاضي أن يبني اقتناعه على ترجيح فرض على آخر مادام الفرض الذي رجحه قد استحال إلى يقين، ولا يملى عليه أي حجية معينة لإعمالها وعلى القاضي أن يبحث عن الأدلة اللازمة، ثم يقدرها في حرية تامة. على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل. فافتناع القضاة يجب أن يخضع دائماً للعقل والمنطق. فلا يمكن ولا يجوز أن يعني مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي أكثر من هذا، ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية القاضي في أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصوراته في الشخصية مهما كانت وجهتها.

وبناء على ما تقدم، فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم. فالثبوت الحر يعني أن القاضي حر في تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير مراعاة واجبه القضائي، وليس معناه أن يقضي بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه. (الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1985، ص 391 - 392)

ولا يخضع تقدير القاضي للأدلة إلى رقابة محكمة النقض. فليس لها أن تراقبه في تقديره، وكل ما لها أن تراقبه هو صحة الأسباب التي استدل بها على هذا الاقتناع. فالقاضي ليس مكلفاً ببيان أسباب اقتناعه الشخصي ولكنه مكلف أسباب الحكم الذي انتهى إليه. وهو في مقام هذه الأسباب لا بد أن يذكر الأدلة التي اعتمد عليها وكانت مصدراً لاقتناعه، ولكنه غير مكلف بتحديد علة اقتناعه بهذه الأدلة بالذات. فهو مكلف بإثبات بما اقتنع، ولكنه غير مطالب بإثبات لماذا اقتنع. والاقتناع المطلوب من القاضي ليس هو الاقتناع بالترجيح أو الاحتمال وإنما هو اقتناع باليقين. واشتراط هذا اليقين هو الذي يمكن المحكمة العليا من مراقبة معقولية استخلاص القاضي من مصدر الدليل. (الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 394)

وضمامنا للوصول إلى الاقتناع القضائي بالعقل والمنطق استقر قضاء محكمة النقض على المعايير الآتية لضمان الوصول إلى اليقين القضائي البعيد عن التحكم.
(أ) لا يجوز الاعتماد في الإثبات على الدلائل وحدها، بل يجب أن تكون هذه الدلائل

مكملة للدليل.

(ب) لا يجوز للمحكمة أن تحل نفسها محل الخبير في مسألة فنية بحثة، بل عليها ألا تشق طريقها لإبداء الرأي فيها دون الاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها. كل ذلك دون إخلال بسلطة المحكمة في تقدير رأي هذا الخبير وفقاً للاقتناعها.

والإخلال بهذا الشرط يؤدي إلى اعتبار الحكم مشوباً بالفساد في الاستدلال. وهذه الأحوال ليست قيوداً على مبدأ حرية القاضي في الاقتناع، لأن هذه الحرية لا تعني التحكم. فهي ضمان للوصول إلى اليقين القضائي. (الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 397 - 399).

واستندت محكمة النقض الفلسطينية إلى رأي الفقه في مبدأ اقتناع القاضي في الأدلة الجزائية، وقررت عدم قناعتها في بيعة النيابة العامة ابتداءً، والتي اعتمدها محكمة البداية ثانياً والتي صدقتها محكمة الاستئناف ثالثاً، فكان السبب الثالث من أسباب الطعن المقدم من وكيل الطاعن يطلب بتخطيئ محكمتي الموضوع (البداية والاستئناف) في تفسير نص المادة 326 من قانون العقوبات. والسبب الرابع من أسباب الطعن يطلب بتخطيئ محكمة الدرجة الأولى في إسناد حكمها بالكامل على اعتراف المستأنف أمام النيابة العامة بقالة أن الاعتراف ليس حجة في ذاته وإنما هو من جملة الأدلة ومن الجائز عدم الأخذ به حتى لو كان صادراً عن المتهم بلا ضغط أو إكراه.

وقبل أن نسرد ما جاء في القرار لنرى مدى توافق ذلك القرار مع أحكام القانون والفقه على ضوء ما تقدمنا به لا بد من الإشارة إلى السبب الثاني من أسباب الطعن والذي طلب فيه الطاعن بتخطيئ محكمة الاستئناف في تطبيق القانون حيث أن الوقائع التي استندت إليها لا تنطبق على هذه التهمة بل كان على المحكمة تطبيق نص المادة (343) من قانون العقوبات.

وقالت محكمة النقض عن أسباب الطعن:

وبالنسبة للسببين الثاني والثالث نجد أن محكمتي الموضوع قد فصلت في الدعوى دون أن تستند إلى وقائعها كما استخلصتها وقنعت بها من البيانات المقدمة والمستمعة بها والمتمثلة ببيانات النيابة العامة والدفاع والنصوص القانونية الواجبة التطبيق على هذه الواقعة وإنما اعتمدت في قرارها على واقعة النيابة العامة كما جاء في قرار الاتهام

ولأثحته من أن المتهم (م) قام بإخراج خنجر من داخل الجرار الموجود في الطاولة وسدد ضربه مباشرة إلى قلب المغدور مما أدى إلى سقوطه على الأرض وما ورد على لسان الشاهد الدكتور زياد أبو محفوظ والتي ورد بها (الطاعن كان يقف أمام المغدور اتجاه الضربة كان مباشرا إلى القلب بالنسبة للخط الوهمي المنصف للجسم من أعلى الرأس وحتى القدمين...).

وان محكمتي الموضوع مقيدتين في حكمهما بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة التي توصلتا إليها فكان عليها أن تبحث تلك الوقائع من جميع الوجوه وأن تقضي بما ثبت لديها غير مقيدة بالوصف الذي جاء في إسناد النيابة العامة بل من واجبها أن تصف الواقعة بالوصف الصحيح الذي يسبغه القانون على ذلك الفعل طبقا لمؤدى ومفهوم المادة 270 من قانون الإجراءات الجزائية.

ولما كانت النية في القتل وسائر الأفعال الجرمية القصدية الأخرى أمر باطني يضمه الجاني في نفسه ولا يظهره وإنما يستدل عليه من الأفعال والشواهد الخارجية التي يقارنها الجاني أثناء ارتكاب الجريمة.

وان محكمتي الموضوع لم تبين أو تحاول أن تستظهر كيف استدلت على أن نية المتهم قد انصرفت إلى قتل المغدور سوى ما ورد في واقعة النيابة المشار إليها سابقا في حين أن النيابة العامة لم تقدم أية بينة تثبت أن المتهم قد ارتكب جريمته عن قصد .

وان الوقائع الثابتة في الدعوى من خلال البينة المقدمة المتمثلة ببينات النيابة العامة والدفاع والتي توصلت إليها محكمتا الموضوع ابتداء لا تصلح منطقيا لترتيب القول بتوافر القصد الجرمي لدى المتهم (م) وأن ما أورده من تبريرات واستنتاجات للوصول إلى نتيجة الحكم لا تستند إلى أي أساس قانوني أو واقعي سليم ولم تكن معالجتها في ذلك صحيحة وقد شاب حكمهما الفساد في الاستدلال والتعليل .

وان ما استعرضته لعدد من الوقائع لتوافر عنصر القصد الجرمي فهي عبارة عن استنتاجات مخالفة للحقيقة والوقائع والقانون معا وذلك للأسباب التالية:

1. أن محكمتي الموضوع قامتا باستعراض واقعة النيابة وتسمية بيناتها التي استندت إليها في تكوين قناعتها وأن البينة المتوفرة حول الوقائع الجرمية وكيفية ارتكابها

وتفاصيلها قد اقتصرت على أقوال المتهم (م) لدى الشرطة والنيابة العامة المبرزين (م / 1، ن / 1) ومن مقارنة أقوال المتهم (م) لتلك الأقوال نجد أنها جاءت متطابقة في الأمور الجوهرية وأن محكمتي الموضوع قد استندت إلى تلك البينة الرئيسية في استخلاص وقائع هذه الدعوى.

وباقى البينات بالإضافة إلى كافة المحاضر والضبوط والتقارير والكشف على مكان الحادث وتقرير الكشف على الجثة وشهادة منظمة الدكتور زياد محفوظ وهذا ما أشارت إليه محكمة الموضوع بالوقائع الثابتة لديها في البنود من (1 - 10) ومن (12 - 15).

وقد تمثلت تلك الوقائع الثابتة من خلال تلك البنود بيوم وتاريخ الحادث موضوع الدعوى ما بين الساعة الخامسة والسادسة مساء حضر المغدور (ن) إلى بيت المتهم (م) وطلب منه الجلوس في المكتب مكان وقوع الجرم وتم ذلك بالفعل وان المكتب مساحته 3 × 4 ويقع في الطابق الأول لمنزل المتهم (م) المكون من ثلاثة طوابق وغرفة المكتب لها باب حديدي بطول 180 سم ويوجد له فوحدات زجاج على طوله ومن على الدفتين بطول 70 سم وبعرض 60 سم، حيث دار نقاش وأخذ المغدور يسب ويشتم المتهم (م) بالماسوني والحقير والدجال وأنه سوف يدعس على رقبتة وأن الأمور تطورت إلى اشتباك بالأيدي وأن المتهم (م) كان يجلس على كرسي خلف طاولة المكتب له عجلات وأنه لذلك رجع إلى الخلف وأن المغدور رمى صحن زجاج على المتهم (م) لا لم يصبه وأن المغدور قام ببعثرة الأغراض الموجودة على طاولة المكتب وأنه كان هناك شفرات ياباني موجودة على الطاولة وأن المتهم (م) خاف من استعمال (ن) لها وأن المغدور حاول الاقتراب من المتهم (م) الذي ما قام منه إلا أن قام بفتح جرار المكتب واستل منه خنجر المبرز ن / 5 كان موجودا بجرار المكتب وأن المتهم (م) مسك الخنجر بيده اليمنى حيث كان يقف خلف الطاولة، وأنه طلب من المغدور الخروج ولم يخرج وأن المغدور هجم على المتهم (م) وقام الأخير بعبط المغدور والخنجر بيده اليمنى وتدافعا إلى أن وصلا عند باب المكتب حتى ضرب المغدور (صدم) في الباب الذي له فوحدات من الزجاج وهنا قال المغدور للمتهم (م) ترفع علي سكين وان المغدور لم يكن يحمل بيده أي آلة حادة أو أي شئ وأثناء العراك لم يكن داخل المكتب سوى المتهم (م) والمغدور " وفي هذه الأثناء حصلت الطعنة " وان المتهم (م) أول من شاهد الدم على

يده اليمنى التي كان يحمل بها الخنجر... وان المتهم (م) طلب من المتهم الثاني (ج) إخفاء الخنجر وعندما أعطاه الخنجر كان يلهث ولم يكن طبيعى وكان وضعه النفسى غير جيد وقال له احتمال أن تكون الضربة أي ضربة (ن) من الخنجر وبعد وصول المغدور إلى المستشفى حصلت الوفاة وقد ورد في تقرير الكشف على الجثة وشهادة الدكتور زياد محفوظ أن سبب وفاة المغدور هو إصابته بطعنة واحدة مباشرة للقلب بأداة حادة ذو حافتين نافذة للتجويف الصدري من الجهة اليسرى ما بين الضلع الخامس والسادس مما أدى إلى إصابة عضلة القلب وحدوث صدمة نزفية أدت إلى الوفاة وأنه لا يوجد سوى طعنة في جسم المغدور وأنه لا يمكن أن تكون انتحارية أو أن تكون نتيجة لوح زجاج.

2. نجد أن محكمة الموضوع بعد أن استخلصت تلك الوقائع الثابتة وأوردتها في مضمون قرارها فكان يقتضى تطبيق حكم القانون على هذه الوقائع إلا أنها عادت وذهبت منحنا آخر وتبنت واقعة جديدة تناقضت مع ذاتها تناقضا جوهريا لما أثبتته سابقا بطريقة لا تتفق وأحكام القانون ودون أي سند قانوني وشرعت في سرد مواد قانون الإجراءات الجزائية التي تعطيها الصلاحية التقديرية بذلك كما استأنست بمجموعة قرارات صادرة عن محكمة النقض المصرية والتميز الأردنية وكذلك القرائن والاستنتاجات رغم وجود أدلة تكفي لبناء حكم عليها .

وفي هذا الخصوص نجد أن القاضي حر في تكوين قناعته في الدعوى من أي دليل يجده في أوراقها طالما أن المشرع أطلق له حرية الاقتناع بما يراه إلا أن هذه الحرية لا تعني السلطة المطلقة غير المحددة بل هي مقيدة بضوابط وان من حق محكمتنا التصدي لجانب الوقائع في نطاق معين هو الرقابة على كفاية الأسباب الواقعية والرقابة على صحة اقتناع محكمة الموضوع من حيث مصادر الاقتناع ومن حيث منطقيته الاقتناع . وان قناعة محكمة الموضوع بالبيينة وان كانت لا تخضع لرقابة محكمتنا باعتبارها من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع إلا أنها تخضع لرقابة محكمتنا من حيث اعتبار الدليل دليلا قانونيا أم لا لأن ذلك من المسائل المتعلقة بالتطبيقات القانونية ومن المعروف فقها وقضاء أن القرينة وان كانت تصلح لأن تكون دليلا إلا أنها تعتبر من أقل البيينات مرتبة .

وبذلك لا يكفي أن تقنع المحكمة بتصور واقعة بل لا بد لها أن تبين الأدلة التي أدت إلى قناعتها ولا يكفي أن تورد في حكمها أن المتهم (م) قام بطعن المغدور مباشرة غيلة وغدرا دون أن تسوق الدليل الذي اعتمده وأدى إلى قناعتها مما يشوب حكمها بعيب القصور في التعليل وإيضاح الدليل المؤدي إلى القناعة.

وبذلك تجد محكمتنا أنه لا بد للوقوف على الحقيقة من خلال الواقعة الجديدة التي توصلت إليها محكمة الدرجة الأولى وأخذت بها محكمة الاستئناف على ضوء ظروف وملابسات هذه الدعوى وباقي بيانات النيابة العامة والدفاع وكافة الضوابط والتقارير وتقرير الكشف على مكان الجريمة وتقرير الكشف على جثة المغدور ومن خلال تدقيق محكمتنا لتلك البيانات نجد أن تلك الواقعة تنطوي على تناقضات جوهرية للوقائع الثابتة التي توصلت إليها سابقا وأن تلك الواقعة لم ترد عليها البينة ولم يرد لها ذكر في أقوال المتهم (م) في مراحل ضبط أقواله المختلفة أمام الشرطة والنيابة العامة عن وقائع الجريمة طالما وحسب ما أشرنا سابقا من أن أقواله هي البينة الوحيدة الأساسية على الوقائع المباشرة للجريمة ونعرض ذلك بصورة خاصة القصد الجرمي (النية الجرمية) حيث أن المتهم الطاعن لم يعترف بأنه كان قد طعن المغدور عن قصد ولم ترد أية بينة على ثبوت هذا الركن.

وأن قول محكمة الموضوع بأن المتهم (م) طعنة المغدور طعنة واحدة غيلة وغدرا هو قول لم تدلل المحكمة على ثبوته بأية بينة وأن مثل هذا الاستنتاج الذي لم يسبقه ما يدعّمه أو يسبغ عليه المنطق له نتائج خطيرة على مصير المتهم مما لا يمكن قبوله إلا بدليل قاطع ويقيني ولا يجوز للمحكمة افتراض الوقائع من أقوال المتهم أو شهادات الشهود إلا ما يرد على ألسنتهم بوضوح وخصوصا الوقائع التي تضر بمصلحة المتهم ويتضح ذلك من الآتي:

1. أن الثابت من أوراق الدعوى أن المغدور عندما حاول الاقتراب من المتهم (م) قام بفتح جرار المكتب واستل منه الخنجر الذي كان موجودا من السابق وأن المتهم (م) مسك الخنجر في يده اليمنى حيث كان يقف خلف طاولة المكتب ولم يطعن المغدور مباشرة وإنما طلب منه الخروج إلا أنه رفض وأن المغدور هجم على المتهم (م) الذي قام بعبط المغدور والخنجر لزال بيده اليمنى وتدافعا إلى أن وصلا باب المكتب الرئيسي حيث صدم المغدور في الباب الذي له فواححات

من الزجاج مما أدى إلى كسر الزجاج عندها قال المغدور للمتهم (ترفع علي سكين) وفي هذه الأثناء حصلت الطعنة وهذه الوقائع الثابتة هي التي استندت إليها المحكمة في البنود (1، 2، 3، 4، 5، 8، 9) وهي مناقضة للرواية الثانية والتي جاءت على النحو التالي (... عندما حاول المغدور الاقتراب من المتهم الأول (م) قام بسحب الخنجر من جرار المكتب وأمسك الخنجر بيده اليمنى ورفع على المغدور وأن المغدور حينها قال له ترفع علي سكين وأن المتهم كان يقف أمام المغدور وجها لوجه وبيده اليمنى السكين ... وأن المتهم (م) طعن المغدور غيلة وغدرا ...

2. لقد ورد في تقرير الكشف على مسرح الجريمة المبرز (ن / 1) وجود كسر في زجاج باب المكتب الرئيسي وتحطيمه على الأرض مما يثبت واقعة العراك والتدافع بينهما إلى أن وصلا الباب المذكور بما يتفق وأقوال المتهم.

3. أن الثابت من خلال الكشف الظاهري على جثة المغدور المبرز (ن / 3) وشهادة منظمه الدكتور زياد محفوظ والملف الطبي الخاص به أن سبب وفاة المغدور (ن) هو إصابته بطعنة واحدة مباشرة للقلب بأداة حادة ذو حافتين نافذة للتجويف الصدري من الجهة اليسرى ما بين الضلع الخامس والسادس مما أدى إلى إصابة عضلة القلب وحدوث صدمة نزفية أدت إلى الوفاة وأن الجرح الموجود على جثة المغدور هو من النوع الطعني ولا يمكن أن تكون طعنة انتحارية أو أن تكون نتيجة لوح زجاج وهي شهادة تنصب على خبرة فنية فيما يتعلق بطبيعة الإصابة ومكان وجودها في جسم المغدور ومدى خطورتها عليه وسبب الوفاة ولا يجوز نقضها إلا بخبرة فنية مساوية لها أو أقوى منها ولم يرد في تقرير الكشف الظاهري على جثة المغدور المبرز (ن / 3) أية إشارة للكيفية أو الهيئة التي كان يقف بها المتهم (م) وكيفية تنفيذ الجريمة وإن كانت الطعنة قد أصابت المغدور من الأمام في صدره الأيسر وأن الشاهد المذكور لم يقيم بتشريح جثة المغدور وبالتالي فإن شهادته تنحصر تنحصر حول تقريره الطبي المنظم من قبله بصفته طبيبا شرعيا وليس خبيرا لبيان تلك الواقعة لما لها من أهمية في التطبيقات القانونية وأن العبارة التي وردت في أقوال الشاهد أمام المحكمة من أن الطاعن كان يقف

أمام المغدور اتجاه الضربة كان مباشرا إلى القلب لا ينفي وقوع العراك والتلاحم بين المغدور والمتهم (م) والتدافع إلى أن وصلا إلى باب المكتب.

وعليه وحيث وإن كان توافر عنصر القصد الجرمي (النية الجرمية) من عدمه يدخل ضمن صلاحية محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون الاستخلاص سائغا تؤيده ظروف الدعوى ووقائعها وحيث أن ظروف الدعوى ووقائعها على ضوء ما سبق بيانه لا يؤدي إلى ما توصلت إليه لأنه استخلصت قناعتها الثانية من استنتاجات لا تكفي للوصول إلى النتيجة التي خلصت إليها وهو نفي لدليل ثابت في أوراق الدعوى فيكون القرار المطعون فيه في غير محله وهذين السببين يردان عليه مما يستوجب نقضه من حيث وصف التهمة المسندة للمتهم الطاعن (م) والعقوبة المحكوم بها. وبتطبيق القانون على الوقائع الثابتة المشار إليها سابقا عندما قرر إباحة الدفاع الشرعي جعله سببا من أسباب التبرير الرئيسية إنما هدف بذلك إلى مقاومة العدوان ومنعه والتخلص منه وليست إباحتها من أجل الانتقام من المعتدي أو معاقبته ولذلك فإن على المدافع أو المعتدى عليه أن يلتزم بحدود هذا الحق ولا يفرط في ممارسته.

وقد نصت المادة 60 / 3 من قانون العقوبات أنه إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة 89 من ذات القانون.

والتي نصت على أنه (لا يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلي أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطرا جسيما محققا لم يتسبب هو فيه قصدا شرط أن يكون الفعل متناسبا والخطر).

وتجاوز حدود الدفاع الشرعي لا ينشأ إلا إذا كان هذا الحق مستوفيا جميع الشروط التي نص عليها القانون.

فلا يصح القول بتجاوز الحق إلا مع وجوده وقيامه فإذا ما وقع من المدافع عنف لرد العدوان متناسبا مع خطره كان هذا العمل مبررا تبريرا تاما إذا ما وقع كان أكثر من الرد اللازم لدفع الاعتداء فإنه يكون معتديا بالقدر الذي يتجاوز به حقه في الدفاع. ويقصد بالتجاوز: أن تكون أفعال العنف والقوة الصادرة من المعتدى عليه لرد العدوان قد تعدت مقدار خطر الاعتداء الموجه إليه من المهتدي بصورة يقدرها الإنسان العادي لو

أحاطت به نفس الظروف والملابسات ويعاقب المدافع الذي يتجاوز حدود الدفاع الشرعي والنتائج عن خطأ في التقدير بعقوبة الجريمة غير العمدية لوجود العذر ولانتفاء القصد الجرمي مما يعني انعدام التناسب بين قوة فعل الدفاع ومقدار خطورة الاعتداء وأن لا يكون هذا الفعل قد تم عن قصد جنائي وسوء نية، وبالتالي فإن أفعال المتهم (م) والحالة هذه لا تشكل جنائية القتل القصد خلافاً لأحكام المادة (326) من قانون العقوبات كما ذهبت في ذلك النيابة العامة في إسنادها ومحكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه وإنما تشكل أركاناً وعناصر جنحة القتل من غير قصد طبقاً لأحكام المادة (343) من ذات القانون مما يتعين تعديل وصف التهمة المسندة له .

لهذا كله واستناداً لما تقدم ودون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن نقرر قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة في ضوء ما بيناه. (نقض جزاء فلسطيني رقم 125 / 2011 تاريخ 29-2-2012 غير منشور).

والآن نقف على رقابة محكمة النقض الفلسطينية في القرار السابق على حق محكمتنا الموضوع - البداية والاستئناف - في تقدير الأدلة وفق مبدأ حرية القاضي في الاقتناع من الأدلة المطروحة أمامه، ومدى توافق اقتناعه مع القانون.

أولاً: اعتمدت محكمتنا الموضوع (البداية والاستئناف) على اعتراف المتهم بجريمته - القتل - أمام النيابة العامة، وهو سبب الطعن الرابع الذي تقدم به وكيل الطاعن في طعنه أمام محكمة النقض، وقد استقرت محكمة النقض الفلسطينية في العديد من أحكامها على الأخذ بالاعتراف أمام النيابة العامة متى اقتضت محكمة الموضوع بصحته، الأمر الذي خالفته محكمة النقض في هذه القضية، مع العلم أن الاقتناع في الاعتراف كان ابتداءً أمام محكمة البداية وصدقها على ذلك محكمة الاستئناف.

وعن الاعتراف أمام النيابة العامة قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن الاعتراف شأنه شأن باقي الأدلة في المواد الجزائية التي تخضع لتقدير المحكمة وقناعتها بصحتها عملاً بأحكام المواد (205 ، 1/206 ، 215 ، 1/273) من قانون الإجراءات الجزائية، وأن القانون المذكور يخول المحكمة الاكتفاء بالاعتراف لإدانة المتهم إذا ما

تم أمام المحكمة أو أمام النيابة العامة الذي يشكل دليلا صالحا للإثبات واعتماد محكمة الموضوع عليه في الإدانة وتوقيع العقاب لا يخالف القانون. وان اعتراف المتهم الطاعن بارتباطه بالمخابرات الاسرائيلية أمام النيابة العامة جاء واضحا وصريحا ومفصلا بكافة وقائع الجريمة يجعل من القول أن الاعتراف تم بالاكراه والقوة والترهيب قولاً مجرداً من أي دليل ولا يرد القول بأن على النيابة العامة أن تثبت صحة اعتراف المتهم أمامها وإنما على المتهم أن يقيم البيئة على عدم صحة اعترافه.

وبذلك فإن استناد محكمة الاستئناف إلى أقوال المتهم لدى النيابة العامة وإفادته التحقيقية أمام جهاز المخابرات العامة لبناء حكم عليها لا يخالف القانون طالما اعترف المتهم أمام النيابة العامة وهو الاعتراف الذي تحيطه الضمانات من حيث استعانة المتهم بمحاميه وأن يكون الاعتراف تم بطوعه واختياره، وعليه فإن أسباب الطعن من هذه الناحية لا ترد على القرار المطعون فيه مما يستوجب ردها. (نقض جزاء فلسطيني رقم 41 / 2011 تاريخ 11-5-2011 غير منشور)

وقضت أيضاً بأنه فيما يتعلق بأقوال المتهم لدى النيابة العامة بتاريخ 19-10-2008 (المبرزن/2) لدى المحكمة نجد أن البيئة المتوفرة حول وقائع الدعوى وكيفية ارتكابها وتفصيلها قد اقتضت على أقوال المتهم لدى النيابة العامة وإفادته التحقيقية المبرزين (ن/1 و ن/2) لدى المحكمة.

وفي هذا الخصوص نجد أن الاعتراف شأنه شأن باقي الأدلة في المواد الجزائية التي تخضع لتقدير المحكمة وقناعتها بصحتها عملاً بأحكام المواد (205 و 206/1 و 215 و 273/1) من قانون الإجراءات الجزائية وأن القانون المذكور يخول المحكمة الاكتفاء بالاعتراف لإدانة المتهم إذا ما تم أمام المحكمة أو أمام النيابة العامة الذي يشكل دليلاً صالحاً للإدانة واعتماد محكمة الموضوع عليه في الإدانة وتوقيع العقاب لا يخالف القانون.

وان اعتراف المتهم بارتباطه بالمخابرات الاسرائيلية أمام النيابة العامة جاء واضحا وصريحا ومفصلا بكافة وقائع الجريمة في مضمون أقواله على الرغم من أنه ذكر عبارة (غير مذنب) عند سؤاله عن التهمة المسندة إليه، كما نجد في مضمون

تلك الأقوال أن وكيل النيابة العامة أثناء استجوابه للمتهم لاحظ بأن المتهم يبكي ولسؤاله لماذا تبكي فأجاب أنه يبكي لإحساسه بالندم والخطأ وأنه يتوجه إلى رب العالمين للتوبة وأنه يشعر بالحزن لاعتقال الشباب وبسؤاله عن إفادته التحقيقية أمام المخبرات العامة أجاب بأن التوقيع عليها هو توقيعه والبصمة تعود له وأخذت منه بدون أي ضغط أو إكراه وقد أدلى بها بمحض إرادته كل ذلك يجعل من القول أن الاعتراف تم بالإكراه والقوة والترهيب قولاً مجرداً من أي دليل.

ولا يرد القول بأن على النيابة العامة أن تثبت صحة اعتراف المتهم أمامها وإنما على المتهم أن يقدم البينة على عدم صحة اعترافه الأمر الغير متوفر في هذه الدعوى وأن أخذ إفادة المتهم من قبل المحقق (م. م) بعد انقضاء المدة المنصوص عليها في المادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية لا يستوجب بطلان هذه الإفادة لأن المشرع قصد من ذكر هذه المادة استعجال التحقيق ولم يرتب البطلان على تجاوزها.

وحيث توصلت محكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه إلى خلاف ما توصلنا إليه وذلك لاستبعادها لهذه البينة القانونية فإن ما ذهب إليه لا يتفق مع وقائع الدعوى مع وجود دليل ضد المتهم فيكون قرارها المطعون فيه يخالف الواقع والقانون معاً. (نقض جزاء فلسطيني رقم 134 / 2010 تاريخ 12-2-2012 غير منشور)

وقضت ذات المحكمة أيضاً بأن الاعتراف في المسائل الجزائية يعد من الأدلة التي تملك محكمة الموضوع تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات ولها دون غيرها البحث في صحة ما يدعيه المتهم من أن الاعتراف المعزوم إليه قد انتزع منه بطريق الإكراه المادي والمعنوي وفيما تحققت المحكمة أنه سليم مما يشوبه واطمأنت إلى صحته ومطابقته للتحقيق والواقع فإنه يصلح للاعتماد عليه في الحكم وأن تقدير البينات والاقتناع بها يعود لمحكمة الموضوع التي لها أن تأخذ بما تقتنع به من أدلة مقدمة إليها وأن تطرح منها ما يتطرق إليه الشك في وجدانها شريطة أن تكون قد ناقشت الأدلة المقدمة في الدعوى مناقشة سليمة واستخلصت منها النتيجة التي توصلت إليها استخلاصاً سائفاً ومقبولاً. (نقض جزاء فلسطيني رقم 109 / 2010 المبادئ القانونية، المجلة القانونية، مجلة نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، مرجع سابق، ص 260، وراجع كذلك نقض جزاء فلسطيني رقم 29 / 2004 تاريخ 14-10-10

2004 مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 168 - 171، ونقض جزاء فلسطيني رقم 136 / 2010 غير منشور).

من جملة هذه القرارات نستطيع أن نقرر بأن محكمة الموضوع هي من تقرر مدى قبول هذا الاعتراف، وأنها متى ما قررت قبوله لاقتناعها به لا رقابة عليها في ذلك من قبل محكمة النقض، الأمر الذي خالفته الأخيرة وتدخلت في قبول أو عدم قبول محكمتنا الموضوع لهذا الاعتراف.

ثانياً: نلاحظ على قرار محكمة النقض محل الدراسة بأنه ناقش مفصلاً جميع البيانات التي عرضتها النيابة العامة أمام محكمة الموضوع والتي قنعت بها محكمتنا البداية والاستئناف معا والتي على أثرها تم إدانة المتهم بالتهمة المسندة إليه وهي القتل القصد خلافاً لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات، فهي ابتداء استبعدت اعتراف المتهم دون أن تتطرق إليه، ومن ثم قامت بمناقشة رأي الطبيب الشرعي لتصل إلى أنه لا يرقى تقريره إلى رأي خبير وبالنتيجة استبعدت ما جاء في تقريره علماً أن الطبيب الشرعي قد بين في تقريره كل ما يتعلق بطبيعة الإصابة ومكان وجودها في جسم المغدور ومدى خطورتها عليه وسبب الوفاة، ولكن وبما أنه لم يشير للكيفية أو الهيئة التي كان يقف بها المتهم (م) وكيفية تنفيذ الجريمة وإن كانت الطعنة قد أصابت المغدور من الأمام في صدره الأيسر وأن الشاهد - الطبيب الشرعي - لم يقم بتشريح جثة المغدور، تم استبعاد تقريره واعتبرت محكمة النقض الفلسطينية تقريره المنظم من قبله كطبيباً شرعياً وليس خبيراً.

نلاحظ هنا بأن محكمة النقض نصبت نفسها محكمة موضوع وليس محكمة قانون، إذ أن مناقشتها لتقرير الطبيب الشرعي بهذه الكيفية التفصيلية لم يكن للوقوف على قانونية تقرير الطب الشرعي من عدم قانونيته، ولم تكن رقابتها هنا لتقدير مدى قانونية ومعتولية ومنطقية قناعة محكمة الموضوع بما جاء في تقرير الطبيب الشرعي، فهي وفي سبيل مناقشتها لتقرير الطبيب الشرعي نوهت إلى أن الجثة لم يتم تشريحها، وهنا لم يتطلب القانون هذا الأمر متى كان سبب الوفاة واضحاً وهو ما استقر عليه الفقه والقانون، ثم أن قولها أن الطبيب الشرعي ليس خبيراً قولاً غير دقيق، وأكدته اجتهادات

كثيرة للقضاء المصري والأردني، واستبعاد تقرير الطبيب الشرعي فقط لأمر قد تكون ناقصة - من وجهة نظر محكمة النقض الفلسطينية - وبالتالي استبعاد كافة الوقائع والحقائق التي تضمنها التقرير ليس من صلاحية محكمة النقض، إذ أن محكمة الموضوع قد بنت قناعتها على هذه الحقائق وهي وحدها من تقرر وتناقش الخصوم فيها وتبني حكمها عليها، فكيف يتم استبعادها؟.

ونورد تطبيقات قضائية لمحكمتي التمييز الأردنية والنقض المصرية تؤكد أحقية محكمة الموضوع في بناء حكمها على تقرير الطبيب الشرعي كونه خبيراً متى تمت مناقشته من قبل أطراف الدعوى، الأمر الذي تم في قرار محكمة النقض الفلسطينية. **محكمة التمييز الاردنية في قرارها جزاء -280 93 صفحة 357 سنة 1995 تقرر:** ((لا يلزم القانون ان يكون الطبيب المعاین طبيبا شرعيا مختصا ويجوز الاعتماد على ما جاء بشهادته)).

محكمة التمييز الاردنية في قرارها جزاء 595 - 97 صفحة 356 سنة 1997 تقرر: ((لا تلزم محكمة الجنایات الكبرى باعادة سماع شهادة الخبير الطبيب الشرعي طالما استمعت المحكمة لشهادته بحضور وكيل المتهم وتمت مناقشته من قبله كما لا تلتزم باعادة اجراء الخبرة طالما لم تجد اي تناقض او غموض في شهادة الخبير وخبرته. قيام المتهم ويكون استظهار المحكمة لنية القتل من شهادات الشهود والبيئة الفنية اثبتت ان الاداة قاتلة وان الاصابة جاءت في مقتل كافية لاحداث الوفاة موافقا لحكم المادة 147 من قانون اصول المحاكمات الجزائية))

ورد في مبادئ محكمة النقض المصري:

((انه وان كان تقرير الطبيب الشرعي لم يتفق مع تقرير الطبيب الكاشف فيما يتعلق بنتيجة الاصابة التي حدثت للمجني عليه الا انه مما لا ريب فيه ان لمحكمة الموضوع ان تاخذ كما فعلت بتقرير الطبيب الشرعي دون تقرير الطبيب الكاشف وما دام انها كونت من احدى هذين التقريرين ما استنتجته من باقي عناصر الدعوى))

نقض 24 يناير سنة 1929 قضية رقم 372 سنة 46 قضائية

- ((عدم التزام محكمة الموضوع بطلب استدعاء كبير الاطباء الشرعيين لمناقشته ما دام ان الواقعة قد وضحت اليها او ان المطلوب تحقيقه غير منتج في الدعوى))
- ((حق محكمة الموضوع ان تجزم بما لا يجزم به الخبير.))
- الطعن رقم 613 لسنة 55 ق جلسة 16-5-1985 س 36 ص 688
- ((قاضي الموضوع فيما ياخذ او يدع من تقارير الخبراء لا معقب عليه))
- الطعن رقم 4015 لسنة 55 ق جلسة 22-1-1986 س 37 ص 120

ثالثا: في خاتمة قرار محكمة النقض الفلسطينية المشار إليه نجدها قد قامت بتعديل التهمة المسندة للمتهم من تهمة القتل القصد خلافا للمادة 326 من قانون العقوبات إلى تهمة القتل عن غير قصد خلافا للمادة 343 من ذات القانون، ومن خلال استقراءنا لقرارات محكمة النقض المصرية وما قاله الفقهاء في هذا الجانب لم نجد ما يعطي الحق لمحكمة النقض في تعديل التهمة إذا ما تم الطعن أمامها بذلك بل كل ما لهي أن تتصدى للحكم من حيث مدى مخالفته لتفسير وتطبيق القانون وأن تقرر في النتيجة التصديق على القرار أو نقضه وإعادته للمحكمة التي أصدرته لاستبعاد ما تم مخالفته.

وعليه فإن ما توجهت إليه محكمة النقض الفلسطينية من قيامها بتعديل التهمة من القتل القصد خلافا لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات كما قضت بذلك محكمتي الموضوع البداية والاستئناف كما ورد إليها في قرار ولائحة اتهام النيابة العامة إلى تهمة القتل من غير قصد خلافا لأحكام المادة 343 من ذات القانون هو توجه غير سليم، إذ أننا نرى أنه كان على محكمة النقض الفلسطينية أن تبحث فقط في توافر أو عدم توافر أركان جريمة القتل عن قصد، وأن تركز قرارها على مدى مشروعية الأدلة المقدمة إليها حول هذه التهمة، لتبين مدى مطابقتها للقانون من عدمه، وبالتالي تصدر قرارها بتأييد الحكم أو نقضه، وفي حال أن قررت نقضه تعيده للمحكمة التي أصدرته لتبحث في أركان التهمة من جديد وبمدى مشروعية الأدلة ومدى مطابقتها لأركان التهمة،

لتصدر الأخيرة قرارها، إما بتعديل التهمة أو بالبراءة، لا أن تحل محكمة النقض محل محكمة الموضوع وتقوم بتعديل التهمة وإحالة الدعوى لمحكمة الموضوع بتهمة معدلة، إذ أن ذلك يخرج عن اختصاص محكمة النقض. (نقض جزاء فلسطيني رقم 125/ 2011 تاريخ 29-2-2012 غير منشور)

وتصديقاً لذلك فإن محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها لم تقر محكمة الموضوع على قضائها بتعديل التهمة من القتل العمد إلى القتل الخطأ، ووجهتها إلى ضرورة قيامها ببحث أركان الجريمة المحال فيها الدعوى، فإن لم تتوافر لديها تقضي بالبراءة، وإن رأت بتوافر أركان جريمة أخرى عدلت التهمة وأعطت المتهم حقه للدفاع عن نفسه على ضوء هذا التعديل، وهنا نجد أن محكمة النقض المصرية لم تنصب نفسها محكمة موضوع بأن قالت بأن تعديل التهمة غير صحيح وأن تعطي الوصف الذي تريد، بل اكتفت بتقرير مبدأ قانوني ونقض الحكم واعادته لمحكمة الموضوع للفصل في الدعوى على ضوء ذلك المبدأ، كونها محكمة قانون وليست محكمة موضوع.

