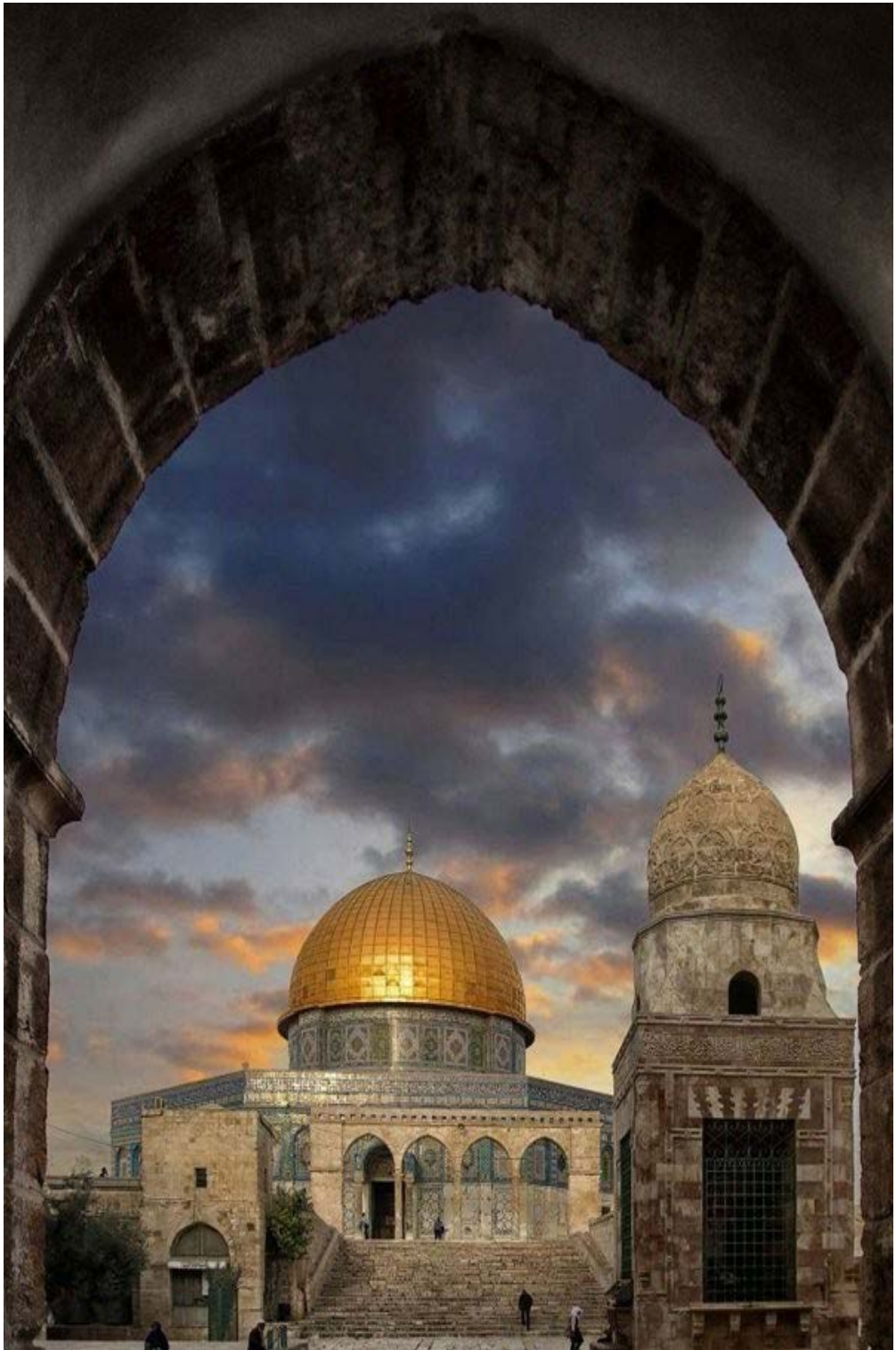


مجلة العلوم القانونية السياسية

Journal of Legal and Political Sciences

Journal of Legal and Political Sciences

مجلة علمية محكمة
نصدر عن جامعة القدس - كلية الحقوق - القدس
العدد (0) - سنة 2018





مجلة
العلوم
القانونية
السياسية

Journal of Legal and Political Sciences

مجلة علمية محكمة
نصدر عن جامعة القدس - كلية الحقوق - القدس
العدد (0) - سنة 2018



ISSN 2523-6385

Key title: Mağallat al-‘ulūm al-qānūniyyat wa-al-siyāsiyyat (al-Quds)

Parallel title: Mağallat ‘ilmiyyat muḥakkamat



مجلة العلوم القانونية والسياسية

رئيس هيئة التحرير الأستاذ / الدكتور سعيد أبو علي

هيئة التحرير

- * الدكتور محمد خلف
- * الدكتور محمد الشلالة
- * الدكتور موسى الدويك
- * الدكتور رفيق أبو عياش
- * الدكتور رشيد الجيوسي
- * الدكتور عوض منصور

العنوان: جامعة القدس - الحرم الرئيسي - أبو ديس - القدس
رام الله - المنارة - عمارة طنوس - الدور السادس

الفهرس

- حدود قانون العقوبات في السيطرة على السرقة الإلكترونية "اختلاس المعلومات والبيانات الإلكترونية" في ضوء التشريعات الوطنية والدولية
د . حابس يوسف زيدات - أستاذ القانون الجنائي - جامعة القدس ص 7
- استقلال القضاء وحياده
د . جهاد الكسواني - أستاذ القانون - جامعة القدس ص 52
- القرائن القضائية في اثبات الدعوى الادارية امام القضاء السعودي
د . أشرف محمد حمامه - أستاذ القانون الإداري والمالي المساعد ص 72
- "بواعث الفساد الشرطي: إنحرافات فردية أم مسلك إجباري؟"
د . فادي حسني رابعة - أستاذ مساعد لدى كلية الحقوق - متخصص في القانون الجنائي ص 88
- القرار الإداري وفق اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية
أ . د. عدنان عمرو ص 95
- الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية في مدينة القدس والقانون الدولي الانساني
د . محمد الشلالدة - أستاذ القانون الدولي المشارك في جامعة القدس ص 179
- القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2016 "الأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي وحدود ولايته"
ص 199
- تعليق الحامي محمد النجار - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية ص 205
- تعليق الأستاذة أمينة اليحيائي - محامية امام النقض/ تونس ص 214

حدود قانون العقوبات في السيطرة على السرقة الإلكترونية⁽¹⁾

'اختلاس المعلومات والبيانات الإلكتروني' في ضوء التشريعات الوطنية والدولية

إعداد : الدكتور حابس يوسف زيدات

أستاذ القانون الجنائي - كلية الحقوق - جامعة القدس

المقدمة

لقد كان الهدف الأساسي من إيجاد أجهزة الكمبيوتر، هو تسخيرها لخدمة الإنسان في مجال الأعمال والمعاملات، وكان لظهور تلك الأجهزة وتطورها بسرعة من مجرد أجهزة تقوم بعمليات حسابية إلى مخازن قادرة على تجميع واستيعاب كم ضخم من المعلومات والبيانات، وقادرة على أسترجعها بسرعة وبدقة، أن أحدثت مشكلة خطيرة تؤرق الكثيرين حول كيفية حماية تلك المعلومات بعد أن أصبحت في متناول اليد وبأقل مجهود وأبسط حركة فلم يعد المجرم بحاجة إلى أدوات وآلات تقليدية لارتكاب جريمته، نتج عن ذلك علاقات قانونية جديدة بحاجة إلى الحماية حال التعدي عليها سواء في مجال فروع القانون المختلفة أو بقانون خاص بها.

إن التقدم العلمي والتطورات الحديثة ساهمت في إحداث وظهور أشكال وأساليب جديدة من صور الجرائم الإلكترونية⁽²⁾، بحيث أصبح مفهوم الجريمة الإلكترونية⁽³⁾ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتطور التكنولوجي وتقنية المعلومات، ومن الطبيعي انه كلما تطور واتسع نطاق التجريم، أحدث ذلك تغيرات مستمرة ومتسعة ومضطردة في أشكالها وصورها التي تختلف عن النماذج التقليدية للجرائم العادية فالجرائم الإلكترونية ترتكب عبر الوسائط والوسائل الإلكترونية المختلفة، فتلك الجرائم تقع بأشكال مختلفة ومستحدثه لم تكن معروفة أو ظاهره إلا من قريب، وهي مرتبطة إلى حد ما يشهده العالم من تطور تكنولوجي وعلمي في جميع المجالات دون استثناء.

أن ظاهرة الإجرام المعلوماتي المتطورة تحمل جانبا مظلما يتجسد بعدم قدرة القواعد القانونية أن تتطور بقدر مساوي لتلك الظاهرة حتى تستطيع الحد من تلك التعديات والجرائم التي تتم باستخدام شبكات الاتصالات الحديثة مثل الانترنت والحاسوب والهواتف النقالة والبريد الإلكتروني، واعتراض المعلومات السرية أو الكشف عنها وغيرها من الجرائم العابرة للحدود⁽⁴⁾.

ونظراً لحداثة ظهور هذه الجرائم، وفي نفس الوقت حداثة تنبه المجتمع الدولي لخطرها، حيث يرجع أصل شبكة المعلومات والاتصالات الدولية (Internet) إلى شبكة من أجهزة الحاسب الآلي؛ أي

الكمبيوتر، أنشأتها الولايات المتحدة الأمريكية - أنشئت هذه الشبكة في وزارة الدفاع الأمريكية - في الستينيات من القرن الماضي لخدمة التأهب السريع للقوات المسلحة في حال نشوب حرب نووية أو استخدام الأسلحة الأخرى المحرمة أو أي هجوم عسكري عليها، وقد شهدت العقود الأخيرة من القرن العشرين، ثورة في عالم الاتصال ونقل المعلومات والتكنولوجيا على مختلف الأصعدة، مما سمح للأفراد والمؤسسات الولوج إلى البنوك والمؤسسات وقواعد المعلومات على الصعيدين المحلي والدولي، مما أُلّف مصدراً غنياً بالمعلومات لمراكز اتخاذ القرار، رافق ذلك ظهور الكمبيوتر والانترنت، مما خلق إشكاليات خطيرة على الصعيدين الاقتصادي والقانوني وما رافق ذلك من تنوع الاعتداءات على تلك المعلومات والبيانات والبرامج، فهذه التطور الشامل للمنظومة الالكترونية، وما تبعه من نشاط متواصل ما بين أكثر من مائتي دولة جعلها على اتصال دائم من خلال تبادل البيانات والمعلومات التي يتم إدخالها وتحميلها على الشبكة الالكترونية في أقل من دقيقة مما جعله متاحة لأي مستخدم في تلك الدول⁽⁵⁾.

ولم تعرف الدول العربية الحاسب الآلي لا في مطلع السبعينات من القرن العشرين، حيث أدخلته شركات البترول في بعض الدول مثل السعودية والكويت وليبيا، ودخل إلى لبنان من خلال البنوك الأجنبية والمحلية، وأدخلته بعض الدوائر الحكومية إلى القطاع الحكومي في مصر والعراق وإزاء هذا التطور ودخول الحاسب الآلي إلى مختلف الدول، فأن العديد من الجرائم الاقتصادية سوف تظهر في البيئة الالكترونية والناجمة عن اتساع استخدام الحاسوب والانترنت لأنه ما دام البشر موجودين فالخير موجود والشر موجود والجريمة وموجودة مما دفع صوب إيجاد تشريعات تنظم وتحارب تلك الجرائم، فكانت القواعد التقليدية في قانون العقوبات التي تطبق على تلك الجرائم، ونظراً لانتشار تلك الجرائم كان لا بد من البحث عن تشريعات جديدة وحديثة لمواجهة الجرائم الالكترونية، والتي يمتد تأثيرها على الأشخاص والأموال، مما حدا بالدول لوضع تشريعات لمواجهة ذلك وكانت بداية انفتاحها على القانون الجنائي والذي يرسخ بداية هذه الفكرة قانون جرائم المعلوماتية الفرنسي الصادر سنة ١٩٨٨ ويحمل الرقم ١٩ وما تبعه من قانونين أخره ذات صلة ومنها التشريع الفرنسي الصادر في ٤ أغسطس ١٩٩٤ المسمى بقانون Toubon، ومن ثم توالى الدول في سن القوانين⁽⁶⁾، والتشريعات ومن الدول العربية التي اجتهدت في ذلك قانون الجرائم الالكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥، والقانون الاتحادي لدول الإمارات رقم ٢ لعام ٢٠٠٦ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، والنظام السعودي لمكافحة جرائم المعلوماتية الصادر ٢٠٠٧، كما أن هنالك مشروع قرار بقانون فلسطيني ٢٠١٦ بمسمى المعاملات الإلكترونية⁽⁷⁾.

أهمية الدراسة

يكتسب موضوع الدراسة أهمية كبيرة بسبب جسامه الأخطار وحجم الخسائر الناجمة عن

الجرائم الالكترونية بأنواعه المختلفة التي لم تعد عواقبها قاصرة فقط على الأفراد فحسب وإنما امتدت أثارها لتهدد الدول حيث تقوم الدراسة هنا على التركيز على التوعية بخطورة الجرائم الالكترونية، وتحديد الطبيعة القانونية التي تنسجم بها المعلومات والبيانات الالكترونية والجدل الدائر حول مدى اعتبارها أموال تصلح للاختلاس وترتبط على ذلك، كان لابد من ضرورة التفكير في دراسة مدى كفاية النصوص التقليدية لمحاربة الاختلاس الالكتروني، ومدى ضرورة وضع التشريعات القانونية الحديثة لمكافحة الجرائم الالكترونية قادرة على حماية التطور التكنولوجي بعيداً عن القواعد العامة التقليدية التي ذكرت في قانون العقوبات خاصة جرائم الحاسوب والانترنت والتي تتعرض للكثير من الانتهاكات على أن تكون تلك النصوص قادرة على مواجهة الظواهر الإجرامية بكل إبعادها وأثارها السلبية، كعمليات النسخ والحذف والإتلاف ونقل للمعلومات والبيانات الالكترونية أو القرصنة وغيرها من الجرائم الالكترونية بكافة أنواعها المستحدثة والى جانب القواعد الموضوعية، لابد من وضع النصوص الإجرائية التي تتناسب مع طبيعة تلك الجرائم، سريعة الحدوث والاختفاء، نظراً لصعوبة التحري والقبض على مرتكبيها وكذلك التفتيش عن الأدلة الالكترونية وضبطها ناهيك عن وجود صعوبة في اكتشافها وإثباتها.

إشكالية البحث

أن نتيجة عجز القوانين الجنائية التقليدية وعدم قدرتها على مواجهة تلك الجرائم والصعوبات المطروحة فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من الجرائم، وفي موضوع بحثنا المرتبط بالاختلاس الالكتروني؛ اختلاس المعلومات والبيانات الالكترونية، فهل ارتكاب الجرائم العادية التي تنصب على المعلومات المخزنة في الحاسوب كجريمة السرقة مثلاً تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية خاصة ما يتعلق بمحل الاعتداء باعتباره أهم العناصر المكونة لها بالإضافة إلى النشاط الإجرامي، وما يطرح حول مدى انطباق عناصر جريمة الاختلاس العادية على سرقة المعلومات والبيانات المخزنة في جهاز الحاسوب، وما يطبق عليها من إجراءات التفتيش والضبط المتبعة في القوانين الجزائية .

خطة البحث

سوف نتعرض بالدراسة إلى الاختلاس في الجرائم الالكترونية من خلال البحث في التكيف القانوني لاختلاس المعلومات والبيانات الالكترونية في ضوء أحكام جريمة السرقة وما ينطبق عليه من إجراءات ضبط وتفتيش، وبناء عليه تم تقسيم خطة بحث الموضوع إلى مبحثين؛ في المبحث الأول تم التطرق إلى التكيف القانوني لاختلاس المعلومات والبيانات الالكترونية في ضوء أحكام جريمة السرقة، أما المبحث الثاني فتمت فيه دراسة إجراءات التفتيش والضبط في جرائم الاختلاس الالكتروني.

لذلك نرى أن نقسم الدراسة في هذه الورقة البحثية إلى مبحثين:

المبحث الأول: التكيف القانوني للاختلاس المعلومات والبيانات الالكترونية في ضوء أحكام جريمة السرقة.

المبحث الثاني: إجراءات التفتيش والضبط في الجرائم الالكترونية .

المبحث الأول

التكيف القانوني للاختلاس المعلومات والبيانات الالكترونية في ضوء أحكام جريمة السرقة

تمهيد وتقسيم

إن الجرائم الالكترونية من الصعوبة بمكان حصرها فهي متجددة بين الحين والآخر، كونها من الجرائم المستحدثة سريعة التطور، ولسنا بصدد حصرها في هذه الموضوع، ولقد تخيرنا في هذا المطلب أكثر الجرائم شيوعاً وأهمية وهي جريمة السرقة كجرائم أموال الجرائم الالكترونية؛ فجميع القوانين الجنائية نصت على حماية الأموال من الاعتداء سواء في نصوص قانون العقوبات أو من خلال القوانين الخاصة بالجرائم الالكترونية وحقوق المؤلف وغيرها، والتي أخضعت جميع الأموال المادية أو المعنوية للحماية الجنائية، فالمعلومات والبيانات الالكترونية تتمتع بالحماية، بحيث نتناول طبيعة المكونات الالكترونية المادية منها والمعنوية والنقاش حول إمكانية تطبيق نصوص القوانين التقليدية على تلك المعلومات والبيانات وبرامج الكمبيوتر الآخرة بكافة معطياتها، ومدى انطباق نصوص السرقة التقليدية عليها، وما دار حول أصباغ صفة المال على المكونات المعنوية وما نتج عن ذلك من جدال بين الفقهاء، مرجع ذلك أن النصوص القانونية التقليدية لا تتواءم بسهولة مع طبيعة تلك المعلومات والبيانات الالكترونية الأمر الذي يسبب إزعاجاً متزايداً للفقهاء المهتم بتلك المعلومات والبيانات ومدى توفير الحماية الجنائية الكافية لها، مما حدا بهم السعي لإيدراج تلك الأموال المعنوية للحماية الجنائية في مختلف التقسيمات القانونية .

لذلك نرى أن نقسم الدراسة في هذه المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : مفهوم جريمة السرقة (الاختلاس) وأركانها .

المطلب الثاني : العقوبات القانونية التي تعترض تطبيق نصوص الاختلاس على البيانات الالكترونية.

المطلب الأول جريمة الاختلاس وأركانها

عرف المشرع الأردني السرقة في المادة (٣٩٩) حيث نص في الفقرة ١ بأنها اخذ مال الغير المنقول دون رضاه، ونص في الفقرة ٢ إزالة تصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله، وإذا كان متصلا بغير منقول فبفصله عنه فصلا تاما ونقله وفي الفقرة ٣ قرر إن لفظ المالك يشمل على القوى المحرزة، فالمشرع بين إن موضوع السرقة هو الشيء المادي وهو في نفس الوقت الشيء الذي يتقبل السلطات المادية التي تنطوي عليها الملكية والحيازة، ونصت المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري على السرقة بأنه كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره فهو سارق، ونص في المادة (١/٣١١) من قانون العقوبات الفرنسي على أن السرقة هي اختلاس الشيء المملوك للغير، ويعرف الدكتور محمود نجيب حسني السرقة بأنها اعتداء على ملكية منقول وحيازته بنية تملكه، فاعتبار السرقة جريمة اعتداء على ملكية المنقولات فإنه يتعين أن يكون لموضوعها صفة المال، وهو ما يتم نقله من مكان إلى مكان دون تلف، وهي كذلك اعتداء على الحيازة من اجل استطاعة الاعتداء على الملكية، وهذه التعريف وما سبق من تعريف لدى المشرع الأردني يمثل في غالبية مضمونه ذات المفهوم المقرر في مختلف التشريعات العربية منها والغير عربية، كما هو واضح من نص المادة ٦٣٥ من قانون العقوبات اللبناني والمادة ٦٢١ سوري، وكذلك الأمر في تشريعات فرنسا وإيطاليا، بحيث يتطلب فعل الاختلاس في السرقة أن يرد على شيء مادي أو مال مادي، وتعرف سرقة المعلومات والبيانات بأنه الاستيلاء عليها دون علم وإرادة صاحبها أو حائزها الشرعي سواء أكانت مخزنة على أشرطة ممغنطة (ديسكات) أو أسطوانات (سيدي) بقصد التصرف بها على غير رضا صاحبها.

الفرع الأول أركان جريمة السرقة

بالعودة إلى تعريف السرقة في النصوص السابقة، فأن التعريف يتضمن الإشارة إلى موضوع السرقة بأنه مال الغير المنقول، ثم ركن مادي وهو فعل الاختلاس أو الأخذ دون الرضاء، أما الركن المعنوي فيستخلص من الأحكام العامة ويتألف من القصد العام، بالإضافة إلى قصد خاص (نية التملك) وسوف نتناول كل ركن من هذه الأركان على النحو التالي من البيان، ونتناول في نفس الوقت ما ينطبق من موضوعنا على تلك الأركان قدر المستطاع:

محل جريمة الاختلاس

تصنف جريمة السرقة على أنها من جرائم الاعتداء على الأموال، كون فعل الاختلاس لا يقع

إلا على مال، والعلة من وراء تجريم السرقة، كونه تشكل اعتداء على ملكية هذا المال، والملكية في حقيقة الأمر هي أحد الحقوق التي أولها المشرع أهمية، ويتطلب في محل السرقة إن تتوفر الصفة المادية في المحل وأن يكون مالاً (كل شيء يصلح محلاً لحق عيني) لأن الحيازة التي تنالها السرقة بالاعتداء، يراد منها الحيازة المادية، فلفظ الشيء التي جاء فيها المشرع الفرنسي تقابل لفظ المال المنقول التي جاء بها القانونيين الأردني والمصري، حيث أن الصفة المادية للشيء هو إمكان السيطرة المادية عليه، وصلاحيته لان تستخلص منه مباشرة المزايا المادية التي تشكل السرقة اعتداء عليها، ولعل تفسير كلمة شيء لا يجب أن تفسر بمعزل عن صلته بفعل الاختلاس، وهذا اعتدت به محكمة استئناف Anvers البلجيكية حين اعتبرت في حكم لها صادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٨٤ أن قيام المتهم بنسخ ثلاث برامج تحتوي معلومات وبيانات خاصة للمؤسسة التي يعمل لديها قاصداً في ذلك تحقيق منفعتها الخاصة، يشكل جريمة سرقة، وقد بينت المحكمة أساس حكمها على أن كلمة شيء (chose) التي وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٦١ من قانون العقوبات البلجيكي والذي نص على أن كل من يحتل شيئاً مملوكاً للغير يعد مرتكباً لجريمة السرقة، أنها يجب أن ينظر إليها في إطار المعنى الشائع والمألوف للكلمة بحيث يكون هذا المعنى متوافقاً مع مفهوم اختلاس هذا الشيء وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ٣١٤/٥ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أنه كل من أختلس بسوء قصد شيئاً لا يملكه يكون مسئولاً عن سرقة ويعاقب..... وهو ما يتحقق حالة نسخ البرامج والمعلومات والتي تعد من عناصر الذمة المالية للشركة التي تمتلكها، فهذه البرامج والمعلومات لا تعد كما يدعي المتهم مجرد مجموعة من التعليمات ذات الطبيعة غير مادية ولا تصلح بالتالي أن تكون محلاً للاختلاس، وإنما هي على العكس من ذلك أشياء قابلة للنقل وإعادة الإنتاج، كما أن لها أهمية اقتصادية ومن ثم تصلح محلاً للسرقة^(٨).

وإذا كانت القواعد العامة لجريمة السرقة لا تدخل الأموال المعنوية ضمن الاعتداء في نصوص جريمة السرقة، لامتطلبه تلك النصوص من كون المال يقع على كيان مادي، وعلى الرغم من ذلك، إلا أنه إذا أمكن حيازته داخل إطار معين للاستثمار بها، فإنه يقع تحت طائلة السرقة وإن كانت طبيعة المعلومات والبيانات المخزنة والتبادلة عبر شبكة الانترنت مما يصعب حيازته ما لم تثبت على وسيلة لنقل أو نسخ المعلومات بحيث تصلح محلاً للسرقة^(٩)، لأن كيانها المادي يتمثل بالشريط المغنط أو الملف التي يحفظ تلك المعلومات، والذي يعد عندها اختلاس محتوى المعلومة، تأسيساً على أن سرقة المعلومات والبيانات تخفي خلف سرقة الشريط المغنط أو الملف وأن سرقة الأخير دليل على سرقة الأول من معلومات وبيانات^(١٠).

هذا وقد أوضحت التعريفات السابقة أن محل السرقة منقول، والذي يفترض قيام الجاني باختلاس الشيء؛ أي نزع حيازته من المالك الأصلي وأدخله إلى حيازة الجاني مرتكب الاعتداء، بحيث يمكن القول أن المعلومة شيء منقول، ذلك وفق ماجاء في القانون رقم (٦٥٢/٨٢) الصادر بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٨٢ والذي أوضح أن المعلومات هي عبارة أصوات وصور ووثائق ومعطيات أو رسائل أياً

كانت طبيعتها، وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أنه منذ انفصال الشيء عن الأصل الذي كان ملتصقاً به فإنه يعد منقولاً قابلاً للسرقة⁽¹¹⁾، فالعقارات لا تصلح محلاً لجريمة السرقة، وأن كانت تحمي بنصوص أخرى نص عليه القانون .

كما ويشترط لقيام جريمة السرقة حسب النصوص القانونية السابقة أن يقع الاعتداء على مال مملوك للغير، فلا تقوم جريمة السرقة إذا اختلس الشخص مالا منقولاً ملك له؛ أي لا بد أن يكون المال المنقول مملوكاً للمجني عليه أو في حيازته وقت فعل الاختلاس، ذلك انه إذا أنصب الاعتداء على مال يملكه الجاني فهو استعمال لحقه على الشيء، وإذا أنصب على مال غير مملوك لأحد فهو اكتساب مشروع للملكية، فيلزم لحدوث السرقة أن يكون هنالك اعتداء على الملكية صورته أو وسيلته انتزاع الحيازة.

الركن المادي (فعل الاختلاس)

الركن المادي لجريمة السرقة هو الاختلاس أو ما تسميه بعض التشريعات العربية، كالتشريع الأردني واللبناني بالأخذ ويعد مصطلح الأخذ أفصح من الناحية اللغوية من الاختلاس، ويعرف على أنه نقل الشيء أو نزع من المجني عليه بغير علمه ورضاه وإدخاله إلى حيازة الجاني، وعرف الدكتور محمود نجيب حسني الأخذ أو الاختلاس بأنه سيطرة الجاني (السارق) على الشيء المسروق والظهور عليه بمظهر المالك، إذ يلزم لقيام الركن المادي في جريمة سرقة المعلومات والبيانات أن يقوم الجاني بنشاط خارجي ملموس أو فعل مادي يعبر به الجاني عن انصراف أرادته في انتهاك نظام الحماية أو اخذ تلك المعلومات الموجودة على النظام الالكتروني مع علم الجاني بأن ما يقوم به الجاني على غير رضا المجني عليه⁽¹²⁾، وقد بين الشارع؛ الركن المادي بأنه الأخذ دون الرضاء ويعرف بأنه نقل الشيء أو نزع من المجني عليه بغير علمه ورضاه وإدخاله إلى حيازة الجاني، أو هو الاستيلاء على الحيازة الكاملة للشيء بمفهومها المادي والمعنوي، بدون رضا مالكة وهو ما يتحقق من الناحية مادية بحرمان صاحب الحيازة القانونية منها⁽¹³⁾.

وعرفته محكمه النقض المصرية بأنه من المقرر أن السرقة تتم بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وتحت تصرفه⁽¹⁴⁾، فمن الممكن تطبيق نصوص جريمة السرقة العادية على سرقة الشيء الالكتروني أو التلاعب به، حيث أن اختلاس الشيء المتمثل بالبيانات والمعلومات يتحقق بالنشاط المادي الذي يصدر عن الجاني وذلك بتشغيله للحاسوب للحصول على المعلومة التي يرغب بها أو التلاعب بها للحصول على مردود مادي فتتحقق النتيجة بحصوله عليها⁽¹⁵⁾، فالجاني صدر عنه سلوك إرادي يؤدي إلى النتيجة فهناك نشاط ونتيجة ورابطة سببية بينها، ويمثل هذا الجانب الموضوعي، أما الجانب الشخصي سوف نتناوله عند الحديث عن الركن المعنوي والذي يتمثل فينية المجرم الالكتروني في الاستيلاء على الشيء وعدم الرضا الصادر عن المجني عليه لاستيلاء الجاني على ماله⁽¹⁶⁾.

ويتضح من التعريفات السابقة أن هنالك شرطين يجب توافرها لتحقيق الاختلاس، يتلخص الشرط الأول بفعل الأخذ؛ أي اخذ الشيء بغير رضائه حائزاً بحيث يقوم الجاني بإخراج المال من حوزة المجني عليه وإدخاله في حيازته، بحيث يتطلب المشرع تبديل للحيازة، والشرط الآخر هو انعدام رضائه المجني عليه، وأن كان الشرط الأول بحاجة إلى شيء من التوضيح أكثر، حيث أن تبديل الحيازة يتطلب إنهاء سلطه المجني عليه على الشيء، فالضابط في دخوله الحيازة الجديدة، هو استطاعة الحائز الجديد أن يباشر وحده السلطات التي تنطوي عليها الحيازة، بحيث لا يكفي لارتكاب فعل الاختلاس مجرد أخرج الشيء من حيازة المجني عليه إذا لم يعقب ذلك أداخله في حيازة جديدة، فذلك لا يحقق تبديل الحيازة التي تطلبه فعل الاختلاس⁽¹⁷⁾، وتبديل الحيازة بهذا المعنى، يفترض أن الحيازة لم تكن أصلاً للجاني، وقد يتحقق فعل الاختلاس كما لو كان المال في صورته معلومات هامة بحيث قام صاحبها بتدوينها للحفاظ في مستند فقام الجاني بنسخ صورة من تلك المعلومات على المستند بحيث احتفظ بها لنفسه والإبعاد الشبهات عنه قام بإتلاف المستند الأصلي، فيكون بفعله هذه قد نقل الجاني المعلومات إلى نفسه وهو ما يتحقق به معنى الاختلاس، وأن كان لمحكمة النقض الفرنسية اتجاه آخر، ففي حكم لها حول واقعه أن عاملاً في مشروع قام بتصوير مستند يتعلق بنظام العمل في المشروع دون رضائه صاحبها، أيدت المحكمة اعتباره سارقاً للصورة التي قام بتصويرها وليس للمعلومة التي كانت على المستند الأصلي⁽¹⁸⁾.

من ذلك يتضح أن هنالك اتجاهين مختلفان في تكيف واقعه الاختلاس، إذ يذهب اتجاه إلى أن المعلومات في حد ذاتها يمكن أن تكون موضوعاً للسرقة وبالتالي تجريم سرقة المعلومات، فالمعلومات وفق هذه الاتجاه يمكن أن تصلح موضوعاً لجريمة السرقة، فالسلوك المادي الصادر عن الجاني والمتمثل في الاستيلاء على المعلومات بأية وسيلة فنية على غير إرادة صاحبها أو حائزها الشرعي يعد اختلاساً تقوم به جريمة السرقة إذا ما اكتملت باقي أركانها، على أن تكون تلك المعلومات التي تم الاستيلاء عليها سرية وغير متاحة للكافة بحيث يتحقق الضرر من ذلك الاستيلاء، كما لا بد أن يكون نشاط الجاني صادر عن إرادة حرة ساعية إلى أحكام السيطرة والحيازة على تلك المعلومات، فمن يقوم بالاستيلاء على أوراق سرية للمؤسسة التي يعمل بها بحيث أراد تصويرها ثم يعيدها فهو سارق لها⁽¹⁹⁾، أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى عدم إمكانية خضوع تلك المعلومات في سرقتها لنصوص السرقة التقليدية، على اعتبار أن المعلومات شيء غير مادي وغير قابل لتملك، وإن أمكن وضعه في حيز معين، بحيث لا تقوم سرقة المعلومات بشكل منفصل عن الدعامة المادية التي تحوي تلك المعلومات.

وبالعودة إلى فعل الاختلاس الذي لا يقع إلا إذا كان بغير رضائه المجني عليه، فلا يقوم الاعتداء إلا إذا ارتكب الفعل دون موافقة الحائز لها، لأنه إذا تم ذلك بموافقة المجني عليه فلن يكون هنالك اعتداء على حيازته، ويتعين في الرضا وفقاً للقواعد العامة أن يصدر سابقاً أو معاصراً لتبديل الحيازة، أما إذا كان لاحقاً عليه فهو لا ينفي فعل الاختلاس⁽²⁰⁾، ولا يعني عن الرضا العلم بالفعل، فالعلم بالفعل لا يعني الرضا به، فقد يسكت اختباراً للمتهم أو استدراجاً له لضبطه في حالة الجرم

المشهود، فالعلم المجرد لا يتضمن تعبيراً عن إرادة، ومن ثم لا ينفي عن تبديل الحيازة ما ينطوي عليه من اعتداء عليها، فعدم الرضا لا عدم العلم هو الذي يهم في جريمة السرقة⁽²¹⁾، وبناء على ذلك فإذا أثبتت محكمة الموضوع أن تسليم الشيء إلى المتهم كان برضاء حائزها، ثم أدانت المتهم بالسرقة كان حكمها منطويًا على تناقض⁽²²⁾، كما لم يتطلب المشرع أن يتحقق تبديل الحيازة في السرقة عن طريق وسيلة أو طريقة معينة فكل الوسائل تتساوى، فهي سواء في ارتكاب الجريمة، فليس بشرط أن تكون اليد هي فقط أداء الأخذ، بل يجوز أن يستعين الجاني بأداة منفصلة عن جسمه، والسرقة تفترض فعل الأخذ ويتحقق ذلك بأن يتم إخراج المال موضوع السرقة من حيازة المجني عليه وإدخاله في حيازة آخره، فجوهر الأخذ هو استبدال حيازة بحيازة، إما التسليم فهو ينفي فعل الأخذ الذي جرمه المشرع ذلك لأنه ينفي الاعتداء على الحيازة، فلا تقوم جريمة السرقة كذلك إذا كان المال مملوكاً للمتهم.

الركن المعنوي في نطاق الجريمة الالكترونية

الجريمة الالكترونية شأنها شأن أية جريمة من الجرائم التقليدية، فهي جريمة مقصودة، يتخذ ركنها المعنوي صورته القصد العام والخاص، فلا بد أن ترتكب من شخص قادر على تحمل تبعه أفعاله مدرك لها، ويتحقق القصد الجنائي العام بتوافر عنصره العلم والإرادة ويتخذ القصد الخاص في السرقة نية التملك، ونستعرض كلاهما على البيان التالي :

أ- القصد العام في اختلاس المال المعلوماتي :

القصد العام هو إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون، ويتم ذلك في إطار الجريمة الالكترونية بالاعتداء على النظام الالكتروني وحسب ما ورد في نص الفقرة ١ من المادة ٣٢٣ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، فالقصد العام يقتضي توافر علم الجاني بالعناصر التي اشترطها القانون في جريمة السرقة، ثم إرادة ارتكاب النشاط المادي للجريمة والتي يبتغي تحقيق النتيجة الإجرامية، حيث أن علم الجاني بأن المال مملوك للغير هي قرينه على علمه بما ينطوي عليه فعله من اعتداء على حيازة الغير من ثم توافر القصد الجنائي، فهو العلاقة التي تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني وتمثل في سيطرة الجاني على سلوكه ونتائج هذا السلوك، وجوهر هذه العلاقة الإرادة⁽²³⁾، فالجريمة تعد مرتكبه عمداً إذا كان الفاعل عالماً بفعله واتجهت إرادته إلى ارتكابه أو كان عالماً أن من شأن فعله أو امتناعه إحداث نتيجة غير مشروعة فرضاً بذلك .

ب- القصد الخاص :

يتمثل القصد الخاص في هذه الجريمة بتوافر نية تملك الشيء المسروق والظهور عليه بمظهر المالك، وذلك باتجاه إرادة الجاني إلى اختلاس المعلومات والبيانات وإدخاله في حيازته وممارسه سلطات المالك عليها، بحيث يتعين أن يكون الجاني قد قصد من ذلك ليس مجرد الانتفاع بالشيء محل السرقة

وردة ثانية، بل يجب أن يكون لديه نية الاحتفاظ بالشيء ومباشرة سلطات المالك عليه حتى يمكن اعتباره سارقاً، فاشتراط هذه النية هو ما يتفق وما تطلبه القضاء دائماً لأدانه المتهم، وتطبيقاً لذلك قضى بأن من يأخذ مالاً مملوكاً للغير بقصد معاينته أو مجرد المزاح مع صاحبه أو الانتفاع به ورده ثانية إلى صاحبه أو الاحتفاظ به كرهن لديه حتى يقوم المجني عليه بسداد دينه لا يعد سارقاً⁽²⁴⁾.

لعل التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل يلزم أن تتعاصر نية التملك لفعل الاختلاس أم يمكن أن تكون نية التملك لاحقه لفعل الاختلاس، أنقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل نلخص ذلك على البيان التالي:

الاتجاه الأول: يرى أن فعل الاختلاس الذي يمثل الاستيلاء على حيازة تلك المعلومات والبيانات بقصد تملك المال محل الاعتداء، فلا بد من أثبات القصد الجنائي و لحظه تواجده والتي يجب أن تكون لحظه ارتكاب الفعل؛ فمن الضرورة لدى أصحاب هذه الاتجاه أن تتوافر لدى الجاني نية تملك الشيء عند أتيان الفعل المكون للركن المادي حتى يمكن القول باعتبار الفعل سرقة، وأن عدم توافر هذه النية حال ارتكاب الفعل لا يعد الفعل سرقة، وأن توافرت النية بعد ذلك لا يؤثر على تكييف الفعل⁽²⁵⁾.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى عدم ضرورة ولزوم تعاصره النية مع الفعل، فإذا ما استولى شخص على مال مملوك للغير بقصد استعماله ثم أعادته إليه مرة أخرى، ثم اتجهت إرادته إلى الاحتفاظ به بنية تملكه يعتبر سارقاً فيأخذ لحظة التي توافرت فيها هذه النية⁽²⁶⁾، فلم يتطلب هذه الاتجاه لزوم معاصرة النية لفعل الاختلاس، بل رتبت توافر نية التملك اللاحقة وإنشاء نفس الأثر القانوني⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني

الخصوم في جريمة الاختلاس الإلكتروني

أن الاستخدام الغير مشروع لذلك يحدث الجرائم التي ترتكب ضد أفراد أو مجموعات من الأفراد والمؤسسات وغيرها سواء الحكومية وغير الحكومية والتي تهدد أمن الأمة والصحة المالية، وقد تنطوي على مصالح الدولة القومية الناتج عن الحرب الإلكترونية مما يتطلب إخضاع كافة الأطراف الفاعلة للمسائلة القانونية عن أفعالهم أمام المحاكم الوطنية والدولية وحتى من خلال المحكمة الجنائية الدولية⁽²⁸⁾ من الطبيعي أن تحمل ظاهرة الجريمة الإلكترونية في طياتها ولادة طائفة جديدة من المجرمين، أذ يختلف المجرم الإلكتروني كثيراً عن المجرم في الجرائم التقليدية ذلك أن مجرم الحاسوب والانترنت له سمات لا يوجد لها مثل لدى غيره وهذه السمات خاصة تبعاً للطبيعة المميزة لبعض الجرائم الإلكترونية، وسنحاول تسليط الضوء على الخصوم في جريمة الاختلاس الإلكتروني وتصنيف المجرمين والسمات التي يتمتع به المجرم الإلكتروني:

أولاً: سمات المجرم الإلكتروني

أن الجريمة الإلكترونية ترتكب من مجرم غير تقليدي؛ فهو إنسان اجتماعي يحظى بالاحترام والتقدير في مجتمعة، وهو يملك المعرفة والمهارة والوسيلة الخاصة لارتكاب هذا النوع من الجرائم، والتي غالباً ما تتم عن طريق الدراسة المتخصصة في المجال الإلكتروني، فهو مجرم ذكي محترف وغير عنيف ذلك لطبيعة الجرائم الإلكترونية التي تتطلب قدر كافي من الذكاء والحرفية لديه قد لا تتوفر لدى المجرم التقليدي، أو قد يكون تحصل عليه المجرم من خلال الخبرة العملية والاحتكاك بالآخرين، ونظراً لقلة الدراسات الخاصة بهذه الظاهرة يثير صعوبة في التعرف على دوافعهم، وصعوبة الإلمام بمداهم الحقيقي لكون حجم كبير منها غير مكتشف، أو غير مبلغ عن وقوعها، أو لم تتم بشأنها ملاحقة قضائية رغم اكتشافها، أما لصعوبة إثباته وإقامة الدليل على وقوعه، أو للنقص التشريعي، والحماية الجنائية التي تعالجه في حال وقوعها والتبليغ عنها، وما يميز المجرم الإلكتروني هي الدوافع التي تكمن خلف ارتكابه لمثل هذا النوع من الجرائم، فقد يكون الدافع له تحقيق المكسب المالي - الربح، وقد تكون الرغبة في الانتقام والتشفي من رب العمل والقائمين عليه، فهو مجرم عدائي ومنتقم وحقود، وقد تكون الرغبة في قهر النظام والتحدي وإثبات الوجود في هذا المجال على غيره من المجرمين، ويعد تغير واختلاف أنماط وأساليب الجريمة الإلكترونية لما يشهده العالم من تطور في وسائل الاعتداء الإلكتروني فكلمًا تقدم العلم في المجال الإلكتروني والانترنت، كلما أخذ المجرمين أساليب حديثة تواكب هذا التطور، بحيث تختلف البواعث والدوافع في ارتكاب الجريمة .

ثانياً: تصنيف المجرمين

من أفضل التصنيفات لمجرمي الجريمة الإلكترونية التصنيف الذي أورده William Vons torch g Karl Sager، David I cove في كتابهم جرائم الكمبيوتر رقم (٤٠) الصادر عام ١٩٩٥ حيث تم تقسيم المجرمون الى ثلاث طوائف على البيان التالي :

١. المخترقون وهم الهاكرز (Hackers) وهم متطفلون يتحدون إجراءات أمن النظم والشبكات وينطلقون من دوافع التحدي وإثبات المقدرة، وهم مما لا يتوافر لديهم دوافع تخريبية⁽²⁹⁾، أما الكراكرز (Crackers) فأن اعتاداتهم تنم عن رغبة لارتكاب جرائم خطيرة وأحداث تخريب، فالنوع الأول هم الهواة المولعون بالتحدي والرغبة في الاستطلاع والاستكشاف، والثاني هم محترفو الجرائم الإلكترونية، إذ نجد الدافع خبيثاً لدى النوع الثاني مرادفاً للهجمات الحاقدة الخبيثة، وهذه لا يعنى أحدهما من المسؤولية الجنائية عما يتسببون أو يلحقونه من أضرار بالموقع والأنظمة المستهدفة باعتماداتهم، وفي أحيان قد يكون هدف المجموعتان مشترك حين يندمجان في تكوين منظمة إجرامية واحدة ويتميز مرتكبي هذه الجرائم بصغر السن وقلة الخبرة والعمل فيما بينهم على تبادل

- المعلومات فيما بينهم والتشارك في وسائل الاختراق وآليات نجاحها.
٢. المجرمون المحترفون: وهم الذين يتمتعون بالخبرة والإدراك الواسع للمهارات التقنية، كما تتميز بالتنظيم والتخطيط للأنشطة التي ترتكب من قبل أفرادها، لذا تعد هذه الطائفة هي الأخطر حيث تهدف اعتداءاتهم إلى تحقيق المكاسب المالية - الربح - لهم أو للجهات التي كفلتهم وسخرتهم لارتكاب جرائم الالكترونية، كما تهدف بعض اعتداءاتهم إلى تحقيق أغراض سياسة أو نشر آراء أو موقف معين وأعمارهم اكبر سنًا من الطائفة السابقة .
٣. المجرمون الحاقدون: ولا يسعى هؤلاء المجرمون إلى مكاسب مادية أو سياسة وإنما يحرك نشاطهم الرغبة بالانتقام والثأر، وتتميز أفعال هذه الطائفة بالأخطر بحيث تغلب على نشاطاتهم من الناحية التقنية استخدام زراعة الفيروسات والبرامج الضارة وتخريب النظام أو أتلانف بعض معطيات النظام⁽³⁰⁾.

ثالثاً: المعتدى عليه في جريمة الاختلاس الالكتروني

كما هو الحال في الجاني كأحد أطراف جريمة الاختلاس الالكتروني قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً فالأمر نفسه متطلب في المجني عليه أو المعتدى عليه في جريمة الاختلاس قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً وأن كانت في الغالب الأعم تقع على الشخص المعنوي، كمؤسسات مالية وشركات عظمى وغيرها، أو مؤسسة تعمل في مجال الالكترونيات والحاسوب والانترنت، وإن كانت المعلومات في هذه الجرائم هي أهم المصالح المستهدفة لاسيما إذا كانت هذه المعلومات ذات قيمة وأهمية بالغة وكان هدف المجرم الالكتروني هو الحصول على عوض لقاء هذه المعلومة⁽³¹⁾.

ويصعب كثيراً تحديد ضحايا هذه الجرائم على وجه الدقة لأن هؤلاء الضحايا لا يدركون شيئاً عنها إلا بعد وقوعها بالفعل، وقد يترددون في التبليغ عنها، ويعتبر هذا السلوك السلبي مغرياً لمرتكبي هذه الجرائم للاستمرار في نشاطهم⁽³²⁾، إذ غالباً ما يفضل الكثير من المجني عليهم إخفاء أنهم تعرضوا إلى أضرار ناتجة عن الاختلاس الالكتروني ولعل مرد ذلك يكمن في رغبتهم في الحفاظ على سمعتهم التجارية وحماية مركزهم المالي⁽³³⁾، وتعتبر البنوك، والمواقع والأنظمة الالكترونية للمؤسسات المالية من أكثر ضحايا هذه الجرائم إذ بلغت نسبة هذه الجرائم الموجهة ضد البنوك ١٩٪ من هذه الجرائم، والنسبة الموجهة للإدارة ١٦٪ والموجهة للإنتاج الصناعي ١٠٪. وتليها شركات التأمين والشركات الخاصة، يضاف إلى ذلك ما يترتب على الاختلاس للأجهزة الالكترونية ومعطياتها لمختلف المؤسسات والإفراد⁽³⁴⁾، من نتائج سلبية تؤثر على عملها سواء على مستوى الأفراد أو المؤسسات، نستعرضها كما يلي :

١- الآثار المتعلقة بالأفراد :

من الحالات ما يتم فيها بيع معلومات تخص الأفراد بحيث يتم استخدامها في نشاطات إجرامية وأحياناً تخريبه ويتم الاعتداء فيها على حساباتهم البنكية، وسيشعر هؤلاء الأفراد الذين تم استهدافهم

أنهم محل مراقبة من الغير عند استخدامهم للانترنت⁽³⁵⁾، وقد يسرق المخترقون البيانات ببطاقات الائتمان وكلمات السر مما قد يتسبب في أضرار مادية للأفراد الذين يقعون ضحية لهذه الاختراقات، كما قد تسبب توقف الأنظمة المعلوماتية المخترقة وعدم قدرتها على العمل بشكل طبيعي وسرقة البيانات والمعلومات المخزنة داخلها، وتؤدي هذه التأثيرات إلى شعور مستخدمي الأنظمة المعلوماتية بعدم الثقة والخوف عند استخدام هذه الأنظمة المعلوماتية، وبالإضافة إلى ذلك قدرت هؤلاء على نسخ وسرقة المعلومات الشخصية للغير بغيه ابتزازهم أو حتى مطالبتهم بمبالغ مالية مقابل تلك المعلومات .

٢- الآثار المتعلقة بالاقتصاد والمؤسسات والمنظمات:

يرتب اختراق ودخول الأنظمة المعلوماتية لشركات إلى حدوث كثير من الخسائر وأحيانا إلى حالات إفلاس لتلك الشركات بسبب تكرار اختراق بحقها مما يرب فقداً الثقة بهذه الشركات من قبل عملائها وعدم ثقتهم بالحماية الأمنية للمعلومات التي تقدمها هذه الشركات⁽³⁶⁾ وتعد الشركات والمؤسسات الهدف الرئيس للمخترقين الذين يحاولون الاستيلاء وسرقة معلوماتها وأسراره التجارية وبيانات عملائها وإسراهم كما قد يحاول هؤلاء المخترقون سرقة برامج الحاسوب المملوكة لتلك الشركات مما قد يؤدي إلى خسارتها لمبالغ كبيرة التي أنفقتها في تطوير هذه البرامج أو قد يؤدي حتى إلى إفلاس هذه الشركات بسبب بيع هذه البرامج بشكل غير قانوني وبأسعار بخسة مما يؤدي إلى عزوف المشترين عن شراء النسخ الأصلية الأكثر تكلفة⁽³⁷⁾.

كما قد تستخدم الشركات محترفين للقيام بعمليات اختراق للشركات المنافسة لها بغيه إضعافها، وسرقة معلوماتها وأسرارها التجارية، وقد اخترقت العديد من المواقع التجارية المتخصصة ببيع السلع والخدمات على شبكة الانترنت وتمت سرقة المعلومات والبيانات لفائدة تلك الشركات وعملائها واستخدامها في أغراض غير مشروعة⁽³⁸⁾.

المطلب الثاني

العقبات القانونية التي تعترض تطبيق نصوص الاختلاس على المال الإلكتروني

يعتبر البحث عن الطبيعة القانونية للجرائم ومدى إمكانية اعتبارها من ضمن أنهاط الجرائم التقليدية بحيث يتم بسط نصوص جريمة السرقة وغيرها من جرائم الأموال، وذلك من خلال الأخذ بالنموذج القانوني لمحل الجريمة، ومع إدراكنا الكلي أن سرقة المعلومات والبيانات المخزنة في جهاز الحاسوب هي أكثر الجرائم المنتشرة في مجال الاعتداء في الجريمة الالكترونية، كون المعلومات والبيانات تشكل محور ارتكازها، والتي ما تزال بحاجة إلى تشريعات تكفل حمايتها من مخاطر الاعتداء عليه.

ولعل التساؤل الذي يطرح نفسه عن مدى انطباق عناصر ونصوص جريمة السرقة العادية (التقليدية) على سرقة المعلومات والبيانات المخزنة في الحاسوب؟ وهل نستطيع من خلال النصوص التقليدية لجريمة السرقة أن نحقق الحماية الجنائية المطلوبة لتلك البيانات والبرامج المخزنة؟

الفرع الأول الطبيعة القانونية للمعلومات والبيانات الالكترونية

بالرجوع إلى دراسة نصوص قانون العقوبات سواء الأردني أو المصري يتضح لنا أن كلاهما لم ينص على تعريف البيانات، والبرامج والمعلومات الالكترونية بحيث تركا ذلك للفقهاء، وأن كان المشرع الأردني عرف البيانات والمعلومات في المادة ٢ من قانون الجرائم الالكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ فالبيانات هي الأرقام أو الحروف أو الرموز أو الأشكال أو الأصوات أو الصور أو الرسومات التي ليس لها دلالة بذاتها، وعرف المعلومات في نفس المادة البيانات التي تمت معالجتها وأصبح لها دلالة. كما عرفها نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي بأنه المعلومات أو الأوامر أو الرسائل أو الأصوات أو الصور التي تعد أو التي سبق إعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي، كالأرقام والحروف والرموز وغيرها وعرفها مشروع قرار بقانون المعاملات الإلكترونية الفلسطينية⁽³⁹⁾ البيانات الالكترونية بيانات مُمثلة أو مرمزة إلكترونيًا سواء على شكل نص أو رمز أو صوت أو غيرها.

كما اتجه الفقه في تعريفها بأنه مجموعه من الرموز أو الحقائق أو المفاهيم أو التعليمات التي تصلح لأن تكون محلاً للتبادل أو الاتصال أو التفسير أو التأويل أو للمعالجة بواسطة الأفراد أو الأنظمة وهي تتميز بالمرونة بحيث يمكن نقلها وتجزئتها وجمعها أو نقلها بوسائل مختلفة⁽⁴⁰⁾، وعرفت بأنه مجموعة الأوامر والتعليمات التي تكتب بلغة معينة والتي تصدر من الإنسان إلى الحاسوب؛ أي أن البرامج في جوهره معلومات والتي تأخذ شكل رسالة يمكن نقلها من خلال وسيلة معينة أو علامة متعارف عليها لنقل هذه الرسالة إلى الآخرين⁽⁴¹⁾.

أن ظاهرة الجرائم الالكترونية وفق التحديد المتقدم أفعال غير مشروعة مرتبطة بنظام الحاسوب، ومع أن النصوص القانونية السابق ذكرها لا تحول دون وقوع السرقة على شيء معنوي؛ إي غير مادي وعلى الرغم من ذلك فإن نص المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٣٩٩) من قانون العقوبات الأردني، لم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى الشيء أو المال محل السرقة؛ معنى ذلك أن المشرع لم يتقيد في نصوصه بطبيعة هذا المحل، بحيث يستوي لديه أن تقع السرقة على أشياء مادية أو معنوية، أما المشرع الفرنسي في المادة (٣٧٩) من قانون العقوبات الفرنسي القديم و تقابلها المادة (٣١١) من قانون العقوبات الجديد فذكر كلمة شيء، مطلقة دون قيد بحيث يشتمل محل السرقة على الأشياء المادية والغير مادية طالما تقبل السرقة⁽⁴²⁾ وكذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ٣١٤ / ٥ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أنه كل من أختلس بسوء قصد شيئاً لا يملكه يكون مسئولاً عن سرقة ويعاقب

ويفسر اقتصار القضاء والفقه على تناول الأموال المادية، أن نصوص السرقة وضعت في ظروف ووقت كانت فيه الأموال المعنوية قليلة العدد والقيمة من ناحية، حيث عمدت في تلك الفترة على توفير الحماية الجنائية للأموال المنقولة المادية والتي كانت لها قيمة كبيرة تفوق قيمة بعض العقارات، ومن ناحية ثانية فإن الأشياء المعنوية الجديدة- والتي لم يؤهلها المشرع حمايته في تلك الفترة زاد عددها مع

التطور بحيث زادت قيمتها الاقتصادية حتى أن بعضها زاد عن قيمة الأموال المادية المنقولة والعقارية على السواء، وهذا الأمر غفل عنه المشرع وقت وضع النصوص القانونية لحماية الأموال المنقولة المادية، ويصدق هذا الحال أن كان محل الاعتداء في الجريمة الالكترونية هي المكونات المادية للنظام الالكترونية الحاسوب، والانترنت كالأجهزة والمعدات الكترونية التي تؤمن وصول الخدمة - شبكة الاتصال، والحاسبات أو شاشات وحتى آلات الطبع المرفق بها، وهناك أيضا البرامج التي تكون عادة مثبتة على دعامة أو حامل support مثل الأقراص أو الشرائط والفلاشات أو ما درج على تسميتها وحدات التخزين، والتي يصدق عليه وصف المال وفقاً لتحديد التقليدي، فتلك البرامج والوحدات تصلح لأن تكون محلاً لجرائم الأموال على الرغم أن تلك الوحدات منفصلة تعتبر ضئيلة القيمة إذا ما قيمت بقيمته تلك البرامج، فالاعتداء هنا قد وقع على شيء مادي مما يصلح تكيفه حسب الاعتداء الإجرامي من جرائم الأموال التي يتفق نموذجها مع هذا الاعتداء⁽⁴³⁾.

ففي تلك الأحوال السابقة ليس هنالك ما يثار عن أننا بصدد جرائم تقليدية، يصلح لتطبيق النصوص التشريعية التي عاجلت جرائم السرقة والاحتيال، فالحاسوب يعتبر أداء ارتكاب الجريمة الالكترونية، كما أن الجاني يستطيع من خلال تلك الأجهزة ارتكاب جرائم السرقة أو النصب والاحتيال أو خيانة الأمانة أو تزوير تلك المعلومات، ذلك من خلال التلاعب في الحاسوب والانترنت⁽⁴⁴⁾، وهذا ما اعتدت به محكمة استئناف Anvers البلجيكية حيث اعتبرت في حكم لها صادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٨٤ أن قيام المتهم بنسخ ثلاث برامج تحتوي معلومات وبيانات خاصة للمؤسسة التي يعمل بها قاصداً في ذلك تحقيق منفعة الخاصة، يشكل جريمة سرقة، وقد بينت المحكمة أساس حكمها على أن كلمة شيء (chose) التي وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٦١ من قانون العقوبات البلجيكي والتي نصت على أن كل من يختلس شيئاً مملوكاً للغير يعد مرتكباً لجريمة السرقة، أنها يجب أن ينظر إليها في إطار المعنى الشائع والمألوف للكلمة بحيث يكون هذا المعنى متوافقاً مع مفهوم اختلاس هذا الشيء وهو ما يتحقق حالة نسخ البرامج والمعلومات والتي تعد من عناصر الذمة المالية للشركة التي تمتلكها، فهذه البرامج والمعلومات لا تعد كما يدعي المتهم مجرد مجموعة من التعليقات ذات الطبيعة غير المادية ولا تصلح بالتالي أن تكون محلاً للاختلاس، وإنما هي على العكس من ذلك أشياء قابلة للنقل وإعادة الإنتاج، كما أن لها أهمية اقتصادية ومن ثم تصلح محلاً للسرقة⁽⁴⁵⁾، إذا أن الاعتداء على البرامج والمعلومات التي توجد داخل الحاسب الآلي يشكل جريمة سرقة، لأنه يمثل اعتداء على حق الملكية.

أن ما يتطلب في محل جريمة السرقة أن تتوافر الصفة المادية في موضوعها بحيث يكون مالا؛ ويقصد بالشيء في الجريمة الالكترونية الحاسوب أو الكمبيوتر بكل مكوناته، والتي يمكن تعريفه بأنه مجموعة من الكيانات التي تسمح بدخول المعلومات ومعالجتها وتخزينها واستشارتها أو استرجاعها عند الرغبة، وعلى ما سبق نجد أن هذه الشيء أو المال يتكون من كيانيين: كيان مادي وكيان معنوي، بحيث يشمل الكيان المادي على الأجهزة المادية المختلفة وهي تشمل جهاز الإدخال وجهاز الإخراج، وحدات التشغيل والتخزين والتي من خلالها تتم معالجة المعلومات وتخزينها وإخراجها، أما الكيان المعنوي فيشمل البرامج المختلفة التي يتحقق ويتمكن من خلالها الحاسوب من القيام بوظائفه المختلفة⁽⁴⁶⁾،

ولطبيعة الكيان المعنوي، هنالك من ذهب إلى عدم التسليم بفكرة الكيان المادي للمعلومات والبيانات الالكترونية رغم أن التطور التكنولوجي السريع يحتم ذلك، على اعتبار أن العلة من اشتراط أن يكون موضوع أو محل جريمة السرقة مال منقول مملوك للغير، وعليه فأنا المعلومات والبيانات لا تصلح محلاً لجريمة السرقة لكونها تقع على مال مادي وليس معنوي، كون المال المعنوي يتجرد وفق هذا الاتجاه من الصفة المادية، فجريمة السرقة هي اعتداء على حق الملكية، ومن شروط موضوع الاعتداء يلزم شروط تنتج من فكرة واحدة وهي ضرورة أن يكون الشيء الذي ينصب عليه السلوك الإجرامي محلاً لحق الملكية، بحيث ينال الاعتداء بارتكاب ذلك السلوك، مما يتطلب وجوب كون ذلك الشيء مالاً حتى نتصور صلاحيته محلاً للحق ثم وجوب كونه مملوكاً للغير مرتكب الجريمة، بحيث يتصور أن يكون ثمة اعتداء من المجرم على ملكيه غيره .

الفرع الثاني

الحجج المؤيدة لفكره تطبيق نصوص الاختلاس على المال المعنوي

اختلفت الآراء في تحديد ما إذا كانت المعلومات والبيانات تعد كيان مادي أم كيان معنوي وحتى تتمكن من القول بكون تلك المعلومات والبيانات محلاً لجريمة السرقة الالكترونية، يجب أن يصدق عليها وصف المال، حيث يظهر من خلال التعريفات السابقة، أن المعلومات تعد من قبيل الأشياء المعنوية لا المادية، مما يشكل صعوبة في تطبيق نصوص جريمة السرقة التقليدية على سرقة المعلومات والبيانات المخزنة على جهاز الحاسوب، لانعدام الكيان المادي لتلك المعلومات والبيانات، ولعل التساؤل الذي يثور حول مدى صحة انطباق وصف المال على تلك المعلومات والبيانات بالرغم من طبيعتها اللامادية؟؟ ولتوضيح مدى صحة انطباق وصف المال على تلك المعلومات نتناول الحجج التي تعتبر الأشياء المعنوية تصلح لذلك التالية:

١. لقد عرفت الفقرة ١ من المادة (٨١) من القانون المدني المصري المال بأنه هو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، وبحسب ما ورد في نص المادة (٥٣) من القانون المدني الأردني فان تعريف المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل كما نصت المادة ٥٤ من نفس القانون كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن المال هو كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون^(٤٧)، ومن خلال هذه التعريفات السابقة للمعلومات والبيانات، فأنا الشيء في نظر القانون يتطلب - وهو هنا المعلومات والبيانات شرطين حتى ينطبق عليه وصف المال وهما: أ- إمكانية للحيازة . ب- الانتفاع المادي بها. فالموضوع في جريمة السرقة هو كل ما يصلح أن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية سواء كان

مادياً ومعنوياً، بحيث أدخلت الأشياء المعنوية ضمن المال، وهذا ما بينه المشرع الأردني الذي يتبنى اعتبار المال المعنوي من الحقوق المالية التي يمكن حيازته، وكذلك المشرع المدني المصري لم يعتبر المال المعنوي خارج التعامل بحكم القانون وبالتالي فالنظام الأردني والمصري يعتبران المال المعنوي قابلاً للسرقة وعليه فالأشياء تنقسم إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية أو معنوية علماً أن الأموال من وجهه النظر التقليدية لجريمة السرقة لا ترد إلا على الأشياء المادية بحيث يكون له حيز مادي ملموس يمكن حيازته، مهما كانت قيمه المال حيث تقع جريمة السرقة ولو كان المال المسروق تافه القيمة، فالسرقة اعتداء على الملكية والحيازة معاً، الآن المحل الأصلي للاعتداء هي الملكية أما الحيازة فهي اعتداء عرضاً وهو غير مقصود لذاته، فالجاني يتجه في قصده إلى الاعتداء في الجرائم الالكترونية على الشيء أو المال الالكتروني أو، بحيث يكون هذا الشيء أو المال محلاً أو موضوعاً لها.

٢. أن الأصل في تطبيق النص الجنائي أن يتم بعيداً عن المعايير المسبقة التي تحكمه وفقاً لمبدأ الشرعية، فالنظرية الشخصية في تفسير النص الجنائي تكمن وتحدد في نطاق الهدف الذي كان يقصده المشرع وقت وضع النص، إلا أن الحاجة الناتجة عن التطور العلمي تدعو إلى معالجة حالات جديدة لم تكن معروفة وقت وضع النص، لذلك نرى صحة أسلوب النظرية الموضوعية في التفسير في مجال تجريم السلوكيات المتعلقة بالجرائم الالكترونية، حيث تهدف هذه النظرية إلى البحث عن المصلحة الحقيقية للمشرع التي أراد حمايتها⁽⁴⁸⁾، وهذا يتم من خلال تطبيق النص الجنائي التقليدي على الحالات التي لم تكن موجودة وقت أن تم وضع النص، مثال ذلك سرقة التيار الكهربائي والتي تم تطبيق نصوص جريمة السرقة التقليدية، وكذلك التوسع في تعريف الطرق الاحتمالية لما شاهده هذه الجريمة من طرق جديدة بحاجة إلى معالجة حيث أن علة النص الواردة في النصوص التقليدية للجريمة السرقة والاحتيال يمكن تطبيقه على بعض جرائم الأموال الالكترونية الحديثة ومنها سرقة المعلومات والبيانات الإلكترونية.

٣. أن التطورات التي حدثت في الزمن القريب وما زالت مستمرة جعلت بعض الأشياء المعنوية في مجال المعلومات والبيانات الإلكترونية - أكثر أهمية وقيمة من الأشياء المادية، مما استدعى إعادة النظر في حصر الأموال على الأشياء المادية فقط، مما دفع إلى إعادة النظر في ذلك والبحث عن معيار آخر غير طبيعة الشيء الذي يرد عليه الاعتداء من كونه مال، مما يسهل من أصباح صفة المال على الشيء المعنوي ومن تلك الأشياء المعنوية ذات القيمة المالية المعلومات والبيانات التي يحتويها الحاسوب ويتم التعامل بها عن طريق الشبكة الالكترونية، حيث أن هذه المعلومات والبيانات بالغه الأهمية في مجال تكنولوجيا المعلومات، ففي بعض الأحيان ترتفع قيمه تلك المعلومات والبيانات عن قيمة الأموال المادية، مما تدفع باتجاه إمكانية أصباح صفة المال على المكونات المعنوية للنظام الالكتروني على أساس ما تتمتع به من قيمة مالية اقتصادية⁽⁴⁹⁾.

٤. أن الجريمة الالكترونية تتفق مع جريمة السرقة من كون كلاهما يتطلب طرقي الجريمة الجاني والمجني عليه، حيث في الجريمة الالكترونية يتجه قصد الجاني إلى الاعتداء على الشيء أو المال الالكتروني؛

البيانات والمعلومات الخزنة، حيث أن هذه الشيء أو المال محلاً أو موضوعاً للجرائم الالكترونية وتشمل الحاسوب أو الكمبيوتر بكل مكوناته التي تسمح بدخول المعلومات والبيانات والبرامج ومعالجتها وتخزينها وإخراجها ونقله عبر ذلك الجهاز ومكوناته، وبالتالي فهي تمثل أهمية اقتصادية كبيرة وبدونها لا يكون للحاسوب قيمة أكثر من قيمة المواد التي صنع منها، فالفقه الحديث يرى أن الضابط في اعتبار الشيء مالا ليس على أساس ماله من كيان مادي وإنما على قيمه تلك المعلومات من الناحية الاقتصادية، ولعل ذلك مرده أن مفهوم الشيء أو المال نابع من الذهن وليس من طبيعة هذا الشيء، لذا فإن تلك المعلومات والبيانات وما يتفق معها من حيث الطبيعة وأن كانت شيء غير ذو كيان مادي، فإن لها قيمة اقتصادية تستحق الحماية القانونية لما تشتمل عليه تلك البرامج والمعلومات والبيانات الخاصة بالحاسوب والانترنت من قيمة اقتصادية ومالية، علماً أن المشرع الحديث يعترف لصاحب هذه المعلومات بما يطلق عليه الحق فيالملكية الذهنية أو الأدبية التي لصاحبها الحق في سرية تلك المعلومات واحتكارها واستغلالها بالكيفية التي يرغب، بها دون أي اعتداء من الآخرين⁽⁵⁰⁾.

٥. إن البرامج والمعلومات والبيانات لها كيان مادي يمكن رؤيته على الشاشة مترجمة إلى أفكار وانه يمكن قياس سرقة هذه البرامج على سرقة الكهرباء والهاتف⁽⁵¹⁾، الأمر الذي يمكن أن يستنتج منه أن جريمة السرقة تقع في كل حالة يحرم فيها مالك أو حائز لشيء - ولو لفترة قصيرة - من مميزات حق الملكية التي له على الشيء حتى ولو لم يتحرك هذا الشيء من مكانه⁽⁵²⁾، حيث مدت بعض نصوص قوانين العقوبات المتصلة بتجريم الأموال وتحديداً نصوص السرقة على سرقة الكهرباء نتيجة قياسها عليها، وأيدها في ذلك بعض الفقهاء، بحيث أشاروا إلى إمكانية مد القواعد القانونية التي تنطبق على السرقة بحيث تنطبق على جرائم القرصنة والنسخ، فالسرقة تتم بنشاط إيجابي، وهو نسخ البرامج أو تصويره وإن أسلوب الأخذ (الاختلاس) قد تطور بأن تتم جريمة السرقة بأخذ نسخة من تلك البرامج أو المعلومات⁽⁵³⁾.

٦. في جريمة السرقة كل شيء يصلح محلاً لحق عيني، والأصل أن كل شيء نافع للإنسان أي يستطيع أن يشبع حاجة له يصلح أن يكون هدفاً لاستئثار بعض الناس به وإنشائهم الحقوق عليه، فهذه الأشياء ذات فائدة للأفراد وللمجتمع والاستئثار به يعني وجوب كونه ذا قيمة أو متقوم، ولم يشترط أن تكون قيمه الشيء مادية فإذا لم تكن للشيء غير قيمه معنوية كالخطاب والأوراق فهي متقوم⁽⁵⁴⁾، ويصلح موضوعاً للسرقة حتى ولو كان قصاصه من ورق، طالما يمكن أن تخضع لسيطرة الإنسان ويسعه أن يوجهها على النحو الذي يحقق منفعتها، فهي من جرائم الضرر لأنها تقع بخروج المنقول من ملكية صاحبه إلى الفاعل، وقد يترتب على هذا الأخذ ضرر أما أن يكون مادياً وقد يكون أيضاً ضرراً معنوياً.

٧. أن المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد وتحديداً المادة ٣١١، والمادة ٣١٤/٥ أورد كلمة شيء والتي تشمل الأشياء المادية وغير المادية، فطالما أمكن حيازة الأشياء غير المادية مثل حق الارتفاق والدين وحق الانتفاع، فإنه لا يوجد ما يمنع حيازة المعلومات والتي تخضع لسلب

الحيازة، فالتشريع الفرنسي كان السباق في حماية المال المعلوماتي، كما لعب القضاء الفرنسي دور كبير في تطويع النصوص العقابية التقليدية وفسرها تفسيراً دل على حرصه على توفير أكبر قدر من الحماية لهذه الأموال موضع الجدل والنقاش على خلاف التشريعات والقضاء في غيرها من الدول التي ما زالت بعيداً عن معالجة هذا القضايا المستحدثة وتطبيقها على هذا المال المعلوماتي، باستثناء الدول التي عملت على سن تشريعات خاصة لمواجهة الجرائم الالكترونية.

وعلى ما سبق نجد أن تحديد طبيعة معطيات الحاسوب والمعلومات تعد حجر الأساس في تقدير الموقف من قابلية أنطباق النصوص التقليدية، لا على جريمة الاختلاس فقط بل وعلى طائفة معتبرة من جرائم الحاسوب، وما أثير بشأنها من خلاف حاد ومتعارض، أشبه ما يكون بالخلاف الذي أثير حول مدى شمول نصوص السرقة لأنشطة الاستيلاء على القوى المحرزة كالكهرباء وخطوط الهاتف، وأساس مشكله الخلاف الدائرة الآن حول فهم طبيعة المعلومات والبيانات ومدى إمكان إخضاعه لنصوص جريمة السرقة في البلدان لا يوجد فيه تشريعات خاصة بالجرائم الالكترونية، وهي نفسها من أسباب الخلاف التي كانت ماثراً حول طبيعة التيار الكهربائي والاعتداء عليه، حيث أن الموقف من تجريم سرقة الكهرباء في بدايته يشبه إلى حد قريب من الجدل الدائر الآن حول صلاحية المعلومات ومعطيات الحاسوب للسرقة بحيث تم في النهاية تطبيق نصوص السرقة التقليدية على سرقة التيار الكهربائي، فقد توسعت النظم القانونية في دلالة تعبير المال أو الشيء المادي، ذلك أما من خلال الاجتهاد القضائي أو التشريعي من خلال نصوص صريحة في قانون العقوبات، بحيث اتصلت في نطاق القوى المحرزة، كالطاقة الكهربائية سواء من خلال اعتبار الكهرباء ذات كيان مادي ملموس وبالتالي تصلح محلاً للملكية والحيازة أو بالاعتداد إلى قيمة الكهرباء الاقتصادية، ونحن لسنا في هذا المقام لتوضيح الاتجاهات التي دارت إلى أن تم أخضاع سرقة التيار الكهربائي إلى نصوص جريمة السرقة، ذلك أن الكهرباء مادة تحولت إلى طاقة تتدفق عبر الأسلاك لمقتضيات الاستخدام والاستعمال في مجالات مختلفة، وهي في نفس الوقت مال لأنها ذات قيمة مالية، فمقابل الاستعمال والاستخدام هنالك عائد مادي كبير، كما أنه منقول لإمكان حيازتها وملكيته ونقلها من مكان لآخر دونما اعتبار لطبيعته أو لصورته، وقد أكدت محكمة النقض المصرية على أن التيار الكهربائي مالاً منقولاً عندما قضت في احد أحكامها أن التيار الكهربائي منقول قابل للتملك والحيازة وبالتالي للسرقة⁽⁵⁵⁾، وبعبارة أخرى فالاختلاس في جريمة سرقة التيار الكهربائي تقوم على عنصرين كما هو في جريمة السرقة العادية، يتمثل العنصر الأول في سلب حيازة التيار الكهربائي أو الاستيلاء عليه هو العنصر المادي، والعنصر الآخر هو العنصر المعنوي وهو عدم رضا مالك أو حائر التيار الكهربائي.

أما موقف التشريعات المختلفة من سرقة التيار الكهربائي، ومدى اعتبار التيار الكهربائي مالاً منقولاً، فالتشريع المصري وهو كالتشريع الفرنسي - لم ينص في المادة (٣١١) من قانون العقوبات النافذ عند بيان أحكام السرقة ما يشير إلى أن التيار الكهربائي مالاً منقولاً، إلا أن الفقه والقضاء في مصر

وفرنسا استقرا على أن التيار الكهربائي يعد من المنقولات التي يمكن أن تكون محلاً للاختلاس، كون الكهرباء تنتج عن تجمع قوى طبيعية، فهي عبارة عن ذرات تنتقل من مكان إلى آخر عبر الأسلاك وبالتالي فإن الكهرباء شيء غير ملموس يمكن حيازته ويصلح محلاً للسرقة⁽⁵⁶⁾، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها، بأنه لا يقتصر وصف المال المنقول على ما كان جسماً قابلاً للوزن طبقاً لنظريات الطبيعة بل هو يتناول كل شيء مقوم قابل للتملك والحيازة والنقل من مكان إلى آخر، فالتيار الكهربائي هو مما تتوافر فيه هذه الخصائص من الأموال المنقولة المعاقب على سرقتها⁽⁵⁷⁾.

أما المشرع الأردني فقد اعتبر الكهرباء مالاً منقولاً يصلح أن يكون محلاً للسرقة، حين وضح مفهومه في المادة (399/3) فبنصها (تشمل لفظ (المال) القوى المحرزة) وهو ما طبقته محكمة التمييز الأردنية بقولها إن قارئ عدادات بالتلاعب بهذه العدادات بحيث لا تشمل كل ما يستهلكه من الطاقة لقاء مبلغ من المال يكون بذلك شريكاً في سرقة الطاقة الكهربائية ويستحق العقاب بمقتضى المادة ٧٦⁽⁵⁸⁾.

وبالتدقيق في مدى صحة اعتبار الكهرباء منقول قابل للتملك وبالتالي للحيازة وإمكان إخضاعه لنصوص جريمة السرقة نجد أن مفهوم المادة القانونية، هو فعل الاختلاس والاستيلاء سواء خلسة أو بالقوة على جسم الجريمة ووضعه في حيازة الجاني (الفاعل) ليستفيد منه شخصياً أو عن طريق الغير كبيع المسروقات، وهذه الطبيعي لتطبيق نصوص السرقة لكن هذا لا يتوفر عند اختلاس التيار الكهربائي، فالجسم المنقول هو ما نستطيع نقله من مكان الأخر، كونه شيء ملموس، وهو غير متوافر في التيار الكهربائي، حيث أن نقلها من مكان الأخر يستلزم استعمال سلك خاص لنقل الكهرباء لمكان معين ولا يستطيع التصرف به دون ذلك، لأنه ليس جسماً قائماً بذاته، وكذلك الأمر في عدم استطاعة نقله من مكان إلى الأخر، وأيضاً التيار الكهربائي شيء غير ملموس على الرغم من انه مرئي وبالتالي لا يمكن حيازته بالمعنى المادي الدال على جريمة السرقة وإنما يؤدي إلى انقاص قوة التيار الكهربائي بغرض الانتفاع غير المشروع، حيث ثمة رأي يذهب إلى اعتبار الكهرباء منفعة لا منقول وأن السرقة لا ترد قانوناً على المنفعة، وبالتالي لا يمكن العقاب على اختلاس التيار الكهربائي، فالكهرباء من وجهه هذا الرأي ليس منقولاً بل مجرد منفعة، وأن محاولة الفقه إضفاء صفات المنقول عليها من أماكن تملكها وحيازتها ونقله من مكان لآخر وهي مجرد قياسات حكمية، لا تغير من طبيعته الكهرباء كمنفعة لان أساس فكرة المنقول هو الوجود المحسوس الذي يمكن حيازته وقابليته للوزن حسب النظريات الطبيعية والكهرباء ليس لها وجود خاص محسوس أو تميز مستقل بل تتماثل في الآلات والمعدات التي تنتجها وتولدها⁽⁵⁹⁾.

والاتجاه المؤيد لصلاحيّة المعلومات والبرامج للاختلاس ينطلق بالاعتماد عما سبق من تطبيق نصوص السرقة على التيار الكهربائي ومن خلال مقارنه ذلك بسرقة التيار الكهربائي من حيث طبيعة الشيء محل السرقة أو بالنظر إلى كيفية الاستفادة منه وأسلوب استخدامه والذي يمكن الجاني من القيام بالنشاط المحقق للاختلاس، فالأشياء المادية لا تثير صعوبة عند اختلاسها من خلال نشاط مادي، بحيث يمكن وقوع الاختلاس على المعلومات والبيانات الموجودة على الدعامات التي تثبت عليها، ولكن الموضوع يختلف حين يكون الاستيلاء على المعلومات دون الاستيلاء على تلك الدعامات، فالصورة

الأولى لا تثير أشكالا كون الجاني قد استولى على شيء معنوي، فهو هنا لم يقم بأي نشاط مادي، بل أن ما قام به مجرد نشاط ذهني (معنوي) للسيطرة على تلك المعلومات سواء كان بالنظر أو بالسمع الذي أدرك به المعلومات ثم أختزنها في ذاكرته، فذلك يؤدي إلى تحقيق الاختلاس بحق من يقرأ أو يسمع معلومة أو برنامج علما أن القانون لا يعاقب على الأفكار ومجرد النوايا، وعلى الرغم من كون المعلومات لا تعد شيء مادي فإن إنقاص الذمة المالية للشيء المادي يتحقق بخروج الشيء من ذمة المجني عليه ودخوله في ذمة الجاني، أما إذا كان الشيء غير مادي (معنوي) فإننا لا نكون بحاجة إلى مثل ذلك، ونقل الشيء كون الاختلاس ما هو إلا إنقاص لذمة المجني عليه، وإنقاص ذمة الأخير، قدمت بانتقاص قيمة المعلومات لأن صاحب (حائزها) المعلومات والبرامج أو مالكة لم يعد هو الوحيد صاحب المعلومة على الرغم من أن أصل المعلومة لا زال بين يديه بل أصبح هنالك من يزحمه في ذلك، فهو لم يبقى الحائز أو صاحب الحق الوحيد في احتكار المعلومة واحتكار استغلالها واستعمالها.

المبحث الثاني

إجراءات التفتيش والضبط في جرائم الاختلاس الإلكتروني

تمهيد وتقسيم

يعد التفتيش من أهم وخطر إجراءات التحقيق⁽⁶⁰⁾، ونظراً لهذه الأهمية؛ نجد العديد من الدول التي رفعت هذا الحق إلى مصاف الحقوق الدستورية، كونه السياج الذي يحمي الحياة الخاصة للإنسان ضد تعسف وانتهاكات من أوكل لهم المشرع مهام التنقيب والبحث والمعاينة، وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، والتي تفيد وتساهم في كشف الحقيقة في مستودع السر؛ والتفتيش يجب أن لا يחדش كرامة الإنسان وذلك أعملاً لقوله تعالى في سورة الإسراء (ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً)⁽⁶¹⁾، فنص القانون الأساسي الفلسطيني في الفقرة ٢ من المادة ١١ بالنص لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حسسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، كما نص نفس القانون في المادة ١٧ على حرمة المساكن حيث جاء فيها للمساكن حرمة، فلا تجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب ووفقاً لأحكام القانون...، كما نص الدستور الأردني على هذا الحق في المادة ١١ من الدستور الأردني على حرمة المساكن وذكر للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وكذلك قرر الدستور المصري هذا الحق فنص في المادة ٤٤ منه للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون تقابلها المادة ٣١ من الدستور السوري.

كما أن الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠، والتي أكدت المادة ٨ منه لكل شخص الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية ومسكنه ومرسلاته وقد أصدرت

الحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عدة أحكام تتعلق بالتفتيش وكان من شأن هذه الأحكام أن قامت فرنسا بإصدار قانون جديد لتنظيم مراقبة المحادثات لسنة ١٩٩١⁽⁶²⁾، وفي هذا الاتجاه شدد المجلس الأوروبي منذ عام ١٩٨٩م على ضرورة تدويل جرائم التكنولوجيا، وخاصة المتعلقة بالمعلوماتية، وفي نفس السنة أقر مجلس الوزراء الأوروبي توصية تحث الدول الأعضاء على ضرورة مراجعة قوانينها الإجرائية لتكون قادرة على مواكبة الجرائم الالكترونية وما يلحقها من تطور ذلك من خلال تنظيم إجراءات التفتيش و الضبط، ضرورة الرقابة الفنية من اجل نجاح التحقيق الجنائي بخصوص هذه الجرائم، ومرجع ذلك عجز القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية وحدها لمواجهة الجرائم المعلوماتية عابرة الحدود، بل لا بد من إيجاد استراتيجيات مكملة على المستوى الفني التقني والقضائي وتحديث الآليات التقليدية على مستوى التعاون القضائي الدولي، كما أوصى المؤتمر على الصعيد الإجرائي بوضع كافة الامكانات تحت تصرف سلطات التحقيق والتحرري، شرط التوازن وملائمة بين تطبيق تلك الحقوق والإجراءات وفي نفس الوقت احترام حقوق الإنسان وحرمة الحياة الخاصة، بحيث لا تقبل تقييد حقوق الإنسان من قبل السلطات العامة إلا على أساس قانوني واضح غايته مكافحة الجرائم الالكترونية والحد منها⁽⁶³⁾.

لذلك نرى أن نقسم الدراسة في هذه المبحث إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : أشكاليات التفتيش وما في حكمه في البيئة الالكترونية.

المطلب الثاني :مدى قابلية جرائم الحاسوب والشبكات الإلكترونية للتفتيش عن أدلتها.

المطلب الثالث :ضبط أدلة جرائم الحاسوب والانترنت واجراءات ذلك.

المطلب الأول

أشكاليات التفتيش في البيئة الالكترونية

أن البحث في الغاية من التفتيش ومدى قابلية مكونات الحاسوب والشبكات الالكترونية المرتبطة به للتفتيش ترجع إلى أهمية تحديد ماهية التفتيش والغاية منه، بحيث تكمن الغاية من التفتيش في الوصول إلى ما تحويه نظم الحاسوب من أشياء مادية أو معنوية تفيدي في كشف الحقيقة ونسبتها إلى المتهم وما دار حول ذلك من جدل فقهي ونقاش حول مدى إخضاع مكونات الحاسوب إلى التفتيش وبحيث نتناول هذا المطلب على البيان التالي :-

الفرع الأول

الغاية من التفتيش

أن التفتيش عبارة عن الإطلاع على محل منح له القانون حرمة خاصة، باعتباره مستودع سر صاحبه، فلا يجوز الإطلاع عليه أو على ما بداخله إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً، أو برضي

صاحبه، وقد يكون محل التفتيش الشخص أو المسكن أو محلاً آخر ألحقه القانون في الحكم بالمسكن⁽⁶⁴⁾ فالتفتيش مقرر للبحث عن ما يظهر حقيقة أفعال جرمها القانون ويخضع التفتيش لإحكام مقررة بموجب القانون والتفتيش في الجرائم الالكترونية ليست بالبسيط، فهناك مكونات الحاسوب المادية والمعنوية الخاضعة للتفتيش، حيث يتطلب التفتيش معرفة ودراية بملفات الحاسوب، وما يتصل به، وترجع صعوبة ذلك إلى سهولة إتلافها، مما يصعب تحديد مكان الدليل في البيئة الالكترونية، فالتفتيش ومع أنه إجراء يمس حق السر إلا أنه شرع من أجل مصلحة أكبر وهي مصلحة المجتمع في شعوره بالأمن والطمأنينة ومكافحة الجريمة، لذا يتعين عدم اللجوء إليه إلا بعد حصول الجريمة ووجود قرائن جدية بأن الشخص المنوي تفتيش مسكنه هو فاعل الجريمة أو شريك فيها⁽⁶⁵⁾.

