

# لعدالة والقانون

(مجلة محكمة)

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مسأواة»

بدعم من



Ministry of Foreign Affairs





المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء  
"مساواة"

العدالة والقانون  
(مجلة محكمة)

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 18 / 3 / 2002 بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، اخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعياً ومنهجياً وسلوكياً، 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، ووفقاً للنهج القائم على حقوق الإنسان والإدارة المبنية على النتائج، وحقوق الإنسان وتمكين المرأة وضمان مشاركتها على قاعدة المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس.

### مجلس إدارة «مساواة»

رئيس مجلس الادارة	- المحامي ياسر جبر
نائب رئيس مجلس الادارة	- المحامي فهد الشويكي
امين السر	- المحامي يوسف بختان
امين الصندوق	- المحامي فيصل جاسر
عضو	- الاستاذ سمير البرغوثي
عضو	- المحامي غسان مساد
عضو	- المحامي نضال ابو فرحة
عضو	- المحامية رنا واصف
عضو	- المحامية فايزة الشاويش

### المستشار القانوني والفني المحامي إبراهيم البرغوثي

المكتب الرئيسي - رام الله	مكتب غزة
57 شارع المحاكم، البالوع، البيرة، ص.ب 1920	برج الجلاء، الرمال، غزة، ص.ب 1920
تلفون: 2 2424870 (0) 970+	تلفون: 8 2864206 (0) 970+
فاكس: 2 2424866 (0) 970+	فاكس: 8 2864206 (0) 970+

البريد الإلكتروني: [musawa@musawa.ps](mailto:musawa@musawa.ps)

الصفحة الإلكترونية: [www.musawa.ps](http://www.musawa.ps)

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

حزيران 2017

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

# العدالة والقانون

## في هذا العدد

- 7 مقدمة العدد
- 7 على طريق اثرء النقاش واغناء التجربة
- 9 دراسات وابحاث قانونية
- 11 ■ مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية ورقابة القضاء الإداري عليه/ غازي درابيع وعلاء خلايلة - الخليل.
- 40 ■ الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية وفقاً لقانون ضريبة الدخل الفلسطيني/ أحمد محمد حمد - غزة.
- 59 ■ عقد التخارج وتطبيقاته في التشريعات الفلسطينية/ طارق عطية جمعة - جباليا.
- 85 أحكام صادرة عن محكمه النقض في القضايا الجزائية والتعليق عليها
- 86 الحكم رقم 315 / 2016 «القيمة القانونية لتصوير الفيديو في الاثبات»
- 93 ■ تعليق المحامي يحيى الحجاوي/ الأردن
- 101 ■ تعليق الأستاذ مصطفى قاسم/ مدير نيابة- النيابة العامة المصرية/ مصر
- 113 أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العليا والتعليق عليها
- 114 طعن دستوري رقم 8 / 2016 «مدى دستورية المادة 10/ أمن نظام تدريب المحامين رقم 1 لسنة 2004»
- 124 ■ تعليق المحامي محمد أحمد استانبولي- مدير المكتب الفني في نقابة المحامين النظاميين الأردنيين/ الأردن
- 131 ■ تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري- أستاذ القانون العام في كلية الحقوق- جامعة القاهرة/ مصر
- 142 ■ تعليق الأستاذة فاطمة اللافي- أستاذة باحثة في القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة في جامعة تونس المنار/ تونس
- 148 ■ تعليق المحامي أنور عصام شعبان- ماجستير في القانون العام/ فلسطين
- 159 أحكام صادرة عن محكمة الاستئناف والتعليق عليها
- 160 استئناف تنفيذ رقم 1041 / 2014 «هل إبرام تسوية لسداد المبلغ المنفذ بين الدائن والمدين، يمثل إبراء لذمة الكفيل أم لا؟»
- 162 ■ تعليق المحامي عصام الشريف- ماجستير في القانون/ الأردن
- 169 ■ تعليق الدكتور خالد إمام- المحامي بالنقض/ مصر
- 184 ■ تعليق الأستاذ وليد غبارة- أستاذ قانون خاص بجامعة تونس/ تونس



- 185 قرارات تفسيرية صادرة عن المحكمة الدستورية العليا والتعليق عليها
- 186 القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم 2 لسنة 2016 «عمل المحامي كقاضي قاطع لمدة المزاولة المتصلة أم جزء منها»
- 195 ■ تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز سالمán- نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية/ مصر
- 216 ■ تعليق المحامية زينب السعيدى/ تونس
- 219 ■ تعليق المحامي الدكتور محمد عبدالله الظاهر/ الأردن
- 224 القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2016 «الأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي وحدود ولايته»
- 230 ■ تعليق المحامي محمد النجار- نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية/ مصر
- 239 ■ تعليق الأستاذة أمّنة يحياوي- محامية أمام محكمة النقض/ تونس
- 243 حوارات قانونية
- 244 ■ رؤية «مساواة» بشأن مشروع قرار بقانون جديد مُعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا.
- 254 ■ مذكرة الإئتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية، بشأن مشروع قرار بقانون محكمة الجنايات الكبرى.

# العدالة والقانون



## على طريق إثراء النقاش وإغناء التجربة

تؤكد «مساواة» على أن غايتها من إصدار مجلة «العدالة والقانون» تكمن في تشجيع فكرة التعليق على الأحكام والقرارات القضائية، وفقاً للضوابط والمعايير القانونية ذات الصلة، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تعتبر القرارات والاحكام القضائية عنواناً للحقيقة، وإن لم تكن بالضرورة عينها. وهدف «مساواة» تفعيل مبدأ علنية القضاء والوقوف على الوجه الامثل لإعمال قاعده تسبب الأحكام والقرارات القضائية، بوصفها العمود الفقري للرقابة الشعبية والوطنية على حسن أداء الموظفين القضائية.

وتسعى «مساواة» إلى إثراء الحوار القانوني وإغنائه بغية تحقيق العدالة، وإغناء التجربة القضائية في تفسير أحكام القانون، وإعطاء الوصف الأدق لمقاصد ومعاني النصوص والقواعد القانونية والتشريعات، وإنزال القاعدة القانونية الملائمة على وقائع النزاع المرفوع إلى القضاء. وتعتقد «مساواة» أن عملية التعليق على الأحكام القضائية تلعب دوراً هاماً في لفت انتباه المشرع الى مواطن الخلل والضعف والتناقض في القوانين والانظمة السارية، ليقوم بدوره بإجراء التعديلات اللازمة والضرورية لتوحيد رزمة القوانين والانظمة، بما يضمن دستوريتها وتطبيقها وانسجامها كمدخل أساس لتجسيد مبدأ سيادة القانون وحفظ الأمن المجتمعي وتعزيز هبة القضاء وتوطين مبدأ استقلال القاضي، وبناء دولة المؤسسات والقانون.

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

ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة والمحامين والعاملين بالقانون، تعبر عن اجتهادات وأفكار ورؤى أصحابها ومقدميها، وفي ذات الوقت تشكل تعميماً وتطويراً للحوار القانوني والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيم القانونية وإثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينيين

وكافة المشتغلين بالقانون، من رؤساء ووكلاء نيابة و اساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم. وهذا ما يصبوا إليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، في إطار 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 التاسع والعشرون من مجلة «العدالة والقانون» والذي يتضمن ثلاث دراسات قانونية محكمة، تتناول بالدراسة والبحث المواضيع التالية: مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية ورقابة القضاء الإداري عليه، والإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية وفقاً لقانون ضريبة الدخل الفلسطيني، وعقد التخارج وتطبيقاته في التشريعات الفلسطينية.

كما يتضمن هذا العدد تعليقاتان على حكم جزائي صادر عن محكمة النقض يتناول القيمة القانونية لتصوير الفيديو في الاثبات، إضافة إلى أربعة تعليقات على طعن دستوري صادر عن المحكمة الدستورية العليا وموضوعه الطعن بعدم دستورية المادة 10/أ من نظام تدريب المحامين رقم 1 لسنة 2004، وثلاثة تعليقات على حكم صادر عن محكمة الاستئناف في قضية تنفيذية يُجيب على سؤال: هل إبرام تسوية لسداد المبلغ المنفذ بين الدائن والمدين، يمثل إبراء لذمة الكفيل أم لا؟ إضافة إلى خمسة تعليقات على قراراتين تفسيريين صادرين عن المحكمة الدستورية العليا الأول موضوعه عمل المحامي كقاضٍ قاطع لمدة المزاولة المتصلة أم جزء منها، والثاني موضوعه الاهلية الوظيفية للمجلس التشريعي وحدود ولايته، ويتضمن العدد باباً خاصاً بالحوارات القانونية، يتضمن رؤية المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بشأن مشروع قرار بقانون جديد مُعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا، إلى جانب مذكرة الإئتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية، بشأن مشروع قرار بقانون محكمة الجنايات الكبرى.

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

# دراسات وأبحاث قانونية



## مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية ورقابة القضاء الإداري عليه<sup>1</sup>

الباحث: علاء عمر خلايلة: باحث في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الأول، وجدة، المملكة المغربية  
الباحث: غازي درايح محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الخليل

### 1: مقدمة

تتمتع السلطة الإدارية بسلطة تقديرية في معظم تصرفاتها وقراراتها، لكن سلطة الإدارة هذه ليست سلطة مطلقة، وإنما تحكمها القواعد القانونية التي تلتزم بها الإدارة، باعتبارها وسيلة لتطبيق القانون وليست سلطة تحكمية، ذلك أن خضوع الإدارة للقانون لا يتحقق بصورة كبيرة وصحيحة إلا بوجود رقابة قضائية عليها.<sup>2</sup>

وإذا كانت هذه السلطة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية، وعلى سبيل المثال في مجال التأديب، فإن ذلك مقيد من ناحية أخرى بعدم التعدي على الضوابط والحدود التي وضعها المشرع والقضاء، وفي هذا الصدد فإن الرقابة القضائية على الجزاءات التأديبية بصفة عامة تعد الرقيب الذي يسهر على المحافظة على تلك الحدود المقررة.

وتجدر الإشارة، إلى أن السلطة التأديبية تتمتع بحرية واسعة في اختيار نوع ومقدار الجزاء التأديبي الذي تراه مناسباً للخطأ التأديبي المرتكب، ذلك أن النظام التأديبي لا يربط بين الخطأ وما يقابله من عقوبة، ذلك أن المشرع يكتفي بتحديد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر، ولم يحدد الأخطاء التأديبية على سبيل الحصر، كما أنه لم يربط الأخطاء التأديبية وما يقابلها من عقوبات، تاركاً هذا للسلطة التقديرية للإدارة، الأمر الذي يبرر وجود رقابة على سلطة الإدارة هذه كضمانة للأفراد والموظفين.

ونتيجة لتطور الرقابة القضائية فإن القضاء الإداري اتسعت نطاق رقابته على أعمال الإدارة، فأتسع نطاق رقابة المشرعية مقابل التضييق من نطاق السلطة التقديرية، وذلك لتحقيق التوازن

1 حُكمت هذه الدراسة من قبل: د. عبد الرحيم طه/ محاضر غير متفرغ في جامعة بير زيت وجامعة القدس وجامعة القدس المفتوحة، ود. محمد شراقة/ أستاذ مساعد في القانون العام - جامعة النجاح الوطنية.

2 الطببائي، عادل، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، (مجلة تصدر عن جامعة الكويت بحث منشور بمجلة الحقوق: الكويت، 1982، المجلد 6، عدد 3، ص 77.



بين مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، وحماية حقوق وحريات الأفراد من ناحية، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها المتزايدة نظراً لتزايد نشاطها في العصر الحديث.<sup>1</sup>

حيث اتجه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بمد رقابته على عناصر التقدير في القرارات الإدارية للحد من مظاهر سلطة الإدارة التقديرية، التي تتزايد وتتسع يوماً بعد يوم، وذلك من خلال الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع، وكذلك بفرض رقابة الملائمة من خلال ما توصل إليه القضاء من مبادئ قانونية ونظريات يجب على الإدارة الالتزام بها عند إصدار قراراتها.<sup>2</sup>

حيث ابتدع القضاء الإداري العديد من المبادئ والنظريات لمواجهة سلطة الإدارة التقديرية والحد من مظاهرها، ولعل أهمها نظرية أو مبدأ التناسب كما يسمى في الاجتهاد القضائي، أو مبدأ الغلو كما يسميه القضاء المصري، والذي تعد القرارات التأديبية مجالاً رئيسياً لتطبيقه، وذلك بأن يكون هناك تناسب أو ملائمة بين ما تتخذه الإدارة من قرارات أو إجراءات وخطورة الفعل أو التصرف الصادر.<sup>3</sup>

حيث كان الأصل في القضاء الإداري أن رقابته تقتصر على مراقبة الأعمال الإدارية، وبيان مدى انفاقها مع مبدأ المشروعية، ولا تتعدى هذا المجال لبحث ملائمة العمل الإداري، وإن كان لها فحص سلامة الغرض، وذلك باعتباره مبدأ عاماً يحكم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة كونها رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة.

إلا أنه ولتغير الظروف برزت عوامل أدت بالقضاء الإداري الفرنسي، ومن بعده المصري ومن ثم الأردني، إلى بسط رقابته القضائية، ليس على بحث الأسباب القانونية للقرار، وإنما مراقبة مدى كفاية هذه الأسباب ومدى خطورتها وتناسبها مع أهمية الأسباب التي أدت إليها، وأهم مجالات هذه الرقابة يكون في التأديب، وهو ما سار عليه القضاء الإداري في فلسطين، ومارس رقابته على التناسب ما بين العقوبة التأديبية والمخالفة المسلكية.

- 1 حاحة، عبد العالي، وتمام، آمال يعيش، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء. (بحث منشور بمجلة المنتدى القانوني. العدد الخامس. جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، 2008)، ص 135.
- 2 سيمو، الحسن، السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء الإداري. (بحث منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنيين: الاردن، 1996)، العددان السابع والثامن، ص 1539.
- 3 الطبطايب، عادل، مرجع سابق، ص 77-78. وحاحة، عبد العالي، وآخرون، مرجع سابق، ص 136-137.

حيث يعتبر مبدأ التناسب بين الخطأ التأديبي العقوبة التأديبية، من أهم المبادئ التي يستند إليها في مدى احترام الإدارة لمبدأ المشروعية، التي يتعين عليها قبل توقيع الجزاء أن تقدر مدى ملائمة جسامه الفعل المعترى خطأ في نظرها، مع العقوبة المراد توقيعها، أي إيجاد التناسب بين سبب القرار ومحله، وهي ضرورة ملحة وعادلة لتحقيق التوازن بين فاعلية العقوبة وضمانات الأفراد والموظفين.

وتكمن أهمية الدراسة في أن مبدأ التناسب في الجزاء التأديبي، يلعب دوراً مهماً في تحقيق الغرض المرجو من العقوبة التأديبية، وذلك بالمحافظة على سير المرافق العامة وانضباط العمل بها، وتحقيق المصلحة العامة المتمثلة بالردع العام والخاص، ويتأتى ذلك من خلال إيقاع عقوبة مناسبة للذنب أو الخطأ المرتكب، أي بهدف الوصول لعقوبة عادلة ومنصفة بحق مرتكب الخطأ، الأمر الذي يوجب على الإدارة احترامه ومراعاته، سيما وأن مبدأ التناسب يهدف لإقامة توازن بين مبدأ فاعلية الإدارة ودورها في أداء واجباتها وانضباط العمل داخل أجهزتها، ومبدأ ضمان حق الموظفين في الحصول على عقوبة عادلة ومناسبة للذنب أو الخطأ المرتكب، كما أن إخضاع هذا المبدأ للرقابة القضائية يعد أحد الضمانات التأديبية والتي درج القضاء الإداري على تبنيها في أحكامه.

وتثير هذه الدراسة إشكالية تتمحور حول ماهية مبدأ التناسب وطبيعته القانونية، وموقف القضاء الإداري منه، لا سيما بالنسبة لمحكمة العدل العليا، ومدى تبنيها لهذا المبدأ وتطبيقه في رقابتها على القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات التأديبية في فرض الجزاء التأديبي.

وعليه، سوف يتم دراسة هذا الموضوع في جزئين، بحيث يتم بحث ماهية التناسب، وطبيعة عيب عدم التناسب، ثم الأساس القانوني له، أي الجانب النظري في الجزء الأول، ويتم استعراض الجانب التطبيقي للرقابة على مبدأ التناسب، وبيان موقف القضاء الإداري منه في الجزء الثاني.

## 2: التناسب في القرار التأديبي

إن دراسة التناسب في القرار التأديبي تتطلب تحديد مفهومه في نطاق الجزاء التأديبي، وكذلك بيان طبيعة عيب عدم التناسب، والذي يتم بناء عليه إلغاء القرار التأديبي لعدم التناسب، ثم بيان الأساس القانوني لهذا المبدأ، والرقابة القضائية عليه.

## 2-1: مفهوم مبدأ التناسب

كانت رقابة القضاء الإداري تتوقف على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة في قراراتها، وذلك من حيث وجودها وصحتها وسلامة وصفها القانوني، ولا تتعدى هذا الحد إلى بحث ملائمة القرار بالنسبة للوقائع، أي البحث في أهمية وخطورة السبب، وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراءات المتخذة على أساسه «القرار الإداري»، ذلك أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية يراقب مدى قانونية أعمال الإدارة، وإلا يكون مصدر القرار قد تجاوز وظيفته وتدخل في عمل الإدارة ويحل بنفسه محل الرئيس الإداري لجهة الإدارة.<sup>1</sup>

ويعتبر مبدأ التناسب فكرة أساسية في القانون الإداري، ويتضمن ثلاث عناصر تتوفر في القرار الإداري وهي القرار الصادر والحالة الواقعية، والغاية المستهدفة،<sup>2</sup> حيث يعتبر صفة لعلاقة منطقية تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري والتي يجب على مصدر القرار الإداري عدم الخروج عليها تحقيقاً للمشرعية،<sup>3</sup> ويمكن أن يتغير تبعاً للحالة الواقعية أو المزايا المتوقعة والمضار المتحصلة، ذلك أن التناسب فكرة ليست ذات صيغة من نمط واحد وثابت، وإنما هي ليست أكثر من كونها مجرد عنصر أو دليل قضاء.<sup>4</sup>

ومما تجدر الإشارة إليه، أن مبدأ التناسب يعد أحد صور ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية عند توقيع الجزاء الإداري على الموظف نتيجة ارتكابه لمخالفة إدارية، والذي يتمثل بحرية الإدارة في تقدير ملائمة القرار التأديبي عند ممارستها لسلطتها التقديرية في إصدار قراراتها الإداري.<sup>5</sup>

- 1 جمال الدين، سامي، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، (دون دار نشر: 1992)، ص 218. وأبو العثم، فهد عبد الكريم، القضاء الإداري، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2005)، ص 377.
- 2 حاحة، عبد العالي، وآخرون، مرجع سابق، ص 136.
- 3 جمال الدين، سامي، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 2004)، الطبعة الأولى، ص 630.
- 4 حاحة، عبد العالي، وآخرون، مرجع سابق، ص 136.
- 5 حاتمة، سليم سلامة، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية- دراسة مقارنة بين القضاء الفرنسي والمصري والأردني، (مجلة جرش للبحوث والدراسات، مجلة تصدر عن جامعة جرش الأهلية: الأردن، 2006)، المجلد 10، العدد الثاني حزيران، ص 234.

حيث يقتضي هذا المبدأ مراعاة الملائمة بين درجة خطورة المخالفة، ونوع الجزاء المفروض ومقداره، وذلك باختيار السلطة التأديبية للجزاء المناسب للذنب الإداري المرتكب، دون غلو أو تهاون أو إسراف في اللين والشفقة.<sup>1</sup>

ويعرف مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية انه: «ألا تكون هناك عدم ملائمة ظاهرة بين الخطأ الوظيفي ونوع الجزاء المفروض على مرتكبه».<sup>2</sup>

ويعرف أيضا بأنه: «تمتع الإدارة بهامش من الحرية في المجالين الزماني والمكاني، لاتخاذ القرار بمناسبة ممارستها لاختصاصها التأديبي في نطاق القانون ولا تخرج عنه، فالإدارة هي التي تقرر ما إذا كانت العقوبة المزمع توقيعها ملائمة أو غير ملائمة، وبعبارة أدق هي التي تزن ملائمة قراراتها التأديبية للظروف الواقعية، والأحوال القانونية الدافعة لارتكاب المخالفة الإدارية، في ضوء الصالح العام حتى لا تتحول إلى سلطة تحكيمية».<sup>3</sup>

ويقتضي هذا المبدأ، أن على سلطة التأديب أن تراعي مدى تناسب العقوبة التأديبية مع المخالفة المرتكبة من قبل الموظف، مع الأخذ بالاعتبار مجموعة عوامل واعتبارات من شأنها تخفيف العقوبة أو تشديدها.<sup>4</sup>

لذلك استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملائمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها، والتصرف الذي تتخذه تجاهها،<sup>5</sup> إلا أن القضاء الإداري لم يلتزم بهذه القاعدة في كثير من الحالات، والتي رأى فيها انه على الإدارة مراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لإصدار القرار الإداري ومحل هذا القرار، وذلك باعتبار مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة التي تلتزم بها الإدارة دون حاجة لنص بذلك.<sup>6</sup>

1 عياش، محمد جهاد نافع، ضمانات المسائلة التأديبية للموظف العام، (رسالة ماجستير غير منشورة: جامعة النجاح الوطنية، 2007)، ص 62.

2 الطبطبائي، عادل، مرجع سابق، ص 80.

3 حتاملة، سليم سلامه، مرجع سابق، ص 235.

4 كنعان، نواف، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية- دراسة مقارنة في فرنسا ومصر والأردن. (أبحاث اليرموك- سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية: الاردن 1999)، المجلد 15، العدد، ص 151.

5 حاحة، عبد العالي، وآخرون، مرجع سابق، ص 137.

6 جمال الدين، سامي، مرجع سابق، ص 218-219.

حيث تمتد رقابة القاضي الإداري على مدى تحقق التناسب، دون أن يتجاوز وظيفته كقاضي مشروعية، ويقتصر دوره على المطابقة بين محل القرار الإداري والمبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب.<sup>1</sup>

فمبدأ التناسب أو الغلو يتمثل في عدم الملائمة الشديدة بين درجة وخطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره،<sup>2</sup> إلا أن هناك جانب من الفقه يرى أنه ترد على هذا المبدأ استثناءات وهي:

1. أن المشرع قد يحدد جزاءات لا تقبل التجزئة، وفاقدة للمرونة ولا تتضمن حدين أعلى وأدنى بحيث يصعب إعمال مبدأ التناسب في صورته المثلث.
2. قد ترى سلطة التأديب أن المخالفة وفقاً لظروفها يلائمها جزاء معين، ولا تأخذ باعتبارها ظروف التشديد والتخفيف مما يستبعد الأخذ بمبدأ التناسب.<sup>3</sup>

## 2-2: طبيعة عيب عدم التناسب

يقصد بعدم التناسب أن لا تكون هناك ملائمة أو تناسب بين الخطأ أو المخالفة المسلكية المرتكبة، ونوع الجزاء أو العقوبة التي تفرض عليه.

وتعد القرارات التأديبية مجالاً واسعاً لتطبيق مبدأ التناسب، حيث تمتد رقابة القاضي الإداري إلى مدى تناسب خطورة سبب القرار التأديبي مع محل القرار ومضمونه، دون أن يتجاوز هذا الحد بدوره كقاضي مشروعية، وحكمة هذه الرقابة على ملائمة القرارات التأديبية هو التأكد من عدم تعسف السلطات التأديبية أو غلوها في اختيار العقوبة التأديبية، ذلك أن القاضي وهو يراقب ملائمة هذه القرارات يقتصر دوره على إلغاء هذه القرارات المخالفة لمبدأ التناسب، وإعادة أمره للسلطة التأديبية لاختيار العقوبة المناسبة مع المخالفة المرتكبة.<sup>4</sup>

وقد ثار تساؤل بشأن عيب عدم التناسب، وذلك حول تحديد الطبيعة القانونية له بين عيوب القرار الإداري، أي ما هي طبيعة عيب عدم التناسب بين أوجه إلغاء القرار الإداري؟

1 جمال الدين، سامي، مرجع سابق، ص 631.

2 فهمي، مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة - الجزء الأول - قضاء الإلغاء. (دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية)، ص 782.

3 حتاملة، سليم سلامة، مرجع سابق، ص 235.

4 كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 168.

للإجابة على هذا التساؤل سيتم عرض الآراء أو الاتجاهات حول موقع عيب عدم التناسب بين عيوب القرار الإداري، وذلك على النحو التالي:

### ■ عدم التناسب (الغلو) يتصل بعيب السبب

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن رقابة القاضي الإداري ملائمة العقوبة التأديبية للمخالفة الإدارية، إنما يراقب مدى تحقق عنصر السبب في القرار الإداري، حيث يتأكد من وجود سبب توقيع العقوبة باعتباره خطأ يبرر توقيع العقوبة التأديبية، ولكن القاضي أيضا يذهب لأبعد من ذلك، فيراقب السبب النهائي للقرار أو غاية القرار، فعقوبة العزل تعني ضرورة وجود سبب من طبيعة تبرر توقيع هذه العقوبة.<sup>1</sup>

فلا يستقيم إلحاق الغلو في تقدير الجزاء بعيب الانحراف باستعمال السلطة، ذلك أن الإدارة قد تغالي في تقديرها للجزاء دون استهداف غرض غير الغرض المحدد لها والمتمثل بردع الموظف المخالف، وضمان انتظام المرافق العامة.<sup>2</sup>

ذلك أن مبدأ التناسب أصبح مبدأ قانونيا عاما يجب على الإدارة أن تلتزمه في قراراتها وتصرفاتها دون حاجة لنص بذلك، ويطبق في جميع الحالات التي تقتضي تناسبا بين الفعل والإجراء المتخذ بصدده، وقد تأكد تطبيق القضاء الإداري لهذا المبدأ في كل الحالات الحديثة، ومنها التناسب بين العقوبة التأديبية والخطأ المرتكب.<sup>3</sup>

1 الفاعوري، فتحي توفيق، مبدأ التناسب بين المخالفة المسلكية والعقوبة التأديبية. (بحث منشور بمجلة الدراسات الأمنية: الاردن، 2004)، العدد الأول، ص 154. وحاتمة، سليم سلامة، مرجع سابق، ص 237.

2 جمال الدين، سامي، مرجع سابق، ص 638.

3 الطبطاوي، عادل، مرجع سابق، ص 84-85. ومن أصحاب هذا الرأي د. محمد حسنين عبد العال، والذي يرى أن الرقبة على تناسب الجزاء (الغلو) تدخل في رقابة السبب في درجتها القصوى، فكرة السبب في القرار الإداري، مرجع سابق، ص 184. وكذلك د. عصام البرزنجي ويرى أن الغلو أو التناسب في التأديب يتصل بعيب السبب في القرار الإداري. وبالرغم من هذه الآراء إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد، وذلك لأن المشرع لم يذكر السبب من ضمن أوجه إلغاء القرار الإداري، كما أن إلحاق الغلو أو عدم التناسب بعيب السبب يتجاهل غرض القرار، والذي قد لا يتفق مع الغرض المستهدف من التأديب. الجهمي، خليفة سالم، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب - محاولة لرسم ملامح نظرية عامة لقضاء الغلو - دراسة في القانون الإداري العربي المقارن، (دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، 2009)، ص 392-394.

ولذلك فإن القرار التأديبي المعيب بعيب الغلو يتصل بسبب القرار التأديبي، ذلك أن السبب لا ينطوي على عناصر تكفي لإيقاع الجزاء، وبالصورة التي وقع بها بحيث يكون مشوباً بالغلو.<sup>1</sup>

#### ■ عدم التناسب (الغلو) يتصل بعيب مخالفة القانون

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الغلو في تقدير الجزاء التأديبي يتصل بمحل القرار التأديبي وهو توقيع العقوبة التأديبية،<sup>2</sup> فإذا وجد نص قانوني يحدد الأخطاء التأديبية ويربط بينها وبين العقوبات التأديبية، فإذا قامت الإدارة بتوقيع عقوبة تأديبية لا تتناسب مع الخطأ المرتكب، فإن ذلك يشكل مخالفة للقانون.<sup>3</sup>

حيث أن تحديد وجه إلغاء قرار الجزاء في حالة الغلو، لا يخرج عن احتمالين، فإما أن يتم إلغاء بناء على مخالفة القانون أو بناء على عيب الانحراف باستعمال السلطة، ولا يمكن في هذه الحالة الاستناد إلى عيب الانحراف باستعمال السلطة، وعليه يكون الإلغاء بناء على مخالفة القانون في روحه ومعناه،<sup>4</sup> ذلك أن المشرع قد نص على الجزاءات وليس جزاء واحد، ويكون للسلطة التأديبية أن تختار من بينها ما يناسب المخالفة المرتكبة، وإذا قامت السلطة التأديبية بتوقيع جزاء لا يتناسب مع المخالفة المرتكبة، فإنه يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية.<sup>5</sup>

#### ■ عدم التناسب (الغلو) يتصل بعيب الانحراف باستعمال السلطة

إن اختيار العقوبة المناسبة يدخل في إطار السلطة التقديرية للإدارة، والعيب الملائم لسلطة الإدارة التقديرية، هو الانحراف باستعمال السلطة، ولا يتصور رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية إلا بوجود هذا العيب.<sup>6</sup>

1 الفاعوري، فتحي توفيق، مرجع سابق، ص 156.

2 كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 169.

3 الطبطبائي، عادل، مرجع سابق، ص 81.

4 حبيب، محمود ابو السعود، مرجع سابق، ص 338. والطاوي، سليمان محمد، مرجع سابق، ص 730.

5 العجارمة، نوفان العقيل، سلطة تأديب الموظف العام - دراسة مقارنة، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2007)، ط1، ص 157.

6 حاحة، عبد العالي، وآخرون، مرجع سابق، ص 146.

لذلك ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عدم التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة الإدارية، يتصل بعيب الانحراف باستعمال السلطة.<sup>1</sup>

ذلك أن كلمة الغلو التي تستعملها المحاكم تعتبر بديلا عن التعسف أو الانحراف، حيث تكون سلطة التأديب أساءت استعمال سلطتها إذا غالت في التقدير عند توقيع العقوبة التأديبية، كما أن الغلو في توقيع الجزاء التأديبي لا يعتبر صورة من صور مخالفة القانون، لأنه لا يمكن إثارة هذا العيب إلا عند ممارسة اختصاص مقيد، بينما السلطة التأديبية تمارس اختصاصا تقديريا باختيارها العقوبة التأديبية المناسبة، فالعيب الملائم لسلطة الإدارة التقديرية هو عيب الانحراف باستعمال السلطة، ولا يتصور الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية إلا إذا ثبت عيب الانحراف باستعمال السلطة.<sup>2</sup>

فإذا كان مبدأ التناسب يتحلل لثلاث عناصر تتمثل في الحالة التي يتخذ الإجراء بصدها والإجراء المتخذ، والهدف من اتخاذ القرار، وبالرغم من منح السلطة التأديبية حق مراقبة العقوبة التأديبية على المخالف، فهذه العقوبة التأديبية يجب أن ترتبط بالمخالفة المرتكبة باعتبارها سبب توقيع العقوبة، وكذلك بالهدف المراد من توقيع العقوبة المتمثل بردع مرتكب المخالفة.<sup>3</sup> فإن كانت الإدارة تملك سلطة المساس بحقوق الأفراد وحياتهم، فلا يعني ذلك أن لها سلطة مطلقة، وإنما يكون ذلك بالقدر اللازم لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه وهو المصلحة العامة، وعليه ففي النظام التأديبي فإن العقوبة التأديبية توقع نتيجة ارتكاب خطأ، وهدفها زجر مرتكبها وردعه من معاودة ارتكابه مرة أخرى.<sup>4</sup>

1 جمال الدين، سامي، مرجع سابق، ص 631.

2 الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري - الكتاب الثالث - قضاء التأديب، دراسة مقارنة، (دار الفكر العربي: القاهرة، 1987)، ص 729. يذهب جانب في الفقه إلى أن عدم التناسب أو الغلو يعتبر تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق أو السلطة، ذلك أن اختيار العقوبة المناسبة للخطأ التأديبي يعود لسلطة الإدارة التقديرية، وهذا من حقها، إلا أن حقها هذا يخضع كأى حق آخر يخضع لفكرة عدم التعسف في استعماله، ومبنى التعسف في هذه الحالة أن تختر السلطة التأديبية جزاء منبئ التناسب في شدته ووطأته بالذنب أو الخطأ الثابت في حق الموظف. حول هذا الرأي مؤلف الجهمي، خليفة سالم، مرجع سابق، ص 388 وما بعدها. أيضا حبيب، محمود أبو السعود، مرجع سابق، ص 339.

3 حتاملة، سليم سلامة، مرجع سابق، ص 237.

4 الطبطبائي، عادل، مرجع سابق، ص 83-84.



وعليه، يكون إلغاء القرار التأديبي المشوب بالغلو بسبب عدم تحقيقه للهدف المراد منه في التأديب، يكون استنادا إلى حالة من حالات الانحراف باستعمال السلطة، متمثلة في عدم تحقيق المصلحة العامة بالقرار التأديبي، ولا يلغي القضاء الإداري القرار لعدم التناسب أو الغلو، ذلك أن عدم التناسب أو الغلو تعد قرينة على هذا العيب، أو باعتباره وسيلة لإثبات الانحراف باستعمال السلطة في القرار التأديبي.<sup>1</sup>

وهو ما يؤيده د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، بأن عدم التناسب يعتبر قرينة على الانحراف باستعمال السلطة،<sup>2</sup> وكذلك د. نواف كنعان، والذي يرى أن عيب عدم التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة هو عيب يندرج ضمن عيب الغاية في القرار التأديبي وان الصلة بين الموضوعين تتمثل بأن عدم التناسب يشكل قرينة لإثبات عيب الانحراف باستعمال السلطة في القرار التأديبي.<sup>3</sup>

ويتفق مع هذا الرأي من الفقه، إضافة إلى رأي د. الطماوي السابق الإشارة إليه، د. محمد مصطفى حسن، حيث يرى أن رقابة التناسب بين الجزاء والعقوبة لا سند لها في القانون، إلا إذا كان القرار معيبا بالانحراف باستعمال السلطة، وكذلك د. سعاد الشراوي أن القرار في حالة الغلو يكون معيبا بالانحراف باستعمال السلطة،<sup>4</sup> ويرى أيضا د. الطبطبائي أن عدم ملائمة أو التناسب يعتبر من قبيل الانحراف باستعمال السلطة التي تصيب القرار الإداري بفرض العقوبة.<sup>5</sup>

1 جمال الدين، سامي، مرجع سابق، ص 637.

2 خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص 324-325. حيث يرى أن ذلك مرجعه «أن هدف الجزاء تحقيق المصلحة العامة في تمكين الإدارة من القيام بعملها بمعدلات أداء عالية، ويكفي لتحقيق ذلك توقيع جزاء مناسب على الموظف الذي يتجاوز حدود العمل الإداري ليرتدع هو وأقرانه، أما الإسراف في كم الجزاء فلا يحقق تلك المصلحة العامة، بل قد يعرقل مصالح الأفراد حيث قد يحجم رجال الإدارة عن الاضطلاع بمسؤولياتهم خشية الوقوع في خطأ يواجهه بقسوة مفرطة، كما أن المبالغة في قسوة الجزاء قد تخفي دوافع شخصية قد تكون انتقاما أو بغضا مما يؤكد وجود انحراف بالسلطة في صورته الأولى.»

3 كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 170.

4 الجهمي، خليفة سالم، مرجع سابق، ص 384-385.

5 الطبطبائي، عادل، مرجع سابق، ص 98.

كما أنه لا يمكن الارتكاز إلى عيب مخالفة القانون، حيث أن الغلو يرتبط بسلطة الإدارة التقديرية، وأن حالة مخالفة القانون تكون في حالة السلطة المقيدة، فضلاً عما قال به البعض بأنه وفي حال إرجاعه إلى مخالفة القانون في روحه، فإنه وكما يرى د. الطهاوي فإن هذه الحالة تتعلق بعيب الانحراف باستعمال السلطة.

وعليه، فإن الغلو يرتبط بعيب الانحراف باستعمال السلطة، فلا يمكن نسبته إلى عيب السبب، ذلك أن المشرع حدد أوجه إلغاء القرار الإداري ولم يذكر السبب من بينها، فضلاً عن أن البعض يرى أنه في حالة انعدام الأسباب، فإن القضاء يلغي القرار المعيب استناداً لعيب الانحراف باستعمال السلطة.

## 2-3: الأساس القانوني لمبدأ التناسب

مبدأ التناسب من المبادئ التي يخضع لها الجزاء التأديبي، أصبح واقعاً ملموساً في أحكام القضاء الإداري وتجد له تطبيقات متعددة، والذي من خلاله استطاع فرض رقابته على القرارات التأديبية الصادرة عن السلطات التأديبية، لذلك كان لا بد من بيان الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا المبدأ.

### ■ التدرج في ذكر الجزاءات

أيد بعض الفقه، مسألة التدرج في الجزاءات التأديبية لتفسير رقابة القضاء الإداري على التناسب، باعتبارها أساساً قانونياً لها، مستنديين في ذلك، أن المشرع عند ذكره للجزاءات بشكل متدرج، إنما قصد من ذلك أن يقاس الجزاء بمقدار الخطأ أو الذنب المرتكب، وأن أحكام القضاء في رقابته على التناسب في القرار التأديبي، إنما وردت اتفاقاً مع قصد المشرع من التدرج في العقوبات.<sup>1</sup>

ووفقاً لقانون الخدمة المدنية الفلسطيني، نجد أن المشرع الفلسطيني يتبنى مبدأ المشروعية في مجال التأديب، حيث حدد العقوبات التي يمكن إيقاعها أو فرضها على الموظف الذي يرتكب

1 نسيم، عطار، مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، (مجلة التراث - مخبر جمع دراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها، جامعة زيان عاشور بالجلفة: الجزائر، 2014)، عدد 16، ص 155.

مخالفة تأديبية،<sup>1</sup> لكن المشرع الفلسطيني لم يربط بين المخالفات التي يمكن ارتكابها والعقوبات المقررة لها، حيث نجد أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مجال ممارستها لسلطتها التأديبية، وذلك من حيث تكييفها للفعل المرتكب ومدى اعتباره خطأ أو مخالفة تأديبية، وكذلك من حيث اختيار العقوبة المقررة لها.

إذ أن المشرع الفلسطيني اكتفى بتحديد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر، ولكنها متدرجة من الأخرى حتى الأشد، وبذلك تكون قاعدة التدرج في الجزاءات التأديبية قد قامت على سند تشريعي، وأن المشرع عند ذكره للجزاءات والعقوبات التأديبية، وبشكل متدرج ومتصاعد من حيث شدتها من الأخرى إلى الأكثر شدة، إنما يدل على أن العقوبات والجزاءات ليست على درجة واحدة في جسامتها وخطورتها، وإنما يجب على الإدارة أو السلطة التأديبية اختيار العقوبة التي تتناسب والفعل المعتبر خطأ أو مخالفة تأديبية، والذي تتمتع فيه بسلطة تقديرية، وعليه تجد الرقابة القضائية على التناسب سندها في قاعدة التدرج في الجزاءات والعقوبات التأديبية التي أوردها المشرع.

ومن تطبيقات هذه الحالة، والتي اتخذت فيها محكمة العدل العليا الفلسطينية من عدم مراعاة

1 المادة 68 قانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998 والمنشور بالوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، العدد 24، بتاريخ 1/7/1998، ص 20 وما بعدها. حيث تنص: إذا ثبت ارتكاب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقها فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية التالية:  
1 - التنبيه أو لفت النظر. 2 - الإنذار. 3 - الخصم من الراتب بما لا يزيد عن راتب خمسة عشر يوماً.  
4 - الحرمان من العلاوة الدورية أو تأجيلها مدة لا تزيد عن ستة أشهر. 5 - الحرمان من الترقية حسب أحكام هذا القانون.

6 - الوقف عن العمل مدة لا تتجاوز ستة أشهر مع صرف نصف الراتب.  
7 - تخفيض الدرجة. 8 - الإنذار بالفصل. 9 - الإحالة إلى المعاش. 10 - الفصل من الخدمة.  
ايضا المادة 32 من قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 2009 بشأن نظام موظفي الهيئات المحلية، والمنشور بالوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، العدد 82، بتاريخ 22/8/2009، ص 83 وما بعدها. حيث تنص:  
1 - يتوجب على المجلس أن يدعو الموظف المتهم للمثول أمامه لسماع إفادته ودفاعه والاستماع لشهود الإثبات وشهود الدفاع، ثم يتخذ قراره ببراءة الموظف أو بإدانته وإيقاع إحدى العقوبات المسلكية الآتية: أ) الإنذار.  
ب) إيقاف الزيادة السنوية.  
ج) حسم مبلغ لا يتجاوز عشرة بالمائة من راتب الموظف الشهري غير الصافي لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة.

د) حرمان الموظف من الترفيع لمدة سنة.

هـ) تنزيل الموظف درجة واحدة أو تنزيل مرتبه إلى أول مربوط الدرجة التي هو فيها.

و) فصل الموظف.

التدرج في فرض الجزاء والعقوبة سببا للإلغاء، ما قضت به في قرارها، حيث تقول: «مراقبة محضر التحقيق مع الموظف أمر في منتهى الأهمية، لمعرفة جسامته المخالفة التي ارتكبها، ولكي يتسنى اختيار العقوبة المناسبة لهذه المخالفة دون إفراط أو تفريط بمقدار العقوبة وماهيتها، لما في ذلك من مساس بمصير الوظيفة التي يشغلها الموظف، وتأثير ذلك على حياته بشكل عام، وقد راعى المشرع ذلك حينما حدد العقوبات التي يتم إيقاعها على موظف البلدية وفق ما جاء في المادة 19 من نظام موظفي البلديات، حيث اخذ بالاعتبار التسلسل في شدة العقوبة وجعل عقوبة العزل العقوبة القصوى التي تقرر مصير الموظف في وظيفته، وبالتالي فإن إنزال عقوبة العزل من الوظيفة بحق موظف البلدية، يكتنفه التعسف باستعمال السلطة، ما دام كان بالمقدور اتخاذ عقوبة أخرى من العقوبات المنصوص عليها في المادة المذكورة تتناسب مع المخالفة المدعى بها»<sup>1</sup>

وعليه، فإن الجهة المستدعى ضدها لم تتقيد أصلا بما فرضه عليها النظام من ضرورة تأمين ضمانات الدفاع للموظف، بل غالت في العقوبة التي أوقعتها على المستدعي، بأن قررت عزله باستعمالها أقصى العقوبة وهي العزل، مع أنه كان بمقدورها على فرض ثبوت التهمة المسندة إليه، أن تتخذ بحقه أيا من العقوبات الأخرى المنصوص عليها في تلك المادة، والتي تتناسب مع المخالفة المدعى بها الأمر الذي نجد معه أيضا أن إجراء العزل تم بصورة يكتنفها التعسف في استعمال السلطة.

#### ■ التناسب أحد المبادئ العامة للقانون

تعرف المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الإداري، بأنها مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستنبطها القاضي الإداري من مجموع النظام القانوني في مجتمع معين، ويدخلها في دائرة القانون، لتصبح بذلك قاعدة قانونية وضعية، لها خصائص القاعدة القانونية كالعومية والتجريد، والتزام الإدارة بها وباحترامها والعمل بمقتضاها.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإداري يمتاز بأنه قانون قضائي، يلعب القضاء الإداري دورا مهما ورئيسيا في استنباط ووضع قواعده وتطويرها، وذلك يعود لطبيعة دور القضاء الإداري الإنشائي والخلاق للقواعد القانونية.

1 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة بمرام الله رقم 31/1996، الصادر بتاريخ 5/11/2003، المفتي.

2 الجهمي، خليفة سالم، مرجع سابق، ص 365.

إذ أن الوظيفة الأساسية للقاضي الإداري لا تقتصر على الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وهو ما يمكن تسميته بالوظيفة القضائية، وإنما يمارس القاضي الإداري مهمة أخرى، يمكن تسميتها بوظيفة الاجتهاد، ذلك أن القاضي الإداري قد يجد نفسه أمام منازعة دون نص قانوني يحكمها، عندها يجد نفسه مضطراً إلى إيجاد حل لها من خلال ابتكار القواعد التي تمكنه من الفصل في المنازعة المعروضة عليه، ذلك أنه وإلى جانب السلطة المقيدة بواسطة القانون، توجد سلطة القاضي في إنشاء قواعد جديدة تحدد اختصاص الإدارة وتحد من سلطتها التقديرية، ولذلك ذهب بعض الفقه إلى الأخذ بسلطة القاضي في إنشاء القواعد القضائية كأساس لرقابة التناسب، وحثهم في ذلك، أن رقابة التناسب في المجال الضبطي، تجد أساسها في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء نفسه في هذا الشأن، بداعي أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي لا مجرد قضاء تطبيقي، وفي رقابة التناسب، ينشئ قاعدة مقتضاها، أنه يشترط في الإجراء الضبطي أن يكون ضرورياً ولازماً ومتناسباً مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة إلى اتخاذها، وعلى أساس هذه القاعدة القانونية مارس رقابته على ملائمة الإجراءات الضبطية الصادرة من الإدارة.<sup>1</sup>

### 3: الرقابة القضائية على التناسب

سيتم في هذا الفرع بحث رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب في ميدان القرارات التأديبية، وذلك بالنسبة للقضاء الإداري المصري، وكذلك قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، ثم بيان موقف محكمة العدل العليا الفلسطينية من هذا المبدأ.

#### 3 - 1: موقف القضاء الإداري المصري

اتبعت محكمة القضاء الإداري المصرية في عهدها الأول منهج القضاء الإداري الفرنسي، وذلك بعدم فرض رقابتها على التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة المرتكبة، حيث اعتبرت أن اختيار العقوبة المناسبة للخطأ الوظيفي من اختصاص الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية والتي لا تخضع لرقابة القضاء.<sup>2</sup> حيث اعتبرت أن: «اختيار العقوبة الملائمة للذنب الإداري المقترف هو من إطلاقات الإدارة، والتي لا تخضع فيها لرقابة القضاء، وان رقابتها تقتصر على بحث مدى مطابقة تلك القرارات

1 نسيم، عطار، مرجع سابق، ص 156.

2 الجهمي، خليفة سالم، مرجع سابق، ص 170-171.

للقوانين واللوائح، ولا تمتد إلى مسألة الملائمة.<sup>1</sup>

وقضت أيضا بأنه: «ليس للقضاء الإداري أن يتدخل بالرقابة على تقدير مدى صلاحية الموظف وتناسب الجزاء مع التصرفات المأخوذة عليه، إذ أن ذلك من الملائمة التي تنفرد الإدارة بتقديرها ولا معقب عليها في ذلك، والتي تخرج عن نطاق رقابة القضاء.»<sup>2</sup>

إلا أن المحكمة لم تستمر في موقفها السلبي هذا، وإنما خرجت عليه في بعض أحكامها، وذلك بفرض رقابتها على التناسب في المجال التأديبي وبصورة محدودة على بعض العقوبات التأديبية لطوائف معينة، وهي هذا المسلك الايجابي وبفرض رقابتها على التناسب في مجال التأديب تكون قد وضعت لبنة أولى لهذه الرقابة بالرغم من اقتصرها على طوائف معينة.<sup>3</sup>

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية ففي مرحلة أولى، سارت على نفس مسار محكمة القضاء الإداري، حيث كانت تعتبر أن توقيع الجزاء أو عدم توقيعه من المسائل المتروكة لحرية الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية.<sup>4</sup>

واستمرت بمنهجها هذا حتى عام 1961، وما تبعه من تغيير في موقفها وما قررت من أن مقتضيات العدالة وتحقيقاً للتوازن بين اعتبارات الصالح العام وصالح الموظف، والذي يقتضي الأخذ بمبدأ التناسب بين المخالفة الإدارية والجزاء الموقع على مرتكبها، باعتبار أن عدم التناسب هو مخالفة تشوب القرار التأديبي وتوجب إلغاؤه.<sup>5</sup>

1 حكمها الصادر بتاريخ 1948/1/28، (المجموعة)، س2، ص283. وحكمها الصادر بتاريخ 1953/5/7، (المجموعة)، س7، ص112.

2 حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ 1964/11/28، (المجموعة)، س9، ص868. تم الإشارة إلى هذه الأحكام في مؤلف العجّارم، نوفان العقيل، مرجع سابق، ص145.

3 الجهمي، خليفة سالم، ص72-176.

4 البنداري، عبد الوهاب، طرق الطعن في العقوبات التأديبية إداريا وقضائيا، للعاملين المدنيين بالدولة - والقطاع العام - وذوي الكادرات الخاصة، دراسة فقهية قضائية وفقا لأحدث التشريعات وآراء الفقه وأحكام القضاء وفتاوى مجلس الدولة، (دار الفكر العربي، القاهرة: 1999)، ص237-239. فهمي، مصطفى أبو زيد، مرجع سابق، ص775.

5 الصرايرة، مصلح، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي اقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، (مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2009)، المجلد25، العدد الأول، ص187.

حيث قضت بأنه: «إذا كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة، شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى - ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب، والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة المعنة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المغرقة في اللين، فكل من طرفي نقيض لا يؤمن سير المرافق العامة، وبالتالي، يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره»<sup>1</sup>

فالمحكمة ومن خلال حكمها هذا، تكون قد وضعت أو حددت مفهوم الغلو أو التناسب في المجال التأديبي، وأوضحت معالمه ووضعت أساساً لنظرية الغلو، والذي يعد من أبرز اتجاهات هذه المحكمة والتي أحدثت تحولاً هاماً في مدى الرقابة التي يباشرها القضاء الإداري على السلطة التأديبية.<sup>2</sup>

بذلك تكون المحكمة قد فرضت رقابتها على القرارات التأديبية، من خلال ما استقرت عليه من أحكام والأخذ بمبدأ الغلو أو عدم التناسب، وفرض رقابتها على ملائمة الجزاء التأديبي مع المخالفة الإدارية، والذي أصبح من المبادئ العامة للقانون.

1 المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 11/11/1961، ص 7، ص 27، وبتاريخ 18/11/1967، ص 3، ص 79. عن الطبطبائي، عادل، مرجع سابق، ص 96.

2 الجهمي، خليفة سالم، مرجع سابق، ص 184-185. البنداري، عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 240-241.

حيث قضت بأن للمحكمة التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك شرط أن لا يشوب استعمالها غلو.<sup>1</sup> كما أنها اعتبرت أن الغلو يتحقق سواء كان عدم التناسب في العقوبة ناتجا عن الشدة أو المبالغة أو ناتجا عن التهاون في العقوبة.<sup>2</sup>

وبالنسبة للشدة في الجزاء فقد قضت المحكمة بأن: «الجزاءات المعنة بالشدة تنجذب إلى عدم المشروعية، وأنه يحق لها أن تعمل سلطتها في إنزال الحكم الصحيح للقانون، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه، وقد أوقع بالمطعون لصالحهما الفصل، قد تنكب وجه الصواب ويتعين إلغاؤه، وترى المحكمة أن الجزاء الملائم للثام المقترف هو خفض راتب كل منهما بواقع جنهين شهريا.»<sup>3</sup>

أما عن الجانب الآخر، والمتمثل بالرفقة أو التهاون في العقوبة، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى تشديد العقوبة إلى الفصل من العمل بدلا من عقوبة الخصم من المرتب لمدة شهر كان قد تم توقيعها من قبل.<sup>4</sup>

فالقضاء الإداري المصري لم يكتف في موقفه هذا بإلغاء العقوبة التأديبية المشوبة بالغلو، وإنما ذهب في أحكامه إلى تعديل العقوبة التأديبية تخفيفا أو تشديدا، وتحديدها بحيث تتلائم العقوبة التأديبية مع درجة وخطورة المخالفة المرتكبة.<sup>5</sup>

ولذلك، قضت أيضاً: «إن الجزاء يجب أن يكون متناسبا مع الجرم، وإلا اتسم بعدم المشروعية، والقانون إذ تدرج في قائمة الجزاءات الخاصة بسرقة أموال الهيئة العامة للسكك الحديدية، فجعلها

1 المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم -2676 لسنة -34 تاريخ الجلسة 19/5/1992، رياض، احمد رزق، الجريمة والعقوبة التأديبية- مبادئ القضاء الإداري في التأديب، (دون دار نشر: الإسكندرية، 2009)، منشور بالموقع الإلكتروني. /<http://www.kadyonline.com>.

2 الصرايرة، مصلح، مرجع سابق، ص 187.

3 مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة العاشرة، بند 129، ص 1428، مشار إليه بمؤلف فهمي، مصطفى أبو زيد، مرجع سابق، ص 783.

4 حكم المحكمة الإدارية بتاريخ 19/1/1974، الطعن رقم 368 و 410/15، ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، س 9، ص 95، رقم 436. تم الإشارة إلى هذين القرارين في مؤلف: الجهمي، خليفة سالم، مرجع سابق، ص 190-191.

5 فهمي، مصطفى أبو زيد، مرجع سابق، ص 784-786.



تتراوح ما بين خفض المرتب والعزل من الوظيفة وإنما يكون قد هدف من هذا التدرج في إنزال العقاب إلى وجود الملائمة بينه وبين الجرم الذي يثبت في حق الموظف، ولما كان العقاب الذي أنزلته المحكمة التأديبية بالمتهم هو أقصى العقوبات المقررة في باب الجزاءات عن السرقة دون أن تحتوي الأوراق أو ملابسات الدعوى ما يدعو إلى هذه الشدة المتناهية، الأمر الذي يجعل المفارقة ظاهرة بين الجريمة والجزاء، وبالتالي، مخالفة هذا الجزاء لروح القانون مما يتعين معه تعديله وإنزاله إلى الحد المتلائم مع الجرم الإداري الذي ثبت في حق المتهم.<sup>1</sup>

وعليه، فإن القضاء الإداري المصري قد فرض رقابته على التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة المسلكية، وأن هذه الرقابة تدرج ضمن رقابة المشروعية، ومشروطة بأن لا يشوبها غلو في التقدير، وأن الغلو يتمثل بعدم الملائمة الظاهرة ما بين درجة خطورة الذنب الإداري المرتكب والجزاء التأديبي، وأن هذه الرقابة على التناسب لا تقتصر على الغلو في الشدة وإنما تشمل الإفراط في اللين (الغلو في التساهل).

### 3 - 2: موقف محكمة العدل العليا الأردنية

لقد سارت محكمة العدل العليا الأردنية في مرحلة أولى على ذات النهج الذي سار عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري، حيث اعتبرت أن تقدير مقدار العقوبة التأديبية وتناسبها مع الذنب الإداري مما تترخص به الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية، ولا تخضع لرقابة القضاء.<sup>2</sup> إذ أن تقدير العقوبة متروك للمجلس التأديبي، دون رقابة لمحكمة العدل العليا،<sup>3</sup> وتستقل السلطات التأديبية بتقدير الجزاء المناسب في حدوده القانونية للذنب الإداري المرتكب، دون معقب عليها في ذلك ما دامت لم تخالف القوانين واللوائح.<sup>4</sup>

وقضت بأنه: «إذا كان الوزير قد اقتنع بما جاء في التقرير الذي قدمه له رئيس الدائرة ومن التقارير المحفوظة في الاضبارة، أن الموظف (المستدعي) غير لائق للخدمة في الوظيفة التي يشغلها، ورأى

1 قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 25 لسنة 9 تاريخ الجلسة 8/6/1963، رياض، احمد رزق، مرجع سابق، ص 35.

2 الفاعوري، فتحي توفيق، مرجع سابق، ص 156-157.

3 قرار محكمة العدل العليا الأردنية، الصادر بالقضية 57/67، مجلة نقابة المحامين، الاعداد 10-12، السنة 1969، ص 879، عن العجامة، نوفان العقيل، مرجع سابق، ص 148.

4 حتاملة، سليم سلامة، مرجع سابق، ص 245.

أن المصلحة العامة تقتضي تنحيته كما جاء في القرار المشكو منه، فإن محكمة العدل العليا لا تتدخل في هذه القناعة.<sup>1</sup>

إلا أن المحكمة وفي قضائها عدلت لاحقاً عن منهجها الأول وسلكت المسار الذي اتبعه القضاء الإداري المصري، حيث أخذت بمبدأ الغلو في فرض رقابتها على القرارات التأديبية، واشترطت لمروية هذه القرارات التأديبية أن لا يشوبها غلو في توقيع العقوبة، وان يكون هناك تناسب بين الفعل المرتكب والجزاء الموقع على مرتكبه.<sup>2</sup>

حيث قضت « انه وان كان للسلطة المختصة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء إلا أن مروية هذه السلطة التي هي سلطة تقديرية هو أن لا يشوب استعمال هذه السلطة غلو في إيقاع العقوبة، إذ يجب أن يكون هناك ملائمة بين خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، لمحكمة العدل العليا الحق في مراقبة مقدار العقوبة وما إذا كانت العقوبة تتلائم والذنب الذي اقتره الموظف.»<sup>3</sup>

وقضت بأن: «ملائمة العقوبة للجريمة التأديبية هي مسألة تقديرية تترخص بها الإدارة بلا معقب عليها، إلا أن ذلك لا يكون إلا في حالات اكتفاء المشرع بتحديد العقوبات التي يجوز للإدارة توقيعها دون بيان عقوبة معينة لكل فعل تأديبي بذاته، فإذا حدد القانون عقوبة معينة لكل فعل تأديبي بذاته، فإن على الإدارة أن تنقيد بالعقوبة المقررة له وإلا وقع قرارها مخالفاً للقانون.»<sup>4</sup>

1 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 57/2، مجلة نقابة المحامين، عدد 3، سنة 5، ص 169، عن الصرايرة، مصلح، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي اقراها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، ص 187-188.

2 العجارمة، نوفان العقيل، مرجع سابق، ص 148-149. والفاعوري، فتحي توفيق، مرجع سابق، ص 157. والصراير، مصلح، مرجع سابق، ص 188.

3 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 1979/85، مجلة نقابة المحامين، العدد 5، صفحة 608، سنة 80، خلاد، محمد، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا من بداية 1972 ولغاية 1986، الجزء الأول، (وكالة النشر والتوزيع الأردنية: عمان، 1987)، ص 244. وقرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 1999/613، مجلة نقابة المحامين، العددان 9-10، السنة 48، سنة 2000، صفحة 3136.

4 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 1986/31، مجلة نقابة المحامين، العدد 3-4، صفحة 500، سنة 87، خلاد، محمد، مرجع سابق، ص 92. وقرارها رقم 1986/43، مجلة نقابة المحامين، صفحة 867، سنة 87. خلاد، محمد، ج 3، ص 93، قضت بأن: «المحكمة التأديبية تستقل بتقدير العقوبة الملائمة للذنب المقترف ولا سبيل للتدخل في ذلك طالما أن العقوبة المفروضة تتناسب وجسامته الذنب المنسوب للمستدعي وتدخل في الحدود القانونية المنصوص عليها في تعليقات الإجراءات التأديبية.»

وقضت «إذا غالت السلطة التأديبية في فرض العقوبة بحيث لا يكون هناك تناسب بين الذنب المقترف والعقوبة التأديبية فيكون ضرباً من ضروب إساءة استعمال السلطة يستوجب الإلغاء».<sup>1</sup> كما ذهب إلى أن الغلو في العقوبة: «يعني عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، فتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي استهدفه القانون من التأديب فتكون هناك مفارقة بين الجريمة والجزاء، ويخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية».<sup>2</sup> فتعارض عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه القانون من التأديب وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على قسوة شديدة أو الإفراط المسرف في الشفقة، فكل من طرفي النقيض ولا يؤمن انتظام سير المرافق ويتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب، وعليه إذا كان الجزاء مشوباً بالغلو فيخرج من نطاق المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة محكمة العدل العليا».<sup>3</sup>

بذلك تكون محكمة العدل العليا الأردنية قد تبنت مبدأ الغلو أو عدم التناسب في قضائها في تقدير الجزاء التأديبي، وقضت بأن من صور هذا الغلو هو عدم الملائمة الظاهرة بين المخالفة المرتكبة والجزاء التأديبي، كما أنها طبقته بخصوص القرارات التأديبية ليس فقط الخاصة بتأديب الموظفين العموميين، وإنما في القرارات التأديبية الأخرى، كتأديب المحامين،<sup>4</sup> وتأديب الطلبة،<sup>5</sup> وغيرها. وذهب رأي إلى أن المحكمة تملك التدخل أيضاً إذا كانت العقوبة خفيفة، وذلك في حالتي

- 1 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 264/1994، مجلة نقابة المحامين، العددان 11-12، ص 3309، سنة 1995، الخطيب، نعمان، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في 25 عاماً، 1972-1997، الطبعة الأولى، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2001)، ص 170. وقرار رقم 511/1998، مجلة نقابة المحامين، العددان 1-2، السنة 48، سنة 2000، ص 114.
- 2 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 198/1997، مجلة نقابة المحامين، العددان 3-4، السنة 46، سنة 1998، صفحة 812-813.
- 3 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 74/1985، العدد 1-2-3، سنة 1986، ص 30، الخطيب، مرجع سابق، ص 180.
- 4 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 68/1992، العددان 10-11، سنة 1992، ص 1607، الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 174. وقرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 240/1988، العدد 9، سنة 1989، ص 1597، والخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 176.
- 5 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 31/1986، العدد 3-4، سنة 1987، ص 500. والخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 178.

الإفراط والتفريط، حيث أن الغلو لا يقتصر على الحالة التي تكون فيها العقوبة جسيمة، وإنما يتحقق أيضاً في الحالة التي تكون فيها المخالفة المرتكبة جسيمة والعقوبة بسيطة، وهو ما أقرته المحكمة من الغلو أو المغالاة في الشفقة.<sup>1</sup>

ويستند أصحاب هذا الرأي لقرار محكمة العدل العليا، حيث تقول: «حيث أن المستدعي يطعن بقرار إدانة زميل له بحجة أن العقوبة خفيفة، فيكون الطعن مقمداً ممن لا يملك حق تقديمه ولا يرد القول هنا أن للمستدعي مصلحة في تغليظ العقوبة على المستدعي ضده الثاني، لأن هذا الأمر لن يغير من مركز المستدعي القانوني.»<sup>2</sup>

كما يلاحظ على قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، أنها لم تسر بذات النهج الذي سار عليه القضاء الإداري المصري، وذلك لأنها لا تقوم بتحديد مقدار العقوبة التأديبية إذا كانت مشوبة بالغلو وتكتفي بإلغائها، وفي تقدير الباحث أنه على المحكمة وتحقيقاً وتعزيزاً لرقابة القضاء الإداري على ملائمة وتناسب القرارات التأديبية وسلطة الإدارة التقديرية، بهذا الخصوص، أن تساير القضاء الإداري المصري، حتى يكون للمحكمة تقدير ملائمة العقوبة التأديبية بشكل سليم وتحديد ما يتناسب وخطورة الذنب الإداري المرتكب.

### 3 - 3: موقف محكمة العدل العليا الفلسطينية

باستعراض الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية، من الواضح أن المحكمة لم تستقر في قضائها على الأخذ بمبدأ الغلو أو مبدأ التناسب على النحو الذي استقر عليه القضاء الإداري المصري والأردني.

حيث قضت بأن: «محكمة العدل العليا تملك في حدود رقابتها القضائية أن تتحقق فيما إذا كانت الإجراءات التأديبية قد تمت وفق الأصول وروعت فيها الضمانات الجوهرية، وان النتيجة التي انتهى إليها القرار التأديبي مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة في أوراق التحقيق تثبت قيام الحالة الواقعية والقانونية، التي تكون ركن السبب في توقيع الجزاء، وان مجرد اقتناع رجل الإدارة

1 شطاوي، على خطار، موسوعة القضاء الإداري، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2008)، ص 928-929. وأبو العثم، فهد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 461.

2 قرار محكمة العدل العليا الأردنية بتاريخ 2000/3/29، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 2001، ص 1256. مشار إليه بمؤلف: شطاوي، على خطار، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، ص 929.

بالواقعة لا يجوز دون تدخل المحكمة في بسط رقابتها على ثبوت السبب وتكييف الفعل المنسوب للمستدعي فيما إذا كان يشكل ذنباً تأديبياً أم لا وصحة التطبيق القانوني عليه.<sup>1</sup>

حيث يلاحظ أن المحكمة ومن استخدامها لعبارة «النتيجة التي انتهى إليها القرار التأديبي مستخلصة استخلاصاً سائغاً»، أنها تراقب ملائمة العقوبة التأديبية وكذلك قولها: «بسط رقابتها على ثبوت السبب وتكييف الفعل المنسوب للمستدعي فيما إذا كان يشكل ذنباً تأديبياً أم لا وصحة التطبيق القانوني عليه»، حيث يتبين من هذا الحكم أن المحكمة تراقب مدى تناسب الفعل المرتكب فيما إذا كان يشكل مخالفة تأديبية وكذلك فيما إذا كانت العقوبة أيضاً مناسبة، وعليه، فإن المحكمة ومن خلال هذا، يتبين أنها تأخذ بمبدأ الغلو أو عدم التناسب، وان لم تستخدم هذه العبارة للدلالة عليه. كما عبرت عن ذلك في قرارات لاحقة لها، وقضت بقرار لها أن: «وزير التربية والتعليم ذا ولاية في إصدار قرار تثبيت المستدعي، فلا يمتنع عليه قانوناً ممارسة هذه الصلاحية ويكون قراره كأبي قرار آخر يفترض أن يقوم على سبب يبرره، ويتمثل بقيام الحالة الواقعية التي تسوغ إصداره واليه يعود وحده تقدير أهمية هذه الحالة وخطورة الآثار الناجمة عنها دون أي تعقيب عليه من أي جهة، ما دام قراره قد خلا من أي شائبة من شوائب استعمال السلطة، ذلك أن رقابة هذه المحكمة تقف عند حد التحقق من قيام سبب للقرار المطعون فيه أما أهمية هذا السبب وخطورته والآثار المترتبة عليه فممن ملائمتها وزير التربية والتعليم.....»<sup>2</sup>

فالمحكمة وان كان مبدأ الغلو أو التناسب في قضائها على النحو الذي استقر عليه القضاء الإداري المصري والأردني، إلا أن المحكمة تأخذ بمبدأ التناسب أو الغلو وان كان على نحو محدود، وفي تقدير الباحث أن محكمة العدل العليا الفلسطينية ومن خلال فرض رقابتها على ملائمة القرارات التأديبية، حيث تراقب مدى ملائمة العقوبة التأديبية الموقعة مع الخطأ أو الذنب المرتكب من قبل مرتكبه، ليشكل تطوراً مهماً في تعزيز وتوفير مزيد من الرقابة القضائية لحقوق الأفراد والموظفي، وذلك بضمان حقوق الأفراد وحمايتهم من انحراف الإدارة وتعسفها تجاههم.

وباستعراض قرارات المحكمة وبالرغم من قلتها إلا انه يجب الإشارة إلى أن المحكمة لا تقتصر في

1 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 10 / 1998، عن المفتي.

2 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 331 / 2008، عن المفتي.

رقابتها هذه على قرارات تأديب الموظفين وإنما تطبقها أيضا بالنسبة لتأديب المحامين. فقد قضت بأنه: «لمحكمة العدل العليا الرقابة على مناسبة العقوبة مع المخالفة المنسوبة للمحامي، وحيث انه لا يوجد غلو في العقوبة، فإنه لا يرد النعي بان القرار المطعون فيه مشوب بعيب التعسف باستعمال السلطة.»<sup>1</sup> وتطبق المحكمة أيضا بالنسبة لقرارات تأديب الموظفين، وتمارس رقابتها على تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ الذي يرتكبه الموظف، حيث قضت بأنه « لمحكمة العدل العليا الرقابة على مدى تناسب العقوبة التأديبية والفعل الذي اقترفه الموظف، وطالما تبين أن المستدعي (معلم مدرسة) كان يتحرش جنسيا بالتلاميذ فإن عقوبة العزل من الوظيفة تتناسب وهذا الفعل وليس فيها أي غلو.»<sup>2</sup> فإذا تبين للمحكمة أن العقوبة التي توقع على الموظف غير مشوبة بالغلو، فإنها لا تقضي بإلغائها، فقضت بأنه: «لا يرد القول بان قرار فصل الموظف مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة ما دامت هذه العقوبة تتناسب والمخالفات التي قام بها الموظف، خاصة وان قانون الخدمة المدنية قد نص في المادة 109 / 2 منه على إنهاء خدمة الموظف إذا تغيب خلال العام أكثر من ثلاثين يوما.»<sup>3</sup> وإذا غالت الإدارة في العقوبة التي توقعها على الموظف فان قرارها يكون معيبا وواجب الإلغاء، حيث قضت المحكمة بأن: «مراقبة محضر التحقيق مع الموظف أمر في منتهى الأهمية لمعرفة جسامته المخالفة التي ارتكبتها، ولكي يتسنى اختيار العقوبة المناسبة لهذه المخالفة دون إفراط أو تفريط بمقدار العقوبة وماهيتها، لما في ذلك من مساس بمصير الوظيفة التي يشغلها الموظف وتأثير ذلك على حياته بشكل عام، وقد راعى المشرع ذلك حينما حدد العقوبات التي يتم إيقاعها على موظف البلدية وفق ما جاء في المادة 19 من نظام موظفي البلديات، حيث أخذ بالاعتبار التسلسل في شدة العقوبة وجعل عقوبة العزل العقوبة القصوى التي تقرر مصير الموظف في وظيفته.

وعليه، فإن الجهة المستدعي ضدها لم تتقيد أصلا بما فرضه عليها النظام من ضرورة تامين ضمانات الدفاع للموظف، قد غالت في العقوبة التي أوقعتها على المستدعي بأن قررت عزله باستعمالها أقصى العقوبة وهي العزل، مع انه كان بمقدورها على فرض ثبوت التهمة المسندة إليه أن تتخذ بحقه بعضا

1 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 61 / 2006، عن المقتفي.

2 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 1 / 2008، عن المقتفي.

3 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 151 / 2005، عن المقتفي.

من العقوبات الأخرى المنصوص عليها في تلك المادة، والتي تتناسب مع المخالفة المدعى بها الأمر الذي نجد معه أيضاً أن إجراء العزل تم بصورة يكتنفها التعسف في استعمال السلطة.<sup>1</sup>

وتجد الإشارة إلى أنه ومن خلال قراراتها السابقة، والتي تبين من خلالها أنها تمارس رقابتها على مدى ملائمة وتناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ المرتكب، نجد أن المحكمة لم تتدخل وتحدد العقوبة المناسبة، وإنما تكتفي بإلغاء القرار التأديبي المشوب بعدم التناسب أو الغلو بناء على عيب الانحراف باستعمال السلطة، وفي تقديرنا أنه يتعين على المحكمة أن تمارس رقابتها من خلال مد رقابتها في تقدير ملائمة وتناسب العقوبة التأديبية وتعديل مقدار العقوبة تخفيفاً أو تشديداً، بحيث تتلائم مع درجة وخطورة الذنب الإداري المرتكب.

إذ تعتبر الرقابة على التناسب صورة متقدمة من الرقابة على المشروعية، فإذا افتقد القرار التأديبي للملائمة وانطوى على مغالاة بالشدة مقارنة بالذنب المرتكب، فإنه يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، وبالتالي يجب فرض رقابة قضائية عليه لرده إلى جادة الصواب والمشروعية.<sup>2</sup>

حيث تعتبر رقابة محكمة العدل العليا على التناسب بين جسامة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة التأديبية، ضماناً كبيرة للأفراد وتقييمهم من مغالاة الإدارة في تقدير جسامة الأفعال، وتعد هذه الرقابة تضييقاً من السلطة التقديرية للإدارة.<sup>3</sup>

لذلك يجب على المحكمة أن تسير بذات النهج الذي استقر عليه القضاء الإداري المصري ومن بعده الأردني، وذلك بالرقابة على ملائمة وتناسب القرارات الإدارية، لما يمثله من ضمان أكبر للأفراد والموظفين في المحافظة على حقوقهم وحياتهم، وضماناً من تعسف الإدارة بقراراتها وانحرافها عن المصلحة العامة، وتجنباً لتعسف الإدارة وتسليطها وتنكيلها بالأفراد والموظفين من خلال ما تتمتع به من سلطة تقديرية في هذا الخصوص وذلك بتحقيق قدر أكبر من الرقابة على أعمال الإدارة وقراراتها حتى لا يخرج من نطاق المشروعية والتي تفترض في أعمال الإدارة دائماً والتي تستر بها الإدارة على قراراتها لتتحرف بها إلى نطاق عدم المشروعية والبعد عن المصلحة العامة.

وتتوقف رقابة المحكمة على السلطة التقديرية، ما دام أن السلطة التقديرية للإدارة متفقة مع مبدأ

1 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 31 / 1996، عن المفتي.

2 عياش، امجد جهاد نافع، مرجع سابق، ص 66.

3 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 1 / 2008، بتاريخ 25 / 2 / 2009، المفتي.

المشروعية، وغير مشوبة بالانحراف باستعمال السلطة، ومتفقة مع الصالح العام ومحقة للمصلحة العامة، وبعيدة عن البواعث الشخصية.<sup>1</sup>

فوجود سلطة تقديرية للإدارة لا يحول دون رقابة القضاء عليها، وذلك باعتبار أن هذه الرقابة تعتبر رقابة على عناصر مشروعية القرار، وأصبح بالإمكان اعتبار بعض عناصر الملائمة والتقدير والتي لم تكن تخضع لرقابة القاضي الإداري، أصبحت ضمن شروط مشروعية القرار الإداري. وقد قضت محكمة العدل العليا على أن رقابتها على السلطة التقديرية هذه وإن كان لا يجوز للقضاء رقابة ملائمة القرار الإداري إلا أنه يراقب عناصر مشروعية القرار الإداري، وهو ما يعني أن التقدير أو الملائمة تعتبر من عناصر مشروعية القرار الإداري.<sup>2</sup>

وعليه، فإن رقابة محكمة العدل العليا على سلطة الإدارة التقديرية تشكل تطورا مهما في قضائنا الإداري، وخطوة مهمة في فرض رقابة القضاء على أعمال الإدارة وقراراتها المعيبة بعدم المشروعية، خاصة عيب الانحراف باستعمال السلطة، والذي يرتبط بسلطة الإدارة التقديرية وعدم احترامها لمبدأ التناسب، وهو ما يساعد على بسط رقابة أكثر على هذه القرارات وتوفير حماية فعالة ومنتجة في مواجهة الإدارة وانحرافها عن الصالح العام. ومن خلال ما أقره القضاء من مبادئ ونظريات بفرض الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية والحد من إطلاقها بما لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وبما لا يحد من نشاط الإدارة وسلطتها في مباشرة أعمالها وتصرفاتها على الوجه المطلوب، وذلك لشعور الإدارة وإحساسها بأن سلطتها التقديرية ليست مطلقة من أي قيد وإنما مقيدة بالمصلحة العامة، كما أن هذه الرقابة تمتد على ملائمة القرارات التأديبية وإن إصدار هذه القرارات مشروط بان لا يشوبها غلو في التقدير أو عدم التناسب.

