

سعة الوكالة في اصدار الكفالة
دراسة تحليلية لحكم محكمة التمييز بالطعنين
رقمي 3561، 3526 لسنة 2018 تجاري/2 المؤرخ
2019/7/7 (*)

د. فايز عبدالله الكندري
أستاذ مشارك بقسم القانون الخاص
كلية الحقوق – جامعة الكويت
عميد شئون الطلبة سابقاً

(*) حكم غير منشور، باعتبار صدوره حديثاً. وهذا شأن عدد من الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة، التي سوف يتم الإشارة إليها. والتي استطعنا بتوفيق من الله في الوصول إليها بتعاون وتفهم البنوك المحلية وغيرهم.

في نزاع قضائي حديث بين عميل والبنك الأهلي المتحد بشأن كفالة شخصية تم منحها للبنك بموجب وكالة عامة نص فيها صراحة على سلطة وأحقية الوكيل في إعطاء الكفالات عن موكله، قضت محكمة أول درجة وأيدتها في ذلك محكمة الاستئناف بعدم نفاذ عقد القرض المضمون بالكفالة الشخصية في مواجهة الكفيل ومن ثم عدم أحقية البنك بمطالبة الكفيل بقيمة القرض المضمون بكفالاته، وذلك على سند من أن الكفالة في الأصل تبرعيه، أي من أعمال التبرع، وبالتالي يتعين أن تصدر في وكالة خاصة يتحدد فيها تفصيلاً محل الكفالة على وجه التخصيص.

طُعن على هذا الحكم بالتمييز، وقضت محكمة التمييز - في غرفة المشورة - بعدم قبول الطعن لكون ما هو معروض عليها متعلق بمسألة موضوعية تنأى عن رقابتها محكمة التمييز ومما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع من ناحية، ولعدم تضمين الوكالة التي تم التوقيع بموجبها على عقد الكفالة الشخصية تعييناً كافياً للدين المكفول من ناحية أخرى⁽¹⁾.

وهو ما حدا بإدارة التوثيق في وزارة العدل بمنع إصدار وكالات عامة مدرج فيها عبارة "إعطاء الكفالات"، لتصدر بعد ذلك تعميماً⁽²⁾ يقضي بحذف هذه العبارة من نماذج التوكيلات الرسمية العامة المدرجة على جهاز الحساب الآلي للإدارة، ووجهت موثقها بمراعاة استصدار توكيل رسمي خاص (موثق) في حالة طلب

((1)) الطعن بالتمييز رقم 132 لسنة 2018 تجاري/3- جلسة 2018/9/24.

((2)) تعميم داخلي رقم 147 لسنة 2019- صادر بتاريخ 2019/5/8.

صاحب الشأن توكيل يتضمن إعطاء الكفالات على أن يشمل بيانات القرض وقيمه ومدته وتعيينه تعييناً كاملاً وفق لنموذج خاص أعد لهذا الغرض⁽¹⁾.

البنوك من جهتها عقدت اجتماعات عاجلة مع الإدارات المعنية فيها (القانونية - عمليات الائتمان - المخاطر - تمويل الشركات) لمناقشة تداعيات قرار محكمة التمييز والمخاطر والآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على الكفالات الشخصية والعينية التي مُنحت على سند من وكالة عامة مدرج فيها عبارة "إعطاء الكفالات"، وأوقفت التعامل بموجب الوكالة العامة حتى ولو كان منصوص فيها على عبارة (إعطاء الكفالات) وذكر فيها الرهن لقبول الكفالات الشخصية والعينية في عقود تسهيلات الائتمانية، وطلبت أن يتم توقيع الكفيل شخصياً بنفسه على عقد التمويل وإقرار الكفالة سواء أكان الكفيل شخص طبيعى أو شخص اعتباري.

((1)) توكيل رسمي خاص إعطاء الكفالات:

إنه في يوم _____ الموافق _____

لدي أنا: _____ الموثق بالإدارة رقم المعاملة: _____

حضر: _____

باتخاذ كافة الإجراءات الرسمية والقانونية لتمثيله أمام بنك _____ وأمام كاتب العدل (الموثق) بوزارة العدل والتوقيع نيابة عنه كفيلاً وضامناً على القرض الرسمي بمبلغ _____ ومدته _____ والمضمونة برهن _____ الموصوفة بالوحدة رقم _____ من القطعة رقم _____ وأوصافه _____ والتوقيع على كافة ما يلزم من أوراق وسجلات وفي تقديم وسحب جميع المستندات اللازمة وله أن يوكل من يشاء في كل ما تقدم أو بعضه وله كافة الصلاحيات بخصوص ما ذكر.

كما عقدت لجنة المستشارين القانونيين باتحاد مصارف الكويت⁽¹¹⁾ إلى اجتماع عاجل لمناقشة وجهة النظر القانونية في القرار المشار إليه وتداعيات تأثيره على البنوك، وانتهت إلى توصية بعدم قبول توقيع وكيل الكفيل على عقود التمويل المصرفية بموجب وكالة عامة وأن كان التوكيل يتسع لهذا التصرف ومنصوص فيه صراحة على الرهن إعطاء الكفالات، وذلك من باب الاحتراز وإلى حين الوقوف على تبعات قرار محكمة التمييز.

العرض السابق لقرار محكمة التمييز الصادر في غرفة المشورة بتاريخ 2018/9/24 وتبعاته كان مقدمة لازمة لبيان سبب اختيارنا في هذا البحث التعليق على حكم لمحكمة التمييز صدر لاحقاً على القرار المشار إليه بفترة لم تتعد السنة من تاريخ صدور هذا القرار، والتي استطاعت به المحكمة - وكذا محكمة الاستئناف ومحكمة الدرجة الأولى - من الفصل وبجداره بنزاع قانوني مماثل بتاريخ 2019/7/7 في مسائل قانونية حول مشروعية منح الكفالة بموجب وكالة خاصة منصوص فيها فقط على إعطاء الكفالات، وذلك بقضائها برفض بطلان رهن رسمي لعقار ورهن حيازي لأسهم وكفالة شخصية تضامنية أجريت بموجب عقدي تسهيلات مصرفية على سند من هذه الوكالة وبالرغم من خلوها من بيان العقار

((1)) يهدف اتحاد مصارف الكويت إلى دعم الروابط بين المصارف المحلية وتوثيق عرى التعاون بينها والتنسيق بين نشاطاتها. وعضوية الاتحاد من أعضاء عاملون وهم المصارف الكويتية المسجلة في سجلات البنوك لدى البنك المركزي، وأعضاء منتسبون وهم فروع المصارف الأجنبية التي يرخص لها بمزاولة أعمالها في دولة الكويت.

والأسهم المرهونة على وجه التخصيص وعدم تحديد الدين المضمون بالوكالة تحديداً دقيقاً⁽¹⁾.

ليبدد ذلك الكثير من المخاوف لدى البنوك من مخاطر فقد ضماناتها في عقود تسهيلات المصرفية بالنسبة للكفالات الشخصية والعينية التي منحت على سند من وكالات خاصة خلت من تعيين محل هذه التصرفات على وجه التخصيص، وبما يضمن استمرار فعالية الكفالة كتأمين خاص في تحقيق غايتها بعدم إجماع البنوك تبعاً بقبولها عن طريق وكالة عامة وفق ما جرى العمل عليه فيها، وبالتيسير لعملائها وتمكينهم من قضاء احتياجاتهم للتمويل المصرفي.

حيث لا ريب بأن التأمينات الخاصة بنوعيتها تلعب دوراً مزدوجاً، فإلى جانب وظيفتها التأمينية التي تتمثل في ضمان حصول البنوك وغيرهم من الدائنين على حقوقهم إزاء عجز الضمان العام عن توفير ذلك⁽²⁾، هناك وظيفة ائتمانية

(1) محكمة التمييز - الطعنين بالتمييز رقمي 3516، 3526 لسنة 2018 تجاري/2 - جلسة 2019/7/7.

(2) بشأن الحاجة إلى التأمينات الخاصة، انظر: الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني- ج 10- في التأمينات الشخصية والعينية- دار النهضة العربية- 1994- ص 9، الدكتور حسام الأهواني- التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي- مؤسسة دار الكتب- الطبعة الأولى- الجزء الأول- 1985- ص 7 وما بعدها، الدكتور جابر محجوب والدكتور فايز الكندري- التأمينات العينية في القانون الكويتي- الكويت- 2004- ص 5 وما بعدها، الدكتور سامي الدريعي- أحكام التأمينات العينية في القانون الكويتي- الكويت- 2013- ص 4.

على قدر كبير من الأهمية. فعن طريق التأمينات الخاصة يمكن للشخص - طبيعيا كان أو اعتباريا - الحصول على الائتمان الذي يحتاج إليه مع تقديم ضمان كاف للبنك يجعله واثقا من استيفاء حقه عند حلول الأجل، وانتشار الائتمان ييسر التعامل ويساعد على تداول الأموال ويحقق، من ثم، نتائج اقتصادية بالغة الأهمية⁽¹⁾.

لما كان ذلك، وكان التأمين الخاص الذي يحصل عليه الدائن قد يتمثل في التزام شخص آخر غير المدين بالوفاء بالدين إذا لم يوف به المدين نفسه بنموذج الكفالة الشخصية (كفيل شخصي) الذي يضم الكفيل ذمته إلى ذمة المدين ويكون ملتزما عنه بالدين (تأمين شخصي)، أو بكفالة عينية (تأمين عيني) يخصص فيها غير المدين لمال مملوك له - عقارا أو منقولا- لتأمين حق الدائن بمنحه ميزتي التقدم والتتبع في التنفيذ على المال، وقد درج العمل في المصارف على قبولها منه في عقود تسهيلات المصرفية بموجب وكالة خاصة ينص فيها صراحة على الرهن وعبارة "إعطاء الكفالات" دون تحديد محلها، كانت الحاجة ماسة لدراسة تحليلية لمدى سعة هذه الوكالة الخاصة في منح الكفالات الشخصية والعينية من خلال التعليق على حكم محكمة التمييز سالف الذكر - والذي نحسبه بأنه آخر حكم صدر في هذا الموضوع تحديدا - بالمبادئ القانونية التي ارستها ومقارنتها مع التطبيقات القضائية السابقة في هذا الشأن ومحاولة البحث في أبعادها، على أمل أن نوفق أن نضع بين يدي المعنيين من قضاة ومحامين وباحثين وعاملين في وزارة

((1)) الدكتور جابر محجوب والدكتور فايز الكندري - ص9- فقرة 6.

العدل والبنوك وغيرهم من المهتمين دراسة متخصصة في هذا الجانب، بخلاف المراجع العامة والأبحاث القانونية التي انصرفت لدراسة عقد الوكالة والكفالة واحكامهما بصفة عامة.

وحتى يتسنى لنا ذلك، نعرض في المبحث الأول للأحكام الخاصة بسعة الوكالة ومن ثم نطاق الكفالة وطبيعتها القانونية. نستهل بعدها، في المبحث الثاني، في التعليق على حكم محكمة التمييز. وقبل ذلك نعرض في مبحث تمهيدي وقائع الحكم واسبابه.

مبحث تمهيدي: وقائع وأسباب الحكم.

المبحث الأول: احكام الوكالة والكفالة.

المبحث الثاني: التعليق على الحكم.

مبحث تمهيدي

وقائع الحكم وأسبابه

من أجل الإلمام بوقائع النزاع في الدعوى، نعرض لقضاء محكمة الدرجة الأولى، ومحكمة الاستئناف، ثم نتناول قضاء محكمة التمييز.

وعلى ضوء ما انتهى إليه من مبادئ ومقارنته بما صدر من أحكام قضائية في أنزعه قضائية مماثلة، نشرع بعد ذلك في دراسة حدود اعتبار الكفالة من أعمال التبرع (أولاً)، وحدود السلطة التقديرية للمحكمة في هذا الشأن (ثانياً).

وقبل ذلك، من الأهمية بمكان التأكيد على أن التعليق على الأحكام القضائية لا يمثل مساساً بها ويكون الحكم القضائي عنواناً للحقيقة، إذ إن الفقه والقضاء تفسيران يكمل بعضهما البعض الآخر، كلاهما له دور فاعل في تطوير القواعد القانونية وتفسيرها⁽¹⁾، وبأن الغاية الأساسية للبحث هي في تنمية الثقافة القانونية وربط التطبيق بالنظرية⁽²⁾.

(1) حول هذا الموضوع انظر الدكتور محمد هشام قاسم - أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون - محاضرة أقيمت بجامعة الكويت بتاريخ 1968/4/1 - مجلة القضاء والقانون - العدد الثاني - السنة الأولى - 1968 - ص 10 وما بعدها.

(2) بشأن التعليق على الأحكام القضائية، انظر الدكتور عبدالفتاح مراد - أصول التعليق على أحكام القضاء - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - 2008 - ص 475.

1- قضاء محكمة الدرجة الأولى

المدعي كفيل عيني راهن وشخصي متضامن أقام الدعوى ضد بنك وآخرون بطلب الحكم ببطلان الرهن الرسمي الوارد على عقار يملكه، وكذلك بطلان الرهن الحيازي لأسهم المدعي والبالغ عددها 29625000 وما يترتب على ذلك من آثار بمحو وشطب قوائم القيد وذلك بخصوص العقد رقم جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 المبرم بين المدعى عليه الأول (البنك) والمدعى عليها الثانية (زوجة المدعي). كما طالب ببطلان الكفالة الشخصية التضامنية وذلك بخصوص العقد المذكور، وكذلك بخصوص العقد رقم جلد/٣ المؤرخ 2007/11/1 والمبرم بين المدعى عليه الأول (البنك) والمدعى عليها الثالثة (شركة عقارية).

وذلك على سند من القول بأنه كفيل عيني راهن لعقار وأسهم وكفيل شخصي متضامن للمدعى عليها الثانية بصفتها مدينة للبنك بمبلغ سبعة وعشرين مليون وخمسمائة ألف دولار أمريكي وذلك بموجب عقد رسمي بتسهيلات مصرفية بالدولار الأمريكي المؤرخ في 2007/12/11، كما أنه أيضا كفيل شخصي متضامن للمدعى عليها الثالثة بصفتها مدينة للبنك بموجب عقد تسهيلات المؤرخ في 2007/11/1 عبارة عن قرض خمس ملايين دينار كويتي وقرض دائري يدور كل 90 يوما بمبلغ ستة ملايين دينار كويتي حد لخطابات ضمان شراء ١٢ شهر بمبلغ ستمائة ألف دينار كويتي بمجموع احدى عشر مليون وستمائة ألف دينار كويتي. وبأن البنك قد باشر إجراءات التنفيذ الجبري عليه بصفته كفيل شخصي متضامن

وكفيل عيني راهن للمدعى عليها الثانية وكفيل شخصي متضامن للمدعى عليها الثالثة استنادا للعقدين سالفى الذكر، ولما كان هذا الرهن الرسمي على العقار والرهن الحيازي للاسهم والكفالة الشخصية التضامنية الواردة بهما قد تم توقيعها من وكيل لا يملك سلطة القيام به لخلو الوكالة التي تم بموجبها إجراء الكفالة والرهن من بيان العقار والأسهم المرهون وتعيينه على وجه التخصيص، كما أن هذه الوكالة لا تجيز للوكيل جراء الكفالة الشخصية التضامنية الواردة في العقدين الأمر الذي يبطل معه هذه الكفالة عملا بأحكام المادة 702 من القانون المدني، كما أن الدين غير محدد تحديدا دقيقا في الوكالة الامر الذي يبطل الرهن لذلك عملا بأحكام المادة 981 من ذات القانون.

من جانبه، قام البنك - بموجب صحيفة - بإدخال خصم جديد (أم المدعي) لكونها من أطراف عقد التسهيلات المؤرخ في 2007/12/11 وإلزامها بتقديم ما تحت يدها من مستندات خاصة بهذا العقد بشأن الدعوى رقم 2009/26 المقامة في إمارة دبي (في الإمارات العربية المتحدة) المقضي فيها بتاريخ 2015/10/7 لصالحها ونجلها المدعي وزوجته المدعى عليها الثانية ضد بنك محلي عامل في دبي، وأيضا بشأن الدعوى المتداولة في دبي برقم 2016/14م المقامة منهم ضد البنك المذكور بالمطالبة بالتعويضات التكميلية تأسيسا على أنها أحد أطراف العقد المشار إليه كما أنها أحد أطراف الدعاوى المذكورة والمرفوعة في دبي بشأن طلب التعويضات عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء خسارة استشاراتهم التي يديرها البنك المذكور والدعوى الأخرى بطلب التعويضات التكميلية.

كما قدم البنك حوافظ طويت على مستندات اهمها صور أحكام صادرة من الدوائر المستعجلة بطلب وقف بيع ضمانات العقد المذكور واشكالات التنفيذ، صور خطابات المدعي للبنك بطلب تسوية عقدي الرهن المؤرخين في 2007/12/11م و 2007/11/1م، صورة خطاب مكتب المدعي بتاريخ 2007/11/20 ببيان الأسهم المملوكة لإجراء الرهن عليها، صورة خطاب من مكتب المدعي بتاريخ 2007/11/22 بإرفاق أصل وثيقة تملك الأرض في الشامية محل الرهن .. وصورة كتاب آخر من المدعي بتاريخ 2007/11/18 ببيان بطاقات الأسهم مذيل بتوقيعه ... صورة كتاب مذيل بتوقيع المدعي إلى البنك بطلب تسوية المديونية عن العقدي سالف الذكر مؤرخ 2015/11/24... صورة كتاب آخر عن ذات الطلب بتوقيع المدعي بتاريخ 2014/11/3.

قضت محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 2018/5/7 برفض الدعوى⁽¹⁾، وذلك على سند أنه من المقرر بأن "الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلاً للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهناً رسمياً إذا كان الموكل هو نفسه المدين، أما إذا كان الموكل كفيلاً عينياً وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعاً وإن ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف .. لما كان ذلك وكان الثابت من المكاتبات بين المدعي والمدعى عليه الأول بعرض المدعي عقاره والأسهم على البنك الرهن ثم بطلب

((1)) القضية رقم 2017/1259 تجاري مدني كلي/12.

تسوية المديونية ما يدل على أن المدعي لم يكن متبرعا تبرعا محضا وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة التمويل المدعي عليها الثانية بالتسهيلات المصرفية (العقد المؤرخ 2007/12/11) للاشتراك معها في استثمارات خارجية مما تصح الوكالة بالتصرف وعليه يكون الطلب قائم علي سند صحيح وتقضي المحكمة برفضه".

وعن طلب المدعي بطلان الكفالة الشخصية التضامنية بخصوص العقد المؤرخ 2007/12/11 والعقد المؤرخ 2007/11/1 لصدوره من وكيل بوكالة عامة لا تبيح له سلطة القيام بها وانه يجب فيه توكيل عام وكانت المحكمة قد انتهت على النحو السالف بيانه إلى أن المدعي لم يكن متبرعا في تلك العقود سيما وأن المدعي هو الممثل القانوني للشركة الممنوح لها القرض في العقد رقمجلد/3 (العقد المؤرخ 2007/11/1)، ولما كانت عبارات التوكيل العام رقم جلد/6 قد جاءت صريحة في أحقية الوكيل في (إعطاء الكفالات) مما تخلص المحكمة إلى أن ارادة المدعي اتجهت إلى منح البنك المدعى عليه الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين مما تصح معه الكفالة الشخصية فيهما وعليه تقضي المحكمة برفض هذا الطلب".

2- قضاء محكمة الاستئناف

طعن المدعي بالحكم الصادر من محكمة أول درجة بالاستئناف والقضاء مجددا بطلباته السابقة وبذات الأسباب التي كان قد تمسك بها، وأضاف عليها اغفال

الحكم المستأنف الرد على دفاعه ببطلان عقد الرهن محل الدعوى لكون التوكيلات محل الرهن والكفالة صادرة من وكيل ليس له سلطة إبرام الرهن بموجب وكالة عامة وذلك لخلوها من تخصيص العقار محل الرهن وفي تحديد مبلغ الدين المكفول وفي تحديد المدين على وجه التخصيص مما يبطل الرهن والكفالة، وبأن الحكم قد انطوى على مخالفة للقانون والخطأ في تطبيقه بقوله أن الرهن محل الدعوى هو عمل تبرعي بالنسبة له بدلالة خلو الأوراق من دليل مديونيته للبنك أو أي من أطراف الدعوى وليست له أي مصلحة أو منفعة في عقد الرهن الأمر الذي يعيب الحكم المستأنف بما بوجب إلغاؤه.

قضت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 2018/12/2⁽¹⁾، وذلك بتقريرها على أن الحكم قد أصاب صحيح الواقع والقانون للأسباب السائغة التي بنى عليها، وعلى سند أيضاً من موافقة لاحقة وإجازة لتصرفات الوكيل.

حيث انتهت إلى أنه كان "الثابت للمحكمة من الطلب المقدم من المستأنف للبنك المستأنف ضده الأول والمذيل بتوقيعه والمؤرخ 2014/11/3 وذلك بخصوص تسوية مديونية العقدين رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 ورقم جلد/3 المؤرخ 2007/11/1م، وكان هذا الكتاب لاحق لتاريخ توكيل المستأنف لوكيله بموجب الوكالة العامة ومن ثم يكون قد أجاز تصرفه أنه كفيل عيني رهن

((1)) الاستئناف رقم 1517 لسنة 2018- تجاري مدني حكومة/1.

وشخصي متضامن لمديونية المستأنف ضدها الثانية بالعقد رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 وأنه كذلك كفيل عيني راهن وشخص متضامن لمديونية شركة (المدعي عليه الثالث) بموجب العقد رقم جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 فضلا عن إقرار المستأنف وموافقته على انه كفيل للمديونية الواردة بالعقد رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 وذلك حسبما ثبت من صحيفة الدعوى 2009/2903 تظلمات والمقامة منه ضد البنك المستأنف ضده الأول - تظلما من أمر منع سفره تنفيذ لعقد القرض سالف الذكر والذي يقر فيه المستأنف بعدم وجود أسباب تدعو للخشية من الدين لكونه كفيل لمديونية المستأنف ضدها الثانية المملوكة والمرهونة لتلك المديونية وكذا إقراره في الدعوى رقم 2009/4241م تجاري مدني كلي/13 تجاري والمقامة منه ضد البنك بندب خبير لبيان التسهيلات المصرفية المقدمة من البنك لشركة والذي يقر المستأنف فيها أيضا بأنه قام بكفالة هذه المديونية كفالة شخصية تضامنية الأمر الذي تستخلص معه المحكمة من كل ما تقدم على أن هناك موافقة لاحقة واجازة لتصرفات الوكيل بموجب الوكالة العامة رقمجلد6 بتاريخ 2006/9/26 وبأنه كفيل عيني راهن وشخصي متضامن لمديونية المستأنف ضدها الثانية والثالثة بموجب العقدين سالفين البيان وبصحتها ونفاذهما في مواجهته".

- قضاء محكمة التمييز

بالطعن في حكم محكمة الاستئناف بطريق التمييز بالطعنين رقمي 3516 و 3526 تمسك الكفيل (المدعي) بالطعن الأول على سبب واحد بمخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه، وتفسيره، والقصور في التسبيب، والفساد في الاستدلال، والإخلال بحق الدفاع، ومخالفة الثابت بالأوراق، على سند بأن محكمة الموضوع قد غيرت مركزه "من الكفيل المتبرع إلى المدين دون أن تبين الدليل القانوني والواقعي الذي استقت منه وقوع الاشتراك في الاستثمارات الخارجية كما لم تبين دليلها على أن الكفالة والرهن في العقدين لم يكن أي منهما علي سبيل التبرع وأن الطاعن حصل على مقابلتهما، كما أنه إذا كانت الرسمية ركن جوهري في عقد الرهن الرسمي فلا يجوز الاعتداد بمكاتبات ومراسلات وطلبات غير رسمية للقوا بإجازته وإذا كان الطاعن هو الممثل القانوني للشركة المطعون ضدها الثالثة الممنوح لها التسهيلات في العقد رقم جلد/3 (2007/11/1) فإن ذلك لا يعني اتحاد ذمته المالية مع ذمته المالية أو أنه يسأل عن ديونها في أمواله الخاصة سيما أنه ليس شريكا متضامنا فيها علاوة على أنه في العقد الثاني رقم جلد/3 (العقد المؤرخ 2007/12/11) لا يمثل المطعون ضدها الثانية المدينة الأصلية في العقد، كما أن كتاب الطاعن للبنك بخصوص تسوية الدين لا تتوافر فيه الرسمية المطلوبة في عقد الرهن الرسمي الذي إذا بطل فلا ترد عليه الإجازة علاوة على أن الحكم لم يورد في أسبابه ماهية العبارات التي تضمنها طلب التسوية واستدل منها على الإجازة اللاحقة لتصرف وكيله أو تلك التي تضمنتها صحيفتا الدعويين المار

ذكرهما واستخلص منهما وجود إقرار قضائي من الطاعن بالكفالات العينية والشخصية موضوع التداعي سيما أن ما ورد بصحيفتي الدعويين المنوه عنهم ما هو إلا وجه من أوجه دفاع الطاعن خاصة أن الرهن جاء باطلا بطلانا من النظام العام لا ترد عليه الإجازة ولا التصحيح ولا يجوز الاتفاق على صحته بما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب تمييزه".

وفي الطعن الثاني رقم 3526 نعى الكفيل الطاعن بخطأ الحكم الابتدائي في استناده إلى مجرد مكاتبات دائرة بينه والبنك وإلى طلبه المقدم للبنك لتسوية الدين المضمون بقوله "أنه ممثل للشركة المطعون ضدها الثالثة وأن عبارات التوكيل صريحة وتجزئ التوكيل أبرام الكفالات العينية والشخصية باسم الطاعن لأنه لم يجري تلك الكفالات على سبيل التبرع وإنما كان له مصلحة في إتمام التسهيلات المصرفية المضمونة لمشاركة المطعون ضدها الثانية في استثمارات خارجية كما تعمل بأن الحكم الصادر من محكمة استثمار دبي المقدم من البنك المطعون ضده الأول للتدليل على أن الطاعن له مصلحة في إتمام التسهيلات المصرفية المضمونة وليس متبرعا يتعارض مع صورة العقد رقم جلد/3 المؤرخ 2007/11/14 المقدمة من الطاعن لمحكمة أول درجة بجلسة 2017/12/25 الثابت بها أن الطاعن استحصل هو الآخر على قرض شخصي من البنك المطعون ضده الأول لتمويل استثماراته في دبي وأن المطعون ضدها السادسة (أم الكفيل الطاعن) استحصلت من البنك على قرض آخر وتم تسوية القرضين والتصالح بشأنهما مع البنك وصدر بالصلح الحكم رقم 4065 لسنة 2009 تجاري

وهو ما يعني أن استثمارات الطاعن في الخارج والتي طالب أمام محكمة دبي بالتعويضات عن خسائره فيها قام بتمويلها من أمواله الخاصة التي حولها للخارج أي أن هناك مغايرة بين قرض الطاعن وقرض المطعون ضدها الثانية وأنه لا يوجد ارتباط بين عقد الأخيرة الذي يكفله الطاعن وبين استثماراته في الخارج وهو ما أكدته الحكم الصادر من محكمة دبي مار الذكر الثابت به أن تعويضات الطاعن كانت عن استثمارات شخصية خاصة به ضد بنك..... ولا علاقة لها باستثمارات المطعون ضدهما الثانية والثالثة وهو ما يدل على عدم وجود مصلحة أو منفعة أو مقابل مادي حصل عليه الطاعن من تلك الكفالات ويؤكد أنها كانت على سبيل التبرع... بما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب تمييزه".

وتمهيدا لقضائها في الطعينين المار ذكرهما، أكدت محكمة التمييز على عدد من المبادئ القانونية اللازمة لذلك بشأن الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والتخصيص المطلوب حسب الأحوال في عقد الرهن والوكالة، وسلطة محكمة الموضوع في تحديد طبيعة العلاقة بين طرفي الخصومة، وحدود مسaire حكم الاستئناف لأسباب الحكم الابتدائي. وذلك بتقريرها على أنه "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة 981 من القانون المدني على أنه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين "يدل - وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية القانون - على جواز عقد رهن رسمي لضمان دين ينشأ

مستقبلا أو دينا احتمالية وإعمالا لمبدأ تخصيص الرهن الذي يترتب ضمانه لاعتماد مفتوح مشروط أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين وعلى ذلك فإن الدين المضمون لا بد أن يكون محددة تحديدا كافيا حتى يكون الرهن مخصصا من ناحيته وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص فلا يجوز أن ينعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين. و بأن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسميا إذا كان الموكل هو نفسه المدين أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات والا بطل التصرف. وبأن الرهن الحيازي طبقا لنص المادة 1027 من القانون المدني هو عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلي عدل يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون، وبأنه طبقا للمادة 1029 تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 974 و 975 و 978 و 981 و 982 و 983 المتعلقة بالرهن الرسمي. وبأن النص في المادة 745 من القانون المدني على أن "الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين" يدل، وعلى ما ورد المذكورة

الإيضاحية، على أن الكفالة تقتض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي، كما تقتض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي، كما تقتض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذه المدين. ومن المقرر أيضاً - في قضاء هذه المحكمة - بأن المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراءها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب ما دام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته وأن سائر المعاوضات وإن كان لا بد فيها من وكالة خاصة تطبيقا لحكم المادة 702 من القانون المدني - تبين نوع التصرف إلا أنه يصح أن تصدر دون تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف وذلك على خلاف التبرعات إذ يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضا في محله، وبأن لمحكمة الموضوع التعرف على حقيقة العلاقة التي تربط بين طرفي الخصومة، ولها استظهار مدلول الاتفاقات وفهم الواقع في الدعوى وتفسير العقود والمشارطات ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات العقد دون رقابة عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسبابه سائغة، وأنها إذا استندت إلى عدة قرائن مساندة تؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها فلا يجوز مناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم كفايتها في ذاتها وهي غير مكلفة أن تذكر في حكمها كافة حجج الخصوم وتفننها بل كل ما يتطلبه القانون منها هو أن يكون حكمها مسببا تسببيا كافيا لتسوية ما حكمت

به. وبأن لمحكمة الاستئناف وهي تؤيد الحكم الابتدائي، أن تحيل إلى ما جاء فيه سواء في بيان وقائع الدعوى أو في الأسباب التي أقيم عليها وأن تأخذ بأسباب الحكم الابتدائي دون إضافة متى رأت في هذه الأسباب ما يغني عن إيراد جديد، وبأن التناقض الذي يعيب الحكم هو ما تتماهى به أسبابه بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه أو أن يكون التناقض واقعة في أساس الحكم بحيث لا يفهم معه على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به. وبأنه إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاء وعلى دعامتين مستقلتين إحداهما عن الأخرى فإنه إذا استقامت الدعامة الأولى وكانت كافية وحدها لحمل الحكم فإن النعي على الدعامة الأخرى - برفض صحته - يكون غير منتج".

وما ان انتهت محكمة التمييز ببيان ما سلف من مبادئ قانونية، حكمت برفض الطعنين بقضائها على أنه "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء ورفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية المدينة في العقد الأول رقم جلد/ ٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم جلد/ 3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين وأن عبارات

التوكيل العام رقم جلد/6 المؤرخ 2006/9/26 قد جاءت صريحة في أحقية الوكيل في إبرام الكفالات والرهن وخلص الحكم من ذلك إلى أن الوكالة العامة بالتصرف التي تمت بموجبها تلك التأمينات الشخصية والعينية صحيحة وتحيز للوكيل إبرامها أي أن وكيل الطاعن الذي أبرم عقدي الرهن الرسمي والحيازي والكفالة الشخصية التضامنية لم يخرج عن حدود وكالته التي تبيح له إبرامها بعدما ثبت أن الطاعن لم يكن متبرعا. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاه أيضا برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون على ما استخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 بأن العقار المرهون معين بالعقد تعيين دقيقة من حيث طبيعته وموقعه وأن التسهيلات المصرفية محددة بمبلغ الدين الذي يضمنه الرهن والحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وبأنه متعلق بتسهيلات مصرفية في صورة خطابات ضمان لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد أقصى 27500000 دولار أمريكي وانتهى الحكم إلى صحة الرهن من حيث تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، وكان هذا كله الذي خلص إليه الحكم صحيحة سائغا له معينه ويتفق مع الثابت بالأوراق والعقدين والتوكيل ويتضمن الدعامة المستقلة الكافية لحمل قضاه والتي تكفي أيضا للرد على أسباب الاستئناف ومن ثم لا تكون محكمة الموضوع ملزمة من بعد بتتبع شتى مناحي دفاع الخصوم والرد عليها استقلالا، إذ في قيام هذه الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لما عداها، كما أنه لا يعيب الحكم المطعون

فيه عدم رده على دفاع الطاعن المتعلق بتناقض الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ أنه دفاع غير صحيح لأن الحكم جاء خاليا من التناقض إذ تضمن في اسبابه ومنطوقه رفض الدعوى، لما كان ذلك، فإن تعيب الحكم المطعون فيه في دعامته الثانية التي أوردتها دعما للحكم الابتدائي بخصوص الإجازة اللاحقة من الطاعن لتصرفات وكيله وإقراره اللاحق بالتأمينات المطعون عليها - أيا كان وجه الرأي فيها - يكون غير منتج ومن ثم غير مقبول ويضحي النعي بأسباب الطعن على غير أساس".

المبحث الأول

أحكام الوكالة والكفالة

الوكالة تحدد بصفة أساسية بالمساحة التي يتركها الموكل للوكيل في تنفيذ التصرفات القانونية، وتتسع تبعاً لما يتفق عليه الطرفان⁽¹⁾. مع ذلك، يقيد المشرع الوكالة في أعمال قانونية في حالات خاصة شأن الكفالة.

وهو ما يتطلب تباعاً البحث أولاً: في الأحكام العامة لسعة الوكالة المقررة في القانون المدني، ومن ثم الوقوف ثانياً: على موقع الكفالة منها وتحديد نطاقها.

أولاً: نطاق الوكالة

تمثل عقد الوكالة "مظهراً من مظاهر التعاون بين أفراد المجتمع، وخاصة عندما تكون الوكالة بلا أجر، ذلك أن كثيراً من الناس يحتاج إلى من ينوب عنه في إجراء

(1) حول هذا الموضوع راجع الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع - المجلد الأول - العقود الواردة على العمل (المقابلة - الوكالة - الوديعة - الحراسة) - محدث ومنقح بواسطة المستشار أحمد مدحت المراغي - عام 2010 - ص 302 وما بعدها، الدكتور محمد شريف عبدالرحمن - الوكالة في التصرفات القانونية - دار الفكر والقانون - عام 2011 - ص 14 وما بعدها، الدكتور قدري عبدالفتاح الشهاوي - أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن - عام 2001 ص 93، ص 94، الدكتور محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد - المجلد التاسع - عقد الوكالة - عقد الوديعة - عقد الحراسة - عقود الغرر (المقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة) - طبعة 2021/2020 ص 4 وما بعدها.

التصرفات التي لا يمكنه بها: لقلة خبرته، أو لبعده عن مكان إجرائها، أو لادخار وقته"⁽¹⁾.

وإذا كان عقد الوكالة من العقود القائمة على عنصر الاعتبار الشخصي، حيث إن الموكل يدخل في اعتباره شخصية الوكيل لاختياره نائباً عنه مقام نفسه في مباشرة التصرفات القانونية⁽²⁾، فإن ذلك لا يعني انحسارها فحسب بين الأشخاص التي تربطهم صلة قرابة أو علاقة زوجية، بل إنها تتعد ذلك من الناحية العملية باستخدامها بصفة شائعة من جانب ممثلي الشركات باختلافها ورجال الأعمال والتجار وغيرهم ممن درج على توكيل من يجد فيه أهلاً للثقة والكفاءة والدراية والخبرة لإدارة أعماله أو تفويضه بإبرام التصرفات القانونية نيابة عنه بسبب انشغالاته أو كثرة سفره للخارج أو لتجنب تكلف ومشقة وعناء مراجعة الجهات الرسمية وغيرها والحضور أمامها للتوقيع وتمام المعاملات السابقة على ذلك بالجهد والوقت المطلوبين.

(1) الدكتور محمد الألفي - عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة وأحكام الفقه الإسلامي - مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة - 1994 - ص 5، الدكتور محمد شريف عبدالرحمن - المرجع السابق - ص 32.

(2) في الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، انظر: الدكتور مشعل حياة - مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة. دراسة مقارنة وفقاً للقانون الكويتي والقوانين المقارنة - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد 1 - السنة 33 - 2009 - ص 13.

وقبل دراسة مدى سعة الوكالة في القانون الكويتي، يتعين التمييز بين الوكالة وإدارة الشركة لتحديد إطار البحث المائل.

1- الوكالة وإدارة الشركة

محل البحث حول سعة الوكالة بتقرير الحق للوكيل في إبرام عقد الكفالة باسم الموكل، أي في جميع الأحوال التي يبرم فيها العقد من خلال وكالة. وهو ما ينبغي عدم الخلط معه بين الوكالة وإدارة الشركة. إذ أن الممثل القانوني للشركة، من مدير أو مجلس إدارة الشركة ورئيس المجلس ونائبه حال غيابه، يعتبر أداة للشركة لا وكيلاً عنها⁽¹⁾.

ذلك أن التصرفات والأعمال التي يجريها نائب الشخص الاعتباري قد أجريت من قبل هذا الشخص الاعتباري مباشرة لا من قبل نائبه، وهي تعبر عن إرادة الشخص الاعتباري نفسه لا عن إرادة النائب. الشخص الاعتباري يتمتع بالإرادة التامة وأهلية الأداء، ولكنه لا يستطيع أن يعبر عن إرادته إلا بواسطة نائبة أو ممثلة الذي تتجلى

(1) انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري- العقود التي تقع على الملكية - الهبة والشركة- الجزء الخامس- دار النهضة العربية- 1987- ص 285، الدكتور عبدالرزاق السنهوري- المقالة والوكالة- المرجع السابق- ص 483، الدكتورة سميحة القليوبي- الشركات التجارية- دار النهضة العربية- 2018- ص 105.

ارادته في ارادته إرادة الشخص الاعتباري نفسه، والذي لا يعدو أن يكون العضو أو الجهاز الذي يعبر بواسطته الشخصي الاعتباري عن الإرادة⁽¹⁾.

فالإرادة التي يعبر عنها ممثل الشخص الاعتباري والتصرفات التي يجريها يعدها القانون، بمثابة إرادة الشخص المعنوي وتصرفات الشخص المعنوي، فهو "مجرد وسيلة لإبراز أو اظهار إرادة ذلك الشخص"⁽²⁾.

وأهلية الشخص الاعتباري تختلف بنوعيتها - أهلية الوجوب وأهلية الأداء - عن أهلية الشخص الطبيعي وتنقص عنها مدى واتساعاً⁽³⁾. فأهلية الشخص الطبيعي هي، بحسب الأصل العام، مطلقة غير محددة تخوله اكتساب جميع أنواع الحقوق وممارسة مختلف أنواع التصرفات، بما فيها الكفالة. بالمقابل، أهلية الشخص

((1)) في هذا الشأن، انظر الدكتور هشام القاسم- المدخل إلى علم القانون- المطبعة الجديدة- دمشق- 1975- ص 430 وما بعدها، الدكتور علي عوض- عمليات البنوك من الوجهة القانونية - في قانون التجارة الجديد وتشريعات الدول العربية- دار النهضة العربية- الطبعة الثالثة- 2000- ص 907، الدكتورة سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص 110.

((2)) الدكتور عبدالحى حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية- الحق وفقاً للقانون الكويتي - دراسة مقارنة- مطبوعات جامعة الكويت- 1970- ص 544.

((3)) الدكتور هشام القاسم- المرجع السابق- ص 428.

الاعتباري في الكفالة لا تثبت إلا ضمن الحدود التي يعينها سند إنشائه والغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله فضلاً عما يقرره القانون⁽¹⁾.

هو ما يعني لزاماً الرجوع بالنسبة لأهلية الشركة في الكفالة إلى عقد الشركة، وفي الحدود التي يعينها القانون. وفي هذا الصدد، تنص المادة 184 من قانون الشركات المتعلقة بسلطة مجلس الإدارة في الشركات المساهمة على أن "المجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقاً لأغراضها، ولا يحد من هذه السلطة إلا من نص عليه في القانون أو عقد الشركة أو قرارات الجمعية العامة". وبمقتضى الفقرة الثانية منها أوضحت على أنه "وبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورعن عقارات الشركة وعقد الكفالات، والتحكيم، والصلح، والتبرعات". بما يعني عدم أن أهلية الشركة بالكفالة تطلب النص في عقد الشركة على سلطتها في ذلك⁽²⁾، فإن ابرم رئيس مجلس إدارة الشركة لعقد كفالة دون النص في عقد الشركة على حق الشركة بالرهن والكفالات أو دون الحصول ووفق ما جاء بعقد الشركة على موافقة مجلس الإدارة أو بالمخالفة لقرارته، يبطل العقد بسبب عدم أهلية الشركة ذاتها باعتبار أن رئيس مجلس الإدارة

((1)) "تحدد أهلية الشخص الاعتباري، فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات، بما يقض به سبب إنشائه، كما تحدد بالغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله فضلاً عما يقرره القانون"، مادة 19 مدني.

((2)) Piedelievre S. et Putman E.– Droit Bancaire) Economica) 2011– p. 669– n. 684.

ليس إلا عضو تعبر الشركة من خلاله لإرادتها⁽¹⁾، ومن ثم لا مجال للحديث عن تجاوز رئيس مجلس الإدارة عن حدود الوكالة أو عدم اتساعها لعقد الكفالة الذي قام بإبرامه.

وهذا ما خلص إليه حكم لمحكمة أول درجة بتاريخ 2013/5/14 في دعوى خاصمت فيها شركة (شركة قابضة) أحد البنوك المحلية بطلب الحكم بعدم نفاذ الكفالة العينية برهن الأسهم العائدة له والمشار إليها في عقد تمويل المؤرخ 2011/1/23م والمبرم بين البنك وشركة استثمارية، وشطب تباعا رهن المحفظة الاستثمارية العائدة لها والمودعة لدى شركة استثمارية بصفتها عدل بالرهن، وأحققتها في استلامها، وبعدم أحقية البنك في الرجوع عليها بأية مبالغ.

وشيدت طلباتها على سند من القول أنه في تاريخ 2012/5/29 أرسل البنك إنذاراً للشركة العدل في الرهن والشركة الاستثمارية التي اقترضت من البنك بمقتضى عقد التمويل المصرفي المشار إليه، والذي تضمن الإشارة لهذا العقد وعقد رهن محفظة استثمارية للاسهم المذكورة وبما يفيد بمديونية الشركة الاستثمارية في ذمة البنك وقد ورد في عقد المحفظة السالفة الذكر أنها كفيل عيني رهن، وقد وقع هذا العقد باطلاً وغير نافذ في حقها لأن اتفاقية عقد الرهن الرسمي للمحفظة الاستثمارية رقم

((1)) يمثل مجلس الإدارة الشركة في علاقاتها مع الغير وأمام القضاء، إلى جانب الاختصاصات الأخرى التي يبينها عقد الشركة، ويعتبر توقيعه كتوقيع مجلس الإدارة في علاقة الشركة بالغير، وعليه تنفيذ قرارات مجلس الإدارة وأن يتقيد بتوصياته، ويحل نائب الرئيس محل الرئيس عند غيابه، أو قيام مانع لديه من ممارسة اختصاصاته. المادة 183 قانون الشركات.

المؤرخ في 2011/1/23 موقعة من نائب رئيس مجلس الإدارة بالشركة وهو لا يملك صلاحية التوقيع على عقود الشركة في ظل وجود رئيس مجلس الإدارة. كما أن عقد تأسيسها ونظامها الأساسي قد تضمننا الإشارة إلى سلطات وصلاحيات رئيس ونائب رئيس مجلس إدارتها وليس من بين تلك الاختصاصات أعمال التصرف كالتبرعات والصلح والرهن والإقرار والتحكيم والتي استلزمت لها المادة 702 من القانون المدني توكيلاً خاصاً، وقد أوجب عقد الشركة ونظامها الأساسي موافقة الجمعية العامة للشركة على أي عمل من أعمال الرهن أو الكفالة. ولم يصدر منها ثمة توكيل أو تفويض لمجلس الإدارة في توقيع العقد المؤرخ في 2011/1/23 والمتضمن كفالة عينية من طالبة ورهن المحفظة الاستثمارية المملوكة لها، الأمر الذي تكون معه تلك الكفالة وذلك الرهن غير نافذين في حق الشركة.

وفي هذا الشأن، التفتت المحكمة عن ما ساقته الشركة من دفاع بشأن في بطلان وشطب الكفالة العينية وهن المحفظة الاستثمارية على سند من أن صلاحيات رئيس مجلس الإدارة ونائبه ليس من بينها أعمال التصرف كالتبرعات والصلح والرهن والاقرار والتحكيم والتي استلزمت المادة 702 من القانون المدني توكيلاً خاصاً بشأنها، باعتبار أن لا مجال للبحث في طبيعة الوكالة وسعتها في اصدار الكفالة العينية، وبأن توقيع نائب رئيس مجلس الإدارة لعقد المحفظة الاستثمارية بمثابة تعبير عن إرادة الشركة ليكون مناط الفصل في النزاع المطروح الوقوف على صلاحية الشركة وممثلها القانوني في ابرام هذا العقد هو بالصلاحيات المحددة في

عقد الشركة ذاتها وبما يتفق مع نص المادة 138 من قانون الشركات التجارية الملغى⁽¹⁾.

عليه، قضت المحكمة ببطلان وشطب الكفالة العينية ورهن المحفظة الاستثمارية على سند من أن الثابت من مطالعتها لعقد الشركة "أنه تضمن بمادته 25 على أن لمجلس إدارة الشركة أوسع السلطات لإدارة الشركة والقيام بجميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقا لأغراضها ولا يحد من هذه السلطة إلا ما نص عليه في القانون أو قرارات الجمعية العامة، ولا يجوز لمجلس الإدارة بيع عقارات الشركة أو رهنها أو اعطاء الكفالات أو عقد القروض بناء على ما تقتضيه مصلحة الشركة إلا بعد موافقة الجمعية العمومية، فإن مؤدى ذلك أن نائب رئيس مجلس إدارة الشركة المدعية حيث أبرم عقد الرهن الرسمي للمحفظة الاستثمارية سالف البيان المتضمن رهن رهنا حيازيا ذو مرتبة أولى لصالح المدعي عليه الأول (البنك) لك تكن سلطته تخوله طبقا لأحكام قانون الشركات التجارية ونظام الشركة المدعية سوى أعمال الإدارة بما يضمن تسيير النشاط العادي للشركة دون أن يكون لها الحق في إجراء ذلك الرهن وإعطاء الكفالات بحسابنا أن ذلك من أعمال التصرف"⁽²⁾.

((1)) والتي تقابل المادة 184 من قانون الشركات الجديد الصادر بمرسوم قانون رقم 26 لسنة 2012، والذي أعيد إصداره بموجب القانون رقم 1 لسنة 2016.

((2)) القضية رقم 102 لسنة 2013 تجاري مدني كلي حكومة/6، تم تسوية النزاع وديا بين اطراف الدعوى، لينتهي النزاع بذلك، في ذات المعني، وبشأن بطلان شرط التحكيم لعدم تفويض مجلس الإدارة الشركة لرئيس المجلس في قبوله، انظر حكم محكمة التمييز صادر في

وفي طعن بالتمييز نعت به شركة للتجارة والمقاولات على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وذلك بإلزامها بصفتها كفيل للسيد/ مكرم... المدين لبنك ... عن تسهيلات مصرفية مقدارها 135000 دينار بإداء المبلغ بالتضامن مع المذكور للبنك، وبأنها تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع ببطلان كفالتها لأنها وقعت ممن ليس له لحق في ذلك وبأن الحكم المطعون فيه لم يعن بتحقيق هذا الدفاع بالرغم أنه دفاع جوهري يتغير به وجه الرأي في الدعوى، قضت محكمة التمييز في حكم مؤرخ 2004/5/8 بإن "هذا النعي مردود، ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الصفة في الدعوى تقوم بالمدعى عليه متى كان الحق المطلوب فيها موجودا في مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن فيه والمسئول عنه حال ثبوت أحقية المدعى فيه، كما أن تحري صفة الخصوم واستخلاص توافرها أو انتفائها في الدعوى، وقيام الكفالة أو نفيها هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت فيها في هذا الخصوص وان تقييم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الثاني - المدين المار ذكره - حصل على من البنك المطعون ضد الأول على تسهيلات مصرفية بموجب العقد المؤرخ 1999/9/1 بمبلغ 135000 دينار وقد تضمن هذا العقد والمقدم في حافظة

2012/2/14. الطعن بالتمييز رقم: 588 لسنة 2011 تجاري/1، حكم غير منشور، وكذلك، حكم سابق لمحكمة التمييز صادر في 2000/1/23، الطعن بالتمييز رقم 568 لسنة 1998، والتعليق على هذا الحكم: سلطة مجلس إدارة شركة مساهمة في قبول شرط التحكيم - احمد الملحم - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - 2010 - العدد الأول - ص 15.

مستندات البنك إلى محكمة أول درجة بجلسة 2000/11/21 إقرار الشركة الطاعنة بكفالة المدين في الوفاء بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد وموقع على الإقرار بتوقيعات انتهى الخبير المنتدب في الدعوى أنها لمن يمثل الشركة الطاعنة، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه الدفاع المشار إليه بسبب النعي واطرحه على ما ورد بمدوناته ... بأنها لم تقدم دليلاً على عدم انصراف ارادة الشركاء للتعاقد بما ينتفي معه وجه النعي في هذا الخصوص ولا أساس له⁽¹⁾.

إذا كان الأمر كذلك، بالتمييز بين الوكالة وإدارة الشركة على النحو المتقدم، فإن الأمر مغاير بشأن التوكيل الصادر من ممثل الشخص الاعتباري. فإذا كان هذا التوكيل لا يؤثر في صحته أو استمراره زوال هذا الممثل باعتبار أن الوكالة صادرة من الشخص الاعتباري الذي لم تتأثر شخصيته بتغيير ممثله⁽²⁾، فإن سعة الوكالة

((1)) الطعون بالتمييز أرقام 301، 305، 315 لسنة 2003 تجاري - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - أبريل 2009 - القسم الخامس - المجلد التاسع - ص 630. في حكمي محكمة الموضوع: حكم محكمة الاستئناف = المؤرخ 2003/3/19. مقيدان بأرقام: 1513، 1521، 1525 لسنة 2002 تجاري 6. حكم أول درجة المؤرخ 2002/5/28. القضية رقم: 3310 لسنة 2000 تجاري كلي/14.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 317 لسنة 2001 تجاري. جلسة 2003/5/26. المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً - الفترة من 1972/10/1 حتى 2011/12/31 - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - المرافعات 3- أكتوبر 2016 - ص 22- البند 101.

في منح الكفالة تتحدد بالسعة التي يعينها سند انشائه والغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله إلى جانب عما يقرره القانون.

2- سعة الوكالة

نظم القانون المدني الكويتي عقد الوكالة كعقد مسمى في الفصل الثاني من الباب الثالث بعنوان "العقود الوارد على العمل"، والذي استهلت المادة 698 منه بتعريف الوكالة على أنها "عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني"⁽¹⁾ والذي يخلص منه بأن محل الوكالة الأصلي يكون دائما تصرفا قانونيا، حتى ولو استتبع هذا التصرف القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له. وهذا ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود وبخاصة عقدي العمل والمقاوله⁽²⁾.

(1) وردت أحكام الوكالة في مجلة الاحكام العدلية في الكتاب الحادي عشر، وتعرف المادة 1449 منها الوكالة على أنها "تفويض واحد أمره لآخر واقامته مقامه في ذلك الأمر ويقال لذلك الواحد موكل ولمن إقامة عنه وكيل ولذلك الأمر الموكل به"، انظر الدكتور محمود المغربي - أحكام العقد في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - المكتبة الحديثة - 1988 - ص 241.

(2) في عقد الوكالة، انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء السابع - المجلد الأول- العقود الوارد على العمل- دار النهضة العربية- 1989- ص 463 = وما بعدها، الدكتور إبراهيم أحمد- عقد الوكالة فقها وقضاء- الطبعة الأولى-المكتب الجامعي الحديث-الإسكندرية- 2003، الدكتور محمد عزمي البكري- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد- المرجع السابق- ص 27 وما بعدها، الدكتور قدري الشهاوي- احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن- منشأة المعارف - الإسكندرية- الطبعة الأولى- 2001، الدكتور مصطفى عدوي- الوجيز في عقد الوكالة في القانونين المصري

وفي إنشاء عقد الوكالة، فرق القانون المدني من ناحية التصرفات القانونية التي تكون محلها بين الوكالة العامة والوكالة خاصة، إذ إن المشرع وأن كان لم يغل حرية العمل التي يتركها الموكل للوكيل في تعيين تصرف قانوني أو أكثر، إلا أنه لم يطلقها مع ذلك دون قيود لتضييق الوكالة وتتسع ليس تبعا لما يتفق عليه بل أيضا لما هو مقرر لنطاق الوكالة في المواد 701-703 من القانون المدني.

ففي الأحوال التي لا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به إلى الوكيل ولا يعين نوع هذا التصرف، تكون الوكالة حينها وكالة عامة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة شأن الإيجار الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وغيرها⁽¹⁾، وذلك سواء اشارت الوكالة في مفرداتها إلى الإدارة من عدمه. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/701 من القانون المدني بتقريرها على أن "الوكالة الواردة في ألفاظ عامة

والأمريكي- الطبعة الأولى- جامعة المنوفية- 1997، محمد الألفي- عقد الوكالة- المرجع السابق.

Starck B., Roland H. et Boyer L- Droit civil- Les obligations- 2. Contrat- 6. Ed- Litec- 1998- p.94.

((1)) جاء في البند الثاني من المادة 702 من القانون المدني طائفة من أعمال الإدارة على سبيل المثال باعتبارها من أبرز أعمال الإدارة، وذلك بنصها على أنه "ويعد من أعمال الإدارة، الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة".

لا تخصيص فيها حتى لنوع التصرف القانوني محل الوكالة، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة".

وعلى ذلك، فإن انصراف نية الموكل في منح حرية ووسع الصلاحيات للوكيل في تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية وما يأخذ وما يدع كأن يقرر فيها: وكتلك في إدارة أعماله، أو في مباشرة ما تراه صالحا له، أو جعلتك وكيلا مفوضا عني، أو نحو ذلك من العبارات العامة لا يكفي لمنح الوكيل الحق في القيام بأي عمل من أعمال التصرف، تبرعا كان أم معاوضة. ومن ثم لا يجوز للوكيل بوكالة عامة، كما افصحت المذكرة الإيضاحية، "أن يهب مال الموكل لا كله ولا بعضه، ولا أن يبيع أي مال للموكل، أو يشارك به، أو يقرضه، أو يصلح عليه، أو يحكم فيه، أو يرهنه، أو يرتب عليه أي حق عيني أصليا كان هذا الحق أو تبعا".

لذا، وعلى خلاف أعمال الإدارة التي تحتل الوكالة العامة على النحو المذكور آنفا، كما تحتل الوكالة الخاصة على عمل معين بالذات أو أكثر من أعمال الإدارة، فإن التصرفات التي لا تدخل في أعمال الإدارة ولخطورتها لا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة يحدد فيها تصرف أو تصرفات قانونية معينة. وفي هذا الصدد، تنص المادة 1/702 من القانون المدني على أنه "لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

وإذا كان مفهوم الوكالة الخاصة لا يقتصر على تعيين تصرف واحد من التصرفات فيها، شأن بيع عقار معين أو رهنه، وإنما أيضا اشتمالها نوعا معينا أو طائفة منها كالتوكيل في البيع أو التوكيل في الرهن دون تعيين للمحل الذي يقع عليه التصرف، يستلزم المشرع مع ذلك "خصوصية" إضافية في الوكالة الخاصة إذا كان التصرف من التبرعات يجعل التمييز في اعمال التصرف بين المعاوزات والتبرعات أمرا لازما لتحديد سعة الوكالة للقيام بها. إذ استتبعت المادة 702 في البند 2 منها لتقضي على أنه:

"تصح الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع التصرفات القانونية ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص، إلا إذا كان التصرف من التبرعات"⁽¹⁾.

((1)) وفق المادة 47 من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 1959 بشأن التسجيل العقاري، "الوكالة الواردة في الفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل سلطة إلا في اعمال الإدارة. ولابد من وجود وكالة خاصة في كل عمل ليس من اعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار. والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل تصرف وللعرف الجاري". وهو ما يتفق مع ما قضت به كل من المادتين 1/701 و 1/702 من القانون المدني.

بالمقابل، وباعتبار أن القانون المدني قد صدر لاحقا على قانون التسجيل العقاري، بالمرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980، فإن البند 2 من المادة 702 منه يمثل حكما جديدا عن ما جاء في قانون التسجيل العقاري، خاص بعدم صحة الوكالة الخاصة دون تعيين محل هذا التصرف على وجه التخصيص إذا كان التصرف من التبرعات. باعتبار أن النص اللاحق الخاص يعدل النص القائم الخاص بما تضمنه من احكام جديدة.

ترتيباً على ما تقدم، إذ كان التصرف من التبرعات، فإن التوكيل فيه يجب أن يعين المحل الذي يرد عليه التصرف، فلا يكفي أن يوكل شخص شخصاً آخر بتصرف من التبرعات دون تعيين للمحل وذلك لخطورة هذه التصرفات كما افصحت المذكرة الإيضاحية الشارحة للنص المذكور. وهو ما يجعل للتمييز بين عقود المعاوضة وعقد التبرع في هذا الشأن أهمية لا يتم الالتفات والإشارة إليها غالباً بمعرض بيان أهمية التقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.

حيث تظهر المراجع الفقهية أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع من وجوه عدة: شأن التصرفات التي يقوم بها المدين اضراً بدائنيه، والأهلية والولاية، وعيوب الإرادة، وشكل العقد ومحلّه، والمسؤولية⁽¹⁾. وذلك دون بيان أهمية هذا

ويقابل نص المادة 702 من القانون المدني في النصوص العربية: المادة 702 من التقنين المصري، المادة 836 من التقنين الأردني. المادة 778 من التقنين اللبناني. وفي النصوص الأجنبية: المادة 1988 من التقنين الفرنسي. في هذا الشأن، انظر القانون المدني - مجموعة الأعمال التحضيرية- المجلد الخامس- العقود الواردة على العمل - الكفالة - التأمين- مجلس الوزراء - إدارة الفتوى والتشريع- ص 2158 وما بعدها.

(1) في هذا الشأن، انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام - مصاد الالتزام - دار أحياء التراث العربي - بيروت- ص 162 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة- الجزء الثاني- الطبعة الرابعة- دار الكتاب القانونية - المنشورات الحقوقية- 1978/ ص 100 وما بعدها، الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي - دراسة مقارنة- الجزء الأول - مصادر الالتزام- المجلي الأول - نظرية الالتزام - تحليل العقد- مطبوعات جامعة الكويت- 1982- ص 489.

التمييز بالنسبة لنطاق الوكالة وسعتها من حيث وجوب تعيين محل التصرف القانوني على وجه التخصيص في الوكالة من عدمه⁽¹⁾.

وإذا كان من اليسير القول بأن التوكيل يجب أن لا يقتصر على تحديد تصرف الهبة أو الإبراء، وبأنه لا يكفي أن يوكل شخص شخصا آخر في الهبة أو في الإبراء دون أن يعين المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه، وذلك باعتبارهما من التبرعات بل ومن الأمثلة البارزة التي يتم الاستشهاد فيها غالبا في هذا المجال. فإن الأمر مغاير بالنسبة للكفالة التي تثير لغطا كبيرا في تحديد الحالات التي تكون فيها عقد معاوضة أو عقد تبرع، وذلك غالبا بمعرض المنازعات القضائية التي يدفع الكفيل بها في عدم سعة الوكالة الممنوحة لوكيله في ابرامها لعدم تعيين محل الكفالة في الوكالة الخاصة التي حدد فيها الكفالة كتصرف فقط. مما يمثل دفعا خاص بالكفيل، ينبغي الالتفاف واضافته إلى الدفوع القانونية المقررة له.

حيث لا نجد غالبا إشارة في المراجع الفقهية إلى عقد الكفالة، سواء كانت شخصية أم عينية، عند البحث في تمييز العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع. وفي دراسة

Larroumet Ch./ Droit civil/Les obligation – Le contrat/ T.3/ 3 Ed/ Economica/ 1996/ P. 171.

(1) في النتائج المترتبة أيضا على اعتبار الكفالة من عقود التبرع، انظر لاحقا: في مسوغات توجه المشرع في حماية الكفيل، وكذلك في تبني القضاء لمبدأ التفسير الضيق للكفالة لتحديد مدى التزام الكفيل.

الكفالة درجت الكتابات التقليدية البحث في تكييفها وتصنيفها ضمن عقود التبرع فقط بمعرض بيان خصائص عقد الكفالة، ودون تأصيل باعتبار أن هذا التقسيم لا يمثل أهمية في تحديد التزامات الكفيل.

وهنا يبرز وبشكل خاص محور البحث المائل وأهميته، وذلك بتحديد ما إذا كانت الكفالة تعد من عقود المعاوضة أم من عقود التبرع، ليس للوقوف على شكل الوكالة بشأنها والتي ينبغي لها أن تكون في جميع الأحوال وكالة خاصة تحدد فيها الكفالة وفق ما جاء بالبند الأول من المادة 702 المار بيانها باعتبارها تصرفا قانونيا بطبيعة يستحيل أن تمتد الوكالة العامة إليها، بل بمدى سعة التوكيل الخاص بالكفالة بذاته لتقرير الحق للوكيل بالقيام بها نيابة عن الموكل أم أن يتعين كذلك تعيين للمحل الذي تقع عليه الكفالة عملا بما في البند الثاني من الماد 702 سالفه الذكر.

ثانيا: الطبيعة القانونية للكفالة ونطاقها

لا ريب في أن الدائن يجاهد في سبيل الحصول على المزيد من الضمانات، بل ويعتمد على تعدد الضمانات لتعويض ما قد يعتري بعضها من ضعف. وهو في ذلك يفرد دراسة ائتمانية تفصيلية لطبيعة الضمان المقدم وكفايته باستيفاء حقه كاملا، آخذا بالاعتبار بالمخاطر المحتملة في عدم تحقق ذلك. وهو

ما يتطلب معه، برأينا، اليوم وجوب تحديد مخاطر قبول توقيع وكيل على الكفالة الممنوحة له، وليس فقط تحري الملاءة المالية للكفيل⁽¹⁾.

والمخاطر هنا ليس في اعتماد الدائن للوكالة العامة على النحو المتقدم، والتي لا تخول الوكيل إلا صفة في أعمال الإدارة. حيث أن الكفالة تصرف قانوني ليس من أعمال الإدارة، ولا بد لها من وكالة خاصة عملاً بأحكام المادة 1/702 من القانون المدني.

(1) بشأن ضوابط البنوك بشأن الكفالة لدرء المخاطر الائتمانية في استيفاء مديونياتها بالمطالبة القضائية للعميل المدين وكفيله، يوضح أ.د. صلاح شحاته مدير عام الرقابة على البنوك في البنك = = المركزي المصري على أن الواقع المصرفي فرض "على البنوك كثير من الضوابط عند قبول الكفالة عن العملاء المقترضين طرف الجهاز المصرفي ومنا التأكد من الملاءة المالية للكفيل والتحقق من صحة المعلومات والبيانات المقدمة عنه وقدرته على سداد دين البنك في حالة تقاعس المدين الأصلي عن السداد. كما يجب على البنوك استيفاء استعلام عن الكفيل من مصادر موثقة فيها، وفقاً للنماذج المعدة سلفاً من مجلس إدارة البنك، مع مراعاة تجديد الاستعلام عن عميل البنك وكفيله بشكل دوري..، كما يجب أن يتحقق أيضاً البنك من حسن سمعة الكفيل وقدرته على الوفاء بالتزاماته، والاطلاع على البيان المجمع بالبنك المركزي عن مديونيات العملاء طرف الجهاز المصرفي وخاصة بند الكفالات للتعرف على مديونية الكفيل إلى جانب مديونية العميل طالب الائتمان وحجم الدين المكفول بمعرفتهم طرف الجهاز المصرفي".

الكفالة - خطاب الضمان - منتدى فض المنازعات المصرفية - معهد العدالة - الجمعية العربية للعلوم القانونية - القاهرة - 2019.

في الكويت، ووفق تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ 2018/11/11، يتعين على الجهة المانحة للتمويل (بنوك وشركات تمويل) الحصول على المعلومات اللازمة عن الكفيل التي تؤكد فعالية كفالته للعميل في تأمين حقوقها، وذلك سواء من الكفيل أو من مصادر الاستعلام الأخرى.

وحيث لا يتصور مع طبيعة الكفالة، برأينا، أن يسبقها أعمال إدارة تقتضي القيام بها أو اعتبارها من التوابع الضرورية لما هو محدد بالوكالة، فإنه لا نرى مجالا لتطبيق ما قضت به المادة 2/701 من القانون المدني بتقريرها على أنه يدخل من أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة، وما نصت عليه كذلك المادة 703 من هذا القانون بشأن ثبوت الصفة للوكيل في ما تقتضيه الأمور المحددة في الوكالة من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين. وهو ما افصحت المذكرة الإيضاحية بشأنهما بأن الوكالة العامة تمتد أيضا إلى أعمال التصرف، إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها، ومن ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه، وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه المال الذي يديره الوكيل من أدوات لحفظه واستغلاله. والوكالة بالبيع تشمل تسليم المبيع، والوكالة بالاقتراض تشمل تسلم مبلغ القرض، كما تشمل الوكالة بقبض الدين إعطاء المخالصات بدفعه وشطب الرهن الذي يضمنه وقبض الدين قبل ميعاد حلوله، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك أو انصرفت إليه نية المتعاقدين وهكذا".

مع ذلك، فإن العبرة باعتبار الوكالة خاصة ليس بالمسمى أو ما يطلق عليها، فهي تعتبر كذلك بالرغم من تسميتها أو اطلق عليها وصف "وكالة عامة" إذا تضمنت تصرفات قانونية محددة شأن الشراء والبيع والرهن، والاقتراض والمقايضة، وإعطاء الكفالات والاعتمادات والتسهيلات وما شابهها من تصرفات. فالوكالة هنا تعد توكيلا خاصا في ابرام تصرفات قانونية وإن صدر في شكل توكيل عام كما جرى

العمل عليه في إدارة التوثيق بوزارة العدل. على النقيض، الوكالة لا تخول الوكيل إلا صفة في أعمال الإدارة وأن حملت عنوان "وكالة خاصة" متى ما خلت من تحديد لتصرف أو تصرفات قانونية.

إذ أن من المقرر في قضاء محكمة التمييز "أن المناط في التعرف على مدى الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجرائها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته وأن سائر المعاوزات وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة - تطبيقا للحكم المادة ٧٠٢ من القانون المدني - تبين نوع التصرف إلا أنه يصح أن تصدر دون تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف وذلك على خلاف التبرعات إذ يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضا في محله"⁽¹⁾.

وفي قرار في غرفة المشورة مؤرخ 2018/9/24 سالف الذكر، قضت محكمة التمييز بأنه لما "كان من المقرر أن التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تبرعي، ووجوب وكالة خاصة فيه وأيضا في محله. أو وكالة عامة بنص فيها صراحة على تفويض بإجراء ذلك التصرف وأن يعين المحل الذي يرد عليه. وأن المناط في

(1) الطعان بالتمييز رقمي 903، 906 لسنة 2008 تجاري 3. جلسة 2012/1/17، بذات المعني، انظر لاحقا بشأن سلطة القاضي في تحديد سعة الوكالة.

التعرف على مدى الوكالة الرجوع إلى عبارات التوكيل ونصوصه، وهو أمر يخضع لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل وتحتمله عباراته".

كما قضت محكمة الاستئناف في حكم مؤرخ 2017/12/24 على أنه لما "كان الثابت بالأوراق أن عقد القرض المؤرخ 2011/5/23 يعد من أعمال التصرف ولا بد له من وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل بإجراء التصرف المذكور ويحدد فيه الحد الأقصى لما يلتزم به الكفل وذلك حماية للأخير حتى لا يتورط في كفالة التزام لا يعلم مقداره، وكان البين من الأوراق أن التوكيل الذي بموجبه أبرمت المستأنف عليها الثالثة عقد القرض مع المستأنف وجعلت من المستأنف عليه الأول في شخصية متضامنة هو توكيل عام خلا من أي تحديد لكفالة الأخير للشركة المغرضة ولم ينص على توكيل المستأنف عليها الثالثة في إبرام عقد القرض بالمبلغ الثابت به ومن ثم لا تكون لها صفة في مباشرة العقد المذكور نيابة عن المستأنف عليه الأول وباعتباره كفيلا شخصيا متضامنا ولا ينفذ التصرف في حق الأخير ولا ينصرف أثره إليه ولا يلتزم بما يولده من آثار لخروجه عن نطاق الوكالة وحدودها المرسومة للوكيلة"⁽¹⁾.

وفي حكم لمحكمة أول درجة مؤرخ في 2013/1/20 قضي على "أن المحكمة تأسس قضائها على التوكيل رقم جلد/6 بتاريخ 2006/10/31م الثابت به يحق للمدعى عليه الثاني إدارة أملاك المدعين جميعاً وفي أي وجهة..... وفي

((1)) الاستئناف المقيد برقم: 2579 لسنة 2017 تجاري/2. الدائرة التجارية الثانية.

شراء وبيع ورهن ما يرى من أملاك والعقارات والاعيان الثابت منها والمنقول بالثمن والشروط المناسب وفي التوقيع على عقود الشراء والبيع والرهن... وأن المحكمة تستخلص مما تقدم أن المدعى عليه الثاني بموجب تلك الوكالة يحق له إبرام العقد سند الدعوى المؤرخ 2009/11/15م والتوقيع عن المدعي بصفته كفيل عيني راهن بموجب وكالة تحقق له ذلك حيث أنه موكل في شراء وبيع ورهن ما يرى من أملاك والعقارات أنها ترتب قبلهم جميع الاثار القانونية التي ترتبها التزاماتهم فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل (المدعين) وإلى من يتعاقد مع الوكيل ومن ثم فيكون السند التنفيذي وهو (عقد رسمي بقرض مضمون برهن رسمي عقاري) والمؤرخ 2009/11/15 صحيح في مواجهة المدعي فيما التزموا به من التزامات ثابتة بالعقد ومن ثم جاءت طلبات المدعين على غير سند من الواقع والقانون وترفضها المحكمة⁽¹⁾.

لما كان ذلك، وكانت سعة الوكالة في منح الكفالة مردها ليس فقط بأن تكون وكالة خاصة تحدد فيها صراحة كتصرف قانوني، بل أيضا وفق ما إذا كانت الكفالة قد قدمت على سبيل المعاوضة أم التبرع لتحديد ما إذا كان يجب تباعا تعين من عدمه محل الكفالة في هذه الوكالة. وقبل الشروع في دراسة هذه المسألة تحديدا في المبحث الثالث بالتعليق على الحكم محل البحث والوقوف على سلطة محكمة الموضوع في تقدير قيام الوكالة الخاصة أو نفيها وتحديد مدى سعتها لمنح الكفالة.

((1)) القضية رقم: 5213 لسنة 2011 تجاري كلي/3. الدائرة تجاري كلي/3.

نرى أنه من الأهمية تسليط الضوء على نطاق الكفالة الذي يستوعب الكفالة الشخصية والكفالة العينية وبما هو مطلوب من احكام لهذا الدراسة والتعليق.

إن انه وعلى خلاف ما يذهب البعض إليه، الكفالة لا تقتصر على نموذجها التقليدي بعقد الكفالة الشخصية بل أنها تشمل كذلك عقد الكفالة العينية. فهي عقد من عقود الضمان تقتض وجود دين في ذمة شخص والتزام الكفيل بضمان هذا الدين للدائن، بمعنى أنها علاقة بين الدائن والكفيل وهما طرفا العقد (عقد الكفالة) دون غيرهما ولكنها تقتض وجود علاقة أولى بين الدائن والمدين وهي العلاقة التي نشأ عنها الالتزام المكفول، وهي التي دفعت الكفيل إلى كفالة الدين للدائن. وهي بذلك قد تكون شخصية أو عينية

1- الكفالة الشخصية

الأصل في الكفالة أن يتقدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان الدائن لتحصيل حقه، فيصبح بذلك للدائن حق الضمان العام ليس على جميع أموال مدينه فحسب، بل أيضاً على جميع أموال الكفيل، وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة شخصية لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاماً شخصياً ينفذ في جميع امواله.

والكفالة الشخصية في اصطلاح الفقهاء، وحسب ما افصحت المذكرة الايضاحية للقانون المدني، هي ضم ذمة الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل إي إلى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به. وقد عرضت مجلة الاحكام العدلية للكفالة بكتابها الثالث

منها، فتكلمت في ركن الكفالة وشرائطها واحكامها والبراءة منها، معتبرة الكفالة تصرفا يقوم على الإرادة المنفردة وليس عقدا بالمفهوم السائد في القوانين المدنية⁽¹⁾.

وفي القانون المدني، جاء تنظيم الكفالة في الباب الرابع بعنوان "الكفالة والتأمين" تعرف المادة 754 منه الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، أن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين"⁽²⁾، بما يوضح بأن الكفالة تفترض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي، كما

((1)) في هذا الشأن، انظر الدكتور نسيبه حمو/ الكفالة وخطاب الضمان تصرفان أم تصرف واحد- جامعة الموصل- كلية الإدارة والاقتصاد- 1981- العدد 4- ص 109، الدكتور أحمد سعد- التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني- دار النهضة العربية- 1990- ص 81، الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- عقد الكفالة في القانون الكويتي- مؤسسة دار الكتب- الكويت- الطبعة الأولى- 2005- ص 24، الدكتور عبدالسلام فيغو- عقد الكفالة- مجلة الحقوق- سلسلة المعرف القانونية والقضائية- 2016- العدد 39- ص 259 وما بعدها، الدكتور حسني محمود عبدالدايم - الكفالة كتأمين شخصي للحقوق "دراسة مقارنة" - دار الفكر الجامعي - عام 2009 - ص 69 وما بعدها، الدكتور علي محمد عبدالحافظ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي - دار الفكر الجامعي - عام 2008 - ص 3 وما بعدها، الدكتور محمد عزمي البكري- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد- المجلد العاشر- عقد التأمين- عقد الكفالة- عام 2020/2021- ص 448 وما بعدها.

((2)) وفق المادة 612 من مجلة الأحكام العدلية "كفالة ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء، يعني أن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر، ويلتزم أيضا المطالبة التي لزمتم في حق ذلك".

تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذ المدين، فيكون التزام الكفيل تباعا للالتزام الأصلي.⁽¹⁾

((1)) بشأن الكفالة الشخصية، المراجع المتخصصة، الدكتور منصور منصور - عقد الكفالة - المطبعة العالمية - 1960. الدكتور سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - في العقود المسماة - عقد الكفالة - المجلد الثالث - دار الكتاب القانونية - مصر - المنشورات الحقوقية - لبنان - الجزء السابع - الطبعة الثالثة - 1994، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - الدكتور جميل الشراوي - مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي - 1995 - العدد 2، الدكتور قذري الشهاوي - أحكام عقد الكفالة - منشأة المعارف - الإسكندرية - 2002. الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس - عقد الكفالة في القانون الكويتي - المرجع السابق، الدكتور عبدالسلام فيغو - عقد الكفالة - المرجع السابق.

Simler Ph./ Cautionnement et garanties autonomes/ Litce/ 2. E./ 1991.
Dominique L./ Le cautionnement/ Economica/ 1995. Aynes L./ Le cautionnement/ Dalloz/ 2. Ed./ 1997.

في المراجع الأخرى، انظر الدكتور توفيق فراج - التأمينات الشخصية والعينية - الإسكندرية - 1984، الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية - الجزء العاشر - دار النهضة العربية - 1994، الدكتور رمضان أبو السعود - التأمينات الشخصية والعينية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1995، الدكتور أحمد سعد - التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني - المرجع السابق، الدكتور سمير تناغو - التأمينات الشخصية والعينية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1996، الدكتور أحمد الزقرد - التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي - الكويت - الطبعة الأولى - 1999، الدكتور علي عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - في قانون التجارة الجديد وتشريعات الدول العربية - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - 2000.

وعليه، فإنه بخلاف الالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة الذي تتعدد مصادره بتعدد مصادر الالتزام من عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص في القانون⁽¹⁾، الالتزام الناشئ عن الكفالة مصدره العقد دائماً⁽²⁾، وأن وصفت تجوزاً بأنها قانونية أو قضائية في الأحوال التي يكون فيها المدين ملتزماً بتقديم كفيل على نص من القانون⁽³⁾ أو حكم قضائي⁽¹⁾ وترتب على ذلك حكماً خاصاً بشأن التضامن بين الكفلاء حال تعددهم⁽²⁾.

Cabrillac M. et Mouly C./ Droit des suretes/ Litec/ 1995. Pascal A./ Droit des suretes/ Litiec/ 1998. Piedelievre S. et Putman E./ Droit Bancaire/ Economica/ 2011. Simler Ph. Et Delebecque/ Droit civil. Les Suretes. La publicite fonciere/ Dalloz/ 6. Ed./ 2012.

((1)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 21.

((2)) الكفالة في القانون الإمارات العربية المتحدة لا تنشأ بعقد، بل هي تعبير عن إرادة منفردة (تعهد من الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول). انظر: الدكتور جميل الشراوي- المرجع السابق- ص 167 وما بعدها.

((3)) من هذا نص المادة 1/500 من القانون المدني التي تقرر بأنه إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى جق سابق على البيع أو نتيجة فعله، أو إذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهي التعرض أو يزول خطر الاستحقاق. ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً. ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة 193/د من قانون المرافعات الكويتي بأن يكون النفاذ المعجل بتقديم كفالة "إذا كان الحكم صادراً بأداء أجور أو مرتبات أو تعويض ناشئ عن علاقة عمل ..". وكذا ما تنص عليه المادة 196/ج من قانون المرافعات من سقوط أمر بمنع سفر المدين "إذا كان قدم المدين كفالة مصرفية كافية أو كفيلاً مقتدرًا".

والعقد التي لا تقوم الكفالة الشخصية إلا به، طرفاه الدائن في الالتزام الأصلي والكفيل. أما المدين في الالتزام الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل أن المادة 748 من القانون المدني قضت جواز "كفالة المدين بغير علمه أو بالرغم من معارضته"⁽³⁾. وللكفيل في جميع الحالات أن يرجع على المدين إذا وفى الدين عنه أيا كان تكييف الدعوى التي يرجع بها عليها⁽⁴⁾، "ويستوي في ذلك أن يكون

((1)) من هذا نص المادة 193 من قانون المرافعات في فقرتها الأخيرة بأن "... ويكون النفاذ المعجل في الحالات الواردة في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) بغير كفالة، ما لم ينص في الحكم أو الأمر على تقديم كفالة".

((2)) في الكفالة التي يكون مصدرها القانون أو حكم محكمة يكون الكفلاء دائما متضامنين، وهذا بخلاف الكفالة التي يكون مصدرها المدين بتقديمه للكفيل أو الكفيل ذاته فإن التضامن بين الكفلاء لا يفترض. وفي هذا تنص المادة 766 من القانون المدني "في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

((3)) يقابلها في النصوص العربية: المادة 775 من التقنين المصري، المادة 1062 من التقنين اللبناني، المادة 741 من التقنين السوري. وفي النصوص الأجنبية: المادة 2014 من التقنين الفرنسي. في هذا الشأن، انظر: القانون المدني - مجموعة الأعمال التحضيرية- مشار إليه- ص 2318.

((4)) وفي ذلك يكون المشرع، حسب ما افصحت المذكرة الإيضاحية للمادة 748، قد خرج عن أحكام الفقه الحنفي التي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بغير أدنه، أو على الرغم من عدم رضاه، من حق الرجوع عليه تأسيسا على الكفالة بلا أمر، وإن كانت صحيحة، فهي تبرع، فليس للكفيل بعد أداء الدين الرجوع على الأصل. ليتبنى المشرع الكويتي في المقابل ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد من أن للكفيل بغير أمر المدين حق الرجوع لأن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين فيحل محله في المطالبة".

سبب التزام المدين بتقديم كفيل راجع لمحض اختياره هو، أو بناء على طلب الدائن، أو أن يرجع ذلك لنص القانون مباشرة أو بسبب حكم قضائي⁽¹⁾.

مع ذلك، يلعب المدين دوراً أساسياً في انعقادها⁽²⁾ أي كان مصدر التزام الأصلي لهذا المدين، باعتباره هو من يدعو الكفيل في الغالب الأعم إلى التعاقد مع الدائن ضماناً لالتزامه قبل هذا الدائن. ويتضح ذلك جلياً في الأحوال التي يكون فيها الدائن مصرفاً، حيث يسعى المدين من جانبه على الحصول على ائتمان مصرفي أو يجدد الائتمان السابق فيقدم لهذا الغرض كفيل موسر يقبله البنك. بل أن المتبع فعلياً هو بعدم توقيع البنك لعقد كفالة مستقل مع الكفيل لضمان مديونية العميل المدين، بل بتوقيع عقد تمويلات مصرفية من جانب البنك، والعمل الدائن والكفيل أو الكفلاء ليكون واقعا لا يمكن تجاهله في تكييف طبيعة الكفالة.

كما أن الكفالة عقد ثانوي تابع لا ينشأ مستقلاً بذاته، بل ينشأ تابعا لالتزام المدين الأصلي محل الكفالة، فهي ضمان للوفاء بهذا الالتزام والتزام الكفيل لم ينشأ بالعقد إلا بوجوده ويكون تابع له في وجوده وصحته وآثاره وانقضائه⁽³⁾. وهذه هي

(1) الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس - المرجع السابق - ص 27.

(2) الدكتور سمير تتاغو - المرجع السابق - ص 21.

(3) في بطلان التزام الكفيل ببطلان التزام المدين الأصلي، انظر: طعني التمييز: 566، 577 لسنة 2003 تجاري. جلسة 2004/10/9. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - أبريل 2009 - القسم الخامس - المجلد التاسع - ص 632.

خصيصة التأمينات بأنواعها المختلفة الشخصية منها والعينية⁽¹⁾. وفي هذا الشأن، تعرض نصوص المواد من 750 - 753 من القانون المدني للأحكام التي تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول في صحته وفي بطلانه وانقضائه، وفي تحديد التزام الكفيل مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان الوفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول فضلاً عن تحديد التزام الكفيل بالنسبة لتوابع الالتزام المكفول ومصروفات المطالبة به⁽²⁾.

وسواء كانت الكفالة بعقد مستقل أم في إطار عقد آخر شأن عقد التسهيلات المصرفية وبالرغم من تبعية التزام الكفيل الناشئ عنه للالتزام المكفول، العقد بحسب الأصل العام ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين. ولا يغير من ذلك تلقي الكفيل مقابلاً من الغير شأن المدين أو غيره باعتباره ليس طرفاً في عقد الكفالة⁽³⁾.

(1) الدكتور سمير تناغو - المرجع السابق - ص 24.

(2) في نتائج تبعية الكفالة في القانون المدني الكويتي، انظر: الدكتور أحمد الزقرد - المرجع السابق - ص 20.

(3) الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس - المرجع السابق - ص 18، الدكتور عبدالسلام فيغو - المرجع السابق - ص 264. بالمقابل، يرى البعض بأن حال تعهد الدائن بدفع مبلغ من النقود للكفيل مقابل التزامه بضمان دين المدين، فإن العقد يكون حينها عقد تأمين، وليس عقد كفالة، يقوم الكفيل بدور المؤمن والمبلغ الذي يدفعه الدائن هو قسط التأمين، والخطر المؤمن منه هو اعسار المدين. وينتقد البعض الآخر هذا التكييف للعقد على أساس أنه

وإذا كانت الكفالة الشخصية، وعلى النحو المتقدم، تتطلب عقد بين الدائن والكفيل، تابع في وجوده للالتزام الأصلي للمدين دون فرض التزامات ما على عاتق الدائن مقابل التزام الكفيل بالوفاء بالدين حال عدم سداه من جانب المدين، فإنها بذلك لا تختلف عن الكفالة العينية. كل ما هنالك أن الكفالة الشخصية تفترق عن الكفالة العينية بأن الكفيل الشخصي يلتزم في كل أمواله بينما الكفيل العيني يتحدد مسؤوليته فحسب بالمال الذي يرهنه لصالح الدائن لضمان الوفاء بالتزام المدين.

لا يوجد خطر = حقيقي وهو ما لا يتصور التأمين بغيره، لأن الكفيل سيرجع على المدين بما دفعه وفاء لحق الدائن. في هذا الشأن انظر: الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 26.

2- الكفالة العينية

إذا كان حق الدائن يرد على الضمان العام لمدينه وأصبح بالكفالة الشخصية يرد أيضا على الضمان العام للكفيل، فإن حقه لن يمتد إلا على مال خاص للكفيل بالكفالة العينية⁽¹⁾.

فقد يقصر شخص ما التزامه في سداد دين المدين ويحدد نفاذه في مال معين فقط من أمواله، فيقوم لمصلحة الدائن حقاً عينياً تبعياً على هذا المال ضماناً وتأميناً للوفاء بدين المدين كأن يرهن له عقاراً أو أسهم أو ودائع أو غيرها من الأموال الأخرى التي يمتلكها. وهذا ما صرح به المشرع في المادة 973 من القانون المدني التي أجازت "أن يكون الرهن هو المدين أو شخصا آخر غيره". ونص في المادة 1027 من مواد الرهن الحيازي على أن "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو الى عدل بعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في القضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون".

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء العاشر والأخير - التأمينات الشخصية والعينية - تحديث وتقيح المستشار أحمد مدحت المراغي - دار الشروق - عام 2011 - ص 193 وما بعدها، الدكتور منصور مصطفى منصور - عقد الكفالة - طبعة عام 2001 - فقرة 5 - ص 236، الدكتور محمد إبراهيم بنداري - المراجع السابق - ص 48، الدكتور حسني محمود عبدالدايم - المراجع السابق - ص 71، الدكتور محمد عزمي البكري - المرجع السابق - ص 459 وما بعدها.

حيث يطلق على الرهن غير المدين فيها الكفيل العيني، فهو في علاقته بالمدين يعتبر كفيلا له في الوفاء بالتزامه جهة الدائن وليس مدينا. وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة عينية، تنشئ في ذمة الرهن التزاما عينيا تبعا على المال محل الرهن. والكفالة العينية بذلك تعد من التأمينات العينية الاتفاقية⁽¹⁾، يجمع فيها الكفيل العيني صفة الكفيل وصفة الرهن⁽²⁾. وإنه بحسب الأصل تسري، وإلى جانب قواعد الرهن، قواعد الكفالة في العلاقة بين المدين والكفيل العيني ما لم ينص على خلاف ذلك⁽³⁾.

فإذا كان الرهن يتبع الدين المضمون، ولهذا يحق للكفيل العيني إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له الحق ولو نزل عنه المدين عملا بنص المادة 1/983 من القانون المدني، فإن

((1)) الدكتور عبدالناصر العطار- التأمينات العينية- جامعة أسيوط- 1980- ص 13، الدكتور حسام الأهواني- المرجع السابق- 77، الدكتور إبراهيم أبوالمليل- الحقوق العينية التبعية - التأمينات العينية- جامعة الكويت- 1993- ص 20، الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 22، 168، الدكتور أنور العمروسي- الحقوق العينية التبعية - التأمينات العينية في القانون المدني- منشأة المعارف- الاسكندرية- 2003- ص 39، الدكتور جابر محجوب والدكتور فايز الكندري- المرجع السابق- ص 30، الدكتور سامي الدريعي- المرجع السابق- ص 12.

((2)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 22 وما بعدها، الدكتور عبدالسلام فيغو- المرجع السابق- ص 267.

((3)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 22، الدكتور حسام الأهواني- المرجع السابق- ص 77.

ذلك يعتبر بالنسبة له أيضا، الكفيل العيني، من تطبيقات المادة 1/750 من ذات القانون، وهي من المواد المنظمة للكفالة الشخصية، والتي تقضي بأن الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا. وهذا ما قضت به محكمة التمييز في حكم مؤرخ 1981/3/4 بتقريرها على "الكفيل العيني في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالمدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ولو نزل عنها المدين، ومن ثم استناد الطاعنة لإقرار المدين ببقاء الدين في محضر الصلح المبرم بينهما - بعد التقرير بالوفاء به أثر تحديد المدين له إعمالا للمادة 324 من قانون التجارة وبرفض صحته - يكون لا أثر له على مركز الكفيل العيني - المدعية في الدعوى - الذي يحق له التمسك بهذا الوفاء رغم نزول المدين عنه"⁽¹⁾.

وإن استثنى من هذا الأصل بالزام الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا حالة ما إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وأبطل التزامه وفق نص المادة 2/750⁽²⁾، فقد استقر الفقه على أعمال هذا الحكم في مجال الكفالة العينية ومن ثم، وقياسا على الكفالة الشخصية، لا يجوز للكفيل الراهن أن يتمسك ببطلان العقد المضمون أو أم يستفيد من إبطاله بسبب نقص

((1)) الطعانان بالتمييز رقما: 119، 123 لسنة 1980 تجاري- جلسة 1981/3/4. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يناير 1994- القسم الأول- المجلد الثاني- ص 495.

((2)) في ذلك، انظر: الطعن بالتمييز: 122 لسنة 1986- جلسة 1986/12/31. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يونيو 1996- القسم الثاني- المجلد الثالث- ص 507.

أهلية المدين⁽¹⁾. بالمقابل، لا يجوز للكفيل العيني حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك عملاً بالمادة 1/991 من القانون المدني والتي تنص على أنه "إذا كان الرهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك". وذلك بعكس الكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين والذي يثبت له الحق وفق المادة 760 من القانون المدني طلب تجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله⁽²⁾.

وعليه، فإن كانت الكفالة العينية لا تدخل في التأمينات الشخصية، إلا أنها لا يمكن أن تكون بأي حال مجرد رهن وذلك باعتبار أن الكفيل "لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل في التأمينات الشخصية، بل يقدم مالاً مملوكاً له كأنه يكون رهنأً يضمن حقاً شخصياً للدائن، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العيني، فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة، وهي في الواقع من الأمر تأمين عيني لا تأمين شخص، ولكنه يتميز بأن الذي يقيم ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة في التأمين العيني، بل شخص آخر غير

(1) انظر الدكتور حسام الأهواني- المرجع السابق- ص 79.

(2) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- في التأمينات الشخصية والعينية- المرجع السابق- ص

المدين يضمن المدين، بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهناً في التزام المدين،
فالكفالة العينية هي في حقيقتها رهن⁽¹⁾.

ذلك بأن الكفالة العينية وإن كانت تفرض فحسب على الكفيل العيني تقديم شيئاً
مملوكاً له، عقاراً أو منقولاً، رهناً لوفاء دين الغير، والرهن إما أن يكون رهناً حيازياً
إذا وقع على عقار أو منقول، أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار، وإنه في جميع
الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين، بل الذي
يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين
شخصي، وكان ذلك من شأنه أن يستبعدا من نطاق الكفالة الشخصية⁽²⁾، إلا أنه
لا يستبعدا من نطاق الكفالة ويغير من طبيعتها القانونية ككفالة. لذا، فإن تسمية
الراهن هنا كفيل عيني ليس مجرد مصطلح يطلق عليه، بل بما يتفق وطبيعة
التزامه جهة الدائن بالنسبة للالتزام الأصلي المكفول بالرهن.

فالكفالة قد تكون أداء من أدوات التأمين الشخصي، وقد تكون أداة من أدوات
التأمين العيني⁽³⁾، وفي الحالة الأولى يطلق عليها "الكفالة الشخصية" وفي الحالة
الثانية يطلق عليها "الكفالة العينية" فكلا من الأداتين تعرف "بالكفالة"⁽⁴⁾ وإن كان

(1) الدكتور حسام الأهواني-المرجع السابق-ص 79.

(2) الدكتور قدي الشهراوي-المرجع السابق-ص 25.

(3) في نشأة التأمينات الشخصية وظهور التأمينات العينية انظر:

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit/ p.9.

(4) الدكتور أحمد سلامة - دروس في التأمينات المدنية- ص 27.

بين النظامين فوارق فهي في حقيقتها الفوارق بين التأمين الشخصي والتأمين العيني، باعتبار أن الكفالة العينية رهن يقدمه غير المدين بخلاف الكفالة الشخصية. فهي "مزيج من الكفالة أو التأمينات الشخصية، والتأمينات العينية، فمعنى الكفالة يوجد من كون أن الكفيل يضمن الوفاء بدين غيره، ومعنى التأمينات العينية يرد حيث لا يلتزم الكفيل شخصياً بضمان الوفاء بالدين وإنما يخصص مالا من أمواله، يضمن دون غيره الوفاء بالدين المضمون. فالذمة المالية للكفيل لا تضمن الوفاء بالدين إنما يضمنه أحد الأموال فقط وهو ذلك المخصص والمقدم كضمان للدين"⁽¹⁾.

ولا يغير من ذلك خضوع الكفيل العيني لأحكام الرهن، إذ أن ذلك يكون في الحدود التي تتفق مع طبيعة مركزة باعتباره ليس الملتزم الأصلي عن الدين المضمون بالرهن وإنما كفيل في الوفاء به في حدود المال المرهون دون غيره. وإنه بحسب الأصل العام، وكما قدمنا، تسري قواعد الكفالة في العلاقة بين المدين والكفيل العيني في المسائل التي لا تنظمها أحكام الرهن.

وإن كان القانون المدني قد أفرد للكفالة الشخصية فصلاً يندرج تحت القسم الأول المتعلق في "الحقوق الشخصية أو الالتزامات" ونظمها في المواد من 745 إلى

((1)) الدكتور حسام الأهواني-المرجع السابق، الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء العاشر - المرجع السابق - ص345 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - في العقود المسماة - عقد الكفالة - عام 1994 - ص146 وما بعدها.

772، ولم يتناول فيها "الكفالة العينية"، بينما أفرد للرهن الرسمي والحيازي بابين يندرجان تحت القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) ويشتمل البابان على المواد من 971 الى 1060، وتناول فيهما "أحكام الرهن" دون أن يستخدم مصطلح الكفالة العينية في أي موضع، فإن ذلك لا يعني بطبيعة الحال بأن المشرع قد خلع عن الراهن إذا كان شخصا آخر غير المدين صفة الكفيل واخرجه من نطاق الكفالة، وبأن معالجة أحكام التزامه في الموضع المخصص للرهن الرسمي والحيازي يعني تمييز الرهن الذي يقيمه على عين مملوكة له ضمانا لدين غيره عن خصائص الكفالة وطبيعتها القانونية.

فالتسميات والعناوين لا تهم في تحديد الطبيعة القانونية للتصرف، بقدر ما تهم الحقائق والمفاهيم. ذلك أن تنظيم الكفالة الشخصية بوجه مستقل مرده طبيعتها في ضم ذمة الكفيل بمجملها إلى ذمة المدين في ضمان دين الدائن، فهي من نظم التأمينات الشخصية، بل هي الصورة النموذجية لهذه النظم، فكان من الطبيعي أن يخصها المشرع بأحكام خاصة تحت مظلة الحقوق الشخصية أو الالتزامات، وليس ضمن إطار "التأمينات العينية" التي تقوم على تخصيص مال أو أموال لضمان الوفاء بالالتزام من المدين أو غيره، باعتبار أن الكفيل الشخصي لا يرهن مال من أمواله ضمانا لدين المدين، والدائن لا يحصل على حق عيني تبعي على أموال الكفيل، ولكن حقه يرد فقط على الضمان على الكفيل. وبأن تنظيم الكفالة الشخصية على النحو المتقدم لا يعني حصر نطاق الكفالة عليها واستبعاد الكفالة العينية، وأن لم يسبغ المشرع أو يستخدم مصطلح "كفيل عيني" في أي من أحكامه

المنظمة للرهن. حيث أن ذلك لا يعني انصراف نية المشرع على قصر نطاق الكفالة على الكفالة الشخصية.

وأيه ذلك، ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بمعرض بيانها للمادة 973 منه والتي تنص على أنه "يجوز أن يكون الراهن هو المدين أو شخصا آخر غيره"، مقرره أنها تعرض للراهن "وهو الذي يبرم عقد الرهن بالاتفاق مع الدائن المرتهن، وقد يكون هو المدين، وهو الغالب، وقد يكون شخصا آخر يرهن عقارا مملوكا له لضمان الدين وهذا هو الكفيل العيني". وبشأن المادة 1/991⁽¹⁾، جاء بالمذكرة الإيضاحية على أنها تعرض "لحالة ما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، أي للكفيل العيني، وقررت أنه لا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. كما قررت أنه لا يكون لهذا الراهن الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. كما قررت الفقرة الثانية أنه يجوز للراهن أن يتقاضي أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلي عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار. وكل هذه الأحكام مسلمة ترجع إلى أن الراهن ليس مسئولا شخصيا عن الدين".

((1)) "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ذات الصفحة، الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 148.

وفي ضم الكفالة الشخصية والكفالة العينية تحت مظلة "التأمينات" التي يقدمها شخص آخر غير المدين يستوى في ذلك أن يكون كفيلا شخصيا أم كفيلا عينيا، ما نصت عليه المادة 1006 من القانون المدني⁽¹⁾ والتي افصحت المذكورة الإيضاحية في معرض شرحها بشأن حق الحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن بالوفاء به وحقه تباعا بالرجوع بكل ما أداه على كل من المدين ومن تلقى منه حقه بدعوى شخصية، وبأن يحل محل الدائن فيما كان له من حقوق، بأنه يكون للحائز⁽²⁾ "حق الدائن بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وبما يكفله من تأمينات فيما عدا التأمينات التي قدمها شخص آر غير المدين، ويرجع استثناء

(1) "الحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين. ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزداد، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى من تلقى منه الحق، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات شخص آخر غير المدين".

(2) يعتبر حائز للعقار المرهون "كل من انتقلت إليه بأي سبب غير الميراث، ملكية هذا العقار أو أي حق عيني عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن" المادة 2/1004 مدني. ويقترب الكفيل العيني بذلك من الحائز في أن كل منهما لا يسأل عن الالتزام ويقتصر حق الدائن في التنفيذ على العقار المرهون. ولكنهما يختلفان من حيث أن الكفيل العيني يكون طرفا في عقد الرهن بخلاف الحائز الذي يتبع العقار تحت يده، كما أن الكفيل العيني تبرأ ذمته بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه بعكس الحائز، وإذا وفى الكفيل العيني كل الدين أو بعضه حل محل الدائن في حقه طبقا لقواعد الحلول القانوني بينما الحائز فلا يجوز له أن يحل محل الدائن فيما يتعلق بالتأمينات التي قدمها الكفيل العيني. في ذلك، انظر: الدكتور حسام الأهواني-المرجع السابق-ص 78.

هذه التأمينات إلى أن العقار لو بقي في يد المدين ونفذ عليه الدائن لما كان للمدين أن يرجع على الكفيل فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد وجود حائز".

وفي نطاق أحكام الكفالة الشخصية، وتحديدًا المادة 763 من القانون المدني والتي تعرض صورة خاصة للدفع بالتجريد في حالة وجود تأمين عيني يضمن الدين، والتي تجيز للكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو حال ما إذا عول على هذا التأمين بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود. جاء في المذكرة الإيضاحية الشارحة لها بأن "يجب أم يكون التأمين العيني مقررا على مال مملوك للمدين لأنه إذا كان التأمين العيني مقررا على مال للغير، فإن هذا الغير يكون كفيلا عينيا لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده". وهو ما يعني بعدم مفاضلة الكفيل الشخصي عن الكفيل العيني في هذا المسألة⁽¹⁾.

وترتيبًا على ذلك، وشأن عقد الكفالة الشخصية، الكفالة العينية عقد طرفاه الدائن والراهن الكفيل والمدين يعد من الغير فيه. وهو عقد ملزم لطرف واحد الكفيل العيني، ولا يغير من ذلك فرض جملة من الالتزامات على عاتق الدائن المرتهن في

(1) وهذا بخلاف ما انتهى إليه بعض الفقه بأنه إذا كان الكفيل يستفيد من بعض أحكام الكفالة فإنها قد تؤدي إلى وضع أسوأ من الكفيل الشخصي عملاً بنص المادة 763 مدني بتقري الحق للكفيل الشخصي، إذا لم يكن متضامنا مع المدين، أن يطلب تجريد الكفيل العيني بالتنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو حال ما إذا كان هذا التأمين مقرر ضمنا للدين وقدمت الكفالة بعد هذا التأمين أو معه. انظر: الدكتور حسام الأهواني-المرجع السابق- ص 78.

الرهن الحيازي في المواد 1037 - 1040 من القانون المدني، فهي ليست مقابل لالتزام الكفيل بالضمان العيني لالتزام المدين الأصلي بل اشتراطات لحفظ هذا الضمان وصيانتة وضوابط الانتفاع به واستثماره وادارته وردة. وأخيراً، فإن العقد تابع للالتزام الأصلي للمدين نشأ بمقتضاه التزام الكفيل العيني وينقضي بانقضائه.

ويضحى بذلك التمييز بين الرهن والكفالة العينية مسألة أولية في تحديد سعة الوكالة في كل منهما. ويكون بذلك من غير المقبول قانوناً التمسك بأن الكفالة العينية في حقيقتها مجرد رهن يسري عليها ما يسري على الرهن من احكام، والقول تباعاً بأنها من المعاوزات شأن البيع وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة إلا أنه يصح أن تصدر هذه الوكالة دون تحديد للمال الذي يقع عليه الرهن، فتكون خاصة في نوع التصرف وعامة في محله، ومن ثم يجوز أن يوكل شخصاً آخر في رهن مال معين، كما يجوز له أن يوكله بالرهن بوجه عام.

وهذا ما قضت به تحديداً محكمة التمييز، وكما سوف يأتي تفصيله لاحقاً، بالتفاتها عن هذا الدفع وذلك بتقرير أن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا من المدينين بل هم كفلاء عينين لتصدر في قرارها بغرفة المشورة بالنسبة لسعة الوكالة على هدي من ذلك بتقرير بطلانها⁽¹⁾، والقضاء ببطلان الرهن لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن ثبت لديها بأن الرهن لم ينشأ لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورثيين - الموكل - بل ضماناً لمديونية الشركة المطعون ضدها

((1)) جلسة 2014/4/30. الطعن بالتمييز رقم: 1626 لسنة 2013 تجاري/4.

عن عقود مرابحة وهو ما يعتبر معه الرهن من اعمال التبرع بالنسبة إليهم بصفتهم كفلاء عينيين للمديونية⁽¹⁾.

مع ذلك، يبقى تساؤل مستحق بشأن سعة لفظ الكفيل أو الكفالة في الوكالة، دون تحديد للكفالة العينية. حيث نتفق مع ما ذهب إليه البعض بأن المقصود هو الكفيل الشخصي والكفالة الشخصية⁽²⁾، ليس لأن الكفالة تنحصر بها بل لأن الكفالة العينية تتطلب رهن مالا مملوكا للكفيل العيني ضمانا لدين المدين، وهو ما ينبغي معه تقرير الحق للوكيل بالرهن. وهذا ما يستخلص من الحكم محل التعليق وجملة الأحكام، وكما سوف نرى لاحقا، التي قضت في سعة الوكالة الخاصة بإصدار الكفالة العينية بعد التثبيت من تحديد تصرف الرهن في الوكالة. وفي جميع الأحوال، تتطلب إدارة التوثيق بوزارة العدل في الوكالة الخاصة للكفالة العينية نمودجا خاصا بذلك يحدد في أيضا محل الرهن دون الاكتفاء بذكر الرهن في الوكالة.

((1)) حكم محكمة التمييز جلسة 2012/1/17. الطعنين بالتمييز رقمي: 903، 906 لسنة 2008 تجاري/3.

((2)) الدكتور سمير تناغو-المرجع السابق-ص 23.

المبحث الثاني

التعليق على الحكم

يتصل موضوع الحكم محل التعليق في مدى كفاية النص في الوكالة على "الرهن واعطاء الكفالات" من تقرير الحق للوكيل في منح كفالة شخصية أو عينية عن موكله (الكفيل) في عقود التسهيلات المصرفية وغيرها، وذلك بالرغم من خلوها من بيان المال المرهون على وجه التخصيص وعدم تحديد الدين المضمون بالوكالة تحديدا دقيقا.

ويدور محور التعليق بشكل خاص حول نص المادتين 1/701 والمادة 702 بمجملها من القانون المدني سالفه الذكر، وبطبيعة الحال لأحكام الكفالة. وذلك، للبحث في اعتبارات تكييف الكفالة من أعمال التبرع، لتحديد ما إذا كانت تعتبر دائما من عقود التبرع لابد فيها من وكالة خاصة فيها وخاصة في محلها (أولا)، وحدود سلطة قاضي الموضوع التقديرية في هذا الشأن (ثانيا). وذلك من واقع الرجوع ما سطرته بأحرف من نور حكم محكمة التمييز محل التعليق، ومقارنتها بغيرها من الأحكام التي صدرت في منازعات مماثلة.

أولا: اعتبارات تكييف الكفالة من اعمال التبرع

التعرف على حدود اعتبار الكفالة من اعمال التبرع، وهي المسألة التي تمثل جوهر الحكم محل التعليق وغيرها من المنازعات القضائية التي تكون فيها الكفالة قد

صدرت من وكيل وليس من الكفيل ذاته، مردها تحديد المصلحة التي تعود على الكفيل من الدين المكفول، وهو ما يستبعد معه طبيعة الكفالة كأساس لتحديد ما إذا كانت الكفيل متبرعا محضا من عدمه.

1- استبعاد طبيعة الكفالة

سعة الوكالة في اصدار الكفالة قائمة على تحديد ما إذا كانت الكفالة قد قدمت حسب الأصل العام على سبيل التبرع أم بإثبات أن الكفالة قد عادت على الكفيل بمصلحة كانت الباعث الدافع لها، يستوي في ذلك أن تكون الكفالة مدنية أم تجارية، أو تكون كفالة عينية قائمة على الرهن.

(أ) الكفالة المدنية والكفالة التجارية

الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا، ويرجع في ذلك إلى أن الكفالة هي بحسب الأصل العام من عقود التبرع، وهي صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية القائمة على عنصر المضاربة⁽¹⁾.

وقد نص المشرع المصري على هذا الحكم في المادة 1/779 من التقنين المدني بنصها على أن "كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا"، ولم يستثني من ذلك - بالمادة 2/779 - سوى الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق

((1)) الأعمال التجارية وفق نص المادة 3 من قانون التجارة "هي الاعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة"، الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 8 وما بعدها.

التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق⁽¹⁾. وهو بذلك أرسى قاعدة عامة مؤداها أن عقد الكفالة يكون عقداً مدنياً في جميع الاحوال حتى لو كان الكفيل تاجراً، وسواء كان الدين المكفول تجارياً أم مدنياً⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ما نصت عليه المادة 1/779 من التقنين المدني "يدل على أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً أو كان الكفيل نفسه تاجراً وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول لأن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني"⁽³⁾.

المشرع الكويتي أخذ منحى مخالف في قانون التجارة، وذلك بترك تحديد طبيعة عقد الكفالة من حيث اعتباره عقداً مدنياً أو تجارياً إلى طبيعة الدين المكفول بالنسبة

((1)) انظر: الدكتور سمير تناغو-المرجع السابق- ص 30.

((2)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- التأمينات الشخصية والعينية- المرجع السابق- ص 85 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص17، الدكتور عبدالودود يحيى - عقد الكفالة - سنة 1961 - نبذة 9 - ص15.

((3)) جلسة 1981/3/2. الطعن بالنقض رقم: 1041 لسنة 1947. مشار إليه: محمد البكري- موسوعة الفقه والقضاء- في شرح قانون التجارة الجديد- الالتزامات - العقود التجارية - عمليات البنوك- المجلد الثاني- دار محمود للنشر والتوزيع- 2018- ص 11.

إلى المدين. وذلك بالنص في المادة 98 على أن "تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن دينا يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين"⁽¹⁾.

وتظهر أهمية اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية بوجه خاص في الاختصاص وفي الإثبات والفائدة القانونية والتضامن⁽²⁾. فإن كانت الكفالة التجارية، كان القضاء التجاري هو المختص، ويجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات وأن تجاوز قيمة التصرف 5000 الف دينار كويتي، ويستحق عنها فوائد قانونية⁽³⁾، ويكون الكفلاء

(1) في اعتبار التزام الكفيل تجاري كالالتزام المكفول في كفالة الدين التجاري بالنسبة للمدين. انظر: الطعن بالتمييز رقم: 296 لسنة 2001 مدني. جلسة 2002/2/11. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - وزارة العدل - محكمة التميز - المكتب الفني - أبريل 2009 - القسم الخامس - المجلد التاسع - ص 625. وفي جواز مطالبة الكفيل دون المدين ابتداء، وبأن مطالبو أحدهما لا تسقط مطالبة الآخر، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 54 لسنة 1980 تجاري. جلسة 1981/2/4، مجموعة القواعد القانونية - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - يناير 1994 - القسم الأول - المجلد الثاني - ص 497. الطعن بالتمييز رقم: 9 لسنة 1984 - جلسة 1985/6/12 - مجموعة القواعد القانونية - يناير 1994 - مشار إليها - ص 499.

((2)) Aynes L./ op.cit./ p. 13.

((3)) في عدم جواز اثبات الكفالة المدنية متى ما تجاوزت قيمة التصرف 5000 دينار كويتي إلا بالكتابة، عملاً بقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 183 لسنة 1985 تجاري. جلسة 1986 /5/14. مجلة القضاء والقانون - وزارة العدل - المكتب الفني - السنة 14 = = العدد الأول - مايو 1993 / ص 244، راجع الدكتور سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - عقد الكفالة - المرجع السابق - ص 20، الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية - المرجع السابق - ص 68.

متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين⁽¹⁾. بالمقابل، سعة الوكالة في اصدار الكفالة لا تتحدد بمدنية أو تجارية الكفالة.

إذ ان مناط تحديد ما إذا كانت الكفالة من عقود التبرع أم معقود المعاوضة، وكما سوف يأتي تفصيله لاحقاً، هو بمنح الكفالة مقابل مصلحة للكفيل في الدين المكفول من عدمه وليس ما إذا كانت مدنية أو تجارية بتقرير أن الكفيل يكون متبرعا في ضمان الالتزام الأصلي للمدين في الكفالة المدنية ومضاربا في الكفالة التجارية يتوخى منها مقابل أو منفعة له أو لغيره.

والقول بغير ذلك مردود عليه، ليس لما يترتب عليه من نتيجة غير منطقية باعتبار جميع الكفالات التي تمنح كضمان في عقود التسهيلات المصرفية تكون على سبيل المعاوضة في القانون الكويتي لأنها، عملاً بالمادة 98 المذكورة، كفالات تجارية ل ضمانها لديون تجارية، ومن ثم فإنها لا تحتاج إلا لوكالة خاصة تسمح بها وتتسع

((1)) في تقرير الكفالة التضامنية فيما بين الكفلاء ومع المدين في تسهيلات مصرفية منحها البنك للعميل بشكل قرض لاستعماله في الحساب الجاري لدى البنك، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 183 لسنة 1985 تجاري- مشار إليه، انظر أيضا في تضامن الكفلاء حال تعددهم في الكفالة التجارية: الطعن بالتمييز رقم: 507 لسنة 2004 تجاري- جلسة 2006/3/11. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- أبريل 2009- القسم الخامس- المجلد التاسع- ص 635، وفي أثر تضامن الكفيل مع المدين في عدو جواز مطالبة الكفيل المطالبة بالرجوع أولا على المدين أو تجريده من أموال، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 212 لسنة 1996 تجاري- جلسة 1997/4/7. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يونيو 2004- القسم الرابع- المجلد الخامس- 891.

إليها دون ضرورة في تحديد محلها. بل لأن ذلك يتعارض مع مفهوم النص المذكور، وأسس التفرقة كما اشرنا بين العقود ما اذا كانت علي سبيل التبرع أو المعاوضة، ولم ينظر إليه كذلك في الفقه والقضاء.

إذ ان القول بأن اصفاء المشرع بالمادة 98 للصبغة التجارية على الكفالة التي تضمن دين تجاري تقرير لحكم بأنها على سبيل المعاوضة بالأثار التي يترتب على ذلك بما فيها تحديد سعة الوكالة، يتعارض مع الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا والذي حمل المشرع المصري في التقنين المدني على اعتبار الكفالة مدنية وأن كانت تضمن دينا تجاريا وكان الكفيل تاجرا، ومع الغاية التي توخاها المشرع والتي تتمثل في اخضاع الكفيل للالتزام تجاري كالتزام المكفول بالنتائج المشار إليها آنفا، باعتبار ان التزام الكفيل التزام تباعي بغض النظر عن صفة الكفيل ونيته التي قد تكون قد اتجهت للتبرع وليس تحريا لمقابل أو منفعة. فغاية المشرع بإسباغ الصفة التجارية على كفالة الدين التجاري لا لشيء إلا لتوحيد النظام القانوني الذي يخضع له العمل التجاري وغيره من الأعمال المدنية بطبيعتها التي تكون مرتبطة به أو لازمة له⁽¹⁾. فالكفالة، وهي عمل مدني بطبيعته، نمط من الأعمال التجارية بالتبعية لارتباط العمل المدني بالعمل التجاري⁽²⁾.

(1) بشأن تبني المشرع الكويتي نظريتي الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية وبالتبعية الشخصية، ومبررات ذلك، انظر: الدكتور حسني المصري، القانون التجاري الكويتي - مؤسسة دار الكتب - 1996 - ص 169 وما بعدها.

(2) الدكتور حسني المصري - المرجع السابق - ص 172.

وهذا ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة - تعليقاً على هذا النص -
"بأن المادة (98) اعتبرت "كفالة الدين التجاري بذاتها عملاً تجارياً. وهو الحل الذي
أخذت به الفقرة الأولى من المادة 502 من القانون التجاري القائم رغم أن الاصل
في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً، وقد أثر المشروع استبقاء هذا الحل
بتقدير أن التزام الكفيل التزام تباعي، فمن الواجب أن يكون التزامه تجارياً كالالتزام
المكفول بقطع النظر عن صفة الكفيل أو نيته. وغني عن البيان أن الكفالة تعتبر
أيضاً عملاً تجارياً بالتبعية بالنسبة للكفيل إذا كان تاجراً وقام بها لعمل مرتبط
لحاجات تجارته. كأن يكفل التاجر عميلاً هاماً من عملائه في دين مدني حتى لا
يتعرض لفقده أن لم يكفله فالكفالة هنا عمل تجاري تابع لنشاطه التجاري".

ولهذا جاء المشروع، بعدما قرر أن يكون التزام الكفيل تجارياً بالتبعية للالتزام
الأصلي للمدين، ليقرر في المادة التي تليها على أحد أهم النتائج المتوخاة من ذلك
وهي تضامن الكفلاء فيما بينهم وبين المدين. حيث تنص المادة 99 من قانون
التجارة على أن "في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم
ومتضامنين مع المدين. والدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين، وإن شاء
طالب الكفيل. ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته
أحدهما له أن يطلب الآخر وله أن يطالبهما معاً". وهو ما أكد عليه المشروع في
القانون المدني اللاحق في صدره على قانون التجارة، في المادة 766 بنصها على
أنه "في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما
بينهم ومتضامنين مع المدين".

وقد كرس المشرع المصري بدوره هذا التضامن في قانون التجارة الجديد⁽¹⁾، فنصت المادة 1/47 على تضامن الملتزمين معا بدين تجاري ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، ونصت الفقرة الثانية على سريان هذا التضامن في حالة تعدد الكفلاء. ولتحقيق ذلك، وبعد التأكيد في الفقرة الأولى من المادة 48 من قانون التجارة الجديد القاعدة التي نصت عليها المادة 1/779 من التقنين المدني سألغة الذكر التي تقضي باعتبار كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، اورد المشرع استثناءات على هذه القاعدة واعتبرت الكفالة عملا تجاريا منفردا إذا نص القانون على ذلك - شأن ما نصت عليه المادة 2/779 من التقنين المدني - أو كان الكفيل بنكا، أو كان تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول⁽²⁾.

وقد درجت الكتابات الفقهية بمجملها، كما سوف نرى لاحقا، في شأن الكفالة على تصنيفها بصفة عامة ضمن عقود التبرع، والبحث في الأحوال التي تكون فيها معاوضة. وذلك كله، دون أن يكون المعتبر لديهم التمييز بين الكفالة المدنية والتجارية. والشأن ذاته بالنسبة لأحكام القضاء، التي وان كانت تستند إلى نص المادة 98 من قانون التجارة المذكور وما افصحت به المذكرة الإيضاحية بشأنه

(1) الدكتور صلاح شحاتة- المرجع السابق- ص 2، الدكتور سميحه القليوبي - تعليق على مواد قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 - الباب الأول والثاني - المواد من 1 إلى 377 - الطبعة الأولى - عام 2011 - ص 125.

(2) "لا تعتبر كفالة الدين التجاري عملا تجاريا إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكا أو كان تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول" المادة 1/48 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، الدكتور سميحه القليوبي - المرجع السابق - ص 125 وما بعدها.

فذلك لتعويل عليها فحسب في تقرير التضامن بين الكفلاء حال تعددهم. وفي سعة الوكالة، فإن احوالها للنص المذكور لا يمثل الأساس القانوني التي تعول عليه في تقرير صحة الكفالة أو بطلانها بل بما هو ثابت لديها من ظروف الدعوى تحري الكفيل لمقابل أو منفعة م ضمانه لدين المدين.

وهذا ما انتهت إليه محكمة التمييز في الحكم المؤرخ 2002/2/11 بقضائها على أنه "من المقرر أن الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلي ذمة المدين في التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين، ورغم أن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعة لا مضاربة، إلا أن قانون التجارة نص في المادة 98 منه على أن تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن دينا يعتبر تجارية بالنسبة إلى المدين، وقد أثر المشرع هذا الحل بتقدير أن التزام الكفيل التزام تباعي فمن الواجب أن يكون التزامه تجاريا كالتزام المكفول، بقطع النظر عن صفة الوكيل أو نيته، وطبقا لنص المادة 99 من قانون التجارة فإنه في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع الدين والدائن مخير في المطالبة، أن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معا، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد المديونية سند الحجز موضوع الداعي أنه محرر بين البنك التجاري الكويتي المطعون ضده طرف أول دائن مرتهن، وبين كل من طرف ثان مدين و طرف ثالث كفيل عيني ويفيد مع الدائن تسهيلات مصرفية بشكل قرض للمدين وذلك لاستعماله في حساب الجاري لدي الدائن بكفالة الطرف الثالث،

فإن هذا العقد يعد عملاً تجارياً باعتباره من أعمال البنوك وتكون الكفالة تجارية لأن الكفيل يضمن ديناً تجارياً بالنسبة للمدين، ولذلك فإن البنك الدائن يكون مخير في المطالبة أن شاء طالب المدين، وأن شاء طالب الكفيل، وإذ اختار المطالبة ورثة المدين فإن تلك المطالبة تكون متفقة وصحيح القانون، وإن انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة فإن النعي يضحى على غير أساس⁽¹⁾.

وفي حكم مؤرخ قضت محكمة أول درجة إلى أن "مؤدى نص المادتين 701، 702 من القانون المدني أن الوكالة العامة هي تلك التي ترد في الفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف القانوني محل الوكالة ولا تخول الوكيل الصفة إلا في أعمال الإدارة، وإذا كان الاتفاق بين الوكيل والغير منطويماً على تصرف قانوني فإنه يجب عندئذ أن يكون لدى الوكيل وكالة خاصة تخول له إبرام هذا التصرف القانوني. لما كان ذلك، وكانت الكفالة بحسب الأصل تبرعياً ولئن كانت كفالة تضمن ديناً تجارياً ذلك أن عقد الكفالة هو المستثنى وحده بالكاد من اعتبار العقود التجارية عقود معاوضة.... ومن ثم تكون الكفالة من أعمال التصرف لا الإدارة ولا بد فيه من وكالة خاصة حتى يكون للوكيل صفة في إجراءاته"⁽²⁾.

((1)) طعن بالتمييز رقم: 296 لسنة 2001 مدني. أحكام التمييز في شأن أعمال البنوك - الدكتور أحمد دومة والدكتور عبداللطيف الشتيان - وزارة العدل - المكتب الفني - محكمة التمييز - 2017.

((2)) الدعوى رقم: 3808 لسنة 2012 تجاري كلي/3. الدائرة التجارية الثالثة.

وأخيراً، فإن كل ما تقدم ذكره جاء بمدلول الحكم محل التعليق، إذا أنه على الرغم من ان الدين في كل من عقدي التسهيلات المصرفية تجاري بالنسبة للمدين فيهما (زوجة الكفيل والشركة)، ومن ثم تعتبر الكفالة العينية والكفالتين الشخصيتين بهما كفالات تجارية بتطبيق المادة 97 من قانون التجارة، إلا أن محكمة التمييز - ومحكمة الاستئناف ومحكمة أول درجة - لم تقضي بصحة هذه الكفالات على سند من ذلك بل بعد ما ثبت لديها من واقع المستندات بأن الكفيل ليس متبرعا محضاً. فالحكم حسم أمر نطاق الوكالة الصادرة بالكفالة ببحث وتحري مصلحة الكفيل في الدين المكفول، ولم يتعرض أو يمس موضوع الكفالة ذاتها سواء كانت تجارية أو مدنية باعتبار أن ذلك - وأياً كان وجه الرأي فيها - غير منتج في الطعن ببطلان الكفالات التي صدرت بموجب الوكالة في عقدي التسهيلات.

(ب) الرهن والكفالة العينية

الكفالة العينية، وكما اسهبنا بوقت سابق، ليست مجرد رهن، بل هي مزيج بين الرهن والكفالة بما تقرره من تأمين عيني يتطلب لزاماً رهن مال مملوك للكفيل ضماناً للوفاء بالالتزام الأصلي للمدين، فهي صورة مركبة من الكفالة ومن الرهن⁽¹⁾ ليسري عليها ما يسري على الكفالة في المسائل التي لم يرد بها نص خاص في احكام الرهن.

((1)) الدكتور سليمان مرقس - عقد البيع وعقد الكفالة - المرجع السابق - ص 2.

وتظهر أهمية التمييز بين الرهن والكفالة العينية في سعة الوكالة في القيام بهما. فالرهن ليس من التبرعات ولا يشترط في التوكيل به أن يعين المال المرهون على وجه التحديد، بل يكفي التوكيل بالرهن حتى يقرر الحق للتوكيل في رهن أي مال مملوك للموكل رهنا رسمياً أو حيازياً⁽¹⁾. "فالمدين يقدم الرهن بغية الحصول على ميزة مالية معينة مثل الحصول على الائتمان أو البيع بثمن مؤجل، أو من أجل الوفاء. بالرهن يتعاصر عادة في إبرامه مع الحصول على المدين. بل يغلب أن يسبق الرهن في وجوده الدين مثل ضمان الدين المستقبلي أو إذا كان الرهن لاحقاً في تاريخه على الحصول على الدين فإن ذلك يكون تنفيذاً من الراهن للالتزام سابق بتقديم الرهن"⁽²⁾.

((1)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- في التأمينات العينية والشخصية- المرجع السابق- ص 337، الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 132. الدكتور جاير محبوب والدكتور فايز الكندري- المرجع السابق- ص 32. في رأي مخالف، يذهب د. الدكتور سليمان مرقس بأن التوكيل في الرهن الرسمي يشترط إلى جانب حصوله بورقة رسمية أن يخص فيه محل الرهن ببيان فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يراد تقرير الرهن ضماناً لوفائه، وذلك باعتبار أن الشكل الواجب في الرهن الرسمي يتطلب عملاً بالمادة 700 من النقيض المدني تحرير ورقة رسمية به مع اشتغالها على البيانات التي يتخصص بها الرهن. انظر: الحقوق العينية التبعية- المرجع السابق- ص 45.

((2)) الدكتور حسام الأهواني- المرجع السابق- ص 68، الدكتور سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- في الحقوق العينية التبعية- دار الكتاب القانونية - المنشورات الحقوقية- الجزء الثاني- الطبعة الثالثة- 1995- ص 28، الدكتور أحمد الزقرد- المرجع السابق- ص 109.

بالمقابل، إذا كان الراهن غير المدين وهو الكفيل العيني⁽¹⁾، فإن عقد الرهن لا ينبغي النظر له بمعزل عن الكفالة لتقرير بأنه لا يمكن أن يكون تبرعاً، بل معاوضة. ذلك ان ليس بالضرورة أن يحصل فيه الكفيل الراهن على مقابل أو مصلحة لما أداه للدائن المرتهن.

وعلى ذلك، لا نتفق مع ما ذهب إليه البعض بأن الرهن لا يعتبر تبرعاً من الراهن وأن كان شخصاً آخر غير المدين (كفيل)، على سند من أن الرهن "إما أن يكون وفاء منه لالتزام المدين بتقديم رهن، وإما أن يكون الغرض منه حمل الدائن على اقراض المدين أو إهماله فيعتبر بمثابة اشتراط لمصلحة الغير، أما العلاقة بين الراهن والمدين فهي أجنبية من عقد الرهن، وقد يكون بينهما أي اتفاق على الزام بتقديم الراهن بتقديم الرهن سواء كان هذا الالتزام بمقابل أو بدون مقابل، وقد لا يكون بينهما أساساً اتفاق على ذلك، فإذا كان الدافع إلى الرهن المتبرع للمدين بضمانه لدى الدائن، فإن هذا الدافع لا يكفي ليضفي على عقد الرهن المبرم بين الراهن والدائن صفة التبرع ولا ينفي وجود التقابل في ذهن كل من الراهن والدائن

(1) قد يجمع الراهن بين صفة المدين والكفيل العيني، كما لو رهن شريك في شركة تضامن عقارا لكفالة عقد فتح اعتماد مستندي رسمي للشركة، فهو كفيل عيني ومدين متضامن عن ديون الشركة في أمواله الخاصة، حتى لو كان الدين محل التنفيذ ثابتاً في ذمة شركة التضامن وحدها. نقض 1971/1/19 - مجموعة الأحكام - س 22 - ص 52، مشار إليه: الدكتور عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص 13 - هامش (1).

تقرير الرهن ونشوء الدين أو مد أجلهن وبعبارة أخرى فإن هذا التقابل مستفاد من إرادة الطرفين الضمنية⁽¹⁾.

إذ المدين يعد من الغير بالنسبة لعقد الكفالة والتزامه بالرهن جهة الدائن لا يفرض التزام على غيره بكفالة التزامه الرئيسي، كما أنه وبخلاف ما ارتكز عليه الرأي السابق والقائم على أن الكفالة هي معاوضة بالنظر إلى توكي الكفيل مصلحة المدين وما استتبع ذلك بالنظر إلى الرهن الصادر منه على أنه ليس تبرعا فإن تحديد ما إذا كانت الكفالة العينية - الصورة المركبة من الكفالة ومن الرهن - تبرعيه من عدمه كما سوف نعرض لاحقا مرده مصلحة الكفيل في الدين المكفول.

وهو ما استطاعت محكمة التمييز في حكمها محل البحث أن تقطع فيه باقتدار، بمعرض الرد على الطعن في شقه المتعلق بالكفالة العينية لرهن العقار الرسمي والرهن الحيازي لأسهم الكفيل (الطاعن) والبالغ عددها 29625000 بخصوص العقد رقم جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 المبرم البنك) والمطعون ضدها الثانية (زوجة الطاعن).

وذلك بقضائها على أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة 981 من القانون المدني على أنه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو

(1) الدكتور سليمان مرقس - الحقوق العينية التبعية - المرجع السابق - ص 29.

الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين "يدل - وعلى ما ورد بالملزمة الإيضاحية القانون - على جواز عقد رهن رسمي لضمان دين ينشأ مستقبلاً أو ديناً احتمالية وإعمالاً لمبدأ تخصيص الرهن الذي يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح مشروط أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين وعلى ذلك فإن الدين المضمون لا بد أن يكون محددة تحديداً كافياً حتى يكون الرهن مخصصاً من ناحيته وإلا كان عقد الرهن باطلاً لعدم التخصيص فلا يجوز أن ينعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين. و بأن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلاً للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهناً رسمياً إذا كان الموكل هو نفسه المدين أما كان الموكل كفيلاً عينياً وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعاً وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات والى بطل التصرف. وبأن الرهن الحيازي طبقاً لنص المادة 1027 من القانون المدني هو عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي بد يكون، وبأنه طبقاً للمادة 1029 تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 974 و 975 و 978 و 981 و 982 و 983 المتعلقة بالرهن الرسمي".

ولعل ذلك في نظرنا يمثل أحد أهم ركائز الحكم وأهميته، من خلال تحديدها للحدود بين الرهن والكفالة العينية وتبعات ذلك على سعة الوكالة⁽¹⁾، فهي في نهاية

(1) من الجدير بالذكر، التمييز بين الرهن والكفالة العينية بالنسبة لتحديد سعة الوكالة لا يعني بطبيعة الحال حرمان الكفيل من التمسك ببطلان رهن ما يملكه لكفالة الالتزام الأصلي للمدين لتحل من التزامه بالكفالة باعتباره التزام تبعي لالتزام المدين. وهو ما تمسك به تحديدا الكفيل بالكفالة العينية بالرهن الرسمي للعقار والرهن الحيازي في عقد التسهيلات رقم جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 في الدعوى التي صدر بها حكم محكمة التمييز محل التعليق في البحث، وذلك بالدفع - السبب الرابع من أسباب الدعوي- ببطلان الرهن لعدم تخصيص الدين المضمون بالرهن تحديدا دقيقا في العقد المذكور. وقد تصدت محكمة الدرجة الأولى لهذا الدفع بقضائها على أنه "لما كان ذلك وكان الثابت بالعقد الرسمي رقم 4240 جلد/3 بتاريخ 2007/12/11م أن المدعي رهن العقار المملوك له وبينه وصفا في العقد وعينه بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ... وذلك ضمانا السداد التسهيلات المصرفية والمبينة به محددة في عقد الرهن بمبلغ الدين الذي يضمنه الرهن و الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين .. وذلك بتسهيلات مصرفية بصورة خطابات ضمان مالية لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد أقصى 27500000 دولار أمريكي لاستخدامها في اصدار خطابات ضمان .. من اجل تمويل استثمارات خارجية مما تخلص== المحكمة إلى صحة الرهن الواقع على العقار المذكور في العقد محل المطالبة مما تكون المطالبة ببطلانه قائمة على غير سند صحيح من الواقع والقانون". وهذا ما ايدته محكمة التمييز بقضائها "لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضاً برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون على ما أستخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 بأن العقار المرهون معين بالعقد تعيين دقيقة من حيث طبيعته وموقعة وأن التسهيلات المصرفية محددة بمبلغ الدين الذي يضمنه أثرهن والحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وبأنه متعلق بتسهيلات مصرفية في صورة خطابات ضمان لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد اقصى 27500000 دولار أمريكي وانتهى الحكم إلى صحة الرهن من حيث تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، وكان هذا كله الذي خلص إليه الحكم صحيحة سائغا له

المطاف انتهت بقضائها إلى صحة الكفالة العينية - والكفالتين الشخصيتين في عقدي التسهيلات - بعدما ما اعتبرت أن ما خص إليه حكم الاستئناف المطعون فيه جاء صحيحا وسائغا له معينه في أوراق الدعوى وظروفها بأن الكفيل لم يكن متبرعا، ومن ثم كان يكفيها تقرير صحة الكفالة العينية التي صدرت من وكيل بتوكيل بالرهن والكفالة دون أن يحدد فيها طبيعة وعدد الأسهم المرهونة. إلا أن محكمة التمييز حرصت مع ذلك على إيضاح الفارق بين الرهن المجرد الصادر من المدين لضمان مديونيته والرهن المصاحب لكفالة هذا الدين بشأن سعة الوكالة في اصدارهما. فكأن لسان حال المحكمة يقول بأن رهن المدين رسميا كان أم حيازيا يكفيه في جميع الأحوال وكالة خاصة بتحديد الرهن كتصرف فيها فقط، بخلاف الكفالة العينية التي قد تستلزم أن تكون فيها الوكالة أيضا خاصة في محلها بتحديد المال المرهون بمقتضاها⁽¹⁾.

وقد تعرض قضاء محكمة الدرجة الأولى لمسألة التمييز بين الرهن والكفالة العينية بالنسبة لتحديد سعة الوكالة بقضائها على لما "كان المدعي يطالب بإبطال الرهن الرسمي الواقع على عقاره المبين بصحيفة الدعوى والوارد بالعقد رقم جلد/3

معينه ويتفق مع الثابت بالأوراق والعقد والتوكيل ويتضمن الدعامة المستقلة الكافية لحمل قضاءه والتي تكفي أيضا للرد على أسباب الاستئناف".

((1)) فضلا عن ذلك، حسمت محكمة التمييز في حكمها مفهوم الرسمية في الوكالة الخاصة بالرهن الرسمي للعقار بأنها لا تتطلب تخصيص العقار والدين فيها، وبأن يكفي مجرد التوكيل بالرهن دون أن تخصص فيه العين الموكول رهنها إلى الوكيل وتحديد الدين الذي يراد تقرير الرهن ضمانا لوفائه، وبأن تخصيص العقار والدين يكون في عقد الرهن ذاته.

بتاريخ 2007/12/11 وأبطال الرهن الحيازي الوارد على الاسهم لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به وكان الثابت في العقد رقم جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 أنه مبرم بين البنك المدعى عليه الأول والمدعى عليها الثانية بمنح تسهيلات مصرفية والخصم المدخل كفيل عيني راهن والمدعى كفيل عيني راهن و شخصي متضامن وقع من اطرافه غير أن الموقع عن المدعى المدعو/ عبدالله بصفته وكيلاً عنه بموجب توكيل رسمي عام برقم جلد6 بتاريخ 2006/9/26م .. وجاء في بند الضمانات أن طرف الرابع - المدعى - يرهن العقار الواقع بالشامية - المبين الأوصاف - ويهرن الأسهم المبينة رهنا حيازيًا كما انه يقر بكفالة شخصية تضامنية للطرف الثاني - المدعى عليها الثانية - وكان المدعى يطعن على تصرف الوكيل عنه برهن العقار والأسهم بوكالة عامة لا تبيح له التصرف باعتباره متبرعا وكان من المقرر على النحو السالف بيانه أن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهناً رسمياً إذا كان الموكل هو نفسه الدين، أما إذا كان الموكل كفيلاً عينياً وليس هو الدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإن ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف. لما كان ذلك وكان الثابت من المكاتبات بين المدعى والمدعى عليه الأول بعرض المدعى عقاره والأسهم على البنك الرهن ثم بطلب تسوية المديونية ما يدل على أن المدعى لم يكن متبرعا تبرعا محضا وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات

اللازمة التمويل المدعي عليها الثانية بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية مما تصح الوكالة بالتصرف وعليه يكون الطلب قائم علي سند صحيح وتقضي المحكمة برفضه".

وفي سياق الحكم محل التعليق، انتهت محكمة التمييز في حكم سابق مؤرخ 2012/1/17 بالتمييز بين الرهن والكفالة العينية على النحو المار بيانه، لتقضي ببطلان الرهن لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن ثبت لديها بأن الرهن لم ينشأ لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورثيين - الموكل - بل ضمانا لمديونية الشركة المطعون ضدها عن عقود مرابحة وهو ما يعتبر معه الرهن من أعمال التبرع بالنسبة إليهم بصفتهم كفلاء عينيين للمديونية. حيث قررت على "أن المناط في التعرف على مدى الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجرائها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته وأن سائر المعاوضات وإن كان لا بد فيها من وكالة خاصة - تطبيقا الحكم المادة 702 من القانون المدني - تبين نوع التصرف إلا أنه يصح أن تصدر دون تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف وذلك على خلاف التبرعات إذ يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضا في محله . ومن المقرر - أيضا - أن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك

للموكل رهنا رسميا إذ كان الموكل هو نفسه المدين أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذ ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أقام قضائه ببطلان عقد الرهن على ما خلص إليه من أن ذلك العقد أجراه المطعون ضده الخامس بصفته وكيفا عن مورث المطعون ضدهم ثالثا - بموجب - التوكيل الرسمي المؤرخ في 1984/1/23 على العقار المملوك للمورث ضمانا لمديونية الشركة المطعون ضدها الأولى قبل الطاعن الناشئة عن عقود المرابحة ولم ينشأ هذا الرهن لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورث - الموكل - واستدل الحكم على ما خلص إليه بما ورد بالبند التمهيدي من عقد الرهن ذاته من أن الدين المشمول بالرهن عبارة عن تسهيلات ائتمانية باسم الشركة المطعون ضدها الأولى وبما ورد بالإنذار المرسل من الطاعن إلى المورث والوكيل والشركة سالفة البيان من أن المورث كفيلا لمديونية الأخيرة ولم يشر إلى أن المورث مدين أصلي وانتهى الحكم من ذلك إلى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث بوصفه كفيلا عينيا للمديونية مما كان يلزم لانصراف أثره إليه والي ورثته من بعده أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منه إلى المطعون ضده الخامس تطبيقا لحكم المادة 2/702 من القانون المدني سالف البيان وقضى ببطلان الرهن لصدور من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهر خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه المطعون ضده الخامس رهن العقار المملوك لمورثه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص وإن كانت الأسباب التي خلص إليها الحكم

المطعون فيه وأقام عليها قضاءه سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها وتكفي لحمله ولا مخالفة فيها للقانون فإن النعي عليه بما ورد بهذا الوجه من سبب الطعن يكون على غير أساس⁽¹⁾.

كما التقت محكمة التمييز في قرارها بغرفة المشورة المؤرخ 2014/4/30، والمشار إليه سابقاً⁽²⁾، عن أحد الدفوع الأساسية التي تم التمسك بها من جانب الكفيل باعتبارها مجرد رهن لا يلزمها إلا وكالة خاصة بتحديد الرهن كتصرف قانوني، وذلك بتقرير أن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا من المدينين بل هم كفلاء عينين لتصدر في قرارها بغرفة المشورة بالنسبة لسعة الوكالة على هدي من ذلك بتقرير بطلانها. حيث قضت على أنه "وكان الثابت من عقد القرض محل الالتزام المكفول أن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا المدينين بل هم كفلاء عينين، ومن ثم فإنهم يكونوا في الغالب متبرعين وهو ما تمسكوا به ولم ينفي المطعون ضده الثامن ذلك ولم يذكر بالتوكيل -سالف الذكر- الذي بموجبه أبرم المطعون ضده الثامن عقد الكفالة العينية للبنك الطاعن ورتب عليه رهناً رسمياً لوفاء دين الذي خلا من ذكر حصول الكفيل على مقابل لكفالاته ومن ثم يكون عقد الكفالة العينية هذا من عقود التبرع وحتى يكون هذا العقد نافذاً بحق الكفلاء المطعون ضدهم من الأول حتى السابع - كمتبرعين لا بد أن يعين في التوكيل بالكفالة العقار الذي يكون محلاً للرهن وقد خلا التوكيل من تعيين ذلك المال ورغم

((1)) الطعن بالتمييز: 903، 906 لسنة 2008 تجاري/3.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 1626 لسنة 2013 تجاري/4.

ذلك رتب عليه المطعون ضده الثامن رهناً رسمياً، حال أنه لا صفة له في إجراء نيابة عن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ومن ثم لا ينصرف أثره إليهم ولا يلزمون بما ولده من آثار لخروج الوكيل عن حدود ونطاق الوكالة الصادر له، ويكون العقد الرسمي المؤرخ 2009/11/15م بما تضمنه من التزامات بشأن عقاري التداعي على المطعون ضدهم من الاول حتى السابع لا يصلح سنداً تنفيذياً يجيز للدائن اتخاذ إجراءات بيع العقارين المملوكين لهم فيما يجاوز حصتهم فيها ويسري في حدود حصة المطعون ضده الثامن المشاعة في العقارين".

جملة القول، وعلى ما سبق بيانه فإن التعرف على ما إذا كان الكفيل متبرعا محضا من عدمه منفك الصلة عن كون الكفالة مدنية أم تجارية، ولا يغير من ذلك حالة ما إذا كانت الكفالة تتطلب رهن مال مملوك للكفيل، أي ما إذا كانت الكفالة عينية. بل أن ذلك مرده تحقق من عدمه مصلحة للكفيل من الدين المكفول.

2- مصلحة الكفيل من الدين المكفول

حتى يتسنى لنا من تحديد مفهوم المنفعة التي يتوخاها الكفيل من ضم ذمته لذمة المدين في سداد التزام لا يتحمله ولا يقع على عاتقه، فإنه ينبغي لنا أولاً التأكيد على أن المعتبر في تحديد ما إذا كان الكفيل متبرعا ما إذا كان يعود عليه، وليس على المدين، مصلحة من عدمه وإن لم يقابل ذلك بأي التزام جهة الدائن.

(أ) مصلحة الكفيل ذاته

(1) المصلحة مع عدم التزام الدائن

اعتاد الشراح أن يقسموا العقود من وجهات نظر شتى، ومن حيث محلها ومضمونها - وهو ما يهمنا هنا - يقسمونها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد على أساس تقابل الالتزامات من عدمه⁽¹⁾.

لذا، يصنف عقد الكفالة على أنه عقد ملزم لجانب واحد، حيث يكون الكفيل مدينا فقط بالتزامه بالوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يوفه المدين، والدائن دائنا فقط لا يلتزم بشيء في مواجهة الكفيل بل يتلقى منه التزامه بالوفاء ويستفيد منه.

ولا يغير من الأمر تقرير المشرع لجملة من الالتزامات على عاتق الدائن في عقد الكفالة، من ذلك التزامه بالمحافظة على التأمينات التي تضمن لوفاء بالدين وفق نص المادة 1/756 من القانون المدني، والتزامه باتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين بمجرد انذار الكفيل له باتخاذها عملا بنص المادة 2/757 من ذات القانون، والتزامه بنص المادة 758 من القانون بالتقدم بتفليسة المدين. حيث ان الدائن لا يتحمل هذه الالتزامات، والتي هي في حقيقتها واجبات فرضها القانون، مقابل التزام الكفيل بالوفاء بالدين بل لمصلحة الكفيل والحفاظ على حقوقه جهة

(1) الدكتور عبدالحى حجازي - المرجع السابق - ص 477.

المدين ولا تتشأ إلا بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس بمقتضى عقد الكفالة⁽¹⁾، وهي بذلك لا تعدو أن تكون شروطا بغيرها لا يتسنى للدائن الرجوع على الكفيل بالالتزام المكفول⁽²⁾.

ولذلك، "لا يبدو مقبولا ما ذهب إليه البعض من أن الواجبات السابق ذكرها والتي يفرضها القانون على الدائن، تجعل من عقد الكفالة ملزما للجانبين"⁽³⁾، ومن ثم تقرير بطبيعة الحال اقتضاء الكفيل بذلك مصلحة من الكفالة⁽⁴⁾.

كما لا يغير، برأينا، من طبيعة عقد الكفالة على أنه ملزم للدائن فحسب، اشتراط الكفيل على الدائن عند ابرام الكفالة أن يمنح المدين أجلا، أو أن يزيد في

(1) الدكتور عدنان السرحان- شرح القانون المدني- العقود المسماة- مكتبة دار الثقافة- عمان- ص 182 وما بعدها، الدكتور عبدالسلام فيغو- المرجع السابق- ص 264، الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- 25. الدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 11.

(2) الدكتور مصطفى السنهوري- المرجع السابق- ص 24، الدكتور منصور منصور- المرجع السابق- ص 13، الدكتور أحمد الزقرد- المرجع السابق- ص 18، الدكتور سمير تناغو- = المرجع السابق- ص 25. الدكتور عبدالرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- المرجع السابق- ص 30، الدكتور حسني محمود عبدالدايم - الكفالة كتأمين شخصي للحقوق - المرجع السابق - ص 36 وما بعدها، الدكتور توفيق حسن فرج - التأمينات العينية والشخصية - المرجع السابق - ص 9، الدكتور رمضان أبو السعود - التأمينات الشخصية والعينية - منشأة الإسكندرية - 1995 - ص 29.

(3) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 26.

(4) في اعتبار أن عقد الكفالة ملزم للجانبين، وذلك بفرض المشرع التزاما على الدائن بأن يتخذ إجراءات المطالبة في الوقت المناسب. انظر: الدكتور سليمان مرقس- عقد الكفالة- المرجع السابق- ص 11.

مقدرا القرض الممنوح له، أو ينزل عن رهن على أموال المدين، والتميز تباعا بين الكفالة في صورتها البسيطة التي يكون الكفيل فيها متبرعا إلى الدائن بما يؤديه إلى الأخير من خدمة في كفالة حقه وعلى طلب منه، وبين الكفالة التي يلتزم الكفيل بضمان وفاء الدين في مقابل منح الدائن القرض للمدين أو مد أجله، أي "أنه يلتزم إزاء الدائن ليحصل منه على منفعة للمدين"، للقول بأن قبول الدائن لهذه الشروط، ينطوي على اشتراط لمصلحة الغير يجعل الدائن متعهدا في هذا الاشتراط، ولا يكون الكفيل متبرعا منه للدائن بل ملتزما بذلك، ويجعل الكفالة تباعا عقدا ملزما لهما⁽¹⁾، وبمعنى آخر نكون بصدد عقد مركب من كفالة واشتراط لمصلحة الغير وفي مجموعة يعتبر ملزما للجانبين"⁽²⁾.

بل نرجح الجانب الآخر من الفقه بالقول بأننا بصدد عقدين، عقد الكفالة وعقد الاشتراط، تظل فيها الكفالة محتفظة بصفتها الأصلية كعقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، مقابل التزامات يتحملها الدائن بمقتضى عقد الاشتراط⁽³⁾. يستوي في ذلك أن يكون المدين، وفي اطار التسهيلات المصرفية على سبيل المثال، قد الزم

((1)) الدكتور سليمان مرقس: عقد الكفالة- المرجع السابق- ص9 وما بعدها، الحقوق العينية التبعية- المرجع السابق- ص 29 وما بعدها، الدكتور جميل الشراوي- الكفالة- مشار إليه- ص11.

((2)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 26.

((3)) الدكتور رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 46. الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- المرجع السابق- ص 30.

على تقديم الكفالة للحصول على التمويل المصرفي ابتداءً أو لزيادة الحد الائتماني للتمويل بعد ذلك، أو لإعادة جدولة سداد دين هذا التمويل بآجال جديدة أو تسوية منه للمديونية المستحقة مع البنك. أم أن الكفيل بذاته قد اشترط على البنك في عقد الكفالة بمنح المدين أياً مما سبق.

عليه، لا عبء في تكييف العلاقة السابقة التي تكون بين الكفيل والدائن قبل انعقاد الكفالة وما قد يصاحبها من اشتراط لمصلحة الغير (المدين) على تكييف عقد الكفالة ذاته كعقد ملزم للكفيل دون الدائن. وبأن واقع منح الكفالة على طلب من المدين أو بمبادرة من الكفيل بحكم العلاقة أو المصلحة المشتركة التي تجمع بينهما، لا ينفي بأن المدين يعتبر أجنبياً في عقد الكفالة.

(2) التمييز بين مصلحة الكفيل ومصلحة المدين

عقد الكفالة، وعلى خلاف الظاهر، ليس تصرف قانوني من ثلاث اشخاص، ليس لأنه بتعريف المادة 745 من القانون المدني "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الالتزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين"، بل ان المادة 748 من ذات القانون تجيز الكفالة بغير علم المدين أو حتى بالرغم من معارضته. لذا، فإن المدين في الالتزام الأصلي ليس طرفاً في عقد الكفالة، ولا يصبح مديناً أو دائناً بمقتضى هذا العقد⁽¹⁾.

بيد أن ذلك ليس بمستغرب، ليس لأن المشرع في تعريفه السابق لعقد الكفالة أورد بالذكر لثلاثة اشخاص من بينهم المدين، بل ولأن المدين يلعب دوراً رئيساً في انعقادها، فهو الذي يدعو الكفيل في معظم الأحوال⁽²⁾ وبحكم علاقته به⁽³⁾ إلى الالتزام جهة الدائن بكفالة التزامه الأصلي، وهو ما يفسر توقيع الكفيل غالباً على العقد الذي ينشأ الالتزام الأصلي المكفول⁽⁴⁾.

(1) Larroumet Ch./ op.cit/ p. 452/ n. 480.

(2) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 21.

(3) Larroumet Ch./ op.cit/ p. 452/ n. 480.

(4) حسب تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ 2018/11/11، وقبلها كذلك، في حالة وجود كفيل في عقد التمويلات المصرفية، الشخصية أو التجارية، فإنه يتعين توقيع الكفيل على عقد التمويل.

وإن كنا نتفق تماما مع عدم التسليم باستقلال الكفالة وانفصالها عن عقد المديونية، ليس للاعتبارات سابقة الذكر، بل باعتبارها وكما عبر الفقه شطر "من عملية اقتصادية واحدة تشملها هي ونشوء الدين المضمون أو مد أجله، وإن النظر إليها كعمل قانوني مستقل بذاته ان كانت له مزية التبسيط فإنه من المحقق أنه لا يطابق الواقع ولا يؤدي إلى النتائج الصحيحة التي تتفق مع هذا الواقع"⁽¹⁾، وبأن تقرير تباعا ما إذا كانت تبرعا أم معاوضة لا ينظر فيه إلى طرفيها فحسب⁽²⁾ بل أيضا إلى العملية الاقتصادية برمتها، إلا أن ذلك لا يعني برأينا الابتعاد بالكفالة عن طبيعتها كعقد ضمان يهدف أساسا تمكين المدين من الحصول على المنفعة من الدائن، والخلط بينها وبين ما قد يكون للكفيل ذاته من منفعة في الدين المكفول. إلا أنه، لا ينبغي الخلط بين المنفعة التي تعود على الكفيل من الدين المكفول، والمنفعة التي تتحقق للمدين من كفالة الدين. وبأن الأساس لاعتبار الكفيل متبرعا من عدمه بمنفعة الكفيل أي مصلحته من الكفالة.

إذ أن الطبيعة القانونية للكفالة قائمة على ضمان الدين المكفول وحمل الدائن على منحه للمدين أو مد أجل سداد الدين إلى حين، وبأن ذلك متحقق في جميع صور الكفالة النمطية منها أو بالصورة الجديدة لها كما سيأتي ذكره.

((1)) الدكتور سليمان مرقس - عقد الكفالة - ص 10.

Aynes L./ op.cit./ p. 3.

((2)) بخلاف هذا الرأي: انظر: الدكتور أحمد الزقرد - المرجع السابق - ص 19.

وهذا هو اتجاه قضاء محكمة التمييز الذي فصل في ما إذا كانت الكفالة تبرعا أم معاوضة على سند تحقق مصلحة للكفيل من عدمه في الدين، وهذا في جميع المنازعات القضائية التي استطعنا الوصول إليها بشأن صحة الكفالات - الشخصية والعينية - الصادرة بتوكيلات خاصة بها ولكن دون تحديد لمحلها، وذلك على الرغم من تقديم هذا الكفالات للبنوك كمتطلب منها لمنح تمويلات مصرفية تجارية لعملائها، أي أن الكفيل منهم يكون ملتزما هنا إزاء الدائن (البنك) مقابل ما يشترط عليه من مصلحة للمدين بالحصول على هذه التسهيلات أو بمد آجال سداد اقساطها أو بالتسوية بشأنها مع البنوك.

(ب) المنفعة من الدين المكفول

(1) مدى تحقق المنفعة

يميز الشراح عادة في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل أو تقديم خدمة بلا مقابل⁽¹⁾. وفي ذلك، عرف المشرع الهبة، في المادة 542 من القانون المدني، بأنها "عقد على تملك مال في الحال بغير عوض"، وهو تعريف كما

((1)) الدكتور سليمان مرقس- نظرية العقد- مشار إليه- ص 100، الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للالتزام- مشار إليه- ص491، الدكتور عبدالودود يحيى- الموجز في النظرية العامة للالتزامات- القسم الأول - مصادر الالتزام- دار النهضة العربية- 1994- ص25.

Larroumet Ch./ op. cit./ p. 171. Starck B., Roland H. et Boyer L./ op.cit./ p.37.

افصحت المذكرة الإيضاحية يميزها عن عقود المعاوضة وكذلك عن غيرها من أعمال التبرعات.

ففي الهبة، يخرج الشخص بها عن ملكية مال من أمواله ويملكها بلا عوض لوجه الموهوب له وحده كإعطاء مبلغ من النقود أو أي منقول آخر أو إعطاء عقار، لتفتقر بذلك الذمة المالية للواهب مقابل ائراء الموهوب له⁽¹⁾. وهو ما لا ينطبق في جميع الأحوال على الكفيل الذي يقتصر التزامه في عقد الكفالة على الوفاء بالدين فقط في حالة عدم وفاء المدين به، مع تقرير حق الرجوع له على المدين بما أداه للدائن⁽²⁾. فالدائن في عقد الكفالة لا يفيد بأي حق مالي إضافي عدا ما يستحقه في ذمة مدينه، والكفيل لن يغرم في ذمته المالية قيمة الدين، حيث يبرأ الكفيل ببراءة المدين (م. 735 مدني)، ويرجع على المدين بما أداه من أصل الدين وتوابعه، وأيضا بما يكون قد انفقه من مصروفات (م. 770)⁽³⁾.

وإن اتجه البعض من الفقه في فرنسا إلى تكييف الكفالة على أنها هبة غير مباشرة في الأحوال التي يتنازل فيها الكفيل بعقد الكفالة عن حقه بأي رجوع على المدين بالالتزام الأصلي، باعتبار أن نيته متجه إلى تحمل وزر الدين من ذمته المالية.

(1) الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص 491- بند 352.

(2) Aynes L./ Le Cautionnement/ op. cit./ 12/ n. 1.

(3) في رجوع الكفيل على المدين، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 216 لسنة 1999 تجاري. جلسة 2000/4/15. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يونيو 2004-القسم الرابع- المجلد الخامس- 893.

فإن ذلك لا يتفق مع أحكام الكفالة والهبة في القانون الكويتي، وكذا التقنين المدني المصري، وبأن الكفيل وأن عد متبرعا للمدين بالكفالة بتبرعه بحقه في الرجوع عليه بعد الوفاء بالدين⁽¹⁾ إلا أنه ليس واهبا له في ذلك⁽²⁾.

والشأن ذاته في الكفالة بسبب نقص أهلية المدين. إذ انه واستثناء من بطلان التزام الكفيل ببطلان الالتزام المكفول، يلتزم الكفيل، عملا بنص المادة 2/750 من القانون المدني - بتنفيذ الالتزام المكفول باعتباره مدينا اصليا إذا ابطل التزام المدين بسبب نقص أهليته⁽³⁾، لما افصحت عنه المذكرة الإيضاحية بسبب توقع الكفيل "لاحتمال أن يطلب ابطال التزامه "بسبب نقص أهلية المدين، وهو ما يجعله، بنظرنا، متبرعا محضا لا محالة ولكن ليس واهبا لعدم افتقار ذمته بقيمة الدين وقت الكفالة ولزاما بعد ذلك حال سداد وفاء المدين للالتزام المكفول.

وعلى ذلك، وإن درجت المؤلفات واحكام القضاء في شأن تصنيف الكفالة عادة ضمن عقود التبرع، فإن ذلك لا يعنى سوى أنها من عقود التفضل أو تقديم خدمة بلا مقابل (مجانية) شأن عقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة المجانية وعقد

((1)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 27.

((2)) ووفق هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI، تنقسم الكفالة إلى نوعين: كفالة مع حق الرجوع على المكفول به، وهي التي تتم بطلب المدين أو رضاه، وكفالة مع عدم حق الرجوع على المكفول عنه، وهي التي تحصل من غير إذن المدين، وهي تبرع. المعايير الشرعية- ديسمبر 2015- ص 131.

((3)) في تطبيق ذلك، انظر، الطعن بالتمييز: 122 لسنة 1986. جلسة 31 /12 /1986. مشار إليه.

القرض بدون فائدة. وهذا كله، بطبيعة الحال، في غياب منفعة أو ميزة تحققت للكفيل من كفالته للدين.

حيث أنه لا تلازم بين أن العقد ملزم لجانب واحد وبين أن يكون هذا العقد لزاما عقد تبرع⁽¹⁾. وعقد الكفالة هو المثل على ذلك. إذ لا "يشترط لاعتبار العقد معاوضة أن يكون المتعاقد قد أخذ المقابل من المتعاقد الآخر، كالكفالة وهي عقد يتم بين الدائن والكفيل، عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول، لأنه أخذ كفالة من المتعاقد معه (وهو الكفيل) وأعطى الدين للمدين وهو المتعاقد الآخر في عقد الكفالة. فالكفالة تعتبر معاوضة بالنسبة للدائن"⁽²⁾. والأمر ذاته بالنسبة للكفيل، فقد تكون الكفالة بالنسبة له أيضا عقد معاوضة متى ما أخذ مقابلا لكفالته للدين.

وهذا ما يفسر اتجاه الفقه والقضاء لوصف الكفالة على أنها من أعمال التبرع من خلال تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية على سبيل المثال: "في العادة"⁽³⁾، "بحسب الأصل العام"⁽¹⁾، أو "بطبيعتها"⁽²⁾. وأحيانا، استدراك ذلك

((1)) B.Starck, Roland H. et Boyer L./ op. cit./ p.37/ n. 110. Larroumet Ch./ op. cit./ p.171/ n. 189.

((2)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- التأمينات العينية والشخصية- مشار إليه- ص 23، الدكتور عبدالودود يحيى- النظرية العامة للالتزامات- مشار إليه- ص 25- بند 4.

((3)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- التأمينات العينية والشخصية- المرجع السابق- ص 32، الدكتور أحمد الزقرد- المرجع السابق- ص 19.

لتقرير على ان الكفالة تكون معاوضة بالنسبة للكفيل بالقول "ما لم يحصل الكفيل على مقابل أو "ولكن ليس ما يمنع أن يقتضي الكفيل مقابلاً من المدين" (3).

وهذا ما أوضحتها المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة في معرض شرحها نص المادة (98) سألته الذكر، فبعد تقريرها بأن الاصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً وبيان الاعتبارات التي حملت المشرع إلى اسباغ الصفة التجارية على كفالة الدين التجاري، اكدت وبما يفيد على أن الكفالة قد تحقق مصلحة للكفيل من الدين المكفول وينتفي عنها طابعها التبرعي بقولها على "أنه غني عن البيان ان الكفالة تعتبر أيضاً عملاً تجارياً بالتبعية بالنسبة للكفيل إذا كان تاجراً وقام بها لعمل مرتبط لحاجات تجارته. كأن يكفل التاجر عميلاً هاما من عملائه في دين مدني حتى لا يتعرض لفقده ان لم يكفله. فالكفالة هنا عمل تجاري تابع لنشاطه التجاري".

كما وأنه في الشركات التي تربطها وحدة اقتصادية واحدة أو تخضع لنظام التركيز الائتماني مثل الشركة القابضة والشركة التابعة ففي حالة كفالة الشركة القابضة للشركة التابعة أو كفالة الشركة التابعة للشركة القابضة، فإن الكفالة في هذه الحالة تكون كفالة تجارية ولا يمكن تفسيرها على أنها كفالة تبرعية، لأنه توجد مصلحة

((1)) الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- عقد الكفالة- مشار إليه- ص31، الدكتور جميل الشراوي- الكفالة- مشار إليه- ص10، الدكتور عبدالسلام فيغو- عقد الكفالة- مشار إليه- ص265.

((2)) الدكتور علي عوض- عمليات البنوك- مشار إليه- ص902- بند 905.

((3)) الدكتور علي عوض- عمليات البنوك- مشار إليه- ص902- بند 905.

للكفيل (الشركة الكفيلة) من الكفالة سواء أكان الكفيل هو الشركة التابعة أو الشركة القابضة لأن كلتا الشركتين تربطهما وحدة اقتصادية واحدة⁽¹⁾، ومن ثم تكون المصلحة في مثل هذا النوع من الكفالة محققة.

وهذا ما يستفاد أيضا من حكم الاستئناف محل الطعن بالتمييز الصادر فيح حكم محكمة التمييز محل البحث، وذلك بتأييده لأسباب حكم اول درجة، بتقريرها على أنه "وحيث أنه عن موضوع الاستئناف فإنه لما كان الحكم المستأنف قد أصاب صحيح الواقع والقانون للأسباب السائغة التي بني عليها ولها الثابت بأوراق ومستندات الدعوي ومن شأنها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه صائبا برفض الدعوي استنادا إلى أن الرهن ليس من التبرعات بل أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل رهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسميا إذا كان الموكل هو نفسه، أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات". حيث قضى الحكم بأن الغالب أن يكون الكفيل متبرعا أي لم يقطع بذلك، بل على النقيض قضى برفض دعوى طلب بطلان الكفالة التي صدرت بتوكيل خاص لعدم تحديد محلها بعد ما

((1)) انظر الدكتور نادر محمد إبراهيم - التعليق على حكم التحكيم - باب الاجتهاد الدولي - الأحكام التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العالمية 2013 - العدد الثامن عشر - ص 680 وما بعدها، الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - منشأة المعارف الإسكندرية - عام 2007 - ص 173، 174.

ثبت لمحكمة الاستئناف بأن هناك مصلحة قد عادت على الكفيل من كفالة الدين مما لا تكون معه بذلك من اعمال التبرع ولا يلزم تباعا ان تكون الوكالة خاصة في محل الكفالة لتقرير سعة الوكالة بإصدارها وتقرير صحتها بناء على ذلك. وحكم محكمة التمييز محل البحث ايد بدوره تكييف الكفالة على هذا النحو وبالمصادقة على الأسباب التي بني عليها حكم الاستئناف وما أحال بشأنها إلى الأسباب التي جاءت بها محكمة أول درجة.

وهكذا يبين بأن عقد الكفالة بالنسبة للكفيل يمكن أن يكون تبرعا في ظروف معينة ومعوضة في أخرى. وبعدها كانت ظروف التبرع في الكفالة هي السائدة في زمن نشأتها والقول معها تباعا بأن الكفيل يكون غالبا متبرعا، غلبت اليوم ظروف المعوضة فيها بعدما تغيرت اعتبارات الكفالة.

(2). تغير اعتبارات الكفالة:

أ. الصورة النمطية للكفالة

مع طبيعة المجتمعات القديمة، كان افراد الأسرة الواحدة يبادر كل منهم إلى كفالة غيره إذا احتاج إلى كفالة، بل أن "الرئيس السياسي يبادر أيضا إلى كفالة

غيره إذا احتاج إلى كفالة⁽¹⁾، وغير ذلك من صور التضامن بين الأفراد في هذه المجتمعات، والتي ما زالت سائدة في مجتمعنا الحديث.

ففي التمويلات المصرفية الشخصية، وهي التمويلات الاستهلاكية وتمويلات شراء منزل أو ترميمه التي تقدم لعملاء البنك من الأفراد، يكفل فيها الأب أو الأخ أو الصديق الدين لقبول البنك تمويل المدين به أو زيادة مبلغه أو منحه أجل للسداد أو، والشأن كذلك في كفالة أي من المذكورين في شراء المدين سيارة على نظام الأقساط الوكالة، أو في كفالة الطالب كشرط لقبول ابتعائه لاستكمال دراساته في الخارج بضمان تحمل سداد جميع الرسوم والمصاريف حال عدم انتظامه بالبعثة الدراسية أو استكمالها.

هذه الصور من الكفالات الشخصية والمعمول فيها بالمصارف، ووكالات بيع السيارات وغيرها من المنتجات الاستهلاكية باختلافها، وجهات الابتعاث الدراسية، وغيرها كذلك. وهي في حقيقتها تمثل الصورة النمطية للكفالة التي كانت سائدة في المجتمعات البدائية، أو كما اطلق عليها الفقه بالصورة المألوفة للكفالة⁽²⁾ أو الصورة المبسطة من الكفالة⁽³⁾، التي تصدر لمصلحة الدائن وحده، والكفيل بها يكون فيها متبرعا محضا لا يتوخى منها مصلحة أو منفعة مقابل ضمانه سداد دين

(1) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 10، الدكتور عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 18 وما بعدها.

(2) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- في التأمينات الشخصية والعينية- مشار إليه- ص 33.

(3) الدكتور سليمان مرقس- عقد الكفالة- المرجع السابق- ص 10.

المدين، بل يلتزم بذلك عل أساس من اعتبارات أسرية أو أخلاقية أو مجتمعية تفرضها العلاقة القائمة بينه وبين المدين من صلة قرابة أو نسب أو صداقة.

و"بساطة الكفالة" وبعدها عن التعقيد، على النحو السابق، الدافع الفعلي للتشريع والفقهاء والقضاء إلى تكييف الكفالة وتنظيم احكامها على أساس من هذه الصورة المبسطة منها"⁽¹⁾.

إذ أنه وبتتبع تطور نظم التأمينات وخاصة الشخصية منها⁽²⁾، يبين أن ما دفع القائمون على تنظيم الكفالة في التقنين المدني - وكذلك الفقهاء والقضاء - إلى تكييفها وتنظيمها على أساس هذه الصورة النمطية المبسطة بإظهار طابع التعاضد والتضامن في الكفالة باعتبارها من اعمال التبرع بتقديم خدمة بلا مقابل للمدين بحكم علاقة القرابة أو الصداقة التي تربطه مع الكفيل⁽³⁾. فكان في ذهن المشرع آنذاك ومنذ عام 1804⁽⁴⁾ ما يسود في المجتمعات القديمة من مبادرة كل من افراد

((1)) الدكتور سليمان مرقس - عقد الكفالة - مشار إليه - ص 10.

((2)) الدكتور عبدالرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس - المرجع السابق ص 15، الدكتور سمير تناغو - المرجع السابق - ص 10.

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 7/ n. 4. Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 663/ n. 678.

((3)) الدكتور سليمان مرقس - عقد الكفالة - المرجع السابق - ص 10.

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 36/ n. 41.

((4)) Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 664/ n. 678.

الأسرة الواحدة إلى كفالة غيره إذا احتاج إلى الكفالة، والشأن كذلك في كفالة الصديق لصديقه.

وهذا شأن المشرع المصري، بالنص في المادة 1/779 من التقنين المدني على أن "كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً"، بالنظر إلى أن الكفالة عمل لا يقوم على فكرة المضاربة أو يتحرى فيه الكفيل على مصلحة ما من الدين المكفول.

المشرع الكويتي احتفظ بدوره بوجه عام في القانون المدني في تنظيم الكفالة بالأحكام المنصوص عليها في التقنين المصري والمستمد من التقنين الفرنسي، وبطبيعة الحال باعتبار التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون بشأن أركان الكفالة. بل وقبل ذلك في قانون التجارة، فكما اشرنا سابقاً بصدد تقرير تجارية الكفالة دون النظر إلى طبيعة الدين المكفول، افصحت المذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على نص المادة (98) بأنها "اعتبرت كفالة الدين التجاري بذاتها عملاً تجارياً. وهو الحل الذي اخذت به الفقرة الأولى من المادة 502 من القانون التجاري القائم رغم أن الاصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً، وقد أثر المشروع استبقاء هذا الحل بتقدير أن التزام الكفيل التزام

تبعي، فمن الواجب أن يكون التزامه تجارياً كالتزام المكفول بقطع النظر عن صفة الكفيل أو نيته". (1)

وهو ما يبرر، النصوص القانونية المنظمة للكفالة في القانون المدني التي يمكن القول معها باتجاه نية المشرع - وعلى غرار القوانين المقارنة - فيها حماية الكفيل نسبة إلى تحريه مصلحة الدائن، لما يراه أنه غالباً ما يكون متبرعا في الكفالة. على سبيل المثال: عدم افتراض الكفالة، ووجوب أن يكون رضاء الكفيل صريحا (م. 746) وقاطعا أيضا كما افصحت المذكرة الإيضاحية لما جاء فيها بأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي (م. 753)⁽²⁾، وتمسك الكفيل في مواجهة الدائن بجميع الأوجه التي يلتزم فيها

((1)) في تقرير أن اثبات رضاء الكفيل بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحا: الطعن بالتمييز رقم: 237 لسنة 1990 تجاري- جلسة 1993/3/7. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يوليو 1999- القسم الثالث- المجلد الثالث- ص 535.

((2)) في الالتزام التبعي للكفيل وبطلانه ببطلان الالتزام الأصلي للمدين، انظر: طعني التمييز رقمي: 566، 577. مشار إليهما. الطعن بالتمييز رقم 37 لسنة 1982. جلسة 1982/7/7. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز- في المدة من 1972/10/16 إلى آخر ديسمبر سنة 1984- مجموعة الأيوب والماجد لأحكام التمييز- ص 311. الطعون: 33، 36، 39 لسنة= 1995 تجاري. جلسة 1995/11/19. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يوليو 1999- القسم الثالث- المجلد الثالث- ص 536. طعن رقم 133 لسنة 1984 تجاري. جلسة 1985/7/17. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يناير 1994- القسم الأول- المجلد الأول- ص 500. في استثناء كفالة التزام ناقص الأهلية وبطلانه بسبب نقصها، وبقاء التزام الكفيل في مواجهة الدائن

المدين (م. 1/754)⁽¹⁾، وبراءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من التأمينات (م. 1/756)⁽²⁾، وتقسيم الدين بالتساوي على الكفلاء حال تعددهم في عقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم (م. 759)، سقوط حق الدائن بالرجوع على الكفيل حال افلاس المدين دون ان يتقدم في التقلية (م. 758)⁽³⁾، وأخيراً،

بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مديناً أصلياً، انظر: الطعن بالتمييز: 122 لسنة 1986. جلسة 1986/12/31. مشار إليه.

((1)) وكذلك حق الكفيل في اختيار طريقة السداد المناسبة إذا امتنع المدين عن ذلك، بالاستفادة من التيسيرات المتاحة للمدين، انظر: الطعان بالتمييز رقمي 695، 697 لسنة 1997 تجاري. جلسة 2001/9/24. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يونيو 2004- القسم الرابع- المجلد الخامس- 895. وفي حق الكفيل العيني في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالمدين إلى جانب الدفع الخاصة به ولو نزل عنها المدين، انظر: الطعان بالتمييز رقماً: 119، 123 لسنة 1980 تجاري. جلسة 1981/3/4. مشار إليه.

((2)) في براءة ذمة الكفيل المتضامن أو غير المتضامين بسبب إضاعة الدائن التأمينات الضامنة للدين المكفول، انظر: الطعن بالتمييز: 330 لسنة 2003 تجاري. جلسة 2004/4/28. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- أبريل 2009- القسم الخامس- المجلد التاسع- ص 628. الطعن بالتمييز رقم 347 لسنة 2004 تجاري. جلسة 2005/1/8. ذات مجموعة القواعد- ص 632. الطعن بالتمييز رقم 37 لسنة 1982. مشار إليه.

((3)) في افلاس المدين وعدم تقدم الدائن بالدين في التقلية، وسقوط حق الدائن تباعاً في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقد بدينه فيها، انظر الطعن بالتمييز رقم 300 لسنة 2003 تجاري. مشار إليه.

بعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين⁽¹⁾ أو التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله (760)⁽²⁾.

وهذا موقف القضاء أيضا بالتوجه السائد له بالتضييق في مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة، في حماية للكفيل لما يراه بأنه متبرعا محضا فيفرض فيه أن يلتزم بالأقل لا بالأكثر⁽³⁾. حيث قضت محكمة التمييز بأن "الكفالة بحسب الأصل العام تعتبر من عقود التبرع، ولذلك يتعين تفسيرها ضيقا بغير توسع، وعند الشك يفسر

(1) في وجوب تمسك الكفيل بحقه في عدم جواز رجوع الدائن عليه إلا بعد الرجوع على المدين، وعدم اعتبار هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام لا يقبل من الكفيل التحدي به أمام محكمة التمييز، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 216 لسنة 1995 تجاري. جلسة 1996/3/26. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يوليو 1999- القسم الثالث- المجلد الثالث- ص 536.

(2) في رجوع الكفيل على المدين بما وفاد للدائن، قضي وأن كان عدم إخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء قبل حصوله لا يسقط حقه في الرجوع على المدين بما أوفاه للدائن، إلا أن ذلك مشروط بعد ثبوت أن المدين كان قد أوفى بالدين أو لديه أسباب تؤدي إلى انقضائه أو بطلانه. طعن بالتمييز مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يناير 1994- القسم الأول- المجلد الثاني- ص 500.

(3) في مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة بما يحقق حماية الكفيل، انظر: الدكتور عبدالرزاق السنهوري- في التأمينات الشخصية والعينية- المرجع السابق- ص 108 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس- عقد الكفالة- المرجع السابق- ص 36 وما بعدها. الدكتور علي عوض- عمليات البنوك- مشار إليه- ص 911 وما بعدها.

Simler Ph. Delebecque Ph./ op. cit./ p.36/ n. 41. Larroumet Ch./ op. cit./ p.497/ n.517.

العقد لمصلحة الكفيل⁽¹⁾، وقضائها أيضا على أن "كل كفيل رهين بالدين الذي يكفله، فلا تمتد كفالته إلى ما سواه من ديون ولو كانت لذات المدين، وهو ما يتفق والقواعد العامة. ولما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تحديد مدى التزام الكفيل هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع عن طريق تفسير عقد الكفالة، ومن الأصول المقررة في هذا الصدد أن عقد الكفالة بتعين تفسيره تفسيراً ضيقاً دون توسع، وأنه عند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل، بحيث يتحدد التزامه في أضيق نطاق تحتمله عبارات الكفالة"⁽²⁾.

(1) بشأن تقرير عدم التزام الكفيل بالديون المستقبلية من أجور استحققت بعد تحرير دولة الكويت ومكافأة نهاية الخدمة التي استحققت بعدها، طعني التمييز رقم: 137، 138 لسنة 2003 - عمالي. جلسة 2004/5/10. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - أبريل 2009 - القسم الخامس - المجلد التاسع - ص 630.

(2) بشأن كفيل لدين وفق القانون 41 لسنة 1993 في شراء الدولة بعض المديونيات. الطعن بالتمييز رقم: 102 لسنة 2003. جلسة 14 / 6 / 2004. ذات مجموعة القواعد القانونية المشار إليها - ص 631. في ذات المعنى، قضت محكمة التمييز على "أن المقرر أن الكفالة بحسب الأصل العام تعتبر من عقود التبرع فقد تعين تفسيرها تفسيراً ضيقاً بغير توسع وعند الشك يفسر العقد لمصلحة الكفيل" وقررت تباعاً بوجود قصر الكفالة على الأجل المحدد لها وتمييز حكم محكمة الاستئناف الذي حاد عن ذلك، انظر: الطعن بالتمييز: 58 لسنة 1985 تجاري. جلسة 1986/1/22. مجموعة القواعد القانونية - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - يونيو 1996 - القسم الثاني - المجلد الثالث - ص 500. في ذات المعنى، الطعن بالتمييز: 62 لسنة 1987 تجاري. جلسة 1987/1/16. مجموعة القواعد القانونية - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - يونيو 1996 - القسم الثاني - المجلد الثالث - ص 509، الدكتور محمد عزمي

وفي اعتبار أن اثبات رضاء الكفيل بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحا،
قضي أنه "من المقرر أن عقد الكفالة من العقود الرضائية التي تتعدّد بمجرد
التراضي بين الكفيل والدائن، وأنه يجب أن يكون رضاء الكفيل على اعتبار أن
التزامه هو أساسا من الالتزامات التبرعية"⁽¹⁾.

وهذا ما قد يرجح بوجهة نظرنا توجه القضاء الكويتي تقرير بطلان الكفالة
التي صدرت بتوكيل اكتفي فيه بتحديد تصرفي الكفالة والرهن دون تحديد للدين
المكفول وتعيين للمال المزمع رهنه لكفالة الدين، وذلك خلال العشر السنوات
الأخيرة ابتداء من حكم صادر لمحكمة التمييز في 2012 اعقبته بقرارين في غرفة
المشورة في 2014 و 2018.

حيث قضت محكمة التمييز في حكم مؤرخ 2012/1/17 ببطلان الكفالة
العينية التي صدرت بتوكيل خاص لم يحدد فيها محل الكفالة من حيث الدين
المكفول والعقار المزمع رهنه لهذا الغرض. ليس سوى أن الرهن يعتبر من أعمال
التبرع بالنسبة للمورث (المطعون عليه الثالث) بوصفه كفيلا عينيا للمديونية.

وذلك بتقريرها على أنه "إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين
الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذ ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف

البكري- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد- المرجع السابق- ص466
ومابعداها.

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 237 لسنة 1990 تجاري. مشار إليه.

بالذات وإلا بطل التصرف، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أقام قضاؤه ببطلان عقد الرهن على ما خلص إليه من أن ذلك العقد أجراه المطعون ضده الخامس بصفته وكيلًا عن مورث المطعون ضدهم ثالثًا - بموجب - التوكيل الرسمي المؤرخ في 1984/1/23 على العقار المملوك للمورث ضمانًا لمديونية الشركة المطعون ضدها الأولى قبل الطاعن الناشئة عن عقود المرابحة ولم ينشأ هذا الرهن لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورث - الموكل - واستدل الحكم على ما خلص إليه بما ورد بالبند التمهيدي من عقد الرهن ذاته من أن الدين المشمول بالرهن عبارة عن تسهيلات ائتمانية باسم الشركة المطعون ضدها الأولى وبما ورد بالإنداز المرسل من الطاعن إلى المورث والوكيل والشركة سالفة البيان من أن المورث كفيلاً لمديونية الأخيرة ولم يشر إلى أن المورث مدين أصلي وانتهى الحكم من ذلك إلى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث بوصفه كفيلاً عينية للمديونية مما كان يلزم لانصراف أثره إليه والي ورثته من بعده أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منه إلى المطعون ضده الخامس تطبيقاً لحكم المادة 2/702 من القانون المدني سالف البيان وقضى ببطلان الرهن لصدور من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهر خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه المطعون ضده الخامس رهن العقار المملوك لمورثه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص وإن كانت الأسباب التي خلص إليها الحكم المطعون فيه وأقام عليها قضاؤه سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن

تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها وتكفي لحمله ولا مخالفة فيها للقانون فإن النعي عليه بما ورد بهذا الوجه من سبب الطعن يكون على غير أساس⁽¹⁾.

وهذا هو ما انتهت إليه محكمة التمييز أيضاً بقرار لها في غرفة المشورة المؤرخ 2014/4/30، المشار إليه سابقاً، إذ انه بصدد طعن مشابه للطعن السابق في ظروفه، قضت على أنه "وكان الثابت من عقد القرض محل الالتزام المكفول أن المطوعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا المدينين بل هم كفلاء عينين، ومن ثم فإنهم يكونوا في الغالب متبرعين وهو ما تمسكوا به ولم ينفي المطعون ضده الثامن (الوكيل) ذلك ولم يذكر بالتوكيل -سالف الذكر- الذي بموجبه أبرم المطعون ضده الثامن عقد الكفالة العينية للبنك الطاعن ورتب عليه رهناً رسمياً لوفاء دين الذي خلا من ذكر حصول الكفيل على مقابل لكفالاته ومن ثم يكون عقد الكفالة العينية هذا من عقود التبرع وحتى يكون هذا العقد نافذاً بحق الكفلاء المطعون ضدهم من الأول حتى السابع - كمتبرعين لا بد أن يعني في التوكيل بالكفالة العقار الذي يكون محلاً للرهن وقد خلا التوكيل من تعيين ذلك المال ورغم ذلك رتب عليه المطعون ضده الثامن رهناً رسمياً، حال أنه لا صفة له في إجراء نيابة عن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ومن ثم لا ينصرف أثره إليهم ولا يلزمون بما ولده من آثار لخروج الوكيل عن حدود ونطاق الوكالة الصادر له، ويكون العقد الرسمي المؤرخ 2009/11/15م بما تضمنه من التزامات بشأن عقاري التداعي على المطعون ضدهم من الأول حتى السابع لا يصلح سنداً تنفيذياً

(1) الطعن بالتمييز رقمي: 903، 906 لسنة 2008 تجاري/ 3.

يجيز للدائن اتخاذ إجراءات بيع العقارين المملوكين لهم إل فيما يجاوز حصتهم فيها ويسري في حدود حصة المطعون ضده الثامن المشاعة في العقارين⁽¹⁾.

وأخيراً، جاءت محكمة التمييز في قرار صادر لها في غرفة المشورة مؤرخ 2018/9/24 لتقرر بأن التزام الكفيل (كفيل شخصي) بشكل قاطع هو التزام تبرعي يستوجب وكالة خاصة فيها وأيضاً في محلها، لتقضي تباعاً بعدم انصراف آثار عقد التسهيلات المصرفية إلي المطعون ضده الأول بوصفه ضامناً دينا (الكفيل) لصدورها بتوكيل خاص خلت من تحديد الدين المكفول.

حيث جاء بقضاء المحكمة "لما كان من المقرر أن التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تبرعي ووجوب وكالة خاصة فيه وأيضاً في محله. أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض بإجراء ذلك التصرف وأن يعين المحل الذي يرد عليه. وأن المناط في التعرف على مدى الوكالة الرجوع إلى عبارات التوكيل ونصوصه، وهو أمر يخضع لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقد على تشكيل وتحتمله عباراته، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي في قضائه بعدم انصراف آثار العقد الرسمي موثق برقم جلد/3 بتاريخ 2011/5/23 إلي المطعون ضده الأول بوصفه ضامناً دينا. والذي وقعته المطعون ضدها الثالثة بوصفها نائب عنه بمقتضى توكيل رسمي شامل مسجل التوثيق رقم جلد/10 سنة 2011 المؤرخ 2011/5/22 استناداً إلى أن هذا

(1) الطعن بالتميز رقم: 1626 لسنة 2013 تجاري/4.

التوكيل خول الوكيل إجراء الكفالة دون أن يعين الدين الذي وكله في كفالته. فلا يكون للوكيل صفة في مباشرة العقد الذي ذكر سابقا، وتبعا لذلك لا تتصرف آثاره إلى المطعون ضده الأول. وكان هذا الذي ذهب إليه الحكم المطعون فيه سائغ ولا خروج فيه على نصوص التوكيل فلا تدخل محكمة التمييز لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع. وكان يتضح من الرجوع إلى الأوراق وما أدلى المطعون ضده الأول في أول درجة من أوجه دفاع في الموضوع كان مصحوب دائما بالدفع لا يعد إقرارا بالتصرف مثار النزاع. وكان توكيل خاص سجل التصديق رقم 1050 جلد/س سنة 2011 المؤرخ 2011/5/19 وإن فوض الوكيل بإجراء الكفالة بيد أنه لم يتضمن تعيين الدين المكفول تعيينا كافيا فلا يكون للوكيل بموجبه سلطة القيام بذلك التصرف. فإن ما أثاره البنك الطاعن في هذا الصدد لا يستند إلى أساس سليم ومن ثم فلا يكون له وجه لطرحه" (1).

وقرار محكمة التمييز مار البيان بما قضي فيه بشأن سعة الوكالة في اصدار الكفالة كان قد احدث، وكما اوضحنا في مقدمة البحث، زعزعة في المصارف وقلق شديد لديها بالنسبة للكفالات التي منحت على أساسها البنوك تمويلاتها المصرفية لعملائها والصادرة بتوكيلات خاصة بها دون تحديد محلها وفق

((1)) الطعن بالتمييز رقم 132 لسنة 2018 تجاري/ 3. في تقرير أن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا في معرض النظر في مسائل أخرى بخلاف سعة الوكالة، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 296 لسنة 2001 مدني - مشار إليه.

ما كان يجري العمل فيه في البنوك، للتوقف بعد قرار التمييز عن قبول مثل هذه الوكالات في اصدار الكفالة.

بل إن إدارة التوثيق ذاتها قد أوقفت بعد هذا القرار إضافة عبارة "وإعطاء الكفالات" في التوكيلات العامة الرسمية الموثقة التي تصدرها، وأصدرت تعميما اقتضت بموجبه أن يكون التوكيل في الكفالة خاصا بها وخاصا أيضا في محلها بتعين الدين المكفول والمال محل الرهن في الكفالة العينية، وكل ذلك على نموذج خاص أعدته لهذا الغرض.

بيد أن كل ذلك مآله التغيير حتما، بعدما اعادت محكمة التمييز الأمور لنصابها في الحكم محل البحث ليس فقط بالنسبة لسعة الوكالة والرجوع إلى النسبية في عقد الكفالة بأن الكفيل يمكن أن يكون متبرعا في ظروف معينة ولا يكون كذلك في أخرى، بل أيضا فيما يخص بالنظر إلى الصورة الحديثة للكفالة.

ب. الصورة الحديثة للكفالة

بعد أن مرت المجتمعات بالعديد من التطورات، صاحبها مستجدات في مجالي التمويل والائتمان تطلبه زخم تنوع وتطور واتساع حجم النشاط الاقتصادي والمشاريع باختلافها التجارية والاستثمارية والصناعية والزراعية وغيرها، أصبح من النادر أن يعتمد في التمويل الاقتصادي لمشروع ما على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع، بل الغالب أن يتم التمويل عن طرق ائتمان من الغير⁽¹⁾.

والغير الممول لم يعد اليوم مجرد فرد يقبل بتمويل آخر بكفالة قريب له أو صديق، بل أضحى التمويل تجارة تمارس من اعنى المؤسسات واضخمها في المراكز المالية والبنية التشغيلية من بنوك وشركات تمويل متخصصة⁽²⁾.

ومن هنا تحديدا عادت الكفالة الشخصية إلى البروز مرة أخرى بعدما تراجعت كضمان بسبب ضعف روح التضامن الأسري والصدقة المحفز لها، ولكن بصورة مغايرة عما كانت عليه ليس في طبيعة الكفالة ومفهومها كضمان، بل في اعتبارات انعقادها والباعث من ورائها. وصاحبها في ذلك، بطبيعة الحال، الكفالة العينية بما تحققه للدائن من ضمان متين في استيفاء حقه.

((1)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 8، الدكتور عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 31.

((2)) Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 664/ n. 678.

حيث جرى العمل في البنوك، على منح تمويلات للشركة بكفالة واحد - أو أكثر - من الشركاء أو الملاك في الشركة، والعكس صحيح فقد تكفل الشركة التمويل المصرفي الممنوح لأحد الشركاء أو ملاك الشركة، كما أن الشركة القابضة قد تتحصل على تمويل بكفالة أحد شركاتها التابعة أو الزميلة⁽¹⁾، وقد تكفل الشركة القابضة التمويل الممنوح لأحد شركاتها التابعة أو الزميلة وهكذا⁽²⁾.

وهو ما حدا الفقه للقول بأنه "من خلال الكفالة، تم اختراق الصورة التي وجدت للشخص الاعتباري"⁽³⁾، في كناية إلى تداخل الذمم المالية والمصالح المشتركة لمجموعة الشركات التي يربطها وحدة اقتصادية فيما بينها وبين وملاكها.

والبنوك حتي توافق على منح تمويلات مصرفية، وخاصة التمويلات التجارية⁽⁴⁾، بمبالغ ضخمة للأفراد والشركات في مختلف مشاريعهم تتطلب

(1) وفق قانون هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته: الشركة التابعة، هي الشركة التي يملك بها شخص نسبة تزيد على 50% من رأس مالها أو يكون لديه السيطرة الفعلية عليها. الشركة الزميلة، هي الشركة التي تمتلك بها شركة أخرى بشكل مباشر أو غير مباشر لنسبة ملكية تزيد على 20% ولا تتجاوز 50% من رأس مالها، أو إذا كانت تملك تأثيرا هاما على قراراتها.

((2)) Simler Ph. et Delebecque/ op. cit/ p. 82/ n. 92.

((3)) Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 664/ n. 678.

((4)) إلى جانب التمويلات التجارية التي تمنحها البنوك للأفراد والشركات مقابل ضمانات عينية وشخصية، بمبالغ تمويل ضخمة للعميل الواحد. تمنح البنوك للأفراد فقط تمويلات شخصية لأغراض استهلاكية وإسكانية. التمويل الاستهلاكي: تمويل شخصي متوسط الأجل لا تتجاوز خمس سنوات، يقدم للعميل بغرض تمويل الاحتياجات الشخصية الاستهلاكية، ومبالغ التمويل

ضمانات كافية لاستيفائها تجنبها مخاطر احتساب خسائر عنها في حال الامتناع أو التأخر عن السداد لأي من الأسباب، وهي في ذلك تسعى إلى تنويع الضمانات وبأن تكون مقدمة ليس فقط من المدين الذي قد يتعثر بإعساره أو افلاسه عن سداد التمويلات الممنوحة له، بل أيضا من جانب كفيل أو كفلاء لهذا التمويل.

وهي بذلك لا تكتفي غالبا بالكفالات الشخصية المهددة في جميع الأحوال بمخاطر الضمان العام من اعسار الكفيل، بل إنها تتطلب معها كفالات عينية بتخصيص مال لضمان تمويلاتها بتقرير حقها على أموال الكفلاء من عقارات وأسهم وسندات وصكوك ووحدات صناديق استثمار وغيرها، وذلك برهنها لصالحها تمكنها من استيفاء ديونها بالتنفيذ عليها بالأفضلية على غيرها من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين التاليين لهم في المرتبة.

المشروع المصري استدرك بدوره المتغيرات سالفة الذكر في عام 1999 بمناسبة اصدار قانون التجارة الجديد، ليقرر بنص المادة 1/48 منه بأن كفالة الدين التجاري تعتبر عملا تجاريا إذا نص القانون على ذلك، أو كان الكفيل بنكا، أو كان تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول". وهو بذلك لم يتبع خطى المشروع الكويتي في إضفاء الصفة التجارية على كفالة الدين التجاري بسبب تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين على النحو سالف الذكر، بل ساير تغيير اعتبارات منح الكفالة

فيها للعميل الواحد بحد أقصى خمسة وعشرين ألف دينار كويتي . التمويل الإسكاني: تمويل شخصي طويل الأجل لا تتجاوز مدته خمس عشرة سنة، يقدم للعميل بغرض شراء أو بناء سكن خاص، ومبالغ التمويل فيها للعميل الواحد بحد أقصى سبعين ألف دينار كويتي.

عما كانت عليه في السابق ليقرر الصفة التجارية لكفالة الدين التجاري من تاجر ثبت أن له مصلحة في الدين المكفول، ليحيد بذلك عن الصورة النمطية للكفالة التي ينظر فيها للكفيل على أنه متبرعاً ولا يتوخى منفعة أو ميزة ما من كفالته للدين.

بالمقابل، ظلت نصوص القانون الكويتي المنظمة لها في بالروح التي سادت مرحلة تقريرها قائمة دون أي تعديل، لتنتظر تطبيقها واعمال احكامها بالروح الجديدة للكفالة بمتغيرات اعتبارات إصدارها على النحو المذكور، ومن ثم عدم التسليم دائماً والقطع بأن الكفيل فيها دائماً متبرع بنية التبرع دون تحرى ما إذا كان له من عدمه مصلحة له من كفالة الدين.

وهذا تحديدا ما تم بقضاء محكمة التمييز في حكمها الأخير المؤرخ 2019/7/7 محل البحث، الذي يمثل بوجهة نظرنا تحولا جوهريا في الاجتهاد القضائي المستقر والمتواتر لتوجه قضائي جديد يضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح وبما يتفق مع المنطق السليم للأمور، وذلك بتقرير صحة الكفالة التي منحت بتوكيل خاص بها ودون تحديد لمحلها لما ثبت لديها بأن للكفيل مصلحة من الدين المكفول.

حيث استهل الحكم بالقول على أنه"من المقرر في قضاء هذه المحكمة ... و بأن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ

يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسمياً إذا كان الموكل هو نفسه المدين أما إذا كان الموكل كفيلاً عينياً وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعاً وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات والا بطل التصرف".

لتقضي محكمة التمييز، بعد ذلك، على أنه "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء و برفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية (زوجة الكفيل) المدينة في العقد الأول رقم جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين وأن عبارات التوكيل العام رقم جلد/6 المؤرخ 2006/9/26 قد جاءت صريحة في أحقية الوكيل في إبرام الكفالات والرهن وخلص الحكم من ذلك إلى أن الوكالة العامة بالتصرف التي تمت بموجبها تلك التأمينات الشخصية والعينية صحيحة وتجزر للوكيل إبرامها أي أن وكيل الطاعن الذي أبرم عقدي الرهن الرسمي والحيازي والكفالة الشخصية التضامنية لم يخرج عن حدود وكالته التي تبيح له إبرامها بعدما ثبت أن الطاعن لم يكن متبرعا. لما

كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضا برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون على ما استخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 بأن العقار المرهون معين بالعقد تعيين دقيقة من حيث طبيعته وموقعه وأن التسهيلات المصرفية محددة بمبلغ الدين الذي يضمنه الرهن والحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وبأنه متعلق بتسهيلات مصرفية في صورة خطابات ضمان لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بد أقصى 27500000 دولار أمريكي وانتهى الحكم إلى صحة الرهن من حيث تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، وكان هذا كله الذي خلص إليه الحكم صحيحة سائغا له معينه ويتفق مع الثابت بالأوراق والعقدين والتوكيل ويتضمن الدعامة المستقلة الكافية لحمل قضاءه والتي تكفى أيضا للرد على أسباب الاستئناف ومن ثم لا تكون محكمة الموضوع ملزمة من بعد بتتبع شتى مناحي دفاع الخصوم والرد عليها استقلالاً، إذ في قيام هذه الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لما عداها، كما أنه لا يعيب الحكم المطعون فيه عدم رده على دفاع الطاعن المتعلق بتناقض الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ أنه دفاع غير صحيح لأن الحكم جاء خاليا من التناقض إذ تضمن في اسبابه ومنطوقه رفض الدعوى، لما كان ذلك، فإن تعيب الحكم المطعون فيه في دعامته الثانية التي أوردتها دعما للحكم الابتدائي بخصوص الإجازة اللاحقة من الطاعن لتصرفات وكيله وإقراره اللاحق

بالتأمينات المطعون عليها - أيا كان وجه الرأي فيها - يكون غير منتج ومن ثم غير مقبول ويضحي النعي بأسباب الطعنين على غير أساس".

وعلى ذلك، يبين برأينا من أن محكمة التمييز، وأن كانت قد سلمت بأن الكفيل عادة يكون متبرعا، مسايرة للمفهوم التقليدي الكفالة ووظيفتها وقت نشأتها على النحو سالف الذكر، إلا أنها لم تجعل من ذلك قاعدة مطلقة تقودها مباشرة للحكم بطلان الكفالة لخلو التوكيل التي صدر بها من تحديد لمحلها، ولم تتخلى المحكمة تباعا عن البحث في الباعث الدافع للكفيل والمصلحة التي يسعى إليها من الدين المكفول.

كما أنها لم تصدر حق محكمة الموضوع بذلك، بل على النقيض أكدت على السلطة التقديرية لها في تقرير سعة الوكالة لإصدار الكفالة العينية والكفالتين الشخصيتين في عقدي التسهيلات المصرفية من واقع ما ثبت لديها بأن للكفيل مصلحة فيها، بارتباط مصلحة مع مصالح المدينين في هذين العقدين، وهي المصلحة المتمثلة باشتراك الكفيل مع استثمارات زوجته المدين في عقد التسهيلات المصرفية الأول، والتي تستنتج من واقع تمثيله للشركة المدينة في عقد التسهيلات المصرفية الثاني. وهو ما يتطلب معه، بنظرنا، إعادة النظر في سلطة المحكمة في تحديد سعة الوكالة في إصدار الكفالة.

ثانيا: سلطة المحكمة في تحديد سعة الوكالة

محكمة الموضوع وأن كان لها السلطة التقديرية في تكييف الكفالة على أنها من اعمال التبرع، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بما يثبت لديها في النزاع، حول بطلانها أو عدم الاعتداد بآثارها، على أسباب سائغة ومقبولة لها حاصلها وسندها بدفاع اطراف النزاع وفهم وقائعه،(1)، وهو ما ينبغي على المحكمة البحث في اعتبارات منح الكفالة بتتبع الباعث الدافع للكفيل فيها (2).

(1) حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

هذه الحدود لا تجد سندها فحسب من التزام القاضي في التسبب(أ)، بل وتستلزمها مقتضيات العدالة بعدم تمكين الكفيل بالتبرؤ من التزامه بالضمان بزعم أنه متبرعا في الكفالة على بخلاف الواقع(ب).

(أ) تسبب الحكم بفهم الوقائع⁽¹⁾

عملا بالمادة 116 - الفقرة الثانية - من قانون المرافعات المدنية والتجارية، يجب أن يشتمل الحكم على "عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم و خلاصة

(1) في تسبب الحكم، انظر: الدكتور فتحي والي- الوسيط في قانون القضاء المدني- دار النهضة العربية- 1987- ص 633.

موجزة لدفعوهم ودفاعهم الجوهري ورأي النيابة العامة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه⁽¹⁾.

وتواتر قضاء محكمة التمييز على "أنه متى ما كان الخصم قد قدم إلى محكمة الموضوع مستندات تمسك بدلالاتها في موضوع النزاع فالتفت عنها الحكم وأعرض عن تحقيق دفاعه القائم عليها مع ما قد يكون لها من الدلالة المؤثرة في الحق محل التداعي، ولو أنه عني ببحثها وتمحيص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور المبطل"⁽²⁾. بالتوجه نفسه، قضي "ولئن كان لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الوقائع في الدعوى من الأدلة المطروحة فيها إلا أن ذلك مشروطاً بأن تبين في أسباب حكمها كنتيجة

(1) مادة 116: "يجب ان يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا النطق به وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية أن كان وأسماء الخصوم بالكامل وصفاتهم وموطن كل منهم أو محل عمله وحضورهم أو غيابهم.

وكما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعوهم ودفاعهم الجوهري ورأي النيابة ثم تذكر أسباب الحكم ومنطوقه.

والقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين اصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

(2) الطعن بالتمييز رقم: 41 لسنة 2010 مدني. جلسة 2002/9/30. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من 2002/1/1 وحتى 2006/12/31.

تحصيل هذا الفهم ودليلها عليه، وأن يكون لما حصلته سند في الأوراق ولا خروج فيه عن الثابت فيها وقائماً على اعتبارات معقولة تؤدي إليها"⁽¹⁾.

وفي شأن قيام الكفالة أو نفيها، قضت محكمة التمييز على "أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الصفة في الدعوى تقوم بالمدعى عليه متى ما كان الحق المطلوب فيها موجوداً في مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن فيها والمسئول عنه حال ثبوت أحقيه المدعي فيه، كما أن تحري صفة الخصوم واستخلاص توافرها أو انتفائها في الدعوى، وقيام الكفالة أو نفيها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها في هذا الخصوص وأن تقييم قضائها على أسباب سائغة تكفي لحملة"⁽²⁾. وفي حكم آخر بشأن تحديد مدى التزام الكفيل، قضي بأنه "من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع عن طريق تفسير عقد الكفالة، وله في هذا الخصوص كامل السلطة في تفسير المستندات والعقود وسائر المحررات التي تقدم إليه واستخلاص ما يراه أوفي بمقصود عاقيدها مستعينا في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ولا رقابة لمحكمة التمييز فيما يراه ما كان تقديره مما تحملته عباراتها ولا خروج فيه على المعنى

(1) الطعن بالتمييز رقم: 208 لسنة 1994 تجاري. جلسة 1995/1/24. الطعن بالتمييز

رقم: 29 لسنة 1997 عمالي. جلسة 1998/1/19.

(2) في اعتبار توقيع الشريك على إقرار الشركة بكفالة الدين مفوض من جميع الشركاء.

الطعون بالتمييز: 301، 305، 315 لسنة 2003/ تجاري. جلسة 2004/5/8. مشار إليه.

الظاهر لها في جملتها"⁽¹⁾). وفي استخلاص وجود الكفالة واعتبار الطاعن كفيل الشركة المدينة في توقيعه على عقد التسهيلات المصرفية، قضت محكمة التمييز بأنه "من المقرر أن تحصيل فهم الوقاع في الدوى من شأن قاضي الموضوع متى ما أقام قضاؤه على أسباب سائغة"⁽²⁾.

وبطلان الحكم هو الجزاء الذي يرتبه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي اوجب على المحكمة اتباعها ومراعاتها وفي تحرير احكامها وفي إصدارها بنص الفقرة الأخيرة من المادة 116 سالفه الذكر، بما مؤداه جواز الطعن بالتمييز في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف عملا بالفقرة (ب) من المادة 152 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المنظمة لحالات الطعن بالتمييز⁽³⁾. حيث قضي بأن

(1) الطعن بالتمييز رقم: 180 لسنة 1993 تجاري. جلسة 1994/4/18. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يوليو- القسم الثالث- المجلد الثالث- ص 536.

(2) الطعون: 108، 114، 116 لسنة 1993 تجاري. جلسة 1994/1/31. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني- يوليو 1999- القسم الثالث- المجلد الثالث- ص 535.

(3) مادة 152: "للخصوم أن يطعنوا بالتمييز في الحكام الصادرة من محكمة الاستئناف العليا في الأحوال التالية:

إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

وللخصوم أن يطعنوا بالتمييز أيضا في أي حكم انتهائي - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضي".

"أغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة إذ يعتبر ذلك الإغفال قصور في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضي بطلانه"⁽¹⁾.

كما أن المستقر عليه في قضاء التمييز أنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد بنت حكمها على فهم مخالف للثابت بأوراق الدعوى فإن حكمها يكون باطلاً"⁽²⁾. وفي هذا الشأن، بسطت محكمة التمييز رقابتها على محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من التزام الكفيل بالمخالفة لوجوب قصر الكفالة على الأجل المحدد لها، وذلك بتمييز حكم محكمة الاستئناف بسبب وحسب ما جاء في حكم محكمة التمييز أنه "قد حاد عن القصد في تفسير عبارات عقد الكفالة وللمعنى الظاهر لعبارته على نحو جره إلى الخطأ في تطبيق القانون"⁽³⁾.

وما سبق، هو تحديداً توجه محكمة التمييز في حكمها المؤرخ 2019/7/7 محل التعليق في البحث، والذي يتضح جلياً على الرغم من مصادقتها على أسباب ومبررات حكم محكمة أول الدرجة ومحكمة الاستئناف في تقرير سعة الوكالة في إصدار الكفالات في عقدي التسهيلات المصرفية.

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 4 لسنة 1997 تجاري-2. جلسة 1998/5/10.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 87 لسنة 1995 مدني. جلسة 1996/1/8.

((3)) الطعن بالتمييز: 58 لسنة 1985 تجاري. جلسة 1986/1/22. مشار إليه

ذلك أن محكمة التمييز وإن كانت قد اكدت على سلطة قاضي الموضوع في تحديد سعة الوكالة بإصدار الكفالة العينية والكفالتين الشخصيتين في عقدي التسهيلات المصرفية، وصادقت على ما انتهى إليه محكمة الاستئناف برفض الطعن ببطانها بالأسباب التي وردت بحكمها والأسباب التي أحالت إليها في حكم محكمة أول الدرجة، إلا أنها مع ذلك بسطت رقابتها على هذه الأسباب وما إذا كان ذلك على فهم محكمة الاستئناف لوقائع الدعوى وبحثها لجميع أوجه دفاع الخصوم الجوهرية وتمحصيها. وما أن اطمأنت على أنها متفقة والتزامها بالتسبيب عملا بما يقضي فيه القانون والثابت في قضاء محكمة التمييز خصلت إلى سلاماتها وتأييدها بما انتهت إليه من قضاء. وهذا، على النحو التالي:

- "المناطق في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراءها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه، وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب ما دام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته".

- "لمحكمة الموضوع التعرف على حقيقة العلاقة التي تربط بين طرفي الخصومة، ولها استظهار مدلول الاتفاقات وفهم الواقع في الدعوى وتفسير العقود والمشاركات ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات العقد دون رقابة عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسبابه سائغة، وأنها إذا استندت إلى عدة قرائن مساندة تؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها".

- "المحكمة، غير مكلفة أن تذكر في حكمها كافة حجج الخصوم وتفندها بل كل ما يتطلبه القانون منها هو أن يكون حكمها مسبباً تسبباً كافياً لتسوية ما حكمت به".

- "المحكمة الاستئناف وهي تؤيد الحكم الابتدائي، أن تحيل إلى ما جاء فيه سواء في بيان وقائع الدعوى أو في الأسباب التي أقيم عليها وأن تأخذ بأسباب الحكم الابتدائي دون إضافة، متى رأت في هذه الأسباب ما يغني عن إيراد جديد".

- "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية المدينة في العقد الأول رقم جلد/3 مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين".

- "الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضا برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، على ما استخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم جلد/3 المؤرخ 2007/12/11".

وحكم محكمة التمييز بذلك، لم تطبق فحسب صحيح القانون وما هو مستقر عليه في قضائها، بل أنها شيدت سياجا لصون حق الدائن في الكفالة من الضياع، بزعم الكفيل عدم علمه بالكفالة التي صدرت بتوكيل منه، أو أنه كان مجرد متبرع في كفالته للدين ولا شيء سوى ذلك.

(أ) صون حق الدائن

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز السابق على حكمها المؤرخ 2019/7/7، فإنه من المرجح، برأينا، أن المحكمة قد عولت على الكفالة في صورتها النمطية، ونظرت تباعا على أن الكفيل فيها متبرعا محضا، وجعلت من ذلك أساسا لقضائها في بطلان الكفالات أو عدم الاعتراف بآثار عقودها بمجرد أن ثبت لديها بأن التوكيلات التي صدرت من خلالها قد خلت من تحديد لمحالها بتعيين الدين المكفول والأموال المرهونة.

وذلك على النحو التالي:

1- حكم محكمة التمييز في 2012/1/17 (البنك: بيت التمويل الكويتي)

وهو الحكم الذي عول فحسب على أسباب محكمة الموضوع باعتبار رهن العقار في عقد التسهيلات المصرفية ليس مدينا، بل كفيلا عينيا غالبا يكون وكما جاء بالأسباب متبرعا، لتقضي ببطلانه الرهن لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهرت خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص. وذلك، دون البحث في اعتبارات الكفالة، والباعث الدافع للكفيل من ضمان الالتزام الأصلي للمدين (شركة ... للتجارة العامة)، في عقد تمويل مصرفي تجاري (عقود بيع مرابحة) بقيمة إجمالية مقدارها مليون وأربعمائة ألف دولار أمريكي. وفق التالي:

- "أن المناط في التعرف على مدى الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجرائها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته".

- "ومن المقرر - أيضا - أن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهن رسمي إذ كان الموكل هو نفسه المدين، أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو الدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذ ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف".

- "لما كان ذلك ... وانتهى الحكم من ذلك إلى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث بوصفه كفيلا عينية للمديونية مما كان يلزم لانصراف أثره إليه والي ورثته من بعده أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منه إلى المطعون ضده الخامس تطبيقا لحكم المادة 2/702 من القانون المدني سالف البيان وقضى ببطلان الرهن لصدور من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهر خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه المطعون ضده الخامس رهن العقار المملوك لمورثه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص"

- "وإن كانت الأسباب التي خلص اليها الحكم المطعون فيه وأقام عليها قضاءه سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وتكفي لحمله ولا مخالفة فيها للقانون فإن النعي عليه بما ورد بهذا الوجه من سبب الطعن يكون على غير أساس".

2- قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2014/4/30 (البنك: بنك برقان)

وهو القرار الذي صدر بطعن مماثل في ظروفه لطعن حكم محكمة التمييز مار البيان، ومنهجية أسبابه مماثلة لمنهجية أسباب هذا الحكم أيضا. حيث قضى بعدم الاعتداد برهن عقارين محل الكفالة العينية ووقف إجراءات بيعهما قضاء، وذلك في عقد تسهيلات مصرفية نقدية قدمت فيها الكفالة كضمان ومنح البنك على أساس منها للمدين (شقيق الكفلاء) قرض مقداره سبعة ملايين وخمسمائة ألف دينار. وكل ذلك بتعويل القرار وحسب على ما انتهى إليه قاضي الموضوع باعتبار عقد الكفالة العينية من عقود التبرع. وفق التالي:

- " كان الثابت من عقد القرض محل الالتزام المكفول أن المطوعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا المدينين بل هم كفلاء عينين، ومن ثم فإنهم يكونوا في الغالب متبرعين وهو ما تمسكوا به ولم ينفي المطعون ضده الثامن (الوكيل) ذلك".

- "ومن ثم يكون عقد الكفالة العينية هذا من عقود التبرع، وحتى يكون هذا العقد نافذاً بحق الكفلاء المطعون ضدهم من الأول حتى السابع - كمتبرعين لا بد أن يعني في التوكيل بالكفالة العقار الذي يكون محلاً للرهن وقد خلا التوكيل من تعيين

ذلك المال ورغم ذلك رتب عليه المطعون ضده الثامن رهناً رسمياً، حال أنه لا صفة له في إجراء نيابة عن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع".

- "ومن ثم لا ينصرف أثره إليهم ولا يلزمون بما ولده من آثار لخروج الوكيل عن حدود ونطاق الوكالة الصادر له، ويكون العقد الرسمي المؤرخ 2009/11/15م بما تضمنه من التزامات بشأن عقاري التداعي على المطعون ضدهم من الاول حتى السابع لا يصلح سنداً تنفيذياً يجيز للدائن اتخاذ إجراءات بيع العقارين المملوكين لهم إل فيما يجاوز حصتهم فيها ويسري في حدود حصة المطعون ضده الثامن المشاعة في العقارين".

3-قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2018/9/24 (البنك الأهلي الكويتي)

وهو القرار الذي قضى بشكل قاطع بأن التزام الكفيل (كفيل شخصي) هو التزام تبرعي، ويقرر بسبب ذلك فقط عدم انصراف آثار الكفالة في عقد تسهيلات مصرفية حصل المدين فيها على قرض بقيمة 400 الف دينار كويتي، لصدورها بتوكيل خاص خلت من تحديد الدين المكفول. وفق التالي:

- "من المقرر أن التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تبرعي ووجوب وكالة خاصة فيه وأيضاً في محله. أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض بإجراء ذلك التصرف وأن يعين المحل الذي يرد عليه".

- "المناط في التعرف على مدى الوكالة الرجوع إلى عبارات التوكيل ونصوصه، وهو أمر يخضع لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقد على تشكيل وتحتمله عباراته".

- "وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي في قضائه بعدم انصراف آثار العقد الرسمي موثق برقم جلد/3 بتاريخ 2011/5/23 إلى المطعون ضده الأول بوصفه ضامنا دينيا. والذي وقعته المطعون ضدها الثالثة بوصفها نائب عنه بمقتضى توكيل رسمي شامل مسجل التوثيق رقم جلد/10 سنة 2011 المؤرخ 2011/5/22 استنادا إلى أن هذا التوكيل خول الوكيل إجراء الكفالة دون أن يعين الدين الذي وكله في كفالته. فلا يكون للوكيل صفة في مباشرة العقد الذي ذكر سابقا، وتبعا لذلك لا تنصرف آثاره إلى المطعون ضده الأول".

- "وكان هذا الذي ذهب إليه الحكم المطعون فيه سائغ ولا خروج فيه على نصوص التوكيل فلا تدخل محكمة التمييز لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع. وكان يتضح من الرجوع إلى الأوراق وما أدلى المطعون ضده الأول في أول درجة من أوجه دفاع في الموضوع كان مصحوب دائما بالدفع لا يعد إقرارا بالتصرف مثار النزاع".

وعلى ذلك، يتبين بأن الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز السابق على حكمها المؤرخ 2019/7/7 محل البحث، مبني بصفة اساسية على اعتبار الكفالة من اعمال التبرع وتقرير تباعا بعدم سعة الوكالة الخاصة المحدد بها "إعطاء

الكفالات"والرهن لمنحها والقضاء ببطلانها أو عدم الاعتراف بآثارها لوقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل الشخصية والأموال المرهونة من الكفيل العيني. وهو ما يعني، برأينا، أن المحكمة قد تتبعت في بحثها لدفاع أطراف الدعوى ووقائعها والنظر بما قدم فيها من مستندات وأوراق لتحديد إذا كان الملتزم في عقد التسهيلات المصرفية مدين أم كفيل، وما أن ثبت لديها بأنه كفيل، انتهت بقضائها إلى نتيجة حتمية بتكليفها للكفالة على أنها من أعمال التبرع إلى عدم صحتها بمجرد أن ثبت لديها خلو التوكيل التي صدرت به من تعيين لمحلها، وتقتصر أسباب قضائها على ذلك.

وهذا ما يرجح، برأينا، فصل محكمة التمييز، وبوقت لاحق على حكمها المؤرخ 2012/1/17، في طعني التمييز بقرار منها في غرفة المشورة في 2014، 2018، دون قبول لطرحهما للمداولة أمامها في المحكمة لسماع دفاع الخصوم فيهما وبسط رقابتها على أسباب حكمي محكمة الاستئناف على هدي منها. إذ يبدو، وبوجهة نظرنا، ان المعتبر لدى محكمة التمييز تتبع أسباب محكمة الاستئناف في تكليف الملتزم بعقدي التسهيلات المصرفية، والأسانيد التي عولت عليها للقول بأنه مجرد كفيل فيها لتصادق على حكمي المحكمة بعدم صحة الكفالة لعدم سعة التوكيل التي صدرت بها. وهذا بالرغم من تمسك الدائنين من البنوك بدفوع، نراها، جوهرية الذي يتغير بها وجه الرأي في الدعوى لارتباطها بتقرير أن الكفيل كان متبرعا أم أن له مصلحة من الدين المكفول، ومن ثم يكون التصدي لها أمرا حتميا على النحو المار بيانه.

حيث تمسك ممثل البنك في الطعن بالتمييز، الذي صدر فيه قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2014/4/30، ببطلان حكم الاستئناف وكما جاء في صحيفة الطعن "لصدوره مشوباً بعيب القصور في الاستدلال والاخلال بحق الدفاع لما كان الثابت أن البنك قد تقدم بمذكرة بجلسة 2013/3/6م خصص بها موضع لإيراد مقدمة لازمة ذهب فيها إلى أن المطعون ضدهم السبعة الاول هم أشقاء (الكفلاء) المطعون ضده الثامن (المدين) وكانت تربطهم علاقات شراكة بعضها ناتج عن الارث والبعض الآخر ناتج عن اشتراك في تارة العقارات وكان المطعون ضده الثامن يمثل اشقائه في البيع، الشراء، والتنازل والتخارج، وذلك بموجب توكيلات متعددة فكان يشتري عقارات باسمهم تارة ويبيع نائباً عنهم تارة أخرى وثالثة يتنازل لهم عن حصته - موقعاً عنه وعنهم في العقد بموجب الوكالة - وكانوا في كل هذه الحالات يتعاملون كطرف واحد في تداول عقاراته".

وتابع ممثل البنك دفاعه بعد ذلك للقول "أنه وفي هذه الاثناء حصل المطعون ضده الثامن على تسهيلات ائتمانية من البنك بضمان رهن عقارات مملوكة له أحياناً، وأحياناً أخرى بكفالة عينية برهن عقارات كان سبق له وأن قام بشرائها أو التنازل عنها لأشقائه بموجب توكيلات صادرة منهم له ..وعندما تعثر في سداد المديونية المستحقة في ذمته -بكفالتهم- وشرع البنك في اتخاذ الإجراءات القانونية قبلهم - العميل والكفلاء عيناً- خرج إخوته الذي كان يتصرف نيابة عنهم - بيعاً وشراءً وتنازلاً- وهم معه في ذلك شركاء، (خرجوا أو أخرجوا ليقوموا دعواهم محاولين أن يتشبثوا بتأويل القانون أو بالأحرى يحاولون - بالاتفاق مع شقيقهم - أن يتخذوا من

القانون مطية لسلب أموال البنك بتضييع ضمانات المديونية متظاهرين بالنزاع مع شقيقتهم في محاولة يائسة منهم لعدم الوفاء بما التزموا به، وهذا منهم ببعيد، لأن القانون هو وسيلة الناس - كل الناس - للحفاظ على حقوقهم وليس أداء لأكل أموالهم بالباطل)".

ويؤكد البنك في دفاعه "بأن الظاهر مما تقدم أن المطعون ضدهم الثمانية الأول - وهو جميعاً أشقاء - كانت تربطهم جميعاً علاقة شراكة على العقارات المملوكة لهم سواء كانت هذه العقارات قد آلت إليهم بالميراث أو الشراء ويظهر كذلك أن المطعون ضده الثامن هو الذي يتعامل على هذه العقارات وكيلاً ونائباً عنهم، وبيعاً وشراءً وكفالة وكافة التصرفات القانونية الأخرى، بموجب توكيلات صادرة منهم تخوله إبرام تلك التصرفات وعندما أراد - بدأ - في التوصل من أداء المديونية المستحقة إليه أوعز لأشقائه في إقامة الدعوى موضوع هذا الاستئناف لعرقلة إجراءات بيع العقارات المرهونة للبنك والمقدمة منه ومن أشقائه والتي كانت مقدمة ضماناً للمديونية التي حصل عليها من البنك".

واعتبر البنك بأن ما أورده بمذكرته في الشأن أعلاه "هو من قبيل الدفاع الجوهري الذي يتغير به وجه الرأي في الدعوى، والذي لو أقسطه المحكمة حقه من البحث والتمحيص لانتهت إلى قضاء مغاير.... وحيث خلت أسباب الحكم المطعون عليه من ثمة رد على هذا الدفاع، مما يكون الحكم قد صدر مشوباً بعيب الاخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب، ذلك العيب المبطل للحكم المستوجب تمييزه".

وفي الطعن بالتمييز الذي صدر به قرار من محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2018/9/24، في صحيفة الطعن بالتمييز على حكم الاستئناف بتأييده لحكم محكمة الدرجة الأولى محمولا على أسبابه فيما انتهى إليه من قضاءه بعدم نفاذ عقد التسهيلات المصرفية في مواجهة الكفيل الشخصي وعدم احقية البنك في مطالبته، دفع البنك بأن أسباب الحكم قد جاءت مشوبة بالقصور المبطل والفساد بالاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق لعلم الكفيل الشخصي اليقيني بعقد القرض الممنوح لشركة المتحدة للتجارة العامة والمقاولات واتجاه نيته لذلك تمكينا من مباشرة إجراءات عقد القرض الرسمي للشركة بضمان مقدم منها برهن متجر وحيازي لآلاتها ومعداتنا وبكفالاته الشخصية التضامنية. ودلل البنك على ذلك، بأن (الكفيل) وبصفته ممثلا عن الشركة اصدر للتوكيل الرسمي العام الموثق برقم جلد/10 المؤرخ 2011/5/22 لزوجة شريكه (المطعون ضدها الثالثة) في الرهن أملاك الشركة والعقارات والأعيان الثابت منها والمنقول. وقبل ذلك وتحديدا قبل ثلاثة أيام، كان قد اصدر عن نفسه وبصفته في الشركة وكالة رسمية موثقة برقم المؤرخ 2011/5/19 للمطعون ضدها الثالث وأخرى في القيام عنه نيابة عنه وعلى كافة أصول الشركة من شاحنات ومعدات وأثاث وديكور وخلافه والحق في رهن تلك الأصول وحق إعطاء الكفالات وحق الإقراض والاقتراض، وبأن هذا التوكيل تحديدا كان المعني لاستكمال إجراءات عقد القرض الرسمي بالرهن المقدم من الشركة كفالاته الشخصية وقيم دليلا على علم الكفيل بعقد القرض وانصراف نيته بالكفالة حصول الشركة على مبلغ التمويل، الذي يمتلك فيها حصة قدرها

51% من رأسمالها. وبأنه، لا يغير من ذلك استخدام المطعون عليها الثالثة الوكالة الرسمية بتاريخ 2011/5/22 للتوقيع على عقد القرض نيابة عن الشركة فقط ودون التوقيع على الكفالة بموجبها وتوقيعها على سند من الوكالة الرسمية بتاريخ 2011/5/19.

وبعيدا عن مختلف هذه الاعتبارات، نرى بأن واجب قاضي الموضوع ليس فقط بالتصدي لدفاع الخصم وتمحيصه وفهم المراد منه ثم انزال حكم القانون عليه، بل بالبحث من تلقاء نفسها وقائع الدعوى وظروفها، وفي شأن الكفالة التصدي تحديدا لدفاع الباعث الذي حمل الكفيل لقبول ضمان التزام المدين الأصلي من واقع عقد التسهيلات المصرفية وما إذا كانت شخصية أم تجارية، مبلغ القرض، صلة الكفيل بالمدين، المنفعة التي تعود على الكفيل. وذلك على النحو التالي.

(2) التصدي للباعث الدافع من الكفالة

حكم محكمة التمييز محل البحث، وأن كان قد فصل في نزاع معين بين أطراف وخصوم محددين، ومن ثم لا يكون له - طبقاً لنسبية أثر الأحكام - إلا حجية نسبية بين أطرافه بمعنى أن حجيته تكون مقصورة على أطرافه فقط لا تمتد لغيرهم، إلا أنه مع ذلك يمثل وبحق عدول في التوجه القضائي بما استقرت عليه الأحكام القضائية على أن الكفالة من عقود التبرع يتحدد معها سعة الوكالة في إصدارها بلزوم تحديد محلها في الوكالة.

والعدول في التوجه القضائي لمحكمة التمييز، ليس بإخراج الكفالة من دائرة التصرفات القانونية التي تعقد على سبيل التبرع، بل في عدم حصر تكيفها القانوني بذلك في جميع الحالات، أي في عدم قصر النظر على اعتبار الكفيل متبرعا دائما لتحديد سعة التوكيل التي تصدر به الكفالة، بل في البحث باعتبارات الكفالة، وتبعا ما إذا كانت هناك منفعة للكفيل من الدين المكفول من عدمه.

وهو التوجه الذي يمثل بلا شك سياج حماية لحق الدائن في استيفاء حقوقه من ضمان الكفيل، بتفويت الفرصة لمن يسعى إلى التحلل من التزامه بحجه عدم علمه بالكفالة أو بأنه كان متبرعا فيها. وهو بذلك، وعلى وجه الخصوص، يعزز النظام المصرفي في البنوك ويبعدها عن شبح مخاطر انكشافها بخسائر عن تمويلاتها المصرفية التجارية بمبالغ ضخمة، وتجريدهم من الضمانات التي عولت عليها بشكل أساسي لمنحها⁽¹⁾. بما يضيفي للكفالة منظور مغاير عن ما كان في

(1) بل إن حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه بالتمييز الصادر به حكم محكمة التمييز محل البحث، قد ذهب إلى أبعد من تقرير صحة الكفالة الصادرة بتوكيل رسمي دون تحديد محلها لما عاد على الكفيل من مصلحة في الدين المكفول في عقدي التسهيلات، وذلك بالقضاء أيضا بالإجازة اللاحقة للكفالة كسبب آخر لرفض دعوى عدم الاعتراف بأثارها. انظر ما سبق في وقائع وأسباب الحكم.

ذهن المشرع والفقهاء والقضاء في صورتها النمطية، وذلك في السعي ليس في حماية الكفيل فقط⁽¹⁾، بل أيضا في حماية مصلحة الدائن في عقد الكفالة⁽²⁾.

متى ما كان ذلك، وكان تقرير مدى استعادة الكفيل من الدين المكفول لتحديد سعة التوكيل التي تمنح به الكفالة، فإن ذلك يتطلب، برأينا، تصدي المحكمة للبائع الدافع الذي حدا بالكفيل إلى ضمان التزام الأصلي للمدين، وهو ما يتعين البحث في السبب المصلحي للكفيل وعدم الاكتفاء بالسبب المنشئ الذي انحدر منه التزامه بالضمان. ذلك أن ثمة سببين لا يغني كلاهما عن الآخر في الكفالة شأن أي عقد آخر⁽³⁾.

ذلك أن السبب المنشئ واحد في جميع الالتزامات من نوع واحد، باعتباره السبب القريب المجرد الذي يكون واحدا في جميع الالتزامات، إلا أن السبب وبهذا الوصف لا يمكن التعويل عليه بحسبان أنه يعد ضرورة منطقية وبأنه من غير

(1) في النصوص القانونية المنظمة للكفالة في القانون المدني التي اتجهت فيها نية المشرع لحماية الكفيل في مواجهة الدائن، لما يراه أنه غالبا ما يكون متبرعا في الكفالة. انظر ما سبق.

(2) بشأن حماية الكفيل وحماية مصلحة الدائن في الكفالة، انظر:

Simler Ph et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 36/ n. 41.

(3) نظم القانون المدني أحكام السبب في المواد 167، 177، 178، وتنص المادة 1/176 على أنه "بيطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب مشروع"، تم تأتي الفقرة الثانية منها لتقرر على أن "يعتد، في تحديد مضمون السبب، بالبائع المستحث الدافع إلى التعاقد، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان البائع من المفروض عليه أن يعلمه".

المتصور عقلا أن يلتزم شخص بغير سبب⁽¹⁾. وهو ما يتعين البحث أيضا، عن الباعث الدافع الذي حمل بالملتزم إلى الالتزام، أي سبب الالتزام، والذي يختلف من شخص لآخر في النوع الواحد من الالتزام. فاللتزام المشتري بدفع ثمن المبيع سببه واحد عند جميع المشتريين الحصول ملكية المبيع، وهو السبب القريب المجرد. إلا أن هناك لا محالة دوافع أخرى خاصة بالمشتري تختلف من مشتر إلى آخر، فهناك من يشتري الأرض ليقيم عليها منزلا، وقد يكون دافع مشتر آخر الاستثمار بإعادة بيعها أو بوقف الأرض لوجه الله تعالى.

وفي هذا الشأن، قضت محكمة التمييز على بشأن النص في المادة 176 من القانون المدني على أنه يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع ويعتد بالسبب بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد "مفاده أن المشرع يوجب أن يستند التزام المتعاقد إلى سبب وأن يكون هذا السبب مشروعاً وإلا فإن العقد يفقد ركنا من الأركان التي ينبغي أن يقوم عليها فيبطل ولا يقصر المشرع سبب الالتزام على الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام وإنما يشمل أيضا الباعث المستحث الدافع.. وينظر إلى هذا السبب ومشروعيته وقت انعقاد العقد"⁽²⁾.

(1) الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص 375.

(2) الطعن بالتمييز رقم: 1544 لسنة 2014 تجاري. جلسة 2015/3/11. مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز- وزارة العدل -محكمة التمييز - المكتب الفني- مايو 2017-ص 164.

وفكرة السبب⁽¹⁾ على النحو المار بيانه، تجد أهميتها في العقد الملزم لجانب واحد أكثر منه في العقد الملزم للجانبين، ليس فقط لتقرير مشروعية السبب من حيث اتفاقه مع احكام القانون وعدم مخالفته للنظم العام والآداب العامة، بل أيضا لبيان نوع العقد، أي إذا ما كان عقد معاوضة أو عقد تبرع⁽²⁾.

ولذلك، إذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم لجانب واحد، ينظر في هذا العقد غالبا أن يكون عقد تبرع أو عقد تفضل، يلزم فيه المتبرع بأن يخرج من ذمته شيئا ليدخله في ذمة شخص آخر، والمتفضل بأن يقدم خدمة بلا مقابل لشخص آخر⁽³⁾. حيث يبدو وعملا بمفهوم السبب القريب الفني، بأن المتبرع التزم بأن يتبرع أن يعطي شيئا دون أن يتقرب مقابلا لذلك. وهذا القول، أي بأن السبب في الالتزام بالتبرع هو إرادة التبرع أي أن المتبرع التزم بأن يتبرع لأنه أراد أن يتبرع هو "لغو" و "ضرب من ضروب الجنون" كما وصف من جانب الفقه⁽⁴⁾. لذا، وفي

(1) في نظرية السبب، انظر: الدكتور عبدالرزاق السنوري- نظرية الالتزام- مشار إليه- 554 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس- نظرية العقد- مشار إليه- ص 283 وما بعدها. الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- 365 وما بعدها.

Starck B., Roland H. et Boyer L./ op. cit./ p. 294 et s. Larroumet Ch./ op. cit./p. 414 et s.

(2) Starck B., Roland H. et Boyer L./ op. cit./ p. 309/ n. 861.

(3) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 54/ n. 60. Larroumet Ch./ op. cit./p. 446/ n. 476.

(4) انظر: الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص 378، ص 403.

جميع الأحوال، لا يمكن الركون في التزام المتبرع أو المتفضل إلى السبب المجرد والذي يكون واحدا عند جميع الأشخاص وهو نية التبرع أو التفضل بالخدمة، بل أيضا إلى سببه في الباعث البعيد الذي يختلف من متبرع لآخر، للفصل في مشروعية العقد وتحديد نوعه. لذلك، كان القضاء الفرنسي أشد امعانا جعل الباعث هو السبب الجوهري ولم يقف عند نية التبرع، بل اعتد بالباعث على التبرع، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد من ماله دون مقابل، أكان يريد الخير في ذاته، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة، أم يرمي إلى غرض غير مشروع⁽¹⁾.

وبتطبيق ما تقدم على عقد الكفالة الملزم للكفيل دون الدائن، وعلى النحو السابق ذكره، تبين علة تصنيف القضاء والفقهاء الكفالة على أنها عادة من عقود التبرع، وبأن الكفيل فيها يكون غالبا متبرعا محضا، وهو ما كان في ذهن القائمين أيضا وقت تشريع احكامها. وإذا كان ذلك يستقيم مع الصورة النمطية للكفالة والتي يتحد فيها السبب الفني والسبب البعيد لالتزام الكفيل في تقديم الخدمة للمدين بلا مقابل لتمكينه من الحصول على القرض أو بمد أجله، باعتبار أن تقديم هذه الخدمة هي ليست نية الكفيل فقط، بل أيضا الدافع الذي حفزه على كفالة الدين. شأن كفالة شخص لزوجته دينا لها على آخر ليس بغرض أن يحصل على ميزة أو منفعة ما من الدين المكفول، بل لمجرد بعث الطمأنينة علة نفسها وتطبيب

((1)) الدكتور عبدالرزاق السنوري - نظرية الالتزام - مشار إليه - 609.

خاطرها⁽¹⁾). بالمقابل، فإن ذلك لم يعد بالضرورة متحققا في وقتنا المعاصر نظرا لتغير اعتبارات منح الكفالة.

ففي الصورة الحديثة للكفالة، لا ينبغي على القاضي أن يقف فقط عند الوسيلة الفنية لنشأة الالتزام أي بالسبب الفني للالتزام بكفالة الدين دون مقابل وتحديد سعة الوكالة على أساس ذلك بأن الكفيل متبرعا محضا، بل عليه أن يتجاوز ذلك فيدخل في منطقة البواعث والنوايا للكفيل التي دفعت به لذلك، فإن تبين بأن حافز الكفيل توحي تحقيق منفعة من الدين المكفول، قضى بصحة الكفالة التي صدرت بتوكيل خاص بالرغم من عدم تحديد محل الكفالة باعتبار أن الكفيل بذلك ليس متبرعا. وذلك كله، برأينا، دون النظر إلى صلة القرابة أو الصداقة التي قد يرجح معها بأن الكفيل ليس إلا متبرعا محضا. إذ "أنه لضرب من الخيال أن يراد انشاء مدني موضوعي بحت لا نحفل فيه البتة بنوايا المتعاقدين"⁽²⁾، بحيث يقف القاضي عند منطقة السبب الفني دون الدخول إلى منطقة البواعث الشخصية والتي تمثل سبب التعاقد المصلحي للكفيل.

فقد يكون الباعث الدافع لكفالة الزوج لزوجته في عقد القرض هو حصوله على مبلغ القرض لاستثماره أو للمضاربة في الأسهم أو الدخول به في مشروع تجاري يستوي في ذلك أن يكون لوحده أو بالاشتراك مع زوجته، وهي ليست حالة

((1)) الدكتور سليمان مرقس - عقد الكفالة - مشار إليه - ص 66.

((2)) انظر: الدكتور عبدالحى حجازي - المرجع السابق - ص 420.

فرضية بل تحدث كثيرا على أرض الواقع في الحالات التي لا تقبل البنوك فيها اقراض الزوج بسبب انعدام الدخل الثابت والكاف لديه⁽¹⁾، أو في حالة عدم كفاية المبلغ المسموح للبنوك بإقراضه عميل في التمويلات الشخصية وحاجته لمبلغ إضافي ليدفع بأخيه أو صديقه للاقتراض بكفالته⁽²⁾. وهذا تحديدا ما انتهى إليه حكم محكمة التمييز محل البحث بقضائها على أن إرادة الكفيل قد اتجهت إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل (تمويل تجاري) المطعون ضدها الثانية (زوجة الكفيل) المدينة في العقد الأول رقم جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية في دبي.

وهذا ما قد ينطبق أيضا على غيرها من الحالات، على سبيل المثال:

- كفالة شريك للشركة، وكان الدين المكفول معدا للصرف على شئون الشركة، كما هو الحال بالنسبة لموضوع الدعوى الصادر فيها قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة حيث يمتلك الكفيل 51% من حصص رأس مال الشركة المكفولة. الكفيل هنا، سيستفيد مما تحصلت عليه الشركة من قروض تستخدم في تمويل أنشطتها، ومن ثم فإن تسهيل منح التمويلات لمصلحة الشركة سوف يعود بالنفع على الكفيل.

((1)) كما الشأن بالنسبة للعاملين في القطاع الخاص، حيث لا توافق البنوك عادة على اقراضهم لعدم تمتعهم بدخل ثابت ومستقر.

((2)) وفق تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ 2018/11/11، التمويلات الشخصية لأغراض استهلاكية وإسكانية في مجموعها للعميل الواحد بحد أقصى 95 ألف دينار كويتي، وفق ما سبق ذكره. في حظر كفالة أي من الزوجين للآخر بتعليمات بنك الكويت المركزي، انظر ما سيأتي.

- كفالة الشركة القابضة⁽¹⁾ لدين شركة تابعة أو زميلة لها أو العكس⁽²⁾، فالكفالة هنا جزء من عملية اقتصادية واحدة بمصلحة مشتركة للشركتين الكفيل والمكفول. ولا يستساغ النظر إلى الكفالة هنا كعمل قانوني مستقل بذاته بما لا يطابق الواقع باعتبارها خدمة مقدمة بلا مصلحة ومنعة تعود على الكفيل منها. بل إن المصلحة أو الوحدة الاقتصادية ما بين مجموعة الشركات تنفي كل نية للتبرع في كفالة بعضها للبعض الآخر أو أن يكون ذلك هو المحفز في الكفالة. وهذا تحديداً، ما حث المشرع الكويتي لأن يتبنى حكماً حديثاً من نوعه بشأن مسؤولية الشركة القابضة في قانون الشركات الجديد رقم 1 لسنة 2016، وذلك بتقريره بنص المادة 249 على مسؤوليتها على سبيل التضامن عن ديون شركاتها التابعة في حالة توافر عدم كفاية أموال الشركة التابعة للوفاء بما عليها من التزامات، وكذلك حال تملكها في الشركة التابعة نسبة من رأس مالها تمكنها من التحكم في تعيين غالبية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين، أو في القرارات التي تصدر عن الإدارة، وأخيراً أن تتخذ الشركات التابعة قرارات أو تقوم بتصرفات تستهدف مصلحة الشركة

((1)) بتعريف محكمة التمييز، الشركة القابضة هي الشركة التي تمتلك أسهماً أو حصصاً في رأسمال الشركة أو شركات أخرى مستقلة عنها بنسبة تمكنها من السيطرة المالية والإدارية على تلك الشركات التابعة. الطعن بالتمييز رقم: 2224 لسنة 2013 تجاري. جلسة 2015/5/10. مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز - وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - مايو 2017 - ص 134.

((2)) في تعريف الشركة التابعة، والشركة الزميلة. انظر ما سبق.

المالكة والمسيطرة عليها وتضر بمصلحة الشركة التابعة أو دائئها، وتكون هي السبب في عدم قدرة الشركة التابعة على الوفاء بما عليها من التزامات.

- كفالة تاجر لأحد عملائه التجار حتى لا يتوقف عن دفع ديونه التجارية وبشهر افلاسه، ويحتفظ به كعميل لرواج تجارته. وهي الحالة التي اشارت إليها المذكرة الإيضاحية في معرض شرحها للمادة 98 من قانون التجارة على النحو المذكور سابقاً.

- كفالة شخص لدين آخر الذي يداين الكفيل، وذلك على سبيل المقاصة بتنازل الكفيل في عقد الكفالة عن حقه بالرجوع عليه حال وفاء بالدين للدائن⁽¹⁾.

ولا يغير ما سبق ذكره، تقرير بأن التزام الكفيل في مواجهة الدائن هو التزام مجرد، وبصرف النظر عن زوال الباعث الدافع من كفالة الدين، وباعتبار أن سبب التزام الكفيل خارج عن عقد الكفالة وبأن مرجعيته في حقيقتها علاقة الكفيل بالمدين الأصلي⁽²⁾. وهذا شأن الطلاق بين الزوجين اللذين يكفل أحدهما الآخر⁽³⁾، أو

((1)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p.52/ n. 59.

((2)) في الالتزام المجرد للكفيل، انظر: الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- المرجع السابق- ص 85، الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص 411.

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 92/ n. 102.

((3)) ولهذا السبب تحديدا يمنع بنك الكويت المركزي كفالة أي من الزوجين لآخر، والذي قد لا يعي الكفيل منهم لدين الآخر حقيقة التزامه المجرد الذي يستمر بعد الطلاق بينهما، ولتجنب تباعا المشاكل العملية التي حدث بهذا الشأن.

ترك أحد الشركاء الكفلاء للشركة⁽¹⁾، حيث لا يتحلل الزوج والشريك من التزامه بالكفالة⁽²⁾.

ذلك أنه لا يجب الخلط بين سبب الالتزام ومحلّه⁽³⁾. فالعبرة في بيان نوع عقد الكفالة، أي إذا ما كان عقد معاوضة أو عقد تبرع، هو بالسبب المحفز للكفالة وقت إبرام العقد، وبأن انتفاء الباعث الدافع للكفيل بعد ذلك لا يغير من طبيعة العقد. وعن التزام الكفيل جهة الدائن بضمان المدين الأصلي فإن يظل مستمرا دون أن يكون للكفيل أن يتخلص منه استنادا لتبدد سبب التزامه بذلك.

وعليه، يجب النظر في تكييف التزام الكفيل إلى العملية القانونية في جملتها مع مراعاة بطبيعة الحال علاقة الكفيل بالمدين وعلى الأخص تشابك العلاقات التجارية والاستثمارية، لتتقرب عن الباعث الدافع التي حدثت إلى هذا الالتزام وقت العقد⁽⁴⁾، والقول تباعا بأن الكفيل متبرعا محضا من عدمه⁽¹⁾، أي

((1)) طعن بالتمييز رقم 284 تجاري. جلسة 1990/6/4. مجلة القانون والقضاء - المكتب الفني - محكمة التمييز - وزارة العدل - السنة 19 - يوليو 1996 - ص 40.

((2)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 89/ n. 97.

((3)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 54/ n. 60. Larroumet Ch./ op. cit./p. 453/ n. 480.

((4)) وهذا ما يتفق تماما مع مفهوم Common Law للسبب، بتبنيه لنظرية الاعتبار Consideration في التعاقد وهو ما يقابل الباعث الدافع في القانون الاتيني. انظر: Larroumet Ch./ op. cit./p. p. 419/ n. 444.

دون افتراض على أن الكفيل متبرعا محضا في كفالته. ذلك أن الأحكام تبنى "على الجزم واليقين دون الاحتمال والتخمين وأن تكون أسباب الحكم مستمدة من أوراق الدعوى ومستخلصة منها استخلاصا سائغا من شأنه أن يؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم"⁽²⁾.

وذلك على نحو ما جاء في حكم محكمة التمييز محل التعليق الذي صادق على ما انتهت إليه محكمة الموضوع (محكمة الاستئناف ومحكمة الدرجة الأولى) بأن الكفيل لم يكن متبرعا في كفالته، بعد أن بحثت من واقع ما قدم في الدعوى من مستندات وأوراق وتمحيص لها في الباعث الدافع للكفيل وانتهت إلى أن السبب المصلحي لالتزامه في الكفالات الشخصية والعينية تحقيق مصلحة له في الدين المكفول في كل من عقدي التسهيلات المصرفية، على النحو التالي:

- "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء و برفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما

(1) تحديد الباعث الدافع لالتزام الكفيل مطلب رئيسي أيضا لتحديد مشروعية السبب في الكفالة. حيث قضي ببطلان كفالة شخص لخليته دينا لها على آخر لمجرد كسب رضائها بمعاشرته واستمرار علاقته معها. انظر: الدكتور سليمان مرقس- عقد الكفالة- مشار إليه- ص 66.

(2) الطعن بالتمييز رقم: 1989 لسنة 2013 تجاري. جلسة 2015/5/13. مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز- وزارة العدل -محكمة التمييز - المكتب الفني- مايو 2017- ص 218.

قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها".

- وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية (زوجة الكفيل) المدينة في العقد الأول رقم جلد/3 مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية".

- "وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين".

الخاتمة

من خلال هذا البحث، حاولنا من خلال دراسة تأصيلية لقضية نحسب بأنها لم تول الاهتمام الكافي في الكثير من الدراسات، ألا وهي تكييف الكفالة وارتباطها في تحديد سعة الوكالة في إصدارها، وذلك من خلال بحث النصوص التشريعية في القوانين ذات الصلة والسوابق القضائية، حاولنا من خلالها الوصول بفلسفة جديدة للكفالة. وكخلاصة عامة، انتهينا فيها إلى التالي:

العلاقة الحتمية بين التشريع والاجتهاد القضائي في التكييف القانوني للتصرفات القانونية، وبأن هذه العلاقة، والتي يلعب فيها الفقه دورا رئيسا، لها أهمية كبيرة في تحقي انسجام النصوص التشريعية مع تحولات المجتمع، وجعله أكثر تكييفا مع متغيراته، وبأن ذلك من شأنه أن يغني حتما من ضرورات التعديل التشريعي والحاجة له، طالما كانت النصوص تعين على ذلك وتستوعب المفاهيم الحديثة للتصرفات القانوني على الرغم من صياغتها بالمفاهيم السائدة آنذاك لدى القائمين عليها. والكفالة، مثال واضح على ذلك.

في ضوء ذلك، سعى البحث لإبراز دور الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز في تحديد طبيعة الكفالة بتبنيها للمفهوم الحديث لها وبما ينسجم مع تغير اعتباراتها، معيدا تموضع الموقف الفقهي والقضائي من الكفالة وفق فهم قانوني متجدد. من خلال التعليق على أحدث حكم لها، ونحسب أنه الأخير ساعة انهاء هذا البحث.

لابد من التأكيد، وبالاستشهاد بما سطر بماء من الذهب بشأن الدور المصدري للاجتهاد القضائي، على أن محكمة التمييز "حتى لو خالفت اجتهادها القضائي المستقر والمتواتر، وحكمت وفق توجه قضائي جديد، مخالفة بذلك توجهها القضائي السابق، ومؤسسة لتوجه قضائي جديد، فإن ذلك لا يطعن في الطبيعة القانونية لاجتهادها القضائي المستقر الذي تم العدول عنه من جهة، أو لتوجهها الجديد الذي تم التحول إليه من جهة أخرى، ولا يعد لا هذا ولا ذلك، بحال من الأحوال طعنا في قضية الأمن القانوني، فالثبات على موقف قضائي ليس مطلقا، كما أن العدول عنه ليس غاية في ذاته، بل كلاهما وسيلة لتحقيق المهمة الأسمى المتمثلة في الوصول لاجتهاد قضائي مستقر وموحد، يضمن العدالة القانونية والقضائية ضمن المجتمع"⁽¹⁾.

حيث أن العطاء الذي يستطيع القاضي أن يقدمه للقانون عطاء كبير لا يكاد يقل في أهميته واتساعه عما يقدمه المشرع نفسه. وإذا كان هناك تمايز بين عمل المشرع وعمل القاضي، فالأول مهمته وضع القواعد القانونية وإنشائها، والثاني تقتصر مهمته على تطبيق القواعد القانونية بصدد ما يعرض عليه من منازعات وخصومات فردية، فإن القاضي ما كان قط ولا يمكن أن يكون مجرد آلة صماء تردد كلمات المشرع وتدمغ القضايا بأحكامه. ذلك أن عملية القضاء ليست على

(1) الدكتور محمد الخطيب- حقيقة الدور "المصدري" للاجتهاد القضائي في القانون المدني "الواقعية القانونية"- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- العدد4- السنة السابعة - العدد التسلسلي 28 ديسمبر 2019- ص 132.

هذا القدر من السهولة الذي يمكن أن نتصوره، فالقاضي لا يكتفي بأن يثبت من الوقائع ثم يطبق حكم النص الجاهز بين يديه عليها، وإنما هو يحتاج في كثير من الأحيان إلى أن يتبين معنى النص ويستشف القصد منه، وهو قد يحتاج أيضاً إلى أن يبحث عن الحكم خارج حدود النص بل وخلاف ما يمكن أن يدل عليه النص.

وإن استطعنا أن نقصي القاضي عن مهمة التشريع، فإننا لا نستطيع أن نقصيه عن عملية التفسير والبحث عن الأحكام واستنباطها، لأن هذا من صميم اختصاصه طالما أنه المرحلة الأولى التي تمكنه من القضاي والفصل في الخصومات. ومن هذا الباب، باب التفسير، يستطيع القاضي أن يلج إلى الصرح القانوني ليسهم في تشييده ويضع فيه لبناته العديدة ويطبّع عليه آثاره وبصماته.

وأول عمل يؤديه القاضي في هذا المجال هو جلاء معنى النص الغامض وتوضيحه. والنص الغامض هو النص الذي يحتمل أكثر من معنى واحد، والذي يمكن أن تستخلص منه بالتالي أحكام مختلفة باختلاف المعاني التي يتضمنها ويحويها. ومهمة القاضي هي أن يصطفي من بين هذه المعاني المتعددة المعنى الذي يراه أقرب إلى الصواب، وهو حين يفعل هذا إنما يحدد في نفس الوقت الحكم الذي يقضي به النص فإذا أردنا بعد ذلك أن نفهم النص على حقيقته ونتبين الحكم

الذي يستنتج منه كان لابد لنا من الجروع إلى اجتهاد القاضي حوله ومعرفة المعنى الذي أخذ به. (1)

وهذا الدور الذي يضطلع به القضاء في الاختصاص والتفسير يجعل لديه إمكانية - في ظل الظروف الحالية والتطور الاقتصادي - أن يفسر النصوص الخاصة بالكفالة على أنها معاوضة وليس تبرعية في جميع الحالات.

حكم محكمة التمييز محل البحث حسم مسألة الكفالة الصادرة بوكالة خاصة فيها مع عدم تحديد محلها، ولم يتعرض أو يمس موضوع الكفالة ذاتها سواء كانت تجارية أو مدنية، ودون تمييز بين ما إذا كانت كفالة شخصية أم كفالة عينية، بما نراه متفقا مع احكام القانون.

الترم الحكم صحيح القانون، ذلك أن ومن واقع ما قدم في الدعوى من مستندات وبالنظر إلى وقائعها والتمعن فيها والوقوف على طبيعة العلاقات القائمة بين جميع الأطراف في مجملها، انصب عين الحكم على البحث في حقيقة الباعث الدافع الذي حدا بالكفيل لضمان الالتزام الأصلي في الكفالات المقدمة منه في عقدي التسهيلات، دون ان تفترض أو تسلم بأنه كان متبرعا فيها. وهو ما يمثل، برأينا، نقطة التحول الجوهرية في الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز والذي ينسجم مع

(1) الدكتور محمد هشام قاسم - أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون - محاضرة ألقيت بجامعة الكويت بتاريخ 1968/4/1 - مجلة القضاء والقانون - العدد الثاني - السنة الأولى - 1968 - ص12، ص13.

اعتبارات تغير منح الكفالة عما كانت عليه في الصورة النمطية لها، وعلى الأخص في كفالات عقود التسهيلات المصرفية التجارية.

لينتهي الحكم بذلك إلى صحة الكفالات الممنوحة بعد ما ثبت لدى المحكمة مصلحة الكفيل فيها، ليحفظ بذلك حقوق البنك الدائن ويمد تباعاً نطاق الحماية القانونية لطرفي عقد الوكالة الكفيل والدائن معاً، بعدما كانت هذه الحماية خاصة في الكفيل وحده.

وعلى ذلك، لا نرى حاجة فعلية بإلزام البنوك - وغيرهم كذلك - بوكالة خاصة في الكفالات بتحديد محلها، والتضيق تباعاً على المصارف وما جرى العمل فيها من قبول الوكالة الخاصة بالكفالة بتضمينها الرهن وإعطاء الكفالات.

كما لا نرى مقتضى أو حاجة لتعديل نص المادة 2/702 من القانوني المدني، على اعتبار بأن عقد الكفالة لا يعد من عقود التبرع على إطلاقه، بل قد يكون الكفيل متبرعاً أحياناً وقد يكون له مصلحة في الدين المكفول أحياناً أخرى، ليتحدد تباعاً طبيعة نوع الوكالة وفق ما جاء بالمادة المذكورة.

تكيف العلاقة التعاقدية بين السائقين ومنصة أوبر
الرقمية في ضوء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر

في ٤ مارس ٢٠٢٠

محمود حسن السحلي

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

" القانون المدني هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد⁽¹⁾ "

((1)) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب بجلسة ١٧/١٢/١٩٤٥، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، بدون سنة نشر، ص ٢٦.

الثورة الرقمية: إن الثورة الرقمية ⁽¹⁾ (La révolution numérique) التي شهدتها العالم في السنوات الأخيرة، قد أفرزت واقعًا اجتماعيًا واقتصاديًا وقانونيًا جديدًا ومغايرًا لما كان مألوفًا ومستقرًا⁽²⁾، أضحى يمثل تحديًا ذا بال للأنظمة

(1) مفهوم الرقمية مشتق من كلمة "الأرقام" التي تمثل لغة الحاسب الآلي، ومما تجدر الإشارة إليه أن مفهوم الرقمية يستخدم الآن بديلاً عن بعض المفاهيم التي ظهرت نتيجة للتطور التكنولوجي مثل "أجهزة الكمبيوتر"، "البيئات الافتراضية" تقنيات المعلومات والاتصالات الجديدة" أو "الوسائط الجديدة"؛ لأن هذه التقنيات والوسائل لم تعد في عصرنا الحالي جديدة؛ علاوة على ذلك، مفهوم الرقمية مفهوم واسع يشمل جميع أنواع التكنولوجيا المتعلقة بالإنترنت ويمتد إلى جميع المنتجات والاستخدامات والخدمات المتعلقة به. لمزيد من التفصيل انظر:

Michaël E. Sinatra, Marcello Vitali-Rosati, Pratiques de l'édition numérique, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, col, « Parcours numériques », 2014, p.64 ; Salwa Toko, Pour le Cnum, la technologie ne doit pas supplanter les droits fondamentaux, Semaine Sociale Lamy, n° 1884, 25 novembre 2019, p.3.

((2)) Farid Fatah, La souveraineté à l'ère du numérique : enjeux stratégiques pour l'État français et les institutions européennes, Revue de l'Union européenne, Dalloz, 2020, p.26 ; Pierre Sirinelli, Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, Dalloz, 2019, p.288 ; Ministère du Travail, « Comité social et économique, 117 questions-réponses », version actualisée janvier. 2020.

القانونية⁽¹⁾؛ التي أصبحت مضطرة بدورها إلى مواكبة تلك الثورة⁽²⁾؛ حيث أفرزت الأخيرة ما يسمى بالاقتصاد الرقمي، وأدت إلي تطور مفهوم وصور العمل عن بُعد، وظهور ما يسمى بالعمل من خلال المنصات الرقمية⁽³⁾. تلك الثورة التكنولوجية والرقمية، لم يكن القانون عنها ببعيد خاصة قانون العمل⁽⁴⁾، وهو ما دعا رئيس الوزراء الفرنسي عام ٢٠١٥ للتصريح بأن "آثار التحول الرقمي ستؤثر على كافة القطاعات في المجتمع ، وخاصة قطاع العمل وأنظمة التأمينات

((1)) Philippe Portier, Les défis du syndicalisme : la représentation de tous les travailleurs, les mouvements sociaux et la question climatique, Droit social, Dalloz, 2020, p.155.

((2)) Christophe Frouin, L'entreprise face au numérique : incidences de la loi Travail et de la loi pour une République numérique, Gazette du Palais, n°10, 2017, p.81 ; Anne Trescases, Les plateformes : assureurs du XXIe siècle ? Revue internationale de droit économique, 2019, pp. 291 à 304.

((3)) Loic Jourdain, Michel Leclerc, Arthur Millerand, Économie collaborative & Droit, Les clés pour comprendre, Fyp éditions, 2016, p.17.

((4)) Anne-Marie Nicot, Le modèle économique des plateformes : économie collaborative ou réorganisation des chaînes de valeur ? La Revue des conditions de travail, n°6, 2017, p.48.

الاجتماعية"⁽¹⁾، حيث ألقى ذلك الأخير بظلاله على مختلف الأنظمة القانونية، مما استتبع إعادة النظر في الكثير من المفاهيم والأفكار القانونية المستقرة⁽²⁾، التي قد لا تتناسب مع مستجدات ذلك التحول الرقمي⁽³⁾، كالاقتصاد الرقمي، العمل عن بُعد، والعمل من خلال المنصات الرقمية، وهو ما استدعي تدخل محكمة النقض الفرنسية لفض الاشتباك في ظل غياب النصوص؛ في محاولة منها لتكييف العلاقة التعاقدية المستحدثة بين المنصات الرقمية وبين المتعاقدين معها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة بمقابل. لذا ارتأينا أن من المناسب أن تتضمن مقدمة البحث عرضاً لمفهوم العمل عن بُعد وصوره، والتعريف بالمنصات الرقمية، وكذا التعريف بمنصة أوبر-المنصة الرقمية محل البحث ومحل حكم محكمة النقض- قبل الشروع في تحليل حكم محكمة النقض الفرنسية التاريخي الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠.

الاقتصاد الرقمي: من أهم ملامح القرن الحادي والعشرين اختفاء معالم النظام الاقتصادي التقليدي وظهور ما يسمى بالاقتصاد الرقمي المعتمد بشكل شبه كامل

((1)) Premier Ministre et Conseil national du numérique, Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique, Conseil national du numérique, 2015, p.292.

((2)) Jean-Baptiste Chavialle, Un contrat de travail sans obligation de travailler ? Semaine Sociale Lamy, n° 1896, 24 février 2020, p.4.

((3)) Rapport du Conseil supérieur de l'emploi sur l'économie numérique et le marché du travail, juin 2016, p.192.

على رقمنة المعلومات في العديد من القطاعات⁽¹⁾. ذلك الاقتصاد الرقمي (L'économie numérique)⁽²⁾ يمكن تعريفه بأنه ذلك الاقتصاد القائم على التفاعل والتعاون بين تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات من جهة والاقتصاد القومي والدولي من جهة أخرى⁽³⁾. وبعبارة أدق هو ذلك الاقتصاد القائم

((1)) Jean-Philippe Tricoit, Relations collectives de travail et nouvelles technologies, Juris tourisme, Dalloz, n°228, 2020, p.31 ; Voir aussi ; Matthieu Demoulain, Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2013, p.430 ; R. Weissmann, Nouvelles technologies et relations collectives de travail, JCP S 2018, 1050, n° 2.

((2)) Balagué Christine et Fayon David, Facebook, Twitter et les autres... : Intégrer les réseaux sociaux dans une stratégie d'entreprise, Pearson Éducation France, 2012, p.258 ; Charbonnier Olivier et Enlart Sandra, A quoi ressemblera le travail demain ? Technologies numériques, nouvelles organisations et relations au travail, Paris, Dunod, 2013, p.192 ; Pieter Van Cleynenbreugel, Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative, RTD Eur. Dalloz, 2017, p.697 ; Maxime Lambrecht, L'économie des plateformes collaboratives, Dans Courrier hebdomadaire du CRISP, n° 2311-2312, 2016, p.5 ; Olivier Leclerc, La technologie au service du travail décent, Droit social, Dalloz, 2020, p.33; Ayewouadan Akodah, Les droits du contrat à travers l'internet, Primento, 2013, p.360.

((3)) فريد راعب النجار، الاقتصاد الرقمي الانترنت وإعادة هيكلة الاستثمار والبورصات والبنوك الإلكترونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٥.

على الانترنت وشبكة المعلومات العالمية ⁽¹⁾ والمعتمد بشكل شبه كامل على الوسائل التكنولوجية والرقمية ⁽²⁾. ويُفضل البعض استخدام مصطلح الاقتصاد التشاركي (L'économie du partage) ⁽³⁾ أو الاقتصاد التعاوني ⁽⁴⁾

((1)) Jean-Michel Bruguière, L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet, Dalloz, Thèmes & commentaires, Dalloz, 2005, p.111.

((2)) Patrick ARTUS, "La nouvelle Économie", édition La Découverte et Syros, paris, 2001, p.9 ; Marc Bourreau, Thierry Pénard, Introduction. L'économie numérique en question dans Revue d'économie industrielle, 2016, n° 156, pp.11 à 15.

((3)) Thomas Beauvisage, Jean-Samuel Beuscart et Kevin Mellet, Numérique et travail à-côté. Enquête exploratoire sur les travailleurs de l'économie collaborative, Sociologie du travail, Vol. 60 - n° 2, Avril-Juin 2018, p.1.

((4)) يشير تعبير "الاقتصاد التعاوني" إلى نموذج اقتصادي أخذ في النمو ولا سيما في الولايات المتحدة الأمريكية، يُشار إليه باسم "اقتصاد العمل المؤقت"، ويُترجم عمومًا على أنه "اقتصاد الوظائف الفردية"، في إشارة إلى نشاط العمال الذين لا يستطيعون العثور على عمل تقليدي في سوق العمل، انظر طارق نوير، العمل عن بُعد ومتطلبات التطبيق في مصر، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ٢٠٠٤، ص ٣٤٩.

Voir : Rapport de l'IGAS, « Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale », mai 2016 par N. Amar et C. Viossat, document d'études DARES n°2013 d'août 2017, « Économie des plateformes, enjeux pour la croissance, l'emploi, le travail et les politiques publiques » ; Pour un travail décent dans le monde en ligne ». Bureau international du travail, 2019 ; Olivia Montel, Économie collaborative et protection

(L'économie collaborative) بدلاً من الاقتصاد الرقمي، وهو يعني ذلك⁽¹⁾ الاقتصاد المعتمد على إنتاج السلع والخدمات المشتركة على أساس تنظيم أفقي، من خلال استخدام المنصات الرقمية⁽²⁾؛ تلبية لرغبات وتطلعات المستهلكين إلى السرعة وإضفاء الطابع الشخصي على ممارساتهم الاستهلاكية⁽³⁾.

sociale : mieux cibler les plateformes au cœur des enjeux, Revue française des affaires sociales, 2018, p.15.

((1)) Carole Larrazet, Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale, Droit social, 2019, p.167 ; Mélanie Clément-Fontaine, La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté, Dalloz, 2017, p.140.

((2)) L'économie dite "collaborative" ou économie "de pair à pair", c'est à dire reposant, à l'origine, "sur le partage ou l'échange entre particuliers de biens, de services ou de connaissances, avec échange monétaire ou sans échange monétaire, par l'intermédiaire d'une plateforme numérique de mise en relation". Voir Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, Décision attaquée : 20 avril 2017 de la cour d'appel de Paris, n° B1720079, p.5 ; Ivankevych Yuliya, L'influence des normes internationales et des européens sur la formation du nouveau Code du travail ukrainien : critique et perspective, Thèse, Toulouse 1, 2018, p.162.

((3)) Claude Devès, L'économie collaborative : chance ou cauchemar pour le tourisme ? Juris tourisme, Dalloz, 2016, n°184, p.3.

العمل عن بُعد: ساهم الاقتصاد الرقمي في خلق وانتشار أنماط عمل جديدة لم تكن معهودة من قبل؛ مما أدى إلى تغيير أنماط العمل التقليدي، وظهور علاقات عمل مستحدثة تتمتع بقدرٍ عالٍ من المرونة، لا يلتزم فيها العامل بالتواجد في مقر رب العمل، ويتم فيها تحديد ساعات العمل وفقاً لمصلحة أحد طرفي العلاقة أو كلاهما. ويُعتبر العمل عن بُعد (Télétravail)⁽¹⁾ أحد أهم وأبرز أعمدة الاقتصاد الرقمي الذي يعتمد بشكل جوهري على استخدام التكنولوجيا الرقمية للقيام بالأعمال الوظيفية، دون ضرورة الحضور إلى مقار وأماكن العمل التقليدية⁽²⁾. ولقد ظهر مفهوم العمل عن بُعد أو العمل المرن لأول مرة عام ١٩٥٠ في الولايات المتحدة الأمريكية في كتابات عالم الرياضيات التطبيقية الأمريكي نوربرت وينر⁽³⁾، الذي أشار في مؤلف له، إلى أن عمل أحد المهندسين المعماريين الذي يعيش في أوروبا ويُشرف على بناء مبنى في الولايات المتحدة عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة

((1)) Valérie Pontif, Les rythmes de travail, Revue de droit du travail, 2012, p.208.

((2)) Bertrand Blancheton, Enjeux économiques de l'ubérisation : histoire, innovations, nouvelles frontières du salariat et de la firme, affaiblissement de la croissance économique, Vie & sciences de l'entreprise 2018, n° 205, pp.10 à 22.

((3)) عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بُعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة المجلد التاسع، العدد الرابع، ٢٠١٧، ص ١١٨.

دون حاجة للسفر، يشكل ثورة في علاقات العمل⁽¹⁾. ثم أنتشر مفهوم العمل عن بُعد في سبعينيات القرن المنصرم، بعد أزمة النفط العالمية عام ١٩٧٣ التي دفعت الشركات الأمريكية إلى تقليل تكلفة أسعار النفط عن طريق زيادة الاعتماد على العمل عن بُعد واستبدال تقنية الاتصالات بنقل البضائع والأشخاص⁽²⁾. وفي العام ١٩٨٣ أصبح الإنترنت في متناول عامة الناس، وفي عام ١٩٩٠ أصبح هناك نحو ٢٥ مليون مستخدم للإنترنت في ٨٠ دولة، كما أرتفع مؤخرًا عدد مستخدمي شبكات الإنترنت عبر أجهزة التليفون المحمول الذكية، ليصل إلى ما يقارب ٥ مليار نسمة خلال يناير ٢٠١٩⁽³⁾، يعتمد عدد لا بأس به منهم في عمله عن بُعد على استخدام الإنترنت. وهو ما دفع المشرع في كندا لإدخال مفهوم العمل عن بُعد في قانون العمل عام ١٩٩٢⁽⁴⁾. وفي عام ١٩٩٧ قام الاتحاد الأوروبي بكتابة

موقع إلكتروني حكومي فرنسي لإعلام و ودعم العمل / <http://www.teletravailler.fr/> ((1))
عن بعد في جميع الاراضي الفرنسية

((2)) JACK M. NILLES, F. Roy CARLSON, JR, PAUL GRAY and GERHARD J. HANNEMAN. The Telecommunications–Transportation Tradeoff, London : John Wiley. 1976. p.196.

((3)) <https://almalnews.com/>.

((4)) Rachel Cox, Jacques Desmarais et Katherine Lippel, Les enjeux juridiques du télétravail au Québec, Québec, Centre francophone d'informatisation des organisations, 2001, p.11.

الميثاق الأوروبي للعمل عن بُعد، وفي يوليو ٢٠٠٢ قام أكثر من ١٠ مليون عامل عن بُعد بتوقيع "اتفاقية إطار العمل عن بُعد" مع العديد من الشركات الأوروبية⁽¹⁾.

العمل عن بُعد لغة: العمل في اللغة هو المهنة والفعل، والجمع أعمال، عمل عملاً، وأعماله غيره واستعمله⁽²⁾. والبعد لغة هو خلاف القرب⁽³⁾. وعند اقتران المفهومين " العمل عن بُعد " يصبح المعني "القيام بالعمل من مكان بعيد عن مقر العمل". وفي اللغة الفرنسية نستخدم Le télétravail وهي كلمة مكونة من مقطعين Télé وتعني عن بُعد و Travail وتعني العمل⁽⁴⁾.

(1) Alexandre Largier, Le télétravail, Trois projets pour un même objet, Lavoisier, Réseaux no 106, pp.201 à 229. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-reseaux1-2001-2-page-201.htm>.

(2) ابن منظور (محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل)، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، بيروت، ٢٠١٠، ص ٤٧٥.

(3) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص، ٨٩.

(4) و في اللغة الإنجليزية يتم التعبير عن العمل عن بُعد بأكثر من مفهوم مثل: Telework، Remote Work، Telecommuting.

مفهوم العمل عن بُعد فقهاً: العمل عن بُعد كمصطلح لا يزال محل خلاف بين الفقهاء⁽¹⁾؛ لحدائته وتعدد صورته وأشكاله⁽²⁾. فذهب جانب من الشراح لتعريف العمل عن بُعد بأنه "طريقة مرنة للعمل تغطي مجالاً واسعاً من أنشطة العمل، جميعها تتضمن العمل بعيداً عن صاحب العمل، أو بعيداً عن مكان العمل التقليدي المعتاد، ولجزء كبير من وقت العمل، ودائماً تكون باستخدام وسائل الاتصال

⁽¹⁾Laure Morin, Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises, Revue internationale du travail, vol.144, n°1, 2005, p.5 ; Isabelle Desbarats, Entre la protection des salariés et la performance de l'entreprise : la gestation d'un droit français du télétravail, Les Cahiers de droit, vol. 54, n°2-3, 2013, pp.337-358 ; Vassilis Hatzopoulos, Vers un cadre de la régulation des plateformes ? Revue internationale de droit économique, 2019, p.400 ; Voir aussi : Laurent Taskin, Télétravail : Les enjeux de la déspecialisation pour le management humain, Revue Interventions économiques, vol. 34, 2006 ; Centre d'analyse stratégique, La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique. Enjeux et perspectives des prochaines décennies (2015-2025). Rapport de la commission présidée par Alain Bravo, Paris, La Documentation française, 2009.

⁽²⁾ Grégory Singer, Actualités sur le télétravail, Lexbase Hebdo édition sociale, 2012, n° 485.

الحديثة للإبقاء على اتصال مستمر مع صاحب العمل أو الرؤساء في العمل" (1). كما عرّفه البعض بأنه طريقة مرنة للعمل، تغطي مجالاً واسعاً من أنشطة العمل جميعها تتضمن العمل بعيداً عن صاحب العمل، أو بعيداً عن مكان العمل التقليدي المعتاد، ولجزء كبير من وقت العمل" (2). وعرّفه البعض بأنه ذلك "العمل لحساب المنشأة في أي مكان بمساعدة وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية والتكنولوجية الأخرى، سواء أكان العمل في المنزل أو مركز العمل عن بُعد أو في أي مكان" (3). كما عرّفه البعض بأنه "شكل من أشكال العمل المنجز بعيداً عن المكان المعتاد للإنتاج وذلك باستخدام أدوات الاتصال عن بُعد كالهاتف، الفاكس، الحاسوب، الخ مما يسمح للمؤسسة بتخفيض التكاليف" (4). كما وصفه آخرون بأنه العمل الذي

(1) Pierre-Yves Verkindt, À propos du télétravail et du télétravailleur...après la loi du 22 mars 2012, Les Cahiers du DRH, 2012, p.13.

(2) Pascal Lokiec, La « modulation » du temps de travail, Droit social, Dalloz, 2016, p.957.

(3) Krista Jaakson and Epp Kallaste; beyond flexibility reallocation of responsibilities in the case of telework. Blackwell publishing Oxford, 2010.p. 197.

مشار إليه لدي مالك حمد أبو نصير، محمد عبدالحفيظ المناصر، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل عن بعد: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، ٢٠١٧، ص ١٥٧.

(4) لمين علوطي، المنظمة الالكترونية للعمل عن بعد، مجلة الابحاث الاقتصادية والادارية، العدد الثالث، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠٠٨، ص ٢٠١.

يتم باستخدام تقنية المعلومات والاتصال وما نتج عنها من ممارسة للعمل وسهولة تنفيذه بدون ضرورة للتواجد الفعلي بين طرفي العمل⁽¹⁾. وفي تعريف مبسط يري البعض أن العمل عن بُعد وكأنه "نقل العمل إلى العامل بدلاً من نقل العامل إلى العمل"⁽²⁾. كما ذهب جانب من الفقه الفرنسي لتعريف العمل عن بُعد بأنه: "شكل من أشكال العمل البعيد عن مكان العمل، وذلك باستخدام أدوات الاتصال الاليكتروني"⁽³⁾. كما عرّفه البعض⁽⁴⁾ بأنه ذلك العمل الذي يمارسه العامل عن بُعد، بطريقة منتظمة وطوعية والذي كان من الممكن القيام به في مقار صاحب العمل، ولكنه يقوم به خارج هذه المقار باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ويمكن

(1) عبد العزيز الزومان، محمد العقيلي، عبد العزيز السلامة، ماجد الرسيني، العمل عن بعد عالمياً ومجالات تطبيقه في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم في المؤتمر الوطني السابع عشر للحاسب الآلي، جامعة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، إبريل ٢٠٠٤، ص ٢؛ مشار إليه لدي مالك حمد أبو نصير، محمد عبدالحفيظ المناصر، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل عن بعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(2) خالد السيد محمد عبد المجيد موسي، أحكام عقد العمل عن بُعد: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى ٢٠١٤، ص ٩٠؛ يوسف إلياس، أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق، دار وائل للطباعة والنشر، ٢٠٠٦، ص ٩٦.

(3) Henri MAHE, dictionnaire de gestion, Economica édition, Paris, 1998, p.442.

(4) Céline Leborgne–Ingelaere, Le télétravail : entre simplification et déceptions, Juris tourisme, Dalloz, 2020, n°228, p.26.

القول إن صدي الاختلافات بين الفقهاء⁽¹⁾ في تعريف العمل عن بُعد، قد ظهر بدوره في التشريعات والقوانين التي حاولت تعريف ذلك النوع من العمل.

مفهوم العمل عن بُعد في بعض التشريعات الدولية: عرّفت منظمة العمل الدولية العمل عن بُعد بأنه "طريقة للعمل بمقتضاها: أ. يؤدي العمل بعيداً عن المكتب الرئيسي أو مواقع الإنتاج، حيث يكون العامل منفصلاً عن الاتصال الشخصي مع العاملين الآخرين، ب. وتقوم التكنولوجيا الحديثة بتعويض هذا الانفصال من خلال تسهيل عملية الاتصال"⁽²⁾. كما عرّفت الاتفاقية الاطارية الأوروبية للعمل عن بُعد لسنة ٢٠٠٢ في المادة ٢ العمل عن بُعد بأنه "شكل من أشكال تنظيم و- أو- أداء العمل، باستخدام تكنولوجيا المعلومات، في إطار عقد أو علاقة عمل، والتي كان من الممكن أن تؤدي في مقار صاحب العمل، ولكنها تؤدي خارج

(1) Nasreddine El Hage, Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? Droit Social, 2002, p.42 ; Audrey Probst, Télétravail au domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, Droit Social, 2006, p.1109 ; Vincent Barbey, Marie-Sophie Claverie et Jean-Julie Jarry, Les nouveaux modes d'organisation du travail, Cahiers de droit de l'entreprise, 2009, n° 6 ; voir aussi : Sophie Robin-Olivier, Les contrats de travail flexibles : Une comparaison internationale, Presses de Sciences Po, 2015 ; Nicolas Chaignot Delage, Christophe Dejours, Clinique du travail et évolutions du droit, Presses Universitaires de France, 2017.

(2) عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بُعد في التشريع الأردني، المرجع السابق، ص ١٢٢.

هذه المقار بطريقة منتظمة⁽¹⁾. وفي القانون الأمريكي تم تعريف العمل عن بُعد في قانون تعزيز العمل عن بُعد لسنة ٢٠١٠ (Telework Act) في البند ٢ فقرة ٣ التي تنص أن " العمل عن بُعد هو مصطلح يُقصد به اتفاق بمقتضاه يتمتع العامل بمرونة في تنفيذ الالتزامات والواجبات التي يقتضيها عمله وغيرها من الأنشطة المصرح له القيام بها، من موقع عمل معتمد، بخلاف الموقع الذي يعمل فيه صاحب العمل"⁽²⁾. وفي القانون الفرنسي⁽³⁾ جاء تعريف العمل عن بُعد في قانون

(1) "L'article 2 de l'accord-cadre européen sur le télétravail de 2002 dispose que "le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière".

(2) Telework Enhancement Act of 2010, P.L. 111-292, "sec 2". Telework, chapter 65-Telework,6501. Definitions (3) Telework. The term "Telework" or "teleworking "refers to a work flexibility arrangement under which an employee performs the duties and responsibilities of such employee's position, and other authorized activities, from an approved worksite other than the location from which the employee would otherwise work. <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr1722enr/pdf/BILLS-111hr1722enr.pdf> .

(3) Audrey Probst, Télétravail : ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018, Droit social, Dalloz, 2018, p.516 ; voir aussi : L'accord national interprofessionnel du 19 juill. 2005 relatif au télétravail étendu

العمل الذي تم تعديله عام ٢٠١٨ في المادة ١٢٢٢ فقرة ٩ والتي تنص على أن "العمل عن بُعد هو كل شكل من أشكال تنظيم العمل الذي كان من الممكن تنفيذه في مقر صاحب العمل، ولكن تم تنفيذه بواسطة عامل خارج هذه المقار طواعية، باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"^(١).

مفهوم العمل عن بُعد في بعض التشريعات العربية: على مستوى التشريعات العربية يمكن القول إن مفهوم العمل عن بُعد ظهر في الأردن لأول مرة في نظام العمل المرن^(٢) لسنة ٢٠١٧^(٣) الصادر بمقتضى المادة ١٤٠ من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ والذي تناول العمل عن بُعد كأحد أشكال العمل

par arrêté du 30 mai 2006, JO du 9 juin, texte n° 86 et modifié par un arrêté du 15 juin 2006, JO du 24, texte n° 64.

^(١) L'article L1222-9 du code du travail, (Modifié par loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 -art. 68) dispose que " Le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication".

^(٢) المادة ٢ من نظام العمل المرن لسنة ٢٠١٧ عرفت العمل المرن بأنه " كل جهد فكري أو جسماني يبذله العامل لقاء أجر ضمن أحد أشكال عقد العمل المرن المحددة في هذا النظام".

^(٣) نظام العمل المرن رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٤٥٠، الصفحة ١٩٢٤، بتاريخ ١٦ / ٣ / ٢٠١٧.

المرن⁽¹⁾. وقد عرّفته المادة ٤ فقرة هـ التي تنص أن "العمل عن بُعد: يتم فيه انجاز العمل عن بُعد وذلك بعد موافقة صاحب العمل ودون الحاجة لتواجد العامل في مكان العمل". وفي القانون الإماراتي صدر القرار الوزاري لوزير الموارد البشرية والتوطين رقم ٧٨٧ لسنة ٢٠١٧ في شأن تنظيم العمل عن بُعد، وقد أشار إلى العمل عن بُعد في مادته الأولى والتي جاء نصها على النحو التالي "تتولي الوزارة تطبيق العمل عن بُعد الذي يؤدي فيه العامل واجبات عمله في غير المقرات العائدة إلي صاحب العمل، كما عرّفت المادة ٢ من ذات القرار، العمل عن بُعد بأنه "نظام عمل يؤدي فيه العامل عمله من خارج المواقع المخصصة للعمل بالمنشأة الذي يرتبط بها بعقد عمل، سواء كان هذا العمل على أساس دوام جزئي يومي أو أسبوعي أو شهري أو عمل بدوام كامل". بيد أن التعريفات السابقة كانت ركيزتها الأساسية، البُعد المكاني بين العامل وصاحب العمل، سواءً أكان مقر العمل تابعاً لصاحب العمل أو مستقلاً عنه، دونما تحديد للآليات التي يمكن أن تستخدم في تنفيذ هذا العمل، ودون الإشارة إلى استخدام التكنولوجيا من عدمه في هذا النوع المستحدث من العمل، على عكس المشرع السعودي الذي عرّف العمل عن بُعد في قرار وزير العمل السعودي رقم ٧٩٢ بتاريخ ١٤٣٦/٢/٢٢ هجرياً، (٢٠١٥) ، بعنوان تنظيم العمل عن بُعد بأنه " أداء العامل لواجباته الوظيفية في غير مكان العمل المعتاد، وذلك باستخدام وسائل الاتصال وتقنية

(1) المادة ٣ من نظام العمل المرن لسنة ٢٠١٧ حددت أشكال عقد العمل المرن والتي تتمثل في: العمل لبعض الوقت، العمل ضمن ساعات مرنة، أسبوع العمل المكثف، السنة المرنة، العمل عن بُعد.

المعلومات". وفيما يتعلق بموقف المشرع المصري نجد أن قانون العمل ١٢ رقم لسنة ٢٠٠٣، جاء خاليًا تمامًا من أي إشارة أو تعريف لمفهوم العمل عن بُعد؛ وقد يبدو مستغربًا أن مشروع قانون العمل لسنة ٢٠١٨ جاء خاليًا هو الآخر من أي تعريف للعمل عن بُعد، رغم انتشار هذا النوع من العمل في مصر خلال السنوات الأخيرة.

صفوة القول، العمل عن بُعد يمكن تعريفه بأنه ذلك العمل الذي يقوم العامل بتنفيذه خارج مقار صاحب العمل، باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وهو يُشابه تعريف المشرع الفرنسي والسعودي للعمل عن بُعد، الذي لم يرتكن فقط على البُعد المكاني في تعريف العمل عن بُعد، وإنما اعتمد على الوسائل المستخدمة في ذلك النوع من العمل، وهي وسائل الاتصال التكنولوجية والرقمية الحديثة. بعد استعراض المحاولات الفقهية والتشريعية لوضع تعريف لمفهوم العمل عن بُعد، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل العمل عن بُعد له صورة واحدة؟ أم أن له صورًا وأنماطًا مختلفة؟

صور العمل عن بُعد: يمكن القول إن للعمل عن بُعد صورًا وأنماطًا متعددة؛ نظرًا لحدائته وللتطور المستمر المصاحب له تبعًا للتطور التكنولوجي والرقمي⁽¹⁾. حيث

(1) Voir, Audrey Probst, Le droit du travail à l'épreuve du télétravail à domicile, Thèse Université Paris I, 2005 ; Emmanuelle Camps, Télétravail, sens du travail, rapports de vie travail-vie hors travail », thèse, Université Paul-Valéry-Montpellier III, 2006.

كان أول ظهور لهذا النمط من العمل في صورة "العمل من المنزل"⁽¹⁾، ثم تطور إلى "العمل من أماكن قريبة من المنزل"، ثم إلى "العمل في أماكن مجهزة بوسائل اتصال حديثة بعيداً عن المنزل"، ثم وصولاً إلى "العمل من خلال المنصات الرقمية". وسوف نتناول بإيجاز يقتضيه المقام ذلك التطور الذي لحق بصور العمل عن بُعد.

أولاً: العمل عن بُعد من المنزل

يشيع العمل من المنزل في الكثير من المهن والأعمال الحرة، وبصفة خاصة تلك التي لا تتطلب بطبيعتها ضرورة التعامل المباشر مع عملاء صاحب العمل⁽²⁾، كما هو الحال بالنسبة للعمال الذين يمكنهم القيام بعملهم من خلال التليفون للقيام بالتسويق أو الدعاية لصاحب العمل، أو العاملين الذين يقومون بعملهم من خلال استخدام الحاسب الآلي والانترنت⁽³⁾. والعمل من المنزل عرفه البعض⁽¹⁾ بأنه ذلك

(1) فاروق محمد الأباصيري، محمد عمار تركمانية غزال، تأثير الإنترنت على عقد العمل، دراسة في القانون القطري والفرنسي، المجلة القانونية والقضائية لوزارة العدل القطرية، ٢٠١٨، ص ٥.

(2) ممدوح محمد خيرى هاشم، العمل عن بُعد في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٦.

(3) Chantal Rey, Le travail à domicile, Paris, La documentation française, 2000, p.27; Gilles Dedessus Le Moustier. Principe de la contractualisation du travail à domicile, La semaine juridique – édition générale, LexisNexis, 2014.

النوع من العمل الذي يقوم فيه العامل بأداء عمله من داخل منزله من فترة إلى أخرى والفترات الأخرى يقوم بالعمل في مقر العمل التقليدي، التابع لصاحب العمل. وهذا النوع من العمل يُصلح لأغلب الفئات العمالية، سواءً كانوا مديرين تنفيذيين، مهنيين، تقنيين، القائمين بالأعمال المكتبية، وسواءً كان العمل بدوام كامل، أو جزئي⁽²⁾. كما عرّفت اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن العمل في المنزل رقم ١٧٧ لسنة ١٩٩٦ في المادة الأولى منها العمل في المنزل بأنه "كل عمل يؤديه شخص يشار إليه باسم العامل في المنزل وذلك أ. في منزله أو في أماكن أخرى يختارها خلاف مكان صاحب العمل، ب- مقابل أجر، ج- يؤدي إلى ناتج أو خدمة وفقاً لمواصفات صاحب العمل، بصرف النظر عن الجهة التي تقدم المعدات والمواد أو سائر المدخلات المستخدم". وفي ذات السياق عرّفت اتفاقية العمال المنزليين رقم ١٨٩ الصادرة عن منظمة العمل الدولية لعام ٢٠١١ بدورها العمل المنزلي والعامل المنزلي في مادتها الأولى بقولها إن "العمل المنزلي" هو العمل المؤدى في أسرة أو أسر أو من أجل أسرة أو أسر؛ ب "العامل المنزلي" أي شخص مُستخدَم في العمل المنزلي في إطار علاقة استخدام، ج. أي شخص يؤدي عملاً منزلياً من حين إلى آخر أو على نحو متقطع فقط وليس على أساس مهني،

(1) Brunel Patrick, Travail à domicile, télétravail : Droits et obligations de l'entreprise et du salarié, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2012, p.302.

(2) نجلاء توفيق نجيب فليح، نادية محمد مصطفى قزمار، التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، جامعة الزرقاء، ٢٠١٨، ص ٢٠٥.

ليس عاملاً منزلياً. إذن يمكن التأكيد على أن العمل عن بُعد من المنزل يمثل كل نشاط مهني يمكن للعاملين فيه العمل بشكل حصري فقط في المنزل؛ سواءً بشكل دائم أو لفترة زمنية محدودة، بحيث لا ينتقل العامل إلى مقر صاحب العمل لأي سبب كان، كما يمكن القيام بجزء من العمل في المنزل وجزء من العمل في مقر صاحب العمل⁽¹⁾.

ثانياً: العمل عن بُعد من مواقع مجهزة قريبة من منزل العامل

قد يتخذ العمل عن بُعد صورة العمل من مواقع مجهزة تجهيزاً تقنياً وفنياً وإلكترونياً⁽²⁾، تُمكن العامل من الاتصال بصاحب العمل لتنفيذ العمل الذي يُكلف به لمصلحة صاحب العمل⁽³⁾. وتلك المواقع عادة ما تكون مواقع قريبة من منزل العامل وخاصة في الأماكن الريفية والناحية⁽⁴⁾، كما هو الحال في مكاتب حجز

(1) Chantal REY, Travail à domicile, salarié ou indépendant Incidence des nouvelles technologies de l'information et de la communication, Cahiers d'économie de l'innovation, n°13, 2001, pp.173-194 ; Voir aussi dans le même sens Monique Haicault, Femmes de valeur, travail sans prix : le travail à domicile, Cahiers du GRIEF, n°2, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 1982.

(2) Gilles Dedessus Le Moustier, Répertoire de droit du travail : Travail à domicile et télétravail, Dalloz, 2013, n°12.

(3) خالد السيد محمد عبد المجيد موسي، أحكام عقد العمل عن بُعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(4) طارق نوير، العمل عن بعد ومتطلبات التطبيق في مصر، المرجع السابق، ص ٣٥١.

تذاكر الطيران، حيث توفر تلك الأخيرة مواقع اتصالات إلكترونية في الأماكن النائية والريفية، تعمل على تزويد تلك المناطق المحلية بالاتصالات والتقنيات المطلوبة⁽¹⁾. وتُهدف مثل هذه المراكز إلى تقديم بعض الخدمات الحيوية لأصحاب تلك المناطق، وإلى تعزيز وتنمية الاقتصاد المحلي من خلال خلق فرص عمل جديدة لقاطني هذه الأماكن البعيدة عن العمران⁽²⁾.

⁽¹⁾Bernard Perret et Guy Roustang, L'économie contre la société – Affronter la crise de l'intégration sociale et culturelle, Économie rurales, Vol 222 n° 1, 01.02.1994, p.55.

⁽²⁾عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المرجع السابق، ص ١٢٧.

ثالثاً: العمل عن بُعد في أي مكان بديل لمكان العمل

قد يتخذ العمل عن بُعد، صورة العمل في أي مكان بديل لمكان العمل، ولا يشترط فيه أن يكون قريباً من منزل العامل⁽¹⁾؛ بفضل الاعتماد على وسائل الاتصالات الحديثة، كما هو الحال بالنسبة للعمل في مراكز المكالمات، والتي هي عبارة عن مراكز يتواجد فيها عمال للقيام بإجراء المكالمات أو الرد على المكالمات المتعلقة بنشاط صاحب العمل، باستخدام تقنية التوزيع التلقائي للمكالمات على العمال داخل المركز، ومثل هذه المراكز عادة ما تكون مجهزة بأجهزة اتصالات حديثة تجمع بين تقنيات الهواتف والحاسب الآلي⁽²⁾. وفي هذا النوع من مراكز الاتصال يكون لكل عامل مكتب مخصص وأدوات اتصال خاصة يعمل من خلالها؛ تمكنه من التواصل بسهولة مع صاحب العمل والعملاء⁽³⁾. كما أن هذه المراكز تتمتع بكون العامل قد يعمل فيها ضمن فريق عمل تابع لصاحب العمل، أو قد يكون بجوار فرق عمل أخرى تابعة لأصحاب عمل آخرين، لا تربطهم أي علاقة غير القرب

(1) نجلاء توفيق نجيب فليح، نادية محمد مصطفى قزمار، التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(2) Jean-Emmanuel Ray, Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit social, 1992, p.525.

(3) طارق نوير، العمل عن بعد ومتطلبات التطبيق في مصر، المرجع السابق، ص ٣٥١.

المكاني في مراكز الاتصال⁽¹⁾، مما يوفر بيئة عمل مناسبة وخلق روابط اجتماعية متنوعة على عكس الحال في حالة العمل من المنزل، وقد كانت مثل هذه المراكز تقع في مقار صاحب العمل، لكن مؤخرًا اعتمدت الشركات الدولية العابرة للحدود على مراكز اتصال مجهزة في دول نامية تقدم خدماتها بتكلفة أقل.

رابعًا: العمل عن بُعد في العديد من الأماكن التي تتغير مع الوقت

في هذا النوع من العمل لا يؤدي العامل عمله في المقر التقليدي لصاحب العمل، أو في مقار ثابتة بعيدة عن صاحب العمل، وإنما يؤدي عمله في أماكن متعددة ومتغيرة طيلة الوقت، عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مع بقاءه متصلًا بشكل دائم بصاحب العمل. ويكثر الاعتماد على مثل هذا النوع من العمل في الأعمال الميدانية، كالعامل المتنقل أو المتجول، مراسل القنوات التلفزيونية أو مراسل

(1) Jean-Claude Barrois, Christian Gal, Pierre Morel A-LHUISSIER, Du télétravail au travail mobile ; un enjeu de modernisation de l'économie française, Rapport au Premier ministre, 2006, p.16.

الصحف⁽¹⁾. وفي هذا النوع من العمل يحتفظ العامل بمكان عمله داخل مقر صاحب العمل، الذي يمكنه أن يمارس منه عمله في أي وقت⁽²⁾.

خامسًا: العمل عن بُعد في الظروف الطارئة

يُشكل العمل عن بُعد في الظروف الطارئة أحد خيارات العمل البديلة التي تُمكن من القيام بالعمل خارج مقر صاحب العمل بدلًا من التواجد الفعلي الكلي أو الجزئي في مقر رب العمل. هذا النوع من العمل يهدف إلى استمرارية العمل وتقديم الخدمات في القطاعين العام والخاص، فهو يتم بعيدًا عن مقر صاحب العمل عن طريق الاعتماد على وسائل الاتصال الاليكترونية والتكنولوجية. مع ضرورة التزام العامل بالأوامر والتعليمات الصادرة له من رب العمل⁽³⁾. وبطبيعة الحال فإن هذا النوع من العمل هو في الأصل يمثل عملاً تقليديًا يخضع لقانون العمل، بيد أن طبيعته قد تغيرت لمواجهة ظرف استثنائي، مما يستتبع العودة للعمل بالشكل المعتاد بعد انتهاء الظرف الاستثنائي. ومثل هذا النوع من العمل تلجأ إليه

(1) نجلاء توفيق نجيب فليح، نادية محمد مصطفى قزمار، التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(2) Jean-Claude Barrois, Christian Gal, Pierre Morel A-LHUISSIER, Du télétravail au travail mobile ; un enjeu de modernisation de l'économie française, op.cit., p.16.

(3) انظر دليل تطبيق العمل عن بُعد في الحكومة الاتحادية وإرشادات إجرائية في الظروف الطارئة، الصادر عن الهيئة الاتحادية للموارد البشرية الحكومية، مارس ٢٠٢٠، ص ٤.

الحكومات⁽¹⁾ وأصحاب الاعمال في القطاع الخاص لمواجهة أزمات اقتصادية أو حروب أو كوارث طبيعية، كما حدث عند انتشار وباء فيروس كورونا المستجد Covid-19 في أوائل عام ٢٠٢٠.

سادسًا: العمل بواسطة المنصات الرقمية

المنصات الرقمية: يمكن تعريف العمل بواسطة المنصات الرقمية بأنه ذلك العمل الذي يعتمد فيه العامل وصاحب العمل على استخدام المنصات الرقمية (Les plateformes numériques)⁽²⁾. وفي ذلك النوع من العمل⁽³⁾ قد تفصل

⁽¹⁾ كما جاء بقرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم ٧١٩ لسنة ٢٠٢٠، الذي نص في مادته الثانية على أن " يُصرح للخاضعين لأحكام هذا القرار الذين تسمح طبيعة وظائفهم بالعمل من المنزل بأداء مهام وظائفهم المكلفين بها دون التواجد بمقر العمل طوال مدة سريان هذا القرار، ويؤدي باقي الموظفين مهام وظائفهم بالتناوب فيما بينهم يوميًا أو أسبوعيًا، وذلك وفقًا لما تقره السلطة المختصة بكل جهة وما تصدره من ضوابط في هذا الشأن بما يضمن حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد".

⁽²⁾ Barbara Gomes, La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail, Presses Universitaires de France, 2018, n° 63, pp. 86 à 96.

⁽³⁾ وجب التنبيه على أن الباحث قد صنف العمل من خلال المنصات الرقمية كصورة من صور العمل عن بُعد، بيد أن التساؤل الذي يثور هل العمل من خلال المنصات الرقمية يمثل بالفعل صورة من صور العمل عن بُعد؟ أم أنه نوع مختلف عن العمل بُعد؟ بعبارة أخرى هل يمكن اعتباره التطور الحديث لصور العمل التقليدي والعمل عن بُعد، ومن ثم يمكن اعتباره نظام عمل حديث وليس مجرد صورة من صور العمل عن بُعد؛ حيث إن العمل عن بُعد يعتمد على البعد المكاني للعامل من مقر صاحب العمل، في حين أن العمل من خلال المنصات الرقمية قد لا

الحدود الدولية بين العامل وصاحب العمل، فغالبًا ما يكون العامل في دولة وصاحب العمل في دولة أخرى، ومثل هذا النوع من العمل تعتمد عليه بشكل رئيسي الشركات متعددة الجنسيات والعبارة للحدود؛ مستخدمة تكنولوجيا العمل عن بُعد والاقمار الصناعية⁽¹⁾، عن طريق خلق أسواق عمل افتراضية عبر شبكة الانترنت⁽²⁾. وفي مثل هذا النوع من العمل، لا يقوم العامل بعمله في مقر صاحب العمل بطبيعة الحال؛ حيث يعتمد بشكل جوهري على وسائل الاتصال التكنولوجية والرقمية الموجودة لدى المنصات الرقمية، التي يمكن تعريفها بأنها نموذج العمل القائم على استخدام التكنولوجيا الرقمية الذي يسمح بالتواصل بين المنتجين وأصحاب الأعمال والمستهلكين بغرض تقديم خدمة⁽³⁾ أو بيع منتج⁽⁴⁾، والتي تمثل أسواق افتراضية تعتمد على بنية تحتية معلوماتية تُمكن الأطراف من التفاعل

يكون لصاحب العمل مقر من الأساس، كما أن طبيعة المنصات الرقمية ليست واحدة في جميع الحالات، ففي حالات يمكن أن تكتسب المنصة وصف صاحب العمل، وفي حالات أخرى تكتسب وصف الوسيط بين العميل ومقدم الخدمة؛ لذا نعتقد أن هذه المسألة بحاجة لمزيد من البحث من جانب الباحثين المهتمين بالمسألة.

(1) Guide pratique, télétravail durant la pandémie de Covid-19 et après, Organisation internationale du Travail, Première édition, 2020.

(2) نجلاء توفيق نجيب فليح، نادي محمد مصطفى قزمار، التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق ص ٢٠٥.

(3) Gwendoline Lardeux, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil Recueil Dalloz, 2016, p.1659.

(4) <https://www.meemapps.com/term/digital-platform> .

والتبادل والبيع والشراء للسلع أو الخدمات عبر الإنترنت⁽¹⁾. ومما يُميز هذا النوع من نماذج الأعمال: قدرته على جني أرباح طائلة، انخفاض تكلفة الإنتاج، مجانية بعض الخدمات أو معقولة أسعار المنتجات التي تقدمها المنصات، إضافة إلى سهولة الوصول إلى الخدمات والمنتجات التي تقدمها تلك المنصات، وغيرها من المميزات. وقد ظهر تعريف المنصة الرقمية⁽²⁾ لأول مرة عام ٢٠١٦ في المادة L.111-7 من قانون حماية المستهلك الفرنسي التي تنص أن "المنصة الرقمية هي أي شخص طبيعي أو اعتباري يقدم بصفة مهنية بطريقة مدفوعة أو غير مدفوعة خدمة اتصال عبر الإنترنت للجمهور عن طريق ١. التصنيف أو الإحالة أو الإشارة عن طريق خوارزميات الكمبيوتر لمحتوى معين أو للسلع أو الخدمات المقدمة أو المعروضة على الإنترنت من قبل أطراف ثالثة. ٢. التوفيق بين عدة أطراف بهدف بيع سلعة، تقديم خدمة أو تبادل أو مشاركة المحتوى للسلع أو الخدمات⁽³⁾". وفقاً للتعريف الذي أورده المادة السابقة، تُشكل المنصة الرقمية أي

(1) Elena Signorinin, Le travail dans l'économie digitale : le dilemme entre réalité et norme, et les aspects sociaux du travail sur plateforme, Revue internationale de droit économique 2019, pp.315 à 327.

(2)Alexia Autenne, Élisabeth De Ghellinck, L'émergence et le développement des plateformes digitales : les enseignements de la théorie économique de la firme, Revue internationale de droit économique 2019, pp. 275 à 290.

(3) " Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière

خدمة عبر الإنترنت تهدف إلى تصنيف أو الإشارة إلى المحتوى أو السلع أو الخدمات⁽¹⁾، كما هو الحال في المواقع الموسوعية⁽¹⁾ أو مواقع مشاركة الموسيقى⁽²⁾

rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service .II. –Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels. Un décret précise les conditions d'application du présent article en tenant compte de la nature de l'activité des opérateurs de plateforme en ligne".

(1) Henri Culot, Alain Strowel, Enguerrand Marique, La régulation des plateformes digitales : propos introductifs, Revue internationale de droit économique, 2019, pp. 271 à 274.

أو مشاركة الأفلام⁽³⁾ أو مواقع مقارنة الأسعار⁽⁴⁾ . كما يمكن أن تقوم بعض هذه المنصات بدور الوسيط الافتراضي في عملية تعاقدية بين مهني محترف ومستهلك أو بين أفراد بهدف ايجار أو شراء السلع، أو توريد خدمة⁽⁵⁾. كما تهدف تلك المنصات إلى تزويد المستهلكين بخدمة الاستعانة بأفراد للقيام بعمل ما لصالحهم، عن طريق ربط المستهلكين بمقدمي الخدمات من خلال التطبيق التابع للمنصة، عبر هاتف نكي أو جهاز لوحي متصل بالإنترنت⁽⁶⁾.

منصة أوبر (Uber) من أوائل المنصات الرقمية العاملة في قطاع نقل الركاب وتوصيل الوجبات الجاهزة هي منصة أوبر (Uber)، وهي شركة أمريكية حديثة أنشئت عام ٢٠٠٩ تعمل في مجال خدمة النقل من خلال المنصة الرقمية أو التطبيق الإلكتروني التابع لها⁽⁷⁾. حيث تقوم بتوصيل الركاب طالبي القيام برحلات

(1) Wikipedia....

(2) YouTube, SoundCloud, ...

(3) Netflix, shahid, watch it,.....

(4) Mathilde Julien et Emmanuelle Mazuyer, Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, RDT, Dalloz, 2018, p.189.

(5) Fernanda Sabrinni, La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels, RTD Com. 2020, p.215.

(6) Xavier Delpech, Plateforme, AJ contrat, Dalloz, 2020, p.1 ; Philippe le Tourneau, Contrats du numérique, Dalloz, 2021, n° 411.15.

(7) التطبيق الإلكتروني: هو عبارة عن برنامج يمكن تحميله مجاناً أو بمقابل عبر الهواتف الذكية يُمكن استخدامه من الاستفادة بخدمات المنصات الرقمية المختلفة.

-مشاوير- بالسائقين الذين يقدمون خدمات النقل باستخدام سياراتهم⁽¹⁾. ويقع مقر الشركة في مدينة سان فرانسيسكو بكاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، والتي بلغت قيمتها ٥٠ مليار دولار في عام ٢٠١٥، ويستفيد من خدماتها نحو ٩١ مليون مُستهلك -راكب- شهريًا، وحوالي ٤ مليون سائق، وقامت بإكمال ١٠ مليار رحلة حول العالم في ٦٣ بلد وأكثر من ٧٠٠ مدينة⁽²⁾. وتجدر الإشارة إلى أن منصة أوبر (Uber) أصبحت من أشهر المنصات الرقمية العاملة في مجال النقل⁽³⁾؛ وذلك بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بشأنها في ٤ مارس ٢٠٢٠، الذي أسبغ وصف العامل على السائق المتعاقد مع الشركة. ولا يُعد من قبيل المغالاة وصف ذلك الحكم بأنه الأكثر أهمية والأكثر شهرة، رغم كونه الثاني من نوعه الصادر عن محكمة النقض الفرنسية لعدة أسباب. الأول: الحكم يمثل الاتجاه الحديث والمستقر لمحكمة النقض، خاصة بعد اضطراد محاكم الموضوع على رفض تكييف العلاقة التعاقدية بين السائق وبين المنصة بعلاقة عمل. الثاني: انقسام الفقه الفرنسي في طريقة تقييمه للحكم، وقد ظهر ذلك الانقسام جليًا في

(1) يُمكن للشركة رصد وتحديد وتتبع مكان السيارة بشكل آلي وأني.

(2) لمزيد من المعلومات انظر الموقع الرسمي لمنصة أوبر (Uber) مصر

[https://www.uber.com/legal/ar/document/?name=privacy-notice&country=egypt&lang=ar.](https://www.uber.com/legal/ar/document/?name=privacy-notice&country=egypt&lang=ar)

(3) Nathalie Martial-Braz, De quoi l'« ubérisation » est-elle le nom ? Dalloz, 2017, p.133.

تعليقات الشّراح على الحكم محلّ البحث⁽¹⁾. الثالث: اكتساب الحكم أهميته وشهرته بالتبعية لأهمية وشهرة منصة أوبر (Uber) والتي تصنف كأهم منصة رقمية دولية تعمل في مجال خدمات النقل، مقارنة بالمنصات الرقمية المنافسة العاملة في ذات القطاع.

أهمية البحث

تتبدى أهمية البحث في معالجته لقضية المنصات الرقمية الآخذة في الانتشار في مصر والعالم، وتزايد كمّ العقود التي تبرمها تلك المنصات مع المتعاقدين معها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة مقابل أجر⁽²⁾، خاصة بعد أن اقتحمت تلك المنصات أغلب المجالات الاقتصادية: من تسليم وجبات الطعام الجاهزة، نقل الركاب، الصحة، التأمين، الترجمة، البيع والشراء أونلاين، العقود الذكية، إلخ؛ نظرًا لتمتعها ببنية تحتية رقمية تكنولوجية هائلة، مكّنتها من لعب دور الوسيط بسهولة وسرعة فائقة بين مقدمي الخدمات والعملاء الراغبين في الاستفادة من هذه

(1) Alexandre Fabre, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? Revue du travail, 2017, p.166; Patrice Le Maigat, Marché du travail et plates-formes numériques : les coursiers en roue libre ? Gazette du Palais, 22 janvier, 2019, p.15 ; Calinaud David, En question : les plateformes d'intermédiation sont-elles créatrices de salariés ? Communication Commerce électronique n° 10, LexisNexis, 2018, p.73.

(2) Grégoire Loiseau, Travailleurs des plateformes : un fiasco législatif, La Semaine Juridique Social n° 1-2, 14 Janvier 2020, Lexis 360, p.4.

الخدمات⁽¹⁾. رغم تلك الأهمية المتزايدة للمنصات الرقمية والعقود التي تبرمها مع المتعاقدين معها بهدف الربح، يخلو قانون العمل المصري والفرنسي من نصوص قانونية تنظم تلك الصورة من العمل عن بُعد أو تُكيف تلك الروابط التعاقدية المستجدة بين المنصات الرقمية والمتعاقدين معها بهدف الربح-الساتين-. كما لا توجد -على قدر اطلاعنا- دراسات فقهية جادة تعرضت لتلك المسائل في مصر. على العكس من ذلك نجد أن مثل هذه المسائل محل نقاش مستمر واهتمام بالغ من جانب الفقه والقضاء الفرنسي⁽²⁾، كما نجد لها صدي كبير في مشروعات

(1) Françoise Champeaux, L'économie des plateformes : où en est-on ? Semaine Sociale Lamy, 2017, n° 1795 ; Alexandre Fabre, Marie-Cécile Escande-Varniol, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? Revue de droit du travail, Dalloz, 2017, p.166 ; Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, le rapport sur l'économie numérique, création et captation de valeur : incidences sur les pays en développement, 2019, p.3.

(2) Jeremias Prassl, Uber devant les tribunaux : Le futur du travail ou juste un autre employeur, Revue de droit du travail, Dalloz, 2017, p.439 ; Isabelle Desbarats, Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi, Droit social, Dalloz, 2017, p.971 ; Grégoire Loiseau, Les livreurs sont-ils des salariés des plateformes numériques ? La Semaine Juridique Social n° 37, 19 Septembre 2017, p.1286 ; Françoise Champeaux, Quel statut pour les travailleurs des plateformes ? Semaine Sociale Lamy, n° 1877, 7 octobre 2019, p.2 ; Grégoire Loiseau, Opérateurs de plateforme de

القوانين⁽¹⁾. كما تظهر أهمية البحث كذلك في عرض وتحليل حكمين حديثين لمحكمة النقض الفرنسية لعامي ٢٠١٨ و ٢٠٢٠، واللذان تعرضًا لتحليل وتكييف طبيعة العلاقة التعاقدية بين السائق والمنصة الرقمية، وهو ما يمكن أن يكون مثالاً تحتذي به محاكم الموضوع في مصر أو محكمة النقض إذا ما طُرحت عليهم مسألة تكييف العلاقة التعاقدية بين المنصات الرقمية وبين المتعاقدين معها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة بمقابل، وما أكثرهم في مصر!

mise en relation et prestataires de transport : une concurrence déloyale ? La Semaine Juridique Social n° 39, 1er Octobre 2019, p.357 ; Anne-Sophie Choné-Grimaldi, Les plateformes d'intermédiation sur le marché du travail : quel statut ? La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 17 Janvier 2019, Lexis Nexis, p.103 ; Léa Ben Cheikh-Vecchioni, Reconnaissance du statut de salarié aux travailleurs des plateformes numériques, Gazette du Palais, n°02, 2019, p.81. Hubert GROUDEL, Uber : suite, Lexis Nexis, 2020, p.1 ; Catherine Berlaud, Requalification du contrat liant un chauffeur à Uber en contrat de travail, Gazette du Palais, n°13, 2020, p.49 ; Gilles Dedessus Le Moustier, Requalification en salariat de la relation entre un coursier livreur et une plateforme numérique, L'essentiel Droit des entreprises en difficulté, Lextenso, n°02, p.7.

(1) Proposition de loi relative au statut des travailleurs des plateformes numériques, enregistré à la Présidence du Sénat le 11 septembre 2019.

إشكالية البحث

مثلت الاعتبارات السابقة جوهر إشكالية البحث، حيث تبنت الأخيرة في السؤال الذي أنشغل قضاة محكمة النقض الفرنسية بالإجابة عنه: هل تعتبر العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر الرقمية والسائق علاقة عمل أم لا؟ بعبارة أخرى هل يمكن إسباغ وصف العامل على السائق التابع لمنصة أوبر الرقمية؟ إذا كانت الإجابة على السؤال السابق بالإيجاب، فهل يمكن تصنيف السائق كونه عاملاً بأجر أم عاملاً مستقلاً؟ أم عاملاً ذو طبيعة خاصة؟ ويتفرع عن التساؤل السابق العديد من التساؤلات الأخرى: هل التبعية المطلوبة في العلاقة بين المنصة والسائق تعتبر تبعية قانونية أم اقتصادية؟ أم تبعية من نوع خاص؟؛ ما هو التكييف القانوني للمنصة الرقمية، هل هي مجرد وسيط اليكتروني، أم يُصدق عليها وصف صاحب العمل؟؛ هل يجب على المشرع المصري والفرنسي التدخل بنصوص خاصة لتنظيم العلاقة بين المنصات الرقمية ومستخدميها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة بمقابل؟ أم أن الموقف التي تبنته محكمة النقض الفرنسية يُغني عن التدخل التشريعي؟؛ هل يجب على محكمة النقض المصرية أن تحذو حذو نظيرتها الفرنسية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال دراسة الموقف الفقهي والقضائي السابق لحكم محكمة النقض الفرنسية، ثم نعالج تفصيلاً حكم محكمة النقض الفرنسية؛ في محاولة لتقييمه والتعليق عليه.

منهج البحث

في سعيه للإجابة عن التساؤلات المثارة، وتلمس طريق حل الإشكالية محل البحث⁽¹⁾، اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف وتحليل الموقف الفقهي والقضائي الفرنسي قبل وبعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية محل البحث⁽²⁾؛ بُغية تقييمه والاستفادة من تجربته، خاصة وأن الأخير صاحب السبب في معالجة المسألة محل البحث.

(1) مما يجب أن نلفت النظر إليه أن العلاقة التعاقدية ثلاثية في تلك المنصات الرقمية: الطرف الأول: المنصة الرقمية (صاحب العمل)، الطرف الثاني: المتعاقد مع المنصة الرقمية بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة بمقابل. الطرف الثالث: المتعاقد مع المنصة الرقمية بغرض الاستفادة من خدماتها (العميل). وسوف تقتصر الدراسة على العلاقة بين المنصة الرقمية والمتعاقد معها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة مقابل أجر؛ حيث إن هذه الأخيرة هي ما يدور حولها الخلاف في نطاق قانون العمل. إضافة إلى أن العلاقة بين المنصة الرقمية والمتعاقد معها بغرض الاستفادة من خدماتها (العميل) تثير العديد من الأسئلة التي تخرج عن نطاق البحث، كطبيعة العلاقة التعاقدية بينهما، طبيعة المسؤولية في حالة وقوع ضرر للعميل؟ حماية البيانات الشخصية للعميل؟ وغيرها من الأسئلة التي ترقى أن تكون محلاً للبحث بشكل مستقل.

(2) Rudi Fievet, Plateformisation de l'économie touristique : quel travail ! Juris tourisme, Dalloz, n°192, 2016, p.35 ; Marjorie Caro, Travailleurs des plateformes : la Cour de cassation statue sur la qualification du contrat, Lamy line, 2018, p.3 ; Françoise Champeaux, Nouvel épisode dans la saga des travailleurs des plateformes, Semaine Sociale Lamy, n° 1883, 18 novembre 2019, p.1 et s.

خطة البحث

في ضوء الاشكالية محل البحث، يمكن أن نقسم الدراسة إلى مبحثين. نتناول في المبحث الأول: التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية لسائقي المنصات الرقمية قبل حكم محكمة النقض الفرنسية، ثم نتبعه بمبحث ثانٍ نعالج فيه: تكييف محكمة النقض الفرنسية للعلاقة التعاقدية لسائقي المنصات الرقمية.

المبحث الأول

التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية لسائقي المنصات الرقمية قبل حكم

محكمة النقض الفرنسية

تمهيد وتقسيم الاتجاهات الفقهية والقضائية السابقة لحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠، اعتمدت في تكييفها للعلاقة التعاقدية لسائقي المنصات الرقمية، وكذلك الاعتراف أو نفي وجود علاقة عمل، على إثبات أو نفي علاقة التبعية؛ باعتبارها العنصر الحاسم لخضوع العقد لأحكام قانون العمل، دون البحث في العناصر الأخرى كالأجر والعمل؛ لعدم إثارتهما أية مشاكل قانونية في التكييف. لذلك كانت النقاشات الفقهية، والدفع أمام المحاكم منسبة حول إثبات أو نفي علاقة التبعية، ولكن أي تبعية؟ حيث من المعلوم أن رابطة التبعية يتنازعها مفهومي التبعية الاقتصادية والتبعية القانونية، فأى من تلك المفاهيم يكفي لوصف العلاقة التعاقدية بين السائق والمنصة الرقمية بأنها علاقة عمل؟ أم أن التبعية المطلوبة في العقد المبرم بين السائق والمنصة تبعية ذات طبيعة مختلفة تناسب ذلك النوع المستحدث في علاقات العمل عن بُعد؟ الفقه والقضاء الفرنسي كان له موقفاً مختلفاً في الرد على هذه الأسئلة، كما كان له موقفاً مختلفاً من تكييف تلك العلاقة عن موقف محكمة النقض الفرنسية في ٤ مارس ٢٠٢٠. لذا يبدو من الضروري لدراسة مسألة التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية لسائقي المنصات الرقمية تقسيم المبحث إلى مطلبين. نُعالج في المطلب الأول: الموقف الفقهي

السابق لحكم محكمة النقض الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠. ونستعرض في مطلب
ثانٍ: الموقف القضائي السابق لحكم محكمة النقض الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠.

المطلب الأول

الموقف الفقهي السابق لحكم محكمة النقض الفرنسية

الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠

تمهيد: يمكن القول أن الفقه الفرنسي كان منقسمًا قبل صدور حكم محكمة النقض الفرنسية إلى اتجاه رافض للاعتراف بصفة العامل لسائقي المنصات الرقمية⁽¹⁾، ويرى عدم إمكانية خضوعهم لنصوص قانون العمل الصريحة، التي لا تشملهم؛ فوصف العامل التابع بأجر غير منطبق عليهم، بالإضافة إلى الحرية والاستقلالية التي يتمتعون بها، بعكس العامل التابع⁽²⁾. بينما ذهب اتجاه آخر⁽³⁾ للقول بإمكانية

⁽¹⁾ هذا الاتجاه الرافض هو الذي تبنته محاكم الموضوع ومحاكم الاستئناف في فرنسا قبل صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨.

⁽²⁾ Jean Mouly, Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat, Droit social, 2016, p.859 ; Jean-Pierre Chauchard, Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? Droit social, Dalloz, 2016, p.947; Marie Tilche, Plateformes numériques, Bulletin des Transports et de la Logistique, n° 3695, 18 juin 2018, p.2 ; Laurent Gamet, Plateformes numériques et contrat de travail, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°03, 2019, p1.

⁽³⁾ Jean-Philippe Lhernould, Uber face au salariat : causes et conséquences, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 470, 25 février 2019, p.4 ; Emmanuel Dockès, Le salariat des plateformes, Droit ouvrier janvier 2019, n°846, p.8 ; Mathilde Julien et Emmanuelle Mazuyer, Le

إسباغ صفة العامل على سائق المنصة الرقمية؛ مستندًا في تكييفه على إثبات علاقة التبعية، وهذا الاتجاه الأخير الذي اعترف بصفة العامل لسائق المنصة الرقمية سوف يكون هو مدار البحث؛ نظرًا لكونه الاتجاه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية مما يستأهل دراسته تفصيلًا، وهو ما يتطلب ضرورة التطرق بداءة إلى التبعية المطلوبة في عقد العمل التقليدي، لنري مدى صلاحيتها، ومدى ملاءمتها لتكييف العقد المبرم بين السائق والمنصة الرقمية كعقد عمل.

التبعية المطلوبة في عقد العمل التقليدي: عرّفت المادة ٦٧٤ من التقنين المدني المصري عقد العمل بأنه العقد " الذي يتعهّد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهّد به المتعاقد الآخر". كما عرّفت المادة ١ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ فقرة أ العامل بأنه " كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لذي صاحب عمل وتحت إدارته وإشرافه". وهو ما يمكن أن نستنتج منه التبعية المطلوبة في عقد العمل. على العكس من ذلك لم

droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, op.cit., p189 ;
Barbara Gomes, Une première requalification en faveur des travailleurs
des plateformes , Semaine Sociale Lamy, n° 1847, 4 février 2019 ;
Barbara Gomès, Quand le droit remet l'ubérisation en question,
commentaire de l'arrêt CA Paris du 10 janvier 2019, Droit ouvrier, août,
2019, n°85.

تضع نصوص قانون العمل الفرنسي تعريفًا للعمل أو للعامل أو لعلاقة التبعية⁽¹⁾؛ لذلك تصدّت محكمة النقض الفرنسية لتعريف علاقة التبعية في عدة أحكام بداية من الحكم الصادر عام ١٩٣١⁽²⁾، والحكم الصادر عام ١٩٥٤⁽³⁾، وكذلك حكم "Société Générale" الصادر في ١٣ نوفمبر ١٩٩٦ من قِبَل الغرفة العمالية لمحكمة النقض، والتي تشترك جميعها في تعريف علاقة التبعية بأنها "تنفيذ العمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يتمتع بسلطة إصدار الأوامر والتوجيهات ومراقبة تنفيذها ومعاقبة مرؤوسيه في حالة مخالفتها". ورغم أن نصوص التقنين المدني وقانون العمل المصري أكدت على وجود رابطة التبعية بين العامل ورب العمل، وكذلك أحكام القضاء الفرنسي؛ بيد أنها لم تحدد طبيعة هذه التبعية المطلوب توافرها لسريان أحكام قانون العمل، هل هي تبعية اقتصادية أم تبعية قانونية؟ لذا أنبري الفقه لتحديد طبيعة هذه التبعية⁽⁴⁾.

(1) Yann AUBRÉE, Répertoire de droit du travail, Contrat de travail : existence, formation, Dalloz, 2014, p.75.

(2) Cass, Ch., civil., 6 juillet 1931, l'arrêt Bardou.

(3) Cass, Soc., 22 juillet 1954, Bull. 1954, V, n° 576.

(4) Cédric Jacquélet, La notion de subordination face à l'économie numérique, Semaine Sociale Lamy, n° 1725, 30 mai 2016, p.4 ; voir aussi, AUBERT-MONPEYSSANT, *Subordination juridique et relation de travail*. Thèse Toulouse, Éditions du CNRS, 1988.

التبعية الاقتصادية (La dépendance économique): يعتقد أنصار هذا الاتجاه بأن التبعية المطلوبة في عقد العمل هي التبعية الاقتصادية⁽¹⁾. حيث يعتمد أنصار هذا الاتجاه على معيار التبعية الاقتصادية، في تحديد ما إذا كان العامل تابعًا لصاحب العمل أم غير تابع، وفقًا للحالة الاقتصادية للعامل. فإذا كان العامل يعتمد في دخله بشكل كامل على صاحب العمل الذي يقوم لحسابه بعمل تبعي، فيعتبر كأنه معتمد اقتصاديًا عليه، وتتوافر بحق العلاقة بينهما علاقة التبعية⁽²⁾، والعكس صحيح. وقد تأثر أنصار هذا الاتجاه بزيادة الوعي الاجتماعي المؤمن بضرورة حماية بعض الطوائف العمالية الضعيفة، التي في أمس الحاجة إلى حماية قانونية؛ من خلال إخضاعها لأحكام قانون العمل، رغم استقلالها الظاهري بالعمل، وعدم ارتباطها بعلاقة تبعية قانونية مع صاحب العمل⁽³⁾. وظهر مفهوم التبعية

(1) Antoine Mazeaud, Droit du travail, 10 éd, L.G.D.J, 2016, n°18 ; Olivier Rivoal, La dépendance économique en droit du travail, Dalloz, 2006, p.891; Jean-Michel Servais, Travailleurs des plateformes numériques de Services : quelles garanties sociales ? Revue Interventions économiques, 2018, p.8.

(2) السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، الفتح للطباعة والنشر ٢٠٠٦، ص ٢٨.

(3) Olivier Leclerc, La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé, Dalloz, 2010, p.83.

الاقتصادية لأول مرة في فرنسا على يد الفقيه "Guche" عام ١٩١٣⁽¹⁾. وقد عرّفها البعض بأنها الاعتماد الكامل للعامل على صاحب العمل، الذي يستأثر بكل جهد و طاقة للعامل، وعدم السماح له بالعمل لدي صاحب عمل آخر، باعتبار أن عمله لديه هو مصدر رزقه الوحيد⁽²⁾. ويراهما البعض بأنها استئثار رب العمل بجهود العامل لديه، من خلال تقديم العامل لكل نشاطه ومجهوده لمصلحة صاحب العمل، مقابل الحصول على أجر يشكل مورد رزقه الوحيد⁽³⁾. كما يؤكد بعض الشّراح أن علاقة التبعية الاقتصادية تتوافر إذا كان العامل يعتمد على أجره في حياته المعيشية⁽⁴⁾؛ طالما كان الأخير معتمداً على صاحب العمل من الناحية المادية

(1) Paul Cuche, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1913, p.412 ; Paul Cuche, La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, Dalloz, 1932, chronique, p.101, cité par Nicolas Anciaux, Entre subordination et indépendance, réflexions sur les contrats de travail, d'entreprise et de mandat, Droit social, 2020, p.157.

(2) حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٣٠؛ عبد الرزاق حسين يس، قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، عقد العمل الفردي، الطبعة الأولى، أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٢، ص ٤٠٣.

(3) Jean Jacques DUPERYROUX et Xavier PRETOT, Droit de la sécurité sociale, 11 éditions, Mementos Dalloz, Droit Privé, 2005, p.314.

(4) همام محمد محمود زهران، قانون العمل، القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، ومشروع القانون الجديد فقهاً وقضاءً، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ١٢٠.

اعتمادًا كليًا⁽¹⁾. بعبارة أخرى إذا كان المقابل الذي يحصل أحد المتعاقدين مقابل خدمة التعاقد الأخر، يشكل مصدره الوحيد للدخل، فلا بد من تكييف العلاقة التعاقدية على أنها علاقة عمل مأجور⁽²⁾. ويعتقد أنصار التبعية الاقتصادية أن هذا الاعتماد الاقتصادي يتحقق إذا ما توافر شرطان: الأول: اعتماد من يقوم بالعمل على أجره، وعدم تحمله تبعة المخاطر. الثاني: أن يُكرس العامل نشاطه لخدمة صاحب العمل⁽³⁾.

مبررات أنصار التبعية الاقتصادية: يؤسس أنصار التبعية الاقتصادية⁽⁴⁾ مذهبهم، بكون التبعية الاقتصادية تمثل العنصر الحاسم في تكييف عقد العمل على عدة مبررات. الأول: أن تنظيم عقد العمل يهيمن عليه إدراك عميق لحيوية الأجر باعتباره المورد الرئيسي الذي يعتمد عليه العامل. الثاني: أن قانون العمل يهدف إلى حماية كل عامل بحاجة لحمايته، وبصفة خاصة ذلك العامل المعتمد اقتصاديًا

(1) محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، ص ٤٨٨.

(2) Michel Bühl, Angelo Castelletta, Accident du travail, maladie professionnelle procédure, indemnisation, contentieux, Delmas, paris, 2004, p.18.

(3) جلال العدوي، حمدي عبد الرحمن، قانون العمل، القواعد العامة، القواعد الخاصة بالعمل في القطاع العام، ١٩٧٣، بدون دار نشر، ص ٣٨.

(4) Jean-Michel Servais, Travailleurs des plateformes numériques de services : quelles garanties sociales ? op.cit., p.12.

في نشاطه ودخله، على خدمته، لصاحب العمل⁽¹⁾. الثالث: أن تطلب التبعية القانونية لإثبات علاقة العمل، يؤدي لا محالة إلى تضيق نطاق قانون العمل واقتضاره على طوائف محدودة من العمال دون غيرهم⁽²⁾، وهي تلك الطوائف التي تعمل تحت سلطة وإشراف صاحب العمل، واستبعاد طوائف أخرى من العمال -لا تخضع لسلطة وإشراف صاحب العمل- رغم أنها تتشابه من الناحية الاجتماعية والاقتصادية مع من يخضع لسلطة الإشراف والرقابة⁽³⁾؛ ومن ثم كانت المساواة بينهم هي الأول بالاتباع، والتي يترتب عليها، حتمية خضوعهم لقانون العمل؛ طالما أنفق المركز الاجتماعي والاقتصادي للخاضع وغير الخاضع لسلطة صاحب العمل⁽⁴⁾ وبذلك تكون الحاجة الاقتصادية للعامل هي المعيار الذي يُحدد خضوع العامل لقانون العمل أم لا⁽⁵⁾.

(1) جلال العدوي، حمدي عبد الرحمن، قانون العمل، القواعد العامة، القواعد الخاصة بالعمل في القطاع العام، المرجع السابق، فقرة ٦٥.

(2) Olivier Favreau, Droit du travail : la démocratie économique entre le marché et l'entreprise, RDT, 2017, p.581.

(3) Nicolas Dissaux, Romain Loir, Droit de la distribution, Lextenso, 2017, n° 915.

(4) محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، ٢٠١٠، ص ٨٠.

(5) Julien Icard, Chronique Contrat de travail, Bulletin Joly Travail, 2020, n°04, p.16.

موقف القضاء المصري والفرنسي من التبعية الاقتصادية: تأثر القضاء المصري بمفهوم التبعية الاقتصادية؛ حيث استندت بعض احكامه في تكييف علاقة العمل، على وجود رابطة التبعية الاقتصادية بين العامل وصاحب العمل⁽¹⁾. حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن "التبعية الاقتصادية تقوم على اعتبار العامل تابعاً لصاحب العمل؛ لأنه يعتمد في معيشته اعتماداً كلياً على الأجر الذي يتقاضاه منه"⁽²⁾. كما صدرت عدة أحكام من محكمة النقض الفرنسية اعتمدت هي الأخرى في تكييف العقد المبرم بين الأطراف بأنه عقد عمل؛ بناءً على توافر علاقة تبعية اقتصادية بين العامل وصاحب العمل⁽³⁾، وبهدف إضفاء الحماية الاجتماعية لفئات معينة من العمال مثل عمال المنازل ومندوبي المبيعات. بيد أن هذا الاتجاه الفقهي

(1) طعن ٢٧/٢٨٩ قضائية جلسة ١٣/١٢/٦٢. القضية رقم ٧/٤٤٣٦ قضائية محكمة القضاء الإداري مشار إليها لدى السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، هامش ص ٣١.

(2) محكمة النقض المصرية ٢٣ مارس ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض المدني، مشار إليه لدى عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٩٣.

(3) Cass. Soc., 22 Juillet 1954 ; Cass. Soc., 18 Novembre 1981, n° 80-12.526 Publié au bulletin ; Cass. Soc., 14 Juin, 1989, n° 86-17.867 ; Cass. Soc., 23 Novembre 1989, n° 87-10.407.

والقضائي لم يكتب له الذيوع والانتشار فقد كانت الغلبة دائماً لمعيار التبعية القانونية سواء مصر⁽¹⁾، أو في فرنسا⁽²⁾.

الانتقادات التي وجهت لمعيار التبعية الاقتصادية: رغم المبررات التي ساقها أنصار التبعية الاقتصادية لتأييد مذهبهم، وتبني بعض أحكام المحاكم لمعيار التبعية الاقتصادية، فقد وجهت له أسهم النقد من عدة أوجه. الأول: أن معيار التبعية الاقتصادية معيار غير محدد وغير منضبط ويصعب وضع تعريف محدد له. الثاني: أن الأخذ بمعيار التبعية الاقتصادية سيجعل مسألة تكييف العقد، كعقد عمل أم لا، مرتبهة دائماً بعنصر خارجي عنه، وهو حالة العامل الاقتصادية. الثالث: لا يوجد أحد لا يعتمد على غيره إقتصادياً بشكل ما، وذلك الأخير بدوره يعتمد عليه اقتصادياً غيره، كالمقاول من الباطن الذي يعتمد اقتصادياً على المقاول الأصلي، ولم يقل أحداً أن أي من المقاولين يعد تابعاً للآخر وإنما كلاهما يعد متبوعاً. كما أن الانسياق وراء هذا المنطق سيقود إلى التوسع في نطاق تطبيق

(1) حيث رفضت محكمة النقض المصرية الاعتماد على معيار التبعية الاقتصادية للقول بوجود عقد عمل في أحكامها اللاحقة، انظر حكم محكمة النقض المصرية ١٩٧٥/٤/٤ مجموعة أحكام النقض سنة ٨ قضائية ص ٣٧٠.

(2) Cass. Soc., 28 septembre 2005, n° 04-60.517 ; Cass. Soc., 19 décembre. 2000, n° 98-40.572 ; Cass. Soc., 30 novembre. 2011, n° 11-10.688 ; Bernard Baudry, Hervé Charmettant, L'analyse de la « relation d'emploi » par les économistes « contractualistes » et « conventionnalistes », Une confrontation avec le cadre juridique de la « relation de travail », Revue économique, Vol. 59, 2008, pp. 213 à 239.

قانون العمل، وهو ما يؤثر على فاعليته. الرابع: أن ضعف الحالة الاقتصادية للعامل لا يمنعه من القيام بأعمال أخرى تعمل على تحسين حالته الاقتصادية وتجعله غير معتمد بشكل كامل على صاحب عمل واحد⁽¹⁾. رغم تلك الانتقادات إلا أن جانباً من الفقه المصري⁽²⁾ يري أن معيار التبعية الاقتصادية لا يخلو تبنيه من بعض المزايا، بشرط التفرقة بين نطاق تطبيق قانون العمل ونطاق تطبيق أحكام عقد العمل الفردي. حيث يري أنصار هذا الرأي أن أحكام عقد العمل الفردي لا يمكن أن تنطبق إلا إذا توافرت التبعية القانونية؛ لخصوصية أحكامه، وطبيعته. أما أحكام قانون العمل الأخرى فمن الجائز أن تعتمد على معيار التبعية الاقتصادية، الأمر الذي يسمح بمد غطاء حماية قانون العمل إلى كل عامل يوجد في مركز تبعية اقتصادية، وذلك على غرار ما ذهب إليه المشرع المصري حديثاً في توسعة نطاق التمتع بمزايا قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات الجديد رقم ١٤٨ لسنة ٢٠١٩، ليشمل عدة طوائف عمالية لم تشملها حمايته من قبل، مستعيناً في ذلك بمعيار التبعية الاقتصادية⁽³⁾.

(1) السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، ص ٣٢.

(2) نفس المرجع، ص ٣٣.

(3) انظر محمود السحلي وعصام سليم، التأمين الاجتماعي بين النظرية والتطبيق في ضوء قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات الجديد رقم ١٤٨ لسنة ٢٠١٩، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠.

التبعية القانونية (La subordination juridique) ⁽¹⁾: يُقصد بالتبعية القانونية "خضوع العامل في أداء العمل لإدارة وإشراف أو سلطة صاحب العمل"⁽²⁾. أو هي سلطة صاحب العمل أو من يمثله في توجيه العامل فيما يقوم به من عمل وإمكانية إصدار أوامر للعامل بخصوص العمل المنوط به القيام به ومراقبته في تنفيذه، مع إمكانية توقيع الجزاءات في حالة وقوع مخالفة⁽³⁾. كما عرّفها البعض بأنها "نوع من الخضوع والطاعة يُخلّ باستقلال العامل، لمصلحة صاحب العمل، كما أنّ قوامها نوع من السلطة لصاحب العمل على العامل سواءً في توجيه الأوامر أو توقيع الجزاءات"⁽⁴⁾. وفي ذات المعنى عرّفها البعض بأنها احترام وخضوع العامل لسلطات صاحب العمل في تنظيم العمل وإصدار الأوامر وسلطة توقيع العقاب في حالة المخالفة⁽⁵⁾. ويمكن القول إن علاقة التبعية توصف "بالقانونية"؛

(1) Agnès Viottolo–Ludmann, *Égalité, liberté dans le contrat de travail : évolutions du droit contemporain*, Thèse, Aix–Marseille 3, 2004, p.9.

(2) السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، ص ٣٢.

(3) محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، المرجع السابق، ص ٧٩.

(4) ممدوح محمد مبروك، التبعية في نطاق علاقة العمل الفردية دراسة تحليلية في نطاق قانون العمل، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٣٢.

(5) Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 3 éd, Dalloz, 2008, p.45 ; Voir aussi, Alibert Anne–Claire, *Les Cadres quasi–indépendants : du contrat de travail au contrat d’activité dépendante*, Thèse Université d’Auvergne, 2005 ; François Gaudu, Raymonde Vatinet, sous la

لأنها نتاج رابطة تعاقدية أقرها وأحترمها القانون، بغض النظر عن الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي للعامل⁽¹⁾، كما أنها ذلك النوع من التبعية، التي تهتم بأداء العمل وتنفيذه، وتضفي على عقد العمل طابع خاص يميزه عن غيره من العقود، كما تمنح العامل مركزًا قانونيًا متميزًا يُفرقه عن غيره، ممن يقوم بعمله بشكل مستقل، لا يخضع فيه لأي نوع من التوجيه أو الإشراف أثناء القيام بالعمل أو تنفيذه من قِبَل صاحب العمل⁽²⁾.

موقف القانون المصري والفرنسي من التبعية القانونية: التبعية بالمفهوم المتقدم، تبناها المشرع المصري في قانون العمل الحالي والتقنين المدني⁽³⁾، فنجد في تعريفه للعامل في المادة ١ فقرة أ من قانون العمل استخدام صراحة لفظ "تحت إدارته أو إشرافه" التي تنص أن "العامل كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه". وهو ما أكدته كذلك عند تعريفه لعقد العمل في المادة ٣١ من قانون العمل التي تنص أن "تسري أحكام هذا الباب-عقد العمل

direction de J. Ghestin, Traité des contrats, contrats de travail, Contrats, convention et actes unilatéraux, L.G.D.J. 2001, p.28.

(1) عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل وفقًا لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٩٣.

(2) عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام قانون العمل، مؤسسة البستاني للطباعة، ١٩٨٩، ص ٣٨.

(3) عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤، ص ١١.

الفردى - على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر". وكذلك المادة ٦٧٤ من التقنين المدني التي تقرر أن "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". من خلال النصوص السابقة يتضح لنا أن المعيار الذي تبناه المشرع المصري في تحديد توافر رابطة التبعية هي التبعية القانونية، والاكتفاء بالعمل تحت إشراف أو إدارة صاحب العمل؛ حيث لم يشترط توافرها معاً، من خلال استخدامه حرف (أو) مما يدل بوضوح على توافر عنصر التبعية بتوافر الإشراف أو العمل تحت إدارة صاحب العمل. يُفهم من ذلك أن العبرة في تحديد نطاق قانون العمل أو وصف العلاقة بأنها علاقة عمل هو بتوافر رابطة التبعية القانونية، سواء أكان الأجر الذي يحصل عليه العامل هو مورد رزقه الوحيد، أم كان للعامل موارد أخرى، وسواء أكان العامل يُكرس كل نشاطه لصاحب عمل واحد يستأثر بكل مجهوده، أم كان العامل يعمل لدى أكثر من صاحب عمل دون أن يستأثر أحدهم بكامل مجهود ونشاط العامل. وهذا المعنى الأخير أكدته صراحة المادة ٦٧٦ فقرة ١ من القانون المدني بالقول " تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومدوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم". فيمكن أن نستنتج من النص السابق أن المشرع المصري لم يشترط لارتباط العامل بصاحب

العمل أن يستأثر ذلك الأخير بكل نشاط العامل، أو أن يعتمد بشكل كامل على ما يحصل عليه من أجر لقاء عمله لدي صاحب العمل. وهو ما يدل بمفهوم المخالفة أن المشرع المصري لم يتبنى التبعية بالمفهوم الاقتصادي، فإذا لم تتوافر التبعية القانونية فلا مجال للحديث عن انطباق قانون العمل، حتى مع توافر التبعية الاقتصادية. على عكس الحال في قانون العمل الفرنسي الذي لم تُعرف أو تشترط نصوصه صراحة علاقة التبعية القانونية، لذلك فإن المحاكم الفرنسية⁽¹⁾ هي من حملت على عاتقها مهمة تعريف التبعية القانونية، وبصفة خاصة محكمة النقض الفرنسية التي تبنت نفس مفهوم المشرع المصري عندما عرّفت التبعية بأنها "تنفيذ العمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يتمتع بسلطة إصدار الأوامر والتوجيهات ومراقبة تنفيذها ومعاقبة مرؤوسيه في حالة مخالفتها"⁽²⁾.

عناصر التبعية القانونية: يبدو من الجلي أن مفهوم التبعية القانونية بالمعنى المتقدم محل اتفاق في الفقه والقضاء المصري والفرنسي⁽³⁾. لكن التساؤل الذي يثور

(1) Cass., Soc. 3 novembre 1996, Bull. V n°386, 23 avril 1997, Bull. V n°142, 1^{er} décembre 2005, Bull. V n°349, 28 avril 2011, Bull. V n°100, 4 décembre 2013, Bull. V n°301, 4 février 2015 n°13-25.621.

(2) Claude Didry, Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail, Droit social, Dalloz, 2018, p.229 ; Cass., Soc. 23 février 199, Recueil Dalloz, 28 avril 1994. p.108 ; Cass., Soc.13 novembre 1996, n° 94-13.187, Publié au bulletin.

(3) Cesaro Jean-François, « La subordination », dans Les notions fondamentales du droit du travail, Paris, France, Ed. Panthéon-Assas :

هل يكفي لقيام التبعية القانونية مجرد قيام العامل بالعمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل؟ أم لابد من توافر عناصر أخرى؟ الإجابة دون أدنى شك لابد من توافر عناصر أخرى، فيلزم بداءة: أن يكون القائم بالعمل شخصاً طبيعياً⁽¹⁾، فالعامل لا يتصور إلا أن يكون شخصاً طبيعياً وفق ما صرحت به المادة ١ فقرة أ من قانون العمل المصري رقم ١١٢ لسنة ٢٠٠٣ من أن العامل يُقصد به كل شخص طبيعي، فإن مثل هذا النص يستبعد انطباق أحكام قانون العمل على العلاقة بين صاحب العمل والانسان الآلي أو الروبوت أو أجهزة الذكاء الاصطناعي ذاتية التشغيل⁽²⁾. كما يلزم قيام العامل بنفسه بأداء العمل المنوط به، فلا يمكنه توكيل أو استخدام عامل آخر للقيام بالعمل نيابة عنه ولحسابه دون أن تربطهم بصاحب العمل رابطة مباشرة، وهذا ما أكدته صراحة المادة ٦٨٥ فقرة أ من

LGDJ , 2009, p.130 ; Stéphane DESTOURS, La contribution du juge à une relative libéralisation du secteur du transport de personnes ou l'« Ubérisation » de la loi par le juge, Revue Lamy droit des affaires, n° 135, 1^{er} mars 2018, p.1 ; Alain Supiot, Le droit du travail, Presses Universitaires de France, 2019, p.65 ; Voir aussi AUBERT-MONPEYSEN, Subordination juridique et relation de travail, Thèse, Toulouse I, 1985 ; Nicolas Collet-Thiry, L'encadrement contractuel de la subordination, Thèse , Université Panthéon-Assas Paris II, 2012.

(1) سعد عبد السلام حبيب، عقد العمل في القانون الموحد، دار النهضة العربية، ١٩٥٩، ص ١٨٩.

(2) هذه المسألة بحاجة إلى مزيد من التفصيل والتأصيل لا يتسع نطاق البحث لها، لذا نأمل معالجتها من قبل باحثين مهتمين أو قد تكون محلاً لبحث مستقل.

التقنين المدني " يجب على العامل أن يؤدي العمل بنفسه". كما يجب ألا توجد نية المشاركة بين العامل وصاحب العمل، فتوافر نية المشاركة يحول دون قيام علاقة العمل، وهذا ما أفصحت عنه صراحة المادة ٦٧٤ من التقنين المدني بالنص على أن "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر...". وفي الأخير يجب أن يضع العامل نشاطه ومجهوده تحت تصرف سلطة صاحب العمل وحده أو من ينوب عنه أو أن يشترك فيها مع ممثلين للعمال⁽¹⁾، سواءً كان القيام بالعمل يتم خلال مواعيد معينة يلتزم أثنائها العامل برصد نشاطه ومجهوده لصالح صاحب العمل وحده دون غيره، وفي غيرها من الأوقات يزاول عملاً مستقلاً أو يعمل تحت إشراف صاحب عمل آخر⁽²⁾، أو كان العامل يعمل تحت إدارة صاحب العمل دون التقيد بمواعيد عمل محددة. ومن المفهوم أن إدارة العمل تختلف عن الإشراف على العمل، في أن الإدارة تتعلق بطريقة تنظيم العمل وتنفيذه، فهي تهتم فقط بالنتيجة المرجوة من العمل. بينما الإشراف يتعلق بالتحقق بدقة من تنفيذ شروط التعاقد والالتزام بالأصول المهنية

(1) السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، ص ٣٤.

(2) جلال العدوي، حمدي عبد الرحمن، قانون العمل، القواعد العامة، القواعد الخاصة بالعمل في القطاع العام، المرجع السابق، فقرة ٨١، مثال المحامي الذي يعمل لمصلحة صاحب عمل في أيام محددة في الأسبوع فيعتبر تابعاً لصاحب العمل ويرتبط معه بعلاقة عمل في هذه الأيام فقط، حتى ولو كان له مكتب محاماة مستقل يمارس فيه مهنته في بقية أيام الأسبوع.

والفنية والتقنية، فهو يهتم بكيفية وألية تنفيذ العمل⁽¹⁾. نستخلص إذن ضرورة توافر العناصر السابقة مجتمعة للقول بوجود التبعية القانونية ومن ثم إمكانية القول بانطباق أحكام قانون العمل أو وجود عقد عمل. وفي ذات السياق استقر الفقه الفرنسي بدوره⁽²⁾ على إمكانية اثبات وجود علاقة التبعية القانونية من خلال

(1) مثال مندوب المبيعات الذي تحدد له الشركة التي يعمل فيها العملاء المستهدفين والمطلوب أن يتعاقدوا مع الشركة، فهو يقوم بعمله تحت إدارة الشركة رغم عدم تحديد مواعيد محددة للقيام بعمله.

(2) Michel Despax, L'évolution du rapport de subordination, Droit socail,1982, p.1 et s; Antoine Mazeaud, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 1989, p.85; Alain Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Droit social, 2000, p.131; Emmanuel Dockès, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur , Analyse juridique et valeurs en droit social, Dalloz, 2004, p.203; Elsa Peskine, Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie, RDT 2008, p.371; Emmanuel Dockès, Notion de contrat de travail, Semaine Sociale Lamy,30 mai 2011; n° 1494, p.546; Christophe Radé, Des critères du contrat de travail, Droit social 2013, p 202 ; Etienne Vergès, Contrats sur la recherche et l'innovation, Techniques contractuelles, valorisation de la recherche, transferts de technologies, Dalloz, 2018,n°132.21; Karine LE PETITCORPS, -Sous-direction- Droit du travail au quotidien, Le Lamy Social, 2019,n°105-26; Voir aussi; Aubert-Monpeyssen, Subordination juridique et relation de travail , Thèse Toulouse I, 1985; Guillaume Bredon, L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail, Thèse, Paris 2, 1998; Antoine Mazeaud, Droit du travail, À jour de la loi Travail du 8 août

استنتاج حزمة من القرائن والدلائل المصاحبة للظروف الواقعية التي يتم بموجبها تنفيذ العمل. وتنقسم هذه الدلائل إلى مجموعتين رئيسيتين تمكن من التّأليل على وجود علاقة التبعية: المجموعة الأولى: عناصر تعكس سلطة وسيطرة صاحب العمل على مقدم الخدمة، على سبيل المثال: التعليمات الدقيقة والدائمة حول الكيفية التي يعتمزم بها العامل تنفيذ النشاط، قدرة صاحب العمل على توقيع عقوبة في حالة عدم الامتثال لتوجيهاته. المجموعة الثانية: الشروط المادية لتنفيذ النشاط أو العمل، وتشمل هذه المجموعة جميع القيود التي يضعها صاحب العمل على العامل، مثل الالتزام بساعات العمل، ملابس العمل، مكان العمل، توفير المواد والاستخدام الإجباري من قبل العامل لهذه المواد في العمل، ومن البديهي أن أي عنصر من العناصر السابقة لا يمكن بمفرده أن يثبت توافر علاقة التبعية القانونية، بل لابد من تعاضد أكثر من قرينة أو دليل.

صور التبعية القانونية: يتبين مما تقدّم أن مناط تطبيق قانون العمل هو توافر التبعية القانونية، التي تعني خضوع العامل لسلطة أو إشراف أو إدارة صاحب العمل. والتساؤل الذي يطرح نفسه ماهي صورة تلك التبعية المطلوبة؟ وما هي درجة الإشراف المتطلبة لقيام التبعية القانونية؟ الإجابة على هذا التساؤل تتطلب

2016, L.G.D.J, 2016; Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, Droit du travail 2021, 34^e éd, 2020; Jacqueline Bouton, François Duquesne, Sabrina Mraouahi, Cours de droit du travail, Gualino, 2020; Bernard Gauriau, Michel Miné, Droit du travail, 4e éd, Sirey, 2020; Elsa Peskine, Cyril Wolmark, Droit du travail, 14^e éd, Dalloz, 2020.

بداية التعرف على صور التبعية القانونية، والتي تنقسم بدورها إلى صورتين: الأولى: التبعية الفنية، وهي أقوى أنواع التبعية، والتي تتمثل في إشراف صاحب العمل إشرافاً كاملاً على العمل الذي يلتزم العامل بأدائه، وضرورة خضوع العامل لكل التعليمات والأوامر التي تصدر من صاحب العمل المتعلقة بتفاصيل ودقائق العمل، كما يراقب صاحب العمل تنفيذ العمل بدقة⁽¹⁾. وبطبيعة الحال فإن هذا النوع من التبعية يفترض بدهاء إمام صاحب العمل بالأصول الفنية للعمل الذي يلتزم العامل بالقيام به تحت إشرافه⁽²⁾، كما هو حال الطبيب حديث التخرج الذي يعمل في مستشفى طبيب ذو خبرة وتحت إشرافه وإدارته. والصورة الثانية: هي التبعية الإدارية والتنظيمية وهي تعني خضوع العامل لصاحب العمل في شأن الظروف الخارجية لقيام العامل بعمله المنوط به كتنظيم أوقات وساعات العمل أو مكان العمل وهكذا، دون أن يكون لصاحب العمل إشراف فني على العمل وتنفيذه، وإنما يتمتع العامل بسلطة فنية كاملة في أدائه لعمله⁽³⁾. ومن البديهي أن هذه التبعية لا تتطلب إمام أو مراقبة صاحب العمل للأصول المهنية والفنية للعمل⁽⁴⁾. وقد

(1) عصام سليم، أصول قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، منشأة المعارف، ٢٠٠٦، ص ٤٤٥.

(2) السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، ص ٣٦.

(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل - المصري واللبناني - النظرية العامة لقانون العمل، الدار الجامعية، ١٩٨٣، ص ٣٠٦.

(4) Isabelle DAUGAREILH et Philippe MARTIN, Répertoire de droit du travail, Artiste, mannequin et spectacle, Dalloz, 2003, n°1 ; Jean-

اضطرت أحكام محكمة النقض المصرية على أنه " يكفي للقول بتوافر عنصر التبعية أن تظهر هذه التبعية ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية" (1). والتبعية بهذا المعنى يمكن إثباتها من خلال بعض القرائن كطبيعة الالتزامات المتقابلة بين العامل وصاحب العمل، تنظيم وتحديد ساعات العمل، طريقة تحديد الأجر، الخ.

صور التبعية القانونية بدورها تثير تساؤل هام: هل يشترط لتوافر التبعية القانونية وجود تبعية فنية أم تبعية إدارية وتنظيمية؟ لم يتطلب المشرع المصري أو نظيره الفرنسي سواءً في نصوص قانون العمل أو القانون المدني صورة معينة من صور التبعية فنية كانت أو إدارية وتنظيمية (2). وهو ما أدى إلى انقسام الشراح إلى جانبين. أول -مرجوح- يري ضرورة توافر التبعية الفنية لقيام التبعية القانونية والقول بوجود عقد عمل (3)، وقد تبنته محكمة النقض الفرنسية في أحكام قديمة لها

Emmanuel Ray, Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, op.cit., p.525 et s.

(1) الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٥ أبريل ١٩٧٦؛ الطعن رقم ١٦٨٠٩ لسنة ٨٦ قضائية، الدوائر العمالية، جلسة ٢٠١٨/٠٤/١١.

(2) Samuel Deliancourt, Les critères de détermination d'un lien de subordination entre une personne et une société, Petites affiches, Lextenso, n°236, 2007, p.18.

(3) إدارية عليا، القضية رقم ٦٥٠ / ١٦ / ١٩ / ١١ / ٧٤؛ طعن ٢٢٥ سنة ٤٣ قضائية جلسة ١٨ / ٣ / ٧٨؛ طعن ١٩٣ سنة ٤٥ قضائية جلسة ٢١ / ٥ / ١٩٨٢ مشار إليها لدي السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، هامش ص ٣٧.

أكدت فيها صراحة بانتفاء رابطة التبعية القانونية لعدم توافر التبعية الفنية، وعدم كفاية التبعية الإدارية والتنظيمية، حيث لم تعتبر أن الطبيب مرتبطاً بعقد عمل مع صاحب العمل، رغم تقاضيه أجرًا مقابل عمله، وخضوعه للعمل في المستشفى التابعة لصاحب العمل، وخضوعه لللائحة الداخلية للمستشفى، بزعم أنه يتمتع باستقلال كامل في أداء التزامه الأصلي بالعلاج وبالعناية بالمرضي دون أدنى تدخل من صاحب المستشفى الذي يعمل لديه⁽¹⁾. بيد أن هذا الاتجاه لم يُكتب له الذيوع والانتشار؛ فتطلب التبعية الفنية للقول بتوافر التبعية القانونية يستلزم ضرورة إلمام صاحب العمل بالأصول الفنية والمهنية للعمل الذي يقوم به العامل، وهو أمر مستحيل التحقق في كثير من الحالات؛ ومن ثم فإن اشتراط التبعية الفنية للقول بوجود تبعية قانونية يُضيق حتمًا من نطاق تطبيق قانون العمل. لذا عدّلت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الاتجاه المضيق واستقرت أحكامها على الاكتفاء بتوافر التبعية التنظيمية والإدارية للقول بوجود التبعية القانونية⁽²⁾. في حين ذهب جانب

(1) Cass, Civ, 17 Mars, 1937 مشار إليه لدي السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، هامش ص ٣٩.