وجاء في قرار محكمة النقض المصرية بأنه بأنه إذا كان المتهم قد قدم لمحكمة الجنايات بتهمة القتل عمداً فلا يجوز لهذه المحكمة أن تدينه بتهمة القتل خطأً لاختلاف التهمتين في أركانهما، وكان لزاماً عليها، إذا لم تتوافر أركان جناية القتل العمد، إما أن تقضي ببراءة المتهم من التهمة التي أحيل عليها من أجلها وإما أن تبين له الجريمة التي رأت إسنادها إليه ليتمكن من إبداء دفاعه فيها، ما دامت الأفعال التي ارتكبها لا تخرج عن دائرة الأفعال التي نسبت إليه وشملتها التحقيقات الابتدائية التي أجريت في الدعوى. (نقض 12 ديسمبر 1955 مجموعة أحكام النقض س 6 رقم 434 ص 1470) والآن نأتي لمناقشة التكييف القانوني المعدل من قبل محكمة النقض الفلسطينية موضوع نقاشنا، وهو القتل عن غير قصد:

تنص المادة 343 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 على أنه ((من سبب موت أحد عن إهمال أو قلة احتراز أو عن عدم مراعاة القوانين والأنظمة عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات)).

يستفاد من نص المادة 343 من قانون العقوبات أن جريمة القتل خطأً تستلزم ثبوت

وقوع خطأ، وحدوث وفاة، وقيام العلاقة السببية بين الفعل والخطأ.

وتقول محكمة التمييز الأردنية بأن القتل الخطأ لا تتصرف فيه إرادة الجاني إلى المساس بحياة المجني عليه وسلامة جسمه وإنما تترتب الوفاة على توجيه الإرادة توجيهها خاطئاً فتحصل الوفاة بسبب الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة. (تمييز جزاء رقم 31 سنة 1976 صفحة رقم 1315)

- وهنا نتساءل أين الخطأ في فعل المتهم؟ وهل سبب وفاة المغدور الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة؟.
- هل تناوله للسكين من الجرار الخاص به وتوجهه نحو المغدور فعل خطأ؟.
- هل طعنه للمغدور في صدره فعل خطأ؟.
- هل في قوة الطعنة التي خرقت ومزقت قلب المغدور فعل خطأ؟.

نجيب على كل هذه التساؤلات بالنفي، إذ لا تتوفر حالة الخطأ في فعل المتهم، ألا يعلم المتهم أنه يحمل أداة حادة قاتله، ألا يعلم بأنه بمجرد توجيهه بها إلى المتهم وطعنه في صدره قد يسبب الوفاة، ألم يتوقع نتيجة فعله وقبل بالمخاطرة بالمعنى المقصود بالمادة 64 من قانون العقوبات لسنة 1960.

في حالة قد يدعى أو يتصور البعض بأنها قتل خطأ - ليست بوضوح الحالة محل الدراسة - قضت محكمة التمييز الأردنية ببيئتها العامة بعدم وجود الخطأ، فقضت بأنه يشكل ما قام به المتهم من أفعال أركان جنائية القتل القصد مع أن المتهم لم يكن ينوي قتل أحد وأن ما قام به لا يعدو كونه قتل بطريق الخطأ وحيث أن المتهم وعندما أمسك به شقيقه الذي كان متفقاً مع البحث الجنائي لتسليمهم المتهم المطلوب لهم بعدة جرائم قد سحب المسدس الذي كان بحوزته وأطلق منه عيارات نارية بشكل أفقي في الشارع الذي يزدحم بالمارة والأولاد الذين يلعبون فيه مما أدى إلى إصابة الطفل المجني عليه والذي كان يلعب مع باقي الأطفال بالشارع في رأسه وأدت الإصابة إلى وفاته، وإن الأفعال التي قام بها المتهم من إطلاق لأربع عيارات نارية وبشكل أفقي في شارع مكتظ بالسكان والأطفال تشير بما لا يدع مجالاً للشك بأن إرادته واضحة بإطلاق عيارات نارية بالوصف المذكور أعلاه فكان عليه أن يتوقع إصابة أحد الناس بأحد العيارات

النارية وقد قبل المخاطرة والاستمرار بإطلاق النار مما يجعل القصد الاحتمالي حسبما عرفه المشرع في المادة 64 عقوبات واردة فيما قام به المتهم. وحيث توصلت محكمة الجنايات إلى هذه النتيجة فإنها تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً على الدعوى واستخلصت النتيجة من بينة قانونية تؤدي إليها. (تميز رقم 592 / 2008 هيئة عامة، تاريخ 5-10-2008).

نلاحظ على قرار محكمة التمييز أنه يعالج حالة متهم لا يعلم من الضحية، ولا يعلم إن كان سيقتل أم لا، ومع ذلك ولمجرد أنه حمل أداة قاتلة واستعملها في ظروف قد تؤدي للنتيجة (الوفاة) فإنه يعد مرتكباً لجريمة قتل بالقصد (والقصد هنا احتمالي). فكيف الحال بالمتهم الذي يعرف المغدور، ويجلس معه، بل وكما قالت المحكمة بأنه تعارك معه، ألا يعد تناوله السكنين من الجرار وحملها وتوجهه إلى المتهم بها أكبر دليلاً على أنه راغباً وراضياً بما ستؤدي إليه النتيجة (الوفاة).

وما يؤكد القصد الجرمي ووضوحه بصورة لا تقبل الشك، أداة الجريمة وماهية الطعنة وخطورتها على حياة المجني عليه، وفي هذا الشأن تقول محكمة التمييز الأردنية إن نفاذ طعنة السكنين التي طعن بها المتهم المغدور إلى قلب الأخير وتمزيقه ووفاته متأثراً بتلك الطعنة دليل على توفر قصد القتل تجلياً في صورة الفعل، والأداة المستعملة، وماهية الطعنة وخطورتها على حياة المجني عليه بالمعنى المقصود بالمادة 326 من قانون العقوبات، مما لا محل معه لإسباغ وصف آخر على تلك الجريمة. وبذلك فإن فعل المتهم المميز ضده يشكل بالتطبيق القانوني جرم القتل خلافاً لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات. (تميز جزاء رقم 1353 / 2007 هيئة خماسية تاريخ 11-12-2007)

وأخيراً نشير إلى أن محكمة النقض الفلسطينية في قرارها السابق قد خالفت اجتهادها الحديث في القرار رقم 179 / 2012 حيث قضت به إن ما قام به المتهم الطاعن من أفعال وهي قيامه بطعن المغدور (ف أ) بواسطة الموس الذي كان بحوزته في الجانب الأيسر من صدره مما أدى إلى إصابته بطعنه نافذة للتجويف الصدري التي أصابت عضلة القلب وادت إلى حدوث نزف شديد ومن ثم وفاته، هذه الأفعال الصادرة عن المتهم تدل على إن نيته قد اتجهت إلى إزهاق روح المغدور.

وان المحكمة قد استظهرت نية المتهم من ازهاق روح المغدور من استعماله اداة حادة قاتلة بطبيعتها وفي مقتل منه وهو الصدر ، وهي عناصر صالحه للتدليل على ذلك فيكون الحكم المطعون فيه بادانة المتهم الطاعن بجناية القتل القصد طبقا لاحكام المادة 326 من قانون العقوبات جاء متفقا واحكام القانون. قرار محكمة النقض في النقض الجزائري 2012\279 تاريخ 2013\07\03 غير منشور.

**أحكام صادرة عن محكمة النقض
في الدعاوى المدنية والتعليق عليها**

**الحكم الصادر عن محكمة
النقض في القضية المدنية
رقم 2011/805**



السلطة الوطنية الفلسطينية السلطة القضائية محكمة النقض

« الحكم »

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

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد محمود حماد
وعضوية القضاة السادة: د. عثمان التكروري، خليل الصياد، عدنان الشعيبي،
يوسف الصليبي.

الطاعن: محمود علي سليمان ابو عياش / بيت امر وسكان بيت لحم

وكيله المحامي محمد ابو عياش / بيت امر

المطعون ضده: اسماعيل حسن علي عمرو بصفته وكيلا عن عمرو اسماعيل عمرو

وكيله المحامي توفيق قفيشة / الخليل

الإجراءات

قدم وكيل الطاعن هذا الطعن بتاريخ 2011/11/12 لنقض الحكم الصادر عن محكمة
استئناف القدس المنعقدة في رام الله بتاريخ 2011/9/29 في الاستئناف المدني رقم
2011/277 القاضي برد الاستئناف موضوعا وتأييد الحكم المستأنف والزام المستأنف
بالرسوم والمصاريف في هذا الاستئناف.

يستند الطعن الى ان محكمة الاستئناف اخطأت في حكمها برد الاستئناف حيث
ان الطاعن لم يمارس حقه بالدفاع وحقه بمناقشة المدعي في الدعوى الحقوقية ذات

الرقم 2010/504 واكتفت محكمة الموضوع بسند الدين دون البحث في اصل الحق، وان محكمة الاستئناف اخطات برفض قبول توجيه اليمين الحاسمه معللة ذلك بان للمحكمة الحق في منع توجيه اليمين الحاسمه وفقا لاحكام المادة 2/132 من قانون البيئات ، ولم تتطرق للقاعدة الاساسية في اليمين الحاسمة التي تنهي النزاع وتحسمه .

وطلب الطاعن قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه ورد دعوى المطعون ضده وتضمينه الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماه .

تبلغ وكيل المطعون ضده لائحة الطعن بتاريخ 2011/12/5 ولم يقدم لائحة جوابية.

المحكمة

بالتدقيق والمداولة، ولما كان الحكم المطعون فيه صادر بتاريخ 2011/9/29 ومدة الطعن بالنقض 40 يوما من تاريخ صدور الحكم فان اليوم الاخير لميعاد الطعن يكون الثلاثاء 2011/11/8 وحيث صادف ذلك عطلة عيد الاضحى وكان اول يوم بعد انتهاء العطلة هو يوم السبت 2011/11/12 وفق تعميم مجلس الوزراء ، فان الطعن يكون مقدما في الميعاد ولما كان مستوفيا شروطه القانونية نقرر قبوله شكلا .

وفي الموضوع، تفيد وقائع ومجريات الدعوى ان المطعون ضده اقام دعوى لدى محكمة بداية الخليل ضد الطاعن موضوعها المطالبة بمبلغ (29300) دولاراً امريكيا سجلت تحت رقم 2010/504، وبنتيجة المحاكمة قررت المحكمة الحكم للمدعي على المدعى عليه بالمبلغ المدعى به مع الرسوم والمصاريف و 100 دينار اتعاب محاماه .

لم يقبل المدعى عليه بحكم محكمة البداية فطعن فيه لدى محكمة استئناف القدس بالاستئناف المدني رقم 2011/277 .

وفي جلسة 2011/9/22 اقر وكيل المستأنف بان موكله مدين بمبلغ 12 الف دولار فقط، وطلب توجيه اليمين الحاسمه بباقي المبلغ المدعى به للمدعي المستأنف عليه اذا كان ذلك يناسب المحكمة ، ووجدت المحكمة ان المبلغ المحكوم به ثابت بموجب سند) وان اليمين الحاسمه لا توجه بسند(كما جاء في القرار ، لذلك قررت المحكمة عدم

السماح لوكيل المستأنف بتوجيه اليمين الحاسمه ، وطلب وكيل المستأنف اعتماد لائحة الاستئناف ومرافعة امام محكمة الدرجة الاولى مرافعة له في هذا الاستئناف ، واصدرت المحكمة حكمها الذي لم يقبل به الطاعن فطعن فيه بالنقض للسبب الانف ذكره .

وبالنسبة لسبب الطعن ، وبالرجوع الى لائحة الاستئناف نجد انه ورد في البند الخامس منها (ان السند الذي يثبت المبلغ المحكوم به كان نتيجة عمل غير مشروع) ، وان وكيل الطاعن قد اقر في جلسة 2011/9/22 بان موكله مدين بمبلغ 12 الف دولار فقط وصرح بانّه ليس لديه بينه وبينه وطلب توجيه اليمين الحاسمه بباقي المبلغ المدعى به للمدعي المستأنف عليه ، الا ان المحكمة وجدت (ان اليمين الحاسمه لا توجه بسند لذلك قررت عدم السماح لوكيل المستأنف بتقديم اليمين الحاسمه) ، و اشارت في حكمها المطعون فيه الى المادة 132 من قانون البيّنات وان من حقها ان تمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ، وانه طالما ان المدعي قدم سنداً خطياً بمطالبته فعلى وكيل المستأنف ان يقدم لها بيّنة ضد هذا السند بنفس الطريقة .

ولما كان هذا الذي قرّره محكمة الاستئناف مخالف للقانون ، ذلك أنه يجوز توجيه اليمين الحاسمه في جميع المواد المدنية سواء كانت مما يقبل فيه الاثبات بالشهادة او مما يجب اثباته بالكتابة ومهما كانت قيمة الدعوى ، وسواء كان موضوعها اثبات الدين او اثبات التخلص منه او اثبات سببه ، وسواء وجد في الدعوى دليل او لم يوجد بها دليل ، كما يجوز ان يكون موضوع اليمين امراً يخالف ما هو ثابت بالكتابة او يجاوز ما ثبت بالكتابة فيما عدا ما لا يجوز الطعن فيه الا بالتزوير .

ولما كان الطاعن قد ادعى ان سبب الدين غير مشروع واقر بجزء منه وطلب تحليف المطعون ضده (المدعي) بالنسبة للباقي ، فقد كان على محكمة الاستئناف ان تتيح له فرصة تقديم صيغة اليمين التي يرغب في توجيهها لترى ما اذا كانت مقبولة وتحسم النزاع ام لا قبل ان تقرر عدم السماح له بتوجيه اليمين واعتباره متعسفا في توجيهها ، وعليه فان حكمها المطعون فيه والحال هذه يكون مخالف للقانون وسبب الطعن وارداً .

لهذه الاسباب

تقرر المحكمة قبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه واعادة الاوراق لمرجعها لاجراء المقتضى القانوني في ضوء ما بيناه بهيئة مغايرة.

حكما صدرتدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 11 / 12 / 2012

الرئيس

الكاتب

تعليق على طعن النقض المدني

رقم 2011/805

للأستاذ/ خالد إمام/ مصر

المحامي بالنقض



خلاصة الوقائع:

- 1- أقام المدعى (المطعون ضده) دعوى لدى بداية الخليل ضد الطاعن (المدعى عليه) موضوعها المطالبة بمبلغ (29300 دولاراً أمريكياً - قيدت برقم 2010/504).
- 2- حكمت المحكمة للمدعى على المدعى عليه بالمبلغ المدعى به مع الرسوم والمصاريف و100 دينار أتعاب محاماه.
- 3- طعن المدعى عليه بالاستئناف الذي قيد برقم 2011/277، وأقام استئنافه على ثلاثة أسباب:
 - أ- ان المستأنف (المدعى عليه) مدين بمبلغ 12000 (أثنى عشرة ألف دولار فقط).
 - ب- طلب توجيه اليمين الحاسمة بباقي المبلغ المحكوم به بموجب السند الكتابي.
 - ج- ورد في البند الخامس أن السند الذي يثبت المبلغ المحكوم به كان نتيجة عمل غير مشروع.

صدر الحكم الاستئنافي برد الاستئناف وتأييد حكم أول درجة لسببين:

الأول: أن اليمين الحاسمة لا توجه بسند وأوجب أن المدعى قدم سنداً خطياً بمطالبتة فعلى وكيل المستأنف أن يقدم لها بيينة ضد هذا السند بنفس الطريقة [مبدأ الثبوت بالكتابة].

الثاني: طبقاً لنص المادة 132 فقرة 2 قانون البيئات والتي أجازت للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها.

تمهيد:

تعتبر اليمين القضائية أداة من أدوات الأثبات⁽¹⁾ وتعرف اليمين بأنها هي إستشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلالته والخوف من بطشه وعقابه واليمين القضائية والتي تؤدي في مجلس القضاء⁽²⁾ نوعان ، اليمين الحاسمة وهي التي يوجهها الخصم إلى خصمة عند عجزه عن إثبات حقه حسماً للنزاع ، واليمين المتممة وهي التي للقاضى أن يوجهها لأحد الخصمين تتميماً للأدلة المقدمة في النزاع. وعليه سنقسم التعليق على الحكم رقم 2011/805 إلى شقين **التعليق على الحكم الاستئنافي ثم التعليق على حكم محكمة النقض .**

(1) ورد في رسالة عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعري قوله «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» من كتاب الأحكام السلطانية لأبى الحسن الماوردى ص91.

(2) المرجع السابق الجزء الثانى بند 531 ص50.

1- التعليق على الحكم الاستثنائي.

صدر الحكم الاستثنائي في مخالفا تطبيق القانون، وجاء خلو الحكم من الأسباب مما يعد قصوراً في التسبب أدى إلى نتيجة غير منطقية، كما أدى القصور في القرارات الواقعية إلى خطأ في تكييف وجود حالة من حالات التعسف في استعمال الحق.

أ- مخالفة تطبيق القانون:

أقام الحكم الاستثنائي قضائه بمنع توجيه اليمين الحاسمة لسببين :

1- وجود سند كتابي للدين.

نصت المادة 132 من قانون البيئات فقرة 1 على أن يجوز لكل من الخصمين في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي ان يجيب طلب توجيهها متى توفرت شروطها⁽³⁾.

ولم يرد في نص المادة 132 من قانون البيئات ما يفيد منع توجيه اليمين الحاسمة ممن يطلبها إذا كان سند الدين مكتوباً، إلا أن محكمة الاستئناف قررت أن المدعي قدم سنداً خطياً بمطالبته فعلى وكيل المستأنف أن يقدم لها بيينة ضد هذا السند بنفس الطريقة (ص3 من الحكم محل التعليق).

ولذلك يمكن توجيه اليمين حتى إذا ادعى بما يخالف عقداً مكتوباً⁽⁴⁾ أو بما ينقضه أو بما ينقص منه أو يضيف إليه لأن ذلك لا يخرج عن كونه حقاً من الحقوق، هذا وان كان العقد رسمياً، إلا ما كان من عمل الموثق شخصياً أي فيما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير ، فيجوز توجيه اليمين الحاسمة على أن العقد وان كان رسمياً ليس سورياً.

وقد قضت بذلك محكمة النقض بقولها «أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي. وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توفرت شروطها إلا إذا أبان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب. ومحكمة الموضوع بما لها من سلطة في استخلاص جدية اليمين فإنه يتعين عليها أن تقيم إستخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي

(3) عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز ، التعليق على قانون الاثبات ، الطبعة العاشرة ، 2005 ، ص1132

م114 إثبات مصرى ، نقض مدنى 1946/5/30 مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة ، الجزء الأول ص82.

(4) أحمد نشأت، رسالة الإثبات في التعهدات ، الجزء الأول ، طبعة 1955 ، فقرة 567 ، ص83.

إليه. فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منقضية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسيب فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية⁽⁵⁾. وفي حكم آخر أكدت محكمة النقض «اليمين ملك الخصم فيجب قبل توجيهها متى كانت حاسمة وغير تعسفية، اليمين الحاسمة ملك الخصم له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ولو كان الغرض منها اثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ولو متعسف في طلبه»⁽⁶⁾.

ويستدل من ذلك على أن اليمين ملك للخصم لا للقاضي، ويجوز للخصم توجيهها في أية حالة كانت عليها الدعوى وعلى القاضي أن يجيب الخصم لطلبه متى توافرت شروط توجيهها وهي أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها. وغير مخالفة لقاعدة من النظام العام، ويجوز للقاضي أن يرفضها إذا كانت غير منتجة في الدعوى بالصيغة التي طلبها الخصم⁽⁷⁾. وقد قررت محكمة النقض الفلسطينية في الحكم محل التعليق ذلك بقولها: «ولما كان هذا الذي قرره محكمة الاستئناف مخالف للقانون، ذلك أن يجوز توجيه اليمين الحاسمة في جميع المواد المدنية سواء كانت مما يقبل فيه الإثبات بالشهادة أو مما يجب اثباته بالكتابة ومهما كانت قيمة الدعوى، وسواء كان موضوعها اثبات الدين أو اثبات التخلص منه أو اثبات سببه، وسواء وجد في الدعوى دليل أو لم يوجد بها دليل، كما يجوز أن يكون موضوع اليمين أمراً يخالف ما هو ثابت بالكتابة أو يجاوز ما ثبت بالكتابة فيما عدا ما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير»⁽⁸⁾.

2- تعسف الخصم في طلب توجيه اليمين الحاسمة.

لمحكمة الموضوع منع توجيه اليمين الحاسمة إذا استخلصت أن الخصم يتعسف في توجيهها (م132 من قانون البيئات الفقرة الثانية) وسلطة محكمة الموضوع في استخلاص

(5) نقض مدني في 13/2/1969 مجموعة الأحكام سنة 20 ص327، نقض 3/4/1980 طعن رقم 703 لسنة 47 قضائية.

(6) نفس المعنى، نقض مدني رقم 200 لسنة 17ق - جلسة 7/4/1949 - الموسوعة الذهبية - د. حسن الفكهاني ص590، 591.

(7) نقض مدني رقم 4372 لسنة 67 ق في 26/1/1999 - الطعن المدني رقم 1187 س 65 ق جلسة 16/1/1997.

(8) الحكم رقم 805 لسنة 2011 ص3.

كيدية اليمين كاملة ، لكنها تتقيد بأن تقييم استخلاصها (على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه، وان تستند إلى اعتبارات سائغة).

وقد قررت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها «لما كانت المادة 410 من القانون المدني وإن أجازت لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، إلا أنها أجازت أيضا للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ، لأن اليمين على ما صرح به مذكرة المشروع التمهيدى في تعليقها على هذه المادة ليست كما يصورها الفقه - تأثراً بالتزام ظاهر نصوص القانون المدني - موكولة لهوى الخصوم ولا هي من شأنهم وحدهم ، كما أن تقدير كيدية اليمين والتعسف في توجيهها مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك، متى أقام رأيه على أسباب سائغة»⁽⁹⁾.

من صور التعسف في طلب توجيه اليمين الحاسمة:

- استغلال حرص الخصم على قضاء واجب أخلاقي أو ديني.

حيث قررت محكمة النقض أنه «إن كانت اليمين الحاسمة ملك الخصم إلا أن على القاضي أن يتمتع عن توجيهها إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ومن صور التعسف ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني تعليقا على نص المادة 410 منه المقابل لنص المادة 114 من قانون الاثبات على أنه «والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسيء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقي أو ديني ولذلك رؤى تضمين النص حكما يعين على تحاشي مثل هذا الاستغلال»⁽¹⁰⁾.

وفي حكم آخر - قررت محكمة النقض - ان استخلاص المحكمة كيدية اليمين بشأن واقعة الوفاء من أن الدعوى ظلت متداولة مدة 12 سنة أمام المحكمة دون الادعاء بحصول هذا الوفاء. لا خطأ⁽¹¹⁾.

على العكس من ذلك فإن التأخير في توجيهها لا يفيد بذاته كيدتها أو التعسف في توجيهها.

مجرد التأخير في توجيه اليمين الحاسمة. عدم إفادته بذاته كيدية اليمين أو التعسف في

(9) طعن نقض مدني رقم 40 ، سنة 35ق - جلسة 1969/2/13 مجموعة الأحكام س20 ع1 ص337.

(10) طعن نقض مدني رقم 822 لسنة 71ق جلسة 2002/5/27 إيجارات.

(11) نقض مدني رقم 703 لسنة 47 ق في 1980/4/3 .

توجيهها . للخصم الذي أخفق في اثبات التصرف بدليل ما أو نزل عنه ، حقه في إثباته بدليل آخر . شرطه . أن يكون منتجا في الدعوى وجائزا قانونا . قضاء الحكم المطعون فيه برفض طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة لاثبات عقد البيع سند الدعوى بعد تنازله عن السند المثبت له المطعون عليه بالتزوير لتأخر الطاعن في توجيهها - خطأ وفساد في الاستدلال⁽¹²⁾ . وفي حكم آخر لمحكمة العليا أكدت . على أن «اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توفرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب . ومحكمة الموضوع لها كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين فانه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه . فإذا اقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتزعية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسبيب . فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية⁽¹³⁾ .

2- القصور في التسبيب:

إذا كان إستخلاص كيدية توجيه اليمين الحاسمة من عدمه من سلطة محكمة الموضوع إلا أن هذا الاستخلاص يجب أن يكون سائغا وأن يقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه .

وعلى ذلك فان استنباط قاضي الموضوع الأفعال ، واستخلاص الوقائع ، ثبوتها ونفيها هي مسألة تتصل بالوقائع ويتعين أن يكون هذا الاستخلاص سائغا ، أما وصف هذه الوقائع أنها تحمل مصلحة من المصالح ، أو أنها مصلحة جديدة أو نافعة أو أنها مصلحة مشروعة أو غير مشروعة ، يعد كل ذلك من المسائل المتصلة بالقانون التي يتعين على محكمة النقض أن تراقب سلامة تطبيقها⁽¹⁴⁾ .

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية قررت أنه «لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم توافر الضرورة التي تلجئ المطعون ضده الأول - المستأجر - إلى بيع العين محل النزاع بالجدك للمطعون ضده الثاني وأحالت المحكمة

(12) طعن نقض مدنى رقم 3300 لسنة 64 ق جلسة 2004/2/19 .

(13) نقض مدنى 1946/5/30 . مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة ، الجزء الأول ص 82 . قاعدة رقم 399 .

نقض 1969/2/13 سنة 20 ص 327 . نقض 1980/4/3 ، الطعن رقم 703 لسنة 48 قضائية .

(14) د . محمد شوقى السيد . معيار التعسف في إستعمال الحق ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة 1979 ، ص 394 .

الدعوى إلى التحقيق وألقت عليه بعبء نفي توافر هذه الضرورة وإذا عجز في إحضار شهود على ذلك فقد طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضده الأول على توافر ما لديه إلا أن المحكمة رفضت هذا الطلب إستناداً إلا أنها يمين غير منتجة في النزاع لأن المطعون ضده الثاني لا يتأثر بنتيجتها وذلك رغم أنها تنصب على مسألة جوهرية بالنسبة له وهي مدى توافر شروط تطبيق نص المادة 594 من القانون المدني بالنسبة للبيع الصادر له من المطعون ضده الأول وبالتالي مدى صحة هذا البيع فان الحكم إذا استند في رفض توجيه هذه اليمين إلى أن نتيجتها لا تؤثر في المطعون ضده الثاني يكون مشوباً بالقصور في التسبب بما يستوجب نقضه دون ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.⁽¹⁵⁾

يتبين من الحكم الاستثنائي أنه خالي من الأسباب وان هناك قصوراً في التسبب وأنه أقام إستخلاصه بدون أسباب سائغة تحمله على النتيجة التي انتهى إليها أن طالب توجيه اليمين متعسف في طلبها .

3- القصور في التقريرات الواقعية:

ادعى الطاعن أن سبب الدين غير مشروع وأقر بجزء منه وطلب تحليف المطعون ضده (المدعي) بالنسبة للباقي. إلا أن محكمتي الاستئناف لم تعطه فرصة تقديم صيغة اليمين التي يرغب في توجيهها لترى ما إذا كانت مقبولة وتحسم النزاع أم لا قبل أن تقر عدم السماح له بتوجيه اليمين وإعتباره متعسفا في توجيهها .

وفي ذلك قررت محكمة النقض أن «اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي مؤداه له طلب توجيهها في أي حالة كانت عليها الدعوى على القاضي اجابته لطلبه بتوافر شروطها إلا إذا بان أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال أو أنها ثابتة بغير يمين وان اليمين بالصيغة التي وجهت بها غير منتجة⁽¹⁶⁾ .

وفي حكم آخر أكدت محكمة النقض المصرية أن «وحيث ان ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من قصور لعدم ذكره أسبابا تبرر رفض توجيه اليمين الحاسمة يكون في غير محله ، ذلك بأن ما قرره الحكم يفيد أن المحكمة في نطاق سلطتها الموضوعية قدرت أن اليمين المطلوب توجيهها لا تحسم النزاع للأسباب السائغة التي أوردتها⁽¹⁷⁾ .

(15) طعن نقض مدنى رقم 1655 لسنة 55ق - جلسة 1991/9/15.

(16) طعن نقض مدنى رقم 3698 لسنة 63ق جلسة 2000/11/20.

(17) طعن نقض مدنى رقم 198 لسنة 20ق - جلسة 1952/4/24.

ويجب على محكمة الموضوع أن تبحث في صيغة اليمين بالصورة التي قدمها الخصم إذا كانت منتجة في الدعوى من عدمه. فإذا لم تحسم النزاع بين طرفيه فإنها تكون غير منتجة وبالتالي يحق لقاضي الموضوع منعها. وفي ذلك قررت محكمة النقض «وأنه إذ كانت الغاية من اليمين الحاسمة هي حسم النزاع بين طرفيه فيتعين أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها من شأنه تحقيق هذه الغاية وإلا كانت غير منتجة في النزاع» - وكذلك إذا كان موضوع الحلف غير قابل للتجزئة فيتعين أن توجه اليمين إلى جميع الخصوم فيه ولا أثر لها في حسم النزاع إلا إذا حلفها أو نكل عنها جميعهم ، فإذا حلفها البعض ونكل عنها البعض الآخر فلا ينحسم به النزاع ، إذ لا يتصور - في موضوع غير قابل للتجزئة - أن تكون اليمين حاسمة بالنسبة للبعض وغير حاسمة مع البعض الآخر.⁽¹⁸⁾

التعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2011/805

رقابة محكمة النقض لمحكمة الموضوع فيما يتعلق بكيفية اليمين الحاسمة وهل تحسم النزاع من عدمه وتوافر شروط توجيه اليمين هو قول بالمشروعية كما يتصل بسلامة تسبيب الأحكام وهو قول يتصل بالقانون ، ولا شأن له بالوقائع⁽¹⁹⁾ ومن ثم فلا ينبغي أن تتردد محكمة النقض في بسط سلطتها على محكمة الموضوع عند القول باستعمال حق توجيه اليمين الحاسمة من حيث مشروعية أو التعسف في توجيهها ، لأن مثل هذا القول ينطوي على وصف للوقائع التي تستخلصها المحكمة - في نطاق سلطتها التقديرية - ثبوتاً ونفياً - وصفا قانونياً ، وهو ما يتصل بسلامة تطبيق القانون وتفسيره ويعد من أهم مهام محكمة النقض.

وعلى ذلك فإن استتباط قاض الموضوع للأفعال ، واستخلاص الوقائع ، ثبوتاً ونفياً ، هي مسألة تتصل بالوقائع ويتعين أن يكون هذا الاستخلاص سائفاً ، أما وصف هذه الوقائع أنها تحمل تعسفاً في توجيه اليمين الحاسمة أو أن اليمين بتلك الصيغة غير منهية للنزاع أو غير حاسمة للنزاع أو أن طلب توجيه اليمين الحاسمة غير مستوف لشروطها . أو أنها تخالف قواعد الإثبات. يعد كل ذلك من المسائل المتصلة بالقانون التي يتعين على

(18) طعن نقض مدني رقم 6991 لسنة 79 ق - جلسة 25 ديسمبر سنة 2011.

(19) د. محمد شوقي السيد ، معيار التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ، رسالة دكتوراه ، ص 393.

محكمة النقض أن تراقب سلامة تطبيقها وهو ما يعرف بالرقابة على التكييف⁽²⁰⁾ وتعرف بالفصل في القانون، وهي تطبيق القاضي نصوص القانون على ما ثبت لديه من الوقائع، واستخلاص ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية. وذلك يفترض أن القاضي كيف الوقائع أي أضفي عليها وصفا قانونيا معينا. وذلك برد فهم الواقع في الدعوى إلى فهم حكم القانون في هذا الواقع. والمناطق في ذلك هل واقع الدعوى كما أثبتته قاض الموضوع يمكن إدخاله تحت القاعدة القانونية التي طبقها عليه. ومن ثم فإن التكييف عملية قانونية، يترتب عليها نتائج قانونية الأمر الذي يحتم خضوعها دائما لرقابة محكمة النقض.

وتقوم عملية تكييف الوقائع باللباس الواقعة كما أثبتتها قاضي الموضوع ثوبا قانونيا ملائما. وذلك بتشخيص الواقعة على ضوء نص قانوني معين تدرج تحته ويتسع لها مدلوله دون غيره من نصوص القانون. فالتكييف دائما عمل قانوني⁽²¹⁾ يترتب على الخطأ فيه، الخطأ في تطبيق القانون. ومن ثم يتعين خضوع كل تكييف يقوم به القاضي لرقابة محكمة النقض. وذلك لتضمن وحدة القانون أمام المحاكم.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة لهما ومن وزن هذه الأدلة وتقديرها، إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض في تكييف هذا الفهم بحكم القانون، وفي تطبيق ما ينبغي تطبيقه من أحكام القانون⁽²²⁾ وفي مجال رقابة محكمة النقض على تكييف ما يثيره توجيه اليمين الحاسمة كوسيلة من وسائل الإثبات. وذلك في النقاط الآتية:

أ- تقدير ما إذا كانت اليمين حاسمة للنزاع أم لا .

يستقل قاضي الموضوع بتقدير⁽²³⁾ ما إذا كانت اليمين حاسمة في الدعوى أم لا وقاضي الموضوع في نطاق سلطته الموضوعية تقدير ما إذا كانت اليمين المطلوب توجيهها تحسم النزاع من عدمه، ما دام قد أقام حكمه على أسباب سائغة من عدمه.

(20) د. أحمد السيد صاوى ، نطاق ورقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع في المواد المدنية ، طبعة 1984 ، بند 127 ص216 .

(21) د. أحمد السيد صاوى ، نطاق رقابة محكمة النقض ، مرجع سابق ، بند 135 ص225 .

(22) نقض مدنى 7 مايو سنة 1974 ، مجموعة القواعد 25 ص815 ق134 .

(23) د. مصطفى كبره ، النقض المدنى ، طبعة 1992 ، بند 366 ص349 .

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية بأنه «رفع المدعي دعواه على ناظر الوقف مطالباً إياه بمبلغ هو قيمة ما يستحقه بالميراث عن زوجته الناظرة السابقة على الوقف في التعويض المحكوم لها به فهذه دعوى شخصية لا شأن للوقف بها بل يسأل عنها الورثة من تركة مورثهم فلا يصح توجيه اليمين بشأنها إلى ناظر الوقف لأنها غير منتجة ولا تحسم النزاع»⁽²⁴⁾.

وان الغاية من اليمين الحاسمة هي حسم النزاع فإنه يتعين أن تكون الواقعة محل الحلف قاطعة في النزاع بحيث يترتب على أدائها تحديد مصير الدعوى قبولاً أو رفضاً⁽²⁵⁾.

ب- استخلاص كيدية اليمين :

لقاضي الموضوع السلطة كاملة في استخلاص كيدية توجيه اليمين الحاسمة، متى أقام قضاؤه على إعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه، إذ يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها - لأن اليمين - ليست موكولة لهوى الخصوم ولا هي من شأنهم وحدهم⁽²⁶⁾.

فإذا كان الطاعن لم يبين في المذكرة المقدمة إلى محكمة أول درجة الأسباب التي يستند إليها في كيدية اليمين التي وجهتها إليه المطعون عليها وكان عدم تقديم المطعون عليها دليلاً على صحة دعواها حسبما ذهب إليه الطاعن في أسباب النعي لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية لأن اليمين الحاسمة إنما يوجهها الخصم عند ما يعوزه الدليل القانوني لإثبات دعواه ومن ثم فإن الطعن يكون في غير محله⁽²⁷⁾.

ج- لا يجوز أن تخالف اليمين الحاسمة قواعد الإثبات.

لا يجوز للمحكمة أن توجه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسها ، فاليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي ، وتطبيقاً لذلك فإن اليمين التي أجازها المادة 194 من قانون التجارة توجيهها من الدائن بدين صريح إلى المدين المتمسك بالتقادم هي يمين حاسمة شرعت لمصلحة الدائن لتأييد القرينة القانونية التي يركز عليه التقادم

(24) نقض مدني رقم 198 سنة 20 ق في 24 أبريل سنة 1952 .

(25) نقض مدني رقم 215 لسنة 52 ق في 14/5/1985 .

(26) نقض مدني رقم 40 سنة 35 ق في 13 فبراير سنة 1969 .

(27) نقض مدني رقم 574 سنة 42 ق في 6 أبريل سنة 1976 .

الخمسي، فإذا لم يطلب الدائن توجيهها فليس للمحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها (28) ولا عليها أن هي قضت بسقوط الدين بالتقادم الخمسي.

كما لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن الواقعة التي أقر بها فإذا أهدر الحكم المطعون فيه هذا الإقرار أخذاً بنتيجة اليمين التي حلفها المطعون عليه على خلاف ما أقر به، فإنه يكون قد خالف القانون بخروجه على قواعد الإثبات (29).

