



هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission



جامعة البحرين
University of Bahrain

القانونية

مجلة علمية قانونية محكمة نصف سنوية

تصدر عن هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين

بالشراكة مع جامعة البحرين

العدد السادس عشر - ربيع الثاني 1447 هـ - أكتوبر 2025

- "فكرة الجراء التأديبي المُقنع واتجاهات القضاء الإداري المصري"
- المواجهة بالاتهام التأديبي بين الواقع ومقتضيات التطور التقني
- "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي"
- "أثر التكييف القانوني لصكوك الإجارة في تحديد مدى إدراجها ضمن الدّين العام: دراسة تأصيلية تطبيقية"
- Protecting the environment from nuclear weapon tests in space law





حضرة صاحب الجلالة الملك

حمد بن عيسى آل خليفة
ملك البلاد المعظم



صاحب السمو الملكي الأمير
سلمان بن حمد آل خليفة
ولي العهد نائب القائد الأعلى
رئيس مجلس الوزراء



هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission

القانونية

العدد السادس عشر - ربيع الثاني ١٤٤٧ هـ - أكتوبر ٢٠٢٥ م

رئيس التحرير

المستشار نواف عبدالله حمزة.
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

هيئة التحرير

من هيئة التشريع والرأي القانوني:
المستشارة الشیخة مريم بنت عبد الوهاب آل خليفة.
نائب رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

المستشار مصعب عادل بوصييع.
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث.

مستشار هيئة التحرير:

المستشار الدكتور سعيد السيد قطب قنديل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

معاونو مدير التحرير:

المستشار أحمد محمد المدوب.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد سليمان محمد آل محمود.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد محمد أحمد بوعجل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

من جامعة البحرين:

الدكتور صلاح محمد أحمد.
عميد كلية الحقوق - جامعة البحرين.
الدكتورة وفاء يعقوب جناحي.
مدير مركز ضمان الجودة والاعتماد الأكاديمي

هيئة التشريع والرأي القانوني:

:Twitter
@LLOC_BH

:Instagram
@LLOC_BH

الموقع الإلكتروني:
www.lloc.gov.bh

مجلة علمية قانونية محكمة نصف
سنوية تصدر عن هيئة التشريع
والرأي القانوني بالاشتراك مع
جامعة البحرين - مملكة البحرين

للمراسلات

هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين
ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية
هاتف: ١٧٥١ ٨٠٠٠ (+٩٧٣)
فاكس: ١٧٥١ ٨٠٠٨ (+٩٧٣)
البريد الإلكتروني: info@lloc.gov.bh

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر
وزارة شؤون الإعلام
ISSN 2210-1985

الإخراج الفني
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

الطباعة
مطبوعة جامعة البحرين



محتويات العدد

تقديم العدد: كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع
والرأي القانوني

محتويات العدد:

4- Protecting the environment
from nuclear weapon tests in
space law

Dr. Esam Iden Mohamed Ibrahim

Lecturer Public International law

Egyptian Technological College - Sohag

Commercial Technical Institute

**Professor Dr. Moamer Rateb Mohamed
Abdel Hafez**

Dean of the Faculty of Law, Assiut
University

157

١- فكرة الجزاء التأديبي المُقنَّع واتجاهات القضاء
الإداري المصري»

القاضي الدكتور/ أحمد عبد السلام أحمد حافظ

المستشار القانوني لهيئة التخطيط والتطوير العمراني

بمملكة البحرين

نائب رئيس مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية

15

٢- المواجهة بالاتهام التأديبي بين الواقع

ومقتضيات التطور التقني

«دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وقوانين

دول مجلس التعاون الخليجي»

المستشار الدكتور محمد عوض فرج

رئيس نيابة - دكتوراه في القانون العام

محاضر بكليات الحقوق والشرعية والقانون

جمهورية مصر العربية

72

٣- «أثر التكييف القانوني لصوصك الإجارة في تحديد

مدى إدراجها ضمن الدَّين العام: دراسة تأصيلية

تطبيقية»

إعداد: الأستاذ عبدالله أيمن هلال

مدقق شرعي

123



مقدمة

مجلة «القانونية» دورية أكاديمية علمية محكمة، نصف سنوية، متخصصة في المجال القانوني على المستويات المحلية والعربية والدولية، ومسجلة لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر بوزارة شؤون الإعلام وذلك تحت رقم إيداع دولي للدوريات.

المجلة عمل علمي قانوني أكاديمي لا يهدف للربح ويرتقي بالمادة العلمية المنشورة إلى مستويات النشر الدولي، وتهدف المجلة إلى أن تكون داعمة للثقافة القانونية، فهي تمثل انطلاقة مضيئة للفكر القانوني العربي لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين وكافة المعنيين بالبحث العلمي في المجال القانوني والقضائي بما يساهم في تطوير العمل الأكاديمي والتطبيقي معاً في المحافل القانونية على المستوى العربي.

وتعمل القانونية كذلك على تحقيق الأهداف الآتية:

١. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية، والمستحدث في مجال التشريع والرأي القانوني، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
٢. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
٣. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.
٤. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي إلى مستويات النشر الدولية، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر إلى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونية المصنفة في المحافل الدولية.

المحتوى العلمي للمجلة:

يحتوي المضمون العلمي للمجلة على ما يأتي:

- ١- البحوث والمقالات.
- ٢- التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
- ٣- المتابعات القانونية (أهم المعاهدات الدولية، والتشريعات الحديثة من التشريع المحلي والعربي والدولي بمختلف الثقافات القانونية، والترجمات، ومراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

قواعد النشر:

يشترط لقبول النشر بالمجلة ما يأتي:

١. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
٣. الالتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمة في أية دورية أخرى، وألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
٤. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة.
٥. أن يكون اختيار موضوع المادة العلمية المقدمة ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدة والابتكار.
٦. يجب ألا يقل البحث المقدم للنشر عن حوالي عشرة آلاف كلمة (وإذا تجاوز ٧٠ صفحة)، أما بالنسبة إلى المقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الكلمات على حوالي ستة آلاف كلمة.
٧. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمة منه للنشر.
٨. تعبر الآراء الموجودة في المادة العلمية عن آراء الباحث الشخصية، وذلك في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.
٩. لا تعتنق المجلة أية أيديولوجيات سياسية أو دينية أو خلافه تعكسها المادة العلمية المنشورة فيها، ولهيئة التحرير الحق في رفض أية مادة علمية تتضمن الإشارة تصريحاً أو تلميحاً إلى أي معتقد ديني أو أية أيديولوجية سياسية أو الترويج لأيهما، وكذلك لهيئة التحرير رفض أية مادة علمية تحض أو تحث على كراهية أو ازدراء أو معاداة أي فئة أو طائفة سياسية أو فكرية أو دينية أو غير ذلك مما يُعدّ خروجاً عن الأعراف العلمية، وعن الأهداف الموضوعية المتوخاة للمجلة في نشر البحث العلمي القانوني والقضائي.
١٠. يتحمل مقدم المادة العلمية المسؤولية المدنية أو الجنائية أو غيرها، بموجب التشريعات السارية وتعديلاتها المستقبلية، ناتجة عن تقديم مادة علمية للنشر بالمجلة، سواء نشرت أم لم تنشر، وذلك إذا ثبت أنها تمثل سرقة علمية أو اعتداء على أي من حقوق الملكية الفكرية للغير.
١١. تقدم البحوث وغيرها بالبريد الإلكتروني على العنوان الإلكتروني الذي تخصصه لذلك؛ qanoniya@lloc.gov.bh
١٢. تنشر هيئة التحرير الأبحاث، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورود إلى المجلة.
١٣. الالتزام بإجراء أي تعديلات مقترحة من قبل المحكمين وإعادة إرسال البحث بعد تعديله وفقاً لتقرير المحكمين خلال الفترة التي تحددها أسرة تحرير المجلة.

كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

يسر هيئة تحرير مجلة القانونية أن تقدم إلى السادة المهتمين بالبحث القانوني العدد السادس عشر من دوريتنا المحكمة، والتي نسعى من خلالها إلى الإسهام الجاد في إثراء البحث العلمي القانوني، وفتح آفاق معرفية متجددة تواكب تطورات الفكر القانوني المعاصر وتستجيب لتحولات الواقع التشريعي والقضائي على كافة الأصعدة.

ويضم هذا العدد نخبة من البحوث المحكمة التي تناولت موضوعات في مجالات قانونية متنوعة، فضلاً عن الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية ذات العلاقة، بما يعكس تنوع الخلفيات الأكاديمية والعملية المتخصصة للباحثين المشاركين، وهو الأمر الذي يمثل في نهاية المطاف ثراءً للفكر القانوني من خلال النهج المقارن الذي اتبعته الغالبية العظمى من البحوث التي قبلت للنشر.

وقد سارت هيئة التحرير على نهجها الدائم بأن تتوافق جميع البحوث المنشورة في كل عدد مع قواعد النشر المعتمدة ومعايير التحكيم العلمي الدقيق، وفق الضوابط المنهجية والأكاديمية المتعارف عليها، سعياً منها لضمان جودة المحتوى، وتعزيز مكانة المجلة ضمن الدوريات العلمية المرموقة.

وختاماً، أتقدم بوافر الشكر والتقدير لكل من ساهم في إخراج هذا العدد إلى النور، سائلاً المولى سبحانه وتعالى أن يجد فيه القارئ الكريم إضافة معرفية نافعة، ومادة بحثية قيمة تسهم في تطوير الفكر القانوني.

المستشار نواف عبدالله حمزة

رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

رئيس هيئة تحرير المجلة



البحوث



«فكرة الجزاء التأديبي المُقنَّع» واتجاهات القضاء الإداري المصري»

القاضي الدكتور / أحمد عبد السلام أحمد حافظ

المستشار القانوني لهيئة التخطيط والتطوير العمراني بمملكة البحرين

نائب رئيس مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية

مُقدمة

من المعلوم أن الجزاء التأديبي يستند في توقيعه على الموظف العام إلى ارتكابه مخالفةً تأديبيةً معينة، سواء أكانت هذه المخالفة بفعل إيجابي يُتمثل إخلالاً بأحد واجبات الوظيفة، أو اتخذ ذلك صورة مسلك سلبي بالامتناع عن القيام بواجب أو التزام يندرج ضمن تلك الواجبات الوظيفية، وفي الحالين يلزم أن يكون الجزاء التأديبي مُتناسباً مع جسامة المخالفة والإِصم بالغلو، ويتحقق ذلك التناسب بتحقيق التوازن الذي يُغطي الضرر الناجم عن المخالفة بقدر تأثيرها على اهتزاز ثقة الأفراد في المرفق العام، وتلك هي الغاية العامة من المسؤولية التأديبية.

كما يرنو الجزاء التأديبي إلى تحقيق غاية أخرى لا تقل أهمية عن الغاية العامة السابقة، وتتمثل في تحقيق فكرة الردع العام والخاص بما من شأنه الحيلولة دون تكرار ارتكاب ذات المخالفة، سواء من الموظف المخالف أو من زملائه الآخرين.

ويبدو أن فقدان التناسب بين جسامة المخالفة وتوقيع العقوبة التأديبية من شأنه أن يُلقي بظلال كثيفة من الريب حول طبيعة العدالة الإدارية، وربما حول جدية المسؤولية التأديبية ذاتها.

والواقع أن المشرع المصري ولئن كان قد قيد السلطة التأديبية بتحديد العقوبات التي يجوز لها أن توقعها على الموظف العام على سبيل الحصر، إلا أنه في مقابل ذلك قد ترك المجال واسعاً لسلطانها التقديرية وباستقلال كبير في اختيار العقوبة المناسبة جراء ارتكاب المخالفات الإدارية؛ مما استوجب أن يقترن ذلك - دائماً - بأن يتلاءم الجزاء ويتناسب مع درجة جسامة الفعل المرتكب بما يكفل فاعلية الإدارة من ناحية، وحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من أخرى، ودون المساس بضمانات الموظف وحقوقه.

ولقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن: تكييف الواقعة بما يجعلها من الذنوب الإدارية المستحقة للعقاب، إنما مرجعه إلى تقدير جهة الإدارة، ومبلغ انضباط هذا التكييف على الواقعة المنسوبة إلى الموظف من حيث الخروج على الواجب الوظيفي، أو الإخلال بحسن السير والسلوك، كما أن تقدير العقوبة للذنوب الإداري الذي ثبت في حق الموظف هو - أيضاً - من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء عليه

إلا إذا اتسم بعدم الملاءمة الظاهرة أو وُصم بسوء استعمال السلطة، وفي ذلك تقول: « متى انتهت السلطة التأديبية بحسب فهمها الصحيح للعناصر التي استخلصت منها قيام العامل بارتكاب ذنب إداري إلى تكوين اقتناعها بأن مسلك العامل كان معيباً وأن الفعل الذي أثاره أو التقصير الذي وقع منه كان غير سليم أو مخالفاً لما يقضي القانون أو الواجب باتباعه في هذا الشأن، كان لها حرية تقدير الخطورة الناجمة عن ذلك -أيضاً- بما يناسبها من جزاء دون أن تخضع في اقتناعها أو تقديرها لرقابة القضاء ^(١) .

ونخلص من ذلك أن مناط سلطة تقدير العقوبة للذنب الإداري هو الملاءمة لجسامة المخالفة، ولا تعقيب على تلك السلطة من القضاء التأديبي ما دامت لم تخرج عن مناط مشروعية هذا التقدير، ويمكن تحديد نطاق المشروعية لسلطة الملاءمة في: الغلو والتشدد بتغليظ العقوبة على مخالفة بسيطة أو تافهة، أو الإفراط في الشفقة باختيار عقوبة ضئيلة لا يتصور تناسبها مع جسامة المخالفة المرتكبة. ويمكن أن يظهر عدم التناسب في شكل آخر يتمثل في انتهاك مبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد، وقد يحدث ذلك بشكل صريح من خلال فرض أكثر من عقوبة على نفس المخالفة، أو قد يتخذ شكلاً غير مباشر يتمثل في اتخاذ تدبير إداري يُخفي في حقيقته عقوبة تأديبية، وهذا يُمثل انتهاكاً لمبدأ شرعية العقوبة، وهو ما سيكون محور البحث الحالي.

إشكالية البحث:

عند تناول فكرة «الجزاء التأديبي المقنّع» تبرز إشكالية محورية تتفرّع عنها عدة تساؤلات رئيسية، تتمثل في: مدى وضوح الطبيعة القانونية لهذا الإجراء، وهل يمكن اعتباره عقوبة تأديبية مستترة أم إجراءً إدارياً مشروعاً؟ ثم تُطرح مسألة مدى مشروعية استمرار هذا المفهوم ضمن إطار المساءلة التأديبية، وانعكاساته على الضمانات المكفولة للموظف العام، وأخيراً، يُثار التساؤل حول موقف القضاء الإداري المصري: فإلى أي حدّ ساهم في ترسيخ هذا المفهوم كأداة تنظيمية فعّالة، أم أنه اتخذ منه موقفاً تحفظياً حفاظاً على التوازن بين سلطة الإدارة وحقوق الموظف، وتشكل هذه التساؤلات مجتمعة جوهر الإشكالية التي يسعى هذا البحث لاستظهار أبعادها وتحليلها في ضوء اتجاهات القضاء الإداري المصري.