والرقابة القضائية من شأنها الحد من الانحراف باستعمال السلطة بحيث تكون القرارات غير مشوبة بالغلو وعدم التناسب، وعلى المحكمة أن توسع من رقابتها على سلطة الإدارة التقديرية لتشمل مختلف مجالات السلطة التقديرية للإدارة، وذلك من خلال تطبيق مبدأ التناسب على النحو الذي سار عليه القضاء المقارن لضمان عدم مغالاة الإدارة باستعمال سلطتها، لا أن تكتفي

1 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 253/2008، بتاريخ 9/9/2009. المفتي.

2 قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة بغزة رقم 96/71. وقرارها بغزة رقم 1995/76. المفتي.



في بعض منها بان لا يشوبها الانحراف باستعمال السلطة فقط دون فرض رقابة الغلو، وإنما يجب أن تمتد رقابة الغلو للمجالات المتعددة لسلطة الإدارة التقديرية، وذلك بهدف ضمان ممارسة هذه السلطة ضمن الحدود القانونية، وليس بهدف الحد من سلطة الإدارة والحيلولة بينها وبين ممارسة اختصاصاتها.

#### 4: الخاتمة

تناولت هذه الدراسة مبدأ التناسب في الجزاء التأديبي ورقابة القضاء الإداري عليه، وقد خلصت هذه الدراسة إلى ما يلي:

- أن القرارات التأديبية تعتبر مجالاً خصباً للسلطة التقديرية للإدارة، ومن ثم فهي تعتبر مجالاً لتطبيق مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، وان وجود سلطة تقديرية للإدارة في مجال التأديب لا يعني أن هذه السلطة هي سلطة مطلقة، وإنما تخضع لمجموعة من القيود والمبادئ ومنها مبدأ التناسب بين المخالفة المرتكبة والعقوبة التي تفرض على مرتكبها.
- إن عدم التناسب أو الغلو في القرارات الإدارية التأديبية يرتبط بعيب الانحراف باستعمال السلطة، وان الرقابة على التناسب بين جسامة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة التأديبية ضمانة كبيرة للأفراد تقيهم من مغالاة الإدارة في تقدير جسامة الأفعال، وتعد هذه الرقابة تضييقاً من السلطة التقديرية للإدارة.
- أقرت محكمة العدل العليا الفلسطينية بحقتها في الرقابة على ملائمة القرارات التأديبية، وبالرقابة على مدى تناسب العقوبة التأديبية مع الفعل المرتكب، وقضت بأن حق الإدارة بإيقاع العقوبة التأديبية على الموظف مشروط بأن لا يشوبه غلو، وهي بذلك سارت على ما سار عليه القضاء الإداري المقارن في كل من الأردن ومصر.
- يلاحظ أن هذه الرقابة التي تمارسها محكمة العدل العليا الفلسطينية تقتصر على إلغاء القرار الإداري التأديبي المشوب بالغلو أو عدم التناسب، ولا تتدخل في تحديد مقدار العقوبة تخفيفاً أو تشديداً كما هو الحال عليه في القضاء الإداري المصري، وعلى المحكمة السير بذات النهج الذي سار عليه القضاء الإداري المقارن.
- تمارس محكمة العدل العليا الفلسطينية ونرى بأن رقابتها على سلطة الإدارة التقديرية وذلك

بفرض رقابتها على ملائمة القرارات التي تتخذها السلطة الإدارية وفقا لسلطتها التقديرية في كافة قراراتها، بأن لا يشوبها غلو أو انحراف باستعمال السلطة. وذلك بما لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وبما لا يحول دون ممارسة الإدارة لسلطتها على الوجه المحدد بالقانون، وبما يكفل لها حرية العمل والابتكار وحسن تسيير المرافق العامة.

- نوصي بأن ينص المشرع الفلسطيني على مبدأ التناسب، لا سيما في مجال التأديب، باعتباره من المبادئ الهامة التي يجب على السلطة الإدارية مراعاتها في إصدار قراراتها، حتى لا تمس حقوق الأفراد والموظفين.
- نوصي بأن يقنن المشرع الفلسطيني المخالفات الإدارية والجرائم التأديبية، أو على الأقل أهمها في مجال التأديب، وتحديد عقوبات تأديبية لها، تكون ذات حدين أدنى وأقصى حسب كل تهمة، وهو ما من شأنه التقليل من حالات الغلو أو عدم التناسب.

#### 5: المصادر والمراجع:

#### 5 - 1: الكتب:

- أبو العثم، فهد عبد الكريم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق. (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2005).
- البنداري، عبد الوهاب، طرق الطعن في العقوبات التأديبية إداريا وقضائيا، للعاملين المدنيين بالدولة - والقطاع العام - وذوي الكادرات الخاصة - دراسة فقهية قضائية وفقا لأحدث التشريعات وآراء الفقه وأحكام القضاء وفتاوى مجلس الدولة، (دار الفكر العربي: القاهرة، 1999).
- جمال الدين، سامي، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة. (بدون دار نشر، 1992).
- جمال الدين، سامي، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، (منشأة المعارف بالإسكندرية: 2004) ط 1.
- الجهمي، خليفة سالم، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، محاولة لرسم ملامح نظرية عامة لقضاء الغلو - دراسة في القانون الإداري العربي المقارن. (دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، 2009).

- حبيب، محمود أبو السعود، نظرية التأديب في الوظيفة العامة، (دون دار نشر: 1998).
- الخطيب، نعمان، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في 25 عاماً، 1972-1997، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2001)، ط 1.
- خلاد، محمد، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا من بداية 1972 ولغاية 1986، (وكالة للنشر والتوزيع الأردنية: عمان، 1987)، ج 1.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. (دار الفكر الجامعي: الإسكندرية، 2001).
- رياض، احمد رزق، إساءة استعمال السلطة في القرار الإداري، مبادئ القضاء الإداري 1947-2007، منشور بالموقع الإلكتروني لموقع قاضي اونلاين، 2009.
- شنطاوي، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2008)، ط 1.
- العجارمة، نوفان العقيل، سلطة تأديب الموظف العام، دراسة مقارنة، (دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2007)، ط 1.
- فهمي، مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة - الجزء الأول - قضاء الإلغاء، (دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، 1998).

## 5 - 2: الرسائل الجامعية والأبحاث والمجلات:

- حاحة، عبد العالي، وتمام، آمال يعيش، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، بحث منشور بمجلة المنتدى القانوني، (جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، 2008).
- حتاملة، سليم سلامه، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية، دراسة مقارنة بين القضاء الفرنسي والمصري والأردني، (مجلة جرش للبحوث والدراسات، مجلة تصدر عن جامعة جرش الأهلية: الاردن، 2006)، المجلد 10، العدد 2.
- سيمو، حسن، السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء الإداري، (بحث منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة 44، العددان السابع والثامن، 1996).
- الصرايرة، مصلح، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي اقرها القضاء الإداري في

- رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، (مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009).
- الطببائي، عادل، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، (بحث منشور بمجلة الحقوق، مجلة تصدر عن جامعة الكويت: الكويت، 1982)، مجلد 6 عدد 3.
- عياش، امجد جهاد نافع، ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام. (رسالة ماجستير غير منشورة: جامعة النجاح الوطنية، 2007).
- الفاعوري، فتحي توفيق، مبدأ التناسب بين المخالفة المسلكية والعقوبة التأديبية، (بحث منشور بمجلة الدراسات الأمنية: عمان، 2004)، العدد الأول.
- كنعان، نواف، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر والأردن، (أبحاث اليرموك- سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية: الاردن، 1999)، المجلد 15، العدد 2.
- نسيمه، عطار، مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، مجلة التراث - مخبر جمع دراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها، (تصدر عن جامعة زيان عاشور بالجلفة: الجزائر، 2014)، عدد 16.
- مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تصدرها نقابة المحامين الأردنيين، الأردن.

## الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية وفقاً لقانون ضريبة الدخل الفلسطيني<sup>1</sup>

الباحث: المحامي أحمد محمد حمد/ غزة

طالب ماجستير في قسم القانون العام في جامعة الأزهر

### 1: المقدمة

تعتبر الضريبة في الوقت الحاضر بمثابة المورد الأساسي الذي تعتمد عليه الدولة لكي تغطي نفقاتها المتزايدة، حيث يقوم الممول أو المكلف بدفع التكاليف الضريبية مساهمة منه في التكاليف أو الأعباء العامة، وبالتالي فهو لا ينتظر سدادها من جانب الدولة وإنما يدفعها بصفة نهائية ولا تلتزم الدولة برد قيمتها إليه بعد ذلك، وكذلك الالتزام بدفع الضريبة يعتمد على قدرة الشخص على المساهمة في تغطية التكاليف والأعباء العامة للدولة، وليس مدى تمتعه بالخدمات أو المنافع العامة، وكذلك قد تقوم الدولة بعدم فرض الضرائب على دخل معين وهو ما يعرف بالإعفاء الضريبي، وقد يكون هذا الإعفاء كلي أو جزئي وقد يكون بشكل دائم أو مؤقت وذلك ضمن القانون، وتلجأ الدول إلى هذا الأمر لاعتبارات تقدرها بنفسها وبما يتلاءم مع ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وهو ما سوف نبينه من خلال بحثنا. وفيما يتعلق بموضوع الإعفاءات الضريبية، لا بد على المشرع أن يوازن بين أمرين وهما -1 اعتبار الضريبة هي المورد الأساسي الذي تعتمد عليه الدولة لكي تغطي نفقاتها المتزايدة -2 الإعفاء من الضريبة لغايات محدودة ولأهداف متعددة، ولاشك أن تحقيق هذا التوازن يكون من خلال وجود تشريع ضريبي يوازن بين مصلحة الدولة ومصلحة الأشخاص الأخرى، فلا يتوسع في الإعفاءات الضريبية ولا يفرط في فرض الضرائب.

وكذلك فرض الضريبة من قبل الدولة يمكنها من تحقيق أهدافها، فمن الناحية المالية نجد أن الضرائب تأتي في مقدمة مصادر الإيرادات العامة، بالإضافة إلى كونها من أهم أدوات السياسة التي من خلالها يمكن محاربة التضخم النقدي بامتصاص الفائض منه، ومن الناحية

1 حُكمت هذه الدراسة من قبل: د. المحامي عمر محمد الأيوبي/ أستاذ قانون المالية العامة والتشريع الضريبي المساعد في كلية الحقوق في جامعة الأزهر سابقاً، ود. ساهر ابراهيم الوليد/ أستاذ القانون الجنائي المشارك في كلية الحقوق - جامعة الأزهر.

الاجتماعية نرى الضريبة تستعمل لتضييق الفوارق بين مختلف مستويات الدخل والثروة، من خلال تخفيف العبء الضريبي عن الفئات محدودة الدخل، ومراعاة المقدرة التكلفية للممولين، ومن الناحية الاقتصادية تلعب الضريبة دوراً هاماً في إعادة رسم خارطة الاستثمار وتوجيهه حسب رؤية الدولة.

ومن خلال هذا البحث سوف نقوم بالتطرق إلى الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية بشيء من التفصيل، وذلك وفقاً لقانون ضريبة الدخل رقم (17) لسنة 2004م المطبق في قطاع غزة، وقانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011م المطبق في الضفة الغربية، ولقد قمنا باختيار موضوع هذا البحث لما له من أهمية عملية ونظرية على المستوى الفلسطيني.

وتكمن أهمية هذا البحث على المستويين العملي والنظري، في أنه يحقق للدولة جميع أهدافها الاجتماعية وغيرها من الأهداف الأخرى سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، فنجد بعض الأفراد يعيلون أسر كبيرة العدد أو لديهم أولاد معاقين أو لديهم طلاب جامعات أو تكون دخولهم متدنية، فتعتمد الدولة للمحافظة على مستوى إنفاقهم وعلى وضعهم الاجتماعي تحديد إعفاءات على دخولهم حسب ما هو موضح في القانون.

وتكمن مشكلة هذا البحث في أنه يعتبر من الموضوعات القليلة التي كتب فيها من قبل الفقهاء، ويكاد لا يوجد متخصصين في هذا المجال، وكذلك ندرة المراجع في هذا الموضوع.

وعليه، سنجيب على التساؤلات التالية:

1. هل هناك فرق بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات؟
2. من هم الأشخاص الذين يستفيدون من الإعفاءات الضريبية؟
3. هل جميع الدخول تخضع للإعفاء الضريبي، أم أنه يشترط عدة شروط في الدخل الخاضع للضريبة؟
4. هل يمكن أن يكون الإعفاء الضريبي كلياً؟

أما من حيث منهجية الدراسة، سوف تتبع المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل نصوص قانون ضريبة الدخل الفلسطيني، أي المنهج الذي يبدأ بالمبدأ الكلي أو الأصول من أجل إنزال حكمها على الجزئيات.

## 2: ماهية الإعفاءات الضريبية

إن دراسة ماهية الإعفاءات الضريبية تتطلب تحديد مفهوم الإعفاءات الضريبية، ثم نتناول الفرق بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات، ثم نتناول أهداف الإعفاءات الضريبية، وذلك على النحو التالي.

## 2-1: مفهوم الإعفاءات الضريبية

الإعفاء الضريبي لغةً: من الإبراء، ومفردا عفو و عفاء، يقال أعفاه من الأمر أي أبرأه منه.<sup>1</sup> ويُقصد بالإعفاء الضريبي اصطلاحاً: عدم فرض الضريبة على دخل معين، وذلك ضمن القانون، وتلجأ الدولة إلى هذا الأمر لاعتبارات تُقدرها بنفسها وبها يتلاءم مع ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.<sup>2</sup>

وكذلك يعرف الإعفاء الضريبي بأنه: عدم إخضاع الدخل الذي يحصل عليه المكلف للضريبة بنص القانون.<sup>3</sup>

كما وعرف القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل الإعفاءات الضريبية بأنها: التخفيض على صافي الدخل.<sup>4</sup>

وأيضاً عرف القانون رقم (17) لسنة 2004 بشأن ضريبة الدخل الإعفاءات الضريبية بأنها: التخفيض على صافي الدخل لغرض تحقيق العدالة.<sup>5</sup>

ونحن بدورنا نؤيد التعريف الذي أورده القانون رقم (17) لسنة 2004 بشأن تعريف الإعفاءات الضريبية، وذلك لأنه حدد أن الإعفاءات الضريبية ترد على الدخل الصافي، وهو يختلف

1. د. مجد الدين الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، ص 364، مشار إليه، أ. ساهر الوليد، الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية وفقاً لقانون ضريبة الدخل الأردني رقم (57) لسنة 1985، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 5.

2. طارق الحاج، المالية العامة والتشريع الضريبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 88.

3. أ. ساهر إبراهيم شكري الوليد، الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية وفقاً لقانون ضريبة الدخل الأردني رقم (57) لسنة 1985، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 5.

4. انظر المادة الاولى من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل، المُطبق في الضفة الغربية.

5. انظر المادة الاولى من القانون رقم (17) لسنة 2004 بشأن ضريبة الدخل، المُطبق في قطاع غزة.

عن الدخل الإجمالي، وذلك لأنه يُقصد بالدخل الصافي: الدخل الإجمالي بعد حسم جميع التنزيلات والمصروفات والخسارة، بموجب أحكام هذا القانون، وكذلك حدد التعريف أن الغرض والهدف من فرض الإعفاءات الضريبية هو تحقيق العدالة.

## 2-2: الفرق بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات

قلنا أنه يُقصد بالإعفاءات الضريبية: التخفيض على صافي الدخل لغرض تحقيق العدالة، ويقصد بالتنزيلات كما عرفها القانون رقم (8) لسنة 2011م بأنها: التكاليف والمصروفات والخسارة التي تُخصم من إجمالي الدخل لغرض تحقيق صافي الدخل.<sup>1</sup> وكذلك عرف القانون رقم (17) لسنة 2004م التنزيلات بأنها: النفقات والمصاريف التي أنفقت أو استحققت في سبيل إنتاج الدخل خلال الفترة الضريبية.<sup>2</sup> وهناك من عرفها بأنها: تلك الأعباء أو النفقات التي يتقرر خصمها من الوعاء الضريبي تمهيداً للوصول إلى الربح الصافي.<sup>3</sup>

ومن خلال هذه التعريفات تتجلى أوجه التفرقة بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات أو أعباء الدخل أو تكاليفه، وذلك فيما يلي:

1. أن الدخل المعفى من الضريبة لا يدخل في الحساب عند تحديد الضريبة التي يخضع لها الدخل حيث يتم استبعاده منذ البداية، وهذا بعكس التنزيلات حيث أن هذه التنزيلات تدخل في الحساب عند التقدير حيث تدخل ضمن الدخل الإجمالي، ثم بعد ذلك يتم تنزيلها للحصول على الدخل الذي يخضع للضريبة.<sup>4</sup>
2. أن الإعفاءات الضريبية يكون محلها أو موضوعها التي تقع عليه هو (صافي الدخل) وهذا بعكس التنزيلات التي يكون محلها أو موضوعها (إجمالي الدخل).
3. أن التنزيلات هي عبارة عن عملية تسبق الإعفاءات، حيث أن التنزيلات هي عبارة عن

1 انظر المادة الأولى من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل، المُطبق في الضفة الغربية.

2 انظر المادة الأولى من القانون رقم (17) لسنة 2004 بشأن ضريبة الدخل، المُطبق في قطاع غزة.

3 د. ساهر إبراهيم شكري الوليد، المرجع السابق، ص 5.

4 د. ساهر إبراهيم شكري الوليد، المرجع السابق، ص 5.



التكاليف والمصروفات والخسارة التي تخصم من إجمالي الدخل لغرض تحديد صافي الدخل الذي يخضع بعد ذلك للإعفاءات الضريبية إذا نص القانون على ذلك. وإن كان يرى الدكتور محمد شبير ونحن نؤيده في ذلك أنه يمكن أن يكون بين الإعفاءات والتنزيلات مجال للاتفاق.

ومما سبق يتضح لنا أن القانون رقم (8) لسنة 2011م المطبق في الضفة الغربية، والقانون رقم (17) لسنة 2004م المطبق في قطاع غزة، قد فرق كل منهما بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات، وهذا واضح من تعريف كل منهما في المادة الأولى.

### 2-3: أهداف الإعفاءات الضريبية

إذا كانت الضريبة هي عبارة عن فريضة مالية جبرية يدفعها الفرد إلى الدولة بصورة نهائية لتمتلك من تحقيق أهدافها ودون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفعها.<sup>1</sup> والضريبة تعتبر من أهم الموارد المالية للدولة، حيث أن الوفرة المالية تشكل الهدف الذي تسعى إليه من خلال فرض الضريبة.

إلا أن مبدأ الوفرة المالية يصطدم مع مبدأ آخر وهو مبدأ العدالة، فالوفرة المالية إذا كانت تتأتى من شمولية الضريبة، فإن العدالة الضريبية تقتضي أن تتساوى التضحية التي يتحملها الممولين والمكلفين بصفة عامة، وهذا يكون عن طريق مراعاة الأوضاع الشخصية والاجتماعية للممولين والمكلفين، ومن هذا المنطلق وجدت الإعفاءات الضريبية، وبهذا فإن أهم الأهداف التي تحققها الإعفاءات الضريبية هي تحقيق العدالة.<sup>2</sup>

وأياً كان الأمر فإن الإعفاءات الضريبية على الدخل وإن كانت تهدف إلى تحقيق العدالة بين الممولين أو المكلفين، إلا أن هناك مجموعة من الأهداف يبتغيها نظام الإعفاءات الضريبية على الدخل، ويمكن إجمال أهم الأهداف فيما يلي: .:

أولاً: الأهداف الاجتماعية للإعفاءات الضريبية.

تلجأ التشريعات الضريبية إلى تقديم إعفاءات كلية أو جزئية، دائمة أو مؤقتة، للممولين أو المكلفين لأسباب اجتماعية محضه، فنجد بعض الأفراد يعيلون أسراً كبيرة العدد أو لديهم أفراد

1 أ. وائل يوسف نصار، الوجيز في المالية العامة، جامعة الأزهر، فلسطين، الطبعة الثانية، 2012، ص 120.

2 د. ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 9.

معاين أو طلاب جامعات أو أفراد دخولهم متدنية، فتقوم الدولة للمحافظة على مستوى إنفاقهم وعلى وضعهم الاجتماعي، بتحديد إعفاءات على دخولهم حسب القوانين الضريبية.<sup>1</sup> ولما كان هذا الموضوع هو عنوان بحثنا فسوف نتمتع فيه بشيء من التفصيل في المبحث الثاني.

### ثانياً: الأهداف الاقتصادية للإعفاءات الضريبية.

تلجأ بعض التشريعات الضريبية إلى تقديم إعفاءات ضريبية لتشجيع قطاع اقتصادي معين، وتستخدم هذه الأداة لتوجيه الاقتصاد باتجاه معين، وذلك بالتأثير في قرارات الإنتاج والاستهلاك والاستثمار للأفراد، وشكل هذا التأثير يختلف باختلاف الدول ومستوى تقدمها.<sup>2</sup>

ولقد تضمنت نصوص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، بعض هذه الأهداف وذلك عندما نصت المادة (7) من هذا القرار بقانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الآتية،.....أرباح الأسهم وحصص الأرباح الموزعة من قبل الشخص المقيم، ويقابل هذه المادة في القانون رقم (17) لسنة 2004م، المادة (7) أيضاً حيث نصت على أنه، يعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون وفقاً للشروط الموضحة كل من الدخول الآتية، الأرباح الرأسمالية الناتجة عن بيع عقارات أو أوراق مالية، بشرط أن لا يكون ذلك بصورة دورية ومنتظمة، وأن لا يكون طبيعة عمله التجارة بذلك.

### ثالثاً: الأهداف التي تتعلق بطبيعة النشاط الاقتصادي.

هناك بعض الأعمال الاقتصادية لا تهدف إلى تحقيق الربح بل ينصب عملها على تقديم خدمات عامة للمواطنين، ومثال ذلك المرافق العامة التي تملكها الدولة والتي لا تهدف إلى تحقيق الربح، فنحن نعلم أن الدولة لها ملكية اقتصادية تعمل لخدمة الصالح العام وهذه الملكية تعفى من الضريبة، أما في حالة ممارسة الدولة لعمل تجاري أو صناعي أو زراعي هدفه تحقيق الربح فإنه يخضع للضريبة التي ينص عليها القانون، وإلى جانب الدولة يوجد بعض الجمعيات الخيرية التي تمارس أعمالاً لا تهدف إلى الربح.<sup>3</sup>

1 د. طارق الحاج، المرجع السابق، ص 88.

2 الموسوعة العربية، انظر الرابط، [www.arab-ency.com](http://www.arab-ency.com)، بحث بعنوان (القانون المالي والإعفاءات الضريبية)، تاريخ الزيارة للموقع 23/3/2016.

3 د. طارق الحاج، المرجع السابق، ص 88.

ولقد تضمنت نصوص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، بعض هذه الأهداف، حيث نصت المادة (7) من هذا القانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الآتية، 1 - دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة من أي عمل لا يستهدف الربح. 2 - دخل الأوقاف وصناديق الأيتام المنشأة وفقاً لأحكام هذا القانون. 18..... - دخل الجمعيات التعاونية فيما يتعلق بمعاملاتها مع أعضائها. 19 - دخل الجمعيات الخيرية والشركات غير الربحية والنقابات والاتحادات المهنية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة شريطة أن يكون الدخل من عمل لا يستهدف الربح.<sup>1</sup>

ويقابل هذه المادة في القانون رقم (17) لسنة 2004م، المادة (6) حيث نصت على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الآتية، 1 - دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة من أي عمل لا يستهدف الربح. 2 - دخل الجمعيات الخيرية والنقابات والاتحادات المهنية والجمعيات التعاونية من عمل لا يستهدف الربح. 3 - دخل الأوقاف ومؤسسات الأيتام.<sup>2</sup>

رابعاً: الأهداف الدبلوماسية للإعفاءات الضريبية.

تلجأ بعض التشريعات الضريبية إلى الإعفاءات الضريبية، بهدف توثيق العلاقات الدولية للعمل الدبلوماسي والسياسي وعملاً بمبدأ المعاملة بالمثل، ولقد أورد القانون جملةً من الإعفاءات لأهداف سياسية ومثال ذلك العقارات التي تملكها الدول الأجنبية وتتخذها مقرّاً لسفاراتها أو تتخذها دوراً لسكن ممثليها السياسيين أو القنصلين أو لدوائرهم الرسمية، بشرط المعاملة بالمثل.<sup>3</sup>

### 3: الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص المعنويين والطبيعيين

إن دراسة الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص المعنويين والطبيعيين، تقتضي منا تحديد ماهية الإعفاءات الضريبية وتحديد الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص المعنويين، ثم تناول الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص الطبيعيين، على النحو التالي.

- 1 انظر المادة (7) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل، المطبق في الضفة الغربية.
- 2 انظر المادة (6) من القانون رقم (17) لسنة 2004 بشأن ضريبة الدخل، المطبق في قطاع غزة.
- 3 د. عادل فليح العلي، الضريبة الموحدة على دخل الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 451.

### 3-1: الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص المعنويين

يقتضي الحديث عن الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص المعنويين، أن نقوم بتقسيم هذا الإعفاءات إلى اتجاهين على النحو التالي:

**الاتجاه الأول: إعفاء دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة والأوقاف ومؤسسات الأيتام**  
لقد نص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المطبق في الضفة الغربية، في مادته (7) ف(1،2) على إعفاء دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة والأوقاف ومؤسسات الأيتام من الخضوع للضريبة، حيث نصت المادة (7) من هذا القرار بقانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الآتية، -1 دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة من أي عمل لا يستهدف الربح. -2 دخل الأوقاف وصناديق الأيتام المنشأة وفقاً لأحكام هذا القانون. ولقد نص القانون رقم (17) لسنة 2004م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، في مادته (6) ف(1،3) على إعفاء دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة والأوقاف ومؤسسات الأيتام من الخضوع للضريبة، حيث نصت المادة (6) من هذا القانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الآتية، -1 دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة من أي عمل لا يستهدف الربح. -3 دخل الأوقاف ومؤسسات الأيتام.

وهنا نلاحظ أن كلاً من القرار بقانون المطبق في الضفة الغربية رقم (8) لسنة 2011م، والقانون المطبق في قطاع غزة رقم (17) لسنة 2004م، قد نصا على إعفاء دخل كل من الهيئات المحلية وهي تشمل البلديات وغيرها من الهيئات المحلية، والتي تخضع للامركزية المحلية، والمؤسسات العامة وهي تشمل المؤسسة العامة للإذاعة والتلفزيون وسلطة الأراضي وجامعة الأزهر والجامعة الإسلامية، والتي تخضع للامركزية المرفقية، ومؤسسات الأوقاف والأيتام، ولكن اشترط كل من القرار بقانون المطبق في الضفة الغربية والقانون المطبق في قطاع غزة، أن لا يكون هدف هذه الهيئات أو المؤسسات سالف الذكر هو تحقيق الربح.

ونلاحظ كذلك أن كلاً من المادة (7) ف(1،2) من القرار بقانون، وكذلك المادة (6) ف(1،3) من القانون، قد نصتا على أن الإعفاء في هذه الحالات يكون إعفاءً كلياً وليس جزئياً وهذا واضح من خلال قراءتنا للنصوص المواد مع فقراتها سالف الذكر.

والخلاصة هي أن كل من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المطبق في الضفة الغربية، والقانون رقم (17) لسنة 2004م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، عندما نصا على إعفاء دخل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة والأوقاف ومؤسسات الأيتام، اشترطاً شرطاً وهو عدم تحقيق الربح، وذلك بقصد تحقيق بعض الغايات الاجتماعية، لا سيما إذا علمنا أن الإعفاء من الضريبة هنا هو إعفاء كلي وليس جزئي.

**الاتجاه الثاني: إعفاء دخل الجمعيات التعاونية والخيرية والشركات غير الربحية والنقابات والاتحادات المهنية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة**

لقد نص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المطبق في الضفة الغربية، في مادته (7) ف(18، 19) على إعفاء دخل الجمعيات التعاونية والخيرية والشركات غير الربحية والنقابات والاتحادات المهنية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة، حيث نصت المادة (7) من هذا القرار بقانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الأتية،... 18 - دخل الجمعيات التعاونية فيما يتعلق بمعاملاتها مع أعضائها. 19 - دخل الجمعيات الخيرية والشركات غير الربحية والنقابات والاتحادات المهنية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة.

ولقد نص القانون رقم (17) لسنة 2004م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، في مادته (6) ف(2) على إعفاء دخل الجمعيات التعاونية والخيرية والنقابات والاتحادات المهنية، حيث نصت المادة (6) من هذا القانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الأتية،... 2 - دخل الجمعيات الخيرية والنقابات والاتحادات المهنية والجمعيات التعاونية من عمل لا يستهدف الربح.

وهنا نلاحظ أن القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، قد جاء أوسع وأشمل من حيث أنه أعفى كل من الشركات غير الربحية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة، من الخضوع للضريبة، بعكس القانون رقم (17) لسنة 2004م، الذي لم يشمل أيّاً منها.

وكذلك نلاحظ أن القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، في المادة (7) ف(18، 19) قد تضمن عدة شروط لعدم خضوع كل من دخل الجمعيات التعاونية والخيرية والشركات غير الربحية والنقابات والاتحادات المهنية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة للضريبة وهي، أ- أن يكون الدخل من عمل لا يستهدف الربح. ب- أن لا يكون الدخل ناتجاً عن أعمال تجارية أو استثمارية ذات

طبيعة تؤثر على القدرة التنافسية للقطاع الخاص. ج- الالتزام بتقديم نسخة من الحسابات الختامية سنوياً مصادق عليها من المدقق القانوني، ونلاحظ أيضاً أن القانون رقم (17) لسنة 2004م، وتعديلاته، في المادة (6) ف (2) قد اشترط أيضاً أن يكون دخل الجمعيات التعاونية والخيرية والنقابات والاتحادات المهنية من عمل لا يستهدف الربح، حتى لا يخضع هذا الدخل للضريبة.

ونلاحظ كذلك أن كلاً من المادة (7) ف (18، 19) من القرار بقانون، وكذلك المادة (6) ف (2) من القانون، قد نصت كل منهما على أن الإعفاء في هذه الحالات يكون إعفاءً كلياً وليس جزئياً وهذا واضح من خلال قراءتنا لنصوص المواد مع فقراتها سالفه الذكر، وكما أن الهدف من إعفاء دخل الجمعيات التعاونية والخيرية والشركات غير الربحية والنقابات والاتحادات المهنية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة من الخضوع للضريبة، هو تحقيق غايات اجتماعية.

وأضف إلى ذلك أن هناك بعض القوانين تُعفي العقارات المملوكة للجمعيات والهيئات التعاونية الطبية من الخضوع للضريبة، بشرط أن تكون غاياتها الرئيسية تقديم المساعدة الطبية، وكذلك القبايل على المستشفيات والعيادات أو الصيدليات، بشرط أن لا تهدف إلى تحقيق الربح.<sup>1</sup>

### 3-2: الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص الطبيعيين

سوف نقوم بتقسيم هذه الإعفاءات إلى اتجاهين أيضاً وهما إعفاء الدخل المقررة للأشخاص الطبيعيين والتي تُعفى إعفاءً كلياً، ثم نتناول إعفاء الدخل المقررة للأشخاص الطبيعيين والتي تُعفى إعفاءً جزئياً على النحو التالي.

#### الاتجاه الأول: الإعفاءات الضريبية الكلية المقررة للأشخاص الطبيعيين

يقتضي الحديث عن الإعفاءات الضريبية الكلية المقررة للأشخاص الطبيعيين، أن نقوم بتقسيم هذا الاتجاه إلى أربعة نقاط على النحو التالي:.

أولاً: إعفاء دخل الأعمى أو المصاب بعجز أو إعاقة تزيد على (50%)، مُحددة بقرار لجنة طبية مختصة.

لقد نص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المُطبق في الضفة الغربية، في مادته (7) ف (8)

1 د. عمر محمد الأيوبي، التشريع الضريبي الفلسطيني وتطبيقاته، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، بدون دار نشر، 2003، ص 95.

على إعفاء دخل الأعمى أو المصاب بعجز أو إعاقة تزيد على (50%)، مُحددة بقرار لجنة طبية مختصة، حيث نصت المادة (7) من هذا القرار بقانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الآتية،.....8 - الدخل من الوظيفة أو الاستخدام المتحقق للأعمى أو المصاب بعجز أو إعاقة تزيد على (50%)، مُحددة بقرار وفقاً لتقرير لجنة طبية مختصة، وكذلك نص القانون رقم (17) لسنة 2004م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، في مادته (6) ف (8) على إعفاء دخل الأعمى أو المصاب بعجز أو إعاقة تزيد على (50%)، مُحددة بقرار لجنة طبية مختصة، حيث نصت المادة (6) من هذا القانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الآتية،.....8 - دخل الأعمى أو المصاب بعجز أو إعاقة تزيد على (50%)، مُحددة بقرار لجنة طبية مختصة، من عمل يدوي أو وظيفة.

وهنا نلاحظ أن كلاً من القرار بقانون المطبق في الضفة الغربية رقم (8) لسنة 2011م، والقانون المطبق في قطاع غزة رقم (17) لسنة 2004م، قد نصا على إعفاء دخل الأعمى أو المصاب، حيث أن الأعمى هو الشخص الذي فقد بصره كلياً أما المصاب حسب ما ورد في المادة (7) من القرار بقانون والمادة (6) من القانون هو ذلك الشخص الذي أصيب بعجز أو إعاقة تزيد على (50%)، وكذلك اشترطا القرار بقانون والقانون أن يكون تقدير هذه النسبة من خلال لجنة طبية مختصة، وكذلك أن يكون الشخص المصاب قد أصيب خلال عمله أو وظيفته، وهنا يلاحظ أن جميع هذه الإعفاءات التي قررها القانون في الحالات السابقة، هي لغايات اجتماعية بحتة.

ثانياً: إعفاء أي مبلغ مقطوع يُدفع كمكافأة لدى اعتزال الخدمة أو الوفاة أو كتعويض مقطوع مقابل الإصابة بأذى أو وفاة، بما يتوافق والقوانين السارية المفعول

لقد نص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المطبق في الضفة الغربية، في مادته (7) ف(3،4) على إعفاء أي مبلغ يُدفع كمكافأة لدى اعتزال الخدمة أو الوفاة أو كتعويض مقطوع مقابل الإصابة بأذى أو وفاة بما يتوافق والقوانين السارية المفعول، حيث نصت المادة (7) من هذا القرار بقانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الآتية،.....3 - أي مبلغ مدفوع كتعويض بسبب الإصابة أو الوفاة وفقاً للتشريعات السارية. -4 مكافئة نهاية الخدمة المدفوعة بمقتضى التشريعات النافذة، بما لا يتجاوز شهر عن كل سنة، وكذلك نص القانون رقم (17) لسنة

2004م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، في مادته (6) ف (5) على إعفاء أي مبلغ يُدفع كمكافأة لدى اعتزال الخدمة أو الوفاة أو كتعويض مقطوع مقابل الإصابة بأذى أو وفاة بما يتوافق والقوانين السارية المفعول، حيث نصت المادة (6) من هذا القانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الآتية،.....-5 أي مبلغ مقطوع يُدفع كمكافأة لدى اعتزال الخدمة أو الوفاة أو كتعويض مقطوع مقابل الإصابة بأذى أو وفاة، بما يتوافق والقوانين السارية المفعول.

وهنا يلاحظ أن كلاً من القرار بقانون المطبق في الضفة الغربية رقم (8) لسنة 2011م، والقانون المطبق في قطاع غزة رقم (17) لسنة 2004م، قد نصا على إعفاء أي مبلغ يُدفع كمكافأة بسبب اعتزال الخدمة أي نهايتها أو أي مبلغ يدفع كتعويض عن الإصابة أو الوفاة، وجميع هذه المبالغ التي تدفع في الحالات السابقة، تُعفى بنص القانون من الخضوع للضريبة سواء كانت هذه الجهة الملتزمة بدفع هذا التعويض هي الخزينة العامة أو إحدى الشركات أو الجهات الخاصة، لأن الإعفاء من الخضوع للضريبة ورد مطلقاً، ولم يحدد الجهة التي تلتزم بالتعويض وأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقدّم دليل أو نص يقيدده.<sup>1</sup>

وهنا يلاحظ أن جميع هذه الإعفاءات التي قررها القانون في الحالات السابقة، هي لغايات اجتماعية بحتة.<sup>2</sup>

### ثالثاً: إعفاء راتب التقاعد

لقد نص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المطبق في الضفة الغربية، في مادته (7) ف (5) على إعفاء راتب التقاعد من الخضوع للضريبة، حيث نصت المادة (7) من هذا القرار بقانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القرار بقانون الدخول الآتية،..... (5) الراتب التقاعدي. وكذلك نص القانون رقم (17) لسنة 2004م، وتعديلاته المطبق في قطاع غزة، في مادته (6) ف (4) على إعفاء راتب التقاعد من الخضوع للضريبة، حيث نصت المادة (6) من هذا القانون على أنه، يُعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الآتية،..... (4) رواتب التقاعد.

1 د. ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 33.

2 د. زكريا محمد بيومي، قانون الضرائب على الدخل، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1987، ص 613.



وهنا نرى أن كلاً من القرار بقانون المطبق في الضفة الغربية رقم (8) لسنة 2011م، والقانون المطبق في قطاع غزة رقم (17) لسنة 2004م، قد نصا على إعفاء راتب التقاعد من الخضوع للضريبة، ويرى البعض بأن راتب التقاعد هو نوع من الإعادة للمبالغ التي سبق أن دفعت من قبل الموظف خلال مدة خدمته للتقاعد، ويستبعد منه النفقات المقطوعة التي تدفع على سبيل التعويض أو المكافأة، وكما يستبعد منه الدفوعات الاختيارية التي يُمكن أن يدفعها المستخدم، بإرادته واختياره معونة منه مُستخدميه.<sup>1</sup> وهنا يلاحظ أن الهدف من عدم اخضاع راتب التقاعد للضريبة هو لغايات اجتماعية محضة.

رابعاً: القيمة الإيجارية للأبنية التي يشغلها مالكة للسكن أو العمل أو أحد أفراد أسرته أو المعالين شرعاً. لم يتضمن القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م النص على إعفاء القيمة الإيجارية للأبنية التي يشغلها مالكة، وذلك بخلاف القانون رقم (17) لسنة 2004م وتعديلاته، حيث نصت المادة (6) ف(13) من هذا القانون على أنه يعفى من الضريبة المفروضة بموجب أحكام هذا القانون كل من الدخول الآتية،..... (13) القيمة الإيجارية للأبنية التي يشغلها مالكة للسكن أو أي من أفراد أسرته أو أي شخص مُعال شرعاً، واقتنع مأمور التقدير بأن اشغال المأجور بدون مقابل، وكذلك البناء الذي يشغله مالكة إذا كان شخصاً معنوياً أو أي من موظفيه أو مستخدميه لغايات السكن دون مقابل، وفي الحالة الأخيرة، يقتصر الإعفاء على القيمة الإيجارية للمالك.

وهنا نلاحظ أنه حتى يتحقق هذا الإعفاء يشترط توافر عدة شروط وهي:

1. أن يكون المبنى مُعد لأن يكون بناء سكن، وبالتالي إذا كان تجارياً أو مستودعاً أو مخزناً فإنه يخضع للضريبة.
2. أن يشغل هذا البناء السكني مالكة المسجل باسمه حسب قيود دوائر التسجيل العقارية، أو أي فرد من أفراد أسرته أو أي شخص مُعال شرعاً.
3. أن يكون المأجور دون مقابل.
4. ونلاحظ أنه حسب المادة السابقة، قد يكون المالك شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

## الاتجاه الثاني: الإعفاءات الضريبية الجزئية المقررة للأشخاص الطبيعيين

لقد تضمنت المادة (12) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، الإعفاءات الضريبية الجزئية المقررة للأشخاص الطبيعيين، ولكن هذه المادة فرقت بين الشخص الطبيعي المقيم والشخص الطبيعي غير المقيم، ونصت على أنه،

- أولاً: للتوصل إلى صافي الدخل الخاضع للضريبة يمنح الشخص الطبيعي المقيم الإعفاءات الآتية، 1 - إعفاءً سنوياً مقداره (30000 شيكل)،.....، 5 - إعفاء شراء أو بناء بيت سكن بقيمة (30000 شيكل) لمرة واحدة فقط، أو إعفاء من مبلغ الفوائد الفعلية المدفوعة على قرض بنكي أو مؤسسة إقراض أو إسكان انفق على شراء أو بناء مسكن وبحد أقصى (4000 شيكل) سنوياً، على أن لا تزيد عن (10 سنوات) كحد أعلى، شريطة تقديم المستندات المعززة لذلك. 6 - إعفاء جامعي بمبلغ (6000 شيكل) سنوياً لقاء الإنفاق على دراسة زوجته أو أي من أولاده في جامعة أو كلية مجتمع أو معهد فوق مستوى الثانوية العامة باستثناء من حصل على منحة أو بعثة وبحد أقصى طالبين في كل سنه، وكذلك تضمنت المادة (14) من هذا القرار بقانون على أنه، 1 - يعتبر كل من الزوج والزوجة مكلفاً مستقلاً عن الآخر. 2 - يتمتع كل من الزوج والزوجة بالإعفاءات المنصوص عليها في هذا القانون، باستثناء الإعفاءات الواردة في البند (5،6) من المادة (12) من هذا القرار بقانون بحيث يمنح لأحدهما دون الآخر. 3 - للزوجين أن يطلبوا دمج دخولهما واعتبارهما مكلفاً واحداً.

- ثانياً: للتوصل إلى صافي الدخل الخاضع للضريبة يمنح الشخص الطبيعي غير المقيم الإعفاءات المنصوص عليها في (أولاً) اعلاه، إذا كانت أسرته مقيمة في فلسطين، فإن لم تكن مقيمة في فلسطين فلا تستفيد من هذه الإعفاءات.

وهنا نلاحظ أن كل من المادة (12،14) من القرار بقانون، قد نصت على الإعفاءات الضريبية الجزئية المقررة للأشخاص الطبيعيين، وذلك من أجل التوصل إلى صافي الدخل الذي يخضع للضريبة بعد ذلك، وهذه الإعفاءات المذكورة في المادتين السابقتين متنوعة ومُتعددة، فقد يكون إعفاء شخصي أو عائلي أو من أجل الإعالة أو الدراسة الجامعية أو الإيجار أو شراء أو بناء مسكن لمرة واحدة، شريطة تقديم المستندات المعززة لذلك. ، وهنا نلاحظ أن جميع هذه الإعفاءات التي قررها المشرع هي لغايات اجتماعية محضه.

وكذلك نصت المادة (10) من القانون رقم (17) لسنة 2004م، على الإعفاءات الضريبية الجزئية المقررة للأشخاص الطبيعيين، وأيضاً فرقت هذه المادة بين الشخص الطبيعي المقيم والشخص الطبيعي غير المقيم، ونصت على أنه،

- أولاً: للتوصل إلى صافي الدخل الخاضع للضريبة يمنح الشخص الطبيعي المقيم الإعفاءات السنوية التالية، 1 - إعفاء بقيمة ثلاثة آلاف (3000) دولار أمريكي للشخص المقيم المكلف. 2 - إعفاء عائلي قدره خمسمائة (500) دولار أمريكي عن كل من الوالدين والزوج والأبناء المعالين من الدرجة الأولى والثانية. 3 - إعفاء لغرض التعليم في مؤسسات التعليم العالي المعترف بها بقيمة ألفين وخمسمائة (2500) دولار أمريكي لكل فرد مُعال باستثناء من حصل على منحة. 4 - إعفاء الإيجار لمسكن المقيم ومن يعيل بحد أقصى ألفان (2000) دولار أمريكي في السنة. 5 - إعفاء شراء أو بناء المساكن بقيمة (5000) دولار أمريكي لمرة واحدة فقط. وكذلك نصت المادة (11) من هذا القانون على أنه، 1 - يُعتبر كل من الزوج والزوجة مكلفاً مستقلاً عن الآخر. 2 - يتمتع كل من الزوج والزوجة بالإعفاءات المنصوص عليها في هذا القانون باستثناء إعفاء الأولاد وإعفاء التعليم وإعفاء المسكن حيث تُمنح لأحدهما. 3 - يجوز للزوجين أن يطلبوا دمج دخولهما واعتبارهما مكلفاً واحداً، ويتم دمج دخل الأولاد غير المتزوجين والذين لم يتموا الثامنة عشرة من العمر بدخل أحد الوالدين.

- ثانياً: للتوصل إلى صافي الدخل الخاضع للضريبة يُمنح الشخص الطبيعي غير المقيم الإعفاءات المنصوص عليها في: (أولاً) اعلاه، إذا كانت أسرته مقيمة في فلسطين، فإن لم تكن مقيمة في فلسطين فلا تستفيد من هذه الإعفاءات.

ولقد نص هذا القانون على أنه، في جميع الأحوال يجب ألا يزيد إجمالي الإعفاء السنوي عن اثني عشر ألف (12000) دولار أمريكي أو إجمالي الدخل الخاضع للضريبة في أي سنة من السنوات أيها أقل.

وكذلك نلاحظ أن كل من المادة (10، 11) من هذا القانون، قد نصتا على الإعفاءات الضريبية الجزئية المقررة للأشخاص الطبيعيين، وذلك من أجل التوصل إلى صافي الدخل الذي يخضع

للضريبة بعد ذلك، وهذه الإعفاءات المذكورة في المادتين السابقتين مُتنوعة ومُتعددة، فقد يكون، إعفاء شخصي أو عائلي أو من أجل الإعالة أو الدراسة الجامعية أو الإيجار أو شراء أو بناء مسكن لمرة واحدة، شريطة تقديم المُستندات المعززة لذلك، وهنا نلاحظ أن جميع هذه الإعفاءات التي قررها المشرع هي لغايات اجتماعية محضة.

وكذلك نجد أن قانون الأسرى والمحربين<sup>1</sup>، نص في المادة (5) على أنه،

1. كل أسير محرر أمضى في سجون الاحتلال مدة لا تقل عن خمس سنوات وكل أسيرة أمضت في سجون الاحتلال مدة لا تقل عن ثلاث سنوات يتم إعفاؤهم مما يلي:.

أ. رسوم التعليم المدرسي والجامعي الحكومي.

ب. رسوم التأمين الصحي، ت، رسوم أي دورة تأهيلية في نظام البرامج التي تنظمها الجهات الرسمية المختصة.

2. يحدد مجلس الوزراء حالات الإعفاء المذكورة في الفقرة السابقة وفقاً لنظام يصدر في هذا الشأن.

## 4: الخاتمة

لقد تناولنا في البحث دراسة موضوع في غاية الأهمية، ويعتبر من الموضوعات الحيوية التي تهم المجتمع الفلسطيني من الناحية النظرية والعملية، وهو (الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية)، ولقد قمنا بدراسة هذا الموضوع من خلال تطرقنا للقانون رقم (17) لسنة 2004م وهو المطبق في قطاع غزة، والقرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م وهو المطبق في الضفة الغربية، حيث قمنا بالمقارنة بين التشريعين، وباستخلاص جميع المواد التي تهم الدراسة، وتحليلها والمقارنة بينها وبيان أوجه الاختلاف والتشابه.

ولقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى عدة نقاط، تناولنا فيها ماهية الإعفاءات الضريبية، وقمنا بتقسيم هذا الماهية إلى مفهوم الإعفاءات الضريبية، والفرق بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات، وأهداف الإعفاءات الضريبية من عدة نواحي مثل الناحية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، تناولنا كذلك موضوع الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص المعنويين، وثم تناولنا موضوع الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية المقررة للأشخاص الطبيعيين.

## 5: النتائج

1. أن كلت من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، المطبق في الضفة الغربية، والقانون رقم (17) لسنة 2004م، المطبق في قطاع غزة، قد فرقا بين الإعفاءات الضريبية والتنزيلات، حيث أن محل أو موضوع الإعفاء الضريبي هو صافي الدخل، بعكس التنزيلات التي يكون محلها أو موضوعها هو إجمالي الدخل.
2. اتساع نطاق الإعفاءات الضريبية، حيث أن المشرع لم يقتصرها على الإعفاءات الضريبية المقررة للأشخاص الطبيعيين، بل شمل كذلك الأشخاص المعنويين وأخضع دخولها للإعفاءات الضريبية.
3. لقد اشترط المشرع عدة شروط فيما يتعلق بالدخل الخاضع للضريبة، فيما يتعلق بالأشخاص المعنويين، وهي أن يكون هذا الدخل من عمل لا يستهدف الربح، وكذلك أن لا يكون الدخل ناتجاً من أعمال تجارية أو استثمارية.
4. الإعفاء من الضريبة إما أن يكون كلياً أو جزئياً.

## 6: التوصيات

1. أن يتدخل المشرع في القانون رقم (17) لسنة 2004م، ويضيف إلى المادة (6) إعفاء دخل كل من الشركات غير الربحية ولجان الزكاة والصناديق الخيرية المرخصة.
2. نقترح أن يتدخل المشرع في القانون رقم (17) لسنة 2004م، في المادة (6) ف(7)، وكذلك القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، في المادة (7) ف(8)، وأن ينزل بنسبة العجز أو الإصابة الموجبة للإعفاء الكلي من الضريبة إلى نسبة أقل من (50%).

## 7: المصادر والمراجع

### 7-1: القرآن الكريم:

سورة الإسراء الآية رقم (15)

### 7-2: الكتب والمؤلفات:

1. زكريا محمد بيومي، قانون الضرائب على الدخل، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1987م.
2. طارق الحاج، المالية العامة والتشريع الضريبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.
3. ساهر إبراهيم شكري الوليد، الإعفاءات الضريبية لغايات اجتماعية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
4. عادل فليح العلي، الضريبة على دخل الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
5. عمر الأيوبي، التشريع الضريبي في التشريع الفلسطيني وتطبيقاته، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، بدون دار نشر، 2003م.
6. مجد الدين الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، ص 360، مشار إليه.
7. أ. وائل نصار، الوجيز في المالية العامة، جامعة الأزهر، فلسطين، الطبعة الثانية، 2012م.

### 7-3: القوانين

1. القانون رقم (17) لسنة 2004م، بشأن ضريبة الدخل المطبق في قطاع غزة.
2. القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م، بشأن ضريبة الدخل المطبق في الضفة العربية.

3. قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (57) لسنة 1985 م، الملغى.
4. قانون الأسرى والمحربين، رقم (19) لسنة 2004 م، المنشور بتاريخ 23 / 4 / 2005 م.

#### 4-7: المواقع الالكترونية

1. الموسوعة العربية، انظر الرابط، [www.arab-ency.com](http://www.arab-ency.com)، بحث بعنوان: (القانون المالي والإعفاءات الضريبية)، تاريخ الزيارة للموقع 23 / 3 / 2016.

## عقد التخارج وتطبيقاته في التشريعات الفلسطينية<sup>1</sup>

الباحث: المحامي طارق عطية جمعة/ جباليا

### 1: المقدمة

يُعتبر عقد التخارج (المخارجة) من العقود المهمة الناقلة للملكية، فالتخارج بين الورثة باب من أبواب علم الفرائض المهمة ومن أدق مباحثه، يكتسب التخارج أهميته من أهمية علم الفرائض فما من أهل بيت إلا وهم عرضة لأحكام الفرائض والموارث، طال الزمن أو قصر، فالناس بأجمعهم بحاجة إليه، فالموت مكتوب على بني آدم جميعاً، قال رب العزة [كُلُّ مَنْ عَلَيَّهَا فَإِنَّ (26) سورة الرحمن] وقد تولى الله عز وجل قسمة الفرائض بين أهلها المستحقين بنفسه، ووضع أحكامها في كتابه، يأخذ كل مسلم نصيبه الشرعي دون بخس أو زيادة. فالتخارج من المسائل التي يحتاجها الورثة للتوفيق أو التصالح بينهم على قسمة التركة، فيقوم على إخراج بعض الورثة من التركة مقابل شيء يُدفع للوارث من التركة أو من غيرها، أو يكون بين بعض الورثة أحياناً توافق فيحتاجون إلى إخراج من لا يتوافقون معه من التركة بطريقة شرعية عادلة. أو قد يحتاج بعض الورثة لإخراج بعضهم من التركة سبباً من كان بعيداً (كالزوجة التي يتزوجها مورثهم أحياناً في آخر حياته من أجل خدمته والعناية به)، أو من لا يرغبون في بقائه معهم حين تكون التركات من العقارات والأشياء التي إذا قسمت على قواعد الموارث تضرر الورثة بذلك، فلا يُقسم قسمة عادلة بين الورثة إلا ببيعه وكسر قيمته.

ومكّن أهمية هذا البحث هو نشر وتعزيز المعرفة والوعي بعقد التخارج لجهل كثير من الناس فيه، فمن الناحية القانونية إن القيام بإصدار حجة تخارج من المحكمة الشرعية، فيه حفظ للحقوق وعدم ضياعها فتُحفظ في سجلات المحكمة الشرعية وكونها ورقة رسمية فتأخذ صفة المستند الرسمي وهو أقوى من عقد البيع العادي المتعارف عليه الذي يتسم ويُعرف بالسند العرفي.

لذلك إقتضى الأمر دراسة وبيان عقد التخارج وتعريفه وبيان شروطه، وما يترتب عليه من

1 حُكمت هذه الدراسة من قبل: د. زياد مقداد/ أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون في غزة، ود. سعيد أبو الجبين/ القاضي بالمحكمة الشرعية العليا في غزة.



أحكام، طبق ما ورد وذكر من مواد قانونية وتطبيقاتها في التشريعات الفلسطينية، وذلك وفق جزأين الأول نظري، من خلال التعريف بماهية التخارج وتكييفه الشرعي وشروط المخارحة وما يترتب عليها من أحكام والضمان فيه، والثاني عملي وفيه يتم التعرض للجانب التطبيقي لصور المخارحة المعمول بها في المحاكم الشرعية مع بيان الأمثلة التطبيقية العملية في حلها.

## 2: ماهية التخارج وتكييفه الشرعي

نعالج في هذا المبحث التخارج لغة وإصطلاحاً في المطلب الأول ونخصص المطلب الثاني تكييف عقد التخارج، ثم المطلب الثالث بيان من يملك حق التخارج

### 2-1: ماهية التخارج لغة واصطلاحاً

التخارج لغة: «تفاعل من الخروج، يُقال تخارج القوم إذا أخرج كل واحد منهم نفقة على قدر صاحبه، وتخارج الشركاء خرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع، والتخارج أن يأخذ بعض الشركاء الدار وبعضهم الأرض، وتخرج الورثة خرج بعضهم عن نصيبه منها بالبيع والصلح ونحوه»<sup>1</sup>. وفي الاصطلاح يعرف التخارج على: «أنه تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث مقابل شئ معلوم يدفع من التركة أو من غيرها»<sup>2</sup>. كذلك الأمر في قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup> ذكرت المادة (636): (التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم من التركة أو غيرها). وقد ورد نحو هذا التعريف في كتاب (الفريدة في حساب الفريضة)<sup>4</sup> [التخارج: والمراد به هنا أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث شئ معلوم من التركة] وصورته الحكم فيه أن تطرح سهامه من التصحيح ثم يُقسم باقي التركة على سهام الورثة الباقيين] وقانون الأحوال الشخصية

- 1 الفيروز آبادي قاموس المحيط، مؤسسة الرسالة بيروت/ المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثالثة عام 1998.
- 2 السراجية مع شرحها، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، صفحة 128، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، سنة 1363هـ.
- 3 قانون الأحوال الشخصية هو المطبق في قطاع غزة حتى اليوم و صادر زمن الخلافة العثمانية عام 1336 هجري.
- 4 الجزء العاشر لمجموعة القوانين الفلسطينية [كتاب الفريدة في حساب الفريضة] للشيخ نسيب البيطار رحمه الله صفحة 267.

مستمد من المذهب الحنفي، قال العلامة علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي - رحمه الله - التخارج في الاصطلاح: «مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشئ معين من التركة، وهذا يعني: أن يخرج أحد الورثة من التركة أو من بعضها، مقابل مال يأخذه أما من التركة أو من غيرها من جميع الورثة أو من بعضهم»<sup>1</sup>.

وقد ورد في حاشية ابن عابدين الحنفي، التخارج هو «أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم»<sup>2</sup>.

والمعمول فيه بالمحاكم الشرعية في قطاع غزة وحسب قانون أصول المحاكمات الشرعية<sup>3</sup> المادة (157) [تصدر الأحكام طبقاً للقانون ولأرجح الأقوال من مذهب أبو حنيفة].

## 2-2: تكييف عقد التخارج و موقف الفقه الاسلامي مع بيان حكمه وأدلته

التخارج أصلاً من المواضيع الفقهية، ومنه أخذت القوانين مفهوم التخارج وشروطه وأحكامه، فالأصل في التخارج أنه عقد صلح بين الورثة لإخراج أحدهم من التركة، هذا هو الأصل وعليه تسري عليه أحكام أقرب العقود شبهاً بحسب مضمونه:

- فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع إذا كان البدل المصالح عليه شيئاً من غير التركة.
- والصلح عن مال بمنفعة يُعد في حكم الإجارة.
- والصلح عن بعض العين هبة وقد يتضمن في معناه الهبة أو الاسقاط إن كان إلى غير بدل أو كان البدل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق شرعاً، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة إذا وقع على عين من التركة يأخذها الخارج في مقابل نصيبه.
- وهكذا في بقية صور الصلح، تجري عليها أحكام العقد الذي تعتبر به، وتراعى شروطه وأحكامه.<sup>5</sup>

1 كتاب التعريفات للجرجاني، صفحة 75، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1983.

2 حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 8 ص 261 الناشر دار الفكر - بيروت 1992.

3 قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 12 لسنة 1965 المطبق في قطاع غزة.

4 أحكام التركات والموارث، صفحة 328 لمحمد أبو زهرة دار الفكر الحر سنة 2008.

5 الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر، صفحة 5، طباعة ذات السلاسل الكويت، الطبعة الثانية سنة 1988.

وبناءً على هذا، فإن التخرج قد يعتبر عقد بيع بين الوارث المخرج وبين من أخرجه، وإذا وقع على قدر من المال يدفعه أحد الورثة أو كلهم من غير التركة، ويعتبر عقد قسمة إذا وقع على عين من التركة يأخذها الخارج في مقابل نصيبه، ويكون عقد هبة أو إسقاط إذا كان بلا بدل.

### ■ حكم التخرج شرعاً:

حكمه: جائز شرعاً بشرط التراضي<sup>1</sup> والتصالح على ذلك وأهلية المتخرجين، ورد في قانون الأحوال الشخصية مادة (636): [التخرج هو: أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم من التركة أو غيرها، وهو جائز عند التراضي].

وقد زحرت الشريعة الإسلامية بالعديد من الأدلة في بيان جواز عقد التخرج، نستدل منها على جوازه:

1. قول الله عز وجل: [ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ] (سورة النساء).

والوجه من الآية: أن الله تعالى بين أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أخيه، إلا أن يكون عن تراضٍ واستحقاق<sup>2</sup>، وهذا بعمومه يدل على مشروعية التخرج لأنه قسمة بين الورثة عن تراضٍ منهم،

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يجل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس»<sup>3</sup>

2. قول الله عز وجل: [فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمْ أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ] (سورة النساء)

(النساء) فالآية دليل على مشروعية الصلح، والتخرج نوع من الصلح بين الورثة<sup>4</sup>.

3. وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، في صحيح البخاري (يتخرج الشريكان وأهل

الميراث، فيأخذ هذا عينا وهذا ديناً، فإن نوى لأحدهما لم يرجع على صاحبه)<sup>5</sup> فقد أجاز

ابن عباس التخرج بين أهل الميراث فيما بينهم بطريق التصالح، وهذا العقد جائز عند

1 السراجية مع شرحها صفحة 129، المصدر السابق.

2 تفسير القرطبي، تفسير سورة النساء صفحة 216، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان 1405 هـ - 1985 م.

3 رواه البيهقي بإسناد صحيح، وصححه العلامة الألباني في إرواء الغليل حديث رقم (1761).

4 انظر كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي الحنفي (61/16).

5 أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الصلح - صفحة 547، ص 662 - تعليقا بصيغة الجزم في أول كتاب الحوالة وفي كتاب الصلح / أيضاً مختصر صحيح البخاري للشيخ الألباني، باب الصلح باب 14 أثر 603 / أيضاً ورد في كتاب: (النهاية في غريب الحديث والأثر) لابن الأثير.

التراضي، فإذا تم، تملك الوارث العوض المعلوم الذي أعطيه، وزال ملكه عن نصيبه في التركة إلى بقية الورثة الذي اصطلح معهم، فهذا يدل على أنه إذا كان بين الورثة مال، وهو في يد بعضهم دون بعض، فلا بأس أن يتبايعوه بينهم، إذا وقع بالتراضي<sup>1</sup>.

4. وقد حدث في عهد الراشدين، أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر بنت الأصبع الكلبية في مرض موته، ثم مات وهي في العدة، فوّرتها عثمان بن عفان - رضي الله عنه - مع ثلاث نسوة أخريات فصالحوها عن رُبع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف درهم (وقيل: دنائير، وقيل دراهم)<sup>2</sup>.

وهو صريح في جواز التخارج والصلح بين الورثة، لأن ذلك كان في محضر الصحابة<sup>3</sup> من غير نكير من أحدهم، فكان كالإجماع على جواز التخارج.

فهذه الأدلة وغيرها تدل على جواز التخارج بين الورثة في الموارث إذا اتفقوا وتراضوا، ولم يكن فيه هضم لحق بعضهم، أو إسقاط له بدون إذنتهم ورضاهم.

ويترتب على ذلك أثره، من تملك الوارث الخارج للمال المعلوم الذي قبضه بدلاً عن نصيبه في التركة وزوال ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة، وتملك باقي الورثة أو بعضهم لنصيب الخارج الذي خرج عنه لهم.

### 2-3: بيان من يملك حق التخارج

الذي يملك حق التخارج هو الوارث الشرعي، أو الموصى له بشيء من التركة، أو وكيلهما، أو وليهما أو وصيهما الشرعي<sup>4</sup>، والملاحظ لدى المحاكم الشرعية في قطاع غزة أن الوصي لا يملك حق التخارج للقاصر إلا إذا عُرض الأمر على المحكمة الشرعية، لبيان أن في معاملة التخارج المصلحة والحظ لجهة القاصر وأما إذا قام الوصي بدفع مبلغ التخارج منه، عن القاصر بدون الرجوع إليه مستقبلاً فيصح ذلك، لأن الحظ والمصلحة لجهة القاصر ظاهرة.

1 أنظر فتح الباري في شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني (4/543).

2 أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (7/593)، وابن سعد في الطبقات الكبرى، أيضاً ذكره المحدث الزيلعي الحنفي، في كتاب نصب الراية لأحاديث النهاية، صفحة 112 رقم 4.

3 أنظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى، كتاب الصلح صفحة 2 لعلاء الدين الحصكفي الحنفي الناشر دار الكتب العلمية سنة 1998.

4 انظر كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6/50، 42، 40، 28، 23)، لعلاء الدين الكاساني الحنفي، تكملة حاشية ابن عابدين الحنفي (2/153).

## وعليه يجب:

1. أن يكون عقد التخارج بين الورثة بمعنى يجب أن يكون المتخارج والمتخارج له هو الوارث، ولا يمكن القول بالتخارج ما بين وارث وأجنبي، فإذا كان البيع لأجنبي وينصب على حصة الوارث فهو بيع عادي وليس تخارجاً.
2. ويجب أن يتم التخارج بعد وفاة المورث، وهذا شرط رئيسي فإذا كان التصرف قبل وفاة المورث كان تصرف باطل [فإذا وعد الابن شقيقته ببيعها حصته بعد وفاة مورثه أو باعها بالفعل حصته وكان الوعد أو البيع أثناء حياة المورث، فإن هذا التصرف باطل]، والتخارج في أغلب أحواله من عقود المعاوضات<sup>1</sup>.
3. ولذلك يشترط فيمن يملك التخارج أهلية التعاقد أن يكون عاقلاً غير محجور عليه، فلا يصح التخارج من الصبي الذي لا يميز ولا من المجنون أو السفية.
4. ويشترط فيمن يملك التخارج أن يكون ذا إرادة، لأن التخارج مبناه على الرضا، وأن يكون مالكا لما يتصرف فيه، وذكر الأحناف في تصرف الفضولي أنه يكون موقوف على إجازة المالك، وقد يكون التصرف بالوكالة وحينئذ يجب أن يقتصر على المأذون له للوكيل، وقد يكون ملك التصرف بالولاية ويقتصر التصرف على ما فيه الحظ للموّلّى عليه<sup>2</sup>.

## 3: شروط المخارحة وما يترتب عليها من أحكام

## 3-1: شروط صحة التخارج

التخارج له شروط عامة بإعتباره عقد صلح، وشروط خاصة بصور التخارج تختلف باختلاف صورته، أما الشروط العامة:

1. أن تكون التركة محل التخارج معلومة، والتخارج في الغالب بيع في صورة صلح، وبيع المجهول لا يجوز وكذا الصلح عنه<sup>3</sup>.

1 تكملة حاشية ابن عابدين رد المحتار (2/ 153) الناشر دار الفكر- بيروت 1992.

2 الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر باب التخارج صفحة 5، طباعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الثانية سنة 1988.

3 الموسوعة الفقهية الكويتية المصدر السابق، صفحة 7 من باب التخارج.

2. أن يكون البدل مالا متقوما معلوما منتفعا به مقدورا على تسليمه، فلا يصح أن يكون البدل مجهولا جنسا أو قدرا أو مما لا يصلح عوضا في البيع<sup>1</sup>.

3. التقابض في المحل<sup>2</sup> فيما يعتبر صرفا، كالتخارج عن أحد التقدين بالآخر (الذهب والفضة) أو ما يقوم مقامهما من النقد المتداول، وعليه كي نكون أمام عقد تخارج بالمعنى القانوني الدقيق لهذا العقد، ثم تأتي بعد ذلك آثاره لا بد من وجود شروط في هذا العقد، وقبل معالجة هذه الشروط وبيان تفصيلها يجب أن نعلم أن هذا العقد كغيره من العقود، لا بد لوجوده من رضا ومحل وسبب. وتجدر الإشارة أن المحل في عقد التخارج يتمثل في حصة الوارث المتخارج من مجموع تركة مورثه، وهي حصة شائعة في أموال المورث كافة وعليه فهي تشمل كل الحقوق المالية التي انتقلت إلى الوارث المتخارج عند وفاة المورث وكل ما حصل عليه من ثارها منذ الوفاة، كما تشمل قيمة ما استهلكه من هذه الحقوق والتعويضات أو مبالغ التأمين التي حصل عليها بسبب ما أصاب أموال التركة من أضرار، كما تشمل أيضا ما استوفاه المتخارج من ديون وما باعه من أموال التركة وقيمة ما تبرع به منها، كل هذا ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك<sup>3</sup>.

وبعد هذا كله، فالمحل في عقد التخارج صحيح رغم ما فيه من الجهالة المتمثلة بالمجازفة والغرر، لذلك فإن هذا العقد يدخل في العقود الإحتالية، حيث إن المتخارج والمتخارج له يجازفون في مثل هذه التصرفات، لذلك نظمت القوانين في نصوص خاصة اعترفت بصحته، والتخارج من العقود الدائرة بين النفع والضرر في أغلب حالاته.

ولخصوصية عقد التخارج فإن هناك شروط خاصة يجب توافرها للحكم بصحته ويشترط فيمن يملك حق التخارج شروط أهمها:

- أولا) الأهلية<sup>4</sup>: بأن يكون كل من المتخارج والمتخارج عاقلاً غير محجور عليه، فلا يصح تخارج الصبي غير المميز ولا المجنون والمعتوه والنائم والسكران وأشباههم.

1 الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر باب التخارج صفحة 7، طباعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الثانية سنة 1988.

2 تبين الحقائق للزليعي الحنفي (5/51) المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة 1313 هـ.

3 الدكتور هادي العويدي العقود المسماة دار النشر والثقافة 2005 صفحة 180.

4 انظر كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6-40، 42)، لعلاء الدين الكاساني الحنفي الناشر دار الكتب العلمية 1986.

- (ثانياً) أن يكون التصرف بين الورثة.
- (ثالثاً) الأصالة أو الإذن بالتصرف بوصاية أو وكالة أو ولاية<sup>1</sup>.
- (رابعاً) أن يرد التصرف على حصة بأكملها وأن تكون التركة معلومة:  
فالقصد من التخارج: هو إبعاد الورثة والتخلص منهم بحيث تنتهي علاقتهم بهذه التركة، وأن تكون التركة معلومة وذلك إذا أمكن الوصول إلى معرفة التركة، فإذا تعذر الوصول إلى معرفتها جاز التخارج مع الجهالة.
- (خامساً) أن يتم التصرف بعد وفاة المورث.
- (سادساً) التراضي من الطرفين، فلا يصح مع الإكراه<sup>2</sup> ويدل على التراضي من الطرفين: الإيجاب والقبول، مثل أن يقول المخارج: خارجتك عن نصيبك في تركة مورثك - أو عن بعضه - بكذا وكذا، ويقول المخارج قبلت أو رضيت أو ما يدل على القبول.
- (سابعاً) أن يكون التصرف بعوض معلوم<sup>3</sup>: حقيقي ليس عوض تافه أو صوري والآنطبقت عليه أحكام الهبة، ويشترط في العوض أن يكون معلوم، كما نصت عليه المادة (636) من قانون الأحوال الشخصية: [التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم من التركة أو غيرها]، والعوض المعلوم هو ذلك العوض النقدي أو العيني المقدر والمحدد تحديداً واضحاً ولو لم تكن موجودات التركة معلومة، وعليه يجب أن يكون البدل مالا متقوماً معلوماً منتفعا به مقدوراً على تسليمه.
- (ثامناً) أن لا تكون التركة مستغرقة بالدين للغير<sup>4</sup>: فالتركة ان كانت مستغرقة فإن الأمر يؤدي إلى إنعدام المحل ويصبح المحل غير موجود، فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون فمعنى ذلك أن محل العقد سيكون معدوماً وبالتالي يبطل هذا التصرف علماً بأن القاعدة التي تحكم هذا الشرط هي (لا تركة إلا بعد سداد الديون).
- (تاسعاً) أن يكون المال المخارج به (أو عليه) مالاً متقوماً ثابتاً مستحقاً شرعاً، مملوكاً

1 انظر كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6-41 / 42)، لعلاء الدين الكاساني الحنفي.

2 انظر كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي الحنفي (20/134) الناشر دار المعرفة - بيروت 1993.

3 انظر كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6-49 / 50)، لعلاء الدين الكاساني الحنفي.

4 انظر كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (5/182)، لعلاء الدين الكاساني الحنفي.

للمُخارج<sup>1</sup>، معلوماً علمياً ينفي الجهالة، صفة وقدراً لأن تسليمه واجب فيكون المال المُخارج عنه ثابتاً مُستحقاً شرعاً للمُخارج، فإذا تعلق به حقوق الغرماء، أو كانت الوصية المُخارج عنها معلقة على زمن لم يأت بعد، أو زائدة على الثلث ولم يجز الزيادة، فلا تجوز المُخارجة حينها<sup>2</sup>، فهذه جملة الشروط الأساسية المهمة التي تشترط لصحة التخرج، وقد يضاف إليها بعض الشروط الأخرى حسب طبيعة عقد التخرج الحاصل.

### 3-2: ما يترتب على التخرج من أحكام

أولاً: انتقال نصيب المُخارج من الميراث إلى المُخارج له:

حيث إن ملكية الحصة الإرثية تنتقل فور التعاقد من البائع إلى المشتري ذلك أن محل عقد التخرج يختلف عن العقود الأخرى في أن محله حصة إرثية بمعنى أرقام مثل نصف أو ثمن أو سدس، وبالتالي تنتقل ملكية هذه الحصة من المُخارج إلى المُخارج له بغض النظر عن كيفية قسمتها بين المُخارج لهم لو أن التخرج كان لمصلحتهم جميعاً، سواء بعدد الرؤوس أو بحسب أنصبتهم في الميراث، و يترتب على ذلك ما يلي:-

أ. تنتقل الحصة الإرثية بالتراضي مباشرة من المُخارج إلى المُخارج له دون حاجة إلى أي إجراء شكلي، لكن الكتابة التي تأتي بعد ذلك هي للإثبات وليس للانعقاد وتسمى (حجة التخرج)، (حجة المُخارجة).

ب. يترتب على ذلك أن كل الأموال التي قبضها المُخارج من الشركة يجب نقلها وتسليمها إلى المُخارج له مثل الثمار والديون من الغير، كما يستطيع المُخارج له أن يطالب الغير (المدين) بديون الشركة واتخاذ الاجراءات القانونية ضد المدين، ويطالب بحصته وحصة المُخارج معا لأنها ملكهما معا.<sup>3</sup>

1 بدائع الصنائع (6/ 48) مصدر سابق

2 انظر كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6-48، 42)، لعلاء الدين الكاساني الحنفي، ايضا حاشية ابن عابدين الحنفي (2/ 154).

3 الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر باب التخرج صفحة 9، طباعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الثانية سنة 1988.



ت. أن المتخارج له طالما أنه يملك أصل الأسهم وأقيامها كاملة والثمار التي تنتجها إذا يكون مدينا بالنفقات والرسوم التي تترتب على هذه الحصة وفقاً لقاعدة (الغرم بالغنم)، طالما أن المتخارج له تملك الحصة الإرثية مضافاً إليها حصته الأصلية، فإنه يتحمل الالتزامات كافة عن حصتين الأولى حصته ثم الحصة التي آلت إليه بالمخارجة، مثال ذلك: [في لو أن الحصص متركزة في دار أو شقة سكنية واتضح أن عليها ضرائب ورسوم للماء والكهرباء فإن الذي يتحملها هو المتخارج له، وذلك في حدود حصته ومقدار ما تصالح عليه من المتخارج].

ثانياً: حلول (المتخارج له) محل المتخارج في نصيبه من الميراث:

معنى ذلك أن ما ينتقل هو المال فقط ولا تنتقل إلى المتخارج له أي نتيجة أخرى متعلقة بصله القريبى مثل النسب بين المتخارج والمورث المتوفى، هذا الأمر تترتب عليه نتائج أهمها إخراج الأموال الآتية من التخارج واستبعادها:-

أ. كل مال يظهر للمورث المتوفى بعد اتفاق التخارج ولم يكن المتخارجين على علم به وقت التخارج، والبعض يذكر أنه يكفي لاستبعاد ذلك عدم علم المتخارج فقط حتى إذا كان المتخارج له عالماً به، مثل: [أن يظهر للمتوفى شقة في بلد ثانٍ لم يخطر على بال الورثة...].

ب. كل حق للتركة على المتخارجين أو على أحدهما، فلو كان أحدهما مديناً للتركة أو مديناً للمورث، فإن التخارج لا يعفيه من دفع الدين.

ت. كل حق للمتخارجين أو لأحدهما على التركة فهذه لا يشملها حق التخارج [كما لو كان أحدهما دائناً للمتوفى أو أصبح فيما بعد دائناً للتركة بسبب إنفاقه من ماله الخاص في تجهيز المتوفى مثلاً...].

ث. كل حق يثبت للوارث بصفته الشخصية وليس بصفته وارثاً، مثال ذلك: [المبالغ التي يستحقها أحد الورثة (المتخارج) بصفته الشخصية بسبب التأمين على حياة المورث، والتي آلت إلى المتخارج بصفته الشخصية دون أن تمر بالتركة].

