



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

الأوامر العسكرية والمسؤولية الجزائية

في تشريعات قوى الأمن الفلسطينية

نعمان نعيم عبد الرحمن فنون

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1440هـ - 2019م

الأوامر العسكرية والمسؤولية الجزائية  
في تشريعات قوى الأمن الفلسطينية

إعداد

نعمان نعيم عبد الرحمن فنون

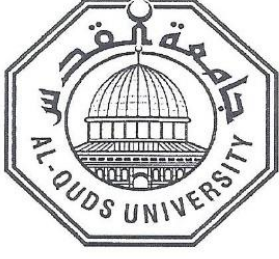
بكالوريوس حقوق من جامعة العلوم التطبيقية - الأردن

إشراف: د. جهاد الكسواني

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الجنائي بكلية

الدراسات العليا في جامعة القدس - فلسطين

1440هـ - 2019م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج ماجستير القانون الجنائي

إجازة الرسالة

الأوامر العسكرية والمسؤولية الجزائية في تشريعات قوى الأمن الفلسطينية

اسم الطالب: نعمان نعيم عبد الرحمن فنون

الرقم الجامعي: 21511956

المشرف: الدكتور جهاد الكسواني

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ \_\_\_\_\_ من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوقيعهم:

التوقيع: .....

(1) رئيس لجنة المناقشة: د. جهاد الكسواني

التوقيع: .....

(2) ممتحنا داخلياً: د. عبد الملك الريماوي

التوقيع: .....

(3) ممتحناً خارجياً: د. صالح البرغوثي

القدس - فلسطين

1440 هـ - 2019 م

## الإهداء

إلى ضباط وأفراد قوات الأمن الفلسطينية

إلى قوات الأمن الوطني وجيش التحرير الفلسطيني

(نواة الجيش العربي الفلسطيني بإذن الله عز وجل)

أقدم هذا الجهد دعماً لبناء دولة القانون

إلى والدي الحبيبة رمز محبتي لتراب بلادي

إلى والدي العزيز رمز الدولة العادلة

إلى رفيقة دربي (زوجتي) وأبنائي

أقدم هذا الجهد

## إقرار

أقر أنا معد الرسالة بأنها قدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

.....التوقيع

نعمان نعيم عبد الرحمن فنون

التاريخ:

## الشكر والتقدير

في البداية أشكر الله عز وجل الذي وفقني في إتمام هذه الدراسة

أقدم جزيل الشكر إلى أستاذي المشرف الدكتور جهاد الكسواني عما قدمه من توجيهات ونصائح وملاحظات أفادتني كثيراً في انجاز هذه الرسالة، كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الدكتور فادي ربايعة لما قدمه من دعم وعون في إتمام هذا العمل.

وكما أتقدم بالشكر والتقدير إلى الأخ أمير جورج عبد ربه على ما قدمه من جهد مضني في طباعة الرسالة،

كما أتقدم بالشكر إلى الأخ محمود فنون والأخ د. احمد حميدات والمربي الفاضل جابر سالم على ما بذلوه من جهد في مراجعة وتنقيح الرسالة.

نعمان فنون

## المخلص

موضوع هذه الدراسة المسؤولية الجزائية المترتبة على إصدار وتنفيذ الأوامر العسكرية، والتي يكتنفها بعض الغموض لدى أفراد المؤسسة الأمنية، والقضاة العسكريين أو غير العسكريين، الذين يتولون الحكم في الأفعال الناجمة عن تنفيذ الأوامر العسكرية. لا سيما تحديد المسؤولية الجزائية الخاصة بمصدر الأمر العسكري والمسؤولية الجزائية الخاصة بمنفذ الأمر، في ظل المبادئ القانونية المعروفة منذ القدم في تحديد أساس هذه المسؤولية، كمبدأ الطاعة المطلقة العسكرية، ومبدأ المشروعية المنظم لعمل الدولة القانونية الديمقراطية الحديثة واتجهت الرسالة إلى تحديد مفهوم الأمر العسكري، إذا لم يرد تعريفه بنصوص القانون، وبيان مفهوم الأمر العسكري ليشمل التعليمات العسكرية المستديمة وإلى وجوب طاعة المرؤوس للرئيس نتيجة منطقية وعملية ضمن واجب طاعتها للقانون أي أن طاعة المرؤوس للرئيس واجب بحكم القانون من جهة، ومن جهة أخرى أن طاعة الرؤساء واجبة في حدود طاعة هؤلاء للقانون وهذا ما فرض ضرورة التدخل التشريعي بتعديل المواد (203،204) عقوبات عسكري بإضافة عبارة "أو التعليمات العسكرية المستدامة" لعدم تجريم هذه النصوص بصورتها الحالية، لمخالفة أحكام التعليمات المستديمة بصورة واضحة وضرورة التدخل التشريعي بفرض شكل الكتابة في الأوامر العسكرية، التي تنطوي على استخدام القوة والأسلحة النارية، في غير حالة الضرورة التي لا يمكن الحصول فيها على أمر إبتداءً.

## **Abstract**

The subject of this study deals with the criminal liability for issuing and executing military orders which are vague for the members of the security establishment and military and non-military magistrates who issue verdicts with regards to actions resulting from execution of military orders. It is to determine the criminal liability regarding the issuer of the military order and that of the executor of the military order. This shall be in light of the widespread legal principles since ancient times with regard to determination of this liability as the principle of absolute military obedience and the principle of legitimacy that regulates the work of the lawful, democratic and modern government. In order of Identification of the concept of military order since its definition is not stated in legal texts. The concept of military order shall be clarified to include standing military instructions. And the Obedience of the superior by the subordinate is a logical and practical outcome as part of compliance by the law i.e. the subordinate's obedience of the superior is a duty in view of the law on one hand and the obedience of the superiors is required within the framework of the latter's abidance by the law. So it is essential to have a legislative intervention to amend articles (203 and 204) Military punishment by adding, "or standing military instructions" so as not to incriminate these texts as they stand and since they expressly violate the regulations of standing instructions. So It is essential to have a legislative intervention to dictate the style of writing of military orders which include use of force and fire arms other than the case when it is not possible to obtain an initiation order. And It is essential to have a legislative intervention to expressly incriminate the mere issuance of an illegal order.

## المقدمة

تعهد الدولة للقوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي الحفاظ على أمن البلاد الخارجي والداخلي، بما يكفل حماية الحدود الخارجية للدولة من الانتهاك سواء كان الانتهاك من قبل دولة أخرى، أو كان الانتهاك من قبل افراد يعمدون إلى اختراق الحدود لأغراض خاصة. وتساند القوات المسلحة قوى الأمن الداخلي، إذا لزم الأمر في الحفاظ على الأمن والنظام العام، حيث تتولى قوى الأمن الداخلي إبتداءً مسؤولية الحفاظ على الأمن والنظام العام، وتستخدم سلطات الدولة العامة لتمكينها من اداء هذا الواجب (حفظ الأمن والنظام العام) ولها في سبيل ذلك استخدام القوة والسلاح الناري، إذا لزم الأمر، وبالقدر المناسب لحماية الأمن والنظام العام.

وتعتمد التنظيمات العسكرية منذ القدم على واجب الطاعة العسكرية المطلقة، في اداء واجباتها الوظيفية الخطرة، والتي لا تحتمل التردد أو التأخير، من خلال المناقشة أو الاعتراض على تنفيذها، لذا نصت القوانين العسكرية على عقوبات مشددة على العسكري الذي يخالف الأوامر العسكرية تصل الى درجة الاعدام الميداني، بحيث ساد الفكر العسكري عبارة " نفذ ثم ناقش".

ونظراً لما تتسم به الدولة الديمقراطية الحديثة من خضوع الحكام والمحكومين لأحكام القانون، بحيث تخضع جميع عناصر الدولة لأحكام القانون بمعناه الواسع، وما يترتب على ذلك من ضرورة خضوع الأوامر العسكرية لأحكام القانون، بحيث تظهر مشكلة العلاقة بين واجب الطاعة العسكرية المطلقة وواجب الالتزام بأحكام القانون (مبدأ المشروعية).

وفي الوقت المعاصر لم تعد الدولة تعيش بمفردها مستقلة عن المجتمع الدولي، إذ أصبح العالم قرية صغيرة تمثل الدول الاشخاص الساكنين في هذه القرية، لذا نشأت مؤسسات المجتمع الدولي لإدارة المجتمع الدولي، كهيئة الامم المتحدة، وما ينبثق عنها من مؤسسات دولية تهدف لحماية حقوق

وحريات الانسان وتنظم العلاقات بين الدول لا سيما إنشاء محكمة الجنايات الدولية، لمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب أو الجرائم ضد الانسانية أو جرائم الإبادة الجماعية.

وتنقسم الأعمال الإدارية إلى: الضبط الإداري الذي يعني حفظ الأمن والنظام العام الداخليين، والعقد الإداري والقرار الإداري، وتسعى القرارات الإدارية الى تحقيق مصلحة الدولة والمجتمع ككل. ومن هذه المصالح ما هو وقتي وما هو مستدام، ولعل أهم مصلحة للمجتمع والدولة حفظ الأمن الداخلي والخارجي. ولهذه الغاية تضع الدولة على عاتق المؤسسات والاجهزة الأمنية المختلفة واجب حفظ السيادةتين الداخلية والخارجية. والتي تتكفل بها القوى الأمنية مصدرة القرارات والأوامر العسكرية. وفي هذا الإطار يندرج موضوع الأمر العسكري والمسؤولية الجزائية، المترتبة على هذه الأوامر العسكرية وفقاً للتشريعات النازمة لقوى الأمن في دولة فلسطين.

ويعد مبدأ الطاعة العسكرية معياراً تاريخياً لتحديد المسؤولية الجزائية المترتبة على الأوامر العسكرية، حيث ظهر هذا المبدأ مع ظهور الجيوش في الدول التي حكمت المعمورة قديماً، وكانت الطاعة المطلقة أساس الانضباط العسكري، والتي توجب على العسكري تنفيذ الأوامر الصادرة إليه دون تردد أو نقاش لأي اعتبار، فأوامر الملك أو الامبراطور أو السلطان، هي القانون الشرعي الواجب تنفيذه، وأن أوامر القادة ما هي الا تنفيذاً لهذا القانون، والعسكري المخالف يعاقب بعقوبات شديدة تصل إلى الاعدام في أغلب الأحوال. وفي المقابل لا يترتب أية مسؤولية جزائية على العسكري المنفذ للأمر باعتباره أداة أو آلة صماء في يد الرؤساء.

ثم ظهر حديثاً لدى الفقه مبدأ المشروعية في الدولة الديمقراطية الحديثة، والمناداة بضرورة تطبيق هذا المبدأ على الجيوش وقوات الأمن الداخلي، وقد ثار جدل فقهي طويل بهذا الخصوص، تمخض عنه انعقاد أكثر من مؤتمر دولي لمناقشة الطاعة العسكرية وكان أهمها المؤتمر المنعقد في دبلن عام

1970.

## أهمية الدراسة

تُشكل أهمية الموضوع الذي تستهدفه الدراسة، إحدى أهم العوامل التي تُؤثر في الدراسة وتزيد من أهميتها. لذلك فإنه قبل الحديث عن أهمية الدراسة من الناحية النظرية والناحية العملية، وجب الحديث بشكل موجز عن أهمية الموضوع.

يشكل موضوع الأوامر العسكرية والمسؤولية الجزائية، انعكاساً لتطور الفكر الديمقراطي ومؤسسات العمل الإداري، على أساس رفض الشمولية والتسلط والدكتاتورية في القرارات والأوامر الإدارية، العسكرية منها على وجه الخصوص. كما أن مناقشة الأحكام العامة الخاصة بالأوامر العسكرية غير المشروعة يعكس مدى قبول الدولة للرقابة المجتمعية على أعمال السلطة التنفيذية ويُمثل مقياساً لتقيد الدولة بمبدأ سيادة القانون.

وتكمن الأهمية النظرية للدراسة في ندرة الأبحاث القانونية التي تطرقت للبحث في مدى مشروعية التزام الرؤساء والمرؤوسين في إصدار وتنفيذ الأوامر العسكرية. ولعل إحدى أهم الدراسات القانونية السابقة في هذا المجال أطروحة الدكتوراه المقدمة من قبل العقيد الدكتور / صالح فرح صالح البرغوثي بعنوان "المسؤولية الجزائية عن تنفيذ الأوامر العسكرية: دراسة تأصيلية مقارنة" للعام 2017. غير أن هذه الدراسة تُركز بشكل أساسي على المسؤولية الجزائية عن تنفيذ الأوامر العسكرية في القانون الوضعي، والمقارنة مع الشريعة الإسلامية، مما يُضيف للبحث العلمي إسهامات جديدة ويثير آراء مُستجدة في ميدان العلوم و المعرفة.

أما فيما يتعلق بالأهمية العملية (التطبيقية) للدراسة، فلعل النتائج والتوصيات المُنبثقة عنها تُساهم في إنارة الطريق امام ضباط وضباط الصف والأفراد العاملين في قوى الأمن الفلسطينية؛ من تبيان حدود او نطاق المسؤولية الجزائية للعسكري المُرتبة على تنفيذه للأوامر العسكرية، الصادرة من قبل الرؤساء، وتمنحه القدرة على المفاضلة بين الخيارات المشروعة وغير المشروعة، واختيار القرار

الصائب، مما يزيد من ثقته بعمله ويُبدد التردد أو الخوف الذي قد يعتريه أثناء التنفيذ، الأمر الذي يسهم في سير المؤسسة العسكرية بانتظام وإطراد. كما أن هذه الدراسة - إذا ما قُرأت بتمعن ودقة- قد تكون سببا مانعا للعسكري من ان يُقحم نفسه في أفعال جنائية يُعاقب عليها القانون من خلاله رفضه المثل أو تنفيذ ما يصدره رئيسه المباشر من أوامر غير مشروعة.

سوف تُسهم هذه الدراسة كذلك في تسليح صنّاع القرار في السلطة التنفيذية بوجه عام، والمؤسسة الأمنية (والعسكرية) بوجه خاص، بالمعرفة و الدراية الكافية واللازمة لحسم مواطن الخلاف، التي قد تظهر حول مسألة طاعة المرؤوس لأوامر الرئيس، إذا ما شابها سبب من أسباب الشك وعدم التيقن بمشروعيتها . مما يمكن الرئيس من إصدار الأوامر المشروعة الواجبة التطبيق من قبل المرؤوسين، وأن ينأى بنفسه عن المسائلة الجزائية، نتيجة لإصداره للأمر العسكري غير المشروع. كما أن التعرف على ضوابط أو مُحددات تنفيذ الأمر العسكري يساعد القضاة العسكريين ورجال القانون في تقييم الواقعة المنظورة أمامهم فيما يتعلق بالتعرف على مدى سلامة الأمر العسكري واجب التنفيذ، مما يجعل حكم القاضي صائبا وعادلا.

### إشكالية الدراسة

رغم أن تنفيذ أوامر القانون وأوامر السلطة المشروعة، يُمثل سببا من أسباب الإباحة، التي تقتضي رفع صفة التجريم، عن فعل الرئيس او المرؤوس فتجعله فعلا مُباحا، إلا أن الواقع العملي قد يفرز حالات تجعل المرؤوس، غير مُتيقن من مدى مشروعية الأمر العسكري، الصادر من رئيسه والمُكلف بتنفيذه أو ان طبيعة العمل العسكري وخصوصيته - في بعض الأحيان- توجب على المرؤوس أن يُنفذ الأوامر العسكرية دون تردد ان نقاش أو إرجاء، مما يثير تساؤلات جمة حول مدى قيام المسؤولية الجنائية في مواجهة مصدر و مُنفذ الأمر العسكري. وبناء على ذلك، تتمحور هذه الدراسة البحثية حول الإجابة الى الإشكالية التالية: "هل تمكن المشرع الفلسطيني من تنظيم قواعد واحكام الاوامر

العسكرية، وما يمكن ان ينتج عنها من مسؤولية جزائية، تضبط حُسن اصدارها، بما يخدم مصلحة المجتمع والافراد؟

## أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة الى تحقيق ما يلي:

(1) التعرف على مفهوم الأوامر العسكرية وخصوصية العمل العسكري بما يحتوي من غموض يؤدي الى الخلط والفهم الخاطئ لنطاق المشروعية في تنفيذ المرؤوسين للأوامر الصادرة عن الرؤساء.

(2) تحديد المرتكزات القانونية التي تُؤسس لواجب الطاعة العسكرية .

(3) التعرف على نتائج الأوامر العسكرية وأثرها في المسؤولية الجنائية والأسس العامة التي تقوم عليها هذه المسؤولية.

## حدود الدراسة

نظرا لانحصار هذه الدراسة في بحث نطاق المسؤولية الجزائية لأفراد قوى الامن عن الأوامر العسكرية في التشريعات الوطنية المعمول بها في فلسطين، فإن قواعد القانون الدولي فيما يتعلق بمسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأوامر العسكرية غير المشروعة هي خارج إطار هذا البحث ولا تُشكل محورا في هذه الدراسة. وبطبيعة الحال تخرج المسؤولية التأديبية والمسؤولية المدنية من إطار هذه الدراسة. ويتناول البحث أحكام المسؤولية الجزائية عن إصدار وتنفيذ الأوامر العسكرية، من خلال دراسة أحكام قانون العقوبات الثوري لعام 1979، وقانون العقوبات الاردني النافذ في الضفة الغربية رقم (16) للعام 1960، وقانون العقوبات المصري النافذ في قطاع غزة. وقانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني رقم (8) للعام 2005 وتعديلاته ، وقانون المخابرات العامة، والأمن الوقائي، والشرطة الفلسطينية.

## منهجية الدراسة

في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة، تتبع هذه الدراسة المنهجين الوصفي والتحليلي وذلك من خلال بيان وشرح النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة وكذلك أحكام القضاء، ناهيك عن تحليل وبيان وجهات النظر المختلفة للفقهاء وعلماء القانون أينما دعت الحاجة الى ذلك. كما وجب التنويه الى ان هذه الدراسة قد استندت كذلك الى المنهج المُقارن من خلال الوقوف على الفروقات بين كل من التشريع الجزائري الفلسطيني من جهة، وبعض الأنظمة القانونية الأخرى من جهة أخرى.

## خطة البحث

- **مبحث تمهيدي: مفهوم الأوامر العسكرية.**
- **الفصل الاول: ضوابط المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية.**
- **المبحث الاول: واجب الطاعة العسكرية.**
- **المبحث الثاني: مبدأ المشروعية.**
- **الفصل الثاني: نظام المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية.**
- **المبحث الاول: المسؤولية الجزائية عن الأوامر المشروعة.**
- **المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عن الأوامر غير المشروعة.**

## مبحث تمهيدي: الأمر العسكري

الأوامر العسكرية هي لغة الخطاب في المؤسسة العسكرية، وتفرض الطاعة الواجبة على جميع أفراد المؤسسة العسكرية الالتزام بالأوامر الصادرة إليهم وتنفيذها وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة، ولما كانت هذه الطاعة ليست عمياء، اشترط القانون ضرورة مشروعية الأوامر الصادرة من القادة إلى الضباط والجنود حتى يتسنى لهم تنفيذها دون تحمل أية مسؤولية جزائية أو تأديبية أو مدنية عن تنفيذ هذه الأوامر. لذا نتناول في هذا المبحث بيان ماهية الأوامر العسكرية (المطلب الأول) وشروط الأوامر العسكرية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الأوامر العسكرية

للتعرف بمفهوم الأوامر العسكرية علينا معرفة الأمر العسكري لغة واصطلاحاً (الفرع الأول) وبيان العلاقة بينه وبين التعليمات العسكرية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التعريف: بالأمر العسكري

الأمر لغة: هو مصدر للفعل أمر يأمر أمراً، والجمع أوامر. والأمر هو الحال والشأن<sup>(1)</sup>، حيث جاء في التنزيل العزيز " ليس لك من الأمر شيء " <sup>(2)</sup>، والأمر هو طلب الحصول على الفعل على وجه الاستعلاء والإلزام، ويقصد بالاستعلاء أن ينظر الأمر لنفسه على أنه أعلى منزلة ممن يخاطبه أو يواجه الأمر إليه، سواء أكان أعلى منزلة منه في الواقع أم لا. وللأمر أربع صيغ تنوب كل منها مناب الأخرى في طلب أي فعل من الأفعال على وجه الاستعلاء والإلزام وهي<sup>(3)</sup>:

1- فعل الأمر: مثل قوله تعالى " وأقيموا الصلاة وأتوا الزكاة"<sup>(4)</sup>.

(1) إبراهيم انيس وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول والثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، بيروت، 1998، ص46

(2) سورة ال عمران، الآية 128.

(3) عبد العزيز عتيق، علم المعاني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1971، ص81-83.

(4) سورة البقرة، الآية 43.

2- المضارع المقرون بلام الأمر: مثل قوله تعالى " فليعبدوا رب هذا البيت"(1).

3- اسم فعل الأمر: ومنه عليكم بمعنى الزموا مثل قوله تعالى "عليكم انفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم"(2).

4- المصدر النائب عن فعل الأمر مثل قوله تعالى "وبالوالدين احسانا"(3) بمعنى أحسنوا إلى الوالدين.

وقد جاء في كتاب اساس البلاغة للإمام جادا لله محمود عمر الزمخشري: أمر - أنه لأمرٌ بالمعروف ونهْيٌ عن المنكر ، وأمرت فلان أمره أي أمرته بما ينبغي له من الخير (4).  
ومن خلال استعراض ما جاء في كتب اللغة من بيان لمعنى الأمر نجد أنه ينصب على ثلاث أمور وهي:

1- مضمون الأمر: هو الحال أو الشأن أو الموقف الذي يجب أن يكون فيه المأمور.

2- أن الغاية من الأمر: هي المصلحة الإيجابية العائدة على الفرد أو المجتمع.

3- أن الأمر: هو الأكثر مركزاً أو درجة أو رتبة عسكرية من المأمور(5).

وقد عُرف العسكري وفق قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005 المادة الأولى

بأنه "كل ضابط أو ضابط صف أو فرد في أي قوة من قوى الأمن".

(1) سورة قريش، الآية 3.

(2) سورة المائدة، الآية 105.

(3) سورة البقرة، الآية 83.

(4) الامام جادا لله محمود عمر الزمخشري ، اساس البلاغة، وحققه فريد نعيم و شوقي المعري، مكتبة لبنان ناشرون ،الطبعة الاولى، 1998، ص 15 .

(5) والامر قد يخرج في اللغة عن معناه الحقيقي وهو طلب الفعل من الاعلى الى الادنى، و على وجه الخصوص والالزام للدلالة على معاني اخرى يحملها لفظ الامر وتستفاد من السياق والقرائن كالدعاء لله عز وجل والتمني والنصح والارشاد والتخيير بين امرين او التهديد او التعجب، وغيرها من المعاني التي لا يستقيم معها الامر على وجه الالزام والاستعلاء، وفقاً لموضوع الامر محل هذه الدراسة. انظر علم المعاني، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها .

## الأمر العسكري اصطلاحاً

### أولاً: في الفقه الجنائي

لم يحظ تعريف الأمر العسكري بالاهتمام الكافي لدى الفقه الجنائي العسكري والقوانين العسكرية، إذ إن مكان الاهتمام بتعريفه هو الفقه والقانون الإداري<sup>(1)</sup>. لا سيما إن الفقه الجنائي<sup>(2)</sup> يرى إن الأمر العسكري هو قرار اداري، يجب إن تتوفر فيه جميع مقومات القرار الإداري، من حيث الاختصاص والشكل والسبب والغاية والمحل. بيد أن المشرع الجنائي العسكري النرويجي قد وضع الأساس القانوني الجنائي لتعريف الأمر العسكري، في المادة 46 منه، والتي استخلص منها الدكتور إسحق إبراهيم منصور تعريفاً للأمر العسكري بقوله: "هو كل تعبير يتضمن أداء عمل أو الامتناع عن عمل أو تحذيراً للتحوط من وقوع حدث، يصدر من رئيس مختص في اصداره الى مرؤوس يختص بتنفيذه، تربطهما علاقة وظيفية عامة"<sup>(3)</sup>.

وقد عرف الفقيه التركي (Sahirerman) الأمر العسكري بأنه "كل أمر لا يتعارض مع اللوائح والنصوص العسكرية أو المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام، ويكون مبرر بأسباب الخدمة أو الضرورة العسكرية" في حين عرفه الدكتور عبد الحميد المتوكل في رسالته طاعة الرؤساء واثراها في المسؤولية الجنائية بقوله: " أن الأمر الرئاسي لا يخرج عن اعتباره إبلاغاً أو تنبيهاً غالباً من رئيس مختص قانوناً بإصدار الأوامر الى مرؤوس مختص قانوناً بتنفيذه"<sup>(4)</sup>. بيد أن غالبية شراح القانون الجنائي العسكري، قد تبنا تعريف الأمر العسكري وفقاً لما جاء في فقه القانون الإداري، من تعريفه

(1) حكمت موسى سلمان، طاعة الاوامر واثراها في المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، الطبعة الاولى بغداد، 1987، بلا دار نشر، ص26 . و عبد الكريم محمد شرف المتوكل، رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة النيلين بعنوان طاعة الرؤساء واثراها في المسؤولية الجنائية، غير منشورة، 2004، ص165.

(2) اللواء عاطف صحصاح، التعليق على قانون الأحكام العسكرية، دار الكتاب القانونية، مصر، عام 2004، ص723 . و محمد محمود سعيد، قانون الأحكام العسكرية دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص249 . و سميح المجالي و علي المبيضين، شرح قانون العقوبات العسكري الاردني، دار الثقافة العربية، عمان، الطبعة الاولى، 2008، ص94.

(3) اسحق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة واثراها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص101 .

(4) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص166.

للأمر العسكري وعناصره، مستنديين في ذلك الى أن الأمر العسكري ما هو إلا صورة من صور القرار الإداري<sup>(1)</sup>، ولما كان موضوع هذه الدراسة الأوامر العسكرية فان المنطق السليم يوجب القاء نظرة على تعريف القرار الإداري. حتى يتسنى لنا الاطلاع على ماهية " القرار الإداري " وعناصره وشروط صحته وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري، لا سيما أن المشرع الإداري لم يتطرق الى وضع تعريف محدد للقرار الإداري<sup>(2)</sup>.

## ثانياً: في الفقه والقضاء الإداري

ان العمل القانوني للسلطة الإدارية الصادر في صورة إرادية انفرادية بوصفها سلطة عامة تسعى لتحقيق المصلحة العامة، يطلق عليه " القرار الإداري ". حيث يعرف الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله القرار الإداري بانه: <sup>(3)</sup> " عمل قانوني نهائي، يصدر من سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة، وتترتب عليه آثار قانونية ". وقد عرفه الدكتور ماجد الحلو بأنه: "إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية يترتب آثارا قانونية"<sup>(4)</sup>.

اما في القضاء الإداري فقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري القرار الإداري واعتبرته رديفاً للأمر الرئاسي والأمر العسكري، حيث جاء في قرارها: "أن الأمر أو القرار الإداري هو كل إفصاح من جانب الإدارة العامة يصدر صراحة أو ضمناً من إدارة هذه المصلحة في أثناء قيامها بأداء وظائفها المقرر لها قانوناً، والقرار أو الأمر الإداري على خلاف القوانين أو اللوائح يتم أو يحدث أثره القانوني

(1) عاطف صحصاح، مرجع سابق، ص720. و عزات الدسوقي، شرح قانون الأحكام العسكرية، الطبعة الاولى، 1991، الكتاب الاول، مكتبة النهضة المصرية - القاهرة، ص 247.

(2) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، الطبعة الاولى عام 2003، ص327. و محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة الاصدار، ص632.

(3) عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1991، ص454.

(4) نقلا عن عدنان محمد، القضاء الإداري في فلسطين، كلية الحقوق - جامعة القدس، 2008، ص259.

بمجرد صدوره، وتتوافر له القوة التنفيذية بغير حاجة إلى إعلان ونشر اللهم الا إذا كان الإعلان أو النشر عنصراً أساسياً في كيانه ووجوده"<sup>(1)</sup>.

وقد استقر تعريف القرار الإداري قديماً وحديثاً لدى محكمة القضاء الإداري المصري، وقد أيدتها في هذا التعريف أيضاً كل من محكمة العدل العليا الأردنية والفلسطينية - وقد أخذ به الفقه على الرغم من الانتقادات الموجهة إليه - بتعريفها للقرار الإداري بأنه: "إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء تحقيق مصلحة عامة"<sup>(2)</sup>.

من خلال التعريفات السابقة نجد أنها تُعرج الى فكرة وصف القرار الإداري وبيان شروطه، والتي من أهمها: إنشاء حالة قانونية جديدة، أو تعديل المركز القانوني في الحالة القائمة. بيد أن الأوامر العسكرية أو الرئاسية، لا ترتب مثل هذا الأثر بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله، وإنما تتضمن إلزاماً من الرئيس الى المرؤوس بتنفيذ عمل أو واجب بصيغة أو طابع القهر"<sup>(3)</sup>.

وعليه يمكن تعريف الأمر العسكري بأنه: " لغة الخطاب الأمرة بين أفراد المؤسسة العسكرية لأداء الوظيفة العسكرية بقصد إحداث أثر قانوني معين، تنفيذاً للواجبات العسكرية ". وعليه يخرج من تعريف الأمر العسكري " القرار الإداري " الاعمال المادية التي لا يقصد بها تحقيق أثراً قانونياً وإن رتب عليها القانون آثاراً معينة، ذلك ان هذه الآثار وليدة إرادة المشرع مباشرة، وليست وليدة إرادة الإدارة، وكذلك يخرج من مفهوم القرار الإداري الأعمال المادية التي تمارسها الإدارة والتي لا تنشئ ولا تعدل مركز قانوني قائم أو جديد، وغني عن القول أن "الأعمال التحضيرية " التي تقوم بها الإدارة والتي تكون

(1) قرار محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (18) قضائية، جلسة 19-3-47، مجموعة السنة الأولى، ص34 مشار اليه لدى مازن ليلو راضي، طاعة الرؤساء وحدودها، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، 2006، ص89.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 934 لسنة(6) القضائية بتاريخ 1954/1/6، المشار اليه لدى عبد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص452. و عدنان عمر، مبادئ القانون الإداري، المطبعة الحديثة، القدس، 2010، ص7.

(3) مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص90.

سابقة على اصدار القرار الإداري وكذلك الأعمال اللاحقة لإصدار القرار الإداري لا يمكن اعتبارها من القرارات الإدارية<sup>(1)</sup>.

فإذا كان الأمر بتطبيق أحكام القانون أو عدم مخالفتها، فإنه لا يمكن النظر الى هذا الأمر كأمر عسكري؛ لأنه لم يحدث أثراً قانونياً جديداً بحق العسكري المرؤوس؛ فإذا صدر الأمر من الضابط المختص إلى أحد الجنود بعدم الغياب عن الخدمة دون إذن، أو أصدر له أمراً بعدم ترك مكان خفارته، لا يعد قراراً ادارياً، أو أمراً عسكرياً، لا سيما أن هذا الأمر هو تذكير لحكم القانون، والذي نص على عقابه في جريمة الغياب المادة (211) بالنسبة للحالة الأولى وجريمة ترك المركز أو الخفارة دون إذن الضابط الأعلى المادة ( 202/أ، ب/5) من قانون العقوبات الثوري الفلسطيني " العسكري " لعام 1979<sup>(2)</sup>، بمعنى انه إذا اعطى القائد أمراً للجنود الذين يحملون السلاح، أمراً باستلام السلاح فان هذا الأمر لا يعتبر أمراً عسكرياً، بيد أنه إذا أعطى ذات الأمر لجنود لا يحملون السلاح أمراً باستلام السلاح، فإن هذا الأمر يعد أمراً عسكرياً<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني: التعليمات والأوامر العسكرية

نجد أن الخطاب في المؤسسة الأمنية العسكرية يكون تارة بالأمر العسكري المباشر، وتارة أخرى كما هو العمل في باقي المرافق العامة للدولة بناء على تعليمات، ومن الجدير بالاهتمام البحث في

(1) ثروت بدوي ، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية مصر ، 2007 ، ص5.

(2) مجموعة التشريعات الجزائية لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979: وهي عبارة عن مجموعة تشريعات اصدها المجلس الوطني الفلسطيني وصدرت بقانون عن رئيس الهيئة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية الرئيس الشهيد ياسر عرفات ، بالاستناد الى ميثاق منظمة التحرير الفلسطينية وقرار المجلس الوطني بتاريخ 11 تموز 1979 م ، وقد تضمنت هذه المجموعة قانون العقوبات الثوري ، وقانون اصول المحاكمات الجزائية الثوري، وقانون مراكز الاصلاح والتاهيل، ونظام رسوم المحاكم الثورية. وقد تم العمل بهذه المجموعة مباشرة بعد اصدارها وبعد قيام السلطة الوطنية الفلسطينية وانتقال القوى الثورية الى داخل فلسطين عام 1994 ، واصدر الرئيس الشهيد ياسر عرفات قرار بانشاء هيئة قضاء الأمن العام والشرطة ، وتعمل بموجبه أحكام التشريعات العسكرية ، وبعد صدور القانون الاساسي الفلسطيني عام 2003 والذي نص في المادة (2/101) "انشاء المحاكم العسكرية بقوانين خاصة وليس لهذه المحاكم أي اختصاص او ولاية خارج نطاق الشأن العسكري " حيث اطلقت تسمية هيئة القضاء العسكري، ثم بتاريخ 2018/1/15 صدر عن سيادة الرئيس محمود عباس حفظه الله رئيس دولة فلسطين والقائد الاعلى لقوى الأمن الفلسطيني القرار بقانون رقم 2018/2 بشأن الهيئة القضائية لقوى الأمن ، حيث جاء في المادة الاولى بتعريف المحاكم العسكرية التي تتبع الهيئة ، والنيابة العسكرية: الجهة التي تتولى تحريك دعوى الحق العام ذات الشأن العسكري... وبقي العمل ساري بمجموعة التشريعات الثورية الصادرة عام 1979م حتى اليوم مع بعض التعديلات البسيطة .

(3) عزات الدسوقي ، شرح قانون الأحكام العسكرية ، الكتاب الاول ، مكتبة دار النهضة المصرية ، الطبعة الاولى ، 1991 ، ص 249.

مسألة إذا ما كان هناك فرق بين التعليمات "التعليمات المستديمة"<sup>(1)</sup> والتي تصدر بصفة عامة منظمة لعمل المؤسسة الأمنية العسكرية، بحيث يكون خطر عدم تنفيذها أشد من عدم تنفيذ الأوامر الفردية. في حين أن قانون العقوبات العسكري قد وضع نصوص صريحة للتجريم والعقاب على مخالفة الأوامر العسكرية، ولم يضع نصوص تجرم صراحة مخالفة التعليمات العسكرية<sup>(2)</sup>، فهل مخالفة التعليمات العسكرية هي مخالفة للأوامر العسكرية وتطبق عليها نصوص ذات المواد؟

فإذا أعطى القائد تعليمات مستديمة، بعدم دخول أي شخص عسكري أو مدني الى منطقة معينة إلا بعد خضوعه لإجراء تفتيش معين، وتم نشر هذه التعليمات، وقام قائد سرية الحراسات بتوزيع الجنود على المداخل لهذه المنطقة. وعلى الرغم من علم الجنود بهذه التعليمات إلا أن أحدهم قام بالسماح لشخص بالدخول دون تفتيش. كذلك قرار وزير الداخلية الصادر عام 2008 الذي مفاده عدم حيازة العسكري لسلاح غير السلاح الميري، وأن من يحمل سلاحاً غير مرخص عليه تسليمه وتسجيله في الجهاز الأمني الذي يعمل فيه، فإذا ما تم رفض تنفيذ أحكام هذه التعليمات أو القرار الصادر عن معالي وزير الداخلية، هل يعتبر ذلك عدم إطاعة لأوامر القائد في المثال الأول أو معالي الوزير في المثال الثاني؟

بداية نرى أن مخالفة التعليمات أخطر وأشد على سير المرافق العامة، منها من مخالفة الأوامر أو القرارات الفردية، مما ينبغي إلزام الموظف المدني أو العسكري بطاعة التعليمات، تحت طائلة

(1) وقد قسم جانب من الفقه التعليمات الى اربع انواع وهي كما يلي:- 1- تعليمات شارحة: وهي تهدف الى توضيح مسألة غامضة 2- تعليمات ناصحة او مشيرة: وهي ارشادية لبيان سبل اداء الواجب مع ترك صلاحية للمرؤوسين في تنفيذ هذا الواجب . 3- التعليمات المقررة او المؤكدة: وهي التعليمات التي يؤكد فيها القائد على قرار سابق له بوجود التنفيذ ، والذي يكون عادة بعد تنبيه المرؤوس لوجود مخالفة، وفقاً لأحكام الماد (2/94) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني لأنه ينطوي على صفة القهر والوجوب والطاعة بالتنفيذ. 4- تعليمات امرة: وهي التعليمات التي يبرم من خلالها القائد امراً معيناً ويلزم المرؤوسين بتنفيذه . والنوع الثالث والرابع من هذه التعليمات هي موضوع بحثنا كونها تتضمن على صيغ امره. لمزيد من الاطلاع انظر ،عاصم عجيلة ،مرجع سابق ، ص145. و ،مازن ليلو راضي ،مرجع سابق ،ص93.

(2) نص القانون العسكري الفلسطيني لعام 1979 على تجريم عدم اطاعة الاوامر العسكرية في الفصل الخامس المواد (203،204،205) ،وقد نص في الفصل الرابع على عنوان مخالفة التعليمات العسكرية ،الا انه بدل من صياغة مواد تجرم مخالفة التعليمات المستدامة ،قد نصت على تجريم افعال محددة واعتبرتها مكان التعليمات العسكرية حيث جاء في المادة (202/أ) يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة أي فرد ارتكب في اثناء العمليات أي جرم من الجرائم التالية:- 1.ترك ضابطه الاعلى سعياً وراء النهب وسلب الغنائم 2. اقتحم مكاناً محروساً 3. 4... الخ .

المسؤولية التأديبية في القانون الإداري والعسكري، والمسؤولية الجزائية في القانون العسكري<sup>(1)</sup>، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر: "بأن مخالفة الموظف للتعليمات الإدارية يعد مخالفة مسلكية ينبغي مساءلته عنها..."<sup>(2)</sup>.

فالأمر العسكري قد يكون عاماً مثل الأوامر المستديمة " التعليمات " ، و أوامر القيادة، وأوامر هيئة التنظيم والإدارة، وقد تكون أوامر خاصة مثل الأوامر الخاصة بالأجهزة الأمنية كل على انفراد، أو أوامر مهنية مثل أوامر الاسلحة، و أوامر الادارات<sup>(3)</sup>. بيد أن هذه التعليمات تقع في مركز قانوني أعلى من الأمر العسكري، إذ يجب لمشروعية الأمر العسكري ان يكون متوافقاً مع أحكام القانون واللوائح والأنظمة والتعليمات<sup>(4)</sup>، وعليه فان هذه الأوامر جميعها سواء صدرت على شكل قرار أو تعليمات، لها صفة الإلزام<sup>(5)</sup>، واجبة الطاعة والتنفيذ شريطة نشرها<sup>(6)</sup>، وتوافرت فيها الشروط اللازمة لصحتها، منتجة لجميع الاثار القانونية الإيجابية والسلبية بحق أفراد قوى الأمن في تنفيذها أو عدم تنفيذها مثلها مثل الأمر العسكري.

## المطلب الثاني: شروط صحة الأمر العسكري

تقدم القول إن الأمر العسكري هو لغة خطاب أمره في أداء الوظيفة العسكرية بين أفراد المؤسسة العسكرية، بيد أنه يجب ان يكون صادراً وفقاً للقوانين والأنظمة واللوائح المعمول بها؛ حتى يتسم بالصفة القانونية أو المشروعية، إذ يترتب على مشروعية الأمر، عدم تحمل المسؤولية الجزائية بالنسبة لمصدر الأمر العسكري أو منفذه. وتتحقق المشروعية من خلال صدور الأمر العسكري من رئيس

(1) المواد (203،204،205) من قانون العقوبات العسكري الفلسطيني لعام 1979.

(2) مازن ليلو راضي، مرجع سابق ص92، حيث عرف التعليمات "بانها الاوامر التي يوجهها الرئيس الى مرؤوسه في مجال الوظيفة العامة، والتي تهدف الى حسن اداء المرؤوسين لأعمالهم".

(3) جاء في قانون المخابرات العامة رقم (17) لسنة 2005 في المادة (29) " يخضع جميع العاملين في المخابرات العامة للتعليمات والضوابط والإجراءات الأمنية التي تصدر عن رئيس المخابرات وبذات المعنى المادة (2/11) من القرار بقانون رقم ( ) لسنة 2007 بشأن الأمن الوقائي .

(4) نصت المادة (89) من قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005 على ما يلي (... وعلى الضابط مراعاة أحكام هذا القانون واللوائح والقرارات والتعليمات الصادرة بمقتضاه ...). انظر ،محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص652.

(5) عاطف صحصاح ، مرجع سابق ص741.

(6) عاصم احمد عجيلة ،طاعة الرؤساء في الوظيفة العامة ،عالم الكتب ،2009،ص144.

مختص الى مرؤوس واجب عليه الطاعة والتنفيذ، وبالشكل الذي نص عليه القانون، وهو ما تعارف على تسميته بالشروط الشكلية (الفرع الأول) <sup>(1)</sup> ويجب ان تكون الغاية والمحل والسبب من إصدار الأمر العسكري تهدف الى تحقيق الصالح العام، وهو ما يطلق عليه الشروط الموضوعية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية في اختصاص الرئيس بإصدار الأوامر من حيث الزمان والمكان والشخص والنوع، واختصاص المرؤوس في التنفيذ، والعلاقة التبعية التي تربط المرؤوس بالرئيس، وقد أطلق جانب من الفقه على الشروط الشكلية اصطلاحاً عناصر القرار الإداري <sup>(2)</sup> ، بمعنى أنه إذا وجد خلافاً في أحد الشروط الشكلية لم يبق الأمر "القرار" الصادر له صفة الأمر العسكري أو القرار الإداري حيث إن انعدام أحد الشروط الشكلية يؤدي إلى انعدام القرار الإداري و تتمثل هذه الشروط بما يلي:

#### أولاً: شرط الاختصاص

شرط الاختصاص هو صدور الأمر العسكري من قائد مختص إلى مرؤوس مختص بتنفيذه، بموجب علاقة تبعية وظيفية، ونظراً لأهمية الاختصاص ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره عنصراً من عناصر الأمر العسكري <sup>(3)</sup> . وعليه فإن دراسة شرط الاختصاص ينطوي على دراسة ثلاثة أمور:

1- شرط اختصاص الرئيس بإصدار الأمر العسكري.

2- شرط اختصاص المرؤوس بتنفيذ الأمر العسكري.

3- علاقة تبعية وظيفية.

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص178.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 102.

(3) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص102، بينما يرى عدنان عمر، مرجع سابق، ص22، ان الاختصاص هو من اركان القرار الاداري، ويؤدي هذا الرأي ايضاً الى ان وجود خلل في احد شروط الاختصاص يعني انعدام القرار الاداري.

ونتناول هذه الشروط على النحو التالي:

## 1- اختصاص الرئيس "القائد" بإصدار الأمر العسكري

ولكي يكون صدور الأمر العسكري من قائد مختص بإصداره، لا يتأتى إلا من خلال أن يكون مصدر الأمر شخصاً يخوله القانون سلطة إصداره<sup>(1)</sup>. وفي مجال الخدمة المدنية يوازي فقهاء القانون الإداري بين الأهلية في القانون الخاص والاختصاص في مجال القانون العام، من حيث الدلالة على اختصاص رجل الإدارة وصلاحيته في إصدار القرار الإداري، من حيث المكان أو النوع أو الشخص، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية " إذا خرج مأمور الضبط القضائي عن دائرة اختصاصه لا تكون له سلطة ما، وإنما يعتبر فرداً عادياً، وهذه هي القاعدة العامة لأداء كل وظيفة رسمية"<sup>(2)</sup>.

ولما كان القانون هو الذي يحدد قواعد الاختصاص لأعضاء الإدارة، فإن مخالفتها من النظام العام يوجب على القائد أو الرئيس أن يمارس الاختصاص والسلطات الممنوحة له بموجب القانون بنفسه، ولا يجوز له تفويضها لغيره، إلا إذا أجاز القانون ذلك بالنظر إلى ظروف واعتبارات معينة<sup>(3)</sup>. حيث نصت المادة (1/89) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني: "أن يؤدي العمل المنوط به بنفسه بدقة وأمانة..."<sup>(4)</sup>.

لسير المؤسسة الأمنية بانتظام وضمان سير عمل ضباطها وأفرادها وفقاً للغاية المقررة لوجودها، عمد المشرع في القوانين والأنظمة العسكرية الى وضع قواعد تحدد القائد أو الرئيس، الذي يعهد إليه إدارة هذه القوة، لا سيما أنه في بعض الأحيان، قد يحدث طارئ فيقع على عاتق القوة تحديد الضابط المسؤول، وفقاً لقواعد التسلسل العسكري، حيث تحدد هذه القواعد الضابط الأعلى رتبة رئيساً لهذه

(1) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص105.

(2) قرار محكمة النقض المصرية، سنة 1941، مجموعة القواعد القانونية، ج 5، رقم 278، ص546، الوارد ذكره لدى محمود محمود مصطفى، شرح قانون، العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة العاشرة، سنة 1983، ص207.

(3) محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص670، وما بعدها.

(4) والمقصود بالعمل المنوط به: هو اصدار العسكري ابتداءً للأوامر المختص بإصدارها، والذي قد يكون تنفيذاً للأوامر الصادرة اليه، وذلك في حدود الوظيفة العسكرية ووفقاً للتسلسل في الرتب العسكرية. وفي هذا ورد في رسالة عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص181، قرار لمحكمة القضاء الإداري في مصر والذي قررت به ان عيب الاختصاص هو العيب الوحيد المتصل بالنظام العام والذي يجب على المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها حتى وان لم يدفع به الخصوم.

القوة، وهو الضابط الذي يملك الصلاحية لإصدار الأوامر، بيد أنه لا يشترط لاعتبار الضابط الأعلى مسئولاً أن يكون من فئات الضباط، إذ يمكن لضابط الصف أو أحد الجنود، أن يتولى القيادة وصلاحيه إصدار الأوامر، لا سيما أنه داخل المؤسسة العسكرية ووفقاً للمهام الموكلة إلى أفرادها، يحدث أن تكلف قوة من الجنود بعمل ما " مهمة أو حاجز " إذ يتولى قيادة هذه القوة جندي أو عريف أو رقيب يكون الأقدم بين زملائه في المهمة، ويعد أمره أمر ضابط مختص<sup>(1)</sup>.

فغاية ما يتطلبه المشرع في الضابط المختص أن يكون من أفراد قوى الأمن<sup>(2)</sup>، وله حق القيادة<sup>(3)</sup>، وأن يصدر الأمر في حدود صلاحيته الوظيفية، والتي لا تتعدى حدود الوحدة أو القوة التي يترأسها<sup>(4)</sup>، بمعنى أن الأمر العسكري الذي يصدر من ضابط إلى ضابط آخر أدنى منه في الرتبة، ومن مراتب وحدة أو قوة أخرى، لا يعتبر أمراً صادراً من ضابط مختص، ما لم يكن هناك ظرف طارئ كحالة الضرورة، أو ان يخول هذا الضابط مصدر الأمر بصفة عرضية الاختصاص بموجب أحكام القوانين والأنظمة العسكرية، أو توجبها الضرورة العسكرية أو العرف العسكري<sup>(5)</sup>.

والاختصاص داخل الوحدة العسكرية الواحدة يكون عاماً لقائدها، أما الضباط المسؤولون عن الإدارات داخل الوحدة، فإن الاختصاص بإصدار الأمر العسكري يكون مقيداً نوعياً وفقاً لوظائف

(1) محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص 249.

(2) فلا يعد ضابطاً مصدرراً للأمر العسكري شخص مدني، فالعامل المدني في قوى الأمن، مهما طالبت خدمته أو كانت الظروف، لا يمكن اعتبار أمره أمراً عسكرياً، ومن ثم ضابطاً أعلى له صلاحية إصدار الأوامر، محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص 249.

(3) ويرجع الأمر في تحديد الأسبقية في القيادة ومن ثم تحديد القائد الأعلى المختص بإصدار الأوامر إلى قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني والذي نص في المادة (52) منه بشأن الضباط (تكون أسبقية القيادة بين الضباط اللذين من رتبة واحدة في اية قوى من قوى الأمن بالترتيب التالي:- 1- الضابط العامل أو المستدعى بعد انتهاء خدمته للخدمة العاملة، 2- الضابط الاحتياط، 3- الضابط الفني، 4- الضابط المكلف، 5- الضابط الشرف. كما تكون الأسبقية للضباط الحائزين على الرتب الأصلية على الضباط الحائزين لرتب محلية أو وقتية مماثلة، وكذلك تكون الأسبقية بين الرتب المحلية أو الوقتية بالنظر إلى الأقدمية في رتبهم الأصلية، المواد (52، 53) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني.

أما الأسبقية في شأن ضباط الصف:- 1- المتطوعون 2- المجندون 3- الاحتياطيون 4- الفنيون، فتكون الأسبقية في القيادة بين ضباط الصف من حملة الرتبة الواحدة حسب الأقدمية في الرتبة، فإذا تساوا في الأقدمية، فالنظر إلى تاريخ التطوع، فإذا تساوا في تاريخ التطوع فيحسب الترتيب في كشف الترقيّة، وتكون الأسبقية في القيادة بين ضباط الصف من خريجي المنشأة التعليمية حسب الترتيب الوارد في كشف التخرج بين أفراد الدورة الواحدة، في الرتبة التي تخرجوا بها. انظر أحكام المواد (145، 146) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني. وللمزيد انظر محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص 249، و صالح البرغوثي رسالة دكتوراة، المسؤولية الجنائية عن تنفيذ الأوامر العسكرية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، غير منشورة 2017، ص 110.

(3) وهو ما يعرف بالاختصاص النوعي، والذي مفاده تحديد المشرع الأعمال، والاختصاصات التي يقوم الموظف العام ممارستها، وليس له مباشرة غيرها والا اعتبر تصرفه باطلاً. عيد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص 196.

(5) حكمت موسى سليمان، مرجع سابق، ص 114.

الضباط وإداراتهم، فالأمر الصادر إلى عسكري أدنى رتبة من رتبة مصدره، خارج حدود وظيفته لا يعتبر أمراً قانونياً؛ لمخالفته لقواعد الاختصاص، مثل إصدار الأمر من ضابط إدارة التموين الى أحد أفراد الحراسات داخل ذات الوحدة (1) ، مالم يكن هناك ضرورة عسكرية، ومثال ذلك اشتعال النار في المخازن، ففي هذه الحالة الأخيرة فإن الأمر يكون صادراً من ضابط مختص بإصداره، وإن اختلفت الوظيفة أو الوحدة العسكرية. كما انه قد ينعقد الاختصاص بصورة عرضية للضابط، ومثال ذلك ان يكون الضابط من إحدى الدوائر أو السرايا يعمل " كضابط عظيم " مناوب، ففي هذه الحالة يكون لهذا الضابط - أثناء المناوبة - صفة الضابط المختص في إصدار الأوامر لجميع أفراد الوحدة العسكرية التي يناوب بها(2).

## 2- اختصاص المرؤوس بتنفيذ الأمر العسكري

**المرؤوس:** هو العسكري المختص بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات العسكرية بتنفيذ الأمر المكلف به (3)، بحيث يصدر الأمر العسكري من رئيس مختص بإصداره الى مرؤوس مختص بتنفيذه، أي أن تنفيذ الأمر ضمن الواجبات الوظيفية للمرؤوس " اختصاص وظيفي". فإذا صدر الأمر العسكري إلى مرؤوس غير مختص، جاز له أن يعتذر عن تنفيذ الأمر الصادر إليه، كأن يكون المرؤوس غير قادر على القيام بتنفيذ الأمر، أو أن يكون الأمر خارجاً عن غاية المرفق العام وأهدافه(4).

وقد يكون الأمر قانوناً من حيث الإصدار، ولكن تنفيذه لا يدخل ضمن اختصاص المرؤوس، كالأمر الصادر من الرئيس الى أحد الضباط بتوزيع وجبات الطعام على الجنود، علماً أن هذه المهمة ليست من اختصاص الضابط، وإنما من اختصاص أحد الأفراد العسكريين، فهذا الأمر غير قانوني

(1) محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص250.

(2) عاطف صحصاح، مرجع سابق، ص752 . محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص250.

(3) حكمت سليمان، مرجع سابق ص28.

(4) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص106.

لعدم اختصاص الضابط المرؤوس بتنفيذ الأمر، ما لم تكن هناك ضرورة عسكرية توجب ذلك، أو صدور أمر بتنفيذ حكم الإعدام بحق شخص ما صدر قرار قضائي قطعي بإعدامه، إلى مرؤوس غير الجراد لتنفيذ هذا الحكم، فإن هذا الأمر غير قانوني لعدم اختصاص المرؤوس بتنفيذه، إذ أن الجراد هو المرؤوس المختص بتنفيذ الحكم دون سواه من أفراد القوى الأمنية<sup>(1)</sup>.

### 3- علاقة تبعية وظيفية

إن صدور الأمر من رئيس مختص إلى مرؤوس مختص بالتنفيذ، يفترض وجود علاقة وظيفية تبعية بين الطرفين، والتي بموجبها يكون حق للرئيس أن يفرض على المرؤوس القيام بعمل أو الامتناع. بيد أن أساس ومصدر هذه العلاقة هي أحكام القانون العام، حيث نجد أن الطرفين "الرئيس والمرؤوس" ممثلان للدولة، وأن القانون هو الذي يعطي الرئيس الحق في إصدار الأوامر، وهو ذاته الذي يوجب على المرؤوس واجب الطاعة وتنفيذ أمر ذلك الرئيس<sup>(2)</sup> فإذا لم تتوافر هذه العلاقة التبعية فإن أمر الرئيس لا يكون أمراً قانونياً واجب التنفيذ.

### ثانياً: شكل الأمر العسكري

يقصد بشكل الأمر العسكري الصورة التي يوضع فيها الأمر، والتي قد تكون صورة كتابية، أو صورة غير كتابية كالإشارة أو شفاهية أو بالإيحاء، بيد أن الأصل في "القرار الإداري" أنه لا يشترط فيه شكل خاص ما لم يكن المشرع أو العرف قد جرى على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>. ويجب أن تتضمن الصيغة المستخدمة توجيهاً أو إخطاراً للمرؤوس بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل ما، أي يجب أن يستخدم الرئيس في إصداره للأمر الصيغة الأمرة - كما تقدم القول سابقاً - حيث إن لغة الأمر هي لغة الخطاب في المؤسسة العسكرية<sup>(4)</sup>.

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 371.

(2) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 102.

(3) نواف كنعان، مرجع سابق ص 262.

(4) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 103.

ونجد أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الثوري لعام 1979م، قد نص على ثلاث صور للأمر العسكري، وهي كتابية أو شفاهة أو بالإشارة، أو بأي وسيلة أخرى تعارف عليها العمل العسكري، وأن ذكر هذه الصور أو الصيغ من المشرع لا يعني أنه أجاز إصدار الأمر العسكري بأي صورة من هذه الصور، أي أنه ترك الأمر لاختيار القائد، وإنما أراد ذكر أنواع الصور التي يصدر بها الأمر، حيث ان الأوامر القتالية مثلاً، لا يمكن أن تكون شفاهية دون وجود أمر مكتوب نظراً لخطورتها<sup>(1)</sup>.

بيد أنه في الواقع العملي داخل المؤسسة الأمنية العسكرية هناك أعراف عسكرية تحدد قواعد استخدام أي صورة من صور الأمر العسكري، وفقاً لطبيعة المهمة الصادر الأمر بتنفيذها، فإذا ثبت لتقاضي الموضوع أن العرف العسكري يوجب استخدام شكل محدد في مثل هذه المهمة، فإن صدور الأمر بصورة مخالفة لهذا العرف يعتبر هذا الأمر غير قانوني؛ لصدوره بصورة مخالفة لما جرى عليه العرف العسكري، فإذا كان العرف بعدم استعمال السلاح الناري - في غير حالة الضرورة - أثناء فض أعمال الشغب إلا بأمر مكتوب، فإن إعطاء الأمر باستعمال السلاح الناري شفاهة لا يعتد به قانوناً.

### الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

يحول صدور الأمر العسكري تنفيذاً لأحكام القانون، دون إعطاء مصدر الأمر سلطة تقديرية، وهو ما يطلق عليه التنفيذ التلقائي لحكم القانون، لا تنهض حياله عيب بالمشروعية من ناحية الشروط الموضوعية، إذ أن توافرها يعود لواجب طاعة القانون، والقانون بدوره يحدد الشروط اللازمة لتنفيذ الأمر، دون أن يترك لمصدر الأمر أو المنفذ سلطة تقديرية. ومثال ذلك قيام مأمور السجن بإصدار أمر بحبس شخص ما تنفيذاً، لقرار سلطة مختصة بالحبس، حتى إذا كان يعلم مأمور السجن أن

(1) عاطف صحصاح مرجع سابق ص 725، و سميح المجالي والقاضي علي المبيضين ، مرجع سابق ،ص 95.

صدور الأمر من الجهة المختصة في غير الأحوال المقررة في القانون، فلا تطبق بحقه أحكام المواد (178، 179) من قانون العقوبات الاردني النافذ في فلسطين، والمواد (247، 248) من قانون العقوبات الثوري الفلسطيني لعام 1979، واللذان تنصان على تجريم ومعاقبة مسؤول مركز الإصلاح إذا قبل توقيف شخص في غير الحالات التي نص عليها القانون. لكون الأمر الذي قام بتنفيذه قانوني بموجب أحكام القانون<sup>(1)</sup>.

بيد أنه إذا كان لدى الموظف السلطة التقديرية في إصدار الأمر من عدم اصداره، فإن المشروعية تنهض في حال عدم ملائمة السبب أو المحل أو الغاية من إصدار الرئيس للأمر مع الهدف والغاية التي يهدف المشرع ويطمع الى تحقيقها وهي المصلحة العامة<sup>(2)</sup> وذلك كما يلي:

#### 1- شرط السبب

لمشروعية تصرف الموظف أثناء قيامه بسلطته التقديرية، يجب أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة. بيد أنه يشترط لقيام الموظف بتصرف ما، وممارسة سلطته التقديرية، وجود سبب صحيح يدفعه الى هذا التدخل. لا سيما أن تدخل الإدارة (العسكرية) بإصدار الأمر العسكري غالباً ما ينطوي على الحد من حرية الأفراد<sup>(3)</sup> لذا يمكن تعريف السبب بأنه: الحالة القانونية أو الواقعية (المادية) التي تسبق صدور الأمر، وتحمل الضابط المسؤول على التدخل بسلطته الملزمة لأحداث أمر قانوني ما<sup>(4)</sup>. ويلخص الدكتور إسحق إبراهيم أهم مقومات السبب الذي يسوغ إصدار الأمر العسكري فيما يلي<sup>(5)</sup>:

أ) أن السبب حالة خارجية عن العسكري الذي أصدر الأمر، سابقة على اصداره أيضاً.

ب) السبب قد يكون واقعة قانونية أو مادية سواء كانت إيجابية أو سلبية، مثل وجود متهم متلبس بتهمة حمل سلاح بدون ترخيص أو محاولته الاعتداء على مأمور الضبط القضائي أثناء

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص204.

(2) حكمت سليمان، مرجع سابق ص29.

(3) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص167.

(4) نواف كنعان، مرجع سابق ص279. و صالح البرغوثي، مرجع سابق ص108.

(5) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 167 وما بعدها .

تأديته وظيفته، تعد إحدى هذه الوقائع، من الوقائع المادية التي تصلح كسبب صحيح لإلقاء القبض عليه وتجريده من السلاح. بيد أن صدور قرار من المحكمة أو النيابة العامة بإلقاء القبض على شخص ما، يشكل واقعة قانونية كافية كسبب صحيح لإلقاء القبض على المتهم واستخدام القوة اللازمة لذلك<sup>(1)</sup>.

ت) إذا تخلف السبب فإن تدخل العسكري يكون غير مبرر، ويعد الأمر الصادر عنه بلا سبب وغير قانوني، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه إذا شاهد رجل السلطة شخصاً ما، يلتفت يميناً وشمالاً فألقى القبض عليه، فإن هذا الأمر يكون بلا سبب صحيح لعدم قيام حالة التلبس<sup>(2)</sup>.

ث) أن يكون السبب صحيحاً: بحيث إنه بالإضافة لضرورة وجود السبب قبل اتخاذ القرار، يجب أن يكون الحصول على السبب بطريق صحيح وبدون تدخل من الموظف لإيجاده، فإذا ما حصل الموظف على السبب بطريق مخالف للقانون اعتبر السبب غير صحيح، حتى وإن كان في ذاته يشكل جريمة، مثل قيام رجل الشرطة باستراق السمع أو النظر من الأبواب أو نوافذ المساكن، ومشاهدته جريمة في الداخل. لما يشكل هذا الفعل من مخالفة للحقوق والحريات التي نص على صيانتها القانون الأساسي<sup>(3)</sup>.

الأصل في الأمر العسكري عدم ذكر السبب في متنته، والاستثناء نظراً لطبيعة الواجبات المترتبة على الأوامر، قد يفرض المشرع ذكر السبب في الأمر العسكري، لا سيما إن العمل العسكري يختلف عن العمل في الوزارات والدوائر التابعة لها أو الهيئات، والتي تقوم بتحديد أعمالها الإدارية بهدوء

(1) نواف كنعان ، مرجع سابق ص280.

(2) نقض جنائي 20 يناير 1959 ، مجموعة أحكام محكمة النقض الجنائية ، س 10 ، رقم 16 ، ص 60 . المذكور لدى اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 169.

(3) نص المادة (17) من القانون الاساسي الفلسطيني " للمساكن حرمة ، فلا تجوز مراقبتها او دخولها او تفتيشها الا بامر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون . يقع باطلاً كل ما يترتب على مخالفة أحكام هذه المادة ... " وكذلك ما جاء في المادة (32) من ذات القانون بالنص صراحة على ان جريمة الاعتداء على الحريات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة جريمة لا تسقط بالتقادم .

ومشاوره ودون الاستعجال في اتخاذ القرار، ومع ذلك ليس بالضرورة ذكر سبب القرار الا إذا استوجب  
المشرع ذلك صراحة<sup>(1)</sup>. لذا فإن الأوامر العسكرية قليلاً ما يذكر فيها السبب، فإذا كان القانون يوجب  
ذكر السبب، فإن المرؤوس يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن عدم التنفيذ لعدم وجود السبب<sup>(2)</sup>، وأن  
للقاضي المختص فرض رقابته بالتحقق من الوجود المادي للوقائع التي تشكل سبب القرار، وصحة  
تكيفها القانوني وفيما إذا كانت كافية لإصدار الأمر العسكري<sup>(3)</sup>.

ويمكن القول أنه إذا ذكر السبب في متن القرار العسكري أو لم يذكر، فإن للمرؤوس الحق في  
عدم تنفيذ الأمر إذا تيقن من عدم مشروعية السبب، ويمكن تحمله المسؤولية من جراء التنفيذ، ويقع  
على القاضي التحري عن صحة ومشروعية السبب سواء ذكر في الأمر أو لا، ولا سيما أنه يجب  
على العسكري الرئيس أثناء إصدار الأمر العسكري أن يسعى دائماً إلى مقومات وظيفته عن طريق  
الأسباب المشروعة<sup>(4)</sup>.

## 2- شرط المحل

يقصد بمحل الأمر العسكري " القرار الإداري": موضوع القرار أو محتواه المتمثل في الآثار  
القانونية التي يحدثها القرار مباشرة، وذلك بالتغيير في المراكز القانونية، سواء بالإتشاء أو التعديل أو  
الإلغاء<sup>(5)</sup>.

(1) عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق ص480 وقد اورد في هذا المعنى قرار المحكمة الادارية العليا رقم (1586) لسنة (17) قضائية  
عام 1965 والذي جاء فيه " ان الجهة الادارية ليست ملزمة بذكر اسباب قرارها ان لم يلزمها القانون بذكر هذه الاسباب ، وفي هذه الحالة  
تُحمل على القرينة العامة التي تقضي بافتراض وجود اسباب صحيحة لهذه القرارات وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك "

(2) صالح البرغوثي، مرجع سابق

(3) عزات مصطفى الدسوقي، مرجع سابق، ص205.