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على منهج تأصيلي تحليلي، فمن جهة، يتسم بالطابع التأصيلي من خلال الرجوع إلى الأحكام العامة في قانون العاملين المدنيين، الذي يُعتبر الشريعة العامة للتوظيف، بالإضافة إلى بعض التشريعات ذات الصلة عند الحاجة، ومن جهة أخرى، يتبنى الطابع التحليلي من خلال دراسة

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٧٠١ لسنة ٢٢ ق.ع، جلسة ٩/ ١٢/ ١٩٨٦.

النصوص التشريعية وفهم معانيها، والاطلاع على الأحكام القضائية والتأمل فيها لتحديد أهدافها وبيان ما أسفرت عنه من وضع ضوابط وحدود للفكرة التي يتم البحث فيها.

خطة البحث:

نسعى من خلال هذا البحث إلى تسليط الضوء على موضوع «الجزاء التأديبي المقنّع»، عبر استكشاف أبعاده وحدود إطاره القانوني، وذلك بما يحقق الهدف الرئيس منه، المتمثل في فهم توجهات القضاء الإداري المصري إزاء هذه الفكرة؛ وبناءً عليه، يتمحور هذا البحث حول ثلاث نقاط رئيسة تُعالج ضمن مباحث ثلاثة، حيث يتناول المبحث الأول: ماهية الجزاء التأديبي المقنّع وطبيعته القانونية، في حين يُركز المبحث الثاني على تحديد الإطار القانوني لأكثر أشكاله شيوعاً وصوره ذيوياً، وهما النقل والندب، أما المبحث الثالث، فيسعى إلى استقراء وتحليل توجهات القضاء الإداري المصري حيال فكرة الجزاء التأديبي المقنّع، ومدى استقراره عليها أو تراجعها عنها، وعليه فإن هيكليّة البحث تقوم على هذه المباحث الثلاثة وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الأول - ماهية الجزاء التأديبي المقنّع وطبيعته

المبحث الثاني - الإطار القانوني للنقل والندب

المبحث الثالث - تحليل اتجاهات القضاء الإداري إزاء الجزاء التأديبي المقنّع

المبحث الأول

ماهية الجزاء التأديبي المقنّع

وطبيعته

من خلال هذا المبحث سوف نتعرض لنقطتين رئيسيتين، الأولى: من خلالها سوف نوضح ماهية الجزاء التأديبي المقنّع، وأما الثانية: فسنحاول تحديد طبيعة هذا الجزاء، وذلك على الوجه التالي:

المطلب الأول

ماهية الجزاء التأديبي المقنّع

عندما يمكن إسناد فعل إيجابي أو سلوك سلبي للموظف يُعتبر إخلالاً بواجباته الوظيفية، سواء كان هذا الفعل يُشكل مخالفة إدارية بحد ذاته أو يُعتبر مساهمة منه في حدوثها، فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليته التأديبية؛ وبالتالي، يستوجب ذلك معاقبته تأديبياً، ويجب أن يتم تطبيق هذا النوع من العقاب وفقاً لمبدأ مشروعية العقوبة.

ويعني المبدأ المذكور أن السلطة التأديبية المختصة قانونياً هي المسؤولة عن فرض العقوبات التأديبية ضمن الحدود المقررة لها، وإذا انحرفت عن هذا الإطار، فإن القرار التأديبي يُعتبر مشوباً بعدم

المشروعية، ومن أبرز صور الخروج على هذا المبدأ هو تكرار فرض العقوبة عن نفس الفعل، وهو ما يُعرف بـ «الازدواج الجزائي».

وفي بعض الأحيان قد تُصدر السلطة التأديبية قراراً بمعاقبة الموظف تأديبياً، ثم تتخذ ضده تدبيراً إدارياً ممّا تملك سلطة إصداره قانوناً كإصدارها قرار نقل أو نذب بمناسبة ارتكاب الموظف للمخالفة التأديبية بقصد تغليظ العقوبة الموقعة عليه، بما يعني أن السلطة التأديبية قد اتخذت من هذا النقل أو ذاك النذب ستاراً لتشديد العقوبة التأديبية، واستعملت وسيلتين من وسائل شغل الوظيفة العامة (أي: النقل أو النذب) كقناع لإخفاء الإمعان في شدة العقاب، وهو ما أطلق عليه القضاء الإداري مصطلح «الجزاء التأديبي المقنَّع»

ويبدو أن المصطلح المشار إليه يتكون من شقين، الأول: هو «الجزاء التأديبي» حيث يُعتبر في جوهره عقوبة تأديبية؛ وذلك لأن السلطة التأديبية تهدف من خلاله إلى مُعاقبة العامل المخالف، إلا أن هذه العقوبة لم تُدرج ضمن العقوبات المحددة قانوناً، سواء كانت عقوبة أصلية أو تكميلية أو تبعية، وبالتالي، تُعتبر استحداثاً لعقوبة تأديبية، مما يمثل خروجاً على مبدأ مشروعية العقوبة، ومن هنا، يمكن القول إن السلطة المختصة قد انحرفت عن الهدف التشريعي المنشود من النقل أو النذب، باعتبارهما وسيلتين لإعادة توزيع العاملين في المرفق العام، وذلك لتحقيق غاية أخرى تتمثل في «العقاب التأديبي».

ويستوي - لدينا - بعد ذلك اقتران هذا الجزاء بعقوبة تأديبية منصوص عليها قانوناً بما يُمثل ازدواجاً جزائياً، أو أنه كان لاحقاً عليها أو حتى سابقاً على توقيعها، طالما كان قصد السلطة التأديبية منه مُعاقبة العامل وإنزال العقاب به وليس تحقيق مصلحة المرفق، فالعبرة تكمن في البحث عن قصد وغاية السلطة المختصة في توقيع العقاب التأديبي.

وقد لا يرد هذا الصنوع من الجزاء مُقترناً بعقوبة تأديبية كما في المثال السابق، وإنما يأتي في صورة منفردة دون اقتران، كأن يأتي النقل أو النذب بعد تحقيق في مخالفات إدارية دون توقيع أية عقوبة تأديبية مقررّة قانوناً، فعندئذ يشتد الأمر صعوبة، ويصبح أكثر غموضاً وأشدّ التباساً؛ إذ يتعين إثبات قصد السلطة التأديبية في إقصاء العقوبة التأديبية المقررة قانوناً، واتخاذ النقل أو النذب ستاراً يُخفي خلفه عقوبة تأديبية لم يقررها المشرع، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: «تُمارس الإدارة سلطتها في نقل العامل بمراعاة صالح العمل ومقتضيات حسن سير المرافق العامة، دون أن يكون للعامل الحق في التمسك بالبقاء في وظيفة معينة، ولا يُعتبر النقل من قبيل العقوبات التأديبية، ولا يلحقه وصف التأديب طالما لم يصدر عقب تحقيق في واقعة معينة يأتي بعدها النقل تعبيراً عن إرادة الجهة الإدارية في مُعاقبة العامل بحيث يكون قرارها في هذا الشأن ساتراً لجزاء تأديبي لم يرد النص عليه في القانون^(١).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١١٥٥/٣٣ ق.ع، جلسة ١٣/٥/١٩٨٩.

ولنُعدّ إلى النقطة السابقة المتعلقة بالشق الثاني من المصطلح، وهو وصف الجزاء التأديبي بـ «المقنّع»، فكما تم الإشارة سابقاً، يُعتبر النقل أو الندب وسيلتين لشغل الوظيفة العامة وأداتين لتحقيق الصالح العام، حيث يتعين استخدامهما لإعادة توزيع العاملين في المرافق العامة بشكل مناسب، وبالتالي، فإن استخدامهما لأغراض غير تلك المُخصصة لهما، وبغرض فرض عقوبة على العامل، يُعتبر في الواقع ستاراً خفياً لعقوبة تأديبية تُمارس تحت غطاء الغاية التشريعية المبتغاة، وبعبارة أخرى، يمكن القول إن السلطة المختصة تتخفى وراء مصلحة عامة مزعومة من النقل أو الندب، بهدف فرض عقوبة على العامل لأسباب معينة، وقد يكون دافعها هو التهرب من الضمانات المقررة لإجراءات المخالفات التأديبية، أو الرغبة في تشديد العقوبة، أو لتحقيق كلا الأمرين معاً.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للجزاء التأديبي المقنّع

سبقت الإشارة إلى أن الجزاء التأديبي إما أن يرد مُقترناً بعقوبة تأديبية، وإما أن يكون منفرداً، بل إنه في بعض الأحيان النادرة قد يرد دون إجراء تحقيق مع العامل، وفي إطار تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقاب التأديبي وجب استظهار علاقته بمبدأ الازدواج الجزائي، وبيان عمّا إذا كان يُعتبر صورة من صوره، ثم استظهار حقيقة جوهره ومدى ارتباطه بفكرة أخرى هي الانحراف بالإجراء، وهو ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الجزاء التأديبي المقنّع

وعلاقته بالازدواج الجزائي

يُعد مبدأ وحدة الجزاء من أهم نتائج مبدأ مشروعية توقيع العقوبات بصفة عامة، وفي نطاق المسؤولية التأديبية يعني هذا المبدأ: عدم جواز ازدواج العقوبة التأديبية عن الفعل الواحد، ويُعتبر الدفع بعدم جواز محاكمة الموظف تأديبياً عن فعل سبق مُجازاته تأديبياً عنه من الدفوع المتعلقة بالنظام العام؛ لكونه متفرعاً عن مبدأ المشروعية وسيادة القانون بوجه عام والمصونان دستورياً فهذا من ناحية، ولتعلقه بالأسس الجوهرية للنظام العام التأديبي من أخرى؛ وبالتالي يجوز إبداءه في أية مرحلة من مراحل الدعوى التأديبية، ولو لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا^(١).
وكما يبدو فإن ازدواج العقوبة في المجال التأديبي تتعدد صوره، فقد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً (مُقنّعاً) وهو ما سنلقي المزيد من الضوء عليه من خلال البندين التاليين:

١. في نفس هذا المعنى يُراجع حكم المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٤٦٤/٣٢ ق.ع، جلسة ١٩٨٩/٦/١٠.

أولاً- الازدواج الجزائي الصريح:

يتخذ الازدواج الجزائي الصريح في نطاق المسؤولية التأديبية إحدى صورتين اثنتين، هما:

الصورة الأولى- التعدد التشريعي:

الأصل أنه لا يجوز أن يُعاقب الموظف بأكثر من جزاء واحد عن مخالفة واحدة أُدين بارتكابها، بيد أنه خروجاً على ذلك الأصل فقد يتقرر هذا الازدواج لمُعاقبة الموظف بأداته القانونية السليمة بنص المشرع عليه، ومثال ذلك: الجزاء المنصوص عليه في المادة (٨٠) من قانون العاملين المدنيين رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ - المُلغى وتُقابلها المادة ٦/٦١ القانون رقم ٢٠١٦/٨١ بإصدار قانون الخدمة المدنية - الحالي- المتمثل في (خفض إلى وظيفة في الدرجة الأدنى مباشرة، مع خفض الأجر إلى القدر الذي كان عليه قبل الترقية)

إن الجزاء المذكور، رغم أنه يبدو للوهلة الأولى كأنه يتضمن ازدواجاً جزائياً من خلال خفض الدرجة والأجر معاً، إلا أن هذا الازدواج في الواقع يُعتبر نوعاً من تشديد العقوبة، والدليل على ذلك هو أنه يأتي بعد جزاء خفض الوظيفة إلى المستوى الأدنى؛ لذا، فإن اعتبار هذا الأمر ازدواجاً جزائياً يُعد تفسيراً سطحياً للنص، دون الأخذ في الاعتبار العلاقة بين الأجزاء السابقة واللاحقة، وبالتالي، نرى أن هذا الازدواج هو في حقيقته تشديدٌ للعقوبة وليس ازدواجاً عقابياً.

الصورة الثانية- التعدد الإداري:

ثمة صورة أخرى شائعة للازدواج الجزائي الصريح في النطاق الإداري وهي في الواقع تنتج عن تعدد السلطات التأديبية، فالسلطة الإدارية التي توقع الجزاء التأديبي الأول تستنفذ ولايتها التأديبية بتوقيع الجزاء، وبالتالي فالجزاء التأديبي الذي وُقِع أولاً - أياً كانت طبيعته - يُجِبُّ ما عدا ما دام وُقِع طبقاً للأوضاع القانونية الصحيحة، ومن ثم لا يجوز بعد ذلك مُعاودة توقيع العقوبة على الموظف أو حتى إحالته للمحاكمة التأديبية عن ذات الواقعة التي سبق أن جُوزي عنها إدارياً، فذلك يُعد تكراراً للعقوبة عن فعل واحد لا يجد له سنداً في القانون.

كما أنه يُعد إهداراً لمبدأ سيادة القانون الذي هو أساس الحكم في الدولة، وانتهاكاً لحقوق الإنسان التي تقضي بشخصية العقوبة وتحتّم فوريتها وعدم تكرار توقيعها، ويُعتبر كذلك إخلالاً بالتزام الدولة بحماية الموظفين العموميين وكفالة قيامهم بأداء واجباتهم الوظيفية في خدمة الشعب وذلك بالمخالفة للدستور؛ مما يترتب عليه ليس بطلان قرار مجازاة العامل الذي سبق وتمت معاقبته عن ذات الفعل الواحد - فحسب - بل انعدام ذاك القرار؛ لإهدار مبدأ من أهم مبادئ المسؤولية العقابية عموماً وإهدار الدستور بصورة مباشرة؛ ولهذا فإن الدفع بتعدد توقيع العقوبة التأديبية عن ذات الفعل الواحد يتعلق بالنظام العام فيجوز إثارته أمام القضاء في أي مرحلة من مراحل التقاضي، بل يجوز للمحكمة أن تُثيّر من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الموظف.

ما يخرج من نطاق مبدأ الازدواج الجزائي:

١. الجريمة التأديبية المستمرة:

يُعد استمرار الموظف في إهماله أو في إخلاله بواجباته الوظيفية مخالفة تأديبية تستوجب عقابه كلما تكررت ذات الفعل، بالرغم من توقيع جزاء عليه عن مخالفة الإهمال أو الإخلال بالواجبات في تاريخ سابق؛ ذلك أن المخالفة التي سبق مُعاقبته عليها تُشكل جريمة تأديبية أخرى مستقلة عن الجريمة الأولى؛ ممَّا استأهل تجديد العقوبة لها مرة ثانية، والعلة من ذلك واضحة وتتمثل في عدم تشجيع الموظف على الاستمرار في الإخلال بواجباته الوظيفية.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: ”إن استمرار الموظف في إهماله أو في الإخلال بواجبات وظيفته - على الرغم من توقيع جزاء عليه عن هذا الإهمال أو الإخلال بالواجب في تاريخ أسبق - إنما هو مخالفة تأديبية جديدة يجوز مجازاته عنها مرة أخرى دون التحدي بسبق توقيع الجزاء الأول متى كان هذا الجزاء عن إهماله في واجبات وظيفته حتى تاريخ سابق على ذلك، والاستمرار المقصود في هذه الحال هو الحاصل بعد توقيع الجزاء الأول لا قبل ذلك، فالمقرر أن الجزاء الأول يكون عن جميع الأفعال أو الحالة التي صدر من أجلها، وحتى تاريخ صدوره.