ولذلك يقع باطلاً التفتيش الذي يقع لغاية أخرى ما حدده المشرع، لأن كل تفتيش يتم بغير أن يتبين وجه المصلحة منه يكون باطلاً ويعد التفتيش من الإجراءات التي لاغني عنها للمحقق في تقوية أو اصر الأدلة أو في إسناد الواقعة في مواجهة المتهم، فالعثور على أدلة الجريمة من شأنه تقوية الاتهام ضد المتهم وبالتالي عدم إفلاته من العقاب، أو تقوية أدلة البراءة وبالتالي الحكم بأخلاء سبيل المتهم والحكم له بالبراءة .

برغم من كون التفتيش من أخطر إجراءات التحقيق نجد من التشريعات من قام بتعريف التفتيش⁽⁶⁶⁾؛ لكن معظمها ترك التعريف للقضاء و الفقه، إذ عرفت محكمة النقض المصرية التفتيش على انه هو ذلك الأجراء الذي رخص الشارع فيه التعرض لحرمة ما بسبب جريمة وقعت أو ترجح وقوعها، وذلك تغليبا للمصلحة العامة على المصالح الأفراد الخاصة واحتمال الوصول إلى دليل مادي يفيد في كشف الحقيقة⁽⁶⁷⁾، كما عرفته بأنه البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها⁽⁶⁸⁾، ويلاحظ على هذه التعريفات إغفالها لركيزة أساسية كان يفترض أن تتضمنها، كإبيان القائم بهذا الإجراء، لذا فهو إجراء تقوم به سلطة التحقيق ومن تفوضه بذلك من رجال الضابطة القضائية للبحث والتنقيب و الاطلاع على محل أو مسكن يتمتع بحرمة خاصة، للبحث عن الأدلة اللازمة في مستودع السر الاستكمال التحقيق الجنائي بغض النظر عن إرادة صاحبة، وقد وفق المشرع الفلسطيني في تعريف التفتيش حيث جاءت الفقرة (١) من المادة ٣٩ من قانون الإجراءات الفلسطيني ونص على أن دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم إلا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها، بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جنائية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها، أو لوجود قرائن قوية على أنه يجوز أشياء تتعلق بالجريمة ، إذ جاء التعريف واضح على مضمون التفتيش وعلى السلطة التي تقوم به محدد في نفس الوقت الجرائم التي تستدعي تفتيش مستودع السر بحصر التفتيش على جرائم من نوع الجنائيات والجنح مستبعدا جرائم المخالفات ذلك لضئالة الحق المعتدى عليه، وعلى نفس المعنى نصت المادة ٩١ من قانون الإجراءات الجزائية المصري، كما تحدثنا لاتفاقية الأوروبية عن التفتيش والضبط فقد أجازت المادة (٣٢) من الاتفاقية الأوروبية بشأن مكافحة الجرائم المعلوماتية والتي أعدها المجلس الأوروبي (The Council of Europe) وتم التوقيع عليها فيودابست في عام ٢٠٠١ إمكانية الدخول بغرض التفتيش والضبط في أجهزة حاسوب وشبكات تابعة لدولة أخرى بدون إذنها

في حالتنا الأولى إذا تعلق التفتيش بمعلومات أو بيانات متاحة للعمامة، والثانية إذا رضيا للمالك أو حائز هذه البيانات بهذا التفتيش، ومن هنا تظهر الغاية من التفتيش لكونه إجراء تحقيقي تتولاه سلطة مختصة للبحث عن أدلة الجريمة وجمعها هادفاً من ذلك الكشف عن جريمة في محل خاص يتمتع بالحرمه دون اعتبار لإرادة صاحبه أي سواء رضي أم لم يرض، فيجب أن يتم التفتيش على وفق الغرض الذي أعد له، بمعنى أن تكون غاية التفتيش ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة أو التي تفيد في كشف الحقيقة.

الفرع الثاني

مدى خضوع مكونات الحاسوب المادية والمعنوية للتفتيش

إن التفتيش وما في حكمه في نطاق هذه البيئة ينظر إليه في الغالب على أنه غير مجد لما يكتنفه من صعوبات أثناء تنفيذ التفتيش، خاصة ما يتم في الفضاء الافتراضي (في بيئة الإنترنت) مقارنة بالجرائم التقليدية، فضلاً عن صعوبة إثبات واكتشاف الجريمة الالكترونية للأسباب التالية :-

- ١- سهولة إخفاء الجريمة الالكترونية .
- ٢- غياب الدليل المادي .
- ٣- سهولة محو وأتلاف آثار الجريمة الالكترونية في وقت قصير .
- ٤- أحجام المعتدي عليهم عن الإبلاغ أما عن جهل أو نقص خبرة .
- ٥- نقص خبرة القائمين على مكافحة الجريمة الالكترونية من حسن طريقة التفتيش والبحث عن الأدلة⁽⁶⁹⁾ .

عند الحديث عن تطبيق إجراء التفتيش على مكونات الحاسوب والشبكات المرتبطة به من خلال الانترنت وما يوصل بينهما من أسلاك وملحقات، فإن للحاسوب مكونات مادية (Hardware) وأخرى معنوية أو برمجية (Software)، كما أن له شبكات اتصال (Network Telecommunications) سلكية وغير سلكية محلية ودولية .

والتفتيش عن الأدلة في الجريمة الالكترونية؛ هو تفتيش عن معطيات الحاسوب المادية وغير المادية المخزنة في الحاسوب؛ والتي هي عبارة عن ذبذبات إلكترونية قابلة للتخزين والحفظ في الجهاز أو على أقراص واسطوانات، ولعل التفتيش الذي يرد على مكونات الحاسوب المادية وملحقاته لا خلاف يذكر حول خضوعها للتفتيش والضبط طبقاً لقواعد قانون الإجراءات الجزائية، بما في ذلك البيانات والمعلومات المخزنة في أوعية أو وسائل مادية كالأشرطة الممغنطة والأقراص الصلبة والضوئية، وذلك تبعاً للمكان أو الحيز الموجودة فيه⁽⁷⁰⁾، بحثاً عن أي دليل يتصل بالجريمة الالكترونية التي وقعت، ويخضع تفتيش الحاسوب والمكونات المادية إلى أحكام تفتيش المكان الذي يوجد به ذلك الجهاز، فإذا كان الحاسوب مودعاً في مكان خاص، فإنه يخضع لحكم الإمكان الخاصة وتلحق بالشخص المتهم، كمسكن المتهم أو أحد ملحقاته، فتأخذه حكم المسكن، فلا يجوز تفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها

تفتيش مسكن المتهم، وبذات الضمانات المقررة قانوناً في التشريعات المختلفة، وقد يطال التفتيش أيضاً شخص صاحبه، فقد يكون مستودع السر في المسكن أو ملحقاته وقد يكون في الأوراق الخاصة بالمتهم أو ما يملك بالمسكن، ويتعين على الخاضع له الإذعان للقائمين بالتفتيش لإكمال المهمة المنوط بهم، فإذا كانت موجودة بمسكن المتهم أو أحد ملحقاته فتحكمها القواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش المسكن؛ إذ يجوز ضبطها وتفتيشها متى كان تفتيش المسكن جائزاً، والعكس صحيح، وفي حال وجودها في مكان عام فيحكمها ما يحكم هذا المكان من أحكام .

وقد دار حول مدى خضوع مكونات الحاسوب المعنوية للتفتيش أخلافاً كبيراً في الفقه بشأن جواز تفتيشها من عدمه فذهب رأي إلى جواز تفتيش البيانات الإلكترونية بمختلف أشكالها حيث اعتبر هذا الرأي أن المكونات المعنوية لا تختلف عن الكيان المادي للحاسوب من حيث خضوعها لإجراءات التفتيش وما في حكمها على اعتبار أن البيانات والمعلومات عبارة عن نبضات الالكترونية قابلة وممكنة التخزين على أوعية أو وسائط كالأشرطة المغنطة والأسطوانات والأقراص وبالتالي تكون تلك المكونات المعنوية صالحة للضبط والتفتيش شأنها في ذلك شأن الوسائط المادية وما في حكمها. وفي نفس هذا الاتجاه نجد أن المادة (٢٥١) من قانون الإجراءات الجنائية اليوناني والتي تعطي السلطات إمكانية القيام بأي إجراء بغية الحصول على الدليل أفالتفتيش بحد ذاته ليس بدليل ولكنه وسيلة للحصول على الدليل حيث منحت المادة (٢٥١) سلطات التحقيق إمكانية القيام بأي شيء يكون ضرورياً لجمع الدليل وحمايته، ويفسر الفقه اليوناني عبارة أي شيء بأنها تشمل البيانات المخزنة أو المعالجة إلكترونياً وبالتالي فإن ضبط المعطيات الإلكترونية بمختلف صورها المخزنة في الذاكرة الداخلية للحاسوب لا تشير أي خلاف في اليونان وهناك يطلب المحقق من الخبير أن يقوم بجمع أدلة مقبولة دليلاً في المحاكمة الجزائية . كما أن قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أباح لسلطة التحقيق وفقاً للمادة (٨٧) منه أن تقوم ب ضبط جميع الأشياء التي تراها ضرورية لإظهار الحقيقة ويفسر الفقه الأردني عبارة الأشياء بأنه يمتد ليشمل الكيانات المعنوية للحاسب الآلي.

أما الاتجاه الآخر فيرى أن مفهوم المادي لا يصلح كي ينطبق على هذه المكونات المعنوية والتي لا تصلح بطبيعتها لأن تكون كذلك على اعتبار أن التفتيش يهدف في المقام الأول إلى تفتيش وضبط الأدلة المادية وحسب هذه الاتجاه تستلزم وجود أحكام خاصة تكون أكثر شمولية وملائمة لهذه المعلومات والبيانات الغير محسوسة⁽⁷¹⁾.

ونرى أن الاتجاه الأول أكثر منطقية؛ ذلك أن البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسوب ومكوناته تصلح لأن تكون محلاً للضبط والتفتيش حيث يمكن ضبطها واستنساخها على الورق أو على الأقراص أو على اسطوانات أو على أي دعامة أخرى كالفلاش ميم وري (Flash Memory)؛ بحيث يمكن الاستناد إليها كدليل على ارتكاب المتهم الجريمة في مرحلة المحاكمة. لذلك ينبغي الإشارة في

القوانين الإجرائية الجنائية على حرية تفتيش المكونات المادية والمعنوية لأجهزة الحاسوب ومكوناته. وباستقراء موقف التشريعات الحديثة نجدها قد ذهبت إلى تأكيد هذا الاتجاه بحيث أوضحت المكونات المعنوية للحاسوب ضمن الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً لتفتيش والضبط ففي التشريع الأمريكي على سبيل المثال تقضي المادة (٣٤) من القواعد الفيدرالية الخاصة بالإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٠ بعد تعديلها بمد نطاق التفتيش ليشمل أجهزة الحاسب الآلي وأوعية التخزين والبريد الإلكتروني والصوتي والمنقول عن طريق الفاكس فضلاً عن أن الاتفاقية الأوروبية للجريمة الافتراضية (اتفاقية بودابست) تقضي في المادة (١٩) منها بإلزام الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بضرورة تبني التدابير والإجراءات التشريعية التي تحول السلطات المختصة ولوج البيئة الإلكترونية وذلك من أجل تيسير إثبات هذه الجرائم.

وهذا أيضاً ما أكد عليه قانون الإجراءات الجنائية الكندي والذي يميز ضبط الأشياء ذات طبيعة المادية وضبط المكونات المعنوية من المعطيات المخزنة في الأقراص والدعامات المادية فضبط الأشياء المخزنة في الحاسب الآلي يشمل ضبط كياناته المادية والمعنوية كما نص قانون الإثبات الكندي code of Evidence على أنه ما لم يرد ما يخالف ذلك في أمر التفتيش وضبط الدفاتر والسجلات الخاصة بمؤسسة مالية يقتصر على تفتيش المكان بغرض تفقده وأخذ نسخ من مواد المكتوبة أو ينطبق هذا النص سواء كانت سجلات مكتوبة أم كانت على شكل إلكتروني أما إذا كان التفتيش في مكان غير تابع لمؤسسة مالية فإن أخذ السجلات الأصلية أو الحصول على نسخ منها فحسب أمر يخضع بشكل عام للسلطة التقديرية للشرطة، مع ضرورة العمل على تطوير النصوص القانونية التقليدية المتعلقة بالتفتيش والضبط في الجرائم الإلكترونية لتشمل البيانات والمعلومات الإلكترونية فيجب أن يدخل في نطاق التفتيش والضبط التفتيش عن المكونات المعنوية للحاسب الآلي كالبيانات الإلكترونية والمراسلات والاتصالات الإلكترونية وإلا أدى ذلك إلى إيجاد العديد من الصعوبات أمام جهات التحقيق في ما يتعلق بجمع الأدلة التي تفيد في كشف الحقيقة في الجريمة الإلكترونية وقد يؤدي عدم اعتبار المكونات المعنوية للحاسب الآلي من الأشياء التي تخضع لتفتي إلى عدم قيام الجريمة الإلكترونية وذلك متى كانت هذه المكونات المعنوية هي السبيل الوحيد للوصول إلى حقيقة الجريمة الإلكترونية.

المطلب الثاني

القواعد أو الشروط المطلوبة لصحة التفتيش الإلكتروني

الأصل أن يستهدف التفتيش في الجريمة الإلكترونية ضبط كل شيء يفيد في كشف الحقيقة فأن لم يكن للتفتيش غاية يستهدفها فالتفتيش باطل، ولكي يكون التفتيش صحيحاً يجب أن يتوفر فيه عدة شروط، منها شروط موضوعيه، وشروط شكلية وهي على البيان التالي :

الفرع الأول الشروط والقواعد الموضوعية للتفتيش الالكتروني

الأصل في القانون أن الإذن بالتفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق لا يجوز إصداره إلا بعد وقوع جناية أو جنحة وترجحت نسبتها إلى متهم معين، وتوافر إلى جانب ذلك إمارات قوية أو قرائن على وجود أشياء نفيد في كشف الحقيقة لدى المتهم أو غيره، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها بحيث لخصت الشروط الموضوعية المطلوبة لصحة التفتيش، حيث ذكرت فيأحد أحكامها من المقرر أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذي تجر به النيابة أو تأذن في إجراءاته في مسكن المتهم، أو ما يتصل بشخصه، هو أن يكون رجل الضبط القضائي قد علم من تحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة جناية أو جنحة قد وقعت من شخص معين و أن تكون هنالك من الدلائل والأمارات الكافية أو الشبهات المقبولة ضد هذا الشخص بقدر يبرر تعرض التحقيق لحريته أو حرمة مسكنه في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة⁽⁷²⁾، وبناء على ما سبق وتطبيقاً على الجرائم الالكترونية فإنه لا بد ليكون التفتيش مشروعاً وتوافر عدة شروط كما يلي :

١. وقوع الجريمة؛ المعلوماتية؛ حيث عرفت بأنه أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة الالكترونية⁽⁷³⁾، وعرفت؛ بأنها أي سلوك غير مشروع يرتبط بإساءة استخدام الحاسب الآلي ويؤدي إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، والأذن بالتفتيش جائز إذا كانت الجريمة جناية أو جنحة، أما المخالفات، فالتفتيش فيها غير جائز لأنها قليلة الأهمية والخطورة وبالتالي لا تستحق التعرض لحريات الأشخاص أو انتهاك خصوصياتهم وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني الجزائي حين نص في الفقرة ١ من المادة ٣٩ بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراك في ارتكابها، فهو لا يتم إلا بشأن جريمة تحقق وقوعها فعلاً، كون التحقيق لا يبدأ إلا بعد أن يكون هنالك جريمة قد وقعت، وعلية فالتفتيش كأجراء من إجراءات التحقيق غير جائز إلا بعد وقوع جريمة فهو غير جائز بالنسبة لجريمة مستقبلية أو محتملة الوقوع⁽⁷⁴⁾.

٢. وجود دلائل ضد شخص معين؛ فلا بد من اتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب هذه الجريمة أو المشاركة في ارتكابها، بحيث ينبغي أن تتوافر وتتحقق في حق الشخص المراد تفتيشه إمارات قوية أو قرائن على وجود أجهزة الالكترونية أو؛ أي أدلة نفيد في كشف الحقيقة ونسبته إلى المتهم وبالتالي أدانته، وفي جريمة الاختلاس الالكتروني يجب أن تتوافر في حق الشخص المطلوب تفتيشه أو تفتيش مسكنه أو حاسبه الآلي، دلائل كافية تؤدي إلى الاعتقاد بأنه قد أسهم في ارتكاب جريمة الاختلاس الالكتروني بصفته فاعلاً أو شريكاً في هذه الجريمة وهو ما أكد عليه قانون الجرائم الالكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ في المادة ١٣ / أ، فيجب عدم إجراء التفتيش إلا إذا توافرت للمحقق دلائل كافية على أنه يوجد في مكان أو لدى الشخص المراد تفتيشه أدوات استخدمت في ارتكاب الجريمة، أو أشياء متحصلة منها أو أي مستندات أو محركات إلكترونية

يحتمل أن يكون لها فائدة في استجلاء الحقيقة لدى الشخص المتهم بارتكاب الجريمة؛ والدلائل تعني؛ علامات معينة تستند إلى العقل وتبدأ من ظروف أو وقائع يستنتج منها بأن جريمة ما قد وقعت، وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها ومن ثم هي مجرد افتراضات قد لا تصلح وحدها سبباً للإدانة، أو هي ذلك القدر الضئيل المبني على احتمال معقول تؤديه الظروف والاستنتاجات التي تكفي للاعتقاد بارتكاب جريمة وتبرر اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بالحرية الفردية ضماناً لحسن سير العدالة⁽⁷⁵⁾، وفي جريمة الاختلاس الإلكتروني لا بد أن يصدر الإذن بالتفتيش لضبط وقوعها بحيث تتوافر مجموعه من الأمارات والمظاهر التي تكفي وفقاً للسياق العقلي والمنطقي ترجيح ارتكابها ونسبتها إلى المتهم والى من ساهم في ارتكاب الجريمة سواء بوصفه فاعلاً أو شريكاً فيها، ولا وقع التفتيش باطلاً ويمكن الاسترشاد بذلك بالرجوع إلى نص المادة ١/ ٣٩ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني وكذلك ما نصت عليه المادة ٤٤ من ذات القانون لذا فالمرجع اشترط لصحة التفتيش توافر قرائن قوية على إن الشخص هو مرتكب الجريمة، وقد اشترطت كافة التشريعات الجزائية العربية في أن التفتيش يجب أن يهدف إلى كشف الحقيقة سواء تعلق الأمر بإثبات التهمة أو نفيها، وإذا ما كان الهدف غير ذلك كالإساءة إلى المشتكي عليه أو تحقيق غايات أخرى كان التفتيش باطلاً مشوباً بالتعسف باستعمال السلطة⁽⁷⁶⁾.

٣. محل التفتيش؛ والمقصود به؛ هو الشيء الذي يقع عليه التفتيش، وهو هنا جهاز الحاسوب بكل مكوناته المادية والمعنوية وشبكات الاتصال الخاص به، يضاف إلى ذلك الأشخاص الذين يستخدمون الحاسوب محل التفتيش وتشمل كذلك الأماكن التي توجد بها تلك الأشياء؛ وتشمل المكونات المادية للحاسوب وحدة الإدخال؛ وهي الذاكرة الرئيسية (Main Memory)، ووحدة الحساب والمنطق (Arithmetic)، وحدثاً لإخراج (Output unit) وحدث التخزين الثانوية (Secondary Storage Unit). أما المكونات المعنوية للحاسوب وتشمل الكيانات الأساسية أو برامج التطبيقات سابقة التجهيز وبرامج التطبيقات المستخدمة من قبل مستخدم الحاسوب، كما ويشمل الحاسوب بمكوناته السابقة مجموعة من الأشخاص لديهم خبرة ومهارة في تقنية نظم المعلومات وهم مشغلو الحاسوب، ومبرمجو الحاسوب والذين قد يكونون من المحللين أو مهندسي الصيانة والاتصالات، أو من أي أشخاص آخرين يكون بحوزتهم أجهزة أو معدات الإلكترونية أو أجهزة الحاسوب المحمول، هذا ما يتعلق بمحل التفتيش المتعلق بالحاسوب والمكونات والأشخاص، يضاف إلى ذلك المنازل أو ما في حكمها؛ ويقصد بها كافة محال الإقامة والملحقات المخصصة لمنافعها والتي يشغلها الشخص سواء بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كانت ثابتة أم متنقلة، متى ما وجدت فيها مكونات الحاسوب أصبحت محلاً للتفتيش، بحيث تخضع عملية التفتيش هنا لذات الشروط والقواعد والإجراءات التي تخضع لها تفتيش المساكن⁽⁷⁷⁾، وهناك الأماكن العامة التي يمكن تفتيشها دون الحاجة إلى مذكرة التفتيش، حيث لا يعد من الخصوصية بشيء تفتيش الوثائق المخزنة على أجهزة الكمبيوتر المتاحة لاستخدام العام في المكتبة العامة. كما أن رضي المشتكي عليه بمنح صلاحية التفتيش بدون مذكرة تفتيش إذا يصح التفتيش

من خلال الرضا الصادر من إلام في تفتيش غرفه ابنها وما تحتويه من أجهزة الالكترونية ، كما رأت المحكمة الأمريكية أن موفقة زوجة المدعي عليه يمكن أن يعتد به على نحو صحيح في تفتيش جهاز الكمبيوتر الخاص بزوجه المحمي بكلمة مرور زوجها⁽⁷⁸⁾.

٤. صدور أمر التفتيش من هيئة قضائية مختصة : يختص بإصدار أمر التفتيش كل من النيابة العامة، أو قاضي التحقيق، أو محكمه الموضوع باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق ، ليكون أمر التفتيش صحيحاً وناظراً يجب أن يصدر من الجهات السابقة الذكر، حتى لا يكون عيب مادي في الإذن فينقض ما يترتب عليه لاحقاً، فالتفتيش إجراء قانوني من إجراءات التحقيق الابتدائي من شأنه المساس بأسرار الشخص الذي تم تفتيشه لذلك فإنه يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها أعمال التحقيق كافة، لذا حدد المشرع الجهة التي تصدر أمر التفتيش ومن يقوم بتنفيذ هذا الأمر، بحيث لا يباشر إلا من قبل الجهة المختصة به وهي حسب التشريع الفلسطيني النائب العام أو عضو النيابة المختص، كما يختص بمأمور الضابطة القضائية (وكيل النيابة) بالتفتيش، واستثناء من ذلك فقد منحت المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني مأموري الضبط القضائي مباشرة التفتيش في الحالات المنصوص عليها في تلك المادة وهما حالة التلبس بالجريمة والإصابة، وفي التشريع الأردني فإن الأصل في ممارسة التفتيش أن يتم من قبل المدعي العام، حيث يخول المشرع الأردني موظفي الضابطة العدلية إجراء التفتيش في أحوال استثنائية حددها على سبيل الحصر كالجرم المشهود، والقبض، والدلائل الكافية، والندب، وعلية فإن الاختصاص بإجراء التفتيش أما أن يكون أصلياً لسلطة التحقيق أو استثنائياً لمأمور الضبط القضائي، وهذا ما أكد عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني في الجرائم التقليدية، إما الجرائم الالكترونية فقد أوضحت السلطة المختصة بالتفتيش وذلك من خلال قانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ من قانون الجرائم الالكترونية حيث نص في المادة ١٣ / أ ... يجوز لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن من المدعي العام المختص أو من المحكمة المختصة الدخول إلي أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون كما يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل ... كما يخول القانون المصري الاختصاص بالتفتيش كأجراء تحقيق للنيابة العامة بصفة أصلية ولقاضي التحقيق في حالات خاصة⁽⁷⁹⁾، مع ضرورة العلم أن التفتيش في الجرائم التقليدية يختلف عن التفتيش في الجرائم الالكترونية، إذا يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل والشبكة المعلوماتية والوسائل التي تشير الدلائل في استخدامها لارتكاب أي من تلك الجرائم وفي جميع الأحوال على الموظف الذي قام بالتفتيش إن ينظم محضراً بذلك ويقدمه إلى المدعي العام المختص، ومما سبق يتضح أن عمل رجال الضابطة القضائية هو أكمل دور النيابة العامة وتقديم المساعدة بغية الوصول إلى الأدلة المادية للجريمة كون التفتيش وسيلة تهدف إلى الوصول إلى كل ما يثبت قيام الجريمة وضبط الأدلة وإظهار الحقيقة من على مسرح الجريمة والذي يعد؛ الميدان الرئيس للجريمة، وهو أجهزة الحاسوب ومكوناته ومعطياته الموجودة في المكان أو توابعه أو المكتب إلى يوجد بها الحاسوب والأقراص التي تحتوي

على معطيات الحاسوب، أو على الشخص المتهم، فقد يقع التفتيش على الفرد الذي يحمل الحاسوب أو القرص أو الاسطوانة أو أي جهاز آخر قد يتعلق بموضوع الجريمة .

الفرع الثاني الشروط الشكلية للتفتيش الالكتروني

إلى جانب الشروط الموضوعية التي سبق وتناولناها، توجد هنالك شروط ذات طابع شكلي، ضرورية لا بد من الأخذ بها عند القيام بالتفتيش، حرصاً على الحريات الفردية من التعسف وانتهاك الحقوق بحيث تزرع في نفس المتهم الطمأنينة وتنزع عن التفتيش أي لبس أو غموض لدى المحكمة ونستعرض هذا الشروط على النحو التالي :-

أولاً: تسيب إذن التفتيش

يعد تسيب الأمر بالتفتيش من الضمانات المقررة في قوانين الإجراءات الجزائية، بحيث يشمل أمر التفتيش على بيان العناصر الأساسية التي تمكن المحقق من القيام بالتفتيش والتحقق من توافر الدلائل الكافية والمشملة على ما يبرر القيام بالتفتيش والتي تدل على أن في المكان أو الشخص المراد تفتيشه ما يفيد في كشف حقيقة الجريمة التي صدر إذن التفتيش بناءً على وقوعه، بحيث تدل الظواهر والمظاهر على أن إجراء التفتيش سوف يكشف عن الحقيقة بحيث تستطيع المحكمة التأكد من جدية مبررة التفتيش، وقد نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة ١٧ للمساكن حرمة فلا تجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب ووفقاً لأحكام القانون ، كما ونصت المادة ٣٩ فقرة ٢ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على وجوب أن تكون مذكرة التفتيش مسببة، مبيناً أمر التفتيش الأسباب التي أدت بالنيابة العامة إلى إجراء هذا التفتيش وهذا ما أوضحته الفقرة أ من المادة ١٣ من قانون الجرائم الالكترونية الأردني⁽⁸⁰⁾، هذه ويجب أن يكون الأمر بالتفتيش مكتوباً حتى يكتسب القوة القانونية حيث أن الأوامر الشفهية لا تكتسب الصفة القانونية ويجب أن تكون مؤرخه حتى يمكن التأكيد أن الأجراء تم خلال المدة المصرح بها في القانون، ويتعين أن يكون أمر التفتيش موقعا أكدت عليه المادة ٤٠ من القانون السابق، ويلتزم القائم بتحرير إذن التفتيش أن يأخذ بالحسبان التحقق من تسيب الأذن بحيث يكون مبني على دلائل قوية وقرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة، وتحريات سليمة دقيقة تفيد في كشف الحقيقة، بحيث تبعث الطمأنينة لدى مصدر الأمر بوقوع الجريمة ونوعها جنائية أو جنحة والتحقق أيضاً من جدية الاتهام الموجهة إلى شخص المتهم الذي يقيم في المسكن المراد تفتيشه بارتكاب الجريمة أو باشتراكه في ارتكابها ويضاف إلى ذلك إعداد محضر بالواقعة يتضمن الأسباب التي بني عليها أمر التفتيش وما تم أثناء إجراءات التفتيش .

وفي مجال الجرائم الالكترونية ونرى ضرورة العمل على صياغة مذكرات التفتيش من قبل الجهات المختصة على وجهة الدقة مما يسهل عملية التفتيش والبحث من جهة وفي نفس الوقت يجب العمل على صيانة الحقوق حتى لا يكون هنالك تجاوز لعملية التفتيش والتعرض لأجهزة الكمبيوتر أو الشبكات الالكترونية مما يسبب الكثير من الإضرار من جهة أخرى، مما يوصلنا إلى ضرورة صياغة مذكرات التفتيش بما يتلائم وحماية الخصوصية التي نصت عليه معظم دساتير العالم، فقد يكون أذن التفتيش بخصوص معلومات معينة لكن قد يكون تفتيش نفس الحاسوب فيه الكثير من المعلومات التي تمس العديد من المناطق المختلفة من حياة الشخص لذا فلا بد من الدقة في التفتيش وفي صياغة أمر التفتيش بحيث يكون واضح محدد، فمن حق الإنسان في أن يكون أمينني أشخاصهم ومنازلهم من أورق وأثار ضد التفتيش والاحتجاز غير المعقول، فلا يجوز التعدي ولا يجوز إصدار مذكرة التفتيش إلا في حال سبب معقول معزز التوكيد على وقوع الجريمة بحيث يصف المكان المراد تفتيشه والأشخاص والأشياء المراد تفتيشها واحتجازها⁽⁸¹⁾، مع ضرورة حضور المتهم عند تفتيش حاسبه الآلي أن كان الأمر متعلقاً بضبط دليل ضده وذلك لإتاحة الفرصة أمام المتهم لمواجهته بالدليل المتحصل من التفتيش، شريطة ألا يسبب حضوره إضراراً بسير التحقيق .

ثانياً: تكوين فريق التفتيش

الجريمة الالكترونية بحاجة إلى فريق من المختصين والفنيين في مجال الحاسوب والأنظمة الالكترونية للقيام بالانتقال إلى مسرح الجريمة بصورة سريعة حتى يتمكنوا من الحفاظ على مكان الجريمة والمحافظة على الأدلة من النسخ أو الإتلاف أو الشطب أو التعديل، بالإضافة إلى رجال الشرطة المختصين بالحماية والأمن، من أجل ضبط الجريمة الالكترونية مع مراعاة إبعاد المشتبه فيهم والعاملين على أجهزة الحاسوب عن المكان ومن ثم يتم تفتيش جميع الأجهزة ومعرفة المعطيات، ذلك لسرعة قيامها وسرعه تغير وإخفاء معطيات الحاسوب وبالتالي ضياع الأدلة واختفاء الجريمة وأتلاف المعلومات المخزنة أو محوها⁽⁸²⁾، وهذا ما أكدت عليه الفقرة أ من المادة ١٣ من قانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ من قانون الجرائم الالكترونية الأردني والتي نصت مع مراعاة الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة ومراعاة حقوق المشتكي عليه الشخصية، يجوز لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن المدعي العام المختص أو من المحكمة المختصة الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، كما أُلزمت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة ٢٠١٠م، في المادة ٢٥ الدول الأطراف بتمكين السلطات المختصة من صلاحيات الحصول على أية معلومات مخزنة لدى أي كان أو لدى مزودي الخدمة أو تحت سيطرتهم، بينما تلزم المادة (٢٦) من نفس الاتفاقية بتمكين تلك السلطات من تفتيش المعلومات المخزنة.

ونرى ضرورة وضع إستراتيجية البحث في الجرائم الالكترونية بحيث ينبغي على المحققين في مجال الجرائم الالكترونية الوضع في اعتبارهم أن كل العناصر يجب أن تخضع للتحقيق والفحص

فجهاز الكمبيوتر هو مستودع السر ومستودع البيانات التي هي دليل على وجود الجريمة، فيجب قبل ذهاب النيابة العامة إلى المحكمة توضيح مصادر الأدلة الإلكترونية والتي لها صلة بعناصر الجريمة فقد يستخدم جهاز الكمبيوتر كأداة في اختراق المواقع وتوزيع الحقوق والنسخ والإتلاف فمن خلال القرص الصلب بجهاز الكمبيوتر يمكن استكشاف العديد من أنواع الأدلة المختلفة⁽⁸³⁾، وفي الغالب يكون ميدان الجريمة الالكترونية مثل باقي مساح الجرائم الأخرى عندما يكون الهدف منها الاعتداء على المعلومات والبيانات الالكترونية، بحيث يكون التحرك إلى مسرح الجريمة بقصد المداهمة والتفتيش عن أدلة الجريمة وضبطها على حالتها الطبيعية مع إمكانية الاستعانة باعترافات المتهمين وشهادات الشهود والقرائن، ألا أن هنالك ضوابط لا بد من مراعاتها عند الانتقال إلى مسرح الجريمة، إذ لا بد من توافر معلومات كافية عن المكان الذي تمت فيه الجريمة وعدد الأجهزة المتوقعة مشاركتها في الجريمة وأنواعها ومواقعها وموقع ملحقاته من خزائن ومعطيات تابعه للأجهزة المشتركة في الجريمة، أما فيما يتعلق بالموارد البشرية من رجال النيابة العامة والضابطة القضائية فالأصل في مثل هذا الجرائم لا بد من إعداد فريق من المتخصصين في مجال الجرائم الالكترونية بغية البحث والتحري والتفتيش وضبط الأدلة في مثل هذا الجرائم بحيث تحدد المهام المطلوبة من كل فرد فيهم على أن يكونوا من ذوي الخبرة في مجال التحقيق الجنائي في مثل هذه الجرائم .

المطلب الثالث

ضبط أدلة الجريمة الالكترونية وجراءته

الغاية من التفتيش هي ضبط الأشياء ويقصد به وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت يفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبها وهو من حيث طبيعته القانونية قد يكون من إجراءات التحقيق أو الاستدلال ويتحدد ذلك بحسب الطريقة التي يتم بها وضع اليد على الشيء المضبوط، فإذا كان الشيء وقت ضبطه في حيازة شخص وأقتضى الأمر تجريدته من حيازته كان الضبط بمثابة إجراء تحقيق، أما إذا كان الاستيلاء عليها دون الاعتداء على حيازة قائمة فإنه يكون بمثابة إجراء استدلال، يلزم في الضبط أن يكون قد تم اتخاذه لغاية محددة وهي الكشف عن أشياء تتعلق بالجريمة الالكترونية أو تفيدي في إظهار الحقيقة ومراعاة إبعاد المشتبه فيهم عن مسرح الجريمة مكان الأجهزة التي أسهمت في أحداث الجريمة - بحيث يتم تفتيش جميع الأجهزة الالكترونية ذات العلاقة بالجريمة ومعرفة المكونات والمعطيات المخزنة فيه، والتي تفيدي في كشف كيفية وقوع الجريمة من خلال معرفه رقم الاتصال أو ما تم من نقل أو نسخ أو إتلاف للمعلومات والبيانات، ويمكن بالتالي وضع معيار يحدد الأشياء التي يجوز ضبطها بأنها جميع الأشياء أيا كانت طبيعتها التي يقدر المحقق أنها تفيدي في كشف الحقيقة فالمعيار هي الصلة أو الرابط بين الشيء والجريمة، ويجب على المحقق أن يستخلص مئة دليل إدانة أو براءة⁽⁸⁴⁾.

ويتطلب حسن تنفيذ هذا التفتيش، أن يجري من قبل فريق من الفنيين والمتخصصين في مجال الالكترونيات ولهم علم واسع بالحاسوب والشبكات والأنظمة الالكترونية، وبالإضافة إلى

رجال الضابطة القضائية المختصين بالحماية والأمن، والضبط في الجريمة الالكترونية يشمل جهاز الحاسوب بأنواعها وملحقاته؛ مثل والنوت بوك، و الاب توب ، ولوحة المفاتيح، الشاشة، الشرائط المغنطة، والمودم⁽⁸⁵⁾ Modem، والطابعات، وملفات الكمبيوتر والاتصالات والسجلات وبيانات الشبكة، وضبط المراسلات والبريد الإلكتروني، وما يتصل منها بضبط المكونات المادية لأنظمة الحاسوب، وكذلك المكونات المعنوية والبرمجيات وكل المعطيات التي تتناقل أو يجري تبادلها عبره شبكة المعلومات التي تربط أجهزة الحاسوب معاً، فكل ذلك يعد أثر أو جزءاً من جسم الجريمة، بحيث ينبغي البحث عنها وفحصها والتحري عنها من اجل الاستفادة منها في عملية التفتيش، علماً أن التعامل مع تلك المعطيات في البحث والتفتيش تحتاج إلى خبرة فنية متخصصة في مجال الحاسوب والشبكة الالكترونية ومعرفة بالقانون وقواعد البيئية الالكترونية التي يجب على النيابة العامة الأخذ بها والاستعانة بهم، كونها صاحبة الصلاحية في ذلك، وقد أوجبت المادة ٤٨٧ من القانون الكندي ضبط كل ما تتوافر بشأنه مبررات معقولة تدعو للاعتقاد بأن جريمة قد وقعت أو يشتهب في وقوعها، أو أن هنالك نية لاستخدامه في ارتكاب جريمة ذات طابع الالكتروني⁽⁸⁶⁾.

طبعية الضبط ترد وبحسب التنظيم القانوني على الأشياء دون الأشخاص، فهم لا يصلحون محلاً للضبط بالمعنى الدقيق، وأن كانت هنالك بعض القوانين قد اتجهت على إمكانية اشتغال الضبط على الأشخاص أن كان مفهوم ذلك القبض عليهم وإحضارهم، ويظهر واضحاً الفرق بين القبض على الأشخاص وضبط الأشياء⁽⁸⁷⁾.

ومحل الضبط في مجال الجرائم الإلكترونية هي البيانات والمعلومات المعالجة إلكترونياً، كما ألتزمت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة ٢٠١٠م، في المادة (٢٧) بنصوص معنونة بضبط المعلومات المخزنة. كما وألّزمت المادة (٢٨) بالجمع الفوري لمعلومات تتبع المستخدمين، وعلى الرغم من النقاش الذي دار حول إمكانية إخضاع وصحة تلك البيانات والمعلومات للضبط ومدى اعتبار المكونات المعنوية مساوية للمكونات المادية وحتى لا يكون هنالك تكرار نحيل الدارس إلى المطلب الثاني في المبحث الأول منعاً للتكرار، إذ أن الاتجاه السليم يعتبر أن تلك البيانات ما هي أل ذبذبات الكترونية تقبل التسجيل والحفظ والنسخ والتخزين على وسائط وداعمات مادية مما لا يمكن إنكار وجودها المادي، وهنالك رأي يؤكد صحة ضبط المكونات المعنوية والمادية؛ وهذه ما أكده قانون الإجراءات اليوناني في المادة ٢٥١ والقانون الجنائي الكندي، والذي أجاز ضبط الأشياء ذات الطبيعة المادية وضبط المكونات المعنوية كونها من المعطيات المخزنة في الأقراص والدعامات المادية⁽⁸⁸⁾.

نتفق ونرى ونؤكد على ضرورة تطوير النصوص القانونية التقليدية المتعلقة بالتفتيش والضبط في الجرائم الالكترونية، لتشمل البيانات الإلكترونية والمعلومات، فيجب أن يدخل في نطاق التفتيش والضبط، التفتيش عن المكونات المعنوية للحاسب الآلي، كاليانات والمعلومات الإلكترونية والمراسلات والاتصالات الإلكترونية، وإلا أدى ذلك إلى إيجاد العديد من الصعوبات أمام الجهات المختصة بالتحقيق في ما يتعلق بجمع الأدلة والإثبات التي تفيد في كشف الحقيقة في الجريمة الالكترونية، وقد يؤدي عدم اعتبار المكونات المعنوية للحاسب الآلي من الأشياء التي تخضع للتفتيش إلى عدم قيام

الجريمة الالكترونية وذلك متى كانت هذه المكونات المعنوية هي السبيل الوحيد للوصول إلى حقيقة الجريمة المعلوماتية.

فالضبط لا بدأً يفيد في كشف الحقيقة؛ ولتتام ذلك تصدر النيابة العامة الإذن الخاص بالتفتيش والذي يميز تفتيش الجهاز أو الأجهزة المشتركة في الجريمة وكافة معطيات ومكونات الحاسوب، على أن يكون الإذن على ما سبق الذكر محدد على وجه الدقة والوضوح من حيث مكان التفتيش (مسرح الجريمة) عنوان الشخص وصفته والأشياء التي يتم البحث والتحري عنها، وإثبات جميع الإجراءات التي اتخذت أثناء التفتيش والإجراءات المتخذة بالنسبة للأشياء المضبوطة.

يذكر أن التفتيش في الجرائم الالكترونية يتناول الدخول إلى جهاز الكمبيوتر وضبط ما يحتويه من بيانات ومعلومات تفيد في الوصول إلى خيوط الجريمة، ومن خلال تلك الإجراءات يتم الضبط بحيث يتم إدخال المعلومات والبيانات الالكترونية المضبوطة والأدلة المحصلة من عملية الضبط ويتم تصنيفها وتخزينها في المغلفات والصناديق المعدة لذلك ويتم تمييزها من خلال وضع علامات عليها، ثم تبدأ عملية فحص الأدلة التي تم العثور عليها ومحاولة تجربتها من خلال أجهزة أخرى حتى لا يتم المس بالدليل الأصلي من قبل الفنيين المختصين بمثل هذا النوع من الجرائم، ويتم توثيق جميع تلك الإجراءات في محضر التحقيق بالتاريخ واليوم الذي تم فيه بحيث يشمل على كافة المعلومات والإجراءات التي تمت في سبيل كشف ملابسة هذه الجريمة .

الخاتمة

وفي النهاية يبدو ضرورياً جلياً أن خصوصية جرائم المعلومات والبيانات وما يلحقه من اعتداء تستوجب وجود تشريعات خاصة تحكمها نظراً لتسارع تطورها، لأن الأحكام العامة المنصوص عليها في قوانين العقوبات، قد لا تستطيع أن تفي بالغرض وبهذا النوع المتجدد من الجرائم، مما يربط إفلات كثير من المجرمين من دائرة التجريم وبالتالي عدم إمكانية معاقبتهم، إضافة إلى ذلك أن في مثل هذا الحالات لا يمكن استخدام القياس والاجتهاد للتجريم عملاً بمبدي لاجرمية ولا عقوبة دون وجود نص، حيث كشفت الاستطلاعات الحديثة أن وسائل الحماية التي توفرها القوانين النافذة لم تكن كافية ولا شاملة ولا فعالة، إذ رغم وجودها فإن حجم جرائم قرصنة المعلومات يتزايد باستمرار، فضلاً عن ان هناك كثير من الدول ليست طرفاً في الاتفاقيات التي توفر فرصة للتعاون الدولي، ومع هذا فهي بؤرة كبيرة لانطلاق جرائم قرصنة المعلومات.

لقد حاولنا في هذه الدراسة أن نتناول في موضوعاً حديثاً وهو الاختلاس الالكتروني ومدى انطباق نصوص السرقة التقليدية على المعلومات والبيانات الالكترونية، ولم يكن دافعنا في ذلك فقط تحديد مدى تمتع تلك المعلومات من أخاضعة إلى النصوص القانونية التقليدية المطبقة على جريمة الاختلاس، بل أيضاً توضيح الطبيعة القانونية لتلك المعلومات والبيانات ذات الطابع الالكتروني وقد

حاولنا من خلال هذه الدراسة تطبيق القواعد العامة في قانون العقوبات على ما تثيره تلك المعلومات والبيانات من جدال ونقاش من حيث مدى تطبيق تلك النصوص على المكونات المادية والمعنوية، وإكمالاً على ذلك فإن التجريم يجب أن يشمل كافة الصور التي يتم فيها نقل المعلومات والبيانات، فيقرر القانون العقوبات المناسبة على تلك الأفعال والتي تؤدي بذاتها أو عن طريق وسائل معينة يستخدمه الجاني للحصول على معلومات أو بيانات أو غيرها أو حذفها أو إتلافها سواء كانت هذا المعلومات تم حفظها أو تدولها في جهاز أو نظام أو بأي وسيلة كانت، بحيث تشدد العقوبة إذا ما استعمل المعلومات وتلك البيانات التي حصل عليها بطريقة ما للحصول على مال أو منافع وخدمات شخصية.

ونظراً لتعدد الموضوعات التي تدرج ويمكن تناولها تحت عنوان حدود القانون في السيطرة على السرقة الالكترونية ولم يكن من الممكن أن نتناول كلها، فقد اقتصرنا على دراسة الاختلاس الالكتروني تحديداً ولم يكن من الممكن أن نتناول هذا الموضوع دون أن نسبق ذلك بمحاولة التعرف على مفهوم جريمة الاختلاس وأركانه، وتناولنا من خلال هذه الدراسة تحديد طبيعة مكونات الكمبيوتر، وجريمة السرقة أو الأخذ التي قد تقع على تلك المكونات المادية (hardware) أو على مكونات الكمبيوتر المعنوية والتي تشمل (software or data bases).

كما تم تسليط الضوء على المخاطر الإجرامية المتعددة التي قد تتعرض لها تلك المكونات في ميدان الجريمة سواء تعلق الأمر بنقل المعلومات أو سرقتها أو حذفها أو إتلاف الكمبيوتر نفسه أو إتلاف البيانات أو البرامج، أو استخدام الكمبيوتر والانترنت كأداة لذلك، ثم أتقننا إلى إجراءات التفتيش والضبط في الجرائم الالكترونية، حيث تناولت الدراسة إجراءات التفتيش في البيئة الالكترونية وبيان الأحكام المقررة في مدى خضوع مكونات الحاسوب للتفتيش سواء المادية منها أم المعنوية، كما تم تناول إجراءات ضبط أدلة جرائم الحاسوب في حدود جريمة السرقة وتحديد معنى كل من التفتيش والضبط والشروط المطلوبة لصحة التفتيش من شروط موضوعية وشكلية لا بد من توافرها لسلامة إجراءات التفتيش .

التوصيات والتائج

١. ضرورة العمل وبصورة عاجلة على تحديد مصطلح وأنواع وعقوبة جرائم الكمبيوتر وضع تشريعات جديدة تحكم التعامل مع وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديثة مع ضرورة التعاون العربي والدولي في مكافحة هذه الجريمة، وضرورة التنسيق بين مختلف الجهات الأمنية، مع وضع تشريعات خاصة لحماية أجهزة الكمبيوتر ومعطياته وبرامجه، والأهم من ذلك نشر الوعي المعلوماتي بين الجمهور وتعليمهم كيفية التعامل السليم والصحي والأمن مع شبكة الإنترنت لحمايتهم من الوقوع فريسة سهلة لمحتري الجرائم الالكترونية وذلك من خلال نشر التوعية في وسائل الإعلام وإنشاء مراكز علمية متخصصة من اجل ذلك.

٢. لا بد أن تسعى الدول فيما بينها على بذل كل جهد فيمواجه إساءة استخدام الجرائم الالكترونية ذلك من خلال أفرار جزاءات جنائية وجملة من التدبير المناسبة والتعديلات الملائمة للجرائم الالكترونية وسرعة تطورها تستهدف تدريب وتحسين وتنمية الوعي والقدرات لدى القضاء والنيابة العامة ورجال الضابطة القضائية المناط بهم تتبع الجرائم الالكترونية فيما يخص إجراءات التحقيق والتفتيش والضبط ومحكمة مرتكبيها وإصدار الأحكام المتعلقة بها مما يخلق قوة قادرة على الحد منها .
٣. تنظيم المؤتمرات والندوات والمنتديات وورش العمل التي تختص بمناقشة جرائم الكمبيوتر والانترنت وسبل التصدي لها، وزيادة التعاون مع الدول العربية من أجل تفعيل وتطوير منظومة مكافحة الجرائم الالكترونية والاستفادة من تجارب الدول العالمية في هذا المجال
٤. ندعو القائمين على القرار بقانون الفلسطيني المتعلق بالجرائم الالكترونية بعادة النظر في القانون بحيث يكون شامل لا يقتصر على تغطية جزائية من تلك الجرائم وحيث غفل عن كثير من الأمور الضرورية التي كان لا من النص عليها مثل تعريف الجرائم الالكترونية وإجراءات التحقيق التي يفترض إتباعه في حال الجرائم الالكترونية .
٥. حث الجهات التعليمية في الوطن العربي عامة وفي فلسطين خاصة على تثقيف الطلاب والطالبات في المدارس في مختلف المراحل بجرائم الإنترنت والكمبيوتر ومخاطر الاستخدام السيئ للانترنت، وما يترتب عليه من إيقاع للعقوبات والجزاءات وفقاً للأنظمة والتشريعات والقوانين المتعلقة بجرائم الإنترنت المعمول به في الكثير من الدول العربية والعالمية، بالإضافة إلى توعية أولياء الأمور بتلك المخاطر ووضع استخدام ابنهم للانترنت والكمبيوتر تحت الرقابة الفاعلة منهم، بالإضافة إلى تضمين مناهج الحاسوب في المدارس العربية كافة والفلسطينية خاصة بمواضيع تثقيفه مختصرة أو مطولة وذلك حسب المرحلة العمرية، للأنظمة والقوانين الوطنية والعربية المتعلقة بجرائم الحاسوب والانترنت.
٦. الإسراع في تعديل وإقرار وتفعيل مشروع القرار بقانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، وذلك بوضع قانون موحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات والحاسوب والانترنت، بحيث يشمل القانون الى طرق مكافحة جرائم الانترنت بالطرق الفنية والثقيفية الممكنة من خلال تثقيف مستخدمي الانترنت بخطورة هذه الجرائم وما يترتب عليها من عقوبات جزائية سواء على المستوى المحلي والعالمي .
٧. ضرورة إعداد الكوادر الأمنية القادرة على مواجه مخاطر الانترنت والحاسوب وكذلك إعداد سلطات التحقيق من الناحية الفنية والتحري والتحقيق وجمع الأدلة والتفتيش والضبط في مجال جرائم الحاسوب والانترنت، وما يستلزم ذلك من إنشاء مراكز متخصصة وفرقة مدرب على هذا النوع من الجرائم وطرق مكافحتها وكيفية التعامل مع أجهزة الكمبيوتر، والعمل على تخصيص شرطة خاصة لمكافحة هذا النوع من الجرائم المستحدثة
٨. العمل على تعديل قوانين الإجراءات الجنائية بالقدر الكافي الذي يسمح ببيان الأحكام الأزم

إتباعها حال مباشرة إجراءات التحقيق ومنها التفتيش على أجهزة الحاسوب و ضبط المعلومات التي تحتويها تلك الأجهزة و ضبط البريد الإلكتروني حتى نستطيع ضبط الأدلة المشروعة بحيث يتمكن القاضي من أن يستند إلى الأدلة المستخرجة من الحاسوب الآلي والانترنت مما يساعد في الإثبات وإدانة المتهم

٩. تجريم سرقة المال الإلكتروني المعنوي (المكونات المعنوية) بنصوص صريحة و بوجه عام وذلك على أنه مال بالمعنى التقليدي المنصوص عليه في جريمة السرقة المنصوص عليه في قانون العقوبات، مع المساواة في الحماية بين المال المادي (المكونات المادية) و المال المعنوي الذي كان محل جدل و نقاش بين الفقهاء حول مدى إخضاعه للحماية القانونية المنصوص عليه في جريمة السرقة.

١٠. يجب أن يخضع التفتيش في الجرائم الإلكترونية لمجموعة من الضمانات التي توضح حدوده المكانية والزمنية والموضوعية والإجرائية، نظراً لخطورته ومساسه بالحريات الشخصية، للأشخاص وحياتهم الخاصة وحرمة منازلهم، و من أهم هذه الضمانات مباشرة من قبل سلطة التحقيق وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، بحيث تلتزم سلطة التحقيق والتفتيش واجب الحيطة والحذر أثناء التفتيش فلا يطلع على الأشياء والأماكن إلا بالقدر الذي يحتمل أن يجد فيها بيانات أو برامج أو أشياء أو أدلة لها علاقة بالجريمة الإلكترونية.

Endnotes

١. رغم كثرة المصطلحات المستخدمة للدلالة على الظاهرة الإجرامية الناشئة في بيئة الحاسب الآلي، وأن كان هنالك تبايناً فيما بينها فلا شك أن هذا التباين قد وافق مسيرة نشأة وتطور ظاهرة الإجرام المرتبطة بتقنية المعلومات وإساءة استخدامها وعلية فأن استخدام مصطلح الجرائم الإلكترونية ليس بالضرورة أن يأخذ المعنى الحرفي للمصطلح فهو يشمل ما يدخل ضمن نفس المعنى المؤدي الى نفس النتيجة المركبة وأن اختلفت المصطلحات فهناك من أطلق على هذه الجرائم اسم الجرائم الإلكترونية أو جرائم الكمبيوتر والانترنت ونحن استأثرنا استخدام مصطلح الجرائم الإلكترونية للتعبير عن تلك الجرائم.

٢. من ذلك الابتزاز والاحتيال الحكومي، الاحتيال عبر الهاتف، والاحتيال الأوراق المالية، والدعاية المضللة و الممارسات التجارية الأخرى، والتجسس الصناعي، وجرائم الملكية الفكرية، واختلاس واستخدام غير مصرح به للمعلومات الشخصية. للمزيد Hardy, I. Trotter (2002). "Criminal Copyright Infringement". William and Mary Bill of Rights Journal 11: 209-342

٣. ولسنا هنا بصدد التعريفات المتعددة لبرامج الكمبيوتر سواء بالمعنى الضيق لها أو بالمعنى الواسع، لان المجال لا يسمح باستعراض كل أو معظم التعريفات الواردة في هذا الشأن لذا نكتفي ببعض التعريفات؛ فهناك تعريفات انطلقت من الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة وهي التي تتحقق من خلال استخدام الحاسب والكمبيوتر وسيلة لارتكاب الجريمة حيث عرفت بأنها الجريمة التي يتم ارتكابها إذا قام شخص باستخدام معرفته بالحاسب الآلي بعمل غير قانوني، وعرفها مكتب تقييم التقنية بالولايات المتحدة الأمريكية أنها الجريمة التي تلعب فيها البيانات الكمبيوترية و البرامج والمعلوماتية دوراً رئيساً، كما عرفها القرار الوزاري السعودي رقم ٧٩ المؤرخ في ٠٣/٠٣/١٤٢٨هـ، المتضمن الموافقة على نظام مكافحة جرائم المعلوماتية

بأنها : كل فعل يرتكب متضمنا استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية، بالمخالفة لاحكام هذا التنظيم وعرفت من حيث العلم بها والمعرفة التقنية، كما يظهر ذلك من التعريف الذي تبنته وزارة العدل الأمريكية من دراسة وضعها معهد ستانفورد للأبحاث و الذي جاء فيه: أنها أية جريمة لفاعلها معرفة فنية بالحاسبات تمكنه من ارتكابها.

4. -Halder, D.,andJaishankar,K. 2011 Cybercrime and the Victimization of Women :Laws,Rights,and Regulations .Hershey, PA,USA:IGI Global.ISBN 978-1-60960-830-9

5. FERAL-SCHULL(C) Lemondeinformatique, 2 fevrier 1996 .p.35 -

٦. وهناك القانون الإسرائيلي المسمى - قانون جرائم الحاسوب - رقم ٥٧٥٥ لسنة ١٩٩٥ والذي يشمل العبث ببرامج الكمبيوتر ونقل المعلومات غير صحيحة وغيرها من الجرائم للمزيد

www.cybercrime .gam/comprinehtm/28/3/2000Iszael computer crime.

٧. أصدرت فلسطين بعض القوانين الخاصة التي أشارت من خلالها إلى بعض الجرائم الالكترونية ضمن نصوص بسيطة يقف على رأس هذه القوانين القرار بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٩م بشأن الهيئة الفلسطينية لتنظيم قطاع الاتصالات، والقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٦م بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

٨. مشار إليه في: نائلة عادل محمد فريد، المصدر سابق، ص ١٣٥؛ وينظر: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٢، ٢٠٠٧، ص ١٥١.

9. The No Electronic Theft (NET) Act, enacted in 1997 by the U.S. Congress, amended titles 17 and 18, United States Code, to provide greater protection for copyright owners by amending criminal copyright infringement provisions, and for other purposes.

١٠. د. أحمد تمام - المرجع السابق - ص ٤٩٦ .

١١. مشار إليه د. أحمد طه تمام - المرجع السابق - ص ٤٩٢. وما يليها ومشار إليه /د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق- ص ١٠١

١٢. د. بلال أمين زين الدين - جرائم نظم المعالجة لأليه للبيانات - سنة ٢٠٠٨ - دار الفكر العربي - ص ٢٧١ .

١٣. د. احمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ط٣ - سنة ١٩٩٢ - ص ٨٠٦ .

١٤. نقض ١٠/٥ / ١٩٧٨ - مجموعة أحكام النقض - ص ٢٨ - رقم ٢٤ - ص ٦٨٤ .

15. The No Electronic Theft (NET) Act, enacted in 1997 by the U.S. Congress, amended titles 17 and 18, United States Code, to provide greater protection for copyright owners by amending criminal copyright infringement provisions, and for other purposes.

١٦. هدى حامد قشقوش - المرجع السابق - ص ٦١ وما يليها.

١٧. د. محمود نجيب حسني - الأموال المرجع السابق - ص ٦٧.

١٨. مشار إليه - د. عمر الفاروق الحسيني - ص ١٠٣ .

١٩. د. السيد عتيق - جرائم الانترنت - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠٠ - دار النهضة العربية - ص ١٠٣ .

٢٠. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - ص ٢٥٧ .

٢١. نقض ١٢ / ١ / ١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية - ج ٥ - رقم ٣٣٧ - ص ٦٠٥ .

٢٢. نقض ١٤/١١/١٩٢٩ - مجموعه القواعد القانونية - ج ١ - رقم ٣٢٤ - ص ٣٧٠ .
٢٣. د. محمود نجيب حسنى - النظرية العامة للقصد الجنائي - الطبعة الثالثة - ١٩٨٨ .
٢٤. نقض ٢٠/٥/١٩٦٣ - أحكام محكمة النقض المصرية - س ١٤ - رقم ٨٤ - ص ٤٣٥ .
٢٥. د. احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص .
٢٦. لنفرض أن شخصاً وجد دابة مملوكة لأخر وأراد أن يركبها ليصل بها إلى مكان معين وبغير إذن مالكيها وبغير أن يكون قاصداً تملكها، فهو لا يعد سارقاً بالإجماع لأنه لا يختلسها بقصد تملكها، ولنفترض أن هذا الشخص بعد أن ركب الدابة وسار بها قليلاً بداله أن يستولى عليها، وتصرف فيها تصرف المالك فيما يملك، فهل يقال في هذه الحالة أنه لا يعد سارقاً الآن قصد التملك لم يكن مفارقاً لوقت وضع يده على الدابة، بحيث يجب اعتباره سارقاً لأنه وقت أن اراد الاستيلاء على الدابة لم تكن يده عليها وغير حائز بالمعنى الذي ينتفي معه الاختلاس للمزيد د نور الدين هندواوي - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - ص ٢٣٩ .
٢٧. د. السعيد مصطفى السعيد- مجلة القانون والاقتصاد - سنة ١٢ العدد الأول ص ٦٣ ود. رؤوف عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - سنة ١٩٨٥ - ص ٣٥٢ .
28. Cyber Warfare And The Crime OF Aggression: The Need For Individual Accountability On Tomorrow'S Battlefield "LAW .duke .edu . Retrieved 2011-11-10 .
٢٩. د. جلال الزغبى - جرائم الحاسوب والإنترنت - سنة ٢٠٠١ - دار وائل - عمان - ص ٨٤ .
٣٠. د. سليمان أبكر مصطفى - جرائم الحاسوب وأساليب مواجهتها - مجلة الأمن والحياة - سنة ١٩٩٩ - ص ٤٨ .
٣١. د. محمد على سالم ؛ د. حسونة عبيد هجيج، الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم الإنسانية جامعة بابل - مجلد ١٤ - عدد ٢ - العراق ٢٠٠٧ - ص ٨٩ .
٣٢. د. عفيف كامل عفيفي - جرائم الكمبيوتر - دون دار نشر - سنة ٢٠٠٠ - القاهرة - ص ٣٤ .
٣٣. د. هدى حامد قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت - ص ٦ .
٣٤. د. محمد سامي الشوا - ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات - سنة ١٩٩٤ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٥٨ .
35. Peter Taylor ,Hackers ;Crime in the Digital Sublime, NewYork 199 At 237-239.
36. Steven Furnell, Cybercrime: Vandalizing the information society, At318 (Boston, Addison_ Wesley 2000).
37. Pipken, Halting the Hacher; APractical Guide To computer Security,NewYork 1997at 246-250.
38. McLaughlin,and John Muncie,theSageDictionary of Criminology,2and ed,2005,Eugene New York at 385.
٣٩. هو قانون غير نافذ يحمل اسم مشروع قرار بقانون المعاملات الإلكترونية ٢٠١٦ م .
٤٠. د. نهال عبد القادر المومني - الجرائم المعلوماتية - ط ١ - سنة ٢٠٠٨ - دار النشر والتوزيع - ص ٩٩ .
٤١. د. محمد فتحي عبد الهادي - مقدمة في علم المعلومات - سنة ١٩٨٤ - مكتبة غريب - القاهرة - ص ١١ وما يليها .

٤٢. د. هدى حامد قشقوش المرجع السابق - ص ٦٦، ٦٥.
43. Hardy, I. Trotter (2002). "Criminal Copyright Infringement". William and Mary Bill of Rights Journal 11: 209-342.
٤٤. د. محمد على العريان - الجرائم المعلوماتية - سنة ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر - ص ٤٧.
٤٥. مشار إليه في: نائلة عادل محمد فريد، المصدر سابق، ص ١٣٥؛ وينظر: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢، ٢٠٠٧، ص ١٥١.
٤٦. د. هدى قشقوش - جرائم الحاسوب الالكتروني في التشريع المقارن - سنة ١٩٩٢ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ١٢٤ وما يليها.
٤٧. قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٦٠٩ / ١٩٨٦ - هيئته عامه - تاريخ ٤ / ٢ / ١٩٨٧ - منشورات مركز عدالة.
٤٨. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - سنة ١٩٧٩ - دار النهضة العربية - ص ٦٦ وما يليها.
٤٩. نهلا عبد القادر المومني - المرجع السابق - ص ١٠٩.
٥٠. د. عبد الرشيد مأمون شديد - الحق الأدبي للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقاتها - رسالة دكتوراه - سنة ١٩٧٨ - دار النهضة العربية - ص ٢٢.
- Mark Motivans (2004). Intellectual Property Theft, 2002 (Report). Bureau of Justice Statistics.
٥١. جرائم المعلوماتية بحث منشور على الانترنت، متوفر على الموقع الآتي:
<http://www.djelfa/vb/showthreadphp?t=204052> (10- 3- 2015)
٥٢. عفيفي كامل عفيفي، مصدر سابق، ص ١٥٣.
٥٣. د. نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، دراسة نظرية وتطبيقية، ط ١، (لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥)، ١٣٣، وما بعدها - ينظر أيضاً د. منير محمد الجنيهي ومدوح محمد الجنيهي (٢٠٠٥)، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٠٦.
٥٤. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٣٢.
٥٥. نقض ٤ / ٥ / ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية - ج ٤ - ص ٦٣.
٥٦. د. محمود مصطفى القلبي - شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال - ط ١ - سنة ١٩٤٣ - مكتبة عبدالله وهبة - القاهرة ص ٤٠.
٥٧. الموسوعة الجنائية الحديثة في ضوء الفقه وأحكام القضاء مجلد ٤ - دار الفكر والقانون - المنصورة - ٢٠٠٢ ص ١٠٩ وما يليها.
٥٨. د. محمد الجبور - الجرائم الواقعة على الأموال في القانون الأردني - دراسة مقارنة - ط ١ - سنة ١٩٩٧ - ص ٣٤ وما يليها.
٥٩. د. احمد الصاوي - سرقة المنفعة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط سنة ١٩٩٢ ص ٤٥٢.
٦٠. جلسة ٢٥ / ٩ / ٢٠٠٢ الطعن رقم ٨٧٩٢ - لسنة ٧٢ ق.
٦١. سورة الإسراء - الآية ٧٠.
٦٢. د. حسام احمد - الإذن بالتفتيش والضبط - دراسة مقارنة - ط ٣ - سنة ٢٠٠٣ - دار النهضة العربية - ص ٣.
٦٣. د. عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعدها.

٦٤. د.حسن صادق المرصفاوي- أصول الإجراءات الجنائية - الطبعة الأخيرة - سنة ١٩٨٣ - منشأة المعارف - الإسكندرية- ص٣٧.

٦٥. د.عبد الحميد الشواري- إذن التفتيش في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف - الإسكندرية ص ١٠ .

٦٦. ذهب المشرع السعودي في المادة ٨٠ من نظام الإجراءات السعودية إلى تعريف التفتيش (التفتيش عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الالتجاء إليه إلا بناء على اتهام موجهه إلى شخص يقيم في المسكن المراد تفتيشه بارتكاب جريمة أو بإشتركه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على انه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة).

٦٧. نقض ١٧/ ١١/ ١٩٥٩ - مجموعه أحكام محكمة النقض المصرية - ص ١٠- ص٨٨٨ .

٦٨. نقض ٣١/ مارس / ١٩٥٩ - مجموعه أحكام محكمة النقض المصرية - س ١٠ رقم ٨٧ - ص ٣١٩ ونقض ١٧/ ديسمبر / ١٩٦٢ - مجموعه أحكام محكمة النقض المصرية - س ١٣ - رقم ٢٠٥ - ص ٨٥٣ .

69. Prude(J):conclusion du collogue sues l'informatique et droid penal, pares, cujas. 1983. p.155.

٧٠. د.هشام رستم - المرجع السابق - ص ٦٤ وما بعدها .

٧١. د.هشام محمد فريد رستم جرائم الحاسوب كصورة من صور الجرائم الاقتصادية المستحدثة - مجلة الدراسات القانونية - جامعة أسيوط العدد ١٧ - ١٩٩٥ م - ص ٦٤ وما يليها.

٧٢. نقض رقم ١٢/ ١/ ١٩٧٠ مجموعه القواعد القانونية - س ٣٩ - رقم ١٥٩٢ - ص ٦٥ .

٧٣. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي- قرار مجلس الوزراء رقم ٧٩ بتاريخ ٣/ ٧/ ١٤٢٨ هـ.

٧٤. نقض ١/ ١/ ١٩٦٢ أحكام محكمة النقض المصرية - س ١٣ - ٥ ص ٢٠ .

٧٥. د مجدي محمود محب- أذن التفتيش -دراسة تحليلية تطبيقية في التشريع المصري والتشريعات العربية المقارن في ضوء الفقه والقضاء في ١٠٠ عام - سنة ٢٠٠٤ - دار محمود للطباعة والنشر - ص٧٧ .

٧٦. - نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعه القواعد القانونية - ج ٤ رقم ١٣١ - ص ١٢١ .

٧٧. د. صالح البريري- دور الشرطة في مكافحة جرائم الإنترنت - مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية - دبي ٢٠٠٣ - ص٣٩٢ .

78. States v.Buckner, 407 f. Supp .2d 777 (W,D Va. 2006), the Court held that

٧٩. د. الكيلاني - محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني المقارن - ط - ص ٢٥١ .

٨٠. حيث نصت ف أ/ ١٣ مع مراعاة الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة ومراعاة حقوق المشتكي عليه الشخصية يجوز لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن المدعي العام المختص أو من الحكمة المختصة الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، كما يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل والشبكة المعلوماتية والوسائل التي تشير الدلائل في استخدامها لارتكاب أي من تلك الجرائم وفي جميع الأحوال على الموظف الذي قام بالتفتيش إن ينظم محضراً بذلك ويقدمه إلى المدعي العام المختص .

81. Similarly,the Tenth Circuit has refused to allow such exhaustive searches of a computer, s hard drive in the absence of awarrant or some exception to the warrant requirement .see United States v Carey ,172 f.3d 1268,1273-75(10th CIR.1999).

82. See United States v. Ortiz ,84 F.3D 977,984 (7th Cir .1996) in conducting search incident to arrest ,agents were justified in retrieving numbers from pager because pager information is easily destroyed).

83. Electronic Theft Unlawful Acquisition in Cyberspace. AUTHORS: Peter Grabosky, Australian Institute of Criminology, Canberra,. Russell G. Smith, Australian Institute of Criminology, Canberra . Gillian Dempsey, University of Queensland /DATE PUBLISHED: July 2010

٨٤. مراجعة المادة ٩١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري .
٨٥. هي الوسيلة التي تمكن أجهزة الحاسوب من الاتصال مع بعضها البعض عبر خطوط الهاتف، وللمودم أشكال وهياكل تتطور مع تطور تقنية صناعة الالكترونيات.
٨٦. د. على حسن الطويلة- التفتيش على نظام الحاسوب والانترنت -سنة ٢٠٠٤ - عالم الكتب الحديثة - اربد - ص ٣٦ وما يليها .
٨٧. د. محمد عياد الوسيط ج ٢ ص ٣٥٠
٨٨. يونس عرب - جرائم الكمبيوتر ولانترنت - ص ٥٢٠.

قائمة المراجع

الكتب القانونية :

١. الدكتور احمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ط ٣ - سنة ١٩٩٢ .
٢. الدكتور احمد الصاوي - سرقة المنفعة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية.
٣. الدكتور السعيد مصطفى السعيد- مجلة القانون والاقتصاد - سنة ١٢ العدد الأول.
٤. الدكتور الكيلاني - محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المقارن.
٥. الدكتور السيد عتيق - جرائم الانترنت - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠٠ - دار النهضة العربية.
٦. الدكتور أحمد تمام - المرجع السابق - ص ٤٩٦ .
٧. الدكتور بلال أمين زين الدين - جرائم نظم المعالجة لأليه للبيانات - سنة ٢٠٠٨ - دار الفكر العربي.
٨. الدكتور جلال الزغبى - جرائم الحاسوب والانترنت - سنة ٢٠٠١ - دار وائل - عمان.
٩. الدكتور حسن صادق المرصفاوي- أصول الإجراءات الجنائية - الطبعة الأخيرة - سنة ١٩٨٣ - منشأة المعارف.
١٠. الدكتور حسام احمد - الإذن بالتفتيش والضبط (دراسة مقارنة) ط ٣- سنة ٢٠٠٣ - دار النهضة العربية .
١١. الدكتور رءوف عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - سنة ١٩٨٥
١٢. الدكتور سليمان أبكر مصطفى - جرائم الحاسوب وأساليب مواجهتها - مجلة الأمن والحياة - سنة ١٩٩٩ .

١٣. الدكتور صالح البريري - دور الشرطة في مكافحة جرائم الإنترنت - مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية - دبي ٢٠٠٣.
١٤. الدكتور عبد الرشيد مأمون شديد - الحق الأدبي للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقاتها - سنة ١٩٧٨ - دار النهضة العربية.
١٥. الدكتور على حسن الطويلة - التفتيش على نظام الحاسوب والانترنت - سنة ٢٠٠٤ - عالم الكتب الحديثة - اربد.
١٦. الدكتور عبد الحميد الشواري - إذن التفتيش في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف - الإسكندرية.
١٧. الدكتور عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية .
١٨. الدكتور عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢، ٢٠٠٧ .
١٩. جرائم الكمبيوتر - دون دار نشر - سنة ٢٠٠٠ - القاهرة.
٢٠. الدكتور محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام. النظرية العامة للقصد الجنائي - الطبعة الثالثة - ١٩٨٨ .
- شرح قانون العقوبات - سنة ١٩٧٩ - دار النهضة العربية.
٢١. الدكتور محمد فتحي عبد الهادي - مقدمة في علم المعلومات - سنة ١٩٨٤ - مكتبة غريب - القاهرة.
٢٢. الدكتور محمد علي العريان - الجرائم المعلوماتية - سنة ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر
٢٣. الدكتور محمد علي سالم؛ د. حسونة عبيد هجيج، الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم الإنسانية - جامعة بابل - مجلد ١٤ - عدد ٢ - العراق ٢٠٠٧.
٢٤. الدكتور محمد سامي الشوا - ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات - سنة ١٩٩٤ - دار النهضة العربية - القاهرة.
٢٥. الدكتور مجدي محمود محب - أذن التفتيش - دراسة تحليلية تطبيقية في التشريع المصري والتشريعات العربية المقارن في ضوء الفقه والقضاء في ١٠٠ عام - سنة ٢٠٠٤ - دار محمود للطباعة والنشر.
٢٦. الدكتور منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي (٢٠٠٥)، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
٢٧. الدكتور محمد الجبور - الجرائم الواقعة على الأموال في القانون الأردني - دراسة مقارنة - ط ١ - سنة ١٩٩٧.
٢٨. الدكتور نهال عبد القادر المومني - الجرائم المعلوماتية - ط ١ - سنة ٢٠٠٨ - دار النشر والتوزيع.
٢٩. الدكتور نائل عادل محمد فريد - جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، دراسة نظرية وتطبيقية، ط ١ - ٢٠٠٥ لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية.

٣٠. الدكتور هشام محمد فريد رستم - جرائم الحاسوب كصورة من صور الجرائم الاقتصادية المستحدثة مجلة الدراسات القانونية - جامعة أسيوط العدد ١٧ - ١٩٩٥ م .
٣١. الدكتور هدى حامد قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت - جرائم الحاسوب الالكتروني في التشريع المقارن - سنة ١٩٩٢ دار النهضة العربية - القاهرة .
٣٢. الدكتور يونس عرب - جرائم الكمبيوتر ولانترنت - سنة ١٩٩٤ .
٣٣. محمود مصطفى القلبي - شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال - ط ١ - سنة ١٩٤٣ - مكتبة عبد الله وهبة .

المراجع بالغة الأجنبية:

1. Hardy, I. Trotter (2002). Criminal Copyright Infringement. William and Mary Bill of Rights Journal 11: 209342.
2. The No Electronic Theft (NET) Act, enacted in 1997 by the U.S. Congress, amended titles 17 and 18, United States Code, to provide greater protection for copyright owners by amending criminal copyright infringement provisions, and for other purposes.
3. MarkMotivans (2004). Intellectual Property Theft, 2002 (Report). Bureau of Justice Statistics.
4. States v.Buckner, 407 f. Supp .2d 777 (W,D Va. 2006), the Court held that.
5. Prude(J):conclusion du colloque sues 1,informatique et droid pe,nal, pares, cujas. 1983.p.155
6. Electronic Theft Unlawful Acquisition in Cyberspace AUTHORS:PeterGrabosky, Australian Institute of Criminology, Canberra Russell G. Smith, Australian Institute of Criminology, Canberra Gillian Dempsey, University of Queensland : DATE PUBLISHED: July 2010 AVAILABILITY
7. FERAL-SCHULL(C) Lemondeinformatique, 2 fevier 1996 .p.35
8. Cyber Warfare And The Crime OF Aggression: The Need For Individual Accountability On TomorrowŠ Battlefield .LAW .duke .edu . Retrieved 2011-11-10
9. Halder, D.,andJaishankar,K. 2011 Cyber crime and the Victimization of Women :Laws,Rights,and Regulations .Hershey,

PA,USA:IGI Global.ISBN 978-1-60960-830-9

10. Peter Taylor ,Hackers ;Crime in the Digital Sublime, NewYork 199 At237-239-12

11. Steven Furnell, Cybercrime: Vandalizing the information society, At318 (Boston, Addison- Wesley 2000).

12. Pipken, Halting the Hacher; APractical Guide To computer Security,NewYork 1997 at 246-250.

13. McLaughlin,and John Muncie,theSageDictionary of Criminology,2and ed,2005,Eugene New York

الدوريات:

- ١ . مجلة نقابة المحامين المصرية .
- ٢ . مجلة نقابة المحامين الأردنية .

القوانين :

- ١ . القانون الاساسي الفلسطيني
- ٢ . قانون العقوبات المصري .
- ٣ . قانون العقوبات الأردني .
- ٤ . قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني
- ٥ . القانون الجنائي الفرنسي .



استقلال القضاء وحياده

د. جهاد الكسواني

أستاذ القانون / جامعة القدس

تستمد المحاكم استقلاليتها من مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾، المطبق في المجتمعات الديمقراطية، وكي يتسنى الحديث عن قضاء مستقل، لا بد من توفر الحياد لديه، حيث يعتبر الحياد أحد أهم مكونات استقلال القضاء، وتشكل مظاهر الاستقلال ومظاهر الحياد ركنين أساسيين من أركان القضاء المبني على أسس دستورية ديمقراطية، تراعي الحقوق والواجبات بعيداً عن الطغيان والتعنت. يمكن التأكيد على أن استقلال القضاء شرط ضروري ولازم لتحقيق حياده، وحياد القضاء شرط لإقامة الحق والعدل بين الناس، فالعدل ينتفي بدون الحياد، والحياد ينتفي بدون استقلال. فهما يتكاملان مع بعضهما البعض باعتبارهما وجهان لعملة واحدة لا يتحقق وجه الواحد منهما إلا إذا كان ملتصقاً مع الآخر، وإن استقلال القضاء وحياده هو المدخل الصالح والضامن لنجاح التنمية الحقيقية بمختلف جوانبها⁽²⁾.

يعد استقلال القضاء مبدأ مؤسس لمبدأ الفصل بين السلطات كما أورد كل من مونتسكيو وجان جاك روسو فقد أشار كل منهما إلى وجوب سلطة تضع القانون وسلطة تطبقه وأخرى تنفذ القانون، واستقلال القضاء مبدأ دستوري ينص عليه القانون الأساسي في المادة (٩٨) منه والتي تضمنت القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة، ويعبر الفقه عن هذا الاستقلال بالمفهوم الشخصي لاستقلال القضاء⁽³⁾، كما يضمن استقلال القضاء قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٥ الذي ينص في المادة (٣) منه على القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وهو ما تم وصفه بالمفهوم العضوي للاستقلال⁽⁴⁾.

لعل الغاية الأساسية التي وجد لأجلها هذا المبدأ (استقلال القضاء)، هو فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية عن السلطة القضائية حفاظاً على استقلالية الأخيرة، لهذا يرى الفقه أن استقلال القضاء يعني تحرر السلطة القضائية من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغير القانون⁽⁵⁾، وعدم قابلية القضاة للعزل إلا وفق أحكام القانون⁽⁶⁾. وإذا كانت المقولة المشهورة أن تبيين أن العدل أساس الملك فإن استقلال القضاء أساس العدل، وليس للقاضي أن يقضي بتجرد ونزاهة وحياد دون أن يشعر بأنه حر وآمن على مستقبله وحياته ووظيفته، ولعل الاستقلالية تحوي أكبر من مفهوم الاستقلال الوظيفي والهيكلي لتبلغ درجة الاستقلال الاجتماعي والمادي والمهني وهذا ما لا تضمنه عديد القوانين.

ويعني مبدأ استقلال القضاء وحياده أن يكون لكل سلطة من سلطات الدولة مسؤوليات محددة تضطلع بها دون غيرها من السلطات، ويؤدي هذا إلى نتيجة حتمية، هي أن يكون القضاء

كمؤسسة والقضاة كأفراد، السلطة الوحيدة المخولة للفصل في الدعوى المعروضة أمامها، وبالتالي لا يجوز أن يخضع القضاة لا كهيئة قضائية ولا كأفراد إلى أي تدخل سواء من جانب الدولة أو من جانب الأشخاص العاديين⁽⁷⁾، كما أن القضاة يتوجب عليهم التعامل مع كافة النزاعات والقضايا دون تمييز أو انحياز لطرف أو لآخر.

يعتبر استقلال القضاء وحياده ركنين أساسيين في مبدأ المشروعية بوجه عام، وضماناً لسيادة القانون (الشرعية)، ولهذا وقع التأكيد على مستوى المنظمات الحكومية وغير الحكومية⁽⁸⁾، أن القضاء المستقل وحق المواطن في اللجوء إليه أحد الأمور الجوهرية في إحقاق العدل والإنصاف للمواطن واحترام حقوق الإنسان وأن مبدأ استقلال السلطة القضائية هو أساس الشرعية والمساواة أمام القانون. ويستلزم استقلال القضاء أن تكون له وحده دون غيره الولاية المطلقة في النظر في جميع الدعاوى ذات الطبيعة القضائية، ومعنى هذا أنه لا يجوز لأية سلطة غير قضائية أن تغير من حكم المحكمة على نحو يضر بأحد الأطراف أو بالمتهم، إلا فيما يتصل بالتهاشات التخفيف والعفو⁽⁹⁾.

يمكن القول أن مبدأ استقلال القضاء وركنه الأساسي المتمثل في الحياد، هو مبدأ مدعم في التشريعات الصادرة عن الوطنية الفلسطينية، فلم يكتفي المشرع الفلسطيني بالتأكيد على استقلال القضاء بل أكد كذلك على استقلالية السلطة القضائية، حيث نصت المادة (٩٧) من القانون الأساسي الفلسطيني على السلطة القضائية مستقلة، وتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني، كما تم تدعيم استقلالية السلطة القضائية عبر أحكام مواد قانون السلطة القضائية حيث نصت المادة (١) منه على السلطة القضائية مستقلة، وتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وفقاً لأحكام القانون.

يمكن القول أن النهج الذي اتخذه المشرع الفلسطيني نهجاً حميداً من خلال التنصيص على استقلال القضاء واستقلال السلطة القضائية، ولكن هذا النهج يفرض التزامات مثقلة على كاهل السلطة التشريعية، التي كان من الواجب عليها أن تراعي كل أحكام ومقتضيات ومتطلبات استقلال القضاء وحياده، بالإضافة إلى وجوب التزام السلطتين التنفيذية والقضائية بكل ما سبق، ولكن الواقع أفرز بوضوح الكثير من تدخلات السلطتين التشريعية والتنفيذية في أعمال السلطة القضائية مما أدى إلى الحد من استقلالية القضاء، ولعل الظروف الخاصة التي مر ويمر بها الوضع السياسي الفلسطيني، جعل من تحقيق الحياد أمراً صعباً، مما يفرض التساؤل عن إلى أي مدى تم تكريس الحياد كعامل في تحقيق استقلال القضاء كمبدأ دستوري؟. تم في الجانب التشريعي تكريس استقلال القضاء دون التنصيص على الحياد باعتبار تلازم الاستقلال والحياد (المبحث الأول)، وباعتبار الحياد تكريس لمظاهر استقلال القضاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول تلازم الاستقلال والحياد

يتلازم استقلال القضاء مع الحياد، فلا يمكن الحديث عن استقلال القضاء دون أن يتسم هذا القضاء بالحياد، ذلك أن عدم الحياد يعني التنكر القضائي لنزاهة القاضي، وبالتالي خضوع المتقاضين لميزان الأهواء، فالحياد عنصر من عناصر استقلال القضاء (المطلب الأول)، إلا أنه ليس العنصر الوحيد (المطلب الثاني).

المطلب الأول الحياد عنصر من عناصر استقلال القضاء

يعتبر حياد القضاء أهم عناصر استقلاله ويعني الحياد النأي بالقضاء بعيداً عن التحيز لفريق أو خصم دون آخر وبعيداً عن الانتماءات والميول السياسية، فانهياز القضاء يفقده استقلاله⁽¹⁰⁾. يفترض الحياد في القاضي، أن يقضي هذا الأخير بتجرد ونزاهة، بعيداً عن الميول والأهواء والرغبات، سواء الشخصية أو السياسية أو المجتمعية، وللحياد بمفهومه العام أسس يجب أن يقوم عليها (الفرع الأول) بالإضافة إلى وجود معنى خاص للحياد يجب توفره في القاضي المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول أسس الحياد

يكاد الفقه يجمع على تحديد عناصر حياد القضاء المتمثلة في عدم جواز الاشتغال بالسياسة (أولاً)، وعدم جواز توسيع اختصاص القضاء المتخصص (ثانياً).

أولاً: عدم جواز اشتغال القاضي بالسياسة

تنص المادة (٢٩) من قانون السلطة القضائية على المحظورات التي لا يجوز للقضاء إتيان فعل منها ومن هذه المحظورات ما ورد بالبندج) من الفقرة الأولى من المادة المذكورة التي تحظر على القاضي ممارسة العمل السياسي، ذلك أن العمل السياسي ينطلق من إحساس الانتماء والولاء للجهة السياسية التي يعمل لأجلها، أو للفكر السياسي الذي يدافع عنه. وقد تم تدعيم هذا الحظر ما نصت عليه الفقرة الثانية التي ورد فيها لمجلس القضاء الأعلى أن يضع نظاماً يحدد الأعمال التي لا يجوز للقاضي مباشرتها لأنها تتعارض مع واجبات الوظيفة القضائية وحسن أدائها. تشير المقولة الشعبية لدينا إلى أن الفلسطيني سياسي بطبعه، إلا أنه لا يجوز أن يتمسك

القاضي بالعادة وهو محكوم بمبدأ قانوني فيمكن القول أنه لا يجوز بحال من الأحوال اشتغال القاضي بالسياسة⁽¹¹⁾، أو الانتماء إلى الأحزاب السياسية، ذلك أن تغليب الاشتغال بالسياسة وبالأخص الانتماء إلى حزب سياسي معين، قد يؤدي إلى تغليب المصالح الفئوية والحزبية على حساب حياد القاضي واستقلاله، بل وكذلك على حساب نزاهته، مما يشكل خرقاً للقسم القضائي المغلظ وحثاً به.