(4) اسحق ابراهيم، مرجع سابق ص169.

(5) عبد الغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق ص484.

ويشترط في محل الأمر العسكري ثلاث شروط وهي:

أ- أن يكون الأثر الذي أحدثه الأمر متعيناً محدداً في فحواه لا لبس أو غموض فيه، إذ يجب على الرئيس عند إصدار الأمر أن يراعي ثقافة مرؤوسيه وخبرتهم، فيصدر الأمر العسكري بما يتناسب مع فهمهم (1).

ب- أن يكون الأثر الذي أحدثه الأمر ممكناً، فبالإضافة الى شرط تعين وتحديد الأمر العسكري، يجب ان يكون الأمر ممكن التنفيذ. فإذا أصدر الرئيس أمر بهدم بناء آيل للسقوط، لا يمكن تنفيذه من المرؤوسين، إذا كان البناء، قد هدم من تلقاء ذاته. وكذلك صدور أمر من القائد الى الجنود باستلام السلاح من قسم التسليح، في حين ان الجنود المأمورين كانوا قد استلموا السلاح سابقاً (2).

ت- أن يكون الأثر الذي يحدثه الأمر من الجائز تحقيقه قانوناً في ظل الأوضاع القانونية القائمة، بحيث يكون متفقاً مع القانون الأساسي فيما نص عليه من ضرورة الالتزام بالاتفاقيات الدولية (3). وعليه فإن الأمر المخالف لأحكام وقواعد القانون الدولي المتصلة بالحرب يكون معيباً، فضلاً عن وجوب الالتزام بالقوانين واللوائح الداخلية (4).

فإذا كان أمر الرئيس يتضمن الإعتداء على الحقوق والحريات العامة، فإنه من المستحيل تحقيقه قانونياً ويكون قراراً معيباً بعبء المحل، ومثال هذا الشرط الأمر بتعذيب متهم للحصول على الدليل فإن هذا الأمر يتعارض مع أحكام قانون العقوبات الثوري الذي يجرم التعذيب (5).

(1) مازن ليلو راضي، مرجع سابق ص97.

(2) عبد الغني بسبوني، مرجع سابق ص485

(3) نصت المادة (10) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 على ما يلي:- 1-حقوق الانسان وحرياته ملزمة وواجبة الاحترام ، 2- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون ابطاء على الانضمام الى الاعلانات والمواثيق الاقليمية والدولية التي تحمي حقوق الانسان . وبعد اعلان فلسطين كدولة مستقلة وعضو مراقب في الامم المتحدة عام 2012 سارع فعلاً رئيس دولة فلسطين السيد الرئيس محمود عباس حفظه الله الى التوقيع العديد من الاتفاقيات التي تنص على حماية حقوق الانسان ، وكذلك الانضمام الى محكمة الجنايات الدولية .

(4) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ، ص254.

(5) المرجع السابق ص 486 . وقد جرم قانون العقوبات الثوري الفلسطيني التعذيب بأي شكل ولأي سبب كان في المادة (280) منه والتي جاء فيها " أ - كل من سام شخصاً ضرورياً من الشدة لا يجيزها القانون رغبة منه في الحصول على اعترافات عن جريمة او معلومات او امر بذلك بشأنها عوقب بالحبس ثلاثة اشهر على الأقل واذ ادت اعمال العنف الى مرض او جرح كان الحبس ستة اشهر على الأقل . واذ افضى التعذيب الى الموت كان العقاب الاشغال الشاقة خمسة سنوات على الأقل "

وقد جرى الفقه والقضاء، على استخدام عبارة "عيب مخالفة القانون" كلما اعتدى محل الأمر العسكري عيب في محله ورتب عليه البطلان، وإن مخالفة القانون تشمل مخالفة القانون بمعناه الواسع سواء كان ذلك في القرارات أو اللوائح أو القانون أو الدستور أو المبادئ القضائية والتعليمات والأوامر المستديمة<sup>(1)</sup>، وتعني المخالفة من حيث المسؤولية الجنائية مخالفة الأمر للقانون بصورة ظاهرة وهي ما عبر عنها المشرع الثوري الفلسطيني في المادة (57) والتي نصت على ما يلي " الفعل المرتكب إنفاذا لنص قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون اطاعته لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة ".

### 3- شرط الغاية

إن الغاية من الأوامر العسكرية، وكذلك الغاية من جميع أعمال السلطة الإدارية هي المصلحة العامة، إذ أن القانون لم يعط السلطة العامة الصلاحيات والامتيازات التي تتمتع بها، إلا باعتبارها وسائل تساعد السلطة العامة في تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إلى تحقيقها دائماً، وهي تحقيق المصلحة العامة<sup>(2)</sup>، فتحقيق المصلحة العامة يمثل النتيجة النهائية التي يسعى إليها الرئيس من إصدار أمره العسكري سواء نص عليها المشرع صراحة أو ضمناً أو لم ينص عليها<sup>(3)</sup>.

وتمثل الغاية من الأمر العسكري العنصر المعنوي فيه، الذي يوضح الحالة المعنوية للرئيس العسكري عندما يقوم بهذا العمل، ويترتب على تخلف شرط المصلحة العامة - كأن يقصد الموظف مصلحة شخصية أو حزبية - بطلان الأمر العسكري، ولما كانت غاية المصلحة العامة، التي أجازها القانون لرجال الشرطة استعمال القوة لفض المظاهرة، هي تحقيق الأمن والنظام العام، فإن إقدام مدير

(1) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص170.

(2) عبد الغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق ص487.

(3) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص170.

الشرطة بإصدار أمره باستعمال القوة والعنف لفض المظاهرة تحقياً لمصلحة شخصية (كالانتقام) أو لغاية حزبية، فإن أمره باستعمال القوة معيماً بعب الانحراف بالسلطة (1).

وإن استهداف مصدر الأمر العسكري المصلحة العامة بمعناه الواسع، يخرج عن الاختصاص الوظيفي لمصدر الأمر، لا سيما أن القانون قد خصص هدفاً معيناً لنطاق كل عمل إداري. لذا فإن الأمر العسكري، يجب ان يهدف الى تحقيق الغاية العامة المخصصة والمحددة ضمن نطاق الوظيفة العسكرية لمصدر الأمر، فإذا تجاوز نطاق وظيفته العسكرية كان القرار معيماً، وإن كان يهدف الى تحقيق المصلحة العامة (2).

واحياناً يهدف مصدر الأمر العسكري إلى تحقيق مصلحة عامة ومصلحة شخصية من ذات الأمر العسكري، مثل إصدار الأمر بتوقيف متهم في قضية تستوجب ظروف التحقيق فيها توقيف المتهم، بيد أن هناك رغبة لمصدر الأمر بالانتقام من المتهم لأسباب شخصية، وبذلك اجتمعت مع الغاية العامة المشروعة، غاية خاصة غير مشروعة، ففي مثل هذه الحالة استقر الفقه على مشروعية الأمر العسكري، من منطلق توافر الغاية المشروعة، وإن أردف ذلك غاية شخصية بصفة التبعية؛ على اعتبار أنها غاية ثانوية لا تؤثر في صحة القرار (3).

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 209

(2) نواف كنعان، مرجع سابق ص 277.

(3) محمود محمود مصطفى مرجع سابق ص 209.

## الفصل الأول

### ضوابط المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية

تتسم الدولة الديمقراطية بخضوع الحكام والمحكومين لأحكام القانون، وهو ما يعرف بسيادة القانون على أعمال وأنشطة الإدارة العامة، أثناء ممارستها نشاطها القانوني من خلال إصدار القرارات الإدارية "الأوامر العسكرية في مجال الوظيفة العسكرية" بهدف تحقيق المصلحة العامة. حيث يقع على عاتق المرؤوسين أثناء تنفيذهم للقرارات الإدارية الالتزام بواجبين: الواجب الأول: طاعة القانون بمعناه العام، والواجب الثاني: الالتزام بطاعة الأوامر الصادرة من رؤسائهم والتي تهدف بطبيعة الحال الى تحقيق الصالح العام.

وتختلف الطاعة في القوانين العسكرية عنها في القوانين المدنية؛ إذ يبرز دور الموظف المدني في الرقابة على مشروعية القرار الإداري أكثر منه في مجال الوظيفة العسكرية، والتي تنص قوانينها على تشديد واجب الطاعة وتقرير عقوبات مشددة لمن يهدر هذا الواجب، تصل إلى درجة الإعدام في حالة الحرب. بيد أن الفقه الحديث والقوانين العسكرية حديثاً أخذت تميل إلى فكرة الحراب الواعية، وحق العسكري بمراقبة محدودة لمشروعية الأوامر العسكرية. ومن المنطق القانوني أنه كلما ازداد واجب الطاعة على الموظف العسكري أو المدني شدة وصرامة بغض النظر إذا كان الأمر مشروعاً أو غير مشروع كلما انخفض تقرير مسألته جزائياً عن تنفيذ هذه الأوامر.

يشكل كل من واجب الطاعة ومبدأ مشروعية الأوامر العسكرية الضوابط المحددة للمسؤولية عن الأوامر العسكرية التي ينتج عن تنفيذها نشاط خاطئ، فكلما كان هناك واجب الطاعة على العسكري وكان الأمر مشروعاً كان هذا النشاط مباحاً، مما يفرض الالتزام بواجب الطاعة (المبحث الأول) وأن يكون القرار متسماً وخاضعاً لمبدأ المشروعية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: واجب الطاعة

قام النظام القانوني في المؤسسة العسكرية منذ قدم الزمان على أساس متين يلزم أفرادها بالانضباط والالتزام بالأوامر والتعليمات الملقاة إليه بدقة وأمانة، هذا الأساس هو واجب الطاعة العسكرية الذي يقوم على الالتزام بتنفيذ الأوامر والتعليمات الملقاة إلى المرؤوس بدقة وأمانة، والموت في سبيل تنفيذ هذه المهام الملقاة على عاتقه دون تردد أو تمنن من أفراد الجيش؛ إذ أن ذلك واجبه اتجاه وطنهم الذي لا يقوم كما ينبغي له أن يكون، إلا على أساس الضبط والربط وحسن النظام العسكري، الذي يعد دستور الحياة داخل المؤسسة العسكرية، بحيث يخضع الأحدث لأوامر الرؤساء الأقدم داخل قوات المؤسسة الأمنية.

وتتميز طاعة الرؤساء بدور مهم في تحديد المسؤولية الجنائية عن تنفيذ الأوامر العسكرية، فكلما كانت القوانين تنص على الطاعة العمياء وجب إعفاء المرؤوسين من المسؤولية الجنائية، إذ لا ينبغي للقانون أن يأمر بإطاعة الأوامر العسكرية وبذات الوقت يقرر المسؤولية عن تنفيذ تلك الأوامر؛ فالنظام القانوني الواحد كالبنين المرصوص لا يتأتى له أن يناقض نفسه بنفسه؛ لذا فإذا قرر القانون للمرؤوسين رقابة محدودة على مشروعية الأمر العسكري، كان المرؤوس مسؤولاً عن طاعته وتنفيذه للأوامر الغير مشروعة بذات المقدار الذي منحه للمرؤوس في مراقبة هذه الأوامر، لذا نتناول مفهوم واجب الطاعة وأساسه في (المطلب الأول) ونطاق هذه الطاعة وأشخاصها وحدودها في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم واجب الطاعة وأساسه

للاطلاع على مفهوم وواجب الطاعة العسكرية علينا تناول مفهوم واجب الطاعة لغة واصطلاحاً وحجج الفقه في بيان مفهوم الطاعة (الفرع الأول)، ثم نعرض على الأساس الشرعي والقانوني الذي يستند إليه واجب الطاعة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: مفهوم واجب الطاعة

الطاعة لغة: الانقياد والموافقة، وقد جاء في لسان العرب الطاعة اسم من أطاعه طاعة، والطواعية اسم لما يكون مصدراً لطاوعه، والطوع نقيض الكره، ورجل طيع أي طائع، وأطاع بمعنى لان وانقاد، وأطاعه إطاعة وانطاع له كذلك، فإذا مضى الرجل للأمر فقد أطاعه وإذا وافقه فقد طاعه<sup>(1)</sup>. فلا تكون الطاعة إلا لأمر، كما هو الحال في الجواب الذي لا يكون إلا رد على قول.

وفي الاصطلاح: تعني الطاعة موافقة الأمر طوعاً، أو هي فعل المأثورات ولو ندباً، وترك المهينات ولو كرهاً<sup>(2)</sup>.

أما في الاصطلاح القانوني: فقد اتجه الفقه إلى تعريفين للطاعة أحدهما واسع والذي يعرف الطاعة بأنها احترام الشريعة والدستور والقانون، والأخر ضيق والذي يعرف الطاعة بأنها: الخضوع لأوامر الرؤساء فقط<sup>(3)</sup>.

وقد أخذ أغلب الفقه بالمعنى الضيق للطاعة في تعريفها<sup>(4)</sup>، حيث عرفها الفقيه (سالون) بأنها "التنفيذ الدقيق لقواعد المرفق والتطابق مع أوامر الرؤساء شفوية أكانت أم كتابية"<sup>(5)</sup>، وهذا المعنى الضيق للطاعة يوافق المعنى الواقعي لواجب الطاعة في الوظيفة العامة، إذ أن طاعة نصوص الدستور والقوانين والأنظمة واجبة بحق الموظفين وغير الموظفين من المواطنين<sup>(6)</sup>. فالطاعة وفقاً للمفهوم الضيق أقرب للمنطق، إذ يوافق المعنى الواقعي لواجب الطاعة داخل الوظيفة العامة، فالعلاقة الوظيفية بين الموظفين، ينشأ بموجبها واجب الطاعة لأوامر الرؤساء واحترامهم من المرؤوسين<sup>(7)</sup>، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية المصرية بقولها: "تفترض طاعة الرؤساء من العامل إلى جانب ما

(1) الامام العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد التاسع ، طبعة جديدة ومنقحة، دار صادر بيروت ، بلا سنة نشر او طبعة ،ص158 وما بعدها .

(2) احمد بن عمر العليمي ،واللواء محمد شيبه خطاب ، الانضباط والطاعة ودروس في الكتمان <https://www.pinterest.com>

(3) مازن ليلو راضي ،مرجع سابق ص22.

(4) اسحق ابراهيم ،مرجع سابق ،ص15 ، مازن ليلو راضي ،مرجع سابق ص 22 ، و صالح البرغوثي ، مرجع سابق ،ص42.

(5) عاصم عجيلة ،مرجع سابق، ص19.

(6) مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص23.

(7) عاصم عجيلة ،مرجع سابق، ص20.

يصدرونه إليه من أوامر وقرارات، احترامه لهم بالقدر الذي يجب أن يسود بين الرئيس والمرؤوس فيستحق العامل الجزاء إذا أثبت أنه اخل بواجب ذلك الاحترام " (1).

ويعرف واجب الطاعة الدكتور عاصم عجيلة بأنه " امتثال الموظف لأوامر الرؤساء واحترامهم في نطاق الوظيفة العامة " (2). بينما يعرف الدكتور صالح البرغوثي واجب الطاعة في الإطار العسكري " الالتزام الدقيق بالتعليمات المستديمة، والخضوع لها، والامتثال لتنفيذ الأوامر الصادرة من القائد المختص بشكل مباشر دون أي تردد أو مناقشة أو تراخي واحترامها " (3).

أخذ المشرع بأحد التعريفين للطاعة "الموسع والمضيق"، يوضح السياسة التشريعية التي أرادها المشرع من حيث وضع المسؤولية على عاتق الموظف العام أو رفعها ، وقد استند اصحاب كل اتجاه في تعريفه للطاعة الى أسباب وأسانيد لتبرير وتعليل المعنى الذي تبناه وذلك كما يلي:-

**الرأي الأول:** وهو الاتجاه الموسع ويرى هذا الرأي "أن طاعة الرؤساء هي النتيجة المنطقية والعملية للواجب الذي يلتزم به كل مواطن، حتى الذين هم على رؤوس السلطة وهو احترام القانون"<sup>(4)</sup>، لذا فإنه لا يوجد واجب لطاعة الرؤساء مستقل ومتميز عن طاعة أحكام القانون، إذ أن طاعة الرؤساء واجبة طالما يصدر الرؤساء الأوامر تنفيذاً لأحكام القانون<sup>(5)</sup> وبذلك نرى أن هذا الرأي ينكر مبدأ الطاعة للرؤساء معللين رأيهم، أن السلطة الرئاسية تقوم بواجبها بالاستناد إلى القوانين واللوائح والمبادئ الأساسية التي تحكم النشاط الإداري، وان مبدأ طاعة الرؤساء ما هو إلا امتثال للتصرف الصادر وفقاً لقانون الوظيفة العامة، حيث إن تفسير أحكام هذا القانون قد يصعب في بعض الأحيان على رجال القانون، فكيف هو الحال بالموظفين في الدرجات الدنيا في السلم الوظيفي؟ لذا يقع على عاتق الرئيس

---

(1) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر في 1965/6/5 ، مجموعة المبادئ القانونية، ص2048 ، نقلاً عن مازن ليلو راضي، ص23 و عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص20.  
(2) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص20.  
(3) صالح البرغوثي ،مرجع سابق، ص42.  
(4) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص19.  
(5) عبد الكريم المتوكل ، مرجع سابق، ص19.

إصدار الأوامر والتعليمات تفسيراً و تنفيذاً لأحكام القانون، ويخضع المرؤوسين بالطاعة لهذه الأوامر لكونها صادرة لتنفيذ أحكام القانون، ليس لكونها صادرة عن شخص الرئيس (1).

وتبدو الأهمية في دراسة هذا الاتجاه للكشف عن جوهر الطاعة للرؤساء وعلاقتها بالواجب الوظيفي، ودورها في تحديد المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية. بيد أن أقطاب هذا الاتجاه وهم الفقيه ديجي وكاريه دي ملبرج وجورجان، لكل فقيه منهم سند خاص به، يستند إليه في تبني هذه النظرية، فجاءت هذه الأسانيد كما يلي:-

1- امتداد مجال الشرعية: حيث يرى الفقيه ديجي أنه لا يوجد في القانون التزام تدعن بموجبه

إرادة فردية إلى أوامر صادرة عن إرادة فردية أخرى، لا سيما ان قيام الموظف بطاعة أمر الرئيس ضمن الاختصاص القانوني، ما هو إلا تنفيذ لحكم القانون، بحيث إذا تجاوز الرئيس أحكام القانون، فلا طاعة للرئيس في تنفيذ الأوامر الصادر متجاوزاً لأحكام القانون، فلا يوجد واجب مستقل يدعى واجب طاعة الرؤساء، يختلف عن طاعة القانون. بيد أن الطاعة بالنسبة للعسكري هي طاعة عمياء، بحيث ينفذ المرؤوس الأوامر العسكرية ولو كانت غير مشروعة(2).

2- الطاعة واجب في فلك القانون: لا ينكر صاحب هذه النظرية " الفقيه كاريه دي بليرج " وجود

مبدأ طاعة الرؤساء ولكنه ينسبه الى القانون؛ بحيث تجب طاعة الرؤساء كلما كان ذلك الأمر تنفيذ لأحكام القانون، فلا وجود ذاتي خاص لمبدأ طاعة الرؤساء، وان المرؤوس غير ملزم نتيجة تنفيذ أمر رئيس غير قانوني أن يعرض نفسه لدائرة المسائلة الجنائية، حتى يصار فيما بعد إلى منع مسؤوليته استثناء لتنفيذ أمر رؤسائه(3).

(1) عبد الكريم المتوكل ، مرجع سابق ص 18.

(2) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص42،43.

(3) المرجع سابق ص4.

3- تطور دور المرؤوسين: يرى الفقيه "جورجان" أنه عندما كانت السلطة الإدارية تتمتع بصلاحيات واسعة، نظراً لعدم امكانية تدخل المشرع، كان مبدأ الطاعة وارداً، ولكن في العصر الحديث، بعد تدخل المشرع بشكل موسع في كافة المجالات الإدارية، أصبح واجب الموظف هو القيام بأعمال وظيفته طبقاً للقوانين واللوائح، وأن دور الرئيس هو دور قائم على تطبيق أحكام القانون<sup>(1)</sup>.

ويترتب على هذه النظرية المنكرة لطاعة الرؤساء وحدهم، سمو قاعدة المسؤولية الشخصية للموظف العام، والمؤسسة على فكرة سمو القانون وحده " فكرة القانون الانجلوسكسوني"، ومن جهة أخرى تهدف إلى القضاء على التسلط الإداري للرئيس والانحراف بالسلطة، وذلك بإقرار الطاعة للرؤساء وفقاً لأحكام القانون فقط، وتحميل الموظف المسؤولية عن تنفيذ الأوامر الصادرة إليه المخالفة لأحكام القانون<sup>(2)</sup>.

وهذا المعنى الواسع لواجب الطاعة، وفي مجال القانون الإداري، يؤدي إلى قلب المعايير التي تحكم المسؤولية الجنائية والإدارية والمدنية، بحيث يقع على عاتق كل موظف مراقبة سلامة الأمر الصادر إليه، وعدم تنفيذ الأمر إلا إذا تطابق مع أحكام القانون. وهو الأمر الذي لا يمكن تحققه من جانب الموظفين العموميين؛ بالنظر إلى درجاتهم الوظيفية والعلمية والعملية، وما يترتب على ذلك من تقييد الموظف العام أثناء عمله بالسلطة المقيدة بموجب أحكام القوانين والأنظمة<sup>(3)</sup>، والعمل فقط

(1) المرجع سابق ص 44.

(2) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص 19

(3) الفرق بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية هو ان الموظف في السلطة الاولى يتصرف بامر مسبق من القانون ، فهو الذي يرسم له مقدماً السلوك الواجب عليه اتباعه في الشأن محل التصرف ، اذا ما توافرت الشروط اللازم توافرها لمباشرة هذا التصرف ، بمعنى ان الادارة ملزمة بالقيام بهذا العمل اذا تحققت الشروط التي اوجبهها القانون والا عد تصرفها الايجابي او السلبي باطلاً .فالموظف في هذه السلطة يمارس دور رقابي في تنفيذ القانون ، فهو يقوم بواجب تنفيذ سلطات الدولة المقررة بموجب أحكام القانون من السابق ،والتي لا تشكل مساساً بالحقوق والحريات المستقرة في ذهن المجتمع من السابق .ومثالها السلطة التي يمارسها الموظف باعتياد كالمدرس الذي يعلم الطلاب ،والعسكري الذي يقوم بأعمال الحراسة اليومية .اما السلطة الثانية وهي السلطة التقديرية والتي يمارس بموجبها الموظف السلطة في الاحوال التي لم يحدد او ينظم القانون نشاط الادارة في موضوع ما ، مما يعطي الادارة الحرية في اتيان التصرف ام الامتناع ووقت تدخلها لمواجهة هذا الظرف . (حرية الاختيار ) ، سيما ان الموظف ومن خلال هذه السلطة يمارس دور تقديري في تنفيذ أحكام القانون بحيث يكون بتنفيذ سلطات الدولة والتي في حقيقتها تشكل اساس بعض الحقوق والحريات العامة المقررة بموجب أحكام القانون من السابق، إذ يقوم الموظف بهذه الاحوال بتقديم مصلحة على اخرى ؛فيقدم المصلحة العامة على مصلحة الافراد (الخاصة ) حماية لكيان المجتمع وسيادة النظام فيه . بيد ان الموظف الواحد قد يمارس السلطة المقيدة والسلطة التقديرية معاً ومثال ذلك شرطي المرور الذي ينظم المرور بشكل اعتيادي ولسبب ما يقرر اغلاق طريق معين . للمزيد من الاطلاع انظر اسحق ابراهيم ،مرجع سابق ،ص31 وما بعدها .و محسن خليل القضاء الاداري دار النهضة العربية بيروت 1972 ،ص114 وما بعدها . بن كده نور الدين ،مبدأ المشروعية في القضاء

بمقتضاها، وهجر السلطة التقديرية والتي تستوجب طبيعة الحياة الإدارية ان يمارسها الموظف العام بشكل يومي، بالنظر الى الطبيعة المتطورة للحياة الإدارية التي يصعب مواكبتها واحاطتها بالقوانين، مما يوجب على الموظف استخدام السلطة التقديرية لسد الفراغ التشريعي<sup>(1)</sup>. بيد أنه إذا استخدم الرئيس هذه السلطة التقديرية، فإن المرؤوس يتحمل المسؤولية عن تنفيذ هذا الأمر وفقاً لهذه النظرية؛ مما يدفع الموظفين العموميين إلى الاحجام عن تنفيذ أي أمر خارج عن نطاق السلطة المقيدة للموظف العام -الأمر المتناقض مع طبيعة القانون الإداري الحديثة والمتطورة، وحاجات المرفق العام المتغيرة باستمرار، والتي لا يمكن حصرها بنص تشريعي مسبقاً- وبالتالي يؤدي الى انعدام الضبط والربط العسكري والمرفقي، بحيث لا يمكن أن يكون هناك نظام داخل المرفق العام، بحيث تعم الفوضى والاضطراب الذي يؤدي الى وقف المرافق العامة عن أداء الواجب المنوط بها، مما دفع غالبية الفقه إلى هجر هذه النظرية<sup>(2)</sup>.

**الرأي الثاني:** وهو الاتجاه الضيق الذي ذهب إليه أغلب الفقه حيث عرف(سالون) الطاعة "التنفيذ الدقيق لقواعد المرفق العام والتطابق مع أوامر الرؤساء شفوية كانت أم كتابية<sup>(3)</sup> " حيث يرى "الفقيه هوريو" أن طاعة الموظف العام لا تنحصر بأحكام القانون، وإنما تمتد إلى طاعة الرؤساء الذين يوكل إليهم تنفيذ أحكام القانون. وبهذا يقع على عاتق الموظف العام طاعة القانون وطاعة الرؤساء<sup>(4)</sup>، مما يكفل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، من خلال الالتزام بالتشريعات والقوانين واللوائح من جهة ومن خلال احترام أوامر الرؤساء وتوجيهاتهم من جهة أخرى، بيد أن هذه الأوامر والتعليمات، يفترض أن تكون صادرة طبقاً للقوانين واللوائح والأنظمة، لا سيما أن الرؤساء وبالنظر الى مركزهم الوظيفي لهم

---

الإداري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ،اشراف حوحو صابر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خضير بسكرة ، السنة الجامعية 2014 / 2015، ص17 >bistream >jspu >space.univ-biskra.dz

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص51.

(2) عيد الكريم المتوكل ،مرجع سابق ، ص19.

(3) مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص22.

(4) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص50.

القدرة على فهم وتفسير نصوص القانون، وبذلك فهم وسطاء بين القانون والمرؤوسين، وأن طاعة أوامر الرؤساء المستقلة هي جزء من طاعة القانون<sup>(1)</sup>. وقد أخذ معظم الفقه بهذا المعنى الضيق للطاعة، نظراً لما وجه من انتقادات الى الاتجاه الأول "الموسع" وقد استند الفقه إلى الأسانيد التالية في تبرير الطاعة للرؤساء كما يلي:

1- أن واجب الطاعة يفرضه النظام القانوني القائم، إذ نجد ان القوانين سواء في القانون الأساسي أو التشريعات العادية تنص على وجوب إصدار السلطة الرئاسية للوائح والأنظمة اللازمة لإدارة عمل المرافق العامة<sup>(2)</sup>، وهذا إقرار بدور الإدارة في التصرف في بعض شؤونها، دون الحاجة إلى انتظار نصوص تشريعية من السلطة التشريعية<sup>(3)</sup>. والعلة من هذا التفويض للإدارة "السلطة التقديرية" يعود الى صعوبة ملاحقة المشرع جميع مناحي الحياة الإدارية، وبهذا تجب طاعة المرؤوسين فيما يصدر إليهم من تعليمات وأوامر رئاسية.

2- نظراً لطبيعة العمل الإداري المرن والمتطور لمواكبة تطور شؤون الحياة اليومية والاجتماعية الاقتصادية والسياسية والأمنية في الدولة، وما ينبثق عنه من تطور المشاكل الإدارية، والتي يصعب على السلطة التشريعية مواكبتها، فتتدخل السلطة الرئاسية بإصدار التعليمات لمواجهة هذه المستجدات، ودون الاستناد الى نص قانوني سابق. ومثال ذلك حالة طارئة كحدوث وباء في مدينة ما، ولم يكن هناك نصوص قانونية أو تنظيمية لمعالجة هذا الوباء أو المرض نظراً لحدائته، فقيام مدير الصحة في المدينة أو الوزير بإصدار تعليمات أو قرارات علاجية أو وقائية لمنع انتشار هذا الوباء تكون طاعتها واجبة، وإن ثبت فيما بعد عدم نجاعتها في العلاج، ومن ثم استبعادها من قبل الوزارة المختصة، بيد أنه إذا ثبت نجاحها وفعاليتها يمكن

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص15.

(2) المواد (68-71) من القانون الاساسي الفلسطيني لعام (2003) ن وقد نصت المادة (71) منه على ما يلي ( يختص كل وزير في اطار وزارته على وجه الخصوص بما يلي:-2- الاشراف على سير العمل في وزارته واصدار التعليمات اللازمة لذلك . ونلاحظ ان المشرع الاساسي استخدم عبارة على وجه الخصوص وهذا مفاده ان هناك اختصاصات اخرى للوزير ، يصعب على المشرع تدوينها.

(3) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص51.

لوزارة العمل على استصدار تشريع من السلطة التشريعية يواكب التعليمات، أو العمل على إصدار لوائح تنظيمه حسب مقتضى الحال<sup>(1)</sup>.

3- قد يشوب بعض النصوص التشريعية الغموض أو العجز عن تحديد الواجبات والمهام الملقى على عاتق المرفق العام، مما يدفع الرؤساء إلى الاجتهاد في تفسير هذا الغموض من منطلق خبرتهم ومعرفتهم بطبيعة عمل المرفق العام مما يوجب على عاتق المرؤوسين طاعة أوامر الرؤساء<sup>(2)</sup>.

من خلال تطبيق المعنى الواسع للطاعة، نجد أن طاعة الرؤساء في الأوامر الصادرة تنفيذاً لنصوص القانون واجبة، باعتبارها طاعة للقانون، وتمييز المعنى الضيق بوجود الطاعة الى الرؤساء بشكل مستقل عن طاعة القانون للأسباب الواردة آنفاً، وتبدو الأهمية في التفريق بين المعنيين من حيث موضوع تحمل المسؤولية الشخصية للمرؤوس عن تنفيذ أوامر رؤسائه؛ فإذا أخذنا بالمعنى الواسع، فإن الموظف المرؤوس يتحمل المسؤولية عن تنفيذه الأوامر الصادرة من رئيسه، إذا ما نتج عن هذه الأوامر ضرراً أو خطأ أو فعلاً يعده القانون جريمة، وما يترتب عن هذا المعنى من تعطيل لسير المرفق العام. بينما نجد أن المعنى الضيق للطاعة يحقق الإيجابيات الواردة بالمعنى الواسع، من حيث وجوب الالتزام بأحكام القوانين واللوائح والأنظمة، ودون التقيد بالسلبيات للمعنى الواسع، ومن أهمها إعطاء الرؤساء الحق في إعطاء الأوامر دون وجوب استنادها لنص قانوني، شريطة عدم مخالفتها لأحكام القانون، وهو الأمر الأكثر منطقية، ويتماشى مع الحياة اليومية الإدارية، ويلتزم بذات الوقت بمبدأ المشروعية، وقد أخذ به كما تقدم القول أغلبية الفقه والتشريع.

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، ص15.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص52.

## الفرع الثاني: أسانيد واجب الطاعة

طبيعة الحياة البشرية تفترض واجب الطاعة على أبنائها، فكما تبدأ الأسرة فيكون الأب هو المسيطر وصاحب السلطة، ويتوسل إليه جميع الأبناء بالطاعة سعياً لتحقيق طلباتهم ورغباتهم، فإن سيد العائلة " العشيرة " هو صاحب السلطة في العشيرة، حيث يلجأ إليه أفراد العشيرة ويلتزم الجميع بطاعته، حتى يستمر بقائهم داخل العشيرة والحفاظ على حقوقهم وامتيازاتهم، ولما لشخصية هذا السيد من صفات حميدة وذكاء وخبرة، بحيث يكون مثلاً يحتذى به وقدوة للعشيرة.

وللطاعة في إطار النظام الوظيفي سند أخلاقي إلى جانب السند القانوني والديني، فالسند الأخلاقي يقوم على قواعد ومبادئ الأخلاق السارية في الوظيفة العامة، من منطلق الثقة في أوامر الرؤساء، لما لديهم من مقدرة وكفاءة تؤهلهم لإدارة المرافق العامة، مما يشكل سبباً من أسباب الطاعة في الوظيفة العامة<sup>(1)</sup>. وعليه فإن أخلاق الموظف توجب عليه الأمانة والوفاء مع الرؤساء، من حيث تنفيذ جميع الواجبات والأوامر الصادرة إليه، دون التردد أو الاستخفاف في إطاعة أوامر الرؤساء، ويفترض الواجب الأخلاقي على الموظف الالتزام بالعمل بدقة وإخلاص حتى إذا قام بهذا العمل نيابة عن زميل له غائب عن العمل أو آتاه طواعية ومجاملة لزميله<sup>(2)</sup>.

أما سند الطاعة من الشريعة الإسلامية فقد ورد النص على وجوب الطاعة في القرآن الكريم والسنة النبوية (الفقرة الأولى) وقد نص المشرع الفلسطيني على واجب الطاعة في قانون العقوبات العسكري لعام 1979 م وقوانين الخدمة العسكرية والمدنية ( الفقرة الثانية).

(1) سعد نواف العنزي ، النظام القانوني للموظف العام ، دار المطبوعات الجامعية / الاسكندرية عام 2007 ، ص165.

(2) عبد الكريم المتوكل ، مرجع سابق، ص116.

## الفقرة الأولى: السند من الشريعة الإسلامية للطاعة

### أولاً: الأسانيد من القرآن الكريم

ما من رسول من الرسل إلا وقد طالب قومه بأمرين التقوى والطاعة<sup>(1)</sup> ، لقوله تعالى " فاتقوا الله وأطيعوه"<sup>(2)</sup>. وقال تعالى "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً"<sup>(3)</sup>. وقال تعالى: "أقل أطيعوا الله ورسوله فإن تولوا فإن الله لا يحب الكافرين"<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: الأسانيد من السنة النبوية

عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "على المرء السمع والطاعة فيما أحب ذكره إلا أن يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"<sup>(5)</sup>. وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "عليك السمع والطاعة في عسرك ويسرك ومنشطك ومكرهك واثرة عليك"<sup>(6)</sup>، وعن أبي سلمى بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد طاعني، ومن عصى أمري فقد عصاني"<sup>(7)</sup>.

الطاعة للأمير في الإسلام واجبة، وتتجلى واضحة من خلال الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة، إذ تظهر فكرة تبني الإسلام مبدأ الطاعة، من طاعة الله وطاعة الرسول عليه الصلاة والسلام وأولي الأمر، حيثما كانوا أمرين بالمعروف ناهين عن المنكر<sup>(8)</sup>، وهو ما يؤكد على الطاعة للأمر المشروع

(1) احمد بن حمد العليمي ، مرجع سابق ،ص27.

(2) سورة الشعراء، الآية 108.

(3) سورة النساء، الآية 59.

(4) سورة ال عمران ، الآية 32.

(5) الامام ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،صحيح مسلم ،الحديث رقم 38 / 1839 بشرح الامام يحيى بن شرف النووي الدمشقي الشافعي ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية بيروت ، المجلد السادس ،ص191.

(6) صحيح مسلم ،الحديث رقم 35 / 1836 ،المجلد السادس ،ص189 .

(7) المرجع السابق ،ص188.

(8) صالح البرغوثي ، مرجع سابق ص36.

الصادر للمسلم، وأن الطاعة لأولي الأمر مشتقة من طاعة الرسول، والتي بدورها مشتقة من طاعة الله سبحانه وتعالى، مما حذى بالكثير من المشرعين إلى النص في قوانين الخدمة العسكرية على الطاعة في قسم الإخلاص والولاء عند بدء التعيين في الخدمة<sup>(1)</sup>.

### الفقرة الثانية: السند التشريعي الفلسطيني للطاعة

اتسمت المنظومة التشريعية الفلسطينية بالتنوع والقدم، إذ منها يعود إلى العهد العثماني والانتداب البريطاني، والقوانين الصادرة في عهد الاتحاد بين الضفة الغربية والمملكة الأردنية الهاشمية، وكذلك بين غزة ومصر. ولعل أهم ما يعنينا في مجال دراسة المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية الفلسطينية هي مجموعة التشريعات الجزائية الثورية الصادرة عن منظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م والنافذة لدى هيئة قضاء قوى الأمن الفلسطيني في دولة فلسطين، وقانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005 والقرار بقانون رقم 23 لسنة 2017 بشأن الشرطة الفلسطينية وقرار معالي وزير الداخلية بخصوص لائحة المخالفات الانضباطية لمنتسبي قوى الأمن الفلسطيني رقم (192) لعام 2009، وذلك لارتباط الوثيق لهذه القوانين بموضوع الدراسة.

أولاً: قانون العقوبات الثوري (العسكري) الفلسطيني لعام 1979م

صدر قانون العقوبات العسكري ضمن مجموعة التشريعات الجزائية الصادرة عن منظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م وهو قانون العقوبات الثالث في تاريخ الثورة الفلسطينية، إذ كان يعمل بقانون العقوبات الصادر بالقرار التشريعي رقم (1) بتاريخ 1978/5/6 الصادر عن منظمة التحرير الذي كان يكتنفه بعض الغموض وعدم الاكتمال في نصوصه، إذ استند القضاة آنذاك إلى قانون العاصفة

(1) المادة (88) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005 والتي جاء فيها ( ... وان انفذ كل ما يصدر الي من اوامر، والله على ما اقول شهيد).

الصادر عن حركة فتح 1974 لسد هذه الثغرات، مما دفع المشرع الثوري الى إصدار قانون العقوبات الثوري لعام 1979م<sup>(1)</sup>.

وفي موضوع الطاعة والأوامر العسكرية، وجدت المادة (57) من ذات القانون والتي تنص على: "الفعل المرتكب إنفاذاً لنص قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون إطاعته لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة" حيث نجد النص على وجوب الطاعة بشريطة أن لا يكون الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة، وهو ما يوجب على الفرد الالتزام بالطاعة في مثل هذه الحالة، إذا كان الأمر مشروعاً، أو عدم المشروعية غير ظاهرة كانت الطاعة واجبة، وذلك مقابل إباحة الفعل الذي ينفذه العسكري، وبذات المعنى منع المشرع العقاب إذا وقع العسكري في غلط مادي وظن أنه يطيع أمر رئيسه المختص في أمر مشروع إذ جاء النص في المادة (96) كما يلي: "لا يعاقب الموظف العام أو العامل أو المستخدم في الثورة الفلسطينية الذي أمر بإجراء فعل أو أقدم على فعل يعاقب عليه القانون إذا اعتقد لسبب غلط مادي أنه يطيع أمر رؤسائه المشروع في أمور داخلية في اختصاصاتهم وجب عليه طاعتهم فيها".

ومن جانب آخر نص المشرع في قانون العقوبات الثوري على تجريم عدم إطاعة الأوامر العسكرية المشروعة، فنص على عقاب عدم الطاعة إذا كان الأمر بسيط وعده مخالفة انضباطية<sup>(2)</sup>

(1) وعلى ما وجه الى قانون العقوبات الثوري من انتقادات ، الا ان المتفحص لأحكام هذا القانون يرى به من الجمال القانوني ما خلا منه كثير من التشريعات الحديثة ، ومثال ذلك ما ورد في المادة 347 والتي تجرم امتناع أي شخص ضمن صفوف الثورة عن تقديم الاقساط المستحقة لاحد اصوله او فروع او زوجه او أي شخص تجب عليه اعالته او تربيته ، بالعقاب في حال امتناعه عن دفع الاقساط المقررة بحكم شرعي وذلك بالحبس من شهرين الى ثلاث سنوات وبغرامة تعادل ما وجب عليه اداؤه ، وهو ما يؤكد حرص المشرع الثوري بالنص على حصانة لصالح الاسرة غفل عنها الكثير في القوانين المقارنة . وهناك الكثير من النصوص التي نجدها تسد ثغرات في تشريعات مقارنة اخرى . ومع ذلك فان القول بضرورة اصدار قانون جديد يحدد اختصاص قضاء قوى الأمن مازال مطلب ، اذ ان القرار بقانون رقم (2) لسنة 2018 بشأن قضاء قوى الأمن الفلسطيني والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/2/13 العدد (140) لم يحدد الاختصاص ، ولم يتطرق الى الجرائم و العقوبات العسكرية اذ ان الحاجة والواقع تفرض صدور قانون عقوبات عسكري جديد ، يحدد الاختصاص و الجرائم العسكرية بما يتلائم مع الواقع الفلسطيني في الانتقال من مرحلة الثورة الى مرحلة الدولة عضو في الامم المتحدة ملتزمة بالعديد من الاتفاقيات الدولية حديثاً .

(2) من حسن السياسة التشريعية الجنائية العسكرية ، ان المشرع قد اعطى القائد بعض الصلاحيات لمحاكمة العسكري في بعض المسائل انضباطياً مع ان الفعل قد ينطبق عليه وصف جنحة مثل الضرب والايذاء البسيط او العقاب عن الغياب عن العمل لمدة تقل عن ثلاثون يوم... الخ . وذلك عندما يقرر القانون ان هذه المسألة يمكن وقوعها بشكل اعتيادي بين الافراد داخل الكنتة العسكرية، منوهاً الى ان قانون العقوبات العسكري هو في الاصل قانون تاديبى اراد المشرع ان يضيف على بعض الجرائم التاديبية حماية جزائية حرصاً منه على تشديد العقاب في الجرائم التي نقلها الى قانون العقوبات .

في المادة (1/187) وفي غير أوقات الحرب والعمليات الحربية. وقد شدد المشرع العقاب إذا لم تكن

مخالفة الأوامر بسيطة و اعتبر عدم الطاعة جنحة في المادة (203) والتي نصت على ما يلي:

أ- "يعاقب بالحبس ثلاث اشهر على الأقل كل من لم يطع أمراً يتعلق بواجبه سواء صدر الأمر شفهيّاً أو كتابياً أو بالإشارة أو بغير ذلك.

ب- وإذا كان الفاعل ضابطاً يقضى عليه فوق ذلك بعقوبة الفصل من الثورة".

ثم شدد المشرع العقاب في حال تعمد عدم إطاعة الأوامر، والاصرار على رفضها، حيث أن بعض القوانين اعتبرت انه رفض للسلطة عمداً<sup>(1)</sup>. مما أوجب تشديد العقاب، لذا جاء نص المادة (204) عقوبات ثوري لعام 1979م مشدد العقاب كما يلي: "كل من امتنع عن القيام بتنفيذ أمر شفوي أو خطي يتعلق بتأدية وظيفته بصورة باتة أو امتنع عن إطاعة الأوامر الصادرة إليه يعاقب بالحبس لمدة ستة اشهر على الأقل، وإذا كان الفاعل ضابطاً يقضى عليه بالفصل من الثورة".

ثم شدد المشرع العقاب في الفقرة (ب) من ذات المادة في حالة تجمع الجند، لما لرفض الطاعة تأثير على سائر الجند، فتتص الفقرة (ب) على ما يلي "إذا وقع التمتع أثناء تجمع الأفراد أو عند صدور الأمر إلى السلاح أو كان الفاعل مسلحاً تكون العقوبة ستة أشهر على الأقل"، ونظراً لخطورة عدم تنفيذ الأوامر أثناء العمليات الحربية أو أثناء الحرب فقد شدد المشرع العقاب الى الأشغال الشاقة، حيث جاء نص الفقرة (ج) من ذات المادة كما يلي "إذا وقع التمتع أثناء العمليات الحربية تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة"، وفي الفقرة (د) من ذات المادة بالإعدام " يعاقب بالإعدام كل فرد أبى إطاعة الأوامر بالهجوم على العدو".

وأخيراً فقد عاقب المشرع على مجرد التحريض على عدم الطاعة، حرصاً على سلامة القوى

الأمنية بنص المادة (205/أ) والتي جاء فيها:

(1) مثال ذلك قانون الأحكام العسكرية المصري رقم 25 لسنة 1966 الصادر بتاريخ 23/مايو / 1966 حيث جاء في المادة (151) (...عدم اطاعته أمراً قانونياً صادر له من شخص ضابطه الاعلى في وقت تادية خدمته بطريقة يظهر منها رفض السلطة عمداً...)

أ) "يعاقب المحرض على عدم إطاعة الأوامر بالحبس ثلاثة أشهر على الأقل" والفقرة

ب) "إذا وقع التحريض أثناء العمليات الحربية كانت العقوبة ستة أشهر على الأقل".

ثانياً: قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005

يعتبر قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005 القانون الأساسي الذي ينظم قواعد الخدمة العسكرية، من حيث أنواع، وعدد الأجهزة الأمنية، وتبعيتها للوزارات المختصة، وتنظيم الأمور الإدارية لإدارة المؤسسة الأمنية، وبيان حقوق وواجبات أفراد المؤسسة الأمنية. ومن ضمن هذه الواجبات نصت المادة (88) على تأدية القسم عند التعيين والذي يتضمن ما يلي "... وأن أقوم بجميع واجباتي الوظيفية والوطنية بشرف وأمانة وإخلاص، وأن أنفذ كل ما يصدر الي من أوامر، والله على ما أقول شهيد ". وقد نصت المادة (94) على ما يلي<sup>(1)</sup>:

1- لا يعفى الضباط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله إلا إذا أثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسؤول بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده.

2- لا يسأل الضباط مدنياً الا عن خطئه الشخصي<sup>(2)</sup> .

ثالثاً: القوانين الناظمة لعمل الاجهزة الأمنية

أ- نص قانون المخابرات العامة رقم (17) لسنة 2005 والصادر عن المجلس التشريعي الفلسطيني بتاريخ 2005/5/21 في المادة (29) منه على ما يلي: "يخضع جميع العاملين بالمخابرات للتعليمات والضوابط والإجراءات الأمنية التي تصدر عن رئيس المخابرات"<sup>(3)</sup>.

(1) تقابل المواد المتعلقة بالضباط وهي المواد (88،94) المذكورة اعلاه المواد (167،173) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني وهي بذات النص ولكن المخاطب فيها ضباط الصف وليس الضباط .

(2) اود الاشارة الى قرار المحكمة العسكرية الدائمة / الجنوب -الخليل الذي قرر عدم مسؤولية الشرطي ، عن قرار صدر عنه بالخطأ اثناء اداء الواجب باتلاف سيارة تعود لأحد المواطنين ، حيث جاء في حيثيات القرار على ان تتحمل الدولة التعويض من خلال وزارة الداخلية والمالية - لكون الشرطة تابعة لوزارة الداخلية - للمواطن عن خطأ الشرطي في القضية رقم /448/م.د.ج/ 2016 والصادر بتاريخ 2017/2/15 ، غير منشور.

(3) ان معنى الطاعة مقيد في هذه النصوص بالمسائل والاجراءات الأمنية ، وهو ما يوجب النص صراحة على واجب طاعة اوامر الرؤساء المشروعة .

ب- وكذلك ورد النص في القرار بقانون لسنة 2007 بشأن الأمن الوقائي، بناء على تنسيب مجلس الوزراء بتاريخ 2007/10/29 في المادة (2/11) والتي نصت على ما يلي: "يخضع جميع أفراد الأمن الوقائي للتعليمات والضوابط والإجراءات الأمنية التي تصدر عن المدير العام"<sup>(1)</sup>.

ت- أما قانون الشرطة القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2017/12/31 العدد رقم (15) فقد أشار إلى واجب الطاعة في المادة (18) منه التي تتحدث عن أداء القسم القانوني عند بدء التعيين حيث جاء فيها "...وأن أنفذ أوامر رؤسائي المشروعة وأن أقوم بجميع واجباتي بالذمة والصدق والامانة، والله على ما أقول شهيد". وكذلك المادة (25) والتي نصت على ما يلي:

1- يتحمل المسؤول المباشر كافة المسؤوليات القانونية عن أي أمر مخالف للقانون فيما أمر أو أشار بتنفيذه.

2- لا يعفى أي من عناصر الشرطة من العقوبة إلا في حال ثبت أن ارتكابه للمخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من قبل القائد أو المسؤول عنه، بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده.

3- تتحمل الدولة دفع أي تعويض قانوني عن عناصر الشرطة المكلفين قانوناً عن الأضرار التي تحدث للغير أثناء تأديتهم للعمل الرسمي ضمن القانون.

4- لا يسأل أي من عناصر الشرطة إلا عن خطأهم الشخصي"<sup>(2)</sup>.

(1) بعد الانقسام الذي نتج عن الانقلاب من قبل حركة حماس على الشرعية الفلسطينية عام 2007 تعطل المجلس التشريعي عن الانعقاد، والذي الجأ رئيس السلطة الفلسطينية الى المادة ( 43 ) من القانون الاساسي لسد الفراغ التشريعي لحين انعقاد المجلس التشريعي مرة اخرى.  
(2) من الملاحظ ان المواد (173،167،167،88،94) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية والمواد (25،18) من قانون الشرطة تنص على فكرة المسؤولية عن تنفيذ الاوامر غير المشروعة ، وبالمعنى المخالف نرى انها تتضمن ايضاً واجب الطاعة للاوامر المشروعة ، عندما تقرر منع المسؤولية عن تنفيذها ، سيما انها تعتبر تنفيذ الاوامر ضمن اداء الواجب .

رابعاً: قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998

تطرق قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 الى طاعة الرؤساء في مجال المسؤولية التأديبية، وقواعد تنفيذ الأوامر الرئاسية، وهو أمر طبيعي إذ أن أغلب القضايا التأديبية يعود الى مخالفة مبدأ الطاعة، وقد جاء المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية مشدداً في مسألة الطاعة من حيث: اشتراط وجود الأمر مكتوباً، وأن يكون التنبيه على عدم مشروعيته أيضاً خطياً، وهو أمر يتناسب مع المنطق في مجال الخدمة المدنية، حيث جاء نص المادة (74) منه على: "لا يعفى الموظف من العقوبة التأديبية استناداً الى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر خطي، بذلك صادر إليه من رئيسه المذكور بالرغم من تنبيهه للمخالفة خطياً".

خامساً: لائحة المخالفات الانضباطية لمنتسبي قوى الأمن الفلسطينية

بالإضافة الى المخالفات الانضباطية المنصوص عليها في قانون العقوبات الثوري في المادة (187) فقد اصدر معالي وزير الداخلية كتيب المخالفات الانضباطية بموجب القرار رقم (2009/192) والصادر بتاريخ 2009/12/1، حيث نصت المادة رقم (5) على ما يلي: "مخالفات الدرجة الأولى": مخالفة الأوامر والتعليمات الصادرة من رتبة أعلى، سواء كان الأمر شفويّاً أو كتابة، أو التردد في تنفيذها على الرغم من مشروعيتها". وكما تقدم القول فإن فعل عدم إطاعة الأمر المشروع يمكن اعتباره مخالفة انضباطية وفقاً لجسامته، ويمكن للقائد أن يحيل فعل عدم إطاعة الأمر العسكري للنيابة العسكرية إذا ما رأى اعتبار الفعل جريمة جزائية عسكرية، وليس جريمة انضباطية، باعتبار أن الفعل يشكل جنحة أو جناية حسب مقتضى الحال وفقاً لنص المادة (188) من قانون العقوبات الثوري لعام 1979م.

## المطلب الثاني: نطاق واجب الطاعة وحدوده

يشتمل نطاق الطاعة على بيان موجز لأطراف واجب الطاعة وهم: الرئيس والمرؤوس والعلاقة التبعية بينهما (الفرع الأول) ونتناول بيان موجز لحدود الطاعة في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أطراف واجب الطاعة

إن واجب الطاعة للرؤساء مناهة السلم الإداري في الوظيفة العمومية، أو التدرج الرئاسي فيها والذي يقوم على فكرة خضوع كل درجة لما يعلوها من درجات السلم الوظيفي، وهذا ما يفيد بوجود رابطة وظيفية بين أعضاء السلم الإداري الواحد وهما: الرئيس والمرؤوس، بحيث يخضع المرؤوس لما يؤمر به من تعليمات وأوامر الرؤساء<sup>(1)</sup>. وبذلك فإن أطراف الطاعة في الأوامر العسكرية هم: الرئيس (الأمير) والمرؤوس (المأمور) وعلاقة تبعية إدارية "علاقة الخضوع الإداري" كما يلي:

### أولاً: الرئيس (الأمير)

لعل من حسن السياسة التشريعية ان ينأى المشرع بنفسه عن الخوض في وضع التعريفات، وذلك بغية عدم التضيق أو التوسع في المعنى، مما قد يخرج التعريف بعض الحالات والصور والمسائل عن حكم القانون - خلاف قصد وإرادة المشرع - تاركاً هذا الأمر الى الفقه والقضاء، لذا انحى المشرع الفلسطيني بنفسه عن وضع تعريف للرئيس الذي تجب طاعته<sup>(2)</sup>.

وفي مجال علم الإدارة، نجد أن تعريف الرئيس يمتد إلى مجال القطاع الخاص، بالإضافة إلى القطاع العام، حيث عرف الأستاذ سيد الهواري الرئيس بأنه " الشخص الذي يقوم بإتمام الأعمال بواسطة الآخرين فكل من يرأس نشاطاً إدارياً يتعلق بالتخطيط والتنظيم والتوجيه والرقابة هو إداري أو

(1) عاصم عجيلة ، المرجع السابق ،ص 96 ، مازن ليلو راضي ، المرجع السابق ، ص 27.  
(2) وقد سار على هذا النهج معظم التشريعات العربية ، وبالتحديد في قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005 لم يعرف القانون الرئيس ، لكنه حدد القائد الاعلى برئيس قوى الأمن الفلسطينية تجب طاعته بالمعنى القانوني للطاعة ، حيث نصت المادة الاولى من القانون على تعريفه القائد الاعلى ( القائد الاعلى لقوى الأمن بصفته رئيس السلطة الوطنية ) أي ان الرئيس بصفته هذه هو الرئيس او القائد الاعلى لقوى الأمن الفلسطيني . وكذلك قانون الخدمة المدنية رقم (4) 1998 واللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بتاريخ 2005/8/15 لم يعرف الرئيس ، بيد ان اللائحة التنفيذية سألقة الذكر حددت رئيس الدائرة الحكومية (بانه الوزير او رئيس اية ادارة او مؤسسة عامة او سلطة او اية جهة اخرى تكون موازنتها ضمن الموازنة العامة للسلطة الوطنية او ملحقة بها ولكنها لم تعرف الرئيس ذاته .

مدير أو رئيس إداري" (1)، وقد لاقى هذا التعريف الانتقاد من حيث اعتباره أي شخص يقوم بالعمل بنفسه لا يعد رئيساً، وأنه يشتمل على القطاع الخاص، وأن دراسة الطاعة موضوع مرتبط بالنظام العام، لذا ذهب البعض إلى التركيز على جانب الوظيفة العامة في التعريف حيث عُرف الرئيس: " أن تسمية الرئيس الإداري تطلق على كل عضو يشغل وظيفة رئاسية في الإدارة، مهما كان مستوى هذه الوظيفة أو مركزها في الهرم الإداري، وتتكون الوظيفة الرئاسية من كل تجمع وظيفي، مهما كان عدد أعضائه، كلما وجد شخصان أحدهما رئيس والآخر مرؤوس" (2).

ونجد أن الفقه الإداري قد ذهب إلى التفرقة والتمييز بين الرئيس والقائد، من حيث إن مصدر سلطة الرئيس هو ماله من سلطات رسمية على المرؤوس، واستخدام سياسة العقاب، وذلك بخلاف القائد الذي يستند في سلطته في أداء الواجب إلى الجماعة " المرؤوسين"، وذلك عبر استخدام الإقناع، والتأثير على المرؤوسين في مباشرة سلطته (3)، لذا فإن القيادة مزيج من قوة الرئاسة وشخصية الرئيس المؤثرة، فكل رئيس ليس بقائد، وكل قائد هو رئيس؛ فالعبرة في ما يملكه هذا الرئيس من صفات تميزه عن غيره، وشعور مرؤوسيه بالمسؤولية والطاعة إليه، باعتباره قائدهم وجزء لا يتجزأ منهم؛ لذا قيل "إن كل قائد رئيس، وليس كل رئيس قائد" (4).

يفترض في من يتولى منصب الرئيس أن يكون ممن لهم أقدميتهم في مجال الوظيفة العامة، وهو ما ينبئ عن قدرتهم في دراسة ومواجهة المشاكل التي تواجه العمل يومياً، نظراً لمعرفتهم وإدراكهم لطبيعة العمل وحاجاته، مما يوجب منحهم واجب الرئاسة لضمان سير العمل في الوحدة أو المرفق العام الذي يعمل به (5).

(1) عبد الكريم المتوكل ، مرجع سابق ، ص 37 ، نقلاً عن سيد الهواري في الادارة العامة المبادئ والنظريات ، مطبعة ، الانصاف، بيروت، ص 16.

(2) مازن ليلو راضي ، المرجع السابق ، ص54، نقلاً عن حسن عوضة السلطة الرئاسية ، ص30.

(3) عاصم عجيلة ، المرجع السابق ، ص 97.

(4) خالد محمد خالد ، رسالة ماجستير بعنوان الرؤساء والقادة امام المحكمة الدولية الجنائية ، كلية القانون في الاكاديمية العربية الدنمارك، في القانون الدولي الخاص عام 2008 <http://road.net/uploads/news/kald m7md kald b3nwan.doc>

(5) مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص55.

ولا يبتعد مفهوم الرئيس في الوظيفة العسكرية عن مفهوم الرئيس في الوظيفة المدنية، حيث تستخدم لغة الخطاب في القوانين والمؤسسة العسكرية الفلسطينية اصطلاح "القائد والرئيس" كمترادفات، فيعرف القائد العام في المادة الأولى من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني، بأنه القائد العام لقوات الأمن الوطني وجيش التحرير الوطني الفلسطيني<sup>(1)</sup> وفي المادة (17) يعطي القائد العام مسمى رئيس لجنة الضباط لقوى الأمن الفلسطيني، وكذلك الأمر في المادة (22/94) من قانون الخدمة في قوى الأمن يوازي المشرع بين مصطلح القائد والمسؤول بقوله: "لا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله الا إذا ثبت ان ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسؤول، بالرغم من تنبيهه الى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده".

بيد أن النص في قانون العقوبات الثوري يطلق على الرؤساء الاعلى مصطلح القادة كما جاء في الفصل الثاني من الباب الثالث تحت عنوان صلاحيات القادة في الجرائم الانضباطية المواد (189-190) ونص في المادة (202/أ) " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أي فرد ارتكب أثناء العمليات أي جرم من الجرائم التالية:

1- ترك ضابطه الأعلى سعياً وراء النهب أو سلب الغنائم ". في حين نجد في المواد (203/أ) وما بعدها في اطار تجريمه فعل عدم إطاعة الأوامر العسكرية، لم يستخدم عبارة ضابطه الأعلى أو الرئيس إذ جاء النص كما يلي: " يعاقب بالحبس ثلاثة أشهر على الأقل كل من لم يطع أمراً يتعلق بواجبه سواء صدر الأمر شفاهياً أو كتابة أو بالإشارة أو بغير ذلك " ولم يشر النص صراحة إلى ضابطه الأعلى، كما فعل المشرع المصري في المادة (15) من قانون الأحكام العسكرية "... عدم اطاعته أمراً قانونياً صادر له من شخص ضابطه الأعلى في وقت تأديته خدمته..."، ومع ذلك فإن هذا المعنى مستفاد بالمجاز، لا سيما أن المشرع في

(1) وقد جاء في المادة (39) من القانون الاساسي ما يلي ( رئيس السلطة الوطنية هو القائد الاعلى للقوات الفلسطينية ) .

قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطينية قد حدد أسبقية القيادة في المواد (52، 53، 145)،  
(146) ومن ثم تحديد من له الحق في إصدار الأوامر العسكرية والتي تكون من الضابط  
الأعلى رتبة إلى الضابط الأدنى رتبة، ثم حدد الأسبقية في القيادة في حال تساوي الرتب  
العسكرية:

ويرجع الأمر في تحديد الأسبقية في القيادة ومن ثم تحديد القائد الأعلى المختص بإصدار الأوامر  
إلى قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني والذي نص في المادة (52) منه بشأن الضباط " تكون  
أسبقية القيادة بين الضباط الذين من رتبة واحدة في أية قوة من قوى الأمن بالترتيب التالي:

1- الضابط العامل أو المستدعى بعد انتهاء خدمته للخدمة العاملة.

2- الضابط الاحتياط.

3- الضابط الفني.

4- الضابط المكلف.

5- الضابط الشرف.

كما تكون الأسبقية للضباط الحائزين على الرتب الأصلية على الضباط الحائزين لرتب محلية أو  
وقتية مماثلة، وكذلك تكون الأسبقية بين الرتب المحلية أو الوقتية بالنظر إلى الأقدمية في رتبهم  
الأصلية"، المواد (52، 53) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني.

أما الأسبقية في شأن ضباط الصف:

1- المتطوعون.

2- المجندون.

3- الاحتياطيون.

4- الفنيون.

فتكون الاسبقية في القيادة بين ضباط الصف من حملة الرتبة الواحدة حسب الأقدمية في الرتبة، فإذا تساوا في الأقدمية، فبالنظر إلى تاريخ التطوع، فإذا تساوا في تاريخ التطوع، فبحسب الترتيب في كشف الترقية، وتكون الأسبقية في القيادة بين ضباط الصف من خريجي المنشأة التعليمية حسب الترتيب الوارد في كشف التخرج بين أفراد الدورة الواحدة، في الرتبة التي تخرجوا بها (1).

وبذلك نجد أن القائد الواجبة الطاعة له، هو الضابط الأعلى في الوحدة أو القوة محل العمل فهو يشمل عموم الضباط وضباط الصف والجنود، بحيث يكون للجندي دوراً قانونياً بإعطاء الأوامر العسكرية، وله سلطة الطاعة في تنفيذ هذه الأوامر، وذلك عندما يكون هذا الجندي هو الاقدم بين زملائه فيكون رئيساً لباقي الجنود، وفقاً لما تقدم ذكره من اسبقية القيادة في قانون الخدمة لقوى الأمن، لذا لا يشترط أن يكون الرئيس الواجب طاعته من الضباط أو قائد الوحدة أو قائد القوات أو القائد العام أو القائد الأعلى. فالمهم أن يكون الرئيس أعلى في الرتبة أو له أسبقية القيادة إذا تساوت الرتب العسكرية (2)، وعليه لا يجوز ان يكون الرئيس مصدر الأمر شخص مدني يعمل داخل قوات الأمن مهما طالت مدة خدمته (3).

وتثور هنا مسألة: إذا ما صدر أمر عسكري للمرؤوس من غير قائده المباشر، إذ يترتب على ذلك احتمالين:

**الأول:** أن يصدر الأمر من ضابط من غير وحدة العسكري أو غير مسؤول عنه.

**الثاني:** أن يصدر الأمر من ضابط أعلى رتبة من الضابط المسئول المباشر للعسكري.

بالنسبة للحالة الأولى: فإن الرئيس مصدر الأمر العسكري يكون قد تجاوز حدود وظيفته، وبذلك انتفى شرط الاختصاص في الأمر العسكري واجب التطبيق، مما يعطي المرؤوس الحق بعدم طاعته

(1) انظر أحكام المواد (145،146) من قانون الخدمة في قوة الأمن الفلسطيني . وللمزيد انظر محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص249، و صالح البرغوثي، مرجع سابق ص110.

(2) عاطف صحصاح ، المرجع السابق، ص724.

(3) محمد محمد سعيد، مرجع سابق، 249.

للأمر العسكري، طالما لم تتوافر حالة ضرورة عسكرية، والتي في حال توافرها يجب على العسكري المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري<sup>(1)</sup> فصدور الأمر العسكري من ضابط غير مختص يعيب الأمر العسكري بعيب الاختصاص، ويستطيع القاضي ان يثير هذا العيب من تلقاء ذاته والحكم ببطلان الأمر لعدم الاختصاص، إذ أن قواعد الاختصاص من النظام العام<sup>(2)</sup>.