(2) Cass., Soc. 19 janvier 1983, n° 81-10.483, Bull. civ, p.15 ; Cass., Soc. 21 juillet 1986, n° 84-15.405, Bull. civ, p.323; Cass., Soc. 30 novembre 1989, n° 86-19.277 ; Cass., Soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. n° 386 ; Cass., Soc. 19 décembre. 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437 ; Cass, 2° Ch. civil, 21 Septembre 2004, n° 03-30.144 ; Cass, 2° Ch. civil, 14 juin 2006, no 04-30.71 ; Cass.,

ثانٍ -راجع- في الفقه⁽¹⁾ والقضاء المصري⁽²⁾ والفرنسي⁽³⁾ للقول بأن التبعية القانونية تتوافر بوجود التبعية الإدارية والتنظيمية دون حاجة للتبعية الفنية، وأكد أنصار هذا الاتجاه على أن كفاية التبعية الإدارية والتنظيمية لتوافر علاقة التبعية

Soc., 18 juin 2008, n° 07-41.888 ; Cass, 2° Ch. civil, 22 janvier 2009, n° 07-19.039 ; Cass., Soc. 28 novembre 2018, n°1737, pourvoi n° 17-20.079, publié au Bulletin.

(1) إسماعيل غانم، قانون العمل، مكتبة سيد عبد الله وهبة ١٩٦١، ص ١١٤؛ عبد الودود يحيي، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤، ص ١٢٠؛ حسن كبير، أصول قانون العمل، منشأة المعارف، ١٩٧٩، ص ٤٥؛ محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٢، ص ٤٩٣؛ حمدي عبد الرحمن، شرح أحكام قانون العمل دار نصر للطباعة، ١٩٩٨، ص ٧٠؛ السيد عيد نايل، قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٧؛ جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، التزام العامل بالإعلام قبل التعاقد والحماية القانونية للحياة الخاصة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ٢٠٠٩، ص ٢٢٨.

(2) نقض مدني في ٢٩/٣/١٩٦٧ مجموعة النقض المدني ١٨-١٠٦-٦٨٨؛ نقض مدني ٢ فبراير ١٩٧٢ مجموعة النقض المدني ٢٣-١٩-١٢١؛ طعن ١٨٤٢ سنة ٤٩ قضائية جلسة ١١/٦/١٩٨٤ عصمت الهواري الجزء السادس ص ٩٢٨؛ طعن ١٨٦٢ سنة ٥٠ قضائية جلسة ١٦/٦/١٩٨٦ عصمت الهواري الجزء السابع، ص ١٣؛ طعن ٢٢٥ سنة ٤٣ قضائية جلسة ١٨/٣/١٩٨٧ عصمت الهواري الجزء الثالث ص ١٩؛ طعن ٤٦٣ سنة ٦٩ قضائية جلسة ٢٧/١/٢٠٠٠، مجلة نادي القضاة س ٣٢ العدد الأول ص ٥٧٧؛ مشار إليها لدي السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، هامش ص ٣٧ و ٣٨.

(3) Cass., Soc. 16 mars 2010, no 09-12.529; Cass., Soc. Décembre 2013, no 12-20.866; Cass., Soc. 2 mars 2016, no 14-23.602.

القانونية ولإسباغ وصف العمل على العلاقة التعاقدية، تؤدي بطبيعة الحال إلى التوسيع من نطاق قانون العمل، ليشمل عدد أكبر من أصحاب المهن الحرة، رغم استقلالهم في أداء عملهم من الناحية الفنية⁽¹⁾؛ طالما كانوا خاضعين لصاحب العمل من الناحية الإدارية والتنظيمية، كالمحامين الذين يعملون لدى الشركات التجارية، والمهندسين الذين يعملون لدى مقاولين، والأطباء الذين يعملون في المستشفيات؛ فمناط اعتبارهم أو عدم اعتبارهم خاضعين لعلاقة عمل هو توافر أو تخلف مظاهر التبعية الإدارية والتنظيمية بحقهم⁽²⁾؛ لذلك فإن إثبات رابطة التبعية الناجمة عن علاقة العمل هي واقعة قانونية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات⁽³⁾. كما أن البحث عن مدي توافر التبعية التنظيمية والإدارية من عدمه مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الموضوع⁽⁴⁾، دون رقابة عليه من محكمة النقض⁽⁵⁾. على عكس الحال إذا ما تطلبت المحكمة توافر التبعية الفنية ولم تكن

(1) Laurent Gamet, Subordination du gérant mandataire non salarié, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, Lextenso, n° 01, 2019 p.7.

(2) السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، هامش ص ٤٠.

(3) محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، المرجع السابق، ص ٣٠.

(4) Violaine Kocher, L'intervention du juge dans le contrat, Revue des contrats, n°1, 2013, p.235.

(5) Cass. Soc., 1^{er} décembre. 2005, Bull. 2005, n° 349.

بالتبعية التنظيمية والإدارية فتكون قد أخطأت في تطبيق القانون، وتخضع بذلك لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

مدي ملاءمة التبعية التقليدية لتكييف العلاقة التعاقدية بين السائق والمنصة الرقمية: بعد الانتهاء من دراسة التبعية المطلوبة في عقد العمل التقليدي، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه، هل تصلح التبعية التقليدية لتكييف العلاقة التعاقدية بين السائق والمنصة الرقمية؟ وإذا كانت الإجابة بصلاحياتها، فأى نوع من التبعية. الاقتصادية أم القانونية؟ أم تبعية ذات طبيعة خاصة؟ الإجابة على هذه الأسئلة أدت إلى انقسام الفقه إلى فرق أربع.

الفريق الأول: يعتقد أنصاره⁽²⁾ أن معيار التبعية القانونية بالمفهوم التقليدي يُصلح لتكييف علاقة العمل بين المنصة الرقمية -صاحب العمل عن بُعد- وبين السائق -العامل عن بُعد-؛ استنادًا إلى إجماع الفقهاء على هجر معيار التبعية الاقتصادية⁽³⁾. غير أن هذا الرأي يُعاب عليه تجاهله التام لخصوصية العقد المبرم

(1) مدني ١٣ فبراير ١٩٦٣، مجموعة النقض المدني ١٤-٣٣-٢٣٩؛ مشار إليه لدي السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، هامش ص ٤٠.

(2) حمدي احمد سعد، العمل عن بُعد، ذاتيته - تنفيذه، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، العدد الثالث والعشرون، الجزء الثالث، ٢٠٠٨، ص ٦١.

(3) Paul-Henri ANTONMATTEI, Jean-Christophe SCIBERRAS, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la

بين المنصة الرقمية والسائق، كَوْن السائق يُمارس عمله عن بُعد، ومن ثم لا يخضع لإشراف ورقابة المنصة الرقمية بالمفهوم التقليدي⁽¹⁾؛ ومن ثم فالتبعية القانونية بالمعنى المستقر عليه فقهاً وقضاءً عاجزة عن تكييف علاقة التبعية في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق⁽²⁾؛ خاصة بعد التطور الهائل في مفهوم الرقابة الاليكترونية (La télésurveillance)؛ التي أدت إلى اختفاء أو ضعف العلاقة المباشرة بين العامل وصاحب العمل، حيث برزت طائفة أخرى من العمال عن بُعد، كسائقي المنصات الرقمية، يعملون لمصلحة المنصة الرقمية ويخضعون للتوجيه والإشراف بطرق ووسائل مختلفة عن الوسائل التقليدية والمتعارف عليها، والتي تُمكن المنصة الرقمية -صاحب العمل عن بُعد- من مراقبة السائق -العامل

Solidarité, 2008, p.1à 44 ; Jérôme Huet, La relation qu'une plateforme entretient avec ceux qui s'exécutent pour elle peut être requalifiée en contrat de travail, Revue des contrats, Lextenso, n° 03, 2019, p.40.

⁽¹⁾ Patrick Cingolani, Le « salarié autonome » et la solidarité des employeurs dans l'obligation juridique, Des droits contre l'opacité et la fragmentation des collectifs de travail au XXIe siècle, Droit social, Dalloz, 2018, p.246 ; Jean-Guy Huglo, Take Eat Easy : une application classique du lien de subordination, Semaine Sociale Lamy, n° 1842-1843, 24 décembre 2018, p.3 ; Héloïse Petit, Nadine Thévenot, Les nouvelles frontières du travail subordonné, Approche pluridisciplinaire, 2006.

⁽²⁾Gerard Lyon-Caen, Jean Pélissier, Alain Supiot, Droit de travail, 19^e édition, Dalloz, Précis 1999, p119.

عن بُعد- رقابة إلكترونية لحظية⁽¹⁾. إذن يبدو من العسير الاعتراف بمعيار التبعية القانونية بمفهومها التقليدي لوصف العلاقة التعاقدية بين المنصة والسائق بأنها علاقة عمل⁽²⁾. مما يضطرنا للبحث عن مفهوم آخر للتبعية، قادر على استيعاب هذا النوع المختلف والمستحدث من علاقات العمل، وقادر على التمييز بين العامل المستقل والعامل عن بُعد بأجر-السائق⁽³⁾، وقادر على تحقيق التوازن العقدي بين المنصة الرقمية-صاحب العمل عن بُعد- وحققها في الرقابة والإشراف وحق السائق-العامل عن بُعد- من الاستفادة بأحكام ومزايا وضمانات قانون العمل.

الفريق الثاني: يري أنصار هذا الفريق⁽⁴⁾ أن التبعية المطلوبة في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق هي التبعية الاقتصادية⁽⁵⁾، طالما أن السائق قد تنازل عن جانب من حريته الشخصية، بأن وضع نفسه تحت إدارة وإشراف المنصة الرقمية

(1) مالك حمد أبو نصير، محمد عبدالحفيظ المناصر، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل عن بعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(2) Cédric Jacquelet, La notion de subordination face à l'économie numérique, op.cit., p.4.

(3) Chauchard Jean-Pierre et Hardy-Dubernet Anne-Chantal, L'autonomie du salarié, La Documentation Française., coll.« cahier travail et emploi », 2003, p.312.

(4) Alain Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, op.cit., p.131.

(5) Gaëtan Guerlin, Quels sont les critères de la dépendance économique ? op.cit., p.7.

مقابل حصوله على الأجر⁽¹⁾. ويؤسس أنصار هذا الفريق وجهة نظرهم بقياس العمل بواسطة المنصات الرقمية، على العمل من المنزل، فكلاهما من صور العمل عن بُعد؛ فكما تم الاكتفاء بالتبعية الاقتصادية لإثبات رابطة التبعية في العمل من المنزل، باعتباره أحد صور العمل عن بُعد، فيمكن الاكتفاء بالتبعية الاقتصادية لإثبات رابطة التبعية بين المنصة الرقمية والسائق؛ استنادًا على تعريف العمل في المنزل الذي جاءت به المادة الأولى فقرة ٣ من الاتفاقية بشأن العمل في المنزل رقم ١٧٧ لسنة ١٩٩٦ بأنه ذلك: "العمل الذي يؤديه الشخص في المنزل أو في أماكن مغايرة لأماكن عمل صاحب العمل نظير أجر يؤدي مقابل إنتاج أو خدمة ... ما لم يتمتع هذا الفرد بدرجة من الاستقلالية وخاصة الاقتصادية لاعتباره عاملاً مستقلاً بمقتضى القوانين أو اللوائح الوطنية أو أحكام المحاكم"⁽²⁾. فوفقًا لأنصار هذا الفريق⁽³⁾ فإن النص السابق أعتمد صراحة رابطة التبعية الاقتصادية وأشترط أن يتم العمل لمصلحة صاحب العمل، وبمقابل أجر، دون اشتراط توافر عنصر الرقابة والاشراف من جانب صاحب العمل؛ بهدف توفير الحماية القانونية والاجتماعية

(1) نبيل بوحميدي، التأصيل لإبرام عقد عمل عن بعد وإمكانية إثباته، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، ٢٠١٣، ص ٨٤.

(2) مؤتمر العمل الدولي، الاتفاقية رقم ١٧٧ لسنة ١٩٩٦ بشأن العمل في المنزل، ص ١.

(3) Olivier Rivoal, La dépendance économique en droit du travail, op.cit., p.891.

المطلوبة لعمال المنازل الذين تجب مساواتهم بالعامل العادي⁽¹⁾. ومن ثم يمكن قياس كل صور العمل عن بُعد على العمل من المنزل، مما يسمح بكفاية التبعية الاقتصادية لإثبات علاقة العمل لسائقي المنصات الرقمية⁽²⁾. غير أن سهام النقد التي طالت معيار التبعية الاقتصادية في عقد العمل التقليدي⁽³⁾، تجعل من الصعب قبوله كمعيار لتكييف العلاقة التعاقدية بين المنصة الرقمية والسائق.

الفريق الثالث: يرى أنصار هذا الفريق أن التبعية في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق، ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين التبعية الاقتصادية والقانونية⁽⁴⁾؛

(1) عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(2) Jacques Barthélémy, Réforme du droit social et efficacité économique, Revue française d'économie, 2008, pp.57-88 ; Paul-Henri Antonmattei ; Jean-Christophe Sciberras, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Droit sociale, 2009, p.221 ; Olivier Leclerc et Thomas Pasquier, La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé, RDT 2010, p.83.

(3) انظر اعلاه الفقرة رقم ٢٧.

(4) حمدي احمد سعد، العمل عن بُعد، ذاتيته - تنفيذه، المرجع السابق، ص ٧٧؛ عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المرجع السابق، ص ١٤٢؛ نبيل بوحميدي، التأصيل لإبرام عقد عمل عن بعد وإمكانية إثباته، المرجع السابق، ص ٨٣. نجلاء توفيق نجيب فليح، ناديه محمد مصطفى قزمار، التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٠٩؛ ممدوح محمد علي مبروك، التبعية في نطاق علاقة العمل الفردية دراسة تحليلية في نطاق قانون العمل المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص ١٧.

حيث أن السائق -العامل عن بُعد- يؤدي العمل المنوط به لمصلحة المنصة الرقمية -صاحب العمل عن بُعد-، ملتزمًا بقواعدها وتعليماتها، وخاضعًا لرقابتها وإشرافها وإلا تعرض للجزاء في حالة المخالفة، رغم كونه يتمتع بقدر من الحرية في تنظيم مكان وساعات العمل؛ وبذلك تتوافر التبعية القانونية في العلاقة بين المنصة الرقمية والسائق. كما يؤكد أنصار هذا الفريق على توافر التبعية الاقتصادية في العلاقة بين المنصة الرقمية والسائق جنبًا إلى جنب بجوار التبعية القانونية⁽¹⁾؛ استنادًا إلى أن العمل الذي يقوم به السائق لمصلحة المنصة الرقمية يتوافر فيه عنصري العمل لمصلحة المنصة الرقمية -صاحب العمل عن بُعد-، والأجر الذي يحصل عليه السائق -العامل عن بُعد- مقابل خضوعه وتنفيذه لتعليمات وأوامر المنصة الرقمية، واعتبار أن ذلك الأجر هو مصدر دخله الوحيد.⁽²⁾ ومن ثم فإن التبعية الاقتصادية والقانونية تظهر بوضوح في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق، ولا يشترط اجتماعهما لانطباق قانون العمل بل يكفي توافر أحدهما، ومن ثم فإن التبعية المطلوبة في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق قد تكون تبعية قانونية، أو تبعية اقتصادية أو مزيج بينهما. ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره

(1) Elsa Peskine, Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie, op.cit.,

p.371 ; Jacques Barthélémy, Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle, Les cahiers du DRH, n° 144, juin 2008, p.35.

(2) Nicolas Anciaux, Entre subordination et indépendance, réflexions sur les contrats de travail, d'entreprise et de mandat, op.cit., p.157.

باستخدام محكمة النقض الفرنسية لمصطلح حالة التبعية *État subordination de* في أحد أحكامها وليس رابطة التبعية، مما يُنبئ عن رغبتها الواضحة في التركيز على الظروف الواقعية في تحليل العلاقة التعاقدية ووصفها كعلاقة عمل، مهما كانت نوعية الرابط في العلاقة سواءً قانونية أم اقتصادية⁽¹⁾. غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به؛ لأنه يجمع كل أوجه النقد التي وجهت للفريق الأول المناادي بالتبعية القانونية التقليدية، وكذلك أوجه النقد التي وجهت للفريق الثاني المناادي بالتبعية الاقتصادية؛ وهو ما دفع الشّراح للبحث عن معيار آخر.

الفريق الرابع: أنصار التبعية القانونية بالمفهوم الحديث (التبعية عن بُعد):
يرى أنصار هذا الاتجاه⁽²⁾ أن اعتماد معيار التبعية الاقتصادية أو معيار التبعية القانونية بالمفهوم التقليدي أو الجمع بينهما لا يصلح لتكييف رابطة التبعية في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق لعدة أسباب: **الأول:** على الرغم من حداثة النسبية للعقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق، إلا إنه يندرج تحت العقود

(1) Cass. Soc., 18 janvier, 2012, n° 10-20.161 ; Cass. Soc., 25 janvier 2012, n° 10-13.858.

(2) Isabelle de Benalcázar, Droit du travail et nouvelles technologies, Gualino Business, 2003, p.64; François Duquesne, le droit du travail nouveau, 7^e éd, lextenso, 2011, p.91; Jean-Emmanuel Ray, **Le nécessaire renouvellement du droit du travail**, Droit Social, Dalloz, 2019, p.522.

الواردة على العمل⁽¹⁾، لكنه يتميز ببعض الخصائص التي تجعله يفترق عن عقد العمل التقليدي، وخاصة انتفاء رابطة التبعية القانونية بالمفهوم التقليدي. **الثاني:** أن تلك المعايير الكلاسيكية- التبعية الاقتصادية والتبعية القانونية بالمفهوم التقليدي- تتجاهل سمة البعد المميزة للعقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق، سواء البعد عن مقر المنصة الرقمية -صاحب العمل- أو عدم وجود مقر من الأساس للقيام بالعمل، غير أن ذلك البعد لم يمنع المنصة الرقمية من ممارسة سلطتها في المتابعة والرقابة والاشراف على السائق من خلال وسائل المراقبة الاليكترونية الحديثة⁽²⁾. **الثالث:** أن تبني تلك المعايير الكلاسيكية يؤدي إلى صعوبة التفرقة بين العامل التابع والعامل المستقل؛ نظرًا لما يتمتع به السائق -العامل عن بُعد- من حرية واستقلالية في القيام بعمله. **الرابع:** أن بعض التشريعات الحديثة لم تتطلب صراحة في العمل عن بُعد وجود تبعية قانونية أو اقتصادية، وإنما أكدت على إمكانية الرقابة من خلال وسائل الاتصال الحديثة⁽³⁾، فعلى سبيل المثال نجد أن تعريف منظمة العمل الدولية للعمل من المنزل باعتباره أحد صور العمل عن

(1) خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أثر التقدم التكنولوجي على تطور أحكام عقد العمل عن بُعد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص ٧٧؛ محمد عبد الحفيظ المناصير، النظام القانوني لعقد العمل عن بُعد دراسة في القانون المقارن، الجامعة الأردنية، العدد الأول، المجلد ٤٦، ٢٠١٩، ص ٢٤٨.

(2) Voir, Astaix Anthony, Contrôle de la durée du travail : conditions d'utilisation d'un GPS, Dalloz actualité, 14 novembre 2011.

(3) Rodolphe Martinier, Uber : sous le voile numérique, le lien de subordination, Gazette du Palais, n°20, 2 juin 2020, p.71.

بُعد، لم يُشترط فيه وجود تبعية قانونية أو اقتصادية بقولها إن العمل من المنزل هو ذلك "العمل الذي يؤدي بعيدًا عن المقر الرئيسي أو مواقع الإنتاج، بحيث يؤدي العامل عمله منعزلاً عن الاتصال ببقية العمال، غير أنه يمكنه الاتصال بهم وبصاحب العمل من خلال وسائل الاتصال الحديثة". وكذلك تعريف الاتفاق النموذجي الأوروبي الصادر في ٢٥ يوليو ٢٠٠٢ في مادته الثانية للعمل من المنزل بأنه "العمل الذي يؤديه العامل التابع أو المستقل باستخدام وسائل الاتصال السلوكية أو اللاسلوكية...."⁽¹⁾. كما يؤكد أنصار هذا الفريق وجهة نظرهم بأن المشرع الفرنسي قد أنتصر للمفهوم الحديث للتبعية القانونية أو التبعية عن بُعد وأعتبر أن العلاقة علاقة عمل فيما يتعلق بالعمال من المنزل في المادة ل٧٤١٢ فقرة ١ من قانون العمل الفرنسي، متجاهلاً تماماً توافر التبعية القانونية بالنسبة للعمال من المنزل ولم يشترط في رب العمل أن يقوم بالإشراف والرقابة التقليدية المعتادة على العامل⁽²⁾. وأخيراً المادة ٢ من القرار الوزاري لوزير الموارد البشرية والتوظيف الاماراتي رقم ٧٨٧ لسنة ٢٠١٧ في شأن تنظيم العمل عن بُعد بدورها، قد اعترفت للعمال عن بُعد بنفس المركز القانوني للعمال التقليدي حيث نصت أنه " يُعتبر كل من يؤدي عمله وفقاً لنظام العمل عن بُعد من ضمن العاملين بالمنشأة، فيما لهم

(1) L'accord cadre sur le télétravail du 16 juillet 2002, art 3.

(2) "L'article L7412-1 de Code du travail (Il n'y a pas lieu de rechercher: a) S'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique, b) S'il travaille sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage...)".

من حقوق وما عليهم من واجبات مقررة في قانون تنظيم علاقات العمل...". بناءً على الأسباب السابقة مجتمعة، يمكن التأكيد على أن التبعية المطلوبة في عقد العمل عن بُعد أو العقد المبرم بين المنصة والسائق هي التبعية القانونية بالمفهوم الحديث أو "التبعية عن بُعد"، فما المقصود بها إذن؟

المقصود بالتبعية القانونية بالمفهوم الحديث أو "التبعية عن بُعد": رغم المزايا التي يقدمها العمل عن بُعد والعمل من خلال المنصات الرقمية لكل من العامل وصاحب العمل، إلا أنه ساهم في صعوبة أو استحالة المراقبة والإشراف المادي المباشر من قِبَل صاحب العمل أو المنصة الرقمية للعامل أو السائق⁽¹⁾؛ مما ترتب عليه ظهور نوع جديد من الرقابة غير المباشرة باستخدام وسائل الاتصال عن بُعد⁽²⁾، وهو ما نتج عنه ميلاد مفهوم "التبعية عن بُعد" ليلائم خصوصية العمل عن بُعد⁽³⁾. ويمكن تعريف التبعية عن بُعد بأنها تلك الرقابة الاليكترونية التي تُمكن صاحب العمل عن بُعد من ممارسة سلطة الرقابة والإشراف اللحظية والمكانية على العامل عن بُعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة⁽⁴⁾. والتبعية عن بُعد بهذا المعني

(1) محمد عبد الحفيظ المناصير، النظام القانوني لعقد العمل عن بُعد دراسة في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(2) حمدي احمد سعد، العمل عن بُعد، ذاتيته - تنفيذه، المرجع السابق، ص ١١.

(3) Maud Simonet, Subordination, dépendance et bénévolat, Réflexions depuis l'autre frontière du salariat, Droit social, Dalloz, 2018, p.239.

(4) Monein David, Le télétravail : Le nécessaire création du statut spécifique, 2006, p.24 ; voir aussi Françoise Favennec-Héry, Pierre-

رغم تعددها وتنوع صورها، فجميعها تتفق في الاعتماد على شبكة الانترنت⁽¹⁾، لذا فمن المتصور أن تُمارس "التبعية عن بُعد" من خلال برامج مدمجة على الحاسب الآلي الذي يسلمه صاحب العمل للعامل، أو من خلال تحميل مثل هذه البرامج على الحاسب الشخصي للعامل⁽²⁾، أو من خلال منصة رقمية تابعة لصاحب العمل عن بُعد، يقوم العامل بالعمل من خلالها مباشرة، أو من خلال تحميل تطبيق تابع لتلك المنصة الرقمية على هاتفه الذكي؛ ومن ثم يظل العامل عن بُعد خاضعاً لإشراف ورقابة صاحب العمل عن بُعد دون حاجة إلي التواجد المادي في مقر صاحب العمل، فتتحقق الرقابة اللحظية لأداء ونشاط العامل بفضل تلك التكنولوجيا المستخدمة في المراقبة والمتابعة⁽³⁾. كما تسمح تلك الوسائل والوسائط والتقنيات الرقمية والالكترونية والانظمة الذكية لصاحب العمل عن بُعد من متابعة إنجاز العامل لعمله الكترونياً، من خلال التأكد من التزامه بساعات العمل عن بُعد وتأدية وإنجاز عمله المنوط به، وقياس إنتاجية العامل عن بُعد، والتأكد من جودة ودقة

Yves Verkindt, Droit du travail, L.G.D.J, 2020 ; Jean–Emmanuel Ray, Droit du travail : droit vivant 2021, Connaître, mais surtout comprendre le droit du travail d'aujourd'hui, Liaisons, 2020.

(1) علا فاروق عزام، المسؤولية القانونية في عقد العمل عن بُعد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١٢، ص ٤٨.

(2) Yann–Maël LARHER, Les relations numériques de travail, Thèse, Université Paris II– Panthéon–Assas, 2017, p.196.

(3) مالك حمد أبو نصير، محمد عبدالحفيظ المناصر، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل عن بعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦٨.

المهام الموكلة إليه، كما يمكن لصاحب العمل توقيع العقاب على العامل من خلالها⁽¹⁾. ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن معيار "التبعية عن بُعد" يتميز بأنه يمنح قاضي الموضوع سلطة تقديرية لتكييف العلاقة التعاقدية في العمل عن بُعد، والتحقق من وجود رقابة اليكترونية من قبل صاحب العمل عن بُعد من خلال تقييم جميع الظروف المرتبطة بتلك العلاقة التعاقدية⁽²⁾، كوسائل الرقابة والاشراف الإليكترونية المستخدمة، أليات الرقابة الإليكترونية، طريقة تنظيم العمل عن بُعد، مدي الاستقلالية الزمانية والمكانية للعامل عن بُعد في ادائه لعمله، وغيرها⁽³⁾.

بعد استعراض مفهوم التبعية عن بُعد يمكن القول إن الاعتماد على وسائل الاتصال الرقمية الحديثة كان له بالغ الأثر في تطور علاقة التبعية القانونية بمفهومها التقليدي، إلى تبعية بالمفهوم الحديث أو "التبعية عن بُعد" والتي يمكنها تكييف العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق⁽⁴⁾، حيث لم يمنع البُعد المكاني

(1) Pascal Lokiec, De la subordination au contrôle, Semaine Sociale Lamy, 4 février 2019, n ° 1847, p.1.

(2) نجلاء توفيق نجيب فليح، نادية محمد مصطفى قزمار، التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(3) Eric A. Caprioli, Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes « informatiques », Petites affiches, lextenso, 29 septembre, 2004, n°195 p.7.

(4) Bernard BOSSU, Nouvelles technologies et surveillance du salarié, RJS 8-9/2001, p.663; Christophe Radé, Nouvelles technologies de

للسائق عن المنصة الرقمية من ممارسة تلك الأخيرة لسلطتها في الرقابة والإشراف من خلال وسائل وتقنيات الاتصال الرقمية⁽¹⁾. ومن جانبنا ننحاز للمفهوم الحديث للتبعية القانونية أو "التبعية عن بُعد" في تكييف العلاقة بين صاحب العمل عن بُعد والعامل عن بُعد ، وأبين المنصة الرقمية والسائق، لأن ما يميز عقد العمل عن بُعد أو العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق هو في حقيقة الأمر المرونة في تنفيذ العمل وتنظيمه وليس جوهر العمل ذاته، وتلك المرونة لا تنفي تبعية السائق للمنصة الرقمية⁽²⁾، وهو ما يعني أن الرقابة المادية لصاحب العمل التقليدية التي كان يباشرها بنفسه في أماكن العمل التابعة له، قد تم استبدالها بالرقابة والتوجيه من خلال وسائل الاتصال الرقمية الحديثة التي تعتمد على شبكة الانترنت، والتي توفر مراقبة ومتابعة لحظية لأداء ومكان السائق، وتضمن وجود اتصال دائم بين المنصة الرقمية والسائق؛ بما يُمكنها من ممارسة سلطتها في الرقابة والإشراف على السائق. فالتبعية القانونية بالمفهوم الحديث أو التبعية عن بُعد، تصلح إذن من وجهة نظرنا لتكييف العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق؛ حيث يمكن للمنصة الرقمية ممارسة الرقابة والإشراف وتوقيع العقاب من خلال وسائل الاتصال والمراقبة الرقمية.

l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, Droit social, 2002, p.26.

(1) فاروق محمد الأباصيري، محمد عمار تركمانية غزال، تأثير الإنترنت على عقد العمل، دراسة في القانون القطري والفرنسي، المجلة القانونية والقضائية لوزارة العدل القطرية، ٢٠١٨، ص ٥٢.

(2) Pascal Lockiec, De la subordination au contrôle, op.cit., n° 1841.

ما سبق ذكره سلفاً، هو الموقف الفقهي السائد قبل صدر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠، بخصوص تكييف العلاقة التعاقدية بين المنصة الرقمية والسائق. فماذا عن الموقف القضائي السابق، هذا ما سوف يكون محلاً للمعالجة في المطب القادم.

المطلب الثاني

الموقف القضائي السابق لحكم محكمة النقض الفرنسية

الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠

تمهيد: بعد الانتهاء من دراسة الموقف الفقهي السابق لحكم محكمة النقض الفرنسية في تكييف العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق، سوف نستعرض موقف محاكم الموضوع ومحاكم الاستئناف لبعض الدول التي تعرضت لتحليل العلاقة التعاقدية بين المنصة الرقمية والسائق؛ حتى نقف على التطور القضائي للمسألة محل البحث، ثم نستعرض اتجاه محاكم الموضوع والاستئناف الفرنسية؛ لكي يتضح بجلاء أهمية حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠.

أمثلة لبعض الدول التي رفضت الاعتراف بصفة العامل لسائق المنصة الرقمية: يمكن القول إن بعض محاكم الموضوع والاستئناف لبعض الدول، قد تبنت الموقف الفقهي الرافض لاعتبار العلاقة التعاقدية بين المنصة الرقمية والسائق علاقة عمل. فعلى سبيل المثال رفضت محكمة العمل في بروكسل بموجب حكم صدر في ١٦ يناير ٢٠١٩، تكييف العلاقة التعاقدية بين شركة أوبر (Uber) والسائقين التابعين لها كعقد عمل تأسيساً على: احترام الإرادة الصريحة المعلنة من قِبل الطرفين في العقد المبرم بينهما بعدم وجود عقد عمل، كَوْن السائق غير مُلزم بالاتصال بالمنصة الرقمية لأوبر (Uber) في أوقات محددة، الحرية التي يتمتع بها السائق

في عدم اتباع الطريق الذي تقترحه منصة أوبر (Uber)، قدرة السائق على العمل لمنصة منافسة وتفويض غيره في القيادة، وفي الأخير لم تشترط المنصة على السائق ارتداء زي معين يرمز إلي الشركة⁽¹⁾. وفي ذات السياق صدرت ثلاثة أحكام ابتدائية من محاكم مختلفة في هولندا، حكمان يتعلقان بشركة Deliveroo وهي شركة تعمل في مجال توصيل الوجبات السريعة. وفي القضية الأولى رفضت محكمة كانتون أمستردام، في حكم صدر في ٢٣ يوليو ٢٠١٨، اعتبار العقد المبرم بين منصة Deliveroo وعامل التوصيل عقد عمل؛ على أساس أن الشخص المسؤول عن التوصيل يمكنه رفض تنفيذ أوامر صاحب العمل، كما يمكنه العمل بالزي والمعدات التي يختارها ضمن الحد المتوافق مع متطلبات السلامة. وفي القضية الثانية، أكدت ذات المحكمة موقفها الراض لتكييف العلاقة بين السائق والمنصة الرقمية كعلاقة عمل بموجب حكم صادر في ١٥ يناير ٢٠١٩ في سياق دعوى جماعية أقامتها نقابة عمالية لعمال توصيل المنصات الرقمية⁽²⁾. كما رفضت محكمة كانتون أمستردام، بموجب حكم صادر في ١ يوليو ٢٠١٩ اعتبار العقد المبرم بين عامل التنظيف ومنصة Helpling الرقمية التي تقدم خدمات التنظيف، عقد عمل؛ حيث أثبتت المحكمة أن عامل التنظيف كان يتمتع بالحرية

(1) Citée par Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, 2020, p.46.

(2) Citée par Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.50.

الكاملة في ادائه لنشاطه⁽¹⁾. وفي إيطاليا رفضت محكمة ميلانو في ١٠ سبتمبر ٢٠١٨ ومحكمة الاستئناف في تورين في قرار صادر في ٤ فبراير ٢٠١٩ اعتبار مقدمي خدمات منصات foodora و Foodinho -منصات تعمل في توصيل الوجبات السريعة- عمال، كما رفضت تكييف العقد المبرم بينهم وبين المنصات كعقد عمل. وتم تبرير الأحكام الراضة بالحرية التي يتمتع بها مقدمي الخدمات؛ حيث لم يكن أي منهم ملزماً بأداء الخدمة من قبل المنصة. وقد ذكرت محكمة تورين، التي أيدت محكمة الاستئناف قرارها، أن صفة الحرية التي يتمتع بها مقدمي الخدمات، تعتبر حاسمة في حد ذاتها في استبعادهم من الخضوع للسلطة الإدارية والتنظيمية للمنصة التي لا تمارس سلطة التوجيه والتنظيم⁽²⁾. وفي اسبانيا صدر حكم محكمة مدريد في ٣ سبتمبر ٢٠١٨ بشأن عامل توصيل تابع لشركة Glovo -منصة تعمل في توصيل الوجبات السريعة- أكدت فيه صراحة أن السائق التابع للمنصة يتمتع بالفعل بوصف العامل لحسابه الخاص، وأن العلاقة التعاقدية بينه وبين المنصة لا تشكل علاقة عمل. وقد بررت المحكمة حكمها بأن السائق كانت لديه القدرة على اختيار جدول عمله، ومسار رحلته، كما كانت لديه إمكانية رفض الرحلة المقترحة عليه دون توقيع أي عقوبة، كما كان مالكاً للأدوات عمله (وسائل

(1) Ibid., p.51.

(2) Daniela Leonardi, Annalisa Murgia, Marco Briziarelli and Emiliana Armano, The ambivalence of logistical connectivity: a co-research with Foodora Riders, Work Organisation, Labour & Globalisation, Vol. 13, n°.1, Pluto Journals, 20, pp.155-171.

التنقل والهاتف المحمول)، وكان مسئولاً بشكل مباشر أمام العميل عن إكمال الرحلة بنجاح وعن أي خسارة أو تلف للبضائع التي يقوم بنقلها⁽¹⁾. وفي ذات السياق رفضت محكمة ولاية فلوريدا بالولايات المتحدة الامريكية في حكمها الصادر في ١ فبراير ٢٠١٧ اعتبار العلاقة علاقة عمل بين السائق ومنصة أوبر (Uber)، مبررة حكمها بالحرية التي يتمتع بها السائق في تنظيم أوقات عمله وحرية في تحديد جدولته الزمني للعمل⁽²⁾. هذا عن الموقف القضائي لمحاكم بعض الدول، فماذا عن موقف القضاء الفرنسي؟

موقف محاكم الموضوع الفرنسية: فيما يتعلق بالاتجاه المستقر لمحاكم الموضوع الفرنسية قبل صدور حكم محكمة النقض الفرنسية، يمكن التأكيد أن غالبية المحاكم كانت ترفض وبشدة تكييف العلاقة التعاقدية بين المنصات الرقمية والسائقين التابعين لها كعلاقة عمل⁽³⁾، فلم تعترف أي محكمة موضوع بصفة العامل لسائق

(1) Citée par Marie–Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.48.

(2) Citée par Kieran Van Den Bergh, Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie, Revue de droit du travail, 2018, p.318.

(3) Citée par Marie–Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.18.

المنصة الرقمية⁽¹⁾. فعلى سبيل المثال نجد المحكمة العمالية بباريس قد رفضت تكييف العلاقة التعاقدية كعلاقة عمل بالنسبة لسائقي المنصة الرقمية التابعين للشركة الفرنسية (Le CAB) والتي تعمل في مجال خدمة نقل الركاب، على غرار منصة أوبر (Uber) في خمس قضايا عام ٢٠١٤، ٢٠١٦، ٢٠١٧، ٢٠١٧⁽²⁾. كما أكدت المحكمة موقفها الراض مرة أخرى عام ٢٠١٨ عندما قضت بعدم وجود علاقة عمل أو وجود لعقد عمل بين منصة (TokTokTok)⁽³⁾ والسائقين التابعين لها، وهي منصة متخصصة في توصيل طلبات الوجبات الجاهزة للمنازل بواسطة سائقي الدراجات النارية والهوائية، بيد أنه لم تكن أي من هذه الأحكام محلًا للطعن سواءً أمام محاكم الاستئناف أو أمام محكمة النقض. وقد أستند قضاة محكمة الموضوع في رفضهم لتكييف العلاقة التعاقدية كعلاقة عمل بين المنصات الرقمية ومستخدميها بطريقة مهنية بهدف الربح-السائقين- للأسباب التالية: الحرية التي يتمتع بها السائقين في اختيار القيام أو عدم القيام بالعمل، الحرية التي يتمتع بها السائقين في تنظيم أوقات عملهم، الحرية في ممارسة نفس النشاط مع منصة أخرى

(1) Alexandre Fabre, Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français, Revue Droit social, 2018, p.547.

(2) CPH Paris, 28 mars 2014, n° 13/05344 ; CPH Paris, 14 avril. 2014, n° 13/11372 et n° 13/11376 ; CPH Paris, 5 septembre.2016, confirmé par CA Paris, 9 nov. 2017, n° 16/12875 ; CPH Paris, 1er juin 2015 confirmé par CA Paris, 7 janvier. 2016, n° 15/06489.

(3) CPH Paris, 1er février. 2018, n° 14/16311, pas d'appel.

منافسة وعدم جود لشرط عدم المنافسة في العقود المبرمة بينهم. كما أعتبر قضاة الموضوع أن القيود التي يدعيها السائقين ويطلبون بناءً عليها تكييف العلاقة التعاقدية بعلاقة عمل: كقدرة المنصة على تحديد الموقع الجغرافي، وتحديد الأسعار وتعديلها، لا تشكل في حقيقة الأمر ممارسة لسلطة التوجيه أو الرقابة من قبل المنصة، ولكن هي مسائل تنظيمية مفروضة بهدف سلامة وكفاءة الخدمة المقدمة من قبل المنصة الرقمية⁽¹⁾. وللوهلة الأولى قد تبدو أسباب محاكم الموضوع ذات منطوق يجافيه الخطأ؛ وهو ما دفع محاكم الاستئناف إلى تبني موقف محاكم الموضوع الراضى للاعتراف بصفة العامل لسائق المنصة الرقمية، حتى أصبح الاتجاه القضائي المستقر هو الرفض. وقد تأكد هذا الموقف صراحة على مستوى محاكم الاستئناف في حكم شهير صدر في ٢٠ أبريل ٢٠١٧، عندما رفضت محكمة استئناف باريس تكييف العلاقة بين المنصة الرقمية لشركة Take Eat Easy وسائقيها كعلاقة عمل، ولم تعترف بوجود عقد عمل بين المنصة الرقمية والسائقين التابعين لها⁽²⁾. وتعود وقائع القضية إلى أن منصة Take Eat Easy والتي تستخدم تطبيق اليكتروني يسمح للمستهلكين أن يطلبوا من خلاله توصيل الوجبات التي تقدمها المطاعم المسجلة لدي المنصة، قد أعلنت عن وجود فرص

(1) Laurent Gamet, Plateformes numériques et contrat de travail, op.cit., p.1.

(2) CPH Paris 27 juin 2019 n°17/01613, 17/01611 ; 17/01650 et 17/01602, instance en cours en appel ; CPH Nice, 22 janvier 2019, n°18/00663.

للعمل لصالحها على مواقع الإنترنت المتخصصة، وقد تقدم بالفعل أحد عمال التوصيل للعمل لصالح المنصة ونفذ الخطوات اللازمة لتسجيله كرائد أعمال مستقل⁽¹⁾ (Auto-Entrepreneur)⁽²⁾ كما اشترطت عليه المنصة، وأبرم بالفعل الطرفان بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١٦ عقد تقديم خدمات لتوصيل الوجبات الجاهزة⁽³⁾، وبتاريخ ٢٧ أبريل ٢٠١٦ طلب عامل التوصيل من المحكمة العمالية تكييف العقد المبرم بينه وبين المنصة كعقد عمل⁽⁴⁾، بيد أن محكمة الموضوع لم تجبه لطلبه، فتقدم باستئناف أمام محكمة استئناف باريس التي رفضت هي الأخرى إجابة طلبه بتاريخ ٢٠ أبريل ٢٠١٧، بعد أن فحصت شروط ممارسة نشاط توصيل الطعام بالدراجات الهوائية نيابة عن شركة Take Eat Easy⁽⁵⁾ وانتهت في حكمها إلي عدم وجود عقد عمل بين السائق وبين المنصة الرقمية استنادًا للأسباب التالية:

(1) هذا النوع من الأشخاص لا يخضع بشكل كامل لأحكام قانون العمل.

(2) Laurence FIN-LANGER, Les livreurs à vélo de la plateforme Take Eat Easy en liquidation judiciaire sont des salariés, La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 17 Décembre 2018, p.1347.

(3) Laurent Gamet, Plateformes numériques et contrat de travail, op.cit., p.1.

(4) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.21.

(5) Nicolas Anciaux, Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 12 Mars 2020, Lexis Nexis, p.174.

السبب الأول: أكدت محكمة الاستئناف على انتفاء علاقة التبعية القانونية الدائمة بين المنصة والمسئول عن التوصيل، الذي قام بتسجيل نفسه في السجل التجاري كصاحب عمل مستقل -رائد أعمال مستقل-؛ إعمالاً للمادة 6-8221 L من قانون العمل التي تفترض عدم وجود علاقة عمل لطائفة من الأشخاص من بينهم رائد الأعمال المستقل⁽¹⁾؛ ومن ثم استنتجت المحكمة أن عامل التوصيل لا يمكن اعتباره عاملاً تابعاً للمنصة الرقمية⁽¹⁾.

(1) "L' article L8221-6 du code du travail, Modifié par loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011 - art. 125 dispose que "I. - Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription : 1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ; 2° Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 213-11 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ; 3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ; 4° Les personnes physiques relevant de l'article L. 123-1-1 du code de commerce ou du V de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996

السبب الثاني: أكدت المحكمة أن شركة Take Eat Easy تعمل في مجال توصيل وجبات الطلبات الجاهزة، بوصفها مجرد وسيط في سوق الاقتصاد التعاوني، من خلال استخدام منصة رقمية وتطبيق بهدف ربط المطاعم الشريكة بالعملاء الذين يطلبون وجبات الطعام، بسائقي الدراجات الهوائية والنارية، باعتبارهم رجال أعمال مستقلين؛ فالمنصة ماهي إلا حلقة وصل في العلاقة بين المطاعم والعملاء الذين يحتاجون إلى سائقي التوصيل للوجبات التي يطلبونها⁽²⁾.

السبب الثالث: أكدت المحكمة أنه من الشائع في مجال المنصات الرقمية العاملة في مجال النقل، أن تشترط الأخيرة على راغبي التعاقد معها بغرض الربح، أن يكتسب صفة رائد الأعمال المستقل، ومن ثم فالمسئول عن التوصيل لا يمكنه أن يكتسب صفة العامل بأجر؛ وبالتالي فالمكافأة المحددة في العقد المبرم بينهما بمبلغ سبعة يورو ونصف، كمقابل يحصل عليه المسئول عن التوصيل عن كل رحلة، لا يمكن أن تشكل مؤشراً على وجود عنصر الأجر المزعوم. وأن هذا التحديد المسبق للمقابل المالي للمسئول عن التوصيل، مرتبط بنظام تحرير الفواتير الذاتي الموجود في المنصة، والمتفق عليه في العقد المبرم بين الأطراف؛ لأسباب تتعلق بكفاءة

relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat....".

(1) Catherine Courcol–Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.3.

(2) Catherine Courcol–Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.7.

وجودة خدمات المنصة، والتي يجيزها القانون تحديداً في مثل هذا النوع من الأعمال⁽¹⁾.

السبب الرابع: أكدت المحكمة أنه وفقاً لعقد تقديم الخدمة الموقع بين الطرفين يختار المسئول عن التوصيل أو مقدم الخدمة (Le prestataire) ساعات العمل المناسبة له بحرية تامة⁽²⁾، والتي يتعهد خلالها بتقديم جهده لصالح المنصة، كما يمكنه تعديل الفترة الزمنية المناسبة له بشرط إخبار المنصة بحد أقصى ٧٢ ساعة قبل بدء تقديم الخدمة. كما يجب أن يكون جاهزاً لتقديم الخدمات من خلال توفير معدات التوصيل ودراجته وهاتفه الذكي المحمل بتطبيق Take Eat Easy في موعد أقصاه ١٥ دقيقة قبل بدء الخدمة، وإذا لم يوافق السائق خلال خمس دقائق من إخطاره عرض التسليم المقترح عليه عبر التطبيق التابع للمنصة، يُعتبر كأنه رفض القيام بخدمة التوصيل⁽³⁾.

السبب الخامس: أكدت محكمة الاستئناف أن الشخص المسئول عن التوصيل يعمل بأجهزته ومعداته الخاصة (دراجته الخاصة، ملحقات الأمان الخاصة به، أدوات الإصلاح، الخوذة، السترة العاكسة) في حين لا تقدم الشركة سوي الحقيبة

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.10.

(2) Franck Héas, L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail, Semaine Juridique Social - LexisNexis, 2009, pp.11-14.

(3) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.11.

الخاصة بتسليم الطلبات والهاتف الذكي إذا لزم الأمر؛ وبالتالي لا يمكن اعتبار المنصة صاحب عمل بالمعنى الدقيق، طالما كانت أدوات العمل مملوكة للعامل⁽¹⁾

السبب السادس: استنتجت المحكمة من وقائع الدعوي أن العقوبات التي توقع على المسئول عن التوصيل، والتي يمكن أن تصل إلي حد إنهاء عقده المبرم مع المنصة دون إشعار رسمي، ليست في حقيقتها عقوبات توقعها المنصة الرقمية باعتبارها صاحب العمل؛ وإنما هي جزاءات توقع على عاتق المسئول عن التوصيل في حالة مخالفته لأحد الالتزامات التعاقدية في العقد المبرم وبين المنصة: كعدم وجود المعدات المطلوبة لخدمة التوصيل أو كونها لا تفي بالمعايير القانونية والتنظيمية لا سيما فيما يتعلق بالسلامة، إتيان المسئول عن التوصيل سلوك غير لائق أو غير مهذب تجاه عملاء الشركة أو المديرين أو الموظفين، أو عدم امتثاله لقواعد المرور، تنازل المسئول عن التوصيل عن أداءه لالتزاماته الناشئة عن العقد إلى طرف ثالث سواءً بمقابل أو بدون مقابل. وفي غير هذه الحالات، يمكن لكل من الطرفين إنهاء العقد عن طريق إرسال إشعار غير رسمي قبل مرور فترة ٦ أشهر من تاريخ سريان العقد⁽²⁾.

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.11.p.13.

(2) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.11.p.14.

السبب السابع: أكدت محكمة الاستئناف أن الشخص المسئول عن التوصيل - مقدم الخدمة- يتمتع بحرية مطلقة في إبرام عقد مشابه مع أي شركة منافسة⁽¹⁾، وبالتالي فإن شركة Take Eat Easy لا تتمتع بشرط عدم المنافسة أو الاحتكار تجاه مقدم الخدمة⁽²⁾؛ وهو ما يعتبر دليلاً على انتفاء علاقة التبعية بين المنصة وبين المسئول عن التوصيل.

السبب الثامن: تبنت محكمة الاستئناف موقف المنصة الرقمية التي نفت عن نفسها وصف تقديم خدمة منظمة (Service organisé) عبر منصتها الرقمية؛ حيث لا تمارس الأخيرة سلطة الرقابة والتوجيه على السائق؛ ومن ثم استنتجت محكمة الاستئناف أن المسئول عن التوصيل المتعاقد مع المنصة الرقمية لا يمكن اعتباره يعمل لدي خدمة منظمة (Service organisé) ، والذي يعتبر العمل فيها دليلاً على وجود علاقة عمل⁽³⁾. من جماع هذه الأسباب استنتجت محكمة الاستئناف انتفاء علاقة التبعية بين المنصة الرقمية والمسئول عن التوصيل، ومن ثم تكييف العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة كعقد تقديم خدمة، وليس كعقد عمل، وأن المسئول عن التوصيل يعتبر كمقدم خدمة أو رائد أعمال مستقل، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره عاملاً تابعاً بأجر. كما انتهت إلى أن المنصة الرقمية لا

⁽¹⁾Isabelle Desbarats, Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? op.cit., p.971.

⁽²⁾ Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.15.

⁽³⁾ Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.16.

يمكن اعتبارها هي الأخرى صاحب عمل عن بُعد، وإنما هي مجرد وسيط افتراضي يستفيد من خدمات الاقتصاد الرقمي. بيد أن محكمة النقض الفرنسية عندما عُرض عليها الأمر في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨ كان لها رأيًا آخر، تناقشه بالتفصيل في المبحث الثاني، قبل التعرض للحكم الأشهر الصادر من محكمة النقض الفرنسية بخصوص منصة أوبر (Uber) في ٤ مارس ٢٠٢٠.

المبحث الثاني

تكيف محكمة النقض الفرنسية للعلاقة التعاقدية لسائقي

المنصات الرقمية

تمهيد وتقسيم: قبل استعراض حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بخصوص منصة أوبر (Uber) في ٤ مارس ٢٠٢٠، باعتباره الحكم الأشهر في تاريخ المنصات الرقمية، نستعرض حكم محكمة النقض الفرنسية الذي يُمكن وصفه بالتاريخي في قضية منصة Take Eat Easy الصادر في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨⁽¹⁾، الذي أعترف لأول مرة في تاريخ المنصات الرقمية، بوصف العامل لسائق المنصة الرقمية؛ كما يمكن وصفه بأنه انتصاراً لعمال المنصات الرقمية أحد أهم صور العمل عن بُعد. ورغم كونه الحكم الأول من نوعه، فلم يحظ بشهرة حكم منصة أوبر (Uber) لأسباب تتعلق بالمنصة وأسباب تتعلق بالحكم ذاته. فبالنسبة للمنصة: تتمتع الأخيرة بشهرة عالمية في مجال خدمات النقل، كما تنتشر فروعها في أغلب دول العالم، كما تتميز بضخامة حجم القيمة السوقية في السوق العالمي، إضافة إلى الحجم الهائل لعدد الرحلات التي تقوم بها المنصة في اليوم الواحد، وعدد مستخدمي المنصة سواءً بغرض الربح-السائقيين- أو بغرض الاستفادة من خدماتها-الركاب. وبالنسبة للحكم: أكتسب الحكم أهمية وشهرة رغم كونه الثاني من نوعه بخصوص المنصات الرقمية لعدة أسباب: الأول: كونه يمثل الاتجاه

(1) Cass, Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, P-B-R-I.

الحديث والمستقر لمحكمة النقض الفرنسية، خاصة بعد أن قضت المحكمة العمالية بباريس بعدم اعتبار العلاقة بين منصة أوبر (Uber) وسائقها علاقة عمل، مما قد يمثل خرجًا على حكم محكمة النقض في قضية Take Eat Easy. الثاني: اهتمام الشراح الفرنسيين بالحكم وانقسامهم بين مؤيد ومعارض، وقد ظهر ذلك الانقسام جليًا في تعليقات الفقهاء على الحكم⁽¹⁾. الثالث: الحكم أدي لظهور مفهوم جديد في المجال القانوني وهو مفهوم (L'ubérisation)⁽²⁾ والذي يُقصد به

⁽¹⁾Alexandre Fabre, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? op.cit., p.166; Patrice Le Maigat, Marché du travail et plates-formes numériques : les coursiers en roue libre ? op.cit., p.15 ; Calinaud David, En question : les plateformes d'intermédiation sont-elles créatrices de salariés ? Communication Commerce électronique, op.cit., p.73.

⁽²⁾ Conseil national du numérique, "Neutralité des plateformes, Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable", rapport remis au ministre de l'économie, du redressement productif et du numérique - mai 2014 ; le rapport au premier ministre sur l'économie collaborative de février 2016 par Pascal Terrasse, député de l'Ardèche, le rapport de l'IGAS établi en mai 2016 par Nicolas Amar et Charles Viossat sur Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale; Le rapport réalisé pour l'Institut de l'Entreprise et Terra Nova par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette en janvier 2017 intitulé "Travailler au XXIème Siècle - L'ubérisation de l'économie ?" et le document d'études n°2013 d'août 2017 de la DARES sur l'Économie des plateformes .

إمكانية إسباغ علاقة العمل على العلاقة التعاقدية بين أي منصة رقمية والمتعاقدين معها للقيام بعمل أو تقديم خدمة⁽¹⁾. وعليه سوف نُقسم هذا المبحث إلى مطلبين. نعالج في المطلب الأول: اعتراف محكمة النقض الفرنسية بصفة العامل لسائق منصة أوبر (Uber). ثم نتطرق في المطلب الثاني: لتقييم حكم محكمة النقض الفرنسية. بيد أنه يبدو من الأوفق أن تُسبق تلك المعالجة بتحليل لحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية شركة Take Eat Easy في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨؛ كتوطئة هامة وضرورية لفهم واستيعاب أهمية حكم محكمة النقض الفرنسية الخاص بمنصة أوبر (Uber) والصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠.

مضمون حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية منصة Take Eat Easy:

اعترفت الغرفة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية بكامل هيئتها لأول مرة⁽²⁾ بوجود

(1) تجدر الإشارة أن مفهوم "L'ubérisation" هو مصطلح جديد، ذاع استخدامه في فرنسا بعد المقابلة التي أجرتها جريدة الفاياننشال تايمز في ديسمبر ٢٠١٤ مع مورييس ليفي رجل الأعمال الفرنسي ورئيس الجمعية الفرنسية للمؤسسات الخاصة (AfeP). ويُقصد به نموذج العمل التجاري الذي يعتمد على المنصة الرقمية والتي يتميز بعدة خصائص: كون المنصة الرقمية تهدف لربط العميل بمزود الخدمة، اعتماد المنصة الرقمية على نظام تحديد الموقع الجغرافي، الاتصال الفوري بين العميل والمنصة، تقييم العميل لمقدم الخدمة والمنصة.

(2) Note explicative relative à l'arrêt n°1737 de la Chambre sociale du 28 novembre 2018, 17-20.07 ; Barbara Gomes, Take Eat Easy : une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes, Semaine Sociale Lamy, n° 1847, 4 février 2019, p.5.

علاقة عمل بين المنصة الرقمية Take Eat Easy وعامل التوصيل التابع لها⁽¹⁾، واعتبرت أن العقد المبرم بين المنصة الرقمية وبين عامل التوصيل عقد عمل، وذلك في حكم هام صدر في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨⁽²⁾.

تسبب حكم محكمة النقض: أكدت محكمة النقض في حيثيات حكمها وبعد الاطلاع على حكم محكمة الاستئناف الذي قضي بأن علاقة المنصة الرقمية التابعة لشركة Take Eat Easy والقائم بالتوصيل، لا يصدّق عليها تكييف وصف علاقة العمل، تكييف جانبه الصواب؛ مما يستتبع نقضه للأسباب التالية:

السبب الأول: أكدت محكمة النقض أن مسألة تكييف العقد مسألة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يمكن للقاضي إعادة تكييف العقد في كل وقت، ووصفه بالوصف الصحيح، وإن كان مغايراً لوصف أو تكييف الأطراف. كما أن القول بوجود علاقة عمل من عدمه لا يعتمد على الإرادة التي عبر عنها الطرفان ولا على الوصف الذي أسبغوه على اتفاقهم؛ ولكن العبرة بالظروف التي يتم فيها تنفيذ النشاط⁽³⁾، وبالنظر في شروط تنفيذ عامل التوصيل لعمله مع المنصة، أهدرت المحكمة

(1) Samia Msadak, La Cour de cassation reconnaît le statut de salarié aux livreurs à vélo d'une plateforme numérique, Bulletin Joly Travail n°01, 2019, p.7 ; Vincent Roche, Travailleurs indépendants et plateformes numériques : l'union impossible ? Le cas de Take Eat Easy, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 21 Janvier 2019, p.46.

(2) Cass, Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, P-B-R-I.

(3) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.3.

تكيف الاطراف بأن العقد المبرم بينهما عقد تقديم خدمة، ولا يمثل عقد عمل، وأن علاقاتهم التعاقدية ليست علاقة عمل.

السبب الثاني: أكدت محكمة النقض أن المنصة لا تقوم بدور الوسيط لتبادل المعلومات والخدمات في العالم الافتراضي، ولكن تقوم بتبادل السلع والخدمات في العالم المادي؛ ومن ثم فهي تمثل قيمة حقيقية مضافة في الاقتصاد الرقمي، خاصة وأنها هي من يخلق العرض، وتقوم بدور أكثر بكثير من ربط العرض بالطلب كما وصفتها محكمة الاستئناف. كما أكدت المحكمة نفيها لوصف المنصة بالوسيط؛ اعتمادًا على أن نشاط عمال التوصيل لا يوجد إلا بفضلها، ومن ثم لا يمكن اعتبارها وسيط، فهي لاعب رئيسي في خلق فرص العمل لعمال التوصيل⁽¹⁾.

السبب الثالث أثبتت محكمة النقض أن المنصة فيما يتعلق بالأجر والذي يشكل أحد عناصر عقد العمل، استخدمت نظام النقاط (un système de bonus) لتحديد المقابل الذي يحصل عليه عامل التوصيل، والذي يزيد أو ينقص بناءً على السرعة في توصيل الطلبات⁽²⁾، فكلما زاد عدد طلبات التوصيل زاد أجره؛ لذلك استنتجت المحكمة أن المقابل الذي يحصل عليه عامل التوصيل، يشكل أجرًا بالمعنى المتعارف عليه، ولا يُغير من طبيعته الطريقة التي يُحدد بها⁽³⁾، كما أكدت

(1) Ibid., p.8.

(2) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.14.

(3) Marie Peyronnet, Take Eat Easy : les livreurs autoentrepreneurs sont subordonnés, Dalloz actualité 12 décembre 2018, n° 17-20.079, p.2.

أن هذا الأجر رغم اختلاف طريقة تحديده عن المؤلف، فهو يشير إلى وجود علاقة تبعية اقتصادية بين عامل التوصيل والمنصة الرقمية⁽¹⁾.

السبب الرابع: أكدت محكمة النقض أن حرية عامل التوصيل في اختيار ساعات العمل، والتي اعتمدت عليها محكمة الاستئناف لنفي علاقة التبعية بينه وبين المنصة مسألة نسبية، ومن ثم فلا يمكن اعتبارها دليل على عدم التبعية القانونية⁽²⁾؛ خاصة وأن عامل التوصيل لا يمكنه تغيير ساعات العمل التي سبق وأبلغها للمنصة إلا قبل ٧٢ ساعة كما هو منصوص في العقد المبرم بينهما؛ وبالتالي لا يمكن اعتبار الحرية التي يتمتع بها عامل التوصيل حرية بالمعنى الحقيقي، تصلح لنفي علاقة التبعية بينه وبين المنصة⁽³⁾.

السبب الخامس: أثبتت محكمة النقض أن عامل التوصيل ليس حرًا تمامًا في اختيار الأدوات التي يرغب في استخدامها لأداء عمله، وهو ما يترتب عليه اثبات علاقة التبعية، خلافًا لما توصلت إليه محكمة الاستئناف⁽⁴⁾. حيث أكدت محكمة النقض أن توفير المنصة الرقمية لحقيبة التوصيل التي تحمل شعارها، والهاتف

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.11.

(2) Laurent Gamet, Le livreur à vélo, la plateforme et le droit du travail, AJ contrat, Dalloz, 2019, p.46.

(3) Mme Salomon, Rapport, Décision attaquée : 20 avril 2017 de la cour d'appel de Paris, n° B1720079, p.2.

(4) Catherine Courcol-Bouchard, Avis de l'avocat général, op.cit., p.13.

الذكي الذي يربط المنصة بعامل التوصيل، له أهمية لا يمكن إنكارها في إثبات علاقة التبعية القانونية بين المنصة وعامل التوصيل. كما أكدت المحكمة أن المنصة تمارس سلطتها الرقابية على أدوات العمل، من خلال قيام الأخيرة بفحص وتقييم حالة الدراجة التي سوف يستخدمها حصرياً عامل التوصيل قبل توقيع العقد؛ لذلك فهو ليس حرّاً تماماً في اختيار الأدوات التي يرغب في استخدامها لأداء عمله⁽¹⁾؛ مما يثبت تبعيته القانونية للمنصة.

السبب السادس: أكدت محكمة النقض أن المنصة تملك سلطة توقيع الجزاء في حالة مخالفة عامل التوصيل لتعليمات وأوامر المنصة⁽²⁾، كما في حالة عدم رد عامل التوصيل على هاتفه أثناء اتصاله بالمنصة، أو رفضه توصيل وجبات لأماكن معينة، أو قيامه بالتوصيل دون ارتداء الخوذة، أو الاحتفاظ بتفاصيل العميل بعد انتهاء طلب التوصيل، أو توصيل الطلبات باستخدام سيارة بدلاً من الدراجة، أو في حالة رفضه لأربع طلبات توصيل، ففي مثل هذه الحالات يمكن للشركة إلغاء حسابه من على المنصة ومنعه من الوصول للتطبيق⁽³⁾. ومن المسلم

(1) Ibid., p.13.

(2) Mme Salomon, Rapport, Décision attaquée : 20 avril 2017 de la cour d'appel de Paris, op.cit., p.2.

(3) Jean-Baptiste Davoine, Livreurs à vélo : vers une reconnaissance du statut de salarié, Editions Législatives, 2018, p.28.

به أن سلطة توقيع العقاب من أهم عناصر علاقة التبعية التي تدل على وجود علاقة عمل بين المنصة الرقمية وعامل التوصيل⁽¹⁾.

السبب السابع: أكدت محكمة النقض وإن اضطرت أحكامها⁽²⁾ على أن شرط عدم المنافسة يعتبر مؤشراً على وجود علاقة التبعية القانونية، فإن غيابه لا يمكن أن يستبعدا، خلافاً لما انتهت إليه محكمة الاستئناف؛ وبالتالي فإن الممارسة الموازية للنشاط المهني من قبل عامل التوصيل لمنصة منافسة لمنصة Take Eat Easy تعتبر معيار غير فعال لاستبعاد وجود عقد عمل⁽³⁾. كما أضافت المحكمة أنه على الرغم من عدم وجود شرط عدم المنافسة أو الاحتكار لمقدم الخدمة في العقد المبرم بينه وبين منصة Take Eat Easy، فإنه في حقيقة الأمر لا يمكنه القيام بخدمة منصة أخرى في ذات الوقت الذي يقدم فيه خدماته لصالح منصة Take Eat Easy.

السبب الثامن: أكدت محكمة النقض أن الشخص المسؤول عن التوصيل يمثل جزءاً من خدمة تنظمها المنصة، فهو يعمل لدي خدمة منظمة مزوده بنظام تحديد

(1) Mme Salomon, Rapport, Décision attaquée : 20 avril 2017 de la cour d'appel de Paris, op.cit., p.2.

(2) Cass, Soc. 15 mars 2006, n° 04-47.379 ; Cass, Soc. 28 avril 2011, n°10-15.573, Bull. 2011, V, n° 100 ; Cass, Soc. 19 juin 2013, n°12-17.913.

(3) Mme Salomon, Rapport, Décision attaquée : 20 avril 2017 de la cour d'appel de Paris, op.cit., p.2.

الموقع الجغرافي الذي يسمح لها بمراقبة العامل أثناء قيامه بخدمة التوصيل⁽¹⁾. ورغم أن هذا الوصف غير كافٍ وحده لاعتبار القائم بالتوصيل عاملاً، لكنه يمثل قرينة على وجود علاقة التبعية⁽²⁾. لذا اعتبرت المحكمة أن عامل التوصيل، لا يمكن اعتباره عاملاً مستقلاً، وإنما عاملاً بأجر. وانتهت للقول بأن نفي محكمة الاستئناف لكون العلاقة التعاقدية بين العامل والمنصة علاقة عمل في ضوء الظروف السابقة، يشكل مخالفة صريحة لنصوص القانون وخاصة المادة-8221 من قانون العمل مما يستوجب نقض الحكم⁽³⁾.

بعد استعراض موقف محكمة النقض الفرنسية بخصوص حكم منصة Take Eat Easy ننقل إلى دراسة الحكم الأشهر في تاريخ المنصات الرقمية، الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٤ مارس ٢٠٢٠ والخاص بمنصة أوبر (Uber).

(1) Vincent Roche, *Travailleurs indépendants et plateformes numériques : l'union impossible ?* La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 21 Janvier 2019, p.46; P. Adam, *Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié...*, Lexbase Hebdo, éd. Soc., n° 766, 20 décembre 2018, cité par Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.25 ; Benjamin Krief, *En étant un travailleur « contraint », le chauffeur Uber devient un salarié*, Bulletin Joly Travail n°02, 2019, p.8.

(2) Catherine Courcol-Bouchard, *Avis de l'avocat général*, op.cit., p.17.

(3) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.21.

المطلب الأول

اعتراف محكمة النقض الفرنسية بصفة العامل لسائق منصة

أوبر (Uber)

تمهيد وتقسيم: ظل الاتجاه القضائي مستقرًا بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية المتعلق بمنصة Take Eat Easy في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨⁽¹⁾، إلى أن عُرِضت مسألة تكييف العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر (Uber) وسائقيها أمام محكمة استئناف باريس في ١٠ يناير ٢٠١٩⁽²⁾ وترقب الجميع قرار محكمة الاستئناف باهتمام بالغ؛ خاصة بعد أن قضت المحكمة العمالية بباريس في حكمها الصادر عام ٢٠١٨ بعدم اعتبار العلاقة بين منصة أوبر (Uber) والسائقين التابعين لها علاقة عمل⁽³⁾. لذا كان قرار محكمة الاستئناف محل اهتمام شديد من جموع الفقهاء والقضاة، الذين ثار في أذهانهم التساؤل التالي: هل ستؤيد محكمة الاستئناف حكم محكمة الموضوع الراض لتكييف العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر

⁽¹⁾Catherine Courcol-Bouchard, Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat, Revue de droit du travail, Dalloz, 2018, p.812 ; Christophe Radé, La Cour de cassation et la théorie de l'évolution, Droit social, Dalloz, 2018 p.213.

⁽²⁾ Natalie Grange, Plateformes numériques, Bulletin des Transports et de la Logistique, n° 3723, 4 février 2019, p.2.

⁽³⁾ Conseil de prud'hommes de Paris, 28 juin 2018, n° 17/04674.

(Uber) وسائقها بعلاقة عمل؟ أم أنها ستحترم الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية؟ والذي اعترفت فيه بوجود عقد عمل بين منصة Take Eat Easy وعمال التوصيل التابعين لها. لذلك كان حكم محكمة الاستئناف بمثابة أول اختبار حقيقي لحكم محكمة النقض الفرنسية الأول من نوعه الصادر في قضية Take Eat Easy. حيث طرح للنقاش السؤال حول مدى أهمية حكم النقض الصادر في قضية Take Eat Easy، والذي اعترف بوجود علاقة عمل لعمال توصيل المنصة الرقمية، وهل يمثل هذا الأخير استثناءً وخروجًا على المستقر قضائيًا-قبل حكم محكمة النقض في ٢٠١٨- في عدم الاعتراف بعلاقة العمل لسائقي المنصات الرقمية؟ بعبارة أخرى هل يمثل حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية Take Eat Easy حكمًا شاذًا لا يُعبر عن موقف محكمة النقض؟ أم أنه يُعبر عن الاتجاه الجديد لمحكمة النقض؟ جاء الجواب قاطعًا لا يقبل الشك من جانب محكمة استئناف باريس التي أقرت بوجود عقد عمل بين السائق ومنصة أوبر (Uber) في ١٠ يناير ٢٠١٩⁽¹⁾، وأيدتها محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠، الذي يمكن وصفه بالأهم في تاريخ عمال المنصات الرقمية؛ باعتباره ترسيخًا للاتجاه الجديد لمحكمة النقض، وانتصارًا لعمال المنصات الرقمية العاملة في مجال خدمات النقل.

(1) Natalie Grange, Plateformes numériques, op.cit., p.2.

لذلك سوف نستعرض ونحلل حكم محكمة النقض الفرنسية التاريخي الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠⁽¹⁾ بشأن تكييف العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر (Uber) وسائقيها من خلال التطرق إلي: ملخص الحكم والوقائع في فرع أول، ثم نتبعه بفرع ثانٍ نخصه للأسباب التي أبدتها محكمة الاستئناف ودفاع منصة أوبر (Uber) وموقف محكمة النقض.

(1) Cour de cassation – Chambre sociale, Arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

الفرع الأول

ملخص الحكم ووقائع قضية منصة أوبر (Uber)

تمهيد وتقسيم: يبدو من المناسب قبل التعرض لتفاصيل الحكم والوقائع أن نشير إلى تعريف منصة أوبر (Uber) لنفسها، لما لهذا التعريف من أهمية في فهم الوقائع وتفهم دفاع المنصة. فقد عرّفت منصة أوبر (Uber) نفسها بأنها مزود خدمة لصالح السائقين، تلعب دور الوساطة الإلكترونية بين الراكب والسائق، الذي يستفيد من خدمات المنصة من خلال التحميل المجاني للتطبيق التابع للمنصة على هاتفه الذكي، والذي يقوم بالتوقيع على العقد المقترح من قبل المنصة، بعد تقديم المستندات المطلوبة بموجب القانون مثل رخصة القيادة، رخصة السيارة، التأمين على السيارة، الخ⁽¹⁾. بعد أن استعرضنا تعريف منصة أوبر (Uber) لنفسها، سوف نعالج أولاً: ملخص حكم محكمة النقض الفرنسية ثم نستعرض ثانياً: وقائع قضية منصة أوبر (Uber) .

أولاً: ملخص حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠:

تستخدم شركة أوبر (Uber) فرنسا، منصة رقمية وتطبيقاً من أجل التواصل مع العملاء، بهدف توفير خدمات النقل للركاب، ويقوم سائقي أوبر VTC⁽²⁾ بتنفيذ

(1) Françoise Champeaux, Un contrat de travail sans obligation de travailler ? Semaine Sociale Lamy, n°1896, p.1.

(2) VTC : Il s'agit d'une Voiture de transport avec chauffeur, ou Véhicule de Tourisme avec Chauffeur.

خدمة نقل الركاب بواسطة المنصة الرقمية والتطبيقَ باعتبارهم عمال مستقلين يعملون لحسابهم الخاص. وقد قام أحد السائقين بعد الإغلاق النهائي لحسابه من قِبَل منصة أوبر (Uber) فرنسا، بتقديم طلب للمحكمة العمالية لاعتبار العلاقة التعاقدية بينه وبين المنصة عقد عمل وطالب بسرّيان أحكام قانون العمل عليه، بيد أن المحكمة رفضت إضفاء وصف العامل على سائق منصة أوبر (Uber) فرنسا، وتمت إحالة الدعوي لمحكمة باريس الاستئنافية بتاريخ ١٠ يناير ٢٠١٩ التي قضت بأن عقد الشراكة الذي أُبرم بين السائق والشركة يرقى إلى اعتباره عقد عمل⁽¹⁾. طعنّت المنصة في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض، وبتاريخ ٤ مارس ٢٠٢٠ قررت محكمة النقض الفرنسية تأييد حكم محكمة الاستئناف في تكييفها للعلاقة التعاقدية بين منصة أوبر (Uber) فرنسا، والسائق الذي يقدم خدماته لمصلحة الشركة بأنها علاقة عمل تخضع لأحكام قانون العمل، واعترفت بدورها بأن العقد المبرم بين السائق والمنصة يمثل بالفعل عقد عمل.

وهي تعني سيارة سياحية بسائق، أو سيارة بسائق: وهي سيارات تقوم بنفس خدمات سيارة الاجرة العادية - التاكسي - غير أنها تتميز بالحجز الاليكتروني المسبق للرحلة قبل القيام بها، بواسطة الراكب.

(1) Thomas Pasquier, Les plateformes numériques dans la tourmente : À propos de l'arrêt Uber rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019, Semaine Sociale Lamy, n° 1845, 21 janvier 2019, p.2.

ثانيًا: وقائع قضية منصة أوبر (Uber)

تتلخص الوقائع⁽¹⁾ في أن:

أولًا: بتاريخ ١٢ أكتوبر ٢٠١٦ بدأ أحد الأشخاص بمزاولة عمله كسائق، باستخدام المنصة الرقمية لشركة أوبر (Uber) فرنسا، بعد أن استأجر سيارة من شريك لمنصة أوبر (Uber)، وذلك بعد التوقيع على نموذج تسجيل الشراكة الصادر عن المنصة، وبعد أن قام بتسجيل نفسه بالفعل في السجلات التجارية، كعامل مستقل، يعمل في نشاط نقل الركاب بسيارة الأجرة الخاصة به⁽²⁾.

ثانيًا: في شهر أبريل ٢٠١٧ قامت منصة أوبر (Uber) فرنسا، بإلغاء حساب السائق المتعاقد معها بشكل نهائي؛ مما حرمه من إمكانية تلقي طلبات رحلات جديدة⁽³⁾.

ثالثًا: قام السائق برفع دعوي أمام المحكمة العمالية في باريس يطلب فيها اعتبار العلاقة التعاقدية بينه وبين المنصة عقد عمل، وطالب بالتعويض عن فصله تعسفيًا. وقد رفضت المحكمة تدخل الاتحاد العام لاتحاد القوى العاملة في القضية

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (pourvoi n°19-13.316), Arrêt Uber, formation plénière du 13 février 2020, p. 2 et s.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(3) Ibid.

المعروضة، وقضت بتاريخ ٢٨ يونيو ٢٠١٨⁽¹⁾ باستبعاد وجود علاقة عمل بين السائق وبين منصة أوبر (Uber) في حكمها الصادر للأسباب التالية: أن منصة أوبر (Uber) تعتبر مجرد وسيط بين مشغلي خدمات النقل والمستخدمين الذين يرغبون في الاستفادة من هذه الخدمات، غياب الرقابة من جانب المنصة على السائق أثناء قيامه بتوصيل الركاب، عدم وجود أي التزام على السائق بالعمل في فترة معينة أو ضرورة استخدام التطبيق لمدة معينة ، تمتع السائق بالحرية في قبول أو رفض القيام بالرحلة المناسبة له، تمتع السائق بالحرية في قطع الاتصال بالمنصة وبالتطبيق في أي وقت؛ إمكانية السائق في القيام بعمل لصالح منصة منافسة تعمل في مجال خدمات النقل، عدم وجود شرط عدم المنافسة، وفي الأخير حرية السائق في اختيار ساعات العمل المناسبة له⁽²⁾.

رابعًا: طعن السائق في حكم المحكمة العمالية أمام محكمة استئناف باريس، التي أصدرت حكمها في ١٠ يناير ٢٠١٩ والذي أعلنت فيه صراحة أن العقد المبرم بين منصة أوبر (Uber) وبين السائق عقد عمل⁽³⁾. وقد أكدت المحكمة أنها بنت قرارها بعد فحص أربع مستندات مختلفة قدمها السائق وهي: استمارة تسجيل

(1) Conseil de prud'hommes de Paris, 28 juin 2018, n° 17/04674.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(3) Lionel Costes, Voiture de transport avec chauffeur (VTC) La Cour de cassation requalifie en salarié un chauffeur Uber, Lamy, 2020, p.2.

الشراكة وشروط الشراكة، عقد تقديم الخدمة، ميثاق منصة أوبر (Uber)، القواعد الأساسية لمنصة أوبر (Uber)⁽¹⁾.

خامساً: قامت منصة أوبر (Uber) فرنسا، بالطعن في حكم محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض وطالبت بعدم اعتبار العلاقة التعاقدية بينها وبين السائق المتعاقد معها عقد عمل لعدة أسباب.

سادساً: طرح السؤال على محكمة النقض الفرنسية: السؤال الذي كان مطروحاً أمام محكمة النقض هو: هل يعتبر السائق الذي يقدم خدماته لمصلحة منصة أوبر (Uber) فرنسا، عاملاً مستقلاً يعمل لحسابه الخاص، أم عاملاً مرتبطاً بعلاقة تبعية قانونية مع المنصة؟ بعبارة أخرى هل يمكن تكييف العقد المبرم بين منصة أوبر (Uber) والسائق كعقد عمل أم لا؟ سوف نتعرف على إجابة محكمة النقض الفرنسية بعد استعراض الأسباب التي أبدتها محكمة الاستئناف ودفاع منصة أوبر تفصيلاً في الفرع القادم.

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

الفرع الثاني

الأسباب التي أبدتها محكمة الاستئناف ودفاع منصة أوبر وموقف

محكمة النقض

تمهيد وتقسيم: سوف نستعرض الأسباب التي أبدتها محكمة الاستئناف، وانتهت من تعاضدها وتساندها على توافر علاقة التبعية بين السائق ومنصة أوبر (Uber)، ثم الدفوع التي أبدتها منصة أوبر (Uber) فرنسا، أمام محكمة النقض، والتي تمسكت فيها بنفي علاقة التبعية بينها وبين السائق، ثم نختم بعرض رأي محكمة النقض التي تبنت فيه موقف محكمة الاستئناف، واعترفت فيه صراحة بتوافر علاقة التبعية القانونية، وتكييف العقد المبرم بين السائق وبين منصة أوبر (Uber) كعقد عمل. وبما أن علاقة التبعية القانونية تتوافر أو تنتفي بوجود ثلاث عناصر هي: قيام العامل بأداء العمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات⁽¹⁾، سلطة الرقابة والاشراف على تنفيذ العمل، سلطة توقيع الجزاء في حالة ارتكاب مخالفة⁽²⁾، فيبدو من المناسب تقسيم الأسباب التي

(1) Cass. Soc., 31 Octobre. 2000, n° 99-13.949 ; Cass. Soc., 16 janvier. 2002, n° 99-45.718.

(2) Cass. Soc., 19 December. 2000, no 98-40.572; Cass. Soc., 30 November. 2011, n° 11-10.68; Cass. Soc., 29 Janvier. 1981, no 79-14.701; Cass. 2e civ., 14 février. 2007, n° 05-21.839; Cass. Soc., 26 November. 1981, n° 80-15.440, Bull. civ. V, n° 921.

ابديتها محكمة الاستئناف ودفوع منصة أوبر (Uber) ورأي محكمة النقض، على غرار العناصر المطلوبة لإثبات أو نفي علاقة التبعية، وعلى ذلك يمكن تقسيم تلك الأسباب إلى ثلاث عناصر:

العنصر الأول: قيام العامل بأداء العمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات.

العنصر الثاني: سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العمل.

العنصر الثالث: سلطة توقيع الجزاء في حالة ارتكاب مخالفة.

العنصر الأول : قيام العامل بأداء العمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات

تمهيد: محكمة النقض وفي سبيل إثباتها لقيام السائق بأداء العمل تحت سلطة منصة أوبر (Uber) التي تملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات؛ اضطرت لاستعراض رأي محكمة الاستئناف ودفاع منصة أوبر (Uber) في المسائل التالية: أولاً: الحرية التي يتمتع بها السائق في الاتصال بالتطبيق وحرية في اختيار وتحديد أيام وساعات العمل. ثانياً: عدم قدرة السائق إلي الوصول للعملاء إلا من خلال المنصة الرقمية أو تطبيق الشركة. ثالثاً: عدم معرفة السائق بمكان التوصيل. رابعاً: سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات. وسوف نتطرق إلى استعراض: أ. رأي محكمة الاستئناف، ب. دفاع منصة أوبر (Uber)، ج. رأي محكمة النقض لمناقشة كل مسألة من هذه المسائل.

أولاً: الحرية التي يتمتع بها السائق في الاتصال بالتطبيق وحرية في اختيار وتحديد أيام وساعات العمل

أ. رأي محكمة الاستئناف:

السائق جزء من خدمة منظمة: أكدت محكمة الاستئناف أن حرية السائق في الاتصال أو عدم الاتصال بالمنصة أو التطبيق في أي وقت، وكذلك قدرته على

اختيار أيام وساعات العمل، لا تستبعد في حد ذاتها وجود علاقة عمل⁽¹⁾؛ حيث استنتجت المحكمة مجموعة كافية من القرائن تسمح بتوافر علاقة التبعية بمجرد اتصال السائق بالمنصة أو استخدامه للتطبيق، وذلك بغض النظر عن حرّيته في الاتصال في أي وقت أو عدم الاتصال بالمرّة، وبغض النظر عن حرّيته على اختيار أيام وساعات العمل المناسبة له⁽²⁾. فمنذ اللحظة التي يتصل فيها السائق بمنصة أوبر، فإنه يصبح جزءاً من الخدمة التي تنظمها وتقدمها الشركة، والتي تتمتع بسلطة إصدار الأوامر والتوجيهات وتراقب مسار السائق والرحلة. وبذلك تكون المحكمة قد غضت الطرف عن القرينة البسيطة الموجودة في المادة 6-8221 L من قانون العمل⁽³⁾، والتي تفترض أن العامل الذي يتمتع بحرية في اختيار ساعات وأيام العمل يعد عاملاً مستقلاً⁽⁴⁾.

كما أكدت محكمة الاستئناف أن الشرط الجوهري لاعتبار العمل الفردي عملاً مستقلاً يخرج عن نطاق قانون العمل: هي الحرية التي يتمتع بها الشخص عند

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.2.

(2) Marie-Madeleine Péretié, Le droit à la déconnexion : une chimère ? Revue de droit du travail, Dalloz, 2016, p.592.

(3) "Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription....".

(4) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

البدء في ممارسة العمل وإدارته، بالإضافة إلى قدرته على التحكم في تنظيم مهام عمله، وقدرته على الوصول للعملاء. وفي القضية المنظورة، لا يمكن نفي أن السائق قد أُجبر على أن يصبح "شريكًا" في شركة "أوبر Uber فرنسا" وتطبيقها الذي يحمل اسمها في السجل التجاري؛ لكي يتمكن من القيام بخدمة النقل لصالح الشركة؛ ومن ثم فالسائق قد أصبح جزءًا بالفعل في خدمة منظمة (Service organisé) وهي خدمة النقل التي تم إنشاؤها وتنظيمها بالكامل بواسطة شركة "أوبر Uber فرنسا"، والتي لم توجد ولا يمكن الاستفادة منها إلا بفضل هذه المنصة؛ لذا فالسائق ليس لديه حرية تنظيم عمله أو إدارته، ويخضع بشكل كامل في أدائه لعمله للشركة⁽¹⁾.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

السائق حر: دفعت منصة أوبر (Uber) بمدي الحرية التي يتمتع بها السائق في الاتصال بالتطبيق، وحرية في اختيار وتحديد أيام العمل وساعاته، لنفي علاقة التبعية بالقول أنه يُفترض في عقد العمل أن الشخص الطبيعي يتعهد بالعمل لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، مقابل أجر وفي ظل علاقة تبعية قانونية؛ لذلك لا يعتبر عقد عمل ذلك العقد الذي أبرمه السائق مع المنصة الرقمية للشركة، التي وفرت له تطبيق إلكتروني للتواصل مع العملاء المحتملين مقابل دفع رسوم

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

الخدمة، دون أن يُرتب هذا العقد أي التزام بالعمل على عاتق السائق لحساب المنصة الرقمية، أو أن يكون تحت تصرف المنصة، كما لا يشتمل العقد على أي التزام من المحتمل أن يُجبر السائق على استخدام التطبيق الإلكتروني للقيام بعمله⁽¹⁾. ودفعت منصة أوبر (Uber) أيضًا بأن السائق قد أبرم معها عقد شراكة وليس عقد عمل؛ لذلك فهو يظل حرًا تمامًا باعتباره شريكًا وليس عاملاً، عندما يقرر الاتصال بالمنصة الرقمية أو بالتطبيق الإلكتروني، وهو كذلك حرًا في اختيار المكان والوقت المناسب له، دون اشتراط إبلاغ المنصة الإلكترونيّة مسبقًا، وله حرية إنهاء الاتصال بالتطبيق في أي وقت دون إبلاغ المنصة. كما دفعت المنصة بأن المقابل الذي تحصل عليه يكون فقط وحصريًا من خلال تحصيل رسوم الرحلات التي تتم بالفعل من خلال استخدام المنصة الرقمية أو التطبيق الإلكتروني؛ ولا تحصل على أي مقابل مالي من السائق مقابل الاستفادة بخدماتها. كما أن الاشتراك في تطبيق أوبر مجاني ودون أي مقابل مادي؛ وبالتالي لا يلتزم السائق بأي التزام مالي تجاه الشركة نتيجة استخدام المنصة أو التطبيق⁽²⁾. كما دفعت المنصة بأن مجرد وجود نص في عقد الشراكة يُكسبها الحق في إلغاء أو تقييد الوصول إلى التطبيق الإلكتروني إذا ما وقعت مخالفة من السائق، لا يمكن أن يدّل في حد ذاته على وجود عنصر المراقبة والاشراف على نشاط وعمل

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.3.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

السائق؛ خاصة وأنه لم يُثبت أن مثل هذا النص تم استخدامه لإجبار السائق على الاتصال وقبول الرحلات المقترحة عليه. لذلك فادعاء المحكمة بأن المادة ٢ فقرة ٤ من عقد الشراكة بين الشركة والسائق والتي نصت على احتفاظ منصة أوبر (Uber) بالحق في إلغاء الوصول للتطبيق أو تقييد استخدامه، سيكون من شأنه إجبار السائق على البقاء على اتصال دائم من أجل القيام بالرحلات، وبالتالي يلزمه بالبقاء باستمرار تحت تصرف الشركة طوال مدة الاتصال، قول قد جانبه الصواب⁽¹⁾. حيث إن العقد قد نص صراحة على أن السائق حر في الوقت الذي يختاره للاتصال بالمنصة، وحر في قبول أو رفض الرحلات المقترحة عليه؛ وبذلك تكون المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون وخالفت المواد-L.1221⁽²⁾ ، L.1411-1⁽³⁾، و L.7341-1⁽⁴⁾ و L. 8221-6 من قانون العمل⁽¹⁾. وفي

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.4.

(2) "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter".

(3) "Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti".

(4) Article L7341-1 : Création Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 – art. 60, dispose que " Le présent titre est applicable aux travailleurs

الأخير دفعت المنصة بأن المادة 6-8221 L. من قانون العمل⁽²⁾ تتضمن قرينة قانونية مفادها أن العمالة تُعتبر مستقلة ولا تخضع لعقد العمل عندما تقوم بنشاط أو

indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique définies à l'article 242 bis du code général des impôts".

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.3.

(2) "Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ; 2° Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 214-18 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ; 3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ; II. L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.

عمل يتطلب التسجيل في السجل التجاري لأصحاب الحرف، وأن هذه القرينة لا تُستبعد إلا إذا كان الشخص المُسجل يُقدم خدمات لصاحب عمل في ظل علاقة تبعية قانونية دائمة بهذا الأخير⁽¹⁾، كما أن علاقة التبعية تتطلب القيام بالعمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات، ومراقبة تنفيذها، وتوقيع الجزاء حال مخالفتها، وهي سلطات لا تتمتع بها المنصة؛ ومن ثم لا توجد أي رابطة تبعية قانونية دائمة يمكن أن تنتج عن عقد الشراكة المبرم بين المنصة والسائق؛ حيث أن العمل في خدمة منظمة من قبل المنصة الرقمية للشركة لا يمكن أن يكون قرينة أو دليلاً على علاقة التبعية إلا عندما تنفرد الشركة بتنظيم العمل وتراقب تنفيذه، وهذا الشرط غير متوافر في العقد المبرم بين المنصة الرقمية والسائق، فالعقد لا يتضمن أي بند يعطي للمنصة الرقمية الصلاحية في أن تطلب من السائق أداء العمل لحسابها أو أن يبقى تحت تصرفها لفترة زمنية معينة مهما

Dans ce cas, la dissimulation d'emploi salarié est établie si le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement par ce moyen à l'accomplissement des obligations incombant à l'employeur mentionnées à l'article L. 8221-5. Le donneur d'ordre qui a fait l'objet d'une condamnation pénale pour travail dissimulé en application du présent II est tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux personnes mentionnées au I au titre de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie".

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.4.

كانت قصيرة، كما أنه لا وجود لأي التزام عقدي يُجبر السائق على استخدام التطبيق الذي طورته المنصة الرقمية؛ لذلك فالسائق الذي تم تسجيله في دليل الحرف كسائق، يخضع لحكم المادة 6-8221 L. من قانون العمل والتي تعتبره عاملاً مستقلاً غير خاضع لقانون العمل⁽¹⁾.

ج. رأي محكمة النقض

ردًا على الدفع بأن حرية السائق في الاتصال بالتطبيق وحرية في اختيار وتحديد أيام العمل وساعاته تؤكد كونه عاملاً مستقلاً وليس عاملاً تابعًا. أكدت محكمة النقض أن حرية السائق في الاتصال بالتطبيق، وحرية في اختيار وتحديد أيام العمل وساعاته لا تستبعد وجود رابطة التبعية، عندما يتصل السائق بمنصة أوبر أو بالتطبيق؛ لأنه بمجرد اتصاله بالتطبيق يصبح عاملاً مرتبطاً بتقديم خدمة تنظمها منصة أوبر (Uber)، ومن ثم يخضع للقيود المتعلقة بتنظيم العمل التي تفرضها الشركة⁽²⁾.

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.2.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

وأضافت المحكمة أن قضاءها مُستقر⁽¹⁾ على أن العمل وفقاً لخدمة منظمة (service organisé) أو للقيود المتعلقة بتنظيم العمل يمثل مؤشراً على وجود رابطة التبعية القانونية، خاصة عندما ينفرد صاحب العمل وحده بتحديد شروط تنفيذ العمل. لذلك أيدت محكمة النقض موقف محكمة الاستئناف وأكدت بدورها بأن السائق قد أُجبر بالفعل على أن يصبح "شريكاً" لمنصة أوبر (Uber) وتطبيقها الإلكتروني. كما أضافت أنه وبغض النظر عن حرية السائق في تنظيم عمله، فالسائق قد ارتبط بخدمة نقل ركاب تم إنشاؤها وتنظيمها بالكامل من جانب منصة أوبر (Uber)؛ ومن ثم فلا مجال للحديث عن الحرية والاستقلالية النافية لعلاقة التبعية التي يتمتع بها السائق؛ طالما أصبح جزءاً من الشركة بمجرد اتصاله بالمنصة أو التطبيق⁽²⁾.

كما أشارت المحكمة أن المادة 6-8221 L من قانون العمل تفترض قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها، وهو ما قامت به محكمة الاستئناف حيث استنتجت من وقائع الدعوي أن السائق يقوم بخدمة نقل الركاب في ظل ظروف

(1) Cass. 2e civ., 25 mai 2004, n° 02-31.203, Bull. civ. II, n° 233; Cass. Soc., 4 décembre. 1997, n° 96-16.442, Bull. civ. V, n° 419 ; Cass. Soc., 13 Janvier. 2000, n° 97-17.766, Bull. civ. V, n° 20.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

تجعله بالفعل في رابطة قانونية تبعية دائمة مع منصة أوبر (Uber) التي تملك سلطة إصدار الأوامر⁽¹⁾.

يُمكن القول إن دفع منصة أوبر (Uber) المتعلق بالحرية التي يتمتع بها السائق، وكفايته لنفي علاقة التبعية، رغم قوة حجته للوهلة الأولى، يفتقر للتأسيس القانوني السليم؛ لأن العبرة في إثبات علاقة التبعية لا تعتمد فقط على الحرية في بدء العمل، ولكنها تعتمد على الحرية في تنظيم العمل، وعلى عدة عوامل أخرى في القيام بالعمل، كخضوع السائق تلقائيًا لتعليمات وتوجيهات المنصة بمجرد اتصاله بها⁽²⁾؛ تنفيذ السائق لتعليمات المنصة، الخ. لذا فالادعاء بحرية السائق-على فرض توافرها- لا تنهض وحدها كدليل على عدم توافر علاقة التبعية⁽³⁾. كما ننحاز لموقف محكمة النقض في رفض دفاع منصة أوبر (Uber) الذي استهدفت منه نفي علاقة العمل بينها وبين السائق، حينما دفعت بأن السائق غير ملتزم تجاه الشركة بأي التزام مالي، وأن استخدامه للتطبيق مجاني، فمثل هذا الدفع هو الآخر لا يرقى لدحض علاقة العمل؛ حيث أن أغلب عقود العمل لا يلتزم فيها العامل

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.5.

(2) Jean-Philippe Lhernould, Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 468, 28 janvier 2019, p.6.

(3) Patrice Le Maigat, Marché du travail et plates-formes numériques : les coursiers en roue libre ? op.cit., p15.

تجاه صاحب العمل بأداء مالي، ولم ينفِ عنها أحدًا أبدًا وصف عقود العمل، إضافة إلى أنه وعلى الرغم من حقيقة مجانية استخدام المنصة والتطبيق، بيد أن هناك العديد من الالتزامات الملقاة على عاتق السائق في العقد المبرم مع المنصة، تؤكد سلامة تكييف العقد بأنه عقد عمل. وفي الأخير فإن الشركة في معرض نفيها لإثبات علاقة العمل، نجدها أحيانًا تصف العقد المبرم بينها وبين السائق بأنه عقد شراكة (Contrat de partenariat)، ومن ثم تصف السائق كشريك. وفي مواضع أخرى تصف العقد المبرم بينها وبين السائق بأنه عقد تقديم خدمة (Contrat de prestations de services)، ومن ثم تصف السائق بأنه عامل مسقل. فهل هو شريك أم عامل مسقل؟ نعتقد أن هذا التضارب في التوصيف ناتج عن غياب الأساس القانوني السليم في دفاع الشركة التي تبحث بكل الطرق لنفي علاقة التبعية، حتى وإن تضاربت!

ثانيًا: عدم قدرة السائق إلي الوصول للعملاء إلا من خلال المنصة الرقمية أو تطبيق الشركة

أ. رأي محكمة الاستئناف

شرط العمل الحصري لمنصة أوبر: أكدت محكمة الاستئناف أن السائق يتصل بالركاب حصراً من خلال المنصة الرقمية أو تطبيق "Uber Mobile" التابع للشركة. كما أن ميثاق منصة أوبر (Uber) تحت عنوان "الأنشطة غير المقبولة"، يحظر على السائق أثناء توصيل الراكب أن يقوم بتوصيل ركاب آخرين تابعين

لمنصة أخرى غير منصة أوبر (Uber)، في حين سمحت الشركة بقيام السائق بتوصيل أكثر من راكب في نفس الرحلة بتكاليف أقل طالما كانت طلبات الرحلات تمت عبر خدمة "Uber Pool" التابعة للشركة، والتي تسمح لأكثر من راكب بالمشاركة في نفس الرحلة بسعر أقل. إضافة إلى أن القواعد الأساسية لمنصة أوبر (Uber) تمنع السائق من الاتصال بالركاب في نهاية الرحلة، أو الاحتفاظ بمعلوماتهم الشخصية، وبالتالي لا يمكن للراكب ترك بيانات الاتصال الخاصة به للسائق لحجز رحلة لاحقة خارج تطبيق "Uber Mobile". وهو ما له دلالة واضحة على وجود شرط العمل الحصري لمنصة أوبر (Uber)⁽¹⁾.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

انتفاء شرط الحصرية: دفعت شركة "أوبر Uber فرنسا" بأنه وفقاً لميثاق منصة أوبر (Uber) الذي وقّع عليه السائق فهناك مجموعة من الأفعال المحظور على السائق اتيانها بعد انتهاء الرحلة دون موافقة الركاب، والتي قد تهدد سلامته وسلامة الركاب⁽²⁾ مثل: الاتصال بالركاب، إرسال رسالة نصية قصيرة أو زيارة أحد الركاب. كما أضافت الشركة أن حظر الاتصال بالركاب بعد انتهاء الرحلة والذي يفرضه متطلبات الأمان، لا يسري عندما يوافق الراكب على اتصال السائق به، كما أنه لا

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(2) « Les actes qui menacent la sécurité des chauffeurs et des passagers ».

يُحظر على الإطلاق أن يتبادل السائق بيانات الاتصال الخاصة به مع العملاء للسماح لهم بحجز رحلة معه مباشرة دون المرور عبر المنصة الرقمية للشركة⁽¹⁾؛ لذلك فزعم المحكمة أن السائق لا يمكنه الوصول للركاب إلا من خلال الشركة أو أن الأخيرة تمنع السائق من الاتصال بالركاب والاحتفاظ بمعلوماتهم الشخصية بعد الرحلة، وحرمانه من إعطاء تفاصيل الاتصال الخاصة به لحجز رحلة لاحقة خارج تطبيق أوبر (Uber)، زعم غير صحيح⁽²⁾ لمخالفته للمواد 1103⁽³⁾ و1189⁽⁴⁾ و1192 من القانون المدني⁽⁵⁾.

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.6.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(3) "Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement".

(4) "Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci".

(5) "On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation".

كما دفعت الشركة بأن عقد الشراكة، الذي يسمح للسائق باستخدام المنصة جاء خلواً من أي التزام بالحصرية أو بعدم المنافسة من قِبَل السائق، الذي يمكنه دائماً استخدام التطبيقات الأخرى للحصول على العملاء التابعين لمنصات رقمية منافسة، كما تظل للسائق حرية ممارسة عمله كسائق خاص والوصول إلى الركاب بأي طريقة ممكنة⁽¹⁾. كما أضافت منصة أوبر (Uber) بأن قيام السائق بالموافقة على تقديم خدمة النقل الحصرية التي طلبها العميل من خلال تطبيق أوبر، واحترامه لشروط هذا الطلب وعدم القدرة على توصيل ركاب آخرين في نفس الرحلة، لا يمكن أن يمثل قرينة على وجود علاقة تبعية بين السائق . مقدم الخدمة المستقل- والمنصة الرقمية التي تعتبر مجرد وسيط في العلاقة بين السائق والعميل⁽²⁾. بناءً على ما سبق فإن شركة أوبر (Uber) تؤكد أن إبرام وتنفيذ العقد من قِبَل السائق لا يترتب عليه أي التزام على الأخير بالعمل أو بالعمل الحصري لمصلحة منصتها الرقمية؛ ومن ثم لا يمكن تكييف العلاقة التعاقدية بينها وبين السائق كعقد عمل؛ لذا فحكم محكمة الاستئناف باعتبار العلاقة التعاقدية عقد عمل يكون مبنياً على

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.4.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

غير أساس من القانون ومخالف لقانون العمل وخاصة L 1221-1⁽¹⁾
L.1411-1،⁽²⁾، L7341-1⁽³⁾ و L. 8221-6 من قانون العمل .

ج. رأي محكمة النقض

أيدت محكمة النقض ما انتهت إليه محكمة الاستئناف من أن السائق لا يمكنه أن يتواصل مع الركاب إلا من خلال المنصة الرقمية أو التطبيق، وأن خدمة نقل الركاب التي يقوم بها السائق لا يتصور وجودها إلا بفضل المنصة الرقمية للشركة⁽⁴⁾. وبالتالي فإن السائق يعتمد بشكل كامل في قبول رحلات التوصيل ومن ثم القيام بعمله على المنصة الرقمية والتطبيق، مما يدل بوضوح على توافر علاقة

(1) "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter".

(2) "Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti".

(3) "Le présent titre est applicable aux travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique définies à l'article 242 bis du code général des impôts."

(4) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

التبعية بينه وبين الشركة، من خلال استمتاع المنصة بعمل السائق لصالحها بشكل حصري⁽¹⁾.

ومن جانبنا نري أن محكمة النقض -رغم اتفاقنا معها فيما انتهت إليه- كانت بحاجة إلى تفنيد دفاع الشركة بتفصيل أكثر بصفة خاصة في هذه المسألة. خاصة وأن الشركة أكدت أن السائق غير ملتزم بالعمل الحصري لديها ويمكنه العمل لدي شركات منافسة رغم كونه متعاقد مع منصة أوبر (Uber)، وأن العقد المبرم بينهما جاء خاليًا من أي التزام بعدم المنافسة. فهذا الزعم وإن كان صحيح في ظاهره، غير أنه يمكن الرد عليه بأن السائق غير ملتزم بالفعل بعدم المنافسة في حالة وحيدة هي ما إذا كان غير متصل بالمنصة فقط، أما إذا أتصل بالمنصة أو التطبيق وقَبِل القيام برحلة مقترحة عليه من خلال المنصة فهو يلتزم بعدم المنافسة، ولا يمكنه قبول رحلات من منصات منافسة، فهذا هو عين الالتزام بعدم المنافسة. ومن ثم فادعاء الشركة بعدم وجود الالتزام بعدم المنافسة في العقد المبرم مع السائق، لا ينهض لنفي علاقة التبعية. كما نعتقد أن محكمة النقض قد جانبها الصواب في الادعاء بأن السائق لا يمكنه الوصول للركاب إلا من خلال الشركة حصراً، أو أن الأخيرة تمنع السائق من الاتصال بالركاب والاحتفاظ بمعلوماتهم الشخصية بعد الرحلة، حيث إن الشركة قد أثبتت وبحق أنها تمنع من حيث الأصل التواصل بين السائق والعميل خارج نطاق المنصة أو التطبيق حماية لعملائها، لكن

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.7.

إن ارتضي العميل ذلك التواصل خارج إطار الشركة، وسمح للسائق بالتواصل معه بأي وسيلة اتصال، فالشركة لا تعترض على ذلك النوع من التواصل، طالما تم برضاء العميل. كما أن السائق يمكنه في جميع الأحوال الوصول للركاب خارج إطار المنصة بوسائله الخاصة؛ وبالتالي الادعاء بأن السائق لا يمكنه الحصول على العملاء إلا من خلال الشركة، ادعاء يعوزه الدليل.

ثالثاً: عدم معرفة السائق بمكان التوصيل

أ. رأي محكمة الاستئناف

عدم تحديد مكان الوصول يدل على أن السائق غير مستقل: أكدت محكمة الاستئناف أن السائق لا يعلم في كثير من الاحيان مكان توصيل الراكب قبل الموافقة على القيام بالرحلة، مما يدل على كونه سائق غير مستقل. فهو يعمل لحساب الشركة التي قد تفرض عليه طلبات توصيل قد لا يرغب في القيام بها⁽¹⁾. لذا فقد اعتبرت المحكمة أن افتقار السائق إلى معرفة مكان توصيل الراكب، عندما يتعين عليه الرد على الرحلة المقترحة من خلال منصة أوبر (Uber) يمنع السائق في حقيقة الأمر من حرية اختيار الرحلة المناسبة على عكس السائق المستقل⁽²⁾.

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(2) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.7.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

عدم تحديد مكان الوصول لا يشكك في كونه سائق مستقل: دفعت منصة أوبر (Uber)، بأنها قد تقترح على السائق بالفعل رحلة، دون تحديد جهة الوصول مسبقاً؛ احتراماً لأحكام قانون حماية المستهلك التي تمنع السائق المحترف من رفض تقديم خدمات النقل أو رفض إكمال رحلة بدون سبب مشروع، كعدم معرفة السائق مكان التوصيل قبل الموافقة على الرحلة⁽¹⁾. لذلك فغياب المعرفة الدقيقة لجهة الوصول من قبل السائق، لا يُعد سبباً للتشكيك في استقلاليته. ومن ثم فإن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت القانون وخاصة نصوص المواد L. 121-11 و⁽²⁾ R. 121-13 و⁽³⁾ من قانون حماية المستهلك، والمادة L. 8221-6 من قانون العمل.

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.5.

(2) "Est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime ...Les dispositions du présent article s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public".

(3)"Sont punis des peines d'amende prévues pour les contraventions de la 5e classe: Les refus ou subordinations à conditions, de ventes ou de prestations de services, interdits par l'article L. 122-1 ; En cas de

ج. رأي محكمة النقض

في معرض الرد على الدفع المتعلق بمكان الوصول: أكدت محكمة النقض ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من أن السائق يُفرض عليه طريق الرحلة التي سوف يقوم بها، وليس لديه حرية اختيار الطريق⁽¹⁾. كما أن مكان الوصول أو الوجهة النهائية للرحلة في بعض الأحيان يكون غير معروف مسبقاً للسائق، ومن ثم فهو لا يتمتع بحرية الاختيار في حقيقة الأمر كما هو الحال بالنسبة للسائق المستقل، الذي يستطيع تحديد هل الرحلة تناسبه أم لا. لذا رفضت المحكمة دفاع شركة أوبر (Uber) بأن رفض القيام برحلة على أساس عدم معرفة السائق لوجهته يشكل رفضاً لتقديم خدمة بدون سبب مشروع تحظره المادة 11-121.L من قانون حماية المستهلك⁽²⁾.

ومن جانبنا نؤيد ما انتهت إليه محكمة النقض من أن السائق المتعاقد مع المنصة في غالب الأحيان لا يعلم مسبقاً مكان توصيل الراكب عندما يتعين عليه قبول

récidive, les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la 5e classe sont applicables".

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(2) "Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service.....".

الرحلة، وقد تكون الرحلة بالفعل غير مناسبة للسائق لأسباب مختلفة كُبعد المسافة بين مكان تواجده وبين المكان الذي يتواجد فيه الراكب، عدم معرفته الدقيقة بمكان الوصول وكيفية الوصول إليه، أو طول مسافة الرحلة المقترحة... الخ. وبالتالي فإن السائق لا يتمتع بالفعل بحرية الاختيار لمكان توصيل الراكب، كما هو الحال بالنسبة للسائق المستقل الذي يستطيع قبل بدء الرحلة تقييم مدي ملاءمة الرحلة، لذلك فالسائق التابع للمنصة مجبر في جميع الأحوال على قبول الرحلة المقترحة بوصفه سائق تابع للشركة؛ ومن ثم لا يمكن وصفه بالسائق المستقل.

رابعًا: سلطة إصدار الأوامر

أ. رأي محكمة الاستئناف

المنصة تملك سلطة إصدار الأوامر للسائق: استنتجت المحكمة أن الشركة تملك سلطة إصدار الأوامر للسائق المتعاقد معها باعتبارها صاحب عمل، حيث ذكر السائق أنه تلقى عبر البريد الإلكتروني بتاريخ ١٣ أكتوبر عام ٢٠١٦ رسالة من المنصة الرقمية، تذكره بضرورة الالتزام بتعليمات نظام تحديد المواقع العالمي (GPS) الخاص بالتطبيق والمنصة. كما أكدت المحكمة أن المادة ٢ فقرة ٢ من العقد تشترط على السائق القيام بعدة التزامات أثناء قيامه بعمله: كأن ينتظر مدة ١٠ دقائق على الأقل حتى يصل الراكب إلى المكان المتفق عليه أو المحدد من قبل التطبيق، تحديد محتوى ومضمون المحادثات مع الراكب، الامتناع عن التواصل مع الراكب بعد الرحلة أو عدم قبول الإكراميات منهم. لذا استخلصت

المحكمة أن العناصر السابقة تتعارض بطبيعة الحال مع العمل المستقل، بل على العكس تؤكد سلطة الشركة في إصدار الأوامر للسائق التابع لها⁽¹⁾.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

السائق لا يتلقى أوامر أو توجيهات من المنصة: دفعت منصة أوبر (Uber) بأن السائق الذي يستخدم تطبيق "Uber Mobile" لا يتلقى أية أوامر أو توجيهات شخصية فيما يتعلق بقيامه بعمله أثناء قيامه بخدمة نقل الركاب، وإنما يلتزم بالقواعد العامة وقواعد الأدب واللياقة والأخلاق الحميدة المتأصلة في نشاط السائق الخاص، كما يلتزم بضرورة احترام اللوائح وضمان السلامة الشخصية للركاب؛ وبالتالي لا تشكل إمكانية إنهاء عقد الشراكة من جانب الشركة في حالة مخالفة هذه الالتزامات بأي شكل من الأشكال سلطة تأديبية للشركة أو سلطة توقيع الجزاء باعتبارها عنصر مميز لعقد العمل، ولكنها تقع ضمن حق أي طرف متعاقد في إنهاء شراكة تجارية عندما لا يحترم الطرف المتعاقد معه الشروط والالتزامات الملقاة على عاتقه. لذلك فإن محكمة الاستئناف قد خالفت نصوص المواد L. 1221-1 ، و L. 1411-1 ، و L. 7341-1 ، و L. 8221-6 من قانون

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

العمل ، والمادة 1- 3221 L. (1) من قانون النقل و المواد 1103 (2) و 1226
(3) من القانون المدني (1).

(1) "Tout prestataire de transport public routier de marchandises, et notamment les transporteurs routiers de marchandises, commissionnaires de transport ou loueurs de véhicules industriels avec conducteur, est tenu d'offrir ou de pratiquer un prix qui permette de couvrir à la fois:

- les charges entraînées par les obligations légales et réglementaires, notamment en matière sociale et de sécurité ;
- les charges de carburant et d'entretien ;
- les amortissements ou les loyers des véhicules ;
- les frais de route des conducteurs de véhicules ;
- les frais de péage ;
- les frais de documents de transport et les timbres fiscaux ;
- et, pour les entreprises unipersonnelles, la rémunération du chef d'entreprise".

(2) "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits".

(3) "Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie

كما دفعت الشركة بعدم احترام محكمة الاستئناف لنص المادة ٢ فقرة ٤ من عقد تقديم الخدمات المبرم بين الشركة وبين السائق⁽²⁾ والتي تنص على أن "السائق بموافقة على استخدام منصة وتطبيق أوبر، يلتزم بعلاقة قانونية وتجارية مباشرة بينه وبين الشركة. وأن منصة أوبر (Uber) لا تتحكم أو توجه السائق فيما يتعلق العقد، وخاصة فيما يتعلق بممارسة السائق لعمله، أو تقديمه لخدمات النقل، أو تشغيل وصيانة السيارة. كما يحتفظ السائق وحده بالحق الحصري في تحديد وقت ومدة استخدام تطبيق أو خدمات أوبر. كما يحتفظ السائق بالحق في قبول أو رفض أو تجاهل طلب خدمات النقل المقترحة عليه من قبل المنصة أو التطبيق، أو إلغاء قبول طلب سبق له أن وافق عليه بشرط احترام سياسات الإلغاء الخاصة بالشركة. كما يلتزم السائق بعدم عرض أسماء أو شعارات أو ألوان على السيارة لأي من الشركات التي يعمل بها بخلاف منصة أوبر (Uber)، كما يلتزم بعدم ارتداء زي موحد أو أي ملابس أخرى تحمل علامات أو ألوان منصة أوبر (Uber) أو إحدى الشركات التابعة لها. كما يُقر السائق أنه يتمتع بالحرية الكاملة في ممارسة نشاطه

au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution".

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(2) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.4.

بشكل مستقل وفقاً لتقديره، بما في ذلك القدرة على تقديم خدمات النقل في أي وقت إلى طرف ثالث، كما يحتفظ بالحق الكامل في تقديم خدمات النقل واستخدام خدمات تطبيقات المنصات الأخرى المنافسة. وفي الأخير تحتفظ منصة أوبر (Uber) بالحق في تعطيل أو تقييد الوصول أو الاستخدام من قِبَل السائق للتطبيق أو خدمات أوبر بسبب أي انتهاك لشروط العقد، أو تشويه صورة أوبر Uber أو أي من الشركات التابعة لها من قِبَل السائق، أو في حالة قيام السائق بالإضرار بالعلامة التجارية أو السمعة التجارية بمنصة أوبر (Uber) أو أي من الشركات التابعة لها. كما تحتفظ منصة أوبر (Uber) بالحق في تعطيل أو تقييد الوصول إلى أو استخدام التطبيق أو خدمات أوبر من قِبَل السائق لأي سبب آخر تراه وفقاً لتقديرها المعقول⁽¹⁾.

ج. رأي محكمة النقض

أكدت محكمة النقض صراحة سلطة شركة أوبر (Uber) في إصدار الأوامر باعتبارها صاحب عمل، عبر منصتها الرقمية وعبر تطبيقها "Uber Mobile"، بناءً على ما ذكره السائق أنه بعد ثلاث حالات رفض لطلبات توصيل الركاب المقترحة عليه من قِبَل التطبيق تلقى رسالة "هل ما زلت هنا"، والتي لها تأثير كبير

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

في دفعه على قبول رحلات التوصيل⁽¹⁾. كما أكدت المحكمة أن السائق ليس لديه حرية اختيار مكان التوصيل الذي يناسبه، وفقاً للبند ٢ فقرة ٢ من العقد الذي ينص على أن السائق "سيتعرف على مكان توصيل الراكب إما بواسطة العميل عندما يستقل السيارة، أو بواسطة التطبيق إذا اختار الراكب تحديد وجهة الرحلة ومكان الوصول مسبقاً عن طريق تطبيق "Uber Mobile"، مما يعني أن مكان توصيل الراكب غير معروف أحياناً للسائق عندما يتعين عليه الرد على طلب التوصيل المقترح من المنصة خلال ثمان ثوان فقط، هي المدة المحددة لقبول أو رفض الرحلة المقترحة عليه. مما يمكن القول معه أن التطبيق يُصدر أوامر وتعليمات يجب على السائق الالتزام بها⁽²⁾. وفي معرض الرد على عدم احترام محكمة الاستئناف لنص المادة ٢ فقرة ٤ من عقد تقديم الخدمات المبرم بين الشركة السائق: فإن محكمة النقض رأت أن محكمة الاستئناف وإن كانت ملزمة باحترام نصوص العقد الصريحة فإنها غير ملزمة بتكييف ووصف المتعاقدين للعلاقة التعاقدية المبرمة بينهما بأنها ليست علاقة عمل. لذلك فإن محكمة النقض رفضت

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.6.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

الدفع بأن محكمة الاستئناف لم تحترم المادة ٢ فقرة ٤ من عقد تقديم الخدمات المبرم بينها وبين السائق⁽¹⁾.

من جانبنا نعتقد أن محكمة النقض قد جانبها الخطأ في التأكيد على ممارسة الشركة لسلطتها في إصدار الأوامر للسائق في شكل رسائل تُرسل للسائق من خلال المنصة أو التطبيق، أو من خلال العديد من الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتق السائق في العقد المبرم بينهما. كما نتفق مع محكمة النقض في أن العبرة في تكييف العقد ليست بالألفاظ التي يستخدمها المتعاقدان إذا تبين انهما قد اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه، كما أن عملية التكييف كما هو مستقر تسبقها دائماً مهمة تفسير إرادة المتعاقدين، فإذا استخلص القاضي حقيقة إرادة المتعاقدين، أنزل عليها حكم القانون ليتمكن من تكييف العقد، والتكييف مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض⁽²⁾.

العنصر الثاني: سلطة الرقابة والاشراف على تنفيذ العمل

تمهيد: محكمة النقض الفرنسية في سبيل إثباتها لسلطة الرقابة والاشراف التي تمارسها منصة أوبر (Uber) على السائق أثناء ممارسته لعمله، اضطرت

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.4.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، ص ٥-٦.

لاستعراض رأي محكمة الاستئناف ودفاع منصة أوبر (Uber) في مدي توافر الرقابة من عدمها من خلال أولاً: نظام تحديد الموقع الجغرافي، ثانياً: عدم قدرة السائق على تحديد سعر الرحلة. وسوف نتطرق إلى تحليل هذه المسائل على النحو التالي: أ. رأي محكمة الاستئناف، ب. دفاع منصة أوبر (Uber)، ج. رأي محكمة النقض.

أولاً: نظام تحديد الموقع الجغرافي

أ. رأي محكمة الاستئناف

استخدام المنصة لنظام تحديد الموقع الجغرافي يدل على توافر عنصر الرقابة: أكدت المحكمة على توافر عنصر الرقابة في العلاقة بين الشركة والسائق الذي يستخدم منصة وتطبيق أوبر (Uber) من خلال استفاة المنصة من تكنولوجيا نظام تحديد الموقع الجغرافي (GPS)⁽¹⁾، الذي يُمكن الشركة من تحديد وتتبع مسار السيارة والسائق بمجرد الاتصال بالمنصة. وأضافت المحكمة أنه من السهل استنتاج ممارسة عنصر الرقابة من قِبَل الشركة تجاه السائق من قراءة نص المادة ٢ فقرة ٨ من العقد المبرم بين الشركة والسائق التي تنص على: "(...) يتم تحديد وتحليل بيانات الموقع الجغرافي للسائق ومراقبتها بواسطة خدمات أوبر (Uber)

(1) Voir Gradin Alexia, Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi, RDT, 2015, p.544 ; Jean-Emmanuel Ray, Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, Droit sociale., 2004, p.1077.

عندما يكون السائق متصلاً بالمنصة أو عندما يكون تطبيق أوبر Uber متاحًا من قبل السائق لتلقي طلبات خدمة النقل⁽¹⁾.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

نظام تحديد الموقع الجغرافي تستخدمه المنصة لأسباب تقنية: دفعت شركة أوبر (Uber) بأن نظام تحديد الموقع الجغرافي المستخدم من قبل منصتها الرقمية، يُهدف إلى تسهيل اتصال السائقين مع العملاء المحتملين، ولضمان حسن سير العمل، والحفاظ على السلامة الشخصية للركاب ولضمان جودة خدمة النقل وللتأكد من امتثال السائق باللوائح المعمول بها، ولا يمكن أن يشير بأي حال على وجود علاقة تبعية قانونية بين السائق والمنصة؛ نظرًا لأن نظام تحديد الموقع الجغرافي لا يُقصد به التحكم في نشاط أو عمل السائق، بل يُستخدم بهدف تلقي السائق طلب رحلة أقرب عميل محتمل، ولتحديد سعر الرحلة ولضمان سلامة الركاب؛ لذلك فزعم محكمة الاستئناف أن نظام تحديد الموقع الجغرافي الذي تستخدمه منصة أوبر (Uber) كافٍ لإثبات وجود عنصر الرقابة على السائقين من قبل الشركة،

⁽¹⁾ Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

يضحي مخالف لصحيح القانون، لاسيما وأنها غضت الطرف عن الدوافع والأسباب الفنية التي أبدتها الشركة لتحديد الموقع الجغرافي للسائق والسيارة⁽¹⁾.

ج. رأي محكمة النقض

أكدت محكمة النقض ما انتهت إليه محكمة الاستئناف من أن استخدام المنصة لنظام تحديد الموقع الجغرافي، المنصوص عليه في المادة ٢ فقرة ٨ من عقد تقديم الخدمة المبرم بين السائق والشركة، يمثل أهم صور الرقابة التي تمارسها الشركة على السائق من خلال تحديد موقعه الجغرافي وتتبع مسار الرحلة، كما أضافت المحكمة أنه يمكن استنتاج ممارسة المنصة لعنصر الرقابة من خلال قراءة بنود ميثاق منصة أوبر (Uber) التي تنص على أن الشركة تستخدم تكنولوجيا التتبع وتحديد الموقع الجغرافي لضمان سلامة السائقين والركاب، من خلال متابعة كل رحلة باستخدام إشارة GPS والسماح للركاب بمشاركة رحلتهم في الوقت الفعلي مع أسرهم أو أصدقائهم⁽²⁾. وهو ما يؤكد صراحة ممارسة الشركة لعنصر الرقابة على عمل السائق⁽³⁾. ورفضت المحكمة دفاع الشركة بأن نص المادة المشار إليه من

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.7.

(2) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.5.

(3) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

عقد تقديم الخدمة يسمح لها بتحليل ومشاركة معلومات تحديد وتتبع الموقع الجغرافي للسائق التي تم الحصول عليها لأسباب أمنية أو لأسباب فنية أو تسويقية أو تجارية، ولا سيما لتحسين المنتجات والخدمات التي تقدمها منصة أوبر (Uber).

على الرغم من وجهة الدفع الذي أبدته منصة أوبر (Uber) بأن الهدف من استخدام نظام تحديد الموقع الجغرافي يتمثل في تسهيل اتصال السائقين مع العملاء المحتملين، وضمانًا لحسن سير العمل وجودة خدمة النقل المقدمة للركاب، فإن هذا الدفع وعلى فرض صحته، لا ينفي ممارسة الشركة لعنصر الرقابة والتتبع للسائق من خلال تحديد وتتبع مساره بواسطة نظام تحديد الموقع الجغرافي سواء أثناء قيامه برحلة لمصلحة المنصة، أو لتحديد موقع سيارته لاقتراح أقرب رحلة مناسبة لموقعه الجغرافي، وهو ما يؤكد دون أدنى شك توافر عنصر الرقابة من قبل الشركة بمجرد اتصال السائق بالمنصة، ومن ثم توافر علاقة التبعية القانونية التي حاولت الشركة نفيها.

ثانيًا: عدم قدرة السائق على تحديد سعر الرحلة

أ. رأي محكمة الاستئناف

تحديد الاسعار وتعديلها تنفرد به منصة أوبر (Uber): أكدت محكمة الاستئناف أن تحديد الاسعار وتعديلها يتم عن طريق خوارزميات منصة أوبر⁽¹⁾، والتي تفرض

(1) Jean-Paul Teissonnière, Lorsque l'employeur est un algorithme, la subordination est violente, Sem. soc. Lamy 2017, n°1767.

على السائق طريقًا معينًا لا يملك تعديله لتوصيل الراكب، خاصة وأن العقد المبرم بين المنصة والسائق ينص في المادة ٤ فقرة ٣ على إمكانية تعديل منصة أوبر (Uber) لسعر الرحلة إذا اختار السائق طريقًا آخر غير الذي حددته له الشركة، مثل هذا النص يعكس بوضوح مدي تمتع تطبيق "Uber Mobile" بالسلطة الكاملة في تحديد أسعار الرحلات وتعديلها دون أدنى تدخل من السائق⁽¹⁾، مما يمكن معه استتباط أن الشركة تمارس بالفعل سلطة الرقابة والاشراف على تنفيذ العمل من خلال تحديد الأسعار وإمكانية تعديلها⁽²⁾.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

تحديد الأسعار يتم بطريقة ديناميكية لا دخل للمنصة بها: دفعت منصة أوبر (Uber) بأن تحديدها لأسعار خدمات النقل، لا يمكن أن يُشير إلى وجود عنصر الرقابة والاشراف من جانبها على عمل السائق الذي يقوم بتوصيل الركاب بواسطة سيارته الخاصة؛ وذلك لأن خدمة نقل الركاب التي يقوم بها السائق المتعاقد مع الشركة تُحسب بطريقة التسعير الديناميكي، التي تعتمد في حساب سعر الرحلة على عدد الكيلومترات التي تم قطعها والزمن المستغرق للرحلة. كما أن سعر الرحلة يمكن تعديله في حالة وجود شكوى من الراكب، أو عندما يختار السائق طريقًا

(1) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.7.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

أطول من الطريق المقترح من قَبْل التطبيق. لذلك فإن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت نصوص المواد L 1221-1 و L.1411-1 و L. 7341-1 من قانون العمل، والمادتين 1164⁽¹⁾

⁽¹⁾ "Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat".

و1165⁽¹⁾ من القانون المدني⁽²⁾.

ج. رأي محكمة النقض

تبنت محكمة النقض موقف محكمة الاستئناف الذي انتهت فيه بأن الاسعار يتم تحديدها عن طريق خوارزميات منصة أوبر (Uber) بآلية ديناميكية، وفقاً لنص المادة ٤ من عقد تقديم الخدمة المبرم بين الشركة والسائق الذي ينص على أن تعريفه الراكب تُحدد وفقاً للمسافة التي تحسبها خدمة تحديد الموقع الجغرافي أو الوقت الذي استغرقته الرحلة⁽³⁾. مما يُمكن معه استتباط أن الشركة تمارس بالفعل سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ السائق لعمله من خلال تحديدها لسعر الرحلة، بغض النظر عن طريقة التحديد⁽⁴⁾. كما أضافت المحكمة أن الشركة تملك

(1) "Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat".

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(3) Catherine Courcol-Bouchard, Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020, op.cit., p.7.

(4) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.5.

صلاحية تعديل سعر الرحلة إذا لم يتّبع السائق الطريق المقترح عليه من قبل المنصة وفقاً لنص المادة ٤ فقرة ٣ من العقد المبرم بين الشركة والسائق الذي ينص على إمكانية تعديل منصة أوبر (Uber) للأسعار إذا اختار السائق طريقاً مغايراً للطريق الذي اقترحه التطبيق. وحيث أنه قد ثبت للمحكمة أن السائق قد التزم بدفع العديد من "التصحّحات التعريفية" بناءً على تعديل سعر الرحلة من قبل المنصة والتزم بدفع فارق الأسعار، فإن الشركة تملك وحدها صلاحية تحديد سعر الرحلة وتعديله دون أدنى تدخل من السائق، وهو ما يدّل على حقيقة مؤكدة تتمثل في قدرة الشركة على إصدار أوامر وتوجيهات للسائق، ومراقبة تنفيذها من خلال التطبيق الإلكتروني، وتتمتع بسلطة توقيع الجزاء حال مخالفتها⁽¹⁾.

ومن جانبنا نعتقد صحة الموقف الذي تبنته محكمة النقض، والذي أكدت فيه أن تحديد الأسعار وتعديلها من قبل الشركة عن طريق خوارزميات منصة أوبر (Uber) يدلّ بالفعل على ممارسة الشركة لعنصر الرقابة والاشراف، ولا يجدي المنصة نفعاً الدفع بأن الطريقة التي يتم بها احتساب وتحديد سعر الرحلة يتم بصورة اتوماتيكية لا دخل لها فيها، من خلال الخوارزميات التي تستخدمها المنصة؛ حيث أغفلت الشركة أنها المتحكم الرئيسي لتلك الخوارزميات، كونها المسيطر الوحيد على برمجة بيانات تلك الخوارزميات، فهي من تحدد سعر بدء الرحلة، وتحدد سعر الكيلو متر في الأوقات العادية والذي يختلف عن وقت الذروة،

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

كما يختلف من مدينة لأخرى داخل الدولة الواحدة، كما تملك المنصة صلاحية تعديل سعر الرحلة إذا اختار السائق طريقاً غير المقترح عليه. ومن ثم فمن غير المقبول النعي بأن الشركة لا تحدد سعر الرحلة أو تملك صلاحية تعديل الأسعار، خاصة وأن السائق في واقع الامر لا يتدخل بأي شكل من الأشكال في تحديد الأسعار أو يملك تعديلها، وهو ما يُعد دليلاً لا يدع مجالاً للشك في ممارسة المنصة لدورها الرقابي والاشرافي على عمل السائق التابع لها.

العنصر الثالث: سلطة توقيع الجزاء في حالة ارتكاب مخالفة

تمهيد: محكمة النقض في سبيل إثباتها لسلطة منصة أوبر (Uber) في توقيع الجزاء حال ارتكاب السائق التابع لها مخالفة أو حال عدم التزامه بتعليمات الشركة، اضطرت لاستعراض أ. رأي محكمة الاستئناف، ب. دفاع منصة أوبر (Uber)، وانتهت بعرض رأيها، ج. رأي محكمة النقض.

أ. رأي محكمة الاستئناف

تعليق الوصول للحساب لفترة مؤقتة أو إلغاء الوصول بشكل نهائي يدل على ممارسة المنصة سلطة توقيع الجزاء على السائق: أكدت المحكمة أن الشركة تُمارس سلطة توقيع الجزاء على السائق، من خلال تحديدها لمعدل إلغاء طلبات التوصيل المسموح به وهو ثلاث طلبات، والذي إن تجاوزه السائق قد يتم تعطيل حسابه لفترة مؤقتة. وهذا ما أكده السائق بأنه بعد ثلاث مرات رفض لطلبات التوصيل المقترحة، أرسلت له الشركة رسالة مفادها "هل ما زلت موجودًا؟" أو هل ما زلت على اتصال⁽¹⁾. كما أن الشركة تملك في حالة تكرار وجود شكاوى من قِبَل الركاب بخصوص سلوك غير لائق للسائق، أن توقع عليه الجزاء بحرمانه من القيام بخدمة النقل بشكل مؤقت، أو تحرمه من الوصول إلى حسابه بشكل نهائي، وهو ما يؤكد صراحة قدرة المنصة على توقيع الجزاء على السائق.

ب. دفاع منصة أوبر (Uber)

تعطيل الوصول للحساب يرجع لأسباب تقنية: دفعت الشركة بأن السائق عندما يقرر الاتصال بالمنصة الرقمية أو بالتطبيق التابع للمنصة لتقديم خدمة نقل الأفراد بسيارته، يتمتع بمطلق الحرية في قبول أو رفض عروض الرحلات المرسلة إليه من خلال التطبيق. وإن كان من الممكن أن ينتج عن رفض ثلاث رحلات متتالية

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

تعطيل التطبيق، فذلك يرجع لأسباب تقنية تتعلق بتشغيل خوارزميات التطبيق، حيث يتم إرسال طلبات الرحلات أو التوصيل للسائقين المتصلين بالمنصة واحدًا تلو الآخر، وفقًا لمدي قريبهم من مكان الراكب طالب الرحلة. لذا فالشركة تؤكد أن اشتراط عدم قيام السائق بإلغاء الرحلات التي يقترحها التطبيق عليه بشكل متكرر لا يُهدف إلى تقييد حرية السائق في اختيار الرحلات التي سوف يقوم بها، أو يمثل شرطًا تملك الشركة توقيع الجزاء حال مخالفته، بل يهدف لضمان موثوقية النظام ومصداقية المنصة الرقمية لَدَي الركاب، من خلال سرعة الاستجابة في تنفيذ رحلاتهم التي يرغبون في القيام بها. كما أكدت الشركة أنه في جميع الأحوال فإن السائق لديه إمكانية إعادة الاتصال بالتطبيق في أي وقت، ولا يؤثر قطع الاتصال بشكل مؤقت على العلاقة التعاقدية بينه وبين الشركة.

ج. رأي محكمة النقض

في معرض الرد على الدفع الخاص بسلطة الشركة في توقيع الجزاء في حالة ارتكاب مخالفة من جانب السائق، تبنت محكمة النقض وجهة نظر محكمة الاستئناف التي أكدت على وجود سلطة توقيع الجزاء من قِبَل الشركة تجاه السائق المخالف، والتي تتمثل في تعطيل حسابه مؤقتًا أو فقدان الوصول إلى حسابه نهائيًا. وتوصلت محكمة النقض هي الأخرى إلى إثبات سلطة المنصة في توقيع الجزاء والتي تظهر بوضوح في ميثاق منصة أوبر (Uber) تحت عنوان الأسباب التي يمكن أن يفقد بسببها السائق الوصول إلى تطبيق أوبر سواء بالتعليق المؤقت

للوصول للحساب أو من خلال الغلق النهائي للحساب، حيث حددت المنصة قائمة بعنوان (الجودة، الأمان، الغش، العنصرية). وتحت عنوان الجودة: أكد الميثاق على حرية السائق في إلغاء القيام بالرحلة التي سبق له قبولها، غير أن مرات الإلغاء محدودة؛ وذلك لضمان جودة خدمة النقل المقدمة ولضمان الحصول على رضا العملاء. وتحت عنوان الأمان: حدد الميثاق بعض السلوكيات التي يمكن أن يفقد السائق الوصول لحسابه إن قام بإحداها مثل: استخدام لغة أو إشارة غير لائقة مع العميل، انتهاك أحد نصوص قانون المرور، أو القيادة بطريقة متهوره أو خطيرة. وإذا قام العميل بإبلاغ الشركة أن السائق أثناء قيامه بالرحلة قد أتى أي من هذه السلوكيات فللشركة الحق في تعليق حساب السائق مؤقتاً، بغض النظر عما إذا كانت الشكاوى المزعومة قد حدثت أم لا أو ما إذا كانت العقوبة تتناسب مع المخالفة التي ارتكبها السائق، كما يمكنها غلق الحساب نهائياً إذا كان سلوك السائق خطيراً (العنف، التحرش) أو رفض التعاون مع الشركة لإظهار الحقيقة⁽¹⁾. لذا انتهت محكمة النقض إلى أن قدرة الشركة على تعطيل الحساب سواءً بشكل مؤقت أو نهائي، وبغض النظر عن سبب التعطيل يؤكد بصورة قاطعة على سلطة الرقابة التي تمارسها الشركة أثناء تنفيذ السائق لعمله، وتؤكد بوضوح إمكانية توقيع الشركة للجزاء على السائق في حالة مخالفته لتعليماتها؛ وهو لا يمكن معه نفي

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.5.

علاقة التبعية، أو نفي علاقة العمل⁽¹⁾. كما أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف فيما انتهت إليه من أن قواعد أوبر الأساسية والتي يؤدي انتهاكها إلى تعليق الحساب، لا تهدف فقط إلى ضمان احترام البيانات الشخصية للركاب أو ضمان الشفافية والأمان لجميع الركاب كما ادعت منصة أوبر (Uber)، وإنما تدل دلالة واضحة على قدرة الشركة على توقيع الجزاء في حالة المخالفة لقواعد أوبر (Uber) الأساسية والتي منها: منع السائق من الاتصال بالركاب في نهاية الرحلة، وعدم الاحتفاظ بالمعلومات الشخصية للراكب (مثل رقم الهاتف، مكان التوصيل)، عدم قدرة السائق على إرسال رسالة نصية قصيرة أو الاتصال أو زيارة أحد الأشخاص بعد انتهاء الرحلة دون موافقته، القيادة الخطرة، التزام السائق أثناء قيامه برحلة محجوزة على منصة أوبر بعدم الحجز أو اصطحاب ركاب آخرين تابعين لمنصات أخرى⁽²⁾. ونحن من جانبنا نعتقد أن قيام الشركة بتعطيل حساب السائق مؤقتًا في حالة رفضه لثلاث رحلات متتالية، أو تعطيل الحساب بشكل كامل في حالة ارتكابه لمخالفة حددها ميثاق الشركة أو حددتها قواعد منصة أوبر الأساسية، أو في حالة وجود شكوى من الركاب، هو عين سلطة صاحب العمل في توقيع الجزاء على العامل التابع له في حالة عدم امتثاله لتعليمات وأوامر صاحب العمل أيًا ما كانت مبررات توقيع الجزاء.

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

في الأخير أكدت محكمة الاستئناف أن جماع ظروف تنفيذ السائق لخدمة نقل الركاب بواسطة المنصة أو التطبيق تؤكد أن عناصر عقد العمل وعلاقة التبعية تظهر بوضوح بين الشركة والسائق: حيث إن لمنصة أوبر (Uber) سلطة التوجيه والتي تمارسها من خلال: تحديد مسار الرحلة، تحديد الأسعار، تحديد السلوكيات المسموح بها وغير المسموح بها من السائق أثناء الرحلة، عدم السماح له بقبول إكراميات من الركاب. كما أن للمنصة سلطة الرقابة التي تظهر من خلال: سلطة تعديل وتغيير الأسعار، تلقي طلبات النقل من قبل الركاب واقتراحها على السائقين، تحديد الموقع الجغرافي للسيارة وللسائق. كما أن للمنصة سلطة توقيع الجزاء والتي تظهر من خلال: قدرة الشركة على غلق أو تعليق حساب السائق في حالة الرفض المتكرر لطلبات الرحلات أو قيامه بسلوك غير مقبول. كما أشارت المحكمة إلى وجود علاقة تبعية اقتصادية بين السائق والشركة، حيث أكدت المحكمة أن السائق تعاقد مع الشركة بوصفه شريكًا وقد أصبح جزءًا من خدمة النقل التي أنشئت وتنظم بالكامل من قبل منصة أوبر (Uber)، والتي لم تكن لتوجد إلا من خلال المنصة الرقمية والتطبيق الخاص للشركة. وبالتالي فهو يعتمد إقتصاديًا في دخله على الشركة ولا يتمتع بالسيطرة الكاملة على تنظيم مهام عمله⁽¹⁾. وبالتالي لا يمكن اعتباره عامل مستقل أو رائد أعمال لأنه لا يملك صلاحية الوصول إلى عملائه بنفسه.

(1) هذا التقرير أخذت به محكمة العدل الأوروبية في حكم Elite Taxi ٢٠ ديسمبر ٢٠١٧.

بيد أن منصة أوبر (Uber) دفعت بأن محكمة الاستئناف لا يمكنها أن تحكم بوجود أو انتفاء علاقة التبعية القانونية دون مراعاة جميع العناصر والظروف المتعلقة بشروط القيام بالعمل المنصوص عليها في العقد المبرم، والتي أغفلتها محكمة الاستئناف. حيث أكدت المنصة أن السائق لم يكن خاضعاً لأي نوع من أنواع الرقابة أو الاشراف سواءً بالنسبة لتنفيذ العمل أو بالنسبة لاتصاله بالمنصة الرقمية أو التطبيق التابع للمنصة. كما تمسكت المنصة بأن عقد الشراكة الذي يسمح للسائق باستخدام المنصة الرقمية أو التطبيق الإلكتروني لا يتضمن أي التزام مالي يدفعه السائق للشركة مقابل ذلك الاستخدام، ولا يتضمن أي التزام بالحصرية أو عدم المنافسة، بل أن بعض نصوص العقد ذكرت صراحة أن السائق يتمتع بالحرية الكاملة في الحصول على عملاء آخرين سواء من خلال استخدام تطبيقات المنصات الرقمية المنافسة أو بوسائله الخاصة. ومن ثم فالقول بوجود علاقة تبعية قانونية دون مراعاة العناصر السابقة والتي كان فيها السائق لا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية للشركة، وإنما يقوم بعمل مستقل من خلال استخدام المنصة الإلكترونية التابعة لمنصة أوبر (Uber) للحصول على العملاء، ما هو إلا مجرد ادعاء لا يدعمه أي سند قانوني ومخالف لنصوص قانون العمل وخاصة المواد L. 1221-1، و L. 1411-1، و L. 7341-1، و L. 8221-6 من قانون العمل⁽¹⁾. كما دفعت منصة أوبر (Uber) بأن أية التزامات مالية التزم بها السائق

(1) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

المستقل لطرف ثالث من أجل تنفيذ أو بدء نشاطه المهني المتمثل في تقديم خدمة النقل، لا يمكن أن تمثل قرينة على وجود علاقة تبعية قانونية بين السائق والمنصة الرقمية لأوبر (Uber)؛ حيث أعلنت محكمة الاستئناف أن السائق من أجل الحصول على التسجيل الخاص به في ٧ ديسمبر ٢٠١٦، والذي مكّنه من ممارسة عمله بموجب ترخيص من شركة Hinter France شريك منصة أوبر (Uber)، والتي الزمته بتحقيق رقم أعمال معين من خلال الاتصال بالمنصة، فاستنتجت المحكمة من ذلك وجود رابطة تبعية بين السائق وبين المنصة الرقمية لأوبر. فإن مثل هذا الاستنتاج والتحليل الذي اعتمدته المحكمة غير كافٍ وحده للقول بوجود رابطة تبعية قانونية مع منصة أوبر (Uber)، ومخالف للمواد L. 1221-1، L. 1411-1، L. 7341 -1 و L. 8221-6 من قانون العمل، المادة 9 1199⁽¹⁾ من القانون المدني⁽²⁾.

(1) "Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la pressé Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin. Section et de celles du chapitre III du titre IV.

(2) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

لهذه الأسباب مجتمعة: أكدت محكمة النقض أنه ووفقًا لما اضطرد عليه قضائها⁽¹⁾، فإن علاقة التبعية القانونية تتوافر إذا قام العامل بأداء العمل تحت سلطة صاحب العمل الذي يملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات⁽²⁾، ويملك سلطة الرقابة والاشراف على تنفيذ العمل، ويتمتع بسلطة توقيع الجزاء في حالة ارتكاب مخالفة⁽³⁾. على العكس من ذلك فإن من معايير العمل المستقل والتي تتمثل في قدرة السائق المستقل على الوصول إلى العملاء بنفسه، والحرية في تحديد الاسعار، والحرية في أداء وتنفيذ الخدمة أو العمل تنتفي في حق سائق منصة أوبر⁽⁴⁾. لذلك فإن المحكمة تؤيد حكم محكمة الاستئناف المبني على صحيح القانون، وأيدت ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من تكييف مفاده أن العلاقة التعاقدية بين المنصة والسائق علاقة عمل، وأن العقد المبرم بينهما يمثل في حقيقته عقد عمل وذلك عن طريق إثبات توافر جميع عناصر التبعية القانونية؛ لذا

(1) Cass. Soc., 13 Novembre. 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386 ; Cass. Soc., 4 Juillet. 2002, n° 00-19.297 ; Cass. 2e civ. 25 Mai 2004, n° 02-31.203.

(2) Cass. Soc., 31 Octobre. 2000, n° 99-13.949 ; Cass. Soc., 16 Janvier. 2002, n° 99-45.718.

(3) Cass. Soc., 19 Décembre. 2000, n° 98-40.572 ; Cass. Soc., 30 Novembre. 2011, n° 11-10.688 ; Cass. Soc., 29 Janvier. 1981, n° 79-14.701 ; Cass. 2e civ., 14 Février. 2007, n° 05-21.839 ; Cass. Soc., 26 Novembre. 1981, n° 80-15.440, Bull. civ. V, n° 921.

(4) Cour de cassation, Chambre sociale, n°374 du 4 mars 2020, 19-13.316, Publié au bulletin.

قضت باعتبار السائق المتعاقد مع منصة أوبر (Uber) في ظل توافر العناصر السابقة مجتمعة، يعتبر عاملاً تابعاً بأجر يخضع لقانون العمل وليس عاملاً مستقلاً يعمل لحسابه الخاص.

من جانبنا نؤيد ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠، والذي اعترفت فيه صراحة بوصف العامل لسائق منصة أوبر (Uber)، حيث ما أورده قضاة المحكمة من أسباب تتفق وصحيح القانون، وما أبدوه من تبريرات سائغة في العقل والمنطق، تكفي لحمل حكمهم إلى ما انتهوا إليه للأسباب التالية:

الأول: الحكم الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠ يعد ترسيخاً للاتجاه الجديد للمحكمة في الاعتراف بصفة العامل لسائق منصة أوبر (Uber)، والذي أضفي وصف عقد العمل على العقد المبرم بين السائق ومنصة أوبر (Uber)، والذي يشكل خطوة هامة، تدق ناقوس الخطر لتنبه المشرع إلى ضرورة وأهمية التدخل لتنظيم وضع عمال المنصات الرقمية.

الثاني: الحكم الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠ من قضاة الغرفة العمالية بمحكمة النقض، لا يمثل خروجاً على المستقر فقهاً⁽¹⁾ أو انحرافاً عن السوابق القضائية

(1) Guillaume Henri Camerlynck, Traité du droit du travail, tome 1, Contrat de travail, 1^{re} éd., Dalloz, 1968, p.45; Judith Rochfeld, Célia Zolynski, La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? Dalloz, 2016, p.520 ; Jean-François Cesaro, Arnaud

المستقرة لمحكمة النقض⁽¹⁾. فهو يُعتبر الثاني من نوعه بشأن عمال المنصات الرقمية الذي تصدره الغرفة العمالية لمحكمة النقض، بعد الحكم الذي أصدرته في قضية Take Eat Easy بتاريخ ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨⁽²⁾، حيث انتهت محكمة النقض في تكييف وضع سائقي منصة أوبر، إلى نفس الحل الذي تبنته في حكم منصة Take Eat Easy، واعترفت للمرة الثانية بتكييف العلاقة التعاقدية بين المنصة وبين السائق بعلاقة عمل لتوافر جميع عناصر التبعية القانونية. إضافة إلى أن المحكمة اعتمدت على معيار التبعية القانونية، وهو المعيار المعمول به من جانبها والمستقر لإثبات أو نفي علاقة العمل منذ صدور حكم باردو في ٦ يوليو ١٩٣١، والحكم الشهير في قضية Société Générale بتاريخ ١٣ نوفمبر ١٩٩٦⁽³⁾، فمنذ ذلك التاريخ وأحكام محكمة النقض مضطردة⁽¹⁾ على أن الخاصية

Martinon, Bernard Teyssié, Droit du travail, Relations individuelles, Lexis Nexis, 4^e édition, 2019, p.227 et s ; Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, Droit du travail, Dalloz, 33 éd, 2020, p.273 et s.

(1) Cass, Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 88-40.121, Bull. V n° 200 ; Cass, Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, Bull. V, n° 437 ; Cass, Soc., 9 mai 2001, pourvoi n° 98-46.158, Bull. V, n°155.

(2) Cass, Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, publié.

(3) Cass, Soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187 Société Générale, Bull.no386 ; Voir aussi, Cass, Soc., 1 décembre 2005, n° 05-43.031, Bull. 2005, n° 349 ; Cass, Soc.8 juin 2010, n° 08-44.965 ; Cass, Soc., 13 février 2013, n° 11-26.548 ; Cass, Soc., 2 décembre 2015, n° 14-22.609.

المميزة لعقد العمل هي التبعية القانونية⁽²⁾، وهو ما لم تحد عنه محكمة النقض الفرنسية في حكم منصة أوبر (Uber) والتي أثبتت فيه وجود علاقة عمل استناداً على وجود علاقة التبعية القانونية بين المنصة والسائق.

الثالث: أن المحكمة تمكنت وبجدارة من إثبات عناصر التبعية القانونية من خلال التحليل الدقيق لظروف ممارسة عمل السائق، ووقائع الدعوي، وبنود العقد المبرم بين السائق وبين المنصة، والوثائق التي وقّع أو أطلع عليها السائق من أجل الالتحاق بالعمل لدي المنصة. حيث تأكدت المحكمة من توافر العناصر الثلاثة للتبعية القانونية. وأولها: قيام السائق بأداء العمل تحت سلطة المنصة التي تملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات من خلال: غياب الحرية التي يتمتع بها السائق في الاتصال بالتطبيق وفي اختيار وتحديد أيام وساعات العمل، إثبات عدم إمكانية السائق إلي الوصول للعملاء إلا من خلال المنصة الرقمية، إثبات عدم معرفة السائق للوجهة أو مكان توصيل العميل لحظة قبول الرحلة المقترح عليه من منصة

⁽¹⁾ Cass, Soc., 8 juillet 2003, n° 01-40.464, Bull., n° 217 ; Cass, Soc., 31 Octobre 2012, n° 11-18.998 ; Cass, Soc. 19 juin 2013, n° 12-17.913 ; Cass, Soc., 18 septembre 2013, n° 11-10.727 ; Cass, Soc., 14 février 2018, n° 16-15.640 ; Cass, Soc., 9 Janvier 2019, pourvoi n° 17-24.023.

⁽²⁾ المثال الكلاسيكي لهذا النوع من العمال: المدربين، الناقلين، المستشارين الإداريين الذين يقومون بمهام نيابة أو لصالح الشركة.

أوبر (Uber) والتي يجب أن يوافق عليها أو يرفضها خلال ثمان ثوان فقط⁽¹⁾، إثبات أن المنصة تملك سلطة إصدار الأوامر والتوجيهات. كما تأكدت المحكمة من توافر العنصر الثاني من عناصر التبعية القانونية وهو سلطة الرقابة والاشراف على تنفيذ العمل من خلال: إثبات أن المنصة استخدمت نظام تحديد الموقع الجغرافي والذي مكّنها من رقابة السائق عن بُعد، ومن خلال إثبات عدم قدرة السائق على تحديد سعر الرحلة. كما تأكدت المحكمة من توافر العنصر الثالث من عناصر التبعية القانونية والمتمثل في سلطة المنصة في توقيع الجزاء في حالة ارتكاب السائق مخالفة من خلال: اثبات أن المنصة تُمارس بالفعل سلطة توقيع الجزاء عندما تمنع السائق مؤقتًا من الاتصال بالتطبيق التابع لها، أو تمنعه من الوصول إلى حسابه نهائيًا في حالة رفضه ثلاث طلبات مقترحة للقيام برحلات، أو إذا تجاوز المعدل المسموح به لإلغاء طلبات الرحلات، أو أن العملاء قد أبلغوا الشركة بعدم رضاهم عن أداء السائق أو الشكوى منه. ومن المسلم به⁽²⁾ أن اثبات

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.5.

(2) Cass, Ass. Plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, 81-15.290 ; Cass, Soc. 17 avril 1991, n° 88-40.121, Bull. no200 ; Cass, Soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572 ; Cass, Soc. 9 mai 2001, n° 98-46.158, Bull. n° 155 ; Soc. 25 octobre 2005, n° 01-45.147, Bull.n° 300 ; Cass, Soc.20 janvier 2010, n° 08-42.207, Bull. n° 15 ; Cass, Soc.11 mai 2005, n° 997, Pourvois 03-40.650, 03-40.651 ; Cass, Soc.3 juin 2009, n° 1159, Pourvois 08-40.981, 08-40.982 et 08-40.983 ; Cass, Soc,

أو نفي علاقة العمل لا يعتمد على الإرادة التي عبر عنها الطرفان في العقد أو على الوصف الذي أسبغاه على اتفاقهم، لكن يعتمد على الظروف الواقعية التي يتم فيها تنفيذ العمل⁽¹⁾ وهو ما قامت به بالفعل محكمة النقض عندما مارست سلطتها في إعادة تكييف العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر (Uber) والسائق، واسبغت على العقد المبرم بين المنصة والسائق الوصف الصحيح.

الرابع: رغم أن المادة 6-8221 L من قانون العمل تفترض أن الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بتسجيل أنفسهم في سجلات معينة⁽²⁾ أثناء القيام بالنشاط أو العمل عمال مستقلين عن صاحب العمل، كما تفترض أن العامل يكون مستقلاً إذا كان هو من يحدد ظروف العمل بنفسه أو بالمشاركة بينه وبين صاحب العمل⁽³⁾. غير أن هذه القرينة بسيطة وتقبل إثبات العكس، وهو ما قامت المحكمة بإثباته فيما يتعلق بسائقي منصة أوبر (Uber) خاصة عندما يقدم هؤلاء السائقين الخدمات أو يقومون بالعمل في ظروف يُمكن أن نستنتج منها وجود علاقة التبعية

21 septembre 2017, n° 2063 ; Cass, Soc, 28 novembre 2018, n°1737 (17-20.079).

⁽¹⁾ Cass, Soc., 17 avril 1991, Bull. V n°200, 19 décembre 2000, Bull. V n°437, 25 octobre 2005, Bull. V n°300, 20 janvier 2010, Bull. V n°15, Civ. 1ère, 24 avril 2013, Bull. I n°83.

⁽²⁾ مثل السجلات التجارية وسجلات الشركات، دليل المهن، أولدي اتحادات الضمان الاجتماعي أو المؤسسات المانحة للإعانات الاسرية.

⁽³⁾ Jean-Pierre Chauchard, Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? op.cit., p.947.

القانونية من خلال مجموعة من القرائن⁽¹⁾. وبناءً عليه استطاعت المحكمة إثبات علاقة التبعية القانونية ورفضت اعتبار عامل المنصة الرقمية عاملاً مستقلاً، رغم صعوبة تحديد الخط الفاصل بين العامل المستقل والعامل بأجر⁽²⁾.

التساؤل الذي يثور بعد عرض وتحليل حكم محكمة النقض الفرنسية، هو الكيفية التي استقبل بها الفقه الفرنسي حكم محكمة النقض، وهذا ما سوف نجيب عنه تفصيلاً في المطب القادم.

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.8.

(2) أكد وزير العمل الفرنسي في 6 أغسطس 2013 أنه ليس من السهولة بمكان تحديد المعايير التي تسمح بالتمييز بين العامل المستقل والعامل التابع، عندما طُلب منه أعضاء البرلمان ذلك، لكنه أشار إلي بعض القرائن التي يمكن أن تدل على وجود علاقة تبعية قانونية، ولا يشترط وجودها مجتمعة لإثبات علاقة العمل: مثل وجود علاقة عمل سابقة مع نفس صاحب العمل لوظيفة مشابهة أو مماثلة، وجود صاحب عمل واحد، احترام ساعات العمل، احترام التعليمات الضرورية لمتطلبات السلامة في مكان العمل: Voir la réponse à la question no7103, Assemblée Nationale.

المطلب الثاني

تقييم حكم محكمة النقض الفرنسية

تمهيد وتقسيم: بعد الانتهاء من عرض وتحليل الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية الذي رسخته في حكمها الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠، واعترفت فيه بصفة العامل لسائق منصة أوبر (Uber)، تأسيسًا على علاقة التبعية القانونية. يبدو من المناسب تقييم ذلك الحكم؛ من خلال تحليل الكيفية التي تعاطي بها الشراح مع الحكم؛ بُغية الإجابة على التساؤلات التالية: هل معيار التبعية القانونية الذي تبنته المحكمة يصلح حقًا لإثبات علاقة العمل بين المنصة الرقمية والعامل؟ أم نحن بحاجة إلى تبعية من نوع خاص؟ هل يجب على محكمة النقض المصرية أن تحذو حذو نظيرتها الفرنسية؟ وهل يجب على المشرع المصري والفرنسي إعادة النظر في النصوص المتعلقة بالعمل عن بُعد وبصفة خاصة عمال المنصات الرقمية أم أن حكم محكمة النقض فيه الكفاية؟ هذه الأسئلة وغيرها أدت إلى انقسام الفقه إلى اتجاه فقهي مؤيد لحكم النقض الفرنسية في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية. واتجاه فقهي رغم اتفاق انصاره مع مضمون الحكم، ومع ما انتهت إليه المحكمة من إسباغ وصف العامل على سائق منصة أوبر، لكنه يختلف معها في معيار التبعية الأولي بالاتباع لإثبات علاقة العمل. وقد حاول أنصار كل فريق تعضيد وجهة نظره بالمواقف القضائية المشابهة في بعض الدول فيما يتعلق

بتكليف عمال المنصات الرقمية. لذا فمناقشة وتحليل هذه الاتجاهات، يُحتم علينا ضرورة تقسيم المطلب إلى فرعين. نتناول في

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لمحكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية. ونستعرض في الفرع الثاني: الاتجاه المختلف مع محكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية.

الفرع الأول

الاتجاه المؤيد لمحكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية

تمهيد: غالبية الفقه الفرنسي⁽¹⁾ قد رحبت بحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠ بخصوص منصة أوبر (Uber)، واتفقت تلك الغالبية مع المحكمة في صلاحية معيار التبعية القانونية لإثبات علاقة العمل بين السائق ومنصة أوبر (Uber). واعتبر أنصار هذا الفريق أن الحكم أقر مبدأ هاماً وهو أن

(1) Grégory Chastagnol, Arrêt Uber : une victoire à la Pyrrhus contre les plateformes, Option Droit & Affaires, n° 486, 2020, p.10; Jérôme Giusti, Thomas Thévenoud, Fayrouze Mashi-Dazi, Controverses sur le statut des travailleurs de plateformes, entre droit du travail et droit des sociétés, Bulletin du travail (ancien nom Cahiers sociaux du barreau de Paris), n°7, pp. 54-60; Malo Depincé, Daniel mainguy, Bruno Siau, Requalification de la relation contractuelle entre une plateforme et un chauffeur de VTC en contrat de travail salarié ; Note sous Cour de cassation, Chambre sociale, 4 mars 2020, pourvoi numéro 19-13.3, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 2020, n°28, pp.45-50; Lucas Bento de Carvalho, Sébastien Tournaux, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail (Première partie), Droit social, 2020, p.736-742; Françoise Champeaux, Pour un observatoire social des plateformes, Semaine sociale Lamy, 2020, no°1924, p.6; Vincent Berger, Le développement des nouveaux services de mobilité numérique Revue juridique de l'environnement 2020, Vol 45, p 35 et s ; Maryse Badel, Lien de subordination et redressement de contributions et cotisations, Droit social, Dalloz, 2021, p.87.

احتفاظ العامل بحرية كبيرة في اختيار وقت العمل وتنظيمه لا يستبعد بذاته وجود علاقة تبعية قانونية، طالما إن قانون العمل الفرنسي يمكن أن يعترف له بتلك الاستقلالية والحرية الواسعة في تنظيم أوقات عمله⁽¹⁾، كما هو الحال في المادة L.3121-58 من قانون العمل⁽²⁾ التي تسمح لبعض المديرين والعمال بحرية كبيرة في تنظيم اوقات عملهم بما يتناسب مع طبيعة العمل، أو بموجب اتفاقيات جماعية كما الحال في الاتفاقية الجماعية الصادرة بتاريخ ٩ فبراير ٢٠٠٤⁽³⁾، ولم يشكك

(1) Françoise Champeaux, Uber rattrapé par la subordination, Semaine Sociale Lamy, n° 1899, 16 mars 2020, p.2.

(2) "Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du I de l'article L. 3121-64 : 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; 2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées".

(3) Convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004. Étendue par arrêté du 16 juillet 2004 JORF 28 juillet 2004.

أحد في كونهم عمال؛ لذا فمن الممكن قياس وضع سائقي المنصات الرقمية، على وضع هؤلاء العمال⁽¹⁾.

مبررات الاتجاه الفقهي المؤيد لمحكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية: يؤكد أنصار هذا الفريق وجهة نظرهم بأن الحكم يتوافق من ناحية أولى مع السوابق القضائية لمحكمة النقض الفرنسية، ومن ناحية ثانية يتفق مع السوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية⁽²⁾، ومن ناحية ثالثة يتفق مع السوابق القضائية لبعض الدول الأوروبية وغيرها، وفي الأخير يتفق مع موقف المجلس الدستوري الفرنسي⁽³⁾ وذلك على النحو التالي:

من ناحية أولى: اتساق الحكم مع السوابق القضائية لمحكمة النقض الفرنسية: يري أنصار هذا الاتجاه أن حكم محكمة النقض الفرنسية يتماشى مع الاتجاه المستقر لمعيار الغرفة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية المتبني للتبعية القانونية

(1) Marie-Cécile Escande-Varniol, Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation. Recueil Dalloz, Dalloz, 2019, pp.177-181.

(2) Céline CASTETS-RENARD, Les défis du numérique dans l'entreprise en Europe introduction, Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, n° 119, 20 octobre 2015, p.2.

(3) Lionel Costes, Plateforme en ligne : les chartes sociales des plateformes internet de transport sont contraires à la Constitution, Lamy line, 2019, p.1.

منذ صدور حكم Société Générale عام ١٩٩٦^(١) ومن قبله حكم باردو عام ١٩٣١. كما يتوافق مع الموقف السابق لمحكمة النقض في الحكم الصادر في قضية حكم Take Eat Easy الصادر عام ٢٠١٨ الذي أعترف لأول مرة في تاريخ محكمة النقض الفرنسية بصفة العامل لعمال توصيل المنصات الرقمية؛ تأسيسًا على معيار التبعية القانونية^(٢). ومن ثم فالحكم الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠ لا يمثل خروجًا على ما جري عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية.

من ناحية ثانية: اتساق الحكم مع السوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية: يؤكد أنصار حكم محكمة النقض الفرنسية أن حكم الأخيرة يتماشى مع موقف محكمة العدل الأوروبية^(٣) والتي أكدت في أكثر من حكم لها أن وصف السائق التابع لمنصة أوبر (Uber) بأنه عامل مستقل ما هو إلا تضليل أو تعمد إخفاء علاقة عمل حقيقية^(٤)، وذلك عندما أتيحت الفرصة لمحكمة العدل الأوروبية^(٥)

(1) Bernard Bossu, L'impact du numérique sur les frontières du salariat, Droit du travail et Technologies d'Information et de la Communication (TIC) du Bulletin Joly Travail, Lextenso, 2020, p.2.

(2) Barbara Gomès, Quand le droit remet l'ubérisation en question, op.cit., n°85.

(3) CJUE, arrêt Fenoll, 26 mars 2015, préc.

(4) CJUE, 13 janvier 2004, Allonby, C-256/01 ; CJUE, 4 décembre 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media.

(5) Yann Laurans, L'application Uber Pop devant la CJUE, Éditions Législatives, Dalloz, 2018, p.2.

لتكييف الوضع القانوني لعمال المنصات الرقمية في قضية منصة أوبر اسبانيا Elite taxi / Uber Spain، بمناسبة نزاع خارج قانون العمل ولكنه يتعلق بقانون النقل⁽¹⁾. وتتخلص وقائع القضية في دفع نقابة سائقي سيارات الأجرة المحترفين بإسبانيا بالمنافسة غير العادلة لسائقي أوبر⁽²⁾، حيث زعمت الأخيرة أنها غير ملتزمة بقانون النقل. كان السؤال الجوهرى الذى طرحتة المحكمة التجارية في برشلونة هو ما إذا كانت منصة أوبر توفر "خدمة معلوماتية"⁽³⁾، بمعنى أنها تقدم خدمة مقابل أجر عن بُعد بوسائل إلكترونية، بناءً على طلب من العميل⁽⁴⁾، أم أنها تقدم "خدمة في مجال النقل" بالمعنى المقصود في المادة ٥٨ من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي⁽⁵⁾. وكانت إجابة المحكمة قاطعة، حيث أكدت أن الشركة تقدم خدمة في مجال النقل، وهو ما يترتب عليه أن الحكومة الإسبانية تملك صلاحية

(1) CJUE arrêt du 20 décembre 2017, Association Professionnelle Elite Taxi, n°C-434/15, voir particulièrement les points 37 à 40.

(2) Fernando Valdes Dal-Re, Les nouvelles frontières du travail indépendant. À propos du statut du travail autonome espagnol, RDT, 2008. p.296.

(3) بالمعنى المقصود في التوجيه EC / 34/98 الذى يشير إليه التوجيه رقم EC / 31/2000

(4) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.16.

(5) L'article 58 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que " La libre circulation des services, en matière de transports, est régie par les dispositions du titre relatif aux transports...".

تنظيم شروط تنفيذ العمل، وضرورة حصول السائقين على ترخيص لممارسة نشاطهم، وهوما يتعين على منصة أوبر (Uber) اتباعه واحترامه⁽¹⁾. كما أضافت المحكمة أن منصة أوبر اسبانيا لا تقتصر على تقديم خدمة وساطة تربط بين السائقين غير المحترفين الذين يستخدمون سياراتهم الخاصة عن طريق تطبيق رقمي مع الأشخاص الذين يرغبون في القيام برحلة، فبدون هذا التطبيق لن يتمكن هؤلاء السائقين من تقديم خدمات النقل ولن يتمكن الأشخاص الذين يرغبون في القيام برحلة من الوصول إلى خدمات هؤلاء السائقين؛ ومن ثم فإن منصة أوبر (Uber) تمارس تأثيرًا حاسمًا على شروط خدمة هؤلاء السائقين، فهي تحدد الحد الأقصى لسعر الرحلة، وتقوم بتحصيل هذا السعر من العميل قبل دفع جزء منه للسائق، وتُمارس رقابة على جودة السيارة والسائق وكذلك على سلوك الأخير. وفي الأخير استنتجت المحكمة وجوب اعتبار خدمة الوساطة هذه جزءًا لا يتجزأ من خدمة شاملة عنصرها الرئيسي هو خدمة النقل⁽²⁾. كما تجدر الإشارة أن المحكمة بصدد تكييف الوضع القانوني لعمال المنصات الرقمية لم تقم بتفسير كل عقد من العقود التي تشكل العمود الفقري للعلاقة الثلاثية بين السائق والشركة والعميل؛ وإنما

(1) Elite Taxi c. Uber Spain, aff. C-434/15, EU :C :2017 :981 ; Uber France SAS, Aff. C-320/16, EU :C :2018 :221, cité par Vassilis Hatzopoulos, Vers un cadre de la régulation des plateformes ? op.cit., p.404.

(2) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.16.

فضّلت تفسير العملية الاقتصادية ككل؛ وبذلك اعتبرت أن الخدمة التي تقدمها المنصة لا تقتصر على الربط بين العرض والطلب، خاصة وأن المنصة تلعب دوراً محورياً في خلق العرض والطلب، والذان يتلاقيا من خلال المنصة باعتبارها الوسيط الحصري⁽¹⁾. وبالتالي فإن حكم Elite taxi / Uber Spain دعا إلى منح مزودي الخدمة الذين يعملون من خلال منصات رقمية -السائقين- ويعتمدون على هذه المنصة لممارسة نشاطهم المهني، الحماية التي يعترف بها قانون الاتحاد الأوروبي للعمال باعتبارهم عمال تابعين بأجر⁽²⁾.

كما أكدت محكمة العدل الأوروبية هذا المعنى مرة أخرى في الحكم الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٧ في قضية شركة أوبر فرنسا "Uber France" أو "Elite taxi" عندما قضت بأن خدمة الوساطة التي تنفذها شركة Uber France جزء لا يتجزأ من خدمة النقل⁽³⁾. وبصدد التعليق على الحكم السابق أكد جانب من الفقهاء

(1) Alexandre Fabre, Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français, Droit social, Dalloz, 2018, p.547.

(2) Marie-Cécile Escande-Varniol, Uber est un service de transport, mais quel statut pour les chauffeurs ? Semaine Sociale Lamy, 26 février 2018, n°1804 ; Philippe Delebecque, Du nouveau pour les taxis, les VTC et leurs clients : un statut pour les centrales de réservation. Recueil Dalloz, 2017, p.314.

(3) CJUE arrêt du 10 avril 2018, Uber France, n°C-320/16.

(1) أن النتائج التي توصلت إليها محكمة العدل الأوروبية في حكم Elite taxi من شأنها أن تؤدي في ظروف أخرى إلى اعتبار السائقين عمال بالمعنى المقصود في قانون الاتحاد الأوروبي. حيث إن كل عناصر عقد العمل وبصفة خاصة علاقة التبعية القانونية متوافرة وتظهر بوضوح في القدرة على اختيار السائقين وتوظيفهم من قبل المنصة، والقدرة على توريد العملاء والأدوات اللازمة للخدمة، كما أن سعر الرحلة تحدده المنصة منفردة وتدفع منه نصيب السائق، كما أن للمنصة سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة توجيه الجزاء عن بُعد بواسطة المنصة الرقمية نفسها. وفي ذات السياق أحالت محكمة ابتدائية بريطانية إلى محكمة العدل الأوروبية سؤالاً يتعلق بوضع السائقين المتعاقدين مع شركة Yodel التي توفر خدمة توصيل الطرود من خلال منصتها الرقمية. خاصة وأن العقد المبرم بين المنصة والسائق ينص صراحة على أن الشركة ليست ملزمة بتوفير العمل للسائق غير المتصل بالمنصة، إضافة إلى أن الشركة لم تلزمه بالعمل في أوقات معينة أو أن يقبل الرحلات المقترحة عليه من خلال التطبيق⁽²⁾. لذا طلبت المحكمة البريطانية من محكمة العدل توضيح ما إذا كانت هذه الظروف تمنع تكييف السائق بوصف العامل بالمعنى المقصود في التوجيه EC / 88/2003 الصادر عن البرلمان

(1) CJUE, 20 December. 2017, aff. C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL; CJUE, 10 Avril. 2018, aff. C-320/16, Uber France SAS c. Bensalem.

(2) Watford Employment Tribunal, 19 septembre 2019, B v. Yodel delivery network Ltd; affaire enregistrée sous le numéro C-692/19.

الأوروبي والمجلس في ٤ نوفمبر ٢٠٠٣. وكان رد المحكمة أن مثل هذه الظروف تعتبر بحق ظروفًا نموذجية للعاملين المرتبطين بعلاقة تبعية قانونية، فيما يسمى باقتصاد العمل المؤقت أو اقتصاد الوظائف المؤقتة (La gig économie)⁽¹⁾ ، وبالتالي فقد اعترفت المحكمة بأن سائق المنصة الرقمية عامل يخضع لأحكام قانون العمل.

بيد أن التعرض لأحكام محكمة العدل الأوروبية يفتح الباب أمام طرح التساؤل التالي: هل هناك تعريف محدد للعامل في قانون الاتحاد الأوروبي؟ يمكن أن نجيب قائلين بأن قانون الاتحاد الأوروبي يخلو من نص يحدد بدقة مفهوم العامل، غير أن محكمة العدل الأوروبية مستقرة على أن مفهوم العامل يجب تحديده وفقًا لمعايير موضوعية: مثل طبيعة وظروف العمل الذي يؤديه الشخص لفترة معينة لمصلحة شخص آخر وتحت إشرافه، مقابل الحصول على أجر⁽²⁾. كما أكدت المحكمة أن تعريف مقدم الخدمة المستقل -السائق- المنصوص عليه في القوانين الوطنية لدول

(1) Littéralement : La gig economy signifie que l'économie des petits boulots.

(2) Cour de justice de l'Union européenne CJCE, 3 juillet 1986, Lawrie-Blum, C-66/85, point 17 ; CJCE 13 janvier 2004, Allonby, C-256/01, point 67 ; CJUE, 4 décembre 2014, C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media, point 34 ; CJUE 17 novembre 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15. Cité par Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.10.

الاتحاد، لا يقف حائلاً دون إسباغ وصف العامل على سائق المنصة الرقمية بالمعنى المتعارف عليه في قانون الاتحاد الأوروبي؛ خاصة إذا كان استقلال السائق غير حقيقي أو تمويه لعلاقة عمل حقيقية⁽¹⁾. يترتب على ذلك أن مفهوم العامل وفقاً للسوابق القضائية الأوروبية لا يمكن أن يتأثر بكون الشخص قد كان يعمل كمقدم خدمة مستقل بموجب القانون الوطني، من أجل أسباب مالية أو إدارية أو بيروقراطية، بشرط أن يعمل هذا الشخص تحت إشراف وسلطة صاحب العمل، كما أن كونه يتمتع بحرية اختيار وقت ومكان العمل⁽²⁾ أو عدم مشاركته في تحمل المخاطر التجارية مع صاحب العمل، لا ينفي عنه وصف العامل فهو في نهاية المطاف يشكل جزءاً من النموذج الاقتصادي لصاحب العمل. هذا الطرح هو ما دفع محكمة العدل الأوروبية أن تحكم في أحد القضايا المرفوعة من مواطن فرنسي يعمل في مؤسسة لمساعدة العمال، باعتباره عاملاً تابعاً تبعية قانونية استناداً إلى طريقة تنظيم عمله، رغم أن التابعين لمثل هذه المؤسسات لا يتمتعون بوصف العامل ولا يرتبطون بعقد عمل مع تلك المؤسسات وفقاً لنصوص قانون العمل الفرنسي⁽³⁾.

(1) CJUE, 13 janvier 2004, Allonby, C-256/01, point 71 ; CJUE, 4 décembre 2014, C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media, point 35.

(2) CJCE 13 janvier 2004, Allonby, C-256/01, point 72.

(3) CJUE, 26 mars 2015, Fenoll, C-316/13, et Soc., 29 mai 2013, n° 11-22.376, Bull.n° 144.

من ناحية ثالثة: اتساق الحكم مع السوابق القضائية لمحاكم بعض الدول الأوروبية وغيرها: يستشهد أنصار الاتجاه الفقهي المؤيد لمحكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية، بأن الحكم يتفق مع التوجه القضائي الحديث لبعض الدول التي اعترفت بوجود عقد عمل بين المنصات الرقمية والمتعاقدين معها بهدف الربح. ففي بلجيكا أصدرت الغرفة الفرانكفونية المختصة بتسوية منازعات عقد العمل⁽¹⁾ قرارين بتاريخ ٢٣ فبراير ٢٠١٨ وبتاريخ ٩ مارس ٢٠١٨⁽²⁾ فيما يتعلق بفصل سائقي منصة رقمية متخصصة في توصيل الوجبات السريعة "Deliveroo"⁽³⁾. حيث قامت بتكييف العقد المبرم بين عمال التوصيل والمنصة كعقد عمل، وقامت بتكييف العلاقة التعاقدية بين المنصة والقائم بتوصيل الطلبات بأنها علاقة تبعية قانونية استنادًا على عدة قرائن منها: أن إرادة طرفي التعاقد المعلنة في العقد وصفت القائمين بالتوصيل -المفصولين- بوصف العمال في شركة Deliveroo⁽⁴⁾، انتفاء الحرية الحقيقية لسائقي التوصيل في تنظيم عمليات

(1) هيئة غير قضائية مسؤولة عن الفصل في منازعات العمل، بناءً على طلب طرف أو أكثر.

(2) Cité par Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.46.

(3) Antoine Jeammaud, Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? Semaine Sociale Lamy, n° 1780, 2017, p.6.

(4) Alexandre Fabre, Marie-Cécile Escande-Varniol, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? Alexandre Fabre, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? op.cit., p.3.

توصيل الطلبات، التزام سائقي التوصيل بالتعليمات الدقيقة وبمعايير السلامة التي أصدرتها المنصة، مما يستوجب معه تكييف العلاقة التعاقدية بين السائقين والمنصة كعلاقة عمل، ومن ثم أحقيتهم في الحصول على تعويض جزاء الفصل التعسفي الذي تعرضوا له من قبل المنصة⁽¹⁾. وفي سويسرا صدر قرار محكمة لوزان الصناعية في الدرجة الأولى بتاريخ ٢ مايو ٢٠١٩⁽²⁾، اعتبرت فيه أن العقد المبرم بين منصة أوبر Uber والسائق عقد عمل، وأن السائق المتعاقد مع المنصة يصدق عليه وصف العامل التابع تبعية قانونية بأجر. رغم أن المادة ٣١٩ من قانون العمل السويسري تُعرّف عقد العمل من خلال عدة قرائن محددة -تستبعد إمكانية وصف سائق المنصة الرقمية بالعامل- بأنه " ذلك العقد الذي يتعهد العامل بموجبه، لفترة محددة أو غير محددة، بدوام كامل أم جزئي بالعمل لخدمة صاحب العمل ودفع هذا الأخير راتبًا ثابتًا⁽³⁾". حيث ابتدعت السوابق القضائية قرائن أخرى يمكن من خلالها تكييف العلاقة بين المنصة وعمالها بأنها علاقة تبعية قانونية

(1) تجب الإشارة إلى أنه لم يتم تأييد هذه القرارات من قبل محكمة العمل في بروكسل وأحالت الأمر إلى جلسة استماع مقررة في عام 2021.

(2) Cité par Barbara Gomes, L'ubérisation du travail, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (n°2019/2) ; rapport remis à l'OIT, en décembre 2017.

(3) "Le contrat individuel de travail se définit comme le contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler à temps plein ou à temps partiel au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni."

مثل: مدي الحرية في تنظيم العمل، والحرية في تحديد مكان العمل، ومخاطر العمل، وملكية معدات العمل، والإجازات مدفوعة الأجر، وحظر المنافسة، ودفع الأجر بانتظام. وفي استراليا قررت لجنة العمل في قضية Foodora Australia بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠١٨⁽¹⁾ فيما يتعلق بمنصة Foodora المختصة في توصيل الوجبات السريعة، أن العلاقة بين القائم بتوصيل الطلبات والمنصة تمثل علاقة تبعية قانونية وذلك بعد الرجوع لمجموعة من القرائن مثل: وجود العديد من البنود المماثلة في الشكل والمضمون لتلك الواردة في عقود العمل، تحكم شركة Foodora في طريقة العمل ومكان العمل وبداية ونهاية كل فترة عمل، عدم وجود مكان عمل خاص للقائم بتوصيل الطلبات، قدرة شركة Foodora على تعليق العقد أو إنهائه في أي وقت. وبالنسبة لوضع سائقي المنصات الرقمية في الولايات المتحدة الأمريكية مهد تلك المنصات فلا يوجد تشريع فيدرالي أو قانون داخلي للولايات يحدد مفهوم العامل المستفيد من تشريعات قانون العمل. غير أن القانون الفيدرالي يضمن الحد الأدنى من الحقوق للعمال والتي يمكن أن تضيف إليها كل ولاية⁽²⁾. فعلى المستوى الفيدرالي تم تحديد معايير لاعتبار العلاقة علاقة عمل من

(1) Kieran Van Den Berght, Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français ; Revue de droit du travail, Dalloz, 2019, p.101.

(2) Alexandre Fabre, Marie-Cécile Escande-Varniol, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? Alexandre Fabre, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? op.cit., p.5.

قبل ثلاثة عشر محكمة استئناف فيدرالية منذ ١٣ مارس ١٩٨٥، واستقرت المحاكم على ستة أدلة تسمح بتكييف العلاقة التعاقدية كعلاقة عمل هي: أ. مستوى الرقابة على تنفيذ العمل، ب. إمكانية حصول العامل على أرباح وخسائر، ج. استثمار العامل في المعدات اللازمة لعمله أو في استخدام مساعدين، د. الحاجة إلى مهارات خاصة، هـ. دوام علاقة العمل، و. ما إذا كانت الخدمة المقدمة جزء من أعمال صاحب العمل⁽¹⁾. أما على مستوى الولايات فقد اعترفت المحكمة العليا في كاليفورنيا بمقاطعة سان فرانسيسكو في قضية مرفوعة ضد شركة Uber في ١٦ يونيو ٢٠١٥ بأن سائق منصة أوبر يخضع لتطبيق بعض أحكام قانون العمل في كاليفورنيا.⁽²⁾ كما أصدرت محكمة ولاية نيويورك حكمًا بتاريخ ١٢ يوليو ٢٠١٨ تؤكد فيه أن العلاقة بين السائق ومنصة أوبر علاقة عمل، مستندة إلي أن الشركة تمارس الرقابة على السائقين من خلال استعمالهم للتطبيق التابع للمنصة، ومن خلال التحديد الأحادي من جانب المنصة للأجرة وسياسة العمل وطريقة أداء

(1) Cité par Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.48.

(2) Superior Court of California County of San Francisco, Uber Tech. v. B. Berwick, case n° CGC-15-546378, 3 juin 2015; Pascal Lokiec, Chronique de droit comparé du travail, Revue de droit du travail, Dalloz, 2019, p.653.

الخدمة، ومن خلال مراقبة الشركة لمدي رضا العميل عن السائق، والذي قد يتعرض للحرمان من الوصول للتطبيق في حالة التقييم السيئ من قِبَل الركاب⁽¹⁾.

من ناحية رابعة: اتساق الحكم مع موقف المجلس الدستوري الفرنسي: يؤكد أنصار الاتجاه الفقهي المؤيد لمحكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية، أن الحكم يتوافق بدوره مع موقف المجلس الدستوري الفرنسي الذي أكد في قراره رقم ٧٩٤-٢٠١٩ الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٩ أن قاضي الموضوع ليس له سلطة تقديرية في تكييف علاقة العمل لسائقي المنصات الرقمية، الذين يخضعون لعقد العمل ولمعيار التبعية القانونية⁽²⁾. بناءً على الأسباب الأربع السابقة، تبني أنصار هذا الفريق -بحق- موقف الدفاع والمناصرة لحكم محكمة النقض الفرنسية الذي يمثل انتصارًا لسائقي منصة أوبر، ومن خلفهم كل عمال المنصات الرقمية. بيد أن هناك جانب فقهي ذهب مذهبًا مختلفًا مع ما انتهت إليه محكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية، لإسباغ وصف عقد العمل على العقد المبرم بين السائق ومنصة أوبر. لذلك يبدو من المناسب تحليل هذا الموقف الفقهي تفصيلًا في الفرع القادم.

(1) State of New York, Unemployment Insurance Appeal Board, Uber Tech. v. N. Salk et. al., A.L.J., case n° 016- 23858, 12 juillet. 2018.

(2) Conseil constitutionnel n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019.

الفرع الثاني

الاتجاه المختلف مع محكمة النقض في اعتمادها على علاقة

التبعية القانونية

تمهيد: شكك جانب من الفقه الفرنسي رغم تأييده لموقف محكمة النقض في الاعتراف بصفة العامل لسائق منصة أوبر (Uber)، في مدي ملاءمة التبعية القانونية لتكييف علاقة السائقين بالمنصات الرقمية؛ على اعتبار أن معيار التبعية القانونية ربما لم يعد مناسبًا لتكييف هذا النوع من علاقات العمل عن بُعد⁽¹⁾. وهو ما دفع البعض لوصف حكم محكمة النقض الفرنسية بخصوص منصة أوبر (Uber) بأنه يمثل عقبة أمام ميلاد نموذج اقتصادي حديث يتوافق مع المستجدات

(1) Grégoire Loiseau, Menace sur le modèle économique des plateformes de mise en relation en ligne, Communication Commerce Électronique, n°4, pp.29-31; Olivia-Boussard, Lou Patez, Attention au travail indépendant : les risques de requalification en contrat de travail - A propos de l'arrêt «Uber » du 4 mars 2020, Option Finance, 2020, n°1551, p.44 ; Sophie Tardy-Joubert, Uber doit rendre des comptes, Les Petites Affiches, 2020, n° 239, p.3; Christophe Radé, Grandeur et décadence du contrat de travail : à propos de l'arrêt Uber, Jurisprudence sociale Lamy, 2020, n° 500, p.13; Thomas Pasquier, L'arrêt Uber- Une décision A-disruptive, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, n°5, 2020, pp.227-234; Delphine Bauer, Kevin Mention, l'avocat qui lutte contre l'ubérisation des s services, Les Petites Affiches, 2020, n° 83, pp.3-7.

التكنولوجية، كما أنه يدعو إلى محاربة الاقتصاد الرقمي ولا يسمح بإعادة تنظيم سوق العمل أو تنظيم تلك العلاقات المستحدثة⁽¹⁾. كما يري أنصار هذا الاتجاه أن موقف محكمة النقض المتبني لمعيار التبعية القانونية يقف حجر عثرة أمام انتشار وتوسع الاقتصاد الرقمي الذي يفتح الطريق أمام انتشار علاقات عمل جديدة أكثر مرونة وحدائية، كما يمثل موقف عدائي واضح للخوارزميات وأجهزة التتبع الجغرافي التي تُمكن المنصات الرقمية من ممارسة عنصر الرقابة عن بُعد، وبذلك تعيق المحكمة صدور قانون جديد يتكيف مع هذا الاقتصاد الرقمي وتُفضل الحفاظ على الثوابت من خلال الحفاظ على علاقة التبعية القانونية التي عفا عليها الزمن⁽²⁾.

(1) Lionel Costes, La Cour de cassation requalifie en salarié un chauffeur Uber, Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique, n°168, p.40.

(2) Patrice Le Maigat, Marché du travail et plates-formes numériques : les coursiers en roue libre ? op.cit., p.15 ; Pascal Lokiec, De la subordination au contrôle, op.cit., n°1841 ; Julien Icard, La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique, Bulletin Joly Travail, 2019 n°01, p.15 ; Jean-Philippe Iherould, Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat, Jurisprudence Sociale Lamy, 28 janvier 2019, n°468.

كما ذهب أنصار هذا الفريق⁽¹⁾ للقول بأن اعتماد الغرفة العمالية لمحكمة النقض على عناصر التبعية القانونية بعناصرها الثلاثة (توجيه - رقابة - جزاء) يمثل الاتجاه المستقر للمحكمة قبل ظهور كل الإنتاج الرقمي الذي أفرز نماذج اقتصادية جديدة، مثل العمل من خلال المنصات الرقمية، مما يثير التساؤل حول مدى صلاحية معيار التبعية القانونية بمفهومه الكلاسيكي لمواكبة تلك النماذج الاقتصادية الحديثة. وهو ما قاد البعض⁽²⁾ للتأكيد على أن مفهوم علاقة التبعية القانونية لن يكون مناسباً لتكييف علاقة عمال المنصات الرقمية، ولن يكون قادراً على التكيف مع أشكال العمل الجديدة التي تدار بواسطة المنصات الرقمية. ومن ثم فإن مفهوم التبعية القانونية لأبد من هجره بعد أن تخطاه الاقتصاد الرقمي، في وقت يتمتع فيه عدد متزايد من العمال بالاستقلالية في ممارسة عملهم سواء كانوا عمال رقميين أم لا⁽³⁾. كما يدعم أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ وجهة نظرهم الراضة

(1) Marie-Cécile Escande-Varniol, Uber est un service de transport, mais quel statut pour les chauffeurs ? Semaine Sociale Lamy, 26 février 2018, n°1804, pp.4-7.

(2) Pascal Lokiec, De la subordination au contrôle, op.cit., n° 1841.

(3) Christophe Radé, Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? le sportif amateur ? le travailleur ? Droit social, 2013, p.202; Bernard Bossu, Quel contrat de travail au XXIe siècle ? Droit social, Dalloz, 2018, p.232 ; Julien Icard, La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique, Bulletin Joly Travail, 2019, n° 01, p.15.

لمعيار التبعية القانونية بصعوبة تحكم وسيطرة صاحب العمل الرقمي لعناصر التبعية القانونية من توجيه ورقابة وتوقيع جزاء؛ خاصة وأن هذه السلطات لم تعد تُنفذ مباشرة من قِبَل صاحب العمل، وإنما تنفذ بواسطة أدوات العمل ووسائل الاتصال الحديثة التي تستخدم الخوارزميات في تحديد الموقع الجغرافي لعمال المنصات الرقمية وتُقيم عملهم⁽²⁾. على أية حال وعلى الرغم من اتفاق أنصار هذا الاتجاه⁽³⁾ على عدم ملاءمة معيار التبعية القانونية الذي تبنته محكمة النقض، ودعوتهم لتبني معيار آخر، إلا أنهم قد اختلفوا في هذا المعيار الأكثر ملاءمة لتكييف علاقة سائقي المنصات الرقمية. فذهب فريق أول للقول بضرورة تبني بمعيار التبعية التنظيمية، بينما ذهب فريق ثانٍ للقول بضرورة تبني معيار الرقابة، في حين ذهب فريق ثالث للقول بضرورة تبني معيار التبعية المزدوجة، وذهب فريق رابع للقول بضرورة تبني معيار التبعية الاقتصادية، وفي الأخير: نادي فريق

(1) Stefano Bini, À la recherche de l'employeur dans les plateformes numériques, Revue de droit du travail, Dalloz, 2018, p.542.

(2) Kieran Van Den Bergh, Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie, op.cit., p.318 ; Barbara Gomes, Le modèle du contrat de travail au défi des plateformes numériques, Droit ouvrier, septembre 2019, n°854, p.599.

(3) Catherine Minet-Letalle, Les risques de requalification en contrat de travail, Juris tourisme, n°219, Dalloz, 2019, p.27 ; Grégoire LOISEAU, Requalification du contrat d'un conducteur de VTC, La Semaine Juridique Social n° 30-34, 30 Juillet 2019, p.1228.

خامس بضرورة وضع نصوص خاصة لسائقي وعمال المنصات الرقمية، لذا سوف نناقش ونفند آراء وحجج هذه الفرق الخمس على النحو التالي.

الفريق الأول: التبعية التنظيمية

يري أنصار هذا الفريق⁽¹⁾ عدم إمكانية الاعتماد في تكييف عقد سائقي المنصات الرقمية على مفهوم التبعية القانونية بعناصره الثلاثة الكلاسيكية؛ لأنه معيار غير قابل للتكيف مع التطورات الاجتماعية والتكنولوجية وعاجز عن استيعاب ذلك النموذج الاقتصادي الذي يُدار بواسطة المنصات الرقمية⁽²⁾. بناءً على ما تقدم اقترح أنصار هذا الفريق الإبقاء على معيار التبعية، مع ضرورة تطويره وتطويره ليتكيف مع النماذج الاقتصادية الجديدة في سوق العمل، وذلك من خلال التخلي عن مفهوم التبعية القانونية وتبني مفهوم "التبعية التنظيمية" التي تعني أن إشراف صاحب العمل على تنظيم العمل بأي طريقة كانت يؤكد على وجود علاقة تبعية،

(1) Juliette Sénéchal, Le critère français de la subordination juridique confronté au « contrôle », à « L'influence déterminante » d'un opérateur de plateforme en ligne sur l'activité de ses usagers », Recueil Dalloz, 2019, p.186.

(2) Marie-Cécile Escande-Varniol, Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation, op.cit., p.177 ; Emmanuel Dockès, Le salariat des plateformes, Droit ouvrier janvier 2019, n°846, p.8.

ومن ثم وجود عقد عمل⁽¹⁾. وهو ما يعني أن اندماج العامل في خدمة منظمة لم يعد مؤشرًا على رابطة التبعية، ولكن سيصبح هو ذاته معيار التبعية التنظيمية المطلوبة لإثبات علاقة العمل. ومن ثم يمكن القول بوجود علاقة تبعية تنظيمية من خلال بنود العقد إذا كانت ظروف عمل الشخص تُحدد من قِبَل صاحب العمل الذي يمارس أي شكل من أشكال السلطة، غير إصدار الأوامر والتوجيهات والرقابة وتوقيع الجزاء، كما هو الحال في التبعية القانونية. مؤدي ذلك أن التبعية وفقًا لهذا التصور ستكون مرتبطة بتنظيم العمل أكثر من ارتباطها بمسألة أداء العمل ذاته. بيد أن هذا الاتجاه رغم مشروعية مبرراته، لا يمكن التسليم به؛ لكونه تبني معيارًا غامضًا، غير منضبط، لا يصلح أن يكون معيارًا لإثبات علاقة التبعية أو نفيها، وهو ما دفع البعض لاقتراح معيار الرقابة.

(1) Alexandre Fabre, Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français, op.cit., p.547 ; Alexandre Fabre, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? op.cit., p.548.

الفريق الثاني: معيار الرقابة

تلافياً للنقد الموجه لأنصار الفريق السابق، أقترح البعض⁽¹⁾ استبدال معيار الرقابة بمعيار التبعية القانونية. وبالتالي يمكن الاستعاضة عن مفهوم التبعية القانونية بمفهوم الرقابة الذي يمكنه إثبات وجود علاقة عمل بأجر، إذا تم العمل تحت رقابة صاحب العمل الذي يتمتع بسلطة تنظيم العمل وتحديد شروط ممارسته. كما يمكن استنتاج علاقة الرقابة من خلال مجموعة من القرائن والظروف التي تصاحب اداء وتنفيذ العمل. بيد أن هذا الاتجاه هو الآخر لا يمكن التسليم به لأنه يتعارض مع الاستقلالية المتزايدة والمطالب بها بقوة من قِبل عمال اليوم، كما أن الرقابة تظل في جميع الأحوال عنصراً من عناصر التبعية، ولا يمكن أن تنهض بمفردها -رغم أهميتها- كمعيار للتبعية أو كبديل للتبعية القانونية بعناصرها الثلاثة، وهو ما دفع البعض للبحث عن معيار آخر.

(1) Pascal Lokiec, De la subordination au contrôle, op.cit., n° 1841 ; Sylvain Nadalet, Les travailleurs des plateformes contribuent à redéfinir le travail parasubordonné, Liaisons Sociales Europe, n° 469, 21 mars 2019, p.2 ; Marie Peyronnet, Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés, Revue de droit du travail, 2019, p.36.

الفريق الثالث: معيار التبعية المزدوجة

يري أنصار معيار التبعية المزدوجة⁽¹⁾ أن محكمة النقض الفرنسية بحثت جميع القيود الناتجة عن الشروط التعاقدية لأداء خدمة النقل بواسطة المنصة الرقمية لشركة أوبر، ومن هذه القيود استنتجت وجود علاقة تبعية بين السائق والمنصة باعتبارها صاحب عمل، كما استنتجت أن ممارسة سلطات صاحب العمل المرتبطة بالتبعية لا تحتاج إلى تدخل شخص طبيعي، بل يمكن أن تُمارس من خلال أداة رقمية فعالة عن بُعد. وهو ما يعني أنه بمجرد أن يكون نظام العمل مصحوبًا بنظام رقمي قادر على التوجيه والمراقبة وتوقيع الجزاء، تنشأ رابطة التبعية وتثبت بالفعل علاقة العمل. فالتبعية المطلوبة وفقًا لأنصار هذا الاتجاه لتكييف عقد سائقي المنصات الرقمية هي تبعية مزدوجة لها وجهين. الأول: شخصي: يُمارس بواسطة صاحب العمل العادي الذي يملك سلطة إعطاء الأوامر والتوجيهات وتوقيع الجزاء. والثاني: تنظيمي رقمي: يُمارس بواسطة وسيلة رقمية تسمح بالرقابة والإشراف على تنفيذ العمل ويمكنها توقيع الجزاء. وكلا الوجهين لا فرق بينهما في الطبيعة إلا في

(1) Laurent Willocx, L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination, Revue droit du travail Dalloz, n°5, pp.328-331 ; Nicolas Anciaux, Entre subordination et indépendance, réflexions sur les contrats de travail, d'entreprise et de mandat, op.cit., p.157 ; Gaëlle MARRAUD DES GROTTES, Il ne faut pas créer un droit spécifique pour les activités numériques, ni un droit spécial pour l'ubérisation, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 141, 1^{er} octobre 2017, p.2.

طريقة التنفيذ، كما أن أحدهما يكفي للقول بوجود علاقة تبعية⁽¹⁾. على أية حال لا تزال مقترحات أنصار التبعية المزدوجة جزءًا من تصور تنفيذ عقد العمل من خلال السلطة التنظيمية أو الرقابية التي يمارسها صاحب العمل على العامل. ومن ثم فهي لا تتّلم من أوجه النقد التي وجهت لمعيار التبعية التنظيمية ومعيار الرقابة؛ لذا ظهرت أصوات فقهية أخرى مستندة إلى بعض السوابق القضائية لمحكمة النقض، تتادي بالأخذ في الاعتبار البعد الاقتصادي لعقد سائق المنصة الرقمية⁽²⁾.

الفريق الرابع: معيار التبعية الاقتصادية

بتاريخ ٦ يوليو ١٩٣١ وبصدد تعريف محكمة النقض الفرنسية لعقد العمل، تبنت الأخيرة معيار التبعية الاقتصادية بين العامل وصاحب العمل، الذي يُمكن القاضي من إثبات علاقة العمل من خلال استنتاج بعض القرائن والمؤشرات التي تكشف عن وجود تبعية اقتصادية، رغم تمتع العامل بحكم طبيعة نشاطه باستقلالية معينة⁽³⁾. وقد أعادت محكمة النقض معيار التبعية الاقتصادية للحياة مرة أخرى في

(1) Thomas Pasquier, Les plateformes numériques dans la tourmente, commentaire de l'arrêt CA Paris du 10 janvier 2019, op.cit., p.2.

(2) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.35.

(3) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit.,p.36.

حكم لها عام ٢٠٠٠⁽¹⁾ اعتمدت فيه على معيار التبعية الاقتصادية لإثبات علاقة العمل⁽²⁾. وهو ما حدا بجانب من الفقه⁽³⁾ للتأكيد على أن السوابق القضائية لمحكمة النقض تميل أكثر فأكثر إلى إيجاد قرائن ومؤشرات تدل على وجود تبعية اقتصادية أكثر من الاعتماد على علاقة التبعية القانونية، وينتصر هذا الاتجاه لرأيه بالإشارة لحكم Formacad الصادر في ٧ يوليو ٢٠١٦ من جانب الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض⁽⁴⁾، ففي هذه القضية قامت شركة Formacad المتخصصة في التدريب المهني بتوظيف عدد من المعلمين تحت مسمى "راود أعمال"⁽⁵⁾، وبعد نشوب خلاف بين الشركة والمعلمين، طالب المعلمين بتطبيق أحكام قانون العمل عليهم باعتبارهم عمال، لكن الشركة لم تعتبرهم عمال بالمعنى الدقيق للكلمة، واعتبرت أنهم يعملون لحسابهم الخاص؛ ومن ثم لا يخضعون لقانون العمل، وعندما عرض الأمر على محكمة الاستئناف أكدت أن المادة 1-6-8221 L. من قانون العمل والتي تفترض أن الأشخاص المستقلين لا يخضعون لعقد العمل، تفترض قرينة تقبل إثبات العكس، إذا ثبت أن العامل يقدم خدماته مباشرة أو من خلال

(1) Antoine Jeammaud, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane, Droit social, 2001, p.22.

(2) L'arrêt Labbane, Soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, Bull., V, n° 437

(3) Emmanuel Dockès, Le salariat des plateformes, op.cit., p.8.

(4) Cass, 2e Ch., Civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110, Bull, n° 190.

(5) ظهر المصطلح لأول مرة في عام ٢٠٠٨.

وسيط لصاحب العمل، في ظل ظروف تربطه بعلاقة تبعية دائمة فيما يتعلق بالأخير، وهو ما تمكنت المحكمة من إثباته، عندما استنتجت أن "رواد الأعمال" ملزمين بعقد "تقديم خدمات" لمدة غير محددة لإعطاء دروس تقوية، وأنهم قد مارسوا نشاطهم من أجل الربح في مباني الشركة، وأن الدورات التعويضية التي قام بها رواد الأعمال تم توزيعها وفقاً لبرنامج حددته منصة Formacad، كما أن العقود المبرمة بين المنصة وبين رواد الأعمال نصت على شرط عدم المنافسة لمدة عام واحد بعد إنهاء عقد الخدمة، والذي يمنع المعلمين من تقديم خدماتهم مباشرة للعملاء المرتبطين مع الشركة. من كل الظروف السابقة استنتجت محكمة الاستئناف أن المنصة لها سلطة وسيطرة على نشاط رواد الأعمال؛ وبالتالي أكدت المحكمة أن المعلمين - رواد الأعمال - المعينين اعتباراً من 1 يناير 2009 تحت وصف العاملين لحسابهم الخاص، كانوا مرتبطين بالشركة بعلاقة تبعية اقتصادية؛ وبذلك استطاعت المحكمة اثبات وجود علاقة التبعية، دون الاعتماد على المعايير الكلاسيكية للتبعية القانونية من رقابة وتوجيه وسلطة توقيع الجزاء⁽¹⁾. لذلك يري أنصار التبعية الاقتصادية أن حكم Formacad الحديث نسبياً يشهد على استعانة محكمة النقض الفرنسية بفكرة التكامل الاقتصادي أو التبعية الاقتصادية لتكييف عقد العمل⁽²⁾، وهو ما قد ينبئ عن أن معيار التبعية الاقتصادية قد يكون الاتجاه

(1) Kieran Van Den Bergh, Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie, op.cit., p.318.

(2) Thomas Pasquier, De l'arrêt Formacad aux travailleurs Ubérisés, Revue de droit du travail 2017, p.95.

الحديث لمحكمة النقض. ومن الجدير بالذكر أن من أبرز أنصار التبعية الاقتصادية هو الأستاذ Christophe Radé الذي يؤمن بأن التبعية القانونية وإن كانت ناتجة عن عقد العمل، لكنها ليست معيارًا له؛ لأنها تمثل النظرير الضروري لنقل مخاطر النشاط إلى صاحب العمل⁽¹⁾؛ ومن ثم فهي ليست سوي قرينة على وجود علاقة عمل بين العامل وصاحب العمل، بجانب قرائن أخرى ومؤشرات تدل على اندماج العامل في نشاط صاحب العمل الاقتصادي، لا سيما القدرة على الوصول للعملاء، ملكية المباني والمعدات، القدرة على تحديد الأسعار، الالتزام بعدم المنافسة⁽²⁾، الخ. كما أضاف الأستاذ Christophe Radé أن ما يميز عقد العمل حقًا هو أن العامل يندمج بصورة كاملة في النشاط الاقتصادي لصاحب العمل، فعقد العمل من وجهة نظره هو فضاء التعبير عن المصالح الاقتصادية لطرفي التعاقد (المرونة من جهة، والأمان من جهة أخرى)، كما يعتبر وسيلة تنفيذ مشروع اقتصادي مشترك؛ طالما أن المساهمة في النشاط الاقتصادي مربحة لكلا الطرفين -العامل وصاحب العمل- خاصة عندما يوافق العامل بإرادته الحرة على

(1) Christophe Radé, Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? le sportif amateur ? le travailleur ? op.cit., p.202.

(2) Pascal Lokiec, Jérôme Porta, Droit du travail – Relations individuelles, Recueil Dalloz, 2019, p.963.

تكريس وقته للنشاط الاقتصادي لصاحب العمل⁽¹⁾. وقد تبني عدد من الفقهاء⁽²⁾ معيار التبعية الاقتصادية لتكييف علاقة السائقين وعمال التوصيل الذين يعملون لصالح المنصات الرقمية؛ نظرًا للاعتماد الاقتصادي الكبير لهؤلاء العمال على المنصة الرقمية. بيد أن هذا الاتجاه هو الآخر لم يكتب له الذيوع والانتشار؛ خاصة بعد أن ظهر اتجاه حديث ينادي بضرورة وضع نصوص خاصة لعمال المنصات الرقمية.

الفريق الخامس: الاتجاه الحديث المنادي بوضع نصوص خاصة لسائقي وعمال المنصات الرقمية

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.37.

(2) Mathilde Julien et Emmanuelle, Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, RDT, 2018, p.189; Alexandre Fabre, Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français, op.cit., p.547; Barbara Gomes, Une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes, op.cit., n°1847 ; Marie-Cécile Escande-Varniol, Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation, op.cit., p.177; Marie Peyronnet, Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés, op.cit., p.36.

يري أنصار هذا الفريق⁽¹⁾ عدم صلاحية أي من المعايير التي أقرتها عدد من الشّراح لتكييف العلاقة التعاقدية بين السائقين والمنصات الرقمية؛ لأن سائقي وعمال المنصات الرقمية يشكلون فئة جديدة من العمال، ومن ثم فلا يمكن اعتبارهم عمال تابعين بأجر، كما لا يمكن اعتبارهم عمال مستقلين يعملون لحسابهم الخاص⁽²⁾. بعبارة أخرى سائقي المنصة الرقمية في منطقة وسط بين العامل التابع والعامل المستقل-على الأعراف إن جاز التعبير- فبالنسبة لعدم إمكانية وصفهم بالعمال التابعين، فذلك لأنهم غير مرتبطين بعلاقة تبعية قانونية أو اقتصادية بتلك المنصات⁽³⁾؛ لكونهم غير معتمدين إقتصادياً على المنصة، وغير تابعين من الناحية القانونية للمنصة⁽⁴⁾. وبالنسبة لعدم إمكانية وصفهم بالعمال المستقلين؛ فذلك لكونهم لا يتمتعون بالاستقلال الكامل عن المنصة كما هو حال العمال المستقلين.

(1) Jean-Emmanuel Ray, Le nécessaire renouvellement du droit du travail, Droit social, Dalloz, 2019, p.522 ; Josépha Dirringer, Denis Gravouil, Le régime des intermittents du spectacle : le régime du salariat de demain ? Revue de droit du travail, Dalloz, 2019, p.612.

(2) Coralie Larrazet, Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale, Droit social, Dalloz, 2019, p.167; Emmanuel Dockès, Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles, Droit social, Dalloz, 2018, p.216.

(3) Fabrice Angei, Pour une autre réforme du code du travail, porteuse de progrès, Droit social, Dalloz, 2018, p.221.

(4) Elsa PESKINE, Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie, op.cit., p.371.

وفي معرض تبرير نفي التبعية القانونية ذكر أنصار هذا الاتجاه أنه في النموذج الاقتصادي لعمل المنصة الرقمية، تنتفي التبعية القانونية بالفعل؛ حيث يتم تقديم الخدمة من قِبَل المنصة لمصلحة العميل في سياق علاقة تجارية بحتة، ولا يقوم رائد الأعمال أو عامل المنصة الرقمية بالعمل لصالح المنصة، التي لا تُعتبر من الناحية القانونية صاحب عمل⁽¹⁾؛ ومن ثم فلا وجود لعلاقة تبعية قانونية بين المنصة والعميل، فالمنصة ما هي إلا مجرد وسيط بين السائق والراكب⁽²⁾. وفي سبيل نفي التبعية الاقتصادية أكد أنصار هذا الاتجاه أن العامل ليس في إمكانه الحصول على الركاب بنفسه، كما لا يمكنه تحديد سعر الخدمة، ولا شروط أداء الخدمة؛ وبالتالي تختفي التبعية الاقتصادية في العلاقة بين السائق والمنصة⁽³⁾. وفي معرض التأكيد على عدم استقلالية السائق عن المنصة، ذكر أنصار هذا الاتجاه أن من غير المقبول اعتبار السائق التابع للمنصة عاملاً مستقلاً؛ لأنه في حقيقة الأمر غير مستقل بشكل كامل عن المنصة، فهو لا يملك وسائل استقلاله، كما لا يمكنه القيام بعمله بدون الاعتماد على المنصة الرقمية ومن ثم فهو يشكل

(1) Grégoire Loiseau, Auto-entrepreneuriat et salariat : le risque de requalification, Revue des contrats, Lextenso n° 4, 2016, p.730.

(2) Bruno Serizay, Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? JCP S 2016, n°1337.

(3) Joseph Barthélémy, Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise, JCP E 2009, p.1455.

جزء رئيسي من نشاطها؛ ومن ثم لا يمتلك سائقي المنصة عملاً بالمعنى القانوني، يسمح لهم بالسيطرة على نموذج اقتصادي مستقل، يُمكن أن يُبرر استبعادهم من قانون العمل؛ خاصة وأن قانون العمل يستهدف حماية الأشخاص الذين يُعرضون أنفسهم للمخاطر من أجل الربح ويعملون تحت سلطة الآخرين⁽¹⁾. لذلك انتهى أنصار هذا الفريق⁽²⁾ للتأكيد على أن سائق منصة أوبر (Uber) لا يمكن وصفه بالعامل المستقل، أو العامل التابع للمنصة سواء تبعية قانونية أو اقتصادية، ولكنه عامل تابع تبعية من نوع خاص -لم يحددوا ماهيتها- تستدعي تدخل المشرع بنصوص خاصة؛ حيث تقوم المنصة الرقمية بدور أكثر من دور الوسيط وربط العرض بالطلب، فهي تخلق العرض في نشاط نقل الركاب في المناطق الحضرية، وتنظم ذلك العمل، وتراقبه، وتقيمه، وتمنح في ذات الوقت حرية للسائق لا يتمتع بها السائق التابع، لكنها تظل دون حرية السائق المستقل. كما تمارس منصة أوبر (Uber) السيطرة على جميع الجوانب ذات الصلة بخدمة النقل: سواء المتعلقة

(1) Kieran Van Den Bergh, *Mettre en perspective le particularisme français*, op.cit., p.101.

(2) Françoise Champeaux, *L'avenir du salariat*, Semaine Sociale Lamy, n° 1767, 2 mai 2017, p.2 ; Bernard Bossu, *Quel contrat de travail au XXIe siècle ? Droit social*, 2018, p.232.

بالسائق، أو بالسيارة، أو المتعلقة بشروط تنفيذ الرحلة كالسعر والمسار، من خلال نظامي التتبع الجغرافي والتقييم المثبتان في التطبيق الذي يستخدمه السائق⁽¹⁾.

ويؤيد أنصار هذا الفريق وجهة نظرهم بموقف بعض الدول التي اعترفت بوضع خاص لسائقي وعامل المنصات الرقمية. فعلى سبيل المثال عرفت إسبانيا منذ عام ٢٠٠٧ فئة وسط بين العامل المستقل والعامل بأجر، وهي فئة "العامل لحسابه الخاص غير المستقل اقتصاديًا" "Trade"⁽²⁾؛ نظرًا لأن عمل سائق المنصة الرقمية له طبيعته الخاصة، فكان لزامًا أن يكون له تصنيف خاص؛ فهو يعمل بواسطة المنصة، لكنه لا يعمل لحسابها ولا يعمل بأدواتها، كما أنه يمتلك وسائل الإنتاج الخاصة به (السيارة، الهاتف الذكي، الدراجة النارية أو الهوائية، إلخ)، وفي ذات الوقت يستفيد من خدمات المنصة الرقمية والتطبيق، فهو غير مستقل تمامًا عنها. لذلك رأي القضاء الإسباني إسباغ وصف "العاملين لحسابهم الخاص غير المستقلين اقتصاديًا" على سائقي المنصة الرقمية للاستفادة من بعض أوجه الحماية المقررة للعمال (مثل الرقابة على إنهاء العقد، الحق في الاجازة، توفير الرعاية الصحية وضمان السلامة، إلخ). وقد صدرت ٣ أحكام قضائية بهذا المعني ضد

(1) Anne Bariet, La Cour de cassation requalifie l'activité d'un chauffeur Uber en contrat de travail, Éditions Législatives, 2020, p.6.

(2) Paul-Henri Antonmattel, Jean-Christophe Sciberras, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008, p.7.

منصة Deliveroo وهي شركة متخصصة في توصيل الوجبات الجاهزة⁽¹⁾، حكمان صدرتا من محكمة Valence العمالية بتاريخ ١٠ و١١ يونيو ٢٠١٨، والحكم الثالث صدر من المحكمة العمالية بمدريد في ٢٢ يوليو ٢٠١٩، وقد أكدت الأحكام الثلاثة أن العلاقة بين المنصة وبين السائقين علاقة عمل واعتبرت السائقين وعمال التوصيل يعملون لحسابهم الخاص لكنهم غير مستقلين اقتصاديًا، ومن ثم يحق لهم الاستفادة من بعض أحكام قانون العمل⁽²⁾. وفي سبيل إثبات وجود علاقة التبعية وللتأكيد على حقيقة أن العمل تم تنفيذه نيابة عن الشركة وليس لحسابهم السائقين الخاص، اعتمدت المحاكم على عدة معايير منها: تحديد ومراقبة الموقع الجغرافي للسائقين من قبل المنصة، النتائج المترتبة على رفض السائق القيام بالرحلة المقترحة من قبل المنصة، التعليمات المختلفة المرسلة إلى السائقين من قبل المنصة، طريقة حساب وتحديد الأجر، استحالة حصول السائقين على سعر الرحلة مباشرة من العملاء باستثناء الإكراميات. كما اثبتت الأحكام الثلاثة الأهمية الخاصة للتطبيق التابع للمنصة الرقمية والذي يُشكل الأساس الاقتصادي وأداة العمل الرئيسية لنشاط السائقين، وليس السيارات أو الهواتف الذكية المملوكة لهم.

(1) Antoine Jeammaud, Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? semaine sociale Lamy, n° 1780, 2018, p.4.

(2) Cité par Barbara Gomes, Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants, Étude comparée en droit allemand, espagnol, français, italien et anglais, rapport remis à l'OIT, Paris, 2017, p.33.

كما استشهد أنصار هذا الفريق بوضع سائقي المنصات الرقمية في إيطاليا⁽¹⁾، حيث ميز قانون العمل الإيطالي بين أربع فئات من العمل: الأولي: عقود العمل الخاضعة لسلطة إدارة صاحب العمل. الثانية: العمل الشخصي الدائم والحصري الذي يكون صاحبه مستقلاً في ممارسة نشاطه، ولكنه يخضع للسلطة التنظيمية لصاحب العمل. الثالثة: العمل الشخصي الدائم دون وجود علاقة تبعية. الرابعة: العاملون لحسابهم الخاص⁽²⁾. ويمكن القول إن المحاكم في إيطاليا تعترف لسائقي المنصات الرقمية بوصف الفئة الثالثة "العمل الشخصي الدائم دون وجود علاقة تبعية"⁽³⁾، كما تعترف المنصات الرقمية بهذه الصفة لمقدمي الخدمات التابعين لها⁽⁴⁾، لذلك رفضت محكمة ميلانو في ١٠ سبتمبر ٢٠١٨ ومحكمة الاستئناف في تورين في قرار صادر في ٤ فبراير ٢٠١٩ اعتبار مقدمي خدمات المنصات الرقمية foodora و Foodinho عمالاً طبقاً للفئة الأولى؛ وقد تم تبرير القرارات

(1) Paul-Henri Antonmattel, Jean-Christophe Sciberras, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection, op.cit., p.7.

(2) Barbara Gomes, Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants, Étude comparée en droit allemand, espagnol, français, italien et anglais, op.cit., pp.33-39.

(3) A. De Franceschi, The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy, Journal of European Consumer and Market Law, vol. 5, n° 1, 2016, p. 56, cité par Vassilis Hatzopoulos, Vers un cadre de la régulation des plateformes ? op.cit., p.413.

(4) لا تستفيد هذه الطائفة من حقوق العمل ولكن يمكنهم الاستفادة من تعويض البطالة، كما أن محاكم العمل المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بعقودهم.

الرافضة لإسباغ وصف عمال الفئة الأولى على سائقي المنصات الرقمية؛ بالحرية التي يتمتع بها السائقين، حيث لم يكونوا ملزمين بأداء خدمة التوصيل لصالح المنصات الرقمية، ولم تكن كذلك المنصات ملزمة باستخدامهم لإجراء عمليات توصيل الطلبات. وذكرت محكمة تورين، والتي أيدت محكمة الاستئناف قرارها، أن خاصية الحرية التي يتمتع بها السائقين التابعين للمنصة تعتبر حاسمة في حد ذاتها في استبعاد السائقين من الخضوع للسلطة الإدارية والتنظيمية للمنصة باعتبارها صاحب العمل، ومن ثم وصفهم بعمال الفئة الأولى. كما تعترف إنجلترا هي الأخرى مثل إسبانيا وإيطاليا بفئة وسط بين العامل بأجر والعامل المستقل⁽¹⁾ تطلق عليه العامل الوسيط "worker"⁽²⁾، وهو ذلك العامل الذي يعمل بموجب عقد خدمة ويستفيد ببعض حقوق العامل مثل: الحد الأدنى للأجر، الإجازة السنوية، تحديد أوقات العمل⁽³⁾. كما تجدر الإشارة إلى أن معايير تكييف العامل الوسيط، لم تنص عليها نصوص قانون العمل الإنجليزي، لكن ابتدعتها المحاكم الإنجليزية، وهي:

(1) Barbara GOMES, Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants, Étude comparée en droit allemand, espagnol, français, italien et anglais, op.cit., pp.33-39.

(2) Barbara Gomes, Le crowdworking : essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique, RDT, 2016, p.464.

(3) V. M. Lao, Workers in the "Gig" Economy : The Case for Extending the Antitrust Labor Exemption, 51 U.C Davis L. Rev. 1543, Apr. 2018, cité par Kieran Van Den Bergh, Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français, op.cit., p.101.

الالتزام بالعمل بشكل شخصي دون إمكانية التقويض، الطبيعة التبادلية للالتزامات التعاقدية بين العامل وصاحب العمل، ممارسة صاحب العمل رقابة كافية على العمل، شروط العقد المبرم بين العامل وصاحب والتي يمكن أن تشبه عقود الخدمة أو عقود العمل⁽¹⁾. ومن الجدير بالذكر أن عمال المنصات الرقمية في إنجلترا لم يطالبوا بالاعتراف لهم بوضع العامل، ولكن بوضع العامل الوسط، وقد اعترفت محكمة العمل المركزية بلندن في حكم صادر في ٥ يناير ٢٠١٧⁽²⁾ بصفة العامل الوسط لعامل توصيل الدرجات الهوائية الذي يعمل لحساب المنصة، على أساس أن الأخير كان يعمل لحساب الشركة، وكان يتوجب عليه ارتداء زي معين، ورضي أن يكون مراقبًا بواسطة نظام التتبع الجغرافي "GPS"⁽³⁾. وفي الأخير لا يفوتنا أن نذكر أن قضية سائقي "منصة أوبر إنجلترا" والذين طالبوا بالاستفادة من حالة العامل الوسط، لاتزال منظورة أمام المحكمة العليا بإنجلترا بعد أن أجابت محكمة

(1) Matthieu Vicente, Les coursiers Deliveroo face au droit anglais, RDT, 2018, p.515.

(2) تجدر الإشارة إلى أنه في ٢٣ مارس ٢٠١٧ صدر حكم آخر من نفس المحكمة اعترفت فيه بعلاقة العامل الوسط بالنسبة لعامل توصيل إحدى المنصات الرقمية، حيث استنتجت المحكمة أن عامل التوصيل يجب أن يكون متاحًا طوال يوم العمل لخدمة المنصة، ولا يمكنه أخذ قسط من الراحة إلا بموافقة المنصة، كما أنه لا يستطيع التعاقد مباشرة مع العملاء أو تغيير السعر الذي حدده المنصة.

(3) Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH, Une cour d'appel anglaise juge que les « chauffeurs Uber » sont des « travailleurs » (workers), Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2018, chron. 4, p.5.

العمل بلندن في ٢٨ أكتوبر ٢٠١٦، في حكم أول درجة طلب السائقين، بالاستفادة من حالة العامل الوسيط؛ مستندة على الاعتماد الاقتصادي للسائقين التابعين لمنصة أوبر⁽¹⁾. وتم تأكيد هذا القرار من جانب محكمة استئناف العمل في ١٠ نوفمبر ٢٠١٧⁽²⁾، ثم من جانب محكمة الاستئناف في إنجلترا وويلز في ١٩ ديسمبر ٢٠١٨، استنادًا على العناصر التالية: التناقض بين حقيقة أن منصة أوبر تقدم نفسها على أنها وكيل السائقين وفي ذات الوقت وكيل للعملاء، السلطة التقديرية للمنصة في قبول أو رفض طلبات الرحلات، وجود مجموعة من المديرين التابعين لمنصة أوبر يقومون بإجراء مقابلات مع السائقين قبل قيامهم بعملهم، تحكّم منصة أوبر في بيانات الركاب، وفي الأخير سلطة منصة أوبر في تعديل شروط عقد السائق من جانب واحد⁽³⁾.

(1) Aslam & Farrar & Or v. Uber BV, ET, London, case n° 220551/2015, 28 oct. 2016, cité par Kieran Van Den Berght, Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français, op.cit., p.101.

(2) Uber BV and ors v. Aslam and ors, EAT, 10 November. 2017 (005/17) ; IDS Employment Law Brief HR, 1083, December.2017, p. 3, cité par Kieran Van Den Berght, Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français, op.cit., p.101.

(3) Allison Fiorentino, Le droit du travail britannique à l'épreuve de l'économie participative, Droit social, Dalloz, 2019, p.177.

ضرورة التدخل التشريعي: في ضوء عدم صلاحية المعايير الكلاسيكية لتكييف الوضع القانوني لسائقي وعمال المنصات الرقمية⁽¹⁾، نادي أنصار هذا الفريق بضرورة تدخل المشرع لوضع نظام قانوني خاص لتلك الفئة⁽²⁾؛ لأنه وعلى الرغم من اعتبار محكمة النقض الفرنسية سائقي المنصات الرقمية عمال، فإن جانب من الشّراح⁽³⁾ يري أن نتائج تكييف عقد سائقي المنصات الرقمية كعقد عمل، وانطباق أحكام قانون العمل عليهم بشكل كامل ليس واضحًا بدرجة كافية. لذا طرحوا عدة أسئلة متعلقة بكيفية تحديد الأجر لسائق المنصة الرقمية، وهل يتم قصره على المدة الزمنية التي يظل فيها السائق تحت تصرف المنصة؟ أم خلال وقت الاتصال بالمنصة فقط؟ أم طوال مدة الرحلة؟ هل يمكن لسائق المنصة المطالبة ببديل الوجبات أو تعريفه العمل ليلاً؟ كيف تُطبق عليه الأحكام المتعلقة بساعات العمل؟ متى يمكنه المطالبة بالتعويض عن الفصل دون سبب حقيقي وجاد؟ هل يمكن أن يحصل السائق على وثيقة إنهاء عقده؟ وهل يمكن اعتبار إلغاء الاشتراك من قبل

(1) Éric Beynel, Un autre code du travail est-il possible ? Droit social, Dalloz, 2018, p.227.

(2) Alexandre Fabre, Travailleurs ubérisés : vers de nouveaux droits ? Recueil Dalloz, 2018, p.1544 ; Benjamin Krief, En étant un travailleur contraint, le chauffeur Uber devient un salarié, commentaire de l'arrêt CA Paris du 10 janvier 2019, op.cit, p.8.

(3) Emmanuel Dockès, Le salariat des plateformes, Droit ouvrier, janvier 2019 n°846, p.8 ; Jean-Philippe, Uber face au salariat : causes et conséquences ; Jurisprudence sociale Lamy, 25 février, 2019, n°470.

عامل المنصة نفسه بمثابة استقالة⁽¹⁾؟. حاولت بعض مشاريع القوانين في فرنسا وضع نظام قانوني خاص بعمال المنصات الرقمية في محاولة للرد عن هذه الأسئلة وغيرها.

مشاريع القوانين: يمكن القول إن أولي هذه المحاولات قد بدأت بالفعل قبل صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في ٤ مارس ٢٠٢٠، عندما تم تشكيل لجنة مكونة من مجموعة من الأكاديميين في ديسمبر ٢٠١٥⁽²⁾ تحت إشراف الأستاذ Emmanuel Dockès ونشرت أعمالها في عام ٢٠١٧⁽³⁾؛ بهدف تعديل بعض نصوص قانون العمل ليشمل تحت مظلته هذا النموذج الاقتصادي المتزايد لسائقي المنصات الرقمية وغيرهم ممن يتعاقد مع المنصات بهدف الربح⁽⁴⁾. وقد شملت الاقتراحات تعريف لعقد العمل، وتعريف للعامل وصاحب العمل: وجاءت نصوص التعديل-فيما يتعلق بالمسألة محل البحث- على النحو التالي: المادة 2-11.L عرّفت عقد العمل بأنه ذلك "العقد المبرم بين العامل وصاحب عمل واحد أو

(1) Jeremias Prassl, Uber devant les tribunaux : le futur du travail ou juste un autre employeur, op.cit, p.439.

(2) Frédéric Géa, À quoi sert le droit du travail ? Recueil Dalloz, 2020, p.444.

(3) Proposition de Code du travail, GR-PACT, Emmanuel Dockès. (dir.) Dalloz , 2017.

(4) Voir Proposition de code du travail sous l'égide du Groupe de Recherche Pour un Autre Code du Travail, Dalloz, Hors collection Dalloz, Droit social Droit du travail, 2017.

أكثر⁽¹⁾. كما عرّفت المادة L.11-3 العامل بأنه ذلك "الشخص الطبيعي الذي يؤدي عملاً تحت سلطة الأمر الواقع أو معتمداً على أشخاص آخرين"⁽²⁾. كما عرّفت المادة L.11-4 سلطة الأمر الواقع بأنها " القدرة العملية لشخص ما بأن يأمر ويُطاع من قِبَل شخص آخر"⁽³⁾. كما عرّفت المادة L.11-5 الخضوع أو التبعية بأنها "حالة الضعف التي يمكن استنتاجها عندما يعتمد النشاط المهني للشخص على وسائل أو إرادة الآخرين"⁽⁴⁾. وعرّفت المادة L.11-6 أصحاب العمل بأنهم "أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يمارسون سلطة فعلية على العامل، أو يجعلون العامل يعتمد عليهم"⁽⁵⁾. كما نص مشروع التعديل على انطباق أحكام قانون العمل على العمال المستقلين، الذين يُعرّفون بأنهم مستقلين في عملهم وفي تنظيم جدول أعمالهم، ولا يتلقون التوجيهات من صاحب العمل بخصوص أساليب

(1) "L. 11-2.: Le contrat de travail est un contrat conclu entre un salarié et un ou plusieurs employeurs".

(2) "L. 11-3.: Le salarié est une personne physique qui exécute un travail sous le pouvoir de fait ou sous la dépendance d'autrui".

(3) "L. 11-4.: Le pouvoir de fait est la capacité pratique dont dispose une personne d'en commander une autre et de s'en faire obéir".

(4) "L. 11-5.: La dépendance est la situation de faiblesse qui peut être constatée lorsque l'activité professionnelle d'une personne dépend des moyens ou de la volonté d'autrui".

(5) "L. 11-6.: Les employeurs sont les personnes physiques ou morales qui, séparément ou ensemble, soit exercent un pouvoir de fait sur le salarié, soit tiennent le salarié en leur dépendance".

أو طرق تنفيذ مهامهم⁽¹⁾. بيد أن هذه التعديلات لم تلقَ قبول برلماني⁽²⁾ أو فقهي⁽³⁾، فصدر تعديل قانون العمل رقم 1088-2016 بتاريخ ٨ أغسطس ٢٠١٦ خاليًا من تلك النصوص المقترحة ولم يذهب إلى حد معالجة وضع عمال المنصات الرقمية، بسبب إحجام البرلمانين عن مناقشة هذه المسألة. ثم عاد الأمر مرة أخرى للمناقشة من خلال اقتراح بقانون خاص بعمال المنصات الرقمية عام ٢٠١٩ تم عرضه على مجلس الشيوخ⁽⁴⁾، وفيه عرّفت المادة L. 7522-1 عمال المنصة الرقمية صراحة بأنهم "الأشخاص الذين يبرمون عقودًا مع المنصات الرقمية لتأجير قوة عملهم؛ لأداء الخدمة التي تقدمها وتنظمها المنصة. ومنصات العمل الرقمية هي تلك التي تمارس نشاطًا اقتصاديًا وتجاريًا يتمثل في تقديم وتنظيم الخدمات للعملاء والتي سيتم تنفيذها من قِبَل العمال المرتبطين مباشرة بالمنصة. هذا الاتصال ليس موضوع نشاط المنصة ولكن طريقة الوصول إلى الخدمة

⁽¹⁾ Bernard Bossu, Quel contrat de travail au XXIe siècle ? op.cit. p.232.

⁽²⁾ Groupe de recherche pour un Autre code du travail (<http://pct.parisnanterre.fr/>).

⁽³⁾ Marie-Anne Dujarier, Droit du travail ou droit du salariat ? Droit social, Dalloz, 2018, p.242 ; Arnaud Casado, Droit des travailleurs indépendants utilisant des plateformes de mises en relation, Juris tourisme, Dalloz, 2017, n°194, p.30.

⁽⁴⁾ Proposition de loi relative au statut des travailleurs des plateformes numériques : Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 septembre 2019.

وتتفيذها"⁽¹⁾. وأكدت المادة 1-7523 L. من مشروع القانون على حرية عمال المنصات الرقمية في تنظيم عملهم بالقول أنه "يجوز إبرام عقود بين العمال والمنصات المحددة في المادة 1-7522 L. لمدة غير محددة أو لفترة محددة. وفي كلتا الحالتين، يظل العمال أحرارًا في تحديد وقت عملهم أثناء العقد بشكل مستقل"⁽²⁾. وفي ذات السياق نجد المادة 1-7524 L. من مشروع القانون نصت على أن "لا يخضع عمال المنصة الرقمية للقواعد المتعلقة بوقت العمل، مع مراعاة المادتين 18-3121 L. و 20-3131 L. ويجب أن تكون شروط إنشاء وإدارة

(1) "Art. L. 7522-1. Les travailleurs des plateformes numériques sont les personnes qui concluent avec des plateformes numériques des contrats portant sur la location de leur force de travail en vue de la réalisation du service proposé et organisé par la plateforme". « Les plateformes numériques de travail sont celles qui développent une activité économique et commerciale qui consiste à proposer et organiser des services à des clients qui seront réalisés par des travailleurs directement mis en relation par la plateforme. Cette mise en relation n'est pas l'objet de l'activité de la plateforme mais la modalité d'accès et de réalisation du service.

(2) "Art. L. 7523-1. Les contrats conclus entre les travailleurs et les plateformes définis à l'article L. 7522-1 peuvent être conclus à durée indéterminée ou à durée déterminée. Dans les deux cas, les travailleurs restent libres de déterminer leur temps de travail en cours de contrat de manière autonome, conformément aux dispositions du titre III".

جداول العمل محلاً لمفاوضات سنوية مع ممثلي العمال"⁽¹⁾. وفيما يتعلق بالأجر فقد نظمتها المادة 1-7525 L. من مشروع القانون بالنص على أن "أجور العمال يجب أن تحسب، باستثناء من يزاولون مهنة نقل الأشخاص على أساس الساعة. وبالنسبة لجميع العمال المحددين في المادة 1-7522 L.، ودون أي استثناء، يجب أن تكون طرق الحساب وعناصر الأجر الأخرى محلاً لمفاوضات سنوية مع ممثلي العمال"⁽²⁾. وفي الأخير قررت المادة 1-7527 L. من مشروع القانون أن إنهاء العقد المبرم بين المنصات والعاملين يجب أن يكون بسبب حقيقي وجاد وذلك بالنص أن " يجب أن يكون إنهاء العقد المبرم بين المنصات والعاملين

(1) "Art. L. 7524-1. – Les travailleurs des plateformes numériques ne sont pas soumis aux règles relatives au temps de travail, sous réserve des articles L. 3121-18 et L. 3131-20. Les modalités de construction et de gestion des plannings horaires devront faire l'objet d'une négociation annuelle avec les représentants des travailleurs".

(2) "Art. L. 7525-1. – La rémunération des travailleurs définis à l'article L. 7522-1, à l'exclusion de ceux qui exercent une profession de transport de personnes, devra être constituée sur une base horaire. Pour tous les travailleurs définis au même article L. 7522-1, sans exception, les modes de calcul et autres éléments de rémunération devront faire l'objet d'une négociation annuelle avec les représentants des travailleurs".

المحددین فی الفقرة الأولى من المادة 1-7522 L. بسبب حقيقي وجاد⁽¹⁾. ومن المؤسف أن هذه النصوص لم تتر النور؛ ولم تحظ بقبول أعضاء مجلس الشيوخ؛ بحجة أنها تحتاج مزيداً من النقاش والدراسة، وبدعوي أنه لا يمكن تنظيم الوضع القانوني لعمال المنصات الرقمية على عجل في صورة نصوص مقتضبة، فمثل هؤلاء العمال في أمس الحاجة إلى قانون خاص متكامل⁽²⁾. لذا اقتضت تعديلات القانون رقم 1428-2019⁽³⁾ الصادر في 24 ديسمبر 2019 على بعض الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية للمنصات الرقمية في قانون العمل⁽⁴⁾، وبذلك لم يعد

(1) Art. L. 7527-1. – La rupture du contrat conclu entre les plateformes et les travailleurs définis au premier alinéa de l’article L. 7522-1 doit être motivée par un motif réel et sérieux...".

(2) من الجدير بالذكر أنه أثناء مناقشة مشروع قانون النقل الذي تقدم به وزير الانتقال الإيكولوجي والنقل، أمام أعضاء مجلس الشيوخ في 26 مارس 2019 والذي تضمن نص خاص بعمال المنصات الرقمية، رفض أعضاء المجلس النص المقترح، حيث أكدوا على أن مسألة العمال الرقميين تستحق المزيد من التفكير، ولا يمكن حصرها في مناقشة تعديل نص في قانون النقل؛ كما برر أعضاء المجلس رفضهم بالقول إنه لا يمكن مناقشة ثورة مجتمعية كالمنصات الرقمية، في مجرد نص بسيط في مشروع القانون. وفي معرض الرد على أعضاء مجلس الشيوخ، أستنكر وزير النقل رفض الأعضاء للنص المشار إليه بسبب حاجة عمال المنصات في ظل هذه الظروف إلى ضمان حقوقهم، والوفاء بتطلعات العمال، وأن النص قيد المناقشة يشكل فقط خطوة أولى وضرورية لحماية عمال المنصات الرقمية: انظر

<http://www.senat.fr/seances/s201903/s20190326/s20190326011.html#section1589>

(3) المعدل للقانون رقم 1088 لسنة 2016 الصادر في 8 أغسطس 2016.

(4) Loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019.

قانون العمل الفرنسي يتجاهل تمامًا نموذج العمل الجديد الذي يدار بواسطة المنصات الرقمية⁽¹⁾، فقد أضيف فصل جديد في قانون العمل الفرنسي بعنوان "العمال المستخدمين للمنصات الإلكترونية" " Travaillleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique"⁽²⁾، تم الاعتراف فيه بالمسؤولية الاجتماعية للمنصات الرقمية -دون تحديد معناها- في المواد L.7341-1 à L7342-11. وقد حددت المادة L.7341-1 والمادة L.7342-8 نطاق تطبيق النصوص الجديدة المتعلقة بالمنصات الرقمية. حيث نصت المادة L.7341-1 على أن "تسري أحكام الفصل على العاملين لحسابهم الخاص الذين يستخدمون لممارسة نشاطهم المهني واحدة أو أكثر من منصات الاتصال الإلكترونية المحددة في المادة⁽³⁾ 242 مكرر من قانون الضرائب

(1) Mathilde Julien, Emmanuelle Mazuyer, Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, Revue de droit du travail, Dalloz, 2018, p.189.

(2) Titre IV : Travaillleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique (Articles L7341-1 à L7342-11).

(3) "L'article 242 bis du code général des impôts" L'entreprise, quel que soit son lieu d'établissement, qui en qualité d'opérateur de plateforme met en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service est tenue : 1° De fournir, à l'occasion de chaque transaction, une information loyale, claire et transparente sur les obligations fiscales et sociales qui incombent aux

العام⁽¹⁾". ويمكن أن نستنتج أن صياغة المادة 1-7341 L من قانون العمل بشكلها الحالي تؤكد على مفهوم معين لدور المنصة الرقمية وهو أن المنصة مجرد وسيط يهدف إلى التقريب بين العامل المستقل الذي يلجأ إلى المنصة لممارسة نشاطه المهني وبين العملاء. هذا الفهم للنص أو قراءة النص بهذا المعنى تمسك بها مشغلي المنصات الرقمية، للتأكيد على أن المنصة ما هي إلا مجرد وسيط بين العامل المستقل وبين العملاء المحتملين، ومن ثم لا يمكن أن توصف هذه الشركات بصاحب العمل، وأن وصف صاحب العمل لا يُصدق إلا على شركات

personnes qui réalisent des transactions commerciales par son intermédiaire. Elle est également tenue de mettre à disposition un lien électronique vers les sites des administrations permettant de se conformer, le cas échéant, à ces obligations ;2° D'adresser par voie électronique aux vendeurs, aux prestataires ou aux parties à l'échange ou au partage d'un bien ou service qui ont perçu, en qualité d'utilisateur d'une plateforme, des sommes à l'occasion de transactions réalisées par son intermédiaire et dont elle a connaissance, au plus tard le 31 janvier de l'année suivant celle au titre de laquelle les informations sont données, un document mentionnant, pour chacun d'eux, les informations suivantes :.....".

(1) "L'article L.7341-1 du code de travail " Le présent titre est applicable aux travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique définies à l'article 242 bis du code général des impôts."

خدمة نقل الركاب⁽¹⁾. كما قررت المادة 8-7342 L انطباق أحكام هذا الفصل على العمال الذين تم تعريفهم في نص المادة 1-7341 L. من قانون العمل⁽²⁾ الذين يستخدمون المنصات المشار إليها في المادة 2-7341 L.⁽³⁾ لممارسة الأنشطة التالية: قيادة سيارة نقل بسائق، نقل البضائع بواسطة مركبة ذات عجلتين أو ثلاث عجلات سواء كانت بمحرك أم لا⁽⁴⁾". وقد أسست هذه النصوص لمبدأ المسؤولية

(1) Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.15.

(2) "Article L7341-1 "Le présent titre est applicable aux travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique définies à l'article 242 bis du code général des impôts".

(3) "Article L7342-2" Lorsque le travailleur souscrit une assurance couvrant le risque d'accidents du travail ou adhère à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée à l'article L. 743-1 du code de la sécurité sociale, la plateforme prend en charge sa cotisation, dans la limite d'un plafond fixé par décret. Ce plafond ne peut être supérieur à la cotisation prévue au même article L. 743-1. Le premier alinéa du présent article n'est pas applicable lorsque le travailleur adhère à un contrat collectif souscrit par la plateforme et comportant des garanties au moins équivalentes à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée au premier alinéa, et que la cotisation à ce contrat est prise en charge par la plateforme".

(4) Article L7342-8" Les dispositions de la présente section sont applicables aux travailleurs en lien avec des plateformes définis à

الاجتماعية للمنصات الرقمية بالفعل، عندما حددت خصائص الخدمة المقدمة أو السلعة المباعة وسعرها من قبل المنصة وذلك وفقاً لصريح نص المادة L.7342-1 التي تنص أنه "عندما تحدد المنصة خصائص الخدمة المقدمة أو السلعة المباعة وتحدد سعرها، فإنها تتحمل تجاه العمال المعنيين بمسئولية اجتماعية تُمارس في ظل الشروط المنصوص عليها في هذا الفصل⁽¹⁾". تلك المسئولية الاجتماعية للمنصات الرقمية نظمتها المادة L.7342-1 إلى L.7342-11 من قانون العمل، تفصيلاً من خلال النص على عدة التزامات يجب أن تلتزم بها المنصات وهي: ١. الالتزام بالمساهمة في دفع اشتراك العامل الذي يقوم بالتأمين على المخاطر الاجبارية ضد حوادث العمل أو الذي يشترك في التأمين الاختياري ضد حوادث العمل، ما لم يكن العامل قد أبرم عقد جماعي موقع من قبل المنصة ويمول من خلالها⁽²⁾. ٢. الحق في الحصول على التدريب المهني على أن تتحمل

l'article L. 7341-1 et exerçant l'une des activités suivantes :1° Conduite d'une voiture de transport avec chauffeur ;2° Livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non".

(1) "Article L7342-1 du code de travail " Lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix, elle a, à l'égard des travailleurs concernés, une responsabilité sociale qui s'exerce dans les conditions prévues au présent chapitre".

"(2)L'article L7342-2 du code du travail "Lorsque le travailleur souscrit une assurance couvrant le risque d'accidents du travail ou adhère à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée à

المنصة الرقمية تكاليف هذا التدريب⁽¹⁾. ٣. حق عمال المنصات الرقمية في التظاهر والانضمام للحركات التي تدافع عن مطالبهم المهنية، ولا يمكن أن تكون هذه المشاركة سبباً لقيام مسؤوليتهم التعاقدية، أو سبباً لإنهاء علاقاتهم مع المنصة

l'article L. 743-1 du code de la sécurité sociale, la plateforme prend en charge sa cotisation, dans la limite d'un plafond fixé par décret. Ce plafond ne peut être supérieur à la cotisation prévue au même article L. 743-1. Le premier alinéa du présent article n'est pas applicable lorsque le travailleur adhère à un contrat collectif souscrit par la plateforme et comportant des garanties au moins équivalentes à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée au premier alinéa, et que la cotisation à ce contrat est prise en charge par la plateforme".

⁽¹⁾ "L'article L7342-3 du code du travail "Le travailleur bénéficie du droit d'accès à la formation professionnelle continue prévu à l'article L. 6312-2. La contribution à la formation professionnelle mentionnée à l'article L. 6331-48 est prise en charge par la plateforme. Il bénéficie, à sa demande, des actions mentionnées au 3° de l'article L. 6313-1. La plateforme prend alors en charge les frais d'accompagnement et lui verse une indemnité dans des conditions définies par décret. Le compte personnel de formation du travailleur est abondé par la plateforme lorsque le chiffre d'affaires qu'il réalise sur cette plateforme est supérieur à un seuil déterminé selon le secteur d'activité du travailleur. Les conditions d'abondement, les seuils et les secteurs d'activité sont précisés par décret".

الرقمية، أو توقيع جزاء عليهم أثناء ممارستهم لعملهم⁽¹⁾. مما يعني الاعتراف لهم بالحق في رفض عرض خدمة النقل، واختيار فترات عملهم وفترات عدم النشاط وقطع الاتصال خلال هذه الفترات الزمنية، وعدم جواز إنهاء العقد بناءً على ممارسة هذه الحقوق، ومع ذلك لا توجد عقوبة محددة منصوص عليها في حالة الإنهاء التعسفي للعقد من قبل المنصة الرقمية⁽²⁾. ٤. حق عمال المنصات الرقمية في تكوين نقابات عمالية والانضمام إليها والدفاع عن مصالحهم الجماعية من

(1) "L'article L7342-5 du code du travail "Les mouvements de refus concerté de fournir leurs services organisés par les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 en vue de défendre leurs revendications professionnelles ne peuvent, sauf abus, ni engager leur responsabilité contractuelle, ni constituer un motif de rupture de leurs relations avec les plateformes, ni justifier de mesures les pénalisant dans l'exercice de leur activité".

(2) Florent Masson, Un droit de grève en droit des contrats ? À propos des "mouvements de refus concerté" de fournir des services à une plateforme numérique », Droit social, Dalloz, 2017, p.861.

خلالها⁽¹⁾. ه. حق عمال المنصات الرقمية في الوصول إلى جميع البيانات المتعلقة بأنشطتهم داخل المنصة والتي تسمح بتحديد هويتهم⁽²⁾.

أخيرًا سمحت المادة L7342-9⁽³⁾ للمنصة أن تضع ميثاقًا يحدد شروط وطرق ممارسة مسؤوليتها الاجتماعية⁽¹⁾، وتحدد حقوقها والتزاماتها تجاه العمال المرتبطين

(1) "L'article L7342-6 du code du travail " Les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 bénéficient du droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs".

(2) "Article L7342-7" du code du travail Les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 bénéficient du droit d'accès à l'ensemble des données concernant leurs activités propres au sein de la plateforme et permettant de les identifier...

(3) "Article L7342-9" Dans le cadre de sa responsabilité sociale à l'égard des travailleurs mentionnés à l'article L. 7342-8, la plateforme peut établir une charte déterminant les conditions et modalités d'exercice de sa responsabilité sociale, définissant ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation. Cette charte, qui rappelle les dispositions du présent chapitre, précise notamment : 1° Les conditions d'exercice de l'activité professionnelle des travailleurs avec lesquels la plateforme est en relation, en particulier les règles selon lesquelles ils sont mis en relation avec ses utilisateurs ainsi que les règles qui peuvent être mises en œuvre pour réguler le nombre de connexions simultanées de travailleurs afin de répondre, le cas échéant, à une faible demande de prestations par les utilisateurs. Ces règles

garantissent le caractère non exclusif de la relation entre les travailleurs et la plateforme et la liberté pour les travailleurs d'avoir recours à la plateforme et de se connecter ou se déconnecter, sans que soient imposées des plages horaires d'activité ; 2° Les modalités visant à permettre aux travailleurs d'obtenir un prix décent pour leur prestation de services ; 3° Les modalités de développement des compétences professionnelles et de sécurisation des parcours professionnels ; 4° Les mesures visant notamment : a) A améliorer les conditions de travail ; b) A prévenir les risques professionnels auxquels les travailleurs peuvent être exposés en raison de leur activité ainsi que les dommages causés à des tiers ; 5° Les modalités de partage d'informations et de dialogue entre la plateforme et les travailleurs sur les conditions d'exercice de leur activité professionnelle ; 6° Les modalités selon lesquelles les travailleurs sont informés de tout changement relatif aux conditions d'exercice de leur activité professionnelle ; 7° La qualité de service attendue, les modalités de contrôle par la plateforme de l'activité et de sa réalisation et les circonstances qui peuvent conduire à une rupture des relations commerciales entre la plateforme et le travailleur répondant aux exigences de l'article L. 442-1 du code de commerce ainsi que les garanties dont le travailleur bénéficie dans ce cas ; 8° Le cas échéant, les garanties de protection sociale complémentaire négociées par la plateforme dont les travailleurs peuvent bénéficier. Dans des conditions précisées par décret, la charte est transmise par la plateforme à l'autorité administrative. Lorsqu'elle en est saisie par la plateforme, l'autorité administrative se prononce sur toute demande d'appréciation de la conformité du contenu de la charte au présent titre par décision

بها والذين تم تعريفهم في المادة 8-7342.L، وفي جميع الأحوال يجب أن يشمل الميثاق على وجه الخصوص:

١. شروط ممارسة النشاط المهني للعاملين المتعاقدين مع المنصة، ولا سيما القواعد التي يتم بموجبها الاتصال بمستخدميها، وكذلك القواعد التي تؤكد على

d'homologation. Préalablement à cette demande d'homologation, la plateforme consulte par tout moyen les travailleurs indépendants sur la charte qu'elle a établie. Le résultat de la consultation est communiqué aux travailleurs indépendants et joint à la demande d'homologation. L'autorité administrative notifie à la plateforme la décision d'homologation ou son refus dans un délai de quatre mois à compter de la réception de la charte. A défaut de réponse dans ce délai, la charte est réputée homologuée. La charte est publiée sur le site internet de la plateforme et annexée aux contrats ou aux conditions générales d'utilisation qui la lient aux travailleurs. Lorsqu'elle est homologuée, l'établissement de la charte [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019 ne peut caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique entre la plateforme et les travailleurs".

(¹) Thomas Pasquier, Travailleurs de plateforme et charte « sociale » : un régime en clair-obscur, AJ contrat, Dalloz, 2020, p.60 ; Causse Nicolas, La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du droit du travail français. Contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises, Revue internationale de droit comparé, vol. 53, n° 4, 2001, p.1000.

الطبيعة غير الحصرية للعلاقة بين العمال والمنصة، وحرية العمال في استخدام المنصة والاتصال بها أو قطع الاتصال، دون فرض فترات زمنية محددة لممارسة نشاطهم؛

٢. الطرق التي تهدف إلى تمكين العمال من الحصول على مقابل لائق لخدماتهم؛

٣. طرق تنمية المهارات المهنية للعمال؛

٤. التدابير التي تهدف بشكل خاص إلى: (أ) تحسين ظروف العمل؛ (ب) منع وقوع الأخطار المهنية التي قد يتعرض لها العمال بسبب نشاطهم، وكذلك للوقاية من الأضرار التي تلحق بالغير؛

٥. طرق تبادل المعلومات والاتصال بين المنصة والعاملين أثناء ممارسة نشاطهم المهني؛

٦. كيفية إبلاغ العمال بأي تغيير يتعلق بشروط ممارسة نشاطهم المهني؛

٧. جودة الخدمة المتوقعة وطرق الرقابة من قبل المنصة على نشاط العامل وأدائه والظروف التي قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة التجارية بين المنصة والعامل... وفي جميع الأحوال يتم نشر الميثاق على موقع الويب الخاص بالمنصة وإحاقه بالعقود أو الشروط العامة للاستخدام التي تربطه بالعاملين وتؤكد المادة في الفقرة الأخيرة منها "إن إنشاء الميثاق واحترام الالتزامات التي تعهدت بها المنصة (...) لا يمكن

أن يكون دليل على وجود علاقة تبعية قانونية بين المنصة والعاملين⁽¹⁾. غير أن المجلس الدستوري قد اعترض على هذه المادة لعدم دستورتيتها في قراره رقم 794-2019 الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٩⁽²⁾. ومن الاسباب التي بني عليها

(1) تجدر الإشارة إلى أنه أثناء المناقشات المتعلقة بهذه النصوص في الجمعية الوطنية، تمت إضافة تعديل من جانب الحكومة إلى هذا النص مضمونه أن "الامتثال لأحكام هذا الفصل "المسؤولية الاجتماعية للمنصة" ليس قرينة على وجود علاقة التبعية بين المنصة والعامل الذي يستخدم خدماتها ". غير أن لجنة الشؤون العمالية بمجلس الشيوخ قررت حذف هذه الإضافة لتجنب أي لبس؛ معتبرة أن إدخال التعديل "سابق لأوانه وغير مفيد"، وأن مهمة تصنيف العلاقة التعاقدية بين المنصة ومستخدمي خدماتها هي مهمة حصرية لقاضي الموضوع.

Voir, le rapport n°661 déposé le 1er juin 2016, p.319 et le rapport n° 3909 déposé le 1er juillet 2016, p.216.

(2) Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019. Voir, Cons. Const., décis. n° 2019-794 DC du 20 déc. 2019, Loi d'orientation des mobilités, JO 26 déc. ; AJDA 2020. 9 ; AJCT 2020. 5, obs. D. Necib ; RDT 2020. 42, obs. Barbara Gomes. Hélène Pauliat, Étude d'impact et exposé des motifs d'un projet de loi : un partenaire privé peut participer à la rédaction, La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 27 janvier 2020, n° 4, pp. 3-5 ; Christine Le Bihan-Graf, Laure Rosenblieh, Éric Delbecque, Loi d'orientation des mobilités : Le Conseil constitutionnel opère un contrôle inédit des dispositions de programmation et censure partiellement certaines dispositions, février 2020, n° 2, p. 41-42 ; Pascale Deumier, Quand la loi est rédigée par des prestataires privés, RTD civ., juillet-septembre 2020, n° 3, pp. 581 - 586.

المجلس الدستوري رفضه أن المشرع قرر حق إنشاء ميثاق المنصة الرقمية فقط لمنصات الاتصال الإلكترونية العاملة في قطاع قيادة السيارات النقل، أو عربات تسليم البضائع بواسطة عربة ذات عجلتين أو ثلاث عجلات، دون باقي المنصات الرقمية، وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة⁽¹⁾. كما أن النص في حال تبينه بهذه الصياغة سيخلق نوعاً من عدم المساواة -حتى بين المنصات الرقمية العاملة في مجال النقل- بين العمال الذين يعملون في خدمة منصة أصدرت مثل هذا الميثاق وبين العمال الذين يعملون لدى منصة لم تصدر مثل هذا الميثاق طالما كان الأمر اختياري⁽²⁾. وفي الأخير أكد مقرر النص أن القاضي لن يكون قادراً على تكييف عقد عمال المنصات الرقمية كعقد عمل وفقاً لهذا النص؛ لكن لا يوجد ما يمنع القاضي من ممارسة سلطاته بشكل كامل ومن إعادة تكييف العقد إذا اكتشف بصرف النظر عن هذه المواثيق، مجموعة من القرائن التي تقوده إلى استنتاج وجود تبعية قانونية بين المنصة وعمالها. فيمكن للقاضي إذن إعادة تكييف العقد، ووصفه بالوصف الصحيح إذا وجد أن العلاقة بين الطرفين تشكل بالفعل علاقة عمل، وأن

(1) Thomas Pasquier, À propos de l'article 44 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, AJ contrat 2020 p.60.

(2) من الجدير بالذكر صدور القانون دون إلغاء للنص؛ رغم اعتراض المجلس الدستوري عليه؛ وذلك للطابع الاستشاري لرأي المجلس فيما يتعلق بالرقابة السابقة على دستورية القوانين.

العقد المبرم يُصدق عليه وصف عقد العمل⁽¹⁾، وهو ما قام به بالفعل قضاة محكمة النقض الفرنسية في حكم ٤ مارس ٢٠٢٠⁽²⁾.

1. بعد استعراض الموقف الفقهي المؤيد لمحكمة النقض الفرنسية في تبنيها لمعيار التبعية القانونية، والموقف الفقهي المختلف مع محكمة النقض والذي تبني خمسة معايير مقترحة لتبعية عمال المنصات الرقمية. يمكن أن نُعلن أننا نتبنى موقفاً وسطاً من هذه الاتجاهات -المؤيدة والمختلفة- فمن ناحية نحن نتفق مع محكمة النقض الفرنسية في تكييفها للعقد المبرم بين السائق ومنصة أوبر (Uber) كعقد عمل، تأسيساً على علاقة التبعية القانونية⁽³⁾. ومن ناحية أخرى ندعو المشرع الفرنسي والمصري لتبني نصوص خاصة تنظم بشكل جامع الوضع القانوني لعمال المنصات الرقمية. هذا الموقف الوسط يمكن تبريره بأن قانون العمل الفرنسي حتى بعد التعديلات الأخيرة في ٢٠١٩ لا يعرف إلا نظامين فقط سواء العامل المستقل

(1) Coralie Larraze, Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale, Droit social, Dalloz, 2019, p.167 ; Marie-Anne Valéry, Rapporteur et conseiller référendaire, le rapport du conseiller de la cour de cassation, op.cit., p.45.

(2) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019794DC.htm> .

(3) نتبنى بدورنا المبررات التي ساقها الاتجاه الفقهي المؤيد لمحكمة النقض في اعتمادها على علاقة التبعية القانونية، والتي تتمثل في: اتساق الحكم مع السوابق القضائية لمحكمة النقض الفرنسية، اتساق الحكم مع السوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية، اتساق الحكم مع السوابق القضائية لبعض الدول الأوروبية وغيرها، وفي الأخير اتساق الحكم مع موقف المجلس الدستوري الفرنسي.

أو العامل بأجر، على الرغم من وجود أنظمة وسط بين العمال بأجر والعمال المستقلين في بعض الدول الأوروبية⁽¹⁾. ومن ثم فلم يكن في وسع محكمة النقض إلا أن تحكم في مسألة تكييف العلاقة التعاقدية لسائق منصة أوبر (Uber) في ضوء نصوص قانون العمل السارية والخالية من تعريف للمنصة الرقمية، وعامل المنصة الرقمية، وطبيعة العلاقة التعاقدية بينهما. وبالتالي فهي كانت بين خيارين. أولهما: أن تقضي بعدم وجود علاقة تبعية قانونية بين منصة أوبر (Uber) والسائقين. الثاني: أن تُعمل سلطتها في التكييف لكي تتمكن من إسباغ الوصف القانوني الصحيح على العلاقة التعاقدية بين المنصة والسائق، من خلال مجموعة من القرائن، استطاعت عن طريقها إثبات العناصر الكلاسيكية للتبعية القانونية، وهو ما قام به قضاة المحكمة بالفعل، وأثبتوا علاقة التبعية القانونية لسائقي منصة أوبر (Uber) من خلال السلطة الفعلية التي تمارسها المنصة باعتبارها صاحب عمل، وقدرتها على فرض إرادتها من جانب واحد على السائقين التابعين لها، بواسطة الوسائط التكنولوجية والرقمية الحديثة التي من شأنها تنظيم وتوجيه ورقابة عمل السائق الرقمي. ومن ثم انتصرت المحكمة لسائقي المنصات الرقمية واسبغت عليهم وصف العمال، رغم غياب النصوص، فالحكم يمثل بحق خطوة جريئة نحو تطوير قانون العمل.

(1) Le régime des "workers", régime intermédiaire entre les "employées" et les "indépendants" .

2. كما أننا لا نتفق مع أنصار الاتجاه الفقهي المختلف مع محكمة النقض الفرنسية، والذي طالب المحكمة بتبني معيار آخر غير معيار التبعية القانونية. فمن غير المتصور مطالبة محكمة النقض بموقف أكثر ثورية من الموقف الذي اتخذته انتصاراً لعمال المنصات الرقمية، خاصة وأن المحكمة طوّعت نصوص قانون العمل الحالية لإسباغ وصف العامل على سائق منصة أوبر (Uber). إضافة إلى أن الدعوة بتبني معيار جديد للتبعية، يجب أن توجه للمشرع وليس للمحكمة التي لم تدخر جهداً لحماية عمال المنصات الرقمية في ظل نصوص قانون العمل الحالية. لذلك يمكن التأكيد أن موقف محكمة النقض الفرنسية بصدد تكييف وضع سائقي منصة أوبر (Uber) هو الموقف الأمثل، وإلا لكان البديل هو الحكم بعدم وجود علاقة عمل، وخروج سائقي منصة أوبر (Uber) من نطاق أحكام قانون العمل، وهذه نتيجة لا يقبلها أحد دون شك، حتى المختلفين مع الحكم.

3. في نهاية المطاف ننتصر لرأي محكمة النقض الفرنسية بأن العلاقة بين السائق وبين منصة أوبر (Uber) علاقة تبعية قانونية وليست علاقة تبعية اقتصادية⁽¹⁾، حيث أننا لا نساير الاتجاه المتبني للتبعية الاقتصادية لإثبات علاقة

(1) Barbara Gomes, Les plateformes en droit social, L'apport de l'arrêt Elite Taxi contre Uber, Revue de droit du travail 2018 p.150 ; Jean-François Cesaro, Arnaud Martinon, Bernard Teyssié, Droit du travail, Relations individuelles, Lexis Nexis, 4^e édition, 2019, p.227 et s ; Diane Rousseau, Lien de subordination : La relation entre Uber et l'un de ses

العمل، ونميل لتأييد الاتجاه المتبني ضرورة توافر التبعية القانونية للقول بوجود علاقة عمل⁽¹⁾؛ لأنه وبافتراض صحة الاتجاه الفائل بالتبعية الاقتصادية، فإننا لا نري توافر التبعية الاقتصادية في العلاقة بين السائق ومنصة أوبر (Uber) التي أكدت في أكثر من موضع -وبحق- على إمكانية قيام السائق بعمل لصالح منصات رقمية منافسة، كما يمكنه العمل لحسابه الخاص في غير أوقات اتصاله بمنصة أوبر (Uber)، كما يمكنه التواصل مع الركاب بعد الحصول على موافقتهم خارج إطار منصة أوبر (Uber) ، ومن ثم فالقول بتوافر التبعية الاقتصادية في تلك العلاقة هو قول جانبه الصواب.

chauffeurs requalifiés en contrat de travail par la Cour de cassation, Lamy, 2020, p.2.

⁽¹⁾https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_44525.html : Note explicative relative à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316) – Chambre sociale (arrêt "Uber").

الخاتمة

4. تطلب بحث طبيعة العلاقة التعاقدية بين المنصات الرقمية (منصة أوبر) والمتعاقدين معها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة مقابل أجر (السائقين)، تقسيم الدراسة إلي مبحثين رئيسيين. عالجنًا في أولهما: الوضع الفقهي والقضائي في تكييف تلك العلاقة التعاقدية لسائقي المنصات الرقمية قبل صدور حكمي محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨ وفي ٤ مارس ٢٠٢٠، والذي استقر على رفض تكييف العلاقة التعاقدية كعلاقة عمل. بيد أن هذا لم يثني البعض عن المناداة بضرورة الاعتراف بوصف العامل للمتعاقد مع المنصة الرقمية بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة مقابل أجر، وهو النداء الذي استجابت له محكمة النقض الفرنسية في حكمها التاريخي الصادر في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٨ والذي اعترفت فيه لأول مرة بوصف العامل التابع بأجر لسائق منصة Take Eat Easy، ورسخت في حكمها الثاني الصادر في ٤ مارس ٢٠٢٠ هذا الموقف الثوري بخصوص تكييف العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر (Uber) وسائقيها، حيث تبنت ذات التكييف، لتؤكد في رسالة واضحة أن حكمها الأول لم يكن حكمًا شاذًا، - أو فلتة قضائية إن جاز التعبير- وإنما هو تعبير صادق عن التوجه الجديد للمحكمة، الذي اعترفت فيه بوجود عقد عمل بين منصة أوبر (Uber) باعتبارها صاحب عمل وليست وسيط افتراضي، يُمارس سطات التوجيه والرقابة وتوقيع الجزاء على السائق، الذي يعد هو الآخر عاملًا تابعًا بأجر بمعنى الكلمة، مُستهدية في ذلك بإثبات علاقة التبعية القانونية بين منصة أوبر (Uber) والسائق. وعلى الرغم من ترحيب أكثر الشراح

وثنائهم على الحكم من حيث إسباغه وصف العامل على سائق منصة أوبر (Uber)، فإن جانباً منهم ذهب مذهباً مختلفاً في طريقة تعاطيه مع الحكم -رغم اتفاقه مع مضمونه- بخصوص استناده على علاقة التبعية القانونية بغرض إثبات وجود علاقة عمل، وهو ما دفع البعض إلي اقتراح معايير أكثر صلاحية -من وجهة نظرهم- من علاقة التبعية القانونية، وأكثر ملاءمة لطبيعة المنصة الرقمية وخصوصية طريقة المراقبة الإلكترونية التي تستخدمها، والتي تفتقر بها عن طرق المراقبة المألوفة، وأكثر تناسباً مع طبيعة عمل السائق الذي يتمتع بقدر من الحرية في ممارسته لعمله لصالح المنصة. وهو ما كان محلاً للمناقشة في المبحث الثاني من هذا البحث، والذي اختتمناه بتأييد موقف محكمة النقض الفرنسية في تكييف العلاقة التعاقدية بين منصة أوبر (Uber) والسائق كعلاقة عمل، تأسيساً على علاقة التبعية القانونية، التي تؤكد صلاحيتها لإثبات علاقة العمل في ظل غياب النصوص الحاكمة للمسألة محل البحث. كما يمكن التأكيد أن كون البحث منصباً على تكييف العلاقة بين منصة أوبر (Uber) وسائقيها، لا يمنع من انطباق ذات الأحكام على المنصات الرقمية الأخرى في علاقاتها التعاقدية مع مستخدميها بغرض القيام بعمل أو تقديم خدمة بمقابل، وذلك لاتحاد طبيعة وآليات عمل المنصات الرقمية في إدارتها للعمل أيًا كان القطاع الذي تعمل فيه، ففي نهاية الأمر يمكن اعتبارها صاحب عمل.

5. وقد أظهرت لنا الدراسة جملة من النتائج، دفعتنا إلى اقتراح مجموعة من التوصيات بخصوص العمل عن بُعد، والمنصات الرقمية، والمجلس الوطني

الرقمي، أملين في أن يتبناها مشرعنا المصري. بالنسبة للعمل عن بُعد: فقد ذكرنا فيما سلف، أن قانون العمل المصري رقم ١١٢ لسنة ٢٠٠٣، يخلو تمامًا من أي نص يتعلق بالعمل عن بُعد. وقد يبدو مستغربًا أن مشروع قانون العمل لسنة ٢٠١٨ جاء خاليًا هو الآخر من أي تنظيم للعمل عن بُعد، رغم انتشاره في مصر خلال السنوات الأخيرة. لذا ندعو المشرع المصري إلى تنظيم العمل عن بُعد في نصوص قانون العمل أسوة بالتشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية، الذي كان ولا يزال مُلهِمًا لها. بالنسبة للمنصات الرقمية: أظهرت لنا الدراسة مدي الحاجة إلى وضع نظام قانوني خاص لعمال المنصات الرقمية، رغم صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في مارس ٢٠٢٠، الذي لم يساهم في إيجاد حلول للكثير من المسائل التي لازالت الإجابة عنها مبهمة: كمدي سلطة عامل المنصة الرقمية في تنظيم عمله؟ مدي استحقاقه للاجازات والعطلة الأسبوعية؟ مدي استحقاقه للبدلات؟ مدي استفادته من قانون التأمين الاجتماعي؟ مدي تمتعه بالحق في احترام الحياة الخاصة⁽¹⁾؟ مدي التزام المنصة الرقمية باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للحماية

(1) لمزيد من التفصيل حول الحق في احترام الحياة الخاصة للعامل، راجع: حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧؛ محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (الأمريكي-الفرنسي-المصري) والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤؛ صلاح محمد احمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠؛ محمد حسن قاسم، الحماية القانونية لحياة العامل الخاصة في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١؛ خالد السيد محمد عبد المجيد موسي، أحكام عقد العمل عن بُعد،

والوقاية من المخاطر الناتجة عن العمل بواسطة المنصات الرقمية؟ وهل الأخيرة ملزمة بالتعويض عن إصابات وحوادث العمل وأمراض المهنة⁽¹⁾؟ وغيرها من الأسئلة؛ التي دفعتنا لدعوة المشرع المصري ونظيره الفرنسي لإصدار نصوص خاصة في قانون العمل، أكثر تفصيلاً تنظم الوضع القانوني لعمال المنصات الرقمية، وبصفة خاصة تعريف عامل المنصة الرقمية، تحديد حقوقه، التزاماته، الأحكام الخاصة بأجره، نوع التبعية المطلوبة في عمله. وكذلك تعريف المنصة الرقمية، وعلى وجه الخصوص تحديد واجبتها والتزاماتها تجاه العامل، الحالات التي تبرر للمنصة إنهاء العقد، الخ؛ نظراً للطبيعة الخاصة لعمال المنصات الرقمية، وكذا الطبيعة الخاصة للمنصات الرقمية كنموذج اقتصادي رقمي حديث النشأة. بالنسبة للمجلس الوطني الرقمي: ندعو المشرع المصري إلي إنشاء مجلس وطني رقمي على غرار المجلس الوطني الفرنسي⁽²⁾، تتمثل مهمته في تقديم يد العون الفني للدولة المصرية في طريقها نحو التحول الرقمي في كل القطاعات⁽³⁾.

دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤؛ أشرف محمد إسماعيل أحمد، الحماية القانونية لحق العامل في الحياة الخاصة في مواجهة المعلوماتية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٦.

⁽¹⁾ نعتقد أن الإجابة على هذه الأسئلة تستأهل بحثاً خاصاً متعمقاً؛ وهو ما ندعو الباحثين إليه.

⁽²⁾ <https://cnnumerique.fr/>

⁽³⁾ من الجدير بالذكر أن المجلس الوطني الرقمي "Le Conseil national du numérique" قد تم إنشاؤه في أكتوبر ٢٠١٤ ليصبح الهيئة الوطنية الفرنسية المنوط بها دراسة كافة تحديات وآفاق التحول الرقمي للدولة الفرنسية في كافة القطاعات والمجالات الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية والعمالية والمالية والصحية والبيئية، الخ. وهو مجلس تابع لوزير الدولة للشئون الرقمية

أخيرًا ندعو القضاء المصري بأن يحذوه حذو نظيره الفرنسي في الاعتراف بصفة العامل لسائق المنصات الرقمية، أو أي متعاقد معها بغرض القيام بعمل بأجر، تأسيسًا على معيار التبعية القانونية؛ الذي ثبت لدينا صلاحيته لإثبات علاقة العمل لسائقي المنصات الرقمية؛ في ظل غياب النصوص القانونية التي نأمل وأن يُلبي المشرع النداء بتبنيها؛ حماية لقطاع عمال المنصات الرقمية الآخذ في الزيادة في مصر.

ويختص بعدة مهام منها: إسداء المشورة للحكومة فيما يتعلق بوضع السياسات والإجراءات المطلوبة للتحويل الرقمي؛ المساهمة في تطوير مكانة فرنسا الرقمية على المستويين الأوروبي والدولي؛ صياغة وتقديم الآراء والتوصيات للهيئات العامة والجمعيات والأكاديمية والمجتمع المدني. ومن أهم المشروعات التي أصدرها المجلس مشروع قانون الجمهورية الرقمية.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

المراجع العامة

1. إسماعيل غانم، قانون العمل، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ١٩٦١.
2. السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، عقد العمل الفردي، الفتح للطباعة والنشر ٢٠٠٦.
3. السيد عيد نايل، قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
4. جلال العدوي، حمدي عبد الرحمن، قانون العمل، القواعد العامة، القواعد الخاصة بالعمل في القطاع العام، بدون دار نشر، ١٩٧٣.
5. حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
6. حسن كيره، أصول قانون العمل، منشأة المعارف، ١٩٧٩.
7. حمدي عبد الرحمن، شرح أحكام قانون العمل، دار نصر للطباعة، ١٩٩٨.
8. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل -المصري واللبناني- النظرية العامة لقانون العمل، الدار الجامعية، ١٩٨٣.
9. سعد عبد السلام حبيب، عقد العمل في القانون الموحد، دار النهضة العربية، ١٩٥٩.

10. عبد الرزاق حسين يس، قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، عقد العمل الفردي، الطبعة الاولى، اكااديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٢.
11. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقالة والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤.
12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر.
13. عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
14. عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
15. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام قانون العمل، مؤسسة البستاني للطباعة، ١٩٨٩.
16. عبد الودود يحيي، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤.
17. عصام سليم، أصول قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، منشأة المعارف، ٢٠٠٦.
18. محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، ٢٠١٠.
19. محمود السحلي وعصام أنور سليم، التأمين الاجتماعي بين النظرية والتطبيق في ضوء قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات الجديد رقم ١٤٨ لسنة ٢٠١٩، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠.

20. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٢.

21. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٦.

22. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، ومشروع القانون الجديد فقهاً وقضاءً، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.

المراجع المتخصصة

1. حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة: الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

2. خالد السيد محمد عبد المجيد موسي، أحكام عقد العمل عن بُعد، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.

3. صلاح محمد احمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠.

4. فريد راغب النجار، الاقتصاد الرقمي الانترنت وإعادة هيكلة الاستثمار والبورصات والبنوك الإلكترونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

5. محمد حسن قاسم، الحماية القانونية لحياة العامل الخاصة في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١.

6. محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (الأمريكي-الفرنسي-المصري) والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
7. ممدوح محمد خيرى هاشم، العمل عن بُعد في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
8. ممدوح محمد مبروك، التبعية في نطاق علاقة العمل الفردية دراسة تحليلية في نطاق قانون العمل، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
9. نبيل بوحميدي، التأصيل لإبرام عقد عمل عن بعد وإمكانية إثباته، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، ٢٠١٣.
10. يوسف إلياس، أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق، دار وائل للطباعة والنشر، ٢٠٠٦.

رسائل الدكتوراه

1. أشرف محمد إسماعيل أحمد، الحماية القانونية لحق العامل في الحياة الخاصة في مواجهة المعلوماتية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٦.
2. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أثر التقدم التكنولوجي على تطور أحكام عقد العمل عن بُعد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١.
3. علا فاروق عزام، المسؤولية القانونية في عقد العمل عن بُعد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١٢.

المقالات

1. جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، التزام العامل بالإعلام قبل التعاقد والحماية القانونية للحياة الخاصة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ٢٠٠٩.
2. حمدي احمد سعد، العمل عن بُعد، ذاتيته - تنفيذه، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، العدد الثالث والعشرون، الجزء الثالث، ٢٠٠٨.
3. طارق نوير، العمل عن بُعد ومتطلبات التطبيق في مصر، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ٢٠٠٤.
4. عبد العزيز الزومان، محمد العقيلي، عبد العزيز السلامة، ماجد الرسيني، العمل عن بعد عالمياً ومجالات تطبيقه في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم في المؤتمر الوطني السابع عشر للحاسب الآلي، جامعة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، إبريل ٢٠٠٤.
5. عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بُعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة المجلد التاسع، العدد الرابع، ٢٠١٧.
6. فاروق محمد الأباصيري، محمد عمار تركمانية غزال، تأثير الإنترنت على عقد العمل، دراسة في القانون القطري والفرنسي، المجلة القانونية والقضائية لوزارة العدل القطرية، ٢٠١٨.
7. لمين علوطي، المنظمة الالكترونية للعمل عن بعد، مجلة الابحاث الاقتصادية والادارية، العدد الثالث، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠٠٨.
8. مالك حمد أبو نصير، محمد عبدالحفيظ المناصر، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل عن بُعد: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، ٢٠١٧.

9. **محمد عبد الحفيظ المناصير**، النظام القانوني لعقد العمل عن بُعد دراسة في القانون المقارن،

الجامعة الأردنية، العدد الأول، المجلد ٤٦، ٢٠١٩.

10. **نجلاء توفيق نجيب فليح**، نادية محمد مصطفى قزمار، التكيف القانوني للعمل عن بُعد:

دراسة مقارنة، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، جامعة الزرقاء، ٢٠١٨.

Les ouvrages généraux

1. **Antoine Mazeaud**, Droit du travail, À jour de la loi Travail du 8 août 2016, L.G.D.J, 2016.
2. **Antoine Mazeaud**, Droit du travail, 10^e éd, L.G.D.J, 2016.
3. **Antoine Mazeaud**, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 1989.
4. **Bernard Gauriau, Michel Miné**, Droit du travail, 4^e éd, Sirey, 2020.
5. **Elsa Peskine, Cyril Wolmark**, Droit du travail, 14^e éd, Dalloz, 2020.
6. **Emmanuel Dockès**, Droit du travail, 3^e éd, Dalloz, 2008.
7. **François Gaudu, Raymonde Vatinet**, sous la direction de J. Ghestin, Traité des contrats, contrats de travail, Contrats, convention et actes unilatéraux, L.G.D.J, 2001.
8. **Françoise Favennec-Héry, Pierre-Yves Verkindt**, Droit du travail, L.G.D.J, 2020.
9. **Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès**, Droit du travail 2021, 34^e éd, 2020.
10. **Gilles DEDESSUS-LE-MOUSTIER**, Répertoire de droit du travail : Travail à domicile et télétravail, Dalloz, 2013.

11. **Guillaume Henri Camerlynck**, Traité du droit du travail, tome 1, Contrat de travail, 1^{re} éd., Dalloz, 1968.
12. **Isabelle DAUGAREILH et Philippe MARTIN**, Répertoire de droit du travail, Artiste, mannequin et spectacle, Dalloz, 2003.
13. **Isabelle de Benalcázar**, Droit du travail et nouvelles technologies, Gualino Business, 2003. François Duquesne, le droit du travail nouveau, 7^e éd, Lextenso, 2011.
14. **Jacqueline Bouton, François Duquesne, Sabrina Mraouahi**, Cours de droit du travail, Gualino, 2020.
15. **Jean Jacques DUPERYROUX et Xavier PRETOT**, Droit de la sécurité sociale, 11 éditions, Mementos Dalloz, Droit Privé, 2005.
16. **Jean–Emmanuel Ray**, Droit du travail : droit vivant 2021, Connaître, mais surtout comprendre le droit du travail d'aujourd'hui, Liaisons, 2020.
17. **Nicolas Dissaux, Romain Loir**, Droit de la distribution, Lextenso, 2017.
18. **Philippe le Tourneau**, Contrats du numérique, Dalloz, 2021.
19. **Yann AUBRÉE**, Répertoire de droit du travail, Contrat de travail : existence, formation, Dalloz, 2014.

2. Les ouvrages spéciaux

1. **Alain Supiot**, Le droit du travail, Presses Universitaires de France, 2019.
2. **Ayewouadan Akodah**, Les droits du contrat à travers l'internet, Primento, 2013.
3. **Balagué Christine et Fayon David**, Facebook, Twitter et les autres... : Intégrer les réseaux sociaux dans une stratégie d'entreprise, Pearson Éducation France, 2012.
4. **Barbara Gomes**, La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail, Presses Universitaires de France, 2018.
5. **Brunel Patrick**, Travail à domicile, télétravail : Droits et obligations de l'entreprise et du salarié, Rueil-Malmaison, Éditions Liaisons, 2012.
6. **Cesaro Jean-François**, « La subordination », dans Les notions fondamentales du droit du travail, Paris, France, Ed. Panthéon-Assas : LGDJ, 2009.
7. **Chantal Rey**, Le travail à domicile, Paris, La documentation française, 2000.
8. **Charbonnier Olivier et Enlart Sandra**, A quoi ressemblera le travail demain ? Technologies numériques, nouvelles organisations et relations au travail, Paris, Dunod, 2013.

9. **Gerard Lyon–Caen, Jean Pélissier, Alain Supiot**, Droit de travail, 19^e édition, Dalloz, Précis 1999.
10. **Grégory Singer**, Actualités sur le télétravail, Lexbase Hebdo édition sociale, 2012.
11. **Héloïse Petit, Nadine Thévenot**, Les nouvelles frontières du travail subordonné, Approche pluridisciplinaire, 2006.
12. **Jean–Michel Bruguière**, L’entreprise à l’épreuve du droit de l’Internet, Dalloz, Thèmes & commentaires, Dalloz, 2005.
13. **Loic Jourdain, Michel Leclerc, Arthur Millerand**, Économie collaborative & Droit, Les clés pour comprendre, Fyp éditions, 2016.
14. **Mélanie Clément–Fontaine**, La genèse de l’économie collaborative : le concept de communauté, Dalloz, 2017.
15. **Michaël E. Sinatra, Marcello Vitali–Rosati**, Pratiques de l’édition numérique, Montréal, Les Presses de l’Université de Montréal, col, « Parcours numériques », 2014.
16. **Michel Bühl, Angelo Castelletta**, Accident du travail, maladie professionnelle procédure, indemnisation, contentieux, Delmas, paris, 2004.

17. **Nicolas Chaignot Delage, Christophe Dejours**, Clinique du travail et évolutions du droit, Presses Universitaires de France, 2017.

18. **Sophie Robin-Olivier**, Les contrats de travail flexibles : Une comparaison internationale, Presses de Sciences Po, 2015.

3. Les thèses

1. **Agnès Viottolo-Ludmann**, Égalité, liberté dans le contrat de travail : évolutions du droit contemporain, Thèse, Aix-Marseille 3, 2004.

2. **Alibert Anne-Claire**, Les Cadres quasi-indépendants : du contrat de travail au contrat d'activité dépendante, Thèse Université d'Auvergne, 2005.

3. **Aubert-Monpeyssen**, Subordination juridique et relation de travail, Thèse Toulouse I, 1985.

4. **Audrey Probst**, Le droit du travail à l'épreuve du télétravail à domicile, Thèse Université Paris I, 2005.

5. **Emmanuelle Camps**, Télétravail, sens du travail, rapports de vie travail-vie hors travail », Thèse, Université Paul-Valéry-Montpellier III, 2006.

6. **Guillaume Bredon**, L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail, Thèse, Paris 2, 1998.

7. **Ivankevych Yuliya**, L'influence des normes internationales et des européens sur la formation du nouveau Code du travail ukrainien : critique et perspective, Thèse, Toulouse 1, 2018.

8. **Matthieu Demoulain**, Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail, Thèse, Éditions Panthéon-Assas, 2013.

9. **Nicolas Collet-Thiry**, L'encadrement contractuel de la subordination, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2012.

10. **Yann-Maël LARHER**, Les relations numériques de travail, Thèse, Université Paris II- Panthéon-Assas, 2017.

4. Les articles

1. **Alain Supiot**, Les nouveaux visages de la subordination, Droit social, Dalloz, 2000, p.131.

2. **Alexandre Fabre**, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? Revue du travail, 2017 p.166.

3. **Alexandre Fabre**, Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français, Revue Droit social, 2018, p.547.

4. **Alexandre Fabre**, Marie-Cécile Escande-Varniol, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? Revue de droit du travail, Dalloz, 2017, p166.
5. **Alexandre Fabre**, Travailleurs ubérisés : vers de nouveaux droits ? Recueil Dalloz, 2018, p.1544.
6. **Alexandre Largier**, Le télétravail, Trois projets pour un même objet, Lavoisier, Réseaux no 106, pp. 201 à 229.
7. **Alexia Autenne, Élisabeth De Ghellinck**, L'émergence et le développement des plateformes digitales : les enseignements de la théorie économique de la firme, Revue internationale de droit économique 2019, pp.275 à 290.
8. **Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH**, Une cour d'appel anglaise juge que les « chauffeurs Uber » sont des « travailleurs » (workers), Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2018, chron. 4, p.5.
9. **Allison Fiorentino**, Le droit du travail britannique à l'épreuve de l'économie participative, Droit social, Dalloz, 2019, p.177.
10. **Anne Bariet**, La Cour de cassation requalifie l'activité d'un chauffeur Uber en contrat de travail, Éditions Législatives, 2020, p.6.
11. **Anne Trescases**, Les plateformes : assureurs du XXIe siècle ? Revue internationale de droit économique, 2019, p.291 à 304.

12. **Anne–Marie Nicot**, Le modèle économique des plateformes : économie collaborative ou réorganisation des chaînes de valeur ? La Revue des conditions de travail, n°6, 2017, p.48.
13. **Anne–Sophie Choné–Grimaldi**, Les plateformes d'intermédiation sur le marché du travail : quel statut ? La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 17 Janvier 2019, Lexis Nexis, p.103.
14. **Antoine Jeammaud**, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane, Droit social, 2001, p.22.
15. **Antoine Jeammaud**, Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? Semaine Sociale Lamy, n° 1780, 2017, p.6.
16. **Arnaud Casado**, Droit des travailleurs indépendants utilisant des plateformes de mises en relation, Juris tourisme, Dalloz, 2017, n°194, p.30.
17. **Astaix Anthony**, Contrôle de la durée du travail : conditions d'utilisation d'un GPS, Dalloz actualité, 14 novembre 2011.
18. **Audrey Probst**, Télétravail : ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018, Droit social, Dalloz, 2018, p.516.
19. **Audrey Probst**, Télétravail au domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, Droit Social, 2006, p.1109.

20. **Barbara Gomes**, Le crowdworking : essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique, RDT, 2016, p.464.
21. **Barbara Gomes**, Le modèle du contrat de travail au défi des plateformes numériques, Droit ouvrier, septembre 2019, n°854, p.599.
22. **Barbara Gomes**, Les plateformes en droit social, L'apport de l'arrêt Elite Taxi contre Uber, Revue de droit du travail 2018 p.150.
23. **Barbara Gomes**, Quand le droit remet l'ubérisation en question, commentaire de l'arrêt CA Paris du 10 janvier 2019, Droit ouvrier, août, 2019, n°85.
24. **Barbara Gomes**, Take Eat Easy : une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes, Semaine Sociale Lamy, n° 1847, 4 février 2019, p.5.
25. **Barbara Gomes**, Une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes, Semaine Sociale Lamy, n° 1847, 4 février 2019.
26. **Benjamin Krief**, En étant un travailleur « contraint », le chauffeur Uber devient un salarié, Bulletin Joly Travail n°02, 2019, p.8.

27. **Bernard Baudry**, Hervé Charmettant, L'analyse de la « relation d'emploi » par les économistes « contractualistes » et « conventionnalistes », Une confrontation avec le cadre juridique de la « relation de travail », Revue économique, Vol. 59, 2008, pp. 213 à 239.
28. **Bernard Bossu**, L'impact du numérique sur les frontières du salariat, Droit du travail et Technologies d'Information et de la Communication (TIC) du Bulletin Joly Travail, Lextenso, 2020, p.2.
29. **Bernard Bossu**, Nouvelles technologies et surveillance du salarié, RJS 8-9/2001, p.663.
30. **Bernard Bossu**, Quel contrat de travail au XXIe siècle ? Droit social, Dalloz, 2018, p.232.
31. **Bernard Perret et Guy Roustang**, L'économie contre la société – Affronter la crise de l'intégration sociale et culturelle, Économie rurales, Vol 222 n° 1, 01.02.1994, p.55.
32. **Bertrand Blancheton**, Enjeux économiques de l'ubérisation : histoire, innovations, nouvelles frontières du salariat et de la firme, affaiblissement de la croissance économique, Vie & sciences de l'entreprise 2018, n° 205, pp.10 à 22.
33. **Bruno Serizay**, Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? JCP S 2016, n°1337.

34. **Calinaud David**, En question : les plateformes d'intermédiation sont-elles créatrices de salariés ? Communication Commerce électronique n°10, Octobre 2018, LexisNexis, p.73.
35. **Carolie Larrazet**, Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale, Droit social, 2019, p.167.
36. **Catherine Berlaud**, Requalification du contrat liant un chauffeur à Uber en contrat de travail, Gazette du Palais, n°13, 2020, p.49.
37. **Catherine Courcol-Bouchard**, Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat, Revue de droit du travail, Dalloz, 2018, p.812.
38. **Catherine Minet-Letalle**, Les risques de requalification en contrat de travail, Juris tourisme, n°219, Dalloz, 2019, p.27.
39. **Cause Nicolas**, La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du droit du travail français. Contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises, Revue internationale de droit comparé, vol. 53, n° 4, 2001, p.1000.
40. **Cédric Jacquelet**, La notion de subordination face à l'économie numérique, Semaine Sociale Lamy, n° 1725, 30 mai 2016, p.4.
41. **Céline CASTETS-RENARD**, Les défis du numérique dans l'entreprise en Europe introduction, Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, n° 119, 20 octobre 2015, p.2.

42. **Céline Leborgne–Ingelaere**, Le télétravail : entre simplification et déceptions, *Juris tourisme*, Dalloz, 2020, n°228, p.26.
43. **Chantal REY**, Travail à domicile, salarié ou indépendant Incidence des nouvelles technologies de l'information et de la communication, *Cahiers d'économie de l'innovation*, n°13, 2001, pp.173–194.
44. **Chauchard Jean–Pierre et Hardy–Dubernet Anne–Chantal**, L'autonomie du salarié, *La Documentation Française.*, coll. « cahier travail et emploi », 2003, p.312.
45. **Christophe Frouin**, L'entreprise face au numérique : incidences de la loi Travail et de la loi pour une République numérique, *Gazette du Palais*, n°10, 2017, p.81.
46. **Christophe Radé**, Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? le sportif amateur ? le travailleur ? *Droit social*, 2013, p.202.
47. **Christophe Radé**, La Cour de cassation et la théorie de l'évolution, *Droit social*, Dalloz, 2018 p.213.
48. **Christophe Radé**, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Droit social*, 2002, p.26.

49. **Christophe Radé**, Grandeur et décadence du contrat de travail : à propos de l'arrêt Uber, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2020, n° 500, p.13.
50. **Claude Devès**, L'économie collaborative : chance ou cauchemar pour le tourisme ? *Juris tourisme*, Dalloz, 2016, n°184, p.3.
51. **Claude Didry**, Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail, *Droit social*, Dalloz, 2018, p.229.
52. **Coralie Larraze**, Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale, *Droit social*, Dalloz, 2019, p.167.
53. **Delphine Bauer, Kevin Mention**, l'avocat qui lutte contre l'ubérisation des services, *Les Petites Affiches*, 2020, n° 83, pp.3-7.
54. **Diane Rousseau**, Lien de subordination : La relation entre Uber et l'un de ses chauffeurs requalifiés en contrat de travail par la Cour de cassation, *Lamy*, 2020, p.2.
55. **Elena Signorinin**, Le travail dans l'économie digitale : le dilemme entre réalité et norme, et les aspects sociaux du travail sur plateforme, *Revue internationale de droit économique* 2019, pp. 315 à 327.
56. **Elsa Peskine**, Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie, *RDT* 2008, p.371.

57. **Emmanuel Dockès**, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Analyse juridique et valeurs en droit social, Dalloz, 2004, p.203.
58. **Emmanuel Dockès**, Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles, Droit social, Dalloz, 2018, p.216.
59. **Emmanuel Dockès**, Le salariat des plateformes, Droit ouvrier janvier 2019, n°846, p.8.
60. **Emmanuel Dockès**, Notion de contrat de travail, Semaine Sociale Lamy, 30 mai 2011 ; n° 1494, p.546.
61. **Eric A. Caprioli**, Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes « informatiques », Petites affiches, lextenso, 29 septembre, 2004, n°195, p.7.
62. **Éric Beynel**, Un autre code du travail est-il possible ? Droit social, Dalloz, 2018, p.227.
63. **Etienne Vergès**, Contrats sur la recherche et l'innovation, Techniques contractuelles, valorisation de la recherche, transferts de technologies, Dalloz, 2018, n°132.21.
64. **Fabrice Angei**, Pour une autre réforme du code du travail, porteuse de progrès, Droit social, Dalloz, 2018, p.221.

65. **Farid Fatah**, La souveraineté à l'ère du numérique : enjeux stratégiques pour l'État français et les institutions européennes, Revue de l'Union européenne, Dalloz, 2020 p.26.
66. **Fernanda Sabrinni**, La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels, RTD Com. 2020, p.215.
67. **Fernando Valdes Dal-Re**, Les nouvelles frontières du travail indépendant. À propos du statut du travail autonome espagnol, RDT, 2008. p.296.
68. **Franck Héas**, L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail, Semaine Juridique Social, LexisNexis, 2009, pp.11-14.
69. **Françoise Champeaux**, L'avenir du salariat, Semaine Sociale Lamy, n° 1767, 2 mai 2017, p.2.
70. **Françoise Champeaux**, L'économie des plateformes : où en est-on ? Semaine Sociale Lamy, 2017, n° 1795.
71. **Françoise Champeaux**, Nouvel épisode dans la saga des travailleurs des plateformes, Semaine Sociale Lamy, n° 1883, 18 novembre 2019, p.1 et s.

72. **Françoise Champeaux**, Pour un observatoire social des plateformes, Semaine sociale Lamy, 2020, no°1924, p.6.
73. **Françoise Champeaux**, Quel statut pour les travailleurs des plateformes ? Semaine Sociale Lamy, n° 1877, 7 octobre 2019, p.2.
74. **Françoise Champeaux**, Uber rattrapé par la subordination, Semaine Sociale Lamy, n° 1899, 16 mars 2020, p.2.
75. **Françoise Champeaux**, Un contrat de travail sans obligation de travailler ? Semaine Sociale Lamy, n°1896, p.1.
76. **Frédéric Géa**, À quoi sert le droit du travail ? Recueil Dalloz, 2020, p.444.
77. **Gaëlle MARRAUD DES GROTTES**, Il ne faut pas créer un droit spécifique pour les activités numériques, ni un droit spécial pour l'ubérisation, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 141, 1^{er} octobre 2017, p.2.
78. **Gaëtan Guerlin**, Quels sont les critères de la dépendance économique ? L'essentiel Droit des contrats, Lextenso, 2013, n°04, p.7.
79. **Gilles Auzero**, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, Droit du travail, Dalloz, 33 éd, 2020, p.273 et s.
80. **Gilles Dedessus Le Moustier**, Répertoire de droit du travail : Travail à domicile et télétravail, Dalloz, 2013, n°12.

81. **Gilles Dedessus Le Moustier**, Requalification en salariat de la relation entre un coursier livreur et une plateforme numérique, L'essentiel Droit des entreprises en difficulté, Lextenso, n°02, p.7.
82. **Gilles Dedessus Le Moustier**, Principe de la contractualisation du travail à domicile, La semaine juridique – édition générale, LexisNexis, 2014.
83. **Gradin Alexia**, Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi, RDT, 2015, p.544.
84. **Grégoire Loiseau**, Auto-entrepreneuriat et salariat : le risque de requalification, Revue des contrats, Lextenso n° 4, 2016, p.730.

85. **Grégoire Loiseau**, Les livreurs sont-ils des salariés des plateformes numériques ? La Semaine Juridique Social n° 37, 19 Septembre 2017, p.1286.
86. **Grégoire Loiseau**, Menace sur le modèle économique des plateformes de mise en relation en ligne, Communication Commerce Électronique, n°4, pp. 29–31.
87. **Grégoire Loiseau**, Opérateurs de plateforme de mise en relation et prestataires de transport : une concurrence déloyale ? La Semaine Juridique Social n° 39, 1er Octobre 2019, p.357.
88. **Grégoire Loiseau**, Requalification du contrat d'un conducteur de VTC, La Semaine Juridique Social n° 30–34, 30 Juillet 2019, p.1228.
89. **Grégoire Loiseau**, Travailleurs des plateformes : un fiasco législatif, La Semaine Juridique Social n° 1–2, 14 Janvier 2020, Lexis 360, p.4.
90. **Grégory Chastagnol**, Arrêt Uber : une victoire à la Pyrrhus contre les plateformes, Option Droit & Affaires, n° 486, 2020, p.10.
91. **Gwendoline Lardeux**, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil Recueil Dalloz, 2016, p.1659.
92. **Héloïse Petit, Nadine Thévenot**, Les nouvelles frontières du travail subordonné, Approche pluridisciplinaire, 2006.

93. **Henri Culot, Alain Strowel, Enguerrand Marique**, La régulation des plateformes digitales : propos introductifs, *Revue internationale de droit économique*, 2019, pp. 271 à 274.
94. **Hubert GROUTEL**, Uber : suite, *Lexis Nexis*, 2020, p.1.
95. **Isabelle DAUGAREILH et Philippe MARTIN**, Répertoire de droit du travail, Artiste, mannequin et spectacle, Dalloz, 2003, n°1.
96. **Isabelle Desbarats**, Entre la protection des salariés et la performance de l'entreprise : la gestation d'un droit français du télétravail, *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n°2-3, 2013, pp. 337-358.
97. **Isabelle Desbarats**, Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi, *Droit social*, Dalloz, 2017, p.971.
98. **Jacques Barthélémy**, Réforme du droit social et efficacité économique, *Revue française d'économie*, 2008, pp.57-88.
99. **Jean Mouly**, Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat, *Droit social*, 2016, p.859.
100. **Jean-Emmanuel Ray**, Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, *Droit sociale.*, 2004, p.1077.

101. **Jean–Emmanuel Ray**, **Le nécessaire renouvellement du droit du travail**, Droit Social, Dalloz, 2019, p.522.
102. **Jean–Emmanuel Ray**, **Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination**, Droit social, 1992, p.525.
103. **Jean–Michel Servais**, **Travailleurs des plateformes numériques de Services : quelles garanties sociales ?** Revue Interventions économiques, 2018, p.8.
104. **Jean–Paul Teissonnière**, **Lorsque l'employeur est un algorithme, la subordination est violente**, Sem. soc. Lamy 2017, n°1767.
105. **Jean–Philippe Iherould**, **Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat**, Jurisprudence Sociale Lamy, 28 janvier 2019, n°468.
106. **Jean–Philippe**, **Uber face au salariat : causes et conséquences ;** Jurisprudence sociale Lamy, 25 février, 2019, n°470.
107. **Jean–Pierre Chauchard**, **Qu'est–ce qu'un travailleur indépendant ?** Droit social, Dalloz, 2016, p.947.
108. **Jean-Baptiste Chavialle**, **Un contrat de travail sans obligation de travailler ?** Semaine Sociale Lamy, n° 1896, 24 février 2020, p.4.
109. **Jean-Guy Huglo**, **Take Eat Easy : une application classique du lien de subordination**, Semaine Sociale Lamy, n° 1842-1843, 24 décembre 2018, p.3.

110. **Jean-Philippe Lhernould**, Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat, *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 468, 28 janvier 2019, p.6.

111. **Jean-Philippe Lhernould**, Uber face au salariat : causes et conséquences, *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 470, 25 février 2019, p.4.

112. **Jeremias Prassi**, Uber devant les tribunaux : Le futur du travail ou juste un autre employeur, *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2017, p.439.

113. **Jérôme Giusti, Thomas Thévenoud, Fayrouze Mashi-Dazi**, Controverses sur le statut des travailleurs de plateformes, entre droit du travail et droit des sociétés, *Bulletin du travail*, n°7, pp. 54-60.

114. **Jérôme Huet**, La relation qu'une plateforme entretient avec ceux qui s'exécutent pour elle peut être requalifiée en contrat de travail, *Revue des contrats*, Lextenso, n° 03, 2019, p.40.

115. **Joseph Barthélémy**, Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise, *JCP E* 2009, p.1455.

116. **Josépha Dirringer, Denis Gravouil**, Le régime des intermittents du spectacle : le régime du salariat de demain ? *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2019, p.612.

117. **Judith Rochfeld, Célia Zolynski**, La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? Dalloz, 2016, p.520.

118. **Julien Icard**, Chronique Contrat de travail, Bulletin Joly Travail, 2020, n°04, p.16.

119. **Julien Icard**, La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique, Bulletin Joly Travail, 2019 n°01, p.15.

120. **Juliette Sénéchal**, Le critère français de la subordination juridique confronté au « contrôle », à « L'influence déterminante » d'un opérateur de plateforme en ligne sur l'activité de ses usagers », Recueil Dalloz, 2019, p.186.

121. **Kieran Van Den Bergh**, Mettre en perspective le particularisme français, Revue de droit du travail, Dalloz, 2019, p.101.

122. **Kieran Van Den Berght**, Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français ; Revue de droit du travail, Dalloz, 2019, p.101.

123. **Laure Morin**, Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises, Revue internationale du travail, vol.144, n°1, 2005, p.5.

124. **Laurence FIN-LANGER**, Les livreurs à vélo de la plateforme Take Eat Easy en liquidation judiciaire sont des salariés, La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 17 Décembre 2018, p.1347.

125. **Laurent Gamet**, Le livreur à vélo, la plateforme et le droit du travail, AJ contrat, Dalloz, 2019, p.46.

126. **Laurent Gamet**, Plateformes numériques et contrat de travail, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°03, 2019, p1.

127. **Laurent Gamet**, Subordination du gérant mandataire non salarié, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, Lextenso, n°01, 2019 p.7.

128. **Laurent Taskin**, Télétravail : Les enjeux de la déspecialisation pour le management humain, Revue Interventions économiques, vol. 34, 2006.

129. **Laurent Willocx**, L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination, Revue droit du travail Dalloz, n°5, pp.328–331.

130. **Léa Ben Cheikh–Vecchioni**, Reconnaissance du statut de salarié aux travailleurs des plateformes numériques, Gazette du Palais, n°02, 2019, p.81.

131. **Lionel Costes**, La Cour de cassation requalifie en salarié un chauffeur Uber, Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique, n°168, p.40.

132. **Lionel Costes**, Plateforme en ligne : les chartes sociales des plates–formes internet de transport sont contraires à la Constitution, Lamy line, 2019, p.1.

133. **Lionel Costes**, Voiture de transport avec chauffeur (VTC) La Cour de cassation requalifie en salarié un chauffeur Uber, Lamy, 2020, p.2.

134. **Lucas Bento de Carvalho, Sébastien Tournaux**, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail (Première partie), Droit social, 2020, p.736-742.
135. **Malo Depincé, Daniel mainguy, Bruno Siau**, Requalification de la relation contractuelle entre une plateforme et un chauffeur de VTC en contrat de travail salarié ; Note sous Cour de cassation, Chambre sociale, 4 mars 2020, pourvoi numéro 19-13.3, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 2020, n°28, pp.45-50.
136. **Manuella Péri**, La régulation de l' « ubérisation », Dalloz, 2017, p.144.
137. **Marc Bourreau, Thierry Pénard**, Introduction. L'économie numérique en question dans Revue d'économie industrielle, 2016, n° 156, pp.11 à 15.
138. **Marie Peyronnet**, Take Eat Easy : les livreurs autoentrepreneurs sont subordonnés, Dalloz actualité 12 décembre 2018, n° 17-20.079, p.2.
139. **Marie Peyronnet**, Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés, Revue de droit du travail, 2019, p.36.
140. **Marie Tilche**, Plateformes numériques, Bulletin des Transports et de la Logistique, n° 3695, 18 juin 2018, p.2.
141. **Marie-Anne Dujarier**, Droit du travail ou droit du salariat ? Droit social, Dalloz, 2018, p.242.

142. **Marie-Cécile Escande-Varniol**, Uber est un service de transport, mais quel statut pour les chauffeurs ? Semaine Sociale Lamy, 26 février 2018, n°1804, pp.4-7.

143. **Marie-Cécile Escande-Varniol**, Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation. Recueil Dalloz, Dalloz, 2019, pp.177-181.

144. **Marie-Madeleine Péretié**, Le droit à la déconnexion : une chimère ? Revue de droit du travail, Dalloz, 2016, p.592.

145. **Marjorie Caro**, Travailleurs des plateformes : la Cour de cassation statue sur la qualification du contrat, Lamy line, 2018, p.3.

146. **Maryse Badel**, Lien de subordination et redressement de contributions et cotisations, Droit social, Dalloz, 2021, p.87.

147. **Mathilde Julien et Emmanuelle Mazuyer**, Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, RDT, Dalloz, 2018, p.189.

148. **Matthieu Vicente**, Les coursiers Deliveroo face au droit anglais, RDT, 2018, p.515.

149. **Maud Simonet**, Subordination, dépendance et bénévolat, Réflexions depuis l'autre frontière du salariat, Droit social, Dalloz, 2018, p.239.

150. **Maxime Lambrecht**, L'économie des plateformes collaboratives, Dans Courrier hebdomadaire du CRISP, n° 2311-2312, 2016, p.5.

151. **Michel Despax**, L'évolution du rapport de subordination, Droit socail,1982, p.1.
152. **Monein David**, Le télétravail : Le nécessaire création du statut spécifique, 2006, p.24.
153. **Monique Haicault**, Femmes de valeur, travail sans prix : le travail à domicile, Cahiers du GRIEF, n°2, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 1982.
154. **Nasreddine El Hage**, Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? Droit Social, 2002, p.42.
155. **Natalie Grange**, Plateformes numériques, Bulletin des Transports et de la Logistique, n° 3723, 4 février 2019, p.2.
156. **Nathalie Martial-Braz**, De quoi l'« ubérisation » est-elle le nom ? Dalloz, 2017, p.133.
157. **Nicolas Anciaux**, Entre subordination et indépendance, réflexions sur les contrats de travail, d'entreprise et de mandat, Droit social, 2020, p.157.
158. **Nicolas Anciaux**, Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 12 Mars 2020, Lexis Nexis, p.174.

159. **Olivia Montel**, Économie collaborative et protection sociale : mieux cibler les plateformes au cœur des enjeux, *Revue française des affaires sociales*, 2018, p.15.

160. **Olivia-Boussard, Lou Patez**, Attention au travail indépendant : les risques de requalification en contrat de travail – A propos de l'arrêt « Uber » du 4 mars 2020, *Option Finance*, 2020, n°1551, p.44.

161. **Olivier Favreau**, Droit du travail : la démocratie économique entre le marché et l'entreprise, *RDT*, 2017, p.581.

162. **Olivier Leclerc et Thomas Pasquier**, La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé, *RDT* 2010, p.83.

163. **Olivier Leclerc**, La technologie au service du travail décent, *Droit social*, Dalloz, 2020, p.33.

164. **Olivier Rivoal**, La dépendance économique en droit du travail, Dalloz, 2006, p.891.

165. **Pascal Lokiec**, De la subordination au contrôle, *Semaine Sociale Lamy*, 4 février 2019, n ° 1847, p.1.

166. **Pascal Lokiec, Jérôme Porta**, Droit du travail – Relations individuelles, Recueil Dalloz, 2019, p.963.

167. **Pascal Lokiec**, La « modulation » du temps de travail, Droit social, Dalloz, 2016, p.957.

168. **Patrice Le Maigat**, Marché du travail et plates-formes numériques : les coursiers en roue libre ? Gazette du Palais, 22 janvier, 2019, p.15.

169. **Patrick ARTUS**, "la nouvelle Économie", édition La Découverte et Syros, paris, 2001, p.9.

170. **Patrick Cingolani**, Le « salarié autonome » et la solidarité des employeurs dans l'obligation juridique, Des droits contre l'opacité et la fragmentation des collectifs de travail au XXIe siècle, Droit social, Dalloz, 2018, p.246.

171. **Paul Cuche**, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1913, p.412.

172. **Paul Cuche**, La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, Dalloz, 1932, chronique, p.101.

173. **Paul-Henri Antonmattel – Jean-Christophe Sciberras**, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », Droit social, 2009.p.221.

174. **Paul-Henri Antonmattel, Jean-Christophe Sciberras**, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008, p.7.

175. **Philippe Delebecque**, Du nouveau pour les taxis, les VTC et leurs clients : un statut pour les centrales de réservation. Recueil Dalloz, 2017, p.314.

176. **Philippe Portier**, Les défis du syndicalisme : la représentation de tous les travailleurs, les mouvements sociaux et la question climatique, Droit social, Dalloz, 2020, p.155.

177. **Pierre Sirinelli**, Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, Dalloz, 2019, p.288.

178. **Pierre-Yves Verkindt**, À propos du télétravail et du télétravailleur...après la loi du 22 mars 2012, Les Cahiers du DRH, 2012, p.13.

179. **Pieter Van Cleynenbreugel**, Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative, RTD Eur. Dalloz, 2017, p.697.

180. **R. Weissmann**, Nouvelles technologies et relations collectives de travail, JCP S 2018, 1050, n° 2.

181. **Rachel Cox, Jacques Desmarais et Katherine Lippel**, Les enjeux juridiques du télétravail au Québec, Québec, Centre francophone d'informatisation des organisations, 2001, p.11.

182. **Rodolphe Martinier**, Uber : sous le voile numérique, le lien de subordination, Gazette du Palais, n°20, 2 juin 2020, p.71.

183. **Rudi Fievet**, Plateformisation de l'économie touristique : quel travail !
Juris tourisme, Dalloz, n°192, 2016, p.35.
184. **Salwa Toko**, Pour le Cnum, la technologie ne doit pas supplanter les
droits fondamentaux, Semaine Sociale Lamy, n° 1884, 25 novembre 2019,
p.3.
185. **Samia Msadak**, La Cour de cassation reconnaît le statut de salarié aux
livreurs à vélo d'une plateforme numérique, Bulletin Joly Travail n°01, 2019,
p.7.
186. **Samuel Deliancourt**, Les critères de détermination d'un lien de
subordination entre une personne et une société, Petites affiches, Lextenso,
n°236, 2007, p.18.
187. **Sophie Tardy-Joubert**, Uber doit rendre des comptes, Les
Petites Affiches, 2020, n° 239, p.3.
188. **Stefano Bini**, À la recherche de l'employeur dans les plateformes
numériques, Revue de droit du travail, Dalloz, 2018, p.542.
189. **Stéphane DESTOURS**, La contribution du juge à une relative
libéralisation du secteur du transport de personnes ou l'« Ubérisation » de la
loi par le juge, Revue Lamy droit des affaires, n° 135, 1ermars 2018, p.1.

190. **Sylvain Nadalet**, Les travailleurs des plateformes contribuent à redéfinir le travail parasubordonné, *Liaisons Sociales Europe*, n° 469, 21 mars 2019, p.2.

191. **Thomas Beauvisage, Jean-Samuel Beuscart et Kevin Mellet**, Numérique et travail à-côté. Enquête exploratoire sur les travailleurs de l'économie collaborative, *Sociologie du travail*, Vol. 60 – n° 2, Avril-Juin 2018, p.1.

192. **Thomas Pasquier**, De l'arrêt Formacad aux travailleurs Ubérisés, *Revue de droit du travail* 2017, p.95.

193. **Thomas Pasquier**, L'arrêt Uber–Une décision A–disruptive, *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, n°5, 2020, pp.227–234.

194. **Thomas Pasquier**, Les plateformes numériques dans la tourmente : À propos de l'arrêt Uber rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019, *Semaine Sociale Lamy*, n° 1845, 21 janvier 2019, p.2.

195. **Thomas Pasquier**, Travailleurs de plateforme et charte « sociale » : un régime en clair-obscur, *AJ contrat*, Dalloz, 2020, p.60.

196. **Valérie Pontif**, Les rythmes de travail, Revue de droit du travail, 2012, p.208.

197. **Vassilis Hatzopoulos**, Vers un cadre de la régulation des plateformes ? Revue internationale de droit économique, 2019, p.400 et s.

198. **Vincent Barbey, Marie-Sophie Claverie et Jean-Julie Jarry**, Les nouveaux modes d'organisation du travail, Cahiers de droit de l'entreprise, 2009, n° 6.

199. **Vincent Berger**, Le développement des nouveaux services de mobilité numérique Revue juridique de l'environnement 2020, Vol 45, p 35 et s.

200. **Vincent Roche**, Travailleurs indépendants et plateformes numériques: l'union impossible? Le cas de Take Eat Easy, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 21 Janvier 2019, p.46.

201. **Violaine Kocher**, L'intervention du juge dans le contrat, Revue des contrats, n°1, 2013, p. 235.

202. **Xavier Delpech**, Plateforme, AJ contrat, Dalloz, 2020 p.1.

203. **Yann Laurans**, L'application Uber Pop devant la CJUE, Éditions Législatives, Dalloz, 2018, p.2.

الملكية المشروطة
دراسة نظرية حول حق الملكية المعلق على شرط واقف

د. خالد عطشان الضفيري

ملخص:

قد يلجأ أطراف العلاقة العقدية إلى الاتفاق إلى عدم انتقال الملكية إلا عند تحقق شرط معين، لذلك ظهر نقاش واختلاف فقهي حول مدى وجود الحق المشروط من عدمه قبل تحقق الشرط المتفق عليه، أي خلال فترة التعليق. وعلى الرغم من التنظيم القانوني للشرط المعدل لأثار الالتزام فقد ظلت أثار الشرط تتسم بالغموض والتعقيد، إذ تعدد الآراء الفقهية بشكل واضح بخصوص أثار الشرط على الحق على اعتبار أن مصير الحق وطبيعته مرتبط بمصير الالتزام، الأمر الذي دفعنا إلى تناول تلك الآراء الفقهية مع بيان أسباب ذلك الخلاف الفقهي.

أهمية البحث:

إن الملكية المعلقة على شرط واقف لا تزال تثير تباينا فقهيًا، وهذا التباين والاختلاف الفقهي حول وجود هذا الحق وطبيعته ينعكس على طبيعة البحث التي لن تكون إلا دراسة نظرية تستند إلى الآراء الفقهية محل البحث، إلا أن أهمية البحث حول حق الملكية المشروطة تعود في حقيقة الأمر، وهو سبب اختيار الموضوع محل البحث، إلى التعديلات التي تعرض لها القانون المدني الفرنسي بالمرسوم بقانون 10 يناير لسنة 2106 الهادفة إلى التوضيح والتبسيط لأحكام القواعد القانونية المتعلقة بالعقد والالتزامات، وتحقيقًا لذلك لم يأخذ المشرع الفرنسي بالتقسيم التقليدي من حيث أنواع الالتزام: الالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل والالتزام بإعطاء كما هو وارد في النص القديم للمادة 1101 من القانون المدني

الفرنسي المتعلق بتعريف العقد، فالنص الجديد للمادة المذكورة عرف العقد بأنه اتفاق بين إرادتين بين شخصين أو أكثر من أجل إنشاء -تعديل- نقل أو انقضاء الالتزامات، كما نلاحظ أن هناك تحولاً كبيراً في موقف المشرع الفرنسي بخصوص الشرط الواقف، كما هو وارد في الفقرة 6 من المادة 1304 المعدلة بالمرسوم بقانون 10 يناير لسنة 2016، إذ ذهب إلى عدم رجعية الشرط في حالة تحققه، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، بمعنى أن يكون للشرط أثر فوري فيصبح المشتري مالكا للمبيع ليس من تاريخ إبرام العقد، وإنما من وقت تحقق الشرط.

إن الأخذ بالأثر الفوري كأصل عام عند تحقق الشرط الواقف من قبل المشرع الفرنسي أعاد إلى الأذهان النقاش والاختلاف الفقهي المتعلق بمدى وجود الحق المشروط من عدمه قبل تحقق الشرط، أي خلال فترة التعليق، خاصة أن الفقرة 5 من المادة 1304، يقابلها الفقرة 2 من المادة 326 من القانون المدني الكويتي، منحت الدائن حق اتخاذ الوسائل التحفظية للحفاظ على حقه في مواجهة المدين. فهل الحق في مثل هذه الحالة حق مأمول، حالة وسطية ما بين عدم وجود الحق ووجوده أو مجرد حق احتمالي.

المقدمة:

وفقا للمادة 888 من القانون المدني الكويتي فإن ملكية المنقول والعقار لا تنتقل إلا بالتصرف القانوني إذا كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، وإذا كان المتصرف فيه منقولاً معيناً بذاته، انتقل الحق أو نشأ فور إبرام التصرف، أما إذا كان المنقول معيناً بنوعه فلا ينتقل الحق أو ينشأ إلا بإفرازه⁽¹⁾، مع مراعاة أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بالتسجيل⁽²⁾، كل ذلك ما لم يتفق أطراف العلاقة العقدية ابتداء على عدم انتقال الملكية إلا إذا تحقق شرط متفق عليه، فنكون في هذه الحالة بصدد ملكية مشروطة.

ويقصد بالملكية المشروطة تلك الملكية التي لا تنتقل إلا بعد تحقق شرط متفق عليه في العقد الناقل للملكية، والشرط باعتباره وصفاً للحق⁽³⁾، يمكن أن يلحق بالملكية، سواء الملكية في ذاتها، أو نقلها من مالك إلى غيره⁽⁴⁾، ويقصد بالشرط حسب المادة 323 من القانون المدني الكويتي أمر مستقبل غير محقق الوقوع، بحيث

(1) المادة 889 من القانون المدني الكويتي.

(2) المادة 890 من القانون المدني الكويتي.

(3) انظر، عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، 1983، ص30. انظر كذلك فيما يتعلق بالشرط بمعناه الفني في النظرية التقليدية والحديثة، انظر، محمد أو السعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتاب، 1980، ص 61.

(4) انظر، إبراهيم أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2009، ف 46، ص 86.

يترتب على وقوعه وجود الالتزام (شرط واقف) أو زواله (شرط فاسخ)، فهو وصف إرادي يلحق الالتزام، أي أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام بدونه⁽¹⁾، والأمر الذي يعلق عليه الالتزام يجب أن يكون غير محقق الوقوع أي أن يكون وقوعه من عدمه أمراً محتملاً⁽²⁾، وهذا الشك في وقوع الأمر هو جوهر الشرط⁽³⁾.

إن الشرط كوصف في الالتزام يعدل من آثار الالتزام، تلك الآثار قد لا تتوافق أو تتسجم مع حق الملكية، فمواجهة حق الملكية بالالتزام الموصوف يظهر صعوبة انسجام الأخير مع حق الملكية، فعلى خلاف الأجل الذي يمس استحقاق الالتزام، فإن الشرط يمس وجوده، وهناك خلاف فقهي يتعلق بمعنى وجود الالتزام أو دلالاته، هل يقصد بذلك نشأة الالتزام أم أن الشرط لا يمس نشأة الالتزام وإنما اكتمال وجوده، هذا الخلاف الفقهي ينعكس على التصرفات القانونية الناقلة للملكية وعلى الحقوق الخاصة بالمالك تحت شرط واقف، ويلاحظ أن كل شرط واقف يتضمن وجود شرط فاسخ، سواء كان ذلك في الالتزام أم في الحق العيني، فالحق العيني كحق الملكية إذا علق على شرط واقف، فإن الشيء الواحد يصبح له مالكان، ففي

(1) انظر، عبدالرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، مرجع سابق، دار النهضة العربية 1983، ص 16. جميل الشراوي، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، 1995، ف 52، ص 188.

(2) انظر، رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص 26 وما يليها. عبدالرسول عبد الرضا، جمال النكاس، أحكام الإلتزام، دار الكتب، الطبعة الثالثة، 2014-2015، ف 88، ص 120.

(3) انظر، عبدالرزاق السنهوري، أوصاف الإلتزام، مرجع سابق، ص 20.

الوقت الذي يكون فيه المشتري (الدائن) مالكا على شرط واقف يكون البائع مالكا على شرط فاسخ (المدين) هو الشرط ذاته⁽¹⁾، وبالنظر إلى حق الملكية المعلق على شرط واقف فإنه يثير العديد من التساؤلات، فهناك من يرى أن حق الملكية غير موجود، فهو حق مستقبلي⁽²⁾ ، وهناك من يرى أنه حق موجود ولكنه غير مكتمل⁽³⁾.

إن الحق المشروط يكون في الواقع أكثر من الحق المأمول، فعلى خلاف هذا الحق الأخير، فصاحب الحق المشروط يكون متمتعاً بالحماية القانونية، كما يجب استبعاد تشبيهه بالحق المشروط بالحق الاحتمالي لسببين: السبب الأول: إن مفهوم الحق الاحتمالي مفهوم فني جمالي أكثر منه تحليلي، ومضمونه غير محدد ويعطي العديد من التفسيرات المختلفة، والسبب الثاني: إن الفقه يتفق بأن الحق الاحتمالي

⁽¹⁾ إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية، كان لهذا الحق مالكان: مالك تحت شرط واقف وهو الذي انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط، وملك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف، انظر عبدالرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، مرجع سابق، ص 51.

⁽²⁾J. J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th. Lille 1977. Ph. Malaurie, L. Aynes, P. Y Gautier, Droit civil, Les obligations, Defrénois 2eme éd., 2005, n 1124.

⁽³⁾Planiol et Ripert, Traite pratique de droit civil français, T. VII, Obligations, par Eismein, Radouant et Gabolde, LGDJ 1954, n 1032.

ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية وهذا على خلاف الحق المشروط، فالشرط يلحق الحق بعد تكامل عناصره⁽¹⁾.

إن الاختلاف الفقهي حول وجود الحق المشروط أو عدم وجوده سوف يكون مبحثنا الأول من حيث أثر الشرط الواقف على التزام وحق الملكية، ثم نتطرق إلى أسباب ذلك الاختلاف الفقهي بخصوص الحق المشروط في المبحث الثاني.

(1) انظر، عبدالرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، مرجع سابق، ص 31.

المبحث الأول

الاختلاف الفقهي حول وجود الحق المشروط أو عدم وجوده

إن الاختلاف الفقهي التقليدي حول حق الملكية المعلقة على شرط واقف يشترك في نقطة مرتبطة بمصير هذا الحق بالنسبة للالتزام، فيما يتعلق بنقل الحق العيني بالعقود الناقلة للملكية وتحليل الالتزام بالنسبة للشرط الذي قد يمس وجوده، يخلص الفقه التقليدي إلى عدم وجود حق الملكية، فالاختلاف بالنسبة لآثار الشرط على الالتزام تنعكس على آثار الشرط على الملكية.

المطلب الأول

أثر الشرط الواقف بالنسبة للالتزام

تنص المادة 326 من القانون المدني الكويتي على عدم قيام الالتزام المعلق على شرط إلا إذا تحقق الشرط، فما المقصود بعدم قيام الالتزام؟، وهل يقصد بذلك عدم وجوده؟ بمعنى أن التصرف القانوني الموصوف لا يؤدي إلى نشأة الالتزام إلا بعد تحقق الشرط، وللإجابة على هذا التساؤل نلاحظ تقارب الآراء الفقهية من خلال التأكيد على أن الشرط يمس وجود الالتزام مع وجود تفاوت يظهر بالنسبة لدلالة وجود الالتزام.

أولاً: المساس بوجود الالتزام

يعترف الفقه التقليدي أن الشرط يمس وجود الالتزام، وهذا على خلاف النوع الآخر من أوصاف الالتزام المتمثل بالأجل الذي لا يمس إلا استحقاقه⁽¹⁾.

1- المساس بوجود الالتزام الناتج عن وجود الشرط

يتناول الفقه بشكل عام حق المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف من خلال بيان مصير الالتزام عندما يكون معلقاً على شرط واقف⁽¹⁾، فالفقه التقليدي يستبعد تماماً

(1) انظر في الفرق بين الأجل والشرط، جميل الشرقاوي، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ف 48،

فكرة عدم وجود حق الملكية على اعتبار أن الشرط لا يؤثر بالالتزام الموجود، ومع ذلك يكون هناك تباين فقهي، فأثر الشرط بالنسبة للالتزام ينعكس على أثر الشرط بالنسبة للملكية، والفقهاء التقليدي يتفق بأن الشرط يؤثر على وجود الالتزام، وبهذا الخصوص تحديدا تتم مقارنة الشرط بالأجل الذي لا يكون له تأثير إلا على نفاذ الالتزام.

واستناداً على نصوص القانون المدني فهناك شبه إجماع فقهي على أن الشرط له تأثير على وجود الالتزام⁽²⁾، ولكن هذه النصوص البعض منها يمنح الشرط تأثيراً على الالتزام بذاته، والبعض الآخر لا يربط أثره على وجود الشرط إلا بالنسبة لتنفيذ الالتزام⁽³⁾، فالمادة 326 من القانون المدني الكويتي تنص على أن الالتزام المعلق على شرط لا يقوم إلا إذا تحقق الشرط، وتنص المادة 330 على أنه إذا كان الالتزام مضافاً إلى أجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، فإذا كان الشرط يمنح أجلاً فهذا لا يعني أن ذلك الشرط يؤجل تنفيذ الالتزام فقط ولكن يعلق الالتزام بذاته، الأمر الذي يسمح وفقاً لمفهوم المخالفة بالاستنتاج

(1) انظر في الحق الشرطي من خلال التمييز بين الحق الكامل والحق غير الكامل، إبراهيم أبو الليل، أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2006، ف 148، ص 174.

(2) انظر، عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، 1983، ف 28، ص 45.

(3) انظر، عبدالرسول عبد الرضا، جمال النكاس، أحكام الالتزام، مرجع سابق، 2014-2015، ف 83، ص 114.

أن الأجل يؤثر على وجود الالتزام⁽¹⁾، وعلى الرغم من وجود بعض النصوص التي تبين أن الشرط له أثر بالنسبة لتنفيذ الالتزام فقط، فإن الفقه التقليدي يدعي دائما أن الشرط يؤثر على وجود الالتزام بالكامل وهذا على خلاف الأجل الذي لا يكون له تأثير إلا على تنفيذ الالتزام، وإذا كان الفقه يتفق على تأكيد أن الشرط له تأثير على وجود الالتزام، والأجل لا يؤثر إلا على نفاذه، إلا أن معنى وجود الالتزام مختلف بالنسبة لهما.

2 - المساس باستحقاق الالتزام من خلال الأجل

وفقا المادة 330 من القانون المدني الكويتي فإن الأجل يختلف عن الشرط من حيث إنه لا يعلق أبدا الالتزام و لكن يؤخر ببساطة نفاذه⁽²⁾، وبالاستناد إلى هذا النص فإن الأجل لا يمس إلا استحقاق الالتزام، وإن اختلاف النظام القانوني بين الالتزام لأجل وبين الالتزام المشروط تكون مبررة بالوجود المسبق للالتزام المقترن بأجل، وحتى على غرار الدائن بالالتزام شرطي، فإن الدائن بالالتزام لأجل لا يستطيع بموجب نص المادة 330 من القانون المدني، أن يطالب بالوفاء أو بدفع دينه قبل

(1) انظر كذلك نص المادة 981 من القانون المدني الكويتي " يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 330 من القانون المدني على أنه " إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل".

حلول الأجل، تفاوت النظام القانوني يكون واضحاً، ففيما يتعلق بالشرط، مدة تقادم الدعوى لا تبدأ بالسريان إلا بلحظة تحقق الشرط على اعتبار أن الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء لعدم اكتمال وجوده⁽¹⁾، وعلى خلاف الشرط، فإن المدين الذي يدفع قبل حلول الأجل لا يستطيع إقامة الدعوى مطالباً باسترداد غير المستحق بما أن دينه موجود سابقاً وبالنتيجة لا يكون الدين غير مستحق⁽²⁾، وإذا كان الفقه متفقاً على التأكيد بأن الشرط يمس وجود الالتزام، في حين أن الأجل لا يمس إلا الاستحقاق، فإن المعنى الذي يعطونه لهذا الوجود يتفاوت من أحدهم إلى الأخر.

ثانياً: الاختلاف الفقهي بالنسبة للدلالة على وجود الالتزام

مصطلح وجود الالتزام عبارة عن مصطلح استحضاري غير محدد بشكل كاف، لذلك يمكن القول بأن السؤال المتعلق بمعنى هذا المصطلح أو مفهومه هو سؤال فلسفي أكثر من قانوني⁽³⁾، وبما أن الالتزام ما هو إلا مفهوم مجرد concept abstrait فإن تحديد المقصود بوجود الالتزام قد أثرى خلافاً فقهيّاً، فيرى البعض

(1) انظر، عبدالرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، مرجع سابق، ف31، ص51.

(2) بمقتضى المادة 265 من القانون المدني دفع الدين المؤجل قبل حلول أجله لا يترتب عليه ثبوت الحق للمدين باسترداد ما تم دفعه، لان الحق المؤجل حق كامل الوجود، وإنما يقتصر الاسترداد على المنفعة بسبب الوفاء المعجل وفي حدود ما لحق المدين من ضرر. انظر، عبدالرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، مرجع سابق، ف66، ص118.

(3) V. L. Chestov, Kierkegaard et la philosophie existentielle, Paris, Vrin, 1948-P. Mesnard, Kierkegaard, sa vie, son œuvre, Paris PUF, 1960.

أن وجود الالتزام يجب تشبيهه بنشأة الالتزام، والبعض الآخر يرى بأن وجود الالتزام لا يكون إلا في حالة كمال الالتزام أو اكتمال الالتزام ' perfection de l' obligation .

1- تشبيه وجود الالتزام بنشأة الالتزام

لقد تم التطرق لمسألة تشبيه وجود الالتزام بنشأة الالتزام من خلال حالتين: الأولى: حالة الفصل بين العقد والالتزام، الثانية: التمييز بين القوة الملزمة للعقد ومضمونه.

-الفصل بين العقد والالتزام: بعض الفقه يؤكد على ضرورة الفصل بين العقد والالتزام، أي بين العقد كمصدر والالتزام كمحل، والعقد باعتباره المصدر الأساسي لنشأة الالتزام هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون، والالتزام باعتباره محلاً للعقد هو ما يلتزم به المدين من عمل أو بالامتناع عن عمل، فمحل العقد هو ذات الالتزامات التي يولدها، فالعقد ينشئ الالتزام، فإذا كان العمل الذي يلتزم المدين بعمله أو الامتناع عن عمله يمثل محلاً مباشراً للالتزام، فهو يعتبر في نفس الوقت محلاً للعقد الذي يولد هذا الالتزام، ومن هنا كان المبرر أن ينظر إلى محل الالتزام باعتباره ركناً في العقد، وبناء على ذلك فعندما يكون الالتزام موصوفاً فإنه خلال فترة الشك والريبة أي ما بين فترة إبرام العقد وتحقق الشرط، فإن الشرط يؤثر على ولادة الالتزام ذاته أو نشأته⁽¹⁾، بمعنى أن الالتزام لا ينشأ إلا بعد تحقق الشرط⁽²⁾، فهناك من يرى بأن الإشكالية تعود في حقيقة الأمر إلى التصرف

(1) Voir not, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 2eme éd. 2005 n° 1223 : " la condition est liée à l'incertitude ; à un évènement future et incertain elle suspend, soit la naissance...".

(2) تعليقا على المادة 265 من القانون المدني المصري، تقابلها المادة 323 من القانون المدني الكويتي، التي تنص على أنه " يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على

القانوني وليس إلى الحق الذي يترتب عليه⁽¹⁾، وما الأثر الرجعي للشرط إلا تأكيداً على ذلك⁽²⁾. فالتصرف يختلف عن آثاره، فقبل تحقق الشرط، فإن الالتزام الموصوف بشرط واقف لا يمنح الدائن أي حق ولكن له الحق فقط بالاستفادة من الشرط الذي يتيح له المطالبة ببعض الإجراءات التحفظية لحقه حماية من تصرفات المدين.

-**التمييز بين القوة الملزمة والمضمون الإلزامي للتصرف:** وهناك من يرى ضرورة التمييز بين القوة الملزمة للعقد والالتزامات التي يتضمنها العقد من حيث استقلال

أمر مستقبل غير محقق الوقوع" يرى الفقه " أن النص ربط بين الشرط والالتزام ربطاً محكماً ومقصوداً من حيث إن التعليق يرد على الالتزام ذاته دون العقد أو التصرف بوجه عام". والشرط، وفقاً لمفهومه التقليدي، هو أمر مستقبل وغير محقق الوقوع يترتب عليه وجود أو زوال الالتزام، بحيث يرى الفقه التقليدي بشكل صريح أن الشرط وصف للالتزام، ليس له علاقة بمصدر ذلك الالتزام، ويؤكد على أن الشرط لا يلحق سوى رابطة المديونية، فيعلقها ويجعلها غير محققة الوجود، فالشرط يعلق الأثر دون المصدر. انظر محمد أبو سعد، مرجع سابق، ص 64 وما يليها.

⁽¹⁾ يرى الفقه المعاصر أن الشرط لا يؤثر في الالتزام وإنما في إرادة المتعاقدين، بمعنى أن الشرط لا وجود له في غير نطاق التصرفات وأن تأثير الشرط في الالتزام يأتي كأمر تابع لتأثيره في التراضي ذاته، فالشرط لا يلحق بالالتزام إلا نتيجة الاتفاق على ذلك، فالالتزام المعلق على شرط واقف أو فاسخ لا يمكن أن يتم إلا بالإرادة، أي بالاتفاق بين الدائن والمدين، فلا يمكن أن يترتب بحكم القانون، أو بأمر القضاء كالأجل. انظر، محمد أبو سعد، مرجع سابق، ص 77.

(2) J. J. Taisne, la notion de condition dans les actes juridique. Contribution à l' étude de l'obligation conditionnelle, thèse, Lille II, 2 tomes, 1977, n° 283 et s.

القوة الملزمة للعقد عن الالتزام⁽¹⁾، هذه الاستقلالية قد تكون بالنسبة للعقود التي لا تنشئ التزامات كما هو الحال بالنسبة للإبراء أو الصلح، فالعقد له قوة ملزمة حتى ولو لم يؤد إلى إنشاء التزام، ففي الواقع العقود لا يترتب عليها إنشاء التزام فقط، فقد ترتب حوالة أو انقضاء حق، أو إنشاء حق أو حالة قانونية دون أن تؤدي إلى وجود علاقة بين دائن ومدين، فالإبراء أو الصلح عبارة عن اتفاق ملزم كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع ولكن لا يؤدي إلى نشوء التزام، إن التمييز بين القوة الملزمة للاتفاق ومضمونه الإلزامي يتضح من خلال غياب الجزاء المترتب في حالة عدم التنفيذ، كالفسخ وقواعد المسؤولية العقدية أو التنفيذ الجبري، وفي مثل هذه الحالات، من يخل بما تعهد به لا يتعرض للجزاء المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام، فبعض العقود تستطيع إنشاء حالة قانونية جديدة (مركز قانوني) دون أن يترتب عليها التزام على عاتق المتعاقدين، وهذا ما يكون تحديداً في حالة العقود النموذجية، فهذه العقود تكون ملزمة للأطراف دون أن تنشئ أي التزام على عاتق أي طرف: فمحل تلك العقود التحديد المسبق لكيفية إبرام العقود أو تحديد مضمونها في حالة إبرامها، وفي حالة الإخلال بذلك، فإن القاضي لا يطبق جزاء عدم تنفيذ الالتزام وإنما يلزم المتعاقد بالعقد المتفق عليه.

وبناء على ما سبق ذكره، فإن التمييز بين التصرف والالتزام يجد له تطبيقاً في حالة العقد المتضمن التزاماً مشروطاً، فإذا كان أطراف العلاقة العقدية لا يستطيعون

(1) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel, RTD Civ. 1999, p. 771.

التحلل من العقد بالإرادة المنفردة وإن الدائن يستطيع اتخاذ الإجراءات التحفظية إلا أنهم اتفقوا قبل نشوء الالتزام على أن الالتزام لا يكون إلا في حالة تحقق الشرط، فقبل أن يكون الدائن صاحب حق، فهو مجرد دائن في المستقبل؛ فالتصرف القانوني المتضمن التزاما مشروطا تعبير عن تصرف موجود منذ إبرامه، والالتزام المشروط لا يوجد إلا في حالة تحقق الشرط⁽¹⁾، يقابل التحليل الثنائي للتصرف القانوني من خلال التمييز ما بين نشوء التصرف وما يترتب من آثار تحليل ثنائي آخر يستند على كون الالتزام المشروط عبارة عن التزام غير مكتمل .

2- تشبيه وجود الالتزام باكتمال الالتزام

والبعض الآخر من الفقه يعتبر بأن الأمر لا يتعلق بنشأة الالتزام من عدمه وإنما بعدم اكتماله بسبب كونه معلقا على شرط واقف، فالالتزام موجود بطبيعة الحال ولكنه غير مكتمل، فوجود الالتزام غير نهائي لكونه معلقا خلال مرحلة معينة على تحقق شرط معين⁽²⁾، ويقصد بوجود الالتزام أي قيامه دون اكتماله بتحقيق الشرط هو عدم صلاحية الالتزام قبل تحقق الشرط لمباشرة أي إجراء من إجراءات

(1) P. Ancel, article pré, p. 800, n 43.

(2) Voir, Aubru et Rau, cour de droit civil, 6eme éd., par Bartin, Tome 4, n°302, p.100.L. Josserand, Cour de droit civil positif, T. I, paris, Sirey, 3eme éd., 1940

التنفيذ⁽¹⁾، إلا أن فترة بقاء الالتزام معلقا على خطر الوجود يجعله أساسا لاتخاذ بعض الإجراءات التحفظية⁽²⁾.

وتطبيقا للمادة 326 و 328 من القانون المدني الكويتي ترى محكمة التمييز الكويتية " أن الشرط الواقف وإن كان من شأنه أن يوقف تنفيذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة، إلا أن الالتزام في فترة التعليق يكون موجودا غير أن وجوده ليس مؤكداً بما لا يجوز معه للدائن خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية لاقتضاء حقه جبراً ما لم يتحقق الشرط، ومتى ما تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلاف مقتضى هذا الأثر الرجعي للشرط أو إذا تعارض وجوده مع طبيعة العقد⁽³⁾."

وبناء على ذلك فإن القضاء الكويتي يرى أن المشرع قد اعتبر الدائن في العقد المعلق على شرط واقف صاحب حق، وأباح له المحافظة عليه، حتى وإن كان ذلك

(1) فإذا كان الالتزام موجوداً ولكنه غير مكتمل يترتب على ذلك أن الحق الذي يقابل ذلك الالتزام هو حق تكون فعلا، إلا أنه غير قابل للتنفيذ، إلا إذا تحقق الشرط، على اعتبار أن مصيره متوقف على تحقق أو عدم تحقق الواقعة المشروطة. انظر، محمد أبو سعد، مرجع سابق، ص 335.

(2) انظر، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة 326، ص 290.

(3) انظر، الطعن 98/287 تجاري جلسة 1999/4/18، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد الثاني، مايو 2004، رقم القاعدة 75، ص 403.

الحق غير قابل للتنفيذ، خلال مرحلة التعليق بسبب عدم تأكد تحقق الشرط، ولم يعتبره مجرد صاحب أمل⁽¹⁾.

وما دام الالتزام موجودا قبل اكتماله يقترح بعض الفقه تحليلا ثنائيا لا يستند إلى عملية التمييز بين العقد والآثار التي يترتبها، وإنما استنادا إلى الالتزام بذاته على اعتبار أنه يتكون من علاقة إلزامية rapport obligatoire وعلاقة التزام rapport obligation⁽²⁾، وفي هذا الإطار فإن مسألة الفصل بين العقد والالتزام مسألة منتقدة لبعض الأسباب، فالالتزام ما هو إلا العقد بذاته، فعملية الفصل بين العقد والالتزام تعود إلى عملية الخلط بين ما يترتب على العقد من آثار إلزامية وحجيتية؛ فعدم تنفيذ العقد لا يمكن تمييزه من عدم تنفيذ الالتزام، فلا يمكن الفصل بين العقد كمصدر والالتزام كمحل⁽³⁾، كما هو الحال في مسألة حوالة الحق فبقاء الشكل الإلزامي لعلاقة الحق بعد التنازل لا يكون إلا بسبب القوة الملزمة للعقد، كما أن

(1) وفقا لنظرية الأمل طالما لم يتحقق الشرط الواقف، فإن الالتزام لا يكون له أدنى وجود، وبالتالي فإنه لا يكون هناك سوى مجرد أمل في هذا الوجود. انظر في تلك النظرية، محمد أبو سعد، مرجع سابق، ص 328.

(2) G. Wicker, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G. D. J. 1997, n°151 et s.

(3) L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trios personnes, Economica, 1984, pref. Malaurie, n ° 34.

مسألة الفصل بين العقد والالتزام تعود أيضا إلى عملية الخلط بين حجبة العقد وحجبة الالتزام، فحجبة العقد لا تكون إلا اعتباراً لغاية الالتزام.

وفي هذا الصدد، فالعلاقة الإلزامية تعبر عن الجانب الإيجابي للالتزام أي حق الدائن الذي بموجبه يكون للدائن حق المطالبة بالدين، وعلاقة الالتزام تعبير الجانب السلبي للالتزام وهي علاقة تقييد إرادة المدين والتي تخضع الأخير إلى تحقق الغاية العقدية، فعلاقة الالتزام تجبر المدين على تنفيذ التزامه، وفيما يتعلق بالالتزام العقدي المعلق على شرط واقف، فالعلاقة الإلزامية تعبير عن حق الدائن الذي لا يظهر إلا في حالة تحقق الشرط، أما علاقة الالتزام فهي تعبير عن التصرف المشروط الذي ينشئ التزاما غير كامل، فخلال مرحلة تعليق الالتزام، المدين يكون كذلك خاضعا إلى تحقيق الغاية العقدية، إن الخلاف الفقهي فيما يتعلق بأثر الشرط يوجد كذلك ليس فقط بخصوص الالتزام وإنما فيما يتعلق بنقل الملكية.

المطلب الثاني

آثار الشرط بالنسبة لحق الملكية

إن آثار الشرط بالنسبة للتصرفات القانونية الناقلة للملكية تثير بعض التساؤلات بخصوص وجود التزام بإعطاء أو عدم وجوده⁽¹⁾؛ وإن تطبيق المفهوم الثنائي للالتزام على التصرفات الناقلة للملكية يترتب عليه وجود التزام بإعطاء غير تام، للاعتراف بوجود نواة للحق، في حين أن تطبيق المفهوم الأحادي للالتزام بنقل الملكية يترتب عليه نفي وجود التزام بإعطاء وللاعتراف لمصلحة المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف بالاستفادة من الشرط أي العلاقة العقدية.

أولاً: وجود نواة حق

إن المفهوم الثنائي للالتزام يترتب عليه كما رأينا سابقاً تشبيه العقد بالالتزام الذي يتكون من علاقة التزام وعلاقة إلزامية، إن تطبيق ذلك على التصرفات الناقلة للحق يقود إلى الاعتراف للمالك المعلقة ملكيته على شرط واقف بالاستفادة من نواة حق من خلال تأكيد وجود التزام بإعطاء، إلا أنه التزام غير تام.

(1) انظر في مفهوم الإلتزام بإعطاء شيء بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية، حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية، الطبعة الثالثة، 2000، ف34، ص 31.

1-المالك تحت شرط واقف: دائن بالتزام بإعطاء

بالنسبة لبعض الفقه فإن احتواء العقد على شرط واقف يشكل -إلى جانب فرضية أن نقل الملكية يكون مؤجلا نتيجة لاستحالة مادية أو بالاتفاق ما بين الأطراف- أحد المظاهر التي تكشف عن وجود التزام بإعطاء (التزام إيجابي) (1)، فعندما يكون الالتزام بالقيام بعمل معين ليس مقصودا لذاته وإنما لتحقيق أثر قانوني معين يتمثل بإنشاء حق عيني أو نقله -أصلي أو تبعي- كالتزام البائع بنقل الملكية للمشتري، ونظرا لما يترتب على هذا النوع من الالتزامات من آثار عينية، تتمثل في نقل أو إنشاء الملكية وغيرها من الحقوق العينية، سميت هذه الالتزامات بالالتزام بإعطاء تميزا لها عن الالتزام بعمل الذي لا يترتب عليه آثار عينية(2).

يعتبر بعض الفقه الفرنسي أن وجود التزام بإعطاء غير منازع فيه(3)؛ فمحل الالتزام وفقا لتعريف الالتزام في القانون المدني الفرنسي هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وقد يكون محلا للالتزام بإعطاء شيء، أي نقل ملكية أو حق عيني آخر، وإن الالتزام بإعطاء قد كرس بالمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، قبل تعديلها

(1) انظر، عبد الرسول عبد الرضا، جمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام والإثبات، دار الكتب، الطبعة الرابعة، 2014-2015، ص 13.

(2) انظر، إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب، الطبعة الثانية، 1998، ف 19، ص 26.

(3) V. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, Rev.trim. dr. Civ. 1987, p. 673 et s. Ph. Simler, Classification des obligations, Jur.Cl. Civ. art. 1136 à 1145, Fasc. I. n° 18.

بمرسوم 2016، والتي نصت على أن " العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر من شخص تجاه شخص آخر أو أكثر، بإعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽¹⁾"، ونصت المادة 1126، قبل تعديلها بمرسوم 2016، على أن " كل عقد محله شيء حيث يلتزم أحد الأطراف بإعطاء أو أحد الأطراف يلتزم بعمل أو الامتناع عن عمل "، ونصت المادة 1136 قبل تعديلها بمرسوم 2016 على أن " الالتزام بإعطاء يتضمن تسليم الشيء والمحافظة عليه لحين التسليم، وذلك تحت طائلة التعويض للدائن⁽²⁾".

ومع ذلك يرى الفقه أن الالتزام بإعطاء لا وجود له إلا إذا كان نقل الملكية مؤجلاً، فعلى غرار البعض فإن الالتزام بإعطاء له مع ذلك وجود مستقل عندما لا يكون نقل الملكية حالاً لأن طبيعة الشيء محل الالتزام تقتضي ذلك، كما هو الحال عندما يكون الشيء محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع أو شيئاً مستقبلياً، أو لأن أطراف العلاقة العقدية لا يريدون نقل الملكية حالاً⁽³⁾.

(1) وبعد تعديلها بمرسوم 2016 نصت المادة 1101 على أن العقد هو اتفاق إرادتين بين شخصين أو أكثر من أجل إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها.

(2) V. Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligation, LGDJ, 2017, p.14.

(3) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit, n°267.

2- المالك تحت شرط واقف: دائن بالتزام غير تام

إذا كان هناك التزام بإعطاء موجود والشرط لم يتحقق، فإنه مع ذلك لا يعتبر إلا حالة للالتزام غير التام، فإذا الدائن لا يستطيع الحصول على تنفيذه، فإن مدينه ملزم نهائيا بوعده أي التزامه، وفي هذه الحالة، فإن الالتزام غير التام يضع أيضا على عاتق المدين التزاما بعدم فعل شيء يؤدي إلى المساس بالشرط أو استقلالية، وإن هذا الالتزام غير التام يشكل أيضا " التزام بالامتناع عن عمل" الذي يظهر خلف الالتزام الأساسي مشكلا للعلاقة الإلزامية، وجود التزام ثانوي مكون للعلاقة الإلزامية⁽¹⁾.

ثانيا: الاستفادة من العلاقة العقدية أو الشرط العقدي

يؤكد أنصار المفهوم الأحادي للالتزام، والمفهوم الثنائي للعقد بالنسبة لهم صفة الحق المستقبلي للملكية للمالك تحت شرط واقف نافيا وجود التزام غير تام بإعطاء، فبالنسبة لهم هناك علاقة عقدية يتم الرجوع لها من قبل الأطراف والقاضي.

(1) G. Wicher, th. Préc. n° 161.

1- نفي وجود التزام بإعطاء غير تام

بالنسبة لبعض الفقه، الالتزام بإعطاء يظهر شكلا "وهميا"، أكثر منه حقيقة⁽¹⁾، حتى أن وجود الالتزام بإعطاء هو منازع فيه لأسباب متعددة⁽²⁾، ونقل الملكية يكون بحكم العقد أي بقوة القانون، فانتقال الملكية في القانون المدني الكويتي يعتبر أثرا قانونيا محضا لعقد البيع⁽³⁾، يتحقق من حيث المبدأ بطريقة تلقائية بمجرد إبرام

(1) V. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, Rev. Trim. dr. Civ. 1996, p. 85 et suivant- Voir égal. D. Tallon, Le surprenant réveil de l'obligation de donner, (à propos des arrêt de la chambre commerciales de la Cour de Cassation en matière de détermination du prix), D. 1992, chron. 68. L. Aynès, La cession de contrat dans les opérations juridiques à trois personnes, Economica 1984, n° 265.

(2) فهناك من يرى" أن الالتزام بإعطاء هو مجرد التزام شخصي عادي مضمونه القيام بعمل معين، غاية ما هنالك أن تنفيذ هذا العمل من المدين يترتب عليه -وبقوة القانون- إنشاء حق عيني أو نقله، أي يترتب عليه أثر عيني، وهذا لا يغير من طبيعة الالتزام، لأن الأثر العيني لا يرتبه المدين وإنما القانون؛ ولا يغير من طبيعة هذا الالتزام، أيضا، وكونه التزاماً بعمل، وإمكان انفراده ببعض الأحكام الخاصة به التي تميزه عن الالتزام بعمل آخر لا يترتب عليه أثر عيني، فالالتزام بإعطاء إذن هو التزام بعمل إيجابي، وإن كان يخضع لبعض الأحكام الخاصة التي تميزه عن غيره من الالتزامات بعمل الأخرى التي لا يترتب عليها نقل حق عيني أو إنشاؤه ، وبصفة عامة أثر عيني". انظر، إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام، العقد والارادة المنفردة، مؤسسة دار الكتاب، الطبعة الثانية، 1998، ف 19، ص 27. حسام الدين الاهواني، المصادر الإرادية للالتزام، مرجع سابق، ف36، ص31.

(3) وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي حكم البيع من خلال التفرقة بين نقل ملكية المبيع إلى المشتري وبين الالتزامات التي يترتبها العقد في ذمة المتعاقدين، فالمرجع الكويتي

العقد، هذه الاستقلالية تخالف التعريف التقليدي للالتزام الذي يكون جوهره قيام المدين بالوفاء بالتزامه تجاه الدائن، فمن غير الممكن القول إن نقل الملكية واقعة تنتج بحكم العقد وبأنها تشكل الالتزام الواقع على أحد الأطراف⁽¹⁾، فنقل الملكية يعد أثراً للبيع وليس التزاماً⁽²⁾؛ لذلك لم يأخذ المشرع الكويتي، بتعريف عقد البيع كما عرفه المشرع المصري بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"، وإنما عرفه بأنه عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي"⁽³⁾، بما يفيد أن البيع ينقل بذاته الملكية ولا

تتعلق بحكم البيع في المادة 463 من القانون المدني، وهو نقل الملكية إلى المشتري، قبل أن يتناول ما يربته العقد من التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري، كل ذلك ما لم يجعل القانون أو الاتفاق انتقال الملكية رهناً بالقيام بعمل معين، كالتسجيل أو احتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين الوفاء بالثمن. انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص 368 و 369.

(1) " من غير المعقول القول بأن الإلتزام ينشأ ثم ينفذ وينقضي بنفس الوقت بقوة القانون"، انظر، حسام الدين الاخواني، المصادر الإرادية للإلتزام، مرجع سابق، ص 32.

(2) فنقل الملكية هو جوهر البيع ولا يتصور وجود عقد بيع لا يؤدي لانتقال الملكية في الحال أو في المال، فعقد البيع بطبيعته عقد ناقل للملكية وهذا هو ما يتفق مع إرادة المتعاقدين عندما أبرما البيع فالقصد من البيع هو نقل الملكية إلى المشتري، وهذه قاعدة لا استثناء عليها لأنها جوهر البيع، والخروج عليها يعني عدم البيع. انظر، حسام الدين الأخواني، عقد البيع، ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الأولى، 1989، ف 331، ص 265. انظر كذلك، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الخامسة، 1990، ف 149، ص 349.

(3) المادة 454 من القانون المدني الكويتي.

يقتصر على مجرد إنشاء التزام بنقلها⁽¹⁾، وبناء على ذلك تبين المادة 463 مدني، أنه يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معيناً بالذات ومملوكاً للبائع، وهذا النص يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 889 مدني⁽²⁾.

فإذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، ومملوكاً للبائع انتقلت الملكية فوراً إلى المشتري بمجرد العقد، أي بقوة القانون دون حاجة إلى أي إجراء آخر، وبصرف النظر عما إذا كان البائع قد قام بتسليم المبيع إلى المشتري أو لا، وبصرف النظر أيضاً عما إذا كان المشتري قد قام بدفع الثمن إلى البائع أو لا، فالمشتري يصبح مالكا للمبيع بمجرد انعقاد العقد، ولذلك إذا قام البائع ببيعه مرة ثانية، فإنه يكون قد باع ما لا يملك، فيكون للمشتري الأول أن يسترد المبيع من المشتري الثاني، غير أن هذا الأخير يستطيع أن يتمسك في مواجهته بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، إذا كان حسن النية، فيكتسب الملكية، ليس استناداً إلى التصرف القانوني بوصفه مشترياً، وإنما استناداً إلى هذه القاعدة الأخيرة بوصفه حائزاً⁽³⁾.

(1) حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ف 19، ص 17، 18.

(2) تنص المادة 889 على أنه "1- إذا كان المتصرف فيه منقولاً معيناً بذاته، انتقل الحق أو نشأ فور إبرام التصرف. 2- إذا كان المنقول معيناً بنوعه فلا ينتقل الحق أو ينشأ إلا بإفرازه. 3- كل ما سبق ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بخلافه".

(3) انظر، خالد الضيفري، ياسر الصيرفي، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، 2010، ف 86، ص 168.

وكما هو واضح من صياغة المادة 463 مدني، فإن قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد قاعدة مكملة، ومن ثم يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فقد يتفق الأطراف على أن الملكية لا تنتقل إلا بعد فترة محددة أو يعلقوا انتقال الملكية على شرط معين، وفي هذه الأحوال لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد مرور المدة أو تحقق الشرط.

وتأكيدا على أن البيع عقد ناقل للملكية بقوة القانون أكد المشرع الفرنسي بالمرسوم بقانون لسنة 2106 المعدل للقواعد العامة للعقد من القانون المدني في المادة 1196 على أنه " في العقود التي يكون محلها نقل الملكية أو حول أي حق آخر يتم النقل بمجرد إبرام العقد⁽¹⁾. فضلا عن ذلك، حتى في التصرفات الناقلة للملكية والتي يكون فيها نقل الملكية مؤجلا بالنسبة لإبرام العقد إما بسبب مادي أو بإرادة

(1) L'article 1196 dispose que « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être diffère par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risque de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge a compter de sa mise en demeure, conformément a l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1 ». Voir, A. Seriaux, Le transfert de propriété après la réforme du droit des contrats, Mélanges d'Yves Serra, Dalloz, 2006, p. 387.

الطرفين، فإنه من الصعب الكشف عن أي التزام بإعطاء بسبب انتقال الملكية بشكل تلقائي⁽¹⁾.

2- التأكيد على وجود علاقة عقدية

إن أنصار التحليل الأحادي للالتزام ينفون إذا وجود التزام بإعطاء وبالتالي فكرة وجود نواة حق لمصلحة المالك بعقد معلق على شرط واقف، فانتقال الملكية يكون خاضعا لتحقيق الشرط، كما أن نشأة الملكية هي التي مُسَّت، بحيث إن ملكية المالك المعلقة على شرط واقف تتمتع بصفة مستقبلية حصرا، ولا يبقى أقل من أن حقه في الملكية غير موجود؛ فالمالك على شرط واقف يستفيد من القوة الإلزامية للتصرف القانوني المبرم وبالتحديد من المعيار التعاقدية الذي تظهره القاعدة القانونية المنصوص عليها بالمادة 196 من القانون المدني الكويتي والتي بمقتضاها "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون"⁽²⁾، وحسب هذه المادة، فإن الاتفاق يعتبر قانون أطراف العلاقة العقدية؛ فالرجوع إلى هذه العلاقة التعاقدية يعطي حق المالك تحت شرط واقف العديد من المسميات التي أطلقها

(1) V. C. Saint-Alary, Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, Mel. P. Raynaud, D. Sirey, 1985, p. 733.

(2) كما أن المادة 197 تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

الفقه ومنها "حق الاستفادة من تحقق الشرط" أو "الحق يمثل امتلاك حق مستقبلي"⁽¹⁾، كما أن وجود العقد يعني خضوع الأطراف له بحيث لا يستطيع أي منهما التحلل من التزامه، فالعقد المبرم بالنسبة لهما نهائي، وهذا الخضوع العقدي يعني عدم استطاعة أطراف العقد التصرف كما لو أن العقد لم يبرم، فوضعهم قد تغير نهائيا من خلال العقد؛ وكذلك في حالة البيع إذ لم يعد البائع مالكا منذ أن باع، ليس لأنه مدين للمشتري، وإنما لأن العقد مفروض عليه"⁽²⁾.