د- رقابة محكمة النقض على أسباب حكم محكمة الموضوع في استخلاص كيدية اليمين لمحكمة الموضوع كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين ويتعين أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليها. فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتزعية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين يعد قصوراً منها في التسبب لأن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية (30).

وقضت محكمة النقض أنه «لمحكمة الموضوع كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين متى أقامت استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه وكان تقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور بالجلسة المحددة لحلف اليمين هو ما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية وجدت في إصرار الطاعنة على توجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه رغم علمها بإقامته في كندا وتعذر حضوره لحلف اليمين تعسفاً منها في توجيهها إليه وهي أسباب سائغة تكفي لحمل قضاء الحكم ومن ثم يكون الحكم الابتدائي بتوجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه قد وقع على خلاف أحكام القانون بما يجيز الطعن عليه بالاستئناف ويكون هذا النص في غير محله (31).

(28) نقض مدني رقم 70 لسنة 44 ق في 30 مايو سنة 1977 .

(29) نقض مدني في 12 ابريل ، مجموعة القواعد ، سنة 1964 السنة 13 صفحة 455 .

(30) نقض مدني رقم 703 لسنة 47 ق في 3/4/1980 ، نقض 1946/5/30 مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة الجزء الأول ص82 قاعدة رقم 399 ، نقض مدني في 13/2/12969 سنة 20 ص327 .

(31) نقض مدني رقم 481 لسنة 51 ق جلسة 1984/12/6 .

**تعليق على حكم محكمة النقض
الفالسطينية رام الله في القضية الحقوقية
رقم 2011/805 الصادر بتاريخ 2012/12/11**

د. يوسف شندي

كلية الحقوق والإدارة العامة

جامعة بيرزيت وعضو تاج للمحاماة والدراسات القانونية



المقدمة

تتلخص وقائع القضية في المطالبة بدين موثق بسند عري في موقع عليه من المدين، حيث قضت محكمة الدرجة الأولى (محكمة بداية الخليل) بإلزام المدعى عليه بدفع المبلغ المطالب به والبالغ (29300) دولار. لم يرض المحكوم عليه بهذا الحكم وطعن به أمام محكمة استئناف القدس، والتي أكدت بدورها حكم محكمة الدرجة الأولى، على أساس أن الدين ثابت بسند عري ما يجعل قيمة الدين ثابتة بحق المستأنف، وأن إقرار المستأنف بانشغال ذمته بمبلغ 12000 دولار فقط من قيمة الدين المطالب به، لا يغير من الأمر شيئاً، طالما لم يستطع المستأنف حمل الدليل العكسي بنفس الطريقة أي بالكتابة، وهذا يجعل طلب المستأنف من المحكمة توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بالنسبة لباقي المبلغ المطالب به تعسفياً استناداً إلى المادة 132 من قانون البينات.

غير أن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، قد قضت بنقض هذا الحكم، على أساس أنه طالما أن وكيل المستأنف قد أقر بأن موكله مدين بمبلغ 12000 دولار فقط من قيمة المبلغ المطالب به وصرح بأنه ليس لديه بينة، فإنه كان واجبا على المحكمة الاستجابة لطلبه بتوجيه اليمين الحاسمة إلى المستأنف عليه بباقي المبلغ المطالب به، وأن ما قررتة محكمة الاستئناف من أنه (طالما أن المدعي قدم سنداً خطياً بمطالبته فعلى وكيل المستأنف أن يقدم لها بينة ضد هذا السند بنفس الطريقة) مخالف للقانون، (ذلك أنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة في جميع المواد المدنية سواء كانت مما يقبل فيه الإثبات بالشهادة أو مما يجب إثباته بالكتابة ومهما كانت قيمة الدعوى، وسواء كان موضوعها إثبات الدين أو إثبات التخلص منه أو إثبات سببه، وسواء وجد في الدعوى دليل أو لم يوجد بها دليل، كما يجوز أن يكون موضوع اليمين أمراً يخالف ما هو ثابت بالكتابة أو يجاوز ما ثبت بالكتابة فيما عدا ما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير. ولما كان الطاعن قد ادعى أن سبب الدين غير مشروع وأقر بجزء منه وطلب تحليف المطعون ضده (المدعي) بالنسبة للباقي، فقد كان على محكمة الاستئناف أن تتيح له فرصة تقديم صيغة اليمين التي يرغب في توجيهها لترى ما إذا كانت مقبولة وتحسم النزاع أم لا قبل أن تقرر عدم السماح له بتوجيه اليمين واعتباره متعسفاً في توجيهها).

وبناء عليه، ينبغي بحث موقف كل من محكمة الاستئناف ومحكمة النقض من الناحية

القانونية من خلال بيان مدى جواز توجيه اليمين الحاسمة بشأن دين مثبت بسند عريفي، ومدى اعتبار توجيه اليمين الحاسمة في هذه الحالة تعسفيا؟

أولا: مدى جواز توجيه اليمين الحاسمة بشأن دين مثبت بسند عرفي

تنص المادة (16) من قانون البيئات الفلسطينية على أنه: (يعتبر السند العريفي حجة على من وقعته ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة عند اطلاعه عليه، ويعتبر سكوته إقرارا بصحة ما نسب إليه). وتضيف المادة (17) من ذات القانون أن: (من احتج عليه بسند عريفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة).

استنادا إلى هذين النصين، يكون للسند العريفي حجية كاملة في الإثبات في مواجهة الموقع، ما دام لم ينكر بمجرد اطلاعه على السند وقبل الدخول في مناقشة موضوعه، ما ينسب إليه من توقيع، ولم يعترض على مضمون السند. والإنكار الذي يؤدي إلى إهدار قيمة السند العريفي هو الإنكار الصريح، بمعنى أنه يجب على من ينسب إليه التوقيع أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة بمجرد اطلاعه على السند وقبل الدخول في مناقشة موضوعه، أما مجرد السكوت أو الإنكار الضمني أو الإنكار بعد البدء في مناقشة مضمون السند، فلا تعد إنكارا للسند بالمعنى المقصود من هاتين المادتين، بل تعد على العكس إقرارا ضمنيا من الموقع بنسبة التوقيع إليه، فيصبح للسند حجية كاملة في الإثبات في مواجهته بكل البيانات والوقائع المثبتة في السند، وبصرف النظر عما إذا كان صلب السند محررا بخطه أم لا. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن: (السند الذي لم ينكر المدعى عليه توقيعه عليه يشكل دليلا قانونيا كاملا يصلح لتأسيس الحكم عليه)¹، وقضت في حكم آخر لها أنه: (طالما أن المبرز (م/1) المشار إليه قد اشتمل على إقرار الطاعن بما ورد فيه وبمديونيته للمطعون ضده بالمبلغ الوارد في السند وأنه قبض منه هذا المبلغ عدا ونفدا والتزم بتسديده في أي وقت يطالبه فيه المطعون ضده. فإن ادعاء الطاعن بصورية هذا السند يغدو متعارضا مع ما ورد فيه من التزامات قاطعة ألزم بها

1 نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 113/2008، بتاريخ 2008/12/30، المقتفي.

الطاعن نفسه وتتناقض مع الصورية التي يدعيها)²، وقضت أخيراً أنه: (ولما كان ما يبني على ذلك أن ورقة الشيك تعد كافية وحدها لإثبات الدعوى، وأن عبء الإثبات يقع على المدعى عليه لإثبات دفعه بعدم وجود وصحة السبب في الشيك موضوع الدعوى، فإن ما ذهب إليه محكمة الاستئناف في حكمها الطعين من عدم كفاية ورقة الشيك كبينة يكون مخالفاً للقانون ويكون سبب الطعن وارداً)³. وتسير كل من محكمة التمييز الأردنية ومحكمة النقض المصرية بذات الاتجاه أيضاً، حيث قضت الأولى بأنه: (يجب على من احتج عليه بسند عادي وكان لا يريد الاعتراف به أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ أو توقيع وإلا اعتبر حجة عليه بما ورد فيه عملاً بالمادة 1/11 من قانون البينات)⁴، وأن: (السند يعد بمضمونه، بينة قانونية طالما أن المميز لم ينكر توقيعه عليه)⁵. وقضت الثانية أن: (إنكار التوقيع على الورقة العرفية وجوب إبدائه في صيغة صريحة جازمة تدل على إصرار المنكر على إنكاره)⁶. إضافة إلى ذلك، فقد تناولت المادة (40) من قانون البينات الفلسطيني حالة إنكار السند ممن ينسب إليه التوقيع، حيث أجازت للمحكمة، متى كان السند منتجاً في الدعوى ولم تجد في ملف القضية ما يكفي لتكوين قناعتها، أن تأمر بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما معاً للتحقق من صحة التوقيع. وفي جميع الأحوال، تملك المحكمة سلطة التحقق من صحة التوقيع من تلقاء نفسها، متى كانت صحة التوقيع ظاهرة ومستخلصة استخلاصاً سائغاً من باقي مستندات وأوراق الدعوى. وإذا ثبت للمحكمة صحة التوقيع ونسبته إلى الموقع بعد إنكاره صراحة من قبله، فيكون للسند العرفي حجية كاملة في

2 نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 2008/123، بتاريخ 2009/1/4، المقتضي. وقضت ذات المحكمة أيضاً في حكم آخر لها أنه: (بالنسبة لسبب الطعن المتعلق بالقيمة القانونية لسند المخالصة المبرز (م/5) ولما كان نقصان قيمة السيارة يعد ضرراً مباشراً ونتيجة طبيعية للفعل الضار وهو حادث الطرق، ولما كانت شركة التأمين قد قامت بإصلاح سيارة الطاعن وبناءً على ذلك وقع على وصل المخالصة المبرز (م/5) وهو عالم بمضمونه ووافق على شروطه، ولما كان الوصل المذكور يعد سنداً عرفياً وهو حجة على من وقعه عملاً بالمادة 1/16 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، ولما كان الطاعن بموجب هذا الوصل قد أبرأ شركة التأمين والسائق نفسه ولكل من هو مسؤول عن الحادث إبراءً تاماً عاماً شاملاً واعترف بأنه قد وصله كامل التعويض عن كافة الأضرار والعلل اللاحق به ولم يبق له تجاههم أي مطالبة أو دعوى تتعلق بالحادث، فإن ما قررت محكمة بداية جنين في حكمها يغدو مخالفاً للقانون ويكون سبب الطعن وارداً والحكم المطعون فيه حرياً بالنقض) نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 2010/267، بتاريخ 2011/9/18، المقتضي.

3 نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 2008/284، بتاريخ 2009/6/28، المقتضي.

4 تمييز حقوق أردني، رقم 88/703، مجلة نقابة المحامين لسنة 1990، ص 1674.

5 تمييز حقوق أردني، رقم 91/1075، مجلة نقابة المحامين لسنة 1993، ص 851.

6 نقض مدني مصري، الطعن رقم 342 س 57 ق، جلسة 1992/4/15، س 43، ص 597.

الإثبات في مواجهة الموقع وخلفه العام في جميع الوقائع والبيانات التي يتضمنها السند. غير أن ثبوت نسبة التوقيع إلى الموقع، لا يمنع الموقع من إنكار مضمون السند المنسوب إليه، أي إثبات عدم صحة الوقائع والبيانات التي يتضمنها السند، فإذا استطاع إقامة الدليل على ذلك، فيتم إهدار قيمة السند العرفي في الإثبات. فمثلا، يستطيع الموقع إثبات أن التصرف الوارد في السند العرفي هو تصرف صوري من خلال إبراز ورقة الضد.

ويجب على الموقع إثبات خلاف مضمون السند العرفي طبقا للقواعد العامة في الإثبات؛ إذ ان القاعدة هي عدم جواز إثبات التصرف الذي تزيد قيمته عن 200 دينار إلا كتابة، وعدم جواز مخالفة أو مجاوزة ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: (المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى ثبت صدور الورقة العرفية عن من نسب إليه التوقيع عليها، فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها إلى أن يثبت العكس وفقا للقواعد العامة في إثبات ما اشتمل عليه دليل كتابي، فإذا ادعى أحد طرفي المحرر أن أحد البيانات المدونة فيه غير مطابقة للواقع كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة)⁷، وتقول ذات المحكمة أيضا: (من المقرر أنه متى ثبت صدور الورقة العرفية ممن نسب إليه التوقيع عليها فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها - بما في ذلك تاريخها - إلى أن يثبت العكس وفقا للقواعد العامة في إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي فإن ادعى أحد طرفي المحرر أن التاريخ المدون به غير مطابق للواقع، كان عليه - بحكم الأصل - ان يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة، وذلك خلافا للغير الذي لا تكون الورقة العرفية حجة عليه في تاريخها إلا منذ ان يكون لها تاريخ ثابت)⁸.

وبإسقاط الأحكام السابقة على القضية موضوع الدراسة، فإنه طالما أن المستأنف لم ينكر توقيعه على السند ولم يعترض على مضمونه، فإن ذلك يعد إقرارا ضمنيا من جانبه بكل ما جاء في السند العرفي من بيانات، أي أن المبلغ المطالب به من المستأنف عليه والبالغ 29300 دولار يصبح ثابتا بذمة الموقع (المستأنف). ولما كان الإقرار حجة قاطعة وقاصرة على المقر ولا يجوز الرجوع عن الإقرار إلا إذا كذب بحكم قضائي أو كان ظاهر الحال يكذبه، فإن الحق المتنازع عليه يصبح في هذه الحالة ثابتا بذمة الموقع وغير متنازع

7 نقض مدني مصري، الطعن رقم 2745 س 60 ق، جلسة 1994/11/27، س 45، ص 1485. أنظر في ذات الاتجاه أيضا، الطعن رقم 487 س 49 ق، جلسة 1980/3/1، س 31، ص 677.

8 نقض مدني مصري، الطعن رقم 167 س 39 ق، جلسة 1974/3/26، س 25، ص 575.

عليه ويجب على المحكمة أن تقضي بقيمة هذا الدين لصالح المستأنف عليه. ولا يغير من الأمر شيئاً قيام المستأنف بالإقرار لاحقاً بأن ذمته مشغولة بمبلغ 12000 دولار فقط من قيمة الدين المثبت بالسند، وذلك من جهة لأنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار ما دام ظاهر الحال لم يكذبه، ولأن الإقرار اللاحق لا يؤخذ به لأنه يتعارض مع الإقرار السابق بكامل المبلغ المطالب به؛ ولأنه من جهة ثانية لا يجوز تجزئة السند العريفي طالما لم يتم الاعتراض على مضمونه في الوقت المناسب؛ ولأن الإقرار بكامل المبلغ المطالب به يجعل الحق ثابتاً بذمة المقر وغير متنازع عليه. لهذا فإننا نخلص إلى نتيجة مفادها أن الدين المثبت بسند عريفي والذي تم الإقرار به، يجعل الواقعة ثابتة بحق المقر ويجعلها غير متنازع عليها بين الأطراف، ويصبح واجباً على المحكمة أن تحكم بالمبلغ المثبت في السند لصالح المقر له، ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في هذه الحالة إلى المقر له، بل إن طلب توجيهها إلى المقر له بعد ثبوت حقه يجعل المقر متعسفاً في توجيه هذه اليمين، دون حاجة لانتظار تقديم صيغة اليمين من المقر حتى تتحقق المحكمة من وجود التعسف من عدمه، لأن الحق المطالب به أصبح ثابتاً ابتداءً بمجرد الإقرار. وبناءً عليه، نرى أن موقف محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من منع المستأنف من توجيه اليمين الحاسمة ابتداءً إلى المستأنف عليه متفقاً وأحكام القانون، وأن الانتقاد الذي وجهته محكمة النقض الموقرة إلى محكمة الاستئناف يكون والحالة هذه غير متفق وأحكام القانون. هذا وتجدر الإشارة إلى أن توجه محكمة النقض كان يمكن أن يكون صحيحاً ومتفقاً مع أحكام القانون لو كان المستأنف (المقر) قد أقر بالسند ولكنه دفع بسداد قيمة الدين المثبت بالسند العريفي أو بجزء منه، عندها كان يمكن توجيه اليمين الحاسمة إلى المستأنف عليه (المقر له) عن واقعة السداد وليس عن واقعة الدين المثبت بالسند العريفي المقر به. وكذلك الأمر لو كان المستأنف قد أعترض على مضمون السند بمجرد عرضه عليه وقبل الدخول في مناقشة موضوعه، بأن أقر بجزء من المبلغ المطالب به والمثبت بالسند العريفي، وأنكر باقي المبلغ، لأمكن توجيه اليمين الحاسمة إلى المستأنف عليه عن حقيقة باقي المبلغ المطالب به، لأن اليمين الحاسمة لا توجه إلا عند الإنكار، ويمكن توجيهها إلى الخصم الذي عجز عن تقديم بينته، حتى ما كان يشترط القانون الكتابة لإثباته، إلا فيما لا يجوز فيه الطعن إلا بالتزوير.

ثانياً: التعسف في توجيه اليمين الحاسمة

إضافة إلى ما سبق ذكره، ولمعرفة مدى تحقق حالة التعسف في توجيه اليمين الحاسمة عندما يكون الحق المدعى به مثبت بسند عريفي، يجب التطرق إلى شرطين هامين من شروط توجيه اليمين الحاسمة، وهما: أن تكون الواقعة محل اليمين متنازعا عليها، وأن لا يكون الخصم متعسفا في توجيهها.

1. أن تكون الواقعة محل اليمين متنازعا عليها بين الأطراف:

إن الغاية من توجيه اليمين الحاسمة هي وضع حد نهائي للنزاع، لذلك يجب أن تنصب اليمين على واقعة منتجة في الدعوى وأن تنصب على جوهر النزاع بحيث تؤدي إلى الفصل في النزاع بشكل كامل أو في شق منه⁹.

وبناء عليه، فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن واقعة محل نزاع بين الأطراف، أما إذا أقر الخصم بالواقعة محل اليمين، فإن هذه الواقعة تصبح غير متنازع عليها، ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأنها طالما أنها ثابتة بدون يمين. ويقول الدكتور أنيس منصور في هذا الصدد: (اليمين وسيلة إثبات فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تكون الواقعة محل نزاع فإذا أقر الخصم بالواقعة المدعاة موضوع اليمين أصبحت هذه الواقعة غير متنازع عليها، ومن ثم فليس هناك حاجة لتوجيه اليمين الحاسمة بصد هذه الواقعة طالما انه غير متنازع عليها)¹⁰.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: (لا يجوز توجيه اليمين على واقعة أقر بها الخصم)¹¹، وأنه: (لا يجوز للمحكمة توجيه اليمين الى المدعي ما دام انه اثبت بنص السند المبرز واقرار المدعى عليه به، ان التوقيع على السند كان منه بوصفه كفيلا، بان المدعى عليه المذكور لم يوقع السند بصفته شاهداً - كما يزعم المدعى عليه - اذ انه ملزم بهذا الاقرار ولا يجوز له الرجوع عنه)¹². وتقول ذات المحكمة أيضاً بأنه: (إذا أقر المدعى عليه بمقدار المطالبة النهائية للمدعي بموجب توقيعه الذي لم ينكره

9 عثمان التكروري، الكايف في شرح قانون البينات، مكتبة دار الفكر، 2013، ص 307.

10 أنيس منصور، "مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمين الحاسمة"، مجلة علوم الشريعة والقانون- الجامعة الأردنية (دراسات)، مج 36، ع 1، 2009، ص 254.

11 تمييز حقوق أردني، رقم 88/545، مجلة نقابة المحامين 1990، ص 1547، مذكور في عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 307.

12 تمييز حقوق أردني، رقم 1957/1، مجلة نقابة المحامين 1957/1/1، ص 100.

فإنه يكون ملزماً بإقراره إلا إذا كذب بحكم وفقاً للمادة 50 من قانون البينات. وحيث أن البينة الخطية التي قدمها المدعي وشهد الشاهد على صحة ما ورد فيها والتي تمت أمامه تكون هذه البينة كافية لإثبات صحة الدعوى وتوجيه اليمين الحاسمة أمام ذلك تكون الغاية منه إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي لا يجوز توجيه اليمين على واقعة قام الدليل على ثبوتها إعمالاً لأحكام المادة 62 من القانون ذاته¹³.

وتسير محكمة النقض المصرية في ذات الاتجاه، حيث قضت بأن: (اليمين الحاسمة وسيلة إثبات فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عند الإنكار فإذا أقر الخصم بالجلسة بتخالص مورثه (الدائن) عن الدين وكان هذا الإقرار القضائي حجة عليه عن مقدار حصته الميراثية في دين مورثه المطالب به فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن الواقعة التي أقر بها. والحكم المطعون فيه إذ أهدر هذا الإقرار آخذاً بنتيجة اليمين التي حلفها المطعون عليه على خلاف ما أقر به، يكون قد خالف القانون بخروجه على قواعد الإثبات)¹⁴، وقضت أيضاً بأن: (اليمين الحاسمة ليست مفروضة على قضاة الموضوع إذا كان يوجد في القضية ما يفند مزاعم المدعي)¹⁵.

بل أكثر من ذلك، فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إذا وجد دليل في الدعوى يكفي لإثباتها بدون يمين، إذ لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا إذا عجز الخصم عن إثبات دعواه، أي إقامة الدليل على الواقعة المدعى بها. وبالتالي، إذا كانت البينات التي قدمها أحد أطراف الدعوى، المدعي أو المدعى عليه، كافية للفصل في موضوعها، فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأنها، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: «لا توجه اليمين إلى المدعى عليه إذا وجدت بينة تغنيه عن حلفها، وبناء على ذلك فلا يقبل توجيه اليمين إلى المدعى عليه ما دام أن البينة أثبتت أن المدعى عليه قد أعطى المدعي شيكاً لوفاء دينه قبل إقامة الدعوى)¹⁶، وقضت أيضاً بأنه: (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة قام الدليل على ثبوتها. وحيث أن محكمة الموضوع بما لها من صلاحية في وزن البينات وتقديرها وجدت في سند الأمانة المؤرخ في 2002/1/23

13 تمييز حقوق أردني، رقم 2009/3669 (هيئة خماسية) بتاريخ 2010/6/16، منشورات مركز عدالة.

14 نقض مدني مصري، الطعن رقم 423 س 26 ق، جلسة 1962/4/12، س 13، ص 455.

15 نقض مدني مصري، رقم 20754، بتاريخ 1982/4/4. منظومة قواعد الشرق.

16 تمييز حقوق أردني، رقم 87/727، مجلة نقابة المحامين 1990، ص 693.

دليلاً كافياً لإثبات دعوى المدعي سيما وان المميز لم ينكر استلام المبلغ موضوع السند بلائحته الجوابية وعليه فإن رفضها توجيه اليمين الحاسمة التي وجهها المدعى عليه يتفق وأحكام المادة 62 من قانون البيّنات رقم 30 لسنة 1952)¹⁷. وفي ذات السياق، قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة: (إذا بان أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال او أنها ثابتة بغير يمين، وإن اليمين بالصيغة التي وجهت غير منتجة)¹⁸. وبناء على ما سبق، فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأن واقعة ثابتة بمستند خطي ما دام الخصم قد أقر بتوقيعه وبمضمون السند، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات ما يخالف ما جاء بمستند خطي مما يجعل محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح القانون برفضها توجيه اليمين الحاسمة)¹⁹، وقضت ذات المحكمة أيضاً: (إذا كانت الواقعة التي يراد توجيه اليمين الحاسمة عليها ثابتة بموجب الكتاب الصادر عن بنك الإنماء الصناعي والذي يفيد بأن الاقتطاعات التي تمت من راتب المدعي كانت لقاء كفالته للقرض الخاص بشركة نبيل الكردي ومحمد الضمري وبالتالي لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة ثابتة بالبينة الخطية)²⁰، وأنه: (3. تعتبر قيمة القرض الذي قبضه المدعى عليه بصفته وكيلاً عن الجهة المدعية محل سني التأمين ولحسابها ، في حكم الوديعة فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه وفق ما تقضي به أحكام المادة 846 من القانون المدني . وحيث أن المدعى عليه قد ذكر بأنه لا يطعن في إجراءات سندات التأمين ولا في الأفعال المادية التي تمت أمام مدير تسجيل وإنما يريد فقط تقديم الدليل على أن ما ورد على لسانه أمام مدير التسجيل من إقرار لم يكن جدياً ولا حقيقياً ولم يكن ناشئاً عن قبض أي مبلغ كان وطلب توجيه اليمين الحاسمة حول هذه الواقعة. ويستفاد من هذا القول أن المدعى عليه حصر دفاعه في الدعوى بأن الإقرار بقبض قيمة القرضين لم يكن حقيقياً أو جدياً. وحيث أن قانون البيّنات بالمادة 1/7 منه يعتبر أن ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه عملاً بالفقرة الثانية من ذات المادة. وحيث أن المدعى عليه طلب تقديم الدليل على ذلك باليمين

17 تمييز حقوق أردني، رقم 2006/555 (هيئة خماسية) بتاريخ 2006/3/14، منشورات مركز عدالة.

18 نقض مدني مصري، الطعن رقم 3698 سنة 63 ق، جلسة 2000/11/20.

19 تمييز حقوق أردني، رقم 2010/834، بتاريخ 2010/9/5، منشورات مركز عدالة.

20 تمييز حقوق أردني، رقم 2007/2630، بتاريخ 2008/2/2، منشورات مركز عدالة.

الحاسمة. وحيث أنّ اليمين الحاسمة يجوز توجيهها بين طرفي عقد المداينة للاحتجاج بها تجاه الدائن. وحيث أنّ الجهة المدعية لم تخاصم الدائن في هذه الدعوى ولا يوجد واقعة مشتركة بين طرفي الدعوى يجوز حلف اليمين حولها فتكون محكمة الموضوع قد أصابت بعدم الاستجابة لطلب المدعى عليه من هذه الناحية. وحيث أنّ المدعى عليه لم يقدم الدليل القانوني حول الدفع الذي أثاره بل الثابت أنّ الدائن قام بتنفيذ أحد سندات التأمين الذي قام بتنظيمها المدعى عليه بوكالته عن الجهة المدعية مما يتناقض مع قول المدعى عليه بأنّ الإقرار لم يكن جدياً ولا حقيقياً²¹.

2. ألا يكون الخصم متعسفاً في توجيهها

على الرغم من أن اليمين الحاسمة هي ملك للخصوم وليس القاضي، ومن ثم يتعين على القاضي توجيهها متى توافرت شروطها، إلا أن القانون منح القاضي سلطة التحقق من توافر شروط توجيه اليمين الحاسمة والرقابة على ممارسة الخصم لحقه في توجيهها إلى خصمه، بأن لا يكون متعسفاً في توجيهها وأن لا تكون اليمين كيدية، وهو أورده المادة (2/132) من قانون البينات بنصها على أنه: (2 - يجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها).

ولم يحدد النص السابق متى يعتبر توجيه اليمين الحاسمة تعسفياً. وبالتالي نرى ضرورة الأخذ بالمعنى الضيق للتعسف في توجيه اليمين الحاسمة مع ترك تقدير ذلك لمحكمة الموضوع، ويبرر هذا الرأي أن توجيه اليمين هو حق للخصوم لا يجوز حرمانهم منه لا سيما إذا كانت اليمين هي الوسيلة الوحيدة للخصم في الإثبات؛ ولأنّ منع القانون الخصم من توجيهها هو استثناء، ما يقتضي حصر رقابة القاضي على توجيهها في أضيق نطاق ممكن بما في ذلك التحقق من صفة "التعسف"؛ مع وجوب عدم تكييف مجرد اساءة ممارسة الحق في طلب توجيه اليمين تعسفاً. ويقول الدكتور أنيس منصور في صدد عدم التعسف في توجيه اليمين: (ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين، فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه، فلكي يمارس القاضي هذا الحق في منع الخصم من توجيه اليمين، فلا بد أن تكون نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهورا قاطعا لا أثر فيه للشك، كما

21 تمييز حقوق أردني، رقم 2006/2861 (هيئة خماسية) بتاريخ 2006/11/8، منشورات مركز عدالة.

لو كان ظاهر الحال يكذب المدعي الذي يستغل تقوى خصمه وورعه وتحرجه من حلف اليمين فهذا يعد متعسفا في توجيه اليمين ويكون للقاضي منع توجيهها . فاستخلاص المحكمة تعسف الخصم وإن كان من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من خلال ظروف الخصمين، وكذلك من ظروف الدعوى بما قدم فيها من أوراق ومستندات، فلا بد أن يكون هناك شواهد واضحة لا مجال للريب فيها بأن تقطع بأن هناك تعسفا في طلب توجيهها)²².

ويمكن تأييد ما ذكر أعلاه، بما أوردته محكمة النقض المصرية من بيان الفلسفة من وراء وضع هذا القيد «التعسف» على حرية الخصم في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، حيث قضت: (إن كانت اليمين الحاسمة ملك للخصم إلا ان على القاضي أن يتمتع عن توجيهها إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ومن صور التعسف ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقا على نص المادة 410 منه المقابل لنص المادة 114 من قانون الإثبات على انه «والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسوء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقي او ديني ولذلك رؤي تضمين النص حكما يعين على تحامي مثل هذا الاستغلال»²³، وقضت ذات المحكمة أيضا أنه: (لما كانت المادة 410 من القانون المدني وإن اجازت لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، إلا أنها اجازت أيضا للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها، لأن اليمين على ما صرحت به مذكرة المشروع التمهيدي في تعليقها على هذه المادة ليست كما يصورها الفقه - تأثر بالتزام ظاهر نصوص القانون المدني - موكولة لهوى الخصوم ولا هي من شأنهم وحدهم، كما ان تقدير كيدية اليمين والتعسف في توجيهها مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة)²⁴.

وصور التعسف كثيرة جدا يصعب حصرها في إطار معين أو حالات محددة، ولكن يمكن اعتباره تعسفا في توجيه اليمين عدم توافر شروط توجيه اليمين الحاسمة، كأن تكون الواقعة

22 أنيس منصور، المرجع السابق، ص 253 .

23 نقض مدني مصري، الطعن رقم 822 س71 ق، جلسة بتاريخ 2002/5/27 .

24 نقض مدني مصري، رقم 40 س 35 ق، جلسة 1969/2/13 . وفي نفس الاتجاه الطعن رقم 703 س 47

ق، جلسة 1980/4/3، س 31، ص 1017 .

المراد التحليف عليها لا تتعلق بالدعوى أو غير منتجة فيها أو غير جائزة قانونا . كما يمكن اعتبار طلب توجيه اليمين تعسفيا إذا كانت الواقعة عملا قانونيا يوجب القانون صبه في شكل خاص أو سند رسمي لا يطعن فيه إلا بالتزوير، أو مخالفته لقريئة قانونية قاطعة كحجية الشيء المحكوم به، أو كان الحق المقر به ثابتا بسند عريفي أقر الخصم بالحق المثبت به .

في المقابل، لا تعد من حالات التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، كون الواقعة المراد إثباتها تتعارض مع الكتابة إلا فيما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: (فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسبب، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته ان اليمين كيدية)²⁵. ولا يعد من قبيل التعسف أيضا التأخر في توجيه اليمين الحاسمة، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: (ان مجرد التأخير في توجيه اليمين لا يفيد بذاته الكيدية أو التعسف في توجيه اليمين)²⁶.

وتطبيقا لحالات تعسف الخصم في توجيه اليمين الحاسمة ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن: (المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة إذا تبين له أن الخصم متعسف في ذلك ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد . ولما كان الثابت في قضية الحال ان الطاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدهم رغم وجود الوثائق الرسمية المثبتة لمكيتهم، فإن قضاة المجلس لما يردوا على طلبه، طبقوا القانون التطبيق الصحيح، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن)²⁷، وأن (لمحكمة الموضوع كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين متى أقامت استخلاصها على اعتبارات من شأنها ان تؤدي إليه، وكان تقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور بالجلسة المحددة لحلف اليمين وهو ما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ان محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية وجدت في إصرار الطاعنة على توجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه رغم علمها بإقامته في كندا وتعذر حضوره لحلف اليمين تعسفا منها في توجيهها إليه وهي أسباب سائغة

25 نقض مدني مصري، رقم 92 س 15 ق، جلسة 1946/5/30.

26 نقض مدني مصري، الطعن رقم 3300 سنة 64 ق، جلسة 2004/2/19.

27 نقض مدني مصري، رقم 59335، بتاريخ 1990/4/30، منظومة قواعد الشرق.

تكفي لحمل قضاء الحكم ومن ثم يكون الحكم الابتدائي بتوجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه قد وقع على خلاف أحكام القانون بما يجيز الطعن عليه بالاستئناف ويكون هذا النعي في غير محله²⁸. وتقول محكمة النقض الفلسطينية على لسان محكمة بداية أريحا بصفتها الاستئنافية: (وبما ان للقضاء السلطة المطلقة في تقرير الجدية من عدمها والكيدية كذلك من عدمها استناداً لحكم المادة 1/132 من قانون البيئات على أساس أن تلك الكيدية أو غير الجدية تعتبر تعسفاً في ما إذا قدمت بينة الخصم الذي وجهت له اليمين الحاسمة قريبة الاحتمال للحكم له عندما يعجز المدعى عليه عن تقديم بينة وبالتالي تجد محكمتنا أن توجيه اليمين الحاسمة من المدعى عليه الذي لم يقدم بينة وطلب توجيه اليمين الحاسمة للمدعية التي أثبتت دعواها بموجب المبرز م/3 الذي لم يدحض بأية بينة يعد مخالفاً لحكم الفقرة الثانية من المادة 132 من قانون البيئات لأن توجيه اليمين بعد إثبات المدعي لدعواه ... يجعل من موجهها متعسفاً في استعمال حقه). إلا أن محكمة النقض في رام الله قضت بنقض الحكم بقولها: (والذي نراه ان هذا الذي خلصت إليه المحكمة مصدره الحكم الطعين لا يستند لصحيح تطبيق القانون على وقائع هذه الدعوى ذلك أنه وبالرجوع لللائحة الدعوى واللائحة الجوابية ومحاضر جلسات المحاكمة أمام محكمة الدرجة الأولى يتضح أن الشركة المدعية (المطعون ضدها) قد أسست دعواها على أن المدعى عليه (الطاعن) مدين لها بمبلغ (12600) شيكلاً بموجب شيكين محررين من قبل الطاعن مسحوبين على بنك البريد في القدس فيما ينكر هذا الأخير (الطاعن) التعامل المالي بينه وبين المطعون ضدها إلا أن الطاعن وبعد أن قدمت الجهة المدعية بيناتها المتمثلة في الشكين المذكورين (المبرز م/3) طلب تحليفها اليمين الحاسمة على أنه لم يسدد المبلغ المدعى به ولم تنصب بين اليمين الحاسمة التي لجأ إليها الطاعن على عدم تحرير الشيكات من قبله أو خلاف ذلك بل انصبت فقط على واقعة سداد الدين من عدمه إذ أن الطاعن أقر في لائحته الجوابية بوجود تعامل مالي مع المطعون ضدها (المدعية) كما لم ينكر واقعة تحرير الشكين (المبرز م/3) المشار اليهما. وعليه ولما كان اللجوء لطلب تحليف اليمين الحاسمة حقاً منحه المشرع لمن يعوزه الدليل، فيلجأ لذمة خصمه وضميره ليصار بعدها لحسم النزاع في الواقعة محل حلف اليمين تطبيقاً لما قرره له الشارع من حق بموجب الأحكام الواردة في الفصل الاول

28 نقض مدني مصري، رقم 481 س 51 ق، جلسة 1984/12/6، س 35، ص 1987.

من الباب السادس (اليمين الحاسمة) من قانون البيّنات فإنه لا يرد ولا يصح قول المحكمة مصدرة الحكم في ما خلصت إليه في تعليّلها (بان الجهة المدعية قد أثبتت دعواها وكون المدعى عليه لم يقدم أية بيّنة) وبالتالي اعتبرت طلبه تحليف خصمه اليمين الحاسمة تعسفاً في ما أجاز له القانون. ولذا وحيث طلب المدعى عليه (الطاعن) تحليف ممثل الشركة المدعية اليمين الحاسمة وتصادق طرفا النزاع على صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة (محكمة الدرجة الأولى) في جلسة 2005/3/27 والمنصبة على سداد المبلغ المدعى به، وحيث ماطل وكيل المدعية بإحضار موكله (ممثل الشركة) لحلف اليمين لأكثر من خمس سنوات والذي تم تبليغه لاحقاً (بالنشر والتعليق) صيغة اليمين الحاسمة ولم يحضر لحلفها رغم ذلك فإن قرار محكمة الدرجة الأولى القاضي باعتبار ممثل الجهة المدعية ناكلاً عن حلف اليمين واقع في محله ويفتقد ما توصلت إليه المحكمة مصدرة الحكم الطعين على غير سند من القانون ومعيباً مستوجباً النقض)²⁹.

ومتى كان توجيه اليمين الحاسمة تعسفاً أو كيدياً، جاز للقاضي رفض توجيهها، ولكن يجب أن يكون قراره مسبباً، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية: (أن القانون أجاز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر فكل خصم يقع على عاتقه عبء إثبات واقعة معينة يستطيع أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة بشأنها إذا لم يكن لديه دليل على ما يدعيه المواد (53، 54، بينات) وللمحكمة تقرير ذلك من عدمه وفي الواقعة المعروضة أمامنا نجد أن محكمة الموضوع لم تجيب على طلب حلف اليمين الحاسمة ورفضته دون أن تبين السبب إن كان توجيه اليمين كيدياً، أو غير مجدياً مما أوقع المحكمة في مخالفة للقانون)³⁰.