### 3-3: الضمان في عقد التخارج

إن أحكام الضمان في عقد التخارج قد تعطل وقد لا تعطل، فالأحكام تختلف ما إذا كان جرى التخارج دون تفصيل مشتملات التركة أو إن التخارج جرى مع الاتفاق على كل التفاصيل

لمشتملات التركة، وعليه فإن هذا فيه حكران:-

- أولاً] إذا تمت المخارجة دون تحديد لمشتملات التركة: في هذه الحالة لا يضمن المتخارج للمتخارج له لا ضمان التعرض، ولا ضمان الاستحقاق<sup>1</sup>، ولا ضمان العيوب الخفية<sup>2</sup> ولا ضمان يسر مديني التركة، فعلى فرض التخارج بيع، وهي الصورة الغالبة للتخارج والأكثر وقوعاً، فإنه يستثنى منه إلزام المتخارج من أمور وهي:

1. عدم ضمان العيوب الخفية: ذلك ان المتخارج يجري على الحصة وهو شيء معنوي وليس مادي، وعليه فالمتخارج لا يعرف بدقة على ماذا تتركز الحصة أي على أي شيء مادي، لذلك وصف هذا العقد بأنه احتمالي اشتمل على الحصة الارثية جزافاً دون تعيين موجوداتها، والمتخارج له أقدم على التعامل بهذه الحصة وفي ذلك مخاطرة وشيء من المغامرة<sup>3</sup>.

مثال: [إذا كانت التركة سيارة وتخرج أحد الوارثين لمصلحة الوارث الاخر ثم تبين أن السيارة فيها عيب خفي فلا يستطيع المتخارج له الرجوع على المتخارج، حيث ان التخارج قد جرى دون بيان مشتملات التركة، وعليه كان المتخارج ليس ضامناً، وأن المتخارج له سيتحمل ضمان العيب الخفي].

2. عدم ضمان التعرض والاستحقاق: فلا يضمن الوارث المتخارج للمتخارج له التعرضات القانونية الصادرة من الغير، ولا الاستحقاق للغير.

3. كما لا يضمن المتخارج للمتخارج له يسار المدينين: وذلك اذا تضمنت التركة ديونا على الغير.

ملاحظة: أن أغلب حالات التخارج تجري بعبارات عامة، وبالتالي تفسر على أنها جرت دون تحديد لمشتملات التركة، ومن ثم فإن المتخارج لا يضمن للمتخارج له لا التعرض ولا الاستحقاق ولا العيوب الخفية، وبالتالي يجب أن يكون تحديد مشتملات التركة واضح وصریح للقول بعد ذلك بضمن المتخارج للمتخارج له.

1 الاستحقاق هو أن يظهر بعد البيع حقاً للغير على المبيع مهما كان نوعه سواء كان (حق ملكية أو أي حق آخر).

2 العيوب الخفية هو الآفة أو العلة الموجودة بشكل خفي في الشيء المبيع.

3 الدكتور وهبة الزحيلي العقود المسماة، باب الصلح صفحة 35 دار الفكر المعاصر للطباعة سنة 2014.

- ثانياً [إذا تمت المخارحة بتحديد مشتملات ومحتويات التركة وتعيينها بذاتها: فإن المتخارج يضمن للمتخارج له التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، بمعنى أن الضمان سيشمل العيب الخفي لأي مال داخل في التركة، وآل إلى المتخارج بسبب أحكامه، كما ويشمل التعرض والاستحقاق وأي شرط أضافه المتخارج على نفسه في عقد التخارج، كأن يكون المتخارج قد ضمن للمتخارج له يسار المدينين للتركة، حيث إن هذه الشروط المقترنة بالعقد ستكون صحيحة.

#### 4: صور المخارحة مع بيان الأمثلة التطبيقية والعملية في حلها

##### 4-1: صور التخارج في المذهب الحنفي:

سأعرض بصورة سريعة بعض من صور التخارج المتعمقة عند الأحناف<sup>1</sup> (المذهب الحنفي) وهو المذهب المستمد منه القوانين الشرعية المطبقة في قطاع غزة:

إذا تخارج الورثة مع أحدهم عن نصيبه في التركة على شيء من المال يدفعونه له، فلذلك صور تختلف بحسب نوع البدل الذي يدفعونه، وبحسب نوعية التركة، وذلك كما يلي:

1. إذا كانت التركة عقاراً أو عرضاً، فأخرج الورثة أحدهم منها بما أعطوه إيّاه، جاز التخارج سواء أكان ما أعطوه أقل من حصته أم أكثر، لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن.

2. إذا كانت التركة ذهباً فأعطوه فضةً، أو كانت فضةً فأعطوه ذهباً جاز الصلح أيضاً، سواء أكان ما أعطوه أقل من نصيبه أم أكثر، لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوي. لكن يشترط القبض في المجلس لكونه صرّفاً، كذلك إن كانت التركة دراهم ودنانير، وبدل الصلح كذلك دراهم ودنانير، جاز الصلح كيفما كان، صرفاً للجنس إلى خلاف جنسه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس.

3. وإن كانت التركة أحد النقدين «ذهباً أو فضةً» وغير ذلك من العروض والعقار، فصالحوه على أحد التقدين فلا يجوز الصلح، إلا أن يكون ما أعطي له أكثر من حصته من ذلك الجنس، ليكون نصيبه بمثله، والزيادة تكون في مقابل حقه من بقية التركة احترازاً عن

1 الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر باب التخارج صفحة 8، طباعة ذات السلاسل الكويت، الطبعة الثانية سنة 1988.

الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه، لأنه صرف في هذا القدر، ولو كانت التركة ذهباً وفضةً وغير ذلك من العروض والعقار فصالحوه على عرض جاز الصلح مطلقاً، سواء أكان ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر.

4. إذا كانت أعيان التركة مجهولةً والصلح على المكيل أو الموزون، ففيه اختلاف، قال المرغيناني<sup>1</sup>: لا يجوز الصلح لما فيه من احتمال الربا، بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه، فيكون في حقه بيع المقدّر بجنسه جزافاً، حيث قال الفقيه أبو جعفر<sup>2</sup>: يجوز لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، وإن كان فيها فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك الجنس في التركة أقل مما وقع عليه الصلح فلا يلزم الربا، واحتمال أن يكون نصيبه من ذلك أكثر، أو مثل ما وقع عليه الصلح هو احتمال الاحتمال، ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة، وقول أبي جعفر هو الصحيح على ما في الزيلعي<sup>3</sup> وفتاوى قاضيخان<sup>4</sup> من الأحناف.

5. وإن كانت أعيان التركة مجهولةً، وهي غير مكيل أو موزون في يد بقية الورثة، وكان الصلح على المكيل أو الموزون قيل: لا يجوز، لأنه بيع المجهول، لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون. والأصح أنه يجوز، لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة لعدم الحاجة إلى التسليم، لقيام التركة في يدهم، حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لم يجز الصلح، ما لم يعلم جميع ما في يده للحاجة إلى التسليم. هذه هي صور التخارج في الفقه الحنفي.

- 1 المرغيناني من كبار فقهاء الأحناف من كتابه «الهداية شرح بداية المبتدي»، الجزء الثالث كتاب الصلح صفحة 198 الناشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان 1417.
- 2 أبو جعفر الفقيه الهندواني من فقهاء الأحناف، الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر باب التخارج صفحة 8، طباعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الثانية سنة 1988.
- 3 رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين الجزء الخامس صفحة 643 الناشر دار الفكر بيروت 1992.
- 4 فتاوى قاضيخان باب الصلح المجلد الأول صفحة 138 الطبعة الثانية بالمطبعة الاميرية ببولاق مصر سنة هجرية 1310.

4-2: صورة عقد المخارحة حسب المعمول فيه بالمحاكم الشرعية في قطاع غزة وما نص عليه القانون الواقع أن كثيراً من أحكام التخارج قد تجري بين الورثة بشكل رضائي دون أن تصل للمحكمة المختصة، وبالتالي فإن التخارج ينتج أثره في نقل ملكية حصة المتخارج إلى المتخارج له، وعليه فإصدار حجة تخارج من المحكمة الشرعية مقصده هو توفير دليل من أدلة للمتخارج له، والمتخارج فيما لو حدث نزاع مستقبلاً، وعليه لتبيان إصدار حجة عقد تخارج، فإن المعمول به في المحاكم الشرعية تكون:

أولاً: بتقديم طلب تسجيل حجة تخارج، حسب الصيغة المتبعة والمعمول بها في المحاكم الشرعية، تُقدم إلى رئيس القلم في المحكمة الشرعية للتوقيع عليها ثم استيفاء الرسوم المقدرة. ثانياً: بعد استيفاء الرسوم يُقدم طلب التسجيل إلى القاضي بعد حضور المعرفين وشهادة إثنين من الشهود على الأقل، وإفهام المتخارجين بوضعهم القانوني، يتم تقييدها لدى الضبط والحجج في سجلات المحكمة الشرعية بعد توقيعها من قاضي المحكمة المختصة لتأخذ منحى قرار وحكم، وورقة رسمية صادرة عن محكمة شرعية، مع ملاحظة أن التخارج للقاصرين يلزم رفعها إلى مقام المحكمة العليا الشرعية لتدقيقها والإشارة للعمل بها، كما وتقدر وتعامل كل حجة تخارج حسب الحالة الخاصة فيها، وهل تم تحديد مشتملات التركة وهل هي خالية من النقدين الذهب والفضة أي حسب الشيء المخارج به لكل من المتخارج والمتخارج له.

أعرض نموذج لطلب تسجيل حجة تخارج حسب المعمول به في المحاكم الشرعية الفلسطينية، بالإضافة إلى نموذج حجة تخارج عام الصادر من المحكمة الشرعية.

■ طلب تسجيل حجة التخارج التي تُقدم من المتخارجين إلى المحكمة الشرعية

بسم الله الرحمن الرحيم

صاحب الفضيلة قاضي محكمة \_\_\_\_\_ الشرعية المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد:

الموضوع / طلب تسجيل حجة تخارج<sup>1</sup>

المتخارج / \_\_\_\_\_ من \_\_\_\_\_ وسكان \_\_\_\_\_

المتخارج له / \_\_\_\_\_ من \_\_\_\_\_ وسكان \_\_\_\_\_

أعرض لفضيلتكم أن \_\_\_\_\_ من ..... وسكان \_\_\_\_\_ قد توفي بتاريخ / / وقد

سجلت حجه حصر إرثه في محكمة \_\_\_\_\_ الشرعية بتاريخ / / سجل عدد صفحة

وانحصر إرثه الشرعي والانتقالي في \_\_\_\_\_

وقد صحت المسألة \_\_\_\_\_

وأن التركة المنقولة وغير المنقولة معلومة لدينا علماً تاماً نافياً لكل جهاله وهي خالية من الذهب والفضة

والأموال ومن الديون والوصية وأنا أصالح المتخارج له/ها ... عن حصته في التركة لقاء مبلغ

وقدره ..... قبضتها من المتخارج له وأخرجت نفسي من التركة ومن جميع أعيانها إخراجاً

وصالحاً نافذاً شرعاً وقانوناً لا رجعه فيه ولا خياراً بطوعي واختياري دون إكراه، وتسلمت العين

المتخارج عليها وتصرفت بها تصرف المالك بملكه، أطلب تسجيل ذلك وبيان السهام الشرعية على

الوجه الذي تم التخارج عليه وتبليغ الجهات المختصة بذلك واعطائي حجة بذلك.

وحرر في / / وتقبلوا الاحترام

شاهد

شاهد

المتخارج له

المتخارج

■ صورة حجة التخارج التي تصدر من المحكمة الشرعية للمتخارجين

بسم الله الرحمن الرحيم

الموضوع / حجة تخارج عام<sup>1</sup>

في المجلس الشرعي المعقود لدي أنا \_\_\_\_\_ قاضي محكمة \_\_\_\_\_  
 الشرعي حضر المكلف شرعا \_\_\_\_\_ من \_\_\_\_\_  
 وسكان \_\_\_\_\_ وبعد التعريف عليه من قبل المكلفين شرعا  
 \_\_\_\_\_ وهما من \_\_\_\_\_ وسكان \_\_\_\_\_،  
 قرر \_\_\_\_\_ المذكور قائلًا أن المتوفي قد توفي بتاريخ / / 201 م \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_ وذلك بموجب حجة حصر الإرث رقم \_\_\_\_\_ الصادرة عن محكمة \_\_\_\_\_ الشرعية  
 بتاريخ / / \_\_\_\_\_ وأن التركة المنقولة وغير المنقولة معلومة لدينا علماً تاماً نافياً لكل جهالة وهي  
 خالية من كل دين على المتوفي المذكور وقد صالح \_\_\_\_\_ لقاء مبلغ \_\_\_\_\_ قبل  
 \_\_\_\_\_ وقبض \_\_\_\_\_ وأخرجت \_\_\_\_\_ من جميع أعيان التركة إخراجاً وصالحاً  
 نافذاً شرعاً وقانوناً لا رجوع فيه ولا خيار وطلب تسجيله وبيان السهام الشرعية والإنتقالية على  
 الوجه الذي تم عليه التخارج، وعليه فقد أفهمت المتخارج أنه لم يعد له حق في أعيان التركة  
 وأن حقه إنتقل للمتخارج له وصحت المسألة \_\_\_\_\_ لذلك قررت تسجيله للعمل  
 به\* وتقرر وضع إشارة على حجة الإرث المشار إليها بما جرى عليه التخارج العام  
 وحرر في / / 14 هجرية الموافق / / 20 ميلادية

القاضي الشرعي

\* ملاحظة: إذا تعلق الحجة بقاصرين أو من في حكمهم، لا بد من موافقة مقام المحكمة العليا الشرعية على ذلك وتسجل في الحجة بعد كلمة للعمل به وبعد موافقة مقام المحكمة العليا الشرعية على تسجيل هذا الحجة بقرار رقم ...../.../.....

#### 3-4: بيان وتوضيح طرق الحل لمسائل المخارجة

ذكر في قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني التخرج وبينت إحدى صورته، بعد بيانها؛ سأطرق على صور المخارجة بشيء من التفصيل والتوضيح، فقد نصت المادة (636) من قانون الأحوال الشخصية: [التخرج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم من التركة أو غيرها، وهو جائز عند التراضي، فمن صالح على شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسّم باقي التركة على سهام الباقيين، (كمن ماتت وتركت - زوجها وأما وعماً - فالمسألة من ستة النصف للزوج والثلث للأم والباقي للعم، فصالح الزوج عن نصيبه على ما في ذمته للزوجة من المهر فيقسم باقي التركة وهو ما عدا المهر بين الام والعم اثلاثا سهمان للام وسهم للعم). طبق الجدول الآتي:

زوج	ام	عم
1/2	1/3	6 ع
3	2	1
صالح الزوج عن نصيبه على ما في ذمته للزوجة من المهر فيقسم باقي التركة وهو ما عدا المهر بين الام والعم اثلاثا سهمان للام وسهم للعم	2+2 4 سهمان للأم بعد المصالحة	1+1 2

#### صور المخارجة:

للتخرج حسب الاستقراء خمس صور، ولكل صورة منها طريقة في قسمة مسائلها، على النحو التالي:

#### الصورة الأولى: التخرج من التركة مقابل مال من التركة:

وهي أكثر صور التخرج شيوعاً، أي صورتها أن يخرج وارث أو أكثر عن نصيبه من التركة لبقية الورثة، في مقابل شيء معلوم يأخذه من التركة نفسها (كدار أو أرض أو مبلغ من المال)، فهنا نقسم حصة الخارج على بقية الورثة بنسبة أنصبتهم، أي تطرح سهام الخارج



ويعتبر كأنه غير موجود بعد توزيع الفروض على كل الورثة، ولقسمة مسائل هذه الصورة تتبع الخطوات الآتية:<sup>1</sup>

1. نقسم التركة قسمة عادية على جميع الورثة بما فيهم الوارث المخرج، لمعرفة عدد سهامه في المسألة.
2. اذا عرفنا سهام الوارث المخرج، فنسبعتها نظير ما حصل عليه من التركة.
3. نُرجع أصل المسألة إلى حاصل مجموع سهام الورثة بعد استبعاد سهام الوارث المخرج.
4. نُخرج جزء سهم المسألة عن طريق قسمة المبلغ الذي خلقه الميت (دون ما أخذه الخارج مقابل مخارجه) على الأصل الجديد.
5. نضرب جزء السهم في سهام كل وارث من البقية ليخرج نصيبه من التركة المتبقية.

مثال هذه الصورة:

لومات عن زوجة وبنت وعم شقيق، وترك 120 ألف دينار وقطعة أرض - فخرج العم الشقيق من نصيبه في المبلغ المذكور، على أن يأخذ قطعة الأرض وحده، فكيف تقسم التركة على الورثة المذكورين!

زوجة	بنت	عم شقيق
1/8	1/2	ع 8
1	4	3
5	خارج	

جزء السهم  $120000 \div 5 = 24000$  دينار

نصيب الزوجة  $24000 \times 1 = 24000$  دينار

نصيب البنت  $24000 \times 4 = 96000$  دينار

العم الشقيق خرج مقابل الأرض

1 السراجية مع شرحها، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، صفحة 237، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، سنة 1363 هـ

مثال آخر: توفي عن بنت وبنت ابن وأخت شقيقة، والتركة 1200 دينار، وسيارة وانفق الورثة على أن تخرج بنت الابن من التركة مقابل انفرادها بالسيارة:

بنت	بنت ابن	أخت شقيقة	أصل المسألة 6
2 / 1	6 / 1	عصبة مع الغير	
3	1	2	ثم يستبعد سهم البنت

- قيمة السهم الواحد =  $1200 \div 5 = 240$  دينار

- نصيب البنت =  $240 \times 3 = 720$  دينار

- نصيب الأخت الشقيقة =  $240 \times 2 = 480$  دينار

الصورة الثانية: أن يكون التخارج مقابل مال من غير التركة يدفعه أحد الورثة لآخر:

أي أن يُخرج وارث أحد الورثة عن نصيبه كله في مقابل شئ يأخذه من غير التركة، وعليه يحل الوارث المُخارج محل الوارث المُخارج في نصيبه من التركة، وتضم سهامه إلى سهامه. أي أنه في هذه الحالة يحل الوارث الذي دفع من ماله الخاص محل الخارج مقابل ما دفعه الأول للأخير، وتضم سهام الأخير لسهام الأول، ولقسمة هذه الصورة تتبع الخطوات الآتية:

1. نقسم المسألة قسمة عادية بين الورثة جميعاً بما فيهم الوارث المُخرج، لمعرفة عدد سهامه في المسألة.
2. اذا عرفنا سهام الوارث المُخرج من المسألة، أعطيناها الوارث الذي خارجه فهي له، وتنتهي المسألة، مثال هذه الصورة:

لو ماتت امرأة (توفيت) عن زوج وبنت وأم وعم شقيق، فخارج الزوج العم الشقيق ليخرج من التركة، مقابل مبلغ دفعه له من ماله الخاص، فكيف تقسم المسألة؟

زوج	بنت	أم	عم شقيق
1 / 4	1 / 2	1 / 6	ع 12
3	6	2	1
4	6	2	صفر
سهامه ثلاثة + سهام العم الشقيق			نصيبه سهم واحد يعطى للزوج الذي خارجه

مثال آخر: توفي عن بنت وبنت ابن وأخت شقيقة، والتركة 1200 دينار، واتفقت البنت على أن تعطي بنت الابن شيئاً من مالها الخاص مقابل تنازلها عن نصيبها من التركة:

بنت	بنت ابن	أخت شقيقة	أصل المسألة 6
2 / 1	6 / 1	عصبة مع الغير	
3	1	2	

- قيمة السهم الواحد =  $1200 \div 6 = 200$  دينار
- نصيب البنت =  $200 \times 3 = 600$  دينار
- نصيب بنت الابن =  $200 \times 1 = 200$  دينار
- نصيب الأخت الشقيقة =  $200 \times 2 = 400$  دينار
- يضم نصيب بنت الابن إلى نصيب البنت لخروج الأولى فيصبح  $200 + 600 = 800$  دينار

الصورة الثالثة: التخارج من التركة مقابل مال من غير التركة، يدفعه جميع الورثة للشخص الخارج، بنسبة أنصبتهم:

وهي أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لبقية الورثة، في مقابل مال يدفعه له الورثة جميعاً من غير التركة (من مالهم الخاص)، بنسبة أنصبتهم في ميراثهم، أي ان في هذه الحالة تكون جميع التركة للورثة الذين دفعوا للخارج منها، فتطرح سهام الشخص الخارج من التركة، وتقسم التركة على مجموع سهام باقي الورثة، ولقسمة هذه الصورة تتبع الخطوات التالية:

1. نقسم المسألة على جميع الورثة بما قيمهم المخرج، لمعرفة سهامه.
2. اذا عرفنا سهام الوارث المخرج، فنظر حها من أصل المسألة.

نُرجع أصل المسألة الى مجموع الباقي، ومنه تصح المسألة.

مثال: توفي عن زوجة، وبنت وأخ لأب، فخرج الأخ لأب من التركة مقابل مال يدفعه البقية إليه بنسبة أنصبتهم، فيكون نصيب كل منهم ما يلي:

زوجة	بنت	أخ لأب
1 / 8	1 / 2	ع 8
1	4	3
5 مصحح المسألة	خرج مقابل ما أخذه من الورثة	

مثال آخر: توفي عن بنت وبنت ابن وأخت شقيقة، والتركة 1200 دينار، واتفقت البنت مع الأخت الشقيقة على أن تخرج بنت الابن من التركة مقابل مال يدفعونه إليها من مالهم الخاص حسب نسبة انصباثهم:

بنت	بنت ابن	أخت شقيقة	أصل المسألة 6
2 / 1	6 / 1	عصبة مع الغير	
3	1	2	ثم يستبعد سهم بنت الابن

- قيمة السهم الواحد =  $1200 \div 5 = 240$  دينار
- نصيب البنت =  $240 \times 3 = 720$  دينار
- نصيب الأخت الشقيقة =  $240 \times 2 = 480$  دينار

الصورة الرابعة: التخارج من التركة مقابل مال من غير التركة، يدفعه جميع الورثة للشخص الخارج، بالتساوي فيما بينهم:

وفي هذه الحالة تكون جميع التركة للورثة الذين دفعوا للخارج منها، فتقسم تقسيماً عادياً، ثم يؤخذ نصيب الشخص الخارج، ويقسم على عدد رؤوس باقي الورثة، على أن يحسب الذكر مثل الأنثى لا الضعف لأنهم قد دفعوا بالتساوي، أي دفع الذكر مثل الأنثى فتستحق الأنثى ما يستحقه الذكر عند تقاسم نصيب الشخص الخارج. أي أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لبقية الورثة أو بعضهم، في مقابل مال يدفعونه له بالتساوي من غير التركة (من مالهم الخاص)، في هذه الحالة تُقسم المسألة عن طريق الخطوات الآتية:

1. نعمل مسألة لجميع الورثة بما فيهم الوارث المخرج، ونقسمها حتى تنتهي، ونصح ما يحتاج فيها الى تصحيح.
2. نعمل مسألة أخرى لمن دفع المال للوارث المخرج من الورثة، ويكون أصلها من عدد الرؤوس ولكل واحد من الورثة فيها سهم.
3. نقارن أصل المسألة الثانية، وبين نصيب الوارث المخرج في المسألة الأولى بالنسب الأربع [التماثل - التوافق - التباين - التداخل]<sup>1</sup>.

مثال آخر: توفي عن بنت وبنت ابن وأخت شقيقة، والتركة 1200 دينار، واتفقت البنت مع الأخت الشقيقة على أن تخرج بنت الابن من التركة مقابل مال يدفعونه إليها من مالهم الخاص بالتساوي فيما بينهم:

بنت	بنت ابن	أخت شقيقة	أصل المسألة 6
2 / 1	6 / 1	عصبة مع الغير	
3	1	2	

- قيمة السهم الواحد =  $1200 \div 6 = 200$  دينار
- نصيب البنت =  $200 \times 3 = 600$  دينار
- نصيب بنت الابن =  $200 \times 1 = 200$  دينار
- نصيب الأخت الشقيقة =  $200 \times 2 = 400$  دينار
- ثم نأخذ نصيب الشخص الخارج وهو بنت الابن ومقداره « 200 دينار ونقسمه بالتساوي فيما بين البنت والأخت الشقيقة أي /  $200 \div 2 = 100$  دينار
- فيصبح نصيب البنت =  $600 + 100 = 700$  دينار
- ويصبح نصيب الأخت الشقيقة =  $400 + 100 = 500$  دينار

الصورة الخامسة: أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لبقية الورثة أو بعضهم، في مقابل مال يدفعه له الورثة جميعاً من غير التركة (من مالهم الخاص) بنسب مختلفة محددة، وليست كنسب ميراثهم [كما لو دفع أحد الورثة الربع - والثاني الخمس - والثالث الثلث .. وهكذا].

وفي هذه الحالة تكون جميع التركة للورثة الذين دفعوا للخارج منها، فتطرح سهام الشخص الخارج من التركة، وتقسم التركة على مجموع سهام باقي الورثة، مثال: توفي عن بنت وبنت ابن وأخت شقيقة، والتركة 1200 دينار، واتفقت البنت مع الأخت الشقيقة على أن تخرج بنت الابن من التركة مقابل مال يدفعونه إليها من مالهم الخاص حسب نسبة انصباؤهم:

بنت	بنت ابن	أخت شقيقة	6
1/2	1/6	عصبة مع الغير	
3	1	2	6
	ثم يستبعد سهم بنت الابن		

- قيمة السهم الواحد =  $1200 \div 5 = 240$  دينار
- نصيب البنت =  $240 \times 3 = 720$  دينار
- نصيب الأخت الشقيقة =  $240 \times 2 = 480$  دينار

مثال آخر على هذه الصورة:

توفي رجل عن: ( زوجة، وجدة، وأخت شقيقة، وأخوين لأب، وخرجت الزوجة من التركة مقابل مال يدفع لها من بقية الورثة من مالهم الخاص بنسب مختلفة عن نسبهم في الميراث، ويكون ذلك على النحو التالي: ( الجدة السدس، والأخت الشقيقة الثلث، والأخوين لأب لكل واحد الربع).

المسألة الأولى	أخ لأب	أخ لأب	أخت شقيقة	جدة	زوجة
		ع	2 / 1	6 / 1	4 / 1
	12	1	6	2	3
	24	1 1	12	4	6
المسألة الثانية	4 / 1	4 / 1	3 / 1	6 / 1	خارجة
	3	3	4	2	-
	3	3	4	2	-
48 الجامعة	5	5	28	10	-

## 5: الخاتمة

- أولاً: التخارج بين الورثة جائز شرعاً وفيه إرفاق بالورثة ومصلحة لهم ودفع للضرر.
- ثانياً: التخارج عقد من العقود الناقلة للملكية.
- ثالثاً: أن القيام بإصدار حجة تخارج من المحكمة الشرعية فيه حفظ للحقوق وعدم ضياعها ، إضافة إلى كونه ورقة رسمية، وأقوى من عقد البيع العرفي المتعارف عليه، وتُحفظ في سجلات المحكمة الشرعية ما يضمن حفظ الحقوق.
- رابعاً: يختلف التخارج عن بيع التركة حيث إن التخارج حصري بين الورثة، أما بيع التركة يمكن أن يكون بين أجنبي ووراث.
- خامساً: التخارج يجب أن يكون مقابل عوض وإلا اعتبر هبة.
- سادساً: الطبيعة القانونية للتخارج قد تكون بيعاً أو قسمة للمال الشائع فهي بيع إن كان البدل سيقبضه المتخارج له من غير التركة، وهي قسمة إن كان البدل الذي سيقبضه المتخارج له من التركة، وبالتالي وجب مراعاة شروط التصرف في كل حالة.
- سابعاً: أحكام الضمان من ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق تكون معطلة إذا جرى التخارج دون تفصيل لمشتملات التركة وتفضل الضمانات إذا جرت المخارجة مع تفصيل لمشتملات التركة.
- ثامنناً: الذي يملك التخارج هو الوارث أو الموصى له أو كليهما أو وليهما الشرعي.
- تاسعاً: إذا كان بعض التركة التي حصل فيها التخارج ديناً على الناس وصالح الورثة أحدهم أن يخرجوه من الدين فهذا لا يجوز عند أهل العلم! وذلك لعدم القدرة على التسليم ولأنه بيع الدين من غير من هو عليه، وهذا لا يجوز كأصل عام إلا أنه استثنى ثلاث حالات: ابراء الغريم من الدين - الحوالة - تملك الدين.
- وفي ختام هذا البحث أحمد الله تعالى على ما أنعم به وأولى، وأستغفره عما فيه من الخطأ وسهو وغفلة، وأسأل الله أن يجعله من العلم النافع الخالص لوجهه سبحانه، وأن يكون موطن قدم لكل من أراد أن يتوسع في بيع التخارج من مهتمين بالقانون وغيرهم، وأن يكون لبنة تعلق عليها دراسات أخرى مستفيضة.

## 6: المراجع

- 6-1: القرآن الكريم
  - 1. سورة النساء.
  - 2. سورة الرحمن.
- 6-2: كتب السنة:
  - فتح الباري في شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني.
  - صحيح البخاري وسنن البيهقي وتفسير القرطبي.
- 6-3: معاجم اللغة:
  - الفيروز آبادي قاموس المحيط، مؤسسة الرسالة بيروت.
  - المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة.
- 6-4: كتب الفقه:
  - 1. كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي الحنفي دار المعرفة بيروت 1993.
  - 2. رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، الناشر دار الفكر-بيروت الطبعة الثانية 1992.
  - 3. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، سنة 1363 هـ.
  - 4. الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي، طباعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الثانية كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني الحنفي.
  - 5. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى- كتاب الصلح لعلاء الدين الحصكفي الحنفي الناشر دار الكتب العلمية سنة 1998.
  - 6. الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء الثالث كتاب الصلح الناشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان 1417.
  - 7. أحكام التركات والمواريث لمحمد أبو زهرة دار الفكر الحر سنة 2008.
  - 8. كتاب التعريفات للجرجاني.
  - 9. كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني الحنفي.
  - 10. المحتار على الدر المختار لابن عابدين الجزء الخامس الناشر دار الفكر بيروت 1992.



■ 5-6: قوانين:

- الجزء العاشر لمجموعة القوانين الفلسطينية (قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني).
- قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطينية لسنة 1956.
- الأصول المرعية في معاملات المحاكم الشرعية، للقاضي الشرعي محمد ناجي فارس غزة.

■ 6-6: مؤلفات:

- 1) بحث بعنوان التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي .. للدكتور - ناصر الغامدي - جامعة أم القرى - مكة المكرمة.
- 2) دراسة قانونية مقارنة لعقد التخارج في القانون المدني العراقي والاماراتي، للدكتور صالح أحمد اللهيبي.
- 3) شرح القانون المدني العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة - منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 4) المرشد للطرق الحكمية في شرح المباحث الفرضية - للأستاذ المحامي - نضال جمال جرادة.
- 5) شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين - دار وائل للنشر، الأردن 2005.
- 6) هادي العويدي العقود المسماة دار النشر والثقافة 2005 صفحة 180.

أحكام صادرة عن محكمة النقض

في القضايا الجزائية

والتعليق عليها

## الحكم رقم 315 / 2016 «القيمة القانونية لتصوير الفيديو في الاثبات»



نقض جزاء  
رقم: ٢٠١٦/٣١٥

دولة فلسطين

السلطة القضائية

محكمة النقض

" الحكم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره

باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد رفيق زهد

وعضوية القضاة السادة: مصطفى القاق، طلعت الطويل، طالب البزور، أسامة الكيلاني

الطاعن: النيابة العامة

المطعون ضده: سامي محمد محمود ابو كامل / بيت لحم

وكيله المحامي: حاتم شاهين / طولكرم

### الإجراءات

تقدمت النيابة العامة بهذا الطعن بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٢ للطعن بالقرار الصادر عن محكمة استئناف رام الله الموقرة في الاستئناف رقم ٢٠١٦/١٤٢ بتاريخ ٢٠١٦/٥/١٥ والقاضي بقبول الاستئناف موضوعا والغاء القرار المستأنف وإعلان براءة المستأنف (المطعون ضده) من التهم المسندة اليه .

### يستند الطعن لما يلي :

- ١- وفي الموضوع فإن الحكم المطعون فيه قد جاء مخالفا للقانون وقد اخطأت المحكمة مصدرة الحكم مع الاحترام في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله .
- ٢- الحكم المطعون فيه جاء خاليا من اسبابه الموجبة .
- ٣- اخطأت محكمة الاستئناف مع الاحترام في اعلان براءة المطعون ضده بالرغم من البيانات القانونية الصالحة للدانة واصدار الحكم .

الرئيس

الكاظم  
ف.ح



نقض جزاء  
رقم: ٢٠١٦/٣١٥

٤- وبالتناوب اخطأت محكمة الاستئناف مع الاحترام في تطبيق القانون وبخاصة احكام المادة ٢٠٩ من قانون الاجراءات الجزائية وذلك باعتبارها ان تصوير الفيديو لا يعتبر بيينة متممة لاقوال المتهم التي يعترف فيها على متهم آخر حيث اخطأت محكمة الاستئناف الموقرة في هذه النقطة مع الاحترام إذ أن تصوير الفيديو بحد ذاته يعتبر بيينة قانونية ما دام تقديمه امام المحكمة وتم مناقشته مع الخصوم واقتنعت المحكمة بما ورد فيه من خلال التفريغ لهذا الفيديو وتقديمه وبالتالي فان اقوال المتهم الثاني فؤاد الياس سعد المبرز ن/٤ تصلح لادانة المتهم المطعون ضده كونها قد أيدت بيينة اخرى وهي تصوير الفيديو الذي يثبت قيام المطعون ضده بجريمة طلب وقبول الرشوة وبالتالي فان استبعاد محكمة الاستئناف لهذه البيينات دون ان تبدي او تستعرض اسباب عدم قناعتها بها واسباب طرحها يستوجب نقض حكمها لخلوه من اسبابه الموجبة ومخالفته القانون إذ كان يتوجب على محكمة الاستئناف الموقرة في حال عدم قناعتها بهذه البيينات بيان اسباب عدم القناعة واستبعاد هذه البيينات لعدم قناعتها هي بها وليس لسبب عدم قانونية هذه البيينات على الرغم من قناعة محكمة الدرجة الاولى بهذه البيينة وهي المحكمة التي استمعت اليها واقتنعت بها وبينت حكمها عليها وبالتالي كان يتوجب على محكمة الاستئناف مع الاحترام الابقاء على قناعة محكمة اول درجة بهذه البيينة ما دام انها لم تحل قناعتها مكانها .

٥- اخطأت محكمة الاستئناف مع الاحترام في تطبيق القانون وتأويله وتفسيره عندما اعتبرت أن افادة المتهم امام النيابة العامة والمبرزة امام المحكمة حسب الاصول والقانون والتي قدمت ونوقشت في الجلسة من الخصوم بصورة علنية والتي اقتنعت بها محكمة جرائم الفساد وأطمأن لها وجدانها لا ترقى لتكون بيينة قانونية صالحة للادانة واصدار الحكم الامر الذي تكون معه محكمة الاستئناف مع الاحترام قد فسرت المادة ٢٠٧ بشكل مخالف للقانون وبشكل غير منطقي يؤدي الى هدم قاعدة الاثبات في المسائل الجزائية وإذ أن تفسير المادة ٢٠٧ لا يؤدي الى ما ذهب اليه محكمة الاستئناف والا لأضحت جميع البيينات غير مقبولة وغير صالحة للاثبات

الرئيس

الكاتب  
ف.ح



تقديم  
رقم: ٢٠١٦/٣١٥

٦- باستثناء شهادة الشهود وهذا مخالف للقانون ولقاعدة الإثبات في المسائل الجزائية فالبيانات المقدمة

٧- امام النيابة العامة كأقوال المتهمين او الشهود الذين أدوها امام النيابة العامة والتي قدمت امام المحكمة بجلسة علنية وتناقش بها الخصوم تعتبر بينة قانونية صالحة للادانة واصدار الحكم ولمحكمة الموضوع في حال قنعت بها ان ترجحها على اقوال المتهم امام المحكمة ذاتها على خلاف ما ذهب اليه محكمة الاستئناف في حكمها الطعين .

٨- بالرجوع الى القرار الطعين نجد ان محكمة الاستئناف لم تلتفت الى الاسباب والادلة التي بنت محكمة الموضوع قرارها عليها واعتبرت ان اعتماد محكمة الموضوع على افادة المتهم الثاني الذي ثبت من خلالها للمحكمة ان المستأنف (المطعون ضده) طلب مبلغ ١٠ % كنسبة تحصيل ومن ثم طلبه مبلغ ٢٠٠,٠٠٠ شيكل وقبضه للمبلغ من المتهم الثاني مقابل ان يقوم هو بتحصيل ديون المتهم الثاني ورفض الاخير لهذا الطلب وعرض عليه مبلغ ١٠٠ شيكل عن كل معلومة عن الافراد المدنين له ليقوم هو بتحصيلها هذا بالاضافة لوجود تصوير فيديو يوضح قيام المطعون ضده باستلام مبلغ الرشوة من المتهم .

٩- اخطات محكمة الاستئناف في تطبيق القانون عندما اعتبرت فيما يتعلق بإدانة المستأنف (المطعون ضده) بتهمة اختلاق الجرائم خلافا للمادة ٢٠٩ من قانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ أن محكمة جرائم الفساد اعتمدت في ادانته على تقرير الخبرة المعد من الشاهد شادي زكارنة وان تقريره يتناقض مع تقرير المخابرات العامة واعتبرت ان هنالك تناقض في التقارير المقدمة لمحكمة الموضوع في حين تجد محكمتكم الموقرة ان محكمة جرائم الفساد قد قررت تكليف الخبيرين أحمد شحادة ومراد رمان ولم تبني حكمها في هذا الجانب على تقرير الشاهد شادي زكارنة وحده والذي جاء متساندا وموافقا لما جاء في تقرير الخبيرين المكلفين وقد جاء في خلاصة التقرير المعد من قبل الخبيران المكلفان من محكمة الموضوع ان الجهاز لم يتم تشغيله

التقديم

التقديم  
ف.ب.



نقض جرائع  
رقم: ٢٠١٦/٣١٥

بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٥ اي انه لم يتم انشاء الملف عليه بذلك التاريخ الامر الذي لا ينفي انه قد تم انشاء الملف بذلك التاريخ او قبله خارج الجهاز ونقل الملف بواسطة فلاح ميموري ومن ثم التعديل على خصائص الملف الموجود على الجهاز تشير الى انه تم انشاء محتوياته بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٥ الساعة ٩:٣٢ وهذا لا يتنافى اليته مما ورد بالتقرير بعدم تشغيل الجهاز كون ان تقارير الخبراء قد اكدت على انشاء الملف خارج الجهاز ونقله الى الجهاز وهذا ما لم تدرکه محكمة الاستئناف الامر الذي جعلها تقع في خطأ فهم الواقعة الواضحة والمبينة في التقارير الفنية من الخبراء حيث ان ما اعتبرته محكمة الاستئناف تناقض في تقارير الخبرة ليس صحيحا وقد اخطات المحكمة كما ذكرنا في فهم وتفسير تقارير الخبرة الفنية وما كان عليها ان تدخل وتنصب نفسها خبيرا في الاجهزة الالكترونية وكان عليها ان تستمد الخبرة من اهلها وفي حال استشكل عليها فهم اي امر وارد بالتقارير الفنية فقد كان يتوجب على محكمة الاستئناف أعمال صلاحيتها واستيضاح الامر من ذوي الخبرة وسؤالهم عما اذا كان هناك تناقض في تقارير الخبرة من عدمه لا ان تستنجح هي من ذاتها امورا واقعية من امور واستنتاجات فنية غير صحيحة .

طالبت النيابة العامة قبول الطعن ونقض الحكم الطعين واصدار القرار القانوني .

تقدم وكيل المطعون ضده بلانحة جوابية تضمنت المطالبة ببرد الطعن .

### المحكمة

بعد التدقيق والمداولة وحيث ان الطعن مستوف لاوضاعه القانونية تقرر المحكمة قبوله شكلا . وفي الموضوع وما تفيد به اوراق الدعوى بان المطعون ضده المتهم احيل الى محكمة جرائم الفساد من قبل النيابة العامة عن تهمة واردة في لائحة الاتهام والتي اصدرت حكما بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢٤ تضمنت ما ورد في متن الحكم المستأنف .

الرئيس

الكاتب  
ح. ف. ح.



نقض جزاء  
رقم: ٢٠١٩/٣١٥

لم يقبل المطعونون ضده المتهم بحكم محكمة جرائم الفساد وتقدم بالطعن الاستئناف رقم ٢٠١٦/١٤٢ والذي قضى بتاريخ ٢٠١٦/٥/١٥ بقبول الاستئناف موضوعا والغاء الحكم المستأنف وإعلان برائته مما نسب له .

لم ترضى النيابة العامة بحكم محكمة استئناف رام الله فتقدمت بالطعن المائل للأسباب الواردة فيه . ونحن وبإزالة حكم القانون على الواقع والرجوع لأوراق الدعوى والقرار الطعين وأسباب الطعن وحول وجه الطعن المتمثل بخطأ محكمة الاستئناف بعدم الأخذ ببينة الفيديو وهو اعتراف المتهم على آخر ما تم مناقشته مع الخصوم وان افادة المتهم فؤاد سعد الميرز ن/ ٤ تصلح للدانة كونها تأيدت ببينة أخرى . بما أن محكمة الاستئناف اشارت تحديدا لصريح المادة ٢٠٩ من قانون الاجراءات الجزائية النافذ والتي تنص ( لا بد ان يتهم بناء على اقوال المتهم آخر إلا إذا وجدت بينة أخرى تؤيدها واقتنعت المحكمة بها والبينة الأخرى التي اعتمدها المحكمة هي تصوير الفيديو الامر الذي توافقت عليه لكون تصوير الفيديو لا يؤخذ به في معرض البينة إلا إذا تساندت معه بينة كاملة وليست افادة المتهم الثاني والذي هو نفسه صاحب التصوير ومن قام به علما انه ذكر في افادته ( وختمت باعطاء المبلغ له على انه قرضه وليس كرشوة ) ثم ان المتهم الثاني عاد عن اقواله امام المحكمة بعدم صحة واقعة طلب الرشوة وان المبلغ عبارة عن قرض عشرون الف شيقل .

ونحن إذ نجيب عن هذا الوجه من أوجه الطعن ان ليس لمحكمة النقض ان تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدمه الخصوم لقاضي الموضوع من الدلائل على اساس القرائن والاحوال لاينات وقائع الدعوى او نفيها تأخذ المحكمة في حال القناعة وتطرحة في حال عدم القناعة إذا تطرق لديها الشك الى وجدانها ولا يستثنى من هذه القاعدة الا صورة واحدة هي ان تثبت المحكمة مصدرأ للواقعة التي استخلصتها تكون وهمية ويعتريها الكذب والشك ولا وجود لها او موجوداً ولكن يناقض لما اثبت او غير مناقض ولكنه يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعلت هي .... وعليه نجد ان هذا الوجه غير وارد ويتعين رده .

اما بخصوص وجه النعي المتعلق بصريح المادة ٢٠٧ من قانون الاجراءات الجزائية النافذ .

الرائس

الكاتب  
ف.ح



نشخص: جزاء  
رقم: ٢٠١٦/٢١٥

حيث أن محكمة الاستئناف اجابت عن هذا الوجه بقولها ( ان افادة المتهم الثاني امام النيابة العامة والتي اعتمدها في حكمها بالادانة عاونها المتهم الثاني وان هذه البيئة هي التي تمت المناقشة حولها بصورة علنية امام الخصوم وان محكمة الاستئناف خلصت الى ان حكم محكمة جرائم الفساد يعتريه القصور وغير مؤسس على سند وخارج عن اطار صريح المادة ٢٠٧ من القانون وبالتالي نجد أن ما توصلت اليه محكمة الاستئناف واقع في محله ولا تثيرب عليها وان هذا الوجه مرفوض.

وحول وجه الطعن المائل المتعلق بنسبة ١٠% من تحصيل الديون .....

لما كانت محكمة الاستئناف قد اعملت وظيفتها الاساسية وهي اعادة النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية وقامت باعمال المادة ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجزائية النافذ والتي تنص ( بأن اذا كان الاستئناف مرفوعا من النيابة العامة فللمحكمة ان تؤيد الحكم او تلغيه او تعدله سواء ضد المتهم او لمصلحته ) وكان حكمها منقفا وصحيح القانون والسوابق القضائية وان لها سلطة بالاخذ بما تطمأن له من الاوراق وطرح ما عداها طالما ان حكمها قام على اسباب سائغة ومستخلصة بوجه سليم من البيئات المطروحة من وقائع الدعوى يستوجب حكم القانون الذي انزله على تلك الوقائع وان ما نعتة النيابة العامة حول هذا الوجه تقوم على امور موضوعية بحتة ولها سلطة بحثها وتقديرها ما يقوم عليها من الادلة فتثبتها او تنفيها بدون ان يكون لقضائها معقب من رقابة محكمة النقض ما دام انه لا يوجد ثوابت من الظروف المادية التي استبعدتها والنتيجة التي استخلصتها .

وحول وجه الطعن المتعلق بتقرير الخبرة الفنية المتعلق بالجهاز والمعد من قبل الخبيران المكلفان من محكمة الموضوع ..

ونحن إذ نجيب تحديداً على هذا الوجه ان تقدير الخبير وتقديره يعتبر من البيئات وان الاستناد عليه يدخل في صلاحية محكمة الموضوع التقديرية وان محكمة الموضوع غير ملزمة بالاخذ به طالما لم نطمأن له .

الخبيران

الكاتب  
ف.ح





نقض جزاء  
رقم: ٢٠١٦/٣٩٥

ولا سبيل لمحكمة النقض ان تتدخل في قناعة محكمة الاستئناف بوصفها محكمة موضوع بتقرير الخبراء الذين قدموا التقرير والذي يعتبر بالنتيجة من البيانات العائدة لها . وان هذا الوجه غير وارد ويتعين رفضه .

فإذا كان من الثابت ان محكمة الاستئناف توصلت الى النتيجة التي انتهت اليها من واقع ما عرض وقدم باوراق الدعوى والتي لم تتمكن النيابة من اثباتها قانوناً وحيث ان محكمة الاستئناف الغت حكم محكمة اول درجة لمخالفتها ما هو ثابت في اوراق الدعوى واهدرت النتيجة التي توصت اليها من خلال تاسيسها على قضائها تكون محكمة الاستئناف قد طبقت صحيح القانون ولم تخطئ في تأويله وتفسيره ويكون الطعن المائل مقدم على غير اساس من القانون يستوجب رده .

لذلك

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعا .

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١٦/١١/٣

~~الرئيس~~

~~الكاتب  
ف.ح~~

## تعليق المحامي يحيى محمد الحجاوي / الأردن

### تمهيد

ان القرار الذي نحن بصدده قرار حديث، صدر في 3 / 6 / 2016، ويحمل الرقم 315 / 2016، ومن البديهي ان الغاية من التعليق على أحكام القضاء تكون لاستفادة الدارسين في المجال، من طلاب القانون، والأساتذة والمحامين والقضاة، وذلك لمعرفة منحى القضاء في الموضوع و/ او النزاع المعروض عليه، وكلما كانت أحكام القضاء في النزاع المعروض عليه او في انزال احكام النصوص القانونية، او حتى احيانا تعطيل نص معين «خدمة للعدالة» يشكل الإتجاه الذي اتخذه القضاء بهذا الصدد، واستقرت احكامه عليها، واكثر الدراسات التي تنصب على احكام القضاء، تكون حال تغير اتجاه استطراد القضاء، او الرجوع عن ما هو مستقر عليه اتجاهه في مسائل معينة، فنجد أن هذا التغير و/ او الرجوع عن ما هو مستقر، يشكل حالة مثالية للدراسة لمعرفة الغاية والاهداف والأسباب والدوافع... الخ، التي حذت في القضاء لتغيير اتجاهه الذي استقر عليه، لا بل فأن كل مما ذكرت قد يشكل حالة منفردة للدراسة والبحث.

ولا بد للتعليق على أحكام القضاء ودراستها، ان يطلع الدارس لهذا الامر على أحكام القضاء اذا كانت متعلقة في احكام القضاء بهذه الدولة، ليتسنى له معرفة اتجاه القضاء في النقطة مثار البحث او الدراسة، وهذا الامر غير متاح لنا بتعليقنا على الحكم الذي نحن بصدده، كما لا بد للدارس لأحكام القضاء أن يكون على معرفة ودراية بالقوانين التي يستند عليها القضاء، اي قوانين البلد محل الدراسة. وفي تعليقنا على حكم محكمة النقض الفلسطينية هذا، نُشير بأنه لم تتح الفرصة لنا للإطلاع على الإتجاه الذي يسير عليه القضاء لدى هذه المحكمة، ولكن الإتجاه السائد لديه يسير على هدي اتجاه محكمة التمييز في الاردن، لا سيما وان القوانين المعمول بها لديه هي ذات القوانين الأردنية، وسوف ندرس موضوع القرار على هذا الأساس.

وبداية اشير الى أن الغاية من التعليق ليس للتجريح، و/ او البحث عن العيوب في حكم المحكمة

اية محكمة كانت، فإذا كان هدف الدراسة هو البحث فقط عن العيوب وإظهارها، فتكون الدراسة هي بحد ذاتها معيبة، كون هدفها للتشويه ليس الا، وهذا ما نرجوه من الدارسين لأحكام القضاء ان يتحرروا الدقة والموضوعية في دراسة احكام القضاء، وان تكون الغاية والهدف هو تحري الموضوعية، والبحث عن الحقيقة وتحقيق العدالة، والتي تعد نسبية والعدل المطلق صفة ينفرد بها الخالق عز وجل، ومن هذا المنطلق وكون القاضي انسان «والأنسان خلق من النسيان»، وهو بشر قد يخطئ وقد يصيب، يمكن ان يتعرض حكم القضاء للنقد، وهذا الامر لا يتقص من احكام القضاء وانما يقوها ويسندها اذا كان النقد موضوعياً، ومبني على أسس واهداف يقصد منها توسيع دائرة المعرفة وتصحيح الأخطاء ان وجدت، ويكون هذا بحد ذاته فضيلة يحمد صاحبها، كون النقد للنقد فقط لا يحقق اية فائدة ترجى في هذا الصدد.

وسنعرض للحكم الذي نحن بصدهه تالياً:

### اولاً: الوقائع

1. احالت النيابة العامة المدعو س. م. م. ا. بتهمة بجرم الفساد، سندا للمواد 1، و 25 من قانون الفساد، والمتمثل بتهمة اختلاق الجرائم وفقاً للمادة 209 من قانون العقوبات، وطلب وقبول الرشوة وفق حكم المادة 171 من قانون العقوبات.
2. سجلت الدعوى بالرقم 9/ 2013، ونظرت من قبل محكمة جرائم الفساد، حيث اصدرت حكمها فيها، وتضمن الحكم بإدانته بجرم طلب وقبول الرشوة، وبجرم الفساد، إعمالاً لنص المواد 171 و 209، من قانون العقوبات، وإعلان براءته عن باقي التهم.
3. هذه الوقائع تم استخلاصها من قراري محكمة الاستئناف، حيث لم يتم تزويدنا بلائحة الإتهام، وحكم محكمة الدرجة الأولى ليتسنى لنا من تكوين صورة كاملة عن موضوع الدعوى.
4. لم يرتضي المتهم بحكم محكمة الدرجة الاولى، وطعن بحكمها لدى محكمة الاستئناف، حيث سجلت الدعوى لديها بالرقم 142 / 2016، حيث اصدرت قرارا تضمن بفسخ حكم محكمة الدرجة الاولى، وباعتبارها محكمة موضوع قامت بإعادة وزن البينة، وقررت بالنتيجة ان بينات النيابة غير كافية لإدانة المتهم بتهمته طلب الرشوة وقبولها واختلاق الجرائم، واعلنت براءة المستأنف.

5. لم تقبل النيابة بحكم محكمة الأستئناف، حيث تقدمت بالطعن بحكمها بدعوى النقض رقم 315 / 2016، والتي اصدرت حكماً قطعياً يقع على 7 صفحات، مفاده برد الطعن المقدم من النيابة، وايدت بالنتيجة حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 3 / 11 / 2016.

### ثانياً: اجراءات التقاضي

لقد مر الحكم بمراحله الثلاث، وذلك كما يلي:

- محكمة الدرجة الاولى قضى بالأدانة.
  - محكمة الاستئناف فسخت حكم محكمة الدرجة الاولى، وقضت بالبراءة.
  - صدقت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف.
- وحيث ان الحكم الذي يكون محل الدراسة والتمحيص والتعليق، هو الحكم الذي استغرق مراحله، واكتسب الدرجة القطعية بصدور قرار فاصل في النزاع المعروف على القضاء من محكمة التمييز او النقض، وذلك يكون حكم القضاء الصادر عنها المرجع الذي يسير على هديه القضاء في تفسير النصوص القانونية، ولكن هذا الامر ليس ملزم للقضاة في اصدار احكامهم.

### ثالثاً: مشتملات حكم محكمة النقض

1. الهيئة الحاكمة: لقد صدر حكم النقض محل التعليق عن هيئة خماسية، اي ان القرار و/ او الحكم صادر عن هيئة عادية لمحكمة النقض، فهو ليس قرار هيئة عامة.

2. اطراف الدعوى:

أ. (الطاعن) النيابة العامة: وهي التي تقدمت بالطعن على حكم محكمة الأستئناف، التي قضت بفسخ حكم محكمة الدرجة الاولى، واعلنت الحكم بالبراءة للمستأنف.

ب. (المطعون ضده) سامي ابو كامل / وكيله المحامي الأستاذ حاتم شاهين.

3. لقد انصب الطعن على نقاط رئيسية ثلاث هي:

أ. تخطئة محكمة الأستئناف في اعمال نص المادة 209 من قانون الاجراءات الجزائية .

ب. تخطئة محكمة الإستئناف بتفسيرها للمادة 207 من ذات القانون.

ج. تخطئة محكمة الأستئناف بوزن البينة باعتمادها خبرة دون اخرى.

4. خلاصة حكم محكمة النقض: لقد قضى حكم النقض بما يلي: «بعد التدقيق والمدوالة، وحيث

ان الطعن مستوف لاوضاعه القانونية، تقرر المحكمة قبوله شكلاً».

وفي الموضوع، وما تفيد به اوراق الدعوى بأن المطعون ضده المتهم أُحيل الى محكمة جرائم الفساد من قبل النيابة العامة عن تهمة واردة في لائحة الاتهام، والتي أصدرت حكماً بتاريخ 2016 / 2 / 24، تضمنت ما ورد في متن الحكم المستأنف.

لم يقبل المطعون ضده المتهم بحكم محكمة جرائم الفساد، وتقدم بالطعن الاستئناف رقم 2016 / 142، والذي قضى بتاريخ 2016 / 5 / 15 بقبول الاستئناف موضوعاً، وإلغاء الحكم المستأنف، واعلان برائته مما نسب له.

لم ترض النيابة العامة بحكم محكمة استئناف رام الله، فتقدمت بالطعن المائل للأسباب الواردة فيه. ونحن وبإنزال حكم القانون على الواقع، والرغوع لأوراق الدعوى والقرار الطعين وأسباب الطعن، وحول وجه الطعن المتمثل بخطأ محكمة الاستئناف بعدم الاخذ ببينة الفيديو، وهو اعتراف المتهم على اخر ما تم مناقشته مع الخصوم، وان افادة المتهم (فؤاد سعد) المبرزن / 4 تصلح للادانة، كونها تأيدت ببينة اخرى.

بما ان محكمة الاستئناف أشارت تحديداً الصريح المادة 209 من قانون الاجراءات الجزائية النافذة، والتي تنص: «لا بد ان يتهم بناء على اقوال متهم اخر الا اذا وجدت بينة اخرى تؤيدها واقتنعت المحكمة بها»، والبينة الاخرى التي اعتمدها المحكمة هي تصوير الفيديو، الامر الذي نوافقها عليه لكون تصوير الفيديو لا يؤخذ به في معرض البينة، الا اذا تساندت معه بينة كاملة، وليست إفادة المتهم الثاني وهو نفسه صاحب التصوير، ومن قام به علماً انه ذكر في افادته (وختمت باعطاء المبلغ له على انه قرضه وليس كرشوة)، ثم ان المتهم الثاني عاد عن اقواله امام المحكمة بعدم صحة واقعة طلب الرشوة، وان المبلغ عبارة عن قرض عشرون الف شيقل.

ونحن إذ نجيب عن هذا الوجه من اوجه الطعن، ان ليس لمحكمة النقض ان تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدمه الخصوم لقاضي الموضوع من الدلائل، على اساس القرائن والاحوال باثبات وقائع الدعوى او نفيها، تأخذ المحكمة في حال القناعة وتطرحة في حال عدم القناعة، اذا تطرق لديها الشك الا وجدانها، ولا يُستثنى من هذه القاعدة الا صورة واحدة هي ان تثبت المحكمة مصدراً للواقعة التي استخلصتها تكون وهمية، ويعترها الكذب والشك

ولا وجود لها أو موجودا، ولكن يناقض لما اثبت او غير مناقض، ولكنه يستحيل عقلا استخلاص الواقعه منه كما فعلت هي .. وعليه، نجد ان هذا الوجه غير وارد، ويتعين رده.

اما بخصوص وجه النعي المتعلق بصريح المادة 207 من قانون الاجراءات الجزائية النافذ، حيث ان محكمة الاستئناف أجابت عن هذا الوجه بقولها: «إن إفادة المتهم الثاني أمام النيابة العامة والتي اعتمدها في حكمها بالإدانة عاونها المتهم الثاني، وأن هذه البيئة هي التي تمت المناقشة حولها بصورة علنية أمام الخصوم، وأن محكمة الإستئناف خلصت إلى أن حكم محكمة جرائم الفساد يعتريه القصور وغير مؤسس على سند وخارج عن إطار صريح المادة 207 من القانون، وبالتالي نجد أن ما توصلت إليه محكمة الإستئناف واقع في محله ولا تثريب عليها وأن هذا الوجه مرفوض».

وحول وجه الطعن المائل المتعلق بنسبة 10% من تحصيل الديون، لما كانت محكمة الاستئناف قد اعملت وظيفتها الاساسية، وهي اعادة النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية، وقامت بإعمال المادة 342 من قانون الاجراءات الجزائية النافذ، والتي تنص: (إذا كان الاستئناف مرفوعا من النيابة العامة فللمحكمة ان تؤيد الحكم او تلغيه او تعدله سواء ضد المتهم او لمصلحته)، وكان حكمها متفقاً وصحيح القانون والسوابق القضائية، وان لها سلطة بالأخذ بما تطمئن له من الاوراق وطرح ما عداها، طالما ان حكمها قام على اسباب سائغة ومستخلصة بوجه سليم من البيئات المطروحة من وقائع الدعوى يستتوجبه حكم القانون الذي انزله على تلك الوقائع، وانها نعتة النيابة العامة على هذا الوجه تقوم على امور موضوعية بحته، ولها سلطة بحثها وتقديرها ما يقوم عليها من الادلة فتبثها او تنفيها بدون ان يكون لقضائها معقب من رقابة محكمة النقض، ما دام انه لا يوجد ثوابت من الظروف المادية التي استبعدتها والنتيجة التي استخلصتها.

و حول وجه الطعن المتعلق بتقرير الخبرة الفنية المتعلقة بالجهاز، والمعد من قبل الخبير ان المكلفان من محكمة الموضوع، ونحن اذ نجيب تحديدا على هذا الوجه ان تقدير الخبير وتقريره يعتبر من البيئات، وان الاستناد عليه يدخل في صلاحية محكمة الموضوع التقديرية، وان محكمة الموضوع غير ملزمة بالاخذ به طالما لم تطمئن له.

ولا سبيل لمحكمة النقض ان تتدخل في قناعة محكمة الاستئناف بوصفها محكمة موضوع، بتقرير الخبراء الذين قدموا التقرير، والذي يعتبر بالنتيجة من البيئات العائدة لها، وان هذا الوجه غير وارد ويتعين رفضه.

فاذا كان من الثابت أن محكمة الاستئناف توصلت الى النتيجة من واقع ما عرض، وقدم بأوراق الدعوى والتي لم تتمكن النيابة من اثباتها قانوناً، وحيث ان محكمة الاستئناف الغت حكم محكمة اول درجه لمخالفتها ما هو ثابت في اوراق الدعوى، وأهدرت النتيجة التي توصلت اليها من خلال تأسيسها على قضائها، تكون محكمة الاستئناف قد طبقت صحيح القانون، ولم تخطئ في تأويله وتفسيره، ويكون الطعن المائل مقدم على غير اساس من القانون يستوجب رده، لذلك، تقرر المحكمة رد الطعن موضوعاً.

تنويه: اشير بأن الفقرة الحكمية من قرار محكمة النقض اعلاه تم نقلها من متن القرار، كما وردت فيه بحرفيتها.

#### رابعاً: التعليق على الحكم:

##### 1: اللغة

اللغة التي صيغ بها القرار جاءت ركيكة وضعيفة، ولم يخل الأمر من الأخطاء الإملائية واللغوية، ولم يتم تدقيق القرار قبل طباعته، ولقد جاءت كثير من العبارات غير مترابطة ومبهمة حتى على ذوي الإختصاص، وهذا الأمر رغم عدم مساسه بالجوهر، الا انه يجب مراعاته والعمل على تلافيه.

##### 2: الشكلية

لم يراع في القرار الناحية الشكلية التي يتم بها صياغة القرار، من ترتيب يستوجب ان يراعيها الحكم، وهي معروفة لكل من عمل في القضاء والمحاماة، وانعكس هذا الأمر وعدم مراعاته على القرار وتداخلت مع بعضها البعض، واشير الى نقطة من هذه الناحية، ألا وهي معالجة المحكمة لأسباب الطعن، حيث يتوجب على المحكمة ان تجيب الطاعن على اسباب طعنه، وعلى كل سبب على حدى، واذا تكررت الأسباب يمكنها الاجابة على هذه الاسباب في بند واحد، ولم يتم مراعاة هذا الأمر في القرار الذي نحن بصددده.

##### 3: النصوص القانونية

لم يراع الدقة بالنصوص القانونية التي اشارت لها المحكمة، واستندت عليها في حكمها، حيث بمراجعة هذه النصوص القانونية لم تراعى الدقة بها كما وردت في القرار، وعلى المحكمة حين بناء

حكمها على نص بالقانون، وأرادت ان تورد النص ان تراعي صحة هذا النص كما ورد في القانون.

#### 4: معالجة اسباب النقض

ان اهم نقطة في القرار هي معالجة اسباب الطعن من الناحية الموضوعية، وهي التي تشكل جوهر القرار ومحاسنه وعيوبه ان وجدت، واشير الى ان محكمة النقض عالجت اسباب النقض، والتي يمكن اجمال اسبابه إلى ثلاثة نقاط رئيسية، وكما اسلفنا في البداية وهي التي تعيننا كقضاة ورجال قانون ومحامين ودارسين لأحكام القضاء.

- لقد طعنت النيابة بحكم محكمة الاستئناف بذريعة انها خالفت منطوق النصوص القانونية، وانها لم تأخذ بالخبرة الفنية التي اجرتها النيابة، وان حكمها جاء مغاير لهذه الخبرة، وانها اخطأت في اعلان براءة المتهم وعدم الحكم بالتعويض 10%، وان المحكمة لم تراعى بأن اعتراف متهم على متهم اذا ما تأيد في بيئته يعد بيئته صحيحة صالحة للحكم، وبالنتيجة تدين المطعون ضده.
- وباستعراض حكم محكمة النقض نجده قد عالج اسباب الطعن معالجة سليمة وابين ذلك فيما يلي :-

1. لقد أصابت في معالجة الطعن باعتبار ان تصوير الفيديو من قبل المتهم الاخر، والذي اعترف على المطعون ضده وايد اقواله بأنه قام بتصويره بالفيديو، وبمعزل عن الخبرة الفنية ووقت حصول التصوير، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هل ينطبق حكم هذا النص بأن تصوير الفيديو يعد بيئته مؤيدة لاقوال هذا المتهم، وخاصة انها صادرة عنه، فإن هذا الامر يعد هدرا للنصوص واخراجها عن الغاية منها، لا بل وان حصل فهو فساداً بالاستدلال، وحيث قضت بذلك محكمة الاستئناف وايدتها محكمة النقض، فإن حكمها يكون قد اعاد الامور الى نصابها، وحكمها جاء موافقا لما هو مستقر عليه أحكام القضاء بهذا الصدد.

2. لقد جاء حكمها موافقا للمبادئ العامة من ان محكمة النقض لا رقابة لها على محكمة الموضوع في وزن البيئته، طالما ان اسخلاصها للبيئات جاء بموجب الصلاحية الموضوعية لمحكمة الاستئناف، ولا معقب لمحكمة النقض عليها في هذا الامر.

3. من البديهي ان المحكمة اذا وجدت ان البيئات المقدمة من النيابة لا تؤدي لإدانة المتهم، فإنها تقرر عدم المسؤولية و/ او البراءة حسب كل حالة، وكما عالجتها النصوص القانونية،



وكان من الاجدر ان ترد محكمة النقض الطعن المنصب على هذا السبب كونه لا يصلح سببا للطعن، وهذا الامر ينطبق على تقرير الخبرة باعتبارها من الامور الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع، وكان استخلاصها لهذه الامور استخلاص سائق فلا معقب لمحكمة النقض عليها بهذا الصدد.

**الخلاصة:** لقد جاء حكم محكمة النقض موافقا للأصول والقانون، -رغم كل ما اوردناه من ملاحظات فالغاية هي الفائدة ليس الا-، وقد اصابت كبد الحقيقة في حكمها هذا وسارت على هدي ما هو مستقر عليه القضاء، من حيث ان محكمة الموضوع تستقل في وزن البيئة دون معقب عليها، وحسناً فعلت حينما اقرت محكمة الاستئناف على تفسير المادة 2 / 148 من الاصول الجزائية، والتي نصها «يجوز الاعتماد على اقوال متهم .... اذا وجدت قرينة اخرى تؤيدها..»، حيث لم تعتبر تصوير الفيديو بمثابة بيئة اخرى، طالما ان المتهم الاخر هو الذي قام بهذا الفعل، ولقد راعى حكم محكمة النقض ومن قبلها المبدأ العام بأن الشك يفسر لمصلحة المتهم، ويمكن استخلاص هذا المبدأ من مجمل القرار لا بل هو الخلاصة لهذا التعليق.

## تعليق الاستاذ مصطفى قاسم

مدير نيابة - النيابة العامة المصرية / مصر

تخلص وقائع الطعن في أن المتهم قُدم للمحاكمة الجنائية أمام محكمة جرائم الفساد وذلك لإرتكابه الجرائم المنصوص عليها في المادتين 1، 25 من قانون الفساد رقم 1 لسنة 2005، والجريمة المنصوص عليها في المادة 209 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 وهي جريمة اختلاق الجرائم، وجريمة الرشوة المؤثمة بالمادة 171 من قانون العقوبات.

- قُضي بحبس المتهم ثلاثة أشهر عن تهمة اختلاق الجرائم، وسنة والغرامة مائة دينار عن تهمة طلب وقبول رشوة، وألف دينار نفقات محاكمة.

- لم يلق الحكم الصادر من محكمة جرائم الفساد قبولاً لدى المتهم، فطعن عليه بالإستئناف أمام الدائرة الجزائية بمحكمة استئناف رام الله، فقُضي بقبول الإستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبراءة المتهم.

- تقدمت النيابة العامة بطعن على الحكم الصادر من محكمة إستئناف رام الله أمام محكمة النقض، واستندت في طعنها لأسباب نوجزها فيما يلي:

أ) الخطأ في تطبيق القانون وذلك إستناداً إلى عدم الأخذ بتصوير الفيديو كبينة متممة لإعتراف المتهم الثاني على المتهم الأول، وطرحه الدليل المستمد منها بالمخالفة لنص المادة 209 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

ب) خلو الحكم من أسبابه الموجبه رغم ثبوت الأدلة القانونية الصالحة للإدانة، على حد تعبير مذكرة النيابة العامة.

ج) مخالفة القانون والخطأ في تأويله وتفسيره بطرح إعتراف المتهم الثاني على المتهم الأول بالمخالفة لنص المادة 207 من قانون الإجراءات الجزائية، وأسباب أخرى قوامها عدم تعويل الحكم الطعين على أدلة الإتهام المقدمة بأوراق الدعوى.

- وقد قضت محكمة النقض برد الطعن موضوعاً، وذلك بعد أن قامت بتنفيذ أسباب الطعن.
  - وبعد أن فرغنا من عرض موجز لوقائع الطعن محل التعليق ننتقل لبيان المبادئ التي يثيرها:
  - مدى جواز اعتبار اعتراف المتهم على متهم آخر دليلاً من أدلة الدعوى الجنائية.
  - مشروعية الأدلة الجنائية.
  - حرية القاضي الجنائي في الإقتناع.
  - نطاق رقابة محكمة النقض على الإقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.
- وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

- مدى جواز إعتبار اعتراف متهم على متهم آخر دليلاً من أدلة الدعوى الجنائية
- ارتكزت النيابة العامة في أسباب طعنها على الحكم الصادر من محكمة إستئناف رام الله، أنه قد خالف القانون حينما لم يعول على اعتراف المتهم الثاني على الأول بتحقيقات النيابة العامة، وعزز من ذلك تصوير الفيديو المعد لهذا الإعتراف، وإستندت النيابة العامة في هذا المطنع إلى نص المادة 209 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطينية الذي يميز الإعتقاد على أقوال متهم على اخر بشرط توافر أدلة أخرى تعضدها واقتنعت بها المحكمة<sup>1</sup>. والجدير بالذكر، أن هذا النص لا نظير له في القانون المصري وهو يدعونا إلى تحليله.
- فيامعان النظر في النص آف البيان، يتضح أن المشرع الفلسطيني اعتبر أن اقوال المتهم الآخر لا تعدو وأن تكون إستدلالاً، لا يجوز الإستناد لها في إدانة المتهم، إلا إذا وجدت أدلة أخرى من أوراق الدعوى تساندها وتطمئن المحكمة اليها.
- فالأصل وفقاً للنص سالف البيان، أن أقوال متهم على آخر لا تعد دليلاً ولا يجوز الإستناد اليها في الوصول لإدانة المتهم، فهي ليست بإعتراف، إذ أن أول شروط الأعتراف أن يصدر الإعتراف من المتهم على نفسه، بأنه هو الذي ارتكب الجريمة، وذلك عقب توجيه التهمة إليه، وذلك عملاً بحق المتهم في مواجهه التهمة المنسوبة إليه نفاذاً لنص المادة 54 من الدستور المصري والمادة 123

1 تنص المادة 209 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2001 على أنه: «لا يدان متهم بناءً على أقوال متهم آخر إلا إذا وجدت بينه أخرى تؤيدها واقتنعت المحكمة بها، ويحق للمتهم الآخر مناقشة المتهم الذي صدرت عنه هذه الأقوال في أقواله».

1 / من قانون الإجراءات الجنائية المصري والتي تقابلها نص المادة 96 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني<sup>1</sup>.

ومن ثم فإن أقوال متهم على آخر أو ما درج على تسميته إقرار متهم على آخر لا يعتبر إقراراً، إذ أنه مجرد نسب متهم لآخر مساهمته معه في ارتكاب الجريمة سواء بصفته فاعلاً أو شريكاً، كما أن أقوال متهم على آخر لا تعد من قبيل الشهادة، لأنها صادرة دون حلف يمين وهو شرط رئيسي للإطلاق وصف الشهادة على أية أقوال<sup>2</sup>، والواقع أن أقوال متهم على آخر هي أضعف أنواع الإستدلالات في الدعوى الجنائية فلا يجوز الإعتماد عليها دون وجود أدلة تدعمها.

ولهذا، فإننا نرى أنه حسناً فعل المشرع الفلسطيني حين عالج هذا الأمر بنصه صراحة على عدم جواز الأخذ بأقوال المتهم على آخر، إلا إذا وجدت أدلة أخرى تؤيدها وتضمن إليها المحكمة، وهو

1 تنص الفقرة الثانية من المادة 54 من الدستور المصري على أنه: «ويجب أن يبلغ فوراً كل من تقيده حريته بأسباب ذلك، ويحاط بحقوقه كتابة، ويمكن من الإتصال بذويه وبمحاميه فوراً، وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقيده حريته»، وتنص الفقرة الأولى من المادة 23 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن: «عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق، يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر» ويقابل هذا النص المادة 96 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني والتي تنص على أن «يجب على وكيل النيابة عند حضور المتهم لأول مرة إلى التحقيق أن يتثبت من هويته وإسمه وعنوانه ومهنته ويستجوبه بالتهمة المنسوبة إليه ويطلبه بالإجابة عليها، ويخطر أنه من حقه الإستعانة بمحام...». وفي بيان شروط الإقرار تنص المادة 214 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أنه: يشترط لصحة الاعتراف ما يلي:

1. أن يصدر طواعية واختياراً، ودون ضغط أو إكراه مادي أو معنوي أو وعد، أو وعيد.
2. أن يتفق الاعتراف مع ظروف الواقعة.
3. أن يكون الاعتراف صريحاً قاطعاً بارتكاب الجريمة.

كما تنص المادة 215 على أن «الاعتراف من طرق الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة». وتقرر المادة 216 أن: «تقتصر حجية الاعتراف على المتهم الذي صدر عنه دون سواه، مع مراعاة أحكام المادة 215 من هذا القانون».

ويراجع في شروط الاعتراف د/ عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية 2015 ص 167 وما بعدها، د/ محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - طبعة 1988 ص 302 وما بعدها، د/ أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الكتاب الأول - طبعة 2015 نادى القضاة - ص 524 وما بعدها.

2 انظر في شروط الشهادة كدليل في الإثبات الجنائي على سبيل المثال د/ عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص 1715 وما بعدها، د/ محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - طبعة 1988 ص 297 وما بعدها، د/ أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الكتاب الأول - طبعة 2015 نادى القضاة - ص 501 وما بعدها.

ما يدعوننا إلى حث المشرع المصري بأن يحدو مثل هذا المنحى، سيما وأن التطبيقات القضائية لمحكمة النقض المصرية تميز الإعتدال على أقوال متهم على آخر وحدها في إدانة المتهم دون أن تساندها أدلة أخرى. وهذه التطبيقات القضائية محل نظر، إذ أنها تتناقض مع مبدأ وجوب أن يستمد القاضي قناعته في الدعوى المطروحة أمامه من الأدلة المقدمة، فهذه الأقوال لا تعد دليلاً، فهي ليست بإعتراف أو بشهادة كما أسلفنا، ويعزز من ذلك أن هذه التطبيقات ذاتها أقرت أن تلك الأقوال يشوبها التعارض بين مصلحة المتهمين<sup>1</sup>.

ونخلص مما تقدم، أن المشرع الفلسطيني أقر قاعدة عدم جواز الإعتدال على أقوال متهم على متهم آخر في الإدانة، إلا إذا وجدت أدلة أخرى في الدعوى تؤيد تلك الأقوال وتطمئن إليها المحكمة، وهذا يعني ضرورة أن يتوافر شرطين أساسيين للأخذ بهذه الأقوال في حالة وجود دليل أولها أن يتوافر في الدليل مقوماته القانونية، وثانيهما أن تطمئن المحكمة لهذا الدليل.

ويانزال ما تقدم على وقائع الطعن محل التعليق، فإننا لا نتفق مع الطعن المقدم من النيابة العامة من أن محكمة الاستئناف قد أخطأت في تطبيق القانون حين رفضت اعتبار تصوير الفيديو بينة معضدة لإعتراف المتهم الثاني على المتهم الأول.