(1) V. P. Ancel, art préc. n°26.

(2) V. P. Ancel, art préc. n°28.

المبحث الثاني

أسباب الاختلاف الفقهي فيما يتعلق بالحق المشروط

يبدو أن هناك اختلافا فقهيا واضحا فيما يتعلق بطبيعة حق المالك عندما تكون ملكيته معلقة على شرط واقف، فبالنسبة لأنصار المفهوم الثنائي للالتزام، فهو دائن للالتزام بإعطاء وصاحب نواة حق، في حين أن أنصار المفهوم الأحادي للالتزام ينكرون له هذه الصفة أي أنه دائن، ويفضلون له الاستقادة من العلاقة العقدية.

إن هذا الاختلاف المعتمد على دلالة عدم وجود الالتزام والذي يمثل بالنسبة لأحدهم اكتمال الالتزام وبالنسبة للآخرين يمثل نشأة هذا الالتزام، يعتبر في نظر البعض من الفقه اختلافا نظريا أو اصطناعيا راجعا إلى التمييز بين مساس الشرط بنشأة الالتزام أو اكتماله (المطلب الأول)، والتمييز بين مساس الشرط بنشأة الحق واكماله (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التمييز بين المساس بنشأة الالتزام واكتماله

على الرغم من الاختلاف الظاهر بالنسبة لآثار الشرط عند التفرقة بين مساس الشرط بنشأة الالتزام أو عدم اكتماله، فإن تلك التفرقة هي تفرقة نظرية بحيث لا يمكن تفضيل أثر على آخر من حيث الجوهر، فمن حيث الواقع، مساس الشرط بنشأة الالتزام يتوافق مع نشأة الالتزام باكتماله، فالتعارض أو التفاوت لا يخص آثار الشرط ولكن بالأحرى معنى الالتزام نفسه.

أولاً: توافق مفاهيم نشأة الالتزام واكتماله

عند التفرقة -كما يرى البعض- بين مضمون الالتزام والقوة الإلزامية للعقد، فإن الالتزام لا يوجد قبل تحقق الشرط، فقط يوجد العقد الذي يخضع له الأطراف، وبتعريف الالتزام على أنه "رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن، بأن يقوم بعمل أو الامتناع عن عمل"⁽¹⁾، فالالتزام هنا لا يظهر إلا مع تحقق الشرط⁽¹⁾.

(1) انظر في تعريف الالتزام، سمير تناغو، مصادر الإلتزام، 2000/1999، ف1، ص2. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 8. محسن البيه، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة طبع، ف2، ص6. إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة

وهناك من يرى أن الالتزام يوجد قبل اختفاء فترة الريبة والشك فهو علاقة إلزامية ولكنه التزام غير تام، وبالتالي فإن حدوث الشرط قد أظهر تلك العلاقة الإلزامية، مما يعني الحق بالوفاء، وهذه المفاهيم تتلاقى فيما يتعلق بتأكيد عدم وجود حق موعود به ووجود حق بالتملك لحق موعود به.

المنفردة، دار الكتب، الطبعة الثانية، 1998، ف 5، ص 14. عبدالرسول عبدالرضا، جمال النكاس، مصادر الالتزام والإثبات، دار الكتب، 2014-2015، ف2، ص 9.

(1) V. P. Ancel, art préc. n°9

1- تأكيد عدم وجود حق موعود به

إن وضع مفهوم نشأة الالتزام ومفهوم اكتمال الالتزام موضع التوازي يتبين من خلاله وبشكل بديهي عنصر أساسي وهو إن الذي مُسّ من خلال الشرط يكون في الحالتين الحق الموعود به الذي لم ينشأ، ويؤكد البعض أن نشأة الالتزام نفسها هي التي مست بالشرط، فالالتزام حسبما يروونه " رابطة بين شخصين والتي بموجبها أحدهم (الدائن) يستطيع مطالبة الآخر (المدين) بشيء ما"⁽¹⁾، وبالتالي فإن الالتزام يختلط مع الحق بالوفاء "ويقتصر على علاقة استحقاق"، وهناك من يعرف العلاقة الإلزامية " بالقدرة على المطالبة بدفع الدين الذي يحقق التنفيذ العقدي"⁽²⁾، وفي كلتا الحالتين، فإن الحق بالوفاء، أو بشكل أبسط الحق المنتظر من قبل الدائن بالالتزام أو المستفيد من التصرف، الذي يرى وجود الالتزام متعلق بتحقق الشرط من عدمه.

2- تأكيد وجود حق بتملك الحق الموعود به

إذا كان الحق المعترف به للمالك المعلقة ملكيته على شرط واقف يضيف عليه داخل أي من هذه المفاهيم تسميات مختلفة، فإن صفاته الجوهرية تكون نفسها، كما أن العلاقة التعاقدية تفرض إخضاع الأطراف لتحقيق هدف التعاقد، تماما كما هو

(1) V. P. Ancel, art préc. n°9

(2) V. Wicker, th. Préc. n°159.

الحال بالنسبة للالتزام غير التام الذي يشكل العقد الأساس القانوني لأطراف العلاقة العقدية (1).

ثانيا: التفاوت بالنسبة لمعنى الالتزام

يبدو إذا أن التعارض الحقيقي بين المفاهيم المرتبطة بنشأة الالتزام أو اكتماله لا يكمن في تحديد آثار الشرط ولا بالمعنى الذي يجب إعطاؤه لوجود الالتزام ولكن يكمن بشكل عميق في مفهوم الالتزام نفسه، كما أن الذين يشكل الشرط بالنسبة لهم أنه يمس بنشأة الالتزام فهم أنصار لمفهوم ضيق للالتزام بتقليصه إلى علاقة استحقاق بسيطة، بينما بالنسبة للذين يشكل لهم الشرط أنه لا يمس إلا تمام الالتزام، فإنهم يتبنون مفهوما واسعا للالتزام الذي لا يضم فقط الناحية الإيجابية والتي بموجبها يستطيع الدائن المطالبة بالدفع ولكن أيضا يضم الناحية السلبية المتمثلة بإخضاع المدين لتحقيق الهدف التعاقدية.

إن التمييز بين مفهومي الالتزام هو المسؤول عن النقاش الأبدي بين أنصار وجود التزام بإعطاء وبين هؤلاء الذين لا يعترفون عند نقل الملكية إلا أنها أثر قانوني، ومن بين الحجج الرئيسية للفقهاء في نفي وجود التزام بإعطاء، يكون الأثر التلقائي

(1) V. Wicker, th. Préc. n°159.

المستقل عن إرادة البائع⁽¹⁾ متطلبا واقعة إيجابية من المدين، فهو يماثل ضمنا مفهوم الإلزامية للالتزام بعمل؛ وهذا التقليل لمفهوم الالتزام إلى التزام بعمل يظهر بشكل خاص في التعريف الذي أطلقه العميد كاربونييه للالتزام، فهو يرى أن الالتزام عبارة عن "رابطة الحق الموجودة بشكل خاص بين شخصين والتي بمقتضاها يجب أن يفعل أحدهما شيئا ما للشخص الآخر"⁽²⁾؛ وطالما لا يتوجب على المتعاقد عمل شيء ما، وكان تدخله غير مطلوب، فلا يوجد التزام، ونتيجة لذلك، فإن الالتزام بإعطاء لا يمكن أن يشكل التزاما حقيقيا؛ ففي الواقع يتحقق نقل الملكية دون تدخل مالك الشيء، وهذا الأخير ليس عليه فعل أي شيء، مما يعني عدم التزامه بالقيام بشيء⁽³⁾؛ وما دام الالتزام كونه التزاما بعمل، فالالتزام بإعطاء ليس التزاما⁽⁴⁾.

يبدو إذا أن ظهور التناقض بين نشأة الالتزام واكتماله بين تحليل نقل الملكية كالتزام بإعطاء أو بالعكس كأثر قانوني، هو نقاش يعتمد على تفاوت لفظي أكثر منه

(1) V. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, art. prec. n° 7, p. 80.

(2) V. J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, Les obligations, PUF 2004, n° 922.

(3) J. Huet, Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal-aimée, Etudes, J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 425.

(4) G. Wicker, Les concepts français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, Themes et commentaires, p. 151 et s.

تتاقضا حقيقيا، مما يترتب عليه اصطناعية التمييز بين المساس بنشأة الحق
واكتماله.

المطلب الثاني

اصطناعية التمييز بين المساس بنشأة الحق واكتماله

إن اتساع اصطناعية التمييز بين نشأة الحق واكتماله دفع البعض إلى المنازعة بعجز المناقشة على الطبيعة العينية أو الشخصية لحق الملكية المعلقة على شرط واقف (ثانياً)، وأيضاً على إظهار عدم فعالية المعيار التقليدي للتمييز بين الأجل والشرط (أولاً).

أولاً: عدم فعالية المعيار التقليدي للتمييز بين الأجل والشرط.

إن اتساع اصطناعية التمييز التقليدي الجاري بين آثار الأجل التي لا تمس إلا استحقاق الشرط، وآثار الشرط التي تمس وجوده، أدت إلى البحث عن معيار جديد للتمييز بين الشرط والأجل.

1- اصطناعية التمييز التقليدي لآثار الأجل والشرط

إن توضيح اصطناعية التناقض التقليدي بين نشأة الالتزام وتماحه قائم من وقت لآخر ويعود للمعيار التقليدي للتمييز بين الأجل والشرط، وقد حُدد بالإجماع على أنه وعلى عكس الشرط الذي يمس وجود الالتزام، فإن الأجل لا يمس إلا الاستحقاق، هذا التناقض يمكن ملاحظته عند الرجوع للمادة 323 والمادة 329 من القانون المدني الكويتي الذي يبرر اختلافات النظام بين الحق المؤجل والحق المشروط، فالالتزام المؤجل هو الذي يؤسس صحة وفاء المدين الذي تم قبل وقوع

الحدث المزعوم بالأجل المحدد وعدم إمكانية الادعاء لاسترداد غير المستحق، كما أن وجود الالتزام يبرر أن مدد التقادم تسري ضد المدين لأجل، في حين أنها لا تسري بالنسبة للمدين الشرطي، ومع ذلك وبالنظر إلى المفهوم الضيق للالتزام كما هو الحال بالنسبة للمفهوم الواسع، فإن المعيار لا يمكن تصوره.

أ- اصطلاحية معيار التمييز بين الأجل والشرط في المفهوم الضيق للالتزام

وفقا للمفهوم الضيق للالتزام، وكما رأينا فإن مفهوم الالتزام يقتصر على علاقة الاستحقاق، فيكون الالتزام مدمجا كليا مع الحق، وحيث إن التفريق بين الأجل الذي لا يمس إلا استحقاق الالتزام وبين الشرط الذي يمس وجوده، يكون هذا التفريق عديم الأهمية بشكل كلي.

ومادام الالتزام يعرف على أنه القدرة على المطالبة بالتنفيذ العيني، فإن أي التزام غير مستحق لا يعتبر التزاما على اعتبار أن الالتزام هو الاستحقاق، وبناء على ذلك فإن الأجل لا يستطيع أن يضع مسألة استحقاق التزام دون وجود ذلك الالتزام، إذًا كل تفريق بين وجود الالتزام واستحقاقه غير ممكن، وعند الرجوع لمفهوم الالتزام فيمكن القول إن إدراج شرط تعاقد يمس وجود الالتزام أو استحقاقه، وبما أن أحد هذه الألفاظ أو الآخر يعطي نفس النتيجة، فالمعيار التقليدي للتفريق بين الأجل والشرط يبدو غير معقول للتفرقة⁽¹⁾، من أجل وصف الآثار المترتبة على الأجل والشرط بين وجود الالتزام واستحقاقه، لذلك فإن الفقه التقليدي على ما يبدو قد تبنى المفهوم الضيق للالتزام لتحديد آثار الشرط على الالتزام في حين أنه تبنى المفهوم الواسع ليؤكد آثار الأجل.

(1) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, PUXM, 2008, n° 597, p. 320.

ب- اصطناعية معيار التفريق بين الأجل والشرط في المفهوم الواسع للالتزام

إن اصطناعية المعيار التقليدي للتفريق بين الأجل والشرط تبدو أيضا أكثر وضوحا في إطار المفهوم الواسع للالتزام، والفقهاء المدافع عن هذه الفرضية يرى بشكل صريح وجود الالتزام باكتماله واستحقاقه، فإذا كان الشرط يمس وجود الالتزام فإنه يمس في ذات الوقت استحقاقه وذلك من خلال التأكيد الذي يميز الأجل عن الشرط بآثار، فهناك من يرى أن " تمييز الأجل والشرط يجب ألا يخص نتيجة الالتزام بشكل سابق على استحقاق الالتزام، ولكن الشروط التي تحدد هذا الاستحقاق والتي تختلف حسب إذا ما كان الحدث أكيدا أو لا"⁽¹⁾.

إن التفريق بين وجود الالتزام واستحقاقه حسب المعيار التقليدي للتمييز بين الأجل والشرط لا يعقل إذاً بأي من هذه المفاهيم -الضيق أو الواسع للالتزام-، وتأكيد هذه الاصطناعية يجعل من الضروري تبني معيار جديد للتمييز بين الأجل والشرط من خلال عدم تأكيد حدوث الشرط.

2- عدم تأكيد حدوث الشرط كمعيار للتمييز بين الشرط والأجل

اصطناعية المعيار التقليدي للتمييز بين الشرط والأجل من خلال التمييز للآثار المترتبة على الالتزام يجعل من الضروري ترك هذا المعيار للتمييز بين الأجل

(1) V.G.Wicker, Les concepts Français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, Thèmes et commentaires. P. 151.

والشرط، أن التمييز بين الشرط والأجل يجب أن يكون ليس بآثارهم على الالتزام ولكن بالأحرى في مميزات أو صفات الأمر المستقبل الذي تم الاتفاق عليه في العلاقة العقدية⁽¹⁾، إن اعتبارات صفة تأكيد وقوع الأمر في المستقبل أو عدم تأكيده هي التي يجب أن تكون معيار التفرقة، وتقليص هذا التمييز بين الأجل والشرط يكون فقط على اعتبارات الشك أو عدم الشك في وقوع الشرط.

أ- ضرورة حصر معيار التفريق بدرجة الشك

اصطناعية التمييز بين اكمال الالتزام ووجوده تقودنا بالضرورة للنتيجة المتمثلة بالتفريق بين آثار الأجل والشرط، مهما كان النظام الذي سنتخذه، فإن كل تفرقة بين الشرط والأجل قائمة على تفريق آثارهم على رابطة الحق الذي يمسه الشرط أو الأجل، وبمعنى آخر لا يبدو من الضروري أن نميز بين آثار الأجل و آثار الشرط، إن التمييز بين الأجل والشرط يجب أن يقام فقط على صفات الحدث المتفق عليه بالعقد، عندما يكون الحدث غير أكيد، يجب أن يكون له صفة الشرط، وعندما يكون الحدث أكيدا فيقصد به أجل، وبالتالي اختلاف واحد فقط، شروط نشأة الالتزام أو استحقاق الالتزام، حسب المفهوم الضيق أو الواسع للالتزام، كما أن طبيعة الالتزام قبل تبديد الريبة لا تتغير حسب إن الالتزام يكون خاضعا لشرط أو لأجل، وفي هذا الإطار يؤكد البعض على أن " التفريق بين الأجل والشرط يجب

(1) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°599, p. 321.

ألا يؤثر على نتائج الالتزام السابقة على استحقاق الالتزام⁽¹⁾، وبذلك يتم الاستنتاج أن التمييز بين الأجل والشرط يظهر فقط تقديرا لصفة التأكيد أو عدم التأكيد للحدث المدعى به في العقد وإن التمييز واقعة ليس لها نتائج على الآثار المتولدة على الالتزام، السابق على تحقق الحدث⁽²⁾.

ب- ملاءمة حصر صفة التفريق في الشك فقط

الأخذ بعين الاعتبار اصطناعية المعيار التقليدي للتفريق بين الأجل والشرط وأيضا مماثلة استحقاق ووجود الالتزام يسمح بإعادة الانسجام بين نصوص القانون المدني كما أن وضوح اصطناعية التفريق بين وجود الالتزام واستحقاقه يسمح بنفي كل تناقض بين نصوص القانون المدني، فالمادة 323 من القانون المدني الكويتي المتعلقة بتعريف الشرط تنص على أن " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق"، والمادة 326 من القانوني المدني المتعلقة بآثار الشرط تنص على عدم قيام الالتزام إلا إذا تحقق الشرط، وعدم قيام الالتزام يؤدي بالضرورة إلى استحالة التنفيذ، وبمعنى آخر ليس لأن عدم وجود الالتزام يمنع بالضرورة تنفيذه على اعتبار أن الشرط الواقف يعلق تنفيذ الالتزام وبالتالي استحقاقه، وإنما ببساطة أكثر لأن وجود الالتزام واستحقاقه هو واحد بالنسبة لنصوص القانون المدني الذي يقتبس تعريفين مختلفين للالتزام، فلا يوجد

(1) G. Wicker, art. prec. n 13 et spec. note 55.

(2) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°600, p. 322.

تناقض حقيقي بين مختلف المواد المتعلقة بآثار الشرط ولكن بالأحرى غموض بالنسبة لتعريف مفهوم الالتزام.

ثانيا: مدى اعتبار حق الملكية المعلق على شرط واقف حقا عينيا أو شخصا

وبما أن نقل الملكية أو تكوين الحق يكون متأخرا، فإن النقاش بالنسبة لطبيعة الحق السابق على انتقال الملكية أو تكوينه يسجل في نطاق تقسيم حقوق الذمم المالية ضمن التمييز بين الحق العيني أو الحق الشخصي، أو حتى بين العلاقة القانونية التي تربط الشخص بالشيء محل الحق أو حق الدائنية، وحيث إن مجابهة حق المالك المعلق على شرط واقف، وفقا لما يربته الشرط من آثار، توضح عمق النقاش بالنسبة للطبيعة الشخصية أو العينية لحق المالك المعلق على شرط واقف.

فعلى الرغم من الخلاف الفقهي بخصوص تأكيد وجود حق موعود به قبل تحقق الشرط أو عدم تأكيده، أو تأكيد وجود حق تملك الحق الموعود به، إلا أن العلاقة العقدية تفرض إخضاع المالك المعلق حقه على شرط فاسخ لتحقيق الهدف المنشود من العقد، وهذه العلاقة العقدية هي التي تسمح بمناقشة مدى اعتبار حق الملكية المعلقة على شرط واقف حقا عينيا أو شخصا.

1- عدم اعتبار حق الملكية المعلق على شرط واقف حقا عينيا

يرى بعض الفقه أن حق المالك المعلق على شرط واقف يكون حقا عينيا لأنه سيكون نواة حق الملكية وحق موجود سابقا ولكنه معلق على تحقيق الشرط فعندما

يكون الالتزام الموصوف بالشرط موجودا كنواة، فإن الحق المشروط نفسه هو أيضا موجود كنواة، كذلك، فيما يتعلق بالتصرف الناقل للملكية، فملكية المشتري المعلقة على شرط واقف موجودة سابقا لكنها فقط كنواة وإن الاختلاف بين حق المالك المعلق على شرط واقف وحق المالك المعلق على شرط فاسخ ليس إلا مسألة درجة⁽¹⁾.

هذا التشابه للملكية المعلقة على شرط واقف بالحق العيني لأنها تكون سابقا نواة الملكية تشبيه منتقد لدى البعض حتى بدون الرجوع إلى النظرية المستحدثة للملكية التي تنفي لهذه الأخيرة صفة الحق العيني⁽²⁾، وهذا يظهر بوضوح في النظرية التي بموجبها يكون الالتزام المعلق على شرط واقف والحق المقابل له لا ينشأ إلا بتحقق الشرط، لذلك لا يمكن تصور وجود نواة للملكية، كما أن استبعاد فكرة نواة ملكية تستند في الواقع إلى مسألة العلاقة الإلزامية التي تعني، بالنسبة للبعض "القدرة على المطالبة بالوفاء بالدين" التي لن تولد إلا بلحظة تحقق الشرط⁽³⁾، إذ أن هذه العلاقة الإلزامية تناسب الحق المنتظر من قبل الدائن، في هذه النظرية كما في النظرية الأولى فإن حق الملكية لا يولد إلا بلحظة تحقق الشرط وبالتالي لا يوجد أي نواة للملكية.

(1) V. A. Bories, Le remere, thèse, Montpellier, 2004, dir. Ferrier, n° 599.

(2) F. Zénati, art. préc.

(3) G. Wicker, th. préc. n° 158.

أيضا إن تشبيه الملكية المعلقة على شرط واقف بالحق العيني لأنها تكون نواة ملكية يجب انتقاده على اعتبار أن الملكية المعلقة على شرط واقف ليست ملكية، إلا أن التأكيد بأن الملكية المعلقة على شرط واقف ليست ملكية لا يكفي للدلالة على أنها ليست حقا عينيا، وفي الواقع إن انتماء الملكية إلى فئة الحقوق العينية هو محل نقاش، ومن جهة أخرى يوجد حقوق عينية أخرى، ومع ذلك من غير المفيد التحدث مليا عن إمكانية تشبيه الملكية بمختلف الحقوق العينية المسماة بالقانون المدني، وبما أنه ليس لها ذات السمات، إلا أنه من الممكن تصور أن الملكية المعلقة على شرط واقف تكون حقا عينيا غير مسمى⁽¹⁾، ومن الملائم إذاً التأكد من التوافق بين صفات الحقوق العينية وحق الملكية المعلقة على شرط واقف، وأمام غياب التوافق الفقهي بالنسبة لهذا المفهوم للحق العيني، فمن الضروري مواجهة حق المالك المعلق على شرط واقف لكل واحد من المفاهيم الفقهية لهذا الحق.

وفقا للمفهوم التقليدي فإن الحق العيني عبارة عن سلطة مباشرة على شيء معين⁽²⁾، فحق الملكية باعتباره حقا عينيا يمنح المالك سلطات قانونية مباشرة على الشيء بحيث يكون للمالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذه السلطات لا

(1) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°607, p. 325.

(2) انظر في ماهية الحق العيني، إبراهيم أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، جامعة الكويت، 2009، ف 3، ص 11.

تثبت جميعا للمالك تحت شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط، ففي الملكية المشروطة يبقى الشيء في يد المالك تحت شرط فاسخ يديره ويحصل على مزاياه وثماره، ويمارس عليه كل سلطات الملكية⁽¹⁾، إلا أنه يجوز للمالك تحت شرط واقف التصرف في حقه سواء بمقابل أو بدون مقابل، فيكون انتقال الملكية موصوفا⁽²⁾، وبناء على ذلك فإن حق المالك تحت شرط واقف لا يمكن وصفه أو تكييفه بالحق العيني لعدم وجود سلطة مباشرة على الشيء، بمعنى أن الحق المالك تحت شرط واقف لا يتوافق مع مضمون الحق بين شخص وشيء، بل يمكن القول إن هناك علاقة قانونية بين شخصين بحيث يخضع كل من أطرافها للعلاقة العقدية، الأمر الذي يسمح باستبعاد نعت حق المالك تحت شرط واقف بالحق العيني بمفهومه التقليدي، إن المفهوم التقليدي للحق العيني كان محلا للعديد من الانتقادات والتساؤلات من قبل أنصار الاتجاه الشخصي من جهة، ومن جهة أخرى من قبل بعض الفقه⁽³⁾.

بالنسبة لأنصار مدرسة شخصية الحق العيني فإنه لا يمكن تقليص الحق العيني إلى علاقة مباشرة بين شخص وشيء، إذ كل علاقة قانونية لا بد أن تكون بين

(1) انظر في ماهية الحق العيني، إبراهيم ابو الليل، حق الملكية، مرجع سابق، ف 47، ص 87.

(2) محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف في التراضي في القانون المدني المقارن الشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1980، 355.

(3) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°608, p. 325.

أشخاص، أو بين شخص وآخر، وليس بين شخص وشيء؛ فجميع الحقوق - عينية أو شخصية- هي علاقات بين أشخاص⁽¹⁾، ومدرسة شخصية الحق العيني تنشئ معيارا جديدا للتفريق بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية التي تركز على تحديد الطرف السلبي، حيث يكون الطرف السلبي في الحق العيني غير محدد، في حين يتصف الحق الشخصي بتحديد أطراف العلاقة القانونية، لذلك فإن الحق الشخصي يسمح أيضا بمطالبة أطراف العلاقة القانونية بسلوك إيجابي، بينما على العكس فإن عدم تحديد الطرف الآخر للحق العيني يعني أننا لا نستطيع أن نفرض عليه إلا التزاما سلبيا يتمثل بالالتزام بالامتناع عن القيام بعمل⁽²⁾.

إن استبعاد حق المالك المعلق على شرط واقف من فئة الحقوق العينية كما هو واضح من قبل مدرسة شخصية الحق العيني يكون استبعادا مقبولا، على اعتبار أن تحليل حق المالك المعلق على شرط واقف كالمتعاقد المستفيد من العلاقة العقدية أو الطرف الإيجابي للالتزام غير تام، فإن الالتزام السلبي لهذا الحق يكون محددًا بشكل واضح، فالعقد أو الالتزام غير تام يخضع المالك المعلق على شرط فاسخ لتحقيق الهدف التعاقدية، فالعقد أو الالتزام يكون له حجية على الجميع، لكن هذه الحجية على الكافة للعقد أو للالتزام غير التام لن يكون موصوفا بالحق العيني في نطاق كونه ملازما لكل حق مهما كانت طبيعته، أيضا يبدو أن حق المالك المعلق

(1) انظر، إبراهيم ابو الليل، حق الملكية، مرجع سابق، ف 11، ص 24.

(2) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°609, p. 326.

على شرط واقف لا يتوافق مع معايير الحق العيني الذي نشأ من قبل مدرسة شخصية الحق العيني.

وهناك من الفقه من يستبعد الملكية من فئة الحقوق العينية التي تكون مقصورة على الحقوق العينية على شيء للغير، وبناء على ذلك، فالملكية لا يمكن اعتبارها حقا عينيا، وإنما كعلاقة تربط المال (الشيء) بالمالك، والمال قد يكون شيئا ماديا أو حقا عينيا أو شخصا، والحقوق العينية وفقا لهذا المفهوم تعتبر محلا للملكية، وإذا كان الطرف الآخر محددًا بالنسبة للحقوق الشخصية، يكون ملك الرقبة، الطرف السلبي لحق الانتفاع، محددًا أيضا، إلا أنه إذا كان الحق العيني يؤد التزاما فهذا الأخير على عكس المرتبط بحق الدائنية (الحق الشخصي) يكون ذا طبيعة عينية وليست شخصية، والطرف السلبي للالتزام العيني لا يكون المدين بالقيام بعمل وإنما مالك الشيء المثقل بالحق العيني⁽¹⁾.

إن حق المالك تحت شرط واقف يتميز بشكل واضح عن الحق العيني وفقا للمفهوم المشار إليه أعلاه، فالعقد المبرم أو الالتزام غير التام يترتب عليه وجوب الخضوع للعقد، فإذا تم بيع الشيء من قبل المالك المعلق على شرط فاسخ (مالك الشيء) وبعد ذلك تحقق الشرط، فإن الغير (المشتري الثاني) لن يكون ملتزما تجاه مالك الشيء تحت شرط واقف ولكن يحتج بمواجهته بالعقد مما يجعل حقه غير نافذ،

(1) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°610, p. 326

فمالك الشيء يكون مخلا بالعقد مما يجعل من تصرفه غير نافذ في مواجهة المالك تحت شرط واقف، إن حق المالك المعلق على شرط واقف لا يتناسب مع أي من مفاهيم الحق العيني الفقهية، لذلك فهل يمكن اعتبار حق الملكية تحت شرط واقف حقا شخصيا.

2- عدم اعتبار حق الملكية المعلق على شرط واقف حقا شخصيا

عند مقارنة حق المالك المعلقة ملكية على شرط واقف يرى البعض من الفقه بعدم إمكانية اعتبار ذلك الحق من فئة الحقوق الشخصية.

يرى بعض الفقه في البيع المشروط تطبيقا لفكرة أن العقد له قوة إلزامية على الرغم من أنه لا يترتب عليه نشوء التزام، ووفقا لهذا الرأي فإن المالك المعلقة ملكيته على شرط فاسخ لن يكون ملزما خلال فترة الريبة بأي التزام، وبما أن الالتزام الخاضع لشرط لن يولد إلا بلحظة تحقق الشرط، إن حق الدائنية كونه الجانب الإيجابي للالتزام، فإن المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف لن يكون صاحب أي حق تجاه المالك المعلق على شرط فاسخ⁽¹⁾.

إن استبعاد حق المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف خارج فئة الحقوق الشخصية يكون أقل ظهورا لدى البعض الآخر من الفقه، فهناك من يرى أن المالك المعلقة

(1) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°612, p. 327.

ملكيتة على شرط واقف دائن بالتزام بإعطاء غير التام، أي إمكانية اعتبار هذا الحق ضمن فئة الحقوق الشخصية⁽¹⁾.

إن الحق الشخصي يعرف عادة من خلال الرجوع لمفهوم الالتزام، فالحق الشخصي عبارة عن "سلطة أو ميزة قانونية تثبت لشخص معين يسمى الدائن تجاه شخص آخر يسمى المدين أو الملتزم، تخول صاحبها، أي: الدائن إجبار المدين على أداء معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"⁽²⁾ وبناء على ذلك التعريف يرى البعض أن محل الحقوق الشخصية " هو أداء بمعنى الإتمام أو التنفيذ للالتزام بدونه لن تكون تلك الحقوق موجودة"⁽³⁾، فصاحب الحق الشخصي يستطيع مطالبة مدينه بإتمام الأداء لمصلحته، والدائن يمكن أن يحصل على حقه (لأداء) عن طريق

(1) V. Wicker, th, prec. n° 152.

(2) "والحق الشخصي بهذا التحديد هو الالتزام إذا نظرنا إليه من جانب الدائن سمي حقا، وإذا نظرنا إليه من جانب المدين سمي ديناً. ونظرية الحق الشخصي هي نظرية الالتزام بوجه عام " انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، 1966، ف 3، ص 6. انظر كذلك في تعريف الحق الشخصي، إبراهيم أبو الليل، أصول القانون (الجزء الثاني)، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2006، ف 77، ص 91.

(3) V. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T. IV, 5eme éd., Paris 1902, § 296. Dans le meme sens voir not. Ph. Malinvaud, Droit des obligations, Litec 7eme éd., 2003, n°7- Ch. Larroumet, Droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat, Economica, 2003, n°1.

التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، فإذا كان الحق هو الجانب الإيجابي للالتزام فإن تحديد الحق الشخصي وتعريفه مرتبط بتحديد الالتزام وتعريفه ، لذلك فهناك من يرى أن " الالتزام التعاقدي غير التام لا يتحقق إلا من خلال تحريف مفاهيم العقد والالتزام من خلال الحيل القانونية أو المجاز القانوني"⁽¹⁾.

في الواقع إن الالتزام غير التام يكون غير قابل للتنفيذ الجبري، وبما أنه لن ينفذ إلا بلحظة تمامه، وحق الدائنية -وفقا لمفهوم الالتزام- يكون إذا غير تام مثل هذا الأخير؛ لذلك فإن حق المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف لن يكون داخلا في فئة حقوق الدائنية، وبما أنه لا يتمتع بصفاته فإن الالتزام بإعطاء غير التام لا يمثل حقا شخصيا لمصلحة المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف، إلا أن استبعاد حق المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف من فئة الحقوق الشخصية لن يكون ثابتا وظاهرا إلا إذا لم يكن المالك على شرط واقف دائما لا بالالتزام بعمل ولا بالالتزام بالامتناع عن عمل.

ويبرهن بعض الفقه على أن المالك على شرط واقف ليس بدائن لا بالالتزام بعمل ولا بالالتزام بالامتناع عن عمل على اعتبار أن العقد المشروط بالنسبة لهم يكون " مثلا جيدا لرهان القوة الإلزامية مع عدم وجود التزامات"⁽²⁾؛ وفي المقابل هناك تحليل مغاير يرى أن الالتزام التعاقدي غير التام يمنع كل التصرفات التي تعرض سير

(1) V. Wicker, th, prec. n° 152.

(2) P. Ancel, art. prec. n°43.

العملية التعاقدية للخطر، وهذا يظهر من خلال الالتزام بالامتثال عن عمل الذي يقع على عاتق المدين⁽¹⁾، بمعنى أن يلتزم المدين بالامتثال عن كل ما يحول دون تحقق الشرط، ومع ذلك يبدو لذلك الفقه أن الالتزام التعاقدى غير التام لا يولد نوعاً من الالتزام الحقيقي، هذه المسألة تتأكد وتتضح عندما نثير مسألة الجزاءات عند الإخلال بتلك الالتزامات، وهذه الالتزامات تكون جزاءاتها عدم النفاذ أو إمكانية التعويض⁽²⁾، وهذه على خلاف بعض الجزاءات الأخرى التي تتوفر عند الإخلال بالالتزام كالفسخ والتنفيذ العيني⁽³⁾.

يتبين من كل ما سبق الإشارة إليه عدم الملاءمة بين حق المالك المعلق على شرط واقف والحق الشخصي حيث يرفض البعض من الفقه الرجوع لمفهوم الالتزام، مما يعني إمكانية استبعاد الحق الشخصي بحيث يدرج ضمن الحقوق الشخصية المالية فئة متميزة عن تلك الحقوق العينية والشخصية، والبعض الآخر من الفقه استخدم مفهوم الالتزام ولكن خارج مفهومه التقليدي للعلاقة بين الدائن والمدين، ما يدل جيداً على عدم فعاليته، أخذاً بعين الاعتبار لحالة المالك المعلق على شرط واقف.

إن استبعاد حق المالك المعلق على شرط واقف من فئة الحقوق العينية الحالية والحقوق الشخصية يدل على عدم كفاية هذه التقسيمات لتكييف حق المالك المعلقة

(1) G. Wicher, Op. cit n° 141.

(2) G. Wicker, th. préc. n° 142.

(3) En ce sens voir P. Ancel, art. préc n° 31.

ملكيته على شرط واقف⁽¹⁾؛ ومن أجل تفادي عدم توافر السمات أو الصفات للحق العيني والشخصي في حق المالك المعلق على شرط واقف، هناك من يكيف ذلك الحق "بالدعوة غير المؤكدة للملكية"⁽²⁾.

وبناء على التحليل الفقهي المشار إليه أعلاه يتضح عدم كفاية التفرقة التقليدية بين الحق العيني والحق الشخصي، لذلك هناك من ينكر صفة الحق العيني والحق الشخصي بالنسبة للمالك المعلقة ملكيته على شرط واقف، ويتجه لإدراج فئة ثالثة من الحقوق الشخصية تتميز بشكل كلي عن فئة الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وهناك من يرى أنه من الأفضل خلق فئة جديدة متميزة عن الحقوق العينية وحقوق الدائنية بحيث يتم توسيع الحقوق الأخيرة بطريقة تؤدي لإدراج الحقوق غير الداخلة بالحقوق العينية وغير الداخلة في الحقوق الشخصية، وباختصار هناك نظام يؤدي للاعتراف بثلاث فئات للحقوق المالية: الحقوق العينية، الحقوق الشخصية، الحقوق العقدية، وهناك نظام يؤدي إلى حفظ التقسيم الثنائي الحالي بين الحق العيني والحق الشخصي، لكن مُجَزَى الحق الأخير بين

(1) En ce sens voir, A. Bories, Le réméré, th. Montpellier, 2004, dir, Ferrier.

(2) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°617, p. 329.

الحقوق التامة (حقوق الدائنية) و الحقوق غير تامة الملازمة لوجود التزام تعاقدي غير تام⁽¹⁾.

ولتحديد طبيعة حق المالك المعلق على شرط واقف، يرى بعض الفقه، ضرورة توصيف المعطيات الواقعية أو الفرضيات من الناحية القانونية بحيث تستجيب لأوامر التحديد والملاءمة والانسجام؛ فتسمية حق المالك المعلق على شرط واقف يجب أن يكون ملازما لتلك الحالة، كما أن اختيار تسمية يفترض انسجامها، وانسجام التسمية لحق المالك المعلق على شرط واقف يفترض أن تتوافق مع آثار الشرط⁽²⁾.

إن متطلب الملاءمة يؤدي إلى ضرورة فحص السمات الوصفية لمحتوى حق المالك المعلق على شرط واقف، فمهما كان التحليل المعتمد لآلية الشرط، فإن الفقه يرى عدم وجود الوعد بحق من خلال التصرف ولكن وجود حق لتملك هذا الحق، وفضلا عن ذلك فإن حق المالك المعلق على شرط واقف يتميز فقط عن حق المالك المعلق على شرط فاسخ لأن الحدث المعلق عليه غير أكيد، كما أن مجموعة هذه الاعتبارات تقود لتسمية حق المالك المعلق على شرط موقف بالدعوة غير المؤكدة للملكية.

(1) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°618, p. 329.

(2) V. M. Bouteille, Les propriétés conditionnelles, préc., n°619, p. 330.

ويبدو أن استخدام لفظ دعوة يستجيب لهذه المتطلبات حيث إن ما هو مدعو ليكون فهو غير كائن ولكن سيكون، كما إن إدغام صفة عدم التأكيد يسمح بالتعبير عن الشك الملازم للشرط الواقف، فترة الريبة أو الشك التي تميز حق المالك المعلق على شرط واقف من حق التملك الذي يكون فيه انتقال الملكية مؤجلاً، وإن المالك على شرط واقف ليس له إلا دعوة للملكية، في حين أن إدراج أجل يمس نقل الملكية يخلق دعوة أكيدة للملكية، ومن جهة أخرى، هذه التسمية قد تبدو كافية لمتطلبات الانسجام والتحديد، فاستخدامه لا يؤدي إلى الغموض ولا ليكون مصدراً لعدم الانسجام، هذا السبب هو الذي يدفع البعض من الفقه لاعتبار حق المالك المعلق على شرط موقف ليس بحق عيني و لا بحق شخصي وإنما هو دعوة غير مؤكدة للتملك.

الخاتمة

من الواضح في نهاية هذا البحث أن التأكيد على وجود الحق المشروط من عدمه وطبيعته، خلال فترة التعليق أي قبل تحقق الشرط، لا تزال محل تباين فقهي ملاحظ يرجع في حقيقة الأمر إلى العديد من المسائل التي من أهمها الخلاف المتعلق بأثر الشرط الواقف على الالتزام، فالخلاف بالنسبة لآثار الشرط ينعكس على آثار الشرط على الملكية.

لقد استبعد الفقه التقليدي فكرة عدم وجود حق الملكية عندما تكون معلقة على شرط واقف على اعتبار أن الشرط لا يؤثر بالالتزام الموجود، على الرغم من وجود تباين فقهي حول المقصود بوجود الالتزام، فالبعض يرى أن وجود الالتزام يجب تشبيهه بنشأة الالتزام، والبعض الآخر يرى أن وجود الالتزام لا يكون إلا في حالة اكتماله، ولقد شبه الفقه مسألة وجود الالتزام بنشأته من خلال عملية التمييز بين العقد والالتزام من جانب، والتمييز بين القوة الملزمة والمضمون الإلزامي من جانب آخر.

وبخصوص آثار الشرط بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية، فإن الأخذ بالمفهوم الثنائي للالتزام يترتب عليه الاعتراف بوجود نواة حق على اعتبار أن المالك تحت شرط واقف دائن بالتزام بإعطاء، في حين أن الأخذ بالمفهوم الأحادي للالتزام بنقل الملكية يترتب عليه نفي وجود التزام بإعطاء والاعتراف لمصلحة المالك تحت شرط واقف الاستفادة من الشرط تأكيدا على وجود العلاقة العقدية.

ويرى بعض الفقه أن عملية التمييز بين مساس الشرط بنشأة الالتزام واكتماله، والتمييز بين مساس الشرط بنشأة الحق واكتماله تعتبر من أهم الأسباب التي أدت إلى ظهور الخلاف الفقهي حول وجود الحق أو عدمه، قبل تحقق الشرط المتفق عليه في العقد، تبعا لوجود الالتزام أو عدم وجوده على اعتبار أن مفاهيم النشأة والاكتمال لها نفس الدلالة، فعدم فاعلية المعيار التقليدي للتمييز بين الشرط والأجل وفقا للمفهوم الضيق أو الواسع للالتزام أدت إلى ظهور تباين فقهي من الناحية النظرية وقد يوصف بأنه تباين اصطناعي، فمعيار التمييز، في نظر البعض من الفقه، ينبغي أن يكون لصفة وحيدة وهي عدم تأكيد حدوث الشرط وليس من خلال الآثار المترتبة على الالتزام.

وإذا كانت الملكية المعلقة على شرط واقف لا تنقل إلا إذا تحقق الشرط، فإن خضوع أطراف العقد، الدائن المالك تحت شرط واقف والمدين المالك تحت شرط فاسخ، للعلاقة العقدية يستوجب تحديد طبيعة حق المالك تحت شرط واقف خاصة عند عدم إمكانية اعتبار ذلك الحق من الحقوق العينية أو الشخصية لعدم توافر سمات الحق العيني والشخصي فيه، فإذا كان حق المالك المعلق على شرط واقف يتميز فقط عن حق المالك المعلق على شرط فاسخ لأن الحدث المعلق عليه الشرط غير أكيد، فإنه يمكن اعتبار حق المالك المعلق على شرط هو دعوة غير مؤكدة للتملك.

المراجع

أولا : مراجع باللغة العربية:

إبراهيم أبو الليل:

- الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،
2009.

- أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة
الكويت، 2006.

- العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب، الطبعة الثانية، 1998.

أنور سلطان:

-الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1998.

توفيق حسن فرج:

الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بدون سنة طبع.

جميل الشرقاوي:

-النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1995.

حسام الدين الأهواني:

-النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، الطبعة الثالثة، 2000.

- عقد البيع، ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الأولى، 1989.

خالد الضيفري، ياسر الصيرفي:

-عقد البيع في القانون المدني الكويتي، 2010

رمضان أبو السعود:

-النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2002 .

- أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1998.

سليمان مرقس:

- الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الخامسة،

1990.

سمير تناغو:

-مصادر الالتزام، 1999-2000:.

عبدالرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية 1983.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، 1983.
- الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، 1966.

عبدالرسول عبد الرضا، جمال النكاس:

- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الكتب، الطبعة الثالثة، 2014-2015.

- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام والإثبات، دار الكتب، الطبعة الرابعة، 2014-2015.

محسن البيه:

- النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول- المصادر الإرادية-مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة طبع.

- النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني- المصادر غير الإرادية-مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة طبع.

محمد أبو السعد:

- الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية، عالم الكتاب، القاهرة، 1980.

محمود جمال الدين زكي:

الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، 1987.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

P. Ancel :

-Force obligatoire et contenu obligationnel, RTD civ, 1999. P. 771.

Aubry et Rau :

- Cours de droit civil français, T. IV, 5eme éd., Paris 1902.

L. Aynès :

-La cession de contrat et les opérations juridiques à trios personnes, Economica, 1984, pref. Malaurie.

V. Bloch :

– L'obligation de transférer la propriété dans la vente,
Rev.trim. dr. Civ. 1987, p. 673 et.

A. Bories :

Le remere, thèse, Montpellier, 2004, dir. Ferrier.

J. Carbonnier :

–Droit civil, Les biens, Les obligations, PUF 2004.

L. Chestov :

–Kierkegaard et la philosophie existentielle, Paris, Vrin, 1984.

V. Fabre–Magnan :

– Le mythe de l'obligation de donner, Rev. Trim. dr. Civ.
1996, p. 85.

J. Huet :

– Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement
de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal–aimée,
Etudes, J. Ghestin, LGDJ 2001.

L. Josserand

– Cours de droit civil positif français, T.I, Paris, Sirey, 3^{eme} éd.,
1940.

Ch. Larroumet :

– Droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat, Economica,
2003.

M. Bouteille :

– Les propriétés conditionnelles, PUXM, 2008.

Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel–Munck :

– Droit des obligation, 9^e éd., LGDJ, 2017.

Ph. Malaurie, L. Aynes, P. Y Gautier :

– –Droit civil, Les obligations, Defrénois 2eme éd.,
2005

Ph. Malinvaud :

– Droit des obligations, Litec 7eme éd., 2003

P. Mesnard :

–Kierkegaard, sa vie, son œuvre, Paris PUF, 1960.

Planiol et Ripert :

–Traite pratique de droit civil français, T. VII, Obligations, par Eismein, Radouant et Gabolde, LGDJ 1954.

C. Saint-Alary :

– Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, Mel. P. Raynaut, D. Sirey, 1985, p. 733.

A. Seriaux :

Le transfert de propriété après la réforme du droit des contrats, Mélanges d'Yves Serra, Dalloz, 2006, p. 387.

Ph. Simler :

– Classification des obligations, Jur.Cl. Civ. art. 1136 à 1145, Fasc. I. n° 18.

J. Taisne :

-- La notion de condition dans les actes juridiques, contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th. Lille 1977.

D. Tallon :

- Le surprenant réveil de l'obligation de donner, (à propos des arrêt de la chambre commerciales de la Cour de Cassation en matière de détermination du prix), D. 1992, chron. 68.

G. Wicker :

-Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G. D. J. 1997, n°151 et s.

- Les concepts français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, Themes et commentaires.

أثر التكييف القانوني لجائحة كوفيد – 19 على التوازن المالي
في عقود الدولة

د. إبراهيم الحمود

رئيس قسم القانون العام – كلية الحقوق

جامعة الكويت

تمهيد وتقسيم

مفهوم العقد الإداري

العقد الإداري هو الوسيلة الأهم للدولة لإنجاز التزاماتها من أجل إشباع الحاجات العامة⁽¹⁾.

إن حقوق وحرّيات الأفراد قد ترغم الإدارة إلى اللجوء لفكرة العقد⁽²⁾؛ إذ مثلاً قد لا يمكن للإدارة أن تحصل على خدمات شخص للتدريس في الجامعة عن طريق إلزامه بقرار إداري تعينه فيه بوظيفة أستاذ جامعي فتلجأ بدلاً من ذلك إلى التعاقد معه من خلال مفهوم العقد الإداري⁽³⁾.

كذلك فإن الإدارة تحتاج إلى مواد وخامات وحاجات بشكل دوري ولا يمكنها توفير ذلك من خلال القرار الإداري فتلجأ إلى العقد الإداري المسمى بعقد التوريد.

(1) يرجع الفضل إلى فقيه القانون المالي جاستون جيز (jeze.G) في بناء نظرية العقود الإدارية، وكتب في هذه النظرية ثلاثة أجزاء في الفترة من (1927) إلى (1934) ، وبعد ذلك جاء الجزء الرابع تحت مسمى النظرية العامة للعقود الإدارية. وهذا المؤلف يرجع له الفضل في بناء نظرية العقد الإداري وبيان أحكامها وقواعدها .

(2) Rainaud (J.M),le contrats administretifs, volonté des parties, R.D.P.1985

(3) سعاد الشراوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية 1999 .

إن هذه العقود التي تبرمها الإدارة وتسمى فيها لإشباع الحاجات العامة وتظهر فيها بحسبانها ذات سيادة وسلطان تسمى العقود الإدارية، وتقابلها عقود الإدارة غير الإدارية، وهي العقود التي تبرمها الإدارة ولكن لا تظهر فيها بحسبانها ذات سيادة وسلطان، وإنما تلجأ إليها على اعتبارها شخص عادي يسعى لتحقيق إيرادات أو على هامش نشاطها الإداري الاعتيادي؛ كعقود إيجار أملاك الدولة، وعقود توريد الصحف اليومية والقرطاسية وعقود القسائم الصناعية، وغير ذلك من العقود التي لا تظهر فيها الإدارة بمظهر الدولة صاحبة السلطة والسلطان.

إن هذه العقود الأخيرة غيرالإدارية لا تخضع لأحكام القانون العام ولا ينعقد الاختصاص في منازعاتها للقضاء الإداري، بل هي عقود قانون خاص مدني أو تجاري، وتخضع المنازعات بشأنها لاختصاص المحاكم العادية⁽¹⁾.

أما العقود الإدارية فإنها العقود التي تبرمها الإدارة بحسبانها ذات سلطة وسلطان بمناسبة قيامها بنشاطها من إشباع الحاجات العامة وفقاً لوظيفتها الدستورية.

وتقوم فلسفة العقد الإداري على فكرتين الأولى أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها هي علاقة عقدية أي توافق إرادتين حرتين على إحداث أثراً في القانون، فالعقد شريعة المتعاقدين وهذه طبيعة عادية في كل العقود، وهي صفة مدنية وفي العقد

(1) Georges Vedel, Droit administratif, puf 7ème edition , 1980 , p.314

الإداري يكون لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين مفهوم آخر ، لأنه يتعلق بنشاط إداري وبوظيفة الدولة ودورها في إشباع الحاجات العامة⁽¹⁾.

إن هذه الطبيعة المختلطة للعقد الإداري تبعده عن عقود القانون الخاص المدنية والتجارية وتضفي عليه سمات خاصة تتطلب نظاماً قانونياً خاصاً يحكمه وينظم شؤونه، وهذا النظام الخاص يسمى «النظام القانوني للعقود الإدارية»، وفي فرنسا - بلد نشأة القانون الإداري- كان محرماً على القضاء أن ينظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها متى كانت هذه المنازعات ناشئة عن علاقة تكون الإدارة فيها ظاهرة بمظهر السلطة والسلطان بحسبان أن الدولة لا يمكن أن تحدث أي ضرر للغير⁽²⁾.

ومع نشأة مجلس الدولة، الذي عُهد إليه النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، أصبح القضاء الإداري ينظر لهذه العقود نظرة خاصة ، فهي عقود ناشئة عن التقاء إرادتين حُرّتين من ناحية ولكنها تتعلق بإشباع حاجات عامة أي بوظيفة من وظائف الدولة من ناحية ثانية ،وتدخل المشرع الفرنسي بأن جعل

(1) Jaques Ghestin , lanotion de contrat,drait 1990 n12,p.7.

(2) M. Longet autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, pp. letss, Dalloz 22 édition,2019

الاختصاص في منازعات العقود الإدارية الكبرى من اختصاص مجلس الدولة، لا سيما فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة وعقد القرض العام⁽¹⁾.

وحرص القضاء الإداري على بناء نظرية متكاملة لهذه العقود، كما توسع ليشمل كل العقود الإدارية بعد أن جعل مبادئ عامة وأحكاماً لهذه العقود.

إن نظرية العقد الإداري تطورت وهدت من أهم نظريات القانون الإداري، واهتمت الأحكام القضائية في تأسيس نظرية متكاملة للعقد الإداري، وكان للفقهاء الفضل الأكبر في تطوير وتعزيز هذه النظرية التي وصلت إلى شكلها الحالي اليوم.

أ- إشكالية البحث

يطرح البحث مجموعة من الأسئلة لعل على رأسها الاستفهام عن التكييف القانوني لجائحة كوفيد - 19 ، ثم ما أثر هذا التكييف على عقود الدولة لاسيما العقد الإداري .

إن البحث يثير أسئلة أخرى مثل مدى إمكان اللجوء إلى مفهوم التضامن الاجتماعي والمساواة في تحمل أعباء التكاليف والأعباء العامة وهل يصلح هذا المفهوم لتعويض المتضررين من الأفعال المشروعة التي تتخذها الدولة وهي في سبيلها إلى إشباع الحاجات العامة وتسيير المرفق العام .

(1) Gaston Jéze, le régime juridique du contrat administratif , R.D.P1941, p.251.

ب- أهمية البحث

يتناول البحث جائحة كوفيد- 19 كواقعة مادية أثرت بشكل كبير وخطير على عقود الدولة ومن ثم أصبح من الضروري واللازم دراسة التكيف القانوني لهذه الجائحة وفيما إن كانت تتوافر بها شروط القوة القاهرة التي تؤدي إلى فسخ العقد الإداري أم أنها مجرد صعوبات رغم قساوتها لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة وإن كانت تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي ، ما يتعين تدخل القاضي إلى الحد الذي يحاول إعادته وتخفيف آثار هذه الصعوبات على المتعاقد مع الإدارة .

إن البحث يتناول نظرية فعل الأمير التي من شأن تطبيقها تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب الأعمال المشروعة التي تقوم بها الإدارة وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي في العقود الإدارية .

وتعتبر نظرية التضامن الاجتماعي من التطبيقات الحديثة لإثارة مسؤولية الدولة وإقامتها على فكرة المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة.

ج- موضوع البحث

يركز البحث في دراسة التكيف القانوني لجائحة كوفيد - 19 ومدى تأثيرها على عقود الدولة بحسبانها واقعة مادية خارجية لم يكن بالإمكان توقعها قبل

إبرام العقد وفي وقت إبرامه ، كما أنه ليس بالإمكان في الكثير من العقود دفعها أو حتى التقليل من آثارها كعقود صيانة المعدات التي أصلاً صدرت القرارات بمنع تشغيلها أو عقود التوريد لسلع تم حظر استيرادها ، ومن ثم فإن الجائحة غدت قوة قاهرة أدت إلى استحالة التنفيذ، وفي أحيان كثيرة لم ترق جائحة كوفيد - 19 إلى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلًا بل تخل بالتوازن المالي للعقد .

فيتناول البحث أثر جائحة كوفيد - 19 على عقود الدولة في دراسة مقارنة تأصيلية عملية .

ء - منهجية البحث

اعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن من خلال دراسة النظريات التي تؤثر في تنفيذ العقد الإداري وبيان واقع وحقيقة التكييف القانوني لجائحة كوفيد - 19 ومدى اعتبار هذه الجائحة قوة قاهرة أم أنها مجرد ظرف استثنائي وكذلك بيان الرأي في مدى اعتبار القرارات والتشريعات المتخذة لمواجهة هذه الجائحة تشكل أساساً قانونياً لتطبيق نظرية فعل الأمير أو أنها السبب في الضرر الذي لحق بالمتعاقدين مع الدولة بما يتعين تعويضه وفقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة.

ه - خطة البحث

لقد جاءت خطة البحث على الشكل الآتي

المبحث الأول ونخصه لدراسة الطبيعة القانونية لجائحة كوفيد - 19 ، أما
المبحث الثاني فسيتم تخصيصه لدراسة الأساس القانوني لتعويض المتعاقد مع
الدولة.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لجائحة كوفيد - 19

- من الأهمية القصوى إضفاء الوصف القانوني السليم على جائحة كوفيد - 19، فهل هذه الواقعة المادية تشكل قوة قاهرة أم أنها ظرف استثنائي .

المطلب الأول

الجائحة واقعة مادية تشكل قوة قاهرة

حتى يكون هناك قوة قاهرة فإنه يشترط أن يكون هناك حادث خارجي لا دخل للمتعاقدين به وأن يكون الحادث الخارجي غير متوقع ولا يمكن منعه أو دفعه بمعنى أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزامات وليس مجرد الإرهاق في التنفيذ.

وقد أخذ القضاء الإداري بنظرية القوة القاهرة التي نص عليها في القانون المدني بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلًا بسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.⁽¹⁾

وعلى ذلك فإن القوة القاهرة تؤدي إلى انتهاء العقد ولكن الذي ينطق بهذا الانتهاء هو القاضي الإداري الذي يتعين اللجوء إليه أثناء حدوث الحادث الأجنبي غير المتوقع ما يجعل التنفيذ مستحيلًا، فحكم القاضي يعد حكماً كاشفاً غير منشئ، ولكن تدخل القاضي ضروري حيث إن قاضي العقد هو الذي يحكم في جميع

(1) المزيد في نظرية العقود المدنية ، د. سامي الدريعي ، القانون المدني، 2016 .

منازعاته ، ومما لا شك فيه أن تحقق الحوادث الأجنبية وعدم القدرة على دفعها إنما هي مسائل واقعية تخضع لرقابة القضاء في تقدير حقيقتها وجسامتها⁽¹⁾.

أي أن الحادث الأجنبي ، غير المتوقع والذي لا يمكن دفعه بترك أمر تقديره للقاضي وفقاً لكل حالة على حدة ، وبالبناء على ذلك نستطيع أن نقرر بأن واقعة ما تعتبر قوة قاهرة متى توافرت فيها هذه الشروط الثلاثة اللازمة حتى يعتبر حادث ما مكوناً لقوة قاهرة . ووفقاً لذلك فهل الوباء (كوفيد - 19) ينهض بهذا الشكل كي نعتبره كذلك من الناحية القانونية مؤثراً في تنفيذ العقد الإداري .

إن السؤال الذي يطرح نفسه في حقيقة الأمر والواقع على المتعاقد مع الإدارة وعلى الإدارة ذاتها يكمن في تقدير الطبيعة القانونية للوباء المرتبط بكوفيد - 19 ، وهل يعفى المتعاقد مع الإدارة من التزاماته العقدية ويمكنه من الحصول على تعويض في حالة إصابته بضرر بسبب خروجه من العقد .

وإذا تتبعنا أحكام مجلس الدولة نرى أنه بتاريخ 29 يناير 1909 ، وفي قضية شركة النقل البحري للمتوسط قد ذكر القاضي بأنه لاعتبار حادث ما قوة قاهرة يجب أن يكون هذا الحادث أجنبياً عن كل من طرفي العقد ، وغير متوقع أثناء توقيع العقد وبأنه لم يتوقع بأن يتم أثناء وطول مدة العقد وأن يكون الحادث لا يمكن دفعه بالوسائل المتاحة للمتعاقدين أثناء تنفيذهم للالتزامات العقدية.

(1) Pauyad (D), la nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, 1991.

وعلى ذلك فهل الوباء المرتبط بكوفيد - 19 له هذه الصفات ، فمن المعلوم بأنه على عكس القاضي المدني المعتاد في معالجة آثار الأوبئة على العقود فإن القاضي الإداري لم يقطع في إجابته في بيان الرد على هذا السؤال بشكل حاسم .

إن القاضي الإداري بالنظر للحوادث الطبيعية يعتبر أنها تمثل قوة قاهرة متى ما كانت استثنائية⁽¹⁾ كذلك أعتبر طوفان بحري مكوناً لقوة قاهرة⁽²⁾ ، وتم اعتبار عاصفة ذات قوة استثنائية بمثابة حادث يشكل قوة قاهرة⁽³⁾ ، كذلك تم اعتبار فيضان عنيف من قبيل القوة القاهرة⁽⁴⁾.

وفي المقابل بالنسبة للقاضي الإداري لم يعتبر الكثير من الحوادث مكونة لقوة قاهرة فمن ذلك مثلاً عاصفة سببت أضراراً بعمل والتأخر في إنجازه ، فيضان لم يحدث في الموقع من 69 سنة⁽⁵⁾ ، انزلاق أرضي حدث في مكان كان قبل ذلك حدث فيه ذات الانزلاق بمدة 53 سنة⁽⁶⁾ .

(1) مجلس الدولة ، 27 نوفمبر 1935 . Etablissement Decours et caboud.

(2) CE II décembre 1991, SARL Niçosie pour l'extensin del'èroport.

(3) CAA Nantes 5 novembre 1998, ARD N94NT00398.

(4) CE, 27 Mars 1987 , Société Grands Travaux Marseille n059m29.

(5) CAA Paris , II juillet 1997 CE, 9 Mai 1962 .

(6) TAGrenoble , 19 juin 1974.

وقد بين مجلس الدولة بأن الحادث الذي يتألف من حوادث مجتمعة والذي لا يعتبر غير متوقع بمفرده ولكن باجتماع الحوادث يسبب الضرر يمكن اعتباره قوة قاهرة⁽¹⁾ وهكذا فإنه تعتبر قوة قاهرة المطر الكثيف المصاحب للسيول القوية فالأمطار الضئيلة لوحدها لا تعتبر حوادث غير متوقعة ولكن باجتماع هذه الحوادث أصبحت كذلك غير متوقعة ومن ثم قاهرة⁽²⁾.

وبالإشارة لأفعال الإنسان ، فالحرب تعتبر حادثاً غير متوقع وهي قوة قاهرة ، الإضراب يعتبر قوة قاهرة متى ما كان عنيفاً ومستقلاً عن المتعاقد الذي لا يستطيع منعه وإيقافه⁽³⁾ .

وبالمقابل إذا كان للمتعاقد دخل بالإضراب أو هو الذي أفتعله ، فإن ذلك لا يعتبر حادثاً مفاجئاً لا يمكن توقعه ومن ثم فإنه لا يشكل قوة قاهرة إذا كان الإضراب يمكن دفعه وإيقافه بشكل سهل . وهكذا فإن إضراب السكك لا يعتبر قوة قاهرة لأن مؤسسة السكك لم تستخدم جميع الوسائل اللازمة لمواجهة الإضراب⁽⁴⁾ .

ولم يعتبر مجلس الدولة أن الاعتداء الذي وقع في جزيرة كورسكا والذي أدى إلى تدمير عقار بواسطة المجموعات المسلحة بمثابة حادث غير متوقع لأنه كانت هذه

(1) CE, 27 Mars 1987 Made .. chautale .

(2) CE,15novembre 2017, société swisslife

(3) CE,decembre 1936 , Société Atelier

(4) çAA Oouae ,30 octobre 2008, SNCF

الاعتداءات متوقعة في هذا الزمن⁽¹⁾ . وفي موضوع الأوبئة فإن محكمة إستئناف باريس اعتبرت فيروس أيبوك يمكن أن يكون قوة قاهرة⁽²⁾، ولكن المحكمة قررت بأن فيروس أيبوك ليس فجائي ولا يشكل قوة قاهرة متى كان بالإمكان تنفيذ الالتزامات ، أي غير مستحيل بالنسبة للنزاع وبالنظر إلى الوباء كوفيد - 19 وتكييفه بأنه قوة قاهرة لا يمكن أن يكون هكذا تلقائياً ويتعين من ثم تقييمه وفقاً للظروف بالنسبة لكل حالة على حدة .

إن التقييم يتعين إجرائه بالنظر في استمرارية العقد والظروف التي خلالها يتم تنفيذه.

(1) CAA Marseille, 15 mai 2006 . Filipp

(2) CAP, Paris 17 mars 2016 .

المطلب الثاني

الجائحة واقعة مادية تشكل ظرفاً استثنائياً

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم النظريات في مجال العقود الإدارية وتنفيذها، وتعتبر قضية (غاز بوردو) من أهم القضايا في تاريخ مجلس الدولة الفرنسي، فلقد كانت شركة غاز بوردو متعاقدة مع مدينة بوردو لتتوير المدينة وتزويدها بالكهرباء وفقاً لعقد امتياز تحصل مقابلته الشركة على الأثمان من المدينة ومن الجمهور. وفي فترة الحرب العالمية الأولى وتحديداً في عام 1915 ارتفع سعر الفحم الحجري ارتفاعاً كبيراً بسبب الحرب مع ألمانيا وسيطرة الجيش الألماني على إقليم الألزاس واللورين وتوقف وصول شحنات الفحم الحجري وارتفاع أسعارها⁽¹⁾.

ولجأت الشركة آنذاك لمجلس الدولة الفرنسي تطالب بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بها جراء ذلك، وأن العقد أصبح في تنفيذه يسبب إرهاقاً ويخل بالتوازن المالي.

وأمام هذه الدعوى كان لزاماً حسم الأمور بحسبان تعلق الموضوع بمرفق عام هو مرفق الإنارة ووجوب دوام سير المرفق بانتظام واضطراد.

ولقد تصدى مجلس الدولة وأوجد نظرية الظروف الطارئة معللاً ذلك بأن هناك مصلحة عامة تتمثل في وجوب سير المرفق العام بانتظام واضطراد بحسبان ذلك

(1) M. long et autrus, op.cit, pp.175etss.

المرفق العام يحقق المصلحة العامة من خلال تزويد مدينة بوردو بالكهرباء هذا من ناحية، وفي المقابل هناك متعاقد مع الإدارة ملتزم بعقد على توفير الكهرباء ويبقى العقد واجب النفاذ والتنفيذ من ناحية أخرى.

ومع ذلك رأى مجلس الدولة بأن هناك أمور قد استحدثت ظروفاً خاصة مستجدة لم تكن متوقعة أثناء التعاقد ومن شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً أكثر من المتصور والمقبول بسبب ما تشكله هذه الظروف من أعباء تفوق القدر الواجب تحمله من قبل المتعاقد الذي عليه الالتزام والاستمرار في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

وعلى ذلك جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر حق الشركة في التعويض وتعديل الأسعار من أجل الاستمرار في تقديم الخدمة، ولكن بأن يكون التعويض ليس كلياً وشاملاً وإنما بالقدر اللازم لإعادة التوازن المالي للعقد ولضمان استمرار المرفق العام، وأن يتحمل كل طرف جزء من التضحية لاستمرار العقد، فالإدارة تتحمل جزءاً من خلال زيادة المقابل المالي الذي يتم تقديمه للملتزم، والمتعاقد يتحمل بدوره جزءاً آخر بأن تقل إيراداته عما كان متفقاً عليه بمعنى أنه يتحمل جزءاً من الخسائر.

(1) CE, 30mars,1916,Rec,125, concl chardent,D,note Jeze, 1916.3.17
concl.

ويعتبر حكم (غاز بوردو) هو المؤسس في القانون الإداري لنظرية الظروف الطارئة لذلك فإنه وبحسبان الحرب حادثاً فجائياً خارجاً عن إرادة المتعاقدين ولم يكن بالإمكان توقعه قبل العقد وأثناء إبرامه وخلال تنفيذه فإننا نستطيع استنتاج الآتي

1 - قرر مجلس الدولة بأن العقد المتعلق بمرفق الإنارة هو عقد إداري لأنه يحتوي على عناصر العقد الإداري.

2 - إن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني فهو يسعى لإشباع حاجات عامة وهنا يتعلق بتسيير مرفق عام، ومن ثم فإن أعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالمفهوم المتعارف عليه في القانون المدني لا يمكن إعماله لما سوف يسببه في تعطيل المرفق العام.

3 - قرر مجلس الدولة بأن تغير الظروف نظرية عامة تطبق في جميع العقود الإدارية مهما كانت مسمياتها أو أنواعها.

4 - قرر مجلس الدولة بأن التوازن المالي واقتصاديات العقد مسألة جوهرية في العقد الإداري، فإذا كانت النواحي الفنية والقانونية لم يمسه أي تغيير في العقد فإن المساس بالناحية الاقتصادية والتوازن المالي من قبل هذه الظروف الطارئة يوجب

تدخل القضاء لإعادة هذا التوازن المالي من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة.

5 - إن قوام النظرية في تقنين مجلس الدولة تعتبر تحقيقاً وضماناً لاستمرار المرفق العام وانتظام سيره، بحسبان المرافق العامة تشبع الحاجات العامة من خلال الخدمات والسلع التي تنتجها وما دام المتعاقد مع الإدارة يسهم في تنظيم أو إدارة أو تسيير مرفق عام ، فيجب التدخل في تعديل الشروط المالية واقتصاديات العقد بما يضمن استمراره في تنفيذ العقد الإداري.

وبإسقاط هذه النتائج على جائحة كوفيد - 19 تتحقق الشروط الكاملة لقواعد المسؤولية المستندة على الظروف الاستثنائية الطارئة ، فالمتعاقد مع الإدارة لديه القدرة على تنفيذ العقد بطرق أخرى كتوصيل المعدات والقيام بأعمال الأشغال العامة بطرق تجارية متعددة وهكذا فإن شروط أعمال نظرية القوة القاهرة لا تتحقق بشكل كامل وإنما يمكن القول بتوافر شروط نظرية الظروف الطارئة، أي أن المتعاقد عليه إنجاز العقد والوفاء بالتزاماته ومن ثم فإن تخلفه يعتبر خطأً منه يوجب التعويض للدولة .

وفي هذه الفرضية فما هي الطرق القانونية التي يلجأ إليها المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقد فهل يلجأ إلى نظريات أخرى تسعفه ، كما سوف نرى لاحقاً .

إن نظرية الظروف الطارئة تغطي فرضية الحوادث المستقلة عن إرادة المتعاقدين والتي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وتزيد من الالتزامات المالية وتؤدي إلى قلب

اقتصاديات العقد. إن هذه النظرية تتجه إلى الاستمرار في تنفيذ العقد بالرغم من وجود هذه الحوادث الاستثنائية الطارئة والصعوبات الشديدة . فهذه النظرية لا توضع موضع التطبيق إلا إذا كانت الحوادث شديدة وغير متوقعة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين وتؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد ولكن يغيب عنها شروط عدم القدرة على مقاومة الحادث أي استحالة دفعه⁽¹⁾.

فإذا استطاع المتعاقد إثبات كل ذلك فإن له الحق بالتعويض الذي يمكنه من الاستمرار بتنفيذ العقد . فهذه النظرية وجدت لتعويض المتعاقد وليس لتحرره من التزاماته العقدية ومسؤوليته عن العقد ، فهذه التعويضات هي خارج العقد والمسؤولية عنها عقدية⁽²⁾. والتعويض ليس كلياً بل جزئياً لتغطية زيادة الالتزامات المنصوص عليها بالعقد وتكون بالقدر الذي يغطي الخسائر غير المعتادة التي يتعرض لها أي عمل للربح والخسارة . إن القاضي الإداري وبسبب عدم الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد بحسبان أن الأعمال التجارية بطبيعتها معرضة للظروف المتقلبة يتدخل لتحديد التعويض المقدر لتكاليف الحادث غير المتوقع الذي يستوجب فيه إصلاح الضرر .

إن جائحة كوفيد- 19 وهي حادث خارجي غير متوقع على الأقل بهذه الشمولية وبهذا الامتداد العالمي لم يكن متوقعاً أثناء إبرام العقود مع الإدارة كما أن دفعه

(1) قرار مجلس الدولة 8 يناير 1925 .

(2) CE Sec, 10 Janvier, 1930 , Despujol. Rec,30.

والاستمرار في التنفيذ لا يعتبر مستحيلاً في كل التعاقدات مع الدولة وإنما طرأت عليه صعوبات كبيرة في التنفيذ ؛ ففي عقود الإنشاءات ترتب على جائحة كوفيد - 19 صعوبة في العمل أثناء الحظر وتطبيق التباعد الاجتماعي ، وفي عقود التوريد ترتبت صعوبات في توريد السلع والخدمات بسبب إغلاق بعض المصانع وإغلاق الحدود البرية بين الدول ، إذ أصبح على المتعاقد أن يشتري المواد المتعاقد على توريدها بسعر أعلى لقلّة العرض أو أن يستوردها عن طريق المطارات أو يتأخر في تسليم المهمات وكل هذه صعوبات مادية تؤثر حتماً على التوازن المالي في العقد .

إن جائحة كوفيد - 19 لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أوجدت هذه الصعوبات التي أثرت في التوازن المالي .

المبحث الثاني

الأساس القانوني لتعويض المتعاقد

ما هو الأساس القانوني لتعويض المتعاقد مع الإدارة في ظل جائحة كوفيد - 19 في واقع استصدار مجموعة من الأعمال القانونية التي أثرت على تنفيذ العقد بزيادة الأعباء المالية على المتعاقد وأخلت بالتوازن المالي في العقد .

المطلب الأول

التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير

فعل الأمير هو العمل المشروع الذي تقوم به السلطة العامة فيؤثر سلباً على التزامات المتعاقد في العقود الإدارية بشكل يزيد من أعبائه المالية، مما يترتب عليه وجوب تعويضه عما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب، ونظرية عمل الأمير تنطبق في العقود الإدارية وفي حدود ضيقة جداً على سبيل الحصر، ولقد عمل القضاء الإداري على تطبيق النظرية بشرط توافر الآتي

1 - إن النظرية توجب وجود عقد إداري سواء كان عقد التزام أو أشغال عامة أو توريد أو غير ذلك من العقود فلا تنطبق النظرية في غير العقد الإداري.

2 - أن يكون العمل الذي صدر عن السلطة العامة عملاً مشروعاً وليس مرده الخطأ أو نظرية الأخطار، ذلك أن وجوب تعويض المتعاقد في نظرية عمل الأمير لا يقوم على مفهوم المسؤولية الإدارية. ولعل السبب الذي يتيح للمتعاقد الرجوع على الدولة بالتعويض هو وجوب استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد من خلال ما يقوم به المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري⁽¹⁾.

(1) C.E.ass. 8 décembre 1977 Gist, Rec493.

كما أن أساس الرجوع بالتعويض يستند إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة بحسبان أن المتعاقد قد تحمل بشكل منفرد أعباء تدخل السلطة بعمل مشروع منها من أجل تحقيق المنفعة العامة للآخرين.

إن الإدارة لم ترتكب خطأ فقد قامت بعمل مشروع وإن علاقتها التعاقدية لا تمنعها البتة من إصدار الأعمال المشروعة لإتمام وظيفتها الإدارية.

3 - أن يكون العمل المشروع قد صدر من السلطة العامة ذاتها المتعاقدة وليس من خلال سلطة عامة أخرى، أما إن كان العمل قد صدر من سلطة عامة أخرى فإنه يصار إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

والعمل المشروع الذي يصدر من السلطة العامة ذاتها قد يكون إجراءً لائحياناً يؤثر سلباً على الالتزامات المالية للمتعاقد كأن تصدر لائحة تمنع استيراد منتجاً معيناً يعتبر هو أحد مكونات موضوع عقد التوريد أو أن يصدر قراراً بمنع دخول عمالة ذات جنسية معينة يعتمد عليها المقاول في عقده مع الإدارة⁽¹⁾.

(1) CE, ass, 10 Mai 1974, Barre et Honet, Rec276.

ويذهب بعض الفقه إلى أن عمل الأمير قد يكون إجراءً عاماً كأن يكون عملاً تنظيمياً صادراً عن سلطة عامة كتشريع أو لائحة يتضرر منه مالياً المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري المحدد بشكل خاص ومتميز⁽¹⁾.

ونحن نؤيد هذا ونرى بأن ما يصدر من قانون ويؤثر سلباً على المتعاقد هو تطبيق للنظرية بحسبان القانون في هذه الحالة يمكننا اعتباره واقعة مادية أدت إلى الإخلال بالتوازن المالي.

4 - إن نظرية عمل الأمير لا تعني المساس أو إلغاء سلطة الإدارة في تعديل العقد بل يجب أن يكون العمل المشروع الذي تقوم به السلطة العامة يتجاوز الحدود الطبيعية لسلطة الإدارة في التعديل أي أنه يرتب إخلالاً بالتوازن المالي للعقد.

وما يميز عمل الأمير عن سلطة الإدارة في التعديل بأن هذه الأخيرة تكون في حدود شروط العقد ذاته وتجد مداها الطبيعي في الأوامر التغييرية التي ترد على العقود الإدارية كتعديل الإدارة لاتساع الشارع أو عدد الطوابق في عقود الأشغال العامة⁽²⁾.

أما في عمل الأمير فإنه يكون عادة عملاً عاماً وإن لم يتأثر به بشكل مباشر سوى المتعاقدين مع الإدارة، كأن يعتمد المقاول في استيراد الأسمنت من الدولة (س) فتقوم

(1) د. محمد ماهر أبو العينين ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة ، دار أبو المجد للطباعة 2004 ، القاهرة ص 371 وما بعدها .

(2) Lafriere notw D,1992.447.

السلطة العامة بحظر التعامل مع هذه الدولة، ما يضطر المتعاقد بأن يلجأ إلى منتج من دولة أخرى أعلى ثمناً، وأن تكون الدولة بعيدة، فيتكبد المقاول أجور نقل إضافية كبيرة تؤثر على أعبائه المالية بالزيادة بشكل كبير يخل بالتوازن المالي للعقد.

وهنا نتأكد من جديد أن أساس التعويض للمتعاقد إنما هو الاستناد إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة، فهذا الإجراء الذي أقدمت عليه السلطة العامة تم من أجل المصلحة العامة للمجتمع، ولكن من تأثر به مادياً وزادت أعباؤه هو المتعاقد مع الإدارة دون غيره، ونحن هنا لسنا في مجال الحديث عن دعوى المسؤولية سواء بخطأ أو حتى دون خطأ لوجود علاقة عقدية بين الدولة والمتعاقد لم تخطيء بها الدولة أبداً، ولا يمكن تفسير الرجوع على الإدارة وفقاً لقواعد المسؤولية من دون خطأ⁽¹⁾.

هناك عدة نتائج يمكن أن تترتب جراء تطبيق النظرية، وهي

1 - استحقاق المتعاقد للتعويض عن الخسائر التي تكبدها جراء عمل الأمير، وهذا التعويض يكون بشكل متكامل عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ونحن نرى أنه لا يمكن الاتفاق في العقد على عدم التعويض في حالة ظهور عمل الأمير بحسبان التوازن المالي للعقد الإداري من صميم مفاهيم العقد، ولأن المتعاقد وإن كان يسعى للربح فهو في الوقت ذاته يسهم في تسيير وتنظيم وتنفيذ

(1) CE,ss,déc1994,Mme Agyepong,Rec523.

مرفق عام ويشبع حاجات عامة، ولأن المتعاقد هنا تحمل أعباء مالية جديدة لتحقيق وإشباع هذه الحاجات العامة فهو يخضع إذن لمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة⁽¹⁾.

2 - إذا أدى عمل الأمير إلى استحالة التنفيذ فإنه يصار إلى فسخ العقد كأن يبرم عقداً مع بعثة أثرية حتى تقوم بالتنقيب عن الآثار ثم يصدر تشريعاً يمنع البحث عن الآثار في منطقة معينة هي منطقة تنفيذ العقد.

ففي هذه الصورة يترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ الكامل للعقد؛ مما لا يمكن مع ذلك القيام بأية محاولة للتنفيذ.

3 - هناك تأثير لأعمال الأمير على فرض الغرامات التأخيرية، فإذا أدى عمل الأمير إلى التأخير في التنفيذ بشكل مباشر فإن من حق المتعاقد أن يطلب من القضاء عدم فرض الغرامات التأخيرية عليه بحسبان التأخير قد حدث بسبب عمل الأمير.

4 - لا يوجد ما يمنع المتعاقد من المطالبة بفسخ العقد والتعويض في الوقت ذاته ، لاسيما إذا كان فعل الأمير يترتب عليه استحالة في التنفيذ، وأدى إلى الإخلال الجسيم بالتوازن المالي للعقد، كأن يكون المورد قد استجلب مواداً من الخارج،

(1) CE,Avis,15mars 2017, préfet de la laire- Atlantique, Reci 90 note Domino.

وصدر تشريع يمنع دخول هذه المواد إلى الدولة، ويمكن لهذه المواد أن تفسد خلال الزمن أو أن تنتهي صلاحيتها، وقد ترتب على فعل الأمير هذه الآثار فهنا يكون للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد لاستحالة تنفيذه، كما له أن يطالب بالتعويض عن الخسائر التي لحقت به بل ويطالب بالكسب الذي فات.

إن نظرية فعل الأمير وفقاً لذلك تشترط بأنه إذا صدر إجراء ذو طبيعة مشروعة وكان قد تم اتخاذه من قبل الإدارة المتعاقدة مهما كان محتوى أو طبيعة هذا الإجراء . ففي حقيقة الأمر أن الشخص العام يتصرف كشخص وطرف متعاقد وليس غير ذلك .

إن النظرية لا تطبق إذا كان متخذ الإجراء شخصاً عاماً آخر غير الإدارة المتعاقدة مثال ذلك قرار المحافظ كمثل عن الدولة إذا أتخذ قراراً بإغلاق المؤسسة بهدف حماية الصحة العامة ومن ثم يمنع تنفيذ عقد بين مقاول وإحدى البلديات أو أن يتم القرار بواسطة الشخص العام خارج موضوع العقد مثال ذلك اتخاذ قرار ضبطي من رئيس البلدية يستهدف حماية الصحة العامة ⁽¹⁾.

إذا تحقق ذلك فإن نظرية فعل الأمير تفتح المجال لإثارة المسؤولية بدون خطأ على الإدارة وتؤدي إلى إعادة التوازن المالي للعقد وتعويض المتعاقد تعويضاً كلياً عن ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بشكل متكامل ⁽²⁾. إن شروط وضوابط تطبيق

(1) CEsect . 23 Janvier 1963, Société Alcools duvexin.

(2) CE, 29 juillet 1955, Entropise généide veuve Duval

النظرية تجعل الاحتمالية في العمل بها أمام الإجراءات الضبطية المتخذة من قبل الوقاية من وباء كوفيد - 19 ، أمراً صعباً إن لم يكن مستحيلاً بحسبان تداخل الإجراءات والقرارات لمواجهتها حيث إن بعض القرارات تتعدي حدود الدولة كإغلاق المطارات والحدود الدولية من قبل الدول الأخرى وبتوصيات من منظمة الصحة العالمية ، فهل قرارات الدولة بإغلاق بعض المصانع التي يعتمد عليها المتعاقد في عقد الأشغال العامة أو في عقد التوريد تعتبر من قبل أعمال نظرية عمل الأمير ، إن تطبيق النظرية محفوف بالصعوبة فهل هي ذاتها الجهة المتعاقدة من أصدرت القرار؟ وهل يقصد بشرط أن يكون مصدر العمل المشروع هو الإدارة المتعاقدة ذاتها لإعمال النظرية بأنه لا يكفي بأن يكون العمل المشروع صادراً عن الشخص ذاته العام وإنما الإدارة ذاتها المتعاقدة ، نحن نرى بأن الإدارة المتعاقدة تتبع الشخص المعنوي العام رئاسياً ومن ثم فإنه يعتبر العمل المشروع صادراً منها وعليه تطبق النظرية ، ولكن مع ذلك فإن القضاء يتشدد في موضوع مصدر العمل المشروع⁽¹⁾ .

(1) CE 22 févr, 1963, ville d àngnons, Rec, 115.

المطلب الثاني

التعويض وفقاً لمبدأ التكافل الاجتماعي

إن المسؤولية الإدارية بدون خطأ تؤسس على مفهوم المخاطر أو الخطر الذي يلاحق أو يترتب بالمتعاملين مع الإدارة. أن الضرر البيئي مثلاً يمكن أن يأخذ الشكل التقليدي للضرر الناشئ عن الأشغال العامة، أو أن يحمل أو ينتج عن المبدأ الأساسي للتضامن الوطني بالنظر للنتائج والآثار المتعلقة بالسياسة والأعمال اللازمة لحماية الطبيعة إذا كانت هذه الأعمال سببت ضرراً للغير.

إن الضرر الناشئ عن الأشغال العامة من أقدم الموضوعات التي نظمها المشرع الفرنسي، إذ يرجع الأمر للقانون الصادر في 28 بلفيوز السنة الثامنة (1800)⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن شروط وضع هذه المسؤولية موضع التنفيذ هي شروط استنتاجها القضاء وتؤسس على منطقية أو عدم منطقية علاقة المضرور بالعمل أو المشروع العام.

فإذا كان المتضرر (الضحية) يشارك في المشروع العام فإنه يخضع لقواعد المسؤولية عموماً في القانون الإداري تحت نظام الخطأ، فإن مفهوم الخطر لا يطبق بالنسبة للمنتسب للمشروع والعامل فيه.

(1) Loi du 28 pluiose anviii (17 février 1800) CRDP de champagne-Ardenne,Romain Fremont,15 février 2011.

أما المستعمل للمشروع؛ أي الذي يستخدم المشروع في وقت حدوث الضرر، فهو يستفيد من نظام المسؤولية بسبب الخطأ الذي يكون مفترضاً في هذه الحالة.

إن المسؤولية بدون خطأ في مجال الأشغال العامة تكون فقط للغير بالنسبة لهذه الأشغال، في مقابل الخطر غير العادي وغير المقبول من الفوائد المرجوة من هذه الأشغال العامة على عكس المستخدمين للمشروع ومن باب أولى المنتسبين إليه.

وفي المجال البيئي فإن الضرر من الأشغال العامة يكون أساساً من التلوث الذي مصدره عام أو صدر من جهة الإدارة.

إن القاضي الإداري سوف يطبق شروط قيام المسؤولية الإدارية بدون خطأ في حالة الضرر غير العادي الجسيم وكذلك الضرر الخاص الذي يصيب الضحية دون مشاطرة غيره من أفراد المجتمع.

ويوجد في هذه الظروف فرضيات تؤدي إلى تعويض مثال ذلك إزعاج شديد بسبب الطرق السريعة أو بعض الطرق⁽¹⁾ انزعاج لجيران مطار (مجلس الدولة 20 نوفمبر 1992) في موضوع الروائح الكريهة بسبب محطات تجمع المخلفات والمجارير⁽²⁾ وتجميع القمامة المنزلية⁽¹⁾ وقد تم قبول التعويض بسبب الإضاءة العامة

(2)

(1) (مجلس الدولة 22 أكتوبر 1971)

(2) (مجلس الدولة 9 يوليو 1966)

وإذا كان اتخاذ قرار غير مشروع يعتبر خطأ مرفقياً، ومن ثم يثير مسؤولية الإدارة بناء على مفهوم الخطأ، فإن القضاء الإداري أضاف إلى هذه المسؤولية الناشئة عن القرارات الإدارية المسؤولية بدون خطأ ولكن هذه المسؤولية تؤسس على مفهوم آخر لعناصر المسؤولية الإدارية فهي لا تقوم على الخطأ، لغياب العمل القانوني الخاطئ، ولا تقوم على المخاطر ولكن تقوم هذه المسؤولية على مبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف والأعباء العامة، أو بناء على مبدأ التضامن الوطني. وكان أول تطبيق بمناسبة قرارات فردية في قضية كويتا Couita⁽³⁾

أحياناً القرار الإداري الفردي المشروع ولكن المترتب عليه والمتضمن ضرر خاص وغير طبيعي يستند إلى قانون أو لائحة، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية قائمة على أساس عمل القانون والإدارة تطبق القانون وهناك أمثلة كثيرة. إن المثال الأكبر في المسؤولية المباشرة للمشرع في قضية لافلوريت⁽⁴⁾.

إن الدولة باعتبارها مشرع كانت غير مسؤولة⁽⁵⁾ وهذه المسؤولية بسبب عمل مشروع ذو منفعة عامة أصبحت مقبولة.

(1) (مجلس الدولة 7 يناير 1976)

(2) (مجلس الدولة 10 مارس 1997).

(3) (مجلس الدولة 30 نوفمبر 1923).

(4) مجلس الدول 14 يناير 1938 .

(5) مجلس الدولة 11 يناير 1838 دوشاتليه

تحديداً فإن اللوائح والأنشطة لحماية الطبيعة التي تقوم بها الدولة بعد التدخل الدولي والوطني لحماية الطبيعة قد تسبب ضرراً للغير.

إن تأسيس المسؤولية بدون خطأ من قبل الإدارة بسبب النشاط المشروع يجد هنا موطئه للتطبيق، ففيما يتعلق بالقوانين فإن مجلس الدولة يذهب إلى وضع شروطاً خاصة للتعويض وإثارة المسؤولية الإدارية للدولة. فأول شرط هو خصوصية الضرر ولا شك بأن خصوصية الضرر في مجال التشريع صعب التحقق، والشرط الثاني هو عدم طبيعية الضرر أي جسامته الضرر، والشرط الثالث والأخير هو عدم استبعاد القانون صراحة لموضوع ومبدأ التعويض سواء كان ذلك بنص القانون ذاته أو في الأعمال التحضيرية.

إن القضاء يعتبر في الغالب أن القوانين تتدخل للمصالح العام، وهي تحمل استبعاد التعويض، ولكن هذا ليس تلقائياً فمجلس الدولة لم يستطع أن يحكم بأنه وفقاً للقانون الصادر في 10 يوليو 1976 أو وفقاً لموضوع القانون بأن المشرع أراد استبعاد مسؤوليته عن الأضرار الخاصة وغير الطبيعية التي تسببها الأعمال خاصة الزراعية⁽¹⁾.

(1) مجلس الدولة 30 يناير 2003

وفي المعنى نفسه فإن سكوت القانون عن الآثار التي يسببها تطبيق القانون لا يعني استبعاد التعويض⁽¹⁾.

وفي الواقع العملي فإنه فقط إذا كان القانون يحقق مجاء في حكم لافلوريت فإنه من الصعب في غير تلك الحالة أن يحكم بالتعويض، فالتعويض بسبب القانون يكون نظرياً في الغالب.

إن مجلس الدولة مع ذلك في مجال مسؤولية الدولة عن القوانين لا يجعل المسألة نظرية فحسب، بل يرى موجباً التعويض عن الأضرار التي تسببها القوانين، فمجلس الدولة ولمصلحة حماية المجتمع والأخذ بعين الاعتبار الدفاع عن البيئة، ففي حكم حديث⁽²⁾ فإن قانون حماية الطبيعة الذي دخل مع قانون حماية البيئة أوجب حماية الحيوانات غير الأليفة من خلال منع قتل حيوان القندس وهي حيوانات ملتهمة للأسماك، وهكذا فإن في المحافظة عليها فتح باب التعويض لمربي الأسماك بسبب التهام هذه الحيوانات لجزء من أسماكهم في مزارع الأسماك.

نحن نرى هنا بأن مبدأ التضامن الوطني والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة يذهب بعيداً الآن، ذلك أن حماية البيئة لها آثار اقتصادية على بعض مربي الأسماك، ومن ثم فإن المسؤولية بدون خطأ سوف تفعل (وتتخيل حماية الذئب والطيور الجارحة)، وإن هذا الحكم يبين حدود المسؤولية بدون خطأ، فالمحكمة

(1) مجلس الدولة 2 نوفمبر 2005

(2) مجلس الدولة 1 فبراير 2012.

الإدارية الاستثنائية حددت التعويض جزافاً بـ 100000 يورو وحددت 50% من الضرر يرجع إلى المتضرر بسبب النقص من جانبه في الحماية التي وضعها في مزرعة الأسماك، ما أدى للتعويض بمبلغ 50000 يورو فقط، وقرر مجلس الدولة بأن الدولة تتحمل جزءاً من التعويض عن الاحتمالات.

يبقى موضوع إثارة مسؤولية الإدارة بسبب القرارات الإدارية التنظيمية المشروعة إذا أدت إلى ضرر يوجب التعويض وفقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وهكذا فإن إجراء البوليس بمنع مرور الجمهور لأغراض سياحية وإن كان مبرراً لأسباب أمنية ولكنه أدى إلى ضرر غير طبيعي وخاص بالنسبة لأحد المستثمرين لمحل يبيع التذكارات يبرر التعويض له بسبب هذه الإجراءات⁽¹⁾.

إن المسؤولية الإدارية ترجع بعد حكم بلانكو إلى خصوصية القانون الإداري وإلى تجاوز هذا القانون للقواعد القانونية بشكل عام، إن الأساس هو الخطأ في كونه المحرك للمسؤولية الإدارية ولكن هناك أسساً أخرى (المخاطر، المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة والتضامن الوطني). إن دور القاضي يبقى في جميع الأحوال جوهرياً؛ لأنه من يكيف الخطأ بأنه مرفقي أو شخصي ويحدد درجة الخطأ وجسامته، ويحضر الموضوع للتعويض ويقرر وجود المخاطر وهو من يقبل نظام المسؤولية بدون خطأ. ويبدو أنه بسبب هذه المرونة القضائية تكمن وتتطور مفاهيم المسؤولية الإدارية.

(1) مجلس الدولة 22 فبراير 1963.

إن القضاء الإداري في فرنسا ممثلاً بمجلس الدولة قد أقر مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها القوانين، وذلك من خلال حكمه الشهير الصادر في 14 يناير 1938 في دعوى الشركة المساهمة لإنتاج الحليب (لافلوريت)، ففي هذا الحكم الأول من نوعه يقرر القاضي الإداري إلزام الدولة بتعويض الأشخاص عن الأضرار التي ألحقتها بهم القوانين. إن شركة لافلوريت تقوم بصناعة منتج أسمته (Gradine) يستعمل بديلاً للكريمة لبعض المنتجات، ولكنه غير مكون بشكل كامل من الحليب، وقد صدر القانون بتاريخ 29 يونيو 1934 الذي تم بموجبه منع تصنيع وبيع أي منتج للكريمة ما لم يكن مصنوعاً بشكل كامل من الحليب وعلى أثر ذلك كان لزاماً على شركة لا فلوريت أن تتوقف عن صناعة مادة (Gradine)، وكذلك توقفت عن مباشرة جميع أنشطتها، ما دفعها إلى اللجوء لمجلس الدولة بطلب التعويض لتغطية الأضرار التي أصابها بسبب القانون الصادر في 29 يونيو 1934، إن القاضي الإداري قرر بأنه من حق الشركة أن تحصل على التعويض مؤسساً ذلك على تعطيل المساواة المقررة للمواطنين أمام التكاليف والأعباء بسبب دخول القانون المذكور حيز التنفيذ⁽¹⁾.

حتى يتم التعويض عن القانون لابد أن يكون الضرر قد تحقق بسبب القانون بشكل مباشر وترتب عليه الإخلال بالمساواة أمام التكاليف والأعباء العامة.

(1) C .E ass.14 Janvier1938, Rec 25 ; 1938.3.25 note p. Iaroque.

إن الضرر يجب أن يكون بسبب القانون بشكل مباشر وأن يتم تحمل المتضرر بشكل مباشر للضرر بما يخل بالمساواة لهذا المتضرر أمام التكاليف والأعباء العامة وتحمله دون سواه للتكاليف.

وهذا ما يستدعي بعض الطلبات الخاصة التي يراها القضاء لتعويض الأضرار، وأهمها أن يكون الضرر أكيداً ومباشراً، وأن يكون هذا الضرر جسيماً بحد ذاته، وأن يكون خاصاً. إن جسامه الضرر تستدعي بأن يكون الضرر بشكل يخل بمبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة، وهذا يعني تعدي الضرر الحدود الاجتماعية وما يتعين أن يتحملة المواطن في سبيل المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي، وهذا دور القاضي كي يعرف حدود الضرر الذي يتجاوزه ، يستحق المتضرر التعويض عنه ، فالمسؤولية هنا تقوم على غير الخطأ من قبل الدولة. فإذا كان كل المواطنين يتحملون تضحيات في سبيل المصلحة العامة فإنه لا يجوز أن يتحمل أحدهم الكثير من التضحيات وبشكل شبه كامل.

إن الضرر يتعين أن يتعدى التحملات التي تتطلبها التضحية الاجتماعية فهذه التضحيات لا تستحق التعويض.

ففي قضية لافلوريت، ترتب على القانون أن الشركة توقفت كلية عن الإنتاج ولا يتحقق الضرر لو أنه ترتب على القانون وقف بعض أنشطة الشركة أو انخفضت أرباحها.

ففي ظل غياب جسامه الضرر فإن التعويض لا يمكن تقريره وفقاً لمسؤولية الدولة عن القانون، ويتعين كذلك البحث عن مصدر آخر للمسؤولية كالمسؤولية عن الخطأ مثلاً.

وأخيراً فإن جسامه الضرر يجب أن تستكمل بخصوصية هذا الضرر الجسيم وعلاقته المباشرة بالقانون الصادر. وفي الحقيقة إن الإخلال بالمساواة أمام التكاليف والأعباء العامة لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان عدد المتضررين قليلاً مقارنة بالمستفيدين من القانون. ففي قضية لافلوريت كان المتضرر وحيداً بفعل القانون، ولا يعني ذلك بأنه يشترط للتعويض أن يكون المتضرر شخصاً واحداً بل إن القاضي ينظر في حقيقة من هم من مسهم الضرر بالنسبة للمجتمع بسبب القانون.

إن المسؤولية الإدارية ترجع بعد حكم بلانكو إلى خصوصية القانون الإداري وإلى تجاوز هذا القانون للقواعد القانونية بشكل عام، إن الأساس هو الخطأ في كونه المحرك للمسؤولية الإدارية، ولكن هناك أسس أخرى (المخاطر، المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة والتضامن الوطني). إن دور القاضي يبقى في جميع الأحوال جوهرياً، لأنه من كيف الخطأ بأنه مرفقي أو شخصي، ويحدد درجة الخطأ وجسامته، ويحضر الموضوع للتعويض ويقرر وجود المخاطر وهو من يقبل نظام

المسؤولية بدون خطأ. ويبدو أنه بسبب هذه المرونة القضائية تكمن وتتطور مفاهيم المسؤولية الإدارية⁽¹⁾.

أمام صعوبة إعمال نظريتي الظروف الطارئة وفعل الأمير، فإنه السؤال يثار حول إمكان إثارة مسؤولية الدولة بدون خطأ عن قراراتها الإدارية بمناسبة مكافحة جائحة كوفيد - 19 ويمكن أن تثار مسؤولية الإدارة رغم عدم ارتكابها لأي خطأ ، فهل هذه المسؤولية بدون خطأ تؤسس على نظرية المخاطر⁽²⁾. أو على أساس المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة .

وعلى هذا الأساس الأخير تم اعتماد إثارة مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تعرض لها الضحية بحسب المنفعة العامة التي عادت على المجتمع ويكون التعويض بقدر الضرر الذي لحق بالمتضرر .

إذن فهل الاستناد إلى هذه النظرية يمكن تعويض مشغل اقتصادي متعاقد مع الإدارة تم وقف التعامل معه وتعرضه لخسارة بقرار من الإدارة غير المتعاقدة معه من أجل محاربة جائحة كوفيد - 19 .

وفي القانون المقارن هل يمكن أن نعتبر إعلان وزير المالية الفرنسي بتاريخ 28 فبراير 2020 ، الذي حدد بأن جائحة كوفيد - 19 يعتبر - بحق - حالة من

(1) CE, 31mars 1995,M Lavaud

(2) CE,21juin,cames

حالات القوة القاهرة ذات طبيعة لأعفاء المتعاقدين مع الدولة من كل جزاء يتعلق بالتأخير في توصيل السلع والبضائع .

فهل إعلان وزير المالية يمكن اعتباره قراراً إدارياً ، وهل يمكننا أن نظهر بأن المتعاقد خضع بسبب هذه الإجراءات إلى ضرر مختلف عن كل الأضرار التي خضع لها الوسطاء الاقتصاديين غير الموصلين للسلع والبضائع والمتواجدين بالظروف ذاتها .

فهل يمكننا اعتبار قرار وزير التجارة الكويتي بمنع استيراد بعض السلع التي يعتمد عليها المورد في عقده مع الإدارة من قبيل الأعمال ذات الطبيعة القانونية المشروعة التي تخل بمبدأ المساواة والتكافل الاجتماعي .

إن الإخلال بالمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة يتحقق بحسبان أن هناك ضرر غير طبيعي وخاص وذو طبيعة جسيمة ، تعرض له بعض المتعاقدين بالذات في عقودهم مع الدولة .

إن هذه الشروط تمكن من اللجوء إلى نظرية المسؤولية عن الأخطار التي تضع في المقام الأول مبدأ العدالة وذلك في موقع التطبيق وبسبب عمومية الإجراءات للوقاية من كوفيد - 19 .

إن تطبيق هذه النظرية يعتبر منتجاً في مثل هذه الحالة الخاصة التي أثرت حقيقة على التوازن المالي في العقود الإدارية وبشكل كبير جداً على بعض المتعاقدين في

عقود الأشغال العامة وعقود التصنيع والتوريد ، ومن ثم يتوجب الأمر وفي هذه الفترة الخاصة أن نتحلى بالدقة في التكييف القانوني الذي يتعين إسباغه على حادث وباء كوفيد - 19 ، والآثار المترتبة - لاسيما المالية - على تنفيذ العقود الإدارية .

إن تضحية بعض المتعاقدين وتحملهم لأعباء مالية بسبب هذه القرارات المشروعة تحتم في رأينا على المجتمع أن يتحمل بدروه تعويضهم وفقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة بحسبان أن التضحية التي قدمها المتعاقد مع الدولة كانت من أجل المجتمع .

الخاتمة

إن هذه الدراسة وقد بينت التكيف القانوني لجائحة كوفيد - 19 وأثرها على عقود الدولة تقودنا إلى أن نبيّن جملة من النتائج التي كشفتها هذه الدراسة وكذلك نستطيع أن ننتهي إلى مجموعة من التوصيات على النحو التالي :

أولاً : النتائج

من أهم النتائج التي يمكن ملاحظتها

1-إن جائحة كوفيد - 19، تعتبر حدثاً وواقعة مادية تعدت الحدود الجغرافية لدولة معينة وغدت جائحة عالمية منتشرة في جميع أرجاء الكرة الأرضية بشكل من النادر أن يكون له مثيل في تاريخ البشرية .

2-أنه قد ترتب على جائحة كوفيد - 19 ، أن أصبح تنفيذ بعض العقود الإدارية مستحيلًا في حين أن بعض العقود الإدارية لم يكن التأثير عليها إلا صعوبة مادية يمكن التخفيف من آثارها لاسيما المالية .

3-إن الوقائع لا يمكن أن تشكل قوة قاهرة إلا إذا تعذر دفعها ويترتب عليها استحالة في التنفيذ للعقد وأنه من الممكن أن تكون الواقعة لوحدها لا تشكل قوة قاهرة ، ولكن من خلال ورودها في ظل ظروف معينة تشكل قوة قاهرة .

4-أن تكرار الوقائع عبر الزمن لا يبرر استبعاد اعتبارها قوة قاهرة .

5- إن القاضي الإداري أكثر صعوبة من القاضي المدني في اعتبار واقعة ما قوة قاهرة.

6- إن تطبيق نظرية فعل الأمير يستلزم شروطاً يصعب تحقيقها .

7- إن مبدأ التضامن الاجتماعي والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة يقوم على مفهوم جديد لتعويض المتضرر أثناء تعامله مع الدولة وأن قوام ذلك التعويض هي فكرة العدالة .

ثانياً : التوصيات

من أهم التوصيات التي نرى تبنيها

1- مراعاة المعتاد مع الإدارة بحسبان وجوب تحقيق الأمن الاقتصادي وتشجيع التعامل مع الدولة من عقودها من أجل إشباع الحاجات العامة .

2- التخفيف من المغالاة في شرط استحالة التنفيذ كلياً لإعمال نظرية القوة القاهرة بحسبان أن الاستحالة مسألة تختلف بين متعاقد وآخر بحسب ملاءمته المالية وقوته الاقتصادية ، ومن ثم فإنه لا بد من الاعتماد على معيار الشخص المعتاد في مثل العقد محل النزاع في إمكان دفع الحادث الأجنبي .

3- إن بعض المرافق العامة تستحق أن تحتفظ الدولة بإدارتها بشكل مباشر بواسطة أعمالها وأموالها كمرفق الصحة العامة ومرفق البحث العلمي ومرفق التعليم بحسبان هذه المرافق غدت لازمة وضرورية وملاصقة للإنسان في المجتمع الحديث .

نظام تقويم الأداء وأثره على الترقية

دراسة تحليلية لسياسات وآليات حوكمة الجهاز الإداري للدولة
في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون العام المقارن

دكتور

أيمن فتحي محمد محمد عفيفي

مدرس القانون العام

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

مقدمة

الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة. بعد مخاض عسير، ولد في مصر القانون رقم 81 لسنة 2016، حاملاً إلى النور نظام الخدمة المدنية، من رحم القرار بقانون 18 لسنة 2015. وقد نشر قانون نظام الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، في الأول من شهر نوفمبر 2016⁽¹⁾، ليعمل به في اليوم التالي لنشره، ابتداءً من 2 نوفمبر 2016، واضعاً كلمة النهاية لقانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، الصادر في 20 يونيو 1978، الذي ظل حاكماً لمجال الوظيفة العامة لمدة ناهزت السابعة والثلاثين عاماً. فمع تزايد حدة المطالب الداعية إلى الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة، باتت نهاية القانون رقم 47 لسنة 1978، وشيكة بالنظر لعدد من الأسباب.

فقد بدت نهاية القانون رقم 47 لسنة 1978، تلوح في الأفق مع توالي الأحداث التي مرت بالدولة المصرية، لاسيما في أعقاب ثورة 25 يناير 2011، التي أعقبتها ظروف أمنية عصبية وأزمات اقتصادية خطيرة. وقد كان لهذه الظروف تأثيرها على انضباط الجهاز الإداري للدولة ككل، وهو ما أدى إلى تراجع أداء الجهاز الإداري للدولة بصفة ملحوظة. ومن هنا بدت الحاجة ملحة لتطوير آليات الرقابة والمتابعة وتقييم الأداء، هذا بالإضافة إلى مراجعة القواعد التي تحكم سير العمل الوظيفي.

(1) انظر الجريدة الرسمية ، عدد أول نوفمبر 2016، ص 2.

علاوة على ما سبق، فقد كان الجهاز الإداري في مصر يعاني قبل ثورة 25 يناير 2011 من مشاكل مزمنة. هذه المشاكل بدت وثيقة الصلة بمفاهيم ثقافية خاطئة سادت المجتمع المصري. فقد سادت ظاهرة توريث الوظائف العامة، بالإضافة إلى تفشي الفساد واستغلال النفوذ. وهي كلها ظواهر ذات جذور اجتماعية وثقافية. ومن ثم فقد كانت هناك حاجة ملحة إلى تصحيح ثقافة الوظيفة العامة من خلال التشديد على اعتبار الوظيفة العامة خدمة مدنية تؤدي لصالح الوطن ؛ وبالتالي تظهر الحاجة إلى إعادة النظر في أليات التعيين والترقية.

كما أنه ينبغي ألا يغيب عن بالنا أن القانون رقم 47 لسنة 1978، قد ظل حاكمًا للوظيفة العامة لمدة ناهزت الثمانية والثلاثين عامًا، وهي فترة طويلة نسبيًا، قد طرأت خلالها العديد من المستجدات الدولية والداخلية التي لم يعد القانون قادرًا على مواكبتها. فعلى الصعيد الداخلي تظهر مطالب متزايدة لرفع كفاءة الخدمات التي تؤديها المرافق العامة التي يتكون منها الجهاز الإداري للدولة، والتوسعة من دائرة المستفيدين من خدماتها. هذه المطالب قد أخذت في الازدياد في أعقاب ثورتي 25 يناير 2011، و30 يونيو 2013. وفي هذا الإطار يثور الحديث عن الوظيفة الاجتماعية للدولة بالإشارة إلى دور الدولة في مكافحة الفقر والبطالة في بلد نامي كجمهورية مصر العربية.

أما على المستوى الدولي فتبرز التحديات المرتبطة بالعولمة في ظل مناخ عالمي يهدف إلى جذب الاستثمارات الدولية باعتبارها أحد أهم وسائل التنمية، وهو ما يلزم

الدول الراغبة في جذب هذه الاستثمارات بالعمل على تحبيذ العوامل التي تساهم في تشكيل بيئة مناسبة لجذب هذه الاستثمارات. وفي مقدمة هذه العوامل يأتي تحديث وتطوير الأنظمة الإدارية التي تصطمم بها الاستثمارات الدولية. ويكفي أن ندلل على التغييرات العالمية التي استجبت بالإشارة إلى التطور الذي نجم عن الثورة التكنولوجية والمعرفية والتطور الذي لحق بأدوات التواصل والاتصال.

والمطالب السابقة المتمثلة في خلق مناخ جاذب للاستثمارات بما يرتبط بهذه الأخيرة من تحقيق نمو اقتصادي وخلق فرص عمل، وما يرتبط بنتائج الاستثمارات من مكافحة للفقر من جهة، ورفع كفاءة المرافق العامة التي يتكون منها الإداري للدولة بما يؤدي في النهاية إلى التوسعة في نطاق المستفيدين بخدماتها وتحسين الخدمات التي تؤديها المرافق العامة من جهة أخرى، تتقاطع في النهاية مع أهداف التنمية المستدامة في تحقيق نموذج للتنمية يراعي الموارد المحدودة ويهدف إلى مكافحة الفقر وحسن توزيع عوائد التنمية.

وفي المقابل فإن القواعد التي تضمنها قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، بدت عاجزة عن مواكبة هذه المطالب الملحة ؛ وبالتالي فقد أصبح القانون السابق عقبة في مواجهة لحاق الجهاز الإداري للدولة بركب التطور والحدثة، ويصبح التغيير في مواجهة المعطيات السابقة قدرًا محتومًا.

وفي مقام الحديث عن الدور الذي يمكن لقواعد القانون أن تلعبه كأحد الأدوات في إطار عملية شاملة تهدف إلى التطوير، فإن الدراسات المقارنة تشهد بأن القاعدة

القانونية التي تتمخض عن الزام المخاطبين بأنماط جديدة من السلوك يمكن أن تلعب دورًا هامًا في عملية التغيير في المجتمع، وذلك بمساعدة غيرها من الوسائل، وبشرط حسن استخدامها.

وإذا صوبنا نظرنا ناحية القانون المقارن في إطار دراسة الدور الذي يمكن لقواعد القانون أن تلعبه في عملية تحديث وتطوير النظم والإجهزة الإدارية، فإننا سنلاحظ اتجاه عالمي قوي نحو تبني قواعد القانون للنظم الحديثة التي أفرزتها الثورة المعرفية كبديل عن الأدوات التقليدية، فيما يعرف بالاتجاه نحو الرقمنة. هذا الاتجاه يتواكب مع اتجاه آخر أكثر بروزًا في القانون العام المقارن نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة، بتبني نظم إدارية مشابهة لتلك المتبعة في القطاع الخاص تهدف إلى رفع الكفاءة على المستوي الكمي والكيفي، والحد من النفقات، وترتيب الأولويات، ومكافحة الفساد، بما يكفل في النهاية إدارة المرافق العامة بكفاءة، ومضاعفة قدرتها على تلبية احتياجات المستفيدين من خدماتها، والترشيد في الوقت ذاته من النفقات غير ضرورية.

عودة إلى الوضع المصري، فإن رياح التغيير قد هبت في البداية مع تبني نظام الخدمة المدنية، بمقتضى القرار بقانون 18 لسنة 2015، الصادر في 12 مايو 2015، الذي جاء بسياسات جديدة في مجال الوظيفة العامة في مصر. فأتى القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، بأحكام جديدة تغاير تلك التي كان منصوصًا عليها في القانون السابق، سواء فيما يتعلق بالدخول إلى الوظيفة العامة، أو انتهاء

الخدمة، أو فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم تنظيم العمل الوظيفي، أو بتلك التي توضح حقوق الموظف العام وواجباته. وحتى النظام القانوني الذي يحكم تأديب الموظف العام بدأ مختلفًا في العديد من جوانبه عن القانون السابق.

غير أن القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، قد لاقى اعتراضات واسعة في أوساط الموظفين في مصر؛ فالقرار بقانون السابق الإشارة إليه قد خرج إلى النور حاملاً نظاماً جديداً للوظائف العامة بين ليلة وضحاها، ودون أن يسبقه إعداد كافي للساحة الوظيفية في مصر لتقبل التغييرات التي جاء بها القانون الجديد، وهو ما أدى إلى ارتباك كبير في المشهد الوظيفي في مصر.

ومع كل ما صاحب دخول القرار بقانون 18 لسنة 2015، بإصدار نظام الخدمة المدنية، من غموض ولبس وتكهنات، كان طبيعياً ألا يمر القرار بقانون أمام مجلس النواب مرور الكرام؛ فالقرار بقانون رقم 18 لسنة 2015 كان الوحيد الذي تم رفضه من قبل مجلس النواب⁽¹⁾، من بين جميع القرارات التي صدرت من رئيس الجمهورية في الفترة الانتقالية التي تلت 2013/6/30⁽²⁾.

(1) قرار مجلس النواب رقم 1 لسنة 2016، الصادر بتاريخ 18 فبراير 2016، بشأن عدم إقرار القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، بإصدار قانون الخدمة المدنية، مع اعتماد نفاذه حتى 20 يناير 2016. الجريدة الرسمية - العدد 7 (تابع) - السنة التاسعة والخمسون، 9 جمادى الأولى سنة 1437هـ، الموافق 18 فبراير سنة 2016م

(2) وفقاً لدستور 2014، فإن مجلس النواب يتعين أن يوافق على القرارات بقوانين الصادرة في غيابه استناداً إلى نص المادة 156 من الدستور. وعلى الرغم من تمسك الحكومة بالقرار بقانون

وبالنظر إلى أن الإصلاح في مجال الوظيفة العامة يمثل ضرورة من ضرورات الإصلاح الإداري في مصر، وبالنظر إلى أنه بات واضحاً أن نظام الوظائف العامة الذي كان منصوصاً عليه في القانون 47 لسنة 1978، لم يعد قادراً على مواكبة المستجدات الدولية والظروف الداخلية، فإن الحكومة قد أعادت طرح نظام الخدمة المدنية على البرلمان في صورة مشروع قانون جديد.

ولعل عدم موافقة البرلمان على تبني القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، من قبل مجلس النواب مثل فرصة للنظر في عدد من الأمور، سواء تلك التي انطوى عليها القانون، أو حتى طريقة تقديمه للموظفين. بعبارة أخرى، فقد مثل عدم تبني القانون من قبل البرلمان فرصة للتوقف والتأمل واستخلاص الدروس والعبر في محاولة للوصول للأفضل.

وقد حاول المشروع الجديد لقانون الوظيفة العامة أن يتدارك العديد من الأمور التي كانت محلّاً للانتقادات في القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، وذلك مع الاحتفاظ بالملامح الرئيسية للنظام القانوني الذي كان هذا القرار بقانون قد أتى بها.

ودفاعها المستमित عنه، فقد رفض البرلمان في جلسته المنعقدة بتاريخ 20/1/2016، اعتماد القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015. وقد جاء تصويت النواب بالرفض في هذه الجلسة بأغلبية 332 عضواً، في مقابل 150 عضواً صوتوا لصالح القانون⁽²⁾. وقد جاء هذا الرفض بناءً على التقرير الذي أعدته لجنة القوى العاملة بالبرلمان والتي أوصت برفض القانون بناءً على العديد من المآخذ التي ركزت عليها اللجنة في تقريرها المقدم للبرلمان.

وبعد سجلات طويلة، واعتراضات كثيرة، وتعديلات مقترحة تم إقرار بعضها ورفض الأخرى، تم تبني مشروع القانون الجديد المقدم من الحكومة من قبل البرلمان في جلسة 2016/10/4، وقد صدر القانون الجديد من قبل رئيس الجمهورية في 1 نوفمبر 2016، ليعمل به من اليوم التالي لصدوره⁽¹⁾. وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار رئيس مجلس الوزراء 1216 لسنة 2017، ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 27 مايو 2017⁽²⁾، ليعمل بها من اليوم التالي لصدورها. وهكذا، فقد اكتمل نظام الخدمة المدنية في مصر، وأضحى واقعاً حاكماً لمجال الوظيفة العامة.

وقد أعاد المشرع الجديد في قانون الخدمة المدنية صياغة العديد من الآليات الرئيسية التي يقوم عليها النظام القانوني الحاكم للوظيفة العامة في مصر. فعلى مدار أبواب القانون الجديد الثمانية، حاول المشرع إعادة صياغة النظام القانوني للوظيفة العامة، بما يكفل تحقيق أهداف هذا القانون في تطوير الجهاز الإداري للدولة، والارتقاء بمستوى أداء العاملين به، وتنمية ثقافة الخدمة المدنية. وفي هذا الإطار فقد أدخل المشرع العديد من الأحكام الجديدة، فبعد أن تولى المشرع في الباب الأول المعنون بالأحكام العامة رسم الإطار العام الحاكم للوظائف المدنية،

(1) في أعقاب صدور القانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، تم العمل باللائحة التنفيذية للقرار بقانون 18 لسنة 2015، فيما لا يخالف أحكام القانون 81 لسنة 2016. وقد استمر العمل بهذه اللائحة لحين صدور اللائحة الخاصة بالقانون 81 لسنة 2016.

(2) انظر الجريدة الرسمية، العدد 21 مكرر، الصادر في 27 مايو 2017، ص 2.

وبيان الجهات المسؤولة عن تطبيق أحكام هذا القانون، انتقل في الباب الثاني المعنون بالوظائف والعلاقات الوظيفية إلى رسم ملامح الهياكل التنظيمية للوحدات المخاطبة بالقانون وكيفية ترتيب وتوزيع هذه الوظائف، لينتقل بعد ذلك إلى إعادة صياغة آلية التعيين في الوظائف العامة، سواء التعيين في أدنى الدرجات أو حتى التعيين في الوظائف القيادية، كما أنه قد أعاد صياغة قواعد الأقدمية. أما في الباب الثالث فقد عني فيه المشرع برسم ملامح النظام الجديد لقياس الأداء، وهو نظام تقويم الأداء. كما أن المشرع قد أدخل في الباب الرابع العديد من التغييرات على القواعد حركة الموظف العام، سواء في مجال الترقية، أو النقل، أو الندب، أو الإعارة، أو الحلول. أما في الباب الخامس فقد أعاد المشرع رسم ملامح نظام الأجور والعلاوات. كما أن المشرع قد عني باستحداث العديد من الأحكام الخاصة بنظام الإجازات الذي خصص الباب السادس. أما الباب السابع فقد خصصه المشرع لموضوع التأديب باعتباره أحد أبرز الجوانب القانونية لنظام الوظيفة العامة. وأخيرًا فقد خصص المشرع الباب الثامن لموضوع انتهاء العلاقة الوظيفية، وفي هذا الإطار فقد حرص المشرع على استحداث العديد من القواعد التي تكفل إلى حدٍ بعيد تحقيق الانضباط بالجهاز الإداري للدولة.

نظام تقويم الأداء كأحد أدوات الإصلاح في مجال الوظائف العامة. ومن بين الآليات المتعددة التي طالها التغيير في القانون الجديد، آلية قياس مستوى أداء العاملين التي ستشكل موضوعاً لهذه الدراسة. فقد اعتنق المشرع الجديد نظاماً جديداً لقياس مستوى أداء العاملين، وهو نظام تقويم الأداء، واضعاً بذلك كلمة

النهاية لنظام قياس كفاية الأداء الذي كان يتمخض في النهاية عن تقارير تنتهي إلى تقييم مستوى أداء العامل بأحد المراتب المحددة قانونًا، وهو ما كان له أثر هام، بالسلب أو بالإيجاب، في منح الترقيات والعلاوات والاستمرار في الخدمة.

فقد حرصت القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة على تأكيد اعتناق نظام تقارير الكفاية، ابتداءً بقانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، الذي ينظر إليه كأول قانون متكامل يحكم مجال الوظائف العامة في مصر. وقد صدر هذا القانون في أعقاب دراسة شاملة لأحوال الجهاز الإداري للمملكة المصرية تمت من منظور إصلاحي بواسطة الخبير الإنجليزي بول سنكر. ومن بين التوصيات المتعددة التي انتهى إليها تقرير الخبير الإنجليزي إرساء قواعد نظام الكفاية كمعيار للترقيات، فعملية الترقية يتعين أن يسبقها قياس لكفاءة أداء العاملين لتحديد مدى استحقاق الموظف للترقية، وذلك مع إحاطة نظام الكفاية بسياج من الضوابط التي تكفل الموضوعية، وهو ما كان يهدف إلى كبح جماح السلطة التقديرية للرؤساء الإداريين في تقييم كفاية الموظفين وترقيتهم. ومن هذا المنظور فقد حرص القانون رقم 210 لسنة 1951، على إقامة علاقة وثيقة بين الترقيات وتقارير تقييم الكفاية السنوية⁽¹⁾.

وإنطلاقًا من العلاقة السابقة بين قياس مستوى الأداء والترقيات، أخذت الدراسات الإدارية تشير إلى الدور الذي يمكن لنظام قياس كفاية الأداء أن يلعبه في

(1) انظر على وجه الخصوص المادة رقم 40 من القانون رقم 210 لسنة 1951.

استنهاض هم الموظفين في سبيل رفع مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة، وذلك عن طريق استخدام سياسة الثواب والعقاب متمثلة في الآثار التي ترتبها هذه التقارير في الحياة الوظيفية.

وقد أكدت القوانين التالية المتعاقبة التي اتخذت من نظام العاملين المدنيين عنواناً لها، اعتناق نظام تقارير الكفاية مع التعظيم من آثاره من خلال الربط بين مستوى الأداء الذي تعكسه التقارير والعلاوات بنوعها: الدورية والتشجيعية، وكذلك الاستمرار في الخدمة، ابتداءً بالقانون رقم 46 لسنة 1964⁽¹⁾، ومروراً بالقانون رقم 58 لسنة 1971، وانتهاءً بالقانون رقم 47 لسنة 1978، إلى أن جاء القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، بإصدار نظام الخدمة المدنية، ليعلن الانتقال إلى نظام تقويم الأداء، وهو ما أكده المشرع الجديد في القانون رقم 81 لسنة 2016.

وعند هذه النقطة يثور تساؤل يتعلق بأسباب العدول عن نظام تقارير الكفاية الذي حرص المشرع على تأكيد اعتناقه على مدار 65 عامًا. وهنا يعين لنا أن نشير إلى ملاحظة بعض الفقه إلى الصفة الإدارية الروتينية التي انتهى إليها نظام تقدير الكفاية في التطبيق⁽²⁾، فعملية قياس مستوى الأداء أصبحت تتمخض في النهاية عن مليء الرؤساء الإداريين لمجموعة من التقارير بطريقة روتينية، تنهي في

(1) انظر المواد أرقام 33، 34 من قانون العاملين المدنيين رقم 64 لسنة 1964.

(2) يراجع على وجه الخصوص، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص 9.

غالبها الأعم إلى تقدير مستوى المرؤوسين بأعلى مراتب الكفاية، على نحو يتناقض مع واقع الجهاز الإداري للدولة.

ولعله من اللافت للنظر أن النظام القانوني الفرنسي كان قد سبق إلى استبدال نظام تقييم مستوى أداء العاملين من خلال الدرجات إلى تبني نظام آخر، وهو التقييم من خلال مقابلة مهنية بين الرئيس والمرؤوس. بالنظر لما كشف عنه الواقع الفرنسي من تحول نظام التقييم السابق إلى نظام روتبني يتسم في جوهره بالتعقيد الإجرائي، ويتمخض عن تقرير تتسم بصعف المصادقية من جهة، وبنقص الفاعلية من جهة أخرى. وقد تم هذا الاستبدال في إطار عملية أوسع نطاقاً تستهدف إجراء تغييرات عميقة في نظام الوظيفة العامة في فرنسا. وتتطلب هذه التغييرات من ضرورة تبني سياسة الإدارة الرشيدة في مجال القانون العام رغبة في تحقيق الاستغلال الأمثل للنفقات العامة، مع الارتفاع بكفاءة أداء المرافق العامة على المستوى الكمي والكيفي بما يحقق الرضاء الشعبي والسياسي عن مستوى أداء الجهاز الإداري للدولة. وذلك في أعقاب ما كشفت عنه العديد من الدراسات من أن التقيد بالمفاهيم الجامدة للوظيفة العامة يلعب دورا بارزا في في العديد من المسالب التي تمخض عنها تطبيق نظام الوظيفة العامة في فرنسا. وفي هذا الإطار تجمع الدراسات على الإشارة إلى أن الحل يمكن في ضرورة تبني نظم مقارنة للمتبعة في القطاع الخاص، مع تطويعها لتتناسب مع مجال الوظيفة العامة. ومن هذا المنظور تم تبني نظام تقييم الأداء من خلال المقابلة المهنية بين الرئيس والمرؤوس على اعتبار أنه النظام الأكثر رواجاً في القطاع الخاص.

وإذا كان النظام القانوني الفرنسي قد تبني خيار القطيعة مع النظام السابق لقياس كفاءة أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة من خلال استبدال تقويم الأداء من خلال المقابلة المهنية بنظام تقييم الأداء بالدرجات، ففي المقابل فإنه عند النظر في الأحكام التي جاء بها المشرع المصري الجديد في قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، فإننا سنلاحظ بصفة عامة أن نظام تقويم الأداء المصري هو نظام لقياس مستوى الأداء ينتهي هو الآخر، مثله مثل نظام تقارير الكفائية، إلى تقييم مستوى أداء الموظف بأحد المراتب المحددة قانونًا. بل إننا سنلاحظ إتفاقًا في العديد من الأحكام التفصيلية، لاسيما مع آخر نسخة معدلة للقانون رقم 47 لسنة 1978، سواء الأحكام المتعلقة بمحل القياس، أو المتعلقة بعملية القياس ذاتها، أو حتى الأحكام التي تحدد ملامح النظام الإجرائي الذي تدور فيه عملية القياس والذي تسيطر عليه فكرة الضمان إلى حد بعيد .

وعند هذه النقطة تثور سلسلة من التساؤلات حول معزى المغايرة في التسمية، وهل يقتصر الأمر على استبدال مصطلح بآخر، وهو ما يعني أن التطوير مجرد تطوير في الشكل دون أن يصاحبه تغيير موضوعي، أم المغايرة في التسمية تعبر عن تحول جوهري في العديد من المفاهيم المرتبطة بإدارة العنصر البشري، وفي مقدمتها نظام قياس الأداء .

وترتهن الإجابة عن التساؤل السابق بدراسة العلاقة بين النظام الجديد لقياس الأداء والعديد من المفاهيم المستحدثة التي وردت في القانون الجديد، وفي مقدمتها

مصطلح إدارة الموارد البشرية. وعند هذه النقطة يتلقي البحث في نظام تقييم الأداء مع استبدال لجنة الموارد البشرية بالوحدات المخاطبة بأحكام قانون الخدمة المدنية بلجنة شئون العاملين، في رسم أحد أهم محاور عملية الإصلاح والتطوير الذي رفع القانون الجديد لوائه، بالاتجاه نحو تطعيم نظام الوظيفة العامة بالاقتراب من أنظمة إدارة العنصر البشري المتبعة في القطاع الخاص. بعبارة أخرى فإن بزوغ المفاهيم المتعلقة بإدارة العنصر البشري في مجال الوظيفة العامة، تعد انعكاسات لاتجاه متنامي نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة. هذا الاتجاه نحو الحوكمة يعبر عن إرادة سياسية واعية في تطوير الجهاز الإداري للدولة المصرية في مواجهة مستجدات العصر الحديث وما يفرزه علوم الإدارة.

كما أن الإجابة عن التساؤل المتعلق بالاختلاف بين نظام تقييم الأداء ونظام تقارير الكفاية يدفعنا إلى طرح العديد من التساؤلات الفرعية حول انعكاسات الفلسفة الجديدة التي يعبر عنها نظام تقييم الأداء على الملامح الرئيسية لعملية قياس الأداء ونتيجتها، مقارنة باللامح الرئيسية لنظام قياس الأداء. وفي هذا الإطار نلمح اتجاه المشرع الجديد إلى الاستفادة من الخبرة المصرية في مجال قياس الأداء التي تكونت عبر قوانين التوظيف المتعاقبة، ليرسم ملامح نظام جديد يتسم بأكثر قدر من المرونة، والواقعية، والدقة، دون إهمال لفكرة الضمان التي تسيطر على النظام الإجرائي لقياس الأداء ونتيجته.

أما عن آثار التقارير التي تتمخض عنها عملية تقييم الأداء في القانون الجديد، مقارنة بالآثار التي كانت تقارير الكفاية ترتبها في ظل القوانين السابقة، فإننا سنلحظ دون عناء اتجاها قويا في القانون الجديد نحو تحقيق عنصر الفاعلية بمعنى القدرة على تحقيق الأهداف الدافعة إلى تبني هذا النظام الجديد في النهوض بكفاءة العنصر البشري للجهاز الإداري للدولة. أما عن وسيلة المشرع في تحقيق هذه الفاعلية فتتمثل في اتجاه المشرع إلى تعظيم الآثار التي تنتجها تقارير تقييم الأداء في الحياة المهنية للموظف العام. هذا الاتجاه تعبر عنه العديد من الأحكام المستحدثة في القانون الجديد والتي تتكامل في سبيل تعظيم الآثار التي ترتبها تقارير تقييم في الحياة الوظيفية. وفي هذا الإطار تدرج الأحكام الواردة في القانون الجديد الخاصة بتبني تشكيل جديد للتقسيمات الوظيفية يختلف عن الذي كان واردة في قانون العاملين المدنيين، على نحو يكفل التعظيم من دور الترقيات في الحياة الوظيفية. هذا التقسيم الجديد يتكامل مع إعادة صياغة المشرع لنظام الترقيات باعتباره السبيل الطبيعي لتقدم الحياة المهنية للموظف، في سبيل التأكيد على عنصر الكفاءة كبديل عن الأقدمية التي تراجع دورها بشدة بالمقارنة بالقوانين السابقة. كذلك يندرج في إطار التعظيم من الآثار التي ترتبها تقارير تقييم الأداء في الحياة الوظيفية، الأحكام التي تميل إلى التوسعة من نطاق العلاوات التشجيعية. وفي المقابل فإن المشرع قد اتجه في سبيل التعظيم من آثار تقارير تقييم الأداء، إلى إسقاط الأحكام الخاصة بمنح الإجازة الإجبارية لاسيما بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا.

أهمية الموضوع. على الرغم من أن أنظمة تقدير كفاية الأداء في مجال الوظيفة العامة يعد أحد الموضوعات التي تواترت مؤلفات فقه القانون العام على تناولها، سواء من الناحية القانونية⁽¹⁾، أو حتى من الناحية الإدارية⁽²⁾، فإن التعديلات التي لحقت بهذا النظام في قانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016، تضيف أبعادًا من الحداثة إلى هذا الموضوع. بالإضافة إلى الأهمية العملية لهذا الموضوع والتي لا تخفى على أحد بالنظر إلى ارتباط موضوع تقييم الأداء باعتباره النظام الذي اعتمده القانون الجديد لقياس كفاءة أداء الموظف، بثتى جوانب الوظيفة العامة، من ترقية ونقل وعلاوات وإنهاء خدمة⁽³⁾. فتقليديًا ينظر إلى قياس الأداء

(1) يراجع على وجه الخصوص، د. أنور أحمد رسلان، تقارير الكفاية : دراسة لتقييم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998: د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004: د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003: د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، القاهرة، عالم الكتب، 1983.

(2) بصدد أنظمة تقييم الأداء من الناحية الإدارية، فإننا نحيل على وجه الخصوص إلى ما سطره الأستاذة، د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1980، ص 580 وما بعدها: د. بكر قباني، الإدارة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968: د. حمدي أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة: دراسة الأصول العامة للتنمية الإدارية وتطبيقاتها المقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، تمت مناقشتها بجامعة القاهرة، 1966: د. عبد الرحمن عبد الباقي عمر، إدارة الأفراد، 1971: د. عاطف عبيد، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.

(3) د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 583.

على أنه أحد الأنظمة الجوهريّة التي ترتبط بها الآليات الأخرى. ومن ثم فإن دراسة النظام الجديد لقياس أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة تتيح لنا تسليط الضوء على فلسفة المشرع الجديد وأبرز اتجاهات التغيير في القانون الجديد، بالنظر لما لنظام قياس كفاية الأداء من أهمية .

منهج الدراسة . تستهدف هذه الدراسة كشف النقاب عن نظام تقييم الأداء الذي جاء به قانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016، في ضوء الاتجاه المتنامي في القانون العام المقارن نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة، وبيان التغييرات التي أدخلها المشرع الجديد على نظام قياس مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة في سبيل تبني هذا الاتجاه الجديد نحو الحوكمة. ومن أجل ذلك فإن الدراسة ستركز في شق منها على المقارنة بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية لاسيما القانون الفرنسي، في سبيل إبراز الاتجاه نحو الحوكمة، وبيان مدى تأثيره على التعديلات التشريعية الحديثة التي تتخذ من أنظمة إدارة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة موضوعاً لها. فالقانون العام المقارن يموج في الوقت الراهن بالاتجاهات الإصلاحية نحو حوكمة النظم والأجهزة الإدارية.

كما أن هذه الدراسة ستركز في شق آخر على المقارنة بين مسلك المشرع الحالي من جهة، ومسلك المشرع في القوانين السابقة من جهة أخرى، لبيان التطور الذي لحق بالنظام المصري لقياس مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة، في إطار تطور الآلية المصرية لقياس مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة.

فمن المعلوم أن المشرع المصري قد حرص على تطوير نظام لقياس كفاية أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة عبر قوانين التوظيف المتعاقبة، ابتداءً بقانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، مرورًا بقانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، وقانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، وانتهاءً بالقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978. وقد حرص المشرع الجديد في رسمه لملاح نظام تقويم الأداء في القانون رقم 81 لسنة 2016، على الاستفادة من الخبرة المصرية التي تكونت عبر القوانين السابقة. ومن ثم فإن دراسة التغييرات التي حملتها القوانين السابقة يبدو ضروريًا في الإحاطة بهذا النظام الجديد .

خطة الدراسة. في سبيل الإحاطة بنظام تقويم الأداء الوارد في قانون الخدمة المدنية الجديد في إطار الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة، فسوف نقسم بحثنا إلى فصلين، نحاول في الفصل الأول كشف النقاب عن ماهية نظام تقويم الأداء من خلال طرح تساؤل أول حول مفهوم تقويم الأداء مقارنة بنظام الكفاية والدلالات التي يمكن استخلاصها من هذا المفهوم في إطار الاتجاه المتنامي نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة، وتساؤل آخر حول التغييرات التي أدخلها المشرع على العناصر الأساسية لنظام قياس أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة سواء من ناحية الموضوع أو الشكل، بغية رسم ملامح نظام يحقق اعتبارات المرونة والشمول والواقعية والدقة والحدثة، في إطار عام من سياسة الضمان التي تميز النظام الإجرائي لنظام قياس أداء الموظفين. أما الفصل الثاني فنخصصه لدراسة محاولة المشرع تعظيم الآثار التي تنتجها تقارير تقويم الأداء، في سبيل تحقيق عنصر

الفاعلية لنظام تقويم الأداء وذلك من خلال دراسة الآثار التي ينتجها تقارير تقويم الأداء على الترقيات والعلاوات والاستمرار في الوظيفة.

وعلى ذلك فستكون خطة الدراسة على النحو التالي:

الفصل الأول : ماهية نظام تقويم الأداء

المبحث الأول: المفهوم

المطلب الأول: التعريف

المطلب الثاني: الفلسفة العامة

المبحث الثاني : العناصر الأساسية

المطلب الأول العناصر الموضوعية

المطلب الثاني العناصر الإجرائية

الفصل الثاني: آثار التقويم على الترقية

المبحث الأول: تطور نظم الترقية في ظل القوانين السابقة

المطلب الأول: تنظيم الترقية إنطلاقاً من الاعتبارات المتصلة بالفاعلية

المطلب الثاني: الدور التقليدي لنظام الكفاية في تشكيل ملامح الترقية

المبحث الثاني: الملامح العامة للترقية في القانون الجديد من منظور الفاعلية

المطلب الأول: التعظيم من دور الترقية في الحياة المهنية

المطلب الثاني: إعادة صياغة قواعد الترقية على ضوء مبدأ الكفاءة

الفصل الأول

الماهية

طرح الإشكالية. لعل أول الملاحظات التي يمكن أن تسترعي انتباه الباحث بصدد دراسة النظام الجديد الذي جاء به نظام الخدمة المدنية، مقارنة بقانون نظام العاملين المدنيين السابق تتمثل في اختلاف التسمية ؛ فالمشرع في القانون الجديد قد نص على نظام يكفل تقويم أداء الموظف بالوحدة⁽¹⁾، كبديل عن النص في القانون السابق على نظام يكفل قياس كفاءة الأداء بالوحدة⁽²⁾. هذا النظام يتمخض في القانون الجديد عن تقرير تقويم لأداء الموظف⁽³⁾، كبديل عن تقدير كفاية الأداء. وذلك على الرغم من أن النظام في كل من القانونين يتمخض عن تقرير ينتهي بتحديد مرتبة الموظف بإحدى المراتب المحددة قانوناً، وذلك في أعقاب عملية للقياس حدد المشرع أطرها من الناحية الموضوعية والإجرائية.

(1) تنص المادة رقم 25 من قانون الخدمة المدنية على أن "تضع السلطة المختصة نظاماً يكفل تقويم أداء الموظف بالوحدة بما يتفق وطبيعة نشاطها وأهدافها ونوعية وظائفها".

(2) نص المادة 28 من قانون العاملين المدنيين السابق التي كانت تنص على أن "تضع السلطة المختصة نظاماً يكفل قياس الأداء الواجب تحقيقه بما يتفق مع طبيعة نشاط الوحدة وأهدافها ونوعية الوظائف".

(3) تنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، على أن "يكون تقويم الأداء بمرتبة ممتاز، أو كفاء، أو فوق المتوسط، أو ضعيف".

ولجوء المشرع المصري أخيراً إلى مصطلح التقويم يشير تساؤلاً حول مغزى إطلاق

لفظ تقويم الأداء على النظام الجديد الذي أتى به المشرع لقياس كفاية الأداء ؟

بعبارة أخرى هل الأمر يتوقف عند حد المغايرة في استخدام الألفاظ، أم أن هذه التسمية الجديدة تعبر عن اعتناق المشرع في قانون نظام الخدمة المدنية لفلسفة جديدة بدأت تغزو مجال الوظيفة العامة في مصر، وإذا كانت الإجابة تصب في صالح اعتناق المشرع لفلسفة جديدة، فما هي أبرز انعكاسات هذه الفلسفة الجديدة على الملامح العامة للنظام الجديد لقياس كفاية الأداء.

وتبدو أهمية هذا التساؤل الأخير بصفة خاصة بالنظر إلى أن أحكام تقويم الأداء الواردة في القانون الجديد تتفق في شق منها مع أحكام نظام قياس كفاية الأداء الواردة في القوانين السابقة، ومن ثم فيثور التساؤل حول منهج المشرع في تطوير نظام قياس مستوى الأداء، لاسيما المحاور التي أركز إليها المشرع في تطوير هذا النظام.

وللإجابة عن التساؤلات السابق طرحها، فإننا سوف نقسم الفصل الأول إلى مبحثين، نتناول في الأول تحديد مفهوم تقويم الأداء، سواء من ناحية التعريف، أو الفلسفة العامة، ثم نعالج في المبحث الثاني العناصر الأساسية للنظام الجديد مقارنة بنظام تقارير الكفاية الذي كان سارياً في ظل القانون السابق، سواء من الناحية الموضوعية، أو من الناحية الإجرائية.

المبحث الأول

المفهوم

سوف نحاول في بحثنا عن مفهوم نظام تقييم الأداء التركيز على نقطتين بحثيتين، الأولى تتعلق بتعريف نظام تقييم الأداء، والنقطة الثانية تتمثل في محاولة استكشاف الفلسفة العامة التي يعبر عنها هذا النظام الجديد.

أما عن التساؤل الأول فيكتسب أهمية خاصة بالنظر لصفة الحداثة المرتبطة باستخدام مصطلح تقييم الأداء في مجال الوظيفة العامة في مصر. فاستخدام مصطلح التقييم في مجال قياس كفاية أداء الموظفين وإن كان يعد من الأمور الشائعة في قوانين التوظيف في البلدان العربية عموماً⁽¹⁾، وبلدان الخليج العربي خصوصاً، إلا أن استخدام هذا المصطلح في مجال الوظيفة العامة في مصر يعد من الأمور المستحدثة. فاستخدام هذا المصطلح قد بدأ مع القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، ثم أكد القانون رقم 81 لسنة 2016، اعتناقه لمصطلح التقييم كبديل عن مصطلح تقدير الكفاية الذي كان المشرع قد جرى على استخدامه في قوانين العاملين المدنيين المتعاقبة، ابتداءً من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964⁽²⁾، مروراً بالقانون رقم 58 لسنة 1971⁽¹⁾، وانتهاءً بالقانون رقم 47 لسنة

(1) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية : دراسة لتقييم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 7.

(2) يراجع نص المادة رقم 29 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964.

1978⁽²⁾. ومن هنا تبدو أهمية التعمق في دلالات استخدام هذا المصطلح في مجال الوظيفة العامة في مصر.

أما عن التساؤل الثاني المتعلق بمحاولة استكشاف الفلسفة التي يعبر عنها النظام الجديد لقياس الأداء فيكتسب أهمية كبيرة في كشف النقاب عن نظام تقويم الأداء بالنظر إلى أمرين: الأول يتمثل في تبني القيادة السياسية لجمهورية مصر العربية لرؤية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية تعتق مفهوم التنمية المستدامة، وترتكز على عدة محاور، يأتي في مقدمتها إصلاح الجهاز الإداري للدولة بإعادة صياغة النظم الإدارية على ضوء مبادئ الإدارة الرشيدة. ويعد قانون الخدمة المدنية أحد آليات تحقيق هذه الرؤية الجديدة للتنمية. والعامل الثاني يتمثل في تقاطع الرؤية الإصلاحية السابقة مع اتجاه حديث في القانون المقارن نحو تبني العديد من النظم المتبعة في القطاع الخاص بهدف تحديث الأجهزة والنظم الإدارية .

ونتناول بالدراسة في **المطلب الأول** التعريف بنظام تقويم الأداء، ثم نتناول في **المطلب الثاني** الحديث عن الفلسفة العامة في النظام الجديد مقارنة بالسابق.

(1) يراجع نص المادة رقم 36 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971.

(2) يراجع نصوص المادة رقم 28 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978.

المطلب الأول

في التعريف

بالنظر إلى سمة الحداثة التي يتسم بها استخدام مصطلح التقييم في مجال قياس أداء العاملين بالجهاز الإداري، فإننا سوف نحاول تسليط الضوء على دلالات المغيرة في الألفاظ بين تقييم الأداء وقياس الكفاية. وفي هذا الإطار يعن لنا أن نذكر بأن الألفاظ في اللغة تعبر عن معاني محددة، ولهذا فغالبًا ما يكون للبحث في الأصل اللغوي لمصطلح قانوني معين أهمية في بيان ماهية المصطلح، لاسيما في حالة تعدد الألفاظ المستخدمة في هذا المجال.

وسوف نتناول في الفرع الأول تحديد المقصود بتقييم الأداء في اللغة، ثم نتناول في الفرع الثاني تحديده في الاصطلاح.

الفرع الأول

في اللغة

التقويم، والتقييم، والكفاية، والكفاءة، هي مصطلحات يشيع لغويًا استخدامها في مجال قياس أداء العاملين في القطاع الحكومي أو الخاص، على أن البحث اللغوي يوضح أن لكل من هذه المصطلحات خصوصية يتميز بها في اللغة العربية، ويوضح كذلك أن استخدام بعضها يفضل على البعض الآخر.

فالتقويم في معاجم اللغة العربية⁽¹⁾ هو اسم لمصدر قَوَّمَ، وجمعه تقاويم. ويشير الاستعمال الشائع لهذا الاسم في اللغة العربية إلى أحد أمرين. فهو قد يشير أولاً إلى التحديد الدقيق للشيء المقوم⁽²⁾، فيقال تقوم الشيء بمعنى ظهرت قيمته⁽³⁾، أي تحددت قيمته بدقة⁽⁴⁾. فتقويم السِّلَعِ يعني تَقْدِيرُهَا وَتَحْدِيدُهَا، وَتَقْوِيمُ التَّقْوِدِ يعني فَحْصُهَا وَتَقْدِيرُهَا وَمَعْرِفَةُ قِيمَتِهَا، وتقويم البلدان يعني تعيين مواقعها وبيان ظواهرها. ومن هذا المعنى اشتق الاسم التَّقْوِيمُ بمعنى حساب الزمن بالسنين والشهور والأيام.

(1) معجم الغني الزاهر، د. عبد الغني أبو العزم، مؤسسة الغني للطباعة والنشر، طبعة 2010، مادة قوم.

(2) اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عمر، القاهرة 2008، عالم الكتب، المجلد الثاني، مادة قوم.

(3) المعجم الرائد، جبران مسعود، بيروت، دار العلم للملايين، 2013، المجلد الثاني.

(4) المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون: "مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ج 2، ط 4، 2004 م، مادة قوم.

أما المعنى الثاني للتقويم فيستخدم للإشارة إلى إصلاح الشيء بإزالة إوجاجه الذي قد يطرأ على حالته الأصلية، والعودة بالشيء إلى حالة الاستقامة التي ينبغي أن يكون عليها. ومن المعنى السابق اشتق الفعل تَقَوَّمَ بمعنى اسْتَقَامَ واسْتَوَى. فيقال تَقَوَّمَ الشيءُ بمعنى تَعَدَّلَ واستوى⁽¹⁾. ويقال تَقَوَّمَ العودُ اعتدل وزال عوجُه واستوى. وتَقَوَّمَ الطريقُ بمعنى تم إصلاحه فأصبح ممهدًا للغرض الذي أعد له، وتقوم سلوكه بمعنى تَعَدِيلُهُ⁽²⁾.

ويشيع استخدام مصطلح التقويم في المجالات الطبية المتعلقة بتعديل بعض العيوب والتشوّهات. فيستخدم مصطلح التقويم على سبيل المثال في مجالات طب الأسنان التي تهتم بدراسة ومعالجة عيوب إطباق الأسنان الذي قد يكون نتيجة لعدم انتظام الأسنان. وكذلك في طب العظام، بمعنى إصلاح العيوب التي قد تطرأ على استواء العظام.

ويعن لنا أن نشير إلى قواميس اللغة تجري على إظهار التفرقة بين النقيم الذي يعني بتقدير قيمة الشيء⁽³⁾، التقويم الذي يعد أكثر شمولاً ودقة ويهدف إلى الإحاطة بالشيء محل التقويم من مختلف الجوانب.

(1) معجم الغني الزاهر، سبقت الإشارة إليه، الموضع نفسه.

(2) المعجم الغني، الموضع نفسه.

(3) المعجم الرائد، سبقت الإشارة إليه، الموضع نفسه.

وفي هذا الصدد يشير المتخصصون إلى الخلط الشائع في الكتابات المعاصرة بين مصطلحي التقويم والتقييم. فقد يستخدم العديد من الكتاب مصطلح التقييم مع قصد التقويم. وهو ما يعده المتخصصون خطأً لغوياً، يعزى بالأساس إلى خطأ في الترجمة من المصادر الأجنبية. فهذه الأخيرة تستخدم الاسم evaluation، في إشارة إلى التقويم، وهو ما نقله البعض إلى اللغة العربية بمعنى التقييم، في حين أن هذا المصطلح الأخير يقابله في اللغتين الإنجليزية والفرنسية مصطلح valuation . وهذا المصطلح الأخير هو المقابل لمصطلح التقييم في اللغة العربية، وهو لا يعني أكثر من تحديد قيمة الشيء أو تحديد ثمنه.

ومن الجدير بالذكر كذلك أن استعمال الفعل قوم في معني تحديد قيمة الشيء يعد أصح من استعمال الفعل قيم ؛ فالأصل هو إعادة الياء في كلمة قيمة إلى أصلها، وهو الواو، فيقال قوم وليس قيم. ومع لك فإن المجمع اللغوي قد أجاز استعمال الفعل قيم في تحديد قيمة الشيء⁽¹⁾.

أما الكفاية فهي اسم لمصدر كفى، واستخدام هذا الاسم في اللغة يشير إلى أحد أمرين. فقد يستخدم الاسم للدلالة على معنى الوفاء بقدر الحاجة، فيقال في هذا

(1) يراجع في هذا الصدد، د. محمد خليفة التونسي، التقييم والتقويم، نشرة مركز التقييم والقياس بجامعة الكويت، رقم 1، بتاريخ 30 يناير 1979، ص 3، 4. مشار إليه لدى أستاذنا الجليل الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 249.

القدر من الطعام أو الكلام كفاية بمعنى ما يغني عن غيره⁽¹⁾. وقد يستخدم بمعنى المقدرة والكفاءة، فيقال ذو كِفَايَةٍ فِي عَمَلِهِ بمعنى المقدرة والكفاءة⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن بعض الفقه⁽³⁾ يعترض على الاستخدام اللغوي للكفاية في موضع المقدرة والكفاءة. ووفقاً لهذا الرأي فإن الاستخدام الصحيح لغوياً للكفاية يتعين أن يقتصر على المقدار أو الكم، أما الكفاءة فتتعلق بال نوعية والكيف.

والحقيقة أن اختلاف المعان السابقة يدفعنا إلى طرح التساؤل حول مغزى عدول المشرع عن مصطلح الكفاية نحو استخدام التقويم، وهو ما سنتعرض له حالاً بصدد التعريف الاصطلاحي.

(1) المعجم الرائد

(2) المعجم الغني اللغة العربية المعاصر

(3) د. ماجد الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 249 هامش.

الفرع الثاني

في الاصطلاح

إذا كان من الشائع لغويًا استخدام مصطلحات: التقويم، والتقييم، والكفاية، والكفاءة، في مجال قياس مستوى أداء العاملين، فإننا نلاحظ في الاصطلاح شيوع استخدام مصطلح كفاية الأداء⁽¹⁾، وأحيانًا كفاءة الأداء⁽²⁾، في مجال قياس مستوى أداء العاملين المدنيين في مصر⁽³⁾، في مقابل شيوع استخدام مصطلحي التقويم والتقييم في مجال قياس مستوى أداء العاملين بالقطاع الخاص، لاسيما في علم إدارة

(1) انظر على سبيل المثال، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها: د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 8 وما بعدها.

(2) انظر د. ماجد الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 249 هامش.

(3) يعن لنا في هذا المقام أن نعيد التذكير بشيوع استخدام مصطلح التقويم في مجال قياس مستوى أداء الموظفين في قوانين التوظيف في العديد من البلدان العربية، لاسيما بلدان الخليج العربي.

يراجع في هذا الشأن على وجه الخصوص، د. أنور رسلان، تقارير الكفاية : دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 7. د. زكي هاشم، الطرق المختلفة لقياس كفاءة الموظفين والمستخدمين والعاملين في الأجهزة الإدارية بالدول العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي السادس للعلوم الإدارية، في الفترة من 2 إلى 7 ديسمبر 1972، القاهرة، ص 13 وما بعدها.

ومع ذلك فإن الدراسات السابقة لم تركز على الدلالات التي يمكن أن تستفاد من المغايرة في التسمية، وإنما اعتبرت أن المغايرة في التسمية هي مجرد مغايرة لغوية.

الأفراد⁽¹⁾. ومن ثم فإن الإجابة عن التساؤل المتعلق بتحديد المقصود بالتقويم في مجال قياس أداء الموظفين، ومغزى تحول المشرع الجديد في قانون نظام الخدمة المدنية إلى استخدام مصطلح تقويم الأداء كبديل عن كفاية الأداء، يتطلب منا البدء بتحديد المقصود بقياس كفاية الأداء في الاصطلاح القانوني، ثم البحث عن معنى تقويم الأداء في علم إدارة الأفراد الذي يشيع فيه استخدام مصطلح التقويم.

إنطلاقاً من قياس كفاية الإداء. وبصدد تحديد المقصود بنظام قياس كفاية الأداء، فقد طرحت العديد من التعريفات في فقه القانون العام المصري. وبصفة عامة فإن هذه التعريفات يمكن تقسيمها إلى قسمين: الأول يركز على الغاية من عملية القياس، والثاني يركز، إلى جوار الغاية، على الموضوع والوسائل.

فبالنسبة للقسم الأول من التعريفات، وهو الذي يركز على الغايات، فإن هذه التعريفات تركز على مدى توافر القيم الوظيفية *valeurs professionnelles*، في الموظف الذي يشغل وظيفة معينة. ولعل من أبرز التعريفات التي قيلت في هذا الصدد، هو تعريف الدكتور حمدي أمين عبد الهادي لنظام قياس كفاية الأداء بأنه

(1) انظر على سبيل المثال، د. محمد يسري منصور، التنظيم الإداري كأساس لتقييم الأداء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970، ص 75: د. أحمد صقر عاشور، إدارة الأفراد، بيروت، دار النهضة العربية، 1983، ص 10: د. عاطف محمد عبيد، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982، ص 13:

نظام" يعني قياس مدى توافر الصفات اللازمة لحسن أداء وظيفة ما في شاغلها"⁽¹⁾.

وفي المقابل فقد لاقى هذا التعريف العديد من الانتقادات في فقه القانون العام بالنظر إلى إهماله عنصري: موضوع القياس، ووسيلته⁽²⁾. فمن ناحية موضوع القياس، فإن التعريف السابق يهمل الأداء الذي يتعين أن ينصب عليه القياس، فالعبرة هي بأداء الموظف. فالقيم الوظيفية قد لا تكفل في كل الأحوال قياس أداء الموظف. وفي هذا الصدد يرى يتجه معظم الفقه⁽³⁾ إلى اعتناق تعريف الأستاذ الدكتور الدكتور سليمان الطماوي بأن قياس كفاية الأداء هي " عملية تقدير أداء كل فرد من العاملين خلال فترة زمنية لتقدير مستوى ونوعية أدائه"⁽⁴⁾. ومن ناحية أخرى فإن التعريف الأول الذي يركز على القيم الوظيفية يهمل وسيلة التقييم وهي الدلالات والمؤشرات التي يتعين أن ينصب عليها التقييم، والتي يتعين أن تتصف بالصفة الموضوعية.

(1) د.حمد أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة: دراسة الأصول العامة للتنمية الإدارية وتطبيقاتها المقارنة، مرجع سابق، ص 558.

(2) يراجع في نقد التعويل على توافر الصفات اللازمة لشغل الوظيفة كمعيار لتقويم الأداء، د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع اسبق، ص 20: د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 8 هامش.

(3) انظر على وجه الخصوص، د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، الموضع نفسه.

(4) د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 583. انظر كذلك

وبناء على ما سبق فقد اتجه الأستاذ الدكتور محمد أنس قاسم إلى تعريف قياس كفاية الأداء، بأنه " تحليل دقيق لما يؤديه الموظف من واجبات وما يتحمله من مسؤوليات بالنسبة للوظيفة التي يشغلها، ثم تقييم هذا الأداء تقييماً موضوعياً وفقاً لنظام واف يكفل تسجيل عمل كل فرد ووزنه بمقياس دقيق وعادل بحيث يكون التقدير في النهاية ممثلاً للكفاية الحقيقية للعامل وذلك خلال فترة زمنية معينة"⁽¹⁾.

ويعيب التعريف السابق في وجهة نظرنا تركيزه على جانب التقييم، بمعنى الآلية التي تتوصل من خلالها الإدارة لتحديد مرتبة إجابة الموظف في عمله. ومن ثم فإن التعريف السابق يتضمن إغفالاً لجانب هام من نظام الكفاية الذي أتت به القوانين السابقة، وهو الغاية النهائية من عملية القياس وأهدافها والتي ترتبط بجانب الثواب والعقاب. فغاية نظام الكفاية لا يمكن حصرها أبداً في تحديد مدى إجابة الموظف لعمله. كما أن التعريف السابق يعيبه أيضاً التركيز على الضمانات القانونية التي تكفل موضوعية القياس ودقته، وهذه العناصر تعد من شروط مشروعية القياس، في حين أن التعريف يجب أن يكون بذكر أركان المعرف، لا بتحديد شروط مشروعيته.

ونتيجة للانتقادات السابقة، فقد اتجه جانب كبير من الفقه إلى تبني تعريف الأستاذ الدكتور أنور رسلان لنظام تقدير الكفاية، بتعريفه بأنه " تحليل وتقويم أداء

(1) د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 183. أنظر في تأييد هذا التعريف، د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

الموظفين العموميين لعملهم ومسلكتهم وتقدير مدى صلاحيتهم وكفاءتهم في النهوض بأعباء الوظائف الحالية التي يشغلونها وتحمله لمسئولياتهم وإمكانيات تقلدهم مناصب وأعمال ذات مستوى أعلى⁽¹⁾.

والحقيقة أن هذا التعريف الأخير يبدو لنا أقرب التعريفات لنظام قياس كفاية الأداء بالنظر لتركيزه على العناصر الأساسية في عملية القياس ونتيجتها الأبرز، المتمثلة في الترقية.

وأيًا ما كان الخلاف حول العناصر الأساسية التي يتعين أن يشتمل عليها قياس كفاية الأداء، فإنه مما لا خلاف عليه أن نظام قياس كفاية الأداء الذي أتت به قوانين نظم العاملين المدنيين المتعاقبة، يهدف إلى تمكين الإدارة من التمييز بين الموظفين وفقًا لكفاءتهم في العمل⁽²⁾. وهذا التمييز يكون له أبلغ الأثر في منح الترقيات والعلاوات أو منعها وكذلك الاستمرار في الوظيفة. وهو ما يمثل جانب الثواب والعقاب الذي له أبلغ الأثر في تحفيز الموظفين واستنهاض الهمم للعمل، وهو ما يحقق في النهاية انتظام سير المرفق العام وحسن أدائه للمهام المنوطة به.

(1) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية : دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 20.

(2) انظر، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 4 وما بعدها.

وصولاً إلى التقييم. إن نظام قياس كفاية الأداء الذي اعتنقه المشرع في قوانين نظام العاملين المدنيين المتعاقبة يكمن جوهره في تقييم أداء الموظف ؛ ومن ثم فإن عملية القياس تستند غرضها بتقييم الموظف بأحد المراتب المحددة قانوناً، لتنتقل بعد ذلك إلى ترتيب الآثار المترتبة على هذا التقييم والتي تتمثل إما في الثواب أو العقاب، وهو ما يعبر عن قصور نظام قياس الأداء. فنظام كفاية الأداء لا يتجاوز ذلك لتحليل دقيق لهذا الأداء وما يمكن أن يكشف عنه في إطار أوسع من عملية التقييم، بهدف معالجة الخلل الذي يمكن أن يتبدا من خلال عجز الوحدة عن تحقيق أهدافها، أو بالعكس محاولة تعضيد جوانب القوة التي يمكن أن تساعد المرفق في تحقيق أهدافه.

وعند هذه النقطة ننتقل إلى البحث عن تعريف للتقييم في علم إدارة الأفراد والمؤسسات الخاصة⁽¹⁾. فالتقييم بصفة عامة يجري تعريفه بأنه الحكم على قيمة الشيء وتقديره بغرض تقويمه، أي بغرض إصلاح الخلل الذي يشوبه إن وجد⁽²⁾. ويعرف المتخصصون عملية التقييم بأنها " عملية منظمة تتضمن جمع المعلومات والبيانات ذات العلاقة بالظاهرة المدروسة، وتحليلها لتحديد درجة تحقيق الأهداف. وهو ما يكون له بالتالي أبلغ الأثر في اتخاذ القرارات الصائبة من أجل التصحيح

(1) د. محمد حافظ حجازي، إدارة الموارد البشرية، الإسكندرية، دار الوفاء للشر والطباعة ، 2005:

د. محمد سعيد أنور سلطان، إدارة الموارد البشرية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2003.

(2) إبراهيم أنيس وآخرون : " المعجم الوسيط "، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ج 2، ط 4، ،

والتصويب"⁽¹⁾. فالنقويم يتضمن تحديد أسباب النجاح بغرض تعضيدها أو أسباب الفشل بغرض علاجها.

أما عن استخدام مصطلح تقويم الأداء في مجال إدارة الأفراد في المؤسسات الخاصة، فإن هذا المصطلح يشيع استخدامه في مجال تقدير أداء وسلوك الموظَّفين⁽²⁾، ويشير إلى عملية تهدف إلى الفحص الشامل لأداء وسلوك الموظفين، كل على انفراد. وتهدف هذه العملية الإدارية إلى تحقيق أهداف شتى⁽³⁾. فقد يتمثل الهدف في تحديد مدى مناسبة أداء الموظف للوظيفة المعين عليها، وذلك في إطار عملية إعادة توزيع الموظفين. وقد تهدف هذه العملية إلى تحديد مدى احتياج الموظف إلى التدريب، سواء بغرض تلافي أوجه القصور في أداء العامل لعمل الوظيفة التي يشغلها، وقد يكون الهدف هو اكساب الموظف مهارات جديدة في إطار عملية الترقية لتولي وظيفة أعلى. وقد تهدف عملية التقويم إلى إعادة النظر في مرتبات العاملين بالمؤسسة، فتظهر حالئذ الحاجة إلى تحديد مدى استفادة المؤسسة من الموظف، والتي على أساسها تجري عملية تعديل المرتبات. وأخيرًا فقد

(1) د. سيد محمد جاد الرب، استراتيجيات تطوير وتحسين الأداء: الأطر المنهجية والتطبيقات العلمية، القاهرة، دار السحاب، 2009.

(2) د. كامل بربير، إدارة الموارد البشرية، بيروت، المؤسسة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، 1997.

(3) د. أحمد صقر عاشور، إدارة الأفراد، بيروت، دار النهضة العربية، 1983، ص 10.

يهدف التقويم إلى مساعدة الإدارة في اتخاذ قرار بالاحتفاظ بالموظف من عدمه في إطار عملية تهدف إلى خفض أعداد العاملين.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف تقويم الأداء بأنه "عملية فنية تقوم بها الجهة المسؤولة عن إدارة العاملين وتكمن في الفحص الدقيق والشامل لسلوك العامل في نهوضه بواجبات وظيفته بهدف تحقيق أقصى استفادة ممكنة من الموظف وذلك من خلال الإجراءات الإدارية المختلفة المنوطة بهذه الجهة من ترقية ونقل وندب وتدريب ومنح علاوة واستمرار في الخدمة".

ومما سبق يتضح أن النظام الذي جاء به قانون الخدمة المدنية يركز على الجانب التقويمي لقياس الأداء. فالقياس وما يتمخض عنه من تقييم لأداء الموظف في ظل نظام تقويم الأداء الجديد الذي جاء به قانون الخدمة المدنية ليس غرضاً في ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق غرض، وهو الوصول إلى أقصى استفادة ممكنة من الموظف. وذلك عن طريق الوقوف على مواطن الخلل لعلاجها، ومواطن القوة لتعويضها في سبيل تحقيق الأهداف المحددة سلفاً للوحدة. بعبارة أخرى فإن النظام الجديد يهدف إلى الخروج عن مجال الثواب والعقاب، للتعرف على نحو أكثر عمقاً على إمكانيات العنصر البشري الذي تستخدمه الإدارة وتعتمد عليه، وذلك بهدف

الاستفادة منه على النحو الأفضل. وبهذا يكون المشرع الجديد قد استجاب لمطلب
نادى به الفقهاء في ظل قانون العاملين المدنيين السابق رقم 47 لسنة 1978⁽¹⁾.

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع السابق، ص
25.

المطلب الثاني

الفلسفة العامة

طرح الإشكالية: طبيعة نظام تقييم الأداء. لعل أول التساؤلات التي تتور بصدد دراسة نظام تقييم الأداء الوارد في قانون الخدمة المدنية الجديد تتعلق بطبيعة هذا النظام، بعبارة أكثر وضوحًا ما إذا كان يعد امتدادًا طبيعيًا لأنظمة قياس كفاية الأداء الواردة في القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة، أم أن نظام تقييم الأداء يعبر عن بزوغ اتجاه جديد في مجال الوظيفة العامة يعد هذا النظام أحد انعكاساته؟

وإذا كانت الإجابة في صالح الفرضية الثانية، فإن هناك مجموعة أخرى من التساؤلات تطرح حالئذ نفسها بقوة، يأتي في مقدمتها التساؤل المتعلق بمسائل النظام السابق لقياس مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة وأسباب البحث عن نظام جديد لقياس الأداء، وكذلك التساؤل المتعلق بأهداف هذا الاتجاه الجديد الذي يعد نظام تقييم الأداء أحد انعكاساته، وأخيرًا التساؤل المتعلق بأبرز الانعكاسات الأخرى لهذا الاتجاه الجديد في قانون الخدمة المدنية والتي ترتبط بموضوع بحثنا، وهو نظام قياس مستوى الأداء.

وبصدد الإجابة عن التساؤلات السابقة، فإننا يعن لنا أن نذكر بأن مجال الوظيفة العامة يعد من أبرز نقاط الالتقاء بين علم القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى، وفي

مقدمتها علم الإدارة العامة. فالإجابة عن التساؤلات السابق طرحها تستدعي منا البحث في الظروف التي أحاطت بإصدار قانون الخدمة المدنية الجديد والأهداف التي يرنوا واضعوا هذا القانون إلى تحقيقها. وفي هذا الإطار تتكامل الأهداف والغايات مع الوسائل في سبيل رسم إطار عام تنتظم فيه القواعد القانونية الجديدة التي جاء بها قانون الخدمة المدنية، وذلك في محاولة لتفسير قواعد القانون الجديد وجعلها أكثر وضوحًا. فالحقيقة أن قواعد القانون ليست هدفًا في ذاتها، وإنما هي أحد الوسائل التي يلجأ إليها الساسة لتحقيق أهداف معينة تتجاوز القاعدة القانون بالمعنى الضيق، وتتجاوز بالتالي الاعتبارات القاعدية التي تركز عليها المدرسة الوضعية في القانون بزعامة هانز كلسن. ومن ثم فإن تحديد الاتجاه العام الذي يعبر عنه قانون الخدمة المدنية الجديد يستدعي البحث في الأهداف السياسية التي تقف وراء إصداره، وتتبع تأثير هذه الأهداف على الوسائل القانونية في ضوء المستجدات التي يفرزها علم الإدارة.

فنظام تقويم الأداء هو في الحقيقة أحد أدوات إدارة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة التي تتكامل مع غيرها من الوسائل والأدوات التي جاء بها القانون في سبيل تحقيق أفضل استفادة ممكنة من العنصر البشري، وذلك من أجل إنجاز الأهداف التي تحددها القيادة السياسية للجهاز الإداري للدولة. ومن ثم فإن إلقاء نظرة على الوسائل والأدوات الأخرى لإدارة العنصر البشري الواردة في قانون الخدمة المدنية يمكن أن تساعدنا في البحث عن إجابة للتساؤلات السابق طرحها.

ومن هذا المنظور نلاحظ دون عناء أن تبني نظام جديد لقياس مستوى أداء العاملين المخاطبين بقانون الخدمة المدنية يندرج ضمن اتجاه عام يتسم بالحدثة، نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة، وهو ما يتبدا باعتباره ضرورة في مواجهة العديد من المتغيرات العالمية والمحلية. ومضمون هذا الاتجاه الجديد نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة يتمثل في استلهاام العديد من النظم المتبعة في إدارة العنصر البشري في القطاع الخاص.

والحقيقة أن تتبع هذا الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة يقودنا إلى البحث في القانون المقارن الذي يتبدا فيه هذا الاتجاه واضحا منذ فترة ليست بالوجيزة، بل لعنا لا نبالغ في القول بأن جمهورية مصر العربية قد تأخرت كثيرا في اللحاق بركب هذا الاتجاه. وفي هذا الإطار فقد قدمت العديد من الدراسات في القانون المقارن التي تشير إلى عجز الأنظمة التقليدية للوظيفة العامة عن الوفاء بمقتضيات العصر، وهو ما يوجب الإستعانة بالعديد من النظم الإدارية المتبعة في القانون الخاص والتي أثبتت فاعليتها في إعطاء دفعة للجهاز الإداري للدولة في سبيل الوفاء بمقتضيات العصر.

هذا الاتجاه المتنامي في القانون المقارن تتبدا انعكاساته واضحة في العديد من التغييرات التي طالت نظام الوظيفة العامة في العديد من الدول الأجنبية، وفي مقدمتها فرنسا: مهد القانون الإداري. ومن المنظور السابق يتبدا هجر النظام القانوني الفرنسي لنظام التقييم بالدرجات، واعتماد نظام التقييم من خلال مقابلة

مهنية بين الرئيس والمرؤوس وهو النظام الأكثر شيوعًا لتقويم الأداء في القطاع الخاص، كأحد انعكاسات هذا الاتجاه نحو تطعيم الجهاز الإداري للدولة بالنظم الإدارية التي أثبتت فاعليتها في القانون الخاص.

أما في مصر، فإن هذا الاتجاه نحو الحوكمة تتبدا انعكاساته في اعتناق المشرع للعديد من النظم الإدارية السائدة في القطاع الخاص، وفي مقدمتها نظام الإدارة بالأهداف الذي يعد نظام تقويم الأداء أحد وسائله. وتقوم هذه النظم على النظر إلى العمليات التي تستهدف إدارة العنصر البشري وفي مقدمتها تقويم الأداء، على أنها عمليات فنية متخصصة ينبغي أن يعهد بها إلى متخصصين في الإدارة. هذا الاتجاه الجديد نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة تتبدا انعكاساته في العديد من مواضع قانون الخدمة المدنية، لاسيما في حرص المشرع على أن يعهد بعملية تقويم الأداء إلى لجنة إدارة الموارد البشرية، كبديل عن لجنة شئون العاملين.

وسوف نعالج في الفرع الأول الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة وانعكاساته في القانون المقارن. ثم نتناول في الفرع الثاني الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة وانعكاساته في القانون المصري.

الفرع الأول

في القانون المقارن

الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري وانعكاساته في القانون المقارن. الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة، بما يعنيه ذلك من الاستعانة ببعض النظم المتبعة في إدارة العنصر البشري في القطاع الخاص وتطويعها لتتناسب مع مجال الوظيفة العامة، يبدو بمثابة اتجاه عالمي أخذ يغزو القانون الإداري، ولاسيما الوظيفة العامة في نهاية القرن العشرين. هذا الاتجاه نادى به العديد من الدراسات الإدارية المقارنة، مدفوعةً بتوفير أكبر قدر من الفاعلية لنظام الوظيفة العامة الذي يبدو مكبلاً بالعديد من القيود القانونية والإدارية التي تعيقه عن التجاوب مع معطيات العصر. وفي هذا الإطار فقد قدم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة المحاسبات الفرنسية عددًا من الدراسات عن واقع الوظيفة العامة في فرنسا والتي تنطبق معطياتها على الحالة المصرية إلى حدٍ بعيدٍ. ومن ثم سيكون من المفيد لنا في مقام الإجابة عن التساؤل المتعلق بطبيعة نظام تقويم الأداء، التعرض لمثل هذه الدراسات.

وتتبدأ أحد انعكاسات الاتجاه السابق في القانون الفرنسي في استبدال نظام التقويم من خلال المقابلة المهنية بين الرئيس والمرؤوس وهو النظام السائد في القطاع الخاص، بالنظام الفرنسي العتيد للتقييم بالدرجات.

وسوف ننتاول في الغصن الأول الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة في القانون المقارن، ثم نحاول في الغصن الثاني تتبع انعكاسات نظام تقويم الأداء في فرنسا.

الغصن الأول

الاتجاه نحو الحوكمة

إذا صوبنا نظرنا صوب القانون المقارن، سنجد أن بزوغ المفاهيم المرتبطة بإدارة الموارد البشرية إلى مجال الإدارة العامة عمومًا، والوظيفة العامة خصوصًا، إنما يعبر عن اتجاه متنامي قد بدأ منذ ثمانينات القرن المنصرم⁽¹⁾. هذا الاتجاه عبرت عنه العديد من الإصلاحات الإدارية التي استهدفت نظام الوظيفة العامة في الولايات المتحدة⁽²⁾، وبريطانيا⁽³⁾، وإيطاليا⁽¹⁾. هذه الإصلاحات وإن كانت تتجاوز

⁽¹⁾ يراجع بالفرنسية في هذا الاتجاه،

R. HOLCMAN, « Secteur public, secteur privé : similarités et différences dans la GRH », Revue française d'administration publique, 2007, n° 123, p. 40 et s ; G. BAROUCH et H. CHAVAS, « Le rôle et la place de la ressource humaine dans la modernisation de la fonction publique française », Revue Politiques et Management Public, 1990, n° 2, p. 133 ; J. CHEVALLIER, « Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines », Revue française d'administration publique, 2010, n 103, p.907 et s.

⁽²⁾ يراجع بالفرنسية،

G. CALVES, La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ?, In: perspectives pour la fonction publique, paris, La documentation française, p. 389 et s.

⁽³⁾ يراجع بالفرنسية،

مجرد آليات التقييم والرقابة والمتابعة، وتتخذ من آليات الدخول إلى الوظيفة العامة والخروج منها موضوعاً لها، وهو ما يجعلها بالتالي تخرج عن نطاق بحثنا، إلا أنها تسجل في مجملها في إطار اتجاه نحو تبني نظم مشابهة للمتبعة في القطاع الخاص فيما يتعلق بإدارة العنصر البشري في الجهاز الإداري للدولة.

وفي مجال الحديث عن القانون المقارن من منظور دراسة قانونية تنصب على مجال الوظيفة العامة في مصر، فإن الحالة الفرنسية تكتسب أهمية خاصة. وذلك بالنظر لعوامل التشابه بين النظام القانوني المصري والنظام القانوني الفرنسي الناجمة من طبيعة التنظيم السياسي والإداري في كل من البلدين. فالدولة تتخذ في كل من مصر وفرنسا شكل الدولة البسيطة. كما أن الجهاز الإداري للدولة في كل من البلدين يتكون من مجموعة من الكيانات التي يكون كل منها مرفق عام، في إشارة إلى اختلاف القواعد الحاكمة للكيانات التي يتكون منها الجهاز الإداري للدولة عن تلك الحاكمة للكيانات الخاصة وفي مقدمتها الشركات. أما عن الوظيفة العامة، فإنها قد تم تصورها في كل من البلدين كنظام قانوني مغاير للنظام القانوني الذي

D. FAIRDRIEVE, La fonction publique en Grande-Bretagne, In: perspectives pour la fonction publique, paris, La documentation française, p.415

(1) يراجع بالفرنسية،

R. CARANTA, Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie, In: perspectives pour la fonction publique, paris, La documentation française, p. 399 et s.

يحكم علاقات العمل في القانون الخاص. وتتمخض هذه المغايرة عن الاعتراف للموظف العام بمركز قانوني متميز عن المركز القانوني للعامل في القطاع الخاص، سواء فيما يتعلق بالحقوق أو الواجبات.

ومع ذلك فإن الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة من خلال الاستعانة بالعديد من النظم الإدارية المتبعة في القطاع الخاص أخذ في الظهور في فرنسا بقوة في أواخر القرن العشرين، وقد أخذ هذا الاتجاه في التعاضم في الحالة الفرنسية في بدايات القرن الواحد والعشرين. هذا الاتجاه بدأ مدفوعًا باعتبارين. فمن ناحية، فإن الوظيفة العامة تمثل أحد أكبر مصادر إنفاق المخصصات في الموازنة العامة للدولة. ومن ثم فيتعين أن تخضع لقواعد الإنفاق الرشيد. ومن ناحية أخرى فإن الوظيفة العامة ترتبط بالمرافق العامة، وهذه الأخيرة هي كيانات إدارية تهدف إلى تقديم خدمات للمستفيدين من خدمات المرافق العامة. هذه الأداءات يسهر على تقديمها العنصر البشري للإدارة. ومن هنا فإن الحاجة الملحة لتحسين مستوى أداء الخدمات التي تقوم عليها المرافق العامة يتطلب تحسين مستوى أداء عمال هذه المرافق ، بالبحث عن أفضل سبيل لأداء العنصر البشري لمهامه⁽¹⁾.

⁽¹⁾يراجع بالفرنسية،

J-M. AUBY et R. DUCOS-ADER), Institution administrative, Paris, Dalloz, 2 Ed, 2012, p.256 : Ch. DEBBASCH et F. COLIN, Administration publique, Paris, Economica, 5 Ed 2014.

وفي هذا الإطار يُعَن لنا لفت الأنظار إلى الدراسة السنوية التي أٌعدّها مجلس الدولة الفرنسي في عام 2003⁽¹⁾، بعنوان التوقعات المستقبلية لتطور نظام الوظيفة العامة، ولاسيما الجزء الثاني المعنون خواطر عن الوظيفة العامة. وقد جاءت هذه الدراسة في إطار دور مجلس الدولة الفرنسي في جذب انتباه السلطات العامة للدولة للتعدّيات ذات الطبيعة التشريعية أو اللائحية أو الإدارية التي يرى من خلال مباشرته لمهامه واختصاصاته ضرورتها لتحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

وقد تناولت هذه الدراسة التحديات الأساسية التي تواجه نظام الوظيفة العامة بالنظر إلى العديد من المتغيرات التي طرأت على الساحة الفرنسية، التي تتمثل بصفة أساسية في تضخم النفقات العامة الناجم بصورة أساسية عن إزدياد أعداد الموظفين المعيّنين بصفة دائمة بالجهاز الإداري للدولة. وذلك في مقابل نقص فاعلية الجهاز

(1) يراجع بالفرنسية الدراسة السنوية لمجلس الدولة الفرنسي، لاسيما الجزء الثاني المعنون بخواطر عن الوظيفة العامة، ص 225 وما بعدها

CE Rapport public, Jurisprudence et avis de 2002 ; Perspectives pour la fonction publique, La documentation française, 2003, p.225 et s.

الدراسة متاحة على الرابط التالي، تمت استشارتها بتاريخ 2020/3/13،

<https://www.viepublique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000123.pdf>

(2) يراجع بالفرنسية، المادة ل 112-3 من كود العدالة الإدارية،

Article L112-3 dispose que : «Le Conseil d'Etat peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ».

الإداري للدولة بالنظر لعدم قدرته على تحقيق الأهداف التي تحدد له من قبل القيادة السياسية، وعدم قدرته على إرضاء المستفيدين من خدمات المرافق العامة في ظل مناخ تسوده الديمقراطية ويكتسب فيه رضاء المتعاملين أهمية كبيرة. هذا علاوة على التحديات الناجمة عن العولمة وما يرتبط بها من ضرورة مواكبة الثورة التكنولوجية والمعلوماتية والقدرة على التعامل مع معطياتها، وأخيرًا التحديات الناجمة عن الإنصهار الفرنسي في الاتحاد الأوروبي وما ارتبط بهذا الاتحاد من متطلبات، يأتي في مقدمتها ضرورة توافق النظم القانونية والإدارية الفرنسية مع ما يفرضه القانون الأوروبي.

وقد انتهى المجلس في هذه الدراسة إلى أن التقيد الجامد بمفهوم الوظيفة العامة كإطار قانوني مغاير ومنفصل تمامًا عن النظام القانوني المتبع في القطاع الخاص، من شأنه أن يسهم في جمود الجهاز الإداري للدولة الفرنسية وتخلفه عن اللاحق بركب التطور. وقد انتهى مجلس الدولة في دراسته لعدد من التوصيات⁽¹⁾، يأتي في مقدمتها وأكثرها إلحاحًا ضرورة تبني نظم مشابهة لتلك المتبعة في القطاع الخاص، وعلى رأسها النظم التي تتعلق بإدارة العنصر البشري⁽²⁾.

(1) يراجع بالفرنسية تقرير المجلس السابق الإشارة إليه، ص 305،

CE Rapport public, Jurisprudence et avis de 2002 ; Perspectives pour la fonction publique, op .cit , p.305

(2) يراجع بالفرنسية،

Ibidem, p. 344.

وهكذا فإن التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي لم يتردد في جذب الانتباه إلى التحديات التي تواجه نظام الوظيفة العامة، وإلى الدور السلبي الذي يمكن لمبادئ القانون العام التقليدية أن تلعبه من دور في إعاقة الجهاز الإداري للدولة عن اللحاق بركب التطور، وإلى ضرورة تحديث هذا النظام. وذلك على الرغم من الدور التاريخي لمجلس الدولة الفرنسي في صياغة نظام الوظيفة العامة في فرنسا كنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العمل في القطاع الخاص.

ولا تعد الدراسة السابق الإشارة إليها التي أجراها مجلس الدولة الفرنسي الوحيدة في هذا المقام، فقد أجرت محكمة المحاسبات الفرنسية هي الأخرى دراسة عن فاعلية الوظيفة العامة في فرنسا، بعنوان عمال الدولة من 1980 إلى 2008: دراسة للحالة الراهنة. وتكتسب كذلك الدراسة التي أجرتها محكمة المحاسبات الفرنسية عن الجهاز الإداري للدولة أهمية خاصة في هذا المجال بالنظر لدراستها لوضع الجهاز الإداري للدولة الفرنسية على مدار 20 عامًا من 1980 -⁽¹⁾2008، على ضوء مختلف المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وقد انتهت الدراسة إلى ضرورة إدخال تعديلات جوهرية على النظم المتبعة في إدارة الجهاز الإداري

(1) يراجع بالفرنسية التقرير الصادر عن محكمة المحاسبات الفرنسية لعام 2009، بعنوان عمال الدولة،

La Cour de compte, Rapport public, Les effectifs de l'état 1980-2008 : un état des lieux, La Documentation française, 2009, p.99 et s.

التقرير متاح على الموقع التالي، تمت استشارته بتاريخ 10 ديسمبر 2020،

<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000601.pdf>

للدولة، بما يضمن نجاح هذا الجهاز في تحقيق الأهداف السياسية التي يعول عليه في تحقيقها. وقد انتهت هذه الدراسة التي أعدت في إطار متابعة نتائج خطة الإصلاح السياسية التي تبنتها الحكومة الفرنسية في عام 2007⁽¹⁾، إلى ضرورة إدخال تعديلات واسعة على السياسات العامة المهيمنة على موضوع الوظيفة العامة، وإلى ضرورة تبني نظم إدارية مشابهة لتلك المتبعة في المؤسسات الخاصة، وذلك بغية تحقيق هدفين أساسيين: الأول يتمثل في تحقيق فاعلية الجهاز الإداري للدولة، والثاني يتمثل في ضمان أفضل استخدام للأموال العامة.

أما عن الأمر الأول المتعلق بفاعلية الجهاز الإداري للدولة بمعنى قدرته على تحقيق الأهداف المحددة له من قبل القيادة السياسية، فهو يتطلب تبني خطة طويلة الأمد تهدف إلى زيادة كفاءة العنصر البشري الذي يقوم عليه الجهاز الإداري للدولة، وهو ما سيؤدي إلى تحسين مستوى الخدمات التي يقدمها هذا الجهاز إلى جمهور المستفيدين من خدمات المرافق العامة. وهذا الهدف لن يتحقق بدون أمرين، الأول يتمثل في تحقيق أفضل استفادة ممكنة من الإمكانيات البشرية المتاحة لهذا الجهاز، والثاني يكمن في رفع كفاءة أداء العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة.

(1) لمزيد من التفصيل حول خطة مراجعة السياسات العامة La révision générale des politiques publiques، المعروفة اختصارًا RGPP، يراجع بالفرنسية،

F. LAFARGE et M. LE CLAINCHE La révision générale des politiques publiques, Revue française d'administration publique, 2010, 136, P.751 et s : G. CARACASSONE, Fonction publique et fonction politique, in : Perspectives pour la fonction publique, op.cit, p.443

أما المحور الثاني فيتمثل في تحقيق أقصى استفادة ممكنة من النفقات العامة، وما يرتبط بهذا الهدف من تحقيق ترشيد في النفقات العامة. وهو ما يتطلب إعادة النظر في أوليات هذا الجهاز على ضوء الاحتياجات الفعلية، وما يقابلها من أهداف.

وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول إنعكاسات هذا الاتجاه على موضوع تقويم الأداء في فرنسا، وهو ما ينقلنا للغصن الثاني.

الفصل الثاني

الإنعكاسات على نظام تقويم الأداء

يعد عدول فرنسا عن نظام تقييم الأداء من خلال الدرجات، وتبني نظام تقويم الأداء من خلال مقابلة مهنية أحد أبرز انعكاسات الاتجاه السابق. وقد تم هذا التحول بالنظر للمسالب المتعددة التي كشفتها الدراسات الإدارية التي أجريت على النظام السابق للتقييم في فرنسا. فكان الاتجاه نحو نظام يتسم من الناحية الإجرائية بالبساطة، وبالقدرة على تحقيق أهداف نظام تقويم الأداء، فكان الاتجاه لتبني نظام التقييم من خلال المقابلة المهنية بين الرئيس والمرؤوس.

أولاً: في العدول عن نظام التقييم بالدرجات

نظام التقييم بالدرجات والتقديرية. ويعد نظام تقويم أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة من بين المجالات التي استهدفتها خطة مراجعة السياسات العامة في فرنسا. وفي هذا الإطار يسجل عدول النظام القانوني الفرنسي مؤخراً عن تبني نظام تقييم الأداء بالدرجات والمراتب الذي كان قد أتى به قانون الموظفين الصادر سنة 1983، ليتبنى نظام أكثر بساطة وأقل تعقيداً⁽¹⁾، وهو نظام التقويم من خلال مقابلة

(1) يراجع بالفرنسية،

J. CHEVALILIER, "Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines", Revue française d'administration publique, 2010, n 103, p.907 et s

شخصية بين الرئيس والمرؤوس . وتهدف هذه المقابلة إلى تقييم القيم المهنية للموظف بدقة.

وقد كان نظام تقييم الأداء الموظفين عن طريق تقارير يعدها الرئيس الإداري تنتهي إلى تقييم أداء الموظف بدرجة إجمالية، على أن يعقبها تقييم آخر للموظف بتقدير عام، يعد بمثابة أحد النظم الإدارية الفرنسية الضاربة جذورها في نظام الوظيفة العامة في فرنسا⁽¹⁾. وعلى الرغم من إعادة صياغة نظام الوظيفة العامة في فرنسا في العقد الثامن من القرن العشرين، فقد احتفظ النظام القانوني الفرنسي بنظام تقييم الأداء عن طريق الدرجات والتقييمات.

وعن أبرز ملامح نظام الوظيفة العامة في فرنسا، فمن المعلوم أن الجهاز الإداري للدولة الفرنسية يشتمل على ثلاثة طوائف رئيسية من الموظفين⁽²⁾، يحكمها جميعاً

(1) يراجع بصدد جذور نظام الجمع بين التقدير الرقمي والتقدير العام في فرنسا، د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

(2) يراجع بالفرنسية بصدد عرض الملامح العامة الحاكمة للنظام القانوني للوظائف العامة في فرنسا،

Y. GAUDEMET, Droit administratif, Paris, LGDJ, 2010, 233 : A . DE LAUBADERE, Traité de droit administrative, tom. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p.335 et s.

ويراجع بالعربية في هذا الشأن،

د. عبد الحميد حشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام القانوني الفرنسي، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة، 1974 : د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظام القانوني للوظيفة العامة: دراسات في القانون الفرنسي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2018.

قانون عام يتضمن حقوق والتزامات الموظفين، وهو القانون رقم 634 لسنة 83، الصادر في 13 يوليو 1983⁽¹⁾. وفيما وراء هذا القانون، فإن كل طائفة من هذه الطوائف الثلاثة تخضع لقانون خاص يحكمها. هذه الطوائف هي: موظفي الدولة "الإدارة المركزية" ويحكمها القانون الصادر في 11 يناير 1984⁽²⁾، وموظفي الإدارات المحلية ويحكمهم القانون الصادر في 26 يناير 1984⁽³⁾، وموظفي المؤسسات العلاجية ويحكمهم القانون الصادر في 9 يناير 1986⁽⁴⁾.

(1) انظر بالفرنسية القانون رقم 634 لسنة 83، الصادر 13 يوليو 1983، بشأن حقوق والتزامات الموظفين،

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires

(2) انظر القانون رقم 16 لسنة 84، الصادر في 11 يناير 1984، بشأن تنظيم الأوضاع الوظيفية لموظفي الدولة "الإدارات المركزية"،

La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

(3) يراجع بالفرنسية القانون رقم 53 لسنة 1984، الصادر في 26 يناير 1984، بشأن تنظيم الأوضاع الوظيفية لموظفي الإدارات المحلية،

La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale

(4) يراجع بالفرنسية القانون رقم 33 لسنة 86، الصادر في 9 يناير 1986، بشأن تنظيم الأوضاع الوظيفية للعاملين بالمؤسسات العلاجية للدولة،

Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

وقد كانت المادة 17 من القانون العام رقم 634، الصادر في 13 يوليو 1983، الخاص بحقوق وواجبات الموظفين، تنص على اعتبار نظام التقييم بالدرجات والتقديرات العامة بمثابة النظام العام الحاكم لتقييم أداء الموظفين في فرنسا. علاوة على ذلك فقد كان قانون من القوانين الخاصة بكل طائفة من الطوائف الثلاث السابق ذكرها يؤكد على مبدأ التقدير من خلال التقييم بالدرجات والتقديرات.

ويمكن إبراز أهم ملامح نظام تقييم الأداء من خلال الجمع بين الدرجات والتقديرات⁽¹⁾، في الأتي:

أولاً: يتم تقييم أداء الموظف من قبل الرئيس المختص مرة واحدة سنوياً بالنسبة لموظفي الإدارات المحلية والمؤسسات العلاجية، أو مرة كل سنتين بالنسبة لموظفي الإدارات المركزية.

ثانياً: ترتكز عملية التقييم على تقارير مطبوعة سلفاً توزع على الرؤساء الإداريين تتضمن عناصر معينة متعددة، يتولى الرئيس الإداري المختص ملئها بوضع درجة في مقابل كل عنصر من عناصر التقييم التي تتضمنها التقارير، وينتهي الرئيس الإداري المختص إلى تقدير رقمي لهذا الأداء من 20 درجة.

(1) من الجدير بالذكر أن النظام الفرنسي لقياس أداء الموظفين من خلال الجمع بين التقييم الرقمي والتقدير العام، محل العرض في المتن، قد أفاضت في شرحه مؤلفات فقه القانون العام، ولذلك فإننا سنقتصر على بيان موجز له محالين إلى ما سطره أستاذتنا في هذا المقام، يراجع على وجه الخصوص، د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 70، 317-321، 371-386: د. فاروق عبد البر، قدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية، مرجع سابق، ص 146.

ثالثًا: في أعقاب انتهاء عملية التقدير الرقمي، يتولى الرئيس الأعلى وضع تقدير عام للموظف. هذا التقدير العام يتعين أن يتوافق في المجمل مع التقدير الرقمي.

رابعًا: يجري إعلان الموظف بالتقدير الرقمي، وله أن يتظلم من هذا التقرير إلى اللجنة الإدارية المشتركة التي تنتهي إلى رفع توصياتها للإدارة بشأن التقدير الرقمي للموظف.

خامسًا: عملية التقييم السابقة عن طريق التقارير كانت ترتب أثارًا مباشرة عند إقدام الإدارة على الترقيات بأنواعها المختلفة، والعلاوات، هذا إضافة إلى أن الإدارة كانت تأخذ هذه التقارير بعين الاعتبار عند الإقدام على العديد من الإجراءات الإدارية الفردية من نقل وندب وإعارة.

سادسًا: يمكن للموظف أن يتظلم من هذه التقارير إلى اللجنة الإدارية المشتركة التي لها أن توصي بتعديل الدرجة الرقمية.

عيوب نظام التقييم بالدرجات والتقديرات. وقد شكلت الآلية السابقة لتقييم أداء الموظفين في فرنسا موضوعًا للعديد من الدراسات الإدارية⁽¹⁾، والتي انتهت في

(1) يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

A. BARTOLI, Les nouvelles prespective de la GRH dans la fonction publique, Les Cahiers francais, n 333, 2006, p. 30 et s. : F, CROUZATIER–DURAND Performance effcience Le personnel de la fonction publique et mutation, Droit administratif, n 3 2012, p. 10 et s: DAVI (C.), Evolution des structures et gestion des ressources humaine,

مجمّلها إلى إثبات أن هذا النظام قد تحول في الواقع إلى نظام يتسم بالروتينية، والتعقيد، وعدم الفاعلية.

فأولاً: قد خلصت الدراسات الإدارية التي استهدفت هذا النظام إلى ملاحظة أن الرؤساء الإداريين يميلون في العادة إلى التعامل مع هذه التقارير بطريقة نمطية من خلال النظر إلى عملية التقييم بالدرجات على أنها عملية روتينية تتمخض عن ملء مجموعة من الخانات بطريقة موحدة أو على الأقل متقاربة، وهو ما كان ينتهي إلى منح الرؤساء لمؤوسيهم درجات موحدة أو متقاربة إلى حدٍ بعيدٍ. هذه الدرجات كما تشير الدراسات لا تعبر عن واقع حال أداء الموظفين في فرنسا، في إشارة إلى مبالغة الرؤساء بصفة عامة في تقييم مؤوسيهم، وذلك تجنباً للانطباعات السيئة التي يمكن أن تتركها عملية التقييم، وخشية من تفجر المنازعات في حال عدم رضاء الموظف عن تقييمه. ومن هذا المنظور فإن العملية السابقة تتسم من جهة بالروتينية والتعقيد بالنظر إلى أنها تستغرق الكثير من وقت وجهد الرؤساء الإداريين، وهو ما يعيقهم بالتالي عن التفرغ للمهام الإدارية الأكثر أهمية. كما أنها تتسم من جهة أخرى بعدم واقعيتها، وهو ما يعني أن نتائج التقييم لا يمكن الاعتماد عليها في العمليات الإدارية التي تقدم عليها الإدارة.

Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration, n 296, 2010, p. 23 et s.

ثانياً: لاحظت الدراسات الإدارية أن النظام السابق يتسم بضآلة فاعليته بالنظر لمحدودية الآثار القانونية التي ترتبها هذه التقارير. فأمام منح الدرجات بطريقة مغالى فيها لعدد كبير من المرؤوسين، فإن الإدارة لم يكن يمكنها توفير الاعتمادات المالية، سواء المرتبطة بمنح العلاوات، أو المرتبطة بالترقيات، لاسيما وأن الإدارة يتوافر لديها العلم بعدم واقعية هذه الدرجات. وبالتالي الإدارة لم تجد أمامها بداً من تقليص الآثار التي ترتب على تقارير تقييم الأداء.

ثالثاً: تشير الدراسات الإدارية إلى أن نظام التقييم بالدرجات والتقدير على النحو السابق لا يعدو أن يكون أحد أنظمة التقييم ؛ ذلك أنه يهدف إلى الحكم على أداء الموظف لأعمال وظيفته خلال فترة زمنية معينة، دون أن يتناول المهارات المهنية للموظف ذاته وتطلعاته المهنية. فقد أشارت العديد من الدراسات الإدارية إلى أن مشكلة عدم إندماج الموظف في الوظيفة قد ترجع إلى أسباب ناتجة عن عدم ملاءمة الوظيفة لمهاراته على النحو الأمثل. فقد لوحظ أن مشكلة عدم الإندماج قد ترجع إلى وجود تطلعات للموظف بشغل وظيفة أخرى قد تتطلب نفس التأهيل المهني، ولكنها تقع في طائفة وظيفة أخرى يحكمها قانون يختلف عن القانون الحاكم للطائفة الوظيفية المعين عليها. ومن ثم فإن نظام التقييم من خلال الدرجات الذي يقتصر على تقييم الموظف لأعمال وظيفته المعين عليها، دون الالتفات إلى المهارات والتطلعات المهنية للموظف، هو نظام لا يسمح بالاستفادة القصوى من الموظف في حال ملاءمته أكثر لوظيفة أخرى بالجهاز الإداري للدولة.

وفي مقابل هذه الملاحظة الأخيرة، فإن هناك ملاحظة أخرى تفرض نفسها في الحالة الفرنسية تضطرد الدراسات الإدارية على الإشارة إليها، تتمثل هذه الملاحظة في وجود مشكلة في تناسق الجهاز الإداري للدولة. وتنتج هذه المشكلة عن تكس بعض الطوائف بالموظفين، في مواجهة طوائف أخرى لا يوجد بها العدد الكافي من الموظفين. وهو ما كانت الدولة تلجأ إلى معالجته بالتعيين بطريقة مبتدأة في هذه الوظائف الخالية. وهو ما كان يؤدي في النهاية إلى عدم حل مشكلة الإدارات المتكدسة، في مقابل زيادة النفقات المخصصة للوظيفة العامة من جهة أخرى.

ثانيًا: في تبني نظام التقويم من خلال المقابلات

وفي إطار بحث النظام القانوني الفرنسي عن النظام الأنسب لتقويم الأداء الذي يمكن التعويل عليه في تلبية التطلعات المختلفة لأطراف عملية التقويم ؛ الإدارة في بحثها عن نظام يتسم بالبساطة وبالفاعلية يمكن التعويل عليه في ذات الوقت في خفض النفقات ورفع كفاءة الأداء، ويمكن في الوقت نفسه قبوله من قبل الموظفين بالنظر إلى تطلعهم لنظام يراعي مهاراتهم وطموحاتهم، فقد اتجهت أنظار الدراسات الإدارية إلى البحث في النظم المتبعة في القانون الخاص. وفي هذا المقام تبين أن أغلب المؤسسات الخاصة الكبرى تتبني نظم أقل تعقيدًا في الإجراءات وتتسم ببساطتها، وتهدف في الوقت ذاته إلى تحقيق الاستفادة القصوى من مهارات العاملين لديها. وفي مقدمة هذه النظم المتبعة في القطاع الخاص يأتي نظام

التقويم من خلال المقابلة المهنية بين الرئيس والمرؤوس في إطار مرسوم مسبقاً تحددته الجهة المسؤولة عن إدارة العنصر البشري في المؤسسة⁽¹⁾.

ومن ثم فقد بدأت عملية الترويج لهذا النظام الجديد ضمن مجموعة الإصلاحات المزمع إجرائها في مجال الوظيفة العامة من قبل القيادة السياسية في فرنسا في عام 2007. على اعتبار أن النظام الجديد يعمل بصفة أساسية على تحديد إمكانيات الموظف ومهاراته وخبراته، بغرض الإجابة عن تساؤل يتعلق بمدى مناسبه للعمل الذي يتولاه، ووضع الموظف المناسب في المكان المناسب. بعبارة أخرى فإن النظام الجديد لتقويم الأداء من شأنه فتح آفاق وظيفية جديدة للموظف محل التقويم في الحالة التي يثبت فيها عدم ملاءمته لوظيفته التي يشغلها على النحو الأمثل، مع فتح إمكانية للتنقل بين وحدات الجهاز الإداري للدولة من خلال الندب والنقل. ففي حال رغبة الموظف في ممارسة عمل وظيفة أخرى بالجهاز الإداري للدولة، مع توافر الشروط المتعلقة بالتكوين العلمي وثبوت تناسب مهارات الموظف مع متطلبات هذه الوظيفة، وتحقق حاجة العمل بالجهة المنتدب إليها، فيمكن حاليًا ندب الموظف كليًا للقيام بأعمال هذه الوظيفة، فإذا ثبت ملاءمة الموظف لهذه الوظيفة خلال فترة الندب، فيمكن عندئذ نقل الموظف بصورة دائمة إلى هذه الوظيفة المنتدب إليها.

(1) يراجع بالعربية بصدد مقابلات التقدير، د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 87.

التحولات التشريعية نحو تبني نظام التقييم من خلال المقابلة. وقد بدأت سلسلة التحولات للعمل بالنظام الجديد بمقتضى القانون رقم 972 لسنة 2009، الصادر في 3 أغسطس 2009، بفتح إمكانية التنقل بين وحدات الجهاز الإداري للدولة⁽¹⁾، وقد نص هذا القانون على تعميم نظام التقييم من خلال المقابلة المهنية، على أن يبدأ العمل بالنظام الجديد على نحو تجريبي وجزئي بمقتضى الأداة اللائحية. فبدأ تطبيق النظام الجديد لتقييم الأداء أولاً على مستوى موظفي الإدارة المركزية، وعلى نحو جزئي في عام 2009، إلى أن تم تعميمه في 2012⁽²⁾. وبالنسبة لموظفي الإدارات المحلية فقد تم البدء في تطبيق هذا النظام في عام 2010، إلى أن تم تعميمه في 2012. وقد كان موظفي المؤسسات العلاجية آخر الطوائف الوظيفية

(1) يراجع بالفرنسية، القانون رقم 972 لسنة 2009، الصادر في 3 أغسطس 2009،

LOI n° 2009-972, du 3 août 2009, Relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

القانون متاح على شبكة المعلومات الدولية، على موقع التشريعات الفرنسية على الرابط التالي، تمت استشارته بتاريخ 2020/2/20،

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020954520/>

(2) يراجع بالفرنسية المنشور الصادر في 23 أبريل 2012، بتعميم تقييم الأداء من خلال المقابلة المهنية بين الرئيس والمرؤوس،

Circulaire relative aux modalités d'application du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat

الثلاثة التي تتحول إلى نظام التقييم من خلال المقابلة المهنية بطريقة تجريبية في الفترة من 2011 إلى 2013 .

ويمكن القول بأن سلسلة التحولات التي استهدفت نظام تقييم الأداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة الفرنسية قد اكتملت بموجب القانون رقم 828 لسنة 2019، الصادر في 6 أغسطس 2019⁽¹⁾، بشأن التحولات في نظام الوظيفة العامة الذي دخل حيز النفاذ في غرة يناير 2021. ومن بين النصوص الذي اشتمل عليها هذا القانون الأخير، نص المادة 27 من القانون التي نصت على استبدال المصطلحات التالية في القانون العام المتضمن لحقوق وواجبات الموظفين، وكذلك في القوانين الثلاثة الحاكمة للطوائف الأساسية للموظفين، على النحو التالي:

يستبدل مصطلح التقييم العام للقيمة المهنية l'appréciation de la valeur professionnelle ، بمصطلح التقييم بالنقاط la notation chiffrée. ويستبدل مصطلح التقييم من خلال مقابلة مهنية بين الرئيس والمرؤوس l'entretien professionnel ، بالدرجات notes.

(1) القانون رقم 828 لسنة 2019، الصادر في 6 يوليو 2019، بشأن إصلاح نظام الوظائف العامة،

La Loi n 2019-828 du 6 août 2019, De transformation de la fonction publique

القانون متاح بالكامل على شبكة المعلومات الدولية، موقع التشريعات الفرنسية، على الرابط التالي، تمت استشارته بتاريخ 12 يناير 2021 ،

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038889182/>

ومن أبرز التعديلات التي تضمنتها المادة رقم 27 من القانون الصادر في 6 أغسطس 2019، استبدال نص المادة 17 من القانون رقم 634 لسنة 83 الصادر في 13 يوليو 1983، التي كانت تنص في نسختها الأولى على أن : "الدرجات والتقييمات العامة الممنوحة للموظفين التي تعبر عن تقدير القيمة المهنية لكل منهم، يتعين إعلانها لهم. القوانين الخاصة يمكن ألا تنص على نظام التقييم من خلال الدرجات"⁽¹⁾، بالنص التالي: " القيمة المهنية للموظفين تكون موضوعاً لتقييم عام يتأسس على تقويم فردي يعقبه حساب ختامي يتم إعلانه للموظف محل التقييم"⁽²⁾. كذلك فقد تحسبت المادة 27 من القانون الصادر في 6 أغسطس 2019، لحالة عدم سريان نظام التقييم من خلال المقابلة المهنية بالنسبة للموظفين الذين تنظم شؤونهم الوظيفية قوانين خاصة بالنص على أنه " استثناء من المادة رقم

(1) يراجع بالفرنسية نص المادة 17 من القانون الصادر في 13 يوليو 1983، التي كانت تنص على أن

Article 17 de la loi n 83-634 du 13 juillet 1983 disposait que : Les notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires et exprimant leur valeur professionnelle leur sont communiquées. Les statuts particuliers peuvent ne pas prévoir de système de notation » .

(2) يراجع بالفرنسية النص الجديد للمادة 17 من قانون حقوق وواجبات الموظفين رقم 643 لسنة 1983، المعدلة بالمادة رقم 27 من القانون رقم 828 لسنة 2019، الصادر في 6 أغسطس 2019، السابق الإشارة إليه،

« Art. 17.-La valeur professionnelle des fonctionnaires fait l'objet d'une appréciation qui se fonde sur une évaluation individuelle donnant lieu à un compte rendu qui leur est communiqué. ».

17 من القانون 634 لسنة 83، الموظفين الذين تنظم شؤونهم الوظيفية قوانين خاصة، يمكن أن تنص على طرق مختلفة للحكم على القيمة الوظيفية⁽¹⁾.

وفي المقابل فقد احتفظ النظام الجديد لتقويم الأداء في فرنسا بآلية التظلم في تقديرات الأداء عن طريق اللجنة الإدارية المشتركة. فقد تضمن القانون تعديلاً لنص المادة رقم 76 من القانون 634 لسنة 83، بالنص على أنه " بناء على طلب صاحب الشأن، اللجنة الإدارية المشتركة يمكن أن تطلب مراجعة الحساب الختامي الناتج عن المقابلة الشخصية".

كذلك فقد نصت المادة رقم 27 من القانون الصادر في 6 أغسطس 2019، على تعديل الباب السادس من القانون رقم 16 لسنة 84، الصادر في 11 يناير 1984، المتعلق بموظفي الإدارة المركزية، بإضافة الفقرة التالية " التقدير العام للقيمة المهنية للموظفين يقوم على مقابلة مهنية سنوية بين المرؤوس والرئيس المباشر، يعقبها حساب ختامي للسنة عن أداء المرؤوس لأعمال وظيفته يتم إعلانه للموظفين مصحوباً ببيان لحقوق الموظفين في الاعتراض على هذا التقدير العام،

(1) ورد بالفرنسية بالمادة رقم 27 من القانون رقم 828 لسنة 2019، الصادر في 6 أغسطس 2019، السابق الإشارة إليه، بشأن عدم سريان النظام الجديد للتقويم من خلال المقابلة المهنية، « Toutefois, par dérogation à l'article 17 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée et au premier alinéa du présent article, les statuts particuliers peuvent prévoir des modalités différentes d'appréciation de la valeur professionnelle.»

وفقاً للمادة رقم 22 من القانون رقم 634 لسنة 83، الصادر في 13 يوليو 1983⁽¹⁾.

كذلك فقد تضمنت المادة 27 تعديلاً مماثلاً لنص المادة 65 من القانون الصادر في 26 يناير 1984، الخاص بموظفي الإدارات المحلية. وكذلك نص المادة 65 من الباب الخامس من القانون الصادر في 9 يناير 1986، الخاص بموظفي المؤسسات العامة العلاجية.

أبرز ملامح نظام التقويم من خلال المقابلة. ويمكن إيجاز أبرز ملامح نظام التقويم من خلال المقابلة المهنية بين الرئيس المباشر والمرؤوس، وفقاً للتطور الذي تكشفه اللوائح المعمول بها في هذا الإطار في النقاط التالية:

أولاً: المقابلة عبارة عن اجتماع فردي بين الرئيس المباشر والمرؤوس يتم في نهاية كل عام.

(1) ورد بالفرنسية بالمادة رقم 27 من القانون رقم 828 لسنة 2019، السابق الإشارة إليه، أن :
« L'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires se fonde sur un entretien professionnel annuel conduit par le supérieur hiérarchique direct, qui donne lieu à un compte rendu. Lors de cet entretien professionnel annuel, les fonctionnaires reçoivent une information sur l'ouverture et l'utilisation de leurs droits afférents au compte prévu à l'article 22 quater de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée.

ثانيًا: تتخذ هذه المقابلة موضوعًا أساسيًا لها، النتائج المتحققة من قبل الموظف في العام محل التقويم. وذلك من حيث مدى إنجاز الموظف للأعمال الموكلة إليه، ومستوى أداء الموظف لهذه الأعمال من حيث الكفاءة، بالنظر إلى أهداف الوحدة ومعدلات الأداء الفردية اللازمة لتحقيق هذه الأهداف، والتي يتم إعلان كل منهما للموظف.

ثالثًا: إنطلاقًا مما سبق بيده الرئيس المباشر ملاحظاته على أداء الموظف للأعمال المكلف بها خلال العام، سواء من حيث الأهداف التي تم تحقيقها، أو تلك التي كان من الممكن للموظف تحقيقها، وسبب عدم تحقيق الموظف لهذه الأهداف، ونصائح الرئيس الإداري في هذا الصدد .

رابعًا: يسلط الرئيس الإداري الذي يدير المقابلة الضوء على عدد من الأمور، مثل: الخبرات الوظيفية التي اكتسبها خلال العام، ومدى احتياجه للتدريب.

خامسًا: يسمح للموظف بإبداء رأيه بشأن الظروف العامة المحيطة بأداء العمل الوظيفي، مثل طريقة تنظيم المرفق وتسييره، ومدى مساهمة ذلك في تحقيق النتائج سواء بالإيجاب أو حتى بالسلب. وكذلك يتعين أن تتطرق المقابلة لتطلعات الموظف بالنسبة لمستقبله المهني، ونصائح الرئيس لكيفية تحقيق هذه التطلعات.

سادسًا: يتعين على الرئيس إخطار الموظف بأهداف الوحدة بالنسبة للسنة المقبلة، ومعدلات الأداء الجماعية، ومعدلات الأداء الفردية الخاصة به المتعين عليه تحقيقها.

وفي أعقاب المقابلة يتولى الرئيس المباشر تحرير حساب ختامي عن أعمال المرؤوس إنطلاقاً من المحاور التي دار حولها النقاش في مقابلة التقييم، وما تكشف عنه من صفات مهنية، لينتهي الرئيس المباشر إلى تقدير عام للقيمة المهنية للمرؤوس *appreciation generale de la valeur professionnelle*، ويقوم الرئيس الإداري المباشر بتوقيع هذا الحساب، ويتم إبلاغه إلى رئيس المصلحة، وبعد ذلك يتم إعلانه للمرؤوس، ويحتفظ بنسخه منه في سجل الخدمة.

وابتداءً من إعلان الموظف على النحو السابق، يفتح أمامه الطريق إلى التظلم من التقييم العام للقيمة المهنية أمام اللجنة الإدارية المشتركة التي لها أن تنتهي إلى توصية تتضمن طلباً إلى الرئيس الإداري بتعديل التقدير العام للقيمة المهنية للموظف.

مزايا التقييم من خلال المقابلة. وفي هذا الإطار يشير الفقه⁽¹⁾ إلى أن المقابلة المهنية بين الرئيس والمرؤوس تتضمن العديد من المزايا بالنسبة للإدارة وللموظف

(1) يراجع بالفرنسية بصدد مزايا النظام الجديد لمقابلات التقييم،

C. MONIOLLE, Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines; entre complementarité et opposition, Actualité juridique, n 5, 2010, p. 235 et s: C. DAVI, Evolution des structures et gestion des ressources humaine, Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration, n 296, 2010, p. 23 et s: A GAL, L'administration publique et la satisfaction des citoyens par rapport à la démocratie

الخاضع للتقييم. فبالنسبة للإدارة، فإن المقابلة تمكن الإدارة ممثلة في الرئيس المباشر من إحاطة الموظف علمًا برؤية الإدارة لأداء المرفق، وخطتها للنهوض بمستوى الأداء كمًا وكيفًا. كما أنها تمكن الإدارة من تعظيم أهمية نظام تقويم الأداء، وشرح المزايا التي يمكن أن تتمخض عن اجتهاد الموظف في أداء الأعمال المطلوبة منه. وهو ما يجعل من هذه المقابلة أحد أدوات إدارة العنصر البشري في المؤسسة.

وعلى المستوى الفردي بالنسبة للموظف، تمكن المقابلة الموظف من الوقوف على ما تنتظره منه الإدارة في أداء أعمال وظيفته كمًا وكيفًا، وهو ما سيكون له أثر هام في وعي الموظف بأهمية دوره، ومدى تأثيره في سير الوحدة وأداء المرفق لمهامه. كما أنها تمكن الموظف من إيصال صوته والتعبير عن نفسه وعن تطلعاته سواء بالنسبة لعملية سير العمل بالوحدة، أو عملية تطوير الوحدة، أو حتى بالنسبة لتطلعاته المتعلقة بمستقبله المهني داخل الوحدة أو خارجها. فالمفترض أن الرئيس المباشر أكثر قدرة على إيصال هذه المعلومات إلى المستويات الأعلى في الإدارة. وهكذا فإن نظام التقويم من خلال المقابلة المهنية يقدم على أنه يجعل من الموظف طرف فاعل في عملية الإدارة.

Observations transnationales, Revue internationale des sciences administratives, 2013, n 4 p 805.

يراجع بالعربية على وجه الخصوص بصدد مزايا مقابلات التقدير، د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 87.

وما سبق لا يعد أن يكون مثلاً على اتجاه دول العالم إلى تطوير أنظمتها الوظيفية نحو التقييم بمعنى إصلاح القيم الوظيفية للموظف في حالة إعوجاجها، والتطوير في إشارة إلى إكساب الموظف لمهارات جديدة من خلال التدريب، والموارد البشرية في محاولة للاستفادة القصوى من العنصر البشري في الإدارة.

وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول الاتجاه نحو الحوكمة في مجال الوظيفة العامة في النظام القانوني المصري، وانعكاسات هذا الاتجاه على أدوات إدارة العنصر البشري عمومًا ولأسيما نظام تقييم الأداء، وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

في مصر

يعد الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري للدولة المصرية أحد المحاور الرئيسية التي تقوم عليها الرؤية المصرية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، في مواجهة المستجدات على الساحة الوطنية والإقليمية والدولية. وفي هذا الإطار يظهر تغير النظرة إلى عملية إدارة العنصر البشري بتبني نظم جديدة لإدارة الموارد البشرية كأحد أبرز انعكاساته. وفي هذا الإطار يندرج إناطة الرقابة على إجراء عملية تقييم الأداء إلى لجنة الموارد البشرية كبديل عن لجنة شئون العاملين.

وسوف نتولى في **العصن الأول** دراسة الاتجاه نحو حوكمة الجهاز الإداري في مصر، ثم نتولى في **العصن الثاني** دراسة انعكاسات هذا الاتجاه على عملية إدارة العنصر البشري التي ينتمي إليها نظام تقييم الأداء، التي أضحت أحد اختصاصات لجنة الموارد البشرية.

الفصل الأول

الاتجاه نحو الحوكمة

الحقيقة أنه لا يمكن الفصل بين نظام الخدمة المدنية الجديد والتغيرات السياسية التي شهدتها مصر في العقد الثاني من القرن الواحد والعشرين. فقانون نظام الخدمة المدنية لا يعدو أن يكون أحد الوسائل الأساسية التي تعول عليها الحكومة في تحقيق الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة. فهذا القانون يعبر عن اتجاه سياسي مضمونه تبني الاتجاه العالمي نحو تحديث نظام الوظيفة العامة ليتلاءم مع المستجدات الدولية والإقليمية، وفي مقدمة هذه المستجدات يأتي تغير النظرة إلى إدارة العنصر البشري *la gestion de rousserces humaines*.

هذه الفلسفة الجديدة تعبر عن نفسها بوضوح في رؤية مصر 2030⁽¹⁾، التي تم إطلاقها في فبراير 2016. وتعكس هذه الرؤية استراتيجية الحكومة المصرية طويلة المدى لتحقيق أهداف ومبادئ التنمية المستدامة، بأبعادها الثلاثة: الاقتصادي، الاجتماعي، البيئي، وتوطينها بأجهزة الدولة المختلفة.

(1) رؤية مصر 2030، متاحة على موقع الرئاسة المصرية على الشبكة الدولية للمعلومات، تمت استشارته بتاريخ 20/10/2020،

<https://www.presidency.eg/ar/%D9%85%D8%B5%D8%B1/%D8%B1%D8%A4%D9%8A%D8%A9-%D9%85%D8%B5%D8%B1-2030/>

ففي ظل مناخ عالمي يتسم بقدر عالي من التنافسية، تبدو الحاجة إلى زيادة كفاءة وفاعلية الجهاز الإداري للدولة بمثابة أمر لا غنى عنه لتوفير بيئة مناسبة لجذب الاستثمارات الدولية، لاسيما بالنسبة لدولة نامية تسعى إلى تحقيق نهضة شاملة. وهكذا فإن الجهاز الإداري للدولة يتعين أن يؤدي دوره كقطارة لقطار التنمية المنشودة.

علاوة على ما سبق فإن رفع كفاءة وفاعلية الجهاز الإداري للدولة تتبدا باعتبارها ضرورة على المستوى الوطني. فالرغبة في توفير مناخ عام من الرضاء عن الجهاز الإداري للدولة، سواء على المستوى الشعبي أو حتى على مستوى القيادة السياسية، يتبدا كأحد غايات الإصلاح الإداري الذي حمل قانون نظام الخدمة المدنية لوائه. فمن ناحية، يتطلب الرضاء الشعبي عن الجهاز الإداري رفع جودة الأداءات التي يقدمها هذا الجهاز ؛ فالجهاز الإداري للدولة يتكون من كيانات تهدف إلى إشباع الاحتياجات الأساسية للمواطنين. وفي ظل عالم تغزوه الديمقراطية الإدارية يغدو الرضاء الشعبي عن أداء المرافق العامة بمثابة أحد العنصر الأساسية التي يتحدد على ضوءها مدى نجاح الجهاز الإداري للدولة في أداء مهامه. ومن ناحية أخرى، فإن الجهاز الإداري للدولة يتعين أن يكون قادراً على تحقيق الأهداف التي يتم تحديدها له من قبل القيادة السياسية. على اعتبار مسؤولية القيادة السياسية عن أداء الجهاز الإداري للدولة ؛ فالوظيفة الإدارية هي أحد الوظائف الأساسية للسلطة التنفيذية. ومن ثم فإن هذه الإصلاحات الإدارية التي يتضمنها قانون الخدمة المدنية تهدف إلى توفير مناخ من الثقة بين

المستفيدين من خدمات المرافق العامة، وبين القيادة السياسية، والجهاز الإداري للدولة.

وفي ظل مناخ وطني وعالمي يموج بالمتغيرات والمستجدات ، تبدو الاستجابة للمتغيرات التي طرأت على الساحة العالمية والاقليمية والوطنية، بمثابة أمر لا غنى عنه، وفي القلب من هذه المتغيرات النظم الجديدة التي تهدف إلى تحقيق أفضل استفادة ممكنة من العنصر البشري.

وفي هذا الإطار نلاحظ بوضوح تركيز رؤية مصر 30/20 على هدف تحقيق إصلاح الجهاز الإداري للدولة، من خلال حوكمة مؤسسات الدولة والمجتمع ككل.

فمن بين أهداف هذه الأجندة التي تضمنت رؤية مصر 30/20، يبرز الهدف السادس المتعلق بحوكمة مؤسسات الدولة والمجتمع⁽¹⁾ ، وذلك في إطار البحث عن تحقيق الكفاءة والفاعلية للجهاز الإداري للدولة، بما يعينه ذلك من القدرة على استخدام الموارد المختلفة الموضوعة تحت يد الإدارة في تحقيق أهدافها، وهو ما يحقق معنى الفاعلية *efficacité*. هذا إضافة إلى القدرة على استخدام الموارد

(1) الهدف السادس من أهداف الرؤية يتمثل في حوكمة مؤسسات الدولة والمجتمع . وفي هذا الإطار فقد ورد برؤية مصر 30/20 ، أنه " تحقق حوكمة مؤسسات الدولة والمجتمع الكفاءة والفاعلية لأجهزة الدولة الرسمية ومؤسسات القطاع الخاص والمجتمع المدني، لذا فرؤية مصر للمستقبل تضع الحوكمة والالتزام بالقوانين والقواعد والإجراءات في ظل سيادة القانون وإطار مؤسسي ضرورة لتحقيق الشفافية والمساءلة ومحاربة الفساد". انظر رؤية مصر 30/20 ، السابق الإشارة إليها.

المتاحة للجهاز الإداري للدولة، وفي مقدمتها الموارد البشرية على أفضل نحو ممكن، بما يكفل التغلب على مشكلة الموارد المعطلة، وهو ما يحقق معنى الكفاءة في الإدارة performance⁽¹⁾. وغني عن البيان أن تحقيق الأهداف السابقة يتطلب تدعيم نظم مراقبة نشاط هذا الجهاز، ومتابعة مستوى أداء القائمين عليها. وهكذا تتبدا الآليات المتعلقة بالرقابة والتقييم والمتابعة كأحد المحاور الهامة لإصلاح الجهاز الإداري للدولة.

ومن المنظور السابق تتبدا ضرورة التحول عن نظام تقارير الكفاية الذي جاءت به قوانين التوظيف المتعاقبة. وذلك بالنظر إلى غلبة السمة الروتينية على هذا النظام. ونعني بذلك أن نظام تقارير الكفاية قد فقد فاعليته ليتحول إلى نظام بيروقراطي، وهو ما كان محلاً لملاحظة الفقه. وفي هذا المقام يعن لنا أن نذكر بملاحظة بعض الفقه⁽²⁾ بناء على التحقيقات والدراسات، من أن 90 % من الموظفين الخاضعين لنظام التقارير يحصلون على تقارير كفاية تنتهي إلى تقدير أدائهم بمرتبة ممتاز، في حين أن واقع الجهاز الإداري للدولة يشهد بعكس ذلك.

(1) في التفرقة بين المصطلحات السابقة، يراجع بالفرنسية،

F.CROUZATIER-DURAND, Performance effcience: Le personnel de la fonction publique et mutation, op. cit, p. 15

(2) انظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 8 و9: هامش. ويشير أستاذنا الجليل في هذا الشأن إلى تحقيق صحفي نشر بالصفحة الثالثة بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ 1986/12/31.

وقد فسر الفقه السابق هذه الملاحظة بغلبة دوافع المحاباة والمجاملة التي تسيطر على الرؤساء المباشرين في وضعهم للتقارير. وهو ما يؤدي في النهاية إلى ظلم بين ناجم عن المساواة بين الموظف المجد والمهمل ؛ فالجميع يحصل على مرتبة الكفاية ذاتها. وهو ما كان محلاً للاعتراف من قبل المسؤولين بالجهات الرقابية⁽¹⁾.

وفي وجهة نظرنا فإن تحول نظام كفاية الأداء إلى نظام روتيني، في إشارة إلى أن عملية القياس أصبحت تتمخض عن ملء مجموعة من التقارير المكتوبة بغض النظر عن واقع الخاضعين للتقييم، يرجع إلى أسباب متعددة تتجاوز مجرد اعتبارات المحاباة والمجاملة. هذه الأسباب يأتي في مقدمتها أمرين: الأول يتمثل في عدم تأهيل الرؤساء الإداريين لتقويم أداء المرؤوسين، أما الثاني فيكمن في ضعف فاعلية نظام تقارير الكفاية بالنظر إلى ضعف الآثار التي ترتبها التقارير على المستقبل الوظيفي.

وإذا نحينا جانباً العامل الثاني المتمثل في ضعف فاعلية التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس الأداء التي سوف نعالجها بشيء من التفصيل في الفصل الثاني المخصص لآثار تقارير تقويم الأداء، وركزنا بحثنا على السبب الأول المتعلق

(1) دكتور محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، الموضوع نفسه. ويشير إلى تعقيب رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة على التحقيق السابق الإشارة إليه الذي نشر بجريدة الأهرام المصرية.

بمدى توافر التأهيل الكافي للرؤساء⁽¹⁾، فإننا سنلاحظ شيوع تصور خاطئ للصفة الإدارية لعملية قياس أداء الموظفين ؛ فالصفة الإدارية لهذه العملية لا يتعين فهمها بمعنى الروتينية، وإنما باعتبارها عملية فنية متخصصة.

فقياس الأداء هو أحد العمليات الإدارية الهامة التي تستهدف تحقيق أبعادًا متعددة. ومن هذا المنظور تتبدا ضرورة خضوع عملية تقويم الأداء في النهاية إلى اعتماد جهة متخصصة في إدارة الموارد البشرية، بما يحقق قدر من الرقابة على أعمال الرؤساء في تقييم المرؤوسين. هذه الرقابة لا يتعين أن تقتصر فقط على مواجهة انحرافات الرؤساء في تقويم أداء المرؤوسين، وإنما علاوة على ذلك إلى صحة عملية تقويم الأداء من الناحية الفنية، على فرض موضوعيته من جانب الرؤساء.

أما عن الأبعاد المتعددة التي تستهدف عملية تقويم الأداء، فيتعين أن تتجاوز مجرد تقييم أداء المرؤوسين، ليأتي في مقدمتها التعرف على امكانيات العنصر البشري الذي تستخدمه الإدارة، بما يكفل في النهاية وضع كل موظف في مكانه الصحيح. وهو ما يكفل تحقيق الكفاءة في الإدارة والتغلب على مشكلة الموارد البشرية المهذرة. وما سبق يتطلب أن يتكامل نظام تقويم الأداء مع غيره من النظم الإدارية من تعيين وترقية ونقل وندب، في سبيل وضع كل موظف في مكانه الصحيح.

(1) يراجع د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

علاوة على ما تقدم فإن نظام تقويم الأداء يتعين أن يستهدف تنمية مهارات الموظف. فما يكتسبه الموظف من مهارات، وما يتكون لديه من خبرات يعود في النهاية بالإيجاب على أداء المرفق لمهامه. ويعد التدريب أحد أهم العمليات الإدارية التي تهدف إلى رفع كفاءة الموظف وتنمية مهاراته.

هذه العمليات الإدارية المتعددة يتعين أن يعهد بها إلى جهة فنية متخصصة في إدارة الموارد البشرية. وهو ما ينقلنا إلى دراسة انعكاسات هذه الفلسفة الجديدة على تغير النظرة إلى العمليات الإدارية المختلفة التي تستهدف العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة، بما فيها تقويم أداء العاملين.

الفصل الثاني

انعكاسات هذا الاتجاه

تبنى نظام جديد لإدارة الموارد البشرية. وعيًّا من المشرع بأن عملية تقييم الأداء تعد أحد العمليات الإدارية المتخصصة التي يتعين أن تخضع لاعتماد جهة فنية متخصصة في إدارة الموارد البشرية، تتولى في المقام الأول الرقابة على صحة عملية التقييم التي يتولاها الرؤساء الإداريين من الناحية الإدارية، وتتولى في مرحلة ثانية معالجة النتائج التي تتمخض عنها عملية التقييم، في إطار نظام أعم وأشمل يهدف إلى وضع كل موظف في مكانه الصحيح، فقد نص المشرع على لجنة الموارد البشرية كبديل عن لجنة شئون العاملين.

فقد ورد النص في المادة الرابعة من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، على لجنة الموارد البشرية كبديل عن لجنة شئون العاملين، مع منح لجنة الموارد دورًا هامًا في تحديد ملامح قانون الخدمة المدنية الجديد. وقد تولت الفقرة الأولى من المادة 4 بيان كيفية تشكيل هذه اللجنة، وتولت الفقرة الثانية بيان اختصاصها، وبينت الفقرة الثالثة بيان كيفية أداء هذه اللجنة لعملها من الناحية الإجرائية.

وهكذا فإن إصدار قانون الخدمة المدنية يعد بمثابة نقطة فاصلة في التحول من نظام شئون العاملين إلى نظام الموارد البشرية. ولعله من اللافت أنه كما تم تقديم لجنة الموارد البشرية باعتبارها أحد ضرورات الإصلاح الإداري في مجال الوظائف

العامة الذي حمل لوائه قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، فإن لجنة شئون العاملين كان قد تم تقديمها هي الأخرى باعتبارها كأحد ضرورات الإصلاح الإداري في مجال الوظائف العامة منذ خمسة وستون عامًا بمقتضى قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول عناصر المغايرة بين لجنة الموارد البشرية ولجنة شئون العاملين من ناحية التشكيل والاختصاصات، وما هي الدلالات التي يمكن أن تستفاد من عناصر المغايرة بين لجنة الموارد البشرية ولجنة شئون العاملين.

وسوف نتولى أولاً دراسة عناصر المغايرة في الاختصاصات بين لجنة الموارد البشرية ولجنة شئون العاملين ودلالاتها ، ونتولى ثانياً دراسة المغايرة في التشكيل ودلالاتها.

أولاً: الاختصاصات ودلالاتها

سوف نتناول في البداية الاعتبارات التي أدت لظهور لجنة شئون العاملين والتطور الذي لحق باختصاصاتها عبر قوانين التوظيف المتعاقبة (أ)، ثم نتناول ثانياً الاعتبارات التي قادت لاستبدال لجنة الموارد البشرية بلجنة شئون العاملين.

(أ). إنطلاقاً من لجنة شئون العاملين

لجنة شئون العاملين ودورها في تأكيد موضوعية إدارة العنصر البشري. إنطلاقاً من لجنة شئون العاملين، فإن تتبع هذه اللجنة يعود بنا إلى تقرير الخبير بول سنكر الصادر في 1950، حول إصلاح الجهاز الإداري للمملكة المصرية. فقد انتهى تقرير الخبير الإنجليزي ورئيس لجنة الخدمة المدنية التابعة لوزارة المالية الإنجليزية⁽¹⁾، الذي استقدمته الحكومة المصرية لدراسة أحوال الجهاز الإداري للدولة وتقديم مقترحاته الإصلاحية حول النهوض بكفاءة هذا الجهاز، إلى ضرورة تشكيل لجنة إدارية بكل وزارة وكل مصلحة تتكون من عدد من كبار موظفي الوزارة أو المصلحة. وتكمن مهمة هذه اللجنة في معاونة الوزير أو رئيس المصلحة في العمليات الإدارية الفردية المختلفة التي تستهدف الموظفين، لاسيما في مجال الترقيات⁽²⁾. وعلى الرغم من أن اقتراح هذه اللجنة قد جاء في التوصيات التي تضمنها التقرير بصدد الترقيات، فإن الاعتبارات التي أشار إليها التقرير بوضوح

(1) التقرير تم تقديمه إلى وزير المالية المصري وقد نشرته المطبعة الأميرية في 1950. انظر في عرض فقهي للتقرير ونتائجه ، د. أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 234-244.

(2) انتهى تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر في توصياته إلى ضرورة نقل صلاحيات الوزراء في الترقية إلى لجان للترقيات مكونة من كبار الموظفين الدائمين. على اعتبار أن هؤلاء الموظفين أقر على الفصل في مسألة استحقاق الترقية بالنظر إلى اتصالهم المباشر بأعمال الموظفين. يراجع على وجه الخصوص بصدد عرض نتائج تقرير الخبير بول سنكر، د. أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 235-236.

كانت تدفع القارئ للتقرير إلى إدراك أهمية هذه اللجنة بالنسبة لشتى الإجراءات الإدارية الفردية المختلفة من تحديد كفاءة العاملين، وتعيين، ونقل، وندب، وفصل، وإعادة إلى الخدمة.

فقد كان الاقتراح بإنشاء اللجنة التي أشار إليها التقرير يهدف بالأساس إلى إرساء مبدأ الفصل بين الاعتبارات الإدارية والاعتبارات السياسية في عملية إدارة الجهاز الإداري للدولة، هذا بالإضافة إلى ضمان الموضوعية في الإجراءات الإدارية المختلفة التي تستهدف الموظفين، في مواجهة اعتبارات المحاباة والمجاملة من قبل الرؤساء الإداريين التي تتدرج اليوم ضمن مفهوم الفساد الإداري. ومن المنظور السابق فإن لجنة شئون الموظفين قد تم تصورها في الأساس كلجان إدارية تهيمن على العمليات الإدارية الفردية التي تتعلق بالموظفين. وذلك في إطار عملية إصلاحية تهدف إلى توفير قدر أكبر من الموضوعية والحياد بالنسبة للإجراءات الإدارية المتعلقة بالموظفين، وهو ما كان يستوجب التقليل من السلطة الواسعة التي كان معترف بها للوزراء ورؤساء المصالح في الإجراءات الإدارية المختلفة لاسيما الترقيات.

وفي هذا الإطار فقد نص قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951 الذي صدر في أعقاب تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر وتضمن آليات أعمال التوصيات التي احتواها، في المادة رقم 27 على إنشاء لجنة لشئون الموظفين بكل وزارة ومصلحة. وقد منح القانون اللجنة اختصاصات هامة فيما يتعلق بالترقية والنقل حتى الدرجة

الأولى⁽¹⁾، بالنص في المادة (28) على أن " تختص اللجان المشار إليها في المادة السابقة بالنظر في نقل الموظفين لغاية الدرجة الأولى، وفي ترقيتهم - بما في ذلك الترقية بالاختيار - طبقاً لأحكام هذا القانون. وترفع اللجنة اقتراحاتها بشأن الترقيات إلى الوزير لاعتمادها فإذا لم يقرها كان عليه أن يبدي كتابةً الأسباب المبررة لذلك".

وإداركاً من المشرع لأهمية تقارير الكفاية وتأثيرها على الإجراءات الإدارية السابقة من ترقية ونقل، فقد نص القانون في المادة رقم 32 على اختصاص اللجنة باعتماد التقارير السنوية للرؤساء بشأن كفاية مرؤوسيه وتحديد درجة الكفاية⁽²⁾. وكذلك فقد

(1) يراجع المادة رقم 28 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، التي نصت على أنه " تختص اللجان المشار إليها في المادة السابقة بالنظر في نقل الموظفين لغاية الدرجة الأولى، وفي ترقيتهم - بما في ذلك الترقية بالاختيار - طبقاً لأحكام هذا القانون. وترفع اللجنة اقتراحاتها بشأن الترقيات إلى الوزير لاعتمادها فإذا لم يقرها كان عليه أن يبدي كتابةً الأسباب المبررة لذلك".

(2) يراجع المادة رقم 32 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، التي نصت على أن " تعد لجنة شؤون الموظفين بالوزارة أو المصلحة في شهر مارس من كل عام كشفاً بأسماء موظفي كل درجة مالية فيها وتقرر اللجنة من واقع ملف كل موظف - وبعد الإطلاع على الملاحظات التي يكون قد قدمها الموظف الذي قدم عنه تقرير بدرجة متوسط أو ضعيف - درجة الكفاية التي يستحقها كل موظف على الأساس المبين في المادة 30، ويؤشر بذلك في ملف الخدمة وفي سجل الموظفين".

نص المشرع على اختصاص اللجنة بالنظر في منح العلاوات الدورية والحرمان منها، وهو ما يرتبط بتقارير الكفاية⁽¹⁾.

هيمنة لجنة شئون العاملين على إدارة العنصر البشري تتبدا من خلال الاختصاصات الواسعة للجنة والقواعد الحاكمة لمباشرتها لاختصاصاتها. وإمعان النظر في الاختصاصات السابقة يوضح دون عناء أن التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس أداء الموظفين، تعد بمثابة الأساس الذي تستند إلى حركة الترقيات ومنح العلاوات والحرمان منها. ومن هنا كان حرص المشرع على توفير هيمنة للجنة شئون الموظفين على الإجراءات السابقة التي تتبدا بمثابة عقد تتوسطه عملية قياس الأداء، في سبيل ضمان اعتبارات الموضوعية والحياد في الإقدام على الإجراءات المرتبطة بتقارير قياس الأداء لاسيما الترقيات.

وفي هذا الإطار نلاحظ حرص المشرع على توفير أكبر قدر من الفاعلية لما يصدر عن لجنة شئون الموظفين في إطار مباشرتها لاختصاصاتها. فعلى الرغم من أن اللجنة قد تم تصورها من قبل المشرع في الأساس كلجنة ذات طبيعة استشارية بالنظر إلى أن ما يصدر عنها يعد توصيات بحاجة إلى اعتماد السلطة المختصة، إلا أن الغرض من إنشاء هذه اللجنة المتمثل في تقليص السلطة التقديرية للوزراء ورؤساء المصالح في منح الترقيات قد استوجب توفير أكبر قدر من الفاعلية لتوصيات هذه اللجنة، لاسيما في مواجهة السلطة المنوط بها اتخاذ القرار في

(1) يراجع المواد أرقام 42، 43، 44 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

الأمر الداخلي في اختصاص اللجنة. والملاحظة السابقة يمكن استخلاصها بوضوح من تطلب المادة 28 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، في حالة اعتراض السلطة المختصة على قرارات اللجنة أن تبدي كتابة الأسباب المبررة لهذا الاعتراض.

وهكذا نلاحظ حرص المشرع على إقامة نوع من أنواع التوازن بين اعتبارات فاعلية الإدارة التي توجب التأكيد على اختصاص السلطة المختصة بإتخاذ القرارات المتعلقة بالشئون الإدارية للموظف العام ؛ على اعتبار وجود السلطة المختصة على قمة الهرم الإداري للمرفق ومسئوليتها بالتالي عن مدى نجاح إدارة المرفق، في مقابل اعتبارات الموضوعية في إدارة العنصر البشري في الإدارة، وهو ما يقتضي تخليص الإجراءات السابقة من هيمنة اعتبارات المحاباة والمجاملة، وما قد يداخلها من اعتبارات سياسية، وإتخاذ هذه الإجراءات فقط بناءً على اعتبارات موضوعية.

وقد احتفظ المشرع باللجنة السابقة في سلسلة قوانين نظام العاملين المتعاقبة، ابتداءً بالقانون رقم 46 لسنة 1964⁽¹⁾، ومروراً بالقانون رقم 58 لسنة 1971⁽²⁾، انتهاءً

(1) بشأن اختصاصات لجنة شئون العاملين في قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، يراجع المواد أرقام: 15، 31، 34، 37، 71.

(2) بشأن اختصاصات لجنة شئون العاملين في القانون رقم 58 لسنة 1971، يراجع المواد أرقام: 11، 15، 20، 37، 39، 41، 67.

بالقانون رقم 47 لسنة 1978⁽¹⁾، مع تعديل تسميتها إلى لجنة شئون العاملين لتلائم مع الانتقال من نظام الموظفين لنظام العاملين المدنيين.

أما عن القواعد الحاكمة لعمل اللجنة في إطار هذه القوانين، فإننا نلاحظ أمرين:

الأول يتمثل في التوسعة في اختصاصها، لتشمل إلى جوار الترقية والنقل، الإجراءات التالية: التعيين، وتقرير صلاحية الموظف في أعقاب انتهاء فترة الاختبار، والندب، ومحو العقوبات التأديبية، وإعادة التعيين.

أما الأمر الثاني فيتمثل في اتجاه المشرع إلى رسم نسق إجرائي واضح لمعاملة توصيات اللجنة بهدف تعزيز اختصاصاتها في مواجهة السلطة المختصة. فالحقيقة أن نص المادة رقم 28 الذي كان واردًا بقانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، السابق الإشارة إليه، كان يتضمن ثغرة تتبدا في حالة عدم اعتراض السلطة المختصة صراحةً على قرارات اللجنة، وعدم اعتمادها، ففي هذه الحالة لم يكن من الممكن القول بوجود اعتماد ضمني لتوصيات اللجنة ؛ بالنظر لغياب النص الصريح الذي يمكن الاعتماد عليه لتقرير أن عدم اعتراض السلطة المختصة كتابةً على توصيات اللجنة يعد بمثابة اعتماد لهذه التوصيات ؛ وتحولها بالتالي لقرارات

(1) بشأن اختصاصات لجنة شئون العاملين في القانون رقم 47 لسنة 1978، يراجع المواد أرقام: 20، 22، 30، 34، 35، 92، 94.

إدارية⁽¹⁾. ولهذا فابتداءً من قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، فقد اتجه المشرع لرسم إطار إجرائي واضح لمعاملة التوصيات التي تصدر عن لجنة شئون العاملين فيما يتعلق بالإجراءات الإدارية الفردية. بالنص في المادة رقم (27) من القانون رقم 46 لسنة 1964، على أنه " ترسل اللجنة اقتراحاتها إلى السلطة المختصة خلال أسبوع لاعتمادها، فإذا لم تعتمد ما لم تبدي اعتراضاً عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصولها اعتبرت نافذة، أما إذا اعترضت على اقتراحات اللجنة كلها أو بعضها فيتعين أن تبدي كتابة الأسباب المبررة لذلك وتعيد ما اعترضت عليه اللجنة للنظر فيه على ضوء هذه الأسباب وتحدد لها أجلاً للبت فيه، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن تبدي اللجنة رأيها اعتبر رأى السلطة المختصة نافذاً، أما إذا تمسكت اللجنة برأيها خلال الأجل المحدد ترسل اقتراحاتها إلى

(1) من الجدير بالذكر أن الفقه والقضاء يشترطان لقيام القرار الضمني وجود نص قانوني خاص وصريح يفسر سكوت السلطة المنوط بها اتخاذ القرار على أن يتضمن موافقة أو رفض في اتخاذ القرار بشأن مسألة معينة. ويتخذ الفقه والقضاء من الشرط السابق معياراً للتفرقة بين القرار الضمني والقرار السلبي.

لمزيد من التفصيل حول التفرقة بين القرار الإداري السلبي والضميني في الفقه والقضاء، يراجع د. أحمد متولي، القرارات الإدارية السلبية، الإسكندرية، دار الفتح للطبع والنشر والتوزيع، 2020، ص 118.

السلطة المختصة لاتخاذ ما تراه بشأنها ويعتبر قرارها في هذه الحالة نهائياً". وهو الإطار الإجرائي الذي عاد⁽¹⁾ إليه القانون رقم 47 لسنة 1978⁽²⁾.

وغني عن البيان أن الفرض الخاص باعترض السلطة المختصة على اقتراحات لجنة شئون العاملين هو فرض نادر الحدوث في الواقع العملي، بالنظر إلى اشتراط القانون أن يتم هذا الاعتراض كتابةً ؛ وهو ما يعني تحمل السلطة المختصة للمسئولية الإدارية كاملة عن مشروعات القرارات التي تحتوها التوصيات، في حالة اعتراضها.

وهكذا فقد انتهى التطور التشريعي في ظل سلسلة قوانين العاملين المدنيين إلى اعتبار قرارات اللجنة المتعلقة بإدارة العنصر البشري، بمثابة قرارات إدارية معلقة على شرط فاسخ، وهو عدم اعتراض السلطة المختصة. وما سبق إنما يدل على

(1) من الجدير بالذكر أن قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، قد خلا من معالجة إجرائية لتوصيات لجنة شئون العاملين، وهو ما كان يعد رجوعاً إلى السلطة التقديرية الواسعة للسلطة المختصة في إجراء الترقيات والنقل وغيره من الإجراءات الإدارية الفردية.

(2) يراجع نص الفقرة الثالثة من المادة 4 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، التي كانت تنص على أن " ترسل اللجنة اقتراحاتها إلى السلطة المختصة خلال أسبوع لاعتمادها، فإذا لم تعتمدها ولم تبد اعتراضاً عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصولها اعتبرت نافذة، أما إذا اعترضت على اقتراحات اللجنة كلها أو بعضها فيتعين أن تبدي كتابة الأسباب المبررة لذلك وتعيد ما اعترضت عليه اللجنة للنظر فيه على ضوء هذه الأسباب وتحدد لها أجلاً للبت فيه، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن تبدي اللجنة رأيها اعتبر رأى السلطة المختصة نافذاً، أما إذا تمسكت اللجنة برأيها خلال الأجل المحدد ترسل اقتراحاتها إلى السلطة المختصة لاتخاذ ما تراه بشأنها ويعتبر قرارها في هذه الحالة نهائياً".

اتجاه المشرع إلى تغليب اعتبارات الموضوعية في عملية إدارة العنصر البشري في المعادلة السابق الإشارة إليها بين اعتبارات فاعلية الإدارة في مواجهة اعتبارات موضوعية الإدارة، بتعزيز هيمنة لجنة شئون العاملين على الإجراءات التي تستهدف إدارة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة.

(ب). وصولاً إلى لجنة الموارد البشرية

التساؤل المتعلق بأسباب التحول إلى لجنة الموارد البشرية كبديل عن لجنة شئون العاملين. في المقابل فقد اتجه المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد إلى استبدال لجنة الموارد البشرية بلجنة شئون العاملين، مع الاحتفاظ بالنسق الإجرائي للتوصيات الصادرة عن هذه اللجنة في الأمور الداخلة في اختصاصاتها، وذلك بغية توفير أكبر قدر من الفاعلية للتوصيات الصادرة عن لجنة الموارد البشرية⁽¹⁾، بما يجعل من التوصيات الصادرة عنها أقرب في طبيعتها إلى قرارات إدارية معلقة

(1) تنص الفقرة الثالثة من المادة 4 من قانون الخدمة المدنية الجديد 81 لسنة 2016، على أن "تُرسل اللجنة اقتراحاتها إلى السلطة المختصة خلال أسبوع لاعتمادها، فإذا لم تعتمدها ولم تُبدِ اعتراضاً عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصولها اعتبرت نافذة، أما إذا اعترضت على اقتراحات اللجنة كلها أو بعضها، فيتعين أن تُبدي كتابة الأسباب المبررة لذلك وتُعيد ما اعترضت عليه للجنة للنظر فيه على ضوء هذه الأسباب وتُحدد لها أجلاً للبت فيه فإذا انقضى هذا الأجل دون أن تُبدي اللجنة رأياً أُعتبر رأي السلطة المختصة نافذاً، أما إذا تمسكت اللجنة برأيها خلال الأجل المُحدد، تُرسل اقتراحاتها إلى السلطة المختصة لاتخاذ ما تراه بشأنها ويُعتبر قرارها في هذه الحالة نهائياً.

وتُحدد اللائحة التنفيذية كيفية اختيار أعضاء اللجنة وممارسة أعمالها".

على شرط فاسخ، وهو ما يهدف في النهاية إلى تعزيز سلطة اللجنة في مواجهة السلطة المختصة.

وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول السبب الذي دعا المشرع إلى وضع نهاية لدور لجنة شئون العاملين والاتجاه إلى اعتناق نظام الموارد البشرية ؟

عدم كفاية اعتبارات الحياد الإداري من منظور المستجدات في علم الإدارة. إن الإجابة عن التساؤل السابق يقتضي إعادة قراءة نص الفقرة الثانية من المادة 4 ، التي تحدد اختصاصات لجنة الموارد البشرية، بنصها على أن " تختص اللجنة بالنظر في التعيين في الوظائف من المستوى الأول (ب) فما دونها، ومنح العلاوات لشاغلها ونقلهم خارج الوحدة واعتماد تقارير تقييم أدائهم، واقتراح البرامج والدورات التدريبية اللازمة لتنمية الموارد البشرية، وتغيير مفاهيم وثقافة الوظيفة وتطوير أساليب العمل ورفع معدلات الأداء، وغير ذلك مما يُحال إليها من السلطة المختصة".

الحقيقة أن لجان شئون العاملين لم تعد قادرة على مواكبة التطور الذي لحق بإدارة العنصر البشري. فالفكر الجديد في إدارة العنصر البشري يتخطى البعد المتعلق بإدارة العنصر البشري على أساس الموضوعية والحياد، نحو تحقيق أقصى استفادة ممكنة من العنصر البشري للإدارة. وهو ما يتطلب قدرة فنية على دراسة مشاكل الجهاز الإداري للدولة على مستوى كل وحدة على حدة ؛ على اعتبار تنوع وحدات هذا الجهاز وتعددتها، من أجل الوقوف بدقة على الوضع الراهن للأداء على مستوى

الوحدات، في سبيل وضع خطط واضحة المعالم نحو رفع معدلات الأداء كما وكيفاً على مستوى الوحدات كل على حدة. وفي هذا الإطار تظهر الإجراءات الإدارية المختلفة من تعيين ونقل وندب وترقية واعتماد تقارير تقييم الأداء، كأدوات بيد الجهة الإدارة ممثلة في لجنة الموارد البشرية التي حلت محل لجنة شئون العاملين، في سبيل تحقيق الاستخدام الأمثل للعنصر البشري. وفي هذا الإطار يظهر تكامل الاختصاصات التي منحها القانون للجنة الموارد البشرية بالوحدة.

فالاختصاصات التي عهد بها قانون الخدمة المدنية الجديد إلى لجنة الموارد البشرية يمكن تقسيمها إلى نوعين من الاختصاصات. فهناك أولاً الاختصاصات الإدارية "التقليدية"، وهي بصفة عامة الاختصاصات التي كانت ممنوحة للجنة شئون العاملين في القانون السابق، والتي تتمثل في النظر في مسائل التعيين والنقل والترقية ومنح العلاوات الدورية والتشجيعية للعاملين من شاغلي وظائف الدرجة الأولى فما دونها واعتماد تقارير الكفاية المقدمة عنهم⁽¹⁾. وفي هذا الإطار فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن: " تختص اللجنة بالنظر في التعيين في الوظائف من المستوى الأول (ب) فما دونها، ومنح العلاوات لشاغلها ونقلهم خارج الوحدة واعتماد تقارير تقييم أدائهم".

(1) يراجع نص الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة

أما النوع الثاني من الاختصاصات، فهي الاختصاصات الجديدة المتعلقة بالموارد البشرية، والتي تتمثل في " اقتراح البرامج والدورات التدريبية اللازمة لتنمية الموارد البشرية، وتغيير مفاهيم وثقافة الوظيفة، وتطوير أساليب العمل، ورفع معدلات الأداء، وغير ذلك مما يُحال إليها من السلطة المختصة".

والاختصاصات الجديدة للجنة الموارد البشرية تتكامل مع الاختصاصات القديمة التي كانت ممنوحة للجنة شئون العاملين في سبيل تحقيق هدف قانون الخدمة المدنية في الانتقال إلى نظام إدارة الموارد البشرية. فالاختصاصات الواسعة الممنوحة لوحدة الموارد البشرية تهدف إلى تمكينها من النهوض بمستوى الأداء في الوحدة ككل.

وفي هذا الإطار يتكامل اختصاص اللجنة باعتماد تقارير تقييم الأداء المنصوص عليه في المادة 25 من قانون الخدمة المدنية مع باقي اختصاصات اللجنة، لاسيما المضافة بقانون الخدمة المدنية في تحقيق أقصى استفادة ممكنة من العنصر البشري في الإدارة. بعبارة أخرى تمكن لجنة الموارد البشرية من الانتقال مما هو كائن، الذي تعكسه تقارير تقييم الأداء، لما ينبغي أن يكون. فلجنة الموارد البشرية يمكنها من خلال الوصل بين الاختصاصات السابق عرضها وضع رؤية واضحة المعالم للإرتقاء بالعمل على مستوى كل وحدة من الوحدات المخاطبة بقانون الخدمة المدنية، ووضع خطة محددة لتنفيذ هذه الرؤية في النهوض بمستوى ومعدلات الأداء بالوحدة، بما تتضمنه هذه الخطة من تبني أساليب جديدة في أداء

العمل تتجاوب مع المستجدات العالمية، وتوفير الدورات التدريبية التي تمكن العاملين من التعامل على نحو أكثر احترافية مع هذه المستجدات.

علاوة على ما سبق، فإن اختصاص اللجنة بتغيير مفاهيم وثقافة الخدمة المدنية ب وحدات الجهاز الإداري للدولة يتبدا هو الآخر باعتباره أحد ضرورات إصلاح الجهاز الإداري للدولة. والحقيقة أن مشاكل الجهاز الإداري للدولة لا تتلخص فقط في الإنضباط الوظيفي. فقد كان الجهاز الإداري في مصر يعاني من قبل ثورة 25 يناير 2011 من مشاكل مزمنة. هذه المشاكل بدت وثيقة الصلة بمفاهيم ثقافية خاطئة سادت المجتمع المصري. فقد سادت ظاهرة توريث الوظائف العامة، بالإضافة إلى تفشي الفساد واستغلال النفوذ⁽¹⁾. وفي مجال قياس أداء العاملين ب وحدات الجهاز الإداري للدولة سادت اعتبارات المجاملة والمحاباة التي سبق لفقهاء القانون العام تسليط الضوء عليها كأحد أبرز أسباب تحول نظام كفاية الأداء إلى نظام روتيني. والحقيقة أن الظواهر السابقة تبدو في المقام الأول ذات جذور اجتماعية وثقافية. ومن ثم فقد كانت هناك حاجة ملحة لتصحيح ثقافة الوظيفة العامة من خلال التشديد على اعتبار الوظيفة العامة خدمة مدنية تؤدي لصالح الوطن⁽²⁾. وهو ما يؤدي في النهاية إلى خلق مناخ من الثقة بين المجتمع والجهاز

(1) د. سامي الطوخي، النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، القاهرة، دار النهضة العربية، 2014، ص 145.

(2) ورد النص على اعتبار أن الوظيفة العامة خدمة في المادة 14 من دستور 2014، وفي المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية الجديد.

الإداري للدولة. هذه الثقة تبدو أحد أهداف الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة التي ركزت عليها رؤية مصر 30/20 .

ولا يفوتنا في ختام دراستنا لاختصاصات لجنة الموارد البشرية في القانون الجديد والقواعد الحاكمة لمباشرة اللجنة لاختصاصاتها ودلالات ذلك في تبني الاتجاهات العالمية الحديثة في إدارة العنصر البشري، الإشارة إلى تبني المشروع الفرعي لنظم جديدة في تدوين محاضر اللجنة وحفظها وإتاحة قرارات تتماشى مع الاتجاهات الحديثة في الرقمنة⁽¹⁾.

وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول عناصر المغايرة في التشكيل بين لجنة الموارد البشرية ولجنة شئون العاملين، والتي تكفل للجنة الموارد البشرية تحقيق هدف القانون في الانتقال لنظام الموارد البشرية، وهو ما ينقلنا إلى دراسة التشكيل ودلالاته.

ثانيًا: التشكيل ودلالاته

تشكيل لجنة الموارد البشرية يغلب عليه السمة الفنية في الإدارة. عودة إلى لجنة شئون العاملين للبحث في أبرز ملامح تشكيلها واستخلاص دلالات هذا التشكيل

(1) يراجع على سبيل المثال نص المادة 5 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية في تبني نظام تسجيل الكتروني أو ورقي لتدوين محاضر اجتماعات اللجنة، ونص المادة 7 من اللائحة بتبني نظام الكتروني أو ورقي لنشر قرارات اللجنة بإتاحتها على موقع الالكتروني للوحدة أو بنشرها في مكان بارز ومؤمن بالمقر الرئيسي بالوحدة، وهو ما يتعين حالئذ إثباته عن طريق محاضر رسمية.

من منظور مقارن مع تشكيل لجنة الموارد البشرية في القانون الجديد رقم 81 لسنة 2016، فإن الملاحظ أن المشرع في ظل قوانين التوظيف المتعاقبة، ابتداءً بقانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951⁽¹⁾، ومرورًا بالقانون رقم 46 لسنة 1964، وصولًا إلى قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978⁽²⁾، كان ينص على تكوين اللجنة من ثلاثة أعضاء على الأقل، مع الاعتراف للسلطة المختصة بسلطة تقديرية واسعة في تعيين أعضائها، بالنظر لغياب التحديد التشريعي الذي يمكن الاعتماد عليه في تقييد السلطة المختصة في تحديد وتعيين أعضاء لجنة شئون العاملين. وفي الواقع العملي فقد كانت السلطة المختصة تلجأ إلى تعيين أعضاء هذه اللجنة من بين كبار موظفي الوحدة، على أن يراعي تمثيل الإدارات المختلفة بالوحدة.

وإذا ركزنا بحثنا على تشكيل لجنة شئون العاملين في القانون رقم 47 لسنة 1978، باعتبارها آخر قوانين التوظيف التي احتفظت بهذه اللجنة، وباعتبار الفترة الزمنية الطويلة التي حكم خلالها هذا القانون نظام الوظيفة العامة والتي ناهزت 37 عامًا، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة 4 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة

(1) انظر المادة رقم 27 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، التي نصت على أن " تنشأ في كل وزارة لجنة تسمى لجنة شئون الموظفين وتشكل من وكيل الوزارة المختص رئيسًا ومن ثلاثة من كبار موظفيها على الأقل أعضاء. كما تنشأ في كل مصلحة لجنة مماثلة وتشكل من مدير المصلحة رئيسًا ومن ثلاثة من كبار موظفيها على الأقل أعضاء".

(2) انظر المادة رقم 25 من قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، الذي نصت على تشكيل اللجنة من عدد من موظفي الوحدة لا يقل عن ثلاثة ولا يزيد عن خمسة.

1978، تنص على أن " تشكل في كل وحدة بقرار من السلطة المختصة لجنة أو أكثر لشئون العاملين وتتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل على أن يكون من بينهم واحد من أعضاء اللجنة التنفيذية إن وجدت يختاره مجلس إدارة اللجنة النقابية".

وتجتمع اللجنة بناءً على دعوة من رئيسها أو من رئيس الوحدة وتكون قراراتها بأغلبية الآراء فإذا تساوت يرجح الجانب الذي منه الرئيس".

ولعل أبرز ما أضافه قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، لتشكيل لجنة شئون العاملين بالمقارنة بالقوانين السابقة، يتمثل في النص على تمثيل العمال في لجنة شئون العاملين عن طريق إضافة أحد أعضاء اللجنة التنفيذية إلى تشكيل اللجنة. وقد أتى التعديل السابق في إطار إضفاء لمحة من الطابع الديمقراطي على تشكيل اللجنة تماشيًا مع الاتجاهات الحديثة في الديمقراطية الإدارية.

وفي هذا الإطار يلاحظ الفقه⁽¹⁾ أن أغلب نظم الوظيفة العامة التي كانت تتبني لجان مشابهة في الاختصاصات للجنة شئون العاملين، كانت تنص على تمثيل قوي للعاملين في هذه اللجنة. ولعل المثال الأشهر في هذا الصدد هو تشكيل اللجنة الإدارية المشتركة في فرنسا التي تنص على تمثيل متكافئ للإدارة وللعمال.

(1) يراجع بصدد تشكيل اللجان الإدارية التي تهيم على الإجراءات الإدارية الفردية من اعتماد تقارير تقييم الأداء أو الترقية أو النقل أو الندب، في القانون المقارن، د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 185-195.

وفيما عدا الضابط المتعلق بضرورة تمثيل اللجنة التنفيذية بواسطة عضو يتم اختياره بواسطة اللجنة النقابية، لم يكن القانون ينص على ضوابط معينة بصدد عضوية اللجنة، ومن ثم فقد كان القانون السابق يطلق يد السلطة المختصة في اختيار أعضاء هذه اللجنة.

من الجدير بالذكر أن اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، لم تضيف جديدًا بشأن تحديد ضوابط عضوية لجنة شئون العاملين. فقد اكتفت الفقرة الأولى من المادة 4 من اللائحة التنفيذية بالنص على أن " تجتمع لجنة شئون العاملين في مقر الوحدة بناءً على دعوة من السلطة المختصة أو رئيس اللجنة أو رئيس الوحدة. ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحًا إلا بحضور ثلاثة من أعضائها على الأقل بما فيهم الرئيس أو من يقوم مقامه ". وهو ما يعني أنه في الحالات التي يقتصر فيها تشكيل اللجنة على الحد الأدنى الوارد بالقانون، فإنه يتعين لصحة اجتماعها ألا يغيب أي من أعضائها. كما أن الملاحظ أن اللائحة التنفيذية لم يرد بها نص على إمكانية التفويض في حضور اللجنة، وهو ما يعني أنه في الحالات التي يقتصر فيها التشكيل على ثلاثة أعضاء، فإنه في حال تخلف أحد أعضاء اللجنة عن الحضور، بعذر أو بدونه، فإن ذلك من شأنه أن يعيق عمل هذه اللجنة.

أما عن تشكيل لجنة الموارد البشرية في قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، فقد عني المشرع في القانون الجديد بتحديد تشكيل لجنة الموارد البشرية

على نحو مغاير للجنة شئون العاملين. ولعل أبرز مظاهر هذه المغايرة تتمثل في التوسعة في تشكيل لجنة الموارد البشرية، وكذلك تحديد ضوابط عضويتها، لاسيما فيما يتعلق بإضافة عنصر الموارد البشرية إلى التشكيل. وهو ما يظهر من خلال المقارنة بين تشكيل لجنة شئون العاملين في ظل القوانين السابقة ولجنة الموارد البشرية في ظل القانون الحالي.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 4 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، على أن " تُشكل في كل وحدة، بقرار من السلطة المختصة، لجنة أو أكثر للموارد البشرية، برئاسة أحد موظفي الوحدة من شاغلي الوظائف القيادية وعضوية أربعة أعضاء، يكون من بينهم أحد القانونيين، وأحد المتخصصين في الموارد البشرية من داخل أو خارج الوحدة، وأحد أعضاء اللجنة النقابية إن وُجدت، يختاره مجلس إدارة اللجنة النقابية.

فإن الملاحظ أن المشرع قد وسع أولاً من تشكيل اللجنة بالنص في صلب القانون على تكوينها بصورة محددة من خمسة أعضاء: الرئيس وأربعة أعضاء. كما أن القانون قد تولى ثانياً تحديد ضوابط عضوية اللجنة، فالرئيس يتعين أن يكون من شاغلي الوظائف القيادية، والأعضاء يتعين أن يكون أحدهم من القانونيين، وآخر من النقابيين، وثالث من المتخصصين بالموارد البشرية، أما الرابع فقد سكت القانون عن تحديد صفته ؛ وهو ما يفهم منه الاعتراف للسلطة المختصة بسلطة تقديرية في اختياره وتحديد صفته.

ومع ذلك فإن اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية لم تكتفي بالضوابط التي أوردها القانون، فقد نصت المادة 4 من اللائحة على أن " تشكل بكل وحدة لجنة أو أكثر للموارد البشرية بقرار من السلطة المختصة برئاسة أحد موظفي الوحدة من شاغلي الوظائف القيادية، وعضوية كل من:

1- أحد المتخصصين في الموارد البشرية من داخل أو خارج الوحدة تختاره السلطة المختصة.

2- المسئول الأول عن الشؤون القانونية بالوحدة أو من يفوضه.

3- أحد أعضاء اللجنة النقابية - إن وجدت - يختاره مجلس إدارة اللجنة النقابية، أو عضو ترشحه النقابة العامة من بين موظفي الوحدة في حالة عدم وجود لجنة نقابية.

4- المسئول الأول عن الموارد البشرية بالوحدة أو من يفوضه.

على أن يتولى أمانة اللجنة أحد موظفي إدارة الموارد البشرية بالوحدة يختاره المسئول الأول عن الموارد البشرية دون أن يكون له صوت معدود.

وتجتمع اللجنة مرة على الأقل كل شهر في مقر الوحدة، بناء على دعوة من رئيس اللجنة أو السلطة المختصة، ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحًا إلا بحضور ثلاثة من أعضائها على الأقل بما فيهم الرئيس.

ويجوز للجنة الاستعانة بمن تراه لإنجاز أعمالها دون أن يكون له صوت معدود".

ولعل أبرز الملاحظات التي يمكن إبدائها على نص اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية، تتمثل أولاً في التقليل من عنصر السلطة التقديرية الممنوح للسلطة المختصة في اختيار أعضاء اللجنة، وثانياً في تقييد السلطة المختصة في تحديد صفة العضو الرابع، وثالثاً في العمل على تلافي إمكانية تعطل عمل اللجنة بسبب تخلف أحد أعضائها عن الحضور، بالنص على إمكانية التفويض.

فمن ناحية تقييد السلطة التقديرية للسلطة المختصة في اختيار أعضاء اللجنة الذين اكتفى القانون بتحديد صفاتهم، فنجد أنه بالنسبة للعضو القانوني، فهو وفقاً للتحديد الوارد باللائحة المسئول الأول عن الشؤون القانونية بالوحدة أو من يفوضه، أما بالنسبة للعضو النقابي، فهو وفقاً لتحديد اللائحة أحد أعضاء اللجنة النقابية إن وجدت يختاره مجلس إدارة اللجنة النقابية، أو عضو ترشحه النقابة العامة من بين موظفي الوحدة في عدم وجود لجنة نقابية. أما بالنسبة للعضو المتخصص بالموارد البشرية، فهو وفقاً لللائحة المسئول الأول عن الموارد البشرية بالوحدة أو من يفوضه.

أما من ناحية تقييد السلطة التقديرية للسلطة المختصة بتحديد صفة العضو الرابع، فإن اللائحة التنفيذية للقانون قد أوجبت أن يكون من المتخصصين في الموارد البشرية من داخل الوحدة أو خارجها.

تشكيل لجنة الموارد البشرية يدل عن تغير النظرة لعملية إدارة العنصر البشري نحو اعتبارها عملية فنية متخصصة. وفي مقام المفاضلة بين تشكيل لجنة شئون العاملين في القانون السابق ومقارنة بتشكيل لجنة الموارد البشرية في القانون الحالي، لاسيما من منظور الاختصاصات الهامة الممنوحة لكل منهما، ترجح بلا تردد كفة لجنة الموارد البشرية. ففي مقابل لجنة إدارية يغلب عليها السلطة التقديرية الواسعة في الاختيار في ظل القانون السابق، تتقيد السلطة التقديرية الممنوحة للسلطة المختصة في القانون الحالي بضوابط موضوعية تهدف إلى تحقيق أكبر قدر من الضمانات التي تكفل نجاح اللجنة في عملها، سواء من ناحية التنوع أو التخصص، وهو ما يهدف في النهاية إلى نجاح اللجنة في وضع الفلسفة الجديدة في إدارة العنصر البشري موضع التطبيق على مستوى الوحدات المخاطبة بأحكام قانون الخدمة المدنية.

فمن ناحية التنوع ومزاياه، فقد حرص المشرع في قانون الخدمة المدنية على توفير حد أدنى من التنوع في تشكيل لجنة الموارد البشرية. وذلك بالنظر إلى أهمية الاختصاصات الممنوحة لها في القانون الجديد، ودورها في وضع الفلسفة الجديدة التي أتى بها قانون الخدمة المدنية موضع التطبيق. فاللجنة تجمع بين جنبتها الجوانب الإدارية والقانونية والجوانب الفنية المتعلقة بإدارة العنصر البشري، هذا علاوة بطبيعة الحال على العنصر النقابي الذي من شأنه أن يضيف طابعاً من الديمقراطية على تشكيل اللجنة، فهذا العضو من المفترض أن تأتي قراراته في النهاية معبرة عن جانب العاملين بالوحدة. هذا التنوع في عضوية اللجنة من شأنه

أن ينعكس بطبيعة الحال على القرارات الصادرة عنها، فتأتي مدروسة من كل الجوانب السابقة.

أما عن التخصص ومزاياه، فإن الملاحظ أن عنصر الموارد البشرية له تمثيل معزز داخل اللجنة، فمن بين التشكيل الخماسي يتعين أن يكون هناك عضوين متخصصين بالموارد البشرية. هذا علاوة على منح الأمانة الفنية للجنة الموارد البشرية إلى أحد موظفي إدارة الموارد البشرية بالوحدة يختاره رئيسها⁽¹⁾. هذا الأخير وإن لم يكن له صوت معدود في اتخاذ القرارات، إلا أن وجوده داخل اللجنة من شأنه أن يدعم الجانب الفني المتعلق بالموارد البشرية في المناقشات، لاسيما وأن سلطة اختياره قد عهدت بها اللائحة لرئيس إدارة الموارد البشرية. وكل ما سبق بيانه بصدد تمثيل العناصر الفنية المتخصصة بإدارة الموارد البشرية من شأنه أن يقود إلى نتيجة هامة: الصفة الغالبة للجانب الفني في إدارة الموارد البشرية. وهو ما يبدو طبيعياً على ضوء الفلسفة الجديدة التي تبناها القانون الجديد فيما يتعلق بمنح إدارة العنصر البشري أهمية قصوى في القانون الجديد، وذلك على أساس قواعد علمية.

ونخلص مما سبق عرضه بصدد مفهوم نظام تقويم الأداء إلى أن المغايرة في المصطلحات بين القانونين الحالي والسابق، لا يتعين النظر لها على أنها مجرد

(1) من الجدير بالذكر أن المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون نظام العاملين المدنيين كانت تنص على منح الأمانة الفنية لرئيس لجنة شئون العاملين بالوحدة أو من يقوم مقامه.

مغايرة لفظية: بمعنى أن نظام تقييم الأداء هو في النهاية نظام لقياس كفاية الأداء لا يختلف كثيرًا عن النظام الوارد بقوانين نظام العاملين المدنيين المتعاقبة، وإنما يتعين النظر إلى هذه المغايرة على أنها تدل على تبني فلسفة جديدة في مجال الجهاز الإداري للدولة تعبر عن تطور هام بالمقارنة بالنظام السابق. فهذا النظام يرتبط بتعديل النظم المتبعة في إدارة العنصر البشري وتبني نظام يقوم على الإدارة بالأهداف.

المبحث الثاني

العناصر الأساسية

طرح الإشكالية: التنظيم القانوني لعملية تقويم الأداء في القانون الجديد ودلالاته. ستتصب دراستنا في هذا المبحث المعنون بالعناصر الأساسية لنظام تقويم الأداء، على التنظيم القانوني لعملية تقويم الأداء في القانون الجديد مقارنة بالقوانين السابقة، بغرض تسليط الضوء على التغييرات الأساسية التي أدخلها المشرع الجديد على نظام قياس كفاءة الأداء بالوحدة، والدلالات التي يمكن استخلاصها من هذه التغييرات.

وفي هذا الصدد سنلاحظ، دون عناء، حرص المشرع في القانون الجديد على الاستفادة مما أفرزته التجربة المصرية في مجال قياس كفاءة العاملين المدنيين في ظل قوانين التوظيف المتعاقبة، في سبيل البحث عن النظام الأمثل لتقويم أداء العاملين بالوحدة، بما يحقق اعتبارات شتى، أبرزها المرونة الموضوعية والعموم والواقعية والدقة، ودون إهدار لفكرة الضمان التي تمخض عنها تطور نظام قياس كفاءة الأداء عبر قوانين التوظيف المتعاقبة.

فقد حرص المشرع المصري في قوانين التوظيف المتعاقبة، ابتداءً من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، مروراً بالقانون رقم 46 لسنة 1964، والقانون رقم 58 لسنة 1971، وانتهاءً بالقانون رقم 47 لسنة 1978، على إرساء

قواعد نظام لقياس كفاءة الأداء، وهو نظام تقارير الكفاية الذي خضع للعديد من التعديلات التشريعية، سواء بمقتضى قوانين التوظيف المتعاقبة، أو حتى بمقتضى التعديلات التي أدخلت على هذه القوانين. وقد شكل نظام تقارير الكفاية بتعديلاته المتعددة موضوعاً للعديد من الدراسات الفقهية التي استهدفت هذا النظام، سواء من الناحية الإدارية أو حتى من الناحية القانونية. وهو ما أدى في النهاية إلى إثراء الجوانب القانونية والإدارية المرتبطة بموضوع قياس كفاءة الأداء.

وهكذا، فقد وجد المشرع الجديد في سبيل تشكيله لملاح نظام تقييم الأداء الجديد، مصدرًا موضوعيًا يتميز بالثراء يتكون من النصوص القانونية السابقة، وتطبيقها في الواقع العملي، وتعليقات الفقه، وهو ما مكنه من صياغة نظام جديد لتقييم الأداء يبدأ من حيث انتهى نظام تقارير الكفاية.

وإذا نظرنا للعناصر الأساسية لنظام تقييم الأداء في القانون الجديد، وهو أيضًا حال نظام تقارير كفاية الأداء في ظل قوانين التوظيف السابقة، فنلاحظ أن هذا النظام يتكون من عدد من العناصر الموضوعية، وأخرى إجرائية. أما العناصر الموضوعية، فهي التي تتعلق بمحل القياس والقواعد الحاكمة لعملية القياس. أما العناصر الإجرائية فيقصد به الشكل والإجراءات المتبعة في عملية القياس، على اعتبار أن الشكل بمفهومه الواسع يهدف إلى ضمان تحقيق الموضوعية في عملية القياس، وهو ما سيصب في النهاية في جانب ضمان حقوق الموظفين، وغنى عن البيان أن قواعد الشكل تشكل أحد أهم جوانب القانون الإداري المعاصر.

بقي قبل أن نشرع في معالجة العناصر السابقة أن نعيد التذكير بأن الهدف من هذه الدراسة ليس الشرح التفصيلي للعناصر الأساسية لنظام قياس الأداء في القوانين السابقة والتطورات التي لحقت به في القانون الحالي، وإنما سنكتفي بتسليط الضوء على أبرز التغييرات التي أدخلها القانون الجديد، وأبرز الدلالات التي يمكن أن تستفاد منها، مع الاكتفاء بصدد التفاصيل بالإحالة إلى الدراسات التي سطرها أساتذتنا والتي تناولت بالتفصيل عرض العناصر الأساسية لموضوع قياس كفاية الأداء في ظل القوانين السابقة⁽¹⁾.

ومن أجل تتبع التغييرات التي أدخلها المشرع الجديد، فإننا نقسم بحثنا إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول التغييرات التي أدخلها المشرع على العناصر الموضوعية، ثم نتناول في المطلب الثاني العناصر الإجرائية.

(1) يراجع بصدد تطور أحكام نظام قياس كفاية الأداء في ظل أحكام قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، على وجه الخصوص، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق: د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، : د. محمد سعيد أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق.

المطلب الأول

العناصر الموضوعية

التنظيم القانوني لتقويم الأداء. ترسم المادة 25 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، الملامح الرئيسية للنظام الجديد لقياس كفاءة الأداء، بنصها على أن " تضع السلطة المختصة نظاماً يكفل تقويم أداء الموظف بالوحدة بما يتفق وطبيعة نشاطها وأهدافها ونوعية وظائفها.

ويكون تقويم أداء الموظف عن سنة مالية على مرتين على الأقل قبل وضع التقرير النهائي، ويقتصر تقويم الأداء على القائمين بالعمل فعلاً بالوحدة مدة ستة أشهر على الأقل.

ويكون الأداء العادي هو الأساس المعول عليه في تقويم أداء الموظفين بما يحقق أهداف الوحدة ونشاطها ونوعية الوظائف بها.

وتُحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وإجراءات التقويم بما يكفل الحيادية والدقة في القياس وصولاً للمنحنى الطبيعي للأداء، وكذا ميعاد وضع تقارير التقويم وكيفية اعتمادها والتظلم منها ومعادلة هذه المراتب بالمراتب المعمول بها في تاريخ العمل بهذا القانون.

ويقدر تقويم أداء الموظف الذي لم يتم بالعمل فعلياً بالوحدة لمدة ستة أشهر على الأقل للتجنيد أو للاستدعاء للاحتياط أو للاستبقاء أو للمرض أو لعضوية أحد المجالس النقابية أو لعضوية مجلس النواب بمرتبة كفاء حكماً، فإذا كان تقويم أدائه في العام السابق بمرتبة ممتاز يقدر بمرتبة ممتاز حكماً".

وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية على العناصر التي يتعين على السلطة المختصة وضعها في الاعتبار عند وضع نظام لتقويم الأداء⁽¹⁾.

مراعاة لمقتضيات التبسيط المنهجي، فإننا سوف نقسم دراستنا للعناصر الموضوعية للنظام الجديد لقياس مستوى الأداء إلى ثلاثة: نظام القياس، ومحل القياس، وعملية القياس. وسوف نحاول من خلال دراستنا لكل عنصر من هذه العناصر تسليط الضوء على التغييرات الأساسية التي أدخلها المشرع الجديد والغايات التي ابتغى المشرع الجديد تحقيقها من خلال هذه التغييرات.

وسوف نتولى في **الفرع الأول** دراسة السمة اللامركزية لنظام القياس، ثم نتولى في **الفرع الثاني** بيان نطاق القياس، ثم نتولى في **الفرع الثالث** معالجة عملية القياس.

(1) يراجع مواد اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، من 67 إلى 87 .

الفرع الأول

نظام القياس

السمة المركزية. إن تتبع التطور التشريعي لنظام قياس مستوى الأداء يظهر اتجاه المشرع في القانون الجديد إلى إقرار السمة اللامركزية التي تمخض عنها التطور التشريعي في القوانين السابقة، مع الاتجاه إلى إحاطة اللامركزية بالعديد من الضوابط التي تكفل تقادي المسالب التي تتمخض عنها في التطبيق.

وسوف نتناول في **الفصل الأول** التطور التشريعي في ظل القوانين السابقة إنطلاقاً من المركزية، وصولاً إلى اللامركزية. ثم نسلط الضوء في **الفصل الثاني** على السمة المنضبطة للامركزية في ظل القانون الجديد.

الغصن الأول

في القوانين السابقة

وسوف نتناول أولاً اتجاه المشرع إلى اعتناق نظام مركزي لقياس مستوى الأداء، ثم نتناول ثانياً تحول المشرع إلى السمة اللامركزية في ظل القانون رقم 47 لسنة 1978.

أولاً: إنطلاقاً من المركزية

تبنى نظام مركزي موحد للتقارير. اتجه المشرع أولاً في ظل القانون رقم 210 لسنة 1951، إلى فرض نظام لقياس كفاية الأداء يتميز بالسمة المركزية. فقد نصت المادة 2/30، على أنه " تكتب هذه التقارير على النماذج وبحسب الأوضاع التي يقررها وزير المالية والاقتصاد بقرار يصدر منه بعد أخذ رأي ديوان الموظفين". وهو ما يعني خضوع العاملين بكل وحدات الجهاز الإداري للدولة المخاطبين بأحكام القانون رقم 210 لسنة 1951، على اختلاف الوظائف التي يتولونها، إلى نظام موحد لقياس كفاية الأداء. ووضعا للنص السابق موضوع التطبيق، فقد صدر في 3 ديسمبر 1957، قرار وزير المالية والاقتصاد رقم 629 لسنة 1957، بشأن النموذج الخاص بتقدير كفاية موظفي الدولة، لينص على نموذج موحد لهذه

التقارير. وقد كان النظام المركزي السابق محلاً للنقد من قبل الفقه⁽¹⁾، بالنظر إلى عدم مراعاته لصفة المرونة التي توجبها اختلاف الوظائف الخاضعة لنظام قياس كفاية الأداء، بما يتضمنه ذلك من اختلاف في طبيعة هذه الوظائف واختلاف في مستوياتها، إضافة إلى اختلاف الوزارت والمصالح الخاضعة لهذه التقارير.

الاتجاه نحو نظام مركزي متعدد يراعي اختلاف طبيعة الوظائف. وعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، فلم يكن يتضمن ما يفيد وجود نماذج معينة يتم من خلالها ملء التقارير. ومن ثم فقد اتجهت الأنظار إلى اللائحة التنفيذية للقانون لعلها تحمل إجابات بشأن التساؤل الخاص بمركزية النظام أو وحدته. ولكن لم تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وهو ما أدى عملاً إلى استمرار العمل بقرار وزير المالية رقم 629 لسنة 1957، السابق الإشارة إليه، إلى أن صدر قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم 4726 لسنة 1966، بشأن إعداد التقارير السنوية عن العاملين المدنيين بالدولة. وإلى هذا القرار الجمهوري يرجع الفضل في التخفيف من صفة الجمود النابعة عن النظام المركزي الذي كان مطبقاً في ظل القانون رقم 210 لسنة 1951. فعلى الرغم من احتفاظ قرار رئيس الجمهورية بالسمة المركزية لنظام قياس كفاية الأداء، بمعنى أن العناصر الأساسية للنظام يتم تحديدها سلفاً من قبل السلطة المركزية، وتطبق بطريقة موحدة على مختلف الوحدات المخاطبة بهذا القانون، فقد راعي القانون اختلاف الوظائف

(1) د. زكي هاشم، الطرق المختلفة لقياس كفاءة الموظفين والمستخدمين والعاملين في الأجهزة الإدارية بالدول العربية، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

الخاضعة للقانون. ومن هذا المنظور فقد قسم القرار الوظائف المخاطبة بالقانون رقم 46 لسنة 1964، إلى خمسة مجموعات نوعية⁽¹⁾، وأُرفق بالقرار السابق خمسة نماذج لتقارير كفاية الأداء، تتباين بتباين المجموعة النوعية التي تنتمي إليها كل وظيفة. وهو ما يعني إقرار السمة المركزية لنظام تقارير الكفاية مع الأخذ في الاعتبار ما توجبه اختلاف المجموعات الوظيفية من اختلاف في نماذج التقارير، بما يتضمنه ذلك من اختلاف في المعايير التي يعتمد عليها في قياس الكفاءة.

وعلاوة على ما سبق، فإنه في محاولة للتخفيف من السمة المركزية لنظام النماذج الموحدة، فقد نص القرار السابق الإشارة إليه على إمكانية التعديل في هذه النماذج بموجب قرار يصدر من وزير المالية، متي اقتضت ظروف العمل ذلك.

وعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، فإنه لم يغير من الوضع السابق، بالنظر لعدم وجود نصوص صريحة في القانون في هذا الشأن، كما أن المادة الثالثة من مواد إصداره قد نصت على استمرار العمل باللوائح والقواعد والقرارات المعمول بها في شئون العاملين الخاضعين لأحكام هذا القانون إلى أن تصدر اللائحة التنفيذية للقانون رقم 58 لسنة 1971. وبالنظر إلى أن هذه

(1) المجموعات النوعية التي أوردها قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم 4726 لسنة 1966، هي : مجموعة الوظائف الإدارية والتنظيمية، مجموعة الوظائف التخصصية، ومجموعة الوظائف الفنية، ومجموعة الوظائف المكتبية، مجموعة وظائف الخدمة المعاونة. يراجع في ملامح هذا التقسيم د. زكي هاشم، الطرق المختلفة لقياس كفاءة الموظفين والمستخدمين والعاملين في الأجهزة الإدارية بالدول العربية،، مرجع سابق، ص 16.

الأخيرة لم يكتب لها أن ترى النور، فإن النظام المركزي المتعدد للتقارير النابع من القرار رقم 4726 لسنة 1966، ظل حاكمًا لنظام تقارير الكفاية في ظل القانون رقم 58 لسنة 1971.

ثانيًا: وصولًا إلى اللامركزية

الاتجاه نحو نظام يتميز بالسمة اللامركزية تحقيقًا لاعتبارات المرونة. ولكن النظام المركزي السابق لم يقدر له أن يستمر كثيرًا، فعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فإنه نص لأول مرة على اختصاص السلطة المختصة بوضع نظام تقويم الأداء بالوحدة، ليتحول المشرع عن السمة المركزية إلى السمة اللامركزية. فقد نصت المادة رقم 1/28 من القانون على أن "تضع السلطة المختصة نظامًا يكفل قياس كفاية الأداء الواجب تحقيقه بما يتفق مع طبيعة نشاط الوحدة وأهدافها ونوعية الوظائف بها".

ووفقًا لنص المادة الثانية في بندها الثاني، فإن المقصود بالوحدة هي الوزارة أو المصلحة أو الجهاز الحكومي أو المحافظة أو الهيئة العامة. ومن ثم فإن الوزارة الواحدة يمكن أن تعتمد أكثر من نظام لتقويم الأداء، وذلك إذا كانت تتكون من أكثر من وحدة. ومن ثم فإن السمة اللامركزية لنظام تقارير الكفاية تؤدي إلى وجود أنظمة متعددة لقياس كفاية الأداء، تختلف باختلاف الوحدات المخاطبة بهذا القانون، وليس نظامًا واحدًا لقياس الكفاية.

وغني عن البيان أن تحول النظام من المركزية إلى اللامركزية يأتي، على النحو الذي أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون⁽¹⁾، بالقدر الأول استجابة إلى اعتبارات المرونة الناجمة عن اختلاف نشاط الوحدات الخاضعة لهذا القانون والتي يتكون منها الجهاز الإداري للدولة، علاوة على اختلاف نوعية الوظائف بهذه الوحدات، واختلاف الواجبات والمسئوليات باختلاف نشاط الوحدة، وهو ما يوجب في المقابل اختلافًا في مؤشرات قياس الأداء، وهو ما أوجب في نظر المشرع تخويل السلطة المختصة الاختصاص بوضع نظام قياس كفاية الأداء بالوحدة.

وفي التأكيد على اتجاه النظام الإداري نحو تبني نظام يقوم على الاعتراف باختلاف طبيعة الوظائف باختلاف طبيعة الوحدات المخاطبة بقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فقد صدر في 19 ديسمبر 1978 قرار رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم 134 لسنة 1978⁽²⁾، بتقسيم المجموعات النوعية إلى

(1) ورد بالمذكرة الإيضاحية في التعليق على نص المادة 28 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، أن " الوظائف قد تختلف تبعًا لمجموعتها النوعية من وحدة إلى أخرى، بل وقد تختلف تبعًا لظروف أداءها داخل نفس الوحدة من وقت لآخر".

انظر المذكرة الإيضاحية لقانون نظام العاملين المدنيين، متاحة على موقع قوانين الشرق، تمت استشارته بتاريخ 2020/1/15،

<http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=3524&related>

(2) سوف نتحدث عن القرار الصادر من رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، رقم 134 لسنة 1978، على نحو أكثر تفصيلاً، بمناسبة دراسة التغييرات التي أدخلها المشرع في قانون الخدمة

ست مجموعات نوعية عامة، وتقسيم هذه الأخيرة إلى مجموعات نوعية فرعية، استجابة إلى اختلاف تعدد الوظائف بالوحدات المخاطبة بالقانون وتنوعها، بتنوع طبيعة مهام الوحدات واختلاف أهدافها.

أما عن أبرز الموجهات والضوابط التي جاء بها القانون رقم 47 لسنة 1978، بشأن السلطة التقديرية للسلطة المختصة في وضع نظام لقياس كفاية الأداء بالوحدة، فقد جاء المشرع لأول مرة بمعيار الأداء العادي. فقد نصت المادة 28 في فقرتها الثالثة على أن " يعتبر الأداء العادي هو المعيار الذي يؤخذ أساسًا لقياس كفاية الأداء"⁽¹⁾. ويعزى الفقه ظهور هذا المعيار في القانون المصري تأثرًا بما كان عليه الحال في القانون الفرنسي في القانون الصادر في 19 أكتوبر 1946. وفي محاولة لتحديد المعيار المعول عليه في تحديد الأداء العادي، فقد اتجه الفقه إلى تعريفه بأنه هو ما ينبغي أن يكون عليه أداء الموظف العادي بالنظر لطبيعة العمل المسند إليه ومتطلباته. وهو ما يترك مجالًا للاختلاف من وظيفة لأخرى، ومن

المدنية رقم 18 لسنة 2016، التقسيم الجديد للمجموعات الوظيفية، في الفصل الثاني من هذا البحث.

(1) المادة 3/28 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، معدلة بالقانون رقم 115 لسنة 1983، "ويعتبر الأداء العادي هو المعيار الذي يؤخذ أساسًا لقياس كفاية الأداء ويكون تقدير الكفاية بمرتبة ممتاز أو جيد أو متوسط أو ضعيف".

وحدة لأخرى. بعبارة أخرى، فإن المعيار المعول عليه هو معيار الموظف العادي⁽¹⁾.

وبالنظر لخلو القانون من الضوابط والموجهات، فقد اتجهت الأنظار لللائحة التنفيذية عليها تحمل إجابة عن التساؤل المتعلق بضوابط السلطة التقديرية الممنوحة للسلطة المختصة في وضع نظام قياس كفاية الأداء بالوحدة، ولكن اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978 لم تتضمن إجابات واضحة لهذا التساؤل.

وعندما أضاف القانون رقم 115 لسنة 1983، إلى عجز المادة رقم 28 الفقرة التالية" تحدد اللائحة التنفيذية الضوابط التي يتم على أساسها تقدير كفاية العاملين"، فإن الملاحظ أن اللائحة التنفيذية لم تأت بالكثير في هذا الشأن؛ فقد اكتفت اللائحة التنفيذية بالنص في المادة رقم 28، على أن " تحدد كل وحدة معايير الأداء التي يعتد بها عند قياس كفاية الأداء وذلك بالنسبة لشاغلي الدرجة الأولى فما دونها بما يتفق مع طبيعة نشاطها وتعتبر هذه المعايير الحد العادي للأداء الذي يتعين على كل عامل القيام به. ويعلن إدارة شئون العاملين في كل وحدة هذه المعايير في شهر يونيه من كل عام".

وحتى عندما نصت اللائحة التنفيذية في المادة رقم 30، على خضوع الرؤساء من شاغلي الوظائف العليا لنظام البيانات السنوية التي تتعلق بالنواحي الفنية والإدارية

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية أداء العاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 20.

والقيادية في مباشرتهم لأعمالهم، فإن الملاحظ أن اللائحة لم تأتي بأية ضوابط تتعلق بنظام بيانات الأداء التي يخضع لها شاغلي وظائف الإدارة العليا، مكتفية بالنص على أن " تعرض هذه البيانات على السلطة المختصة لاعتمادها وإيداعها بملف العامل".

أما عن موقف الفقه من الانتقال من السمة المركزية إلى السمة اللامركزية، فإننا نلاحظ اختلاف الفقه في تقبل هذا الانتقال. فقد اتجه رأي⁽¹⁾ إلى انتقاد موقف المشرع في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، في تخويل السلطة المختصة سلطة وضع نظام لقياس كفاية الأداء بالوحدة. وفي هذا الإطار طرحت التساؤلات حول مدى قدرة السلطة المختصة على وضع نظام يكفل قياس كفاية الأداء بالوحدة، لاسيما وأن هذه المسألة ذات طبيعة فنية؛ فاختيار عناصر التقدير المناسبة لقياس كفاية الأداء بالوحدة، وتحديد الوزن المناسب لكل عنصر من العناصر المختارة، هي أمور فنية تحتاج إلى تدخل جهة متخصصة لتحديدها. كذلك فإن منح سلطة رسم ملامح نظام قياس كفاية الأداء بالوحدة إلى السلطة المختصة بها، من شأنه أن يؤدي إلى تعدد أنظمة قياس الأداء بتعدد الوحدات، وهو ما قد يؤدي إلى اختلاف أنظمة قياس كفاية الأداء، حتى بالنسبة للوحدات المتشابهة في أعمالها ووظائفها، بما يؤدي إليه ذلك من تضارب كبير بين الوحدات المتشابهة في اختيار عناصر التقدير. وهو ما قد يؤدي إلى طرح تساؤلات تتعلق

(1) يراجع في هذه الانتقادات على وجه الخصوص، د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 196.

بمراعاة السمة اللامركزية لاعتبارات العدالة والمساواة بالنسبة للموظفين المنتمين إلى المجموعة النوعية نفسها والذين يشغلون الدرجات الوظيفية ذاتها، ولكنهم في المقابل يعملون بوحدات مختلفة وإن كانت تتشابه في طبيعة أعمالها.

وعلى العكس مما سبق، فقد اتجه أغلب الفقه إلى تأييد موقف المشرع في تبني نظام لقياس كفاية الأداء يتسم باللامركزية⁽¹⁾. على أن اعتبار أن السمة اللامركزية للنظام هي وحدها ما تكفل تحقيق اعتبارات المرونة على أفضل نحو ممكن. ومن ثم فإن الانتقال إلى السمة اللامركزية يعد خطوة هامة في إصلاح نظام قياس كفاية أداء العاملين بالوحدة.

وفي المقابل فقد اتجه أغلب الفقه المؤيد للسمة اللامركزية إلى انتقاد موقف المشرع في إطلاق يد السلطة المختصة في تحديد ملامح نظام قياس كفاية الأداء بالوحدة، مع عدم كفاية الموجّهات التشريعية التي يمكن الاسترشاد بها في وضع النظام الجديد موضع التطبيق. وفي هذا الصدد يشير البعض إلى أن المعيار الوحيد الذي جاء به القانون، وهو معيار الأداء العادي، يبدو " غير منضبط، وليس له أساس من الواقع، وبالتالي لا يجوز أن يتخذ أساساً لتقدير الكفاية"⁽²⁾. وفي هذا الإطار

(1) يراجع على وجه الخصوص، د. سمير صادق، تقارير الكفاية والرقابة القضائية عليها، طبعة 1978، ص 109، 224: د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

(2) د. سمير صادق، تقارير الكفاية والرقابة القضائية عليها، المرجع سابق، ص 109: د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية، مرجع سابق، ص 196.

طالب بعض الفقه بتحديد الضوابط التي يعول عليها في تحديد الأداء العادي.⁽¹⁾، وبالنسبة للبعض الآخر فإن الأداء العادي يعد بمثابة توجيه عام يسهل تحقيقه بالنسبة للوظائف ذات الطبيعة النمطية، ولكن من العسير تحقيقه في غيرها من الأعمال⁽²⁾.

وهكذا فلم يبقى من مؤيد في الفقه لموقف المشرع في الاكتفاء بمعيار الأداء العادي الذي جاء به المشرع في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، إلا القليل⁽³⁾.

وإذا كان لنا أن نبدي رأينا في تصور المشرع السابق للنظام اللامركزي لقياس كفاية الأداء، فإننا نبادر إلى التأكيد على أنه على الرغم من اعتبار الانتقال إلى السمة اللامركزية لنظام كفاية الأداء يعد بمثابة ضرورة تفرضها اعتبارات المرونة النابعة من تعدد الوحدات الخاضعة للقانون، وما يستتبعه ذلك من اختلاف في طبيعة هذه الوحدات واختلاف في نوعية الوظائف بها، وما يفرضه ذلك من اختلاف في

(1) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 429.

(2) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 423.

(3) لعل من أبرز المؤيدين للاكتفاء بمعيار الأداء العادي، أستاذنا الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط الذي اتجه إلى تأييد نص المشرع في الاكتفاء بمعيار الأداء العادي كأساس لقياس كفاية الأداء، سواء فيما يتعلق بانضباط هذا المعيار على أساس أن الانضباط يتحقق من خلال تحديد الإدارة لعناصر الأداء ومستويات الكفاية، بتقريره " أننا لسنا بصدد "تحديد عام مسبق محدد المعالم وجامد العناصر، وإنما يتشكل مضمونه وتتعين حدوده بطبيعة العمل وظروفه".

انظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها.

الواجبات والمسئوليات، وما يستتبعه ذلك من اختلاف في معايير ومؤشرات الأداء، فإن خلو القانون من وضع ضوابط بشأن السلطة التقديرية للسلطة المختصة في تحديدها لمعايير الأداء ودلالاتها، يمكن أن يكون عيباً جوهرياً في النظام من الناحية الموضوعية. كما أن التساؤل بإطلاق سلطة السلطة المختصة في وضع نظام قياس كفاية الأداء بالوحدة بالنظر إلى عدم تخصصها من الناحية الفنية، يبدو هو الآخر منطقياً إلى حدٍ بعيد.

وهكذا، تتبدا مسألة غياب الضوابط عن النظام اللامركزي الذي أتى به القانون رقم 47 لسنة 1978، باعتباره أحد أبرز عيوب هذا النظام، وهو ما حاول المشرع تلافيه في القانون الجديد، وهو ما ينقلنا للحديث عما استحدثه المشرع الجديد من ضوابط للسمة اللامركزية.

الفصل الثاني

في القانون الجديد

اتفاق القانون الجديد مع السابق في تخويل السلطة المختصة وضع نظام قياس الأداء بالوحدة. نصت الفقرة الأولى من المادة 25 من قانون نظام الخدمة المدنية على أن " تضع السلطة المختصة نظاماً يكفل تقييم أداء الموظف بالوحدة بما يتفق وطبيعة نشاطها وأهدافها ونوعية وظائفها".

وتخويل السلطة المختصة بالنسبة لكل وحدة، سواء في ظل قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978 أو في قانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016، صلاحية وضع نظام تقييم الأداء الخاص بها يستجيب لاعتبارات المرونة النابعة من اختلاف طبيعة نشاط كل وحدة وأهدافها ونوعية وظائفها. " فالوظائف قد تختلف مجموعاتها النوعية من وظيفة إلى أخرى، بل إن الوظائف على حد تعبير المذكر الإيضاحية لقانون العاملين المدنيين 47 لسنة 1978، قد تختلف ظروف أدائها داخل نفس الوحدة من وقت لآخر

اتجاه المشرع لتقرير ضوابط عضوية وموضوعية. على الرغم من اتفاق القانون الحالي مع القانون السابق في تخويل السلطة المختصة صلاحية وضع نظام قياس الأداء، فإن المشرع الجديد قد اتجه في قانون الخدمة المدنية إلى وضع ضوابط

على السلطة المختصة في رسم ملامح نظام تقويم الأداء بالوحدة، وذلك استجابة لما أفرزته التجربة في ظل قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1947.

الضوابط العضوية. وفي هذا الإطار فقد نصت المادة 9 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، الخاصة بالهيكل التنظيمي للوحدة، على أنه " تضع كل وحدة هيكلًا تنظيميًا لها، يعتمد من السلطة المختصة، بعد أخذ رأي الجهاز، يتضمن تقسيمها إلى تقسيمات فرعية تتناسب مع أنشطتها وحجم ومجالات العمل بها .

وتضع كل وحدة جدولاً للوظائف مرفقاً به بطاقات وصف كل وظيفة، تتضمن تحديد مستواها الوظيفي وطريقة شغلها والمجموعة الوظيفية التي تنتمي إليها والشروط اللازم توافرها فيمن يشغلها، والواجبات والمسئوليات والمهام المنوطة بها، ومؤشرات قياس أدائها.

ويختص رئيس الجهاز باعتماد جدول وظائف كل وحدة وحجم الموارد البشرية اللازمة لها في ضوء احتياجاتها الفعلية.

وهكذا، فقد حرص المشرع الجديد على إبراز دور للجهاز المركزي للتنظيم والإدارة في رسم ملامح النظام الجديد لتقويم الأداء بالوحدة. فمن جهة فإن الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة هو جهة فنية متخصصة يمكنها معاونة السلطة المختصة في هذا المجال. وبهذا يكون المشرع الجديد قد تلافى المسالب التي يمكن أن تنتج عن عدم التخصص في مجال رسم ملامح النظام الجديد لقياس كفاية الأداء. ومن جهة

أخرى فإن الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة هو جهة مركزية رقابية في النواحي الإدارية يمتد اختصاصها ليشمل الرقابة الإدارية على مختلف وحدات الجهاز الإداري للدولة المخاطبة بالقانون الجديد. وهو بهذه المثابة يمكن أن يلعب دورًا هامًا في تحقيق حد أدنى من التناسق بين أنظمة تقويم الأداء المطبقة بالوحدات الإدارية، وفي الحد من التضارب الذي يمكن أن ينبع عن منح السلطة المختصة بكل وحدة الاختصاص بوضع أنظمة تقويم الأداء على مستوى كل وحدة. فلا يلجأ إلى المغايرة في معايير الأداء ودلالاتها إلا إذا كانت أهداف الوحدة وطبيعة العمل بالوحدة والوظائف تستدعي هذه المغايرة.

أما من الناحية الموضوعية، فإن نطاق السلطة التقديرية في رسم ملامح نظام تقويم الأداء بالوحدة يبدو مختلفًا في القانون الحالي عن القانون السابق. هذا الاختلاف في نطاق السلطة التقديرية التي حولها القانون للسلطة المختصة في وضع نظام تقويم الأداء يظهر بوضوح الفلسفة الجديدة التي تبناها في القانون الجديد. وتظهر هذه المغايرة في نطاق السلطة التقديرية المعترف بها للسلطة المختصة على ضوء المعايير التي تحكم السلطة المختصة في تحديد ملامح نظام قياس الأداء بالوحدة.

فكما سبق البيان فإن المشرع في قانون نظام العاملين المدنيين لم يقيد السلطة المختصة بمعايير معينة في تحديد نظام قياس كفاية الأداء، وإن كان قد نص على عددٍ من الضوابط بصدد تقدير كفاية الموظف.

وفي المقابل فإن اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية قد تضمنت موجهاً عامة يتعين أن تضعها السلطة المختصة في اعتبارها عند وضع تقييم الأداء بالوحدة. وفي هذا الإطار، تنص المادة 67 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية، على أن " تضع السلطة المختصة نظاماً لتقييم أداء الموظف يشتمل على محور أو أكثر للتقييم مثل تقييم الموظف لذاته، وتقييم الموظف من رؤوسيه، وتقييمه من الرئيس المباشر، وتقييمه من زملائه في ذات الإدارة، وتقييم الموظف من جمهور المتعاملين مع الوحدة، وتقييم الأداء العام للوحدة التي يعمل بها، وذلك حسب طبيعة عمل كل وحدة ونشاطها، وكل ذلك استناداً إلى معايير موضوعية منها السلوك، الالتزام، الجودة، التميز، الإبداع، الإنجاز، القدرة على تحمل المسؤولية.

وبالنسبة لشاغلي الوظائف القيادية ووظائف الإدارة الإشرافية، يضاف إلى المعايير المنصوص عليها في الفقرة السابقة مجموعة من المعايير تشتمل على القدرة على التخطيط والتنظيم، والقدرة على الإشراف، والرقابة والتوجيه، وإدارة الأزمات، والقدرة على اتخاذ القرار، والنتائج المحققة".

وذلك كله وفقاً للدليل الإرشادي الذي يصدر به قرار من الوزير المختص بعد أخذ رأي الجهاز".

وتنص المادة 68 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الحالي على أن " للسلطة المختصة أن تضع الوزن النسبي للمؤشرات الخاصة بكل معيار من معايير

التقويم بما يتماشى مع طبيعة نشاط الوحدة، وذلك في ضوء الحدود المبينة في الدليل الإرشادي المنصوص عليه في المادة السابقة".

والحقيقة أن الدليل الإرشادي الذي يصدر به قرار من الوزير المختص⁽¹⁾، وهو وزير التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري، بعد أخذ رأي الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، من شأنه أن يوحد إلى حد كبير من المعايير المتبعة في التقويم، لاسيما بالنسبة للوحدات ذات الطبيعة المتقاربة. وهو ما يؤدي بنا في النهاية إلى نظام لامركزي يعمل في نطاق ضوابط مركزية. وبهذا يكون المشرع الجديد قد تلافى أبرز الانتقادات التي وجهت إلى نظام كفاية الأداء في ظل قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978.

أما عن محاور التقييم، فتتولى السلطة المختصة تحديدها بما يتفق مع طبيعة عمل كل وحدة ونشاطها. وقد أتت اللائحة التنفيذية بأمتثلة متعددة لمحاور التقييم، مثل تقويم الموظف لذاته، وتقويم الموظف من قبل مرؤوسيه، وتقويمه من الرئيس المباشر، وتقويمه من زملائه في ذات الإدارة، وتقويم الموظف من جمهور المتعاملين مع الوحدة، وتقويم الأداء العام للوحدة التي يعمل بها.

وعلى الرغم من أن اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية لم تلزم السلطة المختصة بضرورة الاعتماد على أكثر من محور للتقويم، وهو في وجهة نظرنا أمر

(1) يراجع بشأن تعريف الوزير المختص نص المادة 2 من قانون الخدمة المدنية التي تحتوي على التعريفات.

منتقد، إلا أن اللائحة التنفيذية تعدد المحاور الواردة باللائحة على سبيل التمثيل، ينطوي بصورة أو بأخرى، على حض، دونما إلزام، للسلطة المختصة على الأخذ بمبدأ تعدد محاور التقييم. فتعدد محاور التقييم يضمن ألا يأتي تقييم الأداء في النهاية معبراً عن وجهة نظر أحادية من جانب الإدارة، وهو ما يصب في النهاية في موضوعية التقييم. وما سبق يظهر حرص المشرع الفرعي على حض السلطة المختصة على اعتماد نظام حديث لتقييم الأداء بالوحدة تشارك فيه كل الأطراف المعنية.

وبصدد معايير التقييم، فإن نظام تقييم أداء الموظفين الذي تضعه السلطة المختصة بالوحدة يتعين أن يستند إلى معايير موضوعية من شأنها تحقيق المساواة بين الخاضعين لنظام التقييم داخل الوحدة. وذلك مع الأخذ في الاعتبار بالطبع اختلاف الوظائف داخل الوحدة الواحدة، فالمساواة في هذا الصدد نسبية.

وقد أوجبت اللائحة أن يشتمل نظام التقييم على عدد من المعايير. فمن جهة، يتعين أن تشتمل المعايير على سلوك الموظف، والتزامه في أداء عمله الوظيفي، ومدى قدرته على تحمل المسؤولية، وهي كلها أمور تتعلق بالجانب الشخصي للموظف. ومن جهة أخرى، يتعين أن تشتمل هذه المعايير على الجودة، والتميز، والإبداع، والإنجاز في أداء العمل الوظيفي، وهو ما يمثل الجانب المادي للأداء.

ومن الملاحظ أن اللائحة التنفيذية قد جعلت للجانب الكيفي في أداء العمل أهمية أكبر من الجانب الكمي. فالجودة والتميز والإبداع، وهي أمور تتعلق بالجانب

الكيفي، قد أوردتها اللائحة بالأسبقية على عنصر الإنجاز وهو ما يتعلق بالجانب الكمي في أداء العمل.

ومن اللافت للنظر كذلك أن المشرع قد راعى اختلاف طوائف الموظفين الخاضعين لنظام تقويم الأداء، فأضاف إلى المعايير السابق ذكرها بالنسبة لشاغلي الوظائف القيادية ووظائف الإدارة الإشرافية، القدرة على التخطيط والتنظيم، والقدرة على الإشراف، والرقابة، والتوجيه، وإدارة الأزمات، والقدرة على اتخاذ القرار، والنتائج المحققة.

ويلاحظ أن التعداد الوارد للمعايير في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية لا يمنع السلطة المختصة من إضافة معايير أخرى يعتد بها في التقييم وفقاً لسلطتها التقديرية. فالسلطة المختصة تتمتع بمقتضى السلطة المخولة لها من قبل المشرع في وضع نظام تقويم الأداء بكل وحدة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد معايير التقييم. ولا يخل التعداد الوارد باللائحة بهذا الحق.

الفرع الثاني

نطاق القياس

لعل أبرز الملاحظات التي تعرض للباحث بصدد دراسة نطاق القياس تتمثل في أولاً التوسعة من محل القياس بإخضاع جميع العاملين بالوحدة لنظام تقويم الأداء، وثانياً في الاتجاه إلى الاعتماد بالأداء الفعلي كمحل للقياس والتنضيق من حالات التقدير الحكمي.

وسوف نتولى في الغصن الأول تسليط الضوء على خصيصة العموم من ناحية الأشخاص في إخضاع جميع العاملين بالوحدة لنظام تقويم الأداء، ونخصص الغصن الثاني للحديث عن سمة الواقعية من خلال الاعتماد بمعيار الأداء الفعلي للعمل والتقليص من حالات التقدير الحكمي.

الغصن الأول

من ناحية الأشخاص

عمومية نظام تقويم الأداء من حيث الخاضعين له. لعل أول ما نلاحظ بصد النظام الجديد لقياس كفاءة الموظفين الذي أتى به قانون الخدمة المدنية، أن نطاق تطبيقه يتسم بالعموم. فشاغلي جميع الدرجات الوظيفية الذين يسري عليهم نظام الخدمة المدنية، يخضعون كقاعدة عامة لنظام تقويم الأداء الوارد بهذا القانون. فيخضع لهذا النظام شاغلي الوظائف العادية من الدرجة الأولى فما دونها بجميع المجموعات الوظيفية. كما يخضع لهذا النظام شاغلي وظائف الإدارة العليا والإشرافية، مثل باقي الموظفين، وذلك مع الأخذ في الاعتبار ما توجبه طبيعة الوظائف التي يتولونها من اختلاف في معايير التقويم.

وفي هذا الصدد نلاحظ أن القانون الجديد رقم 81 لسنة 2016، قد استحدث إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام تقويم الأداء بالوحدة الذي يخضع له بقية الموظفين من الدرجة الأولى فما دونها، في سبيل خلق نظام واحد لقياس الأداء بالوحدة يتسم بالشمول والعموم في نطاق تطبيقه. وبهذا فإن المشرع الجديد يكون قد أتم تحولاً هاماً قد بدأته قوانين التوظيف المتعاقبة في التوسعة من شمول نظام قياس كفاءة الأداء بالوحدة. وعند دراسة التطور التشريعي في هذا المقام، فإننا نلاحظ أولاً اتجاه المشرع لإخضاع كافة العاملين العاديين، لنظام قياس كفاءة الأداء، ثم اتجاه المشرع في مرحلة ثانية نحو إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام

يكفل قياس كفاءة الأداء، ولكنه يختلف عن نظام تقارير الكفاية الذي كان نطاق تطبيقه يقتصر على الموظفين العاديين.

أولاً: التطور التشريعي في القوانين السابقة نحو إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا

التطور التشريعي نحو إخضاع كافة الموظفين فيما عدا شاغلي وظائف الإدارة العليا، وموقف الفقه من التوسعة من نطاق المخاطبين بنظام قياس كفاءة الأداء. فإذا بدأنا بقانون نظام الموظفين رقم 210 لسنة 1951، فسند أن القاعدة التي انطلق منها المشرع تتمثل في إخضاع جميع الموظفين، فيما عدا شاغلي وظائف الإدارة العليا، لنظام التقارير السنوية السرية الذي كان هذا القانون قد أخذ به لقياس كفاية الموظفين⁽¹⁾. فقد كانت المادة رقم 30 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، تنص في نسختها الأولى على أن " يخضع لنظام التقارير السنوية جميع الموظفين عدا رؤساء المصالح والموظفين الذين في درجة مدير عام فما فوقها. وتعد هذه التقارير في شهر فبراير من كل عام متضمنة درجة كفاية الموظف باعتباره جيداً أو متوسطاً أو ضعيفاً".

(1) يراجع بشأن تطور نظام تقدير الأداء في ظل قانون العاملين المدنيين 47 لسنة 1978، نحو إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام لتقييم الأداء د.أنور رسلان، تقارير الكفاية: دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 75: د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها: د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

ولكن القاعدة السابقة التي تقضي بإخضاع جميع الموظفين فيما عدا شاغلي وظائف الإدارة لم يقدر لها أن تستمر كثيرًا ؛ فسرعان ما تم تعديل المادة رقم 30 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، بالقانون رقم 579 لسنة 1953، لتنص على إخضاع الموظفين حتى الدرجة الثالثة فقط لنظام التقارير السنوية.

وقد أكدت قوانين نظام العاملين المدنيين المتعاقبة، سواء القانون رقم 46 لسنة 1964⁽¹⁾، أو حتى القانون رقم 58 لسنة 1971⁽²⁾، القاعدة السابقة في إخضاع الموظفين حتى الدرجة الثالثة لنظام التقارير السرية السنوية، واستثناء العاملين من الدرجة الثانية فما فوقها.

أما بالنسبة لموقف المشرع في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فقد مر بتحول هام. فقد كانت المادة رقم 58، في نسختها الأولى، تنص على أن " يخضع لنظام التقارير السنوية جميع العاملين عدا شاغلي وظائف الإدارة العليا وشاغلي الفئة التي يبدأ مربوطها بمبلغ 876 جنيهاً سنوياً". ومن ثم فإن قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، كان قد خطى خطوة هامة نحو التوسيع من قاعدة الموظفين الخاضعين لنظام تقارير الكفاية الذي كان هذا القانون قد أتى

(1) انظر المادة رقم 29 من قانون العاملين المدنيين 46 لسنة 1964.

(2) انظر المادة 36 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971. ومن الجدير بالذكر أن هذه المادة قد اتجهت إلى إعفاء العاملين الذين يبدأ مربوطهم بمبلغ 876، وهي المعادلة للدرجة الأولى في حدها الأدنى.

به، ولكنه مع ذلك لم يصل إلى حد إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام تقارير الكفاية.

أما بصدد موقف الفقه من موقف المشرع السابق في التردد بين إخضاع العاملين الخاضعين لقوانين التوظيف المتعاقبة لنظام قياس الأداء، فيمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين في الفقه. الاتجاه الأول⁽¹⁾ وقد ذهب إلى تأييد موقف المشرع في عدم إخضاع شاغلي المستويات العليا إلى نظام قياس كفاية الأداء، بما فيها الدرجة الأولى والثانية. وذلك بالنظر إلى أن المشرع قد قدر أن شاغلي هذه الدرجات قد وصلوا إلى هذه الدرجات بعد خبرة طويلة، كما أن وصولهم لهذه الدرجات الوظيفية المرموقة يشهد بكفائتهم وهمتهم العالية في العمل. علاوة على ذلك فإن هؤلاء الموظفين باعتبارهم يقومون بالإشراف والتوجيه على أعمال مرؤوسهم يتوافر لديهم حس المسؤولية، مما يجعلهم في غير حاجة إلى الخضوع لنظام يستهدف بالقدر الأول استنهاض الهمم في أداء العمل.

وفي مقابل هذا الاتجاه، فقد ذهب رأي آخر⁽²⁾ إلى ضرورة إخضاع جميع العاملين فيما عدا شاغلي الوظائف القيادية إلى نظام تقويم الأداء. وقد استند هذا

(1) انظر، د. السيد إبراهيم محمد، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1964، الإسكندرية، دار المعارف، 1966، ص 345.

(2) يراجع في هذا الشأن على وجه الخصوص، د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 288: د. زكي هاشم، دراسة الطرق المختلفة

الرأي في إعفاء شاغلي الوظائف القيادية من الخضوع لنظام تقييم الأداء إلى أن شاغلي الوظائف العليا لم يصلوا إلى هذه المستويات الوظيفية المرموقة إلا بعد قضاء سنوات طويلة في الخدمة أثبتوا خلالها قدرات وكفاءات أهلتهم إلى شغل هذه الوظائف. كما أن الإبقاء على شاغلي وظائف الإدارة العليا في الخدمة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالقيادات السياسية التي تخضع لها القيادات الإدارية، وهو ما يعني أن القيادات الإدارية تخضع فعلياً إلى نوع من التقدير المستمر لكفاءتهم، دون أن يتخذ هذا التقدير الشكل الرسمي.

وهكذا فإن إخضاع جميع الموظفين لنظام كفاية الأداء الذي كان وارداً بالقانون رقم 47 لسنة 1978، إنما يأتي استجابة إلى مناشدات الفقه السابق، بضرورة التوسيع من قاعدة المخاطبين بهذا النظام، مع استثناء شاغلي وظائف الإدارة العليا فقط من الخضوع له. وذلك على أساس أن السلطة المختصة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تعيينهم واستبقائهم في وظائفهم.

اتجاه المشرع لإخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام قياس الأداء وتقييم الفقه. وفي أعقاب تبني قانون العاملين المدنيين 47 لسنة 1978، لقاعدة إخضاع جميع العاملين فيما عدا شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام تقييم الأداء، فقد اتجه

لقياس كفاءة الموظفين والمستخدمين والعاملين في الأجهزة الإدارية بالدول العربية، مرجع سابق، ص 198: د. حسن توفيق، الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 313.

جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى ضرورة خضوع شاغلي وظائف الإدارة العليا بدورهم إلى نظام يكفل قياس كفاية الأداء يتلائم مع طبيعة هذه الوظائف. فمن جهة، فإن المفترض أن يزداد عطاء الموظف بزيادة موقعه في سلم التدرج الإداري. في حين أن عدم إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا إلى نظام لقياس كفاية الأداء يمكن أن يؤدي إلى تكاسل شاغلي هذه الوظائف بالنظر إلى غياب الآليات التي تكفل التقييم والمتابعة الإدارية. ومن جهة أخرى، فإن نظام تقييم الأداء يمثل في حقيقته ضماناً للموظف العام بالنظر إلى أن هذا التقييم يحتفظ به في ملف خدمته ؛ ومن ثم فيمكن أن يكون ملاذاً للموظف من شاغلي وظائف الإدارة العليا، إذا ما أريد الإضرار بهم بحجة عدم كفايتهم الوظيفية⁽²⁾.

ويبدو أن الحجج التي استند إليها هذا الاتجاه الأخير قد وجدت صدى لدى المشرع. فمع إصدار اللائحة التنفيذية للقانون 47 لسنة 1978، نصت المادة 30 من اللائحة التنفيذية في نسختها الأولى، على أن " يقدم الرؤساء عن شاغلي وظائف الإدارة العليا بيانات تتعلق بالنواحي الفنية والإدارية في مباشرة أعمالهم وذلك مرتين في السنة للاستهداء بها عند ترشيحهم إلى الوظيفة الأعلى. وتعرض هذه البيانات على السلطة المختصة لاعتمادها وتقرير إيداعها بملف العامل". وقد اختلف الفقه في مدى اعتبار النظام الذي جاءت به اللائحة من قبيل أنظمة قياس

(1) انظر د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة 52، 1982، ص 200 وما بعدها.

(2) د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة، مرجع سابق، ص 202

كفاية الأداء. فذهب البعض إلى أن " ما أتت به اللائحة لا يعدو أن يكون نوعاً من تقدير الكفاية وإن لم يتسم بهذا الاسم"⁽¹⁾. وفي المقابل فقد ذهب البعض الآخر إلى أن ما جاءت به اللائحة "وإن كان يعد إحدى الأسس لترقيتهم إلى الوظيفة الأعلى، إلا أنها ليست تقارير كفاية، ومن ثم فهي لا تخضع لنظامها القانوني"⁽²⁾.

على أي حال فقد حسم المشرع الجدل حول إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام لقياس كفاية الأداء بصدور القانون رقم 115 لسنة 1983⁽³⁾، الذي أخضع شاغلي الوظائف القيادية لنظام لقياس كفاية الأداء يختلف عن نظام تقارير الكفاية الذي كان يقتصر على الموظفين العاديين من الدرجة الأولى فما دونها، وهو نظام بيانات تقييم الأداء. فقد نصت المادة 28 من قانون العاملين المدنيين المضافة بالقانون 115 لسنة 1983، على أن " يكون قياس كفاية الأداء بالنسبة لشاغلي الوظائف العليا على أساس ما يبديه الرؤساء بشأنهم سنوياً من بيانات تعتمد من السلطة المختصة وتودع بملفات خدماتهم". كما أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون قد نصت على أن " يقدم الرؤساء عن شاغلي الوظائف العليا بيانات سنوية تتعلق

(1) د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة، مرجع سابق، ص 202.

(2) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 77.

(3) صدر القانون رقم 115 لسنة 1983 في الأول من أغسطس 1983، والذي أدخل العديد من التعديلات على القانون 47 لسنة 1978، وقد نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 11 أغسطس 1983.

بالنواحي الفنية والإدارية والقيادية في مباشرتهم لأعمالهم. وتعرض هذه البيانات على السلطة المختصة لاعتمادها وإيداعها بملف العامل".

وهكذا فقد أصبح نظام بيانات الأداء بمثابة وسيلة لقياس كفاية الأداء لشاغلي وظائف الإدارة العليا، في مقابل نظام تقارير كفاية الأداء الذي يتبدا باعتبارها وسيلة قياس كفاية الأداء للموظفين فيما دون شاغلي وظائف الإدارة العليا. وذلك بعد أن كان هذا الأخير هو الوسيلة الوحيدة لقياس الكفاية التي كان القانون قد اعتمدها⁽¹⁾.

ثانياً: في القانون الجديد

مسالب تبني مبدأ المغايرة في نظام قياس الكفاءة وتبني المشرع الجديد لمبدأ الوحدة. والواضح أن نظام بيانات تقييم الأداء الذي كان يخضع له شاغلي الوظائف القيادية في ظل القانون السابق كان يتسم بالبساطة الشديدة مقارنة بنظام تقارير الكفاية، ولم يكن هذا النظام يضمن موضوعية التقييم. حيث لم يضع هذا النظام معايير موضوعية حقيقية يمكن الاستناد إليها في تقييم شاغلي الوظائف القيادية بالجهاز الإداري للدولة.

ولذلك فإن المغايرة بين شاغلي الوظائف القيادية من جهة، وما دونهم من الموظفين من جهة أخرى، كانت محلاً للانتقاد في ظل القانون السابق. فمع التسليم

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 104.

بوجوب الأخذ في الاعتبار ما يوجبه اختلاف الطائفة الوظيفية من اختلاف في معايير التقييم، فإن بعض الفقه⁽¹⁾ كان ينادي بوجوب تعميم إخضاع جميع موظفي الدولة الخاضعين لقانون العاملين المدنيين لنظام تقارير الكفاية، بما فيهم شاغلي الوظائف القيادية.

واستجابة من المشرع الجديد لهذه الانتقادات، كان القانون الجديد حريصًا على تعميم نظام قياس الكفاءة الجديد، وهو نظام تقويم الأداء على شتى طوائف الموظفين. فمن ناحية فقد حرص المشرع على المساواة بين الموظفين من شاغلي الوظائف القيادية وباقي الموظفين. وهو ما يحقق ميزة هامة لشاغلي وظائف الإدارة العليا من خلال إخضاعهم لنظام للتقويم واضح المعالم، بما يتضمنه من ضمانات موضوعية وإجرائية تكفل أن يؤدي النظام الجديد دوره، دون خشية من تحكم الاعتبارات الشخصية في التقويم. ومن ناحية أخرى فقد حرصت اللائحة على النص على المعايير التي يتعين أخذها في الاعتبار في تقويم أداء شاغلي الوظائف القيادية بالنظر لخصوصية أعمال الموظفين التي يتولونها⁽²⁾.

(1) يراجع في تفصيل أكبر بصدد إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام قياس الكفاءة المتمثل في نظام بيانات تقييم الأداء والانتقادات الموجهة لهذا النظام، أستاذنا الجليل الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها.

(2) نصت الفقرة الثانية من المادة 67 من اللائحة التنفيذية لقانون نظام الخدمة المدنية، على أنه "وبالنسبة لشاغلي الوظائف القيادية ووظائف الإدارة الإشرافية، يضاف إلى المعايير المنصوص عليها في الفقرة السابقة مجموعة من المعايير تشتمل على القدرة على التخطيط والتنظيم، والقدرة على الإشراف، والرقابة والتوجيه، وإدارة الأزمات، والقدرة على اتخاذ القرار، والنتائج المحققة".

الغصن الثاني

من ناحية الأداء

الاعتداد بمعيار الواقعية. نعني بالواقعية اتجاه المشرع إلى التعويل على الأداء الفعلي للعمل كمحل للقياس، واتجاهه بالتالي إلى التقليل من حالات التقدير الحكمي عما كان عليه الحال في القوانين السابقة. وفي هذا الصدد نلاحظ أن القانون الجديد قد قرر قاعدة عامة بنصه في الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون رقم 81 لسنة 2016، على أن " يقتصر تقويم الأداء على القائمين بالعمل فعلاً بالوحدة مدة ستة أشهر على الأقل".

وفي المقابل فقد نص المشرع على عدد من الاستثناءات على القاعدة السابقة تضمنتها الفقرة الأخيرة من المادة رقم 25، بنصها على أنه "يقدر تقويم أداء الموظف الذي لم يتم بالعمل فعلياً بالوحدة لمدة ستة أشهر على الأقل بسبب التجنيد، أو للاستدعاء للاحتياط أو للاستبقاء، أو للمرض، أو لإجازة رعاية الطفل، أو لعضوية أحد المجالس النقابية، أو لعضوية مجلس النواب بمرتبة كفاء حكماً، فإذا كان تقويم أدائه في العام السابق بمرتبة ممتاز يقدر بمرتبة ممتاز حكماً".

ودراسة موقف المشرع الجديد من منظور مقارنة مع القوانين السابقة، يوضح أن المشرع الجديد قد إنحاز إلى مبدأ الواقعية في التقويم، مع اتجاهه إلى تبني نظام قانوني يتسم بالوضوح بالنسبة للاستثناءات الواردة على المبدأ السابق يميل إلى

الحد من حالات التقدير الحكمي، بإخراج العديد من الحالات التي كانت القوانين السابقة تجعلها محلاً للاعتبار

وسوف نتولى أولاً بيان التطور التشريعي لموقف المشرع في القوانين السابقة من مسألة الاعتداد بالأداء الفعلي، ثم نتولى ثانياً بيان موقف المشرع الجديد.

أولاً: موقف المشرع في القوانين السابقة

الواقعية بين القاعدة والاستثناء . يستهدف نظام قياس كفاءة أداء العامل تقويم أداء الموظف في نهوضه بأعباء وظيفته، ومن ثم فيتعين أولاً أن يكون الموظف على رأس العمل، ويتعين ثانياً أن يكون هناك عمل يمكن إخضاعه للتقويم.

وإنطلاقاً مما سبق، فقد حرص القضاء في ظل نظام تقارير الكفاية على تأكيد أن ارتباط التقارير بالأداء الفعلي للعمل وذلك حتى في ظل غياب النصوص التي يمكن الاستناد إليها في تقرير المبدأ السابق. ويسير قضاء المحكمة الإدارية العليا في مبدأ مستقر على أن " تقارير الكفاية توضع عن خدمة فعلية لارتباطها بأداء العمل. فتقدير كفاية العامل يتم من واقع السجلات والبيانات ونتائج التدريب وسلوكيات العامل واستخدامه لحق الإجازات ومعاملته زملائه والجمهور وغيرها من العناصر، وجميعها لا تتأتى إلا عن طريق الممارسة الفعلية للعمل"⁽¹⁾.

وقد رتب القضاء على المبدأ السابق نتيجة هامة تتمثل في امتناع التقييم بتخلف العمل الصالح للتقييم. ويسير قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن على أن " الأصل أن التقارير التي توضع عن الموظفين لتقدير كفايتهم في خلال مدة معينة، إنما تستهدف أساساً تقييم أعمالهم في خلال هذه الفترة والحكم عليها وعلى

(1) مجموعة المبادئ المستقرة في شؤون الخدمة المدنية، مبدأ رقم 106، ص 414. مشار إليه في ذات المرجع السابق. مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 44 وما بعدها.

كفاية الموظف من خلالها. فإذا ثبت أن الموظف لم يؤد عملاً في الفترة التي وضع التقرير خلالها، فإنه يمتنع على جهة الإدارة أن تضع عنه تقريراً في خلال هذه المدة، إذ ليس ثمة أعمال يكون قد أداها تصلح لأن تكون محلاً للتقييم⁽¹⁾.

ويتفرع عن المبدأ السابق نتيجة هامة: امتناع تقويم الأداء في حالة تخلف العمل الصالح للتقييم أياً كان سبب ذلك. فلا يخضع لهذا النظام الموظف المنقطع عن العمل، أياً كان سبب انقطاعه، سواء إرادي أم غير إرادي، متى استغرق الانقطاع معظم السنة التي يتم عنها التقييم. وهو ذات المبدأ الذي كان يسير عليه القضاء الإداري في ظل القانون السابق⁽²⁾.

الاتجاه نحو مراعاة بعض الحالات الخاصة عن طريق نظام التقدير الحكمي. وفي المقابل فقد لاحظ الفقه أن إتباع القاعدة السابقة على إطلاقها قد يترتب عليه العديد من النتائج المجحفة، لاسيما بالنظر إلى ارتباط نظام الترقيات بنظام قياس كفاءة الأداء. ومن هذا المنطلق فقد اتجه المشرع، رويداً رويداً، إلى الأخذ بعين الاعتبار العديد من الحالات التي يتخلف فيها العمل الصالح للتقويم، مراعاة لاعتبارات خاصة تصب في النهاية في خانة الصالح العام. وهو ما تمخض عن اتجاه المشرع

(1) المحكمة الإدارية العليا، رقم 1249 لسنة 8 ق.ع، بتاريخ 30 مايو 1965: المحكمة الإدارية العليا، رقم 843 لسنة 9 ق.ع، بتاريخ 12 فبراير 1966. مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 44 وما بعدها.

(2) انظر على سبيل المثال، المحكمة الإدارية العليا، رقم 1249 لسنة 8 ق.ع، بتاريخ 30 مايو 1965، سبق الإشارة إليه.

إلى تقرير تقييم أداء بعض الحالات بطريقة حكمية، أو منح الإدارة الاختصاص بتقييم أداء بعض الموظفين على الرغم من تخلف العمل الصالح للتقييم.

والمقصود بالتقدير الحكمي هو تحديد تقدير أداء بعض الموظفين بطريقة حكمية من قبل المشرع، بالاستثناء من القاعدة التي تقصر تقييم الأداء على القائمين فعلاً بالعمل بالوحدة مدة ستة أشهر على الأقل خلال العام الذي يجري عنه التقييم، بالنظر لوجود عارض يمنعهم من أداء العمل بالفعل. والتقدير الحكمي كما جرت فتاوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع على وصفه بأنه تقدير لا يرد اجتهاداً ولا تفسيراً، وإنما يرد بنص صريح يلزم به بغير حاجة إلى تأويل⁽¹⁾.

وقريب من التقدير الحكمي، التقدير الجزافي الذي يوجب فيه المشرع تقدير أداء الموظف من قبل الإدارة بطريقة جزافية، دون أن يلزمها بتقدير معين، بناء على التقارير السابقة، وذلك بالنظر لتخلف العمل الصالح للتقييم خلال الفترة محل التقييم لوجود عارض محل اعتبار من قبل المشرع.

وتعمل الأحكام الخاصة بالتقدير الحكمي والتقدير الجزافي على تحقيق اعتبارات شتى تصب مجملها في بوتقة الصالح العام؛ فإتباع القاعدة الخاصة بالاعتداد بالأداء الفعلي للعمل على إطلاقها يمكن أن يتناقض مع العديد من الاعتبارات

(1) الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع، ملف رقم 88/3/86، جلسة 1966/2/7، الموسوعة الإدارية الحديثة، 1997/1993، ج 45، ص 169. مشار إليها لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 60 هامش.

الأخرى التي يقيم لها النظام القانوني وزناً والتي تصب في النهاية في خانة الصالح العام، لاسيما أن نظام تقويم الأداء يرتبط بصورة مباشرة بترقيات الموظف. ولذلك فقد كان المشرع حريصاً على استثناء بعض الفئات من القاعدة السابقة تحقيقاً لاعتبارات الصالح العام، بتقدير أدائهم بطريقة حكمية، دون أن يكون تقييم الأداء مستنداً إلى مؤشرات حقيقية يقوم عليها خلال السنة المالية التي يتم فيها التقييم.

وتتبع حالات التقدير الحكمي والجزافي عبر القوانين الحاكمة للوظيفة العامة المتعاقبة، يوضح أن مسلك المشرع عبر قوانين التوظيف المتعاقبة كان يتسم في البداية بالقصور، ثم بالتوسعة على نحو يتسم بالمغالاة، إلى أن جاء المشرع في القانون الجديد ليتبني حلاً يتميز بالوسطية.

ففي البداية كانت المعالجة التشريعية تتسم بالقصور، حيث كان المشرع يقتصر على معالجة بعض الحالات فقط، كما هو الحال بالنسبة للقانون 58 لسنة 1971، الذي اقتصر على معالجة وضع المجندين ومن في حكمهم⁽¹⁾، والمعارين إلى

(1) من الجدير بالذكر أن المادة 38 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 57 لسنة 1971، كنت تنص بشأن تقدير كفاية المجنود والمستدعون للاحتياط والمستبقون، على الاستهزاء برأي الجهة المختصة بالقوات المسلحة، بنصها على أن " يجب الحصول على تقرير عن مستوى كل عامل معار داخل الجمهورية أو منتدب من الجهة المعار أو المنتدب إليها إذا طالت مدة الإعارة أو الندب عن ثلاثة شهور. وبالنسبة للعامل المجند أو المستدعى للاحتياط يستهدى في تقرير كفايته برأي الجهة المختصة بالقوات المسلحة".

وقد كان هذا الحكم محلاً للنقد من قبل الفقه بالنظر إلى اختلاف طبيعة العمل المدني عن العمل العسكري. وهو ما أدى إلى العدول عن الحكم السابق في قانون العاملين المدنيين رقم 47

الداخل⁽¹⁾. وفي المقابل فإن المشرع لم يتناول وضع المرضى⁽²⁾، كما أنه لم يتناول وضع أعضاء المجالس النيابية والنقابية⁽¹⁾.

لسنة 1978، لينص على تقدير كفاية الفئات السابقة بمرتبة كفاء حكماً في الوقت الذي كانت فيه مراتب الكفاية ثلاثة فقط: ضعيف، كفاء، ممتاز. ثم عدل المشرع إلى استخدام مصطلح جيد كبديل عن كفاء في مجال تحديد كفاية الأداء، في أعقاب التعديلات التي تمت بموجب القانون رقم 115 لسنة 1983، التي جعلت مراتب الكفاية أربعة، وهي: ممتاز وجيد ومتوسط وضعيف. ثم أصبحت كفاية الفئات السابقة تقدر بجيد جداً حكماً بعد تعديلات 1992، لتصبح خمس مراتب، وإضافة مرتبة جيد جداً. وقد استثنى هذا القانون الأخير حالة الموظف الذي كان تقدير كفايته في العام السابق على هذا الظرف بمرتبة ممتاز، فيحصل على ممتاز حكماً.

د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 102، هامش.

(1) يراجع المادة 38 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971.

(2) من الجدير بالذكر أن المشرع لم يتناول في قوانين التوظيف السابقة حتى عام 1992، بيان كيفية تقدير كفاية الموظف المريض. ونتيجة لذلك فقد تصدى القضاء لوضع ضوابط تكفل عدم الإجحاف بالموظف المريض؛ إذ أن السبب في تخلف العمل الصالح للتقدير يعد قهرياً وخارجاً عن إرادته، وبالتالي فإن اعتبارات الشفقة والرحمة الإنسانية تقتضي ألا يكون المرض عاملاً حاسماً في تخلف تقدير كفايته في حالة استغراق المرض لمعظم السنة، أو للحظ من مرتبة كفايته في حالة كون المرض ممتد ويؤدي إلى عدم تمكين الموظف من أداء أعمال وظيفته على النحو الأمثل، بالنظر لما يمكن أن يؤدي إليه ذلك من تأخير لترقيته.

انظر على وجه الخصوص في تفصيل أكبر بصدد موقف القضاء المصري من تقدير كفاية الموظف المريض، د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 102: د. محمد سعيد أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 111.

وقد تدخل المشرع بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 34 لسنة 1992، لينص في المادة 33 من قانون العاملين المدنيين على أنه " إذا كانت مدة مرض العامل ثمانية أشهر فأكثر

وعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فقد نص على حالات التقدير الحكمي والجزافي في المواد 32 ، و33، المعدلتين تباعاً بالقانون رقم 115 لسنة 1984، والقانون رقم 34 لسنة 1992، ليصبح نصها النهائي وفقاً لآخر التعديلات على أنه "في حالة إعاره العامل داخل الجمهورية أو ندبه أو تكليفه تختص بوضع التقرير عنه الجهة التي قضى بها المدة الأكبر من السنة التي يوضع عنها التقرير.

فإذا كانت الإعاره للخارج يعتد في معاملته بالتقارير السابق وضعها عنه قبل الإعاره.

كما يعتد بالتقارير السابق وضعها عن العامل في حالة ما إذا صرح له بإجازة خاصة.

وبالنسبة للعامل المجند تقدر كفايته بمرتبة جيد جداً حكماً، فإذا كانت كفايته في العام السابق بمرتبة ممتاز، تقدر بمرتبة ممتاز حكماً.

وبالنسبة للعامل المستدعي للاحتياط أو المستبقى تقدر كفايته بمرتبة ممتاز حكماً.

تقدر كفايته بمرتبة جيد جداً حكماً، فإذا كانت كفايته في العام السابق بمرتبة ممتاز، فتقدر كفايته بمرتبة ممتاز حكماً".

(1) من الجدير بالذكر أن إعفاء أعضاء المجالس النيابية من الخضوع لنظام قياس كفاءة الأداء يرجع بالأساس إلى قانون مجلس الشعب رقم 38 لسنة 1972، الذي نص في المادة 25 على إعفاء أعضاء مجلس الشعب من الخضوع لهذه التقارير. وهو الحكم الذي رددته المادة 24 من قانون مجلس الشوري رقم 120 لسنة 1980.

وبالنسبة لأعضاء المنظمات النقابية تحدد مرتبة كفايتهم بما لا يقل عن مرتبة تقدير كفايتهم فى السنة السابقة على انتخابهم بالمنظمات النقابية.

كما نصت المادة رقم مادة 33، على أنه "إذا كانت مدة مرض العامل ثمانية أشهر فاكتر، تقدر كفايته بمرتبة جيد جداً حكماً، فإذا كانت كفايته فى العام السابق بمرتبة ممتاز، تقدر بمرتبة ممتاز حكماً".

تحول الإستثناء إلى قاعدة وأسباب ضرورة إعادة النظر في نظام التقدير الحكمي والجزافي. وهكذا فقد انتهى التطور التشريعي في ظل القوانين السابقة إلى ضرورة وضع تقرير تقويم أداء عن كل موظف يشغل إحدى الوظائف بالوحدة، أيًا ما كان وضعه القانوني، مجند أو مستدعى للاحتياط أو محتفظ به، أو معار إلى الداخل أو الخارج، أو منتدب أو مكلف، أو حاصل على إجازة أيًا كان نوعها، أو مريض، ولم يعد يستثنى من الخضوع لهذا النظام إلا بعض الحالات النادرة، كحالة الموظف الموقوف. ومن ثم فقد انتهى الوضع بقانون العاملين المدنيين إلى قلب القاعدة القاضية بامتناع التقويم بامتناع العمل الصالح للتقييم خلال عام التقويم، إلى استثناء.

والحقيقة أن الوضع السابق كان من شأنه أن ينال إلى حد بعيد من واقعية نظام قياس كفاية الأداء بالوحدة، بالنظر إلى عدم تعبير التقارير التي يتمخض عنها هذا النظام عن حقيقة وضع أداء كل موظف بالوحدة في العام محل التقويم. فمن جهة توسع المشرع في نظام التقارير الجزافية بالزام الإدارة بالاعتداد بالتقارير السابقة في

حالة إعاة الموظف إلى الخارج أو حصول الموظف على إجازة خاصة أياً كان نوعها، على الرغم من إمكان تناول الأمد بين التقارير التي ألزم المشرع الإدارة بالاعتداد بها وبين السنة محل التقرير. ومن جهة أخرى فقد اتجه المشرع إلى تقارير مغايرة غير مبررة في تقارير قياس كفاية الأداء في بعض الحالات الخاضعة لنظام التقدير الحكمي، كما هو الحال بالنسبة للمجدد من جهة، والمستدعي إلى الاحتياط أو المحتفظ به من جهة أخرى.

علاوة على ما سبق فإن العديد من حالات التقدير الحكمي أو حتى الجزافي كانت بحاجة إلى إعادة النظر وذلك في مواجهة تغير العديد من الاعتبارات التي كان يقوم عليها نظام التقييم الحكمي في القانون السابق، كما هو الحال بالنسبة للإعارة، سواء إلى لداخل أو إلى الخارج. بصفة خاصة وأن المشرع في القانون السابق كان يتوسع في الحكم الخاص بترقية المعارين ؛ فكان يمكن ترقيةهم بالأقدمية أو حتى بالاختيار⁽¹⁾.

(1) كان قضاء المحكمة الإدارية العليا يسير في ظل قانون العاملين المدنيين السابق على أن "المشرع قرر أصلاً عاماً يقضي بأن يرقى المعارون مع زملائهم وفقاً للضوابط المقررة للترقية وأن الإعارة لا تحول دون الترقية متى توافرت شروطها إذ أن مدة الإعارة تحسب ضمن مدة الخدمة ولا يجوز حرمان المعار خلالها من حقه في الترقية سواء بالأقدمية أو بالاختيار". المحكمة الإدارية العليا، رقم 3628 لسنة 29 ق.ع ، بتاريخ 12 أبريل 1987، جلس الدولة -المكتب الفني - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - السنة 32 - الجزء الثاني (أول مارس 1987 - 30 سبتمبر 1987) - ص 1113

فبالنسبة للإعارة إلى الداخل فقد كانت تؤدي دورًا هامًا في تحقيق نوع من المرونة بين وحدات الجهاز الإداري للدولة والقطاع العام، في وقت كان هذا الأخير يعتبر من قبيل المرافق العامة وكانت سياسات الدولة تميل إلى تحقيق تقارب كبير في القواعد الحاكمة لسير العمل به. ومن ثم فقد كانت الإعارة الداخلية تلعب دورًا مقارِبًا إلى حدٍ بعيد للندب. ومن هذا المنظور يفهم اتجاه المشرع في الماضي إلى توحيد العديد من القواعد القانونية الحاكمة للندب والإعارة. فقد جرت قوانين الحاكمة للتوظيف على التسوية في المعاملة بين المنتدب والمكلف والمعار داخليًا، في إخضاعهم لاختصاص الجهة التي قضى بها الموظف المدة الأكبر خلال العام الذي يوضع عنه التقرير بتقدير كفايته⁽¹⁾.

من الجدير بالذكر أن المشرع كان قد تدخل بمقتضى القانون رقم 108 لسنة 1981، بتعديل المادة 58 من القانون رقم 47 لسنة 1978 بإصدار قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، ليقرر منع المشرع ترقية العامل المعار إلى الوظائف العليا. ويسري هذا المنع من تاريخ العمل ابتداء من 10 أغسطس 1981، وهو تاريخ العمل بالقانون. وقبل هذا التاريخ لم تكن الإعارة تحول دون الترقية لوظائف الإدارة العليا التي تجري كلها بالاختيار.

(1) كانت المادة رقم 32 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، تنص على أنه " في حالة إعارة العامل داخل الجمهورية أو ندبه أو تكليفه تختص بوضع التقرير النهائي عنه الجهة التي قضى بها المدة الأكبر من السنة التي يوضع عنها التقرير.

فإذا كانت الإعارة للخارج يعتد في معاملته بالتقارير السابق وضعها عنه قبل الإعارة." من الجدير بالذكر أنه في شأن تقارير الكفاية للموظف المنتدب والمعار داخليًا، فقد كانت قوانين التوظيف المتعاقبة ابتداءً بالقانون 210 لسنة 1951، إلى القانون 47 لسنة 1978، تنص على اختصاص جهة الموظف الأصلية بوضع تقرير كفاية الموظف المعار لجهة أخرى داخل جمهورية، على أن تقوم الجهة المعار إليها بوضع تقرير عن أدائه إذا زادت الإعارة عن ثلاثة

وفي هذا الصدد يلاحظ البعض الاتجاه إلى إساءة استخدام إجراء الإعارة الداخلية، وذلك باستخدامها كوسيلة لمحاباة البعض أو لتحقيق أغراض أخرى لا تمت لمجال العمل بصلة. على كل حال فقد تحولت المؤسسات الاقتصادية مع الوقت إلى مشاريع اقتصادية مملوكة للدولة ملكية خاصة، وأصبحت تتخذ شكل الشركات

أشهر. ونتيجة لذلك فقد كان القضاء قد اتجه إلى تقرير قاعدة اختصاص جهة العمل الأصلية بالنسبة للمعار داخليًا، قياسًا على وضع الندب. على اعتبار تبعية الموظف للجهة المنتدب أو المعار منها، واحتفاظه فيها بحقه في العلاوات والترقيات.

أما بالنسبة للنقل. فقد قررت المحكمة الإدارية العليا قاعدة اختصاص الجهة المنقول إليها بوضع تقرير الكفاية عنه، وذلك أيًا كان المدة التي قضاها العامل في هذه الجهة، بالمقارنة بمدة عمله بالجهة المنقول منها. وهو ما يعني أن المحكمة قد رفضت قياس حالة النقل على الندب. والحقيقة أن القاعدة التي قررتها المحكمة لا تعدو أن تكون تطبيقًا للقاعدة التي قررتها المحكمة في أحوال النقل والإعارة، وهي اختصاص الجهة التابع لها الموظف بوضع تقرير الكفاية عنه، كل ما هنالك أن الجهة التابع لها الموظف قد تغيرت. ففي النقل لا توجد جهة يتبعها الموظف وأخرى يقوم بالعمل بها بصفة عارضة أو مؤقتة، وإنما تنقل تبعية الموظف من جهة إلى أخرى. ولما كانت ترفقيات الموظف وحقوقه المالية تنقل إلى الجهة المنقول إليها فمن الطبيعي أن تضع الجهة المنقول إليها تقرير الأداء.

انظر في تفصيل أكبر بصدد وضع الموظف المنتدب والمعار داخليًا والمنقول، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 110 وما بعدها: د. أنور رسلان، تقارير الكفاية: دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 105 وما بعدها.

التجارية، وتقلص حجمها إلى حدٍ بعيد في أعقاب سياسات الخصخصة⁽¹⁾. ومن ثم
بدأت الحاجة واضحة لإعادة النظر في إجراء الإعارة الداخلية.

أما بالنسبة لإجراء الإعارة الخارجية، فقد كانت سياسات المشرع في ظل قوانين
التوظيف السابقة تميل إلى تشجيع الإعارة إلى الخارج، بالنظر إلى الدور الذي
يلعبه نظام الإعارة في تعضيد الترابط العربي. ومن ثم كانت السياسات العامة
للدولة تشجع الموظف على الإعارة للدول العربية، وذلك مساهمة منها في تنمية
هذه الدول الشقيقة. وقد تغيرت هذه السياسات بالنظر إلى تغيير الظروف،
فأصبحت الإعارة بالنسبة للموظف لا تعدو إلا أن تكون وسيلة لتحسين حالته
الاقتصادية المتردية. وبالنسبة للدولة المستعيرة، أصبحت الإعارة وسيلة لإجتذاب
الكفاءات من الموظفين، وهو ما قد يؤدي إلى إفراغ الجهاز الإداري للدولة من
الكفاءات. ومن ثم فقد كان النظام القانوني للإعارة بحاجة إلى إعادة النظر.

كما أن إتساع قاعدة المخاطبين بنظام التقدير الحكمي أو حتى الجرافي لم يعد
يتمشي مع الاعتبارات التي يقوم عليها القانون الجديد، والتي يأتي في مقدمتها
إعادة الانضباط إلى الجهاز الإداري للدولة، ورفع الكفاءة الإنتاجية للموظفين.
ويمكن أن نلاحظ ذلك بوضوح في الحكم الخاص بالاعتداد بتقارير تقييم الأداء

(1) في تفصيل أكبر بشأن موضوع الخصخصة، انظر رسالة الزميلة الفاضلة، د. ميادة عبد
القادر أحمد، سياسة الدولة في مصر نحو خصخصة المشروعات مشروعات المرافق العامة:
المشكلات والتنظيم القانوني الأمثل، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، قدمت ونوقشت بجامعة
الإسكندرية، 2011.

السابقة بالنسبة للإجازة الخاصة بصفة عامة، على الرغم من تعدد الأسباب التي قد تقوم عليها. فالحقيقة أن النظام القانوني للإجازات الخاصة قد تتم إساءة استخدامه، وهو ما يبدو على وجه الخصوص في حالة إجازة مرافقة الزوج أو الزوجة التي أصبح يلجأ إليها كباب خلفي للهروب من الأحكام الخاصة بمدد الإعارة.

ثانياً: موقف المشرع الجديد

التأكيد على مبدأ الواقعية وأهم ملامح المعالجة التشريعية للتقدير الحكمي في القانون الجديد. لعل أهم ملامح المعالجة التشريعية في سبيل استعادة خصيصة واقعية بشأن النظام الجديد لتقويم الأداء بالوحدة، تتمثل في الآتي:

أولاً في التأكيد على المبدأ العام المتمثل في ضرورة وجود عمل صالح للتقويم، بنصه في الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون رقم 81 لسنة 2016، على أن " يقتصر تقويم الأداء على القائمين بالعمل فعلاً بالوحدة مدة ستة أشهر على الأقل".

ثانياً: الاتجاه إلى التقليل من حالات التقدير الحكمي عما كان عليه الحال في قانون العاملين المدنيين 47 لسنة 1978. فقد حددت المادة 25 في عجزها، الحالات الخاضعة للتقدير الحكمي بالنص على أن "يقدر تقويم أداء الموظف الذي لم يتم بالعمل فعلياً بالوحدة لمدة ستة أشهر على الأقل بسبب التجنيد، أو للاستدعاء للاحتياط أو للاستبقاء، أو للمرض، أو لإجازة رعاية الطفل، أو لعضوية أحد المجالس النقابية، أو لعضوية مجلس النواب بمرتبة كفاء، حكماً، فإذا كان تقويم أدائه في العام السابق بمرتبة ممتاز يقدر بمرتبة ممتاز حكماً".

وهكذا نجد أن المشرع الجديد قد اتجه في العموم إلى إقرار المعاملة التشريعية التي تمخضت عنها تطور قوانين التوظيف السابقة، بشأن التقدير الحكمي للحالات التالية:

أ. لتجنيد والاستدعاء للاحتياط أو الاستبقاء بالنظر للخدمة الوطنية التي يقوم بها المتواجدون في هذه الحالات.

ب. المرض بالنظر إلى اعتبارات الشفقة والرحمة الإنسانية.

ج. إجازة رعاية الطفل بالنظر للاعتبارات التي حرص الدستور على تأكيدها سواء المتعلقة بوحدة الأسرة وتماسكها باعتبارها اللبنة الأولى للمجتمع⁽¹⁾، أو المتعلقة بتمكين المرأة من الاندماج المهني بما يكفل تحقيق مبدأ المساواة بينها وبين الرجل⁽²⁾، أو حتى الاعتبارات المتعلقة بحقوق الطفل في الظفر بالرعاية والتربية. المناسبة⁽³⁾.

(1) انظر نص المادة 10 من الباب الثاني من دستور 2014، المعنون بالمقومات الأساسية للمجتمع

(2) انظر نص المادة 11 من دستور 2014، الخاصة بتأكيد مبدأ المساواة وحظر التمييز، والتي تنص في فقرتها الثالثة على أن " وتلتزم الدولة بحماية المرأة ضد كل أشكال العنف، وتكفل تمكين المرأة من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل "

(3) انظر نص المادة 80 من دستور 2014، الواردة بالباب الثالث المعنون بالحقوق والحريات والواجبات العامة، الخاصة بحقوق الطفل

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الجديد في القانون 81 لسنة 2016، قد عدل في هذه المادة بالمقارنة عما كانت عليه الحال في القرار بقانون 18 لسنة 2015. فقد أضاف القانون الجديد لحالات التقدير الحكمي، الإجازات المرضية، وإجازة رعاية الطفل، وهو ما كان القرار بقانون 18 لسنة 2015 قد أغفله.

د. عضوية المجالس النقابية بالنظر لما يؤديه أعضاء هذه المجالس من دور في الدفاع عن مصالح وحقوق العاملين، وهو ما يمكن أن يثير حفيظة الرؤساء الإداريين، بما قد يدفعهم إلى تبني مسلك يتسم بعدم الموضوعية في التقييم، وهو ما يمكن أن ينعكس على أداء أعضاء المجالس النقابية لدورهم في الدفاع عن مصالح العاملين.

هـ. عضوية مجلس النواب، بالنظر لما يؤديه النواب في الدفاع عن مصالح واتجاهات شعبية قد تؤدي إلى سخط أو غضب من قبل الرؤساء الإداريين أو استعدادات من رجال السياسة في السلطة الذين يخضع لهم الموظفين الإداريين.

ومن الجدير بالذكر أن التعديلات الدستورية الأخيرة⁽¹⁾، باستحداث مجلس الشيوخ تقتضي تعديل قانون الخدمة المدنية، إما بإضافة عضوية مجلس الشيوخ إلى عجز المادة رقم 25، أو استبدال عبارة المجالس النيابية بعبارة مجلس النواب.