وفي جميع الأحوال، إذا رفضت المحكمة طلب الخصم بتوجيه اليمين باعتباره متعسفاً في توجيهها أو أنها كيدية، يجب عليه أن يسبب رفضه وأن يبين أوجه الإساءة في استعمال حقه في توجيه اليمين. على أن رفض طلب توجيه اليمين الحاسمة لا يمنح طالبها من طلب توجيهها مرة ثانية بالاستئناف. أما تقدير مخالفة موضوع اليمين للنظام العام أو عدم مخالفته له فيعتبر مسألة قانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض.

29 نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 530/2011، بتاريخ 2012/3/12، المقتضي.

30 نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 158/2001، بتاريخ 2004/4/15، المقتضي.

وبإسقاط الأحكام السابقة على القضية الماثلة أمامنا، فإن محكمة استئناف القدس عندما قضت برفض توجيه اليمين الحاسمة إلى المستأنف عليه، وعدم أخذها بإقرار المستأنف بانشغال ذمته بمبلغ 12000 دولار فقط من قيمة الحق المطالب به في السند، تكون - من وجهة نظرنا - قد أصابت صحيح القانون، وذلك لأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن واقعة هي محل نزاع بين الأطراف، وطالما أن المستأنف قد أقر ابتداء بالسند العريفي، فيكون حجة عليه بكل ما جاء فيه، ويكون الحق المثبت في السند ثابتا بحقه دون حاجة لتوجيه اليمين الحاسمة، ولأن اليمين الحاسمة لا يجوز توجيهها إلا عند الإنكار وهذا الفرض غير متحقق في هذه القضية. هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إذا وجد دليل في الدعوى يكفي لإثبات الحق المدعى به بدون يمين، وهو ما حصل بالفعل من خلال الإقرار الضمني للمستأنف بالسند العريفي، وعدم إنكاره توقيعه، وعدم اعتراضه على مضمون السند.

أما بالنسبة لقرار محكمة النقض الموقرة فيما ذهبت إليه من أنه كان يجب على محكمة الاستئناف السماح للمستأنف بتقديم صيغة اليمين الحاسمة التي يرغب في توجيهها إلى خصمه، وبناء عليها تقرير ما إذا كان المستأنف متعسفا في توجيهها من عدمه، فإنه قول في غير محله، لأن التعسف في توجيه اليمين ظاهر ابتداء من خلال الإقرار بالحق المدعى به ما يمنع توجيهها، دون حاجة لانتظار تقديم صيغة اليمين الحاسمة لتقرير فيما إذا كانت تعسفية أم لا. والمسألة الوحيدة التي كان يمكن لمحكمة النقض الموقرة الوقوف عندها، هي التحقق من مدى كفاية تسبب محكمة الاستئناف لقرارها برفض توجيه اليمين الحاسمة على أساس أن المستأنف متعسف في توجيهها، وما إذا كان قرارها مسببا تسيبيا سائغا أم لا.

الخاتمة:

نخلص في النهاية إلى أنه يعد من قبيل التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، قيام الخصم الذي يحتج عليه بالسند العريفي بتوجيهها إلى خصمه طالما أنه قد أقر بالسند صراحة أو ضمنا، لأن الدين يصبح ثابتا بحقه بغير يمين، وتستطيع محكمة الموضوع رفض توجيهها ابتداء في مثل هذه الحالة دون حاجة لانتظار تقديم الخصم صيغة اليمين التي يطلب توجيهها إلى خصمه، لتقرر المحكمة بناء عليها ما إذا كان في توجيهها تعسف أم لا.

**الحكم الصادر عن محكمة
النقض بصفتها المدنية
نقض مدني رقم 2011/701**



حكم محكمة النقض رقم 2011/701



نقض مدني : 2011/701

السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

محكمة النقض

" الحكم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره

باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة : برئاسة القاضي السيد محمود حماد .

وعضوية القضاة السادة : د. عثمان التكروري ، خليل الصياد ، عدنان الشعيبي ، يوسف الصليبي .

الطاعون : رياض محمد احمد ابو عره / عقربا .

وكيله المحامي فخري سليمان ابو بشاره / طوباس .

المطعون ضده : خالد علي محمد غنام / عقربا .

وكيله المحامي عماد دراغمة / طوباس .

الإجراءات

قدم وكيل الطاعن هذا الطعن بتاريخ 2011/7/25 لنقض الحكم الصادر عن محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية بتاريخ 2011/6/21 في الاستئناف المدني رقم 2011/69 القاضي برد الاستئناف موضوعا وتأييد الحكم المستأنف مع تضمين المستأنف الرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة .

تتلخص اسباب الطعن في ان الحكم المطعون فيه مخالف للقانون وان المحكمة اخطأت في تأويله وتفسيره ومعالجة اسبابه فقد توصلت المحكمة الى ان المطعون ضده قد اقر بالامور

الرئيس

الكاتب

س.ط



نقض مدني : 2011/701

الواقعية الواردة في لائحة الدعوى وكان عليها ان تصدر قرارها في الدعوى حسب الاصول والقانون بقبول الاستئناف وليس باصدار الحكم الطعين ، وان المحكمة اخطأت في معالجتها السبب الثالث من اسباب الاستئناف اذ ان الطاعن قد حصل على قرار بتملك جزء من الحصص المسجلة على اسم المطعون ضده حسبما ورد امام محكمة الموضوع وبالتالي فان هذا القرار يكون غير ذي جدوى استنادا الى ما توصلت اليه محكمة الاستئناف ، وان المادة (6) من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 53 لا علاقة لها بما هو مطروح امام محكمة الموضوع عن النزاع وان ما ذكرته محكمة الاستئناف في حكمها ان الدعوى سابقة لاوانها لعدم طلب الطاعن قسمة المنافع أو الاعيان فان السؤال اذا كان الطاعن لا يرغب في تقديم دعوى قسمة لان مصالحه تتضرر من هذه القسمة وقام المطعون ضده بمعارضته في حقوق منفعة وملكه هل يبقى القانون عاجزا عن رفع هذا الاعتداء عنه ؟

وطلب الطاعن قبول الطعن وفسخ الحكم المطعون فيه واجراء المقتضى القانوني وتضمين الجهة المطعون ضدها الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة .

تبلغ وكيل المطعون ضده لائحة الطعن بتاريخ 2011/8/22 ولم يقدم لائحة جوابية .

المحكمة

بالتدقيق والمداولة ، ولما كان الطعن مقدما في الميعاد ومستوف شروطه القانونية تقرر قبوله شكلا .

وفي الموضوع ، تفيد وقائع ومجريات الدعوى ان الطاعن اقام دعوى لدى محكمة صلح طوباس ضد المطعون ضده موضوعها منع معارضة في منفعة ملك سجلت تحت رقم 2010/24 وبنتيجة المحاكمة ثبت للمحكمة ان المدعي والمدعى عليه يملك كل منهما حصصا في قطعة الارض موضوع الدعوى وهي ارض تمت تسويتها ، وان دعوى منع المعارضة موضوعها هو

الكاتب

الرئيس

س.ط



نقض مدني : 2011/701

دفع التعدي من قبل غاصب ، وان تصرف المدعى عليه في هذه الارض هو تصرف مشروع باعتبارها مالكا ، لذلك قررت الحكم برد الدعوى لانعدام السبب وتضمنين المدعي الرسوم والمصاريف ومئتي دينار أتعاب محاماة .

لم يقبل المدعي بحكم محكمة الصلح قطعن فيه لدى محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية بالاستئناف المدني رقم 2011/69 ، وبنتيجة المحاكمة وجدت المحكمة ان قطعة الارض موضوع الدعوى قدت تمت فيها اعمال التسوية وهي مسجلة لدى دائرة تسجيل الاراضي باسم المدعي والمدعى عليه وآخرين ، وان قانون التصرف بالاموال غير المنقولة لسنة 1953 قد قضى في المادة 14 بدلالة المادة 12 منه بانه لا يجوز للشريك ان يحدث تغييرا في المال المشترك بلا رضا شركائه فإن فعل ذلك بدون إذن شركائه الآخرين فتجري قسمة العقار ثم تطبيق الاحكام المتعلقة بالبناء الذي يحدثه الشريك في الارض المشاع ، ولما كان المدعي قد استند في دعواه على المدعى عليه بانه شرع باعمال الحفر والبناء على قطعة الارض موضوع الدعوى ووجدت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية انه كان على المدعي ان يطلب قسمة الارض قسمة منافع (مهاياه) أو قسمة اعيان ، وان دعواه بمنع المدعى عليه من معارضته في حصصه قبل اجراء تلك القسمة سابقة لاوانها ، لذلك اصدرت حكمها الذي لم يقبل به الطاعن قطعن فيه بالنقض للاسباب الألف ذكرها .

وبالرجوع لاسباب الطعن ، ولما كانت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية قد قضت بان دعوى منع المعارضة في منفعة الحصاة الشائعة في عقار تمت فيه التسوية التي يقيمها احد الشركاء على الشيوخ على شريك آخر سابقة لاوانها قبل قسمة هذا العقار وتحديد حصاة كل شريك سندا لنص المادة 14 من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 ، وهذا الذي قضت به موافق لصحيح القانون فان اسباب الطعن تغدو غير واردة وحرية بالرد .



نقض مدني : 2011/701

لهذه الاسباب

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعا .

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2012/11/11

الرئيس

الكاتب

**التعليق على القرار الصادر عن محكمة
النقض في الدعوى رقم 2011/701 نقض
مدني الصادر بتاريخ 2012/11/11**

المحامي الدكتور: محمد عبد الله الظاهر

الأردن



رياض محمد احمد أبو عره/عقربا .

الطاعن

خالد علي محمد غنام /عقربا .

المطعون ضده

الطعن في قرار الحكم الصادر بتاريخ 2011/6/21 عن محكمة

موضوع الطعن

بداية نابلس بصفتها الاستئنافية في الاستئناف المدني رقم

2011/69 والقاضي برد الاستئناف موضوعا وتأيد الحكم

المستأنف مع تضمين المستأنف الرسوم والمصاريف ومائة دينار

أتعاب محاماة.

وفي معرض التعليق على القرار أعلاه، ومع كل الاحترام للمحكمة الموقرة التي

أصدرته، فإننا نبدي ما يلي:

أولا مختصر الوقائع

1. أقام الطاعن الدعوى الصلحية رقم 2010/24 لدى محكمة صلح طوباس ضد

المطعون ضده موضوعها منع معارضة في منفعة ملك.

2. بنتيجة المحاكمة في الدعوى أعلاه ثبت لمحكمة صلح طوباس أن المدعي والمدعى

عليه يملك كل منهما حصصا في قطعة الأرض موضوع الدعوى وهي أرض تمت

تسويتها، وأن دعوى منع المعارضة موضوعها دفع التعدي من قبل غاصب، وأن

تصرف المدعى عليه في هذه الأرض هو تصرف مشروع باعتباره مالكا.

3. أصدرت محكمة صلح طوباس بنتيجة المحاكمة في الدعوى المشار إليها أعلاه

حكمها والقاضي برد الدعوى لانعدام السبب وتضمين المدعي الرسوم والمصاريف

ومائتي دينار أتعاب محاماة.

4. لم يرتض المدعي بحكم محكمة صلح طوباس فطعن لدى محكمة بداية نابلس

بصفتها الاستئنافية بالاستئناف المدني رقم 2011/69.

5. بنتيجة المحاكمة الاستئنافية، وجدت محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية

أن قطعة الأرض موضوع الدعوى قد تمت أعمال التسوية فيها، وهي مسجلة

لدى دائرة تسجيل الأراضي باسم المدعي والمدعى عليه وآخرين، وأن قانون

التصرف بالأموال غير المنقولة لسنة 1953 قد قضى في المادة 14 وبدلالة المادة 12 منه بأنه لا يجوز للشريك أن يحدث تغييرا في المال المشترك بلا رضا شركائه، فإن فعل ذلك بدون إذن شركائه الآخرين فتجري قسمة العقار ثم تطبق الأحكام المتعلقة بالبناء الذي يحدثه الشريك في الأرض المشاع، ولما كان المدعي قد استند في دعواه على المدعى عليه بأنه شرع بأعمال الحفر والبناء على قطعة الأرض موضوع الدعوى، وجدت محكمة البداية بصفقتها الاستثنائية أنه كان على المدعي أن يطلب قسمة الأرض قسمة منافع (مهاياة) واو قسمة أعيان، وأن دعواه بالتالي بمنع معارضة المدعى عليه من معارضته في حصصه قبل إجراء تلك القسمة سابقة لأوانها.

6. بتاريخ 2011/6/21 أصدرت محكمة بداية نابلس بصفقتها الاستثنائية برد الاستئناف موضوعا وتأييد الحكم المستأنف مع تضمين المستأنف الرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة.

7. لم يرتض الطاعن في هذا الطعن بالحكم الصادر عن محكمة بداية نابلس بصفقتها الاستثنائية، فتقدم من محكمة النقض بهذا الطعن للأسباب الواردة فيه.

ثانيا: في النواحي الشكلية القرار

معلوما أن النظر في أي دعوى والفصل فيها يتطلب دائما التطرق للنواحي الشكلية والموضوعية وصولا إلى إصدار القرار الفاصل في النزاع المعروض، وأن كلا الناحيتين يحتل أهمية بالغة يتعين مراعاتها لغايات البت في النزاع، أما النواحي الشكلية فهي تلك المتعلقة بالقواعد الإجرائية التي تحكم العمل القضائي والتي يتعين إعمالها وتطبيقها في النزاع المعروض قبل التطرق للقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، وبعد ذلك يتم التصدي لموضوع الدعوى بحيث تمارس محكمة النقض سلطتها كمحكمة قانون لتنتهي بالنتيجة أما إلى قبول الطعن شكلا ونقض القرار محل الطعن موضوعا، أو رد الطعن شكلا أو موضوعا.

إذن بعد أن يستكمل الطعن أمام محكمة النقض شرائطه الشكلية، تبحث المحكمة في

الناحية الموضوعية، ولهذا فإنه من المتعين أن يتضمن قرار النقض بيانا بالصورة التي صدر عليها القرار محل الطعن، هل صدر بالصورة الوجيهة أم وجاهيا اعتباريا أم بمثابة الوجيهي وذلك حتى تتمكن المحكمة من حساب مدة الطعن لغايات القبول الشكلي.

بالرجوع إلى القرار الصادر عن محكمة النقض الموقرة -مدار الحديث- يتبين أنه لم يتضمن أي إشارة عن كيفية صدور القرار الاستثنائي وجاهيا كان أم وجاهيا اعتباريا أم بمثابة الوجيهي، بالرغم من أن هذه الناحية على درجة كبيرة من الأهمية لاتخاذ القرار المناسب بشأن القبول الشكلي، ومع أن مسألة القبول الشكلي في الطعن المائل واضحة كونه مقدم ضمن مدة الأربعين يوما التالية لصدور القرار الاستثنائي، إلا أن ذلك لا يبرر عدم الإشارة إلى كيفية صدور هذا القرار في كافة قرارات محكمة النقض نظرا لأهمية ذلك للخروج بقرارات قضائية عن محكمة النقض تحمل معنى الاجتهادات والسوابق القضائية بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى.

علاوة عما سبق، فإنه تجدر الإشارة إلى مسألة أخرى بالغة الأهمية، وهي وجوب تلخيص أسباب الطعن التي ساقها الطاعن في قرار النقض بشكل دقيق وفي بنود منفصلة، وذلك حتى تتمكن المحكمة من معالجة كل سبب من هذه الأسباب معالجة موضوعية وبشكل محدد، باعتبار أن قرار النقض الذي لا يتضمن معالجة لكل سبب من أسباب الطعن يكون منقوصا وقاصرا كونه لم يتعرض لكافة مطالب الطاعن، ولا يخفي أن من أهم وظائف القضاء هو التعرض لكافة طلبات الخصوم والرد عليها والفصل فيها بإصدار القرارات المناسبة بشأنها، وبالرجوع إلى القرار محل التعليق، يتبين أنه تضمن تلخيصا ودمجا لأسباب الطعن دون أفراد كل سبب في بند مستقل، وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى عدم التعرض والرد على جميع ما تضمنته أسباب الطعن من نقاط مثارة من قبل الطاعن، فعلى سبيل المثال لا الحصر فقد تعرض الطاعن في أسباب طعنه إلى تخطئة محكمة بداية نابلس بصفتها الاستثنائية في إصدارها القرار موضوع الطعن عندما استندت إلى المادة 6 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 حيث لم يتضمن قرار النقض أي معالجة لما أبداه الطاعن من هذه الناحية، كذلك فقد أثار الطاعن مسألة أخرى ضمن أسباب طعنه دون أن يرد في قرار الطعن

أية معالجة لها، وهي ما ورد في السبب الثالث من أسباب الطعن من أنه قد حصل على قرار بتملك جزء من الحصص المسجلة باسم المطعون ضده، خلاصة القول أن القرارات الصادرة عن محكمة النقض، وحتى تُغني الاجتهاد القضائي وتضع المبادئ القانونية التي يمكن الاستئناس بها في العمل القضائي، يجب أن تتضمن ردا واضحا على كل سبب من أسباب الطعن.

المسألة الأخرى التي يتعين التعرض لها في قرارات النقض أنه وفي حالة التوصل إلى رد الطعن، تجب الإشارة إلى تأييد القرار الصادر عن محكمة الاستئناف، إذ لا يكفي مجرد القول بأن محكمة النقض قد قررت رد الطعن موضوعا، بل يجب عليها أن تعلن تأييدها للقرار محل الطعن وذلك لاعتبارات تتعلق بحجية الأحكام القضائية في مواجهة الخصوم في النزاع المعروض، فالأحكام القضائية التي يتم الطعن فيها أمام محكمة النقض لا تعتبر أحكاما قضائية نهائية إلا بصدر قرار النقض الذي يعد حكما باتا مبرما في مواجهة طرفي النزاع وعنوانا للحقيقة، ولهذا يجب أن يتم الإعلان صراحة من قبل محكمة النقض تأييدها للقرار محل الطعن متى رأت أن أسباب الطعن غير واردة وقررت رد الطعن موضوعا.

ثالثا: المسائل القانونية التي تضمنها القرار:

تضمن القرار مدار التعليق مسألة قانونية هامة في مجال الحديث عن مشروعية التصرف في الأموال غير المنقولة، وخاصة فيما يتعلق بتصرف أي من الشركاء على الشيوع في الأراضي التي تمت عملية التسوية فيها وسجلت أصوليا لدى دائرة الأراضي، وفي ذلك نقول:

من المتفق عليه قانونا أن الملك الشائع مملوكا لكافة الشركاء فيه، الذين لهم الحق في التصرف بكل أجزائه كونهم أصحاب حق تصرف في كل ذرة من ذراته، وبالتالي فإن تصرف الشريك في الملك المشاع لا يعتبر غصباً أو تعديا بأي صورة من الصور ولا يمكن مواجهته بدعوى (منع المعارضة) باعتبار أن هذه الدعوى قد شرعت لحماية حقوق الملكية في الأعيان والمنافع وهي بهذه المثابة دعوى المالك على الغاصب أو واضع اليد بدون مسوغ شرعي، وموضوعها دفع التعرض والاعتداء الواقعيين على الملكية، فإذا ثبت

وقوع هذا التعرض والاعتداء قضي بمنع التعرض وإزالة مظاهره.

وباعتبار أن الشريك على الشيوع مالكا لكل أجزاء المال الشائع، فإن ما بينى على ذلك أنه إذا كان العقار شائعاً بين طرفي الدعوى فالمطالبة بمنع المعارضة تعتبر سابقة لأوانها قبل الخروج من حالة الشيوع، بمعنى أن دعوى منع المعارضة التي يقيمها أحد الشركاء في مواجهة الشريك الآخر الذي شرع بأعمال الحفر والبناء على قطعة الأرض المملوكة فيما بينهما على الشيوع، لا تستند إلى صحيح القانون نظراً لأن القطعة شائعة بينه وبين المدعى عليه وان لكل شريك الحق في التصرف بكل جزء من أجزاء القطعة، ولا يمكن في هذه الحالة تسليم الحصة الشائعة التي يطالب بها المدعي في دعواه لأنها غير مفرزة ولا يمكن تحديدها موقعياً، وبالتالي تصرف الشريك في الملك المشاع لا يعتبر غصباً أو تعدياً وتعتبر دعوى (منع المعارضة) في مواجهته سابقة لأوانها في ضوء استمرار حالة الشيوع.

وبالرجوع إلى القرار مدار التعليق، يتبين أنه أصاب فيما خلص إليه عندما رد الطعن المقدم كون ما قضت به محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية موافق لصحيح القانون استناداً إلى قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 الذي أكد هذا المعنى من خلال المادتين 12 و 14 ، اللتين نصتا على أنه : (المادة - 14 : إذا احدث احد الشريكين أبنية أو غرس أشجاراً أو دوالي: 1 - في مجموع الأرض التي يتصرفان فيها بالاشتراك تفرز حصة الشريك ويجري العمل وفق أحكام المادة الثانية عشرة. 2 - في قسم من الأرض التي يتصرفان فيها أو طعم الأشجار القائمة فيها فانه يضمن لشريكه ما أصاب حصته من قيمة الأشجار قائمة وتقسّم الأرض بينهما ، فان خرج القسم الذي احدث فيه البناء أو الشجر من نصيب الشريك الآخر تجري المعاملة على القسم المذكور على الوجه السابق)، (المادة - 12 : إذا انشأ شخص فضولياً أبنية أو غرس أشجاراً أو دوالي في أرض أميرية أو موقوفة هي في تصرف غيره، فللمتصرف أن يطلب إلى الفضولي هدم وقلع ما احدث وإذا كان الهدم والقلع مضرراً بالأرض فله أن يدفع إلى الفضولي قيمة ما أحدثه مستحقاً للقلع ويملكه ويتصرف فيه)، حيث اعتبر القرار المذكور دعوى منع المعارضة في منفعة الحصة الشائعة في عقار تمت فيه

التسوية والتي يقيمها أحد الشركاء على الشيوع في مواجهة الشريك الآخر سابقة لأوانها قبل قسمة العقار وتحديد حصة كل شريك وذلك استناداً إلى المادة 14 المذكورة والتي أشارت إلى وجوب إفراد حصة كل شريك ابتداءً ثم العمل وفق أحكام المادة 12 والتي اعتبرت الشريك الذي أقام أعمال البناء أو الحفر في الأرض المشتركة بحكم الفضولي، وبالتالي فإنه إذا خرج القسم الذي أحدث فيه البناء من نصيب الشريك الباني كان له، وإلا فيكون للشريك الآخر أن يطلب من الفضولي هدم وقلع ما أحدث، وإذا كان الهدم والقلع مضرًا بالأرض فله أن يدفع إلى الفضولي قيمة ما أحدثه مستحقاً للقلع ويملكه ويتصرف فيه.

خلاصة القول أنه وإن كنا نتفق - من حيث النتيجة - مع ما توصلت إليه محكمة النقض في قرارها محل التعليق عندما قررت رد الطعن موضوعاً، إلا أننا نجد أن هناك جوانب هامة يتعين مراعاتها بغية الوصول لأحكام وقرارات تسهم في إثراء الاجتهاد القضائي، ومن هذه الجوانب - كما أسلفنا - النواحي الاجرائية وتلك المتعلقة بشكليات الحكم، إضافة إلى معالجة موضوع النزاع معالجة موضوعية بشيء من التفصيل في ضوء ما جاء في النصوص القانونية الواجبة الاعمال والتطبيق بهدف الوصول إلى التسبيب والتعليل السليم وإصدار الحكم بناء عليه.

**مقترحات مشاريع قوانين مقترحة من مركز
"مساواة" والأسباب الموجبة لها ومذكرات
السياسة التشريعية المتصلة بها**

**مشروع قانون معدل لقانون
الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962
وتعديلاته الساري المفعول المقترح من
المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة
والقضاء «مساواة»**



تقديم

تحتل محاكم الجمارك البدائية والتي انشأت بالمرسوم الرئاسي رقم 45 لسنة 2004 الصادر بتاريخ 20/3/2004 والتي باشرت عملها بعد الغاء الامر العسكري الاسرائيلي رقم 353، ومحكمة الجمارك الاستثنائية التي انشأت بمرسوم رئاسي حمل رقم 215 لسنة 2010 تاريخ 25/11/2010 والذي صدر بدوره بعد الغاء الامر العسكري المذكور بموجب القرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 24/11/2010، اهمية بالغة في الواقع القضائي والقانوني والاقتصادي، وبالنظر لحدثة تشكيل محاكم الجمارك في فلسطين من جهة، واستناد تلك المحاكم الى قانون الجمارك والمكوس الاردني رقم 1 لسنة 1962 وتعديلاته، والقوانين الاردنية ذات الصلة والتي كانت سارية المفعول قبل عام 1967، والتي احدثت من قبل المشرع الاردني ولا تزال سارية المفعول بموجب القرار الرئاسي الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية المرحوم ياسر عرفات رقم 1 لسنة 1994، والقاضي باستمرار العمل بالقوانين والانظمة والاوامر التي كانت سارية المفعول في الاراضي الفلسطينية قبل عام 1967، اضافة الى قانون ضريبة القيمة المضافة الصادر بموجب نظام صدر على شكل امر عسكري اسرائيلي عن المسؤول في الادارة المدنية الاسرائيلية بتاريخ 26/4/1985 تحت عنوان نظام بشأن المكوس على المنتجات المحلية لسنة 1985، وحيث ان المشرع الفلسطيني غفل عن اصدار قانون فلسطيني ناظم للجمارك والمكوس ولم يصدر اي تشريع معدل للقوانين السارية المشار اليها اعلاه، وحيث ان التطبيق العملي لهذه القوانين من قبل محاكم الجمارك ابان العديد من الثغرات والهناات والنواقص التشريعية، التي تقتضي الوقوف امامها بجدية ومعالجتها تشريعياً بصفة عاجلة وملحة، بالنظر للنتائج المترتبة على استمرار العمل بالقوانين المذكورة، ومساسها المباشر باستقلالية القضاء، واثرت ذلك على الحقوق والواجبات الاقتصادية للمواطنين المخاطبين باحكامها.

سنداً لذلك كله اعد المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» مقترح مشروع قانون معدل لقانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962 وتعديلاته، بما ينسجم واحكام القانون الاساسي، ويوفر استقلالية للقضاء، وضمانات المحاكمة العادلة، سيما وان التشريعات المتعلقة بذات الموضوع في العديد من الدول العربية بما فيها الاردن،

عملت على تجاوز النواقص التشريعية التي وردت في قوانين الجمارك والمكوس الاردنية التي كانت سارية المفعول قبل عام 1967 في الاردن والاراضي الفلسطينية انذاك، منوهين الى نظام بشأن المكوس على المنتجات المحلية لسنة 1985 الصادر بشكل امر عسكري اسرائيلي عن المسؤول في الادارة المدنية الاسرائيلية في ذلك الوقت والذي لا زال ساري المفعول في فلسطين تحت مسمى قانون ضريبة القيمة المضافة والواجب الالغاء والاستبدال بتشريع فلسطيني .

اننا في المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» اذ نضع مقترح مشروع قانون معدل لقانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962 وتعديلاته، نأمل من اصحاب القرار التشريعي والتنفيذي والقضائي الوقوف عليه بامعان، واتخاذ المقتضى القانوني الملائم بشأنه، بما يضمن اقرار مقترح مشروع القانون المعدل هذا واصداره وفقاً للأصول .

«مساواة»

مشروع قانون معدل لقانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962 وتعديلاته رقم () لسنة 2013

مادة (1)

تعني عبارة «القانون الأصلي» أينما وردت في هذا القرار بقانون «قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962» وتعديلاته.

مادة (2)

تعديل المادة (167) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:-

- أ - تنشأ محكمة تسمى (محكمة الجمارك البدائية) تؤلف من:
1. قاضٍ بدرجة قاضي بداية يعين رئيساً لها.
 2. عدد من القضاة ينتدبهم مجلس القضاء الأعلى من قضاة محاكم البداية العاملين في السلطة القضائية.
- ب - تتعدّد محكمة الجمارك البدائية من قاضٍ منفرد .
- ج-تعقد محكمة الجمارك البدائية جلساتها في القدس وتتعدّد مؤقّتا في كل من رام الله وغزة أو في أي مكان آخر يراه رئيسها.

مادة (3)

تعديل المادة (168) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

- تختص محكمة الجمارك البدائية بالنظر فيما يلي :
1. جرائم التهريب وما يدخل في حكمها وفقاً لأحكام القانون الأصلي.
 2. الجرائم والمخالفات التي ترتكب خلافاً لأحكام القانون الأصلي والقوانين الأخرى المتعلقة بالمكوس وقوانين الاستيراد والتصدير والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضى تلك القوانين.
 3. الخلافات الناجمة عن تطبيق التعرّف الجمركية والاتفاقيات التجارية الدولية والمحلية التي ترتبط بها فلسطين (السلطة الوطنية الفلسطينية) وفي أي خلاف يقع مهما كان نوعه يتعلق بتطبيق القوانين والأنظمة المذكورة بالبند (2) من هذه المادة.
 4. توقيف وتخليه سبيل الأشخاص المتهمين بارتكاب الجرائم والمخالفات المنصوص عليها في البند (2+1) من هذه المادة وفقاً لإحكام قانون الإجراءات الجزائية النافذ.

5. الإفراج عن البضائع المحجوزة في القضايا المنظورة لديها لقاء كفالة مصرفية تعادل قيمة هذه البضائع وكذلك الإفراج عن وسائل النقل المحجوزة بعد وضع إشارة الحجز عليها لدى الدوائر المختصة.
6. في الحالات التي لم تكن القضية قد وردت إلى المحكمة بعد يجوز لرئيس المحكمة أن يطلب من أي شخص اتهم بموجب القانون أن يقدم كفالة لضمان حضوره للمحكمة وإلا تقرر توقيفه حتى تنتهي القضية أو يقدم تلك الكفالة.

مادة (4)

تعديل المادة (169) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

أ. تنشأ محكمة استئناف تسمى (محكمة الجمارك الاستئنافية) تؤلف من:

1. قاض بدرجة قاضي استئناف يعين رئيساً لها.
2. عدد من القضاة ينتدبهم مجلس القضاء الأعلى من قضاة محاكم الاستئناف العاملين في السلطة القضائية .
3. تتعقد محكمة الجمارك الاستئنافية من هيئة مؤلفة من ثلاثة قضاة وتصدر قراراتها أو احكامها بالإجماع أو بالأكثرية ولها أن تحكم بما كان يجب أن تحكم به محكمة الجمارك الابتدائية على أن لا يضار المستأنف باستئنافه.
4. تعقد محكمة الجمارك الاستئنافية جلساتها في القدس وتتعدد مؤقتاً في كل من رام الله وغزة أو أي مكان آخر يراه رئيسها.
5. تنظر محكمة الجمارك الاستئنافية في الطعون المقدمة لها تدقيقاً في القضايا التي لا تزيد قيمتها أو الغرامة فيها على عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً ، ومرافعة في القضايا الأخرى ، ويجوز لها النظر في أي قضية مهما بلغت قيمتها مرافعة لأي سبب تراه بقرار تصدره لهذه الغاية تدقيقاً .
6. تختص محكمة الجمارك الاستئنافية بالنظر في الطعون التي تقدم على القرارات أو الأحكام الصادرة عن محكمة الجمارك الابتدائية.
7. مدة الاستئناف خمسة عشر يوماً

مادة (5)

تعديل المادة (170) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

تخضع محكمتي الجمارك البدائية والاستئنافية لإشراف مجلس القضاء الأعلى ولكل محكمة منهما الصلاحيات المعطاة للمحاكم النظامية العادية فيما يتعلق بالإجراءات وسماع البيئات ، ويتبع في كافة إجراءاتهما قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم(2) لسنة (2001) وقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة (2001) بالقدر الذي يتفق مع أحكام القوانين والأنظمة والتعليمات المشار إليها في المادة 168 من هذا القانون.

مادة (6)

تعديل المادة (171) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
للمدان أن يعترض على الحكم الغيابي خلال أسبوع واحد من تاريخ تبليغه الحكم.

مادة (7)

تعديل المادة (172) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
أ- يقدم الاعتراض او الاستئناف بلائحة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى محكمة البداية التي تقع إقامة الطاعن ضمن اختصاصها لرفعها إلى المحكمة ذات الاختصاص .
ب- لا تقبل لائحة دعوى أو لائحة استئناف أو لائحة نقض أو لائحة جوابية إلا من محام مزاول وفقا لإحكام قانون المحامين النظاميين الساري.

مادة (8)

تعديل المادة (173) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
أ- يقوم بوظيفة الكتابة لدى محكمتي الجمارك البدائية والاستئنافية موظفون يعينهم مجلس القضاء الأعلى .
ب- تجري التبليغات بمعرفة موظفي الجمارك أو رجال الضابطة الجمركية أو محضري المحاكم أو الشرطة وفقا لإحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجزائية النافذين.

مادة (9)

تعديل المادة (174) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
تستوفي الرسوم عن الدعاوى المدنية المقامة أمام المحاكم الجمركية في جميع درجات

المحاكمة وأنواعها وفقاً لإحكام قانون رسوم المحاكم النظامية رقم (1) لسنة (2003) وكأنها دعوى مدنية بالمعنى المبين بالقانون .

مادة (10)

تعديل المادة (175) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
تحال جميع الدعاوى التي هي ضمن اختصاص محاكم الجمارك إليها ما لم تكن محجوزة لإصدار الحكم.

مادة (11)

تعديل المادة (176) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
يمارس وظيفة النيابة العامة الجمركية وكيل نيابة أو أكثر يعينه النائب العام بتنسيب الوزير من موظفي الدائرة المحققين ممن لهم خدمة في الدائرة مدة لا تقل عن خمس سنوات للقيام بهذه الوظيفة، وله حق التحقيق والمرافعة واستئناف وتمييز الأحكام الصادرة عن المحاكم الجمركية.

مادة (12)

تعديل المادة (177) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:
أ - تقبل الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة الجمارك الاستئنافية في الدعاوى الجزائية والمدنية الطعن لدى محكمة النقض في الحالتين التاليتين:
1. إذا كانت قيمة الدعوى أو الغرامات الجمركية وبدل المصادرات لا تقل عن عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً ، وتكون مدة الطعن بالنقض خمسة عشر يوماً .
2. إذا أذنت محكمة الجمارك الاستئنافية أو محكمة النقض بذلك وفق أحكام الفقرات (ب،ج،د) من هذه المادة.
ب-يقدم طلب الإذن بالنقض إلى محكمة الجمارك الاستئنافية خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم الاستئنائي أو تبليغه وذلك وفقاً لأحكام مدد الطعن الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجزائية النافذين .

- ج- إذا رفضت محكمة الجمارك الاستئنافية منح الإذن بالنقض يحق لطالبه تقديم طلب جديد لمنح الإذن إلى رئيس المحكمة العليا وذلك خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه قرار الرفض .
- د- في حال منح الإذن بالنقض من محكمة الجمارك الاستئنافية أو من رئيس المحكمة العليا يترتب على طالب النقض تقديم لائحة النقض خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه قرار منح الإذن.
- هـ- تقدم لائحة النقض إلى محكمة النقض أو إلى محكمة الجمارك الاستئنافية التي أصدرت الحكم لترفعها مع الأوراق إلى محكمة النقض .

مادة (13)

تعديل المادة (178) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

- أ- لا تسمع أي دعوى ضد الخزينة لدى المحاكم الجمركية إلا إذا كان المدعي قد قام بإيداع تأمين نقدي أو كفالة مصرفية تعادل (25 %) من المبالغ المطلوبة منه بما في ذلك الرسوم والغرامات أو المبلغ المعترف به من قبله أيهما أكثر.
- ب- تعتبر الرسوم والغرامات المحكوم بها والمصادرات كتعويض مدني لإدارة الجمارك وتحصل حسب قانون تحصيل الأموال الأميرية.

مادة (14)

يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون.

مادة (15)

على جميع الجهات المختصة - كل فيما يخصه- تنفيذ أحكام هذا القانون، ويعمل به بعد مرور شهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.
صدر في مدينة رام الله بتاريخ:

محمود عباس

رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

**مشروع قانون معدل رقم () لسنة 2013م
لقانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة
2005م**



أولاً: مذكرة السياسة التشريعية لمشروع القانون المعدل رقم () لسنة 2013م لقانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة 2005م

تمهيد:

لما كانت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد للعام 2003م تهدف إلى تدعيم وترويج التدابير الرامية إلى مكافحة الفساد بصورة أكفأ وأكثر نجاعة وتيسير التعاون الدولي والمساعدة التقنية في هذا المجال إلى جانب تعزيز النزاهة والمساءلة والإدارة السليمة للشؤون والممتلكات العمومية، وعليه فقد أكدت الحكومة الفلسطينية التزامها بأحكام الاتفاقية في رسالتين للأمين العام للأمم المتحدة الأولى في العام 2005م والثانية في شهر آب من العام 2007م مثلها مثل أي عضو فيها. وتتص الاتفاقية على أن تقوم كل دولة موقعة عليها بوضع وتنفيذ وترسيخ سياسات فعالة منسقة لمكافحة الفساد وتعزيز مشاركة المجتمع المدني وتجسيد مبادئ سيادة القانون. وتعد هذه الاتفاقية الدولية امتداداً لاتفاقيات دولية جماعية كثيرة أبرمت خلال عقد التسعينيات.