يشير في هذا أحد الباحثين إلى أنه وتبرز هذه المسألة بوضوح في تشكيل محكمة أمن الدولة- السورية- العليا المحدثه خلافاً لأحكام الدستور، حيث ينتمي أعضاؤها الثلاثة إلى حزب البعث اثنان منها يحملان رتبة عسكرية رفيعة والثالث مدني، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ما مدى حيادية القاضي تجاه الشخص الذي يحاكمه على سبيل المثال، إذا كان هذا الشخص متهماً بإبداء آراء سياسية معارضة للسلطة أو للحزب الذي ينتمي إليه القاضي..؟ فهل يستطيع القاضي هنا التوفيق بين قسم اليمين لانتمائه الحزبي، وقسم اليمين عند توليه مهمته كقاضي..؟ هل يضع القاضي ولائه الحزبي جانباً، ويحكم في القضية وفقاً لشرفه وضميره وتجرده ووفقاً لقسم يمين الولاء للقضاء، أم يصدر حكمه انسجاماً مع قسم اليمين لولائه الحزبي..؟ وفي هذه الحالة الأخيرة لا بد أن يقع القاضي في تعارض مع قسم اليمين الذي أداه لدى توليه مهامه القضائية⁽¹²⁾.

يستقيم القول لا محالة وانطلاقاً من الشروط واجبة التوفر في القاضي أن الاشتغال بالسياسة يتعارض مع نزاهة القاضي، بالدرجة التي يتعارض فيها مع حياده مما يؤدي إلى هدر ركن من أركان استقلال القضاء، وهو الركن الأهم والمتمثل في الحياد.

يمكن القول أن الحياد كركن من أركان الاستقلال يجب أن يستمر طوال فترة الدعوى أياً كان ميدانها، مدنية أم جزائية أم إدارية، بل يمكن الحديث عن نشأة الحياد قبيل الدعوى، بالنسبة للدعوى الجزائية، وبالأخص في عمل النيابة العامة كسلطة إشراف على مأموري الضابطة القضائية، وفي هذا يشير أحد المختصين في الميدان إلى أنه، غير أن النظرة المثالية لمفهوم الحياد تطبع المحاكمة بالمعنى الواسع للكلمة، إذ أنها لا تنحصر في سير المحاكمة كموجه لها، بل تدخل في عملية تنظيمها الشامل، وتعتبر نموذجاً عالمياً راسخاً في قانون أصول المحاكمات، حيث أن مبدأ الحياد ليس فقط موجب حالة بل هو موجب من موجبات الدولة، هدفه حماية القضاء من الضغط السياسي، سواء من قبل الحكومة أو من قبل القوى المنتخبة (كمجلس النواب على الصعيد الوطني أو البلديات على الصعيد المحلي) أو من قبل الأحزاب السياسية أو إلى حد معين من المجتمع ككل⁽¹³⁾.

ثانياً: عدم جواز توسيع ميدان اختصاص القضاء المتخصص

لا يجوز للقضاء المتخصص كقضاء الطفل، أو قضاء الأسرة، أو القضاء العسكري، أو العمال، أن يتخذ على عاتقه النظر في المسائل التي تخرج عن حدود اختصاصه، ذلك أنه قضاء متخصص، تم

تحديد ميدان اختصاصه وفق خبرات معينة اكتسبها هذا الصنف من القضاء، أو وفق سياسة وإرادة تشريعية معينة، تفرض على المواطنين الذين يخضعون إلى شروط تحقق ولايته أن يخضعوا لقراراته وأحكامه.

يمكن القول أن توسيع ميدان اختصاص القضاء المتخصص يؤدي إلى إعطاء هذا النوع من القضاء صفة القضاء الخاص على غرار محاكم أمن الدولة التي ألغت جل الدول وجودها، وفي هذا الاتجاه سارت الإرادة السياسة الفلسطينية التي ألغت محكمة أمن الدولة بمرسوم رئاسي سنة ٢٠٠٤. يعتبر توسيع ميدان اختصاص القضاء المتخصص كالقضاء العسكري مثلاً، مخالفاً لمبدأ حق الإنسان في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، المنصوص عليه في المادة ٣٠ من القانون الأساسي الفلسطيني، وهو القضاء المنشأ مسبقاً، وفق أحكام القانون، والذي تم تحديد ميدان اختصاصه، ذلك أن الالتجاء إلى القاضي الطبيعي يعد إلى جانب الحياد عنصر أو ركن من أركان استقلال القضاء.

أشار المشرع إلى حق الالتجاء لما يمكن أن يشكله القضاء الطبيعي من عنصر أمن وأمان واطمئنان لدى المتقاضين، ولم ينص المشرع الدستوري على حق التقاضي لدى القاضي الطبيعي إيماناً منه بأن هذا الأخير هو الملجأ للمواطن، ولا يلجأ الإنسان إلى آخر إلا لثقتته فيه، ولكونه يشكل له مصدراً للأمن والأمان.

ويشير الفقه إلى أن المحاكم من حيث المبدأ يجب أن تكون عادية، بحيث يتقاضى الأفراد لديها ويعرفون مسبقاً وسلفاً بوجودها ونظاميتها وأصول التقاضي لديها، وهي المرجع الطبيعي بحسب الدستور المصري لعام ١٩٧١، أو النظامي بحسب الدستور الأردني، لبت حقوقهم. وتتمتع هذه المحاكم بالولاية العامة والشاملة لتطبيق القوانين، وتستقل بكيانها - في تحقيق الدعاوى والحكم - عن السلطتين التشريعية والتنفيذية دون أن يعني هذا الاستقلال انعدام الصلة والتعاون والتأثير المتبادل بين السلطات، وليس يمنع أن ينظم القانون محاكم خاصة ويوليها اختصاص النظر بمسائل معينة ومحددة بصورة حصرية، نظراً إلى طبيعة الحق أو الأشخاص أو الجرم أو إلى طائفة معينة من المسائل، ولا اعتبارات وطنية أو تقنية⁽¹⁴⁾.

تلجأ السلطات عادة إلى توسيع ميدان اختصاص القضاء المتخصص تحقيقاً لأهداف أو أغراض سياسية، ويكون التوسيع بطريقتين:

الأولى: أن يكون توسيع الاختصاص بناء على قرار من السلطة التنفيذية. ويمكن الإشارة في هذا الميدان إلى المرسوم الرئاسي الصادر لسنة ٢٠٠٧، والذي وسع من اختصاص القضاء العسكري في حالة الطوارئ، وفي هذا توسيع واضح لميدان اختصاص القضاء العسكري، وقد تم التراجع عن هذا المرسوم في غضون فترة زمنية وجيزة وقد تبنت مؤسسات المجتمع المدني رجوع الفضل لها في التراجع عن المرسوم سابق الذكر⁽¹⁵⁾.

الثانية: أن يتبنى القضاء المتخصص من ذاته توسيع ميدان اختصاصه. ومن هذا القبيل قام القضاء العسكري الفلسطيني، بالنظر في عديد القضايا التي تخرج عن حدود اختصاصه، وبالتالي تم

نقض هذه القرارات من قبل محكمة العدل العليا⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني حياد القاضي المدني

يمتاز القضاء المدني بالمواجهة، وذلك على خلاف القضاء الجزائي الاستقرائي، وعليه يحدد ما يعرف بالمعنى الخاص للحياد (ثانياً)، بالإضافة إلى ما يجب أن يتوفر من حياد في القاضي المدني تحت عنوان المعنى العام للحياد (أولاً).

أولاً: المعنى العام للحياد

يمكن القول أن المعنى العام لحياد القاضي المدني هو معنى شخصي، يتمثل في عدم جواز قضاء القاضي بناء على علمه الشخصي⁽¹⁷⁾، وعدم جواز نظره في قضية يكون هو أو أحد أقاربه طرفاً في الدعوى، وفي هذا نصت المادة (٣٠) من قانون السلطة القضائية على:

١. لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الثانية.
٢. لا يجوز أن يجلس للقضاء أي من القضاة الذين تربطهم صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الثالثة مع عضو النيابة العامة أو ممثل الخصوم أو أحد طرفي الخصومة.

ثانياً: المعنى الخاص للحياد

يمكن القول أن المعنى الخاص للحياد هو معنى فني، ذلك أن للأطراف وحدهم لدى القضاء المدني حق تعيين رقعة النزاع أو الخصومة، كما أن الطلبات يحددها الأطراف، اللذين يتولون إحضار المستندات وكافة وسائل الإثبات، واللذين يضمنون أوراق الدعوى طلباتهم، ويكون في هذا الإطار حياد القاضي المدني حياداً إيجابياً، إذ له أن يأذن بإجراء اختبارات، وبسماع شهادة الشهود والانتقال للمعينة.

المطلب الثاني

الحياد ليس العنصر الوحيد لاستقلال القضاء

بالإضافة إلى الحياد كعنصر أو كركن أساسي لاستقلال القضاء فهناك عناصر أخرى واجبة التوفر في القاضي دعماً لاستقلال القضاء وعلى رأس هذه العناصر التخصص (الفرع الأول)، والعلم الواسع والاجتهاد (الفرع الثاني).

الفرع الأول التخصص

يعمل تخصص القاضي على تفعيل مبدأ استقلال القضاء، ذلك أنه إذا كان استقلال القاضي، يعني أنه لا سلطان على القاضي إلا أحكام القانون فإن تكوين عقلية القاضي وتنمية قدراته هي التي توفر له القدرة على إنزال حكم القانون على الواقعة المعروضة عليه⁽¹⁸⁾.

وتخصص القاضي حصانة له وللمتقاضين، ذلك أن التخصص يعني التعمق في جانب من المعرفة، وفي هذا فائدة يمكن وصفها بأنها فائدة علمية، إذ بات التخصص أحد أبرز علامات التقدم، وذلك لتشعب العلوم، واتساع ميدانها، ولا يعني التخصص من جانبه، أن تكون معرفة القاضي جيدة في جانب من جوانب العلوم، وسطحية في جوانب أخرى بل يفترض في القاضي أن يمتلك حداً أدنى من المعرفة الشاملة.

يقصد بتخصص القاضي بالمفهوم الواسع أن تكون ممارسة العمل القضائي مقصورة على فئة مؤهلة تأهيلاً علمياً خاصاً بالعمل القانوني المتعمق والمعرفة الواسعة والثقافة الرفيعة ذات التكوين العملي، قوامها التأهيل والتدريب والممارسة والتجربة والخبرة وأن يتوافر له التفرغ لها، والانتقطاع لأداء واجبه نحو سيادة القانون، وتحقيق العدالة وصولاً لإقرار الحق وإقامة العدل بكفاءة واقتدار⁽¹⁹⁾. أما تخصص القاضي بمفهومه الضيق فيقصد به تقييد القاضي بنظر القضايا المحددة سواء كانت مدنية أو جنائية بل وفي داخل كل منها يمكن التقسيم والتخصص مثل دوائر التعويضات للقسم المدني وكذا دوائر الأحوال الشخصية⁽²⁰⁾.

ومن الناحية الشخصية والتقنية لعمل القاضي يقصد بتخصص القاضي تقييده بالنظر في منازعات فرع محدد وواحد من فروع القضاء المختلفة له تشريعاته الخاصة وله فقهه الخاص بحيث يسهل عليه فهم كل ما يثور من مشاكل معينة داخل فرع معين فهنا دقياً وعمقاً⁽²¹⁾.

رأى جانب من الفقه أن دعم العدالة وحفظ حقوق المتهم ومراعاة قرينة البراءة تترسخ أكثر إذا ما روعي التخصص القضائي⁽²²⁾، وذلك من خلال تكوين قضاة متخصصين في المادة الجزائية، والمؤهلين لاحترام حقوق الإنسان، وآخرين متخصصين بقضاء الطفل، وآخرين بقضاء الأسرة، أو العمل، أو القضاء الاقتصادي، وبهذا قيل أن تخصص القاضي في مادة معينة يمكنه من تعميق الدراسة فيها والإحاطة بجميع تفاصيلها وإثراء معلوماته بالدراسات التي أعدت في شأنها والتعرف على التقنيات المتصلة بها وعلى ما استقر عليه فقه القضاء الوطني والأجنبي مع الإطلاع على القانون المقارن والبحث في النصوص وتأويلها التأويل الصحيح مما ينمي ملكة البحث لديه ويساعده على تدقيق النظر في المسائل القانونية المطروحة وإجراء ما تقتضيه من استقراء والبت فيها وعلى روية كاملة من الأمر... فلا بد من الكفاءة الصناعية والقاضي المتخصص يكون ذا كفاءة عالية في ميدانه...⁽²³⁾.

لا تخرج الدعوة إلى التخصص عن الاتجاه الحديث، الذي يربط تطور دور القاضي بتطور علوم الإنسان، ويجعل من واجب القاضي أن يكتسب الخبرة في الطب النفسي، والطب العقلي، وعلم

الإجرام، والبوليس الفني، إلى جانب هذا يجب غرس وإنهاء بعض المعاني والقدرات لدى القضاة، وهي العمل مع الجماعة، (حين يعمل القاضي مع زملائه أعضاء الدائرة وحين يتعامل مع المحامين والخبراء)، والقدرة على الحياد والإدراك السليم والقدرة على البت في الأمور، والقدرة على إقامة العلاقات الإنسانية⁽²⁴⁾.

فالقضاء حرم مقدس لا يجوز لغير المتخصصين ولوج بابه ضماناً لحسن أداء دوره المنوط به داخل المجتمع فليس هناك اشد فتكا بالحريات ولا أوسع سبيلاً لظلم الناس من أن ييؤ لغير المتخصصين من القضاء الجلوس بمجلس القضاء لأنهم لن يعرفوا منه غير السلطة التي تجنح بالعاطفة وتكثف الميول الهادمة وتؤذى العدالة⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني العلم الواسع .. حرية الرأي .. الاجتهاد

قال تعالى في محكم تنزيله، (قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون)، كما قال (إنما يخشى الله من عباده العلماء)، ودرج القول أن العلماء هم ورثة الأنبياء.

انطلاقاً من واجب القضاء الموكل له الحكم بين الناس، والتحكم في مصائرهم في كثير من الأحيان انطلاقاً من الدعاوى محل النظر لديهم، كان بد أن يكون العلم الواسع والقدرة على الاجتهاد وحرية الرأي أوكد الخصائص التي يجب أن يتصف بها القاضي.

فكل هذه المعاني والقدرات من شأنها أن تدعم قدرات القاضي وأن تمكنه من أداء وظيفته القضائية في استقلال تام⁽²⁶⁾، كما أن معرفة القاضي بعلوم الحاسوب بات أمراً وجوبياً، إذ يجب تمكين القاضي من بنوك المعلومات ومن أسلوب سهل يسر له التعامل مع الملفات والقوانين التي باتت تكرر إلى درجة فاقت وصف التضخم التشريعي، بل بات هناك تجمعة تشريعية تتطلب من القاضي مجهوداً مضاعفاً قد يتحسن مردوده إذا وقع رفع بعض الملفات الكثيرة عن كاهله، فلا شك أن كثرة الملفات يجد من قدرة القاضي على مواكبة التطور التشريعي⁽²⁷⁾، كما أنه يجد من قدرته على الاتصال ببقية العلوم الأخرى.

يحتل الاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه. فالاجتهاد القضائي هو الذي يضمن على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده.

وقد يجتهد القاضي إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص. فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين: غموض النص أو إبهامه من جهة، والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية⁽²⁸⁾. وللقاضي أن يُعمل عقله في الأمور التي ليس فيها نص صريح، أو عندما يغيب المصدر الثانوي

للقانون، والاجتهاد من الأثر في أحكام القضاء في الشريعة الإسلامية فإذا غاب نص من القرآن أو السنة أو القياس أو اجتهاد من له حق الاجتهاد، فعندئذ يجتهد القاضي برأيه، وله أجر الاجتهاد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، إن حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب؛ فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ، فله أجر، والمقصود بالأجرين: أجر الاجتهاد في معرفة الحق، وأجر التوصل إلى الحق ومعرفته، فإن أخطأ فله أجر واحد وهو أجر الاجتهاد في محاولة الوصول للحق. وينشأ عن إمكانية اجتهاد القاضي واجب محمول على القاضي وهو واجب الفصل في المنازعات وإلا تعرض إلى جريمة إنكار العدالة.

وليس على القاضي ذنب إن أخطأ في اجتهاده ما دامت نيته معرفة الحق، إذا كان مالكا لأدوات الاجتهاد، قال تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيمًا) (29)، ويخضع اجتهاد القاضي لرقابة محكمة النقض كمحكمة قانون، باعتبار الخطأ في الاجتهاد خطأ في تطبيق القانون.

يعد الاجتهاد القضائي مظهر من مظاهر استقلال القضاء، لما للقاضي من حرية في أعمال عقله، وفي أعمال وجدانه الخالص وقناعته الذاتية، ولكن الاجتهاد يجب أن يبنى على الحياد الذي يعتبر أحد مظاهر تكريس استقلال القضاء.

المبحث الثاني

الحياد تكريس لمظاهر استقلال القضاء

يعد الحياد مظهرًا من مظاهر تكريس استقلال القضاء، والحياد لا يعني فقط أن يكون القاضي محايدًا ومستقلًا تجاه المؤثرات الخارجية في حق السلطة القضائية، وهو لا يعني فقط أن يكون القاضي محايدًا ومستقلًا بما تفرضه عليه نزاهة القاضي وشرف وظيفته، بل يجب أن يكون الحياد والاستقلال تجاه السلطات القضائية فيما بينها (المطلب الأول)، ويجب أن يكون القضاء محايدًا ومستقلًا تجاه السلطات الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاستقلال والحياد تجاه السلطات القضائية فيما بينها

اعتمد مونتسكيو على قاعدة السلطة تقيّد السلطة، ليلور مبدأ الفصل بين السلطات أو الفصل بين الوظائف وبالتحديد الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وبعدها تم اعتماد نفس المبدأ داخل هذه الأخيرة فقسّمت بدورها إلى سلطات مختلفة وهي سلطة الملاحقة أو الإدعاء أو الاتهام، وسلطة التحقيق، وسلطة الحكم، وكلها أطراف للسلطة القضائية أخذت في الظهور تدريجياً دون أن يعلن عن استقلالها مباشرة ولم تتكون فكرة الفصل بينها إلا خلال النصف الثاني من

القرن الثامن عشر⁽³⁰⁾. ومن هنا تكمن أوجه الاستقلال تجاه السلطات القضائية فيما بينها من خلال استقلال قضاء الاتهام عن قضاء التحقيق (الفرع الأول)، ومن خلال استقلال قضاء الحكم عن قضاء الاتهام والتحقيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول استقلال قضاء الاتهام عن قضاء التحقيق

يمكن القول أن الحديث عن استقلال قضاء الاتهام أو سلطته عن قضاء التحقيق مسألة شائكة، ظهر على إثرها عدة قوانين غايتها السعي إلى إحقاق العدالة الجنائية من خلال تحقيق التوجه القضائي الأمثل.

توجه الفقه لوضع تساؤلات عن الفروق في الاختصاص والتأهيل بين كل من المدعي (قضاء أو سلطة الإتهام) وجهة التحقيق، كما توجهوا إلى التساؤل عن أيهما أولى بالترافع المحقق أم المدعي العام⁽³¹⁾؟

يتفق الفقه الحديث على أن النيابة العامة هي سلطة الاتهام الأولى كونها ممثلة للمجتمع في الطالبة بمعاينة المخالفين والمعتدين على نظام المجتمع، لكن الخلاف قائم بينهم على جمعها بين سلطتي الاتهام والتحقيق.

يطلق لفظ التحقيق على مجموعة من الإجراءات التي تبشرها سلطات التحقيق المختلفة قبل البدء في إجراءات المحاكمة، غير أنه يخرج من نطاق هذا المعنى إجراءات الاستدلال السابقة لمباشرة التحقيق، حتى ولو كانت الجهة التي قامت بها هي النيابة العامة.

يرى البعض أن عمل ممثل الإدعاء العام وصاحب سلطة الاتهام، إنما هو مكمل لعمل المحقق، وفي الغالب تقوم به سلطة واحدة، والجمع هو حل عملي كونه ييسر الإجراءات ويؤدي إلى حسن سير العدالة الجنائية، وينطلق بعض الفقه في مصر في تبرير الجمع من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ الذي عدل عن نظام الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق بجعل التحقيق من اختصاص النيابة العامة حيث تنص المذكرة عليّتين من العمل أنه من المستحسن عدم الاستمرار في النظام الجديد نظام الفصل والعودة إلى النظام السابق الذي كان متبعاً.. قد صار نظام الفصل متقدماً حتى في فرنسا نفسها، ولما لوحظ من أن نشاط القاضي محدود لعدم كفاية علاقاته برجال الضبطية القضائية، فضلاً عما تكشف عنه العمل من أن سؤال الشهود أمام عدة جهات فيه تشتيت للدليل وخلق ثغرات في التحقيق⁽³²⁾.

اتخذ قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني هذا التوجه التشريعي ومكن النيابة العامة في فلسطين من الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق، حيث تنص المادة (٥٥) من قانون الإجراءات الجزائية على (١) - تختص النيابة العامة دون غيرها بالتحقيق في الجرائم والتصرف فيها.. كما نصت المادة (٥٦) من نفس القانون على تباشر النيابة العامة التحقيق فور علمها بالجريمة، وفي جانب امتلاكها لسلطة

الاتهام تنص المادة (١) على تختص النيابة العامة دون غيرها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا تقام من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون..).

وترى اتجاهات فقهية بعدم جواز الجمع بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام باعتبار أن القيام بتكوين رأي في مدى إذنب متهم يجعل من صاحب هذا الرأي منحازاً إلى رأيه، ويخشى أن يكون هذا الانحياز غير قائم على أسباب موضوعية فيؤدي إلى الاتهام جزافاً، وهذا ليس من شأنه أن يتحقق عند الفصل بين السلطتين. فتبين سلطة التحقيق بناء على أسباب موضوعية مدى الجدية في التهمة المنسوبة إلى المتهم والزمع بأن له صلة بالواقعة الإجرامية. هو السبيل إلى تكوين الرأي في ذلك بصفة مجردة لا تتأثر بالنزعة إلى الاتهام مادام أن دورها غير شامل للاتهام، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر قد يختلف حين يكون المحقق قائماً بالتحقيق، وقائماً بالاتهام كذلك، لأنه قد أُلّف توجيه التهمة ويخشى من تسييره للتحقيق أن يسيره صوب توجيه التهمة ولو لم يكن لذلك من الأسس الموضوعية ما يبرره⁽³³⁾.

يمكن القول بوجوب أن ينزع الفكر القانوني في فلسطين إلى الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وذلك تحقيقاً لحياض القاضي الجزائي، خاصة وأن العدالة في فلسطين عدالة ناشئة، ويمكن هنا دعوة المشرع إلى الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، بحيث يتم إنشاء مؤسسة قاضي التحقيق لدى محاكم البداية كي يتولى هذا الأخير التحقيق في الجرائم وفق القانون.

تزداد الدعوة إلحاحاً إلى وجوب الفصل بين الاتهام والتحقيق بعد مراجعة قانون السلطة القضائية الذي يمكن وزير العدل من سلطات غير محدودة تجاه النيابة العامة مع تأكيد القانون على وجوب الحفاظ على استقلال النيابة العامة، ذلك أن سيطرة النيابة العامة على الدعوى الجزائية وفق قانون الإجراءات الجزائية، لا يستقيم مع السلطات الكبيرة الممنوحة لوزير العدل تجاهها.

الفرع الثاني

استقلال قضاء الحكم عن قضاء الاتهام والتحقيق

لا يمنع التكامل بين وظائف القضاء الجزائي، أن يقع تضارب فيها مما يؤدي إذا وقع الجمع بينها إلى انتهاك مبدأ استقلال القضاء من خلال استبعاد الضمانات الأساسية التي تعطي صفة الشرعية للإجراءات كافة، ومن هذه الضمانات فصل وظيفة الحكم عن وظيفتي الاتهام والتحقيق، وينبني هذا المبدأ على عدم جواز أن يكون القاضي الجالس للحكم، قد أجرى في ذات الدعوى التي ينظر فيها أي عمل من أعمال الملاحقة أو التحقيق، وتحصل هذه الصورة مثلاً إذا أصبح وكيل النيابة قاضياً جالساً، فلا يمكنه حينها النظر في القضايا التي قام فيها سابقاً بأعمال الملاحقة⁽³⁴⁾.

كما نعني بالفصل بين الإتهام والتحقيق وقضاء الحكم أنه لا يجوز أن يشترك في المحاكمة، أو في جوانب من مداولاتها أي قاض كان قد سبق له القيام بالتحقيق في القضية ذاتها الواقع النظر فيها أمام المحكمة⁽³⁵⁾، فليس من الملائم أن يجمع الشخص بين صفته كمحقق إبان التحقيق الابتدائي، وصفته كقاضي حكم يقوم بنظر الدعوى الجنائية والحكم فيها⁽³⁶⁾.

انطلاقاً من وظيفة النيابة العامة كممثل رسمي للمجتمع أمام المحاكم بمختلف تركيباتها، يقع ترسيخ الفصل بين وظيفتي الحكم ووظيفة الإتهام أو التحقيق، وقد نزع المشرع الفلسطيني إلى تبني هذا المبدأ حيث تنص المادة (١٥٩) من قانون الإجراءات الجزائية علييتمتع القاضي من الاشتراك في الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً، أو إذا كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي، أو بوظيفة النيابة العامة، أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة، أو باشر فيها عملاً من أعمال أهل الخبرة، ويمتنع كذلك من الاشتراك في الحكم إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه.

خلافاً لهذا ذهب عدديد التشريعات إلى عدم التنصيص على هذا المبدأ، مما حدا بفقهاء القضاء إلى إقراره باحتراز في بعض القضايا حيث أقرت محكمة التعقيب الفرنسية هذا المبدأ حتى في ظل غياب نص يحظر الجمع بين الوظيفتين⁽³⁷⁾، مما دعا المشرع الفرنسي إلى تضمين هذا المبدأ ضمن أحكام م.إ.ج.ف.⁽³⁸⁾. نص المشرع المصري على هذا المبدأ ضمن أحكام المادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية، فأورد أنه يمتنع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً، أو إذا كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة، أو باشر عملاً من أعمال أهل الخبرة....

يتضح من أحكام هذا النص أن المشرع المصري أضاف إلى مبدأ الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الإتهام الفصل بين وظيفة الحكم وبين أي وظيفة كان من الممكن للقاضي أن يلامس بها الدعوى وملاساتها كخبير، أو كشاهد، أو كمحام عن أحد الخصوم ويتقارب في هذا التوجه التشريعيين الفلسطيني والمصري، حيث توسع المشرع الفلسطيني في المادة (١٥٩) في واجب الفصل بين قضاء الحكم وأي صلة أخرى للقاضي سبقت النظر في الدعوى نفسها سواء كان جهة اتهام أو تحقيق أو ضابطة قضائية أو شاهد أو خبير أو محامياً للخصم.

لعل في هذا ضمان محقق لحياذ القاضي واستقلاله، ولعل التشريع الفلسطيني يخالف مقتضيات هذا النص، أو أنه اختار التخلي عن هذا المبدأ على غرار بعض التشريعات⁽³⁹⁾، بغية تحقيق ضمان أكبر لسرعة الإجراءات في بعض المجالات، من ذلك ما ورد في أحكام الباب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية (وفي الحكم في الجرائم المرتكبة بالجلسات)، حيث يبرز أن المشرع يناقض صراحة مبدأ الفصل بين الإتهام والحكم، إذ نصت المادة (١٩٠) على (أنه إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة من قبل شخص ما، وكان من اختصاص المحكمة النظر في هذه الجريمة، يجوز للمحكمة أن تحاكمه في الحال، وتحكم عليه بعد سماع أقوال ممثل النيابة العامة ودفاع ذلك الشخص، بالعقوبة المقررة قانوناً، ويخضع حكمها لطرق الطعن التي تخضع لها سائر الأحكام الصادرة عنها..).

يخول المشرع هنا لقضاء الحكم الجمع المباشر بين سلطات الإتهام والتحقيق والحكم، ولعل هذا يمثل إخلالاً واضحاً وصريحاً لمبدأ الفصل بين الإتهام والحكم، مما يشكل مساساً بحياد القاضي، وإن اعتبره رضا سخاخم بأنه مجرد استثناء لمبدأ الفصل بين التبع والتحقيق والمحكمة إذ أورد أن (...)

الحكم في الجرائم المرتكبة بالجلسات يعتبر استثناءً لمبدأ الفصل بين سلطات التتبع والتحقيق والمحاكمة إذ تصبح المحكمة تجمع في صورة الحال بين صلاحيات السلط الثلاث أي بين صلاحيات التتبع والتحقيق والمحاكمة⁽⁴⁰⁾.

يمكننا هذا من القول بأن الإستثناء يجب أن لا يتجاوز حدود الشرعية الدستورية والشرعية الإجرائية، فمهما كانت الجريمة لا بد أن تحترم فيها ضمانات المحاكمة المنصفة، على أساس احترام مبدأ استقلال القضاء وحياده، إذ أن المسألة لم تقتصر على تنازل أو على مجرد تحويل سلطة الحكم قسطاً من سلطات الإتهام، بل وقع تحويل سلطة الحكم بالفصل في الدعوى دون أن تباشر سلطة الإتهام وظيفتها. فالدعوة أمام هذا قائمة للمشرع الفلسطيني إلى وجوب تدعيم مبدأ الفصل بين وظيفتي الإتهام والتحقيق لجمعها في يد سلطة واحدة وقضاء الحكم ضماناً لمبدأ دستوري وهو استقلال القضاء حيث تعتبر أي قاعدة تشريعية تحالف أحكامه خرقاً للدستور وللشرعية الدستورية. ونحن نعول على هذه ضمانات استقلال القضاء وحياده كون القضاء يبقى الحارس الأمين لحقوق وحرىات الأفراد، وإن طغت الإعتبارات السياسية والأمنية، فالعلة في ضرورة فصل سلطة التحقيق والإتهام عن قضاة الحكم هي ضمان أكبر ممكن من الحيادية والموضوعية فيمن يشترك في المحاكمة كقاضي حكم⁽⁴¹⁾.

يعتبر الفصل بين قضاء التحقيق وقضاء الحكم ضماناً إضافياً لحياد القاضي، يتجلى في منع القاضي المكلف بالفصل في الدعوى، من تكوين فكرة شخصية مسبقة عنها من خلال مباشرة أحد إجراءات التحقيق الإبتدائي فيها⁽⁴²⁾.

المطلب الثاني

الاستقلال والحياد في مواجهة السلطات

تبدو النزعة أكبر لدى رجال القانون بالدفاع عن وجوب استقلال القضاء وحياده تجاه السلطات العامة في الدولة تحقيقاً لمبدأ استقلال القضاء وبالأخص الاستقلال والحياد تجاه السلطة التشريعية(الفرع الأول)، والاستقلال والحياد تجاه السلطة التنفيذية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاستقلال والحياد تجاه السلطة التشريعية

تتدخل السلطة التشريعية في مسار مرفق عام القضاء، من خلال النصوص القانونية، وفي هذا يشير فاروق الكيلاني إلى إن تدخل السلطة التشريعية في تنظيم القضاء يعتبر عملاً غير مشروع للأسباب التالية:

الأول: إن استقلال القضاء يعني قيام هذا الاستقلال في مواجهة السلطات الأخرى في الدولة... الثاني: إن تنظيم القضاء وتطويره يجب أن يتم عن طريق الوسائل التي يجرها المجلس القضائي ذاته⁽⁴³⁾.

يبرز خرق استقلالية القضاء وحياده من خلال إصدار قوانين لإعادة تنظيم الهيكل القضائي، أو تحديد نظام تأجير القضاء بقانون، أو تحديد سن تقاعد القضاة، وبهذا يرى الفقه أن الاستقلال الهيكلي للقضاء لا يعني انعدام أي ارتباط بينه وبين بقية السلط... فنظام تأجير القضاء خاضع لمن يعد ميزانية الدولة أي السلطة التنفيذية، وتحديد سن التقاعد يكون بقانون أي بموافقة السلطتين التشريعية والتنفيذية، وكل هذه الارتباطات تجعل حق الاستقلال الهيكلي للقضاء استقلالاً نسبياً...⁽⁴⁴⁾.

يمكن القول أن ما جاءت به مواد قانون السلطة القضائية وعلى غرار ما ذهب إليه جانب من الفقه - وهو الذي يمثل الشق المدافع عن فكرة تكريس استقلال القضاء - أنه لا يزعم أحد أن ما جاءت به أحكام القانون الأساسي للقضاة هي منتهى المأمول أو أنها على غاية من الكمال فإنه لا يوجد في العالم أي نظام مثالي لاستقلال هيكلي سواء في البلدان المتقدمة أو التي هي في طريق التقدم ومثل هذا القول لا يثني عن التطوير والسعي إلى الأفضل...⁽⁴⁵⁾.

توجه المشرع الفلسطيني إلى توسيع صلاحياته تجاه السلطة القضائية إذ مكن نفسه من تحديد سبل تعيين وترقية ونقل وتأديب القضاة، كما حول لنفسه صلاحيات تحديد اختصاص المحاكم وذلك وفق أحكام المادة (٩) من قانون السلطة القضائية التي تنص على تحدد قواعد اختصاص المحاكم وتباشر اختصاصها وفقاً للقانون..، ويشكل هذا من وجهة نظر الفقه كما اتضح سابقاً خرقاً لاستقلال القضاء وحياده الذي تتضح إشكالاته بشكل أكبر تجاه السلطة التنفيذية.

الفرع الثاني

الاستقلال والحياد تجاه السلطة التنفيذية

تدخل السلطة التنفيذية في أعمال السلطة القضائية من خلال السلطات المخولة لها بالقانون أو بالممارسات الواقعية.

لكن لا يدعنا هذا القول نقبل بأن تخضع السلطة القضائية لأي نوع من التأثير أو السيطرة من أي جهة أو سلطة كانت، ذلك أن حسابات السلطات تختلف، إذ يبقى الشغل الشاغل للسلطة التنفيذية أن تحافظ على كيانها وعلى دوامه.

تسعى السلطة التنفيذية في بعض الصور إلى الضغط على القضاء لاتخاذ قرارات تمس من حقوق الإنسان وحرية، بيد أن حماية الحرية والأمان هي معنى وجود السلطة القضائية ذاته، كما أنه تتحقق حماية أنجع لحقوق الإنسان كلما كان للسلطة القضائية وحدها الاختصاص في هذا الميدان⁽⁴⁶⁾.

تحقيقاً لمبدأ استقلال القضاء فلا يجوز للسلطة التنفيذية التدخل في عمل القضاء، وذلك حماية للقاضي من التأثير في الوصول إلى أحكامه برغبات الجهات العليا في السلطة المذكورة، علماً بأن عدداً من القضايا المطروحة أمام القضاء قد تتعلق بمدى سلامة وقانونية أداء المسؤولين في السلطة التنفيذية.

كما أن عدداً آخر من القضايا قد يتعلق بمواطنين تربطهم صلات القرابة أو العلاقات الخاصة مع مسؤولين يسعون للاتصال بالقضاة لخدمة لذويهم، مما يؤثر سلباً على موازين العدالة، ويخلق تمييزاً

بين المواطنين يؤثر تأثيراً مباشراً على سيادة حكم القانون⁽⁴⁷⁾.

يحصل أن تتم إدانة شخص حال أنه بريء، إذعانا لأمر السلطة التنفيذية لا سيما في القضايا السياسية، بل يحصل أن يسيء القضاء إلى شخص بريء أثناء إجراءات التقاضي، وفي هذا خروج عن طور القضاء ونزاهته واستقلاله وحياده، ومرد هذا يرجع إلى تدخل السلطة التنفيذية، التي تبقي حريات المواطنين تحت رحمتها.

يتضح بداية ضعف استقلال القضاء تجاه السلطة التنفيذية التي تملك بحكم القانون زمام الأمور في كثير من شؤون السلطة القضائية فنجد أن تركيبة المجلس الأعلى للقضاء تحوي عدد من أعضاء السلطة التنفيذية، أو ممن يتم تعيينهم عبر السلطة التنفيذية، إذ يتمتع رئيس السلطة الوطنية بصلاحيات تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى وفق أحكام المادة (١٨) من قانون السلطة القضائية التي تخوله صلاحيات تعيين رؤساء المحاكم، كما أنه يتمتع بسلطة أدبية لا يمكن لأعضاء السلطة القضائية تجاوزها، هذا بالإضافة إلى سلطته المادية، وأكثر من هذا فإنه يختار شخصية أكاديمية لتكون من أعضاء مجلس القضاء الأعلى بالإضافة إلى عضوية وكيل وزارة العدل في المجلس، وعضوية النائب العام الذي يعين بناء على تنسيب من وزير العدل وذلك وفق أحكام المادة (٦٥) التي تنص على ١- يُعيّن النائب العام بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناءً على تنسيب من وزير العدل ومصادقة المجلس التشريعي ويجدد القانون اختصاصات النائب العام وواجباته.

نعلم أن وزير العدل ينفذ سياسة الحكومة بالإضافة إلى مسؤوليته كعضو في الحكومة أمام رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وإن السلطات التي حولها قانون السلطة القضائية لوزير العدل تجاه أعضاء النيابة العامة سلطات من شأنها أن تهدر مبدأ استقلال القضاء على اعتبار النيابة العامة من السلطة القضائية حسب أحكام القانون، كما يتمتع وزير العدل بصلاحيات تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم وفق أحكام المادة (٩) من قانون السلطة القضائية.

هذا بالإضافة إلى ما يملكه وزير العدل من سلطة في طلب فتح تحقيق للقيام بدعوى التأديب لأحد القضاة، حيث تنص المادة (٥٢) على ١- يفتح تحقيق في حق أي من القضاة بناءً على طلب من: رئيس المحكمة العليا، أو من وزير العدل، أو من النائب العام، أو من رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي، سولعل في هذا أيضاً، حرق واضح لاستقلالية القضاء أمام خوف القضاة من تعسف السلطة التنفيذية في صورة عدم خضوعهم لأوامرهم⁽⁴⁸⁾.

تتضح سيطرة السلطة التنفيذية كذلك من خلال ما يسمى بدائرة التفتيش القضائي التي تنشأ بقرار من رئيس السلطة الوطنية وبناء على تنسيب من وزير العدل، الذي كلفه القانون بوضع نظام خاص لها وذلك وفق أحكام المادة (٤٦) من قانون السلطة القضائية، مما يوحى بخرق استقلال القضاء بشكل صريح وكان من الأولى أن تنسب هذه الصلاحيات كافة لمجلس القضاء الأعلى.

كما أنه قد تعمد السلطة التنفيذية، إلى اقتراح قوانين تسيء إلى استقلال القضاء، وتصادق عليها السلطة التشريعية على هذه القوانين، ومن هذا القبيل نجد اتفاقية مكافحة الإرهاب، التي أجازها مجلس وزراء الداخلية العرب، والتي دخلت حيز النفاذ في شهر مايو ١٩٩٩ بعد أن صادقت عليها

ثمان دول عربية، وفي هذا يشير أمين مكّي إلى أنه ليس هناك كائن ما يعترض على مكافحة الإرهاب بمعناه المعروف، وفق الأصول والمبادئ القانونية الدولية والمحلية المعروفة، غير أن الاتفاقية المذكورة توضح دون أدنى شك أن غرضها الأساسي هو حماية النظم الحاكمة في عدد من الدول العربية ومحاربة ومطاردة المعارضين في الدول العربية الأخرى، بهدف تسليمهم ومحاكمتهم في الدولة التي تطلب التسليم، فالاتفاقية تميز القبض على الشخص المطلوب وتسليمه إلى دولة أخرى دون إعطائه الحق في الاعتراض على تسليمه أمام القضاء في بلد إقامته، والأمر الأشد خطورة هو تصنيف الأعمال السياسية التي تستهدف رؤساء ومسؤولي الدول ضمن الجرائم الجنائية العادية التي تخضع لإجراءات تبادل أو تسليم المجرمين وفي ذلك خلاف صريح وواضح مع المادة ١٣ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة⁽⁴⁹⁾.

تشكل مثل هذه الاتفاقيات خير مثال للتدخل في أعمال السلطة القضائية وولايتها، إذ يقع تهميش دورها وتجاهل النزاهة والحيدة المبنيين على الاستقلال الوظيفي، إذ بالإضافة إلى وجوب أن يكون القضاء بعيداً عن التدخل في شؤونه من بقية سلطات الدولة، فإنه يجب ألا يخضع أيضاً في أداء وظيفته لغير حكم القانون، وهذا الضابط الأخير هو الذي يحقق لاستقلال القضاء تكامله ومعناه الإيجابي⁽⁵⁰⁾.

Endnotes

١. - المبدأ الأول من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية وينص عليه دستور البلد أو قوانينه، ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات مراعاة استقلال السلطة القضائية.
- المبدأ الثاني من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الوقائع ووفقاً للقانون، ودون أية تقييدات أو تأثيرات غير سليمة، أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة كانت أو غير مباشرة من أي جهة أو لأي سبب.
- المبدأ الثالث من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي، كما تنفرد بسلطة البت فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اهتمامها حسب التعريف الوارد في القانون.
- المبدأ الرابع يجوز أن تحدث أي تدخلات غير لائقة، أولاً مبرر لها في الإجراءات القضائية، ولا تخضع الأحكام التي تصدرها المحاكم لإعادة النظر. ولا يخل هذا المبدأ بإعادة النظر القضائية أو بقيام السلطات المختصة، وفقاً للقانون، بتخفيف أو تعديل الأحكام التي تصدرها السلطة القضائية.
- وقع اعتماد هذه المبادئ في المؤتمر السابع للأمم المتحدة المتعلق بمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في ميلانو من ٢٦ أوت إلى ٦ سبتمبر ١٩٩٠، وأقرت بقراري الجمعية العامة رقم ٤٠ / ٣٢ المؤرخ في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥ ورقم ٤٠ / ٤٦ المؤرخ في ١٣ ديسمبر ١٩٨٥.

٢. ميشال شاس: حياذ القاضي في التشريع السوري بين الواقع والتطبيق، رابطة معلومات حقوق الإنسان، shril-sy.info

٣. ويعني توفير الاستقلال لأشخاص القضاء وعدم وضعهم تحت رهبة أي سلطات في الحكم لغير ضائهم، ولتحقيق ذلك

- حرصت الدساتير على إحاطة القضاء ببعض الضمانات التي من شأنها تحقيق ذلك الهدف. عادل الطبطبائي: النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة، ط. ١، مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت ١٩٨٩، ص. ٨٥٣.
٤. ويعني استقلال سلطة القضاء برمتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. وعدم السماح لأي جهة بإعطاء أوامر أو تعليمات أو اقتراحات للسلطة القضائية تتعلق بتنظيم السلطة. نفس المرجع، نفس الصفحة.
٥. أنظر حول هذا أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، طبعة ثانية، دار الشروق، القاهرة ٢٠٠٦، ص. ٣٠٨.
٦. المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال المبينة في هذا القانون.
٧. كشفت تجارب الأمم أن تجمع السلطات الثلاثة في يد واحدة يغري بالطغيان ويمهد الطريق للعسف والظلم ويشكل تهديداً صارخاً لدوام الحقوق والتمتع بالحريات. توفيق الشاوي: محاضرات في المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العليا، ١٩٥٨، ص. ١٣. أنظر أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص. ٣٠٨.
٨. على مستوى المنظمات الدولية غير الحكومية بادرت لجنة الحقوقيين الدوليين بجنييف بعقد عدة مؤتمرات في هذا الشأن شملت مؤتمر أثينا عام ١٩٥٥ ونيودلهي ١٩٥٩ ولاجوس ١٩٦١ وريو دجانير ١٩٦٢ وبانكوك ١٩٦٥، وفي عام ١٩٧٨ قامت للجنة بإنشاء مركز استقلال القضاء والمحاماة لتطوير مبادئ استقلال المهنة في جميع أنحاء العالم وفق المعايير الدولية التي ساهم المركز في تطويرها من خلال المنظمات الحكومية وغير حكومية، أنظر أمير مكّي مدني: المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والقضاء في المنطقة العربية، أو ضاع القضاء في بلدان المنطقة العربية، مرجع سابق، ص. ٢١. - أما بالنسبة للمنظمات الدولية الحكومية فقد بادرت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان واللجنة الفرعية لمحاربة التمييز وحماية الأقليات التابعة للجنة لحقوق الإنسان إضافة إلى لجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة وعينت اللجنة الفرعية عام ١٩٨٠ مقررأً خاصاً باستقلال القضاء تقدم بعدة تقارير إلى اللجنة الفرعية، وفي نفس العام انعقد مؤتمر الأمم المتحدة السادس لمنع الجريمة مطالباً بوضع أسس لاستقلال القضاء، وانعقد المؤتمر العالمي لاستقلال القضاء بمونتريال عام ١٩٨٣ وأسفر عن إعلان عالمي لمبادئ استقلال القضاء ثم تلاه مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين بمدينة ميلانو في شهر سبتمبر ١٩٨٥ والذي صدر عنه إعلان المبادئ الأساسية لاستقلال القضاء، الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها عدد ٤٠ / ٣٢ المؤرخ في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥، وعدد ٤٠ / ١٤٦ المؤرخ في ١٣ ديسمبر ١٩٨٥.

9. FOVOREOU (L) : Brèves bservation sur la situation du parquet au regard de la constitution, R. S. C. 1994, p. 675.

١٠. فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، ط. ٢، المركز العربي للمطبوعات-دار المؤلف، بيروت ١٩٩٩، ص. ٣٠.
١١. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - دراسة مقارنة، ط. ١، جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٠، ص. ١٣٣-١٣٧.
١٢. ميشال شماس: نفس المرجع السابق.
١٣. راميا الحاج: مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، منشورات دار الحلبي، دمشق ٢٠٠٨.
١٤. سليمان تقي الدين: التنظيم القضائي والمحاكم الاستثنائية ودورها، مجلة أبعد، العدد الخامس، المركز اللبناني للدراسات، حزيران/ يونيو ١٩٩٦، ص. ٥٠ - ٦٤.
١٥. تقرير مؤسسة مساواة لسنة ٢٠٠٧، قرار المحكمة الدستورية: المحكمة الدستورية أصدرت قرارها في القضية رقم ١/٢٠٠٩ بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠٩ والمتعلق بدستورية قانون العقوبات الثوري وقانون أصول المحاكمات الثوري لسنة ١٩٧٩. حيث

قضت : بأنها صاحبة الاختصاص بالنظر في دستورية هذه القوانين الا أنها ردت الدعوى بالأكثرية لعدم صحة الخصومة.

١٦. قرار محكمة العدل العليا بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٩٩.

١٧. المادة الأولى من قانون البيئات والإجراء الفلسطيني

١٨. م.د. يحيى أحمد البنا ١٩٨١ <http://www.bilakoyod.net/details> p h٤

١٩. حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، دار المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ١٩٩٦، ص. ١٣٦.

٢٠. نفس المرجع، نفس الصفحة.

٢١. أنظر محمد كامل عبيد : استقلال القضاء، مطبوعات نادي القضاة المصري، القاهرة ١٩٩١، ص. ٤٣٦.

٢٢. أنظر في هذا محمد بن عبد الغفار: التخصص في تكوين القاضي، نور الدين الغزواني: التخصص في تكوين مساعدي القضاء،

خديجة المدني: التخصص القضائي في ميداني الأسرة والطفولة، القضاء وحقوق الإنسان، ندوة علمية يوم ١٢ نوفمبر ١٩٩٨،

مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس ١٩٩٩. ص. ٦٣ وما بعدها.

٢٣. محمد عبد الغفار: التخصص القضائي في تكوين القاضي وحقوق الإنسان، القضاء وحقوق الإنسان، مركز الدراسات القانونية

والقضائية بوزارة العدل، تونس ١٩٩٩. ص. ٧٠ ٧١.

٢٤. نظرا لأهمية فكرة التخصص فقد أفرد لها الإتحاد الدولي للقضاة العديد من المؤتمرات منها مؤتمر روما (من ١١ إلى ١٣ أكتوبر

١٩٥٨) [٤٠] ومؤتمر نيس (من ٤ إلى ٦ أكتوبر ١٩٧٢) ومؤتمر ريو دي جانيرو (من ٢٨ إلى ٢ ديسمبر ١٩٧٨). وعلى صعيد آخر

صدرت كثير من التوصيات عن مؤتمرات كثيرة منها المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات الذي عقد في أثينا سنة ١٩٥٧ و

الذي أوصى... أنه كي يمارس القاضي الجنائي سلطته التقديرية على نحو سليم ينبغي أن يكون قد تلقى تأهيلا ودراسة جنائية

مناسبة... وتؤكد هذا الأمر في المؤتمر الدولي لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة ١٩٦٦ الذي أشار إلى ضرورة تحقيق التكوين

العلمي للقاضي الجنائي وإحاطته بالمعلومات الضرورية عن مختلف العلوم الإنسانية، بل وأكثر من ذلك دعا بعض الفقهاء إلى

ضرورة تبرع القضاء الجنائي إلى دوائر متخصصة في جرائم المخدرات وأخرى للاختلاسات وغيرها.

٢٥. حاتم بكار، مرجع سابق، نفس الصفحة.

26. Mortaguet (P) : Enseignement et pratique Judiciaire, R.I.D.P,1975, n° 1 et 2, p

.119-129.

27. Lakhoua (M-HEDI) : L'encombrement de la justice pénale, R. T. D. 2000, p.

278.

28. <http://ksouri-mouhamat.blogspot.com/2008/03/blog-post-5173.html>27

٢٩. سورة الأحزاب، الآية ٥.

٣٠. محمد عيد الغريب: المركز القانوني للنيابة العامة- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٨٩، القاهرة، ص. ٤٤٩. فقرة ٢٣٥.

استقلال القضاء في المواثيق الدولية: اهتم المجتمع الدولي بالقضاء والمبادئ الأساسية التي يجب ان يقوم عليها، وأشار ميثاق

الأمم المتحدة الصادر سنة ١٩٤٥ إلى (أن شعوب العالم تؤكد تصميمها لإيجاد الظروف التي تمكن من تحقيق العدالة للوصول

الى التعاون المتبادل بين الدول وتشجيع حقوق الإنسان بدون تمييز). وقد أولى المجتمع الدولي خلال النصف الأخير من القرن

العشرين اهتماماً خاصاً بمسألة سيادة حكم القانون واستقلال القضاء ومهنة المحاماة وإعلان المبادئ الأساسية لاستقلال

القضاء ولمبادئ مهنة المحاماة. و تمثلت هذه الجهود في قيام لجنة الحقوقيين الدوليين في جنيف في سنة ١٩٧٨ بإنشاء مركز

استقلال القضاء لتطوير مبادئ هذا الاستقلال وفق المعايير الدولية ليكون نموذجاً عالمياً. كما أن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ولجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة، قامتاً بجهود متميزة في هذا المجال توجت بالإعلان العالمي لاستقلال القضاء الصادر عن مؤتمر مونتريال - كندا، المتعقد سنة ١٩٨٣ وقد اعتمد مؤتمر الأمم المتحدة المتعقد في ميلانو سنة ١٩٨٥ هذا الإعلان وأقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٩ تشرين الثاني من نفس السنة. وقد تضمن هذا الإعلان في شكل أساسي مقدمة وستة فصول: الفصل الأول يعنى باستقلال القضاء، حيث اوجب الإعلان على كل دولة ضمان استقلال القضاء في الدستور او القانون الوطني وعلى كل المؤسسات الوطنية احترام ذلك. ووجب على القضاء أن يحقق في الدعاوى المعروضة أمامه بحياد وفقاً للوقائع والقانون بدون أي تمييز أو تأثير أو تدخل أو ضغط بصورة مباشرة غير مباشرة. وينعقد للقضاء الاختصاص حول القضايا ذات الطبيعة القانونية وله حصراً سلطة التقرير فيما إذا كانت القضية تدخل ضمن اختصاصه أم لا. كما ويحظر التدخل في مسار الدعوى ولكل فرد الحق في المحاكمة أمام محاكم عادية مكونة تكويناً قانونياً. أما الفصل الثاني فيكرس حرية التعبير والاجتماع للقضاء، بينما يشير الفصل الثالث إلى الصفات التي يجب أن يتحلى بها القاضي وطريقة اختياره وتدريبه بينما أشار الفصل الرابع إلى شروط عمل القاضي والضمانات المعطاة له وهو يؤدي عمله وتناول الفصل الخامس سرية المهنة والحصانة ونص الفصل السادس على أصول تأديب القضاة وتوقيفهم عن العمل وعزهم. فارس حامد عبد الكريم: استقلال السلطة القضائية وتوازن السلطات داخل الدولة، رسالة ماجستير في القانون، جامعة بغداد.

٣١. حميدان بن عبد الله الحميدان: الجمع والتفريق بين سلطتي الإدعاء والتحقيق، مجلة العدل، العدد الخامس، محرم ١٤٢١ هـ المملكة العربية السعودية، ص. ٦٨. الإدعاء: هو قول يقصد به الإنسان إيجاب بشيء على غيره (محمد بن علي التهانوي: كشف اصطلاحات الفنون، مادة دعوى. وإذا أطلق الإدعاء فإنه ينصرف إلى الدعوى الفردية، وهو ما ينطبق مع تعريف مجلة الأحكام العدلية له، إذ قالت: طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، (مجلة الأحكام العدلية مادة ١٦١٣). عرفها الفقهاء بالقول مقبول عند القاضي يقصد به قائله طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه (أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة ١٤١٣هـ، ج ٤، ص. ٢٩٠)
٣٢. أحمد بلال عوض: الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠، ص. ٣١٤-٣١٥.
٣٣. عبد الفتاح محمود سمير: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ١٩٨٦، ص. ٧-٨.

34. Crocq (P) : le droit a un tribunal impartial, droit et libertés fondamentaux, 4ème éditions 1997, p. 376.

٣٥. لا يمكن أن يكون عضواً في الدائرة الجنائية الإستئنافية، القضاة اللذين في القضية محور الحكم، وشكلوا دائرة تحقيق قامت بفحص القوة الثبوتية للتصريحات في الأصل والتتبع.

Voir GIRERDON (C) et CAPOULAD (P) : L'article préliminaire et le principe d'un pécialité en procédure pénale, note sous cassation criminel, 15 Septembre 2004, recueil Dalloz, 28 Avril 2005, n°17, p.1134.

٣٦. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص. ٥١٧.
37. Crim 28 fév.1828, bull, 51. 5 déc 1903, n° 411, sep 1905, Bull n° 445.20 nov

1925, Bull., n° 31..

٣٨. ف. ٢٥٣ م. إ. ج. ف. لا يمكن أن يكون عضواً بمحكمة الجنايات سواء بصفة رئيس أو مستشار كل قاض قام بأعمال تتبع أو تحقيق أو شارك في قرار اتهام في القضية أمام المحكمة المذكورة.
٣٩. من ذلك نجد التشريعين الأردني والسوري وخلافاً لهذا هناك من يرى انه يعد المبدأ أمراً مسلماً به حتى في نطاق التشريعات التي تخلو من النص عليه صراحة باعتبار أن العمل به من مستلزمات تحقيق العدالة الجنائية... حسن يوسف مصطفى مقابلة، مرجع سابق، ص. ٢٥١.
٤٠. رضا خماس، التعليق على أحكام م. إ. ج.، الجزء الثالث، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس ٢٠٠١، ص. ٢٣٤.
٤١. سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقهاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ١٩٩٧، ص. ٥١٧.
٤٢. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة ٢٠٠٠، ص. ٦٧٢.
٤٣. فاروق الكيلاني: مرجع سابق، ص ٢٢٥-٢٢٦.
٤٤. رضا خماس، مرجع سابق، ص. ١٧٩.
٤٥. أنظر رضا خماس، العدالة الجزائية في تونس، مرجع سابق، ص. ٤٤، محمد الحبيب الشريف، معطيات قانونية حول المحاكمة العادلة، م. ق. ت. ص. ٣٦.
46. GAL (M. H): La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne qu'il ya ou non voie de fait administrative, J. C. P. 1951. 1. 927 n° 8.
٤٧. أنظر أمين مكّي مدني، مرجع سابق، ص. ٢٥.
٤٨. انتقدت اللجنة الأمريكية تقاعس الدول عن احترام ضمانات استقلال المحاكم وكان من بين الأمور التي كانت محلاً لمؤاخذتها ما يتعرض له القضاة الذين يصدر عن أحكامهم لا تتفق مع مصالح الحكومات من نقل أو عزل من مناصبهم، وتعيين السلطة التنفيذية للقضاة، وامتثال القضاة لأوامر السلطة التنفيذية، ففي تشيلي انتقدت اللجنة المذكورة بشدة تقاعس القضاة عن ممارسة سلطتهم والتحقيق في الشكاوي المتصلة بحقوق الإنسان، وفي بيرو انتقدت اللجنة أيضاً نظام السرية المفروض على هوية القضاة في محاكمات الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم ارهابية، أنظر تقرير عن حالة حقوق الإنسان في شيلي OEA/SER. L/V / ٦٦ الفقرتان ٣٦-٤٥. التقرير السنوي للجنة الأمريكية الدولية ١٩٩٦. Doc. ٧. OEA/SER. L/ ٩٥. OEA/SER. L/V / II، ١٩٩٧، ص. ٧٣٦.
٤٩. نفس المرجع ص. ٢٨.
٥٠. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص. ٣٠٩.

القرائن القضائية
في اثبات الدعوى الادارية امام القضاء السعودي
د. أشرف محود دهامه
أستاذ القانون الإداري والمالي المساعد
معهد الإدارة العامة السعودية

الملخص

إن المبدأ العام هو مشروعية الأعمال القانونية الإدارية أي خضوع جميع الأشخاص بما فيهم السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول بالدولة، إلا أن الإدارة في بعض الأحيان تتعسف في استعمالها سلطتها الممنوحة لها قانوناً، ما يستوجب الطعن بإلغاء في قراراتها المعيبة سواء كانت العيوب الخارجية أو العيوب الداخلية باستعمال وسائل الإثبات المباشرة والغير المباشرة ومن هذه الأخيرة القرائن القضائية التي يستنبط بها القاضي الإداري لإثبات وقائع غير معلومة من وقائع معلومة، وذلك بإعمال المنطق من خلال مجريات الدعوى المرفوعة أمامه، وللقاضي في الأخير السلطة التقديرية في قبولها أو رفضها حسب قناعته الشخصية.

الكلمات الدالة

القانون الإداري الإثبات الإداري الدعوى الإدارية - القرينة القضائية.

مقدمة

إن مسألة الإثبات هي من أهم المسائل على الإطلاق التي يتعرض لها القاضي مهما كانت نوعية الدعوى المطروحة أمامه سواء كانت ذات طابع جزائي أو مدني أو إداري، ففي القانون الإداري تتم صياغة نظرية الإثبات على أساس ظروف هذا القانون وطبيعة الدعوى الإدارية التي يختص بنظرها القضاء الإداري وتطبق بشأنها نظرية الإثبات الخاصة به، وهي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة بوصفها السلطة الإدارية العامة وبين الأفراد في ظل مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الإدارة لحكم القانون.

ونظراً لأن الإدارة العامة هي طرف في الدعوى الإدارية وما تتمتع به من امتيازات وسلطات عامة، وحيازتها للوثائق والمستندات الإدارية المرتبطة بالقرار تجعل من عملية إثبات عدم مشروعيتها

عملية صعبة، إذ قد قيد حق المدعي في الإثبات وهو حق مشروع طبقاً للقواعد العامة في الإثبات.

مشكلة الدراسة

تدور حول مدى الأثر القانوني المترتب على القرائن القضائية في الدعوى الإدارية في النظام السعودي من حيث الوسائل القضائية، ومدى تقدير القاضي الإداري لها لتحقيق فاعليتها في الإثبات، وتأثيرها على سير العملية القضائية وإثباتها.

منهج البحث

تعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي الوصفي بالاعتماد على النصوص القانونية إضافة للاجتهادات الفقهية والقضائية ذات العلاقة بالبحث في النظام السعودي. وستتناول دراسة القرائن القضائية من خلال مبحثين على النحو التالي:
المبحث الأول: ماهية القرائن القضائية.
المبحث الثاني: أهم التطبيقات للقرائن القضائية أمام ديوان المظالم.

المبحث الأول

ماهية القرائن القضائية

إلى جانب الدور الإجرائي الذي يضطلع به القاضي الإداري في مجال الإثبات، فإنه يقوم على التوازي معه بدور موضوعي والمتمثل في استخلاصه للقرائن بنوعها (القانونية والقضائية)، ونظراً لأن القرائن القانونية تخرج عن نطاق بحثنا، فسوف نركز في دراستنا على القرائن القضائية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات غير المباشرة، فإنه يقتضي منا أولاً تعريفها والتمييز بينها وبين مفاهيم أخرى هذا ما سنتناوله في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف نبين خصائصها وشروطها.

المطلب الأول

مفهوم القرائن القضائية

أورد المنظم السعودي في نظام المرافعات الشرعية تعريفاً للقرائن بوجه عام، وكذلك اجتهاد الفقه في وضع تعريفات لها وإن اختلفت الصياغة في تعريف إلا أن مضمونها واحد وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرعين التاليين بحيث نتناول في الفرع الأول تعريف القرينة القضائية وخصائصها وشروط تحققها، أما الفرع الثاني سنتناول فيه ما يميز القرينة القضائية عن بعض المفاهيم الأخرى.

الفرع الأول تعريف القرائن القضائية

تعرف القرائن لغةً جمع قرينة، على وزن فعيلة بمعنى مفعولة من الاقتران والمصاحبة، وجمعه قرناء وأقران، كذلك معناها الحبل يقرون يوصل به شيئين، والوصل بينهما والمساوي والنظير⁽¹⁾. كما يطلق لفظ قرينة على الزوجة، وعلى الزوج القرين، وسميت الزوجة بالقرينة لأنها تقارن الزوج أي تصاحبه وتلازمه في حياته، ويقال قارن الشيء بالشيء مقارنة أي اقترن به صاحبه ولازمه، ويقال قرنت الشيء بالشيء أي وصلته⁽²⁾. تستخدم كلمة قرينة اصطلاحاً للدلالة على شيء قريب من المعنى اللغوي، فالقرينة هي ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول. فقد عرفها بعض الفقه الإسلامي أنها كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً، وتدل عليه، وهي مأخوذة من المقارنة والمصاحبة⁽³⁾.

مثال ذلك ما ذكر في القرآن الكريم قال تعالى (وجاؤوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبرٌ جميل والله المستعان على ما تصفون)⁽⁴⁾. صدق الله العظيم. إن سيدنا يعقوب اعتبر سلامة القميص من التمزيق قرينة قوية على أن الذئب لم يأكل يوسف عليه السلام، إذ من غير المعقول أن يأكل الذئب يوسف وهو يرتدي القميص، ويسلم القميص من التمزق.

القرينة ليست سوى علاقة بين واقعتين إحداهما مؤكدة والأخرى مجهولة، وبعبارة أدق هي العملية المنطقية التي تمكن القاضي انطلاقاً من واقعة معلومة من إجراء عملية اختيار من بين الفرضيات المطروحة الفرضية الأكثر احتمالاً، ومن هنا فهي تنقل موضوع الإثبات في حد ذاته وذلك من خلال اعتبار واقعة ما صحيحة من مجرد إثبات واقعة أخرى. فالقرينة تنطلق من واقعة من أجل الوصول إلى واقعة أخرى عن طريق الاستدلال المنطقي استقراء واستنباطاً وحسب الاقتناع الذي يتوصل إليه القاضي من خلال تقديره للوقائع المعروضة عليه. لكن قبل أن يتوصل القاضي إلى هذا الاقتناع، يجب أن يقوم بعملية تقييم منطقي ليتوصل عن طريقها إلى إثبات العلاقة المنطقية بين العناصر المعروفة و الواقعة المراد معرفتها أو إثباتها⁽⁵⁾.

وتعد القرينة القضائية دليل غير مباشر يستخلصه القاضي بإعمال الذهن من ظروف الدعوى المطروحة أمامه من خلال الواقعة التي قام عليها الدليل لإثبات واقعة أخرى لها علاقة بها، منهم من يعرفها على أنها علاقة منطقية يستنتجها القاضي بين واقعة معلومة وأخرى مجهولة يريد إثباتها، فالقاضي هو مصدر هذه القرينة، وتسمى كذلك بالقرائن الفعلية أو إقناعية لأن القاضي يصل إليها من خلال اقتناعه الشخصي أو الموضوعي.

كذلك هي التي يستنبطها القضاة من الوقائع المعروضة عليهم بمقتضى ما يتمتعون به من فطنة وذكاء، وهذا النوع من القرائن لا يمكن حصره، حيث أنه يتلازم مع القضاة بغض النظر عن الزمان، فلا يخلو زمن من الأزمان من وجود أمثلة على تلك القرائن، مثال ذلك ما روى أنه رفع إلى قاضي إياس بن معاوية رجل استودع غيره مالا فجحده، فسأله القاضي إياس فأنكر، فقال للمدعي أين دفعت إليه قال في البرية، فقال وما كان هناك، قال شجرة، قال إليها فلعلك دفنت المال عندها ونسيت فتذكر إذا رأيت شجرة، وقال للخصم اجلس حتى يرجع صاحبك، وإلياس يقضي وينظر ساعة ساعة، ثم قال له يا هذا أترى صاحبك قد بلغ مكان الشجرة، قال لا قال يا عدو الله إنك خائن، قال أقتلني، قال لا أقتلك والله، وأمر أن يحتفظ به حتى جاء الرجل، فقال له إياس اذهب معه فخذ مالك.

إن هذا النوع من القرائن يخضع للسلطة القاضي التقديرية، فله أن يحكم بمقتضى هذه القرينة متى اقتنع بها، وله أن يطرحها جانباً ويلجأ إلى طرق أكثر إقناعاً⁽⁶⁾.

وقد أورد (المنظم السعودي) تعريفاً للقرينة في نصوص خاصة في نظام المرافعات الشرعية بقوله إنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة⁽⁷⁾.

الفرع الثاني

تمييز القرائن القضائية عن بعض المفاهيم الأخرى

من غير الممكن دراسة مفهوم القرينة القضائية دون التعرض لتقديم مقارنة بينها وبين مصطلحات مشابهة لها سواء في المعنى، أو في الغاية، قصد من ذلك توضيح أوسع لمفهوم القرينة القضائية، وهذا بتقديم مقارنة بينها وبين القرينة القضائية ثم بينها وبين الدلائل.

أولاً: التمييز بين القرائن القضائية والقرائن القانونية

يكمن الفرق بين القرينة القضائية والقرينة القانونية في كون القرينة القانونية على حسب تعريف بعض فقهاء القانون بأنها ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم الأدلة فيسوغه في قاعدة مجرد تطبيق على كل الحالات الماثلة ولو ظهرت في بعض الأحيان مغايرة للواقع⁽⁸⁾.

ونخلص بأن القرينة القانونية هي عملية استنتاج بناءً على الغالب والمألوف من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة يجربها المشرع ويقرر نتيجتها بنص قانوني عام ومجرد تيسيراً للإثبات.

ومن ثم يمكن أن نميز بين القرائن القانونية والقرائن القضائية، حيث إن القرائن القانونية من عمل المشرع وحده فهو الذي يختار الواقعة الثابتة، وهو الذي يجري عملية الاستنباط، فالمشرع يقرر

مقدماً أن بعض الوقائع تعتبر دائماً قرينة على أمور معينة ولا يجوز للقاضي أن يرى غير ذلك، بل أنه متى تثبت تلك الوقائع يجب أن يستنتج منها القاضي حتماً ما قرره القانون، أما القرائن القضائية فإنها تترك لتقدير القاضي الذي يستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها.

كذلك قد تكون قاطعة أي لا تقبل إثبات العكس وقد تكون بسيطة يمكن لصاحب المصلحة إثبات عكسها أي يقتصر أثرها على مجرد نقل عبء الإثبات، أما القرائن القضائية فإنها تترك لتقدير القاضي الإداري، بحيث له كامل التقدير بالأخذ بها بعين الاعتبار، أو أن يهملها فهي بذلك قرينة غير قطعية جاز فيها المجادلة.

والقرائن القضائية قد تتحول إلى قرائن قانونية إذا ما نص عليها القانون، وبذلك يستقر القضاء على الأخذ بها، ومن ثم فإن القرائن القانونية باعتبارها وسيلة للإعفاء من الإثبات قد تكون أصلها قرينة قضائية قامت في البداية كدليل للإثبات غير المباشر⁽⁹⁾.

ثانياً: التمييز بين القرائن القضائية والدلائل

الدلائل: جمع وهي الوقائع المعلومة التي يختارها القاضي ليستنبط منها الواقعة المجهولة. وقيل هي: استنباط للوقائع المجهول المراد إثباته من واقعة أخرى ثابتة مع قابلية هذا الاستنتاج للتأويل والاحتمال⁽¹⁰⁾.

هناك فارق جوهري بين الدلائل والقرائن القضائية، من حيث قوة كل منهما في الإثبات، ومن حيث مدى الاتصال بين الواقعة المعلومة بالواقعة المجهولة. فمن حيث قوة الإثبات: فإن القرينة القضائية تكفي بذاتها حال ثبوت وتوافر شروطها في حين أن الدلائل لا يصح الحكم بها إذا ما استند إليها وحدها لدخولها في مجال الشك والاحتمال. أما من حيث الاتصال والارتباط بين الواقعة المجهولة والأخرى المعلومة الذي تشترك فيه الدلائل والقرائن: ففي القرائن القضائية تكون الصلة بحكم الضرورة المنطقية، أما الدلائل فإن الصلة بين الواقعتين ليست بقوية ولا حتمية⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني

خصائص وشروط القرائن القضائية

لكي تكون وقائع الدعوى المعروضة على القاضي الإداري قرينة يستند إليها في إصدار حكمه، فيتعين أن تتوافر في تلك القرينة مجموع من الخصائص والشروط، لهذا سوف نبرز في هذا المطلب خصائص القرينة القضائية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فندرس شروط الإثبات بها.

الفرع الأول خصائص القرائن القضائية

من خلال تعريفنا للقرائن القضائية يمكن استخلاص أهم خصائص الميزة لها وهي على التوالي:

١. القرائن القضائية ليست دليلاً مباشراً في الإثبات:

إن القرينة ليست دليلاً مباشراً في الإثبات وإنما تقوم على استنباط واقعة مجهولة من الواقعة الثابتة المعروفة، وتقسم القرائن في بعض الأنظمة إلى قرينة قانونية وهي ما نص القانون على ذلك وهذا لمنع التحايل على النظام، وبذلك تكون القرينة القضائية أي ما يستنبطه القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها⁽¹²⁾.

٢. أن تكون قرينة قوة واضحة:

إن كون القرينة دليلاً من أدلة الإثبات أمام القضاء الإداري، فإنه لا بد أن تكون واضحة وذلك حتى يتيسر للخصوم الاستناد إليها، ويستطيع القاضي أن يعتمد عليها في إصدار حكمه، وعلى أن يغني شرط القوة شرط الوضوح، حيث أن قوة دليل على أنها كانت واضحة. وكلما كانت قرينة قوية أستند القاضي إليها في إصدار حكمه، سواء كانت قرينة واحدة أو عدة قرائن يؤدي اجتماعها إلى توافر هذه القوة⁽¹³⁾.

٣. استحالة حصر القرائن القضائية:

إن الواضح في القرائن القضائية هو استحالة تحديد نطاقها، وتكمن الصعوبة في هذا التحديد إلى الطبيعة عنصرهما الموضوعي والذاتي فالعنصر الموضوعي هو الواقعة المعلومة المتمثلة في الدلائل بنوعها المادي والمعنوي فهي عديدة ومتنوعة إذ يستحل حصرها وتحديد مجالها إذا تختلف من قضية لأخرى، والعنصر الذاتي وهو المتمثل في الاستنتاج المبني على المنطق والعقل.

٤. القرائن القضائية دليل استنتاجي:

إن أبرز ميزة على الإطلاق تتميز بها القرينة القضائية عن بقية مسائل الإثبات من اعتراف أو شهادة أو غيرها من وسائل الإثبات الأخرى هي كونها دليل استنتاجي يقوم القاضي بالوصول إليه إعمالاً لفكره وعقله انطلاقاً من الدلائل المختلفة سواء كانت مادية أو معنوية، والاستنتاج هو العنصر الأهم الذي تتكون منه القرينة القضائية، أما بالنسبة لبقية الأدلة الأخرى فإنها تعرض على القاضي في ملف الدعوى، وأثناء المرافعة، ويقوم بتقديرها بعد مناقشتها مع بقية الأطراف⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني شروط تحقق القرائن القضائية

يشترط في القرينة القضائية لكي يحتج بها أو يستند إليها القاضي في إصدار حكمه وهي على التوالي:

الشرط الأول: أن تكون قرينة قوية واضحة، وذلك حتى يتيسر للخصوم الاستناد إليها، ويستطيع القاضي أن يعتمد عليها في إصدار حكمه، ولا يتقيد بعدد القرائن ولا تطابقها⁽¹⁵⁾.

الشرط الثاني: أن يكون استخلاص القرائن من قبل القاضي استخلاصاً سائغاً مؤدي فعلاً إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه⁽¹⁶⁾.

الشرط الثالث: أن تكون هناك صلة بين القرينة الواقعة محل الإثبات والحدث الذي يراد التثبت منه، فالاحتجاج بالقرينة أمام القضاء أو تمسك القاضي بها يتطلب الاتصال بين القرينة الواقعة محل الإثبات فلا يكفي أن يكون الاتصال وثيقاً محكماً، بحي يؤدي استنتاجه إلى ما سيقضي به مباشرة⁽¹⁷⁾.

الفرع الثالث عناصر (أركان) القرينة القضائية

يتبين مما تقدم أن القرائن القضائية دليل غير مباشر في الإثبات، إذ لا تنصب دلالتها على الواقعة محل الإثبات مباشرة، وإنما تنصب على واقعة أخرى مجاورة لها بحيث إذا ثبتت الواقعة الأخيرة، كان معنى ذلك ثبوت الواقعة محل الإثبات، وبذلك فإن للقرينة القضائية عنصرين:

أولاً: عنصر مادي، وهو الواقعة الثابتة وهذه هي نقطة انطلاق القاضي، حيث يكون معلوماً لديه واقعة معينة وثابتة أمامه، فقد تكون ثابتة بشهادة الشهود، أو بالكتابة، أو عن طريق الإقرار أو اليمين، سواء كانت ثابتة أمام القاضي أم تمت خارج الدعوى، فالمهم أن تكون هذه الواقعة ثابتة، ومن ثم إذا كانت الواقعة التي اختارها القاضي للاستنباط منها مجرد واقعة محتملة وغير ثابتة، فلا تصلح لأن تكون مصدراً لاستخلاص قرينة منها.

ثانياً: عنصر معنوي: وهو استنباط الواقعة المجهولة من الواقعة الثابتة المعلومة، وهذه هي مهمة قاضي الموضوع، وهي عملية ذهنية يقوم بها القاضي بما له من سلطة تقديرية ولكن في حدود المنطق والعقل، وهو ما يعبر عنه بأنه استخلاص سائغ مؤد عقلاً إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه.

المبحث الثاني تطبيقات القرائن القضائية أمام قضاء ديوان المظالم

يستعين قاضي ديوان المظالم بالعديد من القرائن القضائية في الإثبات لأي دعوى قضائية تطرح أمامه، ويستلزم الإثبات بها؛ حيث أن الحالات التي يميز فيها القانون إثباته بالبينة يمكن إثباته بالقرينة القضائية والعكس صحيح، فما لا يقبل إثباته بالبينة لا يقبل إثباته بالقرائن القضائية.

ومن ذلك تقبل القرائن القضائية كإثبات في الوقائع المادية والتصرفات القانونية بصفة مطلقة، ولا يجوز قبول القرائن القضائية في المسائل غير محددة القيمة المالية، أو التي اشتمل عليها دليل كتابي، أو التي تكون فيها الكتابة شرطاً لإثباتها كالصلح والكفالة، غير انه يجوز الإثبات فيها في حالة وقوع مانع على حصوله على دليل الكتابة بسبب أجني لا يدل له فيه⁽¹⁸⁾.

وفي مقدمة هذه القرائن قرائن الانحراف بالسلطة، وكذلك قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية، قرينة خطأ المرفق العام في حالة التعويض عن الأفعال المادية للإدارة، وقرينة العلم اليقيني بالقرار الإداري، وذلك بالإضافة إلى تطبيقات أخرى للقرينة القضائية والتي لا يمكن حصرها، ومن المستحيل الإحاطة بها جميعاً، تبعاً لذلك سوف نقتصر في هذه الدراسة على التعرض لأهم هذه القرائن على وجه الخصوص.

المطلب الأول قرينة العلم اليقيني بالقرار الإداري

ويقصد به وصول القرار الإداري إلى علم الأفراد بطريقة مؤكدة عن غير طريق جهة الإدارة علماً تاماً لجميع عناصر القرار التي تمكن صاحب الشأن من تحديد موقفه من القرار بقبوله أو رفضه⁽¹⁹⁾، حيث يظل ميعاد رفع دعوى الإلغاء مفتوحاً لا يغلقه إلا فوات ستين يوماً من تاريخ ثبوت علم صاحب الشأن بالقرار المطعون فيه على وجه يقيني بمؤدى القرار ومحتوياته، بحيث يسمح لذي الشأن أن يحدد مركزه فيه وموقفه منه، والاعتداد بهذا التاريخ لا يكون له وجه إلا حيث تنعدم إجراءات النشر، ولا يتم الإعلان.

ويشترط للأخذ بالعلم اليقيني توافر ثلاثة شروط:

١. أن يكون العلم علماً حقيقياً لا ظنياً ولا مفترضاً.
٢. وأن ينطوي هذا العلم على كل عناصر القرار، التي تُمكن صاحب من تحديد مركزه فيه وموقفه من القرار من حيث قبوله أو الطعن فيه.
٣. وأن يثبت حدوث العلم اليقيني في تاريخ معين يمكن معه حساب بدء سريان مدة الطعن⁽²⁰⁾.

ومن تطبيقات هذه القرينة قضي ديوان المظالم بأنه ولما كان يجب على الدائرة التحقق من المسائل الأولية المتعلقة ب القبول الشكلي قبل تناول الموضوع والسير فيه باعتبار أن ذلك من النظام العام، فإن الثابت من الأوراق، وما ذكره الوكيل في هذه الدعوى أن المدعي باشر على المستوى الرابع بتاريخ ١٤١٩/٣/١٤ هـ، وبهذا فإن العلم بالقرار المتظلم منه تحقق من ذلك التاريخ، ولم يتظلم من القرار إلى الجهة الإدارية وإلى وزارة الخدمة المدنية إلا بتاريخ ١٤٢٩/١/٢٠ هـ، وهذا مخالف للمدد المنصوص عليها في المادة (الثالثة) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم⁽²¹⁾.

كذلك قضي الديوان في حكم آخر بأنه أما النشر والإعلان أو العلم اليقيني فهي مجرد إجراءات لاحقة على اكتمال هذه الأركان وهي إجراءات يتطلبها المنظم لنقل العلم بالقرار إلى أصحاب الشأن لكي يلتزموا به أو يُمكن الاحتجاج به في مواجهتهم ... وبما أن القرار محل الطعن صدر في تاريخ ١٤٢٦/١٠/٢٤ هـ فإن احتساب الطعن عليه من تاريخ العلم ... مما يعني أنه كان على المدعي أن يطعن على القرار أمام الجهة القضائية وهو الأمر الذي لم يقوم به المدعي إلا بتاريخ رفعه لدعواه في ١٤٣٠/٧/٢٩ هـ وبذلك تعتبر دعواه بالطعن قد فات موعد قبولها ومن ثم تعتبر غير مقبولة شكلاً⁽²²⁾.

المطلب الثاني

قرينة الانحراف باستعمال السلطة

استقر قضاء ديوان المظالم على أن عيب الانحراف في استعمال السلطة هو أحد عيوب المشروعية المنصبة على الغاية من إصدار القرار الإداري، ويعد من أكثر عيوب القرار الإداري شيوعاً، ويقع هذا العيب في استهداف مُصدر القرار الإداري تحقيق غاية تتعد عن المصلحة العامة و تجنبها، وعندما يسعى إلى هدف مغاير للأهداف المخصصة له قانوناً، وكذلك إذا استعمل إجراءات إدارية لا يجوز له استعمالها من أجل تحقيق الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، وكل هذا يخالف الهدف الذي حدده المنظم لإصدار القرار⁽²³⁾، وعليه فإنه يتعين على المدعي أن يقيم الدليل الذي يثبت ويؤكد ادعائه ضد جهة الإدارة، ولما كان عبء إقامة الدليل من قبل المدعي أمر عسير، ومن ثم فإن القضاء الإداري أقام عدداً من القرائن التي من شأنها التشكيك في نوايا جهة الإدارة، وسلامة غايتها من وراء إصدار القرار⁽²⁴⁾.

وتتناول في هذا المطلب تطبيقات قرائن عيب الانحراف بالسلطة أمام قضاء ديوان المظالم السعودي وذلك من خلال الإشارة إلى القرائن المتعلقة بظروف إصدار القرار، وكذلك قرينة التمييز في المعاملة، وقرينة انعدام الدافع المعقول، قرينة طريقة إصدار القرار، وأخيراً قرينة الغلو أو عدم الملائمة الظاهرة.

الفرع الأول قرينة الظروف المحيطة بإصدار القرار الإداري

لما كان المدعي هو الذي يقع عليه عبء إثبات الانحراف بالسلطة الذي يتبين من ملف الدعوى، فإنه يكون للقاضي الإداري بموجب دوره الإيجابي وسلطته في تقدير قيمة العناصر المقدمة للإثبات بجميع الوسائل، بما فيها مضمون القرار المطعون والمراسلات السابقة واللاحقة للقرار الإداري وظروف إصدار القرار، بحيث يجوز له الاطلاع على ملف القضية وجميع المراسلات التي سبقت أو لحقت القرار المطعون فيه، فهي كثيراً ما تكشف عن نوايا جهة الإدارة، والبيانات والإيضاحات المقدمة من الطرفين، وغيرها من العناصر والظروف المحيطة بإصدار القرار⁽²⁵⁾.

وقد تستدعي الحاجة عند بحث موضوع الدعوى، وبعد إطلاع القاضي على الأوراق المودعة من قبل جهة الإدارة إلى تكليف جهة الإدارة المختصة بتقديم بعض الأوراق الإدارية الأخرى، وفي هذا الصدد جاء في حكم ديوان المظالم بأن: صدور قرار نقل المدعي من مقر عمله إلى مدينة أخرى دون علم مرجعه المباشر، مع ثبوت انضباطه في العمل، وعدم وجود سبب صحيح للقرار وانتفاء المصلحة منه، وكون الوظيفة المنقول إليها المدعي غير ملائمة له بالمخالفة لنظام خدمة الأفراد الذي نص على وجوب أن يكون النقل بناء على المصلحة العامة بشرط تلاؤم الوظيفة المنقول إليها الفرد مع رتبته واختصاصه⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني

قرينة التمييز في المعاملة (قرينة الإخلال بمبدأ المساواة)

مقتضى هذه القرينة أن الانحراف في استعمال السلطة يمكن أن يستنتج من التمييز بين الأفراد وعدم المساواة في المعاملة دون أساس أو مبرر مشروع، كالاستجابة إلى طلب فئة معينة دون أخرى بغير مبرر ظاهر، أو إصدار قرار لا يطبق إلا على فئة معينة دون غيرها، أو أن يكون إصدار القرار الإداري في نطاق سلطة الضبط الإداري بمنع جميع المظاهرات فيما عدا إحداها، أو منح ترخيص بمزاولة مهنة معينة للبعض دون البعض الآخر بالرغم من استيفائهم للشروط القانونية الواجب توافرها لمنح الترخيص⁽²⁷⁾.

ومن تطبيقات هذه القرينة ما قضى به ديوان المظالم بأن ويشهد صدقاً لخطأ المدعى عليها بامتناعها عن تجديد التراخيص دون الاستناد إلى نظام يبين أنها تقرر وتؤكد أنها سمحت داخل المجمع بتجديد التراخيص لأنشطة كهربائي سيارات، وتصليح الرديترات والشكبات والبناشر وغير الزيت، والميزان الإلكتروني، وهذه الأنشطة جميعها مصنفة في اللائحة الموماً إليها سلفاً في تصنيف الأنشطة المقلقة للراحة أو الخطرة أو المضرة بالصحة أو البيئة، ... ومع ذلك سمحت ورخصت لها المدعى عليها دون تطبيق للنظام الذي تدعيه، مما يعني أن ما قامت به مجافاة عن الحق ونأي عن تطبيق النظام⁽²⁸⁾.