٢. الجمع بين أكثر من عقوبة تنتمي كل منها إلى نظام عقابي مختلف:

يجوز الجمع بين عقوبة تأديبية وأخرى جنائية وثالثة مدنية، ومثال ذلك: اختلاس موظف لأموال الجهة التي يعمل بها، يستوجب معاقبته تأديبياً، وجنائياً، والرجوع عليه مدنياً، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر في ١٩٨٧/١/٢١ « أن الجريمة الإدارية تختلف اختلافاً كلياً في طبيعتها وتكوينها من الجريمة الجنائية، فالفعل الواحد قد يكون الجريمتين معاً، ويرد ذلك كله إلى أصل مقرر هو اختلاف الوضع بين المجالين الإداري والجنائي وما استتبعه ذلك من استقلال الجريمة الإدارية عن الجريمة الجنائية؛ لاختلاف قوام كلٍّ من الجريمتين وتغاير الغاية من الجزاء في كل منهما، فهو في الأولى مقرر لحماية الوظيفة العامة، أما في الثانية: هو قصاص من المجرم لحماية المجتمع؛ ومن ثم فإن المحاكمة التأديبية على أفعال ثبتت الإدانة عنها جنائياً لا يعنى محاكمة مرة ثانية عن ذات الأفعال»^(١).

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على ذلك في أكثر من مناسبة بقولها: « من المبادئ العامة الأساسية لشرعية العقاب أيّاً كان نوعه، أنه لا يجوز عقاب الإنسان عن الفعل المؤثم مرتين، وإن كان يجوز العقاب عن الجريمة التأديبية للموظف العام رغم العقاب عن ذات الأفعال كجرائم جنائية في نطاق المسؤولية الجنائية للموظف؛ لاختلاف الأفعال وصفاً وتكيفاً في كل من المجالين الجنائي والتأديبي واختلاف أوجه الصالح العام والمصالح الاجتماعية التي يستهدف من أجلها المشرع تنظيم كلٍّ من المسؤولين الجنائية والتأديبية، وإن كانت كلاهما تهدف إلى تحقيق الصالح الأعلى للجماعة وحماية

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٢٥٣ لسنة ٢٩ ق. ع، جلسة ١٩٨٧ / ١ / ٢١

المصلحة العامة للموظفين.^(١)

واعتبرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حفظ التهمة من النيابة العامة لا يُبرئ سلوك المتهم من المسؤولية الإدارية، ولا يمنع من مؤاخذه تأديبياً على هذا السلوك مؤاخذه مردها إلى وقوع إخلال منه بواجبات الوظيفة.^(٢)

ثانياً- الازدواج الجزائي المقنن:

ويُقصد به ازدواج توقيع العقوبة التأديبية بتوقيع جزائي، أحدهما: تأديبي صريح بإنزال إحدى العقوبات المقررة قانوناً على الموظف الذي ثبت في حقه ارتكاب إحدى المخالفات الإدارية، والآخر: ضمني أو (مُقنن) أي: أنه في حقيقته ليس بجزاء مقرر ضمن العقوبات التأديبية المنصوص عليها قانوناً، لكنه يُعد عملاً من الأعمال الإدارية المقررة قانوناً للسلطة التأديبية المختصة والتي بواسطته يتم تنظيم الوظيفة العامة؛ ضماناً لحسن سير المرفق العام، إلا أن السلطة المختصة لم تتبغ به تحقيق ذلك بقدر قصدتها بالإمعان في الانتقام وإنزال العقوبة بالموظف المخالف، فهنا يقع عملها الإداري مخالفاً للقانون باعتباره خروجاً على مبدأ مشروعية العقوبة؛ حيث استحدثت عقوبة تأديبية لم ينص عليها المشرع، وبالتالي أمكن القول بوجود ازدواج في توقيع العقاب مرتين عن فعل واحد، وإلى ذلك ذهبت بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا فتقول: «..... كما أن اقتران النقل بالجزاء الموقع على العامل ليس في ذاته دليلاً على أن النقل ينطوي على جزاء مقنن تتعدد به العقوبة عن الفعل الواحد؛ طالما أن النقل قُصد به مصلحة العمل.^(٣)

وذهبت في حكم آخر لها إلى القول: «...وحيث لم يأت قرار نقل الطاعن عقب تحقيق يثبت منه إخلاله بواجبات وظيفته بحيث تقصد به الإدارة معاقبته عما وقع منه، ولا يُفيد في ذلك مجرد التعاصر التاريخي بين النقل وتحرير الشكوى ضد الطاعن؛ حيث لا يؤدي ذلك بالضرورة في كل الأحوال وبدون أي دليل على أن اتخاذ قرار النقل كان عقب الشكوى المُشار إليها، إذ لا يوجد في الأوراق ما يدل على علم الإدارة بهذه الشكوى في تاريخ سابق؛ لأن التحقيق عمّا ورد بها لم يكن ليؤدي في ذات التاريخ إلى إثبات الاتهام الذي تضمنه وصدر به القرار رقم ١٩ ٨٦/١٩ مما يكون معه الدفع بعدم جواز تكرار معاقبة الطاعن عن ذلك بجزاء إداري مرتين غير مستند إلى أساس من الواقع أو القانون متعيناً رفضه.^(٤)

وعلى ما يبدو من الحكمين سألني الذكر أن المحكمة الإدارية العليا اعتبرت الجزاء المقنن بمثابة عقوبة تأديبية تُشكل مع اقترانها بتوقيع جزاء تأديبي صريح خروجاً على مبدأ الازدواج الجزائي؛ مما يجعل توقيعها خروجاً على مبدأ مشروعية العقوبة بالمخالفة للقانون.

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٢/٣/١٩٩١.

٢. الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: ملف رقم: ٢٣٥/٢/٨٦، جلسة ١٧/١/١٩٩٣.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٦/٢/١٩٨٨.

٤. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٣/٥/١٩٨٩.

واعترفت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها النادرة بالطبيعة العقابية الصريحة للقرار التأديبي المقنَّع، فذهبت إلى اعتباره جزاءً لا يجوز اقترانه بجزاء تأديبي آخر عن ذات الواقعة التي سبق وجوزي الموظف تأديباً عنها وإلا شكل هذا مخالفة لمبدأ عدم جواز الازدواج العقابي وفي ذلك تقول: « حيث إن مقتضى حجية حكم الغاء قرار النقل المشار إليه والصادر بجلسة..... في الطعن رقم/.... ق.ع أن هذا القرار ولئن جاء في ظاهره نقلاً إلا أنه في حقيقته جزاء تأديبي مُكمل للجزاء الأول السابق توقيعه على الطاعن، ولما كانت القاعدة أنه لا يجوز معاقبة الموظف مرتين عن ذات الفعل، فإن القرار بذلك يكون قد جاء معيباً بعبء مخالفة القانون، وهو ما يتوافر به ركن الخطأ الموجب مساءلة جهة الإدارة عنه ^(١) ».

والحقيقة أن المحكمة الإدارية العليا قد هجرت تكييفها السابق، ونبذت فكرة إضفاء وصف العقوبة على الإجراء المقنَّع من الأساس - كما سنرى في موضع آخر من هذا البحث -

الفرع الثاني

الجزاء التأديبي المقنَّع كعقوبة منفردة

ليس بالضرورة أن يأتي الجزاء المقنَّع مُقترناً بعقوبة تأديبية صريحة، فإذا ما صدر قرار النقل أو النذب بناءً على تحقيق أجري مع العامل نتيجة مُخالفات إدارية منسوبة إليه دون أن يقترن ذلك بإحدى العقوبات التأديبية المقررة قانوناً، فمن الراجح هنا أن الإجراء قُصد به مُجازاة العامل ضمناً « مُقنَّعاً » وبالتالي ليس من الضروري اقتران الجزاء التأديبي المقنَّع بعقوبة تأديبية في جميع أحواله، فالعبرة ليست بالألفاظ التي تُطلقها السلطة التأديبية لوصف القرار الصادر منها بكونه « نقلاً أو نذباً » مثلاً، وإنما بجوهر وطبيعة هذا القرار في ضوء الملابسات والوقائع التي أحاطت بإصداره، بما يُمكن من أن يُستشف منه القصد من إصداره.

فمتى تبين من ظروف وملابسات إصدار القرار أن النعي عليه قد انصبَّ على سبب من أسباب المشروعية، ففي حالتها النقل أو النذب إذا انصب النعي على شروط مشروعيتهما بوصفهما أداتين لشغل الوظيفة العامة؛ فهنا ينتفي وصف القرار بالتأديبي.

أما إذا انصبَّ النعي على اتخاذهما ستارين لعقوبة تأديبية، بمعنى آخر أكثر تحديداً ووضوحاً إذا انصرف نية السلطة التأديبية إلى إنزال العقاب بالعامل، فهنا انطلى على القرار وصف « التأديبي » حتى لو لم يقترن ذلك بعقوبة تأديبية مقررة أو كان بمناسبة توقيعه.

وعلى ما يبدو أن المعيار الفاصل لوصف القرار بأنه « تأديبي مُقنَّع » يتحدد بالغاية من إصداره، أي: بمدى اتجاه نية السلطة التأديبية إلى إنزال العقاب بالعامل من عدمه، فإن كانت الغاية من القرار مُعاقبة العامل كنا بصدد قرار « تأديبي » أياً ما كان اسم «القناع» الساتر لهذه العقوبة الخفية فيستوي

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣١٤٧ لسنة ٣٢ ق.ع، جلسة ١٦/٣/١٩٩١.

أن يكون «نقلاً» أو «ندباً» أو «وقفاً احتياطياً عن العمل لمصلحة تحقيق» أو حتى «إنهاء لخدمة العامل» ووصف القرار بالتأديبي هنا ليس لكونه يندرج ضمن العقوبات التأديبية المحددة قانوناً، فمن ناحية: إن كان القرار كذلك فما كان القضاء الإداري بحاجة إلى خلق نظرية الجزاء المقنّع من الأساس، ومن أخرى: فالجزاءات التأديبية مُحدّدة قانوناً وليس ضمنها النقل أو الندب أو حتى إنهاء الخدمة أو الإبعاد عن العمل متى كانت جميعها ساترة لعقوبة مقنّعة.

والواقع أن وصف أي إجراء من الإجراءات المذكورة أو غيرها بالتأديبي إنما ينبع من تحديد الغاية التي رُمي إلى تحقيقها مُصدر القرار، فإن قصد إنزال العقوبة بالعامل ومعاقبته على مخالفة تأديبية أسندت إليه، هنا كنا بصدد قرار تأديبي ولئن كانت العقوبة الصادرة به ليست من العقوبات المقررة قانوناً؛ وبالتالي تختص بنظر الطعن عليه المحكمة التأديبية، بما لها من ولاية في نظر الطعون على الجزاءات التأديبية، وفقاً لأدوات قياس المشروعية لديها.

وعلى ما يبدو أن الأمر ليس بالوضوح اليسير: ففكرة الجزاء التأديبي المقنّع ذاتها غامضة نتيجة تعدد غايات القرار الإداري؛ أضف إلى ذلك الخلط في كثير من أحكام القضاء الإداري بين الفكرة وفكرة أخرى قد تشبّه بها وهي «الانحراف بالإجراء» مما يزيد الأمر تعقيداً والتباساً وغموضاً.

فالقرار الساتر لعقوبة تأديبية في الغالب ينطوي على وجوه كثيرة من أوجه عدم المشروعية؛ ومن ثم فإن التعرض لتلك الوجوه دون استظهار قصد «إنزال العقوبة التأديبية» يُؤدي إلى القضاء بعدم مشروعية القرار من أقصر طريق وبأقل مجهود؛ وذلك بوصف القرار الذي أضفاه عليه مُصدره، وليس بحقيقة جوهره، أي: باعتباره «عقوبة تأديبية»، والفرق بين الحالين كبير، بل إن الآثار المترتبة على كل حال مختلفة كما سنرى في موضع آخر.

وعلى ذلك إذا كانت الغاية من النقل هي إعادة التوزيع الجيد للعاملين، فقد تتجه نية السلطة المختصة إلى تحقيق هذه الغاية، وقد تنحرف بالقرار عن تحقيقها ابتغاء تحقيق غاية أخرى غير مشروعة دون أن يكون الهدف معاقبة العامل كأن يكون الهدف تفويت الفرصة على العامل في الترقية، أو حرمانه من الحصول على حوافز أو مكافآت مرتبطة بالوظيفة المنقول منها، ففي كل الأحوال السابقة يكون الوصف الصحيح للقرار هو «نقل»، وبالتالي فإن قياس مدى مشروعية هذا القرار ينصب على بحث أوجه عدم مشروعيته المختلفة سواء من حيث عيوب الاختصاص، أو الشكل والإجراءات، أو مخالفة القانون أو الخروج على صحيح تفسيره وتطبيقه، أو إساءة استعمال السلطة والانحراف بها.

لكن قد تهدف السلطة المختصة من النقل إلى تحقيق غاية أخرى خلاف ما تقدم، بأن تتخذ منه وسيلة لعقاب العامل على مخالفة تأديبية صدرت منه، سواء باتباع إجراءات وضمانات التأديب أو إهدارها، فلم يكن المقصود هنا نقل العامل وإنما مجازاته، هنا يكون الوصف الصحيح للقرار بـ: «الجزاء التأديبي المقنّع»، واستظهار هذه الغاية غير المشروعة كافياً في حد ذاته للقضاء بعدم مشروعية القرار دون استظهار أية عيوب أخرى من عيوب عدم المشروعية.

الفرع الثالث

الجزاء التأديبي المُقنَّع وعلاقته بفكرة الانحراف بالإجراء

الواقع أن فكرة الانحراف بالإجراء، هي نظرية تُنسب في تشيدها وإبداعها إلى مجلس الدولة الفرنسي، الذي طبقها في العديد من أحكامه، وهي تخلص في أن القانون متى حدّد استخدام إجراء مُعين لتحقيق غاية محدّدة وجب التقيد بالإجراء المقرر قانوناً، ولا يُلجأ إلى استخدام إجراء آخر لتحقيق تلك الغاية؛ حيث إن لكل من الإجراءين مجال ونطاق وشروط تطبيقه، وبالتالي وجب عدم الخلط بينهما أو إحلال أحدهما محل الآخر.

فمثلاً: الاستيلاء المؤقت على العقارات إجراء تقرر لتحقيق المصلحة العامة، وبالمثل فإن إجراء نزع ملكية العقارات مقرر -أيضاً- لتحقيق المصلحة العامة، إلا أنه بالرغم من أن كلا الإجراءين السابقين مقرر لتحقيق المصلحة العامة - المتمثلة في تلبية حاجة المرافق العامة المرتبطة بعقار مملوك ملكية خاصة لأحد الأفراد - إلا أن لكل من الإجراءين نطاق تطبيق، وشروط أعمال يختلف تمام الاختلاف بالرغم من أن الهدف النهائي لكليهما واحد، وهو تحقيق المصلحة العامة؛ ومن ثم لا يجوز استخدام أحد الإجراءين لتحقيق الغاية المبتغى تحقيقها من الإجراء الآخر، أو بمعنى آخر لا يجوز إحلال أحد الإجراءين محل الآخر إلا بتوافر مناه تطبيقه، وإلا عدّ ذلك خروجاً على قاعدة تخصيص الأهداف أو انحرافاً بالإجراء عن الغاية المحددة تشريعياً.