وعلى المستوى الوطني تم إصدار قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005م والقرار بقانون رقم (7) لسنة 2010م بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005م واللذان باتا يعرفان بقانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005م، وانسجماً مع حكم المادة (6) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد قامت فلسطين بتنفيذ هذا البند من الاتفاقية بإنشاء هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية بموجب قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005م.

وقد مثلت هذه التشريعات نقلة نوعية نحو تهيئة البيئة القانونية لمكافحة للفساد في فلسطين بما يحقق الانسجام مع اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، ويعزز من فرص مكافحة الفساد وملاحقة المتورطين بأفعاله. ولكن ومع وضع هذا القانون موضع التنفيذ وخلال الثلاث سنوات الماضية والتي طبق فيها هذا القانون تبين أن هنالك العديد من الثغرات والهنات في نصوصه وعدم التوازن والانسجام بين مواده، بالإضافة الى ان العديد من السياسات التشريعية التي عكستها وترجمتها مواد هذا القانون لم تأت متوائمة مع

متطلبات اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، بل وبعضها جاء مناقضا تماما لما نصت عليه تلك الاتفاقية كالنصوص التي استبقت على العقوبات الجنحية المخففة لمعظم وأخطر جرائم الفساد المتمثلة بالرشوة واختلاس المال العام واستغلال النفوذ الوظيفي، وكذلك خلو القانون من النص على عدم شمول العفو الخاص لجرائم الفساد بالإضافة الى عدم تجريم القانون الفلسطيني لأفعال الفساد المقررة في القطاع الخاص لا سيما تلك التي تقع في الشركات المساهمة العامة او تلك التي تدير مرفقا عاماً وعدم معالجته للعديد من الأفعال التي باتت تعرف بالفساد الاداري والعديد من الاجراءات التي تطيل أمد التقاضي. كل ذلك وغيره جعل من تعديل هذا القانون مسألة ضرورية وملحة تستوجبها العديد من الاعتبارات سواء الداخلية او الخارجية منها وفقا لما هو مبين أدناه.

مبررات مشروع القانون واهميته:

- أولاً: ضرورة المواثمة مع اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي اعلنت الحكومة الفلسطينية بإرادة طوعية منها الالتزام بما ورد فيها، ولا سيما الاستجابة للمتطلبات الآتية:
 1. التشديد في العقوبة المفروضة على جرائم الفساد بما يستدعي تعديل النص القانوني الذي استبقى على العقوبات الجنحية المخففة لمعظم وأخطر جرائم الفساد المتمثلة بالرشوة واختلاس المال العام واستغلال النفوذ الوظيفي.
 2. تجريم افعال الفساد في القطاع الخاص لا سيما في الشركات المساهمة العامة او الشركات التي تدير مرفقا عاما.
 3. التأكيد على ضرورة ان لا تحول الحصانات دون ملاحقة مقترفي جرائم الفساد.
 4. التأكيد على عدم شمول العفو الخاص لجرائم الفساد.
 5. التأكيد على مفهوم الشراكة الحقيقية مع مؤسسات المجتمع المدني في رسم السياسة العامة لمكافحة الفساد ووضع الخطط والبرامج اللازمة لتنفيذها.
- ثانياً: توسع شمولية الحماية التي يقدمها القانون للمال العام بحيث يمتد نطاقه ليشمل موظفي ومسؤولي وأعضاء الجهات التي تتلقى موازاناتها أي دعم من الموازنة

العامّة للدولة. وهذه الاضافة تضمن شمول القانون لمؤسسات منظمة التحرير الفلسطينية التي تتلقى دعماً مالياً من الموازنة العامة.

• ثالثاً: تعزيز القدرة على ملاحقة الفاسدين وعدم اتاحة الفرصة لهم للافلات من العقاب، ويشمل ذلك:

1. التأكيد على مسألة كف اليد عن العمل بالنسبة للموظفين المشتبه بهم بشكل اوضح مما ورد في القانون الأصلي.

2. التأكيد على عدم خضوع الدعاوى والعقوبات المتعلقة بجرائم الفساد وكذلك دعاوى الاسترداد والتعويض المتعلقة بها للتقادم بشكل أدق مما ورد في القانون الأصلي بما ينسجم ونص المادة 29 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ويتطابق مع نص المادة 61 من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد.

3. النص على اعتبار جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون من الجرائم المخلة بالأمانة والشرف وعدم جواز العفو الخاص فيها.

• رابعاً: تعزيز قدرة القضاء المتخصص في مكافحة الفساد وذلك من خلال:

1. إلزام المتهم بتقديم جميع دفعه دفعة واحدة بما فيها الدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو بالانقضاء على أن يكون قرار محكمة جرائم الفساد قابل للاستئناف خلال ثمانية وأربعين ساعة، وتنتظر محكمة الاستئناف في الاستئناف تدقيقاً وتفصل فيه خلال أسبوع من تاريخ تقديمه، ويكون حكمها باتاً.

2. تخصيص هيئة محكمة استئناف للنظر في الطعون المقدمة بدعاوى الفساد، وذلك لضمان سرعة الفصل في الاستئنافات المتعلقة بها.

3. ان يتاح للمشتكي او المبلغ او مقدم الاخبار استئناف قرار رئيس الهيئة برفض قبول الشكوى امام محكمة العدل العليا ويكون قرارها نهائياً، فاذا الفت المحكمة القرار تحال الاوراق من قبل المحكمة فوراً للنيابة العامة لمباشرة التحقيق الابتدائي بشأنها.

4. تعزيز صلاحيات واستقلالية نيابة جرائم الفساد.

• خامساً: تعزيز استقلالية هيئة مكافحة الفساد وذلك من خلال التأكيد على

الاستقلال المالي للهيئة وان يكون لها موازنة خاصة بها وان تضاف مادة الى القانون تحدد من خلالها الموارد المالية للهيئة.

• سادساً: تعزيز موضوع الإبلاغ عن الفساد وذلك من خلال: الاسراع في اصدار نظام حماية الشهود والمبلغين عن الفساد، وذلك لتحقيق الانسجام مع متطلبات اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد في هذا المجال.

1. توضيح تفاصيل الحماية الجسدية والقانونية للمبلغين في متن القانون، مع التأكيد على امكانية صرف مكافآت مالية للمبلغين عن الفساد.

2. معاقبة كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية او بأماكن وجود المبلغين او الشهود او المخبرين او الخبراء بالحبس والغرامة.

3. تدعيم واجب التبليغ على الفساد.

4. جعل اقرارات الذمة المالية مفتوحة وغير سرية وذلك تعزيزا للشفافية وتسهيلا لموضوع الإبلاغ عن الفساد.

• سابعاً: معالجة اخطاء الصياغة التشريعية المادية التي وردت في القانون ومن ابرزها:

1. الخطأ في الاحالة التشريعية الواردة في المادة 13 والتي أشارت الى المادة 5 بدل من المادة 2 من القانون.

2. الخطأ في عدم اضافة كلمة (وزوجه) في الفقرة أ من المادة 16 وذلك كون المشرع في النص الاصلي سها عن ذكرها.

• ثامناً: معالجة اخطاء الصياغة التشريعية القانونية التي وردت في القانون ومن ابرزها الاتي:

1. الخطأ فيما يتعلق بشمول تعريف الفساد للأفعال الواردة في الاتفاقيات الدولية والتي كان من المفترض تقييدها بالمتطلبات القانونية والدستورية، والا اصيحت السلطة التنفيذية هي السلطة المشرعة لأحكام قانونية تتضمن التجريم والعقاب والتي لا تجوز دستوريا الا بموجب نص قانوني.

2. الخطأ في تعريف المحسوبة والواسطة والذي خلط ما بين هذه الجريمة وجريمة

الرشوة بنصه على ان تكون الغاية من هذه الجريمة هي الحصول على منفعة مادية او معنوية.

3. الغموض في بعض الاصطلاحات المستخدمة في القانون والتي لا يجوز ولا يستقيم وجودها في نصوص تجريبية كالتى يحتويها هذا القانون، مثل مصطلح " المساس بالأموال العامة، استخدام السلطة خلافا للقانون".

التأثير على التشريعات النافذة:

ضمانا لتحقيق هذا القانون مسألة الانسجام التشريعي ببعديه العامودي والافقي مع التشريعات ذات العلاقة كافة، فلا بد من التأكيد على أن هنالك عدد من التشريعات التي ستتأثر بإصدار هذا القانون سواء من حيث التعديل والالغاء او من حيث التوافق والانسجام، وخصوصاً قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005م، وقانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وتعديلاته الساري في المحافظات الشمالية، قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته الساري في المحافظات الجنوبية، قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، وقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م، والقرار بقانون رقم (9) لسنة 2007م بشأن مكافحة غسل الأموال.

العلاقة مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات العلاقة:

جاء هذا التعديل لرفع التعارض والتناقض بين القوانين السارية مع أي من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات العلاقة بمكافحة الفساد، ولتحقيق الانسجام الكامل مع اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد وتعزيز امكانية الانضمام الرسمي لدولة فلسطين لهذه الاتفاقية.

ضمانات تنفيذ القانون:

يوجد التشريع ليطبق ويفعل، وبالتالي فإن هذا القانون المعدل، سيتضمن في ثناياه عددا من الضمانات التي ستساعد في تطبيقه على أرض الواقع، ومن ابرزها:

1. الضمانات الوقائية التي سيتضمنها المشروع في نصوصه والتي سوف تضعها هيئة مكافحة الفساد بالشراكة مع جميع الجهات ذات العلاقة الرسمية منها وغير الرسمية.

2. العقوبات الجنائية والتي جاءت عقوبات مشددة تضمن تحقيق الجانب الزجري لهذا القانون بما ينسجم واتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد .

وسائل تنفيذ القانون:

لا شك بأن هيئة مكافحة الفساد ونيابة جرائم الفساد ومحكمة جرائم الفساد تمثل الوسائل التي ستتولى تطبيق القانون وهي أجسام موجودة أصلاً بموجب التشريعات السارية.

التكلفة المالية للتشريع:

يجب التنويه إلى الاعتبارات المالية التي ستترتب على تطبيق هذا التشريع، إذ قد يترتب على نفاذ هذا التشريع بعض الالتزامات المالية على الموازنة العامة من حيث ضرورة إفراد هيئة استئناف متخصصة بدعوى الفساد وتعيين مجلس إدارة لهيئة مكافحة الفساد. ولكن وحيث ان وسائل تنفيذ القانون ممثلة بالهيئة ونيابة جرائم الفساد ومحكمة جرائم الفساد موجودة أصلاً على ارض الواقع ولن تتسبب بالتالي بأية تكلفة او اعباء مالية جديدة، كما انه ومن المسائل الجديرة بالذكر ان الحماية الاكبر التي سيمثلها هذا القانون للمال العام وما قد يوفره على الدولة من اعتداءات على المال العام فإنه من الممكن القول وبقوة بأن هذا القانون سيوفر على الدولة التكلفة المالية المعروفة للفساد وسيعزز وينعكس ايجابا على التنمية بصورها المختلفة والتي يعتبر الفساد عدوها الاول والاكبر.

ثانياً: نصوص مشروع القانون المعدل رقم () لسنة 2013م لقانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة 2005م ومبرراتها.

المادة (1)

تعني عبارة «القانون الأصلي» فيما بعد أينما وردت في هذا القانون «قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005م».

المادة (2)

تعديل المادة رقم (1) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: يكون للكلمات والعبارات التالية الواردة في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم يدل السياق على خلاف ذلك:

الدولة: دولة فلسطين.

رئيس الدولة: رئيس دولة فلسطين.

المجلس التشريعي: المجلس التشريعي الفلسطيني.

مجلس الوزراء: مجلس وزراء دولة فلسطين.

الهيئة: هيئة مكافحة الفساد.

المجلس: مجلس إدارة الهيئة.

الرئيس: رئيس المجلس.

العضو: عضو المجلس.

المحكمة: محكمة جرائم الفساد.

نيابة جرائم الفساد: النيابة العامة المنتدبة للعمل مع هيئة مكافحة الفساد.

الموظف: كل من هو مشمول في حكم المادة 2 من القانون الأصلي بالرغم مما ورد في قانون العقوبات أو أي قانون آخر.

الأموال والممتلكات: الموجودات بكل أنواعها سواء أكانت مادية أم غير مادية، منقولة أم غير منقولة والمستندات أو الصكوك القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود حق عليها.

الواسطة والمحسوبية والمحاباة: قيام الموظف بعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عن عمل من أعمالها أو إخلاله بواجباته نتيجة لرجاء أو توصية أو لاعتبارات غير مهنية كالانتماء الحزبي أو العائلي أو الديني أو الجهوي.

استغلال النفوذ: استعمال الموظف لنفوذه الحقيقي أو المزعوم للحصول أو محاولة الحصول من أية سلطة عامة على أعمال أو أوامر أو أحكام أو قرارات أو نياشين أو التزام أو ترخيص أو اتفاق توريد أو مقاوله أو على وظيفة أو ترقية أو خدمة أو أية ميزة من أي نوع.

تضارب المصالح: الوضع أو الموقف الذي تتأثر فيه موضوعية واستقلالية قرار الموظف بمصلحة شخصية مادية أو معنوية تهمة هو شخصياً أو أحد أقاربه أو أصدقائه المقربين أو عندما يتأثر أداءه للوظيفة العامة باعتبارات شخصية مباشرة أو غير مباشرة أو بمعرفته بالمعلومات التي تتعلق بالقرار.

الفساد: يعتبر فساداً لغايات تطبيق أحكام هذا القانون الجرائم المبينة أدناه:

1. الرشوة.
2. الاختلاس.
3. التزوير والتزييف.
4. استثمار الوظيفة.
5. غسل الأموال الناتجة عن جرائم فساد.
6. الكسب غير المشروع.
7. استغلال النفوذ.
8. الواسطة والمحسوبية والمحاباة.
9. تضارب المصالح.
10. التهاون في أداء المهام الوظيفية.

مبررات التعديل:

فيما يتعلق بتعريف الفساد فان الاحالة الواسعة وغير المنضبطة التي وقع بها النص النافذ تتعارض مع اصول الصياغة التشريعية.

• فيما يتعلق بالنصوص التجريبية والعقوبات والتي يجب ان تكون واضحة ودقيقة ومحددة. فقد حددت بموجب هذا التعديل الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة والجرائم المخلة بالثقة العامة التي تعتبر من جرائم الفساد. خصوصا وان هنالك العديد من الجرائم المخلة بالثقة العامة لا ينطبق عليها تعريف الفساد من حيث صفة الشخص الذي يقوم بها، كما ان بعض الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة المنصوص عليها في قانون العقوبات لا تدخل ضمن مفهوم استغلال النفوذ الوظيفي لتحقيق مصلحة خاصة.

• الجرائم الناتجة عن غسل الأموال ليس لها وجود كون جريمة غسل الاموال هي جريمة تبعية، وليكون تجريم فعل غسل الاموال والمتحصلات الجرمية الناتجة عن جرائم فساد بما ينسجم ونص المادة 23 من اتفاقية الامم المتحدة للعام 2003م.

• فيما يتعلق بتعريف الموظف فان هذا الاصطلاح وبقتصره التعريف على كل من يعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية او العسكرية على موازنة احدى الدوائر الحكومية ايا كانت طبيعة تلك الوظيفة او مسماهها. هو تعريف يتعارض تماما مع ما ورد في المادة 2 من القانون نفسه، حيث انه ووفقا لمبادئ الصياغة التشريعية فان العديد من الجرائم والاحكام المنصوص عليها في هذا القانون لن تشمل أشخاصاً مثل الرئيس والوزراء واعضاء مجالس ادارة الهيئات المحلية والخيرية والنقابات وغيرها.

• فيما يتعلق بحذف عبارة «للحصول على منفعة مادية او معنوية» الواردة في تعريف المحسوبية والواسطة والمحابة فقد تم هذا الحذف للتفريق ما بين هذه الجريمة وجريمة الرشوة.

• تنتشر ظاهرة تضارب المصالح في جميع قطاعات المجتمع، بما في ذلك في القطاع الخاص وفي بعض مؤسسات المجتمع المدني، حيث تساهم المصالح الشخصية في تسيير المهمات وسرعة إنجازها وتراكم الأرباح لصالح فئات دون غيرها، أو في

تحول المؤسسات الأهلية إلى مؤسسات فئوية وحزبية مغلقة على مجموعة محددة وهو ما قد يضعف مصداقيتها عند تصديها لهذه الظواهر مما استدعى تجريم هذه الظاهرة بهدف إعمال مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

- لقد جاء تجريم استغلال النفوذ للحد من هذه الظاهرة التي انتشرت مؤخراً في مجتمعنا الفلسطيني بشكل كبير لعدم تجريمها مما أثر سلباً على ثقة المواطنين في نزاهة الوظيفة العامة وسمعة مؤسسات الدولة والجهات الخاضعة لإشرافها، وأضر بالثقة الواجبة في أعمالها، وناهيك عن أن هذه الظاهرة من شأنها أن تجعل الوظيفة العامة وما تخوله من نفوذ سلعة يتجر فيها.
- جاء إلغاء تجريم جميع الأفعال الواردة في الاتفاقيات العربية والدولية لمكافحة الفساد التي صادقت عليها أو انضمت إليها السلطة الوطنية، كون هذا النص يخالف مبدأ الشرعية المكفول بنص المادة 15 من القانون الأساسي، ذلك أنه يحيل تحديد الفعل المجرم إلى «ما يشار إليه في الاتفاقيات العربية والدولية لمكافحة الفساد»، وهي عبارة تتصف بالغموض وعدم التحديد وتتعارض مع مبدأ الشرعية الذي كفله القانون الأساسي. فإذا كان تعبير «جميع الأفعال الواردة بالاتفاقيات» هو تعبير مختلف على تفسيره وتحديد نطاقه، فإنه لا يجوز أن يحيل الشارع الفلسطيني في تحديد الفعل المجرم إلى تعبير ليس له معنى واضح. وقد نص الشارع على أن تكون هذه الأفعال «واردة في الاتفاقيات العربية والدولية لمكافحة الفساد التي صادقت عليها أو انضمت إليها السلطة الوطنية»، وهو نص محل نظر: فمن ناحية فإن تعبير «الورود» يفيد أن الأفعال التي ترد في الاتفاقية قد لا تكون منصوص عليها على نحو مجرم، ويعني ذلك أن مجرد الورد غير المجرم للفعل في اتفاقية صادقت عليها أو انضمت إليها السلطة الوطنية تكفي في نظر الشارع الفلسطيني لأن تكون فعل فساد مجرم، وهي خطة تفتقر إلى التحديد وتجعل النص معيباً. ومن ناحية ثانية فإن كثيراً من الاتفاقيات العربية والدولية تتسم - في مجال التجريم - بعدم الدقة فقد تنص على بعض الأفعال أو الجرائم دون تحديد لمضمونها أو عناصرها، وتترك للدول

الموقعة عليها تحديد ذلك؛ وقد تستخدم عبارات ومصطلحات سائدة في تشريعات دول دون أخرى؛ وقد يعتري نصوص الكثير من هذه الاتفاقيات الغموض وعدم التحديد؛ وقد تغلب الاعتبارات والمصالح السياسية على نصوصها دون مراعاة للاعتبارات والأصول القانونية. وهذه الاعتبارات جميعاً كانت توجب على الشارع ألا يحيل تحديد الفعل المجرم إلى "الاتفاقيات العربية والدولية لمكافحة الفساد التي صادقت عليها أو انضمت إليها السلطة الوطنية".

المادة (3)

تستبدل عبارتي «السلطة الوطنية» و«رئيس السلطة الوطنية» أينما وردت في القانون الأصلي لغايات تطبيق هذا القانون على التوالي بعبارتي «الدولة» و«رئيس الدولة». مبررات التعديل:

ذلك الاستبدال جاء انسجماً مع اعلان الدولة الفلسطينية.

المادة (4)

تعديل المادة رقم (2) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: يخضع لأحكام هذا القانون:

1. رئيس الدولة ونوابه ومستشاروه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة.
2. رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم.
3. رئيس وأعضاء المجلس التشريعي.
4. أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة وموظفوها.
5. رؤساء هيئات وأجهزة الدولة.
6. المحافظون ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية والعاملون فيها.
7. الموظفون العامون المعينون بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية او العسكرية على موازنة احدى الدوائر الحكومية ايا كانت طبيعة تلك الوظيفة او مسماتها.

8. رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الشركات المساهمة العامة والعاملون فيها.
9. مأمورو التحصيل ومندوبوهم والامناء على الودائع والمصارف.
10. المحكمون والخبراء والحراس القضائيين والوكلاء الدائمين والمصفين.
11. رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الهيئات والمؤسسات العامة والجمعيات الخيرية والهيئات الاهلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وبالاستقلال المالي والاداري والأحزاب والنقابات ومن في حكمهم والعاملين في أي منها حتى ولو لم تكن تتلقى دعماً من الموازنة العامة.
12. الأشخاص المكلفين بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم به.
13. أي شخص غير فلسطيني يشغل منصباً في أي من مؤسسات الدولة، التشريعية، التنفيذية والقضائية وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح أي جهاز عمومي أو منشأة عمومية أو منظمة أهلية تابعة لبلد أجنبي أو مؤسسة ذات طابع دولي.
14. موظفو ومسؤولو وأعضاء الجهات التي تتلقى موازنتها أو أي دعم من الموازنة العامة للدولة.

مبررات التعديل:

- هذا التعديل ينسجم مع التعديل الذي حصل على تعريف الموظف في المادة الاولى.
- فيما يتعلق بحذف عبارة «التي تكون السلطة الوطنية او اي من مؤسساتها مساهما فيها» فإن هذا الحذف يأتي من باب المواثمة والانسجام مع اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد التي اوجبت ان تشمل اجراءات وسياسات مكافحة الفساد والقطاع الخاص ولا سيما شركات المساهمة العامة التي تمثل الفئة الاقوى في هذا القطاع خصوصا وان غالبية اموالها هي اموال لجمهور المواطنين المستثمرين في الشركة.
- فيما يتعلق بموظفي ومسؤولي وأعضاء الجهات التي تتلقى موازنتها أو أي دعم من الموازنة العامة للدولة. فإن هذه الاضافة تضمن شمول القانون لمؤسسات منظمة التحرير الفلسطينية التي تتلقى دعما ماليا من الموازنة العامة.
- بخصوص صلاحيات مجلس الوزراء في إخضاع أي شخص آخر أو جهة أخرى لأحكام

هذا القانون، نجد بأن هذا النص تنكسر عدم دستوريته في منحه لمجلس الوزراء صلاحية تعديل و/أو إضافة نصوص لقانون بقرار يصدر عن المجلس. فالمجلس ودون أي رقابة تشريعية تقتضيها ضرورات مجتمعية مبررة، بإمكانه الاجتهاد بإضافة فئات أخرى من المجتمع لقوافل الخاضعين لأحكام قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005م. وهذا يتنافر مع القواعد الدستورية المحددة للجهات صاحبة الصلاحية التشريعية، مما يقتضي تصويب هذه المخالفة الدستورية بإلغاء النص.

المادة (5)

تعديل المادة رقم (3) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

1. تنشأ بمقتضى أحكام هذا القانون هيئة تسمى «هيئة مكافحة الفساد» تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الإداري والمالي ويكون لها موازنة خاصة بها، ولها بهذه الصفة القيام بجميع التصرفات القانونية اللازمة لتحقيق أهدافها وحق إبرام العقود ويجوز لها ان تقاضي بهذه الصفة وتتيب عنها في الاجراءات القضائية المتعلقة بها أو لأية غاية أخرى النائب العام أو من يمثله أو أن توكل محامياً تعينه لهذه الغاية وتمارس الصلاحيات المنصوص عليها في هذا القانون وفي أية أنظمة أو تعليمات تصدر بمقتضاه.
2. يتولى إدارة الهيئة مجلس يتكون من رئيس وستة أعضاء ممن يتصفون بالعدالة والنزاهة والحيدة والخبرة ولا يشغلون وظائف عامة ويتم تعيينهم بقرار من رئيس الدولة بناءً على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى ومصادقة المجلس التشريعي، وتكون مدة العضوية في المجلس أربع سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة للرئيس أو لأي من الأعضاء ويحدد راتب كل من الرئيس والأعضاء وسائر حقوقهم المالية بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب من المجلس.
3. يكون المقر الرئيس للهيئة في مدينة القدس، ويجوز بقرار من المجلس إنشاء فروع أو مكاتب لها في كافة محافظات الوطن.
4. تتمتع الهيئة في ممارسة مهامها وأعمالها باستقلالية دون أي تأثير أو تدخل من أي جهة كانت.

5. تتكون الموارد المالية للهيئة من المبالغ السنوية التي تخصص لها في الموازنة العامة، وفقاً للموازنة المعتمدة لها من قبل مجلس الوزراء بناء على تسيب المجلس.
 6. يؤدي الرئيس والأعضاء قبل مباشرتهم مهامهم أمام رئيس الدولة وبحضور رئيس المجلس التشريعي ورئيس المحكمة العليا اليمين التالية "أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً لله ثم للوطن وأن أحترم النظام الدستوري والقوانين والأنظمة وأن أقوم بالمهام الموكلة لي بصدق وأمانة والله على ما أقول شهيد".
 7. على الرئيس والأعضاء أن يتفرغوا لعملهم ولا يجوز لأي منهم مزاوله أي عمل او وظيفة او مهنة اخرى .
 8. يختار المجلس من بين اعضائه نائباً للرئيس يتولى مهامه عند غيابه .
 9. يعين المجلس عدداً كافياً من الموظفين والمستشارين لتمكين الهيئة من القيام بمهامها ويتم تحديد درجاتهم ورواتبهم ومكافآتهم وعلاواتهم وجميع حقوقهم الوظيفية والمالية بموجب نظام يضعه المجلس ويصدر عن مجلس الوزراء .
 10. استثناءً مما ورد في البند السابق يخضع موظفو الهيئة لأنظمة التقاعد السارية المفعول .
 11. على كل من الرئيس والاعضاء وجميع العاملين في الهيئة أن يفصحوا عن ممتلكاتهم وممتلكات أزواجهم وأولادهم القاصرين قبل مباشرتهم لعملهم وتحفظ هذه الاقرارات في الهيئة بالنسبة للعاملين ولدى المحكمة العليا بالنسبة للرئيس والأعضاء .
 12. يكون للرئيس والأعضاء صفة الضابطة القضائية، لغايات قيامهم بمهامهم، ويحدد المجلس الموظف في الهيئة الذي يتمتع بهذه الصفة .
- مبررات التعديل:**

- نصت المادة (1/3) من قانون مكافحة الفساد المعدل رقم (1) لسنة 2005م على تمتع هيئة مكافحة الفساد بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الإداري والمالي، كما أوجب تخصيص موازنة خاصة بها ضمن الموازنة العامة، وبالتالي فإن اعتبار موازنة الهيئة جزءاً من الموازنة العامة، يخضعها بالضرورة لكل من القانون رقم (7) لسنة 1998م بشأن تنظيم الموازنة العامة والشؤون المالية، والقانون رقم (9) لسنة 1998م بشأن

للولازم العامة، وقرار مجلس الوزراء رقم (43) لسنة 2005م بشأن النظام المالي للوزارات والمؤسسات العامة، ذلك أن كل منها نص على تعريف للمؤسسة العامة بأنها أية سلطة أو هيئة أو مؤسسة عامة في فلسطين تتمتع بالشخصية الاعتبارية وتدخل موازنتها ضمن الموازنة العامة، والذي أخضع جميع المؤسسات العامة لأحكامه. وبناء على ما تقدم، فإن النظام المالي للوزارات والمؤسسات العامة الصادر عن مجلس الوزراء بقراره رقم (43) لسنة 2005م هو الواجب التطبيق على الهيئة باعتبار أنها مؤسسة عامة. وعليه فإن الاستقلال المالي للهيئة يصبح مبتوراً وخاضعاً لما تقرره السلطة التنفيذية بالخصوص. حتى لو تمثل ذلك بمنح الهيئة صلاحية الصرف المباشر كون ذلك يكون بقرار من وزير المالية أصولاً. وعليه فقد بات من الواجب تعديل هذا النص ليكون قانون مكافحة الفساد منسجماً مع مقتضيات المادة (6/ب/2) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003م والتي تنص على أنه: «تقوم كل دولة طرف وفقاً للمبادئ السياسية لنظامها القانوني بمنح الهيئة أو الهيئات المشار إليها في الفقرة (1) من هذه المادة ما يلزم من استقلالية لتمكين تلك الهيئة أو الهيئات من الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة و بمنأى عن أي تأثير لا مسوغ له....».

- استبدال المجلس الاستشاري بمجلس إدارة للهيئة يؤدي إلى عدم تكريس استقلال الهيئة وحياديتها وبذات الوقت عدم تفرد رئيس الهيئة بالقرارات.
- ان مصادقة المجلس التشريعي تكون أكثر أهمية في تحصين رئيس الهيئة وعضائها من العزل.
- استبدال مسمى السلطة الوطنية والاستعاضة عنه بمصطلح الدولة المعرفة ابتداءً بدولة فلسطين انسجاماً مع اعلان الدولة.

المادة (6)

تعديل المادة رقم (4) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

يشترط فيمن يعين رئيساً أو عضواً ما يلي:

1. أن يكون فلسطينياً ولا يتمتع بأية جنسية أخرى.

2. أن يكون من ذوي الكفاءة والاختصاص.
 3. من المشهود له بالنزاهة وحسن السمعة.
 4. ألا يقل عمره عن أربعين سنة.
 5. ألا يكون قد صدر بحقه حكم مبرم من محكمة مختصة في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو جريمة من جرائم الأموال.
- مبررات التعديل:

وذلك التعديل يأتي انسجماً مع إنشاء مجلس لإدارة الهيئة.

المادة (7)

تعديل المادة رقم (5) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

يشترط فيمن يعين موظفا في الهيئة:

1. أن يكون فلسطينياً.
 2. أن يكون من ذوي الكفاءة والاختصاص.
 3. ألا يكون قد أدين من محكمة مختصة في أية جريمة مالية أو مخلة بالشرف أو الأمانة.
- مبررات التعديل:

حذف الفقرة الثالثة من المادة (5) من القانون الاصيلي كان حتى لا تفتح عباراتها الفضفاضة الباب لموضوع السلامة الامنية كشرط للتعين والاكتفاء بعدم المحكومية.

المادة (8)

إضافة مادة جديدة تحمل الرقم (5 مكرر) بعد المادة (5) على النحو الآتي:

- أ. يجتمع المجلس برئاسة الرئيس، ويكون الاجتماع صحيحاً بحضور ما لا يقل عن خمسة من أعضائه على أن يكون الرئيس من بينهم ويتخذ قراراته بأغلبية لا تقل

- عن أربعة أصوات وفي حال تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس.
- ب. يصدر المجلس لائحة تنظم أعماله واجتماعاته وسائر الأمور المتعلقة به.
- ج. يجوز للمجلس دعوة أي شخص من ذوي الخبرة والاختصاص لحضور اجتماعاته للاستئناس برأيه، دون أن يكون له حق التصويت.

مبررات التعديل:

هذا التعديل يأتي انسجاماً مع إنشاء مجلس لإدارة الهيئة.

المادة (9)

تعديل المادة رقم (6) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

1. أ- لرئيس الدولة بناء على تنسيب من المجلس وبعد مصادقة المجلس التشريعي إنهاء خدمة الرئيس أو أي عضو من أعضائه خلال مدة المجلس في أي من الحالات التالية:
2. إذا أخل بواجبات الوظيفة أو قام بعمل يمس الشرف أو الكرامة بما في ذلك الأفعال التي تدرج في نطاق الفساد وفق أحكام هذا القانون.
3. إذا تغيب عن اجتماعات المجلس ثلاث جلسات متتالية أو ست جلسات متفرقة خلال السنة الواحدة دون عذر يقبله المجلس.
4. إذا شغل موقع الرئيس أو أي عضو لأي سبب من الأسباب يتم تعيين بدلاً منه بالطريقة المنصوص عليها في الفقرة (2) من المادة (4) من هذا القانون لاكمال المدة المتبقية من مدة المجلس.

مبررات التعديل:

جاء هذا التعديل لتكريس للرقابة الخارجية والذاتية على أعمال وتصرفات الرئيس والأعضاء.

المادة (10)

تعديل المادة رقم (6 مكرر) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

أ. يتولى الرئيس المهام والصلاحيات التالية:

1. الإشراف الإداري والمالي على الهيئة وموظفيها.
2. تنفيذ القرارات الصادرة عن المجلس.
3. تمثيل الهيئة لدى الغير.
4. إعداد مشروع الموازنة السنوية للهيئة وتقديمه إلى المجلس لإقراره.
5. إعداد التقرير السنوي عن أعمال الهيئة وتقديمه إلى المجلس للمصادقة عليه.
6. للرئيس تفويض أي من صلاحياته المنصوص عليها في هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه لنائبه أو لأي من أعضاء المجلس على أن يكون التفويض خطياً ومحدداً.

ب. يتولى المجلس المهام والصلاحيات التالية:

1. اتخاذ القرارات اللازمة للتعاقد مع الغير فيما يتعلق بأعمال الهيئة.
2. اعداد الهيكل التنظيمي للهيئة وجدول تشكيلات الوظائف فيها وإصدار التعليمات التنظيمية اللازمة لذلك.
3. اقتراح مشاريع التشريعات الخاصة بعمل الهيئة ورفعها لمجلس الوزراء لاستكمال الإجراءات اللازمة بشأنها.
4. تأليف لجنة، أو أكثر، يراها ضرورية لعمله على أن تحدد مهامها في قرار تأليفها.
5. إقرار موازنة الهيئة.
6. إقرار التقرير السنوي للهيئة ورفع له لرئيس الدولة والمجلس التشريعي ومجلس القضاء الأعلى.
7. نشر تقارير الهيئة وموازنتها في الجريدة الرسمية.
8. أي مهام أخرى ذات علاقة بعمل الهيئة وأهدافها يعرضها الرئيس عليه.

مبررات التعديل:

هذا التعديل يأتي انسجاماً مع إنشاء مجلس لإدارة الهيئة وفي إطار تحديد الاختصاصات وتبيان المرجعيات.

المادة (11)

تعديل المادة رقم (7) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

وفقاً لأحكام القانون يتمتع الرئيس والأعضاء وجميع العاملين في الهيئة بالحصانة الوظيفية عن كل ما يقومون به من أعمال تتعلق بتنفيذ مهامهم.

مبررات التعديل:

هذا التعديل يأتي انسجاماً مع إنشاء مجلس لإدارة الهيئة، ولكون مصطلح العاملين أشمل من مصطلح الموظفين الوارد في ذات المادة من القانون الأصلي.

المادة (12)

تعديل المادة رقم (6/8) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

رسم السياسة العامة لمكافحة الفساد بالتعاون والتشاور مع الجهات ذات العلاقة بما فيها مؤسسات المجتمع المدني ذات الصلة ووضع الخطط والبرامج اللازمة لتنفيذها، وتشرف الهيئة على وضع الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، وضمان تنفيذها.

مبررات التعديل:

تعزيز المشاركة المجتمعية في جهود مكافحة الفساد، من خلال اشراك مؤسسات المجتمع المدني الفاعل في هذه الجهود.

المادة (13)

تعديل المادة رقم (9) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

أولاً: يلغى نص الفقرة (2) منها ويستعاض عنه بالنص الآتي:

2. ملاحقة كل من يخالف أحكام هذا القانون وحجز أمواله المنقولة وغير المنقولة

احتياطياً ومنعه من السفر، وتكليف الجهات المعنية بكف يده عن العمل وجوبا ووقف علاواته وترقياته عند اللزوم، وفي حال الإدانة بحكم مبرم يلزم المحكوم عليه الذي صدر قرار بكف يده وفق أحكام هذه الفقرة بإعادة جميع الرواتب والعلاوات وسائر استحقاقاته المالية التي قبضها طوال فترة كف اليد وذلك بالرغم مما ورد في قانون الخدمة المدنية واللوائح الصادرة بمقتضاه.

ثانياً: إضافة الفقرة (10) إليها بالنص الآتي:

10. للهيئة اثناء اجراء تحقيقاتها ان تطلب كإجراء مستعجل من المحكمة بواسطة نيابة جرائم الفساد وقف العمل بأي عقد أو اتفاق أو منفعة أو امتياز اذا تبين لها من ظاهر البيئة انه تم الحصول عليه نتيجة فعل فساد وذلك لحين البت في الدعوى بحكم مبرم، وللمحكمة إبطال أو فسخ كل عقد أو اتفاق أو منفعة أو امتياز تم الحصول عليه نتيجة فعل يشكل فساداً مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

مببرات التعديل:

- التأكيد على مسألة كف اليد بالنسبة للموظفين المشتبه بهم بشكل اوضح.
- بموجب هذا التعديل أصبح كل عقد أو اتفاق أو منفعة أو امتياز تم الحصول عليه نتيجة فعل يشكل فساداً قابلاً للإبطال أو الفسخ بقرار من محكمة جرائم الفساد. ولهيئة مكافحة الفساد اثناء اجراء تحقيقاتها ان تطلب كإجراء مستعجل من ذات المحكمة وقف العمل بأي عقد أو اتفاق أو منفعة أو امتياز اذا تبين لها من ظاهر البيئة انه تم الحصول عليه نتيجة فعل فساد وذلك لحين البت في الدعوى بما ينسجم ونص المادة 34 من اتفاقية الامم المتحدة للعام 2003م.