فهذا الوجه من أوجه الطعن قد أساء فهم نص المادة 209 من قانون الإجراءات الجزائية، فهذا النص وكما أسلفنا يقرر عدم جواز الإعتدال على أقوال متهم على آخر، إلا بتوافر شرطين أولهما وجود دليل وثانيهما إقتناع المحكمة وإطمئنانها له، ومن ثم يجوز للمحكمة طرح هذه الأقوال حتى مع فرض وجود دليل معزز لها، مادامت لا تقتنع به وهو الأمر الذي تناولته محكمة الاستئناف بمزيد من التفصيل حينما قررت أنه لا يمكن الإعتدال على الفيديو كدليل، لأن القائم به هو المتهم الثاني مدلى بإعترافاته قبل المتهم الأول.

1 وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه: «لا يشترط في الإعتدال بأقوال متهم على متهم آخر أن تسانده أدلة أخرى في الدعوى، فلمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في الأخذ بإعتراف المتهم في حق نفسه وعلى غيره من المتهمين متى إطمأنت إلى صحته ومطابقتها للحقيقة والواقع، ولو لم يكن معززاً بدليل آخر» نقض 1988/6/2 مجموعة أحكام النقض س 39 ص 741 رقم 111.

كما قضت محكمة النقض بأن «قول متهم على متهم شهادة وللمحكمة التعويل عليها في الأوراق حتى ولو سمعت على سبيل الاستدلال وبغير حلف يمين»،  
نقض 1996/9/25 مجموعة أحكام النقض س 47 ص 878 رقم 127.

كما أن أقواله ضد المتهم الأول قد عدل عنها حال مناقشة هذا الدليل أمام محكمة أول درجة، أي أن أقوال المتهم الثاني أو اعترافاته التي تعول عليها النيابة قد تم العدول عنها أمام المحكمة، وهو عدول إقتنعت إليه المحكمة ومن ثم فلا محل للقول بوجود اعتراف منه قبل المتهم الأول من الأساس بعد ما تم العدول عنه.

وقد تناولت محكمة الإستئناف هذا الأمر بتفصيل، وإستندت لنص المادة 207 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الذي يقر مبدأ مواجهة الخصوم ومناقشة الأدلة فينص على أن: «لا يبني الحكم إلا على الأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة والتي تمت مناقشتها في الجلسة بصورة علنية أمام الخصوم»، ومن ثم فإننا نتفق مع ما ذهب إليه محكمتي الإستئناف والنقض بشأن هذا الدفع، مع ملاحظة أنه كان يتعين على حكم الإستئناف بحث مدى مشروعية الدليل المستمد من تصوير الفيديو.

#### ■ مشروعية الأدلة الجنائية:-

إن حرية القاضي في تكوين عقيدته من الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى تتقيد بضرورة مراعاة توافر شروط وضمانات معينة في الدليل، وأهم هذه الشروط أو القيود هو إحترام الأصول العامة للمحاكمات الجنائية مثل مشروعية الدليل وضرورة مواجهة الخصوم به، وألا يكون محظوراً على القاضي الالتجاء إليه، فضلاً عن أن هناك أدلة أعطاها القانون قوة معينة في الإثبات يلتزم القاضي بإحترامها، ومن أهم هذه الضوابط هو مشروعية الدليل إذ أن قوام الدولة القانونية هو أن تلتزم مؤسساتها بالقواعد القانونية الحاكمة لكافة مناحي الحياة فيها، ولا شك أن أولى هذه المؤسسات وجوباً في إحترام القواعد القانونية هي المؤسسات القائمة على ملاحقة الجريمة وتقديم مرتكبيها للمحاكمة .

والقاعدة أنه: «لا تهتم التشريعات في النظم القانونية المقارنة بصفة عامة، بوضع نظرية لمشروعية الدليل الجنائي، بل أن تلك النظم تختلف فيما بينها في تقدير القيمة القانونية للدليل غير المشروع، والمتفق عليه في تشريعات النظام اللاتيني - كحد أدنى - أنه يشترط لكي يمكن للقاضي الإعتماد على دليل معين أن يكون قد تم الحصول عليه بطريقة مشروعة»<sup>1</sup>، وقد أكدت المواثيق الدولية

1 « عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص 1643 ، وللمزيد من التفاصيل حول حجية الأدلة غير المشروعة أنظر على سبيل المثال: د/ أحمد عوض بلال - قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة دار النهضة العربية، د/ أحمد ضياء الدين خليل مشروعية الدليل في المواد الجنائية رسالة الدكتوراه - عين شمس 1982 ».

والدساتير والنصوص التشريعية في القوانين الإجرائية على ضرورة الإلتزام بمشروعية الدليل<sup>1</sup>. ويقصد بمشروعية الدليل - في رأينا- التقيد في الحصول عليه بمراعاة الضمانات التي كفلتها النصوص الدستورية والتشريعية في إحترام الحقوق والحريات، وكذا إتباع الطرق التي رسمها القانون للحصول عليه.

فإذا ما تم الحصول على الدليل بشكل يخالف هذين الضابطين عُدد دليلاً غير مشروعاً يتعين تنحيته من أوراق الدعوى والإلتفات عنه، فالتعويل عليه لا يعد فحسب مخالفاً للنصوص القانونية بمفهومها العام، وإنما يمس مقومات الدولة القانونية في مفهومها المعاصر بما يوجب من ضرورة أن تنفيذ كافة سلطاتها حال ممارستها لأنشطتها بالقواعد القانونية الحاكمة في كافة مناحي الحياة.

وقد أوردت نصوص الدستور المصري العديد من الضمانات الإجرائية لصيانة حقوق وحريات الأفراد<sup>2</sup>، ومن ثم فيجب التقيد بكافة تلك الضمانات حال الحصول على الأدلة الجنائية.

وجاءت نصوص قانون الإجراءات الجنائية لتهتم بوضع تنظيم للإجراءات الماسة بالحرية الشخصية، إلا أن القانون لم يعط لكافة هذه الإجراءات ذات الأهمية، فمنها من رتب على مخالفته البطلان النسبي، ومنها من رتب على مخالفته البطلان المطلق.

1 «ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة على أنه: «يحظر إخضاع أي فرد للتعذيب، ولا لعقوبات أو وسائل معاملته وحشية أو غير إنسانية أو حاطه من الكرامة البشرية»، كما نصت المادة الثامنة عشر منه على أن: «يحظر تعريض الفرد لتدخلات تحكومية في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولكل شخص الحق في حماية القانون له ضد مثل هذه التعديلات».

2 ومن أمثلة النصوص التي تكفل صيانة الحقوق والحريات الفردية في الدستور المصري نص المادة 54 منه والتي تنص على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعي، ومضمونه لا تمس، وفيها عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه، أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق. ويجب أن يبلغ فوراً كل من تقييد حريته بأسباب ذلك، ومحاط بحقوقه كتابة، ويمكن من الإتصال بذويه ومحاميه فوراً، وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته. ولا يبدأ التحقيق معه إلا في حضور محاميه، فإذا لم يكن له محام، ندب له محام، مع توفير المساعدة اللازمة لذوى الإعاقه، ووفقاً للإجراءات المقررة في القانون.

ولكل من تقييد حريته ... حق التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء، والفصل فيه خلال اسبوع من ذلك الإجراء، وإلا وجب الإفراج عنه فوراً».

وفي بيان حماية حرية التنقل تنص المادة 62 من الدستور على أنه: «حرية التنقل والإقامة، والمهجرة مكفولة، ولا يجوز إبعاد أى مواطن عن إقليم الدولة، ولا منعه من العودة إليه، ولا يكون منعه من مغادرة إقليم الدولة، أو فرض الإقامة الجبرية عليه، أو حظر الإقامة في جهة معينة عليه، إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، وفي الأحوال المبينة في القانون».

وقام الفقه والقضاء بإرساء معالم فكرة مشروعية الدليل مستعينين في ذلك بالنصوص الدستورية والتشريعية والمواثيق الدولية، وذلك في ضوء تحقيق التوازن بين إحترام الحقوق والحريات الفردية وبين فعالية عقاب المذنب وفقاً للسياسة التشريعية في التجريم والعقاب.

ومن ثم فإن القاضي لا يجوز له استناداً لمبدأ حرّيته في تكوين عقيدته من دليل أن يستند لدليل تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة، ولو كان الدليل صادقا، فلا يجوز الإستناد إلى إعتراف صدر أثر ضغط أو إكراه على المتهم أياً ما كان قدره، أو التعويل على دليل حصل من تفتيش باطل، أو أقوال ناتجة عن محادثة تلفونية تمت خلصة دون مراعاة الضمانات التي يتطلبها القانون.

وقد أكدت التطبيقات القضائية لمحكمة النقض المصرية عدم جواز الاستناد إلى دليل تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة استناداً لمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته.

وفي ذلك، قضت محكمة النقض بأنه: «لما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الدفع بطلان القبض وما يترتب عليه هو من أوجه الدفاع الجوهرية التي يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه متى كان الحكم قد عول في قضائه بالإدانة على الدليل المستمد منه، وأنه لا يكفي لسلامة الحكم أن يكون الدليل صادقا متى كان وليد إجراء غير مشروع وإذ كان ذلك، وكان دفاع الطاعنه - على السياق آنف الذكر - يعد دفاعاً جوهرياً من شأنه إن صح أن يغير وجه الرأي في الدعوى اعتباراً بأنه إذا كان القبض على الطاعنه باطلاً لوقوعه في غير الحالات التي يبيها القانون، فإن التفتيش الواقع عليها بإذن من النيابة العامة، وهي مقبوضاً عليها قبضاً باطلاً، يكون متصلاً به ومتفرعاً عنه، يستطيل ويبطل بدوره الدليل المستمد مما أسفر عنه التفتيش، لأنه لم يكن ليجد أو ما كان ليتصور له قيام لولا وقوع القبض الباطل، لما كان ذلك فقد كان على الحكم المطعون فيه أن يعني بالدفاع ذلك ويمحصه ويقسطه حقه وأن يصل به إلى غايته، فإن تبين صحته، تحتم عليه ألا يأخذ بالدليل المستمد من التفتيش لأنه وقع متفرعاً عن قبض باطل أسلس إليه وإن تبين عدم صحته حق له الإستناد إلى الدليل المستمد من التفتيش بناء على إذن النيابة العامة، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قعد كلية عن الرد على الدفاع هذا، على الرغم من انه إستند في قضائه بالإدانة على الدليل المستمد مما أسفر عنه التفتيش ذاك، وعلى أقوال من أجرياه، فإنه يكون فوق قصوره في التسبب معيباً بالإخلال بحق الدفاع مما يبطله ويوجب نقضه»<sup>1</sup>.



ويُنزَل ما تقدم على الطعن محل التعليق يتضح لنا أن تصوير الفيديو الذي استندت النيابة العامة عليه كدليل معضد لأقوال المتهم الثاني على المتهم الأول، والذي رفضت محكمة الاستئناف الإستناد عليه كدليل للإدانة وفقاً لما سردته بحكمها، إلا أنها لم تتناول فكرة مشروعية الحصول عليه وهو أمر كان من وجهه نظرنا جدير بالعناية. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني نظمت إجراءات مراقبة الأحاديث في مكان خاص دون التطرق لتصوير الفيديو<sup>1</sup>. وجدير بالتنويه في هذا المقام، أن المشرع الفلسطيني كالمشرع المصري لم يسمح سوى بتسجيل الأحاديث التي تجري في مكان خاص، ولذلك يكون مخالفاً للقانون إذا تجاوزت السلطة المختصة ذلك بالإذن بتسجيل اللقاء بين المتهم وغيره من الناس، أي لا يجوز الإذن بتصوير اللقاء، ومن ثم فإن الإذن الصادر به يقع مخالفاً للقانون ويترتب عليه البطلان<sup>2</sup>.

#### ■ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع:-

يسود الإثبات الجنائي نظامان أولهما نظام الأدلة القانونية وفيه يحدد للقاضي سلفاً الأدلة التي يمكنه بمساعدتها معرفة الحقيقة في تقدير قيمه كل منها في الإثبات، وفي هذه الحالة يلزم القاضي بالحكم طبقاً لها والتسليم بها أياً كان إقناعه الشخصي. وكان هذا النظام سائداً في النظم الجنائية منذ الإمبراطورية الرومانية وفي فرنسا قديماً، وكان يعتبر ضماناً للأبرياء وحماية ضد إساءات نظام الإجراءات التتقيبي الذي كان سائداً.

1 تنص المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أن: «( 1 ) للنائب العام أو أحد مساعديه أن يضبط لدى مكاتب البرق والبريد الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود والبرقيات المتعلقة بالجريمة أو لشخص مرتكبها».

(2) كما يجوز له مراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية، وإجراء تسجيلات لأحاديث في مكان خاص بناء على إذن من قاضي الصلح متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة في جناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، ويجب أن يكون أمر الضبط أو إذن المراقبة أو التسجيل مسبباً ولمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً قابلة للتجديد لمرة واحدة.

وتنص المادة 52 من ذات القانون على أن: «يترتب البطلان على عدم مراعاة أي حكم من أحكام هذا الفصل».

2 ولمزيد من التفاصيل حول مدى مشروعية تصوير اللقاء بالصورة انظر على سبيل المثال: د/ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص3، د/ محمد أمين فلاح، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 2009. وجدير بالذكر أن المشرع المصري أيضاً لم ينص على جواز الإذن بالتسجيل للقاء في مكان خاص وإنما يتصرف الإذن إلى الإذن للأحاديث وذلك وفقاً لنص المادتين 95، 206 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

فنظام الأدلة القانونية يلزم القاضي بالبراءة إذا خلت الأوراق من الأدلة التي يتطلبها القانون. ونظرا للنقد الشديد الذي وجه لنظام الأدلة القانونية فقد ساد نظام حرية الإثبات والذي قوامه حرية القاضي في تكوين عقيدته من كافة الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى، مع بعض الضوابط التي تحدد شروط تلك الأدلة وتحمي حريات الأشخاص كأصل البراءة وإلقاء عبء الإثبات على سلطة الإتهام وعدم جواز إجبار متهم على تقديم دليل ضد نفسه، وغير ذلك من الضوابط التي تحكم مبدأ حرية الاقتناع للقاضي الجنائي<sup>1</sup>.

وتكمن الفلسفة من وراء مبدأ الإقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في إلتزامه بالبحث عن الحقيقة في الدعوى المطروحة أمامه، ولكي يتمكن من ذلك يتعين تركه حرا في إختيار عناصر اقتناعه الداخلي دون ان يفرض عليه حججه معينة لدليل.

ويبرر هذا المبدأ أن الإثبات في المواد الجنائية، وعلى عكس الحال في المواد المدنية، يرد على وقائع نفسه ومادية وليس تصرفات قانونية، فالقاضي إذن هو الذي يقدر قيمة الدليل، ويستطيع أن يستخلص منه إدانته المتهم أو برائته تبعا لاقتناعه الداخلي، ولا يتدخل القانون في تحديد قيمة الدليل أو قوته في الإثبات، فكل الأدلة عند القانون سواء ولها نفس القوة في الإثبات، وأى منها من حيث المبدأ يمكن أن يهدم الإثبات الذي ينتج من أي وسيلة أخرى<sup>2</sup>.

على أنه يجب ملاحظة أن مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع لا تعني التحكم، فهذا الإقتناع يجب أن يخضع دائما للعقل والمنطق، والقول بغير ذلك لا يعني سوى التحكم والإستبداد، فالحرية التي يباشرها القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ينظمها القانون في إطار الشرعية الإجرائية، فلا يجوز أن يخالف الضمانات التي حددها الدستور والقانون، والقول بغير ذلك يعني مطلق الإستبداد والتحكم.

1 المزيد من التفاصيل حول نظم الإثبات الجنائي أنظر على سبيل المثال: د/ عبدالرؤف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1621 وما بعدها، د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 422 وما بعدها، د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية مرجع سابق، ص 573 وما بعدها.

2 د/ عبد الرؤوف مهدي - المرجع السابق، ص 1633، المزيد من التفاصيل حول موضوع حرية اقاضى الجنائي في تكوين عقيدته، انظر على سبيل المثال: د . عبد الرؤف مهدي - قيود حرية القاضى الجنائى فى تكوين عقوبته سنة 1982 ، د . محمد عبد الغربى حرية القاضى الجنائى فى الاقتناع اليقبنى واثره فى تسيب الاحكام الجنائية 1996 ، د/ مفيدة سويدان نظرية الاقتناع الذاتى للقاضى الجنائى رسالة دكتوراه 1985 .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن: «لمحكمة الموضوع أن تستخلص صورة الواقعة كما إرتسمت في وجدانها بطريق الإستنتاج والإستقراء وكافة المكينات العقلية، مادام ذلك سليماً متفقاً مع حكم العقل والمنطق»<sup>1</sup>.

وقد أخذ المشرع المصري بنظام حرية إقتناع القاضي فنصت المادة 302/1 من قانون الاجراءات الجنائية على ان: «يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته». وإعمالاً لذلك، قضت محكمة النقض في إحكامها بأن: «القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها والوقوف على مدى علاقة المتهمين ومقدار اتصاهاهم بها، ففتح له باب الإثبات على مصراعيه يختار من طريقه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزيد قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر بمحض وجدانه فيأخذ بما تطمئن إليه عقيدته ويطرح ما لا تروح إليه غير ملزم بان يسترشد في قضائه بقرائن معينه، بل له مطلق الحرية في تقدير ما يعرض عليه منها ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل دعوى وظروفها، بغيته الحقيقة ينشدها انى وجدها، ومن اي سبيل يجده مؤدياً إليها ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده، هذا هو الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موائمة لما تستلزمه طبيعة الأفعال الجنائية وما تقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاقبه كل جاني وتبرئه كل بريء»<sup>2</sup>.

ويعد اليقين القضائي أحد العناصر الأساسية لمبدأ الإقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، فيتعين أن يصل القاضي لليقين حتى يحكم بالإدانة، وهو أمر مستمد من أصل البراءة، وتمشياً مع ذلك نصت المادة 304 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: «إذا كانت الواقعة غير ثابتة.... تحكم المحكمة ببراءة المتهم»، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في أحكامها المتواتره بأن: «الأحكام

1 نقض 7/3/1966 مجموعة الأحكام س17، رقم 53، ص66 17/3/1985 س36 رقم 70 ص409.

2 نقض 12/6/1939 مجموعه القواعد القانونية البند 3 ص 75 رقم 406، كما قضى قانون أساس الأحكام الجنائية انما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدله القائمه في الدعوى، فإ دام يبين من حكمه انه لم يقضي بالبراءة الا بعد ان الم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها، فلا يجوز مصادرتها في اعتقاده ولا المجادلة في حكمه امام محكمه النقض، كما انه لا يحكم بالأدانه الا إذا اطمان ضميره إليها، بشرط ان يكون هذا الاطمئنان مستمداً من أدلة قائمة في الدعوى يصح في العقل ان المجادلة تؤدي الى ما إقتنع به القاضي، وما دام الأمر كذلك فلا يجوز المجادلة في حكمه امام محكمة النقض.

الصادرة بالإدانة يجب ألا تبنى إلا على حجج قطعية الثبوت وتفيد الجرم واليقين<sup>1</sup>. واليقين القضائي في المواد الجنائية يقوم على عنصرين: أحدهما شخصي والآخر موضوعي، أما العنصر الشخصي فيتمثل في إرتياح ضمير القاضي للإدانة، والعنصر الموضوعي فيعني أن يكون الدليل الذي أفتع القاضي هو أفضل دليل ممكن للبرهنة على ثبوت الواقعة وإسنادها للمتهم، فيقنع به أي إنسان يتوافر لديه العقل والمنطق، أي أن يحمل الدليل مقومات قوته في الإقناع، أي «أن دليل الأدانة وجوهه هو صلاحيته بمفرده للحسم بوجود صلة بين الجريمة المقررة وبين شخص معين يعزى إليه اقترافها، فلا بد أن تكون الأدلة صالحة لأن تكون عناصر سائغة للإثبات»<sup>2</sup>.

فالعنصر الموضوعي لليقين القضائي ضروري، لأن من حق الناس أن يطمئنوا لسلامة الأحكام بوجود دليل على الإدانة، فمن أجل هذا شرع تسبب الأحكام، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض: «أن تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من القضايا، وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والإستبداد، لأنه كالعذر فيما يرتأونه ويقدمونه بين يدي الخصوم والجمهور، وبه يرفعون ما قد يخطر للأذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع لعدلهم مطمئنين»<sup>3</sup>.

#### ■ نطاق رقابة محكمة النقض:-

يترتب على مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع بحريته في إستخلاص الوقائع في الدعوى، وإقتناعه بها دون رقابة عليه من محكمة النقض بشرط أن يكون ذلك متفقا مع العقل والمنطق، وبعبارة أخرى، «فهناك فرق بين حرية المحكمة في الإقتناع وبين منطق المحكمة في الإقتناع، فلا رقابة على الحرية في الإقتناع، وإنما تنصرف الرقابة إلى منطق الإقتناع من خلال أسباب الحكم»<sup>4</sup>. ولا يخضع كذلك تقدير القاضي للأدلة لرقابة محكمة النقض، فليس لها أن تراقبه في تقديره، وكل ما لها أن تراقبه هو صحة الأسباب التي أستدل بها على هذا الإقتناع، «وبإستقراء قضاء محكمة

1 نقض 2/12/1973 مجموعته أحكام النقض س 24 ص 1112 رقم 228 طعن رقم 957 لسنة 43 ق.

2 د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، 1977 ص 748.

3 نقض 2/21/1929 مجموعة القواعد القانونية ج 1 ص 178 ق 170 طعن رقم 799 لسنة 46 ق.

4 د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، دار الشروق 2011 ص 295.

النقض نجد أنها مارست رقابتها على منطق محكمة الموضوع في استخلاصها للدليل، فاشتراط أن تكون النتيجة التي انتهت إليها تتفق مع العقل والمنطق، فالمنطق المعوج في استخلاص واقعة الدعوى يؤدي إلى تطبيق معوج في القانون، وتستطيع محكمة النقض عن طريق مراقبتها لصحة أسباب إقتناع القاضي أن تراقب معقولية إقتناعه<sup>1</sup>.

وبإزالة ما تقدم على الحكم محل التعليق، فإننا نتفق مع ما ذكره فيما دونه في سبيل رده على الدفوع المثارة من النيابة العامة بشأن ما وصفته بخطأ محكمة الإستئناف في تطبيق القانون، لطحها تصوير الفيديو كدليل متمم لإعتراف المتهم الثاني على الأول، من أنه «ليس لمحكمة النقض أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدمه الخصوم لقاضي الموضوع من الدلائل على أساس القرائن والأحوال لإثبات وقائع الدعوى أو نفيها تأخذها المحكمة في حال القناعة وتطرحة في حال عدم القناعة إذا تطرق لديها شك إلى وجدانها، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هي أن تثبت المحكمة مصدراً للواقعة التي استخلصتها تكون وهمية ويعتريها الكذب والشك ولا وجود لها أو موجودا بما يناقض لما أثبت أو غير مناقض، ولكنه يستحيل عقلاً إستخلاص الواقعة منه...». واستطرد الحكم قائلاً: «أن لمحكمة الإستئناف سلطة الأخذ بما تظمن له من أوراق وطرح ما عداها، طالما أن حكمها قام على أسباب سائغة ومستخلصة بوجه سليم من البيّنات المطروحة من وقائع الدعوى يستوجبه حكم القانون الذي أنزله على تلك الوقائع، وأن ما نعته النيابة العامة حول هذا الوجه تقوم على أمور موضوعية بحثة ولها سلطة بحثها وتقديرها ما يقوم عليها منها من الأدلة فتثبتها أو تنفيها بدون أن يكون لقضائها معقب من رقابة محكمة النقض، مادام أنه لا يوجد ثوابت من الظروف المادية التي استبعدتها والنتيجة التي استخلصتها».

وهكذا، فإن نعي النيابة العامة على الحكم الصادر من محكمة الإستئناف، كان يتعلق بسلطتها التقديرية في الأدلة المطروحة أمامها وطرحها جانباً وعدم التعويل عليها، وهو ما يعد من قبيل الطعن في حرية القاضي الجنائي في الإقتناع، والذي لا يقبده في سبيل إستخلاصه للإدلة المطروحة أمامه في الدعوى سوى حمل النتيجة التي انتهى إليها على أسباب سائغة في العقل والمنطق.

ولذلك، فإننا كما أسلفنا نتفق مع منطوق وأسباب الحكم محل التعليق.

1. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 574، 575.

أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العُليا  
والتعليق عليها

طعن دستوري رقم 8 / 2016 «مدى دستورية المادة 10 / أ من نظام تدريب المحامين رقم (1) لسنة 2004»

State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا

الرقم: ...  
التاريخ:



دولة فلسطين

المحكمة الدستورية العليا

نقابة المحامين الفلسطينيين  
رقم 10-01-2017  
وارد / رام الله رقم: 27

طعن دستوري  
2016 / 8

قضية رقم 8 لسنة 2 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

### الحكم

الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم بإسم الشعب العربي الفلسطيني بالجلسة المنعقدة يوم الأربعاء الموافق الرابع من شهر كانون الثاني (يناير) 2017م الموافق 6 ربيع الآخر 1438.

الهيئة الحاكمة برئاسة المستشار: أ.د. محمد عبد الغني الحاج قاسم رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين: أسعد مبارك، فتحي أبو سرور، حاتم عباس، د. رفيق أبو عياش، عدنان أبو ليلي، فواز صايمة

الطاعن: مصطفى علي جميل مهنا - رافات

وكيله المحامي علي مهنا - رام الله

المطعون ضده: مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين - رام الله ويمثله غطوفة النقيب حسين شبانة

### الاجراءات

بتاريخ 2016/10/11 تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن للأسباب التالية :-

1 : عدم دستورية قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين الصادر عن جلسته المنعقدة بتاريخ 2016/9/27 والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدر ( استكمال الاوراق المطلوبة للتسجيل قبل 8/31 و هو التاريخ الذي حدده المجلس كمو - لاستكمال الطلبات ) .

البرئيس



الكتاب  
fsm

State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا

طعن دستوري  
2016 / 8

2- الطعن بالمادة 10/1 من نظام تدريب المحامين المعدل التي تنص على :-

( أ- تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفي الشروط القانونية إلى مجلس نقابة مرتان في السنة، المرة الأولى خلال شهر كانون ثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان والمرة الثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول) و قد التمس الطاعن الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (أ) من المادة (10) من نظام التدريب ووقف نفاذها والحكم بعدم دستورية القرار الأول موضوع الطعن وبالتالي عدم نفاذه لحين إتاحة الفرصة للطاعن لتقديم طلب قيده في سجل المحامين المتدربين وفق الأصول فوراً.

و قد ردت الجهة المطعون ضدها مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بلانحة جوابية إلتتمت من خلالها رد الطعن ومصادرة الكفالة وتضمنين الطاعن الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة وذلك للأسباب التالية:

1-الدعوى واجبة الرد شكلا وغير مسموعة قانونا إذ أنها لا تستند الى أساس قانوني سليم.

2 - الدعوى واجبة الرد شكلاً لعدم صحة الخصومة فيما يتعلق بالقرار المطعون فيه الأول بإعتباره قراراً إدارياً محضاً كون الجهة المختصة بالنظر في الطعن هي محكمة العدل العليا بصفتها محكمة القضاء الإداري .

3- الطعن الدستوري مردود لعدم :

أ : صحة الخصومة لعدم إختصاص الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين صاحبة الصلاحية في إصدار النظام المطعون فيه .

ب : لعدم إختصاص الحكومة كون مخاصمة الحكومة واجبة في الطعون الدستورية التي تستهدف الطعن في القوانين والأنظمة التي تصدرها الدولة في إشرافها على المرافق العامة وفي تنظيم مختلف العلاقات العامة في المجتمع.

4- الطعن لايجوز تقديمه بطريق الدعوى الأصلية المباشرة

ثم تقدم الطاعن بواسطة وكيله بمذكرة قانونية رد بها على اللانحة الجوابية التي قدمتها الجهة المطعون ضدها وطلب ضمها إلى ملف الطعن وإعتبارها جزءاً لا يتجزأ منه .



الكتب  
AM



State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا

طعن دستوري  
2016 / 8

## المحكمة

بعد الإطلاع على أوراق الدعوى وتدقيق النصوص القانونية والمدولة قانوناً : يتبين أن الطاعن قد تقدم بهذا الطعن للطعن في :

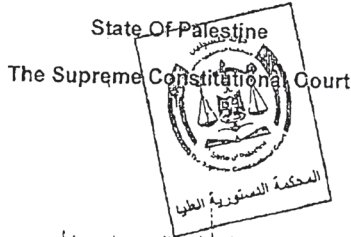
- 1- قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين في جلسته رقم 55 المنعقدة بتاريخ 2016/9/27 والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدرب لعدم ( إستكماله للأوراق المطلوبة للتسجيل قبل تاريخ 2016/8/31 وهو التاريخ الذي حدده المجلس كموعّد أخير لإستكمال الطلبات)
- 2- المادة 1/10 من نظام تدريب المحامين المعدل والتي تنص على ( أ - تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفي الشروط القانونية إلى مجلس النقابة مرتين في السنة ، المرة الأولى خلال شهر كانون ثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان ، والمرة الثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول).

و حول الطعن رقم 1 والمتعلق بقرار مجلس النقابة برفضه تسجيل الطاعن كمحام متدرب للأسباب التي ذكرت في القرار المطعون به فإنه وبالرجوع إلى قانون رقم 3 لسنة 1999م بنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين والذي تضمن في المادة 42 منه والمتعلق بصلاحيات مجلس النقابة فإنه وسنذاً للفقرة الرابعة من هذه المادة فإن للمجلس صلاحية وضع الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام قانون النقابة وبين له الطرق الواجب إتباعها لإقرار تلك الأنظمة ، وحيث أنه لم يرد نص خاص بالتدريب إلا إن عمومية النص تفيد ذلك وبالتالي كان على الطاعن ولكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً أن يتوجه بهذا الطعن إلى المحكمة العليا كونها صاحبة الإختصاص للنظر في هذا الطعن إستناداً إلى ما ورد في المادة 1/46 من قانون نقابة المحامين النظاميين إذ نصت على " يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال 15 يوماً من تاريخ إبلاغ القرار" مؤهين بذات الوقت إلى عدم صحة ما ورد في اللائحة الجوابية المقدمة من نقابة المحامين من أنه كان يتوجب على الطاعن التوجه إلى محكمة العدل العليا، وذلك لأن المحكمة العليا هي المختصة بنظر الطعون في القرارات الصادرة عن الهيئة العامة والقرارات الصادرة عن مجلس النقابة وبالتالي فإن المحكمة تقرر رد الطعن من هذه الناحية لعدم الإختصاص .

الرئيس  
[Signature]



الكتاب  
[Signature]



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا

طعن دستوري  
2016 / 8

أما بخصوص الطعن بعدم دستورية المادة 10/1 من نظام تدريب المحامين المعدل والتي ورد بها أن طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفية الشروط القانونية تقدم إلى مجلس النقابة مرتان في السنة المرة الأولى خلال شهر كانون ثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان والمرة الثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول .

و بإستقراء المحكمة للنص المطعون بعدم دستوريته تجد أن هناك فترتان حددهما النص المذكور فيما يتعلق في طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين ، الفترة الأولى يتم تقديم الطلبات خلال شهر كانون ثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان حيث أن الفترة ما بين تقديم الطلبات والنظر بها هي أربعة أشهر بينما في الفترة الثانية يتم تقديم الطلبات خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول أي أن الفترة ما بين تقديم الطلبات والنظر فيها هي 3 أشهر مما يعني عدم المساواة بين مقدمي الطلبات للتدريب إذ أن الفئة التي تتقدم بطلبات القيد في سجل المحامين المتدربين في شهر كانون ثاني تزيد مدتها شهر عن الفئة الثانية التي تتقدم بطلبات في شهر تموز مما يعني أن يخسر أصحاب الفئة الأولى مدة شهر من تدريبهم و كان على مجلس النقابة أن يجعل المدة في الفترتين متساوية .

و بالرجوع الى نص المادة المذكورة تجد المحكمة أنها تخاطب فئة واحدة و محددة و هي فئة الراغبين في قيد أسمائهم في سجل المحامين المتدربين و أن المخاطبين بنص هذه المادة قد تم تحديدهم بصورة واضحة لا ليس فيها و لا غموض ، و لم يرد بتلك المادة ما يشير الى السبب الذي إستندت اليه الجهة المطعون ضدها (مجلس نقابة المحامين ) من أجل التفرقة في المدد المحددة للنظر في الطلبات حتى يقال أن هناك عدم تماثل في المراكز القانونية للمتقدمين بالطلبات الامر الذي استدعى التمييز بينهم في تحديد تلك المدد للنظر في الطلبات.

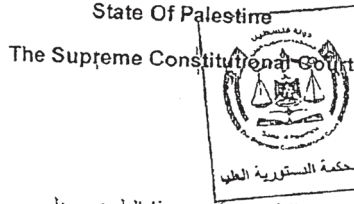
إن المحكمة تجد أن النص المطعون بعدم دستوريته قد خالف مبدأ أساسيا من مبادئ القانون الاساسي الا و هو مبدأ المساواة بين المخاطبين باحكامه، الامر الذي يترتب عليه إهدار مبدأ آخر و هو مبدأ تكافؤ الفرص بينهم ، إذ أنه فرق بين حقوق الفئة الواحدة التي يخاطبها متناسيا أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون يعتبر ركيزة أساسية للحقوق و الحريات باشكالها المختلفة و دعامة أساسية للعدل و السلام الاجتماعي .

إن التمتع بميزات القانون هو حق لجميع المواطنين، إذ بذلك يسود مبدأ المساواة الذي تستند إليه دولة المؤسسات، دولة القانون و بعكس ذلك يكون الإخلال بالمبادئ الأساسية التي نص عليها القانون الاساسي.

الرئيس



الكتب



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا

طعن دستوري  
2016 / 8

و السؤال الذي لا بد من طرحه من قبل المحكمة هل يوجد مصلحة للطاعن بتقديمه هذا الطعن و هل هناك من ضرر يلحق به من جراء النص المطعون بعدم دستوريته و الجواب على ذلك وجبته المحكمة من خلال فحصها لأوراق الدعوى إذ وجدت ان الطاعن قد أنهى دراسته الجامعية و يرغب بتسجيل اسمه في سجل المحامين المتدربين، و رفض تسجيله من قبل مجلس نقابة المحامين ، و بحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة هي شرط لقبول الدعوى الدستورية و حيث أن المحكمة الدستورية العليا وحدها هي التي تتحرى توافر شرط المصلحة في الدعوى المقامة أمامها للتثبت من هذا الشرط اللازم لقبولها فإن محكمتنا تجد أن شرط المصلحة الشخصية متوافر في هذه الدعوى، و كذلك وجود ضرر أكد يُلحق بالمستدعي في حالة تطبيق نص المادة المطعون بعدم دستوريته و حيث تجد المحكمة أن نص المادة 10/1 من نظام تدريب المحامين المعدل قد أدخل مبدأ المعاملة القانونية المتكافئة التي يقتضيها التماثل في المراكز القانونية يكون قد أهدر مبدأ المساواة للراغبين في التدريب وحيث أن المادة المطعون بعدم دستوريته بعد توافر شروطه كون من لم يتمكن من الحصول على قرار يقبّل تدريبه بشهر نيسان سيضطر للانتظار مدة خمسة أشهر لقبوله في دورة شهر أيلول، بينما من لم يتمكن من الحصول على قرار يقبّل تدريبه بشهر أيلول سيضطر للانتظار سبعة أشهر ليتم قبوله في دورة شهر نيسان و هذا يتناقى مع مبدأ المساواة المنصوص عليها في القانون الاساسي بدلالة نص المادة التاسعة منه و التي نصت على ( الفلسطينيين أمام القانون و القضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق او الجنس او اللون او الرأي السياسي أو الاعاقة ) الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة 10/1 من نظام التدريب المعدل الذي أقر في إجتماع الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بتاريخ 2013/5/24 .

### الحكم

لهذا و تأسيساً على ما تقدم تقرر المحكمة قبول الطعن ورد الكفالة والحكم بعدم دستورية نص المادة 10/1 من نظام التدريب المعدل الذي أقر في إجتماع الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بتاريخ 2013/5/24.

قراراً بالأخيلية صدر تديقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني في 4 / 1 / 2017

رئيس المجلس  
الانيس



التاريخ: ٢٠١٧/١/٤  
نسخة طبق الاصل  
رئيس المجلس  
محمدين فلسطين

الكتيب  
faw

State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا  
طعن دستوري  
2016 / 8

### قرار مخالفة

مقدم من المستشار حاتم عباس

في الطعن الدستوري رقم 2016/8

أخالف الأثرية المحترمة فيما ذهبت إليه وأرى بأن ما ورد بموضوع الطعن الذي ينصب على :

1-قرار مجلس النقابة الصادر عن جلسته 55 بتاريخ 2016/9/27 والقاضي برفض طلب الطاعن بتسجيله كمحام متدرب لعدم إستكمال الأوراق المطلوبة للتسجيل بتاريخ 8/31 وهو التاريخ الذي حدده المجلس كموعد أخير لإستكمال الطلبات.

2- المادة رقم 10/1 من نظام التدريب المعدل والتي تنص على (أ : تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفي الشروط القانونية إلى مجلس النقابة مرتان في السنة المرة الأولى خلال شهر كانون ثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان والثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول) وبذلك لمخالفة كل من القرار والمادة المرقومة أعلاه من نظام التدريب لمنطوق وروح المادة (9) من القانون الأساسي والتي تنص على أن "الفلسطينيون متساوون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

كما في مخالفة الفقرة 1 من المادة 25 من القانون الأساسي والتي تنص على أن ( العمل حق لكل مواطن وهو واجب وشرف وتسعى السلطة الوطنية إلى توفيره لكل قادر عليه) ومضمون المخالفة ينصب ابتداء على عدم قبول الطعن وخاصة عند البحث عن الفقرة الأولى نجد بأن الطاعن توجه مباشرة إلى المحكمة

القاضي المخالف  
المستشار حاتم عباس



State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا  
طعن دستوري  
2016 / 8

الدستورية العليا بالطعن بقرار مجلس النقابة حيث أن قانون نقابة المحامين حدد ورسم طريقاً للطعن بقرارات الهيئة العامة و خاصة المادة (46) منه والتي حددت بوضوح أنه :-

(يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار) .

وحيث أن الطاعن ابتدأ لم يتوجه إلى المحكمة العليا صاحبة الإختصاص والولاية وفق القانون علماً بأنه أيضاً لم يخاصم الهيئة العامة منشئة القرار وخصم فقط مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين فإنه لا مجال لقبول طعنه ولا مجال للمحكمة الدستورية إلا برده لعدم القبول هذا من ناحية ومن ناحية ثانية وعلى ما ورد في البند الثاني من الطعن فيما يتعلق بالمادة 10/أ من نظام التدريب لينصب على مخالفتها منطوق وروح المادة 9 من القانون الأساسي والتي نصت على أن ( الفلسطينيين أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة) فإن المادة المذكورة لا تخالف مبادئ المساواة التي وصفتها وحددتها المادة التاسعة من القانون الأساسي بالمساواة هي في المراكز القانونية وهي الحماية المتساوية المكفولة قانوناً ودون تمييز بالعرق أو اللون أو الدين أو الجنس أو الرأي العام أو الأصل الإجتماعي أو القومي أو النسب والتمتع بحماية القانون على قدم المساواة دون أي تمييز في الحقوق والواجبات وأكثر من ذلك.

وما جاء في لائحة الطعن بالبند الثالث منها تحت بند .

الوقائع المادية

1- الطاعن خريج الفصل الصيفي لعام 2016 من كلية الحقوق من جامعة القدس البرنامج المسائي وفي 2016/8/17 تم تقديم الإمتحان الأخير في هذا الفصل .

القاضي المخالف  
المستشار حاتم عباس



State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا  
طعن دستوري  
2016 / 8

- 2- قام الطاعن بتقديم طلبه لنقابة المحامين مستوفيا للشروط بتاريخ 2016/8/24 وكان طلبه مستوفيا لكافة الشروط القانونية بإستثناء الشهادة حيث قامت الجامعة بإرسال قائمة بأسماء الخريجين الذين استوفوا كافة شروط التخرج لمجلس النقابة المحترم إلى حين إصدار الشهادات الرسمية لاحقا.
- 3- بتاريخ 2016/9/20 قام الطاعن بعدم مراجعته لقسم التدريب في النقابة بضم شهادته المصدقة من وزارة التربية والتعليم إلى ملف طلب قيده في سجل المحامين المتدربين المشار إليه آنفا.
- 4- فرجى الطاعن بتاريخ بالقرار الموضوع الأول للطعن (كما وردت في لائحة الطعن ) والذي يقضى برفض طلب الطاعن لأنه لم يستكمل الأوراق المطلوبة للتسجيل قبل 2016/8/31 مؤسسا قراره بصورة غير مباشرة على الفقرة (أ) من المادة 10 من نظام التدريب الموضوع الثاني للطعن الخ.
- ولا نجد أي مخالفة لمباييء المساواة في المادة 10/أ من نظام المحامين المتدربين حيث أن الهيئة العامة للنقابة حددت مواعيد في السنة الواحدة لقبول الطلبات الموعد الأول خلال شهر كانون الثاني وينظر خلال شهر نيسان و الثاني خلال شهر تموز و ينظر خلال شهر أيلول و بقراءة موضوعية نجد أن الهيئة العامة و مجلس النقابة فإنه لا يطلب من المتقدم أية طلبات من أوراق أو مستندات أو اقتصار تقديم هذه الطلبات على الإناث أو الذكور لأي من الفترتين لنقول بأن هناك مخالفة لمباييء المساواة ومخالفة للقانون الأساسي وإنما التوقيت هو عمل إداري بحيث تنظمه الإدارة وفق ما ترتأيه من إمكانية فإين الإخلال بمباييء المساواة فالمساواة موجودة أصلا للمحامي الخريج مع باقي الخريجين في تقديم الطلبات ذاتها لو القبول في حال تقديم الأوراق كاملة دون تحمله أي طلبات جديدة أو مستندات جديدة ولا يوجد أي تفرقة بين مقدمي الطلبات في الاوقات المحددة وبالتالي لا يوجد أي تفرقة أو تمييز فيما بين الخريجين سواء كانت على أساس الإنتماء للجنس أو الدين أو اللغة أو الاختلاف الاجتماعي أو المالي ومركزه القانوني محفوظ في حال تقدمه بطلباته كاملة بالمواعيت المناسبة و المحددة للمجلس لاتخاذ القرارات بشأنها و أنها بذلك تحقق

القاضي المخالف  
المستشار حاتم عيسى





State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا  
طعن دستوري  
2016 / 8

المساواة القانونية و الفعلية لمقدم الطعن مع كل مقدمي الطلبات دون أي إخلال بمركزه القانوني و هي مساواة قانونية و فعلية و واقعية. وهي متماثلة و متطابقة لكافة الخريجين دون أي تمييز مع قدم المساواة للجميع و هي مساواة للمركز القانوني ولا يوجد أي تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو إستبعاد أو إنكار لحقوق المتدربين أي من مقدمي طلبات التسجيل وفي تقديم الطلبات ومراكزهم القانونية محفوظة بالتسجيل كحامين متدربين. بل تجاوز المجلس صلاحياته وفق النظام، مراعاة للخريجين وقام بالتمديد لمدة شهر إضافي لقبول طلبات المتأخرين من المتقدمين إلا أن الطاعن لم يستكمل أوراقه المطلوبة بما فيها الشهادة والتي هي عنصر أساسي للتسجيل وأن هذه المدد لا علاقة لها بالمراكز القانونية لتقول أن هناك إخلالا بمبادئ المساواة و انما ينصب على عمل الإدارة فهو عمل إداري بحت ولا مجال للإدعاء بوجود مصلحة للطاعن بتقديمه هذا الطعن ولماجال أيضا أن يكون هناك مخالفة للقانون الأساسي خاصة الفقرة (أ) من المادة 25 والتي تنص على العمل حق لكل مواطن وهو واجب وشرف وتوسع السلطة الوطنية لتوفيره لكل قادر عليه، و حيث أن لا مجال للإدعاء بمخالفة القانون الأساسي بالواقعة محل الطعن فالطاعن تقدم بطلب للتدريب في نقابة المحامين التي تحكمها القوانين والأنظمة بما فيها نظام التدريب وهي ليست بطلبات عمل أو توظيف فالنقابة ليست مكتب عمل أو مكتب تشغيل وإنما تقوم بالأساس بمهمة تنظيم مهنة المحاماة ورعاية أعضائها ولا تشكل له حرمانا من وظيفة أو عمل ولم ترفض النقابة طلبه بالأصل وإنما طلبته باستكمال متطلبات الطلب من الأوراق والشهادات اللازمة للتسجيل في سجل المحامين المتدربين ولا يوجد على الإطلاق أي مخالفة للقانون الأساسي و أن صاحب المصلحة لم يتغير مركزه القانوني قبل الطعن بعد رفض الطلب أو بعده حيث أن عليه إستكمال أوراقه وتقديمها لمجلس النقابة فلا مجال للإدعاء بأن له مصلحة في هذا الطعن وخاصة أن مجلس النقابة منحه فرصة إضافية لنعود و نؤكد أن المدة و الوقت هي من أعمال الإدارة وأن مجلس النقابة يقرر النظر بالطلبات أيضا بمدة واحدة و هي شهر في الحالتين أي شهر نيسان وشهر أيلول وأن تقديم الطلبات خلال شهر كانون الثاني وشهر تموز هي فترة كافية أصلا لتقديم الطلبات فلا مجال أن يقال أن ذلك إخلالا بمخالفة للقانون الأساسي من الماد 9 التي

القاضي المخالف  
المستشار حاتم عباس



State Of Palestine  
The Supreme Constitutional Court



دولة فلسطين  
المحكمة الدستورية العليا  
طعن دستوري  
2016 / 8

تنص أن الفلسطينيين أمام القضاء والقانون سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة ولما كان شروط الدفع بعدم الدستورية غير مستوفي لشروط قبولها حيث أن الطاعن تقدم للمحكمة الدستورية العليا ولم يتوجه للقضاء المختص وهو المحكمة العليا وفق القانون ولم يخاصم الجهة وهي الهيئة العامة للمحامين مقررة الانظمة وأن طلباته المقدمة للنقابة مقدمة بتاريخ بعد المدة القانونية المقررة وهي شهر تموز وأن قرارات مجلسي النقابة في مدد القبول هي محكمة بنظام مقر من الهيئة العامة وأن تحديد مدة القبول هو من أعمال الإدارة المختصة فإن شروط الدفع بعدم الدستورية مرفقا كما تم ايضاحه غير متوفر وأن قبول الطعن في البند الثاني يلحق الضرر الفادح بالخريجين حيث أنه سيضطر مجلس النقابة لإعداد نظام جديد وعرضه على الهيئة العامة لإقراره وذلك بعد الإعلان عن سلسلة إجتماعات ومناقشات و بعدها سيتم نشره و كل ذلك يحتاج الى وقت طويل وسيلحق الضرر بالخريجين لحين إقرار نظام جديد للتدريب ولا تتوفر حينها المصلحة للطاعن بهذا الطعن أيضا فإنني أخالف الأكثرية المحترمة فيما ذهب إليه و نرى عدم قبول الطعن ومصادرة قيمة الكفالة في 4 / 1 / 2017.



القاضي المخالف  
المستشار / خاتم حباس



## تعليق المحامي محمد أحمد استانبولي - مدير المكتب الفني

نقابة المحامين النظاميين الأردنيين / الأردن

### تمهيد

في ضوء تكليفي من قبل المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، وإبداء الرأي القانوني في القرار الصادر في القضية رقم (8) لسنة (2) قضائية عن المحكمة الدستورية العليا «دستورية»، في دولة فلسطين بتاريخ 4/ كانون الثاني/ 2017م الموافق 6/ ربيع الآخر 1438 هـ، وبعد الاطلاع على الوقائع والنصوص القانونية ذات العلاقة بالحكم المشار اليه، فأنني أجد ما يلي:

### أولاً: في جهة الطعن:

1. الطعن بقرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين المتضمن رفض طلب تسجيل الطاعن في سجل المحامين المتدربين لعدم استكمال الطاعن الأوراق المطلوبة للتسجيل قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم طلبات التسجيل، التي تنتهي في 31/ 8/ 2016 عملاً بالمادة (10/ أ) من نظام تدريب المحامين.

2. الطعن بعدم دستورية الفقرة (أ) من المادة (10) من نظام تدريب المحامين رقم (1) لسنة 2004 وتعديلاته، بداعي أنها تخالف حكم المادة التاسعة من القانون الأساسي لدولة فلسطين، وتخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتقدمين للتسجيل في دورة التسجيل الأولى خلال شهر كانون الثاني من كل عام، وينظر في طلباتهم خلال شهر نيسان، وبين المتقدمين للتسجيل في سجل المحامين المتدربين في دورة التسجيل الثانية خلال شهر تموز وينظر في طلباتهم خلال شهر أيلول، وأن عدم تماثل مدة النظر في الطلبات وهي اربعة أشهر للفئة الأولى وشهرا واحدا للفئة الثانية، يخالف مبدأ المساواة الذي أرسته المادة التاسعة من القانون الأساسي.

## ثانياً: في الوقائع:

1. تقدم الطاعن بتاريخ 24 / 8 / 2016 بطلبه إلى نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين لتسجيله في سجل المحامين المتدربين، مرفقاً الأوراق المطلوبة باستثناء الشهادة الجامعية، التي لم يكن قد حصل عليها قبل تاريخ 31 / 8 / 2016 - وهي المدة التي قرر مجلس النقابة تمديد مدة التسجيل إليها-، وإنما ألحق شهادته الجامعية بطلبه بتاريخ 20 / 9 / 2016، أي خارج مدة تقديم الطلبات الممدة حتى تاريخ 31 / 8 / 2016.

2. قرر مجلس نقابة المحامين في جلسته المنعقدة بتاريخ 27 / 9 / 2016 رفض طلب تسجيل الطاعن كمحام متدرب لعدم استكمال الأوراق المطلوبة، ومنها الشهادة الجامعية خلال المدة المحددة في المادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين رقم (1) لسنة 2004 وتعديلاته وهي المدة المنتهية بتاريخ 31 / 8 / 2016.

3. تقدم الطاعن بدعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا وفقاً للمادة (27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، مختصاً مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين طاعناً بعدم دستورية نص الفقرة (أ) من المادة (10) من نظام تدريب المحامين، طالبا الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (أ) ووقف نفاذها، والحكم بعدم دستورية قرار مجلس نقابة المحامين وعدم نفاذه، لحين إتاحة الفرصة للطاعن لتقديم طلب قيده في سجل المحامين المتدربين وفق الأصول فوراً.

4. أصدرت المحكمة الدستورية العليا بالأغلبية قرارها في القضية رقم (8) لسنة (2) قضائية (طعن دستوري 8 / 2016) متضمناً:

- رد الطعن بقرار مجلس نقابة المحامين لعدم اختصاص المحكمة الدستورية بنظر الطعن، لأن الاختصاص يعود للمحكمة العليا عملاً بأحكام الفقرة (1) من المادة (46) من قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم (3) لسنة 1999 التي أجازت الطعن في القرارات الصادرة عن الهيئة العامة والقرارات الصادرة عن مجلس نقابة المحامين أمام المحكمة العليا خلال (15) يوماً من تاريخ تبليغ القرار.

- قبول الطعن بعدم دستورية نص الفقرة (أ) من المادة (10) من نظام تدريب المحامين والحكم بعدم دستوريته، بداعي أنه يخل بمبدأ المعاملة القانونية المتكافئة التي يقتضيها التماثل في

المراكز القانونية، ويهدر مبدأ المساواة للراغبين في التدريب، من حيث أن من لم يتمكن من الحصول على قرار بقبول تدريبه بشهر نيسان سيضطر للانتظار مدة خمسة أشهر لقبوله في دورة أيلول، بينما من لم يتمكن من الحصول على قرار بقبول تدريبه بشهر أيلول سيضطر للانتظار سبعة أشهر ليتم قبوله في دورة شهر نيسان.

وفي ذلك يتبين لي مما تقدم أعلاه ما يلي:

- أولاً: فيما يتعلق بالطعن الأول، وهو ينصب على قرار مجلس نقابة المحامين المتضمن رفض طلب تسجيل الطاعن كمحام متدرب في سجل المحامين المتدربين لعدم استكمال الأوراق المطلوبة، فقد أصابت المحكمة الدستورية بإعلان عدم اختصاصها بنظر الطعن، ذلك أن اختصاص المحكمة الدستورية كما هو محدد بالمادة (24) من قانونها ينحصر في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، وتفسير نصوص القانون الأساسي في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها، وفي الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى، وأخيراً البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية، ولا يدخل في أي من هذه الاختصاصات النظر في الطعن بقرار مجلس نقابة المحامين، وهو قرار إداري قضى برفض تسجيل الطاعن في سجل المحامين المتدربين، وهو من القرارات التي حدد قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين طريقها وطريق الطعن بقرارات الهيئة العامة ورسمت المادة (46) من القانون هذا الطريق، بأن أجازت الطعن بقرارات الهيئة العامة وقرارات مجلس نقابة المحامين أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ القرار.

- ثانياً: أما فيما يتعلق بالطعن الثاني المنصب على عدم دستورية الفقرة (أ) من المادة (10) من نظام تدريب المحامين وتعديلاته، وجاء فيها: [تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفية للشروط القانونية الى مجلس النقابة مرتان في السنة، المرة الأولى: خلال شهر كانون الثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان، والمرة الثانية: خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول]، فقد توصلت المحكمة الدستورية في حكمها إلى عدم دستورية الفقرة (أ) من المادة

(10) من نظام تدريب المحامين بداعي أنها تخل بمبدأ المساواة بين مقدمي الطلبات للتدريب، وعللت المحكمة قرارها، بأن الفئة الأولى التي تتقدم بطلبات القيد في سجل المحامين المتدربين في شهر كانون الثاني وينظر في طلباتهم خلال شهر نيسان بأن الفترة ما بين تقديم الطلبات والنظر فيها هي أربعة أشهر، وأن الفئة الثانية التي تتقدم بطلبات القيد خلال شهر تموز وينظر في طلباتهم خلال شهر أيلول، وأن مدة النظر في الطلبات للفئة الأولى تزيد مدتها شهر عن الفئة الثانية التي تتقدم بطلبات التسجيل في شهر تموز، مما يعني عدم المساواة بين مقدمي الطلبات للتدريب، وأن أصحاب الفئة الأولى يخسرون مدة شهر من تدريبهم.

وفي ذلك فمن الجدير بالملاحظة، أن الطاعن من المتقدمين للتسجيل في سجل المحامين المتدربين في المرة الثانية الذين ينظر في طلباتهم خلال شهر ايلول -أي من الذين لا يخسرون شهرا من تدريبهم- كما هو الحال بالنسبة للمتقدمين في المرة الأولى، وفقا لما ذهبت اليه المحكمة الدستورية في تحليلها لما توصلت اليه، وبناء على ذلك، ليس للطاعن مصلحة شخصية مباشرة من الطعن، طالما أنه ليس من الفئة التي تخسر شهرا من تدريبها.

ومع ذلك، فإنني أرى خلافاً لما ذهبت إليه أغلبية أعضاء المحكمة الدستورية المحترمة، أن الفقرة الأولى من المادة (10) من نظام تدريب المحامين لا تخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتقدمين للتسجيل في سجل المحامين المتدربين، إذ اشترط النص على طالبي التسجيل أن يتقدموا بطلباتهم في المرة الأولى خلال شهر كانون الثاني، وينظر فيها خلال شهر نيسان، بينما اشترط على المتقدمين للتسجيل في المرة الثانية أن يتقدموا بطلباتهم خلال شهر تموز، وينظر فيها خلال شهر ايلول، فقد ساوى النص بذلك بين أفراد الفئة الأولى المتقدمين للتسجيل في المرة الأولى كما ساوى بين أفراد الفئة الثانية المتقدمين للتسجيل في المرة الثانية، وفي ذلك فإن مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليها في المادة (9) من القانون الأساسي، وهما الركيزة الأساسية للحقوق والحريات، وأساسا للعدل، والسلم الاجتماعي، وان غايتها صون الحقوق والحريات في مواجهة التمييز، ووسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا يجوز التحيز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، يتحققان بتوافر شرطي العمومية والتجريد في التشريعات الناظمة للحقوق والواجبات وهي ليست في الحالة المعروضة في الدعوى مساواة حسابية، لأن المشرع لغايات تحقيق المصلحة العامة يضع الشروط التي تتحدد بموجبها المراكز القانونية التي يتساوى فيها الأفراد امام القانون وتتحدد اوضاعهم ومراكزهم

القانونية بناء على هذه الشروط، فالمساواة التي يتعين تحقيقها هي المساواة الواقعة ضمن نطاق كل فئة من الفئتين، وليست المساواة التي تكون شاملة لأفراد الفئتين معا [كما هو الحال بما جاء في قرار المحكمة الدستورية الاردنية رقم (5) لسنة 2014 اذ ميز النص القانوني المعدل لقانون المالكين والمستأجرين بين المستأجرين الذين ابرموا عقود الايجار قبل تاريخ 31/8/2000 وابقى على حقوقهم في الاستمرار في إشغال المأجور حتى لو انتهت مدة العقد (طبقا للبند(1) من الفقرة (أ) من المادة الخامسة، بينما وضع قاعدة جديدة للمستأجرين الذين يبرمون عقود الايجار بعد تاريخ 31/8/2000 واعتبر ان العقد شريعة المتعاقدين وان هذه العقود تنتهي بانتهاء المدة المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر، ولم يسغ القانون على هذه الفئة الحماية القانونية التي يسبغها على المستأجرين الذين ابرموا عقود الايجار قبل 31/8/2000، وتوصلت المحكمة الدستورية الاردنية بحق الى ان القانون المعدل لقانون المالكين والمستأجرين لم يمس حقوق المستأجرين الذين ابرموا عقود الايجار مع المؤجرين قبل تاريخ 31/8/2000 وهم فئة تماثلت ظروفهم ومراكزهم القانونية مع بعضهم البعض وتحققت المساواة فيما بينهم، كما لم يمس القانون المعدل حقوق المستأجرين الذين يبرمون عقودهم مع المؤجرين بتاريخ 31/8/2000 او بعده، فهم من تماثلت ظروفهم ومراكزهم القانونية مع بعضهم البعض، فالمساواة التي يتعين تحقيقها هي المساواة الواقعة ضمن نطاق كل فئة من الفئتين لتماثل الظروف الزمانية لافرادها، وليس المساواة التي تكون شاملة لأفراد الفئتين معا لاختلاف الظروف الزمانية والمراكز القانونية لكل طرف]<sup>1</sup>.

وكذلك هو الحال بالنسبة لفئة طالبي التسجيل في سجل المحامين المتدربين في المرة الأولى، فهم تماثل ظروفهم الزمانية مع بعضهم البعض، كما تماثل ظروف ومراكز الفئة الثانية مع بعضهم البعض.

إن الهيئة العامة للمحامين النظاميين الفلسطينيين، وبما لها من سلطة تقديرية لغايات تحقيق مقتضيات المصلحة العامة في تنظيم امور التدريب، وضعت شروطا تتحدد بموجبها المراكز القانونية التي يتساوى فيها أفراد المخاطبين بهذه الشروط أمام القانون، فإذا توافرت هذه الشروط في أفراد هذه الفئة وجب إعمال المساواة بينهم، وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت في البعض دون

1 انظر لطفا قرارات المحكمة الدستورية الاردنية ارقام 4/2013، و4/2014، و5/2014.

البعض الآخر انتفى موجب المساواة بين هاتين الفئتين المختلفتين.<sup>1</sup>

وقد خاطبت الفقرة (أ) من المادة (10) من نظام تدريب المحامين الفئة الأولى التي تتقدم بطلب التسجيل في سجل المحامين المتدربين في المرة الأولى خلال شهر كانون الثاني، ولم تميز بين أي منهم من حيث تاريخ تقديم الطلب أو الأوراق المطلوبة أو المدة التي تنظر فيها طلبات البعض منهم دون الآخرين، وكذلك الأمر فيما يخص طلبات المتقدمين في المرة الثانية والأوراق المطلوبة منهم وتاريخ تقديم الطلبات وميعاد النظر فيها، وقد ساوت في ذلك بينهم دون أي تمييز مبني على العرق او الجنس او اللغة.

وعلى فرض أن المساواة بين المتقدمين للتسجيل في سجل المحامين المتدربين مسألة حسابية من حيث الفترة التي ينظر فيها مجلس النقابة بطلبات القيد في سجل المحامين المتدربين، فالمساواة متحققة أيضا بالنسبة لكل فئة، فمن يتقدم بطلبه خلال شهر كانون الثاني ويتم رفض طلبه في المرة الأولى في شهر نيسان فهو كغيره من فئة المتقدمين في المرة الأولى سيتقدم بطلبه مجددا بعد استيفاء الشروط القانونية في المرة الثانية خلال شهر تموز وينظر في طلبه في شهر أيلول، أي بعد ثمانية أشهر من تاريخ تقديم طلبه السابق في المرة الأولى، مثله في ذلك مثل أي طالب للتسجيل، وكذلك الأمر فيمن يتقدم بطلبه في المرة الثانية خلال شهر تموز ويتم رفض طلبه في شهر أيلول فانه سيتقدم بطلبه مجددا خلال شهر كانون الثاني وينظر في طلبه في شهر نيسان أي بعد ثمانية أشهر من تاريخ تقديم الطلب أول مرة.

وحيث أن تعيين مواعيد محددة لتقديم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين ضرورة تنظيمية لا يجوز تجاوزها، وتحدد مراكز المتقدمين للتسجيل في سجل المحامين المتدربين واورضاعهم وفقا لهذه المواعيد.<sup>2</sup>

وعليه، فإنني اتفق مع ما ذهب إليه قرار المخالفة المقدم من المستشار حاتم عباس من حيث أن

1 انظر لطفا قرار المحكمة الدستورية الاردنية رقم 2014 /5.

2 انظر لطفا قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم 2001/372 تاريخ 2001/12/24 وجاء فيه: «إن طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفية للشروط القانونية تقدم الى مجلس النقابة مرتين في السنة، الاولى خلال شهر شباط، وينظر فيها خلال شهر آذار، والثانية خلال شهر آب وينظر فيها خلال شهر ايلول، ولا يقبل هذا الميعاد المحدد التمديد او التجاوز كما لا يجوز قياس ذلك على مدة الطعن بالاستئناف او التمييز او غيرها من الطعون اذا صادف آخر يوم منها عطلة رسمية».

التوقيت مسألة إدارية تنظمها الإدارة وفق ما تراه من إمكانيات وظروف، ذلك أن الهيئة العامة للمحامين قد راعت في ذلك تاريخ انتهاء الفصول الدراسية الجامعية عند وضع نظام تدريب المحامين وتحديد مواعيد تقديم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين.

أما بخصوص صحة الخصومة او عدمها، وأن الطاعن خاصم مجلس نقابة المحامين ولم يخاصم الهيئة العامة لنقابة المحامين باعتبارها هي من أقر نظام تدريب المحامين المطعون بعدم دستورية الفقرة (أ) من المادة العاشرة منه، فإن الفقه والاجتهاد الدستوري استقر على أن الدعوى الدستورية تنصب على نصوص قانونية، وأن الخصم في الدعوى الدستورية ليس اياً من أطراف الدعوى التي احيل الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون بعدم دستورتها، والتي تنطبق على تلك الدعوى، وإنما هو النص القانوني ما دام انه واجب التطبيق في اي جزء من أجزاء الدعوى،<sup>1</sup> وعلى ذلك، فإن عدم مخاصمة الهيئة العامة لنقابة المحامين في الطعن الدستوري لا يخل بصحة الخصومة او بصلاحيه الفصل فيها.

وهذا ما أراه في حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (8) لسنة (2) قضائية (طعن دستور رقم 8/2016).

1 انظر لطفًا قراري المحكمة الدستورية الاردنية رقم (3/2013 و 2/2015).

## تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام في كلية الحقوق

جامعة القاهرة/ مصر

- عقب اجتياز الطاعن للدراسة في كلية الحقوق جامعة القدس بالفصل الصيفي لعام 2016، تقدم بطلب لتسجيله كمحام متدرب.
- لم يستطع صاحب الشأن استيفاء الأوراق المطلوبة للتسجيل في الموعد الذي حدده مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين (قبل 31 / 8 / 2016)، مما حدا بالمجلس لرفض الطلب.
- إزاء هذا الموقف من مجلس نقابة المحامين، سعى صاحب الشأن للقضاء ممثلاً في المحكمة الدستورية العليا للمطالبة:
  1. عدم دستورية قرار مجلس نقابة المحامين برفض طلب التسجيل كمحام متدرب والصادر في 27 / 9 / 2016.
  2. عدم دستورية المادة 10 الفقرة (أ) من نظام تدريب المحامين، والتي تتناول فترات التقدم بطلبات القيد ومواعيد الفصل فيها.
- اختصمت الدعوى مجلس نقابة المحامين، دون الحكومة، أو الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين مصدره النظام الطعين، مما طرح التساؤل حول قبول الدعوى شكلاً.
- قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم إختصاصها بنظر الطعن على قرار رفض التسجيل، مع القضاء بعدم دستورية نص المادة 10 الفقرة «أ» من نظام التدريب المعدل والمقرر في 24 / 5 / 2013.
- لم يجمع أعضاء المحكمة على تلك النتيجة، فهناك رأي مخالف، مما يستدعي المقاربة بين حيثيات الحكم وأسانيد الرأي المخالف، لتبيان أيهما أقرب للمنطق القانوني، وصاب فهم النص المنعى عليه.



وسيدور تعليقنا حول مجموعة نقاط قدرنا إبرازها لتسليط الضوء عليها لما يكتنفها من أهمية.

أولاً: تجاه الرد على دفعين جوهرين بعدم القبول:

أ. عدم اختصاص الحكومة: دفع مجلس نقابة المحامين النظاميين بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص الحكومة.

وتأسس هذا الدفع على ما سطرته المادة 32 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006

من أن: «الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية»<sup>1</sup>.

وعلة ذلك النص أن: «الدعوى الدستورية تستهدف الطعن في القوانين واللوائح التي تصدرها

الدولة في إشرافها على المرافق العامة، وفي تنظيم مختلف العلاقات في المجتمع، وتعتبر من ثم

مسؤولية عن سلامتها، فقد رأى المشرع اعتبار الحكومة من ذوي الشأن<sup>2</sup> في هذا النوع من

الدعاوى كي تقول كلمتها في أوجه الطعن الموجهة إلى القانون أو اللائحة<sup>3</sup>.

1 يقابل هذا النص المادة 35 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر، والقاضية في عجزها: «وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية».

2 اعتبار الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية، بغرض إتاحة الفرصة أمامها لإبداء رأيها في النصوص المطروح أمر دستورتها قضائياً، لا يعوقها عن اللجوء للقاضي الدستوري كخصم أصيل للنعي على بعض تلك النصوص بتنكب الدستور، وقد سبق للمحكمة الدستورية في مصر أن ارست هذا المبدأ بقولها: «أن اعلامها (الحكومة) بالنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، لتحدد موقفها من المطاعن المنسوبة إليها، ولا يعني ذلك على الإطلاق، أن تؤيد الحكومة دوماً دستورية تلك النصوص لتجهض المطاعن الموجهة إليها حتى ما كان منها صحيحاً، إذ لو جاز ذلك - وهو غير صحيح - لكان التزامها بالشرعية الدستورية لغواً، ونزولها على ضوابطها تحرصاً، وارساؤها لركائزها وهما، وإدعاؤها الحرص على انفاذها زيفاً، ونهجها في مجال صوتها بدهاء، فلا تقيم لسيادة الدستور وزناً، ومردود ثانياً: بأن الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها، ذلك أن قوامها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بالقواعد التي فرضها على السلطتين التنفيذية والتشريعية، لإلزامها بالتقيد بها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، أو بالأحرى محلها، وهي لا تبلغ غايتها إلا بإهدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور».

المحكمة الدستورية العليا (مصر) - (8/4/1995 - مجموعة الأحكام - ج 6 - 609، وانظر كذلك: عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية - 2003 - ص 716.

3 المحكمة العليا (مصر) - (1/3/1975 - مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - ج 1 - ص 215. وحينما انبط بالمحكمة الدستورية العليا مهمة رقابة دستورية القوانين واللوائح في عام 1979 رددت القضاء السابق ببيانها أن «ما نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا من أن الحكومة تعتبر طرفاً ذا شأن في الدعاوى الدستورية، قد توخى إعلانها بصحائفها، ومن ثم إعلامها بالنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، لتحديد موقفها من المطاعن المنسوبة إليه».

المحكمة الدستورية العليا (مصر) - (8/4/1995 - سبق ذكره.

علماً بأن مصطلح الحكومة في فلسطين يؤخذ - كما سنرى - بالمعنى الضيق، على خلاف الوضع في مصر حيث يُبنى المفهوم الواسع أي السلطة التنفيذية بكافة فروعها، وترتيباً على ذلك أعلن القاضي الدستوري في مصر «أن المادة (35) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (48) لسنة 1979 اعتبرت الحكومة من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية الواجب إعلانهم بصحيفتها، وهذا الإجراء تحقق فعلاً بإختصاص رئيس الجمهورية في الدعوى الماثلة بحكم كونه - إلى جانب رئاسة الدولة - متولياً للسلطة التنفيذية عملاً بالمادة (137) من الدستور، وإعلان هيئة قضايا الدولة بحسبانها النائب قانوناً عن الدولة بجميع سلطاتها بصحيفة هذه الدعوى، كما تحققت الغاية من هذا الإجراء بإبداء تلك الهيئة دفاعها رداً على المطاعن الدستورية المثارة فيها»<sup>1</sup>. وبالبناء على ما تقدم رفضت المحكمة الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة، والذي تأسس على أن اختصاص إحدى الهيئات العامة، لا يغني عن اختصاص الحكومة ممثلة في رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص.

وإغفال اختصاص من أوجب القانون اختصاصه لا مهرب فيه من عدم قبول الدعوى<sup>2</sup>، وبذلك قضت المحكمة العليا الفلسطينية إبان اضطلاعها بمهام القاضي الدستوري، ففي حكم لها عام 2011 نطال الحثيات الآتية: «ولدى التدقيق والمداولة وبالنظر في الدفع الأول المثار من قبل النيابة العامة المتعلق بعدم صحة الخصومة لعدم اختصاص الحكومة طبقاً لنص المادة (32) من قانون المحكمة الدستورية التي اعتبرت الحكومة من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن الحكومة من ذوي الشأن في المخاصمة الدستورية وطرفاً فيها، استناداً لنص المادة (32) من القانون الدستوري على اعتبار أن الدعوى الدستورية تستهدف الطعن في القوانين والأنظمة التي تصدرها الدولة في اشرافها على المرافق العامة وفي

1 المحكمة الدستورية العليا (مصر) - (6/1/2001 - مجموعة الأحكام - ج 9 - ص 823.

2 إذا أوجب القانون اختصاص أشخاص معينين في دعوى ما «فإن هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا وجهت صحيحة إلى جميع من أوجب القانون اختصاصهم، ويكون للمدعى عليه أن يتمسك بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص غيره ممن يوجب القانون اختصاصهم، هذا ولو كانت القاعدة الأخيرة لا تتعلق بالنظام العام، أما إذا كانت من النظام العام فمن الواجب أن تتحقق المحكمة من تلقاء نفسها من اختصاص جميع اصحاب الصفة وإلا قضت من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى»، أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - الطبعة الثامنة - بند (476) - ص 864 وما بعدها.

تنظيم مختلف العلاقات العامة في المجتمع، وتعتبر من ثم مسؤولية عن سلامتها ولما كانت الحكومة هي صاحبة الشأن في الدعاوى الدستورية التي تستهدف القوانين المطبقة في البلاد (فلسطين) لتقول كلمتها الدفاعية عن سلامتها، ولأن المقصود بالحكومة هو المعنى الضيق الذي بينه القانون الأساسي على وجه التحديد ليشمل رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء طبقاً لأحكام المادة (65) من القانون الأساسي.

«وعليه، وحيث أن الطعن المائل اتصل بعدم الدستورية، ولأن الحكومة هي المعنية وصاحبة الشأن تتولى الدفاع عن سلامة تطبيق القوانين كان من المتعين توجيه الحكومة في الطعن المائل، وبالتالي فإن هذا الطعن يغدو مقام على غير ذي صفة وواجب الرد من هذه الناحية»<sup>1</sup>.

ومن المحتمل أن ينبري رأي للذود عن تجاهل المحكمة للدفع بعدم القبول لتخلف اختصاص الحكومة، بالزعم أن علة هذا الإجراء منتفية في الحالة الماثلة، فاختصاص الحكومة يعود لدورها في التشريع البرلماني من خلال الاقتراح والاعتراض والاصدار، أو لإنفرادها بسن القاعدة من خلال السلطة اللائحة المخولة لها دستورياً، والمطعون عليه هو لائحة سُنت من قبل الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين، ولا دور للحكومة في ذلك.

وهذا التحليل مردود لغير داعي:

- عمومية صياغة نص المادة 32 من قانون المحكمة الدستورية والقاضية باعتبار الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية، تغلق الباب أمام أي اجتهاد لاستخلاص استثناء تتحلل فيه بعض الدعاوى الدستورية من ذلك الإجراء.
- حقاً أن اللائحة المنعى عليها صادرة من نقابة المحامين النظاميين دون مشاركة حكومية، إلا أن ذلك لا يجعلنا نغفل أن تلك النقابة -وسائر النقابات المهنية- من المرافق العامة، ومن ثم لا يتصور تنصل الحكومة من متابعة قيامها بمهامها، فإذا حادت النقابة عن دورها عبر اللوائح التي ترك لها أمر سننها، فعلى الحكومة أن تتصدى لمسئوليتها بالوسائل المتاحة

1 المحكمة العليا بصفتها الدستورية 14- /3/ 2011 - الطعن رقم 3/ 2010، منشور على موقع

لها ومنها اقتراح مشروع قانون يخرج موضوع ما من النطاق اللائحي إلى دائرة التنظيم التشريعي البرلماني.

ولا مرأى في أن ما يسفر عنه التطبيق من منازعات قضائية خير معين للإدارة للوفاء بالتبعات المناطة بها، وهكذا تنقوض دعائم أي تحليل لاستثناء اختصاص الحكومة في المنازعة الماثلة، أو تلك التي تسير على منوالها.

وربما ثار التساؤل حوا امكانية تجاوز عدم القبول في الفرض المطروح باختصاص من كان يجب اختصاصه أثناء نظر الدعوى.

وهذا المخرج وإن كان ممكناً في المرافعات المدنية، فإنه لا يوائم الدعوى الدستورية، والتي «تتقيد في قيدها وإعلانها وتبادل المذكرات فيها بمواعيد لا يجوز تجاوزها»<sup>1</sup>.

ب. عدم اختصاص الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين: على ذات النسق الفئات تجاهلت المحكمة الرد على الدفع بعدم قبول الدعوى لتخلف اختصاص الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين، وهو ما أكدته وانحاز إليه الرأي المخالف.

فالهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين هي مصدرة القرار التنظيمي محل النزاع، وكان ينبغي اختصاصها لتفصح عن دواعي تصرفها، ولا يغني عن ذلك اختصاص مجلس النقابة، لأنه لم يصدر القرار، ودوره يقف عند حد إعماله على الحالات الفردية التي تعرض عليه، ومن ثم لم يكن بوسعها

1 عبد العزيز سلمان - اجراءات الدعوى الدستورية - ج 2 - 2015 - ص 870 .

وأوضح الرأي السالف أنه بعد «إنهاء المواعيد المقررة، يعرض قلم الكتاب ملف الدعوى أو الطلب على رئيس المحكمة ليحدد تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى، ويخطر بها الخصوم، ويكون ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً على الأقل ما لم يأمر رئيس المحكمة بتقصير هذا الأجل إلى ثلاثة أيام متى قامت حالة ضرورة تبرر ذلك، وبناء على طلب الخصوم، وبتمام هذه الاجراءات تكون الدعوى في حوزة المحكمة، وتعد منذ هذا التاريخ مهياً للفصل فيها إذ تستطيع أن تحكم فيها بغير مرافعة إلا إذا رأت المحكمة غير ذلك، أو رأت استيضاح الخصوم في بعض الأمور أو تكليفهم بتقديم أوراق أو مذكرات أو مستندات، وتنقطع في هذه المرحلة صلة الخصوم بالدعوى، فلا يستطيعون القيام بأي إجراء فيها إلا إذا طلبت المحكمة ذلك وفي أضيق الحدود وعلى سبيل الإستثناء».

وهذا التحليل وإن كان مبنياً على نصوص القانون المصري، فهو ينطبق كذلك على خصومة الدستورية في فلسطين للتشابه واحياناً التطابق بين قانوني المحكمة الدستورية في البلدين، سيما ما تعلق بإجراءات نظر الدعوى.

الإجابة على التساؤل المطروح من المحكمة حول التفرقة في المدة المحددة للنظر في طلبات القيد<sup>1</sup>. وعليه، كان المتوقع عدم قبول الدعوى، أو على الأقل بيان أسباب طرح هذا الدفع وإرساء مبدأ في تلك الإشكالية، بدلاً من إثارة اللغط حول حكم منسوب لقمّة المحاكم في الدولة بحكم مهامها ومكانتها.

ثانياً: الاتفاق في النتيجة والاختلاف في سبب عدم الاختصاص بالطعن على القرار الفردي: انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم اختصاصها بقرار مجلس نقابة المحامين برفض تسجيل الطاعن كمحام متدرب، لكون القرار المنعى عليه قراراً إدارياً، ومن ثم يتوجب على ذى الشأن أن يتوجه بهذا الطعن إلى المحكمة العليا كونها صاحبة الاختصاص للنظر في هذا الطعن، استناداً إلى ما ورد في المادة 46/1 من قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين إذ نصت على: «يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال 15 يوماً من تاريخ إبلاغ القرار...»، وبالتالي فإن المحكمة تقرر رد الطعن من هذه الناحية لعدم الاختصاص». ومسايرتنا لاستخلاص المحكمة عدم اختصاصها بنظر الطعن على القرار الإداري الفردي برفض تسجيل الطاعن كمحام متدرب، لا يمنع تحفظنا على المرتكز المُشاد عليه هذا الاستخلاص. فالتسبب المُعتق من المحكمة يولد الانطباع بأن السبب في عدم الاختصاص هو وجود قاضٍ آخر (المحكمة العليا) اسند إليه الفصل في منازعات القرارات الإدارية الفردية، وهكذا يبدو الأمر وكأن المحكمة مالت إلى نظرية الطعن المقابل أو الموازي<sup>2</sup>، والتي تعني - في الفرض المثالي - استبعاد اختصاص القاضي الدستوري، إذا نظم الشارع طريقاً آخر لحسم النزاع<sup>3</sup>.

1 يستقى هذا التساؤل من شطر الحثيات الذي جاء فيه: «وبالرجوع إلى نص المادة المذكورة نجد المحكمة أنها تحاطب فئة واحدة ومحددة وهي فئة الراغبين في قيد أسماؤهم في سجل المحامين المتدربين وأن المخاطبين بنص هذه المادة قد تم تحديدهم بصورة واضحة لا لبس فيها ولا غموض، ولم يرد بتلك المادة ما يشير إلى السبب الذي استندت إليه الجهة المطعون ضدها (مجلس نقابة المحامين) من أجل التفرقة في المدد المحددة للنظر في طلبات حتى يقال أن هناك عدم تماثل في المراكز القانونية للمتقدمين بالطلبات الأمر الذي استدعى التمييز بينهم في تحديد تلك المدد للنظر في الطلبات».

2 لمزيد من التفاصيل بخصوص نظرية الطعن الموازي أو المقابل راجع: محمود حافظ - القضاء الإداري - 1993 - ص 600 - 624.

3 للنظرية نتيجة أخرى، ألا وهي أن الطعن الدستوري سيبدو كطعن احتياطي، وهو ما يتعذر قبوله، أو تقبله.

والحقيقة أن القاضي الدستوري تنحصر دائرة اختصاصه في القواعد العامة المجردة (قانون - مرسوم بقانون - لائحة أو نظام) دون أن تمتد إلى القرارات الإدارية الفردية، بلغ ما بلغ انتهاكها لقواعد المشروعية، بما فيها النصوص الدستورية. وتمشياً مع هذا الفهم قضت المحكمة الدستورية العليا (مصر) بعدم اختصاصها بالطعن على قرار تعيين أحد المستشارين بذريعة مخالفته للدستور، مبينة «أن اختصاص المحكمة في مجال الرقابة على الدستورية، منحصر في النصوص التشريعية أيّاً كان موضعها، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التي أقرتها أو اصدرتها، ذلك أن هذه النصوص هي التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة، وما يميزها كقواعد قانونية، هو أن تطبيقاتها مترامية ودائرة المخاطبين بها غير متناهية، والآثار المترتبة على إبطالها - إذا اهدرت هذه المحكمة لمخالفتها للدستور - بعيدة في مداها، وتدق دائماً ضوابط الرقابة على مشروعيته الدستورية وتقارنها محاذير واضحة، وكان لزاماً بالتالي أن يؤول أمر هذه الرقابة إلى محكمة واحدة بيدها وحدها زمام إعمالها كي تصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، وتوازن من خلالها بين المصالح الماثرة على اختلافها، وتتولى دون غيرها بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها ويجول دون تفرق وجهات النظر من حولها، وتباين مناحي الاجتهاد فيها، إذ كان ذلك، وكان الدستور هو القانون الأعلى الذي يرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لحركتها، ويقرر الحقوق والحريات العامة، ويرتب ضماناتها الأساسية، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لا تنحصر في النصوص القانونية التي تُقرها السلطة التشريعية، بل تتعداها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم، محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة، سواء وردت في التشريعات الأصلية أو الفرعية، أو كذلك القرارات الإدارية الفردية إذ لا تمتد إليها هذه الرقابة مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور، أو وجه خروجها عليه، ذلك أن تلك القرارات لا تتولد عنها إلا مراكز قانونية من طبيعتها، إذ لا تعدو المراكز القانونية التي تنشئها أو تعدلها أن تكون مراكز فردية أو خاصة تقتصر آثارها على أشخاص معينين بذواتهم، وإنه وإن صح القول بأن القرارات الإدارية الفردية هي تطبيق لقاعدة أعلى، إلا أن صدورها إعمالاً لها لا يغير من خصائصها، بل تظل في محتواها منشئة لمراكز فردية أو ذاتية أو

معدلة لها، وهي مراكز تختلف بالضرورة عن ذلك المركز القانوني العام المجرد المتولد عن القانون، متى كان ذلك تعين القول بأن الفصل في المخالفة الدستورية المدعى بها في هذا الوجه من النعي مما لا يدخل في اختصاص هذه المحكمة..»<sup>1</sup>.

بل أن ذات المحكمة رفضت اختصاصها بالطعن على التعليمات الإدارية رغم اتسامها ظاهرياً بالتجريد والعمومية، لانغلاق دائرة نفاذها على مرؤسي من سنها، دون تخطيهم لغيرهم من المتعاملين مع الجهة المعنية<sup>2</sup>.

صفوة القول، أن القاضي الدستوري لا يختص بنظر الطعون التي تطول قرارات فردية مخالفة للوثيقة الدستورية، لعدم اندراجها في طائفة القواعد العامة التي تتحدد بها تخوم ولايته في النزاعات المطروحة على ساحته<sup>3</sup>.

وكان من المأمول أن يتطرق الحكم موضع الدراسة لذلك، بوضوح بغير خفاء، ليس للتأكيد على اختصاص القاضي الدستوري فحسب، وإنما أيضاً لتفادي اثقاله بدعاوى محكوم مقدما بتجاوزها نطاق عمله.

ثالثاً: جواز اللجوء المباشر للقاضي الدستوري:

قدر الرأي المخالف أن القانون اتاح لصاحب الشأن الطعن على قرار مجلس نقابة المحامين لدى المحكمة العليا، وذلك وفقاً للمادة 46 من قانون نقابة المحامين النظاميين الناصتة على أنه: «يجوز الطعن

1 المحكمة الدستورية العليا - 7/11/1992 مجموعة الأحكام - ج 2/5 - ص 50، وانظر أيضاً: حكم نفس المحكمة في 3/12/1994 - ج 6 - ص 380.

2 ترجمة لذلك أعلن أن الولاية التي تبشرها المحكمة في مجال رقابة الدستورية «لا تنبسط إلا على القانون بمعناه الموضوعي، باعتباره منصرفاً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت في تشريع أصلي، أو تضمنها تشريع فرعي، وأن تنقبض هذه الرقابة - بالتالي - عما سواها. لما كان ذلك وكان المنشور رقم 23 لسنة 1992 الصادر من مدير عام البحوث بمصلحة الضرائب على المبيعات بتاريخ 12/4/1992، لا يعدو أن يكون تعليمات إدارية يحته صادرة من رئيس إلى مرؤسيه متضمنة تفسيراً لنص المادتين (11) من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم (11) لسنة 1991 و(6) من لائحته التنفيذية ويلتزم هؤلاء المرءوسون باحترام هذه التعليمات وإطاعة ما فيها من أوامر على أنها التفسير الصحيح للقانون واللائحة بناء على واجب طاعة المرءوس لرئيسه، إلا أن هذه التعليمات لا تعد تشريعاً بالمعنى الموضوعي مما تمتد إليه رقابة المحكمة الدستورية العليا، ويخرج بالتالي من اختصاصها».

3 المحكمة الدستورية العليا (مصر) - 14/12/2008 - مجموعة الأحكام - ج 2/12 - ص 1215.

في قرارات الهيئة العامة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار»، وإذا تجه الطاعن صوب المحكمة الدستورية العليا، فإن طعنه يضحى جديراً بعدم القبول. وهذا الطرح يثير علاوة على فكرة الطعن الموازي السالف مناقشتها، البحث في امكانية اللجوء المباشر للقاضي الدستوري، وبعبارة مغايرة تبنى الشارع الدستوري الفلسطيني لأسلوب الدعوى الأصلية من عدمه.

وبالعودة للوثيقة الدستورية، سنلاحظ أنها فوضت البرلمان في بيان سبل اتصال المحكمة الدستورية العليا بالمازعات المنصبة على مخالفة القوانين واللوائح للقانون الأساسي، فالمادة 103 من الدستور تنص على: «1 - تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- ... ج... 2 - يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات واجبة الإتياع، والآثار المترتبة على أحكامها».

وإعمالاً لتلك الإحالة صدر القانون رقم 3 لسنة 2006 والقاضي في المادة 27/1 بأن: «تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1 - بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة....».

وعلى هذا النحو تبنى المشرع البرلماني الدعوى الأصلية كطريق لمجابهة النصوص الملاحقة بشبهة عدم الدستورية، وإن جاء هذا التبني مقيداً بوجود مصلحة للمدعى 1، وهو ما يُستفاد بجلاء من مصطلح «المضور» الوارد في النص.

وبناء عليه، يمكن لمن صدر ضده قرار فردي وفقاً لقاعدة عمومية (قانون أو لائحة) أن يلوذ بمظلة الحماية الدستورية طعناً في تلك القاعدة، دون أن يتقيد بسبق مخاصمته للقرار الفردي أمام القاضي المختص. واتساقاً مع هذا الوضع اصابت المحكمة الدستورية العليا في قبول الدعوى ضد النظام الطعين، على عكس ما إنحاز إليه الرأي المخالف<sup>2</sup>، إلا إننا كنا نتوقع إلا يكون الفصل في هذا الدفع - على أهميته - بطريقة ضمنية، وإنما بحيثية حاسمة وجلية.

1 الدعوى في صورتها الكاملة لا تتطلب وجود مصلحة مباشرة للطاعن، إذ يحق لأي شخص النعي على التشريع بعدم الدستورية بمجرد نفاذه وقبل تطبيقه فعلياً.

2 حري بالذكر أن نقابة المحامين اثارت بدورها ذات الطعن في دفاعها، حيث دفعت بعدم جواز تقديم الطعن بطريق الدعوى الأصلية المباشرة.



#### رابعاً: المشاطرة الجزئية لأسباب عدم دستورية المادة 10/أ:

اجابت المحكمة المدعي لطلبه بعدم دستورية المادة 10/أ من نظام تدريب المحامين، ويحسن استعراض هذا الجزء من المادة قبل إبداء الرأي فيما خلص إليه القاضي الدستور بشأنها، فوفقاً للمادة الفاتئة: «أ- تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفية للشروط القانونية إلى مجلس النقابة مرتان في السنة المرة الأولى: خلال شهر كانون الثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان، والمرة الثانية: خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر ايلول».

واعتربت المحكمة أن المتقدمين للتسجيل سواء في المرة الأولى أو الثانية يضمهم مركز قانوني واحد، مما يفرض تماثل المعاملة، إعمالاً للمساواة الدستورية كأساس للتمتع بأي حق أو حرية. وبإنزال المبدأ على النص الطعين، استظهرت المحكمة إخلاله بالمساواة، فالمتقدم للفترة الأولى في شهر كانون ثاني (يناير) سيتربص أربعة أشهر لحسم موقفه في شهر نيسان (ابريل)، في حين أن المتقدم في المرة الثانية تُقصر مدة انتظاره إلى ثلاثة اشهر، حيث يرفع الطلب في تموز (يوليو) ويرد عليه في أيلول (سبتمبر)، ومفاد ذلك -حسبنا سطرت الحشيات- «أن الفئة التي تتقدم بطلبات القيد في سجل المحامين المتدربين في شهر كانون ثاني تزيد مدتها شهر عن الفئة الثانية التي تتقدم بطلبات في شهر تموز، مما يعني أن يخسر أصحاب الفئة الأولى مدة شهر من تدريبهم، وكان على مجلس النقابة أن يجعل المدة في الفترتين متساوية».

والواقع أنه يتعذر مجارة المحكمة في رؤيتها، فالدعوى الدستورية وإن رفعت بطريق مباشر من خلال الدعوى الأصلية، فإنها مرهونة ومقيدة -على سالف القول- بوجود مصلحة للطاعن، يجسدها الفائدة التي سيحنيها من قبول خصومته، ولما كان الطاعن قد تقدم للتسجيل في الفترة الثانية، أي التي يجري فيها الإنتظار لفترة أقل، فإن المصلحة وبالتالي الضرر ينتفيان بالنسبة له.

بيد أن المصلحة والضرر يعودان لمؤازرة الطاعن في دعواه فيما يتعلق بالمدة المنصرمة لإعادة التقدم بالطلب، فطلبات الفترة الأولى يمكن إعادة تقديمها عقب فوات مدة لا تزيد على شهرين، في حين أن طالب التسجيل في الفترة الثانية، ليس بوسعه إعادة الكرة قبل ثلاثة أشهر، الأمر الذي يخل بالمساواة، ويهدر تكافؤ الفرص، ويعد سبباً للقضاء بعدم الدستورية، وهو ما قرره المحكمة ونساندها فيه.

وميلنا لرأي المحكمة في هذه الجزئية، هو السبب في عدم معاضدة الرأي المخالف المعتبر التوقيت مجرد عمل إداري «تنظمه الإدارة وفق ما ترتأيه من إمكانية»، ومن هذا المنظور تظل «المساواة قائمة بين المحامي الخريج مع باقي الخريجين... ولا يوجد أي تفرقة أو تمييز فيما بين الخريجين سواء كانت على أساس الإنتماء للجنس أو الدين أو اللغة أو الإختلاف الاجتماعي أو المالي...».

وبدون الدخول في جدال حول ماهية تحديد التوقيتات لتقديم طلبات المحامين المتدربين، فإن هذا القرار -بلا ريب- له انعكاسه على المركز القانوني لذي الشأن، وما دام الأمر كذلك فلا معدى من خضوعه للرقابة القضائية، سيما الدستورية، لاستظهار كفالتة للمساواة بين المراكز المتماثلة بالنسبة للحقوق المقترنة بهذه المراكز (الحق في الإنضمام لتنظيم نقابي مهني).

## تعليق الأستاذة فاطمة اللافي

أستاذة باحثة في القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية  
في جامعة تونس المنار/ تونس

أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قراراً بالأغلبية في القضية رقم 8 / 2016 بتاريخ 04-01-2017، والذي قضى منطوقه بـ «قبول الطعن وردّ الكفالة والحكم بعدم دستورية نصّ المادة (10/أ) من نظام التدريب المعدّل الذي أقرّ في اجتماع الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بتاريخ 24-05-2013».

وتمثل وقائع القضية فيما يلي:

تقدّم الطاعن بواسطة وكيله هذا الطعن على الحكم، أولاً بعدم دستورية قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدرّب، لعدم استكمال الأوراق المطلوبة للتسجيل قبل تاريخ 31-8-2013 (كأجل أقصى لاستكمال الطلبات)، وثانياً بعدم دستورية نصّ الفقرة (أ) من المادة 10 من نظام تدريب المحامين المعدّل ووقف نفاذها. وقد ردّت الجهة المطعون ضدها (مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين) بلائحة جوابية، التمسّت من خلالها ردّ الطعن، كون الدّعوى واجبة الردّ شكلاً، لعدم استنادها إلى أساس قانوني سليم، ولعدم اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في الطعن الأول، وأضافت، أنّ الطعن الدستوري مردود لعدم اختصاص الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينية صاحبة الصّلاحية في إصدار النّظام المطعون فيه، وكذلك لعدم اختصاص الحكومة كون مخاصمة الحكومة واجبة في الطعون الدستورية، وختمت بأنّ الطعن، في قضية الحال، لا يجوز تقديمه بطريق الدّعوى الأصلية المباشرة.

يشير الحكم موضوع التّعليق جملة من التّساؤلات، مردّها موقف المحكمة من الطعون المثارة، إذ بدت حيثيّاتها ضعيفة الأسانيد القانونية، وفاقدة للإحكام والدقّة، على عكس ما ذهب إليه الرّأي المخالف الذي اتّسم بالموضوعية، وتقيدّه بالمنطق القانوني.

لذا، سيستهدف التعليق على الحكم مناقشة تمثي المحكمة الدستورية في إصدار قرارها بناء على القانون وفقه قضائها، على أنه قد يكون من الأوفق وقبل الخوض في التعليق أن نذكر بماهية الرقابة الدستورية، حيث أن رقابة دستورية القوانين فرضتها المكانة السامية التي يحتلها الدستور في قمة النظام القانوني للدولة، وبما أن الدستور ليس إلا تعبيراً عن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية، فهو المؤسس للسلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية التي تخضع لسلطانه، بالتالي، فإن القانون المعبر عن الإرادة العامة لا يمكنه أن يخالف أحكام الدستور، كما لا يمكن للقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية أن تخالف أحكام القانون الصادر عن السلطة التشريعية - مثلاً -، وهكذا، فإن سلم التدرج الهرمي للقواعد القانونية يقتضي أن تخضع القاعدة الأدنى درجة إلى القاعدة الأعلى منها درجة، وصولاً إلى الدستور الذي يحتل قمة هذا الهرم.

ولا بد الإشارة إلى أن رقابة دستورية القوانين الموكولة للقضاء، تجعل من القضاء الدستوري قضاء مختلفاً عن بقية الأفضية، فإذا كان القاضي في سائر النزاعات مهما كانت طبيعتها يحكم بناء على قاعدة قانونية، مع ما له من قدرة تأويلية واجتهادية في تطبيق القانون، فإن القاضي الدستوري تعرض عليه نزاعات تكون النصوص القانونية موضوعها، فيتحتّم عليه فرض احترام الدستور بوصفه القانون الأسمى، وذلك عندما تخالفه أو تعارضه القاعدة القانونية الأدنى منه درجة. وعليه، تجرّد الرقابة الدستورية في فلسطين أساسها القانوني في القانون الأساسي الفلسطيني المعدّل لسنة 2003 (المادة 103 منه)، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا لسنة 2006 (المادة 24 منه).

### التعليق:

يطرح الحكم محلّ التعليق عموماً مسألة اختصاص المحكمة الدستورية، أي ما يخضع وما لا يخضع لرقابتها، إلا أن المحكمة تبنت منهجاً لا نقرّه عليها فيما يتعلّق بالطعنين المثارين، بالرغم من أنّها أصابت في ردّها للطعن الأول لإقرارها عدم الاختصاص، كما نرى أنّها أفاضت في قبول الطعن الثاني والحكم بعدم دستورية المادة (10/أ) من نظام التدريب المعدّل.

### 1. اختصاص المحكمة الدستورية العليا

تعتبر مسألة الاختصاص من المسائل الإجرائية، ومن الشكليات التي تثبت فيها كلّ المحاكم قبل النظر في الأصل، فماذا لو كان الاختصاص يتعلّق بمراقبة دستورية القوانين.

تحتكم المحكمة الدستورية الفلسطينية كما أشرنا آنفاً إلى المادة (103/أ) من القانون الأساسي، التي تنص على اختصاصها بالنظر في: «دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها». كما عدّد القانون رقم 3 لسنة 2006 قواعد اختصاصها مقرّاً لها اختصاصاً مبدئياً وحصرياً في المادة (1/24) منه في: «الرّقابة على دستورية القوانين والأنظمة». وعلى هذا الأساس، نتبيّن توسّع القانون الأساسي الفلسطيني في مجال الرّقابة الدستورية، التي تمارسها المحكمة على الأعمال القانونية مقارنة بما أقرّه قانون المحكمة الدستورية العليا، الذي اقتصر على الرّقابة على دستورية القوانين والأنظمة دون «غيرها». لكنّ هذا السكوت يجد إجابة في حتمية تغليب القانون الأساسي الذي يعادل الدستور من حيث القيمة القانونية على قانون المحكمة ذاته، وبالتالي، لا يسعنا إلا أن نذهب إلى القول بأنّ محلّ رقابة المحكمة الدستورية يشمل التشريع بالمعنى الواسع، وهو ما تؤكّده في حقيقة الأمر المادة (2/25) من قانون المحكمة الدستورية، والتي تنصّ على: «عند الحكم بعدم دستورية أيّ قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار...».

هذا وبالرجوع إلى موضوع الطعن الأوّل محلّ التعليق، والمتمثّل في الطعن بعدم دستورية قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدرّب لعدم استكمال الأوراق المطلوبة في الآجال التي حدّدها المجلس، لنا أن نتساءل عن مدى قابليّة هذا القرار انطوائه تحت الرّقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة، خاصّة وأنّ المشرّع قد ذكر في المادة (2/25) المذكورة أعلاه مصطلح «قرار»؟

وبالرجوع كذلك إلى موضوع الطعن الثاني، والمتمثّل في الطعن بعدم دستورية المادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين المعدّل، وبناء على ما جاء بتصريح العبارة في كلّ من القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية، من سريان الرّقابة الدستورية على الأنظمة، لنا أن نتساءل أيضاً على ماهية الأنظمة التي تمتدّ إليها الرّقابة الدستورية، وإن كان نظام التدريب يدخل ضمنها أم لا؟

الإجابة على السؤال الأوّل: سنحاول أن نفهم المعنى المقصود من مصطلح «قرار» الذي ورد في المادة (2/25) من قانون المحكمة الفلسطينية، وهي مادّة لا يمكن قراءتها في معزل عن المادتين (1/24 و 27) من نفس القانون لضرورة انسجامها كوحدة متكاملة، خاصّة وأنّها مواد تدرج

كلّها ضمن الباب الثاني من قانون 2006 المذكور، والمتعلّق بـ«الاختصاصات والإجراءات» مع ضرورة مراعاة ما جاءت به المادة (1/103) من القانون الأساسي.

فكما سبق أن أشرنا من أنّ رقابة المحكمة الدستورية تشمل التشريع بمعناه الواسع، أي النصوص القانونية التي تتولّد عنها مراكز عامّة مجردة سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية أو الفرعية، ولما كان الغرض من رقابة دستورية القوانين هو حماية القانون الأساسي من أيّ انتهاك قد يتولّد عن هذه الأعمال التشريعية، فإنّ ما تقوم به السلطة المؤسسة داخل الدولة من أعمال غير الأعمال التشريعية تخرج من نطاق الرقابة الدستورية، وعليه، وبقراءة عكسية فإنّ القرارات المنقطعة الصلة بالأعمال التشريعية ومنها القرارات الفردية ليست معنيّة بالرقابة الدستورية.

وعلى ضوء ما ورد في الحكم الدستوري محلّ التعليق، فإنّ قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين المطعون فيه بعدم الدستورية يعدّ من صنف القرارات الإدارية الفردية، فهو قرار موجّه لشخص بذاته (الطاعن) ولا تتوفّر فيه خاصيّة العمومية والتجريد، كما أنّ الجهة صاحبة القرار ليست سلطة مؤسّسة، فنقابة المحامين هي هيئة مهنية تمارس صلاحياتها عن طريق هيكلها، لاسيّما مجلس النقابة الذي أقرّت المادة (1/42) من القانون رقم 3 لسنة 1999 المتعلّق بتنظيم مهنة المحاماة اختصاصه بـ«طلبات تسجيل المحامين».

هذا علاوة على المادة (1/46) من القانون المذكور آنفاً، أسندت للمحكمة العليا اختصاص النظر في الطعون المتعلقة بالقرارات التي يتخذها المجلس، وهو ما يؤكّد الصبغة الإدارية لقرارات هذا الأخير.

لذا، فإنّنا نساير المحكمة الدستورية فيما ذهب إليه من ردّ الطعن الأوّل لعدم اختصاصها، على أنّنا نعيب عليها عدم استنادها في حثياتها لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني ولا إلى قانون المحكمة الدستورية لسنة 2006 والذي يعتبر النصّ الأصلي والمباشر المنظم لمسألة اختصاصها، حيث أنّها اكتفت في تعليقها فقط بالرجوع إلى القانون رقم 3 لسنة 1999 المتعلّق بتنظيم مهنة المحاماة.

أمّا عن السّؤال الثاني، والمتعلّق بماهية الأنظمة التي تمتدّ إليها الرقابة بدستورية القوانين، فيفرضه

قبول المحكمة الدستورية النظر في الطعن الثاني والمتعلق بعدم دستورية المادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين، والذي لم تتعرض فيه للاختصاص في حين أنها مسألة أولية.

وللإجابة عليه، سننطلق مما أقرته المادة (1/24) من قانون المحكمة الدستورية من اختصاص حصري لها في: «الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة»، وبما أن هذه الأنظمة متنوعة في النظام القانوني الفلسطيني فإن أول ما يتبادر إلى الذهن هو ضرورة التفريق بين «رقابة دستورية النظام» و«رقابة مشروعية النظام»، فعندما يخالف النظام الدستور مباشرة فإننا نتحدث عن عدم دستورية النظام، وعندما يخالف النظام القانون مباشرة فإننا نتحدث عن عدم مشروعية النظام.

وإذا تمعنا في طبيعة نظام تدريب المحامين المعدل (والذي طعن في مادته 10/أ بعدم الدستورية)، فإننا نقرّب بأنه من قبيل الأنظمة التنفيذية، إذ يكفي العودة إلى المادة (4/42) من قانون مهنة المحاماة التي تعطي لمجلس النقابة اختصاص «وضع الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون وعرضها على الهيئة العامة لإقرارها».

وبذلك تتأكد الصبغة التنفيذية لنظام تدريب المحامين الصادر بمقتضى المادة المشار إليها، والذي أقر في اجتماع الهيئة العامة بتاريخ 2013/05/24 (المادة 1 منه)، كما أن الفقه يعتبر الأنظمة التنفيذية قرارات إدارية من حيث مصدرها، وقرارات تنفيذية من حيث موضوعها، وهو ما يفسر إخضاعها من قبل القضاء الإداري لرقابة المشروعية.

في هذا الإطار، نذكر بما جاء بالمادة (1/46) من قانون مهنة المحاماة، والتي تنص على أنه: «يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا...»، وعليه، فإن الطعن في نظام تدريب المحامين يكون من أنظار المحكمة العليا وليس من اختصاص المحكمة الدستورية، وهو ما لم تنتبه إليه المحكمة الدستورية في قضية الحال عندما قبلت اختصاصها بالنظر، في حين أنه كان من الأجدر بهارده الطعن بنظام تدريب المحامين (المادة 10/أ منه) لعدم الاختصاص.

2. تقييم تعليل المحكمة الدستورية العليا لحكمها بعدم دستورية نص المادة (10/أ) من نظام التدريب المعدل على ضوء قرار المخالفة:

عند استقراء المحكمة للمادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين المعدل والمطعون بعدم دستورتيتها، اعتبرت أن نصها مخالفا لمنطوق وروح المادة (9) من القانون الأساسي، والتي

تنصّ على «الفلسطينيون أمام القانون والقضاء، سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الرأى السّياسى أو الإعاقة».

وبالرجوع إلى نصّ الحكم محلّ التعليق، نلاحظ أنّ المحكمة في تقييمها لدستوريّة المادّة (10/أ) المذكورة قد توسّعت في تأويل مبدأ المساواة المنصوص عليه بالقانون الأساسى لدرجة تحريفه، فالمساواة التي تكفلها الدساتير إنّها هي مساواة أمام القانون، بمعنى أنّ كافة المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات دون أيّ تمييز كان.

ولما كانت طلبات قبول خريجيّ كليات الحقوق بالتسجيل في سجلّ المحامين المتدريين تستوجب استيفاء شروط قانونيّة معيّنة، مع ضرورة احترام المواعيد المحدّدة لتقديم هذه الطلبات دون تمييز على أيّ أساس كان، تكون المساواة قد تحققت، لأنّ العبرة بالمساواة في المراكز القانونيّة، وبالتالي، لا يمكن أن ينسحب مبدأ المساواة على المدد التي حدّتها المادّة (10/أ) المذكورة، لأنّ المساواة بالمعنى القانونى ليست عمليّة قسمة بالمعنى الحسابى.

هذا وتعصد المحكمة موقفها من قبول الطّعن بعدم دستوريّة المادّة (10/أ) بالإقرار بوجود مصلحة شخصيّة للطّاعن بتقديمه هذا الطّعن، وحصول ضرر أكيد له في حالة تطبيق نصّ المادّة المطعون بعدم دستوريّتها، على أنّ تعليلها ضعيف وغير مقنع، على عكس ما تقدّم به قرار المخالفة الذي نفى أيّ إمكانية للإدعاء بوجود مصلحة للطّاعن بتقديمه هذا الطّعن، وإذ تجاوز المادّة (9) من القانون الأساسى حيث استند إلى المادّة (1/25) منه، والتي تنص فقرتها (أ) على أنّ: «العمل حقّ لكلّ مواطن وهو واجب وشرف وتسعى السلطة الوطنيّة إلى توفيره لكلّ قادر عليه»، لبيّن أنّ نقابة المحامين لم تحرم الطّاعن من وظيفة أو عمل، وإنّما رفضت فقط تسجيله لعدم استكمال الأوراق المطلوبة في الآجال المحدّدة وهو أمر محمول لها قانوناً.

ولكلّ ما تقدّم فإننا نلخص الآتى:

1. أخطأت المحكمة في تقدير اختصاصها، وكان حرباً بها رفض الدّعى برمتها شكلاً لعدم الاختصاص، وكون الجهة المختصّة هي المحكمة العليا.
2. نرى أنّ رأي عضو المحكمة المخالف أسلم من حكم الأغليّة، لاسيما فيما يتعلّق بموضوع الطّعن الثّانى.



## تعليق المحامي أنور أبو شعبان/ جنين - فلسطين

تنويه: لا يرى الباحث في ملاحظاته هذه إلا موضوع بحث علمي بحت، ولا يعد من قريب أو بعيد انتقاصاً من قدرة المحكمة أو هيبتها التي يعتبرها الباحث محل تقدير واحترام.

### مقدمة

تقدم الطاعن بواسطة وكيله أمام المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا بطعنه، مستنداً على عدم دستورية قرار مجلس النقابة الصادر عن جلسته رقم (55) المنعقدة بتاريخ 27 / 9 / 2016، والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدرب لعدم استكمال الأوراق المطلوبة للتسجيل قبل 31 / 8، وهو التاريخ الذي حدده المجلس كموعداً أخيراً لاستكمال الطلبات.

أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قرارها رقم 8 / 2016 القاضي بالحكم بعدم دستورية نص المادة 10 / أ من نظام التدريب المعدل، الذي أقر في اجتماع الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بتاريخ 24 / 5 / 2013، وذلك لمخالفته مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ومخالفته مبدأ تكافؤ الفرص.

لذا، وقبل الخوض في مدى مطابقة ما استندت إليه المحكمة في حكمها مع النصوص القانونية الدستورية، ومدى انطباقها على الوقائع المطعون بدستوريتها أمام المحكمة، يتحتم على الباحث أولاً استعراض اختصاصات المحكمة الدستورية وفق القانون، ومن ثم بحث مدى انطباق النص على النص المطعون بدستوريته.

### أولاً: اختصاص المحكمة الدستورية

انبثق اختصاص المحكمة الأصيل من الدستور نفسه -القانون الأساسي الفلسطيني-، فقد نصت المادة 103 منه على الأمر بتشكيل محكمة دستورية فجاء النص على: «1. تشكل محكمة دستورية عليا بقانون تتولى النظر في: أ) دستورية القوانين واللوائح وغيرها. ب) تفسير نصوص

القانون الأساسي والتشريعات. ج) الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

وينبغي حتماً وفقاً للمبادئ الدستورية وقانون المحكمة الدستورية، ان يوافق القانون او اللائحة او النظام او القرار الذي سيصدر لاحقاً نصوص الدستور ومبادئه التي تضمنها، ولتبيان مدى موافقة أي قانون ينظم عمل المحكمة الدستورية، يجب اولاً دراسة مدى توافق القانون مع الدستور المبادئ التي تضمنها، ومدى موافقة القانون المنشئ للمحكمة الدستورية مع نص المادة الدستورية التي منحت الحق بإنشاء المحكمة ذاتها.

وباستقراء قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) الصادر بتاريخ 2/17/2006، يجد الباحث ان المشرع عندما قام بإصدار القانون راعى بعض نصوص القانون الأساسي وليس جميعها، واغفل البعض منها خاصة وانه جاء في مقدمة القانون سالف الذكر في مقدمته: «بعد الاطلاع على القانون الأساسي المعدل لسنة (2003) وتعديلاته»، ولا سيما المادة (41) منه»، والتي نصت على أن: «1- يصدر رئيس السلطة الوطنية القوانين بعد إقرارها من المجلس التشريعي الفلسطيني خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إحالتها إليه»،.

ولم يشتر القانون في مقدمته لا من قريب او بعيد إلى نص المادة التي منحت المجلس التشريعي الحق بإنشاء محكمة دستورية عليا الا وهي المادة (103) من القانون الأساسي، والتي نصت على تشكيل المحكمة الدستورية ومهامها، وكان من الأولى الإشارة إليها ومراعاتها بشكل أدق، مع مراعاة القواعد الإجرائية لإصدار القوانين التي نصت عليها المادة (41) من القانون الأساسي الفلسطيني. قد لا يرى البعض في ما تم الإشارة إليه أعلاه بالغ الأهمية، إلا ان الباحث يرى أن في ذلك بالغ الأثر بشكل او بآخر على القانون الصادر بإنشاء المحكمة الدستورية، وخلط مهامها ومخالفة بعض مهامها بالمهام التي نص عليها القانون الأساسي الفلسطيني كأصل عام، لا يجوز الخروج عليه طالما ان القانون الأساسي قام بتحديد سلفاً.

فقد نص القانون الأساسي على أن: 1. تشكل محكمة دستورية عليا بقانون تتولى النظر في: أ)

دستورية القوانين واللوائح وغيرها.

ومن المعهود في الأنظمة القانونية المختلفة ان يكون في صلب اختصاص المحكمة الدستورية

النظر في مدى دستورية القوانين والأنظمة، وتناسبها مع الدستور، فقد نصت مثلاً المادة 1/175

من الدستور المصري لسنة 1971 على انه: «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك نص دستور مصر عام 2014 في المادة 192 النص على ذات الاختصاص دون زيادة او نقصان في مجال الرقابة على القوانين والأنظمة».

فمنطلق ومناطق عمل المحكمة الدستورية كونها هي الجهة القضائية الوحيدة بالنظر في الطعون الدستورية التي تكون موجهة ضد قانون او نظام صادر بمقتضى قانون، هي فرض الرقابة القضائية على مطابقة القانون والنظام او اللائحة للدستور واحكامه ومبادئه، فإذا ما رأَت المحكمة فيها مخالفة صريحة او ضمنية لأحكام الدستور، قضت بطلانها وقررت عدم دستورتها، وأمرت بوقف نفاذها فوراً ومنذ اللحظة التي يصدر بها الحكم ويبلغ للجهة المختصة، ويمنع الكافة من تطبيقه.

ولكن ثار الكثير من الجدل بين أوساط الباحثين وفقهاء القانون الدستوري الفلسطيني، حول المعنى القانوني الذي تنطوي عليه عبارة «غيرها» في ختام المادة الدستورية المشار إليها أعلاه، فهل يقصد بها القرارات العادية، ام الأعمال التي تمارسها الجهات الإدارية، ام القرارات الإدارية، ولو كانت فرضاً قد قصد بها القرارات الإدارية الصادرة من جهات ادارية او أي جهة كانت استناداً لقانون، فهل تملك المحكمة الدستورية الرقابة على دستورية هذه القرارات في ظل انعقاد الاختصاص لمحكمة العدل العليا وفقاً لأحكام القانون، كلها اسئلة سيحاول الباحث الإجابة عنها باستقراء نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا لاحقاً.

من خلال البحث باختصاصات المحكمة الدستورية وخاصة في باب الاختصاص المادة (24) نجدها قد نصت على: «تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.» ولم تنص على ما تم الإشارة إليه في القانون الأساسي في المادة (103) وتم حذف كلمة غيرها فينحصر جواز الطعن فقط في القوانين والأنظمة على خلاف ما تضمنه وأشار إليه القانون الأساسي في المادة (103) سالف الذكر، والتي نصت على إنشاء محكمة دستورية تنظر في الطعن بدستورية القوانين والأنظمة وغيرها، ويعتقد الباحث ان نص هذه المادة (1/24) من قانون المحكمة الدستورية جاء موسعاً للاختصاصات ومخالفاً لما تم النص عليه في القانون الأساسي الفلسطيني.

ويبقى التساؤل عن مدى جواز نظر المحكمة الدستورية في القرارات بشكل عام، اذا ثبت قطعاً بالنص ان المحكمة مختصة بنظر الطعن بدستورية القوانين والأنظمة التنفيذية، فقد جاء في قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (1/25): «يكون للمحكمة في سبيل القيام بالاختصاصات

المنصوص عليها في المادة 24 ممارسة كل الصلاحيات من النظر والحكم بعدم دستورية أي تشريع أو عمل مخالف للدستور كلياً أو جزئياً»، وفي المادة ذاتها في الفقرة الثانية: «عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار جزئياً أو كلياً، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والقانون،،،».

ويتضح من نص هذه المادة سالفة الذكر، انها وسعت من اختصاص المحكمة الدستورية، وذلك في سبيل حماية الحقوق والحريات، وذلك لتشمل الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والمراسيم والقرارات وغيرها، وذلك كله في سبيل صون الحقوق والحريات وسبيل حماية الدستور والقانون، الى الحد الذي يعتقد به الباحث بالولوج والتداخل بالاختصاص بين عمل المحكمة الدستورية العليا وعمل محكمة العدل العليا وعمل المحكمة العليا في بعض الأحيان، إذ وبموجب المادة سالفة الذكر تملك المحكمة الرقابة على مدى توافق القانون مع الدستور ومدى توافق القرار مع كل من القانون والدستور في آن معاً، في الوقت الذي تنظر به المحكمة بدستورية قرار معين يكون من صلب المصالح التي تحميها دعوى الإلغاء، ويرى الباحث ان في هذا التوسع إشكاليات قانونية قد تعتري عمل المحكمة الدستورية في سبيل نظر الطعون المنظورة أمامها.

وتجدر الإشارة الى ان قانون المحكمة الدستورية المصري لم يتوسع بالاختصاصات واكتفى بسلطة النظر في دستورية القوانين والأنظمة-بجانب الاختصاصات الأخرى كال تفسير وغيره-، دون الخوض في الرقابة على دستورية القرارات والأعمال وغيرها، كما جاء في قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني، وكذلك الأمر نص قانون المحكمة الدستورية عام (2012) على الاختصاص فقط بالنظر بدستورية القوانين والأنظمة، الى جانب التفسير ولم يتوسع بالطريقة التي توسع بها المشرع الفلسطيني وذلك منعا لتداخل الاختصاصات.

ومن الإشكاليات التي من الممكن ان تواجه المحكمة مستقبلاً كمثل حالة من يصدر بحقه قرار فردي مخالف للقانون أو اللائحة، ويكون هذا القرار مقيداً بمدة الطعن بالقرارات الإدارية كما حددها قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني النافذ، وتمضي مدة الطعن ويصبح القرار محصناً من الطعن -حفظاً للمراكز القانونية-، ويقوم الطاعن بعد فوات المدة بالتوجه إلى المحكمة الدستورية استناداً لنص المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية، فهل ستجيب حينها المحكمة الدستورية بعدم

الاختصاص في ظل وجود النص القانوني الصريح؟ لا اعتقد ذلك كباحث، هل ستنظر المحكمة الطعن بالقرار او العمل بعدما حفظ له القانون قوته القانونية في مواجهة الأفراد وحماية لقوة القرارات التنفيذية من عدم جواز الطعن فيها اذا ما انتهت مدة الطعن التي اكتسب فيها القرار حصانة تمنع المحكمة من نظره؟ وكيف ستحمي المحكمة القرارات الصادرة من الجهات ذات الاختصاص من الالتفاف على المواعيد المقررة للطعن بالقرارات الفردية التي قرّرت حماية للمراكز القانونية، إذا ما فتح قانون المحكمة الدستورية الباب على مصراعيه للطعن بالقرارات بشكل عام، دون التقيد بميعاد للطعن أمامها، حتى إذا ثبت فعلا مخالفته للقانون، ام ستعمل المحكمة الرأي الفقهي القائل بأنه: «لا يوجد قرار محصن أمام المحكمة الدستورية من الطعن به»؟ كلها أسئلة تفتح الباب على إشكاليات قانونية قد تصادف حصولها فيما بعد وسيكون لزاما على المحكمة الإجابة عليها في سبيل عملها كمحكمة دستورية.

ثانيا: تقدير الحكم بعدم دستورية المادة 10/1 من نظام التدريب المعدل المقر بتاريخ 24 / 5 / 2013 الصادر عن الهيئة العامة لنقابة المحامين الفلسطينيين لمخالفته مبدأ المساواة.

#### أ) الخصومة في الدعوى الدستورية

على الرغم من ان الخصومة في الدعوى الدستورية توجه الى القانون او النظام بعينه وذلك لكون الدعوى الدستورية، هي دعوى عينية توجه الى عين النص المخالف لأحكام الدستور، الا ان هناك قواعد وأحكام خاصة بالخصومة من لزوم وجود الخصم في الدعوى الدستورية، فهي تتشابه الى حد ما مع دعوى الإلغاء من حيث شرط توافر الخصومة، فكلية يهدفان إلى حماية المشروعية مع فارق أن المحكمة الدستورية تملك إبطال القرار وتقرير عدم دستورية القانون، ووقف العمل به، ويقتصر دور قاضي الإلغاء على إلغاء القرار المخالف للقانون، وعلى الرغم من ذلك كان يجب على الطاعن اختصاص الهيئة العامة لنقابة المحامين، كونها هي الجهة القانونية المختصة بإقرار الأنظمة.

ويرى الباحث صحة ومطابقة ما ورد في قرار المخالفة بخصوص اختصاص الهيئة العامة، فقد نصت المادة (4/42) من قانون نقابة المحامين الفلسطينيين على: «وضع الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون وعرضها على الهيئة العامة لإقرارها»، وعليه تكون جهة التشريع الرسمية والجهة المخولة بإخراج النظام على الحياة العملية هي الهيئة العامة لنقابة المحامين، وبالتالي لو صدر عنها أي قرار مخالف لأحكام القانون والدستور، فإنها تكون شريكة بالخصومة مع مجلس النقابة الذي قام

باقترح مواد النظام وعرضها على الهيئة العامة لإقرارها، وعدم اختصاص الهيئة العامة يعتبر مخالفاً لأحكام القانون ويترتب عليه عدم القبول.

### ب) مبدأ المساواة

يعني مبدأ المساواة الذي نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني هو ان يكون الفلسطينيون جميعاً على اختلاف أعراقهم وأديانهم وألوانهم وغيره من الاختلافات التي استنتت بسنتتها الحياة، والتي لا يمكن حصرها فقط باللون والعرق واللغة وغيرها، متساوين جميعاً أمام القانون، وتعني المساواة في هذا المجال ان يكون الأفراد متساوون وفق لما حدده القانون من شروط ليصبح الأفراد متساوون أمامه.

فعلى سبيل المثال، كأن يحدد القانون سن معينة للتقدم للوظيفة العمومية، وان يحدد النظام الصادر استناداً لقانون وقت التقدم للوظيفة العمومية وحصرها بوقت شهر من كل عام، فلا يملك من هم دون السن القانونية الدفع بعدم الدستورية كونهم خالفوا الشروط التي تطلبها القانون للوصول إلى حالة التساوي مع من سواهم من الأفراد الذين انطبقت عليهم الشروط، ولا يملكون باعتقاد الباحث التذرع بعدم الدستورية لمخالفة مبدأ المساواة، اذا لم يكونوا قد أتموا السن القانونية المطلوبة للتقدم للوظيفة العمومية خلال مدة الإعلان عن التقدم للطلبات وقبل اغلاقه.

وتردد العديد من الدساتير ومنها الدستور المصري بدءاً بدستور (1923) وانتهاء بالدستور القائم جميعها مبدأ المساواة أمام القانون، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير ان الغاية التي يستهدفها أصلاً تتمثل في صون حقوق المواطنين وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال او تقيد ممارستها، وأضحى هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحرريات المنصوص عليها بالدستور، وان صور التمييز التي أوردتها المادة (40) من الدستور المصري، هي التي تقوم على أساس الأصل او الجنس او اللغة او الدين او العقيدة لا ترد على سبيل الحصر قد تكون صور التمييز متعددة وتخضعها المحكمة لرقابتها تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون وضمن احترامه، وتكون هذه القاعدة قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية ولا تهدر نصاً في الدستور، كما انه يملك لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية لتحديد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث يكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون

سواهم ان يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع.<sup>1</sup>

وبالإمكان استنتاج المعنى الدستوري «لمبدأ المساواة» من خلال التطبيقات القضائية في الفقه المقارن، وخاصة في القضاء المصري - يُشار إلى أن القضاء المصري الدستوري يشار له السبق في العديد من الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية، والتي كانت مؤسسة للعديد من الدراسات والأبحاث القانونية في الشأن الدستوري-، فقد قررت المحكمة في الدعوى رقم (21) لسنة (7) قضائية بخصوص الطعن في دستورية نص المادة (27) من القانون رقم (136) لسنة (1981) في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنه النص من إعفاء الأماكن المؤجرة لاستعمالها في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري او الصناعي او المهني الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية او الضريبة على المهن غير التجارية من نسبة الزيادة في القيمة الايجارية المقررة في المادة (7) من القانون المشار اليه أعلاه.

وقد قبلت المحكمة الطعن واعتبرت ان النص المطعون يشوبه عدم الدستورية للأسباب التالية: «ان المشرع أبقى اجرة الأماكن المؤجرة لأغراض السكن على حكم ما تقضي به القوانين السابقة، فلم تشملها قاعدة الزيادة ولم يضيف إليها جديدا في هذا النطاق اما المباني المؤجرة لغير أغراض السكن فقد وضع المشرع بشأنها في المادة (7) من القانون قاعدة عامة مجردة تقضي بإخضاعها لزيادة دورية تحدت فئاتها بنسبة معينة من القيمة الايجارية المتخذة أساسا لحساب الضريبة على العقارات المبنية تختلف باختلاف تاريخ إنشاء المبنى...، وحيث انه لما كان من المقرر ان للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق بما لا يعقب عليه في تقديره ما دام ان الحكم التشريعي الذي قرره لتلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تهدر نصا في الدستور، كما انه يملك لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية لتحديد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث يكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون سواهم ان يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع، وعليه قررت المحكمة عدم دستورية النص لإهدار مبدأ المساواة».

وعليه، يكون مبدأ المساواة بنظر الباحث هو في الإخلال بمبدأ المساواة بين من تساوت ظروفهم

1 للمزيد راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 21 لسنة 7 قضائية المحكمة الدستورية العليا «دستورية».

وأحوالهم القانونية أمام القانون، وبإسقاطه على موضوع الطعن، يرى الباحث ان إهدار مبدأ المساواة يكون في حالة أن يتقدم الطاعن بطلب قيده في السجل وقد اكتمل سجله بكافة متطلبات التسجيل في سجل المحامين المتدربين، وان تقوم نقابة المحامين برفض تسجيله، وعليه يكون قرار النقابة مخالفاً للقانون مع تأكيد الباحث على عدم اختصاص المحكمة الدستورية، ويكون الاختصاص منعقداً للمحكمة العليا وفقاً لأحكام القانون، فيمكن المحكمة العليا إلغاء القرار لمخالفته مبدأ المشروعية كونها صاحبة الاختصاص بإلغاء أي من القرارات الصادرة بشكل غير مشروع، وذلك وفقاً لأحكام المادة (1/46) من قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين التي نصت على: «يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار».

ولو قمنا بعكس الحالة المعروضة للبحث، وهي ان يتقدم الطاعن بتسجيله بعد إغلاق باب التقدم واستكمال الأوراق المطلوبة استناداً لنظام التدريب وقام مجلس النقابة بقبول تسجيله في السجل، ما هو المركز القانوني بالنسبة لمن تقدموا قبله ولم يتم مجلس النقابة بتسجيلهم لفوات المدة القانونية للتسجيل، باعتقادي كباحث سيكون قرار مجلس النقابة محل طعن لمخالفته هنا مبدأ المشروعية بالنسبة - لمن تم رفض تسجيلهم والذي تساوا معه في الوضع القانوني - اذا تحدثنا عن دعوى الإلغاء أمام محكمة العدل العليا، وسيكون القرار الصادر بقبول تدريبه محل طعن بدستوريته استناداً لمخالفة مبدأ المساواة مع من تم رفض تسجيلهم من الأفراد الآخرين الذي تقدموا في الفترة ذاتها، إذا لم يكن الاختصاص مقيداً أمام المحكمة العليا وفقاً للقانون.

ويمكن استنتاج مبدأ المساواة أمام القانون من خلال المثال التالي، وعلى الحالة موضوع البحث «عدم تسجيل الطالب في سجل المحامين المتدربين».

وختاماً يرى الباحث أن نص المادة (10/أ) من نظام التدريب جاء موافقاً ومتفقاً على أقل تقدير مع مبدأ المساواة الذي تضمنه القانون الأساسي الفلسطيني، ويرى الباحث أن نصوص المواد (24 و25) من قانون المحكمة الدستورية بحاجة إلى موثمة مع أحكام القانون الأساسي الفلسطيني النافذ وخاصة المادة (103) منه، وكذلك بحاجة إلى موثمة مع مبادئ القضاء الدستوري، ويوصي الباحث باقتصار قبول الطعون التي توجه ضد قوانين أو أنظمة أو مراسيم رئاسية إضافة إلى التفسير والاختصاصات الأخرى التي لا تدخل في صميم عمل محكمة أخرى.



## المراجع:

### أ) الدساتير

1. القانون الأساسي الفلسطيني (2003) وتعديلاته الصادر بمدينة رام الله بتاريخ 18 / مارس / 2003 الموافق 15 / محرم / 1424 هجرية.
2. دستور مصر عام رقم (23) لسنة (1923) الصادر بسراي عابدين في 3 رمضان سنة 1341 الموافق ابريل سنة 1923.
3. دستور مصر عام (1971) الصادر في مصر العربية بتاريخ 11 / 9 / 1971 وتم تعديله بسنوات 1980 و 2005 و 2007.
4. دستور مصر عام (2014).

### ب) القوانين

1. قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006 الصادر بمدينة رام الله بتاريخ 17 / 2 / 2006 الموافق 19 / محرم / 1427.
2. قانون رقم (3) لسنة (1999) لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين وتعديلاته الصادر بمدينة غزة، بتاريخ 24 / 6 / 1999 ميلادية الموافق 10 من ربيع الأول / 1420 هجرية.
3. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001) وتعديلاته الصادر بمدينة رام الله بتاريخ 16 / 2 / 2006 ميلادية الموافق 17 / محرم / 1427.
4. نظام تدريب المحامين رقم 1 / 2004 صادر بمقتضى المادة (4 / 42) من قانون المحامين النظاميين رقم (3) لسنة (1999)، والتعديلات التي اقرت في اجتماع الهيئة العامة بتاريخ 24 / 5 / 2013.

### ج) المراجع:

1. مؤتمر العدالة الفلسطيني الثالث، «أي قضاء دستوري ملائم لفلسطين ومدى الحاجة لمحكمة دستورية فلسطينية كإحدى متطلبات بناء الدولة» المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء. 2010.

2. أ، الكيلاني زيد: الطعن في دستورية القوانين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، 2012.

(د) أحكام

1. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (21) لسنة (7) قضائية المحكمة الدستورية العليا «دستورية»



أحكام صادرة عن محكمة الاستئناف  
والتعليق عليها

## استئناف تنفيذ رقم 1041/2014 «هل إبرام تسوية لسداد المبلغ المنفذ بين الدائن والمدين، يمثل إبراء لذمة الكفيل، أم لا؟»

استئناف تنفيذ

رقم 2014/1041

دولة فلسطين  
السلطة القضائية  
القرار

الصادر عن محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار القرار باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة : برئاسة رئيس محكمة استئناف القدس القاضي السيد تيسير ابو زاهر وعضوية القاضيين السيدين طالب البزور و محمود جاموس.

المستأنف: منذر فؤاد الياس سعد/ بيت ساحور، للحق  
وكيله المحامي: امير سعد/ بيت لحم  
المستأنف عليه : بهاء الدين محمد عبد الفتاح شاهين/ بيت لحم  
وكيله المحاميان: محمد شاهين ومالك شاهين/ بيت لحم

تقدم المستأنف بهذا الاستئناف للطعن بالقرار الصادر عن قاضي تنفيذ محكمة بيت لحم في القضية التنفيذية رقم 773/2011 الصادر بتاريخ 2014/11/25 والمتضمن "رد الاستشكال المتفرع عن القضية التنفيذية المرقومة اعلاه والابقاء على امر الحبس".

يستند الاستئناف في جممله إلى أن المستأنف سبق وأن قام بتنظيم تسوية لاسترداد الدين مع المحكوم عليه الأول وتمت مصادقة قاضي التنفيذ على التسوية، وأن المحكوم عليه الأول تخلف عن سداد الأقساط، وان توقيع المستأنف على التسوية مع المحكوم عليه الأول لا يعتبر بأي حال من الأحوال تنازلاً عن كفالة المحكوم عليه الثاني المستأنف عليه، وان القرار المستأنف غير مسبب وغير معطل ويحول دون تسديد الدين موضوع الدعوى التنفيذية.

### المحكمة

بالتدقيق وبعد المداولة فإننا نقرر قبول الاستئناف شكلاً لوروده ضمن الميعاد القانوني ولاستيفائه لشرائطه الشكلية، أما بخصوص العوضوع وبعد الاطلاع على لائحة الاستئناف وأوراق الدعوى فإننا نجد أن محضر التنفيذ الذي تم تنظيمه في الدعوى التنفيذية تم مخالفة المحكوم عليهما سامح محمد عبد الفتاح حسين والكفيل بهاء الدين محمد عبد الفتاح حسين (المستأنف عليه) وهو الموقع على السند المنفذ وهو الكميالة بتاريخ 2012/12/18 بتوقيعه الخاص وبذكر هويته، وبتاريخ 2013/02/11 توصل المحكوم له (المستأنف) مع المحكوم عليه الأول (سامح) إلى تسوية لسداد المبلغ المنفذ على أقساط شهرية وتمت المصادقة عليها حسب الأصول، وذكر في هذه التسوية أن المستدعي ضدتهما هما المحكوم عليه الأول والكفيل

الرئيس

الكاتب

استئناف تنفيذ

رقم 2014/1041

المذكور، إلا أن الكفيل لم يوقع عليها ولم يلتزم فيما بعد المحكوم عليه الأول ببند هذه التسوية، مما اضطر المستأنف إلى تقديم طلبات لتبليغ المحكوم عليه الثاني (الكفيل) إخطاراً تنفيذياً لدفع المبلغ المنفذ، وتقدم بالاستشكال رقم 2013/75 بهذا الموضوع وصدر قرار من قاضي التنفيذ على هذا الاستشكال يقضي بأن التسوية أصبحت هي السند الواجب التنفيذ، ولكون المستأنف عليه ليس طرفاً فيها الأمر الذي يتوجب عدم ملاحظته وعدم اتخاذ أي إجراء بحقه في هذه الدعوى لكونه خرج بموجب التسوية وتنازل عن كفالته من قبل المحكوم له، وإن محكمتنا تجد بهذا الخصوص أنه وفق القانون يجب تجريد المدين الأصلي من أمواله المنقولة وغير المنقولة التي تكفي لسداد الدين، وإذا كانت لا تكفي أو لا يوجد له أموال فإنه يصار إلى مطالبة وملاحقة الكفيل، كما أنه لا تبرؤ نمة المدين من الدين بإبراء الكفيل؛ لأن الكفالة من حق الدائن لا المدين ولصاحب الحق أن يتنازل عنه، وعليه فإن صاحب الحق في هذه الدعوى هو المحكوم له، وله أن يتنازل عن مطالبة الكفيل وإبرائه، ولكون المحكوم له (المستأنف) لم يتنازل صراحةً بإبراء الكفيل، ولكون التسوية التي نظمت ما بين المستأنف والمحكوم عليه الأول كان الغاية منها تحصيل دينه المنفذ من أموال المحكوم عليه الأول (المدين الأصلي)، وحيث أنه ثبت أنه لا يوجد عنده أموال تكفي أو لم يبق بسداد الأقساط المستحقة فإن ملاحقة الكفيل بهذه الحالة تتفق مع القانون، وإن تنظيم التسوية المذكورة لا يعني بأي شكل تنازلاً من قبل المحكوم له عن كفالة المحكوم عليه الثاني أو إبراء نتمته لأنه يجب أن يكون هذا التنازل منصوص عليه صراحةً، وعليه فإن الاستئناف يردّ على القرار المستأنف.

لذلك

فإننا نقرر قبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء القرار المستأنف وإعادة الملف إلى مرجعه للسير به وفق ما بيناه أعلاه.

قراراً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني وافهم في 2014/12/21

الرئيس

الكاتب

دولة فلسطين - السلطة القضائية  
أرشيف محكمة استئناف القدس  
19-01-2015

صورة طبق الأصل  
نسخة اول مفاهم

دولة فلسطين  
أرشيف

15

صورة

2014 / 1041

## تعليق الاستاذ المحامي عصام الشريف

ماجستير في القانون / الأردن

### المقدمة:

تعتبر الكفالة صورة من صور التأمينات الشخصية، ويُلاحظ في وقتنا الحاضر أن غالبية الدائنين والمؤسسات والشركات تطلب من المتعامل معها تقديم ضمانات، سواء كانت رهن أموال غير منقولة أو رهن أموال منقولة مسجلة رسمياً (سيارة أو مركبة) أو تقديم كفيل ملىء يضمن تسديد الأموال المترتبة أو التي ستستحق بذمة المدين، ونظمت أحكام وقواعد الكفالة المواد (950 وما بعدها من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976).

وتعرف المادة (950) من القانون المدني الكفالة بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام»، وأوضحت المادة (967) من القانون المدني أنه: «1 - للدائن مطالبة الأصيل والكفيل أو مطالبتهما معاً، 2 - وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منها، 3 - على أن مطالبته لأحدهم لا تُسقط حقه في مطالبة الباقيين».

ويُلاحظ في هذا الصدد أنه:

أ. إذا قدم الدائن الدعوى ضد الكفيل في كميالية لمطالبته بكامل المبلغ فإن من حق الكفيل في هذه الحالة تقديم طلب لإدخال المدين مدعى عليه في الدعوى ليصدر الحكم عليهما بالتكافل والتضامن، بحيث إذا قام الكفيل بدفع وتسديد المبلغ، فإن من حقه استعمال ذات الحكم للتنفيذ على المدين بالمبلغ.

ب. تنص المادة (2/983) من القانون المدني على ما يلي: «... 2 - وإذا أُقيمت الدعوى على الكفيل وجب عليه إدخال الأصيل فيها فإن لم يفعل جاز للأصيل أن يتمسك قبله بكل ما كان يستطيع أن يدفع به دعوى الدائن».

أما إذا قدم الدائن الدعوى ضد المدين في الكميالية، وكان هناك كفيل لم يتم مخاطمته، فلا يجوز للمدين في هذه الحالة إدخال الكفيل مدعى عليه في الدعوى، لأنه ليس من حق المدين الرجوع على الكفيل، ويرتبط موضوع الكفالة موضوع أو مسألة التضامن.

1. تنص المادة (974) من القانون المدني على ما يلي: «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين إلا إذا كفّلوا جميعاً بعقد واحد لم يشترط فيه تضامنهم فلا يُطالب أحد منهم إلا بقدر حصته».

2. تنص المادة (975) من القانون المدني على ما يلي: «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقي بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم».

3. تنص المادة (986) من القانون المدني على ما يلي: «إذا كان المدينون متضامنين فلمن كفّلهم بطلبهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين».

ومن الإشكالات التي يثيرها موضوع الكفالة ما يطلق عليه «الدفع بالتجريد» ومقتضاه: - «أنه وإن كان يجوز للدائن إقامة الدعوى على المدين والكفيل في كميالية مثلاً وصدر قرار في الدعوى بإلزام المدعى عليهما المدين والكفيل بالتضامن بالمبلغ فإنه لا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله».

وبتدقيق نصوص القانون المدني الأردني التي تنظم موضوع الكفالة يُلاحظ:

1. إن المشرع لم يأخذ بهذا المبدأ كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الكفالة، ولكنه أخذ بتطبيقات دون مراعاة أنه لا يجوز الأخذ بتطبيقات كمبدأ دون الأخذ بالمبدأ نفسه، تنص المادة (972) من القانون المدني على ما يلي: «لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامناً معه».

تنص المادة (971) من القانون المدني على ما يلي: «إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين».

تنص المادة (27) من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته على ما يلي: «يجوز لدائن شركة التضامن مخاطمة الشركة والشركاء فيها، إلا أنه لا يجوز له التنفيذ على الأموال الخاصة للشركاء فيها لتحصيل دينه إلا بعد قيامه بالتنفيذ على أموال الشركة...».



تنص المادة (7/أ) من قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007 على ما يلي: «يُراعى في تنفيذ السندات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (6) من هذا القانون على ما يلي: «أ. يجوز للدائن أن يطلب من الدائرة تحصيل دينه من المظهرين والكفلاء خلال خمسة عشر يوماً تلي تاريخ الاحتجاج بالوفاء إذا كان هذا الاحتجاج يتطلبه القانون».

وفي سبيل إعداد بحث ومناقشة أو التعليق فإننا نتناول:

- أولاً: وقائع القضية التنفيذية.
  - ثانياً: المبادئ التي تضمنها قرار محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله.
  - ثالثاً: مناقشة وبحث المبادئ التي تضمنها قرار محكمة استئناف القدس.
- أولاً: وقائع القضية التنفيذية.
1. للسيد منذر فؤاد الياس سعد (الدائن) بذمة المدين سامح محمد عبد الفتاح حسين مبلغ وقدره «مليونين شيكل من النوع الجديد».
  2. (أ) قام المدين سامح محمد عبد الفتاح حسين بتحرير كميالة لأمر الدائن السيد منذر فؤاد الياس سعد بقيمة المبلغ.
  - (ب) كما تمت كفالة الكميالة من الكفيل بهاء الدين محمد عبد الفتاح حسين.
  3. تم طرح الكميالة للتنفيذ بموجب القضية التنفيذية رقم 2011 / 773.
  4. يتوجب في هذه الحالة على الدائن ودائرة التنفيذ تنظيم إخطارين تنفيذيين:
    - الأول للمدين «سامح محمد عبد الفتاح حسين».
    - الثاني للكفيل (بهاء الدين محمد عبد الفتاح حسين).
  5. قام المدين (سامح محمد عبد الفتاح حسين) بإبرام تسوية مع الدائن منذر فؤاد الياس سعد مضمونها «التزام المدين بتسديد المبلغ على أقساط» حيث صادق سعادة رئيس التنفيذ على هذه التسوية.
  6. لم يلتزم المدين بدفع المبلغ أو أي قسط منه مما دعا الدائن لطلب إخطار الكفيل لدفع المبلغ المنفذ بموجب القضية التنفيذية .

7. لا يتضح من القرار الصادر عن محكمة استئناف القدس فيما إذا كان طلب تبليغ المحكوم عليه الثاني (الكفيل) إخطاراً تنفيذياً لدفع المبلغ المنفذ وفيما إذا كان هذا الإخطار:

- هو لأول مرة.
- أم أنه إخطار ثاني بعد التخلف عن تنفيذ المدين التزاماته.

8. تقدم الدائن باستشكال يحمل رقم 2013 / 75.

9. بتاريخ 2013 / 11 / 26 أصدر قاضي تنفيذ بيت لحم قرار في الاستشكال رقم 2013 / 75 المتضمن:

أ. إن التسوية المتكونة بين الدائن والمدين لا تشمل المحكوم عليه الثاني (الكفيل) المستشكل.  
ب. إن التسوية المتكونة بين الدائن والمدين تعتبر بمثابة تنازل من قبل المحكوم له (الدائن) عن كفالة المحكوم عليه الثاني (الكفيل).

ج. إن التسوية أصبحت هي السند الواجب التنفيذ وإن المستشكل (الكفيل) ليس طرفاً فيها مما يترتب عليه:

1. عدم ملاحقة الكفيل.

2. عدم اتخاذ أي إجراء بحقه.

وبناءً عليه، قرر قاضي تنفيذ بيت لحم «قبول الاستشكال» موضوعاً وإلغاء كافة الإجراءات وأمر الحبس الصادر بحق المستشكل (الكفيل).

10. قررت محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله وبموجب قرارها رقم 2013 / 940 تاريخ 2013 / 12 / 19 رد الاستئناف المقدم من المحكوم له منذر فؤاد الياس سعد وتصديق القرار الصادر عن قاضي تنفيذ بيت لحم.

11. على الرغم من صدور قرار محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله في القضية الاستئنافية رقم 2013 / 940 تاريخ 2013 / 12 / 29 (والمكتسب الدرجة القطعية) إلا أن الدائن / المحكوم له تقدم بتاريخ 2014 / 10 / 13 بطلب إلى سعادة قاضي التنفيذ لتبليغ المحكوم عليه بهاء الدين محمد عبد الفتاح حسين والمثابرة على الاجراءات في مواجهته فقرر قاضي التنفيذ رفض الطلب.

12. تقدم المحكوم له / الدائن منذر فؤاد الياس سعد بلائحة طعن إلى محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله للطعن في قرار قاضي تنفيذ بيت لحم المتضمن رفض طلب المحكوم له/ الدائن تبليغ المحكوم عليه بهاء الدين محمد عبد الفتاح حسين إخطار تنفيذي والمثابرة على الاجراءات.
13. بتاريخ 2014 / 12 / 21 أصدرت محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله قرارها في القضية الاستئنافية رقم 2014 / 1041 والمتضمن: - قبول الاستئناف موضوعاً وإقرار المبادئ الآتية:
- 1 - تطبيق مبدأ «الدفع بالتجريد» كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الكفالة، بمعنى أنه يجب تنفيذ الحكم أو القرار أو مبلغ السند على أموال المدين بحيث إذا كان ليس لديه أموال أو كانت أمواله لا تكفي ففي هذه الحالة يتم التنفيذ على أموال الكفيل، 2 - إن الكفالة من حق الدائن لا المدين ولصاحب الحق أن يتنازل عنه، 3 - للمحكوم له أن يتنازل عن مطالبة الكفيل وإبرائه، 4 - حيث أن المحكوم له لم يتنازل صراحة بإبراء الكفيل، ولكون التسوية التي نظمت ما بين المحكوم له والمحكوم عليه الأول كان الغاية منها تحصيل دينه المنفذ من أموال المدين الأصيل، وحيث ثبت أنه لا يوجد عنده أموال تكفي أو لم يقم بسداد الأقساط المستحقة، فإن ملاحقة الكفيل بهذه الحالة تتفق مع القانون، 5 - إن تنظيم التسوية المذكورة لا يعني بأي شكل تنازل من قبل المحكوم له عن كفالة المحكوم عليه الثاني (الكفيل) أو إبراء ذمته، لأن هذا التنازل يجب أن يكون منصوص عليه صراحة وعليه فإن الاستئناف يرد على القرار المستأنف.

ملاحظة: القرارين صادرين عن ذات الهيئة الاستئنافية:

- 2013 / 940 تاريخ 2013 / 12 / 19 .

- 2014 / 1041 تاريخ 2014 / 12 / 21 .

وإن كل قرار عكس القرار الآخر رغم أن موضوع الدعوى واحد.

ثانياً: المبادئ التي تضمنها قرار محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله:

أ. المبادئ التي تضمنها القرار رقم 2013 / 940 تاريخ 2013 / 12 / 19:

بتدقيق القرار المذكور تبين أنه تضمن المبادئ الآتية: 1 - أنه جرت تسوية بين المحكوم له منذر فؤاد الياس سعد وبين المحكوم عليه / المدين سامح محمد عبد الفتاح حسين وتم تقديمها لقاضي التنفيذ الذي صادق عليها بحيث يلتزم المدين بتسديد المبلغ، 2 - إن المحكوم له/

الدائن بموجب هذه التسوية تنازل عن مطالبة الكفيل (بهاء الدين محمد عبد الفتاح حسين)، 3 - أنه وطالما أن الكفالة حق للمحكوم له/ الدائن فإن له أن يتنازل عن الكفالة، 4 - إن الدين أصبح محصور في المدين الأصيل وإنما جاءت معدلة لما جاء في الكمبيالة بإخراج الكفيل من المطالبة وإبراء ذمته خلافاً لما جاء في السند الأصلي، 5 - واستناداً لذلك فإن أسباب الاستئناف لا ترد على القرار.

ب. بالمبادئ التي تضمنها القرار رقم 1041/2014 تاريخ 2014/12/21:

بتدقيق القرار المذكور تبين أنه تضمن المبادئ الآتية: 1 - تطبيق مبدأ «الدفع بالتجريد» كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الكفالة، بمعنى أنه يجب تنفيذ الحكم أو القرار أو مبلغ السند على أموال المدين بحيث إذا كان ليس لديه أموال أو كانت أمواله لا تكفي ففي هذه الحالة يتم التنفيذ على أموال الكفيل، 2 - إن الكفالة من حق الدائن لا المدين ولصاحب الحق أن يتنازل عنه، 3 - للمحكوم له أن يتنازل عن مطالبة الكفيل وإيرائه، 4 - حيث أن المحكوم له لم يتنازل صراحة بإبراء الكفيل، ولكون التسوية التي نظمت ما بين المحكوم له والمحكوم عليه الأول كان الغاية منها تحصيل دينه المنفذ من أموال المدين الأصيل، وحيث ثبت أنه لا يوجد عنده أموال تكفي أو لم يقيم بسداد الأقساط المستحقة فإن ملاحقة الكفيل بهذه الحالة تتفق مع القانون، 5 - إن تنظيم التسوية المذكورة لا يعني بأي شكل تنازل من قبل المحكوم له عن كفالة المحكوم عليه الثاني (الكفيل) أو إبراء ذمته، لأن هذا التنازل يجب أن يكون منصوص عليه صراحة وعليه فإن الاستئناف يرد على القرار المستأنف.

ثالثاً: بحث ومناقشة المبادئ التي تضمنها قرار محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله رقم 1041/2014 تاريخ 2014/12/21:

1 - أنه وحتى لو صدر كل قرار من هيئة مختلفة فإن القرار الأقرب للصواب هو القرار الصادر في القضية الاستئنافية رقم 1041/2014 تاريخ 2014/12/21، 2 - إن القرار الصادر عن محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله في القضية الاستئنافية رقم 1041/2014 تاريخ 2014/12/21 جاء معللاً ومُسبباً ويتفق مع نصوص القانون المدني التي تنظم الكفالة، 2 - طالما أن المحكوم له/ الدائن منذر فؤاد الياس سعد طرح الكمبيالة أو السند للتنفيذ في

مواجهة المدين والكفيل، فمعنى ذلك أن إرادته انصرفت للتنفيذ عليهما وتحصيل حقوقه سواء من المدين أو الكفيل، -3 إن الالتزام الوارد في الكمبيالة والموقعة من المدين والكفيل إنما هو التزام تطبق بخصوصه أحكام التضامن السلبي (دائن واحد وعدة مدينين)، -4 طالما ثبت عدم قدرة المدين على تنفيذ الالتزام ودفع المبلغ الوارد في الكمبيالة فإن من حق الدائن / المحكوم له طلب التنفيذ على أموال الكفيل، -5 إن الكفالة تدور وجوداً وعدمياً مع التزام المدين بحيث تبقى هذه الكفالة قائمة لحين تسديد الالتزام أو قبض المحكوم له / الدائن لمبلغه أو التزامه، 6 - إن التسوية المبرمة المنعقدة بين المحكوم له / الدائن والمحكوم عليه الأول / المدين لا تتضمن أي بند أو نص ينص صراحة على إبراء ذمة الكفيل من الدين حيث أن ما ورد في التسوية إنما جاء تطبيقاً لمبدأ «الدفع بالتجريد» كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الكفالة بحيث:

- أ. تم البدء بالتنفيذ على أموال المدين / المحكوم عليه الأول .
- ب. ولما ثبت عدم وجود أموال عند المدين / المحكوم عليه الأول فقد لجأ الدائن / المحكوم له للتنفيذ على أموال الكفيل.

وبناء عليه، تكون الهيئة التي أصدرت القرار رقم 1041 / 2014 تاريخ 21 / 12 / 2014 قد تداركت الخطأ التي وقعت فيه في قرارها الأول رقم 940 / 2013 تاريخ 19 / 12 / 2013، ولو لم تدارك محكمة استئناف القدس هذا الخطأ لابتدعنا وسيلة جديدة للتحايل على القانون تتمثل في:

- قيام المدين بعرض تسوية لتسديد المبلغ على أمل أن يتم إبراء الكفيل من الكفالة.
- لا يدفع المدين المبلغ اعتماداً على أن الكفيل لا يدفع المبلغ.
- يكون المدين مطمئناً أن الكفيل لا يرجع عليه بأي مبلغ، في هذه الحالة تضيع حقوق الدائن أو المحكوم له.