وعلى ما يبدو أن وجه الانحراف بالإجراء يزداد وضوحاً، كلما انصبّ البحث على الوسيلة القانونية التي يجب استخدامها، وذلك من خلال بحث الغاية النهائية من القرار، أما إذا انصبّ بحث عدم المشروعية على أوجه عدم الاختصاص، أو مخالفة الشكل أو القانون، أو حتى الانحراف بالسلطة، فهنا يتوارى بحث وجه الانحراف بالإجراء من وراء حجاب؛ إذ من السهل الوصول إلى عدم المشروعية من أقصر طريق بإبراز أحد عيوبها المذكورة.

وفي المثال السابق ذاته، إذا حدّد المشرع سلطة الاستيلاء المؤقت على أحد العقارات للمصلحة العامة، وحدّد سلطة أخرى لنزع الملكية، فعندما تستخدم جهة الإدارة الاستيلاء المؤقت لتحقيق الغاية المبتغاة من نزع الملكية، ويصدر بذلك قرار من السلطة المحددة للاستيلاء المؤقت، فعندئذ يكفي لاستظهار عيب عدم المشروعية بحث عدم الاختصاص، فإذا اجتمعت سلطة إصدار القرار في يد شخص واحد، فهنا يتم استظهار التنظيم القانوني لكل من الاستيلاء المؤقت ونزع الملكية لاستظهار عيب مخالفة القانون، وهكذا.

وبالمثل فإن كلا من النقل والوقف الاحتياطي عن العمل، وسيلتان من وسائل الوظيفة العامة، الهدف منهما إبعاد العامل عن العمل، إلا أن الغاية النهائية من الإجراء الأول هي إعادة التوزيع الجيد للعاملين بوضع العامل المناسب في المكان المناسب، بينما الغاية النهائية من الوقف الاحتياطي عن العمل، هي إبعاد العامل عن وظيفته لمصلحة التحقيق بمنع تأثيره على سير التحقيق، ومن ثم لا يجوز

للسلطة المختصة أن تلجأ إلى وسيلة النقل بهدف إبعاد العامل عن عمله لمصلحة التحقيق، فهنا تكون الجهة الإدارية قد انحرفت بالإجراء عن قاعدة تخصيص الأهداف؛ لأن الوسيلة التي ينبغي على السلطة المختصة اتباعها هي الوقف الاحتياطي عن العمل لمصلحة التحقيق وليس إجراء النقل. ومن العرض السابق نستطيع أن نلاحظ أن الجزاء المقنّع، قد يتلاصق مع الانحراف بالإجراء من الناحية الشكلية، فكلاهما يهدف إلى «الاستبدال» فالأول: يستبدل عقوبة تأديبية بإجراء إداري آخر لإخفاء العقوبة تحت عباءة الإجراء، بينما ينصب الثاني على استبدال إجراء يتعين اتخاذه بإجراء آخر، بالرغم من أنه قد تكون الغاية من الإجراءين واحدة إلا أن الوسيلة التي حددها القانون لتحقيق هذه الغاية مختلفة.

ونرى أن وجه الاختلاف بين المصطلحين يتمثل في أن: الجزاء المقنّع عقوبة تأديبية لم ينص عليها القانون، على حين أن الانحراف بالإجراء يتحقق بكون كلا الإجراءين مقررَيْن قانوناً ومنصوصاً عليهما قانوناً، ومحدد التنظيم القانوني لكليهما.

ومن وجه آخر: فإن الوصول إلى تحديد الجزاء المقنّع يقتضي تعميق البحث عن مرامي نية مصدر القرار، هل أراد به إنزال العقاب التأديبي من عدمه، على حين أن ذلك غير لازم لاستيضاح الانحراف بالإجراء الذي يتحقق باستبدال إجراء بإجراء آخر.

وبالرغم مما سبق فيبدو، أن الجزاء التأديبي المقنّع قد يتقارب بل يتداخل أحياناً بدرجة شديدة مع الانحراف بالإجراء، ليكون الجزاء التأديبي المقنّع أحد صور الانحراف بالإجراء ويتحقق ذلك في حال نادرة في التطبيق القضائي تتمثل في استبدال إجراء الوقف الاحتياطي عن العمل بالنقل كما في المثال السابق إرادته آنفاً، فبالرغم من هذا يظل الانحراف بالإجراء أوسع نطاقاً من الجزاء المقنّع الذي يصطبغ بخصيصة ينفرد بها ألا وهي أنه يلزم لاستجلاء حقيقته الغوص في الظروف والملاسات المحيطة بالواقعة لاستظهار نية توقيع العقاب التأديبي وهي مناط تحققه.

والواقع أن التقارب الشديد بين المصطلحين، كان سبباً من أسباب زيادة غموض فكرة الجزاء المقنّع، وأدى ذلك إلى أن دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا قد ذهبت إلى القول: «... وإذ عمدت الإدارة إلى نقل الطاعن، وكانت تُريد بذلك إبعاده عن وظيفته العامة حتى يتم الانتهاء من التحقيق معه، ولا يكون لوجوده تأثير على سير التحقيق معه، فإن الإدارة تكون قد انحرفت في استعمال إجراء النقل؛ إذ أرادت به تحقيق نتيجة أخرى غير المُبتَغاة منه، وهي اتخاذه كإجراء وقف احتياطي عن العمل، وبذلك تكون قد أثرت مُجازاة العامل على ما هو منسوب إليه من سبيل النقل خروجاً عن الهدف الذي شُرِع من أجله (النقل) وأوقعت على العامل جزاءً تأديبياً غير وارد في القانون، الأمر الذي يكون معه القرار قد انطوى على جزاء مقنّع وقد وقع باطلاً مخالفاً للقانون»^(١).

المبحث الثاني الإطار القانوني للنقل والندب

لقد توصلنا سابقاً إلى أن معيار تصنيف القرار «كجزاء تأديبي مقنع» يعتمد على مدى نية السلطة المختصة في معاقبة العامل، بغض النظر عن الشكل الخارجي الذي صدر فيه هذا القرار، فالأهمية تكمن دائماً في التكيف القانوني الصحيح ومنح القرار الوصف المناسب له، وليس في الإطار القانوني الذي تم إصداره من خلاله.

فكما يمكن الطعن على قراري النقل أو الندب كقرارات إدارية عادية بالنعي عليهما بأحد عيوب عدم المشروعية، فكذلك يُمكن النعي عليهما -أيضاً- بأنهما كانا ساترين لعقوبة تأديبية اتخذت من إطارهما القانوني قناعاً لإخفاء حقيقتها التأديبية، وهذا لا يعني أن وصم القرار بالعقوبة التأديبية المُنقعة يأتي عيباً منفرداً دون أن يختلط بعيوب عدم المشروعية الأخرى، فواقع التطبيق العملي أنه في كثير من الأحيان ما يُوصم قراري النقل والندب بعيوب تختلط فيها عدم المشروعية بالعقوبة التأديبية المُنقعة.

وعلى ما يبدو أن إسباغ التكيف القانوني الصحيح على القرار الإداري ووصفه بأنه: «عقوبة تأديبية مُقنعة» يُرتب نتيجة في غاية الأهمية تتمثل في أن اعتباره عقوبة تأديبية من شأنه أن يُثير التساؤل حول تحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر الطعن عليه؛ ومن ثم إثارة التساؤل حول مدى انعقاد الولاية القضائية للمحاكم التأديبية في نظر الطعون على مثل هذه القرارات باعتبارها جزاءً تأديبياً خالصاً.

ومن جانب آخر، فإن تكيف القرار المطعون فيه بنفي الوصف السابق «الجزاء التأديبي» والاستناد إلى أحد عيوب عدم المشروعية الأخرى، يجعل الاختصاص النوعي ينعقد لمحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية - بحسب المستوى الوظيفي الذي يشغله العامل - لنظر الطعن على مثل هذا القرار طبقاً لقواعد الاختصاص المحلي المقررة.

ولما كان من الشائع أن يتخذ الجزاء التأديبي المُنقَع صورتَي النقل والندب، فكان من الأهمية بمكان تحديد التكيف القانوني الصحيح لأوجه عدم مشروعية هذين القرارين لتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر الطعن عليهما، ويكون ذلك من خلال الإجابة على تساؤلين محددين، هما: هل قصد مُصدر القرار عقاب العامل؟ أم أن الطعن عليهما كان مُنصباً على أحد أوجه عدم المشروعية الأخرى؟

الواقع أن الإجابة على التساؤل الأول تكون باستبعاد الثاني؛ ممّا يستوجب بيان الضوابط المقررة قانوناً لكل من قراري النقل والندب لعدم الخلط بين الطعن عليهما بالنعي كجزاء تأديبي مقنع، والنعي عليهما بأحد عيوب عدم المشروعية الأخرى؛ وهو السبب الدافع لعرض الإطار القانوني لكلا القرارين المُشار إليهما بإيجاز غير مغل؛ لاستظهار ما عساه أن يشوب القرارين من عيوب عدم المشروعية، وخصصنا لذلك مطلبين اثنين نوالي عرضهما على الوجه التالي:

المطلب الأول الإطار القانوني للنقل

نظمت المادة (٥٤) من قانون العاملين المدنيين رقم ١٩٧٨/٤٧ - المُلغى - النقل وحددت شروط صحته فنصت على أنَّه: «.....يجوز نقل العامل من وحدة الى أخرى من الوحدات التي تسري عليها أحكامه، كما يجوز نقله الى الهيئات والأجهزة التي الحكومية ذات الموازنة الخاصة، ووحدات القطاع العام والعكس، وذلك إذا كان النقل لا يفوت عليه دوره في الترقية بالأقدمية او كان بناء على طلبه..... ولا يجوز نقل العامل الى وظيفة درجتها أقل، ويكون نقل العامل بقرار من السلطة المختصة».

وتنص المادة (٣٢) من القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الخدمة المدنية على أنه: «يجوز بقرار من السلطة المختصة نقل العامل من وحدة الى أخرى، وذلك إذا كان النقل لا يفوت عليه دوره في الترقية أو كان بناءً على طلبه، ويكون نقل شاغلي الوظائف القيادية إلى خارج الوحدة بقرار من رئيس مجلس الوزراء.

ولا يجوز نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى تقل في مستواها عن مستوى وظيفته الأصلية وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد الخاصة بالنقل.

والبين من النصين المتقدمين أن المقصود بالنقل هو: التحريك المكاني للعامل، وهو إحدى الوسائل المقررة للسلطة المختصة لإدارة مرافقها العامة، تجريه وفقاً لاحتياجات المرفق العام وصالح العمل به، وقد يتخذ ذلك إحدى صورتين، الأولى: النقل إلى ذات الوظيفة التي يشغلها العامل المنقول لكن في مكان آخر، وهنا يُطلق على النقل مُصطلح «النقل المكاني»، أما الصورة الثانية: فيكون النقل إلى وظيفة أخرى في ذات المجموعة النوعية المعين عليها العامل المنقول، وهنا يُطلق على النقل مصطلح «النقل النوعي».

والنقل بالمفهوم السابق لا يكون إلا داخل الكادر المعين عليه العامل، ومن ثم فإن النقل من الكادر العام إلى أحد الكادرات الخاصة أو العكس لا يُعتبر نقلاً، وإنما هو في حقيقته تعييناً مبتدأً^(١).

وقد يكون النقل داخل الوحدة المعين بها العامل وهنا لا تنقطع علاقة العامل بجهة عمله الأصلية، كما أنه قد يتم إلى وحدة أخرى وهنا تنقطع صلة الموظف المنقول بجهته المنقول منها بصفة نهائية، فلا يجوز إعادته إليها إلا وفقاً للشروط الواجب توافرها بالنسبة له ولسواء من موظفي الدولة، وبالتالي يخرج عن مفهوم النقل احتفاظ جهة الإدارة بوظيفة العامل على سبيل التذكّار بعد نقله إلى جهة أخرى، حيث لم تنقطع صلة العامل هنا بوحده المعين بها؛ وبالتالي لا يجوز شغل وظيفته بغيره ويكون له الرجوع إليها.

١. الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: فتوى رقم ٣٠٦ بتاريخ ١٢/١/١٩٥٧.

وعلى ما يبدو من صياغة النصين سألني الذكر أن النقل حينما تُجرى السلطة المختصة فإنها تتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: « أن المقرر وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن نقل العامل من جهة إلى أخرى في ذات درجته يُعد من قبيل النقل المكاني الذي يدخل في نطاق السلطة التقديرية للسلطة المختصة بتجريبه وفقاً لمتطلبات صالح العمل ودواعيه دون معقب عليها من جهة القضاء ما دام قرارها قد خلا من شائبة الانحراف بالسلطة، ولم تتعسف في إصداره أو تُهدر حقاً مقررراً قانوناً له ^(١) .

بيد أنه ولئن كان إجراء النقل يتم على أساس السلطة التقديرية الواسعة للجهة الإدارية، إلا أن ذلك ليس تطبيقاً من أي قيد ولا يحده شرط، وإنما يتم طبقاً للشروط وبالضوابط والقواعد المقررة قانوناً، والتي تتمثل في الضوابط التالية:

أولاً- صدور القرار من السلطة المختصة:

السلطة المختصة وفقاً لأحكام القانون رقم ٤٧/ ١٩٧٨ - الملقى - الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة المختص بحسب الأحوال ^(٢) وهي ذات السلطة بالنسبة لما دون الوظائف القيادية وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠١٦/٨١ - الحالي - الذي استحدث الترخيص في نقل شاغلي الوظائف القيادية إلى خارج وحداتهم وأناط برئيس مجلس الوزراء السلطة في إصدار ذلك القرار.

ثانياً- اتباع الإجراءات الشكلية التي أوجبها المشرع قبل إصدار قرار النقل:

نصت المادة (٤٣) من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧/ ١٩٧٨ - الملقى - على أن: « يكون النقل بقرار من السلطة المختصة بناء على موافقة لجنة شئون العاملين في الوحدة المنقول منها والوحدة المنقول إليها، ويعتبر النقل نافذاً من تاريخ اعتماد السلطة المختصة لقرار خر لجنة ما لم ينص في القرار على تاريخ معين، وتحمل الوحدة المنقول منها العامل مرتبه حتى تاريخ إخلاء طرفه».

وبمقتضى النص السابق وضع المشرع ضمانة جوهرية للعامل بمناسبة إجراء نقله من وحدة إلى أخرى، وتتمثل تلك الضمانة في عرض أمر نقله على لجنة شئون العاملين بالجهة التي يعمل بها؛ وذلك ضماناً لمناقشة هذا القرار من جميع جوانبه المختلفة، وتمحيصاً للأسباب الحقيقية المبتغاة من ورائه؛ وصولاً إلى تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فإن إهدار هذه الضمانة يُعد إغفالاً لإجراء جوهري تطلبه المشرع قبل إجراء النقل مما يبطله ويجعله غير مشروع.

ورددت المحكمة الإدارية العليا ذلك في العديد من أحكامها فتقول: « وينبغي مراعاة الضوابط التي أوجبها المشرع وأخصها عرض أمر نقل العامل على لجنة شئون العاملين؛ إذ اعتبر المشرع عرض بعض القرارات - ومنها قرارات النقل - على تلك اللجنة بمثابة ضمانة ومرحلة هامة من مراحل

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٢٦ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٢/٧.