المادة (14)

تعديل المادة (9 مكرراً) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

1. بقرار من مجلس القضاء الأعلى تشكل هيئة محكمة متخصصة بالنظر في دعاوى الفساد أينما وقعت، وتتعدد من ثلاثة قضاة لا تقل درجتهم عن قضاة محكمة بداية وتكون الرئاسة لأقدمهم.
2. يجب على المحكمة البدء بالنظر في اية دعوى ترد اليها خلال مدة لا تزيد عن عشرة

- أيام عمل من تاريخ تقديمها وتعقد جلستها لهذا الغرض في أيام متتالية ولا يجوز تأجيل المحاكمة لأكثر من ثلاثة أيام عمل وينسحب ذلك على الإستئناف والنقض ويفرد مجلس القضاء الاعلى هيئة استئناف متخصصة للنظر في الطعون المقدمة بدعاوى الفساد.
3. تتعقد المحكمة في مدينة القدس أو في أي مكان آخر يعينه رئيس المحكمة وتطبق على جلساتها وكيفية اتخاذ قراراتها الأحكام والاجراءات المحددة في القوانين المعمول بها.
4. تصدر المحكمة حكمها في أية دعوى ختمت فيها المحاكمة خلال مدة لا تزيد عن عشرة أيام عمل من تاريخ اختتام المحاكمة وللمحكمة تأجيلها لهذا الغرض مرة واحدة فقط لمدة لا تزيد عن سبعة أيام عمل.
5. على الرغم مما ورد في قانون الاجراءات الجزائية والقوانين الاخرى ذات العلاقة يجب على المتهم تقديم جميع دفوعه وطلباته دفعة واحدة بما فيها الدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو بالانقضاء على أن يكون قرار المحكمة قابلاً للاستئناف خلال ثلاثة أيام عمل، وتتنظر محكمة الاستئناف في الاستئناف تدقيقاً وتفصل فيه خلال سبعة أيام عمل من تاريخ تقديمه، ويكون حكمها غير قابل للطعن بالنقض استقلاً.
6. الأحكام الصادرة عن المحكمة تخضع لكافة طرق الطعن وفقاً لقانون الاجراءات الجزائية، على أن تكون مدة الطعن بالإستئناف أو النقض لكافة الخصوم عشرة أيام عمل.
- مبررات التعديل:

وذلك لضمان سرعة الفصل في الاستئنافات المتعلقة بقضايا الفساد وإنهاء مسألة التأجيل غير المبرر استناداً للمادة الموجودة في القانون الأصلي والتي تسمح بالتأجيل «عند الضرورة» لمدد طويلة. إضافة إلى أن إلزام المتهم بتقديم جميع دفوعه وطلباته دفعة واحدة يغلق الباب أمام ذريعة لطالما أطالت أمد التقاضي في جرائم الفساد.

المادة (15)

تعديل المادة 16 من القانون الأصلي وذلك على النحو الآتي:
 أولاً: إلغاء عبارة (البند (1،2،3،4) من المادة 5 من هذا القانون) في الفقرتين (1و2) منها والاستعاضة عنها بعبارة (البند (1،2،3،4) من المادة 2 من هذا القانون).

ثانياً: يعدل البند (أ) من الفقرة (1) بإلغاء عبارة (إقرار عن ذمته المالية) الواردة في بدايته والاستعاضة عنها بعبارة (إقرار مفصل عن ذمته المالية وذمة زوجه).

مبررات التعديل:

- التعديل الأول لتصحيح الخطأ المادي في الاحالة التشريعية بالنسبة لرقم المادة 2 بدل من المادة 5.
- أما التعديل الثاني فقد كان بسبب قيام بعض المكلفين بتقديم إقرارات مبتورة عن ذمهم المالية وترك جزء من الخانات المدرجة في الاقرارات فارغة دون تفصيلات وكذلك كون المشروع قد سهي عن إلزام المكلف في هذا النص بتقديم إقرار ذمة مالية لزوجه.

المادة (16)

تعدل المادة 17 من القانون الأصلي وذلك على النحو الآتي:

1. إذا تبين للهيئة بالنسبة للفئات المنصوص عليها في البنود (1، 2، 3، 4) من المادة (2) من هذا القانون باستثناء رئيس الدولة وجود شبهات قوية بارتكاب احد الجرائم المشمولة في هذا القانون يحيل الرئيس الأمر الى رئيس الدولة بالنسبة لرئيس الوزراء ومستشاريه وإلى رئيس مجلس الوزراء بالنسبة للوزراء، ومن في حكمهم وإلى مجلس القضاء الأعلى بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة وفقاً للقانون الاساسي والتشريعات ذات العلاقة، وفي جميع الاحوال تباشر الهيئة تحقيقاتها بعد مرور عشرة ايام من تاريخ الاحالة.
2. باستثناء حالات التلبس، اذا تبين وجود شبهات قوية على ارتكاب الرئيس أو أي من الأعضاء أحد الجرائم المشمولة بأحكام هذا القانون يحيل رئيس الدولة الامر الى المجلس التشريعي لمباشرة اجراءات التقصي والتحقيق واذا قرر المجلس بالأغلبية المطلقة ان هذه الشبهات تستدعي الاحالة الى المحكمة يقرر رفع الحصانة عنه ووقفه عن عمله ويحيل الامر لنيابة جرائم الفساد لإحالة الأوراق للمحكمة للنظر في الموضوع.

مبررات التعديل:

جاء هذا التعديل انسجاماً مع اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد التي أكدت على ضرورة ان لا تحول الحصانات دون ملاحقة مقترفي جرائم الفساد.

المادة (17)

تلغى المادة 18 من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالنص الآتي:

1. على كل من يملك معلومات جدية أو وثائق بشأن جريمة فساد وقعت من أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون أن يقدمها إلى الهيئة أو أن يتقدم بشكوى بشأنها ضد مرتكبها.
2. تتولى الهيئة توفير الحماية القانونية والوظيفية والشخصية اللازمة للمبلغين والشهود والمخبرين والخبراء وأقاربهم والاشخاص وثقفي الصلة بهم في قضايا الفساد من اي اعتداء او انتقام او ترهيب محتمل من خلال ما يلي:
 3. توفير الحماية لهم في اماكن اقامتهم.
 4. عدم الافصاح عن المعلومات المتعلقة بهويتهم واماكن وجودهم.
 5. الإدلاء بأقوالهم وشهاداتهم من خلال استخدام تقنيات الاتصال الحديثة وبما يكفل سلامتهم.
 6. حمايتهم في أماكن عملهم وتحصينهم من أي تمييز أو سوء معاملة أو أي اجراء تعسفي، أو قرار إداري يغير من المركز القانوني أو الاداري لهم أو ينتقص من حقوقهم بسبب شهاداتهم او إبلاغهم أو ما قاموا به من أعمال لكشف جرم الفساد.
 7. توفير أماكن لإيوائهم عند الضرورة.
 8. اتخاذ أي إجراء أو القيام بأي عمل ضروري يضمن سلامتهم.
 9. يتم البت بطلبات توفير الحماية من المجلس وفقاً لما تفرضه الظروف المحيطة بطالبي الحماية، على أن يتم رفع الحماية عنهم حال زوال الظروف التي أدت إلى فرضها.

10. تنظم جميع الأمور المتعلقة بتوفير الحماية المطلوبة للمبلغين والشهود والمخبرين والخبراء واقاربهم والاشخاص وثيقي الصلة بهم بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية.
 11. على الرغم مما ورد في اي تشريع آخر، للمجلس صرف مكافأة مالية للمبلغين والشهود والمخبرين بموجب نظام يصدر لهذه الغاية.
 12. تسقط الحماية الممنوحة بقرار المجلس في حال مخالفة شروط منحها.
 13. على الضابطة القضائية تنفيذ قرارات المجلس الصادرة بشأن طلبات الحماية.
- مبررات التعديل:

- لضمان سلامة جميع الأعمال الاجرائية اللازمة لحماية الشهود والمبلغين والخبراء. إذ حرص المشرع الفلسطيني على تضمين العديد من التشريعات وعلى اختلاف المواضيع التي تنظمها، نصوص قانونية تلزم الجمهور، أو الموظفين، أو القائمين على تطبيق القانون بالإبلاغ عن جرائم الفساد التي تصل إلى علمهم، وفي ذات السياق أغفل المشرع توفير الحماية القانونية جراء هذا التبليغ لأولئك الأشخاص الموظفين أو المبلغين. وعليه فإن نظام حماية الشهود والمبلغين أصبح ضرورة ملحة يجب التعامل معها بكل جدية لتوفر غطاء قانوني لفضة الشهود حتى يتمكنوا من أداء شهاداتهم بكل حرية وإطمئنان بعيداً عن تعريضهم لأي نوع من الأذى وخلق نوع من التوازن في وجوبية التبليغ عن جرم الفساد وعن الحماية القانونية الواجب توفيرها لقاء ذلك، تماشياً مع نص المادة (33) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وكذلك مع نص المادة (46) من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد.
- وضع نظام مكافآت خاص لمن يقدم معلومات للهيئة عن مواطن الفساد انسجاماً مع نص المادة (13) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

المادة (18)

تلغى المادة 20 من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالنص الآتي:
تعتبر كسباً غير مشروع جميع الأموال أو الممتلكات التي حصل عليها أحد الخاضعين

لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب جريمة فساد أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني، وتعتبر قرينة على الكسب غير المشروع تستوجب الملاحقة كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو على أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم ويجوز للمحكمة الأخذ بهذه القرينة إذا ما توافرت بينة أخرى تؤيدها. يدخل في حكم الكسب غير المشروع جميع الأموال أو الممتلكات التي حصل عليها أي شخص طبيعي أو اعتباري عن طريق تواطؤ مع أي شخص من الخاضعين لهذا القانون.

مبررات التعديل:

أوجب هذا النص على الهيئة أو نيابة جرائم الفساد ملاحقة الموظف بجرم الكسب غير المشروع في حال ثبوت وجود أموال أو ممتلكات ناتجة عن جريمة فساد معلومة أو مخالفة لنص قانوني، وفي حال وجود تلك الممتلكات ودون إثبات أنها ناتجة عن جريمة فساد أو مخالفة نص قانوني فعلى الهيئة أو النيابة هنا إثبات أمرين: 1. وقوع زيادة في ثروة الخاضع، وان تكون الزيادة قد طرأت بعد تولي الوظيفة او قيام الصفة. 2. عدم وجود موارد لدى الخاضع تتناسب مع تلك الزيادة.

فإذا ثبت قيام هذين الأمرين قامت القرينة القانونية على وجود كسب غير مشروع وجاز للمحكمة الأخذ بها بشرط توافر بينة أخرى تؤيدها والمشروع بذلك لم يخرج عن القواعد العامة في الإثبات المحددة في المادة 14 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، فعبء الإثبات لا يزال على عاتق الهيئة ونيابة جرائم الفساد.

المادة (19)

تعديل المادة 22 من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي:

تعتبر الإجراءات المتخذة للتحقيق وفحص الشكاوى المقدمة بشأن الفساد من الأسرار التي لا يجوز إفشاؤها إلا بقرار من المحكمة.

مبررات التعديل:

التوجهات الحديثة تذهب الى جعل اقرارات الذمة المالية مفتوحة تعريزا للشفافية وتسهيلا لموضوع الابلاغ عن الفساد.

المادة (20)

تلغى المادة 21 من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالنص الآتي:

1. إذا تبين من خلال التحقيقات حول البلاغات والشكاوى المقدمة وجود شبهات قوية على وقوع جريمة فساد يقرر رئيس الهيئة بعد إجراء الفحص اللازم إحالة الأوراق إلى نيابة جرائم الفساد لاتخاذ الاجراءات اللازمة وفقاً لأحكام هذا القانون والقوانين الأخرى ذات العلاقة.
2. يجوز للمشتكي أو المبلغ أو مقدم الاخبار التظلم من القرار الصادر من رئيس الهيئة بشأن الاستدلالات بغير إحالتها لنيابة جرائم الفساد بطلب يقدم منه إلى المجلس.
3. يفصل المجلس في طلب التظلم خلال ثمانية وأربعين ساعة عمل من تاريخ تقديمه بموجب قرار نهائي منه.
4. يجوز للمشتكي أو المبلغ أو مقدم الاخبار الطعن بقرار المجلس أمام محكمة العدل العليا ويكون قرارها نهائياً، فإذا ألغت المحكمة القرار تحال الأوراق من قبل المحكمة فوراً لنيابة جرائم الفساد لمباشرة التحقيق الابتدائي بشأنها.
5. لا تعتبر قرارات الإحالة المحددة في هذا القانون بأي حال من الأحوال قيوداً إجرائياً على نيابة جرائم الفساد في حال باشرت التحقيق حول البلاغات والشكاوى المقدمة لها أو للنيابة العامة لأي جهة أخرى في أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومباشرة الدعوى أمام المحكمة.

مبررات التعديل:

لضمان عدم تفرد رئيس الهيئة بقرار الإحالة وضمان الرقابة على أعماله دون أن يكون قرار الإحالة قيوداً إجرائياً على نيابة جرائم الفساد في حال باشرت التحقيق حول البلاغات والشكاوى المقدمة إليها أو للنيابة العامة أو لأي جهة أخرى في أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومباشرة الدعوى أمام محكمة جرائم الفساد والقيام بكافة الاجراءات القانونية اللازمة لذلك.

المادة (21)

تلغى المادة 25 من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالنص الآتي:

1. دون الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر:

أ. يعاقب كل من أدين بجرم الفساد المتمثل في (الرشوة أو الاختلاس أو التزوير أو التزيف أو غسل الأموال أو الكسب غير المشروع) بالأشغال الشاقة المؤقتة من ثلاث سنوات إلى خمسة عشرة سنة وغرامة مالية تعادل قيمة الأموال محل الجريمة أو إحدى هاتين العقوبتين ورد الأموال المتحصلة من الجريمة.

ب. يعاقب كل من أدين بجرم الفساد المتمثل في (استغلال النفوذ أو الوساطة والمحسوبية والمحاباة أو استثمار الوظيفة أو تضارب المصالح أو التهاون بأداء المهام الوظيفية) بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين ورد الأموال المتحصلة من الجريمة.

2. يعفي من العقوبة المقررة في هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ الهيئة عن جريمة الفساد قبل علمها بها أو أي من السلطات المختصة فإذا حصل الإبلاغ بعد العلم بالجريمة تعين للإعفاء أن يكون من شأن الإبلاغ ضبط باقي الجناة أو الأموال محل الجريمة.

3. يكون التنفيذ المعجل واجب بقوة القانون لجميع الأحكام الصادرة بحق من أدين بأحد الجرائم المحددة بهذا القانون ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.

4. لا يجوز منح العفو الخاص لمن يثبت اقترافه جرم من جرائم الفساد المنصوص عليها في هذا القانون بحكم مبرم باعتبارها من الجرائم المخلة بالأمانة والشرف.

5. يعاقب كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية أو بأمكان وجود المبلغين أو الشهود أو المخبرين أو الخبراء بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف دينار أردني.

6. دون الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب كل من اعتدى على أحد المبلغين أو الشهود أو المخبرين أو الخبراء، بسبب ما قاموا به

للكشف عن الفساد او اساء معاملتهم او ميز في التعامل بينهم او منعهم من الادلاء بشهادتهم او من الابلاغ عن الفساد بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وفي حال استخدام القوة او التهديد بإشهار السلاح او اي وسيلة اكراه مادية اخرى تكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تزيد على عشرة الاف دينار أردني.

7. يعاقب كل من يعلم بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة بوقوع جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ولم يبلغ عنها الهيئة أو نيابة جرائم الفساد في الوقت الملائم بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز عشرة الاف دينار أردني.

8. يعاقب على الامتناع او التأخير غير المبرر عن تقديم البيانات أو المعلومات او الوثائق المطلوبة وفقاً لأحكام المادة (4/9) من القانون الأصلي بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على ألف دينار.

مبررات التعديل:

- النص النافذ يقرر العقوبات الجنحية التي اقرتها قوانين العقوبات النافذة لمعظم جرائم الفساد كالرشوة واختلاس المال العام واستغلال النفوذ الوظيفي، والتي تتعارض مع ما تطلبته اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد من ضرورة تشديد العقوبات في جرائم الفساد.
- تحقيق الردع العام والخاص يتطلب أن يكون التنفيذ المعجل واجب لجميع الأحكام الصادرة بحق من أدين بأحد الجرائم المحددة بهذا القانون.
- توفير الحماية القانونية والوظيفية والشخصية اللازمة للمبلغين والشهود والمخبرين والخبراء وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم في قضايا الفساد من خلال تجريم إفشاء المعلومات المتعلقة بهم تماشياً مع نص المادة (46) من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد.
- استجابة لمتطلبات اتفاقية مكافحة الفساد فإنه لا يجوز منح العفو الخاص لمن يثبت اقترافه جرم من جرائم الفساد.
- تدعيم واجب التبليغ عن الفساد من خلال النص على عقوبة للمتخلف عن التبليغ الذي يتخلف عن هذا الواجب والا اعتبر مجرد التزام اخلاقي لا قيمة قانونية له.

المادة (22)

تلغى المادة 33 من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالنص الآتي: لا تسقط بالتقادم الدعاوى والعقوبات المتعلقة بجرائم الفساد وكذلك دعاوى الاسترداد والتعويض المتعلقة بها. مبررات التعديل:

جاء هذا التعديل للتأكيد على عدم خضوع الدعاوى والعقوبات المتعلقة بجرائم الفساد وكذلك دعاوى الاسترداد والتعويض المتعلقة بها للتقادم بشكل اوضح مما ورد في القانون الأصلي، بما ينسجم ونص المادة (29) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ويتطابق مع نص المادة (61) من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد.

المادة (23)

تلغى المادة 34 من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالنص الآتي: تحال الأنظمة المعدة من قبل المجلس بموجب هذا القانون إلى مجلس الوزراء لإقرارها وإصدارها خلال ثلاثة شهور من تاريخ نفاذ هذا القانون.

المادة (24)

يعاد ترقيم المواد من (16) إلى (28) الواردة في القانون الأصلي لتصبح من (13) إلى (24) على التوالي.

المادة (25)

تحقيقاً للغايات المقصودة من هذا القانون جميع الأحكام الواردة في أي قانون أو تشريع آخر ملغاة أو معدلة إلى المدى الذي تتعارض فيه مع أحكام هذا القانون.

المادة (26)

على الجهات المختصة كافة، كل فيما يخصه، تنفيذ أحكام هذا القانون، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

صدر في مدينة رام الله بتاريخ: .../.../2013م الموافق: .../.../... هـ.

محمود عباس رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

**مشروع قانون القضاء الشرعي
ومذكرة الأسباب الموجبة**



مقدمة

لا يوجد قانون خاص مستقل بشأن القضاء الشرعي في فلسطين، وإنما تم تنظيم بعض المسائل المتصلة بالقضاء الشرعي واستقلاله في كل من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972 وتعديلاته حتى عام 1990، وبضعة مواد في إطار قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (12) لسنة 1965 المعمول به في قطاع غزة، والتي لا تضمن بحال استقلال القضاء الشرعي كما يتطلبه القانون الأساسي الفلسطيني، في حين غاب عن التنظيم التشريعي جل المسائل الضامنة حقيقة لاستقلال القضاء الشرعي. بناءً عليه، وتكريساً للمبادئ الدولية المستقرة بشأن استقلال القضاء وتماشياً مع نصوص القانون الأساسي التي حرصت على استقلال القضاء، وبهدف توحيد التشريعات بين الضفة وغزة، بما يواكب التطور الحاصل على موضوعات استقلال القضاء في التجارب المقارنة والمعايير الدولية المعتبرة، تمت صياغة نصوص هذا المشروع.

منصب قاضي القضاة: الواقع ورؤية المشروع

منحت المادة (3) من نظام صلاحيات قاضي القضاة لسنة 1955 قاضي القضاة جميع الصلاحيات الإدارية المنوطة بالوزراء بمقتضى نظام الموظفين وتعليمات الإجازات ونظام الانتقال والسفر وأية أنظمة أخرى، وذلك فيما يتعلق بموظفي المحاكم الشرعية والأوقاف الإسلامية والشؤون الإسلامية. وعليه، يكون لقاضي القضاة فيما يتصل بإدارة المحاكم الشرعية صلاحيات الوزراء المنصوص عليها في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، وتحديدًا المادة (71) منه، بالإضافة إلى صلاحياته التي تحددها القوانين الخاصة، ومنها قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972 وتعديلاته. فمثلاً تمنح المادة (18) من هذا القانون قاضي القضاة حق الإشراف على جميع المحاكم الشرعية وقضااتها، ويعاونه في ذلك مدير الشرعية في مراقبة المحاكم الشرعية، كما يعاون مفتشو المحاكم الشرعية قاضي القضاة في تفتيش المحاكم الشرعية. بالإضافة إلى ما سبق، يقوم المجلس القضائي (المجلس الأعلى للقضاء الشرعي) بمعاونة قاضي القضاة على النحو المبين في قانون تشكيل المحاكم الشرعية.

من الناحية الواقعية، لم يتم استحداث منصب "مدير الشرعية" كما تقضي المادة (18)

سالفة الذكر، في بنية جهاز القضاء الشرعي من جهة، وظل قاضي القضاة يدير جهاز القضاء الشرعي منفردا دون معاون بالمعنى المقصود من المادة (18) باستثناء القضاة المفتشون، والتي اقتصرتهم مهمتهم على التفتيش على أعمال القضاة وسجلات المحاكم الشرعية، دون مد صلاحياتهم لجهة صنع السياسات وتطوير إدارة هذا الجهاز.

ومن جهة أخرى، ووفقا لما أفرزته الممارسة العملية، لم يعد دور قاضي القضاة مقتصرًا على إدارة القضاء الشرعي على النحو المبين آنفا، وإنما أصبح له صلاحيات قضائية، بالإضافة إلى توسيع صلاحياته الإدارية. فحتى وقت ليس بالبعيد، كان قاضي القضاة يجمع بين رئاسة المجلس الأعلى للقضاء الشرعي، ورئاسة المحكمة العليا الشرعية (المشكلة دون سند من القانون) بالإضافة لوظيفته. وفي هذا خروج واضح على مقتضى وفلسفة النصوص القانونية آنفة الذكر، ومساس بمبدأ الفصل بين السلطات. فلا يصح لقاضي القضاة ممارسة أعمالا قضائية؛ حيث السلطة القضائية مستقلة، وهو في الأصل يتبع للسلطة التنفيذية، كما هو واضح من نظام صلاحياته لسنة 1955. ومن جهة أخرى، أصبحت تبعية قاضي القضاة لمؤسسة الرئاسة وليس لمجلس الوزراء ما أدى إلى عدم انسجام تشريعي في هذه المسألة.

في الواقع أيضا، يثير مسمى منصب "قاضي القضاة" في فلسطين إشكالا في المفهوم والاختصاص، ولا يستقيم وجوده مع حال استقلال القضاء ووحدة السلطة القضائية. فهذا المنصب قد تم شيوعه إبان الدولة الإسلامية بمراحلها المختلفة لما كان للقضاء الشرعي ولاية عامة، وبعد أفول نجم هذه الدولة، تم إقرار هذا المسمى في مرسوم دستور فلسطين 1922 من قبل الانتداب البريطاني، ليعني Chief Justice أي رئيس القضاة، والمقصود من ذلك القضاء النظامي، وهذه التسمية، التي جاء بها المرسوم المذكور، كانت امتدادا للتسمية المعهودة في نظام ال Common Law ومنه بريطانيا. ولما كان منصب قاضي قضاة المحاكم النظامية مشرعا في فلسطين قبل عام 1948، لم تعد التسمية قائمة بعد ذلك لتغير هيكلية السلطة القضائية؛ حيث أصبحت تدار من قبل مجلس القضاء الأعلى وجزئيا وزارة العدل، وهو النظام الذي كان سائدا في الأردن قبل قدوم السلطة الفلسطينية، ما أدى والحالة هذه إلى انتقال صلاحيات هذا المنصب لرئيس مجلس القضاء ووزارة العدل، وهو الأمر المتعارف عليه في النظام اللاتيني.

وفي حالة القضاء الشرعي، استمرت التسمية تيمنا بالتراث الاسلامي، فمثلا، كان لقاضي القضاة في الدولة العباسية ديوانا مقره بغداد، وبعد استقلال الدولة الاسلامية إلى كيانات منفصلة، قامت كل منها بتعيين قاضٍ للقضاة، بوصفه رئيسا للسلطة القضائية صاحبة الولاية العامة تجاه جميع القضايا (الشرعية، والمدنية والجزائية)، واستمر الحال على ذلك حتى الحقبة العثمانية للحكم الاسلامي. وفي هذه الحقبة كانت صلاحيات قاضي القضاة تمارس من قبل كل من شيخ الاسلام وقاضي العسكر، مع وجود تحول واضح لممارسة السلطات الفعلية لقاضي القضاة من قبل قاضي العسكر، حيث تم تعيين اثنين من قضاة العسكر (بمناوبة قاضي القضاة، لكن دون استخدام هذه التسمية، ولم يكن هذا القاضي عسكريا، وإنما تم اطلاق هذه الصفة على المسمى بالنظر إلى السمة العسكرية للدولة العثمانية) في الدولة العثمانية؛ واحد على مناطق نفوذ الدولة في القارة الأوروبية والآخر على مناطق نفوذها في آسيا وأفريقيا (أنظر: محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الاسلام، بيروت: دار الفكر المعاصر، 1995، ط. 1، الصفحات 435-441).

ولما خضعت فلسطين للانتداب البريطاني، لم يعد منصب قاضي قضاة المحاكم الشرعية موجودا، وإنما كان المجلس الاسلامي الأعلى، وفقا لمرسوم دستور فلسطين، يمارس صلاحيات معينة متصلة بالقضاء الشرعي، تماثل في بعض الأحيان صلاحيات قاضي القضاة في المحاكم النظامية.

وعند انشاء السلطة الفلسطينية، تم تعيين قاضٍ للقضاة، استمرارا على النهج المتوارث من المملكة الأردنية فيما يتصل بالمحاكم الشرعية، على الرغم من تقهقر صلاحيات هذا المنصب، واختفاء وجوده من معظم الدول العربية والاسلامية؛ نظرا لتطور القضاء وهيكله، وتوزيع اختصاصاته بين عدة أنواع من المحاكم.

ولما كان لقاضي القضاة (الشرعي) صلاحيات قضائية وإدارية، وفقا للوضع القائم، وحيث أن الأنظمة السارية تَتبع هذا المنصب لمجلس الوزراء، على نحو ما ذُكر سابقا، فإن ذلك يتتالي في ومبدأ الفصل بين السلطات ولا ينسجم مع قواعد حييدة واستقلال القضاء. ونظرا للتحول الدستوري الذي طرأ على فلسطين لجهة رسم هيكلية السلطة القضائية واختصاصاتها، ومنها منح الولاية العامة للمحاكم النظامية، واقتصار دور

القضاء الشرعي على المسائل الشرعية والأحوال الشخصية دون سواها، ونظرا لوجود مجلس أعلى للقضاء الشرعي، فإن صلاحيات قاضي القضاة يجب أن تتحدد في الاشراف الإداري فقط على المحاكم الشرعية، حفاظا على استقلال القضاء، وتكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات.

لكل ما سبق، ونظرا لما يمثله منصب قاضي القضاة من اعتبار ديني في نفوس العامة، تم الابقاء على منصبه بعد أن تم قصر صلاحياته على الشؤون الإدارية، دون القضائية، ليكون هو المشرف العام في إطار دائرته، كما الحال في الوزراء، حيث تم إخضاعه لقواعد مساءلة الوزراء وفقا للقوانين السارية؛ تكريسا للنزاهة والشفافية، وتم النص على إلغاء التشريعات السابقة ذات العلاقة بهذا المنصب درءا للاختلاف في التفسير والتنازع على الصلاحيات، وتكريسا للفصل بين إدارة المحاكم وفقا للسياسات العامة التطويرية، والعمل القضائي المستقل، حيث اسندت كثير من مهام قاضي القضاة إلى المجلس الأعلى للقضاء الشرعي. من جهة أخرى، تم النص على حق قاضي القضاة في اختيار نائب له يصدر بتعيينه قرار من رئيس الدولة بناء على تنسيب مجلس الوزراء بدرجة وكيل وزارة، يعاون قاضي القضاة ويمارس صلاحياته عند غيابه. على أنه إذا كان قاضي القضاة أو نائبه من القضاة تزول صفته القضائية لحظة صدور قرار تعيينه ليتسنى مساءلته دون المرور بقواعد مساءلة القضاة لما يتمتعون به من حصانة في حدود القانون؛ نظرا لطبيعة المهام الموكلة لدائرة قاضي القضاة والتي تقتصر على الشؤون الإدارية والاشرفافية على المحاكم الشرعية. وبانتهاء ولاية قاضي القضاة أو بانتهاء خدمة نائبه، يحق لهما معاودة عملهما القضائي بالحالة التي كانا عليها قبل تولية منصب قاضي القضاة أو نائبه.

دائرة الإرشاد والاصلاح الأسري

جاء مقترح هذا القانون ليقر وجود هذه الدائرة في جهاز القضاء الشرعي؛ لأهميتها في توعية وارشاد طرقي عقد الزواج بهدف تقليل حالات الانفصال وتوطيدا للروابط الأسرية في المجتمع. إن إنشاء هذه الدائرة لا يتعارض مع القوانين السارية كونها؛ أي الدائرة، لا تمارس صلاحيات قضائية، وإنما يقتصر دورها على محاولة بذل مساعي

الإصلاح بين المتخاصمين لئلا يقع الطلاق أو التفريق القضائي، فربما يكون النزاع عائداً لأسباب يسيرة يمكن معالجتها في إطار المساعي الحميدة والنصح والإرشاد، ما يكفل استقرار العلاقات الأسرية، ويحمي تقاليد وأعراف المجتمع، وفي حالة تعذر مثل هذا الإصلاح، ترفع هذه الدائرة استدعاء الطلاق أو لائحة دعوى التفريق إلى القاضي الشرعي المختص مشفوعة بتقرير صادر عنها حول الحالة المعنية، ليقوم القاضي بعدها باتخاذ المقتضى القانوني حسب الأصول. ترك مشروع القانون للمجلس الأعلى للقضاء الشرعي تنظيم عمل هذه الدائرة على الوجه الذي يراه مناسباً، في حدود المواد المذكورة، حيث يمكن أن يشمل عمل هذه الدائرة السعي نحو تثقيف الفئات المستهدفة للتقليل من حالات وقوع النزاعات والتخفيف منها عندما تقع؛ من خلال عقد الدورات التدريبية وورش العمل وتوزيع النشرات الهادفة وغير ذلك، وتقديم النصح والمشورة لمن يطلبها، والإجابة عن أسئلة واستفسارات الجمهور.

كما منح مشروع القانون السندات والمحاضر التي يوقعها ذوو الشأن بمعرفة ووساطة هذه الدائرة قوة السند التنفيذي الرسمي الذي لا يطعن فيه إلا بالتزوير فقط فيما يتصل بالنزاعات والحقوق المالية المترتبة على عقد الزواج تسهيلاً لإجراءات التقاضي وتسريعاً لآليات الوصول إلى العدالة.

أحكام موضوعية متطورة

تضمن مشروع هذا القانون عدة قواعد مستحدثة بشأن المسائل محل التنظيم منها التعيين، والترقية، والاستقالة، والإجازة، والتفتيش، والمسؤولية التأديبية والجنائية للقاضي. فوفقاً لهذا المشروع، ولغاية ضمان كفاءة وملائمة القاضي حقيقة لتولية منصب القضاء، يكون القاضي عند تعيينه لأول مرة تحت التجربة لمدة لا تزيد على سنة من تاريخ مباشرته العمل، ويحق للمجلس الأعلى للقضاء إنهاء خدمته خلال تلك المدة إذا ثبت له عدم كفاءته أو سوء سلوكه. ويكون لمحكمة العدل العليا الرقابة على الأسباب الواقعية التي استند إليها قرار إنهاء الخدمة؛ تكريماً للشفافية والرقابة.

وتكون ترقية القاضي بنقله من الدرجة الأدنى إلى الدرجة الأعلى، وليس من المحكمة الأدنى إلى المحكمة الأعلى، وذلك لتحقيق غايتين: الأولى ترقية القاضي المستحق للترقية،

والثانية عدم تفرغ المحاكم الأدنى درجة من القضاة بسبب الترقية، وكذلك كان لا بد من تقييد الترفيع إلى المحاكم من خلال اشتراط درجة محددة لمن يشغل وظيفة قاض في المحكمة العليا أو الاستئناف وذلك حتى يكون شغل هذه المناصب قضاة من ذوي الخبرة الطويلة في العمل القضائي إذ في هذه الحالة تكون للقاضي ترقيته المستحقة دون أن يؤثر ذلك على ترتيب المحاكم وتوزيع القضاة.

ومن جانب آخر وحيث أن قضاة المحاكم الشرعية يتساوون مع قضاة المحاكم النظامية في الرواتب، فقد حرص المشروع على عدم التغيير في الوضع المالي للقضاة زيادة أو نقصانا، بالإضافة إلى أن هذا المشروع قد استحدث درجة جديدة توازي درجة قاضي الصلح في المحاكم النظامية يعين عليها قاضي المحكمة الابتدائية الشرعية ابتداءً؛ حفاظاً على مبدأ المساواة بين القضاة في الحقوق المالية.

للقاضي أن يقدم استقالته، وتعتبر مقبولة بمرور خمسة عشر يوماً على تقديمها، ولا يمكن رفضها من المرجع المختص؛ لأن طبيعة اشغال الوظيفة القضائية تتناوب في اجبار القاضي على الاستمرار في العمل دون رضاه، إلا أن له سحب استقالته طوعاً خلال المدة القانونية، إذ يمكن للمجلس الأعلى للقضاء الشرعي اقناع القاضي بالبقاء في الوظيفة، فإذا اقتنع بذلك كان بإمكانه سحب الاستقالة بإرادته. أما إذا انقضت المدة القانونية دون سحب الاستقالة، فعلى المجلس اعلام الجهات المختصة، ومنها ديوان الموظفين العام، بها لاتخاذ المقتضى القانوني إزاءها حسب الأصول.

وبخصوص الاجازة القضائية، ولضمان انتظام عمل المحاكم، فإن اجازة القاضي تكون خلال العطلة القضائية الرسمية، إلا أنه يجوز منحه جزءاً من هذه الاجازة خلال العام في حال اضطراره لهذه الاجازة. ومن جانب آخر، تستمر المحاكم الشرعية بنظر الأمور المستعجلة، التي يحددها المجلس، أثناء العطلة القضائية. وقد تم الزام رئيس المحكمة بوضع نظام المناوبات في المحكمة التي يرأسها، وذلك من خلال تحديد فترات القضاة المجازين والعاملين وابلغ المجلس بها ليقوم بإجراء الاندابات اللازمة واتخاذ القرارات الملائمة.

وفيما يتصل بالتفتيش القضائي، فيكون على الناحيتين الادارية والفنية، بحيث يختص رئيس المحكمة باعتباره المفتش الأول بإجراء التفتيش على الجانب الاداري، في حين

تختص دائرة التفتيش بإجراء التفتيش على الجانب الفني، بحيث يقتصر التفتيش على القضايا المفصلة فقط؛ ضمانا للمبدأ الدستوري القاضي باستقلال القاضي وعدم وجود سلطان عليه الا للقانون.

ومنح المشروع القاضي حق التظلم من تقدير كفاية الأداء عندما يكون التقدير متوسط فما دون، فإن كان التقدير فوق المتوسط امتنع على القاضي التظلم، ويكون التظلم برفع القاضي المعني من خلال رئيسه عريضة للمجلس الأعلى للقضاء الشرعي، بحيث يسمع المجلس القاضي المتظلم ويطلع على الأوراق ذات الصلة، ويصدر قراره إما بقبول التظلم وتعديل التقدير إلى درجة أعلى، أو الإبقاء على التقييم الذي وضعته دائرة التفتيش، وليس للمجلس تنزيل درجة التقييم ولو كان هنالك أسباب جدية لذلك؛ لأنه لا يضار طاعن بطعنه. وقد منح المشروع محكمة العدل العليا سلطة النظر في كافة الطلبات المتعلقة بالقضاة شريطة أن تكون متعلقة بوظيفتهم القضائية.

وتوكيدا لكفاءة القضاة أثناء توليهم مهامهم من جهة، وحفاظا على مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل من جهة ثانية، استحدث مشروع القانون حكما مؤداه أنه في حال قُدرت كفاية القاضي بمتوسط لثلاث مرات متتالية أو ضعيف لمرتين متتاليتين يحال إلى مجلس التأديب بصفته لجنة تقييم؛ لينظر في الأمر وليقرر إما اخضاع القاضي إلى تدريب مناسب أو إحالته إلى وظيفة غير قضائية.

وبخصوص الاخلال بموجبات الوظيفة القضائية، فإنه إذا وقع من القاضي ما يخل بها، جاز لرئيس المحكمة التابع له القاضي تنبيهه، وللقاضي التظلم على هذا التنبيه، أما إذا استمر في المخالفة أو كررها وجب على رئيس المحكمة رفع الأمر لرئيس المحكمة العليا الذي يحيل القاضي للتحقيق، وما يترتب على ذلك من اجراءات تأديبية وفقا لتوصية قاضي التحقيق.