(1) انظر المواد 249 و250 من دستور 2014، اللتين تم إدخالهما بمقتضى التعديلات الدستورية التي تم إقرارها في 23 أبريل 2019.

ثالثاً: اتجاه المشرع الجديد إلى تقرير معاملة قانونية متساوية للفئات الخاضعة للتقدير الحكمي، وهو ما يتضمن تعديلاً في قاعدة المغايرة في المعاملة التي كان قانون العاملين المدنيين السابق 47 لسنة 1978، قد تنبأها، بمقتضى التعديلات التي أجريت بالقانون رقم 34 لسنة 1992⁽¹⁾. فقد كان القانون السابق يقضي بتقدير كفاية من يتم استدعاه للاحتياط أو يحتفظ به بدرجة ممتاز، في مقابل تقدير كفاية المجند، والمريض لمدة ثمانية أشهر فأكثر، بمرتبة جيد جداً حكماً ما لم يكن تقرير الكفاية الأخير قبل التجنيد بمرتبة ممتاز. أما بالنسبة لأعضاء المنظمات النقابية فتحدد مرتبة كفايتهم بما لا يقل عن مرتبة تقدير كفايتهم في السنة السابقة على انتخابهم بالمنظمات النقابية⁽²⁾.

وفي المقابل فقد اتجه المشرع في القانون الجديد إلى توحيد المعاملة التشريعية لجميع الفئات الخاضعة للتقدير الحكمي. والحقيقة أننا نرى أن الحكم السابق جدير بالتأييد فيما يتعلق بوضع المجندين والمستدعين للاحتياط أو الاحتفاظ، والمرض، وإجازة رعاية الطفل، وعضوية المجالس النيابية، فجميع الفئات السابقة لا تؤدي عملاً بالفعل، إلا أنه يبدو في المقابل منتقداً فيما يتعلق بوضع أعضاء المنظمات النقابية، فهو يقرر لهم بهذه المثابة ميزة على الرغم من أنهم يؤدون العمل بالفعل.

(1) انظر المادة 32 من القانون رقم 47 لسنة 1978، المستبدلة بالقانون رقم 34 لسنة 1992.

(2) انظر الفقرة الأخيرة من المادة 32 المستبدلة بالقانون رقم 34 لسنة 1992.

وهكذا فإن تتبع تطور المعالجة التشريعية للحالات الخاضعة للتقدير الحكمي، قد انتهى في القانون الجديد إلى إقرار القاعدة التي تقضي بتقدير كفاية الفئات السابقة بالمرتبة السابقة مباشرة على أعلى مراتب التقدير، ما لم تكن كفاءة أداء الموظف قد حددت في السنة السابقة مباشرة بأعلى مراتب التقدير، فيتم حالئذ تحديد مرتبة الكفاءة بأعلى مراتب التقدير.

رابعاً: اتجاه المشرع إلى استبعاد بعض الحالات الخاصة التي كانت القوانين السابقة تأخذها بعين الاعتبار، ونعني ذلك على وجه الخصوص الإجازات الخاصة، والإعارة. والحقيقة أن استبعاد هذه الحالات من الخضوع لنظام التقدير الحكمي يبدو متماشياً مع الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون الجديد بشأن هذه الحالات، لاسيما الترقيات.

أما بالنسبة للإجازات الخاصة، فالمقصود بها فقط الإجازات الخاصة بدون أجر التي نص عليها المشرع في المادة رقم 52 من قانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016⁽¹⁾، سواء الوجوبية أو الجوازية، وهي إجازة مرافقة الزوج أو الزوجة، والإجازة الخاصة لأسباب تقدرها السلطة المختصة، وإجازة رعاية الطفل. ففيما عدا إجازة رعاية الطفل التي أدخلها المشرع كما سلف البيان في حالات التقدير الحكمي مراعاة منه للاعتبارات المرتبطة بمنح هذه الإجازة، فإن الفئات الأخرى من الإجازات الخاصة لا تدخل مدة إجازتها في المدد البينية اللازمة للتقدي. ففيما

(1) يراجع نص المادة 53 من قانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016.

يتعلق بإجازة مرافقة الزوج أو الزوجة والإجازة لأسباب خاصة تقدرها السلطة المختصة، فقد نص المشرع صراحةً في المادة رقم 53 من قانون الخدمة المدنية، على أنه " ولا يجوز في البندين السابقين ترقية الموظف إلا بعد عودته من الإجازة واستكمال المدة البينية اللازمة لشغل الوظيفة الأعلى مباشرة، ولا تدخل مدد الإجازات المنصوص عليها في هذين البندين السابقين ضمن المدد البينية اللازمة للترقية".

وبالنسبة لتقويم الأداء في حالات إجازة مرافقة الزوج أو الزوجة أو الإجازة بناء على أسباب خاصة تقدرها السلطة المختصة، فهو يخضع للقاعدة المقررة بالمادة 25 من ضرورة قيام الموظف بالعمل بالوحدة مدة ستة أشهر على الأقل خلال العام. فإذا لم يتوافر الشرط السابق، تخلف مناط تقويم الأداء.

أما فيما يتعلق بالإعارة، فقد أعاد المشرع الجديد صياغة النظام القانوني للإعارات عما كان عليه الحال في القانون السابق، نحو إقرار حيادية السياسات التشريعية تجاه الإعارة، سواء الداخلية أو الخارجية، بمعنى أن الموظف المعار يعمل من أجل تحقيق مصلحة خاصة، وهي وإن كانت محل اعتبار من النظام القانوني، إلا أنها لا تبرر منحه أية ميزة، مثله في ذلك مثل الموظف في إجازة خاصة. وتتبدأ أهم ملامح النظام القانوني الجديد للإعارات في المغايرة بين الموظف المنتدب⁽¹⁾

(1) يراجع بشأن النظام القانوني للندب في القانون الجديد المادة رقم 34 من قانون الخدمة المدنية. وبصدد تقارير تقويم الأداء فقد نصت المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة

والمعار داخليًا من جهة، وفي التسوية من جهة أخرى فيما يتعلق بتقارير تقويم الأداء بين الإعارة الداخلية والخارجية والإجازة الخاصة، وما يرتبط بهم من ترقيات.

فوفقًا لنص المادة 35 من قانون الخدمة المدنية الجديد⁽¹⁾، فإن الإعارة أيًا كان نوعها، داخلية أو خارجية، لا تدخل ضمن المدد البيئية اللازمة للترقية، كما أنه لا يجوز ترقية الموظف المعار إلا بعد عودته من الإعارة واستكمال المدد البيئية اللازمة لشغل الوظيفة الأعلى. وغني عن البيان أنه في ظل النظام القانوني الجديد للإعارات لا تعن الحاجة إلى تقويم أداء الموظف المعار ؛ ومن ثم فإن الحكم

المدنية على أنه " في حالة نقل الموظف من جهة إلى أخرى، تعد الجهة المنقول منها تقريرًا عن تقويم أدائه خلال مدة عمله بها، وترسله إلى الجهة المنقول إليها للاسترشاد به عند تقويم أدائه.

وفي حالة نذب الموظف، تختص الوحدة التي قضى بها المدة الأكبر من السنة التي يعد عنها التقرير، بوضع التقرير النهائي عنه، وفي حالة التساوي بين المديتين ترسل الجهة المنتدب منها تقرير أداء الموظف إلى الجهة المنتدب إليها للاعتداد به عند وضع التقرير النهائي".

(1) فقد نصت المادة 35 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، على أنه "يجوز بقرار من السلطة المختصة إعارة الموظف للعمل بالداخل أو الخارج بعد موافقة كتابية منه، ويُحدد القرار الصادر بالإعارة مدتها .

ويترتب على إعارة شاغل وظيفة من الوظائف القيادية أو الإدارة الإشرافية انتهاء مدة شغله لها . ويكون أجر الموظف المعار بكامله على الجهة المُستعيرة، وتدخل مدة الإعارة ضمن مدة خدمته، ولا يجوز ترقية المُعار إلا بعد عودته من الإعارة واستكمال المدة البيئية اللازمة لشغل الوظيفة الأعلى مباشرةً ولا تدخل مدة الإعارة ضمن المدة البيئية اللازمة للترقية .

وتدخل مدة الإعارة ضمن مدة اشتراك الموظف في نظام التأمين الاجتماعي واستحقاق العلاوة، وذلك مع مراعاة أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975 وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد الخاصة بالإعارة".

الخاص باستبعاد المعارين من نظام تقويم الأداء يبدو متماشياً بصفة عامة مع النظام القانوني للإعارات في القانون الجديد.

الفرع الثالث

عملية القياس

سوف نقصر بحثنا في دراسة العناصر الأساسية لعملية القياس على ثلاثة أمور أساسية حاکمة لهذه العملية، أولاً النطاق الزمني للقياس وما يرتبط به من تبني مبدأ وحدة القياس أم تعدده، وثانياً نتيجة القياس المتمثلة في تقويم أداء الموظف بأحد المراتب المحددة قانوناً، وثالثاً السلطة التقديرية للإدارة في تقدير أداء الموظف بالنظر لقلة عدد القيود التي أوردها المشرع على الإدارة في هذا الشأن.

وفي هذا الإطار نلاحظ اتجاه المشرع الجديد إلى تبني نظام يهدف إلى تحقيق اعتبارات الدقة في إجراء القياس، سواء في تبني مبدأ تعدد القياس أو في اعتناق تقسيم خماسي لمراتب القياس، مع احتفاظ المشرع بالسلطة التقديرية الواسعة للإدارة في تقويم أداء الموظف النابعة من لقلة القيود التشريعية في هذا المجال.

وسوف نتناول في **العصن الأول** النطاق الزمني لعملية القياس، ثم نتناول في **العصن الثاني** نتيجة القياس، ونختتم هذا الفرع **بعصن ثالث** نخصه للسلطة التقديرية للإدارة في تقدير الكفاية وما يرد عليها من قيود تشريعية

الغصن الأول

النطاق الزمني

طرح الإشكالية. تقرير تقويم الأداء يتعين أن يسبقه قياس لمستوى كفاية الموظف يكشف عن نقاط القوة والضعف في الأداء، بما يمكن من يقوم بوضع التقرير بتقدير كفاية العامل بطريقة موضوعية، وذلك بناءً على القياس الذي تم. فالقياس هي مرحلة ممهدة ولازمة لوضع التقرير، بحيث يأتي في النهاية التقرير معتمداً على القياس.

وفي هذا الإطار يثور التساؤل حول تحديد الفترة الزمنية التي يشملها التقرير، وكذلك عدد مرات القياس التي يتعين إجرائها في هذه الفترة الزمنية .

وقد تباينت إجابة المشرع عن التساؤل السابق في ظل القوانين السابقة، أما المشرع الحالي فقد اتجه إلى اعتناق مبدأ تعدد القياس، وهو ما يدفعنا إلى طرح التساؤل حول تقييم موقف المشرع الحالي في اعتناق مبدأ تعدد القياس.

وسوف نتناول أولاً الإشارة إلى موقف المشرع في القوانين السابقة في التردد بين مبدأ وحدة القياس وتعدده، ثم نتناول ثانياً عرض موقف المشرع الحالي في اعتناق مبدأ التعدد مع محاولة تقييم هذا الموقف.

أولاً: موقف المشرع في ظل القوانين السابقة

بالنسبة للخيارات التي تبناها المشرع في قوانين التوظيف المتعاقبة في مصر فيما يتعلق بالنطاق الزمني للتقرير، فإن المشرع في هذه القوانين قد مال إلى اعتناق مبدأ سنوية التقارير. فالتقارير في قانون الموظفين رقم 210 لسنة 1951⁽¹⁾، وكذلك قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964⁽²⁾، والقانون رقم 58 لسنة 1971⁽³⁾، والقانون رقم 47 لسنة 1978⁽⁴⁾، كانت كلها تغطي مدة السنة الميلادية، هذا مع ملاحظة أن موعد إصدار تقارير الكفاية قد اختلف مع التغيير الذي أدخله المشرع على موعد بداية السنة المالية ونهايتها⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لعدد مرات القياس، فقد اعتنق المشرع في القوانين السابقة مبدأ وحدة القياس، ابتداءً بالقانون رقم 210 لسنة 1951، وانتهاءً بالقانون رقم 58 لسنة 1971، إلى أن صدر قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، الذي عدل بموجبه المشرع عن هذا مبدأ الوحدة ليعتق مبدأ تعدد القياس. فقد كانت المادة رقم 28 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، تنص في نسختها الأولى على أن " يكون قياس الأداء بصفة دورية ثلاث مرات خلال السنة الواحدة

(1) انظر المادة رقم 30 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

(2) انظر المادة رقم 29 من قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964.

(3) انظر المادة رقم 36 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971.

(4) انظر المادة رقم 28 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978.

(5) يراجع بصدد تعديل مواعيد بداية السنة المالية ونهايتها وأثر ذلك على موعد إصدار تقارير الكفاية، د.أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 220 وما بعدها: د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية، مرجع سابق، ص 217.

قبل وضع التقرير النهائي لتقدير الأداء". وفي هذا الإطار فقد جاءت المادة رقم 31 من اللائحة التنفيذية للقانون، لتتنص في نسختها الأولى على أن " يكون حساب التقرير النهائي لدرجة كفاية الأداء بالأخذ بمتوسط التقارير الدورية الثلاث السابق وضعها عن العامل خلال العام".

وقد كان تعدد مرات القياس على النحو السابق الذي أتى به قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، محلًا للنقد من قبل غالبية الفقه⁽¹⁾. وذلك على أساس أن عدد مرات القياس يعد كبيرًا جدًا، وهو ما يتطلب جهدًا موازيًا من قبل الرؤساء الإداريين الذين يقع على عاتقهم عبء إعداد التقارير. وهو ما يمكن أن يؤدي في النهاية إلى إهمالهم في القياس. علاوة على ما تقدم فقد أشار البعض إلى أن تعدد مرات القياس على النحو السابق من شأنه أن يشعر الموظفين بأن نظام القياس قد تحول إلى "أداة إرهاب وسيف مشهر في وجوههم"، وهو ما من شأنه أن يخلق حالة من عدم الرضاء والتذمر، بما قد ينعكس سلبيًا على أداء الموظفين لواجباتهم الوظيفية⁽²⁾. ونتيجة لذلك فقد اتجه البعض إلى تقرير أن "قياس الأداء

(1) من الجدير بالذكر أن أستاذنا الجليل المرحوم الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي كان من بين القلائل المدافعين عن تعدد مرات القياس على النحو الذي كان واردًا بالنسخة الأولى من القانون رقم 47 لسنة 1978. وذلك على اعتبار هذا التعدد من شأنه أن يعين القضاء الإداري على أحكام الرقابة على أعمال الإدارة. انظر، د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، 1979، ص 800.

(2) د. فاروق عبد البر، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 213.

مرة واحدة في العام بطريقة يراعى فيها الدقة والموضوعية قد تحقق نتائج أفضل مما يحققه قياس الأداء ثلاث مرات في العام".

ويبدو أن الانتقادات السابقة قد وجدت صدى لدى المشرع، فتدخل بمقتضى القانون رقم 115 لسنة 1983⁽¹⁾، ليعدل المادة 28 من قانون العاملين المدنيين ليعود إلى تبني مبدأ وحدة القياس.

ثانياً: موقف المشرع الجديد

نصت الفقرة الثانية من المادة 25 من قانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016، على أن "يكون تقييم أداء الموظف عن سنة مالية على مرتين على الأقل قبل وضع التقرير النهائي".

والنص السابق يمكن أن يفهم منه أن المقصود بتقييم الأداء هو قياس الأداء مرتين في السنة المالية، أما عن مدة التقرير فهي سنة مالية، وبهذا يكون المشرع قد أكد اعتناقه لمبدأ سنوية التقرير، مع عدوله عن مبدأ وحدة القياس ليعود إلى تبني مبدأ تعدد القياس، وذلك مع الاكتفاء بثنائية القياس بدلاً من ثلاثيته.

وبموقف المشرع في اعتناق مبدأ تعدد القياس يدفعنا إلى طرح التساؤل حول تقييم موقف المشرع الجديد في اعتناق مبدأ تعدد القياس بالنظر لتردد المشرع في القوانين السابقة بين مبدأ وحدة القياس وتعدده (أ). كما أن هناك تساؤل آخر يطرح نفسه

(1) القانون رقم 115 لسنة 1983، الصادر في 11 / 8 / 1983

بقوة بالنظر لاعتناق المشرع لمبدأ تعدد القياس، يتمثل في وحدة تقرير تقويم الأداء أم تعدده بتعدد القياس وما يرتبط بهذا التساؤل من مدى اعتبار ما تتمخض عنه عملية تقويم الأداء النصف سنوية بمثابة قرار إداري نهائي (ب).

(أ). مبدأ تعدد القياس

طرح الإشكالية. تقرير تقويم الأداء يتعين أن يسبقه قياس لمستوى كفاية الموظف يكشف عن نقاط القوة والضعف في الأداء، بما يمكن من يقوم بوضع التقرير بتقدير كفاية العامل بطريقة موضوعية، وذلك بناءً على القياس الذي تم. فالقياس هي مرحلة ممهدة ولازمة لوضع التقرير، بحيث يأتي في النهاية التقرير معتمداً على القياس.

وفي هذا الإطار يثور التساؤل حول تحديد الفترة الزمنية التي يشملها التقرير، وكذلك عدد مرات القياس التي يتعين إجرائها في هذه الفترة الزمنية .

هذه الأسئلة شغلت فقه القانون العام منذ أمد⁽¹⁾. وفي هذا الإطار فقد تناول الفقه بالتحليل الموجهات العامة التي يمكن في ضوءها اعتماد الإجابة عن التساؤلات السابقة، سواء المتعلقة بالفترة التي يتعين أن يشملها التقرير، أو ما يرتبط بهذا التساؤل من تبني مبدأ وحدة القياس أم تعدده.

(1) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية: دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 222 وما بعدها.

الفترة الزمنية للتقرير. بصدد الإجابة عن التساؤل المتعلق بالمدة التي يوضع عنها التقرير، فإن هناك اتفاق في الفقه على معيار عام يتمثل في معقولية المدة⁽¹⁾. فالمدة التي يوضع عنها التقرير يتعين ألا تتسم بالطول المفرط أو بالقصر الشديد. وأساس ذلك يكمن في التوفيق بين اعتبارات الواقعية من جهة، والفاعلية من جهة أخرى.

فمن ناحية الواقعية، فإن التقرير يتعين أن يكون ترجمة صادقة وأمانة لأداء الموظف. وبالنظر إلى أن هذا الأداء قد يرتفع صعودًا وهبوطًا بطريقة عارضة على المدى القصير، إلى أن يعود فيستقر على المدى الطويل نسبيًا؛ وبالتالي فإذا كانت المدة التي يقدم عنها التقرير تتسم بالقصر، فإن التقرير قد لا يأتي معبرًا عن واقع أداء الموظف بصفة عامة. وهو ما يمكن أن ينال في النهاية من واقعية التقييم. وهكذا، فإن اعتبارات الواقعية تدفع في سبيل أن تتسم المدة التي يغطيها التقرير بالطول النسبي.

وفي المقابل فإن اعتبارات الفاعلية توجب ألا تتسم المدة التي يوضع عنها التقرير بالطول المفرط. فذلك من شأنه من جهة، أن يفقد المرؤوس الشعور بالخضوع لنظام للمتابعة والتقييم المستمر. ومن جهة أخرى، فإن المزايا الأخرى التي يهدف نظام قياس الأداء إلى تحقيقها، في منح الموظف صورة دقيقة عن نقاط القوة في

(1) انظر في هذا الخصوص، د. حمدي أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 586 وما بعدها: د. محمد عبد الرحيم عبد الله، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1964، مرجع سابق، ص 11.

أدائه ليعمل على تعزيزها، ونقاط الضعف ليعمل على تلافيها، تتطلب الأ تتسم هذه
المدة بالطول المفرط.

وللتوفيق بين الاعتبارات السابقة، فإن الاتفاق يكاد يكون منعقد في فقه القانون العام
المصري على اعتماد مبدأ السنوية⁽¹⁾. فمدة السنة تعد أكثر المدد تحقيقاً للأغراض
السابقة. فهي تتسم بالوسطية التي تبعتها عن الطول المفرط أو القصر.

علاوة على ما تقدم، فإن هذه المدة تتفق مع النظام المالي والإداري للدولة. فنظام
قياس الأداء بما يترتب عليه من آثار في منح الترقيات وتقرير العلاوات، يتعين أن
يتوافق مع الموازنة العامة للدولة.

عدد مرات القياس. أما بالنسبة لعدد مرات القياس، فإن التساؤل يثور حول ما إذا
كان من الأفضل إجراء القياس مرة واحدة خلال السنة بحيث يأتي التقرير معبراً عن
هذا القياس الوحيد، أم من الأفضل أن تعدد مرات القياس بحيث يأتي التقرير معبراً
عن متوسط مستوى مرات قياس أداء الموظف خلال السنة.

وبصدد الإجابة عن التساؤل المتعلق بوحدة القياس أم تعدده⁽¹⁾، فإن الفقه يشير إلى
أن تكرار القياس على فترات زمنية قصيرة ومتتابعة خلال السنة، يمكن أن يكون له
العديد من المساوئ، لاسيما من منظور الفاعلية أو حتى الجدوى.

(1) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 221: د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس
كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، 206.

فمن منظور الفاعلية، فإن الهدف من تعدد مرات القياس يتمثل في دقة القياس بحيث يمكن رصد التغيرات التي يمكن أن تطرأ على مستوى أداء الموظف خلال إجمالي الفترة التي يقدم عنها التقرير. ولكن في حالة تعدد مرات القياس على فترات قصيرة، فقد يصعب رصد مستوى التغير في أداء الموظف في هذه الفترات الزمنية القصيرة.

أما من منظور الجدوى، فإن عملية القياس قد تتحول إلى عملية روتينية بالنسبة إلى الرئيس الإداري، وهو ما يؤدي إلى تأثيره بعمليات القياس السابقة خلال نفس العام، وهو ما يتناقض في النهاية مع الهدف من تعدد مرات القياس. علاوة على أن تكرار عملية القياس يتطلب مضاعفة الوقت والجهد المبذول بالوحدة في عملية القياس، بمقدار تعددها. وما يرتبط بهذا التعدد من أعباء على عاتق الجهات التي تتولى القياس. ويأتي في مقدمة الجهات التي تتحمل بعبء القياس الرئيس الإداري، بما قد يعوقه في النهاية عن أداء مهامه الإدارية الأخرى على النحو الأكمل.

وفي المقابل فإن اعتناق مبدأ وحدة القياس، بمعنى أن يسبق تقييم أداء الموظف عن مدة السنة قياس واحد، قد يكون هو الآخر محلاً للنقد، وذلك بالنظر إلى العوامل التالية:

(1) د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 222.

أولاً: إن الموظف الضعيف لن تتوافر له الفرصة لرفع مستوى أدائه في السنة التي يتم فيها التقويم.

ثانياً: إن مدة السنة يمكن أن تكون منتقدة لطولها، بما يتضمنه ذلك من ضعف إحساس الموظف بالرقابة والمتابعة.

ثالثاً: إن الرئيس قد يتأثر في قياسه لأداء الموظف عن مدة السنة، فقط بالفترة الأخيرة السابقة على وضع التقرير، سواء في حالة ارتفاع الموظف بأدائه في هذه الفترة الأخيرة، أو في حالة انخفاضه. وعملاً فإن المرؤوسين الخاضعين للتقارير سيتجهون عموماً إلى بذل قصارى جهدهم في الفترة الأخيرة السابقة على القياس ووضع التقرير، بما يترك انطباعاً حسناً لدى الرئيس الإداري في وضعه للتقييم. وما سبق من شأنه أن ينال في النهاية من واقعية التقييم.

لذلك فإن معظم الفقه كان يقترح أن يتحقق القياس قبل وضع التقرير السنوي مرتين، بواقع مرة كل ستة أشهر⁽¹⁾. فيأتي التقرير السنوي معبراً عن متوسط الأداء للتقريين السنويين.

وهو ما اتجه المشرع إلى تبنيه في قانون الخدمة المدنية الجديد. فالسنة المالية للدولة تبدأ في أول يوليو وتنتهي في 30 يونيو من العام الذي يليه. وهو ما يعني أن يخضع الموظف لتقويم الأداء مرتين سنوياً، بواقع مرة كل ستة أشهر تقريباً.

(1) د.أنور رسلان، المرجع السابق، الموضع نفسه.

وتختتم السنة المالية بتقرير ثالث يوضح إجمالي أداء الموظف خلال السنة المنصرمة.

وتطبيقاً لنص المادة 25 من قانون الخدمة المدنية، فقد نصت المادة 73 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن " تقوم إدارة الموارد البشرية خلال الأسبوع الأخير من شهري أكتوبر وأبريل من كل سنة بتوزيع نماذج تقارير تقويم الأداء على جميع تقسيمات الوحدة، وعلى هذه التقسيمات إعادة التقارير بعد استيفائها في موعد لا يجاوز نهاية شهري نوفمبر ومايو.

ويتم تقويم أداء الموظف مرتين خلال النصف الأول من شهري نوفمبر ومايو من كل سنة على أن يتم اعتماد هذين التقريرين من الرئيس الأعلى خلال النصف الثاني من ذات الشهرين.

ويصدر التقرير السنوي لتقويم الأداء خلال شهر يونيو من كل سنة، ويحسب وفقاً لمتوسط مجموع درجات الموظف في تقرير تقويم الأداء المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين".

وفي مقام المفاضلة بين ثنائية التقويم في ظل القانون الحالي وأحاديته في ظل القانون السابق، فإننا لا نتردد في تأييد مسلك المشرع الجديد. وذلك بالنظر إلى الأسباب التالية:

فأولاً: إن قياس الأداء على مرتين سنويًا يعطي الموظف مؤشرًا عن أدائه خلال السنة التي يتم عنها التقييم، بحيث لا يجيء التقرير النهائي مفاجئًا له.

وثانيًا: إن قياس الأداء على مرتين خلال السنة يسمح للموظف بتدارك مواطن الخلل والضعف في أدائه وذلك في الحالة التي يأتي فيها التقرير الأول دون المستوى. وهو الأكثر اتفاقًا مع منطق التقييم. بعبارة أخرى، فإن تقويم الموظف مرتين في السنة يتيح للموظف إمكانية القيام بنوع من التقييم الذاتي.

وثالثًا: إن قياس الأداء مرتين خلال العام يسمح بقياس دقيق للأداء لمجمل السنة التي يتم عنها التقييم.

(ب). مبدأ وحدة التقرير

وفي هذا المقام يعن لنا أن نشير إلى أن قراءة نصوص اللائحة التنفيذية للقانون 81 لسنة 2016، يمكن أن تقود إلى التشكيك في اعتناق المشرع الجديد لمبدأ سنوية التقرير ووحدته. فالمادة 73 من اللائحة الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء 1216 لسنة 2017، تنص على أن "تقوم إدارة الموارد البشرية خلال الأسبوع الأخير من شهري أكتوبر وأبريل من كل سنة بتوزيع نماذج تقارير تقويم الأداء على جميع تقسيمات الوحدة، وعلى هذه التقسيمات إعادة التقارير بعد استيفائها في موعد لا يجاوز نهاية شهري نوفمبر ومايو .

ويتم تقييم أداء الموظف مرتين خلال النصف الأول من شهري نوفمبر ومايو من كل سنة على أن يتم اعتماد هذين التقريرين من الرئيس الأعلى خلال النصف الثاني من ذات الشهرين .

ويصدر التقرير السنوي لتقييم الأداء خلال شهر يونيو من كل سنة، ويحسب وفقاً لمتوسط مجموع درجات الموظف في تقرير تقييم الأداء المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين".

فالملاحظ أن اللائحة التنفيذية قد اتجهت إلى إطلاق لفظ تقارير تقييم الأداء على ما يتمخض عنه القياس نصف السنوي. فكأن هناك نوعين من التقارير: التقارير النصف سنوية، والتقرير النهائي. وفي هذه الحالة يثور عدد من التساؤلات، لعل في مقدمتها التساؤل المتعلق بمدى اعتبار التقارير النصف سنوية بمثابة قرارات إدارية نهائية يمكن الطعن عليها بالإلغاء ؟

فالتقارير النصف سنوية تتمخض عن تقييم أداء الموظف بمرتبة معينة. كما أنها تعتمد من قبل الرئيس الأعلى، وأخيراً فإن هذه التقارير هي المعول عليها في وضع التقرير النهائي. فالتقرير النهائي ما هو إلا ترجمة لما ورد في هذين التقريرين من متوسط لأداء الموظف؛ فالتقرير السنوي النهائي يحسب وفقاً لمتوسط مجموع درجات الموظف في تقرير تقييم الأداء المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين. وهو ما يعني أن التقارير النصف سنوية لها تأثير، بحسب المآل، على المركز القانوني للموظف، ونعني بذلك تأثيرها المستقبلي في تقرير تقييم الأداء.

والحقيقة أننا نميل إلى اعتبار أن التقارير النصف سنوية لا تعدو إلا أن تكون إجراءات تمهيدية لإصدار التقرير السنوي النهائي. فهذا الأخير وحده هو ما يمكن أن يطلق عليه قرار إداري. فمن ناحية فإن التقارير النصف سنوية لا تعتمد من السلطة المختصة⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى فإن القانون لم ينظم سبيل للتظلم منها. ومن ثم فيتعين الانتظار لإصدار التقرير السنوي حتى يتمكن الموظف من التظلم منها والطعن عليها.

ونرى بالنظر إلى ما تقدم أن المشرع الفرعي لم يكن موفقاً في إطلاق لفظ التقارير على ما تتمخض عنه عملية القياس النصف سنوية، ونرى أنه كان من الأفضل أن يطلق عليها نتيجة تقويم الأداء.

(1) تنص المادة 80 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية على أن " تعلن إدارة الموارد البشرية الموظف إلكترونياً أو ورقياً بصورة من تقرير تقويم أدائه وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعتماده من السلطة المختصة . وفي حالة إعلان الموظف ورقياً وامتناعه عن تسلّم صورة من تقرير أدائه والتوقيع بما يفيد ذلك، يتأشّر على أصل التقرير بذلك".

الفصل الثاني

نتيجة القياس

لم يتخذ المشرع موقفًا موحدًا من مراتب القياس على مدار قوانين التوظيف المتعاقبة، بل تردد المشرع بين التقسيم الثلاثي والرباعي والخماسي لمراتب الأداء، إلى أن اعتنق المشرع في القانون الجديد التقسيم الخماسي. وهو ما يدفعنا إلى طرح التساؤل حول الموجّهات التي يعتمد عليها المشرع في تحديد مراتب الأداء وما يرتبط بها من تقييم لموقف المشرع الحالي.

سوف نتناول أولاً التطور التشريعي لمراتب الكفاية في ظل القوانين السابقة، ثم نتناول ثانياً موقف المشرع الجديد.

أولاً: التطور التشريعي لمراتب القياس في ظل القوانين المتعاقبة

لعل أبرز ما يلفت نظر الباحث بصدد تطور أنظمة قياس كفاية الموظف العام في قوانين التوظيف المتعاقبة كثرة التعديلات التي أدخلها المشرع على مراتب كفاية الأداء المعتمدة في تقييم أداء العاملين الخاضعين إلى نظام قياس الأداء⁽¹⁾، هذا علاوة على التردد في بين نظام المراتب ونظام التقدير الرقمي.

(1) لمزيد من التفصيل حول تطور معيار وكيفية مراتب الأداء، يراجع على وجه الخصوص، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها: محمد سعيد حسين

فإذا بدأنا بالملاحظة الأخيرة، فإننا سنلمس في مجال المفاضلة بين نظام التقدير الرقمي من خلال الدرجات، وتحديد الكفاية بمراتب، فإن الغلبة كانت بصفة عامة للتقييم من خلال التقديرات. فإذا توجهنا إلى قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، باعتباره أول قانون يتضمن تنظيمًا قانونيًا متكاملًا للنظام الحاكم للوظيفة العامة، فإننا نجد أن هذا القانون في نسخته الأولى، قد اعتمد نظام التقديرات كمعيار لتقييم كفاية الموظفين. فقد حددت المادة رقم 40 مراتب الكفاية بثلاث، وهي: جيد، متوسط، ضعيف. ثم سرعان ما تحول المشروع عن نظام التقييم بالمراتب إلى التقييم بالدرجات بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون 579 لسنة 1953، بالنص على أن تقدر كفاية الموظف بدرجات نهايتها القصوى مائة درجة، ويعتبر الموظف ضعيفًا إذا لم يحصل على 40 درجة على الأقل.

ثم ما لبس أن تحول المشروع مرة أخرى إلى نظام المراتب بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 73 لسنة 1957، التي عدلت المادة رقم 40 من القانون رقم 210 لسنة 1951، لتصبح التقديرات على النحو التالي: ممتاز ، جيد، مرضي، ضعيف. وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون السابق العدول عن نظام الدرجات إلى نظام المراتب بأن الدرجات الرقمية كمعيار لتحديد كفاية أداء الموظفين لم تؤد

أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 168: المستشار سمير صادق، تقارير الكفاية والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 108.

إلى النتيجة المرجوة منها⁽¹⁾. وقد انضبطت التقديرات الواردة بالقانون بمعادلتها بدرجات محددة، وهو ما تحقق لأول مرة بقرار وزير المالية رقم 629 لسنة 1957، الذي عادل التقديرات بالدرجات على النحو التالي: ضعيف أقل من 50، مرضي 50 إلى 75، جيد من 76 إلى 90، ممتاز أكثر من 90.

وعندما صدر قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، فقد اعتمد نظام المراتب مع تحديدها بخمس مراتب، وهي: ممتاز، جيد، متوسط، دون المستوى، ضعيف. وقد اعتمد قانون نظام العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، المراتب السابقة.

ولكن اللافت للنظر أنه عندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فإنه قد عاد بالمراتب إلى التقسيم الثلاثي، على غرار ما كان واردًا في النسخة الأولى من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، ولكن مع تبني تقسيم مغاير. فأصبحت مراتب الكفاية ثلاثة، هي: ممتاز، كفاء، ضعيف. وقد جاءت معادلة المراتب بالدرجات على النحو التالي: 90 فأكثر ممتاز، أقل من 90 وحتى 50 كفاء، أقل من 50 ضعيف.

(1) انظر المذكرة الإيضاحية المرافقة للقانون رقم 73 لسنة 1957، متاحة على شبكة المعلومات الدولية، على موقع قوانين الشرق، تمت إستشارتها بتاريخ 21 مارس 2020،

والحكم السابق باعتماد تقسيم ثلاثي لمراتب الكفاية قد كان محلًا للنقد من قبل معظم فقهاء القانون العام⁽¹⁾. وذلك على اعتبار أن هذا التقسيم الثلاثي لمراتب الكفاية قد يؤدي إلى التضيق على الرؤساء، وهو ما قد يدفعهم إلى التساهل في منح التقديرات.

وفي ظل هذه الانتقادات، فقد كان من الطبيعي أن يعدل المشرع عن هذا التقسيم الثلاثي نحو تقسيم آخر أكثر رحابة، وهو ما تحقق بمقتضى التعديلات التي تمت في عام 1983، بالقانون رقم 115 لسنة 83، ليتبنى المشرع تقسيم رباعي، وهو: ممتاز، جيد، متوسط، ضعيف. ولكن المشرع السابق لم يكتفي بهذا التقسيم الرباعي، فقد تبني لاحقًا تقسيمًا خماسيًا لمراتب الكفاية بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 34 لسنة 1992. وذلك لتغطية الفارق الكبير بين درجتي جيد وممتاز⁽²⁾. وهكذا، فقد أصبحت المراتب في ظل النسخة الأخيرة من القانون رقم 47 لسنة 1978، هي: ممتاز، جيد جدًا، جيد، متوسط، ضعيف.

ثانيًا: موقف المشرع الجديد وتقييمه

إنحاز المشرع الجديد لما انتهى إليه تطور مراتب الكفاية عبر قوانين التوظيف المتعاقبة باعتناقه تقسيم خماسي لمراتب تقويم الأداء (أ)، وبالنظر لتردد المشرع في

(1) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 406: م. سمير صادق، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص : د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 196.

(2) انظر د. أنور رسلان، المرجع السابق، الموضوع ذاته.

القوانين السابقة بين التقسيم الثلاثي والرباعي والخماسي لمراتب الكفائية، فإن هناك تساؤلاً يطرح نفسه حول تقييم موقف المشرع الجديد في اعتناق التقسيم الخماسي (ب).

(أ) موقف المشرع الجديد

احتفظ المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد بالتقسيم الخماسي مع إعادة صياغته. وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 25 في فقرتها الخامسة على أنه "يكون تقويم الأداء بمرتبة ممتاز، أو كفاء، أو فوق المتوسط، أو متوسط، أو ضعيف". وهو ما يعني أن المشرع يعتبر مرتبة فوق المتوسط هي المعيار العادي في أداء العمل الوظيفي.

وقد عادلّت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية هذه المراتب على النحو التالي: تقدر كفاية الموظف بإحدى المراتب المحددة في المادة (25) من القانون وتكون درجات كل مرتبة على النحو الآتي :

ممتاز : من 90 درجة إلى 100 درجة .

كفاء : من 80 درجة إلى أقل من 90 درجة .

فوق المتوسط : من 65 درجة إلى أقل من 80 درجة .

متوسط : من 50 درجة إلى أقل من 65 درجة .

ضعيف : أقل من 50 درجة .

ومن ثم فقد احتفظ المشرع بالتقسيم الخماسي لمراتب تقييم الأداء التي كانت واردة
بآخر نسخة من القانون رقم 47 لسنة 1978⁽¹⁾.

(ب) تقييم موقف المشرع الجديد

إن التعديلات الكثيرة والمتعاقبة وغير المتجانسة السابق عرضها التي طالت مراتب
الأداء في ظل قوانين التوظيف المتعاقبة، تدفعنا إلى طرح التساؤل حول الموجهات
المعول عليها في التقسيم.

لعل أول هذه الموجهات تتمثل في واقعية التقييم بحيث يأتي التقييم معبراً عن
مستوى أداء الموظفين. وسمة الواقعية توجب أن يترك مجالاً للتباين الذي يظهره
القياس في مستوى أداء الموظفين الخاضعين للتقييم. وفي هذا الإطار سنجد ثلاث
مراتب رئيسية: المتوسط، دون المتوسط، وفوق المتوسط. هذه المراتب الثلاثة تعد
بمثابة الحد الأدنى الذي يتعين أن يتضمنه أي نظام لقياس للأداء. وقد اعتنق هذا
التقسيم الثلاثي المشرع في القانون 210 لسنة 1951، بتحديد مراتب الكفاية في
المادة رقم 30 من القانون رقم 210 لسنة 1951، بثلاثة مراتب هي: جيد،
متوسط، دون المتوسط. وقد ظهر هذا التقسيم في النسخة الأولى من قانون نظام

(1) انظر نص المادة رقم 76 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية.

العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978. فقد نصت المادة رقم 28 قبل تعديلها، على ثلاثة مراتب للكفاية: ممتاز، كفاء، ضعيف.

وفي المقابل فإن اعتبارات الدقة في القياس تقتضي التمييز بالنسبة للموظف المتميز، بين المتميز فقط، والمتميز بشدة. ومن هنا ظهرت مرتبتي جيد وممتاز، أو جيد جدا وممتاز، أو كفاء وممتاز. ومن ثم فإن اعتبارات الدقة تقتضي تعدد المراتب التي يمكن أن تمنح للموظف المتميز. كذلك فإن اعتبارات الدقة في التقويم تقتضي التمييز في المستوى دون المتوسط بين الأداء القريب من المتوسط، والأداء الضعيف الذي يبعد عن المتوسط.

ومن ثم فإن اعتبارات الدقة في التقويم تدفع في سبيل تأييد موقف المشرع الجديد في اعتماد التقسيم الخماسي لمراتب التقويم. على اعتبار أنه يعبر عن أقصى مراتب الدقة في القياس.

ولكن في مقابل اعتبارات الدقة في التقويم، فإن هناك اعتبارات أخرى يتعين مراعاتها في مسألة تحديد مراتب التقويم، لعل في مقدمتها اعتبارات الفاعلية⁽¹⁾. ويقتضي هذا النوع الأخير من الاعتبارات بأن تكون مراتب الأداء من شأنها إنتاج آثار قانونية فعلية، سواء بالسلب أو بالإيجاب على المركز القانوني للموظف. ومن هنا يفهم تقديم الموظف المتميز بشدة في الترقية بالاختيار، وكذلك تقديم الموظف

(1) سوف نتناول بشيء من التفصيل الآثار التي ترتبها تقارير تقويم الأداء في سبيل رسم ملامح نظام للقياس يتسم بالفاعلية في نتيجته في الفصل الثاني من هذا البحث .

التميز في منح العلاوات التشجيعية. وذلك في مقابل تخطي الموظف الضعيف في الترقية بالأقدمية، وهو ما كان محل اعتبار في القانون السابق.

أما في القانون الجديد فإن الملاحظ أن هناك مرتبتين تنتجان الآثار القانونية ذاتها، وهما مرتبتي: متوسط وفوق المتوسط. ففي مقابل تأهيل مرتبة ممتاز وكفاء للترقية بالاختيار وبالاختيار على النحو الذي سنتولى تفصيله بصدد الحديث عن آثار التقويم على الترقية⁽¹⁾، وكذلك ترتيب هاتين المرتبتين آثار في مجال منح العلاوة التشجيعية على التفصيل الوارد بالقانون الجديد، وذلك في مقابل ترتيب مرتبة ضعيف لآثار في النقل أو إنهاء الخدمة على التفصيل الوارد بالقانون، فإن مرتبتي متوسط وفوق المتوسط لا تنتجان أية آثار قانونية، اللهم إلا باستثناء الاستمرار في الخدمة. ومن ثم فإن اعتبارات الفاعلية تميل إما إلى اقتراح تبني رباعي لمراتب التقويم بحذف مرتبة فوق المتوسط، وإما إلى اقتراح المغايرة بين مرتبتي متوسط وفوق المتوسط في الآثار القانونية.

(1) انظر الفصل الثاني من هذا البحث المخصص لدراسة آثار التقويم على الترقية.

الفصل الثالث

سلطة الإدارة في تقدير الأداء

مبدأ السلطة التقديرية وما يرد عليه من قيود موضوعية. تتمتع الإدارة بمستوياتها المختلفة المعنية بقياس أداء الموظف، ابتداءً من الرئيس المباشر وصولاً إلى السلطة المختصة المنوط بها اعتماد تقارير تقييم الأداء لجميع الموظفين في القانوني الحالي، سواء بالنسبة للموظفين شاغلي وظائف الإدارة العليا أو بالنسبة للموظفين من الدرجة الأولى فما دونها، بسلطة تقديرية واسعة في تقدير أداء الموظف وذلك متى استند تقديرها إلى عناصر صحيحة، وخلافاً لتقديرها من إساءة استعمال السلطة. على اعتبار أن تقدير أداء الموظف يعد من صميم اختصاص الإدارة ؛ و بالتالي فليس للقضاء أن يحل نفسه محل الإدارة في هذا الشأن، مادام تقديرها قد خلا من إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

وينبع عنصر السلطة التقديرية للإدارة في هذا الشأن من أمرين: الأول يمكن في أن موضوع تقدير أداء الموظف يوجب بطبيعته الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في شأن تحديد تقدير الموظف بأحد المراتب المحددة قانوناً. فالموظف الخاضع للتقييم يعمل تحت رئاسة الإدارة، وبالتالي فهي الأقدر على تقييم أداءه من خلال ما يتوافر لديها من معلومات عن إمكانياته ومهاراته وطريقة أداءه لعمله وعلاقاته بزملائه

(1) انظر ، المحكمة الإدارية العليا، رقم 2540 لسنة 32 ق.ع، بتاريخ 18 مارس 1990، مشار إليه لدى د. أنور رسلان ، تقارير الكفاية، المرجع السابق، ص 175 وما بعدها،

ورؤسائه، وما تمسكه من سجلات. في حين أن القضاء الإداري لا تتوفر لديه العناصر السابقة. أما الأمر الثاني فيتمثل في قلة عدد القيود الموضوعية التي أوردتها المشرع على سلطة الإدارة في تقدير أداء الموظف.

الجزاء التأديبية كقيود ترد السلطة التقديرية للإدارة. وما سبق إنما يعني أن القيود الموضوعية الواردة في التشريع الأصلي أو الفرعي، تعد بمثابة تخوم ترد على السلطة التقديرية للإدارة. ويأتي في مقدمة هذه القيود، النصوص التي تحظر تقدير أداء الموظف بمرتبة معينة في حال توقيع جزاء تأديبي عليه. وفي هذا الصدد نلاحظ أن المشرع في قوانين التوظيف قد حرص في مجال تقدير أداء الموظف العام بأحد المراتب المحددة قانوناً، على ترتيب بعض الآثار في حال توقيع عقوبات تأديبية على الموظف العام.

فقد كانت المادة 31 من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين السابق رقم 47 لسنة 1978⁽¹⁾، تحظر تقدير كفاية العامل المدني بمرتبة ممتاز في توقيع جزاء

(1) مادة (31) - لا يجوز تقدير كفاية العاملين من الفئات المبينة فيما يلي بمرتبة ممتاز.

(أ) العامل الذي أتيحت له فرصة التدريب ولم يجتزه بنجاح.

(ب) العامل الذي وقع عليه جزاء تأديبي بعقوبة الخصم من إجراء أو الوقف عن العمل لمدة تزيد على خمسة أيام أو بعقوبة أشد أو جوزي بجزاءات يجاوز مجموعها الخصم من الأجر أو الوقف عن العمل لمدة تزيد على عشرة أيام أو بعقوبة أشد خلال العام الذي يوضع عنه التقرير.

(ج) العامل من شاغلي الوظائف العليا الذي وقع عليه أي جزاء خلال العام الذي يوضع عنه بيان كفاية الأداء.

تأديبي بعقوبة الخصم من الأجراء أو الوقف عن العمل لمدة تزيد على خمسة أيام في المرة الواحدة أو بعقوبة أشد، أو في حال إذا جوزي بجزاءات يجاوز مجموعها الخصم من الأجر أو الوقف عن العمل لمدة تزيد على عشرة أيام أو بعقوبة أشد خلال العام الذي يوضع عنه التقرير . كما أن البند ج من المادة السابقة قد رتبت الأثر نفسه في حق شغالي الوظائف القيادية في حال توقيع أي عقوبة تأديبية عليهم.

وفي الإطار نفسه، فقد حظرت المادة 31 مكرر⁽¹⁾، تقدير كفاية العامل المدني بمرتبة جيد، أو جيد جدًا، أو ممتاز في حالة توقيع جزاء تأديبي بعقوبة الخصم من أجره أو الوقف عن العمل لمدة تزيد على عشرة أيام في المرة الواحدة، أو بجزاءات تجاوز مجموعها خمسة عشر يوما في العام الذي يوضع عنه التقرير.

د) العامل العائد من إعاره أو إجازة بدون مرتب لا يتوافر فيه شروط الحصول على تقرير كفاية حكمي ، ويستثنى من ذلك من كان آخر تقرير كفاية عنه قبل الإعاره أو الإجازة بمرتبة ممتاز .

(1) مادة (31) مكررا - لا يجوز تقدير كفاية العاملين من الفئات المبينة فيما يلي بمراتب جيد أو جيد جدا أو ممتاز :

أ) العامل الذي أتيحت له فرصة التدريب وتخلف عنه ما لم يكن ذلك بعذر تقبله السلطة المختصة.

ب) العامل الذي وقع عليه جزاء تأديبي بعقوبة الخصم من أجره أو الوقف عن العمل لمدة تزيد على عشرة أيام أو جوزي بجزاءات تجاوز مجموعها خمسة عشر يوما في العام الذي يوضع عنه التقرير .

أما في ظل قانون الخدمة المدنية الجديد، فقد نصت المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016، على أنه " لا يجوز تقويم أداء الموظف بمرتبة ممتاز في الحالات الآتية :

1. إذا وقع عليه جزاء الخصم من الأجر لمدة أو لمدد تزيد على ثلاثة أيام أو بجزاء أشد خلال السنة التي يوضع عنها التقرير .

2. إذا كان من شاغلي إحدى الوظائف القيادية أو وظائف الإدارة الإشرافية ووقع عليه أي جزاء خلال السنة التي يوضع عنها التقرير .

3. إذا أتاحت له فرصة التدريب وتخلف عنه دون عذر مقبول، أو لم يجتزه بنجاح".

ولعل أبرز ما يتضح من خلال المقارنة بين النصوص الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين السابق، وتلك الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الحالي تتمثل في اتجاه المشرع الفرعي الحالي إلى التشديد فيما يتعلق بأثار الجزاء التأديبي على تقويم أداء الموظف بمرتبة ممتاز. وذلك من خلال تقليص الجزاء المانع من تقدير أداء الموظف بمرتبة ممتاز إلى الخصم لمدة تزيد عن ثلاثة أيام سواء في المرة الواحدة أو المرات المتعددة، كبديل عن الخصم من الأجر أو الوقف عن العمل مدة 5 أيام في المرة الواحدة، أو عشرة أيام على مدار العام الذي يتم عنه القياس. ولعل أبرز الآثار التي يمكن أن تترتب على الحكم الوارد في قانون الخدمة الجديد، تكمن في أن الموظف العام الذي يوقع عليه عقاب تأديبي

من العقوبات السابقة لن يحصل على تقرير ممتاز ؛ وبالتالي لن تكون له أولوية في الترقية بالاختيار.

وفي المقابل فإن اقتصار المشرع الفرعي على حظر تقويم أداء الموظف العام بمرتبة ممتاز في الحالة توقيع عقاب تأديبي أشد من الخصم لمدة ثلاثة أيام، يثير تساؤل حول مدى إمكان تقويم الموظف العام بمرتبة كفاء في القانون الحالي، وهي المرتبة المناظرة لمرتبة جيد جدًا في القانون السابق، ومن باب أولى مرتبة فوق المتوسط، وهي المناظرة لمرتبة جيد في القانون السابق.

الحقيقة أن السوابق التأديبية للخاضعين لنظام قياس الأداء تعد أحد العوامل الأساسية التي يتعين على الإدارة وضعها في الاعتبار في تحديد مرتبة الأداء. ويجري العمل على إدراج بند للجزاء التأديبية ضمن عناصر التقويم⁽¹⁾. ومن ثم فإن توقيع عقاب تأديبي على تحديد مرتبة أداء الموظف يخضع في النهاية لتقدير الإدارة. وفي الواقع العملي فإنه من النادر في الواقع العملي أن يتم تقويم أداء الموظف بمرتبة كفاء في حال توقيع عقوبات تأديبية عليه.

أما فيما يتعلق بالإجابة عن التساؤل المتعلق بحرمان الموظف الذي يوقع عليه جزاء يجاوز ما سبق من تقويم أدائه بمرتبة كفاء كعقوبة تبعية تلحق بقوة القانون بالجزاء السابقة، فإننا نبادر بالإجابة عن التساؤل السابق بالنفي. وذلك بالنظر إلى النصوص التي تعالج آثار توقيع جزاء تأديبي على الموظف في الحرمان من

(1) . محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص، ص 498 وما بعدها.

تقييم الأداء بمرتبة معينة، تعد نصوصًا جزائية. على اعتبار أنها تتعلق بترتيب عقوبات تبعية ؛ ومن ثم فإنها تخضع للقواعد الأصولية التي تخضع لها النصوص العقابية، وفي مقدمتها خصوصًا لقاعدة التفسير الضيق وخضوعها لقاعدة عدم جواز القياس. ويترتب على ما سبق نتيجة هامة تتمثل في أن العامل الذي تمت مجازاته تأديبيًا بجزاء أشد من الخصم من الأجر لمدة ثلاثة أيام في العام، سواء مرة واحدة أو على مرات متعددة، لا يوجد ما يحظر قانونًا على الإدارة تقويم أداءه بمرتبة كف فمادونها.

المطلب الثاني

النظام الإجرائي

تطور النظام الإجرائي بين اعتبارات الضمان والتبسيط الإجرائي. يرتبط نظام قياس كفاية أداء الموظفين بالجهاز الإداري للدولة ارتباطاً وثيقاً بموضوع حقوق وحرمان الموظفين⁽¹⁾، بالنظر لما يرتبط بهذا القياس من تقرير حقوق وامتيازات وظيفية للموظفين المجدين، كتقرير الترقيات، أو منح العلاوات، أو على العكس من ذلك من الانتقاص من هذه الحقوق والامتيازات، كالحرمان من الترقية، أو الحرمان من العلاوة، أو إنهاء الخدمة في حالة الانخفاض المستمر في مستوى الموظف. وتصور الوظيفة العامة باعتبارها أحد المقومات الأساسية للمجتمع، في كونها خدمة عامة تؤدي لرعاية مصالح الشعب⁽²⁾، يوجب الاعتراف للموظف العام بالعديد من الضمانات التي تكفل له أن يؤدي واجباته دون خشية من اضطهاد أو تنكيل، أو انحراف في استعمال السلطة سواء من قبل الرؤساء الإداريين، أو حتى السياسيين، وذلك متى التزم الموظف العام بأداء واجباته الوظيفية بأمانة وتجرد.

وفي هذا الإطار نلاحظ اتجاه النظم القانونية المقارنة إلى إحاطة عملية قياس كفاية الأداء بالعديد من قواعد الشكل التي تكفل لعملية القياس أن تؤدي دورها المرسوم

(1) انظر الدكتور إسماعيل زكي، ضمانات الموظفين في التعيين والترقية والتأديب، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه قدمت ونوقشت بجامعة فؤاد الأول " القاهرة"، 1936، ص 87.

(2) انظر نص المادة 14 من الدستور المصري الصادر في 2014.

لها⁽¹⁾. وذلك برسم نظام إجرائي واضح ومحدد لعملية إعداد التقارير وإعلانها والتظلم منها، وتضمنين هذا النظام العديد من الضمانات الشكلية والإجرائية التي تهدف إلى كفالة موضوعية القياس. وفي هذا الصدد يعن لنا أن نذكر بملاحظة الفقيه الفرنسي الكبير رينيه شابوه من أن "الجانب الإجرائي للقانون الإداري في بلد ما، يتجه للتعاطف مع ازدياد ديمقراطية الإدارة في هذا البلد، وإدراكها أن في مراعاة قواعد الشكل ضمان للحقوق والحريات"⁽²⁾.

والاهتمام بالجوانب الإجرائية لموضوع قياس الأداء وإن كان من شأنه إضافة لمحة من التعقيد على النظام الإجرائي الحاكم لعملية قياس أداء الموظف العام، وهو ما يأتي بالطبع على حساب اعتبارات أخرى مثل تكريس السلطة الرئاسية، أو حتى التبسيط الإجرائي، إلا أنه يبدو ضروريًا حتى تظل الوظيفة العامة في إطارها المرسوم لها باعتبارها خدمة يؤديها الموظف في رعاية الصالح العام، متحصنًا في تحقيق هذه الغاية بما يمنحه له القانون الحاكم لها من حقوق و ضمانات. وتعد فكرة الضمان في مجال تقويم أداء الموظفين وانعكاساتها على النظام الإجرائي الحاكم

(1) يراجع بالفرنسية، مؤلف الأستاذ إيف جودميه في القانون الإداري،

y. GAUDEMET, Droit administratif, Paris, LGDJ, 2010, p. 251.

(2) يراجع بالفرنسية مؤلف العلامة رينيه شابوه،

R.CHAPUS, Droit administratif général. Tome 1, PARIS, MONTCHRESTIEN, 15^{ème} Ed., N 1228.

لهذه العملية، أحد الجوانب التقليدية التي تبرز اختلاف النظام القانوني للوظيفة العامة عن النظام القانوني الحاكم للعمل الخاص.

وبصدد دراسة النظام الإجرائي الحاكم لعملية قياس أداء الموظفين في النظام القانوني المصري، فإننا نلاحظ دون عناء اتجاه المشرع إلى رسم ملامح النظام الإجرائي لقياس أداء الموظفين بما يكفل تحقيق اعتبارات الضمان، وذلك بداية من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951. هذا الاتجاه أخذ في التنامي في القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة في مصر، مرورًا بالقانون رقم 46 لسنة 1964، والقانون رقم 58 لسنة 1971، لينتهي الوضع في ظل القانون رقم 47 لسنة 1978، إلى تقرير نظام إجرائي لقياس كفاية الأداء تسيطر عليه فكرة الضمان إلى أبعد الحدود. وعلى منوال فكرة الضمان نسج المشرع الجديد في قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، النظام الإجرائي لتقويم أداء العاملين بالوحدة، فبدأ في هذا الشأن من حيث انتهى المشرع في القانون رقم 47 لسنة 1978.

وفي المقابل فإن إعادة صياغة العديد من قواعد النظام الإجرائي التي كان منصوصًا عليها في ظل قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، بدت كضرورة ملحة من ضرورات الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة؛ فمن المعلوم أن قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، قد ظل حاكمًا للجوانب القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة في مصر لمدة قد ناهزت الثمانية والثلاثين عامًا. وفي هذه الأثناء شهد العامل ثورة معرفية في وسائل المعرفة والتواصل والاتصال.

ومن ثم فإن تبني النظام القانوني لهذه الأدوات يبدو بمثابة ضرورة تفرضها معطيات العصر. والاتجاه نحو تبني النظم القانونية أدوات الثورة المعرفية هو اتجاه عام تتبدا انعكاساته في شتى فروع القانون المقارن، وشتى فروع القانون الوطني على حد سواء.

وفي مجال تقويم أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة، فإن الاستفادة من هذه الأدوات في عملية التحول الرقمي يمكن أن يحقق أهداف أخرى تتجاوز فكرة الضمان التي بدت كهدف وحيد للنظام الإجرائي الحاكم لعملية قياس أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة. ونعني بذلك على وجه الخصوص استخدام الرقمنة كوسيلة لتعزيد الشفافية في عملية الإدارة، بما يمكن أن تلعبه الشفافية من دور في مكافحة الفساد الإداري وخلق مناخ من الثقة بين أطراف عملية الإدارة. وما سبق يعد أحد أبرز ملامح الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة التي حمل قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، لوائه.

علاوة على ما تقدم، فإن استخدام أدوات العصر يمكن أن يلعب دوراً هاماً في التخفيف من تعقيد النظام الإجرائي لتقارير تقويم الأداء، وضبط هذه الإجراءات. فعمليات إجرائية مثل الإعلان أو الإخطار على سبيل المثال، أصبح من الممكن تحقيقها بمجرد ضغطة زر، بما يتضمنه ذلك من مزايا الاقتصاد في الوقت والجهد النفقات، ووضع حد للخلاف حول إثبات الإجراء. كذلك الحال بالنسبة لعملية إجرائية كالنشر، التي أصبح من الممكن تحقيق غرضها بمجرد الإتاحة على الموقع

الالكتروني للوحدة، بما يتضمنه ذلك من مزايا. بعبارة أخرى فإن استخدام أدوات العصر التي أفرزتها الثورة التكنولوجية يمكن أن يسهم في إحداث نوع من التبسيط الإجرائي.

هذا وإذا كان تبني الوسائل السابقة يلزمه أكثر من نص القانون، وإنما يتطلب في المقام الأول توفير الوسائل والإمكانيات المادية والتكنولوجية الكفيلة بتحقيق التحول الرقمي، علاوة على تدريب العاملين على التعامل مع هذه النظم، وهو ما يمكن أن يؤدي على المدى القصير إلى زيادة نفقات الجهاز الإداري للدولة، فإن العملية السابقة سيكون لها في المقابل على المدى البعيد أثر هام في تقليل النفقات. وهو ما يبدو أكثر توافقاً مع مفهوم التنمية المستدامة التي تحولت إلى هدف تسعى كافة النظم القانونية إلى تبنيه.

ومختلف الاعتبارات السابقة تعكسها بوضوح دراسة تطور النظام الإجرائي لعملية تقويم الأداء.

وقبل أن نشرح في معالجة التطور القانوني للنظام الإجرائي الحاكم لعملية تقويم الأداء، يعين لنا أن نعيد التذكير بأن هذه الدراسة لا تهدف إلى العرض التفصيلي لأحكام تقارير الكفاية في ظل القوانين السابقة⁽¹⁾، وإنما فقط تسليط الضوء على

(1) يراجع على وجه الخصوص في تفصيل النظام الإجرائي لتقارير الكفاية والتطور الذي لحقه، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالجهاز الإداري، مرجع سابق، ص 467-271.

المستجدات التي جاء بها القانون الجديد في إطار من المقارنة مع القوانين السابقة بما يظهر التطور الذي لحق بالنظام القانوني لقياس مستوى الأداء.

وسوف ننتبع تطور فكرة الضمان في القانون الجديد مقارنة بالقوانين السابقة من خلال تقسيم دراستنا إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول إعداد تقارير تقويم الأداء، ثم في الفرع الثاني دراسة الأحكام الخاصة بإعلان التقارير، ونتولى في الفرع الثالث دراسة النظام الإجرائي الحاكم للتظلم من التقارير.

الفرع الأول

إعداد تقارير تقويم الأداء

حرص المشرع عبر قوانين التوظيف السابقة على رسم ملامح نظام إجرائي واضح لإعداد تقارير الكفاية تسيطر عليه فكرة الضمان. وقد اعتبر القضاء في العديد من أحكامه أن هذا النسق الإجرائي الذي رسمه المشرع يمثل ضمانة جوهرية للموظف الخاضع للتقييم يترتب على إغفالها عدم مشروعية التقرير من ناحية الشكل. علاوة على ما سبق فقد اتجه المشرع لإحاطة مسألة إعداد التقارير بالعديد من الضمانات الإجرائية، لعل أبرزها ضرورة إخطار الموظف بأوجه النقص الذي تتجه الإدارة لتحديد كفايته بمرتبة دون المتوسط بأوجه النقص في أدائه.

وعلى هاتين النقطتين سوف نقصر بحثنا في مسألة إعداد التقارير. فمن ناحية نجد أن المشرع الجديد قد حرص في رسم ملامح النظام الإجرائي لإعداد تقارير تقويم الأداء في القانون الجديد على الاستفادة مما أفرزته الخبرة المصرية في ظل القوانين السابقة، ومن ثم فإن الاتجاه نحو التجديد في النظام الإجرائي بإفساح المجال لأدوات العصر الحديث تم استخدامه على نحو يخدم فكرة الضمان. ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع في القانون الجديد قد اتجه إلى تعميم ضمانة الإخطار المسبق بأوجه القصور في مستوى الأداء.

ونتناول في الغصن الأول مراحل إعداد التقارير، ونتناول في الغصن الثاني ضمانة الإخطار المسبق بأوجه القصور.

الغصن الأول

مراحل إعداد التقارير

وسوف نتولى أولاً تسليط الضوء على مسألة تطور مراحل إعداد تقارير الكفاية عبر القوانين السابقة في ضوء المعادلة بين اعتبارات السلطة الرئاسية وفكرة الضمان، ثم نتناول ثانياً بالشرح مراحل إعداد التقارير في القانون الحالي مع تسليط الضوء على المستجدات التي جاء بها المشرع الجديد في هذا الشأن والإشكاليات التي يمكن أن تثور في وضع هذا النظام الجديد موضع التطبيق.

أولاً: تطور النظام القانوني لإعداد التقارير في القوانين السابقة

الاتجاه إلى التقليل من سلطة الرئيس المباشر بخلق جهة موحدة لاعتماد التقارير. تقليدياً ينظر إلى سلطة الرئيس في تقييم أداء المرؤوس على أنها أحد الأحكام التي تنفرد عن مبدأ السلطة الرئاسية. ولعل هذا هو ما يفسر اتجاه النظام القانوني قبل عام 1951⁽¹⁾، إلى إطلاق يد الرؤساء في تقييم مرؤوسيه من خلال التقارير السرية التي كان يعدها الرؤساء. على اعتبار أن السلطة الرئاسية تتميز بشمولها في تقييم أشخاص المرؤوسين وأعمالهم. ومن ثم فقد كان ينظر إلى سلطة الرئيس الإداري في تقييم أعمال مرؤوسيه على أنها أحد الأدوات التي يتعين توفيرها

(1) انظر في اتجاه الأنظمة السابقة على القانون رقم 210 لسنة 1951، إلى إطلاق سلطة الرؤساء في تقييم مرؤوسيه، د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 215.

للرؤساء، حتى يستطيعوا توجيه أعمال مرؤوسيهم صوب تحقيق أهداف الإدارة التي يعملون بها. كما أنه من الناحية الواقعية، فإن الرئيس المباشر يعد أكثر الرؤساء دراية بمرؤوسيهم ؛ وأكثر بالتالي قدرة على الحكم على أدائهم.

ولكن النظام السابق لم يكن من شأنه تحقيق اعتبارات الضمان بالنسبة للموظفين ؛ فالسلطة المطلقة تحمل في زهورها دائماً بذور الفساد الإداري. ومن ثم فإن الاعتراف للرئيس الإداري بسلطة مطلقة في تقييم أعمال مرؤوسيه قد أدى إلى خلق نظام للتقييم تسيطر عليه اعتبارات المحاباة والمجاملة، أو الاضطهاد والتتكيل.

ولعل أول انعكاسات بزوغ فكرة الضمان في مجال إعداد تقارير الكفاية تتمثل في التقليل من سلطة الرؤساء في تقييم المرؤوسيين من خلال خلق جهة إدارية واحدة تتولى الرقابة على تقييم الرؤساء للمرؤوسين على مستوى الوحدة. وذلك بتقرير اختصاص هذه الجهة في اعتماد التقارير التي يعدها الرؤساء، بما يتضمنه ذلك من سلطة تعديل التقييم النهائي الذي تتمخض عنه التقارير.

وترجع جذور هذه الفكرة كما سبق البيان إلى تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر حول الإصلاح في مجال الوظيفة العامة التي ترجمها قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951⁽¹⁾، بالنص على لجنة شؤون الموظفين التي تتولى اعتماد التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس الأداء. فبعد أن يتولى الرئيس الإداري

(1) يراجع ما سبق بيانه بصدد اقتراحات الخبير الإنجليزي بول سنكر، المبحث الأول من هذا الفصل.

إعداد التقرير على النموذج المرسل إليه لهذا الغرض⁽¹⁾، يحصل الموظف على صورة منه، وله أن يبدي ملاحظاته على تقدير الرئيس في حال تقييم أدائه بمتوسط أو ضعيف⁽²⁾، وتتولى لجنة شئون الموظفين تحديد تقدير درجة كفاية الموظف، بعد الإطلاع على الملاحظات التي يكون قد قدمها الموظف الذي قدم عنه تقرير بدرجة متوسط أو ضعيف⁽³⁾.

وهكذا فإن النظام الذي أتى به القانون رقم 210 لسنة 1951، كان يتميز من الناحية الإجرائية بالبساطة. فالرقابة على سلطة الرؤساء في التقدير كانت تتم على درجة واحدة، من خلال لجنة شئون الموظفين، كما أن النظام السابق كان قد احتوى على بذور نظام للتظلم الإداري من تقدير الرئيس الإداري، وذلك من خلال الدمج بين سلطة الاعتماد وسلطة التظلم، التي تم منحها للجنة شئون الموظفين.

وعندما صدر القانون رقم 46 لسنة 1964، فقد أقر النظام أحادي الرقابة على سلطة الرئيس الإداري في إعداد التقارير، بإقراره سلطة اللجنة في التعقيب على تقارير الكفاية التي يعدها الرؤساء، بنصه في المادة رقم 31، على أن " للجنة شئون العاملين أن تناقش الرؤساء في التقارير السنوية المقدمة منهم عن العاملين ولها أن تعتمدها أو تعدلها بناءً على قرار مسبب".

(1) انظر المادة رقم 30 من القانون رقم 210 لسنة 1951.

(2) انظر المادة رقم 31 من القانون رقم 210 لسنة 1951.

(3) انظر المادة رقم 32 من القانون رقم 210 لسنة 1951.

وهكذا فإن القانون رقم 46 لسنة 1964، قد خطى خطوة أخرى في سبيل رسم ملامح للنظام الإجرائي الحاكم لتقارير الكفاية، يعمل على التوفيق بين اعتبارات السلطة الرئاسية من ناحية، واعتبارات الضمان وما يتصل بها من ضرورة مراعاة موضوعية التقارير من ناحية أخرى. وذلك من خلال تحديد ضوابط تحكم لجنة شئون العاملين في ممارسة سلطتها، بتطلب مناقشة اللجنة للرؤساء بصدد التقارير الصادرة عنهم في تقييم مرؤوسيههم قبل اعتمادها أو تعديلها من جهة، كما أنه قد تطلب من جهة أخرى أن يكون قرار لجنة شئون العاملين بتعديل التقرير مسبباً. وهو ما كان يهدف إلى خلق نوع من التوازن بين اعتبارات تأكيد السلطة الرئاسية بمنح الرئيس الإداري الاختصاص بإعداد التقارير، وبين اعتبارات الضمان التي أدت لإيجاد لجنة شئون العاملين ومنحها الاختصاص باعتماد التقارير التي يعدها الرؤساء.

وعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، فقد تضمن نقلة هامة في الاتجاه نحو تبني نظام ثنائي للرقابة على سلطة الرئيس المباشر، بنصه في المادة رقم 37 على أن " يعد الرئيس المباشر التقرير السنوي كتابةً عن العامل ويعرض عن طريق مدير الإدارة المختص بعد إبداء رأيه كتابةً على لجنة شئون العاملين، وللجنة أن تناقش الرؤساء في التقارير السنوية المقدمة منهم عن العاملين ولها أن تعتمدها أو تعدلها بناءً على قرار مسبب".

ومن ثم فإن القانون رقم 58 لسنة 1971، كان قد اتجه إلى منح دور ثاني للرئيس الإداري ممثلاً في مدير الإدارة الذي يتولى عرض التقرير الذي يعده الرئيس المباشر على لجنة شئون العاملين، مع إبداء رؤية كتابية على اللجنة التي لها أن تناقش الرؤساء عن التقارير المقدمة منهم، ولها أن تعتمدها، أو تعديلها بمقتضى قرار مسبب. وغني عن البيان أن إشراك الرئيس الأعلى في عملية التقييم يستهدف خلق نوع من أنواع الرقابة على تقديرات الرئيس المباشر.

كما أن المادة 39 من من القانون رقم 58 لسنة 1971⁽¹⁾، كانت قد وضعت أسس لنظام التظلم من التقديرات التي تتمخض عنها عملية قياس الأداء، عن طريق إقرار حق العامل في التظلم إلى لجنة شئون العاملين وفقاً لآلية إجرائية معينة، في حال تقييم أدائه بمرتبة ضعيف أو دون المتوسط. ولكن نظام التظلمات في ظل القانون رقم 58 لسنة 1971، كان يعيبه بصورة أساسية أنه كان يجعل من لجنة شئون العاملين الخصم والحكم في ذات الوقت ؛ فهي الجهة التي تتولى اعتماد التقارير المقدمة من الرؤساء، وهي بهذه المثابة الجهة التي تتولى إصدار

(1) نصت المادة (39) من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، على أن " يخطر العامل الذي قدرت كفايته بدرجة ضعيف أو دون المتوسط بأوجه الضعف في مستوى أدائه لعمله ويجوز له أن يتظلم من هذا التقرير إلى لجنة شئون العاملين خلال شهر من تاريخ إعلانه به على أن يفصل في التظلم خلال شهر من تاريخ تقديمه ويكون قرارها نهائياً. ولا يعتبر التقرير نهائياً إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم أو البت فيه".

القرار بتقرير الكفاية، كما أن اللجنة ذاتها هي التي تتولى النظر في التظلمات التي يقدمها المرؤوسين بشأن تقارير الكفاية التي تقدم عنهم.

وعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فقد قرر السمة اللامركزية لنظام قياس كفاية الأداء بالوحدة مع إقرار القانون للعديد من القواعد التي تشكل إطارًا عامًا لعملية التقييم. ولعل أبرز ملامح هذا النظام الإجرائي لإعداد التقارير وإعلانها والتنظم منها، تتمثل في أن القانون رقم 47 لسنة 1978، قد عاد إلى النظام أحادي الرقابة على تقديرات الرؤساء عن طريق منح لجنة شئون العاملين سلطة اعتماد التقارير المقدمة منهم عن مرؤوسيه، مع إغفال دور الرئيس الإداري الأعلى في عرض التقرير على لجنة شئون العاملين. كما أن القانون لم يتطلب التسبب في حال اتجاه لجنة شئون العاملين إلى تعديل تقرير الكفاية المعد سلفًا من قبل الرئيس الإداري.

علاوة على ما سبق، فقد أخضع المشرع بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 115 لسنة 1983، شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام بيانات الأداء. وهو ما استتبع مغايرة في النظام الإجرائي الذي يخضع له العاملين من الدرجة الأولى فما دونها وهم الخاضعين لنظام تقارير الكفاية، والعاملين من شاغلي وظائف الإدارة العليا الذين يخضعون لنظام بيانات الأداء. فبالنسبة للطائفة الأولى يتولى الرئيس الإداري إعداد التقرير وتتولى لجنة شئون العاملين اعتماده، أما بالنسبة للطائفة الثانية، فيتولى الرئيس الإداري إعداد التقرير، وتتولى السلطة المختصة اعتماده.

ثانيًا: في القانون الحالي

لعل أبرز ما يلاحظ على النظام الإجرائي لعملية تقييم الأداء، أن القانون لم يتضمن بيانًا واضحًا للنظام الإجرائي لعملية تقييم الأداء، مكتفيًا في هذا الصدد بالإحالة إلى اللائحة التنفيذية. فقد نصت المادة 25 من القانون رقم 81 لسنة 2016، على أن "تحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وإجراءات التقييم بما يكفل الحيادية والدقة في القياس وصولاً للمنحنى الطبيعي للأداء، وكذا ميعاد وضع تقارير التقييم وكيفية اعتمادها والتظلم منها ومعادلة هذه المراتب بالمراتب المعمول بها في تاريخ العمل بهذا القانون...".

ولكن القانون رقم 81 لسنة 2016، قد نص على اختصاص السلطة المختصة باعتماد تقارير تقييم الأداء، بالنسبة لكافة الموظفين، سواء شاغلي وظائف الإدارية العليا، أو حتى شاغلي وظائف الدرجة الأولى فما دونها. وبهذا فإن القانون يكون قد وحد الجهة المختصة باعتماد تقارير أداء الموظفين، وهو ما يتضمن عدولاً عما كان عليه الحال في ظل القانون رقم 47 لسنة 1978، الذي كانت لجنة شؤون العاملين تتولى اعتماد تقارير الكفاية بالنسبة للموظفين من الدرجة الأولى فما دونها، بينما تتولى السلطة المختصة اعتماد بيانات الأداء بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا.

وبالرجوع إلى اللائحة التنفيذية للبحث عن الملامح الأساسية للنظام الإجرائي لتقويم الأداء⁽¹⁾، يتضح الآتي:

أولاً: توحيد القانون الجديد لخطوات تقويم الأداء بالنسبة لجميع الموظفين بالوحدة، سواء من شاغلي وظائف الإدارة العليا، أو الموظفين من الدرجة الأولى فما دونها. فوفقاً لأحكام اللائحة⁽²⁾، يتم توزيع التقارير على التقسيمات الإدارية بالوحدة عن طريق لجنة الموارد البشرية خلال شهري أكتوبر وأبريل، ويتولى الرئيس المباشر إعداد التقارير في النص الأول من شهري نوفمبر ومايو، ويتولى الرئيس الأعلى اعتماد هذه التقارير خلال النصف الثاني من هذين الشهرين، ويتم إرسالها بعد ذلك إلى لجنة الموارد البشرية قبل نهاية هذين الشهرين.

(1) تناولت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الأحكام المنظمة لتقويم الأداء في المواد من 67 إلى 87.

(2) نصت المادة 73 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد على أن "تقوم إدارة الموارد البشرية خلال الأسبوع الأخير من شهري أكتوبر وأبريل من كل سنة بتوزيع نماذج تقارير تقويم الأداء على جميع تقسيمات الوحدة، وعلى هذه التقسيمات إعادة التقارير بعد استيفائها في موعد لا يجاوز نهاية شهري نوفمبر ومايو.

ويتم تقويم أداء الموظف مرتين خلال النصف الأول من شهري نوفمبر ومايو من كل سنة على أن يتم اعتماد هذين التقريرين من الرئيس الأعلى خلال النصف الثاني من ذات الشهرين. ويصدر التقرير السنوي لتقويم الأداء خلال شهر يونيو من كل سنة، ويحسب وفقاً لمتوسط مجموع درجات الموظف في تقرير تقويم الأداء المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين".

وتنص المادة 70 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، على أن "تعد إدارة الموارد البشرية بالوحدة سجلاً إلكترونيًا أو ورقياً للأداء الوظيفي لكل موظف يدون فيه الرئيس المباشر كل ثلاثة أشهر الملاحظات التي تعكس الإيجابيات والسلبيات الخاصة بأداء الموظف وفقا لمهام وظيفته، وكذلك المخالفات التي يكون قد ارتكبها، وما تم اتخاذه بشأنها من إجراءات .

ويستعين الرئيس المباشر بهذا السجل عند إعداد تقارير تقييم الأداء، ويكون أساسا في البت في التظلمات التي يقدمها الموظفون في نتائج تقارير تقييم الأداء الخاصة بهم".

ويهدف النص السابق إلى تأكيد ضمانة الموضوعية في إعداد التقارير. فتقويم أداء الرئيس المباشر للموظف يتعين أن يجد له إجمالاً ما يسانده في السجل الذي تحدثت عنه المادة رقم 70 من اللائحة. وغني عن البيان أن السجل السابق يمكن الرئيس الأعلى، ومن فوقه لجنة شئون العاملين، من إحكام الرقابة الإدارية على سلامة تقدير الرئيس المباشر لأداء المرؤوس، وهو بهذه المثابة يلعب دوراً هاماً في عملية إعداد التقارير. على أن أهمية هذا السجل لا تتوقف عند عملية إعداد التقارير فقط، وإنما يلعب كذلك دوراً هاماً في التظلم من التقرير؛ فلجنة التظلمات بالنسبة للموظفين من الدرجة الأولى فما دونها، أو السلطة المختصة بالنسبة لشاغلي الوظائف القيادية، تباشر عملها في الفصل في التظلمات إنطلاقاً مما ورد بهذ السجل.

وعلى الرغم من حرص المشرع في القوانين السابقة على أن تستند عملية تقييم مستوى أداء الموظف إلى وقائع ومعلومات وملاحظات ثابتة كتابة، عن طريق النص على إيداع كل ما يتعلق بالموظف من بيانات ومعلومات خاصة بالموظف وملاحظات متعلقة بعمله وتقاريره السنوية في ملف خدمته⁽¹⁾، وصولاً إلى أفراد سجل لكل موظف يتم تخصيصه لعملية قياس كفاية الأداء في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978⁽²⁾، فإن النص الجديد الوارد باللائحة يحقق عدداً من المزايا؛ فهو يتميز أولاً بشموله لجميع الموظفين بما فيهم شاغلي وظائف الإدارة العليا. كما أنه يتميز بالتفصيل سواء فيما يتعلق بعملية التدوين التي يتعين أن تتم كل ثلاثة أشهر، أو حتى طبيعة الملاحظات التي يتعين تدوينها. كما أنه يتميز أخيراً بالوضوح في الإشارة إلى أهمية هذا السجل في عملية إعداد التقارير أو البت في التظلمات التي يقدمها الموظفون للجنة التظلمات.

ومع ذلك فإن وجود سجل خاص لأداء الموظف لا يمنع الإدارة من الاستعانة بوقائع أخرى لم ترد في هذا السجل في عملية إعداد التقارير. فوفقاً لقضاء مستقر

(1) انظر نص المادة 29 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، وكذلك نص المادة رقم 28 من قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، وكذلك نص المادة 15 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971.

(2) انظر نص الفقرة الثانية من المادة رقم 28 قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، التي تنص على أن "ويكون قياس الأداء مرة واحدة خلال السنة قبل وضع التقرير النهائي لتقرير الكفاية، وذلك من واقع السجلات والبيانات التي تعدها الوحدة لهذا الغرض ونتائج التدريب المتاح، وكذلك أية معلومات أو بيانات أخرى يمكن الاسترشاد بها في قياس كفاية الأداء".

من قبل المحكمة الإدارية العليا في ظل القوانين السابقة، فإن " جهة الإدارة لا تتقيد بأن يكون مصدرها الوحيد في قياس الأداء البيانات المستمدة من السجلات، وإنما يجوز أن تستقي قياسها ممن أية معلومات أو بيانات أخرى يمكن الاسترشاد بها في قياس كفاية الأداء، ويدخل في ذلك ما يتوافر لدى الرؤساء من معلومات عن الموظف بحكم رئاستهم واتصالهم بعمله"⁽¹⁾.

ثانياً: تتولى السلطة المختصة اعتماد التقارير النهائية السنوية بالنسبة لكافة الموظفين المخاطبين بأحكام قانون الخدمة المدنية. فيصدر التقرير السنوي لتقويم الأداء خلال شهر يونيو من كل عام، بعد اعتماده من قبل السلطة المختصة، ويحسب وفقاً لمتوسط مجموع درجات الموظف في تقريره لتقويم الأداء النصف سنوي السابق الإشارة إليهما. والنظام السابق يسري بالنسبة لتقويم أداء شاغلي وظائف الإدارة العليا والموظفين العاديين.

وما سبق إنما يعني اعتماد النظام الإجرائي لتقارير تقويم الأداء لمبدأ آلية التقرير النهائي ؛ فهو عبارة عن متوسط مجموع درجات التقريرين النصف سنوي السابق التي يتم إعدادها عن الموظف خلال شهري نوفمبر ومايو.

ثالثاً: غموض أحكام اللائحة فيما يتعلق بدور لجنة الموارد البشرية التي حلت محل لجنة شؤون العاملين في القانون الجديد، في الرقابة الموضوعية على سلطة

(1) انظر، المحكمة الإدارية العليا، رقم 1675 لسنة 36 ق.ع، بتاريخ 22 فبراير 1992، مشار إليه لدى د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، 171.

الرؤساء في إعداد التقارير، سواء بالنسبة للموظفين من شاغلي وظائف الإدارة العليا، أو حتى بالنسبة للموظفين من شاغلي الدرجة الأولى فما دونها. فالبين من أحكام اللائحة أن لجنة الموارد البشرية تعمل كمنظم للخطوات الإجرائية لعملية التقييم، ابتداءً من إرسال التقارير للرؤساء المباشرين، واعتمادها من قبل الرؤساء في المستوى الأعلى، ثم ردها إلى لجنة الموارد البشرية التي تتولى عرضها على السلطة المختصة لاعتمادها. ولكن نصوص القانون الواردة بباب تقييم الأداء، وكذلك اللائحة التنفيذية للقانون، لم يجعلها للجنة الموارد البشرية أي دور في اعتماد هذه التقارير قبل عرضها على السلطة المختصة. وما سبق من شأنه طرح التساؤل حول حقيقة الدور الممنوح للجنة الموارد البشرية في اعتماد هذه التقارير من الناحية الموضوعية، وحول حقيقة الدور الذي يمكن للسلطة المختصة أن تلعبه في ظل القانون الجديد في الرقابة على موضوعية التقارير؟

والسبب في طرح هذه التساؤلات السابقة، ما سبق الإشارة إليه من أن لجنة شئون العاملين، التي حلت محلها لجنة الموارد البشرية في القانون الجديد، قد تم في الأصل إدخالها كضمانة لموضوعية التقارير، بخلق رقابة إدارية داخلية على سلطة الرؤساء في تقييم المرؤوسين. ومن ثم فمن المنطقي أن تحل لجنة الموارد البشرية محل لجنة شئون العاملين في هذا الاختصاص. يضاف إلى ما سبق أن أحد الأهداف الأساسية من استبدال لجنة الموارد البشرية بلجنة شئون العاملين، يتمثل في استجابة المشرع الجديد للمستجدات في علم الإدارة في اعتبار أن عملية التقييم تعد عملية فنية إدارية، وهي بهذا الوصف يتعين أن تخضع لرقابة الجهة المختصة

بالعمليات الإدارية الفنية من الناحية الموضوعية، وهي لجنة الموارد البشرية. وأخيرًا، فإن هناك سبب ثالث يضاف إلى السببين السابقين، يتعلق بمدى تحقيق ضمانات إضافية في الرقابة على موضوعية التقارير من خلال منح السلطة المختصة الاختصاص باعتماد تقارير تقييم الأداء بالنسبة لكافة الموظفين المخاطبين بأحكام هذا القانون. فالسلطة المختصة بحكم تأهيلها من جهة، وبما يناط بها من اختصاصات من جهة أخرى، قد تبدو غير مؤهلة من الناحية الإدارية لممارسة هذا الدور بالنسبة لكل موظفي الوحدة.

وفي مقام الإجابة عن التساؤل السابق طرحه، فإننا نبادر إلى تأكيد اختصاص لجنة الموارد البشرية في القانون الجديد بالرقابة من الناحية الموضوعية على تقديرات الرؤساء: الرئيس المباشر والرئيس الأعلى، للمرؤوسين من المستوى الأول (ب) فما دونه. وينبع هذا الاختصاص من نص المادة 4 من القانون 81 لسنة 2016، التي تحدد بصفة عامة اختصاصات لجنة الموارد البشرية، بنصها في الفقرة الثانية على اختصاصها " بالنظر في التعيين في الوظائف من المستوى الأول (ب) فما دونها، ومنح العلاوات لشاغليها ونقلهم خارج الوحدة واعتماد تقارير تقييم أدائهم، واقتراح البرامج والدورات التدريبية اللازمة لتنمية الموارد البشرية، وتغيير مفاهيم الوظيفة وثقافتها وتطوير أساليب العمل ورفع معدلات الأداء، وغير ذلك مما يُحال إليها من السلطة المختصة".

أما عن دور السلطة المختصة في اعتماد تقارير تقييم الأداء للمرؤوسين من المستوى الأول (ب) فما دونه، فتبينه الفقرة التالية من المادة الرابعة بنصها على أن " وترسل اللجنة اقتراحاتها إلى السلطة المختصة خلال أسبوع لاعتمادها، فإذا لم تعتمدها ولم تُبد اعتراضًا عليها خلال ثلاثين يومًا من تاريخ وصولها اعتبرت نافذة .

أما إذا اعترضت على اقتراحات اللجنة كلها أو بعضها، فيتعين أن تُبدي الأسباب المبررة لذلك كتابةً وتُعيد ما اعترضت عليه للجنة للنظر فيه على ضوء هذه الأسباب، وتُحدد لها أجلًا للبت فيه، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن تبدي اللجنة رأيها اعتبر رأي السلطة المختصة نافذًا، أما إذا تمسكت اللجنة برأيها خلال الأجل المحدد، ترسل اقتراحاتها إلى السلطة المختصة لاتخاذ ما تراه بشأنها ويعتبر قرارها في هذه الحالة نهائيًا .

وتحدد اللائحة التنفيذية كيفية اختيار أعضاء اللجنة ونظام العمل بها".

ومن جماع النصوص السابقة، فإن مراحل إعداد تقارير تقييم الأداء من المستوى الأول (ب) فما دونه، تبدأ بإعداد التقرير من الرئيس المباشر، واعتماده من الرئيس الأعلى، ثم اعتماده من قبل لجنة الموارد البشرية بالنسبة للتقارير النصف سنوية. أما بالنسبة للتقارير السنوية فتتولى لجنة الموارد البشرية إعدادها بحساب متوسط مجموع التقريرين نصف السنويين، وتتولى بعد ذلك عرضها على السلطة المختصة التي تتولى بدورها اعتمادها. واعتماد هذه الأخيرة لتقارير تقييم الأداء السنوية يكون

صراحةً، أو ضمناً بمرور مدة الثلاثين يوماً دون أن تعترض عليه السلطة المختصة كتابةً مع بيان أسباب الاعتراض.

والحقيقة أن مقتضيات الوضوح كانت تقتضي تخصيص مادة باللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية لوصف المراحل السابقة بطريقة صريحة وواضحة، بما يحول دون احتمالات اللبس والغموض، كما كان عليه الحال في ظل القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015⁽¹⁾.

أما بالنسبة للعاملين من المستوى الأول (أ) وهو مستوى شاغلي وظائف الإدارة الإشرافية، وكذلك الحال بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا، فإننا لا نجد في نصوص القانون أو اللائحة ما يمكن الاستناد إليه لتأسيس سلطة لجنة الموارد البشرية في اعتماد هذه التقارير. ومن ثم فإن دورها يكون كمنظم إجرائي فقط لعملية

(1) من الجدير بالذكر أن المادة 73 من اللائحة التنفيذية لقرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، بإصدار نظام الخدمة المدنية، كانت تنص بشأن تقارير تقييم الأداء للموظفين من غير شاغلي الوظائف القيادية والتنفيذية، على أن " 1. يعد التقرير السنوي لتقييم أداء الموظف من غير شاغلي وظائف الإدارة العليا والإدارة التنفيذية وفقاً للإجراءات الآتية:

2. يعد الرئيس المباشر التقرير السنوي خلال الأسبوع الأول من شهر يونيو، وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض، والمرسل إليه من إدارة الموارد البشرية .

يعرض التقرير السنوي على الرئيس الأعلى لتقرير ما يراه، وله تعديل التقرير بقرار مسبب، بعد المناقشة مع الرئيس المباشر .

3. يعرض التقرير السنوي على لجنة الموارد البشرية للنظر في اعتماده من السلطة المختصة، ولأي منهما تعديل هذا التقرير بقرار مسبب".

إرسال التقارير واستقبالها وعرضها على السلطة المختصة لاعتمادها، دون أن يكون لها اختصاص باعتمادها أو تعديلها. ويكون التصور الإجرائي لتقارير تقييم أدائهم على النحو التالي: أولاً ترسل لجنة الموارد البشرية التقارير إلى الرئيس المباشر الذي يتولى إعدادها، ثم يتولى الرئيس الأعلى اعتمادها، ويرسلها للجنة الموارد البشرية التي تتولى حفظها في حالة التقارير نصف السنوية، دون أن يكون لها اختصاص باعتمادها أو تعديلها. وبالنسبة للتقارير السنوية تتولى لجنة الموارد البشرية إعدادها عن طريق حساب متوسط مجموع التقريرين النصف سنويين، وتعرض التقرير السنوي على السلطة المختصة لاعتماده. والاعتماد في هذه الحالة يتعين أن يكون صريحاً بالنظر لغياب النص الذي يمكن الاعتماد عليه لتأسيس الاعتماد الحكمي.

ونرى أن النظام الإجرائي لتقارير تقييم الأداء بالنسبة للموظفين من المستوى الأول (أ)، وشاغلي وظائف الإدارة العليا، يمكن أن يكون محللاً للنقد. وينبع هذا النقد من عدم وجود لجنة جماعية يمكنها ممارسة الرقابة على تقدير الرؤساء، بما يسهم في توفير ضمانات الموضوعية في التقدير. ومن الجدير بالذكر أن اللائحة التنفيذية للقرار بقانون 18 لسنة (1) 2015، بإصدار نظام الخدمة المدنية، كانت تنص على

(1) كانت المادة 74 من اللائحة التنفيذية للقرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، بإصدار قانون الخدمة المدنية، تنص بشأن إعداد تقارير تقييم الأداء لشاغلي الوظائف القيادية، على أن "يعد التقرير السنوي لتقييم أداء الموظف من شاغلي وظائف الإدارة العليا والإدارة التنفيذية وفقاً للإجراءات الآتية :

تدخل لجنة شاغلي الوظائف القيادية، إلا أن المشرع الجديد لم يجعل لهذه اللجنة دوراً في تقييم أداء شاغلي وظائف الإدارة العليا، تاركاً الأمر لتقدير الرؤساء الإداريين: الرئيس المباشر، الرئيس الأعلى، السلطة المختصة. وهو ما يعني غياب ضمانات تدخل لجنة جماعية. ومن ثم فإننا نرى ضرورة النص إما على اختصاص لجنة الموارد البشرية باعتماد تقارير الرؤساء الأعلى في شأن شاغلي وظائف الإدارة العليا، أسوة بما عليه الحال بالنسبة للموظفين من المستوى الأول (ب) فما دونه، وهو ما يبدو أكثر اتساقاً مع الاتجاهات الجديدة التي تبناها المشرع في قانون الخدمة المدنية بالنظر إلى عملية تقييم الأداء على أنها عملية فنية متخصصة، وإما النص على تدخل لجنة شاغلي الوظائف القيادية كما كان عليه الحال في ظل سريان القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، وهو ما من شأنه توفير ضمانات تدخل لجنة جماعية ذات خبرة ودراية في المسائل المتعلقة بالوظائف القيادية.

-
1. يعد الرئيس المباشر التقرير السنوي خلال الأسبوع الأول من شهر يونيو، وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض ، والمرسل إليه من إدارة الموارد البشرية .
 2. يعرض التقرير السنوي على لجنة وظائف الإدارة العليا والإدارة التنفيذية لتقرير ما تراه، ولها تعديل التقرير بقرار مسبب، بعد المناقشة مع الرئيس المباشر .
 3. يرفع التقرير السنوي إلى السلطة المختصة للاعتماد، ولها تعديل هذا التقرير بقرار مسبب".

الفصل الثاني

ضمانة الإخطار المسبق

وسوف نتولى أولاً عرض موقف المشرع في القوانين السابقة تجاه الإخطار بأوجه القصور كضمانة خاصة، ثم نعرض ثانياً لموقف المشرع الجديد في تعميم هذه الضمانة.

أولاً: موقف المشرع في القوانين السابقة

إن تتبع تطور النظام الإجرائي لقياس أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة يؤكد اتجاه متنامي من قبل المشرع إلى إحاطة عملية القياس بالعديد من الضمانات الإجرائية. ولعل من أبرز الضمانات الإجرائية التي اتجه المشرع إلى تقريرها ضرورة إخطار العامل الذي يقل مستوى أدائه عن المستوى المطلوب بأوجه النقص في هذا الأداء أولاً بأول قبل وضع التقرير النهائي. والمقصود هنا ليس علانية التقارير بمعنى إعلان التقرير لمن صدر بشأنه، وإنما ضمانة أخرى سابقة عن الإعلان ومستقلة عنه. فضمانة الإخطار تعد سابقة حتى على إعداد التقارير.

وتجد هذه الضمانة جذورها فيما قرره المادة رقم 28 من قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، بنصها على أنه " في حالة ما إذا تبين للرئيس أن مستوى أداء عامل دون المتوسط يجب أن يُلقت نظره كتابةً مع ذكر المبررات وضم ذلك إلى ملف العامل".

ولكن الضمانة السابقة قد غابت عن القانون رقم 58 لسنة 1971، فلم يورد لها ذكراً مكتفياً بالنص في المادة رقم 39 من القانون على إخطار العامل الذي قدرت كفايته بدرجة ضعيف أو دون المتوسط بأوجه الضعف في مستوى أدائه لعمله، وهو ما يفتح أمامه باب التظلم من التقرير وفقاً لما قررته هذه المادة. وغني عن البيان أن الإخطار الذي تحدثت عنه المادة 39 يختلف عن الإخطار السابق على إعداد التقرير. وقد كان من المنتظر أن تنص اللائحة التنفيذية لهذا القانون على ضمانة الإخطار المسبق، على اعتبار أن المشرع قد نص في عجز المادة رقم 36، على أن "يكون إعداد هذه التقارير وفقاً للإجراءات والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية"، ولكن اللائحة التنفيذية لهذا القانون لم يكتب لها أن ترى النور.

ولكن ضمانة الإخطار المسبق قد عاودت الظهور مرة أخرى مع تبني قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، الذي كان قد نص في النسخة الأولى للمادة 28، على إجراء قياس كفاية الأداء ثلاث مرات على مدار العام قبل وضع التقرير السنوي النهائي⁽¹⁾. وفي هذا الإطار فقد نصت المادة 29 على أنه "يجب إخطار العاملين الذين يرى رؤسائهم أن مستوى أدائهم أقل من مستوى الأداء العادي بأوجه النقص في هذا الأداء طبقاً لنتيجة القياس الدوري للأداء أولاً بأول".

(1) انظر نص المادة رقم 28 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم 115 لسنة 1983.

ولكن سرعان ما عدل المشرع عن القياس الثلاثي ليعود إلى تبني مبدأ أحادية القياس، بمقتضى التعديلات التي تمت في عام 1983. ومع ذلك فقد بقي نص المادة رقم 29 دون تعديل، وهو ما حدا بالقضاء إلى تفسير نص المادة 29 على أنه يقرر ضمانات إجرائية تتمثل في ضرورة إخطار العاملين الذين يقدر رؤسائهم أن مستوى أدائهم أقل من المستوى العادي للأداء بأوجه النقص قبل تقدير كفايتهم. والحقيقة أن الضمانة التي قررها القانون 47 لسنة 1978 على النحو السابق كانت تلعب دوراً هاماً في منازعات إلغاء تقارير الكفاية. فقد اعتبر القضاء أن نص المادة 29 من قانون العاملين المدنيين يقرر ضمانات جوهرية يترتب على إغفالها عدم مشروعية التقرير. وفي المقابل فقد قصر القضاء الإداري الضمانة السابقة فقط على حالة العاملين المزمع تقدير كفايتهم بمرتبة ضعيف فقط، ذلك استناداً إلى نص المادة 29 التي حددت مناط الإخطار المسبق بانخفاض مستوى الأداء عن الأداء العادي⁽¹⁾.

(1) المحكمة الإدارية العليا، رقم 2117 لسنة 42 ق، تاريخ الجلسة 3 / 1 / 1998، مكتب فني 43 رقم الجزء 1، رقم الصفحة 627.

وفي الحكم قررت المحكمة الإدارية العليا أن " المشرع أوجب على جهة الإدارة إخطار العاملين الذين يقدر رؤسائهم أن مستوى أدائهم أقل من المستوى العادي للأداء بأوجه النقص في هذا الأداء قبل تقدير كفايتهم ... ليس من ريب في أن هذا الإجراء إنما يشكل ضمانات جوهرية للعامل حتى يكون على بينة من أمره وتتاح له الفرصة لتدارك ما عسى أن يكون قد شاب أداءه من نقص فتتحقق بذلك المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للعامل في الوقت ذاته - هذا الإجراء الذي أوجبه المشرع يكون إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله البطلان هذا الالتزام لا يتقل كاهل

ويعن لنا أن نشير إلى اتجاه بعض اللوائح الخاصة إلى تعميم ضمانة الإخطار المسبق على إعداد التقرير بصدد أوجه التقصير أو النقص أو التراخي في أداء العمل التي يمكن أن يكون لها أثر سلبي على تقييم المرؤوس من قبل الرئيس، بغض النظر عن التقدير المزمع منحه للعامل. وقد اعتبر القضاء أن الأمر يتعلق بضمانة خاصة تختلف عن تلك المقررة بمقتضى القانون العام رقم 47 لسنة 1978، وأن هذه الضمانة الخاصة تستهدف "تبصير العامل بما اعتري أداءه من نقص أو هم أو خمول أو فتور همة مما أدى إلى هبوط فى مستواه عما كان عليه من قبل، وذلك حافزاً لهم للارتقاء بمستوى الأداء والنهوض به". وفي هذه الحالة فقد اعتبر القضاء أن الإخطار بأوجه التقصير أو النقص أو التراخي في أداء العاملين المخاطبين باللوائح التي تقرر هذه الضمانة يعد بمثابة ضمانة جوهرية لصحة التقرير، في حال اتجاه الإدارة إلى الاعتماد على العناصر السابقة في إعداد تقارير الكفاية أيًا كان التقدير المزمع منحه للعامل (1).

الإدارة إلا فى حالة تقدير الرؤساء أن مستوى الأداء يقل عن المستوى العادى فلا تلتزم بواجب الإخطار إلا بالنسبة إلى العاملين المزمع تقدير كفايتهم بمرتبة ضعيف دون سواهم".

(1) يراجع على سبيل المثال ، المحكمة الإدارية العليا، رقم 605 لسنة 41 ق.ع، بتاريخ 24 أبريل 1999، بشأن لائحة العاملين بالهيئة العامة للخدمات البيطرية. وفي هذا الحكم قررت المحكمة الإدارية العليا أن " المادة 29، 32 من لائحة العاملين بالهيئة الصادرة بالقرار الوزارى رقم 751 لسنة 1987 أن جميع العاملين بالهيئة العامة للخدمات البيطرية يخضعون لتقييم كفايتهم وذلك بوضع تقرير الكفاية لشاغلى وظائف الدرجة الأولى فما دونها وبقياس كفاية الأداء

ثانيًا موقف المشرع الحالي في تعميم ضمانة الإخطار

إخطار الموظف بأوجه النقص يمثل ضمانة جوهرية. بغرض تقرير قدر أكبر من الضمان بالنسبة للعاملين المدنيين، فقد اتجه المشرع في قانون الخدمة المدنية إلى تبني ضمانة إخطار العامل أولاً بأول، بما يؤخذ عليه من إهمال أو تقصير أو أوجه ضعف في مستوى أدائه قبل إعداد تقارير تقييم الأداء.

ففي أعقاب النص في المادة رقم 70 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية على التزام إدارة الموارد البشرية بالوحدة بتخصيص سجل إلكتروني أو ورقي للأداء الوظيفي لكل موظف يدون فيه الرئيس المباشر كل ثلاثة أشهر الملاحظات التي تعكس الإيجابيات والسلبيات الخاصة بأداء الموظف وفقاً لمهام وظيفته، وكذلك المخالفات التي يكون قد ارتكبها، وما تم اتخاذه بشأنها من إجراءات، فقد نصت

بالنسبة لشاغلي الوظائف العليا، ويتعين على الرئيس المباشر إخطار العامل أولاً بأول بأوجه النقص والتقصير والتراخي في أدائه لعمله فذلك حكماً مغايراً لما جاء بالمادة 29 من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 من وجوب إخطار العامل بأوجه القصور والنقص إذا كان مستوى أدائه أقل من مستوى الأداء العادي أما من يحصل على مرتبة جيد -وهي مرتبة ليست أقل من مستوى الأداء العادي - فليس ثمة التزام على الجهة الإدارية بإخطاره بأوجه القصور في الأداء حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، فإن القاعدة الواردة بالمادة 32 من لائحة العاملين بالهيئة المشار إليها تستهدف الصالح العام وذلك بتبصير العامل بما اعترى أداءه من نقص أو هم أو خمول أو فتور همة مما أدى إلى هبوط في مستواه عما كان عليه من قبل وذلك حافزاً لهم للارتقاء بمستوى الأداء والنهوض به فإذا لم تقم الجهة الإدارية بإخطار العامل بذلك قبل وضع التقرير أو بيان الأداء فأنها تكون قد خالفت قاعدة جوهرية وهو ما يترتب بطلان التقرير أو بيان الأداء".

المادة 71 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية على أن " يخطر الرئيس المباشر الموظف إلكترونياً أو ورقياً أولاً بأول بما يؤخذ عليه من إهمال أو تقصير أو أوجه ضعف ليعمل على إزالة أسباب ذلك، وترفق هذه الإخطارات بسجل الأداء الوظيفي".

ونرى أن تعميم ضمانات الإخطار في ظل قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، يتماشى مع الاتجاهات الحديثة التي تبناها المشرع في القانون الجديد، فأولاً فإن الحكم السابق الذي تبناه المشرع يتماشى أكثر مع منطق التقويم الذي يقوم على إتاحة الفرصة للخاضعين للتقويم لتلافي أوجه القصور في أدائهم، بما يسهم في النهاية في رفع مستوى أداء العامل، ورفع مستوى الأداء الكلي للوحدة. وثانياً فإن الاتجاه إلى تعميم هذه الضمانة يبدو أكثر تماشياً مع الاتجاه بدعم الشفافية كأحد أهم أدوات مكافحة الفساد الإداري، وما تلعبه الشفافية من خلق مناخ من الثقة بين أطراف العملية الإدارية.

وحسباً فعل المشرع الفرعي بالنص على إمكان إخطار العامل ورقياً أو إلكترونياً بأوجه القصور في الأداء، وهو ما يتماشى مع الاتجاه نحو تحديث الأنظمة الإدارية المتبعة لتتجاوب مع المعطيات الجديدة للعصر الراهن، وفي مقدمتها الاتجاه نحو الرقمنة.

وعند هذه النقطة يثور تساؤل حول مدى إمكان اعتبار الإخطار من قبيل الإجراءات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان تقرير تقويم الأداء الذي يصدر دون مراعاة الضمانة السابقة ؟

والسبب في طرح هذا التساؤل يتعلق بمصدر هذه الضمانة في القانون الجديد، وهو اللائحة التنفيذية، بالمقابل للقوانين السابقة التي كانت تنص عليها في صلب القانون، ومن هذا المنطلق فقد كانت الأحكام القضائية تحرص على تأكيد أن الضمانة السابقة تعد ضمانة جوهرية وتجد مصدرها في القانون، وذلك في إشارة إلى أهمية هذه الضمانة⁽¹⁾.

وبصد الإجابة عن التساؤل السابق طرحه، فإننا نبادر إلى التأكيد على أنه وفقاً لنظرية الإجراءات الجوهرية، فإن العبرة في تقرير جوهرية الإجراء من عدمه، في حالة عدم ترتيب القانون للبطلان صراحةً على تخلف الإجراء، هو موضوع الإجراء نفسه وما إذا كان يتعلق بضمانة مقررة لصالح الأفراد، وليس بالأداة القانونية التي يتم الاستناد إليها في فرض إلزامه. ومن ثم فإننا لا نرى أي غضاضة في اعتبار إجراء الإخطار بأوجه النقص في الأداء من قبيل الإجراءات الجوهرية، ولو ورد النص عليه في اللائحة التنفيذية للقانون.

(1) انظر، حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم 2117 لسنة 42 ق، بتاريخ 3 يناير 1998، السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

إعلان تقارير تقييم الأداء

تردد المشرع في القوانين السابقة بصدد إعلان تقارير تقييم الأداء بين تبني مبدأ السرية ومبدأ العلانية، على أن التطور التشريعي في ظل القوانين السابقة قد انتهى إلى تبني مبدأ العلانية، ليأتي المشرع الجديد بصدد إعلان تقارير تقييم الأداء ليرسم نظام لإعلان التقارير يتسم بالعلانية المطلقة مع الاستفادة من أدوات العصر.

وسوف نعرض في **الفصل الأول** تطور النظام القانوني المصري في سبيل تبني مبدأ علانية التقارير، ثم نتناول في **الفصل الثاني** بيان المستجدات التي جاء بها المشرع الجديد.

الغصن الأول

في القوانين السابقة

تقارير الكفاية بين السرية والعلانية. المقصود بعلانية التقارير إعلان الموظف بتقرير تقويم أدائه، والعناصر التي بني عليها هذا التقييم. وذلك بالمقابلة بنظام سرية التقارير الذي يعني عدم إعلان الموظف بتقرير الكفاية، فلا يخطر به.

ولعلانية تقارير الكفاية مزايا متعددة أفاضت في شرحها، والدفاع عنها، وتحبيذها مؤلفات الفقه المصري⁽¹⁾، والمقارن، وذلك في مواجهة مسالب مبدأ سرية التقارير. ويهدف مبدأ العلانية إلى إعلام الموظف بالتقرير الصادر بشأنه حتى يكون على بينه من أمره، فيقف على جوانب القصور في أدائه فيعمل على تلافيها، وجوانب القوة فيعمل على تعزيزها. كما أن علانية التقارير لها أثر هام في إزكاء روح المنافسة الشريفة بين الموظفين، وهو ما يؤدي إلى حثهم على بذل أقصى درجات الجهد والعطاء، بما يؤدي في النهاية إلى رفع كفاءة الجهاز الإداري ككل⁽²⁾. وهو

(1) يراجع في هذا الشأن على سبيل المثال، أستاذنا الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 304 : د. إسماعيل زكي، ضمانات الموظفين في التعيين والترقية والتأديب، مرجع سابق، ص 87: د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 197.

(2) د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 266.

ما يسهم في النهاية في ضمان فاعلية هذا النظام بتحقيق النتائج التي من أجلها تم وضعه.

علاوة على ما سبق، فإن إعلان الموظف بتقرير تقييم الأداء يلعب دورًا هامًا في خلق مناخ من الشفافية في الإطار الإداري، بما للشفافية من أثر في مكافحة الفساد الإداري. ومن ثم فإن الإعلان يعد أحد ضمانات الموضوعية في عملية التقييم. إذ أن الموظف يمكنه التظلم من التقرير على الوجه المحدد قانونًا، في حالة انحراف التقارير عن غايتها، باتجاه الإدارة إلى إساءة استعمال السلطة، وذلك باستعمالها بغرض المحاباة أو التنكيل بالموظف. فعلم الرئيس الإداري أن تقييمه سوف يتم إعلانه للموظف، وأن الموظف سيكون له التظلم من هذا التقرير أمام الجهة التي يحددها القانون، سوف يجعل الرئيس الإداري حريصًا على الموضوعية.

ولكن في المقابل فإن مبدأ العلانية يمكن أن يؤدي إلى إمكانية إشعال الخلافات بين الرؤساء المنوط بهم وضع التقارير من جهة، ومرؤوسيه من جهة أخرى. كما أنه يمكن أن يؤدي إلى شغل الرؤساء بالرد على تظلمات مرؤوسيه التي تجادل في التقارير، وهو ما قد يعيق تفرغهم لمباشرة المهام الإدارية الأخرى الموكلة إليهم⁽¹⁾.

(1) د. حمدي أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة: دراسة الأصول العامة للتنمية الإدارية وتطبيقاتها المقارنة، مرجع سابق، ص 623.

أما بالنسبة لوضع مبدأ العلانية في النظام الإجرائي الحاكم لتقارير الكفاية في مصر⁽¹⁾، فقد انطلق المشرع من مبدأ العلانية المطلقة لتقارير الكفاية في القانون موظفي الدولة 210 لسنة 1951، بتقرير حق الموظف في الحصول على نسخة من التقرير السنوي المقدم عنه⁽²⁾. ثم ما لبث المشرع أن عدل عن مبدأ العلانية المطلقة ليتبنى مبدأ السرية المطلقة، بمقتضى القانون 579 لسنة 1953. وذلك بالنظر للعيوب التي كشفت عن تبني مبدأ العلانية المطلقة⁽³⁾. ثم حاول المشرع التخفيف من مبدأ السرية المطلقة الذي اعتنقه ليتبنى مبدأ السرية النسبية، ليقرر بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون 73 لسنة 1957، ضرورة إعلان الموظف الذي يتم تقدير أدائه بمرتبة ضعيف بصورة من تقرير تقويم أدائه. وقد احتفظ المشرع بمبدأ السرية النسبية في القانون 46 لسنة 1964⁽⁴⁾، وكذلك القانون رقم

(1) يراجع بصفة خاصة في تطور الوضع التشريعي لنظام كفاية الأداء بين السرية والعلانية، : د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 261 وما بعدها: د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 218.

(2) نصت المادة 31 من قانون نظام موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، في نسختها الأولى، على أن " يعطى الموظف صورة من التقرير السنوي المقدم عنه. ولمن قدم عنه تقرير بدرجة متوسط أو ضعيف الحق في تقديم ما يكون لديه من ملاحظات في خلال أسبوعين من تاريخ تسلمه التقرير".

(3) يراجع د. حمدي أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، 623.

(4) نصت المادة 32 من القانون رقم 46 لسنة 1964، على أن " يُعلن العامل الذي قدرت كفايته بدرجة ضعيف أو دون المتوسط بأوجه الضعف في مستوى أدائه لعمله ويجوز له أن يتظلم من هذا التقرير إلى لجنة شئون العاملين خلال شهر من إعلانه به ولا يعتبر التقرير نهائياً إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم منه أو البت فيه ويجب أن يتم ذلك قبل أول مايو".

58 لسنة 1971⁽¹⁾. وقد عدل المشرع في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، عن مبدأ السرية النسبية ليعود إلى اعتناق مبدأ العلانية المطلقة. فقد نصت المادة رقم 30 من القانون رقم 47 لسنة 1978، على أن "تعلن وحدة شئون العاملين العامل بصورة من البيان المقدم عن أدائه أو تقرير الكفاية بمجرد اعتماده من السلطة المختصة أو من لجنة شئون العاملين بحسب الأحوال".

(1) نصت المادة 39 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، على أن "يخطر العامل الذي قدرت كفايته بدرجة ضعيف أو دون المتوسط بأوجه الضعف في مستوى أدائه لعمله ويجوز له أن يتظلم من هذا التقرير إلى لجنة شئون العاملين خلال شهر من تاريخ إعلانه به على أن يفصل في التظلم خلال شهر من تاريخ تقديمه ويكون قرارها نهائياً. ولا يعتبر التقرير نهائياً إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم أو البت فيه.

الفصل الثاني

في القانون الجديد

الهدف من تقرير تقييم الأداء لا يمكن أن يتحقق إلا بإعلانه للموظف العام. نصت المادة (26) من قانون الخدمة المدنية على أن " تُعلن إدارة الموارد البشرية الموظف بصورة من تقرير تقييم أدائه بمجرد اعتماده من السلطة المختصة". وتحقيقاً لهذا الهدف فقد نصت المادة 80 من اللائحة التنفيذية للقانون على أن " تُعلن إدارة الموارد البشرية الموظف إلكترونياً أو ورقياً بصورة من تقرير تقييم أدائه، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعتماده من السلطة المختصة .

وفي حالة إعلان الموظف ورقياً وامتناعه عن تسليم صورة من تقرير تقييم أدائه والتوقيع بما يفيد ذلك، يتأثر على أصل التقرير بذلك" .

فالهدف من تقرير تقييم الأداء لا يمكن أن يتحقق إلا بإعلانه للموظف العام ؛ فمن جهة، تبدو أهمية احترام قاعدة وجوب إعلان الموظف بتقرير تقييم الأداء الصادر بشأنه في ضوء خطورة النتائج التي تترتب على تقارير تقييم الأداء.

ونلاحظ على النص السابق في اللائحة، علاوة على الاتجاه نحو تبني النظم الحديثة في الإعلان، ضبطه الدقيق لعملية الإعلان بالنظر إلى خطورة النتائج التي تترتب على إجراء الإعلان. فنص اللائحة السابق يتيح الإعلان إلكترونياً أو ورقياً. وفي الحالة الأولى يكفي بإرسال التقرير على البريد الإلكتروني للعامل الذي تتيحه له

الوحدة. أما في الحالة الثانية، فإن إدارة الموارد البشرية بالوحدة يتعين عليها، باعتبارها الجهة التي يقع عليها عب الإعلان، إثباته. وذلك بالحصول على توقيع الموظف بما يفيد استلام الموظف لصورة من التقرير، أو بالتأشير بامتناع الموظف عن الاستلام على أصل التقرير الذي رفض الموظف استلام نسخة منه.

ويترتب على ما سبق أن تقرير تقييم الأداء لا يمكن أن ينتج آثاره في مواجهة الموظف العام ولا يحتج به عليه، إلا بتحقق الإعلان على النحو الذي تفصله اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

الفرع الثالث

التظلم من التقارير

يترتب على إعلان الموظف بتقرير تقييم أدائه انفتاح آلية التظلم من التقرير. ويهدف نظام التظلم من تقارير تقييم الأداء إلى خلق نوع من الرقابة الذاتية على الإدارة في تقييم أداء المرؤوس بالنظر إلى الآثار الخطيرة التي ترتبها التقارير. هذا علاوة على المزايا التي يمكن أن تعود على الموظف والإدارة من خلال آلية التظلم التي قد توفر على الموظف ولوج طريق الطعن القضائي وهو ما يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والجهد.

ويرجع الفضل لقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، في رسم ملامح آلية واضحة للتظلم من تقارير الكفاية، ولكن هذه الآلية كانت تعاني من بعض مظاهر القصور، وهو ما حاول المشرع الجديد تداركه، وإن كان النظام الإجرائي للتظلم من تقارير تقييم الأداء بحاجة إلى بعض المراجعة.

وسوف نتناول في الغصن الأول موقف المشرع في القانون السابق، ثم نتناول في الغصن الثاني موقف المشرع الجديد من آلية التظلمات.

الغصن الأول

موقف المشرع في القانون السابق

إن تتبع نظام التظلم من التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس الأداء، يوضح أن المشرع كان قد خطى خطوة هامة في التأسيس لآلية للتظلمات تتسم بالوضوح. ولعل من أبرز التعديلات التي أدخلها القانون رقم 47 لسنة 1978، النص على لجنة للتظلمات بالنسبة لشاغلي وظائف الدرجة الأولى فما دونها، مناظرة للجنة شؤون العاملين في تكوينها من ثلاثة من كبار موظفي الوحدة ومن عضو تختاره اللجنة النقابية، ومستقلة عنها عضوياً، تتولى النظر في التظلمات التي يقدمها الموظفين من شاغلي الدرجة الأولى فما دونها⁽¹⁾. وعندما نص المشرع على

(1) نصت المادة 30 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، في أعقاب تعديلها بالقانون رقم 115 لسنة 1983، على أن " تعلن وحدة شؤون العاملين العامل بصورة من البيان المقدم عن أدائه أو تقرير الكفاية بمجرد اعتماده من السلطة المختصة أو من لجنة شؤون العاملين بحسب الأحوال.

وله أن يتظلم منه خلال عشرين يوماً من تاريخ علمه.

ويكون تظلم العاملين شاغلي الوظائف العليا من البيانات المقدمة عن أدائهم إلى السلطة المختصة.

ويكون تظلم باقي العاملين إلى لجنة تظلمات تنشأ لهذا الغرض وتشكل بقرار من السلطة المختصة من ثلاث من كبار العاملين من لم يشتركوا في وضع التقرير وعضو تختاره اللجنة النقابية بالوحدة إن وجدت.

إخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا لنظام بيانات الأداء بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 115 لسنة 1983، فقد نص المشرع على أن يكون تظلم العاملين من شاغلي وظائف الإدارة العليا إلى السلطة المختصة.

أما عن النظام الإجرائي للتظلم، فوفقاً لنص المادة 30 المعدلة بالقانون رقم 115 لسنة 1983، فيكون تظلم العامل خلال عشرين يوماً من تاريخ علمه، وبيت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، ويكون قرار السلطة المختصة أو اللجنة نهائياً.

ولا يعتبر بيان تقييم الأداء أو التقرير نهائياً إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم منه أو البت فيه.

وقد رسم القانون رقم 47 لسنة 1978، الآلية التي تحكم مباشرة لجنة التظلمات لعملها. وبذلك يكون المشرع قد أكمل ملامح النظام الحاكم للتظلم من تقارير الكفائية، الذي كان قد بدأه المشرع بالقانون رقم 58 لسنة 1971.

ولعل من أبرز المآخذ على نظام التظلمات من تقارير الكفائية في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، نص المشرع على أن يكون يقدم تظلم شاغلي وظائف الإدارة العليا عن بيانات الأداء التي تقدم عنهم إلى السلطة المختصة ؛

وبيت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه ويكون قرار السلطة المختصة أو اللجنة نهائياً.

ولا يعتبر بيان تقديم الأداء أو التقرير نهائياً إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم منه أو البت فيه.

وهو ما يعني أن الجهة المختصة باعتماد تقارير بيانات الأداء هي ذاتها التي تتولى نظر التظلمات والبت فيها. ومن ثم فإن نظام التظلمات بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا لم يكن يضمن تدخل لجنة تكفل الحياد والموضوعية.

الفصل الثاني

موقف المشرع في القانون الجديد

على منوال النظام الإجرائي للتظلم في القانون السابق، فقد نسج المشرع الجديد أحكام التظلم في قانون الخدمة المدنية. فقد أعطت المادة 26 من قانون الخدمة المدنية للموظف الحق في أن يتظلم من تقرير تقييم الأداء الصادر بشأنه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه. وقد غايرت هذه المادة بين الموظفين شاغلي الوظائف القيادية ووظائف الإدارة الإشرافية من جهة، وغيرهم من الموظفين من جهة أخرى. فنصت هذه المادة على أن " ويكون تظلم الموظفين شاغلي الوظائف القيادية ووظائف الإدارة الإشرافية من التقارير المقدمة عن أدائهم إلى السلطة المختصة. ويكون تظلم باقي الموظفين إلى لجنة تظلمات، تنشأ لهذا الغرض، وتُشكل بقرار من السلطة المختصة من ثلاثة من شاغلي الوظائف القيادية ممن لم يشتركوا في وضع التقرير، وعضو تختاره اللجنة النقابية بالوحدة إن وجدت".

وقد أوجبت المادة 26 على الجهة المقدم إليها التظلم أن تُبت فيه خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، ويكون قرار السلطة المختصة، أو اللجنة السابق الإشارة إليها، نهائياً. وقد اعتبر القضاء أن عدم البت في التظلم خلال تلك المدة بمثابة قرار حكمي برفض التظلم، وهو ما يمكن صاحب الشأن من اللجوء إلى القضاء لطلب إلغاء التقرير.

ولا يُعتبر تقرير تقييم الأداء نهائياً إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم منه أو البت فيه.

وفي المقابل فقد تولت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية تفصيل النظام الإجرائي الحاكم، سواء من ناحية كيفية تقديمه للتظلم من تقارير تقييم الأداء⁽¹⁾ ودور لجنة الموارد البشرية في قيد التظلم⁽²⁾، أو من ناحية كيفية مباشرة اللجنة لعملها والسلطات الممنوحة لها وكيفية الفصل في التظلمات⁽³⁾، أو إعلان المتظلم بنتيجة تظلمه⁽⁴⁾. ولعل من أبرز الضمانات الإجرائية التي نصت عليها اللائحة

(1) انظر المادة رقم 82 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية، التي تنص على أن " للموظف أن يتظلم من تقرير أدائه، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه به، وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض.

ويكون تظلم الموظف من شاغلي الوظائف القيادية ووظائف الإدارة الإشرافية إلى السلطة المختصة، ويكون تظلم باقي الموظفين إلى لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة (26) من القانون.

وعلى إدارة الموارد البشرية أن تمسك سجلاً لتدوين التظلمات المقدمة من تقارير تقييم الأداء، وأن تسلّم الموظف المتظلم صورة من تظلمه بعد التأشير عليه بما يفيد تسلّم الأصل".

(2) فقد نصت المادة 82 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية على أن " يكون للجنة التظلمات أمين تختاره السلطة المختصة من بين موظفي إدارة الموارد البشرية، يقوم بتلقي التظلمات وقيدها في السجل المنصوص عليه في المادة السابقة حسب أسبقية ورودها".

(3) انظر المادة رقم 83 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية التي تنص على أن " تكون مداورات لجنة التظلمات سرية، ولها استيفاء ما تراه لازماً من بيانات ومعلومات من الموظف أو رئيسه المباشر أو رئيسه الأعلى أو إدارة الموارد البشرية، إضافة إلى مراجعة سجل الأداء الوظيفي الخاص بالموظف خلال السنة السابقة للتظلم".

(4) أوجبت المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية إعلان المتظلم بنتيجة تظلمه والأسباب التي بنيت عليها هذه النتيجة، بنصها على أن " تعلن إدارة الموارد البشرية الموظف

التفذية ضرورة أن يكون قرار اللجنة مسببًا، وضرورة إعلان العامل المتظلم بنتيجة تظلمه وبالسباب التي بني عليها خلال 15 يومًا من تاريخ صدوره.

وولعل أبرز ما يلاحظ على النظام الإجرائي للتظلمات الوارد باللائحة، اتجاه المشرع الفرعي إلى اعتماد الوسائل التكنولوجية بصدد عملية تسجيل التظلمات ومعاملتها وإعلان نتيجة الفصل فيها. وعلى الرغم من الوضوح الذي أتت به اللائحة التنفيذية في بيان كيفية التظلم من تقارير تقييم الأداء، فإننا نرى أن النظام الخاص بتظلمات شاغلي وظائف الإدارة العليا في حاجة إلى إعادة النظر، لاسيما وأن القانون الحالي لم يمنح سلطة نظر التظلم للجنة محايدة. فسلطة البت في التظلم هي نفسها التي تتولى اعتماد التقارير الصادرة من الرؤساء. وتبدو الحاجة إلى ضرورة تدخل لجنة محايدة لفحص التظلمات بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا على وجه الخصوص بالنظر إلى أن القانون لم يجعل لمثل هذه اللجنة دورًا في اعتماد التقارير الصادرة بشأنهم، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لموظفي الدرجة الأولى فما دونها والتي تختص لجنة الموارد البشرية باعتماد تقارير تقييم

اللكترونيًا أو ورقياً بنتيجة تظلمه من تقرير تقييم أدائه، والأسباب التي بنيت عليه، وذلك خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ البت في تظلمه.

وفي حالة إعلان الموظف ورقياً وامتتاعه عن تسلّم صورة من تقرير نتيجة تظلمه والتوقيع بما يفيد ذلك، يتأشّر على أصل التقرير بذلك".

الأداء الصادر من الرؤساء الإداريين بشأنهم، كما تختص لجنة التظلمات بالنظر في التظلمات التي يقدمونها بصدد هذه التقارير.

خاتمة الفصل الأول

يتضح من مجمل العرض السابق أن نظام تقويم الأداء الوارد في قانون الخدمة المدنية الجديد يعبر عن بزوغ سياسة جديدة في مجال إدارة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة. هذه السياسة تستهدف إحداث تطوير شامل في منظومة إدارة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة، بتبني نظام جديدة تتواءم مع النظم التي أثبتت فاعليتها في القطاع الخاص. هذه النظم تبدو أكثر قدرة على الاستجابة لتحديات العصر. وبهذا يلحق النظام القانوني المصري بركب الحوكمة التي تعزوا القانون الإداري المقارن.

ومن المنظور السابق يتبدا تبني نظام لإدارة الموارد البشرية بالوحدات المخاطبة بقانون الخدمة المدنية كأحد أبرز أدوات التحديث، بما يتضمنه ذلك من دلالات بتحول نظرة المشرع قبالة اعتبار إدارة العنصر البشري بمثابة مسألة فنية متخصصة يتعين تنظيمها على أسس عملية. ويعتبر نظام تقويم الأداء الجديد بمثابة وساطة العقد في هذه المنظومة الجديدة في إدارة العنصر البشري.

أما تأثير هذه السياسة الجديدة على التنظيم القانوني لنظام تقويم الأداء الوارد بالقانون الجديد، فإننا سنلاحظ اتجاه المشرع الجديد إلى الإستفادة من الخبرة المصرية السابقة في مجال قياس كفاية الأداء التي تكونت على مدار فترة زمنية

ناهزت الخمسة والستون عامًا. وفي هذا الإطار نلحظ اتجاه المشرع إلى رسم ملامح نظام لقياس الأداء يحقق اعتبارات الشمول والواقعية والمرونة والدقة، في إطار إجرائي يتميز بهيمنة فكرة الضمان. وذلك مع الاتجاه إلى الاستفادة من أدوات التي أفرزتها الثورة التكنولوجية الحديثة في تدعيم فكرة الضمان.

وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول مدى قدرة نظام تقويم الأداء الجديد على تحقيق أهدافه في النهوض بكفاءة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة على أرض الواقع. بعبارة أخرى حول مدى قدرة النظام الجديد على تحقيق عنصر الفاعلية.

والحديث عن هذا العنصر الأخير يرتبط بالآثار التي ترتبها عملية القياس في الحياة المهنية للموظف، وهو ما ينقلنا للفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفصل الثاني

آثار التقويم على الترقية

طرح الإشكالية: النظام الجديد للترقيات من منظور فاعلية نظام تقويم الأداء. يصبح تقرير تقويم الأداء نهائياً بانقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً المحددة للتظلم منه في حالة عدم تقديمه، أو بالبت في التظلم من قبل لجنة التظلمات على النحو السالف بيانه، أو بمرور 60 يوماً على تقديم التظلم دون إجابة من قبل اللجنة المعنية. وعندئذ، يتحول تقرير تقويم الأداء إلى قرار إداري نهائي، ويتم إيداعه في ملف خدمة الموظف. والقرار النهائي بتقويم الأداء يرتب العديد من الآثار القانونية⁽¹⁾.

وقد سبقت الإشارة إلى أن قياس مستوى أداء المعاملين لا يعد غرضاً في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق أغراض شتى، يأتي في مقدمتها التعرف الدقيق على مهارات وإمكانيات العامل الذي تستخدمه الإدارة بغرض الاستفادة من ذلك في الإقدام على الإجراءات الإدارية المختلفة التي تتدرج تحت مسمى إدارة العنصر البشري، وهو ما سبق الإشارة إليه في الفصل الأول الخاص بماهية نظام تقويم الأداء. ومن منظور العلاقة بين قياس الأداء والإجراءات المختلفة التي تستهدف

(1) يراجع نص المادة 85 من اللائحة التنفيذية للقانون.

إدارة العنصر البشري يتضح أن نظام قياس الأداء يلعب دورًا هامًا في الحياة المهنية للموظف العام.

وفي هذا الصدد يشير الفقه إلى أن نظام تقويم الأداء بما يرتبه من آثار في المستقبل المهني للعامل، سواء سلبية أو إيجابية، يلعب دورًا هامًا في استنهاض هم العاملين الخاضعين لهذا النظام وحثهم على بذل أقصى جهد ممكن، بما ينعكس على مستوى الأداء الكلي كما وكيفًا.

وهكذا فإن العلاقة التي يقيمها النظام القانوني بين نظام قياس مستوى الأداء والآثار التي تترتب في الحياة المهنية للعامل، تلعب دورًا هامًا في فاعلية نظام قياس مستوى الأداء، بمعنى قدرة نظام قياس مستوى الأداء على تحقيق الأغراض التي من أجلها قد تم وضعه. ويأتي في مقدمة هذه الأغراض الإقدام على الإجراءات التي تهدف إلى إدارة العنصر البشري على أسس علمية سليمة، وكذلك استنهاض هم العاملين بما يؤدي إلى رفع مستوى الأداء الفردي كما وكيفًا.

ومن المنظور السابق فقد حرص المشرع المصري عبر القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة، ابتداءً من القانون رقم 210 لسنة 1951، وصولاً إلى القانون رقم 47 لسنة 1978، على الربط بطريقة مباشرة بين التقارير التي تتمخض عنها عملية القياس والعديد من الإجراءات الإدارية الهامة، ويأتي في مقدمتها الترقيات والعلاوات والاستمرار في الخدمة.

وعند دراسة الآثار التي يربتها النظام الجديد لقياس مستوى أداء العاملين المدنيين بالدولة، في ظل الفلسفة الجديدة السابق بيانها في الفصل الأول التي تهدف إلى تحقيق الاستفادة القصوى من العنصر البشري الذي تستخدمه الإدارة في رفع مستوى أداء الجهاز الإداري للدولة وذلك في إطار رؤية شاملة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإننا نلاحظ في القانون الجديد اتجاهًا قويًا نحو مضاعفة فاعلية نظام تقويم الأداء من خلال تعظيم الآثار التي ترتبها تقارير تقويم الأداء في الحياة المهنية للموظف بالمقارنة مع القوانين السابقة. وذلك في إطار عملية إعادة صياغة الآليات المختلفة للوظيفة العامة.

وتتبدأ الملاحظة السابقة بوضوح، على وجه الخصوص، في ضوء دراسة العلاقة بين النظام الجديد لتقويم الأداء ونظام الترقية الجديد الوارد بالقانون رقم 81 لسنة 2016، من منظور مقارنة مع القوانين السابقة.

فمن المعلوم أن نظام الترقيات يلعب دورًا هامًا في نظرية الوظيفة العامة، فهو أحد العناصر الأساسية للمفهوم الأوروبي للوظيفة العامة. ويقوم هذا التصور للوظيفة العامة على اعتبارها مهنة يباشرها العامل على نحو دائم، من خلال انتظامه في سلم للدرجات الوظيفية، ينقل بينها الموظف عن طريق الترقى. وبالنظر إلى أن الترقية ترتبط في العادة بالعديد من المزايا المادية والأدبية، فإن نظام الترقيات يعد أحد أهم الأدوات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة لرفع مستوى أداء العاملين واستنهاض هممهم.

وقد حرص المشرع في القوانين المتعاقبة الحاكمة للوظيفة العامة ابتداءً من القانون رقم 210 لسنة 1951، وصولاً إلى قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، على الربط بين آلية الترقيات وبين تقارير الكفاية، على اعتبار أن هذه التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس الأداء بالوحدة من المفترض أن تكون ترجمة أمينة لمستوى أداء العامل، لاسيما بالنظر إلى الضمانات التي حرص المشرع على إحاطة عملية القياس بها. ومن ثم فإن التعويل على هذه التقارير في تحديد مدى استحقاق الموظف للترقية يوفر أحد الضمانات الموضوعية في إجراء الترقيات.

ولعل أبرز ملامح الربط بين نظام تقارير الكفاية وآلية الترقيات تتبدا في منح الترقية بالاختيار للموظف الذي تظهر تقارير كفاية أدائه تميزه الشديد بحصوله على أعلى مراتب الكفاية، في مقابل منع الترقية عن الموظف الذي تظهر هذه التقارير عدم أدائه لعمله بجد بحصوله على أدنى مراتب الكفاية. وهو ما يعني أن تقارير الكفاية يمكن أن تلعب دوراً إيجابياً في منح الترقية بالاختيار، ويمكن أن تلعب دوراً سلبياً في منع الترقية بالأقدمية.

وفي المقابل فإن الدراسات الإدارية قد أظهرت محدودية فاعلية تقارير الكفاية، وذلك بالنظر إلى أمرين: الأول يتمثل في العدد المحدود نسبياً من الترقيات على مدار الحياة المهنية الطويلة. وينبع هذا العامل من طريقة تقسيم المستويات الوظيفية والتي تحصر هذه المستويات في عدد محدود. والثاني يتمثل في العلاقة الضعيفة بين تقارير الكفاية والترقيات، بمعنى أن الأثر الإيجابي للتقارير على الترقية

التمثل في منح الترقية بالاختيار، أو حتى السلبي المتمثل في منع الترقية بالأقدمية، يترتب في عدد محدود من الحالات.

وقد حاول المشرع الجديد التغلب على مشكلة الفاعلية المحدودة لتقارير تقييم الأداء عن طريق التعظيم من دور الترقيات في الحياة المهنية للموظف بإتباع طريقتين. الأولى يتمثل في إعادة صياغة التقسيمات الوظيفية بما يؤدي إلى مضاعفة عدد مرات الترقية في الحياة المهنية للعامل. أما العامل الثاني فيتمثل في إعادة صياغة القواعد الحاكمة للترقيات على ضوء مبدأ الجدارة، ولو على حساب مبدأ الأقدمية الذي كان يلعب دوراً متبايناً في الترقية بنوعيتها: بالأقدمية والاختيار. وفي هذا الإطار فقد عول المشرع الجديد على تقارير تقييم الأداء بصفة أساسية في إثبات مدى توافر عنصر الجدارة.

وفي مقام دراسة الآلية الجديدة للترقيات من منظور فاعلية نظام تقييم الأداء ووصولاً إلى تقييمها، فإن دراسة الدور التقليدي الذي لعبته تقارير الكفاية في ظل القوانين السابقة في تشكيل ملامح نظام الترقيات في القانون المصري، يتبدا كخطوة ضرورية للإحاطة بمدى قدرة النظام الجديد للترقيات على تحقيق عنصر الفاعلية لنظام تقييم الأداء الجديد.

ولهذا فسوف نتولى في **المبحث الأول** بيان تطور نظم الترقية في القوانين السابقة ودور تقارير الكفاية في تشكيل ملامحها، ثم نتولى في **المبحث الثاني** معالجة الأحكام الجديدة الخاصة بتعظيم دور تقارير تقييم الأداء في مجال الترقيات.

المبحث الأول

تطور نظم الترقية في ظل القوانين السابقة

تتبدأ دراسة الملامح العامة لنظام الترقية في القانون المصري وبيان العلاقة التقليدية التي حرص المشرع على إقامتها بين الترقية وتقارير الكفاية في ظل قوانين التوظيف السابقة، ابتداءً بقانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، وانتهاءً بقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، بمثابة خطوة ضرورية للإحاطة بالتغييرات التي استحدثها المشرع في القانون الجديد في سبيل توفير أكبر قدر من الفاعلية لنظام تقويم الأداء.

فنظام الترقية يلعب دورًا بالغ الأهمية في نظرية الوظيفة العامة. فالترقيات تحقق من الناحية الإدارية العديد من الاعتبارات الضرورية لفاعلية الإدارة، بمعنى قدرة الجهاز الإداري للدولة على إنجاز مهامه بكفاءة. وفي مقدمة هذه الاعتبارات يأتي عنصر: الكفاءة في أداء العمل، والرضاء الوظيفي.

ويجد تنظيم الترقيات في النظام القانوني المصري جذوره في تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر الذي انتهى إلى عدد من التوصيات في سبيل ضبط آلية الترقيات وتوجيهها ناحية تحقيق اعتبارات الفاعلية في الإدارة⁽¹⁾. وفي هذا الإطار

(1) يراجع على وجه الخصوص بصدد أسس تنظيم الترقية في القانون المصري، د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها.

يأتي اقتراح إجراء الترقية بناءً على عاملي: الكفاءة والأقدمية. وبناءً على هذين العاملين جرت القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة في مصر على التمييز بين نوعين من الترقية: الترقية بالأقدمية، والترقية بالاختيار.

وقد حرص المشرع في قوانين التوظيف المتعاقبة السابقة على القانون رقم 81 لسنة 2016، على إقامة علاقة بين الترقيات ونظام قياس كفاية الأداء. وتتبادر هذه العلاقة في التعويل على تقارير كفاية الأداء في إثبات عنصر الكفاءة اللازم في الترقية بالاختيار، وكذلك في منع الترقية بالأقدمية عن الموظف الذي تثبت التقارير أن كفايته في أداء عمله أقل من المستوى المطلوب.

وسوف نتناول في **المطلب الأول** أسس تنظيم الترقية في النظام القانوني المصري إنطلاقاً من الاعتبارات المتصلة بفاعلية الإدارة، ثم نسلط في **المطلب الثاني** الضوء على الدور الذي لعبته تقارير الكفاية في تشكيل ملامح نظم الترقية في القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة.

المطلب الأول

تنظيم الترقية إنطلاقاً من الفاعلية

تلعب الترقية أدوراً متعددة في إطار نظرية الوظيفة العامة. فالترقيات تعد أحد المكونات الأساسية للمفهوم الأوروبي للوظيفة العامة الذي يعتنقه النظام القانوني المصري. ومن الناحية الإدارية، فإن الدراسات الأكاديمية تضطرد على الإشارة إلى أن الترقية يمكن إذا ما أحسن استخدامها، أن تلعب دوراً بالغ الأهمية في استنهاض همم الموظفين. وذلك بالنظر لما يرتبط بها من مزايا مادية وأدبية. ومن المنظور القانوني تعد الترقية أحد أهم الإجراءات في الحياة المهنية للموظف العام، لما يترتب عليها من تعديل في المركز القانوني للموظف.

ومن هنا كان حرص النظام القانوني المصري على تبني تنظيم قانوني للترقية يعمل على تحقيق اعتبارات شتى تصب في مجملها في فاعلية الإدارة⁽¹⁾، وذلك بالاستفادة مما أفرزته الدراسات التي استهدفت تقويم حال الجهاز الإداري للدولة. وفي هذا الإطار يأتي تبني النظام القانوني المصري ابتداءً من القانون رقم 210 لسنة 1951، لتنظيم قانوني للترقيات يراعي اعتبارات الكفاءة والأقدمية، وربط كل من نوعي الترقية بالتقارير التي تتمخض عنها عملية قياس كفاية الأداء. وقد احتفظ المشرع في قوانين التوظيف المتعاقبة بالملاح العامة لهذا التنظيم. وسوف نتناول

(1) انظر بصفة عامة بصدد العلاقة بين نظم الترقية وفاعلية الإدارة، د. أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق.

في الفرع الأول بيان الأبعاد المتعددة التي تعمل الترقية على تحقيقها في إطار
نظرية الوظيفة العامة، ثم نتناول في الفرع الثاني أسس تنظيم الترقية في القانون
المصري.

الفرع الأول

الأبعاد المتعددة للترقية

عن نظام الترقيات ودوره في نظرية الوظيفة العامة. تعد نظرية الوظيفة العامة أحد النظريات العابرة لمجال الدراسات القانونية، فهي تشكل موضوعًا هامًا مشتركًا للعديد من مجالات الدراسات الإنسانية. فكما أن هذه النظرية تعد أحد أبرز نظريات القانون الإداري، فهي كذلك أحد أبرز موضوعات علم الإدارة العامة، وهي أيضًا أحد الموضوعات الأساسية لعلم الاجتماع، وإن كان لكل زاويته التي يهتم بها. والترقية باعتبارها أحد موضوعات الوظيفة العامة التقليدية، قد نالت جانبًا كبيرًا من اهتمام هذه الدراسات.

ومن المنظور القانوني⁽¹⁾، فإن الترقية هي إجراء ينقل الموظف بمقتضاه من درجة وظيفية أدنى إلى أعلى في سلم التدرج الوظيفي، وهي بهذه المثابة يترتب عليها تعديل في المركز القانوني للموظف. والترقية ترتبط في أساسها بمزايا ذات طبيعة

(1) لمزيد من التفصيل حول الترقية، د. محمد فؤاد مهنا، سياسة الوظائف وتطبيقاتها في ضوء مبادئ علم التنظيم الإداري، القاهرة، دار المعارف، 1967، ص 161 وما بعدها: د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 716: د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص 98: د. أنور رسلان، الوسيط في القانون الإداري، ج 2، الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 216.

أدبية، كما أنها ترتبط في العادة بمزايا مالية⁽¹⁾. وتعرف المحكمة الإدارية العليا الترقية بأنها " ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه على غيره في مدارج السلم الوظيفي والإداري، ويتحقق ذلك بتقلد الموظف لوظيفة تعلق وظيفته في مجال الاختصاص وإن لم يصاحب هذا التقليد نفع مادي"⁽²⁾.

ووفقاً للمفهوم الأوروبي للوظيفة العامة⁽³⁾، فإن الترقية هي إجراء طبيعي في حياة الموظف الوظيفية. ويقوم المفهوم الأوروبي على النظر إلى الوظيفة العامة

(1) من الجدير بالذكر أن مفهوم الترقية يعد أحد الموضوعات الخلافية في فقه القانون العام في مصر. ويدور هذا الخلاف حول مدى ضرورة أن يصاحب الترقية زيادة في اختصاصات الموظف المرقى من عدمه. فيرى جانب من الفقه الاكتفاء بترقية الموظف لدرجة وظيفية وهو ما نميل إليه، في حين يتجه جانب آخر إلى ضرورة أن يصاحب هذا الترفيع إلى درجة أعلى زيادة في السلطات والمسئوليات الوظيفية.

انظر في عرض هذا الخلاف، د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

(2) المحكمة الإدارية العليا رقم 819 لسنة 9 ق.ع، بتاريخ 21 من نوفمبر سنة 1965، مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية عشرة - (من أول أكتوبر سنة 1965 إلى آخر يونيه سنة 1966) - ص 41: المحكمة الإدارية العليا، رقم 1061 لسنة 14، بتاريخ 17 يونيو 1976، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، المكتب الفني، ج4، ص 3796 .

(3) انظر في التفرقة بين المفهوم الأوروبي للوظائف العامة والمفهوم الأمريكي الذي يقوم على النظر للوظائف العامة على أنها عمل مؤقت يؤدي في نفس الإطار القانوني الذي يحكم عقود

باعتبارها مهنة ينتظم فيها الشخص في سلم للدرجات، ويقضي الموظف حياته المهنية منقلاً بين هذه الدرجات، وذلك في إطار علاقة قانونية ذات طبيعة تنظيمية تتسم بالدوام والاستقرار.

وتضطر الأبحاث الإدارية على الإشارة إلى أهمية نظام الترقيات في مجال الوظائف، وإلى تعدد الأدوار التي يمكن أن يلعبها في هذا الإطار⁽¹⁾.

فالمزايا المادية التي ترتبط بالترقية تدفع الموظف إلى مضاعفة الجهد المبذول منه في سبيل الحصول عليها. ومن هذا المنظور فإن ربط الترقية بالكفاءة التي يظهرها الموظف في أداء أعمال وظيفته، يسهم إلى أبعد الحدود في النهوض بكفاءة العنصر البشري الذي تستخدمه الإدارة، عن طريق استنهاض همم الموظفين في إطار تنافسي للفوز بالترقية. وهو ما يؤدي إلى تحفيز القدرة على التجديد والابتكار بالجهاز الإداري للدولة. ومن المنظور السابق فإن نظام الترقيات يعد أحد أبرز أدوات سياسة الثواب والعقاب في مجال الكفاءة في أداء العمل الوظيفي، وذلك فيما يجاوز الأخطاء المسلكية التي يهتم بها النظام التأديبي.

القانون الخاص، د. محمد فؤاد مهنا، سياسة الوظائف وتطبيقاتها في ضوء مبادئ علم التنظيم الإداري، مرجع سابق، ص 25.

(1) يراجع في هذا الشأن، د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 26: د. أحمد صقر عاشور، إدارة القوى العاملة: الأسس السلوكية وأدوات البحث التطبيقي، بيروت، الدار الجامعية، 1986، ص 50.

كما أن الترقية من المنظور التنافسي السابق، من شأنها تصعيد الأكفاء إلى قمة الهرم الوظيفي. ومن ثم تتولى الكفاءات المناصب العليا بالجهاز الإداري للدولة، وهو ما من شأنه النهوض بكفاءة هذا الجهاز.

علاوة على ما سبق، فإن نظام الترقيات يلعب دورًا هامًا في تحقيق الرضا الوظيفي⁽¹⁾، بما لهذا الأخير من أثر في استنهاض همم الموظفين ودفعهم إلى التفاني في العمل، وهو ما سينعكس بالإيجاب على الموظف نفسه، وعلى المرفق الذي يعمل به، وعلى المجتمع الذي يعيش فيه. فمن الناحية المعنوية، فإن إحساس الموظف بالرضا الناتج عن شعوره بالتقدير في وسطه المهني، سوف يدفعه إلى زيادة الجهد المبذول في العمل، بحثًا عن مزيد من التقدير الذي ينمي لديه الشعور بالرضا، وهو ما سيؤدي إلى زيادة إنتاجية الموظف كمًا. كما أن نظام الترقيات له أثر كبير على الجانب الكيفي في أداء العمل، فالموظف في سبيل الحصول على الترقية سيكون على استعداد لبذل أقصى جهد لتطوير مهاراته، وهو ما سيزيد من جانب الكفاءة في العمل، وهو ما سيؤدي بالتبعية إلى التحسين من جودة الأداءات التي تقدمها المرافق العامة في سبيل إشباع الحاجات الأساسية للمجتمع. وهو ما سينعكس في النهاية على انطباعات جمهور المتعاملين مع المرافق العام

(1) د. صبري جبلي أحمد عبد العال، الأجور الحافزة ودورها في تحقيق الرضا الوظيفي لدى الموظف العام في النظامين الإداري الوضعي والشريعة الإسلامية، العدد 43 الجزء الرابع، ص 721 وما بعدها.

والمستفيدين من خدماتها، فيساهم في خلق مناخ عام من الرضاء عن أداء المرافق العامة.

وهكذا فمن الناحية الإدارية يتبدا نظام الترقيات باعتباره أحد الأنظمة الأساسية في مجال الوظيفة العامة بالنسبة للدول التي تعتنق المفهوم الأوروبي للوظيفة العامة، سواء بالنظر إلى صفة الدوام التي تشكل أحد الملامح الرئيسية للنظام الأوروبي للوظيفة العامة، أو حتى بالنظر إلى اعتبارات الفاعلية والكفاءة في الوظيفة العامة. وقد كان للاعتبارات السابقة أثرها على تنظيم الترقية في القانون المصري وتشكيل ملامحها التقليدية.

الفرع الثاني

أسس التنظيم القانوني للترقية في مصر

الاتجاه لضبط سلطة الإدارة في الترقية إنطلاقاً من الدراسات الإدارية. يختلف التنظيم القانوني للترقية من بلد إلى آخر، على أنه يمكن القول بصفة عامة أن منح الترقية في النظم القانونية المعاصرة يرتبط باعتبارين أساسيين: الكفاءة والأقدمية. وتجري النظم القانونية المقارنة على التعويل على كل من الاعتبارين السابقين، وفقاً لما تراه محققاً لأهداف وغايات الإدارة الرشيدة⁽¹⁾.

وإذا تتبعنا تطور التنظيم القانوني للترقية في النظام القانوني المصري، فإننا سنلاحظ أن أول نظام قانوني متكامل للترقيات قد ورد في قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951. فقبل هذا التاريخ يمكن القول بصفة عامة أن الإدارة كانت تتمتع بسلطة تقديرية غاية في الإتساع في إجراء الترقيات، دون وجود ضوابط قانونية عامة ومحددة تحكمها في هذا الشأن، وذلك مع وجود العديد من المحاولات الإصلاحية التي استهدفت تنظيم سلطة الإدارة في الترقية والتي لم يكتب لها أن تعمر كثيراً⁽²⁾.

(1) انظر د. محمد أنس قاسم جعفر، الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

(2) يراجع على وجه الخصوص، د. محمد أنس قاسم جعفر، الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، ص 215 وما بعدها: د. إسماعيل زكي، ضمانات الموظفين في التعيين والترقية

ولعل حاجة الترقية في النظام القانوني المصري إلى إعادة النظر، كانت من أبرز الأسباب التي دعت الحكومة المصرية إلى استقدام الخبراء الأجانب لدراسة أحوال الجهاز الإداري للمملكة المصرية وتقديم توصياتهم بشأن إصلاح هذا الجهاز الإداري. وفي هذا الإطار يندرج تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر السابق الإشارة إليه في مواضع متعددة من هذا البحث⁽¹⁾. فقد احتل إصلاح نظام الترقيات مكاناً بارزاً في تقرير الخبير الإنجليزي، وهو ما انعكس على التنظيم القانوني للترقيات الذي جاء به قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951 ؛ فقد تأثر هذا القانون بالتوصيات التي قدمها الخبير الإنجليزي إلى أبعد الحدود.

الإقتراح بإجراء الترقية بناء على معياري الكفاءة والأقدمية. وبصدد الاعتبارات التي يتعين أن تقوم عليها الترقية، فإن تقرير الخبير الإنجليزي قد اقترح في هذا الشأن التعويل على عاملين: الكفاءة والأقدمية. فالكفاءة تهدف إلى رفع مستوى الجهاز الإداري للدولة بتصعيد الأكفاء إلى قمة هذا الجهاز، بما يؤدي إليه ذلك من الارتفاع بمستوى أداء الجهاز الإداري للدولة. وغني عن البيان أن العامل الأساسي في إثبات الكفاءة يتمثل في التقارير التي يعدها الرؤساء بصورة دورية عن أداء مرؤوسيه. على اعتبار أن هذه التقارير تعكس إلى حد بعيد الكفاءة التي يظهرها

والتأديب، مرجع سابق، ص 210 وما بعدها: د.حمدي أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 240.

(1) سبق الإشارة إلى تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر في المبحث الأول الخاص بمفهوم تقويم الأداء من الفصل الأول من هذا البحث.

الموظف في عمله اليومي، ومدى استعداده لشغل وظيفة أعلى. وفي المقابل فإن تقرير الخبير الإنجليزي يلفت النظر إلى أن التصور السابق للترقية بناء على معيار الكفاءة يستوجب أن يقضي الموظف حد أدنى من المدة في الدرجة الوظيفية المرقى منها، حتى يمكن بطريقة واضحة الحكم على كفاءته في العمل.

أما عن معيار الأقدمية، فهو يهدف إلى تحقيق أمرين. الأول يتمثل في ضبط معيار الكفاءة. على اعتبار أن الكفاءة التي تعكسها تقارير الرؤساء الدورية قد تتأثر في بعض الأحيان بالعوامل التي قد تبعتها عن الموضوعية ؛ فهي في النهاية تتمخض عن حكم شخصي من قبل الرئيس على أداء المرؤوس. أما عن الأمر الثاني فيتمثل في خلق حالة من الرضاء في الأوساط الوظيفية، وذلك بالنظر إلى الصفة الموضوعية لمعيار الأقدمية. ومع ذلك فإن تقرير الخبير الإنجليزي يلفت الأنظار إلى أن الترقية بناء على معيار الأقدمية ينبغي ألا تشكل حقًا مطلقًا للموظف حتى لا يكون ذلك مدعاة للتراخي والإهمال، وإنما يحق للإدارة حجب الترقية عن الموظف على الرغم من قضاء المدد التي يحددها القانون في حالة ثبوت عدم استحقاقه للترقية، سواء بسبب قلة كفاءته، أو بسبب سوء سلوكه⁽¹⁾.

ولتحقيق المعادلة بين المعيارين السابق الإشارة إليهما، فقد اتجه الخبير الإنجليزي إلى ضرورة تخصيص نسب للترقية بالأقدمية وأخرى للترقية بالكفاءة. وقد كانت

(1) انظر البند رقم 68 و69 من التقرير. مشار إليه أيضًا لدى د. محمد أنس قاسم، نظم الترقية في الوظيفة العامة وآثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 240 و241.

اقتراحات الخبير الإنجليزي بصدد نسب الترقية تميل بصفة عامة إلى التوسعة من الاعتماد على الأقدمية بالنسبة للوظائف الدنيا، في مقابل التوسعة في الاعتماد على الكفاءة بالنسبة للوظائف العليا.

انعكاسات الدراسات الإدارية على التنظيم القانوني للترقية. إنطلاقاً من الدراسات السابقة، فقد اتجه قانون موظفي الدولة 210 لسنة 1951، إلى التمييز بين نوعين من الترقيات: الترقية بالأقدمية، والترقية بالاختيار⁽¹⁾. وتعد الكفاءة والتميز في أداء العمل الوظيفي هي المعيار الأساسي المعول عليه في منح الترقية بالاختيار، في مقابل الأقدمية التي تعد المعيار الأساسي في منح الترقية بالأقدمية. وعلى هذا الأساس يتم التمييز بين الترقية بالأقدمية التي تعد بمثابة إجراء طبيعي في الحياة الوظيفية للموظف متى كان مجداً في أداء عمله، والترقية بالاختيار التي تعد بمثابة مكافأة تمنح للعامل المتميز في أداء وظيفته.

بالإضافة إلى ما سبق فقد اتجه القانون رقم 210 لسنة 1951، إلى إقرار العديد من الضوابط بصدد إجراء الترقيات، سواء العضوية، أو حتى الموضوعية. فمن الناحية العضوية، فقد استلزم القانون عرض الترقيات على لجنة شئون الموظفين، قبل اعتمادها من قبل السلطة المختصة. ويعد هذا الضابط العضوي جذوره في

(1) من الجدير بالذكر أن النظام القانوني المصري قد تردد في الأخذ بنظام الترقية الحتمية لقدامى العاملين بترقية من قضي مدد طويلة في نفس الدرجة الوظيفية دون ترقية، في مقابل حل آخر يتمثل في الاكتفاء بمنح من قضي مدد طويلة دون ترقية علاوة مالية فيما يعرف بالرسوب الوظيفي. انظر د. أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 290.

التوصيات التي انتهى إليها تقرير الخبير الإنجليزي بول سنكر، بإسناد إجراء الترقيات إلى لجان خاصة مشكلة لهذا الغرض بكل وزارة ومصحة⁽¹⁾. أما من الناحية الموضوعية، فقد أقر القانون العديد من الضوابط بشأن الترقية. وفي مقدمة هذه الضوابط يأتي التأكيد على ضرورة أن يستوفي الموظف الإشتراطات الواجب توافرها في الوظيفة المرقي إليها، وأن تكون الترقية إلى الدرجة الوظيفية التالية مباشرة للوظيفة التي يشغلها الموظف، وأن تكون الترقية إلى درجة وظيفية شاغرة وممولة⁽²⁾، وضرورة قضاء الموظف لمدد معينة يحددها القانون في الوظيفة المرقي منها⁽³⁾. هذا بالإضافة إلى خلو الموظف من موانع استحقاق الترقية المتمثلة في توقيع عقوبات تأديبية معينة عليه⁽⁴⁾، أو إحالته إلى المحاكمة التأديبية⁽⁵⁾.

أما عن مسلك المشرع في القوانين التالية، فإنه يمكن القول في الإجمال بأن المشرع قد سار على النهج الذي رسمه القانون 210 لسنة 1951، سواء في تطلب تدخل لجنة شؤون العاملين التي حلت محل لجنة شؤون الموظفين في القوانين التالية، أو التأكيد على ضرورة توافر الضوابط الموضوعية السابق الإشارة إليها. وذلك مع الاتجاه إلى إضافة ضوابط أخرى، مثل اجتياز التدريب الذي تقرره الوحدة

(1) يراجع ما سبق بيانه بصدد في المبحث الأول من الفصل الأول، في بيان انعكاسات الاتجاه نحو الحوكمة على تبني لجنة الموارد البشرية كبديل عن لجنة شؤون العاملين.

(2) المادة 33 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

(3) المادة 34 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

(4) انظر المواد 103 و104 و105 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

(5) انظر المادة رقم 106 من القانون رقم 210 لسنة 1951.

الذي أخذ في الظهور ابتداءً من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971⁽¹⁾، وكذلك تخويل السلطة المختصة الحق في تطلب إشتراطات إضافية للترقية بالاختيار، وفقاً لظروف وطبيعة نشاط كل وحدة بناء على اقتراح لجنة شئون العاملين، وهي الضوابط التي أقرها قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978⁽²⁾.

السلطة التقديرية للإدارة. بالنظر إلى أن الإدارة تعد هي الأقر على تحديد مدى استحقاق الموظف للترقية، فإن القضاء قد انتهى إلى الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في تحديد مدى استحقاق الموظف للترقية. وتعد السلطة التقديرية للإدارة مفروضة بحكم طبيعة المجال محل الدراسة. وذلك على اعتبار أن الترقية ترتبط بالعديد من الإشتراطات، وتتطلب انتقاء العديد من الموانع، وتقترب في العادة بتبعات مالية يقع على عاتق الإدارة عبء تدبيرها. ومن ثم فقد انتهى الفقه والقضاء إلى الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في الإقدام على إجراء حركة الترقيات، وفي تحديد من تشملهم هذه الحركة، وذلك في إطار عام من احترام قواعد المشروعية التي توجب تقييد الإدارة بالضوابط التي يقرها القانون في هذا الشأن.

وبصدد السلطة التقديرية للإدارة في مجال الترقية، تقرر المحكمة الإدارية العليا في مبدأ مستقر لها أن " مدى صلاحية العامل للوظيفة أو الدرجة التي سيرقى إليها

(1) انظر المادة رقم 15 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971.

(2) انظر نص الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة رقم 37 من القانون رقم 47 لسنة 1978.

هو أمر متروك لسلطة الإدارة تباشره بحسب ما تلمسه فيه من الصفات والمزايا وما تأنسه فيه من كفاية، وما يتجمع لديها عن ماضيه من عناصر تساعد على الحكم على ذلك وتجعلها مطمئن إلى حسن اختيارها له. وتقدير الإدارة في هذا الشأن له اعتباره وهي تستقل به دون معقب عليها إذا ما خلا من الانحراف ولم يقترن بأي وجه من وجوه إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

وفي المقابل فإن استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية غالبًا ما يرتبط بها تخوفات نابعة من إمكانية إساءة استعمال هذه السلطة في تحقيق أغراض لا تمت للصالح العام بصله، وهو ما فطن إليه المشرع والقضاء. ومن هنا يبدو اتجاه المشرع والقضاء نحو إحاطة استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في مجال الترقيات بالعديد من الضوابط التي تكفل الحد من إمكانية إساءة استخدامها. هذه الضوابط تتمخض في النهاية عن ضمانات للموظف العام على اعتبار أن المجال الذي تستعمل فيه الإدارة سلطتها في الترقية بالاختيار يرتبط، على نحو أو آخر، بالحقوق المهنية

(1) المحكمة الإدارية العليا، رقم 1577 لسنة 7 القضائية، جلسة 16 من أبريل سنة 1967، مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثانية عشرة - العدد الثاني (من منتصف فبراير سنة 1967 إلى آخر سبتمبر سنة 1967) - ص 925.

لمزيد من التفصيل حول هذه القاعدة وتطبيقاتها، يراجع على سبيل المثال، م. إبراهيم سيد احمد، شريف أحمد الطباخ، الوسيط الإداري في شرح قانون مجلس الدولة في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية العليا، القاهرة، ناس للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2014، ص 154 وما بعدها.

للموظف. فالالتزام بالإدارة بترقية الأكفاء بالاختيار يعد حقًا للأكفاء، وفقًا للقواعد القانونية التي يتحدد على أساسها الكفاءة، وذلك متى قررت الإدارة استعمال سلطتها التي قرر لها القانون في الترقية بالاختيار. كما أن التزام الإدارة بترقية الأقدم يعد حقًا له، متى انتفت بشأنه الموانع. وهكذا فإن نطاق السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة في مجال الترقية يضيق، رويدًا رويدًا، مفسحًا المجال لرقابة قضائية أشد قوة.

وعلى معياري الكفاءة والأقدمية سوف نركز بحثنا في المطلب الثاني المخصص لبيان الدور التقليدي لنظام الكفاية في رسم ملامح الترقية في النظام القانوني المصري.

المطلب الثاني

الدور التقليدي لنظام الكفاية في تشكيل ملامح الترقية

العلاقة الوثيقة بين نظام الترقيات ونظام قياس كفاية الأداء . حاول المشرع على مدار القوانين المتعاقبة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة ضبط سلطة الإدارة التقديرية في إجراء الترقيات بنوعيتها. وذلك بطبيعة الحال مع اختلاف نطاق هذه السلطة بحسب نوع الترقية. ولعل من أبرز الضوابط التي اتجه المشرع إلى إقرارها، إقامة علاقة وثيقة بين الترقية والتقارير التي تتمخض عنها عملية قياس كفاية الأداء، وذلك بالنسبة لنوعي الترقية. فالضمانات التي حرص المشرع على إحاطة نظام الكفاية بها تكفل إلى حدٍ بعيد صفة الموضوعية في القياس والبعد عن التحكم والأهواء ؛ ومن ثم فيمكن النظر للتقارير التي تتمخض عن عملية القياس على أنها تتضمن ترجمة أمينة لمستوى أداء العامل لواجبات وظيفته. فالجدارة التي هي مناط استحقاق الترقية بالاختيار يتعين أن تعكسها تقارير الكفاية. كما أن الجدية التي تتبدا بمثابة شرط لاستحقاق الترقية بالأقدمية يؤدي تخلفه إلى منعها، يتعين هي الأخرى أن تعكسها تقارير الكفاية. وفي هذا الإطار يندرج أثر التقرير المانع للترقية بالاختيار والمانع للترقية بالأقدمية.

على أن الكفاءة التي تعكسها تقارير الكفاية لم تكن المعيار الوحيد الذي عول عليه المشرع في هذا الشأن، فقد اتجه النظام القانوني إلى الاعتداد بالأقدمية كمعيار

تكميلي يلجأ إليه للمفاضلة بين المستحقين للترقية بالاختيار، وكمعيار أساسي يلجأ إليه في منح الترقية بالأقدمية.

وسوف نتناول في الفرع الأول أثر تقارير الكفاية في مجال الترقية بالاختيار، ثم نتناول في الفرع الثاني أثر تقارير الكفاية في مجال الترقية بالأقدمية.

الفرع الأول

الترقية بالاختيار

سوف نتناول أولاً دور الجدارة الذي تعكسه تقارير الكفاية في منح الترقية بالاختيار، ثم نتناول ثانياً دور الأقدمية كمعيار تكميلي يلجأ إليه لفض التزاحم بشأن استحقاق الترقية بالاختيار، مع بيان تراجع دور الأقدمية في القانون رقم 47 لسنة 1978.

الغصن الأول

دور تقارير الكفاية في استحقاق الترقية بالاختيار

اعتبار تقارير الكفاية العامل الرئيسي في منح الترقية بالاختيار. إذا صوبنا نظرنا ناحية التشريع، فإننا سنلاحظ أن المشرع قد حاول في قوانين التوظيف المتعاقبة ضبط سلطة الإدارة في تحديد عوامل التميز والجدارة التي تؤهل الموظف للحصول على الترقية بالاختيار. وذلك خشية من إساءة استعمال الإدارة لسلطتها في الترقية بالاختيار أو الانحراف بها في محاولة تحقيق أغراض لا تمت للصالح العام بصلة. ولما كانت التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس أداء الموظف، بما أحاطها القانون من ضمانات تستهدف تحقيق عنصر الموضوعية والواقعية في عملية القياس ونتيجتها، فإن المشرع في قوانين التوظيف المتعاقبة قد اتجه إلى التعويل على هذه التقارير باعتبارها العنصر الرئيسي في منح الترقية بالاختيار.

ومن هذا المنظور تظهر بوضوح الصلة بين نظام قياس الأداء والترقية بالاختيار ابتداءً من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، الذي اشترط في المادة رقم 40 في نسختها الأولى⁽¹⁾، تقدير كفاية الموظف بمرتبة جيد في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية. وذلك في وقت كانت فيه درجة جيد أعلى مراتب قياس

(1) يراجع نص المادة 40 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951 قبل تعديلها بالقانون رقم 73 لسنة 1957

الأداء⁽¹⁾. ثم ما لبس المشرع أن اشترط الحصول على مرتبة ممتاز في السنتين السابقتين على الترقية⁽²⁾، وذلك في أعقاب إعادة صياغة مراتب الأداء بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 73 لسنة 1957 والتي اعتبرت مرتبة ممتاز أرقى مراتب التقدير التي يمكن أن تتمخض عنها عملية قياس الأداء⁽³⁾.

وقد حرص المشرع في القوانين التالية للقانون 210 لسنة 1951، على الربط بين الترقية بالاختيار والحصول على أعلى مراتب الكفاية في آخر سنتين سابقتين على الترقية بالاختيار، حتى تحولت القاعدة السابقة إلى أحد أبرز الملامح التقليدية لنظام الترقية في القانون المصري. ولم يخرج المشرع عن القاعدة السابقة إلا في نظام قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964⁽⁴⁾، الذي نظر إليه على أنه

(1) يراجع نص المادة 30 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، قبل تعديلها بالقانون رقم 73 لسنة 1957. وقد كانت هذه المادة تحدد مراتب الكفاية بثلاث تقديرات : جيد، متوسط، ضعيف.

(2) يراجع المادة 40 / 2 المعدلة بمقتضى القانون رقم 73 لسنة 1957، بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 210 لسنة 1951 بشأن نظام موظفي الدولة.

(3) انظر المادة 30 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، المعدلة بالقانون رقم 73 لسنة 1957. وقد حددت هذه المادة مراتب الكفاية بأربعة على النحو التالي: ممتاز أو جيد أو مرضي أو ضعيف.

(4) نصت المادة 21 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، على أنه " تكون الترقيات بالأقدمية المطلقة لغاية الترقية إلى الدرجة الثالثة أما الترقيات من الدرجة الثالثة وما فوقها فكلها بالاختيار للكفاية مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية". ومن ثم فإن المادة السابقة لم تقيد جهة الإدارة في التقدير بالاختيار بتقدير معين، ولا حتى بتتابع الحصول على التقدير، مفسحة المجال في تحديدهما إلى السلطة التقديرية لجهة الإدارة. ويعد التقيد بالأقدمية في

يتضمن تراجعًا عن الاتجاه الإصلاحى السابق الذى بدأه القانون رقم 210 لسنة 1951، وهو ما كان محلًا للانتقادات الفقية⁽¹⁾. وقد كان من نتيجة هذه الانتقادات أن عاد المشرع ليقرر بوضوح قاعدة الربط بين الترقية بالاختيار والحصول على أعلى مراتب الكفاية. وهو ما يتضح من مطالعة أحكام القانون رقم 58 لسنة 1971⁽²⁾، والقانون رقم 47 لسنة 1978⁽³⁾، والقرار بقانون رقم 81 لسنة 2015⁽⁴⁾، والقانون رقم 81 لسنة 2016⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من اتجاه المشرع ابتداءً من القانون رقم 58 لسنة 1971، على النص على تخويل الإدارة ممثلة في السلطة المختصة سلطة إقرار ضوابط إضافية للترقية بالاختيار بناء على اقتراح شئون العاملين بما يتماشى مع ظروف وطبيعة نشاط كل وحدة، فإن القضاء قد اتجه إلى ضبط السلطة التقديرية للإدارة في مجال الترقية

ذات مرتبة الكفاية بمثابة القيد الوحيد الذى أورده هذا القانون على سلطة الإدارة في الترقية بالاختيار.

(1) يراجع على وجه الخصوص، د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 280 متن وهامش.

(2) انظر المادة رقم 15 من القانون رقم 58 لسنة 1971.

(3) انظر المادة رقم 37 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978.

(4) انظر المادة رقم 29 من القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015.

(5) انظر المادة رقم 29 من قانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016.

بالاختيار بخمسة قيود⁽¹⁾. الأول يكمن في أن السلطة التقديرية التي تمنحها المادة السابقة للإدارة تنقيد في كل الأحوال بما ورد في القانون من شروط صلاحية وشروط تفضيل، وفي مقدمة شروط الصلاحية ضرورة الحصول على مرتبة الكفاية المؤهلة للترقية بالاختيار⁽²⁾. أما القيد الثاني فيتمثل في ضرورة أن تكون هذه

(1) تقرر المحكمة الإدارية بصدد سلطة الإدارة في فرض شروط إضافية أنه " ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه ولئن كانت المادة 37 من القانون رقم 47 لسنة 1978 بعد أن حددت الشروط القانونية للترقية بالاختيار، أجازت للسلطة المختصة بناء على اقتراح لجنة شئون العاملين إضافة بعض الضوابط للترقية بالاختيار بحسب ظروف وطبيعة نشاط كل وحدة إلا أن مناط مشروعية هذه الضوابط يتوقف على (1) ألا يكون من شأن هذه الضوابط الإخلال بالشروط القانونية للترقية بالاختيار التي أوردها المشروع صراحة بالنص سواء أكانت شروط صلاحية أو شروط تفضيل. (2) أن تكون هذه الضوابط من العموم والتجريد بحيث لا تقتصر على فئة أو فئات من العاملين دون غيرهم (3) ألا يكون من شأن الضابط المضاف إضافة مانع من موانع الترقية إلى الموانع الواردة على سبيل الحصر في القانون (4) أن تكون معلومة لدى أصحاب الشأن ليحددوا مراكزهم القانونية في ضوءها (5) أن يتفق الضابط المضاف مع ظروف وطبيعة نشاط كل وحدة ويتغاير بين الوحدات تبعاً لذلك. ذلك أن الضوابط الإضافية للترقية بالاختيار ينبغي أن تلتزم حدود الحق إذا ما توافرت مقوماته بحيث لا تتقلب ستار يطوي الحق ويهدده.

المحكمة الإدارية العليا، رقم 2205 لسنة 31 ق.ع، بتاريخ 12 مايو 1991، مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السادسة والثلاثون، العدد الثاني (من أول مارس سنة 1991 إلى آخر سبتمبر سنة 1991) - ص

1212

(2) يسير قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن " تقارير الكفاية التي يجري وضعها سنوياً لا غنى لدى الترقية بالاختيار التزاماً بصريح النص، وأنه لا مفر من الرجوع إلى يوضع منها خلال

الضوابط من العموم والتجريد بحيث لا تقتصر على فئة أو فئات من العاملين دون غيرهم. والقيود الثالث يتمثل في ألا يكون من شأن الضابط المضاف إضافة مانع من موانع الترقية إلى الموانع الواردة على سبيل الحصر في القانون. والقيود الرابع يقتضي أن تكون الشروط والضوابط الإضافية معلومة لدى أصحاب الشأن ليحددوا مراكزهم القانونية في ضوءها. أما الخامس والخامس والأخير فينبع من أن هذه الضوابط الإضافية التي تتجه الإدارة إلى فرضها في مجال الترقية بالاختيار يتعين أن تتماشى مع طبيعة الترقية بالاختيار من جهة، وأن تكون نابعة من طبيعة نشاط وظروف العمل بالوحدة من جهة أخرى

مبدأ الاستكمال ودوره في التأكيد على أهمية الترقية بالاختيار في مواجهة الأقدمية. مبدأ الاستكمال هو حكم قانوني يتيح للإدارة في حال عدم استيفاء الدرجات الوظيفية المقررة للترقية بالاختيار، لعدم توافر العدد المناظر من الحاصلين على المرتبة الأعلى في تقديرات الكفاية وفقاً لما يقرره القانون، النزول إلى التقدير التالي مباشرة بغرض استيفاء النسبة المقررة للترقية بالاختيار . ويفترض الحكم السابق الخاص باستكمال النسبة المقررة للترقية بالاختيار من بين

السنتين الأخيرتين أي السنتين السابقتين على تلك الترقية أو الثلاث السنوات الأخيرة السابقة على إجرائها ."

المحكمة الإدارية العليا، رقم 284 لسنة 33 ق.ع، بتاريخ 29 يوليو 1990، مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة والثلاثون - العدد الثاني - (من أول مارس سنة 1990 إلى آخر سبتمبر 1990) - ص 2108

الحاصلين على مرتبة الكفاية التالية لأعلى مراتب الكفاية، في حال عدم استغراق العدد الحاصل على أعلى مراتب الكفاية للنسبة المخصصة للترقية بالاختيار، تعدد مراتب الكفاية فوق درجة المتوسط. ويهدف الحكم الخاص بتبني مبدأ الاستكمال على النحو السابق إلى التعزيز من أهمية الترقية بالاختيار في مواجهة الترقية بالأقدمية.

وقد اتجه المشرع المصري إلى اعتناق ما يعرف بمبدأ الاستكمال لأول مرة بمقتضى التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، بالقانون رقم 73 لسنة 1957. فقد أضاف هذا القانون الأخير مراتب كفاية جديدة للقانون رقم 210 لسنة 1951، وهي مرتبة ممتاز، مع تقريره لإمكانية الاستكمال من درجة جيد التي تلي درجة ممتاز التي أضافها التعديل التشريعي السابق⁽¹⁾.

ولكن المشرع لم يعتنق مبدأ الاستكمال بصورة منتظمة في القوانين التالية الحاكمة لمجال الوظيفة العامة، فلم يقرر المشرع إمكانية الاستكمال في قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964، إلا أنه عاد إلى اعتناقه في القانون رقم 58 لسنة

(1) ورد بالمادة 40 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951، بعد تعديلها بالقانون رقم 73 لسنة 1957، النص على أنه " أما النسبة المخصصة للترقية بالاختيار فتكون خاضعة لتقدير لجنة شئون الموظفين دون التقيد بترتيب الأقدمية في ذات مرتبة الكفاية على أن يكون الاختيار أولاً من الحائزين على مرتبة ممتاز في العاملين الأخيرين وفي حالة عدم توافر عددهم بالنسبة إلى الدرجات الخالية يكون الاختيار في الدرجات الباقية من الحائزين على مرتبة جيد...".

1971⁽¹⁾. وعندما صدر قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فإن القانون لم يكن يقرر في البداية الحكم الخاص بالاستكمال بالنظر إلى حصر تقييم الكفاية في ثلاثة مراتب فقط، إلا أنه في أعقاب تعديلات مراتب الكفاية بإضافة مرتبة جيد التي تمت بالقانون رقم 115 لسنة 1983، فقد عاد المشرع إلى اعتناق مبدأ الاستكمال في حال عدم استغراق الحاصلين على مرتبة ممتاز في آخر عامين، باستيفاء باقي النسبة من بين الحاصلين على المرتبة التالية لممتاز، وهي مرتبة جيد في آخر عامين سابقين على الترقية⁽²⁾. وفي أعقاب إضافة مرتبة جيد جدًا بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 34 لسنة 1992، فقد عدل المشرع الحكم الخاص بالاستكمال الوارد بالمادة 37، ليقرر استيفاء باقي النسبة من بين الحاصلين على مرتبة جيد جدًا في آخر عامين⁽³⁾.

ويتضح من مجمل العرض السابق أن القاعدة القاضية باعتبار المعيار الأساسي في تحديد الاستحقاق في مجال الترقية بالاختيار يتمثل في التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس الأداء، تعد بمثابة أحد الملامح الأساسية لنظام الترقية في القانون المصري. وفي المقابل فإن المشرع قد اتجه إلى ضبط معيار الاستحقاق

(1) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة 15 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، التي تقرر " يشترط للترقية بالاختيار أن يكون العامل من بين الحاصلين على تقدير ممتاز في السنتين الأخيرتين ثم من بين الحاصلين على تقدير جيد مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية"

(2) انظر المادة رقم 37 المعدلة بمقتضى القانون رقم 115 لسنة 1983.

(3) انظر المادة رقم 37 المعدلة بمقتضى القانون رقم 34 لسنة 1992.

في الترقية بالاختيار باعتبارات نابعة من الأقدمية، وهو ما ينقلنا إلى الغصن الثاني.

الفصل الثاني

دور الأقدمية في الترقية بالاختيار

ضبط سلطة الإدارة بالأقدمية كمعيار تكميلي في منح الترقية بالاختيار. أما عن محاولات القضاء في ضبط استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في الترقية بالاختيار بالضوابط التي تكفل إمكانية الحد من إساءة استعمالها، فيبرز المبدأ القاضي بتقييد الإدارة بمعيار الأقدمية في حالة التساوي في الكفاية، باعتباره أحد أهم الضوابط التي يستهدي بها القضاء في رقابته على عنصر السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة في الترقية بالاختيار. وتتمخض القاعدة السابقة عن ضمانات هامة للموظفين تتمثل في الحكم القاضي بعدم جواز تخطي الأقدم عند التساوي في الكفاءة. وغني عن البيان أن المقصود بالأقدمية هي الأقدمية في الدرجة الوظيفية المرقى منها العامل بغض النظر عن تاريخ شغل الوظيفة.

وقد اتجه القضاء الإداري إلى تأكيد المبدأ السابق حتى قبل اعتناقه بواسطة المشرع في قوانين التوظيف المتعاقبة⁽¹⁾. وقد استند القضاء الإداري في فرض القاعدة

(1) انظر على سبيل المثال، محكمة القضاء الإداري، رقم 1036 لسنة 5 ق.ع، بتاريخ 20 مايو 1953، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة السابعة، ج 4، ص 3709.

مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 554 هامش.

السابقة إلى قواعد العدالة والمنطق السليم⁽¹⁾، والبعد بالترقية بالاختيار عن مظنة التحكم والأهواء⁽²⁾. وقد اعتبر القضاء أن المبدأ السابق يتفرع عن قاعدة أصولية تملئها قواعد المشروعية وتقوم عليها اعتبارات العدالة يتعين إعمالها في الترقية بالاختيار. وقد كان من نتيجة القاعدة السابقة اتجاه الفقه إلى التأكيد على أن الترقية بالاختيار مناطها الجدارة مع مراعاة الأقدمية⁽³⁾. بعبارة أخرى فإن العناصر النابعة من الأقدمية تعد بمثابة معيار تكميلي يفرض نفسه على الإدارة، فيتعين عليها أن تضعها في الاعتبار، حتى في حالة الترقية بالاختيار التي تقوم بالأساس على اعتبارات الجدارة.

⁽¹⁾يسير قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه " كانت الترقية بالاختيار إلى الوظائف الرئيسية من الملاءمات التي تترخص فيها الإدارة إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة مؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها، وأن تجرى مفاضلة حقيقية وجادة بين العاملين على أساس ما تحويه ملفات خدمتهم وما يبيده الرؤساء عنهم وذلك للتعرف على مدى تفاوتهم في مضمار الكفاية بحيث لا يتخطى الأقدم إلا إذا كان الأحدث أكثر كفاية وهو أمر تملئ به دواعي المشروعية، فإذا لم يقع الأمر على هذا الوجه فسد الاختيار وفسد القرار الذي اتخذ على أساسه"

المحكمة الإدارية العليا، رقم 3767 لسنة 40 ق.ع، بتاريخ 8 يونيو 1996، جلس الدولة - المكتب الفنى لرئيس مجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الواحدة والأربعون - الجزء الثانى (من أول إبريل سنة 1996 إلى آخر سبتمبر سنة 1996) - ص 1221 .

⁽²⁾ انظر على سبيل المثال، المحكمة الإدارية العليا، رقم 595 لسنة 22 ق.ع، بتاريخ 1 يونيو 1980، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 15 عام، ج 4، ص 3772.

⁽³⁾ لمزيد من التفصيل بصدد تأكيد القضاء الإداري للقاعدة السابقة، يراجع على وجه الخصوص د. محمد فؤاد عبد الباسط، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 548-589

وقد تأكد المبدأ السابق باعتناقه من قبل المشرع في أول قانون يتضمن تنظيم متكامل لشئون الوظيفة العامة، وهو القانون رقم 210 لسنة 1951 ، بالنص في المادة رقم 40 في نسختها الأولى، على أنه " أما النسبة المخصصة للترقية بالاختيار فلا يرقى إليها إلا الحائزون على درجات جيد في العامين الأخيرين من مدة وجودهم في الدرجة التي يرقون منها، وتكون ترقيتهم أيضاً بالأقدمية فيما بينهم". وبهذا تحولت القاعدة السابقة لأحد المكونات الأساسية لمبدأ المشروعية في مجال الترقية بالاختيار. ولكن أهمية القاعدة السابقة في مجال الرقابة القضائية قد تباينت بحسب مدى تقييد المشرع لسلطة جهة الإدارة في الترقية بالاختيار بعوامل نابعة من الأقدمية.

فقد عدل المشرع عن قاعدة الزام الإدارة بالأقدمية كمييار للمفاضلة بين الحاصلين على نفس مرتبة التقدير في العامين السابقين على الترقية بالاختيار بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 73 لسنة 1957⁽¹⁾، مفسحاً بذلك المجال للسلطة التقديرية لجهة الإدارة ممثلة في هذا الوقت في لجنة شئون الموظفين في الترقية بالاختيار دون التقيد بترتيب الأقدمية في ذات مرتبة الكفاية. ومع ذلك وحتى مع صراحة نص القانون، فإن القضاء كان يتجه إلى أن للإدارة" أن تعند بالأقدمية

(1) يراجع نص المادة 40 في أعقاب تعديلها بالقانون رقم 73 لسنة 1957، التي ورد بها أن " النسبة المخصصة للترقية بالاختيار فتكون خاضعة لتقدير لجنة شئون الموظفين دون التقيد بترتيب الأقدمية في ذات مرتبة الكفاية على أن يكون الاختيار أولاً من الحائزين على مرتبة ممتاز في العامين الأخيرين".

كمعيار لضبط الاختيار إذ لم يحظر عليها القانون الالتجاء إلى هذا العنصر، بل هو مندوب إليه لأنه العنصر الأصيل الذي كانت له دائماً الغلبة في الترجيح في الترقيات سواء قبل القانون رقم 210 لسنة 1951 أم بعده" (1).

على كل حال فقد عاد معيار الأقدمية مرة أخرى للواجهة مع تأكيده بمقتضى قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964. فقد نصت المادة 21 من هذا القانون على أنه " تكون الترقيات بالأقدمية المطلقة لغاية الترقية إلى الدرجة الثالثة أما الترقيات من الدرجة الثالثة وما فوقها فكلها بالاختيار للكفاية مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية". فعلى الرغم من أن المادة السابقة لم تقيد جهة الإدارة في التقدير بالاختيار بتقدير معين، ولا حتى بتتابع الحصول على التقدير، مفسحة المجال في تحديدهما إلى السلطة التقديرية لجهة الإدارة، فإنها قد حرصت على تأكيد معيار الأقدمية .

و قد عاد المشرع في قانون نظام العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، إلى اشتراط الحصول على تقدير معين في السنتين السابقتين على الترقية، وعلى قاعدة تتابع التقييدات، مع حرص المشرع على تقييد الإدارة بمبدأ الأقدمية في حالة التساوي في التقدير. فقد نصت المادة 15 على أن " ويشترط للترقية بالاختيار أن

(1) المحكمة الإدارية العليا، القضية رقم 257 لسنة 9 ق.ع، جلسة 12 من مايو سنة 1968، المكتب الفني لمجلس الدولة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة عشرة، ج 2، ص 911.

يكون العامل من بين الحاصلين على تقدير ممتاز في السنتين الأخيرتين ثم من بين الحاصلين على تقدير جيد مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية...⁽¹⁾.

تراجع أهمية الأقدمية كمعيار تكميلي في مجال الترقية بالاختيار لصالح الكفاءة التي تعكسها التقارير. وصولاً إلى قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، الذي أكد القاعدة السابقة، مع استحداثه لحكم ينطوي على تعزيز لمبدأ الجدارة في الترقية بالاختيار، ولو على حساب الأقدمية كمعيار إضافي يلجأ إليه في حالة التساوي في تقدير السنتين السابقتين مباشرة على الترقية. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 37، على أنه "يشترط في الترقية بالاختيار أن يكون العامل حاصلًا على مرتبة ممتاز في تقرير الكفاية عن السنتين الأخيرتين ويفضل من

(1) نصت المادة 15 من قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، على أن " مع مراعاة استيفاء العامل لشروط ومواصفات الوظيفة المرقى إليها يكون شغل الفئة الوظيفية بطريق الترقية من الفئة الوظيفية التي تسبقها مباشرة أو بالتعيين أو النقل. وتكون الترقية إلى الوظائف التي يبدأ ربطها بمبلغ 876 جنيهاً سنوياً وما يعلوها من وظائف بالاختيار، وبالأقدمية إلى الوظائف الأخرى ويجوز للائحة التنفيذية تخصيص نسبة معينة للترقية بالاختيار إلى هذه الوظائف. ويشترط للترقية بالاختيار أن يكون العامل من بين الحاصلين على تقدير ممتاز في السنتين الأخيرتين ثم من بين الحاصلين على تقدير جيد مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية. وبالنسبة لشاغلي الوظائف التي يبدأ ربطها بمبلغ 876 جنيهاً سنوياً وما يعلوها يستهدى في تحديد مرتبة كفايتهم عند الترقية بما ورد بملف خدمتهم وبما يبيده الرؤساء عنهم. ويشترط في جميع الأحوال لترقية العامل أن يجتاز بنجاح التدريب الذي تتيحه له الوحدة التي يعمل بها. ومع ذلك يجوز للسلطة المختصة بناء على اقتراح لجنة شئون العاملين إضافة ضوابط ومعايير للترقية بالاختيار بحسب ظروف وطبيعة نشاط كل وحدة.

حصل على مرتبة ممتاز في السنة السابقة مباشرة، وذلك مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية".

وتكمل المادة 37 في فقرتها الرابعة بيان ضوابط المفاضلة بين العاملين في منح الترقية بالاختيار، بالنص على أنه " فإذا كان عدد من تتوافر فيهم شروط الترقية بالاختيار من الحاصلين على مرتبة ممتاز أقل من العدد المخصص للترقية بالاختيار، تكون الترقية في الجزء الباقي من الحاصلين على مرتبة جيد جدًا على الأقل عن ذات المدة السابقة مع الالتزام بالتفضيل المشار إليه في الفقرة السابقة من هذه المادة، فإذا كان عدد من تتوافر فيهم شروط الترقية بالاختيار أقل من العدد المخصص لها تؤجل الترقية في الجزء الباقي إلى سنة تالية".

ومن ثم فإن المشرع في قانون نظام العاملين المدنيين قد أكد اعتناقه الحكم الذي كانت القوانين الحاكمة للوظيفة العامة السابقة قد قررت، بضرورة الحصول على بمرتبة ممتاز في السنتين السابقتين على الترقية، كشرط أولي للترقية بالاختيار. ولكن المشرع السابق كان قد خطى خطوة إضافية نحو تأكيد مبدأ الجدارة في استحقاق الترقية بالاختيار، بالنص على تفضيل الحاصل على تقرير ممتاز في السنة الثالثة السابقة على الترقية، في حالة التزام بين الحاصلين على المرتبة ذاتها. وهو ما يعني بالضرورة تراجع أهمية معيار الأقدمية كمعيار تكميلي يلجأ إليه لفض التزام بين الحاصلين على المرتبة ذاتها في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية بالاختيار، فقد تحول معيار الأقدمية إلى معيار إضافي-احتياطي ؛

فلا يلجأ إليه إلا في حالة التساوي في التقديرات المتطلبة للحصول على الترقية بالاختيار في السنوات الثلاثة السابقة على حركة الترقيات. وهو أمر نادر الحدوث عملاً ؛ وبالتالي فقد تراجعت أهمية معيار الأقدمية في الترقية بالاختيار في الواقع العملي.

تقييم الفقه للمحاولات التشريعية للحد من مبدأ الأقدمية في مواجهة الجدارة التي تعكسها التقارير في مقام فض التزام في استحقاق الترقية بالاختيار. وقد اختلفت الآراء الفقهية في ظل القانون السابق في تقييم هذا الاتجاه التشريعي في تعزيز مبدأ الجدارة على حساب مبدأ الأقدمية، كمعيار يلجأ إليه لفض التزام بين التقدير نفسه في السنتين السابقتين على الترقية بالاختيار. فبينما اتجه بعض الشراح إلى انتقاد الحكم السابق على اعتبار أنه يمثل تشدداً لا مبرر له⁽¹⁾. ذلك أن هذا الحكم يمكن أن يسد طريق الترقية بالاختيار أمام العاملين الحاصلين على مرتبة ممتاز في السنتين السابقتين على الترقية لصالح الحاصلين على مرتبة ممتاز في الثلاث سنوات السابقة على الترقية. كما أن هذا الحكم قد يفتح الباب لتدخل الأغراض من الباب الضيق⁽²⁾. على اعتبار أن الرئيس الإداري قد يتجه إلى تقدير كفاية من يراد ترقيته مسبقاً بمرتبة ممتاز في السنوات الثلاث السابقة على الترقية بالاختيار، في حين يكفي بتقدير العامل الممتاز الذي قد لا يرغب في ترقيته

(1) انظر د. سمير صادق، تقارير الكفاية والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 26.

(2) المرجع السابق، ص 110.

بالاختيار بمرتبة ممتاز في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية بالاختيار ؛
فيفضل في هذه الحالة العامل الأول، والفرض أنه الأحدث.

وفي المقابل فقد اتجه معظم الفقه⁽¹⁾ إلى تأييد موقف المشرع في القانون السابق في اتجاهه إلى تأكيد مبدأ الجدارة في استحقاق الترقية بالاختيار، ولو على حساب الأقدمية. وذلك بالاعتداد بتقرير أداء السنة الثالثة السابقة على حركة الترقية في تفضيل العامل الحاصل على ثلاث تقارير متتالية بمرتبة ممتاز على الحاصل على تقريرين فقط، حتى ولو كان الأول أحدث من الثاني. وكذلك تفضيل العامل الحاصل على ثلاث تقارير كفاية بمرتبة جيد جدًا على الأقل، على الحاصل على تقريرين بمرتبة جيد جدًا، ولو كان الأخير أقدم من الأول. وذلك على اعتبار أن الاعتداد بتقرير الكفاية السابق مباشرة على تقارير السنتين السابقتين على الترقية بالاختيار، كمعيار للمفاضلة من شأنه أن يدفع العاملين الخاضعين لهذا القانون إلى بذل المزيد من الجهد نحو التميز. كما أنه يرد على التخوف النابع من تدخل اعتبارات المحاباة في الترقية بالاختيار بأن المعيار المعول عليه للترجيح، وهو

(1) انظر على سبيل المثال، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 560 هامش .

يراجع في تأييد رأي أستاذنا الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، الأستاذ الدكتور محمد سعيد حسنين، تقارير الكفاية، مرجع سابق ص 205 هامش.

مرتبة الحصول على تقرير الكفاية، هو معيار موضوعي بحت ؛ وهو ما يمنع بالتالي دخول الأغراض من الباب الضيق⁽¹⁾.

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، الموضوع نفسه.

الفرع الثاني

الترقية بالأقدمية

حرمان العامل الذي تعكس تقارير الكفاية مستوى أداءه المتدني من الترقية بالأقدمية. حرمان العامل المقصر من الترقية بالأقدمية يعد أحد الملامح الأساسية لنظام الترقيات التي حرصت قوانين التوظيف المتعاقبة على تأكيدها، ابتداءً بالقانون رقم 210 لسنة 1951، الذي كان له السبق في إرساء القاعدة السابقة، بتقرير تخطي الموظف الذي يحصل على ثلاث تقارير سنوية متتالية بمرتبة ضعيف في الترقية⁽¹⁾. ثم اتجه المشرع بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 579 لسنة 1953، إلى التشديد من متطلبات الكفاية في الأداء بالاكتماء في مقام التخطي في الترقية بحصول الموظف على تقريرين متتالين بمرتبة ضعيف. وقد اتجه المشرع في قوانين نظام العاملين المدنيين المتتالية إلى تأكيد اعتناق القاعدة السابقة القاضية بحرمان الموظف المقصر في الأداء من الترقية، وذلك مع تباين في الشدة. ففي حين قرر القانون رقم 46 لسنة 1964، حرمان العامل المقدم عنه تقرير سنوي واحد بدرجة ضعيف أو تقريرين متتالين بدرجة دون المتوسط من الترقية في السنة التالية لتلك المقدم عنها التقرير⁽²⁾، وهي القاعدة التي أكدها قانون

(1) يراجع المادة رقم 40 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

(2) يراجع نص المادة رقم 40 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964.

نظام العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971⁽¹⁾، فقد اكتفى القانون رقم 47 لسنة 1978 بالنص على حرمان العامل المقدم عنه تقرير سنوي بمرتبة ضعيف من الترقية في السنة التالية للسنة المقدم عنها التقرير⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع قد اتجه ابتداءً من القانون رقم 46 لسنة 1964، إلى تقرير ضمانات هامة حرص المشرع في القوانين التالية السابق الإشارة إليها على تأكيدها، تتمثل في عدم ترتيب الأثر السابق المتعلق بالحرمان من الترقية إذا تراخي وضع التقرير عن الميعاد الذي يتعين وضعه فيه⁽³⁾.

وبصدد تقييم الفقه للحكم السابق، فإن الفقه قد اتجه إلى تأييد القاعدة القاضية بحرمان العامل الحاصل على مرتبة متدنية في تقييم الكفاية من الترقية بالأقدمية على اعتبار أنها تضمن حد أدنى من الجدية في أداء العمل الوظيفي، حتى لا يكون الاعتماد على معيار الأقدمية بصفة مطلقة مدعاة للتكاسل والتراخي⁽⁴⁾. وذلك

(1) يراجع نص المادة رقم 40 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971.

(2) يراجع نص المادة رقم 34 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978.

(3) من الجدير بالذكر أن القضاء الإداري المصري كان قد اتجه إلى تقرير الضمانة السابقة حتى قبل تدخل المشرع بتقنينها. يراجع على سبيل المثال المحكمة الإدارية العليا، رقم 1823 لسنة 2 ق، بتاريخ 7 ديسمبر 1957، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ج1، ص 578. مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 493 - 494، هامش.

(4) أنظر د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، مرجع سابق، ص 269.

مع اتجاه بعض الفقه إلى الإشارة إلى أن الحكم الخاص بحرمان الموظف الحاصل على مرتبة ضعيف في السنة السابقة مباشرة على الترقية من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين الموظفين. على اعتبار أن ترتيب تقرير كفاية الأداء بمرتبة ضعيف للحكم السابق شرطه أن تتم حركة الترقيات في العام التالي مباشرة لوضع التقرير. وهو ما يؤدي إلى المغايرة بين الموظفين في الآثار التي يربتها التقرير بصدد الترقيات بحسب تاريخ حركة الترقيات⁽¹⁾. وذلك على خلاف الحال بالنسبة للحكم الخاص بالحرمان من نصف العلاوة الدورية.

طبيعة الحكم الخاص بمنع الترقية عن العامل غير المجد. أما عن طبيعة الحكم الخاص بحرمان العامل المقصر من الترقية بالأقدمية، فإن الفقه⁽²⁾ يتجه إلى أن الحرمان من الترقية الذي قرره المشرع في الحالة السابقة وإن كان يتضمن معنى الجزاء، إلا أنه لا يعد عقوبة تأديبية بالمعنى الفني الدقيق. وذلك على الرغم من أن المشرع يجري على النص على عقوبة الحرمان من الترقية كعقوبة أصلية تدرج ضمن قائمة العقوبات التي يمكن للسلطات التأديبية توقيعها في حال ارتكاب الموظف لمخالفة تأديبية، وفي أحيان معينة كعقوبة تبعية تلحق بتوقيع إحدى العقوبات التأديبية الأصلية. ويرجع عدم اعتبار الحكم الخاص بحرمان العامل الذي

(1) انظر د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص 327: د. محمد سعيد أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 217.

(2) د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية أداء العاملين المدنيين بالدولة، مرجع سابق، ص 498 وما بعدها.

يتم تقدير كفايته بأدنى مراتب الكفاية من الترقية، بمثابة عقوبة تأديبية بالنظر إلى اعتبارين. الأول يتمثل في أن العقوبة التأديبية توقع عن مخالفة تأديبية، وهذه الأخيرة تتمخض عن الخروج عن واجب وظيفي. في حين أن نقص مستوى الأداء قد لا يشكل مخالفة تأديبية، لاسيما في الأحوال التي يرجع فيها هذا النقص إلى إمكانيات الموظف وملاكاته، وليس إلى مجرد إهمال في أداء واجبات الوظيفة. والعامل الثاني يرجع إلى خصوصية النظام التأديبي. فهذا الأخير له إجراءاته وضماناته الخاصة التي تميزه. هذه الإجراءات الخاصة تضفي على التأديب طابعاً من الخصوصية بالمقارنة بإجراءات قياس كفاية مستوى الأداء. ويترتب على ما سبق نتيجة هامة تتمثل في عدم خضوع الحرمان من الترقية لتدني مستوى الأداء الذي تعكسه تقارير الكفاية للعديد من الأحكام التي تسري على العقوبات التأديبية، وفي مقدمتها الخضوع لنظام محو الجزاءات.

وفي المقابل فإن الطبيعة الجزائية لقرار الحرمان من الترقية تقتضي عدم إعمال الأثر السابق في حال توافر أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية وفي مقدمتها المرض. كما أنه يسري بصدد هذا الحكم قاعدة التفسير الضيق التي تخضع لها النصوص العقابية⁽¹⁾.

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، الموضوع نفسه.

المبحث الثاني

الملاح العامة للترقية في القانون الجديد من منظور الفاعلية

منهج المشرع الجديد: التعظيم من دور الترقيات في الحياة المهنية، وإعادة صياغتها على ضوء مبدأ الجدارة. لعل أحد أبرز التحديات التي واجهت واضعي قانون الخدمة المدنية الجديد فيما يتعلق بتطوير نظام قياس مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة، تمثلت في توفير أكبر قدر من الفاعلية لهذا النظام، بما يكفل لنظام تقييم الأداء أن يحقق غرضه في النهوض بكفاءة العنصر البشري للجهاز الإداري للدولة. وإدراكًا من المشرع لأهمية آلية الترقية في الحياة المهنية للموظف، فقد اتجه المشرع إلى توثيق الصلة بين نظام تقييم الأداء والترقية، بالتعظيم من الآثار التي ترتبها تقارير تقييم الأداء في مجال الترقيات. على اعتبار أن تعظيم هذه الآثار من شأنه أن يؤدي إلى مضاعفة فاعلية نظام تقييم الأداء، بما يكفل أن يؤدي هذا النظام دوره في النهوض بكفاءة الأداء بالجهاز الإداري للدولة.

وقراءة الأحكام الجديدة للترقيات التي جاء بها المشرع في قانون الخدمة المدنية من منظور فاعلية نظام تقييم الأداء، توضح لنا أن المشرع قد سلك طريقين متوازيين، على النحو التالي: الطريق الأول يتمثل في إعادة النظر في تقسيم المجموعات الوظيفية على نحو يضاعف فرص الترقية في الحياة المهنية للموظف. ويهدف

سلوك المشرع لهذا الطريق إلى التعظيم من دور الترقيات في الحياة الوظيفية، على اعتبار أنها تمثل التجسيد الأبرز لسياسة الثواب والعقاب.

أما الطريق الثاني فيتمثل في إعادة صياغة أحكام الترقيات في ضوء مبدأ الجدارة. فمع احتفاظ المشرع بالترقية التقليدية بين الترقية بالأقدمية والترقية بالاختيار، التي يتحدد استحقاق كل منهما بناء على عوامل نابعة من مبدأ الجدارة ومبدأ الأقدمية، فإن المشرع قد اتجه إلى إعادة صياغة دور كل من مبدأ الجدارة ومبدأ الأقدمية في نوعي الترقية. ففيما يتعلق بالترقية بالاختيار، تبرز الأحكام الجديدة الخاصة بالتوسعة من نطاق الترقية بالاختيار في مجال الوظائف التخصصية، والبدأ بالنسبة المخصصة للترقية بالاختيار، واللجوء إلى عوامل نابعة من الجدارة وتقديمتها على الأقدمية في مجال فض التزامم في استحقاق الترقية بالاختيار. أما في مجال الترقية بالأقدمية فيظهر الحكم الخاص باشتراط حصول الموظف على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية بالأقدمية، مع اعتبار الترقية بالأقدمية الطريق الوحيد للترقية بالنسبة لجميع المجموعات الوظيفية فيما عدا مجموعة الوظائف التخصصية. وكذلك الحكم الخاص بإعادة تشكيل مبدأ الأقدمية كمناط للترقية بالأقدمية، بناء على اعتبارات نابعة من الجدارة.

والتعديلات الواسعة السابق الإشارة إليها تدفعنا إلى طرح التساؤل حول مدى قدرة الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع على تحقيق أهدافها في توفير أكبر قدر من

الفاعلية لنظام تقويم الأداء، وحول مدى تناسق هذه الأحكام مع القواعد العامة للنظام القانوني الحاكم للوظيفة العامة في مصر.

وفي سبيل بيان الأحكام التي جاء بها المشرع الجديد وصولاً إلى تقييمها، فسوف نقسم هذا المبحث المخصص لدراسة الملامح العامة للترقية في القانون الجديد من منظور الفاعلية إلى مطلبين. نتناول في **المطلب الأول** دراسة اتجاه المشرع إلى إعادة تشكيل التقسيمات الوظيفية في سبيل التعظيم من دور نظام الترقيات في الحياة المهنية، ثم نتناول في **المطلب الثاني** اتجاه المشرع إلى إعادة صياغة القواعد الحاكمة للترقيات بنوعها على ضوء مبدأ الجدارة.

المطلب الأول

التعظيم من دور الترقية

الحكم الخاص بإعادة تشكيل التقسيمات الوظيفية ودورها في التعظيم من نظام الترقيات في الحياة المهنية للموظف العام في القانون الجديد. لعل أولى الملاحظات التي تفرض نفسها على القارئ في قانون الخدمة المدنية تتمثل في إعادة تشكيل التقسيمات الوظيفية. فقد كان قانون العاملين المدنيين السابق رقم 47 لسنة 1978، يعتمد جدولاً للأجور والدرجات الوظيفية يقوم على إدراج جميع العاملين الخاضعين لهذا القانون في جدول واحد، قد تم تقسيمه إلى أحد عشر مستوى⁽¹⁾. ويبدأ هذا الجدول تصاعدياً بالدرجة السادسة، وينتهي بالدرجة الممتازة. أما بالنسبة للتقسيمات القائمة على التخصص الوظيفي، فقد اعتمد القانون توزيع الموظفين على مجموعات نوعية. فقد نصت المادة رقم 11 من قانون العاملين المدنيين، على أن "تقسم وظائف الوحدات التي تخضع لأحكام هذا القانون إلى مجموعات نوعية. وتعتبر كل مجموعة وحدة متميزة في مجال التعيين والترقية والنقل والندب".

(1) يراجع جدول رقم 1 المرفق بقانون العاملين المدنيين وفقاً لآخر التعديلات التي تمت بالقانون رقم 136 لسنة 1980، والقانون رقم 31 لسنة 1983.

أما بصدد تحديد هذه المجموعات النوعية، فقد صدر قرار رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم 134 لسنة 1978⁽¹⁾، الذي عرف المجموعات النوعية بأنها "تقسيمات عامة تضم جميع الوظائف التي تتشابه في طبيعة الأعمال ونوعها وإن اختلفت في مستويات الصعوبة والمسئولية"⁽²⁾، لينص هذا القرار على تقسيم هذه المجموعات إلى 6 مجموعات نوعية عامة⁽³⁾، تتفرع عن كل منها مجموعات فرعية. والمجموعات النوعية العامة الستة التي وردت بالقرار، يمكن تلخيصها على النحو التالي:

الأولى تتعلق بوظائف الإدارة العليا، وتنقسم إلى ثلاث مستويات تبدأ تصاعدياً بدرجة مدير عام وتنتهي بالدرجة الممتازة، وفقاً لتقييم الوظائف بالجدول المصاحب للقرار. والمجموعة النوعية العامة الثانية تتعلق بالوظائف التخصصية، وتنقسم إلى 23 مجموعة نوعية فرعية، تبدأ تصاعدياً بالدرجة الثالثة وتنتهي بالأولى. والمجموعة النوعية العامة الثالثة قد تم تخصيصها للوظائف الفنية، وتضم 8 مجموعات نوعية فرعية، تبدأ بالدرجة الخامسة وتنتهي بالأولى. والمجموعة النوعية العامة الرابعة قد تم تخصيصها للوظائف المكتبية، وهي تتكون من مجموعة نوعية

(1) انظر قرار رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم 134 لسنة 1978، الصادر في 19 ديسمبر 1978.

(2) يراجع قرار رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم 134 لسنة 1978، المادة الأولى، بند (ج).

(3) يراجع في تفصيل أكبر د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 278.

واحدة تبدأ بالخامسة وتنتهي بالأولى. والخامسة للوظائف الحرفية، وتشتمل على 4 مجموعات نوعية فرعية، تبدأ بالخامسة أو السادسة وتنتهي بالأولى. وأخيراً المجموعة النوعية السادسة لوظائف الخدمة المعاونة، وتتكون من مجموعة نوعية واحدة تبدأ بالدرجة السادسة.

ومن العرض السابق يتضح أن عدد المستويات داخل المجموعة النوعية الواحدة كان محدوداً. فالمستويات الوظيفية في المجموعة النوعية للوظائف التخصصية على سبيل المثال تتكون من ثلاث مستويات فقط. وهو ما يعني أن الموظف بداخل هذه المجموعة النوعية لن تكون أمامه فرصة للترقي سوى ثلاث مرات فقط، سواء بالأقدمية أو بالاختيار. وذلك بالنظر للعدد المحدود للدرجات الوظيفية بكل مجموعة نوعية. وهو ما يعني من ناحية زيادة المدد البينية اللازمة للترقية. ومن ناحية أخرى، محدودية فرصة الترقية بالاختيار بالنظر لتزاحم الترقية بالأقدمية وبالاختيار على عدد محدود من الدرجات الوظيفية، مع ما قرره قانون العاملين المدنيين من تقديم للترقية بالأقدمية على الترقية بالاختيار. وهو ما يعني في النهاية، وإجمالاً، محدودية أقل لتأثير تقارير الكفاية في الترقى بين المستويات الوظيفية بالمجموعة النوعية الواحدة.

وقد أعاد المشرع في القانون الجديد تشكيل المجموعات الوظيفية، ليتبنى تقسيماً مغايراً، أكثر بساطة، وأقل تعقيداً، وأكثر قدرة على تحقيق أهداف المشرع في توفير أكبر قدر من الفاعلية لنظام تقويم الأداء. وذلك بخلق عدد أكبر من الدرجات

الوظيفية بالمجموعة النوعية الواحدة، وتعزيد العلاقة بين تقارير تقييم الأداء وتقدم
المستقبل الوظيفي للموظف بطريق الترقيات

وقد تولت المادة 10 من قانون الخدمة المدنية رسم الملامح الرئيسية لهذا التقسيم
الجديد، بنصها على أن " تقسم الوظائف الخاضعة لأحكام هذا القانون إلى
المجموعات الوظيفية الرئيسية الآتية: 1- مجموعة الوظائف التخصصية. 2-
مجموعة الوظائف الفنية. 3- مجموعة الوظائف الكتابية. 4- مجموعة الوظائف
الحرفية والخدمة المعاونة. وتعتبر كل مجموعة وظيفية وحدة متميزة في مجال
التعيين والترقية والنقل والندب والإعارة.

وتتكون كل مجموعة وظيفية من مجموعات نوعية، وتنظم اللائحة التنفيذية معايير
إنشاء هذه المجموعات النوعية والنقل بين المجموعات المتماثلة".

وقد تولت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية في المادة رقم 24، تحديد
المعايير المتبعة في تقسيم المجموعات النوعية، وهي الوعاء المنبثق عن
المجموعات الوظيفية ويضم الوظائف المتماثلة والمتشابهة في طبيعة الواجبات
والمسئوليات وإن اختلفت في مستويات التدرج المالي. و بصدد تحديد معايير تقييم
وتوصيف الوظائف، فقد أحالت المادة 24 من اللائحة التنفيذية إلى قرار رئيس
الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة الذي سيصدر بعد العرض على مجلس الخدمة
المدنية⁽¹⁾. وقد صدر بالفعل القرار الذي أشارت إليه المادة 24 من اللائحة

(1) انظر المادة رقم 24 بند 2 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية.

التفذية، حاملاً رقم 35 لسنة 2019، بشأن معايير توصيف وتقييم الوظائف⁽¹⁾. كما أن المادة رقم 25 من اللائحة، قد نصت على بيان ضوابط النقل بين المجموعات النوعية المتماثلة والمتشابهة داخل كل مجموعة وظيفية.

ولعل أبرز ملامح التقسيم الذي تبناه المشرع الجديد تتمثل من جهة أولى في محاولة تبسيط التقسيم الذي كان القانون السابق قد تبناه، وتسهيل النقل داخل المجموعة الوظيفية الواحدة بين المجموعات النوعية المتماثلة أو المتشابهة، وفقاً للضوابط التي تولت المادة 25 من اللائحة التنفيذية بيانها. ومن جهة ثانية يظهر بوضوح حرص المشرع الجديد على خلق تعدد أكبر في الدرجات الوظيفية داخل المجموعة الوظيفية والنوعية بما يمكن الإدارة من استخدام الترقيات كوسيلة لتحفيز الموظفين على بذل أكبر قدر من الجهد للانتقال بين الدرجات الوظيفية بالترقي.

ويعتمد التقسيم الجديد بصفة رئيسية على توزيع الموظفين الخاضعين لهذا القانون إلى أربع مجموعات وظيفية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مجموعة الوظائف التخصصية، ووفقاً للجدول رقم 1 المرافق لهذا القانون، تقسم مجموعة الوظائف التخصصية رأسياً إلى 10 مستويات، تبدأ بالدرجة الثالثة ج، وتنتهي بالدرجة الممتازة. وقد صهر القرار فيها المجموعة النوعية للوظائف

(1) انظر قرار رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم 35 لسنة 2019، الصادر في 28 مارس 2019، المنشور بالوقائع المصرية في العدد رقم 112، بتاريخ 16 مايو 2019، ص 13-55.

القيادية مع المجموعة النوعية للوظائف التخصصية. على اعتبار وحدة الحد الأدنى لمستوى التأهيل العلمي اللازم لشغل هذه الوظائف، وهو المؤهل العالي. ووفقاً للبند الثالث من المادة 24 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية، فإن مستوى التأهيل العلمي العالي هو الحد الأدنى لمستوى المعرفة النظرية المطلوبة لشغل أية وظيفة من وظائف المجموعات النوعية لمجموعة الوظائف التخصصية.

وثانياً: مجموعة الوظائف الفنية، ووفقاً للجدول رقم 2، تقسم رأسياً هذه المجموعة الوظيفية إلى 9 مستويات، تبدأ بالرابعة ب، وتنتهي بالأولى أ.

وثالثاً: مجموعة الوظائف المكتبية، ووفقاً للجدول رقم 2، تقسم رأسياً إلى 9 مستويات، تبدأ بالرابعة ب، وتنتهي بالأولى أ. ووفقاً للبند 4 من المادة 24 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية، فإن التأهيل العلمي فوق المتوسط أو المتوسط هو الحد الأدنى لمستوى المعرفة المطلوبة لشغل أية وظيفة من وظائف المجموعات النوعية لمجموعتي الوظائف الفنية والكتابية.

رابعاً: مجموعة وظائف الخدمة المعاونة، وهي التي يتطلب شغلها الإلمام بالقراءة والكتابة. وقد صهر القرار فيها مجموعة الوظائف الحرفية والخدمة المعاونة. ووفقاً للجدول رقم 3، فهي تقسم رأسياً إلى 11 متسوى وتبدأ بالسادسة ب، وتنتهي بالثانية أ.

ومن العرض السابق تتضح أهمية التقسيم الجديد الذي جاء به القانون في مضاعفة فرص الترقية في الحياة المهنية للموظف. على أن تحقيق هذا التقسيم لغرضه

يرتبط بمدى قدرة التنظيم القانوني الجديد للترقية على تحقيق أغراض الفاعلية في إدارة العنصر البشري للإدارة، وهو ما ينقلنا إلى المطلب الثاني المخصص لدراسة محاولة المشرع لإعادة صياغة القواعد الحاكمة للترقيات في ضوء مبدأ الجدارة.

المطلب الثاني

إعادة صياغة آلية الترقية في ضوء مبدأ الجدارة

التنظيم القانوني للترقية في القانون الجديد. سبق الإشارة إلى أهمية الدور الذي تلعبه تقارير الكفاية في تشكيل ملامح النظام القانوني للترقيات في ظل القوانين السابقة. وإلى أن التنظيم القانوني للترقيات في ظل القوانين السابقة كان يجري على أساس المزج بين اعتبارات الجدارة والأقدمية بنسب متفاوتة بشأن نوعي الترقية. فالترقية بالاختيار كانت تتم في الأساس بناء على اعتبارات نابعة من الجدارة التي تعكسها تقارير الكفاية، مع الاستعانة بالأقدمية كمعيار تكميلي يلجأ إليه في فض التزاحم. أما الترقية بالأقدمية فتتم في الأساس بناء على اعتبارات نابعة من قضاء المدة البنينة اللازمة للترقى، مع اللجوء إلى معيار الكفاءة لمنع العامل المقصر من الاستفادة من الترقية بالأقدمية.

ولكن يبدو أن الدور السابق لتقارير الكفاية لم يعد كافيًا لتحقيق غرض المشرع في النهوض بكفاءة العنصر البشري بالجهاز الإداري للدولة. ومن هذا المنطلق فقد اتجه المشرع الجديد إلى إعادة صياغة آلية الترقيات، بما يكفل التعظيم من دور تقارير تقييم الأداء في الحياة المهنية للموظف.

ويتضح ما سبق في ضوء قراءة نص المادة 29 من قانون الخدمة المدنية الجديد التي تنص على أنه " مع مراعاة استيفاء الموظف لشروط شغل الوظيفة المرقى

إليها، تكون الترقية بموجب قرار يصدر من السلطة المختصة من الوظيفة التي تسبقها مباشرة فى المستوى والمجموعة الوظيفية التي تنتمى إليها.

وتكون الترقية للوظائف التخصصية من المستوى الأول (ب) بالاختيار على أساس بيانات تقويم الأداء وما ورد فى ملف الخدمة من عناصر الامتياز، وتكون الترقية للوظائف التخصصية الأخرى بالاختيار فى حدود النسب الواردة فى الجدول رقم (1) المرفق. وتكون الترقية لباقي الوظائف بالأقدمية.

ويُشترط للترقية أن يحصل الموظف على تقرير تقويم أداء بمرتبة كفاء فى السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، أما الترقية بالاختيار فى الوظائف التخصصية فيجب الحصول على تقرير تقويم أداء بمرتبة ممتاز، فإذا كان عدد من تتوفر فيهم شروط الترقية بالاختيار من الحاصلين على مرتبة ممتاز أقل من العدد المخصص للترقية بالاختيار تكون الترقية فى الجزء الباقي من الحاصلين على مرتبة كفاء على الأقل عن ذات المدة السابقة، فإذا كان عدد من تتوفر فيهم شروط الترقية بالاختيار أقل من العدد المخصص لها تؤول الترقية فى الجزء الباقي إلى سنة تالية.

وباستثناء جزاءى الإنذار والخصم من الأجر مدة لا تزيد على عشرة أيام، لا تجوز ترقية الموظف قبل محو الجزاء الموقع عليه .

وتُحدد اللائحة التنفيذية ضوابط ومعايير الترقية".

كذلك نصت المادة رقم 31 من القانون رقم 81 لسنة 2016، على أنه " يُفضل عند الترقية بالاختيار ترقية الأعلى في مجموع درجات تقويم أداء السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، وعند التساوي يفضل الأعلى في مجموع درجات تقويم أداء السنة السابقة عليهما، فالحاصل على درجة علمية أعلى متى كانت متصلة بطبيعة العمل طبقاً لما تقرره السلطة المختصة بناءً على اقتراح لجنة الموارد البشرية، وعند التساوي يفضل الأعلى في التقدير العام لهذه الدرجة، فالأقدم في المستوى الوظيفي المرقى منه".

وإذا نحينا جانباً الضوابط التقليدية للترقية التي حرص المشرع الجديد على تأكيدها، مثله في ذلك مثل المشرع في القوانين السابقة، كاستيفاء الموظف لشروط الوظيفة المرقى إليها، وقضاء الموظف لمدد بينية معينة يحددها القانون، وأن تكون الترقية لوظيفة شاغرة وممولة، وأن تكون الوظيفة المرقى إليها التالية مباشرة للوظيفة المرقى منها في داخل المجموعة الوظيفية نفسها، واجتياز الموظف للتدريب الذي تتيحه الوحدة، واستيفاء الإشتراطات الأخرى التي تفرضها السلطة المختصة بناءً على اقتراح لجنة الموارد البشرية، وانتفاء الموانع التقليدية للترقية من توقيع جزاءات تأديبية معينة، أو الإحالة إلى المحاكمة التأديبية، وركزنا بحثنا على القواعد المستحدثة في مجال الترقية من منظور الفاعلية في إدارة العنصر البشري، فإننا سنلاحظ بوضوح أن المشرع قد أعاد ترسيم الحدود بين نوعي الترقية، كما أنه أعاد صياغة دور كل من عنصرى الجدارة والأقدمية في استحقاق كل من نوعي الترقية.

وبغرض إيضاح ما سبق فإننا سنتناول في الفرع الأول دور تقارير تقويم الأداء في مجال الترقية بالاختيار، ثم نتناول في الفرع الثاني دور هذه التقارير في مجال الترقية بالأقدمية.

الفرع الأول

الترقية بالاختيار

إعادة صياغة القواعد الحاكمة للترقية بالاختيار. سوف نحاول في الغصن الأول إبراز محاولة المشرع في التعظيم من أهمية الترقية بالاختيار بالنسبة للوظائف التخصصية، ثم نسلط في الغصن الثاني الضوء على الأحكام الجديدة الخاصة بفض التزامم في استحقاق الترقية بالاختيار بناء على عناصر نابعة من مبدأ الجدارة على حساب الأقدمية التي كان يلجأ إليها كمعيار تكميلي.

الغصن الأول

التعظيم من دور الترقية بالاختيار في مجال الوظائف التخصصية

يبرز الحكم الخاص بالتعظيم من دور الترقية بالاختيار في مجال الوظائف التخصصية، من خلال الأحكام التالية: أولاً التوسعة من نطاق الترقية بالاختيار بالنسبة للوظائف التخصصية. ثانياً تقديم الترقية بالاختيار على الترقية بالأقدمية في نطاق الوظائف التخصصية. وأخيراً إقرار مبدأ الاستكمال.

أولاً: التوسعة في مجال الترقية بالاختيار بالنسبة للوظائف التخصصية

على خلاف مسلك المشرع في قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، في إجراء الترقية بالاختيار وفقاً لنسب متفاوتة بالنسبة لسائر التقسيمات الوظيفية، فإن الترقية بالاختيار وفقاً لأحكام القانون الجديد تتبدا باعتبارها ميزة استثنائية لمجموعة الوظائف التخصصية. فهذه الأخيرة هي وحدها التي يوجد فيها نوعي الترقية: الأقدمية والاختيار.

على كل حال فإنه بالنسبة لمسلك المشرع في القوانين السابقة بصدد الترقية بالاختيار في الوظائف التخصصية، فإننا نلاحظ اتجاه المشرع بصفة عامة للتوسعة من نطاق الترقية بالاختيار كلما اتجهنا للأعلى، بمعنى أن النسب المحجوزة للترقية بالاختيار تتناسب طردياً مع قمة الهرم الوظيفي. وإذا بدأنا من حيث انتهى التطور التشريعي في هذا الشأن في ظل القوانين السابقة، فإننا سنجد أنه وفقاً للجدول رقم

(1) المرافق لقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فقد كانت الوظائف التخصصية على اختلاف مجموعاتها النوعية تنقسم إلى ثلاث مستويات: الثالثة، والثانية، والأولى. وقد كانت نسب الترقية بالاختيار تتناسب طردياً مع تدرج المستويات بالجدول المرافق للقانون. فتبدأ بنسبة 50% من الدرجة الثالثة إلى الثانية ، وتصل إلى نسبة 60 % من الدرجة الثانية إلى الأولى . أما الوظائف القيادية فكانت كلها تشغل بالترقية بالاختيار بنسبة 100% إلى أن صدر القانون رقم 5 لسنة 1991⁽¹⁾، ليصبح شغل هذه الوظائف بطريق التعيين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى.

أما فيما يتعلق بالقانون رقم 18 لسنة 2016، فإننا سنلاحظ أنه على الرغم من اتجاه المشرع للاحتفاظ بقاعدة التناسب الطردي لنسبة الترقية بالأقدمية مع هرم التدرج الوظيفي، فإن تبني المشرع لتقسيم جديد للمجموعات الوظيفية قد ترتب عليه من جهة مضاعفة الدرجات الوظيفية. ومن جهة أخرى فقد اتجه المشرع إلى التوسعة في نسبة الترقية بالاختيار بالنسبة لمجموعة الوظائف التخصصية.

فوفقاً للجدول رقم 1 المرافق لقانون الخدمة المدنية الجديد⁽²⁾، فإن الترقية بالاختيار تجرى بنسبة 25% من المستوى الثالث (ج) إلى المستوى الثالث (ب)، لتصل النسبة إلى 30% من المستوى الثالث (ب) إلى المستوى الثالث (أ)، لتصل النسبة

(1) انظر القانون 5 لسنة 1991، الصادر في 28 فبراير 1991.

(2) يراجع الجدول رقم 1 المرافق لهذا القانون.

إلى 40 % من المستوى الثاني (ب) إلى المستوى الثاني (أ)، وأخيرًا تصل النسبة إلى 50% من المستوى الثاني (أ) للمستوى الأول (ب). أما الأولى (أ) فهي تشغل كلها بالترقية بالاختيار، أي بنسبة 100% للترقية بالاختيار.

ويعن لنا في هذا المقام أن نلفت النظر إلى أن وظائف الإدارة الإشرافية، وهي وفقًا للتعريف الوارد بالقانون رقم 81 لسنة 2016، ووظائف المستوى التالي للوظائف القيادية والتي يرأس شاغليها إدارات بالوحدة، فتشغل بطريق المسابقة، مثلها مثل الوظائف القيادية⁽¹⁾.

ثانيًا: البدء بالترقية بالاختيار

في الفرض الذي ينص فيه القانون على الجمع بين نوعي الترقية: الأقدمية و الاختيار، مع تخصيص نسبة لكل منهما، كما هو الحال بالنسبة لمجموعة الوظائف التخصصية في القانون الحالي، يثور التساؤل حول الحصة التي تبدأ بها الإدارة، هل تبدأ بالجزء المخصص للترقية بالأقدمية أم تبدأ بالجزء المخصص للترقية بالاختيار؟

ويكتسب التساؤل السابق أهمية كبيرة في حال اتجاه الإدارة إلى تجزئة حركة الترقيات، فتبدأ بأحد نوعي الترقية في تاريخ معين، على أن تتوغل النوع الآخر لتاريخ لاحق. كما أن التساؤل السابق يكتسب أهمية أيضًا في تحديد الأسبقية في الدرجة المرقى إليها، بما تؤدي إليه هذه الأسبقية من الاعتراف بالأقدمية. ومن

(1) انظر المادة رقم 17 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016.

المعلوم أن معيار الأقدمية له أهمية كبيرة في فض النزاحم في تحديد الأسبقية في الترقية للدرجة التالية.

وفي هذا الصدد نجد أن القانون رقم 210 لسنة 1951، قد اتجه إلى إقرار مبدأ تقديم الترقية بالأقدمية على الترقية بالاختيار في البدء بالترقية⁽¹⁾. على أن هذه القاعدة قد غابت عن القوانين أرقام 46 لسنة 1964، والقانون رقم 58 لسنة 1971. وذلك بالنظر إلى أن كل من هذين القانونين، لم يكن ينص على مبدأ الجمع بين نوعي الترقية بالنسبة للمستوي الوظيفي الواحد.

أما قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، فقد نص على الجمع بين نوعي الترقية بالنسبة لكل المستويات الوظيفية المنتمية إلى مجموعة الوظائف التخصصية. ومن ثم فقد كان من الطبيعي أن ينص على تقديم أحد نوعي الترقية على الآخر. وقد لجأ المشرع في هذا القانون إلى إقرار مبدأ تقديم الترقية بالأقدمية على الاختيار، مثل القانون رقم 210 لسنة 1951. فقد نصت المادة 37 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، في فقرتها الثانية على أن " تكون الترقية إلى الوظائف الأخرى بالاختيار في حدود النسب الواردة في الجدول رقم (1) المرفق وذلك بالنسبة لكل سنة مالية على حدة، على أن يبدأ بالجزء المخصص للترقية بالأقدمية ".

(1) انظر المادة رقم 40 من قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

أما قانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016، فقد خلا من وجود نص صريح بتقديم أي من نوعي الترقية على الآخر بالنسبة للوظائف التخصصية. ولكن اللائحة التنفيذية للقانون الجديد قد جاءت لتعكس هذه القاعدة التي كانت واردة بالقانون رقم 47 لسنة 1978. فوفقاً لنص المادة 1/88 من اللائحة التنفيذية "يرقى شاغلو الوظائف التخصصية بالاختيار في حدود النسب المبينة قرين كل مستوى مرقى إليه على النحو الوارد في الجدول رقم (1) المرافق للقانون، على أن يبدأ بالجزء المخصص للترقية بالاختيار".

ثالثاً: إقرار مبدأ الاستكمال

سبق الإشارة إلى أن الحديث عن مبدأ الاستكمال يثور في الحالة التي يقل فيها عدد من تتوافر فيهم الشروط اللازمة عن الجزء المخصص للترقية بالاختيار. وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول الحل الواجب الإتباع بالنسبة للجزء الباقي من حصة الترقية بالاختيار؟

وقد سبق الإشارة إلى أن إجابة المشرع عن التساؤل السابق قد تباينت على مدار القوانين السابقة، بين الاكتفاء بالعدد الذي توافرت فيه شرط الحصول على أعلى مراتب الكفاية في العامين السابقين على الترقية، أو استيفاء باقي النسبة المحجوزة للترقية بالاختيار من الحاصلين على المرتبة التالية لأعلى مراتب الكفاية بما لهذا الحكم الأخير من أثر في تعزيز دور الترقية بالاختيار في مواجهة الترقية بالأقدمية.

أما في القانون الجديد، فإن المشرع لم يتردد في الأخذ بمبدأ الاستكمال، بالنص في الفقرة الثالثة من المادة 29، على أنه " ويُشترط للترقية أن يحصل الموظف على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، أما الترقية بالاختيار في الوظائف التخصصية فيجب الحصول على تقرير تقييم أداء بمرتبة ممتاز، فإذا كان عدد من تتوفر فيهم شروط الترقية بالاختيار من الحاصلين على مرتبة ممتاز أقل من العدد المخصص للترقية بالاختيار تكون الترقية في الجزء الباقي من الحاصلين على مرتبة كفاء على الأقل عن ذات المدة السابقة، فإذا كان عدد من تتوفر فيهم شروط الترقية بالاختيار أقل من العدد المخصص لها تُؤجل الترقية في الجزء الباقي إلى سنة تالية".

من الجدير بالذكر أن القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، لم يكن يقر مبدأ الاستكمال بالنسبة للوظائف التخصصية. فالمادة 29 من القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015، المقابلة للمادة 29 من القانون الحالي، كانت تشترط على نحو قطعي للترقية بالاختيار تقييم أداء الموظف بمرتبة ممتاز في السنتين السابقتين مباشرةً على الترقية⁽¹⁾. ويعد عدم إقرار القرار بقانون السابق لمبدأ الاستكمال من بين المطاعن التي وجهها تقرير لجنة القوى العاملة للقانون.

(1) أكدت اللائحة التنفيذية للقرار بقانون 18 لسنة 2015، الحكم الوارد بالمتن بنصها في المادة 94، على أنه " إذا كان عدد من تتوفر فيهم شروط الترقية بالاختيار أقل من العدد المخصص لها وفقاً للنسب المبينة بالقانون، تُؤجل الترقية وتحجز الوظائف في الجزء المتبقي إلى أول ترقية تالية".

وفي المقابل فإن إقرار القانون الجديد لإمكانية استكمال النسبة المخصصة للترقية بالاختيار من بين الحاصلين على مرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، في حالة عدم توافر العدد من الموظفين الحاصلين على مرتبة ممتاز، يجعل من شروط الترقية بالاختيار هي ذاتها شروط الترقية بالأقدمية، وهو ما سنتناوله تفصيلاً عند دراسة الترقية بالأقدمية.

الفصل الثاني

تراجع دور الأقدمية في مواجهة الجدارة

معايير المفاضلة في الترقية بالاختيار. سبق الإشارة في المبحث الأول من هذا الفصل إلى دور مبدأ الأقدمية كمعيار تكميلي لجأ إليه القضاء والتشريع في ظل القوانين السابقة في ضبط سلطة الإدارة التقديرية في الترقية بالاختيار. وقد انتهينا إلى أن اللجوء إلى معيار الأقدمية كمعيار تكميلي يلجأ إليه في فض حالات التزام في استحقاق الترقية بالاختيار قد أخذ في التراجع في ظل قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، مفسحاً بذلك المجال لاعتبارات نابذة من الجدارة.

وعلى منوال المشرع السابق في تقديم الاعتبارات النابذة من الجدارة على الاعتبارات المتصلة بالأقدمية، نسج المشرع الجديد الأحكام الخاصة بفض التزام في استحقاق الترقية بالاختيار. فقد تولت المادة 30 من القانون 81 لسنة 2016 بيان معايير المفاضلة في فض التزام على الترقية بالاختيار⁽¹⁾، بنصها على أن " يفضل عند الترقية بالاختيار الأعلى في مجموع درجات تقويم أداء السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، وعند التساوي يفضل الأعلى في مجموع درجات تقويم أداء السنة السابقة عليهما، فالحاصل على درجة علمية أعلى متى كانت متصلة بطبيعة العمل طبقاً لما تقرره السلطة المختصة بناءً على اقتراح لجنة

(1) انظر كذلك نص المادة 96 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

الموارد البشرية، وعند التساوي يفضل الأعلى في التقدير العام لهذه الدرجة، فالأقدم في المستوي الوظيفي المرقى منه".

ولعل أبرز الملاحظات التي يمكن استخلاصها من النص السابق تتمثل أولاً في اتجاه المشرع إلى الاعتراف بعناصر التميز التي تعكسها التقارير مهما كانت ضآلتها، وثانياً الاعتراف بالحصول على مؤهل أعلى وتقديمه على الأقدمية.

أولاً: الاعتراف بعناصر التميز المتعلقة بتقارير تقييم الأداء مهما كانت ضآلتها

وسوف نتناول في (أ) الحكم الخاص بالاعتراف بدرجات تقييم الأداء في ضوء السوابق التشريعية، ثم نحاول في (ب) تقييم هذا الحكم.

(أ). الحكم الخاص بالاعتراف بدرجات تقييم الأداء في ضوء السوابق التشريعية

لعل أول ما يلاحظ على نص المادة 30 من قانون الخدمة المدنية السابق الإشارة إليه، اتجاه المشرع الجديد نحو إعادة صياغة معايير المفاضلة في حالة التزام بين الحاصلين على المرتبة ذاتها في تقييم الأداء عن السنتين السابقتين مباشرة على الترقية. فأولاً يلاحظ اتجاه المشرع إلى الاعتراف بدرجات تقييم الأداء كمعيار للمفاضلة بين الحاصلين على التقدير ذاته في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، ثم بدرجات تقييم أداء السنة الثالثة السابقة عليهما، كبديل عن معيار تقدير السنة الثالثة الذي اعتنقه قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، وكبديل عن معيار الأقدمية في الدرجة المرقى منها الذي كان له الغلبة في قوانين التوظيف السابقة على القانون رقم 47 لسنة 1978.

والحقيقة أن هذا الاتجاه في الاعتراف بدرجات قياس الأداء كأساس للمفاضلة بين المتزاحمين على الترقية بالاختيار ليس جديدًا كلياً، فقد اعتنقه المشرع لفترة بمقتضى التعديلات التي أدخلت على القانون رقم 210 لسنة 1951، بالقانون رقم

579 لسنة 1953 الصادر في 30 من نوفمبر سنة 1953⁽¹⁾، ليستبدل المشرع معيار التقدير الرقمي بمعيار المراتب⁽²⁾. وذلك على اعتبار أن الأرقام الحسابية أكثر دقة في تحديد الكفاية وفقاً للتبرير الوارد في المذكرة الإيضاحية المرافقة للقانون⁽³⁾. ومن ثم فقد كان المنطقي أن يعتد المشرع بالدرجات في المفاضلة بين المرشحين للترقية بالاختيار كبديل عن المراتب. وفي هذا الصدد فقد نصت المادة رقم 40، في فقرتها الثانية معدلة على أنه " أما النسبة المخصصة للترقية بالاختيار، فتكون الترقية إليها حسب ترتيب درجات الكفاية في العامين الأخيرين". وقد تم تبرير عدول المشرع عن قاعدة الأقدمية في حالة التساوي في التقدير نحو الاعتداد بالدرجات الحاصل عليها الموظف في تقرير الكفاية عن السنتين السابقتين على الترقية باعتبارها نابعة من مبدأ الجدارة الذي هو أساس استحقاق الترقية بالاختيار.

وفي تبرير الحكم الذي جاء به القانون رقم 579 لسنة 1953، باعتماد الدرجات الحسابية كمعيار للمفاضلة وكبديل عن المفاضلة بمراتب الكفاية، تقرر المحكمة الإدارية في أحد أحكامها، أن الشارع " قد رأى أن الأخذ بمعيار الأقدمية كمناط في

(1) انظر قانون رقم 579 لسنة 1953، الصادر في 30 نوفمبر 1953.

(2) يراجع في هذا الصدد، د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 28 هامش.

(3) يراجع المذكرة الإيضاحية المرفقة بالقانون رقم 579 لسنة 1953 الصادر في 30 من نوفمبر سنة 1953، بشأن تعديل بعض أحكام قانون موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951.

المفاضلة بين المرشحين للترقية بالاختيار يعوزه الإحكام وتجانبه الدقة عند الموازنة بين كفايات الموظفين في ضوء عناصر الكفاية ومقوماتها الحققة، فقد يشترك في الحصول على تقدير "جيد" موظفون عديدون تتباين درجات كفاياتهم الحقيقية في ميزان التقدير مع أنه يجمعهم امتياز الحصول على هذا التقدير ويكون غمطاً لأقدار النابهين منهم أن تتفاضل مراتبهم تبعاً لترتيب أقدمياتهم مع أن رجحان الكفاية منوط عادة بعناصر أخرى غير عنصر الأقدمية⁽¹⁾.

ولعله مما رجح من غلبة اعتبارات الجدارة في مواجهة اعتبارات الأقدمية في منح الترقية بالاختيار، محدودية مراتب الكفاية التي كانت واردة في النسخة الأساسية للقانون رقم 210 لسنة 1951. فمراتب الكفاية كانت محددة بثلاث مراتب فقط: جيد، متوسط، ضعيف. وبالتالي فإن مرتبة جيد وفقاً لأحكام هذا القانون كانت تشتمل على الدرجات من 76 إلى 90 %.

ولكن سرعان⁽²⁾ ما عدل المشرع عن معيار مجموع الدرجات كمعيار للمفاضلة بين الحاصلين على المرتبة المؤهلة لاستحقاق الترقية بالاختيار، بمقتضى التعديلات

(1) المحكمة الإدارية العليا، رقم 297 لسنة 4 القضائية، جلسة 2 من يولييه سنة 1960، مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ الإدارية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة - العدد الثالث (من أول يونيه سنة 1960 إلى آخر سبتمبر سنة 1960) - ص 1133.

(2) من الجدير بالذكر أن الفترة الزمنية التي تم فيها الاعتماد على الدرجات الحسابية كمعيار لتحديد كفاية الموظف العام كانت تتسم بالقصر الشديد. فضلاً عن تدخل المشرع للعدول عن

التي أدخلت بالقانون رقم 73 لسنة 1957، وذلك مع إعادة صياغة مراتب الكفاية وتحديدتها بأربعة مراتب: ممتاز، جيد، مرضي، ضعيف.

أما عن مدى تقبل الفقه والقضاء لمعيار درجات الكفاية كمعيار للمفاضلة بين المتزاحمين الذين تتوافر فيهم شروط الترقية بالاختيار من الحاصلين على التقدير ذاته، فإن الملاحظ وجود انطباع عام نحو عدم تقبل معيار الدرجات. فمن ناحية الفقه، فإن العديد من الأراء في ظل القوانين السابقة كانت تتجه إلى أنه لا يمكن التعويل على معيار الدرجات في ظل تعدد مراتب قياس كفاية الأداء. ووفقاً لهذا الرأي، فإن الدرجات لا تعكس بالضرورة عناصر التميز بين العاملين، بقدر ما تعكس اختلاف الرؤساء المنوط بهم وضع التقارير في التقييم تقديرًا واعتدالًا وإسرافًا. وذلك بالنظر إلى تعدد الرؤساء المباشرين المنوط بهم ابتداءً وضع التقارير في الوحدة الواحدة. فنظام التقديرات إنما يهدف بالأساس إلى تلافى المساوى التي يمكن أن تنتج عن نظام الدرجات⁽¹⁾.

هذا المعيار بمقتضى التعديلات التي تمت بالقانون رقم 73 لسنة 1957، فإن القانون رقم 579 لسنة 1953 الصادر في 30 من نوفمبر سنة 1953، لم يطبق بأثر فوري ومباشر، وإنما أرجاء المشرع نفاذه بشأن تقارير الكفاية إلى عام 1954. وهي ما يعني أنه لم يطبق إلا لثلاث سنوات فقط.

(1) المستشار سمير صادق، تقارير الكفاية والرقاية القضائية عليها، مرجع سابق، ص 111: د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 60 متن.

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الإداري في مصر قد تعرض لمشروعية الاعتداد بمعيار الدرجات، في حالة عدم وجود نص قانوني صريح يتيح للإدارة اللجوء إلى هذا المعيار. وقد اتجه القضاء الإداري إلى التأكيد على عدم مشروعية الالتجاء إلى الدرجات للمفاضلة بين الحاصلين على المرتبة ذاتها كمعيار لفض حالة التزام في استحقاق الترقية⁽¹⁾. علاوة على ذلك، فقد اتجهت بعض الأحكام إلى تقرير عدم مشروعية اللجوء إلى نظام الدرجات ولو بإسناده إلى الشروط الإضافية التي يجوز لجهة الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية التي قررها لها القانون في اشتراط شروط إضافية، اشتراطها لمنح الترقية بالاختيار. وذلك على أساس أن الاعتماد على معيار الدرجات يتضمن تعديلاً في النظام الذي وضعه القانون لتحديد استحقاق الترقية بالاختيار⁽²⁾.

(1) محكمة القضاء الإداري، رقم 1297 لسنة 22 ق، بتاريخ 19 فبراير 1970، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة 24، بند 90، ص 272: محكمة القضاء الإداري، رقم 995 لسنة 21 ق، بتاريخ 27 يونيو 1968، السنة 22، بند 218، ص 366. مشار إليهما في مؤلف الأستاذ الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 604-605 هامش.

(2) المحكمة الإدارية العليا، رقم 425 لسنة 5 ق، بتاريخ 9 أبريل 1971، مجموعة الخمسة عشر عاماً، ج 4، ص 3714. مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء، مرجع سابق، ص 604.

(ب).تقييم الحكم الخاص بالاعتداد بدرجات التقويم

وفي مقام تقييم الحكم الوارد بقانون الخدمة المدنية الجديد في الاتجاه إلى اعتماد الدرجات كمعيار تكميلي للمفاضلة بين المتزاحمين في استحقاق الترقية بالاختيار بالنسبة لمرتبة التقدير الواحدة، فإن نتيجة الرأي يمكن أن تختلف باختلاف المنظور المتبع في التقييم.

فمن الناحية النظرية، فإن الحكم الجديد يبدو أكثر تحقيقاً لاعتبارات الجدارة. وذلك على أساس أن هذا الحكم قد جاء بغرض توفير أكبر قدر من الفاعلية لنظام تقويم الأداء، وذلك بحث الموظفين الخاضعين لهذا القانون على بذل أقصى قدر من الجهد في سبيل تحصيل أكبر عدد من الدرجات في تقويم الأداء ؛ إذ أن الدرجة الواحدة، بل وكسرها، في الثلاث سنوات السابقة على الترقية بالاختيار، سيكون له أثر مرجح في مجال منح الترقية بالاختيار. وهو ما من شأنه تعضيد اعتبارات الجدارة التي هي مناط الترقية بالاختيار ومعياره الأول. وهو ما يعني أن الحكم الجديد يتوافق، على الأقل من الناحية النظرية، مع طبيعة الترقية بالاختيار.

والحكم السابق يلقي على عاتق الرئيس المباشر الذي يقع عليه مهمة إعداد تقارير تقويم أداء الموظفين بأمانة ثقيلة. فيتعين على الرئيس المباشر أن يكون على وعي بالآثار التي تنتجها هذه التقارير ، ويتعين أن يكون واعياً بمدى العناية التي يتعين عليه أن يوليها لوضع هذه التقارير.

وفي المقابل فإن الحكم السابق يمكن أن يكون محلاً للانتقاد من منظور واقعي. فمن المعلوم أن الرؤساء المباشرين هم من يتولون الإعداد المبدئي للتقارير . وتعدد هؤلاء الرؤساء على مستوى الوحدة الواحدة يجعل هناك اختلافات لا مفر منها في الدرجات. هذه الاختلافات قد لا ترجع إلى تباين مستوى أداء الخاضعين للتقارير، بقدر ما ترجع إلى اختلاف من يتولى التقييم. صحيح أن هذا الاحتمال قائم حتى على مستوى التقديرات، وليس فقط بالنسبة للدرجات، ولكن التقديرات بما تتيحه من رحابة في التقييم تؤدي إلى التقليل من هذه الآثار، وذلك بطبيعة الحال إذ ما استبعدنا احتمالات المغالاة المتمثلة في التقتير والإسراف الشديدين. ومن ثم فإن الاعتماد على الدرجات يمكن أن يؤدي إلى نتائج تتجافى مع اعتبارات العدالة على مستوى الوحدة ككل.

علاوة على ما تقدم، فإن تعدد مراتب تقويم الأداء في القانون الجديد من المفترض أن يجعل الفروق في الدرجات الرقمية قليلة المعنى، لاسيما بالنظر لعظم الأثر الذي رتبته المشرع عليها المتمثل في منح الترقية بالاختيار. وهو ما يظهر بوضوح كلما قلت الفروق في الدرجات. فمراتب التقويم في القانون الجديد هي خمس على النحو التالي: ممتاز، كف، فوق المتوسط، متوسط، ضعيف. فكيف يمكن أن يقال أن مجرد الحصول على نصف درجة في مجموع درجات السنتين السابقتين على الترقية، ثم من بعدهما السنة الثالثة، يعد بمثابة شهادة للمفاضلة في منح الترقية بالاختيار، وذلك في مقابل تحية المعايير الأخرى التي كان يمكن للمشرع أن يأخذها في الاعتبار، وفي مقدمتها الأقدمية!

ويضاف إلى ما سبق أنه مع التسليم بموضوعية المعيار الذي جاء به المشرع للمفاضلة بين المترشحين في المرتبة ذاتها المؤهلة للترقية، فإن هذا المعيار يمكن أن يفتح الباب واسعاً للاعتبارات غير الموضوعية. وذلك بالنظر إلى أنه لا ينهض كعامل حاسم في إظهار التميز والكفاءة، وهو ما يزيد في النهاية من صعوبة مهمة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في منح الترقية بالاختيار. فيكفي أن يميز الرئيس المباشر أحد مرؤوسيه، محاباة أو مجاملة، بنصف درجة أكثر من باقي زملائه، حتى يكون له أولوية في استحقاق الترقية عليهم في الثلاث سنوات التالية.

ثانياً: الاعتداد بالمؤهل الدراسي الأعلى وتقديمه على الأقدمية في الترقية بالاختيار

وسوف نسلط في (أ) الضوء على الحكم الخاص بالاعتداد بالحصول على مؤهل دراسي أعلى في مجال فض التزام، ثم نحاول في (ب) تقييم هذا الحكم.

(أ). الحكم الخاص بالاعتداد بالحصول على مؤهل دراسي أعلى في مجال فض التزام على الترقية

أما عن الملاحظة الثانية التي يمكن استخلاصها من المادة 30 من قانون الخدمة المدنية الجديد، فتتمثل في تراجع أهمية الأقدمية كمعيار إضافي في منح الترقية بالاختيار في حالة تزام الحاصلين على المرتبة نفسها في تقويم الأداء. فعلاوة على الحكم السابق بيانه بالاعتداد بمجموع درجات تقويم الأداء عن السنتين

السابقتين على الترقية بالاختيار، ثم بدرجات السنة الثالثة السابقة عليهما، فقد اتجه
المشرع إلى الاعتماد كمعيار تكميلي-احتياطي في حالة التساوي بين المترشحين
في مجموع درجات الثلاث سنوات السابقة على الترقية، بالحصول على درجة
علمية أعلى متى كانت متصلة بطبيعة العمل طبقاً لما تقرره السلطة المختصة بناءً
على اقتراح لجنة الموارد البشرية. وفي حالة تزامن الحاصلين على هذه الدرجة
تكون العبرة بالتقدير الأعلى في الحصول على هذه الدرجة، أما الأقدمية في الدرجة
الوظيفية السابقة على الترقية، فهي المعيار التكميلي الاحتياطي الأخير الذي يمكن
اللجوء إليه في تحديد استحقاق الترقية بالاختيار.

وهكذا فإن الأهمية النسبية للأقدمية كأحد معايير المفاضلة في منح الترقية
بالاختيار قد تراجعت إلى المرتبة الأخيرة، مفسحة بذلك المجال لعناصر أخرى
مستقاة من الكفاية والتميز. وهو ما يبدو أكثر تناسباً مع طبيعة الترقية بالاختيار
باعتبارها مكافأة تمنح للموظف المتميز في عمله. فوفقاً لهذا النظام الجديد للترقية
بالاختيار تصبح الكفاءة في أداء العمل هي العامل الحاسم الأكثر أهمية في منح
الترقية بالاختيار، وذلك مهما كانت ضالة الفروق بين الموظفين المؤهلين للترقية
بالاختيار. أما عن عناصر التميز المتعلقة بالحصول على درجة علمية أعلى فقد
اعتد بها القانون في المرتبة الثانية، بعد الكفاءة في أداء العمل الوظيفي التي
تعكسها تقارير تقييم الأداء، وقبل الأقدمية التي كانت تعتبر قاعدة مقدسة في ظل
القوانين السابقة.

وفلسفة المشرع في ذلك واضحة ؛ فالمفترض أن الدرجة العلمية الحاصل عليها الموظف ستعكس على أدائه للعمل الوظيفي التي تعكسها تقارير تقييم الأداء، وهو ما يعني أنها ستصب بطريقة غير مباشرة في مرتبة ومجموع درجات تقرير تقييم الأداء. فإذا تساوى الموظف الحاصل على الدرجة الأعلى في الكفاية في أداء العمل وفي مجموع الدرجات مع غيره من الموظفين، فقد اتجه المشرع إلى تفضيل الحاصل على الدرجة العلمية الأعلى متى كانت متصلة بطبيعة العمل. بل وأكثر من ذلك إلى تفضيل الأعلى في مرتبة الحصول على الدرجة العلمية، وذلك في حالة تعدد الحاصلين على نفس المؤهل. فإذا تساوى الموظفين المتزاحمين في كل ما سبق، وهو فرض غاية في الندرة في الواقع العملي، فإنه لا مفر عندئذ من اللجوء إلى معيار الأقدمية باعتباره آخر المعايير الموضوعية الباقية التي يمكن الاعتماد بها في التفضيل في منح الترقية بالاختيار.

(ب).تقييم الحكم الخاص بتقديم المؤهل الدراسي على الأقدمية

وفي مقام تقييم الحكم الجديد الذي أتى به المشرع في قانون الخدمة المدنية، بتفضيل الموظف الحاصل على مؤهل علمي أعلى في حالة التساوي في درجات تقييم أداء الثلاث سنوات السابقة على الترقية بالاختيار، فإننا نرى أن الحكم الخاص بالاعتماد بالمؤهل العلمي في مجال الترقية بالاختيار يعبر في حد ذاته عن اتجاه محمود وهو ما يجعله جديرًا بالتأييد. فالحكم السابق يهدف إلى دفع الموظفين إلى إصقال معارفهم العلمية في المجالات المتصلة بالوظيفة التي يعملون

بها، وفي دفعهم إلى بذل الجهد في التحصيل العلمي بالنظر أن مرتبة الحصول على المؤهل الأعلى سيكون لها اعتبارها في فض حالة التزاحم في الحصول على هذا المؤهل. ولكن في المقابل فإن الحكم السابق ليس من المنتظر أن يلعب دوراً هاماً في الواقع العملي بالنظر إلى ندرة الفرض الذي يمكن فيه اللجوء إلى هذا المعيار.

وفي وجهة نظرنا فإنه عند مقارنة معيار المؤهل الأعلى بمعيار الأقدمية الذي أخذت به القوانين السابقة، أو حتى بمعيار درجات تقويم الأداء الذي أخذ به المشرع الحالي، فإن كفة معيار المؤهل الأعلى سترجح. فهو من ناحية يعد، مثله مثل الأقدمية ومعيار درجات تقويم الأداء، معياراً موضوعياً متصلًا بالوظيفة؛ إذا أن الفرض أن المؤهل الأعلى متصل بطبيعة العمل طبقاً لما تقرره السلطة المختصة بناءً على اقتراح لجنة الموارد البشرية. وهو من ناحية أخرى يفضل معيار الأقدمية باعتباره أكثر تعبيراً عن عناصر التميز والجدارة التي تقوم عليها الترقية بالاختيار، فهو يبدو من هذا المنظور أكثر تماشياً مع طبيعة الترقية بالاختيار. ويفضل كذلك معيار درجات تقويم الأداء في السنوات الثلاث السابقة على الترقية بالاختيار باعتباره يعد أكثر دلالة في إظهار عوامل التميز والجدارة. ونرى أن الأولى بالمشرع الارتقاء بهذا المعيار إلى اعتباره معياراً تكميليًا يلجأ إليه في حالة التساوي في مراتب تقويم الأداء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية بالاختيار.

ونخلص من كل ما سبق إلى أن التعديلات التي جاء بها المشرع الجديد في قانون الخدمة المدنية بإعادة صياغة القواعد الحاكمة للترقية بالاختيار تشهد بتراجع الأهمية التقليدية لقاعدة الأقدمية كأحد معايير منح الترقية بالاختيار. فهالة القداسة التقليدية التي أحاطت بقاعدة الأقدمية في مجال الوظيفة العامة باعتبارها أحد أبرز المعايير الموضوعية المرتبطة بمجال الوظيفة العامة، أخذت تخبو رويدًا رويدًا، حتى أوشكت على الإنطفاء في قانون الخدمة المدنية الحالي.

الفرع الثاني

الترقية بالأقدمية

لعل أبرز ملامح الترقية بالأقدمية في ظل القانون الجديد تتمثل في التشديد في شروط منح الترقية بالأقدمية من خلال تطلب الحصول على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في العامين السابقين على الترقية، وهو ما سنتولى دراسته في **الغصن الأول**، والتوسعة من نطاق الترقية بالأقدمية باعتبارها السبيل الوحيد للترقي بالنسبة لكافة المجموعات الوظيفية ما عدا التخصصية، وهو ما سنخصص له **الغصن الثاني**، وأخيرًا إعادة صياغة قواعد الأقدمية بإدراج عناصر تابعة من الكفاءة في تحديد الأقدمية، وهو ما نخصص له **الغصن الثالث**.

الغصن الأول

التشديد في شروط منح الترقية

سوف نسلط الضوء أولاً على الحكم الخاص بالحصول على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين على الترقية بالأقدمية، ثم نحاول ثانياً تقييم هذا الحكم الجديد.

أولاً: الارتفاع بمرتبة التقييم اللازمة للترقية بالأقدمية

سبق الإشارة في المبحث الأول من هذا الفصل إلى مسلك المشرع المصري في قوانين التوظيف المتعاقبة في الربط بين تقارير الكفاية والترقية بالأقدمية من خلال الاتجاه إلى حرمان العامل الحاصل على تقرير كفاية بمرتبة متدنية في العام السابق على حركة الترقيات من الترقية بالأقدمية، وفقاً للتفصيل السابق بيانه بصدد دراسة دور نظام الكفاية في رسم ملامح الترقية في النظام القانوني المصري⁽¹⁾.

وفي المقابل فقد خرج المشرع في قانون الخدمة المدنية عن القاعدة السابقة ليقرر في الفقرة الثالثة من المادة رقم 29، أنه " يُشترط للترقية أن يحصل الموظف على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرةً على الترقية، أما الترقية بالاختيار في الوظائف التخصصية فيجب الحصول على تقرير تقييم أداء بمرتبة ممتاز. فإذا كان عدد من تتوفر فيهم شروط الترقية بالاختيار من الحاصلين على

(1) يراجع ما سبق بيانه في المبحث الأول من هذا الفصل.

مرتبة ممتاز أقل من العدد المخصص للترقية بالاختيار تكون الترقية في الجزء الباقي من الحاصلين على مرتبة كفاء على الأقل عن ذات المدة السابقة. فإذا كان عدد من تتوافر فيهم شروط الترقية بالاختيار أقل من العدد المخصص لها تؤجل الترقية وتحجز الوظائف في الجزء المتبقى في أول ترقية تالية".

ومن ثم فقد اشترطت المادة 29 من قانون الخدمة المدنية لترقية الموظف العام بالأقدمية أن يحصل على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، وبالتالي فمن شأن تقدير كفاية العامل بمرتبة ضعيف أو متوسط أو فوق متوسط في أي من السنتين السابقتين لحركة الترقيات، استبعاده منها.

ثانيًا: تقييم الحكم السابق

في ضوء الأحكام السابقة بالتشديد في شروط استحقاق الترقية بالأقدمية، باشتراط حصول الموظف على تقرير تقييم أداء بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين على الترقية، فإن هناك تساؤلًا هامًا يثور حول مدى وجود حق للموظف في الترقية⁽¹⁾، بعبارة أخرى مدى التزام الإدارة بترقية الموظف العام، ونعني بذلك الموظف العادي الذي يؤدي أعمال وظيفته بجد وإخلاص، دون أن يصل أدائه إلى مرحلة التميز والتفاني في عمله ؟

(1) انظر على وجه الخصوص، د. عصمت عبد الله الشيخ، الطبيعة القانونية لترقية الموظف العام بين الحق والواجب، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 12.

ومن المنظور القانوني قد يبدو التساؤل السابق غريباً بعض الشيء بالنظر إلى أن الحكم الخاص بضرورة حصول الموظف على مرتبة كف في تقارير تقييم الأداء في السنتين السابقتين على الترقية قد ورد في التشريع المنظم لشئون الوظيفة العامة. ومن المعلوم أن أحد القواعد الأساسية في مجال القانون العام تقضي بالتسليم بأنه ليس للموظف حق مكتسب في مزايا وظيفية معينة. وذلك على اعتبار أن المركز القانوني للموظف العام هو مركز تنظيمي يتحدد على أساس ما تقرره القوانين واللوائح⁽¹⁾. وتعد القاعدة السابقة أحد انعكاسات مبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتطوير استجابة للمتغيرات المختلفة على النظام القانوني للوظيفة العامة. والقاعدة السابقة تتمخض عن التسليم بحق الإدارة في تحديد النظام القانوني الحاكم للترقيات، وذلك في ضوء القواعد العامة التي يتكون منها النظام القانوني. وبناءً على ما سبق فإن الفقه يتجه إلى أن حق الموظف العام في الترقية في مواجهة الإدارة يتلخص في أن تنقيد الإدارة في الترقية بالشروط والضوابط المحددة في القانون في حال لجؤها إلى إجراء الترتقيات⁽²⁾.

علاوة على ما سبق فإن الحق باعتباره مكنة تعطي صاحبها سلطة استثناء أمر معين، يتحدد على ضوء قواعد النظام القانوني الذي يلعب المشرع الدور الأبرز

(1) انظر د. ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 202: د. رمضان محمد أحمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 416 وما بعدها.

(2) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 173.

في تشكيلها. ومن المعلوم أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية أصلية في تنظيم شتى جوانب الحياة في المجتمع، وذلك في إطار القواعد الدستورية.

وإنطلاقاً من التحفظ الأخير بشأن القواعد الدستورية، تبدو أهمية التساؤل السابق طرحه ؛ فمن المعلوم أن المشرع الدستوري قد عني عبر الدساتير المصرية المتعاقبة بتنظيم موضوع الوظيفة العامة⁽¹⁾. وإذا بدأنا من حيث انتهى التطور الدستوري، فإن الدستور المصري الصادر في عام 2014، قد نص في الباب الثاني المخصص للمقومات الأساسية للمجتمع، على أن " الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة، ودون محاباة أو وساطة، وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب، وتكفل الدولة حقوقهم وحمايتهم وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب، ولا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبي إلا في الأحوال التي يحددها القانون".

ومن ثم فإن سلطة المشرع في تنظيم موضوعات الوظيفة العامة ليست مطلقة، وإنما تتقيد بالقواعد الواردة في الدستور والتي تمثل تحوُّماً للسلطة التقديرية للمشرع يتعين عليه عدم تجاوزها وإلا وقع في حومة المخالفة الدستورية. وفي هذا الصدد

(1) من الجدير بالذكر أن المشرع الدستوري قد جرى على تناول موضوع الوظيفة العامة من بين الموضوعات التي يشملها التنظيم الدستوري، وإن اختلفت الزاوية التي تناول المشرع الدستوري من خلالها موضوع الوظيفة العامة. فقد تناولت المادة 3 من دستور 1923، وكذلك المادة 64 من دستور 2012، الوظيفة العامة باعتبارها أحد حقوق المواطنة. في حين تناولت المادة 14 من دستور 1971، وكذلك المادة 14 من دستور 2014، الوظيفة العامة باعتبارها من المقومات الأساسية للمجتمع.

يعن لنا أن نذكر أن قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر يتجه، على نحو أو آخر، إلى الأخذ بالضمانات التشريعية للحقوق الدستورية. فإذا اعتبرنا أن الترقية بالأقدمية تعد بمثابة أحد الحقوق الدستورية للموظف العام وليست مجرد ميزة وظيفية، فإن المشرع في مقام تنظيم هذا الحق ليس حرًا تمامًا، لاسيما وأن الموضوع قد سبق تنظيمه تشريعياً عبر قوانين التوظيف المتعاقبة، وإنما يتعين في حالة اتجاهه إلى إعادة تنظيم أحد الحقوق الدستورية أن يأتي بتنظيم جديد مساوٍ للتنظيم السابق من المنظور الحقوقي. بعبارة أخرى لا يجوز أن ينطوي التنظيم الجديد على قدر أقل من الضمانات أو أن يتضمن تراجعاً ملحوظاً في الاعتراف بالحقوق التي قررها الدستور.

وفي هذا الشأن تقرر المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها بصدد اشتراط إنذار العامل المنقطع عن العمل قبل إنهاء خدمته، إنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها. كما أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها، وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً تنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها

التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضمانتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور. لما كان ذلك، وكان المشرع لم يضمن النص الطعين شرط الإنذار المسبق للاعتداد بانقطاع العامل عن العمل - قبل إنهاء خدمته - حتى يمكن أن تقوم به القرينة على اتجاه إرادته الضمنية إلى تأكيد رغبته في عدم الاستمرار في العمل، فإن تنظيمه على هذا النحو يكون قاصراً ومخالفاً لمبدأ سيادة القانون الذي نصت عليه المادة (64) من الدستور⁽¹⁾.

وإذا نظرنا إلى وضع الترقية بالأقدمية في النظام القانوني المصري، فإننا سنلاحظ أمرين: الأول يتمثل في أن الترقية بالأقدمية تعد من الموضوعات التي تواتر الفقه على دراستها باعتبارها من حقوق الموظف العام التي يتعين توفير أكبر قدر من الضمانات له بصدد⁽²⁾. في حين أن التقارير التي تتمخض عنها عملية قياس

(1) المحكمة الدستورية العليا، رقم 177 لسنة 27 ق.د، بتاريخ 14 يناير 2007. وفيه قضت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة (1) من المادة (108) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية للبريد الصادرة بقرار وزير المواصلات والنقل البحري رقم 70 لسنة 1982، فيما لم يتضمنه من وجوب إنذار العامل كتابةً قبل إنهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية.

(2) لعل من أوائل المؤلفات التي تناولت بالتعمق مسألة اعتبار الترقية في مجال الوظيفة العامة بمثابة حق للموظف العام يتعين توفير الضمانات له بصدد إجرائها، رسالة الدكتور إسماعيل زكي، ضمانات الموظفين في التعيين والترقية والتأديب، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، قدمت ونوقشت بجامعة فؤاد الأول " القاهرة"، 1936.

الأداء، وعلى الرغم من من كل الضمانات التي حرص المشرع على إحاطة التقارير بها، تعبر في النهاية عن حكم شخصي من قبل الرئيس الإداري على أداء المرؤوس.

أما الأمر الثاني فيمكن في مسلك المشرع في القوانين السابقة الحاكمة لمجال الوظيفة العامة السابق الإشارة إليه في المبحث الأول من هذا الفصل. فقد جرى المشرع على اعتبار أن الترقية بالأقدمية تشير إلى ترفيع الموظف الذي قضى الحد الأدنى المقرر بواسطة القانون في درجته الوظيفية إلى الدرجة الوظيفية التي تعلوها مباشرة، وذلك متى كان مجداً في عمله. ويشترط القانون للتحقق من جدية الموظف ألا يكون قد تم تقييم أدائه بمرتبة متدنية في آخر تقرير سابق على الترقية في الترقية بالأقدمية. فالوزن النسبي للكفاءة التي تعكسها التقارير في المعادلة بين الأقدمية والكفاءة في مجال الترقية بالأقدمية يبدو محدوداً، بالمقارنة بقضاء المدد البنينة الذي هو سبب الترقية ومناطها. وفي ذلك تختلف الترقية بالأقدمية عن الترقية بالاختيار. فتلك الأخيرة ينظر إليها على أنها ميزة تمنح للعامل المتميز في أداء عمله. ولا شك في أن مرتبة كفاء تعد دلالة على التميز الوظيفي، وليس فقط مجرد الجدية في أداء العمل. فقد حدد القانون مراتب تقويم الأداء تصاعدياً على النحو الآتي: ضعيف، متوسط، فوق المتوسط، كفاء، ممتاز. فمرتبة كفاء هي المعادلة لمرتبة جيد جداً في قانون العاملين المدنيين السابق، ويحصل عليها الموظف بحصوله على درجات من 80 إلى 90%. والدرجات السابقة تعبر عن موظف متميز بشدة في عمله، وليس مجرد موظف مجد.

ومن الجدير بالذكر أن قانون الخدمة المدنية الجديد قد اعتبر أن حصول العامل على مرتبة كفاء لمرة واحدة سبباً مسوغاً لمنحه علاوة تشجيعية على النحو الوارد في المادة 38 من هذا القانون. علاوة على ذلك، فقد اعتبر القانون في المادة 29 أن حصول العامل على مرتبة كفاء في آخر تقريرين مسوغاً لمنحه الترقية بالاختيار وذلك في حالة عدم استغراق الحاصلين على مرتبة ممتاز في آخر سنتين للنسبة المخصصة للترقية بالاختيار في مجال الوظائف التخصصية. وهذا الحكم الأخير يظهر مدى التشدد في اشتراط حصول الموظف في آخر تقريرين على مرتبة كفاء على الأقل لترقيته بالأقدمية. فكيف يمكن أن تكون شروط الترقية بالأقدمية هي ذاتها شروط الترقية بالاختيار بصدد مجموعة الوظائف التخصصية!

ويعن لنا في هذا المقام أن نلفت النظر إلى أن الحكم الوارد في القانون الجديد من شأنه أن يزيل على أرض الواقع التفرقة بين نوعي الترقية: الأقدمية والاختيار، لصالح الترقية بالاختيار، وذلك على خلاف الظاهر. فإذا كان المشرع قد وسع في الظاهر من مجال الترقية بالأقدمية فاعتبرها السبيل الوحيد للترقي بالنسبة لكل المجموعات الوظيفية فيما عدا التخصصية، وهو ما يعني في الظاهر تمدد الترقية بالأقدمية على حساب تقلص الترقية بالاختيار، فإن الواقع أن الترقية في كل من الحالتين: بالاختيار وبالأقدمية، أصبحت تمنح للموظف بناءً على اعتبارات الكفاءة والجدارة. فدور الكفاءة التي تعسكها تقارير تقييم الأداء تحول في الترقية بالأقدمية من مجرد شرط مانع من استحقاق الترقية في حالة تدني مستوى أداء الموظف، إلى شرط مانح للترقية يؤدي إلى عدم ترقية الموظف إلا في حالة حصوله على مرتبة

كفاء على الأقل ؛ وهو ما يعني تجاوز الحاصلين على مراتب: ضعيف، متوسط، فوق متوسط.

وإنطلاقاً من الاعتبارات السابق بيانها، فإننا نرى أن الحكم الخاص بضرورة حصول الموظف على تقرير تقييم أداء في السنتين السابقتين على الترقية يبدو مبالغاً فيه، ولا يتفق مع طبيعة الترقية بالأقدمية وتميزها عن الترقية بالاختيار. فالفرض أننا لسنا بصدد ترقية تمنح للعامل كمكافأة عن همته غير العادية في أداء عمله الوظيفي، وإنما بصدد ترقية تمنح للعامل العادي أو فوق المتوسط الذي قضى مدد معينة في وظيفته. ومن ثم فنرى أنه كان من الأفضل أن يكتفي المشرع في الترقية بالأقدمية بمرتبة فوق المتوسط كدليل على جدية العامل في أداء عمله.

وأياً ما كانت نتيجة الإجابة عن التساؤل السابق من المنظور القانوني، فإن هناك منظوراً آخر يمكن من خلاله الإجابة عن التساؤل السابق، وهو ذو طبيعة اجتماعية، يرتبط بالمفهوم الأوروبي للوظائف العامة الذي يقوم على الدوام ؛ فليس من المعقول أن تعين الإدارة أحد الأشخاص لمدة طويلة، هي مدة الحياة الوظيفية للموظف العام التي يمكن أن تتأخر الأربعين عاماً، دون أي تغيير في مركزه القانوني. فذلك مما يتناقض مع جوهر الفلسفة العامة للمفهوم الأوروبي للوظيفة العامة الذي يعتنقه النظام القانوني المصري. ولذلك فيمكن القول بأن نظام الترقية بالأقدمية يفرض نفسه باعتباره ضرورة نابعة من صفة الدوام التي تميز الوظائف العامة وفقاً للمفهوم الأوروبي.

أما عن المنظور الثالث الذي يمكن من خلاله تقييم الحكم السابق الخاص بالتشديد في شروط منح الترقية بالأقدمية، فهو منظور إداري. فمن منظور اعتبارات الفاعلية في إدارة العنصر البشري، فإن الحكم الجديد يمكن أن يكون له أثر كبير في استنهاض همم الموظفين للفوز بالترقية بالأقدمية، وهو ما ينعكس في النهاية على مستوى أداء الجهاز الإداري للدولة للمهام المنوطة به. بعبارة أخرى فإن المشرع قد ابتغى من خلال الحكم محل التقييم، استخدام الترقية على أفضل نحو ممكن كأحد أبرز أدوات الثواب والعقاب.

ويبدو أن دافع المشرع في اشتراط حصول العامل على مرتبة كفاء في كل من السنتين السابقتين على الترقية هو النهوض بهمة الجهاز الإداري للدولة ؛ فقد لوحظ بحق انخفاض كفاءة هذا الجهاز بصفة خاصة في الفترة التي تلت ثورة 25 يناير 2011. فسيطرت على المشرع فكرة رفع كفاءة هذا الجهاز والنهوض به. ومن المنظور السابق فقد اتجه المشرع إلى إعادة صياغة آلية الترقية بما يكفل تحقيق الأهداف والسياسات التي ترنو الدولة إلى تحقيقها في مجال المرافق العامة⁽¹⁾. ولعل في مقدمة هذه الأهداف تلك المرتبطة بفاعلية وبكفاءة المرافق العامة في أدائها لخدماتها لجمهور المنتفعين.

(1) من الجدير بالذكر أن ظهور المبادئ الأساسية الحاكمة لسير المرافق يعد السبب الرئيسي في هجر فقه القانون العام للنظريات التعاقدية في تكييف علاقة الموظف بالإدارة، ورجحان كفة التكييف التنظيمي لهذه العلاقة. انظر، د. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 84.

ولكن يعن لنا في النهاية أن نلفت النظر إلى أن التشدد في المعايير القانونية قد يؤدي في الواقع إلى نتيجة عكسية، فتلجأ الإدارات إلى تطويع أحكام القانون على ما يجري عليه العمل. فيلجأ الرؤساء إلى تقييم أداء الموظف العادي بكفاء. على اعتبار أنه في حال تقييم أداء الموظف بمرتبة أقل من كفاء، فإن الرئيس الإداري يتجه إلى عقاب الموظف بحجب الترقية عنه، وهو ما سيكون له أثر على حسن العلاقة بين الرئيس والمرؤوس. وما سبق من شأنه أن يفضي إلى نتائج وخيمة على الدقة التي يتعين أن تكون عليها التقارير في تقديم صورة صادقة عن أداء الموظف الخاضع للتقييم. فكم نرى من درجات وتقديرات لا تناظر أبداً واقع الحال، ولا تعبر عن مستوى أصحابها!

الفصل الثاني

التوسعة من نطاق الترقية بالأقدمية

وسوف نتناول أولاً بيان نطاق الترقية بالأقدمية في القانون الجديد، ثم نحاول ثانياً تقييم النطاق المتسع للترقية بالأقدمية.

أولاً: النطاق المتسع للترقية بالأقدمية

اعتبار الترقية بالأقدمية السبيل الوحيد للترقي بالنسبة لكل لمجموعات الوظيفية ما عدا التخصصية. لعل أبرز الملاحظات التي تفرض نفسها من خلال مطالعة أحكام قانون الخدمة المدنية الجديد مقارنة بقانون نظام العاملين المدنيين السابق 47 لسنة 1978، تتمثل في أن الترقية بالأقدمية هي الطريق الوحيد للترقي بالنسبة لكل المجموعات الوظيفية ما عدا التخصصية. فالترقية بالنسبة للمجموعات الوظيفية: المكتبية، والفنية، والحرفية، والخدمية تكون كلها بالأقدمية. وتؤكد اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية هذا الحكم في مادتها 88، بنصها على أن "يرقى شاغلو الوظائف التخصصية بالاختيار في حدود النسب المبينة قرين كل مستوى مرقى إليه على النحو الوارد في الجدول رقم (1) المرافق للقانون، على أن يبدأ بالجزء المخصص للترقية بالاختيار...

وتكون الترقية لباقي الوظائف بالأقدمية".

والحكم السابق الخاص بقصر الترقية بالاختيار على الوظائف المنتمية إلى المجموعة الوظائف التخصصية، يأتي على خلاف القاعدة المقررة في قانون العاملين المدنيين السابق 47 لسنة 1978. فقد كانت الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون السابق تنص على أن " تكون الترقية إلى الوظائف الأخرى بالاختيار في حدود النسب الواردة في الجدول رقم (1) المرفق وذلك بالنسبة لكل سنة مالية على حدة، على أن يبدأ بالجزء المخصص للترقية بالأقدمية " .

ووفقا للجدول رقم 1 المرفق بقانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978 (1)، فإن نسب الترقية بالاختيار، مدير عام والدرجة العليا والدرجة الممتازة 100 %، الدرجة الثانية للأولى 60 %، الدرجة الثانية 50 %، الدرجة الثالثة 25 %، الدرجة الرابعة 20 %، الدرجة الخامسة 10 %، أما بالنسبة للدرجة السادسة فلا يوجد بها ترقية بالنظر لكونها أدنى المستويات الوظيفية وتشغل بالتعيين بنسبة 100 %.

فالقانون السابق كان يتيح إمكانية الترقية بالاختيار بالنسبة لكل المستويات الوظيفية، دون تفرقة بين المجموعات النوعية الرئيسية المختلفة: تخصصية، مكتبية، فنية، حرفية، خدمة معاونة. فالمعول عليه في التفرقة بالنسبة للترقية بالاختيار هو المستوى الوظيفي للعامل الذي على أساسه تتحدد نسب الترقية

(1) يراجع الجدول رقم 1 المرفق بالقانون رقم 47 لسنة 1978، المعدل بمقتضى القانون رقم 36 لسنة 1980، والقانون رقم 31 لسنة 1983.

بالاختيار مقارنة بالأقدمية. ويصد هذه النسبة، فإن الملاحظ بصفة عامة أن الترقية بالاختيار تتناسب عكسيًا مع قاعدة الهرم الوظيفي؛ فنسبة الترقية بالاختيار تقل كلما اتجهنا لقاعدة الهرم الوظيفي، وتتسع كلما اتجهنا لأعلى.

ثانيًا: تقييم الحكم السابق

في مقام تقييم الحكم السابق باعتبار الترقية بالأقدمية السبيل الوحيد للترقي بالنسبة لكل المجموعات الوظيفية فيما عدا مجموعة الوظائف التخصصية ؛ وبالتالي حرمان المجموعات الوظيفية الأخرى من الترقية، فإننا نرى هذا الحكم يبدو منتقدًا ويصعب تبريره. وذلك بالنظر أولاً إلى أن هذا الحكم يؤدي إلى التضيق بشدة من نطاق الترقية بالاختيار لحساب الترقية بالأقدمية، وهو ما يخل بقاعدة التناسب بين نوعي الترقية التي حرص المشرع في القوانين السابقة على إقرارها. ويهدر بالتالي الاعتبارات الإدارية التي يقوم عليها منح الترقية بالأقدمية السابق عرضها في المبحث الأول من هذا الفصل. وثانيًا فإن الحكم السابق بقصر الترقية بالاختيار على مجموعة الوظائف التخصصية يجعل من المؤهل الدراسي المطلوب لشغل الوظيفة هو المعيار المعول عليه ابتداءً في الترقية بالاختيار، كبديل عن المستوى الوظيفي الذي تحول من معيار وحيد إلى معيار إضافي. ذلك أنه من المعلوم أن الأساس في التفرقة بين مجموعة الوظائف التخصصية من جهة، وبين المجموعات الوظيفية الأخرى من جهة أخرى، يتمثل في المؤهل الدراسي المطلوب لشغل الوظيفة. فالمجموعة النوعيات للوظائف التخصصية تتطلب جميعها مؤهلاً علمياً جامعياً لشغلها، في حين أن مجموعة الوظائف الفنية والمكتبية تتطلب تأهيل علمي

متوسط أو أعلى من المتوسط، أما مجموعة وظائف الخدمة المعاونة فيكتفى بصددها بإتقان القراءة والكتابة.

هذا وقد يقال أنه مما قد يخفف من حدة الملاحظة السابقة، أن المستويات الثلاث الدنيا: الدرجة السادسة، والخامسة، والرابعة، كانت محجوزة لمجموعات الوظائف غير التخصصية: الفنية، والمكتبية، والحرفية والخدمة المعاونة. وهذه المستويات الثلاث باعتبار وقوعها في قاعدة سلم التدرج الوظيفي كانت الترقية بالاختيار فيها تتسم في الأساس بالضعف أو المحدودية، فهي كانت على النحو التالي: نسب الترقية 10 % من المستوى السادس إلى الخامس، 20 % من الخامس إلى الرابع، 25 % من المستوى الرابع إلى المستوى الثالث.

ولكن يرد على ما سبق بأن هذه النسبة ترتفع مع المستوى الوظيفي، والمستويات الثلاثة الأخرى: الثالثة، الثانية، الأولى تشترك فيها أغلب المجموعات الوظيفية كلها: التخصصية وغير التخصصية. ومن ثم فكلما ارتفع المستوى الوظيفي للعاملين بالمجموعات النوعية، كلما ارتفعت نسبة الترقية بالاختيار فيها.

والحقيقة أن هذا الحكم الذي أتى به قانون الخدمة المدنية الجديد بقصر الترقية بالاختيار فقط على مجموعة الوظائف التخصصية، وحرمان باقي المجموعات الوظيفية من هذه الإمكانية يبدو من العسير تبريره؛ فهو لا يتفق مع الاتجاهات العامة التي أخذ بها المشرع في قانون الخدمة المدنية. فإذا كان المشرع حريصاً على النهوض بكفاءة العامل وتحفيز همته للقيام بأعمال وظيفته، وخلق نوع من

أنواع المنافسة المحمودة بين الموظفين، فإن إغفال الترقية بالاختيار على أساس الكفاءة بالنسبة للمجموعات الوظيفية غير التخصصية يتناقض مع هذه الاعتبارات. علاوة على ما تقدم فإن الأساس الذي تقوم عليه التفرقة بين المجموعات الوظيفية، وهو المؤهل العلمي، يختلف عن الأساس الذي تقوم عليه التفرقة بين نوعي الترقية: الأقدمية والاختيار. فالترقية بالاختيار تقوم على أساس تمييز الموظفين على أساس الكفاءة والجدارة. ومن ثم فإن الحكم الخاص بالمغايرة بين الموظفين الخاضعين لهذا القانون على أساس المؤهل العلمي الذي هو الأساس في التفرقة بين مجموعة الوظائف التخصصية وغيرها من المجموعات التي لا يتطلب لشغل الوظائف بها المؤهل العالي، لا يبدو متماشياً مع المعيار الذي تقوم عليه التفرقة بين نوعي الترقية: الأقدمية والاختيار.

ويمكن المحاجة فيما سبق تأييداً للموقف السابق عرضه للمشرع في قانون الخدمة المدنية، بخشية المشرع من تدخل اعتبارات الوساطة والمحسوبية والمحاباة غير المبررة في الترقيات بالنسبة للمجموعات الوظيفية غير التخصصية. ويمكن الرد على ذلك أولاً بأنه لما كان من المفترض أن تتم الترقية وفقاً لمعايير موضوعية لا تسمح بتدخل مثل هذه الاعتبارات، فإنه لا يتعين أن يشكل هذا التخوف عائقاً أمام المجموعات الوظيفية غير التخصصية من الترقية بالاختيار. بعبارة أخرى فإن التخوف من تدخل الاعتبارات غير الموضوعية في الترقية بالنسبة للوظائف غير التخصصية كان يتعين أن يكون دافعاً أولاً للتشديد على موضوعية المعايير التي

يتم بناءً على أساسها الترقية بالاختيار في هذه المجموعات الوظيفية، ودافعًا ثانيًا لتدعيم آليات الرقابة والمتابعة في الترقية لمثل هذه الوظائف، ولكنه على العكس من ذلك لا ينهض مبررًا لحرمان هذه المجموعات الوظيفية من الترقية بالاختيار. كما أنه يمكن ثانيًا الرد على الحجة السابقة بأن الخشية من تدخل مثل هذه الاعتبارات لم تمنع المشرع من الأخذ بالترقية بالاختيار في نطاق ترقية الوظائف التخصصية.

وبالنظر إلى ما تقدم فإننا نرى أن هذا الحكم السابق قد يبدو من ناحية اعتبارات السياسة التشريعية غير موفق، كما أنه قد يبدو محل نظر من منظور قانوني بالنظر لتعذر تبريره من ناحية مبدأ المساواة ؛ إذا أنه يقيم تفرقة بين المجموعات الوظيفية من ناحية الترقية بالاختيار وذلك على أساس اعتبارات غريبة عنها وغير مبررة.

الغصن الثالث

إعادة صياغة قواعد الأقدمية على ضوء مبدأ الجدارة

جرت القوانين السابقة فيما يتعلق بتحديد الأقدمية بين من يرقون من نفس الدرجة الوظيفية، بالنسبة لحركة الترقيات الواحدة، على الاعتماد على تاريخ شغل الوظيفة السابقة، فإذا اتحد تاريخ شغل الدرجة المرقى منها، يجري حاليًا التفرقة بين الترقية الأولى والترقيات التالية. وفي هذا الشأن كانت تنص المادة رقم 24 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978 ، على أن "تعتبر الأقدمية في الوظيفة من تاريخ التعيين فيما إذا اشتمل قرار التعيين على أكثر من عامل اعتبرت الأقدمية كما يلي:

1. إذا كان التعيين لأول مرة اعتبرت الأقدمية بين المعينين بحسب الأسبقية في أولوية التعيين طبقاً لما ورد في المادة 18 من هذا القانون.
2. إذا كان التعيين متضمناً ترقية اعتبرت الترقية على أساس الأقدمية في الوظيفة السابقة.
3. إذا أعيد تعيين العامل في وظيفة من مجموعة أخرى في نفس درجته أو في درجة أخرى تحسب أقدميته في هذه الحالة من تاريخ إعادة تعيينه.

ومن المعلوم أن المادة 18 من قانون العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978⁽¹⁾، كانت تعتمد المسابقة كآلية للتعيين في الوظائف العامة. وقد ميزت بين نوعين من المسابقة، الأول بناءً على امتحان وفي هذه الحالة يكون التعيين في الوظائف التي تشغل بامتحان بحسب الأسبقية الواردة بالترتيب النهائي لنتائج الامتحان، وعند التساوي في الترتيب يعين الأعلى مؤهلاً، فالأقدم تخرجاً، فإن تساوى تقدم الأكبر سناً. والثاني المسابقة بدون امتحان في حالتين؛ الأولى إذا كانت الشهادة الدراسية أحد الشروط الواجب توفرها فيمن يشغل الوظيفة، فيكون التعيين طبقاً للمؤهل الأعلى، وعند التساوي في المؤهل تكون الأولوية للأعلى في مرتبة الحصول على الشهادة الدراسية، فالأقدم تخرجاً فالأكبر سناً. أما الحالة الثانية وفيها تكون الخبرة هي المطلوبة، فيكون التعيين طبقاً لمدد الخبرة، فيفضل صاحب المدد الأطول في الخبرة، وبناءً على هذه الأخيرة تتحدد الأقدمية.

وقد اتجه المشرع إجمالاً إلى إقرار القاعدة السابقة في المادة 22 من قانون الخدمة المدنية الجديد مع إدخال بعض التعديلات على تحديد الأقدمية بالنسبة للمعينين لأول مرة لتتماشى مع الآلية الجديدة للتعيين في الوظائف العامة التي جاء بها

(1) يراجع نص المادة 18 من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978، التي تحدد آلية التعيين في الوظائف العامة التي كانت خاضعة لهذا القانون.

لمزيد من التفصيل حول آلية التعيين في القانون رقم 47 لسنة 1978، يراجع د. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 84.

القانون رقم 81 لسنة 2016⁽¹⁾. فقد نصت المادة 22 على أنه " تعتبر الأقدمية في الوظيفة من تاريخ شغلها، فإذا اتحد تاريخ شغل الوظيفة لأكثر من موظف اعتبرت الأقدمية وفقاً لما يأتي:

1. إذا كان شغل الوظيفة لأول مرة اعتبرت الأقدمية بحسب الأسبقية في التعيين طبقاً لما ورد في المادة (12) من هذا القانون .

2. إذا كان شغل الوظيفة بطريق الترقية اعتبرت الأقدمية على أساس الأقدمية في الوظيفة السابقة.

ووفقاً لنص المادة 12 المحددة لآلية التعيين في الوظائف العامة⁽²⁾، فإن جميع الوظائف تشغل كقاعدة عامة⁽¹⁾ بمسابقة عن طريق امتحان مركزي ينفذه الجهاز

(1) لمزيد من التفصيل حول آلية التعيين بقانون الخدمة المدنية الجديد، انظر د.محمد أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، الوظيفة العامة: دراسة الأصول العامة والتحليلية لقانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016، دار النهضة العربية، 2019.

(2) تنص المادة رقم 12 من قانون الخدمة المدنية المحددة لآلية التعيين في الوظائف العامة، على أن " يكون التعيين بموجب قرار يصدر من رئيس الجمهورية أو من يفوضه، على أساس الكفاءة والجدارة، دون محاباة أو وساطة من خلال إعلان مركزي على موقع بوابة الحكومة المصرية متضمناً البيانات المتعلقة بالوظيفة وشروط شغلها على نحو يكفل تكافؤ الفرص والمساواة بين المواطنين.

وفي جميع الأحوال يشترط لشغل الوظائف أن تكون شاغرة وممولة .
ويكون التعيين في تلك الوظائف بامتحان ينفذه الجهاز من خلال لجنة للاختيار، ويشرف عليه الوزير المختص، على أن يكون التعيين بحسب الأسبقية الواردة في الترتيب النهائي لنتيجة

المركزي للتنظيم والإدارة ويشرف عليه وزير التخطيط، وفقاً للإجراءات المحددة في المادة 12 والتي تنتهي بصدور قرار بالتعيين من رئيس الجمهورية أو من يفوضه. وتكون الأولوية في التعيين، والتي تتحدد بناءً عليها الأقدمية بين من يعنون لأول مرة، بحسب الأسبقية الواردة في الترتيب النهائي لنتيجة الامتحان، وعند التساوي يقدم الأعلى في مرتبة الحصول على المؤهل المطلوب لشغل الوظيفة، فالدرجة الأعلى في ذات المرتبة، فالأعلى مؤهلاً، فالأقدم في التخرج، فالأكبر سناً .

من الجدير بالذكر أن المشرع قد اتجه في القانون الجديد إلى إعادة صياغة القواعد المتعلقة بتحديد الأقدمية، لاسيما بالنسبة للمعينين لأول مرة، لتتماشى مع الآلية الجديدة للتعيين في الوظائف العامة. مدخلاً في هذا المجال عناصر تتعلق بالكفاءة

الامتحان، وعند التساوي يقدم الأعلى في مرتبة الحصول على المؤهل المطلوب لشغل الوظيفة، فالدرجة الأعلى في ذات المرتبة، فالأعلى مؤهلاً، فالأقدم في التخرج، فالأكبر سناً .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد الإعلان عن الوظائف الشاغرة وكيفيته، وتشكيل لجنة الاختيار وإجراءات انعقاد الامتحان وكيفيته وقواعد المفاضلة، على أن يكون الإعلان خلال شهري يناير ويونيو من كل سنة عند الحاجة، وألا تقل مدة الإعلان والتقديم عن شهر، وتعلن النتيجة على الموقع الإلكتروني المشار إليه بالفقرة الأولى من هذه المادة"

(1) يستثني من القاعدة السابقة الوظائف المحجوزة لذوي الاحتياجات الخاصة وللمصابين في العمليات الحربية ومصابي الثورة والمحاربين القدماء ومصابي العمليات الأمنية وذلك وفقاً لنص المادة 13 من قانون الخدمة المدنية، وكذلك التعيين في التخصصات النادرة بعقود وفقاً للقواعد التي جاءت بها المادة 16 من قانون الخدمة المدنية، وأخيراً شغل الوظائف القيادية والوظائف ذات الطبيعة الخاصة التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة 21 من قانون الخدمة المدنية. والجهات ذات الطبيعة الخاصة التي أشارت إليها المادة السابقة، هي وفقاً لتحديد قرار رئيس الجمهورية رئاسة الجمهورية، ورئاسة مجلس الوزراء .

والتميز المرتبطة بالوظيفة التي يجري التعيين عليها. فالأسبقية في جميع الحالات أصبحت للترتيب الوارد بنتيجة الامتحان وهو ما يتحدد على أساس الدرجات الحاصل عليها كل مرشح، ثم للأعلى في المؤهل المطلوب لشغل الوظيفة كبديل عن المؤهل التي وردت مطلقة في القانون السابق، ثم الأعلى في مرتبة الحصول على المؤهل المطلوب لشغل الوظيفة، ثم لمجموع درجات الحصول على هذا المؤهل، ثم الأعلى مؤهلاً في المطلق، فالأقدم في التخرج، فالأكبر سنًا.

خاتمة الفصل الثاني

يتضح من مجمل دراستنا للتنظيم الذي جاء به المشرع الجديد للترقية من منظور فاعلية نظام تقويم الأداء، اتجاه المشرع إلى إدخال تغييرات واسعة على الآثار التي تنتجها تقارير تقويم الأداء على الترقية بنوعيتها: بالأقدمية وبالاختيار. وتستهدف هذه التغييرات تحقيق التكامل بين آلية تقويم الأداء وآلية الترقية، في سبيل تعضيد الاعتبارات المتصلة بالفاعلية في إدارة العنصر البشري بالوحدات الخاضعة لقانون الخدمة المدنية الجديد.

فعلى خلاف مسلك المشرع السابق في اتجاهه إلى التمييز بوضوح بين نوعين من الترقية: بالأقدمية وبالاختيار، وترسيم الحدود بينهما بناء على معادلة تقوم على المزج بين اعتبارات الأقدمية والكفاءة بنسب متفاوتة وفقاً لنوع الترقية، فإن المشرع الجديد في سبيل تحقيق الأهداف المرتبطة بفاعلية إدارة العنصر البشري قد اتجه إلى إعادة تعيين الحدود بين نوعي الترقية : بالأقدمية والاختيار، مع انحيازه الواضح لاعتبارات الكفاءة التي تعكسها تقارير تقويم الأداء في كل من نوعي الترقية، ولو على حساب اعتبارات الأقدمية.

هذا الاتجاه الجديد يمكن على ضوءه قراءة التغييرات التي أدخلها المشرع على القواعد القانونية الحاكمة لنوعي الترقية. ففي مجال الترقية بالاختيار، نلاحظ اتجاه المشرع إلى التوسعة من نطاقها بالنسبة لمجموعة الوظائف التخصصية، وتقرير الحكم الخاص بالبدأ بالنسبة المخصصة للترقية بالاختيار، وتقرير مبدأ الاستكمال.

أما في مجال الترقية بالأقدمية، فيتكامل الحكم الخاص باعتبارها السبيل الوحيد للترقي بالنسبة للمجموعات الوظيفية فيما عدا المجموعة النوعية للوظائف التخصصية مع الحكم الخاص بضرورة تقويم أداء الموظف بمرتبة كفاء في السنتين السابقتين على الترقية، في تغيير ملامح الترقية بالأقدمية ناحية اعتبارها ترقية تتم في الواقع بناء على اعتبارات الكفاءة. وتظهر الملاحظة السابقة أيضاً بوضوح من خلال الأحكام الخاصة بإعادة تشكيل قواعد الأقدمية بناء على اعتبارات نابعة من الكفاءة والجدارة .

خاتمة الدراسة

تطوير نظام قياس الأداء كأحد أدوات إصلاح الجهاز الإداري للدولة. يتضح من العرض السابق لنظام تقويم الأداء الذي جاء به قانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016، أن المشرع قد ابتغى إحداث نقلة نوعية هامة في مجال قياس أداء العاملين المدنيين بالدولة، بالانتقال بهذا النظام من نظام إجرائي تسيطر عليه السمة الروتينية إلى نظام فني يتسم بالفاعلية. على اعتبار أن تطوير نظام قياس الأداء يعتبر أحد أهم أدوات إصلاح الجهاز الإداري للدولة الذي يتبدا باعتباره ضرورة تفرض نفسها، وذلك بالنظر إلى الظروف والمتغيرات سواء المحلية أو حتى العالمية السابق الإشارة إليها.

وهكذا فإن المشرع أمام الضرورة السابقة، لم يجد بداً من الاستفادة من النظم الإدارية الحديثة المتبعة في القطاع الخاص في عملية تحديث الجهاز الإداري للدولة. وتهدف هذه السياسة الجديدة للإصلاح إلى تحقيق أقصى استفادة ممكنة من العنصر البشري في سبيل تحقيق النهوض بأعباء الجهاز الإداري للدولة وإدارة المرافق العامة.

هذه الفلسفة الجديدة في إدارة العنصر البشري تعبر عن نفسها بوضوح من خلال قراءة النظام الجديد لتقويم الأداء في ضوء العديد من المستجدات الأخرى التي استحدثها القانون الجديد، لاسيما المتعلقة بإدارة الموارد البشرية. وفي مقدمة هذه المستجدات يأتي استحداث لجنة للموارد البشرية بكل وحدة من الوحدات المخاطبة

بقانون الخدمة المدنية، تهيمن على العمليات الإدارية المختلفة من تعيين وترقية ونقل وندب وإعارة، وتقييم أداء، هذا فضلاً بطبيعة الحال عن التدريب. وغني عن البيان أن نظام تقويم الأداء يعد بمثابة الموجه الرئيسي للجنة الموارد البشرية في اتخاذ الإجراءات المنوطة بها التي تستهدف تحقيق أفضل استفادة ممكنة من العنصر البشري. على اعتبار أن تقويم الأداء هو نظام يتجاوز في أهدافه مجرد تقييم أداء العاملين بالجهاز الإداري للدولة، إلى محاولة الوقوف على مواطن القوة والضعف في أداء كل من العاملين بالجهاز الإداري على حدة، بغرض تعضيد نقاط القوة ومعالجة أوجه الضعف والقصور. هذا علاوة على تنمية مهارات وقدرات العاملين بالجهاز الإداري للدولة، بما ينعكس في النهاية على مستوى الأداء الكلي للمرافق العامة من الناحية الكمية والكيفية. على اعتبار أن العنصر البشري الذي تستخدمه الإدارة هو الثروة الحقيقية والركيزة الأساسية لعملية التنمية.

وما سبق إنما يعبر عن وعي المشرع الجديد بأن إدارة العنصر البشري هي بالقدر الأول عملية فنية يتعين أن تتأسس على دعائم عملية. ومن هذا المنظور فقد حرص المشرع على أن يجعل للعنصر الفني في إدارة الموارد البشرية الغلبة في التشكيل بالمقارنة بالعناصر الأخرى، سواء العناصر القانونية أو النقابية أو حتى الإدارية.

أما عن وسيلة المشرع في إحداث هذا التحول، فعلى العكس من المشرع الفرنسي الذي اتجه إلى القطيعة مع نظام التقييم بالدرجات الذي كان يشكل أحد أهم معالم

نظام الوظيفة العامة في فرنسا، فقد اتجه المشرع المصري الجديد إلى الاستفادة من الخبرة المصرية التي تشكلت عبر قوانين التوظيف المتعاقبة. وفي هذا الإطار يمكن القول بأن المشرع الجديد قد اتجه في تشكيل ملامح النظام الجديد إلى الاستفادة من التجربة المصرية في مجال قياس الكفاية التي تناهز الخمسة وستين عامًا، نحو تشكيل ملامح لنظام تقويم الأداء يهدف إلى تحقيق اعتبارات الواقعية والدقة والفاعلية. وقد انعكست الفلسفة السابقة على العناصر الأساسية لنظام تقويم الأداء، وهو ما يظهر من خلال دراسة العناصر الأساسية للنظام الجديد سواء الموضوعية أو الإجرائية.

وفيما يتعلق بمحل القياس، فيظهر تعميم تطبيق نظام تقويم الأداء بإخضاع شاغلي وظائف الإدارة العليا، مثلهم في ذلك من حيث الأصل مثل باقي الموظفين، مع التحفظ بطبيعة الحال لما توجبه أعمال الوظائف المكلفين بها من خصوصية. وكذلك الحال بالنسبة لجعل الأصل في الخضوع لنظام تقويم الأداء هو الأداء الفعلي، بالعمل بالوحدة مدة ستة أشهر على الأقل، والتضييق من نطاق تطبيق الأداء الحكمي. وهو ما سينعكس بالتالي على الترقية بالنسبة للمعارين والحاصلين على إجازات فيما عدا إجازة رعاية الطفل.

أما من ناحية عملية القياس، فيظهر بالنسبة للنص على إجراء القياس مرتين في العام، وهو ما يشكل ضمانة هامة لعنصر الواقعية في عملية القياس. وكذلك

حرص المشرع على اعتبارات الدقة في القياس بالاحتفاظ بخمسة مراتب لتحديد مستوى الأداء.

أما عن النظام الإجرائي للقياس، فيظهر اتجاه المشرع إلى إحاطة عملية القياس بالعديد من الضمانات، سواء في عملية إعداد التقارير أو إعلانها أو التظلم منها، بما يكفل أداء عملية القياس لدورها باعتبارها عملية إدارية فنية تهدف إلى تحديد مدى كفاءة الموظف في نهوضه بواجبات وظيفته، بما يمكن الإدارة من الاستفادة منه على النحو الأمثل. وفي هذا الإطار يظهر اتجاه المشرع إلى تبني نظام إجرائي جديد يفسح المجال للرقمنة التي بدأت تغزو المجال الإداري. وفي هذا الإطار تتبدا أهمية الدور الذي يمكن لأدوات العصر الحديث أن تلعبه في تحقيق التبسيط الإجرائي، دون إغفال لفكرة الضمان التي تهيمن على النظام الإجرائي لعملية تقويم الأداء. وكذلك أهمية هذه الأدوات في خلق مناخ من الشفافية بما يؤدي إليه من تدعيم الثقة في عملية الإدارة.

التحول بنظام قياس الأداء من نظام روتيني إلى نظام فعال. أما عن أبرز مظاهر تطوير نظام قياس الأداء في القانون الجديد، فتتبدأ من خلال دراسة الآثار التي ترتبها تقارير تقويم الأداء في حياة الموظف المهنية. وفي هذا الإطار يظهر حرص المشرع على تدعيم العلاقة بين عنصر الجدارة والتميز الذي تظهره تقارير تقويم الأداء والترقية بنوعيتها، سواء بالأقدمية أو بالاختيار. وفي هذا الإطار يظهر إعادة تنظيم المشرع للتقسيمات الوظيفية، بما يؤدي إلى خلق درجات وظيفية خالية تتيح

إمكانية أكبر للترقية، مع توثيق الرابط بين الترقية بنوعيتها وتقارير تقييم الأداء. وفي هذا الإطار تظهر ملاحظة تراجع المكانة التقليدية لقاعدة الأقدمية في مواجهة اعتبارات الكفاءة، سواء في مجال الترقية بالاختيار وهي المجال الطبيعي لتغليب اعتبارات الكفاءة، أو حتى الترقية بالأقدمية وهي ما كانت تعتبر المجال التقليدي لتغليب اعتبارات الأقدمية.

الاقتراحات البحثية. في نهاية خاتمة هذه الدراسة، وفي مقام اقتراح موضوعات بحثية على الطريق الذي خاضت هذه الدراسة غماره، فإننا نبادر إلى التأكيد على أن التغييرات التي لحقت بنظام قياس مستوى أداء العاملين في قانون الخدمة المدنية الجديد إنما تعبر عن اتجاه إصلاحي يبدو بارزاً في سلسلة القوانين التي صدرت في أعقاب ثورة 30 يونيو 2013، والتي تعكس تبني رؤية للتنمية الاجتماعية والاقتصادية تتسم بالاستدامة وتقوم على الاستفادة من معطيات العصر. ومن هذا المنظور فمن المفترض أن يؤرخ تبني قانون نظام الخدمة المدنية للتجربة المصرية في اللحاق بركب الحوكمة. على اعتبار أن قانون الخدمة المدنية يعد أول القوانين التي تناولت بالتحديث أحد أنظمة القانون الإداري التقليدية، وهو مجال الوظيفة العامة. هذا الاتجاه الإصلاحي يمكن أن نلمحه بوضوح في إعادة صياغة المشرع للعديد من الآليات الأخرى لنظام الوظيفة العامة، لاسيما الآلية الجديدة للتعين في الوظائف العامة التي ابتغى المشرع الجديد من وراء تبنيها تحقيق العديد من الأهداف التي توجبها الإدارة الرشيدة. فبهذه عملية التعيينات بالجهاز الإداري للدولة، فقد تبني المشرع الجديد نظاماً للمسابقات يتسم

بالسمة المركزية، ويهدف إلى تلبية الاحتياجات الفعلية للجهاز الإداري للدولة، مع كفاءة مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص في استهدافه تعيين الأجر . على اعتبار أن تعيين الأجر من شأنه تحقيق المصلحة العامة في تعيين أفضل العناصر بما يكفل رفع كفاءة الأداء بالجهاز الإداري للدولة، وتحقيق مصلحة المواطنين الراغبين في الالتحاق بركب الوظيفة العامة على اعتبار أن تولى الوظائف العامة هي أحد حقوق المواطنة التي يتعين على الدولة أدائها لصالح المواطنين إنطلاقاً من مبدأ تعيين الأجر والأداء. ومن أجل تحقيق هذا الغرض فقد حاول المشرع تنظيم آلية التعيين بما يكفل الاستفادة من أدوات العصر في الإعلان عن الوظائف والتقدم للمسابقة وإجراء المسابقات وإعلان النتائج، وبما يراعي تحقيق مبادئ الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص.

كذلك يندرج في الإطار السابق الإصلاحات التي استحدثها المشرع على آلية الترقيات في الوظيفة العامة، والذي اقتصر هذه الدراسة على تناوله فقط في الحدود التي يتقاطع فيها مع نظام تقويم الأداء. هذه الآلية الجديدة للترقيات تقوم على تحبيذ اعتبارات الجدارة في مواجهة اعتبارات الأقدمية، بما يمكن أن يلعبه ذلك من أثر في رفع كفاءة الأداء بالجهاز للإداري للدولة.

أما خارج نطاق الوظيفة العامة، فإننا يمكن أن نلاحظ هذا الاتجاه المتنامي في القانون العام المصري نحو تبني نظم إدارية تعكس اتجاهات إصلاحية للجهاز الإداري للدولة في العديد من القوانين التي حملت لواء الإصلاح التشريعي الصادرة

في أعقاب ثورة 30 يونيو 2013. ويندرج في هذا الاتجاه الجديد، قانون التعاقدات الحكومية الجديد رقم 182 لسنة 2018، الصادر في 3 أكتوبر 2018، بما انطوي عليه من أحكام مستحدثة تهدف إلى تدعيم حوكمة الصفقات العامة في مصر.

وفي هذا الإطار يعين لنا أن نلفت الأنظار إلى تبني المشرع الفرنسي مؤخرًا لقانون جديد للصفقات العمومية، يقوم على تدعيم المنافسة والشفافية، ويدعم تكافؤ الفرص، ويفسح مجالًا واسعًا لأدوات العصر التي أفرزتها الثورة التكنولوجية في عملية الإعلان عن الصفقات وتقديم العروض وإجراء المفاوضات. فابتداءً من أول فبراير 2016، تم استبدال قانون الصفقات العامة 2016 بقانون الصفقات العامة لسنة 2006. فبمقتضى المرسوم بقانون رقم 899 لسنة 2015، الصادر في 23 يوليو 2015، والمتعلق بالصفقات العمومية⁽¹⁾، فقد تم إلغاء قانون الصفقات العامة الصادر سنة 2006. وعلاوة على ذلك، فقد تمت إضافة مواد جديدة لقانون الصفقات العامة الصادر بالمرسوم بقانون 899 لسنة 2015، بمقتضى المرسوم رقم 360 و361 لسنة 2016⁽²⁾.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est publiée au JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602, texte n° 38. ⁽¹⁾

⁽²⁾Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

وقد تم استبدال قانون الصفقات العامة الفرنسي مراعاة لتوجيهات الاتحاد الأوروبي والتي فرضت على فرنسا تطوير قانون الصفقات العامة ليتماشى مع توجيهات الاتحاد، لاسيما التوجيهات التي تطالب بقدر أكبر من الشفافية وحرية الدخول للصفقات العامة والمساواة بين المتقدمين لهذه الصفقات.

هذه التطورات الحديثة التي يموج بها القانون المقارن والتي يجمعها الاتجاه نحو حوكمة النظم والأجهزة الإدارية بالاستعانة بالعديد من النظم المتبعة في القانون الخاص، وتطويعها لتتماشى مع القانون العام، والتي أخذت تغزو النظام القانوني المصري، تفتح مجالاً للبحث في العديد من الموضوعات التي تتميز بالحدثة والثراء، سواء من وجهة نظر القانون الوطني أو حتى القانون المقارن.

توصيات الدراسة

1. لعل أول التوصيات التي يمكن اقتراحها في نهاية هذه الدراسة، التوصية بتطعيم النظام المصري لتقويم الأداء بالمقابلة المهنية، بما يجمع بين مزايا النظام الحالي ونظام المقابلة المهنية. والحقيقة أن الاقتراح بتطعيم النظام المصري لقياس الأداء بالمقابلة المهنية ليس جديداً، فقد نادى به بعض الفقه منذ زمن⁽¹⁾. وما يدفعنا إلى

de défense ou de sécurité. Sont publiés JORF n°0074 du 27 mars
2016 texte n° 28.

(1) يراجع بالعربية بصدد مقابلات التقدير، د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 87.

تعزید هذا الرأي المعطیات الجديدة في الحالة المصرية التي تكشف عن رغبة
المشرع في تحديث وتطوير نظام قياس مستوى أداء العاملين بالجهاز الإداري
للدولة. هذا الاقتراح يمكن أن يخلص نظام قياس أداء الموظفين في القانون
المصري من السمة البيروقراطية المحضة التي تميزه ؛ فعلمية تقييم الأداء تتم من
خلال دورة مستندية تبدأ بالنماذج التي توزعها لجنة الموارد البشرية على الإدارات،
وتنتهي بعرض اللجنة للتقارير على السلطة المختصة لاعتمادها. في حين أن
الاتجاهات الحديثة في عملية تقييم الأداء تتجه إلى التخفيف قدر الإمكان من
السمة البيروقراطية نحو إتاحة فرصة أكبر للتفاعل البشري، بما يتيح ذلك للموظف
من فرصة للتعبير عن نفسه، وخلق إمكانية للتواصل بين المستويات المختلفة في
الإدارة.

أما عن اللحظة التي تتدخل فيها المقابلة، فنرى أن تدخل المقابلة المقترحة في
أعقاب إجراء عملية القياس الثاني النصف سنوي، وقبل أن تنتهي لجنة الموارد
البشرية من إعداد التقرير السنوي لعرضه على السلطة المختصة لاعتماده . ونقترح
أن تتم المقابلة بواسطة أحد أعضاء لجنة الموارد البشرية من الخبراء في مجال
الموارد البشرية. هذا وإذا كان من الصعب إجراء المقابلة المهنية بين جميع موظفي
الوحدة كل على حدة، والمسؤولين عن إدارة العنصر البشري، فعلى الأقل نوصي
بأن تكون المقابلة بالنسبة للموظفين الذين تكشف التقارير المرفوعة من الرؤساء أن
مستوى أدائهم أقل من فوق المتوسط.

والاقتراح السابق يبدو أكثر توافقاً مع روح الفلسفة التي يقوم عليها نظام تقويم الأداء الذي يتعدى مجرد اعتباره نظام لقياس كفاية الأداء نحو اعتباره نظاماً يهدف إلى التعرف على قدرات الموظف الحقيقية، وصولاً إلى تحديد مواطن القوة لتعويضها ومواطن الضعف لعلاجها. هذه المقابلة المقترحة سيكون لها الفضل في تمكين الجهة المسؤولة عن عملية إدارة العنصر البشري " لجنة الموارد البشرية"، من الأخذ في اعتبارها ما تكشف عنه المقابلات في العمليات الإدارية المختلفة التي تقدم عليها، من اعتماد تقارير الرؤساء والترقية والنقل والندب والحاجة إلى التدريب.

2. لعل من أبرز التوصيات التي يمكن أن تخرج بها هذه الدراسة تتمثل في ضرورة إتاحة المجال لتدخل لجنة جماعية في عملية تقويم أداء شاغلي وظائف الإدارة العليا وكذلك وظائف الإدارة الإشرافية، بما يعمل على ضمان اعتبارات الموضوعية في التقويم. فإذا كان المشرع في القانون الجديد قد خطى خطوة هامة على طريق ضبط نظام قياس الأداء بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا، بتوحيد النظام الذي يخضع له كافة العاملين بالوحدة مع الأخذ في الاعتبار ما توجبه وظائف الإدارة العليا من اختلاف في معايير التقويم، فإن النظام الجديد ما يزال في وجهة نظرنا بحاجة إلى ضمانات أكثر للموضوعية بالنسبة لتقويم شاغلي وظائف الإدارة العليا. وتتبع هذه الحاجة من ملاحظة سيطرة الرؤساء الإداريين على عملية إعداد التقارير والتظلم منها، النابعة من خلو القانون من النص على ضرورة تدخل لجنة جماعية يمكنها ممارسة الرقابة على تقدير الرؤساء، بما يسهم في توفير ضمانة الموضوعية في التقدير، سواء بالنسبة لعملية إعداد التقارير واعتمادها أو حتى النظم منها.

ونقترح لمعالجة هذه الثغرة إما النص على اختصاص لجنة الموارد البشرية باعتماد تقارير تقييم أداء شاغلي وظائف الإدارة العليا ووظائف الإدارة الإشرافية، وهو ما يحقق المساواة بين جميع الموظفين الخاضعين للقانون، وهو ما يبدو أكثر اتساقاً مع الاتجاهات الجديدة التي تبناها المشرع في قانون الخدمة المدنية بالنظر إلى عملية تقييم الأداء على أنها عملية فنية متخصصة، وإما بإعادة النص على اختصاص لجنة الوظائف القيادية باعتماد تقارير تقييم الأداء التي يقدمها الرؤساء المباشرين عن شاغلي وظائف الإدارة العليا، وهو ما من شأنه توفير ضمانات تدخل لجنة جماعية ذات خبرة ودراية في المسائل المتعلقة بالوظائف القيادية، كما كان عليه الحال في ظل القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015.

3. الاقتراح بإعادة النص على الترقية بالاختيار بالنسبة للمجموعات الوظيفية غير التخصصية. فالحقيقة أن الحكم الخاص بقصر الترقية بالاختيار على الوظائف التخصصية ؛ وبالتالي حرمان كافة المجموعات الوظيفية الأخرى من الترقية بالاختيار، يبدو غير مفهوم، لاسيما وأنه يتناقض مع الاتجاهات الحديثة التي تبناها المشرع الجديد في التعظيم من دور الترقيات وإتاحة الفرصة أمام الكفاءات للترقي بالاختيار، بما ينعكس في النهاية على مستوى الأداء الكلي.

4. الاقتراح بالتخفيف من حدة الأثر المانع لتقارير تقييم الأداء على الترقية بالأقدمية، بالنزول بمرتبة الأداء التي تطلبها لاستحقاق الترقية بالأقدمية إلى مرتبة فوق المتوسط كبديل عن مرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية

بالأقدمية. فالحقيقة أن تطلب الحصول على مرتبة كفاء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية يبدو مغالاً فيه إلى درجة كبيرة، كما أن من شأنه أن يزيل إلى حدٍ بعيد الحدود بين الترقية بالأقدمية والترقية بالاختيار، على النحو السابق بيانه في صلب هذه الدراسة.

5. الاقتراح بتقديم المؤهل الدراسي كمعيار تكميلي يلجأ إليه في حالة فض التزامم بين المستحقين للترقية بالاختيار في حالة التساوي في مرتبة تقويم الأداء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية، كبديل عن الاعتماد بمعيار درجات تقويم الأداء في الثلاث سنوات السابقة مباشرة على الترقية الذي أخذ به المشرع الجديد، وكبديل عن معيار الأقدمية في الدرجة الذي كانت تأخذ به القوانين السابقة.

وفي وجهة نظرنا فإنه عند مقارنة معيار المؤهل الأعلى بمعيار الأقدمية الذي أخذت به القوانين السابقة، أو حتى بمعيار درجات تقويم الأداء الذي أخذ به المشرع الحالي، فإن كفة معيار المؤهل الأعلى سترجح. فهو من ناحية يعد، مثله مثل الأقدمية ومعيار درجات تقويم الأداء، معياراً موضوعياً متصلاً بالوظيفة؛ إذا أن الفرض أن المؤهل الأعلى متصل بطبيعة العمل طبقاً لما تقرره السلطة المختصة بناءً على اقتراح لجنة الموارد البشرية. وهو من ناحية أخرى يفضل عن معيار الأقدمية باعتباره أكثر تعبيراً عن عناصر التميز والجدارة التي تقوم عليها الترقية بالاختيار، فهو يبدو من هذا المنظور أكثر تماشياً مع طبيعة الترقية بالاختيار. ويفضل كذلك عن معيار درجات تقويم الأداء في السنوات الثلاث

السابقة على الترقية بالاختيار باعتباره يعد أكثر دلالة في إظهار عوامل التميز والجدارة. ونرى أن الأولى بالمشرع الارتقاء بهذا المعيار إلى اعتباره معيارًا تكميليًا يلجأ إليه في حالة التساوي في مراتب تقويم الأداء في السنتين السابقتين مباشرة على الترقية بالاختيار.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولاً: المعاجم

- معجم الرائد، جبران مسعود، بيروت، دار العلم للملايين، 2013، المجلد الثاني.
- معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عمر، القاهرة 2008، عالم الكتب، المجلد الثاني، مادة قوم .
- معجم الغني الزاهر، د. عبد الغني أبو العزم، مؤسسة الغني للطباعة والنشر ، طبعة 2010، مادة قوم.
- معجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون : "، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ج 2، ط 4، ، 2004 .

ثانياً: المراجع العامة

- د. أنور أحمد رسلان، الوسيط في القانون الإداري، ج 2، الوظيفة العامة، القاهرة دار النهضة العربية.
- د. حسن توفيق، الإدارة العامة، القاهرة ، دار النهضة العربية، 1988.

د. رمضان محمد أحمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

د. سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1989.

مبادئ علم الإدارة العامة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1980.

د. عبد الغني بسيوني عبد الله: النظرية العامة للقانون الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.

أصول علم الإدارة العامة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2006.

د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 249.

د. محمد فؤاد مهنا، سياسة الوظائف وتطبيقاتها في ضوء مبادئ علم التنظيم الإداري، القاهرة، دار المعارف، 1967.

د. محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2012.

د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول دعوى الإلغاء، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1979.

الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،
1987.

ثالثاً: المراجع المتخصصة

د. السيد إبراهيم محمد، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم 46
لسنة 1964، الإسكندرية، دار المعارف، 1966..

-أحمد صقر عاشور: إدارة القوى العاملة : الأسس السلوكية وأدوات البحث
التطبيقي، بيروت، الدار الجامعية، 1986.

إدارة الأفراد، بيروت، دار النهضة العربية، 1983.

د. أنور أحمد رسلان، تقارير الكفاية: دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون
المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، القاهرة، دار النهضة العربية،
1988.

-د. سامي الطوخي، النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، القاهرة، دار
النهضة العربية، 2014.

-م. سمير صادق، تقارير الكفاية والرقابة القضائية عليها، القاهرة، دار الكتب،
طبعة 1978.

- د. سيد محمد جاد الرب، استراتيجيات تطوير وتحسين الأداء: الأطر المنهجية والتطبيقات العلمية، القاهرة، دار السحاب، 2009.
- د. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 84.
- د. عبد الحميد حشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام القانوني الفرنسي، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة، 1974.
- د. عاطف محمد عبيد، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
- د. عصمت عبد الله الشيخ، الطبيعة القانونية لترقية الموظف العام بين الحق والواجب، القاهرة ، دار النهضة العربية، 2000.
- د. على السلمي، ود. ساطع رسلان، تحديد حجم القوى العاملة، القاهرة، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، 1977، 163.
- د. فاروق عبد البر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، القاهرة، عالم الكتب، 1983.
- د. كامل بربر، إدارة الموارد البشرية، بيروت، المؤسسة الجامعة للطبع والنشر والتوزيع، 1997.

د. محمد أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، الوظيفة العامة: دراسة الأصول العامة والتحليلية لقانون الخدمة المدنية الجديد رقم 81 لسنة 2016، دار النهضة العربية، 2019.

د. محمد حافظ حجازي، إدارة الموارد البشرية، الإسكندرية، دار الوفاء للنشر والتوزيع، 2005.

د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظام القانوني للوظيفة العامة: دراسات في القانون الفرنسي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2018.

د. محمد سعيد أنور سلطان، إدارة الموارد البشرية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003.

د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.

د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.

د. محمد يسري منصور، التنظيم الإداري كأساس لتقييم الأداء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970.

-د. نبيلة إسماعيل رسلان، الحوافز في قوانين العاملين بالحكومة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

رابعًا: رسائل الدكتوراه

-د. أحمد على إبراهيم متولي، القرارات الإدارية السلبية، الإسكندرية، دار الفتح للطبع والنشر والتوزيع، 2020.

-د. إسماعيل زكي، ضمانات الموظفين في التعيين والترقية والتأديب، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، قدمت ونوقشت بجامعة فؤاد الأول " القاهرة"، 1936.

-د.حمدي أمين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة: دراسة الأصول العامة للتنمية الإدارية وتطبيقاتها المقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، قدمت ونوقشت بجامعة القاهرة، 1966.

-د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، نوقشت بجامعة عين شمس، 1972.

-د. ميادة عبد القادر أحمد، سياسة الدولة في مصر نحو خصخصة المشروعات مشروعات المرافق العامة: المشكلات والتنظيم القانوني الأمثل، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، قدمت ونوقشت بجامعة الإسكندرية، 2011.

خامسًا: المقالات والأبحاث

د. أنور رسلان، تقارير الكفاية، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، السنة 52، 1982، ص 200.

د. صبري جبلي أحمد عبد العال، الأجور الحافزة ودورها في تحقيق الرضاء الوظيفي لدى الموظف العام في النظامين الإداري الوضعي والشريعة الإسلامية، العدد 43 الجزء الرابع، ص 721 وما بعدها

د. زكي هاشم، الطرق المختلفة لقياس كفاءة الموظفين والمستخدمين والعاملين في الأجهزة الإدارية بالدول العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي السادس للعلوم الإدارية، في الفترة من 2 إلى 7 ديسمبر 1972، القاهرة، ص 13 وما بعدها.

د.كمال أبو حديد، الجديد في نظام العاملين المدنيين، مجلة التنمية الإدارية، السنة 6، العدد 21.

د.أحمد صقر عاشور، آفاق لاستراتيجيات وسياسة التنمية والتدريب الإداري، ورقة مقدمة ندوة آفاق جديدة في التنمية البشرية وإستراتيجية البقاء في ظل المتغيرات الاقتصادية الجديدة، مجلة العمل العربية، 1997، العدد 60، ص 17-56.

موسوعات قضائية

م. إبراهيم سيد احمد، شريف أحمد الطباخ، الوسيط الإداري في شرح قانون مجلس الدولة في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية العليا، القاهرة، ناس للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2014.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages généraux

AUBY (J-M) et DUCOS-ADER (R), Institution administrative, Paris, Dalloz, 2 Ed, 2012, p.256.

DEBBASCH (Ch.) et COLIN (F), Administration publique, Paris, Economica, 5 Ed 2014.

DE LAUBADERE (A.), Traité de droit administrative, tom. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p.335 et s.

CHAPUS (R.), Droit administratif général. Tome 1, PARIS, MONTCHRESTIEN, 15^{ème} Ed., N 1228.

GAUDEMET (Y.) , Droit administratif, Paris, LGDJ, 2010

II. Ouvrages spéciales

COLIN (F.), Gestion des ressources humaines dans la fonction publique, 2 Ed. Paris, Gualino, 2019, p.115

–ESPAGNO–ABADIE (D.) et PENERANDA (A.), Fonctions publiques; Le défi du changement, Rennes, PUF Rennes 2018, p 101

–JEAN–LUDOVIC (S), Livre blanc sur l’avenir de la fonction publique; Faire des services publics et de la fonction publique un atout pour la France, La documentation française, 2008, p. 25.

LUC (R.), Quel avenir pour la fonction publique, Paris, La documentation française, 2017.

–MARCEL (P)., Les 100 mots de la fonction publique, Paris, PUF, 2011.

-MELLERAY (F.), Droit de la fonction publique, Paris, Economica, 3^e Ed, 2013.

-SUZANNE (S.), La gestion des ressources humaines dans la fonction publique, Paris, la Documentation française, 2017, p.205

III. Articles et fascicules

-BAROUCH (G) et CHAVAS (H.) , « Le rôle et la place de la ressource humaine dans la modernisation de la fonction publique française », Revue Politiques et Management Public, 1990, n° 2, p. 133

-BARTOLI (A.), Les nouvelles prespective de la GRH dans la fonction publique, Les Cahiers francais, n333,2006, p.30 et s.

-CARANTA (R.) , Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie, In: perspectives pour la fonction publique, paris, La documentation française, 2003,p. 399 et s.

-CARACASSONE (G.), Fonction publique et fonction politique, in : perspectives pour la fonction publique, La documentation française, 2003., p.443

-CHEVALILIER (J.), "Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines", Revue française d'administration publique, 2010, n 103, p.907 et s.

-CROUZATIER-DURAND(F.), Performance effcience: Le personnel de la fonction publique et mutation, Droit administratif, n 3 2012, p. 10 et s

DAVI (C.), Evolution des structures et gestion des ressources humaine, Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration, n 296, 2010, p. 23 et s.

-GAL (A) L'administration publique et la satisfaction des citoyens par rapport à la démocratie Observations transnationales, Revue internationale des sciences administratives, 2013, n 4 p 805

-HOLCMAN (R.), « Secteur public, secteur privé : similarités et différences dans la GRH », Revue française d'administration publique, 2007, n° 123, p. 40 et s

-LAFARGE (F.) et LE CLAINCHE (M.) La révision générale des politiques publiques, Revue française d'administration publique, 2010, 136, P.751 et S

-MONIOLLE (C.), Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines; entre complémentarité et opposition, Actualité juridique, n 5, 2010, p. 235 et s

IV Rapports publics

-CE Rapport public, Jurisprudence et avis de 2002 : perspectives pour la fonction publique, Paris, La documentation française, 2003, p.225 et s.

التقرير بالكامل متاح أيضًا بنسخة إلكترونية على الشبكة الدولية للمعلومات، تمت استشارته والرجوع إليه بتاريخ 20 يناير 2021، وهو متاح على الرابط التالي:

<https://www.vie->

[publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000123.pdf](https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000123.pdf)

-La Cour de compte, Rapport public, Les effectifs de l'état 1980-2008 : un état des lieux, Paris, La Documentation française, 2009, p.99 et s.

التقرير بالكامل متاح أيضًا بنسخة إلكترونية على الشبكة الدولية للمعلومات، تمت استشارته والرجوع إليه بتاريخ 12 أغسطس 2019، وهو متاح على الرابط التالي:

<https://www.ccomptes.fr/fr/publications/les-effectifs-de-letat-1980-2008>

- BRINDEAU (P.), La gestion des âges de la vie dans la fonction publique: pour une administration moderne et efficace, Rapport au premier ministre

التقرير بالكامل متاح أيضًا بنسخة إلكترونية على الشبكة الدولية للمعلومات، تمت استشارته والرجوع إليه بتاريخ 21 مارس 2020، وهو متاح على الرابط التالي:

<https://www.viepublique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/124000118.pdf>

الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

بين اعتبارات الواقع ومقتضيات المشروعية الدستورية

"دراسة نقدية لقانون التعاقدات العامة المصري مقارنةً بقانون
المشتريات العامة الفرنسي"

للدكتور

حسين أحمد مقداد

أستاذ مساعد بقسم القانون العام

كلية الحقوق جامعة حلوان

1441 هـ / 2020م

مقدمة

منذ أن أفردت التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص- تتسم قواعده بالصفة الأمرة، لم يتوان المشرع في الترخيص للإدارة في الخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام، في الظروف التي تقدر فيها أن إشباع حاجاتها المرفقية على النحو الذي يحفظ السير المنتظم والمطرّد لمرافقها العامة، لا سبيل إليه إلا من طريق التعاقد الاستثنائي؛ فحوّل لها صلاحية تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر- على ما تفتقر إليه هذه الطريقة التعاقدية من ضمانات التعاقد العام التي يكرس لها قانون التعاقدات العامة والتي من أجلها قُدمت طرق التعاقد الأصلية على ما عداها، ولا غرابة في ذلك؛ فالقاعدة الأصولية مؤداها أن الضرورات تبيح المحظورات.

بيد أن الغرابة، والتي هي مبعث إجراء هذه الدراسة، مكنها في النهج التوسعي للمشرع العادي، مؤخرًا، في التطبيقات أو الصور التي تجيز للإدارة تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي بذريعة الضرورة؛ ف جاء القانون رقم 182 لسنة 2018م بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، موسّعًا إلى حد كبير من نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة- على ما تتصف به فكرة الضرورة من غموض، وافتقارها إلى معايير موضوعية تحدها، ما قد يُظن معه أن واقع تعاقدات الإدارة سيشهد تحولاً جذرياً في طريقة إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقد العام- قوامه تحوّل الإدارة إلى طرق التعاقد الاستثنائية، متكررة لعلة أفراد تعاقدات الإدارة بنظام قانوني خاص يحد من سلطان إرادتها، بل

بالمخالفة للعديد من المبادئ الدستورية والقواعد القانونية التي تحكم إبرام العقود الإدارية- كمبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في التعاقد مع الإدارة وغيرهما، ما يتسع معه المجال لارتفاع معدلات الفساد في مجال التعاقدات العامة.

فلا مرأ في أن مجال التعاقدات العامة واحد من أكثر المجالات التي يتهدها خطر الفساد الإداري؛ لعظم المبالغ المالية التي يلتزم بها les Montants importants Engagés، واتساع نطاق السلطة التقديرية la Grande Discretion المخولة للإدارة في كثير من مراحلها وإجراءاتها، وثقل البيروقراطية الإدارية la Lourdeur Bureaucratique، ما يجعلها سهلة المنال⁽¹⁾. ففي العام 2013م، قدرت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD، الأموال المفقودة بسبب الفساد في مجال التعاقدات العامة، بنسبة تتراوح ما بين 20 : 25 بالمئة من ميزانياتها⁽²⁾، فضلاً عما ينتج عن الفساد من تقويض للثقة التي المفترضة في الإدارة التعاقدية mine la confiance que la société place en son gouvernement، وإضرار بجودة المشروعات العامة وسلامتها nuit à

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر:

Thomas Luijken & Maíra Martini: Le Rôle de La Passation de Marchés Publics en Ligne dans La Lutte Contre La Corruption, Transparency International, 28 août 2014, p. 2.

⁽²⁾ انظر:

OECD: Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement, 2013.

وتشويه la qualité et à la sécurité des projets et achats publics
فكرة التنافسية la corruption qui grève les marchés publics fausse
la concurrence⁽¹⁾.

موضوع البحث

تدور دراستنا حول مسألة جدلية بطبيعتها، والجدل فيها قديم متجدد؛ حيث الرغبة في الوقوف على مفهوم واضح ومحدد للضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، أو ما نقول لها الضرورة التعاقدية، في ضوء المفهوم العام للضرورة في مجال القانون العام وتحديداً في مجال القانون الدستوري، هذا الأخير الذي طالما أثير الجدل حول معيار الوقوف عليه. وآية تجدد الجدل حول مفهوم الضرورة التعاقدية ما لابس صدور القانون رقم 182 لسنة 2018م من جدل برلماني مرده لدى الكثيرين إلى الخشية من إفراط الإدارة في التحلل من القاعدة العامة في التعاقد مدّعةً بتطبيقات الضرورة التي أسهب المشرع في تقريرها- كما سبق أن أشرنا.

(¹) انظر:

Transparency International: Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide, 2014.

http://www.transparency.org/whatwedo/pub/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide

فما هي "الضرورة" التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد الاستثنائي وبالتحديد التعاقد بالاتفاق المباشر؟ وكيف لسلطة الإدارة في تقدير هذه الضرورة أن تتضبط بالمشروعية الإدارية في ظل المفاهيم المرنة التي تبناها المشرع العادي في تحديده للتطبيقات أو الصور التي تمثل ضرورة تعاقدية؟ هذا هو موضوعنا.

إشكالية البحث

ثمة إشكالية دقيقة تجعل من البحث في هذه المسألة أمراً لازماً - نظرياً وتطبيقياً، تكمن في تداعيات إفراط الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة، على العديد من الاعتبارات الدستورية والقانونية التي تحكم صلاحيتها في إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقدات العامة، وأولها: اعتبار المشروعية التعاقدية- إذ تستتر محاولات التحلل من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية من وراء فكرة الضرورة التي أسهب المشرع في تعداد تطبيقاتها، وثانيها: نقويض مكانة الإدارة وسمو مركزها القانوني في نفوس المتعاملين معها- إذ تنتكب بكثرة اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، في وجه العديد من المبادئ الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية، وما يستتبعه ذلك من إفراغ لهذه المبادئ من مضمونها، فضلاً عن الالتفاف على علة أفراد تعاقدات الجهات العامة بقانون خاص هو القانون رقم 182 لسنة 2018م، وثالث هذه الاعتبارات والذي يزداد معه الأمر صعوبة، امتناع اللجوء إلى قاضي العقد على غير أطرافه بموجب القرار الجمهوري بقانون رقم 32 لسنة 2014م بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على

عقود الدولة- الشهير بقانون تحصين عقود الدولة⁽¹⁾، والذي قصر أحقية الطعن في مشروعية العقد الإداري على أطرافه من دون غيرهم مما قد تكون لهم مصلحة في ذلك⁽²⁾، وهو ما يجعل من فرض اتصال علم القاضي الإداري بالتصرفات العقدية غير المشروعة للإدارة أمرًا نادر الحدوث، وهو الأمر الذي يفسج المجال أكثر فأكثر أمام احتمالية توسُّع الإدارة في إشباع الحاجات المرفقية من طريق الاتفاق المباشر، غير متقيِّدة بإجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، وهي في مآمن من مراجعة أعمالها قضائيًا.

(1) الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرر (ح)، السنة السابعة والخمسون، 22 جمادى الآخرة 1435هـ، الموافق 22 أبريل 2014م.

(2) إذ ينص - وقوامه مادتان فقط غير مادة النشر - في مادته الأولى على أنه: "مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استنادًا لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة"، وفي مادته الثانية على أنه: "مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون".

وإذا كان جمهور الفقه مستقرًا على أن "الضرورة" مسوّغ لتقديم طرق التعاقد العام الاستثنائية على طرقه الأصلية، وحيث إن أحدًا من الفقه لم يوغر في بيان مفهوم وأبعاد التطبيقات أو الصور التي عدّها المشرع العادي مسوّغات للتعاقد بالاتفاق المباشر، ربما اكتفاءً بالمفهوم العام لفكرة الضرورة في مجال القانون الدستوري أو ما استقر عليه القاضي الإداري من ضوابط عامة لفكرة الضرورة، فإن تقدير مشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى طرق التعاقد الاستثنائية، وعلى وجه الخصوص طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، سيركن إلى مفاهيم واسعة فضفاضة عسية على القولية والتحديد، ما يحول دون محاسبة أخطاء الإدارة أو انحرافاتهما في تقدير الظروف التي تشكل ضرورة تسوّغ خروجها على القاعدة العامة في التعاقد العام.

أهداف البحث وأهميته

نتغيا من وراء البحث في هذه المسألة بلوغ عدة غايات جوهرية، تظهر أهمية البحث، ومنها

• بلورة نظرية فقهية واضحة الملامح لمفهوم ومعيار الضرورة التعاقدية التي تسوّغ خروج الإدارة على القاعدة العامة في التعاقد العام.

• التأكيد على استثنائية طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر كوسيلة لإشباع الحاجات المرفقية في حالات الضرورة، بما يضع صلاحية الإدارة في الاستناد إليها في نصابها الصحيح من غير إفراط ولا تفريط.

- التأكيد على أن توسُّع المشرع العادي في إقرار التطبيقات التي يتوافر لها وصف الضرورة التعاقدية، وما يستتبعه ذلك بحكم التطبيق العملي من توسُّع الإدارة في تفسيرها ومن ثمَّ التحلل من قيود وضوابط التعاقد العام التي أحيطت بها طرق التعاقد الأصلية، يفضي حتمًا إلى إفراغ قانون التعاقدات العامة من مضمونه عملاً.
- تزويد الإدارة الراغبة في التعاقد بدليل عملي يتضمن الضوابط والقيود الموضوعية والشكلية التي تحد سلطتها في التعاقد المباشر بدافع الضرورة؛ بما يسهم في تحقيق الرشد الإداري في المجال التعاقدية.

المنهج المتبع في البحث

أتبع في دراسة هذه المسألة منهجًا تحليليًا ثلاثي الأبعاد؛ فُجِّع فيه بين التفسير والنقد والاستنباط؛ حيث تحليل نصوص قانون التعاقدات العامة رقم 182 لسنة 2018م⁽¹⁾، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م⁽²⁾، المتعلقة بسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، وأهمها نصا المادتين 26 و 63 من القانون، ورصد مواطن القوة والضعف فيها؛ رغبةً في تقديم تصور فقهي قويم لما يتعين على الإدارة أن تلتزمه في مباشرة صلاحيتها الاستثنائية، وما ينبغي للمشرع العادي أن يتداركه من إعادة نظر في نهجه التوسعي في تعداد التطبيقات التي يتوافر لها وصف الضرورة

(1) الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر (د)، بتاريخ 3 / 10 / 2018م.

(2) الوقائع المصرية، العدد 244 تابع (ب)، بتاريخ 31 / 10 / 2019م.

المسوّغة للتعاقد المباشر، على ضوء الأصول المستقرة في مجال التعاقدات العامة، وذلك كله في محاولة جادة لتقديم نظرية متكاملة لضوابط سلطة الإدارة في التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة.

خطة الدراسة

تتقسم الدراسة في هذا البحث إلى فصلين رئيسيين، يتضمن كل منهما مبحثين، فمطلبين لكل منهما، يسبقهما مبحث تمهيدي، وتعبهما خاتمة، على النحو التالي:

مبحثٌ تمهيدي: في المفهوم العام للضرورة ومدى معياريته لمفهوم الضرورة التعاقدية.

المطلب الأول: مفهوم الضرورة في القانون العام.

المطلب الثاني: مفهوم وشروط الضرورة التعاقدية.

الفصل الأول: علة إفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص ومعياريتها لسلطة التعاقد المباشر.

المبحث الأول: الإطار القانوني لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة.

المطلب الأول: المبادئ الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية.

المطلب الثاني: استثنائية التعاقد المباشر ودورها في تحديد نطاق سلطة الإدارة في اللجوء إليه للضرورة.

المبحث الثاني: أهمية اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالة الضرورة ومخاطر توسُّع الإدارة في مفهومها.

المطلب الأول: أهمية التعاقد المباشر في حالات الضرورة.

المطلب الثاني: مغبّة توسُّع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة.

الفصل الثاني: الضرورة الملجئة كمناط لمشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر.

المبحث الأول: نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة.

المطلب الأول: تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات العامة.

المطلب الثاني: مظاهر التوسُّع التشريعي في مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المطلب الأول: القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

المطلب الثاني: القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

الخاتمة.

مبحثٌ تمهيدي

في المفهوم العام للضرورة

ومدى معياريته لمفهوم الضرورة التعاقدية

تمهيد وتقسيم

باديء ذي بدء، لقد أفرد جمهور الفقه مساحة كبيرة لفكرة الضرورة الدستورية؛ حيث الخطر الجسيم الذي يتهدد إحدى مصالح الدولة العليا، وتقتصر القواعد العادية عن مجابته أو دَرءِ المفسد التي قد تترتب عليه⁽¹⁾⁽²⁾.

غير أن اهتمام الفقهاء والباحثين بفكرة الضرورة التي تسوّغ مسلك الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر، لم يكن على قدر اهتمامه بفكرة الضرورة الدستورية؛ فلم نقف - فيما قُدِّر لنا أن نعلم - على دور للباحثين في مجال التعاقدات العامة يتجاوز حد

(1) في نفس المعنى؛ انظر أ.د. عزيزة الشريف: الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان: المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي، 1998م، ص 55.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 15 لسنة 18 ق. د، جلسة 2 يناير 1999م؛ حكمها في القضية رقم 1 لسنة 15 ق. د، جلسة 30 يناير 1993م؛ الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا (مكتبة حقوق الإنسان)؛ الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-1-Y15.html>

الإشارة إلى الحالات التي يجوز فيها التعاقد المباشر بدافع الضرورة. فلم نقف على مفهوم واضح ومحدد لما يمثل ضرورة تعاقدية، يمكن من خلاله الوقوف على مدى مشروعية مسلك الإدارة في مثل هذه الحالات، سيما وأن هذه الحالات تستند إلى مفاهيم فضفاضة عادة ما يصعب الوقوف على محدداتها. الأمر الذي يحدونا إلى طرح تصور لهذا المفهوم - يميّزه عمّا قد يختلط به من مفاهيم. وذلك من طريق التقسيم التالي

المطلب الأول: مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المطلب الثاني: تمييز الضرورة التعاقدية عن غيرها من المفاهيم.

المطلب الأول

مفهوم الضرورة في القانون العام

قوبلت فكرة الضرورة باهتمام فقهي كبير في فرنسا ومصر، على حد سواء؛ إذ عني الفقهاء في الأولى بشرح المادة 16 من دستور 1958م في شأن السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية⁽¹⁾، بينما عكف الفقهاء في الثانية على دراسة المادة 74 من دستور 1971م⁽²⁾. وحيث إن مقام البحث لا يتسع لعرض ما كرسه فقهاء القانون

(1) إذ تنص في فقرتها الأولى على أنه: "عندما تكون مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ التزاماتها الدولية مهددة بشكل خطير وفوري، يوقف العمل المنتظم للسلطات العامة الدستورية، ويتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تتطلبها هذه الظروف"؛ ونصها بالفرنسية هو:

«Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances».

(2) وكان نصها: "الرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها". وقد حلت محلها المادة 156 من الدستور الحالي، ونصها: "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز

العام في صدد المفهوم العام للضرورة- تحاشياً لرتابة التكرار، فنقصر المعالجة في هذا المطلب على عرض مختصر لما استقر فقهاً وقضاءً تجاه فكرة الضرورة في محيط القانون العام بفرعيه الإداري والدستوري.

فقد استقر وازع الفقه⁽¹⁾ والقضاء⁽²⁾ الفرنسيين على أن الضرورة بمفهومها العام، تتصرف إلى حالة الاستعجال التي قد ينتج عنها ضرر لا يمكن تلافيه، إلم تتم معالجتها بشكل فوري، هذه الحالة التي تبرر تعزيز أو توسيع سلطات الإدارة لمواجهة إما خطر وشيك ناتج عن اعتداء مباشر على أحد عناصر النظام العام، أو ناشيء عن أحداث تحمل في طياتها طابع الكارثة العامة «soit en cas de

لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو اذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار.".

(¹) انظر:

Jacques Robert: Les Situations D'urgence en Droit Constitutionnel, R.I.D.C., 1990, p. 751.

(²) انظر:

Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020;

Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm>

Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017;

M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017635QPC.htm>

péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique»

وفي مصر، فقد حازت فكرة الضرورة اهتماماً فقهياً كبيراً، فبدأت أولى محاولات التكريس الفقهي لها في العام 1944م⁽¹⁾، ثم تبعها العديد من المحاولات الفقهية، والتي التقت جميعاً على أن الضرورة المسوّغة للخروج على القواعد القانونية المقررة للظروف العادية هي: "حالة مفاجئة تحمل في طياتها أخطاراً جسيمة"⁽²⁾ حالةً ومؤكدة⁽³⁾، استثنائية وغير مألوفة وشاذة، تهدد النظام العام أو أحد عناصره، أو تهدد سير المرافق العامة، ويستوي أن تكون هذه المصالح مقصودة في ذاتها أو

(1) تعد المحاولة البحثية الأولى في هذا الصدد، تلك التي حملت عنوان اللوائح التشريعية، للدكتور السيد صبري سنة 1944، ص 5 وما بعدها.

(2) للمزيد من التفاصيل حول مفهوم الخطر الجسيم؛ انظر: أ. د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 87.

(3) الخطر الحال هو الخطر الواقع فعلاً أو الخطر وشيك الوقوع على نحو مؤكد. ومن ثم يكون الخطر حالاً، إذا كان قد بدأ بالفعل ولم ينته بعد، أما إذا كان الخطر قد حدث فعلاً وانتهى، فلا يعتبر حالاً؛ لأنه قد انقضى وترتبت آثاره، وكذلك لا يكون الخطر حالاً، إذا كان متوهماً - لم يتحقق بعد؛ للمزيد انظر: د. هاني علي إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والاداري الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 168 وما بعدها.

يكون المقصود هو الأوضاع الشاذة التي يترتب على تهديدها خطر جسيم حقيقي ومؤكد وفعلي وغير محتمل"⁽¹⁾(²).

وقضاءً، فقد أقرت المحكمة الدستورية العليا فكرة الضرورة كمسوّج لكسر معيارية النصوص المقررة للظروف العادية؛ فقضت بأنه: "ولئن كان الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة - سن التشريعات - التي أقامها الدستور عليها، إلا أن الدساتير المصرية جميعها كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولي كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة صون كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها - من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها. يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية، أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً لمواجهة التزاماتها الدولية....، وتلك هي حالة الضرورة

(¹) انظر: أ. د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة- دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1955، ص 95.

(²) انظر أ. د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة...، مرجع سابق، ص 20؛ أ. د. يسري العصار: نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 9 وما بعدها؛ أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 16؛ أ. د. إبراهيم درويش: نظرية الظروف الطارئة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 10، العدد 4، أكتوبر ديسمبر 1966، ص 138؛ أ. د. عبد الحميد متولي: نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، د. ن، 1975، ص 201.

التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي"⁽¹⁾.

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بمعيار قريب مما أقرته المحكمة الدستورية العليا، فقضت بأنه: "ومن حيث إنه عن الوجه الثالث من الطعن، والمتعلق بسلطة رئيس الجمهورية في تطبيق المادة (74) من الدستور: فإنه بالاطلاع على نص هذه المادة يبين أنها قد حوّلت رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ الإجراءات السريعة لمواجهة الخطر الذي قد يحدث بالبلاد، لكنها لم تجعل سلطته في هذا المجال مطلقة من كل قيد، وإنما قيدتها بأن يكون ثمة خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، وأن تكون هذه الإجراءات لازمة وضرورية لمواجهة هذا الخطر، فإذا لم يوجد الخطر أصلاً أو وُجد ثم زال قبل أن يستخدم رئيس الجمهورية السلطة المخولة له في هذا الشأن، فإن ما يتخذه من قرارات استناداً إلى تلك المادة يضحى مخالفاً لأحكام الدستور

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية، جلسة 3 يولييه 1995م، الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا؛ الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y16.html>

والقانون مما يستدعى ولاية الإلغاء التي يمارسها القضاء الإدارى على القرارات الإدارية غير المشروعة"⁽¹⁾.

أما عن الضرورة في محيط القانون الإداري، فقد كان لمحكمة القضاء الإداري فضل السبق إلى تحديد شروطها ومحدداتها- فقضت في واحدٍ من أحكامها بأن: "حالة الضرورة، مقتضاها أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم، يقتضى أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة، بحيث لو تريتت إلى حين صدور حكم القضاء لترتب على ذلك أخطار جسيمة، ومن ثم فقد جرى القضاء الإدارى فى مصر على أنه لا تقوم حالة الضرورة إلا بتوافر أركان أربعة: أولاً: أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن؛ ثانياً: أن يكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة، هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر؛ ثالثاً: أن يكون العمل لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة؛ رابعاً: أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته. وهذه الأركان جميعها ترجع الى أصليين معروفين من أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها"⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم الطعن رقم 7943 لسنة 46 قضائية عليا، جلسة 27 مارس 2004م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا(من أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004)، السنة التاسعة والأربعون، ص 493.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في القضيتين رقمي 444 لسنة 7 قضائية، و730 لسنة 8 قضائية، جلسة 26 مارس 1966م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري (من أول أكتوبر 1965 إلى آخر يونيه 1966)، السنة الحادية عشرة، ص 565.

ونخلص مما سبق إلى أن مفهوم الضرورة في القانون العام يمثّل الأصل الذي يُنطلق منه في تحديد مفهوم الضرورة في غيره من فروع القانون الأخرى⁽¹⁾. أخذًا في الاعتبار ما بين ضرورة الخروج على قواعد دستورية وضرورة الخروج على طرق التعاقد الأصلية من أوجه تباين مردها إلى اختلاف مجال كل منهما من ناحية، ونطاق سلطة الإدارة في كل منهما من ناحية أخرى. يضاف إلى ذلك خصوصية التعاقدات العامة التي تقتضي قدرًا من المرونة في الأوصاف التي تتوافر بها الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر إذ تستهدف الحفاظ على السير المنتظم والمطرّد للمرافق العامة.

(1) في نفس المعنى؛ انظر أ. د. عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1956، ص 340.

المطلب الثاني

مفهوم وشروط الضرورة التعاقدية

إن الوقوف على ماهية الضرورة المسوّغة للجوء الإدارة⁽¹⁾ إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، ومن ثم جواز خروجها على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد، يسهم بشكل مباشر في تحقيق الإدارة مقاصد قانون العقد الإداري إذ تقف على مفهوم محدد للطرف الذي يسوغ لها تقديم طريقة التعاقد المباشر على غيرها من طريق التعاقد، استثنائية كانت أو أصلية، وفي الوقت ذاته يسهم في تمكين الراغبين في التعاقد العام من تقدير مسلكها في قصر التعاقد على البعض تدرعاً بحالة الضرورة، ومن ثمّ تقرير اللجوء إلى القاضي الإداري طعنًا في مشروعية مسلكها، وكذا يدعم ما يستقر في وزاع القاضي الإداري من مبادئ ونظريات في تقديره لمشروعية عمل الإدارة المتعاقدة في مثل هذا الفرض. فهذه الاعتبارات جميعًا

(1) ينصرف مفهوم الإدارة التعاقدية - وفقًا للمادة الأولى من مواد إصدار قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة الجديد - إلى الجهات التي تضمها الموازنة العامة للدولة، ووحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وما يتبع هذه الجهات من وحدات ذات طابع خاص والصناديق الخاصة، فيما عدا صناديق الرعاية الاجتماعية المنشأة بها، والمشروعات الممولة من الحسابات الخاصة، دون الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية، وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها، أو في لوائحها الصادرة بناء على تلك القوانين أو القرارات.

تُظهِر بجلاء أهمية الوقوف على مفهوم الضرورة التي تسوّغ إبرام العقد الإداري من طريق التعاقد المباشر.

تشدد مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الضرورة التعاقدية ووصفها بالملجئة في إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري

هذا، وقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في أوصاف الظرف الذي يسوّغ للإدارة التحلل من إجراءات وشكليات التعاقد الأصلية؛ فاستقر قضاؤه على ضرورة توافر حالة الاستعجال القصوى أو الاستعجال القهري *L'urgence impérieuse* لتوافر الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر⁽¹⁾.

وهو ما يستفاد من العديد من الأحكام التي تواتر فيها مسلك القاضي الإداري الفرنسي على اشتراط أوصاف صارمة في الحالة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد الاستثنائي، وهي: أن تكون الظروف التي تجابهها الإدارة غير متوقعة؛ وألا

(¹) انظر كلاً من:

Sophie Lapisardi: *Marchés Publics.. Quand l'urgence commande*, Le Moniteur, Réglementation, 19 mars 2010, p. 83;

Hervé Letellier: *Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat*, Dossier: *Le PPP vecteur de relance?*; *Contrats Publics* – n° 89 – juin 2009, p. 83, 84.

يكون حدوثها معزواً إلى فعل الإدارة، وألا يتسع وقت التحرك لإشباع الحاجة المرفقية لما يستوعب إجراءات التعاقد العادية⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن المدقق في الشروط التي استقر عليها وازع الفقه الفرنسي في تفسير نص المادة 35 من قانون المشتريات العامة، وفي القيود التي تُستخلص من هذه الشروط، أن المدقق في ذلك يخلص إلى انحسار سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي في أضيق نطاق لها؛ فاشتراط أن يضيق وقت التحرك إلى إشباع الحاجة التعاقدية عن الوقت الذي تستغرقه طرق التعاقد العادية من غير طريق التعاقد المباشر، يجعل من فرض لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر فرضاً نادر الحدوث، وهو ما يتفق مع الطبيعة الاستثنائية لطريقة التعاقد المباشر.