الفرع الثالث

قرينة انعدام الدافع المعقول لإصدار القرار

وتظهر هذه القرينة عندما يتضح من ظروف الحال عدم وجود دافع أو مبرر معقول لإصدار القرار الإداري، مما يسهل على المدعي عبء إثبات الانحراف بالسلطة⁽²⁹⁾.
ومن تطبيقات قرينة انعدام الدافع المعقول ما قضى به نظام ديوان المظالم بأنه ولما كان قرار التكليف قد صدر بعد التحقيق مع المدعي ومعاقبته بالحسم ولما كان المحقق قد رأى معاقبته بذلك وإعفائه من منصبه حسبما جاء في تقريره ... ولما كان العرض المرفوع لأمير المنطقة قد تضمن معاقبة المدعي ونقله إلى مركز آخر، وقد رأى مناسبة ذلك حسبما يظهر من شرحه على العرض المرفق منه صورة بالأوراق فإن هذا يدل على أن قرار التكليف قرار عقوبة مقنع وتكون المدعى عليها قد عاقبت المدعي بعقوبتين على مخالفة واحدة متجاوزة بذلك النظام⁽³⁰⁾.

وأيضاً ما قضى به الديوان بأنه ولما كان النقل لم يقرر نظاماً كعقوبة تأديبية وإنما قرر للمصلحة العامة التي تستهدف حُسن توزيع عمال المرافق العامة من مكان إلى آخر وعلى أقسامه المختلفة بما يضمن استمرار سيرها بانتظام واطراد بما يحقق الغاية، ولما كان القرار محل الطعن قد صدر عقوبة تأديبية بسبب سلوك المدعي وكثرة غيابه، يؤكد ذلك أن القرار محل الطعن نص على حرمان المدعي من صرف أية ميزة مالية تنتج عن النقل⁽³¹⁾.

الفرع الرابع

قرينة طريقة إصدار القرار

بمقتضى هذه القرينة انه إذا صدر القرار بناءً على طلب مقدم إلى جهة الإدارة، واتضح من ظروف الحال أنها لم تقم ببحث الطلب قبل إصدار القرار، فإن صدور القرار على هذا النحو يُعد قرينة قضائية على الانحراف يمكن الاستناد إليه في الطعن في القرار بالإلغاء⁽³²⁾.

ومن تطبيقات هذه القرينة ما قضى به ديوان المظالم بأنه وحيث الثابت أن لائحة التكليف قد أتت بضوابط تكليف موظف بأعمال وظيفية معينة إلى عمله الأصلي أو من دونه ومنها أن لا تزيد مدة التكليف عن سنة كحد أقصى بينما قرار المدعى عليه محل الطعن قد ورد دون تحديد مدة وهذا يترك مركز المدعي غير مستقر في عمله هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القرار في ذلك قد استخدم نصوصاً نظامية لا اتصال لها بواقع القرار أو موضوعه ... ولم يعدل القرار وبقي بعلته ...، فالمدعي ومن خلال مستنداته ينبغي على إدارته إصدارها القرار بحجة أنه لم يكن للمصلحة العامة لسبب وجود عدد كاف من الأطباء في المستشفى المنقول إليه وهو بذلك يتخلف السبب الذي من أجله كان التكليف من المستشفى المنقول منه الذي ليس به من الأطباء العدد الكافي⁽³³⁾.

الفرع الخامس قرينة الغلو أو عدم الملائمة الظاهرة بين الخطأ والجزاء

جاء في نظام تأديب الموظفين للعام ١٣٩١ هـ⁽³⁴⁾ من خلال نص المادة (٣٤) على أنه (يراعي في توقيع العقوبة التأديبية أن يكون اختيار العقوبة متناسباً مع درجة المخالفة مع اعتبار السوابق والظروف المخففة والمشددة الملازمة للمخالفة وذلك في حدود العقوبات المقررة في هذا النظام).
وتتحقق هذه القرينة في حالة عدم التناسب الظاهر والبيّن، بين جسامة الأفعال التأديبية ونوع الجزاء ومقداره، أن الغلو أو عدم التناسب بين الخطأ أو الجزاء يعتبر قرينة على الانحراف بالسلطة، فالجزاء يكون متناسباً مع الفعل، فإذا لم يكن متناسباً مع الفعل فإن ذلك يعتبر انحرافاً بالسلطة.
تظهر هذه الحالة بصورة أوضح في حالة تفرقة جهة الإدارة في المعاملة عند تقدم الأشخاص إليها بطلبات متماثلة، فتستجيب لطلب أحدهم، وفي الوقت ذاته تقوم برفض طلب الآخر⁽³⁵⁾.
إذا كان الغرض من العقوبة التأديبية تحقيق أهداف من خلال الإيلاء المادي والمعنوي لمرتكب الخطأ التأديبي، فإن نوع العقاب ومقداره يجب أن يكون متناسباً مع هذا الخطأ⁽³⁶⁾، ويكون هدف العقوبة في هذه الحالة تحقيق المصلحة العامة، فإن هي انحرفت عن هذا الهدف عدّ القرار الصادر بها قراراً مشوباً بالانحراف بالسلطة⁽³⁷⁾.

ومن تطبيقات هذه القرينة ما قضى ديوان المظالم بأن النظام أناط بسلطة التأديب تقدير اختيار الجزاء بالمواءمة بين درجة العقوبة وبين مناسبتها لجسامة المخالفة وذلك في حدود النصاب النظامي المقرر مع النظر في الظروف المترنة بالمخالفة لتحديد الوقائع التي تترأى أنها مبررة لتخفيف الجزاء أو تشديده وبالتالي فلا تثريب عليها في تقدير المدى الذي يصل إليه العقاب شدة أو تخفيفاً باستنابته من ملاسبات المخالفة مما تستقل به الجهة التي جعل لها النظام الاختصاص بتوقيعه وخولها سلطة لا رقابة للقضاء عليها إلا إذا اتسم بسوء استعمال السلطة.... ولما جرت رقابة ديوان المظالم بهيئة قضاء إداري للقرارات الإدارية وعلى ما جرت عليه أحكامه واطردت إنما هي رقابة مشروعية لا رقابة ملاءمة فليس له أن يزن مناسبة تلك القرارات أو مدى خطورتها مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة وتتفرد بها بغير معقب ما دام قرارها قد استهدف المصلحة العامة وخلا من مخالفة النظام⁽³⁸⁾.

المطلب الثالث

قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية

يتحدد مجال هذه القرينة أمام القضاء الإداري، ويتعلق بقواعد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأعمال المادية، في حين أن الأصل في المسؤولية الإدارية عن الأضرار الناجمة عن قراراتها غير المشروعة، أن يقوم أساس عدم مشروعية القرار بثبوت أحد العيوب، وتخضع هذه العيوب في الإثبات للطرق المحددة أمام القضاء الإداري بما يتناسب مع كل عيب منه.

الفرع الأول تعريف قرينة الخطأ

تعني قرينة الخطأ افتراض خطأ جهة الإدارة المبرر لمسئوليتها، والحكم عليها بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاط معين وفقاً للمسؤولية الإدارية⁽³⁹⁾، مما يعني أن المسؤولية تقوم على أساس الخطأ المفترض، وأساس المسؤولية الإدارية تقوم على أساس الخطأ سواءً كان الخطأ شخصي أو مرفقي بوصفها أساس لفكرة الخطأ في القانون الإداري⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني تطبيقات قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية في ديوان المظالم

يقع عبء الإثبات في مجال الخطأ في المسؤولية الإدارية بصفة عامة على عاتق الفرد الذي يطالب الإدارة بالتعويض إعمالاً للقاعدة الشرعية البينة على من ادعى، إذا عليه أن يلتزم بإثبات عناصر ثلاثة مجتمعة، فإذا تقاعس أو عجز عن الإثبات، فإنه يؤدي إلى خسارة دعواه⁽⁴¹⁾.
لذلك قضى ديوان المظالم بأن: التعويض لا بد أن يكون عن أضرار حقيقة وواقعية وظاهرة ومنضبطة، ولم يقدم المدعي ما يمكن الركون إليه سوى دعواه المرسله... الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذه المطالبة⁽⁴²⁾.

وإذا كان الأصل في مجال المسؤولية الإدارية بصفة عامة أن الفرد الذي يطالب الإدارة بالتعويض هو ملزم بإثبات تلك العناصر الثلاثة مجتمعة (إثبات الخطأ المنسوب للإدارة، وإثبات الضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر)، وقد استقر قضاء ديوان المظالم على أنه يلزم لقيام مسؤولية الإدارة توافر أركان المسؤولية الثلاثة وقد قضى في أحد أحكامه بأنه إذ لا بد من توافر الخطأ في جانب المدعى عليها الذي يترتب عليه خسارة المدعي لقيمة تلك الإصلاحات المدعاة، كما أنه لا بد من توافر علاقة السببية بين خطأ المدعى عليها المفترض والضرر المترتب عليه⁽⁴³⁾، واستثناءً من هذا الأصل فإنه في مجال المسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر أو تحمل التبعة لا يلتزم المدعى بإثبات ركن الخطأ وإنما يلتزم بإثبات الضرر فقط.

ومن تطبيقات قرينة الخطأ ما جاء في أحكام ديوان المظالم فقد قضى بأنه وبتطبيق هذه المادة نجد أن الأمانة قد أخطأت وقصرت في تحقيقها إذ كان من الواجب عليها متابعة وصيانة الشوارع المسؤولية عنها لا أن تتعذر وتتحجج بنزول مطر ونحوه خاصةً أنها ذكرت أن الحفرة وجدت بعد هطول أمطار يوم...، أما الضرر فإنه قد تحقق في مركبة المدعي، وبما أرفقه صاحب المركبة في أوراق القضية من مستندات تثبت كلفة قطع الغيار وكذا تسعيرة تصليح المركبة لدى الورشة المختصة، الأمر الذي يظهر علاقة السببية بين خطأ جهة الإدارة والضرر الحاصل على مركبة المدعي، مما تنتهي معه

الدائرة إلى استحقاق المدعي للتعويض عما تسببت له المدعي عليها في تفريطها بما عليها من مسؤوليات في الطرق للطرق العامة⁽⁴⁴⁾.

خاتمة

إن للقرائن القضائية دوراً في إثبات عدم مشروعية أعمال جهة الإدارة المعيبة في مجال الدعوى الإدارية، حيث تكون ملاذ للقاضي الذي يلجأ إليها إذا لم تسعفه وسائل الإثبات الأخرى في الوصول لحقيقة الادعاء.

وذلك لأن القاضي يعتمد على القرائن القضائية في الوصول إلى تكوين قناعته الشخصية وهذا لعدم وجود أدلة الأخرى التي يمكن الاعتماد عليها في غالب الأحوال وفي هذه الحالة تظهر الأهمية القصوى للقرائن القضائية باعتبارها الطريق الوحيد عليه في الوصول إلى إظهار الحقيقة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية يظهر دور القرائن القضائية في تعزيز وتأكيد الأدلة الأخرى أو نفيها.

ونظراً لما يتمتع به القاضي الإداري من سلطة تقديرية واسعة في مجال الإثبات، حيث لم يقيد المنظم كأصل عام بدليل معين لإثبات واقعة بعينها، حيث تخفف القرائن من وطأة عبء الإثبات إن كان ذلك بصفة مؤقتة، إلا أنه الملقى على كاهل المدعي بنقل هذا العبء إلى جانب الإدارة، وإن قد يؤدي إلى إنهاء الدعوى لصالح المدعي إذا تقاعست الإدارة أو فشلت في دحض القرينة بإثبات عكسها. إن للنظام والقضاء دوران مهمان في تنظيم الإثبات في الدعاوى الإدارية، وذلك من خلال تنظيم عبء الإثبات، وإعادة التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية؛ إذا يقوم المنظم بتقدير القرائن القانونية والنص عليها، ويقوم القاضي باستخلاص القرائن القضائية وبتكليف الإدارة الحائزة على المستندات بتقديمها، واعتبار تقاعسها وعدم استجابتها قرينة قضائية، وتنقل عبء الإثبات من كاهل الفرد إلى كاهل الإدارة.

وعلى الرغم من دور القرائن القضائية من قدرة في الإثبات، إلا أن القاضي الإداري في ديوان المظالم يتجنبها في عملية الإثبات بدليل صعوبة العمل بها، إذ أن القاضي الإداري يفضل الاستدلال بالنصوص القانونية لقوة حجيتها على القرائن القضائية التي تقبل إثبات العكس في جميع الأحوال، أي إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات؛ إذا لا يخفى أن القرائن القضائية في مجموعها أضعف الأدلة فيمكن إثبات ما يخالفها وبما هو أقوى من باب أولى.

Endnotes

١. عبد العزيز بن صالح آل إبراهيم اللحيان، قرائن ترجيح التعديل والتجريح، ط ١ دار ابن حزم، الرياض، ٢٠٠٩، ص ١٥.
٢. محمود محمد هاشم، قضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، عمادة شؤون المكتبات جامعة الملك سعود،

- الرياض، ١٩٨٨، ص ٣١١.
٣. د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر العربي، سنة ١٩٦٨م، القاهرة، ص ٩٠٤.
٤. سورة يوسف آية ١٨.
٥. قوسطم شهرزاد، الإثبات بالقرائن في المادة الإدارية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلبايد تلمسان الجزائر، سنة ٢٠١٦/٢٠١٧م، ص ١٠١.
٦. محمد علي محمد عطا الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية، ط ١، دار الفكر الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ١٧٠.
٧. راجع المواد (١٥٦-١٥٧-١٥٨)، من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.
- عرف المشرع الفرنسي القرينة بصفة عامة في المادة (١٣١٥) مدني بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة.
- Art 1349 Les presumptions sont des consequences que le loi ou le magistrature d'un fait connu a un fait inconnu .
٨. د. محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، دار الفكر العربي، وهران، الجزائر، ١٩٩١م، ص ٨٥.
٩. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٥٥.
١٠. محمد علي محمد عطا الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ١٢٧.
١١. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٩٠.
١٢. مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٥٦.
١٣. محمد علي محمد عطا الله، المرجع السابق، ص ١.
١٤. مسعود زبدة، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية بدون طبعة وحدة الرعاية الجزائر، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، ٢٠٠١م، ص ٢٠٢.
١٥. إلياس جوادي، الإثبات القضائي في المنازعات الإدارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سنة ٢٠١٣/٢٠١٤م، ص ١٨٣.
١٦. إلياس جوادي، مرجع سابق، ص ١٨٤.
١٧. د. مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص ٥٥.
١٨. د. محمد زهور، الموجز في طرق المدنية للإثبات، المرجع السابق، ص ٨٥.
١٩. د. سليمان الطياوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٦م، ص ٦١٩.
٢٠. د. سليمان الطياوي، المرجع السابق، ص ٦٢٠ وما بعدها. د. فؤاد محمد موسى، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٥م، ص ٢٤٨.
٢١. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٢٢٤٧/٢/ق) لعام ١٤٢٩هـ، بتاريخ ١٤/١/١٤٣٠هـ.

٢٢. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٢٩٩٧ / ١ / ق) لعام ١٤٣٠ هـ، بتاريخ ٢٢ / ٩ / ١٤٣١ هـ.
٢٣. أنظر في ذلك: حكم ديوان المظالم في القضية رقم: ٣٩٨٦ / ١ / ق لعام ١٤٢٩ هـ، جلسة ١٦ / ٦ / ١٤٣٠ هـ.
٢٤. محمد علي محمد عطا الله، المرجع السابق، ص ٦٣٩.
٢٥. عايدة شامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، بدون ط، دار الفتح للتجليد الفني، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٩٥، د. عبد العزيز عبد المعتم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨ م، ص ٢٦٥.
٢٦. حكم ديوان المظالم رقم ١٢٧٧ / ١ / ق لعام ١٤٢٦ هـ، جلسة ٢٨ / ٥ / ١٤٢٧ هـ.
٢٧. هشام عبد المعتم عكاشة، دور القاضي الإداري في الإثبات، بدون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٤٧.
٢٨. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (١ / ٩٣٥ / ق لعام ١٤٢٤ هـ) و(٦١ / ٥ / ق لعام ١٤٢٧ هـ) بتاريخ ٢٣ / ٧ / ١٤٢٩ هـ.
٢٩. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ (في مجال المسؤولية الإدارية)، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٧.
٣٠. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٥ / ٢٤٤ / ق) لعام ١٤٢٩ هـ بتاريخ ٢٨ / ١١ / ١٤٣٠ هـ.
٣١. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (١ / ٣٣٧٧ / ق) لعام ١٤٣٠ هـ، بتاريخ ٢٧ / ٤ / ١٤٣١ هـ.
٣٢. محمد علي محمد عطا الله، المرجع السابق، ص ٦٤٦.
٣٣. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٢ / ٤٧٥٤ / ق) لعام ١٤٢٧ هـ، في تاريخ ١٨ / ٥ / ١٤٣٢ هـ.
٣٤. صدر نظام تأديب الموظفين بموجب المرسوم الملكي رقم (م / ٧) بتاريخ ١ / ٢ / ١٣٩١ هـ، ونشر بملحق جريدة أم القرى بعدد ٢٣٦٥ وتاريخ ١٠ / ٢ / ١٣٩١ هـ.
٣٥. د. مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص ٩٩.
٣٦. د. عبد العزيز عبد المعتم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٨٠.
٣٧. د. عبد العزيز عبد المعتم خليفة، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص ٤١٧.
٣٨. حكم ديوان المظالم في القضية رقم ٥ / ٢٤٤ / ق لعام ١٤٢٩ هـ، بتاريخ ٢٨ / ١١ / ١٤٣٠ هـ.
٣٩. د. محمد علي محمد عطا الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٨٣.
٤٠. د. مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص ١٢٢.
٤١. د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق ١٢٤، راجع حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٢ / ١٦٢٨ / ق) لعام ١٤٣٢ هـ، بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٤٣٣ هـ.
٤٢. حكم هيئة التدقيق رقم ٢١٨ / ت / ١ لعام ١٤٢٧ هـ، في القضية رقم ٢ / ٩٠٢ / ق لعام ١٤٢٠ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٩٢٤ هـ.
٤٣. راجع حكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (٣ / ٥٨٣ / ق) لعام ١٤٢٦ هـ بتاريخ ٣ / ٧ / ١٤٢٨ هـ، وراجع حكم هيئة التدقيق رقم ٤٠٢ / ت / ١ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٣٣٤ / ٥ / ق لعام ١٤٢٦ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، لعام ١٤٢٧ هـ، ديوان المظالم، ١٤٣٠ هـ، ج ٤، ص ٢٠٠٤ م.
٤٤. حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٢ / ١٦٢٨ / ق) لعام ١٤٣٢ هـ بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٤٣٣ هـ.

بواعث الفساد الشرطي: إنحرافات فردية أم مسلك إجباري؟

الدكتور / فادي حسني ربايعة

أستاذ مساعد لدى كلية الحقوق – متخصص في القانون الجنائي

يعتبر الفساد الشرطي من المشكلات المعقدة التي تعاني منها غالبية دول العالم، سواء تلك المتقدمة أو النامية على حدٍ سواء. فالآثار السلبية التي يُنتجها الفساد الشرطي قد يتفاقم على النحو الذي يعصف بنظام الحكم في الدولة. فعلى سبيل المثال، تُؤكد العديد من الدراسات على وجود ارتباط وثيق بين السلوك الخاطئ أو العدواني الذي مارسته أجهزة الأمن والشرطة بحق مواطنيها والأسباب الكامنة وراء ظهور ما يُسمى (بالربيع العربي) في منطقة الشرق الأوسط⁽¹⁾.

وعلى الرغم من الأهمية التي يحظى بها موضوع الفساد الشرطي، نجد بان المنطقة العربية لا تزال تعاني من شح في الأبحاث القانونية والاجتماعية المرتبطة بهذا الموضوع. وقد يعود ذلك لأسباب عديدة منها أن جهاز الشرطة لدى العديد من الأنظمة السياسية العربية يُنظر له كجزء من منظومة الدولة العسكرية والتي تتصف بالسرية والكتمان، حيث يصبح من غير الجائز لعناصر الشرطة الإختلاط مع الصحفيين والباحثين بهدف الإفصاح عن طريقة عمل الجهاز على أرض الواقع أو البوح بمكنون الثقافة المؤسسية التي يتناقها ضباط وأفراد الشرطة من جيل إلى آخر.

أما فيما يتعلق بجهاز الشرطة في فلسطين - فهو كغيره من من أجهزة الشرطة في العالم - يعاني من ظاهرة الفساد والتجاوزات المسلكية لأفراده، وإن كانت الأسباب الظاهرة مغايرة لما قد نجده في دول أخرى، نظرا للظروف الإستثنائية التي يعمل بها مأمورو الضبط القضائي في فلسطين. وبناء عليه تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على أهم العوامل التي تساهم في ظهور وانتشار الإنحرافات الشرطية مع التركيز على الحالة الفلسطينية بوجه خاص.

غير أنه عندما يتعلق الأمر بتعريف الفساد الشرطي نجد بان هنالك تباينا ملحوظا بين الآراء الفقهية لرجال القانون وكذلك الحال بين الباحثين في علم الإجتماع، فبينما تميل بعض الإجتهدات الفقهية إلى تضييق مفهوم الفساد الشرطي من خلال حصره فقط في المخالفات التي تقع خلال أوقات العمل الرسمية، أو إقتصره على تلك الأفعال تلك التي تستهدف مصلحة فردية لمرتكب الفعل المجرم⁽²⁾، تذهب آراء فقهية أخرى الى توسيع نطاق التعريف ليشمل كافة الأفعال التي تشكل خرقا للقانون او مخالفة للأوامر والتعليقات التي تصدرها الإدارة الشرطية⁽³⁾. ونحن في هذه الدراسة نقدم

تعريفًا شاملاً للفساد الشرطي حيث نقترح التعريف الآتي: (الفساد الشرطي هو كل عمل أو إمتناع عن أداء عمل مخالف للقانون أو للمشروعية ويتضمن إستغلال الوظيفة أو المنصب العام سواء كان يهدف الى تحقيق مكاسب فردية، جماعية، او حتى مؤسساتية). ونقصد هنا بمخالفة المشروعية أي مخالفة مقتضيات تحقيق العدالة والإنصاف وإن لم يتضمن الفعل بحد ذاته مخالفة صريحة للقانون. أما فيما يتعلق بالغاية، فإن هذا التعريف المقترح يتعدى الفكرة التقليدية لمفهوم الفساد وهو تحقيق مكسب مادي ملموس، فقد يلجأ عناصر الشرطة إلى تقديم الدعم لجماعة سياسية حزبية، أو إلى إرتكاب أفعال ترتقي لمستوى الجريمة كإخفاء أدلة أو تقديم شهادة كاذبة بهدف حماية سمعة المؤسسة الشرطية دون أن يعود ذلك عليهم بأية مكاسب فردية.

في محاولة لفهم الأسباب الكامنة وراء الفساد الشرطي، قدّم العديد من الفقهاء والمحققون المختصون بهذا المجال مجموعة من النظريات التي يمكن من خلالها تفسير سبب إنتشار هذه الظاهرة في المؤسسة الشرطية. ويمكن تلخيصها على النحو الآتي: (١) العوامل الفردية، (٢) والعوامل الثقافية، (٣) والعوامل المتعلقة بطبيعة العمل الشرطي.

تعتبر العوامل الفردية من قبيل النظريات التقليدية التي تفسر أسباب الإنحراف الشرطي. ومن أهم النظريات في هذا المجال ما يعرف ب (حبات التفاح الفاسدة) (Rotten Apples Theory) حيث يعزى الفساد إلى وجود بعض الضباط الفاسدين في المؤسسة لأسباب سايكولوجية بحته مرتبطة بالطمع أو الإنحطاط الأخلاقي^(٤). فالإنحراف الشرطي يتعلق بالأفراد وليس بطريقة إدارة المؤسسة الشرطية، ويكون علاجه إما من خلال إعادة تأهيل مرتكب المخالفة أو القيام بعملية الإقصاء أو طرد الفاسدين من المؤسسة الشرطية^(٥). ولا بد من التنويه هنا الى أن قيادة الشرطة لدى العديد من الدول العربية قد تميل الى إعتقاد هذه النظرية في تفسير الإنحرافات الشرطية التي تخرج الى العلن بهدف التهرب من تحمل المسؤولية القانونية والجزائية عن إخفاقها في إدارة المؤسسة والرقابة على منتسبيها. لذلك نجد بأن طريقة التعامل مع حوادث إطلاق النار غير المبررة أو حوادث التعذيب أو فض المسيرات السلمية بطرق غير دستورية تكون عادة بإجراء لجان تحقيق وتوجيه اللوم على بعض من الضباط دون الإعراف بوجود عيب جوهري في العقيدة العسكرية والشرطية في الدولة. ناهيك عن أن هذه النظرية أثبتت عدم قدرتها على تفسير الإنحرافات الشرطية التي تطال كافة المستويات التنظيمية داخل المؤسسة الشرطية (Rotten Orchard Theory). كما انها عجزت عن تفسير الإنحرافات الجسيمة في الثقافة الشرطية الجامعة التي ظهرت في العديد من الدول النامية والدول المتقدمة على حد سواء^(٦).

ذهب مجموعة أخرى من الباحثين في تفسيرهم لظهور الفساد الشرطي إلى عوامل إجتماعية وإقتصادية وسياسية تحيط بالعمل الشرطي وتؤثر فيه. فعلى سبيل المثال قد تكون ثقافة المحسوية أو الرشوة سائدة بين أفراد بعض المجتمعات بحيث يصعب على أفراد الشرطة أن ينقوا أنفسهم من

الموروث الثقافي للمجتمع⁽⁷⁾. كما أن التأثيرات السياسية قد يكون لها انعكاساتها الجسيمة على أدوات إنفاذ القانون في الدولة. ومثلها ما حدث في شمال إيرلندا إبان الحرب الأهلية بين الطوائف المسيحية حيث كان يُنظر إلى جهاز الشرطة كمناصر وداعم للطائفة البروتستانتية والتي تُشكل حوال ٤٨٪ من تعداد السكان في شمال إيرلندا⁽⁸⁾.

كما تلعب الثقافة الشرطة داخل المؤسسة دوراً في غاية الأهمية في بلورة العقيدة الشرطة وما يُؤمن به أفراد المؤسسة من قيم وإنطباعات ومعتقدات، فالعاملين في الشرطة لهم (لغة مشتركة) (قواعد عمل غير مكتوبة) تنتقل من جيل إلى آخر، وهو ما يطلق عليها البعض مصطلح "The Rule of Thump". مع الإشارة الى وجود ثقافات فرعية داخل المؤسسة الواحدة⁽¹⁰⁾، فالعاملين في إدارات البحث والتحري والعناصر الشرطة العاملة في الميدان تحمل مفاهيم مجتمعية قد تختلف عنها لدى الأفراد العاملين في وظائف إدارية أو قيادية نظراً للمحدودية إحتكاكهم مع الجمهور⁽¹¹⁾. ويترب على أفراد الشرطة المخالفين لهذه القواعد عقوبات أخلاقية تتمثل بالعزلة عن الجماعة والإقصاء بحيث يترك وحيداً في الميدان في أوقات الخطر. لذلك فالعنصر الصالح في الجهاز قد يجد نفسه مجبراً على إتيان فعل فاسد أو التغطية على زميله الفاسد رغم عدم قناعته بذلك وعدم وجود مصلحة مادية فردية تعود له بالنفع من جراء السكوت او غض الطرف عن الفساد⁽¹²⁾.

أما فيما يتعلق بجهاز الشرطة في فلسطين، نجد بان الثقافة الشرطة لها خصوصيتها التي قد تميزها على غيرها من دول العالم. والسبب في ذلك يعود للأحداث الإستثنائية السياسية التي مرت بها القضية الفلسطينية والطريقة غير الإعتيادية التي تأسس به الجهاز الشرطي. فقد تشكلت الثقافة الشرطة من ثلاث أجيال من الضباط عملوا سوياً لمدة تجاوزت الخمس عشر سنة: جيل المحاربين القدامى (الفدائيون)، جيل الضباط المحررين من المعتقلات الإسرائيلية، والجيل الثالث من ضباط خريجي الكليات والمعاهد الشرطة المتخصصة⁽¹³⁾.

وتجدر الإشارة هنا الى أن كل جيل يمتاز بمعتقداته ورؤيته الخاصة حول العقيدة الأمنية للمؤسسة والنهج الذي يعتقد بصحة إتباعه لتحقيق الأهداف المرجوة. كما أن الثقافة الفرعية لكل جيل لها جوانب مشرقة مثلما عليها مأخذ وعيوب، حيث نجد بأن سطوة الثقافة المؤسسية تضعف أو تقوى من جيل إلى آخر، فعلى خلاف الضباط من الجيل الأول والثاني، الجيل الثالث من الضباط هو الأكثر تأثراً وإنصياعاً للعقل الجماعي وأكثر حزماً إتجاه الضباط الذين يخترقون هذه القواعد، فغالبا ما يسعى الضابط الى التغطية على المخالفات التي يرتكبها زملاؤه في العمل والإمتناع عن الوشي بهم، وهو ما يعرف بالتضامن الشرطي⁽¹⁴⁾ "Police Solidarity".

كما أن العديد من ضباط الجيل الثالث يميل الى فقدان الثقة بنظام العدالة الجنائية في فلسطين

نظرا لإطلاعه على العديد من الخروقات والعيوب التي تشوب نظام القضاء الفلسطيني⁽¹⁵⁾. وهو ما قد يستدعي قيام أفراد الشرطة بتحقيق (العدالة الميدانية)، أي أن يُنصب الشرطي نفسه مكان القاضي ويقوم بمعاينة من يرى أنه يستحق العقوبة من خلال التعنيف الجسدي أو المعنوي، كأن يقوم أفراد الشرطة بصفع أولئك المتهمين بالتحرش الجنسي بالنساء المارة أو أولئك المتهمين بمقاومة رجال الأمن، وهو ما يعرف عالميا بـ "Backstage Punishments"⁽¹⁶⁾.

الفئة الثالثة من أسباب الإنحراف الشرطي تتمثل بطبيعة العمل الشرطي والتي من شأنها أن تُغذي ميل أفراد الشرطة للفساد. فعادة ما يوكل للضباط في الميدان مهام جمّة في إطار رقعة جغرافية واسعة أو مكتظة بالسكان مما يجعل الرقابة على تصرفات رجال الشرطة مهمة ليست باليسيرة⁽¹⁷⁾. كما ان طبيعة العمل الشرطي من الناحية العملية تعطي لرجال الشرطة مساحة واسعة من الإجتهد وحرية التصرف والتي قد يُساء إستخدامها لمآرب شخصية. فسلطات الضبط الإداري تتصف بالمرونة على النحو الذي يصعب معها وضع إجراءات عمل دقيقة تغطي كافة المواقف والسيناريوهات التي قد يواجهها الشرطي أثناء أدائه لمهامه الوظيفية. مما يجعل السلطات التقديرية لرجال الشرطة عصيّة على التقنين بنصوص قانونية مكتوبة.

عند تحليل التشريعات الناظمة لعمل مأموري الضبط القضائي في فلسطين نجد بأن المشرع الفلسطيني قد عمد الى تضييق رقعة السلطات التقديرية لرجال الشرطة إلى أدنى مستوى، فليس لهم صلاحية الإستجواب في الجنايات⁽¹⁸⁾، كما أن النيابة العامة تمتنع منذ العام ٢٠٠٨ عن منح رجال الشرطة تفويضا بالإستجواب في الجنح⁽¹⁹⁾، ناهيك عن أن المشرع قد أحال صلاحية إجراء تصالح بين المتخاصمين في الجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط الى النيابة العامة دون أن يكون لمأموري الضبط القضائي أي صلاحية هذا الشأن⁽²⁰⁾. مما يجعل الإستجواب في الجنايات والجنح و عرض التصالح في الجنح من الإجراءات المحظور مباشرتها من قبل مأموري الضبط القضائي في فلسطين.

غير أن واقع عمل مأموري الضبط القضائي في الميدان يقدم صورة مغايرة عما يتوجب أن يكون عليه الأمر وفق رغبة المشرع الفلسطيني. فعادة ما يقوم مأمورو الضبط القضائي بالإستجواب والتحقيق، وهو ما يحدث تقريبا في مختلف مديريات الشرطة ومراكزها وعلى مدار العام⁽²¹⁾. وهنا يطرح التساؤل حول لماذا يتكبد المحقق الشرطي عناء مخالفة القانون وإجراء الإستجواب رغم إستبعاد وجود منفعة شخصية له في ذلك؟ قد يتبادر إلى أذهان الناس العديد من الإجابات على هذا التساؤل، ونحن في هذه الدراسة نقدم إجابة محتملة لهذا التساؤل معتمدين في ذلك على تحليل آراء مجموعة من ضباط الشرطة العاملين في مكاتب التحقيق والذين أجريت معهم عدد من المقابلات في الأعوام الثلاث المنصرمة.

إن تقييد السلطات التقديرية لمأموري الضبط القضائي على نحو متشدد من قبل المشرع الفلسطيني أضعف من قدرة مأموري الضبط القضائي على القيام بمهامهم القانونية المتمثلة بالبحث والتحري والإستقصاء عن الجرائم والتحصيل على الأدلة الجنائية التي تساهم في عملية الإثبات الجنائي. فعادة ما يلجأ المحقق الشرطي إلى الإستجواب من أجل محاولة كشف الجريمة وظروف إرتكابها، أي أنه يقوم بمخالفة القانون من أجل تحقيق (هدف نبيل)⁽²²⁾.

وهنا لا يكون لمأموري الضبط القضائي سوى خيارين: الخيار الأول يكون بالإلتزام التام بالقانون وعدم إجراء أي إستجواب في مراكز الشرطة بما يستتبع إضافة عبء غير محتمل على كاهل سلطات الإتهام الجنائي وهو ما يؤدي في نهاية المطاف الى إنتشار الجرائم والمجرمين، أما الخيار الثاني يتمثل في أن يستمر مأمورو الضبط القضائي بإجراء الإستجواب وكشف ملاسبات الجريمة على الرغم من المخالفة الصريحة للقانون، وهو ما يشكل ضرراً جسيماً بمنظومة العدالة الجنائية وإغفالاً لمبدأ سيادة القانون والذي يشكل إحدى الركائز الأساسية للنظم الديمقراطية الحديثة.

الأصل في قانون الإجراءات الجزائية أن يعمل كميزان دقيق القياس، فكل إختصاص يوكله القانون لمأموري الضبط القضائي يجب أن يُقابلة سلطات/ صلاحيات تُمنح لهم بمقادير مضبوطة لكي تُمكنهم من أداء مهامهم القانونية. كما أن كل صلاحية ممنوحة لمأموري الضبط القضائي يجب أن يُقابلها مجموعة من الضمانات القانونية تحول دون إساءة إستخدام السلطة. ولعل توجه المشرع الفلسطيني لتقييد السلطات التقديرية لرجال الشرطة هدفه خفض إحتالية الإنحراف الشرطي. غير أن واقع العمل في الميدان أظهر نتائج معاكسة لما أُراده المشرع من ذلك. إن تضيق سلطات مأموري الضبط القضائي لم يُترك لهم خيارات سوى إغفال بعض النصوص القانونية التي يصعب تطبيقها في ظروف العمل الراهنة. وهنا لا بد من التأكيد على أن إساءة إستخدام السلطة لا يعيب السلطة بحد ذاتها إنما يعيب نظام الرقابة والمساءلة في الدولة.

وبناء على ذلك تُخلّص هذه الدراسة إلى تقديم توصية مفادها وجوب تعديل النصوص القانونية على نحو تُوسع فيه من السلطات التقديرية لمأموري الضبط القضائي بما يمنحهم سلطة الإستجواب، مع ضرورة التأكيد على تفعيل نظام رقابي صارم يحول دون تغوّل سلطات البحث والتحري والإستقصاء في ممارستها لمهامها الوظيفية.

Endnotes

١. الجبوري، صالح. جذور الإستبداد والربيع العربي. عمان: المنهل. ٢٠١٤. صفحة ١٨٩ - خبر صحفي بعنوان: (سوريا: قوات الأمن تستهدف موكبا لتشييع قتيلي مظاهرات الجمعة) BBC عربي، ١٩/ آذار/ ٢٠١١.

http://www.bbc.com/arabic/middleeast/2011/03/110319_syria_funeral_police.shtml

2. Sherman, L. W. Scandal and Reform: Controlling Police Corruption, Berkeley, Los Angeles, and London: University of California Press.1978. Page 30. Dempsey, J.S. , Forst, L.S. An Introduction to Policing. Cengage Learning. 2015. Page 235.

3. Wood Commission Report, 1996, Page 32.

4. Dempsey, J.S., Linda S. Forst, An Introduction to Policing. Cengage Learning, 2015. Page 236.

5. Gottschalk, P. Knowledge Management in Police Oversight: Law Enforcement Integrity and Accountability. Universal-Publishers, 2009. Page 146.

6. Berg, B, L. Policing in Modern Society. Gulf Professional Publishing, 1999. Page 366.

٧. يعتقد البعض بان المجتمع الهندي يميل الى التساهل مع الفساد بوجه عام حيث تنتشر الرشوة في كافة القطاعات بها فيها مؤسسات الشرطة والقضاء.

Vittal. N. Corruption in India: The Roadblock to National Prosperity. Academic Foundation, 2003. Page 87.

8. Mulcahy, A. O'Mahony. E. Policing and Social Marginalization in Ireland. Combat Poverty Agency, 2005. Page 3.

9. Loftus, E. Police Culture in a Changing World. OUP Oxford, 2012. Page 1.

10. Crank, J. Crank, J. B. Understanding Police Culture. Routledge, 2014. Page

11. Paoline, E. A. Myers, S. M. & Worden, R. E. Police Culture, Individualism, and Community Policing: Evidence from Two Police Departments. Justice Quarterly. 2000. Volume 17. Page 575–605.

12. Cockcroft, T. Police Culture: Themes and Concepts. Routledge, 2012. Page 58.

13. Rabia, F.H. Police Corruption in Palestine: Challenges and Remedies. PhD Thesis. Sydney: University of New South Wales. 2017.

١٤. مقابلات رقم (B١٤ , C٣٤ , C٤٤ , B١٢ , B٨) مع ضباط عاملين ومتقاعدين من ذوي الرتب المتوسطة والعليا أجريت خلال الأعوام ٢٠١٣-٢٠١٥.

١٥. مقابلات رقم (B١٤ , B٠٤ , B٠٦) مع ضباط من ذوي الرتب الدنيا والمتوسطة أجريت خلال الأعوام ٢٠١٣-٢٠١٥.

16. Tony Coady. Violence and Police Culture. Melbourne University Publish, 2000. Page 89.

17. Dixon, D. A Culture of Corruption: Changing an Australian Police Service. Sydney: Hawkins Press, 1999.



- ١٨ . مادة (٥٥) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ .
- ١٩ . قرار رقم (...) صادر عن النائب العام والمنشور بالنظام الداخلي للنيابة العامة للعام ٢٠٠٨ .
- ٢٠ . مادة (١٦) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ .
- ٢١ . مقابلات رقم (B١٤, B٠٤, B٠٦, B١٢, B٠٩) مع ضباط من ذوي الرتب الدنيا والمتوسطة أجريت خلال الأعوام ٢٠١٣-٢٠١٥ .
- ٢٢ . مقابلات رقم (B١٤, B٠٤) مع ضباط شرطة أجريت في العام ٢٠١٥ .



القرار الإداري وفق اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية أ.د عدنان عمرو - القدس

مقدمة

يعد موضوع القرار الإداري الأهم في موضوعات القانون الإداري، والذي شكل الأساس لوجود القانون الإداري والقضاء الإداري الذي باجتهاده تطورت مبادئ القانون الإداري لتناسب مع التوسع الكبير في النشاط الإداري منذ بداية القرن العشرين. ويعتبر القرار الإداري أهم الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة في تنفيذ القوانين والأحكام القضائية والقرارات السياسية للنظام السياسي الحاكم وتسيير المرافق العامة، كما يمثل مظهرها هاما للسلطات والامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية وتستخدمه في تسيير وتنظيم المرافق العامة والحفاظ على النظام العام، وفي تنفيذ عقودها مع الأفراد والمؤسسات العامة والخاصة وفي إصدار اللوائح والأنظمة لتنظيم العمل الإداري.

ويشكل القرار الإداري امتيازاً سلطوياً لدى الإدارة، وأكثر وسائلها فاعلية في تحقيق أهدافها لما يتمتع به من قرينة السلامة التي عبر عنها العميد فيدل (قوة الشيء المقرر) وعبرت عنها محكمة العدل العليا (لقد استقر الفقه والقضاء على أن كل قرار إداري يعتبر أنه صدر صحيحاً ومتفقاً مع القانون وفي حدود الصالح العام ما لم يثبت عكس ذلك)⁽¹⁾. ويتطلب الإمام بالموضوعات التي تعنى بها أهداف هذه الدراسة التطرق بالتفصيل إلى ماهية القرار الإداري من حيث تعريفه ومميزاته ومعايير تمييزه وأركانه وشروط صحته في الفصل الأول، وإلى نفاذ وتنفيذ القرار الإداري حيث سنطرق لسريانه في حق الإدارة والأفراد من حيث تاريخه وإمكانية سريانه بأثر رجعي وبأثر مستقبلي وتنفيذ القرار مباشرة وضمائناً ذلك ووقف تنفيذ القرار في الفصل الثاني وإلى نهايته وإنهائه بالسحب والإلغاء في الفصل الثالث.

الفصل الأول

ماهية القرار الإداري

يقتضي تحديد ماهية القرار الإداري تحديد مفهومه بالتطرق إلى تعريفه وأركانه وشروط صحته وأنواعه وتمييزه عن القانون والحكم القضائي والعقد، وترجع أهمية تحديد ماهية القرار إلى بيان ما يخضع لاختصاص ولاية الإلغاء لدى محكمة العدل العليا التي يقتصر موضوعها على القرار الإداري كما سنطرق لذلك في المباحث التالية.

المبحث الأول مفهوم القرار الإداري

يقتضي تحديد مفهوم القرار الإداري التطرق إلى تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري، ثم توضيح مميزاته وخصائصه التي تبرز أركانه وشروط صحته، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول تعريف القرار الإداري

لم يتفق الفقه الإداري العربي على تعريف للقرار الإداري وإن كانوا في الغالب اعتمدوا تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه (إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بها لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا ابتغاء مصلحة عامة)⁽²⁾. وأخذت بهذا التعريف محكمة العدل العليا الأردنية والفلسطينية في أحكام حديثة⁽³⁾، علما بأنها اعتمدت سابقا على تعاريف مختصرة ودقيقة منها (هو كل تصريح يصدر عن الإدارة من شأنه أن يحدث أثرا قانونيا يصدر عن سلطة إدارية في صيغة تنفيذية)⁽⁴⁾. وعرفته في قرار آخر (إفصاح سلطة إدارية عامة عن إرادتها الملزمة بها لها من سلطة عامة بقصد إحداث مركز قانوني معين)⁽⁵⁾. وظهرت لدى الفقه الإداري العربي تعاريف مختصرة وسليمة تشبه تلك التي اعتمدها محكمة العدل العليا، فعرفه د. عبد الغني بسيوني بأنه (عمل قانوني نهائي يصدر عن سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة وتترتب عليه آثار قانونية معينة)⁽⁶⁾. وعرفه د. ماجد راغب الحلو (إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثار قانونية)⁽⁷⁾.

المطلب الثاني مميزات وخصائص القرار الإداري

يتمتع القرار الإداري بمميزات وخصائص تميزه عن باقي التصرفات القانونية نعرض لها في الفروع التالية:

الفرع الأول القرار الإداري عمل انفرادي

تشكل الإرادة المنفردة ركنا من أركان القرار الإداري إذ أنه عند تقابل الإرادتين نصيح أمام عقد وليس قرار، ومعناها أن يصدر التصرف بإرادة السلطة الإدارية وحدها صراحة أو ضمنا في الشكل والإجراءات التي تراها مناسبة ما لم يلزمها المشرع بشكل معين. ولا يشترط في الإرادة المنفردة أن يصدر

القرار عن مسئول فرد فقد تشترك في تكوينه وإصداره أكثر من سلطة أو إدارة وقد يصدر عن لجنة أو مجلس بموافقة الأغلبية.

ولا تتأثر الإرادة المنفردة للإدارة إذا كان تنفيذ القرار معلقا على موافقة الأفراد كقرار تعيين موظف أو مشاركته في عطاء أو قبوله لمكافأة، أو كان يتطلب قبل صدوره تقديم طلب من صاحب الشأن كطلب الاستقالة أو الإعارة، أو كان القرار من القرارات التي يمكن فصلها عن العملية التعاقدية كالإعلان عن المناقصة والالتزام بأحكامها والقرارات الإدارية الصادرة خلال تنفيذ العقد وتدخل في نطاق حماية الامن والصحة والآداب العامة⁽⁸⁾.

الفرع الثاني

القرار الإداري يصدر عن سلطة إدارية وطنية

يشكل صدور القرار الإداري عن سلطة إدارية وطنية الركن الثاني للقرار الإداري متمثلا بركن الاختصاص، إذ تصدر القرارات من هيئات مختلفة خاصة وعامة، غير أن ما يعتبر منها قرارا إداريا يقتصر على القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية في الدولة.

وتتمثل بالقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كرئيس الوزراء ومجلس الوزراء والوزراء والمحافظين وما دونهم من المسؤولين ما لم تكن من طائفة الأعمال التي تدخل ضمن وظيفة الحكم والتي تتعلق بعلاقة السلطة التنفيذية مع السلطات العامة الأخرى أو بعلاقتها مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية.

كما تتمثل كذلك بالقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية اللامركزية كالمجالس البلدية والقروية والمحلية، وعن إدارة المؤسسات والهيئات العامة.

بينما لا يعتبر ما يصدر عن السلطة التشريعية من قرارات في إطار النظام الداخلي للمجلس كحقوق الأعضاء وواجباتهم ومكافآتهم وإدارة الجلسات واللجان والحصانة قرارات إدارية باستثناء تلك التي تخص الطاقم الإداري للمجلس التشريعي.

كما لا تعتبر الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاة وأعضاء النيابة العامة في المنازعات المعروضة أمامها كالتحقيق أو التفتيش أو الحجز أو الولاية والوصاية والحصانة قرارات إدارية، غير أن القرارات الخاصة بالحياة الوظيفية للقضاة والإداريين في المحاكم تعتبر قرارات إدارية تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا. فقد قضت محمة العدل العليا بمرام الله (إن رئيس النيابة هو من أعضاء السلطة القضائية وإن العمل الصادر عنه يتبع السلطة القضائية وهو غير خاضع للطعن أمام محكمة العدل العليا)⁽⁹⁾.

ولا تعتبر القرارات الصادرة عن النقابات العمالية والشركات الخاصة والشركات الوطنية والمختلطة والشركات المديرية لامتياز المرفق العام والنوادي الرياضية والبنوك وغيرها من أشخاص

القانون الخاص قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا، فقد قضت محكمة العدل العليا (القرارات الخاضعة للطعن أمام محكمة العدل العليا هي القرارات الإدارية الصادرة عن سلطة إدارية أو مؤسسة عامة أو شخصا من أشخاص القانون العام وجمعية باقية الشرقية الخيرية تعتبر هيئة أهلية) (10).

وقضت أيضا (إن شركة كهرباء القدس هي شركة مساهمة محدودة لا تخضع قراراتها للطعن أمام محكمة العدل العليا لأنها لا تعتبر في أي حال من الأحوال أنها من أشخاص القانون الإداري) (11). غير أن هناك جهات خاصة اعتبر المشرع في قانون تشكيل المحاكم لعام ٢٠٠١م والمعدل عام ٢٠١٤م قراراتها قرارات إدارية كالنقابات المهنية والجامعات والاتحادات وجمعيات النفع العام التي نص المشرع على إمكانية الطعن بقراراتها بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا. فوفقا لنصوص قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين (تتمتع النقابة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي)، (ويجوز للمحامي الموقوف مؤقتا الطعن على قرار الوقف لدى محكمة العدل العليا خلال أسبوعين) و(للمحامي المدان بمقتضى قرار تأديبي الحق في الطعن على قرار الإدانة أمام محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه القرار) (12).

ولا تعتبر القرارات الصادرة عن هيئات أجنبية أو دولية في فلسطين قرارات إدارية تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا كالقرارات الصادرة عن السفارات والقنصليات الأجنبية وعن فروع المنظمات الدولية والجهوية والقارية وعن المدارس الكنسية ومدارس وكالة غوث اللاجئين. فقد قضت محكمة العدل العليا بمرام الله (إن جمعية الهلال الأحمر الفلسطينية هي جمعية تعاونية ذات نفع عام والعامل بها والموظف بها ليس موظفاً عاماً، والوظائف التي تحتوي عليها ليست وظائف عامة، وهي خاضعة لقانون العمل، وإن قراراتها لا تخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا) (13). أما القرارات الصادرة عن السفارات والقنصليات والممثلات الفلسطينية أو عن المدارس الفلسطينية في الدول الأجنبية، وكذلك تعتبر قرارات إدارية تلك الصادرة عن إدارة فروع جامعة القدس المفتوحة في الدول العربية (14).

الفرع الثالث

القرار الإداري يحدث أثرا قانونيا

يشكل الأثر القانوني الركن الثالث للقرار الإداري الذي يحدثه لدى إحداث أو إلغاء أو تعديل مركز قانوني، إذ يعرف محل القرار هو الأثر الذي ينتج عنه مباشرة وحالا (15). وبالأثر القانوني يتميز القرار الإداري عن الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة كحوادث السيارات والأعمال التنفيذية، والأثر القانوني قد يكون عام ومجرد متمثلا باللوائح والأنظمة، أو يكون فرديا عندما ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزا قانونيا خاصا بفرد أو مجموعة من الأفراد.

المطلب الثالث معيار تمييز القرار الإداري

تناول الفقه والقضاء تمييز القرار الإداري عن التشريع والحكم القضائي في معيارين هما:

الفرع الأول المعيار العضوي

يتم النظر بمقتضى هذا المعيار للعمل القانوني من خلال السلطة التي أصدرته، فإذا صدر العمل عن السلطة التشريعية يكون عملا تشريعيًا، وإذا صدر عن السلطة القضائية يعتبر عملا قضائيًا، وإذا صدر عن السلطة التنفيذية يعتبر عملا إداريًا بغض النظر عن مضمون هذا العمل. وبالرغم من بساطة هذا المعيار إلا أن العمل به يتطلب الالتزام بمبدأ الفصل التام بين السلطات، وهذا لم يعد يتحقق في الدول المعاصرة، حيث تمارس كل سلطة اختصاصات تعود أصلا للسلطة الأخرى، فالسلطة التنفيذية تمارس اختصاصا تشريعيًا من خلال سلطتها في سن اللوائح والأنظمة والتعليمات الإدارية، واختصاصا قضائيًا من خلال فصل الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في بعض النزاعات كاللجان التي تنظر في الاعتراضات واختصاص المحافظ في حل المنازعات ومفتش العمل في حل المنازعات العمالية، كما أن السلطة التشريعية قد تمارس وظيفة قضائية من خلال سلطتها في محاكمة رؤساء الدول والوزراء وسلطة تنفيذية من خلال المصادقة على بعض القرارات الإدارية.

ويجد هذا التداخل في الوظائف بين السلطات من صلاحية المعيار العضوي للأخذ به على إطلاقه في التمييز. ولم تتأثر محكمة العدل العليا بادی الأمر بهذا المعيار إذ كانت تعتبر صدور القرار الإداري عن سلطة إدارية شرطًا أساسيًا لا يرقى لدرجة المعيار (إن الشرط الأساسي لاعتبار القرار قرارًا إداريًا أن يصدر عن سلطة إدارية لا عن سلطة قضائية أو تشريعية)⁽¹⁶⁾.

وقضت في قرار آخر (إن القوانين المؤقتة التي تصدرها السلطة التنفيذية تعتبر في الواقع من قبيل الأعمال التشريعية التي لا يمكن الطعن بها بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا)⁽¹⁷⁾.

ونرى أن هذا ينطبق على القرارات بقانون التي تصدر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في حالات الضرورة بمقتضى المادة ٤٣ من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣م، ما لم يكن موضوعه قرار إداري يتطلب ليكون نهائيًا صدوره بقرار بقانون.

ويلاحظ أن محكمة العدل العليا برام الله لم تستقر على رأي بخصوص القرارات الصادرة عن الجهات القضائية، إذ نجدها ميزت بين القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة العليا والقرارات الصادرة عن القضاء الشرعي والقرارات الصادرة عن القضاء العسكري وكذا القرارات الصادرة عن النائب العام فنجدتها قضت بالمعيار العضوي بالنسبة لرئيس المحكمة العليا النظامية في القرار رقم

٢٠٠٣/٣٤ والذي كان يتعلق بتوقيع الحجز التحفظي على أرض لحين الفصل في الدعوى الجزائية رقم ٢٠٠٣/٣ حفاظا على النظام والأمن العام علما بأن الدعوى كانت منظورة أمام محكمة بيت لحم ولا اختصاص لرئيس المحكمة العليا إزاءها فقضت وجانبها الصواب برأينا بقولها (يعتبر قرارا قضائيا كل قرار يتخذه القضاء بأي موضوع محل نزاع بين أطرافه ولا تختص محكمة العدل العليا بمعالجة مثل هذا القرار... ولا يمكن بأي حال من الأحوال معالجة أي قرار صادر عن قاضي أو هيئة قضائية حتى ولو لم تكن مشكلة تشكيلا قانونيا، وحتى ولو أن انعقادها لم يكن حسب القانون، أو حتى ولو لم يكن للقاضي اختصاص من عدمه، فالقاضي الذي يصدر قرارا لا يتعلق باختصاصه فطريق الطعن نص عليها القانون، وهي الطعن بهذا أمام مرجع قضائي يخوله النظر في الطعن. إن القاضي وهو يصدر قراره سواء كان موافقا للقانون والأصول أم لم يكن كذلك لا ينفي الصفة القضائية عن هذا القرار)⁽¹⁸⁾.

ولم تسلك نفس الموقف في القرارات الصادرة عن القضاء الشرعي، فبداية التزم المحكمة بالمعيار العضوي فقضت (أي قرار يصدر من المحاكم الشرعية في إجراءات تحرير التركة يعتبر من القرارات القضائية التي لا صلاحية لمحكمة العدل التعرض لها)⁽¹⁹⁾.

غير أنها تراجعت عن المعيار العضوي لاحقا فقضت بإلغاء القرارات لعدم اتفاق تشكيلا المجلس مع المرسوم، في قرارها في دعوى عدل عليا المتعلقة بالطعن ضد المجلس الأعلى الشرعي ورئيس المجلس الأعلى الشرعي إزاء القرارين رقم ١٤-١٦-٨٣/٢٠٠٩ المتضمنان رفع الحصانة عن المستدعي وكف يده عن العمل (ولما كانت القرارات الطعينة قد صدرت عن هيئة مشكلة تشكيلا مخالفا للمرسوم الرئاسي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٣ فإن القرارات الصادرة بالاستناد إليها تكون حقيقة بالإلغاء لمخالفتها القانون)⁽²⁰⁾.

ونجد أن قضاءها استقر على الأخذ بالمعيار الموضوعي فيما يخص قرارات القضاء العسكري فقضت بأن المستدعي شخص مدني وهو موقوف من قبل هيئة القضاء العسكري ولم يتم عرضه على النيابة العامة خلال مدة أربعة وعشرون ساعة.... فقد جرى توقيفه من قبل رئيس هيئة القضاء العسكري. وحيث أن الأمر يخرج عن نطاق اختصاص المحاكم العسكرية طبقا لأحكام المادة (١٠١) من القانون الأساسي التي نصت على (تشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة وليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج الشأن العسكري وبالتالي فإن قرار السيد رئيس هيئة القضاء العسكري بتوقيف المستدعي يشكل غصبا للسلطة كما أنه يمس حرية المستدعي الشخصية التي كفلها القانون الأساسي في المادتين (١٢، ١١) ولذلك فإن قرار توقيف المستدعي يكون قرار منعما)⁽²¹⁾.

وبرأينا تجاهلت المحكمة هنا كون رئيس هيئة القضاء العسكري هو رئيس المحكمة العسكرية العليا ويقوم بتطبيق قانون العقوبات الثوري لسنة ١٩٧٩ وقانون أصول المحاكمات الثوري لسنة ١٩٧٩م والتي تعد بنظرنا شانا عسكريا ويسمح في مواد عديدة بمحاكمة مدنيين بتصرفون كعسكريين من التنظيمات المسلحة أو مدنيين يعتدون على عسكريين، وأنه كان على المحكمة رد الدعوى بعدم الاختصاص لعدم تعلقها بقرار إداري بل بحكم قضائي.

وتكرر ذلك بشأن القرارات الصادرة عن النائب العام فنجدها بادئ الأمر التزمت بالمعيار

العضوي فقضت (القرارات التي يصدرها النائب العام في حدود اختصاصه تعتبر من الأعمال القضائية التي لا تملك محكمة العدل صلاحية النظر في طلب إغائها)⁽²²⁾.

وقضت لاحقا بالمعيار الموضوعي بإلغائها قرار النائب العام القاضي بإيداع الحجز التحفظي على أرصدة المستدعي لدى فروع البنك كون القرار مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة والتعسف في استعمالها بدعوى عدم وجود سند قانوني يعطي الحق للنائب العام بإصدار ذلك القرار. علما بأن النائب العام ليست له أية صلاحية إدارية إزاء عموم الأفراد فقراراته وفق المعيار الموضوعي إما ضبطية قضائية مشروعة أو ضبطية قضائية مجافية للمشروعية ولا اختصاص لمحكمة العدل العليا بشأن القرارات الصادرة عنه⁽²³⁾. ويتسم المعيار العضوي بالبساطة والسهولة في التطبيق غير انه لا يهتم بجوهر التصرف.

الفرع الثاني المعيار الموضوعي

يميز هذا المعيار القرار الإداري عن غيره من القانون والحكم القضائي طبقا لموضوع أو محتوى العمل، فإذا كان موضوعه يتعلق بقواعد عامة مجردة فيعتبر ذو طبيعة تشريعية بغض النظر عن السلطة العامة التي صدر عنها، وإذا كان يتعلق بالفصل في المنازعات والخلافات التي تنشأ بين الأشخاص العامة أو الخاصة فيكون العمل ذو طبيعة قضائية بغض النظر عن السلطة العامة التي أصدرته⁽²⁴⁾.

أولا: التمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي

يرى العميد (دوجيه) أن البناء القانوني للدولة يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والفردية، وأن الأعمال القانونية التي تصدرها السلطات المختلفة هي الأساس أو الدعامة التي يرتكز عليها هذا البناء، وهي التي تولد المراكز القانونية وبالتالي فهي التي تنشئ أو تعدل أو تلغي المراكز القانونية العامة أو الخاصة⁽²⁵⁾.

ويتعلق المركز القانوني العام بالمركز الذي يكون محتواه واحدا بالنسبة لفئة معينة من الأفراد بينما المركز القانوني الخاص فهو الذي يتحدد مضمونه بالنسبة لكل فرد على حدة. وتأسيسا على ذلك قسم دوجيه الأعمال القانونية من حيث ما ترتبه من آثار إلى:

1. أعمال مشرعة: تنشئ وتعدل وتلغي المراكز القانونية كالقوانين والأنظمة.
2. أعمال ذاتية: يتولد عنها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية خاصة كالعقد.
3. أعمال شرطية: تتعلق بالأعمال التي تصدر بصدد فرد معين أو مجموعة من الأفراد محددين بذواتهم ويترتب عليها إلحاقه أو إلحاقهم بمراكز قانونية موضوعية لم تكن تنطبق عليه أو عليهم من قبل كالقرارات الإدارية.

فالقرار الإداري هو الشرط الذي لا بد من توفره حتى ينتقل الفرد إلى الحالة القانونية الجديدة، بينما العمل التشريعي هو العمل الذي يتضمن قاعدة عامة مجردة بغض النظر عن الهيئة التي أصدرته أما القرار الإداري فيتسم بالخصوصية والفردية ويتعلق بحالة معينة ولا ينطبق على سواها.

ثانيا: التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي

يعد التمييز بين القرار الإداري والحكم القضائي رغم اختلافهما أمرا في غاية الدقة لأن كلاهما ينقل حكم القانون من حالة العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية والتجسيد، وذلك بتطبيقها على الحالات الفردية المعروضة أمام الإدارة والقضاء. ولم تفلح محاولات الفقه لوضع معيار مميز بينهما، ومن الآراء الفقهية التي قدمت ما يلي:

١. نظرية السلطة التقديرية: فحوى هذا المعيار يصدر القرار الإداري عن إدارة تتمتع بسلطة تقديرية بينما يصدر الحكم القضائي عن سلطة ذات اختصاص مقيده. وهذا المعيار لا يصدق من حيث أن سلطة الإدارة أحيانا تكون مقيدة كما كالترقية بالأقدمية وأن سلطة القاضي تتمتع أحيانا بدرجة كبيرة من التقدير بخصوص ظروف الجريمة والحد الأدنى أو الأقصى من العقوبة التي قررها المشرع.
٢. التلقائية: ذهب رأي ثاني إلى أن القرار الإداري يصدر بتلقائية بينما يصدر الحكم بناء على دعوى أو دفع، وهذا الرأي لا يصدق إزاء القرارات الإدارية التي تصدر بناء على طلب من الأفراد كالاستقالة والتقاعد المبكر مثلا.
٣. طبيعة العمل وموضوعه: فحوى هذا المعيار أنه إذا كانت السلطة العامة تفصل في حق شخصي موضع منازعة أمامها فإن هذا العمل يعد قضائيا، إلا أن هذا الرأي لا يصدق بحكم أن الإدارة قد تفصل في المنازعة التي تعرض عليها بقرار إداري لا بحكم ونمثل عليها بالقرارات التأديبية. لذلك فهو لا يكفي كمعيار مميز لذلك أضاف إليه بعض الفقه عنصر الغرض من العمل باعتبار أن الإدارة تستهدف من قراراتها تحقيق المصلحة العامة بينما يهدف القضاء حماية النظام القانوني للدولة⁽²⁶⁾.

الفرع الثالث

الجمع بين المعيار الموضوعي والمعيار العضوي

يتحتم بموجب هذا المعيار الاستفادة من المعيار العضوي والموضوعي معا، وبهذا قضت محكمة العدل العليا (الرأي الراجح الذي اتجه إليه القضاء في مختلف البلدان هو الأخذ بالمعيارين معا مع بعض الضوابط وبمقتضى هذا الرأي يعتبر القرار قضائيا إذا صدر عن هيئة تستمد ولاية القضاء

من قانون محدد لاختصاصها مابين لإجراءاتها وأن يكون حاسما وبصورة نهائية في نزاع بين طرفين على حقوق ذاتية وأن يكون القانون قد أوضح القواعد التي تنطبق على النزاع ووجهة الفصل فيه⁽²⁸⁾.
والرأي الراجح للقضاء في الدول المقارنة هو (الأخذ بالمعياريين مع بعض الضوابط، وبمقتضى هذا الرأي يعتبر القرار قضائيا إذا صدر عن هيئة تستمد ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مابين لإجراءاتها وأن يكون حاسما وبصورة نهائية في نزاع بين طرفين)⁽²⁹⁾.

ونجد تطبيقا لهذا المعيار لدى محكمة العدل العليا الأردنية. وأخذت محكمة العدل العليا بمرام الله بالجمع بين العضوي والموضوعي إذ قضت باعتبار قرار رئيس الإجراء القاضي بتكليف المستدعي استصدار حجة حصر إرث من القرارات الإدارية التي تصدر عن دائرة الإجراء (إن هذين القرارين لا يمكن الطعن فيهما إلا على أساس اعتبارهما إداريين لأنهما ليسا من القرارات المنصوص عليها في المادة ٥ من قانون الإجراء)⁽³⁰⁾.

وقضت أيضا بأن قرارات لجان التخمين لا تعتبر إدارية (وحيث أنه يستفاد من ذلك أن قرارات لجان التخمين البدائية والاستئنافية وإن كانت صادرة عن لجان إدارية إلا أنها لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية التي تختص محكمة العدل العليا بإلغائها)⁽³¹⁾.

المبحث الثاني

أركان وشروط صحة القرار الإداري

لا يميز الفقه لدى دراسة القرار الإداري بين أركانه وشروط صحته ودرجوا على الجمع بينهما علما بأن القرار الإداري يستند إلى ثلاثة أركان هي الإرادة المنفردة والاختصاص والمحل، وإلى ثلاثة شروط صحة هي الشكل والسبب والغاية، ومحور التمييز أن الركن إذا لحق به عيب جسيم يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، بينما شروط الصحة إذا لحق بها عيب جسيم تكون غير مشروعة وتتحصن بعد مضي مدة الطعن القضائي.

المطلب الأول

ركن الاختصاص

تقوم دولة القانون على مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم على تحديد اختصاص كل سلطة من السلطات وإدارة من الإدارات وفقا لنصوص الدستور والقانون، ولم يعد تشعب العمل الإداري واتساع نطاقه يسمح بتركيز السلطة الإدارية بيد فرد بل توزيع الصلاحيات في إطار عدم التركيز الإداري واللامركزية الإدارية الأمر الذي جعل من صدور القرار الإداري عن سلطة إدارية غير مختصة قانونا خروجاً على المشروعية.

الفرع الأول تعريف ركن الاختصاص

عرف د. ماجد راغب الحلو الاختصاص بأنه (السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصدار قراره)⁽³²⁾. فهو يعني القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين موضوعيا ومكانيا وزمانيا، أو هو القدرة القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار سواء كان عضواً أو هيئة في إصدار قرار إداري.

ويشبه ركن الاختصاص في القانون العام الأهلية في القانون الخاص من حيث أن كلا منهما يعني القدرة على الإتيان بتصرف تترتب عنه آثار قانونية، ويختلفان من حيث غاية تحديد قواعد الاختصاص فتركز الأهلية في القانون الخاص على كفاية النضج العقلي للشخص أو عدمه بينما غاية التصرف في القانون الإداري هو تحقيق المصلحة العامة والتخصص في مباشرة العمل الإداري. ويتصل بالسلطة العامة والتنظيم المحدد من المشرع لكي تتحدد المسؤوليات وتتحقق السرعة في الإنجاز⁽³³⁾. والأصل أن المشرع هو الذي يحدد اختصاص أعضاء الإدارة، وفي حالة غياب النص يتكفل القياس بالتحديد حسب طبيعة ونوع النشاط والسلطة الإدارية الأقرب له.

الفرع الثاني مميزات ركن الاختصاص

- أولاً: قواعد الاختصاص من النظام العام: يترتب على اعتبارها من النظام العام:
١. يمتنع على الإدارة تعديلها أو التنازل عنها أو الاتفاق على عكسها، فالاختصاص واجب يلزم صاحبه بأن يمارسه بنفسه وليس حقاً لمن تقرر له يسوغ له أن يعهد به لسواه إلا بتفويض قانوني مكتوب مستند إلى نص.
 ٢. يجوز للخصوم إثارته في أية مرحلة من مراحل التقاضي ولو لم يشر إليه في اللائحة.
 ٣. يجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لم يطلبها الخصوم⁽³⁴⁾.
 ٤. لا يبرر عدم الاختصاص بالاستعجال.
 ٥. عيب عدم الاختصاص لا تصححه الإجازة اللاحقة من صاحب الاختصاص، وتعني صدور القرار من سلطة غير مختصة وبعد ذلك تقوم السلطة المختصة بإجازة ذلك التصرف، ولا يقبل الإجازة اللاحقة سواء تعلق بعيب عدم الاختصاص البسيط أم الجسيم الذي يصل إلى درجة الانعدام وذلك للأسباب التالية:

١. يؤدي القول بالإجازة اللاحقة إلى ارتداد القرار بأثر رجعي من تاريخ صدوره لا من تاريخ حدوث الإجازة اللاحقة ويحتاج ذلك إلى نص قانوني خاص يميز رجعية القرار.
٢. يكون البحث في سلامة القرار بالرجوع إلى تاريخ صدوره بصرف النظر عن الظروف الواقعية

والقانونية اللاحقة لذلك.

٣. تعد مسائل الاختصاص من النظام العام فلا يجوز تأجيلها إلى تاريخ لاحق إذ يجب احترامها في وقت صدور التصرف ولا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال.
٤. إن القول بجواز التصحيح في ركن الاختصاص سيؤدي إلى إمكان جواز الإجازة اللاحقة في أركان وشروط صحة القرار الإداري الأخرى إذا شابها عيب، وهذا من شأنه إهدار لكل قواعد المشروعية التي تضمنتها الدساتير والقوانين، ويشجع الجهات الإدارية على مخالفة قواعد الاختصاص بحجة إمكانية تصحيحها في أي وقت.

وقضت محكمة العدل العليا بعدم جواز الإجازة اللاحقة لعدم الاختصاص (أما صدور قرار من وزير الداخلية بالموافقة على قرار المتصرف فلا يصحح الإجراء الذي قام به المتصرف لأن قرار المتصرف يفرض أنه مختص بإصداره لا يفتقر إلى موافقة وزير الداخلية من جهة ولأن وزير الداخلية لم يستعمل صلاحيته بحق المستدعين بصورة مباشرة)⁽³⁵⁾.

ويتضح من قضاء محكمة العدل العليا برام الله أخذها بالإجازة اللاحقة لعيب الشكل والإجراء فقضت (يعدو قاصرا عن إحداث أثره إذا قامت الإدارة بتدارك ما فاتها من استيفاء الشكل أو الإجراء الناقص دون أن يكون من شأن ذلك التدارك التأثير بتغيير ما في مضمون القرار الإداري أو ملاءمة إصداره). فمثلا لو صدر قرار إداري يهدم منزل آيل للسقوط ولم يستند إلى تقرير هندسي يؤيد ذلك، فإن إعداد تقرير هندسي لاحق يؤيد أبلولة المنزل للسقوط يؤدي لتدارك عيب الشكل والإجراء، ويغدو القرار مشروعاً. وقضت أيضا (القرار الإداري المعيب ابتداء بسبب عدم ذكر الأسباب يعتبر باطلا ولا تصححه ذكرها أمام المحكمة بل لا بد من صدور قرار جديد يتضمن ذكر الأسباب)⁽³⁶⁾.

الفرع الثالث

صور عدم الاختصاص

يعتبر تحديد الاختصاص بإصدار القرار الإداري سواء من ناحية الشكل أو الموضوع من عمل المشرع، ويجب أن تصدر القرارات من الإدارة التي حددها القانون وفي حدوده. وقد يعهد المشرع بسلطة إصدار القرار الإداري إلى جهة معينة بذاتها، وقد يشرك عدة سلطات بإصداره ليكون نهائياً وتنفيذياً وصدور القرار من أحدها فقط يعيب القرار في ركن من أركانه وهو ركن الاختصاص.

ويكون الاختصاص مقصوراً على الجهة التي تصدر القرار حتى ولو اشترط المشرع على جهة الاختصاص احترام إجراء معين كاستشارة لجنة أو مجلس قبل ممارسة الاختصاص، وسواء كان رأي هذه الجهة استشارياً أم إلزامياً فتخلف ذلك يجعل القرار فاقداً للشرط من شروط صحته. ويمكن التمييز بين صورتين لعدم الاختصاص بالنظر إلى جسامة الخطأ:

أولاً: عدم الاختصاص البسيط

- يتحقق عندما تكون المخالفة لركن الاختصاص تنحصر فيما بين السلطات الإدارية المتقاربة الاختصاص بالموضوع والزمان والمكان، ويأخذ هذا العيب الصور التالية:
1. عدم الاختصاص الموضوعي: ينصرف هذا العيب على مخالفات قواعد الاختصاص المنصوص عليها بالقانون بمعناه الواسع. ويأخذ الأشكال التالية:
 1. اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية من نفس مستواها: كتمارسه وزير الداخلية لاختصاص أسنده المشرع لوزير البيئة أو لقائد جهاز أمني.
 2. اعتداء سلطة إدارية دنيا على اختصاص سلطة إدارية عليا: كأن يباشر وكيل الوزارة اختصاصا أصيلا للوزير. (إن اعتداء السلطات الإدارية الدنيا على اختصاص السلطات الإدارية العليا يؤدي إلى عدم مشروعية القرارات الصادرة لعدم الاختصاص حتى ولو اتخذت هذه القرارات بناء على أوامر من السلطة المختصة أو بترخيص منها)⁽³⁷⁾. وقضت محكمة العدل العليا بام الله (لا يجوز للمحافظ أن يقوم بوظيفة الضبطية القضائية إلا في حالة الجرم المشهود أما في الجرائم غير المشهودة التي يطلع عليها فعليه أن يقوم بإبلاغ النيابة العامة عن تلك الجرائم وذلك وفقاً لأحكام المادة (٧) من المرسوم الرئاسي رقم (٢٢) لسنة (٢٠٠٣) بشأن إختصاصات المحافظين)⁽³⁸⁾.
 3. اعتداء سلطة إدارية عليا على اختصاص سلطة إدارية دنيا كاعتداء المجلس البلدي على اختصاصات رئيس البلدية. قضت محكمة العدل العليا (إن حق الاستغناء عن خدمات موظف غير مصنف في البلدية منوط برئيس البلدية لا بالمجلس البلدي، ولذلك فقرار المجلس البلدي بعزل هذا الموظف يعتبر باطلا لعدم الاختصاص)⁽³⁹⁾.
 4. اعتداء سلطة إدارية على اختصاص مجلس، كأن يعتدي وزير الاقتصاد على اختصاصات مجلس إدارة مؤسسة المواصفات والمقاييس، أو وزير الحكم المحلي على اختصاص المجلس القروي⁽⁴⁰⁾.
 5. اعتداء المفوض على اختصاصات المفوض إليه: يمنع تفويض الاختصاص أن يمارس المفوض الاختصاصات التي فوضها للمفوض إليه ما لم يصدر قرار بإنهاء التفويض أو بانتهاء مدته، فإذا مارسها المفوض يكون قراره مجاف للمشروعية. ويجب أن يكون قرار التفويض سابقا لمباشرة الاختصاص كما قضت بذلك محكمة العدل العليا بام الله (وحيث أن القرار المطعون فيه قد صدر عن مجلس الوزراء فإنه يكون قد صدر عن جهة غير مختصة، ولا يغير من الأمر شيئا إصدار مديرية هندسة المركبات في وزارة النقل والمواصلات بتاريخ ٥/١/٢٠٠٥ التفويض رقم (٢٤٥/٢٠) والذي جاء لاحقا للقرار المطعون فيه بل إن صدور هذا التفويض يؤكد على أن وزارة النقل والمواصلات هي صاحبة الاختصاص الأصيل بإصدار تراخيص فحص المركبات (الدينومتر))⁽⁴¹⁾.

٢. عدم الاختصاص المكاني: يبدو عدم الاختصاص المكاني عندما تعدي سلطة إدارية محدد اختصاصها ضمن نطاق جغرافي معين فتصدر عنها قرارات ينحصر مكان تابع لاختصاص سلطة إدارية أخرى محدد اختصاصها ضمن نطاق جغرافي معين. ومثالها أن يعتدي محافظ رام الله على اختصاص محافظ نابلس أو أن يباشر مدير شرطة الخليل اختصاصا في مكان يخضع لاختصاص مدير شرطة بيت لحم.

٣. عدم الاختصاص الزمني: يبدو عدم الاختصاص الزمني عندما يصدر القرار من سلطة إدارية في وقت سابق أو لاحق على منحها الاختصاص. ومثالها أن يصدر الوزير الجديد قرارا قبل حلفه اليمين ومنحه الثقة، أو أن يصدر في وقت لاحق لمغادرته الوظيفة لأي سبب من الأسباب كالعزل أو الاستقالة أو النقل أو انتهاء الاجل، كأن يصدر قرار من المفوض إليه في موضوع التفويض بعد انتهاء مدته.

وفي جميع الحالات السابقة يكون القرار معيبا بعبء عدم الاختصاص البسيط الذي يؤدي إلى جعل القرار قابلا للسحب والإلغاء الإداري والطعن القضائي داخل أجل ستين يوما من العلم بالقرار أو من الأجل الذي يحدده المشرع، وإلا أصبح محصنا من السحب والإلغاء والطعن القضائي.

ثانيا: عدم الاختصاص الجسيم أو غضب السلطة

اختلف الفقه والقضاء في النظم المقارنة في ما ينحصر الحالات التي تدخل ضمن نطاق اغتصاب السلطة والتي تؤدي بالقرار الإداري إلى الانعدام، فمنها من يوسع من نطاق هذه الحالات كما في مصر وفلسطين والأردن التي عرفت حالات الانعدام بقولها (القرار المنعدم هو الذي يصدر عن فرد عادي ليس له أي صفة عامة أو من سلطة إدارية في موضوع من اختصاص السلطتين التشريعية أو القضائية أو يصدر عن سلطة إدارية اعتداء على اختصاص سلطة إدارية لا علاقة لها به كصدور قرار من وزير يتعلق بوزارة أخرى أو اعتداء موظف على اختصاص مجلس يملك وحده إصدار القرار الإداري)⁽⁴²⁾.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية (غضب سلطة المشرع يترتب عليه انعدام القرار لإصابته بعبء جسيم، وتأميم قرار إداري ما لم ينص القانون على تأميمه قرار معدوم)⁽⁴³⁾.

وقضت ووسعت من حالات الانعدام بالقول (سواء اعتبر الاختصاص أحد أركان القرار الإداري أم أحد مقومات الإرادة التي هي ركن من أركانه فإن صدور القرار الإداري من جهة غير منوط بها إصداره قانونا يعيبه بعبء جسيم ينحدر به إلى حد العدم طالما كان في ذلك افتئات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة)⁽⁴⁴⁾.

وكذلك قضت محكمة العدل العليا برام الله بانعدام القرار الإداري الصادر عن مدير الشرطة عوضا عن وزير الشؤون الاجتماعية (وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد غير صادر عن السلطة المختصة بإصداره وفق أحكام القانون ويكون بالتالي مشوبا بعبء عدم الاختصاص الوظيفي، وهو

قرار منعدم لصدوره من جهة غير مختصة⁽⁴⁵⁾.

ونرى أن محكمة العدل العليا برام الله جانبت الصواب إذ قضت بانعدام قرار مدير الحكم المحلي المتضمن عدم إلزام البلدية في جدولة الديون المستحقة وتشكيل لجنة لذلك باعتبار أن القرار يشكل تعديا على اختصاص هيئة مستقلة إداريا وماليا (القرار الطعين مخالف مخالفة جسيمة للقانون وبعبء عدم الاختصاص وينحدر به إلى درجة الانعدام)⁽⁴⁶⁾.

كما أننا نرفض أي تبرير لتقرير انعدام قرار وزير الداخلية إزاء جمعية خيرية لأن نشاط البلديات في صلب اختصاص وزير الحكم المحلي ونشاط الجمعيات في صلب اختصاص وزير الداخلية وبرأينا حيثما وجدت علاقة مركزية أو لامركزية بين سلطتين أو بين إدارة وشخص خاص فلا مجال لتقرير الانعدام.

وإن كنا لا نساير الاجتهاد القضائي بالتوسع في حالات الانعدام لأن ذلك يتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات، فإننا نتفق مع النظم التي حصرت حالات الانعدام في مخالفات جسيمة محددة لركن الاختصاص على النحو الآتي:

١. صدور القرار الإداري من موظف عام لا يتمتع بسلطة إصدار القرارات الإدارية كالسكرتارية والأذنة والحراس.

٢. صدور القرار الإداري من شخص عادي لا علاقة له بالوظائف الإدارية مع مراعاة نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية.

٣. صدور القرار من سلطة إدارية في اختصاص تعود مباشرة للسلطة القضائية كأن تصدر قرارات إدارية عن سلطة إدارية تحسم في النزاعات الحقوقية أو الجزائية بين الأفراد والتي يعود الاختصاص بشأنها للمحاكم. كأن يقرر المحافظ تحلية مأجور لامتناع المستأجر عن دفع الأجرة. فقد قضت محكمة العدل العليا برام الله (لا يجوز لجهاز الأمن الوقائي أن يحتجز بطاقة هوية المستدعي ومركبته ومنعه من السفر بقرار من لدنه لأن ذلك يجب أن يتم بموجب قرار قضائي صادر وفق أحكام القانون من المحكمة المختصة). وقضت في قرار آخر (لا يجوز القانون لأية جهة إدارية أن تتدخل لتجعل من نفسها محكمة للبت في النزاعات الحقوقية بين الأفراد، الأمر الذي يعد تعديا على اختصاصات الجهاز القضائي.. وهو قرار يتوجب إلغاؤه)⁽⁴⁷⁾.

٤. صدور قرار إداري من سلطة إدارية في اختصاص تعود مباشرة للسلطة التشريعية كأن يصدر قرار عن سلطة إدارية يقضي بتعديل قانون أو المصادقة على معاهدة أو قرض أو تنظيم مؤسسة عامة أو رفع الحصانة عن نائب برلماني.

٥. صدور القرار الإداري بدون توقيع من السلطة المختصة بإصداره: يدل توقيع القرار على وجوده وبالتالي فإن أي وثيقة تتضمن قرارا غير موقع لا تحدث أي أثر قانوني، كما نرى أن توقيع القرار لا يتعلق بشكل القرار بل بتحديد الصلاحية أو الاختصاص.

٦. صدور القرار الإداري متضمنا مخالفة للقانون الأساسي أو الدستور كما تقرر في اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية.

المطلب الثاني محل القرار الإداري

يرتبط ركن المحل بركن الاختصاص، فالمحل هو الاختصاصات المسندة للسلطة الإدارية، ومن القرارات ما يحدث محله أثراً قانونياً فيقبل الطعن بالإلغاء، ومنها من لا يحدث محله أثراً قانونياً فلا يقبل الطعن بالإلغاء. فمحل القرار هو موضوعه أو فحواه أو هو الأثر القانوني الذي ينتج عنه.

الفرع الأول تعريف محل القرار الإداري

يتميز القرار الإداري عن باقي تصرفات الإدارة بأنه تصرف ينطوي على تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة بقصد ترتيب أثر قانوني. ونعرف الأثر القانوني بأنه (إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها) وبهذا يتميز عن محل العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة حالة مادية أو واقعية. وقد يكون الأثر القانوني عاماً عندما ينشئ مراكز قانونية عامة ومجردة سواء بإلغاء أو إحداث أو تعديل المراكز القانونية لكل من يخاطب به ويطلق عليه مصطلح نظام أو لائحة أو مرسوم أو قرار إداري تنظيمي، ومثاله صدور قرار يتعلق بنظام الدراسة في كلية الحقوق فيكون محل هذا القرار هو الخطة الدراسية في كلية الحقوق. وقد يكون الأثر القانوني فردياً عندما ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً خاصاً بفرء أو مجموعة محددة من الأفراد ويسمى قرار إداري فردي. فمحل القرار إذاً هو الأثر الذي ينتج عنه مباشرة وفي الحال، ومثاله صدور قرار بتعيين موظف فمحل القرار هو التعيين⁽⁴⁹⁾. وبحدوث الأثر القانوني يصبح المخاطب بالقرار الإداري محملاً بالتزام بعمل شيء فيكون أثر قانوني إيجابي، أو الامتناع عن عمل شيء فيكون أثر قانوني سلبي. ويكون من حق الإدارة تنفيذ قراراتها مباشرة لأن القرار الإداري يصدر مقترناً بقرينة السلامة وبدون حاجة لحكم قضائي، ويجوز استعمال وسائل الإكراه المادي في حالة الضرورة أو عدم رضا المخاطب بالقرار بتنفيذه. فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية (لا يملك الموظف الذي تقرر نقله الامتناع عن تنفيذ قرار النقل وإلا تعرض للاستغناء عن خدماته)⁽⁵⁰⁾.

الفرع الثاني شروط صحة محل القرار الإداري

يشكل محل القرار الإداري موضوع دعوى الإلغاء والذي يستلزم شروطاً شكلية وموضوعية لتقضي محكمة العدل العليا بقبول الدعوى شكلاً وإلغائه لمخالفته القانون. فمن حيث الشكل يشترط أن يكون مؤثراً ونهائياً وممكناً ومن حيث الموضوع بيت القاضي بسلامته.

الشرط الأول: أن يؤثر محل القرار في المركز القانوني للطاعن

يقصد بهذا الشرط أن يؤدي القرار الإداري إلى إنشاء قاعدة قانونية أو تعديلها أو إلغائها، فالقرار الصادر بتعيين موظف أحدث له مركزاً قانونياً كموظف عام إزاء الإدارة، والقرار الصادر بهدم بناء ألغى مركزاً قانونياً للبناء القائم، والقرار الصادر بنقل موظف من إدارة إلى أخرى يعدل في مركزه القانوني، وتعديل نظام الدراسة في الجامعة يؤثر على الخطة الدراسية لطلاب الجامعة. وتصدر عن الإدارة قرارات إدارية لا تؤثر في المركز القانوني للمخاطب بها، وإذا جرى الطعن فيها بالإلغاء ترد الدعوى شكلاً ونمثلة عليها بما يلي:

١. الأعمال التحضيرية: يشترط المشرع أحياناً قبل صدور قرار إداري قيام الإدارة بإجراء أو أكثر، ومثلها القرارات الإدارية المركبة كقرار إبرام عقد إداري أو الفوز بالانتخابات أو استملاك عقار. ومن القرارات الإدارية ما يتطلب تنسيب من سلطة إدارية أخرى، ومنها ما يتطلب استشارة أو توصية من إدارة أخرى، والتنسيب والاستشارة والتوصية والإعلان والامتحان قرارات إدارية غير محدثة لأثر قانوني وتشكل إجراء أو سبباً أو شرطاً لصدور أو اكتمال القرار. فقد قضت محكمة العدل العليا بام الله (إن تشكيل لجنة تحقيق والإحالة إلى التحقيق لا تعتبر من القرارات الإدارية التنفيذية التي من شأنها أن تولد أثراً قانونية ولا تقبل الطعن بدعوى الإلغاء) (51)

وقضت في قرارات عديدة (لا يعتبر التنسيب قراراً إدارياً بالمعنى القانوني للقرار الإداري القابل للطعن بدعوى الإلغاء) (52). وقضت أيضاً (الإجراءات الإدارية للحصول على رخصة ليست من قبيل القرارات الإدارية النهائية التي تخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا) (53). وقضت أيضاً (يعد قرار تشكيل لجنة العطاءات من الإجراءات التمهيديّة للعطاء والتي تنتهي بقرار الإحالة) (54).