وفي الحالة الثانية: نجد أن مصدر الأمر مختص بإصدار الأمر، وهو من ذات الوحدة، ولكنه ليس الرئيس المباشر للعسكري المرؤوس، حيث اتجه الفقه الإداري في هذه الحالة الى ضرورة أن يتلقى العسكري المرؤوس أوامره من رئيس واحد، وهو الضابط المباشر له، بيد أن القاعدة المعمول بها هي قاعدة تدرج السلطة، بحيث يحتل الأمر الصادر من الرتبة الأعلى درجة ومكانة تسمو على الأمر الصادر من الرتبة الأدنى؛ فالقرار الصادر عن مدير مركز الشرطة مثلاً يجب ان يخضع ويتوافق مع الأوامر العسكرية الصادرة من السلطات الأعلى، مثل الأمر الصادر عن مدير عام شرطة المحافظة، ومدير عام الشرطة ووزير الداخلية، فضلاً عن توافق الأمر مع النصوص القانونية واللائحية النافذة<sup>(3)</sup>. والقول بخلاف ذلك فان تلقي المرؤوس الأوامر من اكثر من رئيس يؤدي الى اضطراب العمل في الوحدة العسكرية، إذ يصعب على المرؤوس التوفيق بين القرارات الصادرة إليه؛ لذا يدعو العلامة سليمان الطماوي إلى قيام الرئيس مصدر الأمر بإبلاغ الرئيس المباشر بالأمر الصادر عنه إلى المرؤوسين المباشرين لهذا الرئيس؛ حتى يستطيع العمل على رفع الحرج والتعارض، ويمكن الرئيس المباشر من التوفيق بين القرارات الإدارية الصادرة قديماً وحديثاً، وذلك لضمان حسن سير العمل داخل الوحدة العسكرية<sup>(4)</sup>، وعليه يجب على المرؤوس تنفيذ الأمر الصادر من الضابط الأعلى رتبة من رتبة مسئوله المباشر.

(1) محمد محمد سعيد، مرجع سابق، ص205.

(2) ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص76.

(3) ثروت بدوي، المرجع السابق، ص78.

(4) مازن ليلو راضي، مرجع سابق ص58.

## ثانياً: المرؤوس (المأمور)

المرؤوس صفة تطلق على الموظف العام الذي يخضع ادارياً لموظف عام أعلى درجة منه، لذا نجد خلو التشريعات وقرارات المحاكم من استخدام كلمة مرؤوس سواء في نصوص القانون أو قرارات المحاكم، والاستعاضة عنها بعبارة الموظف، ولما كان من أهم واجبات الموظف العام الخضوع لأوامر الرؤساء، كما استقر عليه الرأي في قرارات المحاكم، ونصوص القوانين المنظمة للخدمة المدنية والعسكرية، ويعرف جانب من الفقهاء المرؤوسين " المرؤوس هو كل موظف عام يخضع لسلطة رئاسية أعلى إدارياً أو فنياً"<sup>(1)</sup>، وهو ما يفيد أن الأفراد غير الموظفين لا ينطبق عليهم وصف مرؤوسين، وبالتالي لا يخضعون للرؤساء بموجب واجب الطاعة، لانتفاء فكرة الخضوع بين الأفراد والرؤساء، مهما كان للرؤساء من سلطة اتجاه الأفراد<sup>(2)</sup>.

وقد عرف المشرع الفلسطيني الموظف العام في قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م في المادة الأولى بقوله "الموظف يقصد به الموظف أو الموظفة وهو الشخص المعين بقرار من جهة مختصة، لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أيا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها"، وحيث ان موضوع هذه الدراسة هو الأوامر العسكرية والمسؤولية الجنائية، فإن مفهوم الموظف في القانون الجنائي هو مفهوم أوسع منه في القانون الإداري، وذلك لحماية المصالح العامة للدولة من خلال تدخل قانون العقوبات بشكل موسع تحقيقاً لحماية المجتمع، وبهذا يطال قانون العقوبات فئة أكبر من الموظفين، الذين يقع على عاتقهم القيام بالواجب بصدق وأمانة وإخلاص للمجتمع، مما يحقق الثقة المتبادلة بين الأفراد والدولة<sup>(3)</sup>.

وبالتدقيق في نصوص قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م الجاري العمل به في دولة

فلسطين حتى اليوم، لم يتطرق الى تعريف الموظف العام، بينما نجد قانون مكافحة الفساد رقم (1)

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق، ص112.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص112.

(3) حمدي رجب عطية ، الحماية الجنائية للموظف العام ، دار النهضة العربية ، 2010، ص4.

لسنة 2005م المعدل بقرار بقانون رقم (7) لسنة 2010م، قد عرف الموظف في المادة الأولى بقوله: "كل من يعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية والعسكرية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أيا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها"، وقد توسعت المادة الثانية من ذات القانون بشمل عدد كبير من الموظفين بالخضوع لأحكام ذات القانون، ابتداء من رئيس دولة فلسطين ونوابه ومستشاريه... الخ وبذلك يحقق قانون الفساد الغاية الجنائية، والتي تهدف إلى تحقيق الصالح العام من خلال بسط الرقابة والمسائلة الجزائية على عدد أكبر من كبار الموظفين في الدولة، بالإضافة إلى إخضاعه لأحكامه الموظفين العسكريين.

وقد تقدم القول إن مجال تطبيق الأوامر العسكرية من حيث الرؤساء والمرؤوسين، لا يكون إلا من قبل موظفين، والموظفين هم موظفين عسكريين: أي من أفراد قوى الأمن المحددة في قانون قوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005م في المادة (3) والتي نصت على ما يلي: "تتألف قوى الأمن من:

1- قوات الأمن الوطني وجيش التحرير الوطني الفلسطيني.

2- قوات الأمن الداخلي.

3- المخابرات العامة.

وأية قوة أو قوات أخرى موجودة أو تستحدث ضمن إحدى القوى أعلاه.

وقد عرف القانون قوات الأمن الوطني بأنها هيئة عسكرية نظامية<sup>(1)</sup>، و الأمن الداخلي<sup>(2)</sup> هيئة أمنية نظامية، تتكون من جهاز الشرطة، والأمن الوقائي، والدفاع المدني وتتبع وزارة الداخلية، و عرف المخابرات العامة بأنها هيئة أمنية نظامية مستقلة تتبع للرئيس<sup>(3)</sup>، ونجد أن قانون الخدمة لقوى الأمن

---

(1) المادة (7) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005 م (الأمن الوطني هيئة عسكرية نظامية، تؤدي وظائفها وتباشر اختصاصاتها برئاسة وزير الأمن الوطني وتحت قيادة القائد العام، وهو الذي يصدر القرارات اللازمة لإدارة عملها وتنظيم شؤونها كافة).

(2) المادة (10) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني (الأمن الداخلي هيئة أمنية نظامية، تؤدي وظائفها وتباشر اختصاصاتها برئاسة وزير الداخلية وقيادة مدير عام الأمن الداخلي، وهو الذي يصدر القرارات اللازمة لإدارة عملها وتنظيم شؤونها كافة).

(3) المادة (13) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني (المخابرات العامة هيئة أمنية نظامية مستقلة تتبع للرئيس، تؤدي وظائفها وتباشر اختصاصاتها برئاسة رئيسها وتحت قيادته، وهو الذي يصدر القرارات اللازمة لإدارة عملها وتنظيم شؤونها كافة).

الفلسطيني لم يعرف الأفراد الخاضعين لأحكام القانون، في حين ذهب الى تحديد الأفراد الخاضعين لأحكام القانون، بتعريفه للعسكري في المادة الثانية من قانون الخدمة في قوى الأمن بقوله: "تطبق أحكام هذا القانون على الضباط، وضباط الصف والأفراد العاملين في قوى الأمن العاملة".

بيد أن قانون العقوبات الثوري توسع في تحديد الاشخاص الخاضعين لأحكامه، من حيث الصلاحية الشخصية وهم وفق أحكام المادة (8) والتي نصت على ما يلي: " يخضع لأحكام هذا القانون كل من: أ- الضباط، ب- صف الضباط (ضباط الصف)، ج - الجنود، د- طلبة المدارس والكليات الثورية ومدارس التدريب المهني، هـ- أسرى الحرب، و- أية قوة ثورية تشكل بأمر من القائد الأعلى لتأدية خدمة عامة أو خاصة أو مؤقتة، ز - الملحقيين بالثورة من المقاتلين والمدنيين من القوات الحليفة أو فصائل المقاومة أو المتطوعين، ح- الأعضاء العاملين في الثورة والمستخدمين فيها أو في مؤسساتها أو مصانعها".

تنطبق صفة المرؤوس على أي عسكري من المذكورين في المادة (8) من قانون العقوبات الثوري لعام 1979م، حيث تم تدريبهم على إطاعة الأوامر والتعليمات، وتشبعهم بروح الانضباط العسكري والطاعة للرؤساء<sup>(1)</sup>، إذ لا يتفق والمنطق مسائلة شخص ما، عن تقصيره في أداء واجبه " الطاعة " ما لم يتم اعلامه أو تدريبه عليه.

ويستثنى من أحكام المادة المذكورة أسرى الحرب الذين تنطبق عليهم أحكام قانون العقوبات الثوري، ولكن لا تنطبق عليهم أحكام الطاعة المنصوص عليها في القوانين، لا سيما المنصوص عليها في قانون العقوبات الثوري في الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الثاني من ذات القانون، نظراً لعدم وجود علاقة التبعية الرئاسية بين أسرى الحرب والرؤساء في الجيش الذي أسره وهي ما سيتم الحديث عنه لاحقاً.

(1) صالح البرغوثي ، مرجع سابق ،ص62.

## ثالثاً: علاقة الخضوع الإداري

تتكون عناصر الأمر العسكري من:

- 1- صدوره من شخص مختص بإصداره.
- 2- أن يوجه الى مرؤوس مختص بالتنفيذ.
- 3- وجود علاقة تبعية بينهما.

وقد تحدثنا سابقاً عن العنصر الأول وهو الرئيس الذي تجب طاعته والعنصر الثاني وهو المرؤوس الواجب عليه طاعة الرئيس. أما العنصر الثالث وهو علاقة التبعية: فهي تلك العلاقة القانونية العامة التي تقوم بين موظفين اثنين، بحيث تعطي أحدهما سلطة على الموظف الآخر بالقيام بعمل ما أو الامتناع عنه. أو بعبارة أخرى هي علاقة مبنية على قواعد القانون العام تخول الرئيس أن يمارس حقاً وهو إصدار الأوامر العسكرية، وتفرض على المرؤوس واجب طاعته أمر الرئيس<sup>(1)</sup>، وسلطة الرئيس هي الوجه المقابل للتبعية الإدارية، حيث يبنى على تحمل الرئيس المسؤولية عن أعمال مرؤوسيه، ان أوجب القانون له حقوق وامتيازات إزاء مرؤوسيه، ويتمثل أهمها في واجب الطاعة.

وقاعدة التسلسل الإداري تعني التدرج الوظيفي بين فئات الموظفين، بحيث تخضع الفئات الأدنى للفئات الأعلى مرتبة أو درجة، وبهذا تبرز علاقة التبعية الإدارية والسلطة الرسمية وهي الضمانة التي نص عليها القانون للرؤساء؛ لضمان وحدة المرفق العام وسير العمل به بانتظام واطراد<sup>(2)</sup>.

وحيث إن مصدر هذه العلاقة هو القانون العام، والذي ينظم العمل في الوظيفة العامة، فإنه من غير المتصور تحقق صفة العلاقة والتبعية في العلاقات الخاصة مثل علاقة العامل برئيس العمل وبين المخدوم وخادمه<sup>(3)</sup>، وكذلك تنقطع علاقة التبعية حتى إذا كانت ضمن اطار القانون العام، إذا انتفى الخضوع للسلطة الرئاسية وفقاً للتسلسل الإداري، ومثال ذلك ما أفتى به مجلس الدولة المصري

(1) اسحاق ابراهيم ، مرجع سابق ،ص102.

(2) خالد محمد خالد ،مرجع سابق ،ص24.

(3) اسحق ابراهيم ،مرجع سابق ،ص102.

من عدم التزام مصلحة الضرائب بتقديم المعلومات عن بعض الممولين لإدارة المخابرات العامة. وذلك لانتهاء التبعية الرئاسية والخضوع بين موظفين مصلحة الضرائب وإدارة المخابرات العامة، وتنتفي علاقة التبعية الرئاسية بالنسبة للمتطوعين لتأدية اعمال الوظيفة العامة، كما تنتفي العلاقة الرئاسية بين مجلس الآباء وبين مدير المدرسة مهما كانت أهمية هذا المجلس وأثره في توجيه العملية التعليمية لانتهاء الرابطة الرئاسية، وكذلك فقد حكمت محكمة الجنايات القاهرة - بانتهاء العلاقة بين ضباط الجيش أو جنوده وبين وزير الداخلية، في دعوى موضوعها التعويض عن العمل الغير مشروع، حيث قررت برفض الدعوى ضد وزير الداخلية، كون الضباط والجنود تابعين لوزارة الحربية، وليس لوزارة الداخلية؛ وبذلك انتفت علاقة التبعية بين الجنود من وزارة الحربية و وزير الداخلية(1).

### الفرع الثاني: حدود الطاعة

تتباين حدود واجب الطاعة بين وظيفةً وأخرى، تبعاً لاختلاف العوامل التي تتعلق بطبيعة النظام الإداري القائم في الدولة ما بين نظام المركزية ونظام اللامركزية، وعلاقة السلطة اللامركزية بالسلطة المركزية، وهو ما يعرف بنظام الوصايا الإدارية، وعوامل تتعلق بطبيعة اختصاص المرؤوس وهي تقسم الى ثلاث صور كما يلي:

1- اختصاص نهائي للمرؤوس في تطبيق أحكام القانون، دون الخضوع لأوامر الرؤساء، حيث

يرى الدكتور مازن ليلو راضي: ضرورة إعفاء المرؤوس من طاعة رئيسه في تنفيذ الأوامر

المتعلقة باختصاص المرؤوس، الممنوحة له بموجب أحكام القانون (2).

2- اختصاص المرؤوس اختصاصاً تقديرياً، وذلك بمنح القانون للمرؤوس اختصاص تقديرياً نظراً

للطبيعة الفنية الخاصة بأعمال بعض الموظفين مثل المهندسين والقضاة واساتذة الجامعات،

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ،ص 116 وما بعدها .

(2) مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ص 73 وما بعدها .

حيث يذهب الفقه الى عدم طاعة المرؤوسين لأوامر رؤسائهم فيما يخص العمل الفني الخاص بوظائفهم، أما الأعمال الإدارية المتعلقة بإدارة المرفق العام فيخضع المرؤوسين لطاعة رؤسائهم (1).

3- ممارسة المرؤوس اختصاصه مفوضاً، حيث تستلزم ظروف العمل في بعض الأحيان أن يفوض الرئيس أحد مرؤوسيه القيام ببعض الأعمال، سواء من حيث التوقيع أو تفويضه الاختصاص، ويذهب غالبية الفقه الى وجود واجب الطاعة بين الرئيس المفوض والمرؤوس المفوض (2).

وعوامل تتعلق بطبيعة الوظيفة العامة: ومثالها وظيفة الأستاذ الجامعي أو القاضي أو مجال الوظيفة العسكرية، لا سيما أن الإلزام الشديد الواجب على أفراد المؤسسة العسكرية بإطاعة الأوامر العسكرية، حيث مازالت القوانين العسكرية تنكر حق المرؤوس العسكري في مراقبة قانونية الأمر العسكري، لا سيما من الناحية الموضوعية، مع الإقرار له بحق مراقبة الأمر العسكري من الناحية الشكلية (3).

وقد كانت الطاعة في الجيوش قديماً طاعة عمياء، لما للطاعة من دور هام في نجاح أو فشل الجيش في تنفيذه للمهام الموكلة إليه، وذلك بالنظر الى مدى تعامل أفراد الجيش مع الأوامر الموكلة إليهم، حتى قيل عن الطاعة انها قانون الجندي، وأنها من أهم الأسس التي يقوم عليها نظام الوظيفة العسكرية، لذا شددت الأنظمة العسكرية على ضرورة احترام واجب الطاعة، وقد جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري المصري " ليس من الجائز في النظم العسكرية الامتناع عن الأوامر متى كانت صادرة ممن يملكها، وإنما يتظلم منها بالطريق الذي رسمه القانون، إذ لو أُبيح لكل من يصدر إليه أمراً

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص 295 وما بعدها .

(2) رأي سليمان الطماوي ، و حسن محمد عارضة ، والمشار إليها لدى مازن ليلو راضي في مرجع سابق ص 82.

(3) ابراهيم احمد عبد الحكيم الشرقاوي ، النظرية العامة للجريمة العسكرية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 503.

ان يناقش مشروعيته وسببه، وان يتمتع عن تنفيذه متى تراءى له ذلك لاختل النظام وشاعت الفوضى، وقد جعل قانون الأحكام العسكرية جريمة عدم إطاعة الأوامر العسكرية من الجنايات التي شددت العقوبة عليها " (1).

وبذلك نجد أن محكمة القضاء الإداري المصري قد أخذت بالنظرية الشكلية، والتي تقوم على فكرة حق المرؤوس العسكري في مراقبة مشروعية الأمر العسكري من الناحية الشكلية (الاختصاص وشكل القرار)، اما من الناحية الموضوعية فيمتنع على المرؤوس مراقبة مشروعية الأمر العسكري، من حيث السبب والمحل والغاية؛ بيد أن غالبية الفقه حديثاً تأخذ بنظرية الحراب الواعية، والتي تقوم على فكرة ان العسكريين هم في الدرجة الأولى مواطنون أحرار يمثلون الحراب الواعية في المجتمع، وهم قادرون على تحقيق سيادة القانون في المجتمع<sup>(2)</sup>. وسنتناول هذه النظريات الفقهية حول طاعة الأوامر العسكرية في المبحث الثاني من هذا الفصل.

يعد التطور الفقهي والقانوني للطاعة في مجال الوظيفة العسكرية، الأخذ بتقليص مبدأ الطاعة العمياء، نجد أن حدود الطاعة في المسؤولية التأديبية تختلف عنها في المسؤولية الجنائية، وبالنظر إلى قرار محكمة القضاء الإداري المصري السابق ذكره، نجد أن المرؤوس العسكري لا يحق له أن يناقش أو يراقب مشروعية السبب أو المحل أو الغاية، وذلك إذا لم يكن الفعل يشكل جريمة ما، فإذا كان تنفيذ الأمر يؤدي الى ارتكاب جريمة، فلا يجوز طاعته وتنفيذه، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصري، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي " فطاعة المرؤوس للرئيس مناطها التبعية الرئاسية أو ما يطلق عليه بالسلم الإداري، فكل درجة من درجات هذا السلم تخضع لرقابة

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 10 يناير 1955 . مشار اليه لدى مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ص87 ، نقلاً عن شفيق الحديثي ، النظام الانضباطي لموظفين الدولة في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، الطبعة الاولى ، 1975 .  
(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص236.

وإشراف ما يعلوها من درجات كنوع من الاختصاص تنظمه القوانين واللوائح والتعليمات المطبقة، والسؤال الذي يثور ما مدى هذه الطاعة ؟

لا جدال في انه ليس على المرؤوس، أن يطيع الأمر الصادر إليه من رئيسه بارتكاب جريمة من الجرائم المؤثمة وفقاً لقانون العقوبات أو أي من القوانين الجنائية الخاصة، فكما تقول محكمة النقض: "فطاعة الرئيس لا ينبغي بأي حال أن تمتد إلى ارتكاب جريمة" <sup>(1)</sup>. فالمرؤوس العسكري يراقب مدى المشروعية من الناحية الموضوعية، ويمتنع عن الطاعة إذا كان الأمر يتضمن في ظاهره ارتكاب جريمة، حيث نصت المادة (57) من قانون العقوبات الثوري "الفعل المرتكب إنفاذ لنص قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون طاعته لا يعد جريمة، إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة"، فإذا لم يكن ظاهراً أن الأمر يشكل جريمة ما، فإنه لا يجوز للمرؤوس مراقبة مشروعية الأمر، إلا من الناحية الشكلية "الاختصاص وشكل القرار"، فيحق له رفض طاعة الأمر، إذا كان به عيب في الشكل، بينما يسأل تأديبياً أو جزائياً <sup>(2)</sup> عن جريمة عدم إطاعة الأوامر العسكرية إذا لم يطع الأمر العسكري بدعوى عدم مشروعية السبب أو المحل أو الغاية من الأمر العسكري.

ويفرق جانب من الفقه بين حدود الطاعة للأوامر العسكرية في وقت السلم عنها في وقت الحرب، إذ يرى أنه في أوقات الحروب والازمات، فإن الحاجة تقضي إلزام المرؤوسين بالطاعة بصورة مشددة، بحيث تصل إلى درجة إنكار الذات من جانب المرؤوسين، وضرورة بذلهم أقصى درجات التفاني في خدمة الوطن، بينما في أوقات السلم تتلاشى الحاجة إلى تشديد واجب الطاعة، نظراً لتحول الجند من

(1)نقض 1946/5/13، مجموعة القواعد القانونية -ج 7 ص 142، وبذات المعنى الطعن رقم 1775 لسنة 29 ق جلسة 1960/4/11، والمشار إليها لدى المستشار جلال احمد الادغم، التأديب في ضوء محكمتي الطعن والنقض الادارية العليا، دار الكتب القانونية 2009 ص397.

(2) يلاحظ ان عدم طاعة الاوامر العسكرية تختلف المسألة عنها بين الضباط، وضباط الصف، وفقاً لما لقوانين الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية، فقد تستوجب المساءلة التأديبية بالنسبة للضباط وفقاً لأحكام المواد (94،95) من قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005، او المساءلة الانضباطية بالنسبة للضباط وضباط الصف وفقاً لأحكام المادة (187/أ) من قانون العقوبات الثوري لعام 1979، و المواد (95،174،203،204،205) من قانون العقوبات الثوري بالنسبة للضباط وضباط الصف، حيث نجد ان المادة (95) قد نصت على ثلاث انواع من العقوبات توقع على الضباط وهي:- عقوبات تأديبية و عقوبات انضباطية، و عقوبات جزائية توقعها المحاكم العسكرية، بينما ضباط الصف توقع عليهم نوعين من العقوبات بموجب أحكام المادة (174) من قانون الخدمة وهي عقوبات انضباطية و عقوبات توقعها المحاكم العسكرية

الثكنات العسكرية إلى معاهد التدريب على الأعمال العسكرية، وبذلك لا تظهر الحاجة إلى تشديد الطاعة إلا في حدود الغاية من أعمال الجيش في فترة السلم. وبذلك يتسع حدود مبدأ المشروعية على خلاف الطاعة في أوقات الحرب، ويضيف الدكتور عاصم عجيلة أن ما ينطبق على رجال الجيش في السلم والحرب ينطبق على أفراد الشرطة وقوى الأمن الداخلي<sup>(1)</sup>، وهو ما يتناسب مع الواقع العملي لقوى الأمن الفلسطيني.

### المبحث الثاني: مبدأ المشروعية

يعد خضوع الدولة للقانون من أهم أسس المدنيات الحديثة، فمبدأ خضوع الدولة للقانون من المبادئ الأساسية للدولة المعاصرة، إذ يعني خضوع الدولة للقانون بمقتضاه، خضوع جميع مظاهر نشاط الدولة للقانون، سواء كان مصدر النشاط الإدارة العامة " السلطة التنفيذية " أو السلطة التشريعية أو السلطة القضائية. بحيث يخضع جميع الحكام والمحكومين في الدولة للقانون، وأن الدولة التي لا يحكمها القانون، ولا يلتزم بأحكامه إلا المحكومين دون الحكام، أو لا يكون لديها قانون ابتداء يطلق عليها الدولة الاستبدادية<sup>(2)</sup> بيد أنه يحكم على التصرف أو النشاط الصادر عن الإدارة العامة بالمشروع في حال خضوعه لأحكام القانون.

ويمكن القول لتحقيق مبدأ المشروعية يجب صدور التصرف " القرار " وفقاً لمفهوم مبدأ المشروعية ونطاقه (المطلب الأول)، وهو أن يقتضي بيان العيوب أو الصور التي تخرج الأمر العسكري عن مشروعيته، ورأي الفقه في تنفيذ المرؤوس للأمر الغير مشروع (المطلب الثاني).

(1) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص317.

(2) محمود عبد العزيز محمد، القرار الإداري في هيئة الشرطة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص8.

## المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية ونطاقه

يعتري خضوع الرؤساء لمبدأ المشروعية بعض الغموض في التطبيق العملي، نظراً لكثرة القواعد القانونية الواجب على الرؤساء الالتزام بها، وتشابه المبادئ القانونية مثل مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون وعلاقتها بمبدأ الشرعية. لذلك سنتناول في هذا المطلب بيان معنى المشروعية وارتباطه مع المفاهيم المتشابهة مثل مبدأ سيادة القانون والشرعية، والفرق بين المشروعية والشرعية، لما له من أثر في تحديد مدى سلامة الأمر العسكري ووجوب طاعته وتنفيذه (الفرع الأول)، ثم نوضح كيفية تطبيق مبدأ المشروعية في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، والفرق بين تطبيق مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية عنها في الظروف العادية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : مفهوم مبدأ المشروعية

**المشروعية لغة:** اسم مصدر صناعي من مشروع وهي صفة ما هو شرعي أو مشروع، والمشروع ما يسوغه الشرع<sup>(1)</sup>، فلا يجيز التشريع أمراً إلا إذا توافق وأحكامه، فالمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية " محاولة موافقة الشرع"<sup>(2)</sup>.

والمقصود بمبدأ المشروعية من وجهة نظر الباحث: مدى التزام الإدارة العامة " السلطة التنفيذية " أثناء ممارستها للنشاط الإداري لمجموعة القواعد القانونية النافذة داخل الدولة، سواء كانت قواعد قانونية مكتوبة (الدستور، القانون العادي، القوانين المؤقتة، اللوائح والأنظمة، التعليمات) أو كانت قواعد قانونية غير مكتوبة مثل (العرف، والمبادئ القانونية العامة). أي أنه ضماناً لخضوع جميع تصرفات الإدارة لأحكام القانون.

(1) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص505.

(2) صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي، دراسة علمية موثقة، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة 1988، ص528.

وطاعة العسكري للأوامر العسكرية والخضوع لها يجب أن تكون في إطار مشروعية الأمر العسكري. إذ أن مبدأ المشروعية هو ركيزة من الركائز الأساسية التي تعتمد عليه الدولة القانونية. فما هو مفهوم مبدأ المشروعية من الناحية الفقهية، وما هي مكانته في الدولة القانونية؟

لا شك أن مبدأ خضوع الحكام والمحكومين لأحكام القانون، كمبدأ عام متفق عليه، وقد جاء نتيجة لنضال الشعوب والأخذ بالديمقراطية " سيادة الشعب وكفالة الحقوق والحريات" بيد أنه هناك اختلاف حول فهم هذا المبدأ، ومدى ارتباطه بمبدأ المشروعية؛ فذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ خضوع الدولة للقانون أوسع من مبدأ المشروعية<sup>(1)</sup>، بينما ذهب جانب ثانٍ من الفقه إلى دمج المبدأين في مفهوم واحد، بحيث يعرف مبدأ المشروعية: خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، كما يخضع له أيضاً سائر المحكومين<sup>(2)</sup>، ويذهب رأي ثالث من الفقه إلى القول إن مبدأ المشروعية هو الوجه الآخر لمبدأ سيادة القانون<sup>(3)</sup>. ويرى أصحاب هذا الرأي من الفقه عدم التمييز بين الشرعية والمشروعية، طالما انهما يتضمنان قيد على السلطات العامة بالالتزام بكافة القواعد القانونية المكتوبة والغير مكتوبة، لا سيما ان من بين هذه القواعد، المبادئ القانونية العامة التي يستقر عليها وجدان المجتمع<sup>(4)</sup>.

ويذهب فريق من الفقهاء إلى التمييز ما بين المشروعية والشرعية بمعنى أن مفهوم الشرعية أوسع منه من مفهوم المشروعية، بحيث تشمل المشروعية القوانين الوضعية السارية المفعول، أما الشرعية فتتمثل فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة مستندة إلى المثل العليا التي يتوخاها المشرع أثناء تشريعه للقوانين في الدولة<sup>(5)</sup>.

(1) ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1972، ص171. محسن خليل، مرجع سابق ص9، محمود عبد العزيز مرجع سابق، ص19.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص216، و احمد رسلان، وسيط القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص23.  
(3) عدنان عمرو، القضاء الاداري في فلسطين، كلية الحقوق، جامعة القدس، 2008، ص11. يوسف حسن محمد البشير، مبدأ المشروعية والمنازعة الادارية، جامعة النيلين، السودان [https://www.bibliodroit.com/2018/01/pdf\\_2.html](https://www.bibliodroit.com/2018/01/pdf_2.html)، ص7. و عمار بوضياف محاضرات في القوانين الاداري، محور مبدأ المشروعية ودور القضاء الاداري في حمايته الأكاديمية العربية السنديمارك، [https://www.bibliodroit.com/2018/01/pdf\\_2.html](https://www.bibliodroit.com/2018/01/pdf_2.html)، ص2.

(4) انور ابو ارسلان، مرجع سابق، ص21.

(5) عدنان عمرو، القضاء الاداري في فلسطين، مرجع سابق ص16. و انو ارسلان، مرجع سابق ص20.

وعليه يمكن القول: أن الفقه العربي قد اختلف في تحديد مفاهيم هذه المبادئ (مبدأ خضوع الدولة للقانون، ومبدأ سيادة القانون، ومبدأ المشروعية) وانقسم إلى ثلاث آراء فقهية وهي كما يلي:

**الرأي الأول:** يرى أن المقصود بمبدأ المشروعية، ومبدأ سيادة القانون: خضوع الإدارة للقانون، أما مبدأ خضوع الدولة للقانون "نظام الدولة القانونية": فهو خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، وأن مبدأ سيادة القانون هو عنصر من عناصر الدولة القانونية<sup>(1)</sup>، وإن مبدأ المشروعية عنصر من عناصر مبدأ سيادة القانون<sup>(2)</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى عدم التفرقة أو التمييز ما بين مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية، وإن المقصود منهما خضوع جميع سلطات الدولة للقانون<sup>(3)</sup>.

**الرأي الثالث:** وينفرد بهذا الرأي الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد، إذ يرى التمييز ما بين مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون؛ فيعرف مبدأ المشروعية: خضوع جميع سلطات الدولة لأحكام القانون، أما مبدأ سيادة القانون: فيعني خضوع السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية ومنعها من التصرف إلا وفقاً لأحكام القانون<sup>(4)</sup> ويلاحظ أن مبدأ المشروعية وفقاً لهذا الرأي أوسع من مبدأ سيادة القانون.

وبالنظر إلى الرأي الثاني والثالث، نجد انهما متقاربين، من حيث اعتبار مبدأ المشروعية، يعني خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، إلا أن الاختلاف بينهما في العلاقة ما بين مبدأ المشروعية وما بين سيادة القانون، ونجد أن الرأي الثالث والرأي الأول متوافقين في أن مبدأ سيادة القانون يعني خضوع جميع تصرفات السلطة التنفيذية للقانون الصادر عن السلطة التشريعية، والاختلاف فيما بينهما

(1) ثروت بدوي، مرجع سابق ص171.

(2) محسن خليل، مرجع سابق ص9، محمود عبد العزيز مرجع سابق ص19.

(3) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص216. انور الرسلان، مرجع سابق ص23. عدنان عمرو، مرجع سابق ص11. عمار بوضياف، مرجع سابق ص2 وهو الرأي الذي تبناه المشرع الفلسطيني في القانون الاساسي لعام 2003 في المادة (6) والتي جاء فيها (مبدأ سيادة القانون اساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والاجهزة والهيئات والمؤسسات والاشخاص).

(4) محمد عبد الحميد زيد، طاعة الرؤساء ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص186.

في أن أصحاب الرأي الأول يرون خضوع جميع سلطات الدولة للقانون يعني مبدأ خضوع الدولة للقانون، وليس مبدأ المشروعية كما يرى صاحب الرأي الثالث.

في ضوء هذا الاختلاف الفقهي حول مفهوم مبدأ المشروعية، نحاول الاطلاع على موضع مبدأ المشروعية في نظام الدولة القانونية (الفقرة الأولى)، والاطلاع على العلاقة ما بين مفهوم مبدأ المشروعية والشرعية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: مبدأ المشروعية في نظام الدولة القانونية

ولتحديد مكانة مبدأ المشروعية في نظام الدولة القانونية، نجد أن نظام الدولة القانونية يهدف إلى خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، وفي جميع مظاهر نشاطها سواء الصادر عن السلطة التشريعية أو القضائية أو التنفيذية<sup>(1)</sup>؛ وحتى يمكن القول إن دولة ما هي دولة قانونية، فإن نظامها يجب أن يتضمن:

**العنصر الأول:** وجود دستور يضع شكل الدولة ونظامها، و يحدد قواعد استخدام السلطة وشروطها، وعلاقة السلطات فيما بينها، وتخضع له جميع سلطات الدولة، وأن يحول دون أي تصرف صادر عن أي سلطة من سلطات الدولة خارج عن قواعد الدستور، بما يحمي الحقوق والحريات العامة<sup>(2)</sup>.

**العنصر الثاني:** الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات والذي يقتضي أن يتم توزيع السلطات الأساسية في الدولة على هيئات أو أجهزة " سلطة " مختلفة، فتكون سلطة تشريعية مختصة بسن القوانين، والسلطة التنفيذية تتولى إدارة البلاد وتنفيذ القوانين، والسلطة القضائية تفصل في المنازعات المعروضة عليها فإذا ما بغت إحدى هذه السلطات، ردعتها السلطة الأخرى، وفي هذا يقول الفقيه " مونتسكيو " السلطة توفق السلطة<sup>(3)</sup>. بيد أنه في بداية ظهور مبدأ الفصل بين السلطات، كان هذا الفصل جامداً في ظل

(1) ثروت بدوي، مرجع سابق ص 169 وما بعدها .

(2) مصطفى كمال وصفي، مصنفه النظم الإسلامية، مكتبة وهبه، القاهرة 1977، الطبعة الأولى، ص 137.

(3) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 8.

المبدأ الحر، وبعد التحول الاشتراكي الذي طرأ على الدولة الحديثة، أصبح الفصل بين السلطات مرناً<sup>(1)</sup>.

**العنصر الثالث:** خضوع الإدارة للقانون وهو ما يعبر عنه بمبدأ سيادة القانون، والذي يعني أنه لا يجوز للإدارة العامة اتخاذ أي إجراء مادي أو قرار إداري إلا بمقتضى القانون أو تنفيذاً لا حكام القانون، وذلك لكون القانون صادر عن الجهة الممثلة لإرادة الشعب وهي السلطة التشريعية<sup>(2)</sup>. بيد أن القواعد القانونية في الدولة المعاصرة، لم تعد تنحصر في مصدر واحد " السلطة التشريعية "، إذ أدى التطور الديمقراطي في الدولة المعاصرة إلى تمثيل الشعب في جميع السلطات، ولما كانت السلطة التنفيذية ممثلة للشعب، فأصبح يتفق والمنطق الديمقراطي في اعطائها بعض الصلاحيات التشريعية، لا سيما أن المجالس التشريعية، يصعب عليها مواكبة التطور العلمي في جميع مناحي الحياة بنصوص قانونية، وبذلك اضحى من واجبات الإدارة إصدار التشريعات، وبذات الوقت عليها واجب الخضوع للقوانين العادية واللوائح والأنظمة الصادرة عنها<sup>(3)</sup>، وهو ما أدى إلى ظهور مبدأ تدرج القواعد القانونية.

**العنصر الرابع:** مبدأ تدرج القواعد القانونية والذي يهدف إلى أن التشريعات يخضع بعضها لبعض وفقاً لارتباط تسلسلي فيما بينها، بحيث تخضع القواعد القانونية الأدنى للقواعد القانونية الأعلى فيتصدر قمة الهرم التسلسلي القانوني الدستور، وفي فلسطين القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، وهو أعلى مرتبة من القواعد التشريعية العادية، والمهيمن عليها، إذ يجب على السلطة التشريعية (البرلمان، المجلس التشريعي) الالتزام بأحكام الدستور عند ممارستها للعمل التشريعي، وإلا اعتبر عملها معيب بعيب عدم الدستورية، وبذات الوقت فإن السلطة التنفيذية عندما تمارس صلاحياتها بالتشريع عليها

(1) ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية، مبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 16 .

(2) ثروت بدوي، النظم السياسية، مرجع سابق ص 175.

(3) ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية مرجع سابق، ص 15 وما بعدها .

الالتزام في إصدار اللوائح والأنظمة بحدود القانون، كما يوجب مبدأ التدرج على السلطة التنفيذية عند إصدارها اللوائح - وفي الحدود التي يسمح بها القانون- أن تكون هذه اللوائح الأدنى في حدود اللوائح الأعلى منها<sup>(1)</sup>؛ فالتعليمات يجب ان تكون في اطار اللوائح، والأوامر العسكرية "القرارات الإدارية" في حدود التعليمات، وهذه الأخيرة بدورها يجب صدورها في حدود اللوائح، والتي تخضع في أحكامها الى نصوص القانون والدستور.

**العنصر الخامس:** الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية " فبعد أن كان خضوع الدولة للقانون خضوعاً سلبياً، إذ يتمتع عليها الاعتداء على الحقوق الفردية عملاً للمبدأ الفردي الحر، أصبح الخضوع إيجابياً في الدولة الحديثة ذات النزعات الاشتراكية، نظراً لما يفرضه عليها القانون من التزامات إيجابية بقصد تحقيق مستوى عادي معين للأفراد"<sup>(2)</sup>.

**العنصر السادس:** قضاء مستقل حيث إن هذه الحقوق والحريات الفردية المنصوص على حمايتها في الدستور أو القوانين أو اللوائح، وما جاء به مبدأ خضوع الدولة للقانون وما تفرع عنه من مبدأ سيادة القانون في الدولة لا قيمة له، ما لم يحظ بحماية قضائية مستقلة وفعالة، تحمي هذه الحقوق أو تقرر بطلان تصرف الإدارة في حال خروجها على أحكام القانون، فكلما كان هناك قضاء حقيقي ومستقل وجدي يطبق أحكام الدستور والقوانين واللوائح الضامنة والمنظمة لحقوق الإنسان وحرياته كلما كانت هناك دولة قانونية.

وعلى ضوء ما تم عرضه من عناصر للدولة القانونية الحديثة، يمكن القول إن مبدأ سيادة القانون، هو عنصر من عناصر الدولة القانونية، فإذا كان مبدأ خضوع الدولة للقانون (الدولة القانونية)

---

(1) يوسف حسين محمد البشير، مبدأ المشروعية والمنازعات الادارية - جامعة النيلين - السودان  
https://www.bibliodroit.com/2018/01/pdf\_2.html، ص8.

(2) ثروت بدوي، النظم السياسية، مرجع سابق ص178.

يعني خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، فضلاً عن خضوع المحكومين للقانون<sup>(1)</sup>، فإن مبدأ سيادة

القانون هو خضوع الإدارة العامة بصفة خاصة، السلطة التنفيذية بصفة عامة<sup>(2)</sup> للقانون بمعناه الواسع، وان مبدأ المشروعية هو عنصر من عناصر مبدأ سيادة القانون، فهو الضابط على التزام الإدارة في تصرفاتها الإدارية بأحكام القانون، ويُرتب جزاءً على مخالفة أحكام القانون؛ بتقرير عدم مشروعية النشاط (القرار) ومن ثم بطلانه<sup>(3)</sup>، وإضفاء صفة المشروعية على النشاط المتفق وأحكام القانون.

فكما أن الحكم القضائي هو كاشف للحق ولا ينشؤه، فإن مبدأ المشروعية يكشف عن مدى التزام الإدارة في تصرفاتها الإدارية في حدود القانون، فهو لا ينشئ هذا الالتزام، وإنما يكشف عن مدى تحقق الالتزام، بينما مبدأ سيادة القانون هو الذي ينشئ الالتزام ويقرره على عاتق الإدارة، كونه ركيزة أساسية من ركائز الدولة القانونية، إذ يمكن القول ان مبدأ المشروعية هو الحكم أو الضابط على التزام الإدارة بالقانون، أو هو الصفة التي تطلق على التزام نشاط الإدارة في مواجهة حقوق وحرّيات الأفراد بأحكام القانون وبهذا المعنى يقول الدكتور عدنان عمرو: إن مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون وجهان لعملة واحدة<sup>(4)</sup>.

### الفقرة الثانية: المشروعية والشرعية

تحدثنا سابقاً أن المشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية (محاولة موافقة الشرع)، ولما كانت المشروعية والشرعية مشتقتان من ذات المصدر وهو الشرع أو الشرعية بمعنى العادة أو السنة

(1) المرجع السابق ص171.

(2) احمد رسلان، مرجع سابق ص24، وكان المشرع الفلسطيني في القانوني الاساسي الفلسطيني، قد تبني مبدأ سيادة القانون كاساس الحكم في فلسطين، فان الاولى تعديل نص المادة (6) من القانون الاساسي لتصبح ( مبدأ خضوع الدولة للقانون اساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والاجهزة والهيئات والمؤسسات والاشخاص )، عوضاً عن النص السابق (مبدأ سيادة القانون اساس الحكم في فلسطين ...)، إذ ان مبدأ سيادة القانون لا يعني الا خضوع السلطة التنفيذية لوحدتها لأحكام القانون .

(3) عدنان عمرو، القضاء لاداري في فلسطين ص11.

(4) عدنان عمرو، القضاء الاداري في فلسطين، مرجع سابق ص7 وما بعدها .

أو المنهاج، إلا أن المفهوم اللغوي يختلف بين المشروعية والشرعية، فإذا كانت المشروعية تفيد محاولة موافقة الشرع، فإن الشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية " موافقة الشرع " (1).

وتعني الشرعية في الفقه الوضعي مجموعة القيم والأهداف العليا المستقرة في ضمير المجتمع، والسابقة في وجودها على وجود الدولة ذاتها، بحيث تكون الشرعية سنداً للأفراد للطعن في التشريعات التي تضعها الدولة، ويتكئ الفقه الوضعي الغربي إلى فكرة القانون الطبيعي وفكرة الانصاف كمصدر لهذه القيم والأهداف العليا، حيث استند هذا الفقه الى فكرة القانون الطبيعي بشكل أساسي في تحليل رأيه في الشرعية (2).

وفي تحديد مفهوم القانون الطبيعي يرى الفيلسوف "كانت" (3) القانون الطبيعي أنه: "الأخلاق الطبيعية العالمية، وهو ما يمكن أن يلخص في أمر واحد وهو الأمر المطلق الذي بمقتضاه يتصرف كل شخص التصرف الذي يصلح أن يكون قانوناً عالمياً، بمعنى أن يتصرف الشخص بما يؤدي الى معاملة كل إنسان باعتبار أن الإنسانية هدف في ذاتها وليست وسيلة (4)".

ويعرف الدكتور ماجد الحلو القانون الطبيعي بقوله إنه: "فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة، وما يجب أن يكون عليه القانون مفهوماً أوسع من مجرد احترام قواعد القانون الوضعي العادلة، ويتضمن قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان المستقيم أن يكتشفها، ويجب أن تكون المثل الأعلى الذي يتوخاه المشرع في الدولة، ويعمل على تحقيقه إذا أراد الارتفاع بمستوى ما يصدره من تشريعات" (5)، بيد أن الدكتور ماجد الحلو يرى أن قواعد الشريعة الإسلامية هي القواعد الشرعية التي

(1) ،صالح حسن سميع ، مرجع سابق ص523.

(2) المرجع السابق ص527.

(3) الفقيه (كانت) هو احد فلاسفة القانون الطبيعي بل هو يعد بعد ارسطو مرتبة . وهو صاحب نظرية سلطان الارادة للمزيد انظر ، سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1999، ص173.

(4) المرجع السابق، ص 175-177.

(5) حسن صالح سميع، مرجع سابق 239.

يجب أن يرهاها المشرع الوضعي في مشروعيتها. بينما يرى الدكتور عدنان عمرو أن مصادر الشرعية هي الشرائع السماوية والقانون الطبيعي وإعلانات حقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

وهذا الرأي الأخير الذي يؤيده الباحث مع تأكيده على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر أساس من مصادر الشرعية في الدولة التي تعتمد الإسلام دين لها، بما تمثله الشريعة الإسلامية كمصدر للقيم والمثل المستقرة في المجتمع المسلم وغيره من المجتمعات الأخرى، يضاف إليها أيضاً المواثيق الدولية والمحلية ، وقواعد القانون الدولي الإنساني للسلم والحرب<sup>(2)</sup>؛ لما تحتويه أحكامها من تمثيل للقيم والأهداف العليا للبشرية.

يمكن القول إن مصادر القانون الطبيعي المذكورة، ليست الا تدوين لبعض أحكامه وليست كل أحكامه وقواعده، فمثالها أعمال المحاكم الإدارية في ابتداء قواعد القانون الإداري، فكما أن القانون الإداري لا ينحصر في حدود القواعد المدونة والأحكام الصادرة فعلاً عن المحاكم الإدارية - لما يصدر مجدداً من قواعد قانونية حديثة وفقاً لتطور النزاعات المطروحة على القضاء الإداري- فإن القانون الطبيعي لا ينحصر بهذه المصادر نظراً لإتساع مجال القانون الطبيعي. ولما كانت الشريعة الإسلامية

(1) عدنان عمرو ، القضاء لاداري في فلسطين، مرجع سابق ص16.

(2) ان أحكام القانون الدولي لحقوق الانسان ، والقانون الدولي الانساني ، هي قواعد اتفق عليها المجتمع الاممي، كونها مستقرة في ضمير البشرية فاذا خلى شخص ما منها خلا من صفته البشرية والانسانية (هذا رأي الانسانية منذ قديم الزمان) ، فهي تدوين لأحكام القانون الطبيعي . حيث جاء في اتفاقية لاهاي الثانية المتعلقة بقوانين الحرب البرية واعرافها لعام 1899 " وحتى تصدر مدونة بقوانين الحرب اكثر اكتمالاً، ترى الأطراف السامية المتعاقدة ، من المناسب ان تعلن انه في الحالة التي تشملها اللانحة التي اعتمدها يظل السكان والمقاتلون تحت حماية قاعدة مبادئ قانون الامم الناتجة عن العادات الراسخة بين الشعوب المتحضرة وعن قوانين الانسانية ، وعما يمليه الضمير العام " . وان عبارة الضمير الضمير العام تمتد الى ما استقر في ضمير المجتمع الاممي ككل ، وليس ضمير مجتمع بذاته ، وان هذا النص يربط العلاقة بين القواعد القانونية الدولية المدونة ، وقواعد القانون الطبيعي ، بحيث تكون قواعد القانون الطبيعي مصدراً لقواعد القانون الدولي ، وهذه الاخيرة ماهي الا تدوين وتأكيد لقواعد القانون الطبيعي ، وعليه فان قواعد القانون الدولي الانساني ملزمة للدول المشتركة فيها بالاستناد لكونها طرف ، اما الدول غير المشتركة في هذه القواعد فهي ملزمة لها ايضاً كونها تعبيراً عن قواعد القانون الطبيعي . للمزيد محمد فهاد الشلالدة ، القانون الدولي الانساني ، مكتبة دار الفكر ، القدس ، عام 2005 ، ص 60 وما بعدها . وعليه فان الفرد العسكري و الرؤساء ملزمون بأحكام القانون الدولي الانساني ، ويتعرضون بخلاف ذلك للمسألة الجزائية الدولية " اذ يجب عليهم الالتزام بأحكام القانون الدولي الانساني ، بغض النظر عن قواعد القانون الوطني او اوامر الرؤساء الصادرة الى المرؤوسين ( حكم محكمتي نورنبيرج و طوكيو 1946 ) " علماً ان المسؤولية الجزائية الدولية لا تدخل في نطاق دراستنا ، للمزيد انظر احمد ابو الوفا ، الملامح الاساسية للمحكمة الجنائية الدولية اصدار للجنة الدولية للصليب الاحمر ، اعداد المستشار / شريف عتلم ، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الخامسة 2008 ، ص15.

الغراء تتصف بالشمولية، يمكن عدها من أكثر المصادر الكاشفة عن أحكام وقواعد القانون الطبيعي. دون الإنكار لأهمية دور المصادر الأخرى في الكشف عن قواعد القانون الطبيعي<sup>(1)</sup>.

بيد أن فقهاء القانون في العالم العربي، لم يتفقوا على مذهب واحد في تحديد معنى الاصطلاحيين "الشرعية والمشروعية" فمنهم من ذهب إلى القول بعدم وجود اختلاف بين المصطلحين، ورأي آخر أن مصطلح المشروعية أوسع من مصطلح الشرعية، ورأي أخير أقرب إلى اللغة والمنطق: يرى أن الشرعية أوسع من مصطلح المشروعية، وعليه نتناول هذه الآراء الفقهية بإيجاز كما يلي:

**الرأي الأول:** يرى أنه لا فرق بين مصطلح الشرعية والمشروعية<sup>(2)</sup>، وأنها مصطلحان مترادفان، حيث إنهما يتضمنان قيماً على تصرفات سلطات الدولة بالالتزام بالقواعد القانونية المكتوبة والغير المكتوبة، طالما أنه من بين هذه القواعد القيم والأفكار والأهداف العليا والمبادئ العامة المستقرة في ضمير المجتمع<sup>(3)</sup>.

ويوضح الدكتور رمزي الشاعر رأيه في اعتبار الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان بقوله " مبدأ المشروعية في الدولة المعاصرة - باعتباره حداً على سلطان وتصرفات الهيئات العامة والمحكومين - يتطلب الالتزام بالقانون الطبيعي، وما يختزنه من مبادئ قانونية عامة يحتويها ضمير الجماعة ويستقر عليها، باعتبارها ركائز أساسية لمعنى العدل والصالح العام كما يتطلب أيضاً الالتزام بالمشروعية الوضعية التي تستقر على مبدأ سيادة الدستور والتشريع، وما يفرضه ذلك من ضرورة الالتزام بقاعدة القانون الأعلى أيّاً كان مصدرها"<sup>(4)</sup>.

(1) فليعلم الانسان ان كان تصرفه مشروع وانه على حق اتجاه غيره، فعليه ان يضع نفسه في مكان خصمه فان كان يقبل تصرفه على ذاته، كان تصرفه متفقاً مع القانون الطبيعي والقانون الوضعي، فان كان لا يقبل هذا التصرف، فلا يقدم على التصرف، وان كان يقبل التصرف فليقبل.

(2) صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص517.

(3) انور رسلان، مرجع سابق، ص21. ويلاحظ ان الفقيه ثروت بدوي قد استخدم اصطلاح الشرعية والمشروعية كترادفين في كتابه تدرج القرارات الادارية و مبدأ الشرعية، مرجع سابق ص 11 وما بعدها .

(4) صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص518.

ويلاحظ أن هذا الرأي من الفقه لا يفرق بين الشرعية والمشروعية، يرى بذات الوقت أن هناك اختلاف بين قواعد القانون الطبيعي وقواعد القانون الوضعي، بيد أنه يوجب تطبيق قواعد كلا القانونين على حد سواء.

**الرأي الثاني:** والذي مفاده أن المشروعية أوسع من مصطلح الشرعية وهي مصدر لها، وقد تبنى هذا الرأي الدكتور مصطفى كمال وصفي بقوله " المشروعية هي الأساس الذي يجعل أمراً من الأمور مشروعاً أو يبين حكمه من حيث الفرضية، أو الذنب أو الإباحة وشرعية الشيء هو أن يكون مشروعاً على أساس من المشروعية بمعناها السابق، بان يوجد دليل على مشروعيته وحكمه، وأن يوجد تنظيم مسبق ينظمه"<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن هذا الرأي قد استبدل كلمة الشرعية بالمشروعية، إذ أن المشروعية وفقاً لهذا الرأي هي أعلى من الدستور والقوانين واللوائح، وقد اطلق عليها، اصطلاح المشروعية العليا في النظم المذهبية<sup>(2)</sup>، بيد أنه عاد وأطلق اصطلاح المشروعية كمرادف لمبدأ سيادة القانون والمتمثلة في تدرج القواعد القانونية يحث تخضع القواعد الأدنى للقواعد الأعلى، انتهاء بالقواعد الدستورية.

**الرأي الثالث:** يرى ان الشرعية أوسع من المشروعية.

تعرف الموسوعة الدولية الاجتماعية مفهوم الشرعية بأنه: "الأسس التي تعتمد عليها الهيئة الحاكمة في ممارستها للسلطة، وتقوم على حق الحكومة في ممارسة السلطة وتقبل المحكومين لهذا الحق"<sup>(3)</sup>. ويعرف الدكتور عدنان عمرو المشروعية بقوله: "تعني المشروعية احترام القواعد القانونية السارية المفعول بغض النظر عن عدالتها، بينما يرى أن الشرعية أنها فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى

(1) مصطفى كمال وصفي، مرجع سابق، ص151.

(2) المرجع السابق، ص152 وما بعدها .

(3) عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ،مرجع سابق ص16.

العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون<sup>(1)</sup>، ويمكن تعريف المشروعية وفقاً لهذا الرأي أنها ما يضعه المشرع من قواعد وتقنيات لتنظيم عمل الدولة. وحتى تحظى هذه القواعد بالشرعية، فلا بد أن تستهدي بمصادر الشرعية وتعبر عنها<sup>(2)</sup>.

وتصف الشرعية على أنها فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة، وهي مرتبطة بالعقيدة والفلسفة التي يتبناها المجتمع والمستمدة من الشرائع السماوية والقانون الطبيعي وإعلانات حقوق الإنسان، بحيث يجب على الدولة عند إصدارها للتشريع أن تراعي مصادر الشرعية حتى تلقى تشريعاتها الاحترام والقبول من الأفراد<sup>(3)</sup>.

من خلال الآراء الفقهية السابقة يرى الباحث مع تأثره بالرأي الثالث أن الشرعية مصدرها القانون الطبيعي وما يمثله من قيم إنسانية وأخلاقية مستقرة في ضمير المجتمع، بحيث تخضع له جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة التنفيذية والتي يقع عليها الالتزام بمبدئي الشرعية والمشروعية معاً. وأن المشروعية مصدرها القانون الوضعي (الدستور، القانون، اللوائح، التعليمات)، فإذا صدر الأمر العسكري وفقاً للقانون الوضعي فما هو حكم الأمر العسكري وكذلك إذا صدر الأمر العسكري مخالفاً لمصدر من مصادر الشرعية؟

أما السؤال الأول: وهو مخالفة الأمر العسكري لقواعد القانون الوضعي، فإن الحكم عليه بوصفه غير مشروع أمر متفق عليه بين أصحاب الرأيين الأول والثالث، وإلى حد ما مع أصحاب الرأي الثاني.

وبالنسبة للسؤال الثاني: وهو مخالفة الأمر العسكري لمصدر من مصادر الشرعية؟

وللإجابة على هذا التساؤل هناك احتمالان أو حالتان، الأولى: أن يصدر الأمر العسكري وفقاً لأحكام القانون الوضعي، ولكنه يخالف أحكام القانون الطبيعي. أما الحالة الثانية ان يصدر الأمر العسكري

(1) المرجع السابق ص 17.

(2) صالح حسن سميع، مرجع سابق ص 523.

(3) عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين، ص 17.

مخالفاً للقانون الوضعي والقانون الطبيعي معاً، وفي هذه الحالة الاخيرة فان الحكم السابق بعدم المشروعية هو الحكم المنطبق على الأمر العسكري كونه و وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، قد خالف أحد مصادر القانون الوضعي. أما الحالة الأولى وهي توافق الأمر العسكري مع القانون الوضعي أو كان تنفيذاً له، وبذات الوقت مخالف لمبدأ الشرعية، ومثال ذلك ان يصدر الأمر بناء على قانون عنصري أي مخالف لأحكام الشرعية، بحيث يكون هذا القانون غير شرعي لمخالفته لمصادر الشرعية<sup>(1)</sup>، وقد توصلنا إلى أن المشروعية هي صفة تطلق على الأمر العسكري "القرار الإداري" الذي يتفق وأحكام القوانين النافذة، أي أن صفة المشروعية تطلق على سلامة النشاط الإداري (الأمر العسكري أو القرار الإداري) لصدوره عن جهة الإدارة العامة طبقاً لمبدأ سيادة القانون بمعناه الواسع.

أما الشرعية فهي صفة تطلق على سلامة العمل الصادر عن جميع سلطات الدولة بما فيها الإدارة العامة " السلطة التنفيذية"، بخضوع جميع أعمال سلطات الدولة لمصادر القانون الطبيعي، التي

---

(1) ويمكن القول ان الشرعية تعني كما جاء في لسان العرب المجلد التاسع ص59 ، كون الشيء قائماً على اساس شرعي ، وان الشريعة في كلام العرب تعني مشرعة الماء: وهي مورد الماء الذي يلجئ اليه الناس لشرب الماء ويسقون دوابهم ، وكانت العرب لا تطلق على هذا الماء اصطلاح الشريعة الا اذا كان الماء عدلاً لا انقطاع له ويكون ظاهراً ومعيناً أي ان وضع الماء مستقر وثابت بانتظام ، وكذلك هو حال القاعدة القانونية . فاذا كانت الشرعية كما تقدم تعني عين الماء دائم التدفق والتي يرددها الناس بشكل عام ، فان الشرعية القانونية تعني اساس القانون و السلطة او الحكومة ، فاذا كان اساس قيام الحكومة وفقاً للأصول المقبولة والمستقرة في وجدان المجتمع كانت الحكومة شرعية وكذلك اصدار القانون وفقاً للقيم المستقرة في وجدان المجتمع ، حيثما التزم المشرع في سنه للتشريع بالمبادئ القانونية العامة العليا ، والمستقرة في وجدان المجتمع المكتوبة (الدستور) منها وغير المكتوبة (المبادئ القانونية العامة) . فان خالف القانون أحكام الدستور فهو غير دستوري في مخالفته أحكام الدستور ، مما يستوجب الغاء النص المخالف للدستور . وكذلك الامر بالنسبة للقوانين المؤقتة واللوائح التنفيذية التي تتصف بالعمومية ، اذ يجب ان تصدر وفقاً للقانون والدستور والقانون الطبيعي حتى تتصف بالشرعية . حيث ان المشروعية هي الضابط على عدم مخالفة الاعمال الفردية الصادرة عن الادارة العامة للقواعد القانونية المعمول بها اما الشرعية فهي الضابط على عدم مخالفة التشريعات للدستور والقانون الطبيعي والمبادئ العامة والقيم والأخلاق المستقرة في ضمير المجتمع ؛ وعليه فان الامر العسكري يكون غير مشروع اذا لم يلتزم بلانحة او القانون او الدستور او المبادئ القانونية العليا، ولا يكون شرعياً اذا خضع مثلاً للانحة او التعليمات ولكنه خالف أحكام القانون الطبيعي: اذ يجب لمشروعية الامر العسكري خضوعه لكافة القواعد القانونية النافذة في البلاد . في حين ان القانون الذي يعتدي على الحقوق والحريات هو قانون غير شرعي – وليس غير مشروع- فالماء الصادر من عين الماء هو ماء شرعي ، والجزء من الماء الذي يشربه شخص ما من هذه العين هو مشروع . فاذا اصاب الماء الذي شربه الشخص كدراً (تصرف احد افراد الادارة) اصبحت غير مشروع ،اما عين الماء ذاتها فتبقى مشرعة للجميع(القاعدة القانونية) اذ يصفو مجدداً ماؤها المتدفق . اما اذا اصاب عين الماء ذاتها كدراً في منبثها (القانون) وخبث ماؤها ، لم تعد بذلك عين ماء مشرعة للجميع ، فلا يشرب منها احد ، الا الخبيثين كما يفعل البرلمان للكيان العدو المحتل المسمى اسرائيل بإصداره تشريعات مكدره وخبثية بمخالفتها قواعد القانون الدنيا في القانون الدولي الانساني والحربي والتي يرفضها فئات وأشخاص المجتمع الدولي برمته ، وارتكاب ممثليه لجرائم خطيرة تحت ستار القانون المكدر . لذا يرى الباحث ضرورة إقامة دعاوى ضد ما يسمى بالكنيست الاسرائيلي لإبطال ما يصدره من قوانين تخالف الشرعية وإلزامه بإصدار قوانين توافق المجتمع الانساني وعدم اصدار قوانين عنصرية لا تطبق الا على اطفال الشعب الفلسطيني، واعتبار أي تصرف لسلطة الكيان المحتل باسم هذه القوانين غير مشروع لصدوره دون الاستناد الى نص قانوني شرعي ، وضد اعضائه الحاليين والسابقين باعتبارهم محرضين على ارتكاب جرائم حرب وضد الانسانية ؛ من خلال سن القوانين التي تدعو الى ارتكاب المجازر والتجهيز والعنصرية بحق ابناء الشعب الفلسطيني والشعوب العربية المجاورة .

تحكم سلطات الدولة والأفراد معاً، لما لها أثر في نفوس أفراد المجتمع واستقرارهما كقيم ومثل ثابتة في المجتمع.

وعليه فإن الأمر "القرار" العسكري المخالف لأحكام الشرعية يأخذ صفة اللاشرعية من المخالفة المباشرة لمصادر الشرعية، وبهذا فإن الأمر غير المشروع والأمر غير الشرعي، يأخذان ذات الحكم بعدم وجوب التطبيق وهي ذات النتيجة التي توصل إليها الرأي الأول.

وعليه يمكن القول أن الشرعية هي حكم أو صفة تطلق على الأمر "القرار" أو القانون الذي يتفق ومصادر الشرعية وان اللاشرعية هي صفة ذلك القرار أو القانون الذي يخالف مصادر الشرعية، بينما المشروعية هي حكم أو صفة تطلق على الأمر الذي يتفق ومصادر المشروعية. وعليه فإن الفرق بين الشرعية والمشروعية في ثلاثة أمور هي:

1- مصادر الشرعية والمشروعية.

2- الأصل القانوني.

3- صفة الحكم المطلقة على النشاط.

أولاً: من حيث مصدر كل منهما:

1- مصادر الشرعية: القانون الطبيعي المتمثل في الشرائع السماوية والشريعة الإسلامية في

المجتمع العربي والمواثيق الدولية والمحلية والقانون الدولي الإنساني، فالقانون الطبيعي هو

القانون الأساسي لتنظيم حياة أفراد المجتمع.

2- مصادر المشروعية القانون الوضعي والمتمثل: الدستور، التشريعات العادية، واللوائح والعرف،

والمبادئ القضائية، والمبادئ القانونية العامة.

ثانياً: أن القانون الطبيعي هو القانون الذي يحكم البيئة البشرية منذ القدم

القانون الوضعي حل محل القانون الطبيعي -بعد تطور المجتمع البشري- لينظم شؤون الناس وحاجاتهم بشكل أدق وأوفى من القانون الطبيعي وذلك بالصياغة القانونية المقررة من قبل السلطة التشريعية، وهو بهذا لم يبلغ القانون الطبيعي، فإذا عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية منه عادت الى القانون الطبيعي قوته وفاعليته، بحيث تغلب قواعد القانون الطبيعي على قواعد القانون الوضعي؛ أي ان الأصل الثابت الواجب التطبيق هو القانون الطبيعي، أما القانون الوضعي متغير بما يواكب حاجات المجتمع، في إطار القانون الطبيعي، وهو ما يطلق عليه بنظرية العودة الى القانون الطبيعي<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً: صفة الحكم المطلقة على النشاط المخالف لأي من مصادر الشرعية والمشروعية**

لقد توصلنا سابقاً إلى أن نشاط الإدارة العامة، يجب ان يصدر في إطار مصادر المشروعية والشرعية وفقاً لما يعنيه مبدأ سيادة القانون بمعناه الواسع، وبإعمال مبدأ تدرج القواعد القانونية، فإن نشاط الإدارة يجب أن يلتزم بأحكام القانون الوضعي "القوانين السارية المفعول" ثم الالتزام بأحكام القانون الطبيعي.

وبالنتيجة المنطقية فإن مبدأ الشرعية هو رقيب وحكم على أعمال السلطة التشريعية بالالتزام بمصادر الشرعية أثناء القيام بواجبها، وذلك نظراً لما يتصف به القانون الوضعي من عدم الثبات والتغير حسب الظروف المحيطة بالمجتمع، فإذا التزمت السلطة التشريعية بمصادر الشرعية، فإن المنطق يوجب على السلطة القضائية الالتزام بالقانون الوضعي والطبيعي، أما إذا خالفت السلطة التشريعية مصادر الشرعية فإن القاضي يلتزم بمصادر الشرعية "القانون الطبيعي" ويخالف أحكام القوانين الوضعية، ومثال ذلك ما أصدره مجلس الدولة المصري من الحكم بسلامة القرار الصادر بفصل الموظف المرتد عن دينه بقوله إن من لا يؤتمن على دينه لا يؤتمن على وظيفته، مخالفاً بذلك

(1) مصطفى القلبي، في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة، 1948، ص405.