(¹) انظر على سبيل المثال:

CE, 24 mai 2017, Société Régale des îles, n° 407213;

CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique n° 396191;

CE, 14 février 2017, GPMB, n° 405157;

CE, 8 février 1999, Préfet de la Seine-et-Marne, n° 150919;

CE, 8 janvier 1992, Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439;

CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, n° 117717;

CE, 23 février 1990, Commune de Morne-à-L'eau, n° 69588.

وهذا هو إطار المشروعية الصحيح لسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة⁽¹⁾.

وفي مصر، فقد دأبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على استعمال مصطلح "الضرورة الملجئة" في مقام الحديث عن سلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر؛ إذ تقرر أن: "...، المشرع أجاز لجهة الإدارة تعديل كميات أو حجم العقد بنسب تتجاوز النسب المشار إليها في الفقرة الأولى منها، وذلك في حالة الضرورة الملجئة.."⁽²⁾. وبأنه: "فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر حدد المشرع موجباته، وحالاته، وحدوده القصوى، وسلطة الاستثناء من هذه الحدود، وخوّل المشرع رئيس مجلس الوزراء الإذن بالتعاقد فيما يجاوز هذا النصاب شريطة وجود حالة ضرورة قصوى ملجئة إلى الإذن بالتجاوز، وهذا الاستثناء بحسب صريح النص، وموضعه، يقتصر حكمه على الحالة التي ورد

(1) انظر في نفس المعنى:

Sophie Lapisardi: Marchés Publics.. Quand l'urgence commande, op. Cit, p. 82.

(2) فتوى رقم 331 بتاريخ 17 / 6 / 2000، ملف رقم 54 / 1 / 342، مجلة البحوث المالية والضريبية، الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب.

بشأنها، وهي الإذن بتجاوز الحد الأقصى دون أن يمتد إلى باقي ضوابط التعاقد بالاتفاق المباشر"⁽¹⁾(²).

تصور الباحث لمفهوم الضرورة المسوّغة لتقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر

يمكن لنا أن نعرّف الضرورة التعاقدية، بأنها: حالة تُبَاغَت فيها الإدارة- على حذرها وتحسُّبها، بما لا دخل لإرادتها في حدوثه، فيوشك نشاطها المرفقي المنتظم أن

(¹) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 878 بتاريخ 26 / 4 / 2017م؛ الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري؛ الرابط التالي:

<http://www.ecs.eg/archives/1613>

(²) ومن نافلة القول، أن قضاء محكمة النقض مستقرّ على أن الضرورة المسوّغة للبيع بالجدك هي الضرورة الملجئة؛ إذ تقضي في غير ما مرة بأنه: "أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة 594 من القانون المدني تشترط للحكم بإبقاء الإيجار في حالة بيع المتجر أو المصنع الكائن بالعين المؤجرة قيام ضرورة تقتضى البيعوكان المشرع لم يضع في هذه المادة ضابطاً يستهدى به في تحديد الضرورة، بل ترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع يستخلصها من ظروف البيع مسترشداً في ذلك بالأسباب الباعثة عليه، ...، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بفسخ عقد الإيجار وإخلاء العين، بالتأسيس على قرائن متساندة من بينها خلو الأوراق مما تستخلص منه المحكمة الضرورة الملجئة للبيع بالجدك دون أن يعرض لدفاع الطاعنين سالف البيان ولدلالة المستند المقدم منهم تأييداً له رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير معه - إن صح - وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا الوجه..."; حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1621 لسنة 74 ق، جلسة 14 ديسمبر 2005، مجموعة أحكام النقض المدني، السنة 56، ص 881.

يتوقف، إلا أن تبادر إلى إشباع حاجتها المرفقية من طريق التعاقد بالاتفاق المباشر بغرض الحفاظ على السير المنتظم لهذا النشاط.

وتحمل عبارات هذا التعريف، العديد من المعاني الجوهرية في سياق ضبط سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة- نعدّها بمثابة الشروط التي ينبغي توافرها فيما تسمى ضرورة تعاقدية؛ أهمها:

أولاً: أن الضرورة التعاقدية قد تكون حالة واقعية وقد تكون واقعة قانونية، تتمثل الأولى في واقعة مادية تحدد الإدارة إلى التصرف على نحو استثنائي- ومثالها الطرف الفجائي الذي لم تتوقعه ولم يكن لها أن تتوقعه، وتتمثل الثانية في وجود نص قانوني يسوّج الخروج على طرق التعاقد الأصلية- ومثالها النص على جواز لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر لسبب أمني أو فني.

ثانياً: أن الطرف الذي يتوافر به وصف الضرورة التعاقدية، ظرف غير متوقع الحدوث من جانب الإدارة، رُغم التزامها أعلى درجات الحيطة والحذر. والعبرة في ذلك بما ينبغي للإدارة الرشيدة أن تكون عليه من تأهب واستعداد، لا بما عليه واقع الإدارة من تراخ وإهمال في إشباع الحاجات المرفقية، وعليه، فإن قدرة الإدارة على توقع الطرف الذي تعالجه بالتعاقد المباشر، لا يسوّج مسلكها في اللجوء إلى التعاقد المباشر، ومن ثم يقيم مسئولية عمّالها عن الخروج على القاعدة العامة في التعاقد- كما نعرض لاحقاً.

ويمكن الاستدلال على فكرة عدم التوقع أو القدرة على التوقع على ما يشترط لانطباق أحكام نظرية الظروف الطارئة التي تتأسس على عدم القدرة على التنبؤ la théorie de l'imprévision بالخطر الاستثنائي الذي يتهدد التوازن المالي للعقد ،Un aléa exceptionnel qui bouleverse l'économie du contrat جراء خسارة المتعاقد التي تستوجب تدخل الإدارة لمشاركته في جزء منها بما يمكنه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، حتى لا يتوقف المرفق La nécessaire continuité des services publics⁽¹⁾.

ثالثاً: أن الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى التعاقد المباشر، ليست من صنيعها- لا بقصد ولا بدون قصد، وإنما هي خارجة عن إرادتها. ويتسع معنى خروج الحالة الاستثنائية عن إرادة الإدارة ليشمل عدم علمها بهذه الظروف ومن ثم توقعها، أو عدم قدرتها على العلم بها ومن ثم عدم توقعها. فإذا كان الطرف الاستثنائي الذي يحمل الإدارة إلى التعاقد المباشر معزواً إلى صنيعها- من طريق

(¹) للمزيد؛ راجع:

Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux;

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>

FallaitPasFaireDuDroit.fr: La théorie de l'imprévision, gage de la pérennité des contrats administratifs; (CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclair-âge de Bordeaux), 5/2019, p. 4.

التقصير والإهمال والتراخي وغيره، أو من طريق الانحراف والتعسف والاستغلال وغيره، أو كانت عالمة به أو متوقعة له، أو كان بمقدورها أن تعلم به أو تتوقعه، فلا ضرورة تعاقدية لها على الحقيقة.

فقد تتراخى الإدارة - مُهملةً أو مُتعمدةً - في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق أساليب أو طرق التعاقد الأصلية، ثم تتوارى خلف أستار فكرة الضرورة أو الاستعجال لتسويغ مسلكها - غير المشروع - في اللجوء إلى التعاقد المباشر، بما يفتح بابًا خلفيًا لتحللها من الإجراءات والشكليات التي تكبل إرادتها في أساليب التعاقد الأخرى، ومن ثم الالتفاف على غاية المشرع من وراء أفراد تعاقدات الجهات العامة بنظام قانوني خاص. وهو الأمر الذي ينبغي التحسب له بتقرير عدم مشروعية مسلك الإدارة في اللجوء إلى أسلوب التعاقد المباشر في الظروف الاستثنائية التي تولدت عن خطئها - إهمالاً كان أو عمدًا، ومن ثم ترتيب مسؤوليتها التأديبية كما نعرض لذلك لاحقًا.

وإذا كان المشرع قد استحدث إدارةً لتخطيط احتياجات الإدارة خلال السنة المالية، بما يضمن استقرار السير المنتظم والمطرد لمرافقها العامة⁽¹⁾، وعلى فرض أن هذه

(1) تنص المادة 3 من قانون التعاقدات العامة، تحت عنوان إدارة التعاقدات والمهام الموكلة إليها، على أنه: "تتشأ بالجهة الإدارية إدارة للتعاقدات أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي، تشكل من عدد كاف من العناصر المؤهلة والمدربة، وتتولى مباشرة الاختصاصات الآتية: 1. تخطيط الاحتياجات السنوية للجهة الإدارية، واتخاذ الإجراءات اللازمة للتعاقد عليها، ..". وتنص المادة 9 من ذات القانون على أنه: "يجب على الجهة الإدارية وضع خطة

الإدارات تقوم بمهامها على النحو الذي يستهدفه المشرع من وراء استحداثها، فإن ذلك يجعل من فرض تفاجؤ الإدارة بما لم تتوقع ولم يكن في مقدورها توقعه في فترة التخطيط لاحتياجاتها، فرضاً نادر الحدوث عملاً، إلا أن تكون الحالة الاستثنائية جدية بالفعل بوصف الضرورة التعاقدية التي تجعل من تصرف الإدارة الاستثنائي تصرفاً مشروعاً.

رابعاً: ألا يكون ثم سبيل لمجابهة هذا الظرف المباغت للإدارة، إلا سبيل التعاقد المباشر، حتى إذا كان بمقدورها مجابهة هذا الظرف بطريقة تعاقد أخرى، لم يستسغ لها اللجوء إلى التعاقد المباشر - كأن يكون بإمكانها مجابهة هذا الظرف من طريق الممارسة مثلاً، فتؤثر طريقة التعاقد المباشر عليها. فكما هو معلوم أن ترك الأصل وهو اللجوء إلى طرق التعاقد الأصلية، ومن ثم اللجوء إلى التعاقد المباشر وهو الاستثناء، مرهون بالألا يكون ثم بدّ آخر لإشباع الحاجة التعاقدية في مثل هذا الظرف سوى التعاقد المباشر.

باحتياجاتها السنوية بالتزامن مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية، تتضمن العمليات المتوقع تنفيذها خلال السنة المالية المقبلة وذلك وفقاً للنماذج التي تعدها الهيئة العامة للخدمات الحكومية لهذا الغرض، ويتم اعتمادها من السلطة المختصة دون غيرها، ...، وعلى الجهة الإدارية تعديل خطة احتياجاتها في ضوء ما تم تخصيصه وإقراره لها من اعتمادات مالية، واعتماد هذا التعديل من السلطة المختصة دون غيرها، ...". وتتص المادة 3 من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه: "وبمراعاة المهام الواردة بالقانون وهذه اللائحة، تتولى إدارة التعاقدات القيام بالآتي: 1. ...؛ 2. ...؛ 7. تخطيط التعاقدات، بما في ذلك إعداد خطة الاحتياجات السنوية للجهة، وخطط التعاقدات وعمليات التعاقد".

خامسًا: ألا تستغرق عملية التفاوض والإسناد المباشر وقتًا مماثلًا أو يزيد عن الوقت الذي يكفي الإدارة الراغبة في التعاقد للتحرك من أجل إشباع الحاجة المرفقية بواسطة طريقة تعاقد أخرى خلاف طريقة التعاقد المباشر، وإلا فيجدر بالإدارة أن تُقدِّم طريقة التعاقد الأنسب لهذا التوقيت على طريقة التعاقد المباشر. وتعد هذه النقطة من أدق النقاط التي قد يصعب على قاضي المشروعية التنبُّت منها لعللة عدم تصريح الإدارة بالمدة التي استغرقها التوصل لاتفاق مباشر مناسب، وربما يمكنه ذلك عقب صدور قانون التعاقدات العامة الساري؛ إذ قيّد المشرع جهة الإدارة أن توثق كافة المراحل التي يمر بها التعاقد بأية طريقة من طرق التعاقد- أصلية كانت أو غيرها⁽¹⁾.

وتطبيقًا لذلك، تنص المادة الثانية والستين من قانون التعاقدات العامة في فقرتها الخامسة على أنه: "... 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، ...".

وبناء على ما سبق، فإن لجوء الإدارة المتعاقدة إلى الإسناد المباشر ولو لخطر حال في ظروف كان بإمكانها مواجهتها بوحدة من طرق التعاقد الأصلية أو

(1) "تلتزم إدارة التعاقدات بالجهة الإدارية بفتح ملف لكل عملية تحفظ به جميع المستندات والبيانات المتعلقة بالإجراءات، ويتضمن جميع المخاطبات الداخلية والمراسلات التي أرسلت منذ بداية إجراءات العملية، مع الحفاظ على ما يحتويه الملف من مستندات وبيانات. ولا يجوز إفشاء أي من هذه المستندات والبيانات أو الاطلاع عليها من أطراف أو أفراد غير معينين بها إلا لجهات التفتيش والفحص والمراجعة، وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لذلك" (المادة 82 ق).

بطريقة استثنائية أخرى خلاف طريقة التعاقد المباشر، ينفي قيام الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، ومن ثمّ عدم مشروعية مسلكها التعاقدية.

الخشية "المحققة" من توقّف السير المنتظم للمرفق العام، معيار توافر الضرورة التعاقدية

إذا كنا نقول بتوقّف المرفق العام كمعيار لتوافر الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، فإنّ التساؤل يثار حول المقصود بالتوقف في هذا السياق؛ أيشترط فيه الاستحالة المادية التي يتوقف معها المرفق تمامًا عن تقديم الخدمة المنوطة به أم يكفي فيه بتوقف السير المنتظم للمرفق؟

يستقرّ وازع جمهور الفقه على أن توقف السير المنتظم للسلطة العامة يتوافر به وصف الضرورة المسوّغة لنزول الإدارة عن القواعد العامة، بمعنى أنه لا يشترط أن تكون السلطة العامة في حالة تعجز معها عن القيام بمهامها تمامًا، وإنما يكفي أن يتعذر عليها القيام بهذه المهام بطريقة طبيعية⁽¹⁾. وعليه، فإنّ مفهوم التوقّف ينصرف إلى توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق بالمخالفة لمبدأ ضرورة سير

(1) ثمّ رأي فقهي فرنسي مرجوح مفاده أن المقصود بتوقف السير المنتظم للسلطة العامة، هو الاستحالة المادية التي تمنعها من القيام بمهامها من الأساس، بينما تستقرّ غالبية الفقه الفرنسي على ضرورة تفسير هذا الشرط تفسيرًا واسعًا؛ مؤداه الاكتفاء بتوقف السير المنتظم للسلطة الدستورية؛ انظر في عرض الاتجاهين: د. أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 52.

المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾، لا إلى توقف المرفق تمامًا عن تقديم الخدمة الإدارية التي يقوم على أمر إشباعها.

ونجد لهذا المعيار أساسًا قانونيًا فيما أورده المشرع في عجز المادة الثانية والستين من قانون التعاقدات العامة؛ إذ تنص على أن: "...، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية،..."، وذلك بعدما أورد في صدرها الحالات السبع التي يجوز فيها للإدارة تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر لتوافر حالة الضرورة. ضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهة الإدارية، يستتبع الإقرار بأن توقف السير المنتظم والمطرد للمرفق يمثل ضرورة تسوّغ مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للحيلولة دونه.

هذا، وتأخذ حكم توقف السير المنتظم، الخشية الفعلية من توقف السير المنتظم للمرفق؛ لعدة جوهرية قوامها أن الإدارة مطالبة باتخاذ ما يلزم من تدابير وإجراءات وقائية بما يمكنها من درأ المخاطر التي قد تتهدد استمرارية أنشطتها الإدارية وفق المبدأ الدستوري- مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وألا تنتظر حدوث

(¹) انظر:

Francis MER et autres: Comment garantir la continuité du service public, Fondation pour l'innovation politique, Janvier 2005, Paris – France, p. 3 et suiv;

Fallait Pas Faire Du Droit.fr: Les lois du service public: continuité, adaptabilité, égalité, laïcité, no éditeur, no Date, p. 4 et suiv;

CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

الخطر المحقق بها ثم تبادر إلى معالجة آثاره. شريطة أن تكون هذه الخشية مؤكدة لا محض حدس أو توهم من قبل الإدارة.

وقد أحسن المشرع صنيعةً في الإصدار الجديد من قانون تعاقدات الجهات العامة إذ يؤكد المعنى المتقدم في أكثر من بند من بنود المادة 62 منه والتي تنص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من الحالات: 1. الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما؛ 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات".

وتمّ تساؤل جوهري يُطرح- قوامه هل يكفي تقديم الخدمة على نحو سيء أو التأخر في تقديمها لتبرير لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر للتحلل من المسؤولية القانونية التي قد تقع فيها جرّاء استياء الجمهور من الخدمة التي يتلقاها؟

كما هو معلوم أن إخلال الإدارة بالتزامها في تقديم الخدمة المنوطة بها يتخذ صوراً ثلاث؛ الأولى: تقديم الخدمة على نحو سيء والتي تُعرف فقهاً بسير المرفق على وجه سيء، والثانية: التأخر أو التباطؤ في تقديم الخدمة، والثالثة: الامتناع عن تقديم الخدمة في فرض يوجب القانون عليها تقديمها- فهذه الحالات هي التي

يتوافر بها الخطأ المرفق الذي تتعد به مسؤولية الإدارة. ولكن مساءلة الإدارة في هذه الفروض محمولة على الظروف العادية التي لا تجابه فيها الإدارة ظروفًا استثنائية أو طارئة، بينما يرد تأخرها في تقديم الخدمة أو تقديمها على نحو سيء في الظرف الذي تتحقق به حالة الضرورة التعاقدية إلى هذا الظرف، ومن ثم فإن تقديم الخدمة الإدارية على نحو سيء أو التأخر في تقديمها لا يسوغان بذاتهما لجوء الإدارة إلى التعاقد الاستثنائي؛ فالأصل أن ذلك يكون إما معزواً إلى تقصير الإدارة في الظرف العادي، وهو ما يقيم مسؤوليتها الإدارية، أو إلى ما لا دخل لإرادتها فيه، وفي هذا الفرض يكون تحركها لإشباع الحاجة المرفقية معزواً إلى الظرف الذي يشكل ضرورة لا إلى النتيجة التي يربتها هذا الظرف وهي التأخر في تقديم الخدمة أو تقديمها على نحو سيء.

عدم كفاية الظرف السياسي الحرج لتحقيق معنى الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

قد تجابه الدولة ظرفاً سياسياً حرجاً، يقتضي الإسراع في اتخاذ التدابير الكفيلة بإشباع الحاجات العامة المرفقية، وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان هذا الظرف "في عمومته" يُمثّل ضرورة تعاقدية تسوّغ مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر من عدمه؟ ورداً على هذا التساؤل أقول بأن مجرد توافر الظرف السياسي الحرج في ذاته لا يمثل ضرورة تسوّغ التحلل من طرق التعاقد الأصلية، إلا أن يكون الظرف قد أثار في أداء مرفق معين إلى الحد الذي لا يدع له بديلاً عن

اللجوء إلى التعاقد المباشر للتمكن من إشباع الحاجة المرفقية، بمعنى أن يكون الخطر المصاحب لهذا الطرف محددًا في جانب وحدة معينة من الوحدات الإدارية المخاطبة بقانون العقد الإداري.

وهو ما تؤكدّه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع؛ إذ تفتي بأنه: "وإذا كان من طبيعة المباني المطلوب تشييدها ما قدرت أوضاع السياسة أن يجرى التعاقد عنها بالمخالفة لأحكام القانون، فإن جهة الإدارة قد عرضت العقد على مجلس الدولة وهو جهة بحث قانوني وفحص إجرائي للعقود والتصرفات، فإن المجلس ليس من جهات التقدير السياسي وليس هو وليس من جهة أخرى يخولها القانون الترخيص لجهات الإدارة بالتعاقد المخالف، وإن ما ساغ به لجهة الإدارة أن تتخفف من حكم القانون، كان خليفًا بها أن تتخفف أيضًا مما ألزمها القانون به من مراجعة العقد على مجلس الدولة، ومجلس الدولة لا يملك إلا تطبيق القانون وإبداء الرأي في حدوده"⁽¹⁾.

(1) "الحاصل في العقد المائل أنه أبرم بالأمر المباشر رغم قيمته الباهظة، وبمنأى عن كل قواعد القانون وبخروج سافر عليها وبتكئة من موافقة رئيس مجلس الوزراء على هذا الإسناد بالرغم من أن القانون لم يخوله اختصاصا في هذا الشأن. فقد جاءت هذه الموافقة ممن لا يملكها وعامة في مداها لا تتصرف إلى الأعمال محل هذا العقد بذاتها وإنما شاملة لمعظم مباني وزارة الداخلية أو كلها وتمثل استثناء لا يملكه إلا السلطة التشريعية التي ناط بها الدستور سلطة سن التشريعات. وجرى إسناد الأعمال محل هذا العقد بالأمر المباشر إلى إحدى شركات القطاع الخاص بأسعار قيل أنها مناسبة في البداية ثم بان ارتفاعها وجرى تخفيضها من مهندسى وزارة التعمير ورغم هذا الخفض فقد خلت الأوراق من دليل يطمئن اليه بمناسبتها. وقد عرضت الجهة الإدارية هذه

مدارج الضرورة التعاقدية في ظل الجمع بين مصطلحي "الضرورة" و"الضرورة

القصوى"

استعمل المشرع في قانون التعاقدات العامة الجديد، مصطلحين متقاربين المعنى أو بالأدق متداخلين، في مقام الترخيص للإدارة باللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة- "الضرورة" و"الضرورة القصوى". وهو ما يثير التساؤل عن الحدود الفاصلة بين الضرورتين؟! فهل يفهم من ذلك أن الضرورة المخاطب بها من هم دون رئيس مجلس الوزراء ضرورة عادية- أي لا ينبغي التشدد في الوصوف الذي تتوافر به هذه الضرورة؟ أم أن هذه الضرورة هي ضرورة قصوى في جانب المخولين صلاحية البت والتقرير النهائي في مدى توافرها، وأن الضرورة القصوى هي ضرورة في جانب رئيس مجلس الوزراء؟

الأسعار على مهندسى وزارة الاسكان وهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة رغم أن هذا الاجراء ليس هو ما سنه المشرع ولا يستباح به الخروج على أحكام القانون التي تستلزم طرح الأعمال محل هذا العقد فى مناقصة أو ممارسة يتبارى فيها المقاولون لتقديم أفضل عروضهم سعرا وشروطا ثم تتولى جهة الإدارة المفاضلة بينهم واختيار أقلهم سعرا وأفضلهم شروطا من خلال اللجان المختصة بذلك والتي أطاحت جهة الإدارة بكل اختصاص عقده المشرع لها واستبدلت بها لجانا شكلتها على غير ما رسمه القانون من القواعد الآمرة والضابطة لبرام العقود الإدارية. وهو ما يمثل مخالفة لحكم القانون ولما فرضه المشرع فى هذا الشأن؛ فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيه سنة 2000، الجزء الأول، ص 928.

وقبيل الرد على هذا التساؤل، علينا أن ننوه أولاً إلى أن قانون التعاقدات يتضمن معنيين مختلفين للضرورة؛ إحداهما ضرورة "عادية"، وضرورة "قصوى"؛ والأولى مصروفة إلى الحالات التي يجوز فيها للإدارة تقصير مواعيد معينة أو اختصار إجراءات معينة خلال عمليات التعاقد التي تقوم بها عبر طرق التعاقد؛ أصلية كانت أو غيرها، ومنها على سبيل المثال: سلطة الإدارة في مد مدة سريان العطاءات⁽¹⁾، أما الضرورة "القصوى" فهي مصروفة بحسب الأصل إلى الحالات التي يجوز فيها للإدارة الخروج على القاعدة العامة في التعاقد، ومن ثم تقرير اللجوء إلى إحدى وسائل التعاقد الاستثنائي - ممارسة كانت أو تعاقدًا مباشرًا⁽²⁾، وهذه الضرورة "القصوى" لها مدارج أو بالأدق لها مستويان؛ أحدهما يفصل في مدى توافره الأشخاص الذين حددتهم المادة 63، وثانيهما يفصل في مدى توافره

(1) تنص المادة 27 من قانون التعاقدات تحت عنوان صلاحية سريان العطاءات على أنه: "يجب أن تتضمن مذكرة الطرح مدة سريان العطاءات، بشرط ألا تقل هذه المدة عن خمسة وأربعين يوماً وألا تتجاوز تسعين يوماً وفقاً لطبيعة العملية. ويجوز استثناء تجاوز الحد الأقصى في الحالات التي تتطلب طبيعتها ذلك، ...، وفي جميع الأحوال، يجب أن يتم البت والإخطار بالترسية قبل انتهاء مدة سريان هذه العطاءات. فإذا تعذر ذلك، تعين على إدارة التعاقدات العرض على السلطة المختصة بالأسباب التي أدت إلى التأخير، واقتراح المدة المطلوب مدها للانتهاء من إجراءات الترسية، ...".

(2) للمزيد حول التفرقة بين الضرورة العادية والضرورة القصوى؛ راجع:

Direction des Affaires Juridiques (DJA Français): L'urgence dans les contrats de la commande publique, Fiche, Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Mise à jour le 01/04/2019, p. 1 et suiv.

رئيس مجلس الوزراء، والمستويان لا يخرجان عن كونهما ضرورة "قصوى"، بيد أن الأولى في جانب الأشخاص المخولين في تقرير التعاقد الاستثنائي من دون رئيس مجلس الوزراء، والثانية في جانب رئيس مجلس الوزراء فيما تجاوز صلاحية هؤلاء الأشخاص.

وأية ما تقدم، أنه ما دام أن الوزير المختص ومن دونه ممن رُخص لهم قانوناً في الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر، لهم أن يقرروا اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة من دون طرق التعاقد الاستثنائية الأخرى- كما يستفاد ذلك من نصوص القانون، وفي حدود الأنصبة المالية المقررة قانوناً، فإن مفهوم الضرورة القصوى هنا محمول على الحالة الواقعية التي تتجاوز فيها قيمة التعاقد "الضروري" هذه الأنصبة؛ ذلك أن تقييد الإدارة بالحدود المالية المقررة للوزير ومن دونه من أولي الاختصاص، قد يقف عائقاً أمامها في الأحوال الاستثنائية التي تقتضي الإسراع في التعاقد، وتكون قيمة التعاقدات أعلى من هذه الحدود، ما قد يحدها إلى كسر معيارية القانون في هذا الفرض؛ تحاشياً للإضرار بالمصلحة العامة، فضلاً عن أن توافر حالة الضرورة يجعل الإدارة في حل من أمر الامتثال لنصوص لا يفي التمسك بها بواجبها في تحقيق المصلحة العامة، ولو لم يكن ثمَّ نص قانوني صريح يسوّغ لها ذلك.

وهناك تفسير آخر، كنا نود أن تحمله نصوص القانون تأويلاً أو تفسيراً، بيد أنه لا يستفاد بالضرورة في تحديد أوجه التباين بين مصطلحي الضرورة والضرورة

القصوى المستخدمين من قبل المشرع⁽¹⁾، وهو القول بأن الضرورة منصرفة إلى الوقت أو المحل الذي لا تناسبه طرق التعاقد الأصلية ويناسبه من طرق التعاقد

(1) وإن كان هذا التفسير قد يجد له من إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ما يعضده؛ إذ فرقت الجمعية بين التعاقد من طريق الممارسة المحدودة والتعاقد من طريق الاتفاق المباشر؛ صارفة الأولى إلى حالات معينة، والثاني إلى حالة الضرورة؛ فقد جاء في إحدى فتاويها ما نصه: "وحيث إن المشرع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي وضع نظاما متكاملًا لتعاقدات الجهات الخاضعة لأحكامه حدد فيه طرق التعاقد وحالات وأحكام كل طريق فخصص بابه الأول لشراء المنقولات والتعاقد على المقاولات وتلقى الخدمات مبينا أن الأصل فيها أن تتم المناقصة العامة أو الممارسة العامة وأن الاستثناء جواز التعاقد فيها بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية أو الممارسة المحدودة أو الإتفاق المباشر، وبين الحد الأقصى لقيمة ما يتم التعاقد بشأنه بالإتفاق المباشر، وأجاز لرئيس مجلس الوزراء أن يأذن بالتعاقد بهذا السبيل فيما يجاوز هذا النصاب شريطة وجود حالة ضروره قصوى تلجئ إليه، ثم خصص الباب الثانى لشراء وإستئجار العقارات وخصص الباب الثالث لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو بإستغلال العقارات مبينا أن الأصل فيه أن يتم عن طريق المزايدة العنيه سواء كانت عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة وأنه إستثناء من ذلك يجوز بالممارسة المحدوده فى حالات محدده، كما يجوز بالإتفاق المباشر فى الحالات العاجله التى لا تحتمل اتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدوده وذلك بترخيص من رئيس الهيئة أو رئيس المصلحه فيما لا يجاوز قيمته عشرون الف جنيه، وللوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا يجاوز قيمته خمسين ألف جنيه ولم يجز لرئيس مجلس الوزراء الإذن بالتعاقد فيما يجاوز هذا النصاب، فى الوقت الذى أحال فيه على القواعد والإجراءات المنظمه للشراء بالممارسه المحدوده فى حالة البيع بالممارسه المحدوده، مما يكشف بجلاء عن نية المشرع فى عدم منح رئيس مجلس الوزراء سلطة البيع بالإتفاق المباشر فيما يجاوز الحدود المقرره للوزراء...؛ فتوى رقم 88 بتاريخ 30 / 1 / 2005 جلسة 1 / 12 / 2004 ملف رقم 54 / 1 / 416 ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العموميه لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946 وحتى عام 2005 فى شأن العقود، الجزء الثانى، ص 1600 وما بعدها.

الاستثنائية ما اعتمده المشرع من طرق استثنائية للتعاقد من دون الاتفاق بالاتفاق المباشر، كالممارسة على سبيل المثال، بينما تنصرف الضرورة القصوى إلى الوقت أو المحل الذي لا يناسبه من طرق التعاقد الاستثنائية سوى التعاقد المباشر؛ فيكون هذا هو معيار التمييز بين الضرورة والضرورة القصوى. ولكن هذا التفسير لا يتوافق مع إرادة المشرع إذ يرخص للإدارة في اختيار الطريقة الاستثنائية المناسبة بما فيها التعاقد المباشر في حال الضرورة؛ حيث لم يشترط ذلك في الضرورة القصوى فحسب.

وبعد أن فضضنا التشابك بين مصطلحي "الضرورة" و"الضرورة القصوى"، علينا أن نمايز بين الضرورة التعاقدية وما قد يتداخل معها من مفاهيم.

التمييز بين الضرورة التعاقدية وغيرها من المفاهيم ذات الصلة

قد يختلط مفهوم الضرورة بغيره من المفاهيم ذات الصلة، ما قد يكون سبباً من وراء وقوع الإدارة المتعاقدة في شرك اللامشروعية قاصدة أو غير قاصدة؛ فقد تستغل الإدارة تداخل المعاني فتتوسع في اللجوء إلى التعاقد المباشر، وقد يكون نقص خبرة عمّالها في الوقوف على محددات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، من وراء تحللها من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، ومحصلة الأمر في الحالين وقوع تصرف الإدارة التعاقدية في حومة اللامشروعية.

لذا، يجدر بنا التمييز بين الضرورة التعاقدية و"الحاجة إلى التعاقد"، والضرورة التعاقدية و"الإكراه الإداري على التعاقد المباشر"، على أن نصدّر قبل ذلك بفض الاشتباك المفاهيمي بين مصطلحي "الضرورة" و"الضرورة القصوى".

(1) الضرورة التعاقدية و"حاجة الإدارة إلى التعاقد"

يقصد بـ"الحاجة إلى التعاقد" افتقار الإدارة إلى ما ترغب في التعاقد من أجله، وهي متعلقة بمحل التعاقد لا بالظروف التي تجابهها الإدارة في سبيل إشباع هذه الحاجات، وهي دون "الاضطرار" أو "الالتجاء"، وليس ثم تطابق بينهما؛ فهي متحققة في تعاقدات الإدارة الأخرى من طريق طرق التعاقد الأصلية، ومن ثم فلا تصلح في ذاتها لتسويغ مسلك الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر كطريق استثنائي - رهن المشرع مشروعية ولوجه على تحقق الضرورة.

فالحاجة إلى التعاقد - على إطلاقها - تتحقق في كل مناسبة ترغب فيها الإدارة في التعاقد لإشباع احتياجاتها المرفقية، ومن ثم تعد متحققة في كافة طرق التعاقد - أصلية كانت أو استثنائية، أما إذا حُملت الحاجة على معنى "الحاجة إلى التعاقد المباشر"؛ لعله ما تسوّغ التحلل من طرق التعاقد الأصلية، فإننا نكون بصدد مفهوم الضرورة وليس مفهوم الحاجة إلى التعاقد.

فالأولى معنى خاص يعكس حاجةً ملحةً إلى التعاقد الاستثنائي، والثانية معنى عام يعكس حاجة مرفقية طبيعية إلى التعاقد بإحدى طرق التعاقد بغرض إشباعها، ما مؤداه تحوُّل طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر إلى طريقة أصلية في حين أنها طريقة استثنائية تحكمها قاعدة الضرورة تقدر بقدرها، وأن الاستثناء لا يُقاس عليه ولا يُتوسّع في تفسيره، وهذا من أهم الفروق العملية بين الضرورة والحاجة في مجال تعاقدات الجهات العامة.

(2) الضرورة التعاقدية و"الإكراه على التعاقد"

إن المجال يتسع لإثارة التساؤل حول ما إذا كان متصورًا أن تتولد حالة الضرورة الملجئة للتعاقد بالاتفاق المباشر عن الإكراه الإداري من عدمه؟

وبإدعاء ذي بدء، وإن كان تصوّر الإكراه الإداري في مجال إبرام العقود الإدارية، يعد فرضًا نادر الحدوث، فإن ذلك لا يحول دون الرد على هذا التساؤل، سيما وأن فقه القانون العام⁽¹⁾ وقضاؤه⁽²⁾ أقرّوا وقوع الإكراه في تصرفات الإدارة. فعلى فرض تحقق الإكراه في مرحلة تقدير الطرف المسوّغ للتعاقد المباشر، فإن الإكراه لا يضيف مشروعية على التعاقد، وإنما يقتصر أثره على نفي مسئولية السلطة الأذنة بالتعاقد المباشر - على فرض تمكنها من إثباته.

(1) انظر أ. د. جمال جبريل: العقود الإدارية- إبرام العقد الإداري وصحته وفقًا للقانون 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، ط 4، د. ن، د. ت، ص 253 وما بعدها.

(2) في هذا السياق تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه: "وغنيّ عن البيان أنه يفسد الرضا -في هذه الحال- ما يفسد الرضا من عيوب، ومنها الإكراه، ويتحقق ذلك بأن يقدم الطالب طلبه - أو من يمثله - تحت سلطان رهبة تبعثها الإدارة في نفسه دون وجه حق، وكانت هذه الرهبة قائمة على أساس، ويتراعى في تقدير مدى جسامته الإكراه جنسٌ من وقع عليه الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرفٍ آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته، ويخضع تقدير ذلك للقضاء في حدود رقابته لمشروعية القرارات الإدارية"؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1722 لسنة 32 ق. عليا، جلسة 26 يناير 1988، وأيضًا حكمها في الطعن رقم 3207 لسنة 36 ق. عليا، جلسة 21 نوفمبر 1995، وحكمها في الطعن رقم 15479 لسنة 56 ق. عليا، جلسة 25 فبراير 2015م.

ولما كان الإكراه هو حمل الغير على ما لم يكن لياتيه حرًا مختارًا، فإنه يعد إحدى صور الضرورة بمعناها الواسع؛ فالإلجاء الذي يتحقق به الإكراه هو ذاته الإلجاء أو الاضطرار الذي تتحقق به الضرورة عمومًا بغير تفرقة بين مجال وآخر. غير أن الإكراه يرد على إرادة أشخاص الإدارة لا على الظروف التي يجابهها المرفق العام، ومن ثم فإن الإكراه - على فرض وقوعه بالأوصاف التي يقرها الفقه - لا يسوّغ استمرارية التعاقد المباشر، وإن كان يمثل أحد موانع المسؤولية الإدارية في جانب الجهة الأذنة بالتعاقد المباشر.

لذا، تختلف الضرورة عن الإكراه في أن الأولى معيارها موضوعي - يعوّل فيه على ظروف وملابسات عمل المرفق دون التعويل على أشخاص الإدارة أنفسهم، والعبرة فيها بالتقدير العادي لرجل الإدارة المعتاد في مثل هذه الظروف والملابسات، بينما يحتكم الثاني إلى معيار شخصي - قوامه ظروف الشخص الواقع تحت الإكراه وملابسات الحال، والتي تختلف من شخص لآخر.

وعليه، فإن معيار تقدير الظرف الذي يتوافر به وصف الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، معيار موضوعي، تؤخذ فيه ظروف وملابسات عمل المرفق، في ضوء الأصول المرعية في إدارة المرافق العامة، وما ألزم القانون به المرافق العامة من قيود في تخطيط احتياجاتها المرفقية والتحصّب للمستقبلية منها.

وختامًا، وبعدما وقفنا على مفهوم معياري واضح ومحدد للضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر للضرورة كوسيلة استثنائية للتعاقد، يجدر بنا أن

نعرض لعدة أفراد التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بقانون خاص، يعد ترجمة للعديد من المبادئ الدستورية التي تحكم سياسة إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقد، وهو ما نعرض له في الفصل التالي.

الفصل الأول

علة إفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص ومعياريها لسلطة

التعاقد بالاتفاق المباشر

تمهيد وتقسيم

إذا كان الفقهاء القدامى قد أصلوا لعلة إفراد تعاقدات الإدارة بنظام قانوني خاص تُتبع فيه إجراءات وشكليات محددة من قبل المشرع سلفاً- تحسباً لاحتمالية زيغ بعض رجالات الإدارة عن جادة المشروعية، وما يستتبعه ذلك من إهدار للمال العام، فكانوا يسردوا هذه الحقيقة على أنها إحدى المسلمات التي لا يُرجى جديداً من تكرارها، ويكأنها أضحت معلومة بالضرورة من أمر تعاقدات الإدارة. بيد أن ما سلكه المشرع العادي في قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة الجديد من التوسُّع في تقرير الحالات التي يجوز فيها للإدارة الخروج على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد تدرعاً بحالة الضرورة التعاقدية، يحدونا إلى استدعاء هذه الحقيقة مرة أخرى لنذكّر بها المشرع العادي من ناحية- علّه يعيد النظر ثانية في نهجه التوسُّعي هذا، ونضعها أمام الإدارة الرشيدة من ناحية أخرى- علّها لا تتوسع في تفسير النصوص التشريعية التي تخولها صلاحية تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، سيّما وأن المفاهيم التي تشي بها هذه النصوص يكتنفها الغموض.

فما هو الإطار القانوني لسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة؟ وما هي مخاوف إفراط الإدارة في الارتكان إلى فكرة الضرورة لتحل من طرق التعاقد الأصلية؟ هذا ما نتناوله من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: الإطار الدستوري لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة.

المبحث الثاني: استثنائية التعاقد المباشر ومخاوف توسُّع الإدارة في اللجوء إليه بذريعة الضرورة.

المبحث الأول

الإطار القانوني لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة

تمهيد وتقسيم

إن سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر لا تتفك عن السياق العام الذي تنطلق منه سلطتها في إبرام عقودها - إدارية كانت أو مدنية، هذا السياق الذي تحكمه قواعد ومبادئ دستورية باتت تمثل دستوراً للتعاقد أو بالأدق إطاراً للعملية التعاقدية التي بموجبها تُلزم الدولة وتلتزم. وقد تبلورت هذه المبادئ وتلك القواعد تدريجياً من طريق قضاء الدستورية تارة وقضاء المشروعية تارة أخرى، كرد فعل طبيعي لازدياد دور الدولة التدخلية في إشباع حاجات الأفراد ووسيلتها الرئيسية في ذلك العقود الإدارية.

فما هي أهم المبادئ الدستورية التي تُصاغ في ضوءها سلطة الإدارة في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق العقود الإدارية؟ وما هي المقاصد الدستورية التي يتغياها المشرع من وراء تعديل قانون العقد الإداري - قانون التعاقدات العامة الجديد؟ هذا ما نعرض له تفصيلاً من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: المبادئ الدستورية التي تحكم سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية.

المطلب الثاني: القاعدة العامة في التعاقد والمقاصد الدستورية لقانون التعاقدات العامة.

المطلب الأول

المبادئ الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف

الاستثنائية

بالرغم من عدم تصريح المشرع الدستوري، سواء في فرنسا ومصر، بالمبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية، فإن ثمة مبادئ أصولية تحكم عملية إبرام هذه العقود، Principes fondamentaux de la passation des marchés publics، سواء من طريق القاعدة العامة في التعاقد العام أو من طريق الاستثناء، يمكن استخلاصها من النصوص الدستورية وما استقر عليه قضاء الدستورية والمشروعية من اجتهاد بشأنها، ومن أهم هذه المبادئ ما يلي:

أولاً: تقييد الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة

قد يستساغ الحديث عن الحرية التعاقدية للأشخاص الطبيعيين - على اعتبار أنهم يتمتعون بحرية التعبير عن إرادتهم في التصرف في أموالهم وممتلكاتهم الخاصة. أما عن الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، فهي من المسائل الشائكة التي يصعب التسليم بها فقهاً وعملاً⁽¹⁾؛ لعلة خضوع التصرفات التعاقدية لهذه الأشخاص لنظام قانوني خاص يتأسس على تقليص دور إرادتها.

(1) انظر في نفس المعنى:

فإذا كانت الأشخاص الاعتبارية العامة تستوي مع الأشخاص الطبيعيين في التمتع بكافة الحقوق التي ترتبها فكرة الشخصية القانونية، إلا ما تعلق منها بالصفة البشرية للأشخاص الطبيعيين⁽¹⁾، فإن ذلك لا يحول دون الإقرار بأن فكرة الحرية التعاقدية في جانب الأولى يختلف جد اختلاف عنه في جانب الثانية؛ إذ يتصرف الآدميون في أموالهم وممتلكاتهم الخاصة وفق قواعد قانونية تراعي مقتضيات ملكيتهم الخاصة، بينما يتصرف الأشخاص الاعتباريون العموميون في أموال الدولة وفق قواعد قانونية خاصة تراعي التحسب لحماية الأموال العامة من محاولات النيل منها.

وهو ما يؤكد أحد الكتّاب الفرنسيين إذ يقرر أن التزام الإدارة بمراعاة اعتبارات جوهرية مثل العمل على إشباع احتياجاتها بأقل تكلفة مالية، وضمن شفافية

Muhannad AJJOUR: La Notion de Liberté Contractuelle en Droit Administratif Français, Thèse de doctorat en Droit public, Ecole doctorale Georges Vedel (droit administratif, sciences administratives et science politique), Université Panthéon-Assas Paris II, France, 2016, p. 41.

(¹) تنص المادة 53 من القانون المدني على أن: "1. الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون؛ 2. فيكون له: (أ) نمة مالية مستقلة؛ (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون؛ (ج) حق التقاضي؛ (د) موطن مستقل؛ 3. يكون له نائب يعبر عن إرادته".

الإجراءات؛ لتجنب المحاباة أو الفساد، وكذا ضمان الأداء السليم للخدمة العامة، يجعل من نطاق حريتها التعاقدية محدودًا للغاية⁽¹⁾.

وقد تردد المجلس الدستوري الفرنسي في بادئ الأمر في الإقرار بقيمة دستورية لهذا المبدأ؛ لعدم وضوح ملامحه⁽²⁾. بيد أنه قد عاود التكريس له مؤخرًا من طريق فكرة الحرية بشكل عام- كون الأولى متفرعة عن الثانية؛ ففقد صلاحية الحد منه أو تقييده بمقتضى النظام العام- موضوعيًا، وبأداة التشريع العادي دون اللائحي- إجرائيًا le principe de liberté contractuelle ne soit pas reconnue comme un objectif à valeur constitutionnelle, il conserve un fondement constitutionnel auquel seule la loi peut apporter une restriction⁽³⁾، فقد انتهى المجلس إلى أن الحرية التعاقدية تُستمد من نص

(1) انظر:

Aurélié Wattecamp: Le Regime des Contrats Administratifs, Fiche Pedagogique Virtuelle, La Faculté de Droit Virtuelle- Faculté de Droit de Lyon, 18 janvier 2010, p. 2.

(2) فقد رفض المجلس في سابق الأمر، إرساء مبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص الطبيعيين، استنادًا إلى صعوبة اعتماد معيار محدد لما يمثل إخلالًا بمبدأ الحرية التعاقدية، وإن كان قد أقر في الوقت ذاته بتفرُّع الحرية التعاقدية عن الحرية بشكل عام؛ انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/81132DC.htm>

(3) انظر:

المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) على أن: "الحرية تكمن في القدرة على فعل أي شيء لا يضر بالآخرين"، بما يجعل لها أساسًا دستوريًا يحملها⁽¹⁾.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في التكريس لمبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، بشكل جزئي؛ مقررًا أن تقييد هذا المبدأ لا يجوز إلا من قبل

Conseil Constitutionnel; Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994; Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94348DC.htm>

Conseil Constitutionnel; Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997; Loi créant les plans d'épargne retraite; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97388DC.htm>

Conseil Constitutionnel; Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999; Loi relative au pacte civil de solidarité; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419DC.htm>

(¹) انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000; Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000437DC.htm>

un principe de liberté auquel seule la loi ⁽¹⁾ peut apporter des restrictions les dispositions dérogeant au principe de liberté contractuelle sont d'interprétation stricte ⁽²⁾.

ومن جانبنا، نرى أن التكريس القضائي لمبدأ حرية الأشخاص الاعتبارية العامة في التعاقد، سواء من قبل المجلس الدستوري أو من قبل مجلس الدولة الفرنسي، لا يتجاوز دائرة الإقرار بأن نطاق حرية الإدارة في التعاقد، إنما يتحدد في ضوء ما يتضمنه القانون المنظم لتعاقداتها من أحكام ⁽³⁾.

⁽¹⁾ للمزيد من التفاضيل حول موقف المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيين من مبدأ حرية التعاقد للأشخاص الاعتبارية العامة؛ راجع: أ.د. شريف يوسف خاطر: مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، د. ن، د. ت، ص 113 وما بعدها.

⁽²⁾ انظر:

Conseil d'Etat, Section, du 28 janvier 1998, 138650, publié au recueil Lebon; Publié sur le site suivant:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007976102>

⁽³⁾ ويدعم وجهتنا هذه ما يخلص إليه أحد الباحثين في الشأن الفرنسي، في أطروحة متخصصة عن الحرية التعاقدية في النظام الفرنسي، من أن مشكلة الحرية التعاقدية للأشخاص العموميين، في القانون الإداري، هي مشكلة ممارسة؛ لأنه إذا كانت فكرة الحرية التعاقدية قائمة على قاعدة "أي شيء غير محظور مسموح به" بالنسبة للأشخاص العموميين، كما أوضحنا بالفعل، فإن القاعدة هي بالأحرى أن: "كل ما هو غير مصرح به محظور"؛ إذ يقول ما نصه:

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا المعنى المتقدم؛ إذ تواتر قضاؤها على أن: "حرية التعاقد . وأياً كان الأصل الذي تتفرع عنه أو ترد إليه . لا تعني على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن العقود . حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص . قيوداً يرمى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها"⁽¹⁾(²).

"Effectivement, en droit administratif, le problème de la liberté contractuelle des personnes publiques est celui de son exercice car si l'idée de la liberté contractuelle est fondée sur la règle selon laquelle « tout ce qui n'est pas interdit est permis », pour les personnes publiques, on l'a déjà montré, la règle est plutôt que « tout ce qui n'est pas autorisé est interdit"; Muhannad AJJOUR: La Notion de Liberté Contractuelle en Droit Administratif Français, op. Cit, p. 517.

(¹) حكمها في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"، جلسة السبت 5 أغسطس 1995 م؛ متاح على الرابط الإلكتروني:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-8-Y16.html>

(²) ويستفاد التكريس الضمني لارتباط فكرة الحرية التعاقدية بالشخص الطبيعي مما تواتر عليه قضاء المحكمة الدستورية في التكريس لحرية الأشخاص الطبيعيين في التعاقد؛ إذ تقرر أنه: " وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائناً يُحمل على ما لا يرضاه، بل بشراً سوياً. وحيث إن حرية التعاقد هذه، فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في

وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه: "من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود إدارية كانت أو مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح؛ كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، وضمانا في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقا للمصلحة العامة. ومن مؤدى ما تقدم أنه متى حدد المشرع - بموجب ما يسنه من قوانين ولوائح - طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة، ...، ففي هذه الحالة تختلط طريقة التعبير عن الإرادة - باتباع هذه الطريقة أو عدم اتباعها - بمشروعية الإرادة ذاتها، ومن ثم لا تكون الإرادة - التي هي قوام ركن الرضا في العقد - صحيحة ومعتبرة إلا باتباع هذه الطريقة، خاصة إذا كان المقبل على التعاقد مع جهة الإدارة يعلم حقيقة أو حكما من خلال

الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيأ كان الدائن بها أو المدين بأدائها. بيد أن هذه الحرية - التي لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدينها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها - لا تعطلها تلك القيود التي تفرضها السلطة التشريعية عليها بما يحول دون انفلاتها من كوابحها. ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محدداً بقواعد أمره تحيط ببعض جوانبها. غير أن هذه القيود لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر؛" حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 11 لسنة 23 قضائية "دستورية"، جلسة 5 مايو 2018م، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (ب)، السنة الحادية والستون، 13 مايو 2018م؛ وحكمها في القضية 70 لسنة 20 قضائية "دستورية"، جلسة 13 يناير 2008م، مجموعة المكتب الفني، ص 793؛ وحكمها في القضية رقم 56 لسنة 18 قضائية "دستورية"، جلسة 15 نوفمبر 1997م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن (من أول يوليو 1996 حتى آخر يونيو 1998، قاعدة رقم 64، ص 928.

علمه المفترض بالقوانين واللوائح التي توجب هذه الطريقة سبيلا لإبرام العقد بوجوب اتباع هذه الطريقة لتحقيق هذا الغرض"⁽¹⁾).

ومن ثمَّ فإن نطاق حرية الأشخاص الاعتبارية العامة في التعبير عن إرادتها في إشباعها لحاجاتها المرفقية، لا يماثل البتة نطاق الحرية المحجوز للأشخاص الطبيعيين، ومن ثمَّ فلن يبرح التكريس لمبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، دائرة القيود والضوابط التي يتضمنها القانون المنظم للتعاقدات العامة، ومن قبلها المبادئ الدستورية التي تحكم نشاط الإدارة في مباشرة الاختصاصات المنوطة بها، لا يقدح في ذلك تمتُّع الأشخاص الاعتبارية العامة بحيز من السلطة تقديرية؛ فقدرتها على التصرف في بعض المسائل لن يخرج عن كونه صلاحية

(¹) حكم المحكمة الإدارية العليا (الدائرة السادسة) في الطعن رقم 11008 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 22 يونيو 2011م؛ منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد العربي للقضاء الإداري؛ الرابط التالي:

<http://arabic.auaj.org/archives/5019>

(²) هذا، وقد نَحَت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، منحىً قريباً مما كرَّسته المحكمة الإدارية العليا؛ مقرر في غير ما مرة أنه: "من الأصول المسلَّمة أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود (إدارية كانت أو مدنية)؛ ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كغالب اختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية وحسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام...؛" الفتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

لمباشرة اختصاصات معينة، وبشرط عدم التعسف في مباشرة هذه الاختصاصات وفقاً لمبدأ المشروعية. بمعنى أن نطاق هذه الحرية يتحدد في ضوء النظام القانوني الخاص المقرر لإبرام عقودها، فلا تعرض عنه قياساً على ما هو محجوز للأشخاص الطبيعيين.

وعليه، فإن صلاحية الإدارة في تقدير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، في ظل القول بتقييد حريتها التعاقدية بما تضمنه قانون التعاقدات العامة ولائحته التنفيذية، محمولة على أضيق نطاق لها في ضوء الصفة الاستثنائية التي تتسم بها طريقة التعاقد المباشر - من ناحية، ونزولاً عند طبيعة فكرة الضرورة التي تقتضي التقييد بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها - من ناحية أخرى؛ لنخلص إلى نتيجة سائغة مؤداها أن سعة التقدير المخولة للإدارة في اختيار طريقة التعاقد التي تناسب ملابسات إشباع الحاجة المرفقية من طريق التعاقد، تقابلها ضرورة التقييد بما أورده المشرعان العادي واللائحي من ضوابط وقيود تحكم صلاحية تقرير اللجوء إليها.

ثانياً: مبدأ استمرارية الخدمة العامة

تعد استمرارية الخدمة العامة *Continuité du service public* غاية التكريس لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، كواحد من أهم المبادئ الحاكمة لسير العمل الإداري في مختلف النظم القانونية على اختلاف مشاربها، باعتبار أن هذه

الاستمرارية انعكاس طبيعي لفكرة استمرارية الدولة C'est le corolaire du principe de la continuité de l'Etat⁽¹⁾.

ويعد هذا المبدأ - مبدأ استمرارية الخدمة العامة، هو الأهم بين المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية على وجه الخصوص؛ باعتبار أن الخشية من توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام الإداري، هي مبعث الإقرار للإدارة بجواز الخروج على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام، والتعجل في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق التعاقد المباشر⁽²⁾. وسنعرض لاحقاً لمعيارية هذا المبدأ لمفهوم الضرورة الذي يسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر؛ حيث معيار توقّف السير المنتظم للمرفق العام.

(¹) انظر:

Cours-de-droit.net: Les principes constitutionnels du droit des contrats administratifs, Sept. 19, 2019, p. 9; Posté sur <https://cours-de-droit.net/les-principes-constitutionnels-du-droit-des-contrats-administratifs-a126670324/>

Conseil constitutionnel. 14 avril 2005. Aéroport de Paris.

(²) في نفس المعنى؛ انظر:

Mathias Amilhat: Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, Mémoire en droit public, l'Université de Lille, No Date, p. 29.

وقد كرس المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ استمرارية الخدمة العامة ابتداء من عام 1999م، كما كرس له مجلس الدولة الفرنسي في وقت مبكر⁽¹⁾، مقررًا أن مبدأ استمرارية الخدمة العامة هو النتيجة الطبيعية لاستمرارية الدولة، بل ومسوغًا لتعديل العقد بإرادتها المنفردة في الظروف العادية. ولعل هذه الخصيصة هي ما تقف من وراء إجازة مسلك الإدارة في الخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام في الظروف الاستثنائية التي لا يحتمل إشباع الحاجة المرفقية خلالها اللجوء إلى طرق التعاقد الأصلية.

ونزولاً عند مقتضى مبدأ الاستمرارية، اعتمدت فرنسا نظامًا مخصصًا لحالات الطوارئ الصحية بموجب القانون رقم 290 - 2020 الصادر في 23 مارس 2020 بشأن التعامل مع حالة الطوارئ التي يفرضها وباء كوفيد 19، والذي خول في المادة 11 منه للحكومة صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة لمجابهة هذا الوباء من خلال المراسيم، سواء فيما يتعلق بمواعيد الوفاء النهائية، والتنفيذ والإنهاء، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالجزاءات العقدية المنصوص عليها في قانون المشتريات العامة، وكذلك شروط التعاقد ابتداء، وقد صدر استنادًا إلى هذه المادة

(1) انظر:

Conseil d'Etat, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon;
Compagnie générale française des tramways.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>.

المرسوم رقم 319 - 2020 الصادر في 25 مارس 2020، والمنشور في الجريدة الرسمية JORF بتاريخ 26 مارس 2020⁽¹⁾.

وتستتبع هذه الاستمرارية العمل على تطوير الإدارة التعاقدية عضوياً ووظيفياً، بما يناسب معطيات بيئة التعاقدات العامة التي تموج بالعديد من التعقيدات والمستجدات، على كافة المستويات القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾، ومن ثم مواكبة توجه الدولة إلى جذب المزيد من الاستثمارات الجديدة، فضلاً عن تشجيع الاستثمارات القائمة.

ثالثاً: الاستخدام السليم للأموال العامة

يعد مبدأ الاستخدام الرشيد أو السليم للأموال العامة le principe de bonne utilisation des deniers publics واحداً من المبادئ الجوهرية التي تحكم

(¹) انظر:

Hicham Rassafi-Guibal: crise sanitaire et contrats administratifs : quand l'urgence fragilise le droit. à propos de l'ordonnance n° 2020-319, chronique classée dans dossier, droit administratif, appartient au dossier: "[colloque virtuel] droit et coronavirus. le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles", rdlf 2020, p. 1.

(²) في نفس المعنى؛ انظر:

Jean-Marc Sauvé & Stéphane Eustache: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Discours 27 juin 2014, p. 2, 3.

سلطة الإدارة العامة في تقرير اللجوء إلى التعاقد العام عمومًا، سواء بالطرق الأصلية للتعاقد أو بطرقه الاستثنائية؛ لعلة جوهرية مؤداها أنها مستخلفة في إدارة هذه الأموال - دون تملكها - باسم الجماعة ولصالحها.

ويعد مبدأ الاستخدام السليم أو الرشيد للمال العام واحدًا من أسس الإدارة الجيدة أو الرشيدة *La bonne administration* التي يُكرّس لها مؤخرًا، والتي لا ينصرف مفهومها فقط إلى مشروعية أعمال الإدارة، وإنما إلى ملائمتها أيضًا - كما تعبر عن ذلك إحدى اللواتي تولين مهمة الوسيط (أمين المظالم) الأوروبي بقولها: "لا ينبغي للوسيط الأوروبي أن يعوّل في تقييم أعمال الإدارة على مدى مشروعيتها - كما طبيعة عمل المحاكم الإدارية، وإنما ينبغي له أن يتوقع منها بذل كل ما في وسعها لضمان فكرة المعقولية⁽¹⁾".

وقد أحسن المشرع العادي صنعًا إذ كرّس صراحة لهذا المبدأ في المادة الثامنة من قانون التعاقدات العامة الجديد؛ فنص فيها على أنه: "يتعين على الجهات الخاضعة

(1) في نفس المعنى؛ انظر كلاً من:

Emily O'Reilly: Une bonne administration dans la pratique: les décisions du Médiateur européen en 2013, 15 septembre 2014, p. 2;

Ulrich Stelkens: Les principes généraux paneuropéens de bonne administration – Présentation d'un projet, researchgate, July 2018, p. 2 et suiv.

لأحكام هذا القانون مراعاة ...، ومراعاة اعتبارات الجودة والتكلفة، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام على أساس كامل دورة الحياة لما يطرح، ..".

وعليه، فإن الحماية القانونية الواجبة للمال العام، تقتضي الحد من لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر والذي عادة ما تختص به الإدارة كيانات أو مشروعات اقتصادية بعينها، عادة ما تستأثر بأغلب تعاقدات الإدارة المباشرة إلم تك كلها.

رابعاً: مبدأ النزاهة والشفافية الإدارية

من أهم المبادئ الدستورية التي تحكم سلطة الإدارة العامة في شتى تصرفاتها على وجه العموم، وفي تصرفاتها التعاقدية على وجه الخصوص، مبدأ الشفافية الإدارية Le principe de transparence administrative⁽¹⁾، والذي ينصرف إلى الوضوح التام الذي ينبغي أن تكون عليه تصرفات الإدارة الراغبة في التعاقد أمام المتنافسين أو الراغبين في الحصول على التعاقد العام، فضلاً عن جهاتها الرقابية، إدارية كانت أو غيرها، إلا ما كان منها متصلاً باعتبارات الأمن القومي ولا يصح الإفصاح عنه. بما يغلق الباب في وجه المشككين في مسلك الإدارة ممن لم يظفروا بالتعاقد معها.

(¹) انظر:

Organisation Internationale de Droit du Développement(OIDD): Les Marches Publics dans Les Pays en Développement Leçons Apprises des Activités Récentes de L'IDLO, Actualités du droit du développement, N° 1, Rome, Italie, 2007, p. 1.

هذا، ولا يقتصر تقيّد الإدارة بهذا المبدأ على الظروف الطبيعية أو على تعاقدتها بطرق التعاقد الأصلية، وإنما تتقيّد به أيضاً في تعاقداتها الاستثنائية؛ إذ يستقر العمل على أن الظروف القاهرة لا تعفي الإدارة من احترام مبدأ الشفافية tout en respectant le principe de transparence⁽¹⁾.

وليس أفصح بياناً في سياق التدليل على أهمية الشفافية الإدارية لضبط ممارسات الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر؛ إذ يتأسس هذا الأخير على السرية في أغلب إجراءاته، ما يعبر به أحد الباحثين قائلاً أن الفساد يتغذى على السرية La corruption se nourrit du secret، وأن الحل يكمن في ضمان قدر من شفافية الإجراءات في جميع مراحل الاشتراء العمومي La solution est donc de veiller à la transparence de l'autre de la passation des marchés publics, quelle que soit l'étape considérée ou le mode d'acquisition retenu⁽²⁾.

(1) انظر:

Le ministère français de l'économie et des finances (Direction des Affaires Juridiques): Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique; Questions-réponses, 2020, p. 6.

(2) انظر:

Amira TLILI: Réforme de la réglementation des marchés publics en Tunisie: Étude comparée avec les normes internationales, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, Master «

ورغبة منه في تعزيز مبادئ الحوكمة والشفافية ومحاربة الفساد، نص القانون في المادة التاسعة والثمانين - تحت عنوان المساءلة - على أنه: مع عدم الإخلال بحق ذوي الشأن في إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية، يؤخذ تأديبياً كل من خالف أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية، أو مدونة السلوك الوظيفي للعاملين بالتعاقدات والتي يصدر بها قرار من وزير المالية".

ويعد هذا النص تطبيقاً لنص المادة 218 من الدستور المصري الحالي إذ تنص على أن: "تلتزم الدولة بمكافحة الفساد، ويحدد القانون الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بذلك. وتلتزم الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بالتنسيق فيما بينها في مكافحة الفساد، وتعزيز قيم النزاهة والشفافية، ضماناً لحسن أداء الوظيفة العامة والحفاظ على المال العام، ووضع ومتابعة تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد بالمشاركة مع غيرها من الهيئات والأجهزة المعنية، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون".

خامساً: الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة

يعد الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة واحداً من أهم المبادئ التي تحكم سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد العام بغرض إشباع حاجاتها المرفقية، سواء من خلال طرق التعاقد الأصلية أو من طريق التعاقد الاستثنائي؛ باعتبار أن

Administration publique » Parcours « Administration publique générale », 2014, p. 26.

الغاية الدستورية من حماية المساواة والمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، إنما تكمن في تيسير سبل الوصول إلى التعاقدات العامة أمام جميع الراغبين في ولولجها من طرق مشروعة، وعلى وجه الخصوص الكيانات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics⁽¹⁾.

وقد أقر المجلس الدستوري - في 26 يونيو 2003م - حق الإسهام في الاشتراء العمومي أو الحق في الحصول على العقود العامة أو الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة، استنادًا إلى المادتين 6 و 14 من إعلان 1789م؛ مقررًا أن سلطة الإدارة في إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقدات العامة مقيدة باحترام مبادئ "حرية الوصول إلى التعاقدات العامة،.." ⁽²⁾.

(¹) انظر:

Samir BOUCHBAT: L'accès de la petite et moyenne entreprise aux marchés publics au Maroc et en France, Essai d'analyse à la lumière de la réforme du droit de la commande publique européen et français, Master Droit, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, 2016, pp. 4, 5.

(²) انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003; Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit; "..., et prévoir les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans"; Publié sur le site

ومن جانبه، فقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى ما أسماها المبادئ العامة النابعة من المادة الأولى من قانون المشتريات العامة، منذ أوائل العقد الأول من القرن الحالي، مؤكدًا على أن "العقود التي تُمنح بموجب قانون المشتريات العامة تخضع فيما تخضع له من مبادئ للمساواة في الحصول على العقود العامة"، ومشددًا على أنه لا يمكن التحلل من متطلبات قانون المشتريات العامة، إلا إذا ظهر أن هذه الإجراءات الشكلية مستحيلة أو غير ضرورية بشكل واضح، لا سيما بسبب موضوع العقد أو قيمته أو درجة التنافس⁽¹⁾.

suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473DC.htm>

(¹) انظر:

Conseil d'Etat, Décision N°329100, 10 février 2010, M. P.; "Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le II de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 1er août 2006 selon lequel: "Les marchés publics et les accords-cadres (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...)" ; que ces principes ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les seuls cas où il apparaît que de telles formalités sont

وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه⁽¹⁾: "...، متى حدد المشرع - بموجب ما يسنه من قوانين ولوائح - طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة، تقديرًا من المشرع بأن هذه الطريقة هي التي تتحقق بها المساواة وتكافؤ الفرص حسبما يوجبه الدستور، فضلًا عن حرية المنافسة وما تثمره من تنافس تتحقق به المصلحة العامة، حيث يتبارى المتقدمون في تقديم أفضل العروض؛ ففي هذه الحالة تختلط طريقة التعبير عن الإرادة - باتباع هذه الطريقة أو عدم اتباعها - بمشروعية الإرادة ذاتها،..".

وعليه، فإن إسهاب الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة لن يجعل لهؤلاء من سبيل إلى الوصول إلى التعاقدات العامة.

سادسًا: مبدأ المساواة بين المتنافسين (أو المنافسة العادلة)

يعد مبدأ المساواة بين المتقدمين لإشباع الحاجة المرفقية من طريق التعاقد العام، الوجه الآخر لمبدأ تقييد الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، باعتبار أن

impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré"; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ce-10-fevrier-2010-m.-p>

(¹) حكم المحكمة الإدارية العليا (الدائرة السادسة) في الطعن رقم 11008 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 22 يونيو 2011م، حكم سبق ذكره.

المساواة الفعلية هي الحاكمة لفكرة المنافسة الحقيقية بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وبدونها يُفَرِّغ مبدأ حرية المنافسة في مجال التعاقدات العامة من مضمونه - على ما له من أهمية جوهرية في تحقيق بغية المشرع الرئيسية من وراء إخضاع تعاقدات الجهات العامة لقانون خاص، ألا وهي الجمع بين اعتباري الجودة فنياً وقلّة التكلفة مالياً. وتتصرف المنافسة العادلة أو المتساوية إلى المكنة المخولة لكل منافس في الوصول إلى التعاقد العام L'égalité concurrence correspond à la possibilité donnée à chaque opérateur de pouvoir se faire concurrence، وهو الأمر الذي يثقل كاهل السلطة العامة بضرورة التدخل للحيلولة دون هيمنة بعض الفاعلين الاقتصاديين على التعاقد العام⁽¹⁾.

فالتنافسية الحقيقية في مجال التعاقدات العامة، تخلق كيانات إدارية رشيدة تتنافس فيما بينها في جذب المستثمرين الطموحين إلى أنشطتها التعاقدية، فتصل الإدارة من هذه الطريق إلى مستوى متقدم من الرشد الإداري في مجال إشباع حاجاتها

(¹) انظر كلاً من:

Claire Mongouachon: Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, La Revue des Droits de l'Homme, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2017, p. 43;

Gilles Guiheux: La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français: entre novation et tradition, Revue générale de droit, Volume 36, numéro 4, Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes, 2006, p. 791.

المرفقية من طريق التعاقد العام، وفي الوقت ذاته تفتح آفاقاً جديدة أمام مستثمرين جدد يسهمون في عملية التنمية الاقتصادية التي يستهدفها المشرع الدستوري. وعلى صعيد آخر، تسهم الشفافية الإدارية "الحقيقية" في خلق بيئة إدارية خالية من مظاهر التستر والتحايل على القانون بداعي الضرورة إلى التعاقد الاستثنائي. فالإدارة وهي تجاهر بمعايير الاختيار وضوابط الترسية أمام جمهور الراغبين في التعاقد العام، تبرهن على أنها تتصرف باسم الدولة ولحسابها، لا لصالح عمالها.

ويؤكد المشرع الفرنسي التزام الإدارة المتعاقدة بهذا المبدأ الدستوري في المادة 3 / 3 من قانون المشتريات العامة، والتي تنص على أن: "يتعين على المشتري العام احترام مبدأ المساواة في المعاملة بين المتقدمين للحصول على التعاقد العام"⁽¹⁾. بل إن العمل مستقر على أن الظروف الاستثنائية لا تعفي الإدارة من احترام مبدأ المعاملة المتساوية للمتنافسين على التعاقد tout en respectant le principe d'égalité de traitement des soumiss-ionnaires⁽²⁾.

(¹) ونصها بالفرنسية هو:

"Article L3: "Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique"; Code de la commande publique; Dernière modification le 12 février 2020, Document généré le 21 avril 2020, Legifrance.

(²) انظر:

وقد أحسن المشرع اللائحي في مصر إذ قرر في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات، تحت عنوان: معايير واجبة الاتباع في التعاقدات العامة، ما نصه: "تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص. ويلتزم العاملون بالجهات الإدارية بإنفاذ ما ورد بأحكام القانون وهذه اللائحة من معايير ومبادئ الشفافية، ويحظر تعارض المصالح فيما يؤدونه من إجراءات التعاقد، وعليهم مراعاة مدونة السلوك الوظيفي التي تصدر عن وزير المالية. ويجب على كافة المتعاملين من مجتمع الأعمال مراعاة ممارسات الأعمال الجيدة والمعايير المتعارف عليها في مجالات التعاقدات، وذلك في كافة تعاملاتهم أثناء مراحل إجراءات التعاقد بما في ذلك دراسة وإعداد وتقديم العطاءات وتنفيذ العقود، ويسأل قانونياً كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة"⁽¹⁾.

Le ministère français de l'économie et des finances (Direction des Affaires Juridiques): Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique; Questions-réponses, 2020, p. 6.

(¹) ثم تبع ذلك بالنص - في المادة الخامسة تحت عنوان "حماية المنافسة" - على أنه: "على الجهة الإدارية إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في حال ما إذا تبين لها وجود اتفاق أو تعاقد أو تبادل معلومات بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو تنسيق من خلال الغير سواء كان ذلك بين أي من المختصين بإدارة التعاقدات أو غيرهم من الموظفين بالجهة، وصاحب العطاء، أو بين أصحاب العطاءات فيما بينهم، أو المتزايدين، أو غيرهم من المتعاملين مع الجهة بحسب الأحوال، والذي من شأنه أن يؤدي إلى: 1. رفع، أو خفض، أو تثبيت أسعار المنتجات محل التعامل؛ 2. اقتسام الأسواق، أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز

وقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي في التكريس لمبدأ المساواة بين المتنافسين، منذ وقت مبكر؛ فقرر في وضوح تام أن: "مبدأ المساواة لا يقل قابلية للتطبيق بين الأشخاص الاعتباريين عنه بين الأشخاص الطبيعيين، لأنه وبما أن الأشخاص الاعتباريين هم مجموعات من الأشخاص الطبيعيين، فإن انتهاك مبدأ المساواة بينهما سيصل بالضرورة إلى خرق المساواة بينهم"⁽¹⁾.

التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات أو الحصص السوقية أو الفترات الزمنية؛ 3. التسيق فيما يتعلق بالتقدم، أو الامتناع عن الدخول في سائر عمليات التعاقدات المختلفة، ويسترشد في قيام التسيق بعدة أمور، منها على الأخص: (أ) تقديم عطاءات متطابقة، ويشمل ذلك الاتفاق على قواعد مشتركة لحساب الأسعار أو تحديد شروط العطاءات؛ (ب) الاتفاق حول الشخص الذي سيتقدم بالعطاء، ويشمل ذلك الاتفاق مسبقاً على الشخص الذي يرسو عليه العطاء سواء بالتأويل أو على أساس جغرافي أو على الجهات الإدارية المتقدم لها أو صاحبة الطرح؛ (ج) الاتفاق حول تقديم عطاءات صورية؛ (د) الاتفاق على منع شخص من التنافس في تقديم العطاءات".

(¹) انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation; «que le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci»; Décision Déjà mentionné.

وانظر أيضاً:

وعليه، فإن إسهاب الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر، يخل بمبدأ تكافؤ الفرص بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة- ذلك أن الإدارة عادة ما تؤثر كيانات اقتصادية كبيرة أو متعاقدين بذواتهم، بحكم رغبتها في تعجّل التنفيذ، وهو الأمر الذي يضيق كثيراً من دائرة المستفيدين من التعاقدات العامة، ويقضي في الوقت ذاته على فرص المستثمرين الجدد في المنافسة مع هذه الكيانات.

ومما يُحمد للمشرع اللائحي المصري أن أورد العديد من المبادئ التي تحكم سلطة الإدارة في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق العقود الإدارية، بغض الطرف عن الوسيلة التعاقدية المستخدمة في التعاقد، وذلك في الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات العامة الجديد، والصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م⁽¹⁾، تحت عنوان رئيس: المبادئ العامة، وعنوان فرعي: معايير واجبة الاتباع في التعاقدات العامة؛ فنص في المادة 4 منها على أنه: "تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص. ويلتزم العاملون بالجهات الإدارية بإنفاذ ما ورد بأحكام القانون⁽²⁾

Claire Mongouachon: Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, op. Cit, p. 44;

(1) الوقائع المصرية العدد 244 تابع (ب)، بتاريخ 31 /10 /2019م.

(2) يُذكر أن المشرع العادي قد أورد هذه المبادئ في المادة السادسة من قانون التعاقدات العامة، في بابه الثاني المعنون له ب: "مبادئ وطرق التعاقد"، فنص فيها تحت عنوان: "المبادئ الحاكمة للتعاقد"، على أنه: "تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص".

وهذه اللائحة من معايير ومبادئ الشفافية، ويحظر تعارض المصالح فيما يؤدونه من إجراءات التعاقد، وعليهم مراعاة مدونة السلوك الوظيفي التي تصدر عن وزير المالية. ويجب على كافة المتعاملين من مجتمع الأعمال مراعاة ممارسات الأعمال الجيدة والمعايير المتعارف عليها في مجالات التعاقدات، وذلك في كافة تعاملاتهم أثناء مراحل إجراءات التعاقد بما في ذلك دراسة وإعداد وتقديم العطاءات وتنفيذ العقود، ويسأل قانونيا كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة". فهذه النصوص الجامعة هي بمثابة الإطار العام لتعاقدات الإدارة العامة، سواء أكانت تعاقداتها من طريق القاعدة العامة في التعاقد العام أم من طريق الاستثناء.

وينبغي التنويه إلى أن العلة من وراء إيراد هذه المبادئ- والتي يعرفها المتخصصون تمام المعرفة، تكمن في عدة اعتبارات؛ أولها: أن النزول عند مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام- والتي نعرض لها لاحقًا، أدنى إلى بلوغ غايات المشرع الدستوري التنموية وأقوم لمسلك الإدارة إذ تجاهر بمعايير اختيار أفضل الراغبين في التعاقد معها، وثانيها: أن التعاقد المباشر وهو استثناء من القاعدة- كما نعرض لاحقًا، يفنقر إلى العديد من الضمانات التي تتوافر لطرق التعاقد الأصلية، وثالثها: أن هذه المبادئ الدستورية لا تحكم سلطة الإدارة في التعاقد في الظروف العادية فحسب، وإنما أيضًا تثقل كاهلها في الظروف الاستثنائية التي تلجئها إلى الخروج على القاعدة العامة⁽¹⁾، مع ما يترتب على هذه

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

الاعتبارات جميعاً من ضرورة تضيق نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، إلى الحد الذي يضمن عدم إسهابها في استعمال رخصة التعاقد الاستثنائي.

وفي الجملة، ينبغي التنويه إلى أنه إذا كنّا نكرّس لهذه المبادئ كإطار عام لسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد العام عموماً، وعلى وجه الخصوص في تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي، فإن هذا لا يمنع من خضوع هذه المبادئ لبعض الاستثناءات التشريعية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ): La passation de commandes publiques urgentes ou « de marchés publics en urgence», Annexe 3, 21 avril 2020, p. 2;

حيث ورد في إحدى مخاطباتها، وهي منوطة بتقديم المشورة القانونية للمديريات والإدارات الفرنسية، ما نصه:

"Le recours à l'urgence impérieuse ne dispense pas de veiller à respecter les principes tenant à la pertinence de l'offre, à la bonne utilisation des deniers publics, à la durée compatible avec la nature des prestations".

المطلب الثاني

استثنائية التعاقد المباشر ودورها في تحديد نطاق سلطة الإدارة في

اللجوء إليه للضرورة

باديء ذي بدء، إن علة إفراد منازعات الإدارة- باعتبارها سلطة عامة، بقانون وقضاء خاصين؛ حيث تفردها عن منازعات القانون الخاص، هي ذاتها علة إفراد تعاقدات الإدارة- باعتبارها سلطة عامة، بنظام قانوني خاص- يكفل لها خصوصيتها وتفردها عن تعاقدات القانون الخاص. هذه الخصوصية التي تجد مصدريتها في خصوصية المال العام الذي تظهر الإدارة عليه، وما تستتبعه هذه الخصوصية من ضرورة الاحتياط لحمايته بنظام إجرائي واضح ومحدد، وكذا خصوصية المكانة المحجوزة للإدارة إذ تعكف على تحقيق المصلحة العامة وحمايتها⁽¹⁾، وما تستتبعه هذه المكانة السامية من ضرورة تفرّد رجالاتها بالقدر اللازم من النزاهة والتجرد- ومن ثم الشفافية، يزيد على ما يبذله الرجل المعتاد من عناية في إدارة ماله الخاص.

فقد أفرد المشرع التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص، يتأسس على فلسفة تنافي تلك التي تقوى عليها القواعد الحاكمة للتعاقدات الخاصة؛ فقد أشرنا سلفاً إلى

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Jacques CHEVALLIER: Les Fondements Ideologiques du Droit Administratif Français, No édition, No Date, p. 6.

محدودية دور سلطان الإرادة في مجال القانون العام، خلافاً للمستقر في مجال القانون الخاص⁽¹⁾، وذلك من خلال تقييد سلطة الإدارة في إبرام عقودها بالعديد من الضوابط الإجرائية والشكلية، ومنها على وجه الخصوص تحديد طرق معينة للتعاقد لا يكون التعاقد مشروعاً من دون التقيد بها، بل وتقييد سلطتها في المفاضلة بين هذه الطرق بضرورة التناسب بين الطريقة المتبعة ومحل التعاقد والظروف المحيطة بها؛ فلا يكون لها على سبيل المثال أن تلجأ إلى طريقة استثنائية في الوقت الذي يتسنى لها فيه اللجوء إلى طريقة أصلية، بل لا يكون لها تقديم طريقة استثنائية على أخرى- كان يتوجب عليها التقيد بها، وإلا كان تصرفها غير مشروع حقيقياً بالبطلان.

وقد وضع المشرع قاعدة عامة للتعاقد العام، وأورد عليها بعض الاستثناءات، فنص في المادة السابعة، تحت عنوان "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد"، على أنه: "يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية: 1. يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ. الممارسة العامة؛ ب. الممارسة المحدودة؛ ج. المناقصة المحدودة؛ د. المناقصة ذات المرحلتين؛ هـ. المناقصة المحلية؛ و. الاتفاق

(1) للمزيد؛ انظر: د. سعيد علي الشبلي، زينب محمد علي: نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري، مجلة الكوفة، العدد 41، ص 121 وما بعدها.

المباشر. 2. يكون التعاقد على بيع أو تأجير المنقولات أو العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو استغلال العقارات والمشروعات ومن ذلك المنشآت السياحية والمقاصف عن طريق مزيدة علنية عامة أو مزيدة بالمظاريف المغلقة، ويجوز استثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق: أ. المزيدة المحدودة؛ ب. المزيدة المحلية؛ ج. الاتفاق المباشر".

هذا، ويُحمد للمشرع العادي تصريحه في قانون التعاقدات العامة بالصفة الاستثنائية لطريقة التعاقد المباشر - تحت عنوان: "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد"، مقررًا في المادة السابعة منه أنه: "يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية: 1. يكون التعاقد.. بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناءً وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) الممارسة العامة؛ (ب) الممارسة المحدودة؛ (ج) المناقصة المحدودة؛ (د) المناقصة ذات المرحلتين؛ (هـ) المناقصة المحلية؛ (و) الاتفاق المباشر"، .. ولا يجوز بأي حال تحويل أي من طرق التعاقد المنصوص عليها في هذه المادة إلى طريق تعاقد آخر. وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود وفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية".

وتكمن علة الثناء على مسلك المشرع في تأكيده على "استثنائية" اللجوء إلى أسلوب التعاقد المباشر؛ لما تمثله هذه الاستثنائية من خروج على الإجراءات

والشكليات التي اعتمدها كأساس لمشروعية التعاقدات العامة التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة، والتي تختلف تمام الاختلاف عن تعاقدات الأفراد التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة كما هو معلوم.

ولعل إيراد المشرع لطريقة "الاتفاق المباشر" في نهاية الطرق الاستثنائية، يُحمل في هذا المقام على رغبته في التأكيد على اعتلائها قمة درجات "الاستثنائية"، وإلا لما جعلها رديفة الطرق الاستثنائية جميعاً، فضلاً عن أن ترتيب هذه الطرق الاستثنائية على النحو الوارد في النص المذكور، يستفاد منه تباين هذه الوسائل في مستوى الشفافية والتنافسية الذي تحققه؛ فالمستوى الذي تحققه طريقة "الممارسة العامة"، أعلى من ذلك الذي تحققه طريقة "الممارسة المحدودة"، تليهما في ذلك "المناقصة المحدودة"، ثم "المناقصة ذات المرحلتين"، ثم "المناقصة المحلية"، وأخيراً طريقة "الاتفاق المباشر". ومرد هذه الاستثنائية التي تجعل من طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر غير مرحب بها من حيث المبدأ، ما يحيط هذه الطريقة - على وجه الخصوص، من مثالب مقارنة بنظيراتها من طرق التعاقد - سبق أن أشرنا إليها عالياً.

هذا، وقد وقر هذا الطابع الاستثنائي لطريقة التعاقد المباشر في يقين القاضي الإداري الوطني؛ إذ تواتر قضاؤه على أنه: "ومن حيث إن المشرع - في القانون الملغي - اتخذ من المزايدة العلنية العامة أو المحلية سبيلاً أصلياً ل...، بحسبان أن المزايدة - عامة كانت أو محلية - تقوم على المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص، فضلاً عن

تحقيق المصلحة العامة؛ حيث يُطرح العقار المطلوب بيعه أو تأجيره على الكافة، ومن ثم يتقدم الراغبون في الشراء أو الاستئجار بعروضهم، وفي سبيل الفوز به يتنافس المتنافسون، فتحل الشفافية محل الضبابية، وتجرى المزايدة ويتم فتح المظاريف المغلقة على رؤوس الأشهاد، ويتم اختيار أفضل العروض، ومن ثم تجني المصلحة العامة ثمرة ذلك بالوصول إلى أعلى الأسعار. ولم يسمح المشرع - في هذا القانون - بالبيع أو التأجير بالأمر المباشر إلا على سبيل الاستثناء، وفي حالات محددة حصراً⁽¹⁾.

وفي إقراره لدستورية النص الذي يخول للإدارة صلاحية إسناد تنفيذ مشروعات ذات طابع دولي، يؤكد المجلس الدستوري الفرنسي على الطابع الاستثنائي لهذه الصلاحية، مقررًا أن التوسع في استعمال هذه الصلاحية من قبل الإدارة من المرجح أن يحرم الأموال العامة من الضمانات الدستورية المتمثلة في المساواة قبل التعاقدات العامة أو ما يقال له الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة، وحماية الممتلكات العامة والاستخدام السليم للأموال العامة⁽²⁾.

(1) انظر حكمي المحكمة الإدارية العليا في الطعين رقمي 30952 و 31314 لسنة 56 ق
عليا، جلسة 14 سبتمبر 2010م.

(2) انظر:

Le Conseil constitutionnel; Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008;
Journal officiel du 29 juillet 2008, page 12151, texte n° 2, Recueil, p.
341; "Considérant, en premier lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de
valeur constitutionnelle n'interdit à une personne publique de confier à

وفي تأكيده على ضرورة التزام الإدارة الحكمة في اللجوء إلى عقود الشراكة العالمية، يقرر نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي السيد Jean-Marc Sauvé، أنه ينبغي التنكير بأن اللجوء إلى هذه الطريقة التعاقدية لا يعني الالتفاف على القاعدة العامة في التعاقد العام، وإنما يتعين أن يتحدد نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إليها بما وضعه المشرعان العادي واللائحي من ضوابط، طالما عكف المجلس الدستوري ومجلس الدولة على مراقبتها وبلورتها، وبالتالي فليس المقصود من هذه الطريقة استبدالها بطرق التعاقد التقليدية «classiques» les marchés publics، بل يتعين استعمال رخصة اللجوء إليها بقدر من الحكمة devant être utilisés à bon escient⁽¹⁾.

un tiers, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entre-tien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics".

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008567DC.htm>

(¹) انظر :

وفي سياق توكيد "استثنائية" التعاقد المباشر، قررت هيئة مفوضي الدولة بمحكمة القضاء الإداري - دائرة العقود الإدارية⁽¹⁾، أنه: "وحيث إن الإجراءات والقواعد التي تضمنها قانون المناقصات والمزايدات في شأن التعاقدات التي تجريها جهة الإدارة على اختلاف أنواعها وأشكالها، إنما تعد قواعد جوهرية - تتصف بالعمومية والتجريد - لحماية أموال الدولة، وأن أي خروج على هذه القواعد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي عني القانون بتأمينها، بما من شأنه أن يجعل تصرفات الجهة الإدارية مشوبة بالبطلان".

وبناءً على ما تقدم، فإن سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد أو سلطتها الرئاسية في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، محصورة في أضيق نطاق لها. الأمر الذي يثقل كاهلها بعدم التوسع في تقدير ما تعدّه ضرورة بغرض التحلل من القاعدة العامة في طرق التعاقد وما تستوجبه من إجراءات وضمانات لأموال المرفق من ناحية وللراغبين في التعاقد مع الإدارة من ناحية أخرى. ومن ثم فإن الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، يتعين لها أن تكون حقيقة لا توهماً، وبل والأكثر من ذلك أن تُقدّر هذه الضرورة بقدرها - فلا تسرف الإدارة في استعمال

Jean-Marc Sauvé et Chloé Szafran: Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir?, Entretiens du Palais-Royal 16 décembre 2008, Discours 16 décembre 2008, p. 3.

(¹) تقرير هيئة مفوضي الدولة بمحكمة القضاء الإداري "دائرة العقود الإدارية" في الدعوى رقم 49065 لسنة 64 ق - بشأن بطلان عقد "بالم هيلز".

صلاحية التعاقد المباشر بذريعة الضرورة؛ نزولاً على مقتضى القاعدة الأصولية:
"الضرورة تُقدَّر بقدرها".

وجملة ما سبق، أن الإدارة الرشيدة مطالبة بأن تتحرى الواقعية والمعقولية في تقدير الصورة من صور الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر، وأن تنزل إرادة المشرع العادي في التفرقة بين طرق التعاقد الأصلية وطرق التعاقد الاستثنائية منزلتها- فلا تعتمد إلى التوسُّع في مفهوم أو تطبيقات الضرورة التي تتحلل بمقتضاها من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، مع ما يستتبعه ذلك من إهدار مبادئ دستورية جوهرية ذُكرت سلفاً.

آمرية نصوص قانون التعاقدات العامة ودورها في تأكيد استثنائية التعاقد المباشر

إن الصفة الأمرة التي تتمتع بها نصوص قانون التعاقدات العامة، تجعل من تقيُّد الإدارة بمقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام، إحدى المسلمات المستقرة في إطار النظرية العقدية في القانون العام، فلا يكون لها النزول عنها إلا لضرورة قصوى، تجعل من النزول عند مقتضى القاعدة العامة، تقييداً للنصوص على حساب الغاية التي جيء بقانون التعاقدات العامة من أجلها.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا، في واحدٍ من أهم أحكامها⁽¹⁾، إلى المعنى المتقدم، فقضت بأنه: "تهيب المحكمة بالجهات الإدارية عامة وبهيئة المجتمعات العمرانية خاصة، الالتزام بالقواعد القانونية الآمرة التي تضمنها قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م، والتي وضعت ...، تلك القواعد الآمرة الجامعة المانعة، وذلك حماية للمصلحة العامة التي لا يجوز أن تختل ضمانا لتعاملات يرجى منها رعاية الحقوق لا إهدارها أو الانتقاص منها وبتأ للثقة المشروعة التي ينبغى أن تحاط بها تعاملات الإدارة مع الأفراد، وقمعا لكل صور الفساد التي قد تفسد تلك التعاملات وتنال منها".

ومن جانبها، فقد تواتر إفتاؤها على أنه: "وحيث إن المشرع قد وضع نظاما متكاملًا لتعاقدات الجهات الخاضعة لأحكامه، حدد فيه طرق التعاقد...، مبيئا أن الأصل فيها أن تتم المناقصة العامة أو الممارسة العامة وأن الاستثناء جواز التعاقد فيها بطريق الاتفاق المباشر، ...، وأجاز أن يأذن بالتعاقد بهذا السبيل...، شريطة وجود حالة ضرورة قصوى تلجئ إليه..."⁽²⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري (الدائرة الثالثة - دائرة العقود) في الدعوى رقم 12622 لسنة 63 ق، جلسة 22 يونيو 2010م.

(2) فتوى رقم 88 بتاريخ 30 / 1 / 2005، جلسة 1 / 12 / 2004، ملف رقم 54 / 1 / 416، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946م وحتى عام 2005 في شأن العقود، الجزء الثاني، ص 1600 وما بعدها.

وتعيد الجمعية العمومية التأكيد على المعنى السابق؛ مقررته أنه: "من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود- إدارية كانت أو مدنية...، وتعتبر أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 157 لسنة 1983 هي الشريعة العامة فتخضع جميع الجهات الحكومية للضوابط والقواعد والإجراءات التي تضمنتها أحكام هذا القانون صونا وتغليبا للمصلحة العامة للدولة من مختلف النواحي القانونية والاقتصادية والمالية والفنية وضبطا لقيادة وتسيير المرافق العامة. ومؤدى ذلك أن أحكام هذا القانون تعتبر القاعدة العامة الواجبة الإتباع وأن النصوص الآمرة الواردة به يتعين الإلتزام بها ما لم يوجد نص خاص صريح يبين الحكم الخاص المراد اتباعه على خلاف هذه القواعد الآمرة"⁽¹⁾.

وفي الجملة، يتعين على الإدارة التعاقدية أن تلتزم كل سبيل ممكنة لتقديم طرق التعاقد الأصلية على طرقه الاستثنائية، بل وفي إطار كل منها بأن تتدرج في اختيار الطريقة التعاقدية بحسب مستوى الإلحاح في إشباع الحاجات المرفقية؛ نزولاً عند مقتضى "الأمرية" التي تستفاد من نصوص قانون التعاقدات العامة في شأن العلاقة بين طرق التعاقد الأصلية والاستثنائية.

(1) فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

المبحث الثاني

أهمية اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالة الضرورة ومخاطر توسع الإدارة في مفهومها

تمهيد وتقسيم

إذا كنا قد أطلنا النفس في بيان المبادئ الدستورية التي توّطر سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة، وما يستهدفه قانون التعاقدات العامة من مقاصد دستورية؛ بغرض ترشيد مسلك الإدارة مباشرة سلطتها هذه، فإن ذلك كله لا يحول دون الإقرار بوجود مناقب عدة تميّز أسلوب التعاقد المباشر في الظروف غير الطبيعية؛ حيث ينتهي التمسك بالشكليات والإجراءات التي تقتضيها القاعدة العامة في التعاقد، إلى الخروج على علة أفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص؛ حيث المصلحة العامة التي تستتبع إشباع الحاجة المرفقية من كل طريق يحول دون توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام؛ حتى لا ينتهي بنا تقديس النصوص إلى إهدار العلة من وجودها واحترامها؛ فكما هو معلوم أن النصوص القانونية لا تقدّس لذاتها وإنما لمضامينها وغاياتها.

غير أن عمومية المفاهيم التي تركز إليها صلاحية لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة، قد تنتهي بها شيئاً فشيئاً إلى كسر القاعدة العامة في التعاقد العام، مع ما يترتب على ذلك من مثالب عديدة تفوق كثيراً مثالب

عدم تقرير سلطتها في اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي في حالة الضرورة. فما أهمية التعاقد المباشر للضرورة؟ وما هي مثالب توسُّع الإدارة في تطبيقاتها؟ هذا ما نتناوله من طريق التقسيم التالي:

المطلب الأول: أهمية التعاقد المباشر في حالات الضرورة.

المطلب الثاني: مغبة توسُّع الإدارة في التعاقد المباشر بذريعة الضرورة.

المطلب الأول

أهمية التعاقد المباشر في حالات الضرورة

باديء ذي بدء، وحتى لا يُعتقد أننا نعارض وسيلة التعاقد بالاتفاق المباشر كليةً، ينبغي التنويه إلى أن ثمة حالات عاجلة أو خاصة تجعل من طريقة التعاقد المباشر البديل الإداري الأمثل للتصرف التعاقد في هذه الحالات. فالتعاقد بالاتفاق المباشر يحقق للإدارة "المضطرة"، عدة مزايا- تُبرز أهميته؛ أهمها:

أولاً: المرونة في مواجهة المخاطر التي تتهدد السير المنتظم للمرافق العامة الإدارية

كما هو معلوم، أن وسائل التعاقد الأصلية مقررة للظروف العادية التي تتمكن فيها الإدارة المتعاقدة من إشباع حاجاتها المرفقية من طريق هذه الوسائل. بينما لا تسعفها هذه الوسائل في إشباع احتياجاتها في الظروف الاستثنائية التي تباغتها على غير توقع ولا تحسب منها، ما يتهدد معه السير المنتظم والمطرّد للمرافق العامة بالمخالفة للمبدأ الأصولي المتمثل في ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ومن ثمّ، فإن وسيلة التعاقد المباشر توفر للإدارة "المضطرة" قدرًا من المرونة والسعة في مجابهة الظروف الاستثنائية على سند من القانون⁽¹⁾،

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

La négociation directe offre une certaine souplesse pour négocier les principales conditions du contrat une fois le contractant choisi, et les procédures administratives sont plus simples, moins chères et plus rapides.

فضلاً عن الواقع الذي يسوّغ تصرفها الاستثنائي ولو من غير نص قانوني صريح على الخروج على القواعد المقررة للظروف العادية⁽¹⁾.

ثانياً: مراعاة خصوصية وسرية أعمال بعض المرافق الإدارية ذات الطابع الأمني

من مؤسسات الدولة وأجهزتها ما تأبى طبيعته أعمالها الانصياع لمقتضى طرق التعاقد الأصلية من علانية وتداول معلومات؛ لخصوصيتها التي تقتضي السرية التامة. ما يجعل من طريقة التعاقد المباشر - وفي حدود الأعمال التي تقتضي طبيعتها ذلك فحسب - الطريقة المثلى لإشباع الحاجات المرفقية لهذه الأجهزة. فليس من المنطق أن تُلزم هذه المؤسسات والأجهزة بتداول بياناتها ومعلوماتها عبر

Pierre Moisan: Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Les Cahiers de droit, Volume 35, numéro 2, 1994, p. 286.

(¹) في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 85؛ إذ يرى سيادته أنه إذا طرأت ظروف استثنائية لا تحتمل التردد، كان للحكومة أن تتخذ الإجراءات الكفيلة بمواجهتها ولو خرجت على القواعد المقررة للظروف العادية؛ نزولاً عند مقتضى القاعدة المفترضة والتي مؤداها تقديم مصالح الدولة العليا على التمسك بحرفية النصوص.

طرق التعاقد الأصلية نزولاً عند تقديس النصوص، وإنما المنطق-عين المنطق أن تُستثنى هذه الجهات من القاعدة العامة في التعاقد، على أن تتقيّد في ذلك بالأعمال التي تقتضي طبيعتها ذلك فحسب، وليس في جميع أنشطتها التي لا تضار من طرق التعاقد الأصلية.

ثالثاً: الاستجابة لمقتضيات جذب وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية الكبرى

كما هو معلوم اقتصادياً، أن رؤوس الأموال الكبرى، وعلى وجه الخصوص في الأنشطة ذات الطابع العالمي، لها من الخصوصية ما يأبى الامتثال لمقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام- من خضوع لمنافسات قد تكون غير متكافئة أو مجدية لها؛ إذ عادة ما تفضل هذه الكيانات الاقتصادية الكبرى الولوج إلى اقتصاديات الدول من طرق مختصرة ميسرة، بعيداً عن تعقيدات الروتين الإداري وما تقتضيه طرق التعاقد الأصلية من إجراءات وشكليات، سيما وأن قدرتها الاقتصادية الفائقة تجعل منها هدفاً لكافة الدول.

وهو الفرض الذي عادة ما يتحسب له مشرعو قوانين التعاقدات العامة في كافة الدول؛ فيعمدوا إلى تحرير إرادة الإدارة في تقدير كيفية الاستفادة من هذه الكيانات بما يحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وذلك في الفروض التي ترى فيها الإدارة أن ثمة عائدات اقتصادية أو اجتماعية كبرى، تُرجى من وراء التعاقد مع هذه الكيانات من طريق التعاقد المباشر.

رابعًا: الابتعاد عن تعقيدات طرق التعاقد الأصلية في الحالات التي لا تستأهل ذلك

ثمة حالات أخرى، تنتفي فيها علة أفراد تعاقدات الجهات العامة بنظام قانوني خاص، ومن ثم العلة من إلزام الإدارة بالإجراءات والشكليات المقررة في قانون التعاقدات؛ إما لضآلة قيمتها، وإما لاتحاد الذمة المالية للجهات المتعاقدة؛ كالحالات التي أجاز المشرع فيها لجهة الإدارة أن تقرر اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر فيها في حدود أنصبة مالية زهيدة لا تستأهل تأخير إشباع الحاجة المرفقية لحين استيفاء إجراءات وشكليات التعاقد العادي، وكذا الحالات التي تتعاقد فيها الجهات الخاضعة لقانون التعاقدات العامة؛ إذ تتحد فيما بينهما في الذمة المالية الكبرى التي يستمدان تمويلهما منها- متمثلةً في الخزنة العامة للدولة، ومن ثم تنتفي العلة من وراء إلزامها بالتقيد فيما بينها بإجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية⁽¹⁾. ومن ثم، فإن لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، بموجب المادة 78 من قانون التعاقدات العامة⁽²⁾، لا يدخل في نطاق البحث لعدم تعلقه بأحد معاني الضرورة سألغة البيان، ودخوله في مفهوم الضرورة العادية أو البسيطة.

(1) لا يقدح في ذلك استقلالية الأشخاص الاعتبارية العامة ومن ثم استقلال ذمتها المالية، وخضوعها للمحاسبة المالية من قبل الأجهزة الرقابية؛ فهذا مصروف إلى ضبط تصرفاتها قانونًا، بينما لا يؤثر ذلك في ارتجاعها جميعًا إلى ذمة مالية واحدة هي خزنة الدولة، وهي العلة ذاتها التي وقفت من وراء إفرادها بحكم المادة 66/د من قانون مجلس الدولة فيما يتعلق بإلزامية آراء الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع لها وعدم استساغة مثلها أمام المحاكم.

(2) تنص المادة 78 على أن: "يجوز للجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة بكل منها، وذلك دون التقيد بالإجراءات والحدود

وعليه، فإن التعاقد بالاتفاق المباشر، وهو وسيلة تعاقدية ذات طابع استثنائي، تتحول إلى وسيلة تعاقد أصلية في مثل هذه الظروف الاستثنائية- ما دام أن مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إليها يحكمه الرشد الإداري. فما يتعين التتويه إليه أن هذه المناقب، مرتبهة من الأساس بما يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تتحلّى به من صفات الإدارة الرشيدة، سيما الرقابة الفاعلة- ذاتية كانت أو رئاسية، في كافة مراحل الإسناد المباشر وعلى وجه الخصوص مرحلة ما قبل الإذن بالتعاقد المباشر بدافع الضرورة؛ حيث تقدير الطرف الذي يتوافر به وصف الضرورة التعاقدية، بما يضمن النزاهة والشفافية في إسناد عمليات إشباع الحاجات المرفقية على النحو الذي يحقق الاستغلال الأمثل للمال العام. وإلا تحولت طريقة التعاقد المباشر بدافع الضرورة إلى معول هدم وإهدار لما يتغياها المشرع من مقاصد دستورية.

ونعيد التأكيد على أن القول بأن طريقة التعاقد المباشر لا تخلو من أهمية، تجعل منها وسيلة أصلية للتعاقد في ظروف ما تحتم اللجوء إليها، لا يعني البتة التكريس لهذه الطريقة الاستثنائية بأريحية التكريس لطرق التعاقد الأصلية، وإنما يتعيّن النظر إليها انطلاقاً من كونها وسيلة استثنائية؛ فثمة مثالب عديدة تنتقص من مسلك الإدارة في التوسّع في تقرير اللجوء إلى أسلوب التعاقد بالاتفاق المباشر؛ بعضها

المالية الواردة بهذا القانون، كما يجوز أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة الإدارية طالبة التعاقد. ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها. وتسري أحكام هذه المادة على الهيئة العربية للتصنيع، والهيئة القومية للإنتاج الحربي، والمخابرات العامة، ويجوز لأي منها إسناد التعاقدات المبرمة تطبيقاً لأحكام هذه المادة مباشرة إلى أي من وحداتها التابعة".

يركن إلى اعتبارات نظرية، والبعض الآخر تحكمه اعتبارات عملية، وذلك على النحو التالي.

المطلب الثاني

مغبة توسع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة

الضرورة

قد لا يرى البعض مندوحة في التوسع في حالات التعاقد المباشر، سيما في ظل توجه الدولة الحثيث إلى تشجيع وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية⁽¹⁾، وهو توجه اقتصادي محمود بالطبع، ما قد يتسع معه المجال للتكريس لأسلوب التعاقد بالاتفاق المباشر، وهو أسلوب استثنائي، على نحو يظهره وكأنه طريق أصلي انطلاقاً من حجج واهية لا تصمد أمام التحليل والتدقيق.

أولاً: التوسع في التعاقد المباشر ينافي فلسفة وضع تشريع خاص لتنظيم

التعاقدات العامة

فالتساؤل البدهي ونحن بصدد تقييم مسلك المشرع في تحديد مفهوم الضرورة الموسوعة للتعاقد المباشر، ما الدافع إلى أفراد تعاقدات الجهات العامة بتشريع خاص يتضمن العديد من القيود والإجراءات التي يتعين على الإدارة الراغبة في التعاقد مراعاتها، منذ التمهيد لإبرام العقد ومروراً بمرحلة الإبرام وانتهاء بمرحلة التنفيذ، بل حتى في إنهاء التعاقد، أو بعبارة أخرى ما فلسفة المشرع في اختصاص تعاقدات

(1) إذ تنص المادة 27 من الدستور على أنه: "...، ويلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة، ودعم محاور التنافسية وتشجيع الاستثمار، ...، ومنع الممارسات الاحتكارية، ..".

الإدارة بنظام تشريعي خاص وعدم تركها لمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم تعاقدات القانون الخاص؟!!

الرد البدهي على هذا التساؤل يكمن في خصوصية تعاقدات الجهات العامة والتي تُرد في الأساس إلى محل هذه التعاقدات والغرض منها؛ فكما هو معلوم أن محلها المال العام، وغرضها إشباع الحاجات المرفقية التي يحكمها مبدأ السير المنتظم والمطرد، هذه الخصوصية التي تقف من وراء تمتع الإدارة بمكانة سامية في مواجهة المتعاملين معها، لا يجوز لها النزول عنها كما هو مستقر فقهاً⁽¹⁾.

وبناءً عليه، يعد التحلل من هذه القيود والإجراءات من طريق التعاقد المباشر، استثناءً ينافي العلة من أفراد هذه التعاقدات بقواعد خاصة، ما يجعل من كثرة اللجوء إلى هذا الأسلوب الاستثنائي من طريق التوسع في مفهوم الضرورة، خروجاً على فلسفة وضع قانون خاص للتعاقدات العامة.

(1) في نفس المعنى؛ انظر أ. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 246 وما بعدها؛ ريفيرو: أشخاص القانون العام المعنوية والتحكيم، مجلة التحكيم، 1973، ص 286؛ مشار إليه في: أ. د. يسري محمد العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العددان 13، 14، أبريل/أكتوبر 2001، ص 23.

ثانيًا: التوسُّع في التعاقد المباشر يهدر مبدأ المنافسة الحرة ويخلق طبقيَّةً

اقتصادية

عادة ما تظفر الكيانات التابعة للدولة أو شركات بعينها بالتعاقدات المباشرة، ربما لرغبة الدولة في التعامل مع عدد محدود من الكيانات الاقتصادية، ثم تقوم هذه الأخيرة بتسيير أعمالها من خلال مقاولين من الباطن، وربما لقدرتها على تحمل تأخر الاعتمادات المالية لدى الدولة بخلاف أشخاص القانون الخاص التي يرتهن استمرارها بحصولها على اعتماداتها المالية.

غير أن كثرة لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر تحول دون تمكين المشروعات الاقتصادية الخاصة من منافسة المشروعات الاقتصادية العامة في الحصول على تعاقدات الإدارة- ما يضعف دور القطاع الخاص في عملية التنمية من ناحية، ويؤدي إلى تهميش دور المشروعات المتوسطة والصغيرة بالمخالفة لمراد المشرع الدستوري- ما يخلق طبقيَّة اقتصادية إن صح التعبير من ناحية أخرى.

ولا يقدر في ذلك القول بأن الكيانات الكبرى تستعين بالكيانات الصغيرة من طريق التعاقد من الباطن؛ فهذا يخل بفكرة الاعتبار الشخصي في تعاقدات الجهات العامة من ناحية، ويحمل الدولة أعباء مالية إضافية من ناحية أخرى؛ فكما هو معلوم أن هامش الربح عنصر أساس في الرغبة في التعاقد مع الإدارة- بل هو الأولوية الأولى في الإقبال على التعاقد معها، هذا الربح الذي تتحدد قيمته التقديرية لدى كل منهم بحسب ما إذا كانت عملية التنفيذ ستتم بواسطة المتعاقد مباشرة أو

بواسطة آخرين من طريق التعاقد من الباطن؛ فنجد المتعاقد الأصلي يأخذ بعين الاعتبار في تقدير هامش الربح ما سيستهدفه المتعاقدون معه من الباطن من هامش ربح، وهو الأمر الذي ينتج عنه تحمُّل الدولة في نهاية المطاف لهذه الأعباء المالية الإضافية.

ولعل لنا أن نورد في هذا المقام، ما ينسبه أحد الصحافيين إلى السيد رئيس مجلس إدارة اتحاد مقاولي التشييد والبناء ورئيس شعبة المقاولات بغرفة تجارة الإسكندرية من القول بأن: "الدولة توسعت بشكل غير مسبوق في الإسناد بنظام الأمر المباشر لتنفيذ المشروعات الجديدة بالشكل الذي أضر قطاع المقاولات، وحرَم الكثير من شركات المقاولات المتميزة في السوق من المشاركة والمنافسة على الفوز بتنفيذ هذه المشروعات، ما أدى لتنفيذ عقود أعمال المشروعات بأسعار مرتفعة بنسب تزيد على 30 - 35% عن العقود التي كان من الممكن إبرامها عبر طرحها من خلال قانون المناقصات والمزايدات"⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، يؤكد عضو اللجنة الاقتصادية بمجلس النواب وصاحب مشروع تعديل قانون المزايدات والمناقصات- الملغي، أن الإسناد المباشر بات يمثل باباً للفساد؛ راداً إلى أن الإسناد بالأمر يقلل إلى حد كبير نسب مشاركة شركات القطاع الخاص في المشروعات الحكومية، مقررًا أنه غالبًا ما تكون العلاقة الشخصية بين

(1) انظر أ. معتر محمود: "الإسناد المباشر" ينذر بانهايار قطاع المقاولات، مقال منشور بجريدة المال الإلكترونية (جريدة مصرية اقتصادية يومية)، بتاريخ 12 فبراير 2014؛ الرابط التالي:

<https://almaalnews.com/>

المالك والمقاول عنصرًا أساسيًا في إسناد العمل لشركة ما وجود محاباة عند إسناد العمل للمقاول.. وقد يستغل المقاول المالك من حيث تغيير أو إضافة شروط في العقد، وذلك لعدم وجود مقاولين منافسين، مع صعوبة مراقبة المقاول من حيث المستخلصات، عندما يكون المالك مالكًا لجزء من الشركة المنفذة للمشروع، مضيئًا أن نص المادة 38 من قانون المزايدات والمناقصات والتي تتيح الإسناد المباشر، ليست بمنأى عن دائرة الشبهات، فقد استُخدمت هذه المادة بطريقة لا تتيح فرصة للمنافسة عبر المناقصات. فضلًا عن أن شروط الاتفاق المباشر الموجودة في القانون محل التعديل نجدها قائمة على شرط لا يمكن التحقق منه وهو "الحالات العاجلة التي لا تحتل إجراءات المناقصة أو الممارسة"، وهذا لا يمكن إثباته أو التحقق منه، وإنما هو شرط مطاطي يفتح الباب دون ضوابط واضحة⁽¹⁾.

(1) انظر كلاً من:

سمر سلامة: هشام والى.. الإسناد المباشر بقانون المناقصات باب للفساد ويفتح طريق الوساطة، مقال صحفي منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع، الأربعاء 15 مارس 2017م، الرابط التالي:

<https://www.youm7.com/story/2017/3/15/>

فريدة على: برلماني.. الإسناد المباشر أحد أبواب الفساد الذي تحدث عنه الرئيس، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة صدى البلد، الأحد 11 ديسمبر 2016م، الرابط التالي:

<https://www.elbalad.news/2528149>

ثالثاً: التوسُّع في التعاقد المباشر مظنة الاستخدام غير السليم للمال العام وغياب المحاسبة

إن افتقار طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر لضمانات طرق التعاقد الأصلية، يجعلها مظنة إهدار المال العام أو الاستيلاء عليه، فضلاً عن غياب معايير واضحة للمحاسبة، سيما أمام القاضي الإداري، باعتبار أن صلاحية اللجوء إليه قد قُصرت على طرفي العقد من دون غيرهم وفقاً للقرار بقانون رقم 32 لسنة 2014م، والذي أوصت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته؛ لمخالفته مبدأ إتاحة حق التقاضي للمواطنين المنصوص عليه في المادة 97 من الدستور، والتي تحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري ضد رقابة القضاء، وكذلك لمخالفته مبدأ المواطنة وسيادة الشعب المنصوص عليه في المادة 4 من الدستور، فضلاً عن أنه يمثل تدخلاً في شؤون العدالة واعتداءً على استقلال القضاء⁽¹⁾، ما يجعل من حتمية

(1) أصدرت هيئة مفوضي محكمة القضاء الإداري تقريرها القانوني في الدعوى القضائية رقم 31375 لسنة 65 ق، المطالبة ببطلان عقد بيع شركة أسمنت بورتلاند حلوان، وأوصت في نهايته بإحالة القانون رقم 32 لسنة 2014 بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة "تحصين العقود الإدارية" إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدي دستوريته. وقد استندت الهيئة في تحليل رأيها إلى عدة أسباب؛ أولها: مخالفة القانون لنصوص المواد (32، 33، 34) من الدستور الحالي، والمتعلقة بحماية الملكية العامة، والتي تتحقق في مواجهة تصرفات الدولة بحق الأفراد أصحاب الصفة والمصلحة الأصلية والأصيلة في التجايم إلى القضاء، فحق التقاضي في تلك الحالة هو وسيلة لغاية أسمى وهي الحفاظ على الملكية العامة وتفعيل دور الرقابة الشعبية ضد مظاهر اعتداء الدولة، إذا ما أساءت التصرف، وهذا الحق إنما هو مشتق من مضمون النصوص الدستورية، وإن كان الدستور في نصوصه 32، 33، 34 لم يشير إلى

حق الأفراد صراحة، مثلما فعل في دستور 1971م و2012م، فإن هذا الحق يستفاد ضمناً من طبيعة الملكية العامة، لذلك فهو مفهوم مستقر وثابت ولا يتغير بتغير النصوص الدستورية؛ وثانيها: مخالفة نص المادة 53 من الدستور، حيث إن المادة الأولى من القانون قد حظرت الطعن على العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها الاعتبارية العامة، بما في ذلك الطعن على القرارات السابقة على إبرام تلك العقود، في مخالفة صريحة لمبدأ المساواة في المراكز القانونية المتساوية، ذلك أن من المفترض تساوي جميع المتناقصين والمتنافسين منذ إعلان الجهة الإدارية رغبتها في التعاقد، بخصوص الحقوق والواجبات، وتلك القاعدة أوجبتها طبيعة العقد الإداري. كما أن شبهة عدم الدستورية في تلك المادة إنما تركز بصفة أساسية على أن القانون قد ساوى بين القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والسابقة على عملية إتمام التعاقد وبين العقد ذاته، وقال "حينما يكون الطعن على العقد بين طرفيه أمراً مقبولاً إعمالاً لمبدأ نسبية آثار العقد، فإن تلك القاعدة لا تستقيم بالنسبة للقرارات الإدارية السابقة على إتمام التعاقد، ففي تلك الحالة يكون لكل ذي مصلحة شخصية ومباشرة من المتنافسين بشأن الفوز بإبرام العقد أن يطعن على تلك القرارات، إذا ما ترائى له أن تلك الإجراءات قد تمت بالمخالفة لأحكام القانون"؛ وثالث هذه الأسباب: مخالفة القانون محل الطعن للمادة (97) من الدستور، لإنكاره حق أفراد الشعب في الملكية العامة، وما يرتبط به من وسائل الرقابة والحماية للمال العام، كما صادر حق التقاضي - وإن كان في صورة تنظيم له، فأغلق طريق الطعن في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة عن صاحب الصفة الأساسية في مراقبة الدولة، وجعل نطاق الطعن مقصوراً على أصحاب الصفة الفرعية، ممن لهم حقوق شخصية أو عينية على المال موضوع التصرف؛ انظر أ. عماد الحسيني: "المفوضين" توصي بإحالة قانون تحصين العقود الإدارية للمحكمة الدستورية، مقال منشور بتاريخ 17 سبتمبر 2014م على موقع البوابة نيوز، الرابط التالي:

<https://www.albawabhnews.com/794495>

ومن جانبها، فقد أوصت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، في تقريرها بالرأى الدستوري والقانوني حول الطعن سالف الذكر، بعدم دستورية القانون شكلاً وموضوعاً؛ أ. إبراهيم قاسم: "مفوضي الدستورية العليا" توصي بعدم دستورية قانون الطعن على عقود الدولة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع في 27 مارس 2017م؛ الرابط التالي:

<https://www.youm7.com/story/2017/3/27/%>

مجاهرة الإدارة بتعاقداتها نزولاً عند إرادة المشرع الذي أثر إفراد هذه التعاقدات بنظام قانوني خاص؛ حتى لا تنفذ سهام الريبة والشك إلى نفوس الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

فالإدارة المتعاقدة مطالبة بالجمع بين اعتبارين جوهريين؛ أولهما: تحقيق الشفافية الإدارية باعتبارها واحدة من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الإدارة الرشيدة إذ تكافح الفساد الإداري، وثانيهما: تحقيق المساءلة أو المحاسبة في مجال التعاقدات بما يحول دون إهدار المال العام أو استغلاله ابتداءً، وتعمل على الكشف عن الممارسات غير المشروعة من ناحية أخرى. والتوسُّع في التعاقد المباشر يهدر مبدأ الشفافية الإدارية في مجال التعاقدات العامة، ويحول دون محاسبة التصرفات غير المشروعة للإدارة في مجال التعاقد.

فقد يلجأ بعض المقاولين إلى العديد من الحيل للحصول على تعاقدات الإدارة، أهمها أن يقوموا بطرح أسعار غير حقيقية حتى يتم الإسناد إليهم، ثم تأتي مرحلة الحساب الختامي لتظهر القيمة الحقيقية التي يتعين على الإدارة الوفاء بها، الأمر الذي تبدو معه خطورة إكثار الإدارة من اللجوء إلى طريقة التعاقد المباشر، بما تفنقر إليه من ضمانات طرق التعاقد الأصلية.

رابعاً: كثرة اللجوء إلى التعاقد المباشر سببٌ أساس لتراجع الاستثمار الوطني

قد تبدو التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة محض عملية قانونية تحكمها إجراءات وشكليات مجردة، بينما تتنازعها اعتبارات أخرى، أهمها أنها تمثل جزءاً

كبيرًا من الاقتصاد القومي للدولة، وعلى وجه التحديد من ناتجها المحلي؛ فهذه دراسة فرنسية تخلص إلى أن الوزن الاقتصادي للتعاقدات العامة في فرنسا قد بلغ 8% من الناتج المحلي الإجمالي في عام 2006⁽¹⁾، وما ما يعكس أهمية السياسة التعاقدية في تحقيق خطة التنمية الاقتصادية.

فقد يُعزى تراجع الاستثمار - في بعض أسبابه - إلى عدم وجود فرص عادلة لجميع المستثمرين، بما يشكل قناعة لدى الكثيرين منهم بأن تعاقدات الإدارة محجوزة لمستثمرين بذواتهم، وهو الأمر الذي ينجم عنه عزوف الكثيرين من متوسطي وصغار المستثمرين عن ولوج الحقل الاستثماري، بما ينتج عنه من تراجع مباشر في حجم الاستثمارات التي تستهدفها الدولة جذبًا وتشجيعًا.

وبناءً على ما تقدم، فإن سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد أو سلطتها الرئاسية في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، محصورة في أضيق نطاق لها. الأمر الذي يثقل كاهلها بعدم التوسع في تقدير ما تعدّه ضرورة بغرض التحلل من القاعدة العامة في طرق التعاقد وما تستوجبه من إجراءات وضمانات لأموال المرفق من ناحية وللراغبين في التعاقد مع الإدارة من ناحية أخرى. ومن ثم فإن الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، يتعين لها أن تكون حقيقةً لا توهماً، وبل

(1) انظر:

Fallait Pas Faire Du Droit: Le régime juridique des contrats administratifs : classification, conclusion, exécution et contentieux (cours), No édition, No Date, p. 4.

والأكثر من ذلك أن تُقدَّر هذه الضرورة بقدرها- فلا تسرف الإدارة في استعمال صلاحية التعاقد المباشر بذريعة الضرورة؛ نزولاً على مقتضى القاعدة الأصولية: "الضرورة تُقدَّر بقدرها".

وينبغي التنويه إلى أن المخاوف التي يثيرها اللجوء إلى هذا الأسلوب الاستثنائي، مردها لا إلى طريقة التعاقد المباشر في ذاتها؛ فقد تحقق الإدارة من خلالها ما قد لا تحققه من خلال طرق التعاقد الأصلية أحياناً، وإنما تُعزى في تقديرنا إلى ما تعانيه الإدارة من نقص ملحوظ في أدوات الإدارة الرشيدة- يبعث على الشك في مصداقية الإدارة في استعمال سلطتها في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، والتي تتحلل بموجبها من طرق التعاقد الأصلية التي تمثل قوام النظام القانوني الذي يحكم تعاقداتها.

الفصل الثاني

الضرورة الملجئة كمناط لمشروعية مسك الإدارة في تقرير اللجوء إلى

التعاقد المباشر

تمهيد وتقسيم

انطلاقاً من طبيعتها الخاصة، وما يستتبعه التوسّع في الارتكان إليها من التحل من ربة القانون في كثير من الأحيان التي تدق فيها التفرقة بين ما يمثل ضرورة على الحقيقة وما لا يعدو كونه توهما لا يسوّغ التحل من القواعد العادية، أو تلك التي قد تتحايل فيها الإدارة على القواعد المقررة للظروف العادية، فتجتراً بذلك على مقتضى المشروعية، فقد استقر وازع الفقه والقضاء على أن الضرورة التي تسوّغ التصرف الاستثنائي بالمخالفة للقواعد العادية، هي الضرورة الملجئة التي تحمل معنى أعلى درجات الاضطرار. غير أن ذلك كان بمثابة المفهوم العام للضرورة في محيط القانون العام بفرعيه الدستوري والإداري، وكذا في محيط القانون الخاص، بينما لم نستدل على مفهوم خاص للضرورة التعاقدية لا في أدبيات الفقه ولا في اجتهادات القضاء، إلا ما يستفاد بطريقة غير مباشرة من الأحكام التي فصلت في بعض المنازعات الناشئة عن لجوء الإدارة إلى طريقة التعاقد المباشر.

فإلى أي مدى يتسع نطاق سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة؟ وما هي الضوابط أو القيود التي تحتد بها صلاحيتها هذه؟ هذا ما نجيب عليه من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: نطاق سلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة.

المبحث الأول

نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع

الضرورة

تمهيد وتقسيم:

إن المدقق في نصوص قانون التعاقدات العامة المنظمة للتعاقد المباشر بدافع الضرورة، يخلص من غير نصِّ إلى اتساع نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، ومن ثم التحلل من قيود وضوابط طرق التعاقد الأصلية، والتي سبق أن أشرنا إلى أنها تمثل ضمانات لتحقيق غايات دستورية. وتبدو هذه السعة من وجهين؛ أولهما أن الإدارة قد تقع خطأً في شراك اللامشروعية لعدم وضوح الحد الفاصل بين ما يعد ضرورةً وما لا يعد كذلك، والثاني أن سعة هذه المفاهيم واستعصائها على التحديد في أحيان كثيرة، قد يفتح لها الباب واسعاً للتحايل على طرق التعاقد الأصلية بذريعة الضرورة، وفي كلتا الحالتين تكون الإدارة قد خرجت على العلة الأساس من وراء وضع نظام قانوني خاص لتعاقدات الإدارة العامة، وأهدرت غايات دستورية جوهرية سبق أن ذكرناها في المبحث التمهيدي.

فما شواهد النهج التوسعي للمشرع في تحديد حالات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر؟ وما الضوابط أو القيود التي يمكن الارتكان إليها في ضبط استعمال هذه الرخصة؟ هذا ما نتناوله بشيء من التفصيل من طريق التقسيم التالي:

المطلب الأول: تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات العامة.

المطلب الثاني: مظاهر توسُّع المشرع في حالات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المطلب الأول

تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات

العامّة

أورد المشرع - في المادة 62 من قانون التعاقدات العامة رقم 182 لسنة 2018م⁽¹⁾ - بضع حالات يجوز فيها للإدارة أن تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر، تحت عنوان: حالات التعاقد المباشر، وأردفها ببعض الحالات الأخرى في نصوص متفرقة من القانون ذاته. وهذه الحالات وإن كانت تعتمد في كثير منها على مفاهيم واسعة أو عصية على التحديد الدقيق - ما قد يفسح المجال لاحتمالية توسّع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر ومن ثمّ التحلل من طرق التعاقد الأصلية وما تمثله من ضمانات للعديد من الغايات الدستورية، فهذه الحالات يمكن لنا أن نردها إلى عدة صور رئيسية؛ منها ما يتصل بزمن التعاقد، ومنها ما يتعلق بمحل التعاقد ذاته، ومنها ما يرد إلى ملابساته، ومنها ما يعزى إلى سياسة الدولة وتوجهها الاقتصادي، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الضرورة الموضوعية Urgence objective

وتتصرف هذه الصورة من صور الضرورة التعاقدية، إلى الظروف المتعلقة بمحل التعاقد ذاته؛ كأن تكون مادة التعاقد مما تقتضي التنفيذ على نحو معين لا سبيل

(1) الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر (د)، بتاريخ 3/ 10 /2018م.

إليه إلا من طريق شخص معين بذاته، أو أن تمام التنفيذ على النحو الذي تتحقق به المصلحة العامة، يتوقف على ولوج هذا السبيل؛ كأن يكون التعاقد بغرض تحقيق تجانس أو تكامل مادة التعاقد، أو تحقيق التوحيد القياسي مع ما هو قائم⁽¹⁾، أو لعدة احتكارها⁽²⁾ من شخص معين، أو لأن الضرورة الفنية تستتبع استكمال التنفيذ بذات الطريقة التي بُدئ بها⁽³⁾.

(1) في هذا الفرض تكون الإدارة قد تعاقدت لإشباع حاجات تعاقدية بأي طريق من طرق التعاقد؛ أصلية كانت أو استثنائية، وترغب في استكمال هذه الحاجات التي لا توجد إلا عند المصدر الذي سبق لها أن تعاقدت معه قبل ذلك، فيكون لها أن تلجأ إلى التعاقد المباشر في هذا الفرض باعتبار أن علة اللجوء إلى الطرق الأصلية غير متحققة في هذا الفرض وهي تحقيق التنافسية؛ فالفرض أننا أمام مصدر واحد للتعاقد فضلا عن أسبقية التعاقد معه.

(2) التوحيد القياسي وفقاً للمنظومة الدولية للتوحيد القياسي هو "توحيد مواصفتين أو أكثر لجعلهما مواصفة واحدة حتي يمكن للمنتجات الناتجة أن تكون قابلة للتبادل عند الإستخدام". ويُقصد بالتوحيد القياسي مع ما هو قائم، كسبب للتعاقد المباشر، مراعاة التجانس التام بين مادة أو محل التعاقد الذي سبق للإدارة أن تعاقدت عليه، ومادة أو محل التعاقد الذي ترغب في التعاقد عليه من طريق التعاقد المباشر، والذي يُفترض فيه أن يتحقق من خلال لجوء الإدارة في إشباع احتياجاتها إلى المتعاقد الذي سبق أن أُشبعَت مثل هذه الاحتياجات بواسطته، ولو لم يكن محتكراً لمادة التعاقد، وذلك خلافاً للحالة التي يكون فيها المتعاقد محتكراً لمادة التعاقد؛ فلا يكون للإدارة خياراً آخر في تقدير اللجوء إليه في إشباع احتياجاتها التعاقدية. فالفرض هنا أن الإدارة بإمكانها إشباع احتياجاتها التعاقدية من طريق عدة أشخاص، بيد أنها تؤثر التعاقد مع أحدهم دون غيره؛ لعدة تحقيق التجانس بين جزئي التنفيذ.

(3) عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ.

وقد تكون هذه الضرورة مبتدأة- كأن تكون مادة التعاقد وحيدة المصدر - احتكارًا أو استثنائيًا؛ إذ لا يكون ثمَّ بَدْ من لجوء الإدارة إلى هذا المصدر لإشباع حاجتها المرفقية، وهو ما يكثر في مجال استيراد التكنولوجيا وأدوات التسليح وبعض الأدوات الطبية والأدوية وغيرها. وقد تنشأ هذه الصورة أثناء التنفيذ أو قبيل الانتهاء منه- كأن تطلب الإدارة إلى المتعاقد معها إدخال بعض التعديلات على عملية التنفيذ، وقد تستند الإدارة إلى هذه الصورة- في الحالات التي خولها المشرع صلاحية تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وقد يستند إليها المتعاقد معها ولو لم تطلب هي إليه- كما في الفرض الذي يرى فيه المتعاقد أن الأصول والأعراف المرعية في العمل وفقًا لمبدأ حسن النية، تقتضي القيام ببعض البنود التي لم يُتفق عليها، ويقضيها تمام التنفيذ.

وهو ما صرَّح به المشرع في البنود: الثاني والثالث والرابع من المادة الثانية والسنتين⁽¹⁾؛ إذ تنص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من

(1) تقابلها المادة 35/2 من قانون المشتريات العامة الفرنسي إذ تنص على أنه: "يمكن التفاوض بدون دعاية مسبقة وبدون منافسة: 1. ...؛ 2. ...؛ 3. ...؛ 4. ...؛ 5. العقود التكميلية للخدمات أو الأعمال التي تتكون من خدمات لم يتم تضمينها في العقد المبرم في البداية ولكنها أصبحت ضرورية، في ظل ظروف غير متوقعة، لأداء الخدمة أو أداء العمل كما هو موضح في العقد المبدئي، شريطة أن يتم التخصيص للعامل الاقتصادي الذي أدى هذه الخدمة أو قام بهذا العمل: أ. عندما لا يمكن فصل هذه الخدمات أو الأعمال الإضافية من الناحية الفنية أو الاقتصادية عن العقد الرئيسي دون إرهاب كبير للسلطة المتعاقدة؛ ب. عندما تكون هذه الخدمات أو الأعمال، على الرغم من أنها منفصلة عن تنفيذ العقد الأولي، ضرورية للغاية لإتمامها بشكل مثالي، شريطة ألا يتجاوز المبلغ التراكمي لهذه العقود الإضافية 50% من مبلغ

الحالات الآتية: 1. ...؛ 2. وجود مصدر واحد فقط لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد أو لديه الحق الحصري أو الاحتكاري لموضوع التعاقد؛ 3. تحقيق أغراض التكامل مع ما هو موجود، ولا يوجد له سوى مصدر واحد؛ 4. عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقتضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ".

وقد أقر المشرع "طبيعة التعاقد" كمعيار لتوافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر؛ فنص في المادة السادسة والسبعين - تعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة - على أنه: "في حالات الضرورة، يجوز لمجلس الوزراء أن يصرّح لجهة إدارية بعينها، لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة ونشاطها أو طبيعة العملية، بالتعاقد بأي من طرق التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون...، كما يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملا التمويل، إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة،...".

العقد الرئيسي؛ 6. عقود الخدمة أو العمل التي تهدف إلى تقديم خدمات مماثلة لتلك التي تم تكليفها لصاحب عقد سابق تم منحه بعد المناقصة، شريطة أن يكون التعاقد الأول قد أشار إلى إمكانية استخدام هذا الإجراء لتقديم خدمات مماثلة؛ 7. ...؛ 8. العقود والاتفاقيات الإطارية التي لا يمكن أن يعهد بها إلا إلى فاعل اقتصادي معين لأسباب فنية أو فنية أو تتعلق بحماية الحقوق الحصرية...".

وقد أكد المشرع معيار "طبيعة محل التعاقد" كمعيار للضرورة التعاقدية، بنصه في المادة 79 على أنه: "استثناء من أحكام هذا القانون، يجوز للجهة الإدارية التعاقد على الصفقات التي تتطلب منها السرعة في اتخاذ قرار التعاقد بحكم طبيعتها أو التقلبات في أسعارها وكمياتها الاقتصادية أو التي تغطي مدى زمني مستقبلي أو العمليات المتعلقة بالمعاملات المنجزة في الأسواق المالية الدولية أو عقود المشتقات المالية والمشتريات الآجلة والمستقبلية وما يرتبط بها، وذلك كله وفقاً للممارسات التجارية الدولية المطبقة التي تحددها السلطة المختصة بالجهة الإدارية وتقرها اللجنة المنصوص عليها بالمادة (4) من هذا القانون ويعتمدها مجلس الوزراء".

ثانياً: الضرورة الزمنية *Urgence temporelle*

وتتصرف هذه الصورة من صور الضرورة التعاقدية، إلى الحيز الزمني الذي يستوعب تحرك الإدارة لإشباع الحاجة المرفقية، لا زمن إشباع الحاجة ذاتها- فثمّ فارق دقيق بين زمن التحرك لإشباع الحاجة المرفقية، وزمن إشباعها؛ فالأول هو المعوّل عليه في تقدير مدى مشروعية مسلك الإدارة في تقدير الضرورة، وتبعاً لذلك تقدير مدى مشروعية مسلكها في اللجوء إلى التعاقد المباشر.

وتستفاد هذه الصورة من نص المادة الثانية والستين من قانون التعاقدات⁽¹⁾؛ إذ تنص في بنديها الأول والخامس على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر

(1) تقابلها المادة 35 / 2 من قانون المشتريات العامة الفرنسي إذ تنص على أنه: "يمكن التفاوض بدون دعاية مسبقة وبدون منافسة: 1. العقود والاتفاقيات الإطارية المبرمة للتعامل مع

في أي من الحالات الآتية: 1. الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما؛ 2. ... 3. ... 4. ... 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجما عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات".

والمعيار الفاصل في تحديد مدى توافر هذه الصورة من صور الضرورة، هو ضيق الحيز الزمني المتاح لإشباع الحاجة المرفقية، عن استيعاب إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأخرى - أصلية كانت أو استثنائية، وعلى وجه الخصوص طرق التعاقد الأقرب إلى طريقة التعاقد المباشر كالممارسة؛ فإذا كان الوقت كافياً لإشباع الحاجة المرفقية من طريق الممارسة، توافرت الضرورة المسوّغة للتعاقد من طريق الممارسة، ولم تتوافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

حالة الطوارئ الملحة الناتجة عن ظروف غير متوقعة للسلطة المتعاقدة وليست خاصة بها، وشروط منحها لا تتوافق مع المواعيد النهائية التي تتطلبها يتم التفاوض على إجراءات طرق التعاقد الأصلية، وخاصة العقود المبرمة للتعامل مع حالات الطوارئ الملحة المرتبطة بكارثة تكنولوجية أو طبيعية.

ثالثاً: الضرورة الإجرائية أو الأمنية Urgence procédurale ou sécuritaire

وتتصرف هذه الصورة لا إلى محل التعاقد ذاته، وإنما إلى ما تتمتع به الإدارة الرغبة في التعاقد من خصوصية، تستتبع المغايرة في الإجراءات المتبعة في إشباع حاجاتها المرفقية- كونها من الجهات التي تأبى طبيعة عملها الإفصاح عن الكثير من تفاصيل التعاقد؛ نزولاً عند اعتبارات الأمن القومي، مثل وزارت الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية والأجهزة المتفرعة عنها.

وقد حرص المشرع على تأكيد هذه الصورة من صور الضرورة التعاقدية في المادة السابعة والسبعين من قانون التعاقدات العامة⁽¹⁾، تحت عنوان: "التعاقدات المرتبطة

(1) جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي، لم يترك تحديد ما يدخل في مفهوم الضرورة الأمنية لتقدير الإدارة وإنما حدد على سبيل الحصر المسائل التي يتوافر بشأنها مفهوم الضرورة الأمنية؛ فقرر في القسم الثالث من قانون المشتريات العامة، تحت عنوان: استثناءات خاصة بالدفاع أو بالعقود العامة الأمنية، في المادة 16 المعدلة بموجب القانون رقم 607 لسنة 2018 الصادر في 13 يوليو 2018، عدم سريان القاعدة العامة في التعاقد العام على عقود الدفاع أو الأمن العامة التي لها الخصائص التالية: 1. العقود العامة المذكورة في البنود 1 : 5 من المادة 14 من القانون؛ 2. العقود العامة للخدمات المالية باستثناء خدمات التأمين؛ 3. العقود العامة للأسلحة أو الذخائر أو المواد الحربية عندما تقتضي حماية المصالح الأمنية الأساسية للدولة، وفقاً للمعنى الذي تحدده المادة 346 من معاهدة الاتحاد الأوروبي، وعلى وجه الخصوص المشتريات التي تتطلب سرية عالية للغاية أو اكتساب سريع؛ 4. العقود العامة التي يتطلب تطبيق هذا الأمر الإفصاح عن المعلومات بما يتعارض مع المصالح الأساسية لأمن الدولة، وخاصة بالنسبة للأعمال أو المستلزمات أو الخدمات الحساسة بشكل خاص، والتي تتطلب سرية عالية للغاية، مثل عمليات الشراء المعينة لحماية الحدود أو مكافحة الإرهاب أو الجريمة المنظمة، والمشتريات المتعلقة

بالأمن القومي"؛ إذ تنص على أنه: "يجوز لوزارات الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية وأجهزتها في حالات الضرورة التي تقتضيها اعتبارات الأمن القومي، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، ...، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المقررة في هذا الشأن".

وفي ردها على مخاطبة جهاز المخابرات العامة بشأن مدى خضوع تعاقداته لقانون المناقصات والمزايدات- الملغي، أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، بعدم خضوع الجهاز لأحكام هذا القانون؛ ردًا إلى أن ذلك يهدد سرية جميع تصرفاته، ويهدم قانونه، إذ يلزمه الخضوع لهذا القانون بإعلان تعاقداته والهدف من إبرامها، وإشراك جهات خارجية في تقييم الحاجة إلى مثل هذه التعاقدات، وتقييم

بالتشهير أو الموجهة خصيصًا للأنشطة السرية أو الأنشطة الأخرى ذات الحساسية نفسها التي تقوم بها قوات الأمن الداخلي أو بواسطة القوات المسلحة ؛ 5. العقود العامة المبرمة بموجب الإجراء الخاص بمنظمة دولية وضمن إطار مهامها أو التي يجب منحها وفقًا لهذا الإجراء؛ 6. العقود العامة المبرمة وفقًا لقواعد الشراء المحددة المنصوص عليها في اتفاقية دولية، بما في ذلك الترتيب الإداري المبرم بين دولة عضو واحدة على الأقل في الاتحاد الأوروبي ودولة ثالثة على الأقل؛ 7. المشتريات العامة للأنشطة الاستخبارات، بما في ذلك مكافحة التجسس ومكافحة الإرهاب ومكافحة الجريمة المنظمة؛ 8. العقود العامة الممنوحة في إطار برنامج تعاون قائم على أنشطة البحث والتطوير التي تنفذها الدولة بالاشتراك مع دولة عضو في الاتحاد الأوروبي لتطوير منتج جديد..؛ 9. العقود العامة، بما في ذلك المشتريات المدنية التي تتم في بلد ثالث عندما يتم نشر القوات خارج أراضي الاتحاد الأوروبي والاحتياجات التشغيلية تتطلب إبرامها مع مشغلين اقتصاديين محليين يتم تأسيسهم في منطقة عمليات؛ 10. العقود العامة الممنوحة من الدولة لدولة أخرى".

الأسلوب لتحقيقها، بما يتطلبه ذلك من مكاتبات وموافقات وخلافه، وهو ما يتعارض تمامًا مع مظاهر السرية الكاملة التي فرضها المشرع في قانون المخابرات، مؤكدةً أنه من غير المتصور أن يلتزم رئيس المخابرات العامة، باعتباره السلطة المختصة بمبدأ العلانية لجميع إجراءات عقود المخابرات، بما تشتمل عليه من بيانات ووثائق ومعلومات غاية في الخطورة، ويرغب المتربصون في الوصول إليها وتحليلها لمعرفة ما يتجه إليه سلوك المخابرات العامة وتفكير القائمين عليها، وهي معلومات كلها يجب أن تحاط بسياج منيع من السرية ينال من اختراقه العقاب الجنائي"⁽¹⁾.

رابعًا: الضرورة الاقتصادية والاجتماعية **Urgence économique et sociale**

تحسُّبًا لفرضٍ قد تسنح فيه الفرصة لتحقيق الأهداف الاقتصادية والتنمية للدولة، ولا يكون ثمَّ سبيل إليها، إلا أن تقرر الإدارة اللجوء إلى التعاقد المباشر، أجاز المشرع للإدارة أن تلجأ إلى التعاقد المباشر تحقيقًا لهذه المصالح الاقتصادية والاجتماعية؛ فقرر في المادة الثانية والستين - في بندها السابع، ما نصه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من الحالات الآتية: ...؛ 7. في حالات تعزيز السياسات الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتبناها الدولة".

(1) جريدة الدستور الإلكترونية: أسباب فتوى مجلس الدولة بعدم خضوع "المخابرات" لقانون المناقصات، 29 أبريل 2015؛ الرابط التالي:

<https://www.dostor.org/816361>

والحقيقة أن مصطلح "تعزيز السياسات الاجتماعية أو الاقتصادية"، مصطلح ذا دلالة سياسية أكثر منها دلالة قانونية تقطع في تقدير مدى مشروعية مسلك الإدارة في مثل هذه الحالات، أمتقيداً هي بضرورة حقيقية أم مفتعلتها؟! فكلمة "تعزيز" ذاتها تحتاج إلى تحديد؛ فأى تعزيز يقصد المشرع وأي درجة أو مستوى من مستوياته يرقى إلى رتبة الضرورة المسوّغة للتخلي عن الإجراءات والشكليات التي تفرضها أساليب التعاقد الأصلية، كما أن لفظة "السياسات الاجتماعية" أو "السياسات الاقتصادية" هي الأخرى تستعصي على التحديد الدقيق في هذا الصدد، إلا أن تكون وليجة لتحرير إرادة الإدارة من ربة الإجراءات والشكليات سألغة الذكر، بما قد يصل إلى حد تعطيل كافة طرق التعاقد الأصلية أو على أقل تقدير تعطيل أغلبها.

ومن نافلة القول أن المشرع قد توسّع في مفهوم الضرورة الاجتماعية والاقتصادية- فأسهب في الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة الاقتصادية والاجتماعية؛ فقرر في المادة السادسة والسبعين أنه: "في حالات الضرورة، ...، يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملاً التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وذلك بناءً على...". وفي المادة التاسعة والسبعين أنه: "يجوز للجهة الإدارية استثناء من أحكام هذا القانون إبرام التعاقدات ذات الطبيعة المركبة أو المتشابكة أو متعددة الأطراف، أو

التعاقدات التي تتطلب هيكلًا تمويليًا كمشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOO، والبناء والتملك والتشغيل BOO، والتصميم والاشتراء والتشييد + التمويل EPC+Finance وغيرها، وذلك إذا كانت هذه التعاقدات تحقق للجهة الإدارية المتعاقدة أهدافها الاقتصادية والتنموية العاجلة، أو استلزمت الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية سرعة إتمامها في توقيت معين". وفي المادة الثمانين أنه: "يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة،...".

هذا، وقد أورد المشرع اللائحي الفرنسي تطبيقات الضرورة التعاقدية في المادة 1/2122⁽¹⁾ من اللائحة التنفيذية لقانون المشتريات العامة - Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (Version consolidée au 11 juillet 2020) والتي تنص على أنه: "يمكن للمشتري أن يبرم عقدًا من طريق التفاوض المباشر في حالات الاستعجال الملحة الناتجة عن ظروف خارجية، لا يمكن توقعها، ولا يمكن مجابتهها بواسطة إجراءات وشكليات طرق التعاقد التقليدية، وعلى وجه الخصوص في العقود التي تكون محالها الأعمال المذكورة في المواد 1/1311⁽²⁾، 4/1331⁽¹⁾، 6/1331⁽²⁾، 1/1331⁽³⁾، 28/1331⁽³⁾،

(1) استحدثت بموجب المرسوم رقم 1075 - 2018 الصادر في 3 ديسمبر 2018م.

(2) تم تعديلها بموجب القانون رقم 86 - 2017 الصادر في 27 يناير 2017م.

29⁽⁴⁾، و 1334/2 من قانون الصحة العامة، والأعمال المذكورة في المواد 123/3⁽⁵⁾، 129/2⁽⁶⁾، 129/3⁽⁷⁾، 511/2، و 511/3 من قانون البناء والإسكان⁽⁸⁾، وكذلك الأعمال المذكورة في البندين الأول والثاني من المادة 1/201⁽⁹⁾ من قانون الصيد الريفي والبحري. ويقتصر التعاقد على الأنشطة الضرورية للغاية للتعامل مع حالة الطوارئ⁽¹⁰⁾.

(¹) تم تعديلها بالقانون رقم 1021 - 2018 الصادر في 23 نوفمبر 2018م.
(²) تم تعديلها بموجب الأمر رقم 177 - 2010 الصادر في 23 فبراير 2010م.
(³) عُدلت بالقانون رقم 1021-2018 بتاريخ 23 نوفمبر 2018 - الفن. 194 (ت)
(⁴) تم تعديلها بموجب الأمر رقم 738 - 2019 الصادر في 17 يوليو 2019م.
(⁵) عُدلت بالقانون رقم 1021 - 2018 الصادر في 23 نوفمبر 2018م.
(⁶) عُدلت بالقانون رقم 1021 - 2018 الصادر في 23 نوفمبر 2018، وألغيت بموجب المرسوم رقم 71 - 2020 الصادر في 29 يناير 2020م.
(⁷) تم تعديلها بموجب القانون رقم 366 لسنة 2014 الصادر في 24 مارس 2014، وألغيت بموجب المرسوم رقم 71 - 2020 الصادر في 29 يناير 2020م.
(⁸) **Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre 1er du code de la construction et de l'habitation.**

(⁹) تم تعديلها بموجب الأمر رقم 1110 - 2019 الصادر في 30 أكتوبر 2019م.

(¹⁰) ونصها بالفرنسية هو:

Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique(Version consolidée au 11 juillet 2020); Article R2122-1; Créé par Décret n°2018-1075 du

ويلاحظ على نهج المشرع اللاتحي الفرنسي، أنه لا يطلق تقدير الإدارة في تحديد تطبيقات الضرورة التعاقدية، وإنما تكفل بتحديدتها على سبيل الحصر في أكواد التشريعات المختلفة- كلاً منها على حسب ما تنظمه من مسائل. وهو ما يمكّن من بسط رقابة المشروعية الإدارية على أعمال الإدارة التعاقدية في حالات الضرورة، سواء من قبل الإدارة ذاتها عبر الرقابة الإدارية بصورتها الذاتية والخارجية، أو من طريق قاضي المشروعية.

هل تُسوّغ الضرورة المالية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر؟

وبعدما عرضنا لصور الضرورة التعاقدية التي أقرها المشرع في قانون التعاقدات العامة، فثمة حالات أخرى يثار فيها التساؤل عمّا إذا كانت تمثل ضرورةً تعاقدية

3 décembre 2018: "L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence".

من عدمها؟! أولها الضرورة المالية وصورتها أن قد تجابه الدولة - أو إحدى وحداتها الإدارية - ظروفًا اقتصادية تعجز معها عن إشباع حاجاتها التعاقدية لعدم توافر السيولة المالية اللازمة لذلك، ما قد يضطرها إلى اللجوء إلى كيانات اقتصادية كبرى - عامة كانت أو خاصة - يمكنها الوفاء بهذه الاحتياجات وإمالتها - الدولة - في الوفاء بالتزاماتها المالية لحين زوال مثل هذه الظروف، فهل تصلح الضرورة المالية مسوّغًا لتعاقد الإدارة بالاتفاق المباشر؟ علمًا بأن الإدارة مقيدةٌ تشريعيًا بعدم الإقدام على التعاقد بأية طريقة من طرق التعاقد إلا أن تثبتت من توافر الاعتماد المالي لديها⁽¹⁾، وإلا تعرضت للمساءلة الإدارية كما هو مستقر فقهاً وقضاءً!؟

الحقيقة أن المشرع لم يتصد لبيان حكم هذا الفرض - والذي يعد فرضًا نظريًا نادر الحدوث عملاً. غير أن المنطق القانوني يسوّغ مشروعية لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر - ما دامت مدفوعةً بضرورة ملجئة؛ فقد سبق أن أشرنا إلى النصوص المنظمة للضرورة نصوص تقريرية في الأغلب الأعم منها - تكشف عن إرادة مفترضة ولو غاب النص الصريح. ومن ناحية أخرى، فإن قاعدة الضرورات

(1) إذ تنص المادة 11 من قانون التعاقدات - تحت عنوان: وجوب توافر الاعتمادات المالية على أنه: "يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك، ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية،...".

تبيح المحظورات- وهي قاعدة أصولية، تسوّغ الحفاظ على السير المنتظم للمرفق ولو غاب النص الصريح على ذلك.

هذا، ونرى أن الحكم يختلف في هذه الحالة باختلاف شخص المتعاقد مع الإدارة- فهو من الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أم من أشخاص القانون الخاص؛ فإذا كان من الفئة الأولى، جاز التعاقد ولا شيء في ذلك على الإدارة إذ أبقى القانون الجهات الخاضعة لأحكامه من التقيّد بالإجراءات والحدود المالية الواردة به⁽¹⁾، أما إذا كان من الفئة الثانية فإن مشروعية مسلك الإدارة تتوقف على موافقة المتعاقد معها صراحة أو ضمناً- كأن تعلن الإدارة عدم توافر اعتمادات مالية كافية أو إرجاء الوفاء بها إلى أجل لاحق، فيقدم الراغب في التعاقد على مباشرة إجراءات التعاقد.

ومن نافلة القول، أنه لا يدخل في مفهوم الضرورة المالية، الاقتصاد في النفقات- بمعنى أنه قد ترغب الإدارة في توفير النفقات التي تستلزمها طرق التعاقد الأخرى.

(1) إذ تنص المادة 78 من قانون التعاقدات - تحت عنوان: التعاقدات بين الجهات المخاطبة بأحكام القانون - على أنه: "يجوز للجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة بكل منها، وذلك دون التقيّد بالإجراءات والحدود المالية الواردة بهذا القانون، كما يجوز أن تتوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقا للقواعد المعمول بها في الجهة الإدارية طالبة التعاقد. ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها...".

وجملة ما سبق، أن المشرع قد توسّع إلى حد كبير في التكريس لسلطة التقرير المستقلة للإدارة في مجال التعاقدات العامة من طريق التوسّع في تطبيقات فكرة الضرورة التي تسوّغ مسلكها في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر. وسواء حُمل هذا النهج التشريعي التوسعي على محض الرغبة في تحقيق المزيد من المرونة الإدارية في مجال التعاقدات العامة- تمشياً مع توجه الدولة إلى جذب وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، أو وُجّهت إليه سهام النقد إذ يفتح الباب أمام احتمالات تحلل الإدارة من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، مع ما يستتبعه ذلك من إهدار للعديد من المبادئ الدستورية التي عرضنا لها في المبحث التمهيدي، فإن واقع الأمر يستتبع الاحتياط لمسلك الإدارة في استعمال سلطتها في هذه الفروض بالعديد من الضوابط والقيود الشكلية والموضوعية- وهو ما نعرض له في المبحث التالي.

المطلب الثاني

مظاهر التوسّع التشريعي في مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

قد يُعتقد في يُسر الوقوف على الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تلجأ إلى أسلوب التعاقد المباشر للضرورة، ما دام أن المشرع قد حدد صراحة هذه الحالات، بيد أن حقيقة الأمر على خلاف ذلك؛ فالحالات التي حددها المشرع تركز إلى مفاهيم واسعة فضفاضة تحتاج إلى تحديد دقيق للوقوف على مدى مشروعية عمل الإدارة في الاستناد إلى هذه المفاهيم إذ تقرر اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر. فالضرورة التي تسوّج اللجوء إلى التعاقد المباشر، يختلف نطاقها ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف التي تجابه الإدارة الراغبة في التعاقد، فهذه الضرورة ليست من الوضوح في جميع الحالات بما يقطع في تحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة اللجوء إلى التعاقد المباشر. فثمة شواهد عديدة يُستخلص منها نهجاً توسعياً للمشرع العادي في نطاق السلطة التقديرية للإدارة في مجال التعاقدات العامة بدافع الضرورة، أهمها:

أولاً: افتقار تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر لمعايير واضحة محددة

ما يؤخذ على مسلك المشرع في تحديد تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، رهن هذه التطبيقات بمفاهيم يصعب تأطيرها من دون الاستناد إلى معايير تفصيلية محددة؛ كأن يقر جواز التعاقد مباشرة لضرورة أمنية من غير تحديد لما يدخل في

هذا المفهوم من أعمال المرافق الأمنية- فكما هو معلوم أن أنشطة هذه المرافق ليست واحدة في طبيعتها السرية، وإنما منها ما يمكن الإفصاح عنه ومن ثم ضرورة التقيد فيه بالقاعدة العامة في التعاقد، ويؤكد ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من تحديد للمسائل التي تدخل في مفهوم الضرورة الأمنية التي تسوّغ التعاقد الاستثنائي⁽¹⁾. وهو ما يستفاد منه حرص المشرع على عدم ترك تقدير ما يدخل

(¹) جاء ذلك في القسم الثالث من قانون المشتريات العامة الفرنسي، المعدل بالقانون 607 لسنة 2018م، على النحو التالي:

Section 3: Exclusions propres aux marchés publics de défense ou de sécurité; Article 16 (Modifié par LOI n°2018-607 du 13 juillet 2018 – art. 44): "La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes:

1. Les marchés publics mentionnés aux 1° à 5° de l'article 14;
2. Les marchés publics de services financiers à l'exception des services d'assurance;
3. Les marchés publics portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige, notamment pour des achats qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée ou une grande rapidité d'acquisition;
4. Les marchés publics pour lesquels l'application de la présente ordonnance obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, notamment pour des travaux, fournitures ou services particulièrement sensibles, qui nécessitent une

confidentialité extrêmement élevée, tels que certains achats destinés à la protection des frontières ou à la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, des achats liés au cryptage ou destinés spécifiquement à des activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par les forces de sécurité intérieure ou par les forces armées;

5. Les marchés publics conclus en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure;

6. Les marchés publics conclus selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers;

7. Les marchés publics destinés aux activités de renseignement, y compris les activités de contre-espionnage, de contre-terrorisme et de lutte contre la criminalité organisée;

8. Les marchés publics passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article 6. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif

في مفهوم الضرورة الأمنية لإرادة ممثلي الإدارة؛ خشية التوسُّع فيها، ومن ثم التحلُّل من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام تذرُّعًا بحالة الضرورة.

فحينما يخوِّل المشرع المصري للإدارة صلاحية المفاضلة بين طرق التعاقد جميعًا- أصلية كانت أو استثنائية، من دون تقييدها بأية قيود سوى ما يُفهم من عبارة "التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي"⁽¹⁾، فإن مفهوم الضرورة الأمنية، لن يعدو كونه ما تقرره الإدارة المختصة ولو شمل كافة الأنشطة التي تباشرها- أمنيةً كانت أو غيرها، ويزداد أمر الوقوف على ملامح هذه السلطة التقديرية صعوبةً، حينما يحيز

au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement;

9. Les marchés publics y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations;

10. Les marchés publics passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier".

⁽¹⁾ تنص المادة 77 على أنه: "يجوز لوزارات الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية وأجهزتها في حالات الضرورة التي تقتضيها اعتبارات الأمن القومي، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المقررة في هذا الشأن".

لها المشرع التفويض في مباشرة هذه الصلاحية الاستثنائية، ومن غير تحديد
للسلطة المفوضة أو المفوضة!!

ومن ناحية أخرى، وفيما يتعلق بالضرورة الموضوعية، يثار التساؤل عن معيار
وحدة المصدر الذي لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد؟ فبالطبع
لا يكفي ادعاء الإدارة بأن الشخص الذي تعاقدت معه من طريق التعاقد المباشر،
هو المصدر الوحيد لتلبية احتياجاتها العقدية، وإنما يتعين على الإدارة أن تبرهن
على ذلك بالشواهد التي تقطع في عدم أحقية غيره بالإسناد إليه- هذا في حال تقدّم
أحد المتنافسين بطعن في مشروعية تصرفها. وإن لم يتدخل المشرع لوضع أية
ضوابط في هذا الصدد، فإن كافة ادعاءات الإدارة في مثل هذا الفرض، محمولة
حتماً على المشروعية ولو لم تك كذلك، سيما في ظل امتناع الطعن على عقودها
من غير أطرافه⁽¹⁾.

(1) جدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد سمح - منذ بداية القرن العشرين - لغير أطراف
العلاقة العقدية بالطعن في مشروعية العقد الإداري بسبب تجاوز سلطة العمل القانوني الانفرادي
في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، وعلى وجه الخصوص مستخدمي الخدمات العامة ودافعي الضرائب
المحليين، من طريق الحيلة القانونية المعروفة بنظرية القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال عن
العقد الإداري. غير أن منهجية المجلس - كما يقرر نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي - في نظر
هذه الطعون قد تباينت عن سابق عهده بها، مع مطلع تسعينيات القرن المنقضي؛ فلم يعد ينزل
عند مقتضى هذه النظرية المجرد، والذي يستتبع التوسع في إبطال عقود الإدارة؛ أخذاً في
الاعتبار العواقب التي تنترب على الإلغاء بسبب تجاوز السلطة. لنشاطه الرأي في أن التوسع
في دائرة المخولين في الطعن على مشروعية العقد الإداري من طريق هذه النظرية التي اتخذها

ومن ناحية ثالثة، وفيما يتعلق بمعيار الضرورة الزمنية، فإن التساؤل يثار حول المدى الزمني الذي يكفي تحرك الإدارة لإشباع حاجاتها المرفقية من طريق التعاقد؟ هذا المدى الزمني الذي استقر القاضي الإداري الفرنسي على أن العبرة فيه بعدم كفايته للتعاقد من طريق وسيلة أخرى من وسائل التعاقد الاستثنائي خلاف التعاقد المباشر، فضلا عن طرق التعاقد العادية وفقاً للقاعدة العامة، ومن ثم فإن استتالة أمد التعاقد بالتفاوض المباشر لما يعادل أو يزيد عن المدة الزمنية التي تكفي للتعاقد بإحدى طرق التعاقد الاستثنائية خلاف التعاقد بالاتفاق المباشر، ومن باب أولى طرق التعاقد الأصلية، يجعل من اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر مسلماً غير مشروع قانوناً، إلا أن يكون تأخر الإجراءات في هذا الفرض هو ذاته راجعاً إلى ضرورة أخرى.

المجلس وليجة لبسط رقابة الإلغاء على أعمال الإدارة التعاقدية- ابتداءً، لا يخلو من مشكلات عملية تعوق السياسة الاستثمارية للدولة؛ انظر على التوالي:

CE 4 août 1905, Martin, Rec. 749, GAJA n°15.

CE 9 décembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, Rec. 1034.

CE 4 août 1905, Martin, précité.

Jean-Marc Sauvé: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Maison de la chimie, Discours 27 juin 2014, p. 4.

ثانيًا: افتراض الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر في بعض الحالات غير الظاهرة

من مظاهر التوسع التشريعي في تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، إجازة اللجوء إلى التعاقد المباشر في الحالات التي ترى الإدارة فيها مناسبة التعاقد المباشر لمحل التعاقد، بالإضافة إلى تلك التي ترى فيها سبباً لتنمية بعض الصناعات أو ترميم الاحتياجات أو ما يماثل هذه الموضوعات.

فنص في المادة 65 سالفه الذكر على أن: "يجوز للجهة الإدارية طرح احتياجاتها أو احتياجات جهة إدارية أخرى أو أكثر باتباع...، أو طريق الاتفاق المباشر...، وذلك في أي من الحالات الآتية: 3. الحالات الأخرى التي ترى الجهة الإدارية مناسبة اتباع هذا النمط من التعاقدات بما في ذلك استهداف تنمية بعض الصناعات أو ترميم الاحتياجات وغيرها من الحالات المماثلة".

فما هي المسائل التي تستهدف تنمية الصناعات أو ترميم الاحتياجات؟ وما هي ضوابط الاستدلال عليها سواء من قبل الإدارة أو من قبل قاضي المشروعية على فرض اللجوء إليه؟ هذا ما لم يتضمنه قانون التعاقدات العامة!!

ومن مظاهر التوسع أيضًا، أن رهن المشرع توافر الضرورة المسوّغة لتحلل الإدارة من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام، بأن تقدر هي أن طريقة التعاقد المباشر هي الأنسب وفقًا لطبيعة العملية؛ إذ تنص المادة 73 من القانون على أنه: "يكون التعاقد على الدراسات الاستشارية عن طريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية،...، ويجوز استثناء في العمليات

ذات الطبيعة الروتينية أو البسيطة أو النمطية أو التي لها أطر فنية ثابتة التعاقد عليها بطريق المناقصة العامة أو المحلية أو الاتفاق المباشر، إذا قدرت الجهة الإدارية أن أي من هذه الطرق هو الأنسب بحسب طبيعة العملية..."، كما يجوز للجهة الإدارية التعاقد من خلال مناقصة محدودة أو مناقصة محلية أو اتفاق مباشر مع أحد الاستشاريين بذاته إذا قدرت أن المهام المطلوبة تعتمد بشكل كلي على خبراته ومؤهلاته".

بل إن ما قرره المشرع بشأن تعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة والتعاقدات بناء على مبادرة من القطاع الخاص، في المادة 76 من القانون⁽¹⁾، كفيل في ذاته بأن يدلل على النهج التوسعي للمشرع في افتراض حالة الضرورة المسوّغة للتعاقد

(1) في حالات الضرورة، يجوز لمجلس الوزراء أن يصرح لجهة إدارية بعينها، لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة ونشاطها أو طبيعة العملية، بالتعاقد بأي من طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (7) من هذا القانون وفقا للشروط والقواعد التي يحددها. كما يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملا التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وذلك بناء على عرض من الوزير المختص بنتائج الجدوى الفنية والاقتصادية والاجتماعية للمشروع والدراسة التحليلية لهيكل الفني والمالي له، وعلى أن يكون ذلك بعد موافقة وزيرى المالية والتخطيط، وذلك كله ما لم ينظم التعاقد قوانين أخرى. وإذا لم ينطوي المشروع المقدم على حقوق ملكية فكرية حصرية لمقدمه ورغبت الجهة الإدارية في تنفيذه، يحق لها في ضوء دراستها طرحه للحصول على عطاءات تنافسية له، ويتم التعاقد وفقا للأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب إتباعها وضوابط إبرامه، والتي تقرها اللجنة المنصوص عليها بالمادة (4) من هذا القانون ويعتمدها مجلس الوزراء ويصدر بها دليل إجرائي ينظمها".

المباشر، ومن دون قيود موضوعية تُذكر في هذا الصدد؛ فقد أفسح المشرع المجال كليةً أمام مجلس الوزراء للحلول محل المشرع في تحديد ما يصلح من اعتبارات للتخلل من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام، سواء تمثل ذلك في الترخيص المؤقت لجهة ما بالتعاقد المباشر؛ ردًا إلى طبيعة عمل الجهة أو نشاطها أو طبيعة محل التعاقد ذاته، أو لكون محل التعاقد المستهدف يحقق الأهداف الاقتصادية والتنمية للدولة.

ومن جانبنا، فلم نقف على علة وجيهة لتوسع المشرع المصري في افتراض حالة الضرورة المسوّغة لمسلك الإدارة في التخلل من مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام؟! أفلا يمكن للإدارة أن تشبع احتياجاتها المرفقية وأن تحقق أهداف الدولة الاقتصادية والتنمية من طريق طرق التعاقد الأصلية بما يتوافر لها من ضمانات إجرائية وشكلية لا تتوافر للتعاقد الاستثنائي!؟

ثالثًا: عمومية الدوافع المسوّغة للتعاقد المباشر واستعصائها على التحديد الدقيق

عرضنا عاليًا لما أسميناه الضرورة الاقتصادية والاجتماعية، والتي أقرها المشرع مسوّغًا للخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام. ولا إشكالية في ذلك من حيث المبدأ؛ فقد تلوح للإدارة فرص استثمارية كبرى - اقتصادية أو اجتماعية، وتأبى التقيد بإجراءات طرق التعاقد الأصلية، الأمر الذي يستدعي نهجًا تشريعيًا تقدميًا للتحسب لمثل هذه الفرص. ولكن ما لم يكتمل لهذا النهج التقدمي، أن أغفل المشرع وضع ضوابط أو قيود محددة على سلطة الإدارة في استعمال رخصة التعاقد

الاستثنائي في مثل هذه الظروف، بما يبدو معه قصور المسلك التشريعي في تحديد تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر ومن ثم التحلل من القاعدة العامة في التعاقد العام.

ولعل هذه العمومية التي تعلق نصوص قانون التعاقدات العامة المنظمة لصلاحيّة الإدارة في التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة، تجعل من قانون التعاقدات العامة مفتقراً لواحد من أهم معايير الدستورية المستقر عليها حديثاً، والذي أخذ القضاء الدستوري في التكريس له في العديد من فروع القانون - ألا وهو مبدأ وضوح القانون وإمكانية الوصول إليه أو مبدأ جودة القانون⁽¹⁾.

وقد بادر المجلس الدستوري الفرنسي إلى تقرير عدم دستورية الفقرتين الأخيرتين من المادة 16 من قانون عقود الشراكة المعدل في 17 يونيو 2004م بالقانون رقم 559-2004م؛ لعلّة أساس هي أنهما يجافيان مبدأ وضوح القانون وإمكانية الوصول إليه - ذي القيمة الدستورية بموجب المواد 4، 5، 6، و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789م، والذي يوجب على المشرع العادي أن يعتمد أحكاماً دقيقة وصيغاً لا لبس فيها⁽²⁾.

(1) حسين مقداد: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري - قراءة جديدة في أوصاف معايير الدستورية "القضائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص 94 وما بعدها.

(2) انظر:

Le Conseil constitutionnel; Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008; "39. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques;

40. Considérant, en l'espèce, qu'en adoptant les dispositions précitées, le législateur a entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés ; qu'il a, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au dessus d'un seuil défini par décret ; que, toutefois, la rédaction adoptée ne fait référence, dans l'un et l'autre cas, qu'aux contrats dont le montant est « supérieur au seuil » ; que ces dispositions, qui doivent de surcroît être combinées avec le III de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dans sa rédaction résultant de l'article 7 de la loi déferée, lequel fait référence aux contrats dont le montant est « inférieur à un seuil fixé par décret », portent atteinte, par leur contradiction, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que, dans ces conditions, les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi déferée doivent être déclarés contraires à la Constitution;

41. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution"; Journal officiel du 29 juillet 2008, page 12151, texte n° 2, Recueil, p. 341;

وفي دراسة قيمة حول المفاهيم الوظيفية للمبادئ الأساسية للتعاقد العام، يخلص باحثها إلى أن كثيرًا من مفاهيم التعاقد العام يفتقر إلى الوضوح والتحديد Les principes de la commande publique souffrent d'une imprécision juridique, en ce sens que les fonctions caractéristiques de chacun ne sont pas identifiées⁽¹⁾، الأمر الذي ينطلي على مفاهيم التطبيقات التي جعلها المشرع العادي مسوغات للخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام بدافع الضرورة.

رابعًا: إطلاق يد الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر في بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات

أطلق المشرع يد الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر في مسائل جوهرية كثيرة من غير قيود تُذكر، ما خلا الاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تراها الوزارة أو المحافظة المختصة محققة لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، منها

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008567DC.htm>

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Marie-Charlotte Bontron: Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse du doctorale, Faculté de Droit de Montpellier, Université Montpellier, France, 2015, p. 590.

التصرف في العقارات لتحقيق اعتبارات المصلحة العامة. إذ تنص المادة 80 من قانون التعاقدات العامة على أنه: "يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، وذلك بالاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تبديها الوزارة أو المحافظة طالبة الترخيص بالتعامل مع اقتراح مقابل التعامل وأسلوب السداد، على أن تتحقق اللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية من مناسبة هذا المقابل، ويعرض وزير المالية ما تنتهي إليه اللجنة على مجلس الوزراء للاعتماد. وذلك كله وفقا للقواعد وبالضوابط والشروط التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية".

خامساً: إطلاق سلطة مجلس الوزراء في الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر

موضوعاً وكماً

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع قد قيد سلطة الإذن بالتعاقد المباشر لمن هم دون مجلس الوزراء بأصبغة مالية محددة، بينما استثنى مجلس الوزراء من التقيّد بهذه الأنصبغة، ومن التقيّد بمجالات أو مسائل معينة، ما يعني أن مجلس الوزراء وهو جهة إدارية في حكم قانون التعاقدات العامة، غير خاضع لقيود واضحة في مباشرة هذه الصلاحية الاستثنائية، بما يتعارض مع الطبيعة الاستثنائية لأسلوب التعاقد

المباشر⁽¹⁾، وما يستتبعه ذلك من احتمالية تقضيل المجلس اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي، سيما وأنه الجهة الإدارية الأعلى.

وقد يقول قائل أن المفاهيم التي تستند إليها فكرة الضرورة عمومًا عادة ما تتسم بالعمومية ومن ثم استعصائها على القولية التعريفية أو التحديد الدقيق، وهذا بحكم طبيعة فكرة الضرورة ذاتها. ما يقلل من وجاهة القول بالنهج التوسعي للمشرع- ما دام أن توسعه هذا إنما مرده طبيعة فكرة الضرورة ذاتها. بيد أن واقع الأمر على خلاف ذلك؛ فعدم تشدد المشرع في القيود التي توطر سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، وإن كان يعكس رغبة تشريعية في تحقيق المرونة الإدارية في العديد من الحالات التي لا تناسبها تعقيدات طرق التعاقد الأصلية، فإنه في الوقت ذاته يعكس إقرارًا تشريعيًا ضمنيًا لتوسع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة، وهو ما يوشك معه مسلك الإدارة أن يصادر على المطلوب.

ونتوقع في ضوء الاجتهاد المستقر للمجلس الدستوري الفرنسي، والذي لا يغيب عن بصر وبصيرة القاضي الدستوري الوطني- من ناحية، وما نتوقه من توسع الإدارة في استعمال رخصة التعاقد الاستثنائي للضرورة- من ناحية أخرى، أن شبهة عدم

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ.د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 215.

الدستورية تحوم حول هذا النهج التوسعي للمشرع العادي، ما يوشك بتصدي القاضي الدستوري الوطني له في القريب العاجل.

وإذا كان المشرع يرمي من وراء مسلكه التوسعي هذا إلى الحد من وطأة الإجراءات والشكليات التعاقدية التي طالما أورثت الإدارة نوعاً من الصورية أو الشكلية بفعل معطيات البيئة الإدارية، تزامناً مع توجه الدولة إلى تهيئة مناخ الاستثمار بشقية الوطني والأجنبي، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون على حساب خصوصية التعاقدات العامة وما اقتضته من أفرادها بأحكام إجرائية وموضوعية خاصة، في قانون خاص يقال له قانون تنظيم التعاقدات العامة، بغية التحسب للمال العام ضد محاولات الإهدار أو الاستغلال؛ حتى لا يضحى هذا المسلك التوسعي شرعناً لاستغلال المال العام أو إهداره.

المبحث الثاني

ضوابط سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

تمهيد وتقسيم:

إن القول بجواز لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر لتوافر الضرورة الملجئة - بالمعنى والتطبيقات سألفة الذكر، ليس من السهولة بمكان، وإنما تعترضه إشكاليات عديدة؛ أهمها ما يتعلق بالضوابط التي تضمن التزام الإدارة جادة المشروعية الإدارية في مجال التعاقدات العامة، هذه الضوابط التي تحقق معنى الرشد الإداري في جانب الإدارة ابتداءً، وتحقق اليقين لدى الراغبين في التعاقد معها من ناحية أخرى، وتحقق الوضوح في جانب القاضي الإداري إذ يراقب مشروعية مسلك الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر من ناحية ثالثة.

فما هي القيود التي ترد على سلطة الإدارة في استخلاص مسوّغ لجوئها إلى التعاقد المباشر؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

المطلب الثاني: القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

المطلب الأول

القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة

التعاقدية

ثمة قيود ترد على سلطة الإدارة في تقدير دوافع اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، تدور حول براءة عمّالها من التسبب في حدوث الظرف المشكّل لحالة الضرورة أو بالأدق براءة ذمتها من العمل على التحلل من القاعدة العامة في التعاقد العام واختلاق الأعذار المسوّغة للتعاقد الاستثنائي.

أولاً: ألا يكون حدوث الظرف الملجئ إلى التعاقد المباشر معزواً إلى خطأ الإدارة

حتى لا تتراخى الإدارة الراغبة في التعاقد في القيام بما أوجب عليها المشرع من تقدير احتياجاتها المرفقية والتخطيط المسبق لها وإشباعها من طريق التعاقد العام، ثم تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، فتكون بذلك قد أفرغت النظام القانوني الخاص بالتعاقدات العامة من مضمونه، فقد قيّد المشرع سلطتها في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة بألا يكون الظرف المشكّل لهذه الضرورة معزواً إلى خطئها.

ويتضح هذا القيد جلياً من نص المادة 296 من قانون المشتريات العامة الفرنسي، كما قضى بذلك مجلس الدولة⁽¹⁾ إذ يقرر أنه: "لا يُمكن أن يُبرر قانوناً استخدام إجراء الطوارئ المنصوص عليه في المادة 296 من قانون المشتريات العامة إذا كان التأخير في بدء إجراءات المناقصة يعزى إلى السلطة المتعاقدة".

وهو ما نصت عليه المادة (5 / 62) من قانون التعاقدات العامة المصري إذ تنص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من الحالات الآتية: 1. ...؛ 2. ...؛ 3. ...؛ 4. ...؛ 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات" - كما سبق أن ذكرنا.

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 4 avril 1997, 145388, publié au recueil Lebon. Résumé : 39-02-02-03 La seule circonstance que des travaux présentent, à la date à laquelle est lancé l'appel d'offres, un caractère d'urgence, ne saurait justifier légalement le recours à la procédure d'urgence prévue à l'article 296 du code des marchés publics si le retard apporté à l'engagement de la procédure d'appel d'offres est imputable au maître d'ouvrage";
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007945715&fastReqId=1529319105&fastPos=1>

ويثار التساؤل هنا، عن قيمة هذا القيد في الحالة التي تتراخى الإدارة عن قصد أو عن خطأ جسيم، ثم تكون أمام ضرورة فعلية تستتبع الإسراع في إشباع الحاجة المرفقية، ومن ثمّ تسوّغ لجوءها إلى التعاقد المباشر؟ أيقن لها أن تلوذ بطريقة التعاقد المباشر درءاً لمفسدة توقف السير المنتظم للمرفق، أم يتعين عليها إشباع الحاجة المرفقية وفقاً للقاعدة العامة في التعاقد؟

والحقيقة أن الرد على هذا التساؤل، يحمل فيه طيه ردّاً على جدوى هذا القيد! فبالطبع، وكما أشرنا حال الحديث عن الضرورة بمفهومها العام، إن حدوث ظرف ما يشكل حالة ضرورة، يسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، ولو كان خطأ الإدارة هو السبب المنتج في حدوث هذا الظرف؛ حتى لا يتوقف السير المنتظم للمرفق لأي سبب من الأسباب. بيد أن الفارق بين هذه الحالة والحالة التي يكون حدوث هذا الظرف معزّواً إلى غير خطأ الإدارة، يكمن فيما يقع على كاهل السلطة المختصة من مسؤولية إدارية وتأديبية في الفرض الأول من دون الثاني؛ فعلى فرض تحمّل المرفق أموالاً زائدة جرّاء اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، لم يكن ليتها لو بادرت السلطة المختصة إلى القيام بمهامها المنوطة بها قانوناً، وثبتت الخطأ الشخصي في جانبها، فإن مسؤولية أفرادها تتعقد عن تعويض هذه الأضرار، فضلاً عن انعقاد مسؤوليتهم التأديبية، بينما يتحمل المرفق ذاته هذه الخسارة في حالة عدم ثبوت الخطأ الشخصي، مع انعقاد مسؤوليتها التأديبية.

وعليه، فإن هذا النص يهدف إلى توقي هذا الفرض ابتداءً، أما إذا حدث فعلاً، فلا تثريب على الإدارة في التعاقد مباشرة، مع انعقاد مسئوليتها عن خطئها.

خطأ التعاقد مع الإدارة يتوافر به وصف الضرورة المسوغة للتعاقد بالاتفاق المباشر

إن القول بعدم جواز احتجاج الإدارة بخطئها لتسوّغ مسلكها في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، لا يعني غل سلطتها في التعاقد المباشر بدافع الضرورة لخطأ التعاقد معها⁽¹⁾، وإنما العبرة بخطئها هي ذاتها، إلا أن يكون

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 30 septembre 1996, 164114, mentionné aux tables du recueil Lebon. Résumé: 39-02-02-03 Article 297 du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure au décret du 24 avril 1994 prévoyant, en cas d'urgence, la possibilité de ramener le délai de réception des candidatures de 21 jours à 15 jours au moins. Un syndicat d'agglomération nouvelle a pu sans commettre d'irrégularité fixer à 18 jours le délai de réception des offres pour un marché relatif au maintien de la propreté dans des espaces publics, en raison de la situation d'urgence résultant, d'une part, du retard avec lequel l'établissement public d'aménagement lui avait remis les ouvrages et, d'autre part, de la proximité de leur ouverture au public;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007916095&fastReqId=321963591&fastPos=1>

خطؤها في اختيار التعاقد معها سبب منتج في خطأ هذا التعاقد، أو أن يكون خطأ التعاقد راجعاً إلى إهمالها أو تراخيها في الرقابة عليه؛ فخطأ التعاقد غير المتوقع للإدارة من الأخطاء الخارجة عن إرادتها.

ثانياً: الاستناد إلى أسباب محددة لتبرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة

إن الصفة الاستثنائية لطريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، تقيم قرينة مفترضة في جانب الإدارة مؤداها أن الأصل في لجوئها إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة غير قائم على سند من القانون إلا أن تثبت عكس ذلك؛ فالأصل في التعاقد كما سلف البيان هو اللجوء إلى الطرق الأصلية للتعاقد، ومن ثم فإن كل استثناء من هذه القاعدة يوجب على الإدارة أن تتحرى الدقة والشفافية في تقدير الأسباب المسوّغة لهذا التعاقد الاستثنائي، وإلا كان تصرفها محمولاً على الرغبة في التحلل من القاعدة العامة في التعاقد.

فحتى يكتسي تقدير الإدارة للظرف الذي يشكل حالة ضرورة، رداء المشروعية، ويصدّق عليه وصف الضرورة، يتعيّن على جهة الإدارة أن تلتزم الواقعية في تقدير هذا الظرف⁽¹⁾ - بأن تُحسن تكييف الوقائع المادية التي تحدها إلى هجر طرق التعاقد الأصلية، غير متوهمة حدوثها أو مبالغة في تقديرها. فيفترض في القرار

(1) انظر في نفس المعنى:

Emily O'Reilly: Une bonne administration dans la pratique..., op. Cit, p.

الصادر بالإذن بالتعاقد المباشر، أن يصدر استناداً إلى وقائع مادية موجودة، يمكن تقييمها والتأكد من صحتها، باعتبارها مصدر الخطر الذي يتهدد المرفق الراغبة إدارته في التعاقد بالاتفاق المباشر.

هذا، وتتحقق الواقعية لمسلك الإدارة في تقدير الطرف المشكّل لحالة الضرورة، عندما يكون الخطر المحقق بالمرفق خطراً جسيماً حالياً، إلى الحد الذي تتحقق معه الخشية من توقف السير المنتظم للمرفق، بما يجعل من اللياذ بطريقة التعاقد بالاتفاق المباشر مسلماً حتمياً لا اختيار للإدارة في تقرير اللجوء إليه، وألا يكون هذا الخطر متوهماً أو مبنياً على تقديرات خاطئة من قبلها⁽¹⁾. وهو ما تخضع فيه لرقابة القاضي الإداري من طريق نظرية الخطأ الواضح أو الظاهر في التقدير (l'erreur manifeste d'appréciation)⁽²⁾.

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة و ضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 23.

(2) للمزيد من التفاصيل حول رقابة القاضي الإداري لخطأ الإدارة الظاهر في التقدير في مجال التعاقدات العامة؛ راجع:

Dr. Mamadou Yaya DIALLO: Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal, p. 24 et Suiv.

وكذلك يشترط أن تكون درجة خطورة الظرف الذي يجابهه المرفق تفوق درجة خطورة الظروف الطارئة المتوقعة أو المألوفة في مجال إدارة المرافق العامة⁽¹⁾، ...، وهو ما قصد إليه المشرع من وراء النص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما"⁽²⁾. ففي هذه الحالات يُفترض أن تكون الإدارة قد أخذت من الإجراءات الاستباقية أو الاحترازية ما تتوقى به المخاطر المتوقعة أو المألوفة، بيد أن ما طرأ لها من ظروف تستدعي طريقة التعاقد المباشر، لم يكن متوقعًا ولم يكن قابلاً للتوقع بمعيار رجل الإدارة المعتاد.

وإذا كنا نشاطر جمهور الفقه القول بأن الخطر المستقبَل لا يصلح مسوِّغًا للتعاقد الاستثنائي، فإن التساؤل يثار عن مفهوم الخطر المستقبَل - أي متى يكون الخطر الذي لم يقع بعد في دائرة الخطر المستقبَل، ومتى يكون واقعًا في دائرة الخطر المحقق الذي يخشى منه على توقف السير المنتظم للمرفق؟

وردًا على هذا التساؤل، أقول بأن ما أورده المشرع - في المادة 5 / 26 - من النص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات العاجلة التي يكون

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة.. مرجع سابق، ص 23.

(2) المادة (62 / 1) من قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة.

التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، "...، يحمل في طيه ردًا ضمنيًا على هذا التساؤل؛ قوامه ضيق الحيز الزمني المتاح لدى الإدارة للتحرك لإشباع الحاجة المرفقية، عن استيعاب إجراءات التعاقد بطرق التعاقد الأخرى خلاف طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر. وعليه، فمتى تبين أن الإدارة كان بإمكانها إشباع الحاجة المرفقية بواسطة طريقة تعاقدية أخرى، كان مسلكها في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة غير مشروع.

ولعل ما تواتر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في شأن الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري، من أن "قضاءها مستقر على أن رقابة القضاء الإداري لصحة الحالة القانونية أو الواقعية التي تكون ركن السبب في القرار الإداري، تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستخلصة استخلاصًا سائغًا من أصول موجودة تنتجها ماديًا وقانونيًا"⁽¹⁾، يقرب لنا معنى

(1) أحكام المحكمة الإدارية العليا في: الطعن رقم 11888 لسنة 52 قضائية العليا، جلسة 2 من أبريل 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة والخمسون (من أول أبريل 2008 إلى آخر سبتمبر 2008، الجزء الثاني، ص 988؛ الطعن رقم 3463 لسنة 32 قضائية العليا، جلسة 7 أغسطس 1993، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة والثلاثون (من أول مارس سنة 1993 إلى آخر سبتمبر 1993)، الجزء الثاني، ص 1592؛ الطعن رقم 74 لسنة 17 قضائية العليا، جلسة 28 أكتوبر 1978، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عامًا (1965 : 1980)، ص 725..

الواقعية التي يتعين على الإدارة الراغبة في التعاقد المباشر أن تلتزمها في تقدير الظرف المشكّل لحالة الضرورة.

وعليه، وقياسًا على ما استقر عليه قضاء المحكمة ذاتها، فإذا كان كانت النتيجة، والتي تتمثل هنا فيما توصلت إليه الإدارة من توافر الضرورة التعاقدية، مستخلصةً من أصول غير موجودة أو لا تنتجها، أو كان تكييف الإدارة لهذه الوقائع على فرض وجودها ماديًا، لا ينتج هذه النتيجة، كان قرار اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، فاقداً لركن السبب ووقع مخالفاً للقانون⁽²⁾⁽³⁾.

وفي واحد من أهم أحكامه، قرر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار رئيس الجمعية الوطنية بمنح عقد تشغيل الأجهزة السمعية والبصرية بمجلس النواب؛ لعلّة استناد القرار إلى أسباب غير محددة ولا تقطع بذاتها في توافر الضرورة المسوّغة للإسناد المباشر - وفقاً للمعنى الذي يستفاد من نص المادة 94 / 3 من قانون العقود

(¹) في نفس المعنى؛ انظر: أ.د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 252.

(²) في نفس المعنى؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 11888 لسنة 52 قضائية عليا، جلسة 2 من أبريل 2008، سالف الذكر.

(³) في نفس المعنى؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 40 لسنة 18 قضائية عليا، جلسة 29 يونيو 1976، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية والعشرون (من أول أكتوبر 1975 إلى آخر سبتمبر 1976)، ص 267.

العامة، مقررًا أن الإدارة المختصة بالمجلس كان بإمكانها أن تتخذ التدابير اللازمة للتعاقد في وقت مناسب قبل هذا التاريخ⁽¹⁾.

ثالثًا: مراعاة التناسب بين سبب القرار الآذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر ومحلّه

يُعزى ظهور مبدأ التناسب إلى القانون الألماني، والذي كرسته المحكمة الإدارية العليا في بروسيا عام 1882م، في قضية Kreuzberg⁽²⁾، في تفسيرها للمادتين

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Conseil d'Etat, Assemblée, du 5 mars 1999, 163328, publié au recueil Lebon. Résumé: 39-02-02-03 Pour fixer à une durée inférieure à vingt-et-un jours le délai accordé aux entreprises pour remettre leurs offres, les services de l'Assemblée nationale se sont fondés sur des impératifs résultant de la date d'ouverture de la session parlementaire. Cette circonstance n'est pas de nature à constituer un cas d'urgence au sens des dispositions de l'article 94 ter du code des marchés publics, dès lors qu'il appartenait aux services de l'Assemblée nationale de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour que les marchés en cause fussent passés avant cette date. Annulation de la décision du président de l'Assemblée nationale de passer le marché d'exploitation des équipements audiovisuels de l'Assemblée nationale;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008013279&fastReqId=1575820855&fastPos=1>

(²) انظر:

19 و 20 من القانون الأساسي الألماني لعام 1949م، في سياق الموازنة بين حماية الحقوق الأساسية- من ناحية، وسيادة القانون- من ناحية أخرى.

وانطلاقاً من عمومية هذا المبدأ، وضرورة تكريسه في مجال التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بدافع الضرورة، فإن ما يتعين على الإدارة الراغبة في التعاقد أن تلتزم المعقولة في ترتيب الأثر القانوني الذي يحمله تصرفها الاستثنائي؛ بمعنى أن يكون تصرفها متناسباً مع مقتضى الحال التي دفعت إليه-بأن يكون نصاب التعاقد - فنياً ومالياً - وزمن التنفيذ، متناسباً مع الطرف المجبّد للضرورة التعاقدية؛ نزولاً عند مقتضى قاعدة "الضرورة تُقدّر بقدرها".

والتناسب في مقام الإذن بالتعاقد المباشر لضرورة سائغة، مصروف إلى أن يكون الإجراء الذي يقيد من حرية المنافسة وحق الوصول إلى التعاقدات العامة، والذي يمثل محل القرار الآذن بالتعاقد المباشر، ضرورياً ومنتاسباً مع الطرف الدافع إليه، والذي يمثل سبب هذا القرار

Cour administrative suprême de Prusse, 14 juin 1882, *Kreuzberg*, cité par J. Schwarze dans *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009, p. 731: cet arrêt refuse à la police la possibilité de prendre en compte des intérêts d'ordre esthétique en l'absence d'habilitation particulière.

Une mesure restrictive des droits et des libertés doit donc être à la fois appropriée ou adaptée, nécessaire et proportionnée .⁽¹⁾

وحتى لا يُفهم من استعمال مصطلح "المعقولة"، أن رقابة القاضي قد تمتد إلى بحث ملائمة التصرف الإداري في هذا الفرض، أبادر إلى القول بأن المعقولة هنا مصروفة إلى التناسب بين سبب القرار الصادر بالإذن بالتعاقد المباشر والمتمثل في إحدى صور الضرورة التعاقدية- سالفه الذكر، والأثر القانوني المترتب على هذا القرار- ذلك التناسب الذي يمثل عنصرًا من عناصر المشروعية، ويحقق مضمون القاعدة الأصولية "الضرورة تقدّر بقدرها".

وفي هذا السياق، يخلص أحد الباحثين، في دراسة قيمة حول احترام المبادئ الأساسية للاشتراء العام في عملية التفاوض، إلى أن المبادئ الأساسية للتعاقد العام، يتعين ألا تحول دون البحث عن العقلانية الاقتصادية والربحية وفرضها أثناء التفاوض

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر:

Jean-Marc Sauvé: Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, p. 2.

les principes fondamentaux de la commande publique ne doivent pas freiner cette recherche de rationalité économique, de rentabilité imposée au contrat et imposer lors la négociation .⁽¹⁾

وحتى تتحقق المعقولية أو التناسب لعمل الإدارة في تقدير الأثر المترتب على تقرير التعاقد مباشرة للضرورة، يتعين أن تتوافر له معقوليات ثلاث؛ هي:

(1) المعقولية في تقدير حجم أو كمية التعاقد

لا ينبغي للإدارة أن تتخذ من توافر إحدى صور الضرورة ستارًا لإشباع كافة احتياجاتها المرفقية العادية أو أكبر قدر منها- تجنبًا لإجراءات التعاقد العادية، وإنما عليها أن تتقيّد بما تحتمه هذه الصورة فحسب- من حيث حجم التعاقد الذي تدرأ به الخطر الذي يتهدد التوقف السير المنتظم للمرفق، دون أن تتجاوز ذلك إلى ما يمكن إشباعه بعد زوال هذا الخطر من طريق وسائل التعاقد الأخرى، وذلك تطبيقًا لقاعدة تقدير الضرورة بقدرها.

(¹) للمزيد من التفاصيل؛ راجع:

Cédric BECUE: Le Respect des Principes Fondamentaux de La Commande Publique dans La Négociation, Enjeux théoriques et pratiques, Master 2 Droits Publics des Affaires Parcours Contrats Publics, l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, 2017, p. 53.

(2) المعقولة في تقدير تكلفة التنفيذ (معقولة النصاب المالي)

إذا كان القانون قد حدد أنصبة مالية كحدود قصوى للتعاقد المباشر، عدا ما يتعلق باختصاص مجلس الوزراء الذي لا يتقيّد بنصاب مالي محدد، فلا ينبغي للإدارة أن تعتمد إلى استنفاد ولايتها في ذلك بأن تتعاقد في حدود الحد الأقصى لهذا النصاب المالي من غير ضرورة تحملها إلى ذلك، وإنما يتعين عليها أن تتقيّد في الإنفاق بما يكفي لدرء الخطر الذي تدرؤه بالتعاقد المباشر.

(3) المعقولة في تقدير زمن التعاقد

فرّقنا أنفًا - في مقام الحديث عن الضرورة الزمنية كأحدى صور الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر - بين الزمن المتاح لتحرك الإدارة لإشباع الحاجة المرفقية في حالة الضرورة، والزمن اللازم لإشباع هذه الحاجة من طريق التعاقد المباشر، وأشرنا إلى الأول هو المحدد لتوافر الضرورة من عدمها في بعض صورها، وبذلك يكون أحد عناصر السبب في القرار الضمني توافر إحدى صور الضرورة التعاقدية المسوّغة للتعاقد المباشر، بينما يُمثّل الثاني أحد عناصر المحل في هذا القرار؛ إذ يتعين أن يكون متناسبًا مع سبب القرار والمتمثل في توافر إحدى صور الضرورة كما ذكرنا.

ومن ثمَّ يتعين على الإدارة أن تقدر فترة التنفيذ⁽¹⁾ - وهي هنا أحد عناصر المحل في قرار الإذن بالتعاقد المباشر - بالقدر الذي يدرأ الخطر الذي يتهدد السير المنتظم للمرفق بالتوقف؛ فتكون فترة التنفيذ المسندة إلى المتعاقد هي المدة الزمنية الكافية لتجاوز الطرف الذي تجابهه الإدارة دون أن تمتد إلى فترة زمنية أخرى، يتعين فيها على الإدارة التقيّد بإجراءات التعاقد العادية.

فإذا كانت سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد مقيّدة في العموم، بضرورة تحديد الاحتياجات الفعلية من السلع والخدمات اللازمة لسير المرفق بانتظام واطراد، كمّا ونوعاً⁽²⁾، فإنها ومن باب أخرى بحكم الضرورة التي تدفعها إلى التعاقد المباشر كطريق استثنائي تحكمه قاعدة الضرورة تقدر بقدرها، يتعيّن أن تتقيّد في ذلك بتحديد الاحتياجات الضرورية للمرفق. وبناءً على ذلك، فلا يجوز للإدارة أن تتخذ من حالة الضرورة وليجة للتخلل من إجراءات التعاقد وفقاً للقواعد العامة بأن تتعاقد مباشرة في كافة احتياجاتها بما في ذلك ما تقتضيه الضرورة القائمة وما لا تقتضيه؛ كأن تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر في كافة الاحتياجات التي تراها لازمة لسير المرفق خلال السنة المالية كاملة، أو كأن تلجأ إلى التعاقد بالاتفاق المباشر في

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

André de Laubadere et Frank Moderne: Traité des Contrats Administratifs, Tom 2, 2 édition, 1984, p. 57 et Suiv.

(2) للمزيد؛ راجع: م. أحمد منصور: المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، المجلد الأول: وسائل إبرام العقد الإداري، د. ن، 1996، ص 23 وما بعدها.

الشهر الأخير من السنة المالية دون ضرورة حقيقية تستلزم ذلك، أو بقصد استنفاد الاعتمادات المالية المخصصة لهذه السنة المالية.

لذا، فقد نصت المادة 1-2111 L من قانون المشتريات العامة الفرنسي، والمستحدثة بالمرسوم رقم 1074 الصادر في 26 نوفمبر 2018م على أنه: "يتم تحديد طبيعة ومدى الاحتياجات التي يجب تلبيتها بدقة قبل بدء التفاوض، مع مراعاة أهداف التنمية المستدامة في أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية"⁽¹⁾.

وكذا نصت المادة 11 من قانون التعاقدات العامة المصري على أنه: "يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد...، ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية". وهذا في شأن الظروف العادية، فما بال الإدارة إذ تهدف من وراء التعاقد الاستثنائي أن تحول دون توقف السير المنتظم والمطرد للمرفق؛ فيتعين عليها وقتئذ ومن باب أخرى، أن تحدد احتياجاتها الفعلية التي

(¹) ونصها بالفرنسية هو:

Article L2111-1; Créé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018: "La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale".

تقتضيها مواجهة الضرورة على النحو الذي تحفظ به السير المنتظم والمطرود للمرفق
ومن ثم استمرارية خدماتها.

ومن معاني المعقولية أيضًا، أن تتدرج الإدارة في العودة إلى طرق التعاقد الأخرى،
بالتزامن مع تدرج تلاشي الخطر الذي يشكل ضرورة تعاقدية

l'urgence impérieuse doit correspondre rigoureusement à la
phase de gestion de crise et à l'issue de laquelle l'acheteur
public devra alors se tourner vers une situation de simple
«urgence», si toutefois elle est toujours dûment justifiée, ou, à
défaut⁽¹⁾، وذلك نزولاً عند
القاعدة المستقرة "أن الضرورة تقدر بقدرها".

هل يعد توافر الاعتماد المالي قيدًا على سلطة الإدارة في حالة التعاقد المباشر
للضرورة؟

قد يثار التساؤل حول ما إذا كان توافر الاعتماد المالي يمثل قيدًا على سلطة
الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالات الضرورة الواردة بقانون تعاقدات

(¹) للمزيد؛ راجع:

La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et
financiers (DAJ): La passation de commandes publiques urgentes ou «
de marchés publics en urgence», op. Cit, p. 3.

الجهات العامة؟ فكما هو مستقر فقهاً وقضاءً أن توافر الاعتماد المالي كأحد الإجراءات التمهيديّة للتعاقد في كافة العقود وبغض الطرف عن طريقة التعاقد، من شروط الصحة التي يترتب تخلفها مسؤوليّة الإدارة المتعاقدة عن تعويض المتعاقد معها- إن كان حسن النية، فضلاً عن مسؤوليتها التأديبية لخروجها على إرادة المشرع⁽¹⁾. ما لم يكن المتعاقد معها يعلم أو بإمكانه العلم بعدم توافر الاعتماد المالي وبالرغم من ذلك أقدم على التعاقد معها؛ فيكون قد أقر بإرجاء عملية استيفاء المقابل المالي إلى حين توافر الاعتماد المالي.

أما في حالة الضرورة، وحيث إن الإدارة تتحلل من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام، فإنه لا مناص من الإقرار لها بصلاحيّة التعاقد العاجل حتى ولو لم يكن لديها الاعتماد المالي المطلوب، على أن تصرّح بذلك للمتعاقد معها، وألا تتجاوز القدر الضروري للحيلولة دون توقف السير المنتظم للمرفق.

(1) انظر في نفس المعنى: ليث رافع خلف، يعرب ثائر حبيب: أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، العدد 4، ملحق رقم 3، ص 255.

المطلب الثاني

القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة

التعاقدية

نعيد التأكيد في هذا المقام على ضرورة التفرقة بين مناط توافر الضرورة التي تسوّغ الخروج على القاعدة العامة في التعاقد، ومن ثمّ اللجوء إلى التعاقد المباشر، ومناط مشروعية اللجوء إلى التعاقد المباشر من دون طرق التعاقد الأخرى؛ فالأولى مناطها توافر إحدى الضرورات سالفة الذكر، بينما هي ذاتها (الضرورة التعاقدية) مناط الثانية (مشروعية لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر). على أن تدرك الإدارة الرغبة في التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، أن الضرورة التعاقدية مناطها عدم جدوى اللجوء إلى طرق التعاقد الأصلية أو غيرها من طرق التعاقد الاستثنائية⁽¹⁾؛ بمعنى أن يكون اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية هو السبيل الوحيد لدرء الخطر الذي يتهدد المرفق الذي تقوم على إدارته، وإلا لكان مسلكها مفتقراً إلى المشروعية⁽²⁾.

(1) في نفس المعنى؛ أ. د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص 212.

(2) في نفس المعنى؛ أ. د. وجدي ثابت غبريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 42.

وانطلاقاً من هذه التفرقة، نجد أن سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر للضرورة، تحدها بعض القيود الشكلية- التي وإن كانت تؤثر في مشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، فإنها معنية من الأساس بتحديد مدى توافر الضرورة المسوّغة له، وأهمها:

أولاً: استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة

يحظر المشرع على جميع الجهات الإدارية أن تبرم عقداً أو تقبل تحكيمياً أو صلحاً فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه، بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة⁽¹⁾. ومقتضى ذلك أن يمتنع على كل جهة إدارية أن تبرم عقداً أو توقعه قبل عرض مشروعه إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة؛ لمراجعته وإبداء الرأي القانوني بشأنه، ووداك لعلة جوهرية مؤداها الرغبة في تجنب عقود الإدارة

(1) تنص المادة 190 من الدستور على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل فى المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل فى الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحدة الإفتاء فى المسائل القانونية للجهات التى يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود، التى تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"؛ وتنص المادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م على أنه: "يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة ...، وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها ...، ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

مواطن الخطأ والانحراف بما يكفل لها استقرارًا حال التنفيذ، فلا تطاردها أسباب البطلان.

وقد أعاد مشرع قانون التعاقدات التأكيد على هذا القيد، ومن دون التعويل على قيمة العقد- ربما لانتقاء مسوغها في وقتنا الراهن، فنص في المادة التسعين، تحت عنوان "مراجعة العقود"، على أنه: "تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفًا فيها، ونماذج كراسات الشروط، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية وغيرها مما هو منصوص عليه في المادة (19) من هذا القانون".

وقد تواتر إفتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على أن المراجعة التي تقوم بها إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، لا تقف عند حد بنود العقد، وإنما تمتد لتشمل كافة الإجراءات التي سبقتة وما يعتبر جزءًا منه؛ بغية الوقوف على مدى موافقتها لحكم القانون، ومدى تأثيرها في صحة العقد- إن كان لذلك وجه؛ عزوًا إلى أن عقود الإدارة- إدارية كانت أم مدنية، تخضع في إبرامها لقيود وضوابط قانونية يتعين النزول عند مقتضياتها⁽¹⁾.

(1) في نفس المعنى؛ انظر: فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أرقام: 88 بتاريخ 30/1/2005 جلسته 1/12/2004، الملف رقم 54/1/416، الفتوى رقم 88 بتاريخ 30/1/2005، جلسة 24/11/2004، ملف رقم 410/1/54، الفتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998، جلسة 21/1/1998، ملف رقم 344/1/54.

على أن يُؤخذ في الحسبان أن استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إما أن يكون سابقاً على إبرام العقد وتوقيعه أو حال تنفيذه؛ إذ تواتر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على أنه⁽¹⁾: "إذا أبرمت الجهة الإدارية عقداً من هذا القبيل وقامت بتوقيعه قبل طلب مراجعته لضرورة ملحة ألجأتها إلى ذلك، ونصت في العقد على قبولها والمتعاقد معها على ما عساه أن تدخله جهة الفتوى من تعديلات على العقد عند مراجعته، فإنه يجوز لجهة الفتوى المنوط بها مراجعة العقد - تبعاً لتقديرها - السير في مراجعة العقد رغم توقيعه مراعاة لهذه الضرورة وفي حدودها، طالما قد تضمن النص المشار إليه". أما إذا انتهى تنفيذ العقد، فبدهي انتهاء العلة من مراجعته لدى إدارة الفتوى المختصة، كما تقرر الجمعية العمومية؛ فتقرر في غير ما مرة أنه: "لا يكون ثمة جدوى من مراجعة العقد بواسطة إدارة الفتوى بعد إبرامه وانقضائه بتمام تنفيذه؛ إذ الغرض من استلزام القانون هذه المراجعة هو أن تقف الجهة الإدارية على حكم القانون قبل التعهد أو الالتزام، فأما أنها قد تعاقدت والتزمت وانقضى العقد بتمام تنفيذه، فلا يكون من وجه بعد تمام ذلك لطلب مراجعة ذلك العقد".

(1) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 422 بتاريخ 5/ 6/ 1991، جلسة 16/ 1/ 1991، ملف رقم 277/1/54؛ الفتوى رقم 146 بتاريخ 15 فبراير 1998م، جلسة 21 يناير 1998م، ملف رقم 344/1/54، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية خلال المدة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

ثانيًا: اعتماد توافر حالة الضرورة من السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر

إن العلة التي تكمن من وراء إسناد سلطة الإذن بالتعاقد المباشر إلى درجات وظيفية بعينها، لا تتمثل فقط في التقيّد بأنبصة مالية معينة يستطيع هؤلاء الموظفون تقديرها- من حيث توافر الاعتماد المالي والقدرة على الإنفاق، وإنما أيضًا للثبّت مما إذا كان الظرف الذي تجابهه الإدارة الراغبة في التعاقد المباشر، يُمثّل ضرورة تعاقدية على الحقيقة من عدمه، وآية ذلك ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من انعقاد مسئولية هؤلاء الأشخاص عن تبعة القرار الصادر بالإذن بالتعاقد- كما نعرض لاحقًا.

فما هي السلطة المختصة بالببت النهائي في مدى توافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر؟

السلطة المختصة بتقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

لم يُردّ المشرع لكل وحدة إدارية أن تنفرد في تقدير الضرورة التي تسوّغ لجوئها إلى التعاقد المباشر، وإنما اختص درجات رئاسية معينة بسلطة البت في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة؛ حتى لا ينتج عن التساهل في تقديرها ومن ثم كثرة اللجوء إلى التعاقد المباشر، هجر طرق التعاقد الأصلية. فحدد على سبيل

الحصر . في المادة الثالثة والستين من القانون⁽¹⁾ . السلطة المختصة بالترخيص في التعاقد المباشرة للضرورة على النحو التالي⁽²⁾:

(1) حدد المشرع الفرنسي ما يدخل في مفهوم الإدارة التعاقدية في المواد التاسعة والعاشر والحادية عشرة من قانون المشتريات العامة؛ فنص في المادة التاسعة على أن: "المشترون العموميون الخاضعون لهذا القانون هم السلطات المتعاقدة والكيانات المتعاقدة المحددة في المادتين 10 و 11 على التوالي؛" ونص في المادة العاشرة على أن: "السلطات المتعاقدة هي: 1. الأشخاص الاعتباريون العموميون وفقاً للقانون العام؛ 2. الأشخاص الاعتبارية لخاصة التي تم إنشاؤها لتلبية احتياجات المصلحة العامة التي لها طابع غير الصناعي أو التجاري، وذلك إذا كان: (أ) النشاط ممولاً بشكل رئيسي من قبل السلطة المتعاقدة؛ (ب) أو كانت خاضعة في إدارتها لتبعية السلطة المتعاقدة؛ (ج) أو كان نصف أعضاء الهيئة الإدارية أو الرقابية فأكثر ممن تعينهم السلطة المتعاقدة؛ 3. الهيئات الخاصة ذات الشخصية الاعتبارية التي تنشئها السلطة المتعاقدة بهدف القيام ببعض الأنشطة المشتركة؛" ونص في المادة الحادية عشرة على أن: "الجهات المتعاقدة هي: 1. السلطات المتعاقدة التي تمارس أحد الأنشطة المحددة في المادة 12؛ 2. المؤسسات العامة التي تقوم بأحد الأنشطة المحددة في المادة 12. والمؤسسة العامة في هذا المرسوم هي أي هيئة ذات شخصية اعتبارية تقوم بأنشطة إنتاج أو تسويق السلع أو خدمات السوق، والتي تمارس عليها سلطة تعاقدية أو أكثر، بشكل مباشر أو غير مباشر، نفوذاً أو سيطرة في سبب الملكية أو المشاركة المالية أو القواعد التي تحكمه. ويعتبر تأثير السلطات المتعاقدة متوفرًا عندما تمتلك، بشكل مباشر أو غير مباشر، أغلبية رأس المال، أو تمتلك أغلبية حقوق التصويت أو يمكنها تعيين أكثر من نصف أعضاء الهيئة الإدارية أو الرقابية؛ 3. الهيئات الخاصة التي تستفيد، بموجب حكم صادر بشكل قانوني، من حقوق خاصة أو حصرية، وتؤثر بشكل كبير على قدرة مشغلي الاقتصاد الآخرين الممارسين للأنشطة المحددة في المادة 12".

(2) تنص المادة 63 من قانون تعاقدات الجهات العامة على أن: "يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر طبقاً لحكم المادة (62) من هذا القانون بناء على ترخيص من: 1. رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الإدارية الأخرى أو رئيس الصندوق، وذلك فيما لا تجاوز قيمته مليون جنيه بالنسبة لشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية

[1] رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن في حكمه في الجهات الأخرى أو

رئيس الصندوق

رخص المشرع - في المادة 63 - لرئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الإدارية الأخرى أو رئيس الصندوق، في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر في التعاقدات المتعلقة بشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية التي لا تتجاوز قيمتها مليون جنيه، ومقاولات الأعمال التي لا تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه.

أو الدراسات الاستشارية، وخمسة ملايين جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال؛ 2. الوزير ومن له سلطاته، أو المحافظ، فيما لا تتجاوز قيمته عشرة ملايين جنيه بالنسبة لشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية، وعشرين مليون جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. ولمجلس الوزراء في حالة الضرورة التصوى أن يأذن بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر، وذلك فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها في البند (2).

كما يجوز بموافقة السلطة المختصة التعاقد بالاتفاق المباشر على شراء أو استئجار المنقولات أو الأعمال أو تلقي الخدمات منخفضة القيمة والتي لا تتجاوز قيمتها عشرين ألف جنيه في المرة الواحدة، ولا تتجاوز مائة ألف جنيه خلال السنة المالية، ويتبع في شأنها الإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، ويجوز للسلطة المختصة التفويض في اختصاصاتها في هذه الحالة فقط. 3. الوزير المختص بالصحة بالنسبة للأمصال واللقاحات والعقاقير الطبية ذات الطبيعة الاستراتيجية وألبان الأطفال، وفقا للضوابط والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ولا يجوز لأي من هذه السلطات التفويض في الاختصاصات الممنوحة لها للتعاقد بهذا الطريق. ويستثنى من العرض على لجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري في العقود الحكومية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك في الحالات التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على عرض الوزير المختص بالتجارة والصناعة. ويجب على إدارة التعاقدات توثيق مبررات إتباع طريق الاتفاق المباشر، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

[2] الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ

أسند المشرع إلى الوزير المختص - ومن له سلطاته - أو المحافظ، سلطة الإذن بالتعاقد المباشر في التعاقدات المتعلقة بشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية التي لا تتجاوز قيمتها عشرة ملايين جنيه، ومقاولات الأعمال التي لا تتجاوز قيمتها عشرين مليوناً.

[3] مجلس الوزراء

أسند المشرع ولاية الإذن بالتعاقد المباشر فيما يجاوز الأنصبة المالية سالفة الذكر، إلى مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص؛ فعَلَّق مشروعية تعاقد الإدارة مباشرةً للضرورة على موافقة مجلس الوزراء - فيما زادت قيمته على عشرة ملايين جنيه في عقود شراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية، وما زادت قيمته على عشرين مليوناً في عقود المقاولات؛ نزولاً عند الأهمية الكبيرة لهذه التعاقدات.

تحمل الأشخاص المخوّلين في الإذن بالتعاقد المباشر للضرورة تبعة الإذن

بالتعاقد

قد يتبادر إلى البعض أن المسؤولية الناشئة عن تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، واقعة بحكم هذا النص على عاتق لجنة الاتفاق المباشر التي حددتها

المادة الثلاثون من القانون - باعتبار أن مهمتها استقصائية تحققية⁽¹⁾، ولكن حقيقة الأمر وما يفهم من جوهر النص على خلاف ذلك؛ إذ يأتي عمل اللجنة من الأساس تاليًا لتقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، لعل أن تشكيل هذه اللجان في وحدات الإدارة المختلفة إما أن يكون سابقًا على حدوث الظروف التي تشكل حالة الضرورة، وإما أن يكون مترامًا معها أو تاليًا لها، وفي جميع الحالات يكون إسناد التصرف إلى هذه اللجان بأن تباشر اختصاصها من قبل السلطة المختصة - فور حدوث هذه الظروف، دليلًا على اقتناع السلطة المختصة بتوافر حالة الضرورة، سواء كانت هذه اللجان قائمة قبل حدوث مثل هذه الظروف أو سُكِّلت فور حدوثها، أي أن السلطة المختصة بالترخيص في التعاقد المباشر للضرورة هي صاحبة الصلاحية في تقدير الضرورة ابتداءً، وبالتالي فإن لجنة الاتفاق المباشر ليست مسؤولة عن تقدير الطرف الاستثنائي الذي يسوّغ اللجوء إلى التعاقد المباشر تحت مسمى الضرورة، أما عمّا ورد في عجز المادة المذكورة من النص على أن: "...، ويكون اعتماد نتيجة عمل اللجنة - لجنة الاتفاق المباشر - من السلطة المختصة"،

(1) إذ تنص على أنه: "في حالة التعاقد بالاتفاق المباشر على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية، تتولى الإجراءات لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة من أهل الخبرة من بينهم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقا لأهمية التعاقد وطبيعته، ويقع على عاتقهم مسؤولية التحقق من مطابقة محل التعاقد من النواحي الفنية المطلوبة ومناسبة الأسعار مقارنة بأسعار السوق السائدة وقت التعاقد أو لتحديد أقل العروض سعرا، والذي يلبي جميع الشروط والمتطلبات التي حددتها الجهة الإدارية في طلبها وذلك من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض أسعار، وكذا أسس اختيار المتعاقد معه، ويكون اعتماد نتيجة عمل اللجنة من السلطة المختصة".

فمصرف إلى صلاحية السلطة المختصة قانوناً بإبرام العقد والتوقيع عليه في اعتماد أعمال اللجان السابقة على إبرام العقد ومنها في هذا المقام لجنة الاتفاق المباشر، لا إلى تقدير مسوّغ اللجوء إلى التعاقد المباشر.

فتمّ فارق بين بين مشروعية التعاقد بالاتفاق المباشر كوسيلة تعاقدية ذات طابع استثنائي- يجوز للإدارة أن تلجأ إليها بدافع الضرورة، ومشروعية التعاقد الناتج عن اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية من طرق التعاقد؛ فقرار الإدارة المتضمن الموافقة على إسناد إشباع الحاجة المرفقية إلى شخص ما، هو عملية إدارية مركبة ولو بدت في ظاهرها عملية واحدة- أولى حلقاتها تقدير توافر الضرورة التعاقدية الذي بناءً عليه تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر، وثانيتها جوهر الاتفاق الذي يُشبع الحاجة المرفقية⁽¹⁾.

(1) ويضيف أحد الفقهاء أن القاعدة هي قبول فصل القرارات المتعلقة بانعقاد العقد، مشيراً إلى أن القاعدة السائدة في النظام الفرنسي هي أن قرارات سلطة الوصاية الإدارية بالترخيص أو بالتصديق أو برفض ذلك، تعد قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية؛ لوضوح سلطة الأمر والقيادة فيها، بل إنه يستشهد لصحة مسلك القضاء الفرنسي في عدم الأخذ بمبدأ وحدة العملية القانونية في مثل هذه الفروض بسبب وجيه قوامه أن العيب قد يشوب قرار سلطة الوصاية دون العمل المشمول بهذه الوصاية، وهو ما يوافق ما نطرحه من أن قرار اللجوء إلى التعاقد المباشر كوسيلة تعاقدية استثنائية يختلف عن التعاقد الذي يتم وفقاً لهذه الطريقة ذاته؛ في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد 66، العدد 362، أكتوبر 1975، ص 98 وما بعدها.

ونجد شاهداً تطبيقياً لهذا المعنى فيما أورده هيئة مفوضي المحكمة الإدارية العليا في تقريرها "القيم" في القضية الشهيرة بـ "مدينتي" إذ تقرر أنه: "ومن حيث إننا قد أوضحنا سالفاً في هذا التقرير أن البحث يدور حول مدى مشروعية الإجراءات والوسائل القانونية التي لجأت إليها الهيئة الطاعنة في إبرامها للعقد محل النزاع أو ما يسمى بقرار إبرام العقد والذي اتضح مما سلف أنه قد تم اتخاذه بإجراءات مخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات السالف ذكره، وأننا لسنا بصدد بحث العقد ذاته ومدى توافر جميع أركانه وما يترتب من حقوق والتزامات؛ حيث لا يجوز طلب بطلانه وفقاً لذلك إلا من أطرافه، أما عن إجراء إبرام العقد فإن الهيئة الطاعنة ملزمة باتباع النصوص والقواعد المقررة قانوناً في هذا الشأن وإلا كان تصرفها معيباً ويحق لكل ذي مصلحة الطعن عليه، وعلى ذلك ولما كان الاستفادة من حكم المحكمة الإدارية العليا السالف الإشارة إليه أن تعبير جهة الإدارة عن إرادتها في مجال إبرام العقود الإدارية ومنها العقد محل النزاع المائل يتم من خلال إجراءات محددة استلزمها القانون واستهدف من ورائها تحقيق الأهداف المرجوة من وراء إبرام تلك العقود استهدافاً للصالح العام على نحو محدد، ومن ثم فإن إغفال جهة الإدارة القيام بأى من هذه الإجراءات أو تجاوزها دون سبب قانوني صحيح يترتب عليه عيب في الوجود القانوني لإرادتها بما يستتبع معه بطلان العقد لقيامه على إجراءات غير صحيحة قانوناً. ومن حيث إنه ثبت مما تقدم أن الهيئة الطاعنة قد أبرمت العقد محل النزاع بناءً على إجراءات مخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات على النحو الذي أوضحناه سالفاً، الأمر الذي يعيب إرادة الهيئة الطاعنة

في إبرامها للعقد محل النزاع بهذه الإجراءات الغير صحيحة قانوناً، ويستتبع بطلان العقد كأثر بديهي لهذه الإجراءات المخالفة للقانون"⁽¹⁾.

وتؤكد محكمة القضاء الإداري المعنى المتقدم في غير ما مرة إذ تقضي بأنه: "يجب التفرقة بين العقد ذاته وبين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده؛ إذ إن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها"⁽²⁾. وفي حكم آخر قضت بأن: "التعاقد المباشر يعتبر قراراً إدارياً من حيث كونه إنذا بالتعاقد"⁽³⁾. على أن يؤخذ في الاعتبار أن المقصود بالتعاقد هنا هو الوسيلة التعاقدية المتبعة في التعاقد لا التعاقد ذاته، إلا أن يكون الأخير هو الآخر معيَّباً، فيكون الطعن منصباً على شقي العملية الإدارية المركبة.

لا يُقبل احتجاج السلطة الأذنة بالتعاقد المباشر بمبدأ امتناع المسؤولية الإشرافية عن الأعمال الفنية

كما هو معلوم أن كثيراً من الأشخاص الذين خولهم قانون التعاقدات صلاحية الإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، يباشرون أعمالاً إشرافية بحكم طبيعة أعمالهم-

⁽¹⁾ تقرير هيئة مفوضي المحكمة الإدارية العليا "الدائرة الثالثة" في الطعن رقم 30952، 31314 لسنة 56 ق. عليا- القضية المعروفة إعلامياً بـ قضية مدينتي".

⁽²⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1180 لسنة 10 ق، جلسة 18 نوفمبر 1956، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة 11، ص 203.

⁽³⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 329 لسنة 14 ق، جلسة 21 أبريل 1963، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، ص 188.

كما الوزراء والمحافظين، فضلا عن رئيس مجلس الوزراء، ما مؤداه أن أعمالاً تمهيدية أو تحضيرية يتأسس عليها قرار الإذن بالتعاقد المباشر بدافع الضرورة، هذه الأعمال التي تؤثر كثيراً في قناعة هؤلاء الأشخاص، وربما يتجاوز الأمر إلى حد اعتماد هؤلاء الأشخاص اعتماداً تاماً على ما يقدم إليه من تابعيه أو مرؤوسيه، الأمر الذي قد يُعتَقَد معه انعقاد مسئولية هؤلاء المرؤوسين عن تبعة القرار الصادر بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة!!

بيد أن هذا الاستخلاص لا يمكن التسليم به؛ لعلتين أساس؛ الأولى: الاعتبار الشخصي الذي يحكم وزع المشرع في إقرار الوظائف ومراعاة مؤهلات وقدرات شاغليها- هذا الاعتبار الشخصي الذي يتمثل في النص الصريح على الأشخاص المخولين في الإذن بالتعاقد المباشر للضرورة⁽¹⁾؛ والثانية: النص الصريح على امتناع التفويض في مباشرة هذه الصلاحية الاستثنائية.

وقد أحسنت المحكمة الإدارية صنيعةً إذ أقرت - في وضوح تام - مسئولية السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، عن تبعة أعمالها؛ فقضت بأنه: "يتعين بادئ الأمر توضيح أمرين غاية في الأهمية: أولاً؛ ثانياً: تقدير حالة الضرورة التي تبرر استعمال رخصة الأمر المباشر، والسلطة المنوط بها تقدير هذه الحالة، فمن المقرر أن تقدير حالة الضرورة التي تبرر حالة الاستعجال والتي لا تحتمل التأخير منوطة بالوزير، بحسبانه السلطة المختصة طبقاً للقانون، ولم يفوض فيها المشرع

(1) المادة 63 من قانون التعاقدات العامة.

غيره، بالنظر إلى كون هذه الحالة من الأمور المهمة التي يستقل وحده بتقديرها سواء فيما يتعلق بتقدير حالة الضرورة ذاتها، أو إذا ارتأى تجاوز النصاب المالي المحدد قانوناً بعد اتخاذ الإجراء الواجب بالرجوع إلى رئيس مجلس الوزراء للإذن بالتعاقد فيما يجاوز ذلك. ومتى ثبت ما تقدم، فإن ما يعرض على الوزير من وجهات نظر في شأن حالة الضرورة التي يستقل بتقديرها، لا تعدو أن تكون اقتراحات لا ترقى إلى مرتبة الرأي الملزم، وبالتالي لا تنتج أثراً ما، كما أنه لا يقيد من سلطة الوزير في تقديره، فله طرحه جانباً، أو التعويل عليه حسبما يراه، ولا تثريب عليه في ذلك، باعتبار أن تقدير حالة الضرورة مرده إليه دون سواه. وترتيباً على ذلك فإنه لا مسئولية على من يبدي اقتراحاً في تقدير حالة الضرورة باعتبار أن هذه المسألة يستقل الوزير بتقديرها وحده دون سواه. ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن المخالفة المنسوبة للمحالين الأولى والثانية والثالثة والرابع، إما تتعلق بالشراء بالأمر المباشر، أو بالتعاقد بالأمر المباشر على ذمة مناقصات سابقة، والتعاقد الأخير يأخذ حكم الحالة الأولى، ما دامت وسيلة التعاقد هي الأمر المباشر"⁽¹⁾.

بل، وعلى فرض التسليم بأن تقدير الضرورة التي تسوّج اللجوء إلى التعاقد المباشر - سبباً ونتيجةً، يقوم به على الحقيقة من هم دون السلطة المختصة بالإذن

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 4734 و4861 و4919 لسنة 50 قضائية عليا، جلسة 1 مارس 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في السنة الثالثة والخمسين، الجزء الأول: من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس 2008، ص 743.

بالتعاقد المباشر من المرؤوسين التابعين لها في السُّلم الوظيفي، فإن علاقة التبعية هذه وما يصاحبها من سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على أعمال هؤلاء المرؤوسين، تمثل أساسًا لانعقاد مسئولية السلطة المخوّلة في الإذن بالتعاقد عن تبعة أعمال هؤلاء المرءوسين.

وقد كرّست المحكمة الإدارية العليا لهذا المعنى؛ فقضت بأنه: "ومن حيث إنه عن المخالفة المنسوبة إلى المحالة الأولى وحاصلها أنها أهملت في الإشراف على أعمال المحاليتين الثانية والثالثة، الأمر الذي ترتب عليه عدم قيامهما باتخاذ الإجراءات اللازمة ضد بعض الشركات التي تراخت في توريد أجهزة تكنولوجية تم الاتفاق على شرائها بالمناقصة العامة بجلسة ...، بما أضر بمالية الدولة بما جملته 44429 جنيهاً، فإنها ثابتة في حقها من واقع تقريرتي لجنتي الفحص وأقول رئيس وأعضاء اللجنتين وما ثبت من المستندات من تراخي الشركات الموردة للأجهزة التكنولوجية في المناقصة العامة إلى ما بعد انتهاء المواعيد المحددة للتوريد، وأن المحاليتين الثانية والثالثة لم تتخذا الإجراءات القانونية اللازمة ضد تلك الشركات بما أضر بمالية الدولة بما جملته 44429 جنيهاً. ولما كانت المحالة الأولى هي الرئيس المباشر للمحاليتين الثانية والثالثة باعتبارها المشرفة على الشؤون المالية، ومن ثم تكون قد أهملت في الإشراف على أعمال المحاليتين المذكورتين، فمن ثم تستأهل مجازاتها عن إهمالها تأديبياً. ولا ينال مما تقدم ما تتمسك به المحالة الأولى، من أنها تشغل وظيفة إشرافية وليس من ضمن اختصاصاتها مراجعة كافة الإجراءات المالية بالوزارة، فذلك مردود عليه بما استقرت عليه هذه المحكمة من أنه

يسأل الرئيس الإداري عن سوء ممارسة مسؤولياته الرئاسية خاصة الإشراف والمتابعة والتنسيق على أعمال مرؤوسيه في حدود القوانين واللوائح والتعليمات بما يكفل حسن سير المرفق الذي يخدمه، ومن ثم يكون مسئولاً عن كل خطأ أو تقصير يثبت وقوعه من أحد العاملين تحت رئاسته، ما دام قد ثبت أنه لم يقومه أو كان بوسعه ذلك، لكنه قصر في أداء مهمة المتابعة مما أدى إلى وقوع الخطأ من المرؤوسين. ومن حيث إنه بالبناء على ما تقدم، ولما كان الثابت أن الطاعنة في مجال ممارستها لوظيفتها الإشرافية قد عايشت المخالفة التي وقعت من مرؤوسيتها، ولم تتخذ أي إجراء بشأنها رغم التزامها القانوني بمتابعة الموضوع والتوجيه بتدارك الأخطاء وهو ما لم يحدث، فإنها تكون قد أخلت بواجباتها الوظيفية، الأمر الذي يتعين معه الالتفات عما أثارته وطرحه جانباً"⁽¹⁾.

امتناع المسؤولية الإدارية لمقدمي المقترحات بشأن الضرورة وقيام مسئوليتهم التأديبية

يستفاد مما ذكر عاليًا من قيام المسؤولية المباشرة للسلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، امتناع المسؤولية الإدارية لمن يلونهم من المرؤوسين عمًا يقدمونه من مقترحات وآراء بشأن مدى توافر الضرورة التي تسوّغ مسلك التعاقد المباشر، ولكن امتناع مسئوليتهم الإدارية لا يحول دون إمكانية انعقاد مسئوليتهم

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا، سألفة الذكر.

التأديبية عما قد يعتبر مسلكهم من قصور في تزويد السلة المختصة بالبيانات والمعلومات التي تؤخذ في الحسبان في تقدير مدى توافر الضرورة من عدمها، بل قد يصل أمر تقصيرهم إلى انعقاد مسئوليتهم الإدارية وذلك في الفرض الذي يثبت فيه تواطؤهم أو فسادهم على النحو الوارد في المادة الأولى من قانون التعاقدات العامة في فقرتها الأخيرين، بل الأكثر من ذلك أنه قد تتعد مسئوليتهم الجنائية في مثل هذا الفرض.

وتجد هذه المسألة سندها القانوني في نص المادة 89 من قانون التعاقدات العامة، تحت عنوان: "المساءلة"، على أنه: "مع عدم الإخلال بحق ذوي الشأن في إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية، يؤخذ تأديبياً كل من خالف أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية، أو مدونة السلوك الوظيفي للعاملين بالتعاقدات والتي يصدر بها قرار من وزير المالية". فما من شك في أن التقصير في تزويد الرؤساء بالبيانات والمعلومات الكافية لاتخاذ القرار المناسب، يمثل مخالفة لأحكام هذا القانون، سواء قُصد إلى ذلك أم لم يُقصد⁽¹⁾.

(1) من ذلك على سبيل المثال، ما تنص عليه المادة 80 من قانون التعاقدات العامة على أنه: "يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، وذلك بالاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تبديها الوزارة أو المحافظة طالبة الترخيص بالتعامل مع اقتراح مقابل التعامل وأسلوب السداد، على أن تتحقق اللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية من مناسبة هذا المقابل، ...".

وعليه، فيتعين علينا التفرقة بين الإدلاء برأي فني أو قانوني في مدى توافر حالة الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، وفقاً للسير الطبيعي للأمر في الوحدات الإدارية، وتقديم البيانات والمعلومات الصحيحة التي تتأسس عليها قناعة السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، في تقدير مدى توافر هذه الضرورة من عدمها؛ فنتنفي المسؤولية في الفرض الأول، وتتعقد بلا شك في الفرض الثاني؛ لخطأ المرءوس في تمكين السلطة المختصة بتقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر من الوقوف على الوقائع الحقيقية التي يتسنى معها تقدير ما إذا كانت ثمة ضرورة أم لا، قصد إلى ذلك أو لم يقصد - على حسب الإثم أو الذنب الإداري المرتكب؛ أتقصير عن إهمال أو غير قصد تتعد به المسؤولية التأديبية أم خطأ عمد تتعد به المسؤولية الإدارية مشاركة مع السلطة المختصة، أم توطؤ وفساد تتعد به المسؤولية الجنائية!!

خطأ الإدارة أو انحرافها في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر لا يدفعه الاحتجاج بمراجعة مشروع التعاقد لدى إدارة الفتوى المختصة

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع قد ألزم الإدارة الراغبة في التعاقد، بالألا تبرم عقداً تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة؛ بغرض تجنيبها مواطن الخطأ في إبرام عقودها، وهو الأمر الذي يثار معه التساؤل عما إذا كانت مراجعة إدارة الفتوى المختصة لمشروع التعاقد تعفي جهة الإدارة عمّا قد يتكشّف لها من أخطاء بعد ذلك؟

وحتى لا تُتخذ مراجعة إدارة الفتوى المختصة ذريعة أو غطاءً لانحراف الإدارة أو تحللها من أخطائها⁽¹⁾، فلا يجوز للجهة المختصة بالبت النهائي في توافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، أن تتصل من مسؤوليتها عن الإذن بالتعاقد المباشر في غير ما ضرورة مسوّغة، بذريعة أن مشروع العقد قد روجع من قبل

(1) قد تتوهم الإدارة خطرًا حالاً في ظرف عام غير محدد، وتعتقد في كفايته لتوفير معنى الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر - كما سبق أن أشرنا إلى فكرة "الظرف السياسي الدقيق" بمفهومه العام، ودون تحديد لأي وجه من وجوه مساسه بالسير المنتظم والمطرّد للمرفق، وقلنا بأن عمومية هذا الظرف لا تجعل منه في ذاته مسوّغاً للتعاقد الاستثنائي، ومن ثمّ فإن الخطأ في تقدير الضرورة التعاقدية أمر قائم - ما دام أن فكرة الخطأ متصورةً من حيث المبدأ في جانب الإدارة من طريق عمالها - من ناحية، وأن فكرة الغلط متصورة في جانب الإدارة المتعاقدة إذ تتوهم ما لا يحمله الواقع. وقد يتسلل الانحراف إلى تقدير الإدارة للضرورة التي تسوّغ مسلكها الاستثنائي في التعاقد المباشر، من طريق التواطؤ بغرض تحقيق غرض غير مشروع أو للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تصرفات طرف آخر، بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات أو تثبيت أسعار العطاءات بشكل غير تنافسي، أو من طريق الفساد المتمثل في عرض أو إعطاء أو استلام أو طلب أي شيء ذي قيمة، أو الحث على ارتكاب أفعال غير مناسبة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، للتأثير بشكل غير مشروع في التعاقد أو في تنفيذه. وهو المعنى الذي تؤكد المادة الأولى من قانون التعاقدات العامة إذ تنص على أنه: في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها: التواطؤ: ترتيب يتم بين طرفين أو أكثر قبل أو بعد تقديم العطاء، لتحقيق غرض غير مشروع أو للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تصرفات طرف آخر، بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات أو تثبيت أسعار العطاءات بشكل غير تنافسي؛ الفساد: أي عرض أو إعطاء أو استلام أو طلب لأي شيء ذي قيمة، أو الحث على ارتكاب أفعال غير مناسبة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، للتأثير بشكل غير مشروع على أداء طرف آخر في العملية المطروحة أو في تنفيذ العقد".

إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة- على اعتبار أن هذه المراجعة تعد ضماناً لمشروعية التصرف القانوني، وإنما تظل مسئوليتها قائمة ولو انتهت المراجعة إلى صحة بنود العقود، وهو ما استقر عليه افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إذ تقرر في غير ما مرة بأن: "المراجعة التي تجريها إدارة الفتوى المختصة لا تضيء على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة- إذا كانت قد فقدتها، ولا تطهره من المخالفات التي شابت إبرامه أو بنوده أو تجبرها، وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية، لما يستوجب ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه في ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة،..."⁽¹⁾.

وعلة ذلك أن الملاحظات التي تبديها لجنة الفتوى ليست ملزمة لجهة الإدارة، وإنما يحق للإدارة أن تبرم العقد على النحو الذي تراه محققاً للمصلحة العامة ولو كان بعض بنوده مخالفاً لمضمون الملاحظات التي أبدتها لجنة الفتوى المختصة، ومرد ذلك قانوناً أن الفتوى ليست ملزمة بطبيعتها. ولكن ماذا عن الفرض الذي تلتزم فيه الإدارة المتعاقدة بملاحظات لجنة الفتوى كاملة؟ هل يصح للإدارة الادعاء بانتفاء مسئوليتها كونها نزلت عند توجيهات الجهة التي تمثل قضاء المشروعية؟ قد يخال ذلك للبعض بحكم المنطق النظري؛ فما دام أن القانون قد أوجب على الإدارة

(1) الفتوى رقم 88 بتاريخ 30 / 1 / 2005، جلسه 1 / 12 / 2004، ملف رقم 54 / 1 / 416، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946م وحتى عام 2005م في شأن العقود، الجزء الثاني، ص 1602 وما بعدها؛ الفتوى رقم 146 بتاريخ 15 / 2 / 1998، ملف رقم 344/1/54.

أن تراجع مشاريع عقودها مراجعة قانونية لدى جهة متخصصة لضمان مشروعيتها، وأن الإدارة قد نزلت عند حذافير التوصيات التي أبدتها هذه الجهة، فالمنطقي ألا تُسأل الجهة الإدارية، وإلا فما العائد من رجوعها إلى هذه الإدارة المتخصصة. والحقيقة أن هذا المنطق الذي لا يخلو من وجاهة، تنتقصه حقيقة أن الإدارة، وهي المؤتمنة على تحقيق المصلحة العامة- مستظلة في ذلك بمظلة المشروعية، هي المخاطبة بأحكام القانون ويفترض فيها الدراية التامة به، بل لديها من المقومات الموازنة أو الملائمة ما يجعلها أجدر باستخلاص معنى القانون استخلاصًا سائغًا في كافة تصرفاتها- على فرض رشادها بالطبع.

وعليه، فإن امتثال الإدارة المتعاقدة لتوصيات أو ملاحظات لجنة الفتوى، لا يقوى سندًا لتحللها من المسؤولية الناشئة عن تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، سواء أكانت هذه المسؤولية تأديبية أو إدارية.

**امتناع المساءلة التأديبية لبعض الأشخاص المخولين في الإذن بالتعاقد المباشر
بحكم وظائفهم السياسية**

سبق أن أقررنا بالمسؤولية المباشرة للسلطة الآذنة بالتعاقد المباشر للضرورة عن تبعات قرارها المتضمن الموافقة على التعاقد- من الناحيتين الإدارية والتأديبية. غير أن وجود بعض هؤلاء الأشخاص في وظائف معينة- اختص القانون شاغليها بقواعد مساءلة خاصة، يحول دون خضوعهم لمساءلة تأديبية؛ لانتهاء ولاية قضاء التأديب حيال وظائفهم التي يخالطها الطابع السياسي، أو لأن القانون لم ينظم

صراحة كيفية مساءلتهم تأديبياً، وإن كانت تظل المسؤولية الإدارية للمرفق عن تعويض الأضرار قائمة.

وهو ما تصرّح به المحكمة الإدارية العليا إذ تقضي بأنه: "ومن حيث إنه تطبيقاً لما تقدم، وكانت المخالفات المنسوبة للمحالة الأولى والمحالين الثانية والثالثة والرابع الواردة بتقرير الاتهام، ...، فإن هذه المخالفات تتبدى في عرض مذكرات على الوزير بحسبانه السلطة المختصة بالشراء بالأمر المباشر أو التعاقد على ذمة مناقصات سابقة بالأمر المباشر، وقد وافق الوزير على الشراء بهذه الوسيلة، وهو السلطة المنوط بها قانوناً التعاقد بهذه الوسيلة، ومن ثم ينفي وجه مسؤولية المحالين المذكورين، وإذا كان هناك وجه للمسؤولية، فإنها تقع على عاتق الوزير، وهو ما لا تملكه المحكمة قانوناً، بحسبان أن المشرع الدستوري قد رسم طريقاً لمساءلة الوزراء"⁽¹⁾.

ثالثاً: عدم جواز التفويض في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر

تنص المادة 64 على أنه: "يجوز في الحالات الطارئة، أو في الحالات العاجلة، أو لدواعي المصلحة العامة أن يتم التعاقد على شراء أو استئجار العقارات بطريق الاتفاق المباشر، وذلك بناء على ترخيص من: 1. رئيس...، ولا يجوز لأي من هذه السلطات التفويض في الاختصاصات الممنوحة لها للتعاقد بهذا الطريق".

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا، سالفه الذكر.

وعليه، فلا يجوز للأشخاص المخوّلين في الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر، النزول عن مباشرة هذه الصلاحية ذات الطابع الاستثنائي من طريق التفويض، ومن ثم يقع باطلاً كل تعاقّد بالاتفاق المباشر لضرورة من غير هؤلاء الأشخاص، وفي حدود الأنصبة المالية التي حددها المشرع صراحة.

وتستثنى من هذا القيد، التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي؛ إذ تنص المادة السابعة والسبعون من قانون التعاقدات العامة على أنه: "يجوز لوزارات الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية وأجهزتها في حالات الضرورة التي تقتضيها اعتبارات الأمن القومي، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المقررة في هذا الشأن". على أن تتقيد هذه الجهات بما قيّد به المشرع اللائحي صلاحية تفويض الاختصاص من ضوابط، وفق ما تضمنته المادة 166 من اللائحة التنفيذية⁽¹⁾.

(1) والتي تنص، تحت عنوان: ضوابط وإجراءات التفويض في الاختصاصات، على أنه: "مع مراعاة الحالات التي حظر فيها القانون التفويض، يجوز للسلطة المختصة أن تفوض في أي من اختصاصاتها لشاغلي الوظائف القيادية دون غيرهم، على أن يكونوا ممن يشهد لهم بالكفاءة والخبرة والتمتع بصفات النزاهة والأمانة وحسن السمعة والخبرة اللازمة لممارسة الاختصاصات المفوضة لهم، شريطة أن يصدر قرار من السلطة المختصة يتضمن اسم المفوض ووظيفته وموضوع التفويض ومدته وشروطه ومتطلباته، وينتهي التفويض بإلغاء القرار الصادر بشأنه أو انتهاء مدة التفويض أو الغرض منه. ويحظر على المفوض تفويض الآخرين في الاختصاصات المفوض فيها، ويجب على المفوض إعداد تقارير يعرضها على السلطة المختصة بشأن ما اتخذه

رابعاً: تسبب قرار الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر

نزولاً عند مقتضى الطبيعة الاستثنائية لطريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، وضمناً لمشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إليها، ألزم المشرع السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد، بتسبب قرارها الصادر في هذا الشأن؛ فقرر في المادتين السابعة والثامنة من قانون التعاقدات - تحت عنوان: القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد - ما معناه أنه: يكون التعاقد على شراء/ بيع أو استئجار/ تأجير المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة/المزايدة العامة، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: ...، الاتفاق المباشر.

وهذا قيد بدهي؛ لأن اللجوء إلى التعاقد المباشر، استثناء من القاعدة العامة في التعاقد العام، الأمر الذي يستتبع الخروج على مقتضى قرينة الصحة المفترضة في جانب القرارات الإدارية، وإلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها الصادر بالإذن بالتعاقد الاستثنائي - كضمانة للثبوت من مشروعية مسلكها الذي تتحلل بموجبه من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام.

من إجراءات مفوض فيها، كما يجب على السلطة المختصة الأصلية مراجعة نتائج أعمال المفوض بشكل دائم للوقوف على مستوى أدائه واتخاذ ما يلزم بشأنه".

وفي هذا السياق، يقرر أحد الكتاب أنه من واقع السوابق القضائية المستقرة في مجال المنازعات الإدارية العقدية، وخلافاً لما قد يعتقده البعض من يسر مهمة القاضي الإداري في الوقوف على يشكل ضرورة تعاقدية من منظور الإدارة، فإن الحقيقة على خلاف ذلك؛ فقد ينتهي القاضي عبر نهجه الصارم في تقدير مسوغ التعاقد الاستثنائي إلى عدم مشروعية التعاقد لقصور التسبيب الذي اعتمده الإدارة، الأمر الذي قد ينعكس سلباً على تعاقدات الإدارة. وبالتالي، يتعين على الإدارة أن تكون قادرة على تبرير حالة الطوارئ⁽¹⁾.

ويتسق هذا القيد مع ما أوجبه المشرع على الإدارة من ضرورة توثيق مبررات التعاقد المباشر؛ إذ ينص في عجز المواد: 62، 63، 64 من قانون التعاقدات على أنه:

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Ghislain Foucault: Apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution: ébauche d'un «mode d'emploi», Dossier Contrats Publics, Procédures de référés: quel bilan en matière contractuelle, n° 132, mai 2013, p. 50.

CE, 21 mars 2011, Cne de Béziers, req. n°304806 : BJCP 2011, n°76, p. 170, concl. Cortot-Boucher ; CP-ACCP, n°110, mai 2011, p. 64 et s., note G. Le Châtelier.

"ويجب على إدارة التعاقدات⁽¹⁾ توثيق مبررات اتباع طريق الاتفاق المباشر، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ويثير هذا القيد مسألة "شكلية" العقد الإداري في حالة الضرورة؛ إذ يتعين على الإدارة أن تفرغ إرادتها التعاقدية في شكل مكتوب- يمكن الرجوع إليه. وكما هو معلوم أن الكتابة لا تقتصر على إفراغ التعاقد في قالب محدد، وإنما تستفاد الكتابة كما هو مستقر فقهاً وقضاءً من وجود عقد مكتوب أو من عرض أسعار مصحوب بموافقة الإدارة أو المكاتبات والرسائل البريدية وغيرها.

هذا وقد أوجب المشرع الفرنسي كتابة العقود التي تقدر قيمتها بـ 25000 يورو فما فوقها⁽²⁾، بينما لم يصرح المشرع المصري بنصاب قانوني لكتابة العقد الإداري، لتحكم عقود الإدارة للقاعدة العامة في كتابة العقود.

(1) إذ تنص المادة الثالثة من قانون التعاقدات العامة على أنه: "تتشأ بالجهة الإدارية إدارة للتعاقدات أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي، تشكل من عدد كاف من العناصر المؤهلة والمدربة، وتتولى مباشرة الاختصاصات الآتية: "... وتنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن: إدارة التعاقدات هي التقسيم الإداري المنشأ بحكم المادة الثالثة من القانون أياً كان مستواه الوظيفي بالهيكل التنظيمي الجهة الإدارية التي يتبعها".

(2) انظر:

Art. R. 2112-1 à R. 2112-3 et Art. R. 2312-1 à R 2312-3 du code de la commande publique.

وعليه، فإن هذه الإدارة ملزمة بتوثيق مسوّغات اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر. وهو الأمر الذي يفيد كثيرًا في الحالة التي ينظر فيها قاضي المشروعية في مدى مشروعية مسلك الإدارة في التعاقد المباشر بدافع الضرورة.

خامسًا: الإعلان عن رغبتها في التعاقد على البوابة الإلكترونية للتعاقدات العامة

تنص المادة 19 من القانون على أنه: "على الجهة الإدارية قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك في جميع طرق التعاقد الواردة بهذا القانون والتعاقد بطريق الاتفاق المباشر إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك، أن تعد كراسة للشروط والمواصفات تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولأئحته التنفيذية، ويجب أن تتضمن كراسة الشروط على وجه الخصوص طريقة التعاقد، ...، بالإضافة إلى نشرها على بوابة التعاقدات العامة، ولا يجوز التعديل في كراسة الشروط والمواصفات بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية. ويتعين على الجهة الإدارية: 1. ...؛ 2. ...؛ 3. نشر صورة كاملة ومطابقة من كراسات الشروط والمواصفات على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقًا لما تقدره السلطة المختصة".

وتنص المادة 20 على أنه: "يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (7) من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقًا لما تقدره السلطة المختصة، على أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب

المبررة لإتباع هذا الطريق، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وكما هو بيّن من هذين النصين، أن الإدارة الراغبة في التعاقد مقيّدة بضرورة الإعلان عن رغبتها في التعاقد، عبر البوابة الإلكترونية للتعاقدات العامة، ولو كان التعاقد من خلال طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، إلا ما كان متعلقًا باعتبارات الأمن القومي؛ فيستثنى من النشر الحالات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي عدم الإفصاح عنها وفقا لما تقدره السلطة المختصة.

والمدقق في علة هذا القيد، يخلص إلى أن الإفصاح عن البيانات المتعلقة بعملية الإسناد، يحقق قدرًا من الشفافية المطلوبة في عمل الإدارة، ولو في تعاقداتها الاستثنائية، لضمان معاملة عادلة ومنصفة للراغبين في الوصول إلى التعاقدات العامة (أو المتعاقدين المحتملين كما يصفهم البعض)

Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.⁽¹⁾

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر:

Amira TLILI: Réforme de la réglementation des marchés publics en Tunisie..., op. Cit, p. 26.

وقد أحسن المشرع اللائحة صنيعةً إذ حدد صراحة البيانات التي ينبغي للإدارة الرغبة في التعاقد بالاتفاق المباشر للضرورة، أن تعلن عنها على البوابة الإلكترونية، وذلك في المادة 133 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات- تحت عنوان: "محتويات عروض الأسعار في التعاقد بالاتفاق المباشر"⁽¹⁾. فحتى تكون

(1) إذ تنص على أنه: "تقوم إدارة التعاقدات في حالات التعاقد بالاتفاق المباشر بطلب عرض أو عروض أسعار من المشتغلين بنوع النشاط المطلوب التعاقد عليه ينشر عنه على بوابة التعاقدات العامة على أن يتضمن البيانات الآتية:

1. اسم الجهة الإدارية، وعنوان إدارة التعاقدات بها ورقم التليفون والفاكس والبريد الإلكتروني للإدارة.
2. اسم العملية ورقمها.
3. مكان الحصول على كراسة الشروط والمواصفات وثمنها إن وجدت.
4. ما يفيد حجز نسبة (5%) في الحالات التي تطلب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة محل العقد.
5. وصف كامل للأصناف أو الأعمال أو الخدمات المراد التعاقد عليها حسب الاقتضاء وفقاً لطبيعة التعاقد، على النحو المبين بالمادة (14) من القانون.
6. الكمية، أو حجم الأعمال أو المهام المطلوبة، والبرنامج الزمني للتوريد، أو للتنفيذ بحسب الأحوال.
7. جميع العناصر الخاصة بالسعر ويشمل ذلك شروط التسليم وتكلفة دورة الحياة إذا كانت طبيعة العملية تتطلب ذلك وتم تضمينها بشروط الطرح.
8. مدة الارتباط بالأسعار.
9. إيضاح ما إذا كانت الترسية ستتم لكل بند على حده أم لمجموعة بنود مجمعة.
10. أسلوب ومعايير تقييم العروض.
11. طريقة تقديم العروض والموعد النهائي لتقديمها.

الإدارة الراغبة في التعاقد المباشر في وضع جيد للتفاوض، يتعين أن يكون لديها أكبر قدر ممكن من البيانات والمعلومات حول محل التعاقد وشخص المتعاقد

afin d'être en bonne position pour négocier, doit disposer d'un maximum d'informations possible sur les conditions..., la valeur..., les coûts de l'exécution du contrat et le contractant participant. Il est important que les exigences du contrat en donnant le plus de détails possible.⁽¹⁾

12. حظر التقدم بأكثر من عرض، أو تقديم تعديل للأسعار في العرض المقدم.

13. تحديد البنود المتغيرة، أو مكوناتها بالنسبة لمقاولات الأعمال في العقود التي تتطلب ذلك.

14. تحديد البنود التي يجوز أن يعهد بها إلى الغير من الباطن إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك، وكذا المحددات والاشتراطات الأخرى ذات الصلة".

(¹) للمزيد من التفاصيل حول المبادئ الأساسية التي يتعين على الإدارة مراعاتها في مرحلة ما قبل الإسناد المباشر؛ راجع:

Cédric BECUE: Le Respect des Principes Fondamentaux de La Commande Publique dans La Negociation, op. Cit, p. 16 and next.

وانظر أيضًا:

Direction des Affaires Juridiques Paris: Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant, Espace Commande Publique, Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes/ Fiches techniques, 1/1/2020, p. 5.

سادساً: حفظ المستندات والحفاظ على سريتها

تنص المادة 82 من قانون التعاقدات العامة على أنه: "تلتزم إدارة التعاقدات بالجهة الإدارية بفتح ملف لكل عملية تحفظ به جميع المستندات والبيانات المتعلقة بالإجراءات، ويتضمن جميع المخاطبات الداخلية والمراسلات التي أرسلت منذ بداية إجراءات العملية، مع الحفاظ على ما يحتويه الملف من مستندات وبيانات⁽¹⁾". ولا

(1) وفي هذا الصدد، تنص المادة 167 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات على أنه: "تلتزم إدارة التعاقدات بالحفاظ على المستندات والبيانات المتعلقة بإجراءات كل عملية وتوثيقها وأرشفتها بصورة منتظمة ومرتبطة يسهل الرجوع إليها، والعمل على سلامة ملف العملية من أي مخاطر، أو تلف، أو ضياع، على أن يتضمن الملف بصفة خاصة الآتي:

1. صورة نموذج خطة الاحتياجات المتضمن العملية.
2. مستندات طلب المعلومات، إبداء الاهتمام، التأهيل المسبق، المسابقة إن وجدت.
3. تقرير لجنة إعداد المواصفات الفنية.
4. تقرير لجنة إعداد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي.
5. صورة من الموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة للطرح إن وجدت.
6. كراسة الشروط والمواصفات وملحقاتها.
7. مذكرة الطرح وقرارات تشكيل اللجان.
8. صورة قرار تفويض السلطة المختصة إن وجدت.
9. صورة ما يثبت نشر العملية على بوابة التعاقدات العامة.
10. أصل الإعلان بالصحيفة أو صور خطابات الدعوة بحسب الأحوال.
11. الاستفسارات إن وجدت، والرد عليها ومحضر لجنة الاستفسارات.
12. صور العطاءات المقدمة.
13. محاضر فتح المظاريف.

يجوز إفشاء أي من هذه المستندات والبيانات أو الاطلاع عليها من أطراف أو أفراد غير معنيين بها إلا لجهات التفتيش والفحص والمراجعة، وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لذلك"⁽¹⁾.

14. محاضر لجنة البت، أو الممارسة، أو المزايدة، أو الاتفاق المباشر بحسب الأحوال.

15. ما يثبت نشر نتائج قرارات اللجان على بوابة التعاقدات العامة.

16. جميع الإخطارات والمراسلات والمكاتبات المتعلقة بالعملية.

17. صورة من أمر التوريد، أو أمر الإسناد.

18. نسخة من العقد.

19. الشكاوى المقدمة إن وجدت، والرد عليها.

20. المستندات المتعلقة بتنفيذ العقد.

21. نموذج تقييم المتعاقد.

22. نموذج استقصاء المتعاقد مع الجهة الإدارية.

وغير ذلك من المستندات والبيانات ذات الصلة بالعملية".

(¹) تقابلها المادة 44 من قانون المشتريات العامة الفرنسي- المعدلة بموجب القانون رقم 670 لسنة 2018م، والتي تنص على أنه: "1. مع عدم الإخلال بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالحصول على المستندات الإدارية، لا يجوز للشخص الاعتباري العام توصيل المعلومات السرية التي بحوزته في إطار العقد العام، مثل أن الإفشاء عنها ينتهك أسرار العمل. أو يمكن أن تضر بالمنافسة العادلة بين المشغلين الاقتصاديين، لا سيما من خلال توصيل المبلغ الإجمالي أو السعر التفصيلي للعروض. ومع ذلك، يمكن له أن يطلب من المشغلين الاقتصاديين الموافقة على الكشف عن بعض المعلومات السرية التي يقدموها، والتي يتم الاتفاق عليها بشكل واضح".

ونزولاً عند مقتضى هذا النص، فإن الإدارة المتعاقدة من طريق التعاقد بالاتفاق المباشر، تلتزم بحفظ المستندات التي تتسق مع طبيعة هذ التعاقد، وفق ما تضمنته المادة 133 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات العامة- سالفه الذكر، بما ييسر من مهمة الرجوع إلى مبررات لجوء الإدارة إلى طريقة التعاقد المباشر في حالة النزاع حول مدى مشروعية مسلكها الاستثنائي، سواء من قبل الأجهزة الرقابية التي تملك صلاحية التفتيش والمراجعة على أعمالها، أو من قبل قاضي المشروعية في الفرض الذي يُلجأ فيه إليه.

وفي الجملة، فإن المشرعين العادي واللائحي قد عملا جاهدين على تقييد سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، بالكثير من القيود الموضوعية والشكلية على السواء؛ حتى لا تنجح إلى الإكثار من استعمال رخصة التعاقد المباشر ذات الطابع الاستثنائي، وما يصاحب ذلك من خروج على القاعدة العامة في التعاقد العام، وما يستهدفه التكريس التشريعي لضرورة التقيّد بها من تحقيق العديد من الغايات والمبادئ الدستورية.

فما أحوج مجال التعاقدات العامة إلى تضيق نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، استثناءً من القاعدة العامة في التعاقد العام؛ حتى لا تتحول رخصة الإدارة في التعاقد الاستثنائي عبر التعاقد بالاتفاق المباشر، إلى ممارسة إدارية دائمة تذرّعاً بالحاجة اعتبارات الواقع.

الخاتمة

نحو نظرية عامة للضرورة التي تسوّغ خروج الإدارة على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام- عبر وسيلة التعاقد بالاتفاق المباشر ذات الطابع الاستثنائي، جيء ببحثا المتواضع هذا، تحت عنوان: الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر- دراسة مقارنة في النظامين المصري والفرنسي.

وقد قسّمت الدراسة إلى فصلين رئيسيين، ثم خاتمة- حمل أولهما عنوان: "علة إفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص ومعاييريتها لسلطة التعاقد المباشر"، وجيء بثانیهما تحت عنوان: "الضرورة الملجئة كمناط لمشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر"، وتقدمهما مبحث تمهيدي بعنوان: "في المفهوم العام للضرورة ومدى معياريته لمفهوم الضرورة التعاقدية"- هذا الأخير الذي تناول مفهوم الضرورة في القانون العام في مطلب أول، ومفهوم وشروط الضرورة التعاقدية في مطلب ثانٍ.

وقد تناول الفصل الأول "الإطار القانوني لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة"- في مبحث أول؛ عبر مطلبين أولهما "المباديء الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية"، وثانیهما "استثنائية التعاقد المباشر ودورها في تحديد نطاق سلطة الإدارة في اللجوء إليه للضرورة"، بينما تناول في مبحثه الثاني "أهمية اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالة الضرورة ومخاطر توسّع الإدارة في مفهومها"، عبر مطلبين أولهما "أهمية التعاقد

المباشر في حالات الضرورة"، وثانيهما "مغبّة توسّع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة".

وفي المقابل، فقد تناول الفصل الثاني، "نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة"- في مبحثه الأول؛ موضعاً بشيء من التفصيل "تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات العامة- في مطلب أول، ومشيراً إلى "مظاهر التوسّع التشريعي في مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر"- في مطلب ثانٍ. وعالج "ضوابط سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر"- في مبحثه الثاني، مستعرضاً "القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية"- في مطلب أول، و"القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية"- في مطلب ثانٍ.

وقد خلّصت الدراسة إلى ثلّة من النتائج الجوهرية، تستتبع بضعاً من التوصيات، منها ما يتعلق بالمسلك التشريعي التوسعي في تحديد تطبيقات الضرورة التعاقدية، ومنها ما يتصل بالموقف الفقهي والقضائي من خصوصية فكرة الضرورة في المجال التعاقدية، ومنها ما يتصل بمنهجية عمل الإدارة التعاقدية.

أولاً: النتائج

1. غياب التحديد الفقهي الدقيق لمفهوم الضرورة التعاقدية، والإحالة في شأنها إلى المفهوم العام للضرورة في مجال القانون العام- على ما بينهما من دقائق متباينة،

وذلك على خلاف الوضع في فرنسا؛ إذ يتشدد جمهور الفقه في مفهوم وشروط الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر.

2. أن الضرورة التعاقدية، وإن كانت تخرج من مشكاة الضرورة الدستورية، فإنها تختلف عنها في بعض ملامحها وعلى وجه الخصوص في تطبيقاتها المتعددة والمتباينة، ومن ثم اتساع نطاق سلطة الإدارة فيها أكثر منه في حالة الضرورة الدستورية، لا يقدر في ذلك توسع القاضي الدستوري مؤخرًا في مفهوم الضرورة الدستورية؛ ردًا إلى أن الأخيرة أخص معاني الضرورة عمومًا.

3. أن معيار الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر، وهو الخشية المحققة من توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام، معيارٌ مزدوج يجمع بين طبيعة الطرف الذي يحمل فيه طيه خطرًا يتهدد المصلحة العامة التي يقوم المرفق على أمر تحقيقها، وطريقة درء هذا الخطر ومدى تميزها عن غيرها من طرق التعاقد - أصلية كانت أو استثنائية، في إشباع الحاجة المرفقية على النحو الذي تتبدد معه الخشية من توقف السير المنتظم والمطرّد لسير المرفق.

4. توسّع المشرع العادي بشكل ملحوظ - ومستهجن فقهيًا - في تطبيقات الضرورة التي تسوّغ خروج الإدارة التعاقدية على القاعدة العامة في التعاقد العام، من غير التحسّب لاحتماالية توسعها في تقرير اللجوء إليها بضوابط أو معايير موضوعية - تمكن من وزن مشروعية تعاقداتها الاستثنائية، وذلك بالمخالفة للمبادئ الدستورية المستقرة في شأن إبرام العقود الإدارية.

5. أن المشرع العادي، وقد أسهب في ذكر الحالات أو التطبيقات التي يتوافر لها وصف الضرورة التعاقدية، فموقفه محمول على الرغبة في التكريس لسلطة التقرير المستقلة للإدارة في مجال التعاقدات العامة، تزامناً مع الاتجاه الفقهي الحديث نحو تمكين الإدارة العامة من البت والتقرير النهائي في الكثير من المسائل التي طالما صُنِّفت سلفاً من بين أعمال البرلمان، وفي الوقت ذاته لتحقيق قدر من المرونة الإدارية في إشباع الحاجة المرفقية من طريق التعاقدات العامة، سيما في أوقات الضرورة التي يصعب فيها الاعتماد على طرق التعاقد الأصلية. بيد أن نهجه التوسعي محل نظر- كما سلف البيان؛ لافتقار هذه التطبيقات لضوابط محددة تحد من توسُّع الإدارة في الاستناد إليها في كثير من الفروض التي يصعب فيها تقدير مشروعية أعمالها.

6. أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة في تأطير سلطة الإدارة التعاقدية في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، من نظيره المصري؛ إذ وضع الأول العديد من الضوابط والقيود التفصيلية التي ترد سلطة التعاقد الاستثنائي، بينما اكتفى الثاني ببعض القيود العامة والشكلية في الوقت الذي أسهب فيه في تعداد الحالات التي يجوز فيها للإدارة الخروج على القاعدة العامة.

ثانياً: التوصيات

1. أهيب بالمشرع العادي، وقد برهنا على خطورة نهجه التوسعي في تحديد حالات الضرورة، على مشروعية تعاقدات الإدارة في الكثير من الأحيان التي تختبئ فيها

رغبة الإدارة في التحلل من طرق التعاقد الأصلية، خلف فكرة الضرورة التعاقدية غير السائغة، أن يعيد النظر ثانيةً في النصوص المنظمة لرخصة التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة؛ لضبط صلاحية ممارستها ببعض القيود التي تضعها في نصاب الاستثناء الحقيقي.

2. أهيب بالقاضي الإداري الوطني، وهو "الحصيف التقدمي"، أن يلتزم نهجاً صارماً في تقدير مشروعية لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، قوامه التشدد في تفسير النصوص المسوّغة للتعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة؛ يُعُول فيه على ما إذا كان إشباع الحاجة المرفقية على النحو الذي تنتفي معه الخشية من توقف السير المنتظم للمرفق، ممكناً من طريق وسيلة تعاقدية أخرى، ولو كانت استثنائية؛ باعتبار أن مناط مشروعية اللجوء إلى التعاقد المباشر، هو عدم مناسبة أية طريقة أخرى من طرق التعاقد لإشباع الحاجة المرفقية على النحو الذي يتحقق به هذا الإشباع من طريقها.

3. أهيب بالوحدات الإدارية على اختلاف درجاتها ومستوياتها الإدارية، وهي الموصوفة بالرشد الإداري، أن تحفظ مكانتها في نفوس المتعاملين معها بأن تحفظ لقانون التعاقدات العامة مكانته، فتقف على الغاية الدستورية من وراء أفراد التعاقدات العامة - دون غيرها - بقواعد وأحكام خاصة؛ فلا تعدل عن القاعدة العامة في التعاقد العام إلى طريقة التعاقد المباشر ذات الطابع الاستثنائي، إلا حيث ضرورة ملحّة حقيقية - غير متوهمة أو مصطنعة.

4. أهيب برجالات الفقه والباحثين في مجال القانون العام، أن يولوا قضية التعاقد العام من طريق وسائل التعاقد الاستثنائية، مزيداً من الاهتمام من الناحية الموضوعية، هذه الوسائل التي تفتقر إلى العديد من الضمانات التي حيزت لطرق التعاقد الأصلية، سيما وأن معطيات البيئة الإدارية، قد تحدونا إلى القول بعجز الطرق الأصلية ذاتها عن الحيلولة دون حدوث الكثير من الممارسات الإدارية الخاطئة في مجال التعاقدات العامة، ما يجعل من المعالجة البحثية الموضوعية لهذه الوسائل الاستثنائية، مطلباً ملجأً.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

وتقسّم إلى قسمين؛ أولهما باللغة العربية، وثانيهما باللغة الفرنسية.

أولاً: باللغة العربية:

[1] المؤلفات العامة:

1. أ. د. إبراهيم درويش: نظرية الظروف الطارئة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 10، العدد 4، أكتوبر ديسمبر 1966.
2. د. أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 52.
3. م. أحمد منصور: المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، المجلد الأول: وسائل إبرام العقد الإداري، د. ن، 1996، ص 23 وما بعدها.
4. أ. د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
5. أ. د. جمال جبريل: العقود الإدارية- إبرام العقد الإداري وصحته وفقاً للقانون 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، ط 4، بدون ناشر، بدون تاريخ.
6. حسين مقداد: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري- قراءة جديدة في أوصاف معايير الدستورية "القضائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص 94 وما بعدها.
7. أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة

- المعارف، الإسكندرية، 1982.
8. أ. د. شريف يوسف خاطر: مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، بدون ناشر، بدون تاريخ.
9. أ. د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
10. أ. د. عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1956.
11. أ. د. عبد الحميد متولي: نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، دون ناشر، 1975.
12. أ. د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
13. أ. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
14. أ. د. وجدي ثابت غبريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
15. أ. د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
16. أ. د. يسري العصار: نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

[2] المجالات العلمية

17. د. سعيد علي الشبلي، زينب محمد علي: نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري، مجلة الكوفة، ، العدد 41، ص 121 وما بعدها.

18. أ. د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد 66، العدد 362، أكتوبر 1975.

19. أ. ليث رافع خلف، أ. يعرب تائر حبيب: أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، العدد 4، ملحق رقم 3، ص 255.

[3] رسائل الدكتوراه والماجستير

20. د. هاني علي إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 168 وما بعدها.

[4] المؤتمرات العلمية والمقالات الصحافية

21. أ. إبراهيم قاسم: "مفوضى الدستورية العليا" توصى بعدم دستورية قانون الطعن على عقود الدولة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع في 27 مارس 2017م.

22. جريدة الدستور الإلكترونية: أسباب فتوى مجلس الدولة بعدم خضوع "المخابرات" لقانون المناقصات، بتاريخ 29 أبريل 2015.

23. أ. سمر سلامة: هشام والى.. الإسناد المباشر بقانون المناقصات باب للفساد ويفتح طريق الوساطة، مقال صحفي منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع، الأربعاء 15 مارس 2017م.

24. أ. د. عزيزة الشريف: الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان: المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي، 1998م.

25. أ. عماد الحسيني: "المفوضين" توصي بإحالة قانون تحصين العقود الإدارية للمحكمة الدستورية، مقال منشور على موقع البوابة نيوز بتاريخ 17 سبتمبر 2014م.

26. أ. فريدة على: برلماني.. الإسناد المباشر أحد أبواب الفساد الذي تحدث عنه الرئيس، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة صدى البلد، الأحد 11 ديسمبر 2016م.

27. أ. معتز محمود: "الإسناد المباشر" يندر بانهيار قطاع المقاولات، مقال منشور بجريدة المال الإلكترونية (جريدة مصرية اقتصادية يومية)، بتاريخ 12 فبراير 2014.

[5] أحكام المحكمة الدستورية العليا

1. حكمها في القضية 70 لسنة 20 قضائية "دستورية"، جلسة 13 يناير 2008م،

مجموعة المكتب الفني، ص 793.

2. حكمها في القضية رقم 11 لسنة 23 قضائية "دستورية"، جلسة 5 مايو 2018م، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (ب)، السنة الحادية والستون، 13 مايو 2018م.

3. حكمها في القضية رقم 15 لسنة 18 ق. د، جلسة 2 يناير 1999م؛ حكمها في القضية رقم 1 لسنة 15 ق. د، جلسة 30 يناير 1993م؛ الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا (مكتبة حقوق الإنسان).

4. حكمها في القضية رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية، جلسة 3 يولييه 1995م، الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا.

5. حكمها في القضية رقم 56 لسنة 18 قضائية "دستورية"، جلسة 15 نوفمبر 1997م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن (من أول يوليو 1996 حتى آخر يونيو 1998، قاعدة رقم 64، ص 928.

6. حكمها في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"، جلسة السبت 5 أغسطس 1995م.

[6] أحكام المحكمة الإدارية العليا

1. حكمها في الطعن رقمي 30952 و31314 لسنة 56 ق عليا، جلسة 14 سبتمبر 2010م.

2. حكمها في الطعن رقم 11008 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 22 يونيو 2011م؛ منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد العربي للقضاء الإداري.

3. حكمها في الطعن رقم 11888 لسنة 52 قضائية عليا، جلسة 2 من أبريل 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة والخمسون (من أول أبريل 2008 إلى آخر سبتمبر 2008، الجزء الثاني، ص 988.

4. حكمها في الطعن رقم 15479 لسنة 56 ق. عليا، جلسة 25 فبراير 2015م.

5. حكمها في الطعن رقم 15479 لسنة 56 ق. عليا، جلسة 25 فبراير 2015م.

6. حكمها في الطعن رقم 1722 لسنة 32 ق. عليا، جلسة 26 يناير 1988.

7. حكمها في الطعن رقم 3207 لسنة 36 ق. عليا، جلسة 21 نوفمبر 1995.

8. حكمها في الطعن رقم 3463 لسنة 32 قضائية عليا، جلسة 7 أغسطس

1993، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة

الثامنة والثلاثون (من أول مارس سنة 1993 إلى آخر سبتمبر 1993)، الجزء

الثاني، ص 1592.

9. حكمها في الطعن رقم 40 لسنة 18 قضائية عليا، جلسة 29 يونيو 1976،

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية

والعشرون (من أول أكتوبر 1975 إلى آخر سبتمبر 1976)، ص 267.

10. حكمها في الطعن رقم 40 لسنة 18 قضائية عليا، جلسة 29 يونيو 1976،

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية

والعشرون (من أول أكتوبر 1975 إلى آخر سبتمبر 1976)، ص 267.

11. حكمها في الطعن رقم 74 لسنة 17 قضائية عليا، جلسة 28 أكتوبر 1978،

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عامًا
(1965 : 1980)، ص 725..

12. حكمها في الطعن رقم الطعن رقم 7943 لسنة 46 قضائية عليا، جلسة 27
مارس 2004م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا(من
أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004)، السنة التاسعة والأربعون، ص 493.

13. حكمها في الطعن رقم الطعن رقم 7943 لسنة 46 قضائية عليا، جلسة 27
مارس 2004م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا(من
أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004)، السنة التاسعة والأربعون، ص 493.

14. حكمها في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا،
جلسة 1 مارس 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في
السنة الثالثة والخمسين، الجزء الأول: من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس
2008، ص 743.

15. حكمها في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا،
جلسة 1 مارس 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في
السنة الثالثة والخمسين، الجزء الأول: من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس
2008، ص 743.

[7] أحكام محكمة القضاء الإداري

1. حكمها في الدعوى رقم 1180 لسنة 10 ق، جلسة 18 نوفمبر 1956،
مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة 11، ص 203.

2. حكمها في الدعوى رقم 12622 لسنة 63 ق، جلسة 22 يونيو 2010م.
3. حكمها في الدعوى رقم 329 لسنة 14 ق، جلسة 21 أبريل 1963، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، ص 188.
4. حكمها في الدعويين رقمي 444 لسنة 7 قضائية، و730 لسنة 8 قضائية، جلسة 26 مارس 1966م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري (من أول أكتوبر 1965 إلى آخر يونيه 1966)، السنة الحادية عشرة، ص 565.

[8] فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

1. فتوى رقم 331 بتاريخ 17 / 6 / 2000، ملف رقم 54 / 1 / 342، مجلة البحوث المالية والضريبية، الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب.
2. فتوى رقم 88 بتاريخ 30/1/2005، جلسة 24 / 11 / 2004، ملف رقم 410/1/54.
3. فتوى رقم 146 بتاريخ 15 / 2 / 1998، جلسة 21 / 1 / 1998، ملف رقم 344/1/54.
4. فتوى رقم 422 بتاريخ 5 / 6 / 1991، جلسة 16 / 1 / 1991، ملف رقم 277/1/54.
5. فتوى رقم 146 بتاريخ 15 فبراير 1998م، جلسة 21 يناير 1998م، ملف رقم 344/1/54، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية خلال المدة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

6. فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيه سنة 2000، الجزء الأول، ص 928.

7. فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيه 2000، الجزء الأول، ص 928.

8. فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيه 2000، الجزء الأول، ص 928.

9. فتوى رقم 88 بتاريخ 30 /1 /2005 جلسته 1 /12 /2004، الملف رقم 416 /1 /54.

10. فتوى رقم 88 بتاريخ 30 /1 /2005، جلسة 1 /12 /2004، ملف رقم 416 /1 /54، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946م وحتى عام 2005 في شأن العقود، الجزء الثاني، ص 1600 وما بعدها.

11. فتوى رقم 878 بتاريخ 26 /4 /2017م؛ الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري.

[9] تقارير هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة

1. تقرير هيئة مفوضى الدولة بمحكمة القضاء الإدارى "دائرة العقود الإدارية" فى الدعوى رقم 49065 لسنة 64 ق- بشأن بطلان عقد "بالم هيلز".
2. تقرير هيئة مفوضى المحكمة الإدارية العليا "الدائرة الثالثة" فى الطعن رقمي 30952، 31314 لسنة 56 ق. عليا- القضية المعروفة إعلامياً ب قضية مدينتي".

[10] الجريدة الرسمية والوقائع المصرية

1. الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرر (ح)، السنة السابعة والخمسون، 22 جمادى الآخرة 1435هـ، الموافق 22 أبريل 2014م.
2. الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر (د)، بتاريخ 3 /10 /2018م.
3. الوقائع المصرية العدد 244 تابع (ب)، بتاريخ 31 /10 /2019م.

[11] المواقع والروابط الإلكترونية

<http://arabic.auaj.org/archives/5019>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y16.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-1-Y15.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC->

[8-Y16.html](#)

<http://www.ecs.eg/archives/1613>

<https://almaalnews.com/>

<https://www.albawabhnews.com/794495>

<https://www.dostor.org/816361>

<https://www.elbalad.news/2528149>

<https://www.youm7.com/story/2017/3/15/>

<https://www.youm7.com/story/2017/3/27/%>

ثانياً: باللغة الفرنسية

[1] المؤلفات العامة والأوراق العلمية

1. André de L'aubader et Frank Moderne: Traité des Contrats Administratifs, Tom 2, 2 édition, 1984.
2. Aurélie Wattecamps: Le Régime des Contrats Administratifs, Fiche Pédagogique Virtuelle, La Faculté de Droit Virtuelle– Faculté de Droit de Lyon, 18 janvier 2010.
3. code de la commande publique.
4. Cours–de–droit.net: Les principes constitutionnels du droit des contrats administratifs, Sept. 19, 2019.
5. Direction des Affaires Juridiques Paris: Les marchés

publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant, Espace Commande Publique, Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes/ Fiches techniques, 1/1/2020.

6. Direction des Affaires Juridiques(DJA Français): L'urgence dans les contrats de la commande publique, Fiche, Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Mise à jour le 01/04/2019.

7. Dr. Mamadou Yaya DIALLO: Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal, No Date.

8. Emily O'Reilly: Une bonne administration dans la pratique: les décisions du Médiateur européen en 2013, 15 septembre 2014.

9. Fallait Pas Faire Du Droit.fr: La théorie de l'imprévision, gage de la pérennité des contrats administratifs; (CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux), 5/2019.

10.-----: Le régime juridique des contrats administratifs: classification, conclusion, exécution et contentieux (cours), No éditeur, No Date.

11.-----: Les lois du service public: continuité, adaptabilité, égalité, laïcité, no éditeur, no Date.

12. Francis MER et autres: Comment garantir la continuité du service public, Fondation pour l'innovation politique, Janvier 2005, Paris – France.

13. Ghislain Foucault: Apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution: ébauche d'un «mode d'emploi», Dossier Contrats Publics, Procédures de référés: quel bilan en matière contractuelle, n° 132, mai 2013.

14. Hervé Letellier: Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat, Dossier: Le PPP vecteur de relance?; Contrats Publics – n° 89 – juin 2009.

15. Hicham Rassafi-Guibal: crise sanitaire et contrats administratifs: quand l'urgence fragilise le droit. à propos de l'ordonnance n° 2020-319, chronique classée dans dossier,

droit administratif, appartient au dossier: "[colloque virtuel] droit et coronavirus. le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles", 2020.

16. Jacques CHEVALLIER: Les Fondements Idéologiques du Droit Administratif Français, No éditeur, No Date.

17. Jacques Robert: Les Situations D'urgence en Droit Constitutionnel, R.I.D.C., 1990.

18. Jean-Marc Sauvé & Stéphane Eustache: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Discours 27 juin 2014.

19. Jean-Marc Sauvé et Chloé Szafran: Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir?, Entretiens du Palais-Royal 16 décembre 2008, Discours 16 décembre 2008.

20. Jean-Marc Sauvé: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Maison de la chimie, Discours 27 juin 2014.

21. Jean-Marc Sauvé: Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-

en-Provence, Vendredi 17 mars 2017.

22. La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ): La passation de commandes publiques urgentes ou « de marchés publics en urgence», Annexe 3, 21 avril 2020.

23. Le ministère français de l'économie et des finances (Direction des Affaires Juridiques): Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique; Questions-réponses, 2020.

24. OECD: Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement, 2013.

25. Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre Ier du code de la construction et de l'habitation.

26. Organisation Internationale de Droit du Développement(OIDD): Les Marchés Publics dans Les Pays en Développement Leçons Apprises des Activités Récentes de L'IDLO, Actualités du droit du développement, N° 1, Rome, Italie, 2007.

27. Sophie Lapisardi: Marchés Publics.. Quand l'urgence commande, Le Moniteur, Réglementation, 19 mars 2010.

28. Thomas Luijken & Maíra Martini: Le Rôle de La Passation de Marchés Publics en Ligne dans La Lutte Contre La Corruption, Transparence International, 28 août 2014, p. 2.

29. Transparency International: Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide, 2014.

30. Ulrich Stelkens: Les principes généraux paneuropéens de bonne administration – Présentation d'un projet, researchgate, July 2018.

[2] رسائل الدكتوراه والماجستير

1. Amira TLILI: Réforme de la réglementation des marchés publics en Tunisie: Étude comparée avec les normes internationales, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, Master « Administration publique » Parcours « Administration publique générale », 2014.

2. Cédric BECUE: Le Respect des Principes Fondamentaux de La Commande Publique dans La Négociation, Enjeux théoriques et pratiques, Master 2 Droits Publics des Affaires

Parcours Contrats Publics, l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, 2017.

3. Marie-Charlotte Bontron: Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse du doctorale, Faculté de Droit de Montpellier, Université Montpellier, France, 2015.

4. Mathias Amilhat: Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, Mémoire en droit public, l'Université de Lille, No Date.

5. Muhannad AJJOUR: La Notion de Liberté Contractuelle en Droit Administratif Français, Thèse de doctorat en Droit public, Ecole doctorale Georges Vedel (droit administratif, sciences administratives et science politique), Université Panthéon-Assas Paris II, France, 2016.

6. Samir BOUCHBAT: L'accès de la petite et moyenne entreprise aux marchés publics au Maroc et en France, Essai d'analyse à la lumière de la réforme du droit de la commande publique européen et français, Master du Droit, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, 2016.

[3] الدوريات والمجلات العلمية

1. Claire Mongouachon: Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, La Revue des Droits de l'Homme, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2017.
2. Gilles Guiheux: La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français: entre novation et tradition, Revue générale de droit, Volume 36, numéro 4, Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes, 2006.
3. Pierre Moisan: Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Les Cahiers de droit, Volume 35, numéro 2, 1994.

[4] أحكام المجلس الدستوري الفرنسي:

1. Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017; M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]
2. Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020; Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions

3. Décision n° 14 avril 2005. Aéroport de Paris.
4. Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000; Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001.
5. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003; Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.
6. Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008; Journal officiel du 29 juillet 2008, page 12151, texte n° 2, Recueil.
7. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation.

Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation.

Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994; Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes.

Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997; Loi créant les plans d'épargne retraite.

Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999; Loi relative au

pacte civil de solidarité.

[5] أحكام مجلس الدولة الفرنسي

1. CE, 14 février 2017, GPMB, n° 405157.
2. CE 4 août 1905, Martin, précité.
3. CE 4 août 1905, Martin, Rec. 749, GAJA n°15.
4. CE, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon; Compagnie générale française des tramways.
5. CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.
6. CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.
7. CE 9 décembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, Rec. 1034.
8. CE, 23 février 1990, Commune de Morne-à-L'eau, n° 69588.
9. CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, n° 117717.
10. CE, 8 janvier 1992, Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439.

- 11.CE, 7 /10 SSR, du 30 septembre 1996, 164114.
- 12.CE, 7 /10 SSR, du 4 avril 1997, 145388, publié au recueil Lebon.
- 13.CE, Section, du 28 janvier 1998, 138650, publié au recueil Lebon.
- 14.CE, 8 février 1999, Préfet de la Seine-et-Marne, n° 150919.
- 15.CE, Assemblée, du 5 mars 1999, 163328, publié au recueil Lebon.
- 16.CE, Décision N°329100, 10 février 2010, M. P.
- 17.CE, 21 mars 2011, Cne de Béziers, req. n°304806 : BJCP 2011, n°76, p. 170, concl. Cortot-Boucher ; CP-ACCP, n°110, mai 2011, p. 64 et s., note G. Le Châtelier.
- 18.CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique n° 396191.
- 19.CE, 24 mai 2017, Société Régale des îles, n° 407213.

**قانون المسئ الكويتى رقم (27) لسنة 2016
وموقف قضاء التمييز والدستورية تجاهه
(دراسة تحليلية نقدية)**

دكتور/ خالد فايز الحويله العجمي

استاذ مساعد في كلية الدراسات التجارية

الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

الكويت

مقدمة

يعد حق الترشح من أهم الحقوق السياسية التي تنص عليها الدساتير بل يُعد ذلك الحق حجر الزاوية في النظام الديمقراطي حيث من خلاله يسمح للمواطنين المشاركة في الحكم وذلك بترشيح من يروونه يستحق شرف تمثيل الأمة في البرلمان، ولهذا حرصت الدساتير المعاصرة على تقرير ذلك الحق، ومن تلك الدساتير الدستور الكويتي الصادر في 11 نوفمبر 1962 حيث نص صراحة على ذلك الحق في المادة (80) منه:

"يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً يُنتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يبينها قانون الانتخاب" كما بين الشروط اللازمة لممارسة ذلك الحق وفقاً للمادة (82) منه حيث جاء فيها : "يشترط في عضو مجلس الأمة:

1 - أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية وفقاً للقانون.

2 - أن تتوفر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب.

3 - ألا تقل سنه يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية.

4 - أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها".

ونلاحظ من خلال نص المادة السابقة لابد أن يتوافر في عضو مجلس الأمة شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 وفي خطوة مفاجئة

وبدون مقدمات أقر مجلس الأمة بتاريخ 2016/06/22 تعديلاً للمادة الثانية من قانون الانتخاب والتي تنص على أن يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة في الشرف أو الأمانة حيث أضاف التعديل فقرة ثانية إلى المادة السابقة تنص على أنه:

"كما يُحرم من الانتخاب كل من أُدين بحكم نهائي في جريمة المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية"، وفي تاريخ 2016/06/29 تم نشر ذلك القانون وهو القانون رقم (27) لسنة 2016. والذي عُرف باسم قانون المسيء ويُعد ذلك القانون بحق من أكثر القوانين إثارة للجدل في الكويت من الناحية الدستورية فيما يتعلق بسريان القانون من حيث نطاقه الزمني وكذلك فيما يتعلق بالحرمان المترتب عليه من حق الترشح حيث لم يقتصر الخلاف حوله بين أسانذة القانون وإنما أمتد أيضاً ذلك الخلاف إلى المحكمة الدستورية ومحكمة التمييز وسوف نتناول في هذه الدراسة لقانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 وذلك من خلال التعرف على مضمون التعديل الذي جاء به والهدف منه بالإضافة إلى الآثار المترتبة عليه وما مدى اتفاق ذلك التعديل مع نصوص وأحكام الدستور الكويتي وإن كنا نعتقد بأن ذلك التعديل يعتريه عوار دستوري كفيل للقضاء بعدم دستوريته وهو ما سوف نوضحه في هذه الدراسة كما سنعرض للقضاء محكمة التمييز تجاه ذلك التعديل وكذلك موقف المحكمة الدستورية والتي قضت ببطلان إعلان فوز الدكتور بدر الداوم في الانتخابات التي أجريت بتاريخ 2020/12/05 في الدائرة الخامسة وبعدم صحة عضويته في مجلس الأمة استناداً إلى قانون المسيء رقم (27) لسنة

2016 حيث سنستعين في هذه الدراسة بالمنهج التحليلي المقارن، وبناءً عليه سوف

نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: مضمون التعديل الذي جاء به القانون رقم (27) لسنة 2016.

المبحث الثاني: موقف قضاء التمييز تجاه ذلك القانون.

المبحث الثالث: موقف قضاء المحكمة الدستورية تجاه ذلك القانون.

المبحث الأول

مضمون التعديل الذي جاء به القانون رقم (27) لسنة 2016

جاء القانون رقم (27) لسنة 2016 لإجراء تعديل على المادة (الثانية) من قانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 وذلك بإضافة فقرة جديدة إليها تتعلق بموانع الانتخاب، وسوف نتناول في هذا المبحث لمضمون التعديل الذي جاء به ذلك القانون (قانون المسيء) والهدف منه وذلك في ثلاثة مطالب؛ المطلب الأول مضمون ذلك التعديل والهدف منه، وفي المطلب الثاني تطبيق ذلك التعديل من حيث سريانه الزمني، وفي المطلب الثالث الحرمان المترتب على ذلك التعديل فيما يتعلق بحق الترشح إذا ما كان أبدياً أم مؤقت.

المطلب الأول

مضمون التشريع والهدف منه

تنص المادة (الثانية) من قانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 على أنه: "يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة في الشرف أو الأمانة"، وظل الوضع كذلك بشأن الحرمان من حق الانتخاب وكذلك حق الترشح إلى أن جاء القانون رقم (27) لسنة 2016 متضمناً تعديلاً على المادة السابقة وذلك بإضافة فقرة ثانية إليها تهدف إلى حرمان كل من أُدين بالإساءة إلى الذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية "كما يُحرم من الانتخاب كل من أُدين بحكم نهائي في جريمة المساس:

أ - الذات الإلهية.

ب - الأنبياء.

ج - الذات الأميرية".

وجاء في المادة (الثالثة) من القانون رقم (27) لسنة 2016 أن: "هذا القانون يُعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

وقد تم نشر القانون بتاريخ 2016/06/29 وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (27) لسنة 2016 المبررات التي دعت إلى ذلك التعديل والهدف منه "أن هذا القانون قد أعد ليكون منسجماً مع ما تقضي به الفقرة (الأولى) من المادة (2) من القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة إذ حرمت تلك الفقرة من الانتخاب من أدين بعقوبة جنائية أو بجريمة مخلة بالشرف والأمانة ولو كانت جنحة لقيام سبب قانوني بشأنه يؤدي إلى حرمانه من الأنتخاب، ومعلوم أن تلك الجرائم تقع على أفراد عاديين أو مؤسسات عامة ذات شخصية اعتبارية وهي جرائم أخف وطأة من الجرائم الواردة في هذا القانون بما يسوغ معه - من باب أولى - امتداد ذلك المنع لمن ارتكب جريمة المساس بالذات الإلهية أو نال من قدسيته أو مس الأنبياء أو تناول على الذات الأميرية المحصنة بالدستور طبقاً للمادة (54) منه ... وتقديراً لعظمة الذات الإلهية وتوقيراً للأنبياء طبقاً للمادة الثانية من الدستور وحماية الذات الأميرية باعتبارها رمز الولاء للوطن والأمة يجب الاخلاص لها من ممثلي الأمة طبقاً للمادة (91) من الدستور فقد أعد هذا القانون المرافق ليمنع من ممارسة حق الانتخاب بأثر مباشر من يوم نفاذه - ويعمل مقتضاه في الحذف من الجداول الانتخابية - كل من صدر عليه حكم نهائي بالإدانة - أياً كان منطوق الإدانة - في أية جريمة من الجرائم المذكورة ومن ثم يُعد عدم الإدانة بحكم نهائي في تلك الجرائم شرطاً جوهرياً لممارسة حق الانتخاب وما يستتبعه من حق الترشيح".

وبناءً على ما سبق نجد أن ذلك القانون جاء ليحرم كل من أُدين بحكم نهائي بجريمة الإساءة للذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية من حق الانتخاب والترشيح، وهنا لنا بعض الملاحظات القانونية حول ذلك التعديل وهي:

أولاً: بغض النظر عما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون من مبادئ ومعاني سامية تهدف إلى عدم المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية إلا أن ذلك التعديل في حقيقته من وجهة نظرنا يهدف إلى إقصاء بعض الأشخاص من الترشيح مرة أخرى وهؤلاء الأشخاص محددين سلفاً وهم من صدرت ضدّهم عقوبات تتعلق بجرائم المساس بالذات الأميرية حيث أعلن بعضهم عن خوض الانتخابات بعد مقاطعتها في السنوات الماضية الأمر الذي يجعل ذلك التشريع صورة من صور الإنحراف التشريعي⁽¹⁾ حيث لم تكن غايته المصلحة العامة كما يعزز ويؤكد فكرة الإنحراف التشريعي لذلك القانون هو توقيت إقراره من قبل مجلس الأمة حيث شارف الفصل التشريعي على الإنتهاء بالإضافة إلى أنه تم إقراره بصورة مستعجلة تتنافى مع أصول الديمقراطية الصحيحة فيما يتعلق بمناقشة البرلمان للقوانين وإقرارها⁽²⁾ حيث تم إقرار القانون رغم أهمية وخطورة النتائج المترتبة عليه من خلال مداولتين في ذات الجلسة وفقاً للاستثناء الوارد في المادة (104) من اللائحة

(1) لمزيد من المعلومات انظر د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية في مصر - الجزء الثاني 2006.

(2) د. إبراهيم الحمود - جريدة الجريدة - العدد الصادر بتاريخ 2016/6/24.

الداخلية لمجلس الأمة⁽¹⁾ رغم أن ذلك التعديل يحتاج إلى مزيد من البحث والدراسة خصوصاً أنه مشوب بعدم الدستورية كما سنبين ذلك لاحقاً.

ثانياً: أن التعديل تضمن شرطاً إضافياً من الشروط المتطلبة في عضو مجلس الأمة وهو ألا يكون تمت إدانته بجريمة المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية ولكن نرى بأن هذا الشرط يكيف من الناحية القانونية بأنه عقوبة تبعية والعقوبة التبعية هي التي تنال من بعض حقوق المدان المدنيه ومن أهليته القانونية كما أنها تتبع بقوة القانون العقوبة الأصلية دون أن ينص عليها القاضي في حكمه ودون أن يكون له الحق في الاعفاء منها⁽²⁾ وبذلك فإن تلك العقوبة تدور وجوداً وهدماً مع الحكم بالإدانة في الجرائم التي تمس الذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية وبالتالي متى انتفت تلك الإدانة انتفى تطبيق ذلك الشرط.

ثالثاً: أن التعديل يؤدي إلى حرمان الشخص من حق الترشح بمجرد صدور حكم عليه بالإدانة بغض النظر عن العقوبة الصادرة بحقه ويتضح ذلك من خلال أن المشرع استخدم في التعديل لفظ (أدين) وذلك على خلاف الفقرة (الأولى) من المادة

(1) تنص المادة (104) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أنه: "لا يجوز إجراء المداولة الثانية على مشروع القانون قبل مضي أربعة أيام على الأقل من انتهاء المداولة الأولى فيه إلا إذا قرر المجلس بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم غير ذلك، وتقتصر المداولة الثانية على المناقشة في التعديلات التي يقترحها الأعضاء كتابة على المشروع الذي أقره المجلس في المداولة الأولى ثم يقترح نهائياً على المشروع".

(2) د. إيهاب عبدالمطلب - الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات - الجزء الأول - المركز القومي للإصدارات القومية - 2012 - ص 235.

(الثانية) من القانون رقم (35) لسنة 1962 والتي تحرم الفرد من حق الانتخاب والترشح متى ما كان الحكم عليه عقوبة جنائية أو جنحه مخلة بالشرف أو الأمانة إلى أن يُرد إليه اعتباره.

رابعاً: أن موقف المشرع العادي من التعديل يُعد توسعاً بشأن موانع الحرمان من حق الانتخاب والترشح وكان الأولى على المشرع الاكتفاء بنوعية الجرائم التي وردت في الفقرة (الأولى) من المادة (الثانية) لقانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 أي يحرم من الترشح كل من صدر بحقه حكم بعقوبة جنائية أو جنحه مخلة بالشرف أو الأمانة⁽¹⁾ وبالتالي ليس هناك حاجة لمثل ذلك التعديل وخصوصاً بعد أن كُيف قضاء التمييز جريمة المساس بالذات الأميرية على أنها جنحه مخلة بالشرف والأمانة، وهو ماسوف نعرض له لاحقاً في هذه الدراسة.

(¹) يذهب الفقه إلى أن استبعاد المحكوم عليهم بعقوبات جزائية من ممارسة حق الانتخاب لا يخالف مبدأ الاقتراع العام - د. عادل الطبطبائي - النظام الدستوري في الكويت - الطبعة الخامسة - 1995 - ص676.

المطلب الثاني

تطبيق قانون المسيء من حيث نطاق سريانه الزمني

يُعد مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية من مبادئ الأمن الفردي والتي تحرص الدساتير عادة النص عليها حيث تُعد أمر أساسي في حماية الحرية الشخصية⁽¹⁾، وقد نص الدستور الكويتي على ذلك المبدأ صراحة في المادة (179) حيث جاء فيها:

"لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ. ويجوز في غير المواد الجزائية، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة" هذا وقد ثار جدل حول تطبيق قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 من حيث نطاق سريانه الزمني ما إذا كان القانون يطبق بأثر رجعي أم بأثر فوري حيث هناك من يرى أن التعديل يسري بأثر رجعي على اعتبار أن جزئية الأثر الرجعي قاعدة تنظيمية وليست عقوبة وبالتالي لا يوجد ما يمنع من سريانها بأثر رجعي وعلى خلاف ذلك يرى كثير من أساتذة القانون إلى أن التعديل لا يسري بأثر رجعي حيث أنه يتضمن عقوبة⁽²⁾ كما ذهبت إدارة الفتوى والتشريع في مذكرة رفعتها إلى وزارة الداخلية بشأن استفسار الأخيرة ما إذا كان القانون رقم (27) لسنة 2016 يطبق بأثر رجعي أم لا

(1) د. حسام مرسي - القانون الدستوري - المقاومات الأساسية تطبيقاً على الدستور المعاصر - دار الفكر الجامعي - 2014 - ص 340.

(2) د. محمد الفيلي - جريدة الجريدة بتاريخ 2021/3/18.

إلى أن القانون لا يطبق بأثر رجعي ويعتبر نافذ من تاريخ صدوره، وأكدت من خلال فتواها أن المُشرع الدستوري حرم بصريح نص المادة (32) تطبيق القوانين العقابية بأثر رجعي ومن ثم لا يجوز للمشرع العادي تجريم هذه الأفعال إلا من تاريخ نفاذ القانون الجديد رقم (27) لسنة 2016 والذي بدأ العمل به اعتباراً من 2016/06/29، ولقد خلص الرأي القانوني لمذكرة الفتوى إلى أن الأشخاص الذين صدرت ضدهم أحكام نهائية بالإدانة في ظل العمل بأحكام القانون (35) لسنة 1962 بشأن انتخابات مجلس الأمة تطبق عليهم أحكام هذا القانون إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين العقابية أما الجرائم المضافة بالقانون رقم (27) لسنة 2016 فتسري عليها أحكام القانون الجديد من تاريخ نفاذه.⁽¹⁾

ولنا هنا ملاحظتين حول تلك الفتوى وهي:

أولاً: أن مذكرة (فتوى) الفتوى والتشريع تؤكد ما ذهبنا إليه من أن ذلك التعديل يتضمن عقوبة حيث أن ذلك الشرط هو في حقيقته عقوبة تبعية مما يعني عدم جواز تطبيقه بأثر رجعي ويتضح ذلك أن الفتوى بررت عدم تطبيق القانون بأثر رجعي على اعتبار أن ذلك يخالف المواد (32 و 179) من الدستور الكويتي.

ثانياً: أن الفتوى والتشريع لم تحسم موضوع عدم رجعية تطبيق ذلك القانون بأثر رجعي ويتضح ذلك من خلال فتواها السابقة حيث انتهت فيها إلى أن التعديل لا ينفذ في مواجهة من صدرت ضدهم أحكام نهائية في ظل العمل بالقانون القديم مما

(1) نص مذكرة الفتوى والتشريع كاملة منشورة في جريدة الجريدة بتاريخ 2016/09/30.

يفهم من تلك الفتوى بمفهوم المخالفة أن التعديل الأخير على قانون الانتخابات ينفذ في مواجهة من صدرت ضدّهم أحكام نهائية في ظلّ التعديل الأخير (قانون المسيء) وبالتالي تطبق عليهم عقوبة الحرمان من الترشح وهو ما يخالف نصوص الدستور الكويتي حيث أن العبرة بشأن نطاق تطبيق القوانين العقابية من حيث سريانها الزمني بالأفعال التي وقعت في ظلها وليس بالأحكام النهائية التي صدرت في ظلّ تلك القوانين.

ومن جانبنا نرى أن القانون رقم (27) لسنة 2016 والمتضمن شرطاً بحرمان المسيء إلى الذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية من حق الانتخاب والترشح لا يجوز تطبيقه بأثر رجعي باعتبار أن ذلك الشرط هو في حقيقته عقوبة تبعية مما يعني أنه لا يطبق إلا على الأفعال والوقائع التي تقع في ظلّه وذلك تطبيقاً لنص المادة (32) من الدستور والتي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون والذي ينص عليها" وكذلك المادة (179) من الدستور حيث تنص على: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ ويجوز في غير المواد الجزائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة" كما أن الرجعية في المواد الجزائية تتناقض مع مبدأ شرعية الجريمة وما يتطلبه ذلك المبدأ على ضرورة الإخطار مسبقاً للمواطنين بالتجريم والعقاب وغيرها من الإجراءات المقيدة للحرية حيث أن الأفراد في النهاية

لا يعلمون الغيب ولا يستشرفون المستقبل، وبالإضافة إلى ماسبق نورد أيضاً الأدلة القانونية التي تؤكد رأينا السابق:

أولاً: أن مبدأ عدم تطبيق القوانين الجزائية بأثر رجعي يطبق على جميع العقوبات سواء كانت عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية بحيث لا تسري إلا على الأفعال اللاحقة على تطبيق تلك القوانين⁽¹⁾ بل أن ذلك المبدأ لم يعد يقتصر على العقوبات الجزائية بل أمتد ليشمل كذلك العقوبات التأديبية ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بتاريخ 1991/01/04 حيث جاء فيه: "أن تقرر الدولة سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعي وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه بها مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة وحيث أنه لما كان ذلك وكان إعمال حكم المادة (113) مكرراً المضافة بالقرار بقانون رقم (32) لسنة 1963 بأثر رجعي يرتد إلى أول يناير سنة 1963 مؤداه أن العقوبات المقررة بها لم تكن قائمة في تاريخ وقوع الفعل محل المؤاخذه التأديبية في الدعوى الماثلة فإن نص المادة (الثانية) من القرار بقانون رقم (32) لسنة 1963 يكون مخالفاً في هذا النطاق لأحكام المواد (1 ، 2 ، 4 ، 65) من الدستور وحيث أنه لما تقدم يتعين الحكم بعدم دستورية المادة (الثانية) من القرار بقانون رقم (32) لسنة 1963 فيما

(1) د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق 1999 - ص

تضمنه من سريان العقوبات الانضباطية المقررة بمادته الأولى بأثر رجعي يرد إلى أول يناير 1963".⁽¹⁾

ثانياً: أن حق الترشح يُعد من أهم الحقوق الدستورية حيث تحرص جميع الدساتير على النص عليه ومنها الدستور الكويتي وبالتالي فإن حرمان أحد الأفراد من ذلك الحق هو في حقيقته عقوبة مما يقتضي خضوعه لمبدأ شرعية الجريمة والعقاب وكذلك مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية بأثر رجعي وبالتالي لا يجوز تطبيق قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 بأثر رجعي.⁽²⁾

ثالثاً: أن القضاء الدستوري المقارن سبق له أن قضى بعدم دستورية الجزاء السياسي المتمثل بحرمان الأشخاص من مباشرة حقوقهم السياسية لمجرد تطبيقه بأثر رجعي ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ 1987/04/04 حيث جاء فيه: "وحيث إن المادة (66) من الدستور تنص في فقرتها الثانية على أنه: ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون" كما تنص المادة (187) من الدستور على أنه: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من

(¹) حكم المحكمة الدستورية رقم 22 لسنة 8 ق دستورية - منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا www.sccourt.gov.eg

(²) د. خالد فايز الحويلة - الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري والمحاكم العليا بشأن حماية الحقوق السياسية والحريات الفكرية - دراسة مقارنة - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة السابعة - العدد 3 - سبتمبر 2019 - ص 28

تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب".

وقد رددت هاتان المادتان مبدأ أساسياً من مبادئ الدساتير الحديثة يقيد الشارع، فلا يملك أن يصدر تشريعاً عقابياً بأثر رجعي عن أفعال وقعت قبل نفاذه وإلا كان هذا التشريع مخالفاً للدستور. وحيث إن ما نصت عليه المادة (الخامسة) من القانون رقم (33) لسنة 1978 في البند (أ) منها من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من حكم بإدانته في الجناية رقم (1) لسنة 1971 مكتب المدعي العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوى بعد ثورة 23 يوليو 1952 ينطوي على عقوبة جنائية قررها القانون المشار إليه لتلحق حتماً المحكوم بإدانتهم في تلك الجناية تحقيقاً لما تغياه المشرع من هذا القانون وأفصح عنه في مذكرته الإيضاحية وهو استبعاد مراكز القوى التي أدايتها محكمة الثورة من ممارسة أى نشاط سياسي. لما كان ذلك، وكان الثابت من صورة الحكم في الجناية رقم (1) لسنة 1972 مكتب المدعي العام المرفقة بالأوراق أن الأفعال التي حكم بإدانة المتهمين فيها وقعت خلال سنة 1971 قبل صدور القانون رقم (33) لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي الذي عمل به من تاريخ نشره في 3 يونيو سنة 1978 ومن ثم فإن العقوبة الجنائية التي تضمنتها المادة (الخامسة) من القانون المشار إليه في البند (أ) منها تكون قد فرضت عن فعل سابق على نفاذ القانون الذي قررها، بالمخالفة للمادتين (66 و 187) من الدستور، مما يتعين معه

الحكم بعدم دستورية هذا البند. "لهذه الأسباب" حكمت المحكمة بعدم دستورية البند (أ) من المادة (الخامسة) من القانون رقم (33) لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي".⁽¹⁾

وبناءً على الحكم السابق نجد أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية المادة (الخامسة) من القانون رقم (33) لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي لأن هذه المادة تضمنت جزاءً سياسياً له أثر رجعي هو الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية للأشخاص الذين حُكم بإدانتهم استناداً إلى إتهامهم بتشكيل مراكز قوى بعد ثورة 1952 وأسست المحكمة حكمها على أن الواقعة المنسوبة إلى هؤلاء الأشخاص سابقة على صدور القانون المطعون فيه مما يعني أن هذا القانون قد فرض عليهم جزاءً بأثر رجعي وهو ما يخالف نص الفقرة (الثانية) من المادة (66) من الدستور وكذلك المادة (187) من الدستور كما أن المحكمة الدستورية في هذا الحكم كيّفت الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية بأنه ينطوي على عقوبة.

وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعد ثورة يناير بتاريخ 2012/06/14 والذي قضت فيه إلى عدم دستورية نص المادة (الأولى) من القانون رقم (17) لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (73) لسنة 1956

⁽¹⁾ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 49 لسنة 6 ق دستورية - منشور على

الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا www.sccourt.gov.eg

بتنظيم مباشرة الحقوق الذي عُرف بقانون العزل السياسي والذي يتضمن وقف مباشرة الحقوق السياسية لكل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على 11 فبراير رئيساً للجمهورية أو نائباً لرئيس الجمهورية أو رئيساً للوزراء أو رئيساً للحزب الوطني الديمقراطي المنحل أو أميناً عاماً له أو كان عضواً في مكتبه السياسي أو أمانته العامة وذلك لمدة عشر سنوات تبدأ من التاريخ المشار إليه حيث انتهت المحكمة في حكمها إلى عدم دستورية ذلك النص لعدة أسباب كان من أهمها هو تطبيق ذلك النص بأثر رجعي: "وحيث أن قرار الإحالة ينعي على النص المحال أنه قد استحدث عقوبة الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية عن واقعات سابقة على صدوره بالمخالفة لقاعدة عدم رجعية العقوبات".⁽¹⁾

ونلاحظ من الحكم السابق أن المحكمة الدستورية العليا كيّفت مسألة حرمان بعض الأفراد من حقوقهم السياسية بأنه عقوبة كما أن القانون جاء مخالفاً لقاعدة عدم رجعية العقوبات حيث انسحب نطاق تطبيقه على أفعال تسبق صدوره ومن المبادئ المستقرة دستورياً عدم جواز رجعية العقوبات.

وفي فرنسا ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى عدم جواز رجعية القوانين الجزائية بأثر رجعي على كل جزاء يتضمن طابع العقاب حتى في حال تطبيقه من غير

(1) حكم المحكمة الدستورية رقم 57 لسنة 34 ق دستورية - منشور على الموقع الإلكتروني

للمحكمة الدستورية العليا www.sccourt.gov.eg

جهة قضائية⁽¹⁾ كما أن قضاء المجلس الدستوري الفرنسي جعل عدم جواز تطبيق القوانين غير العقابية بأثر رجعي من المتطلبات الدستورية إذا كان من شأنها المساس بالحقوق والحريات الأساسية.⁽²⁾

رابعاً: لو سلمنا جدلاً بأن التعديل الوارد على قانون الانتخاب (قانون المسئ) يُعد شرطاً من شروط الترشح وليس عقوبة تبعية كما ذهب المحكمة الدستورية فإن ذلك لا يعطى الحق للسلطة التشريعية في غير المواد الجزائية أن تضع تشريع وتنص فيه صراحة على سريانه بالنسبة للماضي وذلك لإعتبارات تتعلق بالعدالة.⁽³⁾

(¹) 155 Dc du 30 Décembre 1982 Louis Favoreu: La constitutionnalisation de droit penal et de procedure pénale, op.cit., p.186

مشار إليه لدى الدكتور أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 426.

(²) د. رجب محمود طاجن - ملامح عدم الرجعية في القضاءين الدستوري والإداري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى 2011 - ص 80.

(³) د. محمد ماهر أبو العينين - الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا وأثر الحكم الصادر فيها على الدعوى الإدارية وفقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا - صفحة 625 وما بعدها.

المطلب الثالث

الحرمان الأبدي

لقد ثار خلاف وجدل أيضاً حول ما إذا كان التعديل الذي جاء به القانون رقم (27) لسنة 2016 يحرم كل من أُدين بجريمة المساس بالذات الإلهية أو الأنبياء والذات الأميرية حرماناً أبدياً أم مؤقت من حق الترشح، حيث فُسر ذلك بأن المشرع العادي تعمد في صياغة التعديل السابق إلى عدم الإشارة بشأن رد الاعتبار بخلاف نص الفقرة (الأولى) من المادة (الثانية) من القانون رقم (35) لسنة 1962 الأمر الذي يُفهم منه إلى أن الحرمان هنا حرماناً أبدياً من حق الترشح⁽¹⁾ بينما ذهب أغلب أساتذة القانون إلى عدم جواز الحرمان الأبدي من حق الترشح لما يشكله من مخالفة لأحكام الدستور.⁽²⁾

ونرى بأن الحرمان الأبدي من حق الترشح لا يجوز ويخالف نصوص وأحكام الدستور والقانون وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أن الدستور الكويتي كفل حق الترشح وهو من الحقوق السياسية الدستورية، وكما هو معلوم أن المشرع العادي عندما يقوم بتنظيم أية حق من الحقوق الدستورية تكون سلطته بصدد ذلك مقيدة بحيث لا يجوز أن يترتب على ذلك

(1) قضت الدائرة الإدارية في هذا الاتجاه بحكمها في الدعوى رقم 2020/3546 إداري/4 الصادر بتاريخ 2020/11/19، منشور على موقع أركان الإلكتروني www.arkanlaw.com

(2) د. إبراهيم الحمود ودكتور فيصل الكندري - جريدة الجريدة بتاريخ 2016/6/24.

التنظيم مصادرة أصل الحق وإهداره أو الانتقاص منه⁽¹⁾ وهو ما أكدته المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها ومنها على سبيل المثال "وأنة ولئن عهد الدستور جانب التنظيم في شأن هذه الاجتماعات إلى القانون، إلا انه ينبغي ألا يتضمن هذا التنظيم الإخلال بهذا الحق أو الانتقاص منه وأن يلتزم بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، فإن جاوزه إلى حد إهدار الحق، أو تعطيل جوهره أو تجريده من خصائصه أو تقييد آثاره أو خرج عن الحدود والضوابط التي نص عليها الدستور وقع القانون - فيما تجاوز فيه دائرة التنظيم - مخالفاً للدستور".⁽²⁾

ثانياً: أن القضاء الدستوري المقارن ذهب في بعض الأحكام التي أصدرها إلى عدم دستورية الحرمان الأبدي ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بتاريخ 1986/06/21 حيث جاء فيه: "وحيث أنه لما كان مقتضي نص الفقرة (الأولى) من المادة (الرابعة) من القانون رقم (33) لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي حسبما يبين من عباراتها المطلقة حرمان فئة من المواطنين من حقهم في الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومن مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية كافة حرماناً مطلقاً ومؤبداً بما ينطوي على إهدار لأصل تلك

(¹) د. وليد محمود ندا - دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة 2015 ص 144.

(²) الطعن رقم 1 لسنة 2005 دستوري جلسة 1 مايو 2006 - منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الكويتية www.cck.moj.gov.kw

الحقوق ويشكل بالتالي إعتداء عليها بالمخالفة لحكم كل من المادتين (5 ، 62) من الدستور".⁽¹⁾

وكذلك في حكم آخر لها صدر بتاريخ 1988/05/07 حيث جاء فيه: "لما كان ذلك وكان البند (سابعاً) من المادة (الرابعة) من القانون رقم (40) لسنة 1977 الخاص بنظام الأحزاب السياسية فيما تضمنه من اشتراط "ألا يكون بين مؤسسي الحزب أو قياداته من تقوم أدلة جديّة على قيامه بالدعوة أو المشاركة في الدعوة أو التجنيد أو الترويج بأيّة طريقة من طرق العلانية لمبادئ أو اتجاهات أو أعمال تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر واسرائيل التي وافق عليها الشعب في الاستفتاء بتاريخ 20 إبريل سنة 1979" مؤداه حرمان فئة من المواطنين من حقهم في تكوين الأحزاب السياسية حرماناً أبدياً وهو ما كفله الدستور حسبما يدل عليه لزوماً نص المادة (الخامسة) منه وقد رتب النص المطعون عليه - في شق منه - هذا الحرمان على أخذ هؤلاء الأشخاص بأرائهم التي تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر واسرائيل سالفة الذكر فإن هذا النص يكون قد انطوى على إخلال بحرياتهم في التعبير عن الرأي وحرمانهم مطلقاً ومؤبداً من حق تكوين الأحزاب

⁽¹⁾ قضية رقم 56 لسنة 6 قضائية دستورية - منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة

www.sccourt.gov.eg الدستورية العليا

السياسية بما يؤدي إلى مصادرة هذا الحق وإهداره ويشكل بالتالي مخالفة للمادتين (5 ، 47) من الدستور".⁽¹⁾

ونلاحظ مما سبق أنه لا يجوز الحرمان الأبدي لأحد الحقوق والحريات التي ينص عليها الدستور حيث أن الحرمان الأبدي لها يُعد مصادرة لأصل تلك الحقوق والحريات وإهداراً لها.

ثالثاً: إن عدم النص على رد الاعتبار في التعديل الذي جاء به القانون رقم (27) لسنة 2016 لا يعني حرمان من أدين في الجرائم الماسة بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية من حق الترشح نهائياً حيث لم ينص المشرع صراحة على عقوبة الحرمان الأبدي من حق الترشح والانتخاب تطبيقاً لنص المادة (32) من الدستور والتي تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص كما أنه في هذه الحالة يجب اللجوء إلى قانون الإجراءات الجزائية باعتباره الشريعة العامة بشأن رد الاعتبار حيث تنص المادة (244) من القانون رقم (17) لسنة 1960 بإصدار قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "كل حكم بعقوبة تظل آثاره الجنائية قائمة إلى أن يسترد المحكوم عليه اعتباره بحكم القانون أو بحكم قضائي ويترتب على رد الاعتبار القانوني أو القضائي محو الحكم بالإدانة بالنسبة إلى المستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من آثار جنائية".

(¹) قضية رقم 44 لسنة 7 قضائية دستورية - منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا www.sccourt.gov.eg

وبناء على كل ماسبق نرى بعدم جواز الحرمان الأبدي من حق الترشح وأن مثل ذلك الحرمان يخالف نصوص الدستور لما يشكله من مصادرة لحق الترشح وإهداره.

المبحث الثاني

موقف قضاء التمييز والقضاء الدستوريين قانون المسيء

لم يقتصر الخلاف القانوني حول قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 على الفقه وأساتذة القانون وإنما امتد ذلك الخلاف أيضاً إلى محراب القضاء وتحديداً قضاء محكمة التمييز وقضاء المحكمة الدستورية وهو ما سوف نتناوله في هذا المبحث والذي سوف نقسمه إلى مطلبين الأول نتناول فيه موقف قضاء التمييز والثاني موقف المحكمة الدستورية.

المطلب الأول

موقف قضاء التمييز

عُرض أول مرة القانون رقم (27) لسنة 2016 (قانون المسئ) أمام محكمة التمييز في عام 2016 وذلك بمناسبة طعن مرفوع من قبل وزير الداخلية بصفته ووكيل وزارة الداخلية بصفته بشأن حرمان أحد المترشحين وهو الدكتور بدر الداھوم من خوض انتخابات مجلس الأمة في ذلك الوقت حيث بينت محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ 2016/11/24 إلى أن قانون المسئ المشار إليه أعلاه لا يطبق بأثر رجعي على المطعون عليه ولا يشكل مانعاً بالنسبة له من الترشح للانتخابات، ومع ذلك انتهت المحكمة بتمييز الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بشطبه تأسيساً إلى أن العيب في الذات الأميرية والتداول على مسند الإمارة يُعد من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة مما يعني حرمانه من حق الترشح وفقاً للفقرة الأولى من قانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962: "وحيث أن هذا النعي في محله ذلك أن المقرر بقضاء محكمة التمييز أن النص في المادة (82) من الدستور على أنه: "يشترط في عضو مجلس الأمة: أ- ... ب- أن تتوافر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخابات" والنص في المادة (الثانية) من القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة والمُعدل على أنه: "يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة إلى أن يُرد إليه اعتباره" وفي المادة (19) من ذات القانون على أنه: "يشترط فيمن

يرشح نفسه لعضوية مجلس الأمة أن يكون اسمه مدرجاً في أحد جداول الانتخاب" يدل على أنه يشترط فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس الأمة أن يكون مقيداً في أحد جداول الانتخاب وألا يكون قد صدر عليه حكم بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة إلى أن يُرد إليه اعتباره، وكان المُشرع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لم يورد تحديداً أو حصراً للجريمة المخلة بالشرف والأمانة بما مفاده أنه ترك تقدير ذلك لمحكمة الموضوع على أن يكون ذلك في ضوء معيار عام مقتضاه أن يكون الجرم من الأفعال التي ترجع إلى ضعف في الخلق أو انحراف في الطبع تفقد مرتكبها الثقة والاعتبار أو الكرامة وفقاً للتعرف عليه في مجتمعه من قيم وآداب وبما يكون معه الشخص أهلاً لتولي المناصب العامة بمراعاة ظروف كل حالة على حده بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بارتكابه الجريمة والباعث على ارتكابها.

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الحكم الجزائي البات الصادر في الطعن رقم (600) لسنة 2013 جزائي قد أدان المطعون ضده عن العبارات والألفاظ التي صدرت منه علناً في ندوة عامة وبأنها قد جاءت واضحة الدلالة والمعنى في الطعن في حقوق الأمير وسلطاته والعيب في ذاته والتناول على مسند الإمارة وما ينطوي على تجريح يمس الهيبة ويؤذي الشعوب وأن ذلك يمس كرامة الإمارة ... وهو ما يعد جريمة مخلة بالشرف والأمانة في حق المطعون ضده تفقده شرطاً قانوناً يمنعه من الترشح لعضوية مجلس الأمة لعام 2016 الصادر من الطاعن الأول بصفته باستبعاد المطعون ضده من الترشح في هذه الانتخابات متفقاً وصحيح القانون -

وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بإلغاء القرار الوزاري رقم (3729) لسنة 2016 وما يترتب على ذلك من آثار أخصها إعادة إدراج اسمه بكشوف المرشحين لانتخابات مجلس الأمة المزمع إجراؤها بتاريخ 2016/11/26 على سند من أن الأوراق قد خلت مما يفيد أن المطعون ضده قد فقط شرط حسن السمعة وأن حرمانه من ممارسة حق الانتخاب والترشح طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 2016 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخابات مجلس الأمة لا يسري عليه بأثر رجعي ولا يمثل مانعاً بالنسبة له من الترشح للانتخابات فإنه يكون معيباً مما يوجب تمييزه لهذا الوجه دون حاجة لبحث الوجه الآخر⁽¹⁾

بناءً على الحكم السابق نورد بعض الملاحظات المهمة وهي:

أولاً: أن محكمة التمييز في حكمها السابق لم تطبق قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 رغم أن ذلك القانون كان قائماً عندما نظرت المحكمة الطعن حيث أفصحت المحكمة صراحة إلى أن ذلك التعديل لا يجوز تطبيقه على الطعن المائل أمامها لما يشكله من مخالفة لمبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية ولا أدل على ذلك هو تكيفها لجريمة العيب في الذات الأميرية على أنها جريمة مخلة بالشرف والأمانة لحرمان المطعون ضده من الترشح عوضاً عن اللجوء إلى قانون المسيء والذي

(1) الطعن رقم 2321 لسنة 2016 مدني/1 الصادر بتاريخ 2016/11/24 - منشور على

موقع أركان الالكتروني www.arkanlaw.com

ينص صراحة على حرمان من أُدين بجريمة المساس بالذات الأميرية من حق الانتخاب والترشح.

ثانياً: أن الحكم السابق كيّف الجرائم التي تتعلق بالمساس بالذات الأميرية والتطاول على مسند الإمارة، على أنها من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، والتي تحول ما بين المواطن وحق الترشح لانتخابات مجلس الأمة وفقاً لقانون الانتخابات رقم (35) لسنة 1962، بينما نعتقد أنها تعد من الجرائم السياسية، وهذه الأخيرة - ومن وجهة نظرنا - لا تُعد ولا تُكيّف من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، كما نعتقد أن المحكمة قد توسعت في تفسير تلك الجريمة عندما اعتبرتتها من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، مخالفة بذلك المبدأ المستقر بأن القوانين الجزائية يجب أن تُفسر تفسيراً ضيقاً.

وفي تاريخ 2020/12/03 نظرت محكمة التمييز طعناً بشطب ذات المرشح في الطعن السابق عام 2016 ولكن في هذا الطعن عرضت المحكمة إلى قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 بصورة مباشرة وأفصحت صراحة مرة أخرى في قضائها بعدم جواز تطبيق ذلك القانون على المطعمون ضده بأثر رجعي حيث أنه يطبق بأثر مباشر من يوم نفاذه: "وحيث أن الطعن أُقيم على سبب واحد ينعي به الطاعنين بصفتهم على الحكم المطعمون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب، وفي بيانه يقول أن الثابت بالأوراق أن المطعمون ضده قد أُدين بموجب الحكم الجزائي الصادر من

محكمة التمييز 2014/06/08 لمدة سنة وثمانية أشهر وأمرت بوقف تنفيذ الحكم لمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ هذا الحكم ولما كان يترتب على ذلك حرمانه من ممارسة حقه في الانتخاب أو الترشح طبقاً للقانون رقم 2016/27 بتعديل أحكام القانون رقم 1962/35 في شأن انتخابات مجلس الأمة، إذ أن قانون الانتخاب تضمن شروطاً يتعين توافرها لكل مرشح فتخضع له بحكم أثره المباشر دون أن يعني ذلك سريانه بأثر رجعي مما يتعين عدم الخلط في مفهوم الأثر الرجعي وبين وقت ارتكاب الجريمة والعقوبة الصادرة فيها في ظل قانون الجزاء والأثر الفوري لقانون الانتخاب إذ أن قانون الجزاء وقانون الإجراءات الجزائية لا يعتبر قانون عام بالنسبة لقانون الانتخاب كما أن المشرع في القانون رقم 2016/27 المشار إليه لم ينص على رد الاعتبار إذ يتعلق بالشروط اللازم توافرها فيمن يرشح لعضوية مجلس الأمة فضلاً عن حسن السمعة، كما أن المطعون ضده أدين بجريمة الاشتراك بموكب عام غير مرخص ولم يرد إليه اعتباره كما أنها ارتكبت خلال فترة وقف تنفيذ العقوبة في الجريمة السابقة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى في قضائه إلى إلغاء القرار الوزاري باستبعاد المطعون ضده من الترشح فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه.

وحيث أن هذا النعي برمته غير سديد ذلك أن مفاد نص المادة (3) من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون الجديد يسري على كل ما يقع من تاريخ العمل به ما لم ينص على خلافه، وكانت الفقرة (الثانية) من المادة (الثانية) من القانون رقم 1962/35 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة

المستبدلة بالقانون رقم 2016/27 نصت على أن كما يحرم من الانتخاب كل من أدين بحكم نهائي في جريمة المساس: أ - الذات الإلهية. ب - الأنبياء ج - الذات الأميرية، وجاء بالمادة (الثالثة) من القانون رقم 2016/27 أن "هذا القانون يعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، إذ نشر بتاريخ 2016/06/29، بما مؤداه

- وعلى نحو ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون - إن هذا القانون قد أُعد ليمنع من ممارسة حق الانتخاب" بأثر مباشر من يوم نفاذه" وترتيباً على ذلك فإنه يسري على الجريمة التي وصفتها الفقرة (الثانية) سالفه البيان اعتباراً من 2016/06/26، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده قد أُدين بجريمة الطعن علناً في حقوق الأمير وسلطته - المجرمة بموجب المادة (25) من القانون رقم 1970/31 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء - بالحكم الصادر في 2013/02/05 ومن ثم فإنه ينطبق عليه حكم الفقرة (الأولى) من المادة (الثانية) من القانون رقم 1962/35 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة باعتبار أن واقعة أدانته قد أقيمت في ظلها قبل تعديلها بالقانون رقم 2016/27، والتي نصت على أن يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة إلى أن يرد إليه اعتباره، وكانت جريمة ارتكاب أي فعل من شأنه العيب في ذات الأمير على النحو المبين 25 من القانون رقم 1970/31 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء هي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تُعد من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، وكان النص في المادة (82) من قانون الجزاء

على أن يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم ... ويصدر الأمر بوقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات تبدأ من يوم صيرورة الحكم نهائياً، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر حكم بإلغاء وقف التنفيذ، اعتبر الحكم الصادر بالعقاب كأن لم يكن... وتختص بإلغاء وقف التنفيذ المحكمة التي أمرت بالوقف، وكذلك المحكمة التي أصدرت ضد المحكوم عليه حكماً بالحبس خلال مدة الوقف، ويصدر الحكم بإلغاء الوقف بناءً على طلب سلطة الاتهام أو المجني عليه مفاده - وعلى ما جرى به قضاء محكمة التمييز - أن المشرع يكون قد أعدم كل أثر للحكم المشمول بإيقاف التنفيذ واعتبره كأن لم يكن متى انقضت مدة الإيقاف ولم يصدر في خلالها حكم بإلغائه، وكان الثابت بالأوراق، وبلا خلاف بين الخصوم أن المطعون ضده قد أدين بالجريمة آنفة البيان بموجب حكم محكمة التمييز الجزائرية الصادر بتاريخ 2014/06/08 بالحبس سنة وثمانية أشهر وأمرت بوقف تنفيذ الحكم لمدة ثلاث سنوات تبدأ من يوم صدور الحكم، وإذ كان الثابت بالأوراق أن مدة وقف التنفيذ قد انقضت في 2017/06/08 دون أن يصدر حكم بإلغاء وقف التنفيذ من المحكمة التي أصدرت الحكم بالإدانة بما يعتبر الحكم الصادر ضد المطعون ضده كأن لم يكن بقوة القانون، ولا ينال من ذلك ما آثاره الطاعنان بصفتهم من أن المطعون ضده قد ارتكب جنحة الاشتراك بموكب عام غير مرخص التي أدين فيها بالغرامة إعمالاً للمادة 3/16 من قانون الاجتماعات العامة والتجمعات أنها تمت أثناء فترة وقف تنفيذ الحكم الصادر ضده في التهمة السابقة بما يتعين تنفيذ الحكم الصادر فيها، فهو مردود لخلو الأوراق

مما يفيد صدور حكم من المحكمة التي أصدرت حكماً بالإدانة في التهمة السابقة بإلغاء وقف التنفيذ ولم يقدم الطاعنان دليلاً على ذلك، كما أن الجريمة الأخرى لا ترقى لمفهوم الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، وإذ التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف وإلغاء القرار الوزاري المطعون فيه رقم 2020/955 مع ما يترتب ذلك من آثار فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعي عليه على غير أساس".⁽¹⁾

ومن خلال الحكم السابق نلاحظ ما يلي:

أولاً: نستطيع أن نستنتج أن محكمة التمييز في حكمها السابق كيفت التعديل الذي جاء به القانون رقم (27) لسنة 2016 بحرمان من أدين بجريمة المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية من حق الانتخاب والترشح بأنه عقوبة تبعية رغم أن المحكمة لم تفصح عن ذلك صراحة إلا أن قضائها بعدم جواز تطبيق ذلك التعديل بأثر رجعي يؤكد ذلك حيث عبرت المحكمة صراحة بأن واقعة الإدانة كانت قبل صدور قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 مما يعني إنطباق الفقرة (الأولى) من المادة (الثانية) لقانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 على المطعون ضده (المرشح) وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده قد أدين بجريمة الطعن علناً في حقوق الأمير وسلطته- المجرمة بموجب المادة (25) من قانون رقم 1970/31

⁽¹⁾ الطعن رقم 2580 لسنة 2020 إداري/3 - منشور على موقع أركان الالكتروني

بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء - بالحكم الصادر في 2013/02/05 ومن ثم فإنه ينطبق عليه حكم الفقرة (الأولى) من المادة (الثانية) من القانون رقم (35) لسنة 2016 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة باعتبار أن واقعة إدانته قد أقيمت في ظلها قبل تعديلها بالقانون رقم (27) لسنة 2016 والتي نصت على أن: "يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة إلى أن يرد إليه اعتباره".

ثانياً: أن محكمة التمييز أكدت في حكمها السابق مرة أخرى إلى أن الجرائم المتعلقة بالعيب في ذات الأمير تُعد من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة" وكانت جريمة ارتكاب أي فعل من شأنه العيب في ذات الأمير على النحو المبين 25 من القانون رقم (31) لسنة 1970 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء وهي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة".

ثالثاً: أن محكمة التمييز في حكمها السابق ذهبت إلى أن جريمة الاشتراك بموكب عام غير مرخص لا تُعد من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة " ولا ينال من ذلك ما آثاره الطاعنان بصفتهما من أن المطعون ضده قد ارتكب جنحة الاشتراك بموكب عام غير مرخص التي أدين فيها بالغرامة إعمالاً للمادة 3/16 من قانون الاجتماعات العامة والتجمعات أنها تمت أثناء فترة وقف تنفيذ الحكم الصادر ضده في التهمة السابقة مما يتعين تنفيذ الحكم الصادر فيها فهو مردود لخلو الأوراق مما يفيد صدور حكم من المحكمة التي أصدرت حكماً بالإدانة في التهمة السابقة بإلغاء

وقف التنفيذ ولم يقدم الطاعنات دليلاً على ذلك كما أن الجريمة الأخرى لا ترقى لمفهوم الجرائم المخلة بالشرف والأمانة".

والمحكمة هنا خالفت حكم سابق لها صدر بتاريخ 2019/03/14 إلى أن الاشتراك في مظاهرة عامة غير مرخصة تُعد من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة "لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قد صدر بحقه الحكم بالإدانة في القضية رقم (72) لسنة 2012 جنابات نيابة عامة عن تهمة الاشتراك في مظاهرة عامة غير مرخصة، ومقاومة موظف أثناء تأدية وظيفته بالقوة والعنف، وإهانة موظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها بالقول أو بالإشارة والدعوة إلى تنظيم مظاهرة عامة دون الحصول على ترخيص والامتناع عن فض مظاهرة عامة بعدم صدور أمر بذلك، واتلاف مرافق عامة أو موارد الثورة العامة، وأن محكمة التمييز قد أصدرت حكمها بتاريخ 2017/02/16 بحبس المطعون ضده سنتين مع وقف تنفيذ العقوبة على أن يقدم المتهم تعهداً مصحوباً بكفالة قدرها خمسمائة دينار، وهو ما لا ينافي فيه المطعون ضده، ولما كانت هذه الجريمة تُعد من الجرائم التي تمس الشرف والأمانة بما يفقد المطعون ضده شرطاً قانونياً يمنع من الترشح لعضوية مجلس الأمة التكميلية المقرر إجراؤها في تاريخ 2019/03/16، ومن ثم يكون القرار الوزاري المطعون عليه فيما تضمنه من عدم إدراج اسمه في كشوف

المرشحين لانتخابات مجلس الأمة لعام 2019 قد صدر صحيحاً متفقاً مع القانون".⁽¹⁾

ونعتقد أن تحول موقف محكمة التمييز بأن جريمة الاشتراك بموكب عام غير مرخص لا تُعد جنحة مخلة بالشرف والأمانة أقرب إلى صحيح نصوص الدستور والقانون حيث أن حق التظاهر يُعد من الحقوق التي كفلها الدستور وفقاً للفقرة الثانية من المادة (44) والتي جاء فيها "والاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات متاحة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون على أن تكون أغراض الاجتماع ووسائله سلمية ولا تنافي الآداب".

رابعاً: أن محكمة التمييز أعلت أحكام نص المادة (82) من قانون الجزاء "يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم ... ويصدر الأمر بوقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات تبدأ من يوم صيرورة الحكم نهائياً فإذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر حكم بإلغاء وقف التنفيذ اعتبر الحكم الصادر بالعقاب كأن لم يكن " وبما أن المطعون ضده قد أمضى أكثر من ثلاث سنوات من صيرورة الحكم الأخير نهائياً دون ان يصدر حكماً بإلغاء وقف التنفيذ مما يترتب عليه اعتبار الحكم الصادر من تهمة المساس بالذات الأميرية كأن لم تكن وبالتالي لا يجوز شطبه ويحق له الترشح".

(1) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم 667 لسنة 2019 مدني/1 - منشور على موقع أركان الإلكتروني www.arkanlaw.com

وأخيراً نرى أن الحكم السابق أصاب كبد الحقيقة عندما لم يتم بتطبيق قانون
المسيء رقم (27) لسنة 2016 بأثر رجعي حيث أن واقعة إدانته بجريمة المساس
بالذات الأميرية قبل صدور ذلك القانون كما أن المحكمة أعملت نصوص ذلك
القانون بأثر مباشر من يوم نفاذه وهو ما يتفق مع صحيح نصوص الدستور ومبدأ
المشروعية.

المطلب الثاني

موقف المحكمة الدستورية

سوف نعرض في هذا المطلب لموقف المحكمة الدستورية من قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 وذلك من خلال حكمها الصادر بتاريخ 2020/03/14 (طعن انتخابي) حيث طبقت المحكمة الدستورية ذلك القانون على المطعون ضده الأول وقضت ببطلان اعلان فوزه في الانتخابات وبعدم صحة عضويته رغم ان حكم محكمة التمييز السابق أكد على أحقيته بالترشح: "وحيث أن الطعن قد أقيم على سبب واحد مبناه أن المطعون ضده الأول محروم من حق الانتخاب ومحروم تبعاً لذلك من حق الترشيح، وبالتالي فإن إعلان فوزه وعضويته بمجلس الأمة يكون مشوباً بالبطلان بما يستوجب القضاء به، وإعادة الانتخاب مجدداً لشغل مقعده الانتخابي.

وحيث أن هذه المحكمة قد سبق لها - في قضاء سابق - التأكيد على أن اختصاصها بنظر الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، منوط في الأساس بخوض المرشح الانتخابات وهو مستوف لجميع شروط الترشيح، وتعلق الطعن بعملية الانتخاب ذاتها من تصويت وفرز وإعلان النتيجة، وما شاب عملية الانتخاب والإعلان عن إرادة الناخبين من مطاعن وأخطاء وأن العضوية في مجلس الأمة أساسها إرادة الناخبين الذين يدلون بأصواتهم لصالح مرشح بعينه ممن تتوافر فيه الشروط التي حتمها الدستور

والقانون، فإذا سُمح للمرشح بخوض الانتخابات وهو فاقد لشروط من شروط الترشيح سواء لأسباب سابقة أو معاصرة لعملية الانتخاب، فإن إرادة الناخبين في هذه الحالة تكون قد وردت على غير محل صالح للتصويت والاقتراع عليه حتماً، ولا يكون إعلان نتيجة الانتخابات بفوزه فيها متضمناً إعلاناً عن إرادة الناخبين، ولا وجه للقول - والحال كذلك - بتحصى قرار إدراج اسم المرشح في كشوف المرشحين بعدم الطعن عليه، أو باكتمال مركزه القانوني بإعلان فوزه في الانتخاب، أو التحدي بحق مكتسب يستعصي على التغيير، وعلى ذلك فإن الطعن على الإجراءات التي تتعلق بانتخاب عضو مجلس الأمة - سواء كان الطعن منصباً على إجراءات الانتخاب أو على فقدان المرشح الذي قام بخوض الانتخابات وأُعلن فوزه فيها لشروط الترشيح - ينطوي ومن ثم على طعن في عملية الانتخاب، لأن الفصل في هذا الشأن يؤثر بالضرورة وبحكم اللزوم على صحة عضوية من أُعلن فوزه في هذه الانتخابات، وغني عن البيان أيضاً أن الطعن على إعلان نتيجة الانتخاب ليس طعناً على قرار إداري مما يختص القضاء الإداري بطلب إغاثة، إذ لا يُعد إعلان نتيجة الانتخاب إفصاحاً عن إرادة الجهة الإدارية، وإنما عن إرادة الناخبين، ومتى كان ذلك، وكان وجه النعي المثار في هذا الطعن ينصب في حقيقته على إجراءات عملية الانتخاب التي تمت بالدائرة (الخامسة)، وإعلان نتيجتها بفوز (المطعون ضده الأول)، بإدعاء بطلان إعلان فوزه وبطلان عضويته لمخالفته الدستور وقانون الانتخاب، فإن الطعن بهذه المثابة يكون مُندرجاً ضمن الطعن الانتخابي الذي تختص بالفصل فيه هذه المحكمة، وجدير بالذكر في هذا

الصدد أن اختصاص القضاء الإداري ببسط رقابته على القرارات الإدارية الصادرة في المرحلة السابقة على عملية الانتخاب واستنهاض ولايته بإلغائها، لا يستتفز بحال اختصاص هذه المحكمة ببسط رقابتها على عملية الانتخاب للتأكد من سلامتها والتثبت من صحة عضوية من أعلن فوزه فيها.

وحيث أن هذه المحكمة على استقرار بأن الحق في الانتخاب شأنه شأن سائر الحقوق السياسية الأخرى ليس حقاً طبيعياً لكل فرد بل لا يحصل عليه الأفراد إلا من الدستور وقوانين الدولة، وللقوانين المذكورة أن لا تعترف بهذا الحق إلا لمن ترى أنهم أهل له، وهناك شروط يجب أن تتوفر في الفرد حتى يكون ناخباً، أي حتى يصبح متمتعاً بحق الانتخاب، وقانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة يُحرم من الانتخاب الأشخاص الذين سبق الحكم عليه في جرائم معينة باعتبار أنهم ليس لهم الحق أصلاً في الاشتراك في انتخاب أعضاء البرلمان، ولا أن يكونوا أعضاء فيه.

وحيث أن الدستور أبان ما يشترط في عضو مجلس الأمة فنص في المادة (82) منه على:

أ - أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية وفقاً للقانون.

ب - أن تتوافر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب.

ج - ألا تقل سنه يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية.

د - أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها.

وقد تضمن القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة النص في الفقرة (الثانية) من المادة (2) منه والمضافة بموجب القانون رقم (27) لسنة 2016 على أن يحرم من الانتخاب كل من أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بالذات الإلهية، أو المساس بالأنبياء، أو المساس بالذات الأميرية، وقد ساقّت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (27) لسنة 2016 سالف الذكر المبررات التي دعت لهذا التعديل بأنه صدر ابتغاء تجريد من أساء إلى المعتقدات والثوابت والرموز الدستورية وأدين عنها بحكم نهائي من ممارسة حق الانتخاب، وأوردت المذكرة في هذا الصدد أن "هذا القانون قد أُعد ليكون منسجماً مع ما تقضي به الفقرة (الأولى) من المادة (2) من القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة، إذ حرمت تلك الفقرة من الانتخاب من أدين بعقوبة جنائية أو بجريمة مخلة بالشرف والأمانة ولو كانت جنحه لقيام سبب قانوني بشأته يؤدي إلى حرمانه من الانتخاب، ومعلوم أن تلك الجرائم تقع على أفراد عاديين أو مؤسسات عامة ذات شخصية اعتبارية وهي جرائم أخف وطأة من الجرائم الواردة في هذا القانون، بما يسوغ معه - من باب أولى - امتداد ذلك المنع لمن ارتكب جريمة المساس بالذات الإلهية أو نال من قدسيته، أو مس الأنبياء، أو تناول على الذات الأميرية المحصنة بالدستور طبقاً للمادة (54) منه.... وتقديراً لعظمة الذات الإلهية، وتوقيراً للأنبياء طبقاً للمادة (الثانية) من الدستور وحماية للذات الأميرية باعتبارها رمز الولاء للوطن والأمة، يجب الإخلاص لها من ممثلي الأمة طبقاً للمادة (91) من الدستور، فقد أعد هذا القانون المرافق ليمنع من ممارسة حق

الانتخاب بأثر مباشر من يوم نفاذه - وليعمل مقتضاه في الحذف من الجداول الانتخابية - كل من صدر عليه حكم نهائي بالإدانة- أياً كان منطوق الإدانة - في أية جريمة من الجرائم المذكورة، ومن ثم يُعد عدم الإدانة بحكم نهائي في تلك الجرائم شرطاً جوهرياً لممارسة حق الانتخاب وما يستتبعه من حق الترشيح".

ومفاد ذلك - وحسبما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن من توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (82) من الدستور يصح له أن يترشح لانتخابات أعضاء مجلس الأمة، ويكمل هذا الأصل ما نصت عليه الفقرة (الثانية) من المادة (2)

من القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة المضاف بموجب القانون رقم (27) لسنة 2016 حيث نصت على حرمان كل من أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بالذات الإلهية، أو المساس بالأنبياء، أو المساس بالذات الأميرية، من حق الانتخاب، وبالتالي فإن الشرط الثاني الوارد بالمادة (82) من الدستور والمتعلق بالشروط المتطلبية في عضو مجلس الأمة، والنص الوارد في الفقرة (الثانية) من المادة (2) من القانون رقم (35) لسنة 1962 متكاملان لا يستقيم أن ينظر لأحدهما بمعزل عن الآخر، مما لازمه أنه يشترط في عضو مجلس الأمة ألا يكون قد أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بالذات الإلهية، أو المساس بالأنبياء، أو المساس بالذات الأميرية ويحرم من حق الانتخاب ومن حق الترشيح وتبطل عضويته إذا ما تم انتخابه.

لما كان ما تقدم، وكانت عبارات نص الفقرة (الثانية) من المادة (2) سالفه البيان واضحة جلية، قاطعة صريحة في دلالتها، دون أن يملك أحد لها دعماً ولا تعطياً، وكانت نصوص القوانين تُوضع تُنفذ، والالتزام بها، وإعمال مقتضاها واجب لا فكاك منه طالما كان القانون قائماً وناظراً، وكان هذا الحرمان من حق الانتخاب لا يحتاج لأن ينطق به القاضي في حكم الإدانة بل هو ناتج عن القانون مباشرة، وأن الشرط الوارد في البند (ب) من المادة (82) من الدستور - بوجود توافر شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب في عضو مجلس الأمة - ليس فقط شرطاً لاكتساب العضوية في مجلس الأمة، وإنما هو شرط صلاحية للاستمرار في عضوية المجلس، ويتعين أن يصاحبه طيلة فترة عضويته، وكان التعديل الذي طرأ على قانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة رقم (35) لسنة 1962 بإضافة فقرة (ثانية) إلى المادة (2) بموجب القانون رقم (27) لسنة 2016 بحرمان كل من أُدين بحكم نهائي في إحدى الجرائم المنصوص عليها من حق الانتخاب، إنما يخاطب - بموجب قوة نفاذه الفوري وفق أثره المباشر - كل من تمت إدانته بحكم نهائي في إحدى الجرائم المنصوص عليها فيه، وأدركه هذا التعديل قبل انقضاء الآثار الجنائية لذلك الحكم وهو ما يُعد تطبيقاً مباشراً له، وليس تطبيقاً رجعياً، مما يترتب عليه حرمانه نهائياً من هذا الحق.

متى كان ما تقدم جميعه، وكانت المادة (الثالثة) من القانون رقم (27) لسنة 2016 قد نصت على العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وقد نُشر هذا القانون في الكويت اليوم في ملحق العدد (1294) السنة الثانية والستون الصادر

في 29/06/2016، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول (بدر زايد حمد الداوم) قد تمت إدانته بتاريخ 08/06/2014 بحكم بات من محكمة التمييز في جريمة المساس بالذات الأميرية، والطعن علناً في حقوق الأمير وسلطته، وأن هذه الأدانة في حد ذاتها تستتبع لزوماً تجريده من ممارسة حق الانتخاب بقوة القانون، ومن حق الترشيح تبعاً لذلك منذ تاريخ نفاذ القانون المشار إليه في 29/06/2016، والذي صدر قبل انتهاء مدة وقف تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية في حق (المطعون ضده الأول) في الجريمة سالفة البيان.

ومتى ثبت أن المذكور قد تخلف في شأنه شرط جوهرى من الشروط اللازم توافرها في عضو مجلس الأمة طبقاً للدستور والقانون منذ هذا التاريخ، وكانت إرادة الناخبين قد وردت على محل معدوم غير صالح للاقتراع عليه، لا يولد أثراً، أو يكسبه مركزاً يُعتد به، فيكون إعلان النتيجة بفوزه في الانتخابات بالدائرة (الخامسة) قد شابه عيب جسيم لا ينشئ لصاحبه حقاً، ويضحي هو والعدم سواء بعد أن ثبت عدم سلامة إجراءات عملية الانتخاب، وعدم صحة إسباغ صفة العضوية على (المطعون ضده الأول) تغليباً لحكم الدستور، ومن ثم فقد حق القضاء ببطلان انتخابه في الدائرة (الخامسة)، بعدم صحة عضويته، وإعادة الانتخاب مجدداً في هذه الدائرة لشغل مقعده الانتخابي.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: ببطلان إعلان فوز المطعون ضده الأول (بدر زايد حمد الداوم في الانتخابات التي أجريت بتاريخ 2020/12/05 في الدائرة (الخامسة) وبعدم صحة عضويته في مجلس الأمة، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها إعادة الانتخاب مجدداً في هذه الدائرة لشغل المقعد الانتخاب الذي حصل عليه".⁽¹⁾

ومن خلال الحكم السابق نلاحظ ما يلي:

أولاً: أن المحكمة ذهبت إلى أن التعديل المضاف على الفقرة (الثانية) من المادة (الثانية) لقانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 والذي جاء به القانون رقم (27) لسنة 2016 بشأن حرمان كل من أُدين بجريمة المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية من حق الانتخاب وحق الترشح يُعد شرطاً من الشروط الواجب توافرها في عضو مجلس الأمة، وبناءً على ذلك نجد أن المحكمة كيفت ذلك التعديل بأنه شرط من شروط العضوية في مجلس الأمة وليس عقوبة تبعية كما ذهب أغلب أساتذة القانون بشأن ذلك التعديل.⁽²⁾

ثانياً: من خلال الحكم السابق نجد أن المحكمة الدستورية طبقت قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 على المطعون ضده رغم أن واقعة إدانته كانت قبل صدور ذلك

⁽¹⁾ الطعن رقم 15 لسنة 2020 (طعن خاص بانتخابات مجلس الأمة عام 2020) - منشور

على موقع أركان الإلكتروني www.arkanlaw.com

⁽²⁾ د. محمد الفيلي - دراسة قانونية على حكم بطلان عضوية الدكتور بدر الداوم - جريدة الجريدة بتاريخ 2021/3/18.

القانون أي تم تطبيقه بأثر رجعي رغم أن المحكمة نفت ذلك وزعمت أنها طبقت القانون بأثر فوري وذلك من خلال تفسيرها الذي ساقته بصدد ذلك: "وكان التعديل الذي طرأ على قانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة رقم (35) لسنة 1962 بإضافة فقرة ثانية إلى المادة (2) بموجب القانون رقم (27) لسنة 2016 بحرمان كل من أُدين بحكم نهائي في إحدى الجرائم المنصوص عليها من حق الانتخاب إنما يخاطب - بموجب قوة نفاذه الفوري ومن أثره المباشر - كل من تمت إدانته بحكم قضائي في إحدى الجرائم المنصوص عليها فيه وأدركه هذا التعديل قبل إنقضاء الآثار الجنائية لذلك الحكم وهو ما يعد تطبيقاً مباشراً له وليس تطبيقاً رجعياً مما يترتب عليه حرمانه نهائياً من هذا الحق".

ونحن نختلف مع قضاء المحكمة الدستورية السابق ونرى عدم جواز تطبيق قانون المسيء على المطعون ضده حيث أن تطبيق ذلك القانون يعني تطبيقه بأثر رجعي وهو ما يخالف مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وفقاً للمادة (32) من الدستور وكذلك مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية وفقاً للمادة (179) من الدستور كما أن التفسير الذي أوردته المحكمة بشأن تطبيقها للقانون بأثر فوري لا يتفق مع صحيح القانون ويخالف ما استقر عليه القضاء الدستوري المقارن بصدد ذلك ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (49) لسنة (6) قضائية المشار إليه في المبحث الأول والذي قضى بعدم دستورية المادة (الخامسة) من القانون رقم (33) لسنة 1987 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي حيث أنها تضمنت حرمان بعض الأشخاص من مباشرة حقوقهم السياسية بأثر رجعي وبما أن ذلك التعديل هو

في حقيقته كما بينا فيما سبق يتضمن عقوبة تبعية وبالتالي لا يجوز تطبيقه بأثر رجعي لما لذلك من مخالفة لحكم المادة (32) والمادة (179) من الدستور الكويتي فالعبرة دائماً بوقت ارتكاب الأفعال المجرمة وليس تاريخ إنتهاء مدة وقف تنفيذ العقوبة وذلك إذا ما أدرك القانون آثارها من عدمه كما أن تفسير المحكمة بشأن تطبيقها القانون بأثر فوري لا يتفق مع مبدأ تطبيق القوانين بأثر فوري وعلى ماجرى به قضاء محكمة التمييز أن القانون الجديد يسري على مايقع من تاريخ العمل به مالم ينص على خلافه،مما يتضح أن المحكمة الدستورية في قضائها طبقت قانون المسيء بأثر رجعي وليس بأثر فوري وهو الأمر الذي لا يتفق مع مبدأ سريان القوانين الجزائية من حيث الزمان والذي لا يجيز تطبيق الأثر الرجعي لتلك القوانين وفقاً للنصوص الدستورية والمواثيق والمعاهدات الدولية.

ثالثاً: ذهبت المحكمة الدستورية في حكمها السابق إلى تقرير نتيجة خطيرة جداً ألا وهي أن الحرمان الذي جاء به قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 هو حرماناً أدياً

"... لما يترتب عليه حرمانه نهائياً من هذا الحق" ونلاحظ هنا أن المحكمة قضت بالحرمان الأبدى من حق الترشح لمن تتم إدانته بجريمة المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية دون تسبب ذلك القضاء رغم ما ينطوي عليه من مصادرة أصل حق الترشح وإهداره وهو ما يخالف نص المادة (الثالثة) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 "... ويجب أن يتضمن الحكم أسباب مفصلة مع إرفاق رأي الأقلية أو آرائها وما تستند إليه من أسباب" وكذلك ما جرى

عليه العمل في أحكام القضاء من ضرورة تسبب الحكم كما هو الحال بالنسبة لحكم الدائرة الإدارية الصادر بتاريخ 2020/11/19 حيث عندما قضت بأن الحرمان الوارد في قانون المسيء هو حرمان أبدي وأوردت أسباب قضائها بصدد ذلك في حيثيات حكمها⁽¹⁾ وقد بينا فيما سبق أن الحرمان الأبدي يتعارض مع نصوص الدستور لما يشكله من مصادرة لأصل حق دستوري ألا وهو حق الترشح وكذلك مع ما استقر عليه القضاء الدستوري المقارن بشأن الحرمان الأبدي.

رابعاً: أن حكم الدستورية السابق يترتب عليه أن تلتزم به المحاكم الأخرى الأمر الذي يعني أنه في المستقبل لو عرض نزاع على تلك المحاكم مماثل لنزاع حكم الدستورية السابق فإنه يجب على تلك المحاكم أن تطبق القانون كما طبقتة

(¹) "وأن البين من استقراء أحكام القانون رقم (27) لسنة 2016 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (35) لسنة 1962 بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة ومذكرته الإيضاحية أن المشرع اتجهت أرائته بوضوح إلى حرمان كل من أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بالذات الأميرية حرماناً أبدياً بخلاف كل من حكم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو بالأمانة الذي يكون حرمانه مؤقتاً إلى أن يرد إليه اعتباره وهو ما يتماشى مع فلسفة المشرع المتشددة حيال من يرتكب جريمة المساس بالذات الأميرية بمنع كل من صدر عليه حكم نهائي بالإدانة - أيا كان منطوق الإدانة - فيها من الانتخاب والترشيح حق لو انتهت المحكمة إلى أعمال حكم المادة (81) أو (82) من قانون الجزاء عليه بدلاً من الحكم بالحبس أو الغرامة كما أن المشرع تعمد في صياغة نص الفقرة (الثانية) من المادة (الثانية) من قانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة عدم الإشارة إلى رد الاعتبار كما هو الحال في نص الفقرة (الأولى) منها، ومن ثم فإن تلك المغايرة في الصياغة تقتضي المغايرة في الحكم ولا يجوز للمدعي تمثيل الأمة في مجلسها النيابي باعتبار أنه أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بالذات الأميرية" الدعوى رقم 2020/3546 إداري/4.

المحكمة الدستورية كما يجب على تلك المحاكم أن تقضي بالحرمان الأبدي امتثالاً لحكم المحكمة الدستورية السابق بشأن قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 حيث أن هذه الأخيرة أحكامها ملزمة للكافة ولسائر المحاكم وفقاً لنص المادة (الأولى) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 والتي تنص على ذلك صراحة "ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم".