٢. القرار التوكيدي: هو القرار الصادر عن الإدارة ويؤكد على أثر قانوني سبق أن أحدثه قرار إداري سابق يتعلق بالحالة نفسها، فمثل هذا القرار لا يحدث أثراً قانونياً بل يدل على الأثر القانوني الذي أحدثه قرار سابق، وبالتالي فهو لا يقبل الطعن بالإلغاء. عرفت محكمة العدل العليا القرار التوكيدي (القرار المطعون فيه الذي لم يضاف أو يرتب بذاته أي أثر قانوني يؤثر في مركز المستدعي القانوني وإنما اقتصر دوره على ترديد الأحكام التي تضمنها قرار مجلس الوزراء، إنما هو في حقيقة الأمر قرار توكيدي لا يقبل الطعن) (55). وقضت أيضاً (القرار المطعون فيه هو تأكيد على قرار سابق، وأنه لم تطرأ أو تستجد أية أمور بعد صدور القرار السابق، ولم يحدث القرار المطعون فيه أي تغيير أو تعديل في المركز القانوني للمستدعي، وعليه فإن هذا القرار لا يقبل الطعن) (56).

٣. القرارات التفسيرية: هي القرارات التي تفسر الغموض الوارد في قرار إداري سابق، كأن تقرر البلدية تعبيد شارع أو تمديد شبكة مجاري على نفقة البلدية والسكان، ويصدر قرار بعد ذلك يفسر مساهمة المتفعين من المشروع. فقد قضت محكمة العدل العليا (لا يعتبر الكتاب الصادر عن أمين عام سلطة المياه المتضمن تفسير وتوضيح إجراءات الموافقة على إيصال المياه إلى عقار المستدعي والشروط المتعلقة بذلك قراراً إدارياً يصلح أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء)⁽⁵⁷⁾.
٤. الرغبات والنوايا والتوصيات: قضت محكمة العدل العليا بأن الرغبة لا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري بقولها (فإننا نجد أن طلب مأمور تسجيل أراضي نابلس السابق من المستدعي استكمال أوراقه وإحضار رقم السجل والصفحة المسجلة فيها قطعة الأرض موضوع هذه الوكالة من أجل استكمال إجراءات التسجيل هو مجرد رغبة ولا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري)⁽⁵⁸⁾.
- وقضت محكمة العدل العليا برام الله أن المستدعي قد أسس طعنه على اعتبار أن تأشيرة سيادة المرحوم ياسر عرفات على كتابي سماحة قاضي القضاة بعبارة د. رمزي د. أبو شريعة لعمل اللازم (كما تجدد المحكمة أن العبارة التي أشر بها سيادة الرئيس على كتابي سماحة قاضي القضاة هي مجرد توصية وليست قراراً ملزماً بغض النظر إن كان إصدار مثل هذا القرار يدخل ضمن اختصاص سيادة الرئيس أم لا)⁽⁵⁹⁾.
- وقضت محكمة العدل العليا برام الله (إن مجرد التوصية أو التنسيب أو الإعلان عن الرغبة ليست قراراً إدارياً تنفيذياً ولا يخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا لافتقاره من حيث إعطاء صفة الحق وتكليفه السليم لما يجعله محلاً لذلك)⁽⁶⁰⁾.
٥. المراسلات بين الإدارات والسلطات: قضت محكمة العدل العليا بأن المراسلات لا ترقى إلى مستوى القرار الإداري المحدث للأثر القانوني (وبالعودة على هذا القرار نجد أنه عبارة عن مراسلة من وزير العمل إلى أمين عام المجلس التشريعي تفيد توريد بعض الملاحظات التي توضح موقف الوزارة من الشكوى المقدمة للمجلس التشريعي من اتحاد نقابات مستقلة، ولما كان القرار المطعون فيه لا يعتبر قراراً إدارياً يمكن الطعن فيه بالإلغاء)⁽⁶¹⁾.
٦. الإشعار: الإشعار يشكل طلباً من الإدارة تزويدها بأوراق أو مستندات تخص أثر قانوني سبق اتخاذها أو لزوم القيام بعمل لاستكمال تصرف سابق ولا يرتب أثر قانوني بمفرده. فقضت محكمة العدل العليا (إن إخبار المستدعية أن طلبها سيكون غير مكتمل وستكون الهيئة غير ملزمة بتزويده بالبتروول ومشتقاته مستقبلاً خلال ثلاثة أيام من تاريخ ذلك الكتاب، هذا الإخبار لا يمكن اعتباره قراراً إدارياً لأن مجرد إفصاح الإدارة عن نيتها بخصوص ما ستفعله في المستقبل لا يعتبر قراراً إدارياً بالمعنى القانوني)⁽⁶²⁾.
٧. الإخطار: هو عبارة عن طلب من الإدارة موجه لجهة لأداء عمل أو الامتناع عن القيام عن القيام بعمل خلال مدة معينة يترتب على عدم الالتزام بها اللجوء للإدارة المختصة لتنفيذ ذلك الإخطار، ويختلف الإشعار عن الإخطار من حيث اشتغال الإخطار على تهديد بتنفيذ الموضوع من الإدارة المختصة.

وقد اعتبرت محكمة العدل العليا الإخطار إجراء تمهيديا لا يشكل قرارا إداريا نهائيا من شأنه المساس بالمركز القانوني للمستدعي فقضت (وحيث أن ما جاء في الكتاب ليس قرارا إداريا بل إنه ليس قرارا على الإطلاق، إنما هو إخطار للمستدعي للقيام بعمل معين تحت طائلة اللجوء إلى الجهة المختصة لتنفيذ ذلك الإخطار، فإن الدعوى تغدو غير مقبولة قانونا وواجبة الرد لعدم الاختصاص كون موضوعها غير موجه ضد قرار إداري إنما ضد إخطار بالتخلية، وهو إجراء تمهيدي لا يشكل بحد ذاته قرارا إداريا نهائيا من شأنه المساس بمركز قانوني للمستدعي)⁽⁶³⁾.

غير أنها وخلافا لهذا الاجتهاد المستقر لها جانبت الصواب فقضت في الدعوى رقم ٤٦/١٩٩٧ بتاريخ ٣/٦/٢٠٠٦ بإحداثة للأثر القانوني (الإخطار المتضمن الطلب من المستدعية إزالة البوابة الحديدية المقامة على طريق عامة وفي حالة تخلفها سوف تقوم بتنفيذ مضمون الإخطار عملا بالصلاحيات المعطاة لها في المادة ٣٨ من قانون التنظيم قرارا إداريا، وبتطبيق هذا التعريف على الإخطار موضوع الطعن تجد المحكمة أن الإخطار هو إفصاح عن إرادة الإدارة الملزمة بها لها من سلطة بمقتضى القانون أنه يؤثر في المركز القانوني للمستدعية ولذلك فإنه قرار إداري وقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على هذا الرأي بصورة متواترة)⁽⁶⁴⁾.

٨. الإعلانات: فقد قضت محكمة العدل العليا (إن الإعلان المتضمن عزم المنشئ على الاستملاك هو عمل مادي لا يرقى إلى درجة القرار الإداري ولا يحدث أثر قانوني).

واعتبرت في قرار آخر بأن الإعلان عن الاستملاك عملا ماديا بقولها (والذي نراه على ضوء ذلك أن الإعلان المشار إليه ليس إلا عملا ماديا قامت بها المستدعي ضدها لا يرقى إلى درجة القرار الإداري لأنه لا يحدث أي أثر قانوني، وإنما الأثر الذي يترتب عليه هو وليد القانون الذي يقضي بشره وليس إرادة الإدارة، فقرار الإدارة المتعلق باستملاك قطع أراضي معلن عنها هو قرار غير تنفيذي لأنه موقوف على موافقة مجلس الوزراء وصدور المرسوم الرئاسي باعتبار الاستملاك للنفع العام، وأن الأعمال المادية والقرارات غير التنفيذية لا تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا)⁽⁶⁵⁾.

٩. طلبات الإدارة لاستكمال الإجراءات الخاصة بمحل قرار إداري أو تصرف: استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن طلب الإدارة تزويدها بوثائق أو مستندات أو تراخيص لا يشكل قرارا إداريا نهائيا قابلا للطعن أمام المحكمة، فقد اعتبرت محكمة العدل العليا طلب الهيئة العامة للبتروكول تزويدها بالتراخيص لحفظها في الملف لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري النهائي والتنفيذي بالمعنى المستقر عليه فقها وقضاء، لأن مجرد إفصاح الإدارة عن نيتها بخصوص ما ستفعله بالمستقبل لا يعتبر قرارا إداريا يقبل الطعن، فقضت (يشترط للطعن بالقرارات الإدارية أمام محكمة العدل العليا حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء أن يكون القرار الإداري نهائيا يؤثر في المركز القانوني للطاعن ولا يمكن تداركه إلا بإلغائه أو تعديله من المرجع المختص أي محكمة العدل العليا، فطلب مأمور التسجيل من المستدعي إحضار مستندات معينة من أجل الاستمرار بالمعاملة لا يشكل قرارا إداريا بالمعنى القانوني للقرار الإداري، ولا تكون محكمة العدل العليا مختصة بنظره ويكون حريا بالرد)⁽⁶⁶⁾.

١٠. تكليف الموظف للقيام بعمل معين: نمثل عليه بقضاء محكمة العدل العليا برام الله (ان تكليف الادارة لأحد الموظفين القيام بعمل معين لا يرقى الى مرتبة القرار الاداري النهائي القابل للطعن بالإلغاء امام محكمة العدل العليا لأنه ليس الا تفويض من صاحب الاختصاص للمستدعي بصلاحيته اتخاذ بعض الاعمال القانونية بدلاً عنه وهو تفويض سلطة وليس تفويض مسؤولية إذ تبقى مسؤولية صاحب الإختصاص قائمة رغم التفويض وهو مؤقت وجزئي وينتهي بصدور قرار بإلغائه)⁽⁶⁷⁾.

١١. التعليمات والأسس والمعايير التي تقررها الإدارة لمصلحتها: تصدر عن السلطة الإدارية تعليمات تم أسلوب ونظام العمل في الإدارة الذي يُسهل عليها تحقيق أهدافها كتوزيع المهام والمكاتب على الموظفين وتوقيعهم عند الدخول والخروج وأذونات المغادرة، ومواعيد استقبال الضيوف والمراجعين وغيرها تعد من الأعمال التي لا تحدث أثراً قانونياً، ونمثل عليها باجتهاد محكمة العدل العليا فيما يخص تنظيم الإدارة لوظيفتي المستشارين والملمحين الثقافيين (قيام الإدارة بوضع الأسس والمعايير للاستئناس بها في نقل الموظفين من مديريات ومراكز التعليم العالي إلى السفارات الأردنية بالخارج في وظيفتي المستشارين والملمحين الثقافيين دون أن يكون لذلك سند في نظام أو قانون، فللإدارة التفاوضي عن مثل هذه المعايير كلها أو بعضها ما دامت قد وضعت لمصلحتها هي فقط)⁽⁶⁸⁾.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للتعليمات الصادرة عن سلطة إدارية ومن شأنها أن تحدث مراكز قانونية، فتكون بمثابة قرارات تنظيمية كالتعليمات الصادرة عن الجامعة بتمييز خريجي الجامعات الغربية على خريجي الجامعات الأخرى في برنامج تسجيل الماجستير أو الدكتوراه أو في التوظيف لديها كما قضت بذلك محكمة العدل العليا (تعتبر التعليمات الصادرة عن سلطة إدارية قراراً إدارياً تنظيمياً عاماً أياً كان الشكل الذي تصدر فيه فردياً أو تنظيمياً، مادام أن التعليمات قد أحدثت مركزاً قانونياً جديداً أثر على مركز المستدعي القانوني)⁽⁶⁹⁾.

١٢. الإجراءات التحفظية: عندما يتهم شخص بجريمة جنائية أو تأديبية يجوز للإدارة اتخاذ إجراءات تحفظية أو تدابير احترازية لضمان سلامة المحاكمة أو لحماية الغير، ومثل هذه الإجراءات لا تعتبر قرارات إدارية نهائية، فقد قضت محكمة العدل العليا بأن امتناع وزارة الداخلية منح المستدعي شهادة خلو طرف لا يعد قراراً إدارياً نهائياً (بتدقيق القرار محل الطعن نجد أن قرار الإدارة لا يعتبر قراراً إدارياً نهائياً قابلاً للتنفيذ وإنما هو إجراء من إجراءات التحفظ التي يقتضيها واجب رجل الإدارة، وخصوصاً أن المستدعي تجري محاكمته بجناية أمام محكمة بداية رام الله نتيجة تزوير واختلاس)⁽⁷⁰⁾.

١٣. التدابير الاحترازية: يغلب على التدابير الاحترازية الطابع المؤقت مما يفقدها الأثر القانوني النهائي التنفيذي كما قضت محكمة العدل العليا برام الله (القرار المطعون فيه فانه جاء تحت عنوان (تدبير اداري مؤقت رقم ١ لسنة ٢٠١٤) وكان سبب اصداره وجود اعتداءات ونزاعات على الاراضي المذكورة في القرار بين طرفي الدعوى قد تؤدي الى حدوث مشاجرات لا تحمد عقباها وتخل بالسلم

الاهلي... فإذا كان القرار المطعون فيه عبارة عن تدابير إجرائية مؤقتة تبقى سارية المفعول لحين إلغائها من قبل مصدرها أو عند صدور قرار قضائي عكسها فإن هذا يعني أن القرار المطعون فيه ليس قراراً إدارياً نهائياً ولا يقبل الطعن فيه أمام محكمة العدل العليا⁽⁷¹⁾.

١٤. القرارات المتعلقة بتنفيذ القرارات الإدارية: استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن القرارات الإدارية التي تصدر لتنفيذ قرارات إدارية فردية لا تحدث أثراً قانونياً، فعندما يصدر قرار إداري ما فإن الإدارة مصدرة القرار تكلف موظفيها بتنفيذ ذلك القرار، فجميع القرارات اللاحقة لصدور القرار النهائي المؤثر تعتبر من القرارات التنفيذية للقرار غير المحدثة لأثر قانوني. فقضت محكمة العدل العليا (إن تنظيم ضبط بواقع حال المواد والتوصية بردها من قبل لجنة الاستلام هو عمل تنفيذي ولا يعتبر قراراً إدارياً بالمعنى المقصود في دعوى الإلغاء)⁽⁷²⁾.

١٥. القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية: استقر اجتهاد محكمة العدل العليا عدم اختصاصها النظر بالمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية فقضت محكمة العدل العليا بام الله (إن المنازعة الخاصة بإنعقاد العقد أو صحته أو تفسيره أو تنفيذه أو إنقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بها المحاكم المدنية)⁽⁷³⁾.

وقضت أيضاً (إذا كانت العلاقة بين المستدعية والجهة المستدعى ضدها علاقة عمل وان الدعوى تتعلق بقرار منبثق عن علاقة تعاقدية فإن النظر في النزاع بين الطرفين يخرج عن تحوم اختصاص محكمة العدل العليا ليدخل في اختصاص المحكمة النظامية المختصة بإعتبار النزاع مدنياً)⁽⁷⁴⁾.

١٦. شكاوى الإدارة للمحاكم والإدارات: لا يشكل تقديم الإدارة شكاوى إلى المحاكم قرارات إدارية نهائية وتنفيذية فقضت محكمة العدل العليا بام الله (نجد أن ما قامت به الجهة المستدعى ضدها (بلدية بيت لحم) من تقديم شكاوى ضد بعض تجار التحف الشرقية إلى محكمة بلديات بيت لحم بتهمة مخالفة القانون لا يشكل قراراً إدارياً نهائياً وتنفيذياً بالمعنى المستقر عليه فقها وقانوناً، وإن مثل هذا الإجراء لا يحدث أي مركز قانوني معين، ولا يقصد منه تعديل أو تغيير في ذلك المركز)⁽⁷⁵⁾.

١٧. الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة: يستوي أن تصدر الأعمال المادية دون إرادة الإدارة في صورة خطأ أو إهمال وتسبب أضراراً للغير كالأشغال العامة والخطأ في استعمال أدوات العمل أو بإرادة الإدارة كإطلاق النار في المناسبات⁽⁷⁶⁾.

١٨. الكتب بعدم الممانعة أو الموافقة المبدئية: فقد قضت محكمة العدل العليا بأن عدم الممانعة التي يصرح بها المسؤول قبل استكمال إجراءات القرار وشكلياته لا يشكل قراراً إدارياً يقبل الطعن بالإلغاء (لا يعتبر كتاب رئيس ديوان الخدمة المدنية المتضمن عدم الممانعة في تعيين المستدعي بموجب عقد قراراً إدارياً قابلاً للطعن)⁽⁷⁷⁾.

١٩. الأعمال الفنية ونتائج تقارير الخبرة: لا تحدث أثراً قانونياً القرارات المتعلقة بالمخططات والتصاميم والرسوم والمجسمات والخرائط الهندسية وتقارير الخبرة الطبية والقانونية والهندسية، وقد تشكل سبباً أو إحراء لصدور قرار أو الامتناع عن صدور قرار إداري. فقد قضت محكمة العدل العليا (إن تصحيح أوراق الامتحان وإعطاء العلامة على الإجابة لا تحمل في طياتها أي عنصر من عناصر

القرار الإداري التنفيذي بالمفهوم القانوني، وما هي إلا عملية فنية. وكذلك فإن تصديق نتائج الامتحانات من قبل مجلس إدارة المعهد القضائي هي عملية فنية تكميلية وتنظيمية لإجراءات الامتحانات ولا ترقى إلى درجة القرار الإداري⁽⁷⁸⁾.

٢٠. تحصيل الإدارة لديونها والمطالبة بمبلغ من المال: استقر القضاء الإداري على اعتبار جميع المنازعات المتعلقة بالقرارات ذات الطابع المالي كمطالبة بمبلغ أو تحصيل مبلغ لا تحدث أثر قانوني واحتصاص محاكم نظامية. فقضت محكمة العدل العليا إذا كانت المنازعة المتعلقة بإلزام الموظف بدفع بعض المستحقات المترتبة عليه والتي أخذها بدون وجه حق أو عن طريق الخطأ فهو نزاع حقوقي يدور حول احقية المطالبة من الإدارة للموظف ويعود أمر النظر فيه إلى المحاكم النظامية صاحبة الاختصاص⁽⁷⁹⁾.

كما قضت محكمة العدل العليا بمرام الله (إذا كان الهدف من إقامة الدعوى أمام محكمة العدل العليا هو منع ضريبة الأملاك من مطالبة المستدعي ببطلان الضريبة المستحقة عليه فإن هذه الدعوى هي دعوى حقوقية وتدخل ضمن اختصاص محاكم الحقوق العادية التي لها صلاحية البحث بقانونية مطالبة المستدعي ببطلان الضريبة المستحقة عليه وليس من اختصاص محكمة العدل العليا)⁽⁸⁰⁾.

٢١. التوجيهات والتوصيات الصادرة عن الرؤساء الإداريين: لا تحدث التوجيهات الصادرة عن الوزراء والإجابات البرلمانية والتوصيات في وسائل الإعلام أي أثر قانوني. فقد قضت محكمة العدل العليا (لا ترقى التوجيهات التي تصدر عن وزير الداخلية للجهات المعنية إلى درجة القرار الإداري النهائي التنفيذي والذي يؤثر بالمركز القانوني للمستدعي)⁽⁸¹⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الأثر القانوني نهائياً

يقصد بالقرار النهائي استكمال القرار جميع الخصائص والشروط اللازمة لوجوده القانوني باستنفاد جميع مراحل العملية والتحضيرية اللازمة لإصداره بحيث يكون قابلاً للتنفيذ ومنتجاً لأثاره القانونية دون حاجة إلى أي إجراء لاحق.

ويعني ذلك أن يتعدى القرار الإداري مرحلة الاقتراح والتحضير إلى مرحلة إنتاج الأثر القانوني بشكل تام ومباشر ولا يكون بحاجة للتصديق من سلطة أخرى، ويقصد بالتصديق ذلك التصديق الذي يتمم الأثر القانوني ويملك المكلف به قبول القرار وتعديله وإلغائه. فقد قضت محكمة العدل العليا (إذا كان القرار الإداري جاء مؤقتاً ولفترة محددة، فإن هذا الإجراء لن يؤثر في المركز القانوني للطاعن، كما أنه لن يولد آثاراً قانونية بذاته، كونه من الإجراءات الإعدادية أو التحضيرية لإصدار القرار الذي يصدر كنتيجة وثمرة له، ولا يقبل لذلك الطعن بالإلغاء)⁽⁸²⁾.

وعرفته محكمة العدل العليا بمرام الله (القرار النهائي هو الذي لا يكون بحاجة إلى تظلم أو اعتراض أو إستئناف ويكون قابلاً للتنفيذ)⁽⁸³⁾.

وقضت أيضا (أن عبارة شريطة استكمال مسوغات التعيين تعني أن هناك شروط ونواتج وتكليف للمستدعي باستكمال شروط تعيينه، وهذا يدل على أن قرار التعيين ليس نهائيا، وهو لا يغدو أن يكون سوى قرار تحضيرى و/ أو إعدادي غير نهائي)⁽⁸⁴⁾.

فقد قضت محكمة العدل العليا برام الله (إن القرار الإداري الذي يصدر معلقاً على شرط فاسخ مثل اشتراط استكمال مسوغات التعيين، وإشتراط إجتيازه فترة التجربة لا يعتبر قراراً تمهيدياً أو تحضيرياً، وأن إنهاء خدمة الموظف في حال تحقق الشرط الفاسخ يكون بصدور قرار إداري جديد يلغي قرار تعيينه، ويكون هذا القرار خاضعاً لرقابة محكمة العدل العليا عند الطعن فيه)⁽⁸⁵⁾.

ولا يكون القرار الإداري نهائياً في الحالات التي ينص المشرع على إجبارية التظلم أو الاعتراض إلى الجهة التي أصدرت القرار أو الرئيسة لها أو إلى سلطة أخرى حددها في النص القانوني إلى أن يتم البت في ذلك التظلم أو الاعتراض، بينما يظل القرار نهائياً في حالة اللجوء إلى التظلم أو الاعتراض بشكل اختياري.

ونمثل بقضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية (إن القرار الذي يصدر عن مجلس العمداء ليس قراراً إدارياً نهائياً وإنما هو قرار قابل للاعتراض إلى المجلس الذي يعلوه في أجهزة الجامعة الإدارية، أي يجري الاعتراض عليه إلى مجلس الجامعة والقرار الذي يصدر عن مجلس الجامعة نتيجة الاعتراض يكون هو القرار النهائي القطعي)⁽⁸⁶⁾.

كما لا يحول دون نهائية القرار أن يكون بإمكان الجهة التي أصدرته أن تسحبه أو تلغيه، كما أن القرار الذي يكون موقوف التنفيذ يعد نهائياً لأنه يمكن تنفيذه دون حاجة لصدور قرار آخر بشأنه، وكذلك الشأن بالنسبة للقرارات المؤقتة فلا يؤثر كونها مرتبطة بأجل أو بالانتهاء من عمل معين على نهائية القرار. والنهائية المقصودة هنا تتعلق فقط بالقرارات المحدثة لأثر قانوني وليس القرارات المتعلقة بأعمال تحضيرية، كعرض مشروع القرار على سلطة أو لجنة لإبداء الرأي فيه فقرار اللجنة بهذا الصدد وإن كان نهائياً فهو غير مؤثر.

وتشترط محكمة العدل العليا أن يكون القرار الإداري نهائياً لحظة تسجيل الدعوى وذلك على عكس القضاء المصري الذي لا يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون القرار المطعون فيه قد اكتسب صفة النهائية لحظة رفع الدعوى، وإنما يمكن قبولها إذا اكتسب القرار هذه الصفة أثناء سيرها وقبل الفصل فيها. فقد قضت محكمة العدل العليا (يجب أن يكون القرار الإداري وقت إقامة الدعوى نهائياً ليكون قابلاً للطعن فيه أمام القضاء الإداري)⁽⁸⁷⁾.

الشرط الثالث: أن يكون الأثر القانوني ممكناً

أي أن يكون تحقيق الأثر القانوني موضوع القرار الإداري ممكن التحقيق من الناحية القانونية ومن الناحية الواقعية، فإذا كان محل القرار مستحيل التحقيق كان القرار الإداري الصادر منعداً، ونمثل على الاستحالة القانونية القرار الصادر بترقية أو نقل موظف ومحال على التقاعد لبلوغه سن الستين،

أو صدور قرار باستملاك أرض وهي مملوكة للدولة، وقد تكون الاستحالة واقعية أو مادية كصدور قرار بإبعاد أجنبي ثم يتضح بأنه غادر الدولة أو صدور قرار بهدم بناء ويتضح بأنه هدم أو صدور قرار بإلغاء عزل موظف ولم يعد للإدارة التي يعمل بها وجود، وفي مثل الحالات السابقة يقضي القاضي برد الدعوى.

الشرط الرابع: أن يكون الأثر القانوني غير مشروع

يعني ذلك أن يكون محل القرار أو الأثر القانوني المطعون فيه مخالفا للقانون أو النظام العام، أما إذا كان الأثر القانوني للقرار الإداري موافقا للقانون ترد الدعوى موضوعا⁽⁸⁸⁾.

ولا نعني هنا أن يكون القرار الإداري تطبيقا لنص قانوني لأن القانون الإداري غير مقنن بل نكتفي بأن يخالف قواعد القانون الإداري بمعناها الواسع التي تشمل المصادر المكتوبة وغير المكتوبة ويستوي في ذلك أن تكون المخالفة مباشرة للقاعدة القانونية كتعيين أجنبي في الوظيفة العامة، أو غير مباشرة تجلت في تفسير خاطئ للقاعدة القانونية كاعتبار الاستيلاء إجراء صحيح في الظروف العادية أو تطبيق مراسيم الطوارئ بعد انتهاء حالة الطوارئ، أو تطبيق قواعد الترقية على المستخدمين المؤقتين.

فقد قضت محكمة العدل العليا برام الله (إذا كانت الوكالة الدورية لازالت محل نزاع أمام المحاكم المختصة، ولم يتقرر ما إذا كانت صحيحة واجبة النفاذ من عدمه، فإن دائرة الأراضي لا تملك الصلاحية لتنفيذ تلك الوكالة لأن دائرة الأراضي مختصة بتنفيذ الوكالات الدورية الصحيحة)⁽⁸⁹⁾.

ولا يؤدي صدور القرارات عن سلطة ما وهي تخالف نص القانون استثناء إلى جعلها مشروعة ما لم يتم النص على الاستثناء قانونا، وقضت بذلك محكمة العدل العليا برام الله (القرار المطعون فيه جاء مخالفا لنص قانوني ملزم وما ورد فيه من استثناء دون أن يخول القانون مصدره أية صلاحية تمييز له ذلك، فإن القرار يكون مخالفا للقانون)⁽⁹⁰⁾.

ونشير إلى أنه إذا خالف محل القرار القانون مخالفة جسيمة فإن القرار يغدو منعما كما قضت محكمة العدل العليا (إننا على ضوء ذلك كله لا نجد في التوصيات التي توصلت إليها لجنة التحقيق ما يمكن معه القول أنها كفيلة لإصدار القرار المطعون فيه طالما أنها توصيات لا تستند إلى ما يؤيدها ولا تشكل أساسا لإدانة المستدعية بما أسند إليها، سيما وأن التهم والمخالفات المعززة لها من أوراق التحقيق قد برأت ساحتها منها بموجب قرار محكمة بداية نابلس الصادر بتاريخ ٣/٩/٢٠٠٠ م والذي اكتسب الدرجة القطعية، الأمر الذي يغدو معه القرار محل الطعن مخالفا للقانون مخالفة جسيمة مما يفقده شرعيته ولا يترتب عليه أي أثر قانوني وفي هذا رد على ما أثاره ممثل الجهة المستدعي ضدها بالقول أن الدعوى مقدمة بعد فوات المدة القانونية)⁽⁹¹⁾.

المطلب الثالث الشكل والإجراءات

لا يكفي أن يلتزم رجل الإدارة حدود اختصاصه كي يصبح القرار الإداري سليماً بل يجب أن يصدر هذا القرار وفق الإجراءات والشكل التي حددها المشرع، ذلك لأن قواعد الشكل والإجراءات في إصدار القرارات الإدارية مقصود بها حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء. عرف د. أحمد الديداموني الشكل والإجراء بأنه (مجموعة القواعد الإجرائية والشكلية التي أوجب القانون على رجل الإدارة مراعاتها قبل إصدار القرار الإداري)⁽⁹²⁾.

وتبرز أهمية مراعاة الإدارة الشكل والإجراءات قبل صدور القرار الإداري في:

١. الحيلولة دون تسرع الإدارة في اتخاذ القرار وقبل وزن الظروف والملابسات.
٢. الحيلولة دون اتخاذ القرارات بطريقة عفوية.
٣. إقامة نوع من الضمانات لحماية حقوق ومصالح الإدارة والأفراد.
٤. تمكين القضاء من بسط رقابته على القرار الإداري والتأكد من مشروعيته ومطابقته للأوصاف القانونية.

وقد جمع الفقه والقضاء بين الشكل والإجراء في عنصر واحد للقرار الإداري رغم الاختلاف بينهما كما سنعرض لهذا في الفروع التالية:

الفرع الأول الشكل

يعبر الشكل عن المظهر الخارجي للقرار الإداري، أي كل ما يرد في نص القرار من عناوين ومعلومات كالرقم والعنوان والتاريخ وذكر السبب والهدف أو أية عبارة خاصة، والإطار الخارجي لها كالورق المرسوم والأختام. وعرفه د. حنانة بأنه (الإطار الخارجي الذي يصدر به القرار أو القالب الذي تعبر به الإدارة عن إرادتها)⁽⁹³⁾.

فلا يكفي لمشروعية القرارات الإدارية أن تصدر من الجهات المؤهلة قانوناً لإصدارها بل يتعين أن تصدر بالشكل المحدد والمرسوم قانوناً لإصدارها.

والأصل أنه لا يشترط صدور القرار الإداري وفق قالب أو شكل محدد لأن القرارات الإدارية غير محصورة في شكل أو نوع معين كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية (الأوامر الإدارية ليس لها أشكال ولا أنواع تحصرها) وقضت في حكم آخر (الأصل أن جهة الإدارة غير مقيدة بشكل معين للإفصاح عن إرادتها ما لم يلزمها القانون بذلك)⁽⁹⁴⁾.

وقد يستدل عليه من خلال التنفيذ المادي للقرار⁽⁹⁵⁾. كما قد يشار إلى القرار الإداري بالإشارة

أو العلامة كما هو الحال في إشارات المرور والأشغال والعلامات المثبتة في الحدائق العامة أو في الأماكن الخطرة⁽⁹⁶⁾.

وقد يتم التعبير عن القرار الإداري بطريقة ضمنية من خلال سكوت الإدارة أو امتناعها عن القيام بعمل، (رفض الوزير إعادة المستدعي إلى وظيفته التي كان يشغلها ورفض مطالبه هي إفصاح الوزير عن إرادته الملزمة بما له من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وذلك بقصد إحداث أثر قانوني وهو قرار إداري قابل للطعن بالإلغاء)⁽⁹⁷⁾.

والأصل أنه لا يشترط شكلية معينة لصدور القرار الإداري فقد يصدر القرار الإداري كتابة أو شفاهة، واعتدت بهذا محكمة العدل العليا برام الله فقضت (إنه على ضوء ذلك نجد بأن القرار الإداري الشفوي الصادر عن المحافظ يشكل اعتداء على اختصاص السلطة القضائية وهو من قبيل اغتصاب السلطة وفي هذه الحالة يعتبر القرار الإداري معدوماً)⁽⁹⁸⁾.

غير أنها ذهبت بعد ذلك لعدم اعتبار القرار الإداري الشفوي مؤثراً ونهائياً فقضت يستفاد من نص المادة (١ / ٢٨٤) المذكورة أعلاه ومن تعريف القرار الإداري ان القرار الإداري الصادر عن جهة الإدارة قد يكون صريحاً أو إيجابياً وهو ما تفصح به عن إرادتها صراحة فتتخذ موقفاً إيجابياً تجاه الطاعن وقد يكون ضمناً أو سلبياً تلزم الإدارة فيه الصمت ولا تعلن عن إرادتها في أي اتجاه ... ولم ينص المشرع الفلسطيني كما لم يجز الفقه والقضاء الإداريين نهائياً على الطعن في القرارات الشفوية، اذ لو سلمنا جدلاً على وجود القرارات الشفوية لسرنا في طريق ليس له نهاية وليس له طريقة للإثبات، ويفتقر الى شروط وأركان القرار الإداري المتفق عليها فقهاً وقضاً، وهو ان يكون القرار الإداري عملاً قانونياً ملموساً وان يصدر من الإدارة صاحبة الاختصاص وان يكون نهائياً مؤرخاً قابلاً للتنفيذ يحدث مركزاً قانونياً وان يصدر في شكل معين⁽⁹⁹⁾.

وهكذا فإن مبادئ القانون الإداري لا تميز اعتبار القرار صحيحاً إذا كانت السلطة التي أصدرته قد أغفلت أن تضمنه العناصر التي أوجب القانون عليها بيانها كالسبب والهدف والتاريخ وبعض العبارات كصدور القانون باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الفرع الثاني الإجراءات

الإجراءات هي الخطوات التي يجب أن يمر بها القرار في مرحلة إعداده وقبل صدوره بصفة نهائية. وعرف الأستاذ خالد خالص الإجراءات بأنها (مجموع العمليات التي يجب على الإدارة إتباعها قبل الإقدام على اتخاذ القرار الإداري).

يبرز عنصر الإجراء عندما يقرر المشرع احترام إجراءات أو خطوات أو آجال أو ضمانات نص المشرع على وجوب إتباعها أو احترامها. فقد قضت محكمة العدل العليا بإلغاء قرار مجلس بلدية يعبد

عزل مهندس مصنف دون عرضه على المجلس التأديبي كما ينص على ذلك القانون بقولها (المادة ١٧ من نظام موظفي البلديات بينت الإجراءات التي يجب إتباعها لدى عزل الموظف المصنف كما هو الحال بالنسبة للمستدعي، ولا نجد من البيانات المقدمة ما يثبت أن الجهة المستدعي ضدها قد قامت بها قبل إصدار قرارها المشكو منه، الأمر الذي يغدو معه هذا القرار مخالف للقانون وواجب الإلغاء)⁽¹⁰⁰⁾.
وقد ينص المشرع على صدور تنسيب من سلطة إدارية أخرى أو استشارة هيئة ما أو أخذ رأي سلطة إدارية أخرى أو رأي لجنة أو مجلس قبل اتخاذ القرار ولو كان رأيا استشاريا، وقد ينص على إتباع إجراءات معينة في المرحلة التمهيدية لصدور القرار، كالإعلان عن ذلك في وسائل الإعلام أو إجراء مسابقة أو امتحان، أو أن يسبق صدور القرار تقديم عريضة من عدد من المواطنين، وعدم احترام ذلك من شأنه أن يجعل القرار معيبا بعيب الشكل والإجراء⁽¹⁰¹⁾.

فقد قضت محكمة العدل العليا بمرام الله قرار رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتعيين رئيساً لمجلس القضاء الأعلى دون تنسيب من مجلس القضاء الأعلى هو قرار باطل معيبا بعيب الشكل ومخالفا للقانون ومستوجب الإلغاء.

وقضت محكمة العدل العليا بإلغاء قرار الاستغناء عن خدمة ضابط صف صدر دون التحقيق معه من لجنة تشكل لهذا الغرض كونه وليدا لإجراءات غير قانونية (ولما كانت الإدارة قد أصدرت قرارها الطعين دون إتباع الإجراءات الأساسية والجوهرية والمنصوص عليها بموجب أحكام المادة ١٨٢ من قانون الخدمة في قوى الأمن)⁽¹⁰²⁾.

فقد قضت محكمة العدل العليا بمرام الله (وحيث أنه لا يجوز توقيع عقوبة الوقف عن العمل أو الخصم من الراتب إلا إذا ثبت ارتكاب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقها بعد إحالته إلى لجنة تحقيق معه وسماع أقواله وصدور قرار مسبب بتوقيع العقوبة فإن القرارين المطعون فيها يكونان مخالفين للقانون)⁽¹⁰³⁾.
وإذا لم يشترط المشرع إجراء معين قبل اتخاذ القرار، غير أن الإدارة اختارت سلوكه من تلقاء نفسها، فيجب أن يكون إتباعها لهذا السلوك وفق الأصول والقانون، كأن تختار الإدارة قبل اتخاذ القرار عرضه على لجنة، فيجب أن يكون تشكيل اللجنة سليما وإجراءات اجتماعاتها وآلية صدور القرارات وفق الأصول.

الفرع الثالث

التمييز بين الشكليات الثانوية والشكليات الجوهرية

يعد احترام الشكل والإجراء شرط من شروط صحة القرار لذلك فمن شأن مخالفته أن يجعل القرار قابلا للإبطال ما لم يعتبر الشكل أو الإجراء ركنا لوجوده، كأن ينص القانون على بطلان القرار

إذا لم يصدر مسبباً، أو إذا لم يتم احترام إجراء معين كأن ينص القانون على بطلان الجزاء التأديبي إذا لم يتم بناء على نوصية لجنة مشكلة وفقاً للقانون⁽¹⁰⁴⁾.

١. وجرى الفقه والقضاء في غير الحالة السابقة منح القاضي يملك سلطة تقديرية في إبطال القرار من عدمه احتراماً لمبدأ استقرار المعاملات، ويكون ذلك بالتمييز بين الشكليات والإجراءات الجوهرية التي يقدر خطورة إغفالها، والشكليات والإجراءات الثانوية التي لا يشكل عدم احترامها خطورة أو تغييراً في محل القرار. (لا يستساغ القول بأن كل مخالفة للشكل والإجراءات يكون الجزاء عليها بطلان القرار المترتب عنها، وإنما يتعين التمييز بين ما إذا كانت المخالفة قد أصابت الشروط الجوهرية وهي التي تمس مصالح الأفراد وبين ما إذا كانت المخالفة قد أصابت الشروط الجوهرية، فرتب الأصل المسلم به على المخالفة الأولى بطلان القرار بينما لا يرتب الأصل المسلم به على المخالفة الثانية بطلان القرار)⁽¹⁰⁵⁾.

٢. وقدم الفقه للتمييز المعايير التالية: رأي أول اعتبر الشكل أو الإجراء الذي رتب المشرع على تخلفه بطلان القرار إجراءً أو شكلية جوهرية يجب احترامها، ولا نرى خلافاً في هذا لأن إرادة المشرع ببطلان القرار يجب احترامها. كما قضت محكمة العدل العليا الأردنية (إذا اشترط القانون أن يصدر القرار وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له فإن عدم مراعاة هذه الإجراءات تجعل القرار معيباً)⁽¹⁰⁶⁾.

وقضت محكمة العدل العليا بمرام الله إن ما ورد في المادة (٥٦) من قانون الصحة العامة قد جاء على سبيل الإجازة لا الوجوب بمعنى أن ما ورد فيها لا يشكل إجراءً جوهرياً يجب القيام به قبل إصدار القرار النهائي بشأن المخالفة المرتكبة من قبيل المؤسسة الصحية⁽¹⁰⁷⁾.

٣. رأي ثاني يعتبر الإجراء أو الشكلية جوهرية إذا كان من شأن إهمالها التأثير على حقوق الأفراد ومصالحهم⁽¹⁰⁸⁾: ولا نتفق مع هذا الرأي لأن الشكلية الجوهرية يجب أن لا تقتصر على حماية المصالح الخاصة بل يجب أن تشمل كل ما فيه حماية لحقوق الأفراد وتسهيل عمل الإدارة وسلامته، ولأن القانون الإداري لم يشرع لحماية مصلحة الأفراد بل جاء بالدرجة الأولى لحماية المصلحة العامة، كما قضت بذلك محكمة العدل العليا الأردنية والفلسطينية (قواعد الشكل والإجراءات وضعت لحماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء)⁽¹⁰⁹⁾.

وقضت بهذا محكمة العدل العليا بمرام الله (إن قواعد الشكل والإجراءات قد وضعت لحماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء ومخالفتها تستدعي بطلان الإجراء المتخذ... لأن عدم مراعاتها فيه إخلال بالضمانات المقررة للأفراد)⁽¹¹⁰⁾.

٤. ونرى مع غالبية الفقه أن المعيار السليم للتمييز بين الإجراء والشكلية الجوهرية والإجراء والشكلية الثانوية يقوم على أساس ما إذا كان ذلك الإجراء أو الشكلية مؤثرة في محل قرار الإدارة، والتي يمكن الاستدلال عليها من خلال إلزاميتها وما إذا كان احترامها من شأنه أن يؤدي إلى صدور القرار على نحو مختلف سواء تعلق ذلك بمصلحة الأفراد أم بالمصلحة العامة. ونمثل على الإجراءات الجوهرية التنسيب وتوصيات اللجان بينما لا يعتبر إجراءً جوهرياً تقديم الضمان المالي

لجدية المشاركة في العطاء. ونمثل على الشكليات الجوهرية تسبب القرار الإداري وذكر مضمون القرار وتاريخه بينما يكون طباعته على ورق عادي ورقم القرار شكلية ثانوية. فقد قضت محكمة العدل العليا (صدور القرار المطعون به عن خمسة أعضاء من بين عشرة أي دون بلوغ النصاب القانوني المشروط للحضور وهي الأغلبية المطلقة من عدد أعضائه يجعل من الاجتماع غير قانوني)⁽¹¹¹⁾.

وقضت محكمة العدل العليا بمرام الله إن مجرد إشارة الإدارة في قرارها أنه صدر استنادا لمادة معينة من نظام أو قانون لا يعتبر مسببا، (إن صدور القرار المطعون فيه بالصيغة التي صدر فيها دون تسبب ودون بيان الوقائع التي استند إليها والاكتفاء بتديد حكم القانون من حيث الإشارة فقط للمادة القانونية التي يدعي أن القرار الذي تم إلغاؤه من قبل المستدعي ضده مخالفا لها، كل ذلك يؤدي إلى القول أن القرار المطعون فيه جاء مجانباً للصواب وباطلا)⁽¹¹²⁾.

ونشير إلى أن غالبية الفقه والقضاء لا يميز الإجازة اللاحقة لمخالفة الشكل والإجراء (تنازل صاحب الشأن عن الشكلية ليس من شأنه تغطية عيب الشكل)⁽¹¹³⁾.

ولم تسمح محكمة العدل العليا بتغطية عيب الشكل فقضت (أما محاولة وكيل المستدعي ضدها في وقت لاحق ومتأخر بيان السبب الذي حدى بالمستدعي ضدها لاتخاذ القرار المشكو منه وهو تخلف المستدعي عن دفع مبالغ مالية مطلوبة منه فهي محاولة غير موفقة إذ أن القرار الإداري المعيب ابتداء بسبب عدم ذكر الأسباب التي استند إليها يعتبر باطلا ومخالفا للقانون ولا تصححه ذكرها أمام المحكمة بل لا بد من صدور قرار جديد يتضمن ذكر الأسباب)⁽¹¹⁴⁾.

ونشير إلى أن القضاء قد يتغاضى عن إبطال القرار لمخالفة إجراء جوهري أو شكلية جوهرية في الحالات التالية:

١. حالة تحقق الغرض منها: كأن يشترط المشرع الإعلان لقرار التعيين فيتحقق العلم بالقرار بوسائل أخرى كالاشتراك في مسابقة التوظيف⁽¹¹⁵⁾.
٢. إذا كانت الشكلية مقررة لمصلحة الإدارة وحدها: كأن ينص المشرع على تضمين معاملة نزع الملكية قبل عرضها على مجلس الوزراء المبالغ المالية المطلوبة لهذا الإجراء، أو إعداد محاضر الاجتماعات وترقيمها⁽¹¹⁶⁾.
٣. إذا كانت هناك استحالة سواء كانت بفعل الطبيعة كأن يتعذر عقد اجتماع لجنة للتوصية في موضوع عاجل بسبب العواصف والفيضانات والثلوج فيصدر القرار مباشرة من السلطة المختصة، أو تعذر امكانية كفالة حق الدفاع بعقد مجلس تأديبي لموظفي قطاع غزة أثناء الانقسام أو لأي حالة من حالات القوة القاهرة⁽¹¹⁷⁾.
٤. بتقصير من صاحب الشأن كأن يدعى المحال على المجلس التأديبي لحضور جلساته ويتخلف عن الحضور.

المطلب الرابع الغاية

يعتبر القرار الإداري وسيلة لتحقيق الغايات والأهداف والمصالح العامة للمجتمع والأفراد، وغاية القرار هي الهدف الذي يسعى مصدر القرار الإداري لتحقيقه.

وتتصل الغاية بنفسية مصدر القرار ونواياه، وما ينتظر تحقيقه من خلال القرار الإداري، فهل يهدف لتحقيق غرض شخصي لمصدره، أو يستعمله كوسيلة للانتقام من غيره لأسباب سياسية أو نقابية أو دينية أو بسبب خصومة شخصية أو غيرها.

ويعتبر الفقيه دوجي غاية القرار بمثابة أمر نفساني أو سبب ملهم لاتخاذ قرار معين في ذهن رجل الإدارة، فهي تعني الهدف من القرار ولا تعني النتيجة المباشرة للقرار أو الأثر القانوني المترتب عليه، بل المقصود هو الغرض أو الهدف الذي أراد مصدر القرار تحقيقه، فليس الغرض القانوني من نقل موظف هو معاقبته أو ترقيته أو التخفيف من أعبائه بل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد. وعرف الأستاذ بونار غاية القرار الإداري بأنها (هي النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله)⁽¹¹⁸⁾.

ومهما كانت حجم المخالفة لغاية القرار جسيمة فإنها لا تؤدي إلى انعدام القرار الإداري بل إلى قابليته للإبطال كونها شرط من شروط صحة القرار. ونعرض في هذا المطلب لتعريف لتمييزها عن سبب القرار ثم نعرض لحالات انحراف غاية القرار أو مشروعيتها.

الفرع الأول

تمييز غاية القرار عن سبب القرار

يخلط البعض بين سبب القرار وغاية القرار الإداري رغم اختلاف كل منهما عن الآخر، فالسبب هو حالة واقعية أو قانونية خارجية مستقلة عن رجل الإدارة تحدث أولاً، وبالتالي فهو عنصر موضوعي مستقل عن رجل الإدارة، أما الغاية فهي النتيجة النهائية التي يسعى المسؤول إلى تحقيقها، فهي ذات طبيعة شخصية تتصل بنية مصدر القرار ونفسيته.

وترتبط غاية القرار الإداري بسببه على الصعيد العملي بصلات وثيقة لأن رجل الإدارة حين يصدر قراره فإنه يكون مدفوعاً بالسبب والغرض معاً، فالغاية والسبب من منع مظاهرة أو اجتماع ليس الحد من حريات المواطنين السياسية بل المحافظة على النظام العام⁽¹¹⁹⁾.

وكثيراً ما تلتقي الحالة الواقعية والقانونية التي تكون السبب والغرض أو الهدف التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه، فتحقيق الصالح العام يشكل سبباً وغاية لقرار نقل الموظف والإحالة على التقاعد المبكر بقرار فردي من الإدارة.

ويؤكد بعض الفقه على ضرورة الفصل بينهما وأن ذلك برأيه ممكن نظرياً وعملياً، فتأديب

الموظف سببه ارتكابه لجريمة تأديبية وغاية التأديب هو حفظ النظام وحسن سير العمل الوظيفي داخل المرفق العام. والإدارة أحيانا تعدل عن معاقبة الموظف رغم ارتكابه لجريمة تأديبية لأنها ترى أن توقيع العقوبة قد يأتي بنتائج سلبية لا تحقق الغاية المطلوبة.

الفرع الثاني مشروعية غاية القرار الإداري

يفترض في أي سلطة إدارية تصدر قرار إداري استهدافها لغاية مشروعة ويقع عبء الإثبات على من يدعي العكس، وقد يحدد المشرع للإدارة هدفا معيناً للسلطة الإدارية، فيتعين عليها الالتزام به وعدم السعي لتحقيق هدف آخر ولو تحققت من خلاله المصلحة العامة، وإذا كان تحقيق هدف ما يتحقق من خلال إجراء محدد فلا يجوز للإدارة أن تستهل إجراء بديلاً وتسلكه لتحقيق هدفها، كما يجب على مصدر القرار أن يوازن بين سبب القرار وظروفه والأثر القانوني. وهكذا يشترط في مشروعية غاية القرار الإداري:

أولاً: تحقيق المصلحة العامة

استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن القرار الإداري يحمل قرينة السلامة بمجرد صدوره، وأنه صدر محققاً للمصلحة العامة، والتي هي ذات مفهوم فضفاض يتسع للمصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية والإدارية بجميع تفرعاتها، ولا يؤثر على صحة القرار عدم ملاءمته مع المصالح الخاصة ما دام قد صدر وفقاً لتقديرات الإدارة للمصالح العام، لذلك فإنه يجب على السلطة الإدارية أن تسعى لتحقيق المصلحة العامة عند إصدارها للقرارات الإدارية. ولا تعبر الإدارة انحرفت عن المصلحة العامة إلا إذا سعى مصدر القرار لتحقيق مصلحة أو منفعة شخصية أو محاباة أو قصدت الانتقام من المخاطب بالقرار. كما قضت بذلك محكمة العدل العليا (أن الأصل في القرار الإداري هو الصحة وسلامة السبب ومشروعية الغاية التي يهدف إلى تحقيقها وهي المصلحة العامة المحددة له في القانون وأن عبء إثبات عكس ذلك يقع على عاتق طالب إلغاء القرار)⁽¹²⁰⁾.

كما تبنت محكمة العدل العليا التعريف الفقهي لعبء الغاية (هو انحراف الإدارة صاحبة السلطة عن أهداف القانون بدافع لا يمت للمصالح العام بصلة، حسنت نية الإدارة في هذا الدافع أو ساءت، تعمدت الانحراف فيه أو انحرفت خطأ، لا فرق في ذلك بين أن يكون الدافع هدفاً شخصياً أو مصلحة ذاتية أو للغير أو غيراً على المصلحة العامة)⁽¹²¹⁾.

وقضت كذلك بأن تحقيق نفع شخصي إلى جانب المصلحة العامة لا يعيب القرار (لا يرد الدفع بأن القرار المشكوك منه مشوب بإساءة استعمال السلطة طالما أن سلطة المياه لم تمنح الترخيص اللازم لحفر البئر إلا بعد أن قامت بدراسة كافية وافية وبحدود المصلحة العامة وضمن حدود صلاحياتها القانونية، على أنه إذا تحقق نفع شخصي لمصدر القرار بجانب تحقيق المصلحة العامة فإن هذا لا يعيب القرار

بالانحراف كما لو كان الشارع الذي تقرر تنظيمه يمر بمحاذاة أرض رئيس البلدية⁽¹²²⁾.
وقضت في قرار آخر أن استهداف مصلحة شخصية لا يمت للمصلحة العامة يعيب القرار (إن الغاية التي يجب أن تستهدفها لجنة التنظيم المحلية من إصدار القرارات التنظيمية والإخطارات هي خدمة الصالح العام، وأن التسلط على بناء مع الإبقاء على مجموعة من الأبنية المجاورة والمائلة في الوضع التنظيمي المخالف دون التعرض لها بالملاحقة لا تخدم المصلحة العامة ولا تحقق الغاية من التنظيم، كما أن استهداف مصلحة خاصة وخدمة شخصية من اتخاذ هذه القرارات هو أثر لا يمت إلى الصالح العام بصلة بل يستهدف تحقيق غاية غير مشروعة وانحرافا سافرا بالسلطة عن غايات الصالح العام)⁽¹²³⁾.

وقضت أيضا (فوات بعض المميزات في الوظيفة التي نقلت إليها المستدعية لا يمنع الإدارة من إجراء عملية النقل، إذ أن الاحتفاظ بمثل هذه المزايا وأخذها بعين الاعتبار في عملية نقل الموظفين من شأنه أن يغل يد الإدارة في إجراء عملية النقل الذي تتطلبه دواعي المصلحة العامة)⁽¹²⁴⁾.
غير أن استهداف المصلحة العامة يكون مفترضا في قرارات الإدارة، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك. كما قضت محكمة العدل العليا (يفترض في القرار الإداري أنه صدر صحيحا وفي حدود الصالح العام ما لم يقم الدليل القاطع على خلاف ذلك)⁽¹²⁵⁾.

ويكون الانحراف عن المصلحة العامة بأن تتجه نية مصدر القرار إلى الانتقام والذي يمثل أشد حالات استغلال السلطة بصدور القرار بقصد إيقاع الأذى والشر والتشفي لأحقاد وضغائن شخصية. كما قضت محكمة العدل العليا.

(إذا تبين للمحكمة من الظروف التي أحاطت بصدور قرار النقل أن رجل الإدارة استهدف غاية خلاف المصلحة العامة فيكون القرار مشوبا بعيب الغاية وينطوي على إجراء تآديبي مقنع، وعليه فإن نقل الموظف من وظيفة فنية محضة إلى وظيفة تعليمية تختلف عن الوظيفة التي كان يشغلها من حيث التأهيل لها وشروط التعيين فيها، فيستخلص من ذلك أن النقل لم يكن بداعي الحرص على المصلحة العامة إنما تم لإنزال العقاب بالموظف بغير إتباع الإجراءات التأديبية)⁽¹²⁶⁾.

وقضت أيضا (إن القرار المطعون فيه بإحالة الموظف على التقاعد لا يتفق مع الغرض الذي أراده المشرع من منح الوزراء سلطة إحالة الموظفين على التقاعد لأن هذا القرار ما كان ليصدر لو رضى المستدعي إلى طلب مجلس الوزراء وسحب دعوى طعنه بالنقل ونفذ هذا القرار، وبذلك يكون الهدف من إصدار القرار المطعون فيه غير متفق مع الهدف الذي أراده المشرع)⁽¹²⁷⁾.

واعتبرت محكمة العدل العليا (أن مجرد العداوة الشخصية بين مصدر القرار والمخاطب به لا تكفي لتجعل القرار مشوبا بالانحراف بل لا بد من إثبات أن القرار قد صدر تحت تأثير العداوة القائمة بين الفريقين)⁽¹²⁸⁾.

ثانيا: الالتزام بالأهداف المخصصة قانونا

إذ لا يكفي في الحالات التي حدد المشرع فيها أهدافا للنشاط الإداري أن تستهدف الإدارة تحقيق المصلحة العامة بالعموم، بل يجب أن تتقيد بالأهداف أو الغايات التي حددها المشرع عملا بقاعدة تخصيص الأهداف وإلا كان قرارها مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة، كما هو شأن سلطة الضبط الإداري التي يجب أن تستهدف حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة دون غيرها في القرارات الصادرة عنها، كما أن سلطة الطوارئ ملزمة بأن تصدر قراراتها لتحقيق الهدف المحدد في مرسوم إعلان حالة الطوارئ. كما قضت محكمة العدل العليا (إن الغاية من مراقبة أموال الأعداء ووضعها تحت الحراسة هي منع استعمالها في منفعة العدو وإضعاف العدو في مصالحه الاقتصادية، إن انتقال أموال العدو إلى غير الأعداء عن طريق الإرث أو الانتقال ليس فيه ما يخالف هذه الغاية بل هو تأكيد لها)⁽¹²⁹⁾.

وبهذا المعنى قضت محكمة العدل العليا بام الله الإدارة عندما تتصرف في العمل بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية لا تتمتع بسلطة تحكمية بل بسلطة تحدها حدود المشروعية المختلفة، بمعنى أنه يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي ارتآه القانون، فإذا خالف مصدر القرار هدف القانون كان القرار معيبا من ناحية الغاية، وأنه يقتضي على المحكمة أن تناقش القرار على ضوء الغاية التي هدف إليها المشرع، والقاعدة الفقهية إن كل نص في القانون يعمل بعلته⁽¹³⁰⁾.

وقد أوضحت ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية (تحقيق مصلحة مالية خاصة للبلدية هي الإتاوة التي نصت عليها التراخيص ورفعت بشأنها دعوى مدنية لا تزال منظورة أمام المحاكم، وأن هذه المصلحة المالية لا تعتبر غرضا مشروعا مما يبرر إنهاء أو سحب التراخيص، بل هو غرض غير مشروع منطوق على إساءة استعمال السلطة)⁽¹³¹⁾.

ثالثا: التعسف في استعمال السلطة

يعني التعسف أن تمارس الإدارة الصلاحيات المخولة لها في غير الظروف والمناسبات الملائمة لها، وتخطئ في استعمال سلطتها التقديرية التي منحها إياه المشرع والقاضي في بعض الدول لا يراقبها كونه قاضي مشروعية ويمتنع عليه رقابة الملاءمة لتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات.

غير أن بعض النظم القضائية فرضت رقابتها على سلطة الإدارة التقديرية في مجال التأديب إذا كان هناك غلو بمعنى أن تتناسب العقوبة المقررة مع الخطأ المنسوب للمخطئ، فقضت محكمة العدل العليا بام الله (إن مناط المشروعية في تقدير العقوبة هو الايشوبها غلو وان شطب اسم المستدعي من سجل المحامين ومنعه من مزاوله المهنة لا يتناسب مع المخالفة المرتكبة ويشكل غلو في تطبيق العقوبة ويخرجها من نطاق المشروعية)⁽¹³²⁾.

وقضت أيضا بأن (مناطق مشروعية السلطة التقديرية المخولة للسلطة التأديبية في تقدير خطورة الذنب المقترف وما يناسبه من جزاء، ألا يشوبها غلو في العقوبة المفروضة ذلك أن الغلو من العيوب التي تنال من مشروعية القرار، ويشكل ضربا من ضروب إساءة استعمال السلطة)⁽¹³³⁾. وراقبت محكمة العدل العليا السلطة التقديرية للإدارة في حال أساءت استعمال السلطة، فقضت (إن وجود سلطة تقديرية للإدارة ليس معناه ترك الأفراد لمحض رغبات الإدارة دون ما حد لسلطتها في التقدير وإنما معناه أن يكون للإدارة سلطة اتخاذ الموقف الذي تراه مناسبا عند تحقق الحالة التي هدف إليها القانون. إن الوظيفة الإدارية تتحصل في اتخاذ قرارات فردية لتطبيق القواعد التشريعية العامة غير الشخصية على ما يعرض لها من الحالات الفردية المحددة. ويستلزم هذا التطبيق أن لا تتجاوز السلطة روح القانون والهدف الذي ارتآه المشرع وإلا كان القرار مشوبا بالغلو فيخرج تقدير الإدارة عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية)⁽¹³⁴⁾.

وتوسعت محكمة العدل العليا برام الله في هذا النوع من الرقابة لتشمل سلطة الإدارة التقديرية في تحقيق المصلحة العامة فقضت (والذي نراه بخصوص المادة (١٥) من قانون التقاعد المدني رقم (٣٤ لسنة ٥٩) أن المشرع قد أناط باتخاذ قرار الإحالة على التقاعد بمجلس الوزراء تاركا له الحق في استعمال سلطته التقديرية بهذا الخصوص، إلا أننا لا نرى في إعطاء هذا الحق للمجلس تحويله سلطة تحكمية يقوم من خلالها باتخاذ قرار الإحالة على التقاعد دون رقابة على سلطته التقديرية هذه التي يجب أن تكون مقيدة بتحقيق المصلحة العامة، وفي نفس الوقت الحفاظ على مصلحة الموظف.

بناء على ذلك وإذا ما طبقنا معيار المصلحة العامة والنفع العام وحالة الضرورة والمشروعية في اتخاذ القرارات الإدارية على القرار المطعون فيه.... نجد أن قرار إحالتها على التقاعد لم يكن ليهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وفيه تتجاوز للسلطة التقديرية التي أجازها المشرع لمجلس الوزراء وهو بصدد اتخاذ قراراته بالإحالة على التقاعد ما دام من الثابت أن المستدعية كانت خلال مدة عملها تتمتع بكفاءة عالية في تخصصها، وأنها قامت بواجباتها على أكمل وجه، هذا فضلا عن أننا لا نجد أي خلل لدى المستدعية في قيامها بواجباتها، وعليه وحيث أن القرار المطعون فيه يكون مفتقرا للسبب والدافع الذي يحقق المصلحة العامة المتوخاة، ولا يؤدي إلى تحقيق نفع عام، إنما يضر فقط بمصلحة المستدعية وقد تم اتخاذه دون مبرر قانوني أو واقعي، وحيث أن مصدر القرار يكون بذلك قد تجاوز سلطته التقديرية مما يجعل قراره هذا معيبا من هذه الناحية وواجب الإلغاء)⁽¹³⁵⁾.

ونستشف رقابة التعسف أو رقابة الملاءمة بعيدا عن التأديب في ب قرار محكمة العدل العليا (أوجبت المادة ٦٢/ج من نظام الخدمة المدنية تبليغ قرار النقل أو الانتداب أو الوكالة أو الإعارة قبل التاريخ المحدد لتنفيذه بمدة مناسبة، ولا تعتبر هذه المدة مناسبة إذا كان القرار الطعين قد اعتبر نافذا خلال (٢٤) ساعة من صدوره مما يشكل مخالفة قانونية تعيب القرار)⁽¹³⁶⁾.

ويفرق الفقه بين التعسف في استعمال الحق في القانون الخاص والتعسف في استعمال السلطة من حيث أن الأخيرة فكرة ملازمة للسلطة التقديرية للإدارة في القانون الإداري سعى رجل الإدارة

من خلالها تحقيق أغراض غير مشروعة من حيث ملاءمتها، فهي تتعلق بفكرة الاختصاص وتقسيمه إلى اختصاص مقيّد واختصاص تقديري، بينما تتعلق في القانون الخاص بطريقة استعمال الأفراد لحقوقهم⁽¹³⁷⁾.

رابعاً: الانحراف في محل القرار الإداري الواجب الإلتباع

تبرز هذه الصورة عندما تستسهل الإدارة إحداث أثراً قانونياً بدلاً من أثر قانوني واجب الإلتباع، كأن تلجأ إلى الاستيلاء المقرر في الظروف الاستثنائية عوضاً عن نزع الملكية الواجب الإلتباع في الظروف العادية، أو أن تلجأ إلى منح مكافأة نهاية الخدمة بدلاً من الإحالة على التقاعد المبكر. ونمثل بقضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية (الاستيلاء على عقارات الأفراد سلطة استثنائية لا يجوز للجهة الإدارية استخدامها إلا في حالة الضرورة القصوى، والتي يتعذر معها على جهة الإدارة تدبير احتياجاتها بالطريق الطبيعي وهو طريق التعاقد مع الأفراد)⁽¹³⁸⁾.

ويتحقق كذلك عندما تتحايل الإدارة في قرارها للتهرب من تنفيذ حكم قضائي كما قضت محكمة العدل العليا (إذا كان إجراء إعادة الموظف إلى وظيفته الأصلية المنقول منها هو تنفيذ صوري لحكم محكمة العدل العليا القاضي بإلغاء قرار نقله وكان قرار إحالته على التقاعد قد صدر تحاشياً للتنفيذ السليم لحكم المحكمة وليس لتحقيق الغاية التي هدف إليها المشرع في قانون التقاعد فيكون قرار الإحالة على التقاعد المطعون فيه معيباً)⁽¹³⁹⁾.

الفرع الثالث

إثبات عيب الغاية أو الانحراف في استعمال السلطة

يتصل عيب الغاية بنفسية مصدر القرار ونواياه ويتعلق بعناصر ذاتية وشخصية خفية متعلقة بشخص مصدر القرار وبأخلاقه، الأمر الذي يجعله الأكثر صعوبة في الإثبات بالمقارنة مع العيوب الأخرى. ويحتاج إثباته إلى قرائن مادية قد تستخلص من القرار المطعون فيه أو من المستندات التي يحويها ملف الدعوى أو من قرائن مادية مستخلصة من الظروف الخارجة على النزاع التي تدعم الاستناد إليه والتي قد يصعب على المدعي إثباته.

وعيب الانحراف لا يفترض وقوعه بل يتم التحري عنه في وثائق وملف الدعوى، ويتطلب أن يصدر عن السلطة الإدارية خطأ عمدياً في مجال يتعلق بسلطة الإدارة التقديرية، فالقاضي الإداري لا يلغي القرار الإداري إطلاقاً بعيب الانحراف إلا إذا كان هذا العيب مؤكداً، ويجب أن يقيم المدعي بالانحراف دليل الإثبات، فهو المكلف وفق القواعد الأصولية في إثبات الدليل على الانحراف في استخدام السلطة.

لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يعتبر عيب الغاية متعلقاً بالنظام العام ولا يتم التعرض له

إذا لم يثره الخصوم، ويعتبره من العيوب الاحتياطية أو الخفية التي ينظرها القاضي بعد استنفاد التطرق للعيوب الأخرى كونه العيب الوحيد الذي يسيء لمصدر القرار.

ومن جهتها اعتبرت محكمة العدل العليا برام الله صدور قرار عن المستدعى ضده بعد أسبوع من تبليغه لائحة استدعاء المحكمة قرينة على الانحراف في استعمال السلطة فقضت (وحيث أن نقل الموظف من وظيفته إلى وظيفة أقل منها درجة غير جائز قانوناً إلا إذا كان بناء على موافقة الموظف الخطية، وإلا كان النقل إجراءً تأديبياً مقنعاً اتخذ دون مراعاة الإجراءات المعينة التي فرضها القانون قبل اتخاذ أي إجراء تأديبي بحق الموظف، ومما عزز هذه القناعة ظروف وملازمات إصدار القرار المتضمن نقل المستدعى إلى وظيفة مدير دائرة المقابر الذي هو محل الطعن في الدعوى رقم ٢٠٠٧/٩ حيث صدر هذا القرار بعد أسبوع من تبليغ المستدعى ضده لائحة طعن المستدعي في القرار الصادر عنه أمام محكمة العدل العليا، لهذه الأسباب تقرر المحكمة قبول الطعن وإلغاء القرارين المطعون فيهما)⁽¹⁴⁰⁾.

وقضت في قرار آخر (إن حذف أسماء المستدعين من هيكلية تسكين موظفي المجلس التشريعي دون أي مبرر أو سبب يدعو لذلك يخفي في طياته عقوبة تأديبية لهم)⁽¹⁴¹⁾.

المطلب الخامس

السبب

لا يكفي لمشروعية القرار الإداري أن يصدر عن سلطة إدارية مختصة ووفق الشكل والإجراءات المنصوص عليها بهدف تحقيق المصلحة العامة بل يجب أيضاً أن يقوم على واقعة صحيحة ومشروعة تبرر صدوره. ويمثل السبب عنصر البدء في وجود القرار، ويشكل المبرر أو الدافع لاتخاذ القرار، ويعبر عن حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته تتم فتوحى إليه بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يحدث أثراً قانونياً ما أو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني.

فقد قضت محكمة العدل العليا برام الله (إن كل قرار إداري إما كانت السلطة التي يصدر عنها مقيدة أم تقديرية يجب ان يقوم على سبب يدعو الى إصداره، وان هذا السبب هو ركن من اركان القرار الاداري وشروط صحته. فاذا صدر القرار الاداري ولم يكن مستندا الى سبب صحيح وواضح فانه يكون معيباً بعب عدم قيام السبب الذي يبرر اصداره)⁽¹⁴²⁾.

الفرع الأول

تعريف السبب

عرفه العميد الطماوي بأنه (الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والتي تدفع الإدارة

إلى التدخل واتخاذ القرار⁽¹⁴³⁾.

وعرفه الفقيه جون ريفيرو (بأنه الدوافع المادية أو القانونية التي تحمل الإدارة على اتخاذ القرار الإداري)⁽¹⁴⁴⁾.

فقد يكون الدافع لصدور القرار واقعة مادية كمظاهرة أو إضراب أو وباء أو إقامة بناء أو هدمه أو شق طريق أو حرب... الخ وقد يكون واقعة قانونية كبلوغ الموظف سن التقاعد أو صدور حكم قضائي نهائي بالإدانة بجناية أو جنحة، أو غياب الموظف خمسة عشر يوماً متصلة بدون إذن أو عذر، أو تقديم الموظف لطلب استقالة أو تقاعد مبكر... الخ.

ونشير إلى أن السبب شرط من شروط صحة القرار ومهما كانت حجم المخالفة التي صادفته لا يؤدي إلى انعدام القرار الإداري.

الفرع الثاني

شروط صحة السبب

اشترط الفقه والقضاء الإداري لمشروعية السبب الشروط التالية:

أولاً: أن يكون مشروعاً

ويعني ذلك أن تكون الواقعة التي يستند إليها مصدر القرار الإداري مشروعة لا تخالف القوانين والأنظمة السارية المفعول، كما قضت محكمة العدل العليا (بما أن العلامة المطلوب تسجيلها هي علامة تعود لشركة بريطانية مقاطعة فيكون بالتالي تسجيلها بسجل العلامات التجارية لدى مسجل العلامات التجارية بوزارة الصناعة والتجارة بالمملكة مخالفاً للقانون ويكون رفض المسجل للعلامة لهذا السبب متفقاً وأحكام القانون)⁽¹⁴⁵⁾.

وإذا حدد المشرع سبب أو أسباب القرار فيجب أن يكون السبب المؤسس للقرار من الأسباب التي ذكرها المشرع، لأن سلطة الإدارة تكون مقيدة بإصدار القرار متى توافرت الأسباب، فمثلاً يلغى الامتحان للطالب إذا غش أو أخل بنظام الامتحان أو ضمن ورقة إجابته أمراً يعد قذفاً أو سباً وبالتالي لا يجوز إلغاء الامتحان لسبب آخر. أما إذا لم يحدد المشرع الأسباب فتكون للإدارة سلطة تقديرية تحت رقابة قاضي الإلغاء الذي يتحقق من الوجود المادي للسبب وأنه حقيقياً لا وهمياً وقائماً قبل صدور القرار ولحين صدوره، فإذا ما تقدم موظف بطلب استقالة ثم سحبها قبل صدور القرار بقبولها فإن القرار يكون معيباً لعدم وجود سبب⁽¹⁴⁶⁾.

كما قضت محكمة العدل العليا (إستناد المستدعى ضده في إصدار القرار إلى المصلحة دون بيان ماهية هذه المصلحة لا يكفي لإضفاء صفة المشروعية على هذا القرار إذ لا بد من بيان السبب بشكل واضح ومقنع وسليم لكي تبسط محكمة العدل العليا رقابتها على مشروعية القرار الطعين. ويعتبر

السبب ركناً من أركان القرار الإداري وشرطاً لازماً لصحته ولا بد لكل قرار إداري من سبب يقوم عليه وأن هذا السبب هو الواقعة القانونية والمادية التي تدفع الإدارة لإتخاذ قرارها وأن خلو القرار الإداري من ذكر السبب يجعله فاقداً لركن رئيسي من أركانها يترتب عليه فقدانه لمشروعيته⁽¹⁴⁷⁾.

ونرى أن اجتهاد محكمة العدل العليا برام الله جانب الصواب بأن اعتبرت القرار الإداري سليماً ولو كان مبنيًا على أسباب غير قانونية، ما دام أن هناك أسباباً أخرى تكفي لإصداره بقولها (وأما فيما يتعلق بالسبب الذي استند إليه المستدعون في دعواهم والذي مفاده أن الأسباب التي استند إليها القرار المشكو منه لا تتفق وأحكام القانون، فإننا نجد أنه وإن كان قانون الحرف والصناعات قد أجاز لطبيب البلدية حق رفض الموافقة على أية رخصة لتعاطي أية حرفة مصنفة لأسباب صحية، وأن المستدعى ضده قرر رفض إعطاء المستدعين الرخص التي طلبوها بداعي وقوع المنطقة التي سيارسون عملهم فيها ضمن مشروع التنظيم الهيكلي، في حين أنه كان يتوجب عليه أن يؤسس قراره على اعتبارات صحية كما تقضي بذلك المادة السادسة المذكورة، إلا أننا لا نرى في ذلك ما يعيب القرار المشكو منه وذلك لأن القرار الإداري لا يعيبه كونه مبنيًا على أسباب غير صحيحة ما دام أن هناك أسباباً قانونية أخرى صحيحة تكفي لإصداره)⁽¹⁴⁸⁾.

ثانياً: أن يكون صحيحاً وحقيقياً ومستخلصاً من أصول ثابتة

تجد هذه الرقابة القانونية حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت هذه الواقعة المادية أو القانونية مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً أو قانونياً وإلا كان القرار فاقداً لشرط من شروط صحته وهو السبب ووقع مخالفاً للقانون. فقد قضت محكمة العدل العليا (يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون مؤسساً على وقائع صحيحة لا على مجرد الشكايات والشائعات، وأن يكون تقدير هذه الوقائع مبنيًا على أساس سليم، ويجب أن تكون الوقائع التي ينطوي عليها القرار الإداري ثابتة بالبيانات القانونية التي تصلح أساساً للحكم، وإذا لم تتوفر مثل هذه البيانات فإن القرار الإداري يكون حقيقياً بالإلغاء لأنه لا يقوم على أساس سليم)⁽¹⁴⁹⁾.

وقضت في قرار آخر (إننا من تدقيق ملف الدعوى وما ورد فيه من بيانات نجد أن الأمر ليس كذلك، إذ ما ورد من الأدلة لا يكفي للقول بسلامة ما توصل إليه المستدعى ضده من أن العقار موضوع القرار المشكو منه من الأبنية الخطرة الآيلة للسقوط وأنه يعرض سلامة الجمهور للخطر وأنه معرض للانهيار في أي وقت)⁽¹⁵⁰⁾.

وقضت محكمة العدل العليا برام الله (قرار مجلس التأديب يجب أن يكون قائماً على سبب واقعي وقانوني سليم، فإذا لم يوجد أمام مجلس التأديب أية أدلة مقبولة قانوناً تؤدي إلى القرار المطعون فيه الصادر من مجلس نقابة المحامين والذي يقضي بوقف المستدعي عن مزاولة مهنة المحاماة لمدة شهر، فإن هذا القرار، يكون مخالفاً للأصول والقانون وينقصه الدليل القانوني)⁽¹⁵¹⁾.

ويشترط القضاء لصحة القرار الاستناد إلى السبب المذكور في القرار ولا يسمع لأي سبب

آخر لم يتم ذكره. (متى بني القرار الإداري على سبب معين قام عليه واستمد كيانه من سند قانون أفصح عنه مصدر القرار وكان هو علة صدوره، وأن عدم قيام هذا السبب يعيب القرار، ولا يجدي في تصحيحه بعد ذلك تغيير سببه، وإن جاز إصدار قرار جديد على الوجه الصحيح. ولما كان المستدعي ضده قد أفصح عن السبب الذي دعاه إلى إنهاء عقد المستدعية لعدم كفاءتها للوظيفة المعينة بها، فإن لمحكمة العدل العليا مراقبة صحة قيام السبب). وقضت أيضا (المحكمة لا تملك حق البحث في سبب جديد لم يستند إليه القرار الطعين، لأن رقابتها تقتصر على بحث الأسباب الواردة في القرار)⁽¹⁵²⁾.

ثالثا: أن يكون السبب مبنيا على تكييف قانوني سليم

ويعني هذا أن يكون التكييف القانوني للواقعة سليما فإذا كان شرب الخمر في مكان عام من محظورات الوظيفة العامة، مما يستدعي التأكد من أن المشروب خمرا وأن شرب الخمر تم في مكان عام وإلا كان السبب غير مكيف تكييفا قانونيا سليما. ونمثل أيضا بمعاينة الموظف عن الغياب بلا عذر، وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا (مغادرة الموظف مكان عمله بسبب مرض والدته بعد أن تقدم بطلب إذن للمغادرة ثم طلبه الإجازة عن الفترة التي تغيب فيها بعد أن شرح ظروف مغادرته لا تستدعي في مثل هذه الظروف إيقاع عقوبة الإنذار بحقه)⁽¹⁵³⁾.

وراقبت محكمة العدل العليا تكييف الوقائع في حكمها (وبتطبيق هذه النصوص على وقائع الدعوى نجد أن كتابة تواريخ متعددة على الوجه الذي سجلت فيه على غلاف البضاعة التي تم حظر تسويقها بموجب القرار المطعون فيه يشكل وصفا كاذبا لها من حيث الأوصاف الواردة على الغلاف مضللة وغير واضحة أو مفهومة للشخص العادي حسب الظروف المعتادة للشراء)⁽¹⁵⁴⁾.

وقضت في قرار آخر (إذا ثبت بالبينة والكشف بأن آلات الألعاب الموجودة بمحل المستدعي ليست شبيهة بالفليبرز ولا تستعمل للمقامرة وغير ممنوع استعمالها وهي ألعاب أطفال للتسلية فقط لا يشملها بلاغ رئيس الوزراء بشأن محلات الأتاري والكمبيوتر فيكون قرار المحافظ بإغلاق محله غير قائم على أساس من الواقع والقانون)⁽¹⁵⁵⁾.

رابعا: أن يتناسب السبب مع محل القرار

تشرط بعض النظم القضائية التي تأخذ برقابة الملاءمة أن يتناسب سبب صدور القرار مع محل القرار فيما يخص القرارات التأديبية الصادرة عن الإدارة فقد قضت محكمة العدل العليا (إن مناط مشروعية السلطة التأديبية في تقدير خطورة الذنب المقترف وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك هو ألا يشوب استعمالها غلو في العقوبة وقد جرى قضاء محكمة العدل العليا على أن الأصل أن يقوم تقدير الجزاء على أساس التدرج في العقوبة بشكل تكون فيها العقوبة كافية لتأمين سير المرفق العام)⁽¹⁵⁶⁾.

وقضت في قرار آخر (من حق المجلس التأديبي أن يختار العقوبة المناسبة من بين العقوبات التأديبية مراعيًا في ذلك خطورة الذنب المقترف)⁽¹⁵⁷⁾.
وقضت أيضا (لمجلس نقابة المحامين كسلطة تأديبية سلطة تقديرية بفرض العقوبة المناسبة لخطورة الذنب المسلكي بشرط أن لا يشوب قرار العقوبة الغلو، وللمحكمة بسط رقابتها ولها إذا وجدت العقوبة مشوبة بالغلو إلغاء قرار فرضها لتعسف مصدرها)⁽¹⁵⁸⁾.

الفرع الثالث إثبات سبب القرار

الأصل أن كل قرار إداري مبني على سبب صحيح وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، ويفترض في كل قرار إداري حتى ولو صدر خاليا من ذكر أسبابه أن يكون في الواقع مستندا إلى دواع قامت لدى الإدارة حين أصدرته، وإلا كان القرار قابلا للإبطال لفقدانه سبب وجوده ومبرر إصداره، وإذا تكشف هذه الدواعي على أنها كانت السبب الذي دعا الإدارة لإصداره كان للمحكمة بمقتضى رقابتها القضائية أن تتحرى مدى صحتها، أما إذا كان القانون قد ألزم الإدارة بأن يكون قرارها مسببا ومعللا فإن هذه الأسباب تكون محل رقابة لمعرفة مدى صحتها من الناحية الواقعية ومدى مطابقتها للقانون نصا وروحا. ويراقب القاضي المشروعية في إطار الأسباب القائمة دون أن يقدر الوقائع المسوغة للقرار أو افتراض أسباب أخرى، فقد قضت محكمة العدل العليا (إن القول بأن تقدير الأدلة متروك للسلطة الإدارية ذاتها وأن لا رقابة للمحكمة عليها في ذلك قول صحيح، إذا كانت هنالك أدلة قانونية صالحة لاستخلاص الوقائع التي بني عليها القرار، أما إذا عدمت هذه الأدلة فإن أسباب القرار تكون خاضعة لرقابة المحكمة لتعرف مدى صحتها من الناحية الواقعية ومن جهة مطابقتها للقانون نصا وروحا، فإذا ظهر أنها غير صحيحة واقعيًا أو منطوية على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله كان القرار معيبا)⁽¹⁵⁹⁾.

كما أنه في حالة الإدعاء بسببين للقرار وثبت عدم صحة أحدهما فقد لا يعيب ذلك القرار إذا كان السبب الصحيح جوهرى وهام، أما إذا كانت الأسباب كلها دافعة فإنه ينظر إليها كوحدة واحدة تؤدي بالقرار إلى البطلان في ما إذا ثبت عدم صحة إحداها رغم ثبوت صحة الأسباب الأخرى، وذلك لأن القرار في هذه الحالة لم يقم على كامل سببه.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون تشكيل المحاكم الفلسطينية لعام ٢٠٠١م لا يعتبر السبب من أسباب قيام دعوى الإلغاء متأثرا بذلك بقانون تشكيل المحاكم الأردني لعام ١٩٥٢م وباجتهاد مجلس الدولة المصري، لذلك فإن الارتكاز إلى السبب الذي يعيب القرار يكون في حالة السلطة المقيدة التي يوضح فيها المشرع أسباب القرار يكون ذلك على أساس عيب مخالفة القانون أما في حالة السلطة التقديرية فيندرج ضمن عيب الانحراف في استعمال السلطة والذي يتحقق من صدور قرار مبني على أوهام مع علم الإدارة بذلك لتحقيق أغراض غير مشروعة.

وهذا ما لا نقره بالنظر إلى توسع النشاط الإداري وعدم تقنينه والسلطة التقديرية الواسعة المقررة للإدارة في الدول العربية التي تربي أشخاصها على أن السلطة هي امتياز شخصي وليست تكليف في خدمة المواطنين والصالح العام، ونتفق بذلك مع موقف مجلس الدولة الفرنسي والفقهاء الذين اعتبروا سبب القرار يشكل وجها من أوجه الإلغاء وسببا لقيام دعوى الإلغاء خاصة وأن محكمة العدل العليا اعتبرت السبب ركنا من أركان القرار⁽¹⁶⁰⁾.

الفصل الثاني

نفاذ وتنفيذ القرارات الإدارية

تنفذ القوانين الصادرة عن المجلس التشريعي بعد إصدارها من رئيس الدولة، والإصدار هو العمل الذي يصادق به رئيس الدولة بأن القانون قد تم وضعه بطريقة دستورية ولذلك يأمر بتنفيذه، وتنفذ اللوائح والأنظمة بإصدارها من رئيس الوزراء الذي يصادق على القرارات الإدارية التنظيمية التي أقرها مجلس الوزراء فيعطيهما قوة النفاذ..

أما القرارات الإدارية الفردية فليست بحاجة إلى إصدار لأن مصدر القرار قد أعطاها بذاته قوة النفاذ، فتندمج بالتالي عملية الإصدار مع التوقيع ويصبح القرار الإداري الفردي نافذا من تاريخ توقيعه من السلطة المختصة.

ونشير إلى الفرق بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذ القرار الإداري، فالنفاذ صفة ملازمة للقرار الإداري منذ صدوره وتدل على قابليته للتنفيذ أو هو قوة التنفيذ التي يتمتع بها، بينما يتعلق التنفيذ بأعمال وإجراءات مادية لاحقة للنفاذ تقوم بها الإدارة أو المخاطب بالقرار بعد إشهاره بأية وسيلة متبعة، أو تحقق العلم به وفق القانون. وقد يرتبط نفاذ القرار الإداري بآجال وشروط تختلف باختلاف كونه قرارا إداريا فرديا أم أم قرارا إداريا تنظيميا، كما أنه في الأصل يصدر لينفذ فوراً دون أن يكون له أثر رجعي أو أن يتأخر إحداث أثره إلى المستقبل دون مبرر قانوني.

ومن جهة ثانية ونظرا لكون القرار الإداري النهائي والمؤثر تفترض به السلامة فهو قابل للتنفيذ الفوري من الإدارة والمخاطبين بأحكامه، ولا يتوقف تنفيذه إلا من السلطة التي أصدرته أو بقرار من القاضي وفق شروط محددة، أو بتدخل من المشرع، وسنعرض فيما يلي لأحكام نفاذ وتنفيذ القرار الإداري الفردي والتنظيمي.