نص الدستور المصري الذي ينص على أن حرية العقيدة مطلقة، ومستنداً في حكمه الى الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن الباحث يرى أن الشرعية والمشروعية وجهان مختلفان لعملة واحدة، بيد أن الشرعية أوسع من المشروعية، وأن مصادر المشروعية تستند في أساسها إلى مصادر الشرعية. واخيراً فإن الأوامر العسكرية باعتبارها قرارات إدارية، صادرة عن الإدارة العسكرية في الدولة، وحتى يتم وصفها بالأوامر المشروعة، يجب خضوعها لأحكام القانون بمعناه الواسع، وذلك من خلال خضوع الرؤساء في إصدارهم للأوامر العسكرية لمبدأ تدرج القواعد القانونية والذي يربط الأوامر العسكرية بالقانون ربطاً تسلسلياً، تنفذ من خلال أحكام القانون من القمة إلى القاعدة<sup>(2)</sup>. بحيث تعلق القواعد القانونية الدستورية "المدونة والغير مدونة"، ثم القواعد الصادرة عن القانون العادي، فاللوائح التي تصدرها الإدارة وهي المصادر المكتوبة للمشروعية، ثم العرف والمبادئ القضائية والمبادئ القانونية العامة<sup>(3)</sup>، وهي ما يعرف بالمصادر غير المكتوبة للمشروعية، وأن تخضع هذه المصادر "مصادر المشروعية" لقواعد الشرعية<sup>(4)</sup> والتي يشكل القانون الطبيعي بما يمثله من الشرائع السماوية والمواثيق الدولية والمحلية والقانون الدولي الإنساني مصدراً للشرعية.

## الفرع الثاني: نطاق مبدأ المشروعية

تحدثنا سابقاً أن مبدأ المشروعية هو الضابط على مدى التزام الإدارة بمبدأ سيادة القانون أثناء القيام بنشاطها الإداري، وحيث إن نشاط الإدارة في الظروف العادية، ينقسم الى قسمين:

(1) ويلاحظ ان هذا القرار قد خالف أحكام الدستور تطبيقاً لقاعدة ااردة في احد مصادر القانون الطبيعي،فلسلطة القضائية كحال السلطة التنفيذية عليها الالتزام بالمشروعية (القانون الوضعي) والشرعية (القانون الطبيعي) ، وفي حال الاختلاف بين القانونين تغليب قواعد القانون الطبيعي على قواعد القانون الوضعي كما فعل مجلس الدولة المصري في هذا القرار المذكور لدى مصطفى كمال وصفي ، مرجع سابق ص154.

(2) ثروت بدوي ، تدرج القرارات الادارية و مبدأ المشروعية ،مرجع سابق ص22.

(3) محسن خليل ،مرجع سابق ص144 ، عدنان عمرو القضاء الاداري في فلسطين ،مرجع سابق ص19.

(4) صالح حسن سميع ،مرجع سابق ص523.

1- نشاط مقيد، بحيث تكون الإدارة ملزمة باتخاذ القرار الإداري في حال توافر الشروط التي نص عليها القانون وهو ما يسمى "بالسلطة المقيدة للإدارة".

2- نشاط تكون للإدارة الحرية في ملائمة اتخاذ القرار الإداري من عدمه، بحيث لا يفرض على الإدارة سلوك معين، بل ترك تقدير ملائمة اتخاذ القرار الى اختيار الإدارة وبالشكل الذي تراه مناسباً، وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية<sup>(1)</sup>.

هذه سلطة الإدارة في الظروف العادية، أي تمارسها الإدارة بشكل اعتيادي (الفقرة الأولى) وهناك ظروف استثنائية تحتاج الإدارة فيها صلاحيات استثنائية لمواجهة هذه الظروف، لذا أولى القانون الإدارة بصلاحيات استثنائية كحالة الضرورة، وحالة الطوارئ (الفقرة الثانية).

أما أعمال السيادة وهي الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بالاستناد إلى باعث سياسي، والتي تهدف من خلالها إلى حماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، فلا تخضع لرقابة القضاء لاعتبارات سياسية ولتعلقها بالمحافظة على كيان الدولة الداخلي والخارجي، وبالتالي لا تخضع لرقابة مبدأ المشروعية شريطة عدم مساس هذه الأعمال بحقوق المواطنين وحررياتهم<sup>(2)</sup>، وبذا تخرج عن موضوع دراستنا.

### الفقرة الأولى: خضوع الإدارة للقانون في الظروف العادية

سبق القول إن الإدارة تمارس في الظروف العادية سلطة مقيدة والأخرى تقديرية، أما السلطة المقيدة: فهي السلطة التي يقيد القانون فيها الإدارة ويلزمها باتخاذ قرار ما، إذا ما توافرت شروط معينة، مثل القرار بمنح رخصة الصيد، إذا ما توافرت شروط الرخصة، أو قرار الإحالة إلى التقاعد

(1) إعاد علي القيسي، القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص275.

(2) عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين، ص130 وما بعدها.

بالنسبة للموظف الذي بلغ سن التقاعد (1)، فالموظف " الإدارة " يتصرف بناء على أمر مسبق من القانون.

وعليه فإن وظيفة الإدارة أثناء ممارستها للسلطة المقيدة، هو تنفيذ القاعدة القانونية عند إصدارها للقرار الإداري، بمعنى أنها تراقب توافر الشروط التي نص عليها القانون، وهي بذلك ملزمة بتطبيق أحكام القانون(2). فإذا ما خالفت أحكام القانون، فإن عدم مشروعية تصرف الإدارة واضح لا يحتاج إلى جهد، لذا قيل ان السلطة المقيدة للإدارة هو المناخ الامثل لحماية الحقوق والحريات العامة، وتمنع الإدارة من التعسف باستعمال السلطة (3).

بيد أن المشرع عند إصداره للقوانين العادية، وكذلك اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية لا يستطيع مواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، أو أن يتابع الإدارة في مناحي عملها المختلفة وما تتضمنه من جزئيات متداخلة، لا يمكن صياغتها بقواعد قانونية سواء عادية أو لائحية لذا يعترف المشرع للإدارة بقدر من الحرية في الاختيار والملائمة في اتخاذ القرارات الإدارية " السلطة التقديرية"(4).

فالسلطة التقديرية: هي " أن تمتلك الإدارة قدرًا من حرية التصرف، في ممارسة نشاطها واختصاصاتها المناطة بها، دون أن يفرض عليها القانون وجوب التصرف على نحو الزامي معين " (5).

وسلطة الإدارة التقديرية تعني تمتعها بالحرية في حدود الصالح العام في مواجهة الأفراد، باختيار وقت ومحل قرارها، فيكون لها الحرية في اختيار حل من بين عدة حلول أو محل من عدة محال

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق ص23.

(2) إعاد علي القيسي، مرجع سابق، ص277.

(3) عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين، ص57.

(4) عمار بوضياف، مرجع سابق ص23.

(5) إعاد علي القيسي، مرجع سابق ص276.

رسمها القانون، فترك للإدارة حرية الاختيار وتقدير الطرف الملائم لتدخلها<sup>(1)</sup>. بيد أن حرية الإدارة لا تعني تفردا بشكل مطلق باتخاذ القرار، وان لا رقيب على اعمال الإدارة نظراً لسلطتها التقديرية، بل يجب ان تكون قراراتها تحقيقاً للصالح العام ومراعياً للحقوق والحريات العامة.

ويتميز تصرف الإدارة في السلطة التقديرية عنه في السلطة المقيدة، من حيث وجوب توافر حسن النية كشرط لتصرف الإدارة (أن يكون الهدف من ممارسة السلطة تحقيق غاية مشروعة) وهو أمر غير مشروط في السلطة المقيدة، إذ أن الغاية من النشاط الإداري في السلطة المقيدة هي تطبيق هدف حدده مسبقاً القانون، ومن جهة أخرى أن السلطة التقديرية يلحق بها عيب الانحراف بالسلطة وعيب الانحراف بالقانون، أما السلطة المقيدة فلا يلحق بها إلا عيب الانحراف بالقانون<sup>(2)</sup>. بيد أنه في الواقع فإن كل عمل إداري تباشره الإدارة يحتوي على استخدام للسلطتين معاً، فنجد في السلطة المقيدة ومثالها حالة الترخيص للصيد أو السلاح، فإن الإدارة ملزمة بالشروط اللازمة للترخيص، ولكن لها الحرية في اختيار الوقت المناسب لإصدار هذه الرخصة. أما السلطة التقديرية ومثالها سلطة منح الأوسمة والنياشين، إذ نجد أن هذه السلطة ليست تقديرية بشكل مطلق، وإنما مقيدة بمنح هذه الأوسمة لأشخاص معينين ممن أسدوا خدمات مميزة للدولة دون غيرهم<sup>(3)</sup>.

وعليه فإن مبدأ المشروعية يوفق بين ممارسة الإدارة لسلطتها وحماية الحرية الفردية للأفراد<sup>(4)</sup>، ويقدر القاضي عدم المشروعية إذا ما وجد عيب في الاختصاص أو المحل أو السبب أو الشكل أو

(1) اسحق ابراهيم , مرجع سابق ص145

(2) المرجع السابق ص147.

(3) محسن خليل، مرجع سابق، ص 119.

(4) عبد الحميد ابو زنيد ، مرجع سابق ص209.

انحراف بالسلطة، هذا بالإضافة إلى أن القاضي الإداري يمارس في بعض الأحيان دور القاضي المبدع المنشئ للقاعدة القانونية، ثم تطبيق هذه القاعدة على القرار محل الدعوى<sup>(1)</sup>.

### الفقرة الثانية: خضوع الإدارة للقانون في الظروف الاستثنائية

إن خضوع الإدارة لأحكام القانون والالتزام بها في الظروف العادية، يختلف عنه في الظروف الغير عادية (الاستثنائية) مثل حالة الحرب أو حالة الفوضى، لما يواجهه الدولة في الظروف الاستثنائية من ازمات تهدد امنها ونظامها لخطر الزوال ويصعب تطبيق قواعد القانون العادية لمواجهة هذه الظروف، بحيث يتسع مبدأ المشروعية فيدخل في إطار المشروعية بعض الأعمال والتصرفات، والانشطة للإدارة، والتي كان هذا المبدأ يعدها غير مشروعة في الظروف العادية<sup>(2)</sup>.

ذهب جانب من الفقه<sup>(3)</sup> إلى القول أن مبدأ المشروعية يتضاءل في الظروف الاستثنائية، وذلك بإقراره مشروعية أنشطة الإدارة، والتي تخرج في حقيقتها عن مبدأ سيادة القانون، بيد أنه يمكن القول ومن منطلق أن مبدأ المشروعية هو ضابط رقابي على مدى خضوع الإدارة للقانون والالتزام بمبدأ سيادة القانون، ولما كانت نصوص التشريعات تعطي صلاحيات استثنائية للإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية، مع وضع قيود على شكل قواعد قانونية دنيا<sup>(4)</sup> لا يجوز للإدارة الخروج عنها في مثل هذه الظروف، لذا فإن دور مبدأ المشروعية لا يتضاءل، وإن كان العمل بالقواعد القانونية التي تنظم عمل الإدارة في الظروف العادية هو الذي يتضاءل، مما يوقع العبء الأكبر على عاتق مبدأ المشروعية في الموازنة بين الحقوق والحريات وضرورة تصرف الإدارة في الظروف الاستثنائية وفق القواعد القانونية الخاصة بالظروف الاستثنائية، إذ أن العمل بالقواعد القانونية العامة غير كاف لمواجهة الظروف

(1) ان ابتداء القاضي الإداري للقاعدة القانونية ، لا يكون من الفراغ او الهوى وانما من مجموع المبادئ القانونية التي انتقاها من المصادر المكتوبة والغير مكتوبة لمبدأ المشروعية ، وصولاً الى مدى تناسب تصرف الادارة الماس بالحقوق والحريات الفردية مع الغاية من التصرف ( تحقيق الصالح العام ) ، عمار بوضياف ،مرجع سابق ص21.

(2) عدنان عمرو ، القضاء الإداري في فلسطين ،ص90.

(3) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مرجع سابق ص200.

(4) المواد (111،112) من القانون الاساسي الفلسطيني.

الاستثنائية؛ أي أن المشرع قد وضع هذه القواعد الاستثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية، معلق العمل بالقواعد القانونية المعمول بها في الظروف العادية، ومن ثم يقع على عاتق القضاء مراقبة مدى التزام الإدارة بالقوانين المعمول بها في الظروف الاستثنائية، فيقرر مشروعية الأمر أو التصرف إذا كانت الإدارة التزمت بأحكام القانون الاستثنائي ان جاز لي التعبير، وإذا ما خالفت أحكام هذا القانون، وإن عُد تصرفها حماية للمصلحة العليا في الظروف الاستثنائية، إلا أن هذا التصرف غير مشروع، لمخالفته قواعد القانون الاستثنائي<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك من الواقع الفلسطيني، ما نص عليه القانون الأساسي من صلاحيات معينة في حالة الضرورة وحالة الطوارئ، حيث منح رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية صلاحيات إصدار قرار بقانون في حالة الضرورة كما جاء في نص المادة (43) "لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير ادوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات والا زال ما كان لها من قوة القانون...". وفي حالة الطوارئ ولتمكين السلطة التنفيذية من مواجهة حالة الطوارئ بسبب الحرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية، منح القانون الأساسي رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية صلاحيات إعلان حالة الطوارئ بمرسوم لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً، ويجوز تمديدها بموافقة المجلس التشريعي مرة واحدة لمدة ثلاثين يوماً وفقاً لأحكام المادة (110) من القانون الأساسي الفلسطيني، وبذات المادة أوجب القانون على الرئيس أن يبين الهدف والمنطقة التي يشملها إعلان حالة الطوارئ والفترة الزمنية لسريان هذه الحالة.

إن قواعد مبدأ المشروعية ثابتة لا تتغير في الظروف الاستثنائية، وإنما التغير في القواعد القانونية الواجبة التطبيق أثناء الظروف الاستثنائية، إذ أن هذه القواعد الواجب على الإدارة الخضوع لأحكامها،

(1) محمد عبد الحميد ابو زيد، مرجع سابق ص216.

توسع من صلاحيات الإدارة، وهو ما يشكل مساس بالحقوق والحريات في بعض الأحيان، فيجوز للإدارة في الظروف الاستثنائية أن تخرج على القيود والشروط التي تفرضها التشريعات في الظروف العادية، إلا أنها لا تلغي التشريع العادي وإنما توسع من نطاقه، بما يخول الإدارة السلطات اللازمة لمواجهة الأزمة أو الحالة الناتجة عن الظروف الاستثنائية<sup>(1)</sup>، فتخضع لمراقبة مبدأ المشروعية في مدى التناسب ما بين توسع سلطات الإدارة والحاجة اللازمة لمواجهة الأزمة، تحت رقابة القضاء.

وبذلك نجد أن النشاط الإداري غير المشروع في الظروف العادية، قد يكون مشروع في الظروف الاستثنائية ويتولى مبدأ المشروعية مراقبة مدى التزام الإدارة بالقواعد القانونية الخاصة بالظروف الاستثنائية؛ فقد يقرر مشروعية القرار في حدود هذه القواعد، فإذا تجاوز القرار الإداري حدود القواعد القانونية الواجبة التطبيق في الظروف الاستثنائية كان القرار غير مشروع.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (112) من القانون الأساسي الفلسطيني " يجب ان يخضع أي اعتقال ينتج عن اعلان حالة الطوارئ للمتطلبات الدنيا التالية:

1- أي توقيف يتم بمقتضى مرسوم اعلان حالة الطوارئ يراجع من قبل النائب العام أو المحكمة المختصة خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقيف.

2- يحق للموقوف أن يوكل محامياً يختاره.

وفي هذا المثال إذا خالفت الإدارة أحكام قانون الإجراءات الجزائية بوجوب عرض الموقوف على النيابة العامة خلال أربعة وعشرون ساعة وفقاً لأحكام المادة (34) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، فقامت بعرض الموقوف على النيابة العامة بعد عشرة أيام في الظروف العادية مثلاً، فإن قرارها غير مشروع لمخالفة أحكام المادة (34) من القانون المذكور، بيد أن هذا القرار ذاته في الظروف الاستثنائية هو قرار مشروع لعدم تجاوزه المدة المحددة في المادة (112) من القانون

(1) المرجع السابق، ص203.

الأساسي ويكون قرار الإدارة مخالفاً لمبدأ المشروعية إذا ما قررت الإدارة تأخير عرض الموقوف على النيابة العامة أو المحكمة المختصة بعد مضي مدة الخمسة عشر يوماً المذكورة في المادة (112) من القانون الأساسي، وذلك لمخالفة هذا القرار لأحكام هذه المادة.

فمواجهة الظروف الاستثنائية أمر واجب على السلطة التنفيذية حرصاً منها على سلامة الدولة واستقرار الأمن والنظام العام، لذا منح القانون الأساسي الفلسطيني الإدارة الصلاحيات اللازمة لحماية المصلحة العامة للدولة، إلا أن هذه الصلاحيات مقيدة بأمرين:

**الأول:** استعمالها لهذه الصلاحيات بالقدر الضروري لتحقيق الهدف المعلن لحالة الطوارئ<sup>(1)</sup>.

**الثاني:** احترام القواعد الدنيا في احترام حقوق وحرية الأفراد وعدم تجاوزها<sup>(2)</sup>، وفي حالة مخالفة الإدارة لأحد هذين الشرطين حُكم على تصرف الإدارة أنه غير مشروع.

### **المطلب الثاني: الأمر العسكري غير المشروع**

إن البنيان العسكري يقوم على واجب الطاعة بين كادر المؤسسة العسكرية، واعتبار الأوامر العسكرية هي لغة الخطاب داخل المؤسسة العسكرية لتحقيق الغاية من وجودها، وهي الحفاظ على أمن البلد الداخلي والخارجي من خلال الالتزام بالقوانين والأنظمة والتعليمات العسكرية. إلا أن الواقع العملي يفترض صدور أوامر تخالف هذه القوانين والأنظمة مثل صدور قرار بارتكاب جريمة ما فيصبح المرؤوس في حيرة من أمره بين طاعة القانون وطاعة الأمر الغير مشروع. فما هو مفهوم الأمر العسكري الغير مشروع وهل يخرج من واجب الطاعة العمياء التي تقررها القوانين العسكرية، وما هو رأي الفقه في طاعة الأمر غير المشروع (الفرع الأول) وما هو مدى الزام الرؤساء بالخضوع لأحكام

(1) القانون الاساسي الفلسطيني المادة (111) والتي نصت على ما يلي ( لايجوز فرض قيود على الحقوق والحريات الاساسية الا بالقدر الضروري لتحقيق الهدف المعلن في مرسوم اعلان حالة الطوارئ)  
(2) المادة (112) من القانون الاساسي الفلسطيني .

القانون عند إصدارهم للأمر العسكري، بحيث تكون أوامره غير مشروعة في حال عدم خضوعهم لأحكام القانون (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم الأمر العسكري الغير مشروع

من المستقر عليه العمل داخل المؤسسة العسكرية، أن النظام العسكري يقوم على أساس طاعة المرؤوسين للرؤساء أثناء ادائهم الواجب الوظيفي، في تسيير أعمال المرفق العام العسكري تنفيذاً لأحكام القانون الهادفة الى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، حتى أن البعض يقول إن الطاعة هي قانون الجندي، بيد أن طبيعة الأعمال الإدارية العسكرية منها والمدنية، لا تسيير دائماً وفقاً للمصلحة العامة وتنفيذاً لأحكام القانون، إذ يصدر الرؤساء في بعض الأحيان أوامر تخالف أحكام القانون " أوامر غير مشروعة " فيكون العسكري المرؤوس في صراع داخلي بين تنفيذ الأمر وتحمل المسؤولية المترتبة عن تنفيذ الأمر غير المشروع، أم يرفض تنفيذ الأمر ويتحمل المسؤولية التأديبية عن رفض إطاعة الأوامر الموكلة إليه، أو أن هناك مخرج أو حل ثالث يلجأ إليه المرؤوس لتجنب المسؤولية التأديبية والجزائية.

يفرض واجب الطاعة على المرؤوس تنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة دون تقاعس أو نقاش، أما الأمر الغير المشروع، فيجب على المرؤوس تغليب طاعة القانون على طاعة الرؤساء وتنفيذ أوامر القانون، ورفض طاعة وتنفيذ الأوامر المتناقضة والمعارضة لأحكام القانون، بحيث يقع على عاتق العسكري المرؤوس رفض طاعة الأمر العسكري إذا ما رأى أن الأمر الصادر يتضمن مخالفة صريحة للقانون ويناقض أحكامه بصورة واضحة (1).

ونجد أن العسكري (المرؤوس) الصادر إليه الأمر العسكري عرضة للمساءلة الجزائية جراء عدم تنفيذه للأوامر العسكرية الصادرة إليه بجريمة عدم إطاعة الأوامر العسكرية، وبذات الوقت عرضة

(1) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص259.

لتحمل المسؤولية الجزائية أو التأديبية إذا ما نفذ الأوامر العسكرية غير المشروعة، انطلاقاً من أن طاعة الأوامر العسكرية غير المشروعة ليس لها محل، إذا ما صاحب الأمر العسكري عيب من عيوب عدم المشروعية، بمعنى أنه إذا كان النظام العسكري وما يفرضه على المرؤوسين من واجب طاعة الرئيس وتنفيذ أوامره، إلا أنه بذات الوقت يحظر على المرؤوس إطاعة أمر الرئيس الذي يحتوي على مخالفة صريحة واضحة لأحكام القانون (1).

بناء على هذا الصراع بين تحمل المرؤوس المسؤولية عن تنفيذ الأوامر العسكرية غير المشروعة، وبين تحمله المسؤولية عن عدم تنفيذ الأوامر المشروعة، فهل يقع على عاتقه بحث مدى مشروعية الأوامر العسكرية الملقاة إليه؟ إن هذا التساؤل قد استغرق كثيراً من الجدل لدى فقهاء القانون، في تحديد مفهوم الأمر العسكري غير المشروع؛ بسبب غياب النصوص القانونية الصريحة في معالجة هذه المسألة، ومن جهة أخرى فإن مدلول الأمر الرئاسي يختلف في الظروف الاستثنائية عنه في الظروف العادية، بحيث تختلف مشروعية الأوامر العسكرية في وقت الحرب أو العمليات عنها في وقت السلم بحيث تنحصر الأوامر العسكرية في الحالة الأخيرة، بإدارة أمور المعسكر الذي يصبح ثكنة للتدريب (2).

وتشتد صعوبة المسألة في الواقع العملي عندما يواجه المرؤوس الصادر إليه الأمر العسكري، مستجمعاً في حساباته النتائج المترتبة على هذا الأمر، فالنتيجة الأولى إن عدم تنفيذ الأمر إذا ما ثبتت مشروعيته يستوجب المساءلة عن جريمة عدم إطاعة الأوامر العسكرية، والتي تكاد جميع التشريعات

(1) محمد عبد الحميد ابو زيد، مرجع سابق ص 215.

(2) حكمت سليمان مرجع سابق، ص39، محمد عبد الحميد زيد، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، مرجع سابق ص 218، عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص220.

الجزائية العسكرية بالنص عليها صراحة ومشدداً للعقاب الذي يصل الى درجة الاعدام في حالة الحرب<sup>(1)</sup>.

**أما النتيجة الثانية:** وهي تنفيذه للأمر غير المشروع يستوجب المساءلة، إذ أن طاعة أمر الرئيس الذي شابهه عيب من عيوب عدم المشروعية ليس لها محل، فإذا أوجب القانون العسكري على المرؤوس طاعة أمر ضابطه الأعلى واللباقة معه في العمل بما يكفل حسن سير المرفق العام، إلا أنه في ذات الوقت قد حظر المشرع في قانون الخدمة العسكرية الفلسطيني على العسكري إطاعة الأمر الصادر إليه إذا جاء الأمر مخالف للقانون وأوجب عليه تنبيه مسؤوله للمخالفة وعدم المشروعية<sup>(2)</sup>.  
**والنتيجة الثالثة:** وهي إذا ما ترتب على تنفيذ الأمر غير المشروع خطأ جنائي، مما يستوجب المساءلة جزائياً.

إزاء هذه النتائج الخطيرة المترتبة على المرؤوس، فما هو الأمر غير المشروع؟ حتى يتسنى للمرؤوس التصرف وفقاً لأحكام القانون أخذاً في الحسبان جميع الاحتمالات؛ لقد تحدثنا في مبحث سابق عن ماهية وشروط مشروعية الأمر العسكري، إذ أن وجود مخالفة لأحد الشروط المذكورة سابقاً يعني عدم مشروعية الأمر العسكري، وهي شروط عدم المشروعية التي استقر عليها الفقه والقضاء الإداري<sup>(3)</sup>، من حيث سلامة وصحة الاختصاص (الرئيس والمرؤوس) وصحة الشكل والمحل والسبب والغاية. وأن الفقه الجنائي يتفق مع الفقه الإداري من حيث المبدأ في تحديد مدلول الأوامر العسكرية غير المشروعة، بيد أنه يشترط لعدم المساءلة الجنائية أن لا يكون الأمر معيباً بعيب عدم المشروعية بصورة واضحة، الأمر الذي تبناه المشرع الجزائي الفلسطيني في قانون العقوبات الثوري (العسكري)

---

(1) انظر المواد (203،204،205) من قانون العقوبات الثوري (العسكري) الفلسطيني لعام 1979م وقانون العقوبات العسكري الاردني رقم (58) لسنة 2006 في المادة (93) وقانون الأحكام العسكرية رقم (25) لسنة 1966 في المواد (151،152،153)  
(2) المواد (94،173) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية .  
(3) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مرجع سابق، ص219.

في المادة (57) منه والتي نصت على ما يلي: "الفعل المرتكب إنفاذاً لنص قانوني أو طاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون إطاعته لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة".

ويرى الفقيه "استاسينودوس" أن الأمر الرئاسي يكون غير مشروع في ثلاث حالات - وهي ذاتها الواردة في المادة (57) سالفه الذكر وذلك كما يلي:

1- "إذا كان الأمر خارجاً عن اختصاص الرئيس.

2- إذا تجاوز الأمر الرئاسي واجبات المرؤوس.

3- إذا شابه عيب شكلي أو خالف القانون في مضمونه بشكل واضح".

أما بخصوص العيوب التي قد تصيب الأمر العسكري، فتنقل الأمر العسكري من الأصل "المشروعية" الى الاستثناء وهو "اللامشروعية" وما هو اوجب المرؤوسين اتجاه الأمر العسكري الغير مشروع وما هو رأي الفقه في تنفيذ الأوامر غير المشروعة.

**الفقرة الأولى: العيوب التي تؤثر على مشروعية الأمر العسكري والمسائلة الجزائية جراء التنفيذ**

اتفق الفقه الجنائي والإداري على عدم مشروعية الأمر إذا شابه عيب في أحد شروطه أو أركانه؛ كما يطلق عليها جانب من الفقه<sup>(1)</sup> وهي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، فإن القرار الذي شابه عيب في إحدى هذه الشروط يكون معرضاً للطعن به بالإلغاء امام القضاء المختص. بيد أن العوارض التي تصيب الأمر العسكري التي يترتب بناءً عليها تحمل المرؤوس المسؤولية الجزائية أو التأديبية عن تنفيذ الأمر الغير غير المشروع تختلف عنها في القضاء الإداري، إذ يجب للمسألة التأديبية والجنائية أن تكون عدم المشروعية في الأمر ظاهرة، فضلاً عن توافر شرط الاختصاص بمعنى أن الأمر العسكري إذا كان يتضمن خلل في مشروعيته غير ظاهر، فإن القضاء الجنائي لا

(1) حيث يرى الدكتور عدنان عمرو ، التمييز بين الاركان والشروط فالاركان هي ( الارادة المنفردة والاختصاص والمحل) والشروط هي (الشكل والسبب والغاية) وان وجود عيب في احد الاركان يعني انعدام القرار الاداري ، اما وجود عيب في الشروط فيعني ان القرار قابل للابطال ، عدنان عمرو، مبادئ القانون الاداري ، مرجع سابق ،ص 22.

يرتب المسؤولية على المرؤوس من جراء تنفيذ هذا الأمر، إذ أن القضاء الجنائي والتأديبي يبحث عن المخالفة الظاهرة لأحكام القانون، ولا يبحث عن المخالفة البسيطة أو غير الظاهرة، فينظر الى تنفيذ المرؤوس للأمر غير المشروع بشكل غير ظاهر على أنه جهل بعدم المشروعية، ومن ثم تنفيذاً لأمر مشروع، ولا يحول ذلك دون صدور حكم من القضاء الإداري المختص بعدم مشروعية الأمر ذاته، إذ ان الضباط في المساءلة الجنائية والتأديبية هو مدى وضوح وظهور عدم المشروعية.

ويفرق جانب من الفقه بين المخالفة البسيطة التي ترد على الأمر العسكري "القرارات الإدارية" وبين المخالفة الجسيمة "الجوهرية"، وذلك من منطلق أن عدم المشروعية البسيطة، لا يترتب عليها إضرار تلحق بالمرفق العام والنظام العام، فلا تحتوي في مضمونها على جريمة، مثل القرار المخالف للقانون والقاضي بنقل موظف من مكان عمله. أما عدم المشروعية الجسيمة وهي المخالفة الظاهرة الواضحة لأحكام القانون الذي نص صراحة على منع ارتكابها، مثل تجريم التزوير، واختلاس المال العام أو أي فعل يشكل جريمة، أو أن يرتكب فعلاً من المحظورات الوظيفية، كتلك المنصوص عليها في قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطينية، بحيث يترتب المسؤولية عن تنفيذ الأوامر غير المشروعة بشكل جسيم.

ونظراً لما يلحق المرفق العام والنظام العام من نتائج ظاهرة وخطيرة، نتيجة تنفيذ الأمر غير المشروع، أوجب المشرع على المرؤوس تنبيهه رئيسه لوجود مخالفة<sup>(1)</sup>، إذ نص المادة (2/94) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني على ما يلي "لا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله إلا إذا اثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسؤول بالرغم من تنبيهه الى المخالفة، في هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده" وبذلك قضت محكمة القضاء الإداري العليا المصرية بأنه: "لا يستطيع المرؤوس ان يدفع المسؤولية التأديبية عن

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص222.

نفسه إلا إذا قام بتبنيه رئيسه الى وجه المخالفة في الأمر الصادر... ويجب لإعفاء المرؤوس أيضاً أن يقدم التنبية إلى الرئيس مصدر الأمر لا إلى غيره من الرؤساء...<sup>(1)</sup>. وهذا الحكم بالنسبة المسائلة التأديبية، أما المسائلة الجزائية فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية، وأكدت في قراراتها أنه ليس على المرؤوس أن يطيع أمراً بارتكاب جريمة، إذ أن طاعة الرئيس لا يمكن لها أن تؤدي الى ارتكاب جريمة. وذلك على الرغم من عدم وجود نص صريح في قانون الأحكام العسكرية المصري، يتضمن وجوب عدم طاعة أمر الرئيس المؤدي إلى ارتكاب جريمة أو مخالفة صريحة، كما هو الحال في القانون الفلسطيني والأردني. إذ صدر أحكام لها تقضي أن ارتكاب الموظف جريمة التزوير في أوراق الانتخابات أو إطلاق الجنود الاعيرة النارية على أهالي عربة فقتلوا بعضهم وأصابوا البعض الآخر بالاستناد إلى أمر الرئيس، حيث جاء في قرار حكمها في الحالة الأولى ان مثل هذا الدفع بالأمر غير المشروع لا يستأهل الرد عليه من محكمة الموضوع، ما دام وجه الإجرام بديهياً وفي الحالة الثانية " أن ما دفع به الطاعنون الثلاثة ينقضه من أساسه أنه ليس على المرؤوس أن يطيع رئيسه في أمر مجرم، وجرم يعلم هو أن القانون يعاقب عليه"<sup>(2)</sup>.

إن الاعتراف للمرؤوس بالحق بعدم طاعة الأمر غير المشروع، باعتباره واجباً على المرؤوس حيال الأمر غير المشروع - كما تقدم القول - يعطي المرؤوس الحق في مراجعة مشروعية الأمر العسكري الصادر إليه، من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فيكون له الحق رفض طاعة وتنفيذ الأمر العسكري غير المشروع، فيقع عليه واجب مراجعة صحة اختصاص الرئيس بإصدار الأمر، واختصاصه كمرؤوس في تنفيذ الأمر ضمن واجباته الوظيفية، لا سيما أن وجود أي خلل في شرط الاختصاص يفقد الأمر العسكري صفة القرار الإداري اصلاً<sup>(3)</sup>، فضلاً عن حق العسكري المرؤوس

(1) الطعن رقم 1462 لسنة 7 ق جلسة 1965/5/8 مشار اليه لدى عاطف صحصاح مرجع سابق ص718.  
(2) نقض 31 يناير 1929 قضية رقم 412، سنة 46 قضائية . ونقض 11 ابريل سنة 1929، قضية رقم 1177، سنة 46 قضائية مشار اليهما لدى جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية الجزء الاول ، دار العلم للجميع ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ص514 وما بعدها.  
(3) عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص22.

في مراقبة كون الأمر لا يشكل مخالفة ظاهره للقانون، كأن يكون تنفيذ الأمر ينطوي على ارتكاب جريمة، ففي هذه الحالة (ومع توافر شرط الاختصاص والشكل) يجب على العسكري المرؤوس عدم تنفيذ الأمر العسكري غير المشروع، وإلا يتحمل العسكري المنفذ للأمر غير المشروع المسؤولية الجنائية، وفقاً لأحكام المادة (57) من قانون العقوبات الثوري (العسكري) الفلسطيني.

#### الفقرة الثانية: التنبيه الى عدم مشروعية الأمر العسكري

الأمر غير المشروع يتضمن مخالفة لأحكام القانون، بيد أن هذه المخالفة في بعض الأحيان لا تصل الى درجة الجريمة، فان العسكري المرؤوس إذا ما نفذ هذا الأمر غير المشروع أصبح عرضة المساءلة التأديبية، لذا وجب عليه التنبيه لوجود المخالفة لأحكام القانون. وقد اختلف الفقه في تحديد الجهة التي يقدم إليها التنبيه أو الاخبار بعدم المشروعية، من حيث يقدم إلى الرئيس الذي أصدر الأمر غير المشروع أو الى الرؤساء الأعلى<sup>(1)</sup>. لا سيما أن تقديم التنبيه يؤدي إلى تعطيل تنفيذ الأمر لفترة من الزمن؛ مما يلحق ذلك أضراراً بالمرافق العامة، وبذات الوقت فإن حرمان المرؤوس من تقديم التنبيه يؤدي أيضاً إلى حرمان الرئيس مصدر الأمر والإدارة العامة من تدارك الأخطاء والتي ليس بالضرورة ان تكون مقصودة<sup>(2)</sup>.

إن التنبيه وفق ما جاء في قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطيني، يكون إلى الرئيس المباشر، حيث جاء النص في المادة (94) وترادفها بذات النص والمعنى المادة (173) بشأن ضباط الصف من ذات القانون تنص على ما يلي:

1- كل ضابط يخالف الواجبات المنصوص عليها في هذا القانون أو في القرارات الصادرة من الوزير المختص، أو يخرج على مقتضيات الواجب في أعمال وظيفته، أو يسلك سلوكاً، أو

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص227.

(2) اسحاق ابراهيم ،مرجع سابق ص 41.

يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يعاقب تأديبياً، وذلك مع عدم الإخلال بإقامة الدعوى المدنية أو الجنائية عند الاقتضاء، ولا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر.

2- لا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله إلا إذا أثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسؤول بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده.

3- لا يسأل الضابط مدنياً إلا عن خطئه الشخصي.

وبهذا النص نجد أن المشرع الفلسطيني قد حسم المسألة لصالح تقديم التنبيه إلى الرئيس المباشر لتدارك الخطأ، فإذا اصر على تنفيذ القرار، أصبح واجب المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري غير المشروع، بحيث لا يتحمل المرؤوس المسؤولية التأديبية، وإنما تقع على عاتق الرئيس مصدر الأمر وحده (1).

أما فيما يتعلق بشكل التنبيه لوجود المخالفة لأحكام القانون بأن يكون مكتوباً أو شفويّاً، فإن بعض التشريعات (2) قد اشترطت أن يكون التنبيه مكتوباً، بينما المشرع الفلسطيني لم ينص على ذلك صراحة، وحيث إن الأمر العسكري ذاته قد يصدر مكتوباً وقد يصدر شفويّاً، فإنه يمكن القول أن التنبيه على وجود المخالفة يكون بالمثل، بمعنى أن الأمر العسكري المكتوب يكون التنبيه على وجود مخالفة فيه لأحكام القانون كتابة، وإذا كان الأمر العسكري شفويّاً يكون التنبيه إلى وجود المخالفة شفويّاً، لما تتسم به طبيعة الأعمال العسكرية من صدور الأوامر الميدانية والتي لا يمكن تدوينها.

وتختلف فئات المرؤوسين داخل أفراد المؤسسة العسكرية، شأنها في ذلك شأن اختلاف الفئات والدرجات الوظيفية داخل المؤسسة المدنية، فكيف يتسنى للقاضي أن يستنتج علم المرؤوس بعدم مشروعية الأمر غير المشروع من عدم علمه؟ لقد ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى المعيار

(1) وقد سبق القول انه اذا تضمن تنفيذ الامر جريمة ما ، فان التنبيه لا يكفي لحجب المسؤولية الجنائية عن المرؤوس .

(2) اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ص261.

الموضوعي والذي ينظر إلى الأمر العسكري ذاته (1)، فإذا كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة، فالأمر غير مشروع، ويرى جانب من الفقه الأخذ بالمعيار الشخصي القائم على معرفة المرؤوس الشخصية لعدم المشروعية، من خلال الظروف الذاتية لكل مرؤوس، ومدى علمه بعدم المشروعية، أو إمكانية علمه بعدم المشروعية، وذلك بالنظر إلى مركزه الوظيفي وتحصيله العلمي والثقافي و درجة ذكائه، بحيث يكون الضابط في درجة عليا أكثر علماً بعدم المشروعية من ضابط الصف مثلاً (2) ، ويرى الدكتور عاصم عجيلة الأخذ بالمعيارين معاً، فيأخذ بالمعيار الموضوعي بصفة أصلية، وبالمعيار الشخصي بصفة تبعية، لتلافي القصور في المعيار الموضوعي بعدم إفلات المرؤوسين الذين يعلمون بعدم المشروعية التي تشوب الأوامر الرئاسية والتي تكون ظاهرها المشروعية، وهو الرأي الذي يؤيده الباحث.

### الفقرة الثالثة: رأي الفقه من تنفيذ الأمر غير المشروع

انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات فقهية، يحاول كل منها وضع حل لمسألة تنفيذ الأمر غير المشروع كما يلي:

#### الاتجاه الأول: نظرية الطاعة المطلقة ( النظام )

تقوم العسكرية منذ القدم على قانون الطاعة المطلقة، حتى قيل إن الطاعة قانون كل فرد من أفراد المؤسسة العسكرية، حيث ذهب جانب من الفقه وبزعامة العميد "هوريو " إلى وجوب طاعة المرؤوس للأوامر الصادرة إليه من رئيسه وتنفيذها، حتى لو كانت مخالفة لأحكام القانون، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد. لذا أطلق البعض على هذا الاتجاه نظرية الطاعة المطلقة أو نظرية النظام. بيد أنه في مقابل الطاعة المطلقة لأمر الرئيس والتنفيذ لجميع أوامره المشروعة وغير المشروعة، يتحمل الرئيس وحده المسؤولية عن تنفيذ المرؤوسين للأوامر غير المشروعة، ويعمل

(1) حكمت موسى سليمان مرجع سابق ص42.

(2) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص224. و اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ص42.

أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بالاستناد إلى قرينة الرشاد التي تتمتع بها الإدارة الرئيسية، والمتمثلة بقدرة الرؤساء على فهم وتفسير القوانين، وما لهم من خبرة ودراية بما يحقق الصالح العام<sup>(1)</sup>، مما يصيغ على قرارات الإدارة قرينة المشروعية، ومن ثم عدم الإقرار للمرؤوسين بالرقابة على مشروعية قرارات الرؤساء، لما له من أثر سلبي داخل المرفق العام، من حيث خلق النزاع أو الخلاف بين أفراد المرفق العام " المؤسسة العسكرية " وإعطاء الحق بالحكم بعدم مشروعية قرار الرؤساء إلى المرؤوسين لا إلى المحكمة المختصة<sup>(2)</sup>.

بيد أن هذه النظرية والتي تتوافق مع النظرة العسكري إلى الطاعة المطلقة في الجيوش، والتي تقوم - منذ القدم- على مشروعية الأمر العسكري، كونه تعبيراً عن إرادة الملك أو الامبراطور أو الأمير، وأن ما يقرره الملك هو القانون وما ينهى عنه يصبح غير قانوني<sup>(3)</sup>. إلا أنها لاقت انتقادات شديدة لإهدارها لمبدأ المشروعية الذي تقوم عليه الدولة الحديثة، ولعصفها بالضمانات القانونية المقررة لصالح أفراد المجتمع، وتضعف شخصية الأفراد وشجاعتهم الأدبية، اتجاه الرؤساء في توجيه انتباههم، لما يعترى أوامرهم من أخطاء، بحيث يصبح العسكري مجرد آلة لتنفيذ أوامر الرؤساء<sup>(4)</sup>، مما دفع الفقه الحديث إلى هجران هذه النظرية في المجالين العسكري والمدني.

### الاتجاه الثاني: نظرية المشروعية

يرى الفقيه "ديجي" أنه لا يوجد في القانون التزام تُدعَن بموجبه إرادة فردية إلى أوامر صادرة عن إرادة فردية أخرى، وأن قيام الموظف بطاعة أمر الرئيس ضمن الاختصاص القانوني، ما هو إلا تنفيذ لحكم القانون، فلا يوجد واجب للموظفين مستقل ويختلف عن واجب طاعة القانون يدعى واجب طاعة

(1) مازن ليلو راضي مرجع سابق ص104.

(2) حكمت سليمان ، مرجع سابق ص44.

(3) عاصم عجيلة ،مرجع سابق ص230.

(4) حكمت موسى سليمان ، مرجع سابق ص 45

الرؤساء<sup>(1)</sup>. فيقع على عاتق الرؤساء إعطاء الأوامر في حدود القانون، ويقع على عاتق المرؤوسين واجب طاعتها، والانصياع لها لكونها تعبير عن إرادة القانون لا بوصفها صادرة عن الرؤساء، فإذا جاء أمر الرئيس مخالف لأحكام القانون وجب على المرؤوس أن يطرحه جانباً ويرفض طاعته<sup>(2)</sup>.

وتقوم هذه النظرية على احترام مبدأ المشروعية وهو التزام قانوني يقع على عاتق الرؤساء والمرؤوسين معاً، وإن طاعة الرؤساء واجبة في حدود مطابقتها لأحكام القانون بمعناه الواسع، فإن خالف الرؤساء في إصدارهم للأوامر أحكام القانون، وجب تفضيل وتقديم طاعة القانون على طاعة الرؤساء، الأمر الذي يعطي المرؤوسين الحق في الرقابة المطلقة " الشكلية والموضوعية " لأوامر الرؤساء، بحيث يجب على المرؤوسين إذا تبين لهم عدم مشروعية الأوامر الصادرة إليهم رفض طاعتها وتنفيذها، وبخلاف ذلك يتحمل المرؤوس منفذ الأمر غير المشروع المسؤولية التأديبية والجنائية<sup>(3)</sup>.

ويذهب جانب من أنصار هذه النظرية إلى أن الجلال الذي يكلف بتنفيذ حكم على المحكوم عليه لا بد له ان يقتنع سلفاً بعدالة الحكم وبالتالي يجوز له فحص محتواه<sup>(4)</sup>.

لا شك في أن هذه النظرية ترسي قواعد متينة للمشروعية، لما تتضمنه من ضمان الالتزام بأحكام القانون وتقديمه وتفضيله على أوامر الرؤساء، والحيلولة دون استبداد السلطة الإدارية<sup>(5)</sup>، إلا أنها وبذات الوقت تؤدي الى تعطيل سير المرافق العامة، من خلال إقرارها للمرؤوسين الحق بمراجعة أمر الرئيس، مما يدفعهم للإفلات والتحلل من تنفيذ أوامر رؤسائهم الذين هم " الرؤساء " أكثر دراية بالقوانين ومعرفة بمصالح المرافق العامة وسبل إدارتها<sup>(6)</sup>.

(1) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص 42 وما بعدها

(2) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مرجع سابق ص 228.

(3) صالح البرغوثي ، مرجع سابق ص141.

(4) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ص 232 ، و صالح البرغوثي ، مرجع سابق ص 141

(5) حكمت سليمان ، مرجع سابق ص45.

(6) صالح البرغوثي ، مرجع سابق ص157.

## الاتجاه الثالث: النظرية الوسط

ظهرت هذه النظرية كبديل أو حل وسط بين النظريتين السابقتين، إذ تقوم على فكرة التوازن والتوافق ما بين النظريتين، فتحمي مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون، من مخالفة أوامر الرؤساء لهما، إلى جانب حماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ وذلك من خلال تنفيذ أوامر الرؤساء ما لم تتضمن مخالفة للقانون واضحة أو جسيمة، وعليه على المرؤوس إذا صدر إليه أمر غير مشروع، تنبيه الرئيس لوجود المخالفة لنص القانون، فإذا أصر الرئيس على تنفيذ الأمر غير المشروع وجب طاعة المرؤوس وتنفيذ الأمر غير المشروع، ما لم يكن في عدم مشروعيته مخالفة ظاهرة أو جسيمة<sup>(1)</sup>.

ويذهب أنصار هذه النظرية إلى التفرقة بين الموظفين المدنيين والعسكريين فواجب الطاعة في المؤسسة العسكرية يتسم بالشدّة والصرامة، لما له من دور في حماية كيان المؤسسة العسكرية من التهتك والانهيار، ولضمان أداء مهامها العسكرية بعزيمة وثبات. وعليه فإن أنصار هذه النظرية يرون ضرورة تنفيذ أفراد المؤسسة العسكرية الأوامر العسكرية الصادرة إليهم دون تردد، حتى لو كانت غير شرعية، ما لم يرد في الأمر غير المشروع، خروجاً على أحكام الدستور أو يشكل ارتكاب جناية أو جنحة خطيرة، مثل صدور الأمر بارتكاب جريمة قتل أو اغتصاب أو هتك عرض... الخ. وأما بالنسبة للموظفين المدنيين فيتسع نطاق مبدأ المشروعية على نطاق مبدأ الطاعة، بحيث تخفف حدة طاعة الأوامر غير المشروعة بحق المرؤوسين المدنيين، إذا كان الأمر يتضمن مخالفة لأي نص في قانون العقوبات (مخالفة - جنحة - جناية)<sup>(2)</sup>، ويضيف الدكتور حكمت سليمان، بامتناع واجب الطاعة للرؤساء

(1) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص157.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص234 و صالح البرغوثي، مرجع سابق ص158.

إذا كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة بجلاء بقوله: "إذ يتعين على المرؤوس أن يمتنع عن تنفيذ الأمر متى تضمن خرقاً لأي نص من قانون العقوبات أو كانت عدم شرعيته ظاهرة بجلاء" (1).  
وقد انقسم أصحاب هذه النظرية إلى اتجاهين في تعليلهم الرقابة على مشروعية الأمر العسكري وذلك كما يلي:

1- نظرية الاعتراضات: والتي مفادها أن واجب المرؤوس تنبيه رئيسه أو الرئيس الأعلى لوجود المخالفة، فإذا أصر الرئيس على التنفيذ وجب على المرؤوس التنفيذ. ومن الملاحظ ان هذه النظرية تشكل أول محاولة فقهية للتخفيف من حدة مبدأ الطاعة العمياء، وهي بذات الوقت تمثل دوراً إيجابياً في تنبيه ولفت نظر الرئيس مصدر الأمر لوجود المخالفة - لا سيما إذا كان الرئيس حسن النية - بحيث يتمكن الرئيس من تجنب مخالفة القانون بنفسه. بيد أنه يعاب على هذه النظرية أن إصرار الرئيس على تنفيذ الأمر، يوجب على المرؤوس تنفيذ الأمر مما يعود الى مبدأ الطاعة العمياء مرة أخرى (2).

2- النظرية الشكلية: ومفادها أن للمرؤوس مراقبة مشروعية الأمر الصادر من الناحية الشكلية "الاختصاص، شكل القرار" فإذا كان الأمر سليم من الناحية الشكلية بصدوره عن رئيس مختص لمرؤوس مختص بالتنفيذ و وفقاً للشكل المحدد في القانون، وبذات الوقت به مخالفة قانونية موضوعية (المحل، السبب، الغاية) وجب على المرؤوس تنفيذ الأمر الغير مشروع ولا يترتب عليه أية مسؤولية من جراء تنفيذه لهذا الأمر غير المشروع من الناحية الموضوعية (3).

(1) حكمت سليمان ، مرجع سابق ص 46 ، و محمد عبد الحميد ابو زنيد ، مرجع سابق ص233 ، ويرى الباحث ان هذه الاضافة " او كانت عدم شرعيته ظاهرة بجلاء" تشمل مخالفة الامر الصادر للموظف المدني لأحكام أي قاعدة قانونية (قانون العقوبات وغيره من القوانين ) بما يشمل ذلك المحل والسبب والغاية ، علاوة على الاختصاص ، اذ ان اصطلاح عدم المشروعية للقرارات الادارية يشمل جميع شروطه ، او صدوره مخالف لأحكام أي قانون ساري المفعول في الدولة .

(2) اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ص270.

(3) صالح البرغوثي ، مرجع سابق ص161 .

أخيراً يمكن تقسيم الأخطاء أو المخالفة لأحكام القانون إلى ثلاث درجات:

1- مخالفة بسيطة.

2- مخالفة جسيمة.

3- مخالفة تتضمن جريمة.

أما الحالة الأولى: فإن الواجب على العسكري تنفيذ الأمر تحقيقاً لواجب الطاعة العسكرية حفاظاً على سلامة سير المؤسسة العسكرية بانتظام واطراد.

و الحالة الثانية: فإنه يجب على المرؤوس تنبيه الرئيس لوجود المخالفة، فإذا ما أصر الرئيس على تنفيذ الأمر وجب عليه تنفيذ الأمر دون تردد أو وضع عراقيل استناد إلى قرينة الرشاد لدى الرؤساء<sup>(1)</sup> وهو ما جاء في أحكام المواد ( 94، 173 ) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني.

أما الحالة الثالثة: وهي كون الأمر غير المشروع ينطوي على مخالفة ظاهرة لأحكام قانون العقوبات؛ أي ان تنفيذ الأمر غير مشروع يؤدي إلى خطأ مجرم في قوانين العقوبات بصورة ظاهرة. فإنه يجب على المرؤوس عدم تنفيذ الأمر العسكري غير المشروع، وان تنبيه الرئيس إلى وجود المخالفة لأحكام قانون العقوبات فإذا ما أصر الرئيس على تنفيذ الأمر غير المشروع وجب على المرؤوس العسكري رفض طاعة الأمر غير المشروع المحتوي على فعل مجرم بموجب أحكام قانون العقوبات، وذلك وفقاً لأحكام المادة (57) من قانون العقوبات الثوري الفلسطيني لعام 1975.

### الفرع الثاني: خضوع الرؤساء للقانون

إذا كان مبدأ المشروعية يعني الالتزام بأحكام القانون، فهل يكفي التزام الرؤساء بتنفيذ القاعدة القانونية أثناء ادائهم لواجبهم الوظيفي فقط، أم القيام بالواجب الوظيفي بالاستناد إلى هذه القواعد

(1) قرينة الرشاد لدى الرؤساء ، تطلق على الرؤساء لما لهم من خبرة كبيرة بحكم الإقدمية في الخدمة مما يجعل الرؤساء أكثر ادراك لحاجة المرافق العامة ومشروعية القرارات الصادرة عنهم . للمزيد انظر حكمت سليمان، مرجع سابق ص37.

القانونية، أم أنه يكفي عدم خروج الرؤساء على أحكام القاعدة القانونية. وهذه القاعدة القانونية قد تختلف مرتبتها فيما بينها، وقد تتعارض قاعدة قانونية دنيا مع قاعدة قانونية عليا. وعليه نتناول في هذا الفرع تحديد معنى التزام الرؤساء بالقانون ثم تحديد القانون الواجب التطبيق.

### الفقرة الأولى: التزام الرؤساء بالقانون

إن التزام الرؤساء بأحكام القانون والخضوع له، ومن ثم إصدار الأوامر العسكرية " القرارات الإدارية" على ضوء أحكامه، يضفي المشروعية على هذه القرارات، بيد أن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى الالتزام بالقانون من قبل الرؤساء أثناء أداء واجبهم الوطني، واتجهوا إلى ثلاث آراء فقهية:

#### الرأي الأول: تصرف الإدارة (الرؤساء) المشروع هو مجرد تنفيذ لقاعدة قانونية:

فكل عمل من أعمال الإدارة يجب أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة قانونية مقررة من السابق، وأن كل عمل أو نشاط يصدر من الإدارة لم يكن تنفيذاً لقاعدة قانونية، فهو غير مشروع. الأمر الذي يقيد سلطة الإدارة في الخضوع لأحكام القانون، إذ يسهل تدخل مبدأ المشروعية والحكم بعدم مشروعية نشاط الإدارة، بمجرد كون النشاط الإداري لم يكن تنفيذاً لقاعدة قانونية، مما يوسع ظهور مبدأ المشروعية في الأعمال الإدارية بمجرد عدم تنفيذه لقاعدة قانونية<sup>(1)</sup>.

وبذلك فإن هذا الرأي يقيد الإدارة ويؤدي إلى الحيلولة دون تمكينها من ممارسة وظيفتها الأساسية وهي اشباع الحاجات العامة للمواطنين - وذلك بضرورة عدم تصرفها إلا تنفيذاً لقاعدة قانونية - الأمر الذي يقيد الإدارة في مواجهة الظروف وحاجات المجتمع المتطورة، ويفقدها القدرة على ابتكار القواعد القانونية أثناء ممارسة النشاط الإداري، بحيث تغدو الإدارة العامة آلة صماء مختصة بتنفيذ القانون<sup>(2)</sup>،

وهو ما يسمى بالبيروقراطية.

(1) انور احمد رسلان ، مرجع سابق ،ص25.

(2) محسن خليل ، مرجع سابق ،ص 117.

وهذا الرأي وإن كان يتفق مع فكرة السلطة المقيدة للإدارة -إلا أنه ينكر السلطة التقديرية للإدارة - فإذا ما نص القانون على وسيلة ما و شروط ما لإجراء النشاط الإداري، وجب على الإدارة الالتزام بأحكام القانون وعدم قيامها بالنشاط إلا بالوسيلة التي نص عليها القانون، فإذا لم يكن القرار الصادر من الإدارة (الرئيس) تطبيقاً لقاعدة قانونية، فإنه يكون باطلاً لمخالفته لمبدأ المشروعية، وبذلك يحق للمرؤوس الصادر إليه الأمر التحلل من تنفيذ الأمر، لفقدان الأمر لصفة الالتزام، إذا كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة، لذا وصف هذا الرأي بأنه النظام التشريعي المثالي من حيث حماية الحقوق والحريات الأساسية كونه يشكل قيداً شديداً على الإدارة في تصرفاتها تجاه حقوق وحريات الأفراد<sup>(1)</sup>.

بيد أن هذا الرأي يتعارض مع نشاط الإدارة التقديرية "سلطة الإدارة التقديرية" لما يتضمنه من تقييد لنشاط الإدارة بنصوص قانونية ثابتة، لا سيما أن النشاط الإداري يتصف بالمرونة والتطور، لذا يترك المشرع للإدارة مجالاً تقديرياً في التعامل مع الوقائع والظروف التي تواجهها تحقيقاً للصالح العام وفي إطار مبدأ المشروعية<sup>(2)</sup>.

### الرأي الثاني: استناد تصرف الإدارة (الرؤساء) للقانون:

يتطلب هذا الرأي من الإدارة أن تستند في كل ما تقوم به من أعمال أو تصرفات الى سند قانوني، إذ يجب على الإدارة لكي يكون العمل مشروعاً استنادها إلى قاعدة قانونية تقر العمل و موجودة قبله<sup>(3)</sup>. بمعنى أن هذه القاعدة القانونية هي التي تخول الإدارة الحق بالقيام بالعمل، وهذا الرأي يوسع من نشاط الإدارة، إذ لم يشترط ان يكون نشاط الإدارة تنفيذاً لقاعدة قانونية، وإنما اكتفى باستناد النشاط الى قاعدة قانونية تجيزه؛ أي ان القاعدة القانونية تتصف بالعمومية وفقاً لطبيعتها، فيكون الأمر العسكري بالاستناد الى هذه القاعدة القانونية، تنفيذاً لحالة خاصة، لذا فهذا الرأي هو

(1) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مرجع سابق ص212.

(2) عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ص13.

(3) انور احمد رسلان ، مرجع سابق ص26.

المعيار الطبيعي الأمثل لإضفاء المشروعية على تصرفات الإدارة التقديرية في الظروف العادية وقد قيل عن هذا الرأي أيضاً انه خيار وسط بين تقييد نشاط الإدارة بالكامل وبين عدم تركها تتصرف بمعزل عن وجود قاعدة قانونية تستند إليها.

فهو يعلل منح السلطة التقديرية للإدارة في ممارسة نشاطها الإداري وكيفية تنفيذ الإدارة لنشاطها الإداري وفقاً لسلطتها التقديرية؛ فيقرر مشروعية تصرف الإدارة، طالما أنه صدر بالاستناد إلى قاعدة قانونية، ولم يفرض القانون على الإدارة شروط خاصة تلزم الإدارة باتباعها كما هو الحال في السلطة المقيدة

### الرأي الثالث: تقييد الإدارة (الرؤساء) بعدم القيام بأي تصرف مخالف للقانون:

بموجب هذا الرأي على الإدارة أن لا تأتي بتصرف مادي أو قانوني مخالف لأحكام القانون، فلإدارة حرية التصرف باتخاذ القرار الذي تراه مناسب وفي الوقت الذي تختاره، شريطة عدم مخالفة أحكام القانون بمعناه الواسع، الأمر الذي يوسع من سلطة الإدارة التقديرية، و يحقق الحد الأدنى لمبدأ المشروعية<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب من الفقه أن الرأي الثاني والثالث أخذ بهما معظم الفقهاء، وأنهما متوافقان مع أحكام القانون، ويكمل أحدهما الآخر، حيث إن الرأي الثاني يلزم الإدارة بالتزام إيجابي مفاده ضرورة استناد الإدارة في تصرفها إلى سند من القانون بمعناه الواسع، بينما يلزم الرأي الثالث الإدارة بالتزام سلبي مفاده عدم خروج الإدارة عن قواعد القانون<sup>(2)</sup>.

يمكن القول أنه ومع تأييد هذا الفهم، إلا أن الرأي الأول له وجهته وقانونيته أيضاً، إذ أنه في بعض صور نشاط الإدارة (السلطة المقيدة) فإنه لا يكفي الرأي الثاني والثالث حتى يتحقق احترام مبدأ

(1) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مرجع سابق ص 210.

(2) انور احمد رسلان ، مرجع سابق، ص 26.

المشروعية، لا سيما أن اشتراط القانون أن يكون النشاط تنفيذاً لقاعدة قانونية ما، وفقاً للشروط المحددة مسبقاً؛ فإذا أجاز القانون ترخيص السلاح وفقاً لشروط وضوابط محددة، فلا يجوز للإدارة أن ترخص السلاح دون الالتزام بالشروط والحدود التي نص عليها القانون، بحيث يكون قرارها غير مشروع إذا لم تلتزم بهذه الشروط، واستندت إلى سلطتها التقديرية في إصدار رخصة السلاح لشخص ما لا تنطبق عليه جميع الشروط المنصوص عليها في القاعدة القانونية، وهو ما يعني وجوب الأخذ بالرأي الأول فيما يتعلق بالسلطة المقيدة حتى يكون نشاط الإدارة مشروع.

لذا فإن تبني أحد الرأيين الثاني والثالث أو كليهما معاً، لا يكفي لإعطاء المشروعية على نشاط الإدارة في جميع مجالاته وحالاته، وبذلك فإن لكل رأي من الآراء الفقهية السابقة وجاهته وتطبيقه في مشروعية نشاط الإدارة، فحيثما نص القانون على شروط تفصيلية للقيام بنشاط ما من قبل الإدارة (سلطة مقيدة) وجب أعمال الرأي الأول ليضفي مبدأ المشروعية على قرار الإدارة المتخذ، وحينما يضع القانون القواعد العامة للقيام بالنشاط الإداري، وترك للإدارة مجالاً تقديرياً لاتخاذ القرار بالكيفية والشروط التي تراها ملائمة، فيكون أعمال الرأي الثاني أولى من الرأي الأول بحيث يكون النشاط (القرار) الذي تتخذه الإدارة مشروعاً إذا كان متكئاً على قاعدة قانونية. أما إذا لم ينظم القانون المسألة محل نشاط الإدارة، مثل ظهور مرض معين في منطقة ما داخل الدولة ولم يكن هناك قواعد قانونية تنظم كيفية التعامل مع المرض أو الظاهرة، فإن الرأي الثالث هو الواجب إعماله، وعليه يكون تصرف الإدارة مشروعاً ما لم يخالف صراحة أي نص من النصوص القانونية النافذة في الدولة.

من خلال هذه الآراء الفقهية يتبين لنا كيفية خضوع الرؤساء (الإدارة) أثناء أداء الواجب للقانون، فما النص القانوني الواجب التطبيق في سلم القواعد القانونية السارية في البلاد؟

## الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق

أجمع الفقه أن مبدأ سيادة القانون إبان الثورة الفرنسية - التي تقوم على اعتناق المبدأ الحر - يعني خضوع الإدارة للقانون بالمعنى الضيق، من منطلق أفكار فقهاء الثورة الفرنسية (القانون تعبير الإدارة العامة) وعلى السلطة التنفيذية الخضوع لأحكام القانون الصادر عن السلطة التشريعية. بيد أن تطور الفكر الديمقراطي، والذي لم يعد يقبل بكون السلطة التشريعية وحدها ممثلة من الشعب، وإنما يجب أن يكون هناك تمثيل للشعب في السلطة التنفيذية، كما أن التطور العلمي والتكنولوجي، وما طرأ على الدولة الحديثة من الأخذ بأفكار المبدأ الاشتراكي، والتدخل في مختلف مناحي الحياة - خروجاً على مبدأ المذهب الحر - أدى الى ظهور مشكلات قانونية وسياسية واقتصادية، تتسم بطابع فني خاص بها.

بحيث لم يعد بإمكان السلطة التشريعية ملاحقة هذا التطور - المتغير باستمرار - بنصوص تشريعية مواكبة له باستمرار. مما دفع الى تطور الفكر القانوني، والعدول عن المعنى السابق لمبدأ سيادة القانون بإعطاء السلطة التنفيذية بعض الصلاحيات التشريعية<sup>(1)</sup>.

لذا تطور مبدأ سيادة القانون في الدولة القانونية المعاصرة، وأصبح يتسع للقواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية، بعد صدور دستور فرنسا لعام 1958، إذ أصبح التشريع بموجبه من اختصاص السلطة التنفيذية كأصل عام، واختصاص البرلمان بالتشريع استثنائي وعلى سبيل الحصر<sup>(2)</sup>. هذا بالإضافة الى مبدأ سيادة القانون يعني الخضوع الى قواعد القانون الطبيعي والقانون الوضعي النافذة داخل الدولة المكتوبة منها، والغير مكتوبة. وهو ما يعرف بالمفهوم الواسع لمبدأ سيادة القانون، إذ يشمل كما يقول العلامة " فيدل " الخضوع لأحكام القواعد الدستورية، والمعاهدات، والمبادئ العامة

(1) ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية، مرجع سابق ص11 وما بعدها .

(2) محمد عبد الحميد ابو زنيد، مرجع سابق ص213.

للقانون، والمبادئ القضائية وأحكام القضاء، والعقود الإدارية، والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، سواء كانت قرارات تنظيمية عامة أو قرارات فردية تصدر تطبيقاً لها<sup>(1)</sup>، وهي ما يطلق عليها لدى الفقه بمصادر مبدأ المشروعية. علاوة على الالتزام بالقانون الطبيعي (الشرائع السماوية، القانون الدولي الإنساني، المواثيق الدولية والمحلية) وهي ما يطلق عليها بمصادر الشرعية<sup>(2)</sup>.