لذلك نرى أنه يجب على مجلس الأمة ضرورة المسارعة لإلغاء ذلك القانون لما يترتب عليه من آثار خطيرة غير دستورية وأخصها الحرمان الأبدي من حق الانتخاب وحق الترشح أو الطعن عليه عن طريق دعوى دستورية مباشرة ونعتقد أن المحكمة الدستورية لو نظرت الطعن باعتبارها محكمة تختص بالطعون على دستورية القوانين واللوائح سوف تقضي بعدم دستورية الحرمان الأبدي لما بيناه من أدلة عديدة على عدم دستوريته، حيث أن المحكمة نظرت الطعن في حكمها السابق باعتبارها محكمة موضوع تختص بالطعون الانتخابية وليست محكمة دستورية تختص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ومع ذلك فقد فوت المطعون ضده فرصة للطعن بعدم دستورية قانون المسيء أمام المحكمة أثناء نظر الطعن الانتخابي ضده حيث يجوز الدفع أمام المحكمة الدستورية باعتبارها محكمة موضوع بعدم دستورية أحد التشريعات وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية في حكم لها بمناسبة طعن انتخابي بأنه: "وحيث أن المشرع قد اختص هذه المحكمة - دون غيرها - بالفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم طبقاً لصريح نص المادة (الأولى) من القانون رقم (14) لسنة

1973 بإنشاء المحكمة الدستورية كما ناطت لائحة المحكمة طبقاً للمادة (12) منها بهذه المحكمة الفصل في جميع المسائل الفرعية التي تعرض عليها بمناسبة نظرها للطلبات والطعون المطروحة عليها وإعمالاً لهذين النصين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - فإنه يجوز أن يدفع أمامها بوصفها محكمة موضوع بعدم دستورية نص تشريعي لازم للفصل في الطعن الانتخابي المعروض عليها وهي التي تقدر عندئذ جدية الدفع المبدئ أمامها فإن قبلته فصلت في المسألة الدستورية كمحكمة دستورية وإن رفضته فلا معقب عليها على هذا الرفض".⁽¹⁾

خامساً: ذهبت المحكمة الدستورية في حكمها السابق إلى أن البند (ب) من المادة (82) من الدستور بشأن أن تتوافر بالمرشح شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب تُعد شروط صلاحية للاستمرار في عضوية المجلس وليس فقط شروط لاكتساب العضوية في مجلس الأمة مما يتعين أن تصاحبه تلك الشروط طيلة مدة عضويته وبالتالي فإن فقد العضو لأحد هذه الشروط قبل اكتسابه العضوية يؤدي إلى عدم جواز ترشحه لانتخابات مجلس الأمة أما في حال فقدها بعد إكتساب العضوية فإنها تؤدي إلى بطلان عضويته.

سادساً: أن المحكمة الدستورية في حكمها السابق نصت في منطوقه على بطلان إعلان فوز المطعون ضده وبعدم صحة عضويته في مجلس الأمة وعلى خلو

(1) طعن انتخابي رقم 14 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 17/09/2008 - مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية - المجلد الخامس - الجزء الثاني - 2009 ص 122.

مقعه الانتخابي وبإعادة الانتخاب مجدداً في هذه الدائرة لشغل ذلك المقعد الذي حصل عليه وذلك من أجل ضمان نفاذ حكمها في المستقبل وعدم التذرع بأية عقبات قانونية تحول دون ذلك.

وبعد أن عرضنا لأهم ما جاء في حكم المحكمة الدستورية والقاضي بإبطال عضوية المطعون ضده نعرض هنا لبعض التساؤلات والآراء التي طرحت بعد صدور ذلك الحكم وذلك على النحو الآتي:

أولاً: هل تملك المحكمة الدستورية الفصل في صحة عضوية المطعون ضده بعد صدور حكم محكمة التمييز رقم (2580) لسنة 2020 إداري/3 والذي قضي بأحقية المذكور إعلاؤه بالترشح لانتخابات مجلس الأمة 2020؟

ذهبت المحكمة الدستورية في حكمها السابق إلى اختصاصها بنظر الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم وأن العضوية في مجلس الأمة أساس إرادة الناخبين فيُعد إعلان نتيجة الانتخاب إفصاحاً عن تلك الإرادة وهو ما تختص به المحكمة الدستورية كونه طعناً انتخابياً وليس طعناً على قرار إداري مما يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه، ونرى كذلك من الناحية القانونية المجردة أن المحكمة الدستورية تملك الفصل في صحة العضوية وذلك وفقاً للمادة (الأولى) من قانون إنشائها رقم (14) لسنة 1973 "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم" ومن خلال النص

السابق يتضح أن المحكمة هي صاحبة الاختصاص الأصلي بالفصل في مدى صحة عضوية أعضاء مجلس الأمة بالإضافة إلى نص المادة (95) من الدستور والتي من خلالها فوض مجلس الأمة ذلك الاختصاص إلى المحكمة الدستورية "يفصل مجلس الأمة في صحة انتخاب أعضائه ولا يعتبر الانتخاب باطلاً إلا بأغلبية الذين يتألف منهم المجلس ويجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية" وبما أن مجلس الأمة فوض ذلك الاختصاص للمحكمة الدستورية فإن ذلك يعني أن هذه الأخيرة هي المختصة بالفصل في صحة انتخاب أعضاء مجلس الأمة.

كما ذهب البعض إلى أن حكم المحكمة الدستورية هذا يتعارض مع حكم سابق لها يتعلق بالمطعون ضده صدر بتاريخ 3 مايو 2017 وانتهت فيه المحكمة إلى أنها لا تملك التعقيب على حكم صادر من محكمة التمييز لما لذلك الحكم من حجية: "لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن (الطاعن) قد طعن في الانتخابات التي تمت في 2016/11/26، وأقام طعنه على محض الإدعاء بعدم دستورية الفقرة (الثانية) من المادة (2) من القانون رقم (35) لسنة 1962 والمضافة بالقانون رقم (27) لسنة 2016 والتي تنص على "كما يحرم من الانتخاب كل من أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بـ (أ) الذات الإلهية (ب) الأنبياء (ج) الذات الأميرية: "وبأن القرار الصادر من وزير الداخلية رقم (2508) لسنة 2017 بتاريخ 2016/10/19 بتشكيل لجنة فحص طلبات الترشيح لعضوية مجلس الأمة والبت فيها، قد شابه عوار من شأنه أن يفضي إلى بطلانه، قولاً من الطاعن باستخدام

تلك اللجنة سلطتها في حرمان الناخبين من حق الترشيح، وقيامها باستبعاد اسمه من قائمة المرشحين بمقولة إدانته في جريمة من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة وافتقاده شرط حُسن السمعة وذلك بالمخالفة للدستور ومخالفة هذه اللجنة لأحكام القانون رقم (35) لسنة 1962 في شأن انتخاب أعضاء مجلس الأمة، كما جاء تشكيل تلك اللجنة مفتقداً الحيطة والتجرد، وهو ما ينصرف - في حقيقته - إلى نزاع بشأن قرار استبعاده من قائمة المرشحين، وهو أمر لا يمكن نسبته إلى عملية الانتخاب ذاتها من تصويب أو فرز أو إعلان بالنتيجة، وإنما يُستنهض اختصاص القضاء الإداري المختص للنظر في أمره، وبالتالي لا يكون النزاع بشأن هذا القرار متعلقاً بصحة الانتخاب فلا يمتد إليه اختصاص هذه المحكمة، لاسيما وأن الثابت من الأوراق صدور حكم بات من محكمة التمييز بتأييد القرار الإداري الصادر بشطب الطاعن من قوائم المرشحين في الدائرة الخامسة، وهو قضاء فصل له حجيته لا يجوز الطعن فيه أو التعقيب عليه.

وإذ خلت أسباب الطعن التي إبداهها الطاعن من أي عناصر أو وقائع معينة تتعلق بعملية الانتخاب التي حصلت في دائرته الانتخابية، يتوافر معها مناط قبول هذا الطعن - ابتداء - على النحو المتطلب قانوناً، دون أن يغير من ذلك ما أثاره بشأن أوراق الانتخاب بوجه عام وكيفية إجراء الفرز، إذ لم يدع الطاعن - بوصف أن اسمه مقيد في جداول الانتخاب ومعني بإبطال العملية الانتخابية التي تمت بالدائرة الانتخابية المقيد بها - بوقوع عبث في أوراق الانتخاب في دائرته الانتخابية، ولم يحدد لجاناً بعينها في تلك الدائرة لم يتم الفرز فيها بالنداء العلني، ومن ثم يكون

بذلك قد تجاوز النطاق المحدد للطعن الانتخابي، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول الطعن"⁽¹⁾

ونعتقد من وجهة نظرنا بعدم وجود تعارض بين الحكمين حيث أن حكم الدستورية الصادر في عام 2017 انتهى قضائها إلى عدم قبول الطعن لأن هذه الأخيرة اختصاصها بنظر الطعون الانتخابية مرهون بخوض المرشح لإنتخابات مجلس الأمة وهو مالم يتحقق للمطعون ضده حيث حرم من ذلك الحق بناءً على حكم من محكمة التمييز في ذلك الوقت وبالتالي لا تقوم المحكمة الدستورية باختصاص حكم التمييز المطعون عليه بينما في حكمها الأخير والذي قضت فيه بعدم صحة عضوية المطعون ضده وبطلانها فإن هذا الأخير خاض سباق الانتخابات المقامة بتاريخ 5 ديسمبر 2020 وحاز على المقعد الثاني في الدائرة الانتخابية الخامسة وهو الأمر الذي يستتبع اختصاص المحكمة الدستورية بنظر ذلك الطعن بإعتباره طعناً انتخابياً وبحث ما إذا كانت إرادة الناخبين وردت على محل صحيح من عدمه.

ثانياً: ذهب البعض إلى أنه أمام حالة التعارض بين حكم الدستورية وحكم التمييز يمكن الطعن على حكم المحكمة الدستورية أمام محكمة التمييز استناداً إلى نص المادة (152) من قانون المرافعات الكويتي والتي عدت حالات الطعن بالتمييز

⁽¹⁾ حكم المحكمة الدستورية رقم (41) لسنة 2016 " طعن انتخابي " - منشور على موقع

وورد في فقرتها الأخيرة "وللخصوم أن يطعنوا بالتمييز أيضاً في أي حكم انتهائي -
أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر
بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي" حيث يرى أصحاب ذلك الرأي إلى
أن حكم الدستورية يخضع لنص المادة (152) من قانون المرافعات⁽¹⁾.

ونستغرب طرح مثل ذلك الرأي ونرى بعدم صحته وذلك للأسباب القانونية الآتية:

1 - أن أحكام المحكمة الدستورية تُعد أحكاماً باتة لا يجوز التعقيب أو الطعن
عليها بأية طريقة من طرق الطعن وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية
بأنه "الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية بما فيها الأحكام في الطعون الخاصة
بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم التي تنظرها كمحكمة موضوع
هي أحكام باتة تثبت لها الحجية واجبة الإحترام ملزمة للكافة بما فيها سلطات
الدولة المختلفة والناس أجمعين"⁽²⁾

(¹) د. عبيد الوسمي - تغريدة على حسابه الخاص في تويتر بتاريخ 2021/3/18 وكذلك د.
أحمد سعد العازمي - دراسة منشورة على موقع أركان - بعنوان قراءة في حكم المحكمة
الدستورية ببطلان عضوية النائب د. بدر الداوم بتاريخ 2021/3/19.

(²) حكم المحكمة الدستورية الطعن رقم 47 لسنة 2008 دعوى بطلان أصلية بتاريخ 25
نوفمبر 2008 - مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية - المجلد الخامس
- الجزء الثاني - 2009 ص 544.

وبناء على ماسبق فإن أحكام المحكمة الدستورية تُعد أحكاماً باتة لا يجوز الطعن عليها بأية حال من الأحوال بينما المادة (152) من قانون المرافعات تتحدث عن أحكام انتهائية وهي الأحكام التي تصدر في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الجزئية أو الكلية وتقبل الطعن عليها أمام محكمة التمييز وفق شروط محددة.

2 - وفقاً للمادة (الأولى) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية فإن الأحكام التي تصدر عن هذه المحكمة لها حجية في مواجهة كافة ولسائر المحاكم مما يعني أن حكم المحكمة الدستورية ملزم للكافة ولسائر المحاكم ومنها محكمة التمييز والدليل على ذلك أن المشرع العادي لم يكتفي أن أحكام الدستورية ملزمة للكافة وإنما أتبعها إضافة مهمة وهي أنها ملزمة كذلك لسائر المحاكم وهو الأمر الذي اختص فيه المشرع العادي المحكمة الدستورية دون غيرها من المحاكم الأخرى بما فيها محكمة التمييز، وبناءً على ذلك فإنه في حال التعارض فإن حكم الدستورية هو الذي ينفذ في مواجهة محكمة التمييز وبالتالي الحديث عن الطعن أمام محكمة التمييز على حكم المحكمة الدستورية لا يستقيم مع ذلك النص.

3 - أن نص المادة (152) من قانون المرافعات يُعد نص عام يطبق على الأحكام الصادرة من مختلف درجات التقاضي وفقاً لذلك القانون بينما قانون المحكمة الدستورية يُعد نص خاص ينظم كل ما يتعلق بتلك المحكمة واختصاصاتها وإجراءاتها وكما هو معلوم فإن النص الخاص يقيد النص العام وبالتالي لا مجال

هنا للحديث عن انطباق نص المادة (152) من قانون المرافعات على أحكام المحكمة الدستورية.

كما أن قضاء المحكمة الدستورية يُعد قضاء مستقل عن جهة القضاء العادي ولا يجوز النيل من أحكامها بأي طعن من الطعون العادية وغير العادية خلافاً لما عليه الأمر بالنسبة لبعض الأحكام في القضاء العادي.

4 - أن المادة (152) من قانون المرافعات تشترط في هذه الحالة وحدة الخصوم بينما هناك اختلاف بشأن الخصوم في مواجهة المطعون ضده في حكم التمييز وحكم الدستورية حيث أن خصم المطعون ضده في حكم التمييز هي وزارة الداخلية بينما في حكم الدستورية هو أحد الناخبين الأمر الذي يؤدي إلى عدم توافر أحد شروط انطباق تلك المادة⁽¹⁾.

ثالثاً: ذهب البعض إلى أنه في وجود تعارض حكيم بشأن عضوية المطعون ضده أحدهما صادر عن المحكمة الدستورية والآخر من محكمة التمييز فإنه في هذه الحالة يكون القرار لمجلس الأمة وفقاً للمادة (50) من قانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 "تسقط العضوية عن عضو مجلس الأمة إذا فقد أحد الشروط

(¹) د. عزمي عبدالفتاح عطية - الوسيط في قانون المرافعات (قانون القضاء المدني الكويتي) - الكتاب الثاني - مؤسسة دار الكويت - الطبعة الرابعة - 2017 - ص 743.

المشترطة في العضو أو تبين أنه فاقدتها قبل الانتخاب ويعلن سقوط العضوية بقرار من المجلس".⁽¹⁾

ونرى خلاف ذلك الرأي للأسباب القانونية الآتية:

1 - أن هذه المادة مرتبط تطبيقها وفقاً للمادة (95) من الدستور متى ما كان مجلس الأمة هو من يفصل في صحة انتخاب أعضائه وذلك قبل أن يفوض المجلس ذلك الاختصاص للمحكمة الدستورية في القانون رقم (14) لسنة 1973 بشأن إنشاء المحكمة الدستورية وبما أن مجلس الأمة فوض ذلك الاختصاص للمحكمة الدستورية فإنه لم يعد لهذه المادة محلاً للتطبيق بالإضافة إلى ما سبق نعتقد أن تلك المادة الغيت بقانون المحكمة الدستورية وفقاً لقاعدة اللاحق ينسخ السابق حيث أن ذلك القانون صدر في عام 1973 بينما نص المادة (50) جاءت في قانون الانتخاب الصادر في عام 1962.

2 - لو فرضنا جديلاً أن تلك المادة لازالت قائمة فإنها تتحدث عن إعلان خلو مقعد العضو الذي سقطت عضويته وليس بحث صحة عضويته حيث أن صياغة المادة تكشف عن سقوط تلك العضوية بمجرد فقد العضو لشروط العضوية أو أنه فاقدتها

(1) د. محمد المقاطع - دراسة قانونية بعنوان مخرجان لإنهاء تناقض حكمي التمييز والدستورية بشأن شطب الدكتور بدر الداوم - جريدة الجريدة بتاريخ 20/3/2021.

قبل الترشح بمعنى أن السقوط قد تحقق⁽¹⁾ وبالتالي فإن المادة هنا لا تتحدث عن إسقاط العضوية بقرار يصدر من مجلس الأمة وإنما كل ما في الأمر هو إعلان عن سقوط قد تحقق بمجرد فقد العضو لشروط الترشح وذلك لاتخاذ الإجراءات المترتبة على ذلك وأهمها إجراء الانتخابات التكميلية لشغل المقعد الانتخابي فقرار المجلس هنا قراراً كاشفاً لفقد العضوية وليس منشأ لها.

(¹) د. رمضان محمد بطيخ - الحكم بعدم دستورية المادة (16) من القانون رقم (12) لسنة 1963 بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي وموقف المحكمة الدستورية من الفصل في صحة العضوية - مجلة الحقوق - العدد 2 - السنة 43 - يونيو 2019 - ص 404.

3 - لقد حسمت المحكمة الدستورية ذلك الجدل من خلال حكمها الصادر بتاريخ 2018/12/19 والذي قضي فيه أن ليس لمجلس الأمة أية تقدير بشأن مصير عضو المجلس الذي يفقد عضويته لفقدانه شرط من شروط العضوية كأثر حتمي لحكم قضائي بات حيث انتهت المحكمة في منطوق حكمها إلى عدم دستورية المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة مع ما يترتب على ذلك من آثار أهمها انفاذ حكم المادة (84) من الدستور⁽¹⁾ استناداً إلى أن المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تخالف المادة (82) من الدستور التي تقرر الشروط الواجب توافرها في عضو مجلس الأمة ومتى ما فقد العضو أحد هذه الشروط ترتب عليه فقدان العضوية بحكم الدستور دون أن يكون لمجلس الأمة أي سلطة تجاه ذلك⁽²⁾: "ومتى كان ذلك وكانت عبارات نص المادة المطعون عليها بصياغتها قد

(¹) تنص المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على ما يلي:

إذا فقد العضو أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (82) من الدستور أو في قانون الانتخاب أو فقد أهليته المدنية، سواء عرض له ذلك بعد انتخابه أو لم يعلم إلا بعد الانتخاب، أحال الرئيس الأمر إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية لبحثه، وعلى اللجنة أن تستدعي العضو المذكور لسماع أقواله إذا أمكن ذلك على أن تقدم تقريرها في الأمر خلال أسبوعين على الأكثر من إحالته إليها. ويعرض التقرير على المجلس في أول جلسة تالية وللعضو أن يبدي دفاعه كذلك أمام المجلس على أن يغادر الاجتماع عند أخذ الأصوات، ويصدر قرار المجلس في الموضوع في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ عرض التقرير عايه.

(²) د. خليفة الحميده - القضاء بعدم دستورية المادة (16) - من قانون اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي -: الأسباب والنتائج - دراسة تحليلية نقدية - مجلة الحقوق - العدد 3 - السنة 43 - سبتمبر 2019 - ص 25.

جاءت عامة ومُطلقة بشمول حكمها لجميع حالات فقدان عضو المجلس لأحد الشروط التي ينبغي توافرها في عضو مجلس الأمة، والمنصوص عليها في المادة (82) من الدستور، والتي ترتب فقدان إحداها فقد العضوية، وذلك بما فيها حالة من فقد شرطاً من شروط العضوية كأثر حتمي لحكم قضائي بات، على الرغم من أنه ينعدم - أصلاً - على المجلس أي تقدير في هذا الشأن، بعد أن أضحي عضو المجلس غير أهل لعضوية مجلس الأمة بقوة الدستور، وصار مفتقداً لشرط من الشروط اللازم استمرارها في عضو مجلس الأمة طبقاً للمادة (82) من الدستور، وأفضى ذلك إلى افتقاده للعضوية في مجلس الأمة مباشرة دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، وهو ما يصم المادة المطعون عليها - والتي أعطت الحق لمجلس الأمة في تقدير أمر إسقاط العضوية من عدمه - بعيب عدم الدستورية، لانطوائها على تدخل سافر من السلطة التشريعية في أعمال السلطة القضائية، والمساس باستقلالها، وإهدار لُحجية الأحكام القضائية، والنيل من مكانتها، والاحترام الواجب كفالتة لها، باعتبارها عنواناً للحقيقة، وتعطيلاً لأثارها، مما يتنافى مع مبدأ فصل السلطات ويمثل خرقاً لأحكام الدستور لمخالفته المادتين (50) و (163) منه، فضلاً عن أن في استمرار عضوية النائب وفقاً للمادة المطعون بعدم دستوريته، على الرغم من صدور حكم بعقوبة جنائية في حقه، واستمرار تمتعه بحقوقه السياسية في حين أنه قد أضحي محروماً قانوناً منها بموجب هذا الحكم يعد - في حد ذاته - تمييزاً غير مقبول، ومنهي عنه من الناحية الدستورية، إذ جعلت تلك

المادة عضو مجلس بمنأى عن إعمال أثر الأحكام القضائية الباتة عليه، وتميزه عن غيره من المواطنين بالمخالفة للمادة (29) من الدستور، كما أضفت عليه حصانة - في غير موضعها - تعصمه من الخضوع للقانون.

وإذ كانت المادة المطعون عليها بعدم الدستورية بصيغتها والإجراءات التي أوردتها قد خالفت المادة (82) من الدستور على نحو ما سلف، كما خالفت صريح المادة (84) منه والتي تقضي أنه في حالة خلو محل أحد أعضاء مجلس الأمة قبل نهاية مدته لأي سبب من الأسباب أنتخب بدله في خلال الأجل المضروب كإجراء حتمي لا خيار فيه، فإنه يتعين القضاء بعدم دستورية المادة (16) المطعون عليها، واعتبارها كأن لم تكن، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أهمها إنفاذ حكم المادة (84) من الدستور لزوماً دون أي تراخٍ أو إبطاءٍ أو ترخص أو تقدير نزولاً على حكم الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادر بالقانون رقم (12) لسنة 1962 مع ما يترتب على ذلك من آثار".⁽¹⁾

وبناءً على ما سبق نعتقد بأن هناك قصور تشريعي بصدد تلك المسألة نتيجة عدم انطباق المادة (50) من قانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 من ناحية؛ ولإلغاء

⁽¹⁾ الحكم رقم 6 لسنة 2018 طعن دستوري مباشر - منشور على موقع أركان الالكتروني

المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة وفقاً لحكم المحكمة الدستورية رقم (6) لسنة 2018 من ناحية أخرى؛ ونتيجة لذلك الفراغ التشريعي فإنه لا مناص هنا من تطبيق المادة (18) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة: "إذا خلا محل أحد أعضاء مجلس الأمة قبل نهاية مدته لأي سبب من الأسباب أعلن المجلس ذلك وعلى رئيس المجلس أن يبلغ رئيس مجلس الوزراء فوراً بهذا الخلو لانتخاب عضو آخر وفقاً للمادة (84) من الدستور".

وأخيراً بناءً على كل ما سبق نرى أن حكم الدستورية قد جانب الصواب عندما طبق قانون المسئى على المطعون ضده الأمر الذي يتعارض مع مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائرية بأثر رجعي وكذلك مبدأ شرعية الجريمة والعقاب خلافاً لحكم محكمة التمييز الذي لم يطبق ذلك القانون بأثر رجعي للاعتبارات السابقة ونعتقد ان حكم التمييز أصاب كبد الحقيقة بصدد ذلك وأمام هذا التعارض نعتقد في النهاية ان حكم المحكمة الدستورية هو من ينفذ ويطبق حيث أن هذه الأخيرة أحكامها ملزمة للكافة ولسائر المحاكم وفقاً للمادة (الأولى) من قانون إنشائها والتي تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم

ملزما للكافة ولسائر المحاكم، كما نعتقد بضرورة وضع تشريع ينظم مسألة بطلان العضوية وكذلك إسقاطها حيث أن بطلان العضوية يختلف عن إسقاطها.⁽¹⁾

(¹) د. عثمان عبد الملك الصالح - النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت - الطبعة الثانية - مؤسسة دار الكتب - 2003 - ص 541.

الخاتمة

عرضنا في هذا البحث إلى قانون المسيء رقم (27) لسنة 2016 وذلك من خلال التعرف على مضمون ذلك القانون والذي جاء بتعديل على المادة (الثانية) من قانون الانتخاب رقم (35) لسنة 1962 بإضافة فقرة تنص على حرمان كل من أُدين بجريمة المساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية من حق الانتخاب وحق الترشح حيث بينا أن ذلك التعديل يعتريه عوار دستوري خصوصاً فيما يتعلق بالحرمان الأبدي حيث أن ذلك الحرمان يشكل مصادرة لأصل حق دستوري وهو ما لا يملكه المُشرع العادي حيث أن سلطة المُشرع العادي بصدد تنظيم الحقوق الدستورية مقيدة ألا يترتب عليها مصادرة أصل ذلك الحق أو الانتقاص منه ولا شك أن الحرمان الأبدي من حق الترشح يُعد مصادرة لأصل ذلك الحق كما عرضنا لموقف قضاء التمييز والمحكمة الدستورية من ذلك التعديل حيث تبين وجود حكيمين متعارضين أحدهما صادر من محكمة التمييز والذي سمح للمطعون ضده بالترشح والآخر صادر من المحكمة الدستورية بحرمان المطعون ضده من الترشح حرماناً أدياً ويرجع ذلك إلى اختلاف كلٍّ من المحكمتين بشأن تفسير انطباق القانون من حيث سريانه الزمني حيث لم تطبق محكمة التمييز قانون المسيء على المطعون ضده بأثر رجعي بينما طبقت المحكمة الدستورية ذلك القانون على المطعون ضده بأثر رجعي رغم أن المحكمة تزعم بأنها طبقته بأثر فوري وفقاً لتفسيرها الذي جاء في حيثيات الحكم الصادر من قبلها بشأن ذلك، وقد بينا أن حكم محكمة التمييز هو الأصح من حيث عدم تطبيق القانون على المطعون ضده بأثر رجعي لمخالفة ذلك

مبدأ شرعية الجريمة والعقاب ومبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية ونتيجة لذلك الخلاف والأصحاء والآثار التي خلفها حكم المحكمة الدستورية نوصي بما يلي:

1 - ضرورة إلغاء ذلك القانون من قبل مجلس الأمة لما شاب ذلك القانون من مثالب دستورية بالإضافة إلى أن الموائمة السياسية تستدعي إغائه لما سببه من احتقان وأزمة سياسية لدى الشارع الكويتي وإذا لم يتسنى ذلك نعتقد بضرورة الطعن على ذلك القانون أمام المحكمة الدستورية عن طريق دعوى دستورية مباشرة لكل من له مصلحة بذلك خصوصاً من سبق وأدين بجريمة المساس بالذات الأميرية وأن كنا نعتقد أن المحكمة الدستورية لن تعدل عن تفسيرها السابق والذي ترتب عليه من وجهة نظرنا تطبيق القانون بأثر رجعي وذلك لقناعتها بأنها طبقت القانون بأثر فوري ومباشر إلا أننا نرى بشأن مسألة الحرمان الأبدي ستقضي بعدم دستوريته لما يشكله من مخالفة لنصوص وأحكام الدستور كما بينا ذلك فيما سبق من هذا البحث.

2- يجب على مجلس الأمة السرعة في معالجة الفراغ التشريعي الذي ترتب نتيجة حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة حيث يجب على المشرع العادي أن يضع تشريع واضح لا لبس فيه يبين إجراءات بطلان وإسقاط العضوية في مجلس الأمة وسلطة هذا الأخير تجاه تلك الإجراءات بما يتفق مع نصوص الدستور.

3 - ضرورة صدور تشريع يسند مهمة الفصل في جميع إجراءات الانتخاب بدأ من تسجيل المرشحين لانتخابات مجلس الأمة إلى الإعلان عن نتائج تلك الانتخابات إلى محكمة واحدة مختصة بصدد كل ذلك حتى لا يكون هناك تعارض بين أحكامها وإجراءاتها في المستقبل وذلك كله فيما لو لم يرد مجلس الأمة استرجاع ذلك الاختصاص وفقاً للمادة (95) من الدستور الكويتي.

4 - إنشاء محكمة مختصة تفصل في حال وجود تعارض بين حكيمين إيهما أولى بالتطبيق وذلك منعاً لوجود مثل ذلك الخلاف في المستقبل رغم أننا نعتقد أن حكم المحكمة الدستورية هو الواجب النفاذ وفقاً لما بيناه من أدلة قانونية بصدد ذلك، ولا شك أن إنشاء مثل تلك المحكمة هو تفعيل لنص المادة (172) من الدستور "ينظم القانون طريقة البت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء وفي تنازع الأحكام" إلا أن هذه المادة إلى اليوم لم تفعل نتيجة تقاعس المشرع العادي عن دوره المنشود بصدد ذلك.

قائمة المراجع:

- (1) د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق .1999.
- (2) د. إيهاب عبدالمطلب - الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات - الجزء الأول - المركز القومي للإصدارات القومية - 2012.
- (3) د. حسام مرسي - القانون الدستوري - المقاومات الأساسية تطبيقاً على الدستور المعاصر - دار الفكر الجامعي - 2014.
- (4) د. خالد فايز الحويلة - الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري والمحاكم العليا بشأن حماية الحقوق السياسية والحريات الفكرية - دراسة مقارنة - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة السابعة - العدد 3 - سبتمبر 2019.
- (5) د. خليفة الحميده - القضاء بعدم دستورية المادة (16) - من قانون اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي - : الأسباب والنتائج - دراسة تحليلية نقدية - مجلة الحقوق - العدد 3 - السنة 43 - سبتمبر 2019.
- (6) د. رجب محمود طاجن - ملامح عدم الرجعية في القضاءين الدستوري والإداري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى 2011.

(7) د. رمضان محمد بطيخ - الحكم بعدم دستورية المادة (16) من القانون رقم (12) لسنة 1963 بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي وموقف المحكمة الدستورية من الفصل في صحة العضوية - مجلة الحقوق - العدد (2) - السنة 43 - يونيو 2019.

(8) د. عادل الطبطبائي - النظام الدستوري في الكويت - الطبعة الخامسة - 1995.

(9) د. عثمان عبدالملك الصالح - النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت - الطبعة الثانية - مؤسسة دار الكتب - 2003.

(10) د. عزمي عبدالفتاح عطية - الوسيط في قانون المرافعات (قانون القضاء المدني الكويتي) - الكتاب الثاني - مؤسسة دار الكويت - الطبعة الرابعة - 2017 -

(11) د. محمد ماهر أبو العينين:

• الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا وأثر الحكم الصادر فيها على الدعوى الإدارية وفقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا

• الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية في مصر - الجزء الثاني 2006.

12) د. وليد محمود ندا - دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة 2015.

13) مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية - المجلد الخامس - الجزء الثاني - 2009.

14) الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا www.sccourt.gov.eg

15) الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الكويتية www.cck.moj.gov.kw

16) موقع أركان الإلكتروني www.arkanlaw.com

قاعدة علو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام

"دراسة تأصيلية وتحليلية نقدية"

د/ أحمد سيد أحمد محمود

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

1441هـ-2020 م

1- موضوع الدراسة:

إن المجتمع في حاجة دائمة للاستقرار، فالاستقرار يعني الثقة في العلاقات القانونية والقدرة على توقع الأمور مقدماً ومن ثم إمكانية رسم وتخطيط العلاقات المستقبلية، والقانون يجب أن يحقق هذا الاستقرار في الحقوق والمراكز القانونية⁽¹⁾.

ويجب لتحقيق الاستقرار أو الأمن القانوني الالتزام ليس فقط بتطبيق القانون وتنفيذه، بل واحترام الأحكام القضائية التي تطبق هذا القانون من جانب الأفراد والجهات المنوط بها ذلك؛ فعدم تطبيق القانون يعني القضاء على الثقة في القانون والإخلال بالأمن والاستقرار وشيوع الفوضى في دولة يُفترض أنها قانونية.

ويربط الفقه بين فكرة الاستقرار في الحقوق والمراكز أو استبعاد التغييرات المفاجئة في تطبيق القانون بفكرة الأمن القانوني *securité juridique*. حيث إن مبدأ الأمن القانوني سبب وجود القانون، فالأمن القانوني يتعارض مع كون المراكز القانونية قابلة للتهديد إلى ما لا نهاية، فوظيفة القانون الأولى هي الأمن للشخص. ويتضمن مبدأ الأمن القانوني طائفتين من القواعد؛ أولهما تلك تهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، وثانيهما تلك التي تشترط فكرة اليقين في القواعد القانونية أي الوضوح والتحديد للقواعد

(1) حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون، طبعة سنة 1988، بدون دار نشر، ص34-35، بند39.

القانونية وقرارات السلطة العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات⁽¹⁾.

إن الأمن القانوني هو هدف عالمي تسعى إلى تحقيقه الأنظمة القانونية المختلفة من خلال تفعيل آليات في القانونين الموضوعي والإجرائي، يطبقها القضاء⁽²⁾، كتقادم الحق، والأثر الفوري للقانون، والتسجيل العقاري، وحسن النية في تنفيذ العقد، والعلانية، وتقادم الدعوى والخصومة⁽³⁾، والأدلة، والشكل في الإجراء، والتزام

Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », A.J.D.A., ⁽¹⁾ 1996 (numéro spécial), 176-178.

مشار إليه في: محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، المجلد/العدد: ع 36، 2004/10، ص 88-89.

⁽²⁾ حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: "أخطأ الحكم المطعون فيه حين قضى ببطلان العقد، بعد أن دخل حيز التنفيذ وبعد خمس سنوات من تمام التعاقد والتنفيذ، وبعد أن أصبح الحاجزون في المشروع بالآلاف من المواطنين، مخالفاً بذلك قواعد حسن النية في تنفيذ العقود، واحترام الحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وهو ما يندرج ضمن السلام الاجتماعي والأمن القانوني للمجتمع، وهي مصلحة أولى بالاعتبار من أي مصلحة أخرى". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 31314 - لسنة 56 قضائية - جلسة 14-9-2010 - مكتب فني 55 - ص 614.

⁽³⁾ على الرغم من أن التقادم في المجال المدني - عكس الجنائي - غير متعلق بالنظام العام (م 387 مدني مصري). ولكن وفقاً للقانون الفرنسي يتعلق التقادم بالنظام العام في بعض العقود الخاصة كعقد التأمين (راجع المادة 3-114 L. من قانون التأمين) وعقود الاستهلاك (راجع المادة 1-218 L. من قانون الاستهلاك) وغيرها.

Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.n°66.

القاضي بتطبيق القانون الساري وقت تقديم صحيفة الدعوى، ومبدأ المواجهة⁽¹⁾، و الأمانة الإجرائية، والحق في الطعن، وتسبب الأحكام والحق في قضية عادلة أمام قاض محايد impartial⁽²⁾، وغيرها من القواعد.

ومن الآليات القانونية الإجرائية، التي تحقق الأمن القانوني ابتغاء استقرار الحقوق والمراكز ووضع حدًا للنزاع فيها، هي القوى المختلفة التي يتمتع بها الحكم القضائي المتضمن للحقوق أو المراكز⁽³⁾، عند توافر مفترضاتها وشروطها، ومن هذه القوى

(1) في مبدأ المواجهة باللغة الفرنسية انظر:

Sayed MAHMOUD. Le principe du contradictoire dans la procédure civile en France et en Egypte. Étude de droit comparé : doctorat d'état : droit privé : Rennes 1 : 1990.

وباللغة العربية انظر: عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، 1992.

(2) BERGEL, J. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. Revue du notariat, 110, (2), 271–285. <https://doi.org/10.7202/104553ar>

(3) قوى تتعلق بالمحتوى الموضوعي للحكم وأخرى تتعلق بالحكم كإجراء، كاستفاد سلطة القاضي، وحجية الأمر المقضي، وقوة الأمر المقضي، والبيتوتة (عدم القابلية للإلغاء irrévocabilité)، والقوة التنفيذية، والقوة الثبوتية force probante، كلٌ يعمل بمفترضاته، وشروطه، وفي نطاقه، بحيث يغلف الحكم القضائي بغلاف مانع من المساس أو العدول أو التعديل، إجرائياً وموضوعياً.

انظر: فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، دار النهضة العربية، سنة 2017، ج1، بند 137، ص326 وما بعدها. وسيد أحمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة، سنة 2009، ص744 وما بعدها.

"حجية الأمر المقضي⁽¹⁾ (Res Judicata باللغة الإنجليزية أو Autorité de la chose jugée باللغة الفرنسية)" كوصف attribut للحكم على الاختلاف الفقهي والقضائي في تحديد مفهومها ونطاقها وأثارها التي منها منع العودة من إثارة النزاع مرة أخرى.

وحجية الأمر المقضي تؤكد لها قاعدة عدم جواز المساس بالحكم إلا من خلال طرق الطعن المحددة إجرائياً للموازنة بين اعتبار القاضي بشراً غير معصوم من الخطأ، ووضع حداً نهائياً للنزاع، فإذا كان تحقيق الأمن القانوني هو الغاية من حجية الأمر المقضي للحكم، فيكون عدم المساس بها إلا من خلال مسار إجرائي معين يكرس الأمن القانوني ويعزز منه.

وإذا كان احترام الحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وهو مما يندرج ضمن السلام الاجتماعي والأمن القانوني للمجتمع، هو مصلحة أولى بالاعتبار من أي مصلحة أخرى⁽²⁾، فإن حجية الأمر المقضي كذلك، لأنها تغلف الحكم بغلاف تحصنه من الأخطاء والعيوب التي تصيب محتواه الموضوعي أو قالبه الإجرائي، حيث إن

(1) قد تكون الترجمة إلى اللغة العربية السليمة والدقيقة بعبارة: "سلطة (أو حجية) الشيء (أو الأمر) المقضي فيه (أو به)"، ولكن درج القضاء والفقهاء على استخدام مصطلح أو عبارة "حجية الأمر المقضي"، لذلك آثرنا هذا الاستخدام أيضاً.

(2) كما تقضي المحكمة الإدارية العليا في حكمها في الطعن رقم 31314 - لسنة 56 قضائية - جلسة 14-9-2010 - مكتب فني 55 - ص 614.

مهمة القاضي الأساسية هي تطبيق القانون⁽¹⁾، وما حكمه إلا تطبيقاً لإرادة القانون في الحالة المعينة⁽²⁾، كما أن القانون ينطبق ولو كان غير عادل⁽³⁾، فإن الحجية المبنية على القانون تنطبق ولو كان الحكم خاطئاً أو غير عادل⁽⁴⁾.

ليس هذا فحسب، بل إن حجية الأمر المقضي تحسن الحكم حتى من الأخطاء الناتجة عن مخالفة النظام العام، لأن القاعدة المستقر عليها قضاء هي أن: "حجية الأمر المقضي تعلق على أي اعتبارات أخرى حتى على اعتبارات النظام العام"، أو "علو أو سمو حجية الأمر المقضي على النظام العام"، فإذا كانت حجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم تمنع من المساس به إلا بطريق الطعن، فعلوها على النظام العام تمنع المساس بالحكم ولو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام⁽⁵⁾.

(1) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها: دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1990، ص 27، بند 13.

(2) ظهرت نظرية قديمة صورت الحكم القضائي على أنه تشريع أو قانون يحل محل القاعدة الموضوعية. انظر في ذلك: وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1974، ص 206-207. فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة سنة 1997، ص 788، بند 415.

(3) فتحي والي، المبسوط ج 1، ص 366، بند 148.

(4) فتحي والي، المبسوط ج 1، ص 321، بند 135.

(5) ولأنه يفترض علم القاضي بالقانون *Jura novit curia*، وعليه التزام أن يتعمق في دراسة وتكييف الوقائع والأعمال المتنازع فيها والأعمال الإجرائية في علاقتها بقواعد القانون أو إعادة تكييفها تكييفاً صحيحاً، فمن باب أولى علمه وتمسكه بالقواعد القانونية متعلقة بالنظام العام من

لما تقدم، يتركز موضوع الدراسة على قاعدة قضائية مستقر عليها وهي قاعدة علو حجية الأمر المقضي للحكم على اعتبارات النظام العام، بحيث نعرض لتعريفها وأساسها ومفترضات تطبيقها، والوقوف على مدى إطلاق هذه القاعدة من خلال عرض نطاق تطبيقها إيجابياً وسلبياً.

تلقاء نفسه. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص123-132، وبحثاً له باللغة الفرنسية عن علم المحكمة بالقانون *Jura novit curia*، 1987-1988.

2- أهمية الموضوع:

-إن الحجية لم تعد مسألة نظرية une question d'école لها أساس تاريخي فقط، بل لها تداعيات تطبيقية عملية؛ فهي فكرة وظيفية للثبات، وعدم مساس بالحكم القضائي ومعتمدة على ضرورات الحياة اليومية⁽¹⁾.

صحيح أن الفقه الإجرائي - بل حتى الموضوعي - المصري والمقارن سالت أحبار أقلامه على نظرية أو قاعدة أو مبدأ "حجية الأمر المقضي"، ولكن لم يعن الفقه الإجرائي بقاعدة "العلو" ذاتها أي علو حجية الأمر المقضي على النظام العام ونتائجها العملية، ونطاق هذه القاعدة وقيودها، ولم تظفر هذه القاعدة ببحث علمي مستقل - على حد علمنا - بل مجرد إشارات مقتضبة في بعض كتب المرافعات العامة أو أبحاث حجية الأمر المقضي الخاصة⁽²⁾.

وتزداد أهمية هذه الدراسة إذا وضعنا في الاعتبار أن قاعدة: "حجية الأحكام تعلق على النظام العام" من ابتداع القضاء الذي لم يقف عندها لتفصيلها، على الرغم من

(1) Corinne BLÉRY, Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 11.

(2) انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 743 هامش (1). أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة (ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره) ونطاق تطبيقها في القانون المصري، الطبعة الثانية، ص 109 وهامش (1). كذلك انظر: محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص 192-193، بند 75.

ترديده لها وتطبيقها في سوابق قضائية كثيرة، وعلى اختلاف أنواع الأفضية، سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية. فقاعدة علو الحجية على النظام العام اعتبرها القضاء من قواعد المرافعات المدنية باعتبارها الشريعة العامة الإجرائية.

على الرغم من غموض فكرة علو الحجية على النظام العام، فإن القضاء لم يضع تحديداً واضحاً لماهية القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسمو عليها حجية الأحكام، كما لم يوضح نطاق هذه القاعدة أو قيودها، فبالاستقراء الهادئ لأحكام النقض واتجاهات الفقه نجد أن الحجية في بعض الأحيان لا تعلو على النظام العام⁽¹⁾.

-أما عن أهمية هذا الموضوع من الناحية العملية، فلقاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام نتائج وأثار عملية، ولكن عدم تحديد نطاقها يضفي على الحجية نوعاً من القدسية والإطلاق، حتى وصل الأمر إلى حد أنها أعتبرت أسمى من النظام العام نفسه، الأمر الذي يمثل خطورة واضحة، فحجية الحكم ستعلو على القواعد حتى المتعلقة بالنظام العام وهي أعلى مراتب القواعد القانونية التي يسنها القانون أو يحددها القاضي بغية تحقيق مصالح عليا في الدولة.

(1) بل ذهب إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى القول: "وإن صدور حكم من أحكام محكمة النقض وهو حكم بات يخالف قواعد النظام العام المستقرة في ضمير المجتمع والمستفادة من المبادئ الدستورية بل وتلك التي تعلو الدستور من شأنه أن يوجب إهدار هذا الحكم وهو ما يمثل قيماً على إطلاق حجية الأحكام". فتوى سنة 2004 - بتاريخ 10-12-2003 في الملف رقم 232 / 57 ص 1262.

- كما أن التطبيق الأعمى والمطلق لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام يفضي أحياناً إلى نتائج غير منطقية، كما لو خالف الحكم النظام العام الإسلامي، أو خالف الدستور، أو خالف قانوناً يمس بحياة البشر على سبيل المثال.

3- إشكالية الدراسة ومعوقاتنا ونطاقها:

إذا كان تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام مسألة تعرّض لها الفقه الإجرائي بأبحاث عديدة، إلا أن فكرة علو تلك الحجية على أعلى مراتب النظام القانوني وهو النظام العام لم تكن محل اهتمام كافٍ من الفقه، فإزاء غموض قاعدة " علو حجية الحكم على النظام العام" وهي مقررة قضاءً في مصر وفرنسا و الأنظمة اللاتينية الأخرى بل والانجلوسكسونية، اخترنا دراستها تأصيلياً من خلال تعريف هذه القاعدة وأسسها ومبرراتها الفلسفية والفنية والقانونية، وكذلك مفترضاتها، وتحليلياً ببيان نطاق تطبيقها الإيجابي و السلبي أي القيود أو الاستثناءات التي ترد عليها.

بل إن لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام آثاراً عملية في نطاق فكرة القضية سواء أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية ومحكمة النقض، وينتج عنها فرض التزامات إجرائية على الخصم تارة وعلى القاضي تارة أخرى، فقاعدة العلو، وبحق، ليست مجرد قاعدة نظرية وفلسفية، بل هي قاعدة عملية ترتب نتائج عملية.

إن القارئ لكلمات هذه القاعدة قد تبدو له من أول وهلة تعارضها مع المنطق القانوني، فعموماً، كيف لمسألة في القانون تعلق على النظام العام وهي أعلى السلم القانوني، وخصوصاً حجية الأمر المقضي، فهل توجد قاعدة متعلقة بالنظام العام

أعلى من قاعدة هي الأخرى متعلقة بالنظام العام؟ بمعنى آخر هل يوجد تدرج في فكرة النظام العام؟ هل يمكن القول بأن الحجية تعلو على قواعد الاختصاص النوعي، في حين أن الحجية وقواعد الاختصاص النوعي متعلقتان بالنظام العام؟

وإذا كان الفكر القانوني عامةً يأبى إطلاق القواعد القانونية، فهل تعلو حجية الأحكام على النظام العام بصفة مطلقة أم لهذه القاعدة قيود واستثناءات؟، وما نطاق هذه القاعدة من الناحية الإيجابية والسلبية؟، ومما يزيد المشكلة تعقيداً، غموض المقصود بالحجية التي تعلو النظام العام، خاصةً في ظل عدم وجود نص قانوني يحدد مفهوم تلك الحجية تمييزاً لها عن قوة الأمر المقضي وما تبع ذلك من اختلاف قضائي وفقهي. علاوة على ما هي القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلو عليها الحجية؟، وهل توجد قواعد متعلقة بالنظام العام هي التي تعلو على الحجية؟ فمتى تكون الغلبة للحجية ومتى تكون الغلبة للنظام العام؟

إن معوقات الدراسة لا تنحصر فقط في عدم وجود بحث - على حد علمنا - في قاعدة علو الحجية على النظام العام لا داخل مصر ولا خارجها، على الرغم من اعتبارها من المسلمات القضائية الإجرائية التي تُردد وتُطبق دون قيود أو ضوابط أو حتى شرح، بل من المعوقات أيضاً أن هذه الدراسة بطريق اللزوم تمتد للتعرض لمفاهيم إجرائية مختلف عليها ليس فقط تشريعياً بل وقضائياً وفقهياً، وكأنها أفكار

غير حاسمة ورمادية سواء فيما يتعلق بالحجية أو حتى بفكرة النظام العام وهما مفترضا تطبيق القاعدة محل الدراسة⁽¹⁾.

إن، الدراسة لا يتحدد نطاقها في حجية الأمر المقضي ذاتها التي تحوزها الأحكام، وإلا كانت غير ذي جدوى أو جديد، ولكن تركز على أثر من آثار حجية الأمر المقضي وهو علوها أو سموها على النظام العام، لذا آثرنا تسمية عنوان الدراسة "علو الحجية على النظام العام" عن "الحجية تعلو على النظام العام". كما أن الدراسة منصبة على علو حجية الأحكام القضائية وبالتالي سنستبعد من نطاق هذه الدراسة علو حجية أحكام التحكيم على النظام العام التي نرى بأن لها خصوصية حتمية وملازمة لطبيعتها الخاصة والمتميزة عن أحكام القضاء لتكون محلاً لدراسة أخرى للباحثين القانونيين.

(1) من أصعب المسائل في القانون هي مسألة المصطلحات القانونية، صحيح أنه لا مشاحة في الاصطلاح، ولكن شريطة ألا يترتب على الاختلاف في المصطلح نتائج قانونية خطيرة، ويزيد الأمر خطورةً عندما يقوم الفقه بالمطابقة و التقريب بين أفكار قانونية مختلفة، ومن هذه المسائل ، وقوة *Autorité de la chose jugée* في مجال قانون المرافعات هي حجية الأمر المقضي والقوة *Force exécutoire* و القوة التنفيذية *Force de chose jugée* الأمر المقضي و أيضاً فاعلية *Irrévocabilité de la chose jugée* و البيوتوتة *Force probante* الثبوتية *Efficacité du jugement* الحكم.

Cédric BOUTY, chose jugée. Répertoire de procédure civile, mars 2018 n° 3-4.

4- منهج الدراسة وخطتها:

سنتبّع في دراسة قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام المنهج التأسيلي والتحليلي النقدي المقارن، إذ سنحاول تأصيل هذه القاعدة ببيان مفهومها وطبيعتها، كذلك سنقوم بتحليل النتائج والآثار المترتبة على هذه القاعدة توضيحاً لأهميتها، ثم نبين الأسس التي تقوم عليها من الناحية التاريخية والفلسفية والفنية والقانونية.

وطالما أن قاعدة العلو من صنع القضاء، فوجب استقراء وتحليل الأحكام القضائية المصرية والمقارنة في فرنسا وبعض الدول العربية التي أظهرت تطبيقات هذه القاعدة، لنصل إلى مدى إطلاقها، ببيان النطاق الإيجابي لتفعيلها، وكذلك القيود أو الاستثناءات التي ترد عليها أي نطاقها السلبي.

وهذا كله وذاك بوضع الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام.

المبحث الثاني: مفترضات تطبيق قاعدة علو حجية الاحكام على النظام العام.

المبحث الثالث: تفعيل قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام.

المبحث الأول

ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

للقوف على ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام، وجب وضع مفهوماً واضحاً ومحدداً لها، إذ على الرغم من أن القضاء هو الذي ابتدع هذه القاعدة، ولكنه لم يحدد مفهومها أو تعريفها، وهذا أمر ليس بغريب، لأن مهمة التعريف وتوضيح المفاهيم القانونية، أياً كان منبعها، هي مهمة الفقه بالدرجة الأولى، وترجع أهمية تعريف القاعدة إلى تمييزها عن قاعدة الحجية ذاتها، فكما بينا في مقدمة هذه الدراسة أنها تتركز وحسب على "علو" حجية الحكم على النظام العام، وكذلك وجدنا أن لهذه القاعدة مجالات لتطبيقها خارج مجالات تفعيلها الحقيقية عندما تتبعنا التطبيقات القضائية، وكان ذلك بسبب الخلط في مفهوم القاعدة.

كما أن تحديد ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام يستدعي منا التطرق إلى طبيعة هذه القاعدة، إذ أن مصدر هذه القاعدة المباشر ليس القانون، أو التشريع بمعنى أدق، بل القضاء. ولا شك أن قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام ليست قاعدة نظرية بحتة بل لها أهداف ونتائج عملية بشأن عملية التقاضي وتطهيرها أولاً بأول من البطلان، ومواجهة مماطلات الخصوم وسلوكياتهم المثبطة للعدالة الناجزة (مطلب أول).

إن قاعدة علو حجية الأمر المقضي للحكم على النظام العام قد تبدو من أول وهلة عند قراءتها، ومن خلال تركيبها الاصطلاحي القانوني، غير منطقية، فكيف يكون هناك ما هو أعلى من النظام العام وهو أعلى سلم النظام القانوني في أي دولة، وإذا كانت حجية الأمر المقضي ذاتها قاعدة متعلقة بالنظام العام، فكيف إذن تعلو على النظام العام ذاته، لذلك وجدنا أن الوقوف على الأساس التاريخي والفلسفي لهذه القاعدة هما خير معين على إدراكها وفهم تبريراتها الفنية والقانونية (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام وأهميتها ونتائجها

إن قاعدة علو الحجية على النظام العام قد تختلط بقاعدة الحجية ذاتها فكان لزاماً أن نحدد مفهوم هذه القاعدة في هذا المقام كتمهيد لتحديد مفترضات هذه القاعدة وعناصرها الأساسية فيما بعد (فرع اول). وآثرنا التعرض لطبيعة هذه القاعدة من حيث مدى تعلقها بالنظام العام، خاصةً وأن حجية الأمر المقضي ذاتها لم تكن ومنذ ابتداعها قاعدة متعلقة بالنظام العام، حيث مرت بتطور في هذا الشأن، من قاعدة غير متعلقة بالمصلحة العامة إلى قاعدة تستهدف هذه المصلحة، على عكس قاعدة علو الحجية فهي كانت ومنذ نشأة قاعدة الحجية ومازالت متعلقة بالنظام العام، أليس هذا تناقضاً؟! (فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

إن مفهوم قاعدة علو الحجية على النظام العام يجعلنا نتطرق إلى تعريف القاعدة والمقصود منها وكيف عبّر عنها القضاء في مصر وفرنسا، ومدى صحة التعبير عن القاعدة في مجالها الصحيح، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

1) المقصود من قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام:

إن مضمون حجية الأمر المقضي هو أن الحكم متى أصدرته المحكمة يعد عادلاً مطابقاً للحقيقة من الناحية الموضوعية، ويعبر عن ذلك بقاعدة لاتينية *res iudicata pro veritate accipitur (or habetur)* وصحياً من الناحية الإجرائية، فالحكم صحيح في ذاته وهو نتيجة إجراءات صحيحة. فالأصل أن الإجراءات قد رُعيّت (قرينة صحة الإجراءات).

لذلك، فالحكم يحوز حجية الأمر المقضي ولو كان غير عادل أو خاطئاً في تطبيق القانون أو قاعدة قانونية موضوعية كانت أو إجرائية، ولو كانت هذه القاعدة التي خالفها الحكم متعلقة بالنظام العام. فلو صدر الحكم باطلاً لصدوره مخالفاً للقانون الموضوعي أو الإجرائي فلا يتعارض ذلك مع تمتع أو الاستمرار في تمتع الحكم بحجية الأمر المقضي متى توافرت شروط الحجية، بل أن الحكم الحائز للحجية

يظل حائزاً لها ولو كان الحكم باطلاً لمخالفة قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام في القانون الإجرائي أو الموضوعي، كما لو صدر الحكم مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي أو لقوانين النقد في مصر⁽¹⁾.

وعلى الرغم من النظرة العلوية لفكرة النظام العام أو بمعنى أدق للقاعدة الموضوعية أو الإجرائية المتعلقة بالنظام العام باعتبارها أعلى القواعد القانونية وأسامها، أيّاً كان مصدرها، إلا أن حجية الأمر المقضي تعلق على النظام العام، فالنظام العام ليس هو الأعلى والأسمى، بل يوجد ما يعلو أو يسمو عليه أو يفوقه وهو حجية الأمر المقضي.

وقد يبدو من أول وهلة أن قاعدة علو الحجية على النظام العام تعارض المنطق القانوني للسبب السالف ذكره، ولكن يتلاشى هذا التعارض عند معرفة العلة منها، وهي أن تقويم اعوجاج الحكم موضوعياً أو إجرائياً يكون من خلال طرق الطعن أو المراجعة المقررة له قانوناً وفقاً لضوابطها وحدودها. ولذلك، فخارج طرق الطعن، باستغلاقها أو استنفادها، لا يجوز تقويم الحكم، فلا مساس به، ولو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام، بحيث إذا لم يجز الطعن في الحكم تحصن وصُحح البطلان

(1) انظر تطبيقات في القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلق حجية الحكم عليها ما يلي الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثالث.

الذي شابه، سواء كان البطلان متعلقاً بالنظام العام ومن باب أولى إذا كان غير متعلق، وهذه هي النتيجة الإجرائية لحجية الأمر المقضي⁽¹⁾.

فإذا كانت حجية الأمر المقضي ذاتها قاعدة متعلقة بالنظام العام لاستقرار الحقوق والمراكز، فلذات الحكمة، تعد الحجية أكثر القواعد اتصالاً بالنظام العام مقارنة بمثيلاتها⁽²⁾، بمعنى أنه إذا تزاومت أو تعارضت فكرة الحجية مع قاعدة قانونية هي

(1) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 735-736، بند 391.

فقاعدة عدم جواز إبطال الاحكام ولو لمخالفة قواعد متعلقة بالنظام العام إلا بطرق الطعن المقررة قانوناً، وقاعدة عدم جواز رفع دعوى بطلان أصلية لمراجعتها هما قاعدتان معاضدتان ومؤكدتان لقاعدة علو الحجية على النظام العام. انظر في الأساس القانوني لقاعدة علو الحجية على النظام العام ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني التالي من هذا المبحث.

(2) وقد بينت المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968 أن الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها، وقضت محكمة النقض المصرية مؤكدة على ذلك بأنه: "لما كان مفاد نص في المادة 116 من قانون المرافعات أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها قد أصبح وفقاً لهذا النص متعلقاً بالنظام العام وعلى ذلك حسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى وهي حجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 278 - لسنة 72 قضائية - جلسة 22-4-2003 - مكتب فني 54 - ص 702).

وقضت أيضاً بأن: "هذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها". انظر حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 85 - لسنة 39 قضائية - بتاريخ 29 - 4 - 1974. ومحكمة النقض - مدني - الطعن رقم 424 - لسنة 43 قضائية - بتاريخ 26 - 1 - 1981.

الأخرى متعلقة بالنظام العام، فتعلو الأولى على الأخيرة، ويتصور التزام صدر الحكم وأدعي مخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام خارج القضية التي صدر فيها، أو داخل القضية عند محاولة النيل منه أو النعي عليه للمخالفة ذاتها أمام المحكمة التي أصدرته أو محكمة الطعن بعد حيازته القوة الإجرائية المانعة من المساس به⁽¹⁾.

وتطبيقاً لما تقدم، إذا صدر الحكم مثلاً من محكمة غير مختصة نوعياً أي مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام، فتعلو حجيته على تلك القواعد التي خالفها، فيتحصن الحكم من العيب الذي أصابه بسبب مخالفة قواعد الاختصاص خارج إطار الطعن، لأن الحجية التي تعلو على النظام العام لا تمنع من الطعن فيه⁽²⁾، كذلك الحال لو صدر الحكم مخالفاً لقواعد عدم صلاحية

(1) في مفترضات تطبيق قاعدة العلو، انظر ما يلي المطلب الثاني من المبحث الثاني.

(2) حيث قُضي بأنه: "كانت قوة الأمر المقضي التي تلحق بالأحكام النهائية - حتى ولو أقيمت على قاعدة غير صحيحة في القانون - تعلو على اعتبارات النظام العام". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 16615 - لسنة 77 قضائية - بتاريخ 22 - 4 - 2012، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6170 - لسنة 83 قضائية - بتاريخ 9 - 1 - 2018. وانظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7483 - لسنة 82 قضائية - بتاريخ 2 - 1 - 2016 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 12824 - لسنة 59 قضائية - بتاريخ 28 - 7 - 2015.

القاضي المطلقة بنظر الدعوى المتعلقة بالنظام العام أيضاً⁽¹⁾، أو صدر الحكم باطلاً بطلاناً عاماً ناشئاً عن عدم توقيع المحامي على صحيفة الدعوى أو الطعن⁽²⁾، أو صدر الحكم مخالفاً لقاعدة موضوعية متعلقة بالنظام العام كقواعد قوانين النقد في مصر⁽³⁾.

وفي اعتقادنا، يمكن تعريف قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام بأنها: "القاعدة التي تمنع الادعاء أو النعي على الحكم، سواء خارج القضية التي صدر فيها أو داخلها، بمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام - الموضوعي أو الإجرائي - إلا من خلال طرق الطعن والمراجعة المقررة له في القانون، لغايات استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأييد النزاع".

وسنعرض لمزيد من تطبيقات قاعدة علو الحجية على النظام العام لاحقاً⁽⁴⁾، غير أنه تجدر الإشارة هنا ابتداءً إلى وجوب الأخذ في الاعتبار أن مفهوم حجية الأمر المقضي، التي تعلق على النظام العام، في ظل التطبيقات القضائية وتتبعها، هو

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8121 - لسنة 81 قضائية - بتاريخ 11 - 6 - 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 132 - لسنة 65 قضائية - جلسة 21-3-2000 - مكتب فني 51 - ج 1 - ص 443.

(3) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 200 - لسنة 29 قضائية - جلسة 21-5-1964 - مكتب فني 15 - ج 2 - ص 706.

(4) انظر ما يلي المبحث الثالث.

المفهوم القضائي له أي الذي يعتمد القضاء المصري اتساقاً مع نص المادة 101 إثبات الذي يعلق الحجية على اكتساب الحكم قوة الأمر المقضي⁽¹⁾.

(2) التعبير القضائي والفقهني عن القاعدة:

يُعبّر قضاءً وفقهاً عن قاعدة علو الحجية على النظام العام إما صراحةً أو بصفة مباشرة، أو ضمناً أو بطريقة غير مباشرة، إذ تعبر عنها محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي حتى ولو خالف مبدأ متعلق بالنظام العام⁽²⁾. (L'autorité de la chose jugée s'impose même en cas de méconnaissance d'un principe d'ordre public) أو بتعبيرها بأن الأحكام التي لا تعد محلاً لأي طريق من طرق الطعن، أياً كانت العيوب التي تصيبها، تحوز حجية الأمر المقضي⁽³⁾.

⁽¹⁾ في مفهوم الحجية كمفترض لقاعدة العلو انظر ما يلي المطلب الثاني من المبحث الثاني.
⁽²⁾ Cass. 2e civ., 25 oct. 2007, n° 06-19.151 : JurisData n° 2007-040999 ; Bull. civ. II, 240.

L'autorité de la chose jugée, qui s'attache à un jugement dès son prononcé, s'impose même en cas de méconnaissance d'un principe d'ordre public. Cour de cassation – Chambre commerciale – 21 janvier 2014 – n° 12-25.887.

⁽³⁾ « Le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu et s'attache même aux décisions erronées » (Cass. 1ère Civ., 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 225, p. 214) ; « l'autorité de la chose jugée s'attache aux jugements qui n'ont fait l'objet d'aucun recours, quels que

-وتستخدم محكمة النقض المصرية عبارات متنوعة في التعبير عن القاعدة ومنها أن الحجية تثبت للحكم حتى ولو كان قد خرج في قضائه على صحيح القانون أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام⁽¹⁾، وأنه إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار⁽²⁾، وتعبيراً عن قدسية حجية الأمر المقضي للأحكام، ذهبت بعض الأحكام العربية إلى اعتبار الحجية تعلق ليس فقط على اعتبارات النظام العام، بل وعلى أي اعتبار آخر⁽³⁾.

-ويعبر الفقه كذلك عن قاعدة علو الحجية على النظام العام بأن الحجية مبدأ عام ومطلق⁽⁴⁾، فتحوز حجية الأمر المقضي للقرارات الخاطئة فمن باب أولى الصحيحة

soient les vices dont ils sont affectés » (Cass. Com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289, p. 195). Com. 19 oct. 1993, no 91-20634, Bull. civ. IV, no 341, JCP 1993. IV. 2657.

(1) انظر نقض 1957/5/23 - المجموعة 8 - 496، 1964/5/21 - المجموعة 15 - 716، 1965/5/27 - المجموعة 16 - 651، 1968/1/9 - المجموعة 19، مشار إليهم في: فتحي والي، نظرية البطلان، ص 743، هامش (1).

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 343 - لسنة 23 قضائية - جلسة 9-1958 - مكتب فني 9 - ج 1 - ص 62.

(3) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 385 - لسنة 2001 قضائية - بتاريخ 26 - 1 - 2004.

(4) "C'est là, l'application de ce que le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu" (Com. 30 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 174).

L. Dargent : Caractère général et absolu du principe de l'autorité de la

منها، لذلك وصف البعض قاعدة العلو بشدة حجية الأمر المقضي Les rigneurs de l'autorité de chose jugée⁽¹⁾. ويعبر البعض الآخر عن القاعدة بتغطية الحجية التي تلازم الحكم ما يكون قد شابه من أسباب عوار حتى لو نتيجة مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

كما أن لهذه القاعدة تطبيقات في النظام الانجلوسكسوني، فالمذاهب المتعلقة بالمطالبات The doctrines of claim واستبعاد المسألة issue preclusion تمنع من إعادة النزاع في المسائل القانونية وكل أسباب الدعوى، حتى عندما يسفر النزاع السابق عن قرار خاطئ⁽³⁾.

chose jugée. Civ. 2e, 25 octobre 2007, F-P+B, n° 06-19.151 (Décision en ligne). Dalloz actualité 23 novembre 2007.

⁽¹⁾ Jean-Michel Sommer et Claudette Nicoletis. Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation Deuxième Chambre civile. Recueil Dalloz 2008 p.648.

⁽²⁾ فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص743، بند392.
⁽³⁾ وقد عبرت المحاكم عن هذه الفكرة في مناسبات عديدة، حيث قيل مثلاً بأن حجية الأمر المقضي به تجعل الأسود أبيضاً والملتوي مستقيماً، لأنه في بعض القضايا تطبيقها يؤدي نتيجة غير صحيحة، ومع ذلك، إن المبدأ القائل بأن القضية يجب أن تصل إلى نهايتها، مهم جداً، وحقيقة أن بعض القرارات ستكون غير صحيحة بطريقه يمكن إثباتها لاحقاً هو الثمن الضروري.

“It has been said that res judicata makes black white and crooked straight. In some cases its application produces a demonstrably incorrect result. The principle that litigation must come to an end, however, is a very important one, and the fact that some decisions will be incorrect in

3) تحديد المجال الدقيق للتعبير عن قاعدة العلو:

في مواطن أخرى يُعبر عن قاعدة علو الحجية على النظام العام في غير موضعها، حيث يوجد خلط قضائي بين قاعدة علو الحجية على اعتبارات النظام العام، وتعلق الحجية ذاتها بالنظام العام، بحيث إذا أراد القضاء التعبير عن قاعدة تعلق الحجية بالنظام العام عبّر بدلاً من ذلك عن علوها على النظام العام، بحيث يكون منطقياً، بحسب هذا القضاء، تعلق الحجية بالنظام العام من باب أولى إذا كانت الحجية ذاتها تعلق على هذا النظام⁽¹⁾. فاستخدام قاعدة علو الحجية على

a way that can later be demonstrated is a necessary price” .Velasquez v. Franz, 589 A.2d 143, 165 (N.J. 1991) (Stein, J., dissenting).

<https://www.courtlistener.com/opinion/2291291/velasquez-v-franz/>

(زيارة مايو 2020)

وأبرز تعبير عن هذه الفكرة هو قرار المحكمة العليا الأمريكية في قضية Jeter v. Hewitt ففي ظل نظام هذه الدولة، يتطلب الحفاظ على النظام العام، وراحة المجتمع، وهدوء الأسر quiet of families، ان ما تم حسمه بحكم قطعي من قبل المحاكم المختصة كحقيقة قانونية لا يمكن دحضها. ولا يمكن لأي دليل آخر أن بمنح القوة لافتراض الحقيقة التي تخلفها، ولا يمكن لأي حجة ان تنتقص من فعاليتها القانونية.

Jeter v. Hewitt, 63 U.S. 352, 363–66 (1859). See Taxing Dist. of Brownsville v. Loague, 129 U.S. 493, 505.(1889)

Solum, Lawrence B., Procedural Justice (January 1, 2004). 67 Souther California Law Review 181 (2004).p.246. Available at SSRN : <https://ssrn.com/abstract=636721>

⁽¹⁾ فُقضي مثلاً بأنه: "لما كان الثابت أن مصلحة الطاعنة اقتصرت في طعنها أمام محكمة أول درجة على تعييب قرار اللجنة فيما قضى به من عدم إعمال أحكام المادة (40) من القانون 157

النظام العام قضاءً لا يكون أحياناً في مجال تطبيقها الصحيح الذي يكون عند إثارة بطلان حكم خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام في دعوى جديدة أي خارج القضية التي صدر فيها أو داخل القضية عند استنفاد ولاية القاضي أو استنفاد واستغلاق طرق الطعن.

لما سبق فُضي ب: "إن المطالبة القضائية بمؤجل المهر تقوم على مفترض أولي هو تحقق إحدى هاتين الواقعتين، ...، ومن بينها صدور الحكم النهائي بالتفريق - ولو كان مطعوناً عليه بطريق من طرق الطعن غير العادية - ولا تعيد تلك المطالبة طرح هذه الواقعة لبحثها من جديد، بعد أن حسمها حكم قضائي قرر - في قوة الحقيقة القانونية - تطبيق الزوجة طليقة بانئذ، وإلا كان ذلك هدماً لحجية هذا الحكم وهو ما لا يجوز قانوناً، لسمو تلك الحجية حتى على قواعد النظام العام"⁽¹⁾.

-بيد أنه لا ينفذ هذا الخط القضائي على النحو السابق ذكره أن لكل من قاعدة تعلق الحجية ذاتها بالنظام العام و قاعدة علوها عليه مجالاً لإعمالهما، فقاعدة

لسنة 1981 على المطعون ضده عن سنة النزاع فإن قرار اللجنة فيما عدا ذلك . وأياً كان وجه الرأي فيه . يحوز حجية بشأن تقدير أرباح المطعون ضده التي لم تثر أمام محكمة أول درجة وهذه الحجية تمنع من العودة إلى مناقشة ما سبق أن قضى به في هذا الصدد إذ أن قوة الأمر المقضي تعلق اعتبارات النظام العام". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8136 - لسنة 65 قضائية - بتاريخ 14 - 4 - 2003 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(1) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 7 لسنة 19 قضائية بتاريخ: 2-10-1999.

تعلق الحجية ذاتها بالنظام العام تتطبق بغية ترتيب النتائج المتمثلة في أن الحجية توجب أو تجيز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا يجوز التنازل عنها، بينما نجد أن نطاق إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام هو عند الادعاء ببطلان الحكم لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام خارج القضية التي صدر فيها الحكم أو داخل القضية أمام المحكمة التي أصدرته أو محكمة الطعن بعد استغلاق الطعن أو استنفاده، فيتحدد النطاق الخاص لقاعدة علو الحجية بغية منع المساس بالحكم لتحصنه ولو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام.

-وما يزيد من الأمر تعقيداً هو الخلط القضائي المستمر والشائع بين فكريتي الحجية وقوة الأمر المقضي من ناحية، وقوة الأمر المقضي و البيوتة من ناحية أخرى⁽¹⁾، حتى في إطار قاعدة علو الحجية على النظام العام، وهو أمر بديهي، فلن يتغير مفهوم الحجية عن مفهومها في إطار قاعدة علوها على النظام العام، فمعظم أحكام القضاء المصري ما تُقصر تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام على الأحكام النهائية التي تحوز قوة الأمر المقضي، لأنها ببساطة تتبنى المفهوم

(1) انظر في مفترض قاعدة العلو وهو حيازة الحكم حجية الأمر المقضي ما يلي المطلب الثاني من المبحث الثاني.

القضائي للحجية الذي يطابقها بقوة الأمر المقضي، على عكس المفهوم الفقهي الدقيق للحجية كأثر للحكم الابتدائي الموضوعي (غير إجرائي)⁽¹⁾.

لذلك، وصلت قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام في حداثتها وقسوتها إلى درجة علوها حتى على الدفع بالحجية ذاته المتعلق بدوره بالنظام العام، حيث قُضي بأنه: "إذ كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة بجلسة قد قضى برفض الدفع المبدى من الطاعنة بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكانت الطاعنة قد قبلت هذا القضاء وقصرت استئنافها على (باقي) ما قضى به الحكم الابتدائي وكان الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة ثاني درجة إلا في حدود طلبات المستأنف فإن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقاً بالنظام العام؛ لأن قضاء محكمة أول درجة برفض هذا الدفع يكون قد حاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو

(1) حيث قضت محكمة النقض بأنه: "إذا لم يطعن الخصوم في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يحوز قوة الأمر المقضي ويمتنع عليهم العودة إلى مناقشة هذه المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها كما يمتنع على المحكمة معاودة النظر فيه لما هو مقرر أن حجية الأحكام تسمو على النظام العام". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 731 - لسنة 60 قضائية - جلسة 25-12-1994 - مكتب فني 45 - ج 2 - ص 1661. راجع كذلك: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 411 - لسنة 34 قضائية - بتاريخ 21 - 6 - 1972. كما قضت محكمة النقض بأنه: "وكانت قوة الأمر المقضي التي تلحق بالأحكام النهائية تعلق على اعتبارات النظام العام ومن ثم يكون لمحكمة النقض أن تثيرها من تلقاء نفسها ما دامت عناصرها كانت مطروحة على محكمة الموضوع". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1431 - لسنة 57 قضائية - بتاريخ 18 - 12 - 1988 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

على قواعد النظام العام ومن ثم لا يقبل من الطاعنة التحدي به أمام محكمة النقض⁽¹⁾.

ثانياً: طبيعة قاعدة علو الحجية على النظام العام

1) قاعدة العلو هي قاعدة قضائية:

إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي قاعدة غير منصوص عليها صراحةً في القانون ولكن ابتدعتها القضاء، حيث إن أول حكم قضائي في مصر - على حد علمنا- طبق قاعدة علو الحجية بالمفهوم القضائي (قوة الأمر المقضي) على النظام العام صدر سنة 1951 أي ما يجاوز السبعين عاماً⁽²⁾. فقاعدة علو

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4653 - لسنة 62 قضائية - بتاريخ 2 - 3 - 2003 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "ومن حيث إن حاصل سبب الطعن في الحكم الثاني الصادر في 16 يناير سنة 1949 هو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون إذ قضت برفض الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف استناداً إلى أنها قضت في حكمها السابق الصادر في 28 من نوفمبر سنة 1948 بقبول الاستئناف شكلاً مع أن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام وكان يجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أخطأت إذ قررت أن المحامي الموقع على صحيفة الاستئناف مقرر للمرافعة أمامها في حين أن اسمه كان مستبعداً من الجدول منذ 3 من يونية سنة 1946 ومن مقتضى هذا الاستبعاد منع المحامي من المرافعة. ومن حيث إن هذا السبب بجميع أوجهه مردود أولاً بما قرره الحكم المطعون فيه من أن المحكمة بعد أن استنفدت ولايتها في الفصل في شكل الاستئناف بقبوله شكلاً لا تملك النظر في الدفع ببطلان صحيفته لتعلق هذا الدفع بشكل الاستئناف الذي سبق أن فصلت فيه لا بموضوعه، ومردود ثانياً بأن قول المحكمة بعد ذلك بأن المحامي الموقع على عريضة الاستئناف هو من المحامين المقررين

الحجية على النظام العام هي قاعدة عتيقة ومنذ القدم، وهي أيضاً قاعدة إجرائية عامة في قانون المرافعات الذي يعتبر الشريعة العامة الإجرائية، لأن قاعدة العلو ملازمة لحجية الحكم الموجودة في القوانين التي تنظم الإجراءات الجنائية والإدارية أو غيرها من المسائل الإجرائية.

ويترتب على اعتبار القضاء هو منشأ قاعدة علو الحجية على النظام العام، اتساع نطاق تطبيق وتفعيل هذه القاعدة، من حيث قوى الحكم والمحاكم المحتج أمامها بها، على أساس أن الحجية في مفهوم هذا القضاء ليس هو المفهوم الفني الضيق لها كأثر خارجي للحكم الموضوعي، بل اختلط بالقطعوية وبالقوى الإجرائية الأخرى للحكم، كما سنبين لاحقاً⁽¹⁾.

ولا نقصد من الطبيعة القضائية لقاعدة العلو و بالتالي عدم النص عليها في التشريع أنها مخالفة للقانون، ولكن نقصد أن دور القضاء بالنسبة لهذه القاعدة لم يقتصر على التطبيق بل وقبل ذلك الإنشاء، وهي قاعدة تتفق مع القانون والمنطق

أمامها وإن استبعد اسمه من الجدول وإيرادها دفاع المطعون عليه في هذا الخصوص قد جاء منها تزييدا لا تأثير له على سلامة حكمها ومردود أخيراً بأن تحدي الطاعنة بأن الدفع المشار إليه يتعلق بالنظام العام فكان على المحكمة أن تلاحظه من تلقاء نفسها - أن هذا التحدي إنما محله ألا يكون قد صدر منها حكم بقبول الاستئناف شكلاً، ذلك أن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها المذكور تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماساً بقواعد النظام العام ". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 24 - لسنة 19 قضائية - جلسة 15-11-1951 - مكتب فني 3 - ج 1 - ص 37.

(1) انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثاني.

القانوني ولأسس قانونية وفنية مبررة سنوضحها لاحقاً، فكما قلنا لا المساس بالحكم حتى ولو خالف النظام العام خارج طرق طعن ومراجعة الأحكام المقررة قانوناً، ولكن طالما أن هذه القاعدة لم ينظمها المشرع ولم يضع لها نصوصاً، فقد ينجم عن ذلك، وبالفعل حدث، مشاكل في مفهومها ونطاق تطبيقها وتفعيلها وآثارها، لذلك بدايةً نوصي المشرع المصري بالتدخل لمعالجة هذه القاعدة الهامة لتحقيق غايات استقرار الحقوق والمراكز بالتنظيم على الوجه الذي سنبينه في ختام هذه الدراسة.

(2) قاعدة العلو هي متعلقة بالنظام العام:

إن حجبية الأمر المقضي تعلو على قواعد النظام العام حتى ولو كانت تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام واجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه، فطالما أن الحكم صدر منه فلا يجوز له المساس به حتى بحجة مخالفته للنظام العام، بمعنى أن حجبية الحكم الذي صدر من القاضي أقوى من سلطة القاضي الذي أصدره، لأن المسائل المتعلقة بالنظام العام كان يمكن للخصم أيضاً - بجانب المحكمة- أن يثيرها في أي حالة عليها الدعوى، أما وأنها لم تُثر، فيكون سبيل تدارك هذا الخطأ هو الطعن، وليس إهدار حجبية الحكم.

والمثير للبحث والدراسة هو أن استقرار الحقوق والمراكز ليس غاية اعتبار الحجية متعلقة بالنظام العام فقط بل هو علوها على النظام العام ذاته⁽¹⁾. فالحجية تعلو على النظام العام حتى فيما قبل النص على جواز إثارة المحكمة حجية الأمر المقضي من تلقاء نفسها صراحة في المادة 116 من قانون المرافعات المصري الحالي رقم 13 لسنة 1968 ونص المادة 101 من قانون الإثبات، إذ كانت تنص الفقرة الثانية من المادة 405 من التقنين المدني الملغي⁽²⁾ على أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة (الحجية) من تلقاء نفسها، فاعتبرت الحجية مسألة

(1) وللصالح الذي يوجب احترام ما ينطق به القاضي ممثل السلطة القضائية من أحكام ويوجب وضع حداً للمنازعات حتى تستقر الحقوق، ولا يقدر ذلك في جواز تنازل الخصم عن الحق الثابت في الحكم، فالتنازل عن الحكم جائز (م 145 مرافعات مصري)، بينما التنازل عن الحجية غير جائز، فالمسألة الأولى متعلقة بحق خاص، والثانية متعلقة بمرفق لما تقوم به الدولة. وفي زمن سابق اعتبرت فيه الحجية غير متعلقة بالنظام العام، كما في التقنين المدني المصري الملغي بالمادة 405 منه، كانت قاعدة علو الحجية على النظام العام منطبقة، وذلك من خلال منع رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم وتقضي المحكمة عندئذ بعدم قبول دعوى البطلان من تلقاء نفسها، والغريب أن الحكم قديماً الذي صدر خلافاً لحكم سابق كان قابلاً للطعن بالنقض سواء دفع الخصوم بهذا الدفع أو لم يدفع، والغريب أيضاً أنه كان التناقض بين الأحكام محظوراً احتراماً لحجية الأحكام، كل ذلك في ظل قانون لم يجعل الحجية ذاتها متعلقة بالنظام العام. انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 739-742، بند 392.

(2) كانت المادة 405 تنص على أنه: "1- الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. 2- ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

غير متعلقة بالنظام العام على إثر ذلك، ولكن وقتئذٍ كان القضاء، رغم ذلك، يسلم بقاعدة علو الحجية على اعتبارات النظام العام⁽¹⁾.

كما أنه وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي، إن حجية الأمر المقضي تلو على اعتبارات النظام حتى في ظل اعتبار الحجية ذاتها مسألة غير متعلقة بالنظام العام، أي فيما قبل تعديل المادة 125 مرافعات فرنسي بالمرسوم سنة 2004، وبالتالي كان لا يجوز للقاضي أن يثرها من تلقاء نفسه⁽²⁾، وهو وضع كان منتقداً آنذاك⁽³⁾.

(1) وانتقد البعض ذلك الوضع القديم الغريب مع إجازة قانون المرافعات وقتئذٍ وحتى الآن الطعن بالنقض على حكم نهائي صدر خلافاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، بند 383، ص 721. وأكدت محكمة النقض المصرية - في ظل حكم المادة 405 مدني الملغي - بأنه لا يعاب على المحكمة إذا أثارت من تلقاء نفسها عدم جواز القضاء في مسألة مرتين ولو كان الحكم الأول مخالفاً للقانون. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 102 - لسنة 33 قضائية - جلسة 8-2-1968 - مكتب فني 19 - ج 1 - ص 237.

(2) من السوابق القضائية الفرنسية على ذلك منها:

Civ. 3 e , 20 mai 1992, no 90-13.598, Bull. civ. III, no 159 ; Civ. 2 e , 10 avril 1995, no 95-60.550, Bull. civ. II, no 121; Civ. 2 e, 4 December 2003, no 02-10.010, Bull. civ. II, no 365; Civ. 2 e, 4 Janvier 1990, no 88-10.406, Bull. civ. II, no 3 ; Civ. 2 e , 1er juillet 1992, no 90-21.659, Bull. civ. II, no 192; D. 1993.

(3) إن حجية الأمر المقضي في فرنسا قضائياً ولفترة طويلة كانت تعتبر قاعدة متعلقة بالمصلحة الخاصة، وما يترتب عليها ذلك من آثار، بناء على فكرة أن الخصومة ملك للخصوم Principe du dispositif، حتى عدل المرسوم المؤرخ 20 أغسطس 2004 المادة 125 من قانون المرافعات الفرنسي التي ينص فقرتها الأخيرة على أنه يجوز peut للمحكمة أن تثيره من تلقاء

وكان قاعدة علو الحجية على النظام العام وضعت من يعتبرون الحجية ذاتها غير متعلقة بالنظام العام في موضع إخراج، حيث يبدو التناقض وقتئذٍ الذي وقع فيه القضاة ان الفرنسي والمصري بين الاعتراف بقاعدة علو الحجية على النظام العام،

Le juge peut relever d'office la fin de non-
recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose
jugée", وبناءً عليه، تم نسخ السوابق القضائية التي كانت ترى أن الحجية ليست متعلقة
بالنظام العام. انظر الأحكام التالية:

Civ. 13 mai 1931, DH 1931. 379. – Com. 13 déc. 1949, Bull. civ. II, n° 392. – Civ. 2^e, 18 juill. 1957, Bull. civ. II, n° 552. – Soc. 4 juill. 1967, Bull. civ. IV, n° 551. – Civ. 2^e, 4 oct. 1972, Bull. civ. II, n° 230, D. 1973, somm. 35. – Soc. 3 févr. 1977, Bull. civ. II, n° 86. – Com. 19 juill. 1983, Bull. civ. IV, n° 225, D. 1984. IR 240, obs. P. Julien.

ولكن حتى في ظل الاعتداد بالحجية كمسألة غير متعلقة بالنظام العام، لا يعني ذلك أنه كان يتعين على القاضي ان يعرف كل الأحكام التي صدرت في هذه القضية أو في مسألة متفرعة عنها بالطبع وإنما معناه أن يحترم القاضي على الأقل حجية الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع. وفي كل الأحوال سواء كان يجب أم يجوز للمحكمة أن تشير عدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها بسبب الحجية فإن القاضي عليه أن يفتح باب المرافعة، ويسمح للأطراف بالتعليق على الدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى بحكم حاز حجية الأمر المقضي. راجع الحكم الآتي:

Civ. 2^e, 27 févr. 1985, Bull. civ. II, n° 47.

والغريب، أنه حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة 125 مرافعات فرنسي لتجعل الحجية متعلقة بالنظام العام، ذهبت بعض أحكام قضاء النقض الفرنسي وأصرت على أن الحجية غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز اثارها لأول مرة أمام محكمة النقض. انظر على سبيل المثال الحكم الآتي:

Civ. 1^{re}, 17 janv. 2006, n° 05-10.875, Bull. civ. I, n° 11.

رغم أن الحجية ذاتها لم يجز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها. ولكن قد يخفف من غرابة هذا التناقض إذا عرفنا أن مفهوم الحجية وقتئذ كان غير متميز عن استنفاد الولاية⁽¹⁾ كأثر متعلق بالنظام العام، قبل أن تكون الحجية كذلك⁽²⁾، كما أن الفقه والقضاء وقتئذ أيضاً كانا يُسلما بقاعدة عدم جواز المساس بالحكم إلا بطريق الطعن المتعلقة بالنظام العام أيضاً ولو أنها أثير للحجية⁽³⁾.

وهذا التخبط القديم يرجع في اعتقادنا إلى عدم وضوح التمييز بين المفاهيم الإجرائية التي نعيشها الآن ومنها استقلال فكرة الدعوى والخصومة التي ينتهي بها الحكم عن الحق الموضوعي، ولاعتبار الحجية في هذا الوقت القديم دليلاً للإثبات يجوز للخصم النزول عن الحكم، فكانت حجية الأمر المقضي دليلاً للإثبات، حيث إذ كانت كذلك فكان الدفع بها من طبيعة الدفع الموضوعي *moyen de fond* وليس كما يقرر الفقه والقانون حديثاً بأنه دفع بعدم القبول *une fin de non-recevoir*⁽⁴⁾. ولكن ماذا عن أهمية قاعدة العلو؟

(1) محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 266-267، بند 103. وجدي نظرية العمل ص 217.

(2) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 374، ص 694.

(3) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 738-740، بند 392.

(4) Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile .Mars 2018 n°306.

الفرع الثاني

أهمية قاعدة علو الحجية على النظام العام ونتائجها

إن أهمية قاعدة علو الحجية يكمن في أن لقاعدة العلو هدفاً واضحاً أساسياً وهو فض النزاع ووضع حداً نهائياً له، ولكن لهذه القاعدة أيضاً نتائج عملية تواجه بها تداعيات أخلاقية قانونية ناتجة عن سلوكيات الخصوم في القضية مما يساهم في مكافحة البطء في التقاضي، وتفتح باباً للطعن كان مغلقاً، وتبرر تعطيل تطبيق وتنفيذ قوانين وأحكام على حقوق ومراكز مستقرة، وكذلك تؤكد القاعدة على نظريات أو مفاهيم إجرائية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: قاعدة العلو في مواجهة محاولات إطالة أمد النزاع والتطهير الإجرائي

تستهدف قاعدة علو الحجية على النظام العام، بجانب عدم تأييد النزاع وهو الأساس الفني لها، إلى منع سلوكيات الخصوم في إثارة مسائل متأخراً للمماثلة والتسويق، ثم إبطال الحكم، بحيث تبتغي قاعدة العلو تطهير إجراءات الحكم من كل الشوائب وأولاً بأول.

وبتطبيق يوضح المقال، نذكر هنا حكم محكمة النقض مطبقةً قاعدة علو الحجية، عندما قصرت الطاعنة استئنافها على الشق الخاص برفض الحكم المستأنف القضاء بالفوائد القانونية على القيمة التعويضية عن شغل الأرض، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتعرض للفصل في شرائط قبول الدعوى بدعوى تعلقها

بالنظام العام بعد أن سبق وحاز قضاء محكمة أول درجة بشأنها قوة الأمر المقضي، ذلك أن حجية الأحكام تعلق على اعتبارات النظام العام⁽¹⁾. وفي هذه السابقة القضائية كان لا يمكن الاكتفاء بتطبيق قاعدة نسبية موضوع الطعن، فل هذه الأخيرة أثر مانع من إثارة المسائل أمام محكمة الاستئناف التي لم يشملها الطعن بالاستئناف، ولكن تظهر أهمية قاعدة العلو في تقييد سلطة محكمة الطعن بعدم التعرض حتى للمسألة القانونية المتعلقة بالنظام العام. وبمعنى آخر إذا كان يجوز إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لأول مرة أمام محكمة الطعن، غير أن قيد ذلك هو ألا يكون الحكم الطعين قد حاز قوة (حجية) مانعة من إثارة تلك الأسباب أمامها.

ولكن لا ننسى القول هنا بأن قاعدة حجية الأمر المقضي تعلق على النظام العام يعضدها مبدأ نسبية الطعن موضوعياً (من حيث أسباب الطعن)، إذ قد يبدو عدم إثارة أسباب الطعن غير المتعلقة بالنظام العام أمر منطقي حال تطبيق مبدأ النسبية، ولكن تبدو عدم كفاية مبدأ نسبية الطعن لاستبعاد المساس بقوة الحكم الإجرائية لمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام، فتأتي قاعدة العلو جنباً إلى جنب مبدأ نسبية الطعن، للحفاظ على قوة الحكم حتى لو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام. ويرجع الأساس الفني لأهمية قاعدة العلو في تطهير القضية في "أن الحجية واقعة

(1) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 177 - لسنة 74 قضائية - بتاريخ 16 - 1 - 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

مصحة للبطلان" كما سنبين⁽¹⁾، فحجية الأمر المقضي، بمفهومها القضائي (المرادف لقوة الأمر المقضي)، تحول دون المساس بالأحكام خارج طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات⁽²⁾، بحيث إذا استغلق طريق الطعن، فلا يجوز الادعاء بمخالفة الحكم لقاعدة قانونية ولو كانت متعلقة بالنظام العام⁽³⁾.

وصحيح أن الدفوع المتعلقة بالنظام العام يجوز إبدائها في أي حالة عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض، ولكن شريطة ألا يكون من شأن إثارتها الإطاحة بحجية الأمر المقضي التي تعلق على النظام العام⁽⁴⁾. فقاعدة العلو قيد على سلطة محكمة النقض في إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام

(1) انظر في الأساس المتعلق باعتبار الحجية واقعة مصحة للبطلان ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

(2) وجدي راغب، نظرية، ص233.

(3) لذلك لا يجوز المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها الحكم المخالف للنظام العام، إذ لا يتصور عقلا الحكم بالتعويض في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ الحكم المعوض عنه الأمر الذي يؤدي إلى المساس بحجيته بغير طريق الطعن. انظر: محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص80، بند 29.

إن البطلان المتعلق بالنظام العام يقبل التصحيح بحجية الشيء المحكوم فيه، لذا يرى البعض أنه لا يمكن وصف بطلان العمل الإجرائي المتعلق بالنظام لعام بالبطلان المطلق، إذ أن الأخير لا يرد عليه التصحيح. انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغول(تحديث)، نظرية البطلان، بند306، ص538.

(4)En revanche, l'invocation d'un moyen d'ordre public ne peut méconnaître l'autorité de la chose jugée (CE, 16 oct. 1992, Dupuis, Rec. CE, p. 371).

من تلقاء نفسها والتي لم ترد في صحيفة الطعن بالنقض، وهكذا بالاستثناء⁽¹⁾، فلا يجوز للخصم الذي فوّت على نفسه طعنًا عاديًا أن يلجأ إلى الطعن العادي مرة أخرى أو غير العادي من باب أولى.

ثانياً: قاعدة العلو تفرض التزاماً إجرائياً بتركيز الخصومة حتى بشأن الوسائل المتعلقة بالنظام العام

إن من نتائج قاعدة علو الحجية على النظام العام وأهميتها أنها تُلقى - ضمناً - على عاتق الخصوم التزاماً بتأسيس دعوهم بكل الوسائل والأسس القانونية حتى تلك المتعلقة بالنظام العام قبل صدور حكم في الدعوى تطبيقاً لمبدأ تركيز الخصومة، ولا يتعارض ذلك مع جواز التمسك بالمسائل المتعلقة بالنظام العام أمام محاكم الطعن، في حدود ما ورد عليه الطعن، إذ أن حجية الحكم لا تمنع من الطعن فيه، ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهي أن مُكثرة إثارة القواعد المتعلقة بالنظام العام في أي حالة عليها الإجراءات تقيدتها قاعدة العلو.

(1) حيث قُضي بأن: "الدفع السالف بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف، ولا يغير من ذلك أن أحكام هذا القانون من النظام العام لأن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام ولا تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت إن هي لم تعرض لهذا الدفع، ومن ثم فإن النعي بهذا الوجه يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1075 - لسنة 72 قضائية - بتاريخ 6 - 4 - 2014 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وقضت الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها بتاريخ 7 يوليو 2006 في نطاق حجية الأمر المقضي للحكم في المسائل المدنية، ولا سيما بشأن مفهوم سبب الطلب بالمعنى المقصود في المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها سنة 2016، وحيث كان السؤال المطروح على محكمة النقض هو ما إذا كان بإمكان الخصم، بعد صدور حكم في نزاع ما، أن يحيل المسألة مرة أخرى إلى القاضي لنفس الغرض *aux mêmes fins* ، خارج نطاق ممارسة طرق الطعن⁽¹⁾.

(1) وإذ أشارت محكمة النقض إلى قرار سابق لها أصدرته الهيئة العامة بكامل هيئتها في 3 يونيو 1994 اعترف فيه بهذه المكنة، عندما جادل الخصم في دعواه الثانية بأساس قانوني *fondement juridique* مختلف تأييدا لطلبه، فرأت محكمة النقض أن من مسؤولية المدعي أن يقدم في الدعوى الأولى تأييداً لها جميع الوسائل *moyens* التي يعتبرها على هذا النحو أساساً للطلب، وإلا كان مجرد تغيير الأساس القانوني لا يكفي لوصفه "سبباً جديداً"، ونتيجة لذلك لا يمكن استبعاد حجية الأمر المقضي للحكم الصادر في الطلب الأصلي. انظر بالتفصيل في التعليق على هذا الحكم الموقع الإلكتروني الآتي:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/communique_8705.html

وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى عندما قضت بأن: "الالتزام بتركيز الوسائل *moyens* يمنع تقديم طلب جديد للغرض نفسه، هو أقل أهميه من التمسك بأساس قانوني مختلف طالما هناك وحدة في موضوع الطلب، والذي يخص السيدة س. المدعي عليها في دعوى الإعادة الجبرية للبيع *réitération forcée de la vente* هو تقديمها في هذه الدعوى ذاتها جميع الوسائل المرجح رفضها للطلب ودعواها الجديدة في الإنهاء البيع للضرر وبطلانه لسبب غير مشروع والغش في القانون يخالف حجية الأمر المقضي به في القرار السابق الصادر في 4 ديسمبر 2006 الذي أكد فعالية هذا البيع".

حيث صدر هذا القرار من محكمة النقض سنة 2006 الشهرير بمناسبة نزاع بين شقيقين، يدعي أحدهما أنه دائن بأجر عمالي مؤجل (1) salaire différé ضد تركة والده، ويدعي أنه عمل لصالح هذا الأخير (الأب) دون أن يدفع له أجراً مقابل العمل المنجز. وهكذا، اختصم صاحب الحق أخاه بدفع المبلغ المقابل للمهام التي قام بها، ومع ذلك، فإن المدعي فشل في سبب طلبه، لأن المحكمة لم تعتبر نشاطه منفذاً في المزرعة. لم يترك المدعي الأمر عند هذا الحد واختصم أخاه على أساس قانوني آخر، ألا وهو الإثراء بلا سبب، إلا أن الحكم الصادر من محكمة

Cass 2ème civ. 12 juillet 2012 n°11-20.587

"l'obligation de concentration des moyens fait obstacle à ce que soit introduite une nouvelle action tendant aux mêmes fins, peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors qu'il y a identité d'objet de la demande, qu'il appartenait en l'espèce à Mme X..., défenderesse à l'action en réitération forcée de la vente, de présenter dans cette instance, l'ensemble des moyens qu'elle estimait susceptibles de faire obstacle à la demande et que son action nouvelle en rescision pour lésion et en nullité de la vente pour cause illicite et fraude à la loi se heurte à l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'arrêt du 4 décembre 2006 qui a constaté l'efficacité de la vente".

(1) ويعني ذلك المطالبة بالمرتب المؤجل هي مكافأة لاحقة، بسبب الخلف، الذي بقي في المزرعة مع والديه، وشارك مجاناً في تطوير موارد الأسرة. طالما لم يتم تسويتها، فإن الراتب المؤجل هو حق للخلف في مطالبة السلف. هذا الراتب لا يعتمد على حقوق الخلف في الميراث، ولكن يضاف إليها.

أول درجة قد صدر "حائزاً ومازال لحجية الأمر المقضي" مما يجعل الطلب الثاني غير مقبول قانوناً بسبب حجية الحكم الأول.

وهذا يعني أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة لا يمكن أن يكون محلاً لطرق الطعن "العادية"، وأيدت محكمة الاستئناف ذلك، ثم قُدم طعن بعد ذلك ضد قرار محكمة الاستئناف. وذكر المدعي أن حجية الأمر المقضي للحكم الصادر ضده لا يمكن إعمالها إلا عند وحدة السبب، مما يعني أن الطلبات المقدمة يجب أن تستند جميعها إلى نفس الأساس القانوني أو على نفس المبدأ. لذلك أثير التساؤل حول مدى إمكانية التجاء الخصم إلى القاضي، في مناسبتين، لنفس الأغراض عندما يكون القاضي قد اتخذ قراراً تمهيدياً بمناسبة طعن لاستبعاد إمكانية ممارسة طعن عادي⁽¹⁾.

ونعتقد أنه يترتب على حكم محكمة النقض السابق عدم جواز المساس بحجية الحكم حتى ولو بأساس قانوني مختلف، ولو كان متعلقاً بالنظام العام، وهنا تظهر على السطح قاعدة علو الحجية على النظام العام وأهميتها في تكريس الالتزام

⁽¹⁾ ويبدو أن المادة 565 من قانون المرافعات الفرنسي كانت الدافع من وراء تبني هذا الحل من محكمة النقض الفرنسية والتي تنص على أنه: "لا تعد الادعاءات (الطلبات) ادعاءات جديدة إذا كانت تهدف إلى ذات الغايات التي تهدفها تلك الادعاءات التي قدمت أمام محكمة أول حتى لو بنيت على أساس قانوني مختلف". أي تحظر الطلب الواحد المقنع بشكل مصطنع

interdisant une «même demande artificiellement déguisée».

I. BEYNEIX, J. ROVINSKI, *Nouvelle controverse sur la notion d'autorité de la chose jugée*, JCP, n°8, 21 Février 2011, 220,386-389

بتركيز الخصومة⁽¹⁾، وهو الالتزام الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها صادر في 25 أكتوبر 2007⁽²⁾، وهو الحل ذاته الذي تتبناه العديد من الأنظمة القانونية المقارنة كما في بلجيكا⁽³⁾.

وتلقى قاعدة العلو إذن على عاتق الخصم الالتزام بتركيز كل أسباب ادعائه في ذات القضية المرفوعة دون أن يقيم قضية أخرى لذات الأسباب، وإلا قوبلت الدعوى الأخرى بعدم القبول لسبق الفصل فيها بحكم حاز الحجية التي تعلو على النظام العام.

وكذلك تغيد القاعدة في استراتيجيات دفاع الخصم، ومثال ذلك أن يصدر حكم من محكمة أول درجة أغفل الفصل في بعض الطلبات، فاستأنف الحكم بسبب الإغفال، فيصدر حكم محكمة الاستئناف مؤيداً حكم أول درجة، فمن سلوكيات الخصم أو محاميه الخاطئة أن يترك القضية بعد الاستئناف، دون أن يطعن بالنقض لذات

(1) فمن نتائج قاعدة الحجية تعلو على النظام العام أعمال القياس من باب أولى لو أثار الخصم مسائل تقل في المرتبة عن مرتبة النظام العام، أي حتى لو أثار الخصم وسائل واقعية، أو قانونية غير متعلقة بالنظام العام. فإذا كانت الحجية مانعة من اثاره مسائل ولو تعلقت بالنظام العام والحجية تعلو عليها، فإن الحجية مانعة لما هو أقل مرتبة منها.

(2) « Il incombe au demandeur à l'action de présenter dès la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ». Civ. 2e, 25 oct. 2007, pourvoi n° 06-19.524, FS-P+B(cassation).

(3) S. Bollée et P. Mayer : L'autorité de la chose jugée en droit comparé, Actes du colloque Autorité de chose jugée et arbitrage, Revue de l'arbitrage, n° 1, 2016, p. 27 et s.

السبب، متوجهاً إلى المحكمة لرفع دعوى جديدة عن الطلب الذي أغفل الفصل فيه، التي سيُقضى فيها بعدم قبولها لسبق الفصل فيها بحكم حاز قوة الأمر المقضي، حتى ولو خالف مبدأ التقاضي على درجتين، لأن قوة الأمر المقضي تعلق على النظام العام. بيد أن استراتيجية التقاضي الصحيحة في هذه الحال هي أن يطعن المحكوم عليه في حكم الاستئناف بالنقض ناعياً الحكم بالخطأ في تطبيق القانون إذ كان يتعين على محكمة الاستئناف إحالة الطلب المغفل إلى محكمة أول درجة احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين⁽¹⁾.

وعلى مستوى خصومة الطعن، إن قاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام تلقي أيضاً على عاتق الخصوم تركيز خصومة الطعن، وإبداء كل أوجه المخالفة للقواعد المتعلقة بالنظام العام في صحيفة الطعن على الحكم الابتدائي، بحيث إذا لم ينع الطاعن مخالفة الحكم الطعين للنظام العام مستغلاً أن الاستئناف درجة ثانية

(1) وكذلك الأمر إذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى والإحالة فإنه أنهى الخصومة أمام المحكمة ولم يطعن الخصوم في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يحوز قوة الأمر المقضي ويمتنع عليهم وعلى المحكمة معاودة النظر فيه لما هو مقرر أن حجبية الأحكام تسمو على النظام العام. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 731 - لسنة 60 قضائية - جلسة 25-12-1994 - مكتب فني 45 - ج 2 - ص 1661.

من درجتي التقاضي، لم يجز له بعد ذلك إثارة هذه المخالفة أمام محكمة النقض، لأن الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على النظام العام⁽¹⁾.

ونعتقد أيضاً أنه يمكن سحب المبدأ القضائي الفرنسي السابق على النظام القانوني المصري خاصةً وأنه يجوز للمستأنف أن يبدي ولو لأول مرة في مرحلة الاستئناف أسساً وأسباباً قانونية مختلفة⁽²⁾، وبالتالي لا يجوز إثارة الدعوى مرة أخرى بعد سبق الفصل فيها بحكم ولو استناداً لسبب قانوني مختلف، مما يفرض - ضمناً - التزاماً على عاتق الخصم بتركيز الخصومة أمام محكمة أول درجة⁽³⁾، طالما أنه يُسمح

(1) فُقضي بأنه: "لما كان الثابت من الأوراق أن الحكم الابتدائي قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة قبل المطعون ضده الثاني ولم توجه إليه المطعون ضدها الأولى - على ما يبين من الحكم المطعون فيه - في الاستئناف الذي رفعته أي طعن لقضائه في هذا الخصوص فإن لازم ذلك أن يعد هذا القضاء بالنسبة له قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 808 - لسنة 80 قضائية - بتاريخ 3 - 12 - 2017، غير منشور. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1254 - لسنة 68 قضائية - بتاريخ 25 - 11 - 1999، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) تطبيقاً لنص المادة 235 مرافعات مصري أنه: "لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها... وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه".

(3) ولذلك نوصي المشرع بوضع نص صريح يفرض على الخصم واجب تركيز الخصومة وإبداء كل الوسائل القانونية المختلفة لدعم ادعائه أو رفض طلب خصمه أمام محكمة أول درجة.

PROCÉDURES : Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes par Loïc CADIET

La Semaine Juridique Edition Générale n° 2 - n° hors-série, 1er Décembre 2007 PROCÉDURES.

للخصم أن يعدل أو يغير أو يضيف في سبب طلبه أيضاً أمام محكمة الاستئناف استثناءً على قاعدة عدم جواز إبداء طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف.

ثالثاً: فتح باب الطعن المغلق بقوة القانون احتراماً لعلو حجية الحكم على النظام العام

إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام من نتائجها العملية أنه قد يجبر احترامها فتح باب الطعن على حكم رغم نص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيه.

حيث إذ قضت محكمة النقض بجواز الطعن على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية كمحكمة الدرجة الثانية الذي لم يلتزم بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة إليها من المحكمة الابتدائية المدنية إذا كان الحكم الأخير لم يطعن فيه وأصبح باتاً. وذلك رغم النص صراحة في قانون المحاكم الاقتصادية بعدم جواز الطعن بالنقض على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية من المحكمة الاقتصادية، وذلك نتيجة لأن البيوتة التي يحوزها الحكم بعدم الاختصاص والإحالة تعلق على النظام العام⁽¹⁾.

(1) حيث قُضي بأن: "إذ كان الثابت بالأوراق أنه بتاريخ 2009/1/21 قررت محكمة ... القاهرة الابتدائية إحالة الدعوى الرهنة إلى محكمة ... الاقتصادية وذلك للاختصاص النوعي ثم قيدت الدعوى بالمحكمة ، وبتاريخ 2009/10/28 حكمت محكمة ... الاقتصادية بعدم اختصاصها نوعياً وإحالتها إلى محكمة ... القاهرة الابتدائية رغم أن قرار المحكمة لم يطعن عليه فأضحى

وأساس ذلك في اعتقادنا أن اعتبارات النظام العام لقاعدة علو قوة الحكم على النظام العام وهي استقرار الحقوق والمراكز تعلق على اعتبارات النظام العام المبتغاة من عدم جواز الطعن في الحكم المتمثلة في سرعة التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية. ولكن ماذا لو كانت المحكمة المحال إليها كانت قد سبق لها أن حكمت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ذاتها والإحالة، فأبي الحكمين تعلق حجيتة على الآخر؟ سنجيب على هذا التساؤل لاحقاً عند التعرض لمدى اعتبار عدم التناقض استثناءً على قاعدة العلو⁽¹⁾.

نهائياً وبتأً وحائزاً لقوة الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام ، ومن ثم فقد كان لزاماً على المحكمة المحال إليها أن تلتزم بالفصل في الدعوى باعتبار أن هذا القرار ينطوي على قضائه بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ولا تتصدى من جديد لمسألة الاختصاص كما يتمتع على الخصوم معاودة الجدل فيه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه الصادر من الدائرة الاستئنافية هذا النظر ولم يتقيد بمسألة الاختصاص ، باعتبار أن الفصل في الاختصاص سابق على الفصل في الشكل وهو من النظام العام ، فإن قضاءه ينطوي على الموافقة ضمناً على عدم اختصاص محكمة القاهرة الاقتصادية ، وكان لا يمكن لمحكمة النقض التي تراقب صحة تطبيق القانون أن تساير الحكم المطعون فيه في خطئه وأن تفعل هذه القاعدة الأصولية سالفة البيان وأن يفلت هذا الحكم من الطعن عليه أمام محكمة النقض بل تقبل الطعن وتتصدى لما قضى به من خطأ ويضحي الطعن بالنقض جائزاً ، وإذ كان الحكم المطعون فيه الصادر من المحكمة الاقتصادية بهيئة استئنافية على هذا النحو قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وفصل في شكل الاستئناف وموضوعه بما ينطوي قضاؤه على الموافقة ضمناً على عدم اختصاص محكمة القاهرة الاقتصادية بنظر الدعوى ، فإنه يكون معيباً " . حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6955 لسنة 80 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية - بتاريخ 2014-05-21، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(1) انظر في عدم التناقض استثناءً على قاعدة العلو ما يلي الفرع الأخير من البحث.

رابعاً: قاعد العلو والأثر الرجعي لتطبيق قواعد متعلقة بالنظام العام أو غير دستورية

إن من نتائج الأثر الفوري لتطبيق أحكام قانون جديد عدم سريانها إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ما لم تكن أحكامه متعلقة بالنظام العام فتسري بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية ولو كانت ناشئة قبل العمل به ما دامت لم تستقر بصدور حكم نهائي (حائز لقوة الأمر المقضي) فيها⁽¹⁾.

وهنا تظهر نتيجة من نتائج علو قوة الأمر المقضي على النظام العام وهي أن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي النهائي (المطابق لمفهوم القضائي للحجية) يمنع تطبيق أحكام قانون جديد متعلقة بالنظام العام بأثر رجعي على الوقائع التي نشأت قبل العمل بها؛ وعلة ذلك تكمن في أن اعتبارات النظام العام التي تبتغيها الحجية في استقرار الحقوق والمراكز ووضع حداً نهائياً للنزاع تعلق على أي اعتبارات أخرى للنظام العام حتى تلك التي تستدعي التطبيق بأثر رجعي لقواعد قانون جديد متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1239 - لسنة 55 قضائية - جلسة 28-10-1991 - مكتب فني 42 - ج 2 - ص 1557.

(2) بينما في الدول التي يتبنى قانون المرافعات (الإجراءات المدنية) فيها المفهوم الفقهي للحجية كأثر للحكم الموضوعي الابتدائي ولو كان محلاً للطعن العادي أو غير العادي فالأمر جد مختلف. فتتص المادة 49 من قانون الإثبات الاتحادي الإماراتي مثلاً على أن: "1- الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة...".

وإذا صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بشأن وقائع نشأت قبل صدوره بعدم دستورية نص قانوني، فلا يجوز له المساس بتلك الوقائع طالما كانت محلاً لحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي، وهنا تظهر أهمية ونتيجة من نتائج قاعدة علو قوة الأمر المقضي، إذ إن مفاد نص المادة 49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فإنه لا يمس . وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا . بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضي⁽¹⁾، فتعلو قوة الأمر المقضي عندئذٍ على حجبية الحكم بعدم دستورية القانون⁽¹⁾.

وبناءً عليه، قضت محكمة النقض بأبوظبي بأن: " مبدأ عدم رجعية القوانين يستوجب عدم المساس بإجراءات التقاضي التي تمت بصدور حكم وانتهت به، ولو كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو كان قد طعن فيه بالفعل. راجع: حكم إمارة أبوظبي - محكمة النقض - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 867 - لسنة 2010 قضائية - بتاريخ 20 - 1 - 2011.

⁽¹⁾ محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1980 - لسنة 54 قضائية - جلسة 1-31-1993 - مكتب فني 44 - ج 1 - ص 383. (1987/1/27) طعن 64 سنة 55 ق - 38 - 178).
مشار إليه في: شريف الطباخ، الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية، طبعة سنة 2015، ص 200.

وإذا كان حكم المحكمة الدستورية ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره، غير أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره الحكم بحكم حائز لقوة الأمر المقضي (المفهوم القضائي لحجبية الأمر المقضي). انظر: حكم محكمة النقض

خامساً: قاعدة علو الحجية تؤكد التمييز بين نظريتي بطلان الحكم وانعدامه

إن من مفترضات تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام، كما سنرى لاحقاً⁽²⁾، أن تصل مخالفة الحكم إلى وصفه بالبطلان لا الانعدام⁽³⁾؛ لأن الحكم المنعدم تهرح حجيته أصلاً فلا حديث وقتننّ عن قاعدة علوها على النظام العام.

لذلك تؤيد قاعدة علو الحجية على النظام العام وجود تمييز بين البطلان والانعدام عكس الاتجاه⁽⁴⁾ الذي أنكر نظرية الانعدام في الأحكام، لأنه لو سايرنا هذا الرأي لأصبحت الأحكام الباطلة بطلاناً عاماً تعلق على النظام العام، وهي مهدر حجيتها

- مدني - الطعن رقم 206 - لسنة 61 قضائية - جلسة 4-7-2000 - مكتب فني 51 - ج 1 - ص 72.

(1) بالتفصيل حول اعتبار الحكم بعدم الدستورية قيدياً على قاعدة العلو ما يلي الفرع الأخير من البحث.

(2) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدمًا ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(3) في تعريف الانعدام في مجال العقود، قُضي بأن: "العقد الباطل منعدم وجوداً من الناحية القانونية، وهو انعدام لا تتعدد مراتبه أو تتدرج، بل هو درجة واحدة لا تفاوت فيها. وبه يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد، ما لم يكن ذلك مستحيلًا، فيجوز عندئذ الحكم بتعويض عادل". حكم المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 22 لسنة: 12 قضائية بتاريخ: 1-1-1994.

(4) انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، بند 304، ص 529 وما بعدها. ويرى البعض من الفقه الإيطالي ولا نؤيده أن الحكم الباطل بطلاناً مطلقاً لا يحوز حجية الأمر المقضي ويمكن التمسك ببطلانها بدعوى الطلان الأصلية ولو بعد فوات ميعاد الطعن، وعول الدكتور فتحي والي على هذا الرأي في رفض نظرية الانعدام وعلق بأنه فما إن الداعي إلى التفرقة بين البطلان المطلق والانعدام.

أصلاً، فلا يستقيم منطقياً أن تعلق حجية حكم قاض منتفية ولايته مثلاً على اعتبارات النظام العام⁽¹⁾.

سادساً: قاعدة العلو تكرر استقلال قانون المرافعات عن القانون الموضوعي

صحيح أن قانون المرافعات، باعتباره قانوناً إجرائياً، هو قانون خادم للقانون الموضوعي، ولكن يظل له استقلاليته وذاتيته، ومن مظاهر هذا الاستقلال والذاتية أن حجية الأمر المقضي تحوزها الأحكام حتى المخالفة للقانون الموضوعي والقواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

ومن نتائج هذا الاستقلال أنه على الرغم من أن عدم دستورية القانون مسألة متعلقة بالنظام العام بحكم صادر من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن حتى اعتبارات النظام العام يجب أن تتصاع في اتصال تلك المحكمة بها إلى القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾، مما يعني أن تلك القواعد الإجرائية تعلق على مسألة عدم الدستورية.

(1) في الولاية مفترض قاعدة العلو انظر ما يلي الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(2) Habscheid W.J. (1978) Les Principes Fondamentaux du Droit Judiciaire Privé. In: Storme M., Casman H. (eds) Towards a Justice with a Human Face. Springer, Dordrecht. P. 46-47.

(3) المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 1 - لسنة 15 قضائية - جلسة 7-5-1994 - مكتب فني 6 - ج 1 - ص 277.

فالقاضي عندما يطبق القانون الموضوعي إنما يطبقه، لأن القانون الإجرائي، الذي يخوله وظيفته هذه واختصاصه، يفرض عليه واجب الحكم في المسألة المعروضة وفقاً له، أي يطبق القانون الموضوعي تنفيذاً لأمر القانون الإجرائي⁽¹⁾. فالقانون الموضوعي لا يُعالج هنا في ذاته، وإنما من خلال أحكام القانون الإجرائي وحدود الإجراءات شخصياً وموضوعياً لترتيب آثارها⁽²⁾، ومنها حجية الأمر المقضي التي تعلق على القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام.

(1) وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص150.

(2) وهو ما يؤكد الاستقلال الفني للقانون الإجرائي عن القانون الموضوعي، وإن كان الأخير مخدوم من الأول. راجع في ذلك المعنى: وجدي راغب، مرجع سابق، ص157.

المطلب الثاني

أسس قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام وتدرج فكرة النظام

العام

إن قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام تفترض أن نكون أمام حكم حائز لحجية الأمر المقضي مُدعى ببطلانه لمخالفته النظام العام، بمعنى وجود تعارض بين حجية الحكم والنظام العام المتمثل في القاعدة التي خالفها الحكم وأدت لبطلانه، فتُغلب الحجية على النظام العام، وهذا يتطلب منا أولاً أن نعرض للأسس الفينة والقانونية لحياة الحكم الباطل حجية الأمر المقضي (فرع أول)، ثم نعرض ثانياً لأساس علو حجية الأمر المقضي على النظام العام مع الوضع في الاعتبار أن الحجية ذاتها قاعدة متعلقة بالنظام العام أيضاً، فهل يعني ذلك وجود تدرج في فكرة النظام العام؟ (فرع ثان).

الفرع الأول

الأسس الفنية والقانونية لحيازة الحكم الباطل حجية الأمر المقضي

إن حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي رغم بطلانه سواء كان بطلاناً عاماً أو خاصاً له أسس فنية وقانونية عديدة في اعتقادنا، بجانب الأساس التاريخي⁽¹⁾،

(1) أما عن الأساس التاريخي لفكرة علو حجية الحكم على النظام العام، فكانت الفكرة موجودة في المجتمعات القديمة سواء من حيث الاعتقاد الديني أو الاجتماعي. حيث أعتقد الأفراد بفكرة أن الأحكام إلهية، ولا يجوز مراجعة الآلهة في أحكامها، وإلا عد ذلك خطأ وليس من قبيل الإيمان. انظر: محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقهاء المقارن دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة حلوان، سنة 2011، ص 6. مصطفى سيد احمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، بدون دار نشر، 1995، ص 32.

وفي الفقه الإسلامي، عُرف مبدأ الحجية تأسيساً على أنه مادام القاضي أعمل عقله وتفكيره في مزاعم الخصمين، وراجع أدلة الخصم ومستنداته، فالخطأ في العملية الاجتهادية، وتعقل النصوص التشريعية المنطقية مع واقعة النزاع أو الخطأ في العملية التقديرية في استنباط الوقائع في الدعوى، لا يجرد الحكم القضائي من حجيته، وهو ما انطبق في الشريعة الإسلامية، ما دام لم يخالف الحكم نصوص الشريعة القطعية وهو الكتاب أو السنة. وجاء في الأشباه والنظائر (ص 126 - ص 127): " لا يصح رجوع القاضي عن قضاؤه، فلو قال رجعت عن قضائي، أو وقعت في تلبيس الشهود، أو أبطلت حكمي، لم يصح، والقضاء ماض، كما في الخانية، وقيده في الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة، وفي الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة ". وأنظر في أن قضاء القاضي لا ينقض برجع الشاهد عن شهادته بعد القضاء، حتى قبل الإمضاء (أي تنفيذ الحكم)، إلا في القصاص والحدود لأنها تدرأ بالشبهات، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص 404 - ص 407. ويذكر الأستاذ موران (Morand) في كتابه (دراسات في الفقه الإسلامي الجزائي ص 337 - ص 357) أن الفقه الإسلامي يقر مبدأ حجية الأمر المقضي، وأن القول بغير ذلك سببه كثرة الاستثناءات التي ترد

على هذا المبدأ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر في الفقه الحديث. ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التي ترد على المبدأ ليست في الواقع إلا وجوهاً للطعن في الحكم تقابل وجوه الطعن المعترف بها في القوانين الحديثة (أنظر أيضاً في هذه المسألة رسالة مارنير (Marneur) في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي ص 311 - ص 342)، كل ما سبق مشار إليه في: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، نظرية الالتزام (الإثبات - آثار الالتزام)، تنقيح م أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة، ص593، هامش (3). وانظر: محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقه المقارن دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ص22. ويرى البعض أن علو حجية الحكم مبني على فطرة الظاهر لا يمكن نقضه لأن بصدوره فهو محق وعادل من حيث الظاهر. انظر: ابن أبي الدم، أدب القضاة-ط1 1978 ص111 مشار إليه في: إبراهيم أمين النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، طبعة ثانية، ص 104، هامش (12). وانظر ما يلي في القيود التي ترد على قاعدة علو الحجية على النظام العام، المطلوب الثاني من المبحث الثالث.

وقد وجدت صدى لفكرة علو الحجية على النظام العام في العديد من القوانين القديمة سواء في الشرق أو الغرب، فمن جهة الشرق نجد الشريعة البابلية عرفت هذه الفكرة في وقت مبكر من الألفية الثالثة قبل الميلاد وتنفيذها بشكل عملي في نهاية الحكم، حيث يتفق الأطراف على بنود أكدها قسم serment بعدم المساس بحجية الحكم، وعدم إثارة دعوى جديدة لذات الوقائع، تحت زجر بعقوبة نقدية أو جسدية (حلق الشعر على الجبين مثل الرقيق). وقد وجدت هذه الفكرة صداها أيضاً في قانون حمورابي، حيث تحديد مبدأ حجية الأمر المقضي وجزاءاته، وذلك وفقاً للفقرة 5 من قانون حمورابي التي تنص على أنه: "إذا أعطى القاضي حكماً وأصدر قراراً وثبت على رقيم مختوم ثم غير حكمه بعدئذ فعليهم ان يثبتوا ان ذلك القاضي قد غير الحكم الذي أعطاه وعليه ان يدفع اثني عشر مثل الشكوى التي رفعت في تلك الدعوى وزيادة على ذلك عليهم ان يطردوه امام الجميع من فوق كرسيه للقضاء وعليه ان لا يجلس ثانية ابدا مع القضاة في دعوى". (انظر: ترجمة شريعة حمورابي على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://uruk.warka.dk/news/09-2014%20Specail/Hamourabi.pdf>).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه كان يتعين على القاضي المثار أمامه دعوى جديدة في قضية سبق الفصل فيها، أن يصدر حكماً مطابقاً للأول، وفي حالة عدم القيام بذلك، يتم تغريمه وعزله من منصبه.

أما من جهة الغرب فقد وجدت فكرة علو الحجية صدى في القانون الروماني، باعتبار أن الحجية مستهلك للدعوى *La litis contestatio* تمنع من معاودة رفع الدعوى من جديد، إلا من خلال طرق الطعن *restitutio in integrum*.

JOURDAN, *La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine. Principe et sanction*, thèse, Grenoble, 1900, Imprimerie Paul Legendre et Cie, Lyon. Cédric BOUTY, *Chose jugée Répertoire de procédure civile*. Mars 2018 n°2.

وقد أشرت القانون الروماني لحيازة الحكم حجية الأمر المقضي أن يكون صدر موافقاً للقانون من حيث الشكل والموضوع، والمقصود بالموافقة للقانون ألا يتجاهل الحكم القانون كلياً أو جزئياً أو الجهل المطلق بأحكامه، كأن يرفض القاضي تطبيق أحكام الولاية على قاصر بحجة أن القانون لا يعتد بالسن كسبب لقبول الولاية، ولا يكفي مجرد التطبيق الخاطئ للقانون. فالحكم غير الموافق للقانون هو حكم باطل هو والعدم سواء، ولا يوجد ثمة ما يدعو إلى الطعن فيه بالاستئناف. وقد تبدو أن التفرقة بين الأحكام المطابقة للقانون وغير المطابقة متوائمة مع المنطق القانوني، ولكنها تصطدم مع غاية الحجية في استقرار الحقوق والمراكز، ومن أجل ذلك رفضت التشريعات الحديثة هذه النظرية وتبنت اتجاهها آخراً يقوم على أساس أن الحجية يحوزها الحكم ولو صدر من محكمة غير مختصة أو مخالفاً للقانون. (انظر: مصطفى سيد صقر، مرجع سابق، ص 59-61).

وتجدر الإشارة هنا إلى ظهور تصور مخالف في القانون الروماني مازال باقياً حتى الآن عن حجية الأمر المقضي، والغريب، أنه ينبع من سوء تفسير على ما يبدو، بسبب فقهاء العصور الوسطى *glossateurs*، من جملة أوليين *Ulpian* (مستشار حقوقي من روما القديمة) اتخذت من سياقه، وهي أن الحجية مفترض للحقيقة (*res judicata pro veritate accipitur* (or *habetur*).

وُصِّص على هذه القاعدة من قبل الفقيهين Domat et Pothier في القانون المدني الفرنسي في المادة 1350، عندما كان هذا المفهوم هو مفهوم الأقلية في ذلك الوقت. وتصف هذه المادة حجية الأمر المقضي كقرينة قانونية، بينما تشير المادة 1351 إلى الشروط التي يمكن بموجبها الدفع بحجية الأمر المقضي. ولا حجية للأمر المقضي فيه إلا فيما يتعلق بموضوع الحكم، ويجب أن يكون الشيء المطلوب هو ذاته، والطلب مؤسس على السبب ذاته، وأن يكون الطلب بين الأطراف ذاتهم، ومقدمة من قبلهم وضد بعضهم بالصفة ذاتها. وهذه النصوص لم يتم تعديلها منذ عام 1804 وحتى سنة 2016 ثم ارتفعت أصوات انتقاد المفهوم الكلاسيكي لحجية الأمر المقضي واقتراح أصوات جديدة لبدل، حيث جاء الأمر رقم 131-2016 no بتاريخ 10 فبراير 2016 ليعيد تنظيم أحكام العقود، والنظام العام لإثبات الالتزام لاغ إدراج الحجية من ضمن القرائن. والمادة 1355 الجديدة من القانون المدني الفرنسي تحدد عناصر حجية الأمر المقضي مرددة التعريف القديم تحت عنوان " إثبات الالتزامات " «De la preuve des obligations» والمادة 1354 الجديدة من التقنين التي تعرف القرينة لا تشر صراحة لحجية الأمر المقضي. الرابط بين قرينة الحقيقة كانت منتقدا مع الأخذ في الاعتبار السوابق القضائية التي تضيف حجية الأمر المقضي حتى على القرارات الخاطئة.

ROLAND et BOYER, Adages du droit français, 4e éd., 1999, Litec, no 396. Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile. Mars 2018 no.3.

وسرعان ما تطور مفهوم الحجية ليصبح الحكم عنواناً للحقيقة، فلا يجوز أن يخالف حكماً سابقاً، ثم حلت قرينة الحقيقة محل مبدأ استنفاد الحق في الدعوى، فالحجية لا يتطلب تطبيقها أن تكون هناك وحدة بين الدعويين وإنما يكفي معرفة مضمون الحكم الصادر في الدعوى الأولى للتحقق من عدم وجود تعارض بينه وبين الدعوى الثانية، وإذا صدر الحكم بناء على غش أو تدليس يجوز للطرف المضرور أن يرفع دعوى على القاضي للمطالبة بالتعويض. (انظر: مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص 47، ص 54).

أما من جهة النظام الإنجليزي، انتهج منهجاً مغايراً حيث عرف تنظيمياً إجرائياً للدعاوى التي يجب من خلالها اتباع أوضاع وشكليات معينة يترتب على الإخلال بها سقوط الدعوى وبات لكل دعوى صيغتها الخاصة التي تقررت بحكم العادة في المرات التي أقيمت فيها وهي قواعد نظامية

تتمثل في استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأييد النزاع، وكذلك إلى دور الحجية في تغطية الأخطاء أو العيوب القانونية في الحكم والتي تحول دون المساس به بغير طرق الطعن، كما سنعرض لمدى اعتبار الحجية قرينة على الحقيقية كأساس لقاعدة علوها على النظام العام، على التفصيل التالي:

- تشبه قواعد النظام العام اللاتيني- تفوق غيرها من القواعد النظامية الموضوعية بحسبانها السبيل الوحيد لاستحقاق الحقوق وأي خلل بها قد يفضي إلى ضياع الحق الموضوعي برمته. (انظر: عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي، المكتب الإسلامي، ص56).

أولاً: استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأييد النزاع

الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة، وهذا ما تقضي به العدالة ويستلزمه الصالح العام، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق، كما لا يتفق والصالح العام أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم⁽¹⁾، لذلك جاء الدستور مؤكداً هذا الأصل الطبيعي (مواد الدستور المصري الحال: 94، 100، 184)⁽²⁾.

⁽¹⁾ وفي القضاء الإداري، فإن الأساس الفني لتحصن القرارات الإدارية أيّاً كان العيب الذي أصابها طالما لم يؤد إلى انعدامها هو أيضاً استقرار الحقوق والمراكز. حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 913 - لسنة 60 قضائية - جلسة 4-2-2015 - مكتب فني 60 - ج 1 - ص 340. وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 1587 - لسنة 33 قضائية - جلسة 29-4-1995 - مكتب فني 40 - ج 2 - ص 1657. و "لا يخرج عن ذلك الأصل العام إلا أن يكون القرار الإداري معدوماً، أو صدر نتيجة غش أو تدليس من جانب صاحب الشأن أو بمشاركته، ففي هاتين الحالتين لا يتقيد سحب القرار الإداري بالميعاد المذكور - الغش يُفسد كل شيء". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 11704 - لسنة 59 قضائية - جلسة 18-5-2014 - مكتب فني 59 - ج 2 - ص 807. كذلك انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 1756 - لسنة 43 قضائية - جلسة 19-12-1999 - مكتب فني 45 - ج 0 - ص 293.

⁽²⁾ وقُضي بأنه: "وإذ تصدر أحكام القضاء باسم الشعب - فإن احترامها ووجوب تنفيذها يضحى واجباً يسمو على النظام العام ذاته بحسبان أن تحقيق العدل بصفة عامة والإداري بصفة خاصة يغدو من أهم مظاهر احترام المشروعية وسيادة القانون ... لما يمثله ذلك كله من احترام للدستور وإعلاء لفكرة الاحتكام إلى القانون والقضاء سبيلاً للفصل في الأنزغ ومنعاً لتناول محظور على القضاء وأحكامه". حكم محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم 24625 - لسنة 62 قضائية - بتاريخ 1 - 4 - 2008.

إن فكرة استقرار الحقوق و المراكز القانونية تستوجب عدم مباشرة القاضي لوظيفته إلا مرة واحدة بالنسبة للمسألة التي فصل فيها، فيمتنع عليه إعادة نظر ما سبق من مسائل، إذ لم يعد يملك السلطة التي تخوله نظر المسألة مرة أخرى، ولو تبين له خطأ ما قضى به أو كان باطلاً أو غير عادل؛ فإذا كان لنا أن نفاضل بين اليقين القانوني الذي يحققه الحكم، وبين الأضرار التي تنتج عما يقع فيه القاضي من أخطاء، فإنه لا شك في غلبة الأولى أي تغليب الاستقرار القانوني الذي يحققه الحكم، فلا يستطيع القاضي أن يعود إلى ما سبق وأن قضى به، خاصة في ظل وجود مكنة الطعن، ويعتبر البعض، وبحق، أن هذه قاعدة أصولية من قواعد القانون تنطبق بالرغم من عدم النص عليها⁽¹⁾.

وأكدت على ما سبق من أساس فني المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 حيث ذكرت أن الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها⁽²⁾. فكقاعدة، بمجرد استفاد طرق الطعن أو استغلائها، يتم فض

(1) محمود محمد هاشم، استفاد ولاية القاضي المدني في قانون القضاء المدني، طبعة 80/79، ص11، بند 4، ص29- ص33، بنود8-11.

(2) لم يصف القضاء المصري أي أمر بأنه أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر كحجية الأمر المقضي لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها. انظر الأحكام التالية: محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1006 - لسنة 60 قضائية - جلسة4-7-1996 - مكتب فني 47 - ج1 - ص633. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 284 - لسنة 72 قضائية - جلسة22-4-2003 - مكتب فني 54 -

النزاع وتسويته مرة واحدة وإلى الأبد، مما يضمن الاستقرار والأمن والسلام بين الناس⁽¹⁾.

ويربط الفقه في فرنسا بين حجية الأمر المقضي وفكرة الأمن القانوني la sécurité juridique التي تقتضي احترام الأحكام وعدم المساس بها وأن تكتسب الحجية حتى ولو خالفت القانون ولو كانت قواعده متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

ص702. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4229 - لسنة 70 قضائية - جلسة 20-6-2001 - مكتب فني 52 - ج2 - ص965. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 499 - لسنة 74 قضائية - جلسة 25-5-2009 - مكتب فني 60 - ص646. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 498 - لسنة 60 قضائية - جلسة 9-2-1995 - مكتب فني 46 - ج1 - ص375. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 607 - لسنة 40 قضائية - جلسة 21-4-1980 - مكتب فني 31 - ج1 - ص1154.

(1) "Le litige, dès lors que les voies de recours sont épuisées, est vidé, tranché une fois pour toutes, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes ". J. Carbonnier, Droit Civil, introduction, Thémis, PUF, n° 192.

(2) فوفقاً للفقيه الفرنسي G. CORNU إن فكرة الأمان القانوني تشير إلى " أي ضمان، أي نظام قانوني للحماية يهدف إلى ضمان، دون مفاجأة، الأداء السليم للالتزام، لاستبعاد أو على الأقل الحد من الشك في إعمال القانون". وفي ظاهر الأمر، يشير اليقين القانوني إلى فكرة الوصول إلى الحق، والتنبؤ به واستقراره نسبياً، ويجب أن يكون المستفيدون من القواعد القانونية قادرين على أن يحددوا، دون بذل جهد كبير، ما هو جائز وما يمكن الدفاع عنه. وفي هذا الصدد، يعرف THOMAS PIAZZON اليقين القانوني بأنه: "المثل الأعلى لموثوقية حق يسهل الوصول إليه ومفهوم، مما يسمح للأشخاص القانونيين بأن يتوقعوا بصورة معقولة العواقب

وحتى في ظل النظام الانجلوسكسوني، فإن الحكم يحوز الحجية، ولو كان مخالفاً للقانون، لوضع حد نهائي للنزاع؛ لأن الخصوم أتيحت لهم الفرصة الكاملة والعادلة لعرض موقفهم في المسألة محل النزاع، فلا يُسمح لهم عرض ذات المسألة مرة أخرى أمام المحكمة لفضها، لأن يوم كامل وعادل في المحكمة كافٍ لوضع حد نهائي للنزاع حتى ولو كان الحكم السابق صدوره خاطئاً⁽¹⁾.

القانونية لأفعالهم أو سلوكهم، والتي تحترم التوقعات المشروعة التي بنيت بالفعل من قبل الأشخاص من القانون الذي يعزز تنفيذه".

G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 1990, p.750. TH. PIAZZON, La sécurité juridique, LGDJ, 2009, spécial, n°48.

ومن الآليات التي تستهدف الأمن القانوني للأفراد في علاقاتهم الإنسانية والاقتصادية والاجتماعية متنوعة للغاية، كالنقادم، والشكليات، وقوة الأمر المقضي والبيوتة (عدم القابلية للإلغاء) وعدم رجعية القانون، فالمساس بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة محظور إلا إذا وُجد نص خاص في القانون (فتقرير الرجعية رخصة التشريعية من اختصاص السلطة التشريعية وحدها لما يتوافر فيها من ضمانات. راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 1050 - لسنة 7 قضائية - بتاريخ 21 - 11 - 1965، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). والتزام القاضي بتطبيق القانون الساري وقت تقديم صحيفة الدعوى ومبدأ المواجهة والأمانة الإجرائية وعلانية العدالة والحق في الطعن وتسبب الأحكام والحق في قضية عادلة أمام قاض محايد.

BERGEL, J. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. Revue du notariat, 110, (2), 271-285.

<https://doi.org/10.7202/1045538ar>

(1) "The parties have had a full and fair opportunity to present their positions on the issues in dispute . . . [and] given the costliness of

كما أن استقرار الحقوق والمراكز القانونية هو ذات الأساس المحدد لنطاق قاعدة علو الحجية على النظام العام، إذ لا تنطبق هذه القاعدة على الأحكام المنعدمة⁽¹⁾، فمن غير المقبول أن تستقر المراكز القانونية التي أكدها حكم مشوب بعيب يبلغ من الجسامة حداً يجعل ما ورد به من قرارات قضائية غير جديرة بالاحترام الواجب، إذ يكون الحكم هنا غير صالح لأداء وظيفته⁽²⁾.

relitigation, the same parties should not be allowed to present the same matter for resolution to a court again. One full and fair day in court is enough. There must be an end to litigation, even if the first judgment was actually erroneous".

ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE (2001). at 30.

“Question or right distinctly adjudged in the original action cannot be disputed in a subsequent action, even though the determination was reached upon an erroneous view or by an erroneous application of the law”. UNITED STATES v. MOSER 266 .U.S. 236 (45 S.Ct. 66, 69 L.Ed. 262).

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/266/236>

(1) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(2) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج1، ص 884، بند 384. محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 108، بند 35.

وأخيراً نود القول بأنه إذا كانت الحجية ذاتها تتعلق بالنظام العام لتغليب المصلحة العامة، المتمثلة في استقرار الأوضاع والحقوق والمراكز، على المصلحة الخاصة، فإن علو الحجية على النظام العام فيه أيضاً تغليب لمصلحة عامة على مصلحة عامة أولى بالاعتبار والرعاية.

ولا يُحاج ذلك، عند علو الحجية على النظام العام المتجسد في قاعدة موضوعية، بأن القاعدة الإجرائية (الحجية) إذا تعارضت مع قاعدة موضوعية فالغلبة دائماً للأخيرة على اعتبار أن القاعدة الإجرائية ما وُجدت إلا لخدمة القاعدة الموضوعية، لأن المسألة هنا ليست تغليباً لقاعدة على أخرى، ولكن تغليباً لمصلحة أولى بالاعتبار والرعاية على الأخرى، وهي استقرار الحقوق والمراكز التي تأكدت باليقين القانوني، فأينما تحققت هذه المصلحة، فلا حديث عن تغليب أي القاعدتين.

ثانياً: الحجية تغطي الخطأ في تطبيق القانون (واقعة مصححة للبطلان)

إن الحجية التي تثبت للحكم ليست حجية دائمة. فإذا كانت المصلحة العامة تقتضي ثبات الحقوق والمراكز، فلا نغفل أن القاضي بشر، وللتوفيق بين هذين الاعتبارين رسم المشرع طرقاً للطعن في الأحكام، بقيود معينة، ولا يمنع الطعن في الحكم من حيازة الحجية، ولكنها حجية قلقة أو موقوتة عند الطعن في الحكم⁽¹⁾.

(1) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص733-734، بند

وعُبر عن وظيفة الحجية في تصحيح بطلان الحكم وتطهيره من عيوبه (1) la purge des vices بعدة تعبيرات قانونية مختلفة ومنها أن الحجية مستقلة عن بطلان الأحكام التي تحوزها(2)، وأن الحجية ليست عنصراً من عناصر سلامة الحكم أو عدالته(3)، وصحة الأحكام لا تؤثر على حجيتها كأصل عام(4)، وصحة

(1) وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم يحوز حجية في كل أجزاء منطوقه بغض النظر عن الموضوع. انظر:

civ. 1^{ère}, 14 juin 1966, *Bull. civ. I*, n° 363.

وقضت بأن مبدأ الحجية هو مبدأ عام ومطلق تحوزه حتى الأحكام الباطلة: حيث قضي بأنه عندما تقضي المحكمة بإلزام الزوج بنفقة مادية لمصلحة زوجته، لا يجوز، بدون مخالفة حجية الأمر المقضي للحكم، رفض طلب مراجعة الحكم بسبب أن الإيجار الشهري المتفق عليه يدخل أيضاً من ضمن البديل التعويضي. انظر حكم محكمة النقض الفرنسية: civ. 2^{ème}, 7 janv. 1981, *RTD civ.* 1981, p. 436, obs. J. NORMAND ; civ. 1^{ère}, 22 juill. 1986, *Bull. civ. I*, n° 225.

وقضي أيضاً بأن حجية الأمر المقضي تحوزها الأحكام التي لم يُطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، أي كانت العيوب التي شابها.

com., 14 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 289, *JCP* 1990, IV, p. 14.

(2) Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017, n°2.

(3) أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص28، بند 20.

(4) Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1986 : *Bull. civ. I*, n° 225. – Cass. 3^e civ., 7 déc. 1988: *JCP G* 1989, IV, p. 48. – Cass. com., 19 oct. 1993: *Bull. civ. IV*, n° 341; *JCP G* 1993, IV, 2657.

الحكم ليس شرطاً لحيازته حجية الأمر المقضي، والحكم يحوز الحجية حتى يُلغى من محكمة الطعن⁽¹⁾.

والحجية تغطي عوار الأحكام وأوجه البطلان التي تشوبها وتعد واقعة مصححة للبطلان، وبغض النظر عن نوع البطلان الذي أصاب الحكم أو طبيعة القاعدة التي خالفها الحكم سواء كان البطلان بطلاناً عاماً لمخالفة قواعد متعلقة بالنظام العام أو بطلاناً خاصاً لمخالفة قواعد متعلقة بالمصلحة الخاصة⁽²⁾.

وهذا الأساس يقره القضاء الفرنسي، حيث تغطي حجية الأمر المقضي أي بطلان في الإجراءات أتر في الحكم⁽³⁾ أو بطلان في الحكم ذاته طالما لم يُلغَ بالطعن

(1) Soc., 19 mars 1998, Bull., V, n° 158. 3^e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399.

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص109، بند 73 وانظر الهامش (1) من ذات الصفحة السابقة. وانظر فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج1، ص884، بند 384. كذلك انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1045 - لسنة 64 قضائية - جلسة 29-3-2001 غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1045 - لسنة 64 قضائية - جلسة 29-3-2001 - مكتب فني 52 - ج1 - ص466. إلا إذا كانت أوجه العوار هي التي تغطي الحجية وتغلبها وتسحبها إلى درك الانعدام، انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعداً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(3) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يعد البطلان في الإجراءات المؤثر في الحكم القضائي مانعاً من حيازته حجية الأمر المقضي، إذا لم يتم إلغاؤه بطرق الطعن؛ ولما كان الحكم الصادر في 25 أكتوبر 2001 الذي وضع المدين في تصفية قضائية redressement

فيه⁽¹⁾، فتغطي الحجية حكم الاستئناف حتى ولو رفع استئناف باسم خصم متوفى⁽²⁾، أو خالف الحكم قواعد الولاية النسبية المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾، أو قواعد

judiciaire أصبح غير قابل للإلغاء (باتاً) irrévocable، فيكون رفض محكمه الاستئناف الدفع بالبطلان سديد قانوناً".

Cour de cassation Chambre commerciale Rejet 20 octobre 2009 N° 08-18.321.

⁽¹⁾ تنص المادة 460 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: "لا يجوز طلب إبطال حكم إلا بطرق الطعن المقررة في القانون".

“ La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi”.

⁽²⁾ Amiens, 28 juill. 1947, S. 1948. 2. 21, note Solus, RTD civ. 1948. 366 ; et, sur pourvoi, Com. 19 juill. 1950, JCP 1951. II. 5952, note H. Motulsky. – Com. 26 juill. 1948, JCP 1948. II. 4473, note P. Lescot, RTD civ. 1949. 126; V. Com. 14 nov. 1989, D. 1989. IR 305.

بشأن مدة منع إدارة الشركة التجارية انظر:

Com. 20 oct. 2009, no 08-18.321, D. 2009. 2609, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2010. 188, obs. C. Saint-Alary-Houin.

⁽³⁾ لذلك قضي بأنه: "لما كان الحكم التمهيدي الصادر من محكمة الدرجة الأولى قد قضي بقبول الطعن شكلاً وهو قضاء قطعي باختصاصها بنظر الطعن في قرار اللجنة وكانت الطاعنة لم تستأنف هذا القضاء واقتصر استئناف المطعون ضده على القضاء في موضوع الطعن فإنه يكون قد حاز قوة الأمر المقضي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام وتغطي الخطأ في القانون فلا يجوز للطاعنة أن تتمسك في طعنها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم العادية". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1045 - لسنة 64 قضائية - جلسة 29-3-2001، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 436 - لسنة 30 قضائية - جلسة 27-5-1965 - مكتب فني 16 - ج 2 - ص 651.

الاختصاص المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾، كما تغطي الحجية البطلان الشكلي⁽²⁾، حتى لو كان الحكم غامضاً⁽³⁾.

وذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن الحجية ما وُجدت أصلاً إلا لتغطية القرارات الخاطئة، وللتأكيد على احتمالية وجود أخطاء قضائية، ولو أن الحجية هي حقيقة دائمة، ما

المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 29373 - لسنة 54 قضائية - جلسة 12-11-2011 - مكتب فني 57 - ج1 - ص143.

⁽¹⁾ Req. 1er août 1872, DP 1872. 1. 340. - Soc. 11 janv. 1962, Bull. civ. IV, no 48. - Civ. 2e, 8 juin 1967, Bull. civ. II, no 216. - Com. 16 nov. 2010, no 09-71.935, Procédures 2011, no 47, obs. R. Perrot) الذي magistrat conciliateur وهذا صحيح بالنسبة لأمر صدر من "قاضي الصلح أو موفق" أعلن قبول دعوى الطلاق، في حين القاضي كان غير مختص بإعلان وجود رابطة الزواج. (Civ. 1re, 15 nov. 1978, Bull. civ. I, no 348, Gaz. Pal. 1979. 1. Somm. 96).

حتى لو كانت قاعد الاختصاص التي خالفها الحكم متعلقة بالنظام العام.

Civ. 26 févr. 1921 et 9 mai 1922, DP 1925. 1. 158. - Civ. 13 nov. 1952, D. 1953. 113 ; T. civ. Saint-Mihiel, 12 juill. 1955, JCP 1955. II. 8879, note R. Meurisse. - Civ. 1re, 3 nov. 1966, JCP 1966. II. 14880, note J.A. - Civ. 1re, 22 juill. 1986, Bull. civ. I, no 225.

⁽²⁾ Civ. 11 nov. 1873, DP 1873. 1. 455. - Rouen, 17 avr. 1878, DP 1878. 2. 232 ; C. GARSONNET et C. CÉZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. 3, 4e éd., 1913, Sirey, no 710).

⁽³⁾ Com. 19 janv. 1983, Bull. civ. IV, no 24.

كان هناك داع لحملها على الحقيقة⁽²⁾، وإذا كانت جميع الأحكام تتوافق مع الحقيقة، فلم يكن هناك داعٍ إلى تحديد طرق للطعن⁽³⁾.

وهكذا، يجب أن تكون للمحاكمات نهاية وعندما يستنفد طريق للطعن، فالطعن على الطعن ممنوع. لذلك، إن حجية الأمر المقضي هي التي تضمن عدم قابلية الحكم

(1) Cass. Ire civ., 22 juill. 1986, Bull. civ. I, n° 225; Cass. com., 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 289; D.1989, IR p. 305.

(2) Christian Atias, L'erreur grossière du juge. Recueil Dalloz 1998 p.280.

(3) إن الحجية تحوزها القرارات حتى الخاطئة أو الأحكام التي لم تكن محلاً للطعن أيًا كانت أوجه البطلان التي تشوبها.

Soc., 19 mars 1998, Bull., V, n° 158.

وصدر القرار 6 يوليو 2010 يشير، فيما يتعلق بقرار ما، إلى أنه " يحوز حجية الأمر المقضي فيما يتعلق بمنطوقه، مهما كان خاطئاً، حيث خلص إلى استمرار الخصومة".

Com. 6 juill. 2010, n° 09-16.403, NP.

règles essentielles وقد تثير هذه النتيجة تحفظات عندما يخالف الحكم القواعد الأساسية بشكل خطير، ولكن لا يمكن اعتبار الحكم غير ذي فعالية دون تدخل قاض ليعلن بطلان أو، un (auxiliaire de justice) في بعض الحالات، انعدام القرار (مثل الحكم الصادر من معاون قاضي justice).

Paris, 1^{er} juin 1979, Gaz. Pal. 1979. 2. 357 ; RTD civ. 1976. 403, obs. Perrot. 3^e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399 : Cass. Com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289, p. 195).

للتغيير فيه وثباته، حتى لو كان منطويًا على خطأ، فإنه سيكون بمثابة قانوناً لأطراف هذا الحكم⁽¹⁾.

ثالثاً: الحجية تحول دون المساس بالحكم بغير طريق الطعن

في اعتقادنا أن من الأسس الفنية التي تقوم عليها قاعدة علو الحجية على النظام العام هي أن الحجية تحول دون المساس بالحكم بغير طريق الطعن⁽²⁾، بمعنى أنه حتى ولو صدر الحكم مخالفاً للنظام العام، فلا يعني ذلك أن الحكم سيظل دائماً وأبداً مخالفاً للنظام العام أو أن القانون يسمح بهذه المخالفة، ولكن يعطي القانون للخصم حق تعديل هذا الوضع و المخالفة فقط من خلال طرق الطعن، ولذلك عدم المساس بالحجية بغير الطعن يؤكد على أن من مفترضات تطبيق قاعدة العلو أن

(1) Corinne BLÉRY : Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 11.

(2) ويعبر عنها بالفرنسية عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم أو الدفع ببطلانه Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements ورددها قانون المرافعات الفرنسي في المادة 460 التي تنص على ألا يجوز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن التي ينظمها القانون. ومن المقرر قضاءً في مصر أنه: "لا يقبل الطعن في الأحكام بالبطلان بدعوى مبتدأه ما دام أن القانون قد نظم طرقاً للطعن عليها وذلك تقديراً لحجيتها". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 93 - لسنة 32 قضائية - جلسة 9-1-1968 - مكتب فني 19 - ج1 - ص5. انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص108، بند 73، بالذات هامش (1).

تظل حجية الحكم قائمة حتى يتم إلغاء الحكم، ويؤكد في الوقت ذاته على استبعاد تطبيق قاعدة العلو عندما يكون الحكم معدوماً⁽¹⁾.

فإن لم يكن حق الطعن موجوداً لاستنفاده أو استغراقه، فلا طريق لتصحيح بطلان الحكم، فتبقى حجية الحكم قائمة تغلفه بغلاف مانع من المساس به، وإن خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام. لذلك، إذا لم يعد باب الطعن مفتوحاً، فإن الحكم غير القانوني (الباطل) يحوز قطعاً حجية الأمر المقضي⁽²⁾، لذلك تعين ألا يكون لممارسة طرق الطعن بالبطلان أثر واقف لحجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم الطعين إلى أن يتم إلغاؤه فعلاً أو تصحيحه⁽³⁾.

ولأن الحجية تحول دون المساس بالحكم بغير طريق الطعن هو أساس علوها على النظام العام، نجد المشرع تارةً يفتح باب الطعن على مصراعيه إما بعدم ذكر حالات محددة له كما في الاستئناف، أو يفتح باب الطعن في أحوال استثنائية كفتحه باب الاستئناف للحكم الانتهائي إذا كان باطلاً في ذاته، أو باطلاً لبطلان في الإجراءات أثر فيه أو لمخالفته قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام (م

(1) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(2) Civ. 1^{re}, 14 juin 1966, Bull. civ. I, n° 363 – Com. 14 nov. 1989, n° 88-17.188, Bull. civ. IV, n° 289; JCP 1990. IV. 14.

(3) Civ. 1^{re}, 4 juin 1996, n° 93-21.135, Bull. civ. I, n° 232.

221 مرافعات مصري)، علاوة على تخويل قاضي الطعن سلطة إثارة النظام العام الذي خالفه الحكم من تلقاء نفسه، ولكن بضوابط⁽¹⁾.

والحجية تمنع المساس بالحكم الباطل بغير طريق الطعن أيّاً كان نوع البطلان أو سببه، سواء كان البطلان بطلاناً خاصاً لمخالفة قواعد متعلقة بالمصلحة الخاصة⁽²⁾، أو كان عاماً لمخالفة قاعدة موضوعية أو إجرائية متعلقة بالنظام العام،

(1) مثال ذلك جواز إثارة المسألة المتعلقة بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض متى كان مبنياً على سبب قانوني بحت أو يخالطه عنصر واقعي سبق عرضه على محكمة الموضوع أو كانت العناصر التي تتمكن بها تلك المحكمة من تلقاء نفسها من الإلزام بهذا السبب تحت نظرها عند الحكم في الدعوى. حكم محكمة النقض المصرية - مدني - الطعن رقم 6564 - لسنة 79 قضائية - جلسة 13-3-2011.

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص109، بند 73 وانظر الهامش (1) من ذات الصفحة السابقة.

إن الحكم، كما قضت محكمة النقض الفرنسية، يحوز حجية الأمر المقضي لكل حكم قطعي حسم نزاع أيّاً كان أصل هذا الحكم سواء كان صادراً من محكمة ذات اختصاص عام أو خاص من محكمة كلية (مكونة من أكثر من قاض) أو جزئية (مكونة من قاض فرد)، سواء من محكمة أول درجة أو ثاني درجة ومن باب أولى من محكمة النقض. وتلك الحجية لا تخضع لصحة الحكم فطالما أن الحكم لم يبلغ أو يعدل بطرق الطعن المقررة فالحكم يحوز الحجية بغض النظر عن العيب الذي يصيبه أو العيب الذي يؤثر فيه.

3e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399 ; Soc., 19 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 158 ; Com., 14 novembre 1989, Bull. 1989, IV, n° 289 ; 2e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-17.069.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_theme_verite_178/jugee_m._6392.html

أو سواء كان البطلان لعب في موضوع الدعوى أو لعب إجرائي في الحكم ذاته أو في الإجراءات أتر في الحكم⁽¹⁾.

رابعاً: مدى اعتبار الحجية قرينة على الحقيقة والصحة كأساس لعلوها على النظام العام

ما دام الحكم هو خاتمة المطاف، بعد أن أدلى الخصوم بطلباتهم ودفوعهم، حاسماً كل خلاف بينهم، يكون الوضع الطبيعي أن يستقر الأمر المقضي، فيحوز الحكم الحجية ليعد عنواناً للحقيقة والصحة⁽²⁾. وفي فرنسا، اختلف الفقه الفرنسي

القرارات المعيبة بعيب جسيم لا يمكن أن تحوز في كل الأحوال حجية الأمر المقضي. ولكن السوابق القضائية لها موقف العكس انظر على سبيل المثال:

Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 03-04.070, Bull. civ. II, n° 243 - Civ. 2^e, 25 oct. 2007, n° 06-19.151, Bull. civ. II, n° 240.

(1) وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية في القوانين الحديثة وهي تمثل النتيجة الإجرائية لحجية الشيء المحكوم فيه. انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص736، بند 391.

(2) وابتدعت العديد من النظريات لتأسيس فكرة أن الحجية قرينة على الحقيقة، ومنها نظرية العقد القضائي، إذ أن الحجية تقوم على أساس عقد أو شبه عقد بين طرفي الخصومة بموجبه يلتزم الطرفان مقدماً بقبول الحكم لو كان غير عادل. في تفاصيل هذه النظرية ونقدها انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص365، بند 148.

وفي رأي بعض الفقهاء أن أساس الحجية هو أن الحكم القضائي عندما يكون غير عادل فإنه ينتج واقعة قانونية موضوعية جديدة بدل الرابطة القانونية السابقة التي تنقضي كأثر له ولهذا فإن الحجية التي تمنح للحكم غير العادل أساسها الأثر المنشئ لهذا الحكم (ونظرية الأثر المنشئ).

الموضوعي في مدى اعتبار الحجية قرينة قاطعة أم بسيطة⁽¹⁾، لأن بعض فقه القانون الموضوعي⁽¹⁾ يعتبر الحجية قرينة قانونية على الحقيقة عملاً بالمادة

بحيث لا يجب النظر بعد صدوره إلى الرابطة القانونية السابقة. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص364، بند148.

(1) حيث يرى البعض - رغم نص المادة 1351 إثبات فرنسي - قبل تعديلها بموجب القانون سنة 2016 كما سنرى لاحقاً بالمتن- أنه لا يعني أن الحكم حقيقة مطلقة، ولكن، على العكس من ذلك، حقيقة قانونية بسيطة من قبل المشرع، كما يشرح عميد كاربونييه، في الإسهاب: " (...) وما يعطي الحكم قيمته الكاملة ... ليس مطابقة الحكم للحقيقة المطلقة (وأين الحقيقة المطلقة؟)، ولكن منح الدولة الحكم قوة خاصة تمنع من إثارة المسألة محل الحكم مرة أخرى، لوضع حد لإنهاء النزاع. فيتم حسم النزاع (باستنفاد طرق الطعن)، والبت في كل شتاته مرة واحدة، مما يضمن الاستقرار والأمن والسلام بين الأفراد"، وقال إن " حجية الأمر المقضي ليست هي الحقيقة ذاتها؛ بل يستلمها الشخص الجيد مكان الحقيقة."

J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, 27e éd., PUF, 2002, n° 192 .
CARBONNIER J., Droit civil, Vol. 1, PUF, collection Quadrige, 2004, n° 46, apud : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, Théorie générale du procès, préc., pp. 893-894.

بينما يرى البعض الآخر أن حجية الأمر المقضي هي القرينة القانونية القاطعة للحقيقة تحوزها القرارات القطعية التي تفرض على القاضي والخصوم، وفقاً للحكمة القائلة بأن الحكم المقضي به الذي يُعتبر أمراً حقيقياً *res judicata pro veritate habetur*.. إن منع "إعادة الدعوى"، إلا بطرق الطعن، واستنفاد الولاية هما القاعدتان اللتان تضمنتا قوة الحقيقة القضائية حتى وإن كانت نسبية فقط.

Regards croisés sur l'autorité de la chose jugée », colloque publié dans : Procédures, août-sept. 2007.

P. Hugonet, La vérité judiciaire, préf. S. Rozès, Litec, 1986 .R. Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 2e éd., A.

1351 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، فالحجية قرينة قانونية قاطعة irréfragable لا تقبل إثبات العكس، لأن الحجية دليل، ولذلك فإن الحكم مفترض

Rousseau, 1929, p. 120 s. – R. Morel, Traité élément de procédure civile, 2e éd., Sirey, 1949, p. 450.

(1) G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », RDP, 1913, p. 437 ; P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », RIDC, 1957, p. 170. V. J.-L. AUBERT et SAVIAUX É., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Coll. Université, 15ème éd., Sirey, 2014, n°151, p. 154 ; F. TÉRRÉ, Introduction générale au droit, Coll. : Précis, 9ème éd., Dalloz, 2014, n° 745, p. 600.

قارن ذلك بالفقه الإجرائي:

G. COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, Coll. Université, 17ème éd., Dalloz, 2014, n° 213, p. 223 ; S. AMRANI-MEKKI et Yves STRICKLER, Procédure civile, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014, n° 482, p. 749 ; L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 5ème éd., Litec, 2006, n°725 et s., pp. 462 et s. ; n° 763, p. 482. E. COUTURE, « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », in RIDC, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954. pp. 681-701 ; J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition, Thèse, Paris, 1954.

(2) تنص على أنه: "لا حجية للأمر المقضي فيه إلا فيما يتعلق بموضوع الحكم. يجب ان يكون الشيء المطلوب هو ذاته، والطلب مؤسس على السبب ذاته، وأن يكون الطلب بين الأطراف ذاتهم، ومقدمة من قبلهم وضد بعضهم بالصفة ذاتها". والنص باللغة الفرنسية:

فيه الصحة أو هو عنوان الحقيقة. ولكن يرى البعض الآخر أن الحكم يعد قرينة بسيطة على الحقيقة ولكن يتحول إلى قرينة قاطعة عندما يغلق باب الطعن⁽¹⁾، ولكن كل هذا التأسيس يتناقض مع ما كانت تنص عليه المادة 1352 / 2 من القانون المدني الفرنسي من معاملة الحجية على أنها قرينة قاطعة قبل تعديل سنة 2016.

وعلى نهج الفقه الفرنسي الموضوعي ذاته، يرى الفقه المصري الموضوعي، والبعض من الفقه الإجرائي⁽²⁾، أن الحجية قرينة الحقيقة القضائية Vérité judiciaire دون الحقيقة الواقعية، ودفعهم إلى ذلك المشرع في التقنين المدني المصري الملغي الذي صور الحجية على أنها قرينة قانونية قاطعة، إذ كان نص المشرع صريحاً في أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة". فتتحرف الحقيقة

" L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité".

(1) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 12, par E. BARTIN, LGDJ, 5^{ème} éd., 1922, p. 452.

(2) الحجية هو قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مقتضاها أن الحكم يصدر صحيحاً من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع. في الفقه المصري فالحجية قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، فالحكم الحائز لحجية الأمر المقضي صحيح شكلاً وحقيقياً موضوعاً حتى يضع حداً للخصومة فلا تتأبد. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص 25، ص 374، بند 174.

القضائية، في القلة النادرة من الأحوال، عن الحقيقة الواقعة، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تطابقها. فتكون القرينة إذن -ككل قرينة قانونية أخرى - على الأرجح الغالب الوقوع، لاعتبارين أولهم عدم تأبد الخصومات وثانيهما منع التناقض في الأحكام⁽¹⁾.

وأكد القضاء المصري في بعض أحكامه على اعتبار الحجية قرينة الحقيقة والصحة أساساً لقاعدة علو الحجية على النظام العام، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "... فإن القرار المطعون فيه يكون قد جاء حسب الظاهر من الأوراق غير قائم على سبب صحيح يبرره ومخالفاً لمخالفة صريحة لحجية الاحكام القضائية والتي تعلق على النظام العام، بحسبان أنها تمثل عنوان الحقيقة لا تقبل صل المناقشة وعنوان صحة لا تقبل المجادلة..."⁽²⁾.

(1) راجع في ذلك السنهوري، ج2، ص590-592 بند 344.

(2) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم 15477 - لسنة 58 قضائية - بتاريخ 11 - 5 - 2004. بل بالغت محكمة النقض المصرية في القول بأن الحجية هي أقوى من الحقيقة نفسها، فأصبح بذلك حكم القضاء عنواناً للحقيقة التي هي أقوى من الحقيقة نفسها، مما لا يصح معه النيل منها بمجرد دعوى غير حاسمة، كما لا يجوز أن تكون محلاً للمساومة بين الأفراد. والقول بغير ذلك مضيق لوقت القضاء وهيبته ومجلبة لتناقض أحكامه ما بقي الأمر معلقاً بمشينة المحكوم عليهم كلما حلا لهم تجديد النزاع وإعادة طرحه على القضاء. حكم محكمة النقض - جنائي - الطعن رقم 13196 - لسنة 76 قضائية - جلسة 16-10-2011 - مكتب فني 62 - ص285. وحكم نقض مصري 3 مايو 1966 مشار إليه في: محمد حسام محمود لطفي، سحب أحكام محكمة النقض، دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري والفرنسي، هرة عام 2004، بدون دار نشر، ص 8.

بيد أنه في اعتقادنا أن الحجية لا تعد قرينة على الحقيقة والصحة من حيث المبدأ وبالتالي عدم صلاحية ذلك كأساس لعلو الحجية على النظام العام⁽¹⁾، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: فصل المشرع المصري مسائل الإثبات عن المجموعة المدنية وخصها بقانون مستقل رقم 25 لسنة 1968 ونقل المشرع نص المادة 405 ملغاة من التقنين المدني إلى نص المادة 101 إثبات⁽²⁾ مع تعديلين. الأول وهو إضافة فقرة تقرر سلطة المحكمة من تلقاء نفسها في القضاء بالحجية والتعديل الثاني هو تخصيص فصل مستقل (الفصل الثاني من الكتاب الرابع) للحجية بعيداً عن الفصل الخاص بالقرائن، ليؤكد على عدم اعتبار الحجية من ضمن القرائن⁽³⁾، ورغم ذلك يصر القضاء المصري على أن الحجية قرينة ودليل⁽¹⁾.

(1) على الرغم من وجود اتجاه قديم يعتبر فكرة الحقيقة أساساً لاحترام حجية الحكم ولو كان غير عادل، ولكن يرى البعض أنها لا تصلح صياغة فنية لفكرة الحجية تفسر نظامها القانوني. في ذلك انظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 192-196.

(2) إن المادة 101 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 تنص على أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

(3) وفي الحقيقة أن التعديلين مترابطين ولا يمكن فصلهما حيث اعتبار الحجية وسيلة لفرض إرادة القانون وليست قرينة أو دليل إثبات على الحقوق والمراكز فلا يعني الربط بين الحجية والمصالح الخاصة، بل الربط بين الحجية والمصلحة العامة في تحقيق فاعلية للحماية القضائية التي ترتبط

ثانياً: في القضاء المصري بأن الحجية قرينة تأكيد على غموض فكرة الحجية لديه وعدم تمييزها عن قوى الحكم الأخرى⁽²⁾، وإذا كانت حجية الأمر المقضي تهدف إلى عدم تأييد المنازعات ومنع تناقض الأحكام، فلذات الغاية والمنطق تتسحب

بأسس النظام القضائي والاستقرار لقانوني في المجتمع. انظر: أحمد ماهر زغول، أعمال القاضي...، ص54-55، بند 27 وهوامش الصفحتين.

(1) قُضي: "ومن حيث إنه من المبادئ المقررة أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أحد الدفوع الشكلية الجوهرية التي تتصل اتصالاً وثيقاً بمبدأ حجية الأحكام القضائية ويقترن بأحد طرق الإثبات وهو "القرائن" ويسمى بقرينة الأمر المقضي المنصوص عليها في المادة 1/101 من قانون الإثبات سالف الذكر، حيث اعتبر المشرع حجية الأمر المقضي قرينة قانونية قاطعة مؤداها مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية". حكم المحكمة الاقتصادية - الدائرة الثانية الاستئنافية - الطعن رقم 810 - لسنة 2 قضائية - جلسة 14-2-2013.

يرى العلامة السنهوري أن حجية الأمر المقضي قاعدة موضوعية (Règle de Fond)، فالحقيقة التي قررها الحكم هي الحقيقة الواقعة، والذي يقطع في أن حجية الأمر المقضي ينبغي أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية، أن هذه الحجية لا تدحض، لا بالإقرار ولا باليمين. وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً، بالإقرار واليمين. انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص592-593، بند 344.

(2) وبالنظر إلى التطبيقات القضائية لاسيما تلك الصادرة من محكمة النقض المصرية وهي أعلى الهرم القضائي والمنوط بها توحيد كلمة القانون، تخط بين الحجية ومفاهيم قانونية أخرى تارة، وتوسع أو تضيق من نطاقها أو موضوعها تارة ثانية، وتخرج الحجية من فلسفتها وأهدافها تارة ثالثة. فأحياناً الخلط بين الحجية والقوى أو الآثار الأخرى المترتبة على الحكم القضائي، فتخلط بين الحجية والقوة والبيتوتة (البيتوتة).

الحجية لكل ما يكون حكماً قضائياً أياً كان نوعه أو طبيعته أو المحكمة التي أصدرته أو مدى قابليته للتنفيذ⁽¹⁾.

ثالثاً: مؤخراً في القانون الفرنسي، المصدر التاريخي للقانون المصري، كان نص المادة 1350 مدني قديماً يحدد عناصر ونطاق حجية الأمر المقضي، مدرجاً تحت الفقرة الخاصة بالقرائن القانونية، حتى صدر الأمر رقم 131-2016 بتاريخ 10 فبراير 2016 ليعيد تنظيم أحكام العقود، والنظام العام لإثبات الالتزام، لاغٍ إدراج الحجية من ضمن القرائن، ووضحت المادة 1355 الجديدة من القانون المدني الفرنسي هي المحددة لعناصر حجية الأمر المقضي مرددة كلمة كلمة التعريف

(1) ويرى البعض أن الحكم البات فقط هو الذي يصلح وصفه بأنه عنوان الحقيقة على أساس انه غير قابل للتعديل أو التغيير، أي لا يربط الاستقرار بالحجية بل بالبيتوتة. انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة: دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، 2012، ص 178. وسبب التخبط القضائي كما قلنا هو المشرع المصري في قانون الإثبات الذي جعل الحجية دليلاً ونوصيه بأن يحذف مواد الحجية من قانون الإثبات والاقتصار على تنظيمها في قانون المرافعات.

والنص صراحة على اعتبار الحجية - لا قوة الأمر المقضي - حجة فيما فصلت فيه - في قانون المرافعات على غرار قانون المرافعات الفرنسي وليس كما هو الحال في المادة 53 من القانون الكويتي رقم 39/1980 م بشأن الإثبات في المواد المدنية و التجارية التي تنص على أن: "الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تعلق بذات الحق محلاً و سبباً ، و تقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها " .

القديم تحت عنوان " إثبات الالتزامات " « De la preuve des obligations »
والمادة 1354 الجديدة من التقنين المدني والتي تعرّف القرينة لم تشر صراحة
لحجية الأمر المقضي، لأن الرابط بين الحجية وقرينة الحقيقة كان منتقداً مع الأخذ
في الاعتبار السوابق القضائية التي تضيف حجية الأمر المقضي حتى على
القرارات الخاطئة، لذلك يرى الفقه الفرنسي الإجرائي أن الحجية ما هي إلا صفة
تمنح للأحكام التي ينتج عنها الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، وظيفتها
منع تجديد ذات القضية (1).

رابعاً: إذا اعتبرنا الحجية دليلاً مستقلاً⁽²⁾ أو قرينةً لكانت الحجية غير متعلقة
بالنظام العام⁽³⁾ وهو الأمر الذي يستحيل معه منطقياً أن نقرر في ظلها قاعدة علو
الحجية على النظام العام، والعكس بالعكس، أي لو اعتبرنا الحجية قاعدة إجرائية،

(1) Christophe LEFORT, Procédure civile, 5ème éd., Dalloz, 2014, n° 573, p. 396 et s ; J. HÉRON et T. LE BARS, Droit judiciaire privé, 5ème éd., Coll. : Domat Droit privé, Montchrestien, 2010, n° 330, p. 275 et s ; N. FRICÉRO, Procédure civile, Coll. : Mémentos LMD, 11ème éd., Gualino Editeur, 2014, p. 193 ; C. BLÉRY, L'efficacité substantielle des jugements, Thèse, LGDJ, 2000, n° 168 et s., p. 115 et s. G. COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, 17ème éd., Dalloz-Sirey, 2014, n° 213-1, p. 223.

(2) لذلك يميز الفقه بين حجية الأمر المقضي والقوة الثبوتية force probante للحكم كورقة رسمية. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص331، بند 140.
(3) فالحجية تختلف عن الإثبات، إذ أن الأخير هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها.

فللغايات التي تستهدفها من استقرار الحقوق والمراكز ومنع التناقض يمكن أن نتصور قاعدة علو الحجية على النظام العام.

خامساً: أساس حديث للحجية (استهلاك الدعوى - منع تجديد الدعوى)

تطور أساس الحجية من اعتبارها قرينة الحقيقة إلى تحقيق استهلاك الدعوى. فحجية الأمر المقضي وصف إجرائي للحكم، الذي يضمن الأمان القانوني يمنح المحكوم له الحكم للتمسك به دون منازعة محتملة ويمنع الأطراف من إثارة المسألة المقضي فيها، وإذا لم تُكَيّف حجية الأمر المقضي على أنها قرينة على الحقيقة⁽¹⁾ في هذا الزمن، فإنه وصف أساسي يلحق بالحكم.

وبناءً عليه، مهمة القاضي تبقى في وضع حد نهائي للنزاع بطريقة قطعية *façon définitive*، ولضمان ثبات المركز القانوني الذي أنشأه أو قرره الحكم، يتعين الاهتمام بمنع إثارة المسألة محل الحكم مرة أخرى أكثر من مجرد التعويل على مدى حقيقة حكم القاضي، فبعد استنفاد طرق الطعن أو فواتها يكون من الضروري منع كل احتمالات نقد قرار القاضي والسماح لمن صدر لصالحه الحكم الاحتجاج

⁽¹⁾ D. Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. publ., LDGJ, 1975, n° 324 – J. Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », Mél. Perrot, Dalloz, 1996, spéc^t p. 137.

به، وتلعب حجية الأمر المقضي هذا الدور بغض النظر عن مضمون القرار سواء كان صحيحاً أو خاطئاً أو باطلاً⁽¹⁾.

إن فكرة استهلاك الدعوى تعني أنه إذا استعمل الشخص الحق في الدعوى للمطالبة بحق أو مركز فلا يجوز له معاودة رفع دعوى أخرى لاستهلاكها. فأساس الحجية هو عدم جواز رفع دعويين عن حق واحد⁽²⁾. فكما أن الحجية تهدف إلى غلق الطريق على المدعي الجريء، فهو يهدف إلى تحقيق استقرار للحقوق المعترف بها للمدعي عليه⁽³⁾.

وإذا كانت فكرة استهلاك الدعوى أو منع تجديدها تعبر عن فكرة الحجية كأثر مانع من تجديد الدعوى سواء أمام القاضي المرفوعة أمامه الدعوى الأولى أو القاضي المرفوعة أمامه الدعوى الجديدة، إلا أن البعض⁽⁴⁾ يعبر عنها، في إطار فكرة الخصومة لا الدعوى، ولكن بفكرة "سقوط المراكز أو المكنتات الإجرائية"، فيسقط

(1) Natalie Fricero ; Serge Guinchard Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile – 2017-2018 : n°421.05. P 1366.

(2) " Le fondement de l'autorité de la chose jugée est tout simplement à rechercher dans le principe général non bis in idem" (P. MAYER, «Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in Mélanges Héron, 2008, LGDJ, p. 331 s.).

(3) راجع أحمد ماهر زغلول الحجية الموقوفة ص 85-86.

(4) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص 466، وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 217-219. أحمد ماهر زغلول، اعمال القاضي ...، ص 366، بند 1-179.

الحق الإجرائي ليس فقط بسبب فوات مواعيد وإخلال بترتيب معين بل لسبق مباشرته، فإذا قام الخصم بالإجراء وفصلت فيه المحكمة بحكم قطعي سقط الحق في مباشرة هذا الإجراء مرة ثانية منعاً لتكرار الإجراءات ووضع نهاية حتمية لها، وينصرف السقوط إلى القاضي و الخصوم.

صحيح أن فكرة السقوط تصلح أساساً لاستنفاد الولاية، فبعد صدور الحكم من القاضي لا يصبح قاضياً، أي لا ولاية له، حتى ولو كان الحكم مخالفاً للنظام العام، فلا يجوز المساس به إلا بالطرق المقررة قانوناً لمراجعة الحكم بطرق الطعن أو غيرها⁽¹⁾، غير أن فكرة السقوط لا تصلح أساساً لعلو الحجية بالمعنى الفني لها كأثر للحكم الموضوعي على النظام العام، ولكن لاعتبار عدم المساس بالحكم داخلياً (القطعية) هي التي تعلق على النظام العام.

سادساً: رأينا الخاص

نعتقد أن الحجية ليست قرينة، بل أنها قاعدة قانونية إجرائية من ناحية، وموضوعية من ناحية أخرى⁽²⁾. فهي قاعدة إجرائية ذات أثر موضوعي. فالحجية تسبغ حماية

(1) لذلك فإن استنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام يقضي به القاضي من تلقاء نفسه. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص 327، بند 137.

(2) يرى العلامة السنهوري أن حجية الأمر المقضي ينبغي أن تكون قاعدة موضوعية (Règle de Fond) لا قرينة قانونية، أن هذه الحجية لا تدحض، لا بالإقرار ولا باليمين. وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً، بالإقرار واليمين. انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص592-593، بند 344.

إجرائية على الحقوق والمراكز الموضوعية لم تكن لها من قبل، وتصبح محصنة بفضلها⁽¹⁾.

إن الحكم هو قرار القاضي المطبق للقانون (الإجرائي والموضوعي) على الحقوق والمراكز والمنتازع فيها حاسماً لها، وبالتالي محله الحقوق أو المراكز التي نالت الحماية القضائية التأكيدية، بما يضمن استقرار المعاملات وعدم تأييد المنازعات.

إن لحجية الحكم هدفاً واضحاً ومحددًا وهو تحقيق الحقيقة القانونية الموضوعية بشأن الحقوق أو المراكز المدعاة استناداً إلى قواعد قانون الموضوعي، ولكن قبل ذلك الحقيقة القانونية الإجرائية، لأن حكم القاضي قبل أن يقضي في الموضوع يطبق قواعد القانون الإجرائي على إجراءات القضية لكي يتحقق من مدى صحتها ومراعاة مبادئ التقاضي بشأنها. فالحجية يمكن تأسيسها على الحقيقة القانونية الإجرائية والموضوعية⁽²⁾.

وترتيباً عما سبق، فإن الحكم الفاصل في الموضوع يحوز حجية، متعلقة بالنظام العام، تحصنه ولو كان باطلاً نتيجة مخالفة قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي. ولكن ما هو الأساس في حيازة الحكم للحجية حتى ولو خالف قواعد القانون

(1) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص58.

(2) أي تحقق اليقين القانوني الموضوعي والإجرائي. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص752، 754.

(الموضوعي أو الإجرائي) المتعلقة بالنظام العام، أي ما هو أساس علو الحجية
على النظام العام، والحجية ذاتها متعلقة بالنظام العام؟

الفرع الثاني

التدرج في اعتبارات النظام العام كأساس لقاعدة العلو

إذا كان النظام العام يهدف إلى تحقيق المصالح العليا في البلاد مما يجعله في أعلى سلم النظام في الدولة، فهل هناك ما هو أعلى من النظام العام ذاته؟ وإذا كانت الحجية وهي متعلقة بالنظام العام تعلق على النظام العام ذاته، فهل ذلك يعني وجود قواعد تعلق على النظام العام أصلاً؟، أم تفيد قاعدة علو الحجية على النظام العام في أن هناك تدرج في النظام العام، فهل للنظام العام درجات؟ أم تدرج في مدى اتصال القواعد بالنظام العام، بحيث نقول إن الحجية هي الأكثر اتصالاً بالنظام العام؟⁽¹⁾ نجيب على هذه التساؤلات على النحو التالي:

أولاً: التدرج Gradation في فكرة النظام العام ظاهرة موجودة

إن تدرج اعتبارات النظام العام أو بمعنى أصح تدرج اتصال القواعد القانونية بالنظام العام ظاهرة موجودة. فالنظام الذي يتعلق بالمصالح العليا للبلاد أو المجتمع يعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تخص فئة من المجتمع، والأخيرة تعلق على القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تخص الأفراد. كما أن فكرة النظام العام

(1) مفترض التدرج ان يوجد تزام بين قاعدتين متعلقتين بالنظام العام، وبالتالي نستبعد التزام بين قاعدة غير متعلقة وأخرى متعلقة او قاعدتين غير متعلقتين.

الدولي⁽¹⁾ تعلق على النظام العام الإقليمي communautaire (النظام العام الأوروبي)⁽²⁾ وللذين يعلون على النظام العام الداخلي⁽³⁾.

(1) فليس كل نظام عام داخلي يعد بالضرورة من حالات النظام العام الدولي والعكس صحيح، انظر: محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص30، بند 9.

(2) انظر المادة 55 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن: "المعاهدات أو الاتفاقيات المصدق عليها أو الموافق عليها حسب الأصول لها، منذ نشرها، سلطة أعلى من سلطة القوانين، وتخضع لكل اتفاق أو معاهدة، لتطبيقها من قبل الطرف الآخر".

"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

وعلى سبيل المثال النظام العام الإجرائي الأوروبي ما تنص عليه المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تضمن مبادئ التقاضي الأساسية التي جعلتها محكمة النقض الفرنسية من النظام العام الدولي في فرنسا.

Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.n°66. (Civ. 1re, 16 mars 1999, no 97-17.598, Rev. Crit. DIP 2000. 181.

وفي السوابق القضائية الأوروبية أمام محكمة العدل الأوروبية انظر:

CJCE 28 mars 2000, Krombach et Bamberski, aff. C-7/98, RTD civ. 2000. 944, obs. Raynard).

(3) أو أن يعلو النظام العام الاتحادي على النظام العام المحلي في الدول الاتحادية أو المركبة. فقضي في القضاء الإماراتي بأن: "الاختصاص الولائي للقضاء الاتحادي من النظام العام الاتحادي الذي يعلو على النظام العام المحلي، ولاتصال هذه الاختصاص بالقضاء الاتحادي الذي هو سلطة من سلطات دولة الاتحاد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه - ومن قبله الحكم المستأنف - هذا النظر وقضى بإحالة النزاع إلى القضاء المحلي بإمارة أبوظبي فإنه يكون قد

إن التدرج في القواعد المتعلقة بالنظام العام قد يكون راجعاً - في اعتقادنا - إلى تدرج مصادر هذه القواعد؛ فالقاعدة المتعلقة بالنظام العام التي يكون مصدرها الدستور تكون أعلى من تلك التي يكون مصدرها القانون؛ لأن نصوص الدستور - كما تقضي المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾ - إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وهي باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها والعمل بموجبها، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة وأحقها بالنزول على أحكامها.

إن لفكرة التدرج في النظام العام - في رأينا - تطبيقات على المستوى الأفقي أو الرأسي. أما عن التدرج الأفقي في النظام العام نقصد منه أن يكون تدرجاً بين "أنظمة عامة متدرجة"، بحيث نكون أمام نظام عام يعلو على نظام عام آخر من مصدر مختلف، وهو تدرج مبني لا على وزن القاعدة بل على مصدرها، كما هو في علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر.

أما التدرج الرأسي يعني أن يكون التدرج داخل إطار "نظام عام واحد متدرج"، وهو تدرج مبني على وزن القاعدة لا مصدرها، بحيث نجد قواعد متدرجة من حيث درجة

خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله، مما يتعين معه نقضه، على أن يكون مع النقض الإحالة إلى المحكمة المختصة عملاً بالمادة (85) من قانون الإجراءات المدنية". (دولة الإمارات العربية المتحدة - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الإدارية - الطعن رقم 277 - لسنة 2011 قضائية - بتاريخ 5 - 10 - 2011).

(1) المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 15 - لسنة 8 قضائية - جلسة 7-12-1991 - مكتب فني 5 - ج1 - ص35.

الاتصال به، كما هو الحال في قواعد النظام العام الدستوري وقواعد النظام العام الإجرائي. وفلسفة التدرج في كل الأحوال تكمن في تغليب مصلحة عامة على مصلحة عامة أخرى، بحسب الأهداف والغايات. ونضرب مثلاً على التدرج الرأسي والأفقي تباعاً:

1) التدرج في النظام العام الدستوري ذاته (مثال على التدرج الرأسي):

إن نصوص الدستور - كما تقضي المحكمة الدستورية العليا- إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وهي باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها والعمل بموجبها، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة وأحقها بالنزول على أحكامها⁽¹⁾، ويترتب على ما سبق اعتلاء القواعد الدستورية على القواعد غير الدستورية المتعلقة بالنظام العام، لينم عن وجود تدرج في القواعد المتعلقة بالنظام العام، بحيث تكون أعلاها القواعد الدستورية.

علاوة على ذلك، إن القواعد الدستورية ذاتها، المتعلقة بالنظام العام، متدرجة فيما بينها في مدى اتصالها بالنظام العام. إذ انتهت بعض الدراسات إلى وجود تدرج

(1) فقُضي بأنه: "لا يمكن أن تكون النصوص الدستورية - وتلك غاياتها - مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما هي قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها، ويجب أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه. انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية قضية رقم 76 لسنة 29 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" الأول من أكتوبر سنة 2007، وحكم المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 15 لسنة: 8 قضائية بتاريخ: 7-12-1991.

مادي بين القواعد الدستورية التي تعد بلا أدنى شك متعلقة بالنظام العام، وهذا التدرج يعكس الاختلاف في القيم التي تعبر عنها النصوص والمبادئ الدستورية، دون أن يخل ذلك بمبدأ وحدة الدستور، فهو تدرج في الوزن دون المصدر، وفي المضمون دون الشكل⁽¹⁾.

ويضرب الفقه الدستوري مثلاً على ذلك في المادة الثانية من دستور مصر التي تنص على أن الإسلام دين الدولة و اللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع⁽²⁾، وهذه المادة التي وردت في تحديد نظام

(1) فبعض النصوص تعبر عن قيم هامة وعظيمة بحيث تبلغ أهميتها إلى درجة النص في الدساتير على عدم إمكانية تعديل بعض النصوص الدستورية المنظمة لها. وفي هذه الحالة يمكن القول بتعلق بعض نصوص الدستور بالنظام العام الدستوري، ومع ما يترتب عليه من ضرورة فرض احترامها على سلطة تعديل الدستور من ناحية وعلى القاضي الدستوري من ناحية أخرى، وذلك بغرض فرض علوها على غيرها من بقية نصوص الدستور، لارتباطها الوثيق بالنظام العام الدستوري. انظر: عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ص32.

(2) بعد أن كانت مصدراً رئيسياً للتشريع، ثم تعدل الأمر في 22 مايو 1980 لتصبح الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، ورتب البعض على هذا التعديل نتيجة هامة وهي أن الرقابة على دستورية القوانين في مصر أصبحت تتم ليس فقط بالرجوع إلى نصوص الدستور بل وبالرجوع أيضاً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت تكتسب قيمة القواعد الدستورية المكتوبة بل وتعلوها من وجهة نظرهم. انظر: صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1987، ص13. مشار إليه في عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص44.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن: "... ما نص عليه الدستور في مادته الثانية بعد تعديلها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل

الدولة السياسي هي قمة المواد الدستورية وتفسر ألفاظها بكل دقة وعناية وهي تعلق على المواد المتعلقة بمقومات المجتمع والحريات و الحقوق والواجبات وسيادة القانون لأنها نتيجة نظام الدولة الأساسي ومرتبطة عليه، ومقيدة به، كما أنها - من باب أولى-أعلى من سائر الأحكام المتعلقة بتنظيم السلطات العليا وسير العمل بها⁽¹⁾.

بها، ومن بينها أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 - ومؤده أنه لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، من غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من، الدستور تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في، أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام وركائزها الثابتة التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها وإلا اعتبر ذلك تشويهاً وإهداراً لما علم من الدين بالضرورة وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها، وهي بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتررة شرعاً، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية، بما لا يجاوزها، مقيماً الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخياً من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال...". حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 18 - لسنة 10 قضائية - جلسة 15-5-1993، مجموعة أحكام المحكمة، ج5، المجلد الثاني، ص 260.

(1) انظر: عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 41.

2) علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر (مثال على التدرج الأفقي):

إن المقصود بالنظام العام الإسلامي - كما عرفته محكمة النقض المصرية - هو النظام العام المرتبط بقواعد قطعية من القرآن أو السنة التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وعلت محكمة النقض المصرية علو النظام العام الإسلامي على سائر الأنظمة العامة، كالنظام العام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، بأن الأنظمة الأخيرة - عكس النظام العام الإسلامي - تختلف باختلاف الزمان والمكان فهي تعبر عن ضمير الجماعة⁽¹⁾، ويظهر جلياً هنا أن حكم محكمة النقض يتبنى التدرج الأفقي⁽²⁾.

(1) وبناءً عليه، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً وقد أستمدها منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان ومن ثم يكون لذوي الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأه أو في صورة دفع". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 36 - لسنة 61 قضائية - جلسة 25-12-1995 - مكتب فني 43 - ج 2 - ص 1037.

(2) وقد يُتصور رأي قائل بأن علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر لا يعني أنه نظام مستقل عن النظام العام بمفهومه الكلاسيكي، لأن النظام العام يقصد منه الأسس العليا التي يقوم عليها لمجتمع و من هذه الأسس بل وأعلاها النظام العام الإسلامي، وإذا كان الدستور المصري يعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فهذا يعني أن الشريعة الإسلامية جزءاً من النظام العام المصري، ولكن إذا كانت الشريعة الإسلامية من النظام العام المصري، إلا أنه يعلو على سائر الأنظمة العامة المصرية، لدى من يتصور أن النظام العام ليس مكوناً واحداً

وبالتطبيق في إطار قاعدة علو الحجية على النظام العام، فإذا كان النظام العام الإسلامي يعلو على نظام عام آخر، فهذا يعني أن قاعدة علو الحجية على النظام العام يحدها أو يقيدتها النظام العام الإسلامي، بمعنى أنه لا تعلو حجية الحكم على قواعد الشريعة الإسلامية القطعية إذا خالفها الحكم، وبالتالي نستبعد من قاعدة علو الحجية مخالفة الحكم لقواعد شرعية قطعية، كما سنبين لاحقاً⁽¹⁾.

وبعد أن بيّنا وجود التدرج في النظام العام واعتباراته، فإن هذا التدرج يصلح كأساس لعلو حجية الأمر المقضي - كفكرة إجرائية - على النظام العام الموضوعي والإجرائي ونقصد هنا التدرج الرأسي، وهو أساس لعلو الحجية على النظام العام الإجرائي، ونقصد هنا التدرج الأفقي، وفي اعتقادنا أن أساس قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام يكون في التدرج الرأسي والأفقي معاً، ليس فقط لتبرير القاعدة ذاتها، بل ولتحديد نطاقها، وذلك على التفصيل التالي:

بل هو متعدد، بل هو أعلى اعتبارات النظام العام عند من يرى أن النظام العام مكون واحد ولكن تتعدد اعتباراته.

(1) انظر في اعتبار النظام العام الإسلامي قيماً على قاعدة العلو ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثالث و الأخير.

ثانياً: التدرج الرأسي في النظام العام الإجرائي كأساس لقاعدة العلو

1) فكرة التدرج الرأسي في النظام العام الإجرائي

صحيح أن فكرة النظام العام تتجسد في بعض قواعد قانون المرافعات فتجعلها أكثر أهمية من البعض الآخر، تغليباً للمصلحة العامة على الخاصة⁽¹⁾، غير أن التقسيم بين القواعد المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة به أضحى تقسيماً كلاسيكياً ليس سهلاً ومحسوماً، لمرونة قانون المرافعات، بسبب التداخل بين المصلحتين العامة والخاصة⁽²⁾.

وفي رأينا أنه حتى في نطاق قواعد قانون المرافعات المتعلقة بالنظام العام، فمنها ما يتصل بالنظام العام أكثر من غيرها، لنكون أمام تدرج في النظام العام الإجرائي، فمع أنهم جميعاً يدورون في فلك النظام العام، ولكن لكل منها مسار أو مدار يقترب

(1) فقُضي بأنه: "من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة به إلى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه، التزاماً بمقتضيات الصالح العام، وترجيحاً لها على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الأثرة المتعلقة بالنظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 931 - لسنة 45 قضائية - جلسة 5-5-1979 - مكتب فني 30 - ج2 - ص280

(2) فنجد عدم ترتيب القاعدة المتعلقة بالنظام العام أو تلك غير المتعلقة لكل آثارها؛ فعلى سبيل المثال يمنع المشرع الاتفاق مقدماً على خلاف أحكام بعض القواعد المتعلقة بالمصلحة الخاصة، ولكنه يجيز الاتفاق أثناء الإجراءات. انظر: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص13.

أو يبتعد أكثر من غيره من هذا النظام، وينتج عن ذلك وجود قاعدة أكثر اتصالاً بالنظام العام الإجرائي مقارنة بقاعدة أقل اتصالاً، فتعلو الأولى على الثانية.

وإذا كانت فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف بحسب الزمان أو المكان، فتوجد قواعد لا تختلف بحسب الزمان والمكان، واعتقد أن هذا النوع من القواعد هي الأكثر اتصالاً بالنظام العام، فمثلاً فكرة منع تناقض الأحكام هي فكرة ليست فقط متعلقة بالنظام العام، بل تعلو على أي فكرة إجرائية أخرى متعلقة بالنظام العام؛ فالتناقض في الأحكام المسبب للفوضى وعدم الاستقرار أو الأمان القانوني لا يختلف من حيث الزمان والمكان، كما أن القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام ذات الأثر المطلق تعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام ذات الأثر النسبي.

(2) تطبيقات التدرج الرأسي في النظام العام الإجرائي:

يكشف البعض من الفقه الفرنسي عن التدرج في النظام العام الإجرائي، حيث لديه إذا كان التنظيم القضائي والولاية من النظام العام لأنها تتعلق بتوزيع السلطة القضائية، فإن تعلق قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام أمر غير محسوم، وإذا كانت قواعد الاختصاص النوعي تخدم المصلحة العامة، ولكن يبدو أن البعض منها يكون أقل أمرية *moins impératives* من البعض الآخر⁽¹⁾، كما أن قواعد

(1) « Il semble bien que certaines de ces règles soient moins impératives que d'autres » COUCHEZ et LAGARDE, Procédure civile, 17e éd., 2014, Sirey, nos 4-1 et 98 s.

الاختصاص النوعي تكون أكثر اتصالاً بالنظام العام من بعض قواعد الاختصاص المحلي⁽¹⁾.

ويرى البعض في الفقه المصري أنه توجد مبادئ في قانون المرافعات لا تتعلق بالنظام العام فحسب، ولكن تتصل بالنظام الأساسي لمرفق القضاء، وقد يوحي ذلك بأن النظام الأساسي لمرفق القضاء أعلى من النظام العام ذاته، كمبدأ عدم جواز أن يكمل القاضي عمل زميله، وأن القاضي الذي يصدر الحكم هو ذات القاضي الذي سمع المرافعة إذ لا يصدر حكمه ويكتبه إلا وفق ما يطمئن إليه ضميره⁽²⁾.

كما أن محكمة النقض المصرية عبرت عن هذا التدرج حينما قضت بأن خروج المحكمة بحكمها عن نطاق طلبات الخصوم يعد مخالفة لقاعدة إجرائية، وهي قاعدة عدم جواز أن يحكم القاضي بما لم يطلب *Infra petita* أو بأكثر مما طلبه

(1) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 10^e éd., 2017, LexisNexis, n° 48], n° 259.

وتنص المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي على أن: "كل شرط يخالف، بطريق مباشر أو غير مباشر، قواعد الاختصاص المحلي يعد غير مكتوب (كأن لم يكن) إلا إذا كان مبرماً بين متعاقدين تجار وكان غير محدد بطريقة ظاهرة في التزام الطرف الذي يواجه أو يُحاج به".

« Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

(2) أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 45، ص108.

الخصم *ultra petita*، التي تعلق على سائر القواعد الإجرائية الأخرى أو القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾، وكان ذلك بمناسبة حكم صدر في المطالبة بمبلغ أجرة أماكن أقل من المحدد في القانون والمتعلق بالنظام العام الموضوعي، غير أن قاعدة عدم جواز الحكم بأكثر أو بما لم يطلبه الخصم تعلق عليها حجية الأمر المقضي، كما سنرى بالتفصيل⁽²⁾.

وللتدليل على وجود التدرج في النظام العام الإجرائي، نذكر تطبيقات عديدة أخرى له، كالتالي:

(1) وعبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها عند تجاوز الحكم حدود الطلبات: "باطلاً بطلاناً أساسياً ومن ثم مخالفاً للنظام العام مخالفة تعلق على سائر ما عداها من صور الخطأ في الحكم فيما يدخل في نطاق الخصومة المطروحة على المحكمة". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1776 - لسنة 49 قضائية - جلسة 21-6-1980 - مكتب فني 31 - ج 2 - ص 1801.

(2) ويرى البعض أن انعدام الحكم إذا كان صدر الحكم على من كان خارجاً عن الخصومة على وجه الإطلاق أو على من اختصم ثم أخرجته المحكمة من الدعوى. انظر: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 30م، ص 60. بينما يميز البعض الآخر بين القضاء بما لم يطلبه الخصم والقضاء بأكثر مما طلبه الخصم، حيث يكون الحكم منعماً في الحالة الأولى وموجوداً ولكنه باطل في الحالة الثانية. انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي مرجع سابق، ص 415، بند 209.

Com. 23 déc. 1947, RTD civ. 1948. 501, obs. P. Hébraud et P. Raynaud. - Civ. 1re, 3 nov. 1966, Bull. civ. I, no 492.

ويتجه رأي البعض إلى أن ما يرد في الحكم على سبيل التزديد وعلى غير سبيل القضاء لا يحوز الحجية أي معدوماً. انظر: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 8، ص 28، بند 138، ص 329.

1- إن قاعدة علنية المرافعات متعلقة بالنظام العام ولكن يمكن الخروج عنها لاعتبارات النظام العام⁽¹⁾، وتقدير علو اعتبارات النظام العام على قاعدة العلنية يكون من تقدير المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، فقد تقتضي اعتبارات متعلقة بالنظام العام وأسرار الدولة مثلاً جعل الجلسة سرية⁽²⁾، على اعتبار أن مصلحة الدولة العليا تغلو على المصلحة العامة التي تقتضيها علنية المرافعات، وقد يقدر المشرع مقدماً ذلك⁽³⁾.

(1) فالمادة 101 مرافعات مصري تنص على أن: "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظةً على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة". وقُضي بأنه: "بالنظر للأهمية البالغة لهذه القاعدة الأصلية . علانية الجلسات . لما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها في المادة 101 من قانون المرافعات المشار إليها بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبة وآخرها المادة 169 من دستور جمهورية مصر العربية في سنة 1971 لتكون بعيدة عن إمكان العبث بها ومن ثم فإنها تعد من الإجراءات المتعلقة بنظم التقاضي الأساسية المتصلة بالنظام العام التي يترتب عليها بطلان الأحكام الصادرة بالمخالفة لأحكامها". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7588 - لسنة 63 قضائية - جلسة 20-11-1997 - مكتب فني 48 - ج 2 - ص 1273.

وتنص المادة 187 من الدستور المصري الحالي على أن: "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية".

(2) مع أن البعض يرى أن المقصود من النظام العام في هذا النص لا أن تلتزم المحكمة نطاق النظام العام المقرر في الفقه والقضاء، بل يمكن جعل الجلسة سرية لأسباب سائغة مقبولة. انظر: ديناصورى وعكاز، ج 1 ص 1045 في التعليق على المادة 101.

(3) فتحي والي، المبسوط، ج2، ص272-273، بند 98.

2- وفي فرنسا أيضاً لا يجوز للقاضي أن يثير مخالفة العيب الشكلي في الإجراء من تلقاء نفسه، حتى لو كان الشكل الذي تمت مخالفته متعلقاً بالنظام العام، مقارنة بالبطلان الناتج عن عيب موضوعي في الإجراء إذا تعلقت المخالفة بالنظام العام⁽¹⁾، فيمكن أن نستنتج هنا أن القواعد التي تحكم العيوب الموضوعية للإجراء المتعلقة بالنظام العام تعلق على القواعد الشكلية المتعلقة بالنظام العام في حال تعارضها.

3- إن تحقيق معيار الغاية من الإجراء، أو بمعنى أدق، شكل الإجراء، حتى لو كان الإجراء باطلاً بطلاناً عاماً، فيه تغليب للغاية وهي الحد من البطلان وتطهير الإجراءات على المصلحة العامة التي يستهدفها اتخاذ الإجراء أو شكله، وهو مسلك لم يكن المشرع ليقدم عليه لولا إدراكه لخطورة البطلان⁽²⁾، فعلى الرغم من أن البطلان أتى نتيجة مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام، إلا أن المصلحة العامة التي شرعت من أجلها هذه القاعدة قد تحققت تطبيقاً لمعيار الغاية⁽³⁾. مثال ذلك: عدم

(1) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 566-567، بند 321.

(2) أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، طبعة 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 59، بند 10.

(3) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، منشأة المعارف اسكندرية، سنة 1974، ص 754-755، بند 2. ويعتبر هذا الرأي أن جميع القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي تتعلق بالنظام العام والقواعد التي تتصل بالمقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي وكل الأشكال التي ترمي ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام أو تتصل بالتنظيم العام للخصومة كتنقيح بعض المواعيد التي من شأنها وضع حداً للنزاع أو احترام حقوق الدفاع.

حاجة الطاعن لتوكيل محام بالنقض إذا كان هو نفسه محامياً بالنقض⁽¹⁾، فالمشرع هنا يغلب-في اعتقادنا -مصلحة تطهير الإجراءات وحسن إدارة العدالة الناجزة، وهي اعتبارات بلا أدنى شك تتعلق بالنظام لعام تعلق على اعتبارات النظام العام التي تحققها قاعدة اشتراط توقيع محام نقض على صحيفة النقض والمتمثلة في ضمان جدية الطعن وكتابة أسباب الطعن بالنقض على نحو يتفق مع الأسباب التي ينص عليها القانون⁽²⁾، فإذا تحققت الغاية منه فلا بطلان ولو تعلق بالنظام العام⁽³⁾.

بينما يرى البعض الآخر أن قواعد التنظيم القضائي وقواعد الاهلية والتمثيل القانوني متعلقة بالنظام العام، أما القواعد الشكلية فهي متعلقة بالمصلحة الخاصة غالباً إلا الاشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص887، بند 384. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص12.

(1) فتحققت الغاية من الشكل على الرغم من أن الشكل هنا متعلق بالنظام العام وبالتالي يترتب على مخالفته البطلان العام. انظر: الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية 4 مارس 1974 - مجموعة النقض 25-3-1. والنقض المدني 2014/6/12 في الطعن رقم 20 لسنة 82 ق. مشار إليهما في: فتحي والي، المبسوط، ج 2، سنة 2017، ص644-645، بند 218.

(2) وهو ما يفسر في اعتقادنا نص المادة 74 من قانون المرافعات الفرنسي التي تتطلب التمسك بالبطلان الناتج عن مخالفة الشكل في بداية النزاع ولو كان يستند إلى قواعد متعلقة بالنظام العام. وهو ما دعا البعض إلى تبني ذات الفكرة فتصفية العيوب الشكلية من بداية النزاع، ووجوب أن تفصل المحكمة في هذه الدفوع قبل الفصل في الموضوع وليس في ذلك إهداراً للمصلحة العامة فتلك المصلحة أولى بالمحكمة حمايتها. انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص89-93، بند 14-15.

(3) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 145 - لسنة 74 قضائية - جلسة 22-3-2011 - مكتب فني 62 - ص369.

4- إن قاعدة منع التناقض في الأحكام تعلق على النظام العام⁽¹⁾.

5- إن قاعدة "لا يضر الطاعن بطعنه" تعلق أيضاً على النظام العام، فلو صدر الحكم رافضاً جزئياً لبعض الطلبات، فاستأنف الطاعن الحكم كله بحجة عدم القضاء بطلباته كلها، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تلغي الحكم المستأنف وتحكم بعدم اختصاص محكمة أول درجة، لأنه لا يضر الطاعن بطعنه حتى ولو كان الطعن المضر يستدعي تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام مثل قواعد الاختصاص النوعي⁽²⁾.

(1) وقُضي بأن: "منع تقطيع أوصال المسألة الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم سدا لأي ذريعة قد تؤدي إلى قيام تناقض الأحكام فيهتز مفهوم العدالة وتعصف بالثقة العامة في القضاء. وهي غاية جعلها المشرع في الذروة لتعلق ما عداها من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام...".
حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم: 1532 لسنة: 68 قضائية بتاريخ: 4-10-1999.
(2) قضت محكمة التمييز دبي بأنه: "من المقرر وفق ما تقضي به المادة 2/150 من قانون الإجراءات المدنية أن - الطاعن لا يضر بطعنه - وهي قاعدة تعلق على النظام العام. لما كان ذلك وكان البين من مطالعة الحكم المستأنف أنه أجاز الطاعنة إلى بعض طلباتها فاستأنفته بالاستئناف رقم 2006/311 أحوال شخصية بطلب القضاء لها بكل طلباتها. وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محاكم دبي بنظر الدعوى - رغم أنها هي المستأنفة، فإنه يكون قد ضررها باستئنافها وهو ما لا يجوز بما يعيبه ويستوجب نقضه مع الإحالة إلى محكمة الاستئناف عملاً بالمادة 2/13 من قانون الأحوال الشخصية رقم 2005/28". دبي - محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 81 - لسنة 2007 قضائية - بتاريخ 4 - 12 - 2007.

ولا تنطبق هذه القاعدة إذا كان الطاعن هو النيابة العامة التي تطعن لمصلحة القانون لا للمصلحة الخاصة.

6- توجد في قانون المرافعات قواعد نسميها بـ "قواعد النظام العام الإجرائي الحمائي" -التي سيأتي لاحقاً التفصيل عنها⁽¹⁾- مثل بعض قواعد الاختصاص المحلي وقواعد نقصان الأهلية التي تعد في نظرنا أقل اتصالاً بالنظام العام من القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي التقليدي مثل قاعدة حجية الأمر المقضي، وهو ما يفسر علوها على القواعد الأولى.

صفوة القول إذن، أن أساس قاعدة علو الحجية على النظام العام يكمن في أن للنظام العام تدرج في اعتباراته، جعل المشرع الحجية في أعلاها لتعلو على قواعد إجرائية وموضوعية هي الأخرى متصلة بالنظام العام، ولكن الحجية أشدها وأوثقها اتصالاً به؛ لأن المصالح العليا التي تبتغي حجية الأمر المقضي تحقيقها وهي الاستقرار أعلى من المصالح العامة الأخرى التي ترنو إليها القواعد الأخرى المتعلقة بالنظام العام.

وقد عبر البعض عن ذات الفكرة عند مخالفة حكم حائز لحجية الأمر المقضي لقاعدة الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام، بقوله: "إن قاعدة الحجية تهم النظام العام أكثر مما يهيمه مراعاة قواعد الاختصاص، فعدم مراعاة هذه القواعد

(1) في النظام العام الإجرائي الحمائي انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الثالث من المبحث الثاني.

يؤدي إلى عدالة سيئة في حين أن إنكار الحجية يعني إنكار العدالة وفوضى قضائية⁽¹⁾.

فبمجرد المنازعة أمام المحكمة يفقد الرأي الذاتي لأطراف النزاع صلاحيته في تحقيق اليقين القانوني، ويخضع أطراف النزاع للنظام الذي يعده قانون المرافعات لتحقيق هذا الغرض وفي إطار هذا النظام يعترف القانون لأطراف النزاع بمكنة طرح ادعاءاتهم بوسيلة الدعوى أمام قاض ذي ولاية ومختص من خلال إجراءات تصل إلى نهايته بصدور حكم يحوز حجية الأمر المقضي. وفي إطار فكرة القضية، القاضي يتدرج لبحث الولاية والاختصاص ثم الخصومة ثم الموضوع ليصل لحكم حائز حجية الأمر المقضي، لذلك تعلق قواعد الحجية على قواعد قبول الدعوى ثم قواعد الخصومة ثم قواعد الولاية والاختصاص، بل وحتى على القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي⁽²⁾.

(1) رمزي سيف، رسالته للدكتوراه بعنوان Ramzi Seif, Les conflits déjurdiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes (en matières civiles et commerciales). Thèse Le Caire, 1938. نظرية العمل القضائي، ص 588-589.

(2) بل وتعلق على النظام العام الدستوري، وتطبيقاً لذلك، يعلو النظام العام الإجرائي حتى على قواعد الدستور المتعلقة بالنظام العام، حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا على خضوع النظام العام الدستوري ذاته للنظام العام الإجرائي للمحكمة، إذ قضت بانه: "يتعين التمييز بقدر كبير من العناية، بين الآثار المتولدة عن سمو القاعدة الدستورية، وبين الشروط التي يتطلبها الدستور أو المشرع، أو كلاهما، لاتصال الدعوى بالهيئة القضائية التي تتولى الفصل فيها، إذ لا صلة لهذه الشروط "بنوع" القواعد القانونية التي يجوز التمسك بها أثناء نظرها، ولا تقيل القاعدة القانونية التي

لذلك جاءت المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968 مؤكدة على ما سبق بنصها على أن: "الحجية ... أكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها".

يتم تطبيقها في النزاع شرط المصلحة الشخصية المباشرة أو تحييه جانباً، بل إن إعمالها رهن بتوافره، وهو بعد شرط لا ينافي طبيعة الدعوى الدستورية، ولا يحول بمداه أو محتواه، دون مباشرة الرقابة القضائية على الدستورية التي لم يطلقها المشرع من الضوابط التي تنظمها، وإنما أحاطها بأوضاع محددة لا تقام الدعوى الدستورية إلا من خلالها، باعتبارها من مقوماتها، حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية وفقاً لها، بما لا مخالفة فيه للدستور". حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 1 - لسنة 15 قضائية - جلسة 7-5-1994 - مكتب فني 6 - ج 1 - ص277.

المبحث الثاني

مفترضات تطبيق قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

إن لتطبيق قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام مفترضات عديدة، وهي أن نكون أمام حكم قضائي⁽¹⁾ موجود أولاً، أي ألا يكون الحكم معدوماً، فإذا كان كذلك من الأساس فلا حديث عن الحجية أصلاً، وبالتالي لا يفترض تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام في هذه الحالة، بينما تفترض قاعدة العلو بطلان الحكم الموجود، لأن قاعدة العلو ما ابتدعت إلا لمواجهة بطلان الحكم لمخالفة النظام العام، كما أن استمرار وجود الحكم أي عدم إلغائه أيضاً يعد مفترضاً لتطبيق قاعدة العلو (مطلب أول).

كما أن من مفترضات تطبيق قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام، بعد أن افترضنا وجود الحكم، أن يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي التي ستعلو على النظام العام، ولكن ما يصعب علينا المسألة أن مفهوم حجية الأمر المقضي ونطاقها أيضاً كانا ولا يزالان محل اختلاف ليس فقط على مستوى النصوص

(1) لا فتوى صادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إذ لا تعتبر قضاءً حائزاً لحجية الأمر المقضي. (حكم المحكمة الدستورية العليا 1981/17 في القضية رقم 15 لسنة 1 قز "تنازع" مشار إليه في: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص487. هامش (2). ولا قراراً إدارياً أو من قبيل أعمال الإدارة القضائية وإلا لا تعلو على النظام العام. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3083 - لسنة 81 قضائية - بتاريخ 27 - 12 - 2011، انظر هامش (207).

التشريعية ولكن بصفة تبعية على الموقف القضائي منهما، ولكن على أية حال، توجد علاقة طردية بين اتساع أو تضيق مفهوم الحجية، ونطاق تطبيق قاعدة العلو على النظام العام (مطلب ثان).

وأخيراً، يفترض تطبيق قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام التعارض بين حجية الحكم والنظام العام، ويتجسد هذا التعارض في الادعاء أو النعي على الحكم الحائز للحجية بمخالفته للنظام العام، ولكن يرتبط هذا المفترض بما يسبقه، إذ لو تبيننا المفهوم الضيق للحجية كأثر للحكم الموضوعي فقط، يفترض تطبيق قاعدة العلو الادعاء بمخالفة النظام العام خارج القضية التي صدر فيها الحكم، بينما لو تبيننا المفهوم الواسع للحجية على اعتبار أنه أثر لكل حكم يتضمن تأكيداً قضائياً موضوعياً كان أو غير موضوعي (إجرائي)، يفترض تطبيق قاعدة العلو الادعاء بمخالفة النظام العام داخل القضية التي صدر فيها الحكم (مطلب ثالث).

المطلب الأول

ألا يكون الحكم معدوماً وملغياً بسبب الطعن فيه ويصدر من محكمة

ذات ولاية

يفترض تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام ألا يكون الحكم منعدماً، بل باطلاً، فالحكم الذي يخالف قاعدة متعلقة بالنظام العام تسحبه إلى درك الانعدام لا يمكن أن تعلق حجيته عليها، لأن الحكم المعدوم تهدر حجيته أصلاً، على عكس الحال لو كان الحكم معيباً بعبء يقتصر على إبطاله، فإذا كانت نظرية البطلان تعضد من إعمال قاعدة العلو كما بيّنا، فعلى العكس تماماً، إن نظرية الانعدام تمنع إعمالها. كما أن قاعدة علو الحجية تفترض أن يظل الحكم قائماً غير لاغٍ (فرع أول)، كما أن وجود الحكم يفترض صدوره من محكمة ذات ولاية حتى تنطبق قاعدة علو الحجية على النظام العام، بمعنى أنه إذا خالف الحكم قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، فلا تعلق حجيته عليها (فرع ثان).

الفرع الأول

ألا يكون الحكم محل تطبيق قاعدة العلو معدوماً أو ملغياً

من مفترضات علو حجية الأمر المقضي للحكم على النظام العام ألا يكون منعدياً بمعنى أن يكون الحكم موجوداً، ووجود الحكم يعني توافر أركانه الأساسية⁽¹⁾، بغض النظر عن وجوده بصفة صريحة أو ضمنية، كما تفترض القاعدة عدم زوال الحكم بالطعن فيه، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: التمييز بين الحكم المعدوم والباطل في إطار قاعدة العلو

إذا كان التمييز بين نظرية البطلان ونظرية الانعدام لم يكن محلاً للإجماع الفقهي⁽²⁾، إلا أن نظرية الانعدام نظرية قضائية واقعية ومفيدة⁽¹⁾، وحتى مع الرأي⁽²⁾

(1) في أركان الحكم الثلاثة أن يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية وأن يصدر بما للمحكمة من سلطة قضائية أي في خصومة وأن يكون مكتوباً انظر بالتفصيل: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 11، ص 34-36.

(2) وفي فرنسا، إن العمل القضائي المنعدم، وفقاً للفقهاء الفرنسيين، ليس هو الباطل بطلاناً مطلقاً le néant ولكنه معيب بعبء يفقد موضوعه وهدفه تماماً لافتقار العناصر الأساسية المكونة له التي تمنع وضعه في فئة الأعمال الإجرائية المعروفة.

Jean Beauchard, jurisClasseur Procédure civile Fasc. 600-45 : NULLITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE. – Généralités, Novembre 2018, no.29.

كما إن السوابق القضائية في فرنسا تبدو أنها تخفف من نطاق قاعدة البطلان الذي يصيب الحكم «voies de nullité n'ont lieu contre les jugements» وبالتالي تخفف من نطاق المادة 460 مرافعات التي تجعل طريق الطعن هو الوسيلة الوحيدة للنعي عليه، كما في حالات الحكم

التي يفقد فيها العناصر التي تميز الأحكام كما لو كان منعدماً *inexistent* وعندئذ لا يحوز حجية الأمر المقضي. وقد استخدمت الغرفة الأولى المدنية من محكمة النقض الفرنسية حجة أخرى في قرارها 17 أكتوبر 1995 لانعدام القرار عندما قضت بأن الحكم الذي صدر دون الدعوة المسبقة للأطراف وبناء على مستندات قدمها المدين لا تحوز حجية الأمر المقضي لأن هذه الحجية لا يحوزها سوى القرارات القضائية الصادرة في نزاع وفي مسائل يتناضل الأطراف عليها أو المدعويين للتناضل في شأنها. وكأن محكمة النقض الفرنسية أضافت للمادة 1355 مدني التي تنص على الحجية مبدأ من مبادئ التقاضي الأساسية وهو المواجهة وحق الدفاع، فحجية الأمر المقضي لا تحوزها إلا القرارات القضائية الصادرة في منازعة بين أطراف على مسألة تناقشوها.

Article 460 : La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi

R. PERROT, obs. RTD civ. 1976. 403. Civ. 1re, 17 oct. 1995, no 94-04.025, Bull. civ. I, no 367, D. 1995. IR 240.V. R. PERROT et N. FRICÉRO, J.-Cl. Proc. civ., fasc. pré. Recueil Dalloz 1995 p.240.

Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ 1995-10-17 .

وفي النظام الانجلوسكسوني، قُضي بأنه لن تنطبق حجية الأمر المقضي بالنسبة للحكم المنعدم الذي يعد ملغياً تماماً ولا يرتب أي أثر قانوني.

"Res judicata consequences will not be applied to a void judgment which is one which, from its inception, is a complete nullity and without legal effect".

People v. Sales, 551 N.E.2d 1359 (Ill.App. 2 Dist. 1990). Jaffe and Asher v. Van Brunt, S.D.N.Y.1994, 158 F.R.D. 278.

وقضي بولاية أركانساس بالولايات المتحدة الأمريكية أيضاً بأن الحكم المنعدم لا يرقى إلى شيء ولا يحوز حجية الأمر المقضي

غير المقتنع بالتمييز بين النظريتين على أساس أن هناك بطلاناً يقبل التصحيح بواقعة معينة وبطلان لا يقبل التصحيح بهذه الواقعة، فإن الحكم الباطل بطلاناً لا يقبل التصحيح (المرادف لفكرة الحكم المعدوم) لا يحوز أيضاً حجية الأمر المقضي من الأساس.

ونعتقد أن نظرية الانعدام، وتوفيقاً بين الرأي المؤيد والمعارض لها، لا تختلط بنظرية البطلان، فهي تعمل خارج إطارها وتبقى -في اعتقادنا- وسيلة إجرائية فنية احتياطية تلعب دورها حال عدم إمكانية انطباق وسيلة البطلان⁽³⁾. فالأصل أن

"A void judgment amounts to nothing and has no force as res judicata."
Arkansas State Highway Commission v. Coffelt, 301 Ark. 112, 782 S.W.2d 45 (1990)

⁽¹⁾فتحي والي، المبسوط، ج1، ص884-885، بند 384، هامش 2. ويرجع أساس هذا الرأي إلى العلامة السنهوري، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج1، بند 300. كذلك انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، بند304، ص 529 وما بعدها. ويرى البعض من الفقه الإيطالي ولا يؤيده ان الحكم الباطل بطلاناً مطلقاً لا يحوز حجية الأمر المقضي ويمكن التمسك ببطلانها بدعوى الطلان الأصلية ولو بعد فوات ميعاد الطعن، وعول الدكتور فتحي والي على هذا الرأي في رفض نظرية الانعدام وعلق بأنه فما إذن الداعي إلى التفرقة بين البطلان المطلق والانعدام.

⁽²⁾ فتحي والي، المبسوط، ج1، ص884، بند 383. وإن كنا نرى أنه إذا كان البطلان الذي لا يقبل التصحيح هو والانعدام واحد في النتائج المترتبة عليهما فلا مشاحة في الاصطلاح.

⁽³⁾ Lucie MAYER, Nullité, Juin 2016 (actualisation : Janvier 2019). No 72.

يُعمل بنظرية البطلان إذا أصاب الحكم عيب- سواء كان موضوعياً⁽¹⁾ أو إجرائياً- يصلح كسبب للطعن فيه بطرق الطعن في الحكم أو مراجعته المنصوص عليها في قانون المرافعات⁽²⁾، بينما خارج هذه العيوب، إذا فقد الحكم ركناً من أركانه الأساسية أو فقد وظيفته كحكم⁽³⁾، فتُهدر حجيته بأسهل الطرق كمجرد إنكاره أو رفع دعوى البطلان بشأنه، وعندها وعلى حد تعبير القضاء تختل قرينة الصحة التي تلحق به قانوناً، فلا يصبح عنواناً للحقيقة ولا يتحقق به أن يكون هو عين الحقيقة وحق اليقين⁽⁴⁾، وعلى العكس عندما تُحترم الحجية لا تهدر إلا بطريق خاص وهو الطعن⁽¹⁾.

(1) ويقصد منه ما يعيب مضمون الحكم أو موضوعه وتندرج تحت احتمالات الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله، أو اقتصر الطعن على مناقشة الأدلة التي استند إليها الحكم الطعين.

(2) ولكن السؤال لو اعلق باب الطعن لفوات الميعاد، هل يجوز الاعتداد بالعيب المعدم للحكم كسبب لدعوى البطلان الأصلية؟

في اعتقادي أن الإجابة بالرفض، لأن ميعاد الطعن يظل مفتوحاً طالما أصاب الحكم الغش، ويبدأ ميعاد الطعن من يوم ظهور الغش (المادة 228 مرافعات قياساً على ذلك في كل الطعون).

(3) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج 1، ص 884، بند 384. ولو أننا نرى أن كلا من الرأيين اللذين أرجعا سبب الانعدام إلى فقد الحكم لركن من أركانه الأساسية أو إلى فقد وظيفته كحكم مكملان لبعضهما البعض، فمن البديهي إذا فقد الحكم ركناً أساسياً فقد الحكم وظيفته لأن الحكم لن يقوم بوظيفته إلا إذا توافرت أركانه الأساسية.

(4) ويجب أن يكون الخطأ الذي شاب الحكم ثمرة غلط فاضح يكشف بذاته عن أمره ويقلب ميزان العدالة على نحو لا يستقيم معه صدور حكم من نفس المحكمة تعيد فيه الأمور إلى نصابها الصحيح، كأن يصدر الحكم من محكمة غير مكتملة التشكيل، أو أن يصدر الحكم دون انعقاد

الخصومة. أما إذا قام الطعن بدعوى البطلان على أسباب موضوعية تندرج تحت احتمالات الخطأ والصواب في تفسير القانون وتأويله، أو اقتصر الطعن على مناقشة الأدلة التي استند إليها الحكم الطعين، فإن هذه الأسباب لا تمثل إهداراً للعدالة يفقد معها الحكم وظيفته، وبالتالي لا تصمه بعيب ينحدر به إلى درك الانعدام، مما تكون معه دعوى البطلان في هذه الحالات لا عاصم لها من الرفض. انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 16787 - لسنة 59 قضائية - بتاريخ 18 - 2 - 2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).
وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 14613 - لسنة 50 قضائية - جلسة 2-7-2006 - مكتب فني 51 - ج 1 - ص 65.

(1) حيث قضت محكمة النقض بأن: "القاعدة أن الحكم القضائي متى صدر صحيحاً يظل منتجاً آثاره فيمتنع بحث أسباب العوار التي تلحقه إلا عن طريق التظلم منها بطرق الطعن المثار به، ولا سبيل لإهدار هذه الأحكام بدعوى بطلان أصلية أو الدفع به في دعوى أخرى ومن المسلم به استثناء من هذا الأصل العام في بعض الصور القول بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك، إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية بحيث يشوبه عيب جوهري جسيم يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم، ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فلا يستفيد القاضي سلطته. ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضي ولا يرد عليه التصحيح، لأن المدعوم لا يمكن رآب صدعه، ومن قبيل ذلك صدور الحكم على من ثبت وفاته قبل رفع الدعوى". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1017 - لسنة 48 قضائية - جلسة 14-2-1979 - مكتب فني 30 - ج 1 - ص 520. كذلك انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 2512 - لسنة 34 قضائية - جلسة 24-2-1990 - مكتب فني 35 - ج 1 - ص 1223.

بل أن انعدام الحكم قد يصلح سبباً لدعويين بطلان أصليتين. انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 92806 - لسنة 62 قضائية - جلسة 1-27-2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

ويترتب على عدم إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام حال انعدام الحكم وفقده الخصائص الأساسية للحكم⁽¹⁾، النتائج العكسية لإعمالها بمعنى أنه يجوز لقاضي التنفيذ تقديره⁽²⁾، وأي محكمة أخرى سواء ذات المحكمة أو محكمة الطعن، علاوة على أن في استبعاد تطبيق قاعدة العلو عند انعدام الحكم تأكيداً على أن أساس قاعدة علو الحجية تتمثل في عدم جواز المساس بالحكم بالبطلان كما بينا⁽³⁾، لذلك إذا أُنعدم الحكم فلا حجية له، وبالتالي لا يعطو على النظام العام، فالانعدام استثناء على قاعدة علو الحجية على النظام العام⁽⁴⁾.

(1) Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil (1) Février 2017.

(2) أحمد ماهر، اعمال القاضي ...، ص68، بند 35، انظر نقض مدني 1953/2/19 - الطعن رقم 24 لسنة 21 ق، ونقض مدني 1977 /4/13 - الطعن رقم 16 لسنة 44 ق، 1977/4/27 الطعن رقم 427 لسنة 41 ق.

(3) بالمادة 460 من قانون المرافعات الفرنسي المنظمة للطعن ببطلان الحكم والتي تتيح للطاعن إلغاء آثار الحكم المعيب. والنتيجة هي إذا كانت محكمة الطعن بالبطلان لم تزل العيب في الحكم وبالتبعية لم تلغ آثاره فيظل الحكم، بعيبه، حائزاً لحجية الأمر المقضي.

Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017.

(4) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدياً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

وذهب رأي⁽¹⁾ إلى أن العيب الجسيم الذي يحول دون تحقيق الحكم لوظيفته هو العيب الجسيم الذي يجرّد العمل من حجّيته ويتيح التمسك ببطلانه بغير طريق الطعن، ورغم ذلك يؤكد هذا الرأي على أن الحكم المجرد من حجّيته يبقى موجوداً - غير منعدم - قائماً ومرتباً آثاره حتى يُقضى ببطلانه فلا تترتب آثار البطلان إلا إذا قُضي به⁽²⁾، ويترتب على ذلك الرأي نتيجة غير منطقية مؤداها أن الحكم المخالف لقاعدة متعلقة بالنظام العام مما أفقده صلاحيته كحكم يبقى قائماً منتجاً لآثاره ومنها علوه على النظام العام حتى يُقضى بإبطاله، على الرغم من أن العيب الذي أصابه لا يقبل التصحيح.

(1) فلا يوجد ما يسمى بالانعدام ولكن يوجد بطلان قابل للتصحيح بواقعة معينة وبطلان لا يقبل التصحيح بهذه الواقعة، فليس هناك أي مبرر فني للقول بالانعدام لنصل إلى هذه النتائج. فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان 1997، ص 804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج 1، ص 884، بند 384.

في تفاصيل أسباب انتقاد هذا الرأي انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 113-114، بند 79. فكيف يكون مجرداً من الحجية وفي ذات الوقت غير منعدم، فمهما كانت درجة جسامة العيب الحكم يظل محتفظاً بآثاره ومتمتعاً بها.

(2) فالحكم وفقاً لهذا الرأي ليس معدوماً منذ صدوره، عكس ما هو مقرر قضاءً. إذ تقضي محكمة النقض بأنه: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كان الأصل عدم جواز إهدار حجية الأحكام إلا بطريق التظلم منها بطرق الطعن المناسبة تقديراً لتلك الحجية إلا أنه يُستثنى من هذا الأصل حالة تجرد الحكم من أركانه الأساسية، بحيث يشوبه عيب جوهري جسيم يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 10158 - لسنة 78 قضائية - جلسة 1-8-2012 - مكتب فني 63 - ص 80. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1017 - لسنة 48 قضائية - جلسة 14-2-1979 - مكتب فني 30 - ج 1 - ص 520.

بينما لو سايرنا الرأي الذي نميل إليه من أن الانعدام يجرّد الحكم من حجّيته ومن وجوده نتيجة عيب جسيم يفقد الحكم معه ركنا من أركانه، متميّزاً عن البطلان كأثر لعيب يلحق شروط صحة الحكم يؤثر في أداء وظيفته على الوجه الأكمل ويبقى الحكم معه موجوداً ومرتباً لآثاره ومنها علوه على النظام العام حتى يُقضى بإبطاله⁽¹⁾، فنصل إلى نتيجة هامة وهي أن عدم انعدام (الوجود) الحكم مفترضاً لقاعدة علو الحكم على اعتبارات النظام العام.

وجدير بالإشارة هنا أيضاً أنه ذهب البعض⁽²⁾ ممن يؤيدون فكرة الانعدام إلى الاعتراف بمكنة الطعن في الحكم، فلا تلازم بين الطعن والحجية، ولكن مكنة الطعن تقتضى وبحق أن نكون أمام حكم، وليس شبهة حكم كما قيل⁽³⁾ أو ليس حكماً منعدماً تنعدم طبيعته القضائية على اعتباره عملاً مادياً *acte matériel* أو

(1) هو الأمر المستقر عليه في معظم الفقه الإجرائي والقضاء. انظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 403 وما يليها، محمود هاشم، استنفاد ولاية القاضي، بند 22-23، أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 114-116، بنود 80-83. وقضاء انظر الهامش السابق.

(2) ذهب البعض إلى أن الحكم المعدوم يظل له وجود مادي يحوز قوة الشيء المقضي ويتعين تنفيذه حتى ولو كان معدوماً. انظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص 602 والاحكام المشار إليها في هامش الصفحة. بينما ذهب رأي آخر إلى ألا يجوز الالتجاء إلى دعوى البطلان الأصلية طالما باب الطعن مفتوح، وإذا فوت الخصم على نفسه باب الطعن فيفوت عليه باب دعوى البطلان. عاشور مبروك، دروس في أصول قانون القضاء، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة، ص 769.

(3) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 119، بند 84.

واقعة قانونية بحتة *fait juridique* يرتب القانون عليها آثار محددة⁽¹⁾، ويترتب على الرأي السابق نتيجة هامة وهي اعتبار انعدام الحكم قيدياً أو استثناءً على قاعدة العلو، ولم يعتبره مفترضاً لتطبيقها، وهذا القيد هو قيد عام ينطبق على جميع المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها⁽²⁾.

ولا نذهب مع هذا الرأي السابق، حيث نرى عدم جواز الطعن في الحكم المنعدم أو على الأقل عدم التقيد بنظام الطعن الإجرائي، ولكن تبقى طرق غير اعتيادية لهذا الطرف الخاص (الانعدام) وهي دعوى البطلان الأصلية والدفع بالبطلان والمنازعة في تنفيذه أو حتى إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من آثار⁽³⁾ وهي الآليات المواجهة للحكم المنعدم، أما الطعن في الحكم المنعدم على العكس يؤيد نظرية إنكار الانعدام سالفة الذكر.

وفي اعتقادنا حتى ولو كان الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالانعدام قدم طعناً للمحكمة (وإن كانت المحكمة الأعلى في الدرجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم) فتعين من وجهة نظرنا تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً - لأن العبرة بالحقبة والواقع وليس بما يطلقه الخصوم على العمل الإجرائي من وصف - على

(1) وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 407-408.

(2) على عكس قيد عدم مخالفة القواعد القطعية بشريعتنا الإسلامية الغراء التي يرى البعض أنه قيد في مسائل الأحوال الشخصية فقط، في تفاصيل ذلك انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثالث.

(3) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص 466.

أنه دعوى بطلان حتى لا تتقيد تلك المحكمة بأحكام الطعون، بل تتحرر منها، من حيث المواعيد⁽¹⁾ وسلطة محكمة الطعن وغيرها⁽²⁾، وذلك بدلاً من القول بأنه يجوز الطعن فيه وإذا فات الميعاد فيجوز رفع دعوى البطلان. وبدلاً من ممارسة حق الطعن بإجراءاته ثم دعوى البطلان بإجراءاتها، نُعمل نظرية التحول الإجرائي للطعن لتصير دعوى بطلان أصلية أمام محكمة الطعن، اختصاراً للوقت والإجراءات والجهد الذين لا يستحقهم حكم منعدم⁽³⁾.

ثانياً: تطبيق قاعدة علو الحجية على الحكم الصريح والضمني

وطالما أن من مفترضات تطبيق قاعدة علو الحجية أن يكون الحكم موجوداً وقائماً، فلا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الحكم صريحاً أو ضمنياً، فإن مناط حجية الحكم

(1) عكس ذلك: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 805، بند 427. يرى أنه يجب على المحكوم عليه أن يتقيد بميعاد الطعن وإذا انقضى فلا يبقى أمامه سوى رفع دعوى أصلية بالبطلان.

(2) بل وبتفادي بذلك مشاكل قد تنتج عن إجازة الطعن في الحكم المنعدم كالاختصاص المشترك (محكمة الطعن ومحكمة دعوى البطلان الأصلية) وما قد ينجم عنه من تناقض في الأحكام. انظر في مشكلة الاختصاص المشترك وحلها بألية وقف الخصومة انظر: احمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 123-125، بند 88.

(3) حيث قُضي بأن: "بطلان الحكم الناشئ عن أن أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة لم يحضر النطق به ولم يوقع على مسودته، بل الذي حضر تلاوته وأمضى مسودته هو قاض آخر هو بطلان متعلق بأسس النظام القضائي، أي بالنظام العام. فالطعن بهذا البطلان جائز في أي وقت، بل إن على المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 94 - لسنة 2 قضائية - جلسة 2-1933 - مكتب فني 1 (مجموعة عمر) - ج 1 - ص 176.

المانعة من إعادة طرح النزاع في ذات المسألة المقضي فيها أن يكون الحكم قد فصل في النزاع المطروح بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية بعد أن تناقش فيه الطرفان، واستقرت حقيقته بينهما بهذا الحكم استقراراً مانعاً من إعادة طرحه من جديد في أي دعوى تالية محلها أي حقوق متفرعة من هذه المسألة المشتركة بين الدعويين أو مترتبة عليها، والبت فيه بحكم ثان، وعلى ذلك وكما قُضي فإنه متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من مسائل ويعتبر عنواناً للحقيقة فقوة الأمر المقضي للحكم تسمو على قواعد النظام العام⁽¹⁾.

ومن تطبيقات علو حجية الأمر المقضي للحكم الضمني على النظام العام⁽²⁾، قرار الإحالة إلى دائرة أفرد لها المشرع اختصاصاً نوعياً محدداً الذي يتضمن حكماً بعدم الاختصاص والإحالة الذي يعلو - عند حيازته قوة الأمر المقضي لعدم الطعن فيه بالاستئناف- على النظام العام، حيث إن قرار الإحالة من المحكمة المدنية العادية

(1) انظر: حكم المحاكم الاقتصادية - الدائرة الثانية الاستئنافية - الطعن رقم 810 - لسنة 2 قضائية - جلسة 14-2-2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) كذلك كان لهذه المسألة تطبيق لدى محكمة النقض المصرية بشأن الحكم النهائي الصادر عن القضاء العادي بالوقف التعليقي على مسألة أولية (الجنسية) تدخل في ولاية القضاء الإداري يتضمن حكماً بعدم اختصاصها الولائي بنظر مسألة الجنسية بحيث لا تملك المحكمة التي أصدرته أن تعدل عنه وتقتضى باختصاص جهة القضاء العادي بالفصل في هذه المسألة ، كما يتمتع على الخصوم إعادة طرحها من جديد على المحاكم العادية ولا يغير من ذلك ادعاء الطاعن أن القضاء العادي هو المختص دون القضاء الإداري على خلاف مذهب الحكم ، لأن الحكم النهائي و لو اشتمل على خطأ في القانون تكون له قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 38 - لسنة 40 قضائية - جلسة 17-4-1974 - مكتب فني 25 - ج 1 - ص 698.

- الذي كيفته هكذا كقرار إحالة- إلى المحكمة الاقتصادية التي أفرد لها المشرع اختصاصاً استثنائياً ولم يطعن فيه بالاستئناف فحاز قوة الأمر المقضي التي تمنع على الخصوم والمحكمة الاقتصادية إعادة مناقشة مسألة اختصاصها لأن قوة الأمر المقضي تعلق على النظام العام⁽¹⁾. ويتبين من هذه القضية أن السبب الرئيسي الذي أدى إلى انطباق قاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، وحرمان الخصوم ومنع المحكمة من المساس بقرار الإحالة بالتبعية، هو التكييف القانوني له على أنه حكم ضمني بعدم الاختصاص النوعي والإحالة⁽²⁾.

وتطبيق آخر هو الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في موضوع الدعوى ولم يثر الخصم مسألة الولاية في الاستئناف حاز الحكم في مسألة الولاية قوة الأمر

(1) فُقضي بأنه: "فلا تعتبر إحالة الدعوى من المحكمة المدنية إليها مجرد قرار بإحالة الدعوى إدارياً من دائرة من دوائر المحكمة إلى دائرة أخرى من دوائرها، وإنما هو في حقيقته قضاء ضمني بعدم اختصاص تلك المحكمة نوعياً بنظر الدعوى، وبإحالتها إلى المحكمة الاقتصادية باعتبارها المختصة بنظرها، ومن ثم يقبل الطعن المباشر تطبيقاً لحكم المادة 212 من قانون المرافعات، فإذا لم يطعن الخصوم فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يحوز قوة الأمر المقضي ويمتنع عليهم العودة إلى مناقشة هذه المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم تسبق إثارتها كما يمتنع على المحكمة معاودة النظر فيه لما هو مقرر أن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3083 - لسنة 81 قضائية - بتاريخ 27 - 12 - 2011).

(2) وتطبيق قضائي آخر. انظر: حكم محكمة النقض - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com مدني - الطعن رقم 4758 - لسنة 65 قضائية - بتاريخ 26 - 11 - 2001).

المقضي وبالتالي لا يجوز إثارتها أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض لأول مرة، تطبيقاً لقاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يستمر الحكم قائماً (عدم زواله بالطعن فيه)

ونقصد من اعتبار الحكم قائماً أي عدم إغاؤه بالطعن، فمن مفترضات نطاق تطبيق قاعدة العلو أن تظل حجية الحكم قائمة حتى يتم إلغاؤه.

وإذا كان الاتجاه القضائي لمحكمة النقض أن مجرد الطعن بالنقض - وقياساً الطعن بالتماس إعادة النظر - في الأحكام النهائية لا ينال من حجية الأمر

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 948 - لسنة 44 قضائية - بتاريخ 22 - 3 - 1980. كذلك انظر في الاتجاه القضائي المعاكس ما يلي الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثالث و الأخير.

ويتطبيق ثالث، قضت محكمة النقض بأنه: " وكان الحكم التمهيدي الصادر من محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 13 فبراير سنة 1991 قد قضى بقبول الطعن شكلاً وهو قضاء قطعي باختصاصها بنظر الطعن في قرار اللجنة وكانت الطاعنة لم تستأنف هذا القضاء واقتصر استئناف المطعون ضده على القضاء في موضوع الطعن فإنه يكون قد حاز قوة الأمر المقضي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام وتغطي الخطأ في القانون فلا يجوز للطاعنة أن تتمسك في طعنها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم العادية". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1045 - لسنة 64 قضائية - جلسة 29-3-2001 - مكتب فني 52 - ج 1 - ص 466. والملاحظ هنا أن قوة الأمر المقضي، التي تعلق على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، حزمها الحكم بقبول الطعن شكلاً المتضمن حكماً ضمناً قطعياً بالاختصاص.

المقضي⁽¹⁾. بيد أن المسألة بالنسبة للاستئناف عكسية، فمجرد الطعن بالاستئناف - وفقاً لاتجاهات محكمة النقض⁽²⁾ - يوقف الحجية وبالتبعية تتعطل قاعدة علو الحجية على النظام العام لتعطل ووقف الحجية ذاتها.

وقد انتقد الفقه الإجرائي⁽³⁾ - ونؤيده - هذا الاتجاه القضائي؛ لأن مجرد الطعن عموماً لا يوقف حجية الأمر المقضي للحكم، بينما إن ممارسة الطعن أو عدم ممارسته يؤثر على قوة الحكم الإجرائية، فالحكم الابتدائي إذا لم يُطعن فيه يكتسب قوة الأمر المقضي والحكم الحائز لقوة الأمر المقضي إذا لم يُطعن فيه خلال المدة يحوز البيوتة وهي قوة إجرائية أو حصانة أعلى من قوة الأمر المقضي.

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1412 - لسنة 50 قضائية - جلسة 29-4-1986 - مكتب فني 37 - ج 1 - ص 495، وتقضي به المحكمة الدستورية العليا أيضاً. انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 2 - لسنة 5 قضائية - بتاريخ 2 - 4 - 1988).

(2) ومن قبل استئناف مختلط 30 أكتوبر سنة 1912 م 25 ص 3، مشار إليه في السنهاوي، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ج 2 (الإثبات - آثار الالتزام)، ص 586، هامش (2). وقد عبرت عن وقف الحجية بالاستئناف محكمة النقض في حكم لها واضح بأن: " أن هذه الحجية مؤقتة تقف بمجرد اعتباره مستأنفاً وتظل موقوفة إلى أن يقضى في الاستئناف، فإذا تأيد ما قطع فيه عادت إليه حجيته وإذا ألغى - ولو ضمناً - زالت عنه هذه الحجية ويترتب على وقف حجية هذين الحكمين فيما فصلًا فيه نتيجة لاعتبارهما مستأنفين أن محكمة الاستئناف التي يرفع إليها النزاع لا تتقيد بهذه الحجية". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 66 - لسنة 50 قضائية - جلسة 9-2-1984 - مكتب فني 35 - ج 1 - ص 446.

(3) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، بند 60 وما بعده.

كذلك فإن إلغاء الحكم قد يكون بسبب التقادم إذا نص عليه المشرع صراحةً، لأن الأحكام لا تتقادم ولا تسقط بطريقة الاستنتاج لما يترتب على سقوطها من المساس بالحقوق المكتسبة للخصوم⁽¹⁾، والمشرع المصري لا يعترف بتقادم الحكم وسقوطه كقاعدة⁽²⁾.

وجدير بالذكر أخيراً أنه إذا سمح قانون المرافعات بالنزول عن الحكم بموجب المادة 145 مرافعات، فهذا لا يعني نزوله عن الحكم كإجراء بل فقط عن الحق الثابت

(1) والمقصود بالإلغاء هو الإلغاء من محكمة الطعن سواء كان كلياً أو جزئياً، وفي الحالة الأخيرة يبقى الحكم قائماً في شقه غير الملغى، ولذلك يبقى الحكم حائزاً لحجيته بصفة عامة ولو كان محلاً الطعن ولم يُلغى بعد، فمجرد الطعن لا يلغي حجية الحكم وحصانته الخارجية بل يظل متمتعاً بالحجية وآثارها والتي منها علوها على النظام العام عند الادعاء بمخالفته أمام محكمة أخرى من ذات الدرجة، حتى يصدر حكم آخر من محكمة الطعن بإلغائه. وقضت محكمة النقض بأنه: "طالما أن المشرع لم ينص صراحة على إسقاط هذه الأحكام فإنها لا تسقط بطريقة الاستنتاج لما يترتب على سقوطها من المساس بالحقوق المكتسبة للخصوم، وأن مجرد الطعن بالنقض في هذه الأحكام لا ينال من حجيتها ولا يترتب عليه إعادة عرض النزاع على محكمة النقض وإنما تظل هذه الأحكام محتفظة بحجيتها التي تعلو على اعتبارات النظام العام وهي حجية لا تسقط إلا بنقض الحكم إذ أنه في هذه الحالة فقط يسقط عن الحكم النهائي حصانته".
حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1412 - لسنة 50 قضائية - جلسة 29-4-1986
- مكتب فني 37 - ج 1 - ص 495.

(2) توجد بعض الاستثناءات في قانون التجارة (م 68). في تقادم الأحكام انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان"، دار النهضة العربية، سنة 2015، ص 42 وما بعدها.

فيه، ولا يفيد النزول عن الحجية التي تعلو على النظام العام⁽¹⁾، ولكن يفيد النزول عن الحكم قبوله ويسقط الحق في الطعن فيه، وبالتالي يكتسب الحكم عندئذٍ -

(1) لا يعني التنازل عن الحكم، بموجب المادة 145 مرافعات، عدم اعتباره قائماً، لأن التنازل عن الحكم لا يعني التنازل عن حجية الأمر المقضي التي يحوزها وبالتالي تظل تعلو على النظام العام، فالحجية لا تحمي آثار الحكم أو مضمونه من التغيير الذي يمكن أن يحدثه أطراف الخصومة التي فصل فيها وإنما تحميها فقط من تجديد منازعتهم بشأنها أمام القضاء في المستقبل. بمعنى أن الحكم بجانب ما يتضمنه من حق موضوعي يعبر عن مصلحة خاصة بالمحكوم له، إلا كإجراء (قالب إجرائي) ينشئ ويسغ حماية (حصانة) إجرائية تمنع من إعادة النزاع لغايات استقرار الحقوق والمراكز تعبيراً عن المصلحة العامة، فالتنازل يشمل الحق لا تلك الحصانة، وبالتالي إذا جددت الدعوى فلا تقبل لسبق الفصل فيها.

وذهب قضاء النقض إلى أن: "التأخير في تمسك الخصم بالورقة الرسمية للحكم الذي صدر لصالحه ينبئ عن تنازله عن الحق الثابت به فإنه يتعين عدم الاعتداد بأثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحققها اتساقاً مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 76 - لسنة 73 قضائية - جلسة 13-3-2007 - مكتب فني 58 - ص 261. وذهب حكم آخر إلى إجازة أن يورد الطاعن في اتفاق التحكيم تنازله عن الحكم الصادر لصالحه. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1626 - لسنة 74 قضائية - بتاريخ 20 - 4 - 2006).

هذا الحكم منتقد من وجهة نظري لأن النزول عن الحكم يعني النزول عن الحق الثابت في الحكم وفي اعتقادنا أيضاً يعني النزول عن القوة التنفيذية وعن الطعن في الحكم (انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4654 لسنة 63 قضائية بتاريخ 12-12-1995 مكتب فني 46 ج 2 ص 1312)، ولا يعني التنازل عن الحجية، ولكن يبقى الحكم محل التنازل حائزاً للحجية المانعة من إعادة المطالبة بذات الحق، وبالتالي للحجية أثر مستقبل ومن هذه الزاوية تعلو على اعتبارات النظام العام.

بالإضافة إلى الحجية التي تمنع من رفع الدعوى مرة أخرى - البيوتوتة التي تعلو على النظام العام، بحيث لا يجوز رفع الدعوى أو المساس بالحكم محل النزول ولو خالف النظام العام.

وهذا الاتجاه لمحكمة النقض وإن كان يمكن انطباقه على حكم التحكيم مع اختلاف وجهات النظر للطبيعة الخاصة لعملية التحكيم إلا أنه حتماً غير جائز في حكم القضاء، لأن التنازل المقصود هنا هو التنازل عن الحق الثابت في الحكم القضائي الذي لا يمتد إلى حجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم القضائي السابق صدوره لأن الحجية متعلقة بالنظام العام. وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "الحكم لو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن العادية يحوز حجية الأمر المقضي وإن التأخر في التمسك بحجية الحكم السابق لا يعني التنازل عنه لأنه يجوز للمحكمة الإدارية العليا أن تشير من تلقاء نفسها لتعلق الحجية بالنظام العام". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 18234 - لسنة 51 قضائية - جلسة 6-1-2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). لذلك إذا دفع الخصم المقابل، للخصم المتنازل، بعدم جواز تجديد المطالبة يكون هذا الدفع متعلق بالنظام العام. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 611 - لسنة 63 قضائية - جلسة 3-3-1997 - مكتب فني 48 - ج 1 - ص418.

الفرع الثاني

أن يكون الحكم صدر من محكمة ذات ولاية

إن الولاية القضائية هي الصلاحية المجردة التي يعترف بها القانون لجهة المحاكم لمباشرة أعمال القضاء، وهي مسألة متعلقة بالنظام العام لارتباطها بأسس التنظيم القضائي في الدولة واعتبارات المصالح العليا⁽¹⁾. ويجعل القضاء الولاية مفترض للحجية، فلكي يتمتع الحكم بها يجب أن يصدر من محكمة لها ولاية، فمفترض قاعدة علو الحجية على النظام العام هو أن يصدر الحكم من محكمة ذات ولاية⁽²⁾.

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3438 - لسنة 78 قضائية - جلسة 26-2009-10 - مكتب فني 60 - ص 829. وأنظر كذلك: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 263، 281. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص 228، بند 119.

(2) طعن رقم 1977/6/6 مدني، جلسة 1977/6/27، مجموعة القواعد القانونية حتى 1979، ص 30، طعن رقم 1976/9/9 تجاري، 1977/10/26، المجموعة السابقة، ص 160، طعن رقم 74/37 تجاري جلسة 1976/3/3 المجموعة السابقة، ص 161. مشار إليه في: غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية: مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة في القانونين الكويتي والمصري)، ط 1، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي - لجنة التأليف والتعريب والنشر 1999، ص 53-54. وهذا المبدأ القانوني في وجوب احترام حجية الأمر المقضي به لا يتعارض بالضرورة مع دعوى البطلان الأصلية مادام سندها هو عيب الانعدام. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، 1958، ص 275.

إن ولاية القضاء تتحدد بطريقة سلبية، فالأصل أن لجهة القضاء في الدولة ولاية فض كل الدعاوى و المنازعات باستثناء ما يخرج عن ولايتها⁽¹⁾، والخروج إما أن يكون خروجاً عن ولاية عامة للقضاء، وعندئذٍ تنتفي ولاية المحكمة مطلقاً، كأعمال السيادة⁽²⁾، أو أن تدخل عموماً في ولاية القضاء المصري ولكن تخرج عن الاختصاص الولائي(الوظيفي)⁽³⁾ لجهة قضاء إلى أخرى كجهة القضاء الإداري(مجلس الدولة م 190 من الدستور الحالي) أو المحكمة الخاصة (كالمحكمة الدستورية العليا م 191 من الدستور الحالي)، بحيث إذا خرجت المحكمة عن حدود ذلك الاختصاص الولائي شاب حكمها عيب الانتفاء النسبي للولاية⁽⁴⁾.

(1) فتحي والي، المبسوط ج1، بند 181، ص457. انظر: المواد 94، 97، 184، 188 من الدستور المصري الحالي، وكذلك المادة 15 من قانون السلطة القضائية المصري.

(2) وبالنسبة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم فيرى البعض انها قواعد غير متعلقة بالنظام العام (أحمد عبد الكريم، بند 181 وما يلي مشار إليه في أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص282، بند 146، هامش (473) ورتب البعض الآخر على تلك الفكرة - وإن كان معارضاً لها - نتيجة مؤداها اعتبار العمل الذي يصدره القاضي رغم تخلف عنصر اختصاصه بالدعوى عملاً قضائياً تغطي حجيته عيب عدم الاختصاص فتضفي عليه حصانة تحول دون مهاجمته بغير طرق الطعن المعتمدة. (أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص228، بند 119).

(3) نقصد من مصطلح "الاختصاص الولائي" الاختصاص الوظيفي لجهة قضاء كجزء من "ولاية" القضاء عموماً.

(4) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص264.

وفي حال الانتفاء المطلق للولاية، يعد حكم المحكمة منعماً، ولا يحوز حجية الأمر المقضي، وعندئذٍ لا تنطبق قاعدة علو حجية الحكم على قواعد الولاية المطلقة المتعلقة بالنظام العام بل على العكس فتعلو الأخيرة على الحجية، لأن بانتفاء الولاية العامة للقضاء يجعل العمل القضائي منعماً لتخلف الركن أو العنصر الشخصي⁽¹⁾، أو يجعل العمل القضائي معيماً بعبء جسيم غير قابل للتصحيح ويحول دون ترتيب الحجية⁽²⁾، وبالتالي لا تنطبق عندئذٍ قاعدة علو الحجية، لأنه لا حجية له من الأساس.

وتطبيقاً لما سبق إذا صدر حكم من المحكمة في عمل من أعمال السيادة فلا تعلو حجية هذا الحكم على أعمال السيادة المتعلقة بالنظام العام، لأن اعتبارات المصالح العليا التي تملي تنظيم الولاية العامة للمحاكم تعلو على اعتبارات النظام العام التي تملي حجية الأمر المقضي، فصحيح أن كلاً من تنظيم الولاية العامة للمحاكم وحجية الأمر المقضي متعلقان بالنظام العام، غير أن اعتبارات النظام العام المتصلة بالسلطة القضائية للدولة وسلطان تلك الدولة وسيادتها لا سيما في مواجهة السلطات القضائية للدول الأخرى تعلو على اعتبارات النظام العام المتصلة بالحجية التي تحقق استقرار الحقوق ومراكز الأشخاص، مما يدل ذلك كله على وجود تدرج

(1) وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 584 وما يليها.

(2) وإذا انتفت الحجية فلا تنطبق على الحكم قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طريق الطعن *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص 281، بند 145.

في اعتقادنا وكما رأينا - في تعلق واتصال القواعد بالنظام العام⁽¹⁾. لذلك نقول بأن الولاية العامة للقضاء أحد مفترضات تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام⁽²⁾، لأنها من مفترضات الحجية من الأساس، ففي حال انتقائها لا حجية أصلاً للحكم حتى تعلق على النظام العام.

بيد أن البعض⁽³⁾ يرى أن المشرع أحياناً يفوض القضاء في تقدير المسألة التي تخرج عن الولاية العامة للقضاء ومنها أعمال السيادة ولذلك إذا صدر حكم من المحاكم باعتبار العمل سيادياً أو غير ذلك يحوز حجية الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام، لأن الحكم لا تنتفي عنه الصفة القضائية بل هو عمل قضائي ولا يجوز مهاجمته بغير طرق الطعن، أما المسائل التي لم يفوض فيه المشرع القضاء في تقديرها وهو الوضع الغالب فيها كحالة التصديق على المعاهدات، فإن القاضي يكون قد فصل في مسألة لا تدخل في ولايته يتجرد عمله

(1) في فكرة التدرج في النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

(2) وهو ما نستنتجه بمفهوم المخالفة لما هو مقرر قضاءً من أنه: "متى صدر الحكم من محكمة ذات ولاية وصار نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، فلا يجوز إهدار حجتيه بمقولة أنه صدر باطلا لمخالفته حكم القانون أو لعدم تمثيل الخصوم في الدعوى التي صدر فيها تمثيلاً صحيحاً، لأن الحجية تسمو حتى على قواعد النظام العام". طعن رقم 1975/43 تجاري، جلسة 1977/1/12، مجموعة القواعد القانونية حتى 1979، ص 28. وانظر حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1059 - لسنة 45 قضائية - جلسة 2-2-1976 - مكتب فني 27 - ج 1 - ص 371.

(3) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص 286، بند 147.

فيها بالتالي من حجية الأمر المقضي، بينما يذهب البعض الآخر⁽¹⁾ - ونؤيده⁽²⁾ - إلى إطلاق انعدام الحكم في المسائل التي تنتقي فيها ولاية القضاء عموماً سواء كان محلاً للتفويض التشريعي أو ليس كذلك.

صفوة القول إذن إن احترام قواعد الولاية العامة للقضاء عموماً هي أحد مفترضات وجود الحكم، واحترام الحكم لهذه القواعد هو مفترض لتطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام، بحيث إذا صدر الحكم وقد خالف هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام لسحبته إلى درك الانعدام وهنا تعلق قواعد الولاية على حجية الأمر المقضي⁽³⁾.

بينما قواعد الاختصاص القضائي فهي لا تعد من مفترضات الحجية قضاءً وفقهاً⁽⁴⁾، بل إن الحجية تعلق عليها فإذا صدر الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي

(1) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص 264. ونظرية العمل القضائي، ص 586.

(2) استناداً إلى ما تنص عليه المادة 17 من قانون السلطة القضائية المصري من أنه: "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في اعمال السيادة". وما تنص عليه المادة 11 من قانون مجلس الدولة من أنه: "لا يختص مجلس الدولة ... بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

(3) ولكن ماذا عن الاختصاص الولائي (الوظيفي)؟ هل هو أيضاً مفترض لقاعدة العلو أم لا؟ انظر ما يلي الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث والأخير.

(4) أما قواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالنظام العام، ذهب رأي قديم مرجوح إلى أنه يشترط للاعتراف بحجية الحكم أن يكون صادراً من محكمة مختصة اختصاصاً لا يعد مخالفاً للنظام العام، ويترتب على ذلك الرأي عدم الاعتراف بقاعدة علو الحجية على قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، بل إنه وفقاً لهذا الرأي فاعتبارات النظام العام التي تملئها قواعد

مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي فتعلو الحجية عليها، لأن اعتبارات النظام العام المتمثلة في استقرار حقوق ومراكز الأشخاص تعلو على اعتبارات النظام العام التي تستهدفها قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم كنصيب من ولاية القضاء للتوزيع على محاكمها⁽¹⁾.

الاختصاص القضائي تعلو على حجية الأمر المقضي، كما أن قواعد الاختصاص لا تعد فقط حداً أو سقفاً لحجية الحكم لا يتعدها بل شرطاً للاعتراف بها. انظر: السنهوري الموجز بند 707، أحمد نشأت بند 535 مشار إليهم في أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص308، بند 155، هامش (532).

⁽¹⁾ انظر التطبيقات القضائية في علو الحجية على قواعد الاختصاص ما يلي الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثالث و الأخير.

المطلب الثاني

حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي

لا شك أن مفهوم الحجية لا يجب أن يختلف عن معناه بخصوص قاعدة العلو؛ لأن قاعدة العلو ببساطة هي أثر لتلك الحجية، ويترتب على اعتبار حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي مفترض لتطبيق قاعدة العلو أن تتحقق مفترضات إعمال فكرة الحجية ذاتها أولاً حتى تعلق على النظام العام ثانياً وهي كما حددتها المادة 101 إثبات بوحدة الأشخاص والمحل والسبب.

ولما كان مفهوم الحجية، كقوة من قوى الحكم⁽¹⁾، مختلفة في التشريع الفرنسي⁽²⁾ عن التشريع المصري، بل وحتى في نطاق النظام المصري، فالحجية مختلف عليها

(1) إذ أن للحكم قوى عديدة سواء كانت حجية الأمر المقضي (للحكم الموضوعي فقهاً) وقوة الأمر المقضي (للحكم الذي لا يجوز استئنافه) والبيتوتة (للحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق طعن) واستنفاد الولاية (للحكم الذي لا يجوز للمحكمة أن ترجع فيه) والقوة الثبوتية (لأن الحكم يعد ورقة رسمية). انظر في ذلك بالتفصيل: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص744.

(2) حجية الحكم المدني تتميز عن حجية الحكم الجنائي حيث يحوز الحكم بمجرد صدوره والنطق به فقهاً، بينما يحوزها الحكم الجنائي بعد غلق أبواب الطعن.

B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2006, n° 971 et 981 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 13^{ème} éd., 2006, n° 1032. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2002, n° 663 ; J. DERRUPPE, « La notion particulière de décision définitive en procédure pénale », *in Quelques aspects de*

بين القضاء والفقہ من حيث مفهومها، ونطاقها، وأثرها، فمن البديهي أن يكون لهذا الاختلاف صدی في مفترض قاعدة علو الحجية على النظام العام ونطاقها وتطبيقاتها.

خلافاً للفقہ الإجرائي في مصر، يتسع نطاق الحجية قضاءً فيها وقانونياً في فرنسا، ليشمل الحكم الذي يتضمن تأكيداً قضائياً سواء كان موضوعياً أو إجرائياً. والآن نعرض للخلط في مفهوم الحجية كمفترض لتطبيق قاعدة العلو (فرع أول)، وكيفية رفع الخلط (فرع ثان)، وذلك على النحو التالي:

l'autonomie du droit pénal, dira. G. STEFANI, Dalloz, 1956, pp. 117-154, spéc. Nos 24 et 25.

عكس هذا الرأي انظر:

LACOSTE, n° 889 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 3^{ème} éd., 2005, n° 2206.

الفرع الأول

الخلط في مفهوم الحجية مفترض قاعدة العلو

إن القضاء المصري لا يميز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي؛ فالحكم لا يجوز الحجية إلا إذا كان حائزاً لقوة الأمر المقضي أي أن يكون الحكم نهائياً لا يجوز استئنافه⁽¹⁾، أو على الأقل لديه إذا لم يُطعن فيه بالاستئناف ذا الأثر الواقف للحجية⁽²⁾، والحجية الموقوفة بديهية لهذا الخلط.

(1) ذلك أنه وإن كانت الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز ثبوت دليل ينقض هذه الحجية - على ما نصت المادة 101 من قانون الإثبات - إلا أن تلك الأحكام لا تكتسب هذه القوة إلا بعد صيرورتها نهائية باستنفاد طريق الطعن العادي المقرر قانوناً - وهو الاستئناف - أو بغوات مواعيده... ". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1104 لسنة 48 قضائية بتاريخ 05-01-1980 مكتب فني 31 ج 1 ص 89، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 9595 لسنة 83 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية - بتاريخ 22-03-2015، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وقضت أيضاً بأن: " وكانت الحجية تثبت للحكم النهائي متى صدر من محكمة ذات ولاية ولو لم تكن مختصة نوعياً بإصداره لأن قوة الأمر المقضي تسمو على اعتبارات النظام العام، لما كان ما تقدم وكانت الحجية تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها وفقاً لنص المادتين 116 من قانون المرافعات و101 من قانون الإثبات فإنه يتعين القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر في الاستئناف رقم 430 لسنة 91 ق تجاري القاهرة. ". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1059 لسنة 45 قضائية بتاريخ 02-02-1976 مكتب فني 27 ج 1 ص 371.

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 66 - لسنة 50 قضائية - جلسة 9-2-1984 - مكتب فني 35 - ج 1 - ص 446.

ويرجع الأصل التاريخي لهذا الخلط حينما اشترط المشرع المصري للاعتراف بحجية الحكم أن يحوز قوة إجرائية معينة في المواد 297/232 من المجموعة المدنية الأهلية والمختلطة بأن يكون الحكم انتهائياً والمواد 418 من مشروع القانون المدني و405 الملغاة من المجموعة المدنية بأن يكون الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به، أما الأحكام الابتدائية فتحوز حجية مؤقتة أو موقوفة تقف بمجرد الاستئناف⁽¹⁾، بل استمر هذا الخلط حتى وقتنا الحاضر بسبب المادة 101 من قانون الإثبات المصري سنة 1968 التي تنص على أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية... وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

ويحوز الحكم قوة الأمر المقضي (المفهوم القضائي لحجية الأمر المقضي) سواء كان موضوعياً أو إجرائياً⁽²⁾، وتبعاً لذلك، فإن القضاء المصري لا يميز بين قوة

(1) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة...، ص 29، بند 13. ويبدو أن موقف القضاء المصري كان بسبب الأخذ بما يجري عليه العمل أمام محكمة النقض الفرنسية، ولكن الوضع في فرنسا مختلف عن مصر، حيث إن للاستئناف أثراً واقعاً للقوة التنفيذية للحكم المرتبطة بالضرورة و التي تقتض حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي (انظر المادة 539 مرافعات فرنسي)، ومحكمة النقض المصرية ترى أن الاستئناف يوقف القوة التنفيذية أي يوقف قوة الأمر المقضي (التي إذا اكتسبها الحكم صار حجة في فصل فيه عملاً بالمادة 101 إثبات)، بينما الاستئناف - في قانون المرافعات المصري الحالي - ليس له أثر واقف على القوة التنفيذية بل يجوز لمحكمة الاستئناف أن توقف تنفيذ الحكم الابتدائي حال توافر شروطه وفقاً لإجراءات محددة.

(2) فُقضي بأن: "قضاء محكمة القضاء العادي أن النزاع حول جنسية الموصية مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى وتخرج عن اختصاصها الولائي فقضت بحكم نهائي بوقفها مع

الأمر المقضي (المفهوم القضائي لحجية الأمر المقضي) واستنفاد الولاية التي تحوزها القواعد القطعية⁽¹⁾.

تكليف الطاعن باستصدار حكم في خلال سنة من المحكمة الإدارية المختصة، فإن الحكم يكون قد قطع في أن الفصل في مسألة جنسية الموصية - وهي من مسائل الواقع - يخرج عن الاختصاص الولائي للمحكمة، وينعقد لمحكمة القضاء الإداري، وتكون له في هذا النطاق حجية الأمر المقضي". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 38 - لسنة 40 قضائية - جلسة 17-4-1974 - مكتب فني 25 - ج 1 - ص 698. (هامش 205)

⁽¹⁾ إن فكرة استقرار الحقوق والمراكز لا تستغرقها فقط حجية الأمر المقضي بل أفكار قانونية إجرائية أخرى مثل استنفاد السلطة (عدم العدول أو الرجوع)، لأن كليهما يعمل على عدم معاودة النزاع تحقيقاً للاستقرار الذي يستلزم وحدة الرأي في فهم قواعد القانون بالنسبة للمسألة المحددة، وهذا لا يتأتى إلا بإعمال هاتين الفكرتين. لذلك كلا من فكرة الاستنفاد والحجية تقتضيهما اعتبارات النظام العام، هو ما دفع القضاء المصري إلى الخلط بينهما، وكذلك بعض الفقه إلى عدم التمييز بين الحجية واستنفاد الولاية بل اعتبر الثانية وجهاً من وجوه حجية الأمر المقضي. مثال انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 308 لسنة 59 قضائية بتاريخ 1994-03-31 مكتب فني 45 ج 1 ص 612. وانظر: رمزي سيف، الوسيط، 1969 ص 696 بند 510، مشار إليه في محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي، مرجع سابق، ص 36، بند 11، ص 74، بند 27، ص 102، بند 33.

فحجية الأمر المقضي تضمن ثبات مضمون التأكيد القضائي، فهي تمنع إعادة المنازعة على خلاف بيتوتة l'irrévocabilité de la chose jugée التي تحدد من لحظتها عدم جواز الطعن في الحكم. هاتان الوظيفتان تضمنان إنهاء القضية وتمنعا إثارتها مرة أخرى وهما متكاملتان في تحقيق هدف مشترك لمنع طرح حجية الحكم من جديد، لذلك، هما ذاتا طبيعة أمره للأمن القانوني.

TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, préf. HÉBRAUD, 1975, LGDJ, no 207, 289.

ونجم عن هذا الخلط القضائي بين الحجية والقوة، انتفاء الحجية عن الحكم الابتدائي على غير الصحة⁽¹⁾، بينما الحجية وفقاً للقواعد العامة والفقهاء الإجرائي الحديث الذي تؤيده لا تسري على محكمة الطعن أي المحكمة التي تنظر الطعن في الحكم، على خلاف المحاكم التي ترفع أمامها الدعوى التي تعاد فيها مناقشة الحجية والتي تلتزم بإعمال حجية الحكم حال توافر شروطها⁽²⁾.

وبين الموقف المطابق بين الحجية وقوة الأمر المقضي والمفرق بينها، اتخذ القضاء المصري بعد ذلك موقفاً ثالثاً بتبني فكرة "الحجية الموقوفة" حيث تتلاشى الحجية بمجرد الطعن فيه وللخصم أن يبدأ في دعوى جديدة ولا يتقيد القاضي الجديد بحجية الحكم الأول، ولكن منعاً لحدوث تناقض، يلتزم قاضي الخصومة الجديدة، خلافاً للحجية الحكم الأول، بوقفها لحين الفصل في الطعن في هذا الحكم، وفي ظل هذا الوضع اهتزت فكرة الحجية في النظام القانوني المصري⁽³⁾ فيما قبل صدور قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 الذي تضمن المادة 116 حيث تنص على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها يجوز للمحكمة أن تثيره

(1) ويرجع المصدر التاريخي لهذا القضاء هو القضاء الفرنسي القديم الذي يقضي بأن: "حجية الأمر المقضي تحوزها الأحكام التي لم يُطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، أياً كانت العيوب التي شابها".

com., 14 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 289, *JCP* 1990, IV, p. 14.

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 35-36، بند 18.

(3) أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 73-74، بند 45.

من تلقاء نفسها والتي يستنتج منها البعض⁽¹⁾ - ولا أويده- أن المشرع جعل للحكم الحجية منذ صدوره طالما فصل في الدعوى.

ولكن في اعتقادنا مازالت الحجية، وللأسف، مهتزة حتى بعد صدور القانون الحالي سنة 1968، لأن المادة 116 سألغة الذكر لا تعبر عن مفهوم ونطاق الحجية ولكن فقط عن طبيعة الحجية والدفع به⁽²⁾ على اعتبار أن الدفع بالحجية متعلق بالنظام العام ويجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها. أما عن نطاق الحجية والأحكام التي تحوزها فأساسها القانوني هو المادة 101 إثبات التي تربط بين القوة والحجية، وبالجمع بين النصين 116 مرافعات و101 إثبات نخلص إلى نتيجة مؤداها أن الدفع عدم جواز نظر الدعوى- الذي يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها- لسبق الفصل فيها يكون نتيجة صدور حكم حائز لحجية والحجية لا تكون إلا لحكم حائز لقوة الأمر المقضي إعمالاً للمادة 101 إثبات⁽³⁾.

(1) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 78-79، بند 48.

(2) ذهب رأي إلى عدم الخلط بين الدفع بسبق الفصل في الدعوى والحجية، فالحجية يتمسك بها في مواجهة الكافة، بينما الدفع بسبق الفصل في الدعوى لا يجوز التمسك به إلا في مواجهة من كان طرفاً في الدعوى التي سبق الفصل فيها. والخلط بينهما يؤدي إلى نتيجة خاطئة وهي أن الحكم لا أثر له بالنسبة للغير. أحمد السيد صاوي - أثر الأحكام بالنسبة للغير - دار النهضة العربية، ص127.

(3) ولا نذهب مع القول (أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص79، بند 49، هامش 1) بأن المادة 116 مرافعات تؤسس درجة من الحجية تختلف من حيث المضمون والشروط عن الحجية التي وردت في المادة 101 إثبات، على أساس أن الحجية المقررة في المادة 116 هي حجية منقوصة تنحصر في أثرها السلبي. ونعتقد أن المادة 116 مرافعات ليس لها أي علاقة بمضمون

لذلك يؤكد القضاء المصري حتى الآن⁽¹⁾، مضطراً إلى ذلك وليس استصحاباً فقط لتنظيم قانوني ملغ⁽²⁾، على فكرة الحجية الموقوفة بسبب نص المادة 101 إثبات الذي لا اجتهاد مع صراحته⁽³⁾، بل وصل الأمر لدرجة أن بعض أحكام النقض

وشروط الحجية بل لها علاقة بطبيعة الدفع بالحجية وأثره السلبي فقط. بينما المادة 101 إثبات - بنصها الحالي المنتقد سبب الخلط - تعالج الحجية بشروطها ومضمونها ونطاقها وأثرها الإيجابي والسلبي. لذلك يفضل أن ينص في قانون المرافعات المصري، كما هو الحال في فرنسا، على نطاق الحجية وشروطها ومضمونها (راجع المادة 480 مرافعات فرنسي). وإذا كان ذلك كله وفقاً للرأي السابق فما الداعي وراء تركيز نص المادة 116 على طبيعة الحجية، لا على أثرها المانع، ولماذا افترض المشرع المصري وجود قاعدة حيازة الحكم للحجية بمجرد صدورها فراح ينظم طبيعة الدفع بسبق الفصل في الدعوى، ثم قفز على تنظيم طبيعة الدفع بسبق الفصل في الدعوى بحكم دون أن يحدد شروط ووقت ونطاق حجية هذا الحكم بأثرها المانع. كما أن عبارة "سبق الفصل فيها" في المادة 116 سألقة الذكر تكملتها المفترضة البديهية هي "بحكم حائز للحجية"، ومتى يحوز الحكم هذه الحجية؟ لم تجب المادة 116 ولكن المادة 101 إثبات فقط حددت الوقت الزمني بحيازة الحكم للحجية عند حيازته قوة الأمر المقضي، ولا يتصور الاحتجاج بقاعدة الخاص (م 116 مرافعات) يقيد العام (م 101 إثبات)، لأنها تفترض أن النص الخاص والعام يتعامدا على محل واحد.

(1) فتتبع التطبيقات القضائية يؤدي إلى هذه النتيجة. وهو ليس استصحاباً لوضع قديم في ظل قانون جديد، بل الوضع الجديد كالقديم دون أي تعديل. انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 94 بند 60. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6465 - لسنة 79 قضائية - جلسة 22-2-2017، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).
وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7857 - لسنة 65 قضائية - جلسة 25-3-2008 - مكتب فني 59 - ص 335.

(2) انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، بند 13 وما يليه.

(3) وبناء عليه، لا نتفق مع نتيجة قراءة النصين بأن هناك تدرج في حجية الأحكام كما قيل (انظر: أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 80، بند 50) بأن المادة 116 مرافعات تنص على

ذهبت إلى أن المحكمة إذا احترمت حجبة الحكم السابق - وهو محل للطعن بالاستئناف- فإن حكمها معيب يتعين إلغاؤه⁽¹⁾.

وبمزيد من التخبط القضائي، على الرغم من أن الاتجاه السائد لدى محكمة النقض أن الحكم الابتدائي محل الاستئناف الذي لم يحز قوة الأمر المقضي، لا يلتزم مضمونه القاضي المقام أمامه الدعوى الجديدة، طالما لم يقض برفض الاستئناف قبل صدور حكمه في الدعوى⁽²⁾.

حجبة منقوصة للأحكام بمجرد صدورها، ثم تتكامل الحجبة بحيازة الحكم قوة الأمر المقضي عملاً بالمادة 101 إثبات. كما أن صاحب هذا الرأي نفسه يؤيد فكرة أن الأثر السلبي والإيجابي لا ينفكان عن بعضهما، فكيف إذن يكون للحكم بمجرد صدوره أثر مانع دون أن يكون له أثر إيجابي، وهما وجهان لعملة واحدة. فما الأثر المانع من إقامة دعوى جديدة إلا احتراماً للحكم السابق الذي فصل فيه، ولكن بحكم حائز لقوة الأمر المقضي وفقاً للمادة 101 إثبات وهي بمثابة التنظيم القانوني الوحيد في نظرنا- رغم هذا الوضع المنتقد وبشدة- لماهية الحجبة. فحتى الأثر السلبي للحجبة (الأثر المانع) يشترط القضاء لإعماله أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي وليس بمجرد صدوره. راجع: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7857 - لسنة 65 قضائية - جلسة 25-3-2008 - مكتب فني 59 - ص 335.

وفي اعتقادنا لا يمكن تصور أن الحجبة التي يمكن أن تعلق إلى مرتبة النظام أو الفقه، تنظم ماهيتها وشروطها ونطاقها مادة واحدة لا توجد في قانون المرافعات بل في قانون الإثبات!

(1) انظر: محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 269 - لسنة 44 قضائية - جلسة 25-1-1978 - مكتب فني 29 - ج 1 - ص 322.

(2) أنظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6465 - لسنة 79 قضائية - جلسة 22-2-2017. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7857 - لسنة 65 قضائية - جلسة 25-3-2008 - مكتب فني 59 - ص 335. ويمكن ان نستشف الاعتراف الضمني بحيازة الحكم حجيبته منذ صدوره. راجع: حكم لمحكمة النقض - مدني - الطعن رقم 713 - لسنة 45

وفي فرنسا، إن الحجية تشمل القرارات بمجرد صدورها التي تفصل في الدفوع الإجرائية وبعدم القبول وكذلك العوارض الإجرائية التي تثار أثناء سير الدعوى ويجد هذا الاتساع أساسه في تحديد مفهوم واسع للأحكام الفاصلة في الموضوع طبقاً للمادة 1/ 480 مرافعات فرنسي⁽¹⁾، فالحجية في فرنسا تنسب لمطلق التأكيد الذي يصدر عن القاضي أياً كان محله، سواء ورد على حقوق أو مراكز موضوعية أو إجرائية أو بين ذلك⁽²⁾.

قضائية - جلسة 15-1-1980 - مكتب فني 31 - ج1 - ص162. وهو ذات الوضع لدى المحكمة الإدارية العليا. راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 18234 - لسنة 51 قضائية - جلسة 6-1-2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

⁽¹⁾ تنص 1/480 تحت عنوان الأحكام الفاصلة في الموضوع *Les jugements sur le fond* على أن: " الحكم، منذ صدوره، الذي يفصل في المسألة الأصلية المقامة بها الدعوى أو في جزء منها، أو الأحكام التي تفصل في الدفع الإجرائي أو في الدفع بعدم القبول أو في أي عارض آخر، يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة للمنازعة التي يفصل فيها".

"Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche".

ويبدو أن مصطلح الموضوع لا يتعلق فقط بالحق أو المركز الموضوعي ولكن يمتد لموضوع القضية من دعوى وإجراءات وحق أو مركز.

⁽²⁾ 1- أن القانون الفرنسي يطابق بين فكرة الحجية والقطعية في الأحكام، فالحكم القطعي - سواء كان موضوعياً أو إجرائياً- يحوز حجية الأمر المقضي، وما يؤكد على ذلك أن من آثار الاستئناف أنه يضع حجية الأمر المقضي محل مراجعة أمام محكمة الاستئناف من حيث الواقع والقانون (انظر المادة 561 مرافعات فرنسي) والاستئناف قد يرد على حكم موضوعي أو إجرائي.

ويترتب على التفسير القضائي الخالط بين حجية الأمر المقضي والقوى الأخرى للحكم، خلط آخر بشأن قاعدة علو الحجية على النظام العام، فتارة تعلق الحجية على النظام العام، وتارة ثانية قوة الأمر المقضي هي التي تعلق على النظام العام، وتارة ثالثة البتية هي التي تعلق ورابعة استنفاد الولاية (القطعية) هي التي تعلق على النظام العام، نتيجة الخلط بين هذه القوى الأربعة، كما سنبين عند عرض نطاق تطبيق قاعدة العلو لاحقاً⁽¹⁾.

2- وبالتبعية إن المشرع الفرنسي يقرب بين فكرتي الحجية واستنفاد سلطة المحكمة إلى بعضهما البعض، على الرغم من أن الفقه المصري يرى أن الحكم القطعي يحوز استنفاد سلطة المحكمة وليست الحجية، لذلك صحيح أن المشرع الفرنسي فرّق بينهما نصاً حيث خصص لكل منها مادة مستقلة عن الأخرى ولكن دون تمييز على عكس البعض الذي يرى رغم ذلك أن المشرع الفرنسي يميز بين الحجية واستنفاد الولاية. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام، بند 374، ص 695.

(1) في نطاق تطبيق قاعدة العلو من حيث قوى الحكم التي تعلق على النظام العام انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثالث والأخير.

الفرع الثاني

رفع الخلط في مفاهيم قوى الحكم التي ستعلو على النظام العام

إن السبب الرئيسي الدافع لهذا التخبط القضائي في اعتقادنا هو عدم وجود نص صريح⁽¹⁾ قائم بذاته لتنظيم الحجية، بسبب أن المادة 116 في اعتقادنا لا تشر، ولو ضمناً، إلى حيافة الحكم بمجرد صدوره للحجية، مما اضطر القضاء منعاً من تناقض الأحكام إلى تبني نظرية الحجية الموقوفة، فهذا التخبط القضائي إذن نتيجة طبيعية لافتقار المعالجة التشريعية لوقت حيافة الحكم للحجية، فيما إذا كان منذ صدوره أم منذ صيرورته نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي.

وكان الوقت أن نعترف، وبحق، بوجود فراغ تشريعي يعالج حيافة الحكم للحجية بمجرد صدوره، كأول علاج، وهذا الاعتراف أخف وطأة من مد نص المادة 116 مرافعات إليها، أو تحميل هذه المادة ما لا تطيقه. فالاعتراف بوجود فراغ تشريعي يحفز المشرع إلى وجوب التدخل، حتى لا نترك القضاء في خلط، مثل ما قام به

(1) يرى البعض أن قواعد الحجية يمكن أن تُستخلص من مجموع المواد 101 إثبات و116، 222، 249 مرافعات. (انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص159). ولكن لا نؤيد هذا الرأي لأن المادة 101 إثبات تربط الحجية بقوة الأمر المقضي، بينما المادة 222 التي تجيز استئناف الحكم الانتهائي الذي صدر خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي، لذا لا تعد هذه المادة تنظيمًا للحجية، لأنه لا تلازم بين إجازة الطعن والحجية، كما أن نطاق أعمالها لا يتسع لكل الأحكام بل الحكم الانتهائي فقط.

قانون المرافعات في بعض الدول العربية⁽¹⁾، والمشرع الفرنسي في المادة 480 من قانون المرافعات الفرنسي عندما نصت على اكتساب الحكم للحجية منذ النطق به dès son prononcé. فالتفسير الخالط للحجية مع قوة الأمر المقضي، وإن كان القضاء المصري واقعاً فيه وبعض فقه القانون الموضوعي⁽²⁾، إلا أن الخطأ الأكبر من المشرع أنه لم يعالج صراحة وبصفة مباشرة الحجية مضموناً ونطاقاً ووقت حيازتها.

إن الحجية، وفقاً لوجهة نظر الفقه الإجرائي ونؤيده، أثر قاصر على القضاء التأكيدي الموضوعي⁽³⁾ بنص خاص وتفسر تفسيراً ضيقاً⁽¹⁾ ويقتصر أعمالها على

(1) انظر موقف المشرع الكويتي في المادة 53 من قانون الإثبات والمشرع الإماراتي المادة 49 من قانون الإثبات الاتحادي الإماراتي، في التمييز بين الحجية وقوة الأمر المقضي، حيث تتصان على أن: "1- الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة...".

(2) ورغم ذلك ذكر العلامة السنهوري أن: "ومن ذلك يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضي، والعكس غير صحيح". الوجيز للسنهوري ج 1 ص 732. ورددته المحكمة الإدارية العليا بقضائها أنه مبرر بسبب المادة 52 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، حيث قُضي بأن: "كل حكم حاز قوة الأمر المقضي يكون حتماً قد حاز حجية الأمر المقضي، والعكس غير صحيح، لأن قوة الأمر المقضي أعم وأشمل من حجية الأمر المقضي". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 18234 - لسنة 51 قضائية - جلسة 6-1-2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(3) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص 60-61، بند 30. وهو المعمول به في النظام الانجلوسكسوني، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، انظر:

الحدود التي بينها المادة 101 إثبات مصري⁽²⁾. ففي الفقه الإجرائي، الحجية لا تعني عدم المساس بالحكم من المحكمة التي أصدرته أو من محكمة الطعن⁽¹⁾،

“ adjudication “on the merits” is a prerequisite to the application of res judicata”. State of Ohio ex rel. Susan Boggs, et al. v. City of Cleveland, 655 F.3d 516 (6th Cir. 2011).

<http://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/11a0236p-06.pdf>

“The general rule is that the claim preclusive (res judicata) effect is given only to judgments that are on the merits”. 18 JAMES WM. MOORE, MOORE’S FEDERAL PRACTICE § 131.30 (3d ed. 1997). Solum, supra note 37, at 198. Available at SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=636721>

(1) كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "القواعد الخاصة بقوة الأمر المقضي هي من القواعد الضيقة التفسير التي يجب الاحتراس من توسيع مداها؛ منعا للأضرار التي قد تترتب على هذا التوسع، فكلمة اختل أي شرط من شروط قاعدة الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها كالمحل أو السبب أو الخصوم، بأن اختلف أي منها في الدعوى الثانية عما كان عليه في الدعوى الأولى، وجب الحكم بأن لا قوة للحكم الأول تمنع من نظر الدعوى الثانية، ومن ثم تعيين رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها". حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3024 لسنة 35 ق. ع بجلسة 1996/6/16 وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 26096 - لسنة 55 قضائية - جلسة 10-1-2015 - مكتب فني 60 - ج 1 - ص 207.

(2) محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 98، بند 32. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص 167، بند 82. على عكس البعض الذي يرى أن الحجية أثر مطلق لكل عمل قضائي يتضمن فحصاً قضائياً Verification juridictionnelle كما هو الحال في نهج المشرع الفرنسي بموجب المادة 480 مرافعات فرنسي، فحجية الأحكام نوعان: (1) حجية موضوعية تثبت للحكم الموضوعي لها فاعلية خارج إجراءات الخصومة، و(2) حجية شكلية (تقابل فكرة استنفاد الولاية) لها فاعلية داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم تثبت للحكم الإجرائي. في هذه

فالحجية صفة للعمل القضائي أي للأثر القانوني الذي يحدثه الحكم الموضوعي خارج القضية التي صدر فيها فقط، لأنه لا رابط بين حجية الأمر المقضي التي يُعمل بها خارج القضية وعدم قابلية للحكم للمساس داخل إجراءات القضية الواحدة. فبينما قوة العمل الإجرائي صفة للحكم كعمل إجرائي في الخصومة⁽²⁾، فإن مجال الحجية والهدف الأساسي والوحيد من وجودها هو منع تجديد الخصومة في المستقبل بإجراءات دعوى مبتدأه، وبناءً عليه لا مجال لإثارة الحجية داخل إجراءات الخصومة التي صدر فيها الحكم والتي لا تنتهي إلا بصيرورة الحكم باتاً، فالطعن وإن كانت خصومته لها ذاتية إذ تعد امتداداً للخصومة في درجة التقاضي الأدنى وتكوّن معها قضية واحدة، لذا فلا تسري حجية الحكم - بالمعنى الضيق الفني لها - في خصوص خصومة الطعن ولا يتقيد بها قاضي الطعن⁽³⁾.

فنظام الطعن، ليس استثناء على نظام الحجية، عكس ما يجري عليه القول والعمل في محاكمنا المصرية وأدى إلى هذا الخلط الإجرائي في قوى الحكم، بل هو أي الطعن استثناء على قاعدة أخرى يسميها البعض بـ "حصانة الحكم" أو "قوة العمل الإجرائي للحكم"، المتميزة عن الحجية، والتي تعمل داخل إجراءات الخصومة، بُغية

الآراء بالتفصيل انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص58، بند 28، هامش 6، وص163، بند 81، هامش 193.

(1) وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص212 وما يليها.

(2) فتحي والي، المبسوط، ج1، ص329، بند 138.

(3) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 96-98، بند 62-64.

دفع هذه الإجراءات إلى نهاية حتمية لها⁽¹⁾، بمعنى أن حصانة الحكم أو عدم قابليته للمساس به داخل إجراءات الخصومة متدرجة من القطعية، ثم قوة الأمر المقضي، ثم إلى البيوتوتة⁽²⁾. ولكل من الفاعلية الداخلية (حصانة الحكم) والفاعلية الخارجية (حجية الحكم)⁽³⁾ نطاقه وموجباته فلا يتداخلان على الرغم من وحدة

(1) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 2 - لسنة 5 قضائية - بتاريخ 2 - 4 - 1988.

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 98-100، بند 64-67. وبشأن حصانة الحكم وعدم المساس به داخل الإجراءات انظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 212 وما بعدها. ويسمى البعض بـ "الحجية الداخلية" أنظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 174. والبعض الآخر يسميها "القوة الإجرائية للحكم" انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص 745.

حتى وإن كان القانون يعطي في أحوال استثنائية لهذه القوة الإجرائية (عدم المساس) فاعلية خارجية كالحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة عملاً بالمادة 110 مرافعات ولكن لا يعني اختلاطه بالحجية فهي قوة تشبه الحجية ففي الفاعلية الخارجية فقط. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص338، بند141، وخاصة هامش (2).
والتمييز بين الحجية والبيوتوتة يرجع إلى التمييز بين الحجية الموضوعية (الحجية بالمعنى الضيق) والحجية الشكلية (البيوتوتة) الذي تتبناه بعض النظم القانونية المقارنة، كالقانون الإيطالي، والألماني، والإسباني.

VALTICOS, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, 1948, Sirey, 1953, spéc. p. 31-42.

(3) على الرغم من أن الفاعلية الخارجية للحكم لا تكون مرتبطة بحجية الأمر المقضي في كل الأحوال، إذ قد يمنح المشرع الفاعلية الخارجية - صراحةً واستثناءً - للحكم الإجرائي، وهو لا يحوز الحجية، كما في الحكم بعدم الاختصاص والإحالة (م 110 مرافعات)، والحكم القطعي الإجرائي صدر في خصومة سقطت (م 137 مرافعات)، وذلك لاعتبارات الاقتصاد في الإجراءات والوقت والجهد والنفقات والتيسير على المتقاضين.

الغاية منهما وهي استقرار الحقوق والمراكز. فليس كل حكم حائز للحجية هو حائز لقوة الأمر المقضي والعكس أيضا صحيح⁽¹⁾.

رأينا إذن أن حصانة الحكم الداخلية متدرجة، لا تبدأ من الانتهائية⁽²⁾، بل تبدأ من استنفاد الولاية مروراً بقوة الأمر المقضي وتنتهي بالبيتوتة⁽³⁾، للوصول بالقضية إلى حدها النهائي منذ رفعها أمام محكمة أول درجة، فحصانة الحكم "الداخلية" (أي داخل إجراءات القضية الواحدة بتعدد خصوماتها أول درجة والظعن) تبدأ منذ صدور الحكم القطعي - موضوعياً كان أو إجرائياً - من محكمة أول درجة لتمنع المساس به من ذات المحكمة التي أصدرته، لاستنفاد ولايتها⁽⁴⁾، ولكن مع إمكانية

(1) على عكس ما ينص عليه المشرع المصري في المادة 101 إثبات وما يحكم به القضاء المصري، انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4229 - لسنة 70 قضائية - جلسة 20-6-2001 - مكتب فني 52 - ج2 - ص965.. وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 29373 - لسنة 54 قضائية - جلسة 12-11-2011 - مكتب فني 57 - ج1 - ص143.

(2) وهي درجة حصانة الحكم التي تفيد عدم قابليته للاستئناف، بينما قوة الأمر المقضي تفيد عدم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية. انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص100، بند 66.

(3) وفي رأينا أن استنفاد الولاية يتميز عن قوة الأمر المقضي والبيتوتة في أن الأخيرتين قد تنسب للحكم بعمل إيجابي وهو صدور الحكم من محكمة الاستئناف أو النقض بحسب الأحوال (استنفاد الطعن) أو بعمل سلبي وهو الامتناع عن الطعن في المواعيد المقررة له، بينما استنفاد الولاية لا يتصور نسبه للحكم إلا بعمل إيجابي وهو صدور حكم قطعي.

(4) فإذا كانت قوة الأمر المقضي ليست درجة من درجات الحجية فهي درجة من درجات استنفاد الولاية، بينما تمنع حجية الحكم المساس به خارج إجراءات القضية أمام محكمة أخرى في ذات

نقل القضية إلى مرحلة الاستئناف، إذ أن استنفاد الولاية لا تقيد المحكمة الأعلى من المساس بالحكم عن طريق نظام الطعن، وعند استنفاد الاستئناف أو إغلاقه يتمتع الحكم بحصانة داخلية درجتها أكبر من درجة الاستنفاد وهي قوة الأمر المقضي التي تمنع محكمة الاستئناف - ومن باب أولى محكمة أول درجة - من المساس به، حتى يمكن نقل القضية إلى مرحلة ثالثة وأخيرة وهي مرحلة النقض حال توافر مقوماتها، ثم إذا استنفد الطعن بالنقض أو استغلق، فيتمتع الحكم بقوة تعلق على قوة الأمر المقضي وهي أعلى مراتب القوة الإجرائية للحكم وحصانته ألا وهي البيوتة التي تمنع أعلى محكمة وهي محكمة النقض ذاتها - ومحكمة الاستئناف ومحكمة أول درجة من باب أولى - من المساس بالحكم فيتمتع بحصانة داخلية وصلت إلى ذروتها وحدها النهائي، حتى نكون أمام استقرار بات في المراكز والحقوق⁽¹⁾.

وفي كل هذه المراحل السابقة يظل الحكم الذي صدر في موضوع النزاع متمتعاً بحجية الأمر المقضي التي تعلق هي الأخرى على النظام العام، أي تمنع من إثارة

الدرجة، إلا إذا أضفى المشرع - استثناءً - لاستنفاد الولاية حصانة خارج الإجراءات كالحكم بعدم الاختصاص والإحالة لحسن سير العدالة.

(1) قد يُقال إن الاستقرار في الحقوق والمراكز لا يكون إلا بحكم بات، ونرى عكس ذلك حيث إن الاستقرار يكون بصور حكم موضوعي حائز للحجية، وإن كان الاستقرار يهدده الطعن، ودليل ذلك أنه بمجرد صدور الحكم الموضوعي، يمنع من المساس به بإعادة رفع الدعوى مرة أخرى، كما أن الحكم الحائز للحجية قد يحوز - على سبيل الاستثناء - قوة تنفيذية في إطار احكام النفاذ المعجل.

النزاع في قضية أخرى خارج نطاق القضية التي صدر فيها، ولو خالف الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام، حتى يُلغى عن طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، وهي لا تتأثر بمجرد الطعن.

ويترتب على ما سبق ذكره، أن الصياغة الصحيحة لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي أن حصانة الحكم، بنوعها الداخلية (من استنفاد الولاية وحتى البيوتة) والخارجية (حجية الأمر المقضي)، تعلو على النظام العام. فحجية الأمر المقضي كمفترض لقاعدة علوها على النظام لعام مفهومها هو المفهوم القضائي الواسع والعام الشامل للقطعية وقوة الأمر المقضي والبيوتة، وليس فقط الحجية بمفهومها الفقهي الضيق كأثر للحكم الموضوعي⁽¹⁾، مما ينتج عنه توسعة في نطاق تفعيل قاعدة علو الحجية- كما سنرى لاحقاً- ليس فقط من حيث الأحكام (التي لا يقتصر على الاحكام الموضوعية فقط) ولكن من حيث درجة المحكمة المحتج أمامها بالقاعدة (أي لا يقتصر على المحكمة خارج القضية التي صدر فيها الحكم)⁽²⁾.

(1) لذلك كان الأمر غريباً ومتناقضاً عندما كانت النصوص القديمة لا تعد الحجية من النظام العام في الوقت الذي كان فيه استنفاد الولاية من النظام العام، لأن كليهما يعملان على فكرة واحدة وهي استقرار الحقوق والمراكز ولكن لكل مجاله فالحجية تعمل خارج القضية واستنفاد الولاية تعمل داخل القضية الواحدة بحسب الأصل، لذلك اضطر إلى تعديل المادة 116 مرفعات لتجعل الحجية مسألة يجوز للمحكمة أن تتمسك بها من تلقاء نفسها.

(2) انظر في نطاق تطبيق قاعدة العلو من حيث المحكمة المحتج أمامها بالقاعدة ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثالث والأخير.

المطلب الثالث

الادعاء بتعارض حجية الأمر المقضي مع قاعدة متعلقة بالنظام العام

إن بطلان الحكم قد ينتج عن مخالفة قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام وقاعدة أخرى غير متعلقة، ويفترض إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام الادعاء والنعي بمخالفة الحكم الحائز للحجية لقاعدة متعلقة بالنظام العام سواء كان النظام العام الموضوعي أو النظام العام الإجرائي (فرع أول). كما أن الادعاء بمخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام قد يكون تارةً محل دعوى جديدة خارج القضية التي صدر فيها وهنا الحديث عن قاعدة علو حجية الأمر المقضي (بالمعنى الفني الدقيق لها) على النظام العام، وقد يكون داخل القضية التي صدر فيها الحكم، وهنا يكون الحديث عن علو القوة الإجرائية للحكم على النظام العام تارةً ثانية (فرع ثان).

الفرع الأول

القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي والإجرائي

يفترض تطبيق قاعد علو الحجية على النظام العام أن يُنعى على الحكم بالبطلان لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام، فما المقصود بتلك القواعد المتعلقة بالنظام العام؟ وهل تقتصر على القواعد المتعلقة بالنظام العام التقليدي؟

أولاً: المقصود من القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي (التقليدي)

خلا القانون من تحديد المقصود من النظام العام، حتى نحدد القواعد المتعلقة به، إلا أن المتفق عليه فقهاً والمستقر عليه قضاءً أنه يشمل القواعد التي ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد⁽¹⁾. ومفهوم النظام العام نسبي، فالقاضي في تحديد مضمونه مقيد بالتيار العام السائد بشأنه في بلده وزمانه⁽²⁾، مما يعتبر معه مسألة قانونية

(1) انظر حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 16 - لسنة 48 قضائية - جلسة 17-1-1979 - مكتب فني 30 - ج 1 - ص 276.

(2) وفكرة النظام العام- كما تقضي المحكمة الدستورية العليا- "يرجع مرونتها وتعدد مجالاتها إلى أنها ليست فقط من خلق المشرع، ولكن للقاضي دور في إدخال القواعد في النظام العام، فيقدر منها ما يتعلق بالمصلحة العامة، بل إن المسألة الواحدة قد تكون متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة في ذات الوقت ولكن في مجال قانوني آخر كفكرة التقادم فهي متعلقة بالنظام العام في المجال الجنائي دون المجال المدني. راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم

تخضع لرقابة محكمة النقض، وفي ذلك ضمانة كبرى لإقامة هذا التحديد على أسس موضوعية⁽¹⁾، ففكرة النظام لعام يكاد يستحيل تعريفها لمرونتها ونسبيتها من حيث الزمان والمكان، فهي بطبيعتها غير قابلة للتحديد⁽²⁾.

ومدى تعلق القواعد بالنظام العام قد يحددها المشرع وفي حالة سكوته يُترك الأمر للقاضي وازعاً في اعتباره المصلحة التي تبغي القاعدة تحقيقها، فإن أمر تحديد أيهم أكثر صلة بالنظام العام يتدخل فيها المشرع وإلا القاضي.

بيد أن القواعد الأمرة لا تتصل جميعها بالضرورة بالنظام العام⁽³⁾، فإذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام كلها أمرة، إلا أن العكس غير صحيح⁽⁴⁾، حيث إنه نتيجة

253 - لسنة 24 قضائية - جلسة 15-4-2007 - مكتب فني 12 - ج 1 - ص 314. وحكم المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 84 لسنة: 17 قضائية بتاريخ: 15-3-1997.
(1) محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 10132 - لسنة 78 قضائية - جلسة 11-5-2010 - مكتب فني 61 - ص 665.

(2) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 539، بند 307.
(3) وللنظام العام مفهومان في قاموس العميد كورنو Doyen Cornu. الأول حالة اجتماعية لا يُمس فيها السلام والهدوء والأمن العام، "بلد ما، في زمن ما". وبمعنى ثان، فإن مصطلح "النظام العام" يعني "توصيف قواعد معينة تفرض بقوة معينة" "في إطار نظام قانوني". والنظام العام في تعريفه الأول هدف ينبغي تحقيقه، في حين أنه في تعريفه الثاني هو طابع القوانين التي تحظر الاتفاق على مخالفتها. والمعنى الثاني هو المعنى الذي يستخدمه لترتيب النتائج ومنها عدم جواز الاتفاق على مخالفتها.

CORNU Gérard. Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 4^e éd., 2003 .

(4) حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون...، ص 98، بند 117.

تدخل الدولة المتزايد في الأنشطة الاقتصادية، ظهرت قواعد أمر لا تتعلق بالمصالح العامة، بل تتعلق بالمصالح الخاصة الاقتصادية أو الاجتماعية، وفرضت قيوداً عديدة على مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾. كذلك، وظهرت القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي أي تلك التي تحمي فئة ضعيفة (عامل أو مستهلك أو مؤمن له أو غيرهم) في العلاقات القانونية ليحقق النظام العام هذا التوازن بين أطراف هذه العلاقات، ولا يستطع القاضي إثارة تلك القواعد من تلقاء نفسه، مع أنها من النظام العام، على عكس القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام التقليدي⁽²⁾.

(1) ويترتب على مخالفة قواعد النظام العام الاقتصادي أو الاجتماعي البطلان الجزئي حيث يقصر البطلان على الاتفاق المخالف ويظل الاتفاق على فيما يجاوز الشرط. وقصدت فكرة النظام العام الاقتصادي حماية طبقات اجتماعية ضعيفة وهو ما يعرف بالنظام العام الحمائي، ثم ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي التوجيهي لتوجيه الأشخاص نحو احترام سياسة. انظر: محمد حسين عبدالعال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، سنة 1998، ص 79-80، بند 44، 45.

(2) ولم تعد فكرة النظام العام كما كانت من قبل، فالآن يُنظر إلى النظام العام على أنه يشمل الأسس الجوهرية للمجتمع مثل كون اللغة العربية هي اللغة الرسمية، وأن نظام الدولة هو النظام الجمهوري، وغير ذلك من أسس المجتمع الرئيسية، أما غيرها فيجب النظر على مدى تعلق القاعدة بالنظام العام من عدمه من منظور الحق الذي تحميه، فإذا كان هذا الحق خاص يجوز التنازل عنه أو التصالح بشأنه أضحقت القاعدة - ولو كانت ضمن قواعد القانون الجنائي مثلاً - غير متعلقة بالنظام العام. انظر: رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الرابع: التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الطبعة الثانية، 2007، دار النهضة العربية، ص 11-12.

ولقد حددت المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الحالات بأنها: "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظام

والقانون قد ينص على اعتبار القاعدة متعلقة بالنظام العام الموضوعي عندما يستشف البطلان العام عند مخالفتها، فيفرض القانون على القاضي الحكم بالبطلان عند المخالفة من تلقاء نفسه، وإذا لم يوجد نص تشريعي ترك الأمر للقاضي، وعلى القاضي أن يضع في نصب عينه نوع المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة⁽¹⁾.

ثانياً: النظام العام الإجرائي

إن النظام العام لا يوجد فقط في القوانين الموضوعية بل والإجرائية، لذلك يوجد ما يسمى بالنظام العام الإجرائي الذي يُوصف هكذا ليس بالنظر إلى مصدره وهو القانون الإجرائي فقط⁽²⁾، بل أيضاً بالنظر إلى وظيفته وهي تنظيم حق التقاضي إما

الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية". فكل اتفاق يرد خلاف ما يقضي به النظام العام في الدولة يقع باطلا سواء أكانت هناك قاعدة قانونية تقرر الأمر الذي يمس النظام العام، وبالتالي تكون آمرة لا يسوغ الاتفاق على خلافها، أم لم تكن هناك مثل هذه القاعدة. انظر: سليمان مرقص، المدخل إلى العلوم القانونية، طبعة رابعة، 1961، بند 55.

(1) فتحي والي، المبسوط، ج1، ص885، بند 384. ولكن لا يجب الخلط بين النظام العام والمصلحة العامة، فهناك من المصالح الخاصة التي تكون حمايتها من النظام العام، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فإنها تعتبر جميعها جزءاً من القواعد الأمرة، بل تمثل الجانب الرئيسي للقواعد الأمرة. انظر: حسام الدين كامل الاهواني، مرجع سابق، ص98، بند 117.

(2) يرى البعض أن فكرة النظام العام في قانون المرافعات هو تجسيد لإعمال ما يمكن تسميته بقاعدة تغليب مصلحة العدالة على المصلحة الذاتية للخصوم، وإعمال قواعد القانون على المبادرة الإرادية لهؤلاء، وهذه تشمل أسس التنظيم القضائي وأعمال الوظيفة القضائية وإدارة وتوزيع العدالة

لتحديد دور إرادة المتقاضين أو حماية تلك الإرادة في توجيه الإجراءات وصولاً إلى العدالة⁽¹⁾.

وعلى أي حال، يظهر النظام العام الإجرائي في قواعد كثيرة بقانون المرافعات، فإذا كان المقصود منها القواعد القانونية الأمرة التي تستهدف تحقيق المصالح العامة للبلاد والتي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ولا يقبل منهم التنازل عنها ولا يسقط الحق في التمسك بها، فمنها القواعد المنظمة لحق التقاضي وأصول التداعي أمام المحاكم وطرق الطعن وتحديد الجهات ذات الولاية في الفصل في المنازعات وحدود هذه الولاية⁽²⁾. ويظهر النظام العام الإجرائي في مجال الأسباب المتعلقة بالنظام العام «moyen d'ordre public» التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي حالة عليها الإجراءات، ويجوز إثارتها أمام محكمة الاستئناف والنقض لأول مرة، طالما كانت عناصرها معروضة على محكمة الموضوع، وفيما ورد عليه الطعن، كما يمكن أن يستدل على قواعد النظام العام الإجرائي من خلال دور

وأصول القيم القضائية وتحقيق الاستقرار القانوني بما فيها استقرار الحماية القضائية. انظر: محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 27، بند 8.

(1) غير أن البعض أنكر على النظام العام وصفه الإجرائي لكونه أمام "نظام عام إجرائي"، بل أن الإجراءات هي التي تضمن احترام النظام العام.

" ce n'est pas l'ordre public qui est procédural en lui-même, c'est la procédure qui garantit le respect de l'ordre public". Pierre Delvolvé. L'ordre public immatériel — RFDA 2015. 890.

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3438 - لسنة 78 قضائية - جلسة 26-2009-10 - مكتب فني 60 - ص 829.

النيابة العامة في القضية خاصة فيما يتعلق بتدخلها في القضية أو في الطعن في الحكم⁽¹⁾.

وفي اعتقادنا أن مبادئ التقاضي الأساسية التي تنطبق على المنازعات أيا كانت طبيعتها أو نوعتها أو نوع القضاء أو المحكمة التي تنظرها تعد من النظام العام الإجرائي، مثل مبدأ المساواة والمواجهة وحق الدفاع و علنية الجلسات⁽²⁾ و سرية المداومات و تسبيب الحكم القضائي و حياد القاضي واستقلاله و حجية الأمر

(1) على سبيل المثال، تنص المادة 423 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: " خارج هذه الحالات، للنيابة العامة أن تدعي دفاعاً عن النظام العام بمناسبة واقعات تتضمن مخالفته".
« En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

FARBELOT, L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du code de procédure civile, JCP 2014. 698.

ليس ذلك فقط بل من حق النيابة العامة الطعن في بعض الحالات المنصوص عليها حصراً ومنها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام، وتصير النيابة العامة طرفاً أصلياً في خصومة الطعن يكون لها مركز إجرائي كمركز الخصم (م 6/189-96 من قانون المرافعات)، بل ويجوز للنائب العام أن يطعن بالنقض في هذه الحالة دون ميعاد محدد (م 2/88، 95، 96، 250، 252 مرافعات).

(2) حيث قضت محكمة النقض بأنه: "وبالنظر للأهمية البالغة لهذه القاعدة الأصلية . علانية الجلسات . لما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها في المادة 101 من قانون المرافعات المشار إليها بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبة وآخرها المادة 169 من دستور جمهورية مصر العربية في سنة 1971 لتكون بعيدة عن إمكان العبث بها ومن ثم فإنها تعد من الإجراءات المتعلقة بنظم التقاضي الأساسية المتصلة بالنظام العام التي يترتب عليها بطلان الأحكام الصادرة بالمخالفة لأحكامها". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7588 - لسنة 63 قضائية - جلسة 20-11-1997 - مكتب فني 48 - ج 2 - ص 1273.

المقضي، وغيرها، مع الوضع في الاعتبار - كما قلنا سلفاً- أن النظام العام لا يختلط مع النظام الأمر أو الناهي، لأنه من الممكن أن يكون له مصدر آخر خلاف القانون، مثل إرادة القاضي خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض، والمشرع الإجرائي أحياناً يفرض قواعد إجرائية آمرة في قانون المرافعات يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، ولكنها لا تتعلق بالنظام العام، كالتشكيلة التي تفرضها النصوص الأمرة⁽¹⁾.

ثالثاً: النظام العام الإجرائي الحمائي

إن النظام العام الإجرائي، كالنظام العام الموضوعي، مر بتطور ملحوظ في رأينا من مجرد نظام عام إجرائي تقليدي قائم على أساس خدمة العدالة وهي خدمة عامة يكون نطاق دور إرادة المتقاضين فيها ضيقاً⁽²⁾، إلى نظام عام إجرائي - نتيجة التجارة الدولية و الرقمنة و التنوع الاقتصادي- بدأ ينحسر لصالح اتساع نطاق دور إرادة المتقاضين واتفاقاتهم في القضية « contractualisation » ou La « privatisation » du procès ، مع عدم المساس بمبادئ التقاضي الأساسية، خاصة لمكافحة ظاهرة البطء في التقاضي التي باتت عائقاً ليس فقط في سبيل تحقيق العدالة الناجزة كمصلحة اجتماعية بل وكمصلحة اقتصادية في عالم الاستثمار و التجارة.

(1) حسام الدين كامل الاهواني، مرجع سابق، ص98، بند117.

(2) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 10^e éd., 2017, LexisNexis, n° 17.

وفي مجال قانون المرافعات توجد في اعتقادنا قواعد إجرائية لا هي أمرة، ولا هي مكملة، ولكن عوانٌ بين ذلك، ويمكن الكشف عنها من خلال تجزئة الآثار المترتبة على اعتبارها من النظام العام، بحيث ينتج عنها بعض نتائج القواعد المكملة وبعض نتائج القواعد الأمرة، وهي غالباً ما تتصل بالنظام العام الحمائي الإجرائي⁽¹⁾ على حد تعبيرنا.

وتلك القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي الحمائي، ليست أكثر اتصالاً بالمصالح العليا للدولة، بل أقلها اتصالاً مقارنة بالقواعد المتعلقة بالنظام العام

(1) كما في مجال القانون الموضوعي، ليس كل قاعدة أمرة متعلقة بالنظام العام، حيث توجد قواعد أمرة لا تتعلق بالمصلحة العامة بل بالمصلحة الشخصية للأفراد؛ مثل القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي فهي أمرة وفي ذات الوقت يجوز الاتفاق على مخالفتها بما يحقق مصلحة الطرف الضعيف، فقرر المشرع جزاءً على مخالفتها وهو بطلان من نوع خاص، فيبطل كل شرط مخالف لها بطلاناً مطلقاً إلا إذا كان يحقق مصلحة الطرف المستهدف من الحماية كالعامل في عقد العمل و المستهلك وغيرهم، كما أنه بطلان جزئي، لأنه يبطل الشرط فقط مع إبقاء العقد، لذلك فيمكن القول بأن القواعد المتعلقة بالنظام العام تعلقو على القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي حال التعارض فيما بينها.

وكان تلك القاعدة المتعلقة بالنظام العام الحمائي تعد الحد الأدنى الاجتماعي، كما في مجال قانون العمل أو المستأجر بتوفير سكن له فلا يجوز الاتفاق على زيادة الأجرة عن حد قانوني فالمشرع يحمي الفرد ضد ضعف نفسه أو ضد إضعافه من الغير. قرب ذلك: حسام الدين كامل الاخواني، مرجع سابق، ص99، بند 118. لذلك ميز البعض من الفقه الفرنسي بين قواعد «l'ordre public impératif» et «l'ordre privé impératif».

J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. Revet (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, p. 33.

التقليدي، حال التعارض فيما بينها، لأن المصالح التي تبغي القواعد الأخيرة حمايتها تلو على المصالح التي تبغي حمايتها القواعد الأولى⁽¹⁾، لذلك فليس كل قاعدة إجرائية آمرة بالضرورة متعلقة بالنظام العام الإجرائي، كما في النظام العام الموضوعي.

لذلك نود أن نرتب نتيجة هامة هنا وهي أنه في حال التعارض بين الحجية والقواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي، فتعلو الحجية عليها لأن الحجية تتعلق بالنظام العام الإجرائي التقليدي أي المصالح العليا للدولة بسبب وظيفتها في تحقيق الأمن القانوني والاستقرار⁽²⁾.

والقواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي الحمائي، إما تكون كذلك نتيجة خدمتها وتأثرها بالنظام العام الحمائي الموضوعي من ناحية، أو تكون متعلقة بالنظام العام الإجرائي الحمائي ذاتياً دون تأثر بنظيره النظام الموضوعي من ناحية ثانية⁽³⁾.

(1) ويدل البعض من الفقه الفرنسي على ذلك بالتطور الملحوظ في مبدأ الأمانة الإجرائية في الإثبات، انظر:

« Le principe de loyauté irrigue le droit de la preuve et forme son ADN » (BRETZNER, D. 2013. Pan. 2802).

(2) راجع فكرة التدرج في اعتبارات النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

(3) ويمكن ان تستشف قواعد النظام العام الحمائي الإجرائي من خلال الجزاء وهو البطلان الذي لا هو عام ولا وهو خاص ففيه من خصائص هذا وذاك وكذلك من خلال النص على جواز - لا وجوب - أن يثير القاضي قواعده من تلقاء نفسه. فتتص المادة الثالثة من قانون المرافعات على

وجوب ان تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى "وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين" (انظر: حكم محكمة النقض في الطعين رقمي 5870، 7251 لسنة 66 ق، جلسة 12 يونيو 1997- مجموعة احكام محكمة النقض السنة 48 - ج2 - ص879. كذلك انظر المواد 35، 46، 116، 215، 235، 253 من قانون المرافعات، والمادة 101 من قانون الإثبات بينما في مواضع أخرى تنص على جواز أن تقضي بها من تلقاء نفسها كما هو الحال في المادة 101 من قانون المرافعات التي تنص على أن: "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظةً على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة". وتنص المادة 105 على أنه: "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الخارجة أو المخالفة للأداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات". وفي قانون الإثبات تنص المادة 2/28 على أنه: "وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيد ما يوضح حقيقة الأمر فيه". وتنص المادة 70 من ذات القانون على أنه: "للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة".

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مسألة إعادة تكييف اللوائح والأعمال التي يقدمها الخصوم هي مسألة يجوز إثارتها من تلقاء نفسه إلا إذا أثارت قاعده متعلقة بالنظام لعام فوجب على القاضي إعادة التكييف من تلقاء نفسه.

Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343 , Bull. ass. plén., n° 10 ; RTD civ. 2008. 317, obs. Gautier ; JCP 2008. II. 1006, note Weiller ; Procédures 2008, n° 70, obs. Perrot. LAGARDE, Office du juge et ordre public, JCP 2001. I. 312. MONACHON DUCHÊNE, L'ordre public au risque de l'impartialité, JCP 2015. 819.

وأمثلة على القواعد الأولى: قواعد الاختصاص المحلي في دعاوى النفقات ودعاوى إيجار أماكن أو المورد أو المؤمن له⁽¹⁾، إذ أن قواعد الاختصاص المحلي التي يمنع القانون (م2/62 مرافعات)⁽²⁾ الاتفاق مقدماً على مخالفتها رغم أن قواعد الاختصاص المحلي بحسب الاصل قواعد مكملة قررت لمصلحة الخصوم.

وأمثلة على القواعد الثانية: مبدأ التقاضي على درجتين، فيجيز المشرع الاتفاق على مخالفتها بالاتفاق على إسقاط الحق في الاستئناف، ولو قبل رفع الدعوى (م

(1) حيث يجوز للأطراف الضعيفة، كأصحاب دين النفقة والعمال والصناع والمستفيد، اختيار المحكمة المختصة محلياً بين محاكم متعددة ومنها محكمة موطنهم كمدعيين خلافاً للقاعدة العامة (م49 مرافعات). انظر المواد 56-58 من قانون المرافعات. حيث تنص المادة 56 على أن: "في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والإجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعى". وتنص المادة 57 على أن: "في الدعاوى المتعلقة بالنفقات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو موطن المدعى". وتنص المادة 58 على أن: "في المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه".

(2) تطبيق هذه المادة ليس على الحالة التي يحدد فيها المشرع محكمة واحدة على خلاف محكمة موطن المدعى عليه، بل تمتد إلى الحالات التي يحدد فيها المشرع محكمة أو محاكم أخرى بجانب محكمة موطن المدعى عليه. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج 1، ص 641 وانظر أحكام محكمة النقض المصرية التي تؤيد ذلك وهي (حكم 3/25/2006 في الطعن رقم 2507 لسنة 61 ق. ونقض تجاري 2006/6/27 في الطعن رقم 11324 لسنة 75 ق، ووصف الحكم الأخير قواعد الاختصاص المحلي في هذه الحالة بانها متعلقة بالنظام العام).

2/219 مرافعات) بأن تقصر درجتي التقاضي على درجة واحدة، على أساس أن
المشرع لم يضع درجتي التقاضي إلا لمصلحة المتقاضين أنفسهم وحمائهم⁽¹⁾.

وبمثال أكثر توضيحاً لفكرة النظام العام الإجرائي الحمائي في قانون المرافعات،
قواعد نقصان أهلية التقاضي (على عكس قواعد الأهلية المدنية وفقاً للمادة 48 من
القانون المدني⁽²⁾)، فإذا كانت قواعد الأهلية تتعلق بالنظام العام، غير أن أثر هذا
التعلق يكون بالقدر اللازم لحماية هذا النظام، لذلك تتجزأ آثار التعلق بالنظام العام،
فيترتب عليها أنه لا يجوز التمسك بها إلا ممن قررت القاعدة لمصلحته و يترتب
على مخالفتها البطلان غير المتعلق بالنظام العام، وفي المقابل يجوز للخصم
الأخر أن يتمسك بالبطلان حتى لا يُلزم بالاستمرار في خصومة مهددة بالبطلان
بسبب تمسك الخصم ناقص الأهلية، أما إذا قاربت الخصومة على نهايتها فليس

(1) ولكن تعد قاعدة التقاضي أمرة في عدم جواز التقاضي على درجات إضافية عن درجتي
التقاضي. ولكن لا يجوز الاتفاق على التنازل عن الطعن بالنقض لأن الطعن يكون لمراقبة
تطبيق القانون وهي مسألة متعلقة بالنظام العام راجع المادة 2/219 من قانون المرافعات
المصري وهو ذات ما نصت عليه المادة 556 من قانون المرافعات الفرنسي انظر: أحمد هندي،
مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة سنة 2009، ص33، وما
بعدها.

Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs.
Répertoire de droit civil, février 2019.n°65.

(2) تنص المادة 48 من القانون المدني على أن: "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في
أحكامها".

للخصم الآخر أن يتمسك بالبطلان لانتفاء العلة السابقة كما لو تمسك بالطعن في الحكم⁽¹⁾.

وفي فرنسا، مع أنه يجوز أن يثير القاضي نقصان الأهلية من تلقاء نفسه، وفي أي حالة عليها الإجراءات ما لم يتم تصحيحها، ونقصان أهلية التقاضي من العيوب الموضوعية⁽²⁾ لا الشكلية⁽³⁾، ولكن في المقابل، يجوز النزول عن عيب نقصان

(1) وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه وإن كان بطلان إجراءات الخصومة لنقص أهلية أحد أطرافها هو مما يقع بحكم القانون، إلا أنه بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 834 - لسنة 53 قضائية - جلسة 13-1987-1 - مكتب فني 38 - ج 1 - ص 95.

وانظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 136 - لسنة 22 قضائية - جلسة 16-6-1955 - مكتب فني 6 - ج 3 - ص 1256
وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 1119 - لسنة 10 قضائية - جلسة 24-12-1966 - مكتب فني 12 - ج 1 - ص 467.

(2) انظر المواد 117-121 مرافعات فرنسي. النص الفرنسي لا يتحدث عن انتفاء أهلية التقاضي

Le défaut de pouvoir d'une partie لبل انتفاء أهلية الاختصاص
Le défaut de capacité d'ester en justice.

(3) انظر في الفقه الفرنسي الذي يرتب آثار البطلان عن العيب الموضوعي حال العيب الشكلي الذي ينتج عنه إهدار المبادئ الأساسية للخصومة.
وكذلك الفقه والقضاء الفرنسي والإيطالي. فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 542-543، بند 309، ص 567، هامش (2).

الأهلية ويصح البطلان الناشئ عن مخالفتها، ومن هنا يتبين نسبية أثر النظام العام بمعنى أن النظام العام يتدخل فقط بالقدر اللازم لحمايته، فأثره ليس مطلقاً⁽¹⁾.

وقد يتصور البعض أن حجية الأمر المقضي قد تعد هي أيضاً من النظام العام الإجرائي الحمائي، وليس من النظام العام التقليدي، خاصةً وأنه يجوز النزول عن الحكم بموجب المادة 145 مرافعات مصري، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن النزول عن الحكم لا يعد نزولاً عن الحجية المتعلقة بالنظام العام الإجرائي التقليدي لغايات استقرار الحقوق والمراكز، فرغم النزول عن الحكم تترتب كافة آثار حجيته القائمة، منها عدم جواز إثارة النزاع في الحق المتنازل عنه مرة أخرى ولو خالف الحكم النظام العام، ولكن كل ما يرتبه النزول من آثار هو النزول عن القوة التنفيذية للحكم وعن الطعن في الحكم⁽²⁾ حال توافر مفترضاتهما وشروطهما⁽³⁾.

(1) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان، ص 544-545، بند 309.

(2) إذا كان الحكم المتنازل عنه لم يقض بكل ما طلبه المتنازل، كأن يصدر بأقل من المبلغ الذي طالب به هذا المتنازل، ولكن مع الوضع في الاعتبار أنه إذا كان التنازل عن الحكم يفيد قبوله، ولكن قبول الحكم لا يفيد النزول عن الحق الثابت فيه. وهل هناك فارق بين اصطلاح التنازل عن الحكم و الآخر النزول عنه (الذي ورد في المادة 145 مرافعات)، أم أن كلا منهما مرادفاً للآخر؟!.

(3) وإن كان يمكن الاختلاف في الرأي حول مدى تعلق حجية الأمر المقضي لحكم التحكيم بالنظام العام الإجرائي الحمائي نظراً للطابع الاتفاقي للتحكيم مقارنة بالقضاء.

الفرع الثاني

الادعاء ببطلان الحكم لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام

ويفترض بدايةً إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام، أن تؤثر القاعدة المتعلقة بالنظام العام - المدعى مخالفة الحكم لها- في صحة المضمون الموضوعي للحكم أو قبول الدعوى أو الإجراءات المؤثرة في الحكم أو في صحة الحكم ذاته كعمل إجرائي⁽¹⁾، كأن يُدعى مخالفة للحكم لقواعد الاختصاص النوعي⁽²⁾ أو لقواعد قبول الدعوى للتقادم⁽³⁾ أو لانتفاء صفة المدعى عليه مثلاً⁽⁴⁾ أو

(1) وهذا على اعتبار المفهوم الواسع القضائي لحجية الأمر المقضي الممتد للأحكام الإجرائية بجانب الموضوعية منها. راجع الحجية مفترض لقاعدة العلو ما سبق الفرع الأول من المطلب الثاني من هذا المبحث.

(2) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6170 - لسنة 83 قضائية - بتاريخ 9 - 1 - 2018. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 12824 - لسنة 59 قضائية - بتاريخ 28 - 7 - 2015، غير منشور. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7483 - لسنة 82 قضائية - بتاريخ 2 - 1 - 2016، غير منشور. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 16615 - لسنة 77 قضائية - بتاريخ 22 - 4 - 2012، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية بعلو الحجية على قواعد الاختصاص انظر: com., 19 juill. 1950, *RTD civ.* 1951, p. 125, obs. P. RAYNAUD ; civ. 2^{ème}, 13 nov. 1952, *D* 1953, p. 113.

(3) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1075 - لسنة 72 قضائية - بتاريخ 6 - 4 - 2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

قاعدة اشمال الحكم لبيان أن القاضي الذي حضر النطق بالحكم قد اشترك في
المدولة و وقع على مسودته⁽²⁾ أو لقواعد قواعد تحديد أجرة الأماكن المؤجرة
المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾. وسنعرض بالتفصيل لتطبيقات قاعدة العلو من حيث
القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلق عليها الحجية فيما بعد.

ولكن نستبعد هنا من تطبيق قاعدة العلو لو كانت القاعدة المتعلقة بالنظام العام
المدعى مخالفة الحكم لها تنطبق فيما بعد صدور الحكم⁽⁴⁾ أو كانت تنطبق على
الإجراءات فيما بعد صدور الحكم، كإعلان الحكم أو تنفيذه، حيث لا تتأثر حجية

(1) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 808 - لسنة 80 قضائية - بتاريخ 3 - 12 -
2017، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية بعلو حجية الأمر المقضي على بطلان الاستئناف
موقع من شخص متوفى:

civ., 15 nov. 1904, *D* 1905, 1^{ère} partie, p. 254 ; Amiens, 28 juill.
1947, *S* 1948, p. 21, note H. SOLUS.

(2) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 15 - لسنة 43 قضائية - بتاريخ 20 - 4 -
1977).

(3) محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1776 - لسنة 49 قضائية - جلسة 21-6-1980
- مكتب فني 31 - ج 2 - ص 1801.

(4) كما هو الحال - كقاعدة - عند صدور حكمين متناقضين أحدهما يسبق الآخر، فلا يتصور
الحديث عن قاعدة العلو إلا بشأن الحكم اللاحق الذي صدر مخالفاً لحكم سابق حاز حجية
تتعلق بالنظام العام. انظر في قاعدة عدم التناقض قيد على قاعدة العلو ما يلي الفرع الثاني من
المبحث الثالث و الأخير.

الحكم بإعلان أو تنفيذ القرار من عدمه⁽¹⁾، ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحةً واستثناءً.

ومن هذا الاستثناء، نص قانون المرافعات على بطلان الحكم حال عدم إيداعه (والإيداع واقعة لاحقة على صدوره) في قلم كتاب المحكمة خلال مدة معينة وإذا لم يطعن فيه لهذا السبب تحصن ولو خالف هذه القاعدة المتعلقة بالنظام العام، لأن الحجية تعلق على النظام العام، وعلّة البطلان هنا أن في عدم إيداع الحكم في الميعاد دلالة على أن الحكم قد صدر بغير استظهار أسبابه وانفق القضاة عليه⁽²⁾.

(1) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في ذلك:

Dans le même ordre d'idées, l'autorité de la chose jugée ne dépend pas du fait que la décision ait ou non été signifiée (Cass. 1re civ., 25 févr. 1997 : D. 1997, inf. rap. p. 92 ; JCP G 1997, IV, 859 ; Gaz. Pal. 1997, pan. Jurispr. p. 270. – Cass. 3e civ., 20 juin 2007, n° 06-12.569 : Bull. civ. III, n° 110).

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1143 - لسنة 67 قضائية - جلسة 23-5-2006، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، ولا يصل بالحكم إلى درجة انعدامه. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2430 - لسنة 57 قضائية - جلسة 6-3-1994 - مكتب فني 45 - ج1 - ص459.

المبحث الثالث

تفعيل قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

بعد أن عرضنا لماهية قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام ومفترضات تطبيقها وهي دراسة لقاعدة العلو في حالة الثبات، نعرض الآن لتفعيل قاعدة العلو على أرض الواقع، أي دراستها في حالة الحركة، التي تستدعي تتبع التطبيقات القضائية لهذه القاعدة لسببين هامين: أولهما للتدليل على أن هذه القاعدة ليست قاعدة نظرية بحتة بل لها واقع عملي كبير، وثانيهما أن تتبع تطبيقات القاعدة أمام القضاء يكون أمراً بديهياً على اعتبار أن منبت هذه القاعدة هو القضاء.

إن تبني مفهوم واسع للحجية قضاءً وعدم اعتباره أثراً قاصراً على الحكم الموضوعي بل أثر لأي حكم يتضمن تأكيداً قضائياً موضوعياً أو غير موضوعي، هو السبب الرئيسي في التوسع من نطاق تفعيل القاعدة وتطبيقاتها، حيث إن قاعدة الحجية التي تعلق على النظام لعام، لا تقتصر على حجية الحكم بالمعنى الضيق لها ولكن تمتد لعلو حصانة الحكم - بصفة عامة - على النظام العام، لذلك سنعرض لتطبيقات القاعدة من حيث قوى الحكم والمحكمة المحتج أمامها بها والقواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلق عليها تلك الحجية (مطلب أول).

وطالما أيدنا وصف علو حجية الأحكام على النظام العام أنها قاعدة، ولكنها ليست قاعدة مطلقة، بل هي قاعدة عامة يرد عليها استثناءات تؤكد القاعدة، لذلك سنعرض للحالات التي لا يمكن فيها تفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام،

ونعتقد أنها من أهم نتائج هذه الدراسة، وما سبقها من مسائل في مباحث سالفه كانت مقدمات للوصول إليها. ونقصد من عرض هذه الاستثناءات القول بأنه كما أن الحجية تعلو على النظام العام كقاعدة تارةً، ولكن يعلو النظام العام على حجية الأمر المقضي استثناءً تارةً أخرى (مطلب ثان).

المطلب الأول

النطاق الإيجابي لتفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام

قلنا فيما سبق أن حجية الأمر المقضي فكرة إجرائية مضطربة ومتخبطة قضائياً، لا فقهيّاً، حيث إن قضاء النقض يخلط بينها وبين قوى الحكم الأخرى كاستنفاد الولاية للحكم القطعي، وقوة الأمر المقضي للحكم النهائي، والبيتوتة للحكم البات. ونعالج هنا كيف أن لهذا الخلط صدى وتأثير على اتساع نطاق تفعيل قاعدة الحجية تعلو على النظام العام؟ وبالتبعية اتسع نطاق المحاكم التي تُفعل قاعدة العلو أمامها (فرع أول)، كما أن قاعدة العلو استدعت تطبيقات قضائية عديدة لقواعد متعلقة بالنظام العام تعلو عليها الحجية (فرع ثان).

الفرع الأول

تطبيقات قاعدة العلو من حيث قوى الحكم والمحكمة المحتج أمامها

إن الخلط أو عدم التمييز بين قوى الحكم المختلفة أدى إلى اتساع نطاق تفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام، بحيث لم يقتصر تفعيلها على حجية الأمر المقضي بالمعنى الفني الضيق لها، بل امتد لقوى أخرى، ونتج عن ذلك اتساع في نطاق قاعدة العلو من حيث المحاكم المحتج أمامها، مما استدعى إعادة صياغة قاعدة العلو، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تطبيقات قاعدة العلو من حيث قوى الحكم:

1) علو حجية الحكم واستنفاد الولاية على النظام العام

نتيجة الخلط القضائي بين استنفاد الولاية والحجية، يسحب القضاء المصري قاعدة العلو على النظام العام حتى على القواعد القطعية التي حازت قوة استنفاد الولاية سواء كانت موضوعية أو إجرائية. فوفقاً للقضاء فإن حكم محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً، لا يصح معه لمحكمة الاستئناف ذاتها أن ترجع فيه للدعاء بمخالفته لقاعدة توجب توقيع محامي مقبول أمام محكمة الاستئناف، وهي متعلقة بالنظام العام، حيث قضت محكمة النقض بأنه: "لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها (أي محكمة الاستئناف) هذا تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماساً بقواعد النظام العام، بحسبان أن حجية

الأحكام تعلق على اعتبارات النظام العام، كما أنه بصدور ذلك الحكم يتمتع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به، ويعمل بهذه القاعدة لسائر القواعد القطعية - موضوعية كانت أو فرعية - أنهت الخصومة أو لم تنتهها، ذلك لأن القاضي نفسه لا يسلط على قضائه ولا يملك تعديله أو إلغائه إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك⁽¹⁾.

ومن هذا الحكم يتبين أن استنفاد الولاية، كمفهوم مختلط بالحجية قضاءً، يعلو هو الآخر على النظام العام، ويرجع ذلك إلى أن استنفاد الولاية كأثر داخلي للحكم القطعي يمنع من الرجوع فيه بالعدول أو التعديل، بسبب مخالفة النظام العام. ولكن فكرة استنفاد الولاية في هذه القضية وصلت إلى درجة قوة الأمر المقضي، لأن الحكم صادر عن محكمة الاستئناف، وبالتالي يمكن القول أيضاً هنا أن قوة الأمر المقضي تعلق على النظام العام.

وهدياً بما تقدم، إذا صدر حكم حاز استنفاد الولاية فلا يجوز المساس به من المحكمة التي أصدرته ولو خالف النظام العام تطبيقاً لقاعدة استنفاد الولاية يعلو على النظام العام، وإذا كانت الأخيرة من متفرعات ونتائج قاعدة علو الحجية على

(1) وقُضي بأن: "غرض الشارع من هذا النهي هو رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت لأن إشراف المحامي المقرر أمام محاكم الاستئناف على تحرير صفح الاستئناف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها، وبذلك تتقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8596 - لسنة 84 قضائية - بتاريخ 8 - 3 - 2015، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

النظام العام قضاءً، فهي بالنسبة لنا من متفرعات قاعدة حصانة الحكم أو قوته
تعلو على النظام العام.

(2) علو القوة الإجرائية (قوة الأمر المقضي والبيتوتة) على النظام العام

أما عن الخلط بين قوة الأمر المقضي والبيتوتة⁽¹⁾ اللتين تعلوان على النظام
العام⁽²⁾، حيث قضت محكمة النقض بأنه: " إذا قضى الحكم المطعون فيه بقبول
الاستئناف شكلاً ثم قضى قضاءه في الموضوع وكان تقرير الطعن (بالنقض) لم
ينحو إلا نعيماً على ما قضى به الحكم في موضوع الاستئناف فلا يجوز للمطعون
عليه أن يتمسك في دفاعه أمام محكمة النقض ببطلان الاستئناف بناء على تعلقه
بالنظام العام ذلك، لأن ما قضى به من قبول الاستئناف شكلاً هو قضاء قطعي لم
يكن محلاً للطعن فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام"⁽³⁾.

وتعليقاً على حكم النقض السابق، صحيح أن الحكم محل القاعدة صادر من
محكمة الاستئناف ويحوز قوة الأمر المقضي، إلا أنه بعدم شموله في الطعن

(1) والبعض يصف الحجية بالحجية القضائية بالنسبة لأحكام محكمة النقض كسابقة قضائية. في
ذلك انظر: أحمد هندي، أحكام محكمة النقض مرجع سابق، بند 34، ص 276.

(2) وقضى بأنه: "وإن كان يجوز للمطعون عليه كما يجوز للنيابة العامة ولمحكمة النقض أن
تثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام إلا أن ذلك مشروط بأن يكون وارداً على ما رفع عنه
الطعن في الحكم المطعون فيه". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 411 -
لسنة 34 قضائية - بتاريخ 21 - 6 - 1972.

(3) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 411 - لسنة 34 قضائية - بتاريخ 21 - 6 -
1972.

بالنقض اكتسب قوة إجرائية أعلى وهي البيوتوتة التي تعلق هي الأخرى على النظام العام، لأن تمتع الحكم الاستثنائي بقوة الأمر المقضي فقط لا يمنع محكمة النقض من المساس بالحكم لمخالفته النظام العام، وبالتالي لا تعلق قوة الأمر المقضي على النظام العام في مواجهة محكمة النقض، بل محكمة الاستئناف فقط، بينما البيوتوتة هي التي تمنع من المساس بالحكم لمخالفة النظام العام أمام محكمة النقض والاستئناف من باب أولى⁽¹⁾.

صفوة القول إذن، أن قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام تتسع قضاءً بحيث لا يقتصر تفعيلها خارج نطاق القضية التي صدر فيها الحكم، وعندئذٍ نتحدث وبدقة عن علو الحجية بالمفهوم الفني الضيق لها على النظام العام، بل تشمل كل أنواع القوى والحصانات التي يتمتع بها الحكم داخل القضية التي صدر فيها أو خارجها. فلا يجوز المساس به من محكمة الاستئناف - ومن باب أولى من محكمة أول درجة- ولو خالف النظام العام تطبيقاً لقاعدة قوة الأمر المقضي تعلق على النظام العام. وإذا صدر حكم حاز البيوتوتة فلا يجوز المساس به من

(1) وفي حكم يؤكد على الخلط بين قوة الأمر المقضي والبيوتوتة، قضت محكمة النقض بأن: "صدر حكم بعدم الاختصاص والإحالة نهائي ثم دفع أمام المحكمة المحال إليها بعدم اختصاصها فيرفض هذا الدفع المتعلق بالنظام العام أمام المحكمة النقض لأن قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7483 - لسنة 82 قضائية - بتاريخ 2 - 1 - 2016، غير منشور. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 967 - لسنة 52 قضائية - بتاريخ 22 - 12 - 1991، غير منشور (المصدر:

محكمة النقض - ومن باب أولى من محكمة الاستئناف ومحكمة أول درجة- ولو
خالف النظام العام تطبيقاً لقاعدة البيوتوتة تعلو على النظام العام.

3) مدى علو قوة الأمر المقضي الإرادية بسبب الاتفاق على النظام العام

إن الفقرة الثانية من المادة 219 من قانون المرافعات المصري تنص على أنه: "يجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً"، مما مفاده أن المشرع قد أجاز الاتفاق مقدماً بين الخصمين على التنازل عن استئناف الحكم ولم يرد في ذلك مخالفة للنظام العام، لما بررته المذكورة الإيضاحية من أن "الاستئناف كغيره من الحقوق يجوز النزول عنه، فضلاً عن أن هذا النزول يكون أقرب شبيهاً بنظام التحكيم، ولا يعتبر من جهة أخرى حرماناً للخصم من حق الالتجاء إلى القضاء، بقدر ما هو منظم لهذا الحق، فضلاً عن أن حكم هذه الفقرة مسلم به في كثير من التشريعات الحديثة"⁽¹⁾. ولكن هل تعلق قوة الحكم التي يحوزها بسبب اتفاق الخصوم على النظام العام؟ حتى لو صدر هذا الحكم وقد خالف قاعدة موضوعية أو إجرائية متعلقة بالنظام العام؟

الفرض مثلاً لو الحكم الابتدائي قضى برفض الدفع المبدى من (أ) بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكان (أ) و(ب) قد اتفقا على النزول عن استئنافه ومن ثم قصر (أ) استئنافه على (باقي) ما قضى به الحكم الابتدائي فهل يجوز طرح الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقاً بالنظام العام؟

(1) ذكر ذلك في: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 32 - لسنة 45 قضائية - جلسة 11-24-1976 - مكتب فني 27 - ج 2 - ص 1649.

أجابت محكمة النقض بالنفي، على هذا الفرض بخصوص قبول الحكم بالإرادة المنفردة، حيث قضاء محكمة أول درجة برفض هذا الدفع يكون قد حاز قوة الأمر المقضي، بسبب قبوله، وهي تسمو على قواعد النظام العام ومن ثم لا يقبل من الطاعنة التحدي به أمام محكمة النقض⁽¹⁾، ولكن هل سيكون الحل هو ذاته لو كان الحكم اضحى انتهائياً بسبب الاتفاق؟

سبب التساؤل هو ذهاب البعض⁽²⁾ إلى أن الانتهائية بسبب الاتفاق (بناء على إرادتين) مسألة غير متعلقة بالنظام العام، على عكس منع الاستئناف النوعي أو القيمي (بقوة القانون) له، مما يعني أن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم اتفاقاً غير متعلقة بالنظام العام، وسيترتب على هذا الرأي نتيجة غير منطقية في إطار قاعدة العلو، إذ كيف ستعلو قوة الأمر المقضي على النظام العام، مع أن تلك القوة أصلاً غير متعلقة بالنظام العام.

بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى أن الانتهائية أياً كانت سببها ولو بسبب الاتفاق مسألة متعلقة بالنظام العام⁽³⁾، ويترتب على ذلك أن تلك القوة المستندة على اتفاق

(1) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4653 - لسنة 62 قضائية - بتاريخ 2 - 3 - 2003 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) حيث لا يمكن للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الطعن في الحكم الانتهائي بسبب الاتفاق من تلقاء نفسها. انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، ص 35.

(3) فعدم قبول الاستئناف نتيجة الاتفاق يتعلق بالنظام العام، فيمكن التمسك به في أي حالة عليها الإجراءات، وعلى القاضي الحكم به من تلقاء نفسه، ويمكن اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. انظر: فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج 2، ص 540 بند 181.

الخصوم ستعلو على النظام العام عند التعارض فيما بينها وقاعدة متعلقة بالنظام العام.

ونؤيد الاتجاه الأخير، على اعتبار أن الاتفاق على اعتبار الحكم انتهائياً هو اتفاق استثنائي يجب أن يُفسر في أضيق الحدود والآثار، وفي اعتقادي أن الاتفاق الإجرائي هذا يقتصر أثره على النزول عن مكنة الاستئناف ذاتها كإجراء جعله القانون بنص صريح مقرر لمصلحة المتقاضين، ولا ينسحب على الآثار المتعلقة بالنظام العام ومنها علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، بحيث إذا خالف هذا الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز المساس به إلا بالاستئناف الاستثنائي المحدد بالحالات المنصوص عليها في المادة 221 - بعد تعديلها سنة 2007⁽¹⁾- التي أجازت استئناف الحكم الانتهائي بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم،

⁽¹⁾ وكان النص قبل تعديل قانون المرافعات المصري في 06-06-2007 ينص على أنه: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم". وأصبح بعد التعديل كالتالي: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم". وهو استئناف استثنائي، لذلك نصت المادة في باقي فقراتها على أنه: "وعلى المستأنف في هذه الأحوال أن يودع خزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف على سبيل الكفالة مائة جنيه، ويكفي إيداع أمانة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن ويعفى من إيداع الكفالة من أعفي من أداء الرسوم القضائية. ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا الإيداع، وتصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف لعدم مخالفة قواعد الاختصاص أو لانتفاء البطلان".

وهو ما يخفف من قساوة قاعدة العلو على النظام العام، بالإضافة إلى جواز استئنائه عملاً بالمادة 222 مرافعات لرفع التناقض⁽¹⁾. كما أن قوة الأمر المقضي تعلق على النظام العام، ولو كانت القوة بسبب قبول الحكم بالإرادة المنفردة⁽²⁾، فما من باب أولى لو بإرادتين أي باتفاق الخصمين.

وقد يُقال إنه إذا كانت قوة الأمر المقضي التي وصل إليها الحكم بالإرادة (قبول الحكم) أو إرادتين (اتفاق) تعلق على النظام العام، فهذا يجعل قوة الأمر المقضي بسبب الإرادة باباً خلفياً لمخالفة النظام العام، ويُرد على ذلك أنه إذا صدر الحكم الابتدائي وقد خالف النظام العام ثم أضحى الحكم محلاً للاتفاق على اعتباره انتهائياً لا يعني أن الاتفاق شمل مخالفة النظام العام، لأن السبب المباشر في مخالفة النظام العام هو الحكم وليس الاتفاق.

ولما سبق كله يمكن صياغة قاعدة أن حصانة الحكم - التي تمنع المساس به سواء داخل أو خارج القضية التي صدر فيها - تعلق على النظام العام، وذلك لغايات استقرار الحقوق والمراكز وكذا عدم تأييد النزاع.

وعلى أية حال، فإن قوة الحكم تعلق على النظام العام، أي سبب حيافة الحكم لهذه القوة كقاعدة، فمثلاً قاعدة العلو تنطبق بشأن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم

(1) ويجوز الطعن فيه بالنقض لرفع التناقض مع حكم آخر حائز لقوة الأمر المقضي أو النقض من النائب العام م 249، 250 مرافعات مصري.

(2) راجع حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4653 - لسنة 62 قضائية - بتاريخ 2 - 3 - 2003 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com) هامش (362).

بسبب فوات الميعاد⁽¹⁾، أو قبول الحكم، أو بالاتفاق، أو بقوة القانون⁽²⁾، على الرغم من أننا وجدنا التطبيقات القضائية أكثرها في صيغة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، وفي نطاق القضية الواحدة، أما التطبيقات فيما بين القضيتين كانت نادرة، ويرجع ذلك كما أسلفنا إلى الخلط القضائي بين حجية الأمر المقضي وسائر قوى الحكم.

كما أنه في إطار علو قوة الحكم الإجرائية (قوة الأمر المقضي أو البيوتوتة) على النظام العام، فإن غالبية التطبيقات القضائية منسوبة على حيافة الحكم هذه القوة الإجرائية بالعمل السلبي أي نتيجة استغلاق الطعن، فكما هو معلوم أن الحكم يحوز القوة الإجرائية إما بالعمل الإيجابي وهو ممارسة الطعن واستنفاده، أو بالعمل السلبي وهو استغلاق الطعن بسبب الإرادة كقبول الحكم أو تفويت الميعاد أو بقوة القانون، ويرجع ذلك إلى أن الهدف الأساسي من وراء قاعدة علو الحجية هو

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3083 - لسنة 81 قضائية - بتاريخ 27 - 12 - 2011 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com) في هامش (207).

(2) وقُضي في الإمارات بأن: "نص في المادة 32 من القانون الاتحادي رقم 9/1976 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين،...،فهو نص مطلق صريح أغلق باب الطعن بالاستئناف على الأحكام الصادرة على الحدث والمتعلقة بالإبعاد أو التوبيخ أو تسليم الحدث وأن هذا الإغلاق نهائي سواء ذلك المرفوع من النيابة العامة أو الحدث وإذا انغلق طريق الاستئناف حاز الحكم الصادر من محكمة أول درجة قوة الأمر المقضي به، وبما مؤداه أن الحكم الابتدائي الذي يصدر بهذا التدبير (تسليم الحدث) كما هو عليه الحال في هذه القضية يكون نهائياً وينغلق باب الطعن بالاستئناف في هذا الحكم أياً كانت مدى صحته ما دام أنه ليس معدوماً لأن حجية الأحكام تعلق على اعتبارات النظام العام". انظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 140 - لسنة 15 قضائية - بتاريخ 1 - 12 - 1993.

مواجهة سلوك الخصم الخاطيء الباعى زعزعة استقرار الحقوق والمراكز، خاصة بعد منحه حق الطعن الذي يحكمه مبدأ الطعن على الطعن غير جائز⁽¹⁾.

ثانياً: تطبيقات قاعدة العلو من حيث المحكمة المحتج أمامها

يترتب على اتساع نطاق تطبيق قاعدة علو حجبة الأمر المقضى على النظام العام، كما بينا، لتشمل حصانة الحكم نتيجة صدوره عند حيازته الحجبية بالمعنى الفنى الضيق لها أو استفاد الولاية، أو المرتبطة بالطعن كقوة الأمر المقضى، أو البيوتة، نتيجة هامة مؤداها جواز التمسك بقاعدة علو الحجبية أمام المحاكم باختلاف درجاتها ومراحلها.

وفي اعتقادنا أنه يمكن تفعيل قاعدة العلو عند الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام إما فيما بين قضيتين inter-procès أي خارج القضية التي صدر فيها الحكم أو على مستوى القضية الواحدة intra-procès أو على مستوى الخصومة الواحدة أو حتى في مرحلة تنفيذ الحكم، وذلك على التفصيل التالي:

(1) راجع: قاعدة العلو في مواجهة محاولات إطالة أمد النزاع والتطهير الإجرائي ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

1) تفعيل قاعدة العلو عند الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام فيما بين قضيتين

inter-procès

تتطبق قاعدة علو الحجية على النظام العام عند الادعاء بمخالفة الحكم فيما بين قضيتين، أي عند رفع دعوى جديدة والادعاء فيها بمخالفة الحكم السابق للنظام العام، فتُدفع الدعوى الجديدة بقاعدة علو الحجية على النظام العام، ونقصد هنا الحجية بالمعنى الفني الدقيق لها ذات الأثر الخارجي للحكم الموضوعي، وهنا يُتمسك بقاعدة العلو أمام المحكمة التي تتبع ذات درجة المحكمة التي أصدرت الحكم⁽¹⁾، أي خارج القضية التي صدر فيها الحكم بمناسبة قضية أخرى.

ومن تطبيقات ذلك، قضت محكمة الأمور المستعجلة⁽²⁾ الجزئية بالقاهرة بعدم جواز تقديم طلب عارض بتعيين حارس قضائي من المدعى عليه استناداً إلى أن بطلان الحكم الصادر بالملكية لصالح المدعى كان باطلاً لمخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾.

(1) ولكن يجوز لها إذا كانت اعتبارات النظام العام تعلق وتغلب الحجية، فتسحب الحكم الذي يحوزها إلى الانعدام، راجع مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعماً الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(2) ونرى بأن الحكم المستعجل يحوز حجية الأمر المقضي التي تمنع إثارة المنازعة المستعجلة مجدداً طالما ثبتت الظروف، ولكنها حجية ناقصة، لأنه لا حجية للحكم المستعجل أمام محكمة الموضوع.

(3) حكم محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة 27 نوفمبر سنة 1952 - المحاماة 33-

722-1623 مشار إليه في: فتحي والي، نظرية البطلان، ص 735، بند 391.

وفي صورة أخرى لتفعيل قاعدة العلو فيما بين قضيتين، يجوز كذلك التمسك بقاعدة العلو أمام المحكمة المحال إليها بسبب حكم من المحكمة المحيلة بعدم اختصاصها، إذ يمتنع على المحكمة المحال إليها الدعوى، إثر الحكم بعدم الاختصاص، المجادلة في الحكم بعدم الاختصاص، ولو كان مخالفاً لقواعد متعلقة بالنظام العام⁽¹⁾، فتلتزم المحكمة المحال إليها بحكم المحكمة المحيلة فيما يخص الحكم بعدم الاختصاص⁽²⁾.

(1) قُضي بأنه: "صدر حكم بعدم الاختصاص والإحالة نهائي ثم دفع أمام المحكمة المحال إليها بعدم اختصاصها فيرفض هذا الدفع المتعلق بالنظام العام أمام المحكمة النقض لأن قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7483 - لسنة 82 قضائية - بتاريخ 2 - 1 - 2016. وقُضي أيضاً بأنه: "إذ كان الثابت من الأوراق أن المحكمة الجزئية قضت بتاريخ 14/2/1973 بعدم اختصاصها قيمياً بنظر الدعوى بإحالتها إلى المحكمة الابتدائية، و قد أصبح هذا الحكم انتهائياً بعدم الطعن فيه و حاز بذلك قوة الأمر المقضي،...، و إذ لم يطعن أحد من الخصوم في تقدير المحكمة الجزئية لقيمة الدعوى عن طريق استئناف الحكم الصادر به فإن قوة الأمر المقضي التي يحوزها هذا الحكم لا تقتصر على ما قضى به في منطوقه من عدم اختصاص المحكمة الجزئية و الإحالة إلى المحكمة الابتدائية بل تلحق أيضاً ما ورد في أسبابه من تقدير قيمة الدعوى،...، و مقتضى ذلك أن تنقيد المحكمة المحالة إليها الدعوى بذلك التقدير و لو كان قد بنى على قاعدة غير صحيحة في القانون". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 592 - لسنة 44 قضائية - جلسة 11-29-1977 - مكتب فني 28 - ج2 - ص1714. محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 338 - لسنة 37 قضائية - جلسة 9-5-1972 - مكتب فني 23 - ج2 - ص828.

(2) بل وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المحال إليها من حيث انتهت إجراءات أمام المحكمة المحيلة وتحترم الأحكام التي سبق وأن صدرت في الدعوى قبل الإحالة وبالأوصاف والتكيفات القانونية التي تضمنتها ولو بنيت على أسباب غير صحيحة في القانون. انظر: نقض مدني

على الرغم من أن الحجية هنا - كما يرى البعض- لحكم إجرائي على سبيل الاستثناء وبنص خاص ويُفسر تفسيراً ضيقاً ويقتصر إعمال الحجية على الحدود التي بينها النصوص التي أوردتها ومنها نص المادة 110 مرافعات⁽¹⁾؛ لأن الحجية، كقاعدة، أثر قاصر على القضاء التأكيدي الموضوعي، وهو اتجاه محل انتقادنا⁽²⁾.

1981/11/3- الطعن رقم 1172 لسنة 47 ق.، 1982/1/4 - مجموعة القواعد 1-1-1068 - 714، مشار إليهما في أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص 165-166، بند 82 وهامش 199 بالذات. كذلك انظر: محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1188 - لسنة 49 قضائية - جلسة 10-12-1984 - مكتب فني 35 - ج 2 - ص 2020.

(1) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص 167، بند 82، ص 58، بند 28، هامش 6، ص 163، بند 81، هامش 193.