المبحث الأول

نفاذ القرار الإداري

يعني نفاذ القرار الإداري تمكينه من القوة اللازمة لتنفيذه بعد نهايته وإحداثه للأثر القانوني وفق رؤى السلطة المختصة بإصداره والغاية المستهدفة من تحقيقه في الواقع المادي أو القانوني. ويكتسي

تاريخ نفاذ القرار الإداري أهمية بالنسبة لتنفيذ القرار الإداري الفردي والتنظيمي، وقدرة الإدارة المختصة على إنهاء آثاره بسحبه أو إلغائه، وتحديد بداية ونهاية فترة الطعن به أمام قاضي الإلغاء. ونشير إلى اختلاف الآثار المترتبة على نفاذه بحق الإدارة والأفراد حسبها إذا كان القرار الإداري فردياً أم تنظيمياً، وما إذا كان نفاذ القرار الإداري يمتد أثره إلى الماضي أو المستقبل.

المطلب الأول

سريان القرار الإداري إزاء الإدارة والأفراد

تختلف الأحكام القانونية لسريان القرار الإداري إزاء الإدارة عنه إزاء الأفراد المخاطبين بأحكامه أو الغير، كما تختلف هذه الأحكام في القرارات التنظيمية عنها في القرارات الإدارية الفردية. وكما هو شأن القوانين التي لا تسري بأثر رجعي فإن القرارات الإدارية كقاعدة عامة لا يجوز أن تسري بأثر رجعي، كما لا يجوز للقرارات الإدارية الفردية أن تصدر لتنفذ بعد مرور أجل في المستقبل، كما سنعرض لهذا في الفروع التالية.

الفرع الأول

سريان القرار الإداري إزاء الإدارة

يبدأ نفاذ القرار الإداري في حق الإدارة من تاريخ صدوره أي من تاريخ التوقيع عليه من السلطة المختصة بإصداره، أو من تاريخ المصادقة عليه من السلطة المختصة قانوناً، أو مرور الأجل المحدد قانوناً للاعتراض أو التظلم دون أن يتم ذلك.

ووفقاً لأحكام القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣ فإن القوانين وحدها التي لا تسري إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية، لذا لا يحق للإدارة أو الأفراد الاحتجاج بعدم النفاذ لعدم نشر القرار التنظيمي أو القرار الفردي إلا إذا نص المشرع على نشره أو تضمن القرار الإداري النص على نشره. وبهذا الصدد قضت محكمة العدل العليا بمرام الله (أما بخصوص ضرورة نشر الأنظمة والتعليقات في الجريدة الرسمية فإنه من الرجوع لأحكام القانون الأساسي تجده المحكمة أن النشر في الجريدة الرسمية يقتصر فقط على القوانين حتى تكون نافذة، أما بالنسبة للأنظمة واللوائح والتعليقات فإنها تسري منذ صدورها ودون حاجة لنشرها، ويكون في وسع الإدارة تنفيذها ولكن بالقدر الذي لا يلحق ضرراً بالأفراد، لأن القرارات الإدارية لا تسري في حقهم إلا إذا علموا بها، لذلك وحيث أن تعليقات معادلة الشهادات الصادرة عن الوزارة التي وضعت شرط الإقامة مدة سنة على الأقل في بلد الدراسة لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية ولم يثبت علم المستدعي بها عند التحاقه بالدراسة فإنها لا تسري بحق المستدعي)⁽¹⁶¹⁾.

كما لا يجوز للإدارة أن تحتج بعدم النفاذ لعدم تبليغها القرار الإداري التنظيمي أو الفردي ما

لم يكن نفاذ القرار معلقا على شرط واقف، فقضت محكمة العدل العليا (القرارات التنظيمية الصادرة في شؤون الموظفين والتي ترتب أعباء مالية على الدولة يتوقف نفاذها على شرط واقف مفاده وجود الاعتماد المالي) وقضت أيضا (القرار الصادر بترقية موظف محال على اللجنة التأديبية هو قرار معلق على شرط واقف هو ثبوت عدم إدانته)⁽¹⁶²⁾. أو كان نفاذ القرار الإداري معلقا على شرط فاسخ كما قضت محكمة العدل العليا (قرار تعيين الموظف تحت التجربة هو قرار معلق على شرط فاسخ مفاده ثبوت عدم صلاحيته للبقاء في الوظيفة)⁽¹⁶³⁾.

أو كان نفاذ القرار الإداري معلقا على أجل لاحق بأن ينص مصدر القرار التنظيمي واستثناء القرار الفردي على أن يعمل به بعد مرور شهر من نشره مثلا⁽¹⁶⁴⁾.

الفرع الثاني

سريان القرار الإداري إزاء الأفراد

يجمع الفقه والاجتهاد القضائي على نفاذ القرار الإداري بمجرد إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة أثناء قيامها بوظائفها بقصد إحداث أثر قانوني⁽¹⁶⁵⁾. وأنه يسري إزاء الأفراد من تاريخ العلم بالقرار وليس من تاريخ الصدور. كما قضت بذلك محكمة العدل العليا بام الله (إن التاريخ الذي أشار إليه رئيس النيابة هو تاريخ صدور القرار الإداري وليس تاريخ تبليغ القرار الإداري المطعون فيه، وبالتالي فإن ذلك التاريخ لا يعتبر مجريا لحساب مدة الطعن في القرار موضوع الدعوى هذه ما لم تثبت الجهة المستدعى ضدها تاريخ تبليغ هذا القرار)⁽¹⁶⁶⁾.

والتزمت محكمة العدل العليا بنص المشرع في المادة ٢٨٤/١ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ لبدء سريان القرار فقضت على ان يكون ميعاد تقديم الاستدعاء الى محكمة العدل العليا ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه او تبليغه الى صاحب الشأن وفي حالة رفض الإدارة او امتناعها عن اتخاذ أي قرار يبدأ الميعاد من تاريخ ثلاثين يوماً على تقديم الطلب اليها⁽¹⁶⁷⁾.

وبينت محكمة العدل العليا كيفية حساب المواعيد بقولها (تحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعد ذلك)⁽¹⁶⁸⁾.

ويتحقق العلم بالقرار بأحد الوسائل التالية:

١. النشر: يعد تاريخ النشر في الجريدة الرسمية أو الوقائع الفلسطينية الوسيلة العادية لدى محكمة العدل العليا لتحديد بداية نفاذ القرار الإداري فرديا كان أم تنظيميا، ولا يعتد بالنشر في نشرة رسمية أو في الصحف اليومية أو عبر وسائل الإعلام المسموعة أو المرئية إلا إذا نص القانون على ذلك، وإذا نص المشرع على النشر بهذه الصورة فلا يغني النشر في الوقائع الفلسطينية عن ذلك كما هو الحال بخصوص العطاءات ومسابقات التوظيف. ولا يكون نشر القرار الإداري سليا

من الناحية القانونية إلا بإتباع الإدارة للشكليات المقررة في النص القانوني من حيث موعد النشر وطريقته وعدد المرات المقررة لكي يعلم الأفراد بالقرار، كما لو نص القانون على نشر القرار في الجريدة الرسمية أو في جريدة أو أكثر من الجرائد اليومية وتعليق القرار في أمكنة معينة وأن يكون النشر لثلاثة أيام متتالية فلا يتحقق العلم إلا بالوفاء بذلك.

ويعتبر النشر الوسيلة المتبعة للعلم بالقرارات التنظيمية في النظم المقارنة إلا أنه لا يقتصر عليها إذ قد يتقرر للقرارات الفردية التي تهم شخصا أو مجموعة من الأشخاص المحددين بذواتهم، فمحكمة العدل العليا اعتدت بالنشر كمبدأ لسريان القرارات الإدارية التنظيمية والفردية على حد سواء ودون أن تميز بينهما بقولها (يعتبر نشر القرار الإداري في الجريدة الرسمية مبدأ لسريان مدة الطعن بدون موجب لتبليغ صاحب الشأن لأن القانون افترض اطلاع العامة على ما ينشر في الجريدة الرسمية، ويبدأ سريان المدة من تاريخ نشر القرارات الإدارية العامة والقرارات الإدارية الفردية)⁽¹⁶⁹⁾.

وقضت أيضا (إذا نشر القرار المطعون به في الجريدة الرسمية فبحواه ونص على أن العزل ساري المفعول من تاريخ كف يد الموظف عن العمل فإن هذا النشر يعتبر قانونيا لغايات التبليغ)⁽¹⁷⁰⁾.

ونشير إلى أن القرار الإداري غير المنشور هو قرار مشروع ونهائي ومؤثر ونافذ في حق الإدارة ونافذ في حق الأفراد متى تحقق علمهم به بأي وسيلة كانت، لأن النشر لا يكسب القرار وجوده القانوني أو يضفي عليه قوته، بل ينحصر أثره في نقل القرار إلى علم الأفراد لكي يلتزموا به ويخضعوا لأحكامه، وما لم يتم العلم فلا أثر للقرار قبل الأفراد ولكنه يبقى محتفظا بقيمته القانونية.

٢. التبليغ: يعد التبليغ الوسيلة العادية لتحقيق العلم بالقرارات الإدارية الفردية في النظم المقارنة، والتي تحدد تاريخ نفاذ القرار الإداري الفردي، ويقصد به تبليغ الأفراد بالقرار عن طريق الإدارة، وسواء تم التبليغ كتابة أم شفاهة كما قضت محكمة العدل العليا بقولها (إن تبليغ القرارات الإدارية قد يكون تحريريا كما يصح أن يكون شفاهيا)⁽¹⁷¹⁾.

والقاعدة أن الإدارة ليست ملزمة بإتباع وسيلة معينة لكي تبلغ المخاطب أو المخاطبين بالقرار فقد يكون ذلك بالبريد المسجل مع علم الوصول أو بالمناولة باليد أو بواسطة محضر أو بالتعليق على لوحة خاصة في مكان العمل أو بواسطة الفاكس وقد يمتد للبريد الإلكتروني والرسائل الإلكترونية والفيديو والتاب، وكل ما على الإدارة هو تبليغ القرار للمعنيين بوسيلة مؤكدة لأن عبء الإثبات يقع على عاتقها.

ويجب على الإدارة أن تحترم الأحكام القانونية المنصوص عليها لصحة التبليغ أو الإعلان وإلا أمكن للأفراد الاحتجاج بعدم سريان القرار بحقهم كونهم لم يعلموا بالقرار، كما قضت محكمة العدل العليا (إن مجرد إرسال الإشعارات بالبريد المسجل إلى عنوان المطلوب تبليغه لا يعتبر تبليغا قانونيا ما لم يثبت أن هذه الإشعارات قد سلمت إليه بالذات أو إلى من ينوب عنه قانونا في استلام البريد المسجل)⁽¹⁷²⁾.

وبصفة عامة يجب على الإدارة أن تنقل القرار للأفراد بتامه وبسائر أحكامه وإذا أرادت أن تكتفي

بملخصه فيجب ألا يكون هناك أي نقص في مضمونه لأنها لا تستطيع الاحتجاج بذلك النقص على ذوي المصلحة. ومن تاريخ هذا العلم تبدأ آثار القرار بالسريان بالنسبة للأفراد ويفتح الأجل للتظلم الإجباري والطعن القضائي⁽¹⁷³⁾.

٣. العلم اليقيني: يقصد به أن يعلم المخاطب بالقرار عن غير طريق الإدارة بمضمونه بطريقة مؤكدة دون جهالة بجهة الاختصاص وموضوع القرار وأسبابه وتاريخ صدوره، وإذا كان الأصل أن يتحقق العلم بالقرارات الإدارية عن طريق النشر أو التبليغ، فإن الاجتهاد القضائي في مصر والأردن والمغرب وفلسطين ابتكر تحقق العلم بالقرار بالعلم اليقيني وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا (إن عدم تبليغ المستدعي وعلمه اليقيني بالقرار المشكو منه لا يوجب رد الدعوى شكلا لعدم تقديمها ضمن المدة القانونية لأنها مقدمة على العلم)⁽¹⁷⁴⁾.

وإذا كان النشر والتبليغ بمثابة ضمانات مقررّة لصالح الأفراد فإن العلم اليقيني بالقرار يغني عنهما، والمقصود بالعلم اليقيني أن يعلم الفرد بمضمون القرار والجهة التي أصدرته وتاريخ إصداره والأسباب التي بني عليها دون جهالة حتى يحتج عليه به كما قضت محكمة العدل العليا بمرام الله (إن ميعاد الطعن بالقرار يبدأ من ميعاد تبليغه أو نشره أو علم ذي المصلحة به علما يقينيا ولم يرد في أوراق الدعوى ما يفيد بان المستدعي أشعر بصدور القرار المشكو منه أو بمحتوياته والجهة التي صدر عنها ولم يرد أيضا بأنه علم بذلك القرار وأسبابه وفحواه علما يقوم مقام التبليغ تمكنه من تحديد مركزه القانوني)⁽¹⁷⁵⁾.

وقضت أيضا (يشترط للعلم اليقيني الذي يسد مسد التبليغ أن يكون الشخص الصادر ضده القرار قد اطلع على أسباب القرار وفحواه)⁽¹⁷⁶⁾.

ويقع عبء إثبات واقعة العلم على عاتق الإدارة فالنشر يثبت بعدد الوقائع الفلسطينية الذي نشر فيه القرار الإداري، والتبليغ يثبت بإبراز ما يثبت واقعة الاستلام، ويثبت العلم اليقيني من خلال واقعة أو قرينة تفيد حصوله كقيام المخاطب بالقرار بتصرف ما يدل على علمه بالقرار الإداري، والقضاء يراقب قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو الواقعة وتقدير الأثر الذي يمكن تربيته عليها من حيث كفاية العلم أو قصوره.

ونمثل على القرينة من قضاء محكمة العدل العليا قيام المستدعي بإعلام المستدعي ضده بمضمون القرار (إذا صدر القرار المشكو منه بتاريخ ٢٥/٢/٢٠٠٨ وبالتالي تاريخ ذاته قام المستدعي ضده بإعلام المستدعي بمضمون القرار، وحيث أن المستدعي يعمل بالدائرة ذاتها ولا زال على رأس عمله فإن هذا الإجراء يعتبر وكما استقر اجتهاد محكمة العدل العليا علما يقينيا بالقرار المشكو منه منتجا لآثاره القانونية).

وقد يستدل عليه من واقعة تنفيذ القرار كما قضت محكمة العدل العليا (يعتبر الموظف عالما بقرار تخفيض علاوته إذا استلم راتبه دون احتساب العلاوات وتكون دعوى الطعن بهذا القرار المقدمة

بعد فوات المدة القانونية مستوجبة الرد شكلاً⁽¹⁷⁷⁾.

وقد يتأتى العلم من واقعة التظلم إلى الجهة التي أصدرت القرار أو السلطة الرئيسة لها أو من مناشدته لسلطة عامة بإنصافه أو من خلال نشره لمقال حول القرار أو من وكالة المحامي ولائحة الاستدعاء لمقاضاة الإدارة أمام محكمة ولو كانت غير مختصة. كما قضت محكمة العدل العليا (وتكون إقامة الدعوى السابقة تفيد العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه بتاريخ الوكالة المعطاة للمحامي لإقامة تلك الدعوى)⁽¹⁷⁸⁾.

وقضت أيضاً (علم المستدعي بالقرار المشكو منه علماً يقينياً بتاريخ تقديم دعواه السابقة التي ردت لعدم صحة الوكالة التي قدمت بموجبها الدعوى يجعل الدعوى المقدمة بعد مضي أكثر من ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار مقدمة بعد فوات المدة القانونية مستوجبة الرد شكلاً)⁽¹⁷⁹⁾.

المطلب الثاني

سريان القرار الإداري على الماضي

يقصد بسريان القرار الإداري على الماضي رجعية القرار الإداري، والأصل أن يسري القرار الإداري بأثر فوري وأن لا يرتب أي أثر رجعي في زمن لم يكن معروفاً فيه، لأن ذلك يشكل انتهاكاً لركن الاختصاص بإصدار القرار الإداري وانتهاكاً لحقوق الأفراد المكتسبة واستقرار معاملاتهم وأوضاعهم القانونية من خلال إعادة النظر في مراكزهم القانونية الموافقة للتشريع الساري في الزمن الذي نشأت فيه.

ولا يؤدي سريان القرار الإداري بأثر رجعي لإبطال القرار الإداري بل يقتصر على الأثر الرجعي فقط، كما قضت محكمة العدل العليا (القرارات الإدارية ليس لها أثر رجعي وجزاء رجعية القرار الإداري هو بطلانه فيما يختص برجعيته)⁽¹⁸⁰⁾.

وقضت في قرار آخر (إلا أنه لا يجوز أن يكون للقرارات الإدارية أثر رجعي وأن مفعولها يسري من تاريخ صدورها، وعليه فلا يجوز للجنة التحقيق الفرعية أن تتبنى قناعات لجنة التحقيق التي تقرر أن تشكيلها مخالف للقانون)⁽¹⁸¹⁾.

وقضت محكمة العدل العليا بمرام الله (وحيث أن العبرة في تطبيق التعليمات على فرض قانونيتها هي بتاريخ حصول المستدعي على شهادته وليس بتاريخ تقديم طلب معادلتها، وحيث أن المستدعي حصل على الشهادة المطلوب معادلتها عام ١٩٩٧ أي في ظل نظام معادلة الشهادات رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ وقبل وضع هذه التعليمات من قبل الوزارة والبدء بتطبيقها، وحيث أن القواعد العامة تقضي بعدم جواز سريان اللائحة على الماضي)⁽¹⁸²⁾.

كما قضت بأنه لا يرتب على إعادة الاعتبار أثر رجعي (لا يرتب على إعادة الاعتبار أي أثر رجعي فيما يتعلق بالحقوق التي فقدها المستدعي بسبب الجرم الذي أدين به، فليس لمن رد اعتباره

أن يستعيد وظيفته التي عزل منها أو أن يستعيد حقوقه التقاعدية التي حرم منها لأن آثار رد الاعتبار مقصورة على المستقبل⁽¹⁸³⁾.

وترد استثناءات على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية لدى الاجتهاد القضائي في الدول المقارنة في الحالات التالية:

١. إذا تقرر سريان القرار الإداري بأثر رجعي الرجعية بنص تشريعي: كأن ينص قانون على صدور لائحة تنفيذية للقانون تسري بأثر رجعي من تاريخ صدور القانون، وتمثل عليها بنص قانون الخدمة المدنية الفلسطيني في المواد (٩٢- ١١٤- ١١٥- ١١٦) على اختصاص مجلس الوزراء إصدار مجموعة من اللوائح الضرورية لتنفيذ القانون خلال مدة سنة من تاريخ نفاذه، ومنها ما يتعلق باحتساب الخبرات السابقة في الدول العربية والعاملين في منظمة التحرير الفلسطينية وتوظيف ذوي أسر الشهداء. وقد سبق لمحكمة العدل العليا أن قضت بعدم وجود مثل هذا النص (ليس من القوانين النافذة المفعول ما يميز رجعية القرارات الإدارية)⁽¹⁸⁴⁾.
٢. تنفيذ حكم قضائي بإلغاء قرار إداري: يترتب على صدور حكم الإلغاء صدور قرار إداري يمحو آثار القرار الملغى من الحياة القانونية وكأنه لم يكن، ويسري من تاريخ صدور القرار الملغى.
٣. تنفيذ القرار الإداري المسحوب من الإدارة: يسري القرار الإداري بسحب قرار إداري بأثر رجعي يمتد لتاريخ صدور القرار الإداري المسحوب.
٤. إذا كان القرار الإداري من القرارات التي تتضمن بالضرورة أثرا رجعيا ومثالها:
 ١. القرارات التي تسري بأثر رجعي لتعارض عدم الرجعية مع سير المرافق العامة: تمثل عليها بسريان قرارات تعيين الموظفين من تاريخ مباشرتهم للعمل الإداري، إذا ما تأخر اكتمال القرار بالفحص الطبي والأمني في بعض النظم.
 ٢. تسري القرارات الإدارية المفسرة بأثر رجعي لتاريخ صدور القرار الأصلي: تمثل عليها صدور قرار تعبيد شارع على نفقة السكان، ويصدر قرار يحدد نسبة مشاركة كل مجاور.
 ٣. القرارات الكاشفة تسري بأثر رجعي لتحقيق الأثر القانوني، وتمثل عليه بحكم القاضي بعزل موظف لإدائه بجناية بتاريخ ٥/١/٢٠١٨م ويصدر قرار بعزله من الإدارة بتاريخ ١٠/١/٢٠١٨م فيسري قرار الإدارة الكاشف من تاريخ ٥/١/٢٠١٨م.
 ٤. القرارات التي تصدر عن سلطة الوصاية الإدارية: تمثل عليها بالقرار الصادر عن وزير الحكم المحلي بالمصادقة أو عدمها على قرار المجلس البلدي تعيين موظف من الفئة الأولى، فإن هذا القرار يسري من تاريخ صدور قرار التعيين من المجلس البلدي. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية (إن قرار المجلس بفرض رسوم بلدية لا يكون نافذا إلا بعد تصديق وزير الشؤون البلدية، وتصديق الوزير يجعل القرار نافذا من تاريخ صدور قرار المجلس ولا أثر رجعي في ذلك)⁽¹⁸⁵⁾.
٥. تسري القرارات التي تحقق مزايا للمخاطبين بها بأثر رجعي: وتمثل عليها بصدور قرار بزيادة رواتب الموظفين في نهاية العام على أن يسري من بدايته⁽¹⁸⁶⁾.

المطلب الثالث إرجاء آثار القرار الإداري على المستقبل

تقضي الأصول بأن تسري القرارات الإدارية الفردية بأثر فوري، ولا يجوز إرجاء سريانها بأثر مستقبلي، ففيما يخص القرارات التنظيمية يجوز إرجاء آثارها على المستقبل لأن التنظيم يكون للمستقبل دائماً، ولا تعدي في ذلك على مبادئ الاختصاص بحكم أن السلطات اللاحقة تملك سلطة تعديلها وإلغائها متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما أنها لا ترتب حقوقاً مكتسبة للأفراد قبل تطبيقها بل تولد مراكز قانونية عامة فقط.

أما القرارات الفردية فلا يجوز صدورها بأثر مستقبلي لأنها تتضمن اعتداء على ركن الاختصاص بين السلطة الحالية واللاحقة، فقد لا تكون السلطة التي أصدرتها هي المختصة بإصدار القرار في تاريخ نفاذه المستقبلي، عدا عن كون سلطة الإدارة مقيدة في ما يخص سحبها وإلغائها بتاريخ صدورها سواء كانت سليمة أم معيبة، وفي أغلب الحالات تنم القرارات المرجأ آثارها على المستقبل (المبتسرة) عن المحاباة والانحراف عن المصلحة العامة⁽¹⁸⁷⁾.

ومع ذلك فقد أجاز القضاء الإداري للإدارة إصدار قرارات إدارية مبتسرة إذا اقتضت ضرورات الصالح العام ذلك كتعيين كفاءة نادرة في وظيفة لضمان عدم التحاقها بعمل في الخارج أو قيام الإدارة بإصدار قرارات تعيين لطلاب تعاقدت معهم على العمل لديها مقابل تحملها لنفقات تعليمهم العالي في الخارج.

المبحث الثاني تنفيذ القرارات الإدارية

الأصل أن تنفذ الإدارة قراراتها النهائية بمجرد صدورها وإذا عارضها أحد في ذلك كانت تلجأ للتنفيذ المباشر أو الجبري، ومع شيوع احترام الإدارة المعاصرة لحقوق الإنسان أصبحت تلجأ لتنفيذها من خلال السلطة القضائية، وذلك باللجوء إلى القاضي الجزائي أو المدني لتوقيع العقوبة المقررة قانوناً على من يخالف أوامر الإدارة ويتمرد عليها. وأخذت تلجأ للجزاءات الإدارية وامتياز التنفيذ الجبري في حالة عدم وجود نص قانوني يعاقب على الامتناع عن التنفيذ أو عرقلته أو حدوث حالة ضرورة على النحو التالي:

المطلب الأول التنفيذ بحكم قضائي

تلجأ الإدارة إلى إقامة دعوى على الأفراد أو الهيئات التي تعارضها في تنفيذ قراراتها الإدارية

النهائية تطلب فيها من القاضي استصدار حكم يجبرهم على تنفيذ القرار ومعاقبتهم وتعويض الإدارة عن الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ الفوري، وذلك بأحد دعويين:

١. الدعوى الجزائية: تقام هذه الدعوى في الدول التي تقرر تشريعاتها الجزائية عقوبة على كل من يقاوم مقاومة إيجابية أو سلبية تنفيذ قرارات الإدارة النهائية، كما هو الحال في مصر وفرنسا والجزائر والأردن وفلسطين إذ ينص قانون العقوبات الساري المفعول في فلسطين على عقوبة بالحبس لمدة ثلاثة أشهر أو بالغرامة حتى عشرة دنانير على كل مقاومة فعلية كانت أم سلبية توقف عملا مشروعا يقوم به أحد الموظفين العاملين على تنفيذ القوانين والأنظمة والأحكام القضائية أو أي أمر صادر عن سلطة مختصة⁽¹⁸⁸⁾.

وهكذا تستطيع الإدارة بواسطة النيابة العامة أن تقيم دعوى جزائية وتستصدر حكم جزائي ضد من يرفض تنفيذ القرارات الإدارية أو يعرقل تنفيذها.

٢. الدعوى المدنية: تنصب بعض القرارات الإدارية على نشاطات ذات طابع مدني يستعصي على القاضي الإداري أو الجزائي النظر في منازعاتها كالعقارات، ففي فرنسا والدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج حيث تستقل الإدارة بقاض خاص، يتم اللجوء للدعوى المدنية استثناء في حالة وجود نص قانوني يسمح بذلك كالمرسوم الخاص بالاستيلاء على العقارات السكنية لأغراض معينة، أو لطرده الأفراد الذين يشغلون المال العام بدون ترخيص أو سند قانوني، وتحصيل الأموال العامة⁽¹⁸⁹⁾.

بينما تستطيع الإدارة في مصر والأردن وفلسطين اللجوء إلى القاضي المدني لتنفيذ قراراتها، كتطبيق قرارات الاستملاك داخل حدود البلدية وفقا لأحكام قانون الاستملاك الأردني رقم (١٣) لعام ١٩٨٧ وقانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (٧٩) لعام ١٩٦٦، وتنفيذ قرارات هدم الأبنية المخالفة لقانون التنظيم⁽¹⁹⁰⁾.

المطلب الثاني

التنفيذ بالجزاءات الإدارية

قد تتضمن القوانين والأنظمة الإدارية تفويض الإدارة سلطة توقيع جزاءات إدارية على من يخالف أو يمتنع عن تنفيذ قراراتها، فقد يكون الجزاء مصادرة بضاعة أو إغلاق محل تجاري أو تدمير سيارة أو أن يأتي الجزاء بغرامة مالية أو العقوبتين معا، ونمثل على ذلك بالجزاءات التي تفرضها الوزارات والمحافظات والبلديات على من يخالف بالنظام العام ويخالف قرارات لجان التنظيم المحلية وقانون الصحة العامة وقانون البيئة والغابات وقانون حماية المستهلك وغيرها.

ونميز هنا بين العقوبات الجزائية المحددة بالقانون والجزاءات الإدارية الصادرة بموجب قانون أو نظام أو قرار، ومثالها سحب رخصة الحرف والمهن والصناعة وحمل السلاح والصيد والبناء

والسواقة واتلاف البضائع التي تشغل الملك العام بدون ترخيص، أو غلق المحال التجارية أو مصادرة البضاعة وإبعاد الأجنبي والاعتقال الإداري وغيرها.

المطلب الثالث التنفيذ المباشر أو الجبري

تستخدم الإدارة التنفيذ المباشر أو الجبري كأحد الامتيازات المقررة لها لتنفيذ قراراتها جبرا كلما كان ذلك ضروريا لتأمين احترام القانون والنظام أو عند عدم وجود وسيلة قانونية أخرى⁽¹⁹¹⁾. ولا تكون الإدارة إزاء تنفيذ قراراتها الإدارية جبرا بحاجة إلى استصدار أمر قضائي، وعلى كل من لا يقر بحقها هذا أن يطعن بإلغاء تصرفها وأن يطالب بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به بعد تنفيذ القرار الإداري مباشرة أو جبرا.

غير أن الإدارة المعاصرة لا تبدو مطلقة العنان في اللجوء إلى هذا الامتياز بل تفرض على نفسها قيود وتستخدمه فقط عند عدم وجود وسيلة أخرى لتأمين احترام القانون وتنفيذ القرار الإداري، نظرا لسيادة المبادئ الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان السياسية والاقتصادية والاجتماعية على مستوى العالم.

- ويفرض الفقه والقضاء شروط ويقدم ضمانات لصحة وسلامة استخدام هذا الإجراء تتمثل:
١. يشترط لمباشرة التنفيذ الجبري أو المباشر توجيه إخطار مسبق للمخاطب بالقرار بالامتثال طواعية للقرار الإداري ورفضه ذلك.
 ٢. أن يقتصر استعمال الإدارة للتنفيذ الجبري على القدر اللازم والضروري لتنفيذ القرار⁽¹⁹²⁾.
 ٣. أن يوجد نص قانوني أو تنظيمي يسمح باللجوء للتنفيذ الجبري.
 ٤. تحديد الحالات التي تجيز للإدارة التنفيذ الجبري لقراراتها وهي:

أولا: حالة وجود نص قانوني

ونمثل عليها بالنصوص القانونية التي تسمح للإدارة حجز ومصادرة الأموال في حالات الغش الضريبي، ومصادرة الأدوية المخدرة والممنوعة في قانون الصحة العامة، وقوانين محاربة المواد المهربة والخطرة والنقل الجوي واستخدام والاتجار بالسلاح والمفرقات.

ثانيا: حالة وجود نص قانوني أو تنظيمي لا يتضمن عقوبة

قد يغفل المشرع أحيانا التطرق للعقوبة التي تتقرر على من يخالف التزاما مقرر بنص قانوني أو نظامي، ويمثل عليه بالمرسوم الفرنسي بخصوص التأمين الإلزامي للسيارات الذي أهمل تحديد

العقوبات، الأمر الذي يضطر الإدارة لاستعمال امتياز التنفيذ المباشر أو الجبري.
وتداركت بعض الدول هذه الحالة بالنص على عقوبة عامة تتقرر على كل من يخالف نصا
قانونيا أو لائحيا لا يتضمن عقوبة أو جزاء على من يخالفه أو ينتهك مقتضياته⁽¹⁹³⁾.

ثالثا: حالة الضرورة

قد يحدث ظرف طارئ أو حالة مستعجلة وملحة تستدعي بل توجب على الإدارة التدخل
لحماية النظام العام وحسن سير المرافق العامة، حتى وإن كان القانون لم ينص على ذلك صراحة، أو كان
هناك جزاء قرره القانون على المخالفة المرتكبة.

ومما يبرر للإدارة اللجوء إلى التنفيذ المباشر المظاهرات والاضطرابات والوضوء والفيضانات
والحرائق والإضرابات وإغلاق الشوارع العامة وانتشار الأوبئة وتهريب المواد والمخدرات والغش في
المواد الغذائية واستعمال السلاح بشكل عشوائي والإصرار على مخالفة الأوامر الإدارية، وكل ما من
شأنه أن يلحق أذى بالأموال العامة والخاصة أو كانت شكوكا قوية باستعمال مكان من قبل عصابة أو
شخص في أمور تهدد النظام العام، أو لوجود مواد سامة أو متفجرة أو ممنوعى في موقع ما⁽¹⁹⁴⁾.

ويشترط الاجتهاد القضائي والفقهاء لتحقيق حالة الضرورة ما يلي:

١. وجود خطر جسيم يهدد النظام العام ويتطلب تدخل الإدارة بسرعة لتداركه.
٢. تعذر درء ذلك الخطر بالوسائل العادية المتاحة.
٣. أن تهدف الإدارة من تدخلها تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على النظام العام.
٤. أن يكون تدخلها بالقدر الذي يفى بدرء الخطر لأن الضرورة تقدر بقدرها.

المطلب الرابع

وقف تنفيذ القرارات الإدارية

لم ينص المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وقانون تشكيل المحاكم
النظامية لعام ٢٠٠١م على سلطة القاضي وقف تنفيذ القرار الإداري، غير أن الفقه والقضاء الإداريين
استقرا على أن سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية مشتقة من سلطة المحكمة بإلغاء القرار الإداري
وفرع منها، ومرد ذلك الرقابة القانونية للقاضي الإداري على القرار غير المشروع، ووزنه بميزان القانون
وزنا مناطه مبدأ المشروعية الذي يوجب على القاضي عدم وقف تنفيذ قرار إداري إلا إذا تبين له من
ظاهر البيانات ومع عدم المساس بأصل طلب الإلغاء عند الفصل فيه توفر الحدود القانونية التي تحد
سلطة قاضي الإلغاء المتمثلة بشرطي الجدية والاستعجال.

لذلك استقر الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل العليا الفلسطينية على إمكانية الحكم بوقف
تنفيذ القرار الإداري بتوجيه المستدعي طلبا منفصلا إلى القاضي الإداري أو من خلال لائحة استدعاء

إلغاء القرار الإداري، وإذا أقر القاضي الإداري الطلب فمعنى ذلك أن يستمر الوضع على ما هو عليه إلى حين الفصل في موضوع دعوى الإلغاء ما لم تتقدم المستدعى ضدها بطلب لإلغاء قرار وقف التنفيذ بعد ذلك وتقتنع المحكمة بذلك.

ويشترط الاجتهاد القضائي لحكم القاضي الإداري وقف تنفيذ القرار الإداري شرطين هما:

أولاً: الجدية

أي أن يتأكد القاضي من أن طلب إلغاء القرار الإداري مقبولاً من حيث الظاهر شكلاً بتوفر الصفة والمصلحة وصحة الخصومة وغير ذلك، وأنه يقوم من حيث الموضوع على أسباب جدية ترجح إلغاء القرار الإداري المطعون بمشروعيته لحظة الحكم النهائي في موضوع الدعوى بأحد عيوب القرار الإداري كعدم الاختصاص أو عيب الشكل والإجراء أو مخالفة القانون أو الانحراف في استعمال السلطة.

ثانياً: الاستعجال

أي أن تتوفر لدى القاضي قناعة بوجود ضرورة ما تدعو إلى وقف تنفيذ القرار الإداري لتفادي نتائج يتعذر تداركها فيما لو لم يقض بوقف التنفيذ، وأقدمت الإدارة على تنفيذ قرارها المخالف للقانون. ونمثل على ذلك بقرارات تقييد الحرية الشخصية كالمنع من السفر والتنقل والإقامة الجبرية وتعطيل الحقوق والحريات العامة كمنع التظاهر والاجتماعات وقرارات هدم الأبنية وتشديد المباني وشق وتعبيد الطرق وإغلاق المصانع وغير ذلك من القرارات التي يصعب معها إعادة الحال على ما كان عليه. ونشير إلى أن الاستعجال لا يتحقق في الحالات التي يمكن جبرها بالتعويض المالي كالقرارات المتعلقة بعزل الموظفين أو إحالتهم على التقاعد أو غير ذلك.

كما نرى وخلافاً لما سارت عليه محكمة العدل العليا بأن ذلك ينطبق على الجزاءات التي تقررها النقابات المهنية على أعضائها كوقفهم عن مزاولة المهنة ومثالها المحامي الذي يتهم بالسرقة والتزوير والغش فتقرر نقابة المحامين وقفه عن مزاولة المهنة فمثل هذا القرار لا يتوفر بشأنه ركن الاستعجال لأنه على فرض مجافاته للمشروعية فإنه يمكن للإدارة جبره بالتعويض المالي.

كما أن وقف التنفيذ لا يتأتى من خلال تقديم الطلب بشأنه بل من قرار المحكمة بذلك كما قضت محكمة العدل العليا (لا يترتب على رفع الطلب إلى محكمة العدل العليا وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه وإنما أجازت للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ هذا القرار مؤقتاً إذا رأت أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها، فإننا نجد وفق وقائع الدعوى وما قدم فيها من بينات أولية أن هذا لا ينطبق على القرار المذكور ونقرر بالتالي رد الطلب)⁽¹⁹⁵⁾.

ويشترط الاجتهاد القضائي لتحقيق حالة الاستعجال ثلاثة شروط هي:

١. ألا تتأذى المصلحة العامة إزاء شديدا من وقف تنفيذ القرار، إذ لا يجوز تعطيل مشروع بناء مستشفى أو تعبيد طريق لخلاف حول ملكية بضعة أمتار من الأرض.
 ٢. أن يتأذى طالب وقف التنفيذ إزاء شديدا في عمله أو حياته الخاصة أو أملاكه من تنفيذ القرار الإداري غير المشروع.
 ٣. ألا يكون بالإمكان دفع النتائج الضارة التي تترتب على استمرار تنفيذ القرار بالوسائل القانونية.
- و يتفحص القاضي توفر شرطا الجدية والاستعجال قبل أن يصدر قراره بوقف تنفيذ القرار.

الفصل الثالث

نهاية وإنهاء القرار الإداري

ينشأ القرار الإداري نتيجة لواقعة قانونية أو مادية تدفع الإدارة المختصة لاتباع الشكل والإجراء المقرر قانونا وتحديث الأثر القانوني المنوي تحقيقه على أرض الواقع لتحقيق المصلحة العامة، فهو لا ينشأ من فراغ كما أن بقاءه في الحياة القانونية ليس خالدا، فمهما طال مدة بقاءه، فهو في النهاية آيل إلى زوال، وتزول بالتالي آثاره القانونية، وقد تكون نهايته بصورة طبيعية وقد تتم بإرادة السلطة الإدارية المختصة أو من سلطة عامة أخرى.

وإذا كانت النهاية الطبيعية للقرار الإداري لا تثير أشكالا ولا تلحق أضرارا بالمخاطبين بأحكامها، فإن الأمر يختلف إزاء عملية إنهاء القرار الإداري سواء تم ذلك بواسطة السلطة الإدارية المختصة أم من خلال تدخل سلطة عامة كالبرلمان والقضاء.

وبالنظر إلى الآثار التي تترتب عن إنهاء الإدارة للقرارات الإدارية الصادرة عنها سواء تعلق الأمر بالقرارات التنظيمية أم بالقرارات الفردية، فإن ذلك تطلب من المشرع سن تشريعات تضمنت أحكام تنظم إنهاء القرار الإداري، وتطلب من القضاء التدخل لتكملة النقص في التشريعات تمثل في اجتهادات متواترة تنظم مشروعية الإنهاء بالتمييز بين القرارات من حيث مشروعيتها، وعملية الإنهاء من حيث أثرها، والآجال المقررة لقيام الإدارة بتلك الإجراءات.

وسنعرض في هذا الفصل لنهاية القرار بصورة طبيعية ثم نتناول بالتفصيل الوسائل المتاحة لدى الإدارة لإنهاء قراراتها سواء بالسحب أو الإلغاء أو القرار المضاد، والأحكام القانونية المنظمة لذلك وفقا لاجتهادات القضاء الإداري.

المبحث الأول نهاية القرار الإداري

- يقصد بنهاية القرار الإداري انتهاء آثاره القانونية بدون تدخل من الإدارة أو أية سلطة عامة أخرى، ويتم ذلك بشكل تلقائي أو طبيعي، ونمثل عليها في الحالات التالية.
١. موت الشخص المخاطب بالقرار: الأصل أن يؤدي موت المخاطب بالقرار إلى نهاية القرار الذي صدر بخصوصه، فالقرار الصادر بتعيين شخص في وظيفة عامة ينتهي إذا توفي ذلك الشخص، والقرار الصادر بمنح جواز سفر لشخص ينتهي بموته، ورخصة السياقة تنتهي بوفاة صاحبها. غير أن نهاية القرار بموت المستفيد قد لا تنهي في بعض القرارات آثار القرار بالنسبة للغير كقرار تقاعد الموظف الذي يستمر طوال حياة الموظف وبعد موته يبقى لذويه الحق في المعاش التقاعدي الخاص بهم قانوناً.
 ٢. هلاك محل القرار: ينتهي القرار الإداري بهلاك موضوعه، وقد يكون الهلاك مادياً كالقرار الصادر بالترخيص لمصنع ويتبين أن المصنع قد أُغلق، أو قانونياً كالقرار الصادر بالترخيص لكشك على ملك عام وفقد العقار صفة العمومية، أو القرار الصادر بالاستيلاء على عقار ثم يصبح ملكاً للدولة.
 ٣. تنفيذ القرار الإداري: إذا تم تنفيذ القرار فإن أثره القانوني ينتهي من خلال تحويل النتائج القانونية إلى أعمال مادية. ومثال ذلك القرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط فإنه ينتهي بهدم المنزل.
 ٤. نهاية المدة المحددة لنفاذ القرار: هناك العديد من القرارات الإدارية التي يرتبط سريانها بأجل كالأجازات والتراخيص والتأشيرات والاعتقال، فالقرار الصادر بمنح رخصة الإقامة في الدولة للأجنبي لمدة شهر تنتهي بنهاية الشهر.
 ٥. نهاية القرار بتحقق الشرط الفاسخ: إذا صدر القرار الإداري معلقاً على شرط فاسخ فإنه ينتهي بتحقق الشرط الفاسخ كالقرار الصادر بتعيين موظف شريطة اجتياز فترة التجربة بنجاح يؤدي إلى نهاية القرار عدم اجتيازه لها، أو القرار الصادر بتعيين مستشار قانوني مزاو لمهنة المحاماة فينتهي القرار بفقدان المستشار صفة المزاولة لمهنة المحاماة.
 ٦. نهاية القرار بالسقوط: ينتهي القرار بالسقوط الذي ينتج عن مرور المدة دون اتخاذ الإجراءات لتنفيذه، كالقرار الصادر بالنجاح في مسابقة للتوظيف ويمر عام دون استكمال توظيف الناجحين في المسابقة، فيسقط القرار عن الناجحين في المسابقة ولم يتم توظيفهم، وكما يسقط القرار باعتمادات مالية لتوظيف خلال ٢٠١٨ ويمر العام دون الاستفادة من الاعتمادات المخصصة لذلك خلال العام ٢٠١٨.
 ٧. سقوط القرار الإداري بالإهمال: يسقط القرار الإداري بالإهمال بمرور الوقت دون تنفيذه من المخاطب به، كأن يصدر قرار إداري بتعيين موظف وتمضي فترة طويلة دون الالتحاق بالإدارة، أو أن تقرر مكافأة لشخص ولا يتوجه لاستلامها⁽¹⁹⁶⁾.

والمعروف كقاعدة عامة أن إهمال الإدارة تطبيق أي قرار إداري لا يؤدي إلى سقوطه بل يكون من حقا تطبيقه في أي وقت، ولذلك من غير المستغرب أن تنفذ الإدارة الفلسطينية قرارات استملاك صدرت وقت أن كانت الضفة الغربية تحت الحكم الأردني أو الاحتلال الإسرائيلي.

٨. نهاية القرار الإداري بصورة تبعية: تنتهي القرارات الإدارية بصورة تبعية عندما يكون القرار الإداري تابعا بقانون فيتم نسخ القانون فتتسخ جميع الأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه بالتبعية. ونمثل كذلك بالقرارات المركبة بإلغاء قرار استملاك يستتبع نهاية جميع القرارات التي صدرت لتحقيقه من إعلان وطعون وردود... الخ.

المبحث الثاني إنهاء القرار الإداري

إذا كانت نهاية القرار الإداري تتم بصورة طبيعية كما بينا في المبحث السابق فإن الإنهاء قدينا بتدخل القضاء بإصدار حكم يقضي بإلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته، أو بتدخل من المشرع بأن يصدر قانون يمنع أو يجرم نشاط موجود، كأن يصدر قانون يقضي بعدم السماح باحتساء الخمر في الفنادق السياحية، أو بتدخل من الإدارة المختصة خلال المدة القانونية التي حددها المشرع لاتخاذ قرار إداري موجود لعدم مشروعيته أو لعدم ملاءمته، ويتم ذلك إما بالسحب أو الإلغاء أو بصدور قرار مضاد.

المطلب الأول سحب القرار الإداري

تعددت الاصطلاحات التي استعملها الفقه والقضاء العربي للدلالة على سحب القرار الإداري، نتيجة للترجمة العربية الخاطئة للمصطلح الفرنسي، وذلك باستعمال اصطلاح السحب للدلالة على الرجوع في القرار رغم أن السحب في اللغة العربية تعني الجرح، والذي لا يقود إلى إعطاء تصرف الإدارة أثرا رجعيا. بينما يعطي هذا المعنى اصطلاح الرجوع بدلالة الآيتين الكريميتين (إذ الأغلال في أعناقهم والسلاسل يسحبون)، (ربنا أبصرنا وسمعنا فأرجعنا نعمل صالحا إننا موقنون)⁽¹⁹⁷⁾.

ولم يقتصر الأمر على ذلك بل أن الفقه والقضاء كثيرا ما خلط بين السحب والإلغاء، كما استعمل البعض الآخر مصطلحات أخرى كالإقصاء والاسترداد والإبطال والفسخ والرجوع للدلالة على السحب⁽¹⁹⁸⁾.

وقد ابتكر الاجتهاد القضائي الأحكام القانونية لسحب القرارات الإدارية وذلك فيما يخص القرارات الإدارية غير المشروعة، ولم يقتصر على القرارات غير المشروعة بل وجدت استثناءات في القرارات الإدارية السليمة واستثناءات لأحكام خاصة ببعض القرارات.

الفرع الأول سحب القرارات الإدارية غير المشروعة

نعرض في هذا الفرع لتعريف سحب القرار الإداري غير المشروع، وتمييزه عن المصطلحات التي يشتهر بها والمبادئ التي تحكم سحب القرار والأساس القانوني لسحب القرار غير المشروع.

المقطع الأول: تعريف سحب القرار الإداري

وعرف د. محمد فؤاد مهنا سحب القرار الإداري (تجريد القرار الإداري من قوته القانونية بأثر رجعي بقرار صادر عن السلطة الإدارية المختصة ويترتب عليه إزالة كافة آثار القرار في الماضي والمستقبل أي اعتباره كأن لم يكن)⁽¹⁹⁹⁾.

وعرفه د. رمزي الشاعر بأنه (رجوع السلطة الإدارية فيما أصدرته من قرارات بحيث يزول القرار منذ صدوره ويعتبر كأنه لم يكن إطلاقاً)⁽²⁰⁰⁾.

ونتفق مع تعريف د. محمد مدني الذي عرف سحب القرار الإداري بأنه (محو آثار القرار الإداري في الماضي والمستقبل)⁽²⁰¹⁾.

ويتنازع سحب القرار الإداري غير المشروع مبدأين متناقضين هما:

١. مبدأ المشروعية الذي يفرض على الإدارة التزاماً بإنهاء القرار الإداري المعيب لمخالفته القانون.
٢. مبدأ استقرار المعاملات الذي يفرض على الإدارة توفير الاستقرار للمراكز القانونية من الزعزعة والاضطراب، ولو كانت مخالفة للقانون حتى لا يتعرض الأمان القانوني للخطر. ويرتكز استقرار المعاملات على مبادئ عامة للقانون كمبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ صيانة الحقوق المكتسبة، ومبدأ إداري خاص بسحب القرار الإداري هو عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية⁽²⁰²⁾.

ويمثل سحب القرار الإداري صراعاً بين المبدأين السابقين، وتعارضاً في المصالح يصعب معه تفضيل مبدأ على مبدأ آخر يجعله يسمو عليه، أو الموازنة بينهما، مما استلزم أن يخرج الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي بحل توفيق لا يؤدي إلى التضحية بأحدهما مفاده تغليب مبدأ المشروعية خلال أجل الطعن القضائي، وبعدها تغليب مبدأ استقرار المعاملات بتحصين القرار الإداري غير المشروع من السحب والإلغاء الإداري والقضائي. وأصبح هذا الاجتهاد يحكم سحب القرارات الإدارية في الدول المعاصرة.

فقضى مجلس الدولة المصري بعدم جواز سحب القرارات الإدارية المخالفة للقانون بعد انقضاء المدة التي يجوز فيها إلغاؤها قضائياً، وأن مرد ذلك يرجع إلى وجوب التوفيق بين ما يجب أن يكون للإدارة من حق في إصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة قانونية وبين وجوب استقرار

الأوضاع القانونية المترتبة على القرار الإداري⁽²⁰³⁾.

واعتبر الفقيه فالين (نظرية السحب بمثابة صراع بين المصالح ومن الضروري إيجاد حل لذلك الصراع عن طريق إيجاد نقطة التوازن بين المصلحة العامة التي تفرض إنهاء كل قرار يجيد عن مبدأ المشروعية، وبين المصلحة الخاصة التي تفرض إعطاء قدر من الاحترام للحقوق التي كانت ثمرة لقرارات السلطة العامة)⁽²⁰⁴⁾.

ويترتب على سحب القرار الإداري المطعون فيه أمام محكمة العدل العليا برام الله انتفاء مصلحة الطاعن وبالتالي رد الدعوى شكلا فقطت (بعد سحب القرار المطعون فيه لم تعد للمستدعي مصلحة قائمة، وحيث أن المصلحة مناط الدعوى ويتعين توافرها عند رفع الدعوى وأن يستمر وجودها ما بقيت الدعوى قائمة كونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها فإنه لم يعد هنالك قرار قائم يمكن إلغاؤه، فإن المحكمة تقرر رد الدعوى)⁽²⁰⁵⁾.

المقطع الثاني: تمييز سحب القرار عن التصرفات القانونية الأخرى

نعرض في هذا المقطع لتمييز سحب القرار الإداري عن فسخ العقد، وعن حكم الإلغاء القضائي، وعن القرار الإداري المضاد.

أولا: تمييز السحب عن فسخ العقد الخاص

يعني الفسخ إرجاع الشيء إلى أصله، بمعنى أن العقد ينحل لا من وقت الفسخ فحسب بل من وقت نشوء العقد، أي أن للفسخ أثر رجعي كسحب القرار الإداري، فيكون العقد كأن لم يكن ويسقط أثره في الماضي ما بين المتعاقدين والغير⁽²⁰⁶⁾.

ويختلف الفسخ عن السحب من حيث:

١. يرد الفسخ على عقد ملزم لأطرافه بينما يرد السحب على قرار إداري غير مشروع.
٢. يتم سحب القرار الإداري بإرادة الإدارة المنفردة بينما لا يستطيع أحد المتعاقدين الانفراد بالفسخ فيتم إما باتفاق الطرفين أو بحكم محكمة.
٣. يكون الفسخ بمثابة جزاء لعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه بينما يكون قرار السحب لتصحيح خطأ ارتكبه الإدارة.
٤. يولد العقد القابل للفسخ صحيحا بينما يرد السحب على قرار مخالف للقانون.

ثانيا: تمييز السحب عن حكم الإلغاء القضائي

يترتب على حكم القاضي إلغاء قرار إداري إنهاء قانوني لذلك القرار بأثر رجعي واعتباره كأن

لم يكن، وبمقتضاه يعود المستدعي إلى مركزه القانوني السابق لصدور القرار الملغى قضائياً، فوجه الشبه بين السحب وحكم الإلغاء القضائي يتمثل في الأثر الرجعي وفي الأجل المحدد لكل منهما. ويختلفان من حيث:

١. السحب هو قرار إداري يصدر بإرادة الإدارة المنفردة، بينما يتمثل الإلغاء القضائي في حكم قضائي بناء على شكوى.
٢. يكون قرار السحب بمبادرة من الإدارة أو بناء على تظلم بينما يصدر حكم الإلغاء بناء على دعوى ويكون بمثابة جزاء على مخالفة القانون.
٣. يتمتع حكم الإلغاء بقوة الشيء المقضي وينطوي على إنهاء القرار الإداري في مواجهة الكافة، وقرينة الحقيقة التي يعبر عنها الحكم لا تقبل الدليل العكسي. بينما لا يتمتع قرار السحب بقوة الشيء المقرر، إذ يجوز للإدارة مراجعة تصرفها وسحب القرار المسحوب.
٤. قرر المشرع ميعاد الطعن القضائي بينما قرر ميعاد السحب الإداري الاجتهاد القضائي.
٥. تعد أسباب سحب القرار الإداري أوسع من أسباب الإلغاء القضائي فقد تتعلق بالمشروعية والملاءمة بينما تقتصر رقابة قاضي الإلغاء على المشروعية أساساً وعلى الملاءمة استثناءً.

المقطع الثالث: المبادئ التي تحكم سحب القرار غير المشروع

يحكم سحب القرار الإداري غير المشروع ثلاثة مبادئ هي:

أولاً: مبدأ المشروعية

يعني أن تتصرف السلطة الإدارية طبقاً للقانون بقواعده المكتوبة وغير المكتوبة، وتكون علاقة هذا المبدأ بسحب القرار من حيث أن الإدارة إذا أصدرت قراراً غير مشروع فإنه يلقي على عاتقها التزاماً بتصحيح عدم المشروعية وسحب القرار جزاء لعدم مشروعيته، إذ لا يخضع مبدأ المشروعية لأي استثناء، ويوجب على الإدارة سحب القرار لتنقية النظام القانوني من العيوب بدلاً من القاضي.

وإذا كان الالتزام بمبدأ المشروعية ليس محل جدل فهل ينبغي الالتزام به حرفياً؟ وإلى أي حد يمكن لمبدأ المشروعية الصمود أمام مبدأ استقرار المعاملات الذي يوجب توفير قدر من الأمان والاطمئنان للأفراد؟ الأمر الذي يجعل استقرار المعاملات موازياً ومصطهماً بمبدأ المشروعية.

لذلك فإن الاجتهاد القضائي غلب هذا المبدأ خلال فترة الطعن القضائي، وأسح الفرصة لمبدأ استقرار المعاملات بعدها.

ثانيا: مبدأ عدم الرجعية للقرارات الإدارية

يعد مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من المبادئ التي تقتضيها الضرورات الاجتماعية، ويفرض وجوده بقوة دون حاجة إلى نص مكتوب، ويعد أساسه في وجوب تأمين العلاقات القانونية بين الإدارة والمواطنين وتأمين النظام العام. وأوجب مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة احترام هذا المبدأ في قراراتها الفردية والتنظيمية، ومنع الرجعية في القرار الإداري بالاتفاق اللاحق على صدوره لأن المبادئ العامة للقانون لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، غير أنه لم يعتبر مخالفة الرجعية في القرار من النظام العام⁽²⁰⁷⁾.

وتبرز علاقة المبدأ بسحب القرار كونه يشكل قيда على حرية الإدارة في سحب قراراتها، ويحمي العلاقات القانونية من الفوضى، فسحب القرار أصبح يمارس وفق ضوابط معينة إذا تجاوزتها الإدارة فإنها تخرق مبدأ عدم جواز سريان القرارات الإدارية بأثر رجعي. كما قضت محكمة العدل العليا (إلا أنه لا يجوز أن يكون للقرارات الإدارية أثر رجعي وأن مفعولها يجب أن يسري من تاريخ صدورها)⁽²⁰⁸⁾.

ثالثا: مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية

يعد هذا المبدأ أحد المبادئ الأساسية التي لا يمكن لمجتمع متمدن أن يعيش بدونها لأن حماية الأوضاع القانونية واستقرارها أولى بالتقديم وأحق بالرعاية من مبدأ المشروعية وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي (كفالة الاستقرار وتوفير الطمأنينة لحفظ المراكز القانونية وجعلها بمنجاة من الزعزعة والاضطراب قاعدة أولى بالتقديم وأحق بالرعاية من مبدأ المشروعية من خلال إمكانية إصلاح الخطأ الذي وقعت فيه الإدارة).

ويعني هذا المبدأ (احترام الآثار الناتجة عن العمل القانوني غير المشروع المتعلق بفرد أو أفراد محددين بذواتهم بعد انتهاء أجل الطعن القضائي). فهذا المبدأ يشكل عائقا أمام حرية الإدارة في سحب قراراتها الفردية غير المشروعة، ويؤدي دوره في المستقبل إذ يؤمن استقرار الأوضاع القانونية ويحمي المصالح الخاصة من الاضطراب والضياع، إذ يمنع الإدارة من سحب أو تعديل أو إلغاء القرارات الإدارية الفردية غير المشروعة الصادرة عنها بعد انقضاء الميعاد بالنسبة للماضي أو المستقبل⁽²⁰⁹⁾.

ويختلف عن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة من حيث:

١. أنه يقضي باستقرار الأوضاع القانونية إزاء القرارات الإدارية غير المشروعة بينما مبدأ احترام الحقوق المكتسبة فهو يحمي فقط الحقوق المترتبة عن القرارات والتصرفات المشروعة.
٢. وينصرف أثره إلى القرارات التنظيمية والفردية السليمة بينما يقتصر مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية على القرارات الإدارية الفردية غير المشروعة فقط.

فقد قضت محكمة العدل العليا بام الله (القرار الخاطيء المخالف للقانون لا يكسب حقا ولا يقاس عليه

بخطأ آخر⁽²¹⁰⁾.

وقضت أيضا (القرار الإداري لكي يكون سليما ومكسبا لحق ومحصنا من أي سحب أو إلغاء يجب أن يكون قد صدر ابتداء بالاستناد لإجراءات سليمة وصحيحة، فإذا كان صدوره مبنيا في الأساس على إجراء ومطلب يوجب القانون توفره ابتداء وصدر دون مراعاة هذا الإجراء فإنه لا يكون قرارا سليما ولا يكسب حقا يحتج به لأن الحق المكتسب الذي يحتج به هو الذي تكونت عناصره في ظل أوضاع قانونية تبرره وتحميه)⁽²¹¹⁾.

المقطع الرابع: مبررات حق الإدارة في سحب قراراتها

اختلف الفقه بخصوص الأساس أو المبرر الذي يعطي الإدارة الحق في سحب القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عنها على النحو التالي:

١. مبدأ المشروعية: يرى الفقيه دوجي أن الإدارة إذا أخطأت يجب عليها أن تسحب القرار الذي تبين لها عدم مشروعيته، إن مبدأ المشروعية ليس له ولا يمكن أن يكون له ولا يجب أن يكون له أي استثناء، والإدارة ليست حرة في سحب القرار غير المشروع بل ملزمة بالعودة بمتصرفاتها إلى حظيرة المشروعية، ويجب على المشرع أن يحدد ميعادا يستغلق بفواته حق الإدارة في سحب القرار غير المشروع، وذلك حتى لا يجد دائن الدولة نفسه فجأة وقد سحبت مزاياه من الإدارة عندما تبين خطأها⁽²¹²⁾.

غير أن مبدأ المشروعية لا يمكن أن يشكل المبرر لحق الإدارة في سحب قراراتها، لأن الإدارة تستطيع سحب القرارات الإدارية المشروعة استثناء.

٢. انقضاء الإلغاء القضائي: يرى المستشار عبده محرم أن حق الإدارة في سحب قراراتها غير المشروعة يتقرر لتلافي إمكانية إلغاء قراراتها من القاضي، ولا يوفر هذا الرأي أساسا كاملا لحق الإدارة في سحب قراراتها، لأن هناك قرارات غير قابلة للإلغاء القضائي كالقرارات الإدارية المشروعة والتي يجوز سحبها أحيانا لعدم الملاءمة⁽²¹³⁾.

فقد قضت محكمة العدل العليا بمرام الله (ان سحب القرار في هذه الحالة هو واجب على الإدارة لعدم مشروعية قرارها المسحوب وليس فقط بالنسبة للمستقبل بل بأثر رجعي يسري على الماضي وذلك لأن اصدار القرارات الباطلة غير المشروع لا يمكن ان ينشئ حقوقاً للأفراد فضلاً عن ان السحب هو جزء على عدم مشروعية القرار الباطل فيجب ان يسمح للإدارة بتطبيق هذا الجزاء بنفسها بدلاً من انتظار حكم قضائي بالإلغاء)⁽²¹⁴⁾.

٣. المصلحة العامة: قال به الأستاذ عبد القادر خليل إذ يرى (إن المصلحة العامة تحكم جميع روابط القانون العام ومن بينها سحب القرارات الإدارية، وتصلح وحدها أساسا لمزاولة الإدارة حق السحب)⁽²¹⁵⁾.

غير أن المصلحة العامة تعد فكرة مرنة ومتطورة، وتتأثر بمتغيرات الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتحتل أكثر من معنى، وتقدرها السلطة الإدارية، لذلك لا يجوز الاستناد إليها كأساس لسحب القرار.

٤. الرقابة الإدارية: أسس الفقيه فالين مبرر سحب القرار على أن الإدارة شأنها شأن أي إنسان ليست معصومة من الخطأ، وكما يمكن لكل إنسان أن يغير وجهة نظره ويصحح أخطائه فإن الإدارة تستطيع إذا أخطأت أن تصحح قراراتها عن طريق السحب أو الإلغاء⁽²¹⁶⁾. غير أننا لا نرى هذا مبرراً مقبولاً لأنه يتضمن مثالية تفترض سموها في الأخلاق الإدارية، وقدرا من الشجاعة في المسؤول الإداري الذي يرى أن الرجوع إلى الحق فضيلة وتلك مسألة ليست سهلة المثال.
٥. السلطة العامة: يعد سحب القرار الإداري أحد وأهم هذه امتيازات الإدارة التي تخولها سحب قراراتها السليمة وغير المشروعة، وتكون سلطتها مقيدة فقط في الأجل الذي قرره الاجتهاد القضائي، فالتصرفات الإدارية القانونية سواء كانت عقوداً أم قرارات فردية أم لوائح تستطيع الإدارة إنهاءها، والمبرر لذلك برأينا وفقهاء آخرين يستند إلى ما لديها من امتيازات السلطة العامة⁽²¹⁷⁾.

المقطع الخامس: شروط سحب القرارات الإدارية غير المشروعة

١. أن يتم سحب القرار داخل الأجل القانوني: إذا أصدرت الإدارة قراراً وتبين لها عدم مشروعيتها يجوز لها أن تسحبه خلال ميعاد الطعن بالإلغاء أو الموعد الذي حدده المشرع بخصوص قرارات معينة. فقد قضت محكمة العدل العليا (إذا لم يطعن المستدعي في القرار خلال الميعاد القانوني فيكون القرار قد اكتسب الدرجة القطعية وتحصن من الإلغاء بحيث لا يجوز لجهة الإدارة سحبه)⁽²¹⁸⁾.
- وقضت بذلك أيضاً إزاء الغير (القرار الإداري الذي يكسب حقاً للغير يصبح قطعياً ولو كان مخالفاً للقانون إذا لم يطعن به أو لم يبلغ أو لم يسحب خلال مدة الطعن)⁽²¹⁹⁾.
٢. صدور القرار الإداري المسحوب عن الجهة المختصة: يشترط لمشروعية قرار السحب أن يصدر عن الجهة التي أصدرته أو أية جهة أخرى خولها المشرع تلك الصلاحية، فقد قضت محكمة العدل العليا (وحيث أن وزير الداخلية لا يستطيع سحب أو إلغاء قرار صادر عن رئيس السلطة الوطنية، وحيث أن من يملك صلاحية إصدار القرار هو من يملك صلاحية سحبه، فإن المحكمة تجدد في ذلك قرينة قضائية تدل على مصدر قرار الطرد للمستدعي)⁽²²⁰⁾.
٣. صدور القرار وفق الإجراءات الشكلية المقررة: إذا اشترط المشرع تسبب قرار السحب أو نص على إجراء سابق أو لاحق لصدوره فيجب على الإدارة أن تلتزم بذلك، وإلا كان قرار السحب قابلاً للإبطال.
٤. أن لا يمتد شرط عدم المشروعية لسحب القرار الإداري على الملاءمة إلا بنص قانوني، غير أن بعض الفقه أجاز للإدارة سحب قراراتها المشروعة غير الملائمة داخل أجل الإلغاء بناء على ما

تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في إصدار القرار، وقصره البعض الآخر على الحالات التي يتظلم فيها أصحاب الشأن للجهة الإدارية المختصة، شريطة أن يتم ذلك خلال أجل الإلغاء أو الأجل المحدد قانوناً لذلك.

الفرع الثاني سحب القرارات الإدارية السليمة

يتحصن القرار الإداري السليم بمجرد صدوره ويعتبر سحبه أو إلغاؤه مخالف لمبدأ المشروعية، والقاعدة في هذا الشأن أن إنهاء القرار الإداري السليم لا يتم إلا بصدور قرار إداري مضاد، مع بعض التمييز بين القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية.

المقطع الأول: سحب القرارات الإدارية الفردية السليمة

أولاً: القاعدة العامة

القاعدة أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية الفردية السليمة لأنها تتحصن بمجرد صدورها وسحبها يتعارض مع عدم رجعية القرارات الإدارية وصيانة الحقوق المكتسبة. ولا تستطيع الإدارة سحب القرار الفردي المشروع ولو لم يعلن عنه أو لم يتحقق العلم به، لأن القرار الإداري الفردي المشروع يحدث تعديلاً في النظام القانوني لحظة صدوره ويولد حقوقاً مكتسبة للمخاطبين به. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي (القرار الفردي الذي لم يعلن لصاحب الشأن ينشئ حقوقاً من تاريخ صدوره، ولا يمكن سحبه حتى خلال فترة الطعن ما لم تشوبه شائبة عدم المشروعية)⁽²²¹⁾.

ولا يجوز سحب القرار الإداري الفردي السليم بغض النظر عن كونه يحقق مصالح للمخاطبين بأحكامه أم أضرار وعقوبات كما قضى مجلس الدولة (إن قرار المحافظ القاضي بإيقاف أحد العمدة لمدة شهر بسبب إهماله وعدم القيام بواجباته أثناء فترة الانتخابات يعد قراراً سليماً لا يمكن سحبه لأسباب خارجة عن مشروعيته)⁽²²²⁾.

وقضى (العقوبة التأديبية المتخذة بحق أحد الموظفين لا يمكن سحبه لعدم الملاءمة)⁽²²³⁾. واستقر اجتهاد محكمة العدل العليا على أنه (لا يجوز للإدارة سحب قراراتها الإدارية الصادرة وفقاً للقانون، وعليه فإن سحب أمين عام وزارة الأوقاف قراره المتضمن الموافقة على طلب لجنة مسجد مدرسة حسن البرقاوي بتسمية المسجد باسم مسجد الصحابي الجليل الورد بن خالد غير جائز ومخالف للقانون)⁽²²⁴⁾.

ثانيا: الاستثناءات

يجوز سحب القرارات الفردية السليمة استثناء في:

١. جواز سحب القرار الفردي السليم بناء على نص القانون: كأن يسمح المشرع للرؤساء الإداريين سحب القرارات الصادرة عن مرؤوسيهـم داخل أجل محدد لاعتبارات الملاءمة، ونمثل بنص القانون الذي يميز لمجلس التنظيم الأعلى سحب القرارات الصادرة عن اللجان المحلية للتنظيم فيما يتعلق بالمشاريع الهيكلية التفصيلية لعدم الملاءمة.
٢. جواز سحب القرار الإداري الفردي السليم إذا فقد أساسه القانوني: تتحقق هذه الحالة عندما يقضي القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري بعزل الموظف غير المشروع، أو تسحب الإدارة القرار، ففي الحالتين يؤدي ذلك إلى عودة الموظف المعزول إلى منصبه الوظيفي، فيصبح الأساس القانوني للقرار الصادر بتعيين الموظف الذي حل محله غير موجود أو فاقدًا لأساسه القانوني فيجوز سحبه (225).
- وينطبق ذلك على إبطال القرارات الإدارية المبنية على الغش والتدليس كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بقوله (سحب القرار المبني على غش في شهادة الثانوية يؤدي إلى سحب القرارات التي كانت ثمرة هذا الغش ومنها الحصول على الدبلوم بعد الثانوية) (226).
٣. جواز الرجوع في التراخيص السليمة لاستعمال الملك العام: يتمتع الملك العام بحماية وأحكام قانونية خاصة تسمح للإدارة لأسباب تقتضيها المصلحة العامة كحماية النظام العام والأشغال العامة سحب الترخيص رغم أن القرار الصادر بالترخيص سليم. ومثاله الحصول على ترخيص لكشك بيع جرائد أو بوظة على الرصيف فيجوز للإدارة سحب الترخيص لاعتبارات المصلحة العامة لكونه مقام على ملك عا (227).
٤. سحب القرارات الإدارية السليمة التي محلها عزل الموظف العام أجاز الاجتهاد القضائي الفرنسي والمصري الرجوع في قرارات عزل الموظفين استثناء على سبيل الشفقة والرحمة (228)، غير سحب قرار العزل مشروط بعدم إلحاق الضرر بالآخرين، إذ لا يجوز سحب القرار المشروع القاضي بعزل مدير مؤسسة من شأنه أن يلحق ضررا بمدير المؤسسة الذي عين بعد صدور قرار العزل فبالتالي لا يجوز سحب هذا القرار الإداري السليم (229).
- ويمثل الرجوع في قرارات عزل الموظفين وفقا لاجتهاد المحكمة الإدارية العليا استثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه (لا يسوغ لجهة الإدارة سحب القرار الصادر بإنهاء الخدمة استنادا إلى الاستقالة الصريحة أو الضمنية ولا يجوز في هذه الحالة القياس على ما هو مقرر بالنسبة للقرارات الصادرة بالفصل) (230) وبمثل هذا الموقف مخالفة للعدالة والشرعية فكيف يسمح الاستثناء للمعزول بجرم تأديبي ولا يسمح لمن تقدم باستقالته دون جرم مرتكب.
٥. يجوز الرجوع في القرار الإداري السليم بناء على رغبة ذي المصلحة: يجوز الرجوع في القرار الصادر لمصلحة شخص تنازل عنه لشخص آخر شريطة أن يكون المتنازل له مستوف الشروط القانونية

- للقرار المتنازل عنه. كأن يتنازل شخص تقرر له بعثة جامعية لصديق له لا يتوفر على إمكانيات مادية للدراسة الجامعية، أو التنازل عن رخصة صيدلية من صيدلي لصيدلي آخر⁽²³¹⁾.
٦. يجوز الرجوع في القرار الإداري السليم لتغير الظروف: قد يصدر قرار إداري فيحدث تغيير في الظروف القانونية كأن يحال موظف على التقاعد بناء على قانون أو نظام يحدد سن التقاعد ٦٠ عاما، فيصدر قانونا أو نظاما جديدا يسري بأثر رجعي يزيد من عمر الموظف المحال على التقاعد ٥ سنوات، أو يحدث تغيير في الظروف المادية كأن يصدر قرارا يخصص البناء في منطقة ما فتنشأ فيضانات أو زلزال يغير من معالم المنطقة كليا⁽²³²⁾.
٧. جواز سحب القرارات الإدارية الفردية السليمة التي لا تولد حقوقا: شكلت فكرة الحقوق المكتسبة حجر الأساس لنظرية سحب القرار الإداري السليم أو المشروع لدى جانب من الفقه بحجة أننا لا نكون أمام أضرار يمكن أن تنشأ عن السحب، مما يسمح للسلطة لتلا إدارة سحب القرار الذي لا يولد حقوقا⁽²³³⁾.

ونمثل على القرارات الإدارية التي لا تولد حقوقا ما يلي:

١. القرارات السلبية: يعني القرار الإداري السليبي أن يتم تقديم طلب للإدارة فتقرر رفض الطلب أو أن تمضي مدة ٣٠ يوما مثلا فنستدل على الرفض الضمني للطلب. وقد حصر المشرع الفلسطيني والمصري اختصاص محكمة العدل العليا على القرارات السلبية المبنية على سلطة مقيدة فقط. فعرفته المحكمة الإدارية العليا (امتناع جهة الإدارة عن اتخاذ إجراء أو قرار يوجب القانون أو اللوائح عليها اتخذها)⁽²³⁴⁾.
- وقضت محكمة العدل العليا برام الله (بأن طلب الموظف إعادته إلى عمله ورفض الإدارة لذلك لا يدخل في اختصاص المحكمة بقولها وحيث أن القانون لا يلزم مدير الشرطة الفلسطينية باتخاذ قرار بإعادة المستدعي إلى عمله وإعادة قيده على مرتب الشرطة فإنه لا مجال لقبول الطعن)⁽²³⁵⁾.
- وقضت أيضا (يجوز لكل موظف في الهيئات المحلية أن يتقدم بطلب تظلم إلى وزير الحكم المحلي وهذا أمر جوازي.... ولكن لا يوجد هناك ما يوجب على وزير الحكم المحلي أن يرد على هذا التظلم كما أن عدم الرد على التظلم لا يشكل قرار إداري سلبى يقبل الطعن به أمام محكمة العدل العليا)⁽²³⁶⁾.
- ويختلف الأمر فيما يخص تسجيل الجمعيات فإن القانون ينص على أن مرور شهرين على تقديم الطلب دون أن تتخذ الإدارة قرارا تعتبر الهيئة أو الجمعية مسجلة بحكم القانون، وهذا يستلزم من وزارة الداخلية الاستجابة لطلب الجمعية إعطائها رقم ترخيص وشهادة تسجيل، و مرور ستين يوما على هذا الطلب دون رد يكون بمثابة قرار ضمني سلبى بالرفض يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا⁽²³⁷⁾.

ويشترط لجواز سحب القرارات السلبية أن لا يضر قرار السحب بالآخرين، فقضى مجلس الدولة الفرنسي (أن رفض الترخيص لا يخلق حقوقا لمصلحة الآخرين وبالتالي يحق للوزير الرجوع في

قراره لأسباب تتعلق بالملاءمة وهذا الرجوع قد يتم بناء على طلب أو بمبادرة من الوزير⁽²³⁸⁾. وقضى في قرار آخر (إن رفض المحافظ التصديق على مداوات المجلس البلدي الذي قرر إبطال عدد من الوظائف البلدية هذا الرفض يولد حقوقا لمصلحة الآخرين وبالتالي لا يحق للمحافظ سحب رفضه هذا ويصادق على المداوات وإلا فإنه يتجاهل حقوق المستفيدين التي أصبحت مكتسبة ونهاية بقرار الرفض الذي من آثاره اعتبار قرار المجلس البلدي لاغيا من الأساس)⁽²³⁹⁾.
٢. القرارات الولائية: يرى بعض الفقه أن القرارات الإدارية التي تبني على تسامح أو رخصة لا تستند إلى قانون ولا تعدو أكثر من كونها خدمة أو حظوة لا ينتج عنها أثر قانوني يجوز سحبها وإلغاءها كونها لا تكسب حقا للمستفيد منها، ومثالها تسجيل طالب في الجامعة كمستمع وأن يسمح لمعاق باستعمال الملك العام لشأن تجاري على سبيل الشفقة والرحمة، منح جواز دبلوماسي لراغب علامة.

وتعد الموافقة المبدئية أو عدم الممانعة من القرارات الولائية التي لا تولد حقوق كونها مشروطة بتوفر الشروط القانونية الأخرى، غير أن موقف مجلس الدولة الفرنسي كان مغايرا لهذا الرأي إذ قضى (إن الموافقة المبدئية المعطاة من قبل الإدارة لإحدى الشركات لإقامة مصنع في المنطقة الباريسية، هذه الموافقة تولد حقوقا للشركة بالرغم من صفتها الولائية البحتة)⁽²⁴⁰⁾.
٣. القرارات المتعلقة على شرط: يعتبر بعض الفقه القرارات المتعلقة على شرط لا تولد حقا، وبالتالي يمكن سحبها في أي وقت بحكم أن الشرط يعطل ولادة القرار أو لأن القرار برأيهم يكون غير مكتمل، غير أننا نرى أن هذه القرارات تكون مكتملة والشرط يتعلق فقط بسريان القرار وليس بإحداثه، فالشرط الفاسخ يحكم على القرار بالزوال بعد سريانه كأن يصدر قرار بفتح عيادة طبية إضافية لمصلحة المرضى فإذا انتفت هذه المصلحة فيمكن سحب القرار.
والشرط الواقف يتعلق بحالة تحدث بعد صدور القرار تعطل سريانه كأن تمنح الإدارة ترخيصا لشخص بفتح مصنع شريطة انتظار نتيجة البحث التي تجريه وزارة البيئة فإذا كانت نتيجة البحث لا تسمح فإن الإدارة تستطيع سحب قرارها⁽²⁴¹⁾.

٤. القرارات الوقتية: هي تلك القرارات التي تنشئ وضعا قانونيا مؤقتا يستشف من نص القرار صراحة أو من طبيعة ذلك القرار، وبالنظر لطبيعته المؤقتة فإنه لا يولد سوى أثرا مؤقتا يجوز إنهاؤه في أي وقت، ونمثل عليه بالمعلم البديل الذي يحل محل المعلمة في إجازة الحمل والولادة، والتفويض والحلول المؤقت والإناطة والرخصة المؤقتة لشغل الطريق العام لأشغال خاصة وتكليف الموظف بمهمة ما. ونمثل عليه بقرار محكمة العدل العليا بام الله (ولا يعتبر قرار التكليف بأنه منصب جديد أو ترقية كونه جزئي ومؤقت إذ ينتهي عندما يقرر المفوض ذلك بقرار منه أو تحديد مدته بمدة معينة، وهذا امر تجيزه المادة (٦١) من قانون الخدمة المدنية لسنة ١٩٩٨)⁽²⁴²⁾.

٥. القرارات الكاشفة: هي القرارات الإدارية التي لا تنشئ مراكز قانونية جديدة ويقتصر دورها على إظهار المراكز القانونية المقررة أو المستقاة من نص قانوني، فهي تتعلق بالمجالات التي تدخل في نطاق السلطة المقيدة للإدارة، ويجوز سحب القرارات الكاشفة لأنها لا تنشئ حقوقا بل تقرر حالة

مادية أو قانونية مقررة سلفا بالقانون، فصدور قرار من الإدارة بعزل الموظف الذي يدان بجناية أو جنحة مخلة بالشرف يعد قرارا كاشفا لحكم الإدانة من القاضي فهو غير محدث لأثر قانوني ويسري من تاريخ الإدانة من القاضي⁽²⁴³⁾.

أما القرارات المنشئة فهي القرارات التي ينتج عنها إنشاء أو تعديل أو تغيير أو إلغاء في المراكز القانونية القائمة، وتتعلق بالمجالات التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة كتعيين أو تأديب موظف أو إنشاء مدرسة أو مصحة عامة والترخيص لمزاولة حرفة أو صناعة أو مهنة فهي تحداث أثرا قانونيا وتتحصن من السحب والإلغاء والطعن القضائي بمرور أجل الطعن القضائي⁽²⁴⁴⁾.

٦. قرارات الشرطة الإدارية أو الضبط الإداري: يميز بعض الفقه الرجوع في القرارات التي تصدر في نطاق الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام كونها عبارة عن أوامر ونواهي لا تولد حقوق، ومثلها منع المرور من شارع ما وينم التراجع عن ذلك، منع بيع مادة معينة ويتم الرجوع عن القرار.
٧. القرارات المنطوية على خطأ بين: إذا وقع خطأ مادي لدى إصدار الإدارة لقراراتها كأن يكون المقصود شخصا أو حالة غير تلك المقصودة في القرار، أو كان نتيجة لخطأ مطبعي أو إداري في نقل القرار فتصحیح الخطأ اللين في هذه الحالات واجب ويسمح بسحب القرار المنطوي على خطأ بين.
٨. القرارات غير المحدثة لأثر قانوني: لا تولد حقوقا القرارات التي تصدرها الإدارة في مجال الإعداد لإصدار القرار كالتنسيب والتوصية والإعلان.

المقطع الثاني: سحب القرارات الإدارية التنظيمية السليمة

يتصف القرار الإداري التنظيمي بالعمومية والتجريد وقابلية التكيف مع المتغيرات والمستجدات، ولا يسري بأثر رجعي إلا بنص قانوني يسمح بذلك، ولا يولد حقوقا مكتسبة إلا بتطبيقه على حالة فردية أو أكثر، ولذلك لا يثير سحبه المشاكل التي يحدثها سحب القرار الإداري الفردي⁽²⁴⁵⁾. غير أن هذا الرأي يصطدم بالتطبيقات القضائية التي لم تؤسس عدم سحب القرارات الإدارية التنظيمية السليمة على الحقوق المكتسبة بل على ضرورة استقرار العمل الإداري وعدم الرجعية والمساواة، والتي تحتم على الإدارة عدم ممارسة سلطة تعديل أو سحب القرار التنظيمي السليم. ونمثل على ذلك بالتعديلات التي تجربها الإدارة على لوائح المسابقات والامتحانات قبل إجرائها والتي قرر مجلس الدولة عدم مشروعيتها حتى ولو وافق المتسابقون أو الممتحنون عليها⁽²⁴⁶⁾.

ويجوز سحب القرار التنظيمي السليم الذي لم يدخل حيز التطبيق والقرار التنظيمي الذي لم ينشر، فمجلس الدولة الفرنسي سمح للإدارة بسحبها والسحب هنا لا يختلف عن الإلغاء، وبالتالي لا يصطدم بمبدأ عدم الرجعية⁽²⁴⁷⁾.

ويجب التمييز هنا بين الآثار المتولدة عن تطبيق القرار التنظيمي والتي يجب تحصينها وعدم المساس بها، وبين الحق في الاحتفاظ بالقرار التنظيمي إلى ما لا نهاية والذي يتنافى مع عمومية القرار

التنظيمي وتطوره، فيحق للإدارة تعديله وتغييره دون إحداث أثر رجعي، والذي يعتبر بمثابة إلغاء كلي أو جزئي للقرار التنظيمي.

الفرع الثالث سحب القرارات الإدارية خارج الأجل

استقر الاجتهاد القضائي على جواز سحب بعض القرارات الإدارية وإلغائها دون التقيد بأجل، ويعلل ذلك إما لجسامة المخالفة الإدارية للقرار الإداري أو لصدوره نتيجة تحايل وغش وتدليس أو لتعلقه بالمال العام الذي يخضع لحماية قانونية خاصة وأو لكون محلها مقيد موضوعا وبشروط لا يتحقق إلا بتوفرها.

١. القرارات المنعدمة: عرفته محكمة العدل العليا برام الله بأنه (القرار المنعدم هو القرار الإداري اللذي تكون فيه المخالفة صارخة الى حد يفقد معها القرار طبيعته وتخرجه عن دائرة تطبيق الأحكام العامة للقرارات الإدارية)⁽²⁴⁸⁾.

أو هي تلك القرارات التي تخالف مبدأ المشروعية مخالفة جسيمة فتهدم ركنا من أركان وجوده وتجرده من صفاته ومقوماته كتصرف منشئ لآثار قانونية فتجعله مجرد عمل مادي لا يتمتع بأي حصانة قانونية مهما طال مدته.

وقد نص المشرع الأردني بعدم تقيد الطعن فيه بأجل (تقبل دعوى الطعن بالقرارات الإدارية المنعدمة في أي وقت دون التقيد بميعاد)⁽²⁴⁹⁾.

وبالنظر إلى جسامة العيب الذي يلحق بهذه القرارات، فإنها لا تدخل النظام القانوني ولا تحدث أي أثر، باستثناء ما تحدثه إزاء الغير حسن النية وفقا لنظرية الموظف الفعلي، ولا يتحول القرار المنعدم إلى قرار سليم مهما طال الزمن، ولذلك فإن دعوى الإلغاء إزائه لا تتقدم وميعاد سحبه وإلغائه يبقى مفتوحا.

والقاضي الإداري هو الذي يكيف القرار المعيب والقرار المنعدم، فقضت محكمة العدل العليا (يعتبر القرار الإداري المخالف للقانون مخالفة جسيمة بدرجة يتعذر معها القول بأنه تطبيقا لقانون أو نظام من القرارات المنعدمة والطعن بها لا يتقيد بمدته)⁽²⁵⁰⁾.

ويصور العميد فيدل التمييز بين القرار الباطل والقرار المنعدم (بحالة الإنسان وهو على فراش المرض فعلى الرغم من عدم قدرة الإنسان على عمل شيء وهو يقبع على السرير إلا أنه على قيد الحياة بينما الميت قد فارق الدنيا ولم يعد له وجود)⁽²⁵¹⁾.

أما ذي سوتو فقد ميز بين الشروط الواجبة لصحة القرار وتلك المتعلقة بوجوده والتي تؤدي وحدها إلى الانعدام.

ويرتبط الانعدام لدى الفقيه فالين بفقدان القرار لعنصر من عناصره الأساسية⁽²⁵²⁾.

وكذلك د. مصطفى وصفي (هدم أحد أركان القرار الإداري يؤدي إلى الانعدام)⁽²⁵³⁾.

بينما يرى د. طعيمة الجرف أن الركن الوحيد الذي يؤدي إلى الانعدام هو الاختصاص لأنه ركن الانعقاد الوحيد في القرار الإداري⁽²⁵⁴⁾.

أما د. سليمان الطماوي فربط فكرة الانعدام بصلة العمل بالوظيفة الإدارية فإذا انقطعت صلة العمل بالوظيفة الإدارية فهو عمل معدوم⁽²⁵⁵⁾.

يتضح مما سبق اختلاف الفقه والقضاء الإداري في حصر حالات انعدام القرار فهناك من يقصرها على حالات عدم الاختصاص الجسيم وهناك من يتوسع في حالات الانعدام لكل مخالفة جسيمة كما هو في مصر وفلسطين والأردن.