## تعليق الدكتور خالد إمام

المحامي بالنقض / مصر

يثير هذا التعليق عدة نقاط هامة، وتدق التفرقة بينها بحيث قد تختلط الأمور بشيء يثير اللبس ما بين علاقة الكفيل بالمدين وعلاقة الكفيل بالدائن، وكذلك التفرقة بين منازعة التنفيذ الموضوعية وهي اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المنفذ ضده في سند تنفيذي، ومنازعة التنفيذ الوقتية والتي لا تزيد عن وقف التنفيذ حين إنتهاء إجراء موضوعي أو تصحيح إجراء، وليس لها أي حجية قانونية في منازعة التنفيذ الموضوعية، ولا أثر لها على السند التنفيذي، ذلك أن القاضي ليس له الفصل في الموضوع إذا طرحت أمامه منازعة تنفيذ وقتية.

وحتى تتم الفائدة فسوف نبسط القول في إيجاز غير مغل لهذه الموضوعات، بغية وضع الحدود الفاصلة بين كل مسألة آثارها النزاع، مبتدئين بموجز للوقائع، يليه تأصيلاً لمسألة الكفالة، ثم علاقة الدائن بالكفيل والمدين، وأخيراً الرأي القانوني في الموضوع.

### أولاً: موجز الوقائع:

- أصدر المدين كميالة لصالح الدائن بتاريخ 18 / 12 / 2012 وقدم المدين كفيلاً لضمان سداد قيمة الكميالة.
- قدم الدائن الكميالة للتنفيذ في مواجهة المدين وفي مواجهة الكفيل، وذلك بموجب محضر التنفيذ المؤرخ في 11 / 2 / 2013.
- اتفق الدائن مع المدين على تسوية قضائية للمدين، على أن يتم سدادها على أقساط، وصادق عليها قاضي التنفيذ بتاريخ 11 / 2 / 2013.
- استصدر الدائن أمر حبس ضد المدين.
- بتاريخ 12 / 6 / 2013 قدم الدائن طلب بالمثابرة (الاستمرار) بالتنفيذ ضد الكفيل لسداد الكميالة بموجب طلب تنفيذ قيد برقم 256 / 2013.

- أقام الكفيل استشكال لوقف إجراءات التنفيذ الموضوعية في الدعوى رقم 256 / 2013 قيد برقم 75 / 2013.
- بتاريخ 26 / 11 / 2013 تم الحكم بقبول الاستشكال موضوعاً، وإلغاء كافة الإجراءات وكذا أمر الحبس الصادر بحق المستشكل.
- إستئناف الدائن للحكم، ضد المستأنف عليه (الكفيل) قيد برقم 940 لسنة 2013 وبتاريخ 19 / 12 / 2013 صدر الحكم برد الاستئناف موضوعاً (رفضه) وإعادة الملف إلى مرجعة للسير به حسب الأصول - ويعني ذلك إخراج الكفيل من منازعة التنفيذ، وإعتبار التسوية القضائية هي أساس التنفيذ، وأن الدائن بموجب التسوية قد تنازل عن الرجوع على الكفيل ولكون الكفيل ليس طرفاً في التسوية فلا يجوز الرجوع عليه وملاحقته.
- بتاريخ 13 / 10 / 2014 صدر الحكم في دعوى التنفيذ الموضوعية برفض طلب المستأنف (الدائن) التنفيذ بإخطار المستأنف عليه (الكفيل).
- أقام الدائن استئناف في الحكم رقم 256 / 2013 قيد برقم 1041 / 2014 وقد صدر الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وإلغاء القرار المستأنف وإعادة الملف إلى مرجعة للسير به حسب الأصول، وصدر هذا القرار بتاريخ 21 / 12 / 2014 وبهذا الحكم أقرت المحكمة الرجوع على الكفيل.

#### ثانياً: الكفالة في عمومها:

- وتعرف الكفالة لغة بمعنى كفلت بالمال، وقيل كفلته وكفلت عنه إذا تحملت به، قال ابن الانباري تكفلت بالمال إلتزمت به وألزمته نفسي، أى تحملت به<sup>1</sup> وأكفله المال ضمنه إياه وتكفل بدينه، والكافل الذي يكفل إنساناً يعوله، ومنه قوله تعالى: «وكفلها زكريا»<sup>2</sup> والكفيل بمعنى الضامن.
- وقد عرفت المادة 772 مدني مصري الكفالة بأنها: «عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه».

1 المصباح المنير، ابن المقرئ الفيومي باب كفل، ص 736، مختار الصحاح، أبي بكر الرازي، باب كفل، ص 574.

2 سورة آل عمران.

- ويتضح من التعريف السابق أن الكفالة عقد يلتزم به الكفيل إزاء الدائن<sup>1</sup>، وتفترض وجود مدين ترد على دينه الكفالة،<sup>2</sup> والكفيل له الحق في دفع التنفيذ على أمواله بالدفع بالتجريم 889 مدني مصري، والدفع بالتقسيم أي تقسيم الدين بين المدين والكفيل بعد تجريد المدين ولا تثبت الكفالة إلا بالكتابة مادة رقم 773 مدني مصري، وللکفيل حق الحلول محل الدائن في التأمينات المقدمة من المدين، وكذلك براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بتقصيره من تلك التأمينات، ونصت المادة 776 مدني مصري على تكييف كفالة الدين التجاري.

### كفالة الدين التجاري:

- قد يشترط حامل الكمبيالة ضماناً شخصياً للوفاء بقيمتها فيوقع أحد الأشخاص على الكمبيالة بوصفه كفيلاً<sup>3</sup>، ويقتضي ذلك، أن يكفل أحد الملتزمين الوفاء بقيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها،<sup>4</sup> ويطلق على هذه الكفالة بالضمان الاحتياطي AVAL، والضامن الاحتياطي هو كفيل يقدمه الساحب أو أحد الملتزمين ليضمنه في التزامه بالوفاء بقيمة الكمبيالة، وبذلك يزداد ضمان الحامل في الكمبيالة.
- وقد نصت المادة 139 من قانون التجارة المصري الملغى على أن الضمان الاحتياطي يكون على الساحب أو المحيل، ويلزم الضامن احتياطياً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التي يلزم المضمون على سحبها، ما لم توجد شروط بخلاف ذلك بين المتعاقدين.
- ونصت المادة 418 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أن:
  1. يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي.
  2. ويكون هذا الضمان من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة.
- ونصت المادة 185 من قانون التجارة المعمول به في فلسطين على أن:
  - 1) - ساحب السند وقابله ومظهره وضامنه الاحتياطي مسؤولون جميعاً تجاه حامله على

1 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ط 2006، بند 16، ص 31.

2 د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، ج3، ط 3، سنة 1994.

3 د. سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، سنة 1991، بند 79، ص 148.

4 د. سعيد يحيى، النظام التجاري السعودي، بند 2414 ص 372 أسكندرية.



وجه التضامن. 2 - ولحامله مطالبتهم منفردين أو مجتمعين أن يلزم بمراعاة ترتيب التزام كل منهم. 3 - وليثبت هذا الحق لكل موقع على سند أو في بقيته. 4 - والدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون مطالبة الباقي ولو كان التزامهم لاحقاً لمن أقيمت عليهم الدعوى أولاً). ويستدعى ما سبق الحديث عن الضمان الاحتياطي من حيث شروطه وآثاره وتميز فكرة التضامن في القانون التجاري.

### 1. شروط الضمان الاحتياطي:

- يستلزم الضمان الاحتياطي شروطاً موضوعية وأخرى شكلية، والشروط الموضوعية هي توافر الأهلية القانونية والرضا والمحل والسبب<sup>1</sup>.
- أما الشروط الشكلية، فتتمثل في كيفية للضمان ويثبت الضمان في كتابة صيغة الضمان على الورقة التجارية ذاتها، ويمكن كتابتها على وصلة بالورقة التجارية، ويكتب الضمان بعبارة «الضمان الاحتياطي» أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن<sup>2</sup>.
- وقد نصت على ذلك المادة 419 تجارى مصرى بقولها: (1 - يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة. 2 - ويؤدى الضمان بعبارة (للضمان الاحتياطي) أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن. 3 - ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادراً من المسحوب عليه أو من الساحب. 4 - يذكر في الضمان إسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلاً للساحب، وقانون التجارة المصري لا يجيز أن يتم الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة، أما قانون التجارة الملغى فقد كان يجيز حصول الضمان بكتابته على ذات الكمبيالة وفي ورقة مستقلة أو بمخاطبة وكذلك فإن القانون الأردني أجاز أن يكون الضمان في ورقة مستقلة حيث نص في المادة 5 / 162 على أنه: «ويجوز إعطاء الضمان الاحتياطي على صك مستقل بين فيه المكان الذي تم فيه). وبذلك فإن الضمان الاحتياطي لا يفترض، بل يجب النص عليه صراحة فضلاً عن أن التضامن لا يفترض.

1 د. بسام حمد محمد الطراونة، تظهير الورقة التجارية، رسالة دكتوراة - جامعة الدول العربية 2001 ص 211.  
 2 د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، بند 79 ص 148، د. على البارودي، القانون التجاري، أسكندرية، 1999، بند 354 ص 536.

## 2. آثار الضمان الاحتياطي:

- يرتب الضمان الاحتياطي آثاراً نصت عليها المادة 420 من قانون التجارة الجديد، حيث نصت في فقرتها الأولى على أن: «يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المدين المضمون،(1) وبذلك فإن الضمان الاحتياطي يرتب التزاماً صرفياً على الضامن بالوفاء بقيمة الكمبيالة تجاه حامل الورقة التجارية.
- وذلك بالتزامن مع من صدر الضمان لصالحه ويستفيد من هذا الالتزام جميع المدينين اللاحقين للملتزم المضمون، ويعني ذلك أن الضامن يلتزم بما إلتزم به المضمون، وتسري عليه قواعد القانون الصرفي بما في ذلك قاعدة تطهير الدفع حيث لا يجوز للضامن الاحتياطي الاحتجاج بالدفع الشخصية التي يطهرها التطهير في مواجهة الحامل حسن النية،(2) ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل، وتسري على الضامن قاعدة استقلال التوقيعات، وهذا الحكم خروجاً على القواعد العامة التي تعتبر التزام الكفيل التزام تبعي لإلتزام المكفول صحة وبطلان وتحققاً وإنقضاء»، وقضى<sup>3</sup> بأن الضامن الاحتياطي يعتبر في جميع الأحوال كفيلاً متزامناً مع المضمون يتحمل كل الالتزامات التي تقع على مضمونه ويكون له كل حقوقه ويجوز الرجوع عليه بكافة الطرق التي يرجع بها على مضمونه».
- وأخيراً، ينقضي التزام الضامن الاحتياطي إذا وفي المضمون أو أحد المظهرين قيمة الورقة التجارية، فإذا قام الضامن الاحتياطي بالوفاء بقيمة الورقة، فإن له حق الرجوع على المضمون بدعوى الكفالة الشخصية أو بموجب الحلول الشخصي محل المدين بالورقة التجارية، لأنه يجل محل الحامل ويجوز له الرجوع على من ضمنه وعلى جميع الموقعين السابقين عليه أما الموقعين اللاحقين عليه، فلا يجوز له الرجوع عليهم لأنه يعتبر ضمناً لهم بضمانه للمظهر السابق لهم،<sup>4</sup> وعلى ذلك جاء نص الفقرة الثالثة من المادة 420 من قانون

1 د. على قاسم، قانون الأعمال، جزء ثالث، ط ثانية، 1999 بند 210، ص 251.

2 د. بسام محمد الطراونة، تطهير الورقة التجارية، رسالة دكتوراة، 2001 ص 213.

3 حكم مصر التجارية الجزئية في 16 أبريل سنة 1940، هامش كتاب د. على قاسم، المرجع السابق، ص 251.

4 د. بسام محمد الطراونة، مرجع سابق ص 214.

- التجارة المصرى بقوله: «-3 وإذا أوفى الضامن الاحتياطي الكميالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملتزم بمقتضى الكميالة تجاه المضمون».
- ويتضح مما سبق أن الضامن الاحتياطي كفيل متضامن على الملتزم المضمون في الورقة التجارية فإن علاقة الضامن الاحتياطي والمدين المضمون تخضع للأحكام العامة للكفالة المقررة في التقنين المدني ما لم يتدخل قانون التجارة بنص خاص، وطبقاً لذلك، يسقط حق الضامن الاحتياطي في الرجوع على الملتزم المضمون إذا أدى قيمة الورقة التجارية دون أن يخطر بذلك المدين المضمون وكانت لدى المدين وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطان الدين أو بإنقضائه فقد يكفي دفع المدين المضمون على الوفاء والرجوع علماً بأن المادة 58 من قانون التجارة أبحاث في المسائل التجارية، أن يكون الإخطار برقية أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الحديثة التي تحقق الغرض،<sup>1</sup> وللضامن الاحتياطي الرجوع على المدين المضمون بمقتضى الدعوى الشخصية المقررة بالمادة 800 من القانون المدني، كما يجوز للضامن الاحتياطي أن يرجع على المدين المضمون بمقتضى دعوى الحلول المقررة بمقتضى نص المادة 799 مدني، فيحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين، ويحكم هاتان الدعوتان الأحكام العامة للقانون المدني.
- وينظم آثار الضمان الاحتياطي قواعد لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، وذلك كأن يقتصر الضمان على جزء من مبلغ الدين، أو يتم الوفاء لبعض الدائنين دون غيرهم، وللضامن الاحتياطي أن يحتفظ بحقه في تجريد المدين الأصلي، أو أن يقرر التزامه بالضمان بأجل يقل عن المدة القانونية أو المدة التي اشترطها المدين المضمون لتقديم الكميالة المستحقة الدفع بعد مدة معينة من الإطلاع أو بمجرد الإطلاع للقبول أو للدفع<sup>2</sup>.
- ويجب في النهاية أن تتم التعديلات المتفق عليها صراحة في صيغة الضمان الاحتياطي حتى يتم العلم اليقيني بها وإلا ترتبت الآثار القانونية السابق عرضها.

1. د. علي قاسم، مرجع سابق، بند 214 ص 258.

2. د. سمحية القليوبي، مرجع سابق، بند 81 ص 153.

### التظهير كأداة للضمان الاحتياطي:

- قد يلجأ أطراف العلاقة في الورقة التجارية إلى ستر الضمان الاحتياطي لعدة أسباب أهمها إخفاء وجود ضامن للساحب حتى لا يتضرر مركزه المالي في السوق، ويتم ذلك في صورة تظهير<sup>1</sup> تام في حالة تقديم الكمبيالة لخصمها من البنك، فيشترط البنك تظهير الورقة التجارية للضامن الاحتياطي ويقوم الضامن الاحتياطي والمظهر إليه الورقة بتظهير الورقة للبنك، بحيث إذا أمتنع المسحوب عليه عن الوفاء فإن البنك يطالبها بوصفها مظهرين<sup>2</sup>.

### 3. فكرة التضامن في القانون التجاري:

- نصت المادة 1/779 من القانون المدني على أنه: «كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً، ولو كان الكفيل تاجراً، على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً».

- وبالتالي، فإن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً<sup>(3)</sup>، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً<sup>4</sup>.

### وتكون الكفالة تجارية في القانون في حالتين:

1. إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً (AVAL) والأوراق التجارية هي الكمبيالة والسند الأذني، والشيك.

2. إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) الأوراق التجارية حيث نصت المادة 1/391 تجاري على أن: «كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها بأنها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير وتكمل المادة 2/395 تجاري بقولها على أن: «يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك».

1 د. بسام محمد الطراونة، تظهير الورقة التجارية، مرجع سابق ص 213.

2 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، ط 2006، نقابة المحامين، فقرة 27 ص 56.

3 طعن نقض تجاري جلسة 2/3/1981 الطعن رقم 1041 لسنة 47 ق س 22، ص 737.

4 د. علي قاسم، مرجع سابق، بند 209 ص 250.

- وحيث أن الورقة التجارية تنتقل ملكيتها بالتحويل، والتحويل يتم بالتظهير، وكل محيل للورقة التجارية الأذنية يعتبر كفيلاً بالتضامن مع المدين، والالتزام الذي يترتب في ذمته باعتباره كفيلاً التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً.
- وحيث أن التضامن (la solidarite) لا يفترض في المعاملات المدنية،<sup>1</sup> وإنما يكون التضامن بناءً على اتفاق أو نص في القانون وقد نصت على هذا المبدأ المادة 279 مدني، أما المسائل التجارية فإن العرف استقر على أن التضامن بين المدينين إذا تعددوا هو الأصل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.
- ونصل إلى نتيجة هامة في نطاق هذا التعليق، وهي رجوع الدائن لاستيفاء دينه الثابت بموجب الكمبيالة والمضمونة احتياطياً، فلا شك وطبقاً لما سبق أن المدين والكفيل متضامنين، وبذلك فإن للدائن الخيار بالرجوع على أحدهما دون الآخر، بل ويحصل على دينه بالكامل من الكفيل دون أن يدفع الكفيل بالتجريد لوجود التضامن بينه وبين المدين، وعلى ذلك قررت محكمة النقض المصرية بقولها: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين متى تمسك الكفيل بذلك ولم يكن متضامناً مع المدين»<sup>2</sup>، وحيث أن الدائن مخير في الرجوع بين المدين أو الكفيل، فإن رجوعه على المدين لا يسقط حقه في الرجوع على الكفيل.

### ثالثاً: علاقة الدائن بالكفيل والمدين:

- سبق أن أوضحنا أن الكفالة وإن كانت في ورقة تجارية وعمل تجاري من طرف الكفيل، حتى ولو لم يكن تاجر، فإن قواعد الكفالة في القانون المدني هي التي تحكمها ما لم يتضمن القانون التجاري نص خاص، فإنه في هذه الحالة يطبق نص القانون التجاري باعتبار أن الخاص يقيد العام، ولذلك سندرس أطراف علاقة الكفالة بين الدائن بالكفيل، والدائن بالمدين فضلاً عن علاقة الكفيل بالمدين.

1 د. علي قاسم، قانون الأعمال، الجزء الأول، 1997، دار النهضة العربية، بند 44، ص 76.

2 نقض مدني جلسة 8/12/1983، الطعن رقم 597 لسنة 49 ق.

## علاقة الدائن بالكفيل:

- يلتزم الدائن بعدة التزامات تجاه الكفيل:

أ. أن لا يتأخر في المطالبة بدينة عند حلول أجل الدين، حتى لا يكون التأخير مضرًا بمصلحة الكفيل، وأن يطالب المدين قبل مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً، (وقد نصت على هذه الالتزامات المادة 788 / 1 مدني على أن: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين».

ب. يجب أن يحافظ الدائن على التأمينات الأخرى إن وجدت والضامنة للدين، حتى يحل الكفيل محل الدائن لاقتضاء ما وفاه للدائن، «ولذلك نصت المادة 784 مدني فقرة أولى على أن: «تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات».

ج. أن يعطى للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، «وقد نصت على هذا الحكم المادة 787 فقرة أولى مدني على أن: «يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع»، وللدائن الحق في مطالبة الكفيل بالدين المضمون، فضلاً عن حقه في مطالبة المدين بذلك<sup>1</sup>.

ويشمل حق المطالبة في حصول الدائن على سند تنفيذي بإلزامه بالوفاء، واتخاذ إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه المضمون، ويجب أن يتوافر شرطان لاستعمال الدائن حقه:

### 1. حلول أجل الدين المضمون:

حيث أن الالتزام الكفيل يتحدد بأوصاف الالتزام المكفول، فإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على أجل كان إلتزام الكفيل أيضاً معلقاً على نفس الأجل، فلا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول الأجل المذكور.

### 2. شرط مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه:

حيث أن الضامن الاحتياطي من شأنه ضمان يسار المدين، فلا يصح مطالبة الكفيل إلا بعد أن يثبت إعسار المدين أو تعذر الاستيفاء منه، ولذلك نصت المادة 788 فقرة أولى من القانون المدني على أن: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين».

وقررت محكمة التمييز ذلك، بقولها: «يلزم الكفيل بسداد المبلغ المترصد بذمة المكفول بموجب كفالته المطلقة التي التزم فيها بعدم إنهاء مفعول كفالته إلا بعد الوفاء بكامل الالتزامات المترتبة في ذمة المكفول وبإبراء المكفول خطياً عن أي التزام مترتب بذمته، إذا لم يقدم أمام المحكمة ما يثبت مثل هذا الإبراء عملاً بالمادة 1/966 من القانون المدني التي توجب على الكفيل أن يفي بالتزاماته عند حلول أجل الدين»<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز، أن الكفالة هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي هذا الالتزام إذا لم يف المدين نفسه، فهو عقد تابع لالتزام المدين الأصلي وليس التزاماً مستقلاً عن التزام المدين»<sup>2</sup>.

وفي حالتنا هذه، فإن الدائن قام بعمل تسوية للمدين المثبت بالكمبيالة واتفق مع المدين على أن يقوم بالسداد على أقساط، وعند أول قسط لم يف المدين بالسداد فلجأ الدائن إلى تحريك ضمانته الاحتياطي، وهذا اللجوء كان بموجب دعوى تنفيذية رقم 2013/256 وقام الكفيل برفع استشكال برقم 2013/75 لوقف التنفيذ تجاهه، ودفع أن الدائن قام بتسوية وحلت التسوية محل الكمبيالة التي يضمن بموجبها الدين وتنازل الدائن بموجب التسوية عن ضمان الكفيل وهذا الكلام مردود، لأن الكفالة لصالح الدائن ولا يمكن استخلاص نية الدائن باعتباره متنازلاً عن الكفالة لمجرد رجوعه على المدين، ولا يجوز أن ينسب لساكت قول، فالدائن لم يتنازل عن الكفالة كتابة ولم يصرح بذلك، ولذلك فلا يجوز التمسك بأن التسوية ألغت وجود الكمبيالة بما تحمله من الضمان الاحتياطي، وأن قيام الدائن برفع دعوى تنفيذية للحصول على سند تنفيذي للتنفيذ ضد الكفيل هو إجراء للرجوع على الكفيل بعد أن رجع على المدين واستنفد كل الطرق للرجوع عليه لاستيفاء دينه، ولذلك فله أن يرفع دعوى على الكفيل لاستيفاء دينه طبقاً لحقه في الرجوع على الكفيل.

ولكن لا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد أو التقسيم إذا كان متضامناً مع المدين في أداء الدين، حيث نصت على ذلك المادة 783 مدني على أن: «لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد»، وذلك لأن التضامن بين المدينين يخول الدائن الحق في أن يطالب أيّاً من المتضامين بالدين

1 تميز حقوق 1221/89، صفحة 1412 لسنة 1991، مشار إليه في الحكم محل التعليق.

2 تميز حقوق 45/88 صفحة 1393 لسنة 1990، مشار إليه في الحكم محل التعليق.

كله دون توقف على مطالبة سائر المتضامين<sup>1</sup>.

وقد سبق أن أوضحنا أن الضامن الاحتياطي والمظهر متضامين في الوفاء بدين الكمبيالة. وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتجريد مقصور على العلاقة بين الدائن والكفيل غير المتضامن عند الشروع في التنفيذ على أمواله<sup>2</sup>.

## 2. علاقة الدائن بالمدين:

يجب أن يرجع الدائن على المدين لاستيفاء دينه منه، فإذا لم يستطع المدين الوفاء بالمدين، أو لم توجد لدى المدين أموال ليستوفي منها الدائن دينه، وقام الدائن بتجريد المدين ثبت أن المدين لا يستطيع الوفاء بدينه، ويستفاد ذلك من نص المادة 788 والتي تقضي بفقرتها الأولى بأنه: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، وكذلك نص الفقرة الثانية منها والتي تقول «ولا يجوز له (أي للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

ويلتزم الدائن بالمحافظة على التأمينات الخاصة بالضامنة للمدين المكفول، وبإحلال الكفيل فيها عند وفائه الدين، ويقابل هذا الالتزام المفروض على الدائن حق للكفيل في التعويض عما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات الخاصة، ويجوز للكفيل في هذا الصدد أن يطالب الدائن بمقدار ما ضيعه من تلك التأمينات أو خصمها من الدين المضمون ولو كان الكفيل متضامناً مع المدين، ويثبت ذلك الحق للكفيل العيني كما يثبت للكفيل الشخصي<sup>3</sup>.

كما يتعين على الدائن أيضاً عدم التأخير في مطالبة المدين تأخراً يضر بالكفيل، فالدائن ملتزم طبقاً لعقد الكفالة أن يطالب المدين عند حلول أجل الدين، وأن لا يبطئ في ذلك أكثر مما يفعله الرجل العادي فإذا ترتب على تأخره ضرر للكفيل كأن يكون المدين قد أعسر في مدة التأخير أو زاد إعساره جاز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له ببراءة ذمته من الكفالة بقدر الضرر الذي عاد عليه عن تأخر الدائن في مطالبة المدين.

1. د. سليمان مرقص، عقد الكفالة، مرجع سابق، بند 52 ص 83.

2. نقض مدني 6 ديسمبر 1979، مجموعة أحكام النقض 30/3/171 - 372.

3. د. سليمان مرقص، المرجع السابق، بند 68 ص 102.



## الرأي القانوني في موضوع التعليق:

أوضحنا سلفاً المشكلات القانونية التي يثيرها موضوع النزاع من الناحية النظرية، ولكن بقي نقطتان هامتان الأولى السند التنفيذي في موضوع المنازعة - الثانية - حجية الأحكام وبالأحرى هل تحوز الأحكام الوقتية حجية أمام قاضي الموضوع.

### الأولى: السند التنفيذي:

نصت المادة 280 من قانون المرافعات «لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء».

والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والمحركات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة<sup>1</sup>.

- وقد نصت المادة 2/8 على أن: «الأسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية والنظامية والشرعية ومحاضر التسوية القضائية والصلح التي تصدق عليها المحاكم النظامية والشرعية وأحكام المحكمين القابلة للتنفيذ والسندات الرسمية والعرفية وغيرها من الإسناد التي يعطيها القانون هذه الصفة».

وبناء على ذلك تقدم الدائن للمحكمة المختصة ليستحصل على سند تنفيذي بموجب الدعوى التنفيذية رقم 2013/256 ضد المدين والكفيل، وهي دعوى موضوعية للحصول على حكم بموجب الكمبيالة كسند للتنفيذ ضد المدين والكفيل.

وعلى أثر ذلك، قام الكفيل برفع الاستشكال رقم 2013/75 بغية وقف تنفيذ الدعوى رقم 2013/256 وهي منازعة تنفيذ وقتية والغرض منها وقف الدعوى الموضوعية وليس لها أي حجية.

### الثانية: حجية الأحكام:

إذا عرض نزاع ما على المحاكم وصدر فيه حكم، فإنه لا يجوز إعادة عرض النزاع على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، أو محكمة أخرى للفصل في النزاع من جديد، إلا بالطرق وفي المواعيد التي حددها القانون للطعن في الأحكام، وهي ضرورة لا غنى عنها لوضع حد للمنازعات وتجنب تناقض الأحكام، وعلى ذلك برزت فكرة مؤداها، أن الحكم حجة فيما فصل فيه، وعلى ذلك جاء

1 د. أحمد مليحي، قانون المرافعات، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، سنة 2003، ص 903،

نص المادة 101 إثبات مصري بقولها: «أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين نفس الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها، وبالتالي فإن الحجية هي الصفة الغير قابلة للمنازعة، والثابتة بواسطة القانون لمضمون الحكم، وعليه، فإن الحق الذي نوزع فيه، وصدر بشأنه حكم لا يكون قابلاً للمنازعة فيه فيما بعد<sup>1</sup>.

والحجية لا تثبت لمنطوق الحكم إلا فيما فصل فيه، وكان محل طلب من الخصوم وبحث وتحقيق من المحكمة، بمعنى وحدة المسألة المطروحة في الدعويين، وأن ما يرد عرضاً في منطوق الحكم، لا يجوز حجية الشيء المحكوم فيه،<sup>2</sup> وتثبت الحجية لكل ما فصل فيه المنطوق سواء كان ذلك في صورة طلب، أو دفع من جانب المدعي أو المدعي عليه، وعلى ذلك، فالمحكمة ترتبط بما طلبه الخصوم وما قضت به المحكمة، وبذلك قضت محكمة النقض بأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يجوز حجية الأمر المقضي به<sup>3</sup>.

ونأتي إلى تحليل الإستشكال رقم (75 لسنة 2013) والذي قام برفعه المستشكل الكفيل في الكميالة، وذلك لوقف الدعوى التنفيذية رقم (256 لسنة 2013)، وبذلك نحن أمام دعويين الأولى الدعوى التنفيذية رقم (256 لسنة 2013) بغية الحصول على سند تنفيذي للتنفيذ بها ضد كل من المدين والكفيل والثانية إستشكال لوقف الأولى مقامة من الكفيل ضد الدائن، وذلك بعد إخلال المدين بالتسوية وعدم إمكانية سداد الدين للدائن، وبذلك فإن الطلبات في الدعويين تختلفان فالدعوى التنفيذية وموضوعها الحصول على سند التنفيذ بموجب الكميالة المضمونة من الكفيل والمسحوبة من المدين، والدعوى الوقتية وهي الإستشكال الذي رفعه الكفيل إستشكالياً في الدعوى التنفيذية وموضوعها وقف تنفيذ الدعوى الموضوعية.

حكم في الإستشكال بقبول الإستشكال ووقف التنفيذ، على سند من القول أن التسوية التي تمت

1. د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، سنة 1971، بند 1 ص 9.

2. د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند 12، ص 31.

3. المرجع السابق، بند 38، ص 69.

بين الدائن والمدين قد تنازل ضمناً بموجبها الدائن في الرجوع علي الكفيل، طعن الدائن (المستأنف) على الحكم السابق بالإستئناف قيد برقم (940 لسنة 2013) أمام محكمة القدس المنعقدة في رام الله: «قضت بأن التسوية أخرجت الكفيل من المطالبة بإبراء ذمته وإنحصار الدين بين الدائن والمدين خلافاً لما جاء بالسند الأصلي التي تأسست عليه التسوية وأصبحت عن الكميالية، ولذلك تقرر رد الإستئناف وإعادة الملف إلى مرجعه للسير به حسب الأصول».

وحيث إن طلبات المدعي (الكفيل) في الإستشكال لا يعدوا أمراً وقتياً يوقف التنفيذ، وأن مناقشة محكمة الأمور الوقتية للسند التنفيذي وارتباط الكميالية والتسوية بما جعل التسوية هي الواجبة في التطبيق وأن الدائن قد تنازل ضمناً عن حقه في الضمان في مواجهة الكفيل يخرج المحكمة عن طلبات الخصوم، ويؤدي إلي بطلان الحكم، لأن المحكمة تجاوزت اختصاصها الوقتي وناقشت السند التنفيذي وهو الموضوع المطروح أمام محكمة الموضوع في الدعوى رقم (256 لسنة 2013)، حيث قام الدائن برفعها ليستحصل على سنداً تنفيذياً ضد كل من المدين والكفيل وحيث تمت تسوية بين الدائن والمدين، وأخل بها المدين فلجأ الدائن إلى رفع الدعوى رقم 2013/256 لإستصدار قرار بإخطار المحكوم عليه الثاني إخطاراً تنفيذياً بالدين موضوع الدعوى والسير بإجراءات التنفيذ في مواجهته حين سداد الدين موضوع الدعوى التنفيذية، وحيث صدر قرار القاضي في الدعوى رقم (256 لسنة 2013) برفض طلب المستأنف تبليغ المحكوم عليه الثاني (المستأنف ضده) إخطاراً تنفيذياً فطعن الدائن (المستأنف) في هذا الحكم بالإستئناف رقم (1041 لسنة 2014) في الميعاد القانوني، وقررت المحكمة قبول الإستئناف موضوعاً وإلغاء القرار المستأنف وإعادة القرار المستأنف وإعادة الملف إلى مرجعه للسير به وفق ما بيناه أعلاه بالأسباب الأتية:

وإن محكمتنا تجد بهذا الخصوص أنه وفق القانون يجب تجريد المدين الأصلي من أمواله المنقولة وغير المنقولة التي تكفي لسداد الدين، وإذا كانت لا تكفي أو لا يوجد له أموال فإنه يصار إلى مطالبة وملاحقة الكفيل، كما أنه لا تبرئة ذمة المدين من الدين بإبراء الكفيل، لأن الكفالة من حق الدائن لا المدين ولصاحب الحق أن يتنازل عنه، وعليه، فإن صاحب الحق في هذه الدعوى هو المحكوم له، وله أن يتنازل عن مطالبة الكفيل وإبرائه، ولكون المحكوم له (المستأنف) لم يتنازل صراحة بإبراء الكفيل، ولكون التسوية التي نظمت ما بين المستأنف والمحكوم عليه الأول كان هو الغاية منها تحصيل دينه المنفذ من أموال المحكوم عليه الأول (المدين الأصلي)، وحيث أنه ثبت أنه

لا يوجد عنده أموال تكفي أو لم يتم بسداد الأقساط المستحقة فإن ملاحقة الكفيل بهذه الحالة تتفق مع القانون، وإن تنظيم التسوية المذكورة لا يعني بأي شكل تنازلاً من قبل المحكوم له عن كفالة المحكوم عليه الثاني أو إبراء ذمته، لأنه يجب أن يكون هذا التنازل منصوص عليه صراحة وعليه فإن الإستئناف يرد على القرار المستأنف)، وبالتالي فإن الدعوى (256 لسنة 2013 واستئنافها رقم 1041 لسنة 2014) يتناول طلبات المدعي (الدائن) في طلب الحصول على سند تنفيذي ضد الكفيل للأسباب السابقة، أما الإستشكال المقام من الكفيل رقم (75 لسنة 2013)، وكذلك الإستئناف رقم (940 لسنة 2013) فموضوعه وقف التنفيذ ضد الكفيل، وبالتالي وإن كان الموضوع هو طلب سداد الكمبيالة التي يضمنها الكفيل إلا أن الدعويين تفرقان من حيث الطلبات والأهداف، فالموضوعية تسعى للحصول على سند تنفيذي ضد الكفيل بعد أن رجع الدائن على المدين فلم يستطيع إستيفاء دينه، وأما الثانية فموضوعها وقف التنفيذ ضد الكفيل بحجة تنازل الدائن عن تلك الكفالة بموجب التسوية التي تمت بين الدائن والمدين، وفي النهاية يجوز للدائن أن يقيم إستشكالاً للإستمرار في التنفيذ لينظر القاضي من جديد التنفيذ في مواجهة الكفيل، ومن ثم فإن ضمان الكمبيالة يؤدي دوره لحماية الدائن، والوفاء بالدين ولا يوجد تضارب بين الحكمين وإن تجاوز الحكم في الإستشكال رقم (75 لسنة 2013) في مناقشة الحق المثبت في الكمبيالة والتسوية إلا أن المسألة المطروحة في الحكمين مختلفة.

## تعليق الاستاذ وليد غبارة

أستاذ قانون خاص وعلوم الإجرام بجامعة تونس / تونس

تعرف الكفالة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي للدائن ما التزم به المدين إن لم يؤدّه، بحيث يلتزم شخص وهو الكفيل، بأن يؤدي للدائن ما التزم به المدين الأصلي إذا ماطل هذا الأخير، ويعتبر المدين ماطلا إن تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح، في هذه الصورة فإن الدائن يحق له القيام ضد الكفيل لمطالبته بأداء الدين، وبالتالي لا يتوجه الطلب لجهة الكفيل قبل أن تظهر الماطلة من المدين.

1. يتّضح إذن أن الكفالة تجمع ثلاثة أطراف : المدين الأصلي، الكفيل والدائن، وهي إلى جانب صبغتها التعاقدية تعتبر أيضا تأمينا شخصيا، لأنها تمكّن الدائن من أن يستوفي دينه من الذمة المالية للكفيل.
2. في هذا الإطار يتنزل حكم استئناف التنفيذ رقم 2014 / 1041 الصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ 21 ديسمبر 2014، وتتمثل وقائع هذا الحكم في وجود عقد كفالة يلتزم بموجبه الكفيل بأن يؤدي للدائن ما التزم به المدين الأصلي، إلى حدّ هذا الحدّ تعتبر المسألة بسيطة وعادية.
3. ولكن الإشكال القانوني برز عند إبرام تسوية لسداد الدين التزم فيها المدين الأصلي مع الدائن دون أن يوقع هذا الكفيل على هذه التسوية، مما حدا به إلى اعتبار نفسه غير معنيّ بالتسوية، وبالتالي بسداد مبلغ الدين للدائن الأصلي، فهل يحق له ذلك؟
4. اعتبرت محكمة الاستئناف، وهي على حقّ في ذلك، معتبرة أنه «لا تبرئ ذمة المدين بإبراء الكفيل لأن الكفالة من حق الدائن لا المدين»، وبالتالي فمن حقّ الدائن مطالبة الكفيل بسداد الدين بقطع النظر عن وجود اتفاق صريح أو ضمني بين المدين الأصلي والكفيل بإبراء هذا الأخير، ذلك أن التنازل المبرم بين المدين الأصلي والكفيل لا يلزم به الدائن ولا يعارض به، بل يظل محافظا على حقّه كاملا في استيفاء دين من الكفيل، وما على هذا الأخير سواء القيام لاحقا ضدّ المدين الأصلي لمطالبه بسداد ما أذاه للدائن.

قرارات تفسيرية صادرة  
عن المحكمة الدستورية العليا  
والتعليق عليها

## القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم 2 لسنة 2016 «عمل المحامي كقاضي قاطع لمدة المزاولة المتصلة أم جزء منها؟»

2016/11/8

الوقائع الفلسطينية

العدد (126)

تفسير دستوري

رقم: 2016/02

المحكمة الدستورية العليا المنعقدة في مدينة رام الله  
طلب رقم 02 لسنة 2016، المحكمة الدستورية العليا "تفسير"

### قرار تفسير

صادر عن المحكمة الدستورية العليا باسم الشعب العربي الفلسطيني

بالجلسة المنعقدة اليوم الأربعاء الموافق 2016/11/2م.  
الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد المستشار أسعد بطرس مبارك/ نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا.  
وعضوية السادة المستشارين: د. عبد الرحمن أبو النصر، د. فتحي الوحيدى، فتحي أبو سرور،  
حاتم عباس، د. رفيق أبو عياش، عدنان أبو ليلي، فواز صايمة.

### الإجراءات

بناءً على الطلب المقدم إلى السيد وزير العدل من المستدعي (شادي يوسف محمد حمزة) الموقوف في مركز إصلاح وتأهيل بيتونيا بواسطة وكيله المحامي داود درعاوي، الذي يدعي فيه المستدعي بانتهاك حقوقه الدستورية بسبب عدم وضوح نص المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م، المطلوب تفسيره للخلاف الذي يثيره وأهميته التي تستدعي وحدة تطبيقه. فقد تقدم السيد وزير العدل إلى المحكمة الدستورية العليا بكتابه رقم (35-17636) بتاريخ 2016/6/16م، بالطلب المائل لتفسير النص التشريعي للمادة (136) جزائية.

نائب رئيس المحكمة الدستورية

الكاتب/ة

تفسير دستوري

رقم 2016/02

المحكمة

بالتدقيق والمداولة، ولما كانت المحكمة الدستورية العليا لا تتعقد إلا باتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانونها، وحيث أن المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، تنص على أنه: "لا يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل مدة خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إفساره".

إذ يتضح من هذا النص دون اجتهاد في مورده أن اللزوم المنطقي والفعلي لمدة الخبرة المتصلة المنصوص عليها في صدر هذه المادة، ذلك أن المحامي (الوكيل) كي يتمكن من مباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا عليه الاستمرار المتواصل بأعمال المحاماة البحتة دون انقطاع زمني فعلي للرابطة التي تربط المحامي بعمله لكسب الخبرة خلال المدة الزمنية المحددة بالمادة (31) دستورية، ولا يسعف المحامي (الوكيل) جمع المدة السابقة للانقطاع عن أعمال المحاماة التي ينظمها قانون تنظيم مهنة المحاماة النافذ والمدة اللاحقة لها بعد الانقطاع في عمل آخر مغاير إلا إذا كان ذلك في نفس مجال العمل دون أن يطرأ على صفته أو مسماه أو طبيعته عمله أو القانون الذي يخضع له أي تغيير، لأن ذلك من الأشكال الجوهرية اللازمة لإنتظام التداعي في المسائل الدستورية التي تستلزم تفردها بإجراءات معينة تتفق وطبيعتها مما يقتضي الأمر عدم جواز مباشرتها إلا ممن تنطبق عليه أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا النافذ.

لما كان ذلك، وتبين من الكتاب رقم (2016/10/1094) بتاريخ 2016/10/4م، الصادر عن أمين سر نقابة المحامين الفلسطينيين، أن المحامي داود درعاوي مسجل في سجل المحامين المزاولين منذ تاريخ 2000/5/14م، حتى تعيينه قاضياً عام 2008م، حيث نقل اسمه إلى سجل المحامين غير المزاولين ثم أعيد تسجيله في سجل المحامين المزاولين اعتباراً من 2011/1/13م، وما زال كذلك حتى تاريخه. من ذلك يتضح جلياً أن المحامي (الوكيل) داود درعاوي لا تنطبق عليه أحكام المادة (31) دستورية، سابقة الإشارة إليها، لما تم بيانه أنفاً من حيث الاختلاف في طبيعة العمل والصفة والقانون الذي يخضع له، وعدم إكمال مدة عشر سنوات متصلة في أعمال المحاماة.

وبإزالة حكم القانون، فإن حكم المادة (31) دستورية، يقع بقوة القانون حال مخالفته، إذ لا يسوغ إغفال القواعد التي اشتملت عليها تلك المادة باعتبارها قواعد أمرة وليست تنظيمية أو توجيهية يستباح بشأنها الخيار بالجمع بين سنوات الخبرة في أعمال المحاماة السابقة واللاحقة لحالة الانقطاع عن العمل في المحاماة، وعدم انطباق المادة (31) دستورية على مقدم الطلب تتضح في التفرقة بين مهنة القضاء ومهنة المحاماة، وبالرجوع إلى المادة الأولى من قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم (3) لسنة 1999م، نجد في تفسير الاصطلاحات أن المحامي هو كل شخص طبيعي اتخذ من المحاماة مهنة له سواء زاول هذه المهنة أو لم يزاولها، كذلك بالرجوع إلى نص المادة (6) من ذات القانون، والتي تتعلق بشروط مزاول مهنة المحاماة، فإنه قد ورد بها ما نصه يشترط فيمن يزاول مهنة المحاماة أن



يكون مسجلاً في سجل المحامين الأساتذة المزاولين، وألا يمارس أية وظيفة أو عملاً مما نص عليه في المادة (7) من هذا القانون، ويتضح أن المادة السابعة المشار إليها سابقاً تتعلق بالوظائف والأعمال التي يجوز الجمع بينها وبين مزاولة مهنة المحاماة، وقد ورد في الفقرة الثالثة من تلك المادة بأنه: "لا يجوز الجمع بين مزاولة مهنة المحاماة وبين الوظائف العامة أو الخاصة الدائمة أو المؤقتة براتب أو مكافئة فيما عدا أساتذة الجامعات المسجلين في سجل المحامين المزاولين"، وحيث أن مدة العمل القضائي لا تحتسب كمدة لمزاولة مهنة المحاماة إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة (40/2/ج) من قانون نقابة المحامين المتعلقة بشروط الترشيح لعضوية مجلس نقابة المحامين، وقد وردت على سبيل الاستثناء ولا يقاس عليها.

ولما تم بيانه، وحيث أن طلب التفسير المائل مقدم وموقع من المحامي (الوكيل) داود درعاوي خلافاً لأحكام المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية السابق الإشارة إليها.

### لذلك

تقرر المحكمة عدم قبول الطلب.

قراراً صدر تدقيقاً بالأغلبية باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ: 2016/11/2م.

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

## قرار المخالفة

الصادر عن المستشار حاتم عباس  
في طلب التفسير رقم 2016/2

أخالف الأكثرية المحترمة فيما توصلت إليه بعدم قبول طلب التفسير رقم (2016/2)، والذي استند أن المحامي الوكيل مقدم طلب التفسير لا تنطبق عليه أحكام المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م، والتي نصت على أنه: "لا يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت عسره".

وفي هذا الخصوص، من الثابت أن المحامي الوكيل قد سجل واعتمد في سجلات المحامين المزاولين لدى نقابة المحامين بتاريخ 2000/5/14م، (وفق ما ورد إلى محكمتنا بموجب كتاب نقابة المحامين)، ومارس مهنة المحاماة حتى تاريخ تعيينه في منصب قضائي بدرجة قاضي محكمة بداية بموجب مرسوم رئاسي صادر بتاريخ 2008/6/26م، والمنشور في الوقائع الفلسطينية عدد سبعة وتسعون بتاريخ 2008/10/9م، ومن الثابت أيضاً أنه قد تقدم باستقالته من القضاء عام 2011م، وأعاد قيوده لدى سجل المحامين المزاولين في نقابة المحامين مزاوياً لمهنة المحاماة منذ تاريخ 2011/1/13م، وحتى هذا التاريخ.

وتأسيساً على ما تقدم، فإن غاية المشرع من نص المادة (31) أنفة الذكر، من حيث تقييد مباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية بمحام لا تقل خبرته عن عشر سنوات متصلة، هو أن يكون المحامي مباشر الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا على قدر من الخبرة اكتسبها عبر سنوات العمل تمكنه من مباشرة الإجراءات وتقديم الطعون أمام المحكمة الدستورية، وذلك لأهمية المسائل التي تثار أمام المحكمة الدستورية.

وحيث أنه قد ثبت أن المحامي الوكيل قد زاول مهنة المحاماة منذ سنة 2000م، أي منذ ستة عشر سنة تقريباً وإن انقطاعه عن مهنة المحاماة هو انتقاله للعمل في منصب قضائي قاضياً لدى محكمة البداية، وبحكم هذا المنصب يكون قد نظر وحكم في العديد من الدعاوى المدنية والجزائية، وترافع أمامه المحامون (أعوان القضاة) وممثلو النيابة العامة، ولم ينقطع من الناحية الفعلية والعملية عن العمل القانوني، بل انتقل من مزاولة أعمال المحاماة إلى القضاء، ومن ثم عاد مباشرة إلى مزاولة أعمال المحاماة.

وفي هذا المفهوم، وتأكيداً على هذا الترابط والتلاصق بين طبيعة العمل القضائي والمحاماة، فقد أجاز قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م النافذ، للمحامي التعيين في سلك القضاء النظامي والنيابة العامة وفق أحكام المادة (1/19/ب)، وكذلك أحكام المادة (2/20) من ذات القانون، أجازت لمن عمل خمسة عشر سنة أن يعين في منصب رئيس المحكمة العليا أو نائبه، وكذلك الأمر في شروط تعيين قضاة المحكمة الدستورية فقد أجاز قانون المحكمة الدستورية العليا النافذ تعيين المحامين الذي مارسوا مهنة المحاماة لمدة خمسة عشر سنة متصلة على الأقل، على ألا يقل عمره عن أربعين عاماً، وفق أحكام المادة (4)، كذلك ما ورد في أحكام المادة (2/40/ج) من قانون نقابة المحامين النظاميين

النافذ، والتي اعتبرت أنه يحتسب لغايات الترشح لعضوية مجلس نقابة المحامين مدة العمل القضائي كما لو كانت مدة مزاوله مهنة المحاماة وعليه، فإنني أجد أن ما توصلت إليه الأكتورية المحترمة غير وارد في محله طالما أن غاية المشرع الواردة في نص المادة (31) أنفة الذكر، هو تمتع المحامي بخبرة كافية للتمكن من مباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية، وأن العبرة دوماً لروح القانون وللمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني، وبالتالي لا مجال أن ينكر على المحامي الوكيل استمراره بالعمل القانوني والقضائي.

وتأسيساً على ما تقدم، فإنني أذهب إلى خلاف ما ذهب إليه الزملاء المحترمون، أي أن طلب التفسير مقدم من محام يملك حق تقديمه، وبالتالي لا يوجد ما يمنع محكمتنا من بسط يدها على طلب التفسير رقم (2016/2)، وتفسير أحكام المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (2) لسنة 2001م، خاصة وأن المادة المطلوب تفسيرها على قدر من الأهمية، وخلفت حالة جدلية داخل أروقة القضاء النظامي، ويكون والحالة هذه تدخل المحكمة الدستورية لازماً لرفع التناقض والتضارب في فهم النص وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الدستوريان.

وعلى هذا الأساس، ومن حيث الموضوع، فإن المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (2) لسنة 2001م، المطلوب تفسيرها قد نصت على: "يجوز تقديم طلب إلى رئيس المحكمة العليا لإعادة النظر في أي أمر صدر بناءً على طلب قدم بمقتضى المواد السابقة".

وبقراءة هذا النص، فإنه ليس بوسعي تفسير ما ورد فيه دون ربطه مع نصوص أخرى، وتحديدًا مع ما ورد في أحكام المواد السابقة من (130 - 135)، ونصوص أخرى من ذات القانون، وقانون تشكيل المحاكم النظامية الساري وتعديلاته، ومن باب الأهمية القانون الأساسي الفلسطيني والاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنضمة إليها دولة فلسطين، أينما اقتضت الحاجة إلى ذلك.

وبناءً على ذلك، وبالرجوع إلى أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م، وتعديلاته الصادرة بموجب القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014م، فقد نصت المادة (7) منه: "تتكون المحاكم النظامية في فلسطين على النحو الآتي: 1- محاكم الصلح 2- محاكم البداية 3- محاكم الاستئناف 4- المحكمة العليا".

وقد حددت المواد اللاحقة كيفية تشكيل كل من هذه المحاكم وشكل وآلية انعقادها، وقد ورد في نص المادة (9) أن تشكل محكمة الصلح من قاض منفرد، والمادة (13) أن تشكل محكمة البداية من رئيس وعدد كاف من القضاة، وأن تشكل محكمة الاستئناف من رئيس وعدد كاف من القضاة سناً لأحكام المادة (19)، والمادة (24) تشكل محكمة العليا من رئيس ونائب أو أكثر وعدد كاف من القضاة، والمادة (29) أن تتعقد محكمة النقض برئاسة رئيس المحكمة العليا وأربعة قضاة...، وتشكل محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة العليا وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه، فالقاضي الأقدم في هيئة المحكمة وفق أحكام المادة (32) واستكمالاً لما تقدم أعلاه، فمن المفهوم حكماً أن نظام التقاضي في فلسطين يقع على درجتين، محاكم الدرجة الأولى، والتي تتمثل في محاكم الصلح والبداية، ومحاكم الدرجة الثانية، المتمثلة في محاكم الاستئناف، إذ تستأنف الأحكام الصادرة عن محكمة الصلح لدى محكمة البداية بصفقتها الاستئنافية وتستأنف أحكام محكمة البداية أمام محكمة الاستئناف، أما محكمة النقض التي يرأسها رئيس المحكمة العليا فتعتبر محكمة قانون وليست بمحكمة

موضوع، ودورها منوط بمراقبة حسن وسير تطبيق القانون أمام محاكم الدرجة الأولى والثانية، وتتنظر في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف ومحكمة البداية بصفتها الاستئنافية، ومن هذا المنطلق، فإن الصياغة والفلسفة التشريعية ذات العلاقة في الشأن القضائي ومسار التقاضي في فلسطين قائمة على أساس هذا الواقع وهذا التدرج.

وفيما يخص أمر التوقيف والحبس الاحتياطي الذي يعتبر استثناءً على الأصل كقاعدة دستورية وفقاً لأحكام القانون الأساسي الفلسطيني التي أكدت المادة (2/11) منه على: "لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي،...."، أجد أن إجراءاته قد نص عليها قانون الإجراءات الجزائية النافذ في أحكام المواد (115 - 119)، وما نحتاجه في هذا المقام ولغايات هذا الطلب هو النظر إلى أحكام المادتين (119 و 120) من هذا القانون، والتي أوكلت لقاضي الصلح صلاحية تمديد توقيف المتهم بناءً على طلب من وكيل النيابة العامة لمدة لا تتعدى خمسة وأربعين يوماً بعد مرور أربعة وعشرين ساعة من توقيف المتهم لدى النيابة العامة، والتي من الممكن تمديدها بناءً على طلب من النائب العام أو أحد مساعديه إلى محكمة البداية، على ألا تتجاوز مدة التوقيف ستة أشهر من تاريخ أول توقيف له، ما لم يتم إحالته إلى المحكمة المختصة.

ومما ورد في هاتين المادتين، يتضح أنه قد تمت مراعاة مسألة تدرج المحاكم صلحاً وبداية في صلاحية التوقيف، وبما ينسجم أيضاً مع أسس التقاضي المتبعة، إذ أنه وفي الحالتين وفق نص قانون الإجراءات الجزائية النافذ، يجوز استئناف القرارات الصادرة بمقتضى المادتين (119 و 120) إلى محكمة الاستئناف (أي محكمة الدرجة الثانية).

وحيث أن التوقيف كما أشرنا هو استثناء على الأصل المتمثل ببقاء الإنسان حر طليق كقاعدة دستورية، وبالتالي يجب ضبط هذا الأمر بما يضمن عدم الخروج عن الأصل إلا في أضيق الأحوال وأينما وجدت ضرورة ملحة لهذه الغاية. وفي معالجة ومراعاة إجراءات العودة إلى الأصل من خلال ضبط مسألة التوقيف والحبس الاحتياطي والإفراج بالكفالة في هذه الحالات، فقد وردت النصوص من (130 - 135) التالية التي تسبق المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية النافذ المطلوب تفسيرها، والتي توضح مسار وإجراءات طلب الإفراج بالكفالة:

المادة (130): "لا يجوز الإفراج عن المتهم بكفالة، إلا بعد أن يعين محلاً له في الجهة التي يشملها اختصاص المحكمة، ما لم يكن مقيماً فيه".

المادة (131): "إذا لم يكن المتهم قد أُحيل إلى المحاكمة، يقدم طلب الإفراج عنه بالكفالة إلى القاضي الذي يحق له أن يصدر أمراً بتوقيفه".

المادة (132): "إذا كان المتهم قد أُحيل إلى المحاكمة، يقدم طلب الإفراج بالكفالة إلى المحكمة المختصة بمحاكمته".

المادة (133): "يقدم طلب الإفراج عن المتهم بعد إدانته والحكم عليه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، شريطة أن يكون قد طعن في الحكم بالاستئناف".

المادة (134): "يجوز تقديم طلب إعادة النظر في الأمر الصادر في طلب الإفراج بالكفالة إلى المحكمة التي أصدرت الأمر في حالة اكتشاف وقائع جديدة أو حدوث تغيير في الظروف التي أحاطت بإصدار الأمر".

المادة (135): "يجوز استئناف الأمر الصادر في طلب الإفراج بالكفالة من النيابة العامة أو الموقوف أو المدان، بطلب يقدم إلى المحكمة المختصة بنظر الاستئناف".

ويتضح من نص المادة (131) المشار إليها أعلاه، أن المشرع قد منح القاضي الذي أصدر قراراً بتوقيف و/أو تمديد توقيف المتهم سلطة النظر في طلب الكفالة للإفراج عنه، وهي ذات السلطة والصلاحيات في نظر طلب الإفراج بالكفالة وفق أحكام المادة (132)، والتي منحها المشرع على سبيل التحديد للقاضي أو الهيئة الحاكمة المحال إليها ملف الدعوى الجزائية بعد تقديم لائحة الاتهام من قبل النيابة العامة ضد المتهم.

وأرى أنه يتبين جلياً من هذه النصوص أن الغاية من منح سلطة الإفراج بالكفالة في كلتا الحالتين للقاضي الذي يأمر بالتوقيف أو الهيئة التي ينظر أمامها/ المحال إليها ملف الدعوى يأتي من باب اعتبارين، أولاً أن القاضي أو الهيئة الحاكمة (المشكلة تشكيلاً صحيحاً) بحكم صلاحياتها في الاطلاع والرقابة على مجريات ملف التحقيق قبل الإحالة أو بحكم وجود ملف الدعوى تحت يدها بعد الإحالة هي المحكمة المختصة في نظر ملف الدعوى، وثانياً كونها محكمة مختصة، فهي على اطلاع كاف على المجريات والإجراءات المتخذة في ملف الدعوى، وتعمل سلطتها التقديرية في الموافقة على طلب الإفراج بالكفالة من عدمه بناءً على ذلك.

وفي سياق متصل، فقد نصت المادة (134) من ذات القانون، على أنه من الجائز تقديم طلب إعادة النظر في الأمر الصادر عن المحكمة بخصوص طلب الإفراج بالكفالة، وقيد هذا الجواز بوجود وقائع جديدة أو حدوث تغيير في الظروف التي أحاطت بإصدار الأمر.

والصلاحيات وفق أحكام هذه المادة وكونها قيدت سلفاً وعلى وجه التحديد (بوجود وقائع جديدة أو حدوث تغيير في الظروف ...) فإنه يستفاد حكماً أنه قد تمت مراعاة الإجراءات والحقوق الدستورية واجبة التطبيق بصورة سليمة، وبالتالي فإنها تندرج ضمن الولاية الممنوحة لهذه المحكمة أساساً من حيث صلاحية الأمر بتمديد التوقيف أو رفض تمديد التوقيف، أو رفض الإفراج بالكفالة أو قبوله.

أما المادة (135) والتي أجازت استئناف الأمر (القرار الصادر في طلب الإفراج بالكفالة من أي من الأطراف سواء من النيابة العامة أو الموقوف/ المتهم أو المدان إلى محكمة الاستئناف المختصة)، فنجد أيضاً أنها وجدت في سياق المسار الطبيعي والصحيح للطعن واستئناف الأحكام القضائية، وتراعي التدرج السليم المتبع في النظام القضائي الفلسطيني.

وبالرجوع إلى المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية النافذ المطلوب تفسيرها، والتي نصت: "يجوز تقديم طلب إلى رئيس المحكمة العليا لإعادة النظر في أي أمر صدر بناءً على طلب قدم بمقتضى المواد السابقة".

أجد أنه ووفق نص هذه المادة، فإن رئيس المحكمة العليا يملك صلاحية النظر في طلب إعادة النظر المقدم إليه في الأوامر و/أو القرارات الصادرة في باب الإفراج بالكفالة (المواد 130 - 135 إجراءات جزائية)، ويملك بمقتضى أحكام هذه المادة إصدار قرار بالإفراج بالكفالة، وأيضاً يملك صلاحية إصدار قرار بالإعادة إلى التوقيف والحجز.

وفي هذا الصدد، فإن ما يصدر عن رئيس المحكمة العليا وفق مقتضيات المادة المذكورة هو أمر ذات طبيعة قضائية ولا يدخل ضمن مفهوم الأوامر و/أو القرارات الإدارية لاعتبارات قانونية معينة،



ويمكننا الاستدلال على ذلك ما أورده المشرع الدستوري صراحة وفق أحكام المادة (2/11) من القانون الأساسي الفلسطيني أنه: "لا يجوز القبض على أحد... أو تقييد حريته بأي قيد أو.... إلا بأمر قضائي وفق أحكام القانون.....". ومن الملاحظ أنه ووفق أحكام قانون الإجراءات الجزائية أو قانون تشكيل المحاكم أو قانون السلطة القضائية أينما ورد مصطلح (رئيس المحكمة العليا) يرتبط الأمر في عمل أو أمر قضائي معين، أما المسائل والأوامر الإدارية التنظيمية المرتبطة في عمل السلطة القضائية فقد ارتبطت بمصطلح (مجلس القضاء الأعلى، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى).

وانطلاقاً من طبيعة الأمر الذي يصدر عن رئيس المحكمة العليا بمقتضى المادة المطلوب تفسيرها كأمر ذات طبيعة قضائية، إلا أنني أرى أن هذه المادة تنطلي على قدر من الغموض وخلقت حالة من الجدل الواسع داخل أروقة المحاكم النظامية، وقد تم إلغاؤها بموجب قرار بقانون رقم (8) لسنة 2006م، بشأن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، والذي ألغى لاحقاً بموجب المرسوم الرئاسي رقم (20) لسنة 2007م، بشأن إلغاء قرارات بقانون، مما يستوجب تفسيرها من حيث انسجامها والنظام القضائي الفلسطيني والقواعد الدستورية، أينما توافرت. وفي هذا الصدد، ووفقاً لما أشرت إليه أعلاه، إن الإجراءات والأصول المرعية لنظام التقاضي في فلسطين مبني على تدرج قضائي محدد وتشكيل قضائي لا يجوز تجاوزه و/أو مخالفته، وبالنظر إلى هذه المادة أجد أنها قد منحت صلاحيات لرئيس المحكمة العليا قد غفل القانون عن معالجة آثارها أو الرقابة عليها، وهنا يرد تساؤل على سبيل المثال (هل يملك من صدر بحقه أمراً من رئيس المحكمة العليا بإعادته إلى التوقيف بمقتضى هذه المادة أن يتقدم بطلب كفالة جديدة للمحكمة المختصة المنظور أمامها ملف الدعوى، أم غلت يدها عن مثل هذه الطلبات، أم أنه يبقى قيد التوقيف إلى أن يصدر قرار جديد من رئيس المحكمة العليا بمقتضى طلب إعادة نظر جديد يقدم إليه؟؟).

وبالتالي، لما كان الأصل وجوب مراعاة أصول التقاضي وتدرجه والتشكيل الصحيح للهيئات الحاكمة وفق القانون، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار رئيس المحكمة العليا منفرداً هيئة محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً أو درجة من درجات المحاكمة وفق النظام القضائي الفلسطيني، وبالتالي في صورة عمله وصلاحياته واختصاصه القضائي ليس لرئيس المحكمة العليا دوراً قضائياً منفرداً وإنما بصفته القضائية يرأس هيئات محكمتي النقض والعدل العليا.

وتأسيساً على ما تقدم، فإن القاعدة الدستورية وفق أحكام المادة (1/30) من القانون الأساسي الفلسطيني تمنح المواطن الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ومفاد مصطلح (القاضي الطبيعي) هو القاضي أو الهيئة الحاكمة المشكلة تشكيلاً صحيحاً ووفق الأصول القانونية. كما أنه وفي هذا المقام لا يمكن إغفال ما ورد في المادة (9) فقرة (4) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (وهي المعاهدة الدولية التي انضمت إليها دولة فلسطين في وقت سابق) والتي نصت على: "لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله، وتأمراً بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني". وبالتالي بالضرورة يستفاد من لفظ ومصطلح (محكمة) الوارد أي الجهة القضائية أو الهيئة الحاكمة المختصة والمشكلة وفق صحيح القانون، والتي من حق الموقوف أو المتهم اللجوء إليها.

وبناءً على ذلك، أرى أن هذه الصلاحية الممنوحة وفق أحكام المادة (136) المطلوب تفسيرها تتعارض

مع هذا الحق لمخالفتها أصول التشكيل الصحيح للهيئة الحاكمة، مما قد يؤثر على حقوق دستورية مكفولة للمتهم الموقوف. وأشير في هذا الصدد إلى أن ما صدر من أوامر سابقة بمقتضى أحكام المادة (136) المطلوب تفسيرها من تاريخ سريان قانون الإجراءات الجزائية النافذ وحتى هذا التاريخ كانت تقضي بإعادة المتهم إلى التوقيف، لا بل تم تجاوز هذه الصلاحية في بعض الأحيان وصدرت أوامر وقرارات بمقتضى هذه المادة من رئيس المحكمة العليا بحق متهمين تقضي بإعادتهم إلى التوقيف رغم وجود قرارات لمصلحتهم بالإفراج (وليس الإفراج بالكفالة) صادرة عن المحكمة المختصة ومؤيدة من قبل محكمة الاستئناف، وهذا الأمر يخلق في حالات معينة حالة من عدم التوازن المقترض بين جهة الاتهام من جهة، والمتهم من جهة أخرى لصالح الجهة الأولى. وأرى في ذلك مساساً بمبدأ الحق في المحاكمة العادلة، ويثير ريبة من نفوذ جهة الاتهام على حساب المتهم أمام القضاء مما قد يعصف بصورة القضاء واستقلاله وحياديته المفترضة، إذ أن السلطة القضائية سلطة أصيلة ومستقلة تهدف إلى الحكم بالعدل وإقامته.

وتأسيساً على ما تقدم، فإنني أجد أن هذه المادة على قدر من التناقض الجسيم مع البنيان السليم لأصول التقاضي المتبعة في نظامنا القضائي وتدرجه، ومفادها يحصن ما يصدر عن رئيس المحكمة العليا بهذا الخصوص من أية رقابة دون مراعاة أصول التقاضي، ويخالف مبادئ دستورية راسخة تضمن الحق في الحرية الشخصية أساساً واستثناءً حجز هذه الحرية بأمر قضائي يراعي الإجراءات الأصولية، الحق في المحاكمة العادلة، والحق في اللجوء إلى القاضي الطبيعي. لهذه الأسباب، ولما كان إعمال النص أولى من إهماله، فإنني أرى وعملاً بأحكام المادتين (25) و(41) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م، أن نص المادة (136) المطلوب تفسيرها مشوب بعيب عدم الدستورية وواجب وقف العمل بمقتضاها.

**العضو المخالف**

**المستشار حاتم عباس**

## تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز سالم

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية/ مصر

### أولاً: الوقائع والإجراءات

بتاريخ 16 / 6 / 2016 ورد إلى المحكمة الدستورية العليا الطلب المقدم من السيد وزير العدل، بناء على طلب السيد شادي يوسف محمد حمزة والموقوف في مركز إصلاح وتأهيل بيتونيا بواسطة وكيله المحامي داود درعاوي.

بطلب تفسير نص المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2001، لأنه غير واضح، ويثر خلافاً في التطبيق، وله أهمية تستدعي تفسيره وصولاً لوحدة تطبيقه. نظرت المحكمة الدستورية العليا طلب التفسير المعروض، وبتاريخ 2 / 11 / 2016 قررت المحكمة عدم قبول الطلب استناداً إلى أن المحامي مقدم طلب التفسير، والموقع عليه لا تتوافر له مدة خبرة بالمحاماة لا تقل عن عشر سنوات متصلة، وهو الحكم المقرر بالمادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006.

وأكدت المحكمة على أنه لا يسعف المحامي جمع المدة السابقة للانقطاع عن أعمال المحاماة التي ينظمها قانون تنظيم مهنة المحاماة النافذ، والمدة اللاحقة لها بعد الانقطاع في عمل آخر مغاير، إلا إذا كان ذلك في نفس مجال العمل دون أن يطرأ على صفته أو مسماه أو طبيعة عمله أو القانون الذي يخضع له أي تغيير.

وإذا كان هذا هو رأي الأغلبية التي صدر على أساسها الحكم.

فإن ثمة رأي مخالف صدر عن السيد المستشار حاتم عباس عضو المحكمة الدستورية العليا، والذي انتهى إلى أن النص المطلوب تفسيره المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية مشوب بعيب عدم الدستورية وواجب وقف العمل بمقتضاها، وقد خلص الرأي المخالف إلى أن غاية المشرع من نص المادة (31) أنفة الذكر ومن القيد الوارد بها وهو المتعلق بالمحامي مباشر الإجراءات



ألا تقل خبرته عن عشر سنوات متصلة، هي أن يكون المحامي مباشر الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا على قدر من الخبرة اكتسبها عبر سنوات تمكنه من مباشرة الإجراءات، وتقديم الطعون أمام المحكمة الدستورية، وذلك لأهمية المسائل التي تثار أمام المحكمة الدستورية العليا، وبالتالي يحق لمحامي المدعي التقدم إلى المحكمة حيث أمضى في المحاماة أكثر من ستة عشر عاماً. ومن حيث الموضوع، فقد تعرض الرأي المخالف للموضوع وبحثه وانتهى إلى أن النص محل طلب التفسير ينطوي على قدر من الغموض، خلقت حالة من الجدل الواسع، داخل أروقة المحاكم النظامية، وأن الصلاحيات الممنوحة وفقاً لهذه المادة تتعارض مع الحق في التقاضي، لمخالفتها أصول التشكيل الصحيح للهيئة الحاكمة، مما يؤثر على حقوق المتهم الموقوف الدستورية، وفي بعض تطبيقاتها مساساً بمبدأ المحاكمة العادلة، ويثير ريباً من نفوذ جهة الاتهام على حساب المتهم أمام القضاء مما يعصف باستقلال القضاء وحياديته، الأمر الذي تكون معه هذه المادة على قدر من التناقض من البنيان السليم لأصول التقاضي وتدرجه، ومفاده أيضاً تحصيل ما يصدر عن رئيس المحكمة من أية رقابة ويخالف مبادئ دستورية راسخة كالحق في الحرية الشخصية، والحق في المحاكمة العادلة، والحق في اللجوء إلى القاضي الطبيعي.

واستناداً إلى هذه الأسباب، ولما كان إعمال النص أولى من إهماله فقد خلص الرأي المخالف إلى أنه وعملاً بأحكام المادتين (25، 41) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2016، أن نص المادة (136) المطلوب تفسيرها مشوب بعيب مخالفة الدستور ووجب وقف العمل بمقتضاه.

#### التعليق:

القرار -محل التعليق- سواء فيما انتهى إليه رأي الأغلبية أو ما انتهى إليه الرأي المخالف-، يثير الكثير من المشكلات التي يلزم بحثها لعل أهمها:-

1. الشكل الإجرائي لطلب التفسير.
2. الجهات التي يحق لها تقديم طلب التفسير.
3. جدوى إعطاء الحق للأفراد في التقدم بطلب التفسير واتفاقه مع التنظيم القضائي السليم.
4. هل يجوز التعرض لدستورية النص المطلوب تفسيره أثناء فحص طلب التفسير.

ونعرض لكل نقطة من هذه النقاط على النحو التالي:

### ■ أولاً: الشكل الإجرائي لطلب التفسير

تقديم طلب التفسير لا يعتبر من قبيل الخصومة، فمنازعة التفسير ليست خصومة، إذ ينحصر طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا من وزير العدل سواء في مضمونه أو في زاوية الأعراس التي يتوخاها في مجرد استخلاص إرادة المشرع التي أقام على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، ابتغاء حمل هذه النصوص على تلك الإرادة، فلا تناقضها، ليتحدد مضمونها بالرجع إليها، وتقيداً بها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا إعمالاً لسلطتها المخولة بموجب قانونها، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه منها - من النصوص القانونية المعمول بها تبعاً لخفاء إرادة المشرع والتباسها على القائمين بتطبيقها، فكلا النوعين من التفسير (التفسير التشريعي - التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا) لا يثير نزاعاً من نوع الخصومة القضائية، ولا يندرج تحت مفهومها، بل ينفصل تماماً عن مقوماتها ويستقل عنها، ذلك أن الخصومة القضائية تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها وعن طريق القضاء إنفراداً، باعتبارها في صورتها الأعم أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها.

وكذلك التفسير، فلا تلتزم المحكمة الدستورية حيال طلب التفسير بأن تنظره في صورة خصومة أو في جلسة علانية، ولا يبدي فيها مرافعة ولا يسمح بتقديم طلبات بعد أن قدم طلب التفسير، والمحكمة لا تبحث إلا في الشروط القانونية التي قيدها قانونها اختصاصها في مجال التفسير بالوقوف على أهمية النص، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى غموضه وحاجته للتفسير.

والمفروض طالما أنه لا توجد خصومة، فلا يوجد محام يوقع على طلبات أو صحف أو أن يتخذ طلب التفسير شكلاً معيناً بحيث تصبح مخالفة هذا الشكل مدعاة للقول بعدم قبول الطلب، وهذا المفروض هو ما يحدث عند تقديم طلبات التفسير إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية وهذا يرجع إلى أن الأفراد بعيدين عن طلبات التفسير، ولا يحق لهم تقديمها - على نحو ما سنرى بعد قليل - ومن ثم فلا يوجد مباشرة لأي إجراءات من إجراءات نظر طلب التفسير من جانبهم، حتى ولو كانت لهم مصلحة في تطبيق القانون محل التفسير.

والأمر مغاير لذلك أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، فالأفراد الذين انتهكت حقوقهم

الدستورية لهم الحق في تقديم طلب تفسير لنص تشريعي إلى السيد وزير العدل ليتولى تقديمه إلى المحكمة الدستورية العليا.

وطالما أن هناك طلب مقدم من الأفراد، فإن ذلك لا يتم إلا عن طريق الوكيل للفرد الذي يدعي انتهاك حقوقه الدستورية، والوكيل محام متطلب فيه مدة خبرة لا يجوز النزول عنها. وقد نصت المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2006 على أن: «لا يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا بالدولة أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشرة سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إعساره».

قد خلص القرار محل التعليق في رأي الأغلبية إلى عدم قبول الدعوى، لأن المحامي مقدم الطلب ليس لديه خبرة متصلة في أعمال المحاماة تصل إلى عشر سنوات.

وقد أصاب القرار محل التعليق صحيح القانون، إذ أن التوقيع على الطلب لا بد أن يكون من محام استوفى الشرائط التي استلزمها النص التشريعي المشار إليه، ومن أهمها وجود خبرة في مجال المحاماة لمدة عشر سنوات متصلة على الأقل، وهو إجراء جوهري يترتب على عدم وجوده عدم قبول الدعوى، ولا يصح التوقيع من محام لم تصل مدة خبرته إلى عشر سنوات مهما كانت ثقافته القانونية كبيرة أو علمه غزيراً.

والتوقيع على طلب من محام له هذه المدة من الخبرة هو الذي يضمن جدية الطلب، وما يقتضيه ذلك من إعداد لأوجه الانتهاكات للحقوق الدستورية التي تعرض لها موكله والحجج القانونية التي تؤيد طلبه حتى تستطيع المحكمة أن تفصل في الطلب.

وإذا كان نص المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا صريحاً في اشتراط أن يكون مدة الخبرة متصلة فلا محل إزاء صراحة هذا النص من القول بأنه يمكن إكمال هذه المدة بالمدة التي قضاها المحامي مشغلاً بالقضاء، فلا يجوز الخروج على صراحة النص بحججه تفسيره والوقوف على علته.

#### ■ ثانياً: الجهات التي يحق لها التقدم بطلب التفسير

الأصل أن تفسير النصوص التشريعية يتولاه المشرع أو القضاء أو الفقه، ولكل منهم سببه وطريقته في التفسير وأدواته، وهدفه، وسماته، والأثر المترتب على التفسير مما لا مجال للتفصيل فيه.

فالمشرع يتدخل بتفسير نص عندما تثور مشكلة أو مشاكل حول تحديد مدلول النص، فيتولى إصدار تشريع تفسيري، يتسم بالعمومية والتجريد ويهدف إلى توحيد التفسير حتى لا يكون ثمة تعارض أو تناقض أو تباين في تطبيق النص محل التفسير، وتلتزم بهذا النوع من التفسير جميع الجهات بما فيها السلطة القضائية التي تتولى تطبيق القانون على الوقائع المطروحة عليها.

والقضاء يتولى أيضاً التفسير حال فصله في المنازعات التي تستدعي تطبيق هذا النص على القضية المعروضة، فالتفسير القضائي يكون من خلال الأحكام التي تصدرها المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها، وليس لهذا النوع من التفسير صفة العمومية أو التجريد، وليس ملزماً إلا لأطراف النزاع محل الخصومة المعروضة على المحكمة.