---

(1) حكمت سليمان، مرجع سابق ص36.  
(2) صالح حسن سميع، مرجع سابق ص523.

## الفصل الثاني

### المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية

تندرج تصرفات أفراد المؤسسة الأمنية في إطار الأعمال الوظيفية، بأنها أعمال وظيفية تقوم بها المؤسسة الأمنية بشكل يومي واعتيادي هادفة لتطبيق أحكام القانون تحقيقاً للمصالح العام. بيد أن الواقع العملي لا يسير بالشكل الاعتيادي المرسوم لقوى الأمن بموجب أحكام القانون، إذ يفرض العمل على أفراد المؤسسة الأمنية أثناء القيام بالمهام الموكلة إليهم ، أن يصدر عنهم - بحسن نية أو سوء نية - بعض الأفعال التي تعد مجرّمة وفقاً لأحكام قانون العقوبات.

حيث يترتب على قيام الموظف العام بالواجب الوظيفي في بعض الأحيان، المساس بأحد الحقوق أو الحريات المحمية بقوة القانون، كقيام الجلاد بإزهاق روح المحكوم عليه بالإعدام، تنفيذاً لقرار محكمة مختصة، وهو ما يشكل في ظاهر الحال إعتداءً على حق الإنسان في الحياة، وقد جرم قانون العقوبات الاعتداء على حق الحياة، وجعل له عقوبة الإعدام في حالة العمد المادة (378)، وعقوبات أقل في حالة القتل القصد من غير عمد المواد (376،377،380،384) عقوبات ثوري فلسطيني ، أو قيام أحد أفراد الشرطة بتفريق التجمعات غير المشروعة، والتي تنطوي على عنف باستخدام القوة اللازمة لتنفيذ هذه الواجب المادة (2/21) من مدونه قواعد استخدام القوة والأسلحة النارية.<sup>(1)</sup> مما يؤدي الى إصابة أو جرح أو قتل أحد الأفراد المتجمعين، وهو ما يشكل في ظاهر الحال جرائم قتل (384،376) أو جرح أو إيذاء المواد (386،385) عقوبات ثوري، وقد يعتمد الموظف العام

(1) مدونة قواعد استخدام القوة والاسلحة النارية من قبل منتسبي قوى الأمن الفلسطينية، والصادرة بموجب قرار صادر عن معالي وزير الداخلية رقم (2011/211).

(العسكري) الإقدام على هذه الأفعال ليس تنفيذاً لحكم القانون، وإنما تنفيذاً لأمر غير مشروع صادر إليه من رئيسه، وبذلك يصبح دفعه بإباحة فعله نتيجة لتنفيذ الأمر الصادر إليه في غير محله<sup>(1)</sup>.  
اتضح أن ضوابط المسؤولية الجزائية للأوامر العسكرية (واجب الطاعة ومبدأ المشروعية) وهي ذاتها ضوابط تنفيذ الموظف العام للواجبات الموكلة إليه، إذ عليه الالتزام بواجب الطاعة ومبدأ المشروعية معاً؛ وما يترتب على ذلك من طاعة الموظف العام للأوامر المشروعة الصادرة إليه من رئيسه المختص أثناء أدائه الواجب الوظيفي، وما يترتب على رفضه لتنفيذ الأوامر المشروعة (المسائلة التأديبية للموظف العام) و (المسائلة الجزائية بجريمة عدم إطاعة الأوامر بالنسبة للعسكري). كما يجب عليه الالتزام بأحكام القانون بمعناه الواسع، وعدم تنفيذ أمر مخالف لأحكام القانون " مبدأ المشروعية" إذ يترتب على العسكري طاعة الأوامر المشروعة، والتي قد ينتج عن تنفيذها تحقق جريمة ما، (تحقق الركن المادي والمعنوي) ومثال ذلك إزهاق الجلاد روح المحكوم عليه بالإعدام، أو قيام عضو الضابطة القضائية بحجز حرية المتلبس بجريمة تزيد عقوبتها على الستة أشهر، نظراً لوجود شبهات تحوم حوله. اما الأوامر غير المشروعة فلا طاعة لها في مخالفة أحكام القانون.

ويمكن التساؤل عن قيام المسؤولية الجزائية عن هذه الأفعال المجرمة، والتي قام بها الموظف العام تنفيذاً لحكم القانون أو تنفيذاً لأمر صادر عن رئيس مختص؟! وهل يناقض القانون نفسه بأن يجرم فعل ما، ثم يأمر بالقيام بهذا الفعل، بمعنى ان يجرم عدم تنفيذ الأمر المشروع، ثم يقرر العقاب جزاءً للتنفيذ السليم لهذا الأمر المشروع؟ وما هو دور عوارض المسؤولية الجزائية من أسباب إباحة أو موانع عقاب أو موانع مسؤولية، في دفع المسؤولية الجزائية عن الموظف (العسكري) المنفذ للأمر الرئاسي، أو إذا اصدر الموظف (العسكري) أو استغل صفته الوظيفية لإصدار أمر غير مشروع أو تنفيذ أمر غير مشروع وهو يعلم عدم مشروعيته، وما هو حكم الغلط في تنفيذ الأمر غير المشروع؟

(1) نقض أول يونيه سنة 1926 (المحكمة سنة رقم 526)، نقض 31 يناير سنة 1929 مجموعة النقض (12 رقم 141ص154) المشار اليهما لدى الدكتور محمد القلي مرجع سابق ص 367.

ويمكن الاجابة عن هذه التساؤلات انطلاقاً من فكرة مشروعية الأوامر العسكرية والتي تنقسم الى قسمين: الأول المسؤولية الجزائية عن الأوامر المشروعة (المبحث الأول) والثاني: المسؤولية الجزائية عن الأوامر غير المشروعة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول : المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية المشروعة

تُلقى طاعة الرؤساء واجباً على عاتق الموظف العام بالالتزام بالأوامر المشروعة الصادرة إليه، وتنفيذها بدقة وأمانة، ضماناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد، ويرتب القانون المسؤولية التأديبية على الموظف العام جزاء على اخلاله بهذه الطاعة، حتى أنه يمكن القول إن سلطة التأديب في القانون الإداري تستند الى واجب الطاعة<sup>(1)</sup>، في حين القى القانون على الموظف العسكري واجب تنفيذ الأوامر العسكرية، وفي بعض الأحيان يحرمه من حق مراقبة مشروعية الأمر الصادر إليه. كما قرر العقاب الجزائي المشدد للعسكري في حالة عدم التزامه بتنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة الصادرة إليه من رئيسه المختص.

في ظل واجب الطاعة المشددة على العسكري، والتي تعتبر بمثابة قانون عسكري، وما ينبثق عن أداء العسكري لواجب الطاعة بتنفيذه للأوامر العسكرية المشروعة، أن تلتصق ببعض الأفعال التي يقوم بها العسكري صفة التجريم؛ أي انطباق النموذج القانوني للجريمة على الفعل المادي الذي أتاه العسكري تنفيذاً لواجب الطاعة، بتنفيذ الأمر المشروع الصادر إليه، أو تنفيذاً للواجب القانوني بإصدار العسكري (الرئيس) الأمر المشروع الذي يترتب على تنفيذه تحقق الصفة الجرمية للفعل، مثل إصدار مأمور الضابطة القضائية أمراً بالقبض على المتهم الحاضر والمتلبس بارتكاب جريمة، وقد تحققت شروط القاء القبض. أو أن يأمر عضو الضابطة القضائية بخلع باب منزل أثناء التفتيش. هذه الأفعال المجرمة والناجمة عن تنفيذ العسكري للواجب العسكري (المطلب الأول)، وهل يمكن أن يترتب عليها، تحمله المسؤولية الجزائية وإنزال العقاب بحقه ؟ (المطلب الثاني).

(1) سعد نواف العنزي، مرجع سابق ص165.

## المطلب الأول: الأمر المشروع أداء للواجب

تمارس الدولة سلطتها عبر موظفيها العموميين، الذين يتولون أعباء الخدمة العامة في مختلف الأنشطة التي تتدخل فيها الدولة الحديثة، ويشكل أداء الموظفين العموميين لواجباتهم الوظيفية تنفيذاً لأحكام القانون، قد يشكل في بعض الأحيان، مساساً بالحقوق والمصالح التي يحميها القانون الجزائي، ويكون هذا المساس يهدف الى تحقيق الصالح العام (خدمة أفراد المجتمع) على حساب مصلحة أخرى أو حقوق شخصية، فقد أباح القانون هذه الأفعال حماية وضمانه لقيام الموظف العام بأداء واجبه الوظيفي حماية للمصلحة العامة (1). فما هو مدلول أداء الواجب (الفرع الأول)، وما هي الطبيعة القانونية لأداء الواجب (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مدلول أداء الواجب

الأصل في الأفعال التي يقوم بها الإنسان الإباحة، فالإنسان حر في تصرفاته ويقدم على الأفعال التي يرغب بها، دون قيد أو شرط، إلا أن تطور الحياة البشرية الى شكل مجتمعات منظمة، وظهور الدولة التي باتت تتولى حماية الحقوق والحريات لجميع أفراد المجتمع، وأيلاء بعض الحقوق والحريات بالحماية الجزائية - وذلك من خلال تجريم أي فعل أو امتناع يشكل مساس بهذه الحقوق والحريات - دون غيرها من الحقوق والحريات والتي لا ترقى إلى ذات الاهتمام من المشرع الجزائري.

لذا فإن الأفعال التي تنطوي على مساس بالمصالح والحقوق التي لا يحميها القانون الجنائي، لا تشكل افعالاً مجرمة، وإن كانت تشكل مخالفة لأحكام قانون آخر، مثل قيام شرطي المرور بإغلاق الطريق أمام المارة، سواء كان فعله مبرر أم لا، أو امتناع موظف دائرة الجوازات بناء على أمر رئيسه أو من تلقاء ذاته عن إصدار جواز السفر في الوقت المحدد، أو قيام أحد أفراد دورية الأمن الوطني بمنع أحد المارة من عبور الطريق. سواء كان ذلك بدواعي مقبولة أو بدون مبرر لذلك، مع أنه يمكن

(1) نظام توفيق المجالي، مرجع سابق ص194.

مسائلة الموظف تأديبياً أو انضباطياً، هذا فضلاً عن خضوع هذا التصرف للطعن به امام القضاء الإداري (حال عدم إصدار جواز سفر مثلاً).

ومع ذلك لا يمكن مسائلة الموظف جزائياً لكون الفعل لا يشكل اعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون الجنائي. فالأفعال قد تكون مباحة دون خلاف كالبيع والشراء والزراعة والعمل في الوظيفة العامة وغيرها، وقد يرد عليها بعض القيود المرتبطة بالقانون المنظم للنشاط أو العمل، فيكون الشخص مسؤولاً على مخالفة قواعد القانون المنظم للعمل كمخالفة أحكام القانون المدني (مجلة الأحكام العدلية) أو قانون الزراعة، وقانون الخدمة المدنية والعسكرية. وهذه المخالفة لا ترقى الى درجة المسائلة الجزائية، إلا إذا ورد نص في نصوص قانون العقوبات أو في أحد هذه القوانين المنظمة للنشاط يحرم فعلاً ما ويحدد العقاب لمخالفته، وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

بينما الأفعال التي تشكل مساساً بالحقوق والحريات والمصالح بموجب نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة، إذا ما وقعت وفقاً للنموذج القانوني للجريمة، ومن قبل عسكري أثناء أداؤه للواجب الوظيفي أو تنفيذاً لأمر مشروع صادر إليه من رئيس مختص. مثل قيام عضو الضابطة القضائية بحجز حرية شخص في حالة التلبس بجناية أو جنحة وتحققت شروط القاء القبض عليه فوراً، أو قيام الجلاد بتنفيذ الأمر بإزهاق روح المحكوم عليه بالإعدام من محكمة مختصة. فهذه الأفعال من إزهاق حيز الحرية أو الروح تشكل في ظاهر الحال فعلاً مجرمياً بموجب قانون العقوبات والذي وضع نصوص صريحة لتجريم هذه الأفعال. وبذات الوقت فرض القانون على العسكري واجب تنفيذ الأوامر الصادرة إليه بدقة وامانه، وقيامه بواجباته الوظيفية بدقة وامانه<sup>(1)</sup>. حيث جاء في القرار التأديبي لمدير أمن دمياط رقم ( 1989/320 ) الصادر بتاريخ 1989/12/19 ما يلي: " تقرر بأن إهمال الضابط

(1) المواد (168،89) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005.

في واجبات وظيفته وذلك بعدم استخدام سلاحه الاميري أو إصدار الأمر لأحد أفراد القوة باستخدام السلاح حال مشاهدته لزميله المقدم... الملقى على الارض، وذلك بمحاولة ضبط السيارة أو إرهاب قائدها للوقوف الأمر الذي استوجب مجازاته " (1)

أمام هذه المعضلة التي تواجه الموظف (العسكري)، فإن المشرع يأبى أن يناقض نفسه بنفسه، فالقانون كالبنيان المرصوص لا يتأتى له أن يناقض نفسه بنفسه، فالقانون هو من أوجب على العسكري تنفيذ الأمر أو رخص بتنفيذه، وهذه الرخصة أو الإجازة تهدف إلى حماية مصلحة اجتماعية أو ترجيح المصلحة الاجتماعية على المصالح المهدورة<sup>(2)</sup>. لهذا وضع المشرع إلى جانب نصوص التجريم نصوص الإباحة التي تحول دون تطبيق نصوص التجريم، إذا ارتكبت الجريمة في ظروف تتحقق معها حماية المصلحة المعتبرة والأولى بالرعاية في نظر الشارع<sup>(3)</sup>.

لذا نص المشرع على عوارض المسؤولية الجزائية، والمتمثلة بأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب، ضمن الأحكام العامة لقانون العقوبات، لرفع هذا التناقض وتحقيق الاتساق ما بين نصوصه تحقيقاً للعدالة التي هي غاية التشريع. وبتحري موانع المسؤولية الجزائية كأحد عوارض المسؤولية الجزائية، والمتمثلة في: 1- صغر السن، 2- العاهة العقلية، 3- السكر والعقاقير المخدرة، 4- القوة الغالبة، 5- حالة الضرورة. والتي لا يمكن الاستناد إليها في رفع المسؤولية الجزائية عن الأفعال الصادرة من أفراد قوى الأمن الفلسطينية، لكونها أسباب شخصية مرتبطة بشخص الفاعل، فهي مانع للمسؤولية الجزائية عن الفاعل، مهما كانت صفته موظف أو مواطن.

وغني عن القول إنه لا يمكن توظيف شخص صغير السن (أقل من ثمانية عشر عام) أو شخص به جنون، كما أنه لا يجوز للعسكري أن يعتد في دفاعه الى وجود حالة الضرورة<sup>(4)</sup>، إذ أن أداء

(1) مشار إليه لدى محمد سيد أحمد التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص173.

(2) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 249.

(3) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص145.

(4) قرار المحكمة العسكرية الدائمة الجنوب / الخليل رقم القضية (171/د.م/2013) والصادر بتاريخ 2014/9/16، غير منشور.

الواجب يفرض عليه الثبات و الالتزام في حالة الخطر ( الضرورة)، لذا نجد ان المشرع قد شدد العقاب على جريمة الفرار أو عدم إطاعة الأوامر في حالة الحرب.

كما أن تطبيق موانع العقاب على الأفعال المجرّمة الناتجة عن تنفيذ الأوامر العسكرية غير متصور أيضاً، حيث إن موانع العقاب، تمنع عقاب الفاعل عن فعله لأسباب واعتبارات خاصة، وهي لا ترفع المسؤولية كما هو الحال في موانع المسؤولية وإنما تمنع العقاب لأسباب خاصة ببعض الجرائم كزواج الخاطف بمن خطفها، وهي موانع وارده على سبيل الحصر، ولا يمكن القياس عليها، وهي في مجملها تمثل حالات خاصة لا يمكن تطبيقها على تنفيذ الأوامر المشروعة. بيد أنه يمكن تطبيقها في حالة الغلط الذي يقع به العسكري أثناء تنفيذه الأوامر غير المشروعة وفقاً لنص المادة (96) عقوبات ثوري وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في المبحث الثاني.

ويمثل أداء الواجب الوصف القانوني السليم من بين أسباب الإباحة، للانطباق على فعل العسكري المنطبق عليه النموذج التجريمي، سواء بإصدار العسكري للأمر العسكري المشروع أو تنفيذه للأمر العسكري المشروع، وهو ما يستبعد باقي أسباب الإباحة الأخرى مثل: 1- ممارسة الحق، 2- إجازة القانون، 3- الدفاع الشرعي. لكونها تقوم على فكرة تغليب مصلحة شخصية على مصلحة شخصية أخرى، وهو أمر غير متحقق في تنفيذ الأمر العسكري المشروع، والذي هو تغليب مصلحة عامة على مصلحة خاصة (1).

ويتضح أن أداء الواجب هو الضمانة للعسكري أثناء تنفيذه للأوامر العسكرية المشروعة، وهو المبرر للموظف للقيام بهذه الأفعال وهو مطمئن وبعيد عن شبح المسؤولية الجزائية؛ فتحقق الركن المادي والمعنوي للجريمة الموصوفة بالقانون الجزائي، لا يعني انطباق الصفة الجرمية على الواقعة محل فعل الموظف العام، وذلك لتجردها من معنى الاعتداء، فتكون الواقعة إزهاق روح إنسان أو

(1) عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1987، ص110.

ضرباً أو جرحاً، ويكون الفاعل متعمداً لفعله، ومع ذلك يتجرد الفعل من الصفة الجرمية لتوافر أحد أسباب الإباحة وهو أداء الواجب (1).

وقد نصت القوانين العقابية على إجازة تنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة في باب أداء الواجب كسبب يحوّل الفعل الذي قام به الموظف العام، إلى فعل مباح لا يستوجب العقاب، فإذا تطابق الفعل الذي اتاه الموظف مع الواقعة المجرمة وفقاً للنموذج القانوني المجرم، فإنّ المشرع قد نص على إباحته تغليّباً للمصلحة العامة على المصلحة المحمية بالقانون الجزائي، وبهذا فإن استعمال الموظف لسلطته التي أولها له القانون، هي سبب لإباحة ما يرتكبه من أفعال تعد جريمة بحسب الأصل، ما لم يخرج عن الأصول المتبعة في ممارسة سلطته (2)، سواء أكانت هذه الأفعال تنفيذاً لأوامر الرؤساء المشروعة، أم تنفيذاً لأحكام القانون (قام بتنفيذ الأمر بنفسه أو أصدر الأمر لمؤوسيه).

حيث ورد النص على إباحة تنفيذ الأوامر المشروعة في المادة (57) من قانون العقوبات الثوري والتي جاء فيها: الفعل المرتكب إنفاذاً لنص قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون إطاعته لا يعد جريمة، إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة ". في حين قرر المشرع الأردني منع المسؤولية الجزائية عن الأفعال المجرمة الناتجة عن تنفيذ الأوامر المشروعة في المادة (61) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لعام 1960 النافذ في الضفة الغربية " لا يعتبر الإنسان مسؤولاً جزائياً (3) عن أي فعل إذا كان قد أتى ذلك الفعل في أي من الأحوال التالية:

#### 1- تنفيذ للقانون.

(1) حامد راشد، شرح قانون العقوبات القسم العام ج1 ، الطبعة الاولى كلية الشرطة، 2012/2011، ص337.  
(2) عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ص525.  
(3) وحسناً فعل المشرع الاردني بتعديل المادة (61) عقوبات بالقانون رقم (8) لسنة 2011، حيث ورد النص بعد التعديل كما يلي " لا يعد جريمة الفعل المرتكب في أي من الاحوال التالية: 1- ... 2- ... " اذ ان أداء الواجب سبب لباحة الفعل وليس مانع للمسؤولية الجزائية، علماً أن المشرع الاردني قد وضع هذا النص تحت عنوان اسباب الاباحة، وقد أثرتنا الاستناد الى النص القديم في المتن لكونه النص النافذ في دولة فلسطين، اذ ان التعديلات الواردة على القوانين بعد الاحتلال الاسرائيلي لفلسطين لاتشمل إلا أراضي المملكة الاردنية الهاشمية.

2- إطاعة لأمر صدر إليه من مرجع ذي اختصاص يوجب عليه القانون إطاعته إلا إذا كان الأمر غير مشروع".

وقد نص المشرع المصري في قانون العقوبات المصري النافذ في قطاع غزة في المادة (63) على ما يلي " لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الاحوال الآتية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.  
ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.  
وعلى كل حال يجب أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري بأنه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة".

ويلاحظ أن هناك تباين ما بين النصوص السابقة في الإشارة إلى الأشخاص المستفيدين من أداء الواجب كسبب للإباحة، فنجد المادة (63) عقوبات مصري قد حصرت المستفيدين من الإباحة بموجب أحكامها بالموظف الأميري، بيد أن النص الوارد في قانون العقوبات الأردني والعقوبات الثوري الفلسطيني لم يحصر انطباقها بالموظف العام كما فعل المشرع المصري (1).

وفي الواقع العملي نجد أن تطبيق المواد (57،61،63) من التشريعات المذكورة السابقة غالباً ما ينطبق على الموظف العام، إذ أن الموظف العام هو المكلف بأداء الخدمات العامة، لذا هو صاحب القدر الأكبر من تطبيق احكم هذه المواد نظراً لكونه مكلف بأداء الواجب (2).

---

(1) حصر نطاق نص المادة (63) عقوبات مصري على الموظف العام اثار جدل حول تحديد من هم الموظفين الذين يستفيدون من الاباحة في المادة (63) . وذلك نظراً لعدم تعريف القانون الجنائي للموظف العام والاستناد الى ماجاء في القانون الاداري على الرغم من ان القانون الجنائي يوسع من شريحة الموظفين المخاطبين بأحكامه - وقد عرف الفقه الاداري الموظف العام "كل شخص يعهد اليه باداء قانونية يعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة او احد اشخاص القانون العام عن طريق الاستغلال المباشر". ويخرج من نطاق هذا التعريف وفقاً لمشروعات الفقه المصري العاملون في الشركات على اختلاف انواعها، فلا يعتبرون موظفين عامين ولو كانت الشركة من الشركات المؤممة او التي تساهم فيها الدولة او كانت من الشركات المعتمدة قانوناً ذات النفع العام. للمزيد انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 199 وما بعدها، والدكتور عوض محمد، مرجع سابق ص111 وما بعدها .  
(2) هناك بعض التشريعات تفرض على الافراد " المواطنين" اداء الواجب بمساعدة موظفي السلطة العامة في بعض الاحوال ومنها التشريع السوداني والتونسي والفرنسي. اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص89.

بيد أن انطباق أحكام هذه المواد على الموظف العام لا يحول دون امتداد تطبيقها إلى غير الموظفين العموميين. مثل أصحاب الحرف أو المهن الحرة والذين يوجب عليهم القانون التزاماً ما، مثل الطبيب الذي يجب عليه إبلاغ السلطات العامة في حال معالجته لشخص يعتقد بوقوع جناية أو جنحة عليه (1)، إذ نجد أن القانون قد جرم كشف الاسرار الطبية في المادة (403) من قانون العقوبات الثوري "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة كل من: علم بحكم وضعه أو خدمته أو مهنته أو فنه بسر و افشاه دون سبب مشروع..."، والسبب المشروع هنا هو أداء الواجب، بوجوب تبليغ الطبيب للشرطة عن كل حالة تعرض عليه، ويشتهر أن هذا الشخص المعروض عليه قد تعرض لجناية أو جنحة وفقاً لأحكام المادة (279) عقوبات عسكري " يعاقب الطبيب أو الممرض الذي يقوم بإسعاف شخص يبدو أنه وقعت عليه جناية أو جنحة ولم يخبر السلطات المختصة... " (2).

وقد أورد قانون العقوبات الثوري الفلسطيني نصوص خاصة تفرض واجباً على الأفراد المدنيين وغيرهم من الموظفين العموميين - وذلك للطبيعة الخاصة لهذا القانون - حيث أورد فصل بعنوان جرائم التضامن الإنساني، حيث جرم وعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من كان قادراً أن يحول بفعله المباشر دون ارتكاب الجنايات، أو أي فعل ضد سلامة الجسم البشري، أو معاونه إنسان في حالة خطر، دون أن يتعرض هو أو غيره إلى الخطر وفقاً لأحكام المادة (275/أ، ب) عقوبات عسكري. أو كل من كان لديه وثائق أو يعلم شهادة أو أية أدلة تثبت براءة متهم ما، ولم يتقدم بها إلى الجهات المختصة المادة (275/أ) عقوبات عسكري، وكل من علم بجناية على أمن الثورة ولم يخبر بها الجهات المختصة المادة (277) عقوبات عسكري.

---

(1) كامل السعيد، مرجع سابق ص164.  
(2) ويقابل نص هذه المادة ما ورد في المادة (3/207) من قانون العقوبات الاردني.

ونلاحظ من النصوص آنفة الذكر أنها تنطبق على الأشخاص المدنيين بالإضافة إلى الموظفين، وبذلك يتحقق قيام المواطن بأداء واجب قانوني، والذي قد يترتب عليه تحقق جريمة ما، ومع ذلك لا يعد فعله مجرمًا في حدود أداء الواجب. حيث إن القاعدة الأمرة بارتكاب الفعل تخصص " نقيذ" القاعدة العامة التي تجرمه فيكون الفعل مباح (1).

مناط الإباحة هو قيام الواجب القانوني، وليس شخص الفاعل، فطالما تحقق قيام واجب بموجب أحكام القانون، والتزام الفاعل نطاق الواجب وحدوده، كان فعله مشروعاً، وبذلك يخرج من نطاق المادة (57) عقوبات ثوري، الأشخاص الذين يستندوا الى علاقة أو رابطة أو واجب غير قانوني، مثل القيام بالواجب بالاستناد إلى طاعة الآباء أو الأزواج، أو الطاعة المستندة إلى أساس غير قانوني، فإن الفعل يكون أداء لواجب غير قانوني، كأن يدفع الابن مسؤوليته الجزائية بالاستناد الى أداء واجب لوالده، فيرد عليه دفعه لكون الواجب الذي استند إليه واجب أخلاقي أسري، وليس واجب وظيفي يوجبه القانون. أما إذا قام موظف في القطاع الخاص مثل الطبيب في المثال السابق بالإبلاغ عن شخص يشتبه بوقوع جناية أو جنحه عليه، فيكون فعله مباحاً بالاستناد إلى واجبه القانوني في المادة (279) عقوبات ثوري، وليس الى واجبه المستند الى نظام المستشفى الذي يعمل به؛ وبذا يكون فعله مباحاً استناداً الى نص المادة (57) عقوبات ثوري فلسطيني والمادة (61) عقوبات اردني، ووفقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات المصري، كونه لا تنطبق عليه أحكام المادة (63) عقوبات مصري (2).

ولما كان أداء الواجب كسبب للإباحة، ذا طبيعة موضوعية، فإنه يشمل الفاعل سواء كان مُصدراً للأمر العسكري أو مُنفذاً للأمر العسكري، كما يشمل كل المساهمين والمتدخلين؛ لكون مساهمتهم انصبت على فعل مباح بحكم القانون، فلا تلحق بهم المسائلة الجزائية. وهذا ما يميز اعتبار تنفيذ

(1) عوض محمد، مرجع سابق ص113.

(2) المرجع السابق، ص 113.

الأمر العسكري المشروع أداء للواجب كسبب للإباحة، عن كونه مانعاً للمسؤولية الجزائية، والتي هي ذو طبيعة شخصية، إذ تنصب على إرادة أو حرية الاختيار أو كليهما، بينما يبقى الفعل مجرمًا، بمعنى يستفيد من الأسباب المانعة للمسؤولية الجزائية الفاعل فقط، كون العيب الذي أصاب حرية الاختيار أو إرادة الفعل، مرتبطاً بالشخص الذي أصابه لا بالفعل، فلا يستفيد من هذا العيب إلا من أصابه، أما باقي المساهمين فهم عرضة لتحمل المسؤولية الجزائية، إذا ما توافرت شروطها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لأداء الواجب

أداء الواجب سبب من أسباب الإباحة، التي تجرد الفعل من صفة العدوان على المصلحة المحمية بالقانون الجنائي، وبذلك ينزع الصفة الجرمية عن الفعل ويصبح مشروعاً. فالإباحة لا ترد إلا على الأفعال التي تتوافر فيها الصفة الجرمية، وفقاً للنموذج التجريمي الوارد في قانون العقوبات (الركن المادي والمعنوي)، فإذا تزامن أداء الواجب مع الفعل المجرم انتفت عنه صفة العدوان، ويخرج الفعل من نطاق التجريم<sup>(2)</sup>، بمعنى تعطيل تطبيق النص التجريمي على الفعل الذي يخضع له أصلاً، لكون الفعل كان نتيجة لأداء الواجب القانوني.<sup>(3)</sup>

فأداء الواجب يحول دون بقاء الصفة الجرمية على الفعل المرتكب من الموظف العام في حدود أداء الواجب (المبينة بموجب القانون)، بحيث تعود بالفعل المجرم إلى أصله وهو المشروعية (المباح). لهذا أُطلق عليها اصطلاح أسباب الإباحة؛ لأنها تعود بالفعل المجرم إلى أصله المباح، ولما كان الأصل في الأفعال الإباحة، والاستثناء هو التجريم، فإن أسباب الإباحة هي استثناء على الاستثناء (التجريم) فتعود إلى الأصل وهو الإباحة.<sup>(4)</sup>

(1) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص186.

(2) حامد راشد، مرجع سابق ص337.

(3) عمر السعيد رمضان، مرجع سابق ص469.

(4) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص180.

وأداء الواجب كسبب للإباحة ينصب على الفعل ذاته، وليس مرتبطاً بالشخص ذاته، أي إذا لزم الفعل المجرم ظرف أداء الواجب، كأن يقوم بجريمة خرق حرمة المنازل المصانة في القانون الأساسي الفلسطيني المادة (17) وفي المادة (397) عقوبات ثوري، أحد مأموري الضابطة القضائية، المأذون له بتفتيش ذات المنزل؛ فاقتران إذن التفتيش بواقعة خرق حرمة المنازل المحمية بالقانون الجزائي، يحوّل الفعل المجرم (جريمة خرق حرمة المنازل) إلى فعل مشروع، وهو تفتيش المنزل بمذكرة قانونية، لا يستوجب المسائلة.

والطبيعة الموضوعية لأداء الواجب تقوم على فكرة تغليب مصلحة اجتماعية عامة على مصلحة أخرى، وهو ما يميز أداء الواجب عن غيره من أسباب الإباحة، والتي تقوم على فكرة تغليب مصلحة خاصة على مصلحة خاصة أخرى، مثل حق الدفاع الشرعي أو استعمال الحق، فمن حق المدافع أن يدافع عن مصلحته الشخصية وهي حقه في الحياة بإزهاق روح المعتدي.

وتظهر طبيعة أداء الواجب الموضوعية كسبب من أسباب الإباحة من ناحيتين: الأولى: من حيث كيان أداء الواجب الذي لا يشتمل على عناصر شخصية، وإنما يقوم كيانه على وجود قاعدة قانونية تقيد من نطاق قاعدة قانونية أخرى تحتوي على النموذج التجريمي، ففكرة أسباب الإباحة تقوم على أساس المفاضلة والتوفيق بين قواعد التجريم وقواعد التبرير، دون الاعتبار إلى نفسية المجرم. والثانية: من حيث أثر أداء الواجب الذي ينصرف إلى الفعل ولا يمتد إلى شخص الفاعل، بمعنى أن آثار أسباب الإباحة ترتبط بالتكيف القانوني للفعل، دون ارتباطها بأهلية المتهم للتبعية الجزائية.<sup>(1)</sup>

وهذه الطبيعة الموضوعية لأداء الواجب ليست مطلقة، بيد أنها الصفة الغالبة لأداء الواجب، إلى جانب الطبيعة الشخصية، فأداء الواجب لا يخلو من الأخذ بالصفة الشخصية للفاعل، وبالتالي فإن

(1) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص184.

أداء الواجب يأخذ بعين الاعتبار الناحية الشخصية للفاعل، حيث نجد أن المشرع قد اشترط حسن النية باستهداف تحقيق الصالح العام من قبل الموظف. (1)

تظهر أهمية الطبيعة الموضوعية لأداء الواجب كسبب من أسباب الإباحة، في تمايزها عن موانع المسؤولية الجزائية، التي تتصف بأنها ذو طبيعة شخصية، أي مرتبطة بذات الفاعل، فهي عوامل (أسباب) تؤثر في إدراك الشخص أو حريته في الاختيار، مثل المجنون أو صغير السن. لذا فإن موانع المسؤولية لا تمحو الصفة الجرمية للفاعل وإنما تمنع المسائلة الجزائية، بيد أنه يبقى للفعل صفة الجريمة، وإمكانية المسائلة المدنية، واتخاذ التدابير الاحترازية. وهو ما لا يمكن تطبيقه في حالة أداء الواجب، إذ تنتفي عن الفعل الصفة الجرمية وبالتالي تنتفي المسائلة الجزائية والمدنية معاً، ولا مجال لإيقاع التدابير الاحترازية لانتفاء صفة العدوان في الفعل. ولما انتفت صفة العدوان عن الفعل، فإنه لا يستفيد من الإباحة الفاعل فحسب، بل تمتد الإباحة الى كل شخص مساهم في الفعل. (2)

ولتحديد موضع أداء الواجب في قانون العقوبات، نجد أن جانب من الفقه ذهب إلى إطلاق تسمية المشروعية أو انعدام الصفة الجرمية على أسباب الإباحة، وذلك لكون أسباب الإباحة خارجة عن نطاق الجريمة ومسؤولية الفاعل أو الشريك، فهي لا تعطل النص القانوني، ولا تشكل عارضاً من عوارض المسؤولية الجزائية، وإنما هي حالات خارجة عن المواقف التي يعالجها القانون الجزائي. حيث يعالج القانون الجزائي مشكلة الجريمة أو المجرم أو الإجرام، وهذه المصطلحات لا تنطبق على تصرف الإنسان في حالة المشروعية. (3) وقد نص المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الثوري في

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص129.

(2) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص189.

(3) حامد راشد، مرجع سابق ص338. وتطبيقاً لذلك نجد الدكتور محمود مصطفى قد أورد أسباب الإباحة في باب مستقل، مرجع سابق ص145. والدكتور عمر السعيد رمضان، مرجع سابق ص468. والدكتور ماهر شويش الدرة، مرجع سابق ص321. وينكر انصار هذا الاتجاه وجود ركن قانوني (شرعي للجريمة)، إذ ان القانون هو الذي يخلق الجريمة، ولا يمكن أن يكون الخالق جزء من المخلوق، محمود مصطفى، مرجع سابق ص 139. كما وينكر اسباب الإباحة (ركن العدالة) كركن للجريمة، وذلك من منطلق ان نطاق التجريم لا يمتد الى الأفعال المباحة، واعتبار اسباب الإباحة ركن للجريمة، يعني أن التجريم هو الاصل والإباحة الاستثناء، وهو امر غير مقبول، للمزيد انظر احمد فتحي سرور، قانون العقوبات، مرجع سابق ص322.

الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان العنصر القانوني للجريمة على أسباب الإباحة في المواد (54-58).

حيث يرى غالبية الفقه الحديث (1) أن أسباب الإباحة ضمن الركن القانوني للجريمة، ولما كانت القاعدة الشرعية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". فإن الواجب على أعضاء النيابة العامة إثبات توافر النموذج القانوني المجرم للواقعة موضوع الدعوى، وعدم ورود سبب من أسباب الإباحة على الفعل المجرم (2) ولذا تفرض أسباب الإباحة ذاتها في الركن القانوني للجريمة؛ حيث إن الركن القانوني يقوم على عنصرين الأول: خضوع الفعل لنص تجريمي، والثاني: عدم وجود سبب من أسباب التبرير كظرف وارد وملاصق لهذا الفعل. (3)

ويقسم الفقه أسباب الإباحة من حيث موضوعها إلى أسباب عامة تبيح الجرائم عامة وأسباب خاصة تبيح جرائم معينة بذاتها، ويعد الأمر المشروع وأمر القانون من الأسباب العامة للإباحة، بمعنى أن أداء الواجب سبب لإباحة أي فعل مجرم بصفة عامة. وتقسم أسباب الإباحة من حيث الأشخاص المستفيدين منها لأسباب مطلقة، أي يستفيد منها عامة الناس، وأسباب نسبية يستفيد منها الموظفين الذين ينفذون أوامر الرؤساء دون غيرهم من أفراد المجتمع. (4)

ونستخلص مما تقدم ان أداء الواجب القانوني يعتبر سبب إباحة عام مطلقاً للأفراد (المواطنين)، كما يعتبر سبباً عاماً نسبياً للموظفين. فقيام الموظف بتنفيذ أمر القانون أو تنفيذ أمر الرئيس المشروع، يكون في أداء الواجب كسبب لإباحة فعله، وهو موضوع الفرع الثاني من هذا المطلب.

---

(1) اورد الدكتور محمود نجيب حسني اسباب الاباحه ضمن الركن القانوني للجريمة، مرجع سابق ص 180، والدكتور كامل السعيد، مرجع سابق ص118، الدكتور نظام توفيق المجالي، مرجع سابق ص171.  
(2) احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق ، الطبعة الثانية عام 2000 ،القاهرة ص607.  
(3) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص76. كامل السعيد، مرجع سابق ص45.  
(4) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص129

## المطلب الثاني: الأوامر المشروعة سبب للإباحة

يقوم أداء الواجب الوظيفي باعتباره سبباً من "أسباب الإباحة"، لدى أفراد المؤسسة العسكرية - كما تقدم القول- على أساس الخطاب العسكري (الأمر العسكري)، وتتكون عناصر الأمر العسكري من مصدر الأمر المختص قانوناً بإصداره، ومن متلقي للأمر العسكري (مختص بتنفيذه قانوناً)، بالإضافة إلى وجود علاقة وظيفية عامة بين مصدر الأمر ومنفذه، وأن يصدر الأمر بالشكل الذي حدده القانون. (1) ويمارس العسكري (الرئيس) واجبه الوظيفي من خلال إصدار الأوامر العسكرية حيث أن السلم الإداري العسكري يضع العسكري في مركز الرئيس (المسؤول) بإصدار الأوامر العسكرية إلى مرؤوسيه، وبذات الوقت يتلقى التعليمات والأوامر العسكرية من رؤسائه الأعلى، وصولاً إلى القائد الأعلى لقوى الأمن الفلسطينية. (2)

فإذا كان إصدار الرئيس للأمر العسكري تنفيذاً لقرار الرئيس الأعلى، بمعنى أن الرئيس في مثل هذه الحالة يكون مرؤوساً، ويخضع لأحكام الطاعة العسكرية، التي توجب عليه تنفيذ الأوامر المشروعة بنفسه، أو من خلال إصدار الأمر العسكري إلى غيره من المرؤوسين، يكون قراره ضمن دائرة تنفيذ الأمر العسكري المشروع، وليس ضمن دائرة إصدار الأمر العسكري المشروع "تنفيذاً لحكم القانون". ومثالها قيام عضو الضابطة القضائية أثناء عمله في مسرح الجريمة بإصدار أمراً باللقاء القبض على المتهم الحاضر، والذي توجد دلائل كافية على اتهامه في جنائية، المادة (78/ج) اصول محاكمات جزائية ثوري، ثم يحضر وكيل النيابة ويأمر عضو الضابطة القضائية بمنع المتواجدين من مغادرة المكان المادة (29) اصول محاكمات جزائية ثوري، فينفذ عضو الضابطة القضائية هذا الأمر

(1) المرجع السابق ص102.  
(2) نص المادة (1) من قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطينية، رقم (8) لسنة 2005 و"القائد الاعلى: القائد الاعلى لقوى الأمن بصفته رئيس السلطة الوطنية"

بإصداره أمر لأفراد القوة الموجودين بعدم السماح لهم بالمغادرة، فيكون عضو الضابطة القضائية قد أصدر أمراً تنفيذياً لحكم القانون في الحالة الأولى، وأصدر أمراً تنفيذياً لأمر رئيسه في الحالة الثانية. وكذلك تنفيذ حكم الاعدام رمياً بالرصاص. فينفذ الحكم بصدور أمر من النيابة العسكرية، وبحضور اللجنة المختصة والمشكلة وفقاً لنص المواد (313، 336) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري، إلى مسؤول مركز الإصلاح بالتنفيذ، فيصدر هذا الأخير أمره بالتنفيذ، إلى ضابط المفزة المختصة بتنفيذ حكم الاعدام، والمشكلة وفقاً لأحكام المادة (335) أصول محاكمات ثوري. فضابط المفزة في هذا المثال يصدر الأمر العسكري المشروع لعناصر المفزة بالتنفيذ (الفرع الأول)، وبذات الوقت يتلقى الأمر العسكري المشروع من أجل تنفيذه وتجب عليه طاعته وتنفيذه بصفته مرؤوس (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مسؤولية الرئيس عن إصدار الأمر المشروع

والأمر المشروع الصادر عن الرئيس إما أن يكون تنفيذياً مباشراً لأمر القانون، بمعنى أن الرئيس يصدر الأمر تنفيذياً مباشراً لما أمر به القانون (سلطة مقيدة)<sup>(1)</sup>، أو أن يكون قراره بالاستناد إلى نص القانون، أو أن يكون قراره صادراً دون المخالفة لأي نص في القانون (سلطة تقديرية للرئيس). وقد توصلنا سابقاً -إلى أن خضوع الرئيس للقانون في إصداره للأمر العسكري وفقاً للآراء الفقهية يعني التزام الرئيس بنصوص القانون وشروطه وعدم الخروج عنها (الرأي الفقهي الأول). أو إصداره للأمر العسكري متكناً إلى نص في القانون (الرأي الفقهي الثاني). كما يجوز إصدار الأمر العسكري شريطة عدم مخالفته أي قاعدة قانونية (الرأي الفقهي الثالث)، وذلك بالنظر إلى طبيعة الحياة المتطورة، وعدم امكانية مواكبة هذه التطورات بنصوص تشريعية.

(1) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق ص420.

والرئيس عند إصداره للأمر العسكري عليه الالتزام بالرأي الأول إذا كان القانون قد وضع الشروط التفصيلية لإصدار الأمر، ومثال ذلك سلطة إصدار رخصة سلاح وفق الشروط المحددة في القانون، أما إذا كان القانون قد وضع قواعده دون تحديد الإجراءات والشروط التفصيلية، فيكون قد ترك للرئيس إصدار الأمر العسكري بالاستناد الى هذه القواعد، دون تقيده باتباع اجراءات وشروط معينة. وفي حال عدم معالجة التشريع للمسألة بقواعد قانونية، فإن الفقه والقضاء قد اجازا للرئيس أن يصدر الأمر العسكري دون الاستناد الى نص قانوني، شريطة عدم مخالفته لأي قاعدة قانونية نافذة.

فإصدار مدير مركز الإصلاح والتأهيل قرار استيعاب محكوم لدى مركز الإصلاح والتأهيل مدة محكوميته. يكون مجرد تنفيذاً لقرار المحكمة مصدرة القرار، ويكون تنفيذه بالإدخال وفقاً للشروط الخاصة بقانون مراكز الإصلاح والتأهيل واللوائح المنظمة له، بحيث تكون سلطته "مقيدة" بالقانون. وقد يصدر الرئيس الأمر العسكري دون التقيد بحدود معينة في نص قانوني، وذلك بالاستناد الى نص صريح في القانون أو الأنظمة التي تجيز له ذلك، أو لعدم وجود نص يحُدُّ أو يقيدُ سلطة الرئيس (السلطة التقديرية للرئيس) (1).

#### الفقرة الاولى: إصدار الأمر العسكري تنفيذاً لنص القانون ( السلطة المقيدة للرئيس )

ويطلق على السلطة المحددة أو المقيدة للرئيس باصطلاح أداء الواجب (2)؛ لما يمارسه الرئيس من سلطة في أي مرفق من مرافق الدولة على الصورة المحددة والمعتاد عليها، وفقاً للقوانين والأنظمة المنظمة للنشاط، والتي هي "القوانين والأنظمة" مصدر السلطة أو الحق الذي يمارسه الرئيس (3)، ويجب على الرئيس احترام الشروط والقواعد المحددة في القانون والخضوع لها والسير على

(1) عدنان عمرو، القضاء الإداري، مرجع سابق ص54.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص143.

(3) عوض محمد، مرجع سابق ص115.

مقتضاها<sup>(1)</sup>. حيث تشكل هذه السلطة في بعض الأحيان مساساً بالحقوق والحريات العامة، بالحد منها أو تحديدها أو تقيدها أو القضاء عليها، وفقاً للقواعد القانونية المنظمة لهذه الحقوق والحريات التي تتسم بالاستقرار سابقاً<sup>(2)</sup>.

ويكون تحديد الحريات بالزام ضابط شرطة المرور المارة السير على جانب الطريق، أو استخدام الأماكن المخصصة بالقانون للمشاة، ويكون الحد من هذه الحقوق والحريات بالزام قائدي المركبات السير في اتجاه واحد، نظراً لوجود ظرف طارئ، ومثال تقييد الحريات استيقاف الشخص أو القبض عليه من قبل أعضاء الضابطة القضائية، وقد يكون الأمر يتضمن القضاء على هذه الحقوق والحريات، وذلك بإصدار مدير مركز الإصلاح الأمر بتنفيذ حكم الإعدام، وفقاً للأصول المتبعة. ويلاحظ أن هذه الأوامر الصادرة في الأمثلة السابقة تكون قائمة بالاستناد إلى سبب من القانون، فمثلاً قرار مسؤول مركز الإصلاح بتنفيذ حكم الإعدام، يستند إلى سبب صريح وهو قرار النيابة العسكرية أو النيابة العامة حسب الاختصاص، وقرار النيابة تنفيذ لقرار المحكمة المختصة، وبعد استيفاء طرق الطعن، أو قيام عضو الضابطة القضائية بإلقاء القبض على المتهم في حالة التلبس بجناية، فالتلبس في الجناية هو السبب بإلقاء القبض على المتهم.

إذاً يشترط لاعتبار الأمر الذي يأمر به العسكري تنفيذاً لأحكام القانون تحقق أمرين:

**الأمر الأول الاختصاص:** وهو أن يكون مصدر الأمر هو الشخص المخاطب بأوامر القانون، فأجاز القانون لوكيل النيابة، إصدار الإذن بالتفتيش لمنزل المتهم بارتكاب جريمة للبحث عن أدلة الجريمة،

---

(1) محسن خليل، مرجع سابق ص120.  
(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص31.

بيد أن هذا الإذن لا يجوز أن يوجه إلى شخص خلاف أعضاء الضابطة القضائية، والذين لهم الحق بالاستعانة بالقوى المسلحة إذا لزم (1).

**الأمر الثاني:** أن يلتزم مصدر الأمر بحدود الحق الذي خوله إياه القانون، فيلتزم بالشروط والضوابط المنصوص عليها في القانون الذي صدر الأمر تنفيذاً له (2)، ومثالها اشتراط القانون على عضو الضابطة القضائية، لإصدار الأمر بإلقاء القبض على المتهم، في حالة التلبس بجريمة تتوقف اقامتها على شكوى، أن يكون المجني عليه قد تقدم بالشكوى فعلاً، وفقاً لنص المادة (5) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري. أو إصدار الأمر إلى مأمور الضابطة القضائية بتفتيش أنثى، فإذا كان مأمور الضبط الصادر إليه الأمر نكراً، عُد الأمر الصادر له شخصياً بتفتيش الأنثى مخالفاً لنص المادة (65/ب) اصول محاكمات جزائية ثوري، إذ يجب ان يصدر الأمر بتفتيش الأنثى وتنفيذه من قبل أنثى، وبخلاف ذلك إذا تم التفتيش للأنثى وكان به مساس لأماكن عورة كان فعله مكون لجريمة هتك عرض، ولا يقبل منه الاحتماء وراء أداء الواجب كسبب للإباحة، لعدم التزامه بشروط الإباحة، الواردة في القانون، الذي أجاز له إجراء تفتيش المتهم، والتي توجب أن يتم تفتيش انثى بواسطة أنثى (3).

يتضح بهذا أن هذه الأوامر الصادرة وفقاً للسلطة المقيدة تمثل النظام المثالي لحماية الحقوق والحريات العامة، كونها تحدد اختصاص الرئيس تحديداً دقيقاً، يجعله بمنأى عن التعسف في استعمال السلطة (4). وهو ما يسهل خضوع قرار الرئيس لرقابة القضاء، وذلك من خلال وضوح الرقابة على

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص204.  
(2) صادق حسن المرصفاوي، مرجع سابق ص 131.  
(3) عوض محمد، مرجع سابق ص115.  
(4) عدنان عمرو، القضاء الاداري، مرجع سابق ص56.

مدى توافر الشروط المقيدة لقرار الرئيس<sup>(1)</sup>. بيد أن القول بإن سلطة إصدار الأمر مقيدة، لا يعني في معناه الاطلاق، فهناك فسحة لاختيار الرئيس أفضل الطرق للتنفيذ، لا سيما عندما لم يحدد القانون طريقة ووقت التنفيذ، ومثال ذلك أن يأمر مأمور الضابطة القضائية المأذون له بالتفتيش، بكسر باب المنزل أو تسوره تسهياً لإلقاء القبض أو المفاجئة في التفتيش، ولكن هذه الحرية لا تصل الى درجة الحرية في إجراء التفتيش أو عدم اجراءه.<sup>(2)</sup>

ولا يحول إصدار الرئيس للأمر العسكري تنفيذاً لأحكام القانون، وفقاً للشروط المحددة في القانون" سلطة مقيدة"، وبين إعطائه الحق بإصدار الأمر العسكري استناداً إلى "السلطة التقديرية" المعطاة له بحكم القانون؛ بمعنى أن أداء العسكري للوظيفة العامة قد يكون بناء على سلطة محددة بموجب أحكام القانون، وقد يكون بناء على سلطة تقديرية، وفقاً لما صرح به القانون، طالما لم يقيد القانون بالشكل والشروط اللازمة لاتخاذ الاجراء.

كما أنه يمكن أن يصدر أمر من الرئيس الى المرؤوسين للقيام بعمل ما هو أصلاً من اختصاص المرؤوسين، وفي بعض الأحيان يكون العمل ضمن واجبات المرؤوسين الوظيفية، ولكنه لا يستطيع تنفيذ العمل الا بناء على أمر رئيس، أي يجب اجتماع أمر الرئيس وأمر القانون؛ حتى يتصف تنفيذ الأمر بالمشروعية، ومثال الحالة الأولى: في حال ارتكاب جريمة قتل مثلاً وقيام مدير المركز بإعطاء أوامر بالبحث عن القاتل واحضاره، وبذات الوقت يعطي وكيل النيابة أمر الى مدير المركز بإحضار القاتل، ومثال الحالة الثانية: وجوب إصدار أمر من النيابة العامة بتنفيذ حكم الإعدام بناء على قرار

(1) محسن خليل، مرجع سابق ص121.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص145.

المحكمة المختصة، إذ لا يجوز للجلاد أو المفرزة، تنفيذ حكم الإعدام بمجرد صدور الحكم وحصوله على الدرجة القطعية. (1)

وفي حقيقة إصدار الرئيس للأوامر العسكرية تنفيذاً لنص القانون، لا تثير مشكلة مسائلته جزائياً شيء من البحث والتحري في مشروعية الأمر، إذ أن الأمر يستمد مشروعيته من نص القانون الذي أفصح عنه (2)، فلا يتصور من القانون أن يأمر بإتيان عملاً غير مشروع. ولما كانت غاية الرئيس هي غاية القانون نظراً لانعدام الغاية لدى الرئيس، فإنه لا يسأل عن مشروعية السبب أو الغاية، ويعتبر أمره مباحاً لسبب مطلق هو إطاعة القوانين، وهو ما نصت على إباحته المادة (57) عقوبات ثوري والتي جاء فيها " الفعل المرتكب إنفاذاً لنص قانوني... لا يعد جريمة...".

بينما تظهر الأهمية إلى الحاجة في البحث والتحري عن مشروعية السبب والغاية في حال إصدار

الأمر العسكري بالاستناد الى نص القانون ( السلطة التقديرية). (3)

**الفقرة الثانية: إصدار الرئيس للأمر العسكري استناداً لنص في القانون (السلطة التقديرية)**

يصعب في إطار السلطات المتعددة للدولة، حصر وتقييد السلطات التي يخولها القانون للموظفين والموزعة بين فروع القانون المختلفة (4) . لذا فإن الواقع العملي كثيراً ما يقوم الرئيس بإصدار الأوامر العسكرية بالاستناد لنص في القانون، دون أن يكون هناك قيود يجب إتباعها في إصداره للأمر العسكري، بحيث يختار حل من بين عدة حلول، تدخل في اختصاصه ابتداءً، دون أن يشترط عليه القانون التصرف على نحو الزامي معين، على أن لا يكون الأمر متعارضاً مع القواعد القانونية في

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص97.

(2) ماهر عبد شويش الدرة، مرجع سابق ص332.

(3) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق ص423.

(4) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، 205.

النظام القانوني القائم في الدولة (1) وهذه الطريقة بإصدار الأمر العسكري هي الأكثر شيوعاً في المؤسسة العسكرية.

ويعتبر قرار الرئيس صادراً بالاستناد إلى القانون، إذا كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وبخلاف ذلك يعتبر قرار الرئيس منحرفاً في استعمال السلطة، وانحسرت عن فعله صفة المشروعية، ومن ثم الإباحة. ولم يفرق النص في المادة (57) عقوبات ثوري ما بين استخدام السلطة المقيدة أو السلطة التقديرية، كما فعل المشرع المصري والذي اشترط حسن النية في السلطة التقديرية، وهي الغاية المشروعة التي يجب أن يتوخاها الرئيس في إصداره للأمر العسكري، والمتمثلة في تحقيق المصلحة العامة وهي غاية إنفاذ النص القانوني. (2)

والسلطة التقديرية للرئيس بإصدار الأمر العسكري ليست مطلقة، إذ عليه الالتزام بمبدأ المشروعية في إصدار الأمر العسكري، والا اعتبر أمره غير مشروع لمخالفته للقانون، سواء من حيث الشكل أو الاختصاص أو المحل أو السبب (3). وبذا نجد أن شروط مشروعية إصدار الأمر العسكري، وهي ذاتها شروط مشروعية إصدار القرار الإداري هي:

1- أن يمنح القانون الإداري الرئيس ممارسة السلطة التقديرية بمعنى أن يكون الرئيس غير مقيد بشروط وكيفية إصدار الأمر.

2- وجود سبب صحيح لاستعمال الرئيس سلطته التقديرية.

3- أن يكون إصدار الأمر مطابقاً للقانون من حيث الشكل والقانون.

(1) اعد علي القيسي، مرجع سابق ص 276.

(2) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق ص 423.

(3) محسن خليل، مرجع سابق ص 125.

4- أن يهدف الرئيس من إصداره الأمر العسكري الى الغاية التي يرنو إليها القانون، من تخويله

السلطة التقديرية ( المصلحة العامة )<sup>(1)</sup>.

ولاستعمال الرئيس لسلطته بإصدار الأمر العسكري، ينبغي أن يتحقق وجود السبب المشروع المنشئ له، وأن يكون إصداره للأمر العسكري وفقاً للشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون، وأن يستهدف الغرض أو الغاية التي من أجله خوله القانون هذه السلطة (حسن النية)<sup>(2)</sup>.

وسلطة الرئيس بإصدار الأمر العسكري في ظل سلطته التقديرية أو المقيدة - كما تقدم القول- تكون ضمن حدود المشروعية، فلا يجوز للرئيس إصدار الأمر العسكري خارج نطاق حدود معينة، إذ يجب عليه الالتزام بالحدود المعينة في القانون وإلا عُد قراره باطلا لعدم مشروعيته، وهذه الحدود هي أوجه المشروعية المختلفة (شروط سلامة الأمر العسكري) من حيث الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، والتي يجب على الرئيس عند إصداره للأمر العسكري احترامها وعدم تجاوزها<sup>(3)</sup>.

فإصدار الرئيس للأمر العسكري خارج عن اختصاصه العسكري - وفي غير حالة الضرورة العسكرية - يصيب أمره بعيب عدم الاختصاص، كما يتعين عليه مراعاة الشكل المقرر في القانون أو العرف العسكري، وإلا كان أمره غير مشروع، لما شابه من عيب في الشكل. وإن تدخل الرئيس وممارسته لسلطته التقديرية لا يبرر له أن يكون دون الاستناد الى حالة قانونية أو واقعية، تفرضها عليه الواجبات الوظيفية في إصدار الأمر العسكري، وإلا كان قراره معيبا بعيب السبب. وأن يكون محل القرار الذي اصدره الرئيس متفق والقانون، حتى لا يعاب عليه بعيب مخالفة القانون، وان تكون الغاية من ممارسة الوظيفة العامة هي حماية المصلحة العامة للمجتمع، لذا يفترض على الرئيس أن

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 205.

(2) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 251.

(3) تقدم الحديث عن الشروط الشكلية والموضوعية في الامر العسكري المشروع في المبحث التمهيدي من هذه الدراسة، ولتجنب التكرار احيل اليها.

يهدف الى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع؛ من إصداره الأمر العسكري، وإلا كان قراره معيباً بعبء الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها<sup>(1)</sup>.

ولا يؤثر في مشروعية الأمر وجود مصلحة خاصة "ضعيفة" لدى الرئيس بإصداره للأمر العسكري مادامت المصلحة العامة هي الدافع الحقيقي الى إصدار الأمر، إذ تعتبر المصلحة الخاصة ثانوية، والمصلحة العامة هي الأصل من إصدار الأمر العسكري<sup>(2)</sup>، وهي سبب إباحة إصدار الأمر العسكري، ولما كانت الإباحة ذات صبغة موضوعية، فإن المصلحة الخاصة أو ما يدور في خلد الرئيس عند إصداره للأمر العسكري، لا يؤثر في اباحته، طالما استهدف تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى.

فإصدار الرئيس للأمر العسكري ملتزماً بأوجه المشروعية المختلفة، يضيء المشروعية على الأمر الصادر عنه، وتتقي الصفة الجرمية عن هذا الأمر العسكري لموافقته للقانون، وبذلك يكون إصدار الأمر المشروع، سبباً من أسباب الإباحة، لكونه تنفيذاً للأمر القانون "أمر المشرع"<sup>(3)</sup>، إذ كان صدور الأمر العسكري تنفيذاً لواجب مقرر بمقتضى القانون، مثل إصدار الأمر بإلقاء القبض على شخص متلبس بجريمة، أو كان صدور الأمر بالاستناد الى سلطة تقديرية للرئيس، مثل إصداره للأمر بإلقاء القبض الاحتياطي بناء على أمر وكيل النيابة المختص، أو استخدام القوة والعنف لتفريق المشاغبين في التجمعات غير المشروعة والتي تتسم بالعنف، إذ ما التزم الرئيس باستخدام القوة، وفقاً لمبادئ استخدام القوة و الاسلحة النارية. فإن مثل هذه الأوامر تتسم بالإباحة وعدم المسؤولية الجزائية عنها، سنداً لنص المادة (57) عقوبات ثوري فلسطيني التي نصت " الفعل المرتكب إنفاذاً لنص

(1) محسن خليل، مرجع سابق ص 145.

(2) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 209.

(3) حكمت سليمان، مرجع سابق ص 119.

قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون اطاعته لا يعد جريمة إلا إذا كان

الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة " ، وما يستتبع ذلك من عدم المسائلة المدنية<sup>(1)</sup>.

ويعرف جانب من الفقه السلطة التقديرية بالمفهوم الجنائي بأنها: " مكنة المساس بحقوق الأفراد

وحرّياتهم أو بالأموال العامة عند الاقتضاء في حدود القانون".<sup>(2)</sup> أو هي مباشرة الرئيس لاختصاص

يخوله القانون له، بحيث يترك له بعض الحرية في تقدير الظروف الملائمة للتدخل<sup>(3)</sup>. ومثالها سلطة

مأمور الضبط القضائي بإلقاء القبض على المتهم، وذلك بناء على تقديره لتوافر الدلائل الكافية على

اتهامه. وكذلك قيام أفراد مكافحة الشغب باستخدام القوة لتفريق المجتمعين في حالة الشغب، فإذا كان

إصدار الأمر لأفراد مكافحة الشغب من أجل المحافظة على الأمن والنظام العام، من خلال تفريق

المشاغبين، كان قراراً مشروعاً، إما إذا اصدر القرار باستخدام القوة لأسباب أخرى كالانتقام، فإن قراره

ينقصه الغاية المشروعة التي تقره<sup>(4)</sup>.

ويختلف الأمر الصادر تنفيذاً لأمر القانون عن الأمر الصادر بالاستناد للقانون من خلال ما يلي:

1- إن إصدار الأمر العسكري تنفيذاً لأمر القانون يطلق عليه اصطلاح أداء الواجب، اما إصدار

الأمر العسكري المتكئ الى نص من القانون يطلق عليه اصطلاح ممارسة السلطة. فدائرة

حرية الاختيار للرئيس تتسع في ممارسته للسلطة، وتضيق في أداء الواجب، وعليه يكون

الالتزام بإصدار الأمر، جائزاً في استعمال السلطة، بينما يكون وجوبياً في أداء الواجب.<sup>(5)</sup>

(1) محمد عبد الحميد ابوزيد، مرجع سابق ص281.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص140.

(3) المرجع السابق ص 143.

(4) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص205.

(5) محسن خليل، مرجع سابق ص114.

2- يشترط حسن النية في استعمال السلطة، أي أن استعمال السلطة يهدف لتحقيق غاية مشروعة، أما أداء الواجب فلا توجد له إلا غاية واحدة، وهي التي حددها المشرع ابتداءً؛ لذا فإن استعمال السلطة قد يعتريه عيب اساءة استعمال السلطة، وعيب مخالفة القانون، أما أداء الواجب فلا يلحق به الا عيب مخالفة القانون، وذلك نظراً لوجوب التصاق مشروعية الهدف باستعمال السلطة، دون أداء الواجب الذي هدفه محدد من السابق بنص القانون<sup>(1)</sup>.

3- ان الأمر الصادر بناء على السلطة المقيدة غير محصن ضد السحب أو الالغاء بمرور الزمن وذلك بخلاف الأمر الصادر وفقاً للسلطة التقديرية<sup>(2)</sup> وهو ما جاء في قرار محكمة العدل الاردنية رقم (15) لعام 1982 حيث نص على ما يلي " إذا كان اختصاص الإدارة مقيداً، فلا يكسب القرار المعيب أي حصانة ضد الالغاء بحيث يجوز للإدارة سحبه دون التقيد بميعاد"<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني : مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأمر العسكري المشروع

تحديد مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأمر العسكري المشروع، لا تلقى صعوبة بين القواعد القانونية، إذ أن تنفيذه للأمر المشروع ما هو إلا صورة من تنفيذه للقانون، ولا ينبغي للقانون أن يأمر بفعل ثم يجرم إتيانه؛ فطاعة الرئيس بتنفيذ أوامره، أوجبها القانون على المرؤوس من خلال واجب الطاعة المقرر على المرؤوس لصالح الرئيس، طالما كان أمر هذا الاخير متفق وأحكام القانون (قراره مشروع)<sup>(4)</sup>.

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص147.

(2) عدنان عمرو، مرجع سابق ص 86.

(3) قرار رقم (15) لعام 1982، مجلة نقابة المحامين، عدد 9 لعام 1982 ، ص 1232، المشار اليه لدى الدكتور عدنان عمرو القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ص86.

(4) عوض محمد، مرجع سابق ص116.

وقد تحدثنا سابقاً عن الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب توافرها في الأمر المشروع الواجب الطاعة من قبل المرؤوس، لصدوره من رئيس مختص بإصداره، وأن الاختصاص بإصدار الأمر العسكري يشبه "الأهلية" في القانون المدني، فلا يقبل العمل أو الأمر من شخص غير مختص بإصداره ، سواء من حيث الاختصاص الشخصي، والمقرر بموجب أحكام القانون، أو الاختصاص المكاني، والمحدد للمنطقة الجغرافية لامتداد اختصاص الموظف العام، والمحددة بموجب أحكام القانون<sup>(1)</sup>، أو هو الاختصاص المحدد بموضوعات معينة، مثل قائد الوحدة العسكرية يمتد اختصاصه الى جميع أفراد ومكونات الوحدة، والتي قد يتم نقلها من منطقة جغرافية معينة إلى منطقة أخرى، بحيث يلاحق اختصاص قائد الوحدة، وحدته حيثما كانت<sup>(2)</sup>.