ونرى من جانبنا أن الانعدام لا يتحقق إلا في ركن الاختصاص وركن المحل ونؤيد عدم التوسع في فكرة الانعدام تحقيقاً لمبدأ استقرار الأوضاع القانونية والمعاملات. ويترتب على انعدام القرار الآثار التالية:

١. يجوز سحب وإلغاء والطعن بالقرار الإداري المنعدم دون التقييد بميعاد⁽²⁵⁶⁾.
٢. القرار المنعدم لا وجود قانوني له إذ يتحول إلى عمل مادي وإذا نفذته الإدارة، فإنها تتحمل تعويض الأضرار الناجمة عنه⁽²⁵⁷⁾.
٢. القرارات الإدارية الصادرة نتيجة غش أو تدليس: هي (القرارات التي يستعمل المخاطب بها وسائل احتيالية تدفع الإدارة لإحداث آثارها القانونية لصالحه). فهي توصم بعيب أخلاقي يجعلها لا تتحصن من الإلغاء القضائي والسحب والإلغاء الإداري مهما طالت المدة، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني حتى ولو كانت التصرفات القانونية المبينة عليها أو بعدها مشروعة، وذلك استناداً إلى قاعدة (الغش يفسد ما بعده).

وتوصم هذه القرارات بعيب خطير ومستمر يوجب أن لا يستفيد أحد من ممارسة لا أخلاقية في تعامله مع الإدارة، فالغش والتدليس يهدمان القيد الزمني على سحب القرار، لأن الأصل هو التعامل مع الإدارة بحسن نية لتستقر تلك التصرفات بعد زمن. وتتحقق المسؤولية عن الغش بالإعلان صراحة عن المعلومات الكاذبة أو من خلال السكوت عنها، وسواء صدرت الأعمال الاحتيالية عن المستفيد من القرار أم من الغير وعلم بها المستفيد أم لم يعلم. كما قضت محكمة العدل العليا (إذا تبين بعد إعطاء المستدعي جواز سفر أردني أنه أعطي بناء على وثائق غير صحيحة فإن من حق مدير عام دائرة الأحوال المدنية والجوازات سحب جواز السفر)⁽²⁵⁸⁾.

ويشترط لسحب القرار دون التقييد بأجل وجود علاقة سببية بين أعمال الغش وصدور القرار، ولا يشترط أن تكون السبب الوحيد بل يكفي أن يكون لها وزن ما في إصداره. ونمثل على ذلك من قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية الثابت أن جهة الإدارة كانت على بينة قاطعة بأن المطعون ضدها لم تحصل على الشهادة الإعدادية العامة في العام الدراسي ٧٥/٧٦ لرسوبها في المجموع الكلي لمواد الامتحان لهذه الشهادة. كما أن التعهد الذي حرره والدها بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٧٦ إنما كان ينص على تعهده بتقديم ما يثبت نجاحها في جميع مواد هذه الشهادة، وقد قدم هذا البيان بالفعل وثابت به نجاحها في جميع المواد، ولكنه لم يقر في تعهده أن ابنته حصلت على الشهادة

الإعدادية العامة أو تعهد بتقديم هذه الشهادة، وما كان له أن يتعهد بذلك لأن المعلوم لدى جهة الإدارة أن الطالبة راسبة في المجموع الكلي للمواد. ومن حيث أن ما نسب إلى شيعي المعهد الذين تعاقبا إنهمال وعدم مراعاة الدقة في أداء واجبات أعمالها ومجازاتها تأديبيا عن ذلك لا يفيد على وجه اليقين أن ثمة تواطؤ خفي مع والدها لقبول ابنته في المعهد بالمخالفة للقانون، الأمر الذي لو كان لاستقام رمي الوالد بالغش والتدليس. ومن حيث انه متى استبان مما تقدم فإن قرار جهة الإدارة بقبول التحاق المطعون ضدها بالمعهد وقيدتها بالصف الأول الثانوي وانتقالها إلى الصفوف الدراسية الأعلى ثم حصولها على الشهادة الإعدادية العامة عام ١٩٨٠ يكون قد رتب لها مركزا قانونيا ذاتيا استقر لها ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة وقد مضت زهاء ثلاث سنوات أن تستأنف النظر في سلامة القرار وأن تبني على ذلك حرمانها من دخول امتحان الثانوية الأزهرية بدعوى عدم حصولها على الشهادة الإعدادية قبل التحاقها بالمعهد.

ويتجلى الفرق بين القرار المنعقد والقرار المبني على غش أو تدليس في ما يلي:

١. القرار المنعقد من الوضوح بما يسمح للآخرين بتجاهله ومقاومة تنفيذه فهو لا يرتب آثارا قانونية بينما يرتب القرار المبني على غش آثارا قانونية طالما لم يتم اكتشاف الغش أو التدليس.

٢. القرار المنعقد ينتج عن مخالفة جسيمة من الإدارة بينما ينشأ القرار المبني على الغش والتدليس من استعمال وسائل لا أخلاقية من المتعاملين مع الإدارة، وبمعنى آخر القرار المنعقد يقوم على ممارسة إدارية خارقة للأصول بينما يقوم القرار المبني على غش أو تدليس على ممارسة شخصية تقود الإدارة إلى الانحراف.

٣. يقتصر دور القاضي في القرار الإداري المنعقد على تقرير انعدام القرار الإداري، بينما يثار التحقق من الوسائل الاحتمالية المستعملة في القرار المبني على الغش والتدليس ومدى أثرها في إصدار القرار ومسؤولية الاستفادة إزائها.

٣. القرارات الباطلة المبنية على سلطة مقيدة: تتحقق إذا صدر القرار الإداري وخالف القانون في محله المحدد أو في شروط محله التي لا يستقيم وجوده إلا بتحققها، فإن هذا القرار الإداري يجوز للإدارة سحبه وإلغاءه ويجوز الطعن فيه بالإلغاء دون قيد زمني أو لأنه من القرارات الباطلة المبنية على سلطة مقيدة. ونمثل عليه عندما يحدد المشرع عقوبة محددة فلا يجوز التأديب بغيرها، كما أن التسجيل في الجامعة لا يتحقق إلا بالنجاح في الثانوية العامة وبمعدل ٦٥ فما فوق، فصدور قرار بتسجيل طالب في الجامعة بخلاف ذلك يجعل الطعن به وسحبه وإلغاؤه لا يتقيد بأجل.

ونمثل بقضاء محكمة العدل العليا بمرام الله (ان شهادة البكالوريوس لا تعطى الا لمن حصل على شهادة الثانوية العامة بالمعدل المحدد الذي يسمح له بالقبول في مؤسسات التعليم العالي الفلسطينية، وذلك استناداً لنص المادة (٥) من قانون التعليم العالي رقم (١١) لعام ١٩٩٨. ان قرارات ادارة الجامعة بإعطاء الشهادة الجامعية ليس الا تطبيقا لقواعد أمره تنعدم فيه سلطة الادارة التقديرية من حيث المنح او الحرمان حيث ان قرارها بمنح الشهادة او الحرمان منها يكون مجرد تنفيذ وتقرير الحق الذي يستحقه الطالب من القانون مباشرة لان سلطتها في هذا الخصوص هي

سلطة مقيدة. ويحق للإدارة منع إعطاء الشهادة وحرمان الطالب منها وسحب الشهادة في حالة إعطائها في أي وقت متى تبين لها مخالفتها للقانون اذ ليس هناك حق مكتسب يتمتع عليها المساس به لان القرار الخاطيء لا ينشئ حقاً⁽²⁶⁰⁾.

وقضت في قرار آخر (ولما كان المرسوم رقم (١٩) الذي تم بمقتضاه ترفيع المستدعية إلى درجة مدير عام A٤ صادر عن سلطة مقيدة يجوز للإدارة سحبه بعد أن تبين لها مخالفة القانون، فإن امتناع المستدعي ضدهم عن تنفيذه بعد أن تم سحبه من مصدره يكون متفقاً وحكم القانون)⁽²⁶¹⁾. وبرأينا فإن توسع اجتهاد المحكمة في مجال انعدام القرار الإداري والقرارات الباطلة المبنية على سلطة مقيدة يحول دون استقرار المعاملات والمراكز القانونية، ويزيد من أعباء القضاء والمتقاضين كونه غير محدد ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي. ونمثل بقضاء محكمة العدل العليا تجزئة مدة خدمة المستدعين إلى فترتين فيما يخص احتساب الراتب التقاعدي والذي اختلف بتعديل النظام بالأمر العسكري رقم (١٢٦٤) بتاريخ ١٠/١٢/١٩٨٩ والذي يسري من تاريخ ١/٩/١٩٨٧ في غير محله قانوناً وسمحت بالطعن به في أي وقت كونه صادر عن سلطة مقيدة فقبلت الطعن المقدم بشأنه بتاريخ ١/٩/٢٠٠٣. ومما لا شك فيه أن صدور الحكم بذلك بعد مرور ما يزيد على خمسة عشرة عاماً تعاقبت على فلسطين فيها إدارات مختلفة يخل بمبدأ استقرار المعاملات خلافاً جسيماً ويحدث إرباكاً لدى الجهات الإدارية والقضائية المعنية كون الموضوع يتطلب كلفة مالية باهظة ويتعلق بقضاء المعاشات الذي ينتمي للقضاء الشامل وحجية أحكامه نسبية، كما لا يسعف المحكمة الاستناد إلى القانون الأساسي كون القانون الأساسي لعام ٢٠٠٣ لاحقاً للقرار⁽²⁶²⁾.

٤. القرارات ذات الطابع المالي: ذهب اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي لمدة طويلة على عدم اعتبار القرار المالي قراراً إدارياً مشيراً إلى أن المسألة تتعلق بحساب راتب أو دفع مبلغ لا غير، لذلك أطلق مجلس الدولة الفرنسي حرية الإدارة في سحب القرارات الإدارية ذات الطابع المالي التي ترتكب فيها الإدارة خطأ، وذلك استناداً إلى وجوب حماية المال العام، وباعتبار أن هذه القرارات لا تولد حقاً، لذلك فقد رفض إخضاعها لمدة التقادم في القانون المدني رغم طولها ٣٠ سنة، ولا للتقييد الذي قرره الاجتهاد القضائي في قضية لوهو القاضي بوجوب استرداد المبالغ المدفوعة دون وجه حق داخل أجل خمس سنوات. فقد كیفها اجتهاد مجلس الدولة منذ عام ١٩٦٠ على أنها قرارات مؤقتة لا تملك الإدارة إزائها سلطة تقديرية، فالخطأ في القرار المالي هو بمثابة دفع غير مستحق تستطيع الإدارة استرداده في أي وقت⁽²⁶³⁾.

المطلب الثاني إلغاء القرار الإداري

يقصد بإلغاء القرار الإداري تجريد السلطة الإدارية المختصة القرار الإداري من آثاره القانونية بالنسبة للحاضر والمستقبل دون أن يمتد ذلك إلى الماضي. أو هو إنهاء القرار الإداري من الإدارة المختصة

بأثر فوري يسري على المستقبل دون الماضي. فهو يأخذ بالحسبان الآثار التي تحققت قبل صدوره، فقد يصدر القرار مخالفا للقانون، أو تجد الإدارة أن القرار الصادر عنها غير ملائم أو أصبح كذلك، فتقرر الإدارة إلغاءه دون أن تمس بالأوضاع التي تم اكتسابها بمقتضاه قبل الإلغاء.

ويختلف الإلغاء عن السحب من حيث أن مجالات الإلغاء أوسع من السحب فقد يتم الإلغاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وتغير الظروف، كما أن مبدأ حماية الحقوق المكتسبة هو الذي يحكمه إذا صدر لعدم الملاءمة، ولا يكون لإلغاء القرار أثر رجعي. ويقصد بإلغاء القرار الإداري هنا هو الإلغاء الذي يتم داخل الأجل القانوني.

وإذا كانت الإدارة تتمتع بامتياز سحب القرار الإداري فمن باب أولى أن يتقرر لها امتياز إلغاء القرار الإداري سواء أكانت فردية أم تنظيمية. وما يجدر ذكره أن الاجتهاد القضائي غالبا ما يقضي بحق الإدارة في السحب والإلغاء معا.

الفرع الأول إلغاء القرارات التنظيمية

من المسلم به فقها وقضاء وقانونا حق السلطة الإدارية في إلغاء وتعديل أنظمتها كلما اقتضت ذلك المصلحة العامة، وذلك لأن الأنظمة أو اللوائح تتضمن قواعد عامة ومجردة، وبالتالي لا يتولد عنها إلا مراكز موضوعية عامة يجوز تعديلها أو إلغاؤها واستبدال غيرها بها في أي وقت طبقا لمتطلبات المصلحة العامة ومتغيرات الظروف والالتزام بالمشروعية.

وفيا يخص إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية المعيبة فإن القاعدة المستقرة لدى الفقه والقضاء الإداري أن القرارات التنظيمية غير المشروعة تتحصن بمرور أجل الطعن بالإلغاء وبالتالي لا يجوز إثارة عدم مشروعيتها أمام القضاء، غير أنه يجوز الدفع بعدم مشروعيتها عند تطبيقها على القرارات الفردية دون التصدي لإلغائها.

وقد يكون إلغاء القرار التنظيمي صريحا بأن تصدر السلطة الإدارية المختصة قرارا يقضي بإلغاء اللائحة السابقة يسري من تاريخ صدوره، وقد يكون ضمنيا بأن يصدر قانون جديد أو لائحة جديدة تحل محل اللائحة السابقة التي تلغى ضمنا وفقا للقاعدة (إذا تعارض النظام القانوني الجديد مع النظام القانوني القديم فيلغى النظام القانوني القديم ضمنا أو بالتبعية) وقد يشمل الإلغاء كل القرار التنظيمي أو بعض أحكامه.

وقد كان رأي مجلس الدولة الفرنسي يلزم الإدارة بالتدخل لإلغاء لوائحها المعيبة خلال مدة

الطعن القضائي أو بعد ذلك نتيجة تغير الظروف الواقعية أو القانونية، أما القرارات التنظيمية التي تحصنت بمرور المدة فلا إلزام عليها للتدخل لإلغائها، ولكنه عدل عن هذا الرأي منذ عام ١٩٧٦ بأن منح الإدارة سلطة تقديرية في إلغاء القرارات التنظيمية المعيبة التي تحصنت بمرور مدة الطعن القضائي. ومن شأن هذا الرأي أن يوازن بين احترام مبدأ المشروعية وحرية الإدارة في التدخل لإلغاء لوائحها دون التقييد بأجال كلما رأت ذلك ملائماً، وفيما إذا امتنعت الإدارة عن الإلغاء فلا تكون تصرفاتها غير مشروعة.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي منح للإدارة حق إلغاء وتعديل القرار اللاتحي وسلطتها تقييد عند الضرورة بالحقوق التي تكون قد اكتسبت في ظلها وتقرير حق التعويض عنم لحق به ضرر من جراء إلغاء أو تعديل اللائحة المشروعة.

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية (من المسلم به أن من حق الإدارة وضع القواعد التنظيمية لسير المرفق الذي تقوم على شؤونه، وأن لها في أي وقت تعديل هذه القواعد وإلغائها وفقاً لما تراه الأحسن لضمان حسن سير المرفق وقرارها في هذا الشأن من الإطلاقات التي تستقل بها دون معقب ما دام خلا من إساءة استعمال السلطة).

الفرع الثاني

إلغاء القرارات الإدارية الفردية

القاعدة أن القرارات الفردية السليمة تتحصن وتنتج أثرها القانوني بمجرد صدورها وترتب مركزاً قانونياً للأفراد حتى ولو لم يتم إعلامهم بها، وبالتالي فإن إلغاءها من الإدارة غير جائز لأن ذلك يتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات وحماية الحقوق المكتسبة.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يحق للإدارة إلغاء هذه القرارات بقرارات مضادة إذا اقتضت المصلحة العامة بالنظر لتغير الظروف الواقعية والقانونية كصدور قانون أو لائحة جديدة يتعارض القرار الفردي مع أحكامها، أو عدم التزام المرخص له بشروط الرخصة، أو برز تشويشا على النظام العام نتيجة البدء في تنفيذ القرار أو كان من القرارات السليمة التي لا تولد حقوقاً للأفراد وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إلغائها.

أما إلغاء القرارات الفردية غير المشروعة فهو جائز شريطة أن يتم ذلك خلال أجل الطعن بالإلغاء وإلا تحصنت هذه القرارات فيمتنع على الإدارة إلغاءها لعدم المشروعية.

ويحق من جهة أخرى للأفراد مطالبة الإدارة بإلغاء قراراتها غير المشروعة وتكون الإدارة ملزمة بذلك أدبياً على الأقل لاتقاء الطعن والإلغاء القضائي، ومادام الأمر يتعلق بقرارات غير مشروعة

فليس من شأنها الإضرار بالحقوق المكتسبة خاصة وأن الإدارة هنا مخيرة بين الإلغاء والسحب. غير أن محكمة العدل العليا لا تقرر ذلك بالنسبة للقرارات المبينة على سلطة مقيدة فقضت (الحق المكتسب الذي يمكن الاحتجاج به هو الذي تكونت عناصره في ظل أوضاع قانونية تبرره وتحميه، وعليه فإذا كان القرار السابق بنقل المستدعي إلى وظيفة مساعد مخالفًا لنظام الخدمة المدنية وجدول تشكيلات الوظائف فلا يرتب مثل هذا القرار أي حق مكتسب)⁽²⁶⁴⁾.

وقضت بعدم ترتيب حق مكتسب إزاء القرار المخالف للقانون بقولها (القرار الإداري المخالف للقانون لا يكسب حقا للغير إذ لا يقاس على الخطأ بخطأ آخر)⁽²⁶⁵⁾.

المطلب الثالث

القرار المضاد

القرار المضاد هو القرار الإداري الذي تنهي الإدارة بواسطته تصرفها السليم الذي أنشأ حقوقا مكتسبة للأفراد. ويعتبر القرار المضاد قرارا مستقلا عن القرار الإداري الأصلي، إذ يصدر وفقا للقواعد القانونية المتعلقة به لإنهاء قرار إداري سليم، فلا يخضع القرار المضاد لسلطة الإدارة التقديرية بل لا بد من اختصاص محدد قانوني لإصداره، كما قد يختلف عن القرار الأصلي من حيث محله وإجراءاته وسببه وغايته.

فالقرار المضاد هو قرار إداري جديد يحل محل قرار فردي سابق سليم بالنسبة للمستقبل، أو هو إجراء منصوص عليه في القانون ويحل بمقتضاه محل قرار سابق، ويمكن أن يصدر القرار المضاد من نفس السلطة المصدرة للقرار الأول وبنفس الإجراءات المتبعة في إصداره، كما يمكن أن يصدر عن سلطة أخرى فيما إذا أسند الاختصاص لها كما هو الشأن بالنسبة لقرار تعيين النائب العام يختص بإصداره رئيس السلطة الوطنية بينما قرار إحالته على التقاعد المبكر يختص به مجلس الوزراء. وقد ينتهي القرار الإداري بعدة قرارات مضادة، فقرار تعيين الموظف يمكن إنهاؤه بعزله أو فقدته لوظيفته أو استقالته أو نقله أو إحالته على التقاعد المبكر.

تتحصن القرارات الإدارية الفردية السليمة المؤثرة في المراكز القانونية من السحب والإلغاء بمجرد صدورهما، وتتحصن القرارات غير المشروعة بمرور أجل الطعن القضائي، وبالتالي لا سبيل لإنهائها إلا بأسلوب القرار المضاد متى توافرت له أركانه وشروط صحته.

والقرار المضاد هو قرار جديد لا علاقة له بالقرار الأصلي ويحدث أثره بشكل فوري ولا يمتد إلى الماضي ومحله معاكس لمحله القرار الأصلي، فهو يشبه الإلغاء من حيث سريانه على المستقبل فقط ويختلف عنه من حيث انعدام الصلة بالقرار الأصلي وكونه يتعلق بإنهاء القرارات الفردية السليمة والقرارات الفردية غير المشروعة التي تحصنت من السحب والإلغاء لفوات الأجل.

- ويختلف السحب عن القرار المضاد في نقاط عديدة أهمها:
١. يصدر القرار المضاد طبقاً للإجراءات والأحكام المحددة في القوانين والأنظمة بينما يصدر قرار السحب محكوماً بالمبادئ التي أفصح عنها القضاء الإداري.
 ٢. يصدر القرار المضاد لإلغاء أو تعديل قرار إداري صدر سلبياً ودخل حيز التنفيذ، بينما يصدر قرار السحب لإنهاء القرارات غير المشروعة والمنعدمة والمبنية على غش أو تدليس، واستثناء بعض القرارات الإدارية السليمة.
 ٣. تكون الإدارة محكومة بالنص القانوني فيما يخص القرار المضاد وإلا كان قرارها غير مشروع، بينما يرتبط قرار السحب بالقرار الأصلي فتصدره الإدارة إما لتجافيه مع المشروعية أو لعدم الملاءمة وللمقتضيات الصالح العام.
 ٤. ينصرف أثر القرار المضاد على المستقبل فقط، بينما يسري قرار السحب بأثر رجعي..⁽²⁶⁴⁾

Endnotes

١. قرار رقم ٩٥ لعام ١٩٨٤ - مجلة نقابة المحامين - السنة ٣٣ العدد ١٠٢ - ص ٥٢.
٢. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩٣٤ لسنة السادسة القضائية بتاريخ ١٩٥٤/١/٦.
٣. قرارها رقم ٥٢ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين العدد ٢ السنة ٣ - ص ٧٠.
٤. قرارها رقم ١٢٦ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - تشرين أول ١٩٩٧ - ص ٤٢٥٣. قرارها في الدعوى ١٩٩٧/٤٨ بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٣. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٣٩٠ بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٧.
٥. قرارها رقم ٤٠ لعام ١٩٦٢ - مجلة نقابة المحامين العدد ١٠ - السنة ١٩٦٢ - ص ٨٤١. قرار محكمة العدل العليا بمرام الله رقم ٩٧/٢٤ بتاريخ ١٩٩٩/١٢/٢٨.
٦. د. عبد الغني بسويوني عبد الله - المصدر السابق - ص ٤٥٤.
٧. د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية - القاهرة ١٩٩٤ - ص ٤٦٠.
٨. قرار محكمة العدل العليا رقم ١٣٨ لعام ١٩٦٨ - مجلة نقابة المحامين عدد ٢ لعام ١٩٦٧ - ص ١٣٦.
٩. قرارها رقم ٢٠١٣/٦٢ بتاريخ ٢٠١٤/٣/٣١.
١٠. قرارها رقم ١٩٩ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٢٤. وقرار محكمة العدل العليا بمرام الله رقم ٩٩/١٩ بتاريخ ١٩٩٩/٦/١٦ - غير منشور.
١١. قرارها رقم ٢٠١٢/١٠٣ بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٠.
١٢. نص المواد ١١، ٣٣، ٣٤ من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني لسنة ١٩٩٩. ونشير إلى أن الاختصاص بنظر القرارات الصادرة عن الجامعات واتحادات النفع العام تقرر بناء على تعديل بقرار بقانون بتعديل قانون تشكيل المحاكم النظامية لعام ٢٠١٤، وأرى أن كان على المشرع التمييز بين الجامعات الحكومية والعامة والخاصة وعدم شمول اتحادات النفع العام، واعتبار قرارات الغرفة التجارية والصناعية تقبل الطعن بالإلغاء.
١٣. قرارها رقم ٢٠١٣/١٥٩ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٩.

١٤. تعتبر محكمة العدل العليا السفارة الأجنبية جزء من البلد المبعوث وتقرر عدم اختصاصها بالنظر في منازعاتها - قرارها رقم ٢٢٨ المنشور في مجلة نقابة المحامين عام ١٩٧٤ - ص ٢٣٠.
١٥. د. سليمان الطهاوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٣٢٨.
١٦. قرارها رقم ٥٢ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين عدد ٢ لعام ١٩٥٤ - ص ٧٠.
١٧. قرار محكمة العدل العليا رقم ١٠٥ لعام ١٩٥٦ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٥٦ - عدد ١ - ص ١، وقرارها رقم ٤١ لعام ١٩٦٣ - العدد ٤ - السنة ١٩٦٣ - ص ٢٧٢.
١٨. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٣/٣٤ بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٧ - مجموعة المبادئ القانونية ٢٠٠٢ - ٢٠٠٤ - المصدر السابق - ص ٤٥.
١٩. قرارها رقم ٢٩ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين العدد ٧ - العام ١٩٥٣ - ص ٣٥٥.
٢٠. حكم محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٨٠ بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٧ - غير منشور، قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٢٠٠٦/٩/١٩ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢٠ - غير منشور.
٢١. حكم محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٦١٧ بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٩. حكمها في الدعوى رقم ٢٠١٠/٣٠١ بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٧ - غير منشور.
٢٢. قرارها رقم ١١ لعام ١٩٥٢ - مجلة نقابة المحامين العدد ٨ - العام ١٩٥٣ - ص ٣٨٧. قرارها رقم ٣٨٨ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٨٠٥.
٢٣. حكم محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٣/٨/١٢ بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٢ - المبادئ - ص ١٢٧.
٢٤. سليمان الطهاوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مصدر سابق - ص ١٧٧.
٢٥. د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٦ - ص ٩٩. د. عمر الشوبكي - مصدر سابق - ص ١٣٣.
٢٦. د. سليمان الطهاوي - المرجع السابق ص ١٨٦. د. محمود حافظ - القضاء الإداري - ص ٣٣١.
٢٧. قرارها رقم ٥٨ لعام ١٩٦٣ - مجلة نقابة المحامين عدد ٨ - السنة ١٩٦٤ - ص ٥٥٥.
٢٨. قرارها رقم ٧ لعام ١٩٥٩ - مجلة نقابة المحامين العدد ٣ - السنة ١٩٥٩ - ص ٨٩.
٢٩. قرارها رقم ١٧٥ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين أيار ١٩٩٦ - ص ٧٠٨، قرارها رقم ٥٨ لعام ١٩٦٣ - مجلة نقابة المحامين العدد ٨ لعام ١٩٦٤ - ص ٥٥٥.
٣٠. قرارها برام الله رقم ٩ لعام ١٩٩٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢ - ادوارد بطارسة ضد رئيس إجراء بيت لحم - غير منشور. أما القرارات القابلة للاستئناف الواردة في المادة ١/٥ من قانون الإجراء فاعتبرتها قضائية أنظر قرارها رقم ١٠ لعام ١٩٩٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٤/٢٤ - محمود الحافي ضد رئيس إجراء طولكرم - غير منشور.
٣١. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠١٠/١٣٩/٢٦ بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٦ - غير منشور.
٣٢. د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥١٨.
٣٣. د. جورج قنديل - القواعد الدستورية للقانون الإداري - القاهرة ١٩٥٤ - ص ٢١.
٣٤. د. محسن خليل - القضاء الإداري اللبناني - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٢ - ص ٤٨٢.
٣٥. قرار محكمة العدل العليا رقم ١٢ لعام ١٩٦١ - مجلة نقابة المحامين عدد ٥ لعام ١٩٦١ - ص ١٩٥.

٣٦. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٦/٦ الصادر بتاريخ ٢٦/١١/١٩٩٦.
٣٧. قرارها رقم ١٢ لعام ١٩٦٦ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٦ - ص ٥٤٠، وقرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٨/١٧ بتاريخ ١٣/١١/١٩٩٩.
٣٨. عدل عليا فلسطينية رقم ٢٠١٥/١٥٥ بتاريخ ٥/١١/٢٠١٥.
٣٩. قرارها رقم ٧٣ لعام ١٩٥٦ - مجلة نقابة المحامين العدد ٩ لسنة ١٩٥٦.
٤٠. قرارها رقم ٦٨ لعام ٩٥ - مجلة نقابة المحامين نيسان ١٩٩٦ - ص ٦٨٢، وقرارها رقم ١ لعام ٩٦ شباط ١٩٩٧ ص ٥٨٤.
٤١. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٤/٨٥/٩ بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٩ - غير منشور.
٤٢. قرارها رقم ١٢٥ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٨٨.
٤٣. قرارها في الطعن رقم ١٢٩٥ السنة القضائية (٢٥) - جلسة ٢٥/١٢/١٩٨٢.
٤٤. قرارها في القضية رقم ١٣٦٥ السنة الثانية عشرة القضائية جلسة ٢٩/١١/١٩٦٩.
٤٥. قرارها رقم ٩٨/٨٥ بتاريخ ٧/١١/١٩٩٩.
٤٦. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٢٤٤/١٩/١٠/٢٠٠٩ - غير منشور.
٤٧. عدل عليا فلسطينية رقم ٢٠١٥/١٤٥ م.
٤٨. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٨/٥١ بتاريخ ١/٧/٢٠٠٠ - غير منشور.
٤٩. د. سليمان الطاوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٣٢٨.
٥٠. قرارها رقم ٩٤ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٨٧.
٥١. عدل عليا فلسطينية رقم ٢٠١٤/٢٥٤ م.
٥٢. قرارها رقم ١١٦ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - حزيران ١٩٩٧ - ص ٢٢٠. وقرارها رقم ٣٥٣ لعام ١٩٩٤ - مجلة نقابة المحامين نيسان ١٩٩٦ - ص ٦٦٩، قرارها رقم ٩٥/٣٣٤ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ ص ٩٨٧. وقرارها رقم ٩٥/٣٤٦ شباط ١٩٩٧ - ص ٥٧٣.
٥٣. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٩/١٧ بتاريخ ٢٣/٩/١٩٩٩. غير منشور.
٥٤. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٠/٨/٢٠ بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٠ - مجموعة المبادئ ٢٠٠٢-٢٠٠٤ - ص ٧٤.
٥٥. قرار محكمة العدل العليا رقم ٤١٥ في الدعوى رقم ٢٠٠٦/٣١/٣ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٣ - غير منشور.
٥٦. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٥/١٧١/٣ بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٣ - غير منشور.
٥٧. قرارها رقم ١٦ لعام ١٩٩٧ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٣٦٦.
٥٨. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٣٧ لعام ١٩٩٧ والصادر بتاريخ ٢١/١٠/١٩٩٩ - غير منشور.
٥٩. قرار محكمة العدل العليا رقم ٢١٠ في الدعوى رقم ٢٠٠٥/٩١/٣ بتاريخ ٢٧/٣/٢٠٠٦ - غير منشور.
٦٠. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٢/١٢/٦ بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٦ - غير منشور.
٦١. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٥٨/٢٢ بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٢ - غير منشور.
٦٢. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٤/٨/١٣ بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٣ - المبادئ - مصدر سابق - ص ١٥٤.
٦٣. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٠/٩٤/٢٤/١١/٢٤ بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٢٤ - المبادئ مصدر سابق ص ١٤٤.
٦٤. قرارها في الدعوى رقم ١٩٩٧/٤٨/٣/٦/٢٠٠٦ - غير منشور.

٦٥. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٧/٢٠ بتاريخ ١٩٩٧/٥/٦ - غير منشور. أيضا قرارها رقم ٩٤/٣٣٤ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٦٩٠. أيضا قرارها رقم ٧٧ لعام ١٩٦٤ - مجلة نقابة المحامين عدد ٢ لعام ١٩٦٥ - ص ١٩٩٧.
٦٦. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٣/٢٢ بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١٢. وقرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٤/٨ بتاريخ ٢٠٠٤/١٣/١٢ - المبادئ - مصدر سابق ص ١٥٥.
٦٧. قرارها رقم ١١ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين - العدد ٥ لسنة ١٩٥٣ - ص ٢٢٣. قرارها رقم ٢٠١٣/١٠٢ بتاريخ ٢٠١٤/٢/٣.
٦٨. قرارها رقم ٣٤ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٤٦.
٦٩. قرارها رقم ٣٨٣ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٥٧٨.
٧٠. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٨/١٧٨ بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٠ - غير منشور.
٧١. عدل عليها رقم ٢٠١٤/١٠٢ م بتاريخ ٢٠١٥/١/٥.
٧٢. قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٤/١٣١ - بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢١ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٥ - ص ١٥٢.
٧٣. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٢٠١٣/٥٩ بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٦ م.
٧٤. عدل عليها فلسطينية رقم ٢٠١٤/٢٥.
٧٥. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٠/٢٣ بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٢٣ - المبادئ - مصدر سابق ص ١٤٠.
٧٦. قرارها رقم ٤٠ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٣٦٣، قرارها رقم ٢١٥ لعام ١٩٩٦ - المصدر السابق - ص ١٤٨٥.
٧٧. قرارها رقم ٣٥٠ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٢٠.
٧٨. قرارها رقم ١٩٤ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٤٨٧.
٧٩. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٢٠١٣/٢٤٥ بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٩ م.
٨٠. عدل عليها رقم ٢٠١٣/٢١٠ م.
٨١. قرارها رقم ٢١١ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين نيسان ١٩٩٧ - ص ١٤٩٣.
٨٢. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٢٠١٢/٥/٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٧/٤ م. قرارها رقم ٢٠١٢/١٦/٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٦ م.
٨٣. قرارها رقم ٢٠٠٨/٢٣٣ بتاريخ ٢٠١١/١/٣١ م.
٨٤. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٣٩٠ بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٧ - غير منشور.
٨٥. قرارها رقم ٢٠٠٩/٢١١ م بتاريخ ٢٠١٢/٩/٤ م.
٨٦. قرارها رقم ٣٧٢ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٥٦٦. وقرارها رقم ٩٥/٣٦٤ - نفس المصدر ص ٦٨٢. وقرارها رقم ٩٤/٣٨٧ - تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٨٣.
٨٧. قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٣/١٨ بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١٢ - مجموعة المبادئ القانونية ٢٠٠٢-٢٠٠٤ - المصدر السابق ص ٧٤. وقرارها رقم ٢٠٠٠/٨ بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٧ - المصدر السابق ص ٧٤.
٨٨. قرارها رقم ٦٩ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ٩٧٤.
٨٩. قرارها رقم ٢٠١٢/٣٦ بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٠ م.
٩٠. - قرارها رقم ٢٠٠١/٥ بتاريخ ٢٠٠٤/٦/١ - مجموعة المبادئ ٢٠٠٢-٢٠٠٤ - المصدر السابق - ص ٨٩.

٩١. قرار محكمة العدل العليا بمرام الله في الدعوى رقم ٩٨/٣٩ بتاريخ ٣١/٣/٢٠٠٤.
٩٢. د. أحمد مصطفى الديداموني - الإجراءات والأشكال في القرار الإداري - الطبعة الأولى - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة ١٩٩٣ - ص ٢٨.
٩٣. د. حنا نده - القضاء الإداري في الأردن - الطبعة الأولى - عمان ١٩٧٣ - ص ٣٧٣.
٩٤. استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر على ذلك نمثل بقرار محكمة القضاء الإداري رقم ٣/٣٩١ بتاريخ ١٣/١٢/١٩٥٠.
- وقرار المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٨/١٢/١٩٦٥ - طعن رقم ١٠/١٣٦٩.
٩٥. حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ١٢/٤/١٩٥١ - السنة الخامسة - ص ٨٢٨.
٩٦. استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر على ذلك فمحكمة القضاء الإداري المصرية قضت بالأوامر الإدارية ليس لها أشكال ولا أنواع تحصرها قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٣/٣٩١ بتاريخ ١٣/١٢/١٩٥٠. والمحكمة الإدارية العليا المصرية في قرارها بتاريخ ١٨/١٢/١٩٦٥ طعن رقم ١٠/١٣٦٩ قضت بالأصل أن جهة الإدارة غير مقيدة بشكل معين للإفصاح عن إرادتها ما لم يلزمها القانون بذلك.
٩٧. قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٦/٧٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين - نيسان ١٩٩٧ - ص ١٤٢٨.
٩٨. قرار محكمة العدل العليا بمرام الله أحمد نزال ضد محافظ قلقيلية بتاريخ ١١/٦/٢٠٠٣. وتكرر نفس الموقف في القرار رقم ١٣/٢٠٠٣ بتاريخ ١٨/١٠/٢٠٠٤ حيث قضت بانعدام قرار محافظ رام الله والبيرة إزاء نزاع يتعلق بطريق خاص والذي يدخل الاختصاص بشأنه للمحاكم النظامية. - المبادئ - مصدر سابق ص ١٣٥.
٩٩. عدل عليا فلسطينية رقم ٣٢/٢٠١٥ بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٥.
١٠٠. قرار محكمة العدل العليا بمرام الله رقم ١٤/٩٧ الصادر بتاريخ ١٦/١/١٩٩٨ - بسام غانم ضد مجلس بلدية يعبد - قرار غير منشور.
١٠١. عدل عليا فلسطينية رقم ١٣٠/٢٠١٥ م. أيضا قرار العدل العليا الأردنية رقم ٣٤٩ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٣٥١، قرارها رقم ١٤٣/٩٥ مجلة نقابة المحامين - آذار ١٩٩٧ - ص ٩٧٩.
١٠٢. قرارها في الدعوى رقم ١٤٨/٢٠١٠ بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٠ - غير منشور.
١٠٣. قرارها في الدعوى رقم ٣٦/٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٦ - غير منشور.
١٠٤. قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم ٤٤٧ السنة ١٣ القضائية - جلسة ٣/١/١٩٦٢.
١٠٥. حكم محكمة العدل العليا المصرية بتاريخ ١٩/١٢/١٩٦٤ - السنة العاشرة - ص ٢٤٥.
١٠٦. قرارها رقم ١٢٤ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين نيسان ١٩٩٧ - ص ١٤٤٨.
١٠٧. عدل عليا فلسطينية رقم ٨١/٢٠١٥ بتاريخ أكتوبر ٢٠١٥.
١٠٨. د. أحمد الديداموني - المصدر السابق - ص ٢٣٦.
١٠٩. قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢١ لعام ١٩٨٦ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٨٧ - ص ٤٠، والذي اقتدت به محكمة العدل العليا بمرام الله في قرارها رقم ٩٦/٨ الصادر بتاريخ ٥/١٢/١٩٩٦ - قرار غير منشور.
١١٠. قرارها بمرام الله رقم ٨ لعام ١٩٩٦ - غير منشور - مصدر سابق.
١١١. عدل عليا رقم ٢٠/٩٦ مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ ص ٥١٨، قرارها رقم ٣٨٧ لعام ١٩٩٤ تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٨٣.

١١٢. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٧/٥ الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٩/٨ - قرار غير منشور.
١١٣. نشير إلى أن موقف القضاء الإداري المصري قد صادفه تطور بهذا الشأن فبعد أن اعتبر ليس لصاحب الشأن التمسك بمخالفة الشكل بعد رضائه قرار محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٤٩/٥/٣١ عدل عن هذا الموقف. أما مجلس الدولة الفرنسي فاعتبر رضا المخاطب بالقرار قد يؤدي إلى رد الدعوى موضوعا أحيانا حكم بتاريخ ١٩٢٩/٢/١١. د. سليمان الطهاوي - المصدر السابق - ص ٢٨٨.
١١٤. قرارها في الدعوى رقم (٩٦/٦) بتاريخ ١٩٩٦/١١/٢٦ - غير منشور.
١١٥. د. سليمان الطهاوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٣٧٦.
١١٦. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية هالكس بتاريخ ١٩٥٤/١/١١.
١١٧. حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٥/١/٢٩ السنة ١٢-١٣ - ص ٧٤.
118. Bonnard- Droit administrative- P138.
١١٩. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٢٨٦ بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢٨ والخاصة بقرار مجلس الوزراء الفلسطيني إلغاء هيئة الحج والعمرة وإعادة تسكين موظفي هيئة الحج والعمرة على الهيكل التنظيمي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية حيث قضت المحكمة برد الدعوى لأن مجلس الوزراء استخدم سلطته التقديرية باستقلالية تامة دون التقييد بإرادة أخرى وفقا لأحكام المادة ٦٩ من القانون الأساسي المعدل - غير منشور.
١٢٠. قرارها برام الله رقم ٣ لعام ١٩٩٢ - مصدر سابق - غير منشور.
١٢١. قرارها رقم ٤٧ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين العدد ١ لعام ١٩٥٤ - ص ٧.
١٢٢. قرارها رقم ٣٣٨ لعام ٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٣٠٧.
١٢٣. قرارها رقم ١٢٦ لعام ١٩٨٨ - مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠ - ص ٥٣٣.
١٢٤. قرارها رقم ١٢ لعام ٩٥ - مجلة نقابة المحامين - شباط ١٩٩٧ - ص ٥٣٤.
١٢٥. قرارها رقم ٣١٠ لعام ١٩٩٤ - مجلة نقابة المحامين نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٦٨٥، قرارها رقم ٤٢ لعام ١٩٩٥ مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ ص ٩٦٧. قرارها رقم ٦١ لعام ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٧/٥ - غير منشور
١٢٦. قرارها رقم ٣٦٣ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٠٤، وبنفس المعنى صدر حكم محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٩/٥٠ بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٠٣.
١٢٧. قرارها بتاريخ ٣٠/١٠/١٩٦٤ - مجلة نقابة المحامين - السنة ١٣ العدد الأول - ص ١٣، قرارها رقم ١٥٣ لعام ٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٩٠.
١٢٨. قرارها برام الله رقم ٣ لعام ٩٢ الصادر بتاريخ ٢٤/٣/١٩٩٤ - قرار غير منشور.
١٢٩. قرارها رقم ٨٩ لعام ١٩٦٧ - مجلة نقابة المحامين عددا لسنة ١٩٦٨ - ص ٢٥.
١٣٠. قرارها رقم ٩٧/٤٠ بتاريخ ١٩٩٨/٩/٨ - غير منشور.
١٣١. قرارها رقم ٦٣٥ لعام ١٩٥٤ - مجلة مجلس الدولة - السنة الخامسة - يناير ١٩٥٤ - ص ٤٣٣.
١٣٢. قرارها رقم ١٦٧/٢٠١٣ بتاريخ ٣١/٣/٢٠١٤. وقرار محكمة العدل العليا رقم ٦٢ لعام ١٩٩٦ مجلة نقابة المحامين - العدد ٣ سنة ١٩٩٧ - ص ١٠٣٦.
١٣٣. عدل عليها رقم ٩٢/١٦٦ الأعداد (١،٢،٣) لسنة ١٩٩٣ ص ١١٢.

١٣٤. قرارها رقم ٥٩ لعام ١٩٦٧ - مجلة نقابة المحامين عدد ١٠-١٢ لعام ١٩٦٧ - ص ١٠٧١.
١٣٥. قرارها رقم ١٤/٢٠٠٢ بتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٣ - مجموعة المبادئ القانونية ٢٠٠٢-٢٠٠٤ - المرجع السابق - ص ٥٥.
١٣٦. قرارها رقم ٥٤ لعام ٩٦ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٧٨.
١٣٧. د. محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩١ - ص ٢١١ وما بعدها.
١٣٨. حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٨/٩/١٩٩١ الشركة المصرية لتجارة المعادن «سيجال» ضد وزير التموين.
١٣٩. قرار محكمة العدل العليا - مجلة نقابة المحامين - السنة ١٦ عدد ٤-٦ ص ١٨٥. قرارها رقم ٩٦/١٥٣ - مجلة نقابة المحامين - تشرين الأول ١٩٩٧ - ص ٤٢٩٠.
١٤٠. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٤١٨ في الدعويين رقم ٧٤/٢٠٠٧، ٩/٢٠٠٧ - بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠٠٧م - غير منشور.
١٤١. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ١٣٦/٢٠٠٩ م بتاريخ ٢٤/١/٢٠١١.
١٤٢. قرارها رقم ٤/٢٠١٣ بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٤.
١٤٣. د. الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مصدر سابق - ص ١٩٤.
144. Rivero Jone- Droit administrative - 11e ed - Dallos - Paris - 1986 p266.
١٤٥. قرارها رقم ٩٣ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٦٢٩.
١٤٦. نمثل على ذلك باجتهاد محكمة العدل العليا في قرارها رقم ٩٦/١١٧ خلو ملف المستدعي من تقرير طبي موحد صادر عن اللجنة المكلفة بإعداد ه عن حالة المستدعي لإثبات فيما إذا كان باستطاعته ممارسة المهنة أم لا، وحيث أن القرار الإداري يعتمد على الرأي الذي تصدره اللجنة المسماة من المجلس وبالتالي يكون القرار الصادر عن المجلس بعدم الموافقة على طلب المستدعي إحالته على التقاعد لأسباب مرضية سابقا لأوانه ومستوجب الإلغاء. - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٤٩٩.
١٤٧. دعوى عدل عليا برام الله رقم ٢١/٢٠١٤ م بتاريخ ٢٦/١/٢٠١٥.
١٤٨. قرارها رقم ٥ لعام ١٩٧١ الصادر بتاريخ ٢٩/١١/١٩٧١ - معروف وآخرون ضد طبيب بلدية نابلس - مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا في الضفة الغربية - ص ١٧ وما بعدها.
١٤٩. قرارها رقم ٥٨ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين عدد ٢ لعام ١٩٥٣ - ص ٧٤. وقرارها رقم ٥٧ لعام ١٩٥٣ - عدد ٣ لعام ١٩٥٤ - ص ١٣٩. وقرارها رقم ٥ لعام ١٩٥٤ - عدد ٦ لعام ١٩٥٤ - ص ٣٢٣.
١٥٠. قرارها رقم ٧ لعام ١٩٧١ صادر بتاريخ ١٦/٧/١٩٧٢ - مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل - ص ٢٤.
١٥١. قرار محكمة العدل العليا رقم ٨١/٦٥ مجلة نقابة المحامين عدد ١٢ - السنة ١٣ - ص ١٧٩٧. وقرارها برام الله رقم ٣٥/٩٩ بتاريخ ٣/٣/٢٠٠١ - غير منشور. وقرارها رقم ٣٤٣/٣٠١١ بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٤ م.
١٥٢. قرارها رقم ٣٠٧ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٧٥٧. وقرارها رقم ٥٨ لعام ١٩٥٣ - عدد ٢ لعام ١٩٥٣ - ص ٧٤.
١٥٣. قرارها رقم ١٢٥/٩٦ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٨٨.
١٥٤. قرارها برام الله رقم ٥ لعام ١٩٩٦ الصادر بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ - غير منشور.
١٥٥. قرارها رقم ١٦٣/٨٨ بتاريخ ٣٠/٩/١٩٨٩ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩١ - ص ٦٨.
١٥٦. قرارها رقم ٣٢٩ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٣٣٠. وقرارها رقم ٢٥٥/٩٥ مجلة نقابة

- المحاميين آذار ١٩٩٧ - ص ٩٩٥، وقرارها رقم ٩٦/٦٢ - نفس المصدر - ص ١٠٣٦.
١٥٧. قرارها رقم ٨٨/٢٤٠ بتاريخ ١٩٨٩/٥/٢٩ - مجلة نقابة المحامين عام ١٩٨٩ - ص ١٥٩٧.
١٥٨. قرارها رقم ٩١/١٥٣ بتاريخ ١٩٩١/٩/٢٥ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٢ - ص ٧٤.
١٥٩. قرارها رقم ٦ لعام ١٩٥٩ - مجلة نقابة المحامين العدد ٣ لعام ١٩٥٩ - ص ٨٥.
١٦٠. نذكر من الفقه الأستاذ دولوبادير وبونار و د. فؤاد العطار و د. ماجد الحلو و د. مصطفى أبو زيد فهمي و د. محسن خليل. دعوى عدل عليا برام الله رقم ٢٠١٤/٢١ م بتاريخ ٢٠١٥/١/٢٦.
١٦١. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٧٧/٢٠٠٥ بتاريخ ١٢/٤/٢٠٠٦ - غير منشور.
١٦٢. المحكمة الإدارية العليا - جلسة ١٩٥٦/٤/٢٨ السنة الأولى ص ٦٩٨، والطعن رقم ١٧٥/١١ بتاريخ ١١/٢/١٩٥٦ - السنة الأولى ص ١٩١ أنظر أيضا جلسة ١٩٦٢/١١/١٧ - السنة الثامنة ص ٧٢.
١٦٣. محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٨/١١٥٧/١١ بتاريخ ١/٣/١٩٥٥ - السنة السابعة ص ٣٣٨، أيضا المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٣/١/٥ - السنة الثامنة ص ٤١١.
١٦٤. محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٧١/٣/٣١ بتاريخ ٧/٢/١٩٥٠ - السنة الرابعة ص ٣٣٨.
١٦٥. المحكمة الإدارية العليا المصرية - طعن ١٦١/٢ بتاريخ ٣٠/٣/١٩٥٧ السنة الثانية - ص ٧٨٣.
١٦٦. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ١٤/٢٠٠٢ بتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٣ - غير منشور.
١٦٧. عدل عليا فلسطينية رقم ٣٢/٢٠١٥ بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٥.
١٦٨. قرارها رقم ٣٦ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين - شباط ١٩٩٧ - ص ٦٢٨.
١٦٩. قرارها رقم ٩٣ لعام ١٩٦٦ - مجلة نقابة المحامين العدد ٧ - السنة ١٩٦٦ - ص ٧٥٩ ولا نوافق المحكمة في اجتهادها بحكم أن وسيلة النشر في الجريدة الرسمية تتناسب مع القرارات التنظيمية بحكم أن الجريدة الرسمية لا تصدر بشكل يومي يفترض معها إطلاع الأفراد على القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بهم.
١٧٠. قرارها رقم ٨٤ لعام ١٩٦٦ - مجلة نقابة المحامين العدد ٢ - السنة ١٩٦٧ - ص ١١٩.
١٧١. قررت محكمة العدل العليا في قرارها رقم ٢٥٣/٩٦ - إذا لم يتضمن ملف المستدعي ما يشير إلى تبليغه فيكون الطعن مقبولا على العلم - المصدر السابق - ص ٤٤٠٨. وقرارها رقم ٣ لعام ١٩٥٧ - مجلة نقابة المحامين - عدد ٣ لعام ١٩٥٧ - ص ٣٢٣.
١٧٢. قرارها رقم ٤٠٨ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٦١٢. أيضا قرارها رقم ١٢/٤١٢. وقرارها رقم ٩٥/٤١٦ نفس المصدر ص ٦١٧، ٦٢٣.
١٧٣. نشير إلى أن المادة ١١٤ من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني قد حددت أجل عشرين يوما للتظلم من تاريخ العلم وستين يوما لجواب الإدارة وستين يوما بعد الرفض الصريح أو الضمني للطعن أمام القضاء. أما في القرارات السلبية فيطعن فيها بعد مرور ٣٠ يوما على تقديم الطلب.
١٧٤. قرارها رقم ٨ لعام ١٩٩٧ - مجلة نقابة المحامين - تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٣٤.
١٧٥. قرارها رقم ٩٦/٦ بتاريخ ١١/٢٦/١٩٩٦ - غير منشور.
١٧٦. قرارها رقم ٣٥ لعام ١٩٦٨ - مجلة نقابة المحامين عدد ٧ لعام ١٩٦٨ - ص ٥٤٤.
١٧٧. قرارها رقم ٥١ لعام ٩٦ مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ١٠٤٣.
١٧٨. قرارها رقم ١٠٩ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٧٩٤. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى

رقم ٢٠٠٥/٦١ بتاريخ ٢٩/٤/٢٠٠٦ - غير منشور.

١٧٩. قرارها رقم ٤٠٦ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين - تشرين ثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٣٩. قرارها رقم ٩٦/٥٠ - ص ٤٢٧٧.
١٨٠. قرارها رقم ١١٤ لعام ١٩٦١ - مجلة نقابة المحامين عدد ٤ لسنة ١٩٦٢ - ص ٢١٦.
١٨١. قرارها رقم ٣٣٤ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - آذار ١٩٩٧ - ص ٩٨٧.
١٨٢. قرار محكمة العدل العليا بام الله في الدعوى رقم ٣٢/٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٦/٧/٢٠٠٦.
١٨٣. قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٢/٨٢ بتاريخ ٣٠/٦/١٩٩٢ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٢ ص ٢٠٥٠.
١٨٤. قرارها رقم ٧٧ لعام ١٩٦٣ - مجلة نقابة المحامين عدد ١ لعام ١٩٦٤ - ص ٧١.
١٨٥. قرارها في القضية رقم ١٢٠٩ السنة القضائية ١٢ - جلسة ٢٧/٤/١٩٥٩.
١٨٦. د. سليمان الطهاوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٥٣٨.
١٨٧. د. محمد مرغني - القانون الإداري المغربي المصدر السابق - ص ٣٣٤، د. ماجد الحلو - القرار الإداري - المصدر السابق - ص ٤٩٧.
١٨٨. المادة ١٨٢ من قانون العقوبات لعام ١٩٦٠ الساري المفعول في الضفة الفلسطينية.
١٨٩. د. إعاد القيسي - المصدر السابق - ص ٣١٢. حكم محكمة باريس بتاريخ ٢٧/٥/١٩٤٨ - دالوز ١٩٤٨ - ص ٤١٣. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣٠/٥/١٩١٣ في قضية بريفي دولور - المجموعة - ص ٩.
١٩٠. د. سليمان الطهاوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٧٥. حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٤/٢/١٩٦٢ مجموعة السنة الثامنة ص ٥٩.
١٩١. د. مصطفى العجلاني - المصدر السابق - ص ٣٠٣.
١٩٢. د. سليمان الطهاوي - القرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٦١٩ وما بعدها.
١٩٣. القانون الإداري - مجموعة من المؤلفين - مقرر جامعة القدس المفتوحة ١٩٩٥ - ص ٣٥٠.
١٩٤. د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٧٣.
١٩٥. قرار محكمة العدل العليا بام الله رقم ٤٤/٩٦ بتاريخ ٢٤/١١/١٩٩٦ - مؤسسة دينا مولاين ضد وزير النقل - غير منشور.
١٩٦. د. ارحيم الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - أطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٨٦ - ص ١-٣، ١٧-٢٠.
١٩٧. الآية رقم ٧١ من سورة غافر، والآية رقم ١٢ من سورة السجدة على الترتيب.
١٩٨. د. ارحيم الكبيسي - المصدر السابق - ص ٢٢ وما بعدها.
١٩٩. د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي في ظل الاتحاد الاشتراكي الديمقراطي التعاوني - القاهرة ١٩٦٥ - ص ١٠٠٤.
٢٠٠. د. رمزي الشاعر - نظرية البطلان في القرارات الإدارية - جامعة القاهرة - القاهرة ١٩٦٨ - ص ٣٤٨.
٢٠١. د. محمد مدني - مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشرعة - رسالة ماجستير - القاهرة ١٩٥٢ - ص ١٧٤.
٢٠٢. د. ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - القاهرة ١٩٦٨-١٩٦٩ - ص ١١٧.
٢٠٣. حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٤/٥/١٩٤٩ - مجموعة السنة الثانية ص ٧١٥.
٢٠٤. د. فالين - سحب القرار الإداري - ١٩٥٦ - ص ٥٦٦.
٢٠٥. قرارها في الدعوى رقم ١٧٧/٢٠٠٥ بتاريخ ٢٩/٣/٢٠٠٦ - غير منشور.
٢٠٦. د. عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - ص ٦٧٩.

٢٠٧. قراره " Ville de Lisieu " - مجموعة سيرى ١٩٤٨ - ص ٨٣.
٢٠٨. قرارها رقم ٣٣٤ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ٩٨٧.
٢٠٩. قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٥/٣٢٤ - المصدر السابق - ص ١٠٠٠.
٢١٠. قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٧/٣١ بتاريخ ٩٧/٢٣/١٩٩٨ - غير منشور.
٢١١. قرارها في الدعوى رقم ٩٨/٣ بتاريخ ٩٨/١٦/٢٠٠٤ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا ٢٠٠٢-٢٠٠٤ - ص ٩٤.
٢١٢. د. ليون دوجي - المطول في القانون الدستوري - الطبعة الثالثة - ص ٧٢٢-٧٨٨.
٢١٣. المستشار عبده محرم - سحب القرارات الإدارية - مجلة مجلس الدولة - السنة الأولى ١٩٥٠ - ص ١١٢.
٢١٤. قرارها رقم ٥٣/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٤/٦/٣٠ م.
٢١٥. د. عبد القادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - القاهرة ١٩٦٤ - ص ٤٧.
٢١٦. فالين - القانون الإداري - ١٩٦٩/١٩٧٠ - ص ٣٨٦.
٢١٧. د. ثروت بدوي - القانون الإداري - القاهرة ١٩٧٤ - ص ١٣٥، د. أرحيم الكيسي - المصدر السابق - ص ١٠٥.
٢١٨. قرارها رقم ١٣٧ لعام ١٩٧٩ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٨٠ - ص ١٤٨١.
٢١٩. قرارها رقم ١٦٢ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - السنة الرابعة والأربعون - نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٦٠٧.
٢٢٠. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى ١٧٧/٢٠٠٥ بتاريخ ٢٩/٣/٢٠٠٦.
٢٢١. قرار مجلس الدولة في قضية غاسلين بتاريخ ١١/٢/١٩٦٨ - المجموعة ص ١١٣.
٢٢٢. قرار مجلس الدولة في قضية جوربي بتاريخ ٢٩/٦/١٩٤٥ - المجموعة ص ١٤٤.
٢٢٣. قرار مجلس الدولة في قضية منونيه بتاريخ ٤/٥/١٩٤٩ - المجموعة ص ١٩٦.
٢٢٤. قرارها رقم ٣٤٣ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٨٠٠.
٢٢٥. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية مولية بتاريخ ٦/٢/١٩٤٥.
٢٢٦. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارفيه بتاريخ ٦/٤/١٩٦١ - المجموعة ص ٢١٨.
٢٢٧. د. ارحيم الكيسي - المصدر السابق - ص ١٢١ وما بعدها.
٢٢٨. قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٢/٣/١٩٠٩ في قضية ساكت - المجموعة ص ٤٩٣. أيضا حكم المحكمة الإدارية المصرية في القضية رقم ٥٨٧ بتاريخ ٢٣/٥/١٩٥٩ - السنة الرابعة - ص ١٣٠٩.
٢٢٩. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية مولية وسالفين بتاريخ ٦/٢/١٩٤٨ - المجموعة ص ٦٢.
٢٣٠. حكمها بتاريخ ٢١/٣/١٩٧٠ - السنة الخامسة عشرة - ص ٢٣٣٣.
٢٣١. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية أنجلد بتاريخ ٥/٧/١٩٥٧.
٢٣٢. قرار مجلس الدولة في قضية ماري كان بتاريخ ٥/١١/١٩٤٨ - ارحيم الكيسي - المصدر السابق ص ١٧٩ - ١٨٦.
٢٣٣. فالين - المطول في القانون الإداري - ١٩٦٣ - ص ٥٥٩. فيدل - القانون الإداري ١٩٧٦ - ص ١٩٨. عبده محرم - المصدر السابق - ص ١٠٦. د. كامل ليلة - المصدر السابق - ص ٥٣٧. د. طعيمة الجرف - المصدر السابق - ص ٥١١.
٢٣٤. قرار المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٨/٩/١٩٩١ - الشركة المصرية لتجارة المعادن ضد وزير التموين والتجارة الداخلية.
٢٣٥. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٥١/٢٠٠٧ بتاريخ ٧/٤/٢٠١٠ - غير منشور.

٢٣٦. عدل عليا فلسطينية رقم ٢٠١٤/٢٥٢ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٩.
٢٣٧. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٨/١٨٦ بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢٠ - غير منشور.
٢٣٨. قرار مجلس الدولة في قضية برود ١٩٥٩/٤/٢٢ - المجموعة ص ٢٥٦.
٢٣٩. قرار مجلس الدولة في قضية روض بتاريخ ١٩٥٥/٢/٤ - المجموعة ص ٧٢.
٢٤٠. قرار مجلس الدولة بتاريخ ١٩٦٧/٣/٣ في قضية شركة نورثين - المجموعة ص ١٠٥.
٢٤١. قرار مجلس الدولة بتاريخ ١٩٧٠/٥/١٣ في قضية مونرو الباريسية - المجموعة ص ٣٢٠.
٢٤٢. قرارها رقم ٢٠١٣/١٠٢/٣ بتاريخ ٢٠١٤/٢/٣م
٢٤٣. قرارها رقم ١٣١ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٦ - ص ١٠٨٤، وعدل عليا رقم ٩٦/١٣٨ نفس المصدر ص ١٠٩٢.
٢٤٤. قرارها رقم ١٦١ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٥٠٠.
٢٤٥. د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - ١٩٧٣ - ص ٥١١. أ. عبده محرم - المصدر السابق - ص ١٠٦-١٢٤.
٢٤٦. قرارات مجلس الدولة الفرنسي فرو منت بتاريخ ١٩٤٨/٦/٤ - المجموعة ص ٢٤٩. وكتش بتاريخ ١٩٥٤/١١/٢، ولاين بتاريخ ١٩٦٦/٣/٤ - المجموعة ص ٥٩٧.
٢٤٧. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية تري فال بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢٩ - المجموعة ص ٢٦٢.
٢٤٨. قرارها رقم ٢٠٠٩/٢٢٢/٣١ بتاريخ ٢٠١١/١/٣١.
٢٤٩. المادة ١٢/ ج من قانون محكمة العدل العليا الأردنية لعام ١٩٩٢.
٢٥٠. قرارها رقم ٥٩ لعام ١٩٦٢ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٢ - ص ٩٦٣. أيضا قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم ٩٨/٨٤ بتاريخ ١٩٩٩/١١/١٠ غير منشور، قرارها رقم ٩ لعام ١٩٦٢ - مجلة نقابة المحامين العدد ١١ - السنة ٧ - ص ٩٦٣.
٢٥١. فيدل - خضوع الإدارة للقانون - مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - العدد الثاني حزيران ١٩٥٢ - ص ١٨٠.
٢٥٢. فالين - القانون الإداري - ١٩٦٩-١٩٧٠ - ص ٣٢٥.
٢٥٣. د. مصطفى وصفي - مقالته انعدام القرار الإداري - مجلة مجلس الدولة - السنة السابعة ١٩٥٦ - ص ٢٦١.
٢٥٤. د. عبد الحميد كمال حشيش - حرية الإدارة في سحب قراراتها - جامعة القاهرة كلية الحقوق - ص ٤٩٣.
٢٥٥. سليمان الطهاوي - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٤ - ص ٢٠٦.
٢٥٦. لقد نص قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لعام ١٩٩٢ على ذلك في المادة ١٢، كما أن اجتهاد محكمة العدل العليا قد استقر على ذلك - قرارها رقم ٩٥/٣٠٩/١٣ بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٣ - مجلة نقابة المحامين - تشرين أول ١٩٩٧ - ص ٤٢٥٦.
٢٥٧. د. عدنان عمرو - إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين - رام الله ٢٠٠١ - ص ٨٧ وما بعدها.
٢٥٨. قرارها رقم ٩٥ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - حزيران ١٩٩٧ - ص ٢٢١٥. وقرارها رقم ٩٦/٩١ مجلة نقابة المحامين - المصدر نفسه ص ٢٢٤٦، قرارها رقم ٩٤/١٧٦/٩٤ شباط ١٩٩٧ - ص ٥٤٤.
٢٥٩. قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣١٢ السنة القضائية ٢٧ - جلسة ١٤/٤/١٩٨٤.
٢٦٠. عدل عليا رقم (٢٠١١/٥٩).
٢٦١. قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى رقم ٢٠٠٥/١٤٥ بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/٢٧ - أيضا قرارها رقم ١٠٢ لعام

- ١٩٦٤ صادر بتاريخ ٢١/٥/١٩٦٥ - مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٥ - ص ٩٢٢. قرارها رقم ٩٥/١١٦ مجلة نقابة المحامين
حزيران ١٩٩٧ - ص ٢٢٠٠. قرارها رقم ٤٣ لعام ١٩٥٣ - مجلة نقابة المحامين العدد ١١ لعام ١٩٥٣ - ص ٥٤٧. قرارها
رقم ٩٦/٩ نفس المصدر ص ٢٢٣٠. وقرارها رقم ٩٦/١٦. وقرارها رقم ٩٦/٩١. وقرارها رقم ٩٦/١٠٣. نفس المصدر
ص ٢٢٤٦، ٢٢٤٣، ٢٢٥٧. وقرارها رقم ٣٥٧ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين شباط ١٩٩٧ - ص ٥٠٩. قرارها رقم ٢٢٨
عام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - المصدر السابق - ص ٤٢٤٨. قرارها رقم ٧٦ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - تشرين
الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٢٤١. قرارها رقم ٢٢٨ لعام ١٩٩٥ - مجلة نقابة المحامين - المصدر السابق - ص ٤٢٤٨.
٢٦٢. قرارها رقم ٢٨/٢٠٣ بتاريخ ١٦/٦/٢٠٠٤ - مجموعة المبادئ ٢٠٠٢-٢٠٠٤ - المصدر السابق ص ٩٨.
٢٦٣. قرار مجلس الدولة في قضية كازيه بتاريخ ١٤/٤/١٩٦١.
٢٦٤. القرار رقم ٨٠/٩٥ المنشور في مجلة نقابة المحامين نيسان أيار ١٩٩٦ - ص ٦٩٦.
٢٦٥. قرارها رقم ٢٩٢ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص ٤٤١٩.
٢٦٦. د. ارحيم الكبيسي - المصدر السابق - ص ٣٥-٥٨.



الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية في مدينة القدس والقانون الدولي الانساني

د. محمد الشلالدة

أستاذ القانون الدولي المشارك في جامعة القدس ٢٠١٤

المقدمة

حظيت قضية الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية باهتمام دولي كبير، خاصة بعدما عانت البشرية ولا زالت تعاني من اعتداءات وانتهاكات جسيمة ضد الممتلكات الثقافية والدينية. ووفقا لما يمثله التراث العالمي الثقافي والطبيعي من أهمية تاريخية، فإن ضمان حمايته الجنائية لا تقع على عاتق التشريعات الوطنية فحسب وإنما لا بد من كفالة الحماية الجنائية الدولية لهذا التراث استناداً للتشريعات والمواثيق الدولية وذلك لأنه ملك للبشرية جمعاء. وحيث ان فلسفة التجريم والعقاب للحماية الجنائية للممتلكات الثقافية انطلقت لتحقيق ابعاد للدفاع الاجتماعي تعبيراً عن فلسفة جديدة توجه الى حماية القيم المادية والادبية والثقافية اللازمة لصيانة كيان المجتمع.

اولاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في ابراز موقف الاتفاقيات الدولية بشأن الحماية الجنائية للأثار بشكل عام وفي مدينة القدس تحت الاحتلال بشكل خاص، وتبرز أهمية هذه الدراسة في توضيح موقف اتفاقية لاهاي لعام 1954 حول صور الحماية العامة، الخاصة، المعززة وكذلك تكمن الأهمية في الزام الدول الأطراف باتخاذ الاجراءات الضرورية التي تكفل محاكمة الأشخاص الذين يخالفون احكام هذه الاتفاقية وذلك بايقاع عليهم جزاءات جنائية او تأديبية.

ثانياً: موضوع الدراسة:

- 1- ان موضوع هذه الدراسة تكمن في تحديد اسس ومعايير الحماية الجنائية للأثار في القدس وفقاً للتشريعات الوطنية الساندة في الاراضي الفلسطينية المحتلة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالحماية الجنائية للأثار في مدينة القدس.
- 2- توضيح الاعتداءات الاسرائيلية على الأثار في مدينة القدس وبيان التزام اسرائيل كدولة محتلة بالحماية الجنائية للأثار.

اهداف الدراسة:

- 1- تهدف هذه الدراسة الى معرفة الأثار الفلسطينية في مدينة القدس والأحكام العامة للحماية الجنائية للأثار وفقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة.
- 2- تهدف هذه الدراسة الى الوقوف على الأبعاد الجنائية لحماية الأثار في مدينة القدس استنادا للاتفاقيات الدولية.

ثالثا: منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة على تحليل نصوص الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالحماية الجنائية للأثار اثناء فترة الاحتلال وبيان مسؤولية اسرائيل من جراء انتهاكاتها لأحكام هذه الاتفاقيات، وبيان القرارات الصادرة عن المؤتمرات الدولية ذات الصلة.

خطة البحث:

تقوم دراسة هذا الموضوع وفق الخطة التالية:

الفصل الاول: المركز القانوني لمدينة القدس والقانون الدولي الانساني

الفصل الثاني: نطاق تطبيق احكام الحماية المقررة للممتلكات الثقافية في مدينة القدس.

الفصل الثالث: المسؤولية الدولية الجنائية على اسرائيل عن الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية والدينية والاثرية في فلسطين.

الفصل الأول: المركز القانوني لمدينة القدس والقانون الدولي الانساني:

بناءً على أهمية الممتلكات الثقافية باعتبارها جزء من التراث الثقافي للبلد التي تخصه وكذلك للإنسانية جمعاء، فقد استقرت قواعد القانون الدولي على ضرورة حمايتها في أوقات السلم والحرب. ومن أهم الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، اتفاقية لاهاي لعام 1899 و 1907، 1954 وملحقيها لعام 1999 وكذلك اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 وملحقيها لعام 1977 لحماية الأعيان الثقافية(1).

الوضع القانوني لمدينة القدس يتضح من خلال أن الاحتلال الحربي هو تمكن دولة محاربة من دخول إقليم العدو والسيطرة عليه كله أو بعضه بصفة فعلية. 2 واستناداً لنص المادة 42 من اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام 1907، فإنه تم تعريف الاحتلال الحربي كما يلي: "تعتبر ارض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها".

وتقضي لائحة لاهاي للحرب البرية بان الإقليم يعتبر محتلاً حينما يوضع تحت سلة الجيش المعادي أو القيادة العسكرية لهذا الأخير من الناحية الفعلية. وان سلطة الحكم قد انتقلت إليه على ارض الواقع، وعلى الدولة المحتلة اتخاذ كافة الإجراءات الممكنة لاستعادة وضمان السلامة والنظام العام مع ضرورة احترام القانون الساري في البلد عشية الاحتلال(3).

ويقوم الاحتلال الحربي على أسس وقواعد قانونية أساسها انه لا ينتج عنه نقل حقوق السيادة على الإقليم من الدولة صاحبة الإقليم إلى الدولة المحتلة. فسيادة الدولة الأولى تبقى وان كانت قد توقفت طوال مدة الاحتلال وتباشرها بدلاً عنها الدولة المحتلة. ولا يجوز للدولة المحتلة أن تحول هذا الوضع الفعلي الناتج عن الاحتلال إلى وضع قانوني عن طريق ضم الإقليم إليها(4).

بعد هزيمة الدول العربية في حرب حزيران 1967 واحتلال القدس الشرقية من قبل قوات الاحتلال الإسرائيلي، ويهدف توحيد القدس واعتبارها عاصمة أبدية لدولة إسرائيل، وبسط سيطرتها القائمة على الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة، على ما تبقى منها بعد احتلالها عام 1948، وذلك لمنع اتخاذ المدينة المقدسة عاصمة للدولة الفلسطينية(5). فقد ساهم البرلمان الإسرائيلي (الكنيست) في سياسة تكريس ضم القدس الشرقية إلى إسرائيل وتثبيتته ليس من خلال تشريعات أصدرها فقط، بل من خلال قرارات اتخذها في أكثر من مناسبة أيضاً(6).

ووفقاً لنص المادة (47) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام 1949 تشكل احد التعليمات المهمة في سياق حالات الضم و تنص هذه المادة على ما يلي: "لا يحرم

الأشخاص المحميون الذين يوجدون في أي إقليم محتل بأي حال ولا بأية كيفية من الانتفاع بهذه الاتفاقية، سواء بسبب أي تغيير يطرأ نتيجة لاحتلال الأراضي على مؤسسات الإقليم المذكور أو حكومته، أو بسبب أي اتفاق يعقد بين سلطات الإقليم المحتل ودولة الاحتلال، أو كذلك بسبب قيام هذه الدولة بضم كل أو جزء من الأراضي المحتلة".

أحد هذه التغييرات التي حددها المادة (47) هو "أي شكل من أشكال الضم... لكل الأراضي المحتلة أم لجزء منها " من قبل قوة الاحتلال.

من المهم الإشارة هنا إلى أن الحديث عن الضم في المادة (47) لا يمكن اعتباره اعترافاً ضمنياً بأن اكتساب السيادة من خلال الضم هو أمر قانوني(7).

يؤكد القانون الدولي المعاصر أثناء النزاعات المسلحة والاحتلال الحربي بوجوب تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني بشقيها العرفي والتعاقدية، مما يعني لزوم سريان أحكام القانون الدولي الإنساني على الأرض الفلسطينية المحتلة عام 1967 بما فيها القدس الشرقية(8).

وهذا ما أكدته الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية عام 2004 بخصوص الآثار القانونية الناشئة عن بناء جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة والذي أكد على عدم جواز اكتساب الأراضي بالقوة ويؤكد من جديد انطباق اتفاقية جنيف الرابعة وكذلك البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف على الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية (9).

وأكد الرأي الاستشاري أن الأعمال التي تقوم بها إسرائيل، السلطة القائمة بالاحتلال، لتغيير وضع القدس الشريفة المحتلة وتركيبها السكانية، لا تتمتع بالصلاحية القانونية وهي لاغية وباطلة(10).

كذلك أكدت محكمة العدل الدولية على أنه منذ عام 1967 حتى الآن، اتخذت إسرائيل عدداً من التدابير في هذه الأراضي تستهدف تغيير وضع مدينة القدس. وبعد أن أشار مجلس الأمن في عدد من المناسبات إلى (مبدأ عدم جواز اكتساب الأرض بالقوة المسلحة)، أدان تلك التدابير، وبموجب القرار 298 لعام 1971 أكد بأوضح عبارة ممكنة أن: "جميع الإجراءات التشريعية والإدارية التي اتخذتها إسرائيل لتغيير وضع مدينة القدس بما فيها ذلك مصادرة الأراضي والممتلكات، ونقل السكان، والتشريعات التي تستهدف ضم الجزء المحتل، هي غير صحيحة إجمالاً ولا يمكن أن تغير ذلك الوضع"(11).

نلاحظ أن قاعدة منع ضم الأراضي المحتلة نتيجة لعمليات عسكرية هي إحدى قواعد قانون الحرب، وهذا يؤكد أن احتلال جزء من أراضي الطرف الأخر بعد توقيع اتفاق الهدنة هو احتلال عسكري أيضاً يمنع قيام

الدولة التي قامت بذلك من ضم الأقاليم المحتلة كما يمنع الدول الأخرى من الاعتراف بهذا الضم أو ترتيب الآثار القانونية اللازمة عليه. (12)

وعلاوة على ذلك تلاحظ محكمة العدل الدولية أن الدول الأطراف في اتفاقية جنيف الرابعة وافقت على تفسير اتفاقيتها في 15 تموز 1999. وأصدرت بياناً قامت فيه "بتكرار سريان اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية".

وفي ضوء ما تقدم ترى محكمة العدل الدولية أن اتفاقية جنيف الرابعة تسري على الأراضي المحتلة في حالة نشوب صراع مسلح بين اثنين أو أكثر من الأطراف المتعاقدة السامية. وكانت إسرائيل والأردن طرفين في تلك الاتفاقية عندما نشب الصراع عام 1967 وبالتالي، ترى المحكمة أن الاتفاقية تسري على الأراضي الفلسطينية التي كانت تقع إلى الشرق من الخط الأخضر قبل نشوب الصراع، والتي احتلتها إسرائيل أثناء الصراع حيث انه ليس هناك أي داع للبحث في الوضع السابق الدقيق لتلك الأراضي. (13)

وبهذا واستناداً إلى مبادئ القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني والقرارات الصادرة عن مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة وكذلك بناءً على الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن جدار الفصل العنصري فإن الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 بما فيها القدس الشرقية تعتبر أراضي محتلة وينطبق عليها القانون الدولي الإنساني وبشكل خاص اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949. وان تصرف إسرائيل بضم مدينة القدس يعتبر باطلاً ومخالفاً للقانون الدولي والقانون الدولي الإنساني وما يترتب عن هذا الضم يعتبر باطلاً.

كما أن القدس باعتبارها جزء لا يتجزأ من الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 لا تنتقل السيادة عليها إلى إسرائيل بمجرد احتلالها فالاحتلال لا يترتب عليه نقل السيادة من دولة الأصل إلى دولة الاحتلال. (14)

من خلال ما تقدم يسري على الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية في مدينة القدس مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني وهذا يترتب حماية الممتلكات الثقافية في مدينة القدس المحتلة.

وبالتالي فإن معظم التشريعات والقوانين واللوائح الداخلية التي سنتها إسرائيل من أجل تدعيم احتلالها بشأن القدس عام 1980 أو غيره من التشريعات التي تنصرف إلى انتهاك اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 وكافة المعاهدات الدولية ذات الصلة لحماية المدنيين والأعيان المدنية تعتبر باطلة وغير منتجة لآثارها القانونية في القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني، لان هذه التشريعات مخالفة للالتزامات وواجبات إسرائيل كدولة محتلة وكطرف مصادق على اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 ولا يمكنها التذرع بقوانينها

هذه من اجل تبرير بقائها في الأرض المحتلة بارتكابها الانتهاكات الجسيمة ضد السكان المدنيين والأعيان المدنية في فلسطين وبالتالي لإسرائيل ملزمة باحترام وتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة على كافة الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية وكذلك كافة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة.(15)

ان حصول فلسطين على مركز قانوني في القانون الدولي كدولة غير عضو في الامم المتحدة يترتب اثاراً قانونية لصالح دولة فلسطين ويرفع من مكانتها القانونية كشخص من اشخاص القانون الدولي كحركة تحرر وطني تحت الاحتلال الى شخص من اشخاص القانون الدولي كدولة مراقب تحت الاحتلال.

وهذا المركز القانوني يترتب اثاراً قانونية لفلسطين بانضمامها الى مجموعة من الاتفاقيات الدولية ويشكل خاص اتفاقيات جنيف الاربعة لعام 1949 والبروتوكول الاول الاضافي لعام 1977 واتفاقيات لاهاي المتعلقة باحترام قوانين واعراف الحرب البرية، واللائحة المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية، بالإضافة للعديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

ان هذا المركز القانوني لدولة فلسطين سيعزز ويطور المكانة القانونية لفلسطين ويفرض التزامات على الدولة المحتلة باحترام وتطبيق كافة الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية ومنها الممتلكات الثقافية والدينية في الاراضي الفلسطينية المحتلة بشكل عام وفي القدس بشكل خاص .

الفصل الثاني: نطاق تطبيق احكام الحماية المقررة للممتلكات الثقافية في مدينة القدس.

استنادا الى اتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها الاول والثاني والتي تضمنت لاحكام خاصة لحماية الممتلكات الثقافية اثناء فترة الاحتلال وكذلك تضمن البروتوكول الاضافي الاول لعام 1977 نصاً بحماية الاعيان الثقافية واماكن العبادة. (16)

ووفقا لنص المادة 55 من اللائحة المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لعام 1907 فان دولة الاحتلال لا تتمتع بالسيادة على الاموال العامة العقارية فهي سوى مسؤول اداري واستنادا الى نص المادة 56 من اللائحة المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية فإنه لا يجوز لدولة الاحتلال المساس ببعض الممتلكات والعقارات مثل اماكن العبادة، والكنائس والتعليم والفنون، والعلوم فانه يجب معاملتها معاملة الممتلكات العامة، فلا يجوز سلبها او تدميرها او احداث اضرار متعمدة بها.

ان اهم ما انت به اتفاقية لاهاي لعام 1954 الاشارة الى مفهوم "الممتلكات الثقافية" في ضوء المفاهيم العامة للقانون الدولي فالمادة الاولى من اتفاقية لاهاي لعام 1954 تقدم تعريفا عاما لمفهوم الممتلكات الثقافية، وتحدد فيه ثلاثة اصناف من الممتلكات والمعايير التي استخدمت لتحديدها هي "الاهمية" بالنسبة للتراث الثقافي للشعوب اي الاهمية الفنية والتاريخية والاثريّة وليس "القيمة" للممتلكات، واستنادا الى اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية 1954 تنص المادة الاولى حول تعريف الممتلكات الثقافية(17):-

1- الممتلكات المنقولة او الثابتة ذات الاهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية او الفنية منها او التاريخية، الديني منها او الدنيوي، والاماكن الاثريّة ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية او فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والاشياء الاخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والاثريّة، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

2- المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ"، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابىء المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ" في حالة نزاع مسلح.

3- المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين "أ" و"ب" والتي يطلق عليها اسم "مراكز الابنية التذكارية".

ينص من خلال هذا التعريف للممتلكات الثقافية وكذلك استنادا لنص المادة 5 من اتفاقية لاهاي لعام 1954 ان نطاق الحماية الوارد في اتفاقية لاهاي وبروتوكولها لعام 1954 يشمل كذلك فترات الاحتلال، سواء كان احتلالاً كلياً أو جزئياً، وحتى وان لم تواجه قوات الاحتلال باعمال المقاومة.(18)

نصت المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1954(19) على التزام الاطراف السامية التي تحتل كلاً أو جزءاً من اراضي احد الاطراف السامية المتعاقدة الاخرى بتعزيد جهود السلطات الوطنية المختصة في المناطق الواقعة تحت الاحتلال بقدر استطاعتها لتمكينها من وقاية ممتلكاتها الثقافية والمحافظة عليها، كما نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على التزام الدولة المحتلة بأن تتخذ قدر المستطاع الاجراءات الوقائية السريعة وذلك بالتعاون مع السلطات الوطنية للاقليم المحتل حال اصابته باضرار نتيجة لعمليات حربية ويصعب على السلطات الوطنية اتخاذ مثل هذه الاجراءات.

كما حظرت الماد 56 من اللائحة المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية في لاهاي لعام 1907 حجز او تدمير او اتلاف عمدي للمؤسسات الخاصة للعبادة والاعمال الخيرية والتربوية، والمؤسسات الفنية والعلمية، كممتلكات خاصة. (20)

كما تضمن البروتوكول الاول الاضافي لاتفاقيات جنيف لعام 1949 على حظر الاعمال العدائية الموجهة ضد الاثار التاريخية او الاعمال الفنية او اماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي او الروحي للشعوب.(21)

استنادا لما تقدم فان اسرائيل كدولة محتلة للارض الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية وهي دولة مصادقة على اتفاقيات جنيف الاربعة لعام 1949 واتفاقية لاهاي لعام 1954 يقع عليها التزامات قانونية فيما يتعلق بالحماية القانونية للممتلكات الثقافية في القدس الشريف بغض النظر عن قيام اسرائيل باتخاذ مجموعة من القرارات والتشريعات الباطلة حول ضم مدينة القدس لها والتي تعتبر في مجملها خرقة فاحشاً لمبادئ وقواعد القانون الدولي والقانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان.

ان قبول فلسطين كدولة غير عضو في الامم المتحدة وانضمامها لمجموعة من الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقيات جنيف واتفاقية لاهاي لعام 1954 وكذلك عضويتها الكاملة في منظمة اليونسكو يرتب لها اثاراً قانونية اتجاه اسرائيل كدولة محتلة بمسائلها عما تقوم به من انتهاكات جسيمة في مدينة القدس اتجاه الممتلكات الثقافية والاثرية واماكن العبادة والتي تدخل ضمن مجال اتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها وفقا لنص المادة الاولى من الاتفاقية والمادة الثالثة الفقرة الاولى من البروتوكول الثاني، والتي تحاول

اسرائيل كدولة محتلة تدميرها وطمسها وتخريبها وتجريفها بل وسرقتها وكذلك ما تقوم به اسرائيل من الحفر الاثري المنظم.

ان المركز القانوني لدولة فلسطين كشخص من اشخاص القانون الدولي تحت الاحتلال وانضمامها لاتفاقية لاهاي وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لحماية الممتلكات الثقافية ووفقا للقانون الدولي الذي يؤكد على انطباق اتفاقية لاهاي واتفاقيات جنيف الاربعة على الاراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها مدينة القدس والتي تضم مختلف الممتلكات الثقافية والاثرية وامكن العبادة.