أما النوع الثالث، من التفسير فهو الذي يقوم به الفقه شرحاً لأحكام النصوص وما تنطوي عليه والوقوف على فلسفة التشريع وأهدافه، فيبين فحوى كل نص ومضمونه وإزالة ما قد ينطوي عليه النص من غموض أو لبس، وهذا النوع أيضاً لا يتسم بصفة الإلزام.

التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا استثناء من الأصل:

إذا كان ما تقدم صحيحاً، فإنه من الصحيح أيضاً القول بأن التفسير الملزم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا هو تفسير جاء على خلاف الأصل، ويعد استثناءً لا يجوز التوسع فيه.

وقد أثير جدل واسع حول اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم عند مناقشة مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، رغم أنه كان مقرراً للمحكمة العليا التي سبقت المحكمة الدستورية العليا في الظهور ووصل النقاش حوله إلى حد مطالبة البعض بإلغاء هذا الاختصاص كلية، إلا أن هذا الاقتراح وجد مصادماً لحكم المادة (175) من دستور 1971.

وكانت حجج من نادوا بإلغاء هذا الاختصاص أو على الأقل الحد منه أنه:

1. يخل بمبدأ الفصل بين السلطات إذ يسلب السلطة التشريعية اختصاصها بإصدار التفسيرات الملزمة.

2. يقيد حق الجهات القضائية المختلفة في تفسير النصوص التشريعية، وإنزال تفسيرها على الوقائع المطروحة عليها.

ولا شك أن أي من هاتين الحججتين لا تقوم على سند صحيح، ذلك لأن تفويض المحكمة الدستورية العليا في إصدار تفسير ملزم جاء بنص صريح في الدستور، ولا يمكن أن يتعارض بحال مع حق السلطة التشريعية باعتبارها الأصيل، وما تصدره المحكمة الدستورية العليا من تفسير يعد طبقاً للتفويض الدستوري جزءاً من النص الذي فسرتة، وتقوم المحاكم بتطبيقه، كما تطبق سائر القوانين.

وقد حرصت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا على إيضاح هذين الأمرين بقولها «وغنى عن الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها في إصدار التفسيرات التشريعية بدءاً أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير.

كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً في تفسير القوانين، وإنزال تفسيرها على الوقائع المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا»<sup>1</sup>.

وإذا كان التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا هو استثناء فهو مقيد، فيما يتعلق بمن يحق لهم طلبه وفقاً لما ورد بالنص المقرر له في قانون المحكمة حيث حصرت الجهات التي يحق لها التقدم بطلب التفسير إلى وزير العدل في جهات ثلاث سنعرض لها لاحقاً.

وقبل بيان الجهات طالبة التفسير نؤكد أن الطلب لا بد أن يمر أولاً على وزير العدل، فالمحكمة الدستورية العليا لا تتصل اتصالاً قانونياً بطلب التفسير إلا عن طريق واحد فقط هو وزير العدل، فإذا قدمت أي طلبات للتفسير عن غير هذا الطريق فإن مآلها أن تقرر المحكمة عدم قبولها<sup>2</sup>.

وإذا كانت جميع طلبات التفسير لا بد أن تكون عن طريق وزير العدل، فإن وزير العدل نفسه لا يستطيع التقدم بطلب تفسير نص تشريعي من تلقاء نفسه، أو بمبادرة منه بل لا بد أن يكون ذلك

1 يراجع في تفصيلات أخرى محاضرة بعنوان: «دراسة تحليلية مقارنة حول قانون المحكمة الدستورية العليا»، للمستشار أحمد ممدوح عطية، أقيمت بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع 23/12/1979، منشور بالجزء الأول من أحكام المحكمة الدستورية العليا، ص 139 وما بعدها.

2 يراجع د. فتحي فكري: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير لسنة 2011، ص 195 وما بعدها.

الطلب بناء على طلب جهات محددة حصراً أوردها نص المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا بقولها: «يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية...».

فالجهات محددة ثلاث جهات حصراً لا يجوز تجاوزها هي:

1. رئيس مجلس الوزراء.

2. رئيس مجلس الشعب.

3. المجلس الأعلى للهيئات القضائية<sup>1</sup>.

وقد أثير تساؤل حول هذا التحديد الحصري ومدى تعارضه مع حق التقاضي.

وحين عرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا أوردت: «وحيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، بعد أن بين في المادة (26) منه الحالات التي تتولى فيها هذه المحكمة تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية، نص في المادة (33) على أن: «يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية...»، مؤدى ذلك أن المشرع قصر الحق في تقديم طلبات التفسير على الجهات المحددة في المادة (33) المشار إليها، وذلك عن طريق وزير العدل. لما كان ذلك، وكان طلب التفسير المائل لم يقدم إلى هذه المحكمة من وزير العدل بناء على طلب أي من الجهات المحددة في المادة (33) سالفه الذكر، وإنما أحيل إليها من محكمة جنوب القاهرة الابتدائية، ومن ثم لم يتصل بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً لتقديم طلبات التفسير، فإنه يكون غير مقبول.

وحيث إنه لا وجه لما أثاره المدعي في مذكرته بشأن عدم دستورية المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بمقولة أنها تحول بين المحاكم وحقها في الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا طلباً لتفسير نصوص القوانين، ذلك أن هذه المحكمة إنما تستمد ولايتها في التفسير من المادة (175) من الدستور التي تنص على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير النصوص التشريعية على الوجه المبين في القانون، وما نصت عليه المادتان (26، 33) من قانونها الصادر بناء على هذا التفويض، وأن

1 أُلغي هذا المجلس وحل محله مجلس آخر سمي «مجلس الهيئات القضائية» بالقانون رقم 192 لسنة 2008.

ما أورده المادة (33) المشار إليها من تحديد للجهات التي يجوز لها طلب التفسير الملزم، واشترط تقديمه عن طريق وزير العدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة-، مما يدخل في نطاق الملائمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها، ومن ثم يتعين اطراح ما أثاره المدعى في هذا الصدد<sup>1</sup>.

#### ■ ثالثاً: حدود إعطاء الحق للأفراد التقدم بطلب التفسير

إذا كان ما أورده سلفاً يتعلق بالنظام الدستوري المصري وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، فإن الأمر على خلاف ذلك في النظام الدستوري الفلسطيني ذلك أن نص المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا في فلسطين الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2006 قد جرى على أن:

1. يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية.
  2. يجب أن يبين في طلب التفسير: النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه.
- والواضح من هذا النص أن المشرع الفلسطيني توسع في منح الحق في طلب التفسير إلى فئات أخرى، لم ترد في النص المصري، فقد حدد هذه الجهات بأنها:

1. رئيس السلطة الوطنية.
2. رئيس مجلس الوزراء.
3. رئيس المجلس التشريعي.
4. رئيس مجلس القضاء الأعلى.
5. من انتهكت حقوقه الدستورية.

ولا يهمننا الآن سوى ما ورد بالبند الخاص «من انتهكت حقوقه الدستورية»، على اعتبار أن الطلب الذي صدر عنه القرار محل التفسير مقدم إلى وزير العدل من أحد الأفراد مدعياً انتهاك حقوقه الدستورية - فمن المقصود بـ«من انتهكت حقوقه الدستورية».

1 حكم المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم 1 لسنة 5 ق، تفسير جلسة 11/6/1983، الجزء الثاني، ص 225، 226.

في البداية لنا أن نتساءل عن علاقة التفسير بانتهاك الحقوق الدستورية، وكيف سيعيد القرار الصادر بالتفسير حقوق من انتهكت حقوقه الدستورية، هل صدر قرار إداري مثلاً أو طبق عليه نص تطبيقاً من شأنه أن يؤدي إلى انتهاك حقوقه؟

وهل دور التفسير الذي تختص به المحكمة الدستورية العليا أن يرد الحقوق لأصحابها، وكيف سيردها، والتساؤلات التي يمكن أن تنفرع عن ذلك كثيرة، خاصة وأن المشرع لم يفرد هذا الطلب المقدم بناء على رغبة الأفراد بأية إجراءات خاصة، فالإجراءات هي ذات الإجراءات، والغاية من الإجراءات هي نفس الغاية «وحدة تطبيق النص»؟

نستطيع أن نقرر أن اللجوء إلى التفسير الملزم ليس ترفاً، وإنما لا بد أن يكون لمواجهة ضرورة تتطلب معالجة مشكلات عملية.

والمفروض أن طلب التفسير يقتصر على الجهات التي لا مفر أمامها من اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير النصوص القانونية لتواجه ما يعرض عليها من مشكلات عملية<sup>1</sup>.

والفاحص للجهات المسموح لها بطلب التفسير، يكشف عن عدم توفيق المشرع في اختيار غالبيتها<sup>2</sup>، وأن النص سواء في مصر، ومن باب أولى في فلسطين، قد وسع دون مقتضى في الجهات التي يسمح لها التقدم بطلب التفسير، بما يخرج الأمر عن غايته والتفصيلات في هذا الأمر كثيرة قد تخرجنا عن نطاق البحث.

وربما - كما ذهب جانب من الفقه بحق - كانت السلطة التنفيذية هي الأكثر حاجة لطلب التفسير من بين الجهات المنوط بها هذا الاختصاص، فبحكم موقعها وطبيعتها مهامها لا تحوم السلطة التنفيذية مقابلة تضارب في تطبيق أحد النصوص مما يتعين معه حسم المسألة في هذا الاتجاه أو ذاك<sup>3</sup> التي تتناول حقوق الأفراد، لتتوصل في النهاية إلى الترضية القضائية الكاملة دون الحاجة إلى أي أمر آخر، وفي النظام القضائي ذاته من الوسائل التي تؤدي إلى التطبيق الصحيح للقانون، وتوحيد تطبيق وإعمال مبدأ المساواة في تطبيق النصوص القانونية، فإن احتاج الأمر إلى طلب تفسير نص وتوافرت شروط هذا الطلب، وكان للنص من الأهمية ما يسند توحيد تفسيره وتعدد التطبيقات

1. د. فتحي فكري: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، المرجع السابق، ص 212.

2. د. فتحي فكري: المرجع السابق، ص 212.

3. د. فتحي فكري: المرجع السابق، ص 218.



المتعارضة، وكان لمجلس القضاء الأعلى، أو كل للسلطة التنفيذية حلاً لمشكلات مشاركة أمامها اللجوء إلى طلب التفسير.

ولا شك أن رد العدوان على الحقوق الدستورية، وحصول من انتهكت حقوقه الدستورية على حق ليس له وسيلة إلا اللجوء إلى القضاء عن طريق الخصومة القضائية، التي لا بد أن يصل من خلالها إلى الترضية القضائية التي تجبر كسره وتعوضه تعويضاً كاملاً، وليس ثمة وسيلة أخرى لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، فحق التقاضي وبدونه تكون الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدساتير مجردة من وسيلة حمايتها.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على هذه الحقيقة، في العديد من أحكامها، وفي ذلك ما قررته: «أن الدستور أفرد بابه الرابع للقواعد التي صاغها في مجال سيادة القانون وهي قواعد تتكامل فيما بينها ويندرج تحتها نص المادة الثامنة والستين التي كفل بها حق التقاضي للناس كافة، دالاً بذلك على أن التزام الدولة بضمان هذا الحق هو فرع من واجبها في الخضوع للقانون، ومؤكداً بمضمونه جانباً من أبعاد سيادة القانون التي جعلها أساساً للحكم في الدولة على ما تنص عليه المادتان الرابعة والستون والخامسة والستون، وإذا كان الدستور قد أقام من استقلال القضاء وحصانته ضمانين أساسيين لحماية الحقوق والحريات، فقد أضحي لازماً - وحق التقاضي هو المدخل إلى هذه الحماية - أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص صريح في الدستور كي لا تكون الحقوق والحريات التي نص عليها مجردة من وسيلة حمايتها، بل معززة بها لضمان فاعليتها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان الالتزام الملقى على عاتق الدولة وفقاً لنص المادة الثامنة والستين من الدستور يقتضيها أن توفر لكل فرد وظيفياً كان أم أجنبياً - نفاذاً ميسراً إلى محاكمها بالإضافة إلى الحماية الواجبة للحقوق المقررة بتشريعاتها، وبمراعاة الضمانات الأساسية اللازمة لإدارة العدالة إدارة فعالة وفقاً لمستوياتها في الدولة المتحضرة، وكانت الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلازمها بالضرورة - ومن أجل اقتضائها - طلب الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها باعتبار أن مجرد النفاذ إلى القضاء في ذاته لا يعتبر كافياً لضمانها، وإنما يتعين أن يقترن هذا النفاذ دوماً بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها ويضمن عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز

ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها وكانت هذه التسوية هي التي يعتمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، فإن هذه الترضية -وبافتراض مشروعيته واتباعها مع أحكام الدستور- تندمج في الحق في التقاضي وتعتبر من متمماته لارتباطها بالغاية النهائية المقصودة منه برابطة وثيقة، وأيد ذلك أن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمحض عنها فائدة عملية، ولكن غايتها طلب منفعة يقرها القانون وتحدد على ضوءها حقيقة المسألة المتنازع عليها بين أطرافها وحكم القانون بشأنها، وذلك هو ما أكدته هذه المحكمة بما جرى عليه قضاؤها، من أن الدستور أفصح بنص المادة الثامنة والستين منه عن ضمان حق التقاضي كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قرره الدساتير السابقة ضمناً من كفالة هذا الحق لكل فرد -وطنياً كان أم أجنبياً- باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً ورد العدوان عليها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان من المقرر قانوناً أن للدولة بناء على ضرورة تفرضها أوضاعها الاقتصادية أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية أو توجبها روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية، أن تفرض قيوداً في شأن الأموال التي يجوز لغير مواطنيها تملكها أو أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التي يجوز لهم التعامل فيها سواء أكانت أموالاً منقولة أم عقارية، فإن من الصحيح كذلك أن تداخل مصالح الدول ونماء اتصالاتها الدولية وحتمية التعاون فيما بينها يلزمها بأن تعمل كل منها في نطاق إقليمها على أن توفر الوسائل الإجرائية والقواعد الموضوعية التي يتمكن الأجنبي من خلالها من رد العدوان على حقوقه الثابتة وفقاً لنظمها القائمة، وهو ما قرره المادة الثامنة والستون من الدستور التي لا يجوز للدولة بموجبها أن تجحد على غير مواطنيها الحق في اللجوء إلى قضائها للدفاع عن حقوقهم التي تكفلها القوانين الوطنية، وإلا اعتبر إعراضها عن توفير الحماية أو إغفالها لها إنكاراً للعدالة تقوم به مسئوليتها الدولية ويوقعها في حومة المخالفة الدستورية

ومتى كان ذلك، وكان المدعيان -وهما من غير المواطنين- يستهدفان بدعواهما الموضوعية رد الأموال -التي يقولان باغتصابها بالمخالفة لأحكام الدستور- عيناً إليهما، وكان اكتسابها ملكيتها وفقاً للقوانين المعمول بها وبمراعاة الأوضاع المقررة فيها أمراً لا نزاع فيه فإن الحماية التي كفلتها المادة الرابعة والثلاثون من الدستور للحق في الملكية تنسحب إليهما، ذلك أن حجبتها عنها أو تقييدها بها

يخرجها عن الأغراض المقصودة منها يكرس انتزاع أموالهما، ويعتبر إهداراً لسند ملكيتها وإسقاطاً للحقوق المتفرعة عنها، وإفراغاً للمادة الثامنة والستين من الدستور من محتواها<sup>1</sup>. فالهدف من التفسير ليس أن يقوم مقام القضاء في رد الحقوق إلى أصحابها، ولا هو مصادرة لحق المحاكم الطبيعي في تفسير النصوص التشريعية عند تطبيقها على المنازعات المطروحة عليها. فلسنا في حاجة إلى توسيع قائمة الجهات التي يحق لها طلب التفسير عبر وزير العدل، وإنما ينبغي التضييق من نطاق من لهم الحق في طلب التفسير ليقصر الأمر على ما تمليه الضرورة فقط، ولتتذكر دائماً إن إصدار تفسيرات ملزمة لكافة الجهات هو بمثابة استثناء لا يجوز التوسع فيه، سيما وأن هذا الاختصاص لا ظل له في كثير من الدول وعلى رأسها فرنسا التي نقلنا عنها العديد من جوانب نظامنا القانوني<sup>2</sup>.

خلاصة القول، فإن إعطاء الحق للأفراد في التقديم إلى وزير العدل بطلب لتفسير نص تشريعي بحجة انتهاك حقوقهم الدستورية، أمر لا مضي له ويخرج عن الدور القانوني للتفسير والأغراض التي ينبغي أن يقوم عليها، بل أن فيه ما يتعارض مع التنظيم القضائي وافتتات على ولاية المحاكم التي تتولى الفصل في نزاعات الأفراد، ورد حقوقهم والوصول بهم إلى الترضية القضائية الكاملة.

#### ■ رابعاً: مدى جواز التعرض لدستورية النص المطلوب تفسيره أثناء التفسير

هذه هي النقطة الأخيرة في هذا التعليق أثارها أن السيد المستشار مبدي الرأي المخالف، قد انتهى حال بحثه طلب التفسير المعروض عليه إلى أن النص (المادة 136) من قانون الإجراءات الجزائية محل التفسير مشوب بعيب مخالفة الدستور، وواجب وقف العمل بمقتضاه مرتكناً إلى نص المادتين (25، 41) من قانون المحكمة الدستورية العليا في فلسطين الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2006. عرض هذا الأمر أكثر من مرة على المحكمة الدستورية العليا حيث طلب إليها - أثناء نظرها لطلب تفسير - أن تتصدى للفصل في دستورية نص ما سواء كان هو النص محل التفسير أو غيره، وكانت اجابتها دائماً بعدم جواز أن ينزلق التفسير التشريعي للنصوص القانونية إلى الفصل في

1 الحكم في القضية رقم 8 لسنة 8 ق «دستورية» - جلسة 7 مارس 1992، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص 234 - 235.

2 د. فتحي فكري: المرجع السابق، ص 7.

دستوريتها.. ولا يتصور أن يكون طلب التفسير متضمناً أو مستنهضاً الفصل في دستورية هذه النصوص لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور، فما لذلك تقرر التفسير التشريعي، سواء في الأسس التي يقوم عليها أو الأغراض التي يتوخاها.

ولعل من أفضل الأحكام التي عرضت لهذا الأمر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 17 قضائية «تفسير»، والمتعلقة بطلب من وزير العدل - بناء على طلب السيد رئيس مجلس الوزراء - تفسير خمس مواد تضمنها القانون رقم 93 لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، والقانون رقم 76 لسنة 1970 بإنشاء نقابة الصحفيين، ولأهمية هذا الحكم في تعرضه لكثير من المبادئ المتعلقة بطلب التفسير وطبيعته والعلاقة بينه وبين الفصل في دستورية القوانين، نعرض لجانب كبير من حيثياته، فقد ورد به: «حيث إن السيد المستشار وزير العدل - وبناء على طلب السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء بكتابه المؤرخ 24 / 6 / 1995 - قدم إلى المحكمة الدستورية العليا طلباً بتفسير خمس مواد تضمنها القانون رقم 93 لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، والقانون رقم 76 لسنة 1970 بإنشاء نقابة الصحفيين، وقد أوضح السيد وزير العدل أن النصوص المراد تفسيرها، هي تلك التي حددها كتاب السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء، ومذكرة نقابة الصحفيين، وقد تضمننا بياناً بالنصوص القانونية التي يشوبها غموض وخلاف حول معناها، بالنظر إلى خفاء بعض كلماتها وعباراتها، مما قد يؤدي لتضارب الآراء بشأنها، وأوضحنا أن طلب تفسير هذه النصوص وفقاً للمادتين (26، 33) من قانون المحكمة الدستورية العليا، يجب أن يكون مقترناً بإعمالها لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة (27) من هذا القانون، وفي بيان المناحي الدستورية التي ارتأتها نقابة الصحفيين في شأن نصوص القانون رقم 93 لسنة 1995 المشار إليه، استهلكت هذه النقابة مذكرتها بالقول: بأن صدور هذا القانون صادف مرور الوطن بمرحلة من أدق مراحل حياته؛ دعوة للسلام يقتضي تحقيقها تحولات خطيرة، واختيار للحرية الاقتصادية في العمل والإنتاج؛ وخروج من طور الدولة المدينة المستهلكة، إلى دولة ذات اقتصاد متوازن تشارك في الإنتاج العالمي بنصيب ملحوظ، وذلك إلى ما يتطلبه البنيان الداخلي للوطن والمواطنين من جهود كبيرة لتحقيق التنمية في مختلف المجالات، وأن ذلك كله كان يقتضي إتاحة الفرصة كاملة لحرية التعبير وتبادل الآراء، ولا يتحقق ذلك إلا بإطلاق حرية الصحافة في النشر والتعبير، مساهمة منها في خدمة الرأي العام، بل في توجيهه بيد أن هذا القانون - بما يحمله

من قيود، وبما يعمد إليه من تأييم العديد من صور النشر - جاء نخبيا للآمال، مشبها للهمم، ومخالفاً كذلك للدستور من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فمن ناحية الشكل لم يكتمل - عند نظر هذا القانون - النصاب القانوني لانعقاد مجلس الشعب، وذلك على خلاف نص المادة (107) من الدستور التي تؤكد بصريح لفظها أن انعقاد المجلس لا يكون صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه، ولم يتضمن جدول أعمال جلسة مجلس الشعب التي دعى إليها أعضاء المجلس، الإشارة إلى مشروع القانون المذكور، بما مؤداه بطلان اجتماع ذلك المجلس من الناحية الدستورية، وبطلان إقراره لذلك القانون، وهو بعد قانون كان يجب أن يعرض ابتداء على المجلس الأعلى للصحافة، وأن يؤخذ فيه كذلك رأي مجلس الشورى ومجلس الدولة كليهما، وقد قصد بالسرعة التي صدر بها ذلك القانون، قطع طريق الاعتراض عليه من قبل المعنيين بالصحافة مما يلقي ظلالاً من الشك حول استكمالها لمختلف جوانب شرعيته، ولم يقف الأمر بالقانون المطروح عند هذه العيوب الشكلية، بل جاوزها منزلاً إلى عيوب موضوعية من بينها أن القيود التي فرضها القانون محل الجدل على حرية التعبير، لا تندرج تحت تنظيمها، بل تفرغها من مضمونها، وتتسم العقوبات التي فرضها للأفعال التي أثمها، بالغلو والقسوة بما يخرجها عن أغراضها الاجتماعية، وهو ما ينعكس سلباً على تقدم المجتمع، إذ تغيب عنه الحقائق التي تكشف عن الأخطاء وتعالج أوجه النقص والقصور، وخلا هذا القانون كذلك، من تحديد قاطع لمضمون الجرائم التي حددها بما يحول دون التباسها بغيرها استصحاباً لخاصية الوضوح واليقين في القوانين الجزائية التي تتوخى ضمان الحرية الفردية في نطاق مجموعة القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها، وهو ما يعتبر اقتحاماً للحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، بما يخل بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، كذلك فإن إلغاء ما تضمنته المادة (235) من قانون الإجراءات الجنائية، من عدم جواز حبس الصحفي احتياطياً، هو قيد جديد على حرية التعبير عن الآراء، ذلك أن تقرير هذه الضمانة - قبل إلغائها - تم بوصفها شرطاً ضرورياً لحماية حرية الرأي والتعبير والتقدم، ولم يكن هدفها مطلقاً إسباغ ميزة للصحفيين يتقدمون بها على من سواهم، وإهدارها يخل بمبدأ المساواة أمام القانون.

وحيث إن السيد وزير العدل قدم طلب التفسير المائل استناداً للمادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا، التي تنص فقرتها الأولى على أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على

طلب رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس الشعب، أو رئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية. وحيث إن المادة (175) من الدستور تنص على أن: (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص القانونية وذلك كله على الوجه المبين في القانون)، وإعمالاً لهذا التفويض -الذي يترد في مصدره إلى الدستور- نصت المادة (26) من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، على أن: تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.

وحيث إن البين من هذين النصين، أن الدستور حول المحكمة الدستورية العليا -في الحدود التي بينها قانونها- تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً ملزماً، يكون كاشفاً عن إرادة المشرع التي صاغ على ضوءها هذه النصوص، مشكلاً مضمونها، نائياً عن تحوير هذه الإرادة، أو توهمها أو انتحالها، ملتزماً حقيقة أبعادها ومقاصدها، فلا تفسر تلك النصوص بما ينال من مضمونها الحق، أو يخرجها عن أهدافها، بل تحمل على تلك الإرادة، لضمان أن تكون معبرة عنها، مبلورة لها، وإن كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ماتوخاه المشرع منها.

وحيث إن إعمال المحكمة الدستورية العليا لسلطتها هذه، يقتضيها -على ضوء ما تقدم- ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع أو تنحيتها، بل عليها أن تستظهرها، وقوفاً عليها، والتزاماً بها، وألا تخوض بعدئذ فيما يجاوز تحريها لنطاقها، مع الاستهداء في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها، وما لا بسها من الأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها، باعتبار أن ذلك كله مما يعينها على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النصوص القانونية محل التفسير، أنها ترددها وتعكس حقيقتها، ذلك أن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تفسر عباراتها بما يمسخها، أو ينتزعها من سياقها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يشوهها، أو يرددها إلى غير مقاصدها التواءً بأهدافها، على تقدير أن المعاني التي تدل عليها النصوص -والتي لا يجوز تحريفها- هي التي تفصح عن حقيقة محتواها، وتدلل على ما قصده المشرع منها، وعناها بها.

وحيث إن ما تقدم مؤداه، أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل في دستورتها، ذلك أن المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تحولها غير استصفاً إرادة

المشرع من خلال استخلاصها -دون تقييم لها- وعلى أساس أن النصوص القانونية إنما ترد دوماً إلى هذه الإرادة، وتحمل عليها حملاً، سواء كان المشرع حين صاغها مجانباً للحق أم منصفاً، وسواء أكان مضمونها ملتئماً مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها، ولا يتصور بالتالي أن يكون طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، متضمناً أو مستنهضاً الفصل في دستوريتها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور، فما لذلك تقرر التفسير التشريعي، سواء في الأسس التي يقوم عليها، أو الأغراض التي يتوخاها.

وحيث إن البين من نص المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن تطبيقها مشروط بشرطين: - أولهما: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها، أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تنظمها ووزن المصالح المرتبطة بها، فإذا كان دورها في تشكيل العلاقات الاجتماعية موضوعها، محدوداً، فلا يجوز تفسيرها، بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تنحصر آفاقها، بل يكون مداها مترامياً، هي وحدها التي يجوز تفسيرها إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينحصر هذا الاختصاص عما دونها شكلاً وموضوعاً.

- ثانيهما: أن تكون هذه النصوص -فوق أهميتها- قد أثار تطبيقها فيما بين القائمين على إنفاذ أحكامها، خلافاً حاداً يتعلق بمضمونها أو آثارها، ويقضي ذلك أن يكون خلافاً فهم حولها مستعصياً على التوفيق، متصلاً بتلك النصوص عند إعمالها، مؤدياً إلى تعدد تأويلاتها، لتختل وحدة المعايير اللازمة لضبطها، بما يؤول عملاً De Facto إلى التمييز فيما بين المخاطبين بها، فلا يعاملون وفقاً لقاعدة قانونية استقر مضمونها، بل كان تطبيقها متفاوتاً، بما يخل بمساواتهم أمام القانون De jure، وهي مساواة يجب ضمانها بين الذين تتماثل مراكزهم القانونية.

وحيث إنه على ضوء هذين الشرطين، لا تنسحب ولاية المحكمة الدستورية العليا -في مجال التفسير التشريعي- إلى نصوص قانونية تتدنى أهميتها، ولا إلى نصوص ظل تطبيقها -وحتى تقديم طلب التفسير إليها- متراخياً، ولو كان الجدل حول معناها أو غاياتها ممتداً إلى قاعدة عريضة من المواطنين، عميقاً في وجدانهم، مثيراً لاهتمامهم، أو كان جدلاً يقوم على التنظير والتأصيل، أو يطرح تصوراً مجرداً في شأن الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو يعرض لجوانبها السلبية وانعكاسها على حرية التعبير التي كفلها الدستور، إذ لا يتصل ذلك كله بدخولها حيز التنفيذ الفعلي، ولا باختبارها من



خلال تطبيق يكون مُظهرًا للخلاف حول معناها، أو كاشفاً عن استقرار مفهومها، ومستثيراً، بالتالي ولاية المحكمة الدستورية العليا، أو نافيًا لها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت النصوص القانونية المطلوب تفسيرها - ومع التسليم بأهميتها بالنظر إلى ارتباطها المباشر بحرية التعبير عن الآراء التي لا يتصور قيام النظام الديمقراطي بدونها-، لم يجز تطبيقها منذ صدورهما، وحتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا - بل ظل تنفيذها خامداً *Dormant provisions*. ولم يثر بالتالي خلاف بشأنها تأتي من اعمالها - بالمعنى المقصود في قانون المحكمة الدستورية العليا- فإن طلب التفسير المائل يكون غير مقبول.

وحيث إنه عن طلب الفصل في دستورية النصوص القانونية التي عينتها نقابة الصحفيين - من خلال أعمال المحكمة الدستورية العليا لخصتها في التصدي المنصوص عليها في المادة (27) من قانونها - فإن البين من هذه المادة، أنها تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، «ويتصل بالنزاع المعروض عليها»، ومن ثم يكون مناط تطبيقها، اتصال النصوص القانونية التي تصدى للفصل في دستورتها، بنزاع لازال قائماً أمامها، ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها - وبوصفها هيئة قضائية - إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض من خلالها مصالح أطرافها فلا نزاع أمام القضاء بلا خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره، ولا يستقيم معنى الخصومة القضائية، بالتالي، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها سواء لاثباتها أو نفيها.

وهذه الخصومة القضائية، هي التي يجب أن تتصل بها النصوص القانونية التي تدعي المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورتها إعمالاً لنص المادة (27) من قانونها؛ وبشرط أن يكون تقرير صحتها أو بطلانها مؤثراً في المحصلة النهائية لهذه الخصومة أيا كان موضوعها أو أطرافها، فمن خلال تلك الخصومة - وبمناسبتها - تباشر المحكمة الدستورية العليا - رضا - رقابتها على الشرعية الدستورية لتلك النصوص، ومن ثم تقوم علاقة بين فرع واصل: بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، والخصومة القضائية التي تتصل هذه النصوص بها، والتي ما كان الفصل في دستورتها - وفقاً لنص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا - ليثور أصلاً، لولا قيام تلك الخصومة أمامها، واتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ومن ثم تعكس هذه النصوص خصومة فرعية، تتصل بالخصومة الأصلية، وتدور معها وجوداً وعدمًا، فلا تقبل إلا معها،



وتزول بزوالها، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا التي لا تعرض لتلك النصوص التي تقوم عليها الخصومة الفرعية إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية وبمناسبتها، وقضاؤها فيها معاً، لا يكون إلا بحكم يصدر عنها بعد تقديم الخصوم لادلتهم الواقعية والقانونية في إطار من الفرص المتكافئة، ولا كذلك الأمر في شأن طلب التفسير المقدم إليها من وزير العدل، ذلك أن مضمون هذا الطلب، والأغراض التي يتوخاها، ينحصر في مجرد استخلاص إرادة المشرع التي أقام على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، ابتغاء حمل هذه النصوص على تلك الإرادة، فلا تناقضها، ليتحدد مضمونها بالرجوع إليها، وتقيداً بها، شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا إعمالاً للمادة (26) من قانونها، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهماً من النصوص القانونية المعمول بها تبعاً لحفاء إرادة المشرع والتباسها على القائمين بتطبيقها، فكلاهما لا يثير نزاعاً من نوع الخصومة القضائية، ولا يندرج تحت مفهومها، بل ينفصل تماماً عن مقوماتها ويستقل عنها، ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها، وعن طريق القضاء انفراداً، وباعتبارها - في صورتها الأعم - أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها، كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء تلك المنفعة التي يقرها القانون، والتي تمثل الترضية القضائية التي يطلبها المدعي أو يتوقعها، والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي، ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحلون لها غير المعاني التي قصد إليها المشرع، فإذا عهدت السلطة التشريعية بمهام التفسير هذه لغيرها، فإنها تقيدتها بالشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس لازماً بحال أن تكون هذه الجهة قضائية في تكوينها، وأيا كانت الجهة التي تتولى التفسير التشريعي وتقوم عليه، فإن إرادة المشرع التي شكل على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، هي مدار ولايتها، ذلك أن عملها ينحصر في استكناها، ولا يكون تحريمها إلا عملاً مجرداً يتم وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص ودلالاتها، والأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا بد منها، وبمراعاة موضعها من سياق النصوص التي تتكامل معها محددة معناها ومرماها، ليخرج التفسير التشريعي بذلك عن معنى الخصومة القضائية التي تثير بالضرورة - وبطبيعتها - نزاعاً بين أخصام تتعارض مصالحهم، وتتنافر توجهاتهم.

وحيث إن ما تقدم مؤداه، أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي - كتلك التي تعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيدهاً لدلولها - فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه، وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها إفساداً لمقاصدها، وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها، بل يستقل تماماً عنها، باعتبار أن مبناه، صون النصوص القانونية مما يُلبس معانيها غيرها لضمان أن يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تعدد تأويلاتها، ومن ثم كان هذا التفسير ملزماً للناس أجمعين، نافذاً في شأن السلطات العامة والجهات القضائية على اختلافها، وليس لإحداها، بالتالي أن تقحم على القاعدة القانونية التي فسرتها المحكمة الدستورية العليا «عناصر جديدة» تعدل من محتواها، أو تنال من جوهرها، أو تردها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها، بل يكون قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن هذه النصوص، محدداً لدلالاتها تحديداً جازماً لا تعقيب عليه، ولا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا ينفصل عنها، ومن ثم يرتد إلى تاريخ العمل بها، ليكون نفاذها - على ضوء التفسير التشريعي لمضمونها - لازماً منذ سريانها. وحيث إن الطلب المائل المقدم من وزير العدل يتوخى أمرين: أولهما تفسير بعض النصوص التي تضمنها القانون رقم 93 لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات والاجراءات الجنائية، والقانون رقم 76 لسنة 1970 بإنشاء نقابة الصحفيين، وثانيهما استنهاض اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مجال استعمال رخصتها المنصوص عليها في المادة (27) من قانونها، وذلك بتصديها لدستورية النصوص القانونية التي حددتها نقابة الصحفيين.

وحيث إن السياق المنطقي لهذين الطلبين، يفترض أن يكون ثانيهما تالياً لأولهما ومترتباً عليه، ذلك أن الفصل في دستورية النصوص القانونية يقتضي ابتداء تحديد مضمونها، وهو ما تتولاه المحكمة الدستورية العليا من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (26) من قانونها، بما مؤداه أن الفصل في دستورتها لا يعرض لها كخصومة أصلية تستقل بذاتيتها، بل بوصفها خصومة فرعية تتصل بطلب التفسير التشريعي وفقاً لنص المادة (27) من هذا القانون،

وهو ما يعني أن طلب التفسير التشريعي هو الأصل، وأن الفصل في دستورية بعض النصوص ذات الصلة بالنصوص المراد تفسيرها، لا يتأتى إلا تبعاً، وإذا كان طلب التفسير التشريعي -محدداً على ضوء الخصائص التي ينفرد بها- لا يقيم خصومة قضائية يتنازع أطرافها حقوقاً يطلبونها أو يحدونها، ولا يتم الفصل فيه على ضوء طلباتهم الختامية التي تؤيدها وسائل دفاعهم التي يتكافأون في أسلحتها Equality of arms، وكان إعمال المحكمة الدستورية العليا للرخصة المنصوص عليها في المادة (27) من قانونها، يقتضيها أن تتحقق من قيام تلك الصلة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، والنزاع المعروف عليها، وكان معنى النزاع -وعلى ما تقدم- يقابل الخصومة القضائية التي لا يندرج تحتها طلب التفسير، فإن مباشرتها لخصتها هذه، لا يكون لها من سند يسوغ إعمالها.

وحيث أن المحامي قدم أثناء نظر طلب التفسير المائل، مذكرتين متتاليتين، أبان فيهما عن أن قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية، يُحتج بها على الناس أجمعين علموا بها أم لم يعلموا، وهم ملزمون بنتيجتها ولو لم يكن لهم قول فيها، وقد قُدِّمَ طلب التفسير إلى المحكمة الدستورية العليا دون تقيد بالشرط التي تطلبها قانونها لجوازه، ومن بينها وجود خلاف سابق في تطبيق القانون المراد تفسيره، إذ كان ذلك، فإن مصلحته في التدخل في هذا الطلب تكون قائمة، ويظهرها أمران: أولهما: الاعتراض عليه بكل وجوه ووسائل الدفاع التي يملكها، ثانيهما: أن تفسير النصوص القانونية محل الطلب لا يجوز قبل الفصل في دستورتها، وإنكار حق المواطن في الطعن عليها، ينحل إلى تقيد لما هو مباح أصلاً، ولا يكون ذلك إلا بنص في مرتبة النصوص الدستورية ذاتها التي تكفل لكل إنسان حق التقاضي.

وحيث إن طلب التدخل بناء على هذين الوجهين مردود، أولاً: بأن التدخل لا يكون إلا بعد بدء الخصومة الأصلية، وهو يفترض قيامها عند التدخل سواء كان انضمامياً أم اختصاصياً، ومؤداه أن يكون المتدخل طرفاً فيها -لا يعرقل الخصومة الأصلية- بل ليعاون أحد أطرافها من خلال الانضمام إليه دفاعاً عن الحقوق التي يطلبها إذا كان التدخل انضمامياً؛ أو ليكون مدعياً أثناء نظر تلك الخصومة -وفي مواجهة كل أطرافها- بحق خاص يتصل بها، إذا كان التدخل هجومياً، بما مؤداه اتصال التدخل -في صورته- بقيام خصومة أصلية وبمناسبتها وبعد بدئها،

ولا كذلك طلب التفسير التشريعي، اذ لا يضم -وعلى ما سلف بيانه- أخصاصاً يتنازعون فيها بينهم، ويدعون لأنفسهم -وعلى ضوء مصالحهم الشخصية المباشرة- تلك الحقوق الذاتية التي تعود عليهم فائدة تأمينها، ورد العدوان عنها، ولا يتصور بالتالي أن يكون للتفسير التشريعي أطراف يتعددون بالتدخل.

ومردود ثانياً: بأن تصدي المحكمة الدستورية العليا لدستورية النصوص القانونية التي عرضتها نقابة الصحفيين إعمالاً للمادة (27) من قانونها، مشروط باتصالها بنزاع مطروح عليها أصلاً، متخذاً الخصومة القضائية إطاراً، حال أن طلب التفسير التشريعي -في تطبيق أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا- لا يعتبر كذلك، ومن ثم يتعين الالتفات عن طلب التدخل<sup>1</sup>.

## تعليق المحامية زينب السعيدى / تونس

تعد المحاماة ركيزة أساسية لكل محاكمة عادلة، وشريكة في إقامة العدل، لذلك أولت كل التشريعات أهمية بالغة لشروط ممارسة مهنة المحاماة، وتكريس حق الدفاع، وفي هذا الإطار يتنزل هذا القرار موضوع التعليق.

تعهدت المحكمة الدستورية بموجب طلب السيد وزير العدل رقم (17636-35) بتاريخ 16 / 06 / 2016 لتفسير المادة 136 من قانون الاجراءات الجزائية رقم 03 لسنة 2001، والتي مثلت مضمون طلب أحد الموقعين بمركز اصلاح وتأهيل بواسطة محاميه.

تعلق طلب التفسير المرفوع الى المحكمة الدستورية بمناط تطبيق المادة سالفه الذكر، إلا انه وأثناء تثبيتها من سلامة الاجراءات الواجب احترامها زمن التقدم بطلب أمامها، تبين للمحكمة وجود خلل تعلق بممثل الدفاع والمدة التي زاوها بأعمال المحاماة.

تولت المحكمة الدستورية تناول المادة المتعلقة بتحديد الشروط الواجبة التوفر لدى المحامي الذي يباشر التقدم بطلب لديها، وفي هذا الإطار تم تناول شرط طبيعة المدة المزاولة في أعمال المحاماة من طرف المحامي مقدم الطلب لدى المحكمة الدستورية العليا، وبدراسة حيثيات القرار تبين وانه يطرح اشكالا وحيدا يتمثل في:

ماهي الشروط الواجبة التوفر لدى المحامي للنيابة أمام المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بمدة مزاولته للمحاماة؟

للإجابة على الاشكال المطروح ضمن حيثيات قرار المحكمة الدستورية العليا، وجب التعرض لتفسير المحكمة لمنطوق المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية، وعليه سنتولى التعليق على ما توصلت له من اجتهاد بناء على محورين أساسيين، يتمثل الاول في كيفية احتساب المدة الواجبة التوفر على معنى مقتضيات المادة 31، أما المحور الثاني فيتعلق بالجزء الذي يترتب عن عدم احترام شرط المدة.

**المحور الأول: كيفية احتساب المدة المنصوص عليها بالمادة 31 من قانون المحكمة الدستورية العليا:**  
تولت المحكمة الدستورية في مفتح قرارها عرض أحكام المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية العليا، والذي ينص على انه: «لا مباشرة للإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة أو بواسطة محام لا تقل مدة خبرته عن عشر سنوات متصلة...»، وبالرجوع الى حيثيات القرار موضوع التعليق تبين أن المحكمة اعتبرت ان المدة الواجبة التوفر لدى المحامي الذي يتقدم بطلب انابه أمامها هي عشر سنوات مستمرة في الزمن ومتواصلة، ذلك انه لا معنى للمدد المتقطعة، وبالتثبت من الكتاب رقم (1094/10/2016) عن أمين سر نقابة المحامين الفلسطينيين تبين بأن المحامي الذي تقدم بطلبه أمام محكمة الحال دون اكمال مدة عشر سنوات متصلة في أعمال المحاماة.

وبناء على ما تقدم من عرض لأحكام المادة موضوع النقاش، ومنهج المحكمة في بحثها حول حصول مدة العشر سنوات المتصلة، نستشف بأن المحكمة قد التزمت بالنص التزاما كاملا، معتبرة ان لا عبرة بالمدد المنفصلة، وان شرط المدة يتمثل وجوبا في عشر سنوات متصلة، وبما ان النص القانوني الواضح لا يؤول فإنه لا معنى للاجتهاد فيها هو بين.

وعليه، فإن ما ذهب اليه القرار المخالف لأحد مستشاري المحكمة الدستورية قد جانب الصواب، حين اعتبر ان العبرة بروح النص ومقصده، ذلك أنه بالرجوع إلى الطبيعة القانونية للمادة 31 من قانون المحكمة الدستورية العليا، فإنها مادة اجرائية تتصف بكونها مادة أمره وملزمة، وعليه فإن ما ذهب اليه المحكمة في تفسيرها للمادة أنفة الذكر يعد في طريقه لا سيما وإنما قد عززت موقفها بمقتضيات المادتين 6 و7 من قانون نقابة المحامين النظاميين رقم 3 لسنة 1999.  
أقرت المحكمة وجوب توفر شرط مدة العشر سنوات متصلة لدى المحامي الذي يتقدم بمطلب في مباشرة التداعي أمامها وعليه يطرح تساؤل مآل مطلب الحال؟

**المحور الثاني: الجزاء المترتب عن عدم احترام طبيعة المدة المنصوص عليها بالمادة 31:**  
أقرت المحكمة عدم توفر المدة الضرورية المنصوص عليها بالمادة المذكورة أنفاً، ذلك انه «لا يسوغ اغفال القواعد التي اشتملت عليها تلك المادة باعتبارها قواعد أمره وليست تنظيمية أو توجيهية يستباح بشأنها الخيار بالجمع بين سنوات الخبرة في أعمال المحاماة السابقة واللاحقة للانقطاع عن

العمل في المحاماة وعدم انطباق المادة 31 على مقدم الطلب...»، وعليه فإن جزاء الاخلال بمدة العشر سنوات متصلة يرتب ضرورة بطلان اجراءات القيام امام المحكمة الدستورية العليا، وهو قرار منسجم مع الطبيعة الالزامية للمادة 31 ويعد حسن تطبيق وإعمال للقواعد الأصولية بالمادة الاجرائية.

## تعليق المحامي الدكتور محمد عبدالله الظاهر / الأردن

### موضوع الدعوى:

الطلب المقدم من السيد وزير العدل بكتابه رقم (35 / 17636) تاريخ 16 / 6 / 2016، لتفسير نص المادة (136) من قانون الاجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، بناء على الطلب المقدم الى السيد وزير العدل من المستدعي (شادي يوسف محمد حمزة) بواسطة وكيله المحامي داود درعاوي.

وفي معرض التعليق على القرار المشار اليه، فإننا نبدي ما يلي:

### اولاً: مختصر الوقائع

1. بتاريخ 16 / 6 / 2016 تقدم السيد وزير العدل بكتابه رقم (35 / 17636) من المحكمة الدستورية العليا الموقرة لتفسير نص المادة (136) من قانون الاجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، بناء على الطلب المقدم الى السيد وزير العدل من المستدعي (شادي يوسف محمد حمزة) بواسطة وكيله المحامي داود درعاوي.
2. جاء في الطلب المقدم الى السيد وزير العدل من المستدعي (شادي يوسف محمد حمزة) بواسطة وكيله المحامي داود درعاوي، أن المستدعي موقوف في مركز إصلاح وتأهيل بيتونيا، وأنه يدعي بانتهاك حقوقه الدستورية بسبب عدم وضوح نص المادة (136) من قانون الاجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001.
3. نصت المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 على أنه: (لا يجوز مباشرة الاجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصله، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إعساره).
4. جاء في الكتاب رقم (2016 / 10 / 1094) تاريخ 4 / 10 / 2016 الصادر عن أمين سر نقابة المحامين الفلسطينيين، أن المحامي داود درعاوي (وكيل المستدعي) مسجل في سجل



المحاميين المزاولين منذ تاريخ 14 / 5 / 2000 حتى تاريخ تعيينه قاضيا في عام 2008، حيث تم نقل إسمه الى سجل المحامين غير المزاولين، ثم أعيد تسجيله في سجل المحامين المزاولين إعتبارا من تاريخ 13 / 1 / 2011 وما زال كذلك حتى تاريخه، وهو ما يعني أن المحامي المذكور لم يحقق الشرط الوارد في المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية والتي تشترط أن تباشر الاجراءات أمام المحكمة بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصله.

5. أصدرت المحكمة الدستورية العليا الموقرة قرارها بالأغلبية المتضمن عدم قبول الطلب للعلل والاسباب الواردة فيه.

6. أصدر عضو المحكمة المستشار حاتم عباس قرار مخالفة، تضمن ضرورة قبول طلب المستدعي، حيث خلص الى نتيجة مؤداها أن نص المادة (136) من قانون الاجراءات الجزائية المطلوب تفسيره، مشوب بعيب عدم الدستورية وواجب وقف العمل بمقتضاه، وذلك للأسباب والعلل الواردة في قرار المخالفة.

ثانياً: في النواحي الموضوعية للقرار والنتيجة التي انتهى اليها

بداية ومع احترامنا التام للقرار مدار الحديث وللمحكمة التي أصدرته، الا إننا نبدي اختلافنا مع النتيجة التي توصل اليها هذا القرار، والذي ذهب الى عدم قبول الطلب، ونبدي في ذلك ما يلي: معلوماً أن طلبات التفسير التي تختص بنظرها المحكمة الدستورية العليا، لا تقدم الا من قبل وزير العدل بناء على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الاعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، وهو ما يعني أن تقديم طلبات التفسير الى هذه المحكمة يختلف عن إقامة الدعاوى أمام القضاء العادي، من حيث قيد الدعوى والسير بإجراءات التقاضي، ولعل في ذلك ما يقودنا الى التفريق بين مسألتين هامتين، أولهما تتعلق بقيد الدعوى وتسجيلها لدى المحكمة المختصة، والثانية مباشرة الاجراءات أمام المحكمة، ففي الدعاوى العادية التي تقام أمام المحاكم المدنية، ويتعين أن يكون قيد الدعوى ابتداء أمام محاكم البداية والاستئناف والنقض من خلال محام مزاول، وذلك وفق ما نص عليه قانون

أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 من خلال المادة (61)، التي نصت على عدم قبول الدعوى أمام المحاكم المذكورة دون محام مزاول، بمعنى أنه لا يجوز قيد وقبول مثل هذه الدعاوى أمام المحاكم المذكورة ابتداء دون محام مزاول، وذلك كشرط لقبول قيدها، وأن على المحكمة المدنية تبعاً لذلك أن تتعرض لهذه المسألة مباشرة وتقرر عدم قبول الدعوى، وهو ما ينسحب بطبيعة الحال على السير بالاجراءات القضائية أمام المحاكم المدنية، بحيث يتعين أن يكون بواسطة محام مزاول، أما أمام المحكمة الدستورية العليا فالأمر يختلف إزاء نص المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا، المتعلق بوجوب تقديم الطلب من وزير العدل وليس ممن انتهكت حقوقه الدستورية مباشرة، أي أن هناك تفرقة بين مسألة تقديم طلب التفسير وقيده لدى المحكمة المذكورة، وبين مباشرة الاجراءات أمامها، حيث أن مجرد طلب وزير العدل طلب التفسير الى المحكمة الدستورية، فإنه يؤدي حتماً الى قيد الطلب، وبالتالي يتعين على المحكمة النظر فيه، دون التعرض لمسألة لزوم وجود محام مزاول لغايات قيد الطلب، لكن إشتراط وجود محام مزاول لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة جاء لغايات مباشرة الاجراءات وليس شرطاً لقبول قيد الطلب وذلك وفق ما نصت عليه المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية، وهو ما يؤدي الى القول بأن طلب التفسير وبمجرد تقديمه من قبل وزير العدل أصبح قائماً ومقيداً أمام المحكمة، وأن على المحكمة أن تقرر قبوله من الناحية الشكلية، أما مباشرة الاجراءات أمام المحكمة ولزوم أن يتم ذلك بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماه عن عشر سنوات متصلة، فإنه يتعين إعمال هذا الشرط الوارد في المادة (31) ووضعه موضع التطبيق، فإذا تبين للمحكمة أن من يباشر الاجراءات هو محام لا تقل خبرته بالمحاماه عن عشر سنوات متصلة، فإنها تسير بالاجراءات حسب الاصول، أما اذا وجدت أن من يباشر بالاجراءات غير مستوف للشرط المذكور، فإن عليها والحالة هذه أن تدعو صاحب المصلحة (من انتهكت حقوقه الدستورية)، وتفهمه بضرورة توكيل محام لا تقل خبرته بالمحاماه عن عشر سنوات متصلة، لغايات مباشرة الاجراءات، فإن لم يفعل ولم يمثل لطلب المحكمة خلال المدة التي تحددها تقوم هذه الاخيرة برد الطلب وتقرر عدم قبوله استناداً للمادة (31) من قانونها، وذلك على غرار ما تقوم به المحاكم المدنية البدائية أو الاستئنافية عندما يمثل أحد المتداعين بشخصه أمامها، فإنها لا تسير بأي من إجراءات الدعوى وتقوم بإفهامه بعدم جواز مثوله أمامها بشخصه إلا من خلال محام مزاول، وتمنحه مهلة لهذه الغاية، فإذا امتثل

لذلك وقام بتوكيل محام مزاول فإنها تسير بإجراءات الدعوى حسب الاصول، وإلا فإنها تتخذ القرار المناسب حيال ذلك، ومما يؤكد صحة هذا الاجراء أن قانون المحكمة الدستورية العليا ومن خلال المادة (26) قد نص على أن: تسري على الدعوى والطلبات التي تقدم للمحكمة الاحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، وبما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والاوزاع المقررة أمامها.

وبالعودة الى القرار مدار الحديث وقرار المخالف الصادر في الطلب، فإننا نبدي أن قرار المحكمة الصادر بالاغلبية بعدم قبول الطلب وبالرغم من عدم اتفاقنا مع النتيجة التي خلص اليها وفق ما بيناه آنفا، إلا أنه قد تضمن أسباب ومبررات وجيهة فيما يتعلق بتطبيق نص المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا، ومعالجة ذلك من خلال القاعدة الفقهية والقانونية القائلة بأنه لا مساغ للاجتهد في مورد النص، حيث ذهب القرار المذكور الى أنه لا يسوغ إغفال القواعد التي اشتملت عليها المادة (31) باعتبارها قواعد أمرية وليست تنظيمية أو توجيهية، يستباح بشأنها الخيار بالجمع بين سنوات الخبرة في أعمال المحاماة السابقة واللاحقة لحالة الانقطاع عن العمل في المحاماة، وبناء عليه، فإن القرار مدار الحديث قد أرسى قاعدة لا مساغ للاجتهد في مورد النص بكل مضامينها، مؤكدا ذلك من خلال الرجوع الى قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين الذي عرّف المحامي على أنه: كل شخص طبيعي اتخذ من المحاماة مهنة له سواء زاول هذه المهنة او لم يزاولها، اضافة لشروط مزاوله مهنة المحاماه من حيث لزوم ان يكون مسجلا في سجل المحامين الاساتذة المزاولين، والاي يارس أية وظيفة او عملا آخر اجمع بين مزاوله المهنة وبين الوظائف العامة او الخاصة الدائمة أو المؤقتة براتب او مكافأة، وبالتالي، فقد خلص القرار محل التعليق الى أن مدة الخدمة القضائية لا تحتسب كمدة مزاوله مهنة المحاماة، وبالتالي فإن المحامي داود درعاوي لم يستوف الشرط الوارد في المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا كونه لم يارس المحاماة لمدة عشر سنوات متصله.

ومن جانب آخر، وفي مجال الحديث عن قرار المخالفة المعطى في هذه الدعوى، فإننا نبدي عدم اتفاقنا مع ما ذهب اليه في أسبابه وتبريراته وعلله، باعتبار ان في ذلك هدرًا للقاعدة الفقهية والقانونية، القائلة بأنه لا مساغ للاجتهد في مورد النص، إذ لا يجوز الاستناد الى غاية المشرع من نص المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا، في ظل ما تضمنه النص

المذكور من عبارات واضحة وصريحة باشتراط مباشرة الاجراءات أمام المحكمة بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، أما القول بأن الترابط والتلاصق بين طبيعة العمل القضائي والمحاماة يعد سببا مبررا لتجاوز النص الصريح لنص المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا، فإنه قول لا يستقيم مع التطبيق السليم للقانون ولقاعدة لا مجال للاجتهاد في مورد النص، ذلك أن هذا الترابط والتلاصق بين العمل القضائي والمحاماة وإن كان صحيحاً من الناحية العملية والمنطقية، إلا أنه بحاجة لنص صريح يدعمه في مجال التطبيق وإعمال النصوص القانونية على غرار النص الوارد في قانون المحكمة الدستورية الاردني رقم (15) لسنة 2012، من خلال المادة (12/أ/3) منه والتي نصت على انه: (لا يجوز تقديم المذكرات المشار إليها في البندين (1) و(2) من هذه الفقرة الا بواسطة محام أستاذ مارس المحاماة لمدة خمس سنوات أو عمل في وظيفة قضائية لمدة مماثلة قبل ممارسته للمحاماة)، وبعبارة أخرى، فإنه إزاء النص الصريح والواضح الوارد في المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا، الذي اشترط بأن لا تقل خبرة المحامي الذي يباشر الاجراءات أمام المحكمة الدستورية عن عشر سنوات متصلة، وسكوته عن ايراد نصا يرسخ الترابط والتلاصق بين العمل القضائي والمحاماة على النحو الذي فعله المشرع الاردني في المادة (12) المذكورة، فإنه يغدو والحالة هذه أمر مساواة العمل القضائي بالمحاماه في قرار المخالفة مجاف لنص صريح، وهدرًا للقاعدة التي تقضي بأنه لا مجال للاجتهاد في مورد النص.

### ثالثاً: الخلاصة

خلاصة القول، فإننا - مع الاحترام - نختلف مع ما توصلت اليه المحكمة الدستورية العليا الموقرة في قرارها الصادر بالاغلبية، عندما قررت عدم قبول الطلب، ونجد أنه كان من المتعين أن تسوق ذات المبررات والعلل في قرارها من حيث تطبيق قاعدة لا مساغ للاجتهاد في مورد النص للوصول الى النتيجة التي بينها أنفأ، والمتمثلة في دعوة صاحب المصلحة (من انتهكت حقوقه الدستورية) وإفهامه بضرورة توكيل محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، لغايات مباشرة الاجراءات، فإن فعل ذلك تسير بالاجراءات حسب الاصول، وإن لم يفعل ولم يمثل لطلب المحكمة خلال المدة التي تحددها، تقوم هذه الاخيرة برد الطلب، وتقرر عدم قبوله استناداً للمادة (31) من قانونها.

## القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2016 «الأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي وحدود ولايته»

2016/11/8

الوقائع الفلسطينية

العدد 126

تفسير دستوري  
رقم 2016/03

المحكمة الدستورية العليا المنعقدة في مدينة رام الله  
طلب رقم 03 لسنة قضائية 2016، المحكمة الدستورية العليا "تفسير"

### قرار تفسير

صادر عن المحكمة الدستورية العليا باسم الشعب العربي الفلسطيني

بالجلسة المنعقدة اليوم الخميس الموافق 2016/11/3م.  
الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد المستشار أسعد مبارك / نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا.  
وعضوية السادة المستشارين: د. عبد الرحمن أبو النصر، د. فتحي الوحيددي، فتحي أبو سرور، حاتم عباس، د. رفيق أبو عياش، عدنان أبو ليلى، فواز صايمة.

### الإجراءات

بناءً على الطلب المقدم إلى السيد وزير العدل من المستشار سامي صرصور رئيس المحكمة العليا/ رئيس مجلس القضاء الأعلى بتاريخ 2016/9/26م، رقم صادر (805/8) لغاية تقديم طلب تفسير إلى المحكمة الدستورية العليا بشأن تفسير ولاية المجلس التشريعي في حدود نص المادتين (47) و(47 مكرر) من القانون الأساسي المعدل، والأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي في حدود نص المادة (51) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، والمادة (96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي القائم عليها الحصانة التشريعية بحدود نص المادة (1/53) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، وتعديلاته لسنة 2005م.

فقد تقدم السيد وزير العدل إلى المحكمة الدستورية العليا بالطلب المائل رقم (359) بتاريخ 2016/10/9م، وفقاً لأحكام المادتين (24، 30) من قانون المحكمة الدستورية العليا لتفسير النصوص القانونية الوارد بيانها آنفاً.

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

الكتاب/ة

المحكمة

بالتدقيق والمداولة، وحيث أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية المنتخبة وفقاً لأحكام المادة (47) من القانون الأساسي على الوجه المبين في النظام الداخلي للمجلس التشريعي، فالأصل أن تتولى السلطة التشريعية مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها القانون الأساسي لها، إلا أن القانون الأساسي قد بين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه في ظل عدم انعقاد المجلس التشريعي من مخاطر ذي طبيعة مادية أو غير ذلك، مما يعكر صفو الشعب أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً بصورة عاجلة لا تحتمل التأخير لحين انعقاد المجلس التشريعي. وتلك هي حالة الضرورة التي اعتبر القانون الأساسي قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة السلطة التنفيذية هذا الاختصاص استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي، وحيث أن التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، ذلك أن توفر حالة الضرورة بضوابطها الموضوعية هي علة اختصاص السلطة التنفيذية لمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة، ومناطق مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها القانون الأساسي، وضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة دون أية قيود.

وحيث أن القانون الأساسي قد بين ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية – ممثلة في رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية – لجانب من الوظيفة التشريعية في أحوال الضرورة وفقاً لأحكام المادة (43) من القانون الأساسي المعدل التي تنص على: "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون". ويستفاد من هذا النص أن القانون الأساسي وإن جعل لرئيس السلطة الوطنية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص حدوداً ضيقة فرضتها طبيعته الاستثنائية فأوجب لأعمال سلطة التشريع الاستثنائية أن يكون المجلس التشريعي متعزراً انعقاده وفقاً للأصول، وأن تطرأ خلال ذلك ظروف تتوافر بها حالة الضرورة التي تبيح لرئيس السلطة الوطنية سرعة مواجهتها بإصدار قرارات لها قوة القانون إلى حين انعقاد المجلس التشريعي.

إذ البين من نصوص المادة (43) أساسي أن مواعيد عرض القرارات بقانون على المجلس التشريعي يجب أن يكون في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات حتى تكسب قوتها القانونية بعد إقرارها، أما إذا لم يقرها المجلس زال ما يكون لها من قوة القانون. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو مصير



هذه القرارات بقانون في حال كان المجلس التشريعي لا يتمكن من الانعقاد لأسباب استثنائية طال أمدها، مما عطل المجلس التشريعي عن القيام بمهامه التشريعية والرقابية المنصوص عليها في القانون الأساسي على الوجه المبين في نظام المجلس الداخلي، إذ الثابت أن الدورة العادية الأولى للمجلس التشريعي الثاني قد بدأت بموجب المرسوم الرئاسي رقم (5) لسنة 2006م، بتاريخ 2006/2/18م، وانتهت بتاريخ 2006/3/5م، وجرى تمديدتها بموجب المرسوم الرئاسي رقم (2) لسنة 2007م، وذلك لمدة أقصاها أربعة أشهر، وما تبع ذلك من إصدار المرسوم الرئاسي رقم (27) لسنة 2007م، بشأن دعوة المجلس التشريعي للانعقاد في دورته العادية الثانية بتاريخ 2007/7/11م، والتي لم تعقد فعلياً على أرض الواقع بالتاريخ المذكور، لذا فإن المجلس التشريعي ومنذ انتهاء الدورة الأولى له وحتى الآن لم يتسنى له الانعقاد.

وأما بخصوص حصانة أعضاء المجلس التشريعي المنصوص عليها في المادة (1/53) من القانون الأساسي المعدل، والتي تنص على أنه: "لا تجوز مساءلة أعضاء المجلس التشريعي جزائياً أو مدنياً بسبب الآراء التي يبديونها، أو الوقائع التي يوردونها، أو لتصويتهم على نحو معين في جلسات المجلس التشريعي أو في أعمال اللجان أو لأي عمل يقومون به خارج المجلس التشريعي من أجل تمكينهم من أداء مهامهم النيابية"، فإن هذه الحصانة لا تعتبر امتيازاً شخصياً لعضو المجلس، وإنما مقررة لصالح المجلس التشريعي الممثل الحقيقي للشعب ضماناً لاستقلاله في عمله وحماية لأعضائه، أي بمعنى أن هذه الحصانة لم تقرر لمصلحة العضو الشخصية وإنما لصفته الوظيفية باعتبارها امتياز دستوري يمنح لعضو المجلس التشريعي كي يباشر وظيفته على أكمل وجه، والتفسير الضيق لهذه الحصانة يتجلى بكونها سبب قانوني خاص قرره المشرع لمنع عقاب هذا العضو عما يبديه من قول أو رأي في جلسات المجلس التشريعي أو عمل يقوم به خارج المجلس، طالما أن ذلك يتم في إطار وحدود وظيفته البرلمانية.

وما أفصحت عنه المواد المتعلقة بالحصانة لعضو المجلس التشريعي في القانون الأساسي المعدل والنظام الداخلي للمجلس التشريعي، سواء كانت حصانة ضد المسؤولية البرلمانية أو حصانة ضد الإجراءات الجزائية هي من النظام العام، وتعتبر إجراء استثنائي اقتضته ضرورة جعل السلطة التشريعية بمنأى عن اعتداءات السلطات الأخرى، وقد بينت المادة (96) من النظام الداخلي للمجلس الإجراءات واجبة الاتباع لرفع الحصانة عن أي من أعضاء المجلس التشريعي، وذلك في الظروف العادية والطبيعية في أدوار انعقاد المجلس التشريعي من حيث تقديم طلب رفع الحصانة خطياً من النائب العام إلى رئيس المجلس الذي بدوره يحيله إلى اللجنة القانونية لبحثه، وتقديم تقريرها إلى المجلس، شريطة أن يأخذ المجلس قراره برفع الحصانة بأغلبية الثلثين، أي بأكثرية ثلثي كل عدد أعضاء المجلس.

وخلاصة القول، أن الحصانة تشمل كل قول أو فعل يصدر عن عضو المجلس أثناء أداء وظيفته النيابية، سواء كان في قاعة المجلس أو في اللجان التابعة له وسواء كان داخل مقر المجلس أو خارجه، ولكن الحصانة لا تشمل ما يصدر عن العضو دون أن يكون لازماً حتماً لأداء وظيفته. فعوضاً عن المجلس له صفتان، صفة كـممثل للشعب، وبهذه الصفة يحصنه القانون الأساسي ضد المسؤولية عما يصدر من قول أو فعل، فله أن يتهم في إحدى الجلسات فلاناً بالتزوير أو الرشوة أو الخيانة، وله أن يدعي أن

موظفاً قد ارتكب جريمة معينة أثناء أداء وظيفته، أما في الفترات التي لا يؤدي العضو فيها وظيفته النيابية أو فترات حل المجلس التشريعي أو عندما ينفذ دور الانعقاد أو بعد انتهاء دورته العادية السنوية، فإنه يتصرف كأى فرد عادي، وتطبق عليه كافة القواعد القانونية التي تحكم سلوك الأفراد. أما بخصوص الولاية والصلاحيات لأعضاء المجلس التشريعي المنتخب بتاريخ 2006/1/26م، ووفقاً للمنظومة التشريعية الفلسطينية، فإن الإطار المحدد للولاية الزمنية للمجلس التشريعي يتمثل في القانون الأساسي لسنة 2003م، وتعديلاته لسنة 2005م، وقانون الانتخابات رقم (13) لسنة 1995م، والقوانين المعدلة له رقم (16) سنة 1995م، وقانون رقم (4) لسنة 2004م، والقرار بقانون رقم (1) لسنة 2007م، بشأن الانتخابات العامة. وجاءت المواد القانونية على النحو التالي:

(1) القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته:  
نصت المادة (3/47) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م، على أن: "مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه، وتجري الانتخابات حرة كل أربع سنوات بصورة دورية".  
ونصت المادة (47 مكرر) من ذات القانون: "تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستوري".  
(2) القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007م، بشأن الانتخابات العامة:  
نصت المادة (2/4) منه على أن: "تكون مدة ولاية المجلس أربع سنوات من تاريخ انتخابه، وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية".  
باستقراء النصوص القانونية الوارد بيانها آنفاً يستنتج ما يلي:

أولاً: التأكيد على أن مدة ولاية المجلس التشريعي الفلسطيني هي أربع سنوات تبدأ من تاريخ انتخابه. ثانياً: حرصاً من المشرع للحيلولة دون الوقوع في فراغ تشريعي، أورد نص المادة (47 مكرر) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م، على مد ولاية أعضاء المجلس التشريعي مؤقتاً إلى ما بعد انقضاء الأربع سنوات، وذلك إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد اليمين الدستوري. ومفاد ذلك أن أعضاء المجلس التشريعي الجدد قد لا يتمكنون من أداء اليمين الدستوري في وقتها لظروف قاهرة إلا بعد مدة من الزمن، وأمام هذه الحالة لا يجوز لهم مباشرة مهامهم التشريعية المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس التشريعي إلا بعد أداء اليمين وفقاً لأحكام المادة (49) من القانون الأساسي المعدل، والتي لا تجيز الشروع بأية أعمال قبل قسم اليمين أمام المجلس وفقاً للمادة (3) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي.

وبنظرة شاملة على التشريعات الدستورية المقارنة في الدول العربية بخصوص معالجتها لمسألة ولاية المجلس التشريعي، نستخلص أن الولاية الزمنية للمجلس التشريعي محددة تحديداً قانونياً قاطعاً بسنوات محددة، وهذا النهج الذي اعتمده المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل. ولمعالجة حالة الفراغ التشريعي الذي ينشأ عند تعذر إجراء الانتخابات التشريعية أثر انقضاء ولاية السلطة التشريعية، فقد حرصت الدساتير العربية على إحدى أمرين، إما السماح للمجلس القائم بالبقاء حتى يتم انتخاب المجلس الجديد، كالدستور الجزائري (م102) والدستور اليمني (م64) والدستور الأردني (م2/68)، وإما مد ولاية المجلس القائم بشكل مؤقت بموجب قانون، كالدستور السوري (م56) والدستور القطري (م81) والدستور التونسي (م23) والدستور الكويتي



(م83). وبخصوص تحديد ولاية المجلس التشريعي في ظل الأعراف البرلمانية، وحيث أن العرف الدستوري هو تواتر سلوك برلماني معين ولمدة طويلة حتى اكتسب الصفة الملزمة، ويندرج ضمن مفهوم العرف البرلماني (السوابق البرلمانية) التي شهدتها العديد من السلطات التشريعية في أحوال وظروف مشابهة يمكن القياس عليها، ولا بد من الإشارة كعرف برلماني إلى سابقة تمديد ولاية المجلس التشريعي الأول، حيث أصدر الرئيس الراحل المرحوم (ياسر عرفات) مرسوماً رئاسياً في شهر آذار عام 2002م، يقضي بمد ولاية المجلس التشريعي الذي كان من المفترض أن تنتهي ولايته في شهر أيار لعام 1999م، ويعود ذلك إلى الظروف التي كانت قائمة آنذاك والتي حالت دون إجراء انتخابات تشريعية بسبب مضايقات الاحتلال وظروف القاهرة أخرى، مما يعد سبباً مقبولاً يدعو إلى استمرارية ولاية المجلس التشريعي بشكل مؤقت لحين زوال تلك العوارض، وهذا ما أكدته المادة (47 مكرر) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م، في إشارة إلى مد الولاية للمجلس القديم إذا تعذر على النواب الجدد أداء اليمين الدستوري بسبب ظروف استثنائية. ذلك أن الظروف التي ساهمت في التمديد للمجلس التشريعي الأول في سابقة هي الأولى التي تشهدها الحياة البرلمانية الفلسطينية، وهي نفسها تتكرر في ظل الوضع الراهن للمجلس التشريعي القائم، حيث أضيف للعقبات السابقة والإجراءات التعسفية للاحتلال حالة الانقسام الداخلي والجمود في رأب الصدع كأحد الموانع التي تحول دون إجراء الانتخابات، ويتعذر ممارسة المجلس التشريعي من القيام بواجباته التشريعية والرقابية.

وحيث أن مسألة الولاية الدستورية للمجلس التشريعي ترتبط بمبدأ فقهي شهير هو (المشروعية الديمقراطية) وهي أن ولاية السلطة التشريعية محددة بفترة زمنية تمثيلاً مع المبدأ الديمقراطي الذي يقتضي التجديد بصفة دورية عن طريق الانتخابات، وبالتالي يكون التعديل الوارد في القانون الأساسي بشأن إضافة المادة (47 مكرر) جاء لسد الثغرات التي اعترت القانون الأساسي لسنة 2003م، بما يتعلق بمد ولاية المجلس التشريعي الزمنية.

وحيث أن سلطة المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسير النصوص القانونية إنما تتحدد في توضيح ما أبهم من عبارات النص محل التفسير واستخلاص دلالاته وفقاً لمناهج التفسير وصولاً للغرض المقصود منه، والذي يفترض أن يكون النص محل التفسير معبراً عنه ومحمولاً عليه، وحيث أن المواد القانونية المطلوب تفسيرها في الطلب المائل لا يفهم بعضها بمعزل عن البعض الآخر وفقاً لما تم بيانه.

### لهذه الأسباب

قررت المحكمة بشأن تفسيرها لنصوص المواد (47 و47 مكرر و51 و1/53) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، وتعديلاته لسنة 2005م، والمادة (96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي ما يلي:

- (1) الإطار المحدد للولاية الزمنية للمجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه.
- (2) مد ولاية أعضاء المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتاً إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجدد اليمين الدستوري.
- (3) لم يجاوز رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية سلطته في إصدار القرار بقانون لرفع الحصانة عن

أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاد جلسات المجلس التشريعي، والتي لا يخضع تقديرها لمعيار ثابت، وإنما تتغير بتغير الظروف وفقاً لمواجهة أية آثار مادية أو غيرها قد تمس الأوضاع الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد لمواجهة حالات الضرورة للمحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فيها كرخصة تشريع استثنائية لعدم انعقاد المجلس التشريعي وعدم قدرته على الانعقاد، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا ترى أن القرار بقانون رقم (2012/4) الصادر بتاريخ 2012/1/3م، المتضمن رفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي السيد محمد يوسف شاكر دحلان ( المطعون ضده) بالقضية الجزائية نقض رقم (2015/326) قد صدر وفقاً للأصول والصلاحيات المخولة للسيد الرئيس بموجب القانون.

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

## تعليق المحامي محمد النجار

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية/ مصر

### مقدمة

- طلب السيد وزير العدل الفلسطيني تفسير نصوص المواد أرقام (47)، و 47 مكرر، 51 والفقرة الأولى من المادة 53) من القانون الأساسي الفلسطيني، ويجري نصها على أن:
- (مادة 47) -1 المجلس التشريعي الفلسطيني هو السلطة التشريعية المنتخبة، -2 بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي، -3 مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية.
  - (مادة 47 مكرر) تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية.
  - (مادة 51) يقبل المجلس استقالة أعضائه، ويضع نظامه الداخلي وقواعد مساءلة أعضائه، بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي والمبادئ الدستورية العامة، وله وحده المحافظة على النظام والأمن أثناء جلساته أو أعمال لجانه، وليس لرجال الأمن التواجد في أرجائه إلا بناء على طلب رئيس المجلس أو رئيس اللجنة على حسب الأحوال.
  - (مادة 53) -1 لا تجوز مساءلة أعضاء المجلس التشريعي جزائياً أو مدنياً بسبب الآراء التي يبديونها، أو الوقائع التي يوردونها، أو لتصويتهم على نحو معين في جلسات المجلس التشريعي أو في أعمال اللجان، أو لأي عمل يقومون به خارج المجلس التشريعي من أجل تمكينهم من أداء مهامهم النيابية.

وقد حدد الطلب مسألتين أساسيتين:

- أولهما: تحديد ولاية المجلس التشريعي طبقاً لنص المادتين (47)، و 47 مكرراً من القانون الأساسي).

- ثانيهما: تحديد سلطة المجلس التشريعي في مساءلة أعضائه وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (53) من القانون الأساسي الفلسطيني.

وقد خلصت المحكمة في أسباب قرارها إلى الآتي:

- أولاً: أنه ولئن كانت مدة المجلس التشريعي حسب نص المادة (47) هي أربع سنوات من تاريخ انتخابه، إلا أن مؤدى نص المادة (47) مكرراً أن تمتد هذه المدة إلى حين حلف المجلس الجديد اليمين الدستورية للحيلولة دون الوقوع في فراغ تشريعي.

- ثانياً: اختصاص رئيس السلطة الفلسطينية طبقاً لنص المادة (43) بإصدار قرارات لها قوة القانون حال عدم انعقاد المجلس استناداً إلى حالة الضرورة شريطة أن يعرض القرارات على المجلس التشريعي في أول جلسة ينعقد فيها، وأن المجلس لم ينعقد منذ 2007/7/11.