ومثال ذلك إصدار الرئيس أمر عسكري الى رتبة ادنى تعمل في وحدة أخرى، بحيث لا يوجد رابطة تبعية وظيفية، حيث ان واجب الطاعة لا يرتبط بالرتب العسكرية فحسب، بل يقوم على وجود التبعية الوظيفية. هذا بالإضافة الى التزام الموظف بالاختصاص النوعي الممنوح له بالقانون، والذي يحدد الأعمال التي يجيز القانون للموظف العام ممارستها، بحيث إذا تجاوزها الى الأعمال الأخرى الخارجة عن اختصاصه النوعي عُـد تصرفه معيب<sup>(3)</sup> فقيام عضو النيابة بإصدار أمر بتوقيع عقوبة على متهم، أو إصدار مأمور الضبط القضائي أمر بهدم منزل يخرج مثل هذا الأمر عن اختصاصهما النوعي. أما الاختصاص الزمني، أما إذا كان الضابط خلال الاجازة السنوية أو اجازة عارضة لفترة طويلة مثل الاجازة الطبية، أو في حال احيل الضابط الى التقاعد، أو ترك العمل بأي

(1) اسحق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص101.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص205.

(3) عوض محمد، مرجع سابق ص 116.

صورة كانت، فلا يحق له إصدار أمر عسكري؛ بحيث يكون هناك رؤساء آخرين، يتلقى من خلالها  
المرؤوس أوامره العسكرية<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الاختصاص أهم شروط الأمر العسكري، وهو ركن من أركان الأمر، إذ يترتب على  
الاخلال به انعدام الأمر العسكري<sup>(2)</sup>، فإن إصدار الأمر العسكري من الرئيس المختص يجب أن يفرغ  
بالشكل الذي حدده القانون، وإذا كان المشرع يشترط في القوانين الإدارية الكتابة، فإنه في مجال  
الخدمة العسكرية لم يشترط الكتابة إلا في بعض الأوامر، إذ يجوز أن يكون الأمر شفويًا أو بالإشارة  
أو بالتعبير عن ذلك بأي الوسائل المتعارف عليها وفقاً لما جاء في نص المادة (203/أ) من قانون  
العقوبات الثوري<sup>(3)</sup>. إلا أن ذلك لا يحول دون وجوب تحقق المرؤوس من صدور الأمر فعلاً، كما  
حكمت محكمة النقض المصرية " إن المادة (63) من قانون العقوبات في فقرتها الأولى لا تنطبق إلا  
إذا ثبت صدور أمر من الرئيس وجبت طاعته، ولا يغني اعتقاد الموظف بصدور الأمر عن حقيقة  
صدوره فعلاً، والتثبت من صدور الأمر لا غنى عنه لتوافر حسن النية " <sup>(4)</sup>

وبالإضافة إلى الشروط الشكلية يجب أن تتوافر في الأمر العسكري الشروط الموضوعية، فلا بد  
من وجود المبرر لتدخل العسكري بإصدار الأمر العسكري، أي يجب وجود حالة واقعية أو قانونية  
تسوغ للعسكري التدخل بإصدار الأمر العسكري تحقيقاً للمصلحة العامة<sup>(5)</sup>. مثل ضبط المتهم وهو  
متلبس بجناية، هو سبب لإلقاء القبض عليه من قبل عضو الضابطة القضائية، ويجب أن يكون محل

(1) سراج الدين الروبي، المحاكمات العسكرية في الشرطة، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الثانية عام 2002، ص305.

(2) قرار محكمة العدل العليا/ رام الله رقم (2008/244) بتاريخ 2019/10/19 والذي جاء فيه " اننا وبتطبيق أحكام القانون على وقائع الدعوى لا نجد بأنه قد ورد في القانون أي نص يبيح للمستدعي ضده اصدار القرار محل الطعن، الامر الذي يغدو معه أن القرار الطعين مخالف مخالفة جسيمة للقانون وبعبعب عدم الاختصاص وينحدر به الى درجة الانعدام..." ، مشار اليه لدى الدكتور عدنان عمرو ، مبادئ القانون الاداري، ص26.

(3) اسحاق ابراهيم، مرجع سابق ص163.

(4) مشار إليه لدى معوض عبد التواب، الدفع الجنائية، دار المجد للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عام 2007 ص .....

(5) محمد عبد الحميد ابو زيد، مرجع سابق ص283.

الأمر العسكري مشروع، فلا يجوز أن يكون محل الأمر العسكري جريمة، مثل جريمة القتل، أو التعذيب أو الاختلاس، وأن يهدف الأمر العسكري إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا ابتغى مصدر الأمر تحقيق مصلحة خاصة، كإصدار العمدة أمراً للخفر بإطلاق النار على أشخاص كانوا في عراك مع أهل بلدتهم، فإن قرار العمدة يهدف لغاية خاصة وهي الانتقام أو الانتصار لأهل بلده، وليس المصلحة العامة والتي تهدف عادة إلى المحافظة على الأمن والنظام العام (1) .

وإن ابتغاء الرئيس من أمره العسكري تحقيق المصلحة العامة ليس مطلقاً، بمعنى أنه يحق للرئيس أن يتخذ أي قرار يحقق المصلحة العامة أينما وجدت، بل عليه أن يسعى لإصدار الأمر العسكري لتحقيق المصلحة العامة في إطار اختصاصه الوظيفي وهو ما يسمى " بقاعدة تخصيص الاهداف". وإلا شاب قراره عيب الانحراف بالسلطة. (2)

ويجب أن يكون إصدار الرئيس للأمر العسكري لازماً وضرورياً لأداء الواجب الوظيفي، وأن يختار الحل الأنسب من بين عدة حلول، لمحل أمره العسكري. حيث قضت محكمة النقض المصرية أن قيام ضابط الشرطة بإطلاق النار على حصان المتهم الذي ركبه وفر، من امام الضابط فالخيارات المتاحة للضابط هي: 1- ركض الضابط وراء الحصان وهو أمر غير ممكن لعدم الانتاجية ( بالركض خلف الحصان) ، 2- إطلاق النار على قدم المتهم ، وهو ما قد يصيبه في مقتل، 3- أو أن يركب حصان اخر ويلحق المتهم، الأمر الذي قد لا يكون منتج، لا سيما إذا كان حصان المتهم أسرع. حيث

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص172.

(2) وفي هذا الصدد جاء قرار محكمة القرار الاداري العليا المصريه، في الحكم الصادر بتاريخ 22 ابريل 1956 " إن القانون ... لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع. بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل اداري معين. وفي هذه الحالة يجب الا يستهدف القرار الاداري المصلحة العامة فحسب، بل أيضاً الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار عملاً بقاعدة تخصيص الاهداف التي تقيد القرار الاداري بالغاية المخصصة التي رسمت له، فإذا خرج القرار على هذه الغاية، ولو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها، كان القرار مشوباً بعيبيها. عبد الغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق ص490.

قررت محكمة النقض أن اختيار الضابط خيار اطلاق النار على الحصان هو أنسب الحلول، مما يبيح تصرفه (1).

ويتضح مما تقدم أنه يلزم لإضفاء صفة المشروعية على الأمر العسكري، من ضرورة توافر الشروط الشكلية المتمثلة في الاختصاص وشكل القرار والشروط الموضوعية والمتمثلة في السبب والمحل والغاية، وهذه هي شروط مشروعية القرار الإداري، ويجب على الرئيس مراعاتها والالتزام بها عند إصداره للأمر العسكري، لإضفاء صفة المشروعية على هذا الأمر، حتى يصار الى قبوله كسبب من أسباب الإباحة، وعدم ملاحقته جزائياً عن إصداره للأمر العسكري.

بيد أن الأمر مختلف بالنسبة للمرؤوس الصادرة إليه الأمر في المؤسسة العسكرية، والذي تحرص التشريعات العسكرية على عدم إعطائه، حق مراقبة مشروعية الأمر العسكري الصادر إليه - بخلاف الموظف العام المدني- وهو ذات الأمر المستقر لدى الفقه من عدم جواز مراقبة المرؤوس لمدى مشروعية الأمر العسكري. وبذات الوقت نجد أن هذا المرؤوس يتحمل المسؤولية الجزائية إذا ما تقاعس عن تنفيذ الأمر العسكري الصادر إليه بعقوبات شديدة، وكما أنه يسأل جزائياً إذا نفذ الأمر العسكري الظاهرة عدم مشروعيته. فكيف لنا أن نوفق ما بين عدم مراقبة مشروعية الأمر العسكري، ومسألة عدم المشروعية الظاهرة ؟ وما هو الأساس القانوني لإباحة عمل المرؤوس بتنفيذه أمر الرئيس؟

في معرض الاجابة على هذا التساؤل نعرض نص المادة (57) عقوبات ثوري والتي جاء فيها: " الفعل المرتكب إنفاذاً لنص قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون اطاعته لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة ". ونظراً لخصوصية الأمر العسكري المرتبطة بطبيعة الواجبات العسكرية، والمميزة له عن القرار الإداري في الوظيفة المدنية، نولي الأمر

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص 183.

العسكري المشروع، قدرًا من الاهتمام وذلك من خلال معرفة الشروط اللازم توافرها في الأمر العسكري، حتى يصار الى اعتباره سبباً من أسباب الإباحة، وتحديد معنى عدم المشروعية الظاهرة الواردة في المادة (57) عقوبات ثوري وبيان الأساس القانوني لإباحة تنفيذ الأمر المشروع، واثرت تجاوز المرؤوس لحدود الأمر غير المشروع. وطالما كانت الطاعة قانون الجندي في تنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة، فما هي الاثار المترتبة على عدم تنفيذ الأمر العسكري المشروع.

#### الفقرة الاولى: شروط مشروعية الأمر العسكري كسبب لإباحة عمل المرؤوس

تختلف شروط مشروعية القرار الإداري وشروط مشروعية إصدار الأمر العسكري، عن شروط الأمر العسكري المشروع المنفذ من قبل المرؤوس، والمقبول كسبب للإباحة.

من حيث الشروط الشكلية فقد اتفق الفقه في النظريات الفقهية الثلاثة -السابق ذكرها- حول مبدأ الطاعة والمشروعية، على ضرورة توافر الشروط الشكلية كأساس لتنفيذ الأوامر المشروعة، والشروط الشكلية للأمر العسكري هي شكل القرار واختصاص الرئيس بإصدار الأمر، و اختصاص المرؤوس بالتنفيذ، وعلاقة تبعية وظيفية، وهي كما يقول جانب من الفقه تمثل عناصر الأمر العسكري، بمعنى أنه في حال وجود خلل بأحد هذه العناصر، فإن الأمر يفقد صفته كأمر عسكري، ولا ينظر إليه بهذه الصفة على الاطلاق أي أنه لا يعامل على أنه قرار عسكري<sup>(1)</sup>. والشروط الشكلية الواجب توافرها لتنفيذ الأمر العسكري المشروع، هي ذاتها الشروط الواجب توافرها في القرار الإداري أو في الأمر المشروع.

بيد أن الخلاف يظهر ويثار حول الشروط الموضوعية، حيث جاء في نظرية الاعتراضات المفسرة والمعللة لنظرية الوسط، بضرورة اعلام المرؤوس للرئيس بوجود مخالفة للشروط الموضوعية، فإذا أصر الرئيس على التنفيذ، وجب على المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري. وهذه النظرية استوحى منها

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص102.

قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية في المادة (2/94) بشأن الضباط (1) والتي ورد فيها ما يلي:

"ولا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله إلا إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسؤول بالرغم من تنبيهه الى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده". والمسؤولية المقررة بموجب أحكام هذه المادة هي المسؤولية التأديبية، ذلك بالاستناد الى نص المادة (94) فقرة (أ) والتي نص على ما يلي: " 1- كل ضابط يخالف الواجبات المنصوص عليها في هذا القانون أو في القرارات الصادرة من الوزير المختص، أو يخرج على مقتضيات الواجب في أعمال وظيفته، أو يسلك سلوكاً، أو يظهر من شأنه الاخلال بكرامة الوظيفة يعاقب تأديباً...". أي أن العسكري عندما يصدر إليه أمر عسكري يرى أنه مخالفاً للقانون (غير مشروع) يبلغ رئيسه بوجه مخالفته للقانون، فإذا اصر الرئيس على التنفيذ، ينفذ المرؤوس الأمر، ويتحمل المسؤولية التأديبية عن التنفيذ الرئيس لوحده، أما إذا نفذ المرؤوس الأمر العسكري دون تنبيه رئيسه، فإنه يتحمل المسؤولية التأديبية.

بيد أنه إذا كان الأمر ينطوي على مساءلة جزائية فلا مجال لتطبيق أحكام المادة (94) من قانون الخدمة في قوى الأمن؛ إذ أن الواجب تطبيق أحكام قانون العقوبات الثوري في مجال المسألة الجزائية حيث جرمت المادة (57) منه تنفيذ الأمر الغير مشروع بصورة ظاهرة، ولا يمكن القول بأن تنبيه الرئيس الى المخالفة الظاهرة للقانون الجزائي، يجيز له تنفيذ هذا الأمر الغير مشروع بعد التنبيه وفقاً لأحكام المادة (94) من قانون الخدمة.

لما كان العسكري المرؤوس لا ينفذ أوامر رؤسائه على طاولة مكتب، وإنما ينفذ هذه الأوامر في الميدان، وما يلزمه من ظروف تستوجب السرعة اللازمة، في تنفيذ الأوامر لحسن سير العمل العسكري، وذلك دون تردد أو تأخير، ومما تتميز به هذه الأوامر من طبيعة متغيرة، وفقاً لظروف

(4) تقابلها لمادة (2/173) من قانون الخدمة لقوى الأمن الفلسطيني بشأن ضباط الصف والافراد.

الواجب العسكري، ونظراً لحدائثة المرؤوس، وما لديه من امكانيات علمية قانونية بسيطة، فإن المرؤوس لا يمكن أن ينصب نفسه قاضي مشروعية لسلامة الأوامر العسكرية الصادرة إليه<sup>(1)</sup>، لا سيما في ظل مبدأ وواجب الطاعة العسكرية، والذي بات يُعد قانون الجندي. لذا أخذ قانون العقوبات الثوري بالنظرية الشكلية، والتي توجب على المرؤوس مراقبة مشروعية الأوامر العسكرية من الناحية الشكلية (الاختصاص والشكل)، وتنفيذه للأمر العسكري في حال سلامة الشروط الشكلية، ولو كان هناك عيب في الشروط الموضوعية (المحل، والسبب، والغاية) على أن لا تكون مخالفة القانون واضحة، وذلك تسهياً على المرؤوس في أداء واجبه، ولا يتردد في مباشرة واجبه خشية الوقوع في المسؤولية الجنائية<sup>(2)</sup>، وضمانه لسير المؤسسة العسكرية بانتظام واطراد<sup>(3)</sup>.

#### الفقرة الثانية: عدم المشروعية الظاهرة وفقاً لنص المادة (57) عقوبات ثوري

نصت المادة (57) عقوبات ثوري على ما يلي: " الفعل المرتكب إنفاذاً لنص قانوني أو إطاعة لأمر من مرجع ذي اختصاص يوجب القانون اطاعته، لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة ".

فالأمر لابد أن يكون صادر عن رئيس مختص لقوله: " ذي اختصاص " وأن يكون المرؤوس مختصاً بالتنفيذ طاعة للرئيس، لوجود علاقة وظيفية بقوله: " يوجب القانون إطاعته" وهي عناصر الأمر العسكري، -كما تقدم القول- ويوجب القانون اطاعته، أي أنه لا يحق للمرؤوس أن يراقب مشروعية الأمر العسكري وهو أمر طبيعي بالنسبة لأفراد المؤسسة العسكرية ما لم يكن الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة، أي متوافق مع النموذج التجريمي الوارد في قانون العقوبات أو القوانين المكملة. كما جاء في حكم محكمة النقض المصرية: "من المقرر أن إطاعة الرئيس لا تمتد بأي حال إلى

(1) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص219.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم (1095) لسنة 26 ق جلسة 25/11/1956 س 7 ص 1331، معوض عبد التواب مرجع سابق، ص363.

(3) عوض محمد، مرجع سابق ص117. محمد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق ص 222.

ارتكاب الجرائم، وأنه ليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه، بينما كان فعل الاختلاس واشتراك الطاعن فيه الذي أسند إليه وادانته المحكمة به هو عمل غير مشروع نيه الإجرام فيه واضحة فلا يشفع للطاعن ما يدعيه من عدم مسؤوليته طبقاً لنص المادة (63) من قانون العقوبات " (1).

كما تمتد عدم المشروعية الظاهرة، لتشمل الحاق الضرر بمصالح المؤسسة العسكرية بشكل كبير، ولا يمكن تداركه، بيد أن الاضرار بمصالح المؤسسة العسكرية إذا كان لا ينطبق عليها وصف جرمي معين، أي عدم تطابق المخالفة الجسيمة، للنموذج التجريمي لأحد نصوص قانون العقوبات، فإن الفعل لا يعد ابتداء جريمة جنائية - وإنما يعد جريمة تأديبية- والنص ذكر عبارة: " لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة " أي ربط عدم المشروعية الظاهرة بالجريمة وتخضع الجريمة التأديبية لأحكام المادة (94) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية.

وحتماً أن الأمر الغير مشروع بصورة ظاهرة، يتكون من الجريمة الجزائية الى جانب الجريمة التأديبية، بيد أن أحكام المسألة التأديبية وشروطها تختلف عن أحكام المسؤولية الجزائية وشروطها، باختلاف القانون الذي تنتمي إليه كل منهما (2) ، ولما كانت عبار الأمر غير المشروع بصورة ظاهرة في متن المادة (57) عقوبات ثوري كان ثابت انصرافها الى الجريمة الجزائية، لا سيما أن المادة قد أوردت عبارة " لا يعد جريمة " ، ولما كانت الجريمة في قانون العقوبات تعني حتماً الجريمة الجزائية، فإن ذلك يوجب على المرؤوس عدم تنفيذ الأمر غير المشروع بصورة ظاهرة، رغم تأكيد رئيسه له بتنفيذ الأمر وفقاً لأحكام المادة (94) من قانون الخدمة في قوى الأمن.

(1) قرار رقم (95) لسنة 42 قضائية، جلسة 1973/3/13، ص23، ص288، معوض عبد التواب، مرجع سابق ص366.  
(2) المسؤولية الجزائية وفقاً لأحكام القانون الجزائي، والمسؤولية التأديبية وفقاً لأحكام القانون الاداري .

أما ورود هذه العبارة في قوانين أخرى غير قانون العقوبات، والتي تنظم عمل المؤسسة الأمنية مثل قانون الخدمة في قوى الأمن أو قانون الشرطة أو غيرها، فإن هذه العبارة " بصورة ظاهرة " تعني الجريمة التأديبية وتمتد لتشمل الجريمة الجزائية، حيث قررت محكمة التنازع الفرنسية عدم مشروعية قرار المحافظ بالاستيلاء على بعض الطرود البريدية حيث جاء فيه " إنه يبين بجلاء أن الأمر يتجاهل أحكام قانون العقوبات التي تقضي بعدم تسليم الطرود الا لأربابها (1) ، أما الفعل المجرم بنص القانون لا يخفى على أحد، لا سيما أفراد المؤسسة الأمنية، كما لا يجوز الادعاء بالجهل بالقانون المجرم لفعل ما، ولكن الذي يحدث في الواقع العملي أن يصدر الأمر العسكري محتويًا على فعل مجرم بنص القانون، ويعلم المرؤوس أن هذا الفعل مجرم، لكن القانون بذات الوقت اجاز القيام بهذا الفعل حماية للمصلحة العامة؛ كتفتيش المنزل يشكل جريمة " خرق حرمة المنازل " ، فإذا كان بسبب البحث عن ادلة الجريمة كان مجازًا، وكذلك القبض على المتهم يشكل جريمة " حجز حرية " ولكنه إذا كان لمنع المساس والتأثير على مجرى التحقيق كان مجازًا، واطلاق النار يشكل جريمة " الإيذاء أو القتل " ولكنه إذا كان أثناء القبض على مجرم خطير أو في إحدى الحالات المذكورة في المادة (12) من مدونة استخدام القوة والأسلحة النارية، كان الفعل مجازًا. فنجد أن الاجازة في الامثلة السابقة مقررة لسبب وارد في القانون، بيد أن المرؤوس لا يدرك أو يعلم توافر هذا السبب في كل الاحوال؛ فإذا كان ظاهر الواقعة أن هذا الفعل لم يجزه القانون، أي ليس ضمن صلاحيات الرئيس الراتبية والأمور المعتادة لأداء الواجب الخاص بالرئيس والمرؤوس (2).

ويستتبط القاضي مدى معرفة المرؤوس لكون قرار الرئيس، ضمن المألوف ومن الواجبات الوظيفية المعتادة، من خلال معيار الشخص العادي في ظروف المرؤوس ( المتهم ) من حيث رتبته

---

(1) حكم محكمة التنازع الفرنسية، 1956/12/1، المجموعة ص 592، وتقرير المفوض مجلة القانون العام عام 1957 ص 883 المشار اليه لدى عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص 246.  
(2) جندي عبد الملك، مرجع سابق ص 512.

العسكرية وثقافته وتدريبه، فما يخفى على جندي لا يخفى على ضابط (1). وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بقولها "...كيفية قبول الشخص في السجن هي أمور واضحة في نصوص قانون الإجراءات الجنائية التي ينفذها المتهم الثاني كل يوم، ومن ثم فإن عدم تنفيذ نصوصه لا تفترض بنية حسن النية؛ لأنه على درجة من الثقافة العالية التي تجعله محيطاً بكل دقائق الأمور في قانون الإجراءات الجنائية في خصوص ما يتصل بعمله اليومي، ومن ثم فإن المحكمة لا تعول على هذا الدفاع ( حسن النية ) " (2).

فإذا كان الأمر خارج عن المؤلف، ويتضمن بنفس الوقت فعلاً مجرمًا وكان واضحاً للمرؤوس وفقاً لمعيار الشخص العادي مخالفة الأمر كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة، بيد أنه إذا كان مضمون الأمر لا ينطوي على أمر، واضح أنه خارج عن الأمور المعتادة لأداء الواجب الوظيفي، كما هو الحال في الامثلة السابقة " التفتيش ، القاء القبض، استخدام القوة والاسلحة النارية " وكان يخفى على المرؤوس السبب أو الغاية التي يُهدف إليها من الأمر، فإنه لا يستطيع مراقبة مدى ملائمة سلامة الأمر العسكري، فتكون عدم مشروعية الأمر غامضة، وليس من حقه البحث عن مشروعية الأمر العسكري، وبذا يكون المرؤوس في ريب من مشروعية الأمر، وهنا يتوجب عليه افتراض مشروعية الأمر استناداً الى واجب الطاعة العسكرية(3)، الذي يقيد حرية المرؤوس في مراقبة مدى مشروعية الأمر العسكري من ناحية الشروط الموضوعية، وينفذ الأمر العسكري الصادر إليه.

ويستخلص من ذلك أن عبارة الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة، تعني الفعل المجرم بنص قانون العقوبات أو القوانين المكملة، بمعنى إذا توافقت الأمر غير المشروع مع النموذج التجريمي، كأن يصدر

(1) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص 274.  
(2) الطعن رقم 911 لسنة 46 قضائية، جلسة 2 يناير 1977، محكمة النقض المصرية [www.cc.gov.eg/courts/cassation\\_court/criminal/cassation\\_court\\_criminal.aspx](http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/criminal/cassation_court_criminal.aspx)  
(3) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج1، الطبعة الثانية، دار العلم للجميع، بيروت، ص512.

أمر للمرؤوس بإطلاق النار على زميل له، أو على متهم تم إلقاء القبض عليه والسيطرة عليه، أو يصدر أمر بتعذيب المتهم للحصول على اعتراف أو صدور الأمر لقوة مكافحة الشغب باستخدام السلاح الناري أو القوة المفرطة ضد تجمهر لا يتضمن أي نوع من أنواع العنف أو تهديد حياة أحد الناس للخطر. وعليه فإن هذه الأفعال التي تنطبق عليها نصوص تجريرية في قانون العقوبات أو القوانين المكملة، إذا ما وردت كمحل الأمر العسكري كانت دالة على عدم مشروعية الأمر بشكل واضح، أخذين بعين الاعتبار، أنه لا يمكن الادعاء بالجهل بأحكام قانون العقوبات أو القوانين المكملة. ويمكن القول ان الشروط الواجب توافرها في الأمر العسكري حتى يصار إلى إباحة تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري هي:

أولاً: توافر عناصر الأمر العسكري (1) وهي:

1- اختصاص الرئيس بإصدار الأمر.

2- اختصاص المرؤوس بتنفيذ الأمر.

3- علاقة وظيفية تبعية.

4- صدور الأمر وفقاً للشكل المحدد بالقانون.

ثانياً: أن لا ينطوي تنفيذ الأمر على ارتكاب فعل مجرم (2)، دون وجود ظروف محيطة بالأمر، مما يخفى على المرؤوس معرفة صحة وسلامة الفعل المرتكب تنفيذاً للأمر العسكري، ومثال ذلك: أن يصدر مأمور الضبط القضائي أمر الى أفراد القوة المرافقة، بخلع باب المنزل المأدون بتفتيشه وفقاً للأصول، فالمرؤوس ينفذ الأمر، وعند الاعتراض على التصرف من قبل صاحب المنزل، فقد يقدم مأمور الضبط القضائي " الأمر بكسر الباب " المبررات المقنعة التي دفعته لذلك، فيكون أمره مشروعاً،

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص102.

(2) قرار محكمة النقض المصرية 2040 لسنة 33 ق، جلسة 1564/4/14، س15، ص314، معوض عيد التواب، مرجع سابق ص 364.

وقد لا يقدم مأمور الضبط المبررات، فيكون أمره غير مشروع، ولكنه مباح بالنسبة للمرؤوس لكون طبيعة المهمة التي قام بكسر الباب فيها، قد تستوجب كسر الباب نظراً لخطورة الشخص أو لطبيعة المواد المأذون بالتفتيش عنها مثل التفتيش في معمل مخصص للمخدرات، وقد تكون طبيعة المهمة لا تستوجب كسر الباب مثل اجراء القاء القبض العادي أو التفتيش عن اداة جريمة. فالمرؤوس يجب عليه تنفيذ الأمر العسكري الصادر إليه طالما كانت ظروف تنفيذ الأمر طبيعية، وليس في ظاهرها الاجرام،  
وجب على المرؤوس استناداً لواجب الطاعة تنفيذ الأمر العسكري<sup>(1)</sup>.

وبذلك ينظر الى الأمر العسكري الواحد، من حيث الأمر بعدم المشروعية لعدم وجود السبب أو لعيب في الغاية مثلاً، بينما ينظر لتنفيذ المأمور بأنه نفذ أمراً مشروعاً. وحسناً فعل المشرع المصري في المادة ( 63 ) عقوبات- المذكور سابقاً- عندما اشترط حسن النية لدى منفذ الأمر المشروع، بيد أن حسن النية هي شرط، أيضاً متوافر لدى التشريعات التي لم تنص عليها صراحة، إذ أن القانون إفترض حسن النية لدى الموظف العام عندما يقوم بواجباته الوظيفية، وذلك باتجاه افعاله وأوامره لتحقيق المصلحة العامة، وهي الغاية من الأمر العسكري. وانعدام حسن النية يعني علم المأمور بعدم مشروعية الأمر وهو أمر واجب إثباته على النيابة المختصة، وتقديره من اختصاص محكمة الموضوع.

### الفقرة الثالثة: الأساس القانوني لإباحة تنفيذ الأمر المشروع

إن صدور الأمر العسكري عن الرئيس ( القائد) العسكري ملتزماً بأوجه الشرعية المختلفة، سواء كان إصداره بالاستناد الى سلطة الرئيس المقيدة أو سلطته التقديرية، يضمني على الأمر العسكري صفة المشروعية. والأوامر الصادرة عن الرؤساء بصفة عامة توجب الطاعة على المرؤوسين، حيث توجه الفقه - كما تقدم القول - الى ثلاث نظريات مختلفة بشأن وجوب طاعة الأوامر العسكرية، حيث إن

(1) جندي عبد الملك، مرجع سابق 512.

هذه النظريات الثلاثة، متفقة على وجوب طاعة وتنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة دون نقاش ولا خلاف على ذلك (1)، بيد أنها قد اختلفت بشأن طاعة الأوامر العسكرية غير المشروعة.

عدم طاعة أمر الرئيس العسكري المشروع يوجب المسألة التأديبية والجزائية، لما ينطوي عليه عدم التنفيذ من الاخلال بالنظام العام داخل المؤسسة العسكرية، وعدم أدائها للمهام الموكلة إليه بانتظام. وبذلك نجد أن تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري المشروع، ما هو إلا تنفيذ لحكم وأمر القانون، لذا فإن الأفعال الناتجة عن هذا التنفيذ السليم مباحة، نظراً لاستنادها إلى سبب من أسباب الإباحة، وهو تنفيذ أمر القانون (2).

وسبب الإباحة هو من الأسباب المادية "الموضوعية" (3) ومن ثم لا يسأل جزائياً الفاعل (المرؤوس) والمساهمين معه، كما أنه لا يسأل تأديبياً أو مدنياً عن الأفعال الناتجة عن تنفيذه للأمر المشروع (4). كون الفعل الذي تدخل به المساهمين هو فعل ابتداءً مباح.

ويلاحظ أن هناك بعض التشريعات مثل القانون الفرنسي (5) والبلجيكي (6) والمغربي (7) توجب أن يكون أمر الرئيس إلى جانب أمر القانون أو تنفيذاً لأمر القانون؛ حتى يعتبر تنفيذه سبباً للإباحة (8).

بيد أن الفقه والقضاء في هذه الدول لا يعتد بضرورة اجتماع أمر القانون إلى جانب أمر الرئيس حتى يصار إلى الأخذ به كسبب للإباحة، إذ يرى أن وجود أحد هذين الأمرين كافٍ للإباحة، وهو ما

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 117.

(2) حكمت سليمان، مرجع سابق ص 119. صالح البرغوثي، مرجع سابق ص 119.

(3) جندي عبد الملك، المرجع السابق ص 510.

(4) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 132.

(5) المادة (327) من القانون الفرنسي على ما يلي " لاجنابية ولاجنحة عندما يكون القتل أو الجرح أو الضرب يأمر به القانون وتأمراً به السلطة المختصة "

(6) المادة (70) من القانون البلجيكي تنص على ما يلي " لاجريمة حين يكون الفعل بأمر القانون وتأمراً به السلطة "

(7) المادة (79) من القانون المغربي تنص على ما يلي " لاجريمة على من ارتكب فعلاً بمقتضى نص قانوني وبأمر من السلطة الشرعية "

(8) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 118.

تأخذ به أغلب التشريعات (1). وذلك من منطلق أن أمر الرئيس المشروع لا يعدو أن يكون مطابقاً لنص القانون أو على الأقل غير مخالف لنص القانون.

وهناك ثلاث اتجاهات فقهية (2) حول الأساس القانوني الذي يصدر بالاستناد إليه، الأمر العسكري حتى يعتبر مشروعاً، حيث اشترط الاتجاه الأول أن يكون الأمر العسكري مجرد تطبيق لقاعدة قانونية مقررة من السابق، وإن كل أمر يصدر ولم يكن تنفيذاً لقاعدة قانونية، فهو غير مشروع. في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى وجوب استناد أمر الرئيس إلى قاعدة قانونية موجودة مسبقاً، تقرر إصدار الأمر العسكري؛ بحيث يكون إصدار الأمر العسكري بالاستناد إلى قاعدة قانونية متصفة بالعمومية، وتنفيذاً لها على حالة خاصة (3). بيد أن الاتجاه الثالث قد اكتفى بأن يكون إصدار الأمر العسكري غير متعارض مع أية قاعدة قانونية حتى يتسم بالمشروعية (4).

ويبدو واضحاً أن صدور الأمر العسكري بالاستناد إلى الاتجاه الأول والثاني لا يظهر عنه، أية مشكلة قانونية، كونه في كلا الاتجاهين صادراً تطبيقاً لنص القانون، أو بالاستناد إلى نص في القانون، بالتالي فإنه بحكم الواقع اجتمع أمر القانون وأمر الرئيس معاً، وبذلك لا خلاف حول أمر الرئيس في هاذين الاتجاهين كسبب للإباحة، بيد أن الأشكال يظهر في إصدار أمر الرئيس دون الاستناد إلى نص قانوني، مع عدم مخالفته لأحكام أية قاعدة قانونية (الاتجاه الثالث) (5). فهل يكون

الأمر العسكري المشروع وحده دون الاستناد إلى نص القانون سبب للإباحة ؟

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص118.

(2) انظر المبحث الثاني من الفصل الاول .

(3) محمد عبد الحميد ابو زيد، مرجع سابق ص211.

(4) أنور احمد رسلان، مرجع سابق ص26.

(5) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص118.

بالنظر إلى المادة (57) عقوبات ثوري، نجد أنها تتضمن أمراً القانون مستقلاً عن أمر الرئيس. وهي بذلك قد فصلت في هذه المسألة لصالح اعتبار أمر الرئيس المشروع سبب إبادة مستقل عن أمر القانون كسبب للإبادة. علماً - كما تقدم القول- أن الأمر المشروع والذي صدر دون الاستناد إلى نص في القانون، ومع ذلك وصف بالمشروعية، لعدم مخالفته لأحكام القانون، ولكونه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة - وإلا لما وصف بالمشروع - كان سبباً للإبادة؛ ويتحقق هذين الأمرين " المشروعية واستهداف المصلحة العامة " يظهر جلياً أن الأمر قد صدر طبقاً للغاية، التي ابتغاها القانون وهي المصلحة العامة، وهو بذلك أمر صادر وفقاً لأحكام القانون، ويلقى ذات الأهمية باعتباره سبباً من أسباب الإبادة، دون شرط اقترانه بأمر من القانون " سند من القانون " .

لابد من الإشارة إلى حالة خاصة، وهي تنفيذ أمر القانون، وهو ما يطلق عليه أداء الواجب، وهو أساس إبادة عمل الموظف العام، بيد أنه هناك بعض الحالات التي يستوجب وضعها، اقتران أمر القانون بأمر الرئيس؛ أي أن أمر القانون لوحده لا يكفي لإبادة الفعل المجرم، كحالة استخدام السلاح الناري، بالاستناد إلى وجود أمر عسكري من الرئيس ، أو حالة صدور الحكم بالإعدام، فإن تنفيذ حكم الإعدام، هو تنفيذ لأمر القانون، ومع ذلك لا يجوز للجلاد أو المفزة المختصة بتنفيذ حكم الإعدام، أن تقوم بتنفيذ أمر القانون لوحده دون وجود أمر من الجهة المختصة وهي - كما تقدم القول- النيابة العامة أو العسكرية. (1)

أما حالة استخدام السلاح الناري بالاستناد إلى أمر عسكري، فقد نصت المادة (5/13) من مدونة قواعد استخدام القوة والأسلحة النارية من قبل منتسبي قوى الأمن الفلسطينية الصادرة عن وزير الداخلية القرار رقم (2011/211) والتي نصت على ما يلي: " في الحالات التي يتحتم فيها على العسكري استخدام القوة أو السلاح الناري يتوجب عليه إتباع الإجراءات التالية: يتوجب على العسكري

(1) المرجع السابق ص 126.

الحصول على موافقة الضابط المسؤول عنه، أو موافقة إدارة العمليات المختصة لدى الجهاز الأمني التابع له، باستخدام السلاح الناري- إذا كانت ظروف الحادث أو الموقف يسمح بذلك-".

ولما كانت حالات استخدام القوة والأسلحة النارية، هي أكثر الأعمال الوظيفية التي يترتب عليها مساس بحق الإنسان في الحياة؛ لذا اجتمعت التشريعات على تنظيم هذه الأعمال، حيث نصت المادة (1/52) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017 بشأن الشرطة على ما يلي: "1- لعناصر الشرطة اللجوء الى استعمال القوة واستعمال السلاح الناري بالقدر اللازم لأداء الواجبات والمهام المشروعة<sup>(1)</sup> في الحالات التي تجيزها التشريعات النافذة...".

فنلاحظ أن المادة المذكورة، أجازت للمرؤوس استخدام القوة والأسلحة النارية، في بعض الحالات بما يكفي لأداء الواجب، كما انها اشترطت الحصول على قرار من الضابط المسؤول عنه مباشرة، أو قرار من ادارة العمليات، وقد غني عن القول أن هذا الشرط في الأحوال التي يمكن فيها الرجوع الى القائد المباشر أو إلى العمليات. بيد أن هذه الإجازة تنقلب الى واجب إذا ما كانت هناك ضرورة لاستخدام القوة والسلاح الناري، ومثال ذلك إذا ما تعرضت حياة بعض الأفراد المدنيين أو العسكريين للخطر، حيث قررت محكمة التمييز في العراق في واقعة مفادها قيام قوة حراسة بنقل متهم الى المحكمة حيث تم التعرض لهم من قبل اخرين بالسلاح الناري - خصوم المتهم- بهدف قتل المتهم الموقوف فرد عليهم قوات الحراسة، فقتل اثنين من المعتدين، وعرض الشرطي الذي قتل على المحكمة حيث جاء في قرار الحكم "...يكون المتهم (الشرطي) غير مسؤول عن جريمة قتلها؛ لأنه كان في حالة دفاع شرعي كاملة، بالإضافة إلى ان الأمر يقتضيه واجبه الملقى على عاتقه...".<sup>(2)</sup> وبذات

---

(1) على ما يبدو أن المشرع خلط في استخدام عبارة "لأداء الواجبات والمهام المشروعة..." إذ يفهم من النص ان هناك نوعين من المهام والواجبات لأفراد المؤسسة الأمنية، احدهما مشروع ويجوز استخدام السلاح الناري به، والاخر غير مشروع ولا يجوز استخدام السلاح الناري به؛ والواقع أن كل الواجبات والمهام الموكلة الى رجال الشرطة والأمن، وباقي الموظفين العموميين في الوزارات الاخرى، هي مهام وواجبات مشروعة، إذ مصدرها القانون، ولا يمكن وصف هذه الواجبات بانها غير مشروعة، بيد أن التصرفات الصادرة تنفيذاً لهذه المهام والواجبات، قد يعترىها المخالفة للقانون والواجبات الموكولة الى الموظفين، أنذاك يمكن وصف هذه التصرفات بانها غير مشروعة. (2) القرار رقم 1991/67، والمشار إليه لدى قاسم تركي عواد جنابي، الصفة الوظيفية في القانون الجنائي، منشورات الحلبي، الطبعة الاولى 2018، ص 204.

المعنى قررت محكمة التمييز العراقية في واقعة إطلاق النار من قبل موظف الجمارك على مهربين وقتل أحدهم حيث جاء في قرار الحكم " لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عمومي بسلامة نية، تنفيذاً لما أمرت به القوانين " (1).

فإن تعرض العسكري لإحدى الحالات التي تجيز التشريعات العسكرية، لأفراد المؤسسة الأمنية باستخدام القوة والاسلحة النارية وهي حالات المنصوص عليها في المادة (12) من مدونة استخدام القوة والاسلحة النارية<sup>(2)</sup>، فإن نص الفقرة الخامسة من المادة الثالثة عشر اشترط صدور أمر من الرئيس علاوة على أمر القانون، وذلك حماية وزيادة لضمانة الحريات العامة. حيث يشكل أداء الواجب في مثل هذه الحالات اعتداء خطير على هذه الحريات. وبهذا فإن حصول المرؤوس على الأمر العسكري باستخدام القوة والاسلحة النارية، وتحقق إحدى حالات المادة (12) من المدونة، فإنه يكون في حالة أداء للواجب ونفذ أمراً مشروعاً، "لاجتماع الواجب مع أمر الرئيس"، وطالما التزم بالقواعد الأخرى المنصوص عليها في مدونة قواعد استخدام القوة والاسلحة النارية<sup>(3)</sup> مما يبيح عمله المتضمن استخدام السلاح الناري، ومن ثم لا يلاحق جزائياً أو مدنياً إذا ما نتج عن فعله قتل أو إيذاء. (4)

---

(1) قرار تمييز عراقي رقم 275/جنايات 1996 صادر بتاريخ 1969/4/20 المشار اليه لدى قاسم جنابي، مرجع سابق ص204.

(2) نص المادة (12) من المدونة تحت عنوان الاهداف المشروعة لاستخدام الاسلحة النارية بقولها " يحظر على العسكريين استخدام الاسلحة النارية الا عندما تكون الوسائل غير العنيفة او القوة الأقل فتكاً غير فعالة، أو حيث لا يتوقع لها أن تحقق الاهداف المشروعة، ويكون استخدام الاسلحة النارية في الحالات التالية على سبيل الحصر:

- 1- في حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو الاخرين ضد تهديد وشيك بالقتل أو الاصابة الخطيرة .
- 2- لمنع ارتكاب جريمة بالغة الخطورة تنطوي على تهديد خطير للحياة.
- 3- في حالة تحرير الرهائن مع الإشارة الى وجوب الالتزام " بدليل الاجراءات الخاص بعمل فريق التدخل السريع او القوات الخاصة/ الدليل الخاص بقواعد الاشتباك" في مثل هذه الحالات .
- 4- اذا ابدى الشخص المطلوب القبض عليه مقاومة أو حاول التملص من القبض عليه أو الفرار، والذي من شأنه تعريض حياة العسكري أو الاخرين للخطر أو تعرضهم لاصابة بالغة.
- 5- اطلاق النار على المركبة للاحاق الضرر بها بهدف ابقافها، عندما يتضح بان السائق لم ينصاع لاوامر العسكري بالتوقف، وكان يشكل خطر كبير على حياة الاخرين، أو كانت هناك شبهات قوية بارتكاب السائق أو شروعه بارتكاب جرائم على قدر عال من الخطورة.
- 6- لوقف أو اعراض حيوانات تشكل خطراً على حياة أو صحة المواطنين .
- 7- حالات استخدام الاسلحة النارية الواردة في الفصل السابع من قانون رقم (6) لسنة 1998 بشأن مراكز الاصلاح والتأهيل وتعديلاته. "

(3) للمزيد انظر نعمان نعيم فنون ، المبادئ القانونية لاستخدام القوة والسلاح الناري وفق مدونة استخدام القوة والسلاح الناري في دولة فلسطين المنشورة لدى موقع هيئة قضاء قوى الأمن الفلسطيني، mjcc.pna.ps.

(4) اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ص 127.

## الفقرة الرابعة: تجاوز المرؤوس للأمر العسكري المشروع

والافتراض هنا أن الأمر العسكري مشروع، إلا أن المرؤوس قد نفذه بطريقة خاطئة أو تجاوز حدود الأمر المشروع، ومتعمداً لهذا التجاوز، أو التنفيذ بصورة خاطئة، فيرتكب فعلاً مجرمًا، لذا لا يمكنه الدفع بتنفيذ الأمر المشروع، وادائه الواجب كسبب للإباحة؛ إذ انه قد خرج عن حدود أداء الواجب متعمداً، لذا يتحمل المسؤولية الجزائية الكاملة عن فعله، على اعتبار عدم وجود أمر مشروع ابتداءً أو انه في حالة أداء واجب. كما أن الرئيس مصدر الأمر العسكري لا يتحمل المسؤولية الجزائية عن هذا التجاوز (1).

ومثالها قيام مأمور الضبط القضائي المأذون له بتفتيش أحد المنازل، بإتلاف محتويات المنزل أو إلقاء القبض على الموجودين داخل المنزل دون أمر بذلك، أو توافر حالة تلبسهم بفعل مجرم، أو أن يصدر أمراً إلى مأمور الضبط القضائي بإلقاء القبض على شخص ما، فيتعهد مأمور الضبط إلقاء القبض على شخص آخر (2). أما التنفيذ الخاطئ للأمر المشروع فترجى الحديث عنه إلى المبحث الثاني.

## الفقرة الخامسة: المسؤولية الجزائية عن عدم تنفيذ الأمر العسكري المشروع (جريمة عدم إطاعة الأمر العسكري)

يترتب على واجب الطاعة العسكرية، وتنفيذ المرؤوس للأمر العسكري المشروع، إباحة فعل المرؤوس، وإن تضمن فعل مجرم؛ شريطة التزام الأمر بالمشروعية الجنائية، أي مشروعية الشروط الشكلية، وكون الأمر لا يشكل فعلاً مجرمًا بشكل ظاهر. بيد أن الأمور لا تسير دائماً وفقاً للواجبات

(1) المرجع السابق، ص 308. صالح البرغوثي، مرجع سابق ص124.

(2) حكمت سليمان، مرجع سابق ص108.

الوظيفية بطاعة أمر الرئيس المشروع، فيعمد المرؤوس إلى عدم تنفيذ الأمر العسكري المشروع الصادر إليه. وهو بذلك يخالف أحد أهم واجباته الوظيفية، وهو واجب الطاعة العسكرية.

ولما ينطوي عليه الإخلال بواجب الطاعة، من إهمال أو تعمد عدم تنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة، من الإخلال بالانضباط العام العسكري، وضعف أداء المؤسسة العسكرية؛ إذ لا تستطيع القيام بالواجبات الوظيفية الموكلة إليها، إذا ما أخل بواجب الطاعة العسكرية<sup>(1)</sup> لذا ضمنت التشريعات العسكرية لإقرار واجب الطاعة العسكرية، وتمكين المرؤوس من أداء هذا الواجب دون حرج من التنفيذ، النص صراحة على أمرين، وهما الأمر الأول: النص على إباحة تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري المشروع والثاني: النص صراحة على عقوبات مشددة لمن يخلل واجب الطاعة داخل المؤسسة العسكرية، حيث يبدأ العقاب بعقوبات بسيطة، من خلال العقوبات الانضباطية إذا كان الفعل يشكل مخالفة انضباطية، مروراً إلى عقوبة الحبس في الجرح، ووصولاً إلى عقوبة الإعدام، في بعض ظروف الخدمة العسكرية.

وتتحقق أركان جريمة عدم الطاعة العسكرية، بوجود أمر عسكري مشروع، ضمن واجبات المرؤوس، وعلمه بصدور الأمر العسكري، مع قدرته على التنفيذ، ثم تتجه إرادته الآتمة إلى الخروج على أمر الرئيس بعدم التنفيذ؛ سواء كان ذلك بالامتناع عن القيام بالفعل المأمور به، أو القيام بعمل ما، أمر بعدم القيام به، ومثال ذلك: إصدار الرئيس أمر بعدم استعمال العصي في فض تجمهر، فيقوم المرؤوس باستخدام العصي رغم أمر الرئيس بالمنع، ما لم تتوافر حالة ضرورة عسكرية تستوجب ذلك وفقاً لقواعد استخدام القوة<sup>(2)</sup>.

(1) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص42.  
(2) سراج الدين الروبي، مرجع سابق ص301.

وعلاوة على تحقق المشروعية للأمر العسكري -كما تقدم القول- وهي ما يشكل بالإضافة الى الصفة العسكرية للمرؤوس" الركن المفترض " لجريمة عدم إطاعة الأوامر العسكرية، يجب لتحقيق الركن المادي لهذه الجريمة ما يلي:

1- علم المرؤوس بصدور الأمر العسكري، فإذا صدر الأمر من ضابط أثناء مهمة لتفتيش أحد المنازل، بالتوقف عن اجراء التفتيش، وملاحقة المتهم الذي فر من المكان، ولم يسمع بهذا الأمر بعض المرؤوسين لانشغالهم بأعمال التفتيش، فلا يمكن القول بعلمهم وعدم طاعتهم للأمر المشروع<sup>(1)</sup>.

2- أن يكون الأمر العسكري ضمن واجبات المرؤوس، فإذا كان الأمر العسكري مشروع، ولكنه خارج عن الواجبات الوظيفة للمرؤوس، لا يعد عدم تنفيذ الأمر جريمة، إلا في حالة الضرورة العسكرية. علماً أن إصدار عميد مثلاً أمراً، لضابط برتبة رائد بتوزيع الطعام على الجنود، في ظروف عادية، هو أمر ليس من واجبات المرؤوس الوظيفية، ولا يمكن اعتباره، بأي حال من الاحوال ضرورة عسكرية تستوجب التنفيذ<sup>(2)</sup>.

3- أن تكون لدى المرؤوس القدرة على التنفيذ، دون أن يعرض حياته أو حياة الغير للخطر، ومثال ذلك إصدار ضابط لأحد الجنود أمر بقيادة مركبة، ومطاردة متهم فار، علماً أن الجندي لا يستطيع القيادة. أو الأمر الى الجندي بالقفز من القطار، وراء شخص قد هرب وقفز من ذلك القطار المسرع<sup>(3)</sup>.

وتختلف شدة العقاب عن جريمة عدم إطاعة الأوامر العسكرية بالنظر الى جسامة النتيجة الجرمية، وبالنظر إلى اختلاف ظرف الزمان والمكان والرتبة العسكرية للمدان<sup>(4)</sup>، وذلك كما يلي:

---

(1) المرجع السابق ص301.  
(2) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص253.  
(3) سراج الدين الروبي، مرجع سابق ص301.  
(4) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص86.

1- عقوبة انضباطية، إذا كانت النتيجة الجرمية بسيطة، جراء عدم تنفيذ الأمر العسكري، فقد قرر قانون العقوبات الثوري المادة (1،2/187) فعل المرؤوس الذي يخالف الأوامر والتعليمات أو التردد في تنفيذها مخالفة انضباطية. ومثال ذلك إصدار الرئيس أمر إلى عناصر في القوة بالتجمع لتنفيذ مهمة ما، فتأخر قليلاً أحد أفراد القوة، عن الانضمام إلى القوة في الوقت المحدد. حيث نجد أن قانون العقوبات الثوري قد ترك تقدير جسامته الفعل الناتج عن المخالفة إلى الرئيس، فله سنداً لأحكام المادة (188) عقوبات ثوري والتي نصت " إذا كانت عقوبة المخالفة المرتكبة لا تدخل في اختصاص القائد، أحالها إلى قائده الأعلى التابع له، لمحاكمته بموجب صلاحيته، وإذا وجد هذا الأخير أن تلك المخالفة خارجة عن اختصاصاته، أحالها بدوره إلى النيابة العامة؛ فللرئيس أن يقرر توقيع العقوبة الانضباطية ابتداء ضمن الصلاحيات المقررة له وفقاً لأحكام المواد (189-194) من قانون العقوبات الثوري لعام 1979، والتي لا تتجاوز في حدها الأقصى الحبس ثلاثة أشهر، وإذا ما رأى أن النتيجة الجرمية تستوجب عقاب أشد، يتم إحالة الأمر إلى النيابة العسكرية المختصة.

2- عقوبة الجنحة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وذلك لكل من يمتنع عن تنفيذ أمر عسكري صادر إليه ومتعلق بواجباته الوظيفية، وفقاً لما جاء في نص المادة (203) عقوبات ثوري، حيث نصت: " أ- يعاقب بالحبس ثلاثة أشهر على الأقل كل من لم يطع أمر يتعلق بواجبه سواء صدر الأمر شفهيّاً أو كتابةً أو بالإشارة أو بغير ذلك. ب- وإذا كان الفاعل ضابطاً يفرض عليه فوق ذلك بعقوبة الفصل من الثورة ". ونرى أن القانون شدد العقاب بالنظر إلى رتبة المرؤوس، فإذا كان ضابطاً قرر فصله من الخدمة العسكرية بالإضافة إلى العقوبة الأصلية.

3- شدد القانون العقوبة في المادة (204) برفع حدها الأدنى إلى ستة أشهر، وذلك لمن رفض الأمر العسكري، بمعنى أن المرؤوس قد تعمد عدم تنفيذ الأمر العسكري وذلك برفضه التنفيذ، ويجب في هذه الحالة أن يثبت الرئيس رفض المرؤوس صراحة تنفيذ الأمر العسكري، وذلك بخلاف الحالة الواردة في المادة (203) والتي لا يرفض العسكري فيها صراحة تنفيذ الأمر العسكري، وإنما تبقى في صورة الامتناع عن التنفيذ دون الرفض.

وكذلك اعتبر القانون مجرد الامتناع عن تنفيذ الأمر سبباً لتشديد العقاب، إذا كان التمتع، أثناء تجمع الجند أو عند صدور الأمر إلى السلاح، أو كان الفاعل مسلحاً، وذلك نظراً لخطورة الامتناع في مثل هذه الظروف، حيث نصت المادة (204) من قانون العقوبات الثوري على ما يلي:

"أ- كل من امتنع عن القيام بتنفيذ أمر شفوي أو خطي يتعلق بتأدية وظيفة بصورة باتة أو امتنع عن إطاعة الأوامر الصادرة إليه، يعاقب بالحبس ستة أشهر على الأقل، وإذا كان الفاعل ضابطاً تقضى عليه بالفصل من الثورة. ب- إذا وقع التمتع أثناء تجمع الأفراد أو عند صدور الأمر إلى السلاح أو كان الفاعل مسلحاً تكون العقوبة الحبس ستة أشهر على الأقل."

4- ثم شدد القانون الثوري العقاب إذا وقع التمتع أثناء العمليات الحربية بحيث تكون العقوبة بالأشغال الشاقة المؤقتة المادة (204/أ) من ذات القانون.

5- يعاقب بالإعدام كل من رفض إطاعة الأوامر بالهجوم على العدو، حيث نصت المادة (204/د) على ما يلي: " يعاقب بالإعدام كل فرد أبى إطاعة الأوامر بالهجوم على العدو "

6- يعاقب المحرض على عدم إطاعة الأمر العسكري بالحبس ثلاثة أشهر على الأقل وفقاً لأحكام المادة (205/أ) من قانون العقوبات الثوري.

7- يعاقب المحرض على عدم إطاعة الأوامر أثناء العمليات الحربية بالحبس ستة أشهر إلى ثلاث سنوات.

وبذا نجد ان القانون قد شدد على طاعة الرؤساء داخل المؤسسة العسكرية، بإقرار العقاب المناسب لكل خروج على واجب الطاعة العسكرية، وبذات الوقت أباح تنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة، مما يرفع الحرج عن أداء أفراد المؤسسة العسكرية. وبذلك يتكامل البناء القانوني، برفع التناقض بين أحكام القانون الجزائي العسكري. بيد أن حكم المسؤولية الجزائية عن تنفيذ الأوامر العسكرية غير المشروعة مختلف، ويتمتع ببعض القواعد القانونية الخاصة والتي تساهم في بيان أثر الأوامر العسكرية غير المشروعة على المسؤولية الجنائية وهو موضوع المبحث الثاني.

### **المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عن الأمر العسكري غير المشروع**

تتولى المؤسسة العسكرية والأمنية تنفيذ المهام الموكلة إليها، بالاستناد الى الكادر المكون لهذه المؤسسة، والذي تختلف الرتب العسكرية داخله، وفقاً للتسلسل الإداري المنظم لعمل المؤسسة الأمنية، بحيث يتكون من الضباط وضباط الصف والجنود. ويتولى القيادة وإعطاء الأوامر "الأعلى" رتبة أو الأقدم في الرتبة الواحدة - كما تقدم الحديث في المبحث التمهيدي - وان الفرد الواحد من أفراد الأمن قد يكون رئيس (قائد) يصدر الأوامر، وبذات الوقت يكون مرؤوس بتنفيذ الأوامر، كأن يكون أحد الضباط برتبة ملازم مثلاً في قيادة قوة لأداء مهمة ما، ثم تحضر قوة أخرى للمساندة في أداء ذات المهمة (كمكافحة الشغب) بحيث يكون قائد القوة الاخيرة برتبة نقيب مثلاً، وفي هذه الحالة يتولى قيادة القوة النقيب، بينما يتلقى الملازم - قائد القوة سابقاً- أوامره من النقيب الذي أصبح قائد للقوة مجتمعة، وقد يتحول موقع المرؤوس الى رئيس في حال غياب أو ابتعاد الرئيس لأي سبب عن قيادة القوة.

ويختلف الاختصاص والسلحية بإصدار الأوامر العسكرية داخل المؤسسة العسكرية، باختلاف المهام الموكلة إلى القوة والتغيرات الميدانية على قيادة القوة، ففي المثال السابق يتولى الملازم ابتداء إصدار الأوامر العسكرية لتنفيذ المهمة، وبعد حضور النقيب يصدر النقيب الأوامر ويتلقى الملازم الأوامر، ويتولى تنفيذها من خلال القوة التابعة له.

ويفرض مبدأ الطاعة على المرؤوس أيًا كانت رتبته، الالتزام بتنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة دون تردد مهما كانت رتبته، بيد أن مبدأ المشروعية يضع قيوداً على طاعة الأوامر العسكرية، وهو وجوب التزام الأمر العسكري الصادر بأحكام القانون، وعدم الخروج عليه، وإلا وصف الأمر العسكري بعدم المشروعية، وترتبت المسائلة الجزائية عن تنفيذ هذا الأمر غير المشروع بالنسبة لمصدر الأمر والمنفذ معاً.

تختلف المسؤولية الجزائية المنبثقة عن الأوامر العسكرية غير المشروعة، وفقاً للصفة التي يتمتع بها الفرد أثناء صدور الأمر العسكري، فيما إذا كان رئيس (قائد) مصدر للأمر، أم مرؤوس منفذ للأمر العسكري، وذلك من حيث المسؤولية الجزائية المترتبة عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع (المطلب الأول). والمسؤولية الجزائية المترتبة عن تنفيذ الأمر العسكري غير المشروع (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: المسؤولية الجزائية عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع**

إن صدور الأمر العسكري تنفيذاً لنص القانون، أو بالاستناد إلى نص في القانون أو إصداره دون الاستناد إلى نص في القانون، وبذات الوقت عدم مخالفته لأحكام القانون، يضيف المشروعية على الأمر العسكري، لكون إصداره ما هو الا تنفيذ لواجب وظيفي قرره القانون، ومن ثم لا يمكن مساءلة الرئيس مصدر الأمر العسكري عن إصداره.

بيد أن الرئيس وما له من صلاحيات وامكانيات قد يصدر الأمر العسكري استناداً لأهداف خاصة به، أو أهداف عامة تخرج عن اختصاصه الوظيفي، وهو ما يطلق عليه اساءة استعمال السلطة أو اغتصاب السلطة، والانحراف بالسلطة.

ويعرّف جانب من الفقه الأمر العسكري غير المشروع (أمر الرئيس غير القانوني) هو " ذلك الأمر الذي لا تتوافر فيه شرط من الشروط الشكلية أو الموضوعية بسبب تخلف شرطي الاختصاص والشكل وتخلف السبب والمحل والغاية والملائمة " (1).

وقد قدمنا في المبحث التمهيدي توضيح لشرط صحة الأمر العسكري، وسوف نوضح في هذه المطالب صور تخلف شروط إصدار الأمر العسكري ( الفرع الأول)، ثم نوضح الأثر المترتب على المسؤولية الجزائية جراء إصدار الأمر العسكري غير المشروع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: صور إصدار الأمر العسكري غير المشروع

حتى يقال أن هناك أمراً عسكرياً ابتداءً، يجب توافر شروط (الاختصاص، وشكل الأمر العسكري) وهو ما يطلق عليه جانب من الفقه (عناصر الأمر العسكري)(2). وهي (اختصاص الرئيس بإصدار الأمر العسكري واختصاص المرؤوس بالتنفيذ، وعلاقة تبعيه، والشكل الذي يصدر به الأمر العسكري). وإن تخلف أحد عناصر الأمر العسكري يعني عدم وجود أمر عسكري أصلاً، فلا مجال لبحت توافر أوجه المشروعية الأخرى من عدمها، أو بحث المسؤولية المترتبة عن عدم طاعته الأوامر العسكرية إلا بعد توافر هذه الشروط " عناصر الأمر العسكري"، ثم نبحت الشروط الموضوعية للأمر العسكري (السبب، المحل، الغاية)(3).

**الفقرة الأولى: صور تخلف عناصر الأمر العسكري (الشروط الشكلية) وهي كما يلي:**

#### أولاً: صور عدم الاختصاص

ينبغي على الرئيس عند إصداره للأمر العسكري، أن يراعي قواعد الاختصاص التي نظمتها القوانين والأنظمة التي منحت الرئيس سلطة إصدار تلك الأوامر، سواء بطريق الإلزام أو خولته سلطة

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 369.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 102.

(3) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 107.

تقديرية بإصدارها<sup>(1)</sup> فلا يجوز للرئيس أن يخالف القواعد القانونية المحددة والموضحة لاختصاصه الوظيفي، كإصداره للأمر العسكري، دون مراعاة لقواعد الاختصاص من حيث الاختصاص المكاني أو النوعي أو الزمني أو الشخصي، مما يضيف على الأمر الصادر عنه الصفة غير المشروعة، ومن ثم كان حق للمرؤوس عدم طاعة الرئيس، بتنفيذ الأمر العسكري الصادر إليه<sup>(2)</sup>.

ويصف "Levey" الرئيس غير المختص بقوله: "إن الرئيس خارج سلطته يصبح رجلاً عادياً"<sup>(3)</sup>. وتظهر أهمية قواعد الاختصاص التي يجب على الرئيس مراعاتها في إصداره للأمر العسكري، من أهمية الاختصاص المكاني، إذ يحدد القانون حدود الاختصاص المكاني لعمل الرئيس والاختصاص المكاني قد يحدد جغرافياً بحدود معينة، وقد يحدد بموضوعات معينة لا يتجاوزها، مثل قائد الوحدة العسكرية<sup>(4)</sup>، فلا يحق له إصدار الأمر العسكري إلى فرد من أفراد المؤسسة العسكرية من غير وحدته، فاختصاص قائد الوحدة مرتبط بالوحدة حيثما كانت، لا بموقع أو مكان وجودها الجغرافي.

ولا تقل أهمية الاختصاص النوعي عن الاختصاص المكاني والزمني، إذ يجب على الرئيس علاوة على عدم إصدار الأمر العسكري خارج عن حدود وحدته، أن يصدر الأمر في حدود المهام الوظيفية الموكلة إليه داخل الوحدة، وأثناء أدائه للواجب؛ لذا فإصداره للأمر العسكري وهو في إجازة مثل الإجازة السنوية يكون أمراً غير مشروع<sup>(5)</sup>. أو إصدار مسؤول المخازن الأمر العسكري إلى أحد الجنود من السرايا، لا يكون مشروعاً، إذ لا يجوز له أن يصدر أمراً خارج عن اختصاصه النوعي مع مراعاة

(1) عاطف فؤاد صحاح، مرجع سابق ص 723.

(2) صالح الرغوثي، مرجع سابق ص 154.

(3) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص 205. عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 369.

(4) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص 205.

(5) سراج الدين الروبي، مرجع سابق ص 305.

إمكانية ذلك بطريقة عرضية، أو في حالة الضرورة العسكرية<sup>(1)</sup>؛ لذا حكمت محكمة النقض المصرية: " بأنه لا يثبت لضابط البوليس الحربي اختصاص الضابطة القضائية، ما لم يرد هذا الاختصاص بناء على تكليف القيادة للقوات المسلحة " الجهة الرئاسية له"، وعليه فإن إقدامه على إصدار الأمر إلى اثنين من متبوعيه بتسليم المتهم الى البوليس، هو أمر خارج عن اختصاصه، ومن ثم يكون مرؤوسيه في حل من تنفيذه، ولا يثبت لهم اختصاص ما في تنفيذ الأمر<sup>(2)</sup>.

كما تناقش المؤتمرين في مؤتمر الطاعة العسكرية المنعقدة في مدينة دبلن عام 1970، مفهوم الرئيس المختص، حيث ظهرت لديهم فكرة الرئيس المختص. أي تحديد فئات الرؤساء الذين يثبت لهم حق الطاعة على مرؤوسيهم أسوة ببعض التشريعات التي تحدد الرؤساء الذين يثبت لهم واجب الطاعة على مرؤوسيهم مثل القانون الإيطالي والقانون التركي<sup>(3)</sup>.

وتقوم فكرة تحديد الرؤساء، على اساس التبعية التدريجية، فإذا كان الرئيس من ذات الوحدة، التي يعمل بها المرؤوس، وجب على المرؤوس الطاعة، دون المناقشة في اختصاص الرئيس، أما إذا كان الرئيس من وحدة أخرى، فيحق للمرؤوس التأكد من صحة اختصاص الرئيس، بإصدار الأمر العسكري الصادر إليه<sup>(4)</sup>. ومثال ذلك الضابط العظيم الذي يناوب ليلاً عن أعمال الجهاز الأمني أو الوحدة، بحيث يكون مسؤولاً عن كل الدوائر، فإذا اعطى أمراً الى دائرة من الدوائر، التي هي ابتداء ليست من اختصاصه الوظيفي، فيحق للمرؤوس هنا التحقق من صفة الضابط في هذه الليلة، كضابط عظيم مسؤول عن عمل جميع الدوائر داخل الجهاز<sup>(5)</sup>.