٢. تنص المادة (٢) من القانون المشار إليه على أنه: «في تطبيق أحكام هذا القانون يُقصد: ١- ٢٠٠٠٠٠ - بالسلطة المختصة: أ- الوزير المختص ب- المحافظ المختص بالنسبة لوحدات الحكم المحلي ج- رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة المختص».

تكوين القرار، فإذا أصدرت السلطة المختصة قراراً بنقل أحد العاملين دون مراعاة هذا الإجراء، فإنها تكون قد أسقطت مرحلة هامة من مراحل تكوين القرار وإجراءً جوهرياً تطلبه المشرع، ويضحي قرارها الصادر في هذا الشأن مخالفاً للقانون حرياً بالإلغاء، وأردفت قائلة: وغني عن البيان أن اختصاص لجان شئون العاملين بالنظر في قرارات النقل ليس مقصوراً على النقل خارج الوحدة التابع لها العامل؛ إذ القول بغير ذلك فيه تخصيص لعبارات النص بغير مخصص وهو أمر غير جائز قانوناً^(١).

ثالثاً - ألا يترتب على النقل تفويت الفرصة على العامل المنقول في الترقية بالأقدمية إلا إذا كان النقل بناءً على طلبه، ومناطق إعمال القيد السابق مُرتبط وجوداً وعدماً بالقصد من إجراء النقل، فمتى كان النقل بقصد تفويت الفرصة على العامل في الترقية بالأقدمية بطل قرار النقل والعكس صحيح؛ وبالتالي كان من الصواب إهمال المشرع لإعمال القيد حال كان النقل بناءً على طلب العامل، حتى لو ترتب عليه تفويت الفرصة في ترقيته.

ومن ناحية أخرى، فإن إعمال القيد مشروط بأن يكون التفويت في الترقية بالأقدمية؛ وبمفهوم المخالفة لذلك أنه إذا ترتب على النقل تفويت الفرصة في الترقية بالاختيار فإن ذلك لا يُعد سبباً لبطلان قرار النقل؛ ولئن كنا نُشاطر اتجاه المحكمة الإدارية أنه ليس ثمة مانع يحول دون الاستهداء بالقيد في هذه الحال لاستظهار مدى توافر المصلحة العامة التي ابغى تحقيقها قرار النقل وذلك جنباً إلى جنب عند تناول الرقابة على الأسباب التي تبديها الجهة الإدارية تبريراً لقرار النقل^(٢)

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٨٥٨ لسنة ٤٧ ق.ع، جلسة ٢٠٠٨/١/٥.

٢. ففي نزاع تتلخص وقائعه أن وزارة الاقتصاد قررت نقل اثنين من موظفي الكادر الفني العالي وترقيتهما على درجتين من درجات ثلاث في الكادر الإداري، بالتزامن مع نقل اثنين من الكادر الإداري إلى الكادر الفني العالي في نفس الوقت وبذات القرار، فطعن أحد العاملين المنقولين على الكادر الفني على قرار الترقية باعتباره أقدم في الدرجة المرقى منها من العامل الثالث المرقى بالكادر الإداري؛ وبمناسبة رد الجهة الإدارية على المحكمة لإبداء سبب القرار المطعون فيه، ذكرت أن سبب التخطي جاء بمناسبة نقل المدعي إلى كادر مغاير وأن الترقية لم تكن بالأقدمية وإنما كانت بالاختيار، فضلاً عن أن المعيار الذي تم الاستناد إليه للمفاضلة بين المدعي وزملائه المرقين الذين نقلوا مكانه استند على أساس طبيعة الوظائف التي رفقوا عليها ومدى صلاحياتهم وخبراتهم وقدراتهم للقيام بأعبائها ومناسبة مؤهلاتهم لشغلها، فأوردت المحكمة الإدارية العليا بحكمها تعقيباً على ما أبدته الجهة الإدارية من أسباب بقولها: ”وحيث أن المدعي وهو حاصل على شهادة العالمية من الأزهر لا يصلح للعمل بالكادر الإداري، لكنه يصلح للعمل بالكادر الفني العالي (الوظيفة المنقول إليها) أمر لا يستقيم منطقاً بحسبان أن الوظيفة في الكادر الفني تتطلب مؤهلاً أعلى من الكادر الإداري، ومن ثم تغدو الحجة التي استندت إليها الجهة الإدارية في هذا الشأن داحضة، ويؤكد ذلك أن زميل المدعي المرقى يحمل ذات مؤهله العالي ولا يفوقه في الكفاية، وأن المدعي يفضل في أقدمية الدرجة المرقى منها، وأردفت المحكمة العليا قائلة: ولا يعيب الحكم المطعون فيه استهदाؤه بالقيد المنصوص عليه بالمادة ٤١ من القانون رقم ٦٤ / ٤٦ بنظام العاملين المدنيين بالدولة؛ ذلك أن النقل لم يتخذ مظهراً جدياً فالثابت من الأوراق أن الوظائف التي كان يتولاها الموظفون الذين نقلوا بالقرار الطعين لم تتغير بصور قرار النقل بل ظل كل منهم يُمارس وظيفته السابقة، مما يُشعر بعدم جدية هذا لنقل ويدل على أن ثمة ارتباط وثيق بين المنقولين وترقيتهم بذات القرار، ويُستشف من تلك المعاصرة أن النقل كان بهدف الترقية للبعوض وتقويتها على البعض الآخر؛ وبالتالي يُعد قرار النقل هذا سائراً لترقية الملطعون ضدهم وليس بهدف المصلحة العامة، وبهذه المثابة يقع قرار نقل المدعي باطلاً؛ مما يتعين معه القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها مزاحمته في الترشح للترقية بالاختيار على إحدى الوظائف الثلاث التي كانت خالية بالكادر الإداري والتي تمت الترقية إليها بالقرار الطعين «يراجع حكمها في الطعن رقم ١١٥٤ / ١٤ ق.ع جلسة ١٩٧٢/٦/١١»

والواقع أن الشرط السابق يُعد في حد ذاته ضماناً جوهرياً للعامل؛ لتقيده السلطة التقديرية الواسعة للجهة الإدارية في إجراء النقل، فلقد أثبتت التطبيقات العملية أنه كلما اتسعت دائرة التقدير بالنسبة للسلطة كلما أغراها ذلك بإساءة استعمال سلطتها والانحراف بها لتحقيق مآرب غير تلك التي تغياها المشرع.

وعليه، فلا جرم أن يتوقع المشرع أن تتخذ جهة الإدارة من قرار النقل سبيلاً إلى إبعاد العامل عن الترقية بالأقدمية؛ فحينئذ يكون النقل سائراً لغاية غير تلك المتعلقة بحسن إدارة سير المرفق العام، وإنما يكون في حقيقته خطوة تمهيدية لإبعاد العامل من دائرة المخاطبين بترقية مرتقبة توطئة لتخطيه في الترقى.

لذلك، حرصت تشريعات الخدمة المدنية المتعاقبة على إيراد هذا القيد الجوهري على إجراء النقل فأوردتقنينها الأول رقم ٥٢/٢١٠ في مادته (٤٧) واستصحب ذات القيد القانون رقم ١٩٦٤/٤٦ في المادة (٤١) منه، وأكدته المادة (٥٤) من القانون رقم ٧٨/٤٧ - المُلغى - وظل موجوداً حتى يومنا هذا في المادة (٣٢) من القانون رقم ٢٠١٦/٨١ - الحالي -

وفي سبيل تأكيد هذا المبدأ استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه: «ولئن جاز نقل العامل من وحدة إلى أخرى وفقاً لمقتضيات الصالح العام، دون أن يكون له الحق في التمسك بالبقاء في وحدة معينة إلا أن ذلك يظل رهيناً بالألا يترتب على النقل تقويت الدور على العامل في الترقية بالأقدمية، وذلك ما لم يكن النقل بناءً على طلبه^(١).

ومن التطبيقات القضائية لإعمال هذا القيد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى: «حيث إن الثابت من الأوراق أنه عقب نقل المدعي من وزارة الدفاع إلى محافظة القاهرة بموجب القرار الصادر في ٨١/١١/٧ من الجهة المنقول منها، وأن القرار رقم ٤٧٨ بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٨ صدر متضمناً ترقية سبعة من زملاء المدعي إلى الدرجة الأولى، وكان الثابت أن رابع المرقيين بالقرار يلي المدعي في أقدمية الدرجة الثانية المرقى منها؛ وإذ كانت تقارير كفاية المدعي عن كل من السنتين السابقتين على الترقية بمرتبة ممتاز، ولما كان ذلك وكان سبب تخطي المدعي في الترقية إنما مرده نقله إلى محافظة القاهرة، ومن ثم يكون النقل قد قوّت عليه دوره في الترقية بالأقدمية، فيكون بذلك فاقداً لشرط من شروط صحته المقررة قانوناً فيغدو حقيقاً بالإلغاء؛ مما يترتب على ذلك بالتبعية انهيار الأساس القانوني لعدم ترقيته الأمر الذي يتعين معه إلغاء القرارين المطعون عليهما (قرار النقل وقرار التخطي في الترقية)^(٢).

ونظراً لأن النقل في مثل هذه الحال يستر سبب التخطي في الترقية؛ ومن ثم فإنه من العدالة ألا يُحاسب ذوو الشأن على ميعاد الطعن على قرار النقل من تاريخ العلم به، وإنما من التاريخ الذي

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٦/١٤٠٣ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٢/٧.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣٢/٢٧٠١ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/٧/٢٩.

تتكشف فيه حقيقة نية جهة الإدارة من اصدار قرارها وهو التاريخ الذي يتبين معه مدى تأثير هذا القرار على مركز القانوني بالنسبة لهم، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: «وحيث إن الثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه صدر بتخطي المدعية في الترقية بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٧ بعد تنفيذها لقرار نقلها من وزارة التربية والتعليم إلى وزارة الثقافة والإرشاد القومي منذ ١٩٦٢/١٠/٢٩ أي: في مدة تقل عن شهر، وإذ كشفت الأوراق عن نية مصدر قرار النقل وإدراك مرامييه أنه لم يكن بقصد تحقيق المصلحة العامة وإنما بقصد تخطي المدعية في الترقية، ومن ثم يكون تاريخ الطعن على قرار النقل الذي هو سبب التخطي في الترقية من تاريخ تكشف غاية جهة الإدارة من إصداره^(١).

بيد أن المحكمة الإدارية العليا بشأن أعمالها للقيد السابق فرقت بين حالين، أولهما: متى كان إجراء النقل يتم في الظروف العادية، ثانيهما: إذا كان يتم في الظروف الطارئة ففي الأولى أعملت القيد، وفي الثانية أهملت أعماله، وفي ذلك تقول: «لا وجه لما ينعيه المدعي على القرار الصادر بنقله من وزارة الشؤون الاجتماعية إلى وزارة الصناعة اعتباراً من أول يولييه سنة ١٩٦١ بمقولة أنه قد ترتب عليه تفويت الدور عليه في الترقية إلى الدرجة الثالثة بالأقدمية المطلقة بالمخالفة لنص المادة ٤٧ من نظام العاملين المدنيين رقم ١٩٥١/٢١٠؛ ذلك أن القيد الذي وضعته المادة المشار إليها إنما ينصرف إلى النقل العادي الذي يتم في الظروف الطبيعية، فإذا كان النقل وفقاً لمقتضيات صالح العمل ومتطلبات المصلحة العامة فإن للإدارة أن تجريه بما تتمتع به من سلطة تقديرية بلا معقب عليها في ذلك ما دامت قد تغيّت عند إصدار قرارها الصالح العام، ولم تتعسف في استعمال سلطاتها ولم تخالف القانون، فمتى كان الثابت أن نقل المدعي وزملائه قد تم بمناسبة تمكين الوزارة المنقول إليها للقيام بمسئولياتها الجديدة^(٢).

وجاء بحكم آخر لها: «متى كان قرار نقل المدعية من وزارة التربية والتعليم إلى وزارة الثقافة والإرشاد القومي لا يخضع للقيد الوارد في المادة ٤٧ سائلة الذكر؛ طالما أنه لم يتم في الظروف العادية وإنما تطلبت ظروف طارئة ودواع من شأنها أن تُشكل سبباً صحيحاً في الواقع والقانون لقرار النقل وتنفى عن جهة الإدارة أنها قصدت به تفويت الفرصة على المدعية في الترقية؛ فيبقى لجهة الإدارة أن تجريه بما تتمتع به من سلطة تقديرية بلا معقب عليها طالما أنها لم تخالف القانون، ولم تتعسف في استعمال السلطة، وبهذه المثابة يكون قرار النقل قد جاء سليماً لا مطعن عليه، وبالتالي لا يكون ثمة مطعن على قرار التخطي في الترقية^(٣).

والواقع أننا نرى أن المحكمة الإدارية العليا لم تكن بحاجة إلى اصطناع معيار لإعمال قيد عدم جواز النقل إذا كان سبباً للتخطي في الترقية حال توافر الظروف العادية للنقل وإهمال أعمال ذات القيد في الظروف غير العادية (الطارئة)؛ ذلك أن المشرع لم يُقِم هذه التفرقة المصطنعة بالنص، مما

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢١٤ / ١٤ ق.ع، جلسة ٢١/١٠/١٩٧٦.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٠/٦٢ ق.ع، جلسة ١/٢/١٩٧٠.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٤/٣١٤ ق.ع، جلسة ٢١/٣/١٩٧٦.

نرى أنه اجتهداً مع صراحة النص هذا من ناحية، ومن أخرى: فإن النص ينطبق في جميع الأحوال سواء في الظروف العادية أو في الظروف الطارئة، فلو أنها اكتفت بفكرة « الغاية من القرار» لكان أفضل وأزكى لها، بمعنى أكثر وضوحاً متى كانت ظروف وملابسات إجراء النقل تكشف بجلاء أن القصد من إجراءاته هو تقوية الفرصة على العامل في الترقية بالأقدمية المطلقة، وهنا وقع القرار باطلاً حيث لم يبتغِ مُصدره المصلحة العامة، وإنما قصد به الإضرار بالعامل المنقول.

أما إذا كشفت ظروف الحال أن الغاية كانت إعلاءً للمصلحة العامة وتسيير المرفق العام ولم يرمِ القرار إلى قصد الإضرار بالعامل المنقول بحرمانه من الترقى، فمندئذ يقع القرار صحيحاً متفقاً وأحكام القانون، فتوافر الظروف الطارئة ولئن كانت تصلح قرينة على توافر المصلحة العامة إلا أن العكس ليس صحيحاً على إطلاقه.

رابعاً- ألا يكون النقل إلى وظيفة درجتها أقل من الوظيفة المنقول منها العامل أو راتبها أقل من المرتب الذي يتقاضاها العامل المنقول.