وفيما يتصل بتشكيل مجلس التأديب، فلا صلاحية للمجلس الأعلى للقضاء الشرعي في تشكيله وذلك ضمانا لاستقلاله؛ أي مجلس التأديب، وإنما يكون تشكيله وفقا للوجه الذي حدده مشروع هذا القانون. ولا يجوز احالة القاضي إلى مجلس التأديب إلا بعد أن يتم التحقيق معه من قبل أحد قضاة المحكمة العليا الذي ينتدبه رئيس المحكمة العليا

لهذه الغاية، ويشترط ألا يكون القاضي الذي يجري التحقيق عضواً في المجلس الأعلى للقضاء، أو عضواً في مجلس التأديب ضمناً لاستقلاله أيضاً، ولقاضي التحقيق أن يقرر حفظ الأوراق إذا ما رأى وجهاً لذلك، أو أن يقرر احالة القاضي لمجلس التأديب، ففي الحالة الأخيرة هذه، يُمثّل قاضي التحقيق ذاته الادعاء العام أمام المجلس.

وعندما يحال القاضي للتحقيق بناءً على ارتكابه جريمة معاقب عليها بالقانون، أو قيامه بما يخل بمقتضيات وظيفته، يتم وقف الدعوى التأديبية، في حال أقيمت بناءً على جريمة، لانتظار البراءة أو الإدانة، على أن البراءة لا تعني عدم الاستمرار في الدعوى التأديبية إذا كان لها ما يبررها.

وبالنسبة للجهة المختصة بتوقيف القاضي عند اتهامه بقضية جنائية، فقد حددها مشروع القانون بالمحكمة المختصة بنظر الدعوى الجزائية، نظراً لعدم المأم أعضاء المجلس الأعلى للقضاء الشرعي بالإجراءات الجزائية؛ لعدم اتصالها بحقل تخصصهم أو عملهم، بما لا يسمح بإعطاء هذه الصلاحية للمجلس. على أنه يجب الحصول على إذن من هذا المجلس لصحة إجراء التوقيف تأكيداً لمبدأ الحصانة القضائية.

مرتكزات بناء مشروع قانون القضاء الشرعي

تمت صياغة نصوص مسودة قانون القضاء الشرعي بعد الاطلاع على كل من قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني رقم (19) لسنة 1972 وتعديلاته السارية في الضفة الغربية حتى عام 1990، بالإضافة إلى قانون أصول المحاكمات الشرعية الساري في قطاع غزة، وكذلك مسودة قانون القضاء الشرعي المعدة من قبل ديوان قاضي القضاة في الضفة الغربية، وقانون القضاء الشرعي الصادر في غزة رقم (3) لسنة 2011، وقانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2002، ومشروع القانون العربي الموحد للسلطة القضائية. تم أيضاً الاطلاع على المعايير الدولية الصادرة عن جهات مختلفة بشأن استقلال القضاء منها: المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، المعتمدة من قبل مؤتمر الأمم المتحدة السابع المعقود في ميلانو 1985، والصادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 32/40 بتاريخ 1985/11/29، و40/146 بتاريخ 1985/12/13؛ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،

وبيان بكين بشأن استقلال السلطة القضائية المعتمد من قبل الرابطة القانونية لدول آسيا والمحيط الهادي 2001، ومبادئ مجلس بيرغ بشأن استقلال السلطة القضائية، ومبادئ لاتيما التوجيهية حول السيادة البرلمانية واستقلال السلطة القضائية 1998، والميثاق العالمي للقضاة الذي تم إقراره بإجماع المجلس المركزي للاتحاد الدولي للقضاة 1999، و مبادئ بنغالور للسلوك القضائي 2001 .

قانون القضاء الشرعي رقم () لسنة 2014

رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

استناداً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديله، ولا سيما المادة 101 منه، وبعد الاطلاع على قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، ولا سيما المادتين (6 و 7) منه،

وقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972م وتعديلاته السارية في المحافظات الشمالية،

وقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959م الساري المفعول في المحافظات الشمالية،

وقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (12) لسنة 1965م الساري في المحافظات الجنوبية،

وقانون الأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976م الساري المفعول في المحافظات الشمالية،

وأمر رقم (303) لسنة 1954 بشأن قانون حقوق العائلة الساري في المحافظات الجنوبية، والقرار بقانون رقم (3) لسنة 2012م بشأن القضاء الشرعي،

والمرسوم الرئاسي رقم (16) لسنة 2003م بشأن المجلس الأعلى للقضاء الشرعي، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا،

وبعد موافقة المجلس التشريعي،

وتحقيقاً للمصلحة العامة،

وباسم الشعب العربي الفلسطيني،

أصدرنا القانون التالي:

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة (1)

يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك :

قاضي: رئيس وأعضاء المحكمة العليا ومحكمة الاستئناف والمحاكم الابتدائية الشرعية ومفتشي المحاكم الشرعية.

المجلس: المجلس الأعلى للقضاء الشرعي المنصوص عليه في هذا القانون.

الرئيس: رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي.

المادة (2)

القضاة الشرعيون مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون والضمير، وتكفل الدولة استقلالهم. ويحظر على أي شخص أو سلطة المساس أو التدخل في عملهم القضائي تحت طائلة المسؤولية وفقا للقانون.

المادة (3)

تفصل المحاكم الشرعية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الوقائع ووفقا للقانون، ودون أية تقييدات أو تأثيرات أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات، مباشرة كانت أو غير مباشرة، من أي شخص أو جهة ولأى سبب.

المادة (4)

لقضاة المحاكم الشرعية الحق في تكوين جمعيات أو نوادٍ والانضمام إليها لتمثيل مصالحهم والنهوض بمستواهم المهني وحماية استقلالهم.

المادة (5)

لغة المحاكم هي اللغة العربية وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم مرخص بعد حلفه اليمين.

المادة (6)

تصدر الأحكام علانية باسم الشعب العربي الفلسطيني مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها.

المادة (7)

يكون للقضاء الشرعي موازنته المستقلة تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للدولة.

يتولى المجلس إعداد مشروع الموازنة وإحالاته إلى قاضي القضاة الذي يقوم بمخاطبة مجلس الوزراء والجهات المختصة لإجراء المقتضى القانوني وفقاً لأحكام قانون تنظيم الموازنة والمالية العامة.

مع مراعاة ما ورد في المادة (37) من هذا القانون، يتولى المجلس مسؤولية الإشراف على تنفيذ موازنة القضاء الشرعي.

تسري على موازنة القضاء الشرعي أحكام قانون الموازنة العامة السنوية للدولة.

المادة (8)

تُحدد درجات المحاكم واختصاصاتها وأصول التقاضي أمامها وفقاً للقانون.

الفصل الثاني

تعيين القضاة وترقيتهم

المادة (9)

يشترط فيمن يُعين قاضيا:

1. أن يكون فلسطينيا كامل الأهلية.
2. ألا يقل عمره عن ثلاثين سنة ميلادية.
3. أن يكون حاصلًا على إجازة الشريعة الاسلامية أو إجازة الشريعة والقانون أو القانون من جامعة معترف بها.
4. ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب بعمل مخل بالشرف أو الأمانة ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام أو خاص.
5. أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولاتقا طيبا لشغل الوظيفة.
6. ألا يكون منخرطًا في أي حزب أو تنظيم سياسي أو أن يقدم بمجرد تعيينه استقالته منه.
7. أن يتقن اللغة العربية.

المادة (10)

للمجلس وضع لائحة لتدريب القضاة وإعدادهم قبل وأثناء تولي أعمال القضاء.

المادة (11)

1. يكون شغل الوظائف القضائية بقرار يصدره رئيس الدولة بناء على تنسيب المجلس وفقا لما يلي:

- أ- بطريق التعيين ابتداء وفقا لأحكام هذا لقانون.
- ب- الترقيّة على أساس الكفاءة مع مراعاة الأقدمية.
- ج- الاستعارة من الدول العربية. ويشترط في القاضي المستعار الشروط المنصوص

- عليها في المادة (9) من هذا القانون عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربيا.
2. يعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بذلك.

المادة (12)

1. يعين قضاة المحاكم الابتدائية والاستئناف من بين الفئات الآتية:
- أ. القضاة الشرعيون السابقون.
- ب. المحامون الشرعيون.
- ج. أعضاء هيئات التدريس في كليات الشريعة والقانون.
- د. خريجو معاهد التدريب القضائي في حقل القضاء الشرعي.
- هـ. خريجو كليات الشريعة أو الشريعة والقانون أو القانون.
2. يحدد المجلس القواعد العامة ومدد الخبرة اللازمة للتعين من كل فئة ولأي محكمة مما ذكر في الفقرة (1) أعلاه، والأعمال الأخرى نظيرة العمل القضائي.
3. يشترط فيمن يعين رئيسا لمحكمة الاستئناف أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر إحدى محاكم الاستئناف مدة لا تقل عن أربع سنوات.

المادة (13)

1. لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية الا بعد إجراء مسابقة للمتقدمين يعلن عنها من قبل المجلس، وبعد اختياره من قبل لجنة يعينها المجلس من قضاة المحكمة العليا شريطة ألا يكون بين أي عضو فيها وأي مرشح صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.
2. باستثناء رئيس المحكمة العليا، يكون القاضي عند تعيينه لأول مرة في أي درجة ولدى أية محكمة، تحت التجربة لمدة لا تزيد على سنة من تاريخ مباشرته العمل، ويحق للمجلس إنهاء خدمته خلال تلك المدة إذا ثبت له عدم كفاءته أو سوء سلوكه. ويكون لمحكمة العدل العليا الرقابة على الأسباب الواقعية التي استند إليها قرار إنهاء الخدمة.

3. لا تعتبر خدمة القاضي منتهية بانتهاء مدة التجربة إلا اذا صدر قرار من المجلس يقضي بخلاف ذلك قبل مرور تلك الفترة بمدة لا تقل عن شهر.

المادة (14)

1. مع مراعاة المادة (9) من هذا القانون، يشترط فيمن يعين عضواً في المحكمة العليا ألا يقل عمره عن 40 عاماً وأن يكون من بين الفئات الآتية:
 - ب. رؤساء وأعضاء محاكم الاستئناف الشرعية الحاليين والسابقين ممن أمضوا خمس سنوات خدمة متصلة على الأقل.
 - ج. القضاة الشرعيون ممن جلسوا للقضاء الشرعي مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية على أن يكون منها سنتين على الأقل في محاكم الاستئناف.
 - د. أساتذة الشريعة، أو الشريعة والقانون، الحاليين أو السابقين بالجامعات الفلسطينية أو الجامعات المعترف بها في فلسطين ممن أمضوا في وظيفة أستاذ سنة على الأقل، أو خمس سنوات خدمة متصلة على الأقل برتبة أستاذ مشارك.
 - هـ. المحامون الذين مارسوا مهنة المحاماة الشرعية خمسة عشرة سنة متصلة على الأقل.
6. يشترط فيمن يعين رئيساً للمحكمة العليا أو نائباً له أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر المحكمة العليا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.
7. يُصدر رئيس الدولة قراراً بتعيين رئيس المحكمة العليا الشرعية بناء على تنسيب المجلس.

المادة (15)

1. يؤدي القضاة قبل مباشرتهم عملهم اليمين الآتية:

"أقسم بالله العظيم أن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحترم الدستور والقانون وأن أؤدي وظيفتي بكل أمانة و إخلاص وأن أحفظ الأسرار التي أعلم بها بحكم وظيفتي وأن التزم سلوك القاضي الصادق الشريف".
2. يؤدي رئيس المحكمة العليا اليمين أمام رئيس الدولة، ويؤدي باقي القضاة اليمين أمام المجلس بالأغلبية اللازمة لانعقاده صحيحاً وفقاً لهذا القانون.

الفصل الثالث

نقل القضاة وندبهم وإعارتهم

المادة (16)

لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو إعارتهم إلا في الأحوال والکیفیه المبینه فی القانون.

المادة (17)

1. مع مراعاة الفقرة السابعة من المادة (39) من هذا القانون، لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم لغير الجلوس للقضاء إلا برضائهم.
2. يكون نقل القضاة أو ندبهم وفقاً للمادة (18) من هذا القانون، ويعتبر تاريخ النقل أو الندب من تاريخ تبليغ القرار.

المادة (18)

1. وفقاً لأحكام هذا القانون يجوز للرئيس:
 - ب. أن يندب مؤقتاً للعمل بالمحكمة العليا أحد قضاة محكمة الاستئناف ممن تتوافر فيهم شروط العمل بالمحكمة العليا لمدة لا يزيد مجموعها على أربعة أشهر في السنة الواحدة، قابلة للتمديد لمدة لا تزيد على شهرين بموافقة المجلس.
 - ج. أن يندب أحد قضاة محكمة الاستئناف أو المحاكم الابتدائية للعمل في محكمة أخرى من ذات الدرجة، أو من المحكمة الابتدائية إلى محكمة الاستئناف لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر في السنة الواحدة، قابلة للتجديد مرة واحدة بموافقة المجلس.
2. يكون نقل القضاة بقرار من المجلس في إحدى الحالات الآتية:
 - ج. أن يكون النقل بناءً على طلب خطي من القاضي.
 - د. أن يكون القاضي قد أمضى ثلاث سنوات متتالية فأكثر في الموقع المنقول منه.
 - هـ. أن يكون نقل القاضي ترقية من درجة إلى أخرى وفقاً للقانون.
3. مع مراعاة حكم الفقرة (2) أعلاه، يصادق المجلس قبل بدء العام القضائي بشهر على الأقل على التشكيلة القضائية للمحاكم الشرعية.

المادة (19)

في حالة خلو وظيفة رئيس المحكمة، أو غيابه، أو قيام مانع لديه، يقوم بمباشرة اختصاصه القاضي الأقدم فالأقدم، وعند التساوي فالأكبر سنا من أعضاء المحكمة ذاتها حسب الأحوال.

المادة (20)

1. تجوز إعارة القاضي إلى الحكومات العربية أو الأجنبية أو الهيئات الدولية بقرار من رئيس الدولة بتنسيب من المجلس.
2. لا يجوز أن تزيد مدة إعارة القاضي على أربع سنوات متصلة طيلة مدة خدمته القضائية، ولا يجوز إعارة القاضي إلا إذا كان قد أمضى السنوات الأربع السابقة من عمله بدوائر المحاكم واستوفي تقارير الكفاية.

المادة (21)

1. القضاة غير قابلين للعزل، ولا تنتهي ولايتهم إلا في إحدى الحالات الآتية:
 - أ. الوفاة.
 - ب. الاستقالة.
 - ج. خلال فترة التجربة الواردة في المادة (13) من هذا القانون.
 - د. بلوغ سن التقاعد.
 - هـ. ثبوت عجزهم عن القيام بمهام وظائفهم لأسباب صحية، ويثبت العجز بقرار من لجنة طبية مختصة.
 - و. الفصل التأديبي وفقا لأحكام هذا القانون.
 - ز. اسناد مناصب أخرى غير قضائية لهم بموافقتهم أو بناء على قرار مجلس التأديب.
2. يجوز للمجلس في حالة انتهاء ولاية القاضي بسبب الوفاة أو ثبوت عجزه عن القيام بمهام وظيفته لأسباب صحية أن يضيف على مدة خدمته الفعلية المحسوبة لغاية التقاعد أو المكافأة مدة إضافية على ألا تتجاوز هذه المدة الإضافية مدة الخدمة الفعلية أو المدة المتبقية لبلوغ سن التقاعد أو انتهاء مدة الإعارة أو إنهاؤها بحسب الاحوال أي المدد أكثر.

الفصل الرابع

واجبات القضاة

المادة (22)

1. لا يجوز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة الأعمال التجارية أو عضوية مجلس إدارة أي شركة أو مؤسسة ربحية أو سلطة أو أي وظيفة أو مهنة أخرى، ولا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وهيئته وكرامته، ويجوز للمجلس منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها.
2. دون الانتقاص مما ورد في قانون مكافحة الفساد أو أي قانون آخر ذي صلة، يقدم كل قاضٍ عند تعيينه إقراراً بالذمة المالية الخاصة به وبزوجه وأولاده القصر، مبيناً فيه كل ما يملكون من عقارات ومنقولات وأسهم وسندات وأموال نقدية داخل فلسطين وخارجها، وما عليهم من ديون إلى الرئيس الذي يضع الترتيبات اللازمة للحفاظ على سريتها وتبقى سرية ولا يجوز الاطلاع عليها إلا بإذن من المحكمة العليا الشرعية عند الاقتضاء.

المادة (23)

يحظر على القاضي:

1. إفشاء أسرار المداولات أو المعلومات السرية التي يحصل عليها أثناء تأديته لعمله.
2. ممارسة العمل الحزبي بأية طريقة كانت.
3. الترشح للانتخابات العامة أو المحلية أو الهيئات الحزبية إلا بعد نفاذ استقالته.
4. إبداء رأيه أو اتجاهه في نزاع معروض عليه لأية جهة كانت، وإلا أصبح غير صالح لنظر الدعوى، ويكون عرضة للمساءلة التأديبية.

المادة (24)

1. لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة.
2. لا يجوز أن يجلس للقضاء أي من القضاة الذين تربطهم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة مع أحد طرفي الخصومة أو ممثليهم.
3. ينظم القانون أحكام رد القضاة وتحتيتهم.

المادة (25)

1. لا يجوز للقاضي أن يتغيب أو أن ينقطع عن عمله بغير عذر قبل إخطار رئيس المحكمة التابع لها.
2. يعتبر القاضي مستقيلًا إذا انقطع عن عمله مدة خمسة عشرة يوماً متصلة أو ثلاثين يوماً متقطعة دون سبب أو عذر يقبله المجلس ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة إجازته أو إعارته أو ندبه لغير عمله.

الفصل الخامس

رواتب القضاة واجازاتهم

المادة (26)

1. تحدد رواتب ومخصصات القضاة وفقاً للجدول الملحق بهذا القانون.
2. لا تخل المخصصات الواردة في الجدول الملحق بهذا القانون بالعلاوات الإدارية والاجتماعية وبدل الانتقال وعلاوة غلاء المعيشة وغيرها من العلاوات الممنوحة لسائر موظفي الدولة وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية.
3. تكون ترقية القاضي بنقله من الدرجة الأدنى إلى الدرجة الأعلى وفقاً للجدول الملحق بهذا القانون، ولا يترتب على الترقية نقله إلى المحكمة الأعلى إلا إذا تضمن قرار الترقية ذلك.
4. يسكن القضاة المعينون قبل سريان هذا القانون على الجدول الملحق بهذا القانون

وفقا لما يلي:

- أ. يسكن نواب رئيس المحكمة العليا على الدرجة الأولى؛
 - ب. يسكن قضاة المحكمة العليا على الدرجة الثانية؛
 - ج. يسكن رؤساء محاكم الاستئناف على الدرجة الثالثة؛
 - د. يسكن قضاة محاكم الاستئناف على الدرجة الرابعة؛
 - هـ. يسكن رؤساء المحاكم الابتدائية على الدرجة الخامسة؛
 - و. يسكن قضاة المحاكم الابتدائية على الدرجة السادسة؛
5. تراعى عند تسكين القاضي وفقا للفقرة السابقة أقدميته وسنوات خدمته التي استحققت له قبل سريان هذا القانون.
6. لا يجوز أن يكون قاضياً في المحكمة العليا أو نائباً لرئيس المحكمة العليا من تقل درجته عن الدرجة الثانية، ولا يجوز أن يكون قاضياً في محكمة الاستئناف أو رئيساً لها من تقل درجته عن الرابعة.
7. يسكن القضاة الجدد المعيّنين في المحاكم الابتدائية على الدرجة السابعة، وتراعى أحكام الفقرة السابقة عند التعيين ابتداءً في المحاكم الأخرى.

المادة (27)

1. تعتبر استقالة القاضي مقبولة بمرور خمسة عشر يوماً على تقديمها.
2. لا يجوز للمجلس رفض استقالة القاضي، على أنه يجوز للقاضي سحب الاستقالة قبل انتهاء المدة المذكورة في الفقرة السابقة ولو كان المجلس قد قرر قبولها.
3. لا يترتب على استقالة القاضي سقوط حقه بالتقاعد أو المكافأة أو أي حق مالي آخر يستحقه وفقاً لأحكام القانون. وعلى المجلس اعلام الجهات المختصة بالاستقالة حال نفاذها.

المادة (28)

1. يحال القاضي إلى التقاعد ببلوغه سبعين عاماً.
2. دون الانتقاص من أية حقوق مالية أخرى وردت في أي قانون أو نظام آخر، يسوى الراتب التقاعدي للقاضي أو المكافأة وفقاً لآخر راتب تقاضاه.

المادة (29)

1. تبدأ العطلة القضائية من منتصف شهر تموز ولغاية نهاية شهر آب من كل عام.
2. للقاضي اجازة سنوية مدتها ثلاثون يوماً.
3. تكون اجازة القاضي خلال العطلة القضائية، إلا أنه يجوز منحه جزءاً منها لأسباب جدية خارج العطلة بموافقة رئيس المحكمة التابع لها تحسم من الثلاثين يوماً.
4. تستمر المحاكم أثناء العطلة القضائية بنظر الأمور المستعجلة التي يحدد المجلس أنواعها، وعلى رئيس المحكمة قبل العطلة القضائية بعشرة أيام على الأقل وضع نظام للمناوبات في المحكمة التي يرأسها يبلغ نسخة منه للمجلس لاتخاذ المقتضى القانوني.

المادة (30)

تكون الإجازة المرضية وغيرها من الاجازات وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

الفصل السادس

المجلس الأعلى للقضاء الشرعي

المادة (31)

1. ينشأ بمقتضى هذا القانون مجلس للقضاء الشرعي يسمى المجلس الأعلى للقضاء الشرعي ويمارس صلاحياته وفقاً للقانون.
2. يشكل المجلس من:
 - أ. رئيس المحكمة العليا الشرعية رئيساً.
 - ب. أقدم نواب رئيس المحكمة العليا نائباً للرئيس.
 - ج. نائب قاضي القضاة عضواً.
 - د. ثلاثة أعضاء من أقدم ستة قضاة من قضاة المحكمة العليا تختارهم الهيئة العامة للمحكمة العليا لمدة سنتين، ولا يجوز لأي منهم اشغال عضوية المجلس لمرتين متتاليتين.

٥. رئيسي محكمتي الاستئناف الشرعية في القدس وغزة عضوين.
٦. رئيس دائرة التفتيش القضائي عضوا.
3. مع مراعاة حكم المادة (32) من هذا القانون، لا يجوز أن يشترك عضو المجلس في مداورات أية جلسة تبحث مسألة تتصل به أو بأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة.

المادة (32)

1. عند شغور وظيفة رئيس المحكمة العليا أو غيابة أو وجود مانع لديه يحل محله في رئاسة المجلس نائب رئيس المحكمة العليا فأقدم أعضائها.
2. يحل محل أي من رؤساء محاكم الاستئناف أقدم أعضاء محكمته، ويحل محل رئيس دائرة التفتيش نائبه أو أقدم عضو في دائرته.
3. يحل محل أي من الأعضاء الآخرين أقدم الأعضاء من محكمته ثم الذي يليه وعند التساوي الأكبر سنا.

المادة (33)

يتولى الرئيس متابعة تنفيذ قرارات المجلس، وينوب عن المجلس في صلاته بالغير ويمثله أمام القضاء، وله أن ينيب عنه، لهذه الغاية، أحد المحامين أو أحد أعضاء النيابة العامة.

المادة (34)

يجتمع المجلس بمقر المحكمة العليا مرة كل شهر على الأقل، وعند الضرورة بدعوة من رئيسه أو من قاضي القضاة أو بطلب كتابي من ثلاثة من أعضائه على أن يدرج في الطلب مقترح بجدول الأعمال.

يكون الاجتماع صحيحا بحضور سبعة من أعضاء المجلس على الأقل على أن يكون من بينهم الرئيس، أو نائبه عند غيابة، وتصدر القرارات بالإجماع أو بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، وفي المسائل المتعلقة بالتعيين أو النقل أو الندب فتصدر القرارات بأغلبية ستة أعضاء على الأقل.

المادة (35)

يضع المجلس لائحة بقواعد سير عمله وصلاحياته، ويجوز له أن يشكل لجنة أو أكثر من بين أعضائه يفوضها بعض اختصاصاته عدا ما يتعلق منها بالتعيين أو الترقية أو النقل أو الندب أو الاعارة.

المادة (36)

للمجلس في سبيل مباشرة اختصاصاته أن يطلب كل ما يراه لازماً من البيانات والمستندات من الجهات المختصة كافة التي عليها الاستجابة لطلباته.

الفصل السابع

دائرة قاضي القضاة

المادة (37)

1. يعين قاضي القضاة بدرجة وزير لمدة أربع سنوات غير قابلة للتجديد بقرار يصدره رئيس الدولة بناء على تنسيب مجلس الوزراء.
2. يمارس قاضي القضاة صلاحيات إدارية وإشرافية فيما يتصل بشؤون المحاكم الشرعية وفقاً للقانون.
3. تقوم دائرة قاضي القضاة بتنفيذ ما يُطلب منها من المجلس أو رئيسه فيما يتصل بالمشتريات العامة واللوازم التي تتطلبها حاجة المحاكم الشرعية وفقاً للقانون.
4. يختار قاضي القضاة نائباً له بدرجة وكيل وزارة يصدر بتعيينه قرار من رئيس الدولة بناء على تنسيب مجلس الوزراء، ويمارس صلاحيات قاضي القضاة عند غيابه وفقاً للقانون.
5. لا يجوز تعيين كل من قاضي القضاة أو نائبه من القضاة الإبرضاة، وتسري على أي منهما، في هذه الحالة، أحكام الفقرة السابقة، وتسقط عنه، فور صدور

قرار تعيينه، الصفة القضائية وما يترتب عليها، إلا أن له العودة لممارسة العمل القضائي بوضعه السابق ذاته، إذا رغب في ذلك، ولا تحسب هذه المدة في أقدميته القضائية.

6. يُلحق بدائرة قاضي القضاة عدد كافٍ من الموظفين والخبراء وتسري عليهم أحكام قانون الخدمة المدنية.

7. فيما لم يرد بشأنه نص خاص، يعتبر قاضي القضاة وزيرا، ويخضع في ممارسته صلاحياته لقواعد عمل ومساءلة الوزراء وفقا للقوانين والأنظمة المرعية.

الفصل الثامن

الإصلاح والإرشاد الأسري

المادة (38)

1. تنشأ في المحاكم الشرعية الابتدائية دائرة للإرشاد والإصلاح الأسري، وفقا للحاجة، لا تتمتع بصلاحيات قضائية.
2. تقوم هذه الدائرة بأعمال الوساطة بين الفرقاء لحسم الخلافات الأسرية أو الحد منها، وتعزيز الروابط الأسرية قبل عرض النزاعات على القضاء.
3. تعتبر المحاضر والسندات التي يوقعها أطراف النزاع بوساطة هذه الدائرة والمتصلة بالحقوق المالية الناشئة عن آثار عقد الزواج سندات تنفيذية لا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير بعد المصادقة عليها من الموظف المختص في هذه الدائرة ورئيس المحكمة.
4. يُعين في هذه الدائرة متخصصون في حقول علم الاجتماع أو علم النفس، أو القانون، أو الشريعة ممن يحملون الدرجة الجامعية الأولى على الأقل، ويتمتعون بسيرة حسنة على ألا يقل عمر الموظف عن ثلاثين عاما، ويتبعون إداريا لرئيس المحكمة المختصة.
5. ينظم المجلس عمل ومهام هذه الدائرة.

الفصل التاسع

التفتيش القضائي

المادة (39)

1. تنشأ دائرة للتفتيش على القضاة تلحق بالمجلس تؤلف من أحد قضاة المحكمة العليا رئيساً وأربعة من القضاة لا تقل درجة كل منهم عن الثالثة.
2. يضع المجلس لائحة لدائرة التفتيش يبين فيها اختصاصاتها والقواعد والإجراءات اللازمة لأداء عملها، وعناصر تقدير الكفاية، بما فيها نتائج الدورات التدريبية وأسباب إلغاء أحكام القاضي أو نقضها أو تعديلها، والآثار المترتبة على تقارير التفتيش وتقدير الكفاءة.
3. تقدر الكفاية بإحدى الدرجات التالية: (ممتاز-جيد جداً-جيد-متوسط-ضعيف).
4. على رئيس كل محكمة تزويد دائرة التفتيش القضائي مرتين سنوياً بتقرير يبين فيه مسلكيات القاضي وطريقة إدارته جلسات المحاكمة وغيرها من الأمور الإدارية، وعلى دائرة التفتيش أخذ هذا التقرير بعين الاعتبار عند إجراء تقدير كفاية الأداء.
5. يجب على دائرة التفتيش إجراء التفتيش على القضاة فيما عدا قضاة المحكمة العليا مرة على الأقل كل سنة.
6. يودع تقرير دائرة التفتيش لدى المجلس خلال شهر على الأكثر من تاريخ انتهائه، ويكون التفتيش من خلال فحص القضايا التي فصل فيها القاضي، ويجب أن يحاط القضاة علماً بكل ما يودع في ملفات خدمتهم من ملاحظات أو أية أوراق أخرى.
7. في حال قُدرت كفاية القاضي بمتوسط لثلاث مرات متتالية أو ضعيف لمرتين متتاليتين يحال إلى المجلس المنصوص عليه في المادة (1/43) من هذا القانون بصفته لجنة تقييم الذي له إخضاع القاضي إلى تدريب مناسب أو إحالته إلى وظيفة غير قضائية.

الفصل العاشر

التظلمات والطعن في القرارات

المادة (40)

1. على رئيس دائرة التفتيش القضائي اخطار القاضي الذي قدرت كفايته متوسط فما دون خلال عشرة أيام من اجراء التقييم.
2. للقاضي خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره التظلم من التقدير من خلال عريضة ترفع إلى رئيس المحكمة العليا الذي يجب عليه عرضها على المجلس في أول جلسة لاحقة لتقديم العريضة.
3. على المجلس دعوة القاضي المتظلم للمثول أمامه وسماع أقواله، ويصدر المجلس قراره متضمنا تعديل التقدير إلى درجة أعلى، أو الابقاء على التقدير محل التظلم.

المادة (41)

1. تختص محكمة العدل العليا بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم، وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم.
2. تعفي الطلبات الواردة في الفقرة السابقة من الرسوم.

الفصل الحادي عشر

مسئالة القضاة

المادة (42)

1. لرئيس كل محكمة تنبيه القاضي شفاهه أو كتابة عند مخالفته لموجبات ومقتضيات وظيفته، ويكون للقاضي الحق بالتظلم على هذا التنبيه وفقا للإجراءات الواردة في المادة (40) من هذا القانون.
2. إذا تكررت المخالفة أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا، فعلى رئيس المحكمة رفع الأمر لرئيس المحكمة العليا الذي عليه احالة القاضي للتحقيق وفقا لأحكام القانون.
3. في حال كان رئيس المحكمة هو القاضي المعني في الفقرتين السابقتين، يمارس الصلاحيات المذكورة فيهما رئيس المحكمة العليا.

المادة (43)

1. يشكل مجلس لتأديب القضاة من أقدم قاضيين في المحكمة العليا وأقدم قاض في محاكم الاستئناف من غير أعضاء المجلس، ويصدر قراراته بالأغلبية.
2. لا يحال القاضي لمجلس التأديب إلا بعد اجراء التحقيق معه من أحد قضاة المحكمة العليا، وعلى قاضي التحقيق أن يقرر حفظ الأوراق أو احالة القاضي إلى مجلس التأديب، ويكون للقاضي المنتدب لإجراء التحقيق صلاحيات المحكمة فيما يختص بسماع الشهود الذي يرى سماع أقوالهم.
3. يجب ألا يكون القاضي المنتدب لإجراء التحقيق عضوا في المجلس أو في مجلس التأديب.
4. يمثل الادعاء العام أمام مجلس التأديب القاضي المنتدب لإجراء التحقيق.

المادة (44)

يحال القاضي إلى التحقيق في الحالات التالية:

1. في حالة اتهامه بجريمة يعاقب عليها القانون، وفي هذه الحالة يجب وقف الدعوى التأديبية لحين البت في القضية الجزائية، وفي حالة ادانة القاضي يقتصر دور القاضي المنتدب لإجراء التحقيق على تمثيل الادعاء العام أمام المجلس، إلا أن براءة القاضي لا تمنع من الاستمرار في الاجراءات التأديبية إذا وجد مبرر لذلك.
2. في حالة ارتكابه ما يخالف مقتضيات اشغال الوظيفة القضائية.

المادة (45)

1. تقام الدعوى التأديبية بموجب عريضة تشتمل على التهمة أو التهم التي انتهت إليها التحقيقات وتودع العريضة لدى سكرتارية مجلس التأديب.
2. إذا رأى مجلس التأديب وجهاً للسير في الإجراءات يكلف القاضي بالحضور في الموعد الذي يحدده المجلس، ويجب أن يشتمل التكليف على بيان كاف لموضوع الدعوى التأديبية وأدلة الاتهام، وتسلم للقاضي بغير رسوم صورة من أوراق الدعوى قبل موعد الجلسة بأسبوع على الأقل.
3. يجوز لرئيس المحكمة العليا بناء على توصية من قاضي التحقيق أو مجلس التأديب أن يقرر وقف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته إلى حين صدور قرار في الدعوى التأديبية، ولا يترتب على وقف القاضي وقف مرتبه مدة الوقف.
4. لمجلس التأديب أن يستوفي كل ما يراه من نقص في التحقيقات، أو أن يندب لذلك أحد أعضائه، ويكون لمجلس التأديب أو العضو المنتدب للتحقيق صلاحيات المحكمة فيما يختص بسماع الشهود الذي يرى سماع أقوالهم.
5. تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية إلا إذا طلب القاضي المرفوعة عليه الدعوى أن تكون علنية.
6. يحضر القاضي بشخصه أمام مجلس التأديب، وله أن ينيب عنه من يشاء من المحامين، وإلا جاز لمجلس التأديب اصدار القرار في غيابه.

7. تنقضي الدعوى التأديبية بوفاة القاضي أو بإحالته على التقاعد، أو باستقالته، أو بمضي ستة أشهر على نشوئها أو على آخر اجراء اتخذ فيها.

المادة (46)

1. العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على القاضي هي:
- أ. التنبيه
 - ب. الانذار
 - ج. الحرمان من الترقية عند استحقاقها
 - د. انذار نهائي بالعزل
 - هـ. العزل
2. يتولى المجلس تنفيذ القرارات التأديبية الصادرة عن مجلس التأديب بعد صيرورتها نهائية، وإذا كان القرار صادرا بعقوبة العزل، اعتبر القاضي في إجازة حتمية من تاريخ صدور القرار حتى صيرورته نهائيا.
3. يصدر بتنفيذ القرار الصادر بعزل القاضي (متى صار نهائيا) قرار من رئيس الدولة، ويعتبر العزل نافذا من تاريخ صدور هذا القرار.
- لا يؤثر القرار الصادر بعزل القاضي على حقوقه في التقاعد أو المكافأة.

المادة (47)

1. لا يجوز القبض على القاضي أو توقيفه أو تحريك الدعوى الجزائية ضده إلا بعد الحصول على إذن من المجلس.
2. في حالات التلبس يتم التحفظ على القاضي، وعلى النائب العام اخطار المجلس بواقع الحال خلال الأربعة وعشرين ساعة التالية على القبض.
3. يكون توقيف القاضي احتياطيا وفقا لأحكام قانون الاجراءات الجزائية النافذ.
4. يجري توقيف القاضي في مكان مستقل عن الأماكن المخصصة للموقوفين أو السجناء الآخرين.
5. يترتب على تحريك الدعوى الجزائية وقف القاضي مباشرة عن أعمال وظيفته.

الفصل الثاني عشر

أعوان القضاة والعاملون في المحاكم

المادة (48)

أعوان القضاء هم: المحامون والخبراء والمأذونون الشرعيون والكتبة والمحضرون والمترجمون.

المادة (49)

ينظم القانون مهنة المحاماة الشرعية.

المادة (50)

ينظم القانون عمل الخبراء والمترجمين، ويصدر بتنظيم عمل المأذونين الشرعيين لائحة عن مجلس الوزراء يضعها المجلس.

المادة (51)

1. يعين في المحاكم الشرعية عدد كاف من الموظفين ويسري عليهم قانون الخدمة المدنية والأنظمة الصادرة بمقتضاه.
2. يكون للرئيس صلاحيات الوزير ووكيل الوزارة فيما يتعلق بالموظفين وفقا لأحكام قانون الخدمة المدنية والأنظمة الصادرة بمقتضاه. وللرئيس في هذا الشأن تفويض بعض اختصاصاته لأحد القضاة ممن لا تقل درجتهم عن الثالثة أو لأحد موظفي الفئة العليا وفقا لأحكام القانون.

الفصل الثالث عشر

أحكام ختامية

المادة (52)

يضع المجلس اللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، وتصدر عن مجلس الوزراء، وتنتشر في الجريدة الرسمية.

المادة (53)

الأحكام والقرارات القضائية الشرعية واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها على أي نحو جريمة يعاقب عليها بالحبس وفقا لقانون العقوبات، والعزل من الوظيفة إذا كان المتهم موظفا عاما أو مكلفا بخدمة عامة، وللمحكوم له الحق في رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، وتضمن الدولة تعويضا كاملا له.

المادة (54)

يلغى:

1. كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون ورد في قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972 وتعديلاته المعمول بها في محافظات الضفة الغربية، وقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (12) لسنة 1965 وتعديلاته المعمول به في محافظات غزة؛
2. نظام صلاحيات قاضي القضاة رقم (2) لسنة 1955 ونظام منصب قاضي القضاة رقم (10) لسنة 1964 المعمول بهما في الضفة الغربية؛
3. القرار بقانون رقم (3) لسنة 2012 بشأن القضاء الشرعي؛
4. كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون حيثما ورد.