لقد تناولت اتفاقية لاهاي وبروتوكولها الاول والثاني قواعد خاصة لحماية الممتلكات الثقافية اثناء الاحتلال وهذا ما عالجه اتفاقية لاهاي في مادتها الرابعة حول احترام الممتلكات الثقافية، والتي الزمت الاطراف السامية المتعاقدة باحترام الممتلكات الثقافية وطالبتهم بالامتناع عن استعمال هذه الممتلكات او الوسائل المخصصة لحمايتها او الاماكن المجاورة لها مباشرة لأغراض قد تعرضها للتدمير او التلف في حالة نزاع مسلح وبامتناعها عن اي عمل عدائي اتجاهاها. (22)

كما الزمت الاتفاقية جميع الاطراف السامية المتعاقدة اي سرقة او نهب او تبيد بالممتلكات الثقافية ووقايتها من هذه الاعمال، وتحريم اي عمل تخريبي موجه ضد هذه الممتلكات، وتلتزم كذلك بعدم الاستيلاء على ممتلكات ثقافية منقولة كائنة في اراضي اي طرف سام متعاقد اخر. (23)

انطلاقا من القيمة القانونية لحماية الممتلكات الثقافية في الاراضي المحتلة، يؤكد البروتوكول الثاني لعام 1999 الى حماية الممتلكات الثقافية في الاراضي المحتلة، حيث نصت المادة التاسعة على عدم احكامها بقواعد الحماية المقررة وفقا للمادتين الرابعة والخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

واضحت المادة التاسعة باحكام تكميلية بما يضمن ويكفل الحماية المناسبة لهذه الممتلكات اثناء الاحتلال. (24)

وقد الزمت الفقرة الاولى من المادة التاسعة الدول الاطراف التي تحتل اراضي او جزءا من اراضي طرف اخر، بالحرمان والمنع لاي تصدير غير مشروع لممتلكات ثقافية الى خارج الاراضي المحتلة او نقل ملكيتها، كذلك الزمت المادة التاسعة الطرف المحتل بعدم اي اعمال تققيب على الاثار باستثناء الحالات التي ينم فيها ذلك صون الممتلكات الثقافية او تسجيلها او الحفاظ عليها، كذلك الزمت الاتفاقية اجراء اي تغيير في الممتلكات الثقافية او اوجه استخدامها على نحو يقصد به اخفاء او تدمير اي شواهد ثقافية او تاريخية او علمية. (25)

بناء على ما تقدم فإن البروتوكول الثاني لعام 1999 بشأن حماية الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة الزم دولة الاحتلال بأن تمتنع عن القيام بحفريات أثرية في الأراضي المحتلة وأنه في حالة العثور على آثار مصادفة أو أثناء عمليات حربية يجب على السلطات المحتلة اتخاذ كافة الإجراءات الممكنة لحماية هذه الآثار، وإن تسلمها بعد الحرب مع كل ما لديها من سجلات ومعلومات خاصة إلى الجهات المختصة في البلد السابق احتلاله. (26)

وبالتالي فإن ما تقوم به إسرائيل من إجراء تنقيبات منظمة في القدس الشرقية يعتبر مخالفا للقانون الدولي، أما الاكتشافات العرضية فعلى دولة الاحتلال اتخاذ كافة الإجراءات من أجل حمايتها وتسليمها إلى السلطات المختصة عند انتهاء الاحتلال. وبالرغم من الحظر المنصوص عليه في المعاهدات الدولية ذات الصلة فإن الاحتلال الإسرائيلي يقوم بالتنقيب في مئات المواقع الأثرية في مدينة القدس. وقد أدرجت القدس الشريف وأسوارها من قبل منظمة اليونسكو على قائمة التراث العالمي المهدد بالخطر عام 1982 وبناء عليه تخضع الآثار في مدينة القدس كمدينة محتلة للحماية القانونية التي توطنها اتفاقية لاهاي وبروتوكولها.

وبالرغم من العديد من القرارات الدولية التي تؤكد على حماية الممتلكات الثقافية في مدينة القدس إلا أن هناك العديد من انتهاكات الاحتلال الإسرائيلي في تدمير الممتلكات الثقافية في القدس الشريف منذ الاحتلال الإسرائيلي للقدس عام 1967، حيث قامت إسرائيل بحفريات مكثفة في المدينة، وقد تم نقل العاديات واللقى عن طريق سلطات الاحتلال أو بموجب تراخيص تصدرها السلطات الإسرائيلية للأفراد أو عن طريق الجنود الإسرائيليين، أو من خلال مدنيين يتاجرون بالآثار. (27)

واستنادا إلى التقرير الفني الموثق الصادر عن لجنة خبراء الأيسيسكو الأثريين في الأردن عام 2011 فإن إسرائيل منذ العام 1967 قامت أو سمحت بإقامة النشاطات التالية: (28)

- قيام الحكومة الإسرائيلية بدعم إجراء الحفريات الأثرية في مناطق مختلفة من القدس وبشكل خاص في البلدة القديمة ومحيطها، ومحيط الحرم الشريف وتحتة.
- قيام إسرائيل بنقل العاديات من المواقع الأثرية والمتاحف في القدس المحتلة إلى داخل إسرائيل ونقلت بعض حجارة دار الإمارة الأموية، الواقعة مباشرة إلى الجنوب من المسجد الأقصى.
- قيام إسرائيل ببيع الكثير من اللقى الأثرية وذلك في سوق العاديات.
- قيام إسرائيل بتدمير العديد من المواقع الأثرية بسبب أعمال البناء غير القانونية.

- قيام اسرائيل بتدمير حارة المغاربة بكل ما تحويه على تراث ثقافي يعود الى ثمانية قرون والاستيلاء على مباني تاريخية لها مكانة ثقافية في البلدة القديمة.

- قيام اسرائيل بمزيد من الحفريات في مناطق مختلفة من البلدة القديمة وخاصة في الانفاق وهذا يتناقض مع كون القدس مسجلة على قائمة التراث الثقافي العالمي.

بناء على ما تقدم فان ما تقوم به اسرائيل من انتهاكات للممتلكات الثقافية والدينية في القدس وبشكل خاص بجوار المسجد الاقصى الشريف وما يتعرض له من اعمال تخريبية ومحاولات تدميرية فإن اسرائيل يقع عليها التزامات وفقاً لقواعد القانون الدولي والقانون الدولي الانساني نحو حماية السكان المدنيين والاعيان المدنية والثقافية. وبالتالي فإن موقف اليونسكو اتجاه الانتهاكات الاسرائيلية له العديد من القرارات اتجاه حماية وصون الممتلكات الثقافية والدينية في القدس.

حيث اقر المجلس التنفيذي لليونسكو في جلسته رقم 185 المنعقد بتاريخ 19 اكتوبر 2010 بالتصويت، لخمس قرارات هامة يدين فيها اسرائيل فيما يتعلق بممارستها بالتراث الثقافي، ومنها قراراً يتعلق بباب المغاربة واستمرار اسرائيل تجاهل قرارات اليونسكو ذات الصلة ومن ضمنها وقف كافة اعمال الحفر وتغيير المعالم، وايدانها بسبب تعطيل عمل لجنة اليونسكو الخاصة بالموضوع. كما طالبت اسرائيل بتمكين دائرة الاوقاف والاردن الوصول الى الموقع، وفي قرار اخر تم دعوة الامين العام لليونسكو بارسال خبراء دائمين للاقامة في القدس لتقديم التقارير الدائمة والدورية الى الامين العام فيما يتعلق بالاثار والعمارة والثقافة والتربية والتعليم.

وكذلك ادانت اللجنة في قرار اخر قيام اسرائيل بتسجيل كل من الحرم الابراهيمي ومسجد بلال ابن رباح في بيت لحم على لائحة التراث الوطني الاسرائيلي، وذلك على اعتبار أن الموقعين مناطق فلسطينية محتلة. (29)

وفي عام 2013 اتخذت اليونسكو كذلك قرارا بارسال بعثة الى القدس المحتلة للتحقيق في الاجراءات الاسرائيلية التهودية في المدينة كجزء من صفقة تسمح بموجبها اسرائيل بتنظيم جولة للوفد في البلدة القديمة مقابل ان يؤجل الفلسطينيون خمسة قرارات مرفوعة ضد الاحتلال في المنظمة، حيث قامت اسرائيل بمنع تلك اللجنة من زيارة البلدة القديمة في مدينة القدس المحتلة، لنفقد عدد من المنشآت المسجلة لدى المنظمة، باعتبارها (تراث انساني)، وقامت السلطة الوطنية الفلسطينية بتوقيع اتفاق مع اليونسكو يقوم بموجبه وفد من منظمة اليونسكو بتفقد اعمال ترميم البلدة القديمة في القدس. (30)

الفصل الثالث: المسؤولية الدولية الجنائية على اسرائيل عن الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية والدينية والاثرية في فلسطين.

تتحمل اسرائيل كدولة محتلة للقدس المسؤولية الدولية الكاملة عن انتهاكات حقوق الانسان ضد السكان المدنيين والاعيان المدنية، سواء كان الانتهاك من طرفها، او من جانب الاشخاص الذين يشكلون جزءا من قواتها المسلحة، او من المستوطنين وتلتزم اسرائيل بالتعويض عن الضرر الذي يترتب على هذه الانتهاكات، وفقا للمادة(3) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 والتي تنص على "يكون الطرف المتحارب الذي يخل باحكام اللائحة المذكورة ملزما بالتعويض اذا دعت الحاجة، كما يكون مسؤولاً عن جميع الاعمال التي يرتكبها اشخاص الى قواته المسلحة"، والمادة (91) من بروتوكول الاول لعام 1977. ويمكن للدولة ان تتخلص من المسؤولية الدولية اذا عاقبت الاشخاص الذين ارتكبوا هذا الفعل الضار.(31)

وبالتالي فإن اسرائيل كدولة محتلة للأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية تتحمل المسؤولية الجنائية جراء مخالفتها قوانين وأعراف الحرب، وبسبب انتهاكاتها للقانون الدولي الانساني واتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها فإنها تتعرض لنوعين من الجزاءات:

جزاء عامة توقع على اسرائيل كدولة محتلة تنتهك الاتفاقيات الدولية والقواعد العرفية وكذلك تتعرض الى جزاءات شخصية تطبق على افرادها المسؤولين عن الاضرار او الجرائم التي تقع نتيجة الاخلال بقواعد القانون الدولي الانساني.(32)

واستناداً الى ما تقدم سوف يتم معالجة مسؤولية اسرائيل عن انتهاكاتها للممتلكات الثقافية والدينية والاثرية في مدينة القدس استنادا الى اتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها حول الاجراءات المتعلقة بخرق التزامات اسرائيل للحماية والاحترام للممتلكات الثقافية. وهذا ما تم التأكيد عليه كذلك في النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 والذي أكد على انتهاك الحماية والاحترام للممتلكات يعد جريمة من جرائم الحرب.(33)

وسوف يتم معالجة مسؤولية اسرائيل عن انتهاكها قواعد واحكام حماية الممتلكات الثقافية في مدينة القدس. ويترتب على اسرائيل كدولة محتلة للقدس، ان تقوم بالتعويض عن الخسائر المادية التي تعرضت لها الممتلكات الثقافية والدينية والاثرية من جراء اعتداءاتها المتكررة على الاعيان الثقافية والدينية وهذا يلزم اسرائيل باعادة كل المنقولات والاموال المادية التي استولت عليها خلال فترة الاحتلال، اما عن طريق التعويض المالي الذي يساوي الضرر الذي وقع جراء احتلالها.(34)

وهذا ما تبناه اللحق "البروتوكول" الاول لاتفاقيات جنيف لعام 1949 على "ان يسأل طرف النزاع الذي ينتهك احكام الاتفاقيات او هذا اللحق "البروتوكول" عن دفع تعويض اذا اقتضت الحال ذلك، ويكون مسؤولاً عن كافة الاعمال التي يقرتها الاشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة" (35)

لم تشر اتفاقية لاهاي لعام 1949 الى مسؤولية الدول كما اشارت الى مسؤولية الافراد الجنائية. الى ان المسؤولية الدولية للدول ليست مستبعدة استناداً الى مبادئ القانون الدولي، حيث ان من المفاهيم العامة في القانون ان اي انتهاك لالتزام يستتبع التزاماً لإصلاحه وهذا ما نص عليه البروتوكول الاول لعام 1977، وذلك وفقاً لنص المادتين 53، 54، 55 من البروتوكول الاول. (36)

الا ان البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لعام 1954 يشير بشكل مباشر الى مسؤولية الدول وذلك في المادة (38) التي تؤكد ان: "لا يؤثر أي حكم في هذا البروتوكول يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي، بما في ذلك واجب تقييم تعويضات" (37) لذلك الزمت اتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها الاضافيان الدول الاطراف حال خرقهم احكام الاتفاقية برد الممتلكات الثقافية في حالة نهبها او الاستيلاء عليها في او دفع التعويضات اللازمة في حالة تدميرها. (38)

وبناء عليه يقع على عاتق اسرائيل كدولة محتلة ومخالفة لأحكام اتفاقية لاهاي وبروتوكولها الاضافيان بإعادة ورد الممتلكات الثقافية التي تم سلبها، وبالتالي يقع على اسرائيل التعويض العيني في حال ثبوت المسؤولية. وإثبات المسؤولية بمسائلة اسرائيل حول خرق اتفاقية لاهاي والاتفاقيات الاخرى ذات الصلة يقع على عاتق دولة فلسطين كدولة غير عضو في الامم المتحدة وطرف اساسي في معظم الاتفاقات الدولية ذات الصلة بحماية الممتلكات الثقافية. (39)

وقد تمت معالجة قضية تصدير الممتلكات الثقافية من الاراضي المحتلة، والقواعد الخاصة بحمايتها واعادتها الى دولها الاصلية وفقاً لنص المادة التاسعة من البروتوكول الاول لعام 1954. (40) ان اسرائيل كدولة محتلة للقدس تتحمل المسؤولية القانونية الدولية في استرجاع المواد والاشياء الاخرى الثقافية المسروقة، كذلك المحافظة على المواقع الاخرى ومنع اصابتها بأية اضرار، وترميم الاضرار التي اصابته هذه الاماكن وتسليم الممتلكات الثقافية الى دولة فلسطين وفقاً لقرارات الشرعية الدولية وانسجاماً مع مبادئ وقواعد القانون الدولي. (41)

وكذلك تتحمل اسرائيل المسؤولية القانونية الدولية بدفع التعويضات جراء ما لحق بالممتلكات الثقافية من هدم وتدمير اثناء الاحتلال الاسرائيلي. (42)

كذلك فإن اسرئيل كدولة محتلة تتحمل المسؤولية الجنائية الفردية للاسرائيليين عن انتهاكهم قواعد واحكام حماية الممتلكات الثقافية اثناء الاحتلال في القدس.

ان مبدأ المسؤولية الجنائية للدول لم يستقر بعد في القانون الدولي، وبالتالي تم اعتماد مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية والتي يعاقب بمقتضاها الافراد الذين ينتهكون احكام القانون الدولي والقانون الدولي الانساني في مجال الجرائم ضد الممتلكات الثقافية.(43)

وقد جاء البروتوكول الثاني لعام 1999 مقررأ المسؤولية الجنائية الفردية في حالة انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية المقررة وفقا لاتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها الاضافيين. وهنا لا بد للتوبة انه طالما اعتبرت هذه الانتهاكات في عداد جرائم الحرب فانها تخضع بالتالي للقواعد الخاصة بجرائم الحرب. وبالتالي فإن هذه الجرائم لا تتقادم بمرور الزمن ويمكن مسائلة مرتكبيها وإيقاع العقوبة بهم بغض النظر عن وقت ارتكاب الجرائم.(44)

من الجوانب المهمة التي عالجها البروتوكول الثاني هي التي تتعلق بمسألة تجريم بعض المسالك الموسومة بـ "الانتهاكات الخطيرة" ووضع نظام لقمع تلك الانتهاكات، حيث استكمل الفصل الرابع من البروتوكول الثاني والذي حمل عنوان "المسؤوليات والولاية" مواد اتفاقية لاهاي لعام 1954 بنصه على التمييز بين نوعين من الانتهاكات " انتهاكات خطيرة" مادة 15، وانتهاكات اخرى مادة 21.(45)

فاتفاقية لاهاي لعام 1954 لم توني قضية المسؤولية الا مكانة متواضعة، لتدمير ونهب الممتلكات الثقافية والاعتداء والسرقة وكذلك كل أشكال التهديد الأخرى الموجهة ضد الأشخاص المعينين لحماية الممتلكات الثقافية تستحق العقوبات في اطار المسؤولية الجنائية الفردية، (مادة 28 من الاتفاقية)، فوفقا لهذه المادة " تتعهد الاطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ في نطاق تشريعاتها الجنائية كافة الاجراءات التي تكفل محاكمة الاشخاص الذين يخالفون أحكام هذه الاتفاقية او الذين يأمرؤن بما يخالفها، وتوقيع جزاءات جنائية او تأديبية عليهم مهما كانت جنسياتهم".

الا ان المادة 15 من البروتوكول الثاني عرفت النوع الاول من الانتهاكات اي (الخطيرة) مستندة في ذلك الى النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.(46)

وهناك خمسة انتهاكات تعتبر خطيرة، عندما يتم ارتكابها دوليا وهي تشكل انتهاكا لاتفاقية لاهاي لعام 1954 والبروتوكول الثاني وهي:

- 1- استهداف ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة بالهجوم.
- 2- استخدام ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة، او استخدام جوارها المباشر، في دعم العمل العسكري

3- الحاق دمار واسع النطاق بممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية وهذا البروتوكول، أو الاستيلاء عليها.

4- استهداف ممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية وهذا البروتوكول، بالهجوم.

5- ارتكاب سرقة أو نهب أو اختلاس أو تخريب لممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية.

وعلى الدول الأطراف الالتزام باتخاذ كافة التدابير اللازمة من أجل إدراج تلك الانتهاكات الخمسة في

قوانينها الداخلية بوصفها انتهاكات جنائية (تجريم الانتهاكات ومن أجل قمعها بعقوبات مناسبة) (47)

في هذا الإطار يجب التمييز بين نوعين من الانتهاكات الخطيرة بناء على النتائج المترتبة عليها،

فالانتهاكات الثلاثة الأولى تدرج تحت (الانتهاكات الخطيرة) لاتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكول

الأول الإضافي لها، والتي يمكن وصفها بالانتهاكات الجسيمة لأنها تستتبع التزامات الدول الأطراف

بملاحقة أو تسليم (أما تسليم أو محاكمة) كل الأشخاص المتهمين باقترافها تطبيقاً لمبدأ الولاية

العالمية. حيث أنه يتعين على الدول، أمام تلك الانتهاكات، أن تحاول على نحو ما أن تمارس ولايتها، ليس

فقط عندما يقع الانتهاك على أراضيها أو عندما يكون من يعتقد أنه مرتكبها من مواطنيها، ولكن أيضاً

عندما يرتكب الانتهاك خارج أراضيها وبواسطة مواطن من دولة أخرى. فمجرد تواجد المتهم بارتكاب

الانتهاك على أراضيها عليها أن تمارس ولايتها بمحاكمته أو تسليمه. (48)

أما بالنسبة للانتهاكين الخطيرين، فهما يرقيان إلى مستوى جريمة الحرب في النظام الأساسي للمحكمة

الجنائية الدولية، لكن لا تترتب عليها نفس النتائج المترتبة على الانتهاكات الثلاث الأولى، بحيث أن على

الدول الأطراف فقط أن تترتب عليها عقوبات جنائية إذا تم الفعل على أراضيها أو كان المتهم الفاعل من

مواطنيها، أما إذا ارتكب فعل الانتهاك في الخارج وكان مرتكبه ينتمي لدولة أخرى، ففي هذا الإطار يطبق

مبدأ الولاية العالمية الاختيارية. أي لأي دولة أهلية المحاكمة على تلك الانتهاكات بدون أي الزام لها.

إضافة إلى جانب هذه الانتهاكات الخطيرة والجسيمة هناك الانتهاكات الأخرى التي لا توجب بالضرورة

مسؤولية جنائية. (49)

وبهذا نجد أن اتفاقية لاهاي وبروتوكولها قد أقرت مجموعة من القواعد القانونية الدولية الخاصة بحماية

الممتلكات الثقافية، إضافة إلى قواعد القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني بشكل عام ومنها الممتلكات

الثقافية في القدس الشريف وأقرت مسؤولية جنائية على الأفراد والدول التي تنتهك ممتلكات ثقافية ومن

ضمنها دولة الاحتلال الإسرائيلي وأفرادها.

الخاتمة:

انتهينا فيما تقدم من بحث الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية في مدينة القدس وسنختم هذه الدراسة ببيان النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلالها:

النتائج:

1- اوضحت الدراسة عدم مشروعية الاحتلال الحربي للأراضي الفلسطينية المحتلة ومن ضمنها مدينة القدس وقرار الضم لمدينة القدس من قبل اسرائيل كدولة محتلة باطل وما يترتب عليه من اثار قانونية تعتبر باطلة وفقاً لاتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 واتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها الاول والثاني.

2- ارتكبت اسرائيل العديد من الانتهاكات الجسيمة للممتلكات الثقافية في مدينة القدس والتي تعتبر خرقاً فاحشاً للقانون الدولي الانساني واتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها.

3- عالجت الدراسة الاليات القانونية الجنائية لمقاضاة اسرائيل وأفرادها بسبب انتهاكاتهم الجسيمة للممتلكات الثقافية في مدينة القدس.

4- لقد جرمت انتهاكات الممتلكات الثقافية وفقاً للتشريعات الوطنية والاقليمية والدولية والتي نصت على معاقبة من يقتترف هذه الجرائم.

المقترحات:

1- دعوة الدول الاطراف السامية في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 الى عقد اجتماع لالزام اسرائيل باحترامها وتطبيقها لاتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية.

2- دعوة دولة فلسطين الى التصديق على النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لضمان تطبيق واحترام الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية في مدينة القدس.

3- العمل على توثيق كافة الانتهاكات الجسيمة للممتلكات الثقافية في مدينة القدس وجمع كافة الادلة التي تثبت مخالفة اسرائيل وافرادها في انتهاكاتهم للممتلكات الثقافية لغايات محاكمة مرتكبي هذه الجرائم ومسائلتهم امام كافة المحاكم المحلية والاقليمية والدولية.

4- العمل على تفعيل الاليات القانونية والقضائية ضد انتهاكات اسرائيل في مدينة القدس للممتلكات الثقافية وفقاً للقانون الدولي الانساني واتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها.

المراجع:

- 1- انظر، د. أحمد ابو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص855
- 2- د. علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، ط12، منشأة معارف الاسكندرية، ص826
- 3- انظر، د. احمد ابو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص754
- 4- انظر، د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1967، ص744
- 5- د.خلدون ابو السعود، أثر الاحتلال الاسرائيلي على حق السيادة الفلسطينية على القدس وفقا لاحكام القانون الدولي، ط1، مركز اعلام حقوق الانسان والديمقراطية، شمس، رام الله، 2010، ص50
- 6- اسامة حليبي، الوضع القانوني لمدينة القدس، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت، لبنان، ص27
- 7- انظر، المحامي يوتام بن هليل، المجلس النرويجي للاجئين، المكانة القانونية للقدس الشرقية، كانون الاول 2013، ص18
- 8- انظر، د. نزار ايوب، الانتفاضة الفلسطينية والمحكمة العليا الاسرائيلية، نادية للنشر والطباعة والدعاية والتوزيع، الحق، رام الله 2003، ص13
- 9- ماركو ساسولي وانطوان بوفيه، كيف يوفر القانون الحماية في الحرب؟، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، ط1،المركز الاقليمي للاعلان، القاهرة 2011، ص87
- 10- ماركو ساسولي وانطوان بوفيه، مرجع سابق، ص88
- 11- د. عبدالله الاشعل، قضية الجدار العازل امام محكمة العدل الدولية، دار نصر للطباعة والنشر، ط2، القاهرة 2006، ص157
- 12- د. عائشة راتب، دراسات قانونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002-2003، ص149
- 13- د. حسام حسن حسان، الجدار العازل ومحكمة العدل الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص176
- 14- د. خليل سامي علي مهدي، النظرية العامة للتدويل في القانون الدولي المعاصر مع دراسة تطبيقية حول محاولات تدويل القدس، ط1، 1996، ص485
- 15- د. محمد محمد فرحات، تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة على الاراضي الفلسطينية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير 2000، العدد الاول، ص32

- 16- د. معتز فيصل العباسي، التزامات الدولة المحتلة اتجاه البلد المحتل، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 2009، بيروت لبنان، ص493
- 17- المستشار شريف عتلم، المستشار محمد ماهر عبد الوهاب، اتفاقيات القانون الدولي الانساني، اصدار بعثة اللجنة الدولية للصليب الاحمر، القاهرة، ط9، 2002، ص397
- 18- د. محمد سامح عمرو، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، المركز الاصيل للطبع والنشر والتوزيع، ط1، القاهرة 2002، ص74
- 19- انظر، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص398
- 20- انظر، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص23
- 21- انظر، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص289
- 22- انظر المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص398
- 23- انظر، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص397، 398
- 24- انظر، د. معتز فيصل العباسي، مرجع سابق، ص499، كذلك انظر، د. محمد سامح عمرو، مرجع سابق، ص81
- 25- انظر، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص439، كذلك انظر، محمد سامح عمرو، مرجع سابق، ص81، 82، كذلك انظر د. معتز فيصل العباسي، مرجع سابق، ص499
- 26- انظر، د. انطون خاطر، النظم الدولية للحفريات الاثرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث عشر، القاهرة، مطابع البصير، 1957، ص130
- 27- انظر، التقرير الفني الموثق بشأن عدم شرعية الحفريات التي تقوم بها سلطات الاحتلال الاسرائيلي في القدس الشريف، لجنة خبراء الازيسكو الاثريين، دائرة الاثار الاردنية، عمان الاردن، 2001، ص4
- 28- انظر، التقرير الفني الموثق بشأن عدم شرعية الحفريات التي تقوم بها سلطات الاحتلال الاسرائيلي في القدس، مرجع سابق، ص4، 5
- 29- انظر، التقرير الفني الموثق بشأن عدم شرعية الحفريات التي تقوم بها سلطات الاحتلال في القدس، مرجع سابق، ص5
- 30- انظر، www.article.wn.com/view
- 31- انظر، عبد الغني محمود، القانون الدولي الانساني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص183، انظر، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، ص9

- 32- انظر، د. علي صادق ابوهيف، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص792
- 33- انظر، سلوى احمد ميدان المفرجي، مرجع سابق، ص108، انظر كذلك، المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، المادة(8/أ،ب)، ص692
- 34- انظر، د. كمال حماد، النزاع المسلح والقانون الدولي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص97
- 35- المستشار شريف عتلم، مرجع سابق، المادة(91) من البروتوكول الاول لعام 1977، ص315
- 36- المواد 53،54،55 من البروتوكول الاول لعام 1977، انظر كذلك، د. عامر الزمالي، مدخل الى القانون الدولي الانساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان واللجنة الدولية للصليب الاحمر، ط2، تونس 1997، ص79
- 37- انظر، فيتوريو منييتي، افاق جديدة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، دخول البروتوكول الثاني الملحق لاتفاقية لاهاي لعام 1954 حيز التنفيذ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر، 2004، ص240
- 38- انظر، د. محمد سامح عمرو، مرجع سابق، ص146
- 39- انظر، سلوى احمد ميدان المفرجي، مرجع سابق، ص111
- 40- انظر، د. محمد سامي عمرو، مرجع سابق، ص146
- 41- انظر، د. معتز فيصل العباسي، مرجع سابق، ص523
- 42- انظر، محمد سامي عمرو، مرجع سابق، ص156
- 43- انظر، د. عبدالغني محمود، القانون الدولي الانساني، مرجع سابق، ص183، كذلك انظر، سلوى احمد ميدان المفرجي، مرجع سابق، ص125
- 44- انظر، د. محمد سامي عمرو، مرجع سابق، ص157، كذلك انظر، سلوى احمد ميدان المفرجي، مرجع سابق، ص125
- 45- انظر، فيتوريو منييتي، مرجع سابق، ص236
- 46- حيث يعرف النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 جرائم الحرب كما يلي "... تعدم توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للاغراض الدينية او التعليمية او الفنية او العلمية او الخيرية والاثار التاريخية... شريطة الا تكون اهدافا عسكرية"، المادة الثانية من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الفقرة التاسعة من البند "ب" من المادة.

47- انظر نص المادة 15 الفقرة الثانية من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي

48- انظر، فيتوريو منييتي، مرجع سابق، ص 238، 239

49- انظر، فيتوريو منييتي، مرجع سابق، ص 239



القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ "الأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي وحدود ولايته"

تفسير دستوري

رقم 2016/03

المحكمة الدستورية العليا المنعقدة في مدينة رام الله
طلب رقم 03 لسنة قضائية 2016، المحكمة الدستورية العليا "تفسير"

قرار تفسير

صادر عن المحكمة الدستورية العليا باسم الشعب العربي الفلسطيني

بالجلسة المنعقدة اليوم الخميس الموافق 2016/11/3م.
الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد المستشار أسعد مبارك / نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا.
وعضوية السادة المستشارين: د. عبد الرحمن أبو النصر، د. فتحي الوحيدوي، فتحي أبو سرور، حاتم عباس، د. رفيق أبو عياش، عدنان أبو ليلي، فواز صايمة.

الإجراءات

بناءً على الطلب المقدم إلى السيد وزير العدل من المستشار سامي صرصور رئيس المحكمة العليا/ رئيس مجلس القضاء الأعلى بتاريخ 2016/9/26م، رقم صادر (805/8) لغاية تقديم طلب تفسير إلى المحكمة الدستورية العليا بشأن تفسير ولاية المجلس التشريعي في حدود نص المادتين (47) و(47 مكرر) من القانون الأساسي المعدل، والأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي في حدود نص المادة (51) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، والمادة (96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي القائم عليها الحصانة التشريعية بحدود نص المادة (1/53) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، وتعديلاته لسنة 2005م.

فقد تقدم السيد وزير العدل إلى المحكمة الدستورية العليا بالطلب المائل رقم (359) بتاريخ 2016/10/9م، وفقاً لأحكام المادتين (24، 30) من قانون المحكمة الدستورية العليا لتفسير النصوص القانونية الوارد بيانها آنفاً.

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

الكتاب/ة

المحكمة

بالتدقيق والمداولة، وحيث أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية المنتخبة وفقاً لأحكام المادة (47) من القانون الأساسي على الوجه المبين في النظام الداخلي للمجلس التشريعي، فالأصل أن تتولى السلطة التشريعية مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها القانون الأساسي لها، إلا أن القانون الأساسي قد بين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه في ظل عدم انعقاد المجلس التشريعي من مخاطر ذي طبيعة مادية أو غير ذلك، مما يعكر صفو الشعب أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً بصورة عاجلة لا تحتمل التأخير لحين انعقاد المجلس التشريعي. وتلك هي حالة الضرورة التي اعتبر القانون الأساسي قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة السلطة التنفيذية هذا الاختصاص استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي، وحيث أن التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، ذلك أن توفر حالة الضرورة بضوابطها الموضوعية هي علة اختصاص السلطة التنفيذية لمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة، ومناطق مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها القانون الأساسي، وضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة دون أية قيود.

وحيث أن القانون الأساسي قد بين ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية - ممثلة في رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية - لجانب من الوظيفة التشريعية في أحوال الضرورة وفقاً لأحكام المادة (43) من القانون الأساسي المعدل التي تنص على: "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون". ويستفاد من هذا النص أن القانون الأساسي وإن جعل لرئيس السلطة الوطنية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص حدوداً ضيقة فرضتها طبيعته الاستثنائية فأوجب لأعمال سلطة التشريع الاستثنائية أن يكون المجلس التشريعي متعزراً لانهقاده وفقاً للأصول، وأن تطرأ خلال ذلك ظروف تتوافر بها حالة الضرورة التي تبيح لرئيس السلطة الوطنية سرعة مواجهتها بإصدار قرارات لها قوة القانون إلى حين انعقاد المجلس التشريعي.

إذ البين من نصوص المادة (43) أساسي أن مواعيد عرض القرارات بقانون على المجلس التشريعي يجب أن يكون في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات حتى تكتسب قوتها القانونية بعد إقرارها، أما إذا لم يقرها المجلس زال ما يكون لها من قوة القانون. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو مصير

هذه القرارات يقانون في حال كان المجلس التشريعي لا يتمكن من الانعقاد لأسباب استثنائية طال أمدها، مما عطل المجلس التشريعي عن القيام بمهامه التشريعية والرقابية المنصوص عليها في القانون الأساسي على الوجه المبين في نظام المجلس الداخلي، إذ الثابت أن الدورة العادية الأولى للمجلس التشريعي الثاني قد بدأت بموجب المرسوم الرئاسي رقم (5) لسنة 2006م، بتاريخ 2006/2/18م، وانتهت بتاريخ 2006/3/5م، وجرى تمديدتها بموجب المرسوم الرئاسي رقم (2) لسنة 2007م، وذلك لمدة أقصاها أربعة أشهر، وما تبع ذلك من إصدار المرسوم الرئاسي رقم (27) لسنة 2007م، بشأن دعوة المجلس التشريعي للانعقاد في دورته العادية الثانية بتاريخ 2007/7/11م، والتي لم تعقد فعليا على أرض الواقع بالتاريخ المذكور، لذا فإن المجلس التشريعي ومنذ انتهاء الدورة الأولى له وحتى الآن لم يتسنى له الانعقاد.

وأما بخصوص حصانة أعضاء المجلس التشريعي المنصوص عليها في المادة (1/53) من القانون الأساسي المعدل، والتي تنص على أنه: "لا تجوز مساءلة أعضاء المجلس التشريعي جزائيا أو مدنيا بسبب الآراء التي يبديونها، أو الوقائع التي يوردونها، أو لتصويتهم على نحو معين في جلسات المجلس التشريعي أو في أعمال اللجان أو لأي عمل يقومون به خارج المجلس التشريعي من أجل تمكينهم من أداء مهامهم النيابية"، فإن هذه الحصانة لا تعتبر امتيازاً شخصياً لعضو المجلس، وإنما مقررّة لصالح المجلس التشريعي الممثل الحقيقي للشعب ضمناً لاستقلاله في عمله وحماية لأعضائه، أي بمعنى أن هذه الحصانة لم تقرر لمصلحة العضو الشخصية وإنما لصفته الوظيفية باعتبارها امتياز دستوري يمنح لعضو المجلس التشريعي كي يباشر وظيفته على أكمل وجه، والتفسير الضيق لهذه الحصانة يتجلى بكونها سبب قانوني خاص قرره المشرع لمنع عقاب هذا العضو عما يبيده من قول أو رأي في جلسات المجلس التشريعي أو عمل يقوم به خارج المجلس، طالما أن ذلك يتم في إطار وحدود وظيفته البرلمانية.

وما أفصحت عنه المواد المتعلقة بالحصانة لعضو المجلس التشريعي في القانون الأساسي المعدل والنظام الداخلي للمجلس التشريعي، سواء كانت حصانة ضد المسؤولية البرلمانية أو حصانة ضد الإجراءات الجزائية هي من النظام العام، وتعتبر إجراء استثنائي اقتضته ضرورة جعل السلطة التشريعية بمنأى عن اعتداءات السلطات الأخرى، وقد بينت المادة (96) من النظام الداخلي للمجلس الإجراءات واجبة الاتباع لرفع الحصانة عن أي من أعضاء المجلس التشريعي، وذلك في الظروف العادية والطبيعية في أدوار انعقاد المجلس التشريعي من حيث تقديم طلب رفع الحصانة خطياً من النائب العام إلى رئيس المجلس الذي بدوره يحيله إلى اللجنة القانونية لبحثه، وتقديم تقريرها إلى المجلس، شريطة أن يأخذ المجلس قراره برفع الحصانة بأغلبية الثلثين، أي بأكثرية ثلثي كل عدد أعضاء المجلس.

وخلاصة القول، أن الحصانة تشمل كل قول أو فعل يصدر عن عضو المجلس أثناء أداء وظيفته النيابية، سواء كان في قاعة المجلس أو في اللجان التابعة له وسواء كان داخل مقر المجلس أو خارجه، ولكن الحصانة لا تشمل ما يصدر عن العضو دون أن يكون لازماً حتماً لأداء وظيفته. فعضو المجلس له صفتان، صفته كممثل للشعب، وبهذه الصفة يحصنه القانون الأساسي ضد المسؤولية عما يصدر من قول أو فعل، فله أن يتهم في إحدى الجلسات فلاناً بالتزوير أو الرشوة أو الخيانة، وله أن يدعي أن

موظفاً قد ارتكب جريمة معينة أثناء أداء وظيفته، أما في الفترات التي لا يؤدي العضو فيها وظيفته النيابية أو فترات حل المجلس التشريعي أو عندما ينفذ دور الانعقاد أو بعد انتهاء دورته العادية السنوية، فإنه يتصرف كأبي فرد عادي، وتطبق عليه كافة القواعد القانونية التي تحكم سلوك الأفراد. أما بخصوص الولاية والصلاحيات لأعضاء المجلس التشريعي المنتخب بتاريخ 2006/1/26م، ووفقاً للمنظومة التشريعية الفلسطينية، فإن الإطار المحدد للولاية الزمنية للمجلس التشريعي يتمثل في القانون الأساسي لسنة 2003م، وتعديلاته لسنة 2005م، وقانون الانتخابات رقم (13) لسنة 1995م، والقوانين المعدلة له رقم (16) سنة 1995م، وقانون رقم (4) لسنة 2004م، والقرار بقانون رقم (1) لسنة 2007م، بشأن الانتخابات العامة. وجاءت المواد القانونية على النحو التالي:

1) القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته:
نصت المادة (3/47) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م، على أن: "مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه، وتجري الانتخابات حرة كل أربع سنوات بصورة دورية".
ونصت المادة (47 مكرر) من ذات القانون: "تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستوري".

2) القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007م، بشأن الانتخابات العامة:
نصت المادة (2/4) منه على أن: "تكون مدة ولاية المجلس أربع سنوات من تاريخ انتخابه، وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية".

باستقراء النصوص القانونية الوارد بينها أنفاً يستنتج ما يلي:
أولاً: التأكيد على أن مدة ولاية المجلس التشريعي الفلسطيني هي أربع سنوات تبدأ من تاريخ انتخابه. ثانياً: حرصاً من المشرع للحيلولة دون الوقوع في فراغ تشريعي، أورد نص المادة (47 مكرر) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م، على مد ولاية أعضاء المجلس التشريعي مؤقتاً إلى ما بعد انقضاء الأربع سنوات، وذلك إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد اليمين الدستوري. ومفاد ذلك أن أعضاء المجلس التشريعي الجدد قد لا يتمكنون من أداء اليمين الدستوري في وقتها لظروف قاهرة إلا بعد مدة من الزمن، وأمام هذه الحالة لا يجوز لهم مباشرة مهامهم التشريعية المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس التشريعي إلا بعد أداء اليمين وفقاً لأحكام المادة (49) من القانون الأساسي المعدل، والتي لا تجيز الشروع بأية أعمال قبل قسم اليمين أمام المجلس وفقاً للمادة (3) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي.

وبنظرة شاملة على التشريعات الدستورية المقارنة في الدول العربية بخصوص معالجتها لمسألة ولاية المجلس التشريعي، نستخلص أن الولاية الزمنية للمجلس التشريعي محددة تحديداً قانونياً قاطعاً بسنوات محددة، وهذا النهج الذي اعتمده المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل. ولمعالجة حالة الفراغ التشريعي الذي ينشأ عند تعذر إجراء الانتخابات التشريعية أثر انقضاء ولاية السلطة التشريعية، فقد حرصت الدساتير العربية على إحدى أمرين، إما السماح للمجلس القائم بالبقاء حتى يتم انتخاب المجلس الجديد، كالدستور الجزائري (م/102) والدستور اليمني (م/64) والدستور الأردني (م/2/68)، وإما مد ولاية المجلس القائم بشكل مؤقت بموجب قانون، كالدستور السوري (م/56) والدستور القطري (م/81) والدستور التونسي (م/23) والدستور الكويتي

(م83). وبخصوص تحديد ولاية المجلس التشريعي في ظل الأعراف البرلمانية، وحيث أن العرف الدستوري هو تواتر سلوك برلماني معين ولمدة طويلة حتى اكتسب الصفة الملزمة، ويندرج ضمن مفهوم العرف البرلماني (السوابق البرلمانية) التي شهدتها العديد من السلطات التشريعية في أحوال وظروف مشابهة يمكن القياس عليها، ولا بد من الإشارة كعرف برلماني إلى سابقة تمديد ولاية المجلس التشريعي الأول، حيث أصدر الرئيس الراحل المرحوم (ياسر عرفات) مرسوماً رئاسياً في شهر آذار عام 2002م، يقضي بمد ولاية المجلس التشريعي الذي كان من المفترض أن تنتهي ولايته في شهر أيار لعام 1999م، ويعود ذلك إلى الظروف التي كانت قائمة آنذاك والتي حالت دون إجراء انتخابات تشريعية بسبب مضايقات الاحتلال وظروف قاهرة أخرى، مما يعد سبباً مقبولاً يدعو إلى استمرارية ولاية المجلس التشريعي بشكل مؤقت لحين زوال تلك العوارض، وهذا ما أكدته المادة (47 مكرر) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005م، في إشارة إلى مد الولاية للمجلس القديم إذا تعذر على النواب الجدد أداء اليمين الدستوري بسبب ظروف استثنائية. ذلك أن الظروف التي ساهمت في التمديد للمجلس التشريعي الأول في سابقة هي الأولى التي تشهدها الحياة البرلمانية الفلسطينية، وهي نفسها تتكرر في ظل الوضع الراهن للمجلس التشريعي القائم، حيث أضيف للعقبات السابقة والإجراءات التعسفية للاحتلال حالة الانقسام الداخلي والجمود في رأب الصدع كأحد الموانع التي تحول دون إجراء الانتخابات، ويتعذر ممارسة المجلس التشريعي من القيام بواجباته التشريعية والرقابية.

وحيث أن مسألة الولاية الدستورية للمجلس التشريعي ترتبط بمبدأ فقهي شهير هو (المشروعية الديمقراطية) وهي أن ولاية السلطة التشريعية محددة بفترة زمنية تمثيلاً مع المبدأ الديمقراطي الذي يقتضي التجديد بصفة دورية عن طريق الانتخابات، وبالتالي يكون التعديل الوارد في القانون الأساسي بشأن إضافة المادة (47 مكرر) جاء لسد الثغرات التي اعترت القانون الأساسي لسنة 2003م، بما يتعلق بمد ولاية المجلس التشريعي الزمنية.

وحيث أن سلطة المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسير النصوص القانونية إنما تتحدد في توضيح ما أبهم من عبارات النص محل التفسير واستخلاص دلالاته وفقاً لمناهج التفسير وصولاً للغرض المقصود منه، والذي يفترض أن يكون النص محل التفسير معبراً عنه ومحمولاً عليه، وحيث أن المواد القانونية المطلوب تفسيرها في الطلب المائل لا يفهم بعضها بمعزل عن البعض الآخر وفقاً لما تم بيانه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة بشأن تفسيرها لنصوص المواد (47 و47 مكرر و51 و1/53) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، وتعديلاته لسنة 2005م، والمادة (96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي ما يلي:

- (1) الإطار المحدد للولاية الزمنية للمجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه.
- (2) مد ولاية أعضاء المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتاً إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجدد اليمين الدستوري.
- (3) لم يجاوز رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية سلطته في إصدار القرار بقانون لرفع الحصانة عن

أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاد جلسات المجلس التشريعي، والتي لا يخضع تقديرها لمعيار ثابت، وإنما تتغير بتغير الظروف وفقاً لمواجهة أية آثار مادية أو غيرها قد تمس الأوضاع الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد لمواجهة حالات الضرورة للمحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فيها كرخصة تشريع استثنائية لعدم انعقاد المجلس التشريعي وعدم قدرته على الانعقاد، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا ترى أن القرار بقانون رقم (2012/4) الصادر بتاريخ 2012/1/3م، المتضمن رفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي السيد محمد يوسف شاكر دحلان (المطعون ضده) بالقضية الجزائية نقض رقم (2015/326) قد صدر وفقاً للأصول والصلاحيات المخولة للسيد الرئيس بموجب القانون.

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

تعليق المحامي محمد النجار نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية

مقدمة

- طلب السيد وزير العدل الفلسطيني تفسير نصوص المواد أرقام (47)، و47 مكرر، و51 والفقرة الأولى من المادة (53) من القانون الأساسي الفلسطيني، ويجري نصها على أن:
- (مادة 47) - 1 المجلس التشريعي الفلسطيني هو السلطة التشريعية المنتخبة، - 2 بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي، - 3 مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية.
 - (مادة 47 مكرر) تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية.
 - (مادة 51) يقبل المجلس استقالة أعضائه، ويضع نظامه الداخلي وقواعد مساءلة أعضائه، بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي والمبادئ الدستورية العامة، وله وحده المحافظة على النظام والأمن أثناء جلساته أو أعمال لجانه، وليس لرجال الأمن التواجد في أرجائه إلا بناء على طلب رئيس المجلس أو رئيس اللجنة على حسب الأحوال.
 - (مادة 53) - 1 لا تجوز مساءلة أعضاء المجلس التشريعي جزائياً أو مدنياً بسبب الآراء التي يبدونها، أو الوقائع التي يوردونها، أو لتصويتهم على نحو معين في جلسات المجلس التشريعي أو في أعمال اللجان، أو لأي عمل يقومون به خارج المجلس التشريعي من أجل تمكينهم من أداء مهامهم النيابية.

وقد حدد الطلب مسألتين أساسيتين:

- أولهما: تحديد ولاية المجلس التشريعي طبقاً لنص المادتين (47)، و47 مكرراً من القانون الأساسي).

- ثانيهما: تحديد سلطة المجلس التشريعي في مساءلة أعضائه وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (53) من القانون الأساسي الفلسطيني.

وقد خلصت المحكمة في أسباب قرارها إلى الآتي:

- أولاً: أنه ولئن كانت مدة المجلس التشريعي حسب نص المادة (47) هي أربع سنوات من تاريخ انتخابه، إلا أن مؤدى نص المادة (47) مكرراً أن تمتد هذه المدة إلى حين حلف المجلس الجديد اليمين الدستورية للحيلولة دون الوقوع في فراغ تشريعي.

- ثانياً: اختصاص رئيس السلطة الفلسطينية طبقاً لنص المادة (43) بإصدار قرارات لها قوة القانون حال عدم انعقاد المجلس استناداً إلى حالة الضرورة شريطة أن يعرض القرارات على المجلس التشريعي في أول جلسة ينعقد فيها، وأن المجلس لم ينعقد منذ 2007 / 7 / 11.

- ثالثاً: خلص قرار المحكمة في أسبابه بصدد تفسير نص الفقرة الأولى من المادة (53) من القانون الأساسي، المتعلقة بمساءلة أعضاء المجلس التشريعي، إلا أن الحصانة لا تشمل ما يصدر عن العضو دون أن يكون لازماً حتماً لأداء وظيفته، هي بحسب الأصل من اختصاص المجلس وحده في الظروف العادية، بهدف الحيلولة دون عقاب عضو المجلس عما يبدية من آراء، أثناء أدائه لوظيفته، «أما في الفترات التي لا يؤدي العضو فيها وظيفته النيابية أو فترات حل المجلس التشريعي أو عندما ينفذ دور الانعقاد أو بعد انتهاء دورته العادية السنوية، فإنه يتصرف كأبي فرد عادي، وتطبق عليه كافة القواعد القانونية التي تحكم سلوك الأفراد».

- رابعاً: خلصت المحكمة من تفسيرها لهذه النصوص الدستورية كنتيجة لهذه الأسباب، إلى أن رئيس السلطة الفلسطينية لم يجاوز سلطته في إصدار القرار بالقانون لرفع الحصانة عن أي من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاد جلسات المجلس التشريعي، منتهية إلى لصحة القرار بالقانون رقم 4 لسنة 2012، الصادر بتاريخ 2012 / 1 / 3، برفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي السيد محمد يوسف شاكر دحلان المطعون ضده في القضية الجزائية رقم (236 لسنة 2015) نقض.

ويمكننا أن نوجز تعليقتنا على هذا القرار التفسيري في النقاط الآتية:

■ أولاً: طبيعة المشكلة القانونية التي يطرحها قرار التفسير

خلصت المحكمة في تفسيرها لنصوص المواد (47 و47 مكرراً) إلى أن انعقاد المجلس التشريعي امتداداً طالما لم يؤد أعضاء المجلس التشريعي الجديد المنتخبين اليمين الدستورية، وهو حكم تمتد به ولاية المجلس القائم الذي لم ينعقد منذ 11 / 7 / 2007، ولا شك أن البواعث الوطنية التي تبرر التمسك بهذا التفسير لا تخفي على ذي نظر، فإذا كان دوام مؤسسات الدولة الوليدة وحمايتها أحد أهم مقومات وجودها، وإذا كانت ظروف الاحتلال تعرض أبناء الوطن الواحد لضغوط يصعب معها إجراء الانتخابات بانتظام على نحو دوري، فإن ما تبدي من انقسام سياسي يندر بتهديد وحدة الوطن يوجب من غير شك المحافظة على ما تم تشكيله من مؤسسات ودعمها بكل وسائل الدعم توطيداً لوحدة الوطن إلى حين تجاوز هذه الأزمات.

ولقد كان نص المادة (47) مكرراً من القانون الاساسي سندا تشريعياً لفكرة امتداد ولاية المجلس التشريعي لحين انعقاد المجلس الذي يليه، وتوكيداً لضرورة دوام هذه السلطة بانتظام واضطراباً، إلا أن المشكلة ازدادت تعقيداً في ظل عدم انعقاد المجلس التشريعي منذ 11 / 7 / 2007، وحتى الآن، إذ ما زالت صفة عضو المجلس تلازم اعضاءه المنتخبين رغم انعدام فعالياته لفترة زمنية تجاوزت ضعف مدة ولايته، ومن ثم كان من المتعين التصدي إلى تنظيم الأحكام الخاصة به في ظل الاقرار بوجوده حال انعدام ممارسته لواجباته.

ولقد تبدت هذه المشكلة واضحة، عند النظر في حصانه أعضاء المجلس، ذلك أن الأصل في سائر النظم الديمقراطية مبدأ المساءلة القانونية، فلا يوجد من يعلو على هذه المساءلة، وإذا كانت نصوص الحصانة البرلمانية لأعضاء المجالس التشريعية توجب عدم مساءلة العضو عما يعد جريمة قولية أثناء مباشرته عمله البرلماني قصد تمكينه من أداء واجباته البرلمانية، فإن الحصانة عن جرائم القانون العام الأخرى تتخذ صورة العائق الإجرائي بقصد تحقق المجلس من صحة ارتكابه عضوه لجريمة توجب مساءلته، وانتفاء أي تعسف من قبل السلطات الأخرى حياله، وخلاصة القول، فإن مقصود الحصانة لا ينصرف إلى الحيلولة دون المساءلة، وإنما التحقق من جديتها ومصداقيتها، وبداهة، فإن ابقاء الحصانة حال عدم انعقاد جلسات المجلس التشريعي

يعني ان تستحيل الحصانة إلى مانع دائم من المسؤولية الجنائية والمدنية، وهي نتيجة ابعدها ما تكون عن مقصود شرعتها، وعن نصوص القانون الأساسي الذي شرعها، وسنرى في تعليقنا على قرار المحكمة الدستورية العليا كيف تصدت المحكمة لهذه المشكلة القانونية، وكيف عالجتها من خلال اختصاصها بتفسير نصوص القانون الأساسي.

■ ثانياً: طبيعة الاختصاص بتفسير النصوص القانونية ولا سيما الدستورية منها:

يتميز النظام القضائي لدولة فلسطين باسناد الاختصاص بتفسير نصوص القانون والدستور إلى المحكمة الدستورية العليا، فقد نصت المادة (103) من قانونها الأساسي على اسناد هذه المهمة إليها، بحسبانها السلطة القائمة على حفظ النظام الدستوري وسلامة تطبيقه، ويقوم هذا الاختصاص للمحكمة أصالة، وعلى نحو مواز لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، على الرغم من أن هذه الصورة من الرقابة الدستورية تعد بمثابة تفسير قضائي غير المباشر لأحكام الدستور، إذ تقتصر سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، بإنزال أحكام الدستور على التشريع المعروض لتحديد مدى شرعيته الدستورية، إلا أن الاختصاص الأصيل بالتفسير القضائي للنصوص الدستورية يتسع للكشف المباشر عن مدلول نصوصه صراحة، واستنباط دلالاته على نحو صريح وقاطع ليحسم دلالة النص الدستوري على نحو ملزم في ضوء ما فسرت المحكمة به مضمونه.

ويبدو الفارق واضحاً بين كلا الاختصاصين، فالاختصاص بالقضاء في دستورية النص القانوني يكون بصدد نزاع قضائي بين طرفين على دستورية نص قانوني أو لائحي، يتولى كل منهما الدفاع عن وجهة نظره في مسألة بعينها، بهدف الوصول إلى حكم ينطبق على نص بعينه ليحدد مدى اتفاه مع أحكام الدستور، وبديهي فإن القضاء في دستورية هذا النص يكون كاشفاً ضمناً عن حكم الدستور الذي على اساسه تقرر دستورية النص التشريعي من عدمه، وعلى نقيض ذلك، فإن تفسير نصوص الدستور من قبل القضاء يعمل بصورة مجردة، وبمعزل عن آلية الخصومة القضائية، ليتهاي إلى تعيين المعنى الذي تنبؤ عنه نصوص الدستور المعروضة للتفسير ليجري بعد ذلك تفعيلها من قبل سلطات الدولة، استناداً إلى هذا التفسير الملزم، أي أن قضاء التفسير - بحسب الأصل - لا يكون نافذاً بذاته، وإنما ينفذ أثره استناداً إلى تفعيل أدوات إنفاذ أمر القانون - سواء منها القضائية أو التنفيذية - لحجية

قرار التفسير، ذلك أن التفسير القضائي للنصوص يهدف إلى تحديد دلالة النص التشريعي، ومن ثم ينضم بما كشف عنه من دلالة إلى النص التشريعي، ويتسم تبعاً لذلك، بما يتسم به التشريع من خصائص العمومية والتجريد، وخلاصة القول، فإن قرار التفسير التشريعي يجب عن سؤال محدد، ما هي دلالة النص محل التفسير، على حين أن القضاء في دستورية النص يجب عن تساؤل حاصلة ما هي الشرعية الدستورية للنص المعروض على المحكمة، ولكل حالة من هاتين الحالتين إجراءاته، ووسائله المختلفة التي ينبغي أن تنفصل عن الأخرى.

ولقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى هذه المفارقة إجمالاً عند تصديها للتعريف بالاختصاص بالتفسير بقولها: «إن مضمون هذا الطلب، والأغراض التي يتوخاها، ينحصر في مجرد استخلاص إرادة المشرع التي أقام على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، ابتغاء حمل هذه النصوص على تلك الإرادة، فلا تناقضها، ليتحدد مضمونها بالرجوع إليها، وتقيداً بها... فلا يثير نزاعاً من نوع الخصومة القضائية، ولا يندرج تحت مفهومها، بل ينفصل تماماً عن مقوماتها ويستقل عنها، ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها، وعن طريق القضاء انفراداً، وباعتبارها - في صورتها الأعم - أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها، كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء تلك المنفعة التي يقرها القانون، والتي تمثل الترضية القضائية التي طلبها المدعي أو يتوقعها، والأمر على نقيض ذلك في التفسير... فإن إرادة المشرع التي شكل على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، هي مدار ولايتها، ذلك أن عملها ينحصر في استكناها، ولا يكون تحريها إلا عملاً مجرداً يتم وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص ودلالاتها، والأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يستها، وبمراعاة موضعها من سياق النصوص التي تتكامل معها محددة معناها ومرماها، ليخرج التفسير بذلك عن معنى الخصومة القضائية التي تثير بالضرورة - وبطبيعتها - نزاعاً بين أخصام تتعارض مصالحهم، وتتنافر توجهاتهم»²

1 كان هذا القضاء بمناسبة تفسير نص قانوني، إلا أن المعنى ينسحب كذلك على تفسير النصوص الدستورية.

2 قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في طلب التفسير رقم 2 لسنة 17 قضائية بجلسة 21 أكتوبر سنة 1995.

لما كان ذلك، وكانت المحكمة - في طلب التفسير محل التعليق - بعد أن تصدت لتفسير النصوص الدستورية المعروضة عليها من قبل وزير العدل، وفقاً للإجراءات المتعلقة بتفسير أحكام الدستور وكشفت عن مكنون احكامها، عرضت إلى القرار بقانون رقم 4 لسنة 2012، الصادر من رئيس السلطة الفلسطينية، منتهية إلى صدوره وفقاً للأصول والصلاحيات المخولة له بموجب القانون الأساسي، فإنها تكون قد فارت اختصاصها بتفسير نصوص القانون الأساسي واستطالت إلى حسم صلاحية قرار بقانون يعينه صدر من رئيس السلطة الفلسطينية، منتهية إلى موافقته أحكام الدستور، من غير خصومة دستورية تتعلق به، إذ يعد هذا التقرير القانوني بمثابة اسباغ الشرعية عليه، بما يحول دون إعادة النظر في دستوريته مرة أخرى.

لما كان ذلك، وكان هذا القرار بالقانون قد تعلق بمحاكمة متهم أمام محكمة الجنايات، وقد اعتصم في دفاعه بحصانته البرلمانية، وقد فصلت المحكمة هذا القرار بالقانون دون أن تختصمه حتى يتمكن من إبداء دفاعه فيه، فإن هذا القضاء، فضلاً عن انه صدر دون اتباع الإجراءات القانونية اللازمة لاستصداره، فإنه ينال من حق من صدر بشأنه في الدفاع، وهو أحد الحقوق الدستورية الجوهرية.

■ ثالثاً: في وضعية الحصانة البرلمانية في غير أدوار الانعقاد:

قلنا إن أساس المشكلة القانونية، أنه لا يمكن التسليم اطلاقاً بتحول الحصانة البرلمانية حال تعطل وظيفة المجلس التشريعي بصورة شبه دائمة، إلى عائق قانوني يحول دون مساءلة أعضاء المجلس التشريعي عن جرائم القانون العام بصورة مطلقة ليس فحسب، لأن ذلك يجاوز مقصود الحصانة، ويناقض نصوص القانون الأساسي، وإنما كذلك لأنه يخلق وضعاً استثنائياً يضيفي بمقتضاه على المجلس المنتهية ولايته -الذي لا ينعقد- حصانة تفوق حصانة المجلس صاحب الولاية الذي يباشر صلاحياته، ويعقد جلساته، فالأول لا يسأل مطلقاً، أما الثاني فيعرض أمره على المجلس ليقرر رفع الحصانة من عدمه، في ضوء جدية الأدلة المقدمة ضده، ومن ثم فكان لزام الأمر إما اسقاط الحصانة بنهاية ولاية المجلس ما لم يعقد جلساته فعلاً، وإما تقرير استدامة الحصانة واسناد أمر رفعها إلى سلطة أخرى.

ولقد خلصت المحكمة في اسباب قرارها إلى أن الحصانة لا تسري في الفترات التي لا يؤدي فيها العضو وظيفته النيابية حال حل المجلس التشريعي، أو أثناء فض دور الانعقاد، أو بعد

انتهاء دورته العادية السنوية. إلا أنها انتهت في قرارها إلى اسناد ولاية رفع الحصانة إلى رئيس السلطة قياساً على سلطته في إصدار قرارات لها قوة القانون حال عدم انعقاد المجلس التشريعي في أحوال الضرورة .

وأياً كان الرأي فيما ذهب إليه المحكمة من تفسير، فإن الجمع بين أحوال حل المجلس الذي تنتهي فيه العضوية ويحول أثرها تماماً، بحيث يتعذر تطبيق الحصانة فيها مطلقاً لزال سلطة المجلس، وبين حالة فض دوره الانعقاد سواء بانتهاء الدورة العادية، أو قيام موانع تحول دون انعقاد جلسات المجلس، واعطاء ذلك جميعه حكم واحد بشأن الحصانة البرلمانية رغم تباين أحكامها هو موضع نظر من جانباً، ذلك أن مناط سريان الحصانة في غير أدوار الانعقاد، هو الحول دون تأثير السلطات على عضو المجلس أو عقابه على ما أبداه من آراء، وهو اعتبار وإن كان يتجلى حال انعقاد جلسات المجلس، فإنه يتحقق كذلك بين دورات الانعقاد العادية، للحيلولة دون المساس باستقلالة طوال مدة العضوية، ومن ثم يكون اقرار الحصانة بين أدوار الانعقاد العادية للمجلس القائم هو جزء متمم للحصانة، لا ينفصل عنها، ولازم لتحقيق مقتضاها، وإذا تأملنا نص المادة (53) من القانون الأساسي نجدها تتخذ معيار عضوية المجلس وليس دور الانعقاد، وهو وصف يصدق على سائر أعضائه سواء اثناء انعقاد دوراته أو بين دورات الانعقاد، إذ تظل هذه الصفة مذيالة له طوال مدة العضوية.

ومن جهة أخرى، فإن التسليم بسلطة رئيس السلطة التنفيذية في رفع الحصانة عن أعضاء السلطة التشريعية هو اجتهاد لا نرى له سند يؤيده في الدستور، فقرار المجلس برفع الحصانة هو قرار برلماني وليس بقانون، ومن ثم فلا يتصور أن يصدر بقرار بقانون لرئيس السلطة الوطنية، فضلاً عن أن التسليم بهذه المكنة يقوم على مناقضة الهدف الذي من أجله تقررت الحصانة، إذ ينتهي لتبعية السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية، وإفقادها استقلاليتها، وهو أمر لا يمكننا التسليم به.

■ رابعاً: مؤدى تفسير النصوص الدستورية على نحو يوقف الحصانة الدستورية في غير دورات الانعقاد، انعقاد الاختصاص للنائب العام:

ينص البند (2) من المادة (107) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: «يتولى النائب العام الدعوى العمومية باسم الشعب العربي الفلسطيني ويجدد القانون اختصاصات النائب العام وواجباته»، وكان مؤدى ذلك أن الأصل أن مباشرة النائب العام للدعوى العمومية هو صميم

اختصاصه وهو بياشرة أصالة من الدستور، وإذ كان الدستور قد استثنى بموجب نص المادة (53) منه أعضاء المجلس التشريعي إذ جعل لهم حصانة تقيهم من المساءلة المدنية والجنائية أثناء فترة العضوية، بما يحول دون مباشرة النائب العام لاختصاصاته، فإن مؤدى تفسير نصوص الدستور على نحو يقصر هذه الحصانة على فترة انعقاد دورات البرلمان- كما جاء باسباب هذا القرار-، دون فترات فضها، أن يسترد النائب العام اختصاصه الأصيل دون ما حاجة إلى إصدار قرار بقانون برفع الحصانة عن أعضاء المجلس التشريعي، إذ الفرض أن هذا القرار بالقانون قد أقر بتمتع سائر أعضاء المجلس التشريعي أعضاء المجلس التشريعي بالحصانة، واستثنى من ذلك من رفعت الحصانة عنه، وإذ كان ذلك، وكانت المحكمة بعد أن خلصت في اسبابها إلى هذه النتيجة ثم انتهت في البند (3) من قرارها إلى اختصاص رئيس السلطة بمكنة رفع الحصانة المقررة لأعضاء المجلس التشريعي نيابة عن المجلس اثناء عدم انعقاده، بما يستتبعه من اقرار تمتع سائر الأعضاء بالحصانة ما لم يرفعها رئيس السلطة بقرار بقانون استناداً إلى سلطته الاستثنائية في التشريع حال الضرورة، فإن ذلك يوحى بتناقض النتيجة التي خلصت إليها المحكمة مع الأسباب التي قدمتها لحمل هذه النتيجة، إذ تبدو النتيجة التي خلصت إليها لمحكمة في البند ثالثاً من صحة قرار رئيس السلطة بقانون برفع الحصانة عن أحد أعضاء المجلس، وإقرار سلطته في تقدير ملائمة رفع الحصانة نيابة عن المجلس الذي لم يعد يتعقد قياساً على سلطته الاستثنائية في إصدار قرارات لها قوة القانون في أحوال الضرورة، والتسليم له بسلطة تقدير عناصر الملائمة لذلك -أياً كان الرأي في صحتها- قد جاءت كنتيجة منتزعة من اسبابها، بعد أن خلص القرار إلى زوال الحصانة عند عدم انعقاد المجلس.

■ خامساً: رأينا في المسألة المطروحة:

نعتقد أن الحصانة البرلمانية هي وسيلة قانونية لحماية حرية أعضاء المجلس التشريعي اثناء أدائهم لعملهم، وبداهة فإن مناط استدامة هذه الحصانة بقاء المجلس التشريعي قائماً بأعماله، وهو يكون كذلك طوال مدة انتخابه، سواء كان ذلك اثناء انعقاد دوراته العادية أو الاستثنائية، أم كان ذلك بين أدوار الانعقاد، كذلك فإن مؤدى نص المادة (47) مكرراً هو امتداد الحصانة لأعضاء المجلس المنهية ولايته إلى ما قبل حلف الأعضاء الجدد لليمين الدستورية التي يباشرون

بمقتضاها سلطتهم، إلا أن الحصانة هنا تكون بصفة استثنائية، فلا تقوم إلا حال أحوال الانعقاد العادية أو الاستثنائية فقط، فإذا كان المجلس المنتهية ولايته في غير أحوال الانعقاد، فإن حصانة أعضائه تزول ولا ترفع، حتى وإن تراخى انتخاب المجلس الذي يليه، أو تأخر حلفه اليمين الدستورية، ذلك أن مناط سريان العضوية في الولاية الممتدة لظروف استثنائية هو مباشرة هذه الولاية فعلاً، لا حكماً، فلا يسوغ التسليم باستدامة الحصانة عند انتهاء مدة ولاية المجلس ما لم يكن منعقداً سواء في دورة عادية أو استثنائية، الأمر الذي نرى معه -من وجهة نظرنا- أن قرار رئيس السلطة بالقانون رقم 4 لسنة 2012، الصادر بتاريخ 3 يناير سنة 2012، برفع الحصانة على السيد محمد يوسف شاكر دحلان قد انصب على غير محل، إذ رفع الحصانة عمّن لا يتمتع بها أصلاً، لانتهاء ولاية المجلس الذي انتخب فيه، وفض جلساته.

تعليق الأستاذة أهنة اليحيوي محاوية أهام النقض / تونس

تعد التجربة الفلسطينية من خلال تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ذات خصوصية، بالرجوع الى الظروف السياسية التي تعيشها فلسطين، والى وضعية المجلس التشريعي منذ سنة 2007، وقد نصت المادة 2 من القانون الأساسي المعدل على أن: «الشعب مصدر السلطات ويبارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي»، وفي هذا الاطار يتنزل تعليقنا لقرار التفسير رقم 03 / 2016 الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المنعقدة برام الله والمؤرخ في 13 / 11 / 2016.

تعهدت المحكمة الدستورية بموجب طلب السيد وزير العدل رقم 359 بتاريخ 09 / 10 / 2016، لتفسير جملة من القوانين التي مثلت مضمون طلب السيد رئيس المحكمة العليا ورئيس مجلس القضاء الأعلى.

تعلق طلب التفسير المرفوع الى المحكمة الدستورية بمناطق تطبيق المواد التالية الذكر:

- المادتين 47 و 47 مكرر من القانون الأساسي المعدل والمتعلق بولاية المجلس التشريعي.
- المادة 51 من القانون الأساسي المعدل المتعلقة بالأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي.
- المادة 96 من النظام الداخلي في ترابط بالمادة 1 / 53 من القانون الأساسي المعدل والمتعلقة بالحصانة التشريعية.

تولت المحكمة الدستورية تناول محاور التفسير بالتفصيل والتحليل، لتفرغ في النهاية الى اعتبار ان الولاية الزمنية للمجلس التشريعي تمتد الى أربع سنوات من تاريخ انتخابه، في حين تتواصل ولاية أعضاء المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتا الى أن يتم أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد اليمين الدستوري، ثم ختاماً اقوت المحكمة الدستورية قانونية اتخاذ قرار رفع الحصانة المشار اليه بقرار التفسير من طرف السيد رئيس السلطة الفلسطينية.

وبناء على ما سبق، سيتم التعليق على المحاور الثلاث تباعا لقرار التفسير، لتحديد المنطق القانوني المعتمد في ذلك، ومدى وجاهته بشأن المواد موضوع نظره، وبدراسة قرار التفسير تبين انه يطرح اشكالا وحيدا رغم تعلقه بثلاث محاور من المواد القانونية ويتمثل فيما يلي:

ما مدى شرعية ممارسة رئيس السلطة الفلسطينية لصلاحيات تشريعية بخصوص الحصانة البرلمانية في غياب انعقاد المجلس التشريعي؟

للإجابة على الاشكال المطروح ضمن حيثيات قرار التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية، سنتولى تحديد محوران أساسيان: يتمثل الاول في تحديد مناهج تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من خلال المواد محل التفسير من المحكمة الدستورية، مع اعتبار خصوصية المشهد القانوني والسياسي بفلسطين، ثم التطرق الى الاستثناءات القانونية وحدود انطباقها.

المحور الأول: مناهج تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من خلال المواد 47 و 47 مكرر و 47 / 3 من القانون الأساسي المعدل

تولت المحكمة الدستورية في مستهل قرارها التطرق الى أحكام الفصل 47 من القانون الأساسي، معتبرة ان سنن القوانين من صلاحيات السلطة التشريعية الممثلة في المجلس التشريعي، وبالرجوع الى منطوق المادة 47 نبتين ان للمجلس التشريعي صلاحياتان أساسيتان أصليتان، تتمثل الأولى في الصلاحية التشريعية، أما الثانية فهي رقابية مع وجود صلاحيات أخرى فرعية تم تعدادها بالمادة آنفة الذكر، ويعد هذا التوضيح تكريسا من المحكمة الدستورية لروح مبدأ الفصل بين السلطات واحتراما للمادة 2 من القانون الأساسي، وفي ذات الاطار أكدت في تفسيرها للمواد 47 مكرر و 47 / 3 ان الولاية الزمنية للمجلس التشريعي محددة بأربع سنوات، على أساس القاعدة الفقهية المشروعية الديمقراطية، وتكريسا للتجديد الدوري للمجلس التشريعي عن طريق الانتخابات، كما نزلت المحكمة الدستورية المواد المذكورة سلفا ضمن سياقها الواقعي، والتمثل في الظروف التي تعيشها البلاد والتحديات الكبرى التي تواجهها على واجهتين، الاولى وتمثل في حقيقة الاحتلال، والثانية في الخلاف الحاصل بين الاطراف السياسية بالبلاد.

تولت المحكمة الدستورية تحليل المواد القانونية موضوع طلب التفسير بعضها ببعض، وهو

ما جعلها تقر بشرعية المجلس التشريعي المنتهية ولايته الى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد لليمين الدستورية، وهو ما يضمن نوعاً من المرونة اعتباراً لخصوصية الوضع القانوني للمجلس التشريعي الفلسطيني، لا سيما وأنه إضافة لما تقدم فقد تعذر عليه الانعقاد منذ سنة 2007 للأسباب سالفة الذكر .

لقد اعتمدت المحكمة الدستورية، في اقرار مبدأ تمديد ولاية المجلس التشريعي لأكثر من أربع سنوات الى جانب المنهج التألفي لتفسير المواد القانونية ذات الصلة، فإنها أصلت هذه الاستمرارية للمجلس التشريعي المنتهية ولايته بسابقة حصول ذلك بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2002، حين تعذر القيام بالانتخابات التشريعية نتيجة مضايقات الاحتلال وغياب الظروف الضرورية والملائمة لإجراء الانتخابات، وبناء على ما تقدم فإن المحكمة الدستورية قد تولت تفسيرها المواد المعروضة على أنظارها من خلال تمشي قانوني وواقعي تجنبا للبلاد من مأزق الفراغ على مستوى أحد أهم السلطات وحسن دراية بخصوصية المشهد السياسي والأمني للبلاد، مما جعله تفسيراً ملائماً لروح المشرع ومنسجماً مع السياق الواقعي والسياسي لفلسطين، وعليه فإن المحكمة الدستورية كانت محقة حين انتهت الى اعتبار ان الولاية الزمنية للمجلس محددة بأربع سنوات من تاريخ انتخابه، وان هذه الولاية تستمر ضرورة الى حين أداء الأعضاء الجدد لليمن الدستورية.

تطرقنا الى تفسير ما تبقى من المواد ضمن المحور الثاني من هذا العمل، والمتمثل في تناول الاستثناءات والمتعلقة أساساً بممارسة رئيس السلطة الفلسطينية لصلاحيات تشريعية.

المحور الثاني: الاستثناءات القانونية، ماهيتها وحدودها، المادة 96 من النظام الداخلي في ترابط بالمادة

1/53 من القانون الأساسي المعدل والمتعلقة بالحصانة التشريعية

أقر القانون الأساسي المعدل استثناء يتمثل في تمكين رئيس السلطة التنفيذية من صلاحيات تشريعية استثنائية في حالات الضرورة، وفي غير انعقاد المجلس التشريعي، وتمارس وفق صيغ محددة، وفي هذا الاطار اعتبرت المحكمة الدستورية ان حالة الضرورة هي علة اختصاص السلطة التنفيذية لمواجهة أوضاع طارئة، وهو ما يجزنا لتفحص الشروط واجبة التوفر لحسن دراسة المنحى الذي انتهجته المحكمة الدستورية في تفسيرها للمواد ذات الصلة بالمحور الثاني.

لقد اشترطت المادة 43 من القانون الأساسي لشرعية ممارسة رئيس السلطة التنفيذية صلاحيات تشريعية ما يلي:

- توفر حالة ضرورة لا تحتمل التأخير.
 - اصدار قرار بقانون في غير انعقاد للمجلس التشريعي.
 - عرض القرار بقانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد اصداره.
- في هذا الاطار وجب التأكيد على انه منذ تعطل انعقاد المجلس التشريعي، تولى رئيس السلطة التنفيذية اصدار قرارات بقوانين، من ذلك قرار بقانون رقم 2 لسنة 2008 المؤرخ في 18/03/2008، والمتعلق بتعديل قانون ضريبة الدخل رقم 17 لسنة 2005، والقرار بقانون عدد 12 لسنة 2007 والمؤرخ في 06/10/2007، والمتعلق بالمصادقة على الهيكل التنظيمي وجدول تشكيلات الوظائف لديوان الرقابة المالية والإدارية، وهو ما يساعد على فهم الاطار القانوني العام، وعليه فهم الأساس المعتمد من المحكمة الدستورية العليا في اجتهادها.

لقد تعهدت المحكمة الدستورية بالتفسير للمادة 96 من النظام الداخلي في ترابط بالمادة 1/53 من القانون الأساسي المعدل، والمتعلقة بالحصانة التشريعية، والتي مثلت مجال تدخل رئيس السلطة الفلسطينية لاتخاذ قرار بقانون لرفع الحصانة على أحد أعضاء المجلس التشريعي، وفي هذا الاطار تولت المحكمة الدستورية كما سبق وتم بيانه تأصيل العمل التشريعي، واعتباره من صلاحيات المجلس التشريعي، في حين يتولى رئيس السلطة ممارستها استثنائيا، معتبرة ان حالة الضرورة متوفرة في صورة الحال دون أن تخوض في تحليلها والتعمق فيها، وهو أمر طبيعي لأن مناط قرارها تفسيرا فحسب يشمل القانون دون النقاش في الأصل والموضوع، كما أنت في صياغة قرارها على توفر شرط عدم انعقاد المجلس.

تولت المحكمة كما سلف بيانه بالمحور الأول، التأكيد على أن ولاية المجلس التشريعي ممتدة الى حين تمكن أعضاء المجلس الجديد من أداء اليمين الدستورية، واعتبار ذلك شرطا ضروريا لممارسة النشاط البرلماني، وبما انه قد تعذر انعقاد المجلس للأسباب السالفة الذكر، فإن تدخل رئيس السلطة التنفيذية في طريقه بإصدار قرار بقانون يقضي برفع الحصانة بشأن عضو المجلس التشريعي.

وبالتمعن في التمشي القانوني التابع من المحكمة الدستورية العليا فيما انتهت اليه من اجتهاد، فإنه يلاحظ اعتماد منهج يزواج بين الواقع والقانون، وذلك ما يؤكد على خصوصية التجربة الفلسطينية، من حيث ظروف البلاد وتحدياتها والمخاطر التي تحيط بها، وهو ما يجعل قرارها في طريقه من حيث الواقع والقانون.

مجلة القدس للعلوم القانونية والسياسية شروط وقواعد النشر

١. أن يمثل البحث إضافة علمية، نظرية أو تطبيقية، في أحد الموضوعات التي تشغل الفكر القانوني أو السياسي.
٢. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة وبسلامة ودقة اللغة.
٣. تكتب البحوث باللغات؛ العربية والانجليزية.
٤. أن يتضمن البحث ملخصين للبحث أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الانجليزية، على ألا يتجاوز كل منهما ١٥٠ كلمة، مع ضرورة كتابة عنوان البحث باللغة الانجليزية.
٥. ألا تزيد عدد صفحات البحث على (٣٠) صفحة بما في ذلك المراجع، أما الملاحق فتدرج بعد قائمة المراجع، علماً أن الملاحق لا تنشر وإنما توضع لغرض التحكيم فقط.
٦. يجب أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، اسم المؤلف (المؤلفين)، جهة العمل والبريد الالكتروني للمؤلف (المؤلفين) ووسيلة الاتصال التليفوني.
٧. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد سبق نشره أو تقديمه للنشر إلى جهة أخرى، ويقدم الباحث تعهداً بذلك، فيما لهيئة التحرير أن تقدر إعادة نشر البحث باللغة العربية سبق نشره بلغة أخرى.
٨. ألا يكون البحث جزءاً من رسالة ماجستير أو دكتوراه، أو جزءاً من كتاب منشور.
٩. أن يتحلى الباحث في بحثه بالأمانة العلمية، والمجلة غير مسؤولة عن أي سرقة علمية تتضمنها البحوث المنشورة بها.
١٠. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، بما في ذلك التقديم للبحث وتحديد أهدافه والمنهجية المتبعة في إعدادها، وتنسيق أقسامه، لسهولة الرجوع إليه، والتوثيق الكامل للمراجع والجداول، وإعداد الرسوم البيانية بصورة

تبصر تصويرها وطباعتها، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه البحث من نتائج وأهم ما أوصى به من توصيات.

١١. يكتب البحث باللغة العربية بخط Simplified Arabic حجم (١٤) للنصوص في المتن، وبالحظ نفسه بحجم (١٢) للهوامش، وتكتب البحوث باللغة الانجليزية بخط Times New Roman بحجم (١٤) للنصوص في المتن، وبالحظ نفسه بحجم (١٢) للهوامش.

١٢. تثبت الهوامش في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل أو منفرد.

١٣. توثق المراجع في الهوامش كالتالي (اسم عائلة المؤلف أو شهرته، يليها اسمه، سنة النشر بين قوسين، عنوان الكتاب، الطبعة، الناشر، مكان النشر، رقم المجلد، رقم العدد (إن وجد)، الصفحة).

١٤. ترتب المراجع والمصادر في نهاية البحث "الفهرس" حسب الحروف الأبجدية لكنية / عائلة المؤلف، ثم يليها اسم المؤلف، عنوان الكتاب أو البحث (مكان النشر، الناشر، الطبعة، سنة النشر) الجزء أو المجلد.

١٥. بالنسبة لمراجعات ونقد الكتب التي صدرت حديثا في مجال الدراسات القانونية والعلوم الاقتصادية، تقدم هذه المراجعات وتلك الانتقادات إلى المجلة فيما لا يزيد على (١٠) صفحات، بحيث تتضمن ملخصا لمحتويات الكتاب وأهم الأفكار التي وردت فيه، وإيجابياته وسلبياته، ويجب أن تحتوي الصفحة الأولى من تقرير المراجعة أو النقد على اسم مؤلف وعنوان الكتاب، واسم البلد واسم الناشر وعنوانه، وكذلك سنة النشر، وعدد صفحات الكتاب، واسم المراجع ودرجته العلمية ووظيفته الحالية وجهة عمله وعنوان بريده الإلكتروني.

١٦. بالنسبة للتقارير التي تعد عن المؤتمرات التي عقدت حديثا في إحدى المجالات المتصلة بمجالات عمل المجلة، يجب ألا يزيد عدد

صفحات كل منها عن (٥) صفحات، بحيث يتضمن التقرير محاور المؤتمر أو الندوة، والأبحاث التي قدمت في أي منها، وأهم القرارات والتوصيات التي صدرت عنها.

١٧. بالنسبة للملخصات الرسائل العلمية (الماجستير والدكتوراه)، يقوم صاحب الرسالة، بعد مناقشتها وحصوله على الدرجة العلمية التي قدمت الرسالة من أجل الحصول عليها، يعمل ملخص علمي لرسالته، لا يزيد على (٥) صفحات، ويراعي أن تحتوي الصفحة الأولى على عنوان الرسالة واسم الباحث وعنوان بريده الإلكتروني، وأسماء المشرفين عليها، وأسماء لجنة الحكم على الرسالة ومناقشتها، والقسم العلمي والكلية والجامعة التي اجازتها، مع وصف موجز لموضوع الرسالة والإشكالية التي أثارها وتقسيماها وأهم النتائج التي وصلت إليها وأهم التوصيات التي أوصت بها.

١٨. يتم إبلاغ الباحث بتسلم المجلة لبحثه خلال أسبوعين من تاريخ تسليم المجلة للبحث.

١٩. ترتب البحوث التي تصل إلى المجلة حسب تاريخ ورودها إليها وتكون أولوية النشر تبعا لأسبوعية استلام المجلة للبحث وحسب تاريخ وصول الأبحاث من هيئة التحكيم.

٢٠. تحال جميع البحوث المقدمة للنشر إلى متخصصين لتحكيمها علميا، ويلقي البحث القبول النهائي بعد أن يقوم المؤلف بإجراء التعديلات التي يطلبها المحكمون (إن طلب التعديل وربطت النشر بإجراء التعديلات التي يطلبها المحكمون)، ومع ذلك فإن المسؤولية عن محتويات البحث تقع على الباحثين وحدهم، حيث تعبر البحوث المنشورة في المجلة عن وجهة نظر كاتبها، وليس عن وجهة نظر المجلة، وبالتالي لا تكون هيئة التحرير مسئولة عنها.

٢١. تقوم إدارة المجلة بإخطار الباحث بالرأي النهائي للمحكمين بخصوص أبحاثهم قبولا أو رفضا أو تعديلا، والمجلة غير ملزمة بتبرير الرفض.

٢٢. البحوث التي ترد للمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.

٢٣. لا يجوز للباحث أن يسحب بحثه من النشر بعد إرساله إلى المجلة إلا لأسباب مقدمة، على أن يكون ذلك قبل إخطار الباحث بالموافقة على نشر بحثه في المجلة.

٢٤. يصح البحث المنشور في المجلة ملكا لها ولا يجوز إعادة نشره في أماكن أخرى إلا بإذن كتابي من إدارتها.

٢٥. يعطى الباحث الذي تم قبول بحثه للنشر في المجلة شهادة معتمدة من المجلة تفيد قبول بحثه للنشر بالمجلة وتاريخ النشر والعدد الذي نشر به.

٢٦. تزود المجلة الباحث بنسخة من العدد الذي نشر فيه البحث، وعدد ٥ مستلآت من البحث.

٢٧. يلتزم الباحث بدفع مبلغ مالي قدره مائة دولار أمريكي لإدارة الكلية وتحتسب من كلفة التحكيم للأبحاث التي تلزم بتوفيره الكلية.

٢٨. يسلم الباحث ٢ نسخة ورقية مطبوعة من البحث بالإضافة إلى نسخة الكترونية (CD) بصيغة وورد.





جامعة القدس
Al-Quds University



مجلة العلوم القانونية السياسية

مجلة علمية محكمة
نصدر عن جامعة القدس - كلية الحقوق - القدس
العدد (0) - سنة 2018

مجلة القدس للعلوم القانونية والسياسية هي مجلة علمية محكمة نصدر عن جامعة القدس كلية الحقوق وهي تأتي في سياق المنظومة المعرفية الأكاديمية في الجامعة وفي إطار تطوير العمل الأكاديمي والبحثي للرقى بالواقع الفلسطيني مواكبة التطورات العلمية والبحثية في القضايا المتعلقة بالقانون والسياسة وتعميق العمل البحثي القانوني والسياسي وترسيخه في إطار مجلة علمية تخضع لقواعد التذكيع العلمي المنبع في النظم العلمية والبحثية.

إن عمادة كلية الحقوق بجامعة القدس وهي تسعى إلى تطوير البحث العلمي ونوثيقه وتطوير قدرات الأئساذة والباذئين من منسببها نطاق مجلتها الأولى التي سنحمل نتاج الباذئين والأئساذة والقانونيين والسياسيين من الجامعات والنخب السياسية والأكاذيمية الفلسطينية لتكون مرجعا مهما يضاف إلى المكنتبة العربية عامة والفلسطينية خاصة.

وهي نمكي بكافة الأبحاث وأوراق العمل والمقالات القانونية والسياسية الجديدة والحديثة سواء باللغة العربية أو الإنجليزية لإخضاعها للتذكيع والنشر من كافة الباذئين بشأن القضية الفلسطينية بصورة عامة.

ثمن النسخة:

الأردن: ٤ دينار - الإمارات: ٤ درهم - البحرين: ٤ دينار - تونس: ٤ دينار - الجزائر: ٢٥٠ دينار
جيبوتي: ٣٥٠ فرنك - السعودية: ٤٠ ريال - السودان: ٥ جنيه - سوريا: ٢٢٥ ليرة
الصومال: ١٩٠٠٠ شلن - العراق: ١٨٥٠ دينار - عمان: ٤ ريال - فلسطين: ٢,٥ دينار - قطر: ٤٠ ريال
الكويت: ٣,٥ دينار لبنان: ٦٢٥٠ ليرة - ليبيا: ٤ دينار - مصر: ١٠ جنيه - المغرب: ٤٠ درهم
موريتانيا: ٣٠ أوقية - اليمن: ٥٠٠ ريال - لندن: ٩ جنيه إسترليني - في سانر دول العالم ١٢ دولار أمريكي

الإشترابات:

الدول العربية: الأفراد: ٤٠ دولار - المؤسسات: ٦٠ دولار
جمهورية مصر العربية: الأفراد: ٥٠ جنيه
المؤسسات: ٦٠ جنيه
سانر دول العالم: الأفراد: ٦٠ دولار - المؤسسات: ١٠٠ دولار

<http://jolps.alquds.edu/index.php/jolps>