الواقع أن هذا القيد يُعد محض تطبيق تشريعي لإعمال المفهوم الاصطلاحي للنقل والذي لا يؤدي إلى تغيير المركز القانوني للعامل المنقول؛ ذلك أن العامل المنقول يستصحب مركزه القانوني السابق من الجهة المنقول منها إلى الجهة المنقول إليها بما في ذلك أقدميته في درجة الوظيفة المنقول منها، وفي ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: « إن القواعد الأصلية في تحديد أقدمية العامل المنقول من جهة إلى أخرى تقتضي أن يستصحب المنقول مركزه القانوني من الجهة المنقول منها بما في ذلك أقدميته في الوظيفة التي كان يشغلها قبل النقل، فلا يترتب على نقل العامل مساس بهذه الأقدمية وإلا خرج قرار النقل عن المعنى الذي حدده له القانون ورتب عليه آثاره، وعليه فمتى كان حصول العامل على الفئة المعادلة للدرجات والفئة المنقول إليها قد تم صحيحاً فإن أقدميته عند النقل تحسب بمراعاة أقدميته في شغل الفئة المنقول منها ^(١) .

وإذا كان المشرع قد حظر النقل إلى درجة تقل عن درجة الوظيفة المنقول منها، إلا أنه سكت عن مدى جواز نقل العامل إلى درجة أعلى فهل يعني هذا السكوت إباحة ذلك؟

الحقيقة أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد سبق لها الإجابة عن هذا التساؤل مبكراً بقولها: « إن القرار الصادر بالنقل يتعين أن يقتصر على تحديد الدرجة المالية التي يُوضع عليها العامل وبيان مرتبه الذي كان يتقاضاه أو مرتب الوظيفة المنقول إليها، فإن جاوز ذلك ووضع العامل على درجة أعلى من الدرجة المعادلة لدرجته المنقول منها، فهنا يكون قرار النقل سائراً لترقية متضمناً لوثبات عالية قفزها الموظف المنقول على نحو لا يستند إلى قانون ويتخطى جميع الحدود والقيود، ومن ثم انتهت إلى أن قرار النقل يكون عقيماً في ترتيب أي أثر على مركز المعروض حالته الذي يجب أن ينقل مستصحباً لذات مركزه الوظيفي الذي كان يشغله من قبل، ومن ثم فإنه لا

١. يُراجع فتاها رقم ٢٨٠ في ٢٨/٣/١٩٧٢، ملف رقم ٢٦٩/١/٨٦، جلسة ١٩٧٢/٣/٨.

يستحق إلا راتب الوظيفة المعادلة لوظيفته قبل النقل^(١). ولقد أيدت محكمة الإدارية العليا ذات الاتجاه السابق فذهبت إلى أنه: «وحيث كان المدعي في تاريخ صدور القرار المطعون فيه يشغل وظيفة من الدرجة الأولى، حين كانت المطعون على نقلها تشغل وظيفة مدير عام وهي ذات الدرجة المنقولة إليها بالقرار الطعن؛ ممَّا مؤداه أن المدعي لم يكن يجوز قانوناً نقله إلى تلك الوظيفة حيث إن درجتها تعلو درجة الوظيفة التي يشغلها^(٢)». وعن مدى تحصن القرار الصادر بنقل العامل إلى درجة وظيفية أعلى من الدرجة التي كان يشغلها بالوظيفة المنقول منها ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى القول: «أن قرار النقل متى صدر صحيحاً فإنه لا يجوز سحبه أو إلغاؤه كأصل عام بعد صدوره، إلا أن تضمن القرار تحديد الدرجة أو الوظيفة المنقول إليها العامل لا يرد عليه مبدأ التحصن؛ طالما كانت السلطة مصدرة القرار لا تملك سلطة التقدير في شأنها بل إن سلطتها مُقيدة بما أوجبه المشرع من إجراء هذا النقل إلى درجة معينة فإن هي خالفت ذلك وحددت في قرارها درجة للعامل لا يستحقها اعتبر ذلك وثبات وظيفية لا تستند إلى أي سند قانوني؛ ومن ثم فإنها لا تُكسب العامل المنقول أي مركز قانوني بفوات مواعيد الطعن، وبالتالي يجوز تعديل قرار النقل فيما تضمنه من تحديد الدرجة المالية المعادلة لرتبته دون التقيد بمواعيد سحب القرارات الإدارية^(٣)».

المطلب الثاني الإطار القانوني للنذب

نصت المادة (٥٦) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ١٩٧٨/٤٧ - المُلغى - على أنه: «يجوز بقرار من السلطة المختصة ندب العامل للقيام مؤقتاً بعمل وظيفة أخرى من نفس وظيفته أو وظيفة تعلوها مباشرة في نفس الوحدة التي يعمل بها أو في وحدة أخرى إذا كانت حاجة العمل في الوظيفة الأصلية تسمح بذلك».

وتنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٢٠١٦/٨١ بإصدار قانون الخدمة المدنية على أنه: «يجوز بقرار من السلطة المختصة ندب العامل للقيام مؤقتاً بعمل وظيفة أخرى من ذات المستوى الوظيفي لوظيفته أو من المستوى الذي وظيفه يعمل به مباشرة في ذات الوحدة التي يعمل بها أو في وحدة أخرى إذا كانت حاجة العمل في الوظيفة الأصلية تسمح بذلك. ولا يجوز ندب الموظف خارج الوحدة إلا بناءً على طلبه».

١. يُراجع فتاوها رقم ١١٠ في ١١/٢/١٩٦٢، جلسة ١٥/١/١٩٦٤.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨٠٣ لسنة ٣٢ ق.ع، جلسة ١/٨/١٩٨٩.

٣. يُراجع فتاوها رقم ٤٥٢ في ٣/٥/١٩٨٦، ملف رقم ٦/٨٦/٣١٥، جلسة ٢/٤/١٩٨٦.

وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد الخاصة بالندب، على ألا تزيد مدته على أربع سنوات وللوحدة المنتدب إليها الموظف اتخاذ إجراءات نقله من الوحدة المنتدب منها بعد هذه المدة وفي حالة رغبة الموظف ووفقاً لحاجة العمل.

واستثناءً ممّا تقدم، يجوز بقرار من السلطة المختصة ندب الموظف بعد موافقته الى الجمعيات والمؤسسات الأهلية ذات النفع العام، وتحمل الوحدة بكامل الأجر أو بعضه، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية.»

ويبدو ممّا تقدم أن الندب - مثله مثل النقل سواءً بسواء - يهدف إلى إعادة التوزيع الجيد للعاملين بالمرق، فهو عمل إداري بموجبه يخوّل القانون السلطة المختصة حق اختيار موظف لمباشرة كل أو بعض اختصاصات موظف آخر مؤقتاً عند غيابه أو لمساعدته على القيام بهذه الاختصاصات، أو للقيام بأعباء وظيفية شاغرة، وهو بهذا المعنى يختلف الندب عن الحلول الذي ليس عملاً إدارياً وإنما هو عمل قانوني يتم بقوة القانون عندما يقوم بالموظف الأصلي مانع يمنعه من القيام بممارسة اختصاصاته؛ ففي الحلول يعين القانون الموظف الذي يقوم بأعباء الوظيفة على خلاف الندب الذي تعين بموجبه السلطة المختصة الموظف المنتدب بموجب سلطتها التقديرية.

ولعل هذا ما يُميز الندب - أيضاً - عن الترخيص المؤقت بمزاولة المهنة في الخارج؛ ذلك أن الندب لا يكون إلا في نطاق الوظيفة العامة والجهات التي يسري عليها شرائعه وجميعها من أشخاص القانون العام، أما الإذن بمزاولة المهنة فإن أهم ما يميزه أنه قد يكون - بل في الغالب منه - ترخيصاً بالإذن بمزاولة المهنة لصالح بعض أشخاص القانون الخاص، وعلى ذلك انتهى القسم الاستشاري بمجلس الدولة بأن ندب وكيل حسابات الشؤون البلدية والقروية بطنطا للعمل مديراً منفذاً لمجلس تنسيق الخدمات بطنطا في غير أوقات العمل الرسمية غير جائز قانوناً؛ لأن الندب لا يكون إلا في نطاق الوزارات والمصالح ومجلس تنسيق الخدمات جمعياً خاصة، ولئن كان جائزاً بطريق الإذن أو الترخيص من الوزير المختص وفقاً لنص المادة ٧٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١^(١).

وتُجري السلطة المختصة الندب وتتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة لا يحدها إلا عدم إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، بيد أنه يختلف عن النقل في أمرين جوهريين، أولهما: أنه مؤقت حيث قيده المشرع بمدة زمنية محددة ولذلك فهو عرضة للإلغاء في أي وقت، والثاني: مُرتب على الأول ويتمثل في أنه لا يُكسب العامل حقاً في شغل الوظيفة المنتدب إليها بصفة دائمة مهما طالّت مدة الندب^(٢). وأورد المشرع على إجراء الندب ضوابط وقيود يتعين على السلطة المختصة إعمالها حتى لا يكون قرارها موصوماً بعيب من عيوب عدم المشروعية، وتتمثل هذه القيود وتلك الضوابط في التالي:

١. الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: الفتوى رقم ٤٤٨ في ٢/٧/١٩٦٥.

٢. نرى أنه إذا استطلعت مدة الندب كثيراً عن المدة المعقولة استشف من ذلك أن قصد السلطة المختصة إنما انصرف إلى تحويل الندب إلى نقل شريطة توافر التمويل المالي المعتمد للوظيفة المنتدب إليها.

أولاً - أن يصدر قرار الندب من السلطة المختصة:

وهي ذات السلطة التي أناط المشرع بها إصدار قرار النقل^(١) ومتى كان القانون قد حدد السلطة المختصة بإجراء الندب فلا يجوز لللائحة التنفيذية عند تناولها للندب بالتنظيم أن تحد من هذه السلطة أو تشرك معها سلطة أخرى أو أن تضع على ممارستها لهذا الاختصاص قيداً من أي نوع بعد أن أطلق القانون يدها في تقدير ملاءمة إجراءاته في ضوء حاجة العمل في الوظيفة الأصلية للعامل، ومن ثم فتمتد ورد بالمادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٩٧٨/٤٧ - الملغى - قيداً بمقتضاه شارك الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة السلطة المختصة بإجراء الندب؛ إذ جعل من موافقة الجهاز المذكور شرطاً من شروط إجراءاته؛ فإن هذه المادة تكون قد خرجت عن الحدود التي رسمها المشرع الدستوري للوائح التنفيذية بتضمنها هذا الشرط الذي يُعتبر قيداً لم يرد النص عليه في القانون؛ وعليه فلا يجوز تقييد السلطة المختصة في إجراء الندب بموافقة الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة^(٢).

ثانياً - أن تكون الوظيفة التي يتم الندب إليها من ذات مستوى الوظيفة التي يشغلها العامل المنتدب أو الذي يعلوه مباشرة.

وبالتالي يُشترط لصحة قرار الندب تحديد الوظيفة التي يتم الندب إليها وفي جميع الأحوال يتعين أن تكون موجودة وجوداً فعلياً، أي: مموله مالياً، فبغير ذلك لا يتأتى شغلها بأي وسيلة من الوسائل المقررة قانوناً سواء تعييناً أو نقلاً أو حتى ندباً، وقيد المشرع ذلك بأن تكون من نفس المستوى الوظيفي لوظيفة العامل المنتدب أو تنتمي إلى المستوى الذي يعلوه مباشرة، وبمفهوم المخالفة لذلك فلا يجوز الندب إلى وظيفة يقل مستواها الوظيفي عن مستوى الوظيفة الأصلية للعامل وإلا وقع الندب باطلاً بتضمنه تنزيلاً للمستوى الوظيفي الذي يشغله العامل، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: « فإن المحكمة تؤيد ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أحقية الطاعن في التعويض عن قرار ندبه من رئاسة قسم الإرشاد إلى قسم التراث دون رئاسة وذلك لصحة الأسباب التي أشار إليها الحكم والتي تخلص إلى أن الندب قد تضمن تنزيلاً للطاعن ألحق به ضرراً أدبياً يستحق عنه التعويض^(٣).

ثالثاً - أن تسمح حال العمل بالوظيفة المنتدب منها بإجراء الندب:

بمفهوم المخالفة لذلك متى كانت حاجة العمل الأصلي تستوجب وجود العمل في وحدته لممارسة أعمال وظيفته الأصلية، يستوى بعد ذلك أن يكون مرد ذلك قلة عدد موظفي الوحدة، أو لزيادة الطلب على خدمات المرفق، أو لأن طبيعة العمل تستوجب تأدية الخدمة بجودة معينة؛ مما استأهل توافر خبرة لا تتوافر إلا لدى العامل المطلوب ندبه؛ وبالتالي لا يجوز الندب طالما كانت حاجة العمل الأصلي لا تسمح بإجراءاته حتى لو كانت ثمة ضرورة تطلبه في الجهة المطلوب الندب إليها؛ العلة من ذلك أن الندب

١. مُشار إليه في هذا البحث: ص ١٦

٢. الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع: الفتوى رقم ٣١٧ في ١٩٨١/٤/٥ - ملف رقم ٥٤٨/٣/٨٦.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٦/٩٤٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/١/٢٩.

مقرر للمصلحة العامة وهي كل لا يتجزأ فكان مراعاتها أوجب في وظيفة العامل الأصلية. وفى تطبيق ذلك القيد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه: يشترط لإجراء النذب أن تسمح به حالة العمل في الوظيفة بإجرائه، ومتى كان ذلك وكان الثابت من الأوراق صدور قرار نذب المدعي دون أن تسمح حاجة العمل بذلك، بدليل قيام جهة الإدارة بنذب شخص آخر غير المدعي للقيام بأعماله وفي ذات القرار المطعون فيه مما يعد مخالفة للمادة ٥٦ من قانون العاملين المدنيين بالدولة والمادة ٤٥ من لائحته التنفيذية^(١).

رابعاً- أن يكون النذب مؤقتاً:

سواء أكان النذب لبعض الوقت: أي أن العامل يؤدي أعمال الوظيفة المنتدب إليها بعض الوقت كما يمارس أعمال وظيفته البعض الآخر، أو كان النذب كلياً: أي أن العامل ينقطع لأداء الوظيفة المنتدب إليها فقط طوال مدة ندبه، فإن المشرع قيده بقيد زمني أول، وهو ألا تجاوز مدته في المرة الواحدة مدة السنة، وبالتالي يصح النذب لمدة تقل عن السنة، كما قيد إجراءاته بقيد زمني ثانٍ مؤداه أنه بحسب الأصل لا يجوز أن تزيد مجموع مدد النذب عن أربع سنوات إلا في حالة الضرورة التي تستدعي ذلك التجديد وتقدير ذلك مرده إلى السلطة التقديرية للسلطة المختصة تجريه للصالح العام تحت رقابة القضاء الإداري، وبشرط عدم توافر درجات الوظائف التي يجوز شغلها عن طريق النقل. والواقع أن صفة التأقيت من أهم خصائص النذب؛ إذ أنه مؤقت بمدته وليس على أساس القرار والاستقرار، وهو ما يميزه عن النقل والتعيين والترقية، ولهذا ناط المشرع بالسلطة المختصة بإجرائه بموجب سلطتها التقديرية دون اشتراط لزوم عرضه على لجنة شئون العاملين، لذلك كان من المنطقي أن يكون النذب عرضة للإلغاء في أي وقت، فهو أداة طيعة في يد السلطة المختصة حتى تستطيع تلبية احتياجات العمل العاجلة ابتغاء حسن سيره وانتظامه.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: « ولقد أطلق المشرع يد الجهة الإدارية في إجراء النذب حتى تستطيع تلبية حاجات العمل العاجلة، فأتاح لها اختيار من تأس فيه القدرة والكفاية للاضطلاع بمهام الوظيفة والنهوض بأعبائها واختصاصاتها، وعليه فلا تثريب عليها إن هي أعملت سلطتها التقديرية في شغل الوظيفة الشاغرة لديها ندباً مؤقتاً مؤثرة الأقدم أو الأحداث بحسب ما تلمسه فيه من القدرة والكفاية بلا معقب عليها طالما خلا تصرفها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها^(٢).