المادة (55)

على جميع الجهات المختصة، كل فيما يخصه تنفيذ أحكام هذا القانون، ويعمل به بعد تسعين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

صدر بمدينة رام الله بتاريخ / 2014 ميلادية
الموافق: / / 1435 هجرية

محمود عباس

رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

الذيل**جدول الرواتب والعلاوات**

الدرجة	الراتب الأساسي \$	علاوة طبيعة العمل \$	العلاوة السنوية \$
رئيس المحكمة العليا	3000	500	50
الدرجة الأولى	2668	460	46
الدرجة الثانية	2300	460	46
الدرجة الثالثة	2185	380	38
الدرجة الرابعة	1900	380	38
الدرجة الخامسة	1776	320	32
الدرجة السادسة	1600	320	32
الدرجة السابعة	1400	280	28

*ملاحظة: الأرقام أعلاه بالدولار الأمريكي إلى أن يتم استبدالها بأرقام تستند إلى الجنيه الفلسطيني.

**مشروع قانون تشكيل المحاكم الشرعية
رقم () لسنة 2014
ومذكرة الأسباب الموجبة منهجية
اعداد مسودة قانوني تشكيل المحاكم
الشرعية والرسوم**



قام المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) بتكليف خبير في القضاء الشرعي بإعداد ورقة تسلط الضوء على الاشكاليات القانونية التي يعاني منها القضاء الشرعي، واقترح أجندة عمل تشريعية كفيلة بحسم مواطن الاشكال، ومساندة لعملية مؤسسية عمل القضاء الشرعي بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والمنظومة القانونية في فلسطين.

أوصت الورقة المذكورة بضرورة سن رزمة قوانين جديدة لأسباب عديدة، ومنحت الأولوية للقوانين التالية: قانون تشكيل المحاكم الشرعية، وقانون رسوم المحاكم الشرعية، وقانون القضاء الشرعي، وقانون أصول المحاكمات الشرعية. وارتأت مساواة استئجار العمل على قانون الأحوال الشخصية لاعتقادها بحاجته إلى توافق مجتمعي واسع. شرعت "مساواة" بإعداد رزمة القوانين المنوه بها، فأتمت صياغة مسودتي قانون تشكيل المحاكم الشرعية، وقانون رسوم المحاكم الشرعية، ومذكرة الأسباب الموجبة لكل منهما، وستواصل العمل على اعداد مشروع قانون القضاء الشرعي وقانون أصول المحاكمات الشرعية تباعا.

وتوطيدا لسياستها في الاشراك المجتمعي في عملية صنع التشريعات؛ تكريسا للمشروعية، وفي محاولة منها لإدارة خلافات الأشخاص المخاطبين بأحكام القوانين في مرحلة مبكرة، وقياس الأثر المتوقع لمسودات القوانين حال صدورها، بما يؤسس لتهيئة تشريعية ملائمة، قامت مساواة بعقد ورشتي عمل في رام الله وغزة لمناقشة اشكاليات القضاء الشرعي والحاجة لإجراء التصويبات التشريعية على القوانين السارية، كما عقدت لقائين حواريين لمجموعتين بؤريتين واحدة في الضفة وأخرى في غزة لمناقشة المسودة الأولى لمشروعها، وأسبابهما الموجبة، ولجأت "مساواة" كذلك إلى نشر مسودة القانونين على موقعها الإلكتروني؛ لتلقي الملاحظات والاقتراحات على النصوص كصورة من صور الاستشارات العامة، حيث تمت صياغة المسودة النهائية للقانونين على ضوء نتائج وتوصيات ورش العمل ولقاءات المجموعة البؤرية والاستشارات العامة هذه. وقد شارك في هذه المشاورات واللقاءات ممثلون عن دوائر صنع القرار التشريعي، والمجلس الأعلى للقضاء الشرعي، ومنظمات المجتمع المدني، ومراكز مناصرة المرأة، والنيابة العامة، ونقابة المحامين، بالإضافة إلى عدد من المهتمين في القضاء الشرعي.

وعليه، يسعدنا في المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة" أن نضع بين أيادي أصحاب القرار التشريعي والسياسي والإداري، ومجتمع القانونيين ومؤسسات المجتمع المدني ما خلصنا إليه، بأمل الوقوف الجدي عليه والشروع في اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لإقرارهما وإصدارهما وفقا للأصول المألوفة.

قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم () لسنة 2014

رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

استناداً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديله، ولا سيما المادة 101 منه، وبعد الاطلاع على قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، ولا سيما المادتين (6 و 7) منه،

وقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972م وتعديلاته السارية في المحافظات الشمالية،

وقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959م الساري المفعول في المحافظات الشمالية،

وقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (12) لسنة 1965م الساري في المحافظات الجنوبية،

وقانون الأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976م الساري المفعول في المحافظات الشمالية،

وقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001 م،

وأمر رقم (303) لسنة 1954 بشأن قانون حقوق العائلة الساري في المحافظات الجنوبية، والقرار بقانون رقم (3) لسنة 2012م بشأن القضاء الشرعي،

والمرسوم الرئاسي رقم (16) لسنة 2003م بشأن المجلس الأعلى للقضاء الشرعي، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا،

وبعد موافقة المجلس التشريعي،

وتحقيقاً للمصلحة العامة،

وباسم الشعب العربي الفلسطيني،

أصدرنا القانون التالي:

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة (1)

يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك :

المحكمة: المحكمة المختصة بالنظر في المسائل الشرعية والأحوال الشخصية على اختلاف درجاتها .

المجلس: المجلس الأعلى للقضاء الشرعي.

رئيس المجلس: رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي.

رئيس المحكمة: القاضي المنوط به مهمة الاشراف الإداري في أية محكمة وفقا للقانون.

الحق العام الشرعي: كل مسألة تتعلق بحق الله تعالى وفقا للقانون .

المادة (2)

تنشأ المحاكم الشرعية وتحدد درجاتها وفقاً لأحكام هذا القانون.

المادة (3)

تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم عقدها سرية مراعاة للأداب أو للمحافظة على النظام العام، ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية.

نظام الجلسة وضبطها منوطان برئيسها .

المادة (4)

لغة المحاكم هي العربية، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون بها بواسطة مترجم مرخص وفقاً للقانون بعد حلفه اليمين.

المادة (5)

تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني، ويجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها بشكل وافٍ.

المادة (6)

يتولى رئيس المحكمة تنظيم العمل الإداري فيها.

المادة (7)

تُحدد دائرة الاختصاص المكاني للمحاكم الشرعية بقرار يصدره رئيس المجلس.
يحدد القانون قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية.
ينظم القانون أصول التقاضي أمام المحاكم الشرعية.

المادة (8)

تتكون المحاكم الشرعية في فلسطين من:

1. المحاكم الابتدائية.
2. محاكم الاستئناف.
3. المحكمة العليا.

الفصل الثاني

المحاكم الابتدائية

المادة (9)

1. تنشأ في دائرة كل محافظة محكمة شرعية ابتدائية أو أكثر حسب الحاجة، وتمارس الاختصاصات المخولة لها طبقاً للقانون.

2. مع مراعاة ما ورد في البند (1) أعلاه، يتم استحداث محاكم ابتدائية بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على تسييب المجلس.

المادة (10)

تشكل المحكمة الابتدائية من قاض فرد، ويتولى الإشراف الإداري فيها، وفي حالة تعدد قضاتها يتولى مهمة الاشراف الإداري فيها أقدمهم فالأكبر سناً.

المادة (11)

للمجلس تنظيم أعمال المحاكم الشرعية الابتدائية، وتقسيمها إلى دوائر متخصصة إذ دعت الحاجة إلى ذلك، وله في سبيل ذلك تخصيص قاضٍ أو أكثر للنظر في الحجج والمعاملات، وتخصيص قاضٍ أو أكثر للفصل في الدعاوى.

الفصل الثالث

محاكم الاستئناف الشرعية

المادة (12)

1. تنشأ محكمة استئناف شرعية في القدس وأخرى في غزة. ولأي منهما أن تتعقد مؤقتاً في أي مكان آخر بقرار من المجلس.
2. يجوز أن تتعدد هيئات محكمة الاستئناف حسب الحاجة، ولكل هيئة أن تتعقد في أي مدينة فلسطينية بقرار من المجلس.
3. يحدد المجلس دائرة الاختصاص المكاني لمحاكم الاستئناف، وتمارس صلاحياتها وفقاً للقانون.

المادة (13)

1. تشكل كل هيئة لمحكمة الاستئناف من رئيس وعدد كافٍ من الأعضاء، وتتعد برئيس وعضوين، وتصدر أحكامها بالأغلبية.

2. يعين رئيس محكمة الاستئناف بقرار من المجلس وفقا للقانون.

المادة (14)

مع مراعاة أحكام القانون، تنظر محاكم الاستئناف في الاستئنافات المرفوعة إليها بشأن الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية الشرعية، وأية استئنافات أو طلبات ترفع إليها بموجب القانون.

المادة (15)

للمجلس تنظيم أعمال محاكم الاستئناف وتقسيمها إلى دوائر متخصصة.

الفصل الرابع

المحكمة العليا الشرعية

المادة (16)

تؤلف المحكمة العليا الشرعية من رئيس ونائبين وخمسة عشر عضوا، وتتعدد من رئيس وأربعة أعضاء، على الأقل، وفي حال عدم اشتراك الرئيس تتعدد الجلسة برئاسة أحد نائبيه أو القاضي الأقدم فالأكبر سنا، وتصدر أحكامها بالأغلبية، وتكون أحكامها قطعية.

المادة (17)

1. يكون المقر الدائم للمحكمة العليا في العاصمة القدس، وللمحكمة أن تتعدد بقرار من المجلس في أية مدينة أخرى.
2. للمجلس أن يشكل أكثر من هيئة من أعضاء المحكمة إذا اقتضت الضرورة ذلك.

المادة (18)

تختص المحكمة العليا الشرعية بما يلي:

1. النظر تدقيقا في الطعون المرفوعة إليها بشأن الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم

الاستئناف في الأحوال التالية:

- أ. إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
- ب. إذا تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه وصدر بين الخصوم أنفسهم وبذات النزاع.
3. تعيين المرجع عند التنازع السلبي والايجابي بين المحاكم الشرعية على الاختصاص.
4. أية اختصاصات أخرى وفقاً للقانون.

المادة (19)

تتعقد المحكمة العليا من رئيس وثمانية أعضاء، بناءً على طلب رئيسها أو أحد نائبيه للعدول عن مبدأ قانوني سبق أن قرره المحكمة أو أحد هيئاتها، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة، أو في حال كانت الدعوى المنظورة أمامها تشتمل على مسألة قانونية مستحدثة أو تتطوي على جانب من التعقيد.

المادة (20)

ينشأ بالمحكمة العليا مكتب فني يتولى رئاسته أحد قضااتها ويعاونه عدد من الباحثين والموظفين.

المادة (21)

يختص المكتب الفني بما يلي:

1. استخلاص المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا فيما تصدره من أحكام وفهرستها ومتابعة نشرها بعد عرضها على رئيس المحكمة العليا.
2. إعداد البحوث والمذكرات القانونية اللازمة.
3. أية أمور أخرى يكلفه بها رئيس المحكمة العليا.

الفصل الخامس

نيابة الأحوال الشخصية

المادة (22)

1. تنشأ بموجب هذا القانون دائرة في النيابة العامة تختص بمسائل الأحوال الشخصية، تسمى نيابة الأحوال الشخصية.
2. تختص نيابة الأحوال الشخصية بمباشرة دعوى الحق العام الشرعي أو التدخل فيها وفقاً لقانون أصول المحاكمات الشرعية في الحالات التالية:
 - أ. الزواج بالمحرمات حرمة مؤبدة أو مؤقتة.
 - ب. اثبات الزواج والطلاق، وفسخ الزواج وفقاً للقانون.
 - ت. سائر المنازعات المتصلة بالوقف الاسلامي والوصية.
 - ث. دعاوى النسب وعديمي الأهلية وناقصيها والمفقودين.
3. يتم اختيار أعضاء من النيابة العامة للعمل في نيابة الأحوال الشخصية، وتحدد أماكن عملهم بقرار من النائب العام بالتنسيق مع المجلس.

المادة (23)

1. تتألف نيابة الأحوال الشخصية من رئيس نيابة، وعدد كاف من وكلاء ومعاوني نيابة.
2. فيما لم يرد بشأنه حكم خاص، يخضع عضو نيابة الأحوال الشخصية للقوانين والأنظمة الخاصة بالنيابة العامة.

الفصل السادس

أحكام ختامية

المادة (24)

لمجلس القضاء الأعلى أن ينتدب، وفقاً للحاجة، ولمدة مؤقتة لا تزيد على ستة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة، أياً من قضاة محاكم:

- أ. الاستئناف ليجلس قاضياً في المحكمة العليا؛
- ب. الابتدائية ليجلس قاضياً في محكمة الاستئناف؛
- ج. الاستئناف أو الابتدائية ليجلس قاضياً في محكمة أخرى من ذات الدرجة.
- د. يراعى في أولوية الندب وفقاً للبتدين (أ، ب) أعلاه أن تتوافر في القضاة المنتدبين شروط العمل في المحكمة المنتدب إليها.

المادة (25)

يكون لكل محكمة أختامها الخاصة، وتحدد أشكالها وطريقة استعمالها وحفظها بتعليمات من رئيس المجلس.

المادة (26)

يضع المجلس الأنظمة واللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون في موعد أقصاه ستة أشهر من تاريخ سريان هذا القانون، وتصدر عن مجلس الوزراء وتشر في الجريدة الرسمية.

المادة (27)

يلغى:

1. قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972 وتعديله المعمول به في محافظات الضفة الغربية؛

2. كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (12) لسنة 1965 المعمول به في محافظات غزة وقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959م الساري المفعول في المحافظات الشمالية.
3. كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون حيثما يرد.

المادة (28)

بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، يستمر العمل بالأنظمة واللوائح النافذة الصادرة بمقتضى القانونين المشار إليهما في المادة (27) من هذا القانون إلى حين إلغائها أو تعديلها أو استبدالها وفقاً للمادة (27) من هذا القانون.

المادة (29)

على جميع الجهات المختصة، كل فيما يخصه، تنفيذ أحكام هذا القانون، ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

صدر بمدينة رام الله بتاريخ 2014 / ميلادية

الموافق: 1435 / هجرية

محمود عباس

رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

مشروع قانون رسوم المحاكم الشرعية رقم ()

لسنة 2014

ومذكرة الاسباب الموجبة



رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

استناداً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديله، ولا سيما المادة 88 منه، وبعد الاطلاع على نظام رسوم المحاكم الشرعية رقم (55) لسنة 1983 الساري في المحافظات الشمالية،

وقانون رسوم المحاكم لسنة 1933 الساري في المحافظات الجنوبية،

وبعد موافقة المجلس التشريعي،

وتحقيقاً للمصلحة العامة،

وبناء على الصلاحيات المخولة لنا،

وباسم الشعب العربي الفلسطيني،

أصدرنا القانون التالي:

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة (1)

يكون للكلمات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها ادناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك:

الرسم: القيمة المالية المحددة في هذا القانون، ويشمل الطوابع وتبليغ الأوراق القضائية من غير النشر في الصحف.

الدينار: الدينار الأردني أو ما يعادله بالعملة المتداولة قانوناً.

الصفحة: وجه من القطع الكامل أو أي جزء منه.

الطلب: كل استدعاء أو عريضة أو معاملة يكون موضوعه خاضعاً للرسم وفقاً لأحكام هذا القانون، بما في ذلك طلب رد القضاة والخبراء والمحكمين.

رئيس المحكمة: رئيس أية محكمة شرعية على اختلاف درجاتها، والمكلف بالإشراف الإداري فيها.

المادة (2)

تسري أحكام هذا القانون على الدعاوى والطلبات والحجج وما في حكمها المقدمة للمحاكم الشرعية على اختلاف درجاتها ما لم يرد نص في أي تشريع آخر يقضي بخلاف ذلك.

المادة (3)

مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة، تُستوفى رسوم المحاكم الشرعية وفقا لهذا القانون والجداول الملحقه به، وتورد إلى حساب الخزينة العامة.

المادة (4)

تستوفى الرسوم المستحقة بموجب هذا القانون من قبل الموظف المختص في المحكمة، ويبين مقدارها على أوراق المعاملة ويوقع على ذلك بتاريخه بعد وضع ختم المحكمة، ويدون الموظف مفردات الرسوم التي استوفيت في لائحة الدعوى أو الطلب.

المادة (5)

1. يلزم المدعي بأداء الرسوم المستحقة عند تقديم لائحة دعواه إلى قلم الكتاب، ويلزم بأداء ما يستحق عنها من رسوم أثناء نظرها وحتى قفل باب المرافعة فيها.
2. لا يقبل قيد أي دعوى أو طلب أو أي مستند آخر خاضع للرسم بمقتضى أحكام هذا القانون إلا بعد استيفاء الرسم المقرر مقدما، ما لم يثبت تأجيل دفع الرسوم أو بعضها وفقا لأحكام هذا القانون، وما لم يرد أي نص يقضي بغير ذلك.
3. اذا فقد ملف دعوى منظورة أو طلب تم تسجيله أو أتلف أو تلف، كلياً أو جزئياً، وأبرز وصل بدفع أي رسم فيعتبر ابراز الوصل بينة كافية على دفعه.
4. تحكم المحكمة بنتيجة الدعوى بإلزام الفريق الخاسر بأداء الرسوم والمصاريف والنفقات على قدر خسارته للدعوى.

المادة (6)

تعتبر كسور الدينار من الرسم المقرر وفقاً لأحكام هذا القانون ديناراً، وتستوفي تبعاً لذلك.

الفصل الثاني

أحكام خاصة بشأن رسوم الدعاوى

المادة (7)

مع مراعاة الجداول الملحقة بهذا القانون:

- أ. يستوفي رسم بنسبة 1 % من قيمة المدعى به في الدعاوى التي موضوعها مال مقدّر أو قابل للتقدير، على أن لا يقل عن خمسة دنانير ولا يزيد على مائة دينار.
- ب. في الدعاوى التي موضوعها مال غير صالح للتقدير وقت قيد الدعوى، يستوفي عنها رسم مقطوع مقداره خمسة عشر ديناراً.
- ج. في دعاوى تصحيح أو ابطال أية حجة، يستوفي عنها رسم بمقدار الرسم الأصلي المقرر على تنظيمها وفقاً لهذا القانون مضافاً إليه 35 % من قيمة هذا الرسم.
- د. إذا كان المدعى به مبلغاً من المال بغير العملة المتداولة قانوناً، فيقدر الرسم على أساس ما يعادل ذلك من العملة المتداولة وفقاً لسعر الصرف المعلن عنه من قبل سلطة النقد.
- هـ. إذا اشتملت الدعوى الواحدة على أكثر من ادعاء، فيستوفي عن كل ادعاء منها رسم مستقل.

المادة (8)

مع مراعاة حكم المادة (7) من هذا القانون، يستوفي رسم مقطوع مقداره عشرة دنانير عن كل دعوى غير مدرجة بالجدول (1) وخمسة دنانير عن كل طلب أو حجة غير مدرجة في الجدول (2) من هذا القانون، ودينار واحد عن كل استدعاء مقدم في دعوى قائمة ما لم يرد نص يقضي بغير ذلك.

المادة (9)

1. للخصم الذي قام بدفع جميع الرسوم المقررة بموجب هذا القانون أن يطلب استرداد نصفها إذا انتهت الدعوى صلحاً قبل الشروع في تقديم البيانات، وبعد مصادقة المحكمة على هذا الصلح.

2. يدون الطلب في محضر جلسة المصالحة، ولا يسمع بعدها، وتودع نسخة عن وصل الاسترداد ملف الدعوى.

الفصل الثالث

طلبات التصوير وأجرة المأذون الشرعي

المادة (10)

يستوفي رسم مقداره دينارين عن طلب تصوير ضبط الدعوى، ومبلغ دينار واحد عن كل عشرة صفحات يتم تصويرها.

المادة (11)

للمأذون الشرعي من غير موظفي المحاكم الشرعية المقيمين أن يستوفي أجرة عن كل عقد زواج مقدارها عشرين ديناراً.

الفصل الرابع

تأجيل الرسوم وتبسيطها والاعفاء منها

المادة (12)

1. إذا ادعى شخص بعدم مقدراته على دفع الرسوم في أي دعوى وفقاً لأحكام هذا القانون:

أ. يقدم طلب للإعفاء منها أو بعضها إلى قلم كتاب المحكمة المختصة مشفوعاً بالأوراق والمستندات المؤيدة لمضمونه، إن وجدت، ويفصل فيه رئيس المحكمة، ويكون قراره قطعياً.

ب. في سبيل التحقق من حالة طلب الإعفاء، لرئيس المحكمة أن يطلب ما يراه مناسباً من أوراق، وسماع أقوال الغير، وله الاستئناس برأي وزارة الشؤون الاجتماعية وغيرها.

ج. إذا ثبت لرئيس المحكمة اعسار المدعي، يقرر قبول الدعوى مؤجلة الرسوم.

4. إذا أصبح الشخص الذي قبلت دعواه مؤجلة الرسوم قادراً على تأدية تلك الرسوم في أي دور من أدوار المحاكمة تقرر المحكمة وقف الاجراءات ريثما يتم دفع جميع الرسوم المستحقة.
5. حال صدور حكم في الدعوى لصالح الشخص الذي قبلت دعواه مؤجلة الرسوم ، وعند امتناعه عن الدفع، يقوم رئيس قلم المحكمة بإعداد كشف بجميع الرسوم المستحقة عن الاجراءات المتخذة في الدعوى ويقدمه لجهة التنفيذ، بعد مصادقة رئيس المحكمة، لتحصيلها من المحكوم عليه باعتبارها ديناً ممتازاً.
6. اذا ردت الدعوى مؤجلة الرسوم، أو إذا لم تتمكن جهة التنفيذ من تحصيل الرسوم بسبب إفسار المحكوم عليه أو لأي سبب آخر، يجوز لرئيس المحكمة أن يأمر بدفع الرسوم المستحقة جميعها أو بعضها، أو أن يأذن بتقسيتها على أقساط شهرية لا تتجاوز أربعة وعشرين شهراً أو إلى حين الفصل في الدعوى أيهما أقرب، وله الرجوع عن إذنه في أي وقت إذا ثبت اقتدار المدين بها.
7. على الرغم مما ورد في الفقرتين (3، 4) من هذه المادة، لرئيس المحكمة، في دعاوى غير المالية، أن يقرر اعفاء المدين بالرسوم من أدائها عند ثبوت عدم مقدرته على الوفاء بها مطلقاً.
8. يفرض على المتدخل منضماً إلى المدعي أو من في حكمه وفاء رسم الدعوى إذا لم يكن قد حصل، فإذا كانت له طلبات مستقلة استحق رسم عن هذه الطلبات وفقاً لأحكام هذا القانون.

الفصل الخامس

رسوم تجديد الدعوى والاستئناف وطرق الطعن غير العادية

المادة (13)

يدفع نصف الرسم المقرر عند تجديد الدعوى التي أسقطت إذا قدم طلب تجديدها خلال أربعة أشهر من تاريخ صدور القرار بإسقاطها، فإن لم يقدم الطلب خلال هذه المدة تدفع الرسوم كاملة.

المادة (14)

1. يستوفي مبلغ مقداره سبعة دنانير عند تسجيل أي طعن أو طلب لدى محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا للمرة الأولى، ما لم يرد نص يقضي بغير ذلك.
2. مع مراعاة أي حكم مخالف، يستوفي نصف الرسم المقرر بموجب هذا القانون عند الطعن بإعادة المحاكمة أو اعتراض الغير، ويستوفي الرسم كاملاً عند الاعتراض على الأحكام الغيابية.

الفصل السادس

اعفاءات

المادة (15)

1. مع مراعاة حكم المادة (4/5) من هذا القانون تعفي دعاوى نفقة الزوجة والأولاد من الرسوم.
2. تعفي من الرسوم:
 - أ. طلبات انشاء الوقف الخيري، واشهار الاسلام، والإذن للأولياء والأوصياء والمتولين.
 - ب. نسخة الحكم الأصلي وطلبات تصحيح وتفسير الأحكام وابرار البيانات وتقديم المرافعات والمذكرات.
 - ج. طلبات استرداد المستندات المبرزة في الدعاوى أو الطلبات التي تم الفصل فيها نهائياً، شريطة إيداع صور عنها في الملف وأن يصادق عليها رئيس القلم بما يفيد أنها صورة طبق الأصل عن المستند الذي تسلمه صاحبه.
 - د. عمليات تدقيق حسابات التركة المستحقة لليتميم.
3. لا تستحق أية رسوم على قيد دعاوى الحق العام الشرعي التي تحركها نيابة الأحوال الشخصية حتى آخر درجات التقاضي، وعند الفصل في الدعوى تحكم المحكمة على المحكوم عليه بالرسوم المستحقة وفقاً لهذا القانون، وتدفع بعد تحصيلها إلى صندوق المحكمة التي أصدرت الحكم.

الفصل السابع

أحكام ختامية

المادة (16)

تعتبر الرسوم التي دفعت عن الدعاوى أو الطلبات أو الحجج حين نفاذ هذا القانون أنها مستوفاة بتمامها إذا كانت قد استوفيت وفقاً لفئة الرسوم المعمول بها حين الدفع.

المادة (17)

يضع المجلس الأعلى للقضاء الشرعي اللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، وتصدر عن مجلس الوزراء، وتشر في الجريدة الرسمية.

المادة (18)

يُلغى نظام رسوم المحاكم الشرعية رقم (55) لسنة 1983، وقانون رسوم المحاكم لسنة 1933، وكل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون.

المادة (19)

على جميع الجهات المختصة، كل فيما يخصه، تنفيذ أحكام هذا القانون، ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من نشره في الجريدة الرسمية.

صدر بمدينة رام الله بتاريخ / / 2014 ميلادية

الموافق: / / 1435 هجرية

محمود عباس

رئيس دولة فلسطين

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

الذيول

جدول رقم (1) رسوم الدعاوى

الدعوى	مقدار الرسم (دينار)	مقدار رسم صورة الحكم
التفريق القضائي بأنواعه	25	5
الحجر بأنواعه بما فيه فك الحجر	30	7
إثبات الرشد	10	4
عزل الوصي أو القيم أو المتولي	15	5
إثبات وصية	المادة (7) من هذا القانون	5
إثبات النسب أو نفيه	20	5
منازعات الوقف الذري	25	5
إبطال الوقف بأنواعه	40	10
الطاعة	30	6
طلب الحضانة	10	3
المشاهدة	10	2
طلب الضم	20	5
طلب الولاية	10	5
أجرة الرضاع أو الحضانة أو المسكن	7	2
نفقة الأقارب	4	دينار
قطع النفقات بأنواعها	25	5
قطع أجرة الرضاع أو الحضانة أو المسكن	15	5
إثبات طلاق من قبل أحد العاقدين	20	7
التعويض عن الطلاق التعسفي	10	3
الرجعة	10	3
الظهار أو اللعان أو الأيلاء	15	5

وكالة محامي أمام المحاكم على اختلاف درجاتها	طابع دمغة بقيمة دينار - واحد
---	------------------------------

جدول رقم (2) رسوم الحجج والطلبات

الحجة/الطلب	مقدار الرسم (دينار)	مقدار رسم الصورة
العزوبة	10	3
المحرم	10	3
الإعالة	6	3
خلو موانع	10	4
الرشد	6	3
الولاية أو الاستقالة منها	8	4
الوصاية أو الاستقالة منها	8	4
الابراء	10	5
التولية على الوقف أو الاستقالة منها	8	4
نصب الناظر ومن في حكمه أو استقالته	8	4
محاسبة الوصي أو الولي أو المتولي ومن في حكمهم	8	4
حصر الإرث حتى المناسخة الثانية	12	5
كل حجة وراثه بعد المناسخة الثانية	8 دنانير عن كل مناسخة بما لا يزيد عن مائة دينار	5
طلب ضبط التركة وتحريرها	10	4
2 % عن إدارة التركة من صافي قيمة التركة التي توزع على الورثة بعد قضاء جميع الديون والمصاريف والنفقات ورسم التسجيل		

6	1.5% من قيمة بدل التخرج يدفعها المتخرج له، ما لم يتفق على خلاف ذلك، على ألا يقل عن 10 دنانير ولا يزيد على مائة دينار	التخرج
---	--	--------

جدول رقم (3) رسوم الزواج والطلاق

رسم الصورة (دينار)	مقدار الرسم (دينار)	الزواج
5	25	زواج أول
10	80	زواج مكرر (من غير طلاق أو وفاة)
5	15	مصادقة زوجية
رسم الصورة	مقدار الرسم	الطلاق
7	20	طلاق رجعي أو إقرار بطلقة أولى رجعية
7	35	طلاق بائن بينونة صغرى أو الاقرار به
5	30	طلاق بائن مقابل الإبراء العام
ملاحظة: الطلاق البائن بينونة كبرى لا يسمع إلا من خلال دعوى (جدول 1)		

مشروع قانون رسوم المحاكم الشرعية مذكرة الأسباب الموجبة

توصيف الوضع القانوني الحالي لرسوم المحاكم الشرعية

يفترض أن نظام رسوم المحاكم الشرعية رقم (55) لسنة 1983 هو النظام الواجب التطبيق على رسوم المحاكم الشرعية في الضفة الغربية، وقانون رسوم المحاكم لسنة 1933 القانون الواجب التطبيق على رسوم المحاكم الشرعية في قطاع غزة. وعلى الرغم من ذلك، أصدر قاضي القضاة السابق تعميماً حمل الرقم 1 لسنة 2003 بشأن رسوم الدعاوى والحجج والصور في المحاكم الشرعية، حلّ عملياً محل كل من النظام والقانون المشار إليهما أعلاه. وقد جاء في ديباجة هذا التعميم: «بموجب الصلاحيات المخولة لي واستناداً لنظام الرسوم رقم 55 لسنة 1983 المعمول به بموجب قرار سيادة الرئيس ياسر عرفات حفظه الله ورعاه رقم 94/1 وتوحيداً للعمل في جميع المحاكم الشرعية في دولة فلسطين فإنني أرسل لكم كشفاً برسوم الدعاوى... للعمل بموجبه اعتباراً من 2003/2/1...».

بناءً على ما سبق، ووفقاً لقواعد سريان القوانين، وحيث لم يصدر قانون بإلغاء كل من نظام الرسوم لسنة 1983 وقانون الرسوم لسنة 1933، فإنهما يعتبران ساريان قانوناً، ولا يرد القول بصحة الغائهما ضمناً من خلال التعميم المذكور؛ لمخالفة هذا القول لقاعدة تدرج التشريعات؛ بمعنى لا يجوز إلغاء القانون أو النظام بتعميم كونه أدنى درجة منهما، ما يستلزم اعتبار هذا التعميم كأن لم يكن؛ لاعتدائه على صلاحيات السلطات المختصة دستورياً بالتشريع. ومن ناحية أخرى، فإنه لا يجوز فرض أية رسوم، أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون استناداً لأحكام المادة (88) من القانون الأساسي 2003، والتي تنص على: "فرض الضرائب العامة والرسوم، وتعديلها وإلغاؤها، لا يكون إلا بقانون، ولا يعفي أحد من أدائها كلها أو بعضها، في غير الأحوال المبينة في القانون"، وقد كانت المادة (79) من القانون الأساسي 2002 تنص على الحكم ذاته، ما يعني عدم اختصاص قاضي القضاة بإصدار التعميم المذكور، ما يجعله غير دستوري.

ولما كانت القوانين المتصلة برسوم المحاكم الشرعية قديمة، بعد تبين عدم شرعية تعميم قاضي القضاة المذكور، ونظراً لتغير القيمة الشرائية للعملة من جهة، وعدم امكانية وضع سعر صرف عادل للجنه الفلسطيني في حالة قانون الرسوم لسنة 1933 لعدم وجود وتداول

الجنيه الفلسطيني قانونا، فإن تقنين رسوم المحاكم الشرعية تبقى مسألة ملحة وتحظى بأولوية تشريعية.

السياسة التشريعية لمشروع قانون رسوم المحاكم الشرعية

يعتبر الحق في التقاضي من الحقوق الأساسية للإنسان. ما يستلزم عدم جواز فرض قيود أو عقبات تحول بين الفرد وحق طرق أبواب القضاء، ومنها الرسوم المبالغ فيها، والتي قد تشكل عائقا أمام غير المقتدرين من التوجه للقضاء. وفي هذا تنص المادة (1/30) من القانون الأساسي 2003: «التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا».

ولما كان جل اختصاص المحاكم الشرعية ينصب في الأساس على النزاعات الأسرية، بعيدا عن علاقات المال والأعمال، وحرصا على تيسير سبل التقاضي وجعل مرفق القضاء الشرعي في متناول كل من يطلبه نظرا للطبيعة الخاصة لتخوم صلاحياته، انتهج هذا المشروع سياسة متزنة تراعي مصالح المتقاضين من جهة، وحق الدولة في استيفاء بدل معقول لقاء تقديم خدماتها القضائية بهدف ضمان جدية التقاضي وعدم إرباك المحاكم بإدعاءات كيدية قد تهدد الاستقرار الأسري من جهة ثانية. بهذا، يكرس هذا المشروع مبدأ مجانية التقاضي، واسباغ صفة الرسمية على الدعاوى والطلبات القضائية من خلال الرسوم الميسرة، ما يكفل حق المواطنين في التقاضي بالمفهوم الدستوري. علاوة على ذلك، فإن الغلو في فرض الرسوم القضائية قد يؤدي إلى إكراه غير المقتدرين على دفعها إلى حل نزاعاتهم خارج إطار المؤسسات الدستورية، في بيئة غير متكافئة لجهة ضمان حقوق الدفاع والمواجهة، لا سيما عندما تكون المرأة طرفا فيها، نظرا لطبيعة عادات وتقاليد المجتمع الفلسطيني، أو أنهم؛ أي غير المقتدرين قد يضطروا إلى التعايش مع الواقع على سبيل الإكراه وعدم الرضا، الأمر الذي قد يغذي النزاعات العائلية. فالتقاضي يبقى الضمانة المثلى لصون حقوق المتقاضين؛ لعدم شرعية اللجوء إلى فض النزاعات في إطار الوسائل البديلة لحل النزاعات، مثل التحكيم، إذ تحظر المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 حسم المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والنظام العام من خلال التحكيم.

وتكريسا للحق في النفقة، وتدعيما لآليات طلبها، لما للنفقة من اعتبار خاص لمستحقيها

لتلبية متطلبات الحياة الكريمة لهم، قرر مشروع القانون إعفاء دعاوى النفقة للزوجة والأولاد من الرسوم القضائية. وتشجيعاً لعمل الخير والبر، قرر مشروع القانون أيضاً إعفاء طلبات تسجيل الوقف الخيري من الرسوم. وبشكل عام، وتوطيداً للحق في التقاضي، قرر المشروع مبدأ إعفاء المعدم مالياً من دفع الرسوم عند ثبوت ذلك قضاءً، كما أجاز للمحكمة تأجيل الرسوم لغير المقتدر على دفعها عند قيد الدعوى، أو تقسيطها على مدى عامين أو إلى حين الفصل في الدعوى أيهما أقرب. وحفاظاً على تماسك الروابط الأسرية، وتشجيعاً للصلح، حيث يجوز قانوناً، عند فض المنازعات لما لذلك من أثر إيجابي في تهدئة النفوس وتعزيز الثقة بين المتخاصمين، منح مشروع القانون الحق للخصوم باسترداد نصف الرسوم المدفوعة عن الدعاوى المنتهية بالصلح، إذا تم طلب ذلك في محضر جلسة مصادقة المحكمة المختصة على المصالحة.

مرتكزات صياغة المشروع

تمت صياغة نصوص مشروع قانون رسوم المحاكم الشرعية بعد الاطلاع على كل من نظام رسوم المحاكم الشرعية رقم (2) لسنة 1951، ونظام رسوم المحاكم الشرعية لسنة 1983 وتعديله لسنة 1997، ونظام رسوم المحاكم الصادر بموجب المادة (20) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (17) لسنة 2001 وتعديله لسنة 2008، وقانون رسوم المحاكم لسنة 1933 العراقي وتعديلاته، وقانون رسوم المحاكم النظامية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2003، وتعميم قاضي القضاة السابق رقم (1) لسنة 2003 بشأن رسوم الدعاوى والحجج والصور في المحاكم الشرعية، والقانون المصري رقم (91) لسنة 1944 بالرسوم أمام المحاكم الشرعية، وكذلك القانون المصري رقم (73) لسنة 2007 بتعديل قانون الرسوم القضائية والتوثيق، وقانون الرسوم القضائية الكويتي رقم (17) لسنة 1973، والقانون الإماراتي بشأن الرسوم القضائية أمام المحاكم الاتحادية رقم (32) لسنة 2005، وتعديله بالقانون رقم (2) لسنة 2007.

تم الاطلاع على القوانين سالفه الذكر، وغيرها، على سبيل الاستئناس، مع مراعاة خصوصية القضاء الشرعي وطبيعة النزاعات التي ينظرها، ما يُمكن المتقاضين كافة، مقتدرين أو غير مقتدرين مالياً، على اللجوء بسهولة ويسر للقضاء الشرعي، الأمر الذي يحقق الحماية الدستورية من الناحية الاجرائية للحق في التقاضي، ويضفي شرعية دستورية على الرسوم المدفوعة وفقاً لأحكام القانون الأساسي الفلسطيني.