(2) ولا نؤيد الرأي السابق في مد حجية الأمر المقضي للحكم بعدم الاختصاص والإحالة، على الرغم من تأييدنا بعلو قوته على النظام العام، لأن الحكم الصادر بعدم الاختصاص و الإحالة هو حكم قطعي إجرائي استنفدت به المحكمة ولايتها ولكن أثر المشرع أن يكون لهذا الاستنفاد - استثناءً على القاعدة وبقوة القانون- أثر خارج القضية التي صدر فيها الحكم بحيث يستنفد ولاية المحكمة المحال إليها بجانب المحكمة المحيلة استثناء، بغية تبسيط الإجراءات وحتى يوفر على المدعي عبء رفع الدعوى من جديد، فقد تقضي المحكمة المحال إليها أيضاً بعدم الاختصاص فتضعه في مأزق حقيقي . والحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة يستنفد به ولاية المحكمة المحال إليها التي تعلق على النظام العام منذ صدوره - وفق صريح المادة 110 مرافعات لا المادة 101 إثبات- وليس فقط منذ صيرورته نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي عكس ما هو مقرر في قضاء النقض، لذا على المحكمة المحال إليها الدعوى أن تلتزم بالحكم الصادر من المحكمة المحيلة بعدم الاختصاص التي يحوزها من صدوره ولو خالف قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، بمعنى أنه لا يشترط أن يصير الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي حتى يعلو على النظام العام.

ونتيجة لذلك، رتب البعض⁽¹⁾ نتائج الحجية على الحكم بعدم الاختصاص والإحالة وذهب إلى أنه يجوز للمحكمة المحال إليها أن تجادل في الاختصاص مرة أخرى ولكن لأسباب غير التي وردت في الحكم لأن حجيته، التي تعلق على النظام العام، تتحدد بنطاقه من حيث وحدة السبب⁽²⁾.

(1) أبو الوفا - بند 215 ص 245، فتحي والي، المبسوط، بند 304، ص 651. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص 525، بند 213.

(2) وتتص المادة 89 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي على أنه: "إن المحكمة المحالة إليها الدعوى تلتزم بنظرها ما لم تكن غير مختصة بنظرها ولائياً أو نوعياً" مما مفاده أن قوة الأمر المقضي تعلق على النظام العام، ما لم تقدر المحكمة المحال إليها عدم اختصاصها. فهو قيد على تطبيق قاعدة العلو على النظام العام، وكأن المشرع الإماراتي يغلب قواعد الاختصاص النوعي والولائي على قوة الأمر المقضي. هذا الوضع منتقد. الغريب في الأمر في قانون الإجراءات المدنية أنه لم يلزم المحكمة المحال إليها بحكم المحكمة المحيلة، مما قد ينجم عنه ضياع الخصوم بين المحكمتين المحيلة والمحال إليها، على عكس الوضع في قانون المرافعات المصري.

لذلك، قضي في الإمارات بأنه وحيث إن المقرر أن لمحكمة النقض سلطة التصدي من تلقاء نفسها للمسائل المتعلقة بالنظام العام ومنها الاختصاص، وإنه عملاً بأحكام الفقرة الثالثة من المادة 89 من قانون الإجراءات المدنية "إن المحكمة المحالة إليها الدعوى تلتزم بنظرها ما لم تكن غير مختصة بنظرها ولائياً أو نوعياً" ومؤدى ذلك - بمفهوم المخالفة - أن المحكمة المحالة إليها الدعوى - سواء بصفتها محكمة طعن أو محكمة إحالة - تملك التصريح بعدم اختصاصها ولائياً أو نوعياً متى كان لذلك موجب قانوني. وإن عدم طعن أحد طرفي الخصومة في الحكم الصادر بالإحالة، عملاً بما هو مقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها، لا يغل يد المحكمة المحالة إليها الدعوى في تقرير مدى انعقاد اختصاصها الولائي أو النوعي بالنظر للقانون الواجب التطبيق. وإذا كان صحيحاً وفقاً لما هو مقرر في قضاء النقض أن حجية الأحكام تعلق على اعتبارات النظام العام وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثرها

ومما يخفف من حدة علو حجية الحكم بعدم الاختصاص والإحالة على النظام العام أمام المحكمة المحال إليها الدعوى أنه يحق للخصم الطعن فيه طعناً فورياً بموجب المادة 212 مرافعات⁽¹⁾، ولو كان الحكم غير منه للخصومة، فإن لم يطعن فيه،

أي من الخصوم، فإن تطبيق هذا المبدأ رهين بعدم وجود أساس تشريعي يقرر خلاف ذلك. (إمارة أبو ظبي - محكمة النقض - الأحكام الإدارية - الطعن رقم 21 - لسنة 2014 قضائية - بتاريخ 9 - 6 - 2014).

وفي عكس ذلك الحكم، قضت ذات المحكمة، ولكن قبل صدور الحكم السابق سنة 2012، بما يجري عليه العمل في القضاء المصري، غافلة التمييز بين النص المصري و الإماراتي، بأنه: " لما كان المقرر أن الحكم بعدم الاختصاص القيمي والإحالة إلى المحكمة المختصة - وفقاً لنص المادة 85 من قانون الإجراءات المدنية ينهي الخصومة كلها فيما يفصل فيه ويحسمه بصدد الاختصاص ولا يعقبه حكم آخر في موضوع الدعوى من المحكمة التي أصدرته، ومن ثم يكون قابلاً للاستئناف في حينه، فإن لم يستأنف أصبح نهائياً والتزمت به المحكمة التي قضى باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون، لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". (إمارة أبوظبي - محكمة النقض - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 1399 - لسنة 2011 قضائية - بتاريخ 21 - 2 - 2012).

(1) تنص المادة 212 مرافعات على أنه: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقعها حتى يفصل في الطعن".

وحسبت هذه المادة اختلافاً فقهياً وقضائياً قبل ذلك بسبب الشك حول اعتبار الحكم بعدم الاختصاص والإحالة حكماً منهيّاً للخصومة، وأي خصومة هل الخصومة أمام المحكمة المحيلة، أم بالنظر للخصومة أمام المحكمة المحال إليها. في هذا الاختلاف انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص166، بند 82، هامش (199).

ولم يقبله صراحةً، فلا يلومن إلا نفسه نتيجة تحصن الحكم حتى من مخالفة النظام العام⁽¹⁾.

وُقضي أيضاً بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة هو حكم منه للخصومة كلياً أمام المحكمة التي أصدرته ومن ثم يجوز الطعن فيه استقلاً، وإذا كان ذلك الحكم لم يستأنف، ومن ثم حاز قوة الأمر المقضي فتتقيد المحكمة الابتدائية التي أحيلت إليها الدعوى بما جاء به حتى ولو كان قد بني علي قاعدة غير صحيحة في القانون لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام وبالتالي يمتنع على هذه المحكمة كما يمتنع على الخصوم الجدل فيه". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2010 - لسنة 51 قضائية - بتاريخ 24 - 4 - 1988، غير منشور (المصدر:

www.eastlaws.com).

⁽¹⁾ ومن التطبيقات الأخرى لتفعيل قاعدة العلو فيما بين قضيتين، علو حجية الحكم الجنائي على النظام العام في مواجهة المحكمة المدنية، حيث قضت محكمة النقض المصرية، في واقعات الدعوى بإدانة المتهم بالحبس استناداً لسداد لقيمة المحجوز عليه "الأثرية" وأضحى هذا القضاء باتاً وحائزاً لقوة الأمر المقضي بعدم الطعن عليه بطريق النقض، بأن: "الحكم الجنائي سالف البيان يكون قد فصل في قضائه فصلاً لازماً في واقعة هي الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية فيحوز في شأن هذه الواقعة ونسبتها إلى فاعلها والعقوبة التي قضى بها حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية فتتقيد به هذه المحكمة الأخيرة ويمتنع عليها أن تخالفه أو تعيد بحثه احتراماً لحجية الأحكام التي تعلو على النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6047 - لسنة 70 قضائية - جلسة 3-7-2016، غير منشور (المصدر:

www.eastlaws.com).

2) تفعيل قاعدة العلو عند الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام على مستوى

القضية الواحدة **intra-procès**

أ-تفعيل قاعدة علو الحجية في مواجهة المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم
(الخصومة ذاتها)

أما على مستوى الخصومة الواحدة، فقد يُبدى الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، وهنا نقصد قاعدة علو استنفاد الولاية (القطعية) على النظام العام، لذلك إن محكمة التفسير وهي ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغامض تلتزم بحجية الحكم ولو كان مخالفا للنظام العام، حيث قُضي بأنه: "ولا يصح من باب اولى أن تتخذ دعوى طلب التفسير سبيلا الى مناقشة ما فصل فيه الحكم او تعديل ما قضى به او / تبديل له ولو كان قضاؤه في ذلك خاطئاً أيًا كان وجه ذلك الخطأ واساسه ان الحكم متى اصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به اعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به أيا كانت الحقيقة الموضوعية فيه ولا محيص عن احترامه"⁽¹⁾.

كذلك فإن الحكم الاستئنافي بقبول الاستئناف شكلاً هو مانع من النعي عليه مرة أخرى، ومن الدفع بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف، أمام محكمة الاستئناف التي

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 827 - لسنة 22 قضائية - جلسة 24-12-

1978 - مكتب فني 24 - ج1 - ص26.

أصدرته ولو خالف النظام العام، لا بسبب قوة الأمر المقضي فقط ولكن بسبب استنفاد الولاية⁽¹⁾.

ب-تفعيل قاعدة علو الحجية في مواجهة محكمة الطعن ومحكمة الإحالة في القضية الواحدة (فيما بين خصومتين):

صحيح أن الطعن في الحكم يمكّن صاحبه من النعي فيه لمخالفة النظام العام أمام محكمة الطعن، كأن يطعن في الحكم الصادر من محكمة أول درجة لمخالفته النظام العام أمام محكمة الاستئناف، أو يطعن في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض أو أمام المحكمة المحال إليها عند الإحالة إليها من محكمة النقض، ولكن إثارة مخالفة الحكم للنظام العام أمام محكمة الطعن تقيدها قاعدة علو الحجية ونقصد هنا علو قوة الأمر المقضي أو البيوتوتة - بحسب الأحوال-على النظام العام.

فإذا صدر حكم من محكمة أول درجة ولم يكن شق منه محلاً للطعن بالاستئناف أو قبله المحكوم عليه، فلا يجوز الادعاء بمخالفة هذا الشق من الحكم للنظام العام أمام محكمة الاستئناف، لأن هذا الشق من الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي، باستغلاق الطعن، التي تعلو على النظام العام⁽²⁾، ولا يجوز النعي - كقاعدة- بهذه

(1) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 24 - لسنة 19 قضائية - جلسة 15-11-1951 - مكتب فني 3 - ج 1 - ص37.

(2) وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة قد دفعت أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقدم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 وقضت

المخالفة حتى أمام محكمة النقض، لأن هذا الحكم قد حاز البيوتوتة التي تعلو على النظام العام⁽¹⁾، ولا يتعارض ذلك مع سلطة محكمة الاستئناف أو النقض في إثارة مخالفة الحكم للنظام العام من تلقاء نفسها، لأن هذه السلطة مقيدة بقيود منها أن تكون في حدود ما ورد عليه الطعن بالاستئناف أو النقض من حكم أو شق منه،

المحكمة برفض هذا الدفع، وكانت الطاعنة قد قبلت هذا القضاء... فإن الدفع السالف بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف، ولا يغير من ذلك أن أحكام هذا القانون من النظام العام، لأن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، ولا تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت إن هي لم تعرض لهذا الدفع، ومن ثم فإن النعي بهذا الوجه يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1075 - لسنة 72 قضائية - بتاريخ 6 - 4 - 2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وُقضي أيضاً بأنه: "لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الهيئة الطاعنة قد قصرت استئنافها على الشق الخاص برفض الحكم المستأنف القضاء بالفوائد القانونية على القيمة التعويضية عن شغل الأرض، ومن ثم فإن نطاق الاستئناف يكون قد تحدد بهذا الشق فحسب ولا يجوز لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل في شرائط قبول الدعوى بدعوى تعلقها بالنظام العام بعد أن سبق وحاز قضاء محكمة أول درجة بشأنها قوة الأمر المقضي، ذلك أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 177 - لسنة 74 قضائية - بتاريخ 16 - 1 - 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(1) تخلط محكمة النقض في هذه الحالة بين قوة الأمر المقضي والبيوتوتة، إذ نقضي دائماً بأن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم: 890 لسنة: 53 قضائية بتاريخ: 12-12-1984، غير منشور. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7483 - لسنة 82 قضائية - بتاريخ 2 - 1 - 2016، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

بحيث إذا لم يشمل الطعن حاز الحصانة التي تعلو على النظام العام سواء كانت قوة الأمر المقضي أو البيوتوتة⁽¹⁾.

كذلك يمكن التمسك بقاعدة علو الحجية أمام محكمة الإحالة بعد نقض الحكم، إذ أن لقاعدة علو الحجية على النظام العام أثر داخل الإجراءات كما هو حال بعد نقض الحكم من قبل محكمة النقض وإحالتها إلى محكمة الموضوع، فهذه الأخيرة تتقيد بما يحوزه الحكم المنقوض من قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، وهنا نحن نتحدث عن البيوتوتة - لا الحجية- التي تعلو على النظام العام⁽²⁾.

ج- تفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام في مواجهة قاضي التنفيذ:

إن قاعدة علو الحجية على النظام العام تُفعل حتى أمام قاضي التنفيذ، وسبب ذلك أنه حتى يحوز الحكم قوة تنفيذية، يفترض أن يكون حائزاً حجية الأمر المقضي،

(1) راجع: نتائج او أهمية قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول.
(2) انظر دولة الإمارات العربية المتحدة - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 172 - لسنة 26 قضائية - بتاريخ 31 - 12 - 2006. والمسألة المتعلقة بالنظام العام في هذه القضية هي- كما يدعي الطاعن- الإخلال بحق الطاعن الرابع في الدفاع عنه بمحام مستقل عن محامي الطاعنين الأول والثاني مما يصم حكمها المطعون فيه وما بني عليه من إجراءات بالبطلان لخرقه قاعدة جوهرية من قواعد التقاضي الأساسية المتعلقة بالنظام العام ويوجب نقضه دون حاجة لبحث أسباب الطعون الثلاثة على أن يكون مع النقض الإحالة.

لأن الحكم محل القوة التنفيذية يكون دائماً موضوعياً (ليس إجرائياً)⁽¹⁾ إلزامياً، وقاضي التنفيذ ليس جهة طعن، فلا يجوز له المساس بحجية الحكم ولو خالف الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام، فإذا قام المحكوم له بتنفيذ الحكم، فليس للمحكوم عليه التمسك ببطلان الحكم، ولو خالف النظام العام⁽²⁾، كما لا يجوز النيل من الحجية بالإشكال في التنفيذ حتى ولو كان مستنداً إلى مخالفة النظام العام⁽³⁾،

(1) وأميل إلى القول بأن الحكم المستعجل يحوز استفاد الولاية متى ثبتت الظروف والملابسات التي صدر فيها وكذلك يحوز حجية الأمر المقضي.

(2) طالما أن الحكم لم يبلغ أو يعدل بالطعن فيه بظل حائزاً لحجية الأمر المقضي، بل ويمكن تنفيذه إذا كان صالحاً كسند تنفيذي، كأن يكون حكم صادر من المحاكم الابتدائية في موضوع النزاع ومشمول بالنفذ المعجل

Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil
Février 2017.

(3) لذلك قُضي بأنه: "لما كان من المقرر أن مناط إجابة طلب وقف التنفيذ في الإشكال الوقتي في تنفيذ الحكم المنفذ بمقتضاه هو أن يكون سببه واقعاً جد بعد صدوره، أما إذا كانت أسبابه تتعلق بأمر سابق على الحكم فإنه يكون مرفوضاً سواء كانت هذه الأمور قد عرضت على محكمة الموضوع أو لم تعرض، فصلت فيها أم لم تفصل ما دامت إنها كانت موجودة فعلاً قبل صدور الحكم وذلك حتى لا يتخذ الإشكال وسيلة للنيل من حجية الأحكام وهي تعلق على النظام العام. ولا ينال من حجية الأحكام التي تعلق على النظام العام الإشكال الذي يقدم أمام محكمة الجهة الأخرى". حكم محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم 23770 - لسنة 58 قضائية - جلسة 12-6-2004، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

بشروط -أو قيد عام على تطبيق قاعدة العلو- وهو عدم مخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام تسحبه إلى درك الانعدام⁽¹⁾.

رغم ما سبق، فلا نميل إلى القول بأن القوة التنفيذية للحكم هي أيضاً تعلق على النظام العام، ولكن علو حجية الحكم كقاعدة يُحتج به في مواجهة قاضي التنفيذ، لأن مفترض وسبب العلو المباشر هو حجية الأمر المقضي للحكم، وليست القوة التنفيذية ذاتها، فكل حكم حائز للقوة التنفيذية هو حكم حائز لحجية الأمر المقضي والعكس غير صحيح، وما يؤكد عما سبق أن القوة التنفيذية لحكم أدعي بطلانه لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام، قد يكون محل نزول من المحكوم له، ولكن هذا النزول سينصب على القوة التنفيذية للحكم دون حجيته المتعلقة بالنظام العام التي ستبقى سداً مانعاً للنعي بمخالفة النظام العام، لأنها أي الحجية - رغم انسحاب القوة التنفيذية للحكم بالنزول- تعلق على النظام العام.

لما سبق كله، يمكن صياغة قاعدة علو حجية الحكم على النظام صياغة أعم وأشمل، يشمل نطاقها الإيجابي على النحو السابق ذكره، وهي أن **حصانة الحكم**، سواء كانت حجية الأمر المقضي (بالمعنى الفني الضيق لها) أو استنفاد الولاية أو قوة الأمر المقضي أو البيوتة يعلوا على النظام العام.

(1) النظام العام تعلقه الأحكام القضائية الوطنية، ولكن لا يعلوه الاحكام الأجنبية، فشرط عدم تنفيذها ألا يتعارض مع النظام العام الداخلي لدولة التنفيذ. انظر المادة 298 مرفعات. ولكن لا يعني ذلك أن الحكم الأجنبي لا يحوز حجية بل إن القوة التنفيذية للحكم الأجنبي لا تعلق على النظام العام لدولة التنفيذ.

الفرع الثاني

تطبيقات قاعدة العلو من حيث قواعد النظام العام

إن علو حجية الحكم على النظام العام تُفعل عند النعي على الحكم بمخالفته القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي وهنا تندر التطبيقات القضائية لقاعدة علو الحجية، وكذا عند مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي، وهي على العكس تحظى بتطبيقات قضائية عديدة، وفي نطاق الأخيرة، سواء كان النعي بالبطلان بعيب يشوب الحكم ذاته أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تطبيقات لعلو الحجية على القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي

إن حجية الأمر المقضي تعلق على النظام العام الموضوعي، عند الادعاء بمخالفة الحكم الحائز للحجية لقاعدة موضوعية متعلقة بالنظام العام، سواء وردت في قانون خاص أو عام، كالقانون المدني أو الأحوال الشخصية أو قانون النقد.

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجدي الطاعنين نفعاً التمسك ببطلان عقد المطعون ضده الأول لأي سبب كان ولو كان متعلقاً بالنظام العام، لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم المشار إليه تعلق على اعتبارات النظام العام،

ومن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب - أيّاً كان وجه الرأي فيه - غير منتج⁽¹⁾.

كذلك قضت محكمة النقض بأنه: "وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه قد حدد طلباته في الدعوى بتخفيض أجره العين المؤجرة منه إلى 310 قرشاً شهرياً، فإنه بذلك يكون قد حدد نطاق الخصومة بينه وبين الطاعن بما لا يجوز للمحكمة الخروج عليها - أيّاً كان مبلغ تعلق قواعد تحديد أجره الأماكن المؤجرة بالنظام العام. ولما كان الحكم المطعون فيه قد حاد عن هذا المنهج في قضائه بمقولة أن اعتبارات النظام العام تعلق على اعتبارات الحكم بما يطلبه أولاً يطلبه الخصوم، وهو ما سلف البيان قول غير صحيح، فإن في ذلك ما يوجب نقض الحكم في هذا الجزء من قضائه⁽²⁾."

(1) الطعن المدني رقم 2530 لسنة 58 ق جلسة 1991/2/28 - المكتب الفني س 41 مشار إليه في: علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996، ص 28، وهامش (1).

(2) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1776 - لسنة 49 قضائية - جلسة 21-6-1980 - مكتب فني 31 - ج 2 - ص 1801.

كما قضت محكمة النقض أيضاً بعلو قوة الأمر المقضي للحكم على قوانين النقد في مصر التي تعتبر من النظام العام⁽¹⁾، وعلى إجراءات ربط الضريبة إعمالاً لأحكام المادة 40 من القانون رقم 157 لسنة 1981⁽²⁾.

وقُضي أيضاً بأنه: "إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار. وعلى ذلك فمتى اتفق في عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل الليرة العثمانية الذهب من النقد السوري أو الجنيهات المصرية وانتهى الحكم إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوي على شرط الدفع بالذهب وحاز الحكم قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص فإنه لا يجوز المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق بطلان هذا الشرط بالنظام العام"⁽³⁾.

كما أن قوة الأمر المقضي للحكم تعلق على مخالفته لقاعدة موضوعية في قانون الأحوال الشخصية تتعلق بالنظام العام، ولكن تجد مصدرها في القواعد الشرعية الاجتهادية التي تقع في مرتبة أدنى من النظام العام الإسلامي المتجسد في القواعد

(1) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 200 - لسنة 29 قضائية - جلسة 21-5-1964 - مكتب فني 15 - ج 2 - ص 706.

(2) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4758 - لسنة 65 قضائية - بتاريخ 26 - 11 - 2001، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(3) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 343 - لسنة 23 قضائية - جلسة 9-1-1958 - مكتب فني 9 - ج 1 - ص 62.

القطعية (القرآن والسنة والإجماع)، لذلك وُصم الحكم بالبطلان - لا الانعدام-الذي تحسن بقوة الأمر المقضي⁽¹⁾.

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي طالما لم يكن محلاً للطعن، أي كانت العيوب التي تصيب الحكم ؛ حيث قررت أن المعاملة التي أبرمت في 30 سبتمبر 1986 بين سنديك تصفية الأموال المشتركة لـ MX .. ، ولشركة Sadca و SCI Canal و حدائق Gambetta، وبنك Hervet الدائن المرتهن برهن عقاري ودائن المجموعة، لا تطبق إلا في حدود، والحكم ينص على أن هذه الصفقة لا يمكن أن يكون لها موضوع أو أثر مخالفة قواعد النظام العام ذات الصلة بقانون إجراءات الإعسار وخاصة تلك المتعلقة بالمساواة بين الدائنين ورتبة الامتيازات ؛ ولما كان الفصل في هذه المسألة مرة أخرى، دون

(1) حيث قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه . وله سنده من صورة الحكم السابق الصادر في الدعوى رقم 5372 المقدمة إلى محكمة الموضوع . أن الحكم المشار إليه قضى بإثبات طلاق الطاعن للمطعون ضدها بتاريخ 1994/9/11 طلاقاً رجعياً ثم مراجعتها إلى عصمته مرة ثانية بتاريخ 1994/9/12 وأن هذا القضاء أصبح نهائياً وحاز قوة الأمر المقضي، فإنه يتعين على المحاكم . في أي نزاع آخر يثور بين نفس الخصوم . أن تتبعه وتتقيد به ولا تقضي على خلافه حتى لو كان قد خالف صحيح القانون لأن حجية الأمر المقضي تسمو على اعتبارات النظام العام. لما كان ذلك، وكان اعتبار الطلاق السابق طلاقاً على مال لا يثبت به للطاعن حق مراجعة المطعون ضدها يخالف حجية الحكم سالف البيان، فإنه لا على الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الطلاق الحاصل في 1994/9/11 رجعياً واعتد بمراجعة الطاعن للمطعون ضدها من بعده ورتب عليها آثارها، ويضحي النعي عليه بهذا السبب على غير أساس". حكم محكمة التمييز - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 10 - لسنة 1996 قضائية - بتاريخ 8 - 3 - 1997.

البحث كما دعا البنك، عما إذا كان الحكم المسبب الصادر عن المحكمة التجارية في 5 نوفمبر 1986 الذي اعتمد المعاملة، لم يحز حجية الأمر المقضي ولم ينتج عنه منع أي تقدير لصحة المعاملة، فإن حكم محكمة الاستئناف يكون مفتقداً للأساس القانوني⁽¹⁾.

Cour de cassation – Chambre commerciale – 19 octobre 1993 – n° (1)
91-20.634.

كذلك قُضي في فرنسا بأنه: "حيث إنه وفقاً للحكم المستأنف ، أبرمت شركة Bérard ، المتخصصة في إعادة تدوير السيارات ، اتفاقية لاسترداد السيارة مع شركة التأمين Aviva France (شركة Aviva) ؛ وأنه في 9 يناير 2007 ، أنهت الشركة الأخيرة العقد بإشعار مدته شهرين ، وفقاً للبند 8 من العقد ؛ وأن شركة Bérard قد استدعت الشركة Aviva للمطالبة بدفع تعويضات عن الإنهاء المفاجئ لعلاقة تجارية أمام المحكمة التجارية Salon-de-Provence التي بحكم لها في 23 مايو 2008 صحح في 28 فبراير 2012 في الدفع بعدم اختصاص الذي أثارته شركة Aviva قضت عدم اختصاصها والإحالة إلى محكمة باريس التجارية على أساس أن المسؤولية عقدية وليست تقصيرية ؛ ثم طعن شركة Aviva في الحكم الذي قضى عليها بدفع تعويضات لشركة Bérard ؛ في حين لرفض دفاع شركة Aviva التي استفادت من الحكم التصحيحي الذي أصدرته محكمة Salon-de-Provence التجارية بأن الشركتين قطعاً علاقتهما ضمن إطار تعاقدية وليس مبنياً على المسؤولية التقصيرية لعدم الإشعار المسبق في خلال المدة المقررة، فإن قرار الاستئناف بتحليل حكم التعويض القطعي بحجة مخالفة أحكام المادة 442-6 ، L. 442-6 ، ا، 5 ° من القانون التجاري ، والتي هي من النظام العام ، التي تنطبق على العلاقات بين الطرفين ، حتى وإن وجد شرط تعاقدية مخالف. وعلى الرغم من القضاء بذلك، في حين أن حجية الأمر المقضي، التي يتمتع بها الحكم بمجرد صدوره، لا بد أن تحترم ولو خالف مبدأ من مبادئ النظام العام، فإن محكمة الاستئناف خالفت النصوص المذكورة أعلاه المادة 480 مرافعات والمادة 1350 مدني".

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم الصادر بقبول الدين حائز لحجية الأمر المقضي بالنسبة لما تضمنه هذا القرار، وبناء عليه لا يمكن إعادة النظر في هذا القبول، ولو بناء على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام كقاعدة منع الدائن من طلب مد المهلة الزمنية المانعة (التقادم) بعد انقضاء المدة اللازمة لإبداء مثل هذا الطلب (طلب مد المهلة)⁽¹⁾.

وأخيراً، في سابقة أمام محكمة النقض الفرنسية، المدعى عليه أصيب في حادث أثناء وضعه تحت تصرف (إعارته) لشركة ERT من قبل وكالة عمل مؤقتة

Cour de cassation – Chambre commerciale – 21 janvier 2014 – n° 12-25.887.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028518025>

⁽¹⁾ حيث قضت محكمة الاستئناف بالإجابة إلى طلب مصفي الشركة الذي ادعى فيه بحقوق شركة SAPAM (البائع والدائن) في ثمن بيع محل تجاري التي تم قبولها من قبل بصفة قطعية بناء على أمر صادر من قاضي التفليسة بمحكمة "تولون" التجارية بتاريخ 22 يوليو 2008 و 15 ابريل 2009، ولما كان طرح طلب مصفي الشركة في مد مهلة التقادم فيما بعد بناء على الأحكام المنصوص عليها في المادة 622-25 R. من قانون التجارة الفرنسي، فإن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت حجية الأمر المقضي التي يتمتع بها قراري قاضي التفليسة وخالفت المادة 1351 من القانون المدني (التي تنص على حجية الأمر المقضي).

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 31 mai 2011, 10-15.721, Inédit

على الموقع التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024122691>

آخر زيارة 30 أغسطس 2019

ATS entreprise de travail temporaire، قضت محكمة الضمان الاجتماعي tribunal des affaires de sécurité sociale إن الحادث كان بسبب خطأ غير مغتفر la faute inexcusable لرب العمل ، وخصص للموظف تعويضات مختلفة، وقُضي ضد الشركة ERT، الخاضعة لإجراءات التقويم ثم التصفية القضائية redressement puis en liquidation judiciaire بتأريخ سابق على صدور الحكم، أن تضمن الأدعاءات الملقاة على شركة ATS، ولكن بعد فحص الضحية من قبل خبير ندبته المحكمة طلبت وكالة العمل المؤقت ATS ضد الشركة ERT ضمان الإدانات الصادرة ضدها. ولرفض طلب الوكالة، قررت محكمة الاستئناف بأن الوكالة المؤقتة ATS لم تعلن مديونيتها في إجراءات التقويم القضائي للشركة ERT ، ولكن لما كان قرار محكمة الضمان الاجتماعي قد قضى بحقوق حق الوكالة المؤقتة ATS ضد الشركة ERT بحكم حائز لحجية الأمر المقضي منذ صدوره حتى ولو خالف مبدأ من النظام العام (وهي إجراءات التقويم القضائي)، فإن قرار محكمة الاستئناف قد خالف المادتين 1351 من القانون المدني و480 من قانون المرافعات الفرنسي⁽¹⁾.

ثانياً: تطبيقات لعلو حجية الحكم على القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي

إن لقاعدة لعلو حجية الحكم على النظام العام الإجرائي تطبيقات عديدة وهي الأكثر عملاً، عند مخالفة الحكم لقواعد إجرائية متصلة بالقضية في مفترضها وهو

(1) Recueil Dalloz 2007 p.2955 Arrêt rendu par Cour de cassation, 2e civ. 2007-10-25 n° 06-19.151 (n° 1560 F-P+B).

اختصاص المحكمة، وعنصرها الموضوعي (الدعوى)، وفي عنصرها الإجرائي (الخصومة)، سواء خصومة الدرجة الأولى أو خصومة الطعن، ولكن توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الإجرائي اختلف الفقه على سمو الحجية عليها.

1) علو الحجية على بعض قواعد الاختصاص والدعوى والخصومة المتعلقة بالنظام العام:

تعلو حجية الحكم على قواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام في مصر⁽¹⁾، كما هو الحال في فرنسا⁽¹⁾.

(1) وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الحكم بعدم الاختصاص القيمي والإحالة إلى المحكمة المختصة وفقاً لنص المادة 110 من قانون المرافعات ينهى الخصومة كلها فيما فصل فيه وحسمه بصدد الاختصاص، إذ لا يعقبه حكم آخر في موضوع الدعوى من المحكمة التي أصدرته ويكون قابلاً للاستئناف في حينه، فإذا لم يستأنف أصبح نهائياً والتزمت به المحكمة التي قضى باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون، لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7483 - لسنة 82 قضائية - بتاريخ 2 - 1 - 2016، غير منشور، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 16615 - لسنة 77 قضائية - بتاريخ 22 - 4 - 2012، غير منشور وانظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1744 - لسنة 80 قضائية - بتاريخ 5 - 12 - 2013، غير منشور، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6170 - لسنة 83 قضائية - بتاريخ 9 - 1 - 2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1059 - لسنة 45 قضائية - جلسة 2-2-1976 - مكتب فني 27 - ج 1 - ص 371. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 12824 - لسنة 59 قضائية - بتاريخ 28 - 7 - 2015.

وفي إطار القواعد المتعلقة بالنظام العام المتصلة بفكرة الدعوى، تعلق الحجة على قواعد عدم قبول الدعوى لانقضاء صفة المدعى عليه⁽²⁾ أو لتقادم الدعوى⁽³⁾ أو لعدم اتخاذ الشكل القانوني⁽⁴⁾ أو لعدم الالتجاء إلى الجهة المختصة⁽¹⁾ أو لعدم دفع

(1) com., 19 juill. 1950, *RTD civ.* 1951, p. 125, obs. P. RAYNAUD ; civ. (1)

2^{ème}, 13 nov. 1952, *D* 1953, p. 113.

(2) حيث قُضي بأنه: "لما كان الثابت من الأوراق أن الحكم الابتدائي قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة قبل المطعون ضده الثاني ولم توجه إليه المطعون ضدها الأولى - على ما يبين من الحكم المطعون فيه - في الاستئناف الذي رفعته أي طعن لقضائه في هذا الخصوص فإن لازم ذلك أن يعد هذا القضاء بالنسبة له قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 808 - لسنة 80 قضائية - بتاريخ 3 - 12 - 2017، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(3) حيث قُضي بأنه: "وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة قد دفعت أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 وقضت المحكمة برفض هذا الدفع، وكانت الطاعنة قد قبلت هذا القضاء وقصرت استئنافها على ما قضى به من رفض الدفيعين بعدم القبول وفقاً للمادة 142 من ذات القانون والتقادم الخمسي وفقاً للمادة 375 مدني وكذا قضائه في الموضوع بتعديل المعاش بإضافة كافة عناصر الأجرور المتغيرة وإلزام الطاعنة بأداء الفروق المالية المترتبة على ذلك، فإن الدفع السالف بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف، ولا يغير من ذلك أن أحكام هذا القانون من النظام العام لأن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1075 - لسنة 72 قضائية - بتاريخ 6 - 4 - 2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(4) حيث قُضي بأنه: "إزاء عدم تمسك المستأنف عليها لدى محكمة الموضوع بعدم قبول التظلم في صورته الماثلة لعدم رفعه على مقتضى الأوضاع المقررة قانوناً وعدم انتباه تلك المحكمة إلى هذا الدفع باعتباره من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وكان من المقرر أن تمييز الحكم لا يتناول

الرسوم⁽²⁾ أو حتى لسبق الفصل فيها⁽³⁾، وتعلو الحجية على قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحق ودعوى الحيابة⁽¹⁾، وعلى عدم قبول طلب عارض من مدعى عليه إلى مدعى عليه آخر⁽¹⁾.

منه إلا ما تناولته أسباب الطعن المقبولة، أما ما عدا ذلك فإنه يحوز قوة الأمر المقضي فقد تعين على المحكمة ألا تعيد النظر في هذا الدفع باعتبار أن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة التمييز الكويتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 89 - لسنة 1984 قضائية - بتاريخ 26 - 12 - 1984.

(1) حيث قُضي بأنه: "وكان الثابت من الأوراق أن الهيئة الطاعنة قد قصرت استئنافها على الشق الخاص برفض الحكم المستأنف القضاء بالفوائد القانونية على القيمة التعويضية عن شغل الأرض، ومن ثم فإن نطاق الاستئناف يكون قد تحدد بهذا الشق فحسب ولا يجوز لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل في شرائط قبول الدعوى بدعوى تعلقها بالنظام العام بعد أن سبق وحاز قضاء محكمة أول درجة بشأنها قوة الأمر المقضي، ذلك أن حجبية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 177 - لسنة 74 قضائية - بتاريخ 16 - 1 - 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) حيث قُضي بأنه: "لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد قصرت استئنافها على ما قضى به في الموضوع ومن ثم يحوز حكم أول درجة حجبية الأمر المقضي في شأن قبول الدعوى، فإن ما تثيره الطاعنة بسبب النعي من الدفع بعدم قبول الدعوى أمام محكمة أول درجة لعدم سداد فرق الرسم على الطلبات المعدلة وأياً كان وجه الرأي فيه يكون غير مقبول ولا يغير من ذلك القول بأن ذلك الدفع يتعلق بالنظام العام لأن حجبية الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". إمارة رأس الخيمة - محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 19 - لسنة 3 قضائية - بتاريخ 26 - 10 - 2008.

(3) "وكان الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة ثاني درجة إلا في حدود طلبات المستأنف فإن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقاً بالنظام العام لأن قضاء محكمة أول درجة برفض هذا الدفع يكون قد حاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام ومن ثم لا يقبل من الطاعنة التحدي به أمام محكمة

النقض". (حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4653 - لسنة 62 قضائية - بتاريخ 2 - 3 - 2003)

(1)<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006964992&fastReqId=569641466&fastPos=11>

بالنسبة للسبب الأول في النعي على الحكم المطعون فيه وفقاً للمادة 1351 من القانون المدني، وحيث إن القرار الصادر من محكمة غير مختصة يحوز قوة الأمر المقضي عند فوات مواعيد الطعن المقررة قانوناً.

وحيث إنه تم الفصل في الدعوى السلبية المرفوعة من LAMBERTY لتقرير عدم أحقية جاره BOUCHET لأي حق للاستغلال أو الاستعمال للساحة التي بُنيت خلف عقاره والمطل على طريق مسدود بقرار مفاده ملكية المدعي تلك الساحة بقرار تقريبي لاغ أمر الخبرة والعريضة. وحيث إن المدعى عليه BOUCHET استند في استئنافه على القرار السابق بأن النزاع يمكن حسمه فوراً بتطبيق السند الذي قُدم كأساس للدعاء بالحيازة الذي واجه به الأطراف سابقاً والذي لا يمكن أنكاره. وحيث إنه في الخصومة المذكورة، المحكمة المدنية (قاضي الحيازة الاستئنافي) قضى في منطوق قراره أن الحق في المرور المتنازع عليه الذي تم إدراجه، بشكل واضح، في اتفاق معترف بها من قبل الطرفين في العديد من الرسائل المتبادلة بينهما سنة 1930 التي تستبعد ممارسة حق المرور بالتسامح وتمنح تلك الرسائل سنداً لوجود اتفاق يؤكد على وجود طريق يمكن لBOUCHET أن يمر عليه مترجلاً أو بواسطة سيارة.

وحيث إنه، بحكم القانون، قاضي الحيازة قد فصل في موضوع الحق مخالفاً الحظر المنصوص عليه في المادة 25 من قانون المرافعات وقضى بوجود حق للاستغلال فإنه يكون قد حاز في شقه هذا أيضاً قوة الأمر المقضي FORCE DE CHOSE JUGEE. وحيث إن ادعاء BOUCHET بتمتعه بحق الارتفاق على الممر بسبب ما قُضي به في الحيازة ليس له تأثير على الملكية، فإن القرار الطعين خالف المادة المذكورة أعلاه. ولهذه الأسباب حكمت المحكمة بنقض وإلغاء القرار الصادر بين الطرفين عن محكمة LIMOGES الاستئناف بتاريخ 30 نوفمبر 1960.

ويتبين من هذه القضية، أن حكم محكمة الاستئناف ألغي من محكمة النقض بسبب أنه لم يحترم قوة الأمر المقضي لقرار الصادر عن قاضي الحيازة الاستئنافي والتي تضمن الاعتراف للمدعي

وفي إطار القواعد المتعلقة بالنظام العام المتصلة بالخصومة سواء كانت أول درجة أو خصومة الطعن، فتعلو الحجية على حق الخصم في توكيل محام مستقل عن محامي الخصوم⁽²⁾. كما تعلو حجية الحكم على قواعد إصدار الحكم، مثل قاعدة

عليه بحق المرور حتى ولو خالف قواعد الاختصاص (باعتبار أن القضية لا تخص الحياة بل الملكية) ولو خالف قاعدة عدم جواز الجمع بين الملكية والحياة في دعوى واحدة وهما قاعدتان متعلقتان بالنظام العام، ففوة الأمر المقضي تعلو عليهما.

.Civ. Ire, 25 févr. 1964, Bull. civ. I, no 110; D. 1964

(1) حيث قُضي بأنه: "من المقرر أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق إنه ولئن كانت الشركة الطاعنة قد طعنت بالاستئناف على قضاء محكمة أول درجة في الدعوى الأصلية والطلب العارض إلا أنها قصرت استئنافها فيما يتعلق بالطلب العارض على الحكم الصادر في موضوعه دون أن تنعي على قضائه الضمني بقبوله شكلاً ومن ثم فإن هذا الحكم فيما يتعلق بجواز أو عدم جواز توجيه الطلب العارض من مدعى عليه إلى مدعى عليه آخر يكون قد حاز قوة الأمر المقضي مما يحول دون إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز رغم تعلقه بالنظام العام". دبي - محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 107 - لسنة 2004 قضائية - بتاريخ 13 - 2 - 2005.

(2) حيث قُضي بأنه: "وإن كان البطلان لا يتجزأ إلا أنه ليس من شأنه أن ينال مما قضي به الحكم المستأنف المؤيد بالحكم المطعون فيه من براءة الطاعن من جريمته الاشتراك مع الطاعن الرابع في جلب مخدر الحشيش المضبوط وتسهيله للطاعن الأول تعاطي هذا المخدر والذي حاز حجية الأمر المقضي به في هذا الشق بانغلاق باب الطعن عليه بالنقض من قبل النيابة العامة لعدم ولوجها طريق الطعن عليه بالاستئناف إذ أن حجية الأحكام - على ما هو مقرر - تعلو اعتبارات النظام العام وهو ما يتعين على محكمة الإحالة أن تتقيد به". انظر دولة الإمارات العربية المتحدة - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 172 - لسنة 26 قضائية - بتاريخ 31 - 12 - 2006.

والمسألة المتعلقة بالنظام العام هنا هي - كما يدعي الطاعن - الإخلال بحق الطاعن الرابع في الدفاع عنه بمحام مستقل عن محامي الطاعنين الأول والثاني مما يصم حكمها المطعون فيه وما

وجوب اشتراك من سمع المرافعة في المداولة⁽¹⁾، وعلى قاعدة وجوب توقيع القاضي على مسودة الحكم⁽²⁾، وعلى قاعدة إيداع الحكم قلم الكتاب خلال مدة⁽¹⁾.

بني عليه من إجراءات البطلان لخرقه قاعدة جوهرية من قواعد التقاضي الأساسية المتعلقة بالنظام العام ويوجب نقضه دون حاجة لبحث أسباب الطعون الثلاثة على أن يكون مع النقض الإحالة.

(1) قُضي بأن: "المقرر بنص المادة 167 من قانون المرافعات أن الحكم يكون باطلاً إذا اشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام...ولما كان ذلك ، وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه فإن هذا الحكم يكون قد حاز قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص والتي تسمو على قواعد النظام العام ولا سبيل إلى إهدارها بادعاء أن الحكم الابتدائي الذي تأيد بالحكم المطعون فيه قد صدر باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام وأن هذا البطلان يسرى على الحكم المطعون فيه ومن ثم يكون النعي عليه في هذا الشأن . وأياً كان وجه الرأي فيه . غير منتج وبالتالي غير مقبول". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 306 - لسنة 65 قضائية - بتاريخ 11 - 11 - 2002، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) قُضي بأنه: "إذا كان الثابت من مطالعة محاضر جلسات محكمة أول درجة أن أحد السادة القضاة الذين سمعوا المرافعة لم يحضر تلاوة الحكم الابتدائي و حل محله آخر، وخلا الحكم الابتدائي من بيان أن القاضي الذي لم يحضر النطق بالحكم قد اشترك في المداولة و وقع على مسودته إلا أنه لما كان بطلان الحكم لا يقبل التجزئة و القضاء به يؤدي إلى انعدامه برمته و كانت الطاعنة قد قبلت الحكم الابتدائي في شق منه فحاز هذا الشق قوة الأمر المقضي فيه التي تعلق عن النظام العام فإنه يتمتع معه النظر في إبطاله في شقه الآخر الذي قصرت - الطاعنة - استئنافها عليه ". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 15 - لسنة 43 قضائية - بتاريخ 20 - 4 - 1977.

وقُضي أيضاً بأنه: "ولئن كان من المقرر طبقاً لنص المادة 175 من قانون المرافعات أن الحكم يكون باطلاً إذا لم توقع مسودته من الرئيس ومن القضاة الذين اشتركوا في المداولة عند النطق بالحكم، وأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به أمام محكمة النقض، وللمحكمة

أن تقضي به من تلقاء نفسها، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون النعي بالبطلان على الحكم الابتدائي مطروحا أمام محكمة الاستئناف. لما كان ذلك، وكان الاستئناف ينقل الدعوى لمحكمة ثاني درجة في حدود طلبات المستأنف، وكان الثابت في الأوراق أن أحدا لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الابتدائي وجاءت الأوراق والحكم المطعون فيه خلوا مما يفيد إمامها بعناصره فقد حاز الحكم الابتدائي قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص والتي تسمو على قواعد النظام العام، ومن ثم فإن النعي يكون غير سديد". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1254 - لسنة 68 قضائية - بتاريخ 25 - 11 - 1999.

ولكن لا تعلق حجية الحكم حال انعدامه إذا لم توقع نسخة الحكم الأصلية من رئيس الجلسة وكتابتها فيعد الحكم معدوما لا باطلا فقط، وإذا تبين من محضر الجلسة أن الحكم صدر من عضوين فقط فيعد الحكم معدوماً. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام، بند 48، ص124، وبند 137، ص323.

وإذا لم يصدر الحكم إلا من رئيس الدائرة وحده أي موقعا منه وحده يكون الحكم منعدماً. انظر: استئناف مصر 16 ديسمبر 1902 مرجع القضاء رقم 7683، وقضى بأن الحكم لكي يكون له وجود قانوني ... يجب أن يكون موقعا عليه من القاضي الذي أصدره، لأن توقيع القاضي يضي عليه الصفة القانونية. أسيوط استئناف 30 أكتوبر 1944 المجموعة الرسمية 45 ص89 مشار إليهما في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 35، ص80، هامش (3)، وبند 41، ص102 هامش (3).

(1) وهو سبب لبطلان الحكم لا انعدامه وفقاً لما استقرت عليه محكمة النقض المصرية أيضاً (وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك بأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه لما كان النص في المادة 175 من قانون المرافعات على أنه "يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتعلة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام). حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1143 - لسنة 67 قضائية - جلسة 23-5-2006، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). ولا يصل بالحكم إلى درجة انعدامه في هذه الحالة. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2430 - لسنة 57 قضائية - جلسة 6-3-1994 - مكتب فني 45 - ج1 - ص459.

كما تعلق قوة الأمر المقضي على قاعدة "الحكم الجنائي يوقف المدني"⁽¹⁾، وتعلق حجية الحكم على قواعد الطعن المتعلقة بالنظام العام، مثل قاعدة ألا يُضار الطاعن بطعنه⁽²⁾، وعلى قاعدة عدم جواز الطعن الفوري إلا على الأحكام غير المنهية للخصومة⁽³⁾ أو عدم جواز الطعن بنص القانون⁽¹⁾، وعلى قواعد الأحكام

(1) وقُضي بأنه: "كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن جنحة إصدار المطعون ضده الشيك محل المطالبة أمام القضاء المدني 2001/6636 جنح أبو ظبي ما زال غائباً - مما كان يوجب على محكمة الاستئناف أن تقضي بوقف الدعوى تعليقا حتى يصبح هذا الحكم باتا لما له من أثر على الدعوى المدنية المرفوعة عليه فيما يتعلق بوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها ومنعاً من تضارب الأحكام ولحسن سير العدالة وهو ما يوجب نقض الحكم جزئياً بالنسبة للمطعون ضده الثاني باعتبار أن الحكم المستأنف قد صار نهائياً بالنسبة للمحكوم عليها الأولى التي لم تستأنفه ولأن الحجية تعلق على اعتبارات النظام العام". دولة الإمارات العربية المتحدة - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجار - الطعن رقم 142 - لسنة 26 قضائية - بتاريخ 23 - 5 - 2005.

(2) حيث قُضي بأنه: "كان طلب التفسير والطعن المقام بشأنه الذي قال عنه الطاعنون أنه يتعذر معرفة ما يلتزم به كل منهم من المبلغ المحكوم به فهو غير جائز لأن ذلك تحدده قواعد التنفيذ المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية طالما لم يطعن في الحكم بالطريق المقرر قانوناً ولا بديل عن الطعن باللجوء لطلب التفسير لمساسه بحجية الأمر المقضي مما تقضي معه المحكمة بعدم قبول طلب التفسير، ولا يغير من ذلك قاعدة ألا يضار الطاعن بطعنه المتعلقة بالنظام العام، لأن قواعد الحجية تسمو على قواعد النظام العام ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أي حكم يخالف قواعد الحجية". (دولة قطر - محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 175 - لسنة 2013 قضائية - بتاريخ 7 - 1 - 2014).

(3) حيث قُضي بأنه: "إن مبنى الدفع بعدم جواز الطعن أن التظلم من أمر الحجز تم شفاهه بالجلسة فلا يجوز الطعن فيه استقلاً إلا مع الحكم الذي يصدر في الدعوى الأصلية وذلك عملاً بنص المادة 198 من قانون المرافعات... فلا يجوز للمطعون عليهم أن يتمسكوا في دفاعهم أمام محكمة النقض بعدم جواز الاستئناف بناء على تعلقه بالنظام العام، ذلك لأن ما

التي يجوز استئنافها⁽²⁾، وعلى قاعدة اشتراط توقيع محام على صحيفة الاستئناف⁽³⁾، وعلى قبول الاستئناف شكلاً لعدم اختصاص الغير⁽¹⁾. وفي فرنسا،

قضى به من قبول الاستئناف شكلاً هو قضاء قطعي لم يكن محلاً للطعن، فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه هو حكم وقتي يجوز الطعن فيه على استقلال إعمالاً لنص المادة 212 من قانون المرافعات فإن الدفع يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض المصرية - مدني - الطعن رقم 806 - لسنة 45 قضائية - جلسة 4-6-1978 - مكتب فني 29 - ج 1 - ص 972.

(1) إذ قضت محكمة النقض بجواز الطعن على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية كمحكمة الدرجة الثانية الذي لم يلتزم بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة إليها من المحكمة الابتدائية المدنية إذا كان الحكم الأخير لم يطعن فيه وأصبح باتاً. وذلك رغم النص صراحة في قانون المحاكم الاقتصادية بعدم جواز الطعن بالنقض على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية من المحكمة الاقتصادية، وذلك نتيجة لأن البيوتة التي يجوزها الحكم بعدم الاختصاص والإحالة تعلق على النظام العام. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6955 لسنة 80 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية - بتاريخ 21-05-2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) حيث قُضي بأنه: "فلا يجوز للطاعن في مرافعته أمام محكمة النقض أن يتمسك بأن الاستئناف لم يكن جائزاً قبوله بمقولة إن جواز الاستئناف من المسائل المتعلقة بالنظام العام ذلك لأن ما قضى به من قبول الاستئناف شكلاً هو قضاء قطعي لم يكن محلاً للطعن فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 126 - لسنة 24 قضائية - بتاريخ 8 - 5 - 1958، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 18 - لسنة 63 قضائية - بتاريخ 25 - 11 - 1996.

(3) حيث قُضي بأن: "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه ولئن كان نص الفقرة الثانية ... وتعديلاته صريحة في النهي عن تقديم صحف الاستئناف إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمام محكمة الاستئناف، ورتبت البطلان على مخالفة ذلك مما مفاده أن هذا البطلان يقع حتماً إذا ما أغفل هذا الإجراء، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام لا يسقط الحق في التمسك به

قضت محكمة النقض الفرنسية بعلو حجية (قوة) الأمر المقضي على بطلان الاستئناف موقع من شخص متوفى⁽²⁾.

بالتكلم في موضوع الدعوى،...، إلا أن ذلك محله ألا يكون قد صدر من قبل من المحكمة حكم بقبول الاستئناف شكلاً، لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها هذه تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماساً بقواعد النظام العام، بحسبان أن حجية الأحكام تعلق على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8596 - لسنة 84 قضائية - بتاريخ 8 - 3 - 2015، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وُقضي أيضاً بأن: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن التحدي ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم توقيعها من محام مقبول أمام محكمة الاستئناف، محله ألا يكون قد صدر من المحكمة حكم بقبول الاستئناف شكلاً، لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها هذه تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماساً بقواعد النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 132 - لسنة 65 قضائية - جلسة 21-3-2000 - مكتب فني 51 - ج 1 - ص 443.

(1) حيث قُضي بأنه: "وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول الاستئناف شكلاً ثم قضى في الموضوع وكانت صحيفة الطعن قد اقتضت في أسبابها على ما قضى به الحكم في موضوع الاستئناف فإن قضاءه بقبول الاستئناف شكلاً يكون قد حاز قوة الأمر المقضي ويكون ما تثيره النيابة في خصوص شكل الاستئناف من عدم اختصاص المحكوم عليها التي لم تطعن بالاستئناف غير مقبول". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1376 - لسنة 73 قضائية - بتاريخ 2 - 6 - 2005.

(2) Civ., 15 nov. 1904, D 1905, 1^{ère} partie, p. 254 ; Amiens, 28 juill. 1947, S 1948, p. 21, note H. SOLUS.

2) قواعد متعلقة بالنظام العام اختلف الفقه في سمو الحجية عليها:

أ- علو الحجية على قواعد الولاية:

إذا كنا قد بينّا أن الانتفاء المطلق للولاية، بمعنى المسائل التي تخرج عن القضاء عموماً، تعد مفترضاً لتطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام⁽¹⁾، وبالتالي إذا صدر حكم من المحكمة انتفت ولايتها القضائية فيعد منعماً ولا يتصور الحديث عن الحجية لأنها مهدرة، غير أن المسألة مختلف عليها بشأن قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي)، أي الولاية الخاصة، التي تحكم توزيع الولاية القضائية على جهات خاصة كالقضاء الإداري، حيث توجد اتجاهات قضائية متباينة تحتاج إلى مزيد من العناية البحثية.

إن القضاء المصري مستقر على أن مخالفة الحكم لقواعد الولاية النسبية لا يؤدي إلى انعدام الحكم على مستوى الجهة القضائية الواحدة⁽²⁾، وبالتالي تنطبق قاعدة

(1) راجع: الولاية مفترض لتطبيق قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(2) عكس ذلك، فُضي بأن: "الحكم الصادر عن المحكمة التأديبية (خطأ) بعدم اختصاصها ولائياً (اعتقاداً منها بأن محكمة طنطا الابتدائية الدائرة العمالية هي المختصة) في مسألة تدخل في اختصاصها، لا يحوز حجية عند إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمامها". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 26096 - لسنة 55 قضائية - جلسة 10-1-2015 - مكتب فني 60 - ج 1 - ص 207.

علو الحجية على قواعد الولاية النسبية، فإذا خالف الحكم قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) فتعلو حجيتها على هذه القواعد⁽¹⁾.

بيد أنه بالنسبة لبقاء حيافة الحكم الصادر عن محكمة جهة انتقت ولايتها نسبياً (أو اختصاصها الولائي أو الوظيفي) للحجبة أمام الجهة الأخرى، فتتعدد التوجهات

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 216 - لسنة 35 قضائية - جلسة 6-1969-5 - مكتب فني 20 - ج 2 - ص 712. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 5 - لسنة 38 قضائية - جلسة 29-3-1972 - مكتب فني 23 - ج 1 - ص 564. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 38 - لسنة 40 قضائية - جلسة 17-4-1974 - مكتب فني 25 - ج 1 - ص 698.

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما أثارته النيابة من أن القضاء الإداري هو المختص ولائياً بنظر الدعوى يكون غير مقبول. (حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 948 - لسنة 44 قضائية - بتاريخ 22 - 3 - 1980 وانظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2845 - لسنة 59 قضائية - بتاريخ 23 - 11 - 1995، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1045 - لسنة 64 قضائية - جلسة 29-3-2001 - مكتب فني 52 - ج 1 - ص 466. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3018 - لسنة 71 قضائية - بتاريخ 2 - 4 - 2012.

كما أن هذا الأمر معمول به أمام مجلس الدولة (القضاء الإداري) حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فإنه يكون حجة فيما فصل فيه ويعتبر عنواناً للحقيقة حتى ولو كان قد تتكب وجه الصواب في مسائل تتصل بالنظام العام كرفض الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة ذلك أن حجية الأمر المقضي تسمو على قواعد النظام العام فلا يصح إهدار تلك الحجية بمقولة أن الاختصاص المتعلق بالولاية يتصل بالنظام العام". راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 1157 - لسنة 9 قضائية - بتاريخ 7 - 1 - 1967، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

القضائية والفقهيّة، وفي اعتقادنا توجد ثلاث توجهات يعضدها القضاء في مصر

وهي:

التوجه الأول (تجزئة الولاية):

وبحسب هذا التوجه فإن ولاية القضاء مجزأة على جهتي القضاء الرئيسيتين العادي والإداري، فولاية القضاء العادي تقف حدودها عند ولاية القضاء الإداري والعكس. ويترتب على ذلك إنه إذا صدر حكم من أيهما متجاوزاً حدود الولاية، فيكتسب الحكم حجية منقوصة *l'autorité de la chose jugée imparfaite* ويوجد الأساس الفني لذلك في قاعدة أصولية تعد من مفترضات فكرة الولاية المقيدة والتنظيم الذي يصدر استناداً إليها. فتعدُّ جهات التقاضي واستئثار كل جهة بقدر معين من الولاية القضائية تمارسها على وجه الاستقلال في مواجهة الجهات الأخرى يقتضي الاعتراف لكل جهة بسلطة الفصل في مسألة اختصاصها الولائي، ولكن هذا التحديد لا يلزم الجهة الأخرى التي لها بدورها حق تحديد نطاق اختصاصها الولائي، ولذلك يجوز لمحكمة الجهة الأخرى أن تصدر حكماً على وجه مخالف لما قضى به الحكم الصادر من الجهة الأخرى، ويحوز الحكمان الصادران في الموضوع من الجهتين حجية منقوصة ينحصر نطاق فاعلية العمل في حدود الجهة التي أصدرته، ويُسوى هذا الوضع عن طريق نظام فض التنازع في الولاية⁽¹⁾، وهذا الحل يلقي تأييداً فقهيّاً وقضائياً واسعاً⁽²⁾.

(1) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص306-307، بند 155.

(2) انظر: محمود محمد هاشم، استفاد ولاية القاضي، مرجع سابق، ص68-69، بند 25. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي....، هامش (532)، و(533)، ص308-309، بند 155. محمود

ويترتب على ذلك بشأن قاعدة علو الحجية، أن حجية الحكم الصادر من جهة ما ستعلو على النظام العام وقواعد الولاية في حدود هذه الجهة فقط، بينما لن يتمتع الحكم بهذه الحجية لانعدامه، وبالتالي لن تعلو على النظام العام، في مواجهة جهة القضاء الآخر، وهو ما تؤيده بعض أحكام محكمة النقض كما بينا.

التوجه الثاني (وحدة الولاية) (1):

إن الولاية بين جهتي القضاء العادي و الإداري هي ولاية قضائية واحدة ولكنها موزعة، أي أن الولاية ليست مجزأة، وسبب ذلك عدم استقامة النتيجة المترتبة على

مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دراسة فقهية وتحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص45-46.

وقد حاولت أحكام للقضاء المدني التوفيق بين الاعتبارين المتعارضين-وهما إعمال أثر الانعدام وثانيهما احترام حجية الأمر المقضي به- ذلك عن طريق تقرير حجية منقوصة للأحكام الصادرة من جهات قضائية لا ولاية لها بنظر الدعوى. فتقضي محكمة النقض (الدائرة المدنية) "أنه وإن كان الاختصاص الولائي يتعلق بالنظام العام وصدور حكم حائز لقوة الأمر المقضي من جهة قضائية غير مختصة ولائياً لا يحوز للحجية أمام محاكم الجهة القضائية الأخرى المختصة، إلا أن ذلك الحكم يظل محتفظاً بحجتيته أمام جميع محاكم الجهة القضائية التي أصدرته إحدى محاكمها، فلا تجوز المجادلة فيه أمامها، بل يجب عليها أن تتقيد به لأن قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام". نقض مدني 28 يناير سنة 1980، مجموعة أحكام محكمة النقض، س31، ص312، 24 فبراير سنة 1966، س17، رقم1، ص412، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 109 - لسنة 43 قضائية - جلسة 28-1-1980 - مكتب فني 31 - ج 1 - ص312.

(1) رمزي سيف، الوسيط، رقم 314. ويؤيده البعض: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص590. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 12، ص37.

التوجه الأول، لأنه يجعل الحكم قائماً بالنسبة لجهة قضائية، ومنعدماً بالنسبة لجهة أخرى مما يثير مشكلة التنازع في الولاية، والمصدر التاريخي في توجه التجزئة في الولاية هو أن تلك التجزئة كانت قديماً في مصر بين المحاكم الأهلية والمختلطة و الفنصلية و الشرعية والملية و الحسبية تستمد كل منها سلطتها من سيادات مختلفة وامتيازات مما أدى بكل جهة أن تعد نفسها دولة داخل الدولة فلا تعترف بقضاء غيرها من الجهات. ولا محل له بعد زوال هذا الوضع الشاذ وانحصار الولاية في جهات تستمد سلطتها من السيادة المصرية الموحدة⁽¹⁾. فولاية القضاء تنحصر الآن في جهة المحاكم (القضاء العادي) والقضاء الإداري والمحاكم الخاصة (كالمحكمة الدستورية العليا) تستمد ولايتها من السيادة المصرية، لا سيما بعد أن أصبح رجال القضاء تتوافر فيهم شروط واحدة.

ونرى صحة هذا الاتجاه، للأسباب سالفة الذكر، ويؤكد ذلك فرض قانون المرافعات في المادة 110 منه على كل من جهتي القضاء الإحالة إلى الجهة الأخرى تبعاً للحكم بعدم اختصاصها الولائي⁽²⁾. فتفرض وحدة النظام القانوني للحكم الصادر

(1) حيث قُضي بأنه: "كان القضاء قد استقر في ظل القانون القائم على عدم جواز الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص إذا كان ذلك راجعاً إلى سبب متعلق بالوظيفة - وكان مبنى هذا القضاء فكرة استقلال الجهات القضائية بعضها عن البعض الآخر وهي فكرة لم يعد لها محل بعد تطور القضاء وانحصاره في جهتين تتبعان سيادة واحدة". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 651 - لسنة 61 قضائية - جلسة 5-6-1995 - مكتب فني 46 - ج 2 - ص 835.

(2) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 137، ص 325.

منها بحيث يكون موجوداً أو معدوماً بالنسبة لكافة القضاة في الدولة في آن واحد⁽¹⁾.

ويترتب عما سبق أنه إذا صدر الحكم من جهة ما في دعوى تدخل في ولاية جهة أخرى لن يكون منعماً بل يشوبه البطلان، وبالتالي يحوز الحجية التي تعلق على النظام العام في مواجهة كل من الجهتين، وهو اتجاه ايدته محكمة النقض المصرية في حكم لها⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة ذهبت إلى ما سبق من وجوب انصياح محاكمها للمادة 110 مرافعات، ما لم يكن الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة إليها من محاكم القضاء العادي منعماً، إلا أنها قضت بأنه:

(1) وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 589-590.

(2) حيث قُضي بأنه: "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - ان الحكم النهائي له قوة الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام، وكان الثابت من الحكم الصادر من المحكمة التأديبية بمجلس الدولة، ان المحكمة قضت في 27/6/1987 بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وبإحالتها الى محكمة دمنهور الابتدائية، بعد ان قطعت في اسباب حكمها والمرتبطة بمنطوقه ان القرار الصادر بإنهاء خدمة الطاعن وهو من العاملين بالقطاع العام بسبب العمل بدون اذن لدى جهة اجنبية او للانقطاع عن العمل لا يعد جزءاً تأديبياً بالفصل من الخدمة، وكان هذا القضاء قد اصبح نهائياً بعدم الطعن عليه، وكانت المحكمة المحال اليها تلتزم بنظرها تطبيقاً لنص المادة 110 من قانون المرافعات، فانه يتمتع على الطاعن العودة الى المجادلة في طبيعة القرار الصادر من المطعون ضده او اعادة طرح مسألة الاختصاص الولائي بنظر الطعن عنه، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فان النعي عليه بهذين السببين يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2691 - لسنة 60 قضائية - بتاريخ 1 - 12 - 1996.

"من الإنصاف في هذا الصدد القول بأنه من الأوفق تشريعياً أن يترك حكم الإحالة بين جهتي القضاء ومن حيث مدى التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها للقواعد العامة ومواد الدستور والقانون المحددة لولاية كل جهة قضائية فلا تلتزم بها المحكمة المحال إليها إلا إذا كان موضوع الدعوى المحالة مما يدخل ضمن ولايتها الفصل فيه، احتراماً لقواعد الاختصاص المتعلقة بالولاية وهي دقيقة الصلة بالنظام العام الدستوري والقضائي في البلاد بذات الدرجة المقررة لقاعدة حجية الشيء المحكوم فيه"⁽¹⁾.

وإذا كنا نؤيد حكم دائرة توحيد المبادئ سالف الذكر في إنكار فكرة عدم تجزئة الولاية بين جهتي القضاء، ولكن لنا تعليق وتحفظ، أما عن التعليق فلا يُقصد من عبارة "ما لم يكن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة منعدماً" أن يكون منعدماً بسبب عدم احترام الاختصاص الولائي (الوظيفي) لكل من الجهتين، وإلا أفرغ الحكم سالف الذكر من مضمونه، ولكن يُقصد منها ألا يكون الحكم منعدماً بسبب الحكم في مسألة تخرج عن ولاية القضاء المصري عموماً. أما عن التحفظ، فمحلّه مساواة حكم مجلس الدولة اتصال قواعد الاختصاص الولائي بالنظام العام بذات درجة اتصال حجية الأمر المقضي، إذ نؤيد علو الحجية على قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) الموزع على الجهتين، على أساس علو اعتبارات النظام العام التي تمليها الحجية من استقرار الحقوق والمراكز على اعتبارات النظام العام التي تمليها قواعد

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 3803 لسنة 35 قضائية - دائرة توحيد المبادئ - بتاريخ 1992-06-06 مكتب فني 37 ج 1 ص 22.

التنظيم القضائي التي تهدف تنظيم العمل داخل مرفق القضاء المصري على عكس الحال بالنسبة لاعتبارات النظام العام التي تملئها ولاية القضاء العامة المرتبطة بسيادة الدولة المرتبطة بالمصالح العليا في البلاد.

التوجه الثالث (علاقة القاعدة بالاستثناء) (1):

مضمونه أن الولاية لا تتجزأ بصفة مطلقة ولا تتوزع أيضاً بصفة مطلقة، فيعتبر هذا التوجه العلاقة بين القضاء العادي وغيرها من الجهات الأخرى، علاقة القاعدة بالاستثناء (2)، وأساس ذلك أن القضاء العادي هو صاحب الولاية القضائية العامة في جميع المنازعات ما لم يستثن القانون غير ذلك بموجب المادة 190 دستور والمادة 15 من قانون السلطة القضائية (3).

(1) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص 264-265. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، طبعة منقحة سنة 2009، ص 571-572.

(2) حيث قُضي بأن: " المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للقضاء فتختص بالفصل في كافة المنازعات أياً كانت نوعها وأياً كان أطرافها ما لم تكن إدارية أو يكون الاختصاص بالفصل فيها مقررًا بنص الدستور أو القانون لجهة أخرى استثناء لعله أو لأخرى فليست العبرة بثبوت العلة وإنما بوجود النص ". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 538 - لسنة 46 قضائية - جلسة 27-2-1983 - مكتب فني 34 - ج1 - ص 561.

(3) المادة 190 من الدستور المصري الحالي تنص على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، التي

وبناءً عليه، إذا صدر حكم من القضاء العادي متعدياً على ولاية جهة القضاء الأخرى أو الخاصة، فحكمها يحوز حجية التي تعلو على النظام العام أمام كل جهات القضاء، والعكس غير صحيح فإذا صدر حكم من الجهات الأخرى - غير القضاء العادي- متعدياً على ولاية القضاء العادي فيعد الحكم منعماً، لأن ولايتها محددة وقاصرة على مسائل أنشئت من أجلها⁽¹⁾، وبالتالي تفقد قاعدة علو الحجية أحد مفترضاها وهو وجود الحكم.

ب- علو حجية الحكم على قواعد عدم صلاحية القاضي المطلقة:

إن علو حجية الحكم على قواعد عدم صلاحية القاضي المطلقة ليس محل إجماع فقهي وقضائي، حيث يرى جانب من الفقه أن انتفاء صلاحية القاضي لنظر الدعوى والفصل فيها مطلقاً يؤدي إلى انعدام الحكم وتجريده من آثاره القانونية منذ

تحال اليها، ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

(1) بينما يذهب البعض الآخر إلى أن هذه العلاقة أي علاقة القاعدة بالاستثناء مستبعد منها علاقة القضاء العادي بالمحكمة الخاصة (الدستورية العليا). انظر: وجدي راغب الإشارة السابقة في رسالته للدكتوراه.

صدوره⁽¹⁾، أو عيب جسيم في الحكم يمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه⁽²⁾، وهو الاتجاه الذي يؤيده القضاء المصري العادي والإداري⁽³⁾.

بينما يرى الاتجاه الآخر مؤيداً من بعض الأحكام القضائية ومنها حكم من المحكمة الدستورية العليا⁽⁴⁾ أن هذا العيب لا يؤثر في وجود الحكم، بل يظل قائماً يرتب

(1) أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة الدكتوراه، جامعة القاهرة 1959 - بند 349.

(2) فتحي والي، المبسوط، ج1، ص417، بند 166.

(3) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 10029 - لسنة 83 قضائية - جلسة 24-3-2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2353 - لسنة 55 قضائية - جلسة 22-3-1990 - مكتب فني 41 - ج1 - ص819. وفي القضاء الإداري انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 2170 - لسنة 31 قضائية - جلسة 21-4-1991 - مكتب فني 36 - ج 1 - ص32.

(4) رمزي سيف، الوسيط - ط6-1965، بند 58. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط1964، بند 61. وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص596. وقُضي بأن: "قيام حالة من أحوال عدم الصلاحية لدى القاضي من شأنه أن يعرض عمله أو قضاؤه للبطلان الذي لا يكون التمسك به أصلاً إلا عن طريق الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة ووفقاً للإجراءات والمواعيد التي رسمها القانون وذلك نأياً عن المساس بحجية الأمر المقضي". حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 2 - لسنة 5 قضائية - جلسة 7-4-1984 - مكتب فني 3 - ج1 - ص395.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: "ذلك أن الفقرة الخامسة من المادة 146 من قانون المرافعات تنص على أن يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال الآتية: - إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً.... إلخ"، ونصت المادة 1/147 من القانون المذكور على أن "يقع باطلاً عمل القاضي

آثاره، ومنها الحجية التي تعلق على النظام العام وإن كان العيب مؤثراً في صحته⁽¹⁾.

وفي اعتقادنا، وكما قلنا سابقاً⁽²⁾ أنه لا يُلتجأ إلى نظرية الانعدام إلا على سبيل الاحتياط، وحيث لا تسعف نظرية البطلان، وإذا كان المشرع نص على البطلان في المادة 147 مرفاعات نتيجة توافر حالة من حالات عدم الصلاحية المطلقة، فلا مجال لإعمال الانعدام، ولا يُحاج ذلك بأن البطلان المنصوص عليه في المادة 147 هو بطلان مطلق، ولو كان المقصود من النص هو الانعدام ما كان نص على هذا البطلان الذي إذا أصاب حكم محكمة النقض الذي يجيز للخصم طلب إلغائه، ولذا يبقى الحكم قائماً حتى يتم إلغاؤه.

أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة المذكورة ولو تم باتفاق الخصوم" ومؤدى هذين النصين أن القاضي إذا ما كشف عن اعتاقه لرأي معين في دعوى سابقة متصلة بالدعوى المطروحة عليه فإن ذلك يفقده صلاحيته للحكم فيها وإذا ما حكم وقع حكمه باطلاً، ولما كانت أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى تتعلق بالنظام العام فيجوز التمسك بها أو بإحداها لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي يتمكن بها من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب والحكم في الدعوى على موجب". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1371 - لسنة 48 قضائية - جلسة 20-1979-6 - مكتب فني 30 - ج2 - ص718. كذلك انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1152 - لسنة 47 قضائية - جلسة 28-5-1979 - مكتب فني 30 - ج2 - ص464.

(1) انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص65، هامش (1). محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام مرجع سابق، ص81-82، بند 25.

(2) راجع الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

ونضيف أيضاً أنه في نص قانون المرافعات على إعادة النظر في حكم محكمة النقض حال توافر إحدى حالات عدم الصلاحية المطلقة في أحد قضاتها⁽¹⁾ تأكيداً على قاعدة العلو ذاتها، لأن إعادة النظر تقتض أن يرد على حكم موجود وليس منعماً⁽²⁾، وما يعضد من ذلك أن المشرع جعل إعادة النظر في الحكم المعيب

(1) وهي حالة وحيدة تسحب فيها محكمة النقض حكمها ويطلق عليه الفقه تعبير دعوى بطلان أصلية يمكن تقديمه في أي وقت ولا يخضع لميعاد الطعن بالنقض لان إعادة النظر أو السحب أو دعوى البطلان ليس طعناً. انظر: أحمد هندي، أحكام محكمة النقض آثارها وقوتها دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، بند 32، ص 255-256.

(2) يرى البعض أنه في حال توافر إحدى حالات عدم الصلاحية المطلقة في أحد قضاة محكمة النقض فيكون الحكم منعماً على الرغم من أنه ذهب إلى أن الأصل أنها تؤدي إلى إبطال الحكم. انظر: محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 81-81، بند 25.

قال بعض الفقه الفرنسي أن يجب على محكمة النقض أن ترتكن إلى نفسها لتقويض آثار حكم صدر مخالفة لقواعد آمرة. انظر: محمد حسام محمود لطفي، سحب أحكام محكمة النقض، ص 17. إن محكمة النقض المصرية ترفض سحب أحكامها في المواد المدنية، حتى ولو خالف الحكم قاعدة آمرة أو قاعدة متعلقة بالنظام العام على عكس الدوائر الجنائية في محكمة النقض أجازت السحب في بعض الأحوال مغلبه الصالح العام.

بينما في الدوائر المدنية، رفضت محكمة النقض تعيب حكمها ولو كان سند الطالب في ذلك هو العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تنص عليه المادة الرابعة من القانون 56 لسنة 1959 أو حتى مجرد سبق صدور حكم آخر لمحكمة النقض أو عدم دستورية القانون الذي على أساسه حكم النقض أو انعدام حكم النقض لبطلان إعلان تقرير الطعن أو بطلان صحيفة الطعن لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض.

نقض مدني 2 ديسمبر 1969، مجموعة المكتب الفني س 20، رقم 173، ص 1127، ونقض مدني 2 فبراير 1977، مجموعة المكتب الفني، س 28، رقم 71، ص 359. نقض مدني 10

بسبب عدم صلاحية القاضي مطلقاً الصادر من محكمة النقض أمام ذات المحكمة كطريق طعن خاص، وليس أمام محكمة أدنى كما في حالة دعوى البطلان لانعدام

مارس 1985، طعن رقم 591، س 51 ق (حكم غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). نقض مدني 7 فبراير 1974، مجموعة المكتب الفني، س 25، رقم 7، ص 45. نقض مدني، 30 يونيو 1970، مجموعة المكتب الفني، س 21، رقم 175، ص 1092. مشار إليهم في: محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 29.

وقضت محكمة النقض بأنه: " لما كان المشرع لم يخول حق السحب لمحكمة النقض، بصريح نص المادة 147 من قانون المرافعات القائم - والمقابلة للمادة 314 من قانون المرافعات السابق - إلا في حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم،...، أن هذه هي الحالة الوحيدة التي يحق فيها للدائرة المدنية بالمحكمة أن ترجع عن قضائها وتسحب حكمها ولئن ذهبت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض إلى سحب الأحكام الصادرة فيها إذا وقع فيها خطأ مادي بناء على تظلم المحكوم عليه، فإن القضاء الجنائي يتعلق في صميم بالأرواح والحريات وللنيابة العامة دور هام فيها باعتبارها الممثلة للمجتمع بخلاف القضاء المدني الذي تعرض عليه خصومات مردهة بين الأفراد وتتصل بأموالهم ويدعى كل خصم فيها حقاً يناهض حق الآخر، ويوازن القاضي بين دفاع كل منهما ويرجح أحدهما، الأمر الذي يستلزم بطبيعة الحال استقرار المراكز القانونية وعدم قلقتها، فلا تجوز المحاجة بما درجت عليه الدائرة الجنائية للمحكمة في هذا الخصوص. لما كان ما سلف وكانت أحكام محكمة النقض - طبقاً للمستقر في قضاء هذه المحكمة - لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، وهي واجبة الاحترام فيما خلصت إليه أخطاءً أم أصابت، وكان ما ينعتها الطاعن على الحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ 7 / 5 / 1974 من أنه تضمن العدول عن مبادئ قانونية قررتها أحكام سابقة دون إحالة على الهيئة العامة خلافاً لما يقضى به قانون السلطة القضائية، أو أن من حقه طلب سحب الحكم لارتكازه أساساً على بطلان صحيفة الطعن تبعا لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض لا تدرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها تحديداً وحصرًا في المادة 147 من قانون المرافعات، فإن الطعن يكون غير مقبول". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 770 - لسنة 44 قضائية - جلسة 2-2-1977 - مكتب فني 28 - ج 1 - ص 359. ولمزيد من التفاصيل انظر: أحمد هندي، أحكام محكمة النقض مرجع سابق، ص 256.

الحكم، كإصرار من المشرع على عدم الخروج عن قاعدة عدم جواز مهاجمة الحكم بدعوى البطلان نتيجة اكتسابه للحجية.

ونتيجة لما سبق، إذا سائرنا الاتجاه الأول فلا مجال لتطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام لانتفاء أحد مفترضاتها وهو أن نكون أمام حكم موجود (غير منعدم)، بينما وفقاً للاتجاه الثاني الذي نؤيده يمكن تطبيق القاعدة، بحيث إذا صدر الحكم من قاض غير صالح لنظر الدعوى مطلقاً فتعلو قواه على النظام العام⁽¹⁾.

(1) تطبيقاً لذلك فُضي بأنه: " لئن كان ظاهر نص المادة 146 المشار إليه يفيد أن إبداء الرأي يلزم أن يكون في ذات القضية المطروحة، إلا أنه ينبغي أن يفسر ذلك بالمعنى الواسع، فيؤخذ به متى كانت الخصومة الحالية مرددة بين نفس الخصوم ويستدعي الفصل فيها الإدلاء بالرأي في الحجج والأسانيد التي أثرت في خصومة سابقة يكون القاضي قد عرض لها وأدلى برأيه لدى فصله فيها، مما تعتبر معه الخصومة الحالية استمراراً لها فيصبح بالتالي هذا القاضي غير صالح لنظرها ممنوعاً من الفصل فيها. أما إذا كان القضاء في الدعوى السابقة توافرت فيه مقومات القضاء الحائز لقوة الأمر المقضي بصيرورته نهائياً فإن إصدار القاضي لهذا القضاء لا يحول دونه والفصل في الخصومة الحالية والمثار فيها ذات الحجج والأسانيد السابق له إبداء الرأي فيها، باعتبار أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام وأن حجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة تلتزم بها المحكمة التي أصدرته وكذلك أي محكمة أخرى غيرها". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8121 - لسنة 81 قضائية - بتاريخ 11 - 6 - 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

المطلب الثاني

النطاق السلبي لتفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام

(الاستثناءات التي ترد على قاعدة علو الحجية على النظام العام)

صحيح أن التفسير القضائي الواسع لحجية الحكم التي تعلو على النظام العام وسع من شأن تطبيق القاعدة وتفعيلها، ولكن قاعدة العلو ليست قاعدة مطلقة تُفعل في كل الحالات التي تتعارض فيها الحجية مع النظام العام، بل عليها استثناءات وقيود تحد من تفعيلها، ونقصد من هذه الاستثناءات أنه في إطارها لن تعلو الحجية على النظام العام، بل سيكون تفعيلها عكسياً، أي أن النظام العام هو الذي يغلب حجية الأمر المقضي و يسمو عليها، فكما قلنا عند التعرض للتدرج في اعتبارات النظام العام كأساس فني لقاعدة العلو، فتوجد اعتبارات للنظام العام تكون لها الغلبة عن اعتبارات النظام العام التي ترمي لها حجية الأمر المقضي، وهي اعتبارات تُناقض فكرة الاستقرار في الحقوق والمراكز، وهذه الاستثناءات هي النظام العام الإسلامي والغش (فرع أول)، والطعن، وعدم التناقض، والحكم بعدم الدستورية (فرع ثان)، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية (النظام العام الإسلامي) والغش

من الاستثناءات أو القيود التي ترد على قاعدة علو الحجية على النظام العام القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية المتعلقة بالنظام العام الإسلامي، فيبدو أن الأخيرة هي التي تعلق على الحجية. كما أنه إذا كانت القاعدة أن الغش يفسد كل شيء، فهل الغش يفسد الحجية بحيث تكون قيدها على علو على النظام العام؟ وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: النظام العام الإسلامي قيد على قاعدة العلو

إن القواعد القطعية الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية هي التي يكون مصدرها الكتاب أو السنة أو الإجماع وتشكل النظام العام الإسلامي⁽¹⁾، ونسبة الحجية للحكم القضائي مشروط بعدم مخالفته لتلك القواعد، فالأخيرة تعد قيدها على قاعدة علو الحجية على النظام العام، وبالتالي إذا صدر حكم مخالفاً لهذه القواعد القطعية فلا تعلق حجية الحكم، بل تعلق القواعد القطعية.

(1) لذلك قُضي بأن: "مدد العدة الشرعية وهي مقررة حقاً لله تعالى وتنزل منزلة النظام العام الإسلامي، بما يحقق مصلحة مشتركة للمطلق والمطلقة كليهما، وللغير حسن النية". (جمهورية مصر العربية | المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 14 لسنة: 30 قضائية بتاريخ: 5-12-2015). وكنا قد تعرضنا إلى علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر وسبب ذلك، راجع ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

ويؤسس البعض قيد القواعد القطعية الشرعية على قاعدة علو الحجية من منظور قانوني على أن القضاء الذي خالف تلك الأحكام شابه عيب تجاوز القاضي لسلطته⁽¹⁾ واعتدائه على السلطة التشريعية وهو ما يؤدي إلى انعدام الحكم وتجرده من آثاره⁽²⁾. أما إذا صدر القاضي حكمه في المجتهديات أي في قواعد ظنية الثبوت

(1) وهو بموجب المادة 3-639 من قانون المرافعات الفرنسي طريق طعن خاص مفتوح مدته يُقدم من النائب العام، بالتفصيل في الطعن لتجاوز السلطة انظر: سحر عبد الستار، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة (طلب إبداء الرأي - الطعن لتجاوز السلطة)، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

(2) حيث قُضي بأن: "فقهاء الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وإن لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام على إطلاقه إلا أنه بإمعان النظر في الاستثناءات التي وردت عليه يتضح أنها ليست في الواقع إلا وجوها لإعادة النظر في النزاع تقابل وجوه الطعن في الأحكام المقررة في القوانين الحديثة ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أفردت باباً خاصاً لطرق الطعن فيها وذلك فيما عدا حالة ما إذا خالف الحكم نصاً في القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فقد أوجبوا على القاضي إبطاله وإهدار ماله من حجية". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 61 - لسنة 56 قضائية - جلسة - 1988-3-29 مكتب فني 39 - ج 1 - ص 541.

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن: "...الحكم المتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها دليلاً يخضع من ناحية صحته و قوته و أثره القانوني - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لأحكام الشريعة الإسلامية و مقتضاها أنه إذا خالف الحكم نصاً من القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فإنه يبطل ، و إذا عرض على من أصدره أبطله و إذا عرض على غيره أهدره و لم يعمله لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضي إلا إذا اتصل به قضاء في محل مجتهد فيه ، لما كان ذلك ، و كان الحكم الصادر في الدعوى رقم أحوال شخصية كلى المشار إليه قد خالف نص المادة 11 فقرة أولى من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 التي تنص على أن " للزوج فرض النصف عند عدم الولد و ولد الابن و إن نزل " عملاً بقوله تعالى في سورة النساء و لكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد " بأن خص والدة المتوفاة -

والدلالة فهو يرتب آثاره، وإن خالفها حتى لو بان في وقت لاحق خطأ اجتهاد القاضي، والاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد⁽¹⁾، ولذلك فإن قيد النظام العام الإسلامي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقيد انعدام الحكم وفقاً لهذا التأسيس.

ولدينا، كما بيّنا من قبل، أن أساس اعتبار القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية قيداً على علو الحجية على النظام العام هو علو تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي الثابت على سائر الأنظمة العامة المتغيرة زمنياً ومكانياً، كالنظام العام

المطعون ضدها الأولى - بمقدار 8 ط من 24 ط تنقسم إليها التركة و الأخت الشقيقة بمقدار 12 ط من 24 ط من التركة و لم يحدد نصيباً للزوج إذ لم يفتن إلى أنه باحتساب نصيب الزوج تعول المسألة و يكون نصيب الأم - المطعون ضدها - 8 ط من 32 ط تنقسم إليها التركة و ليس من 24 قيراطاً و ترتب على ذلك أن الحكم المذكور قد إفتات على النصيب الشرعي للزوج - المطعون ضده الأخير - فخرج على النص و ما انتهى إليه الإجماع في حالة العول بعد ثبوت انتفاء شبهة المخالفة عن ابن عباس بما ينقصه و إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فحجب نفسه عن بحث ما يترتب على إهدار الحكم رقم ... أحوال شخصية كلى... و بيان النصيب الشرعي ميراثاً لأطراف الخصومة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 258 - لسنة 40 قضائية - جلسة 23-6-1975 - مكتب فني 26 - ج2 - ص1241.

(1) احمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص110-111، بند 75.

وفي اعتقادنا فإن حجية الأمر المقضي للحكم تعلق على القواعد المتعلقة بالنظام العام المبنية على القواعد الشرعية الاجتهادية حتى لو أجبر القانون القاضي على تطبيق مذهب معين مثل المذهب الحنفي وفقاً للقانون المصري، إذ لا يعد الحكم عندئذٍ معدوماً.

الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، التي تقف في أعلى مراتبها حجبة الأمر المقضي كما بينا سابقاً تطبيقاً لفكرة التدرج في الأنظمة العامة⁽¹⁾.

لذلك قُضي بأن: "مسائل الأحوال الشخصية... الأحكام الصادرة فيها تكون لها حجبة مطلقة قبل الكافة، إلا أن تلك الحجبة وإن كانت من الأمور المتعلقة بالنظام العام، بل وتسمو على اعتباراته، مشروطة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بألا يخالف الحكم نصاً في القرآن أو السنة أو إجماع الفقهاء وإلا كان باطلاً، فإذا عرض على من أصدره إبطاله، وإذا عرض على غيره إهداره ولم يعمل له لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضي"⁽²⁾.

ولكن هل قيد القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية يعد قيداً خاصاً على علو حجبة الأحكام القضائية في مسائل الأحوال الشخصية فقط كما يدعي البعض⁽³⁾ أم

(1) راجع: فكرة التدرج في النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 111 - لسنة 54 قضائية - جلسة 27-12-1984 - مكتب فني 35 - ج 2 - ص 2268.

(3) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 110، بند 75. ويقصد بها مسائل الأسرة مثل الزواج والطلاق والنبوة انظر: حسام كمال الدين الاهواني، مرجع سابق، ص 153. وعرفت محاكمة النقض بقضائها: "هي مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية والتي رتب القانون عليها أثر في حياته الاجتماعية لكونه إنساناً ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً، وكونه أباً أو أبنياً، وكونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، باعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية، أو حالات أو صفات معينة يرتب عليها القانون أثراً في حياة

أنه قيد عام في كل المسائل حتى العينية التي يكون مصدرها المباشر قواعد
الشريعة الإسلامية؟

صحيح أن المقصود بالنظام العام الإسلامي الذي يعد قيداً على علو الحجية ويهدر
ما للحكم من حجية ليس مبادئ الشريعة الإسلامية عامة، بل القواعد الشرعية
قطعية الثبوت⁽¹⁾، إلا أن مفهوم القواعد الشرعية القطعية في اعتقادنا لا ينحصر
فقط في القواعد المستمدة مباشرة من القرآن أو السنة أو الإجماع، بل تمتد أيضاً
لكل القواعد المستنبطة من تلك القواعد القطعية المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة
وغيرهما، لأنها متعلقة بالنظام العام الإسلامي الذي يعلو على سائر اعتبارات
النظام العام الأخرى.

ويترتب على ما سبق، أن القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي التي تعلق على
حجية الأمر المقضي، لا تقتصر فقط على قواعد الأحوال الشخصية، بل كل
القواعد شريطة أن يكون مصدرها النصوص الشرعية القطعية إما بشكل مباشر

الأشخاص الاجتماعية". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 111 - لسنة 54 قضائية
- جلسة 27-12-1984 - مكتب فني 35 - ج 2 - ص 2268.

(1) حيث قضي بأن: "إيراد الدستور لاصطلاح "مبادئ الشريعة الإسلامية" في إطلاقه، يكشف
عن أن مقصود المشرع الدستوري هو أن يجمع بهذا الاصطلاح بين مصادر الشريعة الإسلامية
بدرجات القطعية في ثبوتها ودلالاتها، وبين فقه الشريعة الإسلامية بتنوع مناهجه وثناء اجتهاداته
وتباين نتائجها زماناً ومكاناً". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8365 - لسنة 64
قضائية - جلسة 26-2-2001 - مكتب فني 52 - ج 1 - ص 366.

(كالمواريث مثلاً⁽¹⁾)، أو غير مباشر، على اعتبار الشريعة الإسلامية هو مصدر أصلي أو احتياطي كما ينص على ذلك القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك، توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الإسلامي تغلو أيضاً على حجية الأمر المقضي للحكم في المسائل الإجرائية، التي لم يرد بها نص في قانون

(1) تنص المادة 1/875 من القانون المدني المصري على أن: "1- تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها". وتنص المادة 1/915 على أنه: "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها".

(2) تنص المادة 2/1 من القانون المدني على أنه: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وتنص المادة 32 من ذات القانون على أنه: "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

قد يكون مصدر قيد النظام العام الإسلامي (أحكام الشريعة الإسلامية القطعية) على قاعدة علو الحجية بنص القانون ذاته، فيكون مصدر علو أحكام الشريعة على القانون وبالتالي على حجية الأحكام هو القانون ذاته، كأن ينص القانون على عدم تطبيقه فيما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما هو الحال في قوانين العقوبات في بعض الدول العربية مثل دولة الإمارات. وتطبيقاً لذلك، ستعلو القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي على حجية الأمر المقضي للحكم في المسائل الجنائية، فاعتبارات النظام العام لعفو أولياء الدم عن القصاص يعلو على اعتبارات حجية حكم القصاص. دولة الإمارات العربية المتحدة - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 161 - لسنة 2010 قضائية - بتاريخ 3 - 2 - 2014. وحكم المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 73 - لسنة 2010 قضائية - بتاريخ 17 - 2 - 2014.

المرافعات، كمسألة الاعتداد بأي الحكمين المتناقضين النهائيين⁽¹⁾ أو في قانون الإثبات، كمسألة عدم جواز الشهادة عند وجود خصومة بين الشاهد والمشهود عليه لما ورد في الحديث النبوي الشريف⁽²⁾، وعندئذٍ تعلق هذه القاعدة المستمدة من السنة على حجية الحكم.

(1) كما هو الحال عند الاعتداد بأي من حكيمين نهائيين متناقضين. حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "صنوع حكيمين متناقضين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومؤداها إذا سقط الأصل يصار إلى البديل ولا حجية مع تناقض، فإذا تناقض متساويان تساقطتا وتماحيا ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدي من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقييد بأي من هذين الحكيمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأي الذي يعتد بالحكم الأسبق بمقولة إنه الأولى لأنه لم يخالف غيره ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه في السابق بل الأولى هو إطرأها والعودة للأصل بأن يتحرى القاضي وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2204 - لسنة 76 قضائية - جلسة 10-9-2007 - مكتب فني 58 - ص 671).

(2) قضت محكمة النقض بأنه: " فقد ورد في الحديث الشريف (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحنة) وإذ خلت مواد قانون الإثبات المنظمة لشهادة الشهود من نص يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والخصم المشهود عليه فليس أمام القاضي من سبيل إلا أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعاً للشهادة باعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيسي للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور والمرجع الأصيل للقضاء عند غياب النص وعدم وجود العرف طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2843 - لسنة 61 قضائية - جلسة 28-1-1996 - مكتب فني 47 - ج 1 - ص 240.

ثانياً: مدى اعتبار الغش قيماً على تطبيق قاعدة العلو

إذا كان المسلم به أن الغش يفسد كل شيء (fraus omnia corrumpit (fraud spoils everything)، فهل الغش يفسد حجبة الحكم أم الحجبة تعلق على الغش؟

الاتجاه الأول: يرى البعض أن الحجبة لا تعلق على النظام العام إذا كان الحكم منطوياً على غش أو التواطؤ بين الخصمين، فيحوز الحكم حجبة الأمر المقضي

على الرغم من أن محكمة النقض في رفضها فكرة "سحب أحكام محكمة النقض" المخطئة قانوناً قضت بأنه لا مجال لتطبيق نص المادة الأولى من القانون المدني لما كان ما تقدم كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات المدنية وهي المشتملة على الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وبكيفية الفصل في الدعوى وقواعد إصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساساً في مجموعة المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم 13 لسنة 1968 والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى، فإنه لا محل للمحاجة في هذا المجال بما تقتضيه المادة الأولى من التقنين المدني من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعي، باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التي تبيئتها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضائها، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التي بمقتضاها تؤدي هذه الحقوق، بحيث تلزم الشكلية كي يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التي نص عليها القانون ضماناً لسير القضاء ومنعاً من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 770 - لسنة 44 قضائية - جلسة 2-2-1977 - مكتب فني 28 - ج 1 - ص 359.

حتى لو كان البطلان بسبب مخالفة النظام العام، ما لم يكن مشوباً بالغش أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين⁽¹⁾.

ويؤسس القضاء المصري هذا الاتجاه على نظرية الانعدام، إذ قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه إجراءاتها فإن عدم إعلانها أو إعلانها للخصم بطريق الغش في موطن آخر غير الموطن الواجب إعلانها بها فيه يترتب عليه اعتبار الحكم الصادر فيها منعماً، ولا تكون له قوة الأمر المقضي، ولا يلزم الطعن فيه أو رفع دعوى أصلية ببطلانه بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده⁽²⁾.

(1) سليمان مرقس، أصول الإثبات، فقرة 177، ص 306 مشار إليه في السنهوري، مرجع سابق، بند 351، ص 605. وانظر أحكام القضاء المشار إليها في هامش (1).

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2384 - لسنة 54 قضائية - جلسة 4-1990 - مكتب فني 41 - ج 1 - ص 917، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 886 - لسنة 69 قضائية - جلسة 25-1-2001، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وانظر: سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي (الغش في التقاضي والتنفيذ)، دار النهضة العربية، ص 248، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 10158 - لسنة 78 قضائية - جلسة 8-1-2012 - مكتب فني 63 - ص 80، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 17118 - لسنة 79 قضائية - جلسة 22-1-2011.

وفي القضاء الانجلوسكسوني، وفي حين أن القرارات الخاطئة إلى حد كبير يمكن أن تتمتع بدرجة عالية من الحصانة من التغيير اللاحق، فإن هذه الحصانة لا تشمل القرارات التي يتم الحصول عليها عن طريق الممارسة غير العادلة أو الغش. وفي الحالات التي يكون فيها الفائز بمسابقة الطب الشرعي متورطاً في نوع من "اللعب الكريه"، فإن الاكتشاف اللاحق والكشف عن سوء

الاتجاه الثاني: يرى أن الغش لا يعتبر سبباً لدعوى بطلان الحكم، يعني أنه لا يؤدي إلى انعدام الحكم بل يصلح أن يكون سبباً للالتماس إعادة النظر⁽¹⁾، وقضت محكمة النقض الفرنسية أن الحكم النهائي المبني على ورقة مزورة يظل حائزاً لحجية الأمر المقضي، طالما لم يتم رفع التماس بشأنه، لأن قاعدة أن الغش يفسد

سلوكه قد يعيد إثارة النزاع الذي وضع كسند للقرار. حجية الأمر المقضي به *Res judicata* تفقد إلزاميتها عندما لا تتبع عن منازعة عادلة: الغش يفسد كل شيء.

“ While even substantively erroneous decisions can enjoy a high degree of immunity from subsequent change, this immunity does not extend to decisions obtained through unfair practice or fraud. Where the winner of the forensic contest has engaged in some sort of "foul play," subsequent discovery and revelation of his misconduct may revive the dispute laid to rest in the decision. *Res judicata* loses its bindingness when it does not emanate from a fair contest: *fraus omnia corrumpit* (fraud spoils everything) ”.

MIRJAN R. DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY 145-46 (1986).at 145

(1) انظر: نقض مدني 1990/11/20 في الطعن رقم 162 لسنة 58 ق مشار إليه في: فتحي والي، المبسوط، بند 157، ص 453 والهامش رقم (5).

فالغش بفرض وقوعه لا يعتبر سبباً لإلغاء الأحكام الانتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو في صورة دفع لدعوى مبتدأه، وإنما هو سبب للالتماس إعادة النظر فيها، وهذا الطريق لا يقبل في أحكام محكمة النقض التي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وهي نهاية المطاف في الخصومة. (محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 290 - لسنة 35 قضائية - جلسة 11-6-1970 - مكتب فني 21 - ج 2 - ص 1031).

كل شيء، ولكن الغش لا يفسد الحجية ولا يمنع من تطبيقها إلا إذا رفع التماس بناء على هذا السبب⁽¹⁾.

وهدياً بما تقدم، فنحن أمام اتجاهين قضائيين فقهيين رئيسيين الأول يرى أنه ورغم إمكانية الالتجاء إلى طرق الطعن، فيمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه، ويعتبر الغش سبباً للانعدام فهنا يعلو الغش على حجية الحكم وليس العكس. بينما يرى الاتجاه

(1) Cour de cassation Chambre commerciale Cassation 16 novembre 2010 N° 09-71.935. « qu'il en résulte que la décision judiciaire du Tribunal de grande instance de Toulon du 2 février 1998, même rendue sur une pièce reconnue fautive produit ses effets sans que l'adage *fraus omnia corrumpit* puisse faire écarter l'application de l'article 1351 du code civil, sauf à provoquer la révision sur ce fondement ; que, sans méconnaître le principe de loyauté, après avoir relevé que la déclaration de créance se fondait, non sur l'acte faux, mais sur une décision de justice ayant condamné M. X... dont il n'a pas relevé appel et dont il a été, en conséquence, débouté de la procédure en révision, la décision de justice devenant ainsi définitive, la cour d'appel a, à bon droit, statué ».

وهكذا في النظام القضائي الانجلوسكسوني، حيث قضت محكمة الاباما العليا بأن يظل يحوز الحكم الحجية والأثر المانع من تجديد الدعوى وأطرافها لم يحظوا بفرصة المشاركة. راجع الحكم: The Alabama Supreme Court gave claim-preclusive effect to a prior judgment that the parties to be bound did not have an opportunity to participate. *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793 (1996). 797 n.4. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/793/>. *Solum*, supra note 37, at 255.

الثاني بأن الغش ليس سبباً لانعدام الحكم، ويترتب على هذا الاتجاه عدم اعتبار الغش قيماً على علو حجية الحكم على النظام العام، لأن حجية الحكم تصلح سبباً لطرق الطعن العادي وغير العادي.

وفي اعتقادنا - وتوفيقاً بين الاتجاهين السابقين - أن الغش إذا أصاب الإجراءات المؤثرة في الحكم أو أصاب الحكم ذاته، فيؤدي ذلك بحسب الأصل إلى بطلان الحكم لا انعدامه، لأن الغش يمكن معالجته قانوناً بطرق الطعن سواء بالاستئناف أو الالتماس أو النقض، وبالتالي يظل الحكم الذي أصابه الغش متمتعاً بالحجية التي تعلق على النظام العام، حتى يُلغى بطرق الطعن المقررة، إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أدى الغش ذاته إلى حرمان الخصم من ممارسة مُكنة معالجته، كما لو حرم الخصم حق الطعن ذاته كوسيلة معالجة للغش، كأن يُغلق باب الطعن لسبب بعيد عن إرادة الخصم ضحية الغش، كما لو صدر الحكم ضد الخصم في قضية لم تصل إلى علمه بسبب الغش، ولم يتمكن بالتالي من ممارسة الطعن. فالغش هنا لم يصب الحكم فقط بل حرمه حتى من النعي عليه بالطعن فيه، فمن العدالة عندئذ أن يُفتح المجال له للنعي على الحكم، بألية استثنائية خاصة، تنصت لصوت العدالة تخرج من العبء الإجرائية لنظام الطعن، تعتبر الحكم الصادر منعماً يصلح محلاً لدعوى أصلية ببطلانه، بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده، وفي هذه الحال، لا يمكن الاحتجاج بأن حجية الحكم المصاب بالغش تعلق على اعتبارات النظام العام.

الحالة الثانية: إذا كان الغش صدر من القاضي نفسه أو اشترك فيه لا من الخصم. فكما يرى البعض⁽¹⁾ - ويؤيده القضاء⁽²⁾ - أنه إذا تبين الغش بعد صدور حكم القاضي، واشترك فيه القاضي، يمكن رفع دعوى ببطلان الحكم مع التعويض ضد القاضي وتسمى بـ "دعوى المخاصمة" المقررة في (م 495 وما يليها من قانون المرافعات)، على الرغم من أن هذا الرأي يجيز الطعن على الحكم المبني على غش من الخصم بطريق الطعن العادي وغير العادي⁽³⁾.

(1) سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي مرجع سابق، ص 254.

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2384 - لسنة 54 قضائية - جلسة 4-1990-4 - مكتب فني 41 - ج 1 - ص 917، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 886 - لسنة 69 قضائية - جلسة 25-1-2001. وانظر: سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي (الغش في التقاضي والتنفيذ)، دار النهضة العربية، ص 248. لنفس المؤلف، الغش نحو القانون، مكتبة دار الحافظ- الإمارات، طبعة 2020.

(3) سواء بالاستئناف (م 221 مرافعات) أو بالتماس إعادة النظر (م 241 مرافعات) أو النقض (م 248) لا سيما لو كان الغش إجرائياً أثر في الحكم ذاته أو في الإجراءات المؤثرة في الحكم. انظر: سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 262-269.

الفرع الثاني

الطعن وعدم التناقض وعدم الدستورية قيود على قاعدة العلو

إن قاعدة علو الحجية على النظام العام يحد من إطلاقها استثناءات أخرى وهي الطعن كقيد على علو القوة الإجرائية للحكم. كما أن التناقض إذا كان يعصف بالثقة العامة وعدم التناقض من غايات الحجية، فلا يتصور الحديث عن علو الأخيرة على النظام العام إذا أدى هذا العلو ذاته إلى التناقض. وأخيراً، نثير التساؤل عما إذا صدر الحكم الحائز للحجية وطبق نصاً قانوناً ما قُضي بعدم دستوريته، فهل يعد القضاء بعدم الدستورية قيوداً على قاعدة علو الحجية على النظام العام؟، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الطعن قيد على قاعدة علو قوة الحكم على النظام العام

بدايةً، عندما نتحدث عن مدى اعتبار الطعن قيوداً على علو الحجية، فلا يتصور الحديث عن الحجية بالمعنى الفني لها كأثر للحكم الابتدائي الموضوعي إذ لا تعارض بينها وبين الطعن، ولكن الحديث عن علو القوة الإجرائية (الحجية بالمفهوم القضائي) للحكم التي إما تكون في درجة قوة الأمر المقضي أو البيوتوتة، وهما درجتان من درجات حصانة الحكم بمعنى عدم المساس به عن طريق الطعن، يصل إليهما الحكم إما بفعل إيجابي وهو استنفاد الطعن في الحكم وصدور قرار في الطعن، أو بفعل سلبي وهو عدم الطعن فيه، وعندئذ لا يجوز المساس بالحكم أمام

محكمة الاستئناف حال حيازته لقوة الأمر المقضي، أو أمام محكمة النقض حال حيازة الحكم البيتوتة، كقاعدة، ولو خالف الحكم النظام العام.

وبمفهوم المخالفة، فإن قبول الطعن في الحكم يحول دون حيازته القوة الإيجابية التي يتمتع بها الحكم لولا قبول هذا الطعن، والتي ستعلو على النظام العام، لأن عدم المساس بالحكم بطريق الطعن هو أصلاً السبب في منح الحكم تلك القوة الإيجابية.

وبمثال يوضح المقال، إذا صدر حكم من محكمة أول درجة باختصاصها (رداً على الدفع بعدم الاختصاص) ثم قضى في موضوع النزاع، فإذا لم يشمل الاستئناف الحكم باختصاص المحكمة تمتع بقوة الأمر المقضي التي تمنع أي خصم من إثارة مسألة اختصاص المحكمة مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف أو حتى محكمة النقض، ولو خالف الحكم المستأنف أو المطعون فيه بالنقض قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، تطبيقاً لقاعدة العلو، بينما لو شمل الاستئناف هذا الحكم لن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضي وبالتالي البيتوتة، وبالتالي لن يجوز الاحتجاج أمام محكمة الاستئناف أو النقض بعلو قوة الأمر المقضي أو البيتوتة على النظام العام⁽¹⁾.

(1) وبالمثل، إذا صدر حكم بقبول الاستئناف شكلاً ثم قضى في الموضوع، وكان تقرير الطعن بالنقض لم يشمل سوى الحكم في الموضوع، فحاز الحكم بقبول الاستئناف شكلاً البيتوتة التي تعلو على النظام العام، والتي تمنع التمسك بمخالفة هذا الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام أمام محكمة النقض. بينما لو قُبل الطعن في الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي كان الطعن بالنقض

وإذا كان الطعن المقبول على الحكم الصريح يعد قيداً على قاعدة العلو، فهل يعد قيداً على ما يتضمنه الحكم الصريح من حكم ضمني؟ ويثار هذا السؤال بصدده مسألة الولاية، فإذا صدر حكم طعين في موضوع النزاع، ولم يشمل الطعن مسألة الولاية، فما مدى علو حجية الحكم الطعين على قواعد الولاية أمام محكمة الطعن، وبالتالي مدى جواز الاحتجاج بهذه القواعد أمامها؟

يوجد اتجاهان متضادان لمحكمة النقض في هذه المسألة، ففي اتجاه غالب، ذهبت إلى أن الولاية مسألة مطروحة حتماً على محكمة النقض، وداخلة في نطاق الطعن ضمناً، لأن كل قضاء في الموضوع يشمل قضاءً ضمناً في الاختصاص الولائي (الوظيفي) سواء أثارها الخصوم في الطعن أم لم يثروها⁽¹⁾، ويترتب على ذلك أنه لا مجال للاحتجاج بقاعدة العلو على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

مشمولاً بقبول الاستئناف لجاز التمسك بمخالفة الحكم للنظام العام وبالتالي لا محل لإعمال قاعدة علو الحجية (بتفسيره القضائي) على النظام العام.

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 3438 - لسنة 78 قضائية - جلسة 26-10-2009 - مكتب فني 60 - ص 829، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1363 - لسنة 54 قضائية - جلسة 15-5-1990 - مكتب فني 37 - ج 1 - ص 7، والطعن رقم 195 لسنة 44 ق جلسة 1/4/1981، الطعن رقم 944 لسنة 51 ق جلسة 28/11/1983، الطعن رقم 1110 لسنة 51 ق جلسة 1/6/1987، الطعن رقم 2283 لسنة 50 ق جلسة 15/6/1987.

(2) وقضت محكمة النقض (الدائرة التجارية والاقتصادية) في أحد ث حكم لها بأنه: " وكان الاختصاص يعد مطروحاً على محكمة النقض ولو لم يرد بشأنه نعي في صحيفة الطعن، ومن ثم فإن النقض الكلي في الموضوع يشمل صحة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم

بينما الاتجاه الآخر من محكمة النقض، وهو المغلوب، يتبنى في الحالة السابقة إعمال قاعدة علو قوة الحكم الإجرائية على النظام العام، بحيث إذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية في موضوع الدعوى ولم يثر الخصم مسألة الولاية في الاستئناف حاز الحكم في مسألة الولاية قوة الأمر المقضي، وبالتالي لا يجوز إثارتها أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض لأول مرة، تطبيقاً لقاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام⁽¹⁾، إذ قضت محكمة النقض بأنه وإن كان لمحكمة النقض من تلقاء نفسها أن تثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون وارداً على الجزء المطعون عليه من الحكم، وإذ كان الثابت أن صحيفة الطعن تقتصر على ما قضى به الحكم في الموضوع ولم تشمل نعيماً على

المطعون فيه ويحوز حكم النقض حجية الشيء المحكوم فيه في هذه المسألة ويمتنع على محكمة الإحالة عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية". انظر: حكم محكمة النقض الدائرة التجارية والاقتصادية، في الطعن رقم 18615 لسنة 88 ق، جلسة 10 ديسمبر 2019، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(1) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 948 - لسنة 44 قضائية - بتاريخ 22 - 3 - 1980. وفي حكم آخر مؤكد قضت محكمة النقض بأنه: " وكان الحكم التمهيدي الصادر من محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 13 فبراير سنة 1991 قد قضى بقبول الطعن شكلاً وهو قضاء قطعي باختصاصها بنظر الطعن في قرار اللجنة وكانت الطاعنة لم تستأنف هذا القضاء واقتصر استئناف المطعون ضده على القضاء في موضوع الطعن فإنه يكون قد حاز قوة الأمر المقضي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام وتغطي الخطأ في القانون فلا يجوز للطاعنة أن تتمسك في طعنها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم العادية". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1045 - لسنة 64 قضائية - جلسة 29-3-2001 - مكتب فني 52 - ج 1 - ص 466. والملاحظ هنا أن قوة الأمر المقضي، التي تعلق على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، حازها الحكم بقبول الطعن شكلاً المتضمن حكماً ضمناً قطعياً بالاختصاص.

ما قضى به في شأن الاختصاص الولائي، فإن ما حكم به ضمناً عن هذا الاختصاص هو قضاء قطعي لم يكن محلاً للطعن، فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام، ومن ثم فإن ما أثارته النيابة من أن القضاء الإداري هو المختص ولأئياً بنظر الدعوى يكون غير مقبول⁽¹⁾.

إن اعتبر مسألة الولاية غير مطروحة بالضرورة على محكمة النقض، وفقاً للاتجاه الثاني، طالما لم يشملها الطاعن في طعنه صراحةً، وعندئذٍ فقط يشكل الطعن على الحكم الموضوعي طعناً على الحكم الضمني في مسألة الولاية وقيداً على علو حجية الحكم على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام.

وهكذا يتبين التخبط القضائي في أحكام محكمة النقض فتارة تعد مسألة الولاية المتعلقة بالنظام العام تعلق على قوة الأمر المقضي على أساس أن الولاية سبب متعلق بالنظام العام مطروح دائماً على محكمة النقض بغض النظر عما إذا كان الحكم في شقه الضمني بشأن الولاية محلاً للنعي في الطعن أم لا، وتارة أخرى تُعلو قوة الأمر المقضي ذاتها على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، إذا لم يكن

(1) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 283 - لسنة 2005 قضائية - بتاريخ 12 - 1 - 2009). على الرغم من أن هذا الحكم عالج مسألة الاختصاص - لا الولاية- من المسائل التي تعرض ضمناً في الحكم في موضوع الدعوى، مثل مسألة الولاية، ولكن عند الطعن فلا بد من أن يرد صراحةً وإلا حاز قوة الأمر المقضي، بينما توجد تطبيقات قضائية ذهبت إلى عكس هذه المنهجية في مسألة الولاية، رغم تعلق الاختصاص والولاية بالنظام العام.

الطعن منصباً صراحةً على الشق الضمني الخاص بشأن الولاية عند القضاء في موضوع النزاع أو الطعن.

وفي اعتقادنا أنه يمكن حل هذا التعارض، بتحديد نطاق لكل اتجاه من اتجاهي محكمة النقض سالف الذكر، إذ أن قواعد الولاية صحيح أنها متعلقة بالنظام العام، ولكن اتصالها بالنظام العام متدرج⁽¹⁾، فالبعض منها ما يكون أكثر اتصالاً من البعض الآخر، ويظهر التدرج في هذا الاتصال في أثر مخالفة هذه القواعد، فقد يترتب على مخالفة بعض قواعد بطلان الحكم كما عند مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص الولائي (أي عند الانتفاء النسبي للولاية) وقد تسحب مخالفة البعض الآخر منها الحكم إلى درك الانعدام كما هو الحال عند مخالفة قواعد الولاية العامة للقضاء (أي عند الانتفاء المطلق للولاية) على تفصيل ورد ذكره من قبل⁽²⁾، لذلك تكون لقاعدة علو الحجية على النظام العام مجال للتطبيق في حالة بطلان الحكم لمخالفة قواعد الولاية الخاصة (الاختصاص الولائي)، تمشياً مع الاتجاه الثاني لمحكمة النقض، ولكن لا مجال لإعمال قاعدة العلو في حالة انعدام الحكم لمخالفة قواعد الولاية القضائية العامة، لانعدام الحجية من الأساس، وعندئذ ينطبق الاتجاه الأول لمحكمة النقض.

(1) راجع: فكرة التدرج في النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

(2) راجع: الولاية مفترض تطبيق قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

والسؤال الهام الآخر هو إذا كانت الولاية- الولاية العامة للقضاء كما ذهبنا- مطروحة دائماً على محكمة النقض سواء شملها الطعن أم لا يشملها بحسب القضاء الغالب، فهل يمكن وضع قاعدة عامة مؤداها أن كل مسألة-غير الولاية- متعلقة بالنظام العام فهي تعلق على الحجية، بحيث تهدرها ويمكن إثارتها أمام محكمة الطعن أثارها الطاعن أو لم يثرها؟

في اعتقادنا أن كل مسألة متعلقة بالنظام العام شريطة أن تعلق على الحجية تعد دائماً مطروحة على محكمة الطعن، أثارها الخصوم أو لم يثروها، بل وفي رأينا ولو فات ميعاد الطعن، لأن هذه المسألة المتعلقة بالنظام العام التي تعلق على حجية الحكم يكمن سبب علوها في أنها تصيب الحكم الطعين بعيب جسيم يهدر حجيته، وبالتالي يتحول الطعن - وهو طعن ظاهري- إلى دعوى بطلان أصلية منصبة على حكم منعدم، ولو رُفِع الطعن الذي تحول إلى دعوى بطلان أصلية أمام محكمة الطعن، والمسلم به في الفقه والقضاء أنه لا ميعاد لرفع هذه الدعوى، غير أنه تبقى مسألة تحديد العيب الذي يعدم الحكم محلاً لاجتهاد الفقه والقضاء غالباً⁽¹⁾.

(1) لأنه قد يشير القانون أحياناً إلى درجة جسامة العيب التي وصلت إلى إهدار حجية الحكم بطريقة ضمنية عندما يجيز مراجعة حكم صادر من محكمة النقض، كالحالة التي يصدر فيها حكم النقض من قاض تتوافر حالة من حالات عدم الصلاحية المطلقة تطبيقاً للنص المادة 147 مرافعات.

وهذا التأسيس السابق هو ما يدعونا، بمفهوم المخالفة، إلى تأييد الاتجاه القضائي بأن قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) - لا الولاية القضائية العامة- لا تعد مطروحة دائماً على محكمة الطعن، لأننا نميل إلى اعتبار الاختصاص الولائي - لا الولاية العامة- سبباً لإبطال الحكم دون انعدامه، وما سبق يبرر لنا أيضاً عدم اعتبار قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام مطروحة على محكمة الطعن سواء شملها الطعن أو لم يشملها مع أن الحكم في الموضوع يتضمن قضاءً ضمناً بالاختصاص، فقواعد الاختصاص الولائي(الوظيفي) وقواعد الاختصاص النوعي لا يعلوان على الحجية بل تعلق عليهما الأخيرة، عكس الحال بشأن ولاية القضاء العامة التي تعد ركناً في الحكم القضائي⁽¹⁾.

صفوة القول إذن أن الطعن المقبول على الحكم يعطل من تفعيل قاعدة علو قوة الحكم على النظام العام، وسواء كان الطعن صريحاً أو ضمناً، أصلياً كان أو ممتداً بسبب عدم التجزئة، ومنعاً للتناقض، كما تداد استئناف الحكم الصادر في

(1) حيث إن قواعد الولاية العامة تعلق على الحجية إذ أنها تهدر حجية الحكم حال مخالفته إياها، بينما قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) تعلق حجية الحكم عليها. راجع: الولاية مفترض تطبيق قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

موضوع الدعوى لاستئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة⁽¹⁾.

(1) هو الأمر الذي لا ينسحب على الطعن بالنقض. أنظر: أحمد سيد أحمد محمود، "نحو نظرية للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات"، رسالة للدكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، سنة 2011، ص 558-559. عكس ذلك: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 230، ص 493. وحيث قُضي بأن: "حكم محكمة أبو حماد الجزئية بعدم الاختصاص والإحالة قد أنهى الخصومة كلها أمام المحكمة التي أصدرته فيما فصل وحسمه بصدد عدم الاختصاص، ولن يعقبه حكم آخر في موضوع الدعوى من المحكمة التي أصدرته، ومن ثم فيجوز الطعن فيه على استقلال باستئنافه في حين عملاً بالأصل العام المقرر في قانون المرافعات - وهو ما لم يتم على ما يبين من الأوراق - وإذ صار هذا القضاء نهائياً بعدم الطعن عليه خلال الميعاد القانوني، فإنه يحوز قوة الأمر المقضي، ومن أثر ذلك التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها ولو كان القضاء في مسألة الاختصاص قد بني على قاعدة غير صحيحة في القانون ذلك أن قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام ومن ثم يمتنع على المحكمة المحال إليها، كما يمتنع على الخصوم الجدل فيه من جديد ولا يغير من ذلك ما ورد بنص المادة 229 من قانون المرافعات من أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة لأن حكم هذه المادة إنما ينصرف إلى الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهي بها الخصومة كلها، وهي بذلك تكمل القاعدة الواردة في المادة 212 من قانون المرافعات، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في موضوع الدعوى، فإنه لا يكون قد خالف القانون. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 425 - لسنة 49 قضائية - بتاريخ 28 - 5 - 1984.

هذا الحكم يعني بمفهوم مخالفته أن الحكم لو حاز قوة الأمر المقضي لن تعلق على النظام العام إذا شملها الطعن بالامتداد الإجرائي منعاً للتناقض، والملاحظ هنا من هذا الحكم أن المحكمة فسرت المادة 229 في حدود نطاق القضية الواحدة ولا تشمل القضية الأخرى المرفوعة أمام المحكمة الأخرى.

ثانياً: عدم التناقض استثناء على قاعدة العلو

إذا كان من مبررات قاعدة علو الحجية على اعتبارات النظام العام منع التناقض في الأحكام، فماذا لو أدت قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام ذاتها إلى التناقض؟ فأَيُّ منهما يُغلب على الآخر منع التناقض أم قاعدة العلو؟

سبب إثارة السؤال بادئ ذي بدء هو أنه إذا كانت حجية الأحكام تعلق على النظام العام، فإن قاعدة منع التناقض في الأحكام هي الأخرى جعلها المشرع - كما وصفت محكمة النقض- في الذروة لتعلق ما عداها من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾، ولكن كيف قاعدة علو الحجية تؤدي إلى التناقض سبب التساؤل؟

إن قوة الحكم الإجرائية التي يحوزها الحكم الذي لم يُطعن فيه لن تعلق على النظام العام لو ترتب على حيابة هذه القوة الإجرائية للحكم تناقضاً مع حكم آخر لاحق. فلا إعمال لقاعدة سمو قوة الأمر المقضي على النظام العام، طالما في إعمالها بشأن الحكمين تناقض، كما لو في إعمال قاعدة العلو - كما ذكرت المحكمة الإدارية العليا - أن يسمو الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي وهو صادر من محكمة

(1) حكم محكمة النقض - مدني- الطعن رقم 1532 لسنة 68 قضائية بتاريخ 4-10-1999،

غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

أدنى على حكم المحكمة الادارية العليا، وحتى يُشَلَّ إعمال قاعدة العلو، استخدمت هذه المحكمة هنا آلية امتداد نطاق الطعن لكل حكم مرتبط ارتباطاً وثيقاً⁽¹⁾.

(1) كما قلنا سابقاً وبيّنا أن الطعن الممتد بسبب عدم التجزئة ومنعاً للتناقض لا يمكن إعمال قاعدة علو قوة الحكم الإجرائية الطعين على النظام العام أمام محكمة الطعن، فُقُضِي بأن: "الطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا خلال الميعاد يحرك بالضرورة الطعن في أي حكم مرتبط به ارتباطاً وثيقاً و لو لم يطعن فيه خلال هذا الميعاد حتى تسلط المحكمة رقابتها على الحكمين معا لبيان وجه الحق فيهما و توحيد كلمة القانون بينهما و وضعاً للأمر في نصابها و تحقيقاً للعدالة و نزولاً على سيادة القانون العام - لا وجه للتحدي أمام المحكمة بحجية الحكم النهائي الذي لم يطعن فيه خلال الميعاد القانوني حتى لا تظل يدها عن إعمال ولايتها في التعقيب بحرية على الحكم المطعون فيه أمامها و حتى لا يعلو الحكم الذي لم يطعن فيه و هو صادر من محكمة أدنى على حكم المحكمة الادارية العليا و هي خاتمة المطاف في نظام التدرج القضائي بمجلس الدولة لمجرد أن الحكم الأول لم يطعن فيه إذ لا يتصور اختلاف الحكم القانوني في سألة قانونية واحدة بحكمين قضائيين طعن في أحدهما و لم يطعن في الآخر خلال الميعاد القانوني". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 397 - لسنة 33 قضائية - جلسة 25-3-1989 - مكتب فني 34 - ج 2 - ص 778، وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 4391 - لسنة 49 قضائية - جلسة 12-1-2002.

عكس فكرة الامتداد بسبب عدم التناقض، حيث فُضِي بأنه: " إذ كان الثابت أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة قضى في أسبابه لصالح المدعين . المطعون ضدهم . بعدم نفاذ الاتفاق المؤرخ 8/11/1986 وإن انتهى في منطوقه إلى الحكم برفض طلبهم طرد الطاعن من الحجرة محل النزاع وكانوا هم الذين استأنفوا وحدثهم هذا القضاء وبما لازمه قصر استئنافهم على هذا الجزء الأخير وبالتالي فإن قضاء أول درجة بعدم نفاذ الاتفاق المؤرخ 8/11/1986 يصبح حائزاً لحجية الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام ويكون تعرض الحكم المطعون فيه لهذا الجزء من الحكم رغم عدم استئنافه من الطاعن مجرد استطراد زائد عن نطاق الاستئناف ولا يجوز له الطعن عليه مع الحكم الصادر ضده في الجزء الآخر من طلبات خصومه". حكم

وفي التناقض بين حكمين الذي يفترض تعامدهما على محل واحد يمكن معالجة الفروض الآتية:

الفرض الأول: التناقض بين حكمين ابتدائيين، فإذا رُفِع استئناف عن الحكم اللاحق دون أن يمتد إلى الحكم السابق صدوره وتلتزم محكمة الاستئناف بإعمال حجية الحكم السابق كما هو مقرر قضاءً⁽¹⁾.

بينما، إذا أصبح الحكم الابتدائي السابق محلاً للاستئناف (أوقفت حجبيته)، ثم صدر حكم ابتدائي لاحق مناقض فيجوز استئناف الحكم الأخير دون امتداد، وعندها، على محكمة الاستئناف، وفقاً لرأي البعض⁽²⁾، أن تقف خصومة الاستئناف في الحكم الثاني انتظارا لنتيجة الطعن في الحكم الأول منعا للتناقض، إلا إذا مُضي في استئناف الحكم الأول والثاني على التوازي فمن يحز قوة الأمر المقضي أولاً هو من يحز الحجية، وفقاً لما يجري عليه القضاء، ولا يجوز القضاء

محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2322 - لسنة 71 قضائية - بتاريخ 28 - 7 - 2002، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 7 - لسنة 16 قضائية - بتاريخ 6 - 3 - 1947 (حكم غير منشور). وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 10 - لسنة 44 قضائية - بتاريخ 28 - 1 - 1976، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص64، بند 37.

مناقضا له⁽¹⁾، تطبيقاً لفكرة الحجية الموقوفة بسبب الاستئناف المعتمدة في القضاء المصري.

وبناء على ما سبق، يمكن القول بأن حجية الحكم الثاني تعلق على حجية الحكم السابق الموقوفة بالاستئناف، فيبقى الحكم الثاني متمتعاً بحجيته ولو خالف حجية الحكم السابق، ودليل ذلك أن الطعن بالاستئناف على الحكم الثاني - ولو كان انتهائياً- جائز، والحكم اللاحق موجود غير موسم بالانعدام رغم صدوره في دعوى سبق الفصل فيها بحكم حاز الحجية.

ولكننا نرى أن سبق صدور حكم في الموضوع يؤدي إلى انقضاء حق الخصم في الدعوى في خصوص ذات الموضوع أي عدم صلاحيته ليكون محلاً لنشاط قضائي فالحكم صدر في غير وجود دعوى أصلاً⁽²⁾، وهنا يوصم الحكم - في اعتقادنا- بالانعدام لمخالفة حجية الحكم السابق، وبالتالي فلا إعمال لقاعدة العلو بالنسبة للحكم الثاني، وتعلق حجية الحكم الأول على حجية الحكم اللاحق المتعلقة بالنظام العام، منعاً للتناقض، لأن الحجية لدينا تتوافر في الحكم الموضوعي منذ صدوره من محكمة أول درجة.

(1) وإذا تناقض الحكمان الحائزان لقوة الأمر المقضي فيجوز الطعن بالنقض وفقاً للمادة 249 مرافعات، وعندئذ رغم امتداد الطعن بالنقض، إلا أنه يتعين على محكمة النقض احترام حجية الحكم السابق في صدوره، لأنه السابق في حيازته لقوة الأمر المقضي.

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 59، هامش (5). ولكن لم يوصف صاحب الرأي الحكم عندئذ بالمنعدم.

الفرض الثاني: التناقض بين حكم ابتدائي سابق وحكم انتهائي لاحق، فوفقاً للتطبيقات القضائية فيكون للحكم النهائي قوة الأمر المقضي التي تعلق على حجية الحكم السابق⁽¹⁾، ما لم يكن الحكمان محلاً للاستئناف وعندها لا تنقيد محكمة الاستئناف بأي من الحكمين لأن كليهما نوا حجية موقوفة بالاستئناف. ولا تنقيد بإلغاء الحكم الثاني لأنه خالف الحكم الأول - على عكس الفرض الأول قضاء - وفقاً لصراحة المادة 222 مرافعات؛ لأن الحكم السابق لم يحز قوة الأمر المقضي وبالتالي فلا حجية له في نظر المشرع المصري. وهنا لا يمكن القول بأن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم الثاني تعلق على حجية الحكم السابق، إلا إذا وضعنا في الاعتبار منطق المشرع المصري في اعتبار الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو فقط الحائز للحجية.

الفرض الثالث: إذا صار الحكم السابق انتهائياً أثناء نظر استئناف الحكم الثاني (الانتهائي أيضاً) فلا يمتد الاستئناف في الحكم الثاني للحكم الأول، وعلى محكمة الاستئناف أن تحترم حجية الحكم الأول الذي صار انتهائياً أولاً. وهنا لا يمكن القول بعلو حجية الحكم الثاني (ذا الحجية الموقوفة بالاستئناف) على حجية الحكم الأول المتعلقة بالنظام العام لأنه ببساطة الحكم الثاني لم يحز قوة الأمر المقضي (الحجية بالمفهوم القضائي).

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6170 - لسنة 83 قضائية - بتاريخ 9 - 1 - 2018 غير منشور وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 12824 - لسنة 59 قضائية - بتاريخ 28 - 7 - 2015 غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

الفرض الرابع: إذا صدر الحكم الابتدائي اللاحق مخالفاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي، فلا مجال لإعمال قاعدة العلو لأن الحكم اللاحق منعدم بسبب هذا التناقض⁽¹⁾.

الفرض الخامس: إذا صدر حكم حائز لقوة الأمر المقضي مخالفاً لحكم انتهائي سابق حائز لقوة الأمر المقضي، فهنا لا تعلق حجية الأمر المقضي لأي من الحكمين على الآخر، ويمكن أن يكونا محلاً للطعن بالنقض⁽²⁾.

⁽¹⁾ نقض مدني 2013/3/20 في الطعن رقم 10140 لسنة 76 ق. مشار إليه في: فتحي والي، المبسوط، ج2، البند 157، ص457. هامش (3).

⁽²⁾ حيث قُضي بأنه: "بموجب المادة 249 من قانون المرافعات قد أجازت الطعن في الحكم إذا صدر على خلاف حكم سابق، فإنه يجوز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي قضى على خلاف حكم صادر سابق صدر بين الخصوم أنفسهم و في ذات النزاع و حاز قوة الأمر المقضي سواء دفع بهذا لدى محكمة الموضوع أو لم يدفع، و سواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر تلك المحكمة أم لم تكن مطروحة عليها، و علة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى، إذ هي أجدر بالاحترام، و حتى لا يترتب على إهدارها تأييد المنازعات و عدم استقرار الحقوق لأصحابها". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 607 - لسنة 40 قضائية - بتاريخ 21 - 4 - 1980، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

فُقضي بأنه: "يتعين احترام قوة الأمر المقضي للحكم لو كان صادراً على خلاف حكم انتهائي سابق حائز لقوة الأمر المقضي وأن سبيل إزالة هذا التعارض هو الطعن بطريق النقض على الحكم الانتهائي الأخير الصادر على خلاف الحكم السابق ومن ثم فليس لمحكمة الاستئناف وهي بصدد النزاع المطروح عليها أن تهدر قوة الأمر المقضي للحكم الثاني. بحجة صدوره بالمخالفة لحكم سابق حائز لتلك القوة بين ذات الخصوم، لأنها ليست جهة طعن على الأحكام الانتهائية التي حازت قوة الأمر المقضي. (الطعن رقم 260 لسنة 49 ق جلسة 1984/5/10)

الفرض السادس: التناقض بين حكمين باتين، فإن هذا التناقض لا يعدمهما، وبالتالي تظل حجيتهما تعلوان على النظام العام⁽¹⁾ داخل الإجراءات التي صدر

حكم غير منشور مشار إليه في: إبراهيم سيد أحمد، حجية الأحكام فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى 2001، ص86.

وأكدت محكمة النقض في حكم لها سنة 2007 على ذلك بقولها: " كما هو الحال عند الاعتداد بأي من حكمين نهائيين متناقضين. حيث قضت محكمة النقض المصرية صدور حكمين متناقضين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومؤداها إذا سقط الأصل يصار إلى البديل ولا حجية مع تناقض، فإذا تناقض متساويان تساقطا وتماحيا ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدي من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقييد بأي من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأي الذي يعتد بالحكم الأسبق بمقولة إنه الأولى لأنه لم يخالف غيره ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه في السابق بل الأولى هو إطراحها والعودة للأصل بأن يتحرى القاضي وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2204 - لسنة 76 قضائية - جلسة 10-9-2007 - مكتب فني 58 - ص671.

(1) حيث قُضي بأنه وحتى إذا صدر الحكم عل خلاف حكم آخر حائز لقوة الأمر المقضي به فإن هذه الأسباب لا تمثل إهداراً للعدالة يفتقد معها الحكم وظيفته وبالتالي لا تصمه بأي عيب ينحدر به إلى درجة الانعدام مما يجعل الطعن فيه بعد ذلك غير مقبول. وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 2881 - لسنة 47 قضائية - جلسة 6-7-2003، غير منشور (المصدر:

www.eastlaws.com

فيها الحكمان، بينما خارج الإجراءات التي صدرت فيها تهدر حجيتهما معاً⁽¹⁾، ولا حديث عندئذ على علو الحجية.

وبمناسبة التناقض كاستثناء على قاعدة علو الحجية على النظام العام، نثير هنا تساؤل بشأن مدى التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة من المحكمة المحيلة، على الرغم من أن المحكمة الأولى سبق وأن قضت بعدم الاختصاص والإحالة؟

في اتجاه أول، ذهب البعض⁽²⁾ إلى أن المحكمة المحال إليها إذا كان قد سبق لها الحكم بعدم اختصاصها الولائي مثلاً والإحالة، فإن حكمها هذا يحوز الحجية،

(1) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2204 - لسنة 76 قضائية - جلسة 10-9-2007 - مكتب فني 58 - ص 671. (هامش 438). كما قضي بأنه: "إذا ما تبين أن هناك تناقضا واقع لا محالة بين حكم جنائي وحكم جنائي آخر سبقه أو أعقبه بأن لغي أحدهما ما أثبتته الآخر أو خالف ما قرره بقضاء صار فيهما باتا وكان لازما وضروريا للفصل في موضوع الدعوى المدنية المطروحة على المحكمة المدنية،...، إذا ما وقع تناقض بين حكمتين جنائيتين فلا تتعقد به لهما على السواء حجية مانعة، مما مقتضاه ألا يعتد القاضي المدني بحجيتيهما معا وأن يسترد كامل حريته ومطلق سلطانه عند الفصل في موضوع الدعوى المدنية دون أن يتقيد في تقدير الأدلة وتكوين عقيدته فيها بما قام عليه قضاء الحكمتين الجنائيتين المتناقضتين، لأن من شأن ما لايسهما من تناقض أن تضحى قاعدة حجية الأحكام في هذه الحالة عديمة الجدوى حابطة الأثر قانونا". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 4703 - لسنة 61 قضائية - جلسة 1-11-1992.

(2) فتحي والي، المبسوط، ج1، بند 304، ص 651.

ويمتتع عليها نظر الدعوى، ذلك أن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام، وعلى الرغم من استناد الرأي على حكم لمحكمة النقض يؤيده⁽¹⁾.

بيد أنه في اتجاه ثان، تؤيد أحكام نقض عديدة احترام حجية الحكم السابق بعدم اختصاص المحكمة المحال إليها والإحالة، إذ تقضي بالتزام المحكمة المحال إليه بسبب الحكم بعدم الاختصاص والإحالة إذا لم يستأنف ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون لأن قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام⁽²⁾.

(1) واستند الرأي إلى حكم محكمة النقض بأنه: " لئن كان المشرع بنصه في المادة 110 من قانون المرافعات على أنه " على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة و لو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية و تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها" ، قد هدف إلى تبسيط الإجراءات في صدد الأحكام المتعلقة بالاختصاص و لو كان ولائياً إلا أنه متى كانت المحكمة المحال إليها الدعوى قد سبق لها القضاء بعدم اختصاصها بنظر النزاع لخروجه عن ولايتها و لم يطعن الخصوم في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يصير حائزاً قوة الأمر المقضي و يمتنع عليها معاودة النظر فيه و ذلك لما هو مقرر من أن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 2056 لسنة 52 قضائية بتاريخ 1986-06-25 مكتب فني 37 ج 2 ص 764.

(2) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 649 لسنة 54 قضائية بتاريخ 1987-12-29 مكتب فني 38 ج 2 ص 1191. وفي الطعن رقم 1744 لسنة 80 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية - بتاريخ 2013-12-05. وفي الطعن رقم 4204 لسنة 83 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية - بتاريخ 2014-11-27، وفي الطعن رقم 7483 لسنة 82 قضائية - الدائرة المدنية

ولكن نؤيد الاتجاه الأول، لأنه إذا كانت المحكمة المحال إليها سبق وإن قضت بعدم الاختصاص والإحالة وحاز قوة الأمر المقضي أيضاً أولاً فيجب احترام قضائها للسبب ذاته وهو علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، بالإضافة إلى أن احترام الحكم السابق الصادر من المحكمة المحال إليها سببه المباشر هو نص القانون (م 110 مرافعات)، مما يعني أن التناقض هنا بين حكم المحكمة المحيلة وحكم المحكمة المحال إليها بشأن عدم الاختصاص والإحالة يعد استثناءً على علو قوة الأمر المقضي لحكم المحكمة المحيلة، كما أن الاتجاه الثاني بما تضمنه من عبارة " ولو خالف حجية حكم سابق لها" يجب أن يُفسر في حدود الحكم بعدم الاختصاص فقط دون الإحالة لنخرج من عباءة المادة 110 مرافعات. لأن الحكم بعدم الاختصاص من محكمة لا يقيد المحكمة الأخرى⁽¹⁾.

وفي نطاق التناقض بين حكيمين صادرين بعدم الاختصاص الولائي والإحالة، لا يُحاج باختصاص المحكمة الدستورية العليا عملاً بالمادة 25 من قانونها رقم 48 لسنة 1979 بفض التنازع السلبي في الولاية، لأن "التناقض بين حكيمين صادرين بعدم الاختصاص الولائي بين جهتين" لا يرقى إلى مرتبة "التنازع السلبي في الولاية" الذي يستدعي تدخل المحكمة الدستورية العليا إلا في حالتين وهما إذا صدر الحكم بعدم الاختصاص الولائي دون الإحالة لعدم احترام المادة 110 مرافعات، أو أن

والتجارية - بتاريخ 02-01-2016، وفي الطعن رقم 6170 لسنة 83 قضائية - الدائرة التجارية والاقتصادية - بتاريخ 09-01-2018.
(1) فتحي والي، المبسوط، ج1، ص660، بند306.

ترفض إحدى الجهتين الإحالة، ويشترط في الحالتين السابقتين صدور حكمين نهائيين من الجهتين، لا من إحداهما⁽¹⁾.

ثالثاً: مدى اعتبار حجية الحكم بعدم دستورية القانون استثناءً على قاعدة العلو

إذا صدر حكم حائزاً لحجية الأمر المقضي وطبق قاعدة قانونية قُضي بعدم دستورتها، هل يكون لهذا الحكم الحجية على أساس أنها تعلق على النظام العام المتمثل في مسألة دستورية القانون؟

للإجابة عن هذا السؤال، يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: صدر حكم من المحكمة مخالفاً لحكم المحكمة الدستورية العليا بشأن وقائع نشأت قبل صدور الأخير، لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فإن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك إلى الدولة بكامل سلطتها وتنظيماتها لتعمل بوسائلها وأدواتها من خلال السلطة التشريعية كلما كان ذلك ضرورياً على

(1) فلا يكون ثمة مبرر لتعيين المحكمة المختصة إذ تكون هذه الجهة قد استنفدت ولايتها وخرجت الخصومة من يدها بصدور الحكم النهائي منها، ومن ثم لا تكون الدعوى قائمة إلا أمام جهة قضائية واحدة. حكم لمحكمة الدستورية العليا - القضية رقم 7 لسنة 4 قضائية - تنازع - بتاريخ 07-05-1983 مكتب فني 2 ج 1 ص 263. انظر كذلك: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص 266.

تطبيقها، والأصل أن القضاء بعدم دستورية نص تشريعي غير جنائي عدا النصوص الضريبية يكون له أثر رجعي ينسحب على الوقائع والعلائق التي اتصل بها ويؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقا على نشرها في الجريدة الرسمية؛ ما لم تكن تلك الحقوق والمراكز قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم⁽¹⁾.

وذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا، بعد أن استثنت من هذا الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم، أنه إذا كان

(1) يراجع في هذا المعنى أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بجلسة 2003/1/12 في الدعوى رقم 192 لسنة 21ق.دستورية، و بجلسة 2001/1/6 في الدعوى رقم 92 لسنة 21ق.دستورية، و بجلسة 1983/6/11 في الدعوى رقم 48 لسنة 3ق. دستورية. وحكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 74677 لسنة 64 قضائية - الإدارية العليا - الدائرة الثانية - موضوعي - بتاريخ 01-08-2019، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وانظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 16 لسنة 3 قضائية - دستورية - بتاريخ 05-06-1982 مكتب فني 2 ج 1 ص 63. وإذا كان حكم المحكمة الدستورية ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره، غير أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره الحكم بحكم حاز لقوة الأمر المقضي. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 206 - لسنة 61 قضائية - جلسة 4-7-2000 - مكتب فني 51 - ج 1 - ص 72. المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية - دستورية - بتاريخ 19-05-1990 مكتب فني 4 ج 1 ص 256. وانظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 5098 لسنة 61 قضائية بتاريخ 2005-06-02 مكتب فني 56 ص 559. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 1980 - لسنة 54 قضائية - جلسة 31-1-1993 - مكتب فني 44 - ج 1 - ص 383.

الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، ولو كانت أحكاماً باتة⁽¹⁾.

ورتبت محكمة النقض بهيئتها العامة نتيجة هامة وهي أن الحكم بعدم دستورية نص في القانون من اليوم التالي لنشره لا يجوز تطبيقه مادام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض، وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها⁽²⁾، هذا بالإضافة إلى أن احترام محكمة الطعن ولو كانت محكمة النقض، حكم المحكمة الدستورية العليا يأتي كمظهر من مظاهر قاعدة أن "القاضي يعلم القانون".

ومما سبق كله، يمكن القول بأن الحكم لو أضحي باتاً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا - لاستنفاد كل طرق الطعن أو استغلاقيها - فتُغلب ببيتوتة الحكم على مسألة عدم دستورية القانون محل حكم المحكمة الدستورية العليا، تطبيقاً لقاعدة علو البيتوتة على النظام العام، لاستقرار الحقوق والمراكز. وبمفهوم المخالفة إذا لم يحز الحكم بعد البيتوتة بأن كان محلاً لطعن، فلا يعلو الحكم على النظام العام أمام حكم المحكمة الدستورية العليا، ولكن ماذا لو صدر الحكم بصدد وقائع حدثت بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا؟

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم 78 لسنة 25 قضائية - دستورية - بتاريخ 13-01-2008 مكتب فني 12 ج 1 ص 827.

(2) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 6516 لسنة 63 قضائية بتاريخ 11-11-1999-18 مكتب فني 50 ج 2 ص 1109.

الفرض الثاني: صدر حكم من المحكمة مخالفاً لحكم المحكمة الدستورية العليا بشأن وقائع نشأت بعد صدور الأخير، فتهدر حجية حكم محكمة الموضوع، إذ استقرت المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام محكمة النقض - ومن باب أولى أي محكمة أدنى- تهدر لو خالفت حكم المحكمة الدستورية العليا، على اعتبار أن حكم النقض عقبه أمام تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا تصلح أساساً لرفع منازعة تنفيذ أمام تلك المحكمة الأخيرة⁽¹⁾.

صفوة القول إذن أن حكم المحكمة الدستورية العليا يعد قيدياً على علو حجية الحكم على النظام العام، لأن الحكم الأول يغلب على الثاني بل أكثر من ذلك يسحبه إلى درك الانعدام، إذا كان بشأن وقائع لاحقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، بينما تعلق قوة الحكم البات على حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية بشأن الوقائع السابقة على صدور الحكم الأخير.

(1) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 4 - لسنة 38 قضائية - جلسة 5-5-2018 - ص 140. كذلك أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا 2014 /6/1 الطعن رقم 7366. وحكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 2 - لسنة 40 قضائية - جلسة 2-2-2019 - ص 149.

خاتمة

(نتائج الدراسة وتوصياتها)

أولاً: النتائج

بعد أن طفنا بقاعدة علو حجبية الأحكام على النظام العام، يمكن أن نستخلص النتائج الهامة الآتية:

(1) إن عدالة سيئة خيرٌ من عدالةٍ مُنكَرَةٍ، والبطلان خير من الفوضى، وأن يحوز حكم باطل الحجبية خير من أن تهدر حجبيته وتعم الفوضى، لذلك منع المساس بقوى الأحكام أجدر بالاهتمام من مجرد التعويل على مدى حقيقتها وصحتها.

(2) إن قاعدة علو حجبية الحكم على النظام العام هي القاعدة التي بمقتضاها يُمنع الادعاء أو النعي على الحكم، سواء خارج القضية التي صدر فيها أو داخلها، بمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام - الموضوعي أو الإجرائي - إلا من خلال طرق الطعن والمراجعة المقررة في القانون.

(3) إن تمييزاً واضحاً موجود بين قاعدة علو الحجبية على النظام العام و قاعدة تعلق الحجبية ذاتها بالنظام العام، فلكل منهما مجال لإعمالها، فقاعدة تعلق الحجبية ذاتها بالنظام العام تنطبق لترتيب النتائج المترتبة على أي قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام، ومنها جواز إثارة المحكمة لها من تلقاء نفسها، وفي أي مرحلة عليها الدعوى، وعدم جواز التنازل عنها، بينما نطاق تفعيل قاعدة علو الحجبية على

النظام العام محدد بمواجهة الادعاء بمخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام خارج القضية التي صدر فيها، أو داخل القضية بمحاولات النيل منه أو النعي عليه أمام ذات المحكمة التي أصدرته أو أمام محكمة الطعن بعد حيازته القوة الإجرائية المانعة من المساس به.

(4) إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام تعد قاعدة من ابتداع القضاء منذ ما يقارب أكثر من سبعين عاماً، وهي قاعدة إجرائية عامة في قانون المرافعات الشريعة العامة الإجرائية، ولكنها قاعدة متفقة والقانون أيضاً.

(5) الاعتراف بقاعدة علو الحجية على النظام العام حتى في الحقبة الزمنية التي كانت لا يجوز للمحكمة إثارها من تلقاء نفسها، كان بسبب عدم وضوح التمييز بين المفاهيم الإجرائية كالحجية، والاستنفاد، والدعوى، والخصومة، والحق ودليله.

(6) إن قاعدة العلو ليست مجرد قاعدة نظرية، بل لها نتائج عملية حيث تلقي على الخصوم واجب تركيز الخصومة، وقد تفتح استثناءً باب الطعن المغلق، وتبرر تعطيل تطبيق وتنفيذ قوانين وأحكام على حقوق ومراكز مستقرة، وكذلك تؤكد القاعدة على نظريات أو مفاهيم إجرائية عديدة.

(7) إن لقاعدة العلو مبررات وهي استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأييد النزاع، وتقوم على دور الحجية في تغطية بطلان الحكم والتي تحول دون المساس به بغير طرق الطعن، وكذا فكرة استهلاك الدعوى.

8) إن الأساس الفني لعلو الحجية على النظام العام يكمن في أن للنظام العام تدرج في اعتباراته، إذ جعل المشرع الحجية في أعلاها لتعلو على قواعد إجرائية وموضوعية هي الأخرى متصلة بالنظام العام، ولكن الحجية أشدها وأوثقها اتصالاً به؛ تغليباً لمصلحة عامة على أخرى.

9) إن مفترضات علو حجية الحكم على النظام العام، أن يكون الحكم موجوداً، بغض النظر عن وجوده بصفة صريحة أو ضمنية، وصادراً من محكمة ذات ولاية، وألا يزول بالطعن فيه.

10) إذا كانت حجية الحكم لا تعلو على قواعد الولاية العامة المتعلقة بالنظام العام بل على العكس فتعلو الأخيرة على الحجية، إلا أن الحجية تعلو على قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) والنوعي، لأن اعتبارات النظام العام المتمثلة في استقرار حقوق ومراكز الأشخاص تعلو على اعتبارات النظام العام التي تستهدفها قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم كنصيب من ولاية القضاء للتوزيع على محاكمها.

11) كشفت هذه الدراسة عن رخو تنظيم الحجية ذاتها كمفترض لقاعدة علوها على النظام العام، بسبب الخلط الذي تضمنته المادة 101 إثبات بين قوة الأمر المقضي والحجية ومعاملتها كدليل من الأدلة في قانون الإثبات، وعدم كفاية المادة 116 من قانون مرافعات في وضع مفهوم لها ونطاقها ووقت حيازتها.

12) لم يعالج قانون المرافعات قاعدة علو قوى الحكم على النظام العام صراحةً في نصوصه، وهو المكان الطبيعي لمعالجته بعد تنظيم الحجية، مع التسليم بقانونية قاعدة العلو وفعاليتها على أرض الواقع، مع النص صراحة على الاستثناءات الواردة عليها.

13) ترتب على التفسير القضائي الخالط بين حجية الأمر المقضي والقوى الأخرى للحكم، أن تكون الصياغة الصحيحة لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي أن حصانة الحكم، بنوعها الداخلية (من استنفاد الولاية وحتى البيوتة) والخارجية (حجية الأمر المقضي)، تعلق على النظام العام.

14) يفترض إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام، أن تؤثر القاعدة المتعلقة بالنظام العام - المدعى مخالفة الحكم لها - في صحة المضمون الموضوعي للحكم أو قبول الدعوى أو الإجراءات المؤثرة في الحكم أو في صحة الحكم ذاته كعمل إجرائي.

15) إن قوة الحكم تعلق على النظام العام، سواء لاستنفاد الطعن أو استغلقه، وأياً سبب حيازة الحكم لهذه القوة كقاعدة، فمثلاً قاعدة العلو تنطبق بشأن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم بسبب فوات الميعاد، أو قبول الحكم، أو بالاتفاق، أو بقوة القانون.

16) إن باستقراء وتحليل التطبيقات القضائية لقاعدة العلو وجد أن أكثرها في صيغة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، وفي نطاق القضية الواحدة، أما

التطبيقات فيما بين قضيتين inter-procès كانت نادرة مقارنةً بتطبيقاتها على مستوى القضية الواحدة intra-procès، وذلك نتيجة الخلط القضائي بين حجبة الأمر المقضي وسائر قوى الحكم.

17) إن غالبية التطبيقات منصبة على حيازة الحكم هذه القوة الإجرائية بالعمل السلبي أي نتيجة استغلاق الطعن، ويرجع ذلك إلى أن الهدف الأساسي من وراء قاعدة علو الحجبة هو مواجهة سلوك الخصم الخاطئ الباغي زعزعة استقرار الحقوق والمراكز.

18) إن حجبة الأمر المقضي تعلق على النظام العام الموضوعي، ولكن التطبيقات انصب أكثرها على علو حجبة الحكم على النظام العام الإجرائي عند مخالفة الحكم لقواعد إجرائية متصلة بالقضية في مفترضها وهو اختصاص المحكمة، وعنصرها الموضوعي (الدعوى)، وفي عنصرها الإجرائي (الخصومة)، سواء خصومة الدرجة الأولى أو خصومة الطعن، ولكن توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الإجرائي اختلف الفقه على سمو الحجبة عليها.

19) يرد على قاعدة علو حجبة الحكم على النظام العام استثناءات وقيود وهي النظام العام الإسلامي المتمثل في قواعد الشريعة الإسلامية القطعية، والغش إذا أدى إلى حرمان الخصم من ممارسة وسيلة معالجته، أو صدر من القاضي نفسه أو اشترك فيه، وكذلك التناقض، والطعن في الحكم يعد استثناء على علو قوته على النظام العام.

20) إن حجية حكم المحكمة الدستورية العليا يعد استثناءً على قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام، لأن حجية الحكم الأول يغلب الثاني، بل أكثر من ذلك يسحبه إلى درك الانعدام، بشأن وقائع لاحقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، بينما تعلو قوة الحكم البات على حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية بشأن الوقائع السابقة على صدور الحكم الأخير.

ثانياً: التوصيات

في نهاية هذه الدراسة، نرى أنها كشفت عن أوجه نقص تشريعي عديدة، لذا نوصي بما يأتي:

1- حذف المادة 101 من قانون الإثبات المصري بشأن حجية الأمر المقضي ليحكمها قانون المرافعات المكان الطبيعي لها، لتخضع القوة الثبوتية للحكم (كورقة رسمية) لنصوص الورقة الرسمية في قانون الإثبات.

2- لم يخصص المشرع المصري نصاً لآثار الحكم وقواه في قانون المرافعات، لذا نوصي بتعديل عنوان الفصل الأول (إصدار الأحكام) من الباب التاسع (الأحكام) من الكتاب الأول من قانون المرافعات، ليكون عنوانه: (إصدار الأحكام وآثارها).

3- بغية وضع تنظيم واضح لا لبس فيه بشأن حجية الأمر المقضي في قانون المرافعات - لا قانون الإثبات- نوصي باستحداث نص المادة 180 مكرر، في الفصل سابق الإشارة، مضمونه:

" تحوز الأحكام، بمجرد صدورها، الحجية فيما فصلت فيه من حقوق أو مراكز موضوعية، في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق أو المركز محلاً وسبباً. وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

4- منعاً من اختلاط قوى الحكم ببعضها البعض، خاصةً حجية الأمر المقضي بالقطعية (استنفاد ولاية القاضي) والنهائية والبيتوتة، نوصي باستحداث نص المادة 180 مكرر (1) مضمونه:

" تحوز الأحكام، منذ صدورها، التي حسمت نزاعاً أو جزءاً منه، استنفاد ولاية القاضي، دون الإخلال بقواعد التصحيح والتفسير والاستكمال المنصوص عليها في المواد 191-193. ويجوز الرجوع في الحكم في الأحوال المنصوص عليها في القانون.

الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو الحكم الذي لا يجوز استئنافه، والحكم البات هو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن".

5- النص صراحةً في قانون المرافعات على قاعدة علو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام ونطاقها، باستحداث نص المادة 180 مكرر (2) مضمونه:

" لا محل لإبطال الحكم إلا بطرق الطعن المقررة في القانون. وتعلو قوى الأحكام على اعتبارات النظام العام، ما لم تخالف القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية أو

حكماً للمحكمة الدستورية العليا، أو كانت مبنية على غش من القاضي أو غش أدى إلى عدم إمكانية الطعن، أو تناقضت مع أحكام أخرى تحوز القوى ذاتها".

6- استحداث نص صريح يفرض على الخصم واجب تركيز الخصومة وإبداء كل الوسائل القانونية المختلفة (المتعلقة وغير المتعلقة بالنظام العام) لدعم ادعائه أو رفض طلب خصمه أمام محكمة أول درجة، وذلك كنتيجة من نتائج قاعدة علو حجية الحكم على اعتبارات النظام العام.

7- تجنب القضاء المصري الشامخ صياغة بعض العبارات في أحكامه التي توحى بإطلاق علو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام، مثل "أن الحجية هي أقوى من الحقيقة نفسها"، والتعبير عن قاعدة حجية الأحكام تعلق على اعتبارات النظام العام على أنها ليست مطلقة بل يحدها بعض القيود والاستثناءات التي تكون فيها اعتبارات النظام هي التي تعلق على حجية الأحكام.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

- 1) إبراهيم سيد أحمد، حجية الأحكام فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى، سنة 2001.
- 2) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف اسكندرية، سنة 1974.
- 3) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 4) أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
- 5) أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، دار النهضة العربية، سنة 1997.
- 6) أحمد سيد أحمد محمود، "نحو نظرية للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات"، رسالة للدكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، سنة 2011.

(7) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها: دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1990.

(8) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة (ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره) ونطاق تطبيقها في القانون المصري، الطبعة الثانية.

(9) أحمد هندي، أحكام محكمة النقض آثارها وقوتها دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006.

(10) أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999.

(11) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة سنة 2009.

(12) حسام الدين كامل الالهوانى، أصول القانون، طبعة سنة 1988، بدون دار نشر.

(13) رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الرابع: التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الطبعة الثانية، 2007، دار النهضة العربية.

(14) سحر عبد الستار، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة (طلب إبداء الرأي - الطعن لتجاوز السلطة)، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

(15) سليمان مرقص، المدخل إلى العلوم القانونية، طبعة رابعة، 1961.

(16) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، سنة 2009.

(17) سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي (الغش في التقاضي والتنفيذ)، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

(18) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 - ج2، نظرية الالتزام، تنقيح م أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة.

(19) علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996.

(20) عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي، المكتب الإسلامي، سنة 2005.

(21) عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية.

- (22) غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية: مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة في القانونين الكويتي والمصري)، ط1، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي - لجنة التأليف والتعريب والنشر 1999.
- (23) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول (تحديث)، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة سنة 1997.
- (24) فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، ج 1، ج 2، دار النهضة العربية، سنة 2017.
- (25) محمد حسام محمود لطفي، سحب أحكام محكمة النقض، دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري والفرنسي، هرة عام 2004، بدون دار نشر.
- (26) محمد حسين عبدالعال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، سنة 1998.
- (27) محمد سعيد عبد الرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة: دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، 2012.
- (28) محمد سعيد عبد الرحمن، تقادم الاحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان"، دار النهضة العربية، سنة 2015.

- (29) محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقهاء المقارن دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة حلوان، سنة 2011.
- (30) محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، المجلد/العدد: ع 36، 2004/10.
- (31) محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني في قانون القضاء المدني، طبعة 80/79.
- (32) محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
- (33) محمود مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دراسة فقهية وتحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
- (34) مصطفى سيد احمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، بدون دار نشر، 1995.
- (35) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1974.
- (36) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، سنة 2004.

ثانياً: المراجع الفرنسية

- 1) BERGEL, J. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. Revue du notariat, 110, (2), 271–285.
<https://doi.org/10.7202/1045538ar>
- 2) BEYNEIX, J. ROVINSKI, Nouvelle controverse sur la notion d'autorité de la chose jugée, JCP, n°8, 21 Février 2011.
- 3) BLÉRY, L'efficacité substantielle des jugements, Thèse, LGDJ, 2000.
- 4) C. Natalie Fricero ; Serge Guinchard Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile – 2017–2018.
- 5) CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, Théorie générale du procès, préc.
- 6) CARBONNIER J., Droit civil, Vol. 1, PUF, collection Quadrige, 2004.
- 7) Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile .Mars 2018.

8) Christian Atias, L'erreur grossière du juge. Recueil Dalloz 1998.

9) Christophe LEFORT, Procédure civile, 5ème éd., Dalloz, 2014.

10) Corinne BLÉRY : Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 11.

11) COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, 17ème éd., Dalloz-Sirey, 2014.

12) D. Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. publ., LDGJ, 1975.

13) E. COUTURE, « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », in RIDC, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954.

14) F. TÉRRÉ, Introduction générale au droit, Coll. : Précis, 9ème éd., Dalloz, 2014.

15) FARBELOT, L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du code de procédure civile, JCP 2014. 698.

16) G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 1990.

17) G. CORNU .Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 4^e éd., 2003.

18) Habscheid W.J. (1978) Les Principes Fondamentaux du Droit Judiciaire Prive. In: Storme M., Casman H. (eds) Towards a Justice with a Human Face. Springer, Dordrecht.

19) <https://doi.org/10.7202/1045538ar>

20) J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, 27^e éd., PUF, 2002 .

²¹⁾ J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition, Thèse, Paris, 1954.

22) J. HÉRON et T. LE BARS, Droit judiciaire privé, 5^{ème} éd., Coll. : Domat Droit privé, Montchrestien, 2010.

23) J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. Revet (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996.

24) J. Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », Mél. Perrot, Dalloz, 1996.

25) J.-L. AUBERT et SAVIAUX É., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Coll. Université, 15ème éd., Sirey, 2014.

26) Jean Beauchard, jurisClasseur Procédure civile Fasc. 600-45 : NULLITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE. – Généralités, Novembre 2018.

27) Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.

28) Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017.

- 29) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 10^e éd., 2017, LexisNexis.
- 30) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 5^{ème} éd., Litec, 2006.
- 31) Lucie MAYER, Nullité , Juin 2016 (actualisation : Janvier 2019).
- 32) N. FRICÉRO, Procédure civile, Coll. : Mémentos LMD, 11^{ème} éd., Gualino Editeur, 2014.
- 33) P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », RIDC, 1957.
- 34) P. Hugonet, La vérité judiciaire, préf. S. Rozès, Litec, 1986 .
- 35) P. MAYER, « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in Mélanges Héron, 2008, LGDJ.
- 36) ROLAND et BOYER, Adages du droit français, 4^e éd., 1999, Litec.

- 37) S. AMRANI-MEKKI et Yves STRICKLER, Procédure civile, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014.
- 38) S. Bollée et P. Mayer : L'autorité de la chose jugée en droit comparé, Actes du colloque Autorité de chose jugée et arbitrage, Revue de l'arbitrage, n° 1, 2016.
- 39) TH. PIAZZON, La sécurité juridique, LGDJ, 2009.
- 40) TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, préf. HÉBRAUD, 1975, LGDJ.
- 41) VALTICOS, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, 1948, Sirey, 1953.

ثالثاً: المراجع الإنجليزية

1) MIRJAN R. DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY 145-46 (1986).

2) ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE (2001).

3) Solum, Lawrence B., Procedural Justice (January 1, 2004).
67 Southern California Law Review 181 (2004).p.246.

Available at SSRN : <https://ssrn.com/abstract=636721>

(جريمة التَّمَرُّ في التشريع المصرى والمقارن

(فرنسا , المانيا , إيطاليا , انجلترا)

بحث مقدم من

الدكتور / أحمد عبدالله الطيار

دكتوراه في القانون الجنائى – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مأمور ضرائب (مصلحة الضرائب المصرية)

اولاً/ مقدمة عامة

يَتَوَطَّنُ النَّتْمُرُ فِي مفاصل المجتمع المصري ، إذ يَشْتَدُّ عُوْدُهُ وَيَصْرِبُ بجذوره بواسطة التَّسَلُّطُ وَالتَّزْهِيْبُ وَالإِسْتِقْوَاءُ وَالتِّي يَقَابِلُهَا وَتَمْتَازُ (بالتعمد والتكرار والتفاوت البنيوي في القوة الفكرية والجسدية والوظيفية) . وبالتشريعات الثانوية وحدها لاتنتهي الظواهر الإجرامية ، وشتان بين دول تجابه التَّنْمُرُ بالسياسات وأخرى بالتشريعات ونادراً مايلجأ إلى تساندهما معاً وتلك أفضل الحلول الناجعة للقضاء على الظاهرة .

فقد ثبت تراجع المَخْرُؤُ الإخلاقى للشعوب بعد تحولاتها الثورية أوالإنتقالية ، وتوحشت بعض طوائفه وظهرت الذات الأنانية للسيطرة على مقاليد النظام الجديد . وقد تنامت النظرية اللمبروزية التقدمية مؤخراً بعدما ثبت أن الشخص المُنْتَمِرُ يعانى من صفات وراثية بالفطرة لصيقة بتكوينه الجسمانى وشذوذه العقلى⁽¹⁾ .

وقد أصدر المشرع الفرنسى قانوناً متخصصاً يهدف لمكافحة خطاب الكراهية على الإنترنت ومجابهة سلوكيات التَّنْمُرُموضوعياً بمايشكل خطراً وضرراً على المجتمع LOI n° 2020-766الفرنسى بعد أن تعددت الحوادث الكارثية فصدر القانون

(¹) C . Lombroso : (Le crime, causes et remèdes ; (avec un) Appendice sur le progrès de l'anthropologie criminelle) Edition 1899 – paris – Paru le 1 mai 2012 broché . p .no 319 .

du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.⁽¹⁾

وقد سطرت إيطاليا قانوناً رائداً ومتخصصاً لمكافحة التَّنَمُّر الإلكتروني تضمن حلولاً وقائية واقعية فعالة وخطط إستراتيجية بالقانون رقم legge 71 del 29 maggio 2017 على إعتبار أن القضاء على التَّنَمُّر يحل مشاكل العنف وأخصها الإرهاب ويحقق العدالة والمساواة والسلام الإجتماعي بين الشعوب⁽²⁾ . أما المُشَرِّع الألماني يعتمد في إحتواء ظاهرة التَّنَمُّر على قانون مكافحة خطاب الكراهية على الإنترنت رقم 1808 لسنة 2018 المعدل في فبراير 2020 بما أدخله من تشديد على بعض العقوبات وإعطاء صلاحيات قضائية إضافية⁽³⁾ .

لهذا فقد أصبح التَّنَمُّر ظاهرة عالمية عابرة للحدود تحتشد من أجلها التشريعات والمؤتمرات والدراسات والإستراتيجيات. فقد أجرت منظمة اليونسكو بيان إحصائي

⁽¹⁾ LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet – Journal officiel électronique authentifié n° 0156 du 25/06/2020– JORF n°0156 du 25 juin 2020 – Texte n° 1 . p . 181 .

⁽²⁾ Gazzetta Ufficiale la legge 71 del 29 maggio 2017. Entrerà in vigore il 18 giugno 2017. Ecco le novità – la nuova legge sul cyberbullismo – Disposizioni a tutela dei minori per fenomeno del cyberbullismo –

⁽³⁾ Germany's federal government published a new draft bill to amend the German Hate Speech Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz "NetzDG – On April 1, 2020 – 2018/1808 (AVMSD) .

في 2020 على عينة عشوائية في 19 دولة ثبت أن أكثر من 34% من الطلاب والموظفين يتعرضون للتمتر اللفظي منهم 12% يتعرضون للتمتر الجنسي والبدني والتميز والإستقواء بعدما قاسى ويلات التتمُّر أكثر من ربع مليار فرد حول العالم⁽¹⁾.

وقد بات الأمر جلياً وفقاً للأبحاث الجنائية والتحليلات القضائية الحديثة:

أن جريمة التتمُّر تتضمن سلوكيات مركزية تدور في فلكها أنماط جوهرية ولانهائية مثل التخويف والتهديد والتميز والتحرش ، والإستقواء والإقصاء والإستغلال والإزدراء بالحط من الشأن ضد الضحايا . لذا بات التدخل الجنائي العشوائي الإرتجالي بالتجريم قبل دراسة وتفسير الظاهرة وإفئاد الخطة المنسقة التشريعية والتفريعات القضائية أمراً تضيق معه دائرة العدالة النقوية والتقييمية فتفتقد النصوص الفعالية⁽²⁾.

(¹)L'UNESCO et les pays du G7 sonnent l'alarme sur le harcèlement scolaire et unissent leurs forces contre la violence à l'école – **Paris, 4 juillet** –2020 p . 8 .

(²) Silvia Staubli and Martin Killias : (Long-term outcomes of passive bullying during childhood: Suicide attempts victimization and offending) – University of Zurich, Switzerland – European Journal of Criminology – vol. 8, 5: pp. 378 . First Published September 14, 2011 .

وربما فَقَدِ الْمَشْرَعُ الْمِصْرِيَّ بُؤْسَلَةَ التَّجْرِيمِ وَالْإِلَامِ بِمَقُومَاتِهِ وَأُولُويَاتِهِ وَتَعْقِيدَاتِهِ الْحَدِيثَةِ فِي مَوَاجِهَةِ الظَّوَاهِرِ الْمُسْتَعَصِيَةِ وَأَخْصَهَا التَّنَمُّرُ . فَأُولُويَاتِ التَّجْرِيمِ تُفْرَضُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَجَهَّزَ قَبْلَ أَضَافَةِ الْمَادَّةِ (309 مَكْرَرًا ب) عَقُوبَاتِ التَّوَجُّهِ الْمَبَاشِرِ إِلَى تَجْرِيمَاتٍ أَكْثَرَ خَطُورَةً وَأَهْمِيَّةً مِنْهَا تَجْرِيمِ الْحُضِّ عَلَى الْكِرَاهِيَّةِ وَالْعَنْفِ ، بِتَشْرِيْعٍ مُتَخَصِّصٍ وَكَذَا حَظْرِ الْإِقْصَاءِ الْإِجْتِمَاعِيِّ وَالْوِظَيفِيِّ وَالسِّيَاسِيِّ ، وَكَذَا الْإِزْدِرَاءِ وَالْإِسْتِقْوَاءِ وَغَيْرِهَا .

وَقَدْ ضَاقَ بِالْمَشْرَعِ ذَرْعًا أَنْ يَلْمَ بِمَقُومَاتِ التَّجْرِيمِ وَتَعْقِيدَاتِهِ بَعْدَ أَنْ فَقَدَ مَوْشِرَاتِ أُولُويَاتِهِ . فَرَبْمَا تَظْهَرُ فِي التَّفْرِيدَاتِ التَّشْرِيْعِيَّةِ الَّتِي كَانَتْ يَجِبُ أَنْ يَحْتَوِيهَا نَصُّ الْقَانُونِ رَقْمَ (189) لِسَنَةِ 2020 بِتَعْدِيلِ قَانُونِ الْعُقُوبَاتِ وَأَضَافَةِ الْمَادَّةِ (309 مَكْرَرًا ب) . فَلَمْ يَقْسَمِ النَّصُّ إِلَى حَالَاتٍ مُتَنَوِّعَةٍ الْمَسَارَاتِ تَبْرَهْنُ عَلَى تَفْرِيدِهِ التَّشْرِيْعِيَّ بَلْ قَامَ بِدَمْجِهَا بِالرَّغْمِ مِنْ إِفْتِقَادِ مَقُومَاتِ تَرَابِطِهَا فَيَتَعَيَّنُ تَقْسِيمُ النَّصِّ إِلَى حَالَاتٍ ثَلَاثَةٍ تَظْهَرُ فِيهَا تَفَاوُتُ الْقُوَّةِ وَتَدْرُجُ جِسَامَةُ الْأَفْعَالِ لِكُلِّ حَالَةٍ بِمَا يَلْقَى بِأَثَرِهِ فِي وَزْنِ الْعُقُوبَةِ بِوَاقِعِيَّةٍ وَبِمَا يَلَاءَمُ كُلَّ مُجْرِمٍ عَلَى حَدَا (1).

وَلِهَذَا يَبْتَغِي الْبَاحِثُ قِيَاسَ التَّحْوِيلَاتِ الْإِجْتِمَاعِيَّةِ وَالنَّفْسِيَّةِ لِلشَّخْصِيَّةِ الْمِصْرِيَّةِ عَلَى أَثَرِ مَا عَصَفَ بِهَا مِنْ تَغْيِيرَاتِ حَرَكَتِ ثَوَابِتِهِ وَتَقَالِيدِهِ الرَّاسِخَةِ . كَمَا يُؤَكِّدُ وَيَبْرَهْنُ

(¹) Mika Hagerlid : (Swedish Women’s Experiences of Misogynistic Hate Crimes: The Impact of Victimization on Fear of Crime) – First Published September 11, 2020 – Feminist Criminology– p.no 19 .

على تأكل النَّوْأَ الْمَرْكَزِيَّةُ والحواجز النفسية التي تحتوى على الضمانات وتقدير الأخر وتوقير الذات ، بما يتعين إيجاد علاج لها بعد تشريحها وقبل تشريعها .

ويضرب التَّنْمُرُ بعنفونه فى عمق المجتمع المصرى ؛ فلا يخلو يوم إلا وتطالعنا وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والإلكترونية بواقعة تنزل الكيان الإخلاقى الجمعى وَتُبَيِّنُ مَدَى الإنحدار الذى نقاسى ويلاتة . فقد ثبت أن تفاعلات ال (social Media) أسبق وأنجع وأقوى من التفاعلات القضائية والقانونية على كل واقعة تتمرية يهتز لها المجتمع بضميره وعدالته وقانونه وتفاعله وتقييمه . فيدق ناقوس الخطر لمواطن النقص فى النص ، فينبى المشرع ويتصدى بعد أن ضاعت حقوق وأنتهكت حريات وأنتقصت الضمانات المصونة دُسُورِيًّا.

ثانياً / إشكاليات الدراسة

تظهر بعض التساؤلات الجوهرية فى سياق البحث يتعرض لها الباحث بالتحليل والتأصيل وبالنظر لعدم وجود نصوص صريحة أو دراسات جنائية أو إجتماعية لمعالجتها إلا أنها تتمحور فى الإشكاليات التالية :

1- كيف يمكن أحداث تساند وإنسجام بين (ظاهرة التَّنْمُرُ) من منظور علم الإجرام وبين موقفها التشريعى فى القواعد الجنائية ؟ وبعبارة أخرى فكيف يمكن أن يستخدم القانون الجنائى بوسائله معطيات ودراسات وإستراتيجيات علم الإجرام من أجل تحقيق الردع والفاعلية وضرورات التجريم لمحاربة التَّنْمُرُ ؟. وما أثر ومخاطر

ومحاذير التدخل الجنائي الفوضوى بالتجريم قبل إستلهاام مقومات الظاهرة وإيجاد علاجها؟⁽¹⁾.

2- ماهى أسباب التَّنَمُّرُ (كظاهرة إجتماعية)؟ . وأنواعه ومساراته؟. وكيف يسترد قانون العقوبات دوره الإخلاقى والتربوى فى تهذيب الأفراد وأقلمة سلوكياتهم بعدما توارت القيم الاخلاقية وَتَرَجُّعُ مَحْزُونِهَا بعدالتحولات السياسية والإقتصادية العميقة التى أثرت فى تركيب المجتمع وخصائصه وتقاليده التى تطورت ؟⁽²⁾.

3- هل أفعال التَّنَمُّرُ تحتاج إلى نص جنائى مستحدث لاسيما وقد تم إضافة المادة (309مكرر ب) عقوبات ؟ . أم أن السلوكيات بنمطيتها المتشعبة يمكن أن تُعَالِجَهَا نصوص فعلية موجودة فى المدونة الجنائية الحالية بمايثير إشكاليات التعدد المادى أوالمعنوى للنصوص؟ . فماهى فوائد الإلتجاء إلى محاربة ظاهرة التَّنَمُّرُ

⁽¹⁾ Stefanie Eifler • Daniela Pollich : (Empirische Forschung über Kriminalität Methodologische und methodische Grundlagen) – Springer Fachmedien Wiesbaden 2014 – p.no 151 .

⁽²⁾ John Hendy and Odette Hutchinso (Optimize Criminal Law) Frist Pub 2015 – Routledge/ london.n 46 .

بالنص العام أم بالنص الخاص أو النص الأصلي أو الإحتياطي وفق نظريات السياسة الجنائية الحديثة ؟⁽¹⁾.

4- هل التَّنَمُّرُ جريمة واحدة أم مركبة ؟ . وهل تقع بمجرد السلوك الذى يجسد النتيجة أم يتصور فيها الشروع وماهو معياره القضائي ؟. وما أثر تراخي النتيجة وتصويرها القانوني أو الطبيعي ؟. وكيف تُحلّ إشكاليَّةُ تداخل السببية فى الأفعال التَّنَمُّريَّة وفق المنهج الإيطالى ؟. وهل لابد من تكرار الفعل أكثر من مرة وإشتراط الإستمرار والإضطراب لتحقيق غائية السلوك؟ . وهل التَّنَمُّرُ يعد جريمة خطر أوضرر أو تعريض الغير للخطر فى سياق المادة (3-121) عقوبات فرنسى ؟. وماهو نمط النتائج المحظورة وقنواتها وكيف يمكن تجفيف منابعها ؟

5- كيف يمكن قياس درجات المسؤولية تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاءً فى الفاعل الأصلي والشريك والمعرض الصورى ؟ . وهل تنهض مسؤولية الشخص المعنوى والأجهزة التنفيذية عن حالات التَّنَمُّرُ ؟ . وهل نص المادة (309مكرراً ب) إستلهم حالات التشديد بالنظر لخطورتها وما أثر خروج العود عن القواعد العامة ؟

(¹) Josja J Rokven, Gijs de Boer, Jochem Tolsma, : (How friends' involvement in crime affects the risk of offending and victimization) – European Journal of Criminology –2017, Vol. 14(6) P . 711 .

ثالثاً/ غايات الدراسة

1- فرصة للكشف عن النصوص الفعالة فى التشريعات المقارنة مع رصد لبعض الإتجاهات القضائية الحديثة لمكافحة التَّنَمُّر لاسيما فى القضاء الفرنسى والإنجليزى والألمانى والإيطالى . كمحاولة لتهيئة البيئة التشريعية الموجودة بالنظام المصرى لبيان مدى فاعليتها واقتراح أفضل الوسائل الحمائية لمنع الظاهرة (1).

2- أقترح صياغة تشريعية معاصرة لقانون مصرى متخصص لمنع الحض على الكراهية والتَّمييز بما يمنع أو يحد من معضلات التَّنَمُّر . كما تظهر فيه مؤشرات وضرورات التجريم وفاعليته التى تنسجم مع خصوصيات النواحي الإجرائية فى إقتناص دليل ضد المُنْتَمَر وإثبات سلوكياته الشاذة وتراعى فيه التفريعات القضائية .

3- تحليل مفردات جنائية وسلوكيات عدوانية لاتجد النصوص العقابية الصريحة الرادعة بالنظر لإختلاط مفهومها وعناصرها ومقوماتها وأثارها (فالقهر والتسلط والترهيب والإستقواء والإقصاء والإذلال وغيرها) فقد تختلط بالإكراه وإستعراض القوة وإستغلال ضعف المجنى عليه على إعتبار أنها درجاته ومؤشراته (2) .

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) - Tesi di Master - Criminologia - CENAF - Centro Nazionale Alta Formazione - anno 2015 - p .no 49 .

(2) Victoria Foreman : (Constructing the victim in the bullying narrative: How bullying discourses affirm rather than challenge discriminatory notions of gender and sexuality) - Crime, Media, Culture: An

4- بيان للنظريات التحليلية والسلوكية والفيسولوجية والسيولوجية والسياسية والوظيفية كمعطيات تفسر وترصد مشاكل وحلول التَّنَمُّر⁽¹⁾. كما تستوضح الدراسة التمايز الجوهرى بين السلوك التَّنَمُّرُ عن الأفعال العدوانية العادية الجنائية من أجل تتبع حجم وإتجاهات ظاهرة التَّنَمُّر من منظور علم الإجرام .

5- رصد كافة المآخذ التشريعية التى كان يجب أن يحتويها نص القانون رقم (189) لسنة 2020 بتعديل قانون العقوبات وأضافة المادة (309 مكرراً ب) . كما يرصد الباحث أشهر وأحدث الوقائع التَّنَمُّرية فى محاولة لوضع التوصيفات المناسبة التشريعية والقضائية فى أسلوب مقارن يقتفى فيه أفضل الحلول والبدائل المتاحة .

رابعاً/ منهج الدراسة

يقتفى الباحث أثر المنهج (التحليلى المقارن) فيحلل ويبحث ويتحرى عن الأساس النظرى للتجريم وتقييم واقع السياسات والسلوكيات التى تصلح سنداً للتجريم . ويشرح المفهوم ومايرتبط به من أنظمة ، ويبين أسباب ظاهرة التَّنَمُّر وأنواعها وكيف يمكن تحجيمها من منبعها بالوسائل التشريعية والتحليلات القضائية المقارنة

International Journal – U.S.A – Volume 11 Issue 2, August 2015 – p .no 16 .

(¹) Sophie Lapointe : (Étude psychanalytique du phénomène de l'intimidation par des pairs à l'adolescence) – Thèse de doctorat en psychologie – Université du Québec à Montréal, 2015 – p .no 112 .

فى أنظمة قانونية كبرى أهمها النظام اللاتينى والأنجلو أمريكى والجرمانى
وخصائص وتطبيقات كلا منهما .

خامساً/ خطة الدراسة

تتجه مسارات الدراسة إلى معالجة ظاهرة التَّنَمُّر بإعتبارها جريمة لها من المقومات
التي تفترض آثار متنوعة وأركان فى البنيان القانونى لها وتطبيقات وتحليلات
قضائية مقارنة للكشف عنها وذلك فى الأتى:

أما المطلب الأول بعنوان (المقومات الأساسية فى تجريم التَّنَمُّر)

فيتناول الباحث العناصر الأساسية التي تبرز خصائص وعناصر وقواسم التَّنَمُّر فى
العصر الحديث . فيبين تعريفها فى التشريعات الجنائية العادية والمتخصصة
لاسيما الإيטالى والبلجيكى والكندى ، مع مدلولاتها فى تشريعات مقارنة أخصها
الروسى والتشيكى . ثم يوضح أنواع التَّنَمُّر المؤثم جنائياً فى النطاق الجسدى
والقولى والوظيفى والإجتماعى والسياسى والإلكترونى وخطورة مظاهره ومعطياته .
كما يتجه إلى أبرز التمايز الجوهرى بين السلوك التَّنَمُّرى والأفعال العدوانية العادية
وصولاً إلى تحليلات علم الإجرام لتفسير التَّنَمُّر .

أما المطلب الثانى بعنوان (أركان جريمة التَّنَمُّر)

فيتناول أنماط السلوك فى استعراض القوة والسيطرة وإستغلال ضعف المجنى عليه
وكل حالة تسيء اليه . مع تصوير النتيجة وبيان مظاهر الضرر والخطر وتنوع

النتائج المحظورة وطبيعة المصلحة محل الحماية . ثم يقتضى العرض التطرق لمشكلة تداخل السببية فى التَّمَرُّ مع تراخى النتيجة وأثار ذلك على مسئولية الفاعل الأسمى والشريك والشخص المعنوى وحالات التشديد فى نص المادة (309مكرراً عقوبات) . ويتعرض للركن المعنوى فى صورة العمد وغير العمد والمتجاوز القصد وأبراز الوقتية وضمانات القضاء فى إستخلاصه (1).

أما المطلب الثالث بعنوان (التحليلات القضائية الجنائية لسلوكيات التَّمَرُّ)

فيتعرض الباحث فى القضاء الإنجليزى لىبرز فعالية سلسلة التشريعات الغائية التكميلية وتطبيقاتها على وقائع التَّمَرُّ ؟ . وأنجع التحليلات لأنماط الركن المادى والمعنوى وأثبت سلوكيات التَّمَرُّ.أما القضاء الألمانى الفيدرالى فىوضح خطة التشريعات الجنائية فى مكافحة التَّمَرُّ وبيان أفعال الحط من الكرامة والسخرية والتهكم ؟.وبيان مضمون مبدأ الإعتراف بالتَّمَرُّ المتبادل . أما القضاء الإيطالى فىبرز أهم تطبيقاته فى قانون العقوبات فى محاور ثلاثة يستظهر أولها فى انماط التَّمَرُّ فى الجرائم الواقعة على الشرف . وثانيها فى الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية ، وثالثها يرسم ملامح المسئولية فى قانون مكافحة التَّمَرُّ الإلكتروني الجديد .

(1) Mika Hagerlid : (Swedish Women's Experiences of Misogynistic Hate Crimes: The Impact of Victimization on Fear of Crime) – First Published September 11, 2020 – Feminist Criminology– p.no 11 .

المطلب الأول : المقومات الأساسية فى تجريم التَّمَرُّ.

المطلب الثانى : أركان جريمة التَّمَرُّ.

المطلب الثالث : (التحليلات القضائية الجنائية لسلوكيات التَّمَرُّ).

مطلب أول

المقومات الأساسية فى تجريم التَّنَمُّر

الأصل أن : مُقَوِّمَاتُ التَّجْرِيمِ تُعَيِّدُ وَتُقَدِّرُ إعطاء بيان لكافة العناصر الأساسية التى تبرز خصائص وعناصر وقواسم الظواهر الإجرامية المستحدثة . كما تقتضى التحديد الدقيق لتعريفها ومدلولها والدعائم والركائز التى تنهض فى تكوين المسؤولية الجنائية فى شقها الموضوعى و الإجرائى والشخصى من منظورها الحديث (1) .

فمن خلال التعرض لماهية وخواص الظاهرة فى التشريعات العقابية مع بيان مسارها وأنواعها ، يمكن بعدها أن يستجلى الباحث تمايزها عن غيرها لاسيما وظاهرة التَّنَمُّرِ مُتَّفَرِّدَةً عن السلوكيات العدوانية العادية من حيث إستلزم العمد والتكرار وتفاوت القوة بين الجانى والضحية . كما يتضح أن التَّنَمُّرُ ظاهرة قديمة نسبياً لم تكشف عن ملامحها الدراسات الإجتماعية والجنائية إلا مؤخراً ، ومابين

(1) Thomas Mößle and Eva-Maria Zenses : (Internet Gaming Disorder und kriminelles Verhalten: Gibt es einen Zusammenhang ?) – Neue Kriminalpolitik Nomos Verlagsgesellschaft , 2016, Vol. 28, No . 1 pp. 33 .

فترة الوجود وحتى الإكتشاف ضاعت ملامح مقومات الظاهرة والتبست بغيرها وقاسى ويلاتها الضحايا حتى الآن ومازالوا (1) .

كما يلاحظ أن الوقوف على أنواع التَّمَرُّ اللفظى والجنسى والوظيفى والإجتماعى والسياسى والإلكترونى يمكن أن يعطى مؤشراً لما يجب أن تكون عليه سياسة المُشْرِع فى التشديد أوالتخفيف فى سلوكيات معينة دون غيرها وهل تجدى أسلوب الصياغة المرنة أوالضيقة إحتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وغيرها (2) .

كما أن أقتفاء أثر التحليلات والتفسيرات التى يقدمها علم الإجرام للسياسة الجنائية الحديثة يمكن أن يساهم فى إستنباط نموذج تجريمى تقويمى صالح للإحاطة بفرضيات الظاهرة ويحاصرهما من منبعها . كما يعطى مدلولات لحجمها وإتجاهاتها بما يؤكد أن الإلمام بمقومات التجريم يعد مسألة أولية قبل الخوض فى صناعة وصياغة النصوص التجريمية والتوجه المباشر لإستلهاام معضلات الظاهرة لحلحلة كل دعائمها .

(1) Darrick Jolliffe : (The criminal careers of those imprisoned for hate crime in the UK) – European Journal of Criminology –2019 Vol. 18 – April 3, 2019 P . 17 .

(2) Anastasia Powell, Adrian J Scott, Nicola Henry : (Digital harassment and abuse: Experiences of sexuality and gender minority adults) – European Journal of Criminology – Volume: 17 issue: 2, – 2020 page(s) : 199 .

وعلى ذلك يتعرض الباحث فى هذا المطب للفروع الآتية

فرع أول : ماهية التَّئمُر فى التشريعات الجنائية .

فرع ثان : تنوع صور ومسارات التَّئمُر المؤثم جنائياً .

فرع ثالث : تمايز السلوك التَّئمُرَى عن الأفعال العدوانية العادية .

فرع رابع : تحليلات علم الإجرام لأفعال التَّئمُر الجنائية .

فرع أول

ماهية التَّنَمُّرُ في التشريعات الجنائية

يقصد بالتَّنَمُّرُ في السياق اللغوي : أى أن شخص تكالَبَ وَتَعَلَّبَ أو أغارَ وَأَنْتَصَرَ وَقَهَرَ غيره وأستقوى عليه بملكاته وإمكانياته وسلطاته وصلحياته . وقد يشار الى التَّنَمُّرُ بالنسبة لحيوان النَّمْرُ فهو مفترسٌ أرقطٌ ويعد ضربٌ من الفصيلة السنورِيَّة ورتبة اللّواحم . إلا أنه أعنف واغلظ من الأسد وأخْبَثُ وأسرع حيلة وقوة .

فيظهر أن الشخص المُتَنَمَّرُ قَدْ أُوعِرَ مَخَالِيَهُ المفترسة بواسطة (التهديد والترهيب والتسلط والإستقواء) في صدر وكيان الشخص المُتَنَمَّرُ به . فقسوة التَّنَمُّرُ وما يتركه من أثر ممتد المفعول قد يبقى ليكرس للضعائن والتشاحن الذي يُفْضَى إلى ارتكاب جريمة أما تكتيلاً أو عدواناً أو انتقاماً أو نتيجة إساءة استعمال السلطة .

فجوهر التَّنَمُّرُ يتمثل في فعل (الإيذاء) وهو نمط تجريمي متحرر يتجلى في مسارات متنوعة منها السلوكيات والكلمات والإيماءات والإجراءات التي تُفَوِّضُ الشخصية والكرامة الإنسانية أو السلامة الجسدية أو النفسية بهدف التدمير التدريجي لفرد أو جماعة عن طريق الضغط المادى أو المعنوى المتكرر أو القسرى وغيرها (1)

(1) Marie-France Hirigoyen : (Malaise au travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux,) Syros, 2001 ; édition de poche Pocket, 2002 ; Éditions La Découverte, 2004 . p.no 31

كما يقصد بالتَّتمُّرُ المجرم أيضاً (كل إعتداء أو إساءة أو أذى نفسى أو مادي يقوده شخص متمم أو جماعة يمارس ضد شخص آخر أو جماعة، بقصد التخويف والتكيل والتهديد والتمييز أو الإقصاء والخط من الشأن بقسوة بسبب الطبيعة الأنانية غير الغائية للمتمم التي تبرهن على شخصيته الإجرامية الكامنة)⁽¹⁾ .

كما قد يتجه التَّتمُّرُ إلى (كافة الأفعال العمدية المتكررة ذات التفاوت الفادح بين مرتكبها وبين من تقع عليه ، يستهدف فيها الفاعل الإخلال أو المساس بالضمانات الجسدية والمعنوية لصون الكرامة الإنسانية عن طريق العنف أو التهديد أو إستعراض القوة والتحكم فى سلوكيات الآخرين أو التأثير فى معنوياتهم بإستمرار)⁽²⁾ .

كما بين الفقيه بيل بيلسى بأن التَّتمُّرُ ما هو إلا هجوم وإيذاء جسدى ونفسى مستمر ومخادع ومنهجى ومباشر ضد الشخصية الإنسانية بوسيلة قد تكون شفوية أو كتابية أو إلكترونية مستحدثة أو تقليدية . ويقصد فيه الجانى غائية محددة أو غير محددة تتضمن تدمير للقوة الجسدية والروحية للأفراد ، بمايلقى بأثاره الوخيمة على

(¹) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – First Published October 12, 2015 – European Journal of Criminology – – (CHUV), Switzerland . Vol 13, Issue 1, 2016 – p . no 52 .

(²) Franziska Börner : (Cybermobbing : Virtuelle Gewalt – Reales Handeln! – Aufklärungs- und Präventionsarbeit am Gymnasium Gleichense) – Ohrdruf, den 15. Dezember 2015 .p75 .

المجتمع في إنتشار العنف والكراهية والإنتقام وزيادة وتيرة الجرائم ضد الأشخاص والأموال (1) .

وعليه يقتفى الباحث أثر التشريعات الجنائية التي تناولت صراحة تعريفاً للتممر

أولاً / تعريف قانون العقوبات المصري للتممر

صدر تشريع بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات بتاريخ 5 سبتمبر 2020، بإضافة مادة جديدة ومستحدثة برقم (309 مكرراً ب) ، والتي أوردت تعريفاً صريحاً للتممر. ويأتي ذلك في ضوء تزايد الظاهرة وتناميها بصورة تشكل خطراً على المجتمع المصري ، مما استدعى ضرورات الأضافة نظراً لما يشكله التتمُّر من اعتداء على مصالح جديرة بالحماية منها الحق في السلام النفسى والحق في الحياة والسلامة الجسدية والروحية (2) .

فقد إستهل المُشَرِّع المصري نص المادة (309 مكرراً ب) عقوبات بقوله "يعد تنمرأ كل قول أو استعراض قوة أو سيطرة للجاني ، أو استغلال ضعف للمجني عليه ، أو لحالة يعتقد الجاني أنها تسيء للمجني عليه ، كالجنس أو العرق أو الدين أو الأوصاف البدنية ، أو الحالة الصحية أو العقلية أو المستوى الاجتماعي بقصد

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 88 .

(2) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit .p .no 53 .

تخويله أو وضعه موضع السخرية ، أو الحط من شأنه أو إقصائه عن محيطه الاجتماعي " .

ومع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد منصوص عليها فى أى قانون آخر يعاقب المُنْتَمِرُ بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن 10 آلاف جنيه ، ولا تزيد على 30 ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

كما أظهر المُشَرِّعُ الجنائى المصرى حالات التشديد بقوله : (تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن 20 ألف جنيه ولا تزيد عن 100 ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة من شخصين أو أكثر أو كان الجانى من أصول المجنى عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان مسلماً اليه بمقتضى القانون أو بموجب حكم قضائى أو كان خادماً لدى الجانى . أما إذا اجتمع الطرفان يضاعف الحد الأدنى للعقوبة وفى حالة العود تضاعف العقوبة فى حديها الأدنى والأقصى) (1) .

وقد بين المُشَرِّعُ المصرى فى النص المشار اليه انماط السلوك المادى الذى ترتكب به جريمة التَّمَرُّد بالرغم من تنوع صورته التى لاتخضع تحت حصر ؛ وبذلك حصرها فى الأقوال اياً كانت طريقتها ، وكذا بنمط إستعراض القوة أو سيطرة الجانى أو بإستغلال حالة الضعف للمجنى عليه أو أى حالة يعتقد أنها تسمى

(1) جريدة رسمية عدد (36مكرر ب) فى 5 سبتمبر 2020 القانون (189) بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات .

للمجنى عليه كالجنس والدين والأوصاف البدنية والحالة الصحية أو العقلية أو المستوى الإجتماعى وهى حالات محددة .

كما أبرز النص أهم ملامح النتائج المحظورة والتي قد تنحصر فى كافة أفعال التخويف أو الحط من الشأن أو وضع الضحية موضع السخرية أو إقصائه إجتماعياً لوجود رابطة سببية ملاءمة فى سياقها العمدى العادى . كما أظهر النص حالات العقاب فى الصورة البسيطة والمشددة وأثار العود والتعدد وتنوعه .

ثانياً / التعريف فى التشريع البلجيكى

ومن التشريعات الجنائية التى تضمنت تعريفاً واضحاً للتمتر المُشَرِّع البلجيكى : فقد عرفت المادة (442) عقوبات بلجيكى التَّنَمُّرُ الإخلاقى بأنه (ذلك السلوك التعسفى والمتكرر الذى يتجلى فى كافة الإيماءات والكتابات والمضايقات والترهيب الذى يهدف إلى تقويض الشخصية الإنسانية أو محو كرامتها الخاصة أو التعرض للسلامة الجسدية أو العقلية بالخطر أو الضرر أو خلق بيئة عمل مخيفة أو معادية للغير أو مهينة ، بحيث يخشى ضررها المباشر على المجتمع مستقبلاً فيعاقب بالحبس لمدة لاتقل عن سنة وغرامة يحددها القاضى) (1) .

(1) Dominique Rulkin : (Base de départ: définition du harcèlement moral par le législateur en Belgique) – le psychologue.he – u.s.A – 2019 – p .15 .

وبينت محكمة النقض البلجيكية مضمون التمر الإخلاقي بقولها (أن المدعى العام قد سرد وقائع تتضمن تتمر عنيف ضد الضحايا تميز بالقسوة الجسيمة والتحرش الجنسي فى نطاق العمل هى أفعال لا يستطيع رب العمل فصل العامل بسببها إذا أرتكبها بنفسه طبقاً لقانون العمل 1998 بالمادة (32) للفصل التعسفى⁽¹⁾.

كما أستلهمت مقوماته ومسئولية من يمارسه بقولها أن التتمر ما هو إلا (كافة الأفعال والإنتهاكات الجسيمة التى تسبب أضرار وأخطار للصحة النفسية والإجتماعية فى نطاق الأسرة والعمل)⁽²⁾ . ويلاحظ أن المحكمة قد أستشعرت أن صحة تكييف الواقعة يخضعها لمحكمة أخرى تختلف بإختلاف مضامين وجسامة الأفعال المرتكبة . ولهذا قررت أن له مفهوم جنائى يقتضى إحالة الدعاوى المدنية والعمالية الموسومة بالتتمر إلى القضاء الجنائى طبقاً للمواد (235 و539) من قانون التحقيقات الجنائية بتحديد الأختصاص⁽³⁾ .

كما إستلهم قانون العقوبات الكندى أهمية وخطورة هذه السلوكيات فى المواد من (298) ومابعدا لتحديد المسئوليات التى تتشابك وتتقاطع بين أطراف ثلاثة أولها

(¹) Cour de cassation , Belgique , 20 janvier 2020, – Numéro d'arrêt : S.19.0019.F .

(²) Cour de cassation , Belgique, 18 juin 2018 – Numéro d'arrêt : S.15.0123.N .

(³) Cour de cassation , Belgique, 30 mai 2017,– Numéro d'arrêt : P.16.1273.N .

متمرون (Bullies) وثانيها الضحايا (Victimes) وثالثها المتفرجون (Spectators) . فبحجم كل طرف فى الجريمة تقاس المسئولية الجنائية لتقام كلياً فى حال المُتَمَتِّر المتعمد ثم جزئياً فى حال المُتَمَتِّر الذى يقع فى غلط وكذا المتفرج ثم تتعدم تماماً فى حال الضحية (1) .

وقد قررت المحكمة العليا الكندية فى دائرتها الجنائية حينما عرضت عليها قضية تمييز وتتمر ضد أقليات مثلية وهى مجرمة طبقاً للمادة (163) عقوبات بقولها صراحة (أن المضايقات غير الإخلاقية لاتقتصر على كل سلوك يرتضيه الجانى بالتعسف ضد حقوق الآخرين ، وإنما ينال كافة السلوكيات التى يعترف المجتمع أنها معتدلة ومتوافقة ومقبولة فى مسارها الطبيعى مع قيم الإنسانية ولاتجدد تطوره أوتعطل تفاعله) (2) .

ثالثاً / تعريف التَّمَرُّ فى التشريع الإيطالى

كما عرفت المادة (1) من قانون مناهضة التَّمَرُّ الإلكتروني الإيطالى ضد الأطفال القصر والمعروف بقانون legge 71 del 29 maggio 2017 التَّمَرُّ بأنه (أى شكل من أشكال العدوان أوالضغط المستمر أوالتحرش أو الإبتزاز أو الإهانة

(1) Code canadien pénal – (L.R.C. (1985), ch. C-46) – Du 2020-07-01 au 2020-08-11 .

(2) cour.supreme *Canada* ; (15 décembre 2000) Numéro d'arrêt csc.69 – Ministre de la Justice),

أولتشهير أو سرقة الهوية أو تغيير البيانات الإلكترونية أو التلاعب بحقيقتها ونشر محتويات شاذة تتنافى مع إحترام الكرامة الإنسانية وضمانتها أو الحط من شأنها أو السخرية منها (1) .

وقد بينت النقض الإيطالية فى حكم ذائع الصيت عام 2019تتاولت فيه وقائع تجريرية إستلهمت مضامينها من نص المادة(64مكرر عقوبات ومابعدا وكذا المادة 612و613) وحلت كافة صور الإخلال بمبدأ المساواة والحض على الكراهية والعنصرية والتشهير والتتمُّر ضد فئة أقلية بعينها وهم العجر فى ايطاليا (2) .

كما عرف التتمُّر فى بعض الكتابات الهامة و التى أستوحى منه التشريع الإيطالى مقوماته الأساسية بأنه عبارة عن (رغبة جامحة ومستمرة فى الأذى وتنفيذ فعل

(1) Gazzetta Ufficiale la legge 71 del 29 maggio 2017. Entrerà in vigore il 18 giugno 2017. Ecco le novità – la nuova legge sul cyberbullismo – Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione .

(2) Cassazione penale : Sentenza 22 luglio 2019, n. 32862 – Corte d'appello di Milano del 06/03/2018 .

ضار يتميز بالترار وإختلال القوة الجسدية والنفسية وفي الصلاحيات من أجل الحط من شأن الضحية وإقصاؤه من محيطه الإجتاعى والسياسى والوظيفى⁽¹⁾.

وقد يشمل التتمر مدلولات متنوعة عرضها الإستقواء والتجبر والتعالى والغطرسة والغرور والتحامل والتشهير الضار بسمعة شخص أو جماعة⁽²⁾. وأظهرت النقض الإيطالية أن للتتمر هدف غائى يتضمن النيل من كرامة الإنسان والتعرض لسمعته وإعتباره وإزدراء أسلوب حياته بما يجعل باقى الأفراد يحتقرون مذهبه للأبد⁽³⁾.

كما تظهر الحماية التوزيعية فى نطاق آخر بقانون العقوبات وذلك فى الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية للأفراد *Dei delitti contro la libertà morale* والتي أختصها بجريمة المشرع الإيطالى بتعريف العنف الخاص بالمادة (610) عقوبات. كما يلاحظ أن المادة (612) بتجريم التهديد و المادة (612مكرر) والتي تجريم الإضطهاد القاسى ضد فرد، وكلها تفيد مدلولات التتمر إذا مارسها

(¹) Silvia Staubli, Martin Killias : (Long-term outcomes of passive bullying during childhood: Suicide attempts, victimization and offending) – European Journal of Criminology, vol. 8 –2011 .p.52 .

(²) ALICIA K. ALBERTSON : (NOTE: CRIMINALIZING BULLYING: WHY INDIANA SHOULD HOLD THE BULLY RESPONSIBLE) . Indiana Law Review, From 1998, vol. 31 no. 1 – 2014 – p .no 243 .

(³) Cassazione penale – Sez. V sentenza n. 49782 del 10 dicembre 2013 – (1 massima).

الجاني بإستمرار وتعهد وكان هناك تفاوت بالقوة يؤكد التماذي في السيطرة والإستغلال والإهانة والإقصاء الإجتماعي أو الوظيفي أو السياسي (1) .

رابعاً / مدلولات التَّنَمُّر في التشريعات الجنائية المقارنة

أعطت بعض التشريعات الجنائية مدلولات وتعبيرات تفيد أنها بمثابة تنمر وذلك بتجريم كل مظاهر وضع الجاني ضحيته في حالة أو مركز مشين ينال من سمعته ويحط من كرامته بواسطة السخرية والتقليل من الشأن والتحقير بالإستقواء العمدى.فقانون العقوبات التشيكي بالمادة (184) يجرم السخرية بنقل معلومات كاذبة عن شخص إلى رفاقه ومجتمعه بقصد التوبيخ والإزدراء فيعاقب بالحبس لمدة سنة واحدة (2) .

ويشدد قانون العقوبات الكندي بالمادة (298) تجريم السخرية إذا كانت غير مبررة قانوناً بشرط أن تتضمن ضرر للسمعة أو تعريض الضحية للكراهية والإستهجان بالسجن لمدة 5سنوات(3). أما قانون العقوبات الأسباني فجرم السخرية بالقول بالمادة (205) بالسجن لمدة سنتين وغرامة وتقتضى ركناً التكرار والعمد للقول بصلاحيته

(1) Cassazione penale – Sez. V sentenza n. 40488 del 12 settembre 2018 – Art. 610 Codice penale .

(2) Zákon trestní zákoník – Zákon č. 40/2009 Sb. – Účinnost' od – do 30.09.2020 (za 26 dní) .

(3) Code canadien pénal – (L.R.C. (1985), ch. C-46) – Du 2020-07-01 au 2020-08-11 .

أفعال السخرية أن تتال من شخص وكرامة الضحية لكي تشدد العقوبة للسجن 5سنوات (1) .

أما قانون العقوبات الفنلندي فقد نص في مادته رقم (9) قسم (4) على عقاب كل من يزدري أو يتهكم بسخرية بوسلية كتابية أو شفوية إلى السجن 3سنوات وتضاعف في حالة إذا وجهت السخرية ضد متوفى (2) . والمادة (128) من قانون العقوبات الروسى جرمت السخرية بإستقواء وتعمد بطريق السب أو القذف لتتال سمعة وكرامة الشخص بعقوبة السجن سنة وغرامة وتضاعف إلى 3سنوات إذا كان الجانى موظف عام (3) .

كما يلاحظ أن قانون العقوبات اليونانى المعدل فى 2019 قد نص على عقاب السخرية إذا تضمنت تجريح أو تهكم على السمعة أو الشرف وذلك بالسجن لمدة سنة وإذا كانت بواسطة السخرية الإنترنت فيعاقب صاحبها ب3سنوات وغرامة (4) . وقانون العقوبات الأذربيجانى بالمادة (148) التى تعاقب السخرية بواسطة التداعى

(1) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal – multitud de modificaciones .

(2) Strafflag – Om tillämpningsområdet för finsk straffrätt – 1 kap (16.8.1996/626) –

(3) "Уголовный кодекс Российской Федерации" от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020).

(4) κωδικοποιήθηκε με τον Ν. 4619/2019, με ημερομηνία ισχύος την 1η Ιουλίου 2019 .

والزعم المغلوط للسمعة والشرف بما يفيد تعمد وتكرار السلوك بعقوبة السجن 18 شهراً
وغرامة (1) .

أما قانون العقوبات السويدي فيعاقب بمادته (1) فصل (5) كل من يسخر من
أسلوب حياة الغير بسبب جنسه أو لغته أو أصله أو ديانته أو اتجاهه السياسي ،
ويقدم معلومات تعرضه لتجاهل الغير أو التهكم ضده ؛ فيعاقب بالسجن لمدة سنة
وتضاعف العقوبة إذا استخدم الجاني وسيلة الكترونية واسعة الانتشار أو تم تزوير
الحقائق والمعلومات بما يفيد استمرار الزعم والتنكيل بقصد السخرية وتقليل
الشأن (2) .

(1) Cinayat Məcəlləsi- (2009-cu il iyulun 22-dək edilmiş əlavə və dəyişikliklərlə) -

(2) Brottsbalk (1962:700) - SFS 1962:700 i lydelse enligt SFS 2020:617 - Formatteringsfix vid 4 kap. 4 b .

فرع ثان

تنوع صور ومسارات التَّنَمُّر المؤثم جنائياً

كقاعدة عامة فإنه تختلف نوعيات وصور التَّنَمُّر تبعاً لإختلاف البيئة الإجتماعية ونمطها ومستوى التقدم الحضارى والتكنولوجى من بلد لآخر . فكلما كان النظام القانونى يعترف بخطورة هذه الأفعال وحشد لها سياسات وإستراتيجيات ، كلما قلت وتيرته وتم تجفيفه من منبعه بمايتعين على الباحث التطرق للنوعيات الأساسية التقليدية والمستحدثة لظاهرة التَّنَمُّر أملاً فى معرفة أسباب ظهورها وعلاجها فى الأتى

أولاً / التَّنَمُّر الجسدى

هو أوضح الصور وفيه يستهدف الجانى النيل من المقومات الجسدية للكرامة الإنسانية والشرف والإعتبار الشخصى المتفرد ،والتماذى فى السخرية من القالب الجسدى التكوينى للبشر ، فتشمل كافة الإعتداءات بالقتل أوالضرب أو التحرش أوالإغتصاب الجنسى⁽¹⁾ . كما أن الجرائم التى ترتكب ضد الأشخاص تحتضن

(¹) Reeve S . Kennedy : (Bullying Trends in the United States: A Meta-Regression) – Trauma, Violence , & Abuse – Durham, NH, USA – First Published December 1, 2019 – p.no 5 .

صور عديدة لإنماط الإعتداء على الكرامة والشرف والإعتبار لتشابه المصالح المعتدى عليها (1) .

وأوردت المادة (2-33-222) عقوبات فرنسي مضامين التَنَمُّر الجسدى وفسرت مضمونه النقض وضربت أمثله لنطاقه ذلك بأنه (أعتداء جسدى يستغل فيه الضحية التفاوت البدنى الواضح أوالخبرة الواسعة فى مجال عمله كالطبيب الذى يستغل حاجة وسر مريضه لينتهك حرمة سواء كان تحرشاً أو إعتداءً مستمراً)⁽²⁾.

وفى دراسة أمريكية موسعة فى 2019بينت تدرج وتباين نسب التَنَمُّر النفسى من التَنَمُّر الجسدى ، فقد أظهرت أن التناز بالألقاب بلغ أكبر نسبة ب(44.2 %) ، ثم السخرية والتهكم (43.3 %) ثم إطلاق الشائعات والأكاذيب وتشويه السمعة (36.3 %) ثم الدفع أو التدافع (32.4 %)، ثم الضرب أو الصفع أو الركل والإغتصاب(29.2 %)،الإقصاء (28.5 %)،التهديد(27.4 %)،سرقة الممتلكات

(1) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre 2016 – (4e édition) – p.no 133 .

(2) Cass .Crim : 24 mai 2011, 10-87.100, Inédit – Rennes, du 10 septembre 2010 (Cassation partielle)

(27.3%)، التعليقات أو الإيحاءات الجنسية (23.7%)، التَنَمُّر الإلكتروني أو المدونات والتواصل الإجتماعي المتنوع (9.9%)⁽¹⁾ .

ويقترَب ويقترَن التَنَمُّرُ النفسى بالجسدى نظراً لإن الأخير ماهو إلا السبب الفعال والمباشر الذى أوجد الضحية فى معاناة نفسية قاسية قد تدفعه للإنتحار للتخلص من القوة العاشمة التى تمارس الإستقواء والإستهزاء بلا رادع أودافع لهذا التفاوت البدنى والعقلى والوظيفى الذى يستغله الجانى ليمارس تنمره المجرم جنائياً .

(أ) مضمون التَنَمُّرُ الجنسي

و يفيد التَنَمُّرُ الجنسي Sexual Bullying كأحد صور التَنَمُّرُ الجسدى وأخطرها الإغتصاب بأنه إنتهاك لمواطن العفة والشرف والكرامة للفرد وذلك بأدخال العضو الذكري فى العضو الأنثوى بهدف أتمام عملية التكاثر البشرى خارج إطارها الشرعى مقترنة بالتهديد أو الإبتزاز أوالصفع أوالركل وغيرها من صور الإكراه .

وقد أثبتت التجارب والوقائع التَنَمُّرية أن التجاء كثير من الجناة للتتمر الجيسى فى صورة الإغتصاب أوإنتهاك العرض لم يكن بغرض الإرتواء الجيسى أو لإشباع

(¹) L'UNESCO et les pays du G7 sonnent l'alarme sur le harcèlement scolaire et unissent leurs forces contre la violence à l'école – Paris, 4 juillet –2020 p . 8 .

رغبة شهوانية أوحوانية ، وإنما دلت على رغبة الجناة الجامحة في إذلال المرأة وممارسة الإستقواء ضد الضحايا وابتزازهم والخضوع لرغباتهم بدون مناقشة (1) .

وبينت المادة (222-23) مضمون جريمة الإغتصاب (pénétration sexuelle) ووضحت أن الإختراق الجنسي يتم بأفعال العنف والإكراه أو التهديد المفاجيء أو المتكرر . كما يقوم بأى أعمال أخرى ترتكب بغرض الإغتصاب مما يجعلها جريمة غير محدد نطاقها المادى لكى تستوعب وسائل الحماية الجنائية لتتوع أفعال الإغتصاب التى يتعذر حصرها ومحاصرتها فيعاقب مرتكبها بالسجن لمدة 15 سنة ، وهو أخطر أنواع الإعتداء الجسدى (2) .

ويلاحظ أن العقوبة تشدد طبقاً للمادة (222-24) عقوبات فرنسى إلى السجن لمدة 20 سنة إذا مورست أفعال الإغتصاب أو إنتهاك العرض الجسيم ضد شخص

(1) DAVID YAMADA : (Workplace Bullying: Legal and Policy Implications) – Perspectives on Work , Winter 2004, Vol. 7, No. 2 – Published by: University of Illinois Press – (Winter 2004), pp. 43-44

(2) Article 222-23 " Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol La tentative du délit prévu au présent article est punie des mêmes peines " .

يُعَانَى ضِعْفٌ بسبب مرضه أو سنه أو إعاقته أو ضد سيدة حامل أو من شخص له صلة قرابة أو حدث تشويه جسدى أو عجز دائم للضحية أو أقدم على الإنتحار⁽¹⁾.

وقد أثبتت النقض الفرنسية أن العقوبة تضاعف إذا ثبت إستعمال الجانى أسلحة أو كان مخموراً أو أعطى للمجنى عليه مادة مخدرة للنيل من أدراكه ووعيه الحر . كما تضاعف العقوبة إذا أرتكبها موظف عام بناءً على سطوة وظيفته وقد تصل للسجن 30 سنة إذا أدت للوفاة طبقاً للمادة (222-25) عقوبات فرنسي⁽²⁾ .

كما يلاحظ أن المادة (222-24) تستلزم المباغته فى الإغتصاب الجنسى ولا يجد الباحث غضاضة فى تعارض أو تناقض المباغته مع عنصر تكرارية أفعال التَّنَمُّرُ ، نظراً لإن جريمة التَّنَمُّرُ بحسب طبيعتها من نوعية الجرائم متتابعة الأفعال . فتتركب من سلوكيات متعددة مستقلة يجمع بينها تماثل الحق المعتدى عليه ووحدة الغرض الإجرامى ويصلح كل منها على حدا سنداً قوياً ومباشراً لترتيب المسئولية الجنائية الكاملة .

(¹) Cass .Crim : 27 novembre 2019, 18-84.858, Inédit- Cour d'assises du Gard, du 17 mai 2018 . (Rejet) .

(²) Cass .Crim : 18 septembre 2019, 16-83.324, Cour d'assises du Pas-de-Calais, 2016 . (Cassation) .

(ب) مجابهة التَّنَمُّر الجنسي في فرنسا

أدخل المُشَرِّعَ الفرنسيَ تعديلاً جوهرياً وذلك بالقانون رقم(703) لسنة 2018 بشأن تعزيز ومكافحة ضحايا الإعتداءات الجنسية المتكررة و ليوضح سلسلة الأنماط السلوكية التي تعد من جرائم الإغتصاب الجنسي المباشر أو غير المباشر وكيفية حماية الضحايا بالتبليغ الفوري وسريته وتحقيق ضماناته الجنائية (1) .

كما استهدف القانون رقم (703) لسنة 2018 علاج التَّنَمُّر الجسدى المتكرر وخصصت مادته رقم (19) لإلزام الحكومة بتقديم خطة سنوية وتقارير إستراتيجية عن وسائل وأليات مكافحة العنف الجسدى والمعنوى ضد الأطفال والنساء والرجال وكافة الفئات الضعيفة المشمولة بالحماية . كما يتم رصد الإعتمادات المالية وغيرها وبيان مؤشرات الأداء وتدعيم الإقتراحات لمنع العنف الجنسي وكافة صور المضايقات الجسدية .

وجدير بالملاحظة أن المُشَرِّعَ عدل قواعد التقادم بالمادة (7) إجراءات جنائية فرنسى بالنسبة لجريمة الإغتصاب الجنسي وأثاره المعنوية ضد قاصر لم يبلغ 15 سنة . بحيث أصبحت تقادم الدعوى بمدة 30 سنة بعد أن كانت 20 سنة وفى ذلك حماية للصغير حتى يبلغ سن الرشد الذى يؤهله للمطالبة بحقوقه المنتهكة إذا

(1)LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes – JORF n°0179 du 5 août 2018 /Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 487 (2017-2018) .

تعرض لإبتزاز أو تخويف إذا باشر الإعتداء الجنسي ضده أحد المتولين سلطة الرقابة والإشراف عليه من اقاربه (1) .

كما يلاحظ أن جريمة الإغتصاب إذا سبقها أعمال تعذيب أو أفعال عنيفة وجسيمة يقدرها القاضي فتشدد العقوبة إلى السجن مدى الحياة وذلك طبقاً للمادة (222-26)(2). كما تتلاحم قواعد التشديد مع قانون مكافحة العنف الأسرى بالقانون LOI n° 2020-936 بما يمنع التعذيب والعنف وغيرها بالمادة (222-26-1) (3) .

هذا وقد تلاحظ للباحث أن المُشَرِّعَ الفرنسي قد أصدر قانوناً متخصصاً LOI n° (2014-8773) بعنوان المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة يمكن أن يحد جذرياً من السلوكيات التَّعْزِيبِيَّة وتضمن تعديلات على قوانين أساسية منها قانون العمل والأسرة والضمان الإجتماعي والعقوبات والإجراءات الجنائية والقانون المدني (4) .

(1) PROJET DE LOI – renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes – L'Assemblée nationale a adopté le projet de loi dont la teneur suit – Voir les numéros : 778 et 938 .

(2) Cass .Crim : 16 juin 2015, 15-82.202, Inédit – la cour d'appel de Bordeaux, du 05 mars 2015(Rejet) .

(3) LOI n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales .

(4) LOI n° 2014-8773 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes . Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014 .

كما أن القانون رقم (703) لسنة 2018 يعد من القواعد التكميلية المتخصصة التي تتلاحم مع القواعد العقابية التقليدية للقضاء على مشاكل السلام الإجتماعى وتحقيق العدالة الجنائية فعلياً . كما يفيد فى تحديد المسئوليات ورسم السياسات وزيادة الضمانات الإجرائية لمنع التتّمُر الجنسى عموماً .

ثانياً / التَّنَمُّرُ الوظيفي

يتسم بالإستقواء والنفوذ والرهبه والتهديد والسخرية الشديدة من المظهر الخارجى أوالتكوين العلقى للشخص والإكراه المستمر بفقدان الوظيفة نهائياً أوالخضوع لجزاء تأديبي مُقنَع . كما تتسم هذه الجرائم بغائية الفساد والإنحراف فى النطاق الوظيفى التقليدى ، ويمكن ان ترتكب جرائم أخرى أهمها التزوير والإبتزاز وإستغلال النفوذ والرشاوى وخيانة الأمانة نظير إستجلاب رضا الرئيس المباشر املاً فى اتقاء شر تتمره⁽¹⁾.

فقد إيدت محكمة النقض الفرنسية أن من واجبات القانون العسكرى أن يهتم بعض الجنود بتحقيق وظائفهم الأساسية ولايجوز إزدراء المرؤس أو التقليل من شأنه بالسخرية المستمرة أو بإسناد أعمال تتنافى مع قدراته أو مركزه الوظيفى الحقيقى أو ممارسة تمييز وفق مفهوم المادة (1-225) عقوبات فرنسى⁽²⁾ .

وبينت المادة (3-433) عقوبات فرنسى مضامين تجريم التهديد والتخويف بإساءة إستعمال السلطة الحقيقية أو المزعومة ضد قاض أومحام أومحلف أو مسئول فى الشرطة الوطنية أوفى الضرائب أوالجمارك أو رجل إطفاء . كما تمتد ضمانات الحماية المقررة إلى الزوج أوالأصول والإحفاد للأشخاص المشمولين بالنص .

(¹) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – op.cit – p .no 142 .

(²) Cass Crim : 9 mai 2019, 18-81.743, Publié – la cour d'appel d'Aix-En-Provence, 2018 – (Rejet) .

ويتلاحظ أن التهديد والتخويف أخطر أنواع التَّنَمُّر في النطاق الوظيفي وذلك بقصد الحصول على قرارات أو إمتيازات أو أى فعل إيجابي آخر أو سلبى فيعاقب بالسجن لمدة 5 سنوات وغرامة 75 ألف يورو (1) .

كما تشمل أفعال التَّنَمُّر الوظيفي اعتياد إطلاق الشائعات المُعْرِضَةُ و التي لأساس لها على سلوكيات الموظفين بهدف التنكيل بهم وتوبيخهم والتمادى في السخرية من أعمالهم وإفتعال الأزمات التي لأساس لها (2) . كما بينت النقض الفرنسية أن السيدة هيلين اعتاد رئيسها في العمل على تعنيفها لإتفه الأسباب وإضطهاد مسلكها وأفكارها مما دفعها لطلب التحويل لقسم آخر وهو مأقوبل من الجانى بالرفض فإضطرت الطاعنة إلى تقديم الإستقالة بالرغم من أنها تعمل صحفية في جريدة تزعم وتؤكد على ضرورة زيادة حرية الفكر والرأى (3) .

كما أثبتت النقض الفرنسية أن الموظف قد اعتاد وكرر زملائه التمدادى في التَّنَمُّر ضده بسبب شكله وثيابه غير المهندم والحط منه وجعله مادة خصبة للسخرية ليل ونهار . كما أعتاد مديره على مناداته بغير أسمه الحقيقى بهدف التحقير والتقليل

(1) LOI n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique – JORF n°0051 du 1 mars 2017 .

(2) DAVID YAMADA : (Workplace Bullying: Legal and Policy Implications) op .cit p .no 39 .

(3) Cass Crim : mardi 12 décembre 2017- N° de pourvoi: 16-86303- Non publié au bulletin- (Rejet) .

من الشأن بمايفيد مضايقته والتتكيل به . كما أثبتت أن مدير الشركة كان يقصد عزل الموظف بالمخالفة لقانون العمل الفرنسي بمقتضى المادة 1-2316 L وهو مايجب الإشارة اليه (1) .

(¹) Cass Crim : mardi 27 février 2018 – N° de pourvoi: 17-81457 Non publié au bulletin– (Rejet) .

ثالثاً / التَّنَمُّرُ فى المحيط الإِجتماعى

يتغلّف برداء العلاقات الوطيدة برغم تتافرها الشاذ إلا أنها أصبحت ظاهرة إجرامية مضطربة كعلاقة العنف والكراهية والتهديد بين الزوج وزوجته والأب وأبنة أو باقى أخوته أو أقرب أقاربه المقربين . كما يلاحظ أن التَّنَمُّرُ العائلى أو الأسرى هو أخطر أنواع التَّنَمُّرُ الإِجتماعى لما يلقى باثاره على باقى منظومة التعاون بين أفرادها ، فيتكون منذ نشأة الجانى ويتربى عليه ويزداد معه ليأخذ منحى العنف والبلطجة والأناىة الشديدة (1) .

فيتخذ مسار التفكك والهجر العائلى المستمر والمزمن والإِنعزال ، فبفعل الماديات والتكنولوجيا الحديثة بما أوقته من تباعد وتشاحن وإنعدام الحوار أوحداث فجوات إقتصادية بين العائل الوحيد وتبدل أدوار رب الأسرة بين الرجل والمرأة أفقد القدوة والقائد وفتح مجال للتنمر وزيادة السلوكيات التجريمية (2) .

كما يلاحظ أن التَّنَمُّرُ العائلى هو مصدر ومنبع كل تنمر ، فإذا ماظهرت بوادر التَّنَمُّرُ داخل الأسرة وإنتشر العنف والتهديد والتعسف فى الحقوق الزوجية والتربص والإستقواء والإستهزاء وإساءة إستعمال الرخص بالتمادى فى الإهانات اللفظية

(1) Marie Christine Bergmann : (comparing school-related risk factors of stereotypical bullying perpetration and cyberbullying perpetration) – European Journal of Criminology – 22, 2019 . p 14 .

(2) Reeve S. Kennedy : (Bullying Trends in the United States: A Meta-Regression) – op .cit 41 .

والجسدية والمعنوية . كلما أثبت التَّئمُّرُ العائلي مدى خطورته وسرعة انتشاره وصعوبة مكافحته فهو أعمق أنواع التَّئمُّرُ وأكثرها تجريباً وضرورة إيجاد تشريعات حديثة تتضمن منع العنف الأسرى والحفاظ على الروابط العائلية بمايدمج بين نسيجها ويباعد بين كافة الأعمال العدوانية⁽¹⁾ .

وقد تنبعت العديد من التشريعات لجرائم التَّئمُّرُ الأسرى تحت مسمى جرائم هجرالعائلة ، فنجد قانون العقوبات الفرنسى بالمادة (227-3) والتي عولت على ضرورة وجود التزام عائلي منصوص عليه فى القانون المدنى بالمادة (373-2-2) بالنفقة أوبالإعانة أو أى ميزة أخرى حمائية بموجب تنفيذ حكم قضائى . فإذا استمر الهجر أو الإمتناع أكثر من شهرين متتابعين فيعاقب الجانى بالسجن لمدة سنتين وغرامة 15 ألف يورو وحتى لا تنفرط مقومات استمرار العلاقات الأسرية بمايجعلها فريسة للتتمر أونشر بوادر الإنتقام والتكيل المجتمعى⁽²⁾ .

كما أعتبرت النقض الفرنسية أن التخلّى عن الطفل دون سبب مشروع من والديه أو ممن له سلطة فعلية عليه بمايعرض صحته وسلامته وأخلاقه ومستوى تعليمه للخطر يعد جريمة بموجب المادة (1-17-227) فيعاقب بالسجن لمدة 6 أشهر

(¹) LOI n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales –

(²) LOI n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020 . JORF n°0300 du 27 décembre 2019 – Texte n° 1 .

وغرامة 7500 يورو⁽¹⁾ . ويلاحظ أنه مسلك تجريمى حميد يمنع حالة الخطر وبما يجفف الضرر إذا ماتعرض الطفل لمحاذير قد تسوقه حتماً للانحراف الإجتماعى بلاوعى .

وقد أمرت النيابة العامة المصرية بحبس والدى الطفلة (إيلين)

فقد إعتادا الوالدين وكررا ترويج مقاطع فيديو عبر قناتهما على (You Tube) لإستغلالهما الطفلة لتحقيق ربح مادى يتضمن تخويفها والسخرية من رد فعلها . وقد طلبت النيابة العامة تحريات خاصة من إدارة مكافحة جرائم الإتجار بالبشر بوزارة الداخلية حول الواقعة . وقد أكدت التحريات استغلال المتهمين حادثة عمر طفلتها التى لم تتجاوز عامين وإستغلالها تجارياً ومالياً قاصدين رفع نسبة مشاهدة المقطع على شبكات التواصل الإجتماعى وزيادة التعليقات والتفاعل وإثارة الجمهور بعبارة (عملنا مقلب فى إيلين) .

ويلاحظ أن توصيفات النيابة للواقعة تندرج تحت جرائم الإستغلال التجارى للطفل وتعريضه لخطر الإساءة النفسية الجسيمة كلما تم ترويجه و السخرية من الضرر الذى يتعرض له . وقد أمرت النيابة بحبس المتهمين 4 أيام على ذمة التحقيق وتسليم الطفلة المجنى عليها إلى جدتها لوالدها مع أخذ تعهد بحسن رعايتها .

(¹) Cass Crim : 14 mars 2018, 17-90.029, Inédit – Cour d'appel de Toulouse, du 14 décembre 2017-

ويمثل سند الحبس للمتهمين أن هذه الأفعال تندرج تحت نمط تجريم أفعال التَّتمُّرُ بالمادة (309 مكرراً ب) المستحدثة في قانون العقوبات المصرى فى صورتها المشددة مباشرة. وذلك بإستغلال ضعف المجنى عليه الشديد ووضعه فى موضع السخرية إذا كان الجانى أحد أصوله أو من المتولين تربيته أو ملاحظته ، فتضاعف العقوبة الحبس مدة لاتقل عن سنة وغرامة من 20 إلى 100 الف جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين (1) .

وقد بينت النقض الفرنسية (أن الفتاة تعرضت لمداعبات وإعتداءات جنسية فى كافة انحاء جسدها فى صيف 2001 من أقرب أقاربها والمتولين رقابتها وهو عمها والذي مارس عليها علاقة جنسية كاملة ممزوجة بالعنف والإكراه والتهديد المستمر والمتكرر بما يخضع لتجريمات المواد (22-22) و(23-22) عقوبات (2) .

وقد إيدت محكمة النقض الفرنسية عقوبة السجن لمدة 9 سنوات على والد طفل قاصر أعتاد على تقديمه إلى الكثير والكثير من أصدقائه لإنتهاكه جنسياً وإستغلاله

(1) جريدة رسمية عدد (36 مكرر ب) فى 5 سبتمبر 2020 القانون (189) بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات .

(2) Cass Crim : 16 juin 2015, 15-82.202, Inédit – la cour d'appel de Bordeaux, du 05 mars 2015 . – (Rejet)

تجارياً فى أنتاج أشرطة إباحتة وعلرها وتعرضه لإبتزاز وترهيب مستمر من أصوله وهو ماىخضع لتجريم المواد (27-222) و(30-222) عقوبات فرنسى⁽¹⁾.

كما وضحت النقض الفرنسىة فكرة التتْمُرُ العائلى بقولها (أن الطفل البائس مارك قد تعرض لتشويه ذاته وإصابته بإضطراب مزمن وحاد فى الحركة من الأم وزوجها ، ولم يتخذا تدابير السلامة الجسدية لعلاجه وإنما تماديا فى إستغلاله جنسياً وإنتهاك خصوصيته السرية وهو قاصر لم يتجاوز 14 عام . كما ثبت أقدامه على الإنتحار وملاسته للخطر الحال بعدما تخلى عنه أصوله وفروعه بمايستوجب تشديد العقاب عليهم)⁽²⁾ .

⁽¹⁾Cass Crim : 14 septembre 2005, 04-87.625, Inédit- cour d'appel de Bordeaux - 17 novembre 2004.

⁽²⁾Cass Crim : 27 mars 2008, 08-80.250, Inédit - cour d'appel de Douai, du 27 novembre 2007 .

رابعاً / التَّنَمُّرُ السياسي أو الدولي

أزدادات الأفعال التتمرية العابرة للحدود في أثرها ونطاقها لتبرهن على أهمية إستئصال مصدرها وبواعثها من منبعها . فتلاحظ أن التتمر الناتج من أفراد دولة ضد أفراد دول أخرى قد يمثل مظاهر الدونية والإستعلاء والتفاخر والإستقواء والإستغلال والتهديد وهو مايمكن إعتباره ذات مدلولات جنائية إذا تعرضنا لمقوماته ومظاهر خطورته بمايساعد في تجفيف منابع ظاهرة التتمر في كافة مستوياتها وذلك في الأتى :

(أ) مضامين التتمر السياسي : يتشكل في صورة المضايقات والإستقواء والتهديد والإكراه الذي يمارس من دولة ضد دولة أو من دولة ضد فرد أو من فرد ضد أفراد آخرين بهدف السخرية من دولته التي ينتمى إليها . فقد تزايدت وتيرة التتمر السياسي في كل محفل ثقافى أورياضى أوعلمى بين بلدين متقاربين في صفات مشتركة .

فيتجه التتمر السياسى ناحية أنماط تجريرية تتبع من مسئولية الفرد ذاته منها الإزدراء الحاد لإنتماء فصيلة بسبب أصلها أوجنسها أولغتها أودينها أوقوميتها وأعلقتها بالدول الأخرى أو بمدى تقدمها أوتحضرها بمايخلق فجوة بين طوائف وفئات الشعب المتعرض للتتمر بمايلحق به من نظام حكم رشيد (1) .

(1) Marie-France Hirigoyen : (Malaise au travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux) op .cit p .no 33 .

ويمارس فى الميدان السياسى ضد مجموعة كيانات دولية أو منظمات على دولة أصغر إقتصادياً نظير إستجلاب الأخيرة قروض ومنح ومزايا مادية أو معنوية بالنظر لما حل بها من فقر وفساد . فحينما تقبل الدول الضعيفة النامية التهديدات والإهانات لقبول المساعدات فتفقد إرادتها وتستغل ثروتها ويستورد قرارها من معكسر لا ترتضى بتدخله الغاشم فى شئونها الداخلية وترتيب مؤسساتها الدستورية ووضع سقف للحريات (1) .

كما يتأسس التمر السياسى على تخبط العلاقات السياسية الدولية المعاصرة وأفتقاد نسقها للتوازن القطبى الذى ساد لعصور عديدة ليجسد حالياً الإستقواء الدولى بالقوة والثروة وتصنيع قوى إقليمية جديدة لتلعب أدوار محورية وتصدر من القرارات المصيرية بفضل ماتملكه من نفوذ وسيطرة ونزعة شعبية جديدة وهو ما يؤكد زيادة حدة تنمرها السياسى على غيرها من دول الجوار أوفى كل من ينافسها أو يعترض سياستها .

وقد ظهرت وتعددت صور الإعتداءات بين رعايا الدول وبعضهم البعض وتقدمت صفات الغطرسة والتعالى بما يفيد تفضيل فئة ونعت الأخرى بالدونية والفقر والتأخر عن اللحاق بركب التقدم . فمنها التَّئمُّر اللفظى ، والتهديد الوظيفى بفقدانها والتعرض للسلامة الجسدية والنفسية بالضرب والركل والصفع فى مشاهد متكررة ومزعجة . وسرعان ماتبرر الحكومات أنها تصرفات فردية ثم تعاود لتتكرر

(1) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit 56 .

أوجاعها مراراً طالما اقتصر العلاج على مجرد الشجب أو الاعتذار منزوع الإحساس
بالمسئولية في جانبها الجنائي أو الإجتماعي أو غيرها (1) .

(¹) Whitney DeCamp, Brian Newby : (From Bullied to Deviant: The Victim–Offender Overlap Among Bullying Victims) – Youth Violence and Juvenile Justice – Vol 13, Issue 1, 2015 . p.no 31.

(ب) خطورة التَّنَمُّر السياسي

اعتادت الدول الكبرى على إصطفاء نظام دولى عالمى أحادى يمارس الإستقواء والتهديد ضد الدول النامية ويتطلع لإجتزاز الثروة والقوة إلى معسكره والتهديد بحيازتها لحمايه مصالحه ودعم إستقراره وأمنه . إذ يقنع أنه كلما تحقق له ذلك كلما منحت الدول الفقيرة أمنها وإستقرارها . كما تم تصدير قوى إقليمية لبطس الهيمنة والسيطرة تحت زعامة الدول العظمى التى تحتكر صياغة القرار والنظام الدولى للأبد (1) .

كما تنامت ظاهرة التَّنَمُّر السياسى بفضل التغيرات والتحولات الثورية العميقة بالشرق الأوسط ، فعملت التيارات الديكتاتورية الجديدة على مهاجمة وإقصاء وترهيب أى فكر ثورى معارض يسعى للتحرر من الأنظمة الفاسدة . وبدت الكيانات الجديدة أكثر شراسة فى سطوتها ونفوذها لتمير مصالحها وتكريس حكمها . (2)

كما تظهر نمطية التَّنَمُّر السياسى فى توزيع صكوك الوطنية والولاء والإنتماء لفئات بعينها وإتهام البعض بالعمالة والتأمر ويتعاصر مع تمجيد زائف وشيفونية

(1) Reeve S. Kennedy : (Bullying Trends in the United States: A Meta-Regression) – op .cit 43

(2) Silvia Staubli, Martin Killias : (Long-term outcomes of passive bullying during childhood: Suicide attempts, victimization and offending) – op .cit . p.no 53 .

لإنجازات يرى مناصروها أنها الرشاد الوحيد . وربما تمارس بعض التيارات العنف والإقصاء والإرهاب الجسيم ضد التدخلات والتنازلات التي تُبْرِمُهَا الحُكُومَاتُ .

كما يتم تسويق مشروعية أسكات الحريات وتقليص الضمانات وبعثرة الإجراءات التي تضمن حقوق دستورية لايجب الانتقاص منها بزعم التنظيم والتهديب الذي يخدم المصالح بإيعاز من السياسات الدولية الفوقية التي ترتسم ملامحها نظير استجلاب القروض والمنح والعطايا المتميزة والتنازل عن السيادة (1) .

وقد أثمرت نمطية التَنَمُّرُ السياسى عن وأد الديمقراطية ، وتصدع بينان المشاركة السياسية ، وخلق فجوة جيلية بين تيارات وطنية تراجعت معها أولويات بناء الشخصية ، وكشفت عن ضألة مساحات التفاهم وهوة التقاسم والتكامل بما يبرهن على خطورة التَنَمُّرُ السياسى وضرورة تجريمه حتى على المستوى الدولى (2) .

هذا وقد عرفت إيطاليا التَنَمُّرُ السياسى (bullismo politica) منذ عهد الرومان ونظرية سيادة العالم عبر آسيا والساحل الشمال افريقى وأجزاء من أوروبا منذ عام 275ق . م وضرورة السيطرة وتوزيع الثروات وإستغلال الدول الضعيفة ومنحها حماية عسكرية نظير إستجلاب خيراتها ومحو إرادتها ، مما جعل عوامل استمراره

(1) Gelson Descovi Vargas : (Bullismo – Percorso del crimine!: Strategie politico-criminali ed educative per la prevenzione del Bullismo). (Italian Edition) Paperback – August 14, 2020-

(2) Danilo Del Bello : (Il governo dei bulli e il "bullismo" come sistema politico) – 19 / 7 / 2018 – globalproject.info .

حتى الآن قدرًا محتومًا لتوافر مقومات التَّنَمُّر أساساً ودعم الدول الإستعمارية في توسعاتها (1) .

خامساً / ظاهرة التَّنَمُّر الإلكتروني

يتمثل في تلك الإعتداءات والإيذاءات والمضايقات التي تتم عبر الإنترنت أو من خلال الوسائل الرقمية المتنوعة وأخصها وسائل التواصل الإجتماعي (FaceBook & you tube & Twitter) وغيرهما . كما يتم عبر الهواتف النقالة أو الأجهزة اللوحية المماثلة ليحدث ضرراً وخطر مباشراً للضحية على نطاق واسع ومنهجي (2) .

هذا وقد أشار تقرير هام صادر من المجلس الوطنى لمنع الجريمة فى الولايات المتحدة الأمريكية (NCPC) إلى أن التَّنَمُّر الإلكتروني أكثر شراسة من التَّنَمُّر التقليدى بمراحل ، وأنه يزداد ضد الأناث (63%) أكثر من نسبة الذكور (34%) ،

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 22 .

(2) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 27 .

كما أوضح التقرير أن هناك مظاهر يختلف فيها التَّنَمُّر الإلكتروني بما يؤكد خطورته (1) .

ففي حين أن التَّنَمُّر الإلكتروني واسع النطاق سريع المفعول يمارس بطرق غير مباشرة لاتحدد فيها شخصية المُتَنَمَّر بصورة قاطعة مما يجعله أسهل الطرق بالرغم من أنها أكثرها خطورة لإكتسابها السرية والخداع وإنتحال الصفة وإطلاق الشائعات وتشويه السمعة وكشف معلومات سرية للعامة وإنتهاك الخصوصية .

بينما التَّنَمُّر التقليدي ضيق النطاق محدود الأثر في الزمان والمكان والأشخاص الذين يتعاملون مع الضحية فقط ، فلا يزال ضرره إلا من وقع عليه بالفعل . بينما التَّنَمُّر الإلكتروني قد ينال من سمعة أشخاص آخرين غير الضحية نفسها كأسرته وأصدقائه أوزملاء العمل بالنظر لتباين الوسائل وسرعة أنتشارها وعدم إرتباطها بوقتيية معينة فيمكن للمتممر أن يهاجم ضحيته في أى وقت يشاء دون أن يتتبعه أحد أو يراقبه (2) .

(1) National Crime Prevention Council : (We work in PARTNERSHIP with the COMMUNITY and the POLICE to Prevent Crime) – ANNUAL REPORT 2011 –

(2) Thomas Mößle and Eva-Maria Zenses : (Internet Gaming Disorder und kriminelles Verhalten: Gibt es einen Zusammenhang ?) – Neue Kriminalpolitik Nomos Verlagsgesellschaft , 2016, Vol. 28, No . 1 pp. 33 .

وأوضح القضاء الإنجليزي أن التتّمُر الإلكتروني أستخدمه الجاني للوصول إلى أعلى شريحة من البشر لنشر شائعتة بغرض إقصاء أحد رؤوسيه دون مسوغ قانونى لذلك⁽¹⁾. كما أفاد بأن نشر الإشاعات وتشويه سمعة حزب حتى يتم إقصاؤه من الحياة السياسية تصلح فعلاً يخضع للمسئولية التأديبية والجنائية معاً ، طالما عملت اللجان الإلكترونية على نشر معلومات مغلوبة وانتهاك الخصوصية والتلاعب والإبتزاز وغيرها⁽²⁾ .

وقد يؤثر التتّمُر الإلكتروني على الإنهاك الجسدى للضحية ؛ ويسبب تراجع عقلى وإنزواء إجتماعى وعاطفى . ممايولد سخطاً عارماً يدفع الضحية للإنتقام من مجتمع بأكمله على إعتبار أنه لم يحقق له الأمن والإستقرار وساهم فى فضح أسراره وكشفها ولم يوقف ابتزاز الغير ضده أو التعرض لخصوصيته بإستمرار وتكرار .

⁽¹⁾Royal Courts of Justice– NHS Foundation[2018] EWHC 2278 (QB) (28 August 2018)– WC2A 2LL .

⁽²⁾ Royal Courts of Justice– Simkus [2016] EWHC 728 (Admin) (08 April 2016)– CO/5844/2014 .

هذا وقد أصدر المشرع الفرنسي قانوناً مثير للجدل يهدف لمكافحة خطاب الكراهية على الإنترنت ومجابهة سلوكيات التتّمُر موضوعياً وإجرائياً بما يشكل خطراً وضراً مباشراً على المجتمع الفرنسي. فبعد أن تعددت الحوادث الكارثية ذات المحتوى المنحرف على الإنترنت وبما يحض على التمييز والعنصرية فصدر القانون الآتى

LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.⁽¹⁾

فقد تضمن القانون الحديث 19 مادة مقسمة على النحو التالى فمن المادة (1 الى 3) وضع اليات تبسيط أنظمة الإبلاغ عن المحتوى الذى يحض على الكراهية والتمييز . أما المواد من (4 إلى 6) فقد كرست واجبات مشغلو البيانات بهدف مكافحة محتويات الحض على الكراهية سواء كان البلاغ ضد شخص طبيعى أو اعتبارى .

أما المادة (7) فقد رصدت لدور المجلس السمعى والبصرى الأعلى لمكافحة خطاب الكراهية ، وجدير بالملاحظة أن المجلس الدستورى الفرنسى قد أصدر قراره بعدم توافق هذه الواجبات والأختصاصات للمجلس السمعى والبصرى الأعلى فيما تمس به من حريات و ضمانات لصيقة بالشخصية والسرية⁽²⁾ . كما يلاحظ أن المواد

(¹) LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet – Journal officiel électronique authentifié n° 0156 du 25/06/2020– JORF n°0156 du 25 juin 2020 – Texte n° 1 . p . 181 .

(²) Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-801 DC du 18 juin – Les

من (8 إلى 9) أبرزت طرق تحسين وسائل مكافحة المحتوى غير المشروع الذي يحض على الكراهية والتمييز .

كما تضمنت المادة (10) من القانون إضافة مادة خاصة لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي برقم (3-3-15) لتشكل محكمة مختصة تتولى التحقيق والمحاكمة فى الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص والتي نص عليها قانون العقوبات لاسيما فى المواد (2-2-33-222 & 33-222 & 76-132) إذا مورست فى ظروف مشددة ، أو شكلت خطراً وضرراً على السمعة والتمييز والعنصرية ومعاداة السامية أو التتَّمُر ومضايقة الآخر بإستمرار (1) .

كما عالجت المواد من (13 إلى 15) منع نشر المحتوى الذى يحض على الكراهية بتعديل بعض المصطلحات التى لها آثار فى المسئولية الجنائية ومن أهمها كلمات (العنف & النقد & المعلومات & التكرار & السر) وذلك فى سياق مفاهيم قانون العقوبات ومكافحة الإرهاب والعنف الأسرى ومكافحة جرائم الإنترنت وغيرها .

articles 1er, Le titre II du livre II du code de procédure pénale est ainsi modifié .

(¹) Chapitre V : Renforcement de l'efficacité de la réponse pénale à l'égard des auteurs de contenus haineux en ligne (Articles 10 à 12) – Après l'article 15-3-2 du code de procédure pénale, il est inséré un article 15-3-3 .

كما بينت المواد من (16 إلى 19) أحكاماً ختامية تتضمن اختصاصات إستثنائية لمرصد مكافحة جرائم الحض على الكراهية بالإنترنت . كما يضمن تضافر وتعزيز الجهود المشتركة بين المشغلين والجمعيات والإدارات والباحثين وكافة المهتمين من الجمهور والمتخصصين لمكافحة هذه الجرائم واقتراح الوسائل التي تمنع من أنتشارها لاسيما ومنع التَّئمُر ضد الآخرين بمايؤثر سلباً على زيادة مساحة الكراهية والعنف وغيرها .

فرع ثالث

تمايز السلوك التَّئمري عن الأفعال العدوانية العادية

يتصف السلوك التَّئمري بمواصفات خاصة و بمدلولات وعناصر مقترنة تجعله ذات دلالات واقعية متميزة يختلف فيها عن انماط الأفعال العدوانية العادية المجرمة فى قانون العقوبات . فالقاعدة تُقيدُ أن (كل سلوك تتمرى فهو عدوانى لكن ليس كل سلوك عدوانى هو بالضرورة سلوك تتمرى طبيعى مباشر)⁽¹⁾ .

ولهذا يعتمد التَّئمُرُ على ثلاثة مقومات تجريبية وركائز تميزه عن الأفعال الجنائية العادية ، ولايمكن أن ينتج أثره أو يتحدد مدلوله إذا تخلف أحدها فلا بد من وجودها مجتمعة حتى تنهض المسؤولية الجنائية الكاملة ضد الجانى وهى (التعمد) + (التكرار) + (تفاوت وتباين القوة) = تتمر يصلح سندا للتجريم والعقاب .

اولاً / ضرورات تكرار الأفعال

التَّئمُرُ الأصل فيه أن تستمر حالته فترة من الزمن يمارس خلالها الجانى أفعاله التَّئمرية أياً كان شكلها المادى أو المعنوى . بعكس الأفعال العدوانية العادية تقع

(¹) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) – op .cit 31 .

وتستحق التجريم بمجرد حدوثها فعلياً وتجسيد نتائجها ولو لمرة واحدة وبدون ترتيب مسبق وهو الغالب فى التجريم مما يكون له أثر بالغ فى المسئولية الجنائية (1) .

فالأفعال العدوانية عارضة وطارئة مالم يسبقها تخطيط وتنسيق مسبق يبرهن على العزم والتصميم ، والإصرار والترصد والذى تتضاعف معه العقوبة بحسب تفريعات القاضى بالتشديد أحياناً . أما السلوك التَّمتُّرى يمتاز بتكراره وإستمراره المتواتر الذى يبرهن على إتخاذ صاحبه مسلكاً ومنهجاً فى إيذاء الغير . ويتضمن إعتياد دائم ومستمر ومضطرد يتجاوب صداه مع التخطيط المسبق للتمتر بكافة أدواته المادية والمعنوية (2) .

ولهذا يقترن التَّمتُّر بتلذذ فاعله من وراءه وإشباع رغبات مغايرة لما هو عليه الأمر لدى المجرم الطبيعى أو العادى (3) . بينما الأفعال العدوانية قد لاتتخذ مظاهر التلذذ وإنما تتسم بالغائية المفرطة فى تحقيق هدف من وراء فعل الإعتداء كالقتل والسرقه . بينما التَّمتُّر قد لايتجسد من وقوعه فائدة أو منفعة لصاحبه يمكن أن

(1) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre 2016 – (4e édition) – p.no 139.

(2) Silvia Staubli , Martin Killias : (Long-term outcomes of passive bullying during childhood: Suicide attempts, victimization and offending) – op .cit – p.no 41 .

(3) C . Lombroso : (Le crime, causes et remèdes ; (avec un) Appendice sur le progrès de l'anthropologie criminelle) Edition 1899 – paris – Paru le 1 mai 2012 – broché . p .no 341 .

يلمسها القاضى فى إستجلاء خطورته أوإصطفاء عقابه كالإنتقام ورد الإعتداء مجرداً أو متجاوزاً (1) .

(أ) إنماط التكرار فى قانون العقوبات الفرنسى

بينت المادة (16-222) المضافة لقانون العقوبات الفرنسى بمقتضى القانون رقم (936) لسنة 2020 والتي أشرتت تكرارية المضايقة التليفونية الخبيثة والإرسال المتكرر للرسائل النصية والإلكترونية . وتفيد التكرارية المدوامة والإستمرار على الإخلال بهدوء الإخرين لتتضمن التجريح أو الإستهزاء أو بث معلومات مغلوبة عن الحياة الخاصة فيعاقب مرتكبها بالحبس لمدة عام وغرامة وجوبية قدرها 150 الف يورو (2) .

وإشرتت النقض الفرنسية لتكوين معيار التكرار ضرورة توافر ثلاثة مكالمات مُرْعَجَةٌ تَمَرُّيَّةٌ كحد أدنى لتطبيق المادة (16-222) رغم أن النص قد خلا من

(1) Marie Christine Bergmann : (comparing school-related risk factors of stereotypical bullying perpetration and cyberbullying perpetration) – op .cit 33 .

(2) LOI n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales – JORF n° 0187 du 31 juillet 2020 – Dernière mise à jour des données de ce texte : 01 août 2020 .

عدد محدد (1) . بينما تشترط لقيام الجريمة تجسيد فعل الإخلال بهدوء الآخرين وتحقيق المضايقة التَّتمُّرية بغض النظر عن عدد المكالمات المزعجة والتي لم يحددها النص وإنما تستلهم بواسطة القاضى فى كل حالة على حدة إذا تسبب ضرر وخطر من السلوكيات (2) .

كما بينت المادة (17-222) عقوبات فرنسى جريمة التهديد بإرتكاب فعل إجرامى ضد شخص أو المجتمع بعقاب الحبس لمدة 6 أشهر وغرامة 7500 يورو . وإشترطت تكرار أفعال التهديد وأنماطها أوتجسيده فى صورة كتابية أو أى صورة يستشف منها تكرارية وإعتياد التهديد بمايشكل تنمر وإستقواء ضد الشىء المهدد به . وعلى القاضى تسبب حكمه بأفعال التهديد والإكراه ليوضح مقدار الضرر وجسامة الخطر الواقع على الضحية (3) .

وإيدت النقض الفرنسى ضرورة توافر التكرار فى أفعال التهديد بمايشكل كيان قانونى للجريمة وتبرهن عن أنتهاج الجانى مسلك التهيب والتخويف بواسطة

(1) Cass Crim : mercredi 17 janvier 2018 – 17-80.247, Inédit – la cour d'appel de Paris, du 08 mars 2016 .

(2) CassCrim:mercredi 25 mars 2020-19-90.037,Inédit(Tribunal correctionnel, du 20 décembre 2019 .

(3) Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs – Vu la Constitution, notamment ses articles 38, 74 . Vu le règlement (CE) n° 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 .

التهديد بالعنف والتسلط . وحتى تنهض المسؤولية الجنائية ، و تشدد العقوبة إلى السجن 3سنوات وغرامة 45الف يورو إذا كان الفعل المهدد به هو القتل العمد (1)

و بررت النقض الفرنسية موقفها في أن المتهم ارتكب جريمة تمجيد الأفعال الإرهابية وتوعد بالتهديد كل من لايشاطره الرأي بأنه لايناصر حرية الرأي والفكر وهو ماشددت معه عقابه وزادت عليه حظر الإقامة في فرنسا لمدة 10سنوات . لاسيما وأن تكرارية فعله تنذر بخطورته ومضايقته للأخرين وتتمره ضدهم والتعالى والتفاخر برأيه الذى قد يصطدم مع الثوابت الدستورية التى تبرهن على ضرورة نقاء حرية الرأي والفكر (2) .

(ب) حالة التكرار كأساس لتشديد العقاب

أدخل المُشَرِّعَ الفرنسى تعديلاً فى قانون العقوبات بموجب القانون رقم (1480) لسنة 2019بأضافة المادة (3-18-222) بتشديد العقاب إذا ارتكبت جريمة التهديد التكرارى من الزوج ضد شريكه أو خليله ؛ فإن الأفعال المنصوص عليها بموجب المادة (17-222) تعاقب بالسجن لمدة سنتين وغرامة 45الف يورو وذلك

(1) Cass Crim : mercredi 20 février 2019- 17-84.886, Inédit – Cour d'appel de Besançon, du 15 juin 2017 .

(2) Cass Crim : 17 septembre 2019, 18-83.472, Inédit- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, du 17 avril 2018 .

على إعتبار أن عنصر التكرار يفيد إصرار الجانى على الجريمة ويبرهن على خطورته وجسامة ضرره (1) .

أما المادة (222-33-2-2) فهي جريمة مستقلة غالباً ما تقترن بأفعال تنمرية تتضمن السب والقذف والإيذاء النفسى . فعاقبت بالسجن لمدة عام وغرامة 15 ألف يورو كل من ضايق شخص من خلال ملاحظاته ومضايقته المتكررة أو سلوكه المتسبب فى تدهور صحته البدنية أوالعقلية أوعجز عن العمل أقل من 8 أيام ممايعد معه أفعال التكرار بمثابة عنصر جوهرى فى الجريمة يتعين توافره وإثباته من القاضى (2) .

وتزداد العقوبة إلى السجن لمدة سنتين وغرامة 30 ألف يورو إذا مارس الملاحظات والمضايقات مجموعة من الأشخاص بشكل تكرارى ومنسق ضد ذات الضحية كما لوكان بوسيلة الكترونية أوالنشر فى الصحف (3) . وقد أثبتت النقض الفرنسية أن السيدة Xقد عملت على مضايقة زوجها المنفصلة عنه بمكالمات مزعجة تتمرت ضده فيها وإشاعة الفوضى وإبتزازه من تاريخ 1 أكتوبر 2012 حتى 3 فبراير

(1) LOI n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille – JORF n°0302 du 29 décembre 2019 – Discussion et adoption le 6 novembre 2019 (TA n° 24, 2019-2020).

(2) Cass Crim : 25 mars 2020, 19-82.123, Inédit – Cour d'appel de Rennes, du 18 février 2019 . (Cassation) .

(3) Cass Crim : 27 mars 2019, 18-82.178, Inédit Cour d'appel de Paris, du 16 mars 2018 . (Cassation partielle)

2016مما سبب له إختلال في قواه الصحية والعقلية والجسدية بعد خضوعه لفحص طبي كامل بما يوجب تشديد العقاب ضدها (1) .

كما تضاعف العقوبة أيضاً إلى السجن لمدة 3 سنوات وغرامة 45 ألف يورو إذا مورست الأفعال ضد شخص قاصر أو من خلال وسائل إلكترونية مباشرة تتضمن نشر شائعات وتشويه للسمعة لوالديه (2) . ويلاحظ أن جريمة الإعتياد على الدعارة المنصوص عليها بالمادة (1-12-225) عقوبات تشترط صراحة توافر التكرار وبالنظر إلى أنها أحد أنماط الإعتداء على الكرامة الشخصية والسخرة ضد الأفراد لاسيما المرأة (3) .

ويلاحظ أنه قد أدخل القانون رقم (444) لسنة 2016 بشأن تعزيز نظام مكافحة البغايا في فرنسا تعديلات تسمح بإعادة التأهيل وإنشاء صندوق متخصص من

(1) Cass Crim : 25 mars 2020, 19-82.123, Inédit – Cour d'appel de Rennes, du 18 février 2019 . (Cassation) .

(2) Cass Crim : 25 juillet 2018, 17-84.032, Inédit – Cour d'appel de Versailles, du 06 juin 2017 . (Rejet) .

(3) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – le 14 août 2019 Etude (broché) p 81 .

ميزانية الدولة لمنع الدعارة والسيطرة عليها وتقديم الدعم الإجماعى والمهنى
والمؤسسى المتواصل للقضاء على التتَّمُرُ الجنسى الذى يقود إلى الدعارة (1) .

(1) LOI n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées – JORF n°0088 du 14 avril 2016 .

ثانياً / أنواع القصد المتطلب

الأصل أن تتخذ السلوكيات التَّنَمُّرِيَّة صور القصد العمد المقترن بالعلم والإرادة ، فلا يتصور أن تقع جريمة التَّنَمُّر في صورة القصد غير العمد إلا في بعض الحالات التي تمارس بوسائل الكترونية سواء بإهمال أورعونة أوعدم إحتياط أو إحتراز أو مخالفة القوانين واللوائح ، فالفرض الطبيعي أنها جريمة عمدية فقط (1) .

بينما كافة الأفعال العدوانية العادية الغالب أنها تصدر عن عمد وإرادة متبصرة بكافة أركان الجريمة وبمعرفة ودراية كافية بنوعيات المخالفة . إلا أنه قد يتصور وقوعها في صور القصد غير العمد ، فالإرادة جوهر القصد وهي التي ترشد القاضى الجنائى على درجة خطورة الجانى وأمعانه فى ضمان نجاح فعلته (2) .

كما بينت محكمة النقض الفرنسية أن القصد يمثل حلقة الوصل بين ماديات الجريمة وشخصية الجانى والتي من خلالها تتجسد الوظيفة النفعية والإجتماعية للعقوبة ؛ لتكشف عن نوع ودرجة ومقدار الخطورة الكامنة ومقياسها ومؤشرها بمايستطيع معه القاضى الجنائى إختيار عقاب ملائم تبعاً لدرجة القصد (3) .

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 31 .

(2) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – op.cit – p .no 89

(3) Cass Crim : 21 octobre 2015, 14-86.518, Inédit – la cour d'appel de Lyon, du 29 juillet 2014 . (Rejet) .

كما يستخلص أنه كلما وجد قصد خاص أفترض ذلك بالضرورة وجود قصد عام من (علم و إرادة) ، بينما العكس غير صحيح . فكلما وجد قصد عام فى ذات الجريمة فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة توافر القصد الخاص أى لا يستلزم وجود دافع نفسى باطنى محرك للسلوك التَّمتُّرى أو نية إنتواء الإيذاء بمختلف صورها (1) .

وتنص المادة (13-223) عقوبات فرنسى على نمط مختلف يدل على توافر العمد والإرادة ، فجريمة المساعدة والإستفزاز والتحفيز على الإنتحار De la provocation au suicide تبرهن على أهمية توافر القصد إذا كرر الجانى مضايقته ومساعدته للضحية . فتعاقب بالسجن لمدة 3سنوات وغرامة 45الف يورو كل من أقدم على استفزاز غيره للإقدام على الإنتحار وذلك بالتحفيز والمساعدة والتحريض أوتذليل الصعاب (2) .

كما بررت النقض الفرنسية إلى أن الخطأ الذى يرتكبه موظف عام يأخذ طابع شخصى ويمكن فصله وإستخلافه عندما يكشف عن خرق أو إنحراف طوعى و

(1) Cass Crim : 22 août 2018, 17-87.190, Inédit – la cour d'appel de Paris, du 16 novembre 2017 .(Rejet) .

(2) Section 6 : De la provocation au suicide : Article 223-13 " Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide . Modifié par LOI n°2009-1437 du 24 novembre 2009 – art. 50 .

إرادى عن الإلتزامات والواجبات المهنية والأخلاقية وتدابير السلامة وضماداتها بما
يعد فعل عمدى لاتبرره القوانين واللوائح ويشدد عقاب مرتكبه (1) .

(¹)Cass Crim : 16 octobre 2018, 16-84.436, Publié au bulletin -cour
d'appel de Paris, du 14 juin 2016 . (Rejet) .

ثالثاً / تفاوت القوة بين الجانى والضحية :

فالأصل أن جوهر التَّنَمُّر يتمثل فى ضرورة إيجاد فرط وإختلال وعدم تناسب واضح فى القوة البدنية والعقلية مابين الجانى (الْمُتَنَمِّرُ) والضحية (الْمُتَنَمَّرُ به) . وبدون هذا التفاوت أو الإختلال لاتخضع هذه الأفعال لتجريم التَّنَمُّر طبقاً لتوصيفاته المتميزة . فلوكانت القوتان متعادلتان يظهر فيها بوضوح التكافىء والتماثل المتطابق كفعل ورد فعل متناسب ومتوازن فى صورة انتقام وتكيل متبادل فى إطاره فلا تنمر (1) .

كما لا ينبغى أن يقاس التفاوت فى القوة بين أطراف التَّنَمُّر على أنه تفاوت كمى بحت ؛ وإنما يجب أن ينظر اليه بمعيار قضائى دقيق يستلهم فيه تنوع وتباين مظاهر القوة والإمتيازات والصلاحيات التى تجعل من شخصين أحدهما قائداً والأخر مَقْوَدٍ ، أو مُسْتَعْلٍ وَمُسْتَعَلٍّ أو مُسَيِّطِرٍ وَالْأُخْرُ مُسَيِّطِرٍ عَلَيْهِ كلياً أوجزئياً (2) .

وتظهر معطيات التفاوت والتباين فى كل حالة تختلف فيها درجات الإستقواء والإستغلال والتهديد والترهيب والتخويف . فمن يستغل ضعف وجهل الآخرين

(1) Marie Christine Bergmann : (comparing school-related risk factors of stereotypical bullying perpetration and cyberbullying perpetration) – op .cit 38 .

(2) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 33 .

ليفرض عليهم سطوته ونفوذه ويملى شروطه ويكرس للإذعان والخضوع والتأثير المستمر يمكن أن يبرهن على إختلال القوة بوضوح كأحد ركائز تجريم التتّمُر .

كما أهتم قانون العقوبات الفرنسى بتجريم الإستغلال النفسى للضحية والإستقواء ضده لجهله وضعفه وذلك بالمادة (2-15-223) De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse . فقد جرم إستغلال حالة الضعف والجهل لشخص يعانى منه بسبب سنه أو مرضه أو عجزه البدنى والنفسى⁽¹⁾ .

كما يتعين أن يكون الضعف والجهل واضح للجانى لاليس فيه أوغموض ؛ ويؤدى إستغلاله إلى المساس بمركز القاصر أوالشخص الضعيف ليجبره على فعل أو امتناع لايرتضيه بمايفيد الإذلال بسبب القوة والقهر المادى والمعنوى بما يولد العنف مستقبلاً ، فيعاقب بالسجن لمدة 5سنوات وغرامة 375الف يورو⁽²⁾ .

كما تضاعف عقوبة الغرامة إلى 750الف يورو إذا أرتكبت الأفعال بواسطة جماعة منظمة أوأى شخص معنوى يستغل حالة الضعف والجهل ليمارس استغلاله بتكرار⁽³⁾. ولهذا يعول المُشَرِّع الجنائى فى نصوصه والقاضى فى أحكامه على

(¹) LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures .

(²)Cass Crim : 22 avril 2020, 19-80.889, Inédit – la cour d'appel de Paris, du 18 décembre 2018. (. (Rejet) .

(³)Cass Crim :22 janvier 2020, 19-80.541, Inédit – Chambre des Appels Correctionnels de Paris, du 12 déc2018.

إثبات التَّنَمُّرُ بإستخلاص التفاوت والضعف بين الجانى والضحية إذ يقود التفاوت إلى إستلهاام مقومات تجريم التَّنَمُّرُ وإلى أى مدى يمكن إستتصال النوازع الإجرامية المتأصلة أوالعابرة ؟ (1) .

(¹)Cass Crim : 21 octobre 2008, 08-81.126, Publié au bulletin – Bordeaux, du 14 décembre 2007. (Cassation partielle) .

فرع رابع

تحليلات علم الإجرام لأفعال التَّمَرُّ الجنائية

تمهيد جوهرى : الأصل أن تتضافر جهود علم الإجرام لتقدم الحلول الناجعة لقانون العقوبات ، فالأول يقدم الملاحظات والسياسات ويرصد الثانى لفعالية العقوبات والردع بنوعيه . فكل نظرية لتفسير الظاهرة الإجرامية قد تسلط الضوء على مقارنة هامة لها وزن ومزايا فى وضع مقومات التجريم لتحقيق الردع بنوعيه . (1)

فقد أهدى الفقهاء فى نهاية القرن ال19 إلى أكثر المقاربات الجنائية أهمية وهو علم (الإجرام الواقعى) الذى قدم حلولاً ناجعة ووقائية وتحليلية لقضايا معاصرة كالإرهاب والفساد والإستقواء . وقد سماه (von liszt) فى كتاباته العميقة بأنه العلم الجنائى المتكامل مع غيره بتساند (gesamte strafrechtswissenschaft) .

وهو يدعو إلى التلاقى والتقارب بين الفقه الجنائى فى كتاباته وملاحظاته وتجاربه الواقعية، ويبين علم الإجرام بمنهجه وأسلوبه وتحليلاته الفنية العميقة وملاحظاته

(¹) C . Lombroso : (Le crime, causes et remèdes ; (avec un Appendice sur le progrès de l'anthropologie criminelle) Edition 1899 – paris – Paru le 1 mai 2012 – broché . p .no 341 .

التجريبية . فبدون معرفة حجم وأتجاهات الظاهرة الإجرامية وأهدافها ومقوماتها لايمكن تحديد العلاج التشريعى الناجع لحلها فلا بد من التكامل بينهما⁽¹⁾ .

وتفيد دراسات وتحليلات علم الإجرام فى تطوير أبحاث علم العقاب لتحقيق الردع ،بمايلقى بظلاله على التفريعات والإتجاهات القضائية الحديثة العالمية التى تنظر إلى المُتَنَمَّر على أنه ضحية مجتمعه منذ طفولته . ويتعين علاجه وليس إستئصاله أو تشديد عقابه بل لابد من تحقيق التوازن بين متطلبات العقوبة وحماية المجتمع إذا تطورت المصالح الجديرة بالحماية مع شخصية المجرم بمايفيد تأهيله وإندماجه مجدداً⁽²⁾ .

وعليه يقتضى الباحث أثر التحليلات والتفسيرات التى تترجم إتجاهات سلوكيات التَّنَمَّر بفضل إسهامات نظريات علم الإجرام التقدمية التى تتواكب مع القانون الجنائى المعاصر . فقد تنحصر فى نظرية سلوكية مجردة أو أخرى تتجه نحو التفسير الفسيولوجى بالنظر لتكوين المُتَنَمَّر الجسدى والعقلى وسماته الخاصة .

(¹) Franz von liszt : (la législation pénale comparée : publiée par L'union internationale de droit penal) – I er Volume –" Le Droit Criminel des États Européens " – pedone –laurial éditeur – paris – 1894 .

(²) Silvia Staubli, Martin Killias : (Long-term outcomes of passive bullying during childhood: Suicide attempts, victimization and offending) – op .cit – p.no 47 .

كما تتجه تفسيرات علم الإجرام المعاصر ناحية وصم التَّنَمُّرُ بفعل التقدم التكنولوجي وسرعة التحول الرقمي الذي أسهم في إنتشار ظاهرة التَّنَمُّرُ وتتجاوز الحدود والثقافات والعقبات والإجراءات والضمانات الدستورية التي تكرسها كل دولة لتضع الحد الفاصل ما بين المباح والمجرم . وعليه يقدم الباحث بعض النظريات التقدمية التي تفسر وتسبب التجاء الجناة الى التَّنَمُّرُ بهدف إحتواء الظاهرة وعلاجها فى النقاط الآتية :

اولاً / النظرية السلوكية

تُعِيدُ أَنَّ الْمُتَنَمِّرُ قد أكتسب أفعاله العدوانية وقدرته الفائقة فى الإيذاء من البيئة المحيطة به من أقران السوء والمخالطين والمحيطين به كالأصدقاء والأولياء والاقرباء المقربين كالأسرة . فيعزز الْمُتَنَمِّرُ سلوكه بما يريد أن يحرزه من نجومية وسطوح كفرد متميز ومتفرد فى المجتمع ؛ فيمارس إستقواء وترهيب وتهديد وإقصاء ليحتل مراتب الصدارة وليزحزح الضحايا عن أماكنهم الطبيعية بسبب صفاته الدونية الإنانية (1) .

كما يمتاز الْمُتَنَمِّرُ وفقاً لتفسير النظرية السلوكية بفقدان الإرتباط والإندماج وحب العطاء والوفاء والإنتماء لمجتمعه ، فيظل ساخطاً ناقماً على وضعه الإجتماعى أو الوظيفى بالنظر لأمكانياته وصفاته الهائلة التي يشعر أن المجتمع لايقدرها

(1) John Hendy and Odette Hutchinso (Optimize Criminal Law) op cit p .n

أُوَيِّقِيْمُهَا فِي إِطَارِهَا الْمَأْلُوفِ مِمَّا يَجْعَلُهُ يَشْعُرُ بِالظُّلْمِ وَالسُّخْطِ وَالتَّذْمُرِ الْمُسْتَمِرِّ
فِيضْطَرُّ إِلَى السَّيْطَرَةِ وَالِإِسْتِحْوَاذِ حَتَّى يَسْتَعِيدَ جِزْءَ وَلَوْ بَسِيْطٍ مِنْ حَقِّهِ الْمَهْدُورِ
الَّذِي سَلِبَهُ مِنْهُ الْمَجْتَمَعُ (1) .

وَتَقْدَمُ النَّظَرِيَّةُ السَّلْوَكِيَّةُ تَحْلِيلًا دَقِيْقًا لِلتَّنَاقُضِ وَالصَّرَاحِ مَا بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْحَيَاةِ وَكَذَا
اللَّذَّةِ وَالْأَلَمِ . فَالشَّخْصُ الْمُتَنَمِّزُ يَفْضَلُ الْحَيَاةَ وَاللَّذَّةَ عَلَى الْمَوْتِ وَالْأَلَمِ أَكْثَرَ مِنْ
أَيِّ شَخْصٍ آخَرَ بِفَضْلِ الدُّوْنِيَّةِ وَالْأَنْأَانِيَّةِ . فَيُضْطَرُّ إِلَى دَفْعِ كُلِّ الْعَوَامِلِ الَّتِي تَوْدِي
إِلَيْهِمَا وَإِتْقَاءِ شَرِّهِمَا حَتَّى وَلَوْ بِالْعَنْفِ وَالِإِسْتِحْوَاذِ لِتَكْرِيسِ حَقِّ الْبَقَاءِ (2) .

وَقَدْ بَيَّنَّتِ النَّقْضُ الْفَرَنْسِيَّةُ أَنَّ كُلَّ شَخْصٍ يَمْتَازُ بِسُلُوكِهِ بِالْعَدَاوَنِيَّةِ الشَّدِيدَةِ ضَدَّ
مَجْتَمَعِهِ الْقَرِيبِ كَالْأُسْرَةِ وَالْأَصْدِقَاءِ لَا تَجْدَى مَعَهُ الْعُقُوبَاتِ الْمَغْلَظَةَ وَيَنْبَغِي الْإِلْتِجَاءُ
لِلتَّدَابِيرِ الْجِنَائِيَّةِ أَوْ الْإِجْرَائِيَّةِ لِيَكْتَسِبَ مَنَاعَةَ وَمَقَاوِمَةَ لِأَسِيْمَا إِذَا كَانَ صَغِيرَ السِّنِّ
أَوْ كَانَ لَا يَقْدِرُ عَوَاقِبَ أَعْمَالِهِ مُسْتَقْبَلًا وَيَتَعَيَّنُ تَفْرِيدَ عِقَابِهِ (3) .

وَلِهَذَا يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَفِيدَ الْمُشْرِعُ مِنَ النَّظَرِيَّةِ السَّلْوَكِيَّةِ فِي وَضْعِ تَفْرِيدَاتٍ تَشْرِيْعِيَّةٍ
يَسْتَلْهِمُهَا الْقَاضِي الْجِنَائِي إِذَا مَا وَجَدَ تَنَاقُضَ أَوْ صَرَاحَ فِي سُلُوكِيَّاتِ الْمُتَنَمِّزِ لِأَسِيْمَا

(1) Darrick Jolliffe : (The criminal careers of those imprisoned for hate crime in the UK) op .cit 17 .

(2) Sally Black : (Victim Strategies to Stop Bullying)-Violence and Juven Justice, vol. 8/2010. P 41.

(3) Cass Crim : jeudi 3 novembre 2016- N° de pourvoi: 15-80177- Non publié au bulletin . (Rejet) .

وأن الطفل الذى يعانى مشكلات نفسية أو صراعات داخلية لا يكبحها سلوكه المنتظم فقد تتفاقم بالكراهية والعدوانية والسيطرة والعنف والفساد المستمر⁽¹⁾ .

كما يلاحظ أن التَّنَمُّرُ سلوك عدوانى فى الأساس يتعزز بما يمارسه الجانى من تقليد أعمى من الأسرة والمحاكاة الساذجة لأصدقاء السوء . فإذا ما وجد تهاون وتنازل وتقاوس عن الدفاع من الضحية أكتسب فعله التكرار وقويت شوكته . أما إذا وجد مقاومة ومجابهة من الضحية فقد تنعدم وسائل التكرار وتتقطع سببيتها ، ولهذا تقدم النظرية السلوكية تفسيرات لعوامل التكرار ووسائل التعزيز والقدرة على التفريد العقابى .

ثانياً / النظرية الفسيولوجية

تتجه فى تفسير سلوكيات المُتَنَمَّرِ إلى ناحية الجوانب الداخلية العميقة فى النفس والجسد البشرى . فتفترض أن هناك خللاً أو تلفاً عميقاً وجذرياً فى الخلايا العصبية والنفسية للمتتمر مما يجعله يفقد السيطرة والتحكم المنطقى عن إدراك واقعية تصرفه فيقبله حتى ولو كان شاذ أو مستهجن من المجتمع ويكرره بقسوة على إعتقاد بمشروعيته بما قد يؤدي فى كثير من الحالات بإنعدام المسئولية الجنائية .

(¹) Marie Christine Bergmann : (comparing school-related risk factors of stereotypical bullying perpetration and cyberbullying perpetration) – op .cit 39 .

كما يفسر البعض سلوك المُتَمَتِّزِ العدوانى الشاذ على صحته ، بأنه يمتلك تدفق هائل وغزير وعشوائى من هرمون (testosterone) وكذلك هرمون (Epinephrine) والمعروف بالإدرينالين ، ممايسهل له التمدادى فى الإعتداء والإيذاء والعنف والبلطجة ضد الغير بالنظر لإنعدام الخوف والرغبة والرغبة عنده تماماً (1) .

كما يعزز هذا التفسير أن أغلب من يعانون من أرتفاع هذه الهرمونات قد ينحدرون من أماكن مهمشة إجتماعياً وفقيرة للغاية تظهر فيها الهوة العميقة بين الطبقات ، وكذا فروقها الشاسعة والتمادى فى الحرمان والعزلة الإجتماعية القسرية . فيتولد جيل يحمل من الصفات الفسيولوجية الداخلية التكوينية الشاذة لآبائه لما تسطره القواعد والقوانين ولايرتدع حتى بشدة العقوبات الجنائية المغلظة ويتمادى فى مخالفتها .

وتظهر الشخصيات السيكوباتية التى تنقسم إلى (عدوانية بحتة) وإلى (سيكوباتية متقلبة) ؛ فىمكن تحديدها بأنها (حالة نفسية وليس مرضاً عقلياً تقليدياً لشخص تتوافر لديه الحقد والأناية والإنتهازية والعدوانية والكرهية).فىمتاز الجانى السيكوباتى بغياب الضمير وحب الذات وعدم الشعور بالمسئولية وشذوذ فى العلاقات الإجتماعية والجنسية وإنفعالاته تلقائية نحو تعذيب وقتل وسرقة الآخرين

(¹) Sophie Lapointe : (Étude psychanalytique du phénomène de l'intimidation par des pairs à l'adolescence) – Thèse de doctorat en psychologie – Université du Québec à Montréal, 2015 – p .no 73 .

ومضايقتهم وترهيبهم والإستقواء دون هدف معروف ، وهو سلوك خارج ومضاد للمجتمع فى قيمه وقواعده ومعاييره وأهدافه⁽¹⁾ .

وقد تتكون العصابات الإجرامية المنظمة والدولية من تضافر وتساند وترابط الصفات التَّئمُّرية و العدوانية فى الشخصيات التى تعانى من شذوذ فسيولوجى أو تكوينى فى الدماغ أو الخلايا أو الأعصاب أو الهرمونات المسؤولة عن توظيف الطاقة البشرية فى مسارها الطبيعى فتتحرف ويحدث التَّئمُّر بسهولة وتكرار عشوائى .

وأوردت النقض بدائرتها الجنائية بناءً على تقرير الطبيب المعالج (أن التَّئمُّر الأخلاقى على المجنى عليه لاتظهر مؤشرات كما تعاطى الأخير مضادات للإكتئاب أو مزيل للقلق والتوتر ، وأنما لابد أن يظهر تغيير أو تأثير واضح وفعال على الصحة العقلية والجسدية والنفسية لكى تنطبق توصيفات المادة 2 -33- 222 عقوبات)⁽²⁾ .

ثالثاً / النظرية التقدمية التكنولوجية

ترجع تفسير السلوكيات التَّئمُّرية بسبب التطور التكنولوجى والتقنى والرقمى الهائل ، وسرعة ايقاع الحياة وتلبية الأسرة لكافة متطلبات الأفراد من رفاهية لامتناهية بالرغم

(¹) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) – op .cit 21 .

(²) Cass Crim : 13 novembre 2018, 17-85.005, Inédit /Cour d'appel de Dijon, du 06 juillet 2017 . (Rejet) .

من أمكانياتهم المحدودة ، فيتولد لديهم نظرة دونية وفوقية وإستعلاء وأنانية بسبب تبسيط النمط الحياتى والبعد عن المشقة وعدم الإحساس بالغير⁽¹⁾ .

فقد يدمن الجانى وكافة المُتَمَتِّمِينَ منذ تكوين شخصيتهم الألعاب الإلكترونية بشراهة والتي تحض على الإستحواذ والسيطرة المدعومة بالقوة الخارقة والإستقواء . ويظهر فيها القتل الهمجى والعشوائى وضرورة الإنتصار بلاهدف محدد والإقبال على مشاهد العنف والدم والتي هى مخصصة للكبار فقط⁽²⁾ .

كما أدمن الكثير الأقبال على لعبة الكترونية تدعى (PUBG) Player (Unknown's Battlegrounds) وفيها يتعلم الأفراد العنف فى ساحات قتال إفتراضية يحملون فيها الأسلحة والذخائر ويتعاطون المخدرات والهرمونات داخل اللعبة نفسها بمايبرر لهم تقليد ذلك فى الواقع دون رهبة أو تفكير فى عقاب يلحق بهم⁽³⁾ .

(¹) Sophie Lapointe : (Étude psychanalytique du phénomène de l'intimidation par des pairs à l'adolescence)- op cit no 33 .

(²) Whitney DeCamp, Brian Newby : (From Bullied to Deviant: The Victim-Offender Overlap Among Bullying Victims) – Youth Violence and Juvenile Justice – Vol 13, Issue 1, 2015 . p.no 31 .

(³)Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) – op .cit 22 .

كما تهادى الأفراد فى أمان لعبة أخرى تسمى (Pokémon Go) وهى تؤثر على الحالة النفسية والمزاجية وتسبب إجهاد وهوس ورهاب اجتماعى وعزلة بسبب ضرورة سحق الخصوم وتحقيق الفوز بأساليب الخسة والنذالة والخيانة والإستقواء والإستئساد عليهم . ويؤكد على أن القتل بعنف وهمجية هو الوسيلة الوحيدة للنجاة والإستحواذ والسيطرة هو الملاذ للبقاء الأمان والإستقرار فيتمادى ويكرر ذلك فى الحقيقة .

ويلاحظ أن القضاء الإنجليزى أوقف ومنع العديد من الألعاب الإلكترونية الشاذة التى تسببت فى التأثير الضار على الصحة النفسية وأخصها لعبة (SWP) و(Trick Shot) وكذا(Jackpot Pool) وتمارس فيها الرهانات والخصومات الإنانية والعدوانية وهو ماأجج الصراع النفسى (1) . فبفضل التطور التكنولوجى يمكن أن يقاتل شخص فى المانيا افتراضياً شخص آخر فى مصر ممايؤجج الصراع وتحتدم المنافسة وتصطم الثقافات بفعل الحروب الوهمية بماينشر المضايقات والإختراقات وضياع الضمانات والخصوصية ويزداد العنف .

كما تدق النظرية التكنولوجية ناقوس الخطر حول تراجع وسائل التعليم ومركزية المعرفة والتى تتمثل فى المعلم وحده جعلت شخصية المُتَنَمَّرُ تقتدى بسلوكياته

(1) Royal Courts of Justice–Mazooma Games Ltd & Ors Rev 1 [2006] EWHC 24 (Ch) (20 January 2006).

وتحاول المحاكاة والتقليد الأعمى بغض النظر عن الأثار المترتبة فيتولد التذمر
الزائد والتراجع الدراسي والتخلى عن المسؤولية وحب الذات والأنانية العمياء .

مطلب ثان

أركان جريمة التَّنَمُّر

الأصل أن المُشَرِّعَ المصري لم يخص جريمة التَّنَمُّرُ بنص خاص يجمع شتاتها وأثارها ومدلولها ويكسبها ذاتية خاصة عما يختلط بها ألا مؤخراً بمقتضى القانون رقم (189) لسنة 2020. هذا وقد بدأت بعض الإرهاصات القانونية التي تسطر دلالات جديدة لقانون يضيف مادة مبتكرة لقانون العقوبات تتضمن صراحة تعريف التَّنَمُّرُ وصوره وأركانه وأثاره وعقوباته وذلك برقم (309 مكرر ب) ⁽¹⁾ .

فيحاول الباحث تفسير وتحليل المادة (309 مكرر ب) من قانون العقوبات . فتنص (بعد تنمراً كل قول أو استعراض قوة أو سيطرة للجاني ، أو استغلال ضعف للمجني عليه ، أو لحالة يعتقد الجاني أنها تسيء للمجني عليه، كالجنس أو العرق أو الدين أو الأوصاف البدنية ، أو الحالة الصحية أو العقلية أو المستوى الاجتماعي بقصد تخويله أو وضعه موضع السخرية ، أو الحط من شأنه أو إقصائه عن محيطه الاجتماعي ⁽²⁾) .

⁽¹⁾ جريدة رسمية عدد (36 مكرر ب) فى 5 سبتمبر 2020 القانون (189) بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات .

⁽²⁾ Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019 – op .cit p 223 .

فيتعرض الباحث لمشاكل وتساؤلات مقومات الركن المادى والمعنوى فى جريمة التَّنَمُّر بعد تصوير نموذجها الجديد . فماهى السلوكيات النمطية التى تقع بها الجريمة مع تشعب أفعالها ؟. وماهى نوعية المصلحة محل الحماية فى التَّنَمُّر وأثر تعددها وتدرج مستوياتها على العقوبات صعوداً وهبوطاً أو تشديداً وتخفيفاً .

ثم يتطرق الباحث لتصوير النتيجة فى التَّنَمُّر لبيان هل هى جريمة ضرر أم جريمة خطر أو مزيج بينهما ؟ . ثم يوضح أنماط النتائج المحظورة وإتجاهتها وخطورة تراخى تجسيد النتائج فى نطاق المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعى والإعتبارى ؟. ثم يستخلص الباحث معيار السببية الذى يلاءم طبيعة الجريمة وحل إشكالية تداخل السببية مقارنة بالتشريعات الأجنبية والحلول القضائية ذات الصلة مع التعرض لبيان طبيعة الجريمة ؟ .

فهل يمكن أن يشكل الإيذاء المعنوى جريمة تنهض مفرداتها لتكوين المسؤولية لمرتكبها فى الفارق بين التهديد والترهيب وبين الإستقواء والتسلط والتكيل فى نطاق الركن المعنوى فى صورة العمد أو الخطأ غير العمدى أو المتجاوز . ويرى الباحث أن أهداف دراسة الركن المادى لجريمة التَّنَمُّر وهو معرفة مدى تناسبية العقوبة مع الجرم المرتكب ، مع إصطفاء نموذج تشريعى يحيط بفرضياتها وعليه تنقسم فروع الدراسة الى الأتى :

فرع أول : انماط وسلوكيات جريمة التَّنَمُّر .

فرع ثان : تصوير النتيجة فى التَّنَمُّر .

فرع ثالث : رابطة السببية فى التَّنَمُّرُ .

فرع رابع : الركن المعنوى فى جريمة التَّنَمُّرُ .

فرع خامس : خصوصيات المسئولية الجنائية فى التَّنَمُّرُ .

فرع أول

أنماط وسلوكيات جريمة التَّنَمُّر

تتجسد فى أياً من عناصر السلوك إذا تكونت أحدها بمفردها فيمكن أن تتحقق جميع صور النتائج أياً كانت أضرارها وأخطارها . فمن تتمر لفظى أو اجتماعى أو وظيفى أو الكترونى يمكن أن يتشكل السلوك فى صورة استعراض القوة أو سيطرة الجانى أو إستغلاله لضعف المجنى عليه أو لأى حالة يعتقد أنها تسيء اليه .

وبعبارة أخرى فإذا تحقق للجانى مثلاً إستغلال ضعف المجنى عليه وهو أحد صور التَّنَمُّر فإنه من المتوقع أن ينتج من ذات السلوك نتائج التخويف والترهيب والسخرية والحط من الشأن والإقصاء .. الخ وكلها تستوى فى المسئولية الجنائية فى وجودها لكن تختلف فى درجة الخطر والضرر الذى ينتج منها فعلياً .

فيفهم أن هذه الموجهات المذكورة على سبيل المثال ويخضع لنطاق التجريم أى حالة يستجلى فيها القاضى الجنائى أن الجانى قد تعدد التعويل على حالة يعتقد أنها تسيء للمجنى عليه ولهذا فهى جريمة خطر . والأصل أنه لاجريمة إلا بسلوكيات محددة تحديداً دقيقاً من قبل المُشَرِّع وإلا خالفت مبدأ الشرعية⁽¹⁾ .

(¹) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019
– op .cit p 223 .

كما أن المُشَرِّعَ الفرنسي كان سابقاً في إيضاح صور وسلوكيات التَّنَمُّرُ في نص تجريمي خاص ليوضح مدلولاتها ونتائجها وعقوباتها البسيطة والمشددة . فتتص المادة (2-33-222) من قانون العقوبات على أنه كل من ضايق غيره وتعمد إيذائه سواء أكان فرداً أو جماعة بالكلمات أو بالسلوكيات المتكررة والتي لها هدف أو تأثير في تدهور ظروف العمل أو من المحتمل أن تزعزع حقوقه أو كرامته بتغيير جذري في صحته البدنية أو العقلية أو تعريض مستقبله الوظيفي للخطر فيعاقب بالسجن لمدة عامين وغرامة قدرها 30 ألف يورو (1) .

وقد بين المُشَرِّعَ المصري في نص المادة (309 مكرر ب) عقوبات انماط السلوك المادي الذي ترتكب به جريمة التَّنَمُّرُ فينحصر في الأقوال اياً كانت طريقتها سواء بطريقة عادية أو الكترونية ، وكذا بنمط إستعراض القوة أو سيطرة الجاني أو بإستغلال حالة الضعف للمجنى عليه أو أى حالة يعتقد أنها تسيء للمجنى عليه كالجنس والدين والأوصاف البدنية والحالة الصحية أو العقلية أو المستوى الإجتماعي وهي على سبيل المثال .

(1) " (Article 222-33-2) " Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende " .

وعليه يتناول الباحث بالدراسة والتدقيق مظاهر السلوكيات الجنائية التي تقوم بها الجريمة بهدف بيان غايات المُشْرِع من التجريم وأثره في احتواء الظاهرة مدعوماً بالأحكام القضائية المقارنة في الأتي

اولاً / سلوكيات إستعراض القوة

فيقصد به أن الجانى قد حَشَدَ وَجَمَعَ وَأَبْرَزَ كل إمكانياته وقدراته وصفاته المادية والمعنوية ليمارسها ويلوح بالتفاوت الصارخ والفادح فى القوة بينه وبين المجنى عليه فى إطار غير شرعى ، يسمح له بإرتكاب فعل تجريمى حال أو مستقبلى بمايلقى فى النفس أثر التخويف والترهيب والتحقير أو الإقصاء الإجتماعى وغيرها .

كما تفيد كلمة (إستعراض القوة) فى نص التجريم إلى إظهار وأبراز الجانى كل إمكانياته وصلحياته التى تخول له إرتكاب مقومات الجريمة وعناصرها . كما تبين إستجماع القوة وتحضيرها وتنسيقها لتنتقل بنوازعها الشريرة ناحية الإخلال بركيزة جوهرية أو مصلحة أوفق واجب الحماية أو تفرغه من ضماناته (1) .

ويتصور فعل الإستعراض فى التَّنَمُّرُ بأنه تلويح غير مشروع للتهديد أوالوعيد أو وضع الضحية فى حالة تتذر بالخطر أو تعرضه للضرر . كما لوكان جيشاً متفوقاً

(1) Silvia Staubli , Martin Killias : (Long-term outcomes of passive bullying during childhood: Suicide attempts, victimization and offending) – op .cit – p.no 41 .

ومتفرداً يستعرض قوته فى عرض عتاده وأسلحته الفتاكة لإرهاب وإجبار خصومه للإلتصاع لأوامره وتنفيذ رغباته دون مناقشة أو إعتراض (1) .

وقد برهنت محكمة النقض الفرنسية على خطورة فعل استعراض القوة ضد المجنى عليه وأعتبرته بمثابة تهديد يخضع لتجريم المادة (18-222) (2) . وقد يشمل نطاق استعراض القوة التلويح بالعنف والتهديد بإلحاق الأذى وحمل السلاح لبث الرهبة والخوف فى النفس (3) . كما بينت النقض أن الجانى تعدد استعراض القوة بمركزه وصلاحياته لتهديد خصومه بالحجز المصرفى على حساباتهم التجارية وغيرها وكان يردد دائماً عبارات التَّمَرُّ بمقولة (أنه على وشك الانفجار) بمايعد تهديد فى سياق المادة (18-222) عقوبات فرنسى (4) .

وتفيد مقومات استعراض القوة (Swasher) أن الجانى قد أستجمع كل نوازعه الإجرامية تمهيداً للتوجه المباشر نحو إقتناص حق أو إهدار مصلحة المجنى عليه

(1) Whitney DeCamp, Brian Newby : (From Bullied to Deviant: The Victim–Offender Overlap Among Bullying Victims) – op .cit – p.no 33.

(2) Cass Crim : mardi 11 juillet 2017 – N° de pourvoi: 16-84278 Non publié au bulletin– (Cassation) .

(3) Cass Crim : mercredi 27 novembre 2019– N° de pourvoi: 18-84858– Non publié . (Rejet) .

(4) Cass Crim : 6 mai 2002, 01-85.107, Publié au bulletin– Cour d'appel de Bastia 2001-06-20 (Rejet) .

أو الإنتقاص من الضمانات المصونة قانوناً⁽¹⁾ . وأكدت محكمة إستئناف ويلز أن (المتهم كان يعمل بسلاح الجو الملكي الخاص واستعرض قوته ومركزه المتميز ليبتث الرهبة في كل من يعترض على سلوكه الشاذ جنسياً وإخلاقياً والحق بهم تهديداً مستمراً)⁽²⁾ .

ثانياً / سلوكيات سيطرة الجانى على الضحية

تُفيدُ أنّ الجانى سيطر وتحكم وأستحوذ على كافة الوسائل والأدوات التى تُمكنهُ من تنفيذ مشروعه الإجرامى وإجباط كل محاولة للمجنى عليه للخروج من سطوة وقبضة الجانى التى تتجسد فى الهدف الغائى النهائى من التَنَمُّرُ . ويلاحظ أن سيطرة الجانى قد تكون مادية ومعنوية تستهدف الإستقواء والتَنَمُّرُ كالأتى :

فالسيطرة المادية (Physical Bullying) للجانى تفيد إمتلاكه لكافة الأدوات والمقومات الملموسة والمحسوسة التى تعوق المجنى عليه من الخلاص الكلى أوالجزئى لجرائم ترتكب ضده . وقد أظهرت النقض الفرنسية ملامح السيطرة المادية فى قضية اغتيال جاك أرماند وبينت أن الجناة كان هدفهم القتل العمد

(¹) Royal Courts of JusticeCriminal Division – 16 May 2007 –EWCA Crim 1391– No: 2007/1171/A1 .

(²) Royal Courts of JusticeCriminal Division– PF v R [2017] EWCA Crim 983 (20 July 2017) .

بطريق المباغثة وسيطرتهم على كل أدوات الضحية لمنعه من الخلاص من فرصة النجاة وقتله في الحال (1) .

فالإمساك بالضحية وتقييد حرياته أو إنتهاك حقوقه وخطفه وعزله عن محيطه الإجتماعى بمثابة سيطرة مادية وتشمل كل مظاهر إعاقته عن ممارسة صلاحياته أوتعطيل قدراته المكتسبة . وهو ماوضحت آثاره النقض فى تطبيقات لقانون مكافحة الإرهاب الفرنسى من تبنى مفهوم موسع لسيطرة الجانى على الضحية بعرقلة ممارسته لكافة صلاحياته بمايمنعه عن أداء دوره بمايفيد السيطرة المادية الكاملة عليه (2) .

أما السيطرة المعنوية للجانى فتفيدحيازته وتحكمه الكامل لجوانب وملكات الإرادة والرغبة والإهلية للمجنى عليه والضحية . وقد تشمل الإنقياد والجبر والطاعة العمياء بسبب حيازة الجانى قدرة خاصة على توجيه الأفكار والمشاعر والرغبات بمايفقد المجنى عليه مسئوليته الكاملة لوقوع إكراه أو إبتزاز أوتخويف (3) .

(1) Cass Crim : 28 juin 1994, 94-81.923, Inédit – cour d'appel d'AIX-EN-PROV 1994-02-24, du 24 fév 1994.

(2) Cass Crim : 10 janvier 2017, 16-84.596, Publié au bulletin- la cour d'appel de Paris, du 28 juin 2016 . (Rejet) .

(3) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019 – op .cit p 228 .

والأصل أن تمتاز الشخصية التَّنْمُرِيَّةُ بهوس السيطرة والكمالية اللامتناهية التي تتنافى مع قبول أخطاء الآخرين أو تجسيدها حوله . فالْمُنْتَمِرُ المسيطر يكتسب سلوكياته من تدخله السافر والمستمر في الدقائق التفصيلية لواقع الغير لاسيما إذا كان في المجال الوظيفي أو الإجماعي ، وهو ما يجعل حداً فاصلاً بين المدير المهتم بالتفاصيل والمدير المهووس بالسيطرة المتسلط ، فإذا تماهت الحدود تجسد التَّنْمُرُ واقعياً (1) .

وقد أفصحت النقض الفرنسية على مضامين التَّنْمُرُ بسيطرة الجاني المادية على الضحية بقولها أن (الجاني قد أحكم سيطرته وقبضته على غريمته الحامل وتعمد إيذائها كثيراً مما أدى إلى أن تفقد وليدها الذي لم يكمل شهره الثالث ، بما يتحقق معه السيطرة والعنف المقصود بالمادة (5-434) عقوبات) (2) .

ثالثاً / نمط إستغلال ضعف للمجنى عليه

(أ) حالة الضعف كمعيار للتفاوت بين قوتين

تُفِيدُ حالة إستغلال الجاني لضعف المجنى عليه أن هناك تفاوتاً وخطلاً ملحوظاً بين قوتين للجاني والضحية تتغلب فيه الأولى على الثانية وترجح لإرتكاب جريمة مادية

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) – op .cit 21 .

(2) Cass Crim : 12 avril 2012, 11-83.606, Inédit – Cour d'appel de Paris, du 09 mars 2011 . (Rejet) .

أو نفسية في الظاهر وقد تترتب عليها مساوئ . وقد تكون القوة عضلية أو فكرية أو وظيفية أو بمثابة مركز مهيمن يسيطر به الجانى على الأفراد .

ويلاحظ أن الضعف عادة يرجع إلى عدم اتزان العقل أو تفاوت القوة البدنية أو فى سلامة التقدير نتيجة ظروف قاهرة أو شخصية كشيخوخة أو مرض أو الهوى والطيش الذى مرجعه عامل نفساني . وأوضحت النقض الفرنسية أن جريمة إستغلال ضعف المجنى عليه بالمادة (20-132) تفيد أن الجانى يقود ويسيطر على المجنى عليه لتحقيق اطماعه الشخصية وبمايلحق به أضرار جسيمة مستغلاً حالة ضعفه الواضح (1) .

وبينت أن مرجع إستغلال حالة ضعف المجنى عليه بالمادة (2-15-223) عقوبات فرنسى قد يكون تفاوت وتباين واضح ومعروف يظهر فى السن والمرض والعجز البدنى والعقلى بمايلغى قدراته وإرادته (2) . وإيدت أن الجانى إستغل حالة الإكْتئاب الملازمة للمجنى عليه لِيُملَى عَلَيْهِ شروطه ويفرض عليه سطوته ونفوذَه (3) .

(1) Cass Crim : mercredi 18 septembre 2019 – N° de pourvoi: 18-84684-(Cassation partielle) .

(2) Cass Crim : mardi 16 avril 2019- N° de pourvoi: 18-83183- Inédit . (Rejet) .

(3) CassCrim :mercredi 13 décembre 2017- N° de pourvoi: 16-86093 Inédit . (Cassation partielle)

وقد يستغل الجانى جهل المجنى عليه بواقعة أو معلومة ظاهرة أو خفية - وهو نوع من الضعف الفكرى - وعدم إحاطته الكاملة بحقيقة الأمور بما يسهل إملاء شروطه والتمادى فى تنمره وإستهجانه وإذلاله والتعالى عليه بقوة العلم واحتكار الحقيقة (1) . كما بينت النقض الفرنسية أن المادة (20-132) تنطبق إذا استغل الجانى كون الضحية يتعاطى المخدرات بشراهة وهو بمثابة ضعف يستغله الجانى ليملى به عليه شروطه وابتزازه (2) .

ولهذا ترتكب سلوكيات التتمُّر إذا ظهرت فوارق واضحة بين قوة الجانى وقوة المجنى عليه ، فالمغتصب الذى يستغل ضعف ضحيته القاصرة يعد إستغلاله وإذلاله وتحقيره لها بمثابة ابتزاز وأستقواء (3) . والزوج الغاضب الذى يعتمد أجهزة زوجته الحامل وركلها مكرراً مستغلاً ضعفها البدنى يعد تنمراً جسدياً قاسياً (4) .

(1) Cass Crim : 22 avril 2020, 19-80.889, Inédit cour d'appel de Paris, du 18 décembre 2018 . (Rejet) .

(2) Cass Crim : 7 novembre 2018, 17-84.616, Publié au bulletin- (Déchéance et cassation) .

(3) Cour d'appel de Paris, 19 juin 2020, 18/238067 - Pôle 4 - chambre 1 - (Infirme partiellement) .

(4) Cass Crim : 22 janvier 2020, 19-82.173, Inédit- cour d'appel de Paris, du 19 février 2019 .

كما يعد إستغلال العوز والفقر والحاجة المالية بمثابة ضعف يرقى لتوصيفات أفعال التَّنَمُّرُ المجرمة إذا ما استغله الجانى للسيطرة على قدرات المجنى عليه ومنعه من القيام بمباشرة مهامه وصلاحياته .

(ب) إستغلال حالة يعتقد الجانى أنها تسمى للمجنى عليه

تتنوع مسارات ونوعية الحالة التى يستغلها الجانى على إعتقاد منه أنها تسمى إلى المجنى عليه - كالجنس أوالعرق أو الدين أو الأوصاف البدنية على إختلافها ، أوالحالة الصحية أو العقلية أو المستوى الاجتماعي وهو مايفهم من ظاهر النصوص التى تبين مظاهر الأفضلية الظاهرية للجانى والتى يتغرض بها على الضحايا .

وتفيد عبارة (الحَطُّ من الشأن) إسقاط وأنزال المجنى عليه فى نظر بنى قومه بحيث يقل وضعه ومكانته الأدبية والمادية كالاختطاط ، والرُّخْصُ، كالحطوط، والحدُّ من علوِّ إلى سُفْلٍ . والإذلال هو نوع من أنواع الحط من الشأن والقدر والمكانة . فيتضمن إنقياد طوعى أو قسرى بسبب الترهيب والتخويف والقوة الفائقة للجانى وسوء المعاملة الجسدية أو العقلية أوالخداع ليبرهن على ديناميكية العلاقات الإنسانية المنحرفة (1) .

(1) Marie-France : (Malaise au travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux,) op .cit 33 .

وايدت النقض الفرنسية أن التحقير من المبنى السكنى الذى يقطنه المجنى عليه يصلح سنداً لقيام جريمة السخرية والحط من الشأن والمضايقة الحادة (Le harcèlement)⁽¹⁾ . وبينت أن مديرة البنك قد ضاقت ذرعاً بأحد العاملين ذو العجز الشديد وعولت عليه فى تفسير خسائر الإدارة لتراخيه فى إنجاز مهامه⁽²⁾ .

وقد حكمت بإن السخرية المتكررة كانت هدفاً لسلوك الجانى العمدى لاسيما وأن المجنى عليه يتصف بسمات جسمانية إستثنائية⁽³⁾ . وايدت أن تلثم المجنى عليه فى القراءة والكتابة جعلت منه فريسة لقرنائه لممارسة التحقير والإزدراء لقواه العقلية وسماته الجسمانية لمايفيد التحقير منه والعمل على عزله مستقبلاً⁽⁴⁾ .

وبينت أن الإستهزاء بشخص هو نوع من أنواع السخرية المجرمة ويقتضى الذم المستمر والمتكرر للصفات والأفعال بمايخرجها عن حدود الإعتبار ويؤكد الكراهية

(¹) CassCrim : 12 avril 2016, 14-87.959, Inédit – Cour d'appel de Nîmes, du 21 octobre 2014 – (Rejet)

(²)Cass Crim : 17 décembre 2013, 12-85.617, Inédit– Cour d'appel de Rennes, du 01 mars 2012 .

(³)CassCrim : 28 février 2017, 16-82.253, Inédit–cour d'appel de St-Denis, du 16 février 2016 – (Rejet)

(⁴) Cass Crim : 19 février 2003, 01-87.432, Inédit–cour d'appel de Nancy, chambre correctionnelle 2001 .

. كما يقتضى أبراز العيوب والنقائص بالإستهانة والتحقير بالقول والفعل عن طريق الهزل العمدى أو غير المتبصر بعواقب الأمور النفسية للضحية (1) .

وقد سطر القضاء الدستورى الفرنسى قراراً تاريخياً رقم (751-2017 DC) بضرورة تعزيز الحوار المجتمعى واتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لتجسيد الحريات وزيادة الضمانات ، بما يمنع السخرية والتّمييز ومصادرة الرأى والفكر . كما يتعين منع وسائل التقليل من الشأن والتحقير والإزدراء فى العقيدة والجنس والعقل والمركز الإجتماعى وضرورة قبول الآخر بما ينعكس على التقليل من حدة العنف والإحتقان والكراهية (2) .

ويلاحظ الباحث أن التشريعات الجنائية عولت على تجريم (الحض على الكراهية) الناتج من إستغلال ضعف المجنى عليه أولحالة يعتقد الجانى أنها تسيء اليه كأحد سلوكيات التّئمُر بسبب الجنس أوالعرق أوالدين أوالأوصاف البدنية والصحية والعقلية ممايتعين بيان ملامحها ونطاق حمايتها فى الأتى

(1) Cass Crim : mercredi 13 novembre 2019 – N° de pourvoi: 19-80382- , Inédit- (Cassation) .

(2) Décision 2017-751 DC – 07 septembre 2017 – Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social – Conformité – JORF n°0217 du 16 septembre 2017 texte n° 6 .

فوجد قانون العقوبات الفنلندي بالمادة 2003/515 قد عالج جرائم الكراهية إذا شكلت خطراً على الدولة بإحداث فتنة أو هياج بالسجن من سنة إلى 10 سنوات (1) . أما قانون العقوبات التشيكي فقد عرف بموجب المادة (196) بدقة الحض على الكراهية بأنه كافة الدوافع العنصرية التي تمارس ضد أفراد أو جماعات بسبب أصلهم أو جنسهم أو معتقداتهم أو ميولهم السياسية أو الدينية إذا شكلت خطراً وضرراً على أمن المجتمع (2) .

أما قانون العقوبات الألماني فبمقتضى المادة (130) تحظر الحض على الكراهية والعنف بإتخاذ تدابير تعسفية ضد مجموعة عرقية أو دينية وإهانتهم فيعاقب بالحبس من 3 شهور إلى 5 سنوات (3) . أما قانون العقوبات البرتغالي فقد جرم التحريض على الكراهية إذا تناولت الذم والتشهير وسببت الفتنة أو عنف أو ضجيج بين الأفراد والجماعات سواء بطريق النشر الورقي أو الإلكتروني بالسجن من 6 شهور إلى 5 سنوات (4) .

(1) Yhdistelmärankaistus - (1.12.2017/800) - uomioistuin voi rangaistukseen tuomitessaan syyttäjän vaatimuksesta .

(2) Zákon trestní zákoník - Zákon č. 40/2009 Sb. - Účinnost' od - do 30.09.2020 (za 26 dní) .

(3) Strafgesetzbuch (StGB) - 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt vom 9. Oktober 2020 .

(4) Código Penal da República Portuguesa - Lei n. o 59/2007, de 4 de setembro de 2007 - Lei n. o 19/2013,

كما أن قانون العقوبات الهولندي بالمادة (D/137) جرم التحريض العلني على الكراهية والتمييز والعنف كلما كان منتهكاً للعرق والجنس والمعتقد وذلك بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وغرامة من الفئة الثالثة⁽¹⁾ . كما يلاحظ أن قانون الجرائم في الولايات المتحدة بالقسم (249) والمعنون بجرائم الكراهية فتصل العقوبات إلى السجن مدى الحياة إذا أدى التحريض إلى فتنة أو حرب أو استخدم الجاني سلاح نارى أو متفجرات خطيرة⁽²⁾ .

ويلاحظ أن قانون العقوبات الأسباني قد حظر مطلقاً أى مظهر من سلوكيات الحض على الكراهية بمقتضى المادة (510) كلما تم تفضيل وتمايز فى الجنس والدين واللغة والمستوى الإجتماعى والسياسى . وقرر ضرورة ثبوت الإعتياد على بث خطاب الفتنة ضد الأفراد والجماعات فيعاقب بالسجن من سنة إلى 3 سنوات⁽³⁾ .

أما قانون العقوبات البولندي فقد جرم فى أكثر من مادة لاسيما (119 و126 و257) التحريض ضد العنف والكراهية ضد الأفراد بسبب صفاتهم أو ميولهم أو جنسهم وذلك بالسجن من سنة إلى 3 سنوات وغرامة تقديرية يحددها

(¹) Strafwetboek van Nederlanden – met wijzigingen die van kracht zijn tot en met 2 februari 2007).

(²) 18 U.S.C. Sec. 249 Hate crime acts – Section 247 Damage to religious property; obstruction of persons .

(³) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal – multitud de modificaciones .

القاضى ويوضح خطورة الأفعال على نفسية المجنى عليه بما يبرهن على ضرورات التفريد (1) .

رابعاً / وقائع التَّمُرُّ فى الحالة المصرية

يبتغى الباحث من تبيان هذه الوقائع إثبات مدى صعوبة وتداخل أفعال التَّمُرُّ مع غيرها من السلوكيات العدوانية العادية . كما يبتغى قياس التحولات الاجتماعية والنفسية للشخصية المصرية على أثر ماعصف بها من تغيرات حركت ثوابته وتقاليده الراسخة . كما يؤكد على تآكل النواة المركزية والحوجز النفسية التى تحتوى على الضمانات وتقدير الأخر وتوقير الذات ، بما يتعين إيجاد علاج لها بعد تشريحها وتشريعها . فى الأتى :

واقعة أولى : إنتحار فتاة التمريض 23 نوفمبر 2018

فقد ضجت شبكات التواصل والمواقع الإلكترونية على أثر إنتحار فتاة تدرس بالمعهد الفنى الصحى بالإسكندرية . فقد تعمد معلموها الثلاثة وتناوبوا على نعتها بالصفات الذكورية وسخروا من لون بشرتها وطريقة نطقها للكلام وتتمروا ضدها بكلمات قاسية تنال من سمعتها وكرامتها وأسلوب حياتها ووصفوها بالشذوذ والعدوانية . وقد دخلت الفتاة فى حالة إكتئاب شديد وعزلة تامة وإنهيار عصبى حاد مما أوقعها فى براثن الإنتحار .

(¹)Art. 555/83. 1. Kto pozbawia człowieka wolności, Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tekst jedn) .

وطبقاً للمادة (309مكرراً ب) فإن هذه التوصيفات للأفعال التي أرتكبها الجناة تخضع لتجريم التَّنَمُّر عن كل قول أو لحالة يعتقد الجانى أنها تسيئ للمجنى عليه كالجنس والأوصاف البدنية أو وضعه موضع السخرية أو الحط من شأنه . **ويلاحظ** أن العقاب هو الحبس الذى لايقل عن 6 أشهر أوغرامة لاتقل عن عشرة آلاف جنيه وتزيد عن 30الف أو بإحدى هاتين العقوبتين بالنظر لعدم وجود ظرف مشدد كما فى النص .

واقعة ثانية : الشاب السودانى 27 يوليو 2020

حظيت هذه الواقعة بإهتمام رئيس الجمهورية شخصياً والذى أعطى توجيهات بحضور هذا الفتى لمؤتمر الشباب والجلوس بجواره لإعطاء رسالة للعالم أن مصر بلد التسامح والمساواة ⁽¹⁾ . فقد تعمد مجموعة من الشباب الموتور المتهور إستيفاف الشاب السودانى وسبه دون سبب والسخرية من لون بشرته وسرقة حقيبه ونعته بالأسود فى وصلة إستفزازية مقيبة تدل على الإنحدار الأخلاقى وعدم احترام كرامة وحقوق الإنسان .

وتخضع هذه الأفعال لتوصيفات المادة (309مكرراً ب) فى التَّنَمُّر ضد كل قول قاسى ينال من خصوصيات الضحية بأستعراض القوة عليه أو لحالة يعتقد أنها

(¹) "Enfant" John " victime d'intimidation se trouve à côté de Sisi lors du lancement du théâtre mondial de la jeunesse – Après l'incident d'intimidation contre lui en juillet 2020 – Journal français du monde .

تسبب للمجنى عليه كالجنس والعرق والأوصاف البدنية - والتي يندرج تحتها لون البشرة والسمات البدنية للضحية بقصد تخويفه والخط من شأنه . **ويلاحظ أن العقاب هو الحبس الذي لا يقل عن 6 أشهر أو غرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه وتزيد عن 30 ألف أو بإحدى هاتين العقوبتين بالنظر لعدم وجود ظرف مشدد عام أو خاص كما في النص تبعاً لتفريعات العقاب قضائياً .**

واقعة ثالثة : إلقاء العم عاشور في النهر 18 أكتوبر 2020

أستوقف ثلاثة من الشباب رجل مُسِنَّ وَمُعَاقٌّ عند حافة مصرف مركز مراغة بمحافظة سوهاج ودفعوه بقوه لیسقط فی المصرف بعد أن أمطروه بوابل من الحجارة الثقيلة وخلعوا ملابسه بعد أن مزقوها تماماً . وقد أنتزعت من قلوبهم الرحمة وأغشيت أبصارهم بمزيد من القسوة واللاإنسانية قاصدين ارتكاب أفعال التَنَمُّرُ ضده وحصد مشاهدات وتعليقات على تطبيق يسمى (Tik Tok) والذي ساهم بشكل مؤثر في زيادة الجرائم الإلكترونية سواء بالنشر أو السخرية أو الإبتزاز أو إنتهاك الخصوصية والضمانات المقررة (1) .

وقد تفاعلت وحدة الرصد والتحليل بإدارة البيان بمكتب النائب العام المصرى مع الواقعة ووجهت الإتهام ضد الجناة وقدمتهم للمحاكمة . فقضت محكمة جناح سوهاج بجلسة الأحد 11 أكتوبر 2020 بمعاقبة المتهمون بالسجن 3 سنوات وغرامة 50 ألف

(¹) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 88 .

جنيه نظراً لتطبيق نص المادة (309 مكرراً ب) نظير أستعراض القوة أو سيطرة الجناة وإستغلال ضعف المجنى عليه وهو مسن ووضعه فى حالة تسيء اليه بسبب وصفه البدنى أو الصحى أوالعقلى أو مستواه الإجتماعى بقصد تخويله أو وضعه موضع السخرية أوالحط من شأنه .

واقعة رابعة : تنمر ضد صينى بسبب وباء كورونا 10مارس 2020

فقد تعمد العديد من المارة فى طريق عام بمدينة القاهرة على التَنَمُّر ضد شاب صينى يرتدى كامامة واقية عند إجتياح وباء كورونا العالم . وقد ألصق الجناة غير المحددين فعلياً تهمة إنتشار الوباء إلى الشخص لمجرد أنه يحمل ملامح أسيوية واضحة مما جعلهم يتنمرون من شكله وعرقه وأصله وتوجيه عبارات مهينة وساخرة تتلخص فى أنه (كورونا كورونا) فليهرب الجميع وقد طرده أحد سائقى المواصلات خوفاً من شكله (1) .

واقعة خامسة : طالب كلية التربية الرياضية فى 11 أغسطس 2020

فقد تم رفض قبول أحد الطلاب المستجدين فى كلية التربية الرياضية فرع كفر الشيخ نظراً لنعت لجنة القبول بالكلية بأن الطالب (شكله قبيح الوجه) ولايليق

(¹) Le harcèlement de personnes aux profils asiatiques en raison de la propagation de l'épidémie corona en Afrique et dans d'autres pays est passible de la peine de la loi – Journal français dans le monde le 10/9/2020 .

بالكلية إن ينضم إليها من يحتاج بعد 5شهور عملية الشفاه الأرنبية والتي قد تغير من ملامحه تماماً بمايتعين رفضه نهائياً بدون مسوغ قانونى تستند اليه اللجنة .

ويعتقد الباحث أن توصيفات الرفض غير المبرر يقع تحت طائلة مضامين المادة (309مكرراً ب) لاسيما وقد أعتمدت اللجنة على رفض الطالب على معايير (المظهر) والتي يترجمه النص فى عبارة (حالة يعتقد أنها تسيء إلى المجنى عليه كالأوصاف البدنية أوالحالة الصحية بقصد إقصائه من محيطه الإجتماعى) .

ملاحظات الباحث عن وقائع التَّنَمُّر فى الحالة المصرية

الملاحظة الأولى : تداخل توصيفات النيابة قبل صدور القانون (189) لسنة 2020 :

فتمتلك النيابة العامة من الإجراءات والإختصاصات التى تمكنها من توصيفات الأفعال وقيدھا وفق نموذجها القانونى . فكانت تدرج هذه الأفعال بأن الجناة قد قصدا من تنمرھا على المجنى عليه باستغلالھما ضعفه وحالته العقلية بقصد وضعه موضع السخرية ، فضلاً عن تعريضهما أمنه وصحته وحياته للخطر، وإذاعتھما ونشرھما عبر مواقع التواصل الاجتماعى تصويراً له من شأنه الإساءة إليه والتعريضُ به .

كما أثبتت النيابة أن الجناة قد تأكد تعديھما بذلك على مبادئ وقيم أسرية فى المجتمع المصرى ، وانتھاكھما حرمة حياة المجنى عليه الخاصة ، واستخدامھما

حسابًا خاصًا على أحد مواقع التواصل الاجتماعي بهدف ارتكاب تلك الجرائم ، وقد أقرتا بارتكابهما الواقعة ونشرهما التصوير بقصد السخرية من المجني عليه .

و أرتكزت النيابة العامة ووجهت الإتهام للجنة في قضية الفتى السوداني أو الاعتداء على العم عاشور ذو الإعاقة الذهنية، أو غيرها ،على مضامين المادة 176 من قانون العقوبات المصرى في باب جرائم النشر وغيرها من جرائم ضد الحرية،فتنص على: “يعاقب بالحبس كل من حرض بإحدى الطرق المتقدم ذكرها بالكتابة والرسوم والصور الشمسية وغيرها من طرق التمثيل ، على التَّمييز ضد طائفة من طوائف الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو العقيدة إذا كان من شأن هذا التحريض تكدير السلم العام” .

إن فالمتهمون هنا ، سيعاقبون على جريمة نشر مادة مصورة أو مكتوبة ، تحرض على التَّمييز، بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو العقيدة ، إذا كان من شأن ذلك تكدير السلم العام! ، وليس على فعل التَّنَمُّر في ذاته (1) . فلو لم يقم الجاني بنفسه بتصوير المجني عليه ونشر التصوير بطرق التمثيل المختلفة ، فلا جريمة هنالك حتى لو ثبتت واقعة التَّنَمُّر بشهود أو سجلت بإحدى كاميرات المنازل أو المحال

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit 101 .

أو الأماكن العامة ، ويعاقب المتهم حينئذٍ على جنحة السب أو الضرب أو أى جريمة أخرى إذا توافرت أركانها المادية والمعنوية (1) .

كما يلاحظ أن المادة 176 تركت الحد الأدنى دون تحديد ، ما يعني أن القاضي الجنائي كان يمكنه نظرياً الحكم بالحد الأدنى في عقوبة الحبس وهو 24 ساعة . ولايكفى هذا الحد نظراً لهشاشته فى تغطية صور التَّنَمُّر نظراً لقسوتها وخطورتها على المجتمع وانتشارها . كما يتكامل نص المادة (176) و المادة (161مكرر) فيما تجرمه من أفعال التَّمييز بين الأفراد أوضد طائفة من الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة وترتب على هذا التَّمييز إهدار لمبدأ تكافؤ الفرص أو العدالة الاجتماعية أو تكدير للسلم العام .

الملاحظة الثانية : صعوبات تطبيق النص بعد صدوره

يجد الباحث أن النص مازال يثير صعوبات قانونية وواقعية فى التطبيق ، لاسيما فى التأكد من مقومات الأثبات ومتابعة الإجراءات القانونية ضد الجناة الأصليين

(1) Cass Crim : 29 novembre 2017, 17-80.224, Publié au bulletin – N° de pourvoi : 17-80.224 – Cour d'assises de la Meurthe-et-Moselle, du 12 décembre 2016 – (Cassation et désignation de juridiction) .

وكذا الشركاء والشخص المعنوى وغيرهم . فكثيراً ما يعجز الضحايا عن الحصول على دليل مادي ينهض ليحاصر المتهم بالمسئولية الجنائية الكاملة (1) .

كما يلاحظ الباحث إشكاليات أخرى تتعلق بمدى أثبات الدليل الإلكتروني وإعتماده كحجة في القضاء الجنائي لاسيما وهو حر في بناء عقيدته التي يستلهمها من كافة المعطيات والملابس التي تثيرها القضية . كما تتقاطع وتتشابك معظم أفعال التَّنَمُّرُ بالجناة الذين يمارسون أفعالهم في الواقع الافتراضى فَيَصْغُبُ حصرهم أو متابعة الإجراءات ضدهم في القبض والإحضار والتفتيش والتلبس في حده الشخصى ومعضلاته .

كما ثبت أن التفاعل على وسائل التواصل الإجتماعى الحديثة ناحية قضايا ووقائع التَّنَمُّرُ كان أمراً إيجابياً ومحموداً وله مردود فى توجيه نظر المُشْرِعِ المصرى لتلافى ثغراته القانونية الموضوعية وعراقليه الإجرائية . فقد تفاعلت ردود متنوعة من طوائف المجتمع لِتَسْتَهْجِنُ كافة السلوكيات غير السوية وتندد ببشاعتها وقسوتها بعد أن أحدثت جرحاً عميقاً تزداد فجوته وتتسارع وتيرته بما يشكل ظاهرة إجرامية عابرة للحدود .

كما ثبت أن هناك ألفاظ يتضمنها نص المادة (309 مكرراً ب) فضفاضة وواسعة النطاق الموضوعى بما يجعلها تستوعب أنماط تجريم قد تقلت من العقاب . فلفظ (

(1) Marie-France : (Malaise au travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux,) op .cit 33 .

الخط من الشأن) يحيط بفرضيات متنوعة أخصها إزالة التوقير والإحترام بكل فعل يتضمن سخرية مقبولة . كما يمتد إلى أفعال التحرش الجسدي التي أزدادت معدلاتها بما يفيد أستعراض القوة أو السيطرة ضد المجنى عليه مستغلاً ضعفه أوجهله أوحداثه سنه .

ولا يحبذ الباحث أن يتجه المشرع المصري لهذه الطريقة في التجريم وهي إصطيد المصطلحات الغامضة المتميزة التي تحتوى على أكثر من تفسير جنائي واجتماعي على إعتقاد أنها تواكب التطور والتغير والتعقيد في نمط الجريمة وملاحقة مستجدات وتحولات المجتمع . والأصل أن التفسير الضيق محظور في التشريع الجنائي لما له من أثار وخيمة على الحقوق والحريات بتضييق نطاقها وفرض قيود عليها بداعي التنظيم .

فقضت محكمة النقض الفرنسية بضرورة التفسير الضيق للحفاظ على محاذير أنتهاك الحقوق والحريات . ذلك بأن نص المادة (15-223) وهو تجريم حالة الإحتيال ضد شخص بسبب جهله أوسنه أضعفه أومرضه أواعاقته الجسدية أوالعقلية يجب أن تكون معلومة لدى الجاني ولاينبغي أن يفعلها لمرة واحدة بل يجب

أثبات مضامين التكرار بما يتعين تحديد أنماط أفعال التجريم التي أرتكبها عند نطق
القاضي بالعقوبة (1) .

(¹) Cass Crim : 26 avril 2017, 16-83.586, Inédit – N° de pourvoi : 16-83.586- Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nîmes, du 10 mai 2016 – (Rejet) .

فرع ثان

تصوير النتيجة فى التَّئمُر

الأصل أن : سلوكيات التَّئمُر ينتج عنها نتائج متنوعة لايمكن حصرها أوصفها فى نص تجريمى جامع مانع يبلور ملامح الأفعال بكافة معطياتها وفرضياتها المستحدثة . وقد يتأكد التصوير المادى والقانونى معاً فى أفعال التَّئمُر لاسيما وأن كل عدوان على حق أوحرية يحميها القانون يتجسد فى الأثر الخارجى والطبيعى لها .

فيلاحظ أن أياً من عناصر السلوك إذا تجسد أحدها بمفرده يمكن أن تتحقق جميع صور النتائج أياً كانت اضرارها وأخطارها . وبعبارة أخرى فإذا تحقق للجانى مثلاً إستغلال ضعف المجنى عليه أو استعراض القوة كأحد صور التَّئمُر ؛ فإنه من المتوقع أن ينتج من ذات السلوك نتائج التخويف والترهيب والسخرية والحط من الشأن والإقصاء .. الخ وكلها تستوى فى المسئولية الجنائية الكاملة وتجسد محاذير النتيجة المجرمة (1) .

فعلى هدى النتيجة تتحدد أوصاف السلوك المؤدى اليها ، وهى العدوان الذى ينال من مصلحة أوحق قرر الشارع جدارته بالحماية الجنائية الفعالة الناجزة . فالقانون لايحفل بالوسيلة أوالكيفية التى وقعت بها الجريمة سواء بفعل إيجابى أو سلبى بفعل

(1) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre 2016 – (4e édition) – p.no 84.

مادى أومعنوى. والنتيجة عنصر هام لايتصور قيام صلة السببية بدونها وذلك فى الجرائم التى يتطلب بناؤها القانونى حصول ضرر أو عدوان على حق أو مصلحة⁽¹⁾ .

فيلاحظ أن جريمة التَّمَرُّ بمثابة عدوان على حقوق ومصالح متنوعة للمجتمع أهمها الإعتداء على مصلحة والحق فى (الأمن النفسى والاجتماعى للأشخاص) وهى مصلحة جديرة بالرعاية والحماية .كما أن وحدة السلوك يمكن أن تتجسد فى عدد مغاير للنتائج تبعاً لتنوع الحق أوالمصلحة أو المنفعة المعتدى عليها ⁽²⁾ .

فلو سلمنا بوجود تنمر جسدى أو جنسى فهو (إعتداء على السلامة الجسدية) ، ولو تبرهن التَّمَرُّ اللفظى فهو (إعتداء على الشرف والسمعة الكرامة) ، ولو تجسد التَّمَرُّ الوظيفى فهو (إعتداء على الحق فى العمل) . ولوأقر المجتمع بالتَّمَرُّ العلقى أوالفكرى فهو (إعتداء على حرية الفكر والإبداع و النقد والرأى) .

ولهذا تتور إشكاليات جوهرية فى تجسيد النتيجة فهل التَّمَرُّ جريمة ضرر أو خطر أو بمثابة تعريض الغير للخطر ؟. ومماظاهر تنوع أنماط النتائج المحظورة وأثره على تراخى الأفعال المجرمة التى تظهر فى ثنايا النصوص الجنائية ؟. وهل

(¹) Patrick Kolb & Laurence Leturmy : (Cours de Droit pénal général)op .cit no 71 .

(²) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019 – op .cit p 235.

يتصور أن يقع التَّنَمُّر بصورة الشروع ؟ ومادور القاضى فى ضبط موازين
المسئولية ؟

اولاً / التَّنَمُّر جريمة خطر أم ضرر ؟

الأصل أنها جريمة ضرر لابد وأن يتجسد فى أثر خارجى وطبيعى لفعل الإستقواء
والإذلال والترهيب واستعراض القوة وإستغلال ضعف المجنى عليه . كما أن صلة
السببية لايمكن أن تتوافر إلا إذا تجسد الضرر الفعلى - عدوان على حق
أومصلحة - كنتيجة للسلوك المباشر الذى تنتوع مظاهره وفق تطورات المجتمع⁽¹⁾.

فالتَّنَمُّر ليس من جرائم الخطر إلا إذا شكّل ظاهرة إجراميّة أستفحلت عناصرها
ودون إيجاد حلول جذرية لها . كما يمكن تصور إعتباره من جرائم الخطر إذا
تعرض الأطفال لسلوكيات تنمرية عنيفة سرية يمكن أن تجلب مستقبلاً للمجنى
عليه أفعال إنتحارية أو الإنتقام من الجانى نفسه أومن المجتمع عموماً وذلك
بإرتكاب أى فعل مجرم أخر. وتوصف بجريمة تعريض الغير للخطر حينما يتم
إقصاؤه مجتمعياً أوترهيبه أوتهديده⁽²⁾ .

(¹)Patrick Kolb & Laurence Leturmy : (Cours de Droit pénal général
).op .cit no 71 .

(²)Silvia Staubli, Martin Killias : (Long-term outcomes of passive
bullying during childhood: Suicide attempts, victimization and offending)
- op .cit - p.no 47

فقد أكدت محكمة (LG Stuttgart) على أن القاضى يجب أن يستلهم ويقدر وَيُقِيمُ الضَّررُ الناتج عن الجريمة وذلك بالنظر لدرجة الخطر المُنبعث من شخصية الجانى ومدى ارتكابه جرائم مماثلة فى المستقبل بمايستدعى ضرورات التقريد العقابى التى أوجبته المادة (63) عقوبات ومابعدها بمراعاة أنسنة العقوبات (1) .

كما أن التَّئمُرُ أوالتسلط والإستقواء يعد من الجرائم ذات الطبيعة المزدوجة ، فهو من جهة ذو طبيعة مادية يفترض وجود ضرر مادى ملموس كأثر لترجمة النتيجة . ومن جهة أخرى من الجرائم الشكلية ويكفى فيه الخطورة المنبعثة بدون تحقق الضرر الفعلى طالما تأكد القاضى من خطورة الشخصية الإجرامية للجانى وهو ما يظهر جلياً من تكرار سلوكه الشاذ حتى ولو لم ينتج أثره على الضحية طالما شكلت أفعاله خطراً .

ولهذا يقترن التَّئمُرُ بتلذذ فاعله من وراءه ، بينما الأفعال العدوانية قد لاتتخذ مظاهر التلذذ ، وإنما تتسم بالغائية المفرطة فى تحقيق هدف من وراء فعل الإعتداء كما فى السرقة والقتل والتزوير وذلك بالإخلال أو انتهاك مصلحة محمية قانوناً . بينما

(1) BGH 1 StR 128/20 – Beschluss vom 13. Mai 2020 (LG Stuttgart) – Krankenhaus – § 63 StGB .

التَّئَمُّرُ قد لايتجسد من وقوعه فائدة أو منفعه لصاحبه كالشهوات والرغبات الوراثية حتى يمكن أن يلمسها القاضى فى إستجلاء خطورته أو إصطفاء عقابه الفعال⁽¹⁾.

فيلاحظ أن التَّئَمُّرُ من جرائم الضرر التى تتحقق بوقوع النتيجة فى مفهومها القانونى حتى ولو لم يتحقق المفهوم المادى . فمن يسخر من شخص ذو سمعة طيبة بين أقرانه فالمفهوم القانونى يتجسد للنتيجة بمجرد العدوان على حق أو مصلحة بينما لايتجسد المفهوم المادى وهو الأثر والتغيير الخارجى لسمعة الضحية .

ثانياً / التَّئَمُّرُ بمثابة تعريض الغير للخطر

بينت المادة (3-121) عقوبات فرنسى على أنه قد تتوافر الجنحة فى حالة تعريض شخص الغير عمداً للخطر . وهو نص يشير إلى تدرج جسامة الأخطاء ، ويقيس المسئوليات ويرتب نتائجها . فتعريض الغير للخطر يعد أكثر جسامة من الخطأ غير العمدى فى صورته البسيطة وهو مايجعل القاضى يقدر الظروف

(¹)Thomas Mößle and Eva-Maria Zenses : (Internet Gaming Disorder und kriminelles Verhalten: Gibt es einen Zusammenhang ?) – Neue Kriminalpolitik Nomos Verlagsgesellschaft , 2016, Vol. 28, No . 1 pp. 37 .

والملايسات المحيطة بالجريمة والفاعل وكذا مهامه وسلطاته ووسائله من أجل
إصطفاء عقوبة فعالة ناجزة (1) .

و يلاحظ الباحث أن جوهر التَّنَمُّر هو إستغلال الجانى (حالة) يعتقد أنها تسيء
للمجنى عليه ، ولهذا يمكن أن تشكل جريمة التَّنَمُّر نمط وسلوكيات (الحالة)التي
تهىء الخطر ويظل منبعث إلى أن يتجسد فعلياً ، والمساحة التي تبدء مع باكورة
الحالة وتنتهى بنهايتها تتجاذبها الأخطار والأهوال التي يضعها الجانى فى سبيل
اتمام مشروعه الإجرامى لذا يعد تعريض الغير للخطر أقل من درجة العمد وأكثر
من الخطأ غير العمدى .

ولهذا بينت النقض الفرنسية أن الجناة قد تعمدوا إستغلال حالة الضعف لدى
القاصر وأخلوا بواجب الحيطة والتبعية مما تتحقق معه جنحة تعريض الغير للخطر
(2) . كما أن تقاعس الجناة عن إتخاذ أحتياطات السلامة وتدابيرها التي توجبها
القوانين واللوائح والحط والسخرية من الضحايا يمكن أن يعرضهم لخطر الوفاة أو

(1) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre
2016 – (4e édition) – p.no 139.

(2)Cass Crim : mardi 25 juin 2019 – N° de pourvoi: 17-86204 – Non
publié au bulletin – (Rejet) .

الإصابة الجسيمة المحتملة بما يخضع لتجريمات المادة (3-121) من قانون العقوبات الفرنسي (1) .

ولهذا يفرق المُشَرِّع الجنائي الفرنسي في إعتبار تعريض الغير للخطر بين فرضين أولهما هو كونه ظرفاً مشدداً للعقاب في جرائم معينة كالمادة (6-221) و (19-222) وهي التسبب في حدوث عجز تام للشخص عن العمل مدة تزيد عن 3شهور بسبب الوضع في حالة الخطر ذاتها . وكذا المادة (5-332)التخريب والحريق كأثر لتعريض الخطر بأن وضع الجاني المجنى عليه في ظروف وبيئة تسمح بتعرضه لخطر حال وداهم ومباشر (2) .

وثانيهما هو إعتباره جريمة مستقلة بغض النظر عن تحقق أى ضرر كأثر له ، فطبقاً للمادة (1-223) فإن تعريض الغير مباشرة لخطر حال بالموت أو بجراح عن طريق الإخلال العمدى الواضح بواجب خاص بالسلامة أو الإحتياط الذى يفرضه القانون أو اللائحة يعاقب بالحبس لمدة سنة وغرامة 150الف يورو (3) .

(1)Cass Crim : mercredi 7 janvier 2015 – N° de pourvoi: 12-86653--
Non publié au bulletin – (Rejet) .

(2)Cass Crim : mardi 21 avril 2020 N° de pourvoi: 18-86652 –Non
publié – (Cassation sans renvoi) .

(3)Cass Crim : mardi 15 janvier 2019 N° de pourvoi: 17-85656 –Non
publié au bulletin . (Rejet) .

وتبرهن سلوكيات التَّنَمُّر على أن الضحايا قد يلجئون للعزلة والإقصاء الإجتماعى وقد يدفعون بأرواحهم للتخلص من التَّنَمُّر الذى يُعَكِّرُ صفو حَيَاتُهُمْ ويجعلهم لايقبلون الاستمرار فيها بما يؤدى لسلوكيات الإنتحار أو الإعتداءات الجسدية للشخص على نفسه كرد فعل احتجاجى لما يقاسيه من ويلات التَّنَمُّر الدائم .

ثالثاً / تنوع أنماط النتائج المحظورة

ينتج عن السلوك التَّنَمُّرى التخويف والترهيب (intimidation) وهو حالة خطيرة يفقد فيها المجنى عليه أمنه وسكينته وسلامه النفسى والجسدى ويظل مهدداً بإستمرار ببطش الجانى لوجود علاقة خفية بينهما يخشى فيها الضحية فك سترها فينصاع لتنفيذ الأوامر والإبتزاز دون مناقشة أو جدال (1) .

كما تتحقق نتيجة الإقصاء من المحيط الإجتماعى والسياسى فى عزل المجنى عليه عن المشاركة فى الأمور المجتمعية والعزوف الإجبارى أوالإختيارى عن الظهور المجتمعى نتيجة التهديد أوخشية الملاحقة بوصمة العار أوتشويه السمعة الكاذب التى تلازمه وسببها الجانى بسلوكه التَّنَمُّرى المتكرر والمستمر (2) .

(1) Cass Crim : 17 juin 2020, 20-82.799, Inédit – Tribunal correctionnel de Grenoble – rejet suspicion .

(2) Reeve S. Kennedy : (Bullying Trends in the United States: A Meta-Regression) – op.cit 34 .

ويفهم من الإقصاء المجتمعي في مدلوله القانوني على أنه " عَمَلِيَّةٌ تُمنَعُ فِيهَا فِئَاتُ
أفراد من المشاركة الفعالة في الأنشطة الإجتماعية والسياسية والإقتصادية بمايؤثر
سلباً على تمتعهم بالخدمات كالأسكان والتعليم وكذا حرمانهم نهائياً من المنافع
وتأدية دورهم المنوط بهم تبعاً لقدراتهم وصلاحياتهم في المجتمع " (1) .

ويمارس الإقصاء بالترهيب النفسي والفكري ، وبالتحريض العلني أو بتقديم
الإغراءات على العزل القسري أو نشر الإشاعات المغرضة التي تتال من شخصه
وثقته بين قومه فيعزف عن الظهور المجتمعي أو المشاركة وينطوى على نفسه
ليصبح منغلقاً كارهاً لمجمعه ومستعداً للإنتقام لكل من سلبه حقوقه الأساسية (2) .

كما ينتج عن ممارسات التَّمَرُّ تجسيد التَّمْيِيزِ العنصري (le racisme) فتتضمن
تقسيم البشر إلى طوائف على أساس السمات البيولوجية والشخصية والإخلاق
والذكاء وإصطفاء جنس واحد يعتبر هو المتفوق على الجميع في كافة النواحي
بمايجب معاملته بمايستحق من تَقَرُّدٍ وَتَمْيِيزٍ ونبذ كل ماعداه من أجناس البشر (3) .

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op
.cit – p ,89 .

(2) Cass Crim : mardi 24 mars 2020 – N° de pourvoi: 19-80783 – Non
publié au bulletin– (Rejet) .

(3) Cass Crim: mardi 26 novembre 2019– N° de pourvoi: 19-80782–
Non publié au bulletin –(Rejet) .

وتزداد حدة التَّمَايُزُ العنصرى فى وسائل الإعلام التى تتعمد على ألساق تهمة الإرهاب والعنف بكل ما هو مسلم أو ينتمى للدين الإسلامى . ويتم التماذى فى التَّتَمُّرُ بقسوة على فئات عمالية أونقابية كادحة ، فمثلاً يتم تجسيد السادة المحامين و شخصياتهم فى المديا على أنهم مجموعة من النصابين المدلسين أو مزورين ولايوجد بينهم أى شريف أوعادل بما يؤثر على سمعة المهنة فى حد ذاتها . ويعرض كل محام أوقانونى للتتكيل وللإعتزال أو الإقصاء أوالتَّتَمُّرُ ضده والنظر اليه نظرة دونية أوتمييز ضده بعيداً عن الحقائق التى تنفى هذه الإدعاءات .

كما يلاحظ أن إتجاهات النتيجة قد تتعدد محاورها فى سياقات النص الجنائى

فقانون العقوبات الروسى بالمادة (107) وضحت مسارات النتيجة المحظورة التى بينت عقاب كل من يقتل عمداً نتيجة وضعه فى حالة إضطراب عاطفى أوانفعالى أو إهانة شديدة تتماثل مع الإجراءات غير القانونية وغير الإخلاقية للضحية ممايسبب إنهيار نفسى مستمر الأمد وشديد وقاسى (1) . فيعاقب بتقييد الحرية لمدة لاتزيد عن 3سنوات مع العمل الإصلاحي . أما إذا نتج عن فعل الجانى وإنهياره

(¹) УК РФ Статья 107. Убийство, совершенное в состоянии аффекта
– (в ред. Федерального закона от 07.12.2011 N 420-ФЗ.

النفسي قتل أكثر من شخص فتزداد العقوبة لتصبح السجن الذي لا تقل مدته عن 5 سنوات مع غرامة يقدرها القاضي (1) .

أما قانون العقوبات التشيكي فقد عاقب بموجب المادة (149) على كافة ضروب المعاملة اللاإنسانية والقاسية فكل من تسبب في معاناة بدنية أو نفسية للمجنى عليه فيعاقب بالسجن من 6 أشهر حتى 5 سنوات وذلك تبعاً لتعديل قانون الجرائم الجسيمة التشيكي رقم 281 لسنة 2014 فيماتضمنه من عقوبات (2) .

كما تضاعف العقوبة من سنتين إلى 8 سنوات إذا تم ارتكاب الفعل بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أوالمعتقد السياسي أو أى وضع أو مركز أجماعى يظهر فيه تفاوت وتمايز صارخ فى الحقوق والواجبات . كما تضاعف العقوبة إذا ارتكبت الجريمة ضد قاصر أقل من 15 سنة أو مورست الأفعال التَنَمُّرِيَّة ضد امرأة حامل أو إذا نتج عن الفعل ضرر جسدى بالغ بالصحة يقدر جسامته القاضى الجنائى ويقرر له تعويض مناسب .

كما رصد جريمة الإضطهاد الخطير بمقتضى المادة (354) عقوبات تشيكي والتي تعاقب كل من يضطهد غيره على المدى الطويل أو يهدده بالإيذاء لنفسه أوفى أحد

(1) "Уголовный кодекс Российской Федерации" от 13.06.1996 N 63-ФЗ .

(2) Těžké ublížení na zdraví z nedbalosti § 147 (Kdo jinému z nedbalosti způsobí těžkou újmu na zdraví, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnosti) .

أقاربه حتى الدرجة الثالثة . كما تتماثل مع ذات النتيجة جريمة الحض على الكراهية ضد طائفة مع تقييد حرياتهم بالمادة (356) وما بعدها عقوبات تشيكي⁽¹⁾.

كما تضمن أفعال الإساءة الشخصية فى البيانات الإلكترونية وغيرها وأى فعل من شأنه تقييد حرياته أو صحته متى كان هذا الفعل قادراً على إثارة اضطراب معقول يعرقل السير فى نظام حياته الطبيعى⁽²⁾ . وتضاعف العقوبة من 3 سنوات إلى 5 سنوات إذا مورس الفعل بأستخدام أسلحة أوتم توجيه معطياته لقاصر أو لأم حامل بما يفيد أن مسارات النتيجة قد تتعدد محاورها واتجاهاتها ليتجسد الإعتداء على المصلحة المحمية .

أما قانون العقوبات الألبانى فقد تعامل وفق اتجاهات النتيجة ومحاذيرها الإيجابية والسلبية .

(¹) Podněcování k nenávisti vůči skupině osob nebo k omezování jejich práv a svobod .

(²) Nebezpečné pronásledování § 354 (Kdo jiného dlouhodobě pronásleduje tím, že. *A*) vyhrožuje ublížením na zdraví nebo jinou újmou jemu nebo jeho osobám blízkým, *b*) vyhledává jeho osobní blízkost nebo jej sleduje, *c*) vytrvale jej prostřednictvím prostředků elektronických komunikací, písemně nebo jinak kontaktuje, *d*) omezuje jej v jeho obvyklém způsobu života, nebo . *e*) zneužije jeho osobních údajů za účelem získání osobního nebo jiného kontaktu,

فتعاقب المادة (172) عقوبات أسباني كل من أكره إنسان أوهدده وذلك في محاولة لإذلاله أوابتزازه أواحتقاره أوالتعرض لسلامته النفسية أو البدنية بدون مسوغ قانوني على فعل شيء أوالإمتناع عنه قانوناً . وذلك بإجباره وأن كان لايريده سواء كان هذا الشيء عادلاً أوغير عادل بالسجن من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة يحددها القاضى تتضمن وزن جسامه الإجبار وخطورة الوسائل المستخدمة للرضوخ للطلبات القسرية (1) .

أما المحكمة العليا فقد أيدت خصوصية جرائم الإكراه فى سلطة القاضى فى استخلاص مظاهرها بقولها أن (القاضى يمتلك سلطة تقديرية لتشديد العقاب فى جرائم الإكراه إذا كان غرضها منع ممارسة حق أساسى يخوله القانون والدستور ، كما له التشديد ليزيد الحد الأقصى إلى النصف طبقاً للمادة (172ومابعدھا) (2) .

أما المادة (173) فقد نصت على أن يعاقب من يمارس عنفاً جسدياً أو نفسياً ضد أى شخص ولو كان زوجه أوأى شخص تربطه به علاقة عاطفية أو تعايش عائلتي أووظيفي أوسكنى بالسجن من 6 أشهر إلى 3 سنوات مع مراعاة أن القاضى

(1) Párrafo 3.º del número 1 del artículo 172 introducido por el apartado trigésimo séptimo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010 –

(2) Tribunal Supremo. Sala de lo Penal – N° de Resolución: 305/2019– N° de Recurso: 35/2017.

يشدد العقاب كلما تم استخدام أسلحة في الإذلال العنيف ويشمل الحكم مقومات الوسائل العنيفة ونوعية الضحايا والتقارب الزمني لأفعال الإعتداء وخطورة أنماطها مستقبلاً على المجتمع (1) .

وتلاحظ للباحث أن المادة (205) عقوبات أسباني تبنت بعد تعديلها في 2004 مفهوماً موسعاً للقذف لتتقرر الحماية ضد كل إساءة قولية أو إهانة لفظية بدون أن يسند لها الجاني على زعم حقيقي أو وهمي على صحتها . فيعاقب بالسجن من 6 أشهر إلى 24 شهر وغرامة يقدرها القاضي وتتضاعف إذا تسبب القذف أو الإيذاء القولي المتكرر في وضع الضحية موضع السخرية أو التشهير بالسمعة أو فقدان مكانة تجارية مرموقة (2) .

أما جريمة التهديد والتخويف ضد مجموعة سكانية أو إجتماعية أو مهنية بموجب المادة (169) عقوبات أسباني وضحت إتجاهات النتيجة كلما تم الإعتداء على

(1) Número 4 del artículo 173 introducido por el número noventa y dos del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 .

(2) Artículo 206 redactado por el apartado septuagésimo primero del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004 – Revisión vigente desde 13 de Marzo de 2019 .

الحق فى الأمن والسلامة النفسية والجسدية وكافة الحريات الأخرى المتفرعة من الحق فى الملكية والعمل والفكر والرأى والعقيدة . فيعاقب بالسجن من 3سنوات إلى 5سنوات مع مراعاة التشديد كلما بين القاضى درجة جسامة الفعل وخطورة الجانى ومدى تأهيله .

رابعاً / هل يتصور الشروع فى التَّنَمُّرُ ؟

تظهر مقومات الشروع فى كل نتيجة ناقصة لم تقع لسبب لادخل لإرادة الفاعل به . فجوهر الشروع هو عدم تحقق النتيجة كاملة ⁽¹⁾ . ولماكانت وقائع التَّنَمُّرُ فى نموذجها ونتيجتها تعد من جرائم الخطر والضرر فمن المقبول والمستساغ عقلاً وقوف التَّنَمُّرُ عند حد الشروع الموقوف . ولهذا قد ينطبق نص المادة (4-121) من قانون العقوبات الفرنسى الذى يؤكد على أن كل من شرع فى ارتكاب جناية أوجنحة وذلك بالبده فى تنفيذها إذا لم يخب أو يقف أثره إلا بحسب ظروف خارجه عن إرادة الفاعل وذلك بالمادة (5-121) عقوبات ⁽²⁾ .

كما يتضح أن أفعال التَّنَمُّرُ تمر بالمراحل الجوهرية لسيرورة المشروع الإجرامى الكامل ، فتبده من مرحلة النوايا الكامنة أى التفكير المجرى فى الجريمة ، ثم تمر

⁽¹⁾ Cass Crim : 13 décembre 2016, 14-87.473, Publié – Cour d'appel de Toulouse, du 22 octobre 2014 – (Rejet) .

⁽²⁾ Cass Crim : 17 décembre 2019, 19-86.422, Inédit – Chambre de l'instruction de la cour Grenoble, du 01 octobre 2019.

على النوايا السلوكية الكاشفة عن خطورة ولايعاقب كأصل عام على المرحتين السابقين تبعاً لمعظم التشريعات العقابية مالم تشكل خطورة واضحة (1) .

أما مرحلة الأعمال التحضيرية فيمارس فيها الفاعل وقائع لاتقطع بذاتها ودلالاتها على التمادى فى ارتكابها . أما مرحلة البدء فى التنفيذ تعد جوهر الأفعال المكونة للركن المادى . فمن يشرع فى مناوبة الإعتداء الجنسى أو الجسدى على شخص ثم تتدخل السلطات لحمايته يعد فعله شروعاً أو تتمر جسدى . ويتعين على القاضى الجنائى أن يستلهم مقومات الشروع ويتأكد منه فى كل حالة على حدا ، فكلما أرتكب الْمُتَمَرُّ فعلاً من الأفعال المعتبرة عنصراً من عناصر الركن المادى ومرتبطة برباط سببى وزمنى كلما أفضى للنتيجة المحظورة .

فيلاحظ أن كافة الأفعال التى يمس بها الجانى مباشرة الكيان المادى والمعنوى للمتممر ضده تعد من قبيل الشروع وفقاً للمعيار الموضوعى . فإذا توجه الجانى صوب السخرية من الضحية أوالحط من شأنه أوالتحقير به بين بنى قومه ثم أثبتت الحقائق أن وقائع الجانى تمثل تدليساً مصطنعاً ظهر للمجتمع فساد مبناه ومنطقه فإنه من المتصور قيام مسؤوليته عن الشروع فى التَّمَرُّ وعدم تحقق النتيجة لسبب

(1) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019
– op .cit p 244 .

لادخل لإرادته فيه ككشف الحقيقة أو معارضة المجتمع للتمتر ضد الضحية وذلك فى سياق المادة (5-121) عقوبات فرنسى (1) .

كما يجب أن يفصح هذا الإعتداء على نية وخطورة إجرامية كامنة ينتظر أن ترتب ضرراً مباشراً للضحية مع الأخذ فى الإعتبار كافة الظروف والملابسات المحيطة . كما يكون شريكاً فى جناية أو جناية الشخص الذى سهل بمساعدته أو معاونته فى تنفيذ الجريمة سواء تم هذا بواسطة وعد أو تهديد أو إساءة استعمال السلطة أو أعطى المعلومات اللازمة لإرتكابها وذلك فى سياق المادة (7-121) عقوبات فرنسى ومابعدها (2) .

خامساً / تراخى النتيجة فى التَّئمُر

تظهر إشكالية التراخى من طبيعة فعل التَّئمُر ذاته أو فى وصف الجريمة نفسها ، فهى جريمة متتابعة الأفعال (le délit successif) يلعب الزمن والتكرار عنصراً جوهرياً فى تكوين البنيان القانونى لها (3) . فقد تتشعب شخصية الضحية بمخزون السلام النفسى والهدوء أو قدر لأبأس به من تقدير الذات والثبات الإنفعالى مما

(1) Cass Crim : 25 juillet 2018, 18-83.125, Inédit- cour d'appel d'Angers, du 21 mars 2018 - (**Rejet**) .

(2) Cass Crim : 28 janvier 2014, 13-80.701, Inédit- Cour d'appel de Caen, du 19 décembre 2012- (**Rejet**) .

(3) Darrick Jolliffe : (The criminal careers of those imprisoned for hate crime in the UK) op .cit 16 .

يجعل تجسيد النتيجة الفورية الحتمية للتمتر متعذراً وربما تظهر مستقبلاً وفق تصويرها القانوني .

ولهذا قد تتراخى النتيجة وذلك لأستمرار الفعل المرتكب من المُتَنَمِّر ، فليس بلازم أن تتحقق النتيجة مباشرة كأثر للسلوك ، وهذا لا يمنع أويعرقل قيام المسؤولية الكاملة ضد من أرتكبه . فلايشترط قيام رابط مباشر ولو تخلله فاصل زمنى عاود فيه المُتَنَمِّرُ أرتكاب جرائمه فى حق ضحاياه بعد أن أنتج السلوك ماديته (1) .

كما يلاحظ أن صلاحية السلوك ذاته لتجسيد النتيجة الفورية يرتبط بما إذا كانت الجريمة المرتكبة عمدية أوغير عمدية أومتجاوزة القصد . فربما تظهر مشكلة تراخى النتيجة أكثر قوة فى صورة القصد العمد وقد تتوسط الظهور وتباين مستوياتها فى القصد غير العمدى فى حين تنعدم تماماً مشكلة التراخى فى حال إرتكاب المُتَنَمِّرُ جريمة يغلب على طابعها الخطأ متعدى القصد حتى تتبلور قواعد المسؤولية وتتحدد (2) .

فمن يستهدف من تتمره الإعتداء الجنسى فلاتراخى ، أما من يبتغى الإيذاء النفسى وتحطيم المعنويات والحط من الشأن والتمادى فى السخرية فقد تظهر بعض مظاهر التراخى لاسيما إذا تباطئت النتيجة التى تتحقق فى إنتحار الضحية أو تقريرها

(1)Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) op .cit 53 .