(1) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص 251.  
(2) قرار نقض جنائي 1959/6/1 مجموعة المكتب الفني السنة 10، ص 589 مشار اليه لدى عاصم عجيلة، مرجع سابق ص 206.  
(3) للمزيد عن أعمال المؤتمر انظر عاصم عجيلة، مرجع سابق ص 205. عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 370.  
(4) حكمت سليمان، مرجع سابق ص 113.  
(5) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص 250.

وبذلك يجب على الرئيس المختص أن يوجه الأمر الى مرؤوس تابع له وظيفياً، ومختص بتنفيذ الأمر العسكري، أي ضمن اختصاص المرؤوس الوظيفي من حيث النوع والمكان والزمان. فلا يجوز تكليف أحد أفراد السلطة العامة باختصاص الضبط القضائي مثلاً، ما لم يكن من أعضاء الضابطة القضائية، فتكليف شرطي المرور بالاستماع الى اقوال شاهد أو التحرز على أدوات الجريمة، يخرج عن اختصاص شرطي المرور وهو بهذا المعنى أمر غير مشروع، مما يجيز للشرطي عدم تنفيذه<sup>(1)</sup>.

كما يجب أن يكون الأمر بالإضافة الى موافقته مع واجبات المرؤوس "الاختصاص الوظيفي" أن يكون متوافقاً مع طبيعة عمل المؤسسة العسكرية وأهدافها، ومثال ذلك: أن يصدر رئيس وهو في حالة سكر شديد أمراً بحبس أحد الجنود أو القبض عليه أو إطلاق النار عليه، وفي ظل ظروف عادية. وهو بذلك يعد أمراً غير مشروع، لكونه خارجاً عن اهداف وعمل المؤسسة العسكرية<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: صور تخلف شكل الأمر العسكري غير المشروع

يقصد بشكل الأمر العسكري الصورة التي يفرغ عليها الأمر العسكري، ويتميز شكل إصدار الأمر العسكري عن القرار الإداري، حيث يشترط في القرار الإداري توافر جميع الشكليات المقررة للقرار والمحددة بموجب القانون، من حيث الكتابة والتوقيع، وبعض القرارات يشترط فيها أن تكون ممهورة بالخاتم الرسمي. كما هو الحال في مذكرات إلقاء القبض والتفتيش أو مذكرات الدعوى. بيد أن الأمر مختلف بالنسبة للأمر العسكري، فلم يشترط له القانون شكلاً محددًا حتى يصار الى ضرورة الالتزام بهذا الشكل، وذلك بالنظر الى طبيعة عمل المؤسسة العسكرية (الأمنية). حيث نص قانون العقوبات الثوري على بعض صور الأمر العسكري في المادة (203) منه مثل الإشارة أو الكتابة أو شفويًا أو

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص371.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص212.

بأي وسيلة كانت تعبر عن الأمر العسكري ومتعارف عليها، على أن تحتوي الصورة على صيغة الأمر العسكري.

إن استقرار العمل داخل المؤسسة العسكرية على شكل معين لإصدار بعض الأوامر العسكرية، يوجب على الرئيس ان يصدر أمره وفقاً لهذا الشكل، فأصدار التعليمات المستديمة، لا يمكن أن يكون بدون توقيع مُصدر هذه التعليمات على الأقل، علماً أن الاعراف العسكرية تنص على ضرورة وجود الخاتم الرسمي.

والعرف العسكري له دور فعال في تحديد الصورة التي يصدر بها الأمر العسكري، فإذا كان العرف يوجب إصدار الأمر العسكري وفقاً لشكل ما، وجب على مصدر الأمر الالتزام بهذه الصورة، والا عد قراره غير مشروع، لعدم مراعاته للشكل المقرر بالعرف (1)، وتقدير ذلك يعود لقاضي الموضوع، الذي يقرر بطلان الأمر العسكري المخالف للشكل المقرر قانوناً أو عرفاً.

ويمكن القول أن هناك ضرورة ماسة لتدخل المشرع بفرض شكل معين على إصدار الأوامر العسكرية، وفقاً لما تمليه الاعراف العسكرية اصلاً، مثل الأوامر المتعلقة باستخدام القوة والاسلحة النارية - غير حالة الضرورة- وذلك بأن تكون مكتوبة وموقعة من مصدرها. وذلك حتى تكون حجة على مصدرها (2). ولما لها من مساس خطير "بحياة الأفراد"، والتي تمثل أهم الحقوق والحريات العامة التي تهدف المصلحة العامة صيانتها.

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 374.

(2) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص 156.

الفقرة الثانية: صور تخلف الشروط الموضوعية وهي كما يلي:

أولاً: صور السبب غير المشروع للأمر العسكري

ينطوي إصدار الرئيس للأمر العسكري في بعض الأحيان على الحد من الحقوق و الحريات، وهو أمر غير جائز ما لم توجد واقعة مادية أو حالة قانونية تبرر تدخل الرئيس بإصدار الأمر العسكري<sup>(1)</sup>، فلا يقبل من الرئيس تدخله بإصدار الأمر العسكري بلا مسوغ قانوني، يدفعه لاتخاذ القرار بإصدار الأمر العسكري، وإلا كان إصداره للأمر العسكري غير مشروع.

فقد تقرر أن صدور الأمر بإلقاء القبض على شخص، لمجرد كونه يلتفت يمناً ويسرة، لا يشكل سبباً لإصدار هذا الأمر، لا سيما أن هذه الواقعة لا تشكل حالة التلبس بالجريمة، حتى يصار الى اعتبارها حالة واقعية، ادت الى تدخل رجل السلطة العامة (2) .

بيد أن وجود السبب الصريح لتدخل الرئيس بإصدار الأمر العسكري، ليس من الواجب أن يعلمه المرؤوس، ويتحرى مشروعيته، لا سيما في بعض الأوامر العسكرية التي تتسم بالسرية؛ بمعنى أن عدم علم المرؤوس بالسبب من إصدار الأمر العسكري، لا يترتب عليه تخلف السبب أو فقدانه، إذ -كما تقدم القول- ليس من صلاحيات المرؤوس و واجباته مناقشة صحة السبب، أو ينصب نفسه قاضي مشروعية؛ إذ أن مناط مسائلة الرئيس تعود لقيادته أو الى قاضي الموضوع إذا أُحيل الأمر الى القضاء (3).

ثانياً: صور المحل غير المشروع

يقصد بمحل الأمر العسكري موضوع القرار (فحواه)، أي الاثر القانوني الذي يحدثه الأمر العسكري مباشرة، فإذا اصدر الرئيس أمراً عسكرياً غير ممكن التطبيق من الناحية القانونية أو الواقعية،

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 167.

(2) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 377.

(3) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص 164.

كان أمره غير قابل للتطبيق، ومثال ذلك: إصدار أمراً إلى أحد الجنود بقيادة سيارة، وملاحقة شخص هرب من الرئيس، علماً أن المرؤوس لا يعرف قيادة السيارة ابتداءً، أو أن يصدر الأمر إلى الجنود باستلام العهدة والسلاح العسكري استعداداً للتحرك في مهمة ما، على الرغم من أن السلاح والعهدة بحوزة الجنود أصلاً (1).

ويجب أن يكون محل الأمر العسكري متعيناً وجائزاً قانوناً (داخل واجبات من وجه إليه الأمر)، فالأمر بارتكاب جريمة تعذيب أو تزوير أو اختلاس، يكون أمراً باطلاً، لقيامه على محل غير مشروع وغير جائز قانوناً، فيكون هذا القرار معيباً، بعيب مخالفة أحكام القانون (2). وقد حكمت محكمة النقض المصرية " من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأي حال من الأحوال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن لا يعدوا أن يكون دفاعاً قانونياً ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة رداً " (3).

ومما تجدر الإشارة إليه أن التزام الرئيس بإصدار الأمر العسكري في حدود القانون، يشمل إلى جانب القوانين الوطنية، القوانين الدولية (أحكام القانون الدولي الإنساني) ويترتب على إصدار الرئيس للأمر العسكري المخالف للقانون الدولي الإنساني إضفاء الصفة غير المشروعة على الأمر العسكري (4)، إذ يتوجب على الرئيس عدم إصدار أمراً عسكرياً يتضمن محله فعلاً يشكل جريمة إبادة

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص378.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص169.

(3) الطعن رقم 1993 لسنة 38 ق- جلسة 1996/1/6 ص 20 س 24. المشار إليه لدى معوض عبد التواب، مرجع سابق ص 365.

(4) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص254.

### جماعية (1) أو جريمة ضد الإنسانية (2) أو جريمة حرب (3).

وتحمل الرئيس مصدر الأمر العسكري للمسؤولية الجزائية الدولية -خارج عن هذه الدراسة- على الرغم من عدم تجريم هذه الأفعال على صعيد القوانين الوطنية، ومن ثم عدم امكانية محاكمته لدى المحاكم الوطنية. بيد أن هذا الأمر لا يحول دون محاكمته امام محكمة الجنايات الدولية؛ لذا تتجه بعض التشريعات العقابية العسكرية على النص صراحة ضمن القوانين الوطنية على تجريم هذه الأفعال المخالفة للقانون الدولي الإنساني (4).

وبذلك يكون إصدار الأمر العسكري الذي محله جرائم ضد الإنسانية أو الإبادة الجماعية أو جرائم حرب، هو أمر غير مشروع، ويعرض مصدره للمسألة الجزائية، وهو ما يفيد محاكمة مصدر الأمر أمام المحاكم الوطنية، والحيلولة دون محاكمته أمام محكمة الجنايات الدولية، وفقاً لنص المادة (3/25/ب) من نظام روما الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية الى تجريم إصدار الأمر العسكري، الذي يكون محله إحدى الجرائم المذكورة في المواد (6،7،8) من النظام، وبدلالة المادة (3/20) من ذات النظام التي لا تسمح بإعادة المحاكمة عن إحدى الجرائم المذكورة أعلاه، إذا تمت المحاكمة لمصدر الأمر وفقاً للأصول الخاصة بإجراءات المحاكمة في إحدى المحاكم المحلية.

وعليه وحفاظاً على الأخلاق والقيم الإنسانية العليا للمجتمع البشري؛ ولما تتطلع إليه دولة فلسطين من سيادة السلام والاستقرار في العالم، وتجنب ويلات الحروب والاحتلال - الذي عانت ومازالت تعانيه - وذلك من خلال إسراع دولة فلسطين إلى الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن، ومنها نظام محكمة الجنايات الدولية؛ لذا ندعو المشرع الفلسطيني الى المبادرة بوضع نصوص قانونية

(1) للمزيد حول معرفة جرائم الإبادة الجماعية انظر المادة (6) من نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما تموز/ يوليه 1998 .

(2) للمزيد حول جرائم ضد الإنسانية انظر المادة (7) من نظام روما الاساسي لمحكمة الجنايات الدولية.

(3) للمزيد حول جرائم ضد الإنسانية انظر المادة (8) من نظام روما الاساسي لمحكمة الجنايات الدولية

(4) قانون العقوبات العسكري الاردني رقم (58) لسنة 2006 في المادة (41) منه.

خاصة وصريحة بتجريم الأفعال المجرمة بنظام روما الأساسي المذكورة في المواد (6،7،8) منه وهي جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، وذلك ضمن القوانين العقابية النافذة لدى قضاء قوى الأمن الفلسطيني.

### ثالثاً: صور الغاية غير المشروعة للأمر العسكري

الغاية من إصدار الأمر العسكري هو المصلحة العامة، والأمر العسكري الذي لا يستهدف المصلحة العامة، يكون معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة<sup>(1)</sup> وهي النتيجة النهائية التي يهدف مصدر الأمر العسكري الى تحقيقها، فيوجب القانون على جنود حرس الحدود مثلاً حماية الحدود من اختراق غير قانوني لها، وفي حالة وجود أوامر لهؤلاء الجنود استخدام السلاح الناري، للسيطرة على كل من يحاول اختراق الحدود واعتقالهم. فإن واجب هؤلاء القيام بتنفيذ هذه الأوامر، باعتقال كل من يحاول المساس بأمن الوطن، من خلال اختراقه للحدود، ولهم في سبيل ذلك استخدام السلاح الناري<sup>(2)</sup>. بيد أن استخدامه للقوة والسلاح الناري على مزارعين يعملون في الاراضي الحدودية لخلاف ما، فإنه يكون خارجاً عن الغاية المعطاة لهم باستخدام السلاح الناري.

كما يجب على الرئيس الالتزام بقاعد تخصيص الأهداف؛ فعليه الالتزام بالأهداف المحددة له بحكم وظيفته فرجال حرس الحدود في المثال السابق الذكر لا يجوز لهم التدخل لحفظ الأمن والنظام العام، الذي هو ليس من اختصاصهم، وإنما من اختصاص الشرطة التي تتولى الحفاظ على الأمن والنظام العام<sup>(3)</sup>.

ومن صور الانحراف عن الغاية من السلطة المعطاة للرئيس، أن يأمر رئيس برتبة عميد في القوات المسلحة مرؤوساً لديه برتبة رائد بتوزيع وجبات الإفطار على الجنود، بدلاً من إعطاء الأمر الى

(1) عبد الغني بيسوني عبدالله، مرجع سابق ص486 وما بعدها.

(2) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص165.

(3) عبد الغني بيسوني عبدالله، مرجع سابق ص 486.

جندي، المختص أصلاً بتولي هذه المهمة. ولما كانت هذه المهمة ليست من ضمن اختصاصات المرؤوس النوعية، فإن أمر العميد غير مشروع لخروجه عن تحقيق المصلحة العامة<sup>(1)</sup>؛ لذلك حكمت محكمة القضاء الإداري المصري "القرار الإداري متى شف عن بواعث تخرج به عن استهداف الصالح العام المجرد الى شفاء غُله أو رضاء هوى في نفسه فإنه يكون منحرفاً عن الجادة مشوباً بإساءة استعمال السلطة " (2).

### الفرع الثاني: المسؤولية عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع

يستند الرئيس ( القائد العسكري) أثناء قيامه بمهامه الوظيفية إلى أحكام القانون، فكلما التزم في أعماله وتصرفاته والأوامر الصادرة عنه بأحكام القانون، كلما كان أداؤه للعمل مشروعاً، وسبباً لإباحة جميع الأفعال الناتجة عن ادائه للواجب. بيد أن الأمور لا تسير بمثالياتها، وكما قرر لها المشرع في الوظيفة العامة، ولا سيما في الوظيفة العسكرية؛ لما يمتاز به الرئيس من صلاحيات وقوة، يتقدمها واجب طاعة المرؤوس، إذ يحدث أن يخرج الرئيس عن أحكام القانون، بسوء نية وتعمد المخالفة لأحكام القانون، وقد يكون تصرفه غير المشروع نتيجة جهل أو غلط في أداء الواجب، أو عن حسن نية لدى الرئيس مصدر الأمر العسكري. ولما كانت أحكام الغلط في أداء الواجب تنطبق على الرئيس والمرؤوس بوصفهما موظفان عامان يقومان بأداء الواجب الوظيفي؛ لذا نرجئ دراسة مسألة الغلط في الأوامر العسكرية غير المشروعة لحين دراسة مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأمر غير المشروع في المطلب الثاني.

يعمد بعض الرؤساء العسكريين إلى إصدار الأوامر غير المشروعة، لتحقيق مآرب خاصة بهم، تحت ستار المصلحة العامة أو المصلحة العليا للبلاد، والتي هي دائماً ( المصلحة) كانت بعيدة عن

(1) محمد محمود سعيد، مرجع سابق ص253.  
(2) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق، القرار في القضية رقم (1150) لسنة 7 س، 19/5/1954 السنة الثامنة ص 1461، بند 754، المرجع السابق ص 382.

أهدافهم من إصدار الأوامر غير المشروعة. بيد أن هذه الأوامر غير المشروعة، قد يترتب عنها مسؤولية تأديبية، فيخضع هؤلاء الرؤساء للمسألة التأديبية، وفقاً لأحكام المواد (173،94) (1) من قانون الخدمة، حيث نصت المادة (94) على ما يلي: "2- لا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله إلا إذا أثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسئول بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده". والمقصود بالمخالفة، مخالفة أحكام القوانين عامة والعسكرية خاصة منها.

بيد أنه إذا ما نتج عن إصدار الأوامر غير المشروعة أفعال مجرمة جزائياً، فإن المنطق تطبيق أحكام قانون العقوبات العسكري على هذه الأفعال؛ لا سيما أن بعض القوانين العسكرية قد نصت صراحة على تجريم إصدار الأمر العسكري غير المشروع، سواء تم تنفيذ هذه الأوامر، أم لم يتم تنفيذها (2)، وهناك القسم الأكبر من التشريعات العسكرية لم تنص صراحة على تجريم إصدار الأوامر العسكرية غير المشروعة، ومن هذه التشريعات (3) قانون العقوبات الثوري الفلسطيني؛ إذ يمكن اللجوء إلى القواعد العامة في قانون العقوبات الثوري لتحديد مسؤولية الرئيس عن إصدار الأمر غير المشروع (4).

(1) نصت المادة (173) من قانون الخدمة في قوى الأمن على ما يلي: " لا يعفى ضابط الصف والفرد من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤولية إلا أثبت، ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسئول بالرغم من تنبيهه الى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الامر وحده".

(2) ومنها القانون العسكري الالمانى المادة (19) " يكون إصدار الاوامر غير القانونية جريمة، ويجب العقاب عليها دائماً " ، والمواد (32،33،34) من ذات القانون، وكذلك القانون الايطالي ينص على مسؤولية الرئيس جنائياً إذا اصدار أمراً غير قانوني، وخصوصاً إذا كان الامر ينطوي على جريمة، إذ يعد الرئيس مسئولاً عن جريمة مستقلة، عن جريمة المرؤوس المنفذ للأمر غير المشروع وذلك في المواد (78،98،214) من قانون العقوبات الايطالي. وكذلك القانون العقوبات العسكري في هولندا و اليونان وتركيا وكذلك القانون العراقي في المواد (97،98)، حيث نصت المادة (98) على ما يلي " 1- كل من استعمل نفوذ وظيفته أو مقامه أو رتبته وأمر ما دونه بارتكاب جريمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات. 2-ويعتبر الأمر فاعلاً أصلياً للجريمة إذا تمت الجريمة أو شرع فيها . انظر اسحاق ابراهيم منصور ص 284 وما بعدها.

(3) ومنها قانون العقوبات المصري والسوري واللبناني والثوري الفلسطيني لعام 1979.

(4) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 288.

وهذه التشريعات التي تجرم ابتداء إصدار الأمر العسكري غير المشروع، تنشئ نموذجاً تجريمياً جديداً لفعل إصدار الأمر العسكري غير المشروع، ومثالها القانون العسكري السويدي، والذي ينص على: تجريم إصدار الرئيس للأمر غير المشروع، والنص على اعتباره جريمة إساءة استعمال السلطة أو تجاوز حدود الواجبات، وفي الجرائم الخطيرة يعتبر هذا القانون الرئيس مصدر الأمر انه محرض على ارتكاب هذه الجرائم، ومثالها جرائم القتل أو التجسس أو التخريب، لذلك جاء هذا التشديد للحفاظ على سلامة القوات المسلحة<sup>(1)</sup>.

ومن هذه التشريعات ما يسبغ على فعل إصدار الأمر غير المشروع إحدى أنواع المساهمة الجنائية كالتحريض على الجريمة ومثالها المادة (32) من القانون العسكري الألماني على ما يلي: " يعد تحريضاً على ارتكاب جنائية أو جنحة إصدار الأوامر التي يكون تنفيذها جريمة " ومنها ما ينص على اعتبار مصدر الأمر فاعل للجريمة، ومثال ذلك القانون العسكري العراقي في المادة (98) والتي نصت على ما يلي: " 1- كل من استعمل نفوذ وظيفته أو مقامه أو رتبته وأمر ما دونه بارتكاب جريمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات. 2- يعتبر الأمر فاعلاً أصلياً للجريمة إذا تمت الجريمة أو شرع فيها" ويلاحظ على هذا النص أنه في الفقرة الأولى قرر وضع نموذج تجريمي مستقل لمصدر الأمر العسكري، وفي الفقرة الثانية أسبغ على مصدر الأمر العسكري غير المشروع، صفة الفاعل الأصلي إذا تمت الجريمة، أو شرع في تنفيذها. ويكون بذلك المشرع العراقي أكثر وضوحاً ودقة في بيان حكم مصدر الأمر غير المشروع، ومع التحفظ على استعارة الفاعل الأصلي للصفة الجرمية لفعله، بالاستناد إلى أفعال تصدر من مساهم آخر في الجريمة<sup>(2)</sup>.

---

(1) المرجع السابق ص 285.  
(2) إنظر حكمت سليمان، مرجع سابق ص 143.

في ظل القانون الفلسطيني الثوري الذي لم ينظم نموذج قانوني معين، يجرم فعل إصدار الأمر العسكري غير المشروع - شأنه في ذلك شأن القانون العسكري الاردني والمصري- لذا تطبق الأحكام العامة في قانون العقوبات الثوري الفلسطيني، والأحكام العامة لقانون العقوبات الاردني لعام 1960 النافذ في أرض الدولة الفلسطينية. ويمكن معالجة إصدار الأمر العسكري غير المشروع وفقاً للأحكام العامة بطريقتين.

**الطريقة الأولى:** هي أن أفراد المؤسسة العسكرية والأمنية هم مواطنون يخضعون لأحكام قانون العقوبات العام أو لغيره من القوانين النافذة في البلاد، والتي تنص على جرائم مرتبطة بالسلطة العامة، ويمكن تطبيق أحكام قانون العقوبات، في حال توافق إحدى النماذج التجريبية في قانون العقوبات مع جريمة إصدار الأمر العسكري غير المشروع، وذلك باعتبار الرئيس ( القائد ) هو موظف عام في الدولة، وهذه النماذج التجريبية التي يمكن توافيقها مع إصدار الأمر غير المشروع (1) هي:

1- جريمة اغتصاب السلطة أو جريمة تجاوز الاختصاص طبقاً لنص المادة (171) من قانون العقوبات الثوري والتي نصت على ما يلي " يعاقب بالاعتقال المؤقت سبع سنوات على الأقل كل من :-

أ) اغتصب سلطة سياسية أو مدنية أو قيادة عسكرية.

ب) احتفظ خلافاً لأوامر القيادة العليا بسلطة مدنية أو قيادة عسكرية.

ت) كل قائد عسكري ابقى جنده محتشداً بعد أن صدر الأمر بتسريحه أو تفريقه "

2- جريمة استثمار الخدمة ( الوظيفة العامة) وفقاً لأحكام المواد (244،245) عقوبات ثوري.

3- جريمة اساءة استعمال السلطة وفقاً لأحكام المادة (251) من قانون العقوبات الثوري.

4- جريمة الاخلال بواجبات الخدمة وفقاً لأحكام المواد (252-255) عقوبات ثوري.

(1) حكمت سليمان، مرجع سابق ص 145.

وبإمعان النظر في نصوص هذه المواد، نجد أنها غير كافية لسد الثغرة، المتعلقة بخلو نصوص قانون العقوبات الثوري، من نموذج تجريمي لإصدار الأمر غير المشروع، الأمر الذي دفع المحاكم العسكري الفلسطينية الى محاولة تغطية هذا القصور في القانون، بالاستناد إلى نصوص المواد المذكورة أعلاه أو غيرها، والتي لا تسعف كثيراً المحاكم في سد هذه الثغرة.

وفي إحدى القضايا المعروضة على المحكمة العسكرية الدائمة في فلسطين والتي تدور وقائعها أثناء عمل المتهم في مدينة... قام بإعطاء الأوامر لأفراد القوة بسحب أحد المواطنين (يشكل عاقبة لحركة المرور) ووضعه داخل الدورية والاعتداء عليه بالضرب. حيث قررت المحكمة إدانة مصدر الأمر العسكري الغير مشروع بتهمة الاخلال بالضبط والربط العسكري خلافاً لنص المادة (209) من قانون العقوبات الثوري معللة قرارها بقولها: "... وحيث إنه قد خرق بسلوكه قواعد الضبط والربط العسكري بقيامه بإصدار الأوامر لأفراد الدورية بجلب المشتكي ووضعه في الدورية دون أن يكون هناك سببا لهذا الفعل..." (1).

ويمكن القول بداية أن جريمة الاخلال بالضبط والربط العسكري، لا تنطبق على جريمة إصدار أمر غير مشروع، مما يستبعد تطبيق هذا النص على فعل إصدار الأمر العسكري غير المشروع (2). وإذا ما حاولنا تطويع أحد النصوص السابقة، نجد أنها تبعد كل البعد عن هذه الواقعة، والتي يقترب منها ظاهرياً جريمة اساءة استعمال السلطة العامة في المادة (251) والتي تتحدث عن استخدام الرئيس لسلطته ليعوق تنفيذ أحكام القوانين أو الأوامر القضائية أو الأوامر الصادرة عن السلطات

---

(1) القضية رقم (189/م.د/ 2015) الصادر الحكم فيها بتاريخ 2016/3/16 غير منشور.  
(2) وهي الجريمة التي يطلق عليها " جريمة من لا جريمة له " وهو ما يخالف مبدأ الشرعية الجزائية لعدم وجود فعل أو سلوك محدد، يكون محلاً للركن المادي لهذه الجريمة. والحقيقة أن هذه الجريمة مرتبطة بالانضباط العسكري أو القيادة العسكرية، ومثالها العسكري الذي يطيل سؤاؤه، حال عدم وجود أمر عسكري يمنع ذلك، أو من يرتدي ملابس عسكرية رثة أو متسخة، مما يسيء الى مظهره العسكري، ومثل هذه الامور تكون مخلة بالضبط والربط العسكري أي الصراط الذي تسير عليه أفراد القوات المسلحة بانتظام أثناء أداء الواجب، بما يكفل سير المؤسسة بالصورة التي تتمنى الظهور عليها ( يطلق عليه اصطلاح الانضباط العسكري)، وهو ما عبر عنه القانون في ذات المادة بقوله " ... وحسن النظام..." شريطة أن لا يكون الفعل يشكل جريمة اخرى منصوص عليها في القانون. ولا مجال لانطباق النص على إصدار الامر غير المشروع. للمزيد انظر محمد محمود سعيد، المرجع السابق ص 351.

المختصة، وهو الأمر غير متحقق في هذه الدعوى، على الرغم من أنه يمكن تحقيقه في دعوى ووقائع أخرى، ومثال ذلك أن يصدر الرئيس أمراً غير مشروع الى مرؤوسيه بعد تنفيذ حكم قضائي.

كما أن المصلحة المحمية وفق نصوص المواد (171، 244، 251، 255) هي حماية أمن الدولة الداخلي والإدارة العامة أي أن المصلحة المحمية هي كيان الدولة، وهي لا تمتد الى حماية حقوق وحرّيات الأفراد من الاعتداء عليها من قبل أفراد السلطة العامة. علاوة على أن العقوبات المحددة في هذه المواد لا تتناسب مع جريمة إصدار الأمر العسكري غير المشروع، فالعقوبة المنصوص عليها في المادة (171) عقوبات ثوري لا تقل عن الاعتقال لمدة سبع سنوات، وهي عقوبة لا يمكن تقديرها على فعل المتهم في الدعوى المذكورة اعلاه أمام المحاكم العسكرية الفلسطينية ، لشدة العقوبة قياساً مع الفعل. في حين أن باقي العقوبات لا يتجاوز الحبس ثلاث سنوات على الرغم من أن الفعل المرتكب إنفاذاً لأمر غير مشروع قد تكون عقوبته السجن خمسة عشر عاماً، وبذا تكون عقوبة الفاعل المادي أضعافاً، عقوبة مصدر الأمر غير المشروع، الأمر الذي يوجب علينا البحث في قواعد الاشتراك الجرمي أو المساهمة الجنائية في الأحكام العامة لقانون العقوبات الثوري لتحديد التكيف القانوني لفعل إصدار الأمر العسكري غير المشروع.

**الطريقة الثانية:** وهي تطبيق الأحكام العامة للاشتراك الجرمي:

تناول قانون العقوبات الثوري الفلسطيني أحكام الاشتراك الجرمي في الفصل الثاني من القسم الأول من الباب الرابع في المواد (81-93). ولما كانت القوانين العسكرية - السابق ذكرها - قد تباين في تحديد مسؤولية الرئيس عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع، فمنها من ذهب الى اعتبار الرئيس فاعل للجريمة (1) ، ومنها من ذهب لاعتباره محرضاً على ارتكاب الجريمة (2). وكان قانون العقوبات الثوري لم ينص صراحة على هذه المسألة، نحاول الاطلاع على موقف أحكام هذا القانون

(1) المادة (98) من القانون العراقي السابق ذكرها، المشار إليها لدى حكمت سليمان، مرجع سابق ص 143.

(2) المادة (33) من القانون الالمانى السابق ذكرها، المشار إليها لدى حكمت سليمان، مرجع سابق ص 143.

قواعد الاشتراك الجرمي أو المساهمة الجرمية الوارد ذكرها في المواد (81-93) ومدى انطباقها على إصدار الأمر العسكري غير المشروع وذلك كما يلي:-

**أولاً: المتدخل:-** هو " العمل الذي يرتكبه المساهم في الجريمة، ويساعد على تنفيذ الجريمة، دون أن يشكل هذا النشاط عملاً تنفيذياً للجريمة، كما لو كان المساهم فاعلاً أو شريكاً " (1). فإذا كانت الأفعال التي قام بها الرئيس لا تشكل دوراً رئيساً في تنفيذ الجريمة، ولكنها ترتبط بفعل المنفذ ونتيجة الجريمة بصلة السببية كان دوره متدخلاً في الجريمة، علاوة دوره كمصدر لهذا الأمر غير المشروع. وتطبق عليه أحكام المواد (88-89) من قانون العقوبات العسكري، ولكن لا تنطبق أحكام هذه المواد على إصدار الرئيس للأمر غير المشروع، كون فعل الإصدار يشكل دوراً رئيساً في الجريمة، وليس دوراً تبعياً. وبذلك فإن أحكام التدخل لا تسعف في بيان دور الرئيس في إصدار الأمر غير المشروع.

**ثانياً: الفاعل:-** عرفت المادة (81) من قانون العقوبات الثوري الفاعل " فاعل الجريمة هو من أبرز إلى حيز الوجود العناصر التي تؤلف الجريمة أو ساهم مباشرة في تنفيذها ". فإذا كان الفاعل المادي من أبرز بنفسه عناصر الجريمة إلى الوجود، فإن الفاعل المعنوي هو من يبرز بواسطة غيره، عناصر الجريمة إلى حيز الوجود (2). مثاله: من يعطي السم لشخص آخر حسن النية على أنه دواء ليضعه في طعام المجني عليه، أو من يحرض مجنون على قتل المجني عليه. ويظهر الفرق بين الفاعل المعنوي والمحرض، أن الفعل لدى الفاعل المعنوي يوجه إلى شخص غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية أو حسن النية، أما التحريض فلا يكون إلا إلى شخص أهلاً لحمل المسؤولية الجنائية، بحيث يخلق التصميم لديه على ارتكاب الجريمة.

(1) نظام توفيق المجالي، مرجع سابق ص 348.

(2) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 574.

فما هو حكم الرئيس مصدر الأمر العسكري غير المشروع، والمنطوي تنفيذه على ارتكاب جريمة،

وما هو حكم الرئيس إذا لم ينفذ المرؤوس الأمر غير المشروع؟

لقد تقدم القول أن فكرة الفاعل المعنوي تقوم على أن المرؤوس منفذ الأمر حسن النية، كما ان إصدار

الأمر غير المشروع ينطوي على ثلاثة احتمالات:

1- أن ينفذ المرؤوس " حسن النية " الأمر غير المشروع، وتتم الجريمة مضمون الأمر، فيكون

حكم الرئيس مصدر الأمر العسكري، حكم الفاعل المعنوي للجريمة، ويعاقب بالعقوبة الأصلية

للجريمة، سنداً لحكم المادة (81) من قانون العقوبات الثوري بينما يكون منفذ الأمر العسكري

حسن النية، مما يمتنع معه مسائلته جزائياً لعدم توافر القصد الجنائي "الركن المعنوي". بينما

يذهب الفقه المصري الى اعتبار مثل هذه الحالة، هي اشتراك جرمي بين "فاعل" حسن النية

وشريك استغله لتنفيذ الجريمة (1). وبهذا تقول محكمة النقض المصرية " إذا ارتكب موظف

جريمة بحسن نية، فهذا لا يمنع من محاكمة شريكه سيئ النية (2). وفي قرار اخر: " وعدم

وجود القصد الجنائي لدى فاعل الجريمة لا يستتبع براءة الشريك ما دام الحكم قد أثبت

الاشتراك في حقه (3).

2- ان ينفذ المرؤوس الأمر غير المشروع عن سوء نية لديه (يعلم عدم مشروعية الأمر، أو كانت

عدم المشروعية واضحة)، فإن فكرة الفاعل المعنوي لا يمكن تطبيقها، لكونها تقوم على فكرة

أن منفذ الجريمة هو أداة في يد الفاعل المعنوي سواء لكونه غير أهل للمسؤولية الجزائية أو

أنه حسن النية، ولما كان المرؤوس اهلاً للمسؤولية الجزائية، وبذات الوقت غير حسن النية،

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص379.

(2) نقض 26 يوليو 1910 فضلى ص 122 بند 1، مشار اليه لدى سيد حسن البغال، موسوعة التعليقات على قانون العقوبات والقوانين المكملة، الجزء الاول، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى 1965، ص 155.

(3) نقض إبريل 1957 الأحكام س 8 ع 2 س 339 رقم 90 ، المرجع السابق ص155.

فلا تتحقق مسئولية الرئيس بالاستناد الى فكرة الفاعل المعنوي كون المرؤوس سبب النية وليس مجرد اداة في يد الرئيس. بيد أنه يمكن القول إن كل من الرئيس والمرؤوس شركاء في ارتكاب الجريمة. وبذا يتحقق الاشتراك الجرمي سنداً لأحكام المادة (82) من قانون العقوبات الثوري.

3- إذا رفض المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري، كونه واضحاً عدم المشروعية. فإنه لا يمكن مسألة الرئيس بصفته فاعل معنوي للجريمة، ما لم تتم الجريمة أو يشرع في تنفيذها من قبل المرؤوس.

وبذلك نجد أن فكرة الفاعل المعنوي، غير قادرة على وضع قاعدة قانونية لمعالجة المسئولية الجزائية عن إصدار الأمر غير المشروع، ولا تثريب على القضاة تطبيق أحكام الحالة الأولى وإدانة مصدر الأمر غير المشروع كفاعل معنوي للجريمة. وفقاً لنص المادة (81) من قانون العقوبات الثوري، وفي الحالة الثانية تطبيق أحكام الاشتراك الجرمي، وفقاً لأحكام المادة (82) من ذات القانون.

**ثالثاً: المحرض:** وهو " من يخلق التصميم على ارتكاب جريمة لدى شخص آخر بنية دفعه الى تنفيذها، أو مجرد محاولة خلق التصميم"<sup>(1)</sup>. وقد عرفت المادة (86) عقوبات ثوري، المحرض بما يلي: " 1- يعد محرضاً من حمل أو حاول أن يحمل شخصاً آخر بأية وسيلة كانت، على ارتكاب الجريمة. ب- إن تبعة المُحرض مستقلة عن تبعة المحرض على ارتكاب الجريمة ". ونلاحظ أن استخدام المشرع، عبارة "بأية وسيلة كانت" يعني أو استخدام الرئيس لسلطته<sup>(2)</sup> بإصدار الأمر العسكري غير المشروع، هو إحدى هذه الوسائل.

(1) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 616.  
(2) حيث نص قانون العقوبات الاردني صراحة على اساءة استخدام . السلطة العامة في المادة (80) بقولها " أ- يعد محرضاً من حمل أو حاول أن يحمل شخصاً آخر على ارتكاب جريمة باعطائه نقوداً أو تقديم هدية له أ، بالتأثير عليه بالتهديد أو الحيلة والخديعة أو بصرف النقود أو باساءة الاستعمال في حكم الوظيفة "

وقد قرر قانون العقوبات الثوري عقوبة المحرض على الجريمة، كعقوبة الفاعل للجريمة، حيث نصت المادة (87/أ) على ما يلي: " يتعرض المحرض لعقوبة الجريمة التي أراد أن تقترب سواء كانت الجريمة ناجزة أو مشروعاً فيها أو ناقصة " .

فهل تنطبق أحكام التحريض على مصدر الأمر غير المشروع في حالة تنفيذ الأمر، أو في حالة عدم التنفيذ؟ نجد أن إصدار الأمر العسكري غير المشروع وتكليف المرؤوس بتنفيذه، هو حمل للمرؤوس تحت وطأة الطاعة العسكرية إلى تنفيذ الأمر، حيث إن فعل الرئيس باستخدامه الأمر العسكري، وهو تطبيق لإحدى صور " بأية وسيلة كانت " ما هو إلا تحريض على ارتكاب الجريمة. فإذا ما تحقق الركن المعنوي بطبيعة الحال تتحقق جريمة التحريض من قبل الرئيس للمرؤوس بارتكاب الجريمة، ويعاقب المرؤوس منفذ الأمر الغير مشروع كفاعل للجريمة، وبذا يكون الرئيس محرضاً على ارتكاب الجريمة، وهو مساهم فيها كمحرض ولكن تكون عقوبته ذات عقوبة الفاعل. (1)

وتتميز المساهمة بالتحريض عن الاشتراك كفاعل معنوي، أن مصدر الأمر العسكري يتعرض للعقاب المقرر للجريمة الأصلية سواء تمت جريمة التحريض أو لا، أي أن العقاب يقرر بحق مصدر الأمر العسكري، سواء قبل به المرؤوس ونفذه أم لم ينفذه؛ فبمجرد إصدار الأمر العسكري الغير مشروع، استحق الرئيس العقاب عن فعل الإصدار. وذلك بخلاف الفاعل المعنوي الذي لا يجرم فعله إذا رفض المرؤوس تنفيذ الأمر غير المشروع. بيد أن عقوبة المحرض تخفض، ويعامل المحرض بالعقوبة المقررة للمتدخل في الجريمة وفقاً لأحكام المادة (89) عقوبات ثوري، إذا رفض المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري غير المشروع، بمعنى يعاقب المحرض على مجرد التحريض ولو لم يؤدي إلى غايته، حيث نصت المادة (87/ب) عقوبات ثوري على ما يلي " إذا لم يفض التحريض على ارتكاب جناية أو جنحة إلى نتيجة خفضت العقوبة بالنسبة للتي حددتها المادة (89) بفقراتها (ب، ج، د) " ،

(1) كامل السعيد، مرجع سابق ص 397.

والمادة (89) قد نصت على ما يلي: " ب- أما سائر المتدخلين فيعاقبون بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة من اثنتي عشرة سنة إلى عشرين سنة إذا كان الفاعل يعاقب بالإعدام.

ج- وإذا كان عقاب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد حكم على المتدخلين بالعقوبة نفسها عشرة سنين على الأقل.

د- وفي الحالات الأخرى تنزل عقوبة التدخل حتى النصف، ويمكن انزال التدابير الاحترازية بهم كما لو كانوا هم انفسهم فاعل الجريمة".

ويبقى حكم إصدار الأمر العسكري غير المشروع، الذي نفذه مرؤوس حسن النية، أي لا يعلم بعدم مشروعية الأمر، أو لم تكن ظاهرة، فنفذ الأمر العسكري عن حسن نية. ولما كانت أحكام التحريض تقوم على فكرة خلق التصميم على ارتكاب الفعل المؤثم، وهو الأمر الغير متحقق في هذه الحالة، إذ أن المرؤوس لم يكن له تصميم على ارتكاب جريمة، وإنما يقوم حسب اعتقاده الى تنفيذ الواجب القانوني. فإن الركن المادي المتمثل بخلق التصميم لدى المرؤوس على ارتكاب الجريمة غير متحقق بالنسبة لمصدر الأمر غير المشروع<sup>(1)</sup>، وبذا يظهر القصور لدى فكرة النموذج التجريبي لجريمة التحريض لمعالجة أوجه إصدار الأمر غير المشروع.

نستخلص مما تقدم وجود ثلاث حالات لإصدار الأمر غير المشروع، لأيمن لإحدى القواعد العامة في المساهمة الجنائية معالجتها وهي كما يلي:

1- بالنسبة للفاعل المعنوي: إذا رفض المرؤوس تنفيذ الأمر غير المشروع.

2- بالنسبة للفاعل المعنوي: إذا نفذ المرؤوس " سيء النية " الأمر العسكري غير المشروع.

3- بالنسبة للمحررض: إذا نفذ المرؤوس حسن النية الأمر غير المشروع.

(1) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 619.

بداية يمكن القول انه لا يوجد في القانون الجنائي ما يمنع قاضي الموضوع من اللجوء إلى القاعدة القانونية المنطبقة على الواقعة المعروضة عليه، بمعنى أن القاضي يستطيع اللجوء إلى أحكام التحريض لتطبيقها على الحالة الأولى والثانية، بحيث يعاقب مصدر الأمر العسكري، كونه محرض إذا ما رفض المرؤوس تنفيذاً لأمر الغير المشروع، ويعاقب وفق أحكام المادة (87/ب) عقوبات ثوري. وفي الحالة الثانية، يمكن للقاضي ان يطبق على الرئيس مصدر الأمر، كمحرض على ارتكاب الجريمة، كشريك بالتحريض للمرؤوس سيء النية في الجريمة، ويقرر له العقاب، بمقدار عقوبة الشريك (الفاعل الأصلي) في الجريمة، وفقاً لأحكام المادة (87/أ) عقوبات ثوري.

أما الحالة الأخيرة، فيستطيع قاضي الموضوع تطبيق أحكام الفاعل المعنوي، بحيث يقرر مسئولية الرئيس كفاعل للجريمة، إذا ما نفذ المرؤوس حسن النية للأمر العسكري<sup>(1)</sup>. ونظراً لعدم إمكانية الاستناد إلى أي من هذه القواعد منفردة، التحديد الأساسي القانوني لمسئولية الرئيس، عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع، نجد أن التشريعات التي تناولت تجريم هذا الفعل، قد تباينت في تحديد القاعدة لتي تستند إليها، بين الفاعل المعنوي والمحرض -كما سبق القول- مما أدى إلى ازدواج التكييف القانوني للفعل الواحد، لا سيما أن هذا الازدواج مصدره فعل المرؤوس، من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه للأمر العسكري، وفيما إذا كان حسن النية أم لا، وكأن التكييف القانوني لجريمة الرئيس مرتبط ببيد المرؤوس وفعله " إرادة غيره " الأمر الذي لا يتفق والأحكام العامة للقانون. لذا فإن الأمر لا يخلو من الحاجة الى وضع قاعدة اساسية واضحة " نموذج تجريمي"، تجرم إصدار الأمر العسكري غير المشروع، وعدم الارتكان الى القواعد العامة في المساهمة الجنائية لمعالجة هذه المسألة، وتشديد العقاب على الفاعل (مصدر الأمر) وذلك للأسباب الآتية:

(1) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 765.

1- كون مصدر الأمر رئيس عسكري (موظف عام) يتمتع بالسلطات العامة، الممنوحة للموظفين

للنهوض بالمصلحة العامة، وإن استخدام هذه السلطة لأسباب غير مشروعة، يؤثر على

استقرار النظام العام في البلاد (1).

2- كون المرؤوس واستناداً الى واجب الطاعة العسكرية، يجب عليه تنفيذ الأوامر الصادرة إليه،

بالإضافة إلى خبرة المرؤوس البسيطة، مما يخفى على المرؤوس عدم مشروعية الأمر، فيعمد

لتنفيذ الأمر غير المشروع عن حسن نية (2).

3- الصفة العسكرية للرئيس، توجب عليه الانضباط والالتزام بأحكام القانون، كونه الجهة الحامية

للتطبيق السليم لأحكام القانون، لذا نص قانون العقوبات العسكري في المادة (124) مكرر تشديد

العقاب لمجرد الصفة العسكرية للفاعل.

وعليه يمكن القول ولغاية علاج مسألة إصدار الأمر غير المشروع من ضرورة أيراد النصوص

الجزائية (النماذج التجريبية) التالية:

المادة (203) مكرر: أ- يعاقب الرئيس (القائد) على إصداره أمراً غير متعلق بواجبات الخدمة

العسكرية ما لم ينطو الأمر على جريمة بعقوبة الحبس ثلاثة اشهر على الأقل.

ب- يعاقب الرئيس (القائد) على إصداره أمراً ينطوي على جنحة أو جناية بعقوبة الفاعل الأصلي

للجريمة، وإذا تم التنفيذ أو الشروع في الجريمة يضاف إلى العقوبة بمقدار ثلثها.

ونلاحظ من خلال هذا النص المقترح، أنه ينظر إلى مصدر الأمر كفاعل خاص للجريمة، بحيث

ينطبق التكييف القانوني على الفاعل " الرئيس " مصدر الأمر غير المشروع هذه الصفة، إذا كان منفذ

(1) كامل السعيد، مرجع سابق ص397.

(2) حكمت سليمان، مرجع سابق ص 37.

الأمر العسكري حسن النية أو كان سيء النية، كما أنه ينطبق إذا نفذ المرؤوس للأمر العسكري غير المشروع أم لم ينفذ الأمر.

### المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية عن تنفيذ الأوامر غير المشروعة

تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري يدخل ضمن أداء الواجب الوظيفي للمرؤوس، والذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة بحسب الأصل، أي أن غاية المرؤوس من تنفيذه للأوامر العسكرية تحقيق الصالح العام. بيد أن المرؤوسين (الموظفين) كغيرهم من البشر، ليسوا على حدّ سواء، في استهدافهم المصلحة العامة، من أداء واجباتهم وتنفيذ أوامر رؤسائهم، فقد يخرج بعضهم عن الصراط القانوني المنظم للوظيفة العامة، ابتغاء تحقيق مصالح أخرى غير المصلحة العامة.

فقيام المرؤوس بأداء الواجب بحسن نية، على أساس تحقيق الصالح العام - كما تقدم - متحرياً لهذه الغاية في تنفيذه للأوامر العسكرية وفقاً لما تقرره القوانين، مما يسبغ عليه الصفة القانونية، ويبيح هذا العمل، حتى إذا ترتب على تنفيذه للأمر، فعل ينطبق عليه أحد النصوص التجريبية، كاستخدام القوة والعنف لفض شجار عنيف يشكل خطراً على الأمن والنظام العام، فأحداث إصابات بين صفوف المتشاجرين، لا يترتب عليها مسائل جزائية أو تأديبية أو مدنية، إذ أن الفعل الذي اقدم عليه أفراد القوة مباحاً، لكونه تنفيذاً للواجب وأوامر الرؤساء المشروعة وفقاً لأحكام المادة (57) عقوبات ثوري، طالما كان التنفيذ وفقاً للقواعد المقررة لاستخدام القوة.

بيد أن بعض المرؤوسين قد يجنحوا عن الغاية التي من أجلها حُوّلوا استخدام أدوات السلطة العامة، فيستخدموا هذه السلطة لتحقيق أهداف ومصلحة خاصة أو خارجة عن الغاية العامة، وهي تحقيق الصالح العام. إذ تتحرف النية لديهم عن الغاية من تحويلهم أدوات السلطة العامة، والتي هي بالنسبة لرجل الشرطة مثلاً تحقيق الأمن والنظام العام، فقيام أفراد الشرطة بتنفيذ أمر رئيسهم باستخدام العصي والهراوات لكسر شوكة أحد الاطراف المتشاجرين في المثال السابق، أو تجاوز المرؤوسين

الحدود المذكورة بأوامر الرؤساء، كأن يصدر أمر من وكيل النيابة بتفتيش انثى وفقاً للأصول، ونظراً لعدم وجود شرطية (انثى) تتولى التفتيش، فيتولى عضو الضابطة القضائية بنفسه تفتيش انثى دون انتداب انثى لذلك، أو أن يصدر أمر الى المرؤوس باستخدام السلاح الناري في غير الحالات المسوح بها باستخدام القوة والسلاح الناري. عُد ذلك خروجاً عن استهداف المصلحة العامة، التي تُولي الرئيس والمرؤوس ادوات السلطة العامة لتحقيقها.

فحيثما يستهدف الموظف العام المصلحة العامة من أدائه للواجب الوظيفي - كما تقدم القول - كان أداء الواجب سبب للإباحة، وحيثما تخرج إرادة المرؤوس في تنفيذه للأمر العسكري عن تحقيق المصلحة العامة، باستهداف مصلحة أخرى، كان ذلك دالاً على سوء نيته، وانحرافه عن تطبيق أحكام القانون (الفرع الأول). فاستهداف المصلحة العامة هو شرط مفترض لحسن النية لدى المرؤوس (1) ، فإذا نُفذ المرؤوس الأمر العسكري غير المشروع، طائناً مشروعياً الأمر العسكري واستهدافه المصلحة العامة، أي الغلط في مشروعية الأمر كان ذلك دالاً على حسن نيته (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول : المسؤولية الجزائية عن تنفيذ المرؤوس للأمر غير المشروع**

تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري المشروع، يعد - كما تقدم القول - أداء للواجب سبباً للإباحة، غير أن المرؤوس قد يصدر إليه الأمر العسكري غير المشروع، ويتولى تنفيذه طبقاً لمبدأ الطاعة العسكرية، وما يترتب على هذا التنفيذ من ارتكاب افعال مجرمة، يكون المرؤوس من خلالها عرضة للمسائلة الجزائية.

إذ أن القانون قد أوجب إباحة تنفيذ الأوامر المشروعة، وإن ترتب على تنفيذها فعلاً مجرمًا، أما الأوامر غير المشروعة، فإنها مخالفة لأحكام القانون، الذي لا يتأتى له أن يأمر بارتكاب جريمة. ولما

(1) رفعت رشوان، المسؤولية الجنائية عن اساءة استعمال السلطة الشرطة في مجال الضبط القضائي، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى 2012 ص 76 وما بعدها.

كان إقدام المرؤوس على تنفيذ الأمر العسكري الذي يعلم عدم مشروعيته على صورتين. الصورة الأولى: علم المرؤوس بعدم مشروعية الأمر العسكري، والإقدام على تنفيذه رغبة منه وسوء نية لدى المرؤوس. والصورة الثانية: علم المرؤوس بعدم مشروعية الأمر العسكري، والإقدام على تنفيذه للأمر وفقاً لمبدأ الطاعة العسكرية.

**الفقرة الأولى: صورة اقدام المرؤوس على تنفيذ الأمر العسكري غير المشروع، عن سوء نية لديه** فإنها لا تلقى صعوبة في تحديد مسؤولية المرؤوس الجزائية، جراء تنفيذه لهذا الأمر، إذ أنه يخرج بسوء نيته عن مقتضيات الوظيفة العامة، والتي توجب عليه الالتزام في أدائه لواجبه بأحكام القانون؛ أي أن المرؤوس لا يحق له الاعتداد بأداء الواجب والصفة الوظيفية العامة؛ لتبرير عمله الاثم. فهو بسوء نيته الواضح أثناء تنفيذ الأمر العسكري، يكون قد خرج عن الغاية المعطى للموظف العام، من استخدامه وممارسته للسلطة العامة، ألا وهي المصلحة العامة، وجنح لاستخدام هذه السلطة لأهواء خاصة مؤثمة.

فيخضع المرؤوس بسوء نيته وصنيع فعله المجرم الى أحكام قانون العقوبات كفاعل للجريمة، ولا يحق له التذرع بالوظيفة العامة، من خلال قيامه بالواجب، أو بتنفيذه للأمر العسكري الصادر عن رئيسه، علاوة على مسؤولية الرئيس مصدر الأمر العسكري، كمحرض على ارتكاب هذه الجريمة - كما تقدم القول- وفي هذا جاء قرار محكمة النقض المصرية " ما يقوله الطاعن خاصاً بعدم مسؤوليته عن جريمة اختلاس أموال أميرية طبقاً لنص المادة (63) من قانون العقوبات؛ لأنه إنصاع لرغبة رئيسه المتهم الأول -هذا القول مردود بأن فعل الاختلاس الذي أسند إليه وادانته المحكمة به هو عمل غير مشروع، ونية الإجرام فيه واضحة، بما لا يشفع للطاعن فيما يدعيه من عدم مسؤوليته - بل إن إقدامه على ارتكاب هذا الفعل يجعله أسوأ بالمتهم الأول في الجريمة " (1).

(1) الطعن رقم (1532 لسنة 27 ق- جلسة 1958/3/17، ص9، 289) المشار اليه لدى معوض عبد التواب، مرجع سابق ص 163.

وقد قضت أيضاً في حكم آخر لها في قضية مفادها، قيام شرطي بالمناداة على المجني عليه للتوقف، بعد اشتباه الشرطي به، إلا أن المجني عليه اسرع في سيره فلحق به الشرطي واطلق عليه عياراً نارياً من سلاحه فأصابه في وجهه وأرداه قتيلاً، فدفع المتهم " الشرطي " التهمة الموجهة إليه بقتل المجني عليه قصداً، بأنه قام بهذا الفعل تنفيذاً للواجب بصفته موظفاً عاماً طبقاً لنص المادة (63) من قانون العقوبات المصري. حيث قررت محكمة الموضوع أن الطاعن لم يلتزم بالتعليمات المرعية بشأن استخدام السلاح الناري، إذ أنه في حالة اشتباه الشرطي بشخص ما، يجب عليه المناداة ثلاث مرات، فإذا لم يجيب وأمعن في سيره، أطلق الشرطي في الفضاء عياراً نارياً للإرهاب، فإذا حاول المشتبه به الهرب، أطلق الشرطي صوب ساقيه عياراً آخر يعجزه عن الفرار. فقالت محكمة النقض في هذا الرأي من الحكم ما يلي "... ولما كان ذلك، وكان ما أتاه الطاعن قد ينم عن استهانتته بالتعليمات المفروضة عليه رعايتها، واستخفافه بالأرواح لا يجيزه القانون، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بهذا الوجه من الطعن يكون في غير محله. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه، قد عرض لنية القتل وأثبت توافرها في حق الطاعن..." (1).

وبذلك نجد أن محكمة النقض قد اعتبرت تنفيذ الأمر غير المشروع، أو القيام بالواجب خلافاً لما تقرره القوانين والأنظمة المنظمة لأداء الواجب، هو خروج عن الواجب، مما ينفي قبول الدفع بالصفة الوظيفية وأداء الواجب في القيام بهذه الأفعال، ويحكم على المرؤوس المنفذ على أساس أنه شخصاً عادياً قام بالفعل، فإذا انطبقت عليه أحكام التجريم والعقاب المقررة في النموذج القانوني تم معاقبته وفقاً لها، ويتبين لنا ذلك من قول المحكمة "... ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد عرض لنية القتل وأثبت توافرها..." أي أن محكمة النقض ومحكمة الموضوع قد استبعدت أولاً الدفع بأداء الواجب لخروجه على أحكام القانون. وثانياً تثبتت المحكمة من توافر أركان الجريمة وفقاً للأصول الجزائية.

(1) الطعن رقم (8981 لسنة 64 ق، جلسة 2 إبريل سنة 1996) الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض، مرجع سابق ص 431.

وعليه فإن فعل المرؤوس بتنفيذه للأمر العسكري غير المشروع، يعاقب عليه بصورة مباشرة كفاعل للجريمة محل الأمر العسكري، الذي يعلم عدم مشروعيته، بالإضافة إلى مسؤولية الرئيس مصدر الأمر العسكري. بيد أن الأمر يحتاج من قاض الموضوع مزيداً من البحث والدقة، وذلك من خلال تمييزه بين حالتين، الأولى: فيما إذا كان المرؤوس بإقدامه على تنفيذ الأمر غير المشروع مع علمه بعدم المشروعية، إذا ما كان مصراً وموغلماً في نيته الجرمية الاثمة، إلى ارتكاب الجريمة تحقيقاً لمكاسب واهداف خاصة، كما هو الحال في المثال الأول "قضية اختلاس المال العام، أو كحالة من يطلق النار على شخص ما، بناء على أمر غير مشروع، ولغاية في نفس المتهم (حالة العداء السابق أو الانتقام مثلاً)". والحالة الثانية: وهي اقدام المرؤوس على تنفيذ الأمر غير المشروع مع علمه بعدم المشروعية نتيجة إهمال أو طيش، كما في المثال الثاني "قضية القتل". إذ أن الأولى تشديد العقوبة باتجاه حدودها القصوى في الحالة الأولى، وتخفض العقوبة باتجاه حدودها الدنيا في الحالة الثانية.

#### الفقرة الثانية: صورة إقدام المرؤوس على تنفيذ الأمر مع علمه بعدم مشروعية الأمر العسكري

أي علم المرؤوس بعدم المشروعية الظاهرة والإقدام على التنفيذ وفقاً لمبدأ الطاعة العسكري، التي توجب على المرؤوس تنفيذ الأوامر العسكرية دون تردد أو تأخير، وقد اختلفت التشريعات الجزائية في تحديد مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأمر العسكري الظاهر عدم مشروعيته، وذلك تبعاً لاختلاف النظريات الفقهية التي تقرر مدى أحقية المرؤوس في مراقبة مشروعية الأمر العسكري، فكلما كان للمرؤوس الحق في مراقبة مدى مشروعية الأمر العسكري، كلما ازداد مقدار مسؤولية المرؤوس الجزائية عن تنفيذ الأمر العسكري، وكلما انخفض أو انعدم حق المرؤوس في مناقشة مدى مشروعية الأمر العسكري، كان فعل المرؤوس مباحاً، ونتعرض للنظريات الفقهية التي تعلل وتوضح مدى حق المرؤوس بمناقشة مشروعية الأمر العسكري، لتحديد المسؤولية عن تنفيذ الأمر العسكري، وثم موقف التشريعات العسكرية ولا سيما قانون العقوبات الثوري الفلسطيني.

## أولاً: النظريات الفقهية

توضح النظريات الفقهية الطاعة الواجبة على المرؤوس للرئيس، وبيان مدى حق المرؤوس في مراقبة مدى مشروعية الأمر العسكري، فكلما ثبت للمرؤوس حق مراقبة مدى مشروعية الأمر، اجاز له الفقه عدم تنفيذ الأمر غير المشروع، بل أوجب عليه ذلك، إذ أن الغاية من قيام السلطة العامة هي تحقيق المصلحة العامة من خلال تنفيذ أحكام القانون. وكلما قرر الفقه تحقيقاً لسلامة سير المرافق العامة، عدم امكانية مراقبة مشروعية الأمر، أوجب على المرؤوس تنفيذ الأمر دون مناقشة أو تردد بافتراض مشروعيته.

حيث تقوم نظرية الطاعة العمياء على فكرة واضحة، مفادها وجوب تنفيذ الأمر العسكري المشروع وغير المشروع، وهي بذلك تلغي حق المرؤوس في مراقبة مشروعية الأمر العسكري. وما يترتب على ذلك من إباحة تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري غير المشروع. بيد أن هذه النظرية مع وجاهتها وتوافقها مع الطبيعة العسكرية، إلا أنها تجاهلت مبدأ المشروعية، والذي أضحى أحد عناصر الدولة القانونية الحديثة. لذا ظهرت نظرية المشروعية والتي تقوم على فكرة أن الرئيس والمرؤوس موظفون يخضعون لأحكام القانون، فكما يلتزم الرئيس بأحكام القانون، يلتزم المرؤوس بأحكام القانون، فإذا تعارضت أوامر الرئيس مع أحكام القانون، وجب على المرؤوس تغليب واجب طاعة القانون على أوامر الرئيس، كون أن الطاعة الاخيرة تأخذ قوتها الالزامية وواجب الطاعة من خلال أحكام القانون.

ويلاحظ أن نظرية المشروعية تعطي المرؤوس الحق المطلق في مراقبة مشروعية الأمر الصادر إليه، وعليه يتحمل المرؤوس المسؤولية الجزائية الكاملة عن تنفيذه للأمر غير المشروع، وهي بذات الوقت تنصب المرؤوس قاضي مشروعية للأوامر الصادرة إليه من رئيسه، الأمر الذي لا يتفق مع النظام التسلسلي للإدارة ومؤسسات الدولة، ويؤدي الى عرقلة سير المرافق العامة وانتشار الفوضى

بها، كما يصعب تطبيقها على أفراد المؤسسة العسكرية، مما دفع جانب من الفقه الاتجاه الى نظريه توفيقه بين النظريتين السابقتين.

وقد حاولت النظرية الوسط الجمع ما بين فكرة مبدأ الطاعة ومبدأ المشروعية، وذلك من خلال نظريتين:

1- **نظرية الاعتراضات:** مفادها قيام المرؤوس بتبنيه الرئيس بوجود المخالفة في الأمر الصادر

إليه، فإذا أصر الرئيس على التنفيذ، وجب على المرؤوس تنفيذ الأمر. وعلى الرغم من أن

هذه النظرية تُعد أول محاولة فقهية للخروج على مبدأ الطاعة المطلقة<sup>(1)</sup>، إلا أنها أوجبت

على المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري إذا ما أصر الرئيس على التنفيذ، وبذلك ينتقي حق

المرؤوس في مراقبة مشروعية الأمر، فيباح له تنفيذ الأمر غير المشروع وفقاً لهذه النظرية.

2- **النظرية الشكلية:** والتي تقوم على حق المرؤوس في مراقبة مشروعية الأمر من الناحية

الشكلية (الاختصاص والشكل)، أما الشروط الموضوعية فلا يستطيع المرؤوس مراقبتها. فإذا

صدر الأمر وفقاً للاختصاص الوظيفي وضمن الواجبات الوظيفية وبالشكل المحدد في

القانون، ولكنه غير مشروع وبصورة ظاهرة وجب على المرؤوس تنفيذه<sup>(2)</sup>، وهو ما يعني عدم

الإقرار للمرؤوس بمراقبة مشروعية الأمر إذا كان يتضمن مخالفة للقانون بصورة واضحة،

وعليه فإن تنفيذه للأمر غير المشروع من الناحية الموضوعية - وفقاً لهذه النظرية- يكون

مباحاً.

ولما كانت هذه النتائج التي توصلت إليها هذه النظريات، لا تتفق مع معطيات قيام الدولة

الحديث، والتي تقوم على سيادة القانون واحترام الحقوق والحريات الأساسية للإنسان. والنص عليها

(1) صالح البرغوثي، مرجع سابق ص158.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص275. حكمت سليمان، مرجع سابق ص 66. عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص401.

صراحة في المواثيق الدولية ودساتير الدول، ولما عاصر الحرب العالمية الأولى والثانية من أعمال إجرامية، هزت المجتمع الدولي برمته، فقد أحدثت ثورة فقهية وتشريعية، على هذه النظريات الفقهية، وهو ما يعد بمثابة انقلاب فقهي و تشريعي على أحكام النظريات الفقهية السابقة<sup>(1)</sup>، وهو ما يطلق عليه بنظرية "الحراب الواعية":

ذهب الفقه الحديث وغالبية التشريعات الجزائية الحديثة، إلى القول بأن أفراد قوى الأمن، وأفراد المؤسسة العسكرية، ليسوا ادوات عمياء، أو آلات صماء في يد الرؤساء، بل هم وقبل أن يكونوا عساكر، هم مواطنون احرار، يرتدون الزي الكاكي، وهم أقدر فئات المجتمع على تحقيق الأمن والعدل للمجتمع، من خلال أداء واجبهم الوظيفي في بناء الدولة الحديثة، ولا يتأتى لأفراد قوى الأمن تحقيق ذلك، إلا من خلال منحهم حق مراقبة مشروعية الشروط الشكلية للأمر العسكري (رقابة شكلية)، والاحجام عن منحهم حق مراقبة الشروط الموضوعية للأمر العسكري، الا في حالة واحدة، وهي احتواءه على مخالفة ظاهرة لأحكام القانون<sup>(2)</sup>.

وتضع نظرية الحراب الواعية معياراً لمدى مراقبة المرؤوس لعدم مشروعية الأمر العسكري، يتناسب مع طبيعة حياة المؤسسة العسكرية الواعية - والتي لم تعد بعد آلة صماء- بحيث إذا كانت عدم المشروعية واضحة بجلاء، لا تخفى على الشخص العادي - كما تقدم القول- وجب على المرؤوس عدم تنفيذ الأمر العسكري وإلا تحمل المسؤولية الجزائية عن هذا التنفيذ غير المشروع، أما إذا لم تطفوا عدم المشروعية الى السطح، بحيث تخفى على الشخص العادي، أو لم يدركها المرؤوس، أو إذا شك بوجودها، وجب عليه تنفيذ الأمر العسكري، ونحيل بيان حكم المسؤولية الجزائية عن هذا التنفيذ الى الفرع الثاني.