ويترتب على صفة التأقيت هذه نتيجة غاية في الأهمية؛ ذلك أن المشرع بموجب المادة الأولى من القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ حظر تعيين الشخص الواحد في أكثر من وظيفة سواء في الحكومة أو الشركات أو الجمعيات أو المنشآت الأخرى، وغني عن البيان أن التعيين في الوظيفة هو إسنادها لشخص ينهض بأعمالها على سبيل الدوام والاستقرار وفق القواعد والنظم المقررة وحكمة هذا

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٧٢٢ / ٣٢ ق.ع، جلسة ١١/٢٢/١٩٨٧.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٢٠٧ / ٣٣ ق.ع، جلسة ١١/١٣/١٩٩٣.

النص افساح المجال لأكبر عدد من الموظفين، فإذا أُسندت الوظيفة بطريق النذب إلى شخص على غير مقتضى هذا الأصل فإن اسنادها في هذه الحال لا يُعتبر تعييناً محظوراً وإنما مجرد شغل موقوت للوظيفة ويدخل في هذه الصورة نذب الموظفين للعمل في غير جهاتهم الأصلية في غير أوقات العمل الرسمية طبقاً لقواعد نظام العاملين المدنيين بالدولة؛ ومن ثم فإن النذب في غير أوقات العمل الرسمي بصفة دائمة أمر يُجافي طبيعة النذب ويُحيله سائراً لتعيين محظور في مفهوم المادة الأولى من القانون رقم ١٢٥/١٩٦١^(١).

المبحث الثالث

تحليل اتجاهات القضاء الإداري إزاء الجزاء التأديبي المُقنَّع

بداية يجب الاعتراف بأن فكرة «الجزاء التأديبي المُقنَّع» هي من خلق التطبيق القضائي، لهذا كان من الأهمية بمكان تتبع أحكام مجلس الدولة المصري بشأن تلك الفكرة؛ لاستظهار مناهج تطبيقها في الوجود القضائي من ناحية، وبيان جهود المحكمة الإدارية في وضع شروط تطبيقها وترسيخ أسسها من أخرى، وأخيراً تقييم مدى التطور الذي عساه أن يلحق بالفكرة في ضوء موقف دائرة توحيد المبادئ منها، وهو ما نحاول تسليط الضوء عليه من خلال هذا المبحث، والذي رأينا تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، نعرض لكل منها تباعاً:

المطلب الأول

مناطق توقيع الجزاء التأديبي المُقنَّع

على ما يبدو أن وضوح فكرة الجزاء التأديبي المُقنَّع يكمن في وضوح التقسيم القائم عليه تكييف الطعن على مثل هذا النوع من القرارات، فمثلاً الطعن على قراري النقل والنذب قد يتم تناوله باعتبارهما مجرد قراري إداريين يشوبهما العديد من أوجه عدم المشروعية المختلفة بالمخالفة للإطار القانوني المحدد لكل منهما - على النحو الموضح آنفاً - فيعتريهما ما قد يعترى أي قرار إداري آخر من عيوب عدم المشروعية.

وكما سبقت الإشارة إلى أن الطعن على قراري النقل أو النذب ذاتهما قد يتم تأسيسه استناداً إلى أنهما يستران عقوبة تأديبية اتخذت كل منهما ستاراً لإخفاء العقاب؛ إما للتهرب من اتباع الإجراءات التأديبية المقررة قانوناً، أو تشديداً للعقوبة الموقعة، والاهتداء إلى حقيقة هذا التكييف على نحو التقسيم السابق؛ يؤدي إلى نتيجة منطقية جداً غاية في الأهمية - أيضاً - تتمثل في: تحديد الاختصاص القضائي بنظر الطعن، فمتى كانت أوجه الطعن منسوبة إلى أحد عيوب عدم المشروعية سواء من حيث الاختصاص، أو الشكل، أو مخالفة القانون، أو حتى إساءة استعمال السلطة انعقد الاختصاص إلى محكمة القضاء الإداري أو إحدى المحاكم الإدارية - بحسب الاختصاص النوعي والمحلي المقرر قانوناً.

١. في مثل هذا المعنى يُراجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: الفتوى رقم ٩٧٨ في ٢٠/١٢/١٩٦١.

أما إذا انصب الطعن على فكرة الجزاء التأديبي المقنع وانتهى تكييف القاضي الإداري إلى صحة هذا الوصف، فهنا يثور التساؤل حول مدى انعقاد الاختصاص إلى المحاكم التأديبية المختصة بحسب الاختصاص النوعي والمحلي بحسبان أن القضاء التأديبي هو صاحب الولاية العامة في نظر الطعون على الجزاءات التأديبية.

والواقع أن المحكمة الإدارية العليا ربطت في كثير من أحكامها بين التحقيق الإداري والجزاء المقنع فذهبت إلى أن: «جهة الإدارة إنما تحركت بإصدار القرار المطعون فيه في نطاق التحقيق الذي أجري بسبب ما أسند إلى المدعية من مخالفات مسلكية ووظيفية، فهي في واقع الأمر استهدفت بقرارها فصل المدعية من الخدمة للاتهامات المنسوبة إليها، ومن ثم فإن قرارها يُعتبر تأديبياً وليس قرار إنهاء خدمة^(١)».

وفى حكم آخر أكثر حسماً للمحكمة - ذاتها - استظهرت طبيعة الفكرة: حيث اهتدت إلى معيار موضوعي للقرار التأديبي المقنع فذهبت إلى أنه: «إذا طعن العامل على قرار النقل أمام المحكمة التأديبية باعتباره يطوي جزءاً مقنعاً فإنه يكفي أن تبين المحكمة من ظروف الأحوال وملاساتها، أن نية مُصدر القرار اتجهت إلى عقاب العامل دون اتباع الإجراءات المقررة، فينعقد لها الاختصاص بنظر الطعن والفصل فيه، أما إذا تبين لها أن النعي على القرار في جوهره يتناول النقل ذاته، وليس بوصفه سائراً لعقوبة مُقنعة كان عليها أن تقضي بعدم اختصاصها، مع إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة^(٢)».

ولعل من المفيد تحليل الحكم المتقدم للمحكمة الإدارية العليا والذي على ما يبدو أنه وضع معياراً لاستخلاص مناط القرار التأديبي المقنع سنحاول استخلاصه من التحليل التالي:

أولاً - الطعن على قرار النقل ذاته:

خلصت المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق إلى أن الطعن في قرار النقل يستند إلى أسباب عدم المشروعية الناتجة عن خروج مُصدر القرار عن الضوابط المحددة للإطار القانوني الذي يجب مراعاته عند إصدار القرار، ففي هذه الحال يتلاشى وصف الجزاء التأديبي المقنع وبالتالي، يتحدد الاختصاص بنظر الطعن إما لمحكمة القضاء الإداري أو لإحدى المحاكم الإدارية، وذلك وفقاً للمستوى الوظيفي للعامل، حيث تُعتبر المنازعة هنا إدارية تتعلق بقرار إداري صدر في إطار العلاقة الوظيفية بين العامل والحكومة.

ثانياً - الطعن على قرار النقل كقرار سائر لجزاء تأديبي مقنع:

أوضحت المحكمة الإدارية العليا بجلاء في حكمها السابق ارتكانها إلى معيار مُحدد لاستخلاص طبيعة قرار النقل كعقوبة مُقنعة، والذي يتمثل في استخلاص نية مُصدر القرار؛ وصولاً إلى غايته التي هدف إليها ببيان عمّا إذا كانت هذه النية قد اتجهت من خلال إصدار قرار النقل إلى إنزال

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٥١٨ لسنة ١٩ ق. ع، جلسة ١٢/٧/١٩٧٤.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢١ ق. ع، جلسة ٢٤/٢/١٩٧٩.

العقاب التأديبي بالعامل دون اتباع الإجراءات المقررة، فهذا ينعقد الاختصاص بنظر الطعن والفصل فيه إلى المحكمة التأديبية المختصة نوعياً ومحلياً باعتبار أن هذه المنازعة في طبيعتها طعنًا على قرار جزاء تأديبي؛ ممَّا يندرج ضمن الولاية العامة للقضاء التأديبي.

ثالثاً - مدى سلطة القاضي الإداري في استخلاص طبيعة القرار التأديبي المقنَّع:

بمناسبة المعيار الذي وضعته المحكمة يثور التساؤل حول من يُحدِّد طبيعة القرار التأديبي المقنَّع؟ بمعنى آخر هل مجرد إيراد أوجه النعي التي يُثيرها الطاعن في أسباب صحيفة طعنه هي التي تمنح القرار وصفه التأديبي، بمعنى آخر أكثر تحديداً هل يحدد الطاعن بموجب أسباب طعنه الاختصاص القضائي بنظر الطعن على القرار فيكفيه مجرد الادعاء بوصف القرار بالجزاء التأديبي المقنَّع للقول باختصاص المحكمة التأديبية، والعكس فإن استناده إلى أي سبب عادي من أسباب عدم مشروعية القرار من شأنه أن يُحدد اختصاص محكمة القضاء الإداري أو إحدى المحاكم الإدارية بنظر الطعن؟

في الواقع أن المحكمة الإدارية العليا أجابت عن التساؤل السابق في ذات حكمها بقولها: « إذا طعن العامل على قرار النقل أمام المحكمة التأديبية باعتباره يطوي جزاءً مُقنَّعاً فإنه يكفي أن تبين المحكمة من ظروف الأحوال وملاساتها أن نية مُصدر القرار اتجه إلى عقاب العامل دون اتباع الإجراءات المقررة.»

وهكذا فإن التكييف الصحيح لطبيعة القرار باستظهار حقيقة ما قد يُخفيه من عقوبة تأديبية لا يُحدده مجرد ادعاء من المدعي في صحيفة دعواه، وإنما يكون بناءً على ما يستخلصه القاضي الإداري من ظروف وملاسات إصدار هذا القرار بما لها من هيمنة في توجيه الدعوى الإدارية وإعطاء وقائعها التكييف القانوني الصحيح، فلقد اضطرر قضاء المحكمة الإدارية العليا واستقر على أن: « تكييف الدعوى إنما هو من تصريف المحكمة، إذ عليها بما لها من هيمنة على تكييف الخصوم لطلباتهم أن تتقصى هذه الطلبات، وأن تستظهر مراميها، وما قصده الخصوم من إبدائها، وأن تعطى الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، على هدى ما تستبطله من واقع الحال وملاساتها^(١).

وبالترتيب على ذلك، انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه متى استخلصت المحكمة التأديبية المرفوع أمامها الطعن على قرار النقل أن نية مُصدر القرار قد اتجهت إلى مُعاقبة العامل دون اتباع الإجراءات التأديبية المقررة قانوناً، اعتبر ذلك من قبيل الجزاءات التأديبية المقنَّعة وتقضي المحكمة باختصاصها. أما إذا استخلصت المحكمة أن مصدر قرار النقل لم يستهدف به عقاب العامل المنقول، فهذا وجب عليها القضاء بعدم اختصاصها وحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وذلك كله مُقيد بشرط ألا يصل تكييف المحكمة للدعوى إلى حد تعديل طلبات الخصوم بإضافة ما لم يطلبوا الحكم به صراحة أو تحويل تلك الطلبات بما يُخرجها عن حقيقة مقصود المدعين ونياتهم من وراء إبدائها، وتخضع المحكمة في ذلك لرقابة محكمة الطعن.

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٩٨٦ لسنة ٤٦ ق، ع، جلسة ٢٠٠٢/٧/٥ م.

والواقع أن مناط فكرة العقاب التأديبي المقنَّع قد نضج في ذهن المحكمة الإدارية العليا إلى درجة أنها أزالَت اللبس الذي من شأنه الخلط بينه وبين عيب إساءة استخدام السلطة والانحراف بها، ففي حكم آخر لها بيَّنت المحكمة أن: « مجرد قصد الإضرار أو العقاب لا يكفي لإسباغ الصفة العقابية على القرار فيطوي جزاءً مقنَّعاً، ما لم يكن ذلك مُتصلاً بالسلوك الوظيفي المعيب، أي: ما لم يكن ثمة خطأ قد نُسب إلى العامل، وأن هذا السلوك الوظيفي المعيب هو الذي يُميز الجزاء التأديبي المقنَّع عن الانحراف بالسلطة.

وبالتطبيق لما تقدم، انتهت إلى أنَّ القرارات المطعون عليها بتكليف المهندسين لا يُعتبران من القرارات التأديبية المقنَّعة؛ لأنهما لم يصدرا بتوقيع جزاء على الطاعنة، ولا يُعتبران كذلك من القرارات التي تستر جزاءً مقنَّعاً؛ لأن النعي عليهما بأنهما صدرا بقصد الإضرار بالمدعية والانتقام من والدها لا يعدو أن يكون تعيباً لهما بعيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، وهذا العيب لا يُضفي عليهما الصفة العقابية؛ طالما أن السبب لإصدارهما ليس مُتصلاً بالسلوك الوظيفي للمدعية، ومن ثم فلا اختصاص للمحكمة التأديبية فيه إلغاءً أو تعويضاً^(١).

ووفقاً للحكم الأخير فإن مناط اعتبار الإجراء - النقل أو الندب - جزاءً مقنَّعاً يتمثل في أن تتضح فيه نية مصدر القرار بمُعاقبة العامل عن سلوك وظيفي يُشكل خطأً تأديبياً؛ حيث إنه لا يجوز مُعاقبة العامل دون خطأ بغير الوسيلة المُحددة قانوناً؛ وبالتالي فإنه بانتفاء الخطأ التأديبي تنتفي نية العقاب التأديبي المقنَّع حتى لو كان القصد إيذاء العامل أو حرمانه من أية ميزة مادية أو أدبية من ميزات الوظيفة أو حتى الانتقام منه أو من أحد من ذويهِ؛ فكل ما تقدم لا يعدو أن يكون مظهراً من مظاهر إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، وهي تخرج من نطاق الجزاء التأديبي المقنَّع الذي يكون مقترناً دائماً بالسلوك الوظيفي المعيب.

المطلب الثاني

شروط وصور

الجزاء التأديبي المقنَّع

من خلال هذا المطلب سنحاول استخلاص الشروط التي وضعها القضاء الإداري المصري لتطبيق نظرية الجزاء التأديبي المقنَّع، ثم بيان صور هذا الجزاء من واقع التطبيق القضائي، وعليه، ينقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين على النحو التالي:

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨٨٣ لسنة ٢٣ ق.ع، جلسة ١٧/٢/١٩٧٩.