- ثالثاً: خلص قرار المحكمة في أسبابه بصدد تفسير نص الفقرة الأولى من المادة (53) من القانون الأساسي، المتعلقة بمساءلة أعضاء المجلس التشريعي، إلا أن الحصانة لا تشمل ما يصدر عن العضو دون أن يكون لازماً حتماً لأداء وظيفته، هي بحسب الأصل من اختصاص المجلس وحده في الظروف العادية، بهدف الحيلولة دون عقاب عضو المجلس عما يبيده من آراء، أثناء أدائه لوظيفته، «أما في الفترات التي لا يؤدي العضو فيها وظيفته النيابية أو فترات حل المجلس التشريعي أو عندما ينفذ دور الانعقاد أو بعد انتهاء دورته العادية السنوية، فإنه يتصرف كأى فرد عادي، وتطبق عليه كافة القواعد القانونية التي تحكم سلوك الأفراد».

- رابعاً: خلصت المحكمة من تفسيرها لهذه النصوص الدستورية كنتيجة لهذه الأسباب، إلى أن رئيس السلطة الفلسطينية لم يجاوز سلطته في إصدار القرار بالقانون لرفع الحصانة عن أي من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاد جلسات المجلس التشريعي، منتهية إلى لصحة القرار بالقانون رقم 4 لسنة 2012، الصادر بتاريخ 2012/1/3، برفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي السيد محمد يوسف شاكر دحلان المطعون ضده في القضية الجزائية رقم (236 لسنة 2015) نقض.

ويمكننا أن نوجز تعليقتنا على هذا القرار التفسيري في النقاط الآتية:

■ أولاً: طبيعة المشكلة القانونية التي يطرحها قرار التفسير

خلصت المحكمة في تفسيرها لنصوص المواد (47 و 47 مكرراً) إلى أن انعقاد المجلس التشريعي امتداداً طالما لم يؤد أعضاء المجلس التشريعي الجديد المنتخبين اليمين الدستورية، وهو حكم تمتد به ولاية المجلس القائم الذي لم يتعقد منذ 11 / 7 / 2007، ولا شك أن البواعث الوطنية التي تبرر التمسك بهذا التفسير لا تخفي على ذي نظر، فإذا كان دوام مؤسسات الدولة الوليدة وحماتها أحد أهم مقومات وجودها، وإذا كانت ظروف الاحتلال تعرض أبناء الوطن الواحد لضغوط يصعب معها اجراء الانتخابات بانتظام على نحو دوري، فإن ما تبدي من انقسام سياسي ينذر بتهديد وحدة الوطن يوجب من غير شك المحافظة على ما تم تشكيله من مؤسسات ودعمها بكل وسائل الدعم توطيداً لوحدة الوطن إلى حين تجاوز هذه الأزمات.

ولقد كان نص المادة (47) مكرراً من القانون الاساسي سنداً تشريعياً لفكرة امتداد ولاية المجلس التشريعي لحين انعقاد المجلس الذي يليه، وتوكيداً لضرورة دوام هذه السلطة بانتظام واضطراب، إلا أن المشكلة ازدادت تعقيداً في ظل عدم انعقاد المجلس التشريعي منذ 11 / 7 / 2007، وحتى الآن، إذ ما زالت صفة عضو المجلس تلازم اعضاءه المنتخبين رغم انعدام فعالياته لفترة زمنية تجاوزت ضعف مدة ولايته، ومن ثم كان من المعين التصدي إلى تنظيم الأحكام الخاصة به في ظل الاقرار بوجوده حال انعدام ممارسته لواجباته.

ولقد تبدت هذه المشكلة واضحة، عند النظر في حصانه أعضاء المجلس، ذلك أن الأصل في سائر النظم الديمقراطية مبدأ المساءلة القانونية، فلا يوجد من يعلو على هذه المساءلة، وإذا كانت نصوص الحصانة البرلمانية لأعضاء المجالس التشريعية توجب عدم مساءلة العضو عما يعد جريمة قولية أثناء مباشرته عمله البرلماني قصد تمكينه من أداء واجباته البرلمانية، فإن الحصانة عن جرائم القانون العام الأخرى تتخذ صورة العائق الإجرائي بقصد تحقق المجلس من صحة ارتكاب عضوه لجريمة توجب مساءلته، وانتفاء أي تعسف من قبل السلطات الأخرى حياله، وخلاصة القول، فإن مقصود الحصانة لا ينصرف إلى الحيلولة دون المساءلة، وإنما التحقق من جديتها ومصداقيتها، وبداهة، فإن ابقاء الحصانة حال عدم انعقاد جلسات المجلس التشريعي

يعني ان تستحيل الحصانة إلى مانع دائم من المسؤولية الجنائية والمدنية، وهي نتيجة ابعدها ما تكون عن مقصود شرعتها، وعن نصوص القانون الأساسي الذي شرعها، وسنرى في تعليقنا على قرار المحكمة الدستورية العليا كيف تصدت المحكمة لهذه المشكلة القانونية، وكيف عاجلتها من خلال اختصاصها بتفسير نصوص القانون الأساسي.

#### ■ ثانياً: طبيعة الاختصاص بتفسير النصوص القانونية ولا سيما الدستورية منها:

يتميز النظام القضائي لدولة فلسطين باسناد الاختصاص بتفسير نصوص القانون والدستور إلى المحكمة الدستورية العليا، فقد نصت المادة (103) من قانونها الأساسي على اسناد هذه المهمة إليها، بحسبانها السلطة القائمة على حفظ النظام الدستوري وسلامة تطبيقه، ويقوم هذا الاختصاص للمحكمة أصالة، وعلى نحو مواز لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، على الرغم من أن هذه الصورة من الرقابة الدستورية تعد بمثابة تفسير قضائي غير المباشر لأحكام الدستور، إذ تقتصر سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، بإنزال أحكام الدستور على التشريع المعروض لتحديد مدى شرعيته الدستورية، إلا أن الاختصاص الأصيل بالتفسير القضائي للنصوص الدستورية يتسع للكشف المباشر عن مدلول نصوصه صراحة، واستنباط دلالاته على نحو صريح وقاطع ليحسم دلالة النص الدستوري على نحو ملزم في ضوء ما فسرت المحكمة به مضمونه.

ويبدو الفارق واضحاً بين كلا الاختصاصين، فالاختصاص بالقضاء في دستورية النص القانوني يكون بصدد نزاع قضائي بين طرفين على دستورية نص قانوني أو لائحي، يتولى كل منهما الدفاع عن وجهة نظره في مسألة بعينها، بهدف الوصول إلى حكم ينطبق على نص بعينه ليحدد مدى اتفاهه مع أحكام الدستور، وبديهي فإن القضاء في دستورية هذا النص يكون كاشفاً ضمناً عن حكم الدستور الذي على اساسه تقرر دستورية النص التشريعي من عدمه، وعلى نقيض ذلك، فإن تفسير نصوص الدستور من قبل القضاء يعمل بصورة مجردة، وبمعزل عن آلية الخصومة القضائية، ليتهاي إلى تعيين المعنى الذي تنبؤ عنه نصوص الدستور المعروضة للتفسير ليجري بعد ذلك تفعيلها من قبل سلطات الدولة، استناداً إلى هذا التفسير الملزم، أي أن قضاء التفسير - بحسب الأصل - لا يكون نافذاً بذاته، وإنما ينفذ أثره استناداً إلى تفعيل أدوات إنفاذ أمر القانون - سواء منها القضائية أو التنفيذية - لحجية

قرار التفسير، ذلك أن التفسير القضائي للنصوص يهدف إلى تحديد دلالة النص التشريعي، ومن ثم ينضم بها كشف عنه من دلالة إلى النص التشريعي، ويتسم تبعاً لذلك، بما يتسم به التشريع من خصائص العمومية والتجريد، وخلاصة القول، فإن قرار التفسير التشريعي يجب عن سؤال محدد، ماهي دلالة النص محل التفسير، على حين أن القضاء في دستورية النص يجب عن تساؤل حاصلة ماهي الشرعية الدستورية للنص المعروض على المحكمة، ولكل حالة من هاتين الحالتين إجراءاته، ووسائله المختلفة التي ينبغي أن تنفصل عن الأخرى.

ولقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى هذه المفارقة إجمالاً عند تصديها للتعريف بالاختصاص بالتفسير بقولها<sup>1</sup>: «إن مضمون هذا الطلب، والأغراض التي يتوخاها، ينحصر في مجرد استخلاص إرادة المشرع التي أقام على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، ابتغاء حمل هذه النصوص على تلك الإرادة، فلا تناقضها، ليتحدد مضمونها بالرجوع إليها، وتقيدها... فلا يثير نزاعاً من نوع الخصومة القضائية، ولا يندرج تحت مفهومها، بل ينفصل تماماً عن مقوماتها ويستقل عنها، ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها، وعن طريق القضاء انفراداً، وباعتبارها - في صورتها الأعم - أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها، كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء تلك المنفعة التي يقرها القانون، والتي تمثل الترضية القضائية التي طلبها المدعي أو يتوقعها، والأمر على نقيض ذلك في التفسير... فإن إرادة المشرع التي شكل على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، هي مدار ولايتها، ذلك أن عملها ينحصر في استكناها، ولا يكون تحريها إلا عملاً مجرداً يتم وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص ودلالاتها، والأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يستها، وبمراعاة موضعها من سياق النصوص التي تتكامل معها محددة معناها ومرماها، ليخرج التفسير بذلك عن معنى الخصومة القضائية التي تثير بالضرورة - وبطبيعتها - نزاعاً بين أخصام تتعارض مصالحهم، وتتنافر توجهاتهم.»<sup>2</sup>

1 كان هذا القضاء بمناسبة تفسير نص قانوني، إلا أن المعنى ينسحب كذلك على تفسير النصوص الدستورية.  
2 قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في طلب التفسير رقم 2 لسنة 17 قضائية بجلسة 21 أكتوبر سنة 1995.

لما كان ذلك، وكانت المحكمة - في طلب التفسير محل التعليق - بعد أن تصدت لتفسير النصوص الدستورية المعروضة عليها من قبل وزير العدل، وفقاً للإجراءات المتعلقة بتفسير أحكام الدستور وكشفت عن مكنون احكامها، عرضت إلى القرار بقانون رقم 4 لسنة 2012، الصادر من رئيس السلطة الفلسطينية، منتهية إلى صدوره وفقاً للأصول والصلاحيات المخولة له بموجب القانون الأساسي، فإنها تكون قد فارقت اختصاصها بتفسير نصوص القانون الأساسي واستطالت إلى حسم صلاحية قرار بقانون بعينه صدر من رئيس السلطة الفلسطينية، منتهية إلى موافقته أحكام الدستور، من غير خصومة دستورية تتعلق به، إذ يعد هذا التقرير القانوني بمثابة اسباغ الشرعية عليه، بما يحول دون إعادة النظر في دستوريته مرة أخرى.

لما كان ذلك، وكان هذا القرار بالقانون قد تعلق بمحاكمة متهم أمام محكمة الجنايات، وقد اعتصم في دفاعه بحصانته البرلمانية، وقد فصلت المحكمة هذا القرار بالقانون دون أن تختصمه حتى يتمكن من إبداء دفاعه فيه، فإن هذا القضاء، فضلاً عن انه صدر دون اتباع الإجراءات القانونية اللازمة لاستصداره، فإنه ينال من حق من صدر بشأنه في الدفاع، وهو أحد الحقوق الدستورية الجوهرية.

#### ■ ثالثاً: في وضعية الحصانة البرلمانية في غير أدوار الانعقاد:

قلنا إن أساس المشكلة القانونية، أنه لا يمكن التسليم اطلاقاً بتحول الحصانة البرلمانية حال تعطل وظيفة المجلس التشريعي بصورة شبه دائمة، إلى عائق قانوني يحول دون مساءلة أعضاء المجلس التشريعي عن جرائم القانون العام بصورة مطلقة ليس فحسب، لأن ذلك يجاوز مقصود الحصانة، ويناقض نصوص القانون الأساسي، وإنما كذلك لأنه يخلق وضعاً استثنائياً يضيفي بمقتضاه على المجلس المنتهية ولايته - الذي لا ينعقد - حصانة تفوق حصانة المجلس صاحب الولاية الذي يباشر صلاحياته، ويعقد جلساته، فالأول لا يسأل مطلقاً، أما الثاني فيعرض أمره على المجلس ليقدر رفع الحصانة من عدمه، في ضوء جدية الأدلة المقدمة ضده، ومن ثم فكان لزام الأمر إما اسقاط الحصانة بنهاية ولاية المجلس ما لم يعقد جلساته فعلاً، وإما تقرير استدامة الحصانة واسناد أمر رفعها إلى سلطة أخرى.

ولقد خلصت المحكمة في اسباب قرارها إلى أن الحصانة لا تسري في الفترات التي لا يؤدي فيها العضو وظيفته النيابية حال حل المجلس التشريعي، أو أثناء فض دور الانعقاد، أو بعد



انتهاء دورته العادية السنوية. إلا أنها انتهت في قرارها إلى اسناد ولاية رفع الحصانة إلى رئيس السلطة قيماً على سلطته في إصدار قرارات لها قوة القانون حال عدم انعقاد المجلس التشريعي في أحوال الضرورة .

وأياً كان الرأي فيما ذهب إليه المحكمة من تفسير، فإن الجمع بين أحوال حل المجلس الذي تنتهي فيه العضوية ويزول أثرها تماماً، بحيث يتعذر تطبيق الحصانة فيها مطلقاً لزال سلطة المجلس، وبين حالة فض دوره الانعقاد سواء بانتهاء الدورة العادية، أو قيام موانع تحول دون انعقاد جلسات المجلس، واعطاء ذلك جميعه حكم واحد بشأن الحصانة البرلمانية رغم تباين أحكامها لهو موضع نظر من جانباً، ذلك أن مناط سريان الحصانة في غير أدوار الانعقاد، هو الحول دون تأثير السلطات على عضو المجلس أو عقابه على ما أبداه من آراء، وهو اعتبار وإن كان يتجلى حال انعقاد جلسات المجلس، فإنه يتحقق كذلك بين دورات الانعقاد العادية، للحيلولة دون المساس باستقلالة طوال مدة العضوية، ومن ثم يكون اقرار الحصانة بين أدوار الانعقاد العادية للمجلس القائم هو جزء متمم للحصانة، لا ينفصل عنها، ولازم لتحقيق مقتضاها، وإذا تأملنا نص المادة (53) من القانون الأساسي نجدها تتخذ معيار عضوية المجلس وليس دور الانعقاد، وهو وصف يصدق على سائر أعضائه سواء اثناء انعقاد دوراته أو بين دورات الانعقاد، إذ تظل هذه الصفة مذابلة له طوال مدة العضوية.

ومن جهة أخرى، فإن التسليم بسلطة رئيس السلطة التنفيذية في رفع الحصانة عن أعضاء السلطة التشريعية هو اجتهاد لا نرى له سند يؤيده في الدستور، فقرار المجلس برفع الحصانة هو قرار برلماني وليس بقانون، ومن ثم فلا يتصور أن يصدر بقرار بقانون لرئيس السلطة الوطنية، فضلاً عن أن التسليم بهذه المكنة يقوم على مناقضة الهدف الذي من أجله تقررت الحصانة، إذ ينتهي لتبعية السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية، وافقادها استقلاليتها، وهو أمر لا يمكننا التسليم به.

■ رابعاً: مؤدى تفسير النصوص الدستورية على نحو يوقف الحصانة الدستورية في غير دورات الانعقاد، انعقاد الاختصاص للنائب العام:

ينص البند (2) من المادة (107) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: «يتولى النائب العام الدعوى العمومية باسم الشعب العربي الفلسطيني ويجدد القانون اختصاصات النائب العام وواجباته»، وكان مؤدى ذلك أن الأصل أن مباشرة النائب العام للدعوى العمومية هو صميم

اختصاصه وهو مباشرة أصالة من الدستور، وإذ كان الدستور قد استثنى بموجب نص المادة (53) منه أعضاء المجلس التشريعي إذ جعل لهم حصانة تقيهم من المساءلة المدنية والجنائية أثناء فترة العضوية، بما يحول دون مباشرة النائب العام لاختصاصاته، فإن مؤدى تفسير نصوص الدستور على نحو يقصر هذه الحصانة على فترة انعقاد دورات البرلمان - كما جاء بأسباب هذا القرار -، دون فترات فضها، أن يسترد النائب العام اختصاصه الأصيل دون ما حاجة إلى إصدار قرار بقانون برفع الحصانة عن أعضاء المجلس التشريعي، إذ الفرض أن هذا القرار بالقانون قد أقر بتمتع سائر أعضاء المجلس التشريعي أعضاء المجلس التشريعي بالحصانة، واستثنى من ذلك من رفعت الحصانة عنه، وإذ كان ذلك، وكانت المحكمة بعد أن خلصت في أسبابها إلى هذه النتيجة ثم انتهت في البند (3) من قرارها إلى اختصاص رئيس السلطة بمسألة رفع الحصانة المقررة لأعضاء المجلس التشريعي نيابة عن المجلس أثناء عدم انعقاده، بما يستتبعه من اقرار تمتع سائر الأعضاء بالحصانة ما لم يرفعها رئيس السلطة بقرار بقانون استناداً إلى سلطته الاستثنائية في التشريع حال الضرورة، فإن ذلك يوحى بتناقض النتيجة التي خلصت إليها المحكمة مع الأسباب التي قدمتها لحمل هذه النتيجة، إذ تبدو النتيجة التي خلصت إليها المحكمة في البند ثالثاً من صحة قرار رئيس السلطة بقانون برفع الحصانة عن أحد أعضاء المجلس، وإقرار سلطته في تقدير ملاءمة رفع الحصانة نيابة عن المجلس الذي لم يعد ينعقد قياساً على سلطته الاستثنائية في إصدار قرارات لها قوة القانون في أحوال الضرورة، والتسليم له بسلطة تقدير عناصر الملاءمة لذلك - أيّاً كان الرأي في صحتها - قد جاءت كنتيجة منتزعة من أسبابها، بعد أن خلص القرار إلى زوال الحصانة عند عدم انعقاد المجلس.

#### ■ خامساً: رأينا في المسألة المطروحة:

نعتقد أن الحصانة البرلمانية هي وسيلة قانونية لحماية حرية أعضاء المجلس التشريعي أثناء أدائهم لعملهم، وبداهة فإن مناط استدامة هذه الحصانة بقاء المجلس التشريعي قائماً بأعماله، وهو يكون كذلك طوال مدة انتخابه، سواء كان ذلك أثناء انعقاد دوراته العادية أو الاستثنائية، أم كان ذلك بين أدوار الانعقاد، كذلك فإن مؤدى نص المادة (47) مكرراً هو امتداد الحصانة لأعضاء المجلس المنهية ولايته إلى ما قبل حلف الأعضاء الجدد لليمين الدستورية التي يباشرون

بمقتضاها سلطتهم، إلا أن الحصانة هنا تكون بصفة استثنائية، فلا تقوم إلا حال أحوال الانعقاد العادية أو الاستثنائية فقط، فإذا كان المجلس المنتهية ولايته في غير أحوال الانعقاد، فإن حصانة أعضائه تزول ولا ترفع، حتى وإن تراخى انتخاب المجلس الذي يليه، أو تأخر حلفه اليمين الدستورية، ذلك أن مناط سريان العضوية في الولاية الممتدة لظروف استثنائية هو مباشرة هذه الولاية فعلاً، لا حكماً، فلا يسوغ التسليم باستدامة الحصانة عند انتهاء مدة ولاية المجلس ما لم يكن منعقداً سواء في دورة عادية أو استثنائية، الأمر الذي نرى معه - من وجهة نظرنا - أن قرار رئيس السلطة بالقانون رقم 4 لسنة 2012، الصادر بتاريخ 3 يناير سنة 2012، برفع الحصانة على السيد محمد يوسف شاكر دحلان قد انصب على غير محل، إذ رفع الحصانة عمّن لا يتمتع بها أصلاً، لانتهاء ولاية المجلس الذي انتخب فيه، وفض جلساته.

## تعليق الأستاذة آمنة اليحياوي

محامية أمام النقض / تونس

تعد التجربة الفلسطينية من خلال تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ذات خصوصية، بالرجوع الى الظروف السياسية التي تعيشها فلسطين، والى وضعية المجلس التشريعي منذ سنة 2007، وقد نصت المادة 2 من القانون الأساسي المعدل على أن: «الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي»، وفي هذا الاطار يتنزل تعليقنا لقرار التفسير رقم 03 / 2016 الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المنعقدة برام الله والمؤرخ في 13 / 11 / 2016.

تعهدت المحكمة الدستورية بموجب طلب السيد وزير العدل رقم 359 بتاريخ 09 / 10 / 2016، لتفسير جملة من القوانين التي مثلت مضمون طلب السيد رئيس المحكمة العليا ورئيس مجلس القضاء الأعلى.

تعلق طلب التفسير المرفوع الى المحكمة الدستورية بمناطق تطبيق المواد التالية الذكر:

- المادتين 47 و 47 مكرر من القانون الأساسي المعدل والمتعلق بولاية المجلس التشريعي.
- المادة 51 من القانون الأساسي المعدل المتعلقة بالأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي.
- المادة 96 من النظام الداخلي في ترابط بالمادة 1 / 53 من القانون الأساسي المعدل والمتعلقة بالحصانة التشريعية.

تولت المحكمة الدستورية تناول محاور التفسير بالتفصيل والتحليل، لتفرغ في النهاية الى اعتبار ان الولاية الزمنية للمجلس التشريعي تمتد الى أربع سنوات من تاريخ انتخابه، في حين تتواصل ولاية أعضاء المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتا الى أن يتم أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد اليمين الدستوري، ثم ختاماً اقرت المحكمة الدستورية قانونية اتخاذ قرار رفع الحصانة المشار اليه بقرار التفسير من طرف السيد رئيس السلطة الفلسطينية.

وبناء على ما سبق، سيتم التعليق على المحاور الثلاث تباعا لقرار التفسير، لتحديد المنطق القانوني المعتمد في ذلك، ومدى وجاهته بشأن المواد موضوع نظره، وبدراسة قرار التفسير تبين انه يطرح اشكالا وحيدا رغم تعلقه بثلاث محاور من المواد القانونية ويتمثل فيما يلي:

ما مدى شرعية ممارسة رئيس السلطة الفلسطينية لصلاحيات تشريعية بخصوص الحصانة البرلمانية في غياب انعقاد المجلس التشريعي؟

للإجابة على الاشكال المطروح ضمن حيثيات قرار التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية، ستولى تحديد محوران أساسيان: يتمثل الاول في تحديد مناه تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من خلال المواد محل التفسير من المحكمة الدستورية، مع اعتبار خصوصية المشهد القانوني والسياسي بفلسطين، ثم التطرق الى الاستثناءات القانونية وحدود انطباقها.

المحور الأول: مناه تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من خلال المواد 47 و 47 مكرر و 3 / 47 من القانون الأساسي المعدل

تولت المحكمة الدستورية في مستهل قرارها التطرق الى أحكام الفصل 47 من القانون الأساسي، معتبرة ان سن القوانين من صلاحيات السلطة التشريعية الممثلة في المجلس التشريعي، وبالرجوع الى منطوق المادة 47 نتبين ان للمجلس التشريعي صلاحياتان أساسيتان أصليتان، تتمثل الأولى في الصلاحية التشريعية، أما الثانية فهي رقابية مع وجود صلاحيات أخرى فرعية تم تعدادها بالمادة آنفة الذكر، ويعد هذا التوضيح تكريسا من المحكمة الدستورية لروح مبدأ الفصل بين السلطات واحتراما للمادة 2 من القانون الأساسي، وفي ذات الاطار أكدت في تفسيرها للمواد 47 مكرر و 3 / 47 ان الولاية الزمنية للمجلس التشريعي محددة بأربع سنوات، على أساس القاعدة الفقهية المشروعية الديمقراطية، وتكريسا للتجديد الدوري للمجلس التشريعي عن طريق الانتخابات، كما نزلت المحكمة الدستورية المواد المذكورة سلفا ضمن سياقها الواقعي، والمتمثل في الظروف التي تعيشها البلاد والتحديات الكبرى التي تواجهها على واجهتين، الاولى وتتمثل في حقيقة الاحتلال، والثانية في الخلاف الحاصل بين الاطراف السياسية بالبلاد.

تولت المحكمة الدستورية تحليل المواد القانونية موضوع طلب التفسير بعضها ببعض، وهو

ما جعلها تقر بشرعية المجلس التشريعي المنتهية ولايته الى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد لليمين الدستورية، وهو ما يضيف نوعاً من المرونة اعتباراً لخصوصية الوضع القانوني للمجلس التشريعي الفلسطيني، لا سيما وأنه إضافة لما تقدم فقد تعذر عليه الانعقاد منذ سنة 2007 للأسباب سالفة الذكر.

لقد اعتمدت المحكمة الدستورية، في اقرار مبدأ تمديد ولاية المجلس التشريعي لأكثر من أربع سنوات الى جانب المنهج التألّفي لتفسير المواد القانونية ذات الصلة، فإنها أصلت هذه الاستمرارية للمجلس التشريعي المنتهية ولايته بسابقة حصول ذلك بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2002، حين تعذر القيام بالانتخابات التشريعية نتيجة مضايقات الاحتلال وغياب الظروف الضرورية والملائمة لإجراء الانتخابات، وبناء على ما تقدم فإن المحكمة الدستورية قد تولت تفسيرها المواد المعروضة على أنظارها من خلال تمثلي قانوني وواقعي تجنّباً للبلاد من مأزق الفراغ على مستوى أحد أهم السلطات وحسن دراية بخصوصية المشهد السياسي والأمني للبلاد، مما جعله تفسيراً ملائماً لروح المشرع ومنسجماً مع السياق الواقعي والسياسي لفلسطين، وعليه فإن المحكمة الدستورية كانت محقة حين انتهت الى اعتبار ان الولاية الزمنية للمجلس محددة بأربع سنوات من تاريخ انتخابه، وان هذه الولاية تستمر ضرورة الى حين أداء الأعضاء الجدد لليمين الدستورية.

تطرقّت المحكمة الى تفسير ما تبقى من المواد ضمن المحور الثاني من هذا العمل، والمتمثل في تناول الاستثناءات والمتعلقة أساساً بممارسة رئيس السلطة الفلسطينية لصلاحيات تشريعية.

**المحور الثاني: الاستثناءات القانونية، ماهيتها وحدودها، المادة 96 من النظام الداخلي في ترابط بالمادة 1/53 من القانون الأساسي المعدل والمتعلقة بالحصانة التشريعية**

أقر القانون الأساسي المعدل استثناء يتمثل في تمكين رئيس السلطة التنفيذية من صلاحيات تشريعية استثنائية في حالات الضرورة، وفي غير انعقاد المجلس التشريعي، وتمارس وفق صيغ محددة، وفي هذا الاطار اعتبرت المحكمة الدستورية ان حالة الضرورة هي علة اختصاص السلطة التنفيذية لمواجهة أوضاع طارئة، وهو ما يجزنا لتفحص الشروط واجبة التوفر لحسن دراسة المنحى الذي انتهجته المحكمة الدستورية في تفسيرها للمواد ذات الصلة بالمحور الثاني.

لقد اشترطت المادة 43 من القانون الأساسي لشرعية ممارسة رئيس السلطة التنفيذية صلاحيات تشريعية ما يلي:

- توفر حالة ضرورة لا تحتمل التأخير.
  - اصدار قرار بقانون في غير انعقاد للمجلس التشريعي.
  - عرض القرار بقانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد اصداره.
- في هذا الاطار وجب التأكيد على انه منذ تعطل انعقاد المجلس التشريعي، تولى رئيس السلطة التنفيذية اصدار قرارات بقوانين، من ذلك قرار بقانون رقم 2 لسنة 2008 المؤرخ في 18/03/2008، والمتعلق بتعديل قانون ضريبة الدخل رقم 17 لسنة 2005، والقرار بقانون عدد 12 لسنة 2007 والمؤرخ في 06/10/2007، والمتعلق بالمصادقة على الهيكل التنظيمي وجدول تشكيلات الوظائف لديوان الرقابة المالية والإدارية، وهو ما يساعد على فهم الاطار القانوني العام، وعليه فهم الأساس المعتمد من المحكمة الدستورية العليا في اجتهادها.

لقد تعهدت المحكمة الدستورية بالتفسير للمادة 96 من النظام الداخلي في ترابط بالمادة 1/53 من القانون الأساسي المعدل، والمتعلقة بالحصانة التشريعية، والتي مثلت مجال تدخل رئيس السلطة الفلسطينية لانتخاذ قرار بقانون لرفع الحصانة على أحد أعضاء المجلس التشريعي، وفي هذا الاطار تولت المحكمة الدستورية كما سبق وتم بيانه تأصيل العمل التشريعي، واعتباره من صلاحيات المجلس التشريعي، في حين يتولى رئيس السلطة ممارستها استثنائيا، معتبرة ان حالة الضرورة متوفرة في صورة الحال دون أن تخوض في تحليلها والتعمق فيها، وهو أمر طبيعي لأن مناط قرارها تفسيرا فحسب يشمل القانون دون النقاش في الأصل والموضوع، كما أتت في صياغة قرارها على توفر شرط عدم انعقاد المجلس.

تولت المحكمة كما سلف بيانه بالمحور الأول، التأكيد على أن ولاية المجلس التشريعي ممتدة الى حين تمكن أعضاء المجلس الجديد من أداء اليمين الدستورية، واعتبار ذلك شرطا ضروريا لممارسة النشاط البرلماني، وبما انه قد تعذر انعقاد المجلس للأسباب السالفة الذكر، فإن تدخل رئيس السلطة التنفيذية في طريقه بإصدار قرار بقانون يقضي برفع الحصانة بشأن عضو المجلس التشريعي.

وبالتمعن في التمشي القانوني المتبع من المحكمة الدستورية العليا فيما انتهت اليه من اجتهاد، فإنه يُلاحظ اعتماد منهج يزوج بين الواقع والقانون، وذلك ما يؤكد على خصوصية التجربة الفلسطينية، من حيث ظروف البلاد وتحدياتها والمخاطر التي تحيط بها، وهو ما يجعل قرارها في طريقه من حيث الواقع والقانون.

# حوارات قانونية



## رؤية «مساواة» بشأن مشروع قرار بقانون جديد مُعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا

دولة رئيس الوزراء

الدكتور رامي الحمد الله المحترم

تحية طيبة وبعد،،،

الموضوع: مشروع قرار بقانون معدل لقانون المحكمة الدستورية العليا والصادر في جلسة مجلس الوزراء الموقر رقم 134 تاريخ 10/1/2017 تحت عنوان مشاريع القوانين والأنظمة واللوائح التنفيذية (عرض أول)

يهديكم المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بصفته هيئة أهلية مستقلة، قانونية، مهنية وحيادية، أطيب التحيات، وبالإشارة إلى الموضوع أعلاه، فإننا في المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» وبعد أن وقفنا بإمعان شديد على المشروع المذكور، ومن قبله على النسخة الأولى من ذات المشروع، والمحال إلى حكومتكم الموقرة أواخر تموز الماضي من قبل رئيس المحكمة الدستورية العليا، حيث تولى مجلس الوزراء الموقر الوقوف عليها متتهياً إلى إصدار قرار في جلسته رقم 134 تاريخ 10/1/2017، يقضي بإحالة الصيغة التالية للصيغة الأولى من مشروع قرار بقانون معدل لقانون المحكمة الدستورية إلى السادة الوزراء للإطلاع عليها، وابداء الرأي بشأنها تمهيداً لقرارها ومن ثم رفعه إلى السيد الرئيس للإصدار.

واللافت أن مجلسكم الموقر أرفق في المشروع ما سمي بمذكرته الايضاحية، والتي تقع على صفحة ونيف مذيلة بتوقيع رئيس المحكمة الدستورية العليا.

وبالنظر لما ورد فيها من محتوى، ونصوص تنطوي على مخاطر جدية من الزاوية القانونية على أسس وقواعد الحكم الديمقراطي الرشيد، وعلى الدور المنتظر تأديته من قبل المحكمة الدستورية العليا. ونشير ابتداءً إلى ما استُهلّت المذكرة به من قول رئيس المحكمة الدستورية العليا (تتقدم المحكمة الدستورية العليا في فلسطين بالتقدير والاحترام لدولة رئيس مجلس الوزراء الموقر وتثمن عالياً دعم دولتكم للمحكمة الدستورية العليا والتي أنشئت لأول مرة في فلسطين باعتبارها أعلى هيئة قضائية

في النظام القضائي الفلسطيني) ولنا في هذا ملاحظة أساسية: أليس من الغريب، بل والمخالف لبدييات المبادئ الدستورية الواردة في القانون الأساسي، أن يتولى رئيس المحكمة الدستورية العليا أو المحكمة الدستورية العليا تقديم مشروع قرار بقانون معدل لقانونها، بتجاوز لما أرساه القانون الأساسي من أحكام ونصوص وإجراءات تحدد الجهات ذات الاختصاص في اقتراح مشاريع القوانين، والاجراءات والضوابط الناظمة لإصدار القرارات بقوانين، والتي ليس من بينها أي حكم أو نص يمنح المحكمة الدستورية أو مجلس القضاء الأعلى صلاحية اقتراح أو إحالة مشاريع قوانين معدلة للقوانين الناظمة لهما، إذ ماذا لو أريد الطعن بعدم دستورية القرار بقانون أو القانون الصادر استناداً إلى مشروع مقدم من المحكمة الدستورية، هل نبحث عن محكمة دستورية عليا أخرى للنظر والفصل في مثل هذا الطعن؟! سيما وأنه من غير المتصور عقلاً أو منطقاً أو قانوناً أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكماً يناقض رأيها، ناهيك عن عدم صلاحيتها للنظر في طعن يتصل بقرار أو مقترح صادر عنها، ويستحضرنا في هذا المقام النظام القانوني البائد والذي كان يقضي بفرض عقوبة العقاب الجسدي على ظل (خيال) المجرم، إذا كان ينتمي إلى الأسرة الحاكمة، وكان يدعي الجمهور لحضور وقائع تنفيذ الحكم في الظل (الخيال) تعبيراً عن إرادة النظام في تطبيق القانون على الكاف، وعلى طريقته!

وقد تضمنت المذكرة الايضاحية بعد هذا الثناء تبرير مقترحها (مشروع قرار بقانون معدل لقانونها) بحسن سير العمل في المحكمة باعتبارها محكمة متميزة (وفقاً لما ورد حرفياً فيها)، وأسوة بما هو جاري العمل به في المحاكم الدستورية في الدول الشقيقة وفقاً لفهمها له، مضيفاً أن بعض التعديلات المقترحة تتعلق بالرواتب، ومدة الخدمة لأعضاء المحكمة الدستورية، باتجاه كما هو واضح بجلاء من سياق المذكرة تمييزاً وزيادتها وعلوها عن سائر الرواتب والامتيازات المالية للقضاة، وسائر مشغلي الوظائف في منظومة العدالة، بل وفي الحكومة والدولة أيضاً، والسبب في ذلك وفقاً لما ورد في المذكرة أن أعضاءها قضاة وأساتذة جامعات ومحامين تركوا أعمالهم وانفصلوا عن مؤسساتهم وفقدوا حقوقهم كونهم -على حد تعبير المذكرة- قدموا استقالاتهم من تلك المؤسسات!! لذلك ووفقاً للمذكرة تم اقتراح مدة عشرين عاماً كمدة تحتسب لغايات الراتب، والذي يرد حده الابتدائي في لائحة خاصة أرفقت كملحق خاص بجدول الرواتب والعلاوات والبدلات لرئيس وأعضاء المحكمة بالدولار الأمريكي، أرفق مع المشروع كجزء لا يتجزأ منه، تضمن أن راتب رئيسها الشهري

دون احتساب السنوات العشرين (4650 دولار) ونائبه (4206 دولار) وعضو المحكمة (4106 دولار)، بمعنى أن كل واحد منهم يتقاضى الراتب المشار إليه مع احتساب عشرين سنه خدمة، منذ اليوم الأول لتعيينه! طبعاً مع عدم الإجحاف بالحقوق الخاصة بهم إذا ما انتقلوا من سلك القضاء للعمل في المحكمة الدستورية العليا وفقاً للمذكرة والنصوص المقترحة.

كما أوردت المذكرة تبريرات لتعديلات أخرى لم يأخذ في جلها مجلس الوزراء، وبخاصة تلك المتعلقة باختصاصات المحكمة الدستورية العليا، والتي جاءت بذريعة تحقيق المصلحة العامة! من وجهة نظر رئيس المحكمة الدستورية المذيلة المذكرة الايضاحية بتوقيعه.

وما ورد أعلاه يشير إلى أن الباعث الرئيس لتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا هو البحث عن امتيازات ورواتب ليس أكثر وليس أبعد من ذلك؟! والسؤال: أهذا سبب كاف يوفر شروط ومحددات إعمال المادة 43 لاصدار قرار بقانون معدل لقانون المحكمة الدستورية العليا بناءً على اقتراح من رئيسها؟!

وإذا ما تجاوزنا الهنات والنواقص والثغرات والمخاطر التي انطوى عليها المقترح في صيغته الأولى (تموز 2016)، وقصرنا البحث على الصيغة المعتمدة كعرض أول للمشروع، والصادر عن مجلس الوزراء، والمستند إلى ذات المذكرة الايضاحية المشار إليها أعلاه، وذات الملحق الخاص بالرواتب، والمتضمن لنصوص أخرى تتضمن امتيازات أخرى غير تلك المبينة أعلاه!

ومع تأكيدنا على معارضة مؤسسات المجتمع المدني للإفراط في إصدار تشريعات بقرارات بقوانين، أو بقوانين تصدر عن أعضاء في المجلس التشريعي في غزة، لتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات، وهو السمة الرئيسة لدولة القانون والحكم الرشيد، ولتناقضها مع طبيعة النظام السياسي الذي أرساه القانون الأساسي الفلسطيني، ومن قبله إعلان الاستقلال لعام 1988، ودون أن يعتبر تناولنا لما ورد في المشروع من محتوى تنازلاً عن موقفنا هذا، وفي إطار دورنا في الرقابة على العملية التشريعية دون أن نكون جزءاً منها أو شريكاً فيها، وبخاصة إذا ما خالفت قواعد الاختصاص التشريعي المسند بالقانون الأساسي، وإعلان الاستقلال، ومنظومة المبادئ الدستورية للدولة الديمقراطية الحديثة المتعارف والمتفق عليها دولياً، نرى بأن الجديد الوحيد الذي ورد في المشروع هو استبدال مصطلح السلطة الوطنية أينا ورد في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 الساري بمصطلح دولة فلسطين، واستبدال مصطلح رئيس السلطة

الوطنية الفلسطينية بمصطلح رئيس دولة فلسطين، وبرأينا إن هذا الأمر سياسي بامتياز، وسيادي بامتياز، وتم تحقيقه حكماً بالإعتراف الدولي بدولة فلسطين كدولة غير عضو في الأمم المتحدة، وهذا شأن تطبيقي تنفيذي، وما ورد في التشريعات الفلسطينية على خلافه بات ملغاً حكماً، وبالتالي فلا داع لتسويق التعديل أمام السيد الرئيس، وحكومته الموقرة، وكأنه حقق لفلسطين ما يتجاوز ما حققتة لها الجمعية العامة للأمم المتحدة!

وأبرز التعديلات المثيرة للاهتمام والجدل، والمعبرة عن الهدف الرئيس للمقترح هو ما ورد في المادة الثامنة من المشروع، والتي تعدل المادة 13 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 الساري والتي تنص على (يتقاضى رئيس وأعضاء المحكمة الرواتب والعلاوات والبدلات المحددة لرئيس وأعضاء المحكمة العليا وفقاً لأحكام قانون السلطة القضائية) ليصبح (أ. يتقاضى رئيس وأعضاء المحكمة الرواتب والعلاوات والبدلات وفقاً للجدول الملحق في هذا القرار بقانون. ب. يضاف إلى الرواتب المحددة في الجدول الملحق في هذا القرار بقانون ما يأتي: 1. القضاة وأساتذة الجامعات والمحامين: الفترة التي أمضوها في شغل مناصبهم بما لا يتجاوز 20 سنة دون الإجحاف بأية حقوق سابقة. 2. يستحق رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية العليا الامتيازات المقررة للوزراء (أو يمكن الاستعاضة عن ذلك بأن يكون نص هذه الفقرة 2 يُصدر مجلس الوزراء نظام يحدد الامتيازات والبدلات لرئيس وأعضاء المحكمة).

لم يكتف المشروع بذلك بل نص في مادته التاسعة على تعديل الفقرة 2 من المادة 14 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 الساري المفعول والتي تنص على: (يسوى الراتب التقاعدي أو مكافأة العضو وفقاً لأحكام قانون التقاعد العام) واستبدالها بـ (يستحق قضاة المحكمة حال تقاعدهم راتباً تقاعدياً بواقع 20% عن كل سنة قضاهها في الخدمة (طبعاً لا ننسى أن هناك 20 سنة محسوبة ابتداءً) بما لا يقل عن 50% ولا يزيد عن 80% من الراتب الاجمالي، وبما لا يحجب بحقوق القضاة السابقين).

وسنداً لهذين النصين الناظرين بما فيهما، فإن رئيس وأعضاء المحكمة سيتمتعون برواتب وامتيازات مالية، بحيث يجمعوا المجد من كل اطرافه، وبحيث يعلو إجمالي ما سيعتقده لو قدر لهذا القرار بقانون أن يرى النور، ما يتقاضاه أياً من الموظفين العامين، بصرف النظر عن مواقعهم وأدوارهم وصلواتهم!

اللافت للانتباه أيضاً ما ورد في المادة 11 من المشروع والمعدلة للمادة 21 من قانون المحكمة الدستورية العليا الساري المفعول والتي تنص: (1). تنتهي خدمة عضو المحكمة في أي من الحالات الآتية: أ. بلوغه سن السبعين من عمره. ب. الاستقالة. ج. فقدان الأهلية. د. العجز لأي سبب من الأسباب عن أداء الوظيفة. هـ. الوفاة. و. الإحالة للتقاعد. ز. فقدان الجنسية، 2. يصدر قرار إنهاء الخدمة من رئيس السلطة الوطنية بناءً على طلب من الجمعية العامة للمحكمة) واستبداله بالنص على (1). تنتهي خدمة عضو المحكمة في أي من الحالات التالية: أ. إحالته للتقاعد بانتهاء فترة الست سنوات المحددة في هذا القرار بقانون (بموجب تعديل المادة 2 من قانون المحكمة الدستورية العليا الساري المفعول، والمتضمن مدة عمل رئيس وأعضاء المحكمة 6 سنوات غير قابلة للتجديد، مع مراعاة تعيين 3 أعضاء في المحكمة كل سنتين من تاريخ تعيين أعضائها المعينين عند إنفاذ أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا الساري) ب. الاستقالة. ج. فقدان الأهلية. د. العجز لأي سبب من الأسباب عن أداء وظيفته. هـ. الوفاة. ح. إذا أُدين بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بحكم قطعي ولو رد إليه اعتباره. 2. في حال توافر أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرتين أ، ب من الفقرة 1، يتم إنهاء خدمة عضو المحكمة تلقائياً بقرار يصدر من رئيس الدولة. 3. في حال توافر أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرة ج، د، هـ من الفقرة 1 يتم إنهاء خدمة عضو المحكمة تلقائياً بقرار يصدر من رئيس الدولة بناءً على تنسيب من الجمعية العامة.

يلاحظ في هذا التعديل إلغاء بلوغ سن ال 70 كسبب من أسباب إنهاء خدمة رئيس أو عضو المحكمة الدستورية، مع أن الاتجاه الدولي يقضي بإحالة أي قاض على التقاعد وإنهاء خدمته إذا ما بلغ سن الخامسة والستين، والتعديلات المقترحة لا تعير للسن اعتباراً على خلاف الإتجاه الغالب دولياً. وكذلك خلا النص من فقدان الجنسية كسبب من أسباب خدمة رئيس أو عضو المحكمة الدستورية العليا، مع أن الإتجاه الدولي الغالب يعتبر المحكمة الدستورية العليا أحد تعبيرات السيادة الوطنية، وبالتالي فإن فقدان الجنسية سبب موجب لانتهاء الخدمة، بل إن ازدواج الجنسية سبب مانع من تولي وظيفة رئاسة المحكمة الدستورية أو عضويتها، على اعتبار أنها تعبير عن السيادة الوطنية والأمن القومي لأية دولة.

ويلاحظ أيضاً أن المشروع لم يُشر إلى إجراءات إنهاء العضوية في حال إدانة عضو المحكمة الدستورية أو رئيسها بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بحكم قطعي ولو رد إليه اعتباره، ناهيك عن التناقض الوارد في الفقرتين 2، 3 من النص المقترح إذ تضمنتا أن توافر أي من حالات إنهاء الخدمة،

يوجب إنهاء الخدمة تلقائياً وفي ذات الوقت اشترط النص صدور قرار من رئيس الدولة بذلك، مع أن الإنتهاء الوجوبي يقع بقوة القانون وينفذ فوراً دون الحاجة لإصدار قرار إداري بهذا الشأن، لا من رئيس الدولة ولا من سواه، فمثل هذا القرار لا يعدو قراراً كاشفاً وليس منشئاً، ويعتبر رئيس المحكمة أو عضوها المتوافرة بحقه أي حالة من حالات إنتهاء الخدمة فاقداً لها وجوباً بمجرد توافر تلك الحالة أو السبب المؤدي لانتهاء خدمته، دون حاجة لإصدار أي قرار إداري، ودون الحاجة لأي تنسيب من الجمعية العامة للمحكمة الدستورية، بل وحتى دون الحاجة لإصدار حكم قضائي بذلك، فقوة القانون هي الملزمة لانتهاء العضوية والمنفذة لها.

والغريب بل والمستهجن، ما ورد في نص المادة 12 من المشروع، والمستبدلة لنص المادة 22 من قانون المحكمة الدستورية العليا الساري والذي ينص: (لا يترتب على إنتهاء خدمة عضو المحكمة لأي سبب سقوط حقه في الراتب التقاعدي أو المكافأة) - علماً بأن القانون الساري لم يورد حالة إدانة رئيس أو عضو المحكمة بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بحكم قطعي ولو رُد إليه اعتباره كسبب لانتهاء خدمته مُرجعاً ذلك للقواعد العامة - واستبداله بالنص على (لا يترتب على انتهاء خدمة عضو المحكمة لأي سبب سقوط حقه في الراتب التقاعدي) مع إيراد إدانة رئيس المحكمة أو عضوها بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بحكم قطعي كسبب من أسباب انتهاء خدمته.

ولعل في إيراد هذا النص ما يجعل من دولة فلسطين تنفرد دون سواها في مكافأة من يدان بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بحكم قطعي، والذي يوصف آنذاك بالمجرم، وفقاً لما ورد في قانون الاجراءات الجزائية الساري المفعول، إذ تُبقي له الحق في الراتب التقاعدي حتى بعد ثبوت ارتكابه لجريمته!!

ويُشار إلى المادة 14 من مشروع القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا والذي تضمن تعديل الفقرتين 3، 2 من المادة 24 من القانون الساري، واللتان تصان على (2 - تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال النزاع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها. 3 - الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي)، ليصبح (2- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. 3- تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين واللوائح والأنظمة، وذلك إذا أثار خلاف في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيره.

ويتضح من هذا التعديل أن مقترحه حَوَّل المحكمة صلاحية وسلطة تفسير نصوص القانون

الأساسي والتشريعات على إطلاقها في أي وقت، ودون أي ضابط، ودون توفر أي شرط أو حالة تقتضي ذلك، ما قد يفهم منه أن المحكمة ستقوم بذلك في أي وقت وعند الطلب، دون الالتفات إلى الشروط والاجراءات والمطلبات القانونية اللازمة لذلك! كما يلاحظ تناقض نص الفقرة الثانية المقترحة مع نص الفقرة الثالثة المقترحة والتي قيدت تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين واللوائح والأنظمة في حال أثارت خلافاً في التطبيق.

والسؤال: هل ما ورد في هذا النص يخرج عن كونه تشريعات؟! وإذا كان الأمر كذلك فلماذا نص على التشريعات في الفقرة الثانية منه؟! أم أن المقصود هو وضع التشريعات الواردة حصراً في الفقرة الثالثة من النص المقترح في ذات المستوى، والقيمة التشريعية من الزاوية الدستورية، إذ أن القوانين وفقاً للمراتبية الدستورية تملو القرارات بقوانين واللوائح والأنظمة، وفي هذا النص المقترح تم اعتبار القوانين في ذات المرتبة التشريعية والدستورية مع القرارات بقوانين ومع اللوائح والأنظمة! مع أن المقترح في مادته الخامسة عشرة خلا من ذكر القرارات بقوانين في تعديله للفقرة الأولى من المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا الساري والتي تنص على (-1 يكون للمحكمة في سبيل القيام بالاختصاصات المنصوص عليها في المادة 24 ممارسة كل الصلاحيات في النظر، والحكم بعدم دستورية أي تشريع أو عمل مخالف للدستور كلياً أو جزئياً) واستبداله بالنص على (يكون للمحكمة في سبيل القيام بالاختصاصات المنصوص عليها في المادة 24 ممارسة كافة الصلاحيات في النظر والحكم بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة أو نظام «فقط، لم يذكر قرار بقانون» يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

وبموجب هذا النص، شل المقترح يد المحكمة عن النظر بعدم دستورية أي نص يرد في قرار بقانون، حتى لو اتصل بالنزاع المطروح عليها، ما يجعل القرارات بقوانين في هذا السياق محصنة، إذ يُمتنع على المحكمة ممارسة صلاحياتها في النظر والحكم بعدم دستورية أي نص يرد في قرار بقانون يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، وهذا ما ينطوي على تحصيل في هذا السياق للقرارات بقوانين حصانة لم تمنح للقانون الأساسي نفسه!

وساوت المادة 16 من مشروع القرار بقانون في الميعاد المقرر للطعن بعدم الدستورية، وذاك المقرر للطعن في القرارات الادارية، وذلك بتعديلها للفقرتين 3 و 4 من المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية الساري واللذان تنصان على (-3 إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم

أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز 90 يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتُبر الدفع كأن لم يكن، 4. إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل في النزاع فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول) واستبدلتها بالنص (3 - إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو نظام «فقط» ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز 60 يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتُبر الدفع كأن لم يكن، 4. إذا كانت المحكمة الدستورية تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل في النزاع فعليها من تلقاء نفسها بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالدعوى المطروحة أمامها حسب الأصول.

ويتضح من هذا التعديل خفض مدة الميعاد الممنوح لمقدم الدفع لرفع الدعوى الدستورية (ميعاد سقوط من 90 يوماً إلى 60 يوماً)، «وهو ذات الموعد الممنوح للطعن في القرارات الإدارية» إضافةً إلى ما تضمنه هذا النص من تعديلات ينطبق عليها ما ينطبق على تعديل الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون الأصلي الساري، وفقاً للمادة 15 من المشروع المقترح، والمبين أعلاه، كما يتضح أن التعديل الوارد على الفقرة الرابعة جعل من تصدي المحكمة الدستورية للفصل في دستورية نص متصل بالدعوى المطروحة أمامها وجوبياً بدل أن كان جوازياً.

ولعل أخطر ما في المشروع المقترح هو ما ورد في المادة 17 منه، والمعدلة للفقرة 1 من المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية الساري، والناظم لطلبات التفسير والذي ينص (1 - يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناءً على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية) واستبداله بالنص (1 - يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناءً على طلب رئيس الدولة، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس التشريعي، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى).



وبهذا التعديل حرم من انتهكت حقوقه الدستورية من التقدم إلى معالي وزير العدل طالباً تقدم الوزير بطلب التفسير، أو ليس في هذا التعديل انتهاك للقانون الأساسي؟! وبخاصة الباب الثاني منه، المتصل والضامن للحقوق والحريات الآدمية والدستورية للمواطنين.

وكذلك الحال حُرّم المدعي الذي يثبت إعساره من حقه في تعيين محام لتمثيله في الطعن الدستوري من قبل المحكمة، وذلك وفقاً لما تضمنته المادة 18 من المشروع المقترح والتي عدلت المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية الساري والتي تنص على (لا يجوز مباشرة الاجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إعساره) واستبدلته بالنص على (لا يجوز مباشرة الاجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة النائب العام أو أحد مساعديه، ومن باقي الخصوم بواسطة محام لا تقل مدة خبرته وممارسته لمهنة المحاماة عن عشرة سنين متصلة).

أوليس في هذا المقترح انتهاك إضافي لحقوق المواطن الدستورية والآدمية؟! لاعتبار اقتصادي صرف، وفي دعوى تسمو في أهميتها كافة أشكال وأنواع الدعاوى بالنظر لحجية الأحكام الصادرة فيها المطلقة على الكافة، ولصلتها المباشرة في ضمان دستورية التشريعات وبنية الدولة القانونية، مع أن التشريعات الفلسطينية العادية تضمن للمتهم المعسر في الدعاوى الجزائية الحق في قيام المحكمة المختصة بتوكيل محام له للدفاع عنه في الجناية المسندة إليه.

والطريف أن المشروع المقترح اكتفى بوجوب نشر قرارات المحكمة في الجريدة الرسمية، دون ضرورة لنشر نظام المحكمة الداخلي واللوائح الصادرة بمقتضى أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا، وهذا يتضح من صريح نص المادة 25 من المشروع المقترح والمعدلة للمادة 53 من قانون المحكمة الدستورية العليا الساري والذي ينص على: (تنشر قرارات المحكمة ونظامها الداخلي واللوائح الصادرة بمقتضى أحكام هذا القانون في الجريدة الرسمية وبغير مصر وفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها)، حيث استبدل هذا النص بالنص على: (تنشر قرارات المحكمة الصادرة بمقتضى أحكام هذا القانون في الجريدة الرسمية وبغير مصر وفات خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها).

ألا يتناقض التعديل المقترح مع مبدأ الحق في الحصول على المعلومات؟! ومبدأ اعتبار النشر جزءاً لا يتجزأ من العملية التشريعية؟! وكذا ألا يثير مثل هذا التعديل التساؤل المشروع حول مبررات إسقاط وجوب نشر النظام الداخلي للمحكمة الدستورية العليا؟! ووجوب نشر اللوائح الصادرة

بمقتضى قانون المحكمة الدستورية العليا؟! وكذا أو ليس في استبدال مدة النشر من خمسة عشرة يوماً على الأكثر إلى مدة ثلاثين يوماً على الأكثر ما يطيل من أمد النشر ويؤثر سلباً على ما يترتب عليه من نتائج وآثار قانونية وعامة؟!!

بقي أن نشير إلى ما قد يحمله نص المادة 27 من المشروع المقترح من إلغاء ضمني للمواد التي لم يطالها التعديل في قانون المحكمة الدستورية العليا الساري، والذي يقع في 55 مادة، إذ ورد في نص المادة 27 من المشروع المقترح (على الجهات المختصة كافة - كل فيما يخصه - تنفيذ أحكام هذا القانون ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية) وهو ذات النص الوارد في المادة 55 من القانون الساري!

دولة رئيس الوزراء المحترم،،،

إننا في المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» وسنداً لما بيناه تفصيلاً أعلاه، نأمل من دولتكم وحكومتمكم الموقرة طرح مشروع قرار بقانون معدل لقانون المحكمة الدستورية العليا جانباً، وعدم الالتفات إليه، وإسقاطه من جدول أعمال حكومتكم الموقرة المتصلة بمشاريع القوانين والأنظمة واللوائح التنفيذية، وعدم المضي في إجراءات اقراره، وذلك بعد التكرم بالوقوف على ماورد في مذكرتنا بإمعان وجدية، ووفقاً للأصول المرعية، والتي تؤكد بأن المشروع تجاوز الأحكام والمبادئ الدستورية في غايته ونصوصه، والتي تنطوي على مساس جدي بأسس دولة القانون، وتتعارض تعارضاً لافتاً واضحاً مع نصوص الاتفاقيات الدولية المنضمة إليها دولة فلسطين، والملزمة لها، ولا سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وتتعارض مع بل وتمس بما تضمنه القانون الأساسي وإعلان الاستقلال من أحكام ومبادئ وحقوق.

مع الاحترام،،،

## مذكرة الإئتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية، بشأن مشروع قرار بقانون محكمة الجنايات الكبرى

### مذكرة قانونية حول مشروع قرار بقانون بشأن محكمة الجنايات الكبرى

#### مقدمة

أثار مشروع قرار بقانون بشأن محكمة الجنايات الكبرى ردود أفعال لدى العديد من مؤسسات المجتمع المدني وخبراء قانونيين، حيث ندعى الائتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية إلى اجتماع خُصص لنقاش المشروع المذكور، وانتهى الاجتماع المذكور إلى أن المشروع ينطوي على مخالفات دستورية ومساس بالحقوق والحريات الأساسية للمواطنين. وكان مجلس الوزراء الفلسطيني قد أحاله بتاريخ 2016/12/13 بموجب قرار أصدره في جلسته الأسبوعية رقم 17/130 إلى السيد الرئيس لإصداره، دون إتاحة الفرصة لمؤسسات المجتمع المدني لإبداء رأيها في المشروع أو الاستماع إلى ملاحظاتها التي تستند إلى أسباب جوهرية كافية تحول دون ذلك.

ومع تحفظ الائتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية على التوسع في إصدار قرارات بقانون في ظل استمرار غياب المجلس التشريعي، بصفته صاحب الاختصاص التشريعي الأصيل، بالنظر لما يُمثله من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات، الأمر الذي يتطلب التوقف عن إصدار أية تشريعات قبل تمكين المواطنين من ممارسة حقهم في اختيار ممثلهم في انتخابات عامة، تُمكن من انتظام عمل السلطات الثلاث تحت مظلة مبدأ الفصل بين السلطات، وما يستدعي من عدم الإفراط من اللجوء إلى المادة 43 من القانون الأساسي المعدل لإصدار قرارات بقوانين ما لم تتوفر شروطها الدستورية المبينة في النص الدستوري المذكور بوضوح لا يقبل الجدل، ولا يتوسع في تفسيرها.

ويتضح من مراجعة مشروع القرار بقانون مساسه بشكل مباشر بضمانات المحاكمة العادلة المكفولة وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل والاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها دولة فلسطين دون تحفظات، والملزمة لها، ولا سيما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي يندرج تحت مظلته المعايير الدولية المتعلقة بضمانات المحاكمة العادلة، والمساواة أمام القانون والقضاء، وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، التي أكد عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهو بمثابة دستور حقوق الإنسان بما يحتويه من قواعد عرفية أمره ملزمة للكافة.

#### أولاً: شرط الضرورة التي لا تحتمل التأخير

بالرجوع إلى المادة 43 من القانون الأساسي المعدل، والتي تنص على أن: "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أحوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون..."، نُشير إلى أن مجلس الوزراء لا يملك صلاحية إقرار أو تنسيب إصدار القرارات بقوانين، باعتبارها من صميم الصلاحيات الدستورية الحصرية للرئيس، الأمر الذي يشوب مشروع القرار بقانون بمخالفة جوهرية تتمثل في اغتصاب الصلاحيات الأصيلة للمجلس التشريعي في التشريع من جهة، واغتصاب الصلاحيات الاستثنائية الحصرية للرئيس

من جهة أخرى. والمشروع يتعارض مع الشروط الواجب توافرها لإعمال المادة 43، وبخاصة حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير، والتي تتنافى مع فكرة قيام مجلس الوزراء بإقرار المشروع بقراءات ثلاث وبعد أن يمنح أعضاؤه الفرصة الزمنية الكافية، والتي بالضرورة تستغرق زمناً طويلاً، يتنافى مع حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير، وموضوع المشروع من صميم عمل السلطة القضائية، ويخرج عن اختصاصات مجلس الوزراء التنفيذية. كما أن المشروع المقترح، ليس جديداً في سياق العملية التشريعية، فقد سبق وأن ألغى المجلس التشريعي قرار بقانون رقم 7 لسنة 2006 بشأن محكمة الجنايات الكبرى؛ لانتفاء شرط الضرورة التي لا تحتمل التأخير ومسامحه بضمانات المحاكمة العادلة، وإن كان ذلك التشريع قد شمل ضمانات للحقوق أفضل من التي جاء بها المشروع المقترح.

#### ثانياً: تشكيل المحاكم والمبادئ الدستورية

من ناحية أخرى، يُشكل هذا المشروع خروجاً عن المبادئ الدستورية الأساسية الواردة في باب السلطة القضائية في القانون الأساسي وأبرزها ما نصت عليه المادة 100 منه، والتي حددت شكل السلطة القضائية ونصت على أن تتولاها المحاكم، وسنداً لهذا النص وإعمالاً له، أقر المجلس التشريعي قانون السلطة القضائية وقانون تشكيل المحاكم، اللذين يعتبران سنداً دستورياً مقيداً ومحدداً لتشكيلات المحاكم ودرجاتها، وإن إحداث أي تعديل على أحكامهما، لا يتم إلا بموجب قانون معدل لهما، يصدر عن السلطة التشريعية باعتباره قانوناً مكملًا للدستور، ويتصل ببنية الدولة. كما أن المشروع شكل خروجاً على صلاحيات مجلس القضاء الأعلى المحددة في قانون السلطة القضائية، ومنها اختصاص رئيس المحكمة العليا فيما يتصل بانعقاد الهيئات القضائية خارج مكان اختصاصها العادي.

#### ثالثاً: الحقوق والحريات الدستورية

مسّ مشروع القرار بالقانون بالضمانات التي كفلها القانون الأساسي في باب الحقوق والحريات العامة ولا سيما الحرية الشخصية وضماناتها الدستورية الواردة في المواد 11 و 12 من القانون الأساسي؛ والتي لا يجوز الخروج عنها إلا في أضيق الحدود وضمن القيود الدستورية والمعايير الدولية في التوقيف وتقييد الحرية، دون مساس أو إخلال بقرينة البراءة المفترضة للجميع، حيث تضمن المشروع قيوداً وإجراءات احترازية تفوق في شدتها العقوبات؛ كمنع السفر مدة سنة قابلة للتجديد لمدد مفتوحة أو التوقيف لمدة أسبوع من قبل النيابة العامة أو التوقيف دون قرار قضائي.

#### رابعاً: الخلط بين الجنايات والجنح

وقع المشروع بتناقض عندما أشار في إحدى مبرراته، بأنه نظم جرائم خطيرة تتطلب التعامل معها معاملة مختلفة عن باقي الجرائم، كون المشروع تضمن أحكاماً ناظمة لجرائم تقع تحت مظلة الجنح، وقد تجاوز في تعامله مع الجنح إرادة المشرع المعبر عنها في القوانين الجزائية الموضوعية، وتجاوز المشروع حقيقة عدم وجود حاجة موضوعية أو عملية لإصداره، إذ أن الجنايات التي نص عليها المشروع تنظرها محاكم البداية وفق تشكيلها القانوني، بحيث تنظر

الجنايات التي لا تزيد عقوبتها عن 10 سنوات من قبل قاضي فرد، وتنتظر تلك التي تزيد عقوبتها عن 10 سنوات من قبل هيئة محكمة بداية مشكلة من ثلاث قضاة، ومحاكم البداية منشأة في كل مركز محافظة، ولدينا 8 محاكم بداية تختص بنظر الجنايات في ثماني محافظات، وعدد قضاتها يمكنها من الانعقاد في أكثر من هيئة.

وبنظرة فاحصة لقانون العقوبات ساري المفعول، نجد بأن جُلّ الجنايات المنظورة أمام المحاكم اليوم، ستندرج تحت اختصاص محكمة الجنايات الكبرى الجديدة، ما يعني تجميع كل الجنايات من المحافظات المختلفة أمام محكمة الجنايات الكبرى، في تجميع وتأسيس لتراكم قضائي، وتحميل أعباء محاكم عدة للمحكمة الجديدة، يناقض الغاية المعلنة من المشروع، وينبني عن تفريغ للقضايا المنظورة أمام هيئات الجنايات العادية، ما سيخل بعمل القضاة الذين يشغلون وظيفة عضو هيئة محكمة الجنايات. وإذا ما أخذنا بعين الاعتبار، بأن محكمة الجنايات المقترحة ستشكل من قضاة بداية، وقد يكونون هم ذاتهم القضاة التي نظروها سابقاً، فما الغاية إذاً من إنشاء تلك المحكمة.

#### خامساً: أبرز الملاحظات على المشروع المقترح

لتبيان الإشكاليات والمخاطر القانونية التي وقع فيها المشروع المذكور، والتي تؤكد عدم الحاجة إلى هذا التشريع، وطرحه جانباً وعدم الالتفات إليه، نورد الملاحظات الجوهرية التالية:

1- المادة 1: التعريفات: تعريف قوائم ترقيب الوصول، خلط المشروع ما بين المنع من السفر وترقيب الوصول، فالمنع من السفر اجراء احترازي يصدر بأمر قضائي، وفقاً لضوابط صارمة أوجبها الفقرة 2 من المادة 11 من القانون الأساسي، والتي تنص: " لا يجوز القبض على أحد او تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي..."، ويصدر قرار المنع من السفر من القاضي المختص بحق متهمين يُخشى هروبهم من العدالة، مع ضمان حق الممنوع من السفر بمعرفة سبب منعه ومداه الزمني، أما ترقيب الوصول وإن كان يتفق مع المنع من السفر من حيث صدوره عن قاض مختص، فهو يتضمن إما إبلاغ الجهة المدرجة بوصول الشخص المدرج فقط والسماح له بدخول البلاد لضمان مثوله أمام الجهة المدرجة، أو الإدراج المقترن بالضبط والإحضار، كل ذلك مع ضمان حق الشخص المدرج اسمه برفع اسمه من تلك القوائم، والأمران - المنع من السفر والإدراج على قوائم الوصول- لا يندرجان بأي حال وبقوة الدستور تحت صلاحيات أو سلطات النائب العام، وبالتالي فإن منح النائب العام مثل هذه السلطة أو الصلاحية يُمثل انتهاكاً للقانون الأساسي، واغتصاباً لصلاحيات القضاء، ومساساً بحقوق المواطنين الدستورية.

2- المادة 3: لا حاجة للنص عليها، حتى لا يُفهم أن المقصود إخراج محكمة الجنايات الكبرى من مظلة القضاء النظامي، وتحولها إلى قضاء خاص لا سند دستوري له، على اعتبار أن القانون الأساسي قد حذد القضاء بالطبيعي (النظامي والإداري والدستوري)، والقضاء الشرعي، والقضاء العسكري، ولم يُشر إلى القضاء

الخاص، وحتى لا يُفهم أيضاً أن المقصود تعيين قضاة وأعضاء نيابة جُدد، سيما وإن ثمة قوانين ناظمة لقضاء متخصص، كقانون مكافحة الفساد، لم يرد فيها مثل هذا النص، والقضاة وأعضاء النيابة العاملين فيها يخضعون لأحكام قانون السلطة القضائية.

3- المادة 6: يُمثل هذا النص خروجاً عن قواعد انعقاد المحكمة خارج نطاق اختصاصها، والمنظم بموجب قانون السلطة القضائية وقانون تشكيل المحاكم النظامية، كما أنه معيب بعيب الخطأ الجسيم في الصياغة، إذ أشار أن انعقاد المحكمة خارج مكانها المؤقت، يتم بناءً على طلب من النائب العام، وكأن مثل هذا الطلب قرار واجب النفاذ، في حين أن انعقاد المحكمة المكاني، لا يندرج بأي حال تحت نطاق صلاحيات النيابة العامة وهي خصم في الدعوى وليست قاضياً فاصلاً فيها، والأصل الدستوري يقضي بالالتزام بقواعد انعقاد المحكمة خارج نطاق اختصاصها، والذي يتم بقرار قضائي، وبصلاحية قضائية مطلقة، فلرئيس المحكمة أو القاضي المختص أن يقبل أو يرفض طلب النيابة العامة، والصياغة الواردة في النص تمس من صلاحيات القضاء وسلطانه، وتتيح المجال لتغول النيابة العامة على اختصاصات القضاء.

4- المادة 7: يشير النص إلى أن هيئة المحكمة قد تضم في عضويتها قضاة من محكمة الاستئناف والمحكمة العليا، وذلك بنصه على تشكيل الهيئة من ثلاث قضاة لا تقل درجتهم عن قاضي بداية، وهذا يتناقض ومبدأ التقاضي على درجتين وهرمية البناء القضائي، إذا لا يتخيل أن محكمة الاستئناف مثلاً ستنظر في طعن مقدم ضد حكم صادر عن أعضاء فيها، أو أعضاء في المحكمة العليا التي تعلوها درجة.

5- المادة 8: تتناقض مع قانون الإجراءات الجزائية، إذ أن من يُمثل النيابة العامة أمام محكمة الاستئناف وكيل النيابة، في حين من يمثلها أمام محكمة أقل درجة كمحكمة الجنايات الكبرى الواردة في المشروع رئيس نيابة.

6- المادة 9: أناطت بالمحكمة اختصاصات واسعة للغاية، إذ في فقرتها الأولى تشير إلى اختصاص المحكمة في النظر والفصل في جرائم القتل ما عدا القتل الخطأ، والأفعال التي تندرج تحت تعريف القتل واسعة جداً، وقد تشمل الضرب المفضي إلى الموت، والإجهاض المفضي إلى الموت، والحرق المفضي إلى الموت وما إلى ذلك، كما أدرجت في فقرتها الثانية جرائم هناك العرض، وفي فقرتها الثالثة أشارت إلى الجرائم الواقعة على "أمن الدولة الداخلي والخارجي"، وهذا الباب في قانون العقوبات ينطوي على العديد من الجرائم الجنائية والجنحوية التي تحمل صياغات واسعة وفضفاضة وعصية على الضبط والتحديد والحصص، قد تصل إلى اعتبار ابداء الرأي جريمة أمن دولة، وفي فقرتها الخامسة أدرجت الشروع في الجرائم المبينة فيها، على الرغم من أن المشرع في القانون الموضوعي لم يجرم أصلاً الشروع في الجنح إلا إذا نص القانون على ذلك.

- 7- **المادة 10:** منحت النيابة العامة صلاحية اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية، وهو مصطلح فضفاض غير محدد ويخضع لتفسير القائم على التحقيق، وهو ما قد يعتبر ابتداءً جديد يخرج عن القواعد القانونية الملزمة ببيان ماهية الاجراء ونوعه صراحة ودون تعميم، ويخرج عن الضوابط الدستورية والمعايير الدولية لحقوق الإنسان.
- 8- **المادة 11:** تعيد منح النائب العام صلاحيات تخرج عن اختصاصه الدستوري، وبخاصة المنع من السفر، والإدراج على قوائم ترقب الوصول، بل وتزيد من صلاحيات النيابة العامة إلى حد تمكنها من فرض أمر المنع من السفر أو الإدراج لمدة سنة قابلة للتجديد، وكما أنه يُلغى الصلاحية القضائية ويتجاوزها. كما تضمن النص المذكور في فقرته الخامسة "تجريباً موضوعياً" لا مكان له في قانون تشكيل المحاكم أو المشروع ذاته، وهو من إطلاقات اختصاص المشرع الأصيل أي المجلس التشريعي، حيث نجد أن البند المذكور قد اعتبر مخالفة الأمر بالمنع من السفر جريمة بذاتها تصل عقوبتها إلى الحبس سنتين وغرامة تصل إلى خمسة آلاف دينار.
- 9- **المادة 12:** المشروع منح وكيل النيابة العامة صلاحية توقيف المتهم مدة أسبوع، ما يُمثل إهداراً لضمانات المتهم في الحرية الشخصية، فالأصل أن يكون حُرّاً و بريئاً، وشل يد المحكمة من الرقابة على هذا التوقيف خلال تلك المدة، وجاء معدلاً لقانون الإجراءات الجزائية، وألغى صلاحيات قاضي الصلح والبداية في النظر في قرارات تمديد التوقيف، وأناطها بمحكمة الجنايات الكبرى فقط، ودون سقف زمني لمدد التوقيف، وذلك على خلاف قانون الإجراءات الجزائية وعلى تناقض معه وعلى نحو يشكل إخلالاً خطيراً بالضمانات الواردة فيه.
- 10- **المادة 15:** في فقرتها الثالثة، جاءت بمصطلح جديد وهو عدم جواز إعادة النظر في القرار الصادر بمحاكمة المتهم، كما لو كان حاضراً، إذا غاب عن إحدى جلسات المحاكمة لأي سبب كان عدا القوة القاهرة التي تقتنع بها المحكمة، حتى أدى ذلك إلى حرمان المتهم من حقه في الدفاع عن نفسه.
- 11- **المادة 16:** تضمنت نصاً موضوعياً مكانه قانون العقوبات، حيث نصت على تخفيض العقوبة في حال اعتراف المتهم بمقدار الثلث، وهذا يُمثل خروجاً عن القواعد العامة المقررة.
- 12- **المادة 17:** ينثر هذا النص إشكالية في منتهى الخطورة، إذ يمنح النائب العام طلب نقل الدعوى من هيئة إلى هيئة أخرى من قضاة ذات المحكمة، وفي هذا خروج على قواعد الحكم، فالخصم لا يختار قاضيه، كما أنه يُمثل تدخل في عمل القضاة، إلى جانب ما يُمثله من تأثير على استقلاليتهم، بداعٍ يستند إلى معيار فضفاض من شاكلة الإخلال بالأمن العام، حتى وإن كان هذا النص وارداً في قانون الإجراءات الجزائية خلافاً للمعايير الدولية، لا بل إن النص المذكور قد تبادى وانفرد في منح النائب العام صلاحيات وسلطات إضافية تتمثل في الحق في طلب نقل الدعوى من هيئة لأخرى من قضاة ذات المحكمة في جميع مراحل المحاكمة، بما فيها مرحلة التحقيق، ما قد يندرج تحت مظلة "البحث عن قضاة على المقاس"، وهذا أمر في منتهى الخطورة ويُهدد أسس دولة القانون.



13-المادة 18: في الفقرة الثالثة منها حالت دون إخلاء سبيل المتهم تحت أي ظرف، حتى لو قُدم طعنًا في الحكم الصادر بحقه، على خلاف أحكام قانون الاجراءات الجزائية.

14-المادة 21: قلب هذا النص مبدأ اجراءات التقاضي على درجتين، بأن حول محكمة الاستئناف من محكمة موضوع إلى محكمة قانون، بنصه على أن تُنظر الطعون الاستئنافية "تدقيقاً" إلا في حالة الحكم بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة، وبذلك ينسف النظام القضائي، ويحرم المتقاضين من درجة من درجات التقاضي.

15-المادة 23: تُشكل خروجاً عن ما استقر عليه قضاء محكمة النقض بهيئتها العامة، والذي أرسى مبدأ قضائياً يقضي بأن مباشرة الاختصاص وصفٌ يُلازم المحكمة ساعة تحديدها، بمعنى أنه إذا ما تولت محكمة مختصة النظر في دعوى، ثم صدر تشريعاً يُحيل الاختصاص إلى محكمة أخرى، فإن التشريع الجديد لا يمس باختصاص المحكمة التي كانت مختصة عند اتصالها بالدعوى.

وأمام هذه الهنأت الموضوعية، والانتهاكات الجدية للمبادئ الدستورية والتزامات دولة فلسطين الدولية، ندعو السيد الرئيس محمود عباس إلى عدم إصدار مشروع قرار بقانون محكمة الجنايات الكبرى وعدم إقراره.

#### الائتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية

أعضاء الائتلاف الأهلي للرقابة على العملية التشريعية الموقعة على الرسالة والمذكرة القانونية:

شبكة المنظمات الأهلية الفلسطينية	مجلس منظمات حقوق الإنسان الفلسطينية
اتحاد النقابات المستقلة	المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"
مركز القدس للمساعدة القانونية وحقوق الإنسان	طاقم شؤون المرأة
مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان	مؤسسة الحق
حركة الأشخاص ذوي الإعاقة	مؤسسة قادر للتنمية المجتمعية
	مرصد السياسات الاجتماعية والاقتصادية