(1) عاصم عجيلة، مرجع سابق ص236.  
(2) فلاح عواد العنزي، الجريمة العسكري في التشريع الكويتي المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1996 ص 254 وما بعدها .

وبذا نجد أن هناك تطوراً وتغيراً في رأي الفقه والتشريع، والذي كان قديماً يوجب على المرؤوس تنفيذ الأمر الغير مشروع بصورة مطلقة، ويقرر بذات الوقت إباحة تنفيذ المرؤوس على اساس فكرة الاكراه المعنوي، لا سيما في المؤسسة العسكرية. أو على اساس فكرة حسن النية لدى المرؤوس أي انعدام الركن المعنوي في الجريمة. بينما ادى هذا التطور في الفقه الحديث الى استبعاد فكرة الاكراه المعنوي، وإن إقدام المرؤوس على تنفيذ أمر عسكري واضح عدم مشروعيته، يعني استبعاد حسن النية لديه - كما سنوضح ذلك لاحقاً- وبذلك استقر الفقه الحديث إلى فكرة عدم المشروعية الواضحة كأساس لتبرير فعل المرؤوس أو عدم تبريره؛ بمعنى أنه إذا كانت عدم المشروعية غير واضحة أمكن ذلك تبرير تنفيذ المرؤوس للأمر الغير مشروع، في حين إذا كان الأمر غير مشروع بصورة واضحة، فإن ذلك لا يقبل لتبرير تنفيذ المرؤوس للأمر الغير مشروع بصورة واضحة (1).

### ثانياً: التشريعات الجزائرية

تبنت التشريعات الجزائرية الحديثة نظرية الحراب الواعية، بعد الحرب العالمية الثانية، وذلك نتيجة لما عاناه المجتمع الدولي من ويلات في هذه الحرب، لا سيما ما ارتكبه النازيون من جرائم خطيرة ضد البشرية. وظهرت هذه النظرية في التشريع الفرنسي، من خلال المرسوم رقم (66/749) الصادر بتاريخ 1966/10/1 بشأن تنظيم الخدمة في الجيش، حيث نصت المادة (18) من هذا المرسوم على التزام أفراد القوات المسلحة بالقانون قبل التعليمات أو الأوامر والنظام، وجرمت المواد (21،23،34،35) من ذات المرسوم تنفيذ المرؤوس لجرائم الاعتداء على امن الدولة أو الدستور أو الأمن العام أو الاعتداء على حياة وسلامة الجسم أو حريات الأفراد وحقوقهم واموالهم، ومخالفة تقاليد

---

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 300.

الحرب وقوانينها. وبذا فإن مبدأ الطاعة المطلقة في المؤسسة العسكرية لم يبقى لها وجود، وإنما الطاعة مرتبطة بمدى مشروعية الأمر، وعدم احتوائه على ارتكاب جريمة (1).

وفي جمهورية مصر العربية تبنت المادة ( 2/25 ) من القانون رقم (58) لسنة 1971 بشأن العاملين المدنيين بالدولة، وفي المادة (46) من نظام العاملين بالقطاع العام، والمادة (47) من قانون هيئة الشرطة رقم (109) لسنة 1971، أحكاماً متطابقة مع أحكام المواد (173،94) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية، حيث نصت المادة (94) على ما يلي " 2- لا يعفى الضابط من العقوبة استناداً لأمر قائده أو مسؤوله إلا إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من هذا القائد أو المسؤول بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده".

من الملاحظ أن المسؤولية التي يعفى المرؤوس من المسائلة عنها، هي المسؤولية التأديبية، وذلك بعد تنبيه المرؤوس للرئيس بوجود المخالفة، فإذا اصر الرئيس على التنفيذ وجب على المرؤوس تنفيذ الأمر العسكري، ما لم يكن الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة. وهو ما يستفاد من نص المادة ( 57 ) عقوبات ثوري والتي جاء فيها "...لا يعد جريمة إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة..."، والمادة (61) من قانون العقوبات الاردني النافذ في فلسطين " لا يعتبر الإنسان مسؤولاً جزائياً عن أي فعل إذا كان قد ادى ذلك الفعل في أي من الاحوال التالية:

1- تنفيذ للقانون.

2- إطاعة لأمر صادر إليه من مرجع ذي اختصاص يوجب عليه القانون إطاعته إلا إذا كان

الأمر غير مشروع".

(1) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص283. حكمت سليمان، مرجع سابق ص140.

وبذات المعنى المادة (63) من قانون العقوبات المصري والتي جاء فيها " لا جريمة إذا وقع الفعل

من موظف أميري في الاحوال التالية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.  
ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن اجراءه من اختصاصه، وعلى كل حال يجب أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري أنه كان يعتقد مشروعيتها، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة .

ومن خلال النصوص آنفة الذكر، فإن المرؤوس لا يمكن له الاحتماء بأداء الواجب، لتبرير فعله المجرم تنفيذاً لأمر غير مشروع. وبالمعنى المخالف لأحكام هذه النصوص، فإن المرؤوس مسؤول جزائياً عن الأفعال الناجمة عن تنفيذه للأوامر غير المشروعة، إذا ما كانت تتطوي على فعل مجرم، ويعامل المرؤوس كفاعل للجريمة، ويستوجب العقاب المحدد في القانون. حيث قررت محكمة النقض المصرية ما يلي: " من المقرر أن طاعة الرئيس بمقتضى المادة (63) من قانون العقوبات لا تمتد بأي حال إلى ارتكاب الجرائم، وأنه ليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم أن القانون يعاقب عليه، ومن ثم فإن دفاع الطاعن في هذا الخصوص يكون دفاعاً قانونياً ظاهر البطلان، ولا على المحكمة إن هي التفتت عنه ولم ترد عليه " (1)

وقد جاء في التقرير العام لمؤتمر الطاعة بشأن المسؤولية الجزائية للعسكريين المنعقد في دبلن 1970 الى حق المرؤوس في عدم تنفيذ الأمر الصادر إليه غير المشروع، مادامت عدم مشروعيته ظاهرة، بمعنى أن من حق المرؤوس رفض طاعة الأوامر الصادر إليه، إذا كانت عدم مشروعيتها واضحة. وبذا نجد ان فكرة الطاعة المطلقة (العمياء) قد تبددت، وتبدد معها فكرة حالة الإكراه أو الضرورة. والتي تقوم على أن إصدار الأمر العسكري غير المشروع في مجال الخدمة العسكرية،

(1) القرار رقم (1953 لسنة 61 ق جلسة 1993/5/18 س 44 ص 499) المشار اليه لدى ايهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفوع الجنائية، المجلد الاول، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2010، ص 464.

يشكل حالة إكراه أو ضرورة للمرؤوس، تدفعه الى تنفيذ الأمر غير المشروع بصورة واضحة دون نقاش أو تروي، بيد أن ذلك لا يحول دون إمكانية وجود حالة الإكراه على الرئيس، لإجباره على إصدار الأمر العسكري غير المشروع أو على المرؤوس لدفعه الى تنفيذ الأمر غير المشروع، كأن يصبوب السلاح باتجاه رأس العسكري المكروه بهدف إصداره للأمر غير المشروع، أو إجباره على التنفيذ، وذلك وفقاً للأحكام العامة لحالة الإكراه أو الضرورة. مع ضرورة الإشارة أن هذا الإكراه أو حالة الضرورة لا يقبل من العسكري الدفع بها، في حالتين: 1- إذا استند إليه لتبرير تنفيذ الأمر العسكري بالاستناد الى واجب الطاعة العمياء. 2- إذا كان الإكراه أو حالة الضرورة صادرة من قبل الأعداء في حالة الحرب مثلاً، فلا يجوز للعسكري أن يبرر موقفه بالهرب، أو إصدار الأمر بالانسحاب من المعركة خوفاً من الموت، إذ أن واجبه يفرض عليه الثبات والمواجهة والتضحية بنفسه إذا لزم الأمر.

أما إذا تجاوز المرؤوس الصادر إليه الأمر غير المشروع، حدود ذلك الأمر، بأن اقدم على تنفيذ الأمر غير المشروع، لكونه لا يعلم بعدم مشروعيته، أو لكونه يعلم بعدم المشروعية، ولكنه نفذ الأمر تحقيقاً لمبدأ الطاعة العسكرية، ثم تجاوز حدود ذلك الأمر، والمثال على ذلك صدور أمر بإلقاء القبض على انسان، من أحد أفراد السلطة العامة. والذي لا يملك الصلاحية لإصدار مثل هذا الأمر، فيقوم المرؤوس بتنفيذه اعتقاداً منه بمشروعية الأمر أو لكونه ملزماً بالتنفيذ، بيد أنه يتجاوز حدود هذا الأمر القاضي بإلقاء القبض على انسان، فيقوم بالاعتداء على هذا الإنسان بالضرب. حيث يرى جانب من الفقه أن مسؤولية الرئيس طبقاً للقواعد العامة، تنحصر في حدود عدم قانونية الأمر الذي أصدره، أي جريمة حجب الحرية خلافاً لنص المادة (247) عقوبات ثوري، أما القرار المتعلق بالتجاوز فيسأل عنه المرؤوس مسؤولية كاملة عن اقترافه لهذه الجريمة<sup>(1)</sup>.

(1) حكمت سليمان، مرجع سابق ص108. صالح البرغوثي، مرجع سابق ص124.

ويمكن القول ابتداءً إن الرئيس - كما تقدم القول- يتحمل المسؤولية الجزائية عن إصداره للأمر الغير مشروع، في القوانين التي تنص صراحة على تجريم إصدار الأمر غير المشروع بصيغة مستقلة، استناداً الى الأحكام العامة لقانون العقوبات، وتحدثنا عن مسؤولية الرئيس عن إصدار الأمر غير المشروع كفاعل معنوي أو محرض على ارتكاب الجريمة محل الأمر العسكري غير المشروع وعلى اعتبار المرؤوس شريك في هذه الجريمة. فأحكام الاشتراك الجرمي تختلف بالنسبة للجريمة المغايرة عنها بالنسبة للجريمة المتعدية قصد الشريك (الفاعل أو المحرض).

فإذا كانت جريمة المرؤوس الخارجة عن حدود الأمر العسكري غير المشروع، مختلفة عن الجريمة مضمون الأمر غير المشروع (مغايرة لها)، فإذا كان الرئيس مصدر الأمر العسكري مسؤول عن جريمة إصدار الأمر العسكري غير المشروع (الجريمة الأولى) كمحرض، فإنه لا يسأل عن الجريمة الثانية، ومثالها الأمر الغير مشروع بتفتيش منزل، فينفذ المرؤوس الأمر بتفتيش المنزل، وهو يعلم بعدم المشروعية، ثم يقدم أثناء التفتيش على سرقة مدخرات أصحاب هذا المنزل، فالرئيس هنا لا يتحمل المسؤولية الجزائية عن الجريمة الثانية (السرقه) لكونها مختلفة عن الأمر غير المشروع، فلا يمكن عدها نتيجة محتملة لتنفيذ الأمر غير المشروع، ولكن المرؤوس إذا ما قام بتفتيش المنزل وفقاً للأمر غير المشروع، واعترضه صاحب المنزل لعدم وجود مذكرة تفتيش، رافضاً إجراء التفتيش، فقام المرؤوس بالاعتداء على صاحب المنزل بالضرب، لكي يتمكن من تنفيذ الأمر بتفتيش المنزل. فان فعل المرؤوس الذي ترتب عليه الضرب؛ (الجريمة الثانية) هي نتيجة جريمة متوقعة لتفدي هذا الأمر غير المشروع. وبذا يتحمل الرئيس المسؤولية عنها كمحرض. هذا بالإضافة الى ان الرئيس والمرؤوس كل منهما يتحمل المسؤولية الجزائية عن جريمة خرق حرمة المنازل خلافاً لنص المادة (250)

عقوبات ثوري (الجريمة الأولى) وعن جريمة الإيذاء وفقاً لأحكام المادة (385) عقوبات ثوري، أما جريمة سرقة مدخرات المنزل فيتحمل المرؤوس وحده المسؤولية الجزائية عن جريمة السرقة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الأوامر العسكرية والغلط في المشروعية

يتولى الموظف العام منصب الوظيفة العامة، للقيام بالمهام والواجبات الموكلة إليه، وفقاً للنظام القانوني للمؤسسة التي يعمل فيها، وأداؤه لهذا الواجب الأصل فيه أن يكون وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القوانين المختصة، ومثل أداء هذا الواجب (المشروع) يستوجب إباحة فعله - كما تقدم القول - وفقاً لنص المادة (57) من قانون العقوبات الثوري. بيد أن أداء الموظف للواجب قد يعتريه بعض الغموض، فيقدم بحسن نية على عمل ما، لظنه أنه مشروع ويتفق وأحكام القانون، وبعد تنفيذه لهذا العمل يظهر أنه عمل غير مشروع، أي انه يقع في الغلط أثناء أداء الواجب، فينفذ عملاً معتقدا مشروعيته، وحقيقته مغايرة لذلك. وقد يقدم على عمل يظن أنه عمل غير مشروع، فينفذه بسوء نيته، فيتضح بعد تنفيذ هذا العمل أنه عمل مشروع.

وقد عالج قانون العقوبات الثوري موضوع الغلط في أداء الواجب كأحد موانع العقاب في المادة (96) منه والتي نصت على ما يلي: " لا يعاقب الموظف العام أو العامل أو المستخدم في الثورة الفلسطينية الذي يأمر بإجراء فعل أو أقدم على فعل يعاقب عليه القانون إذا اعتقد لسبب غلط مادي أنه يطيع أمر رؤسائه المشروع في أمور داخلية في اختصاصاتهم وجبت عليه طاعتهم فيها ".  
نحاول الاطلاع على مفهوم الغلط في القانون الجزائي، وأثره على المسؤولية الجزائية بالنسبة لمصدر الأمر العسكري، وكذلك لمنفذ الأمر العسكري، وفقاً لأحكام المادة (96) عقوبات ثوري. ثم بيان حكم الغلط بالنسبة للمرؤوس الذي يقدم على تنفيذ أمر يعتقد أنه غير مشروع، وهو في حقيقته أمر مشروع.

(1) محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 624.

## الفقرة الاولى: الغلط في مشروعية الأمر

الغلط: في اللغة: " غلطاً: أخطأ وجه الصواب، ويقال غلط في الأمر، أو في الحساب أو في المنطق

فهو غطان " (1)

وفي الاصطلاح: يعرف فقهاء القانون الغلط بأنه " كل تصور لا يطابق الواقع بشرط أن تكون عدم مطابقة التصور للواقع غير معلومة ممن وقع في الغلط. وكذلك تطلق كلمة الغلط للدلالة على جهل

الشخص بواقعة معينة قد تكون سابقة أو حاضرة أو تحدث مستقبلاً " (2).

وقد تناول قانون العقوبات الثوري أحكام الغلط في باب موانع العقاب، والأولى أيرادها في باب موانع المسؤولية الجزائية - كما سنرى لاحقاً- وقد وضح القانون ابتداءً أنه لا يجوز للشخص الاحتجاج بالجهل بالقانون أو الغلط في تأويله، بعد مرور ثلاث أيام من تاريخ نشره، وفقاً لأحكام المادة (93) عقوبات ثوري، والمقصود بالقانون القانون الجزائي، والغلط بالقانون يعني الغلط بالركن الشرعي للجريمة وهو الذي لا يعتد به، كون العلم بالركن الشرعي للجريمة، هو جزء من العلم بالقانون الجزائي، وهو أمر مفترض<sup>(3)</sup>. بيد أن الغلط المادي هو محل القبول كدفع للمسؤولية الجزائية، بحيث إذا وقع الغلط على أحد عناصر الجريمة أو الظروف المخففة يستفيد منه مرتكب الفعل، أما بالنسبة للظرف المشدد إذا وقع الغلط به، فإنه لا يتحمل المسؤولية المشددة عن هذه الظروف وفقاً لأحكام المادة (94) عقوبات ثوري.

ويختلف الغلط عن الجهل، فالجهل لا يعلم الإنسان بالواقعة ابتداءً، ومثالها غرق شخص ليلاً في النهر دون علم من أفراد دورية الشرطة النهرية، أما الغلط هو أن يشاهد أحد أفراد الدورية واقعة الغرق

(1) المعجم الوسيط، مرجع سابق ص 691.

(2) أثر الغلط في المسؤولية الجنائية، محمد محسن علاوي العجيلي، مكتبة السنهوري، الطبعة الاولى 2016، ص 14.

(3) محمد القلبي، مرجع سابق ص 363.

ليلاً، ويظن خلافاً للواقع أن هذه الحركة التي شاهدها، هي حركة سمكة في الماء (1). بمعنى أن ما علمه عن هذه الواقعة، هو علم على خلاف ومغاير للواقع، فهو لم ينعدم العلم لديه بالواقعة، وإنما توافر لديه علم زائف غير حقيقي. وكذلك الحال قيام شخص بالصيد، حيث رأى شيئاً يمشي على أربع ليلاً فأطلق النار عليه، وإذا به يصيب صديقاً له، كان يمازحه، فهو شاهد شيء، واعتقد خطأ أنه حيوان، فأطلق النار عليه عن قصد الصيد للحيوان، لا قتل الإنسان. فتتكون المسؤولية الجزائية وفقاً للعلاقة بين الجاني ومحل جريمته التي ينوي تحقيقها، واتجهت إرادته إليها، وليس بحسب المحل أو الموضوع الذي تحققت به فعلاً (2).

فالغلط في الوقائع يؤثر على علم المتهم، بالعناصر المادية للجريمة أو على موضوعها أو على ظرف من ظروفها ذات الأثر القانوني على التجريم والعقاب (3). فلو علم أحد أفراد الشرطة النهرية أن الحركة التي رآها ليلاً تعود لإنسان، لهب لنجدته وفقاً للواجب، كذلك الصياد لو علم أن الشيء الذي يمشي على أربع ليلاً صديقه لما أطلق النار. لذا فإن فقدان العلم بحقيقة الواقعة التي أقدم عليها، يعدم الركن المعنوي للجريمة، والذي يقوم على (العلم وحرية الاختيار)، وإن انتفاء أحدها أو انتفاءهما معاً يعني انتفاء الركن المعنوي للجريمة.

وتطبيقاً لهذا المعنى نصت المادة (96) عقوبات ثوري لمنع مساءلة العسكري، أن يكون إقدامه على الفعل، بدافع غلط مادي (الوقائع) لا بدافع غلط قانوني. كإصدار الرئيس أمراً عسكرياً معتقداً أنه داخل في اختصاصه لغلط مادي، أو تنفيذ المرؤوس للأمر غير المشروع، بناء على غلط مادي، معتقداً أنه ينفذ أمراً مشروعاً، و مثاله أن يكون الأمر غير المشروع صادر عن رئيس غير مختص بإصداره.

(1) محمد العجيلي، مرجع سابق ص81.

(2) نظرية العلم بالتجريم، عقيل عزيز عودة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى عام 2013، ص382.

(3) محمد العجيلي، مرجع سابق ص82.

والغلط المادي كما يقع في الوقائع المكونة لعناصر الجريمة، فقد يقع أيضاً في أحكام القانون الأخرى غير قانون العقوبات، ومثال ذلك غلط الشرطي في أداء واجبه بالاستناد الى قانون الشرطة، أو القيام بأمر مخالف لأحكام قانون الخدمة في قوى الأمن، فافتراض علم رجل الشرطة بقانون الشرطة، لا يحول دون امكان الغلط في تنفيذ أحكامه، لا سيما أن أحكامه ترتبط بوقائع مادية على الأرض، إذ قد يقع الشرطي في الغلط أثناء تكيف الواقعة محل التصرف مع أحكام القانون؛ بحيث يكون هذا التكيف لازم في بناء أحد عناصر الجريمة " كملكية الشيء للغير " ففي جريمة السرقة أو إساءة الائتمان أو الاحتيال، فإذا اعتقد الشخص أن المال مملوك له بموجب أحكام القانون المدني أو التجاري، فستولى عليه لا يعد فعله سرقة أو إساءة ائتمان أو احتيال. فدور القانون الآخر ينحصر في تكوين العناصر التي يقوم عليها أحد أركان الجريمة، ولا يمتد الى أحكام قواعد التجريم ذاتها (1). لذا يمكن للشرطي أن يدفع بالغلط في تنفيذ أحكام قانون آخر غير القانون الجزائي، كقانون الشرطة أو البلديات أو القانون المدني أو غيرها. شريطة أن يكون محل هذا الغلط في أحكام القانون مؤثر كافيّاً لاعتباره سبباً لأداء الواجب، فيصدر الرئيس أمراً غير مشروع بالاستناد الى هذا الغلط، ومثالها إصدار مأمور الضبط القضائي أمراً بإلقاء القبض على شخص وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، معتقداً أنه في حالة التلبس بالجريمة. أو أن يقوم هو بذات الإجراء بناء على هذا الغلط في فهم أحكام قانون الإجراءات الجزائية، بحيث تكون هذه المخالفة لأحكام هذا القانون تشكل عنصراً من عناصر سبب الإباحة. فيأخذ حكم الغلط " المثل السابق " بأحكام قانون الإجراءات الجزائية من حيث انطباق حالة التلبس حكم الغلط في الوقائع (2).

(1) محود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق ص 394.

(2) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 212.

وقد حكم القضاء الفرنسي في قضية مفادها قيام عامل بالاستيلاء على كنز قد عثر عليه في عقار يعمل به لصالح شخص آخر، حيث قررت المحكمة براءة العامل من جريمة سرقة الكنز، كونه مجهول بقواعد القانون المدني التي تعطيه نصف الكنز، كونه مكتشف الكنز، وصاحب العقار النصف الآخر (1).

وان الغاية من تطبيق أحكام المادة (96) عقوبات ثوري، حماية الموظف العام من المسؤولية الجزائية، إذا ما اقدم على عمله بحسن نية، ولكنه خطأ - طبيعة الإنسان - نفذ أمراً غير مشروع، لا سيما إذا كان دافعه للعمل الغيرة على المصلحة العامة، والقيام بالواجب واستهدافها، حيث إن الإقرار بمسؤوليته رغم ذلك يثبط من عزيمة وهمة الموظف العام. ويمكن تحليل نص المادة المذكورة، لمعرفة طبيعتها وإمكانية تطبيقها على الواقع من اربعة محاور وهي كما يلي:

1- الغلط المادي. 2- الغلط وعدم المشروعية الظاهرة. 3- حسن النية. 4- مسؤولية المساهمين. وذلك كما يلي:-

1- **الغلط المادي**: وهو اعتقاد العسكري المنافي للواقع بصدر أمر إليه مشروع من رئيس مختص بإصداره، بوجب عليه القانون، وفقاً لاختصاصاته الوظيفية طاعته لهذا الأمر وتنفيذه. فإذا صدر أمر عسكري الى مرؤوس من رئيس مختص، وظن المرؤوس انه رئيس مختص، ومثال ذلك ان يصدر إليه الأمر من الضابط العظيم المناوب ليلاً في ادارة الجهاز الأمني، فينفذ الأمر الصادر إليه، ثم يتبين بعد التنفيذ، أن الضابط مصدر الأمر لم يكن مناوباً كضابط عظيم في هذه الليلة، وبالتالي ليس رئيساً مختصاً، أو أن يصدر الأمر من رئيس، قد تمت حالته الى التقاعد دون علم المرؤوس.

(1) محمد العجيلي، مرجع سابق ص 77.

وقد يكون الغلط في الواجبات الوظيفية، ومثال ذلك أن يصدر أمر استعمال القوة أو السلاح الناري الى مرؤوس، يعتقد انه تم اتخاذ الإجراءات السابقة لهذا الاجراء المنصوص عليه في مدونة قواعد استخدام القوة والسلاح الناري، وكان المرؤوس حديثا في الوظيفة العامة، ولم يعلم أن هذا الأمر يخالف أحكام المدونة. أو أن يصدر الأمر إلى أحد أفراد الشرطة المختصة بمكافحة الشغب بإلقاء القبض على شخص متواجد أثناء المشاجرة - مكان عمل شرطة مكافحة الشغب- فينفذ الشرطي الأمر معتقداً أنه ملقي القبض على أحد المتشاجرين، في حين سبب القاء القبض، وجود قضية أخرى ضد هذا الشخص مثل جريمة المخدرات.

ويشمل الغلط وفقاً لنص المادة (96) عقوبات ثوري الرئيس أثناء إصداره للأمر العسكري، إذا ما قام بإصدار الأمر تنفيذاً للواجب المقرر بالاستناد الى أحد القوانين، كأن يصدر مأمور الضبط القضائي لأحد أفراد القوة بإلقاء القبض على شخص معتقداً خطأ انه الشخص المحدد في مذكرة الاحضار. أو أن يأمر بإلقاء القبض على الشخص معتقداً خطأ أنه في حالة تلبس بالجريمة.

يجب أن يكون الغلط المادي مؤثراً ومقبولاً لمنع المساءلة الجزائية، أي أن يكون الغلط جوهري، بحيث يكون مرتبطاً بإحدى الوقائع التي لو ثبت صحتها، لكانت تشكل بذاتها سبباً من أسباب الإباحة، أما الأمور الأخرى والتي إذا ما ثبت فعلاً صحتها لا ترقى لأن تكون بذاتها سبب إباحة، فان الغلط فيها لا قيمة قانونية له. إذ ان قيام الجريمة يستوجب توافر عناصر الجريمة، وانتفاء أسباب الإباحة حتى يتحقق الركن الشرعي، إذا فالوقائع التي تتشكل منها الجريمة تتساوى مع انتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة، فلقيام الجريمة يشترط تحققهما معاً، وعليه فإن العلم بالوقائع المكونة لعناصر الجريمة هو شرط لتحقيق القصد الجنائي، كما أن العلم بانتفاء الوقائع التي يقوم بها سبب الإباحة هو

شرط تحقق القصد الجنائي، وعليه فإن الغلط في أسباب الإباحة يوازي الغلط في عناصر الجريمة، والغلط في أحداها ينتفي القصد الجنائي (1).

2- الغلط وعدم المشروعية الظاهرة: ان الأصل - كما تقدم القول - أنه لا ينبغي للمرؤوس في أي حال من الأحوال تنفيذ أمر الرئيس غير القانوني، إذ أن الرئيس والمرؤوس غايتهما المصلحة العامة، من خلال تطبيق أحكام القانون، ولما كان واجب الطاعة المقرر بموجب أحكام القانون يفرض على المرؤوس تنفيذ أوامر الرئيس، بيد أن هذه الأوامر إذا ما تناقضت مع أحكام القانون لا قيمة قانونية لها، ومن ثم غير قابلة للتنفيذ، وبالتالي فإن قرارات الرئيس يجب أن تخضع للقانون، وللمرؤوس أن يتحرى مدى مطابقتها لأحكام القانون، حتى يصار الى تنفيذها. في حين بعض القرارات، لا سيما الأوامر العسكرية منها، لا يمكن اخضاعها لرقابة المرؤوسين، لما تقتضيه الحياة العسكرية من السرعة في تنفيذ الأوامر العسكرية. وعدم التردد في تنفيذها، ومن حرمان المرؤوس من حق مراقبة مدى مشروعية الأمر العسكري، ووجوب تنفيذه، مالم ينطوي على عدم مشروعية ظاهرة.

فعدم المشروعية الظاهرة ليست بحاجة الى مراقبة أو تحري من المرؤوس، فهي واضحة للشخص العادي ولا تخفى عليه. فإذا قام المرؤوس بتنفيذها، لا يمكن له الدفع بالغلط، نظراً لكون عدم المشروعية ظاهرة ولا تحتاج الى مراقبة أو تحري، والقاعدة السابقة تحول دون المراقبة والتحري - لما ينطوي عليه الأمر من الاخلال بسير المؤسسة العسكرية- لكنها لا تنص على وجوب تنفيذ الأمر غير المشروع بصورة واضحة، لا سيما أن عدم المشروعية الظاهرة تشكل جريمة جزائية، إذ لا يمكن

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق ص187.

الدفع بالغلط في القانون الجنائي - كما تقدم القول - كما تشكل عدم المشروعية الظاهرة خروجاً على

أسباب الإباحة، مما يتعذر معه أعمال السبب المبيح لأثره (1).

اما عدم المشروعية غير الظاهرة، ونظراً لفقدان المرؤوس الأحقية في مراقبة مشروعية الأمر العسكري، إذ يجب عليه في حالة الشك في مشروعية الأمر أن ينفذه، فيكون تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري بحسن نية " لم يكن لديه إرادة ائمة الى مخالفة أحكام القانون " فإنه لا يسأل عن عدم بحثه وتحريه لمشروعية الأمر العسكري، كونه ابتداء محروم من هذا الحق، وهو البحث في مدى مشروعية الأمر العسكري.

3- حسن النية: عرف قانون العقوبات الثوري النية في المادة (59) بما يلي " إرادة ارتكاب

الجريمة على نحو ما عرفها القانون". ويقصد بحسن النية، أن يهدف العسكري من تصرفه

(إصدار الأمر أو تنفيذه) إلى غاية واحدة، وهي المصلحة العامة من خلال أداء الواجب (2) ،

وهو ما يتنافى بطبيعته مع إرادة ارتكاب الفعل المجرم وفقاً للنموذج التجريمي، أي أن إرادة

العسكري اتجهت الى ارتكاب الجريمة بجميع أركانها وشروطها وظروفها، وإن علمه قد أحاط

بجميع تلك الأركان والشروط والظروف. لذا فإن انتفاء الإرادة أو العلم يؤدي الى انتفاء القصد

الجنائي ( الركن المعنوي للجريمة) ومن ثم عدم مساءلة العسكري عن الفعل الذي أقدم عليه

بهذا الغلط (3).

وحسن النية شرط لاعتبار فعل العسكري قد صدر بالاستناد الى واقعة مغلوبة، وإذا كان يعلم

العسكري حقيقة الواقعة، انتفى شرط حسن النية. فإذا اصدر رئيس أمر باستعمال السلاح الناري ضد

أحد الاطراف في مشاجرة، وكان الطرف الاخر أحد اقربائه، فقيام المرؤوس بتنفيذ هذا الأمر، رغم

(1) عوض محمد، مرجع سابق ص121.

(2) عوض محمد، مرجع سابق ص 109.

(3) كامل السعيد، مرجع سابق ص256.

علمه بسبب إصدار الأمر، فلا يقبل منهما (الرئيس والمرؤوس) الادعاء بالغلط نظراً لسوء نية مصدر الأمر والمنفذ مسبقاً<sup>(1)</sup>. بينما إذا كان يجهل المرؤوس هذا السبب، وظن أن الأمر الصادر إليه يهدف لفض المشاجرة تنفيذاً للواجب، فإن حسن النية يكون متوافراً لديه، لجهله بواقعة سوء النية لدى الرئيس<sup>(2)</sup>.

وحسن النية له معنيين: الأول مُضَيِّقٌ لمدلول النية، والثاني موسع. أما المعنى الأول: فهو قيام الجهل لدى العسكري حول عدم مشروعية الأمر، واعتقاده بسبب الغلط أن الفعل المقدم عليه؛ تنفيذاً للأمر هو فعل مشروع. وبطبيعة الحال فإن عناصر الأمر العسكري وشروطه ومشروعيته تخضع لأحكام القانون الإداري وليس القانوني الجزائي، فكلما صدر الأمر وفقاً لأحكام القانون الإداري كان مشروعاً وسبباً للإباحة، بيد أنه إذا وقع المرؤوس في غلط أحكام القانون الإداري، كأن يصدر الأمر معتقداً أنه من رئيس مختص فتمنع المسؤولية الجزائية إذا ما دفع بالغلط<sup>(3)</sup>.

فحسن النية لدى المرؤوس يعني جهله في خروج الأمر عن اختصاصه، واعتقاده أنه من اختصاصه، وكذلك اعتقاد الرئيس أن الأمر صادر ضمن اختصاصه وصلاحيته، بحيث يكون هذا الاعتقاد بالاستناد إلى جهل في الوقائع<sup>(4)</sup> " فلا جهل مع التعمد". وقد يكون الجهل في أحكام القانون، وإن كان ذلك غير مقبول بالنسبة للموظف العام، لا سيما إذا كان القانون - محل الادعاء بالجهل بأحكامه- هو القانون المنظم لعمل المرؤوس، مثل قانون الشرطة بالنسبة للشرطي، إذ يفترض بالشرطي العلم بقانون الشرطة. لذا أورد المشرع المصري شرط البحث والتحري حتى يقبل الادعاء بالجهل أو الغلط بالواقعة المرتبطة بأحكام قانون الشرطة مثلاً؛ وذلك حتى لا يصار إلى الادعاء

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص213.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص219.

(3) حكمت سليمان، مرجع سابق ص77.

(4) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص206.

بالغلط لتبرير الجرائم المتعمدة أو عن إهمال نتيجة لمخالفة إحدى أحكام قواعد القانون المنظم لعمل المرؤوس.

أما المعنى الواسع لحسن النية: فهو " الاعتقاد الصادق الأمين، المستند الى مبررات معقولة، تجعل اعتقاد الموظف بمشروعية فعله تاماً وكاملاً ومستهدفاً تحقيق غاية مشروعة" (1)، أي أن هذا المعنى لحسن النية لا يكفي بانتفاء القصد الجنائي لدى المرؤوس، وإنما يمتد ليشمل انتفاء الإهمال أو الشك في قانونية العمل، علاوة على اتجاه ارادته الى تحقيق مصلحة مشروعة (2).

### وينبثق عن المعنى الموسع لحسن النية ثلاثة أمور:

أ- ان المادة (96) لم تنص صراحة على انتفاء الإهمال أو الشك في مشروعية الأمر العسكري، حتى يقبل الدفع بالغلط، لا سيما أنه تم الحديث سابقاً، أن الأمر الذي يشك المرؤوس في عدم مشروعيته، يجب عليه تنفيذه. وأن الأمر الوحيد الذي يستطيع بل يجب على المرؤوس عدم تنفيذه، هو الأمر الذي تتضح عدم مشروعيته، مع الملاحظة أن هذا الحكم ينطبق بحق المرؤوس دون الرئيس، كونه محروماً من حق مراقبة عدم مشروعية الأمر، وبالتالي فإن تنفيذ المرؤوس للأمر غير المشروع بصورة غير ظاهرة، دون بحث وتثبت لمشروعية الأمر، لا يحمله المسؤولية الجزائية عن هذا الفعل، طالما توافر لديه شرط حسن النية، إذ أن سوء النية يخرج الفعل عن حدود الغلط.

ب- بالنسبة للرئيس، فلا ينطبق عليه المعنى الواسع لحسن النية، ما لم يثبت أن تصرفه كان بعد البحث والتحري عن صحة هذا التصرف، سواء كان مادياً مباشراً، أو بإصداره الأمر العسكري، إذ يجب عليه ان يبذل الجهد للتحقق من سلامته واعتقاده بمشروعية الأمر المقدم

(1) حكمت سليمان، مرجع سابق ص79.

(2) حكمت سليمان، مرجع سابق ص79.

عليه، لانطباق المعنى الواسع من حسن النية على تصرفه واعتباره سبب مانع للمسؤولية الجزائية.

وذلك بالاستناد الى أسباب معقولة، وتتفق مع المنطق، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن "مظهر التثبت والتحري اللازمين هو ألا يلجأ الموظف الى استخدام سلاحه ضد من يشتبه في أمرهم إلا بعد التيقن من أن لشبهته محلاً، واستنفاد وسائل الارهاب والتهديد التي قد تعينه على القبض على المشتبه فيهم بغير حاجة الى استعمال سلاحه " (1). فإذا ثبت للمحكمة أن العسكري قد تحرى فعلاً وبذل الجهد اللازم لتحري مشروعية تصرفه، ومع ذلك وقع في الغلط، فإنه لا يسأل عن نتيجة فعله المجرم (2)، سنداً لأحكام المادة (96) عقوبات ثوري.

ج- إذا وقع الرئيس في الغلط، وأقدم على الفعل بحسن نية، ولكنه لم يبذل الجهد اللازم لتحري مشروعية تصرفه، ومثال ذلك: رجل الشرطة الذي يكون في حالة تسمح له استخدام السلاح الناري وفقاً لتواعد استخدام القوة والسلاح الناري، وكان باستطاعة الشرطي اطلاق النار في الهواء لتحذير الشخص أو على الساقين ليعوق حركته، إلا أنه أساء التقدير فاطلق النار واصابه في كتفه، فلا يسأل عن إصابة عمدية، وإنما عن إصابة خطأ. أو أن يتجاوز الشرطي مرحلة من مراحل التدرج في استخدام القوة والأسلحة النارية المبينة في المدونة، نتيجة إهماله بالالتزام بأحكام المدونة، يعاقب على الفعل الذي اقدم عليه بجريمة الخطأ (3).

وفي حالة كون الفعل الذي أقدم عليه الشرطي يشكل جريمة عمدية، بمعنى أنه لا يعاقب عليه كجريمة خطأ، فأقدام الشرطي على الفعل دون تروي وتحري المشروعية، ولكون الفعل غير معاقب عليه بالخطأ، فلا يتحمل الشرطي المسؤولية ومثال ذلك: أن يثار خلاف بين جيران حول كوخ، تم

(1) عوض محمد، مرجع سابق ص121 وما بعدها.

(2) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق ص398.

(3) عوض محمد، مرجع سابق ص 134.

بناءه حديثاً بين ارض الطرفين، فيدعي كل من الطرفين امام مدير مركز الشرطة ان الكوخ له، فيأمر مدير المركز بهدمه، فلا يسأل الرئيس أو المرؤوس عن تنفيذ هذا الأمر غير المشروع<sup>(1)</sup>. وكذلك جريمة التوقيف أو الحبس في غير الحالات المنصوص عليها في القانون المادة (247) عقوبات ثوري، إذ لا يوجد عقاب على الخطأ في هذه الجريمة فإذا اقدم عليها مدير مركز الشرطة أو مدير مركز الإصلاح بالغلط لا يصار الى عقابه.

### 3- الغلط والمساهمة الجنائية

الغلط مانع للمسؤولية الجزائية كونه ينصب على الركن المعنوي للجريمة، ولما كانت موانع المسؤولية الجزائية، ذات طبيعة شخصية، بمعنى لا يستفيد منها إلا من كانت متوافرة لديه، فإن الشريك والمتدخل والمعرض لا يمكن ان يستفيد أي منهم وفقاً للقواعد العامة، من الغلط الذي وقع به غيرهم<sup>(2)</sup>. لا سيما إذا كانوا على علم بالوقائع الحقيقية، وليس كما تصورها المرؤوس المنفذ للأمر العسكري.

بيد أن المساهمين في الفعل إذا ما كانوا على ذات الغلط الواقع به المرؤوس، كالعسكري المجاز، ويرى زميله أثناء الواجب يحاول القاء القبض على شخص ما، فهب لمساعدته في اتمام تنفيذ الأمر وقد يستخدم العنف مع الشخص محل المهمة. فإذا تبين بعد ذلك ان المرؤوس قد وقع في الغلط، فيستفيد العسكري المتدخل أو الشخص المدني حسن النية المتدخل لمساندة الشرطي ( المرؤوس) في تنفيذ المهمة، حتى إذا ما تطور دوره من متدخل الى شريك، كأن يكون هو من استخدم العنف مع هذا الشخص، شريطة أن يكون وقع في ذات الغلط الواقع به منفذا الأمر العسكري. أما إذا لم يكن المساهم في الجريمة قد وقع في الغلط أيضاً، فلا يمكن أن يستفيد من غلط الفاعل الأصلي، إذ أن غلط هذا

(1) عوض محمد، مرجع سابق ص 125.

(2) محمود نجيب حسني، قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق ص 188.

الاخير لا يرفع عن الفعل الصفة التجريمية، وإنما يبقى الفعل مجرم وتمتتع فقط مسائلته الجزائية، وعليه فإن الغلط كمانع للمسؤولية الجزائية لا يشمل غير شخص المقرر امتناع المسؤولية لصالحه، وبذا فإن غير المرؤوس الواقع في الغلط من فئة الشركاء أو المتدخلين أو المحرضين لا يستفيدون من غلط الفاعل الأصلي.

### الفقرة الثانية: الغلط بعدم توافر المشروعية ( الجريمة الظنية)

إذا كان الغلط في وجود سبب الإباحة، يعد مانعا للمسؤولية الجزائية، فما حكم الغلط في وجود سبب من أسباب الإباحة؟ بمعنى أن الفاعل يجهل وجود سبب الإباحة، واعتقاده أن فعله غير مشروع ومجرم، ومثال ذلك: الجندي الذي يحقد على مسؤوله المباشر، فيعقد العزم على قتله، وأول ما يراه قادما ليلا يطلق النار عليه ويقتله، ويتضح فيما بعد، انه جندي من قوات الأعداء، ممن يباح له قتلهم<sup>(1)</sup>، أو مثال آخر: عضو الضابطة القضائية الذي يقوم بإجراء تفتيش منزل للبحث عن ادله الجريمة، دون الحصول على إذن تفتيش، على الرغم من أن هناك إذن تفتيش قد صدر له بالتفتيش ولكنه يجهل وجود هذا الإذن.

لقد اختلف الفقه الألماني والفرنسي<sup>(2)</sup>، في صدد بيان مدى الاستفادة من السبب المبيح، فذهب أصحاب الرأي الأول من الفقه، أن أسباب الإباحة، تعد أسباب موضوعية، فمتى توافرت أسباب الإباحة مستوفية شروطها، فإنها تنتج اثارها وهو إباحة السلوك الصادر عن الفاعل، وتزيل عنه الصفة الجرمية، حيث يعود الفعل الى اصله وهو الإباحة، وبذلك يوصف بالمشروع. ويكون الفعل مباحا متى توافرت أسباب الإباحة بغض النظر عن نية الفاعل، وإن كان يعلم بالسبب المبيح ام لا<sup>(3)</sup>، إذ أن أسباب الإباحة تنصب على النص التجريمي فتعطل تنفيذه، بغض النظر عن الحالة النفسية

(1) حكمت سليمان، مرجع سابق ص72.

(2) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 136. حكمت سليمان، مرجع سابق ص72. عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 237.

(3) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص237.

لمرتكب الفعل. كمن يقوم بنزع ملكية شيء يظن أنه في ملكية غيره فيتضح انه مملوك له، فكما أن ظن هذا الشخص بملكه الشيء لغيره، لا يغني عن الحقيقة بشيء. فإن الجهل بسبب الإباحة، لا يغني عن حقيقة قيامها بالفعل<sup>(1)</sup>.

ويذهب رأي آخر من الفقه، إلى ان الجهل بسبب الإباحة لا يغني عنه وجوده فعلا. وحتى يكون لوجود سبب الإباحة الفعلي قيمة قانونية، ويمنع قيام المسؤولية الجزائية، يجب أن تكون إرادة الفعل قد اتجهت الى أعمال السبب المبيح عند ارتكاب الأفعال المكونة للجريمة، وبخلاف ذلك يبقى الفعل مجرم، رغم توافر سبب الإباحة فعلا<sup>(2)</sup>، وهناك رأي ثالث متوسط بين الرأيين السابقين، ومفاده أن إقدام الفاعل على الفعل المجرم، هو شروع في ارتكاب الجريمة، كونه قد بدأ بارتكاب الجريمة، ولكن أثرها قد خاب، كون الفعل الذي اقدم عليه مباح<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ أن الرأي الثاني والثالث، يبني فكرته على اساس التجريم للنية الآثمة لوحدها، دون وجود فعل مجرم فعلاً، إذ أن الفعل المجرم إذا ما تلازم معه سبب إباحة، عاد الى الأصل العام وهو الإباحة، فتكون النية الآثمة متجهة إلى تنفيذ فعل مباح، الأمر الذي لا يعاقب عليه القانون، ما لم يخرج سلوك مادي عن الفاعل، كما في حالة استعمال الحق.

وقد أخذ قانون العقوبات الثوري بالرأي الفقهي الأول، الذي يرى بتحقيق سبب الإباحة علم به الفاعل ام جهل، وهو ما يطلق عليه بالجريمة الظنية (الخيالية). حيث نصت المادة (94/ب) عقوبات ثوري على ما يلي " إذا وقع الغلط على أحد الظروف المشددة، فلا يكون المجرم مسؤولاً عن هذا الظرف، بل يستفيد من العذر الذي جهل وجوده " وأن هذا النص وعلى عدم وضوحه في بيان حكم الجريمة

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 136.

(2) حكمت سليمان، مرجع سابق ص 72.

(3) اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ص 136.

الظنية، الا انه يوضح توجه القانون الثوري إلى الرأي الأول من الفقه، الذي يعتبر أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تنتج اثرها في الفعل لا الفاعل، وعليه لا قيمة للعلاقة النفسية بين الفاعل والفعل إذا كان الفعل ابتداء مباحا، فمن يقدم على سلب مال لغيره، ثم يظهر له بعد الاستيلاء انه ماله الخاص لا يمكن عد فعله مجرم.

وعليه فانه من غير المنطق القانوني ان يعاقب الفاعل على جريمة غير موجودة الا في خياله، اما على الواقع ليس لها وجود، لذا لا يمكن أن يعاقب الشخص على نيته لارتكاب فعل غير قانوني، مع انه في واقع الحال فعل قانوني وتم اجراءه من قبل المرؤوس وفقا للأصول (1).

ويرى جانب من الفقه ان محكمة النقض المصرية، قد أصدرت حكما مغايرا لذلك، وكان محل انتقاد الفقه، إذ قررت المحكمة ان قيام عضو الضابطة القضائية بتفتيش منزل المتهم بغير رضائه لا يكون صحيحا، إلا إذا كان الضابط مأذونا من النيابة بإجراء هذا التفتيش وعالما بهذا الإذن قبل إجراء التفتيش فعلا (2).

---

(1) عبد الكريم المتوكل، مرجع سابق ص 243.  
(2) نقض 3 ديسمبر 1934، مجموعة القواعد القانونية، ج 3 رقم 293، ص 399. المشار اليه لدى محمود محمود مصطفى، والذي يعلق على هذا القرار بقوله " وهذا القضاء غير سديد، اذ جاء على خلاف الاصول العامة في القانون والتي لا تحتاج الى نص صريح يقرها... ". محمود محمود مصطفى، مرجع سابق ص 159.

## الخاتمة

تم في هذا البحث وبعد النقاش التوصل الى مجموعة من النتائج التالية والتوصيات يتضح أهمها فيما يلي:-

### أولاً: النتائج

- 1- ينطبق وصف التعليمات العسكرية (التعليمات المستديمة) على وصف الأمر العسكري الفردي، وإن كلاًهما لا يمكن الاعتماد بأثرهما القانونية ضد العسكري المرؤوس، ما لم يتبين تبلغ المرؤوس لمفهوم الأمر العسكري بأي وسيلة كانت.
- 2- تم استنتاج قيمة طاعة المرؤوس للرئيس كأحد عناصر الضبط والربط العسكري، ونتيجة منطقية وعملية ضمن واجب طاعة القانون، بمعنى أن طاعة الرؤساء واجبة في حدود طاعة هؤلاء للقانون.
- 3- صدور الأمر العسكري من الرئيس الأعلى للرئيس المباشر يوجب على المرؤوس الالتزام بأمر الرئيس - في حال التناقض بين الأمرين - كون أمر الرئيس الأعلى يحتل مكانة أسمى من أمر الرئيس المباشر، مع الإشارة لأهمية إعلام الرئيس الأعلى للرئيس المباشر بصدور الأمر، لرفع التناقض بين الأوامر العسكرية.
- 4- تبين وجوب خضوع الأمر العسكري لرفع المسؤولية الجزائية إلى مبدأى المشروعية والشرعية.
- 5- مبدأ المشروعية هو أحد عناصر الدولة القانونية الحديثة، والذي يقتضي خضوع الأمر العسكري لأحكام الدستور والقانون واللوائح والتعليمات.
- 6- مبدأ الشرعية والذي يعني خضوع الأمر لأحكام القانون الطبيعي والمكون من " الشرائع السماوية، والشرعية الإسلامية و المواثيق المحلية وأحكام القانون الدولي الإنساني".

7- واجب الطاعة في حالة الحرب يختلف عنه في حالة السلم، إذ يتشدد واجب الطاعة العسكرية في حالة الحرب ويقل مدى حق المرؤوس في مراقبة مشروعية الأمر العسكري، بينما في حالة السلم يرتفع حق المرؤوس في مراقبة مشروعية الأمر العسكري، إلى درجة التقارب بين المؤسسة العسكرية والأمنية والطاعة المدنية.

8- ظهور نظرية الحراب الواعية؛ والتي تقدم فكرة الالتزام وتنفيذ الأوامر العسكرية دون تردد، شريطة عدم انطوائها على مخالفة ظاهرة (جريمة)، فالأمر الذي ينطوي على جريمة لا يمكن طاعته وتنفيذه، وهذه النظرية بمثابة انقلاب على مبدأ الطاعة العسكرية المطلقة التي يتغنى بها قادة وضباط المؤسسة العسكرية والأمنية، وما تبناه الفقه الإداري والجنائي سابقاً.

9- إصدار وتنفيذ الأوامر العسكرية المشروعة، هو سبب من أسباب الإباحة، ولا يترتب عليها أية مسؤولية جزائية أو تأديبية أو مدنية.

10- المرؤوس حسن النية الذي ينفذ أمراً غير مشروع بصورة غير ظاهرة، تمنع مسألته جزائياً.

11- المرؤوس حسن النية الذي ينفذ أمراً غير مشروع بصورة ظاهرة يتحمل المسؤولية الجزائية كاملة، إذ لا يجوز له الاعتداد بحسن النية لتبرير تنفيذه الأمر مع وجود المخالفة الظاهرة لأحكام القانون.

12- المرؤوس سيء النية الذي ينفذ أمراً مشروعاً، دون علمه بصدور الأمر المشروع (حالة الغلط) لا يتحمل المسؤولية الجزائية جراء هذا التنفيذ، كون تنفيذ الأمر المشروع هو سبب من أسباب الإباحة.

13- العسكري الذي ينفذ الواجب بنفسه أو يصدر أمراً بذلك، إذا ما أهمل في اتخاذ إجراءات الحيطة والحذر، وكان حسن النية، يسأل عن جريمة غير عمدية أي جريمة الخطأ.

14- العسكري الذي يتعمد مخالفة الأوامر أو الإجراءات المتبعة وفقاً للأصول القانونية يسأل عن جريمة عمدية.

15- المرؤوس الذي يتجاوز حدود الأمر المشروع أو غير المشروع يتحمل المسؤولية الجزائية في حدود تجاوزه إذا كان الأمر مشروع، ويتحمل المسؤولية عن كامل الجريمة إذا كان يعلم أن الأمر غير مشروع.

16- يستفيد المساهمين في الجريمة مع المرؤوس، إذا كان فعل المرؤوس مباح، أما إذا كان المرؤوس في حالة غلط، ونفذ الأمر بالاشتراك مع المساهمين، فلا يمكن للمساهمين الاستفادة من غلط المرؤوس كمانع للمسؤولية سناً لنص المادة (96) عقوبات ثوري، إلا إذا تحقق لديهم الغلط، كما تحقق للفاعل الأصلي ( المرؤوس).

17- الأحكام العامة في قانون العقوبات للفاعل المعنوي أو المحرض، لا تكفي لبيان حكم المسؤولية الجزائية عن جميع صور إصدار وتنفيذ الأمر العسكري، حيث يبقى هناك قصور في أحكام مسؤولية الرئيس الجزائية عن إصداره للأمر غير المشروع.

18- إذا كان الأمر العسكري مشروعاً وفقاً للقوانين الوطني، بينما غير شرعي وفقاً لأحكام القانون الدولي، فأصدار الرئيس للأمر أو تنفيذ المرؤوس للأمر العسكري المخالف للشرعية، يجعله عرضة للمسألة الجنائية الدولية أمام محكمة الجنيات الدولية.

## التوصيات

1- قانون العقوبات الثوري لم ينص صراحة على تجريم مخالفة التعليمات المستديمة؛ لذا هناك ضرورة لتدخل تشريعي بتعديل المواد (203،204) عقوبات عسكري بإضافة عبارة أو التعليمات المستديمة.

2- هناك ضرورة ماسة لتدخل المشرع بفرض شكل معين على إصدار الأوامر العسكرية، وفقاً لما تمليه الأعراف العسكرية أصلاً، مثل الأوامر المتعلقة باستخدام القوة والاسلحة النارية -غير حالة الضرورة- وذلك بأن تكون مكتوبة وموقعة من مصدرها. وذلك حتى تكون حجة على مصدرها. ولما لها من مساس خطير "بحياة الأفراد"، والتي تمثل أهم الحقوق والحريات العامة التي تهدف المصلحة العامة صيانتها.

3- نوصي المشرع الفلسطيني إلى المبادرة بوضع نصوص قانونية خاصة وصريحة بتجريم الأفعال المجرمة بنظام روما الأساسي المذكورة في المواد (6،7،8) منه وهي جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، وذلك ضمن القوانين العقابية النافذة لدى قضاء قوى الأمن الفلسطيني.

4- نوصي بإضافة المادة (203) مكرر المنصوص عليها في قانون العقوبات الثوري كما يلي " أ- يعاقب الرئيس (القائد) على إصدار أمراً غير متعلق بواجبات الخدمة العسكرية، ما لم ينطوي الأمر على جريمة، بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر الى ثلاث سنوات. ب- يعاقب الرئيس ( القائد) على إصداره أمراً ينطوي على جنحة أو جناية بعقوبة الفاعل الأصلي للجريمة، وإذا تم التنفيذ أو الشروع فيها، يضاف الى العقوبة بمقدار ثلثها".

5- ضرورة إعداد دورات نوعية لأحكام الأوامر المشروعة وغير المشروعة لكادر المؤسسة الأمنية والعسكرية الفلسطينية، حتى يصار إلى علم كل من الرئيس والمرؤوس حقوقه وواجباته اتجاه الأوامر العسكرية.

6- نصت المادة (57) على حكم الأمر الذي لا ينطوي على مخالفة ظاهرة، ولم تنص صراحة على الأمر الذي ينطوي على مخالفة واضحة لأحكام القانون. وعليه نوصي بوضع نص يجرم تنفيذ الأمر غير المشروع بصورة ظاهرة واعتبار المرؤوس فاعل للجريمة ومشارك مع الرئيس فيها.

## المصادر والمراجع

### أولاً: المصادر

القران الكريم.

1. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول والثاني، الطبعة الثانية دار الفكر العربي، بيروت 1998.
2. الامام ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم ، بشرح الامام يحيى بن شرف النووي الدمشقي الشافعي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية بيروت ، المجلد السادس.
3. الامام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب - المجلد التاسع طبعة جديدة ومنقحة- دار صادر بيروت، بلا سنة نشر، أو طبعة.
4. الامام جادالله محمود عمر الزمخشري، أساس البلاغة وحقيقة فريد تميم وشوقي المعري، مكتبة لبنان ناشرون، ناشرو الطبعة الأولى، 1980.
5. عبد العزيز عتيق، علم المعاني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1971.

### ثانياً: القوانين

1. قانون اصول المحاكمات الجزائية الثوري، لعام 1979.
2. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.
3. قانون الأحكام العسكرية المصرية رقم (25) لسنة 1966.
4. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.
5. قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني رقم (8) لسنة 2005.
6. قانون العقوبات الثوري، لعام 1979.
7. قانون العقوبات العسكري الاردني رقم (58) لسنة 2006.
8. قانون المخابرات العامة رقم (17) لسنة 2005.
9. القرار بقانون رقم (2) لسنة 2018 بشأن قضاء قوى الأمن الفلسطيني.
10. القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017 بشأن الشرطة.

11. قرار بقانون لسنة 2007 بشأن الأمن الوقائي.
12. مدونة قواعد استخدام القوة والاسلحة النارية الصادرة عن وزير الداخلية رقم (2011/211).
13. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما تموز/ يوليه 1998.

### ثالثاً: المراجع

1. ابراهيم احمد عبد الرحيم الشرقاوي، النظرية العامة للجريمة العسكرية، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، 2007.
2. أحمد أبو الوفا، الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية، إصدار اللجنة الدولية للصليب الاحمر، إعداد المستشار شريف عتلم، بعنوان المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الخامسة 2008.
3. احمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
4. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية عام 2000.
5. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، الطبعة السادسة، بلا دار نشر 2015.
6. اسحق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة واثرها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983.
7. إعاد علي القيسي ، القضاء الإداري وقضاء المظالم ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى.
8. أيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفوع الجنائية، المجلد الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.
9. ثروت بدوي ،النظم السياسية ،دار النهضة العربية ، القاهرة 1972.
10. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، مصر 2007.
11. جلال احمد الادغم ، التأديب في ضوء محكمتي الطعن والنقض الإدارية العليا، دار الكتب القانونية 2009.
12. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية ، دار العلم للجميع، بيروت، الطبعة الثانية.
13. حامد راشد، شرح قانون العقوبات القسم العام ج 1 ، الطبعة الأولى كلية الشرطة، 2011/2012.

14. حسن صادق المرصفاوي ، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية ، مطبعة م.ك اسكندرية ، 1972.
15. حكمت موسى سلمان طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى بغداد، 1987، بلا دار نشر.
16. حمدي رجب عطية، الحماية الجنائية للموظف العام، دار النهضة العربية، 2010.
17. رفعت رشوان، المسؤولية الجنائية عن اساءة استعمال السلطة الشرطة في مجال الضبط القضائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2012.
18. سراج الدين الروبي، المحاكمات العسكرية في الشرطة، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الثانية 2002.
19. سعد نواف العنزلي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 2007.
20. سميح المجالي وعلي المبيضين، شرح قانون العقوبات العسكري الاردني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2008.
21. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1999.
22. سيد حسن البغال، موسوعة التعليقات على قانون العقوبات والقوانين المكملة، الجزء الأول، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1965.
23. شفيق الحديثي، النظام الانضباطي لموظفين الدولة في العراق رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد الطبعة الأولى، 1975.
24. صالح البرغوثي، رسالة دكتوراة المسؤولية الجنائية عن تنفيذ الأوامر العسكرية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - غير منشورة 2017.
25. صالح حسن سميع، ازمة الحرية السياسية في الوطن العربي، دراسة علمية موثقة، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة 1988.
26. عاصم أحمد عجيلة طاعة الرؤساء في الوظيفة العامة، عالم الكتب 2009.
27. عاطف صحصاح، التعليق على قانون الأحكام العسكرية دار الكتاب القانونية، مصر، عام 2004.
28. عبد الغني البسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1991.

29. عبد الكريم محمد شرف المتوكل، رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة النيلين بعنوان طاعة الرؤساء وأثرها في المسؤولية الجنائية، غير منشورة، 2004.
30. عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين كلية الحقوق، جامعة القدس، 2008.
31. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، المطبعة الحديثة، القدس 2010.
32. عزات مصطفى الدسوقي، شرح قانون الأحكام العسكرية الطبعة الأولى 1991، الكتاب الأول، مكتبة النهضة المصرية- القاهرة 1991.
33. عقيل عزيز عودة، نظرية العلم بالتجريم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى عام 2013.
34. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، بلا دار نشر أو سنة.
35. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1987.
36. فلاح عواد العنزي، الجريمة العسكري في التشريع الكويتي المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1996.
37. قاسم تركي عواد جنابي، الصفة الوظيفية في القانون، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2018.
38. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة الطبعة الثالثة 2011، عمان.
39. مازن ليلو راضي، طاعة الرؤساء وحدودها، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى سنة 2006.
40. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990.
41. محسن خليل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، بيروت 1972.
42. محمد سيد احمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
43. محمد عبد الحميد زيد، طاعة الرؤساء ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
44. محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، مكتبة دار الفكر، القدس 2005.

45. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي الاسكندرية.
46. محمد محسن علاوي العجيلي، أثر الغلط في المسؤولية الجنائية، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى 2016.
47. محمد محمود سعيد، قانون الأحكام العسكرية، دار الفكر العربي، القاهرة 1990.
48. محمود عبد العزيز محمد، القرار الإداري في هيئة الشرطة، دار الكتب القانونية، القاهرة 2007.
49. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة ط10، 1983.
50. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النقري للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية 1975.
51. مصطفى القلبي، في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة 1948.
52. مصطفى كمال وصفي، مصنفة النظم الإسلامية، مكتبة وهبة القاهرة 1977، الطبعة الأولى.
53. معوض عبد التواب، الدفوع الجنائية، دار المجد للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عام 2007.
54. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الخامسة 2015.
55. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان الطبعة الأولى عام 2003.

#### رابعاً: المواقع الالكترونية

1. أحمد بن عمر العليمي، واللواء محمد شيث خطاب، الانضباط والطاعة ودروس في الكتمان، <https://www.pinterest.com>
2. بن كده نور الدين، مبدأ المشروعية في القضاء الإداري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، اشراف حوحو صابر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، السنة الجامعية 2014/ 2015، [dspace.univ-biskra.dz >jspui >bistream](https://dspace.univ-biskra.dz/jspui/bistream)
3. خالد محمد خالد، رسالة ماجستير بعنوان الرؤساء والقادة امام المحكمة الدولية الجنائية، كلية القانون في الاكاديمية العربية الدنمارك. في القانون الدولي الخاص عام 2008 <http://road.net/uploads/news/kald m7md kald b3nwan.doc>

4. عمار بوضياف محاضرات في القانون الإداري ، محور مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايتها، الاكاديمية العربية الدنمارك

. [https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf\\_2.html](https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf_2.html)

5. موقع محكمة النقض المصرية:

[www.cc.gov.eg/courts/cassation\\_court/criminal/cassation\\_court\\_criminal.aspx](http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/criminal/cassation_court_criminal.aspx)

6. موقع هيئة قضاء قوى الأمن الفلسطيني: [mjc.pna.ps](http://mjc.pna.ps)

7. يوسف حسن محمد البشير، مبدأ المشروعية والمنازعات الإدارية، جامعة النيلين، السودان

.[https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf\\_2.html](https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf_2.html)

## فهرس المحتويات

الإهداء .....	أ
إقرار .....	أ
الشكر والتقدير .....	ب
ملخص اللغة العربية .....	ج
ملخص اللغة الانجليزية .....	د
المقدمة .....	هـ
أهمية الدراسة .....	ز
إشكالية الدراسة .....	ح
أهداف الدراسة .....	ط
حدود الدراسة .....	ط
منهجية الدراسة .....	ي
خطة البحث .....	ي

### مبحث تمهيدي: الأمر العسكري

المطلب الأول: مفهوم الأوامر العسكرية .....	1
الفرع الأول: التعريف: بالأمر العسكري .....	1
الفرع الثاني: التعليمات والأوامر العسكرية .....	6
المطلب الثاني: شروط صحة الأمر العسكري .....	8
الفرع الأول : الشروط الشكلية .....	9
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية .....	14

### الفصل الأول: ضوابط المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية

المبحث الأول: واجب الطاعة .....	23
المطلب الأول: مفهوم واجب الطاعة وأساسه .....	23
الفرع الأول: مفهوم واجب الطاعة .....	24
الفرع الثاني: أسانيد واجب الطاعة .....	31
المطلب الثاني: نطاق واجب الطاعة وحدوده .....	39
الفرع الأول: أطراف واجب الطاعة .....	39
الفرع الثاني: حدود الطاعة .....	49
المبحث الثاني: مبدأ المشروعية .....	53
المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية ونطاقه .....	54
الفرع الأول : مفهوم مبدأ المشروعية .....	54

69.....	الفرع الثاني: نطاق مبدأ المشروعية
76.....	المطلب الثاني: الأمر العسكري غير المشروع
77.....	الفرع الأول: مفهوم الأمر العسكري الغير مشروع
90.....	الفرع الثاني: خضوع الرؤساء للقانون

### الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية

100.....	المبحث الأول: المسؤولية الجزائية عن الأوامر العسكرية المشروعة
101.....	المطلب الأول: الأمر المشروع أداء للواجب
101.....	الفرع الأول: مدلول أداء الواجب
109.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لأداء الواجب
113.....	المطلب الثاني: الأوامر المشروعة سبب للإباحة
114.....	الفرع الأول: مسؤولية الرئيس عن إصدار الأمر المشروع
124.....	الفرع الثاني: مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأمر العسكري المشروع
147.....	المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عن الأمر العسكري غير المشروع
148.....	المطلب الأول: المسؤولية الجزائية عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع
149.....	الفرع الأول: صور إصدار الأمر العسكري غير المشروع
158.....	الفرع الثاني: المسؤولية عن إصدار الأمر العسكري غير المشروع
171.....	المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية عن تنفيذ الأوامر غير المشروعة
172.....	الفرع الأول: المسؤولية الجزائية عن تنفيذ المرؤوس للأمر غير المشروع
184.....	الفرع الثاني: الأوامر العسكرية والغلط في المشروعية
199.....	الخاتمة
199.....	النتائج
202.....	التوصيات
204.....	المصادر والمراجع