(2)Cass Crim: **mardi 26 novembre 2019– N° de pourvoi: 19–80782–**
Non publié au bulletin(**Rejet**) .

الإنتقام بعد سنوات حتى ولو سقط الفعل بالتقادم . فتباعد أنماط وسلوكيات الجريمة لاينفى قيام الخطورة الإجرامية لدى الجانى ولايؤثر على جسامة الفعل ضد الضحية تماماً .

وقد برهن القضاء الإنجليزى على تحليل هذه المشكلة فأثبت أن الجانى لم يقصد إيذاء الضحية ويتعذر قيام المسؤولية الجنائية الكاملة لاسيما وأن الضحية كان لديه قدر من المقبولية لسلوكيات الجانى ، وتعامل معها على أنها ليست بقصد الإزدراء أوالحط من الشأن أوالتقليل من الكرامة أوتحقير السمعة عموماً⁽¹⁾ .

كما أثبتت القضاء الإنجليزى فى وضع معاكس أن تباطؤ سلوكيات الجانى لتتمره على الأفراد وأستمرارها لسنوات عديدة يقطع بين هدفه إرضاء شهوة الإنتقام من ضحاياه ولايصح اثبات قصده الجنائى إلا بتتبع كافة سلوكياته المنقطعة التى تراخت فيها النتيجة طالما لم يقصد مباشرة الإيذاء الجسدى أواللفظى⁽²⁾ .

(¹) Royal Courts of Justice – Taylor, R. v Crim 1581 (11 June 2010) – Case No: 201002184/A6 .

(²) Royal Courts of Justice – McCann, R v Crim 819 (6 April 2009)– No: 200803633/B2 .

فرع ثالث

رابطة السببية فى جريمة التَّنَمُّر

الأصل أن تظهر مقومات السببية فى الروابط المنطقية المستمرة بين السلوك – فعل أو إمتناع – بالنتيجة . فالسببية فى مفهوم قانون العقوبات تُعزى إلى مجموعة وقائع أو ملابسات محيطة لازمة وكافية بذاتها لإحداث النتيجة المنطقية والمألوفة وفقاً للمجرى العادى والطبيعى للأمور بحيث تنفى أو تؤكد المسؤولية (1) .

هذا ويلاحظ أن المُشَرِّعَ المصرى لم يحدد فى نصوص صريحة معيار السببية ، وأن كان القضاء يأخذ بمعيار مزدوج موضوعى وشخصى يتمثل فى إيجاد سببية كافية وملاءمة تربط السلوك بالنتيجة مع ربطها بفكرة الإمكانيات الموضوعية التى تستند على إستطاعة التوقع الطبيعى للجانى وذلك بالنظر لخطورته وصلاحيه فعله ووسيلته فى الزمان والمكان ووفقاً للمنطقى والطبيعى والمألوف من الأمور أن يجسد النتيجة القانونية .

أما المُشَرِّعَ الإيطالى فقد حسم بمقتضى المادة (41 فقرات 2/1) معيار السببية فتعد الأسباب السابقة والمعاصرة واللاحقة حتى ولو كانت مستقلة عن فعل الجانى أو إمتناعه لانتقطع السببية . أما الأسباب اللاحقة فقد تقطع الرابطة عندما تكون كافية بذاتها لإيقاع الحدث بصفة مباشرة وفعالة وتوقع العقوبة المقررة للفعل أو

(1) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019
– op .cit p 223 .

الإمتناع عندما يكون جريمة فى ذاته إذا أدت السلوكيات الى تنشيط العوامل الفعالة الأخرى . ف يأخذ بكافة العوامل المرتبطة بإرتكاب السلوك وماينتجه من نتائج محذورة تصلح سندا فى تكوين المسئولية الجنائية (1) .

ولهذا يقنع المُشَرِّعُ الإيطالى بالمنهج المعتدل للسبب المحرك وينفى بذلك الخلط غير المبرر بين السببية المادية والمعنوية التى وقع فيها المُشَرِّعُ المصرى . فلايجب الخلط بين السببية وهى ذات أثر موضوعى يختلف عن النية الإجرامية ذو الطبيعة الشخصية التى يستخلصها القاضى فى كل موقف نفسى أو واقعى للجانى يعلم أنه بسلوكه سيرتب نتائج تصلح للمسئولية الجنائية المباشرة وهو الحل الذى تسير عليه إيطاليا (2) .

كما تتأكد عدم مسئولية الفاعل إذا قطع تسلسل سلوكياته عوامل شاذة وغير مألوفة تحولت معها مسارات النتيجة وروابطها بحيث تتنافر فى الإعتراف بصلاحيه نسبة هذا السلوك مباشرة إلى الفاعل وحده (3) .

(1) Cassazione penale, Sez. 1 Num. 29829 Anno 2018- del 11/03/2016 della CORTE APPELLO di MILANO.

(2) Cassazione penale, Sez. 3 Num. 28704 Anno 2017- del 18/12/2015 del Tribunale di Brindisi .

(3) Cassazione penale , Sez. 4 Num. 39256 Anno 2019 – avverso la sentenza del 09/07/2018 del ANCONA .

لذا يواجه الباحث مشكلة تداخل السببية بحيث تختلف فى تصويرها القانونى بوصفها عنصراً جوهرياً فى الركن المادى للجريمة عن فكرة النية الإجرامية المعتمدة بدورها عنصراً فى الركن المعنوى . كما يتناول كيف حل القضاء الإيطالى والإنجليزى والفرنسى هذه الإشكالية فى وقائع التَّنَمُّر وفقاً للإتجاهات الحديثة ؟

اولاً / تداخل السببية فى جريمة التَّنَمُّر

تتداخل الأسباب المحركة لتجسيد التَّنَمُّر ، فالفاعل الذى يستعرض قوته بالإستقواء المُسَنَّمَر على الضحية قد تضعف تسلسلية أفعاله المتتابعة ، إذا ثبت أن ذات الضحية تُمارِسُ عَلَيْهِ مظاهر ترهيب وتخويف من مجتمعه الوظيفى أوالعائلى بمايتعذر معه معرفة أى السلوكيات المجرمة هى التى أدت للنتيجة المباشرة (1) .

ويلاحظ أن الأخذ بمعيار المُشَرِّع الإيطالى فى المادة (41) عقوبات يصلح سنداً لحل مشاكل تداخل السببية بالترتيب المنطقى والزمنى لصلاحيتها لتجسيد النتيجة . فالعوامل السابقة (إصابة الضحية بضعف جسمانى) والعوامل المعاصرة (إعترت الضحية أثناء التَّنَمُّر عليه نوبة قلبية أوإنهيار عصبى حاد) والعوامل اللاحقة التى

(1)Cassazione penale, Sez. 4 Num. 23080 Anno 2017- la sentenza n. 11743/2012 CORTE APPELLO di NAPOLI.

لم يؤخذها الجانى فى حسابانه (خطأ الطبيب فى تشخيص العلاج أو الإهمال فى وصفه) (1) .

وأكدت النقض الإيطالية (أن رابطة السببية وفقاً للمادة 41 عقوبات تأخذ فى إعتبارها كافة العوامل المحيطة والملابس السابقة والمعاصرة واللاحقة فى إرساء المسئولية الجنائية على إعتبار أنها محركة وليست متكافئة أو متعادلة أو ملاءمة وإنما ينظر اليها فى سياق صلاحية السببية لتكوين النتيجة المباشرة للسلوك) (2) .

أما القضاء الإنجليزي فيأخذ بالسببية المباشرة أو الأكثر فعالية ويهمل كل العوامل الساكنة غير النشطة التى لايمكن أن تجسد النتيجة (3). فترجح السبب النشط أو الأخير أو الأقوى أو الفورى ، ويستخلص العامل المرجح بحسب ترتيبه الزمنى فى سيرورة النشاط الذى أفضى إلى النتيجة ، أو بحسب ظهوره وتأثيره الواضح الملموس فى تكوين النتيجة وضرورة إهمال العوامل الساكنة بما تحمله من إمكانيات موضوعية لتحقيق النتيجة .

(1) Cassazione penale, Sez. 4 Num. 25689 Anno 2016- la sentenza n. 3305/2012 CORTE APPELLO di TORINO.

(2) Cassazione penale, Sez. 3 Num. 47979 Anno 2016- del 05/02/2014 della Corte di appello di Roma .

(3) Royal Courts of Justice- Shabab, R v [2018] EWCA Crim 3021 (14 March 2018)- 2018/00024/A1 .

وقد أبرزت محكمة إستئناف إنجلترا قيام السببية فى حكمها حينما أكدت أن مرض القلب لا تتضاعف أعراضه إلا بمثير نشط مباشر وفورى وفعال وأن الجانى إذا اعتاد مضايقة الضحية ومهاجمته وإضطهاده فذلك يرتب المسئولية ضده لاسيما وأن السبب الفعال يتضح فى ترتيبه الزمنى وظهوره المباشر لتكوين النتيجة (1) .

وأكدت محكمة إستئناف إنجلترا وويلز (أن تداخل السببية الجنائية يتم حله بالنظر لأقوى السلوكيات وأكثرها فعالية لإحداث النتيجة ، فإذا كانت المجنى عليها معروف عنها أنها سريعة الغضب ولا تستطيع التحكم فى عواطفها ولا تقبل التهكم ضدها أو استعراض القوة فإن الجانى مسئول عن إنهاؤها العصبى الحاد) (2) .

ثانياً / طبيعة جريمة التَّمُرُّ

تحدد طبيعة جريمة التَّمُرُّ بالنظر لتمائل الحق أو المصلحة المعتدى عليها جنائياً ، ومدى أظهار كافة السلوكيات وصلاحيتها لإحداث النتائج . ويعتقد الباحث أن خصيصة التكرار التناوبى المستمر تجعل التَّمُرُّ من الجرائم متتابعة الأفعال (le délit successif) وفق منظور الفقه الجنائى الإيطالى المعاصر (3) .

(1) Royal Courts of Justice– Small, R v [2008] EWCA Crim 1662 (16 May 2008)–2008/02057/A1.

(2) Royal Courts of Justice – ER, R. v [2012] EWCA Crim 2122 (28 September 2012– 2012/04279/A2.

(3) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit 56 .

فتتربك من أفعال متعددة مستقلة يجمع بينها تماثل الحق المعتدى عليه ووحدة الغرض الإجرامى ويصلح كل منها على حدا سندا قويا لترتيب المسؤولية الجنائية الكاملة . فالأصل أن تطبق عقوبة واحدة على كافة الأفعال بالنظر لحالات التعدد المادى والمعنوى عموماً . ويمتنع رفع الدعوى الجنائية عن هذه الأفعال ولا تسرى مدة التقادم المسقط للدعوى إلا منذ اليوم التالى لوقوع آخر فعل من الأفعال الداخلة فى الجريمة .

فمن يستعرض قوته (فعل أول) ليبتهى السيطرة على الضحية (فعل ثان) مستغلاً ضعف أحواله يعتقد أنها تسىء اليه (فعل ثالث) . فكل هذه الأفعال تتوحد وتتكامل لتبرهن على مشروع إجرامى واحد متكامل يتجسد فى التَّمَرُّض ضد المجنى عليه فى صورة تخويله أو إقصاؤه إجتماعياً أو ترتيب أفعال التَّمَرُّض المتنوعة.

ويلاحظ أن كل فعل من الأفعال الثلاثة سالفه البيان يصلح بمفرده لترتيب المسؤولية الجنائية الكاملة ؛ إذ يأتلف كل فعل من ركن مادى ومعنوى مستقل ومتحد مع عناصره الذاتية ، لكنها تصبح جميعها جريمة واحدة إذا تتابعت وتسلسلت وتعددت لتكون ثمرة مشروع إجرامى واحد وأن كانت بأنماط مستقلة

متباينة ولكنها تبرهن على دوران الإعتداء حول مركز وحالة واحدة يعتقد الجاني أنها تسيء للمجنى عليه عموماً⁽¹⁾ .

وتشترط النقض الفرنسية التقارب الزمني لتبرهن الأفعال المتتابعة على ماهية المشروع الإجرامى الواحد حتى يستحق الجاني عقوبة موحدة عن أفعاله ذات الغرض المتكامل⁽²⁾ . فالمدير العام الذى يعتدى على رؤسيه بالتوبيخ والمضايقة اللفظية والسخرية أو الإستقواء كل يوم أو عن كل عمل يتم إنجازه يصلح سنداً لترتيب الأفعال المتتابعة (le délit successif) كلما تم تكرارها دون تباعد مادي أو معنوي ضد الضحايا⁽³⁾ .

كما أن وحدة الحق المعتدى عليه فى الجريمة المتتابعة الأفعال لاتعنى أن يكون المجنى عليه واحداً ، وهى خصيصة تفسر لماذا ترتكب سلوكيات التَّنَمُّر المتنوعة وتتحصر جميعها فى ثمرة مشروع إجرامى واحد ؟ . فمن يعتاد على مضايقة وإستفزاز الغير على الشبكة الإلكترونية لايمكن حصر الضحايا فى كل سلوك

(¹) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019 – op .cit p 223 .

(²) Cass Crim : 19 avril 2017, 16-80.718, Publié – Cour d'appel de Paris, du 14 janvier 2016 –

(³) Cass Crim: 23 juin 2015, 13-86.922, Publié – Cour d'appel de Rennes, du 26 septembre 2013 .

يتخذها وإنما يتحدد وفق سياق سببى مباشر لتتوحد أفعاله فى جريمة واحدة وأن تعددت الضحايا وتتنوعت عموماً .

فهل يمثل التَّنَمُّرُ جريمة مركبة أو يجسد تلقائياً تعدداً معنوياً فى الجرائم ؟

تبدو أهمية معرفة طبيعة أفعال التَّنَمُّرُ مقترنة فعلياً بمدى تعددها المعنوى - الحقيقى أو الظاهرى - فيما ترتبه من توزيع قواعد الإختصاص القضائى بالنظر لجسامة الفعل كونه جنائية أو جنحة وكذا إتسام الأحكام نفسها بقوة الشئ المحكوم به ، وكذا نظام التقادم المسقط للعقوبة تبعاً للإعتماد على عقوبة الجريمة الأشد .

فمن يرتكب وقائع السب والقذف التى توجه مباشرة ضد الضحية يمكن إن تقترن بترهيبه وتخويفه وتهديده بالفصل من العمل وإذلاله بإفتضاح سر يؤتمن عليه الجانى أو يتمادى فى الإستقواء والحط من الشأن مما يستوجب عقابه على جرائم التشهير والإبتزاز طبقاً لتنوع المصالح التى تم الإعتداء عليها بفعل واحد .

هذا بخلاف التعدد الصورى والذى يعد سلوك وحيد ذو أحداث متعددة فمن يهتك عرض غيره أو يعتدى عليه جنسياً فيرتكب إخلالاً بحماية الجسد وفى نفس الوقت يسبب أذى نفسى قاسى للضحية وذلك فى التشريعات التى تعاقب على جرائم الأذى النفسى إستقلالاً كالتشريع العقابى التشيكى بموجب (149) على كافة ضروب المعاملة اللإنسانية والقاسية فكل من تسبب فى معاناة بدنية أو نفسية

للمجنى عليه فيعاقب بالسجن من 6 أشهر حتى 5 سنوات وذلك تبعاً لتعديل قانون الجرائم الجسيمة التشيكي رقم 281 لسنة 2014 (1) .

كما يظهر التعدد المعنوي وكافة عناصره في ارتكاب الجاني جريمة الضرب المقترن بالسخرية من التكوينات الجسدية البارزة أو الأمكانيات العقلية المحدودة أو الوضع الإجتماعي أو الإلتناء السياسي أو الظروف البيئية الحتمية . كما يقترن الضرب بالتشهير والتهديد والتخويف وهي علامات بارزة قلما تفتقد مدلولتها .

ولهذا بينت النقض الفرنسية على أنه في جميع حالات التعدد ينبغي التقيد بترتيب تنفيذ العقوبات المتعددة ، وكذا بالإلتزام بقواعد جب العقوبات وفي إطار عدم تجاوز الحد الأقصى الذي لا يصح الخروج عنه في حالة الزيادة والإكتفاء بعقوبة واحدة إذا وجد إرتباط لا يقبل التجزئة طبقاً للمادة (132-3) عقوبات (2) .

ولهذا بينت محكمة النقض الفرنسية مضامين التعدد في صور الأفعال التي تختلف نتائجها على الرغم من كونها فعل واحد يرتب مسؤولية جنائية يختلف مداها بحسب جسامة الفعل ومدى تكوينه مشروع إجرامي واحد (أن الضحية مصاب بداء التلعثم بالكلام وقد إعتاد الجناة على التتّمُرُ ضده سواء بالإعتداء الجسدي بالركل

(1) Těžké ublížení na zdraví z nedbalosti § 147 (Kdo jinému z nedbalosti způsobí těžkou újmu na zdraví, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnost I) .

(2) Cass .Crim : 16 février 2016, 15-82.402, Publié au bulletin N° de pourvoi : 15-82.402 - (Rejet)

والصنع والدفع ، وكذا بالسب والتهديد بالإقصاء مما سبب له عزلة شديدة وإكتئاب
حاد لاعلاج منه وهو ما يمثل تعدد معنوى للجرائم يعاقب عليه الجناة بعقوبة
الجريمة الأشد بالمادة (2-132) عقوبات (1) .

ويلاحظ أن طبيعة التَّنَمُّر تستوعب مقبولية التعدد المعنوى الحقيقى أو الظاهرى

كما قد يتمثل التعدد فى سب الضحية والتشهير بسمعته الذى يتعاصر مع تصويره
بغير إذن وهى جريمة مرتبطة ومقتزنة يستهدف بها الجانى مشروع إجرامى واحد
ولاتقبل التجزئة إستقلالاً . كما تظهر فى جريمة التهريب بالمادة (5-434)
عقوبات فى كل من يهدد أو يرهب أى شخص بأى شكل ليؤثر على الضحايا فى
الجريمة فيعاقب بالسجن لمدة 3 سنوات وغرامة 45 ألف يورو⁽²⁾. ويستفاد التهريب فى
كل سلوك يؤدى إلى تخويف المجنى عليه أو تهديده بإستمرار وإلقاء الرهبة والفرع
فى نفسه فيحجم على فعل شىء أو يفعله مضطراً⁽³⁾ .

(¹) Cass .Crim : **mardi 19 novembre 2019** – N° de pourvoi: 18-83722
(**Cassation partielle**) .

(²)Article 434-5 " Toute menace ou tout autre acte d'intimidation à
l'égard de quiconque, commis en vue de déterminer la victime d'un
crime ou d'un délit à ne pas porter plainte ou à se rétracter, est puni de
trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende .

(³) Cass Crim : 12 avril 2012, 11-83.606, Inédit – Cour d'appel de
Paris, du 09 mars 2011- (Rejet) .

وقد بينت النقض الفرنسية أن الجانى قد تعدد تخويف والد المجنى عليه للتأثير على الأخير لمنع فى السير بدعواه والتمادى فى إشاعة الفتنة فى محيط عمله مما يعد تهديداً من منظور المادة (5-434) عقوبات . كما تضمن فعله إعتداء على الصغير وهو المتولى رقابته ورعايته مما يستوجب الحكم بالعقوبة الأشد⁽¹⁾ .

وطبقت النقض الفرنسية وأعدمت على حلول لم يتضمنها قانون العقوبات المصرى لاسيما وأن التتمُّر لا يخضع لنص خاص فى معرفة التعدد وأثره فى العقوبة . ولهذا يجد الباحث فى نص المادة (4-132) عقوبات فرنسى أحد هذه الحلول فيما إذا كانت إدانة الشخص فى محاكمات منفصلة عن جرائم متعددة فإنه تنفذ العقوبات المحكوم بها معاً فى الحدود القانونية للجريمة الأشد . ومع ذلك يجوز دمج العقوبات ذات النوع الواحد كلياً أو جزئياً إما بأمر محكمة أو بالشروط المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية⁽²⁾ .

كما بينت أن أى فعل ينهض لتكوين مقومات المسؤولية الجنائية عن التخويف والترهيب يصلح سندا لتبرير العقوبات الواردة بالمادة (5-434) والتي تظهر فى أى شكل يحقق الرهبة والخوف المباشر للمجنى عليه وذلك بالنظر للعقوبات

(¹) Cass Crim : 13 novembre 2014, 13-87.496, Inédit – Cour d'appel de Rouen, 16 octobre 2013(Rejet) .

(²)Cass Crim : 27 novembre 2019, 19-80.578, Publié au bulletin– N° de pourvoi : 19-80.578 – (Rejet) .

المتنوعة التي تختلف من وصف لآخر وأثر ذلك على التشديد أوالتخفيف العقابى⁽¹⁾.

كما قررت النقض الفرنسية أن المادة (3-132) عقوبات تتضمن أنه إذا أُدِين شَخْصٌ فى محاكمة واحدة عن جرائم متعددة يجوز الحكم بكل العقوبات المقررة لهذه الجرائم . ومع ذلك إذا كانت العقوبات المقررة من نوع واحد ، فلايحكم إلا بعقوبة واحدة فقط من هذا النوع فى الحدود القانونية للجريمة الأشد قانوناً ⁽²⁾ .

⁽¹⁾ Cass Crim : 25 mars 2014, 13-81.051, Inédit- cour d'appel de Paris, du 17 décembre 2012- (Rejet) .

⁽²⁾Cass Crim : 16 février 2016, 15-82.402, Publié au bulletin - N° de pourvoi : 15-82.402- (Rejet) .

فرع رابع

الركن المعنوى فى جريمة التَّنَمُّر

الأصل أن درجة الإرادة و مقدار العلم هو ما يترجم صور القصد ؛ فلو أراد الجانى حتمية النتيجة كنا بصدد جريمة عمدية ومعيارها (اليقين) . أما إذا أراد الفاعل السلوك ولم يرد أو يقبل النتيجة كنا بصدد جريمة غير عمدية ومعيارها (الإمكان) . أما إذا أراد الفاعل نتيجة أقل جسامة فتولد عنها حدث أكثر جسامة كنا بصدد جريمة متعمدة القصد ومعيارها (الإحتمال) ولهذا تتدرج مستويات العمد لتبرهن عن عدالة المسؤولية (1) .

ويلاحظ أن العلم ليس مجرد حالة نفسية تقوم فى ذهن الجانى جوهرها الوعى بحقيقة الأشياء والوقائع المعتبرة عناصر جوهرية وواقعية فى البناء القانونى للجريمة ؛ وإنما لابد أن يتحد مع الإرادة ليتترجم واقعية اليقين أو الإحتمال أو الإمكان لتقرير درجات المسؤولية الجنائية وتجسيد البنيان القانونى للجريمة (2) .

فكثيراً ما يتذرع الجانى فى أفعال التَّنَمُّر بأنه كان يمزح أو يمرح مع الضحية وأنه لم يكن يقصد أو يرتضى بالنتائج العادية أوحتى الشاذة لفعله. وتبرهن غالبية سلوكيات

(1) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019 – op .cit p 256 .

(2) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre 2016 – (4e édition) – p.no 78.

التَّئْمُرُ على أفعال الإستهزاء والسخرية والحط من الشأن بقسوة وعندما يصل المجنى عليه لمرحلة الضرر القاسى المباشر الملموس ويسقط وتنهار أعصابه وقواه العقلية والصحية والنفسية ليفصح الجانى عن قصده المباشر الذى لم يكن يبتغى فيه الأضرار بالضحية مطلقاً .

ويواجه المُشْرِع والقاضى معضلة اثبات إنعدام مقصدية الجانى فى كل موقف يتمتر فيه على الآخرين ، حتى يسند إلى الجانى المُتَّئِمِّرُ سلوك عمدى أو غير عمدى أو متجاوز . وهى نفس المشكلة التى تُعانى مِنْهَا جهات التحقيق والضبط عند إثبات غائية المُتَّئِمِّرُ من تنمره بما يبيح لها شرعية إجراءاتها المنعوية والكشفية (1) .

وعليه يتجه الباحث إلى حل إشكاليات الركن المعنوى فى جريمة التَّئْمُرُ بمعرفة نوعية مقصدية العمد ودرجاتها وصورها وأثارها فى نطاق المسئولية الجنائية ؟ . كما يتجه إلى معرفة وقتية القصد وأثر ذلك فى إستخلاصه قضائياً بإعتباره مسألة موضوعية أو قانونية أو مزدوجة ؟ . وما أثر التذرع بعد قيام العمد فى كل سلوك يتخذه المُتَّئِمِّرُ ضد ضحاياه كلما تم التشكيك فى الغرض من التَّئْمُرُ أو معرفة غائيته المباشرة ؟

لذا تقوم معضلة إستخلاص النية فى كافة صور القصد بسلوكيات التَّئْمُرُ والتى يجب أن يُسَعَّفُهَا نَصُّ تشريعى واضح يستلهم منه القاضى تدرج مستويات العمد .

(1) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit 56 .

كما ينبغي أن تتضح إمكانية وصلاحيّة قيام التَّنَمُّر في صور أخرى غير العمد من سياق النص ذاته حتى يستجلى القضاء العقوبة المناسبة سواء تشديداً أو تخفيفاً .

أولاً / العمد في أفعال التَّنَمُّر

الأصل أن أفعال التَّنَمُّر (عمدية) يتجه العلم فيها بالعناصر الواقعية والجوهرية للجريمة إلى إرادة إحداث النتيجة المحظورة قانوناً ، فيتحد العلم مع الإرادة فتتهض المسؤولية الجنائية الكاملة لتبرهن على تحقق النموذج القانوني الذي تطلبه المُشَرِّع وذلك طبقاً للمادة (309 مكرراً ب) من قانون العقوبات المصري .

ويلاحظ أن العمد في التَّنَمُّر يتجلى في إرادة النشاط المكون للجريمة سواء في فعل إيجابي أو سلبي ؛ ويتحد مع العلم بالعناصر الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة قانوناً وتوافر صلاحيّة وإمكانية وسببية لهذا السلوك أو الإمتناع لإحداث النتيجة لدرجة اليقين مع تعاصر صلة نفسية بين الفاعل والنتيجة المحظورة قانوناً .

وبعبارة أخرى فلا بد من توافر علم (بالعناصر الجوهرية) + إرادة (النشاط إيجابي أو سلبي) + صلاحيّة السلوك لإحداث النتيجة + موقف نفسي (النية في صورة عزم والتصميم) = عمد . فإذا ترصد الجاني كثيراً للضحية لیتصيد أخطاؤه الوظيفية ويكرر توبيخه والإستهزاء به فهذا هو العمد الواضح المباشر (1) .

(1) Cass Crim : 15 mars 2011, pourvoi n°10-81983- Cour d'appel de Bordeaux, 17 décembre 2009.

وإستخلصت النقض الفرنسية العمد فى التَّنَمُّرُ وأثبتت أن الضحية أستولى على أكثر من بريد الكترونى لخمسة أشخاص لفضح أسرارهم ومضايقتهم وأن عدد إختلاسات الإيميلات يفيد إنتهاجه العمد ضد ضحاياه تمهيداً لإبتزازهم (1) . كما أن أفعال التَّنَمُّرُ الجنسى تصدر عن علم وإرادة من الجانى ولايجب أن يتذرع الجانى بعدم معرفة ماتسفر عنه أفعاله فسلوكيات إنتهاك الجسد والكرامة تبرهن عن العمدية بوضوح (2) .

كما بينت محكمة النقض الفرنسية أن التكرارية والإستمرارية تفيد العمد وذلك بالمادة (17-222) عقوبات فرنسى والخاصة بجريمة التهديد بإرتكاب فعل إجرامى ضد شخص أو المجتمع وذلك بعقوبة الحبس لمدة 6 أشهر وغرامة 7500 يورو (3) . وإشترطت تكرار أفعال التهديد أوتجسيده فى صورة كتابية أو أى صورة يستشف

(1) Cass Crim : 8 JUILLET 2020 – d'arrêt : 19-85491 . Tribunal judiciaire de Meaux, 08 février 2019 .

(2) Cass Crim : 31 mars 2020, pourvoi n°19-82697– Cour d'appel de Papeete, 21 février 2019 .

(3) Cass Crim : 10 mars 2020, pourvoi n°19-87757 – la cour d'appel de Versailles, 06 décembre 2019 .

منها تكرارية وإعتياد التهديد بمايشكل تتمر وإستقواء وإستغلال ضد الشيء المهدد به تمهيداً للإبتزاز (1) .

وايدت النقض الفرنسية (أن الشخص لايسأل جنائياً إذا برر اعتقاده بأن في استطاعته قانوناً أن يقوم بالعمل وذلك نتيجة غلط في القانون مالم يكن في استطاعته تجنبه طبقاً للمادة 3-122 عقوبات فرنسي ، وفي هذه الحالة ينتفى العمد ولاتترتب المسؤولية الجنائية إذا أثبت مشروعية اعتقاده وبرره قانوناً (2) .

(أ) وقتية تقدير قيام القصد

الأصل أن الوقتية المباشرة التي يتحدد فيها القصد ، تختلف فيما إذا كانت السلوكيات التجريمية ذاتها تخضع لتوصيفات الجرائم الوقتية أو المستمرة أو متتابعة الأفعال أو غيرها . فلحظة ارتكاب السلوك المادى الإيجابي أو السلبي المكون

(1) Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs – Vu la Constitution, notamment ses articles 38, 74 .
Vu le règlement (CE) n° 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 .

(2) Cass Crim : 20 janvier 2015, 14-80.532, Publié au bulletin– Cour d'appel de Metz, du 31 octobre 2013. (**Rejet**) .

للجريمة تتحدد بما يتعاصر من إتحاد العلم مع الإرادة لتكوين الركن المعنوي كاملاً⁽¹⁾ .

فلما كانت سلوكيات التَّنَمُّر تخضع لتوصيفات الجريمة متتابعة الأفعال (le délit successif) فإن التعاصر يتحدد بأخر فعل يستند فيه البناء القانوني للجريمة مظاهره المادية ، فأما أن يقوم القصد في حقه وأما أن ينتفى أوتتحقق صورة أخرى من صور القصد الجنائي إذا توافرت مظاهرها ومعياريها وشروطها .

كما تفيد أهمية معرفة وقتية وتعاصر القصد إلى تحديد درجات المسؤولية الجنائية في نطاقها الموضوعي والشخصي والزمانى ومنها يستجلى القاضى الجنائى دور الجانى ومدى استمرار تكرارية التَّنَمُّر أو ممارسته العابرة الثانوية التى لاتعكس خطورته الإجرامية التى تفصح عن اختيار عقوبة مناسبة لكل حالة⁽²⁾.

وأكدت النقض الفرنسية أن إستخلاص القصد الجنائى يجب أن يظهر جلياً ، حتى ولو بتحقيق تكميلى لإزالة كل شكوك حول انعدام تعاصره فى جرائم الإزدراء . ففى

(1) Reeve S. Kennedy : (Bullying Trends in the United States: A Meta-Regression) op .cit 88 .

(2)Cass Crim : 14 novembre 2017, 16-86.524, Inédit- la cour d'appel de Pau, du 04 octobre 2016 .

هذه الجريمة تظلم فيها معالم القصد وتتماهى مع الحق فى النقد وممارسة حريات التعبير والفكر والرأى وتصطدم بالضمانات الدستورية للفرد عموماً (1) .

وبينت أن مطاردة الجانى للضحية ليل ونهار واستمرار ومتابعة مضايقته يفيد العمد الذى يتحدد بوقت تعاصر السلوك مع القصد الجنائى فى جريمة الإغتصاب التى تقتضى تفاوت للقوة والإكراه والعمد المتعاصر مع السلوك وهو انتهاك عمدى جسيم يوضح خطورة الشخصية الإجرامية وإمعانها فى الجريمة (2) .

فالعبرة بوقتية القصد معيارها مدى علمه وإرادته الكاملة لحظة ارتكاب السلوك بما يجسده من نتائج محظورة وجسيمة ، فيقبل يقيناً فعله فيسئل عن فعل عمدى . أويتوافر لديه أمكانية القبول فيسئل عن خطأ غير عمدى أو يتوافر لديه الإحتمال فيسئل عن خطأ متجاوز القصد لحظة ارتكاب السلوك .

وبينت النقض الفرنسية أن إرسال الجانى مضايقات الكترونية تضمنت فيروسات عن عمد لإتلاف جهاز الكمبيوتر الخاص بالضحية وابتزازه فى نشر صور فاضحة

(1) Cass Crim : **mercredi 10 avril 2019**– N° de pourvoi: 19-80493– Non publié au bulletin. (Cassation),

(2) Cass Crim : **mardi 6 octobre 2015** – N° de pourvoi: 15-84259 – Non publié au bulletin. (Rejet) .

أوخادشة للحياء يتحدد فيها العمد بوقت وصول هذه الرسائل فعلياً لعلم الضحية وتحقيق الضرر أو تهديده أو تعريضه لخطر مستقبلي حال وجسيم⁽¹⁾ .

(ب) سلطة القضاء فى إستخلاص قصد التَّمُرُّ

تعد مسألة إستخلاص القصد الجنائى أياً كان نوعه- عمد أو غير عمد أو متجاوز من المسائل ذات الطبيعة المزدوجة فهى موضوعية وقانونية من جانب آخر . فهو مسألة موضوعية يستخلصها القاضى ولامعقب عليه مادام إستخلاصه سائغاً يستشفها من الظروف المحيطة أو القرائن والأمارات والأدلة والدلائل وأى مظاهر خارجية للجريمة نفسها أوللجانى ذاته وهى سلطة تقديرية كاملة للقاضى الجنائى عليه إثباتها⁽²⁾ .

ولاتلتزم محكمة الموضوع بالتحدث صراحة أو إستقلالاً عن القصد ، متى كان مفهوماً توافره من عبارات الحكم وظروف الواقعة كما ينطق به . وهذا لايلها من

⁽¹⁾ Cass Crim : **mercredi 18 décembre 2019**- N° de pourvoi: 18-84063 Non publié . (Rejet) .

⁽²⁾ Cass Crim : **mardi 21 avril 2020** - N° de pourvoi: 19-81400 - Non publié . (Rejet) .

التزامها الأصيل في تبيان توافره بوضوح وصراحة حتى تكتمل مهمة المحاكم العليا في الرقابة الفعالة على توافر القصد طالما أثبتته الحكم في طياته⁽¹⁾ .

كما أن إستخلاص القصد مسألة قانونية على إعتبار أن مشكلة الغلط في النتيجة أو صلة السببية يعد نافياً للجريمة برمتها وينفى المسؤولية الجنائية⁽²⁾ . كما أن فعل التخويف وإستغلال حالة الضعف للمجنى عليه من أصوله أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان مسلماً إليهم بمقتضى القانون أو بموجب حكم قضائي يعد إستخلاصها من المسائل المزدوجة ذات الطبيعة القانونية والموضوعية معاً⁽³⁾ .

وقد أكدت محكمة (LG Hamburg) أن التقييم الشامل للفعل التجريمى ولشخصية الجانى وظروفه هو ما يعطى ويبرهن على صلاحية القاضى فى إصطفاء عقوبة تلاءم وتناسب قيمة الضرر والتنبوء بالخطر . لاسيما وأن الجانى قد ترخص له قانوناً إستخدام سلاح نارى وقد إساء استعماله فعلياً مما ترتب عليه ضرر كان يمكن

(¹) Cass Crim : 10 janvier 2018, 16-87.760, Inédit- Cour d'assises du Cher, du 24 novembre 2016.

(²) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019 – op .cit p 258 .

(³) Cass Crim : 5 mars 2019, 18-80.712, Inédit- cour d'appel de Reims, du 30 novembre 2017.

توقعه وتوقيه بالنظر لما تفصح عنه شخصية الجانى وإعتياده على الإنتقام من الغير والتتكيل بهم (1) .

كما تفيد أفعال إستعراض القوة وسيطرة الجانى بوسائله المادية والمعنوية وكذا الحالة التى يعتقد فيها الجانى أنها تسمى إلى المجنى عليه كالجنس أوالعرق أوالدين أوالأوصاف البدنية أوالحالة الصحية أوالعقلية أوالمستوى الإجتماعى يعد إستخلاصها من المسائل الموضوعية فى بيان القصد والتى تختلف من حالة لأخرى(2) .

فسلطة القاضى الجنائى فى إستخلاص القصد فى التَّنَمُّر لاتسير على وتيرة واحدة أو قاعدة موحدة ثابتة . فربما تبرهن الوقائع على أنها مسألة موضوعية يستخلصها القاضى من الملابسات والظروف المحيطة ، كما أنها تلامس المناطق القانونية إذا تعرضت المحاكم العليا للتثبت من توافر أركان الجريمة أونفيها عموماً .

ثانياً / الخطأ غير العمدى فى التَّنَمُّر

تبرهن معظم أفعال التَّنَمُّر فى زعمها الزائف ناحية ارتكاب أفعال الإستهزاء والإزدراء والسخرية والحط من الشأن بقسوة . فالخطأ غير العمدى يتمثل فى نشاط

(1) BGH 5 StR 683/18 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Hamburg) – § 63 S. 1 StGB kommt .

(2)Cass Crim : 5 mai 2015, 15-80.946, Inédit – cour d'appel de Toulouse, du 29 janvier 2015 .

إرادى يُفْضَى إِلَى نَتِيجَةٍ غَيْرِ مَقْصُودَةٍ لِإِنْتِغَاءِ الْعِلْمِ الْكُلِّ بِصِلَاحِيَةِ النِّشَاطِ لِأَحْدَاثِ النِّتِيجَةِ الْمَقْصُودَةِ فَيَسْأَلُ الْجَانِىَ عَنِ خَطَأِ غَيْرِ مَقْصُودِ⁽¹⁾ .

فكلمة وصل المجنى عليه أو الضحية لمرحلة الضرر المباشر الملموس الحتمى فيسقط وتتهار أعصابه وقواه العقلية والصحية والنفسية ليفصح الجانى عن عدم توافر المقصدية العمدية المباشرة نتيجة أفعاله . وربما يبرهن الخطأ غير العمدى عن الإفلات من المسؤولية فى حالات عديدة تظهر فى التَّنَمُّرُ الإلكتروني⁽²⁾ .

كما يفصح الخطأ غير العمدى عن ضرر فإنه ينطوى على خطر أحداث النتيجة المحظورة لاسيما وأن الجانى كثيراً ما يهمل واجبات الحيطة والحذر ويتجه ناحية الرعونة وعدم التبصر طبقاً لمعطيات المادة (3-121) عقوبات فرنسى والتي بينت مظاهر الخطأ غير العمدى كفرصة لإستلهاام قواعد المسؤولية الجنائية⁽³⁾ .

فقد تؤكد الأقوال والإيماءات والكتابات والإشارات بعدم توافر يقين القصد ، وإنما لانتجه إلى تجسيد النتيجة من الإقصاء الإجتماعى أو الحط من الشأن إذا كانت تمثل حرية نقد أو فكر أو عقيدة تمارس وفق حدها الطبيعى والدستورى فلا تتجاوز إلى العمد الذى يعكس ويجسد جرائم جنائية من منظور توافر أركانها عموماً .

(1) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit 58.

(2) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) op .cit . no 52 .

(3) Cass Crim : **mercredi 11 décembre 2019- N° de pourvoi : 19-80825 – Non publié – (Cassation) .**

والأصل أن المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير العمدى تتقرر إستثناءً وبنص عقابي خاص لاسيما توضح أن الجانى كان لديه خمول فى الإدراك وغموض فى العلم حال بينه وبين توقع النتيجة أو لإغفاله ماكان يجب إتخاذه للحيلولة دون وقوعها وذلك بالنظر لإخلاله بحد الحقوق والمصالح الجديرة بالحماية الجنائية (1)

وقررت النقض الفرنسية أن الخطأ غير العمدى يبرهن على عدم طواعية أو إرادية السلوك والذى يُسْتَنْفَى مِنْ دَوَافِعِ الْجَانَى ووسيلته فى الجريمة وجسامة الضرر الناتج عنه . كما أن نص المادة (3-121) عقوبات تتوافر معطياته وصوره إذا أهمل الجانى فى مراعاة واجبات الحيطة والحذر أو السلامة ضد الضحايا عموماً(2).

ووضحت النقض الفرنسية فى جنحة قتل خطأ على أثر إصطدام سيدة بعمود تقوية الهواتف المحمولة التابع لشركة Orange بأن السيدة ماتت من الصدمة على أثر سقوط العمود أمامها وأثبتت عدم إرادية الفعل من الشركة ، إلا إذا أتخذ الفاعل الإحتياطات بالنظر لطبيعته مهامه والوسائل المتوفرة لديه عموماً (1) .

(1) Cass Crim : **mardi 26 novembre 2019- N° de pourvoi: 18-85046** Non publié – (Cassation) .

(2) Cass Crim : **mardi 23 juin 2020- N° de pourvoi: 19-85733** – Publié au bulletin – (Rejet) .

(1) Cass Crim : **mercredi 22 avril 2020- N° de pourvoi : 19-85340**– Non publié – (Cassation partielle).

ثالثاً / التَّنَمُّرُ فى صورة الخطأ متعدى القصد

قد يتجسد التَّنَمُّرُ فى صورة الخطأ متعدى القصد أو المتجاوز ، فكلما أراد الجانى السلوك مع توافر نية تحقيق النتيجة المحظورة ؛ فإذ بنتيجة شاذة وأكثر جسامة تقع لم تتصرف اليه نيته أو إرادته تحدث وتتجسد فإنه يمكن أن يسئل على خطأ متعدى القصد ومعيارها إحتمال وقوع النتيجة ومقبولية تحققها لديه (1) .

فذلك تقع نتيجتين أحدهما بسيطة (الإستهزاء أو السخرية أو الإقصاء) والأخرى نتيجة أكثر قسوة وجسامة تتمثل فى (تدهور حالة الضحية النفسية والجسدية) بما يفيد أحتمال الإقدام على إيذاء نفسه أو الإنتحار نهائياً ولم يتوقع الجانى النتيجة الأخيرة بحيث اتخذ الضحية قراراً بإنهاء مرارة وقسوة التَّنَمُّرُ ضده .

فتفيد عبارة مع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد منصوص عليها فى أى قانون آخر طبقاً للمادة (309 مكرراً ب) عقوبات مصرى على تدرج الأفعال التَّنَمُّرية وماتجسده من نتائج أكثر جسامة وخطورة من النص بما يحقق القتل أو الإنتحار أو الإعتداء . فالمُشرِّع المصرى يقنع بأن العقوبة الواردة فى النص قد لا تكون نهاية المطاف إذا لم تبلور وتجسد العدالة الجنائية كلما أراد الفاعل نتيجة بسيطة إلا أنها تتفاقم فى نتائج أشد .

(1) Bernard Bouloc : (Droit pénal général) – 26ème édition Paru – 2019
– op .cit p 258 .

فتدل وقائع عديدة حدثت بالفعل في المجتمع المصري على تأكيد التَّمَرُّ في صورة القصد المتعدى ، كالفتاة التي يتتمر ضدها لبدانتها أولبشرتها أولتكوينها العقلي فتتجه إلى الإنتحار بإنهاء حياتها لتتخلص نهائياً من الجناة غير المحددين والذين يجعلون من استمرار حياتها جحيماً مبيئاً إذا مارسوا التَّمَرُّ الإلكتروني ضدها (1) .

وتمتاز صورة القصد المتعدى في التَّمَرُّ بالتعقيد والغموض على المُشَرِّع والقاضي ، ففي كل حالة يغلب الجاني التمادي الشديد في اتمام فعله الإجرامي يجب على القاضي استلزام الخطورة الإجرامية ومقدار التجاوز ووضع الفواصل الحاسمة بين (الحد الإيجابي) وهو إنصراف الإرادة لترتيب الحدث البسيط وقيام العمد بكل عناصره وملامحه وبين (الحد السلبي) وهو عدم إنصراف إرادة الجاني لتجسيد الحدث الجسيم قانوناً (2) .

وأكدت النقض الفرنسية أن الجاني قد تعمد تكرار تهديد زوجة المجنى عليه وكان يحمل الأسلحة التي تفيد الترويع والترهيب بما يخضعها لتجريم نص المادة (17-222) ، فإذا ماتولدت جريمة الوفاة فإن الجاني يسئل عنها (1) . وأدانت الجاني

(1) Cass .Crim : 3 novembre 2001, 01-81.418, Publié au bulletin- Cour d'appel de Paris, 2001 .

(2) Cass .Crim : 26 novembre 2019, 18-85.046, Inédit - Cour d'appel de Douai, du 09 juillet 2018 .

(1) Cass .Crim : **mercredi 20 février 2019- N° de pourvoi: 17-84886**--- Non publié au bulletin (**Rejet**) .

عن كسر ساق الضحية لاسيما وأنه تعمد وكرر تهديده الكتابي والشفوي بإرتكاب جريمة ضده وهو ماتحقق بفعله برابط سببية مباشر يصلح لترتيب كافة النتائج المتوقعة لفعله (1) .

(¹) Cass.Crim: **mercredi 21 octobre 2015**- N° de pourvoi: 14-80424-
Non publié au bulletin . (**Cassation**) .

فرع خامس

خصوصيات المسؤولية الجنائية فى التَّنَمُّر

الأصل أن أفعال التَّنَمُّر تتمايز بوصفها عن الأفعال العدوانية العادية ، وهو ما يجابهه المُشْرِعَ بخصوصيات فى تحديد نطاق المسؤولية الجنائية لكل من الفاعل الأسمى والشريك أيا كان دوره سواء بالتحريض أو الإلتفاق أو المساعدة . كما تتعاضم مسؤولية الفاعل المعنوى وكذا الفاعل مع غيره لتشكيل الركن المادى وتحديد جزئياته وعناصره واللى يستلهم منها القاضى الجنائى التفريعات العقابية التى تقيس خطورة الفعل المجرم (1) .

كما تتضح ضوابط المسؤوليات فى أفعال التَّنَمُّر وكافة السلوكيات المقترنة بها تخفيفاً أو تشديداً أو إعفاءً بالنظر لمعطيات المادة (309 مكرر ب) عقوبات مصرى . كما تتباين المسؤولية فى نطاقها الأسمى أو التبعى بالنظر للظروف التى تغير من وصف الجريمة أو من العقوبة ذاتها أو كلما أتضح القصد من ارتكابها أو الغاية النهائية التى تلعب دوراً جوهرياً فى أثبات العمد أو الخطأ أو التجاوز بما يتدرج معه التشديد أو التخفيف أو الإعفاء . وعلى ذلك يتناول الباحث مقومات المسؤولية الجنائية فى أفعال التَّنَمُّر وذلك على النحو التالى

(1) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre 2016 – (4e édition) – p .no 583 .

أولاً / مسؤولية الفاعل الأصلي

فكل شخص ارتكب بوادر جريمة التَّئمُرُ بإن بدء في التنفيذ الفعلى لمقوماتها المادية والمعنوية وذلك بأن تتمر بالقول أو بالفعل أو بإستعراض للقوة أو السيطرة بإستغلال ضعف المجنى عليه أو بأى حالة يعتقد أنها تسيء له كالجنس أو العرق أو الصفات البدنية والعقلية أو المستوى الإجتماعى بقصد تخويله أواقصاؤه إجتماعياً فإنه يسئل عن نشاطه واركانه . فمن أراد الفعل غير المشروع فإن مسؤوليته تقام عن كل النتائج المتحققة والمستقبلة مسؤولية جنائية كاملة ، فهو المسيطر والقائد بأدواته على كل مقومات التَّئمُرُ .

كما تظهر مسؤولية الفاعل المادى للجريمة أو الفاعل المنفرد بمقومات السلوك المحذور ؛ فهو من يتولى بمفرده ووحده تنفيذ كافة الأفعال المكونة للجريمة بحيث لاتظهر أى أدوار ثانوية أخرى فى ارتكاب الجريمة . ولما كانت جريمة التَّئمُرُ من الجرائم متتابعة الأفعال وفق تكييفها القانونى فإن الفاعل المنفرد هو الذى يقوم بنفسه بإرتكاب كافة الأفعال المادية المكونة للجريمة قانوناً وتنهض مسؤوليته الجنائية الكاملة .

كما تقام مسؤولية الفاعل المعنوى إذا استخدم لتنفيذ جريمة التَّئمُرُ شخص آخر حسن النية أوغير مسئول جنائياً لإنعدام الوعى والإدراك لديه ، ليقوم بدور الوسيلة المادية فى ترديد الإشاعات والسخرية والحط من الشأن كلما بث فيه فكرة الجريمة وقام بتوجيهه إلى ارتكاب كافة سلوكياتها الخفية . وقد بينت النقض الفرنسية من

هو الفاعل فى مفهوم المادة (4-121) عقوبات ومايخرج عن نطاقه وحدود مسؤوليته (1) .

أما مسؤولية المُنْتَمِرُ بوصفه فاعل مع غيره فتتهض أركانها كلما

قام بدور رئيسى أو أصلى فى تنفيذ تبعات السلوكيات وهو يختلف بحسب طبيعة الجريمة التى يقوم مع الغير بتنفيذها . ففى جريمة التَّنَمُّرُ وباعتبارها جريمة متتابعة الأفعال تفترض التكرار فإن الفاعل مع غيره يعتبر هو الشخص الذى يقوم بتنفيذ أحد الأفعال المكونة للجريمة - كالشخص الذى يقوم بالإستقواء والترهيب - وآخر يقوم بالتخويف والتهديد بغرض الإقصاء - فكل منهما يعتبر فاعلاً مع غيره فى ارتكاب التَّنَمُّرُ (2) .

ثانياً / مسؤولية الشريك (la Complicité accessoire)

تتخذ صور الإشتراك فى جريمة التَّنَمُّرُ مظاهر (التحريض والإتفاق والمساعدة) . فكل من زرع فكرة الجريمة للفاعل الأصلى يعد محرصاً (la provocation) بان

(1) Cass . Crim :10 mars 2020, 19-86.101, Inédit- N° : 19-86.101- Lyon, du 09 septembre 2019- (Cassation) .

(2) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit .p .no 53 .

يدعم أفكاره بضرورة أستعراض القوة وتنفيذ مقومات السيطرة المادية والمعنوية والتي يبتغى من ورائها الجانى التخويف أو الوضع موضع السخرية (1) .

أما الإتفاق فهو تلاقى إرادتين لتحقيق أفعال الجريمة ومقوماتها بعد إنعقاد العزم على مفارقة مادياتها ، ولابد من تجاوز الصدى بعيد المدى بين إرادة الجانى والمساهم لترجمة الإتفاق سواء بصورة عفوية بإقرار ضمنى بإستكمال الجريمة أوجود إتفاق مسبق يوضح التصميم والعزم وانعدام موانع المسئولية (2) .

أما المساعدة (l'assistance) فصورها لاتخضع لحصر، فجمع المعلومات عن شخص وإعطائها لأخر بهدف التَّنَمُّرُ ضده وتوبيخه وتجهيزها وتسهيلها وإستخدامها فى ظرفية سابقة أو معاصرة أو لاحقة لتثويه سمعته أو النيل من كرامته يبرهن على قيام المساعدة . وقد أحسن المُشَرِّعُ الفرنسى وأجمل حينما نص فى قانون العقوبات بالمادة (7-121) على أن الشخص يكون شريكاً فى جناية أو جنة كلما أعطى المعلومات اللازمة لإرتكابها عن طريق وعد أو تهديد أو معاونة أو أمر يمثل إساءة استعمال السلطة فى تنفيذها أو إتمامها (3) .

(1) Cass .Crim : 5 juin 2019, 18-80.783, Publié au bulletin- Cour d'appel de Nancy, du 16 janvier 2018(**Rejet**)

(2) Yves Mayaud / Carole Gaye : (Code pénal 2020, annoté) - d'édition N°117 - DALLOZ . p 148 .

(3) Cass .Crim : 26 février 2020, 19-80.641, Publié au bulletin Cour d'appel de Riom, du 13 décembre 2018(**Rejet**)

لذا فمسئولية الشريك أياً كان دوره (متفق أو محرض أو مساعد) تقوم تبعاً لعقوبة الجريمة الأصلية إلا أن القاضى يستطيع تفريدها تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاءً بالنظر لدور الشريك ومحورية وجوهية أفعاله فى البناء القانونى للجريمة . كما ينظر فى تقرير المسؤولية الكاملة بمدى تأثير كافة الظروف المحيطة فى خلق الجريمة ودوافعه ودرجة إستعداده من أجل تفريد العقاب بتكاملية مناسبة (1) .

ثالثاً / حالات تشديد عقاب التَّنَمُّر

أورد المُشَرِّعُ المصرى فى نص المادة (309 مكرر ب) عقوبات عبارات تقطع بحالات تشديد المسؤولية الجنائية الوجوبى . كما تستفاد هذه الحالات فى النص من جملة " مع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد منصوص عليها فى أى قانون آخر " . وبما يفيد أن التشديد الأتى بيانه يمكن أن يتجاوزته فى العقاب نصوص أخرى توضح أفعال من جنس التَّنَمُّر وتماثله فى الجسامة والخطورة وتتحد فى الإعتداء على ذات المصلحة . وعليه فيتم التشديد فى حالات يعتقد المُشَرِّعُ أنها جديرة بالحماية ومضاعفة العقاب حتى يتحقق الردع ومنها

(أ) الجانى من أصول المجنى عليه

هنا تضاعف العقوبة وجوبياً لتصبح الحبس مدة لاتقل عن سنة وبغرامة لاتقل عن 20 ألف جنيه ولا تزيد عن 100 ألف جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين . فالقاضى

(1) Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 21 février 2017, 16-83.641, B.C.

الجنائي له مطلق الإختيار فى الإكتفاء بعقوبة الحبس الذى لا يقل عن سنة ويمكن أن يصل للحد الأقصى للجنحة وهو 3 سنوات إذا أستدعت ضرورة وجسامة الجريمة . كما له الإكتفاء بعقوبة الغرامة فى حدودها القيمة والمالية التى بينها النص .

وتظهر حالة التشديد كلما تم ارتكاب أفعال تتمر عائلى فى محيط الأسرة الواحدة ، ولهذا يتفق الباحث مع مشروعية التشديد . إذ ينسجم مع السياسة الجنائية الحديثة التى تسترعى مواجهة قرب الجانى من الضحية وإهماله وارتكاب جريمة ضده بتشديد العقاب الوجوبى . إذ كيف للمجتمع أن تستقيم دعائمه وتتحد ركائزه عند إنتهاك وإستغلال وإستقواء العائل ضد المجنى عليه وقد يكون صغير السن وتتعدم مسئوليته (1) .

كما تمتد حالات التشديد الوجوبى إذا كان الجانى من المتولين تربية المجنى عليه أوالقائم برعايته أوممن له سلطة عليه أو كان مسلماً إليه بمقتضى حكم قضائى أوبمقتضى القانون . كما تفيد عبارة المتولين تربيته أوملاحظته أمتداد التشديد الى متولى الرقابة وفق منظور المادة (30-131) عقوبات (2) . ويرى الباحث ضرورة أمتداد تشديد العقاب إلى حالات لم يذكرها النص المصرى وأخصها التَّئمُرُ

(1) DAVID YAMADA : (Workplace Bullying: Legal and Policy Implications) op .cit p .no 39 .

(2) Cass .Crim : 22 juin 2016, 15-82.685, Publié au bulletin- N° de pourvoi : 15-82.685-(Rejet)

ضد شخص طاعن فى السن أو سيدة حامل أو ضد موظف إذا ثبت أن رئيسته قام بتهديده وابتزازه بالفصل النهائى .

وتفيد جملة تولى التربية والملاحظة من الجانى للضحية أن تهيئ له فرصة التقرب إليه وتسهيل ارتكاب الجريمة . وما دام قد ثبت أنه من المتولين تربية المجني عليها وممن لهم سلطة عليها، فإن ذلك يكفي لتشديد العقاب عليه ، إذ لا يشترط أن تكون التربية فى مدرسة أو دار تعليم عامة ، بل يكفي أن تكون فى مكان خاص عن طريق دروس خاصة أو ممارسة رياضات بدنية أو تعلم حرفة أو مهارة تفيد الضحية عموماً (1) .

(ب) مسئولية الشخص المعنوى

قد تُسندُ أفعال الجريمة بكل مقوماتها إلى كيانات جماعية متعددة العلاقات كالمنظمات والشركات والدول نفسها التى قد تعزز خلق الجريمة بالإتفاق والتحريض والمساعدة مع الأفراد أنفسهم . فقد تتبنى الكيانات والعصابات المنظمة خطاباً تحريضياً للكراهية والتَّمييز والعنف يحتوى فى مضامينه على تنمر وإستقواء

(¹) Cass .Crim : 25 octobre 2016, 16-80.366, Publié au bulletin-N° de pourvoi : 16-80.366-(Cassation partielle) .

واستغلال ضعف للمجنى عليه فتنهض المسؤولية طبقاً لما كرسته المادة (17-132) عقوبات فرنسي (1).

كما أن قانون العقوبات الفرنسي قد أستبعد الدولة فقط من نطاق المسؤولية المادة (1-121) بقوله (فيما عدا الدولة تسأل الأشخاص المعنوية جنائياً عن الجرائم التي ترتكب بواسطة أجهزتها أو ممثليها وفقاً للقواعد الواردة في المواد من (4-121) حتى (7-121) وبخلاف الحالات القانونية واللائحية (2) .

وقد ألمع الباحث حينما تناول أنواع التتّمُر ومظاهره في التتّمُر السياسي أو الدولي والتي تتبناه دول ومنظمات تستقوى بمالديها من نفوذ وتستغل الأفراد وتسيء للضحايا بسبب الجنس أو العرق أو الدين أو الأوصاف البدنية أو الحالة الصحية والتخويف وتترك رعاياها يسبون ويقذفون أفراد آخرين بدون مسوغ أو تحرك ضدهم.

ولا يرى الباحث أى غضاضة عن قيام مسؤولية الأجهزة التنفيذية للدولة المُتتَمِرَة إذا لم يحركوا ساكناً والتزموا الصمت التام تجاه ما يقوم به الأفراد الذين ينتمون إليها بجنسيتهم إذا مامارسوا تنمراً قاسياً ضد الوافدين لبلادهم وإستغلالهم وتخويفهم وابتزازهم والحث من شأنهم أو إقصائهم من محيطهم الإجتماعى قسرياً.

(1) Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Precis 14 septembre 2016 – (4e édition) – p.no 593 .

(2) Modifié Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 – art. 54 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 31 décembre 2005.

كما أوضحت محكمة النقض مضمون المادة (17-132) من قانون العقوبات الفرنسي تعريف ما يعد من قبيل العصاة المنظمة في مدلول هذا القانون بدقة لتستوعب أنماط المسؤولية فتشمل " كل جَمَاعَةٌ مُشَكَّلَةٌ أو أتفاق يتميز بواقعه المادى أو أكثر ، أنعد من أجل التجهيز لإرتكاب جريمة أوعدة جرائم " (1) .

وتوضح النقض الفرنسية فى سباق المادة (39-131) ماهى العقوبات التى توقع على الشخص المعنوى وتتاسب مع طبيعته والتى قد تتمثل فى الوضع تحت الرقابة القضائية لمدة 5سنوات فأكثر (2) . كما تشمل الحل إذا كان قد أنشئ بغرض ارتكاب الأفعال الإجرامية أو إنحراف عن غرضه إلى ارتكاب جناية أوجنة يعاقب عليها عند وقوعها على فرد بالجبس أكثر من 5سنوات(3) . كما تشمل حظر مزاولة النشاط وعلق المنشأة أوفروعها والإستبعاد من الأسواق ومصادرة الأشياء التى أستخدمت أو كانت معدة لإستخدامها فى الجريمة (4) .

رابعاً / المسؤولية المشددة فى حالة العود

(1) Cass .Crim : 26 novembre 2003, 03-80.788, Inédit - ch correctionnelle 2002-11-28, du 28 novembre 2002.

(2)Cass .Crim : 16 décembre 2015, 14-85.667, Publié au bulletin- N° de pourvoi : 14-85.667- (**Rejet**)

(3)Cass .Crim : 16 octobre 2019, 17-87.196, Inédit-N° de pourvoi : 17-87.196-(Cassation partielle)

(4) Cass .Crim : 25 octobre 2017, 16-80.238, Inédit - N° de pourvoi : 16-80.238-(**Rejet**)

عزز المُشَرِّعَ المصرى بالمادة (309مكرراً ب) العقاب المشدد إذا توافرت حالة العود فى أفعال التَّنَمُّرُ ، فتضاعف العقوبة فى حديها الأدنى والأقصى بحيث تصبح سنة ونصف كلما كان الحد الأدنى 6 أشهر . أما الحد الأقصى فهو مطلق الحبس والذى أقصى مدته 3سنوات بحيث يضاعف القاضى هذا الحد إذا عاد للتمر .

ويلاحظ الباحث أن المُشَرِّعَ الجنائى فى المادة (309مكرراً ب) قد خرج على القواعد العامة بشأن العود لاسيما وأن المادة (50عقوبات مصرى) تشترط على القاضى فى صلاحياته فى العود بأن تكون سلطة التشديد جوازية . ففى حالة التَّنَمُّرُ أصبحت وجوبية وتصل إلى أن يضاعف الحد الأقصى ذاته بالرغم من أن مضاعفة هذا الحد من المحظورات والأصل أن يتجاوزه فقط ولايضاعفه وفارق كبير بين النصين فى حالة التَّنَمُّرُ .

فطبقاً للمادة (50عقوبات) يستطيع القاضى أن يتجاوز الحد الأقصى فقط ،فلو فرضنا أن مقداره فى التَّنَمُّرُ 3سنوات بمطلق الحبس طبقاً لعبارة نص المادة (309مكرراً ب) فيمكن أن تزيد العقوبة لتصل إلى الحبس سنة أو أكثر فتصبح مثلاً أربعة أوخمسة . أما وجوبية النص على مضاعفة العقوبة فيمكن أن تصل إلى 6سنوات على اعتبار أنها ضعف مطلق الحبس - 3سنوات - وهو تشديد فى غاية الخطورة والأهمية .

كما يعتقد الباحث أن نوعية العود المقصود في أفعال التَّتَمُّرُ هو (العود الخاص المؤقت) وهو ما ينطبق عليه نص المادة (49 عقوبات مصرى) والتي تشترط أربعة شروط أولها أن يكون الحكم صادراً في جناية أو جنحة بالحس مدة أقل سنة أو بالغرامة . وثانيها أن تكون الجريمة اللاحقة جنحة ، فلا يتوافر في الجنايات والمخالفات إذ يقتنع القاضى بأن عقوبة الجناية مشددة في حد ذاتها والمخالفات قد لا تكشف عن نوازع إجرامية .

وثالثها أن تكون الجنحة الثانية متماثلة مع الجنحة الأولى بحيث يصبح الإستقواء والترهيب وإستعراض القوة جرائم متماثلة في العود بالنظر لتجانس الحق المعتمدى عليه وتشابه الغرض ووجود قواسم بينهما مؤكدة تقطع بوحدة الهدف من ارتكاب الجريمة وإعتياد الجانى على تكرار أفعاله . ورابعها أن تقع الجريمة اللاحقة قبل مضى خمس سنين من تاريخ الحكم الصادر عن الجريمة الأولى بما يؤكد أنه عود خاص مؤقت (1) .

وقد طبقت النقض الفرنسية مضمون المادة (10-132) عقوبات وأعتبرت أن الجرح الجديدة أرتكبت فى خلال خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة السابقة أو

(¹) Cass .Crim : 10 mai 2012, 10-87.493, Publié au bulletin- N° de pourvoi : 10-87.493- (Rejet)

سقوطها بالتقادم ⁽¹⁾ . كما أعتبرت فى قضية أخرى أن السرقة وخيانة الأمانة والنصب جرائم متماثلة فى العود مما يستوجب على القاضى تشديد العقاب ⁽²⁾ .

⁽¹⁾ Cass .Crim : 4 octobre 2014, 13-87.636, Publié au bulletin- N° de pourvoi : 13-87.636- (Cassation partielle) .

⁽²⁾ Cass .Crim : 9 janvier 2019, 15-85.701, Inédit - Cour d'appel de Rennes, du 08 septembre 2015 - **(Rejet)**.

المطلب الثالث

التحليلات القضائية الجنائية لسلوكيات التَّنَمُّر

الأصل أنه : تُعِيد دراسة النظرات والتحليلات القضائية المتخصصة في إستنباط مدى فعالية النصوص المطبقة ، وإستجلاء مناطق التساند والتكامل بين النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية . فكلما ثبت فعالية التشريع الأصلي فقلما يتم الإلتجاء إلى صناعة نصوص تكميلية بديلة أو تفصيلية لتعالج إنفراط آثار الظاهرة ، وتكشف التحليلات القضائية واقعية النصوص ومدى قدرتها على معالجة بواطن الجريمة .

ويلاحظ أن الباحث مصطفى نماذج قضائية من المدارس القانونية الكبرى ، فربما يتجه إلى إختيار القضاء الإنجليزي كمثال يحتذى في المدرسة الأنجلوسكسونية . كما يحلل الباحث بعض النصوص وتطبيقاتها القضائية في النظام الجرماني بالإقتداء بنموذج القضاء الألماني للمحكمة العليا . أما النظام اللاتيني العريق والعميق فيتخير الباحث أحكام النقض الإيطالية نظراً لحدائتها مع قانون متخصص والمعروف بمناهضة التَّنَمُّر الإلكتروني الإيطالي ضد الإطفال وذلك بالقانون (1) legge 71 del 29 maggio 2017 .

(1) Gazzetta Ufficiale la legge 71 del 29 maggio 2017. Entrerà in vigore il 18 giugno 2017. Ecco le novità – la nuova legge sul cyberbullismo – Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione .

ففى القضاء الإنجليزى يبرز الباحث مدى فعالية سلسلة التشريعات الغائية التكميلية وتطبيقاتها على وقائع التَّنَمُّر؟ وماهى أنجع التحليلات لإنماط الركن المادى والمعنوى وأثبت سلوكيات التَّنَمُّر التى تستعصى على أن تظهر فى نموذج تجريمى موحد؟ فماهى وسائل الكشف عنها وصورها وأثارها وطرق الوقاية منها؟

أما القضاء الألمانى الفيدرالى فيوضح الباحث خطة التشريعات الجنائية فى مكافحة التَّنَمُّر وبيان أفعال الحط من الكرامة والسخرية والتهمك ؟. وبيان مضمون مبدأ الإعتراف بالتَّنَمُّر المتبادل للحد من أثاره إذ لم تسعفه النصوص وبيان التفريعات القضائية الفعالة فى إصطفاء عقوبة مناسبة وفق ضوابط دستورية عادلة (1) .

أما القضاء الإيطالى فيبرز أهم تطبيقاته فى قانون العقوبات فى محاور ثلاثة يستظهر أولها فى انماط التَّنَمُّر فى الجرائم الواقعة على الشرف . وثانيها فى الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية ، وثالثها يرسم ملامح المسؤولية فى قانون مكافحة التَّنَمُّر الإلكتروني الجديد وأهم الإستراتيجيات والوسائل والأليات التى تحد منه .

فرع أول : تحليلات القضاء الإيطالى للتمتر .

فرع ثان : تحليلات أفعال التَّنَمُّر فى القضاء الإنجليزى .

(1) Stefanie Eifler • Daniela Pollich : (Empirische Forschung über Kriminalität Methodologische und methodische Grundlagen) – Springer Fachmedien Wiesbaden 2014 – p.no 151 .

فرع ثالث : تحليلات القضاء الألماني للتمر .

فرع أول

تحليلات القضاء الإيطالي للتممر

الأصل أن : يأخذ المُشَرِّعُ الإيطالي في قانون العقوبات بالحماية النوعية ضد التَّمَمُّر Bullismo ، فتوجد نصوص أختصها بمدلولات الحماية ضد التَّمَمُّر في الجرائم الواقعة على الشرف Dei delitti contro l'onore . ومنها جريمة الإهانة بالمادة (594) عقوبات وجريمة القذف بالمادة (595) وجريمة التشهير بالمادة (596) إذا تضمنت كلها إعتياد وتكرار في ظروف تجعل التشديد على القاضى الجنائى واجباً لتحقيق الردع (1) .

كما تظهر الحماية التوزيعية في نطاق آخر بقانون العقوبات وذلك في الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية للأفراد Dei delitti contro la libertà morale والتي أختصها بجريمة العنف الخاص بالمادة (610) عقوبات ، وكذا المادة (612) بتجريم التهديد و المادة (612مكرر) بتجريم الإضطهاد القاسى ضد فرد(2) .

(1) Monica Chiovini : (Bullismo e cyberbullismo: un'analisi psico-criminologica. Dal profilo di personalità agli interventi rieducativi) – Pubblicato Magazine in Criminologia · 21 Giugno 2019 .

(2) Cassazione penale Sez. V sentenza n. 40488 del 12 settembre 2018– – Art. 610 Codice penale

كما يلاحظ أن الجرائم التي تظهر فيها مقومات إستعراض القوة وإستغلال ضعف المجنى عليه تتضح في المواد (607) بتجريم كل تقييد غير مبرر للحرية الشخصية والكرامة الإنسانية. ويلاحظ أن المواد (608 و609) عقوبات تهتم بتجريم إساءة استعمال السلطة والتعسف ضد الموقوفين أو المحتجزين تعسفياً⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن المُشَرِّعَ الإيطالي أراد أن يعطي مدلولات أكثر خصوصية في محاربة التَّنَمُّر الإلكتروني فوضع قانون متخصص له من التطبيقات القضائية الرائدة والحديثة بما يفسر مسارات التَّنَمُّر وأنواعه والحيلولة دون وقوعه بمعرفة ضوابط تجريمه وإستجلاء الدليل الفني في كافة أفعال التَّنَمُّر المتشعبة المسارات⁽²⁾ .

ولهذا يتوجه الباحث لإستنباط مدلولات التَّنَمُّر في ثنايا الجرائم الواقعة على الشرف، والبحث عن معطياتها وأثارها في الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية تمهيداً لمعرفة أهم الأحكام الجديدة التي أتى بها قانون مكافحة التَّنَمُّر الإلكتروني . كما يكشف الباحث عن خطة عمل القانون وألياته والإجراءات المتخذة لحماية القاصر مع الضمانات المتكاملة لكافة الجهات والسلطات لمنع التَّنَمُّر . كما تظهر في

(¹) Cassazione penale Sez. V sentenza n. 26022 del 7 giugno 2018 – Art. 608 Codice penale .

(²) Gazzetta Ufficiale la legge 71 del 29 maggio 2017. Entrerà in vigore il 18 giugno 2017. Ecco le novità – la nuova legge sul cyberbullismo – Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo –

إستخلاص الجرائم والعقوبات التى وضحت أركانها فى ثنايا القانون بمايتعين إعطاء نبذة موجزة ليقتردى بها المُشَرِّع المصرى مستقبلاً .

أولاً / التَّنَمُّرُ فى الجرائم الواقعة على الشرف

تشير أحكام النقض إلى الإعتماد كلياً على النصوص العقابية الصريحة بإعتبار التَّنَمُّرُ مساس خطير بمصلحة الشرف والإعتبار وهو ما يجد ترجمته فى التشديد بالنظر لتنوع المصالح وجسامة المساس بها .

فقد أكدت النقض الإيطالية فى حكم حديث 4مايو 2020 على التَّنَمُّرُ اللفظى بالأقوال والإشاعات التى تنال من السمعة بقولها (أن التشهير المجرم بالمادة 596عقوبات يتحقق فى إسناد أى واقعة غير حقيقة لشخص آخر على أنها حقيقية لتتال من سمعته ومكانته بين مجتمعه ليتم إقصائه وعزله نهائياً . فالزوج الذى يتهم زوجته على وسائل التواصل بالخيانة الزوجية دون دليل تُقَامُ فى حقه جريمة التشهير التى تقع طالما لم يسند الزوج إتهامه العشوائى بأى قرينة أو دليل يتضافر مع أفعاله وأقواله المُرسَلَة (1) .

(1) Cassazione penale – (sentenza 4 maggio 2020 n. 13564/2020) – Pubblicato il 09/06/2020 – Accusa falsamente la moglie di tradimento: è diffamazione aggravata . art. 595, comma 3, c.p. e art. 368 c.p . del 4/10/2019 la Corte di appello di Lecce .

وأثبتت النقض (أن نعت الشخص بالمجنون وإتهامه بأرتكاب عنف جنسى مهين دون اسناد واقعة حقيقة تتحقق به جريمة المادة 594 عقوبات . والتي تقترض إساءة لشخص فى شرفه وسمعته وكرامته بأى طريق دون أن يبين الوقت والمكان والطريقة التى تثبت صحة إدعائه . كما يعاقب الجانى بالسجن لمدة سنة وغرامة يقدرها القاضى إذا تكرر الفعل وثبت إستغلال وسيلة الكترونية واسعة الإنتشار بإستمرار وتكرار) (1) .

وقد بينت النقض الإيطالية فى حكم ذائع الصيت عام 2019 تناولت فيه وقائع تجريرية إستلهمت مضامينها من نص المادة(64مكرر عقوبات ومابعدها) وحللت كافة صور الإخلال بمبدأ المساواة والحض على الكراهية والعنصرية والتشهير والتَّئمُرُّ ضد فئة بعينها وهم العجر فى ايطاليا حيث يتعرضون لمضايقات تاريخية.

وأوضحت أن عضو البرلمان الأوروبى وهو سياسى كبير قد تضمن سلسلة من الإنتقادات اللاذعة والهدامة والعنصرية ضد العجر حيث ظهر فى تصريحاته أنه تقوه بعبارات معتادة ومكررة تتضمن إزدراء فئة أو تحقيرها والحط من شأنها كان منها) أن تلك الوجوه اللعينة يتوجب إبعادهم عن الحضارة والمدنية فهم لصوص

(¹) Cassazione penale - (sentenza n. 42825 del 13 ottobre 2014) - Sez. V -(1 massima) .

أغبياء إذا تعاملت معهم لحظى العاثر فلسوف التفت إلى حافظة نقودى كل لحظة⁽¹⁾ .

كما يفهم الباحث أن جريمة التشهير المقترنة بالتَّئمُرُ المجرمة بالمادة (596) عقوبات تتضمن هدفان أولهما ماضى يتمثل فى التقليل من شأن الشخص وزيادة مساحة السخرية ضده والحط من سمعته بين أقرانه بمايتضمن الم ملموس . وثانيهما هدف معنوى يتمثل فى فقدان الثقة فى الشخص المشهر به فيعزف الناس عن التعامل معه وعزله سياسياً أو إجتماعياً أو وظيفياً بمايرتب نفس أثار التَّئمُرُ الوارد فى قانون مكافحته .

وقد تصدت النقض الإيطالية لمضمون التَّئمُرُ الجسدى وأنبرت لتجسيد مدلولاته وأظهرت خطورته وبينت أن جرائم المواد (600و601) عقوبات إيطالى تُعَدُّ مِنْ انماط الإتجار غير المشروع بالبشر وتمارس ضد المهاجرين بأفعال قسرية لايمكن حصر مضمونها ونطاقها ويتعين بيان ملامحها فى كل نشاط أو فعل غير قانونى تظهر فى ممارسته نمطية الإستغلال المستمر والخضوع الجبرى لأفعال الجانى والإستقواء ضده⁽²⁾ .

⁽¹⁾ Cassazione penale – Sent 22 luglio 2019, n. 32862 – Corte d'appello di Milano del 06/03/2018 .

⁽²⁾Cassazione penale, sez. V, sentenza 15/12/2008 n° 46128 – Aggiornato il 24/02/2009 .

وتابعت النقض (أن تحقير فئة أو التتمُّرُ ضدها بتناول عبارات واضحة ومستمرة تتضمن الحض على كراهيتهم يخالف القواعد الجنائية طالما تضمن نقداً لا يعبر عن حرية الرأي والفكر المصونة دستورياً ،كلما كان متناقضاً ومصطدماً مع ثوابت الكرامة الإنسانية والقيم الدستورية مما يجعل الفرد أشدُّ بُغْضاً في بنى وطنه . ولا يعفى البرلمانى المتهم من العقاب حتى ولو تذرع بتطبيق نص المادة 1/68 من الدستور الإيطالى فالحصانة البرلمانية تستوجب تقارب زمنى ومكانى ووظيفى داخل البرلمان ذاته فإذا مارسها خارج إطارها ناله العقاب⁽¹⁾ .

ولهذا بينت النقض تفسير مضمون إستغلال الحالة التى يعتقد الجانى أنها تسمى للمجنى عليه بقولها (أى حالة تفترض الإحترام الواجب للأفراد فى المجال الإخلاقى وانتهاكه بكلمات أو كتابات أو رسومات الكترونية أو التماذى فى الإهانة بإستمرارية للنيل من السمعة والإعتبار طبقاً للمادة 595 عقوبات)⁽²⁾ .

وأكدت أن (المجنى عليه اعتاد وكرر الجانى قذفه والتشهير به والحط من شأنه والتتمُّرُ عليه بقوله - فَلتَسْتَقِيلُ وَلتَرْجِعْ إِلَى الْعَابَةِ الَّتِي اتيت مِنْهَا - بماتفيد تجاوز حدود النقد السياسى ويعبر أن اضمحلال اخلاقى مارسه لاسيما وأن الضحية من أصول افريقية . وتوصى المحكمة بتشديد العقاب إستناداً للمادة 595 عقوبات إذا

(1) Cassazione penale, Sez. 5 Num. 22193 Anno 2017- Data Udienza: 06/12/2016 .

(2) Cassazione penale, Sez.5 Num. 55386 Anno 2018- del 10/7/2017 del Tribunale di Ferrara .

تضمن القذف أو الإساءة توجيه عبارات إلى جهة قضائية أو سياسية أو سيادية
أو إدارية⁽¹⁾.

وبينت ان الشركة المتهمة قد اعتادت على التقليل والتحقير من قيمة المنتج للشركة
المنافسة فقامت بإصطناع أكاذيب حول اثاره الصحية المدمرة وبت أخبار تتال من
سمعته التجارية وتصويره بألفاظ تُفِيدُ السخرية مما سبب خسارة فادحة للشركة بفضل
التَّئْمُرُ ضد منتجها التجارى ودون دليل منطقي أو سند قانوني على صحة ماتدعيه
غير اشباع شهوة الإنتقام والتتكيل بالسمعة التجارية للغير بما يكبده خسائر
فادحة⁽²⁾.

ولهذا إستخلصت النقض الإيطالية كافة أفعال الحط من الشأن والكرامة بواسطة
أفعال التشهير التَّئْمُرِيَّة والإستقواء اللفظي الذي يستغل فيه الجاني مركزه الوظيفي
أو الإجتماعي أو السياسي مقارنة بضعف الضحية وتدنى مستواها العقلي أو
الإجتماعي بما يجعل التَّئْمُرُ أكثر خطورة في جرائم الشرف والكرامة والإستقواء .

(¹)Cassazione penale, sentenza n. 7859 del 19 febbraio 2018– Art. 595
Codice penale – Diffamazione .

(²)Cassazione penale : sentenza n. 43184 del 8 novembre 2012 – Art.
595 Codice penale – Diffamazione .

ثانياً / التَّنْمُرُ فى الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية

توجهت النقض الإيطالية لحماية الأفراد من كافة العقبات والإنتهاكات الجسيمة التى تُكَبِّلُ الطَّاقَاتُ الروحية والإنسانية والإجتماعية والسياسية ، كلما تم فرض قيود عليها أو تعرضها لضغوط أو إجبار أو قسر ، فيشمل نطاقها حرية المجتمع والفرد فى عقله وضميره ومعتقده وأسلوبه ومنهج حياته⁽¹⁾.

فقد هزت قضية الشابة (Silvia Romano) المجتمع الإيطالى بعاصفة قانونية وإجتماعية وسياسية ، تتلخص فى أن الفتاة قد أعتنقت الإسلام بكامل إرداتها الحرة بعدما خضعت لخطف قسرى على يد من يطلقون على أنفسهم المجاهدين فى كينيا أثناء تغطيتها الصحفية فى نوفمبر 2018. وقد أشهر العديد من الأفراد سهام نقده وتتمره ونعتها رئيس حزب الشمال الإيطالى فى معتقدها وفكرها بترديد (إهلاً بك كإرهابية جديدة) .

كما جرمت المادة (612) عقوبات إيطالى أفعال التهديد Minaccia التى تنال من الشخص وكرامته وخصوصاً بالطرق المشار اليها بالمادة (339) عقوبات فيعاقب بالسجن لمدة سنة⁽²⁾ . وبينت النقض (أن إستعمال التهديد فى تصوير أونشر

(¹) Cassazione penale Sez. V sentenza n. 14054 del 25 marzo 2014– Art. 612 Codice pen – Minaccia .

(²) Legge, 03/07/2017 n° 105, G.U. 07/07/2017 – Tutela dei Corpi politici, amministrativi o giudiziari: le nuove norme penali – Pubblicato il 10/07/2017. un corpo politico, amministrativo o giudiziario .

مقاطع وفيديوهات إباحية ضد المجنى عليه دون موافقته وابتزازه بناء على إستغلال نفوذ الجانى وضعف المجنى عليه يعد جريمة يعاقب عليها بالسجن لمدة 6سنوات وغرامة 15الف يورو)⁽¹⁾ .

وأثبتت أن المتهم قد تتمر وهدد الضحية بإستعمال عبارات قاطعة تفيد التهديد مثل بعض الكلمات النابية كسأقتلك وسأذبحك وسأطلق النار على رأسك . مما ولد عند الضحية حالة عارمة من الخوف والإضطراب الذى أسفر عن نوبة قلبية حادة أودت بحياته وعلى القاضى إستعمال الشدة فى عقاب هذا الجانى)⁽²⁾ .

وأكدت النقض الإيطالية أن التهديد بمثابة تتمر مستتر يخفى العديد من القيود على الحرية النفسية أوالمعنوية وذلك بتخويفها أوتعريضها بالحاق أذى مستقبلى . وعلى القاضى الجنائى التأكد من عدم مشروعية التخويف والتهديد وقدرة الجانى على تجسيده أو إحتمالية حدوثها بماينذر بخطر أو وقوع ضرر)⁽³⁾ .

وأيدت محكمة النقض الإيطالية فى حكم 4مارس 2020 " أن الإضطهاد يقام ضد عشيقة أنفصل عنها محبوبها إعتادت على مضايقة زوجته الحالية وفضح أسراره

(¹) Cassazione penale sentenza n. 38387 del 1 agosto 2017– Art. 612 Codice penale – Minaccia .

(²) Cassazione penale sentenza n. 35593 del 25 agosto 2015– Art. 612 Codice penale – Minaccia .

(³) Cassazione penale Sez. V sentenza n. 8251 del 8 marzo 2006– Art. 612 Codice penale – Minaccia .

لديها بما يقلل من قيمته ووقاره أمام أبنائه ويحط من شأنه . ويعد بمثابة أفشاء للأسرار الواجب حمايتها بمقتضى رابطة الزوجة حتى ولو انتهت بدون إرادة الطرفين وهو ما يخالف القيم الإنسانية ويعد مضايقة تتمرية تنهض بها المسؤولية الجنائية الكاملة (1) .

وأعتبرت النقض الإيطالية أن أفعال الإضطهاد تنال من القيم الروحية للإنسان

فأبرزت أن المادة (612مكرر) عقوبات تجرم أفعال الإضطهاد Atti persecutori ، فكل من يتسبب في خلق حالة من القلق والخوف المستمر الذي ينال من سلامة وأمن الأشخاص يعاقب بالحبس لمدة سنة باعتبار أنه أنتهاك للحرية المعنوية ويمثل تنمراً . وتزداد العقوبة إلى السجن 3سنوات إذا مورست أفعال الإضطهاد على قاصر أو سيدة حامل أوإذا كان الجانى يحمل السلاح ويظهر فيها إستغلال ضعف المجنى عليه (2) .

وبينت النقض أن الإضطهاد طبقاً للمادة (612/مكرر عقوبات)ما هو إلا مجموعة من العقوبات المتعددة المسارات التى يمارسها الفرد ليجعل غيره مهزوم أو مقهور أو مظلوم قسراً أو بتجاوز حدود السلطة أوالتعسف فى ممارسة الحقوق المشروعة .

(1) Cassazione penale :Sen27 febbraio 2020, n.7887del 15/05/2018 della CORTE di CALTANISSETTA .

(2) Decreto legislativo, 10/04/2018 n° 36, G.U. 24/04/2018– in vigore il decreto che amplia l’elenco .

وبتغيير نمط حياة وبيئة الغير سواء فى النواحى الوظيفية أو الإجتماعية بمايعرضها لخطر أضرار كلما تم الإنتقاص من ضماناتها أو تنظيمها القانونى المستمر (1) .

كما أعتبرت أن مداومة القاء الجانى القمامة بجوار شقة المجنى عليه يصلح سنداً لحالة الإستمرار التى تجسد الإضطهاد وزيادة الخطر على الصحة ضده ، وهو مايمثل إهانة جسدية ومعنوية من الجانى . ولهذا يجب قياس درجات الإضطهاد نوعياً وليس كمياً عن طريق تقييم قضائى لخطورة الأفعال وغائية هدفها بالنسبة للفاعل وابرار مدى ارتكابه لها عن قصد وتصميم مقترن بعلم وإرادة أم برعونة أوعدم تبصر واضح (2) .

وقالت النقض أن الممثلة الشابة قد أشتهرت بتأدية الأدوار التى تنافى الأداب والأخلاق مما عرضها لنقد عاصف لمشوارها الفنى والتهكم والسخرية الذى يخرج عن النقد المبنى على أسس مهنية . كما يفتقد هذا النقد ضمانات حرية الرأى والتعبير مما يجعلها مؤثمة بالمواد 612 مكرر ومابعدها . كما يشترط تكرار أفعال

(1) Cassazione penale Sez. III sentenza n. 11920 del 15 marzo 2018-
Art. 612 bis - Atti persecutori .

(2) Cassazione penale :Sen 26 settembre 2013, n. 39933 - La Corte
di Brescia, con del 5-4-2012 .

التهكم والسخرية من أخلاق وسمعة وكرامة الضحية حتى تنتهز المسؤولية بمايمثل جريمة ضد الحرية المعنوية للفرد (1) .

وأثبتت أن الإضطهاد يتمثل فى سلوك مادي يظهر فى مجابهة ممارسة الحرية الفعلية للشخص وضرورة توقفها أو مصادرتها أوحتى عدم الإعتراف بها قانوناً . كما يتمثل الإضطهاد فى سلوك معنوى يظهر فى وضع الشخص مواضع الخوف والقلق وافتقاد الأمن والإستقرار بماينعكس على حالته وسلامته النفسية والجسدية .

كما يجب إستظهار توافر الفعل المادي والمعنوى للإضطهاد على إعتبار أنها جريمة ضرر شخصى طبقاً لتصوير المادة (582) عقوبات التى تفترض وجود تهديد مقترن بالإضطهاد كسلوك مادي لاتجدد معنوياته (2) .

ثالثاً / التَّنَمُّرُ فى قانون الجرائم الإلكترونية

أختص المُشَرِّعُ الإيْطَالِيّ محاربة التَّنَمُّرُ بقانون متخصص والمعروف بمناهضة التَّنَمُّرُ الإلِكْترونى الإيْطَالِيّ ضد الأطفال وذلك بالقانون legge 71 del 29 maggio 2017؛ فقد عرفت المادة (1) من قانون التَّنَمُّرُ الجديد بأنه (أى شكل من أشكال العدوان أوالضغط المستمر أوالتحرش أو الإبتزاز أو الإهانة أوالتشهير أو

(1) Cassazione penale Sez. V sentenza n. 20065 del 14 maggio 2015 – Art. 612 bis – Atti persecutori .

(2) Cassazione penale Sez V. sentenza n. 45376 del 7 novembre 2019 – (1 massima) .

سرقة الهوية أو تغيير البيانات أو التلاعب بحقيقتها ونشر محتويات تتنافى مع إحترام الكرامة الإنسانية أو الحط من شأنها أو السخرية منها ، أو نشر محتوى عبر الإنترنت ضد قاصر أو بفرد من عائلته يتضمن إساءة جسيمة أو يقصد عزله من محيطه الإجتماعى) وبما يفيد ضرورة محاربة السخرية الإلكترونية عموماً (1) .

هذا وقد تضمن القانون أحكام دقيقة لحماية القصر ومنع ظاهرة التَنَمُّر عبر الإنترنت ضدهم ، فى ستة مواد مركزة ودقيقة شمل أولها التعاريف والمقاصد وثانيها فتم رصده لأليات حماية القاصر بتدابير إجرائية ، أما ثالثها لبيان خطة عمل منسقة للحماية تتولاها الجهات والسلطات المختصة التى تتضافر جهودها للقضاء على الظاهرة ، أما رابعها فتضمن إرشادات وقائية فى بيئة القاصر لحمايته من التَنَمُّر وغيره من الجرائم .

أما خامسها فتضمن عقوبات على خرق الخصوصية وتجسيد انماط التَنَمُّر ، أما سادسها فيبين مصادر تمويل الصندوق المركزى لمكافحة ظاهرة التَنَمُّر الإلكتروني ، وهو بمثابة فكرة أبداعية تستخدم للحصول على موارد تغطى تكلفة مكافحة الظاهرة وتعويض الضحايا وجبر الضرر وزيادة وسائل وطرق الوقاية .

(1) Gazzetta Ufficiale la legge 71 del 29 maggio 2017. Entrerà in vigore il 18 giugno 2017. Ecco le novità – la nuova legge sul cyberbullismo – Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo –

وعلى ذلك يتناول الباحث مجموعة التدابير الحمائية والأدوات الوقائية والتعاريف الجوهرية التي أتى بها القانون لعل المُشَرِّعَ المصرى أن يستفيد من معطياته أو محاوره وهى على النحو التالى

(أ) إجراءات حماية القاصر من التَّنَمُّر الإلكتروني

تفترض وجود علاقة ممتدة بين مزود الخدمة ومتلقيها لحماية مجتمع المعلومات ، فيسمح لكل قاصر لم يتجاوز 14 سنة مخاطبة هيئة حماية البيانات الشخصية الإيطالية مباشرة ودون وسيط من أجل الحفاظ على خصوصيته المعلوماتية إذا تعرض لتسلط أو إستقواء أو تمييز عبر الإنترنت خلال 48 ساعة⁽¹⁾ .

كما يتواصل مع مدير الموقع أو المسئول عن وسيلة التواصل الإجتماعى من أجل إخفاء هويته أو التعقيم عليها وحجب بياناته مع التأكد من هويته الأصلية وبذلك يتم مكافحة ظاهرة التَّنَمُّر الإلكتروني . فمزود الخدمة يسعى لحجب بيانات كل من يتعرض للتتمر كما يتم التعامل مع الجانى حتى يتم قبضه واحضاره .

(ب) خطة عمل متكاملة لمنع التَّنَمُّر الإلكتروني

تبدء بوضع جدول زمنى محدد لمدة 3 سنوات (2017-2019) ويقترن بجدول فنى برئاسة مجلس الوزراء ويضم وزارات من الداخلية والتعليم والعمل والعدل والتنمية

(¹) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica)

– op .cit 22 .

والصحة وذلك لوضع ضمانات الإتصال الحر وحماية الخصوصية وكشف الجرائم التى تُشكِّلُ تَمَيِّزٌ وإستغلال جنسى وجسدى ونفسى واستنواء . كما يتم الإتصال بالجمعيات الطلابية وأولياء الأمور ومشغلو الشبكات لوضع خطة المراقبة والحماية فى التنفيذ (1) .

كما يتم تكليف فريق تقنى رفيع المستوى بتجميع وحماية البيانات الشخصية للأفراد خلال 60 يوم من تكليفه بمكافحة التَنَمُّرُ الإلكتروني . وذلك بالتنسيق مع إدارة الجامعات والمدارس والمعاهد ومراكز البحوث وذلك بالتعاون مع شرطة البريد والإتصالات والمواصلات ، وكذا الهيئات والمنظمات الدولية وغيرها وذلك لتدعيم الجهود عبر الوطنية لتطبيق الإتفاقيات ذات الصلة لاسيما المبرمة مع دول الإتحاد الأوروبى (2) .

ويلاحظ أن هيئة سلامة وحرية الإتصالات الإيطالية تُمنَحَ بِمُوجِبِ هَذَا الْقَانُونِ المزيد من الإستقلالية لضمان الإستمرارية فى عملها . كما تحدد مجموعة من المبادرات الإعلامية واسعة الإنتشار لتبصير الأفراد بخطورة التَنَمُّرُ . كما تضع الإستراتيجيات والسياسات الهادفة لحماية البيانات وإقتفاء أثر التَنَمُّرُ ومنع ظهوره

(1) usano internet e altre tecnologie di comunicazione (testo rilevante ai fini del SEE) pubblicata nella G.U.U.E. n. L 348/118 del 24 dicembre 2008 . 1351/2008/CE del Parlamento europeo .

(2) con la Conferenza Stato-citta'- pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 202 del 30 agosto 1997:

مستقبلاً ويستعين بها القاضى الجنائى فى تقاريرها التى ترجح الإدانة أو البراءة إذا
أنقضى العلم بالجريمة كلياً .

كما أتجه المُشرِّع فى قانون مكافحة التَّنَمُّر الإلكتروني بمقتضى المادة (6)
بتخصيص وإنشاء صندوق مالى متخصص لدعم وقف ظاهرة التَّنَمُّر ومظاهرها
على كافة المستويات . ويتلقى التبرعات لدعم وتطوير وتحديث الإكتشافات التقنية
التي تحافظ على الخصوصية وتمنع التَّنَمُّر مستقبلاً على الأفراد .

على أن يخصص موارده من إيرادات وزارة المالية والإقتصاد والتعليم الجامعى عن
إحتياطي 2017 لمواجهة الظاهرة لثلاثة سنوات مستقبلة حتى 2019 على أن تنتهى
الظاهرة بحلول 2020. كما أن الصندوق يخصص لمواجهة التعويضات والمكافآت
والمصاريف الناشئة عن محاربة التَّنَمُّر الإلكتروني بالإضافة الى التعويضات
القضائية التى تضم كافة العقوبات المالية الأصلية والتبعية والتكميلية كالمصادرة
والغرامة والكفالة⁽¹⁾ .

وتتكامل خطة عمل القانون مع الخطة المرصودة من الإتحاد الأوروبي لمكافحة
الجرائم الإلكترونية والتى تعرف بالقرار 1351/2008 وتضم سياقات متعددة

(¹) Rifinanziamento del fondo di cui all'articolo 12 della legge 18 marzo
2008, n. 48 – degli anni 2017, 2018 e 2019, in favore del fondo – Il
Ministro dell'economia e delle finanze e' autorizzato .

المحاور مابين الوزارات والهيئات والأجهزة المتخصصة بين البلدان المنضمة بمايفيد فعالية المكافحة حينما يضمن التعاون الدولي سرعة الكشف والضبط والتحقيق .

(ج) إستخلاص الجرائم والعقوبات

أهتم قانون مكافحة التَّنَمُّر الإلكتروني ضد الأفراد legge 71 del 29 maggio 2017 ببيان النطاق التجريمي للأفعال و الأشخاص الخاضعة لمضمونه والتي إستخلصها موضوعياً من ثنايا قانون العقوبات لاسيما المواد (594و595و612) وكذلك المادة (167)من قانون حماية سرية البيانات الشخصية الإيطالي⁽¹⁾ .

كما ضم قانون مكافحة التَّنَمُّر مجموعة من الجرائم الأساسية فى قانون حماية البيانات الشخصية ، أخصها المواد (18و19و23و126و130) والتي تستهدف مكافحة التَّمييز والعنف الجسدى والإبتزاز والتشهير والسب والقذف بوسيلة الكترونية إذا تحصل الجانى على معلومات وبيانات شخصية دقيقة وسرية⁽²⁾ .

فيعاقب الجانى إذا ثبت تنمره بوسيلة الكترونية بالسجن من 3 إلى 6سنوات وغرامة يقدرها القاضى مالم تشكل هذه الوقائع جرائم أخرى فى أى قانون عقابى آخر . وهو

(¹) Nuovo Codice Privacy 2018 (D.Lgs 196/2003 coordinato con il D.lgs 101/2018) .

(²) Cassazione penale – Sez. V sentenza n. 22475 del 22 maggio 2019 – (1 massima) .

منهج يقبل تعدد الجرائم فى سياقها المادى والمعنوى لاسيما وأن التَّنَمُّرُ تتشعب مساراته وأنواعه التى يمكن أن يحكمها أكثر من قانون (1) .

كما تقيد المادة (167) من قانون حماية البيانات الشخصية الإيطالى فى ضرورة تجريم كل إتصال غير مشروع وذلك بنشر بيانات أو معلومات شخصية على نطاق واسع . فيعاقب مرتكبها بالسجن من سنة إلى 6 سنوات ومع عدم الإخلال بأى عقوبات أخرى فى قانون آخر إذا شكلت الأفعال وقائع تنمر أو تهديد أو تمييز ضد فرد أو طائفة بما يستوجب الخضوع لضمانات هيئة الإتصالات وحماية القاصر من إنتهاك خصوصياته (2) .

كما أكد القانون على تشديد العقاب إذا مورست أفعال التَّنَمُّرُ ضد قاصر بقصد التأثير على أصوله أو فروعه ممن يتولون مناصب سياسية أو قضائية أو تنفيذية

(¹) che il fatto costituisca piu' grave reato, chiunque, al fine di trarne per se' o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129, e' punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi.

(²) Art. 167-bis Nuovo Codice Privacy – D.lgs 196/2003 aggiornato al D.lgs 101/2018 .

لتصل إلى السجن لمدة لاتقل عن سنتين وغرامة يقدرها القاضى بماله من ولاية
تفريدية للعقاب فى قياس الخطر والضرر المنبعث فى كل حالة على حدا (1) .

ويلاحظ أن القانون أوجب على الأباء والمدرسين وكل من له ولاية على طفل
قاصر أن يُبلِّغَ السُّلْطَاتُ الإِدَارِيَّةُ والقضائية بحسب الأحوال طبقاً للمادة (5) من
القانون بكل إنتهاك تنمرى ضد الطفل وإلا شكل إمتاعه عن الإبلاغ جريمة يسأل
عنها بالحبس لمدة لاتقل عن سنة وغرامة قضائية وهو التزام جبرى يسمح
بالمكافحة .

(¹) Cassazione penale – Sez. VI sentenza n. 3087 del 23 gennaio
2018 – (1 massima) .

فرع ثان

تحليلات أفعال التَّنَمُّر في القضاء الإنجليزي

الأصل أن : ملامح الخطة التشريعية للنظام الجنائي هي ما ترسم قدرة القضاء على إحتواء الظاهرة أو إستفحال الجريمة . ويتجه الباحث إلى بيان التشريعات الجنائية الغائية لمكافحة التَّنَمُّر والتي يتعين وجودها قبل مكافحة التَّنَمُّر مباشرة ثم يجد الطريق ممهداً للكشف عن أنماط الجريمة على النحو التالي

أولاً / التشريعات الجنائية الغائية لمكافحة التَّنَمُّر

أوضح المُشَرِّع الإنجليزي أهمية تجريم أو الحيلولة دون التَّنَمُّر بصفة غير مباشرة في سلسلة من التشريعات كان أولها قانون مكافحة التَّمييز ضد الإعاقة في 1995 والتي إستلهم فيه تجريم مواطن الحط من الكرامة وتحقيق الأفضلية والتمايز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو المركز الإجتماعي والسياسي ومنع الإقصاء⁽¹⁾ .

كما يمتلك قانون هو الأفضل في العالم يسمى قانون تحقيق المساواة الصادر في 2010 والذي يحتوى على مسارات متنوعة لتكريس المساواة في الحقوق والواجبات

(¹)Disability Discrimination Act 1995 – [8th November 1995]– The Disability Discrimination Codes of Practice (Employment and Occupation, and Trade Organisations and Qualifications Bodies) Appointed Day Order 2004 . UK Public General Acts –

وصدر بهدف توحيد وتحديث تشريعات تجسيد المساواة عموماً⁽¹⁾. كما ضم تشريعات غائية كقانون الحد من العنف المنزلى ضد أفراد الأسرة وانتشار الجريمة فى عام 2004 وهو تشريع متطور للحد من التَّئمُر فى الفصل (17) ومابعده . كما ضم قانون مكافحة الجريمة وتحقيق الأمن المجتمعى فى إنجلترا والمعروف بقانون Crime and Security Act 2010⁽²⁾ .

أما قانون أمين المظالم فى 2005 فقد أمتك أختصاصات للحد من التَّئمُر والتَّمييز يمكن أن تُسَعِفُ القضاء فى بيان ملامح ومقومات الركن المادى أو المعنوى بالنظر لعدم وجود نص صريح يجرم المضايقات والإستقواء المتكرر عن عمد إذا توافر تفاوت فادح فى المركز الإجتماعى أو السياسى أو الوظيفى وغيرها⁽³⁾ .

أما قانون الحد من الكراهية والعنصرية فى عام 2006 فقد نقل تجريم التَّئمُر نقلة نوعية إذ عرف عناصره وبين مقوماته وأوضح أهم العقوبات التى تنال الأفراد جراء ارتكابه⁽⁴⁾ . كما ضم قانون الجرائم الخطيرة أفعال الفتنة الطائفية الناتجة عن سخرية جسيمة والتعرض لسمعة ومكانة فرد قيادى أو رمز أو جماعة بالنظر

(¹) Equality Act 2010 – UK Public General Acts

(²) Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004– (Amendment) Act 2012– UK Public General Acts –

(³) Public Services Ombudsman (Wales) Act 2005– UK Public General Acts –

(⁴) Racial and Religious Hatred Act 2006 – [16th February 2006]– S.I. 2007/2490, art. 2 .

لجسامتها وقدرتها على أحداث فجوة فى المجتمع وهو القانون المعروف ب
Serious Crime Act 2007⁽¹⁾ .

ثانياً / تطبيقات الركن المادى فى القضاء الإنجليزى

فقد أرسى قواعد هامة وتطبيقات جوهرية تضمنت ضرورة قيام انماط التَّتمُّر على هدف غائى من ورائه حتى تتأكد من تشديد العقاب أونفى القصد . كما رصدت مظاهر جديدة لم تستوعبها النصوص التكميلية التى تحارب الظاهرة أهمها الإستقواء والإذلال والترهيب والإقصاء الإجتماعى والتَّتمُّر متجاوز القصد .

وقد بينت المحكمة الملكية (أن السيد مايكل بارلو قد عانى من نوبة إكتئاب مزمنة لازمته منذ عام 1997 على أثر تخويف وتهديد رب العمل بفقدانه وظيفته إذ لم ينصاع إلى العمل لساعات طويلة أوتنفيذ أوامره مما سبب له مشاكل فى القلب وأعراض جسدية مزمنة ظاهرة نتيجة الإستقواء بمركز وظيفى للجانى)⁽²⁾ .

وقالت الدائرة الجنائية وأثبتت أنها جريمة متتابعة الأفعال حين إيدت أن السيد Camillus قد تعرض للتمر بمعدل مرتين فى اليوم الواحد بسبب لون بشرته السمراء وأن الجناة قد أعتادوا على مضايقته وتسببوا فى محاولاته الكثيرة بالإنتحار مما سبب له ألم نفسى حاد لا يستعاض عنه حتى ولو بالتعويض النقدى وتتابع

(¹) Serious Crime Act 2007– UK Public General Acts 2007 c. 27–

(²) Royal Courts of Justice – Barlow v Borough EWHC 50 (QB) (24 January 2003) – No: 02/TLQ/0875 .

أفعالهم بهدف إقصائه من محيطه الإجتماعى ليرحل دون رجعة عن مكان عمله وإقامته المعروف (1) .

وأوضحت المحكمة الملكية أن الجانى قد إعتاد خداع ضحاياه على شبكة الإنترنت والتَّمَرُّ ضدَّهم والتشهير بسمعتهم نظير إستغلال حصيلة مالية لشركته الخاصة والتي كان هدفها حماية الأمن المعلوماتى للأفراد وتوريد السلع والمنتجات لبعض العملاء نظير مبالغ مالية محددة . وقد زاد على بضائعه مبلغ 550 جنيهًا إستراتيجيًا نظير تهديده المستمر بضرورة شراء منتجاته الرديئة حتى لايفضح أسرار ضحاياه(2) .

وفى حكم بليغ للمحكمة الملكية بدائرتها الجنائية رددت وبينت مدى القسوة التى يستحقها الجانى إذا ارتكب التَّمَرُّ أحد أفراد الأسرة فبينت (أن مركز إرشاد الطفل NHS قد أثبت تعرض الطفلة لعنف منزلى وتتمر على مستواها العقلى دون أن يسعى الأبوان إلى تحسينه ، وقد عملا على زيادة العزلة بدلاً من الإدماج،

(1) Royal Courts of Justice – Sheikh v R EWCA Crim 2625 (31 October 2006) – Case No: 200500805 B4 .

(2) Royal Courts of Justice – Ltd v& Anor EWHC 784 (QB) (20 March 2014) – Case No: HQ12D04594 .

والكراهية بدلاً من الحب فستحقا العقاب نظير الإضطهاد العائلي بإعتباره ظرف
مشدد للعقوبة (1) .

وفى حكم آخر أثبتت أن (الفتاة الصغيرة تعرضت لتنمر جسدى تحول إلى تنمر
جنسى مباشر من أخيها غير الشقيق مما ينطبق عليه المادة 14 من قانون مكافحة
الجرائم الجنسية 1956 . وقد تطور الأمر إلى وجود أورام سرطانية نتيجة ضرب
الفتاة وتخويفها وهى لم تبلغ من العمر 16 سنة وهو ما أثبتته ودعمه إقامة لائحة
الإتهام مما يستوجب معه تشديد العقاب على الجانى ، بالنظر لسن الصغيرة وقربه
الشديد منها) (2) .

كما تدعمت الأحكام القضائية بوقائع فسرت النصوص التشريعية

وأكدت المحكمة الملكية على ضرورة تحقيق فعالية العقوبة للمتنمر بما تسمح به
القواعد ، فيمتلك القاضى الجنائى سلطة تقديرية فى تفريد حالات التَّنَمُّر والعنف
ضد الأفراد ، لاسيما وبعض التشريعات تسمح بذلك ، وأخصها القسم (4) من
قانون السلامة النفسية والمؤثرات العقلية عام 1964، وكذا القسم (35) من قانون

(1) Royal Courts of Justice – Small, R v Crim 1662 (16 May 2008) –
No: 2008/02057/A1 .

(2) Royal Courts of Justice – Green v R EWCA Crim 1774 (07 November
2017)– Case No: 201701781/A3.

العمل العام فى 1994 والمادة (7) ومابعدھا من قانون إصلاح نظام الأسرة فى عام 1969⁽¹⁾ .

وقد أظهرت المحكمة الملكية صلاحيات تفريدية أكثر فى قضية كان فيها الجانى تعرض لتتمر مزمّن منذ طفولته جعلته يرتكب أكثر من 47 عملية سطو مسلح ضد مجتمعه . وأبرزت أن قانون العدالة الجنائية بالمادة (17) قد أعطى صلاحيات تخفيض العقوبة بالرغم من جسامة الفعل ، كما أن قانون سلطات المحاكم الجنائية لعام 2000 قد أعطى صلاحيات إضافية فى هذا الحالات بمقتضى المواد 147 و148 وغيرها⁽²⁾ .

كما أخذت المحكمة الملكية بمضامين المادة (5) و(7) من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وذلك لتحقيق عقاب ناجع للمتتمر الذى قد يكون ضحية مجتمعه . فلكل شخص الحق فى السلامة النفسية والجسدية والتي يجب أن تتساند مع المادة (143) من قانون العدالة الجنائية بما يفرضه من ضرورة تحديد طبيعة الجريمة

(¹) Royal Courts of Justice– Friend, R v Crim 816 (26 March 1997) – NO: 9603695 Z2– 1 WLR 1433 .

(²) Royal Courts of Justice– Webbe & Ors, R. v Crim 1217 (02 May 2001) – Case No: 200101165/Y3 .

وبيان ظروف الفاعل وخطورته ووسيلته من أجل إصطفاء عقاب فاعل يضمن عدم عودته للإجرام (1) .

كما نعتت المحكمة الملكية مسلك المحاكم الأدنى بالتصرف الأرعن في تفسير النصوص ، حينما أثبتت أن ثلاثة من السود قد هاجموا الجاني (باتريك) برد لفظي مماثل والذي اعتاد في تصريحاته وصيحاته على العنصرية مما أوغر في صدر المتهمون الإنتقام منه إذا تحينت لهم الفرصة . مما تجد معه المحكمة أسباب ومقومات الإفراج عن الثلاثة متوفرة لاسيما وأنه يجوز الدفاع ضد أى اعتداء لفظي مستمر إذا شكل فعل تجريمي في صورة مضايقة جسيمة وتكررت عناصرها وأثبت الفاعلون أنها كرد فعل لهجوم مضاد ومماثل (2) .

وأكدت أيضاً أن الخدمة العسكرية يجب أن تسمو بالنفس وتجعل من الفرد قائداً مسئولاً ينتظر أن يحمى ويسود لا أن يظل خانع مرتعد خائف (أن المجندين في الشرطة العسكرية الملكية قد هاجمهم المدربين بروث الماشية في أفواههم وإدخال رؤوسهم تحت الماء مما يعرضهم لإصابات جسدية ونفسية طبقاً لجلسات الإستماع

(1) Royal Courts of Justice – Sullivan, R v Crim 1762 (08 July 2004) – Case No: 200401971 B3 .

(2) Royal Courts of Justice – Bryant, R. v Crim 2079 (28 July 2005) – No: 2004/3459/D4 .

الأولى التى بدأت فى 21 سبتمبر 2017 وهو مايسبب لهم الشعور بالحط من كرامتهم وإنسانيتهم (1) .

ثالثاً / تطبيقات الركن المعنوى فى القضاء الإنجليزى

حاولت أثبات توافر العلم والإرادة فى كل سلوك تتمرى ضد الضحايا ، وتدخلت لإثبات الموقف النفسى العميق لكل حالة على حدا وهو ماتضيع ملامحه فى ثنايا النصوص وكان على القضاء كشفها بإعتبارها إستخلاص القصد الجنائى فى التَّنَمُّر من المسائل المزوجة ذات الطبيعة الموضوعية والقانونية التى تضمن رقابتها .

وقد أثبتت المحكمة الملكية أن الضحية لم تأتى بدليل دامغ على قصد التَّنَمُّر أو اثبات ملموس على إقتحام الجانى لنوافذ منزلها وأغتصابها فى ليلة رأس السنة 2004 ، ولم تقبل إدعاء بتكرار تتمره اللفظى على تكوينها الجسدى ، فلايكفى الدليل القولى مالم يعززه دليل فنى يدعم الأدانة على يقين وجزم بثبوت القصد (2) .

وفى قضية الراهب جريجورى أثبتت أن التَّنَمُّر قد يدفعه الإنتقام والثأر نظير ما أقترفه الجانى فى ضحاياه . فقد أعتاد الراهب التَّنَمُّر بتلاميذه وبعثهم بأسوء الألفاظ

(1) Royal Courts of Justice – Attorney-General's Reference EWCA Crim 2027 (31 July 2008)– 02845/A6.

(2) Royal Courts of Justice – Thackery, R vEWCA Crim 828 (11 April 2005) – Case No: 2005/0317/B1 .

مما جعل بعضهم يستضيفونه ويستدرجوه فى شقة تمهيداً للتتزه ثم أنها لا عليه ضرباً وصعقاً بالكهرباء نظير الأفعال المشينة والتتْمُرِيَّة ضدّهم وهو ما ألحق به أذى بدنى ونفسى يمنعه من ممارسة عمله كراهب مجدداً ويؤكد توافر القصد الجنائى والتصميم لديهم (1) .

وأكدت المحكمة الملكية أن وقائع التتْمُرُ أستمّرت على الضحية منذ عام 2007 حتى 2011 وهى وقائع معقدة فى بواطن النفس البشرية وينبغى أثباتها برأى الخبراء وتقرير هيئة المحلفين والإخصائى الإجتماعى والمعالج العائلى وأقوال الشهود الذين تأنس به المحكمة لاسيما وأن التتْمُرُ أمر نفسى باطنى داخل الضحية لا يفصح عنه خوفاً أو تهديداً من إفتضاح أمره أو إستهجانه من مجتمعه أو عزله من وظيفته الحالية أو قبوله عموماً (2) .

هذا وقد وصفت المحكمة الملكية سمات التتْمُرِ وخصائصه من طيات لائحة الإتهام المدرجة بإعتباره مجرم محترف بقولها (أن أفعال التتْمُرِ تكشف عن تدنى إخالقى لإحترام الذات ومدى القدرات والمهارات والصفات التى يمتلكها الجانى كما كشفت عن طفولة تعيسة مضطربة تضافرت معها عوامل تعاطى المخدرات فى

(1) Royal Courts of Justice – Ibrams, R. v EWCA Crim 3 (27 July 1981)– Case Nos.: 2393/B/80: 2665/B/80 .

(2) Royal Courts of Justice – C v R. EWCA Crim 1478 (06 July 2012)– Case No: 2010/4829/C2 .

سن مبكرة وغياب الوازع والقنوة والوعى وسهولة الوقوع تحت تأثير الضغط والإكراه من الآخرين (1) .

كما إيدت المحكمة الملكية (أن الجانى قد عانى من مرض إضطراب طيف التوحد وعانى بسببه من تنمر مرير مما جعله ينتقم من مجتمعه فى صورة أعمال إرهابية وتفجير عبوات ناسفة فى بوسطن وسوهو فى عام 2016 وهى أفعال عمدية . وعلى القاضى أن يقرن حكمه بتدابير فى دور رعاية صحية لاسيما وأن المتهم قد أخفق فى تنفيذ العقوبة الأولى ولم يتحقق معها الردع فعاود ارتكاب جريمته مرة أخرى بمايشكل خطراً جديداً (2) .

أما محكمة إستئناف إنجلترا وويلز فقد حكمت على ضرورة شرعية التجريم لإستخلاص القصد

فقال (المتهم ارتكب أكثر من 15 جريمة متنوعة ومتباينة فى درجة جسامتها وخطورتها وهو فى سن ال22 فقط . وقد أصبحت عائلته محط سخرية وتحقير من باقى السجناء وأفراد مدينته وهى جريمة لاتنص عليها لائحة السجون التى يتعين الإلتزام بما ورد فى مفرداتها من جرائم وعدم الخروج عن مضمونها ، ولايجب

(1) Royal Courts of Justice – C & Ors, R v Crim 1441(19 June 2009)– No: 200902511, 2510 & 2566 A1.

(2) Royal Courts of Justice – Smith, R. EWCA Crim 528 (14 March 2018) – Case No: 201702850/A1 .

الإعتراف بذنب عمدى اقترفه السجناء زملاء المتهم ، فيعد ذلك رد فعل طبيعي على سلوكه الشاذ ضد المجتمع) (1) .

وأيدت أن الجانى قد أستغل واقعة الضرب المبرح التى مارسها ضد المجنى عليه وهشم ساقيه وأسنانه ليتتمر عليه ويبتزه بسبب ماأحدثه من أصابات (2). كما بينت فى قضية كورتيس الشهيرة أن المضايقات التتُّمُّرية يجب أن تكون عمدية تبرهن على سوء القصد وتشمل كل إيذاء عمدى يثير الذعر أوالتسبب فى معاناة شديدة وذلك فى مفهوم المادة (4و7) من قانون الجرائم الصادر فى 1997بمايتعين تشديد العقاب ضد الجناة (3) .

وأثبتت محكمة إستئناف إنجلترا وويلز بإيعاز من حكم محكمة التاج فى دائرتها الجنائية وأثبتت العمد بقولها (أن القاصرة التى لم يتجاوز عمرها 14سنة قد أعتاد الجانى على ملامستها بطريقة غير مهذبة فى خلسة داخل صدريتها وحاول تقبيلها ووضع يده داخل سروالها وغيرها من الأفعال الشائنة التى تدل على عمدية أفعاله

(1) Royal Courts of Justice – Shabab, R v [2018] EWCA Crim 3021 (14 March 2018) – WC2A 2LL p 29 .

(2) Royal Courts of Justice– 20 September 2019– Case No. 2019/02135/A1– Crim 1583 .

(3)Royal Courts of Justice – Widdows, R. v [2011] EWCA Crim 1500 (21 June 2011) – Case No: 201006496 .

وأبتزازه وتخويله لتحقيق مقاصده بمايستوجب تشديد عقابه لتتمره الجنسى ضد قاصر (1) .

كما أيدت حكم محكمة التاج ونفت إدعاء المرض العقلى المقدم من المدافع عن السيدة Smullen ووجهت لها تهمة البلاغ الكاذب وتضليل مسار العدالة والمجرمة بمقتضى المادة (240) من قانون العدالة الجنائية لاسيما وقد تعمدت التشهير برجال الشرطة ونعتهم بالأغبياء الجبناء الذين يعتادون على القمع والإذلال والسطو والإبتزاز والتخويل والتهديد ضدها والتكيل والإنتقام من ضمانات حقوق الإنسان المصونة (2) .

خلاصة القول فى الموقف القضائى الإنجليزى : تلاحظ للباحث أن القاضى لديه صلاحيات فى استلهاام الأفعال التى تؤدى إلى نتائج محذورة منبعها التَّئمُر والمضايقة القولية والفعلية والإستقواء والإستغلال والإزدراء والتهديد والتخويل والإبتزاز حتى يستطيع تفريد العقاب لكل حالة على حدا ويواكب الظاهرة الخطيرة .

أما فى تطبيقات الركن المعنوى تشدد القضاء فى الإعتداد بحالات العمد فقط ولم يعتد مطلقاً بحالات القصد غير العمدى أوالمتجاوز لصعوبة اثباته ومعضلاته

(1) Royal Courts of Justice– Thackery, R v [2005] EWCA Crim 828 (11 April 2005) Case No: 2005/0317/B1 .

(2) Royal Courts of Justice – Britton, R v [2009] EWCA Crim 1915 (23 September 2009) No: 2009/2969/A6 .

الإجرائية وخطورته على تقييد الحقوق والحريات إذا زعم الضحية تعرضه للتممر
لاسيما إذا كان شاملاً نطاقه في التَّمُّر الإلكتروني وغيره من الوسائل المعلوماتية .

فرع ثالث

تحليلات القضاء الألماني للتممر

الأصل أنه : يعتمد المُشَرِّعُ الألماني في إحتواء ظاهرة التَّمَرُّر على قانون مكافحة خطاب الكراهية على الإنترنت رقم 1808 لسنة 2018 المعدل في فبراير 2020 بما أدخله من تشديد على بعض العقوبات وإعطاء صلاحيات إضافية لأجهزة الضبط والتحرى لتجابه تطورات المعطيات الإلكترونية وتعقيد اثباتها والإعتراف بها (1) .

فيعتمد المُشَرِّعُ الجنائي في مكافحة التَّمَرُّر على خطة محددة داخل قانون العقوبات ذاته ،حينما يسلب الضوء على أفعال ونماذج تُعدُّ مِنْ قبيل المضايقات الجسيمة .كالأقوال التي تتضمن طعن في السمعة والكرامة وإفشاء الأسرار وإستغلال ضعف المجنى عليه . كما يتضمن كل حالة يعتقد فيها الجاني أنها تسيء إلى الضحية كالإزدراء والتَّمَيِّزِ والعنصرية والإبتزاز بقصد تخويله أو وضعه موضع السخرية وإقصائه إجتماعياً ونهائياً .

اولاً / خطة التشريع الجنائي الألماني في مكافحة التَّمَرُّر

الأصل أنه لا يوجد تشريع متخصص في محاربة التَّمَرُّر لكن يستلهم القضاء الألماني مقومات التجريم من مجموعة من النصوص العقابية الغائية ، من أمثلتها

(1) Germany's federal government published a new draft bill to amend the German Hate Speech Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz "NetzDG – On April 1, 2020 – 2018/1808 (AVMSD) .

المادة (174) التي تعاقب على صور التَّتمُّر الجسدى بواسطة الإعتداء الجنسى والفقرة (B) من ذات المادة تعاقب على التَّتمُّر الجسدى بسبب إستغلال الوظيفة .⁽¹⁾ كما أن المادة (177) تعاقب على الإستغلال الجنسى للقاصر والتمادى فى الضرر الجسدى ضده⁽²⁾ .

كما تتضافر نصوص تجريم الإهانة والسخرية المادة (185) وجريمة التشهير Verleumdung بالمادة (186) وجريمة السب والقذف Üble Nachrede بالمادة (187) وإهانة أشخاص ذو مناصب سياسية بالمادة (188)⁽³⁾ . أما المادة (201) فتجرم كافة أفعال خرق السرية للصور الشخصية والتَّتمُّر عليها ، بالإضافة إلى المادة (238) التى تجرم العنف والتهديد بالأشخاص ، والمادة (241) التى تجرم الإكراه والإبتزاز Bedrohung⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ Thomas Mößle and Eva-Maria Zenses : (Internet Gaming Disorder und kriminelles Verhalten: Gibt es einen Zusammenhang ?) – Neue Kriminalpolitik Nomos Verlagsgesellschaft , 2016, Vol. 28, No . 1 pp. 33 .

⁽²⁾BGH 4 StR 549/19 – Beschluss vom 24. März 2020 (LG Dortmund)– § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 6 .

⁽³⁾BGH 4 StR 574/09 – Beschluss vom 16. Februar 2010 (LG Bochum) 187 Abs. 2 Satz 2 BGBM § 188 Abs.

⁽⁴⁾BGH 4 StR 449/18 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Halle) – § 113 StGB; § 241 StGB .

كما تلاحظ أن المُشَرِّعَ قد أعطى صلاحيات تفريديّة للقاضي الجنائي الألماني بمقتضى المواد 59 حتى 92 حتى يستتبط انماط سلوكيات التَّنَمُّرُ في كل واقعة على حدا في محاولة منه لردها للوصف القانوني السليم إذا تعددت الأوصاف التي تحكم ذات الواقعة كالإعتداء الجسدى واللفظى والتهديد والإقصاء الإجتماعى .

ثانياً / إستخلاص أفعال الحط من الكرامة والشأن (السخرية والتهكم)

تصدت المحاكم الألمانية لجرائم التشهير والحط من الشأن بموجب المادة (186) عقوبات ، فكل من نشر أو أكد على واقعة لشخص لم يثبت صحتها بقصد الحط من شأنه أمام الرأى العام فيعاقب بالسجن لمدة سنة وغرامة . وتضاعف العقوبة طبقاً للمادة (187) عقوبات إذا مورس الحط من الشأن والكرامة بما يعرض سمعته للخطر والضرر بواسطة وسيلة كتابية أو إلكترونية فيكون السجن 5 سنوات وغرامة⁽¹⁾.

وقضت محكمة (LG München) بأن جريمة الحط على الكراهية والتشهير بموجب المادة (187) عقوبات والمسندة للمتهم فى أدلة الإتهام لاتتضمن تنمراً إلكترونياً على الضحايا أو إثبات واقعة غير صحيحة للحط من شأن الضحية . إذا أن وجود الهولوكوست وإبادة اليهود الأوروبيين فى العهد النازى يمثل حقيقة تاريخية

(¹)BVerfG 1 BvR 2454/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2017 (OLG München / LG Kempten (Allgäu) / AG Sonthofen) – Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 186 StGB;

واضحة لانتطلب أى دليل مادى على إثبات عكسها ، كما لم يثبت تهكم الجانى أوإزدراء جنس أوغرق أوديانة (1) .

وأكدت محكمة (AG Münster) أن التعرض لحرمة الحياة الخاصة والتشهير بها بالمادة (187) عقوبات يفيد أن الجانى تعمد بث الشائعات والمغالطات بشأن الضحية حتى يستهجنه الناس فى كل محفل يخطوه . وهو ما يجعل القاضى يشدد العقاب إذا ثبت تكرار هذه العملية وإذا تم إستخدام وسيلة الكترونية واسعة الإنتشار بمايفيد التَّنَمُّر الإلكتروني Cybermobbing مما يجعل العقوبة تصل للسجن 5 سنوات وغرامة (2) .

كما بينت محكمة (AG Sonthofen) أن المتهم قد دأب على إنتقاد الشرطة فى صورة كتابية والكترونية ، وتعمد التَّنَمُّر ضدها وشهر بها لاسيما وقد فتشت منزله ، وَلَمْ تُعْتَرِ عَلَى شَيْءٍ يُدِينُهُ . مما جعله يزعم أن قوات شرطة مقاطعة Allgäu يضطهدوه وهم داعرون ومقامرون فى حين أنه أشرف الشرفاء . وهو تشهير وتتمر

(1) BGH 3 StR 190/19 – Beschluss vom 6. August 2019 (LG München) . § 130 StGB; § 15 StGB .

(2) BVerfG 2 BvR 2393/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Münster / AG Münster) – Art. 13 Abs. 1 GG; § 164 StGB; § 187 .

مقترن تجرمه المادة (187) إذا يتضمن الحط من الشأن والسخرية والتهمك دون إسناد ذلك بحقائق⁽¹⁾ .

كما أستتدت بعض المحاكم إلى حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ECHR 60899/00 فيما أعتبرته تنمراً قاسياً وبمثابة إهانة من الصحافة للقضاء وذلك بالطعن فى قراراته وأحكامه . وبينت أن هذا الأفعال تخضع لتجريم المادة (187) عقوبات المانى وكذا ضوابط وقيود حرية الصحافة بالمادة (10) من الأتفاقيه الأوروبية لحقوق الإنسان . ولايجوز التذرع بحرية التعبير لإهانة القضاء وتجريح أحكامه وتشويه سمعة اعضائه⁽²⁾ .

ثالثاً / مبدأ الإعتراف بالتَّئْمُر المتبادل

فتنص وتعترف المادة (199) من قانون العقوبات الألمانى على مبدأ التَّئْمُر أو Wechselseitig begangene Beleidigungen ويقضى هذا المبدأ ضرورة رد الإهانة أو الفعل التَّئْمُر فى الحال إلى مصدره مع إعفاء المجنى عليه من العقوبة أوالجانى بحسب الأحوال .

⁽¹⁾BVerfG 1 BvR 2454/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2017 (OLG München / LG Kempten (Allgäu) / AG Sonthofen) – § 185 StGB; § 186 StGB; § 187 StGB .

⁽²⁾ EGMR Nr. 60899/00 – Urteil vom 2. November 2006 (Kobenter und Standard Verlags GmbH v. Österreich) .

وعلى القضاء إثبات ضماناته وتوازنه وتناسبه وتقدير مدى خطورته إذا رفضه الضحية فهو أمر اختياري يخضع لتقديره (1) .

فهذا النص يعد سلاح ذو حدين فمن جهة يستطيع المجنى عليه أن يرد الإهانة والإعتداءات التي وجهت إليه بذات الكلمات والعبارات التي نالت من كرامته وسمعته أمام شهود العيان . فيجوز نص المادة (199) عقوبات ألماني على أنه (إذا تم رد الإهانة على الفور يمكن للقاضي الإغفاء من العقوبة للجاني أو لأحدهما).

ومن جهة أخرى يستطيع أن يتمسك الجاني بالإغفاء من العقاب إذا أثبت بالشهود والقرائن والأمارات وكافة طرق الإثبات أن المجنى عليه قد رد الاعتداء بأعتداء مماثل ومتناسب لاتفريط فيه أوغلو في معطيائه ؛ حتى لاتنهض جريمة مستقلة عن القدر المتجاوز إذا انعدم شرط التناسب أو فورية الرد واثبات معطيائه (2) .

وقد طبقت محكمة LG Stuttgart مبدأ الإعتراف المتبادل بمايمثله من رد فعل أجماعى طبيعى لحل أزمة التَّنَمُّر والتشهير والإستقواء والإستغلال والتوبيخ والتَّمْيِيز

(1) Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1818) Abrufbar .

(2) Franziska Börner : (Cybermobbing: Virtuelle Gewalt – Reales Handeln! – Aufklärungs- und Präventionsarbeit am Gymnasium Gleichense) – Ohrdruf, den 15. Dezember 2015 .p75 .

والإزدراء . فبينت أن (القضاء لاينحاز وإنما يوازن ما بين الحقوق لضمان إستمرارها وعدم إصطدامها بالثوابت الدستورية . ويتجسد التوازن فى تطبيق المادة (199) عقوبات بقياس حرارة وجسامة النزاع وتقدير المخاطر المستقبلية من الجانى إذا ماترك للإنتقام بمفرده على كل قانون تسنه الدولة أو إنتقاده للسلطة القضائية والتشهير بها بإستمرار) (1) .

وقضت محكمة AG Dortmund بعدم إنطباق نص المادة (199) عقوبات وذلك بقولها " أن مصطلح (الترتار العبى) الذى طالما نعت به الجانى ضحيته لاينطبق عليه نص المادة (199) عقوبات ، لاسيما وأن الأخير قد إعتاد على وصف الجانى (بالحمار الأسود) طالما ثبت أن الشهير الشخصى قد أستمر زمنياً لفترة طويلة قدرت يوم أن كان الجانى والمجنى عليه فى أيام الدراسة فيعدم التناسب وتنتفى فورية الرد فلا إعفاء (2) .

(1) BVerfG 1 BvR 2397/19 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 19. Mai 2020 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart) – Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 10 Abs. 2 EMRK; § 185 StGB; § 192 StGB .

(2) BVerfG 1 BvR 1318/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2008 (OLG Hamm/AG Dortmund) – Art. 5 Abs. 1 GG; § 185 StGB; § 193 StGB .

رابعاً / ضرورة التفريعات القضائية لعقوبة الجانى :

لايجب أن يتسرع القاضى فى توقيع أقصى وأقصى العقوبات كلما لاحت أمامه جريمة التتمر مكملة الأركان ، وقد يهدر أسلحة التأهيل وإعادة الإندماج لتتحول العقوبة إلى تطبيق أتوماتيكي يهمل معه كافة العوامل الشخصية والنفسية والبيئية والإقتصادية أو وزن الجريمة وجسامتها وخطورة مرتكبها على المجتمع (1) .

فقد أكدت محكمة (LG Stendal) أن الجانى قد عرض ضحاياه للتهديد والإكراه المؤثم بالمادة (241) عقوبات و الذى أثمر عن عدة سرقات متكررة نتيجة لإنقمامه من بعض الأفراد الذين إعتادوا على مضايقته والسخرية من شكله ولونه وجنسه . ولايجد القاضى إلا أن ينزل للحد الأدنى لعقوبة السرقة لتكون سنة وغرامة إذا ثبت أن الجانى لم يقدم على أفعاله إلا أنقماماً أو كرد فعل ضد بعض فئات مجتمعه الذى يضطهده (2) .

كما بينت محكمة (LG München I) أن القاضى يمتلك بالمادة (63)عقوبات إيداع المتهم أحد مستشفيات الأمراض النفسية لعلاجها إذا ثبت أن حالته الصحية كان لها أثر فى جريمته بالنظر لتعرض الأفراد لخطر وضرر إقتصادى أو جسدى

(1) BGH 5 StR 418/16 – Beschluss vom 6. Dezember 2016 (LG Flensburg) – § 59 StGB; § 332 StGB .

(2) BGH 4 StR 359/16 – Urteil vom 22. Dezember 2016 (LG Stendal) – § 63 StGB; § 241 StGB .

جسيم . ويستوى لدى القاضى الجنائى سبب وجود الحالة النفسية بمايجيز له تفريد عقابه وإستعمال الرأفة وتحقيق أغراض العقوبة بمايسمح بإعادة تأهيله بدلاً من تبنيه الإنتقام (1) .

وأثبتت محكمة (LG Oldenburg) أن المتهم قد إستدرج ضحاياه إلى منزله للإنتقام ، وغرس منجل حديدى بصدر الضحية مما سبب له أذى خطير مؤثم بالمادة (241) عقوبات . وقد نزل القاضى الجزئى بالعقوبة من 5 سنوات و6 أشهر إلى سنة واحدة بالنظر لتداعيات الواقعة والتي أثبتت أن الجانى قد تعرض لمضايقات وسخرية مستمرة وإضطهاد نفسى ومعنوى شديد . بماترى معه المحكمة الإقليمية إستعمال صلاحيات المادة (63) عقوبات بالإيداع ووقف تنفيذ العقوبة كلما ثبت فى عقيدتها عدم خطورته وإجرامه العابر (2) .

وضمنت محكمة (LG Bremen) أن الجانى قد تنمر على أقرانه وكرر تهديدهم بالقتل وقد ثبت أصابته بهووس عقلى وتمتعه بالشخصية النرجيسية وهو سبب كافى

(1)BGH 1 StR 171/18 – Beschluss vom 28. Juni 2018 (LG München I) – § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs

(2)BGH 3 StR 153/18 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Oldenburg) § 22 StGB; § 23 StGB; § 52 .

يجد القاضى معه ضرورة تفريد العقوبة مع حالة المتهم طبقاً للمادة (63) عقوبات وضرورة إيداعه فى مستشفى للأمراض النفسية وتقرير علاجه الناجع⁽¹⁾.

ولهذا يرى الباحث أن القاضى الألمانى يمتلك صلاحيات تفريدية هائلة بالنزول بالعقوبة وإستجلاء ملامح شخصية الجانى كلما أسعفته ضمانات المواد (59) حتى (63) عقوبات . فينظر القاضى للجانى ويقارن مسلكه قبل الفعل وبعده ومخاطر العقاب القاسى عليه ودرجة تتمره ووسيلته ومدى انسجامه مع المجتمع .

خامساً / التَّنَمُّرُ يخالف المبادئ الدستورية الراسخة

يحفل الدستور الألمانى بنصوص عديدة تؤكد على إصطدام التَّنَمُّرُ مع الثوابت الدستورية ، والتي منها الحفاظ على الكرامة الإنسانية بالمادة (1)دستور . وكذا المادة (2) والتي بينت ضمانات الحرية ووضعت قيودها القانونية . كما يصطدم التَّنَمُّرُ مع الحق فى المساواة بالمادة (33) وسرية المراسلات بالمادة (10) وحرية الإعلام والتعبير والنقد بالمادة (5) ، وحرية الفكر والعقيدة بالمادة (138) إذا أخل بالضمانات كالأتى:

(¹)BGH 5 StR 555/08 – Beschluss vom 20. Februar 2009 (LG Bremen)

– § 63 StGB; § 241 StGB .

(أ) إخلال التَّئمُرُ بالحقوق المنظمة دستورياً

فالمادة (1) من الدستور توضح أن لكل فرد كرامة فريدة يتعين على كافة السلطات حمايتها ، وصونها ولايجوز إنتهاكها وينبغى تحقيق ضرورة العيش المشترك بين طوائفه المتنوعة من أجل نبذ العنف والكراهية . ولذلك يصطدم التَّئمُرُ مع هذه الثوابت إذا مارس الجانى إنتهاك للكرامة أو إذلال أوإذا برهن التَّئمُرُ على كراهية وعنف ضد الشخصية الإنسانية بماتمتع به من ضمانات وقيود فرضتها الثوابت الدستورية ذاتها (1) .

أما المادة (2) من الدستور الألمانى الصادر فى 1949 فقد أظهرت ضوابط العيش بحرية وكرامة وأنه لاتوجد حرية مطلقة بلاقيود والتي قد تتمثل فى عدم إنتهاك حقوق الآخرين أو إخل ممارسته للحرية بثوابت النظام الدستورى أويتضمن فعله إخلال بالأداب العامة ، والتَّئمُرُ قد يعرقل ممارسة الحريات عموماً (2) .

(¹) Art . (1) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland " (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt – (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt " .

(²)Art (2) " (1) " Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

كما بينت المادة (5) من الدستور أن لكل إنسان الحق فى التعبير عن رأيه بالقول والكتابة والنشر بالصورة المقبولة ، وله الحصول على أى معلومات من مصادرها لتطوير حرية الصحافة والإعلام . وتخضع أى تقييدات لهذه الحقوق لأحكام القوانين العامة والخاصة التى تضمن الحق فى الشرف الشخصى . كما يجب عند ممارسة هذا الحق عدم التغول على حقوق الآخرين بإنتقادهم أو التشهير بهم أو إزدراء أفعالهم و أقوالهم⁽¹⁾ .

أما المادة (10) والتى تتضمن سرية المراسلات والمواصلات فتوجب عدم جواز تقييد مبدأ السرية إلا إذا كان هناك خطر على النظام الديمقراطى الحر أو تم فحص بواطن المراسلات والبرقيات بواسطة أجهزة وهيئات يتم تحديدها من المجالس النيابية . ولهذا تظهر أفعال التَنَمُّر بماتمثلة من أعتداء على السرية وفضح الأشخاص وإنتهاك حرمتهم المصونة دستورياً والتى لايجب التعدى عليها إلا بالضوابط المشار إليها .

(ب) إستخلاص التَّنَمُّر فى جرائم ضد النظام الدستورى

فقد وضحت محكمة OLG Rostock الألمانية وجود تنمر الكترونى لدى بعض الأحزاب السياسية بمايستتبع وجود جرائم جنائية ضد الدستور فقالت (أن تغريدات

(¹) Thomas Mößle and Eva-Maria Zenses : (Internet Gaming Disorder und kriminelles Verhalten: Gibt es einen Zusammenhang ?) – Neue Kriminalpolitik Nomos Verlagsgesellschaft , 2016, Vol. 28, No . 1 pp. 33 .

بعض الساسة المتطرفين المثيرة للجدل على تطبيق Twitter قد تمنت وتضمنت خطاب شديد الكراهية وعمقت دعائمه ضد زعيم حزب البديل من أجل ألمانيا Von Storch وهي جرائم معاقب عليها طبقاً لنص المادة 186 وكذا 187 من قانون العقوبات (1) .

وقد بينت محكمة OLG Köln أن الإهانات التشهيرية تصطدم مع الحق في التعبير المكرس دستورياً بالمواد (5) و(93) و(266) طالما تضمن تشويه وإساءة للسمعة والإعتبار وهي أفعال يجرمها قانون العقوبات بموجب المادة (185) (2) . فلا يجوز نعت أعضاء الحزب الإشتراكي القومي بأنهم مجموعة من الحمقى ويمينيون متطرفون إذ تمثل هذه النعوت أفعال التتمُّر والإهانة ولا تمثل حرية رأى أو تعبير ، ولا يجوز التذرع بأنها مصنونة دستورياً في مظلة العمل السياسي الذي يتضمن تجريح مقبول ومستمر بهدف إنتظام مسار الديمقراطية (3) .

(1) BVerfG 1 BvR 1438/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 13. März 2017 (OLG Rostock / AG Grevesmühlen) – Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB –

(2) BVerfG 2 BvR 2428/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2005 (LG Waldshut-Tiengen) .

(3) BVerfG 1 BvR 2973/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. Februar 2017 (OLG Köln / LG Köln / AG Köln) – Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB; § 193 StGB .

وقد ذكرت محكمة LG Rostock أن الجناة قد حَقروا وتتمروا بالمجنى عليهم ووصفوا من يقود المؤسسات الدستورية على أنهم مجرد Der Verräter des deutschen Volkes أى خونة للشعب الألمانى والصقوا ملصقات كتب عليها أنهم (مطلبون) . وهذا خارج سياق حرية الرأى والنقد والتعبير ويعد مجرم بالمواد (185) و(187) و(201) و(233) من قانون العقوبات إذ يتضمن تجريح وطعن فى السمعة وتتمر لايستند لحقائق (1) .

وقد ذكرت محكمة AG Bückebug أن حرية الرأى والتعبير ليست مطلقة بدون قيد أو شرط طبقاً للمادة (2/5) من الدستور . وتجد حدها الإيجابى فى مراعاة النصوص الجنائية التى تجرم السب والقذف والتشهير والإهانة والتتْمُرُ الجماعى ضد أفراد الشرطة . فكلما اعتاد الأفراد رفع لافتات كتب عليها (FCK CPS) بإدعاء أنهم مأجورون للإعتداء على الإبرياء نظير القمع والتتكيل فإن ذلك يمثل تجريح واجب التجريم (2) .

صفوة القول إذن : القاضى الألمانى يمتلك صلاحيات فى الكشف عن انماط التتْمُرُ من سلسلة متتابعة من الجرائم الجنائية تتكامل مع وسائله التفريديية فى وزن العقوبة

(1)BGH 3 StR 392/15 – Beschluss vom 4. Mai 2016 (LG Rostock) § 90b StGB; § 92 StGB; § 185 StGB.

(2) BVerfG 1 BvR 1036/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 26. Februar 2015 (OLG Celle / AG Bückebug) – Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB .

وقياس درجة خطورة الجانى . كما يستلهم مدى اصطدام التَّنْمُرُ مع الثوابت الدستورية حينما لاتتوافر النصوص الصريحة فى المدونة العقابية .

سادساً / جهود التشريعات الهولندية فى مكافحة التَّنْمُرُ

يوجد فى طليعة قواعد مكافحة التَّنْمُرُ تشريع متخصص مرصود لحماية الموظفين والعمال من الحماية ضد المضايقات المادية والمعنوية والإبتزاز الوظيفى ومكافحة الإقصاء والفصل التعسفى بدون مسوغ ويسمى قانون تنظيم ظروف وشروط العمل رقم (28) لسنة 2014 لاسيما بمادته رقم (15) فقرة (2) والتي أوجبت على الحكومة إتباع سياسات وقائية تهدف إلى وقف وقائع التَّنْمُرُ والتسلط (pesten) أثناء تأدية وظيفته (1) .

كما تضمنت القواعد سلسلة من التدابير لمنع زيادة العبء النفسى والإجتماعى للعامل على إعتبار أن العامل أو الموظف الذى يستقيل طوعاً لا يستحق أن يطالب بإعانة بطالة فتسقط المساعدات المكفولة له وكافة مزاياه . وقد بينت المادة (261) عقوبات تجريم التشهير والمادة (262) جريمة الإساءة إلى السمعة والتحقيق

(¹) KB van 10 april 2014 (BS 28/4/2014) brengt nog bijkomende wijzigingen aan – 16 juni 2007 .

والإزدراء والمادة (266) الإهانات المستفزة والمضرة للنفس والمادة (285) التهديد بنشر السر والعيوب (1) .

ولهذا وجهت نظر الموظف بأن يُبْلَغُ عن أفعالِ التَّنَمُّرِ المتخذةِ ضدهِ إلى المستشار السرى للعمال كأحد أعضاء نقابة العمال وألجنة الشكاوى المختصة كسلطة إدارية وفنية معاونة ذات سلطة أعلى فى الرقابة والتوجيه أو إلى هيئة التفتيش أو الشرطة المدنية أو المدعى العام أوقاضى التحقيق إذا تعلق الأمر بجريمة جنائية (2) .

كما يحمى القانون المدنى بموجب مادته رقم (7-658) ضد التَّنَمُّرِ والإهانات فعلى صاحب العمل أن يحمى العامل ويحقق واجبات العناية بسلامة بيئة العمل (المادية والمعنوية) لتحقيق الرفاهية . و لهذا تعاقب المواد (137) عقوبات هولندى على كل من أهان وتتمر ضد مجموعة أوطائفة علناً سواء أكان بطريق شفوى أوكتابى بسبب عرقهم أو دينهم أو معتقدهم ، أو ميولهم من جنسين مختلفين

(1) Blomme Sarahë : (Crossnationale vergelijking naar de aanpak van pesten op school: Belgi, Nederland & Zweden doorgelicht) - Academiejaar 2012-2013 . p.no 39 .

(2) Het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk werd opgeheven door het koninklijk besluit van 17 mei 2007 .

أو من المثليين ، أو إعاقته الجسدية أو النفسية أو الذهنية ، يعاقب بالسجن لا تتجاوز سنة واحدة أو غرامة من الفئة الثالثة (1) .

وتعاقب المادة (138)الشريك الذى يدعم مالياً سلوكيات الإهانة بقصد الحصول على إنتشار واسع لأهدافغير مشروعة بذات العقوبات المقررة بالمادة (137).كما يلاحظ أن هذه النصوص العقابية والمتخصصة تخضع لرقابة أمين المظالم الهولندى بقانونه الرائد رقم (4) لسنة 1981 ليتأكد من إنتهاء كافة المضايقات (2) .

(1)Artikel 137c (Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie) .

(2)Wet van 4 februari 1981 (Bulletin van besluiten en besluiten 1981, Nr. 35),- National Ombudsman Act .

خاتمة

تعاظمت مضامين النتائج وتبلورت ملامحها كلما ظهرت مقومات تجريم ظاهرة التَّمَرُّ في إستجلاء تعريفها ومدلولها ومسارها ومعياريها وطبيعتها وأنواعها وتمايزها ونظرياتها التي تساعد في إضفاء صياغة تشريعية تقدمية تُحيطُ بالفرضيات التجريبية المتنوعة ، فبدون الإلمام بالمقومات تَنَفَّرُ أساسياتُ التشريع .

كما تجاذبت معطيات النتائج بالنظر لتحليل أركان جريمة التَّمَرُّ - المادية والمعنوية - في بيان السلوكيات وتصوير النتيجة وروابط السببية المنطقية التي تصلح في بلورة خصوصيات المسؤولية تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاءً . كما ظهرت في حل الإشكاليات الأساسية والثانوية المنبثقة عن صياغة النصوص الجديدة بتأصيلها وتخريجها من النَّظَرِيَّةِ الْعَامَّةِ لِلْجَرِيمَةِ أو إضفاء بعض مظاهر التَّفَرُّدِ بالنظر لخصوصيات التَّمَرُّ .

إلى أن أكتلمت النتائج في صورتها الغائية بالتعرض للتحليلات القضائية المقارنة لسلوكيات التَّمَرُّ وذلك ببيان موقف المحاكم العليا في فرنسا وإنجلترا والمانيا وإيطاليا وغيرهم في إستلهاهم صورة التَّمَرُّ ونموذجه المعاصر الذي يقتضى حرية التَّفَرُّدِ القضائي في معرفة مظاهره وبواعثه بشخصيات الجاني والضحية . وكلما أمكن التعرف على مقومات التجريم + أركان الجريمة + التحليلات القضائية = مكافحة التَّمَرُّ .

فهكذا وضع المشرع المصرى سقفاً محدداً غير مرن لتجريم السلوكيات التَّنْمُرية وذلك ببعض الأفعال التى تتال من الشخصية المصرية فى كرامتها وإنسانيتها وشرفها . فلايمكن الإحاطة بكل الفرضيات التجريبية التى تحاصر الكلام المموه والعقل المشوه فى الواقع الفعلى أو الإفتراضى والذى يهدف إلى التجريح والتحقير والتضليل والترهيب والتطاول والتعدى والتحريف ، وقد تتعدد مظاهره ومساراته دون أن يحاصره تشريع معين .

ولا يعتقد الباحث أن صياغة تشريع مرصود خصيصاً لمجابهة التَّنْمُر كالمادة (309مكرراً ب) والمضافة بالقانون (189) لسنة 2020 يمكن أن يحد بمفرده من السلوكيات التَّنْمُرية المتزايدة . بل لابد وأن يَعْضُدُهُ وَيُسَانِدُهُ سلسلة من التشريعات الغائية متعددة المسارات والإتجاهات الحمائية ممتدة المفعول والأثر- فى الإخلاق والسياسة والوظيفة والحريات والضمانات . فلايد من تشريعات ضد التمييز والحض على الكراهية وأخرى لمعالجة العنف الأسمى وأخرى ترصد للسلامة النفسية وخصوصية البيانات المعلوماتية (1) .

ولهذا تقتضى أولويات التجريم ومقومات إصدار التشريعات تهيئة البيئة الإجتماعية والسياسية لفعالية غيرها وهو ماعمل على تطبيقه المشرع الفرنسى والإيطالى والإنجليزى والألمانى بأصدار سلسلة من القواعد التى تؤلف فى مُجْمَلُهَا

(1)Patricia McNamara :("A Bit of a Joke": Policy and Workplace Bullying)-SAGE,vol.10, 2020.

جَبْهَةٌ حَمَائِيَّةٌ ضِدَّ سُلُوكِيَّاتِ التَّنَمُّرِ وَتُرْشِدُ الْقَاضِيَ لِإِصْطِفَاءِ الْحُلُولِ الْإِبْدَاعِيَّةِ .
وَعَلَيْهِ فَأَنَّ الْبَاحِثَ قَدْ تَوَصَّلَ إِلَى نَتَائِجٍ أَسَاسِيَّةٍ وَأُخْرَى فَرْعِيَّةٍ مُنْبَثِقَةٌ تَظْهَرُ فِي
الْآتِي بَيَانُهُ.

أولاً / ضرورات صدور تشريعات غائية قبل تشريع التَّنَمُّر في مصر

تلاحظ أن المشرع الفرنسي حقق أولويات التجريم الغائي قبل تحقيق فعالية تجريم
التَّنَمُّر وذلك في قانون مكافحة العنف الأسرى بالقانون LOI n° 2020-936
بما يمنع التعذيب والعنف بالمادة (1-26-222) ⁽¹⁾ . هذا وقد تلاحظ للباحث أن
المُشَرِّعَ الفرنسي قد أصدر قانوناً متخصصاً (LOI n° 2014-8773) بعنوان
المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة يمكن أن يحد جذرياً من السلوكيات التَّنَمُّرِيَّةِ
وتضمن تعديلات على قوانين أساسية منها قانون العمل والأسرة والضمان
الإجتماعي والعقوبات والإجراءات الجنائية والقانون المدني ⁽²⁾ .

كما أدخل المُشَرِّعَ الفرنسي تعديلاً جوهرياً وذلك بالقانون رقم(703) لسنة
2018 بشأن تعزيز ومكافحة ضحايا الإعتداءات الجنسية المتكررة و ليوضح سلسلة

⁽¹⁾ LOI n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales .

⁽²⁾ LOI n° 2014-8773 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes . Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014 .

الأنماط السلوكية التي تعد من جرائم الإغتصاب الجنسي المباشر أو غير المباشر وكيفية حماية الضحايا بالتبليغ الفوري وسريته وتحقيق ضماناته الجنائية (1) .

وقد أصدر المشرع الفرنسي قانوناً مثير للجدل يهدف لمكافحة خطاب الكراهية على الإنترنت ومجابهة سلوكيات التَّنَمُّر موضوعياً بما يشكل خطراً وضرراً على المجتمع الفرنسي بعد أن تعددت الحوادث الكارثية فصدر القانون LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (2) .

أما المشرع الإنجليزي فضم تشريعات غائية كقانون الحد من العنف المنزلي ضد أفراد الأسرة وانتشار الجريمة في عام 2004 وهو تشريع متطور للحد من التَّنَمُّر في الفصل (17) ومابعدده . كما ضم قانون مكافحة الجريمة وتحقيق الأمن المجتمعي في إنجلترا والمعروف بقانون Crime and Security Act 2010 (1) .

(1) LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes – JORF n°0179 du 5 août 2018 /Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 487 (2017-2018) .

(2) LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet – Journal officiel électronique authentifié n° 0156 du 25/06/2020– JORF n°0156 du 25 juin 2020 – Texte n° 1 . p . 181 .

(1) Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004– (Amendment) Act 2012– UK Public General Acts –

أما قانون أمين المظالم فى 2005 فقد أمتك أختصاصات للحد من التتمُّر والتَّمييز يمكن أن تُسَعِّفُ القضاء فى بيان ملامح ومقومات الركن المادى أو المعنوى وتحديد نطاق المسئولية للشخص الطبيعى والمعنوى بالنظر لعدم وجود نص صريح يجرم المضايقات والإستقواء المتكرر عن عمد إذا توافر تفاوت فادح فى المركز الإجتماعى أو السياسى أو الوظيفى وغيرها (1) . أما قانون الحد من الكراهية والعنصرية فى عام 2006 فقد نقل تجريم التتمُّر نقلة نوعية إذ عرف عناصره وبين مقوماته وأوضح أهم العقوبات التى تنال الأفراد جراء ارتكابه (2) .

ثانياً / إتباع منهج التفريد التشريعى فى نص القانون (189) لسنة 2020

توصل الباحث إلى ضرورة إتباع منهج التفريد التشريعى فى مضامين القانون رقم (189) لسنة 2020 بأضافة المادة (309 مكرراً ب) عقوبات مصرى . فرصد الباحث مجموعة من السلوكيات يتكون منها الركن المادى فى جريمة التتمُّر وليست كلها على درجة واحدة من الجسامة بما لاتستقيم معه أخضاعها جميعها لذات العقاب تشديداً أوتخفيفاً أو إعفاءً . وعليه إستهلّم الباحث حالتين يتبعن التفرقة بينهما وهما الأتى :

(1) Public Services Ombudsman (Wales) Act 2005– UK Public General Acts –

(2) Racial and Religious Hatred Act 2006 – [16th February 2006]– S.I. 2007/2490, art. 2 .

الحالة الأولى : سلوكيات إستعراض القوة وسيطرة الجانى

ثبت للباحث مدى الإقتران والإنسجام بينهما والذي يستوجب جمعهما فى حالة واحدة تفترض عقوبة خاصة ذات نطاق تفريدى من للقاضى الجنائى . فإستعراض القوة تبين إلى أى مدى قام المُتَمَرِّرُ بإستجماعها أوتحضيرها وتنسيقها لتتعلق بنوازعها الشريرة ناحية الإخلال بركيزة جوهرية أو مصلحة أوحق واجب الحماية أو تفريغه من ضماناته . فالسيطرة تفيد إمتلاكه لكافة الأدوات والمقومات الملموسة والمحسوسة وكذا المعنوية المتعلقة بالإرادة والإهلية التى تعوق المجنى عليه من الخلاص الكلى أوالجزئى لجرائم ترتكب ضده مما يبرهن إتحادهما فى نفس الهدف .

ولهذا يرى الباحث أن المشرع الفرنسى بالمواد (18-222) وكذا (5-434) عقوبات فرنسى قد أختص لكل حالة بعقوبة تتناسب مع الخطورة المنبثقة منها والهدف الغائى من إستعراض القوة لاسيما إذا أنتج عنف أو تهديد أو الحاق أذى جسيم . فينبغى ترك العقوبة لهذه الحالة بمفردها بين حد أدنى وأقصى على حسب ما يتولد عنه الإستعراض والسيطرة من جرائم قد لايحيط بفرضياتها النص التجريمى وقت صياغته وتصوره المبدئى .

الحالة الثانية : إستغلال ضعف المجنى عليه أو حالة يعتقد الجانى أنها تسمى اليه

تظهر بوضوح مدى إتحاد وغائية الهدف الذى يرمى اليه الجانى فى الحالتين سواء استغلاله للضعف أو أى حالة يرى أنها تحط من شأن المجنى عليه . ففى هذه الحالة يتعين على المشرع وضع عقوبة تزيد عن الحد الذى أختصه فى المادة (309 مكرراً ب) عقوبات بحيث تصبح الحبس الذى لا يقل عن سنة وغرامة لا تقل عن 50 ألف جنيه ولا تزيد عن 100 ألف جنيه ويحذف من النص سلطة التخيير بين الإكتفاء بعقوبة الحبس وحدها أو الغرامة وحدها لتكون الحبس والغرامة بالنظر لجسامة الأفعال التى تتولد عن إستغلال المجنى عليه.

كما ثبت محدودية نطاق الحالات التى أبرزها النص فيما يتعلق بنوعيات المراكز التى تسمى الى المجنى عليه بسبب عرقه أو جنسه أو صحته أو عقله أو تكوينه البدنى أو مستواه الإجتماعى . ولهذا كان على المشرع أن يفتح المجال لأى حالة أخرى يثبت فيها أنها تسمى إلى مركز المجنى عليه مثلما فعل المشرع الجنائى الفرنسى وذلك فى المواد من (1-225 حتى 4-225) ليقدر حالات فى الميول والإنتماءات والأراء إيا كانت الإتجاهات (1) .

(¹) LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice . JORF n°0269 du 19 nov 2016 .

ثالثاً / تفسير ظاهرة التَّمَرُّ في سياق النظرية التكاملية

تأكد الباحث من ضرورة تفسير ظاهرة التَّمَرُّ في سياق المدرسة التكاملية التي تدعو إلى التلاقى والتقارب بين الفقه الجنائي في كتاباته وملاحظاته وتجاربه الواقعية ، وبين علم الإجرام بمنهجه وأسلوبه وتحليلاته الفنية العميقة وملاحظاته التجريبية . فبدون معرفة حجم واتجاهات الظاهرة الإجرامية وأهدافها لا يمكن تحديد العلاج التشريعي الناجع لحلها ، فلا بد من التكامل بينهما وهو ما يساهم في عدالة الأحكام القضائية (1) .

فقد قدمت النظرية السلوكية تحليلاً دقيقاً للتناقض والصراع ما بين الموت والحياة وكذا اللذة والألم . فالشخص المُنْتَمِرُ يفضل الحياة واللذة على الموت والألم أكثر من أى شخص آخر بفضل الدونية والأنانية . فيضطر إلى دفع كل العوامل التي تؤدي إليهما وإتقاء شرهما حتى ولو بالعنف والإستحواذ والإستغلال لتكريس حق البقاء ، فضلاً عن فقدانه الإرتباط والإندماج وحب العطاء والوفاء والإنتماء لمجتمعه عموماً .

أما النظرية الفسيولوجية فتفترض أن هناك خللاً أو تلفاً عميقاً وجذرياً في الخلايا العصبية والنفسية للمنتمر مما يجعله يفقد السيطرة والتحكم المنطقي عن إدراك

(1) Franz von Liszt : (la législation pénale comparée : publiée par L'union internationale de droit penal) – I er Volume – " Le Droit Criminel des États Européens " – pedone –laurial éditeur – paris – 1894 .

واقعية تصرفه ، فيقبله حتى ولو كان شاذ أو مستهجن من المجتمع ويكرره بقسوة على إعتقاد بمشروعيته بما قد يؤدي في كثير من الحالات بإنعدام المسؤولية الجنائية . كما أنه يمتلك تدفق هائل وغزير وعشوائي من هرمون (testosterone) وكذلك هرمون (Epinephrine) والمعروف بالإدرينالين، ممايسهل له التماذى فى الإعتداء والإيذاء والعنف والبلطجة ضد الغير بالنظر لإنعدام الخوف والرغبة والرغبة عنده تماماً ولايرتدع لشدة العقوبات ضده أياً كانت⁽¹⁾.

أما النظرية التقدمية أوالتكنولوجية فترجع تفسير السلوكيات التَنَمُّرُية للتطور التكنولوجى والتقنى والرقمى الهائل وسرعة ايقاع الحياة وتلبية الأسرة لكافة متطلبات الأفراد من رفاهية لامتناهية بالرغم من أمكانياتهم المحدودة ، فيتولد لديهم نظرة دونية وفوقية وإستعلاء وأنانية بسبب تبسيط النمط الحياتى والبعد عن المشقة وعدم الإحساس بالغير ، وسرعة انتشار الإستقواء والإستغلال على مواقع التواصل الإجتماعى⁽²⁾ .

(¹) Sophie Lapointe : (Étude psychanalytique du phénomène de l'intimidation par des pairs à l'adolescence) – Thèse de doctorat en psychologie – Université du Québec à Montréal, 2015 – p .no 73 .

(²) Sophie Lapointe : (Étude psychanalytique du phénomène de l'intimidation par des pairs à l'adolescence)– op cit no 33 .

لذا يمكن للمشرع والقاضى أن يستفيدا من النظرية التكاملية التى تأخذ فى حسابها ظاهرة التَّئمُر فى سياق النظريات الثلاثة (نظرية سلوكية) + (نظرية فسيولوجية) + (نظرية تكنولوجية) = نظرية تكاملية . يستلهم منها المشرع الإنمات التقليدية والمستحدثة للتمر ويستجيب لتطورها ويحاصرها . أما القاضى فيستجلى سببية التَّئمُر فى كل حالة على حدا ليتفاعل معها بعقوبة رادعة وفعالة تجسد الإصلاح وإعادة التأهيل .

النتائج

1- التدخل الجنائي الإرتجالي قبل دراسة ظاهرة التَنَمُّر يفقد النص فعاليته

ثبت أن المشرع الجنائي كلما توجه مباشرة ناحية إنتاج نص عقابي قبل دراسة أى ظاهرة فى مفهومها ومقوماتها وعناصرها وأثارها وطرق مكافحتها قد يفقد النص فعاليته . بل ويمكن أن يأتى النص مشوهاً منقوصاً أنبثق من سلسلة تشريعات المناسبات التى تقنقد حكمة الإجراءات والضمانات والحريات . كما وضحت إرتجالية المعالجة فى أضافة نص المادة (309مكرراً ب) عقوبات مصرى كلما تضاعفت وتيرة التَنَمُّر دون معرفه مقوماته .

2- غائية تعريف التَنَمُّر فى المادة (309مكرراً ب عقوبات مصرى) ومحاسنه

رصد الباحث محاور تعريف التَنَمُّر وأبرز محاسنه وحلل السلوكيات بهدف حل الإشكاليات ، ف " يعد تنمراً كل قول أو استعراض قوة أو سيطرة للجاني ، أو استغلال ضعف للمجني عليه ، أو لحالة يعتقد الجاني أنها تسيئ للمجني عليه ، كالجنس أو العرق أو الدين أو الأوصاف البدنية ، أو الحالة الصحية أو العقلية أو المستوى الاجتماعي بقصد تخويله أو وضعه موضع السخرية ، أو الحط من شأنه أو إقصائه عن محيطه الاجتماعي " .

3- التَنَمُّر بمثابة تعريض الغير للخطر وفق مفهوم المادة (3-121) و (1)-1

(223) عقوبات فرنسى

ثبت أن جوهر جريمة التَّنَمُّر هو إستغلال الجانى (حالة) يعتقد أنها تسبب للمجنى عليه ، ولهذا يمكن أن تشكل جريمة التَّنَمُّر نمط وسلوكيات (الحالة) التى تهىء الخطر ويظل منبعث إلى أن يتجسد فعلياً . كما أن المساحة التى تبدأ مع باكورة الحالة وتنتهى بنهايتها تتجاوزها الأخطار والأهوال التى يضعها الجانى فى سبيل اتمام مشروعه الإجرامى لذا يعد تعريض الغير للخطر أقل من درجة العمد وأكثر من الخطأ غير العمدى.

4- التَّنَمُّر جريمة متتابعة الأفعال من منظور الفقه الجنائى الإيطالى المعاصر

تأكد الباحث أن خصيصة التكرار التناوبى المستمر تجعل التَّنَمُّر يدخل فى توصيفات الجرائم متتابعة الأفعال (le délit successif)⁽¹⁾ . فتركب من أفعال متعددة مستقلة يجمع بينها تماثل الحق المعتدى عليه ووحدة الغرض الإجرامى للجانى ويصلح كل منها على حدة لتطبق عقوبة واحدة على كافة الأفعال بالنظر لحالات التعدد المادى والمعنوى . وتسرى مدة التقادم المسقط للدعوى من اليوم التالى لوقوع آخر فعل من الأفعال .

5- تنوع أنماط النتائج المحظورة فى التَّنَمُّر أوجد إشكاليات إضافية فى النص

القانونى

(1) Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – op .cit 56 .

ثبت أن سلوكيات التَّمَرُّ تتنوع نتائجها بالنظر لتشعب مسارات وإتجاهات الأفعال ذاتها ، وهو ما ساهم في حدوث مشكلتين أولها في منطقة الشروع والتي يجب أن يتأكد فيها القاضى بكل اعتداء عن نية وخطورة ينتظر أن ترتب ضرراً مباشراً بالنظر للظروف والملابسات المحيطة . وثانيها مشكلة تراخى النتيجة فيتم حلها قضائياً بالنظر لصلاحية القصد وصورته- عمدية أوغير عمدية أومتعدية في أحداث الخطر والضرر في التَّمَرُّ .

6- إزدواجية مسألة طبيعة القصد في جريمة التَّمَرُّ

ثبت أن سلطة القاضى الجنائى فى إستخلاص القصد فى التَّمَرُّ لاتخضع لقاعدة موحدة ثابتة . فربما تبرهن الوقائع على أنها مسألة موضوعية يستخلصها القاضى من الملابسات والظروف المحيطة فى أكتشاف حالات الإستقواء والإستغلال والسخرية والإزدراء . كما أنها تلامس المناطق القانونية إذا تعرضت المحاكم العليا للثبوت من توافر اركان الجريمة أونفيها عموماً ، لذا فهى مسألة مزدوجة قانونية وموضوعية ترتب كافة أثارها .

7- مجهولية صورة القصد المتجاوز فى التَّنَمُّر وطريقة الكشف عنها

تمتاز صورة القصد المتعدى فى التَّنَمُّر بالتعقيد والغموض تشريعاً وقضاءً ، وفى كل حالة يغلب الجانى التمادى الشديد فى اتمام فعله الإجرامى يجب على القاضى استلهاام الخطورة الإجرامية ووضع الفواصل الحاسمة بين (الحد الإيجابى) وهو إنصراف الإرادة لترتيب الحدث البسيط وقيام العمد بكل عناصره وملامحه وبين (الحد السلبى) وهو عدم إنصراف إرادة الجانى لتجسيد الحدث الجسم غير العمدى⁽¹⁾ .

8- تضافر الحماية الجنائية النوعية مع التحليلات القضائية فى الموقف

الإيطالى لمكافحة التَّنَمُّر

أظهرت الدراسة مدى المرونة التى يتسم بها الموقف الإيطالى القضائى والتشريعى ، إذ تتساند التفريدت القضائية والأنماط التجريبية من مضامين الحماية التوزيعية فى قانون العقوبات كنص أصلى وقانون مكافحة التَّنَمُّر الإلكتروني legge 71 del 29 maggio 2017. فيبين الجرائم الواقعة على الشرف والحرية المعنوية وكل منها كفيل بوضع التعريفات و الإجراءات والضمانات والأليات والعقوبات والخطط الهادفة للمكافحة.

(¹) Cass .Crim : 26 novembre 2019, 18-85.046, Inédit – Cour d'appel de Douai, du 09 juillet 2018 .

9- إستكمال التحليلات القضائية الإنجليزية وإستلها مقوماتها من سلسلة

التشريعات الغائية

تأكد الباحث من ثراء الموقف الإنجليزي بسلسلة من التشريعات الغائية التي كافحت التَّئمُرُ وأخصها القواعد التي تحقق المساواة 2010، وكذا قانون منع العنف المنزلى ، 2004 وقانون الأمن المجتمعى 2010 وقانون أمين المظالم 2005 ، وقانون إصلاح نظام الأسرة 1969 ، وقانون السلامة النفسية 1964 ، وقواعد خاصة تحد من خطاب الكراهية والتمييز 2006. وكلها ترسم ملامح الحماية بتشريعات غائية تحاصر أفعال التَّئمُرُ.

10- واقعية الصلاحيات القضائية التفريدية فى الموقف الألمانى لمكافحة جرائم

التَّئمُرُ

ثبت للباحث أن القاضى الألمانى يمتلك صلاحيات فى الكشف عن انماط التَّئمُرُ من سلسلة متتابعة من الجرائم الجنائية تتكامل مع وسائله التفريدية فى وزن العقوبة وقياس درجة خطورة الجانى . كما يستلهم مدى اصطدام التَّئمُرُ مع الثوابت الدستورية حينما لاتتوافر النصوص الصريحة فى المدونة العقابية . كما تباينت العقوبات بالنظر للإعتراف بمبدأ التَّئمُرُ المتبادل بالمادة (199) عقوبات ، فلايطبق العقوبات أتوماتيكياً وأما يردها إلى منظومة تشريعية إجتماعية واخلاقية محاطة بسياج من الضمانات والآليات بهدف المكافحة .

التوصيات

أولاً/ ضرورة تشديد العقاب عن التَّنَمُّر في حالات إضافية لم يتناولها نص المادة
(309مكرراً ب)

يتعين إضافة حالات أخرى للتشديد أهمها إذا وجد الضحية وكان معاق أو شخص مسن أو كان التَّنَمُّر ضد امرأة حامل وهو ماكشف عنه الباحث في الوقائع المصرية للتمر . فتجاهل النص هذه الحالات ، ولايمكن أن تندرج تحت مسمى - إستغلال ضعف للمجنى عليه - فتخضع للعقوبة في حالتها البسيطة وهي الحبس الذي لايقبل عن 6 أشهر وغرامة لا تقل عن 10 آلاف جنيه ولا تزيد عن 30 الف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وفي هذا يقتضى الباحث أثر المادة (24-222) عقوبات فرنسى والتي تشدد إلى السجن لمدة 20 سنة إذا مورست أفعال الإغتصاب أو إنتهاك العرض الجسيم ضد شخص يُعَانَى ضِعْفٌ بسبب مرضه أو سنه أو إعاقته أو ضد سيدة حامل أو من شخص لها صلة قرابة أو حدث تشويه جسدى أو عجز دائم للضحية⁽¹⁾ .

ثانياً/ العمل على تضمين العقوبات الإجتماعية والتأهيلية فى نص المادة
(309مكرراً ب)

فقد خلا النص المصرى من أى عقاب يكتسى بالسمة الإجتماعية أو التأهيلية لاسيما وأن معظم حالات التَّنَمُّر تأتي من جناة صغار السن . فمن المفيد ملاءمة

(¹) Cass .Crim : 27 novembre 2019, 18-84.858, Inédit- Cour d'assises du Gard, du 17 mai 2018. (Rejet) .

بعض الحالات التي لاتجدي معها العقوبات المشددة ومثالها إذا وقعت الجريمة بين أكثر من شخصين وكانوا من أصول الضحية قاصدين التَّمييزِ ضده أو ممارسة التَّنَمُّرِ العائلي ضده فيمكن أن تحقق العقوبة الإجتماعية إعادة الإندماج والردع والتأهيل والفاعلية القصوى .

ويقضى الباحث أثر المادة (47) عقوبات ألمانى فى النص على العقوبات الإجتماعية والتأهيلية التي تقضى على مساوى الحبس قصير المدة . فيمكن العمل فى المرافق العامة الصحية والتعليمية وغيرها بدون مرتب لمدة سنة ، أو قراءة الكتب الإخلاقية للسجناء بحيث تخصص من مدة الحبس فترة لاتتجاوز 60يوم إذا تجاوز السجين أكثر من كتاب وهو النظام المعمول به فى البرازيل وهولندا والتشيك والنمسا والدنمارك وغيرها

ثالثاً/ فتح المجال لإستيعاب حالات جديدة تسمى إلى المجنى عليه وعدم حصرها كما فى النص

يتعين عدم الإقتصار على تلك الأمثلة التي أوردتها المادة (309مكرراً ب) فى الحالة التي يعتقد أنها تسمى إلى المجنى عليه كالجنس أوالعرق أوالدين أو الأوصاف البدنية أوالحالة الصحية أوالعقلية أوالمستوى الإجتماعى . فربما يفلت الجانى من العقاب إذ لم تندرج الحالة التي تسمى إلى المجنى عليه فى طيات النص لحصرها .

بل ينبغي إقتفاء أثر المشرع الفرنسى وذلك بالمادة (1-225) عقوبات ، بحيث تشمل وتتضمن الإلتناء السياسى والنقابى والميول والإتجاهات والأراء والهوية الجنسية واللغة والسن وغيرها . كما يلاحظ أن النص قد فرق بين التمييز الناتج من شخص طبيعى أو إعتبارى أوضده بحيث تتوازن وتتلاءم العقوبات وتحقق الفعالية (1) .

رابعاً/ تفعيل دور المرشِد النفسى psychothérapeute لمجابهة أفعال التَنَمُّر

تتجسد واقعية مكافحة التَنَمُّر فى تفعيل دور المرشد النفسى فيساعد على الكشف المبكر للسلوكيات الشاذة للمتتمرين ويتدخل إيجابياً لمنع مايعتريهم من قسوة وإستغلال وإزدراء . كما يسعى المرشد إلى تهذيب السلوكيات وتحسين المهارات ورصد التطورات والتحديات والتناقضات والتبصرة بالضمانات التى تواجه الأفراد .

كما يجب تعميم تجربة المرشد النفسى فى المدارس والمرافق والمصانع والمنازل بحيث يعمق التوقير وأحترام الذات وتعزيز التكيف الإجتماعى والتوافق مع القدرات وتدعيم مناطقها . فلاينزوى الأفراد إلى القلق والإكتئاب وتزداد المخاوف والهواجس التى لن تستطيع التشريعات والدراسات مهما أوتيت من مهارة أن تعالجها أوتكشف بواطنها الخفية . فيجابه الإستقواء والإقصاء والتمييز والتهديد والترهيب والإذلال ووالسخرية وغيرها .

(¹) LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice -JORF n°0269 du 19 novembre 2016 .

وتتكامل واقعية دور المرشد النفسى والإجتماعى مع إعادة صياغة النظام التأديبى فى المؤسسات التعليمية والوظيفية بحيث تتسم بصبغة وقائية تأهيلية أكثر منها عقابية إنتقامية بحتة . بل يأخذ فى حسابنه الظروف والملابسات ودرجات الخطورة وجسامة الفعل حتى تتبلور فى اتجاه قضائى معاصر يجسد العدالة التقييمية التى تساند العدالة التقييمية وهى التشريعات بمختلف توجهاتها سواء أكانت أصلية أو تكميلية أو غائية .

خامساً / استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي (ReThink) لتقليل من التَّنَمُّر

يوصى الباحث بتعميم تجربة استخدام الذكاء الاصطناعي للحد من التَّنَمُّر بحيث يعمل التطبيق الذي قام بتحميله أكثر من 27 مليون شخص حول العالم حتى 2020 على فترة الكلمات المسيئة وفحصها وتبنيه الأفراد إلكترونياً بماتمثلة هذه العبارات من جرائم تنهض من أجلها المسؤولية الجنائية الكاملة إذا تجسدت (1) .

ويأخذ تطبيق " ReThink " شكل لوحة مفاتيح رقمية افتراضية تستخدم بدلاً من لوحة المفاتيح القياسية على الأجهزة الذكية ، وتظهر للمستخدم كلما أراد الكتابة على مواقع البريد الإلكتروني أو التواصل الاجتماعي . وتستخدم لوحة المفاتيح تقنيات الذكاء الاصطناعي وخوارزميات في غاية الدقة للتعرف على أي عبارات أو ألفاظ مسيئة، ثم توجه تحذيراً للمستخدم بهدف إعطائه فرصة للتراجع عن هذه العبارة أو الإساءة .

وقد أخذت العديد من الدول بما يسمى (الهوية الرقمية) وهو أمر يتعلق بدمج التكنولوجيا في حياتنا اليومية وسبل التمييز بين شخصياتنا على الإنترنت وشخصياتنا الواقعية خارج الإنترنت . وبينما تعتبر الإنترنت أداة قوية يمكن استخدامها لربط الاشخاص والمجتمعات المتشابهة من الناحية الفكرية . فتسمح

(1) Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) – op .cit 21 .

بنتبع الجرائم ومحاصرة الجناة وتبسيط الأمور الإجرائية فى الضبط والتفتيش والتلبس والحفاظ على الضمانات .

الملخص باللغة العربية

أتجهت مسارات الدراسة إلى معالجة ظاهرة التتّمُر بإعتبارها جريمة لها من المقومات التى تفترض أثار متنوعة وأركان فى البنيان القانونى لها وتطبيقات وتحليلات قضائية مقارنة للكشف عنها وذلك فى الأتى :

فقد تناول المطب الأول وهو بعنوان (المقومات الأساسية فى تجريم التَّنَمُّرُ)

فتناول الباحث العناصر الأساسية التى تبرز خصائص وعناصر وقواسم التَّنَمُّرُ فى العصر الحديث . فبين تعريفها فى التشريعات الجنائية العادية والمتخصصة لاسيما الإيطالى والبلجيكى والكندى ، مع مدلولاتها فى تشريعات مقارنة أخصها الروسى والتشيكى . ثم أوضح أنواع التَّنَمُّرُ المؤثم جنائياً فى النطاق الجسدى والقولى والوظيفى والإجتماعى والسياسى والإلكترونى وخطورة مظاهره ومعطياته . كما أتجه إلى أبراز التمايز الجوهرى بين السلوك التَّنَمُّرُ والأفعال العدوانية العادية وصولاً إلى تحليلات علم الإجرام لتفسير التَّنَمُّرُ .

أما المطب الثانى بعنوان (أركان جريمة التَّنَمُّرُ)

فتناول أنماط السلوك فى استعراض القوة والسيطرة وإستغلال ضعف المجنى عليه وكل حالة تسمى اليه . مع تصوير النتيجة وبيان مظاهر الضرر والخطر وتنوع النتائج المحظورة وطبيعة المصلحة محل الحماية . ثم أقتضى العرض التطرق لمشكلة تداخل السببية فى التَّنَمُّرُ مع تراخى النتيجة وأثار ذلك على مسئولية الفاعل الأسمى والشريك والشخص المعنوى وحالات التشديد فى نص المادة (309 مكرراً عقوبات) . والتعرض للركن المعنوى فى صورة العمد وغير العمد والمتجاوز القصد وأبراز الوقتية وضمانات القضاء فى إستخلاصه .

أما المطب الثالث بعنوان (التحليلات القضائية الجنائية لسلوكيات التَّنَمُّرُ)

فقد تعرض الباحث فى القضاء الإنجليزى لىبرز فعالية سلسلة التشريعات الغائية التكميلية وتطبيقاتها على وقائع التَّئْمُرُ ؟ . وأنجع التحليلات لأنماط الركن المادى والمعنوى وأثبت سلوكيات التَّئْمُرُ. أما القضاء الألمانى الفيدرالى فأوضح خطة التشريعات الجنائية فى مكافحة التَّئْمُرُ وبيان أفعال الحط من الكرامة والسخرية والتهمك؟. وبيان مضمون مبدأ الإعتراف بالتَّئْمُرُ المتبادل . أما القضاء الإيطالى فيبرز أهم تطبيقاته فى قانون العقوبات فى محاور ثلاثة أستظهر أولها فى انماط التَّئْمُرُ فى الجرائم الواقعة على الشرف . وثانيها فى الجرائم الواقعة على الحرية المعنوية ، وثالثها رسم ملامح المسؤولية فى قانون مكافحة التَّئْمُرُ الإلكتروني الجديد .

Final summary

The course of the study was to address the phenomenon of bullying as a crime that assumes various effects and elements in the legal structure of it and applications and judicial analysis compared to detect it in the following

He addressed the first requirement, entitled "basic elements in criminalizing bullying"

The researcher addressed the basic elements that highlight the characteristics, elements and divisions of bullying in the modern era. Between its definition in ordinary and specialized criminal legislation, especially Italian, Belgian and Canadian, with its connotations in legislation compared especially Russian and Czech. Then he explained the types of criminal bullying in the physical, mental, functional, social, political and electronic scale and the seriousness of its manifestations and giveaways. I also turn to highlighting the fundamental differentiation between bullying behavior and normal

aggressive actions, down to criminology analyses to explain bullying.

The second requirement is entitled " elements of the crime of bullying "

It deals with patterns of behavior in the display of power, control, exploitation of the victim's vulnerability and every situation that harms him . With the depiction of the result, the manifestation of damage and danger, the diversity of prohibited results and the nature of the interest protected . The presentation then required to address the problem of the overlap of causality in bullying with the laxity of the result and raised this on the responsibility of the original actor, the partner and the moral person and the cases of emphasis in the text of Article (309 BIS penalties) . And exposure to the moral corner in the form of intentional, unintentional and beyond intent and highlight the timeliness and guarantees of the judiciary in its conclusion .

The third requirement is entitled " criminal judicial analysis of bullying behaviors" :

The researcher in the English judiciary has been exposed to highlight the effectiveness of the series of supplementary abolitionist legislation and its applications to the facts of bullying? . The most effective analyses of physical and moral corner patterns and evidence of bullying behaviors.As for the German federal judiciary, the plan of criminal legislation in the fight against bullying and the statement of acts of disrespect, ridicule and cynicism?.Statement of the content of the principle of recognition of mutual bullying . The Italian judiciary highlights its most important applications in the Penal Code in three axes, the first of which is in the patterns of bullying in crimes committed on Honor . The second is in crimes against moral freedom , and the third is the definition of responsibility in the new anti-cyberbullying law .

Reference books

1 –Anastasia Powell, Adrian J Scott, Nicola Henry : (Digital harassment and abuse: Experiences of sexuality and gender minority adults) – European Journal of Criminology – Volume : 17 issue : 2, . July 30, 2018 ; Issue published : March 1, 2020 .

2– C . Lombroso : (Le crime, causes et remèdes ; (avec un Appendice sur le progrès de l'anthropologie criminelle) Edition 1899 – paris – Paru le 1 mai 2012 broché .

3– Stefanie Eifler Daniela Pollich : (Empirische Forschung über Kriminalität Methodologische und methodische Grundlagen) – Springer Fachmedien Wiesbaden 2014 .

4 – Paola Biffi : (Bullismo e Cyberbullismo: una lettura criminologica) – Tesi di Master – Criminologia – CENAF – Centro Nazionale Alta Formazione – anno 2015 .

5– Victoria Foreman : (Constructing the victim in the bullying narrative: How bullying discourses affirm rather than challenge

discriminatory notions of gender and sexuality) – Crime, Media, Culture: An International Journal – U.S.A – Volume 11 Issue 2, August 2015 .

6– Sophie Lapointe : (Étude psychanalytique du phénomène de l'intimidation par des pairs à l'adolescence) – Thèse de doctorat en psychologie – Université du Québec à Montréal, 2015 .

7–Thomas Mößle and Eva–Maria Zenses : (Internet Gaming Disorder und kriminelles Verhalten: Gibt es einen Zusammenhang ?) – Neue Kriminalpolitik –2016, Vol. 28, No . 1 .

8– Marie–France Hirigoyen : (Malaise au travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux,) Syros, 2001 ; édition de poche Pocket, 2002 ; Éditions La Découverte, 2004.

9– Sonia Lucia : (Correlates of bullying in Switzerland) – First Published October 12, 2015 – European Journal of

Criminology – – (CHUV), Switzerland . Vol 13, Issue 1, 2016.

10– Franziska Börner : (Cybermobbing : Virtuelle Gewalt – Reales Handeln!– Aufklärungs– und Präventionsarbeit am Gymnasium Gleichense) – Ohrdruf, den 15. Dezember 2015.

11– Dominique Rulkin : (Base de départ: définition du harcèlement moral par le législateur en Belgique) – le psychologue.he – u.s.A – 2019 .

12– Reeve S . Kennedy : (Bullying Trends in the United States: A Meta–Regression) – Trauma, Violence , & Abuse – Durham, NH, USA – First Published December 1, 2019 .

13– DAVID YAMADA : (Workplace Bullying: Legal and Policy Implications) – Perspectives on Work , Winter 2004, Vol. 7, No. 2/ Published by: University of Illinois Press – (Winter 2004).

14 – Marie Christine Bergmann : (comparing school–related risk factors of stereotypical bullying perpetration and

cyberbullying perpetration) – European Journal of Criminology
– 22, 2019 .

15– Whitney DeCamp, Brian Newby : (From Bullied to
Deviant: The Victim–Offender Overlap Among Bullying Victims
) – Youth Violence and Juvenile Justice – Vol 13, Issue 1,
2015 .

16 –Gelson Descovi Vargas : (Bullismo – Percorso del
crimine!: Strategie politico–criminali ed educative per la
prevenzione del Bullismo) . (Italian Ed) Paperback – August
14, 2020–17–

17– Danilo Del Bello : (Il governo dei bulli e il "bullismo"
come sistema politico) – 19 / 7 / 2018 – globalproject.info .

18–Jean Pradel : (Droit pénal comparé) – Dalloz Précis 14
septembre 2016 – (4e édition) .

19–Bernard Bouloc : (Droit pénal général)–26ème édition
Paru – le 14 août 2019(broché) .

20– John Hendy and Odette Hutchinso (Optimize Criminal Law)
Frist Pub 2015 – Routledge/ london..

21 – Yves Mayaud / Carole Gaye : (Code pénal 2020,
annoté)– d'édition N°117 – DALLOZ .

22 – Franz von liszt : (la législation pénale comparée :
publiée par L'union internationale de droit penal) – I er
Volume " Le Droit Criminel des États Européens" pedone
laurial paris – 1894 .

23–Monica Chiovini : (Bullismo e cyberbullismo: un'analisi
psico-criminologica. Dal profilo di personalità agli interventi
rieducativi) – Pubblicato Magazine in Criminologia · 21
Giugno 2019 .

24 – Silvia Staubli and Martin Killias : (Long-term outcomes
of passive bullying during childhood: Suicide attempts
victimization and offending) – University of Zurich,
Switzerland – European Journal of Criminology – vol. 8, 5 .
First Published Sep 14, 2011 .

25 –Mika Hagerlid : (Swedish Women’s Experiences of Misogynistic Hate Crimes: The Impact of Victimization on Fear of Crime) – ST Pub Sep 11, 2020 – Feminist Criminology .

26– Josja J Rokven, Gijs de Boer, Jochem Tolsma :(How friends’ involvement in crime affects the risk of offending and victimization) – European Journal of Criminology –2017, Vol. 14(6)

27– Darrick Jolliffe : (The criminal careers of those imprisoned for hate crime in the UK) – European Journal of Criminology –2019 Vol. 18 – April 3, 2019.

28– Sally Black :(Victim Strategies to Stop Bullying)–Violence and Juven Justice, vol. 8/2010.

29– Patricia McNamara :(A Bit of a Joke”: Policy and Workplace Bullying)–SAGE,vol.10, 2020.

30–Tracey Curwen:(Cyber–Victimized Students: Incidence and Intervention)SAGE,vol. 3,2013

آليات تعزيز القطاع الزراعي في مصر كركيزة لتحقيق الأمن
الغذائي، في ضوء إستراتيجية الزراعة المستدامة 2030

د/ عبير إبراهيم ابو المجد السيد

مدرس الإقتصاد العام بكلية التجارة

جامعة دمنهور

ملخص البحث

يعتبر الأمن الغذائي من التحديات الرئيسية التي تواجه الحكومة المصرية، ويُعد الإرتقاء بالقطاع الزراعي وزيادة إنتاجيته من المقومات الرئيسية للأمن الغذائي لما يتصف به القطاع الزراعي من الخصائص والإمكانيات التي تستدعي أن يكون له دورا أساسيا في عملية التنمية والقضاء على الفقر وتوفير الغذاء في المجتمع أو على الأقل الجانب الأكبر منه يجب توفيره بالموارد المحلية، وفي ضوء ذلك استهدف البحث تقييم حالة الأمن الغذائي في مصر وفقا لدلائل المؤشر العالمي للأمن الغذائي كأحد المؤشرات الدولية الهامة، وكذلك تحليل المؤشرات المحلية للأمن الغذائي (الفجوة الغذائي، نسب الاكتفاء الذاتي). وبمراجعة الوضع الراهن للقطاع الزراعي ودراسة وتحليل أهم مؤشرات أداء القطاع خلال الفتره 2000-2018 خلصت الدراسة الى أن القطاع يواجه العديد من التحديات التي تمثل معوقا أمام استدامة القطاع بصفة عامة، وتحقيق الأمن الغذائي بصفه خاصه. ونتج عن مجمل تلك التحديات تراجع مؤشرات نسب الإكتفاء الذاتي وإرتفاع حجم الفجوة الغذائية من المنتجات الزراعية وانخفاض نسبة مساهمة القطاع الزراعي في الناتج القومي. الامر الذي يشير الى أنه ما زال هناك مجال واسع لتحسين مستوى الاداء في ذلك القطاع . وفي ضوء ما تقدم تم صياغة عدد من الآليات والسياسات التي من شأنها المساهمة في حل مشكلات القطاع الزراعي وزيادة إنتاجيته ومن ثم تعزيز الأمن الغذائي.

مقدمة

تعد قضية الأمن الغذائي واحدة من أهم القضايا سواء على المستوى الدولي أو المحلي، حيث يمثل الأمن الغذائي مرتبة متقدمة في قائمة الحاجات الأساسية، فهو التزام متفرع من التزام أعم بتوفير وحماية حقوق الإنسان وقد نصت المادة (11) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966 على الحق في الغذاء الكافي للإنسان، وتبعاً لذلك فالحكومات ملزمة بالمحافظة على حق كل مواطن في الحصول على ما يكفيه من الغذاء، وإتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان توافق سياسات إنتاج وحفظ وتوزيع الغذاء.⁽¹⁾ كما يعتبر الاعتماد على الذات في إنتاج السلع الغذائية الأساسية من الأهداف ذات الأولوية التي تسعى أي دولة لتحقيقها ومن ثم أصبحت قضية الأمن الغذائي محورا هاما من أهداف التنمية المستدامة العالمية 2030.⁽²⁾

(1) المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الأمم المتحدة، نيويورك، 2006، ص <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiesar.pdf>.14

(2) التنمية المستدامة العالمية: هي رؤية تستهدف عالم خال من الفقر والجوع والمرض تمت صياغتها في 17 هدفا استراتيجيا وفي سبتمبر 2015 اعتمدت 93 دولة خطة التنمية المستدامة 2030.

– The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Conservation for Sustainable Development report,

أما عربيا فقد أدرج هذا الهدف في استراتيجية التنمية الزراعية العربية، التي تبنتها القمة العربية التي عقدت في الرياض في عام 2007 وتقوم المنظمة العربية للتنمية الزراعية بإصدار تقارير سنوية، من ضمنها تقرير يُعني بمتابعة أوضاع الأمن الغذائي العربي.⁽¹⁾ وفي ضوء مواكبة مصر للاوضاع العالمية ومدى إدراكها لحجم مشكلة الامن الغذائي فقد التزمت بتنفيذ استراتيجية التنمية المستدامة 2030 بداية من عام 2016. كما جاء الهدف الرابع من استراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030 في مصر لينص على تحقيق معدلات أعلى للأمن الغذائي من السلع الغذائية الاستراتيجية.⁽²⁾

1980, PP32-35. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCS-004.pdf>

(1)- United Nations, Economic and Social Commission for Western Asia, Arab Horizon 2030: Prospects for Enhancing Food Security in the Arab Region, PP8-9,2017.

- جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الزراعية، تقرير أوضاع الأمن الغذائي العربي 2007 ، استراتيجية التنمية الزراعية العربية المستدامة للعقدين القادمين ، 2020-2025،الخرطوم 2008،ص11.

- د.محمد السيد عبد السلام، الأمن الغذائي في الوطن العربي، عالم المعرفة، 1998، ص14.
(2)وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - استراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030، مجلس البحوث الزراعية،2009،ص26-31.

ويرتبط المفهوم التقليدي للأمن الغذائي بتحقيق الإكتفاء الذاتى باعتماد الدولة على مواردها وإمكاناتها فى إنتاج احتياجاتها الغذائية محليا. ويعتبر الارتقاء بالقطاع الزراعى وزيادة انتاجيته من المقومات الرئيسيه للأمن الغذائى لما يتصف به القطاع الزراعى من الخصائص والإمكانات التى تستدعى أن يكون له دورا أساسيا فى عملية التنمية والقضاء على الفقر وتوفير الغذاء فى المجتمع او على الاقل الجانب الاكبر منه يجب توفيره بالموارد المحلية. الأمر الذى يعنى ضرورة الاهتمام بمواجهة معوقات نمو القطاع الزراعى للتغلب على مشكلة الامن الغذائى. (1)

ويعد القطاع الزراعى من القطاعات الرئيسية فى الاقتصاد المصرى بإعتباره المصدر الأساسى، ليس فقط للدخل لأكثر من نصف جملة السكان (خاصة سكان الريف الذى يضم غالبية الفقراء)، ولكنه أيضاً مصدر لتوفير الغذاء والمدخلات اللازمة للقطاعات الاقتصادية الأخرى (خاصة الصناعة)، كما أن زيادة الصادرات الكلية تعتمد على تنوع وزيادة الصادرات الزراعية مما يسهم فى تحسين الميزان التجارى المصرى. علاوة على أهميته فى الحد من البطالة وزيادة فرص التشغيل حيث انه يستوعب حوالي 34% من الأيدي العاملة. (2)

(1) هدى صالح النمر وآخرون، نحو تحسين أوضاع الأمن الغذائى والزراعة المستدامة والحد من الجوع فى مصر، معهد التخطيط القومى، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم 265، 2016، ص 7.

(2) د. محمود منصور عبد الفتاح وآخرون، الزراعة والغذاء فى مصر، الواقع وسيناريوهات بديلة حتى عام 2020، دار الشروق، 2001، ص 87-90.

وعلى الرغم من ذلك تؤكد البيانات الرسمية على إنخفاض وتراجع مساهمه صافى الدخل الزراعى من الناتج المحلى الإجمالى، وكما هو موضح فى الشكل رقم 1 والجدول رقم 1 بالملحق، فقد بلغت نسبة صافى الدخل الزراعى من الناتج المحلى الإجمالى حوالى 15% فى عام 2000 الا ان هذه النسبه اخدت فى التناقص حتى وصلت الى 7.3% فى عام 2017. ⁽¹⁾ بالاضافة الى إتساع الفجوة الغذائية مما يجعل تحدى الامن الغذائى وابعادة المستقبليه فى مقدمة التحديات على المستوى المحلى، وإنطلاقا من ذلك يهدف البحث الى دراسة واقع الامن الغذائى فى مصر (عدم الاكتفاء الذاتى) وتقييم دور القطاع الزراعى فى علاج تلك المشكلة وذلك فى ضوء عدد من المؤشرات الدولية والمحليه والبيانات الرسميه ذات الصلة.

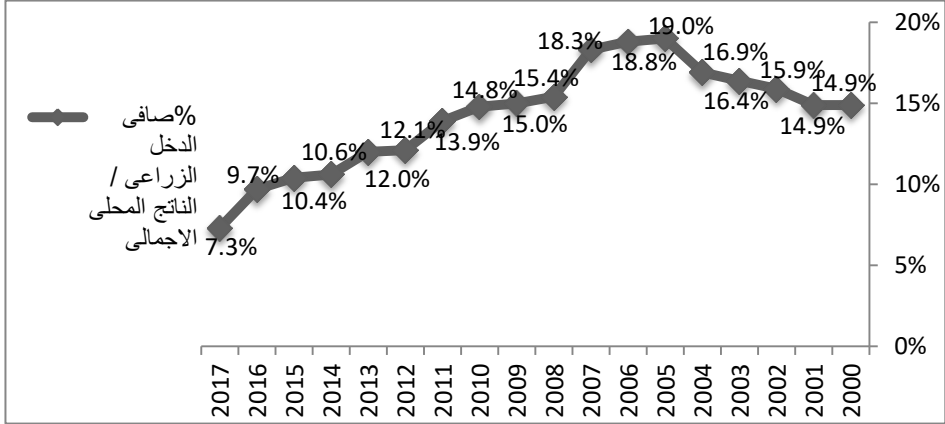
(2)

(1) الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء، النشرة السنويه لتقديرات الدخل من القطاع الزراعى، اعداد مختلفه للفترة من 2000-2018.

(2) - الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء. النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والتمتاع للاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة) .

- وزارة الزراعة واستصلاح الأراضى، قطاع الشؤون الاقتصادية، نشرة الإحصاءات الزراعية، اعداد مختلف، 2012-2018

شكل 1 : نسبة مساهمة قطاع الزراعة فى اجمالى الناتج المحلى خلال الفتره
(2018/2017-2001/2000)



المصدر: المصدر: - البنك الدولي

<https://data.albankaldawli.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CN?end=2018&locations=EG&start=1995>

الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, النشرة السنويه لتقديرات الدخل من القطاع الزراعى, اعداد مختلفه للفترة من 2018-2000

مشكلة البحث

تعانى مصر فى تحقيق أمنها الغذائى من مشكلات الاعتماد على الخارج لتوفير عدد من السلع الغذائية الرئيسية مما يترتب عليها استنزاف إحتياطيات النقد الاجنبى, ويعتبر القطاع الزراعى من أهم الأركان الأساسيه لمنظومة الأمن الغذائى فى مصر وذلك لما يتسم به القطاع من الخصائص وإمكانيات تستدعى أن يكون له دورا أساسيا فى عملية التنمية والقضاء على الفقر -الذي يتسم بأنه ظاهرة ريفية

بالدرجة الأولى - وتقليل الفوارق المتزايدة بين الدخل ومستويات المعيشة، خاصة بين الريف والحضر. كما أن الزراعة يقع عليها عبء توفير الغذاء فى المجتمع أو على الأقل الجانب الأكبر منه يجب توفيره بالموارد المحلية وكذلك تلبية إحتياجات القطاع الصناعى من المواد الأولية، الا أن القطاع الزراعى المصرى يعانى قدرأ من الإخفاق فى تحقيق الأمن الغذائى، لذا تعد أهم التحديات المرتبطة بالامن الغذائى هى تحديات ومشكلات مرتبطة بالقطاع الزراعى نفسه. وعليه تتمثل مشكلة البحث فى السؤال الرئيسى التالى :

- ما مدى مساهمه القطاع الزراعى المصرى فى تحقيق الأمن الغذائى (الاكتفاء الذاتى من السلع الغذائية)

وتتدرج من ذلك التساؤل عدد من التساؤلات الفرعيه هى :

- ما حجم الفجوة الغذائية وفقا للمؤشرات الدوليه والمحليه.

- ما هى أهم المعوقات التى تحول دون الإستخدام الامثل لإمكانيات القطاع الزراعى المصرى.

- ما هى أهم الآليات والسياسات التى من شأنها تعزيز القطاع الزراعى كركيزه لتحقيق الأمن الغذائى.

هدف البحث

انطلاقاً من مكانة وأهمية قضية الأمن الغذائي في خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية وأن الزراعة المستدامة ركيزة أساسية لتحقيق الامن الغذائي وان كلاهما جزء من اهداف التنمية المستدامة سواء على المستوى العالمى او المحلى. لذا يستهدف البحث:

- تحليل منظومة الامن الغذائي في مصر ومحدداته ومؤشراته خلال الفترة من (2000-2018)

- تحليل اهم المعوقات والتحديات التى تواجه القطاع الزراعى المصرى.

- اقتراح الاليات والسياسات اللازمة والتى من شأنها تعزيز التنمية الزراعية المستدامة وبالتالي تعزيز الامن الغذائي فى مصر.

منهجية البحث ومصادر البيانات

اعتمد البحث بصفة أساسية على البيانات الثانوية المنشورة من الجهات والوزارات المعنية بموضوع البحث، كالجهاز المركزى للتعبئة العامة والإحصاء، البنك الدولى، منظمة الأغذية والزراعة التابعة للأمم المتحدة، بالإضافة إلى البحوث والدراسات المرتبطة بموضوع البحث . واستند البحث على أسلوب التحليل الوصفي والكمي لإبراز الحالة الإتجاهية بين مؤشرات أداء القطاع الزراعى المصرى وبين مؤشرات الأمن الغذائى، وذلك مقارنة بالاهداف المعيارية للخطة الاستراتيجية للتنمية

الزراعية المستدامة 2030. وعلى اثر ذلك يستخدم البحث المنهج الإستنباطى فى صياغة آليات تعزيز دور القطاع الزراعى فى تحقيق الامن الغذائى فى مصر.

حدود البحث

يتطرق البحث الى تحليل تطور حجم الفجوة الغذائية فى مصر وفقا للمؤشرات الدولية والمحليه خلال الفترة الزمنية 2000-2018, وكذلك دراسة مؤشرات أداء القطاع الزراعى المصرى خلال نفس الفترة.

خطة البحث

اشتمل البحث على أربعة مباحث, حيث تناول المبحث الأول مفاهيم- الأمن الغذائى، ومفهوم الزراعة المستدامة وعلاقتها بالأمن الغذائى. واستعرض المبحث الثانى الأوضاع الراهنة للأمن الغذائى فى مصر وفقا للمؤشرات الدولية والمحلية. اما المبحث الثالث يتناول دراسة وتحليل لأهم التحديات التى تواجه القطاع الزراعى المصرى وتضعف من قدرته على تحقيق الأمن الغذائى, اما المبحث الرابع والأخير يتناول عدد من الآليات والسياسات المقترحة لتعزيز القطاع الزراعى وتحسين أوضاع الامن الغذائى فى مصر.

المبحث الأول

مفاهيم الأمن الغذائي والزراعة المستدامة

تباين مفهوم الامن الغذائي والزراعة المستدامة فيما بين الجهات المختلفة المعنية بتحديد تلك المفاهيم, كما تشهد تلك المفاهيم ومؤشرات قياسها تطوراً سريعاً نتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية وكذلك البيئية المرتبطة بتلك المفاهيم.

أولاً : مفهوم الأمن الغذائي

تتعدد تعريفات الامن الغذائي ولكنها تدور دائماً حول قدرة الدولة على تلبية إحتياجات المجتمع من الغذاء الكافي والصحي خلال فتره من الزمن وتتبنى عدد من المنظمات الإقليمية والدولية مفهوماً خاصاً بكل منها للأمن الغذائي على النحو التالي:

عرف مؤتمر الأغذية العالمي عام 1974 الأمن الغذائي بأنه ضمان توافر واستقرار المواد الغذائية الأساسية على المستوى الدولي والوطني . حيث قسم التعريف الأمن الغذائي الى مستويين رئيسيين وهما المطلق والنسبي، فيعرف المطلق بأنه قيام الدولة الواحدة بإنتاج الغذاء داخلها بمستوى يتساوى مع الطلب المحلي ومعدلاته أو قد يفوقها أحياناً، ويمكن اعتباره غالباً بأنه يحقق مفهوم الاكتفاء الذاتي الكامل، أما الأمن الغذائي النسبي فإنه يشير إلى مدى قدرة الدولة

على إنتاج وإيجاد ما يحتاجه الشعب أو الأفراد من سلع وغذاء بشكل كلي أو جزئي وضمن الحد الأدنى من تلك الإحتياجات بانتظام (1) .

وتُعرّف منظمة الصحة العالمية الشروط الخاصة بالأمن الغذائي بأنها توافر عدد من المعايير الهامة من أجل إنتاج، وصنع، وإعداد وتوزيع الأغذية الآمنة والصحية بالشكل المناسب لاستهلاك البشر. (2)

كما ركز تقريرالبنك الدولي عن الفقر والجوع عام 1986 على الفرق بين انعدام الأمن الغذائي المزمّن المرتبط بانخفاض مستوى الدخل وتدهور مستوى المعيشة وبين انعدام الامن الغذائي المؤقت المرتبط ببعض الازمات العارضه مثل الكوارث الطبيعيه وبعض الازمات الاقتصادية.(3)

(1) Food and Agriculture Organization of the United Nation (FAO) World Food Summit, 13–17 November, Rome 1996. PP2–3.

http://www.fao.org/wfs/index_en.htm

(2) Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), World Health Organization (WHO), The state of food security and nutrition in the world 2018, Building climate resilience for food security and nutrition, 2018. PP5–7.

<https://www.who.int/nutrition/publications/foodsecurity/state-food-security-nutrition-2018-en.pdf?ua=1>

(3) World Bank: Poverty and Hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries,

وتُعرّف منظمة الأغذية الزراعية (الفاو) الخاصة، الأمن الغذائي على أنه حصول كل فرد من أفراد المجتمع على حاجته من الغذاء السليم ذي النوعية الجيدة بشكل مُستقر، حتى يتمكن من عيش حياته بشكل صحي. (1)

ويتفق هذا التعريف مع تعريف " البنك الدولي " في عدم اشتراطه لمصدر الغذاء، سواء من الإنتاج المحلي أو من الواردات أو من كليهما معاً، ولكنه يختلف في اشتراطه أن يكون الغذاء عاملاً أساسياً في حياة صحية ونشيطة.

وعرفت المنظمه العربيه للتنمية الزراعية الامن الغذائي العربي بأنه يعنى توفير الغذاء بالكمية والنوعية اللازمين للنشاط والصحة بصورة مستمرة لكل أفراد الأمة العربية اعتماداً على الإنتاج الذاتى أولاً، وعلى أساس الخبرة النسبية لإنتاج السلع الغذائية لكل دولة عربية وإتاحته للمواطنين العرب بالأسعار التى تتناسب مع دخولهم وإمكاناتهم المالية. (2)

Washington,1986.P14.<http://documents1.worldbank.org/curated/pt/166331467990005748/pdf/multi-page.pdf>

(1)Food and Agriculture Organization of the United Nation (FAO), The State of Food Insecurity in the World, the multiple dimensions of food security, Rome2013. <http://www.fao.org/3/i3434e/i3434e.pdf>

(2) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الزراعية، تقرير أوضاع الأمن الغذائي العربي، 2018.ص 13.

http://www.aoad.org/Arab_food_Security_Report_2018.pdf

ويمكننا ان نستخلص من التعريفات السابقة أنه بصفه عامة هناك محورين أساسيين لمفهوم الأمن الغذائى:

المحور الاول: هو كمية ونوع الغذاء المطلوب لتحقيق الامن الغذائى وذلك المحور للامن الغذائى يقع فى نطاق الدراسات الطبيه والزراعية اكثر من الدراسات الاقتصادية.

المحور الثانى : هو كيفية الحصول على الغذاء سواء من المصادر المحلية او الاجنبيه وهنا اختلفت وتباينت الاراء .

فيرتبط المفهوم التقليدى للامن الغذائى بتحقيق الاكتفاء الذاتى باعتماد الدولة على مواردها وإمكاناتها فى إنتاج احتياجاتها الغذائية محليا. حتى وان تطلب ذلك التضحية بالاستخدام الامثل للموارد الزراعية, حيث ان الدول التى لا تستطيع توفير غذائها لشعبها اكثر عرضه للضغوط السياسيه والاقتصادية خاصه فى عالم تسوده علاقات اقتصادية وسياسيه متوتره, لذلك يعتبر انصار ذلك الرأى ان معدل الاكتفاء الذاتى من المنتجات الغذائية هو اهم مؤشر للامن الغذائى. واهم الانتقادات الموجه لهذا الرأى ان تحقيق الامن الغذائى بمفهوم الاكتفاء الذاتى فقط قد يتعارض

مع تحقيق مفاهيم أمنية اخرى مثل الامن البيئى والامن المائى وتوجيه الموارد نحو استخدامتها المثلى التى تحقق افضل عائد. (1)

على الجانب الاخر يرى البعض ان الامن الغذائى ليس من الضرورى ان يتحقق فقط بالاعتماد على الانتاج المحلى من الغذاء, وانما بقدرة الدولة الماليه لاستيراد ما يلزم لسد الفجوة الغذائية, وتوجه لهذه الاراء أيضا العديد من الانتقادات وهى ان العديد من الوقائع والاحداث تشير الى صعوبه حصول بعض الدول على ما يلزمها من غذاء فى بعض الاحيان, بالرغم من قدرتها على سداد قيمته نتيجة لبعض التوترات السياسيه أو الضغوط الاقتصادية, فضلاً عن احتمالات وضع عقبات من

(1) د. علي حافظ منصور, الاعتماد على الذات في الأمن الغذائي في مصر, مجلة مصر المعاصرة, الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع, مج 71 , ع 38, 1980, ص ص 82-85.

فرق البعض بين الامن الغذائى القومى او الكلى والامن الغذائى الفردى: حيث ان الامن الغذائى القومى والذى يعنى قدره الدولة على تأمين الاحتياجات الكلية من الغذاء سواء عن طريق الانتاج المحلى او الاستيراد. اما الامن الغذائى الفردى يتحقق عندما يستطيع جميع الافراد فى المجتمع فى الحصول على الغذاء الكافى وقد لا يتحقق الامن الغذائى الفردى لاسباب تتعلق بتوفير الغذاء والدخول واسعار الغذاء. كما ان الامن الغذائى الكلى لن يضمن وحدة تحقيق الامن الغذائى الفردى بدون اتباع سياسات مكملة تهدف الى عدالة توزيع الدخل ورفع مستوى المعيشه والعمالة وتحقيق تنمية اقتصادية وغيرها.

جانب المصدرين وعدم تأمين نقل كميات كبيرة من المواد الغذائية في أوقات الأزمات.⁽¹⁾

وبناء على ما سبق يمكن تعريف **الاكتفاء الذاتي** بأنه هو: قدرة مجتمع ما على إنتاج جميع احتياجاته محليًا اعتمادًا على موارده المتاحة الطبيعية والبشرية والمالية دون الحاجة إلى الآخرين، وقد يكون الاكتفاء الذاتي من الغذاء كليًا أو إنتاج الغذاء الذي يحتاجه المجتمع بجميع أنواعه دون استيراد وقد يكون جزئيًا يرتبط بمجموعة من السلع دون الأخرى.

ونسبة الإكتفاء الذاتي الغذائي هو عبارة عن نسبة كمية الإنتاج الي كمية الإستهلاك كنسبة مئوية، فهو مقياس يعتمد في حسابه علي الكميات دون القيم، وبذلك لا يتأثر بالأسعار وتقلباتها، لذلك نسبة الإكتفاء الذاتي الغذائي تعطي إنطباعاً أكثر واقعية عن حالة الغذاء علي المستوي الوطني، فهي تعكس قدرة الإنتاج علي مواجهة متطلبات الإستهلاك.

وعليه يوجد اختلاف بين مفهومي الأمن الغذائي والاكتفاء الذاتي حيث أن الاكتفاء الذاتي مؤشر قومي يشير إلى أن مدى كفاية الإنتاج القومي من الغذاء لتغطية احتياجات المجتمع وعدم الاستيراد من الخارج، اما الأمن الغذائي يشترط لتحقيقه توافر عناصر كفايه الغذاء وتوافره واتاحته بالإضافة الى ضرورة وصوله للجميع

(1) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الزراعية، تقرير أوضاع الأمن الغذائي العربي، مرجع سابق 2018، ص 16.

وأن يكون الغذاء صحياً وآمناً. وسوف يتبنى البحث المفهوم التقليدي للامن الغذائى المرتبط بتحقيق الاكتفاء الذاتى ولكن مع عدم اهمال البعد الاقتصادى والاجتماعى والبيئى فى توجيه الموارد واستخداماتها وذلك من خلال السعى الى تحقيق الامن الغذائى من خلال التنمية الزراعية المستدامة .

ثانيا : مفهوم الزراعة المستدامة وعلاقته بالامن الغذائى

تتطوى محاولة ايجاد تعريف دقيق ومباشر للزراعة المستدامة على تحديا واضحا ويرجع ذلك الى تباين وجهات النظر واهتمامات المعنيين بقضيه الاستدامة, وفيما يلى بعض التعريفات لمفهوم الزراعة المستدامة التى تناولتها الادبيات المختلفة:

- عرفت بعض الدراسات الزراعة المستدامة بأنها تعنى الاداء الزراعى الذى من شأنه تحسين الإنتاجية لمقابلة الطلب المتزايد, ويلاحظ ان التعريف ركز فقط على الانتاجية اى البعد الاقتصادى مع اهمال للعديد من العوامل الاخرى البيئيه والاجتماعية.(1)

- كما تناولت بعض الكتابات الزراعة المستدامة بأنها : الزراعة التى تقوم بإنتاج كميات كافية لغذاء ذو جودة عالية, مع الحفاظ على المصادر الطبيعيه وان تكون

(1) J. W. Hansen. Is Agricultural Sustainability a Useful Concept? Agricultural Systems 50 (1996),PP 117- 120 Elsevier Science Limited.

آمنة بيئياً ومربحة اقتصادياً. وذلك التعريف يعد أكثر شمولاً حيث يأخذ في الحسبان كل من البعد الاقتصادي والبيئي أيضاً. (1)

- كما عرفت المجموعة الاستشارية للبحوث الزراعية الدولية الزراعة المستدامة بأنها تلك التي تتطوى على الإدارة الناجحة لموارد الزراعة من أجل تلبية الاحتياجات البشرية المتغيرة، مع الحفاظ على جودة البيئة وتحسينها والحفاظ على الموارد الطبيعية. ويركز ذلك التعريف على النهج العلمي، حيث الاهتمام بحجم الانتاجية لتلبية الاحتياجات مع عدم اهمال البعد البيئي. (2)

- وعرفت منظمة الأغذية والزراعة التابعة للأمم المتحدة الزراعة المستدامة بأنها: "إدارة قاعدة الموارد الطبيعية وحفظها، وتوجيه التغيرات التقنية والمؤسسية بطريقة تضمن الحفاظ على التربة والماء والموارد الوراثية النباتية والحيوانية في بيئة غير متدهورة، ومناسبة تقنياً، وجيدة اقتصادياً، ومقبولة اجتماعياً". (3)

(1) John P. Reganold, Robert I . Papendick and James F. Parr, Sustainable agriculture. Scientific American 262(6), 1990,P 112–120.

(2) The consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR), The Eco regional Approach To Research In The CGIAR, 1993, P7. <https://core.ac.uk/download/pdf/132694833.pdf>

(3) The Food and Agriculture Organization (United Nations) FAO, Sustainable agriculture and rural development,PP5–8 <http://www.fao.org/3/u8480e/u8480e0l.htm>

وعلى الرغم من تعدد التعريفات المتداولة عن الزراعة المستدامة الا ان أكثرها شمولاً ما يركز على الثلاثة أبعاد الرئيسية وهي البعد الاقتصادي, البعد البيئي واخيراً البعد الاجتماعي.⁽¹⁾

(1) وفيما يلي تعريف موجز ومختصر للثلاثة أبعاد الأكثر شيوعاً في تقييم وقياس استدامة القطاع الزراعي.

مؤشرات البعد الاقتصادي يمكن قياس الاستدامة الاقتصادية من خلال مجموعة من المؤشرات هي الربحية والسيولة والاستقرار والانتاجية, كما اضافت بعض الكتابات مؤشر درجة الاستقلالية من ناحية التمويل او حجم مديونية القطاع واعتماده على التمويل الخارجى. **مؤشرات البعد البيئي**: تحتوى المؤشرات البيئية على الأنشطة ذات الأثر المباشر على البيئة حيث تشمل على العديد من الموضوعات مثال الموارد المائية, موارد الطاقة غير المتجددة, ادارة الاراضى . **مؤشرات البعد الاجتماعي** البعد الاجتماعي للاستدامة بالقطاع الزراعي يرتبط بالعاملين في ذلك القطاع وقد تم تجميع مؤشرات البعد الاجتماعي في ثلاث فئات رئيسية هي التعليم, ظروف العمل (عبء العمل, وقت العمل), نوعية الحياة وتقاس (بمستوى الدخل, الخدمات الأساسية في البيئة الريفية, وضع المرأة في المجتمع الريفى, مستوى الرعاية الصحية). لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع الى :

- Evelien M. de Olde and others, assessing sustainability at farm-level: Lessons learned from a comparison of tools in practice, Ecological Indicators 66 (2016),PP 391-404.

Contents lists available at Science Direct :

www.elsevier.com/locate/ecolind

- Environmental Indicators for Agriculture, Methods and Results, Organization FOR Economic CO-Operation and Development "OECD" , 2001.

ويتضح من التعريفات السابقة أن من أهم أهداف التنمية الزراعية المستدامة تحقيق الأمن الغذائي بالإضافة إلى العديد من الأهداف الأخرى مثل المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والمحافظة على الموارد المائية والمساهمة في التنمية الاجتماعية وتوفير فرص عمل وتخفيف مشكلة البطالة.

ومن ثم تعتبر التنمية الزراعية المستدامة المرتكز الأساسي الذي يضمن الأمن الغذائي لأي دولة، ويؤمن المواد الأولية للكثير من الصناعات، إلا أن القطاع الزراعي في مصر يواجه العديد من التحديات التي تعوق تحقيقه لما هو مستهدف منه. وسوف نلقى الضوء على تلك التحديات لاحقاً. (1)

(1) د. فرج الله عائدة بلعقون، دور الزراعة في تحقيق الأمن الغذائي في الجزائر، رسالة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية، قسم العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية - جامعة الجزائر 3، 2017، ص ص 17-22.

المبحث الثانى

مؤشرات الأمن الغذائى فى مصر

فيما يلى تقييم لحالة الأمن الغذائى فى مصر وفقا لدلائل المؤشر العالمى للأمن الغذائى, كأحد المؤشرات الدوليه الهامه للأمن الغذائى, وكذلك تحليل المؤشرات المحليه (الفجوة الغذائيه, نسب الاكتفاء الذاتى) والتي تعكس حاله الامن الغذائى محليا .

أولاً: الامن الغذائى فى مصر خلال الفتره من 2012-2018 وفقا للمؤشر

العالمى للأمن الغذائى. **Global Food Security Index (GFSI)**

تعددت مؤشرات الامن الغذائى بتعدد الجهات التى تصدرها, فبعد أن كانت منظمة الاغذية والزراعة FAO هى الجهة المنوط بها اصدار مثل هذه المؤشرات⁽¹⁾ ,

⁽¹⁾ مؤشرات الامن الغذائى لمنظمه الاغذيه والزراعة (FAO) تتكون من 30 مؤشر موزعين على الاربع ابعاد الرئيسيه وفقا لتعريف الامن الغذائى بمفهومه الشامل والمستدام كما يلى:

أ-الاتاحة او التوفّر (**Availability**) ويشير مفهوم هذا البعد إلى ضرورة توفّر الغذاء بكميات تكفي افراد المجتمع وأن يكون ذلك من ضمن المخزون الاستراتيجي. وذلك سواء عن طريق الإنتاج المحلى او الواردات. ويتكون من خمس مؤشرات فرعية.

ب-إمكانية الحصول عليه (**Food Accessibility**) هو أن تكون أسعار السلع والمنتجات ضمن متناول يد الأفراد، أو إمكانية تقديمه للأفراد على شكل معونة للطبقات الأكثر فقراً. أى ان امكانيه الوصول تتوقف على عدة عوامل رئيسيه منها الدخل المتاح للاسره, وطريقة توزيع الدخل داخل الاسره, وعلى أسعار المواد الغذائيه. ويتكون من ثمانية مؤشرات فرعية.

شهد العالم فى عام 2012 اطلاق مؤشر الامن الغذائى العالمى (Global Food

Security Index – GFSI)⁽¹⁾.

ويتميز مؤشر الأمن الغذائى العالمى الذى تصدره الإيكونوميست عن مؤشرات الأمن الغذائى التى تصدرها الفاو بأن الاول يمكن عقد مقارنات من خلاله بين

ج- **مأمونية الغذاء والاستخدام (Food Safety)**: وهي ضمان صحة الغذاء وسلامته وصلاحيته للاستهلاك البشرى.بالاضافة الى ضرورة توفر المياه النظيفة والصرف الصحى الأمن والرعايه الصحيه حتى يمكن استيفاء جميع الاحتياجات الفسيولوجيه والوصول الى الرفاهية التغذوية. ويتكون من عشرة مؤشرات فرعية.

د- **الاستقرار Stability**: ويركز هذا البعد على ضرورة الحفاظ على أوضاع الغذاء، وضرورة توفر الأبعاد الثلاثة السابقة مع بعضها البعض دون أن يحدث عليها أي تغيير. ويتكون من سبعة مؤشرات فرعية.

-Food and Agriculture Organization of the United Nation (FAO), Sustainable development goals, Building a Common Vision for Sustainable Food and Agriculture.Principles and Approaches, Rome2014,PP16–19. <http://www.fao.org/3/a-i3940e.pdf>

⁽¹⁾ مؤشر الامن الغذائى العالمى (Global Food Security Index – GFSI) وهو من اعداد وحدة الدراسات بصحيفة الايكونوميست Economist Intelligence Unit (EIU) وذلك بتكليف من مؤسسة دوبونت, ويوفر معلومات مفصله عن نقاط كل دولة, بما يمكن من اكتشاف وتحليل الاتجاه العام السنوى لتطور الامن الغذائى مع تسليط الضوء على نقاط القوة والضعف كل اربع سنوات, وجدير بالذكر انه لتقدير قيمة هذا المؤشر يتم احتساب نتيجة المؤشرات النوعية الثلاث (القدرة,الاتاحه, الجوده والسلامة) على اساس المتوسط المرجح لبعض المؤشرات التابعة لها ومن ثم يتم احتساب النتيجة النهائية للمؤشر العام كمتوسط مرجح للمؤشرات الفئوية الثلاث, ويتم تميط جميع الدرجات على مقياس من 0-100 حيث 100 الاكثر ملائمة.

الدول المختلفة على أساس المؤشر العام أو المؤشرات الفئوية الثلاث (القدرة على تحمل تكاليف الغذاء، الإتاحة، جودة وسلامة الاغذية) او على مستوى المؤشرالمفرد وعددهم 28 مؤشر، ومن ثم يمكن مقارنة مؤشرات الامن الغذائى لمصر بدول العالم الأخرى من خلال مؤشر الأمن الغذائى العالمى. (1)

(1) **المؤشر الفئوى القدره على تحمل تكاليف الاغذيه:** يقيس ذلك المؤشر قدرة المستهلك على شراء المواد الغذائية ومدى تعرضها لصدمات الاسعار، ومدى وجود برامج لدعم المستهلك فى الظروف الغير عادية، وما لا شك فيه ان قدره على تحمل تكاليف المواد الغذائية يعد جانب هام من الامن الغذائى، وتحسب نقاط هذا المؤشر بناء على المجموع المرجح لنقاط المؤشرات الرئيسيه الستة (استهلاك الغذاء كنسبة من الانفاق الاسرى، نسبة السكان تحت خط الفقر العالمى، الناتج المحلى الاجمالى للفرد PPP، التعريفات الجمركية على الواردات الزراعية، وجود برامج شبكات الامان الغذائى، توفر التمويل للمزارعين). وتحسب نقاط هذا المؤشر بناء على المجموع المرجح لنقاط المؤشرات الرئيسيه الستة التابعه له.

- **المؤشر الفئوى توافر الاغذية (الإتاحة) :** يعمل هذا المؤشر على تقييم العوامل التى تؤثر على إمدادات الغذاء وسهولة الحصول عليه، وقدرة الدولة على انتاج وتوزيع المواد الغذائية. كما أن صعوبة الحصول على الغذاء وتقلب الاسعار يؤثر بالسلب على مؤشر توافر الاغذية. وتحسب نقاط هذا المؤشر بناء على المجموع المرجح لنقاط المؤشرات الرئيسيه الثمانية التابعه له.

- **المؤشر الفئوى جودة وسلامة الاغذية :** يعمل هذا المؤشر على تقييم تنوع وجودة وسلامه النظام الغذائى بما يضمن تحقيق مفهوم "الطعام المغذى الذى يلبى الاحتياجات الغذائية". وتحسب نقاط هذا المؤشر بناء على المجموع المرجح لنقاط المؤشرات الرئيسيه الخمسة التابعه له. وقد تم اضافته مؤشر الموارد الطبيعیه فى عام 2017.

لمزيد من التفصيل عن تعريف المؤشرات الرئيسيه للمؤشرات الفئوية الثلاث ووحدة قياس كل منها، يرجى الرجوع الى :

كما تتميز مؤشرات الايكونوميست ايضا بانها يتم تحديثها باستمرار على اساس ربع سنوى لتأخذ تغيرات الاسعار فى الاعتبار, ويوضح الجدول رقم 2 بالملحق المؤشرات النوعية والفرعية لمؤشر الأمن الغذائى العالمى, فى حين أن مؤشرات الفاو لا تتيح المقارنات الا على مستوى المؤشر المفرد (وعدد هم 30 مؤشرا).

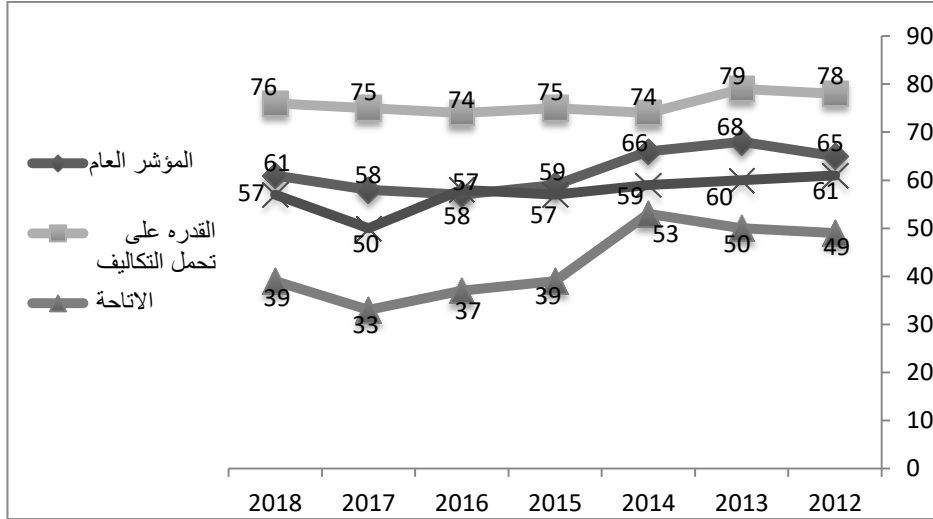
وفيما يلى تقييم لحالة الامن الغذائى فى مصر وفقا للمؤشر العالمى للامن الغذائى

يوضح الجدول رقم 3 بالملحق والشكل رقم 2 النقاط التى احرزتها مصر وترتيبها مقارنة بدول العالم, حيث احتلت مصر فى عام 2018 المركز 61 بين دول العالم (113 دولة) وحصلت على 100/56.3 نقطة بالنسبة للمؤشر العام للامن الغذائى, والمركز 76 بنقاط 100/45.2 نقطة بالنسبة بالنسبة للمؤشر النوعى القدره على تحمل التكاليف, والمركز 39 بنقاط 100/66.2 نقطة بالنسبة بالنسبة للمؤشر النوعى الاتاحة (التوفر), والمركز 57 بنقاط 100/56.7 نقطة بالنسبة بالنسبة للمؤشر النوعى للجودة والسلامة.

-Committee on World Food Security (CFS), Global Strategic Framework for Food Security and Nutrition,2017,PP30-33. <http://www.fao.org/3/a-mt648e.pdf>

شكل2: ترتيب مصر بين دول العالم (113 دولة) وفقا لمؤشر الامن الغذائى خلال

الفترة 2012-2018.



المصدر: مستخلص من نتائج مؤشر الامن الغذائى العالمى (2012-2018).

-The Economist Intelligence Unit Limited (EIU), Global Food Security Index (GFSI), (2012-2018) <https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

ويلاحظ ان عام 2018 قد شهد تدهور ترتيب مصر مقارنة بعام 2017 لكل المؤشرات، الا انه بوجه عام قد تحسن الترتيب بالنسبة للمؤشر العام والمؤشرات النوعية الثلاث القدرة على تحمل التكاليف ، الاتاحة، الجودة والسلامة، فى 2018مقارنه بعام2012 كذلك شهدت تلك الفترة تحسن فى النقاط التى احزرتها

والتي ارتفعت من 100/51.2 نقطة في عام 2012 الى 100/56.3 نقطة في 2018، وبصفه عامة تصنف مصر ضمن الدول الأكثر تحسناً.⁽¹⁾

وعلى الرغم من ان نقاط المؤشر العام للامن الغذائى التى احرزتها مصر قد شهدت تحسنا خلال الفترة 2012 - 2018، الا ان هناك فجوه سالبه بين نقاط المؤشر العام والمؤشرات الفرعية لمصر والمتوسط لدول العالم ودول الشرق الاوسط وشمال افريقيا خلال الفترة الزمنية المشار اليها، ويوضح كلا من الجدول رقم 4 بالملحق والشكل 3 الفجوه السالبة بين نقاط المؤشر العام لمصر والمتوسط لدول العالم ودول الشرق الاوسط وشمال افريقيا، اما بالنسبه لمؤشر القدره على تحمل التكاليف فكان الفجوه السالبة بين نقاط المؤشر العام لمصر والمتوسط لدول العالم ودول الشرق الاوسط وشمال افريقيا اكثر اتساعا ويمكن إرجاع ذلك لارتفاع اسعار المواد الغذائية بصفة عامة فى مصر بمعدلات تفوق الزيادة فى الدخول، اما بالنسبه للمؤشر النوعى الاتاحه فقد شهد تحسن ملحوظ وارتفاع فى نقاط المؤشر لمصر مقارنة بالمتوسط لدول العالم ودول الشرق الاوسط وشمال افريقيا، اما المؤشر النوعى الجوده والسلامه لمصر فقد شهد تحسن طفيف خلال الفتره وذلك

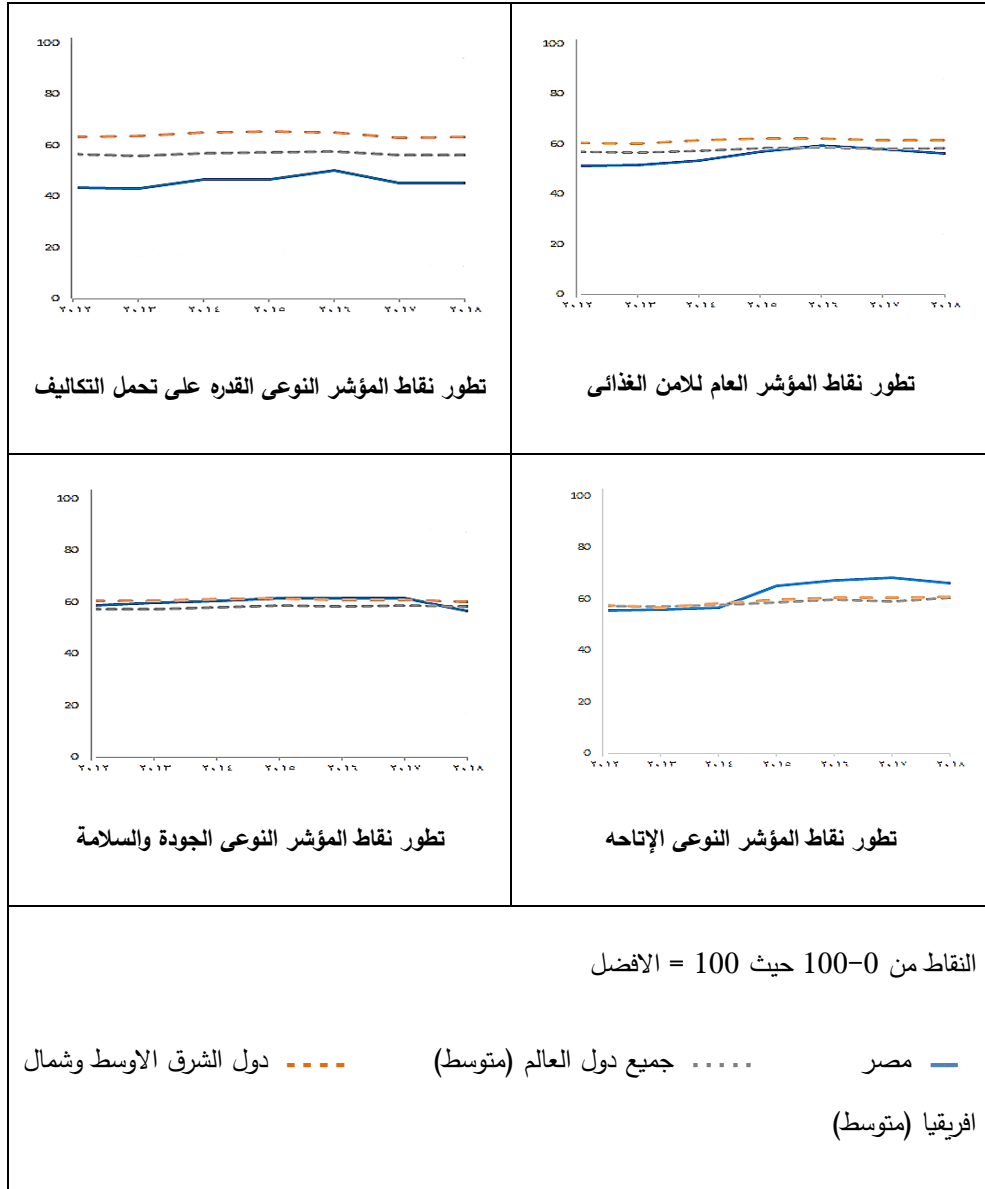
(1) The Economist Intelligence Unit Limited (EIU), Global Food Security Index (GFSI), (2012-2018)

<https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

مقارنه بالمتوسط العام لنقاط مؤشر الجوده والسلامه لدول العالم مما يعكس
المحاولات الجديه لمصر لاستيفاء معايير التغذية وتنوعها.⁽¹⁾

⁽¹⁾Global Food Security Index, Resource library, Global Food Security Index model (2012–2018) <https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

شكل 3 : تطور مؤشر العالمي للامن الغذائى لمصر مقارنة بالمتوسط العام لدول العالم ودول الشرق الاوسط وشمال افريقيا خلال الفترة 2012- 2018 . (نقاط/100)



المصدر: مستخلص من نتائج مؤشر الامن الغذائى العالمى (2012-2018).

, Resource library, Global Food Security Index Global Food Security Index
model (2012-2018) <https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

ثانيا : المؤشرات المحلية لأوضاع الأمن الغذائي في مصر

تعتبر إتاحة الغذاء المحور الأول لمحاور الأمن الغذائي ويتم قياسها على المستوى القومى من خلال تحليل تطور كل من حجم الفجوة الغذائية ونسب الإكتفاء الذاتى من السلع الغذائية الرئيسية حيث تتحدد قدرة الدولة فى تحقيق قدر اكبر من الامن الغذائى كلما ارتفعت قدرتها على توفير الامدادات الغذائية الكافية من الانتاج المحلى والحد من الاعتماد على الواردات الزراعية :⁽¹⁾

ويتضح من بيانات الجدول رقم 5 بالملحق والشكل رقم (4) عجز القطاع الزراعى عن الوفاء بالاحتياجات الغذائية المتزايدة للسكان وبالتالي تراجع معدلات الاكتفاء

⁽¹⁾ وزارة الزراعة واستصلاح الأراضى, قطاع الشؤون الاقتصادية, نشرة الإحصاءات الزراعية, اعداد مختلف, 2012-2018

- د. سرحان احمد سليمان, تقييم حالة الأمن الغذائى لمحاصيل الحبوب في مصر, الجمعية المصرية للاقتصاد الزراعى, المؤتمر الخامس والعشرون للاقتصاديين الزراعيين- مستقبل الغذاء في مصر, 2017, ص 35-38.

- د. حمدي عبده الصوالحي, السياسات والبدائل الممكنة لمواجهة أزمة القمح, مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار, ديسمبر 2003.

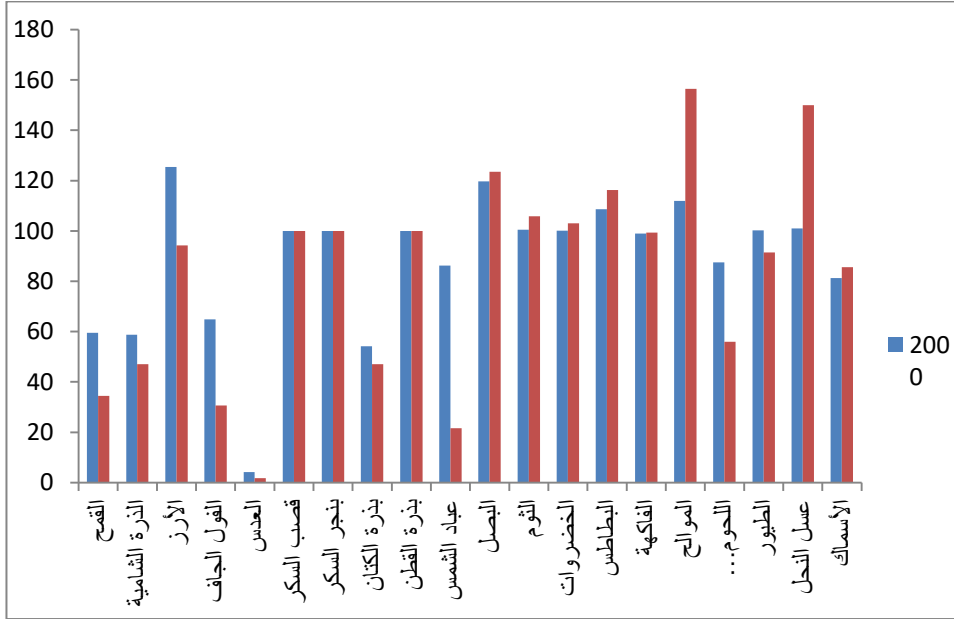
Available online at <http://www.idsc.gov.eg/default.aspx>

- د. أسامة بدير, تداعيات الأزمة المالية العالمية على الغذاء في مصر (الواقع والتحديات والآفاق المستقبلية), مركز الأرض لحقوق الإنسان, سلسلة الأرض والفلاح العدد رقم (48), مارس 2010, ص 32-35.

الذاتى وتزايد الفجوة الغذائية لمعظم الحاصلات الزراعية والمواد الغذائية الهامة منها القمح, الذرة الشامية, والفول الجاف, العدس, الارز . فالنسبة للقمح وهو يعد من أهم الحبوب الغذائية فقد انخفضت نسبة الاكتفاء الذاتى من 59.5% عام 2000 الى 34.5% عام 2018, وبالنسبة للذرة الشامية فقد انخفضت نسبة الاكتفاء الذاتى من 58.7% عام 2000 الى 47% عام 2018, وكذلك الفول الجاف وهو يعد من أهم البقوليات فى مصر فقد انخفضت نسبة الاكتفاء الذاتى من 64.9% عام 2000 الى 30.7% عام 2018, اما العدس فنسبة الاكتفاء الذاتى منه اقل 2% فى 2018 كما تزايدت الفجوة الغذائية لكل من اللحوم الحمراء والدواجن وبالتالي تزايد حجم الواردات من السلع الغذائية وتزايد عجز الميزان التجارى. والجدير بالذكر ان نسبة الاكتفاء الذاتى قد ارتفعت فى القليل من السلع, منها : قصب السكر،

الفاكهة (1)

شكل 4 : نسب الاكتفاء الذاتي من اهم السلع الغذائية خلال الفترة 2000-2018



المصدر: جمعت وحسبت من

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والمتاح للاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة).

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. الكتاب الإحصائي السنوي، اعداد متفرقة

(1) الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والمتاح للاستهلاك من السلع الزراعية .

ومع تزايد حجم الفجوة الغذائية واتساعها وانخفاض نسبة الاكتفاء الذاتي ارتفعت معدلات استيراد السلع الغذائية مما انعكس بالسلب على الميزان التجارى للسلع الغذائية. (1)

كما هو موضح أيضا فى الجدول رقم 6 بالملحق فقد زادت كميته واردات الحبوب من 9.2 مليون طن فى عام 2000 الى 21.1 مليون طن فى 2018، ويعد القمح من اهم الحبوب التى ارتفعت كميته الواردات منه خلال تلك الفترة من 6.2 مليون طن فى 2000 الى 12 مليون طن فى 2018 ، كما تضاعفت قيمته واردات القمح من 4.4 مليار جنيه فى 2000 الى حوالى 47 مليار جنيه فى 2018. كما تضاعفت الكمية المستورده من البقوليات من 371 الف طن الى 660 الف طن خلال نفس الفترة، كذلك زادت كميته الواردات من الحاصلات النشوية من 35 الف طن الى 139 الف طن، اما اللحوم الحمراء فقد ارتفعت واردات منها من 99 الف طن بقيمة 635 مليون جنيه فى 2000 الى 625 الف طن بقيمة 2.6 مليار جنيه فى 2018.(2)

(1) تعرف الفجوة الغذائية بانها الفرق بين كمية الإنتاج المحلى من السلع الغذائية والكمية المستهلكة منه، اما نسب الاكتفاء الذاتى عبارة عن النسبة المئوية لخارج قسمة كمية الإنتاج المحلى من سلعة ما على كمية الاستهلاك المتاح منها.

يقوم الجهاز المركزى بحساب الاستهلاك الكلى بالمعادلة التالية: الاستهلاك الكلى = الإنتاج الفعلى + الواردات - الصادرات + فرق المخزون أول المدة وآخر المدة .

(2) تعد الزيادة الكبيرة فى عجز الميزان التجارى انعكاس لعدة عوامل فى مقدمتها عجز الإنتاج المحلى عن تحقيق حد الاكتفاء الذاتى بالإضافة الى التقلبات فى الاسعار العالمية للسلع الغذائية

ويوضح الجدول رقم 7 بالملحق تطور كمية وقيمة الواردات والصادرات والميزان التجاري لاهم المحاصيل الزراعية والمنتجات الحيوانية خلال الفترة 2000-2018، حيث ارتفع عجز الميزان التجاري لاهم المحاصيل الزراعية والمنتجات الحيوانية خلال الفترة من 13 مليار فى عام 2000 الى حوالى 77 مليار فى عام 2018 مما يشكل عبئا على الاقتصاد الوطنى.

وجدير بالذكر ان تراجع نسب الاكتفاء الذاتى يتناقض مع المستهدف من استراتيجيه التنمية الزراعية المستدامه 2030، فعلى سبيل المثال استهدفت الخطة الارتفاع بنسبة الاكتفاء الذاتى من القمح الى 74% ومن الذرة الشامية الى 78% (1).

وكما سبق الإشارة، إن الارتفاع بالقطاع الزراعى وزيادة انتاجيته من المقومات الرئيسيه لتحقيق الأمن الغذائى، ومن ثم فإن الاخفاق فى تحقيق الإكتفاء الذاتى الغذائى يعنى ضرورة دراسة وتحليل المعوقات والتحديات التى تواجه نمو القطاع الزراعى.

وزيادة الطلب المحلى على السلع الغذائية نتيجة زيادة عدد السكان ادى الى ارتفاع قيمه العجز فى الميزان التجارى من حوالى 13 مليار فى عام 2000 الى حوالى 77 مليار فى عام 2018. (1) الجهاز المركزى للتعبئة والإحصاء، النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والمتاح للاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة) .

- د. محمد حسين أمين محمد، إمكانيات تقليل الواردات من السلع الغذائية الأساسية فى مصر، رسالة لنيل درجة ماجستير التخطيط والتنمية، معهد التخطيط القومى، 2017، ص125-130.

المبحث الثالث

أهم التحديات التي تواجه القطاع الزراعى فى مصر وتضعف من

امكانية تحقيق الامن الغذائى

تمثلت رؤيه استراتيجيه التنمية الزراعيه المستدامة 2030 فى "السعى إلى تحقيق نهضة اقتصادية واجتماعية شاملة قائمة على قطاع زراعى ديناميكى قادر على النمو السريع المستدام." وتمثلت الاهداف الرئيسيه لتلك الاستراتيجية فيما يلى : (1)

- الإستخدام المستدام للموارد الزراعيه الطبيعيه .
- تطوير الانتاجية الزراعيه لوحدتى الارض والمياه .
- تحقيق درجة أعلى للأمن الغذائى من سلع الغذاء الاستراتيجية .
- تدعيم القدره التنافسيه للمنتجات الزراعيه فى الأسواق المحليه والدوليه .
- تحسين مستوى معيشة السكان الريفيين وتخفيض معدلات الفقر الريفى .

وقد انبثقت عن استراتيجيه 2030 للتنمية الزراعيه المستدامه الخطة التنفيذيه الاولى التى تغطى سبع سنوات اعتباراً من 2010-2017, وقد إنطوت الخطة التنفيذيه الاولى على العديد من المستهدفات ذات الاولوية التى تتعلق بالانتاجية

(1) وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى, إستراتيجية التنمية الزراعيه المستدامة 2030, 2009 مرجع سابق, ص 35. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/egy141040.pdf>

والاستثمار والعمالة والدخل بالقطاع الزراعى، وبمراجعة الوضع الراهن للقطاع الزراعى ودراسة وتحليل أهم مؤشرات اداء القطاع خلال الفترة 2000- 2018 إتضح أن القطاع الزراعى يواجه العديد من التحديات التى تمثل معوقا أمام استدامة القطاع بصفة عامة، وتحقيق الامن الغذائى بصفه خاصه. وفيما يلى تنفيذ أهم تلك التحديات. (1)

أولاً- انخفاض وتراجع نسبة الاستثمارات فى القطاع الزراعى الى الاستثمارات الكلية

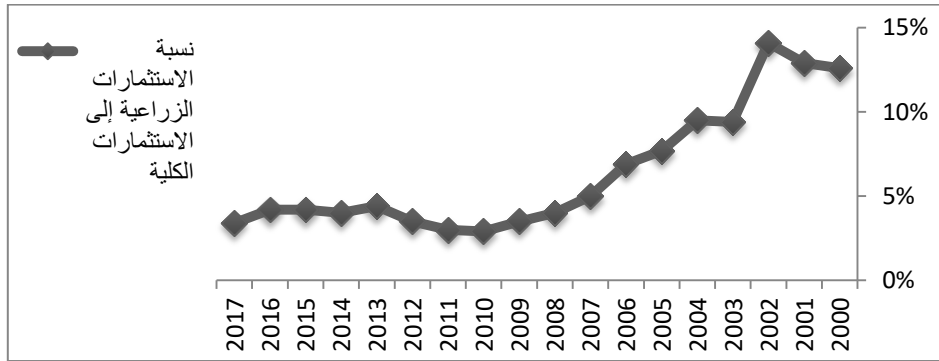
تنشأ أهمية الاستثمار الزراعى فى محورين اولهما التوسع الافقى وهو ما يعنى إمكانية الإهتمام باستصلاح اراضى جديده، والثانى التوسع الرأسى بما يعنى إمكانية زياده الاهتمام بجودة وانتاجيه الفدان وكلا المحورين يمثلان اهميه كبيره للامن الغذائى المصرى. وتوضح بيانات الجدول رقم (8) بالملحق والشكل رقم 5 ان قيمة الاستثمارات الزراعية بلغت فى عام عام 2000 حوالى 8.13 مليار جنيه بنسبه 12.6% من جملة الاستثمارات والتي انخفضت إلى حوالى 7.42 مليار

(2) لمزيد من التفصيل برجاء الجوع الى : وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى، وثيقة الخطة التنفيذية الاولى 2010/2017 لإستراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030, 2010.

جنيه عام 2005 بنسبة حوالي 7.7% فقط من جملة الاستثمارات ثم إستمرت تلك النسبة فى الانخفاض حتى بلغت حوالي 3.4% فقط عام 2018/2017.⁽¹⁾

شكل 5 : نسبة الاستثمارات فى القطاع الزراعى الى الاستثمارات الكلية بالاسعار الجارية

خلال الفترة (2001/2000-2018/2017)



المصدر: الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, الكتاب الاحصائى اعداد متفرقة.

- الموقع الالكترونى لوزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية- الحسابات القومية للاقتصاد القومي - سنوات مختلفة.

www.mpmar.gov.eg

ثانياً- انخفاض نسبة الاستثمار الزراعى العام الى الاستثمار الزراعى الكلى

إن نقطه الانطلاق لتحقيق إنجازات تنموية تتمثل فى الانفاق الاستثمارى العام الذى تقوم به الدولة موجهها لتدعيم البنية الأساسيه للقطاع وتجهيز مناطق الإستصلاح الجديده مما ينعكس ايجابا على استدامة القطاع الزراعى. ويوضح كلا من الشكل

(1) وزارة التخطيط والمتابعة والاصلاح الإداري - الحسابات القومية للاقتصاد القومي - سنوات مختلفة.

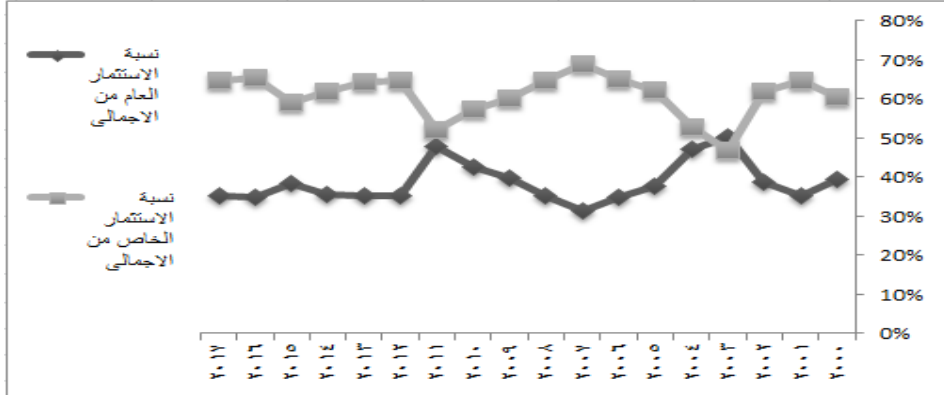
رقم 6 والجدول رقم 9 بالملحق تطور مساهمة كل من الاستثمارات العامة والخاصة في القطاع الزراعي خلال الفترة (2001/2000 - 2017 / 2018)، وتشير البيانات إلى أن الوزن النسبي للاستثمار العام من إجمالي الاستثمار انخفض من حوالي 40% في عام 2000 إلى 35.2% في عام 2017 . وهو ما يعد انعكاس لتوجهات الدولة منذ منتصف ثمانينيات القرن الماضي، حيث تقلص دورها الاقتصادي وترك الدور التنموي للقطاع الخاص.⁽¹⁾

وإذا كان تقلص دور الدولة في الاقتصاد القومي بصفة عامة مقررًا كسياسة عامة، وإذا كان مقبولًا ترك قوى السوق تعمل في مجالي الإنتاج والتسويق الزراعيين، فمن الضروري أن يستمر دور الدولة في مجال الاستثمار الزراعي بهدف مساندة الاستثمار الخاص الذي مازال محدوداً كما ونوعاً بالمقارنة بما تتطلبه تنمية هذا القطاع.

(1) د. سميره أنور متولى حميدة، دراسة اقتصادية لأهم العوامل المحددة للإستثمار الزراعي في جمهورية مصر العربية ، مجلة العلوم الاقتصادية و الاجتماعية الزراعية، كلية الزراعة، جامعة المنصورة، العدد 7، ص ص 1013-1016، 2016.

شكل 6 : تطور الاستثمار الزراعى العام والخاص بالاسعار الجارية

خلال الفترة (2000-2018)



المصدر: الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, الكتاب الإحصائى اعداد متفرقة.

- الموقع الإلكتروني لوزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية- الحسابات القومية للاقتصاد القومي - سنوات مختلفة.

www.mpmar.gov.eg

كما أن إنخفاض مساهمة الدولة فى الاستثمار الزراعى يتناقض مع ما هو مستهدف تحقيقه فى المرحلة الاولى من مراحل تطبيق استراتيجيه التنمية المستدامة 2030 والتي غطت الفترة من 2010 حتى 2017, والتي استهدفت ان يكون اجمالى الاستثمارات المطلوبه خلال السبع سنوات حوالى 106.6مليار جنيه ويساهم فى هذه الاستثمارات كلا من الحكومه بنسبه تبلغ نحو 46% والقطاع الخاص بنسبة 54%⁽¹⁾, ويؤكد على هذه الضرورة ما تبرزه الاحصاءات حول

(1) وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى, وثيقة الخطة التنفيذية الاولى 2017/2010 لإستراتيجية

التنمية الزراعية المستدامة 2030, مرجع سابق, 2010. ص×

التراجع الواضح لمعدلات استصلاح الأراضي في ظل محدودية الإنفاق الاستثماري العام خلال الفترة 2002-2007، حيث تراجع بالاسعار الجارية من نحو 18 مليار جنيه في الفترة 97/98 - 02/01 الى نحو 15.2 مليار جنيه في جملة السنوات الخمس التالية 2002- 007. (1)

ثالثا- إنخفاض نسبة الإستثمار فى البحوث الزراعية

إن الاهتمام بالبحث والتطوير في مجال الزراعة يعتبر ضروريا لتطوير تكنولوجيا الإنتاج، إلا أن معدلات استفادة الزراعة المصرية من مؤسسات البحث العلمى ليست بالمستوى المطلوب، ويرجع ذلك لأسباب يتمثل معظمها في تقليص موازنتها السنوية والتي تكاد أن تغطى فقط الأجور والمرتبات دون إتاحة مخصصات مالية تذكر للبرامج البحثية. حيث أن موازنة مؤسسات البحث والارشاد الزراعي تكاد لا تتعدى حازر 0.01% من الناتج المحلى الزراعي سنويا مقابل حوالى 2.5%-3% في الدول المتقدمة، بل وفي العديد من الدول النامية. (2) وإن كان هذا

(1) وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى، إستراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030، مرجع سابق، 2009، ص 2

(2) وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى، إستراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030، 2009، مرجع سابق، ص 28.

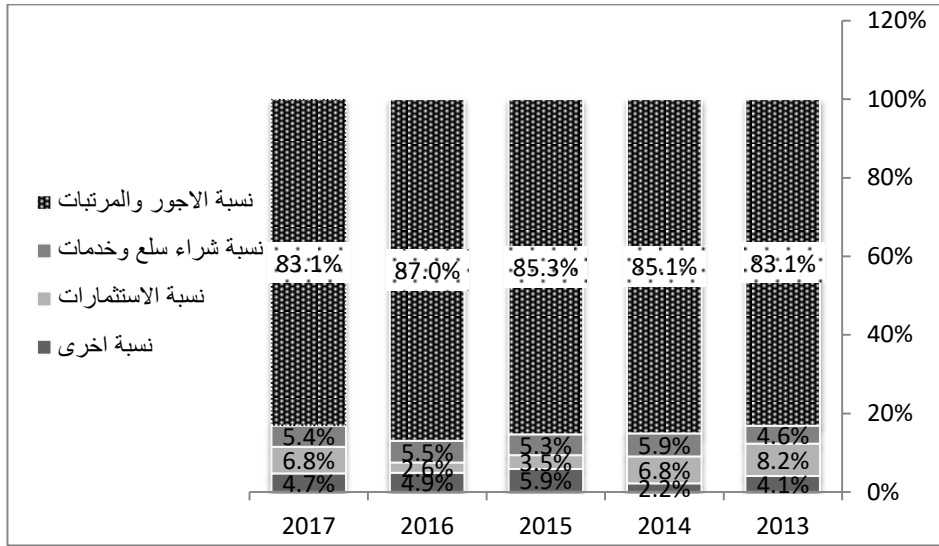
الوضع قد تحسن نسبيا حيث شكلت مخصصات المركز القومي للبحوث الزراعية في عام 2017/2018 نحو 0.5% من الناتج المحلي الزراعي. (1)

وكما يتضح من الشكل رقم 7 أن الرواتب تستنفذ الجزء الأكبر من مخصصات البحوث الزراعية، حيث بلغت حصتها 84.8% في المتوسط سنويا خلال الفترة 2013/2014-2017/2018 ولم تشكل تكاليف التشغيل والاستثمارات سوى 5.3% ، 5.5% من هذه المخصصات لكل منهما على الترتيب. مما يؤثر سلبا على مخرجات هذه البرامج. (2)

(1) محسوب من :وزارة المالية - الموازنة العامة للدولة، ووزارة التخطيط والمتابعة والاصلاح الإداري - الحسابات القومية للاقتصاد المصري.

(2) د. عبد الفتاح محمد حسين، السياسات الاستثمارية للقطاع الزراعي في إطار استراتيجية التنمية المستدامة "رؤية مصر 2030"، معهد التخطيط القومي، سلسلة كراسات السياسات ، عدد 9 يناير 2019. ص 12.

شكل 7 : هيكل موازنة مركز البحوث الزراعية خلال الفترة (2013 - 2018)



المصدر: وزارة المالية- الموازنة العامة للدولة- سنوات مختلفة.

رابعاً- انخفاض مستوى إنتاجية الفدان⁽¹⁾

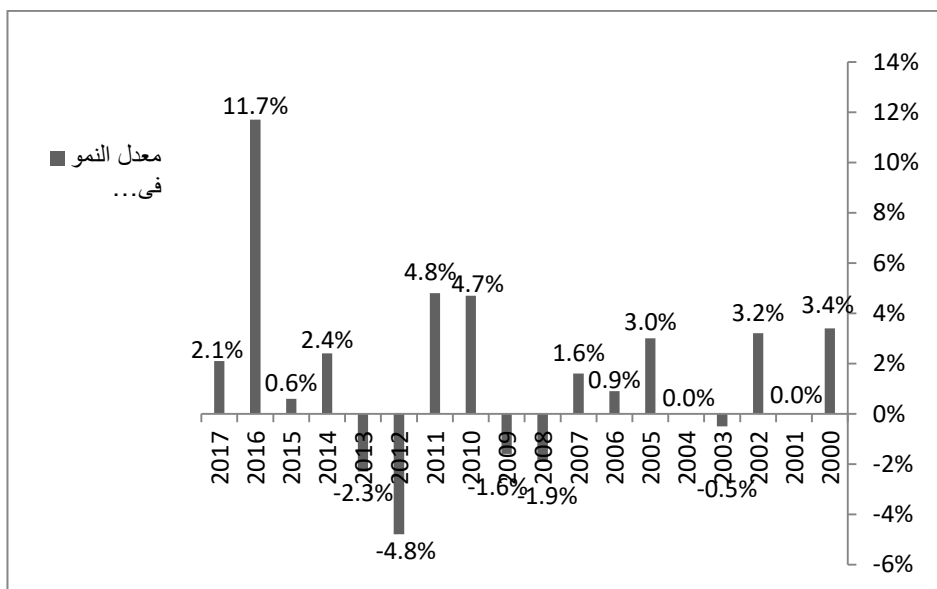
على الرغم مما تحقق من زيادة في إنتاجية الفدان خلال العشرين سنة الأخيرة، إلا أن كل هذه الزيادة لا تعكس الإمكانيات الكامنة للقطاع الزراعي، حيث تضمنت استراتيجية التنمية الزراعية المستدامة لمصر 2030 تقديرات حول مستوى الانتاجية المستهدف من الحاصلات المختلفة، والتي يمكن تحقيقها في ظل الامكانيات الحالية للقطاع واتباع الممارسات الزراعية الموصى بها. الا ان البيانات الفعلية توضح انخفاض الانتاجية الفعلية للفدان عن المستهدف تحقيقها، فوفقا للبيانات الرسمية الواردة في النشرات السنوية للارقام القياسية للإنتاج الزراعي وكما هو موضح في الشكل رقم 8 والجدول رقم 10 بالملحق إن معدلات نمو إنتاجية الفدان خلال الفترة 2000- 2018 قد تأرجحت ما بين الزيادة والنقصان، بمعدل نمو

(1) الإنتاجية الفدانية يُقصد حجم ما يُعْلِه الفدان من المحصول المزروع. ويتم حساب متوسط الإنتاجية الفدانية عن طريق قسمة حجم الإنتاج الكلي من المحصول على المساحة الكلية المنزرعة بهذا المحصول.

والرقم القياسي لمتوسط إنتاجية الفدان: يشتمل على 30 مفردة سلعية من مفردات الإنتاج الزراعي هي: قمح، شعير، ذرة شامية، ذرة رفيعة، ذرة صفراء، أرز، فول جاف، عدس، ترمس، حمص، حلبة، فول اخضر، قطن زهر، كتان، تيل الياف، فول سواداني، سمسم، كتان قش، بذر كتان، عباد الشمس، فول الصويا، قصب السكر، بنجر السكر، بصل، بذور برسيم، خضر شتوية، خضر صيفيه، خضر نيليه، موالح، فاكهه، نباتات عطرية. والتي تشغل معا ما يقرب من 96% من إجمالي المساحة المحصولية.

متوسط لإنتاجية الفدان خلال 2000-2018 يعادل 27.3%⁽¹⁾ وهو ما يعتبر دون مستوى الأثار المرتقبه لتطبيق الخطة التنفيذية الاولى لاستراتيجيه التنمية الزراعية المستدامة 2030, حيث ان معدل النمو المستهدف 54%⁽²⁾.

شكل 8 : معدل النمو فى متوسط إنتاجية الفدان خلال الفترة 2000-2018



المصدر: الجهاز المركزى للتعبئه والاحصاء, النشرة السنوية للارقام القياسية للإنتاج الزراعى, اعداد متتاليه من

2000-2019.

(1) الجهاز المركزى للتعبئه والاحصاء, النشرة السنوية للارقام القياسية للإنتاج الزراعى, اعداد متتاليه من 2000-2019.

(2) لمزيد من التفصيل برجاء الجوع الى: وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى, وثيقة الخطة التنفيذية لإستراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030, مرجع سابق, 2010.

خامساً- قصور السياسة الائتمانية وتدنى نصيب القطاع الزراعى من مصادر الائتمان

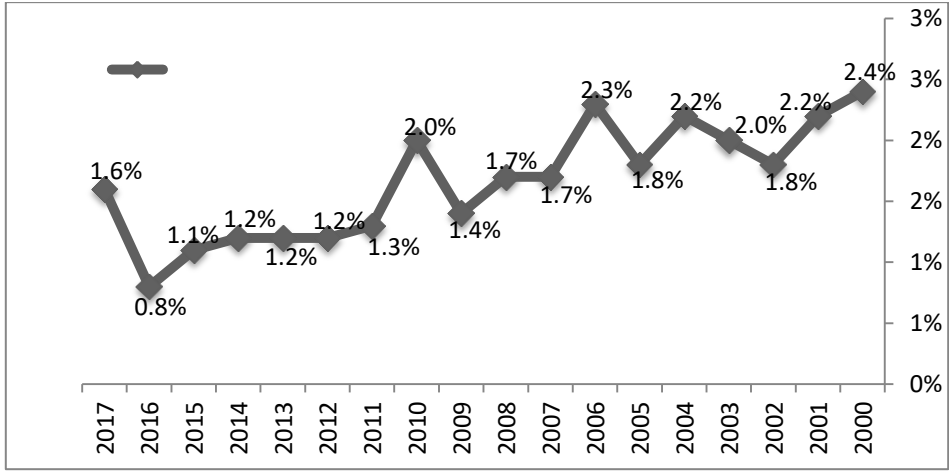
يعتبر التمويل أحد العناصر الأساسية التي تساعد علي إحداث التنمية في كافة القطاعات والأنشطة, ويشكل قصور التمويل أحد أهم المشكلات التي تواجه النشاط الزراعي, حيث أن المدخرات الريفية لا تفي وحدها في تمويل المشروعات الزراعية والاستثمارية, في نفس الوقت الذي يتضاؤل فيه نصيب القطاع الزراعى من التسهيلات الائتمانية المتاحة والمقدمة من البنوك المصرية, كما ان شروط الجدارة الائتمانية المطلوبة من المشتغلين في القطاع الزراعى والتي تشترطها البنوك يصعب استيفائها من قبل الاول في أحيان كثيرة جداً, وكذلك تواجه المؤسسات المالية التي تسعى للعمل في مناطق ريفية معوقات عديدة, مثل ضعف البنية الأساسية, وتشتت الطلب, ومخاطر الأسعار, ومحدودية الضمانات.

ووفقاً لتقارير البنك المركزي وكما هو موضح في الشكل رقم 9, بلغ متوسط نصيب القطاع الزراعى من إجمالي الائتمان المصرفي خلال الفتره 2001/00 – 2017/16 نحو 1.4% فقط, حيث انخفض نصيب القطاع من 2.4% في عام 2001/00 الى 0.8% في عام 2017/16. وارتفعت تلك النسبة في 2018/2017 لتصل الى 1.6%, وبالرغم من ذلك فهى ما زالت نسبة ضئيلة جدا مقارنة بأرصدة التسهيلات الائتمانية الممنوحة للقطاعات الاخرى في ذلك العام حيث حصل القطاع الصناعي على نسبة 32.1% من تلك الأرصدة يليه قطاع

الخدمات الذي حصل على نسبة 32.1% ثم قطاع التجارة بنسبة 15.1% اما القطاعات الأخرى غير الموزعة فحصلت على نسبة 25.2%.(1)

(1) البنك المركزي المصري, النشرة الاحصائية, أعداد متفرقة.

شكل 9 : نصيب القطاع الزراعي من إجمالي الائتمان المصرفي خلال الفترة 2000-2018



المصدر: البنك المركزي المصري، النشرة الإحصائية، أعداد متفرقة.

اما بالنسبة للبنك الزراعي والذي يفترض ان يكون له دور رئيسي في تمويل الاستثمار الزراعي كونه البنك المتخصص لتمويل النشاط الزراعي بشكل عام⁽¹⁾، الا ان هذا الدور يعتريه بعض أوجه القصور، حيث يتضح من البيانات الرسمية الوارده بالجدول رقم 11 بالملحق، والشكل رقم 10 الذي يمثل تطور هيكل القروض الممنوحة من البنك الزراعي، حيث تشير البيانات أن البنك وجه نحو 67.6% من إجمالي قروضه في المتوسط سنويا خلال الفترة 2001/00-

إلى القروض قصيرة الأجل والتي تغطي جزءا من تكاليف التشغيل

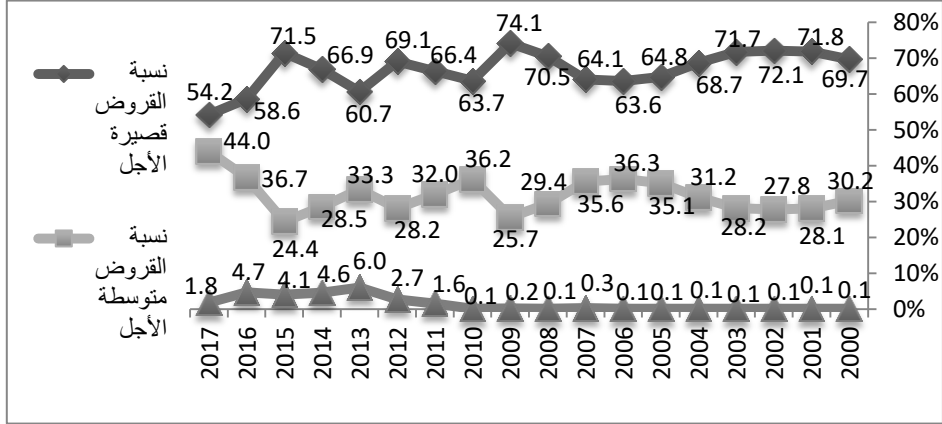
(1) لمزيد من التفصيل عن طبيعة دور البنك الزراعي في تمويل قطاع الزراعة أنظر : د/حنان رجائي عبد اللطيف، التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في الريف المصري بعد ثورة يناير 2011 ، معهد التخطيط القومي - سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، رقم 265، 2015 ص 132-139.

السنوية . وفي المقابل لم تستفد عمليات الاستثمار سوى بحوالي 32.4% من إجمالي القروض, وقد تم توجيه الجزء الأكبر من هذه الحصة إلى القروض متوسطة الأجل والتي بلغت نسبتها 30.9% من إجمالي قروض البنك, أما القروض طويلة الأجل والتي توجه الى أنشطة إستثماريه هامة مثل استصلاح الأراضي وتطوير نظم الري فبلغت حصتها فقط 1.5% من إجمالي القروض الممنوحة من البنك الزراعي, وقد بلغ إجمالي القروض الاستثمارية 14.2 مليار جنية عام 2018/017 مقابل 9.6 مليار جنية عام 2017/016 بنسبة زيادة قدرها 47.2%, وبلغ اجمالي القروض قصيره الاجل 7.7 مليار جنية عام 2018/017 مقابل 5.6 مليار جنية عام 2017/016 بنسبة زيادة قدرها 36.2%, اما القروض متوسطة الأجل فقد بلغت 6.2 مليار عام 2018/017 مقابل 3.5 مليار جنية عام 2017/016 بنسبة زيادة قدرها 76.5%, وترجع الزيادة فى قيمة القروض قصيرة ومتوسطة الأجل الى الزيادة فى قروض الثروة الحيوانية والتوسع فى منح قروض اعمال مرتبطة بالزراعة وقروض بضمان ودائع مختلفة الاغراض. وبلغ اجمالي القروض طويلة الاجل 0.243 مليار جنية عام 2018/017 مقابل 0.446 مليار جنية عام 2017/016 بنسبة إنخفاض قدرها 45.5% , ويرجع ذلك إلى الانخفاض فى قيمة قروض الشباب والعاملين ومشروعات التعاون الدولى. (1)

(1) الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - النشرة السنوية للنشاط التعاوني بالقطاع الزراعي -سنوات مختلفة.

شكل 10 : تطور نسبة القروض الاستثمارية (قصيرة, متوسطة, طويلة الأجل) الممنوحة من

البنك الزراعى خلال الفترة 2000- 2018



المصدر: جمعت وحسبت من

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. النشرة السنوية للنشاط التعاونى بالقطاع الزراعى (أعداد متفرقة) .

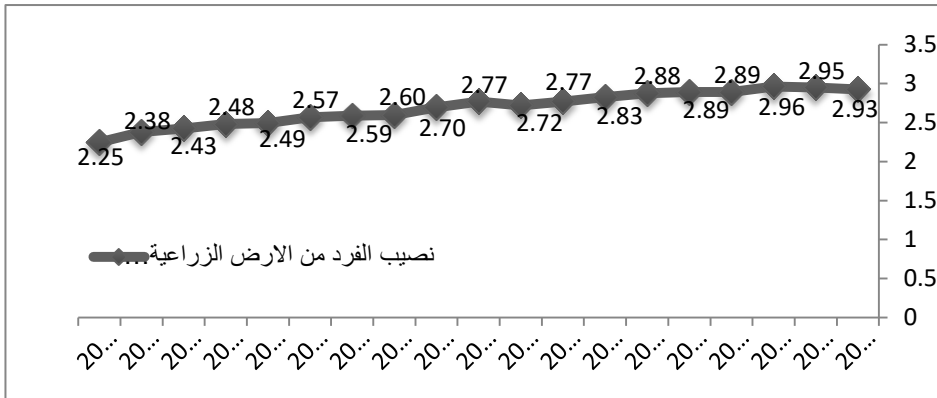
سادسا- تباطؤ نمو الرقعة الزراعية

تشير البيانات الرسمية إلى تباطؤ معدلات نمو الرقعة الزراعية, وذلك على الرغم من توالى الاستراتيجيات الزراعية التى استهدفت استصلاح اراضى جديدة, فقد استهدفت استراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030 استصلاح نحو 4.5 مليون فدان حتى عام 2030 أى بمعدل سنوى 225 الف فدان, على أن يتم خلال المرحلة الاولى من تلك الخطة استصلاح واستزراع 1.5 مليون فدان, وكما هو موضح فى الجدول 12 بالملحق ان المساحات المستهدف استصلاحها سنويا لم تتحقق باى سنه من سنوات الخطة ما عدا عام 2006 حيث أن بيانات المساحات

المستصلحة شملت مشروعات التعمير والتنمية الزراعية ومشروع مبارك في ذلك العام.⁽¹⁾

كما أن نمو الرقعة الزراعية بمعدلات اقل من النمو في الزيادة السكانية أدى الى تناقص نصيب الفرد من الرقعة الزراعية في مصر, ويوضح الجدول رقم 13 بالملحق والشكل رقم 11 فقد انخفض نصيب الفرد من المساحة المزروعة من حوالي 0.122 فدان (2.926 قيراط) في عام 2000 الى حوالي 0.094 فدان (2.248 قيراط) في عام 2018, بالاضافة الى التزايد المستمر في التعدادات على الاراضى الزراعية, وبالتالي فان الفقد المستمر فى الاراضى الزراعية ينعكس سلبا على قدره القطاع على تحقيق الاكتفاء الذاتى الغذائى .

شكل 11 : تطور نصيب الفرد من الارض الزراعية فى مصر خلال الفترة 2000-2018 (قيراط/نسمة)



⁽¹⁾ وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى, استراتيجية التنمية الزراعية المستدامة حتى عام 2030 , مرجع سابق, 2009.

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. الكتاب الإحصائي السنوي (أعداد متفرقة) .

سابعاً- التعديلات على الاراضى الزراعية

يعد من التحديات الهامة أمام السياسة الزراعية هي إستمرار البناء على الأرض الزراعية وتقدر الإدارة المركزية لحماية الاراضى بوزراه الزراعة التعديلات على الأرض الزراعية سواء بالمباني أو التبوير بنحو 39 الف فدان من الاراضى الخصبة سنويا وبذلك تكون الزراعة قد فقدت نحو 1.4مليون فدان من الاراضى الزراعية الخصبة خلال الفترة 1983- 2017, منها حوالى 586.7 الف فدان تحولت الى مناطق عمرانية وخدمية إضافية فى القرى والمدن والنجوع, وحوالى 108.3 الف فدان تحولت الى زيادة فى مساحات الطرق وقنوات الري والصرف الرئيسيه, وعلى هذا تتعرض الاراضى الزراعية وبصفة خاصة الجيدة منها الى استخدامات منافسة غير زراعية, ومن الأثار السلبيه للتعدي على الاراضى الزراعية انخفاض الناتج الاجمالى الزراعى نتيجة انخفاض مساحة الاراضى الزراعية وتحويل جزء منها لاراضى غير منتجة, وبالتالي اتساع فجوة عدم الاكتفاء الذاتى من السلع الزراعية الغذائية.⁽¹⁾

⁽¹⁾د. منتصر محمد محمود حمدون, تحليل اقتصادي للتعديلات على الاراضى الزراعيّة في مصر, مجلة الاقتصاد الزراعي والعلوم الاجتماعية, جامعة المنصورة, العدد الخامس, ص ص1711-1728. 2014.

كما تشير البيانات الرسمية الى التدهور المستمر فى خصوبة التربة الزراعية نتيجة الممارسات الزراعية الخاطئة، وارتفاع منسوب المياه للأراضى الزراعية وملوحة وقلوية بعضها، وتأثر التربة بالكيمياويات من الأسمدة والمبيدات، وقد أدت تلك العوامل مجتمعة إلى انخفاض الجدارة الإنتاجية للأراضى الزراعية، فوفقاً لتصنيف الأراضى الزراعية حسب درجة خصوبه فقد تراجعت نسبة الأراضى الزراعية من الفئة الأولى والثانية من حوالى 75% من جملة مساحة الأراضى الزراعية خلال الفترة 1991-1995 الى حوالى 54% فقط خلال الفترة 2001-2005 (وهى آخر فترة اتاحت لها بيانات تصنيف اراضى) وفى المقابل ارتفعت نسبة الأراضى فى الفئتين الرابعه والخامسة (فئات الأدنى خصوبة) من حوالى 3.9% فى الفترة الأولى الى حوالى 19.3% فى الفترة الثانية (1).

ثامنا - عجز الموارد المائيه والتنافسية بين الاستخدامات

مما لا شك فيه ان هناك علاقه متشابكة بين تحقيق الامن الغذائى ومدى توفر الموارد المائية وكفاءة استغلالها، كما أن تحقيق التوسع الأفقى كأحد اهداف

- وزارة الزراعة واستصلاح الأراضى، مجلس البحوث الزراعية والتنمية، اللجنة الفنية للاستخدامات المستدامة للأراضى، رصد التغيرات فى استخدامات الأراضى فى مصر خلال الفترة 1984-2007، يولييه 2010.

(1) د. على إبراهيم محمد، أثر التغيرات فى الجدارة الإنتاجية على الأراضى الزراعية المصرية، مجلة الاقتصاد الزراعي والعلوم الاجتماعية، جامعة المنصورة، العدد الخامس، ص ص 901-917. 2010. ص ص 902-903.

استراتيجية التنمية الزراعية المستدامة سوف يؤدي الى زيادة الطلب على استخدام المياه، وتتأثر كفاءة الري الحقلى بالعديد من العوامل من أهمها طرق الري التقليديه المتبعه (الري بالغمر) والتي يزداد معها الفاقد فى المياه مع عدم وصول مياه الري الى نهايات الترعى مما يؤدي الى تبوير الاراضى الزراعية وتراجع الرقعه المخصصه للمحاصيل الاستراتيجيه ومنها القمح، الامر الذى يحتم ضرورة رفع كفاءة إدارة واستخدام المياه بهدف تقليل الفاقد ورفع انتاجية الوحدة المستخدمة من مياه الري.

(1)

اضف الى ما سبق أن معدلات النمو السكاني المرتفعة تمثل ضغوطا مستمره على الموارد المائية المتاحة. ومع تزايد السكان تتفاقم مشكلة التنافس فى استخدامات الموارد المائية بين الاستخدامات الزراعية وغير الزراعية. (2) فقد بلغت نسبة استخدامات الزراعة للموارد المائية نحو 84.83% من إجمالي الموارد المائية فى عام 2006/2005، انخفضت النسبة الى 81.50% فى عام 2016/2015. كما

(1) الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء، النشرة السنوية لاحصاءات الري والموارد المائية، أعداد مختلفة.

(2) محمود صابر محمود إبراهيم نصار، نقص الغذاء وعلاقته بالزيادة السكانية فى مصر، رسالة لنيل درجة الماجستير فى العلوم الزراعية، قسم الاقتصاد الزراعى، كلية الزراعة - جامعة عين شمس، 2016، 136-140.

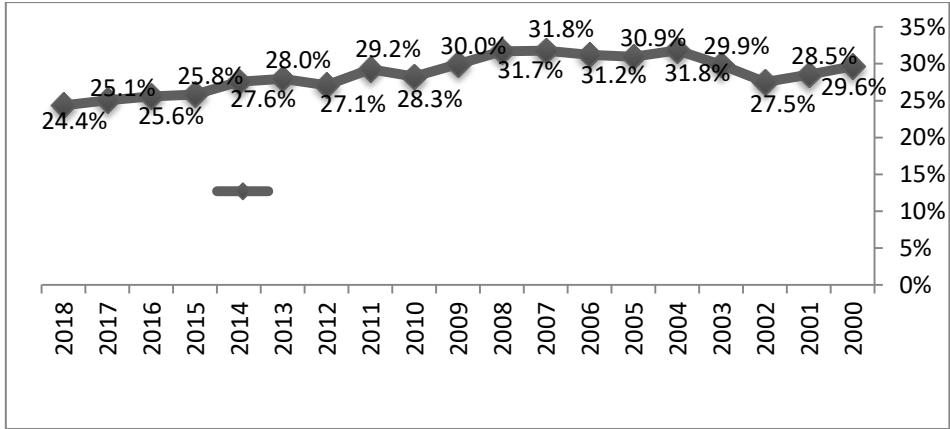
انخفض اعتماد الزراعة على مياه النيل من 44.59 مليار م³ فى 2006/2005 الى 41.4 مليار م³ فى 2016/2015. ⁽¹⁾

⁽¹⁾ الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, النشرة السنوية لإحصاءات مياه الشرب والصرف الصحى, اعداد مختلفه, 2018-2012

تاسعا - عدم كفاية العمالة المتخصصة

يعانى قطاع الزراعة من نقص العمالة بشكل عام وخاصة الماهرة والمدربة وكما هو موضح فى الجدول رقم 14 بالملحق والشكل رقم 12 فقد انخفضت نسبة المشتغلين فى قطاع الزراعة من اجمالى المشتغلين من 29.6% الى 24.35% خلال الفتره من 2000 - 2018 مما ينعكس سلبا على كفاءة وانتاجية القطاع. (1)

شكل 12 : العاملون فى الزراعة (% من اجمالى المشتغلين)



المصدر: البنك الدولى, العاملون فى الزراعة (% من اجمالى المشتغلين).

كما أن إرتفاع نسبة الامية من العوامل الهامة التى تعزز السلوكيات والممارسات غير المستدامة بصفه عامة وفى قطاع الزراعة بصفة خاصة, وعلى الرغم من

(1) البنك الدولى, العاملون فى الزراعة المصرية (% من اجمالى المشتغلين)

https://data.albankaldawli.org/indicator/SL.AGR.EMPL.ZS?end=2020&locations=EG&name_desc=true

تراجع نسبة الامية فى الريف حيث انخفضت النسبة من 49% فى عام 1996 الى 38% فى عام 2006, والى 32.2% فى 2016 الا ان هذه النسبة ما زالت مرتفعة بالنسبة لمعدلات الامية فى المناطق الحضرية.⁽¹⁾

عاشرا- القيود والمعوقات التشريعية والمؤسسية ذات الصلة

تعد السياسات والتشريعات التى تحكم وتوجه النشاط الزراعى عوامل داعمة ومنظمة لحسن سير العمل بالقطاع, الا ان السياسات والتشريعات الزراعية لم تشهد من التطوير ما يواكب مستجدات الخطط الاستراتيجية المتعاقبة لتنمية القطاع, فعلى سبيل المثال: ⁽²⁾

-جمود سياسات التعليم الزراعى والبحث والارشاد.

-عدم تطوير السياسات والاطر التنظيمية والتشريعية بما يضمن الممارسات الصحيحة لآليات السوق.

⁽¹⁾ الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء, التعداد العام للسكان والاسكان والمنشآت , تعداد 1996, 2006, 2017.

- د. هند حسين سعيد هيبه, دور التعليم الفنى الزراعى فى التأهيل المهني للموارد البشرية بالقطاع الزراعى, المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة, جامعة عين شمس - كلية التجارة, ع3, ص 411-418, 2018.

⁽²⁾ ماجدة حسن رمضان إبراهيم, الزراعة المصرية فى مواجهة تحديات القرن الحادى والعشرين, رسالة لنيل درجة الماجستير, قسم الاقتصاد, كلية التجارة - جامعة عين شمس, 2008, ص 153-155.

-الافتقاد لوجود الآليات التنظيمية للمواصفات القياسية ومعايير الجودة للمنتجات الزراعية، وما يترتب بذلك من معايير السلامة الغذائية.

-القصور والضعف الذى يتعرق تطبيق بعض الاحكام الخاصه بالتعدديات على الاراضى الزراعية.

وعلى الجانب المؤسسى، تُعد وزارة الزراعة وإستصلاح الأراضى هى الوزارة الرئيسية ذات الصله بالقطاع الزراعى، وعلى الرغم من ذلك فإن الشان الزراعى والتنمية الزراعية يدرجان بدرجة او باخرى ضمن مسؤوليات واختصاصات العديد من الوزارات الأخرى، ويدخل فى هذا الاطار وزارات الرى، الموارد المائية، الصناعة، التجارة، البيئة والحكم المحلى وغيرها من الوزارات، وينتج عن هذا التشابك والتداخل العديد من أشكال الازدواجية والتعارض فى المسؤوليات والصلاحيات فى الأهداف والتوجهات.

المبحث الرابع

الآليات والسياسات المقترحة لتعزيز القطاع الزراعى وتحسين أوضاع

الامن الغذائى فى مصر

فى ضوء ما تقدم فقد توصل البحث الى أن القطاع الزراعى يواجه العديد من المعوقات التى تحد من قدرته على تحقيق الأمن الغذائى كأحد أهم المستهدفات من وجود وتنمية قطاع زراعى مستدام، ونتج عن مجمل تلك التحديات تراجع مؤشرات نسب الاكتفاء الذاتى وارتفاع حجم الفجوة الغذائية من المنتجات الزراعية وانخفاض نسبة مساهمه القطاع الزراعى فى الناتج القومى. الامر الذى يشير الى انه ما زال هناك مجال واسع لتحسين مستوى الاداء فى ذلك القطاع، وفى سبيل ذلك يقترح البحث فيما يلى مجموعة من آليات السياسة المالية والتشريعية والتنظيمية التى قد تساهم فى الحد من مشكلات القطاع ومن ثم تعزيز الأمن الغذائى فى مصر.

اولا- الآليات الزراعية المقترحة

تعد السياسات الزراعية من أهم الأدوات والآليات لتحسين إدارة القطاع الزراعى بما يحقق الصالح العام، دون التضحية بمصالح المزارعين بل وتعزيزها، ويمكن تقسيم السياسة الزراعية المقترحة لعدد من الآليات الفرعية كل منها يعمل على علاج مشكله من مشكلات القطاع الزراعى كما يلى :

1-آليات علاج مشكلات الري فى القطاع الزراعى

تعتبر محدودية المياه المتوفرة للزراعة من أكبر التحديات للتوسع فى المساحة المزروعة فى مصر, لذا يعد توفير كميات من مياه الري تسمح بزيادة المساحة المزروعة لإنتاج المحاصيل الأساسية للأمن الغذائى المصرى أحد البرامج الرئيسيه والهامة التى يجب ان تهتم بها السياسة الزراعية, ويوصى البحث فى ذلك الصدد بما يلى :

العمل على تطوير مشروعات نظم الري خاصة فى الاراضى القديمة فى الوادى والدلتا حيث تقدر كفاءة الري الحقلى فى هذه المناطق التى تبلغ مساحتها حوالى 5.5 مليون فدان بحوالى 50% أى أن نصف كمية المياه المستخدمة فى الحقول تمثل مياه مهدرة. ومن ثم فإن تطوير نظم الري الحقلى بالزام المزارعين باستخدام الطرق الحديثة بالرش والتلقيط, سوف يؤدى الى رفع كفاءة الري الحقلى الى نحو 80% بما يؤدى الى توفير حوالى من 10 الى 12 مليار متر مكعب من المياه (1).

(1) نارمين إبراهيم مرسى العزلى, تقييم اقتصادى لتطوير منظومة الري الحقلى فى مصر, رسالة دكتوراه, قسم الاقتصاد الزراعى, كلية الزراعة , جامعة عين شمس, 2016, ص 197.
- د. أحمد محمد دياب, تطوير التكنولوجيا بالمشاركة: دراسة تطبيقية لتطوير نظام الري بمحافظة الوادى الجديد, مصر, مجلة الاقتصاد الزراعى والعلوم الاجتماعية, جامعة المنصورة, العدد (10)7, 2016, ص 1005-1011.

رفع الكفاءة الفنية والادارية لمنظومة نقل وتوزيع المياه بما يحد من الفقد فى المياه, حيث تشير البيانات الرسمية الى ان كفاءة منظومة نقل المياه تبلغ حوالى 70%, حيث قدرت الفواقد المائية فيما بين أسوان ونهايات الترع بحوالى 16.7 مليار متر مكعب, وإن رفع كفاءه منظومه نقل المياه الى 80% سوف يؤدى الى توفير حوالى 5.5 مليار متر مكعب من المياه.(1)

إنشاء جهاز للإرشاد المائى يقوم على تنفيذ برامج توعية المزارعين بمشكلة مياه الري على المستوى القومي وتوفير إرشادات بكميات المياه المعيارية التي تحتاجها المحاصيل المختلفة في المناطق المختلفة.

زياده الإنفاق العام على البحوث والتطوير التي من شأنها حل مشكله محدودية الموارد المائية والعمل على تطوير مصادر المياه غير التقليدية مثل مياه الصرف الصحي وتحليه مياه البحر وتخفيف الاعتماد على مياه نهر النيل في الري حيث أن 97% من الاراضى المزروعة يتم ربيها من خلاله . وجدير بالذكر أن تكلفة إنشاء محطة لتحلية 20 ألف متر مكعب من مياه البحر يوميا أي حوالى 7.3 مليون متر مكعب سنويا تُقدر بنحو 300 مليون جنيه, ومن ثم يتطلب إنشاء محطات تكفي لإنتاج مليار متر مكعب سنويا حجم استثمارات يناهز 41 مليار جنيه كما تشكل معالجة مياه الصرف الصحي أحد محاور استراتيجية مواجهة ندرة

(1) د. عبد القادر دياب وآخرون, تنمية وترشيد استخدامات المياه في مصر, معهد التخطيط القومي, سلسلة قضايا التخطيط والتنمية في مصر, رقم 282, 2017, ص 42.

مياه الري في مصر خاصة في ضوء حجم مياه الصرف الصحي والذي قدر في عام 2015/14 بنحو 5 مليار متر. (1)

إقامة شبكة قومية حديثة ومتكاملة متخصصة في مجال رصد المتغيرات المناخية الزراعية، والحد من زراعة المحاصيل عالية استهلاك المياه في الأراضي الجديدة، والتوسع في استخدام الاصناف والسلالات النباتية الأكثر تحملا لظروف الجفاف . مع مراعاة تعديل التركيب المحصولي بما يؤدي الى تعظيم العائد من وحدة المياه وليس فقط العائد من وحدة الارض .

تحفيز المزارعين على الالتزام بالتركيب المحصولي القومي، ومن امثلة السياسات المحفزة : توفير تمويل بشروط ميسره للمزارعين اللذين يهتمون بتطوير نظم الري في حقولهم، تقديم اعفاءات ضريبية للمزارعين اللذين يلتزمون بالتركيب المحصولي القومي.

2- آليات زيادة وترشيد الاستثمارات الزراعية

كما سبق الاشارة، يعاني قطاع الزراعة من انخفاض نسبة الاستثمارات الزراعية من الاستثمارات الكلية المصرية، مما يتطلب ضرورة العمل على زياده حجم الاستثمارات العامة والخاصه الموجه للاستثمار الزراعي بالاضافه الى ضرورة

(1) د. عبد القادر دياب وآخرون، تنمية وترشيد استخدامات المياه في مصر، معهد التخطيط القومي، مرجع سابق، 2017، ص65.

ترشيد استخدام تلك الموارد بما يحقق التخصيص الامثل لها، وفيما يلي بعض المقترحات فى ذلك الشأن:

التحديد الدقيق لأولويات البرامج والمشروعات بحيث يتم الاختيار من بينها بما يتناسب مع الموارد المالية المتاحة من ناحية، ومع الاستراتيجيات والخطط على المستوى الكلى والقطاعي من ناحية أخرى، وعدم اعتماد أي مشروع بالخطه دون تقديم دراسة جدوى اقتصادية تفصيلية له تتضمن التكلفة الاستثمارية الحقيقية، ومراحل التنفيذ، ومخرجات المشروع. وضرورة متابعه تنفيذ وتقييم أداء هذه المشروعات لقياس وتحليل مدى تطابق النتائج الفعلية مع الاهداف المعيارية، وتحديد انحرافات التنفيذ وأسبابها. مما يتطلب توافر الكوادر اللازمة لإعداد مثل هذه الدراسات، وذلك من خلال تبني خطة تدريبية مناسبة لتدريب وإعداد كوادر بشرية قادرة على إعداد دراسات الجدوى للمشروعات.

إن العجز المالي في الموازنة العامة للدولة وانعكاسه على حجم مخصصات الاستثمار المتاحة يملى ضرورة البحث عن سبل تشجيع القطاع الخاص للمساهمة في تمويل الاستثمار في قطاع الزراعة، على سبيل المثال تجميع المزارعين في شكل مؤسسي لتكون حلقة وصل بين المزارعين والحكومة يتم من خلالها تحديد مساهمات يتم دفعها من قبل المزارعين كجزء من بعض بنود الانفاق العام اللازم لتطوير مناطقهم. وتقدم تجربة برنامج شروق في التنمية الريفية الذى تم تنفيذه - من خلال جهاز بناء وتنمية القرية المصرية في الفترة 1995 - 2005 نموذجاً

لتفعيل مساهمة المنتجين الزراعيين في تنفيذ برنامج استثماري يقوم على مساندة هؤلاء المنتجين للجهود الحكومية في إطار مؤسسي يمثل هؤلاء المنتجين على مستوى المحافظات. (1)

حصر إحتياجات الفئات المختلفة العاملة في القطاع لمراعاة اختلاف الظروف المحيطة بكل منها، ووضع حزمة من الآليات التحفيزية التي تتناسب مع كل فئة بحيث تؤدي هذه الحوافز إلى تخفيض التكاليف الاستثمارية للمشروعات الزراعية المستهدفة. فهناك صغار المزارعين المستهدف تطوير مزارعهم وإقامة مشروعات جديدة صغيرة في مجال الإنتاج الزراعي والأنشطة المصاحبة له، وهناك متوسطي وكبار المزارعين التقليديين وأصحاب المزارع الاستثمارية من المواطنين، وأخيرا

(1) البرنامج القومي للتنمية الريفية المتكاملة "شروق" يعد أحد أهم برامج التنمية الريفية التي تولى جهاز بناء وتنمية القرية المصرية تنفيذها في الريف المصري خلال الفترة 1995-2005، ويمثل برنامج شروق رؤية مجتمعية سياسية للتنمية الريفية يركزه على المشاركة الشعبية الواسعة، لتكون هي الاصل والاساس في عملية التنمية، بينما يكون دور الدولة مكملًا ومساندا للجهود الشعبية،

لمزيد من التفصيل أنظر:

- د. عماد محمد عبد القادر، البرنامج القومي للتنمية الريفية المتكاملة "شروق"، رؤية تحليلية، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، معهد التخطيط القومي، مج20، ع2، 2012، ص ص 209-252.

- وزارة التنمية المحلية - جهاز بناء وتنمية القرية المصرية - انجازات برنامج شروق في التنمية (1990-2000)، 2001.

- الامم المتحدة، اللجان الاقليمية، المكتبة الرقمية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، شروق البرنامج الوطني المصري للتنمية الريفية المتكاملة، 1998 ص ص 56-70.

هناك المستثمر الأجنبي. فعلى سبيل المثال يجب مراعاة جذب الاستثمارات الأجنبية في المجالات التي تتفق مع أولويات الاقتصاد المصري ومتطلبات تطوير القطاع، والا يعتمد المستثمر الأجنبي في توفير التمويل اللازم لتغطية الجانب الاستثماري من تكلفة المشروع على البنوك المحلية، وإنما يجب أن يجلب معه التمويل اللازم.¹⁰

وجود كيان مؤسسي مختص يضمن منح الحوافز المختلفة التي يشملها برنامج التطوير بصورة عادلة وشفافة وبما يؤدي إلى إقامة مشروعات حقيقية قادرة على النمو والاستمرار. ويعتبر البنك الزراعي المصري نواة هذا الكيان لما يمتلكه البنك من إمكانيات تتمثل في انتشار فروعه بالمحافظات المختلفة مع ضرورة إعادة النظر في السياسة الائتمانية للبنك.

دعم وتحفيز الأنشطة والمشروعات المرتبطة والمتكاملة، حيث أن النشاط الزراعي نشاط محوري ترتبط وتتكامل معه العديد من الأنشطة والمشروعات الانتاجية والخدمية، حيث ان الزراعة تزداد كفاءتها وتتسع افاق تنميتها كلما ارتكزت على قاعدة قوية من الصناعات والأنشطة والمشروعات التي توفر لها ما يلزمها من المستلزمات والمدخلات مثل الآلات والمعدات، الاسمدة والمبيدات، كما ان المنتجات الزراعية ترتفع قيمتها المضافة بشكل متزايد كلما تكاملت رأسياً مع المراحل اللاحقة من الأنشطة التسويقيه والتصنيعيه. وكذلك الاهتمام ببرامج

(1) د.رقية خلف محمد، السياسات الزراعية واثرها على الامن الغذائي في بعض البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2012، ص ص 56-60.

التصنيع الزراعى والغذائى والذى يشجع على التوسع فى الزراعة التعاقدية وما تتضمنه من الاتفاق على اسعار للمحاصيل قبل الزراعة والمساعدة فى توفير مستلزمات الانتاج . كما يجب الاهتمام بإحياء الحرف والصناعات التقليدية الريفية وفق أساليب متطورة.

دعم إنتاج السلع الاستراتيجية والتصديرية، حيث يمكن للدولة أن تتحمل دعماً لتوجيه المزارع نحو زراعة المحاصيل التى لا تفي بإحتياجات السكان الإستهلاكية، وخاصة محصولى القمح والذرة الشامية، وأيضاً المحاصيل البقولية والزيتية والسكرية، ويمكن أن تقدم الدولة دعماً لمستلزمات الإنتاج وبصفة خاصة للأسمدة. كذلك يمكن التمييز فى دعم مستلزمات الانتاج الزراعى بحيث يزداد بالنسبة للمحاصيل الهامة التى لايقبل الزراع على زراعتها مثل القطن والذرة والقمح والنباتات الطبية والعطرية، كما يمكن تقديم دعم نقدي مباشر لمنتجي المحاصيل الاستراتيجية تعويضا لهم عن زراعة محاصيل أخرى أكثر ربحية.

3- آليات حفز التطوير التكنولوجى والمعرفى بالقطاع

على الدولة أن تتدخل لتطوير تكنولوجى ملائم وكافى لنهضة هذا القطاع من خلال:

تكليف مجلس البحوث الزراعية بإعداد الخطة القومية للبحث الزراعى والاشراف على تنفيذها، وتحديد البرامج والمشروعات البحثية المطلوبة، والموازنات المالية اللازمة، ومعايير تقييم البحوث، واجراءات التنفيذ الواجب الالتزام بها. والعمل على

تحقيق التنسيق والتكامل بين مختلف الأجهزة البحثية، سواء التابعة لوزارة الزراعة، أو التابعة لوزارة البحث العلمي، أو تلك التابعة للهيئات وشركات قطاع الأعمال العام والخاص بالإضافة إلى الجامعات.⁽¹⁾

نقل توصيات البحوث الزراعية بصوره مبسطه وملائمه يمكن ان يتفهمها المزارعين مجاناً في البداية فقط ثم بمقابل يتدرج من 25% إلى 100% من التكلفة بعد ذلك، وهو ما يمكن في النهاية من تخفيض تكلفه الانتاج الزراعى والنهوض بمستوى انتاجية الفدان. كذلك يجب الاخذ في الحسبان دراسة علاقه بين التغيرات المناخية ومدى تأثير ذلك على التركيب المحصولى التأشيرى.

الاهتمام بصيانه الاراضى الزراعيه والقيام بالحصص الدورى لتحليل وتصنيف التربه الزراعيه حتى يمكن إعداد أدلة إرشادية دورية للتسميد والرى ونوعيه المحاصيل الموصى بها وفقاً لنتائج الحصر وتحليل التربه.

إن تطوير الإنتاجية لا يتوقف على الطاقة الإنتاجية للأرض فحسب وإنما يتوقف على التقنيات والمدخلات التي ستوظف وعلى كفاءة توظيفها وتؤكد الدراسات العملية على ان تطوير وزيادة إنتاجية وحدة المساحة (التوسع الرأسى) أسرع عائداً ومردوداً من التوسع الأفقى، على سبيل المثال، التوسع في استخدام التكنولوجيا

(1) د. عبد القادر دياب وآخرون، إدارة الزراعة المصرية فى إطار التغيرات المحلية والدولية، معهد التخطيط القومى، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية فى مصر، رقم 252، 2014 ص ص 73-80.

الحيوية في إنتاج الغذاء واستنباط أصناف وسلالات ذات صفات مرغوب فيها يسهم في زيادة الإنتاج وفي توفير مياه الري.⁽¹⁾

الإهتمام بتطوير التعليم الزراعي ليواكب التطورات الحديثة في المجالات الزراعية وتخرج قوة عمل قادره على تطبيق الطرق الحديثة في مجال الانتاج الزراعي، وكذلك ربط البرامج التعليمية الزراعية ومن ثم الخريجين، بمتطلبات سوق العمل.
(2)

تشجيع الاتجاهات الحديثة في الزراعه القائمه على الزراعات النظيفه خاصة في الاراضى الجديده كما يمكن الاستعانه بمصانع تدوير القمامه في انتاج الاسمده العضويه للمساعده في سد فجوة الاسمده الكيماويه، كذلك التوسع في إنتاج كميات التقاوي عاليه الإنتاجية والمقاومة للأمراض.

الاستفادة بالنظم المعلوماتية لخرائط تصنيف الأراضي في تحليل الظواهر السلبية والوقوف على العوامل والمشكلات التي تتطلب المواجهة والعلاج.

(1) د.محمد عبد الوهاب ابونجول، دراسة إقتصادية للكفاءة الإنتاجية لأهم المحاصيل الغذائية في مصر، مجلة العلوم الزراعية، كلية الزراعة، جامعة اسيوط، العدد 48، 2017، ص ص 458-463.

(2) د.بيومي محمد ضحاوي، بعض مشكلات التعليم الثانوى الزراعي، مجلة العلوم التربويه، جامعة جنوب الوادى، كلية التربيه بالغردقه، ع3، 2019، ص ص 128-134.

- د. هند حسين سعيد هيبه، دور التعليم الفني الزراعي في التأهيل المهني للموارد البشرية بالقطاع الزراعي، مرجع سابق، 2018، صص425-435.

إنشاء بنك للمعلومات الزراعية والسوقية، يقوم بتزويد الأعضاء التعاونيين بها بأسعار زهيدة، وبيعها لغير الأعضاء بأسعار مناسبة، على أن يزود هذا البنك بكافة وسائل الاتصال الحديثة والكوادر الفنية المدربة على استخدامها، وكذلك بلورة الفرص الملائمة للاستثمار الزراعي، في قاعدة بيانات ومعلومات يتم تحديثها دورياً.

ثانياً - الآليات الائتمانية المقترحة

ويمكن تنفيذ الآليات الائتمانية المقترحة كما يلي:

1- آليات إعادة النظر في السياسة الائتمانية للبنك الزراعي المصري⁽¹⁾

من الضروري إعادة النظر في السياسة الائتمانية للبنك الزراعي حتى يتحول من دوره الحالي في محاكاة البنوك التجارية إلى دور تنموي يهدف بالدرجة الأولى الى خدمة المزارع بما يساهم في تحقيق تنمية مستدامة يوصى البحث بما يلي :

الترخيص للبنك باحتجاز الفائض من موارده المالية لديه لعدة سنوات، والتي يتم حالياً تحويلها للبنك المركزي المصري، وذلك لتوفير السيولة المطلوبة لزيادة القروض الائتمانية للزراعة والتنمية الريفية، ويمكن في هذا الصدد اعتبار فائض الموارد المالية المحتجزة كوديعة حكومية طويلة الأجل ومنخفضة الفائدة .

(1) تم تحويل بنك التنمية والائتمان الزراعي إلى البنك الزراعي المصري بموجب القانون رقم 84 لسنة 2016.

يجب على البنك أن ينسحب بالتدريج من أنشطته غير المصرفية , حتى تتمكن
التعاونيات من القيام بدورها على الوجه الأكمل لكي تحل محل البنك فى توزيع
مستلزمات الانتاج .

يجب أن يعمل البنك على خفض تكلفة القروض, كما ينبغي إعادة النظر فى
معايير التوزيع الجغرافى لشبكة فروع البنك, ومعالجة مشكلة العمالة الزائدة.

تحرى الدقة والتحقق الفعلى من الجدوى الفنية والاقتصادية للمشاريع المقدمة للبنك
بغرض التمويل, مع مراعاة متابعة استخدام القروض للأغراض الممنوحة من أجلها.

ضرورة ملائمة السياسة الائتمانية للبنك للتطور الحادث فى الانتاج الزراعى, ومن
ثم ضرورة وجود استراتيجية محددة المعالم تواكب الأهداف القومية لتنمية القطاع
الزراعى.

إضافة خطوط ائتمانية ذات شروط ميسره لتشجيع المزارعين على تطوير نظم الري
الحقلى وكذلك استحداث خطوط ائتمانية اكثر يسرا تخصص لاستصلاح واستثمار
وتنمية الاراضى الجديدة.

2- آليات التمييز فى المعاملة بين مديونيات المشروعات الكبيرة ذات القدرة المالية، والتي استهدفت تحقيق معدلات كبيرة من الأرباح، وبين مديونيات صغار الحائزين على النحو التالي:

بالنسبة لصغار المزارعين ووفقا لهيكل توزيع الحيازات الزراعية يشكون الجزء الأكبر من العاملين فى الزراعة، الا ان محدودية قدرتهم الادخارية وعزوف البنوك عن منحهم القروض اللازمة، يقف عائق امام المشاركة الفعالة فى مجال الاستثمار الزراعي وقدرتهم على تطوير مزارعهم القائمة او إنشاء مشروعات جديدة صغيرة ومتوسطة فى مجال النشاط الزراعي والأنشطة المرتبطة به. فإنه من الضروري أن تتبنى الدولة برنامجا خاصا لدعم تمويل استثماراتهم وفى هذا الشأن نقترح تفعيل تقديم قروض حكومية ميسرة (متوسطة وطويلة الأجل) لتطوير المشروعات القائمة وانشاء مشروعات جديدة فى قطاع الزراعة، حيث أن الواقع الفعلي يؤكد (وكما سبق الاشارة بالبحث من خلال البيانات الرسمية) أن البنك يركز جهوده على منح القروض قصيرة الأجل لتغطية تكاليف التشغيل دون الاهتمام بالجانب الاستثماري. كذلك يمكن استحداث خطوط ائتمانية ميسرة تتناسب مع الظروف الاقتصادية لانشاء الريف وتسهيل إجراءات الاقتراض الجماعى من خلال الجمعيات النسائية التى تعمل فى إطار مشروعات اقتصادية .

بالنسبة للمشروعات المتوسطة وكبار المزارعين التقليديين وأصحاب المزارع الاستثمارية من المواطنين يمكن حفز القطاع المصرفي لتقديم قروض إلى هذه الفئة

التي قد تستطيع تقديم بعض الضمانات للبنوك بأن يقوم البنك المركزي بالتنسيق مع البنوك التجارية من أجل خفض سعر فائدة هذه القروض من ناحية، والسماح لها برفع سقف الاقراض بالقدر الذي تقدمه من قروض لهذه الفئة من المزارعين من ناحية أخرى، على أن يقيد الاستقادة من هذه المزايا بشروط معينة منها مثلا : ان يتم صرف القرض على دفعات تتفق مع مراحل تنفيذ المشروع، مع الاعتماد على الرقابة المستمرة لعملية التنفيذ بما يضمن استخدام القرض في الهدف منه. ربط الاستقادة من ذلك الحافز بصورة مباشرة بالنشاط الذي تحدده الدولة وفقا لأولويات استراتيجية التنمية مثل استهداف التوسع في زراعة محصول أو نشاط زراعي معين أو تطوير في أسلوب الري. كما يمكن التمييز في منح الحافز على حسب الأماكن والأقاليم بحيث يمكن قصرها الاستثمارات المقامة في الأماكن التي تستهدفها الدولة في إطار خطة استخدام الأراضي.

3- آليات تنشيط دور التعاونيات في منح الإئتمان, ووللمساهمة في تحقيق ذلك
يتقترح البحث ما يلي :

إنشاء بنك تعاوني، طبقا لما نص عليه قانون التعاون الزراعي رقم 122 لسنة 1980 والمعدل بالقانون رقم 122 لسنة 1982, ليعمل على توفير كافة الموارد المالية اللازمة لأعضاء التعاونيات, من خلال المساهمة الذاتية للأعضاء ورسوم

العضوية، أو من خلال طرح سندات تعاونية بالأسواق لجذب رؤوس الأموال للاستثمار في مجال الزراعة. (1)

تشجيع التأمين التعاونى متعدد الأغراض مثل صناديق التأمين على الماشية والآلات الزراعية، وبعض الحاصلات الزراعية والإدخار والاستثمار التعاونى، كمصدر لتعبئة صناديق الأموال التعاونية، والتي يمكن أن تستخدم لخدمة أهداف التعاونيات .

ينبغي أن يكون للتعاونيات الزراعية كمؤسسة ريفية دورا فى الإشراف على تطبيق التركيب المحصولى التأشيرى المقترح من قبل الدولة، من خلال تحديد المحصول الذى يجب زراعته وفقا للظروف السائدة والإمكانيات المتاحة فى كل قرية، كذلك القيام بدور أكثر فعالية فى مجال تسويق المنتجات الزراعية، سواء عن طريق الإستيراد المباشر لمستلزمات الانتاج، أو من خلال تصدير الانتاج الزراعى.

ثالثا- الآليات الضريبية المقترحة

مع إستمرار معاناه القطاع الزراعى من نفس المشكلات الضريبية التي يعانى منها منذ الخمسينيات وحتى الان بل وتفاقمها، حيث ان ضريبة الأطنان الزراعية

(1) تنص المادة رقم 17 من قانون التعاون الزراعى رقم 122 لسنة 1980 والمعدل بالقانون رقم 122 لسنة 1982 على : للجمعيات التعاونية إنشاء بنك تعاوني تسهم فيه الجمعيات التعاونية بصفتها الاعتبارية وأعضاؤها لتقديم القروض وإنشاء المشروعات اللازمة للتعاونيات على اختلاف مستوياتها ونوعياتها.

الصادرة بالقانون رقم 113 لسنة 1939 وتعديلاتها لاتتسم بالفاعلية فى إحداه أى
أثر إيجابى على النشاط الزراعى وفى سبيل ذلك يقترح البحث الآتى :

إعفاء كافة إتاوات الحصول على التكنولوجيا ومقابل الخدمات من الخضوع
للضريبة على الدخل سواء التى يحصل عليها المقيم فى مصر أو التى تدفع لغير
المقيم فى مصر وذلك لتخفيض تكلفه الحصول على التكنولوجيا بمقدار الإعفاء
من الضريبة ومن ثم تطوير الإنتاج الزراعى.

إعفاء المجمعات التسويقية الخاصة التى تقوم بعرض المنتجات الزراعية للمزارعين
فى مقابل هوامش ربحية معتدلة توافق عليها وزارة التجارة والصناعة من الضريبة
على الدخل لمدة خمس سنوات ثم اعفاء نصف دخلها فقط لمدة خمس سنوات
تالية.

إعفاء مستلزمات الإنتاج الزراعى من الضريبة الجمركية والضريبة على المبيعات
فى حالة الاستيراد من الخارج ومن الآخيرة فقط فى حالة الشراء من السوق المحلى.

مراجعة السياسات الضريبية الخاصة بالأراضي الزراعية وتعديلها ليكون الربط
الضريبى قائم على كل من المساحة المزروعة، ونمط زراعتها، وأسلوب ربيها . مع
تضمن إجراءات التنفيذ ما يتيح إعفاء صغار المزارعين المستخدمين لنظم رى
مرشدة للمياه والملتزمين بالتراكيب المحصولية المناسبة من الضريبة . وتظل
السياسة الضريبية المقترحة_ بالغاء ضريبة الأقطان الزراعية الصادرة بقانون 113
لسنة 1939 والقوانين المعدلة لها ثم فرض ضريبة نوعية نسبية على صافى

الإنتاج الزراعى المقدر والمحتمل من الأستغلال الأمثل للأرض الزراعية_ هى السياسه الضريبية المثلى التي يمكن اتباعها للقطاع الزراعى في مصر, حيث ان الضريبة الزراعية المقترحة تتميز بأن دور الإدارة الضريبية لن يختلف عن دورها فى ظل تنظيم الضرائب الحالى, كما أن هذه الضريبة تتلائم مع طبيعة المجتمع الزراعى فى مصر- حيث إرتفاع نسبة لأمية - فهى لا تتطلب من الممول الاحتفاظ بمستندات أو إمساك دفاتر منتظمة أو تقديم إقرارات . كما تتوافر القوه البشريه والخبراء الفنيين للقيام باعمال هيئه التصنيف والتقدير والتسعير. كذلك قد يترتب على الضريبة المقترحة وجود الحافز لزيادة الإنتاجية بما يفوق أو يعادل الناتج الصافى العينى المحتمل الذى قدرته اللجنة حيث أن الزيادة الصافية للناتج الزراعى غير خاضعة للضريبة مما يجعل المزارع فى سعى دائم نحو تحسين التربة الزراعية ومتابعة التطورات الحديثة, اما المزارع الغير كفؤ الذى يفشل فى تحقيق الإنتاج العينى المقدر سوف يعاقب بعبء ضريبى كبير .⁽¹⁾

(1) يتم تقدير صافى الإنتاج الزراعى المحتمل من الأستغلال الأمثل للأرض الزراعية على ثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى (لجنة التصنيف): ومن خلالها يتم تصنيف الأراضى الزراعية طبقاً للخصائص العلمية للتربة الزراعية وتجميع البيانات الأساسية عن الأرض المنزرعة فعلاً أو القابلة للزراعة. وتتألف هذه اللجنة من الفنيين والمتخصصين والذين تذخر بهم الموارد البشرية .

المرحلة الثانية (لجنة التقدير): بناء على تقرير لجنة التصنيف تقوم هذه اللجنة بتقدير صافى الإنتاج الزراعى العينى والمحتمل من الأستغلال الأمثل للأراضى الزراعية وذلك لمدة عشر سنوات قادمة.

رابعاً- الآليات التشريعية والتنظيمية المقترحة لتعزيز التنمية المستدامة للقطاع

الزراعى

يجب ان تتكامل آليات السياسة المالية (الضريبيه والانفاقية والائتمانية) مع الاليات التشريعية والتنظيمية, بما يمثل في المجموع حزمه من الآليات قد تساعد في تحقيق استدامة القطاع الزراعى وتحقيق الامن الغذائى وفى سبيل ذلك يقترح البحث ما يلى :

كما سبق الاشاره, ان استمرار البناء على الأرض الزراعية وتفتت الملكية الزراعية من المشاكل التى يواجهها القطاع الزراعى المصرى والتى تحول دون الاستخدام الكفاء للأرض الزراعية, ويوصى البحث بضرورة ضبط الاطر التشريعيه التى تضمن حماية الاراضى الزراعية, مع المراجعة الجذرية للتشريعات والاجراءات المتبعة لحماية الاراضى وتطويرها. وتوحيد الجهة المسؤولة عن التنفيذ فى جهاز واحد يمتلك من الصلاحيات والمقومات لتنفيذ القانون. والعمل على المراقبة الدورية

المرحلة الثالثة (لجنة التسعير): فى هذه المرحلة يقوم جهاز التسعير بتقدير متوسط أسعار المنتجات الزراعية السائدة بكل منطقة وتبلغ الأسعار سنوياً إلى مصلحة الضرائب العقارية المختصة. ووفقاً لهذه الأسعار يتم تحويل صافى الإنتاج الزراعى المحتمل إلى قيمة نقدية تمثل وعاء الضريبة وتطبيق سعر الضريبة النسبى يتحدد دين الضريبة .

لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع الى أ.د/ حامد عبد المجيد دراز,دراسات فى السياسات المالية,الدار الجامعية,2004.ص89-116.

لنفاذ القانون باستخدام النظم الحديثة للتصوير الجوي . وكذلك إيجاد آلية للربط بين عدم التعدي على الأراضي الزراعية، والاستفادة من ملكية الأراضي الجديدة.

وفى سبيل الحد من مشكلة تآكل الارض الزراعية والتعدي عليها بالبناء فيجب على الدولة الاهتمام باقامة مجتمعات عمرانية متكاملة الخدمات فى الاراضى الجديدة, مع ضرورة إعداد إطار لفرص الاستثمار للمشروعات الزراعية والمشروعات الأخرى المرتبطة بها أو المكمل لها.

إصلاح وتدعيم الهياكل المؤسسية للقطاع الزراعي بما يتضمن تحديد مهام وزارة الزراعة والهيئات التابعة لها في البحوث، والإرشاد، وضع السياسات ومتابعة تنفيذها، مع مراعاة دمج الكيانات المؤسسية المتشابهة وتوحيدها في كيان واحد محدد الاختصاصات.

ضرورة التنسيق الملزم بين جهات التنفيذ وفي مقدمتها وزارتي الزراعة واستصلاح الأراضي، والموارد المائية والري من ناحية ووزارة التخطيط والمتابعة والتطوير الإداري من ناحية أخرى بما يضمن توفير المعلومات بالشكل المطلوب والكافي وتدفعها في الوقت المناسب وبما يساهم في بناء قاعدة بيانات مناسبة عن الاستثمار الزراعي لرفع كفاءة العملية التخطيطية.

وضع إطار مؤسسي للربط بين مراكز البحوث الزراعية والجامعات. مع إيجاد آليات لضمان حقوق الباحثين في عوائد برامج البحث والتطوير وحفظ حقوق الملكية الفكرية. وكذلك الاهتمام بتعزيز وتوحيد أجهزة جمع وتحليل ونشر البيانات.

إصلاح وتدعيم منظمات المجتمع المدني المهمة بالتنمية الريفية، حيث تؤكد العديد من الدراسات على ان منظمات المجتمع المدني في الريف من الركائز الأساسية في إطار منظومة التنمية الشاملة والمستدامة التي تعمل على الارتقاء والنهوض بالمجتمع الريفي سياسياً واجتماعياً واقتصادياً وذلك من خلال تنمية الامكانيات المحلية والطاقات البشرية لتحسين أوضاع المجتمع الريفي، ولذا يجب ان تقدم الدولة الدعم الفني لتلك المؤسسات مع اشراكها في وضع خطط البحوث ومتابعة تنفيذها وتطبيق نتائجها . كما يجب ان يراعى تعديل الاطار التشريعي المنظم لعمل تلك المؤسسات بما يضمن مرونة وتيسير العمل وفي نفس الوقت اخضاع ادائها لرقابه محكمة. (1)

(1) يتكون المجتمع المدني من: المنظمات الأهلية غير الحكومية، النقابات والتنظيمات المهنية، الاتحادات العمالية.

الأحزاب السياسية، النوادي والروابط ومراكز الشباب، الإعلام والصحافة غير الرسمية ونقصد بها الصحافة الخاصة المكتوبة والمرئية والمسموعة ، كذلك الصحافة الالكترونية. شبكات الاتصال الالكترونية .

لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع الى:

رفع القدرات التسويقية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة بالقطاع من خلال تجميعهم في إطار مؤسسي مناسب، وتوفير التدريب المناسب على الممارسات المتصلة بعمليات التسويق ويرتبط ذلك بتطوير العمل الإرشادي بجانب قيام الدولة بدورها الرقابي على الأسواق بما يرفع من قدرة أصحاب هذه المشاريع على مواجهة المنافسة من قبل المشاريع الكبيرة من ناحية وما قد يقوم به الوسطاء من ممارسات احتكارية من ناحية أخرى. والاهتمام برفع كفاءة التسويق الخارجي للصادرات الزراعية المصرية، وتطوير قوانين الغرف التجارية والصناعية، وزيادة كفاءة الكوادر البشرية للجهاز التسويقي والاستفادة من خبرات الدول الأخرى، وتقديم تسهيلات مالية لهذه المشاريع لتمكينها من المشاركة في المعارض الخارجية التي توفر لها منافذ لعرض منتجاتها وخلق علاقات بينها وبين المستوردين في الخارج.

تطوير منظومات الارشاد الزراعي، حيث يجب إعادة هيكلة جهاز الارشاد الزراعي ووضع خطة تفصيلية لإصلاحه مؤسسياً. مع تنفيذ برنامج مكثف لتدريب وإعداد المرشدين حسب الإختصاصات المطلوبة .

- وفاء يسري ابراهيم, إسهامات الجمعيات الأهلية في مواجهة الازمات والمشكلات الغذائية لتحقيق الأمن الغذائي, مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية, ع21, ج4, 2006, ص ص 1961-1987

- Bluemel, Erik B. (2004), "The Nonprofit Implications of For-Profit Community Development", University of Florida Journal of Law and Public Policy, U.S.A.

المراجع

المراجع العربية

أ- الكتب

- د.حامد عبد المجيد دراز, دراسات فى السياسات المالية, الدار الجامعية للطباعة, 2004 .
- د.رقية خلف محمد, السياسات الزراعية واثرها على الامن الغذائى فى بعض البلدان العربية, مركز دراسات الوحدة العربية, بيروت, 2012.
- د.محمد السيد عبد السلام, الأمن الغذائى فى الوطن العربى , عالم المعرفة, 1998.
- د.محمود منصور عبد الفتاح وآخرون, الزراعة والغذاء فى مصر, الواقع وسيناريوهات بديلة حتى عام 2020, دار الشروق, 2001.

ب- الرسائل العلمية

- فرج الله عائدة بلعقون, دور الزراعة فى تحقيق الأمن الغذائى فى الجزائر, رسالة لنيل درجة الماجستير فى العلوم الاقتصادية, قسم العلوم الاقتصاد, كلية العلوم الاقتصادية - جامعة الجزائر 3, 2017.
- ماجدة حسن رمضان إبراهيم, الزراعة المصرية فى مواجهة تحديات القرن الحادى والعشرين, رسالة لنيل درجة الماجستير, قسم الاقتصاد, كلية التجارة - جامعة عين شمس, 2008.
- محمد حسين أمين محمد, إمكانيات تقليل الواردات من السلع الغذائية الأساسية فى مصر, رسالة لنيل درجة ماجستير التخطيط والتنمية, معهد التخطيط القومى, 2017.

– محمود صابر محمود إبراهيم نصار, نقص الغذاء وعلاقته بالزيادة السكانية في مصر, رسالة لنيل درجة الماجستير في العلوم الزراعية, قسم الاقتصاد الزراعي, كلية الزراعة – جامعة عين شمس, 2016.

– نارمين إبراهيم مرسى العزلى, تقييم اقتصادى لتطوير منظومة الري الحقلى فى مصر, رسالة دكتوراه, قسم الاقتصاد الزراعي, كلية الزراعة , جامعة عين شمس, 2016.

ج- الدورات والمؤتمرات العلمية والبحثية

– د.أحمد محمد دياب, تطوير التكنولوجيا بالمشاركة: دراسة تطبيقية لتطوير نظام الري بمحافظة الوادي الجديد, مصر, مجلة الاقتصاد الزراعي والعلوم الاجتماعية, جامعة المنصورة, العدد 7(10), 2016, ص ص 1005-1011.

– د.أسامة بدير, تداعيات الأزمة المالية العالمية على الغذاء في مصر (الواقع والتحديات والآفاق المستقبلية), مركز الأرض لحقوق الإنسان, سلسلة الأرض والفلاح العدد رقم (48), 2010, ص ص 15- 47.

– د.بيومى محمد ضحاوى, بعض مشكلات التعليم الثانوى الزراعى, مجلة العلوم التربويه, جامعة جنوب الوادى, كلية التربية بالغردقه, ع3, 2019, ص ص 128-154.

– د.حمدي عبده الصوالحي, السياسات والبدائل الممكنة لمواجهة أزمة القمح, مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار, ديسمبر 2003.

Available online at <http://www.idsc.gov.eg/default.aspx>

– د.حنان رجائى عبد اللطيف, التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في الريف المصري بعد ثورة يناير 2011, معهد التخطيط القومى, سلسلة قضايا التخطيط والتنمية, رقم 265, 2015 .

- د.سرحان احمد سليمان, تقييم حالة الأمن الغذائي لمحاصيل الحبوب في مصر, الجمعية المصرية للاقتصاد الزراعي, المؤتمر الخامس والعشرون للاقتصاديين الزراعيين- مستقبل الغذاء في مصر, 2017.
- د. سميره أنور متولى حميدة, دراسة اقتصادية لأهم العوامل المحددة للإستثمار الزراعى فى جمهورية مصر العربية , مجلة العلوم الاقتصادية و الاجتماعية الزراعية, كلية الزراعة, جامعة المنصورة, العدد 7, 2016, ص ص 1013-1020.
- د.عبد الفتاح محمد حسين, السياسات الاستثمارية للقطاع الزراعى فى إطار استراتيجية التنمية المستدامة"رؤية مصر 2030", معهد التخطيط القومى, سلسلة كراسات السياسات , عدد 9 يناير 2019.
- د.عبد القادر دياب وآخرون, إدارة الزراعة المصرية فى إطار التغيرات المحلية والدولية, معهد التخطيط القومى, سلسلة قضايا التخطيط والتنمية فى مصر, رقم 252, 2014.
- د.عبد القادر دياب وآخرون, تنمية وترشيد استخدامات المياه فى مصر, معهد التخطيط القومى, سلسلة قضايا التخطيط والتنمية فى مصر, رقم 282, 2017.
- د.علي إبراهيم محمد, أثر التغيرات فى الجدارة الانتاجية على الاراضى الزراعية المصرية, مجلة الاقتصاد الزراعي والعلوم الاجتماعية, جامعة المنصورة, العدد الخامس, 2010, ص ص 901-935.
- د.علي حافظ منصور, الاعتماد على الذات فى الأمن الغذائي فى مصر, مجلة مصر المعاصرة, الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع, مج 71 , ع 38, 1980, ص ص 79-104.

– د.عماد محمد عبد القادر, البرنامج القومي للتنمية الريفيه المتكاملة"شروق", رؤية تحليليه, المجلة المصرية للتنمية والتخطيط, معهد التخطيط القومي, مج20, ع2, 2012, ص ص 209-252.

– د.محمد عبد الوهاب ابونجول, دراسة إقتصادية للكفاءة الإنتاجية لأهم المحاصيل الغذائية في مصر, مجلة العلوم الزراعية, كلية الزراعة, جامعة اسيوط, العدد 48, 2017, ص ص 458-473.

– د.منتصر محمد محمود حمدون, تحليل اقتصادي للتعدّيات على الاراضى الزراعيّة في مصر, مجلة الاقتصاد الزراعي والعلوم الاجتماعية, جامعة المنصورة, العدد الخامس, 2014, ص ص 1711-1728.

– د.هدى صالح النمر وآخرون, نحو تحسين أوضاع الأمن الغذائي والزراعة المستدامة والحد من الجوع في مصر, معهد التخطيط القومي, سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم 265, 2016.

– د.هند حسين سعيد هيبه, دور التعليم الفني الزراعي في التأهيل المهني للموارد البشرية بالقطاع الزراعي, المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة, جامعة عين شمس - كلية التجارة, ع3, 2018, ص ص 411-443.

– د.وفاء يسري ابراهيم, إسهامات الجمعيات الأهلية في مواجهة الازمات والمشكلات الغذائية لتحقيق الأمن الغذائي, مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية, ع21, ج4, 2006, ص ص 1941-2006

و- النشرات والتقارير الرسمية

— الامم المتحدة, اللجان الاقليمية, المكتبة الرقمية, اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا, شروق البرنامج الوطني المصري للتنمية الريفية المتكاملة, 1998.

— البنك الدولي, العاملون في الزراعة المصرية (% من إجمالي المشتغلين)

<https://data.albankaldawli.org/indicator/SL.AGR.EMPL.ZS?end=2020&locations=E>

— البنك المركزي المصري, النشرة الاحصائية, أعداد متفرقة.

— جامعة الدول العربية, المنظمة العربية للتنمية الزراعية, تقرير أوضاع الأمن الغذائي العربي, 2018.

http://www.aoad.org/Arab_food_Security_Report_2018.pdf

— جامعة الدول العربية, المنظمة العربية للتنمية الزراعية, تقرير أوضاع الأمن الغذائي العربي . 2007

— الجهاز المركزي للتعبئة العامة والاحصاء, التعداد العام للسكان والاسكان والمنشآت , تعداد 1996, 2006, 2017.

— الجهاز المركزي للتعبئة العامة والاحصاء, النشرة السنوية لاحصاءات الري والموارد المائية, أعداد مختلفة.

— الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء, النشرة السنوية لتقديرات الدخل من القطاع الزراعي, اعداد مختلفه للفترة من 2000-2018.

– الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء, النشرة السنوية لإحصاءات مياه الشرب والصرف الصحي, اعداد مختلفة, 2012-2018

– الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء, النشرة السنوية للارقام القياسية للإنتاج الزراعي, اعداد متتاليه من 2000-2019.

– الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء – النشرة السنوية للنشاط التعاوني بالقطاع الزراعي – سنوات مختلفة.

– الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء, النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والمتاح للاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة) .

– المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان, العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية, الأمم المتحدة, نيويورك, 2006.

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiesar.pdf>

– وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري – الحسابات القومية للاقتصاد القومي – سنوات مختلفة.

– وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى, إستراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030, مجلس البحوث الزراعية والتنمية, 2009.

<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/egy141040.pdf>

– وزارة الزراعة واستصلاح الأراضى, قطاع الشؤون الاقتصادية, نشرة الإحصاءات الزراعية, اعداد مختلف, 2012-2018.

– وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى، مجلس البحوث الزراعية والتنمية، اللجنة الفنية للاستخدامات المستدامة للاراضى، رصد التغيرات فى استخدامات الاراضى فى مصر خلال الفترة 1984-2007، يولييه 2010.

– وزارة الزراعة واستصلاح الاراضى، وثيقة الخطة التنفيذية الاولى 2010/2017 لإستراتيجية التنمية الزراعية المستدامة 2030، 2010.

– وزارة المالية – الموازنة العامة للدولة، وزارة التخطيط والمتابعة والاصلاح الإداري – الحسابات القومية للاقتصاد المصري.

المراجع الاجنبية

- Bluemel, Erik B, (2004), "The Nonprofit Implications of For-Profit Community Development", University of Florida Journal of Law and Public Policy, U.S.A.

- Committee on World Food Security (CFS), Global Strategic Framework for Food Security and Nutrition, 2017. <http://www.fao.org/3/a-mt648e.pdf>

- Environmental Indicators for Agriculture, Methods and Results, Organization FOR Economic CO-Operation and Development "OECD" , 2001.

- Evelien M. de Olde and others, assessing sustainability at farm-level: Lessons learned from a comparison of tools in practice, *Ecological Indicators* 66 (2016) 391–404.

- Food and Agriculture Organization of the United Nation (FAO), Sustainable development goals, Building a Common Vision for Sustainable Food and Agriculture. Principles and Approaches, Rome 2014. <http://www.fao.org/3/a-i3940e.pdf>

- Food and Agriculture Organization of the United Nation (FAO), The State of Food Insecurity in the World, the multiple dimensions of food security, Rome 2013. <http://www.fao.org/3/i3434e/i3434e.pdf>

- Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), World Health Organization (WHO), The state of food security and nutrition in the world 2018, Building climate resilience for food security and nutrition, 2018.

<https://www.who.int/nutrition/publications/foodsecurity/state-food-security-nutrition-2018-en.pdf?ua=1>

- Global Food Security Index, Resource library, Global Food Security Index model (2012–2018)

<https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

- J. W. Hansen. Is Agricultural Sustainability a Useful Concept? Agricultural Systems 50 (1996) 117– 143 Elsevier Science Limited.

- John P. Reganold, Robert I . Papendick and James F. Parr, Sustainable agriculture. Scientific American 262(6), 1990,P 112–120.

- The consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR), The Eco regional Approach To Research In The CGIAR, 1993.

<https://core.ac.uk/download/pdf/132694833.pdf>

- The Economist Intelligence Unit Limited (EIU), Global Food Security Index (GFSI), 2012–2019. <https://foodsecurityindex.eiu.com/>

- The Food and Agriculture Organization (United Nations) FAO, Sustainable agriculture and rural development, <http://www.fao.org/3/u8480e/u8480e0l.htm>

- The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Conservation for Sustainable Development report, PP32–35, 1980.

<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCS-004.pdf>

- United Nations, Economic and Social Commission for Western Asia, Arab Horizon 2030: Prospects for Enhancing Food Security in the Arab Region,

2017. <https://www.unescwa.org/sites/www.unescwa.org/files/uploads/ara-b-horizon-2030-prospects-enhancing-food-security-summary-english.pdf>

- World Bank: Poverty and Hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries, Washington, 1986.

<http://documents1.worldbank.org/curated/pt/166331467990005748/pdf/multi-page.pdf>

الملحق

جدول 1- مساهمة قطاع الزراعة فى اجمالى الناتج المحلى خلال الفتره (2001/2000)-

(2018/2017)

القيمة بالمليار جنية بالاسعار الجارية

السنة	الناتج المحلى الاجمالى	صافى الدخل الزراعى	معدل النمو فى صافى الدخل الزراعى	%صافى الدخل الزراعى / الناتج المحلى الاجمالى
2000	340.1	50.7	%0.4	%14.9
2001	358.7	53.6	%5.4	%14.9
2002	378.9	60.5	%12.9	%15.9
2003	417.5	68.5	%13.2	%16.4
2004	485.3	82.5	%20.4	%16.9
2005	538.5	102.4	%10.2	%19.0
2006	617.7	116.3	%13.6	%18.8
2007	744.8	136.8	%17.6	%18.3
2008	895.5	138.1	%0.9	%15.4
2009	1004.0	150.7	%9.17	%15.0
2010	1210.0	179.7	%19.2	%14.8
2011	1370.0	190.8	%6.2	%13.9
2012	1680.0	203.8	%6.8	%12.1
2013	1860.0	223.7	%9.8	%12.0
2014	2130.0	224.9	%0.5	%10.6
2015	2440.0	256.0	%13.8	%10.4
2016	4309.5	329.2	%28.6	%9.7

2017	4437.0	325.3	(%1.3)	%7.3
------	--------	-------	--------	------

المصدر: المصدر: - البنك الدولي

<https://data.albankaldawli.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CN?end=2018&locations=EG&start=1995>

الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء, النشرة السنوية لتقديرات الدخل من القطاع الزراعي, اعداد مختلفه للفترة من 2000-2018

جدول 2: المؤشرات النوعية الثلاثة لمؤشر الأمن الغذائي العالمي ومؤشراتها الرئيسية والفرعية.

مؤشر الامن الغذائي العالمي		
(1) القدره على تحمل التكاليف	(2) الاتاحة (التوفر)	(3) الجودة والسلامة
(1-1) استهلاك الغذاء كنسبة من الانفاق الاسرى	(1-2) كمية المعروض (1-1-2) متوسط الامدادات الغذائية	(1-3) تنوع الغذاء
(2-1) نسبة السكان تحت خط الفقر العالمي	(2-1-2) الاعتماد على المساعدات الغذائية المزمدة	(2-3) معايير التغذية
(3-1) الناتج المحلي الاجمالي للفرد PPP	(2-2) الانفاق على البحث العلمى والتطوير الزراعى	(2-3-1) المبادئ التوجيهية الغذائية الوطنية
(4-1) التعريفات الجمركية على الواردات الزراعية	(3-2) البنية التحتية الزراعية	(3-2-3) المراقبة الغذائية
(5-1) وجود برامج شبكات الامان الغذائى	(1-3-2) وجود مرافق تخزين ملائمة للمحاصيل	(3-3) توفر المغذيات الدقيقة
(6-1) توفر التمويل للمزارعين	(2-3-2) البنية التحتية للطرق	(1-3-3) توفر المغذيات من فيتامين (أ)
	(3-3-2) البنية التحتية	(2-3-3) توفر المغذيات من الحديد الحيوانى
		(3-3-3) توفر المغذيات من الحديد النباتى

(4-3) جودة البروتين	للموانى
(5-3) سلامة الاغذية	(4-2) تقلبات الانتاج
(1-5-3) وجود هيئه لضمان	الزراعى
سلامة وصحة الغذاء	(5-2) مخاطر الاستقرار
(2-5-3) نسبة السكان الذين	السياسى
يحصلون على مياه صالحة للشرب	(6-2) الفساد
(3-5-3) وجود قطاع بقالة رسمى	(7-2) القدرة الاستيعابية
	الحضرية
	(8-2) فاقد الغذاء

جدول 3 نقاط وترتيب مصر بين دول العالم (113 دولة) وفقا لمؤشر الامن الغذائى خلال

الفترة 2012-2018

الترتيب / 113							النقاط / 100							المؤشر
2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	
61	58	57	59	66	68	65	56.3	57.9	59.4	57.1	53.3	51.5	51.2	المؤشر العام
76	75	74	75	74	79	78	45.2	42.0	46.3	46.3	46.3	40.0	40.2	القدرة على تحمل التكاليف
39	33	37	39	53	50	49	66.2	68.1	66.9	64.7	56.6	59.0	58.7	الانتاجية

57	50	58	57	59	60	61	56.7	61.5	56.8	56.8	55.7	55.1	54.0	الجودة والسلامة
86	80	-	-	-	-	-	54.7	57.0	-	-	-	-	-	*الموارد الطبيعية

المصدر: مستخلص من نتائج مؤشر الامن الغذائى العالمى (2012-2018).

Global Food Security Index, Resource library, Global Food Security Index model (2012-2018) <https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

جدول 4: تطور مؤشر العالمى للامن الغذائى لمصر مقارنة بالمتوسط العام لدول العالم ودول الشرق الاوسط وشمال افريقيا خلال الفترة 2012- 2018 . (النقاط من 0-100 حيث 100 = الافضل)

المؤشر النوعى الجودة والسلامة	المؤشر النوعى الإتاحة	المؤشر النوعى القدره على تحمل التكاليف	المؤشر العام		
57.3	57.2	56.5	56.9	دول العالم (متوسط)	2012
60.6	57.8	63.4	60.5	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
58.7	55.6	43.4	51.2	مصر	

57.3	56.8	56.0	56.6	دول العالم (متوسط)	2013
60.3	56.7	63.5	60.0	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
59.7	55.9	43.2	51.5	مصر	
58.0	57.5	56.8	57.3	دول العالم (متوسط)	2014
61.3	58.4	65.0	61.5	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
60.3	56.7	46.8	53.3	مصر	
58.6	58.8	57.4	58.2	دول العالم (متوسط)	2015
61.6	59.7	65.4	62.3	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
61.4	64.9	46.8	57.1	مصر	
58.5	59.9	57.6	58.7	دول العالم (متوسط)	2016
60.7	60.5	65.2	62.4	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
61.4	67.1	50.1	59.4	مصر	

58.7	59.1	56.2	57.9	دول العالم (متوسط)	2017
60.7	60.3	63.0	61.4	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
61.4	68.1	45.2	57.9	مصر	
58.2	60.3	56.3	58.4	دول العالم (متوسط)	2018
60.1	60.8	63.2	61.7	دول الشرق الاوسط وشمال افريقيا (متوسط)	
56.7	66.2	45.2	56.3	مصر	

المصدر: مستخلص من نتائج مؤشر الامن الغذائى العالمى (2012-2018).

Global Food Security Index, Resource library, Global Food Security Index model (2012-2018) <https://foodsecurityindex.eiu.com/Resources>

جدول 5- كمية الفجوة الغذائية ونسب الاكتفاء الذاتى لأهم المحاصيل الزراعية والمنتجات الحيوانية خلال الفترة 2000-2018 (الكمية: الف طن).

2018	2015	2010	2005	2000	
------	------	------	------	------	--

البيان	المحاصيل	الفجوة الغذائية	% الاكتفاء الذاتي	الفجوة الغذائية	% الاكتفاء الذاتي	الفجوة الغذائية	% الاكتفاء الذاتي	الفجوة الغذائية	% الاكتفاء الذاتي	الفجوة الغذائية	% الاكتفاء الذاتي
القمح	(3676)	59.5	(4434)	61.2	(10516)	40.5	(9955)	49.1	(15953)	34.5	
الذرة الشامية	(557)	58.7	(438)	60.1	(4823)	61.4	(6280)	56.1	(8803)	47.0	
الأرز	989	125.4	1283	135.8	528	110.6	141	102.1	(327)	94.2	
الفاول الجاف	(70)	64.9	(227)	43.4	(161)	59.2	(267)	31.0	(384)	30.7	
العدس	(87)	4.2	(102)	1.8	(117)	1.7	(62)	1.6	(110)	1.8	
قصب السكر) 90000 (100) 15000 (0	100	2	100.0	(3)	100.0	2	100	
بنجر السكر	4	100	0	100	0	100.0	(2)	100.0	3	100	
بذرة الكتان	(18.6)	54.2	(4.6)	45.8	(2)	71.4	(5)	50.0	(9)	47.1	

100	0	100.0	0	100.0	0	100	-	100	-	بذرة القطن
21.6	(69)	27.8	(57)	65.1	(22)	116.7	5.2	86.3	(5.1)	عباد الشمس
123.5	564	121.7	551	127.0	512	118.4	393	119.7	222	البصل
105.8	16	101.0	3	101.7	4	100.4	14	100.5	24	الثوم
103.0	355	102.6	328	101.0	156	100.4	1439	100.1	1092	الخضروات
116.3	678	110.2	460	107.3	247	111.2	1122	108.6	560	البطاطس
99.3	(64)	96.2	(320)	102.7	165	99.9	529	99.0	404	الفاكهة
156.5	1584	138.8	1297	132.6	867	108.6	520	111.9	510	الموالج
55.9	(625)	57.5	(710)	83.9	(191)	81.2	(198)	87.5	(99)	اللحوم الحمراء

91.5	(119)	93.0	(98)	97.1	(28)	100.1	1	100.2	1	الطيور
150	2	125.0	1	120.0	1	103.7	-	101	-	عسل النحل
85.6	(307)	89.0	(188)	88.1	(176)	82.7	(168)	81.3	(178)	الأسماك

المصدر: جمعت وحسبت من

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والمتاح للاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة) .

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. الكتاب الإحصائي السنوي، اعداد متفرقة - (-) غير متوفر بيان

جدول 6- كمية الواردات الفتره 2000-2018(الكمية: الف طن).

2018	2015	2010	2005	2000	
21154	15752	14684	10793	9214	الحبوب ⁽¹⁾
660	420	336	531	371	البقوليات ⁽²⁾
3	3	-	1	-	قصب السكر
9	5	3	1	3	البصل والثوم

(1) تشمل : القمح, الشعير, الذره الشاميه والرفيعه, الارز

(2) تشمل: الفول الجاف, العدس, الحلبه, الحمص, الترمس

31	4	3	0	0 (1)	الخضروات
139	143	77	73	35	المحاصيل
349	564	149	67	61	الفاكهة
625	720	195	192	99	اللحوم الحمراء
115	98	35	3	-	الطيور
339	204	183	189	-	الأسماك

المصدر: جمعت وحسبت من

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والمتاح للاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة) .

(1) 0 القيمة اقل من 500 طن.

(2) تشمل: البطاطس، القلقاس، البطاطا

جدول 7- تطور كمية وقيمة الواردات والصادرات والميزان التجارى لاهم المحاصيل الزراعية
والمنتجات الحيوانية خلال الفترة 2000 - 2018 (الكمية: الف طن, القيمة بالمليون جنيه)

البيان	2018					2000						
	قيمة العجز أو	الواردات		الصادرات		قيمة العجز أو	الواردات		الصادرات			
		القيمة	الكمية	القيمة	الكمية		القيمة	الكمية	القيمة	الكمية		
القمح	46872)	46877	12025	5	1	(4402)	4402	6255	0.04	0		
الذرة	30836)	30859	8806	23	4	(4193)	4197	6842	4	1		
الأرز	(890)	890	291	-	-	(3401)	3967	3607	566	709		
القول	(3492)	3955	437	463	55	(284)	297	243	13	6		
العدس	(1550)	1599	114	49	5	(173)	199	113	26	25		
فصيص	(13)	34	2	21	5	1	-	-	1	4		
الذرة	5913	64	32	5977	386	20	0.07	0	20	16		
البطاطا	3438	1524	138	4962	817	47	72	35	119	186		
الفواكه	12265	4384	3349	16649	288	(115)	131	61	16	12		
اللحوم	(2524)	2601	625	77	2	(633)	635	99	2	0		
الطيور	(2869)	2884	101	15	1	4	-	-	4	0		
الأسماك	(9443)	10087	439	644	35	4	-	-	4	1		
	76873)	اجمالي قيمة العجز فى الميزان التجارى					13125)	اجمالي قيمة العجز فى الميزان التجارى				

المصدر: جمعت وحسبت من

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء , النشرة السنوية لحركة الانتاج والتجارة الخارجية والتمويل والاستهلاك من السلع الزراعية (أعداد متفرقة) .

جدول 8- نسبة الاستثمارات فى القطاع الزراعى الى الاستثمارات الكلية فى ج . م . ع

بالاسعار الجارية خلال الفترة (2001/2000 - 2017/ 2018)

نسبة الاستثمارات الزراعية إلى الاستثمارات الكلية %	الاستثمارات الزراعية بالمليار جنية	الاستثمارات الكلية بالمليار جنية	السنة	نسبة الاستثمارات الزراعية إلى الاستثمارات الكلية %	الاستثمارات الزراعية بالمليار جنية	الاستثمارات الكلية بالمليار جنية	السنة
3.5%	6.87	197.14	2009	12.6%	8.13	64.45	2000
2.9%	6.75	231.83	2010	12.9%	8.19	63.58	2001
3.0%	6.84	229.07	2011	14.1%	9.56	67.50	2002
3.5%	8.39	241.61	2012	9.4%	6.40	68.11	2003
4.4%	11.63	265.10	2013	9.5%	7.56	79.56	2004
4.0%	13.29	333.62	2014	7.7%	7.42	96.46	2005
4.2%	16.50	392.00	2015	6.9%	8.04	115.74	2006
4.2%	21.86	514.30	2016	5.0%	7.79	155.34	2007
3.4%	24.50	721.1	2017	4.0%	8.08	199.50	2008

المصدر: الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء , الكتاب الإحصائى اعداد متفرقة.

- الموقع الإلكتروني لوزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية- الحسابات القومية للاقتصاد القومي - سنوات مختلفة.

جدول 9- تطور الاستثمار الزراعي العام والخاص بالاسعار الجارية في ج . م . ع

الاستثمارات الزراعية بالمليار جنية					السنة	الاستثمارات الزراعية بالمليار جنية					السنة
% الإجمالي	القطاع الخاص	% الإجمالي	القطاع العام	الإجمالي		% الإجمالي	القطاع الخاص	% الإجمالي	القطاع العام	الإجمالي	
59.97	4.12	39.88	2.74	6.87	2009	60.51	4.92	39.48	3.21	8.13	2000
57.33	3.87	42.67	2.88	6.75	2010	64.83	5.31	35.29	2.89	8.19	2001
52.05	3.56	47.95	3.28	6.84	2011	61.71	5.90	38.70	3.70	9.56	2002
64.72	5.43	35.16	2.95	8.39	2012	46.69	3.18	50.31	3.22	6.40	2003
64.32	7.48	35.16	4.15	11.63	2013	52.91	4.00	47.09	3.56	7.56	2004
61.70	8.20	35.68	5.09	13.29	2014	62.35	5.25	37.65	3.17	8.42	2005
59.03	9.74	38.29	6.76	16.50	2015	65.17	5.24	34.83	2.80	8.04	2006
65.30	17.04	34.70	4.82	21.86	2016	68.80	5.36	31.19	2.43	7.79	2007
64.80	15.88	35.20	8.62	24.5	2017	64.60	5.22	35.27	2.85	8.08	2008

خلال الفترة (2001/2000 - 2018/ 2017)

المصدر: الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء, الكتاب الاحصائي اعداد متفرقة.

- الموقع الإلكتروني لوزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية - الحسابات القومية للاقتصاد القومي - سنوات مختلفة.

جدول 10- التغيير في الرقم القياسي ومعدل النمو في متوسط إنتاجية الفدان خلال الفتره

2018 - 2000

السنة	% الرقم القياسي لمتوسط إنتاجية الفدان	معدل النمو في متوسط إنتاجية الفدان	السنة	% الرقم القياسي لمتوسط إنتاجية الفدان	معدل النمو في متوسط إنتاجية الفدان
2000	106.4	3.4	2009	111.1	(1.6)
2001	106.4	0.0	2010	106.4	4.7
2002	109.6	3.2	2011	109.4	4.8
2003	109.1	(0.5)	2012	104.6	(4.8)
2004	109.1	0.0	2013	100.3	(2.3)
2005	112.1	3.0	2014	102.7	2.4
2006	113.0	0.9	2015	103.3	0.6
2007	114.6	1.6	2016	117.0	11.7
2008	112.7	(1.9)	2017	119.5	2.1

المصدر: الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء, النشرة السنوية للارقام القياسية للإنتاج الزراعي, اعداد متتاليه من

2019-2000.

عام 2008/2007 سنة الاساس لعشر سنوات تاليه اى من 2007 - 2017 , عام 1998/1997 سنة الاساس

لعشر سنوات التاليه من 1997 وحتى 2006, عام 1987/1986 سنة اساس لعشر سنوات تاليه من 1986 وحتى

1996. جدول 11- تطور القروض الاستثمارية (قصيرة, متوسطة, طويلة الأجل) الممنوحة

من البنك الزراعي

خلال الفترة 2001/00 - 2018/2017 (القيمة بالمليار جنية)

قروض استثمارية				السنوات
الاجمالي	طويلة	متوسطة	قصيره	
8.15	0.01	2.46	5.68	2000
10.16	0.02	3.55	6.59	2005
8.60	0.10	3.10	5.40	2010
11.40	0.47	2.80	8.20	2015
9.62	0.45	3.53	5.64	2016
14.16	0.25	6.23	7.68	2017

المصدر: جمعت وحسبت من

- الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء. النشرة السنوية للنشاط التعاوني بالقطاع الزراعي (أعداد متفرقة) .

جدول 12-- مساحة الاراضى المستصلحة من عام 1952 وحتى 2017 الوحدة:ألف فدان

مساحة الاراضى	السنوات	مساحة الاراضى	السنوات
22.0	2008	1278.0	1967-1952
14.7	2009	292.4	1983-1968
15.5	2010	1587.2	1999-1984

39.0	2011	12.7	2000
22.9	2012	28.7	2001
22.6	2013	18.0	2002
14.5	2014	23.5	2003
38.5	2015	14.5	2004
38.9	2016	38.8	*2005
59.2	2017	231.6	*2006
		95.2	2007

المصدر: الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء بيانات منشورة عن الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية

الكتاب السنوى الاحصائى، الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء، أعداد متفرقة.

* اعتبارا من 2005 البيانات تشمل مشروعات الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية

جدول 13- نصيب الفرد من الارض الزراعية فى مصر خلال الفتره 2000- 2018

(السكان: الف نسمة، المساحة بالالف فدان)

نصيب الفرد من الارض الزراعية		المساحة المزروعة بالالف فدان	عدد السكان بالالف نسمة	السنة
قيراط/ نسمة	فدان/ نسمة			
2.926	0.122	7719	63305	2000
2.949	0.123	7945	64652	2001
2.964	0.123	8148	65986	2002

2.893	0.121	8113	67313	2003
2.894	0.121	8278	68648	2004
2.875	0.120	8384	69997	2005
2.829	0.118	8411	71348	2006
2.771	0.115	8423	72940	2007
2.719	0.113	8432	74439	2008
2.770	0.115	8783	76099	2009
2.695	0.112	8741	77840	2010
2.598	0.108	8619	79618	2011
2.589	0.108	8800	81567	2012
2.568	0.107	8954	83667	2013
2.494	0.104	8916	85783	2014
2.481	0.103	9095	87963	2015
2.425	0.101	9101	90086	2016
2.380	0.099	9133	92115	2017
2.248	0.094	9188	98101	2018

المصدر: جمعت وحسبت من الجهاز المركزي للتعبيء والإحصاء. الكتاب الإحصائي السنوي (أعداد متفرقة).

جدول 14- العاملون في الزراعة (% من إجمالي المشتغلين) خلال الفترة 2000-2018

السنة	العاملون في الزراعة (% من إجمالي المشتغلين)
2000	29.63
2001	28.54
2002	27.52
2003	29.87
2004	31.83
2005	30.94
2006	31.23
2007	31.76
2008	31.69
2009	29.96
2010	28.28
2011	29.24
2012	27.07
2013	27.96
2014	27.55
2015	25.82
2016	25.57
2017	25.05
2018	24.35

المصدر: البنك الدولي, العاملون في الزراعة (% من إجمالي المشتغلين)