الفرع الأول شروط الجزاء التأديبي المقنن

أولاً- اتجاه المقصد إلى العقاب:

ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول بأن: «نقل العامل من وظيفة إلى أخرى في ذات الشركة التي يعمل بها أو في غيرها من الشركات والجهات الحكومية يُعتبر طبقاً للمستفاد من نص المادة ٢٦ من قانون رقم ٦١ لسنة ٧١ الخاص بنظام العاملين بالقطاع العام من الإطلاقات التي تترخص فيها جهات العمل، حسبما - تقدره للصالح العام - طالما أن النقل تم إلى وظيفة من ذات المستوى، ولم يفوت على العامل دوره في الترقية، ومتى كان ذلك فإنه لا يعيب النقل ويجعله منطوياً على جزاء تأديبي مقنن، إلا أن يكون قد استهدف ذلك فعلاً، وإذ لم يقترن النقل بحرمان المدعية من أية ميزة وظيفية مما لا يمكن معه القول بأنه يخفي جزاء تأديبياً^(١).

وفي حكم آخر لها ذهبت إلى القول بأنه: «إذا طعن العامل على قرار النقل أمام المحكمة التأديبية باعتباره يطوي جزاءً مقنناً فإنه يكفي أن تبين المحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها، أن نية مُصدر القرار اتجه إلى عقاب العامل دون اتباع الإجراءات المقررة، فينعقد لها الاختصاص بنظر الطعن والفصل فيه، أما إذا تبين لها أن النعي على القرار في جوهره يتناول النقل بوصفه كذلك، وليس بوصفه سائراً لعقوبة مقننة كان عليها أن تقضي بعدم اختصاصها، مع إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة^(٢).

ويبدو من الحكمين السابقين أنهما اتخذتا من اتجاه نية السلطة التأديبية إلى عقاب العامل شرطاً لوصف الإجراء بالعقاب المقنن، وبالتالي إذا انتفى هذا القصد انتفى معه حمل الإجراء على الجزاء بالتبعية.

والنية باعتبارها أمراً داخلياً خفياً لا بد للدلالة على مقصدها وجود مظاهر خارجية تدل عليها، وأوضح الحكمين ذلك بأنه يمكن استجلاء تلك المظاهر من الآثار المترتبة على الإجراء السائر للجزاء، ومثال ذلك إذا ترتب على الإجراء إيداء العامل، أو حرمانه من المزايا المادية أو الأدبية لوظيفته، أو الحط من مكانته الوظيفية، أو حتى الضغط عليه لإكراهه.

وفي الواقع فإن عدم وجود مثل المظاهر السالفة ذكرها أو غيرها يجعل من العسير إثبات قصد العقاب؛ لأن الأصل حمل القرارات الإدارية على قرينة الصحة واستهداف الصالح العام، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه.

ولذا، قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: مُواكبة قرار النقل لجزاء تأديبي لا ينم بذاته عن انطواء القرار على عقوبة مقننة؛ بحسبان أن الوقائع المشكلة للذنب الإداري قد تستوي سنداً صحيحاً

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٢٣ ق.ع، جلسة ١٤/١/١٩٧٨.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢١ ق.ع، جلسة ٢٤/٢/١٩٧٩.

لنقل، وباعثاً مشروعاً على إجراءاته حرصاً من المشرع على حسن سير العمل وانتظامه^(١).

ثانياً- اعتراف العامل للسلوك الخاطئ:

أوردت المحكمة الإدارية العليا هذا الشرط في الكثير من أحكامها فقضت بأن: «جهة الإدارة إنما تحركت بإصدار القرار المطعون فيه في نطاق التحقيق الذي أجرى، بسبب ما أسند إلى المدعية من مخالفات مسلكية ووظيفية فهي في الواقع من الأمر استهدفت بقرارها فصل المدعية من الخدمة للاتهامات التي نسبت إليها، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يُعتبر تأديبياً وليس قرار إنهاء خدمة^(٢). ويظهر من الحكم المتقدم أنه لا يكفي فقط توافر قصد السلطة التأديبية عقاب العامل للقول بتوافر وصف الجزاء في الإجراء، وإنما يتعين أن يقتصر به اعتراف العامل مخالفة تستأهل معاقبته تأديبياً إلا أن السلطة التأديبية لم تُرد معاقبته بإحدى العقوبات المقررة قانوناً واستبدلت به إجراء آخر لم يُقرره المشرع كعقوبة تأديبية.

والواقع أن هذا الشرط هو الذي يُميز الجزاء المُنْعَ عن عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: «ولا يُعتبر القراران المطعون عليهما من قبيل القرارات التي تستر جزاءً مقنعاً؛ لأن النعي عليهما بأنهما صدرا بقصد الإضرار بالمدعية وانتقاماً من والدها لا يعدو أن يكون تعييباً لهما بعيب إساءة استعمال والانحراف بها، وهذا العيب لا يُضفي عليهما الصفة العقابية؛ طالما أن السبب لإصدارهما ليس مُتصلاً بالسلوك الوظيفي للمدعية، ومن ثم فلا اختصاص للمحكمة التأديبية فيه إلغاءً أو تعويضاً^(٣).

وبالترتيب على ذلك، فليس بكاف لإسباغ الصفة العقابية على القرار لاعتباره يطوي جزاءً مقنعاً مجرد اتجاه نية مصدره إلى معاقبة العامل، ما لم يكن ذلك مُتصلاً بسلوك وظيفي معيب نسب إلى العامل ارتكابه، وبعبارة أكثر تحديداً إذا لم يكن ثمة خطأ يمكن إسناده إلى العامل فلا يمكن وصف الإجراء بالعقاب المُنْعَ، لأنه في مثل هذه الحال يعد صورة من صور إساءة استعمال السلطة والانحراف بها.

لذلك، كان منطقياً أن تربط محكمتنا العليا بين قصد العقاب، وإتيان العامل لسلوك إيجابي أو امتناعه عنه يُعد خروجاً منه على واجبات وظيفته لكي يتوافر وصف الجزاء المُنْعَ، وفي ذلك تقول: «إنه لا يلزم لكي يُعتبر القرار الإداري بمثابة الجزاء التأديبي المُنْعَ أن يكون متضمناً عقوبة من العقوبات التأديبية المعينة، وإلا كان الجزاء صريحاً، وإنما يكفي أن تتبين المحكمة من ظروف الحال وملا بساتها أن نية جهة الإدارة اتجهت إلى عقاب العامل، وكان ذلك بسبب تصرف معين ينطوي على إخلال بواجبات الوظيفة؛ فإذا كان ما تقدم وكان القرار المطعون فيه قد أفصح عن سبب إصداره وهو تأخر المدعي - بوصفه مدير للشئون المالية - في تجهيز الحسابات الختامية فإن القرار المطعون

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٣٩ ق.ع، جلسة ١٩٩٥/٤/٢٢.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٥١٨ لسنة ١٩ ق.ع، جلسة ١٩٧٤/١٢/٧.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨٨٣ لسنة ٢٣ ق.ع، جلسة ١٩٧٩/٢/١٧.

فيه الصادر بنقله، يكون قراراً تأديبياً مقنعاً صدر بالمخالفة للقانون؛ إذ إنه صدر بالمخالفة للقانون دون اتباع للإجراءات والأوضاع المقررة للتأديب موقفاً عقوبة لم ترد ضمن العقوبات التأديبية التي عددها القانون حصراً^(١).

وتأكيداً لذلك، قضت بأنه: النقل إلى جهة تذخر بالعمالة الزائدة وإفصاح الجهة المنقول إليها عن عدم حاجتها إلى الموظف المنقول، وعدم وجود درجات خالية للنقل إليها، والادعاء دون دليل بأن المنقول تعدى بالضرب على زميل له، وحاول إثارة العمال، ونقله بعد أن زال عنه وصف عضوية اللجنة النقابية، ينهض شاهد صدق على إساءة استعمال السلطة، ويصم القرار بمخالفة القانون^(٢).

وهكذا يتضح بجلاء من الحكم الأخير ربط المحكمة الإدارية العليا بين نية السلطة التأديبية وبين السلوك الوظيفي الخاطئ، فالمسلك الوظيفي المنحرف للعامل المتمثل في تأخر الطاعن في إعداد ختامي الحسابات باعتباره رئيساً للشئون المالية بجهة عمله، هو الذي دفع السلطة التأديبية إلى عقابه، بيد أن هذا العقاب لم يكن صريحاً باتخاذ الإجراءات والأوضاع وبالإجراءات وإنزال إحدى العقوبات المقررة قانوناً، وإنما كان ضمنياً « بإبعاد الطاعن عن أعمال وظيفته » وسُتِرت نية العقاب تلك من وراء حجاب اتخذ شكل « النقل »

ثالثاً- الاستخدام غير المشروع للإجراء:

قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: «نقل العامل دون الإفصاح عن الوظيفة المنقول إليها، أو تحري احتياجات العمل المنقول إليه، أو التناسب في الدرجة بين الوظيفة المنقول منها والمنقول إليها لا يُمكن معه اعتبار هذا القرار نقلاً مكانياً، وإنما يستري في الواقع جزاءً تأديبياً مقنعاً^(٣).

ويبدو من الحكم المتقدم أن المحكمة وضعت شرطاً آخر لوصف إجراء النقل بالجزاء المقنع مُفاده أن يتوافر لدى السلطة المختصة قصد الانحراف بالإجراء، ويتحقق ذلك باستخدام الإجراء في غير الغرض المقصود منه، فمن المعلوم أن النقل والندب شرعاً بغرض تلبية احتياجات المرفق من العاملين لسد حاجة العمل وسرعة أداء الخدمة للمواطنين بما يضمن إعادة التوزيع الجيد لهم وتحقيق أقصى درجة من درجات استغلال طاقتهم.

وبالتالي، فإن استخدامهما لغرض غير الغرض المحدد قانوناً يُعد انحرافاً بالإجراء عن الغاية المحددة له أو استخداماً غير مشروع للإجراء، ولذلك انتهى الحكم السابق إلى أن نقل العامل دون الإفصاح عن الوظيفة المنقول إليها، أو تحري احتياجات العمل المنقول إليه، أو التناسب في الدرجة بين الوظيفة المنقول منها والمنقول إليها لا يُمكن معه اعتبار هذا القرار نقلاً مكانياً، وإنما ساتراً لجزاء تأديبي مقنع؛ حيث استخدم هنا إجراء النقل في غير الغرض المقرر له قانوناً. واتساقاً مع ما سبق جرى قضاء ذات المحكمة على أن: «نقل العامل من جهة إلى أخرى في ذات

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢١ ق.ع، جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٣٩ ق.ع، جلسة ١٩٩٥/٤/٢٢.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨٨٤ لسنة ١٩ ق.ع، جلسة ١٩٧٨/٣/١٨.

درجته وفقاً لمتطلبات العمل ودواعيه دون أن يُهدر حقاً للعامل أو يُخالف أحكام القانون، إنما هو من قبيل النقل المكاني الذي تترخص فيه الجهة الإدارية وفقاً لسلطتها التقديرية دون معقب عليها من جهة القضاء طالما خلا قرارها من شائبة الانحراف بالسلطة أو إساءة استخدامها^(١).

وبالترتيب على ذلك يكون من الجائز اقتران نقل أو ندب العامل بمناسبة اتهامه بإحدى المخالفات التأديبية دون أن يُعتبر ذلك جزاءً تأديبياً مقنناً؛ طالما كان القصد من إجراء الندب أو النقل تحقيق الغاية المقررة لهما، واستعمالاً لتحقيق الصالح العام، والقول بغير ذلك من شأنه أن يضع العامل المخالف في وضع أفضل من العامل غير المخالف، وهي نتيجة يأبأها المنطق السليم وتأبأها العدالة أيضاً.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمتنا العليا بأن: « إجراء نقل العامل بمناسبة اتهامه بإحدى المخالفات التأديبية لا ينطوي بحكم اللزوم على تأديب مقنن؛ إذ يتعين إقامة الدليل على ذلك، والقول بغير هذا من شأنه أن يجعل العامل المُسيء في وضع أكثر تمييزاً من العامل الذي يجوز نقله وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل، كما أن اقتران النقل بالجزاء ليس في ذاته ينطوي على جزاء مقنن تتعدد به العقوبة عن فعل واحد، طالما أن النقل الذي قصد به مصلحة العمل، وعلى هدي ما تقدم ولما كان الثابت من التحقيقات التي أجريت مع الطاعن وزملائه قد أثر على صورة المرفق الذي يعملون به بشكل سيئ وعلى مسمع ومُراءى من الجمهور؛ مما كان له أسوأ الأثر على نشاط المرفق، وترتيباً على ذلك، وإذ صدر القرار المطعون فيه متضمناً نقل الطاعن وآخرين للعمل بمحافظة سوهاج حتى يُمكن تغيير صورة وسمعة المرفق التي اهتزت بسلوكهم الخاطئ، فإن النقل هنا كان لمصلحة العمل - ولا مَرِية في ذلك - ممَّا ينتفي معه وصف الجزاء المقنن، وإذ تم النقل دون مخالفة للقانون، فإنه يغدو متفقاً وصحيح حكم القانون^(٢).

ونخلص من ذلك، أنه لا يكفي لاعتبار إجراء ما بأنه يستر جزاءً تأديبياً مقنناً أن يكون مقترناً بارتكاب العامل مخالفة تأديبية أو صدر بمناسبة اتهامه أو حتى عقب التحقيق فيها، بل يُشترط فوق ذلك أن يكون الباعث من وراء صدور هذا الإجراء غير مشروع، فإذا كان هذا الباعث مشروعاً فلا جرم من اتخاذه شريطة توافر كافة الشروط المقررة قانوناً لإصداره، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: « اقتران النقل بالجزاء الموقع على الطاعن، ليس في ذاته دليلاً على أن النقل ينطوي على جزاء مقنن تتعدد به العقوبة عن فعل واحد؛ طالما أن النقل قصد به مصلحة العمل، إذ تكشف الأوراق عن أن القصد من ورائه تهدئة خواطر مدينة قطور على أثر ما نشأ بين أهلها وبين الطاعن من خلاف^(٣).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٢٦ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٢/٧.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٢/١٦.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٨٩ لسنة ١٧ ق.ع، جلسة ١٩٨١/١/٣١.

فالقول بأن النقل المصاحب للجزاء أو التحقيق الإداري يُعد جزاءً تأديبياً مقنعاً، هو قول يجالٍ في الحقيقة، ويجعل من نقل العامل المُجتهَد وغير المتهم أو الذي لم يأت بمخالفة تأديبية أسوأ حالاً من العامل المُقصر، وهو اتجاه يأباه المشرع والعدالة معاً^(١).

وأكدت المحكمة العليا - حديثاً - على ذلك بقولها: «تتوفر مبررات ممارسة جهة الإدارة لاختصاصها بنقل العامل كلما دعت اعتبارات المصلحة العامة إلى وجوب التدخل لإجرائه، يستوي في ذلك أن يتم النقل بمناسبة اتهام العامل بجرم يُخل بواجبات وظيفته من عدمه، ما دام قد استهدف تحقيق المصلحة العامة»^(٢).

الفرع الثاني صور الجزاء التأديبي المقنع

الواقع أن التطبيق القضائي لنظرية الجزاء المقنع أفرز صوراً لهذا النوع الفريد من الجزاءات التأديبية؛ وبالتالي فإن ما نعرضه في هذا الموضع ليس حصراً لتلك الصور، وإنما وصفاً للصور التي كشف عنها التطبيق القضائي، وسوف نعرضها تباعاً على الوجه التالي:

أولاً - النقل:

لعل من الشائع في التطبيق القضائي استخدام إجراء النقل كسائر لعقوبة تأديبية مقنعة، فكثيراً ما تلجأ السلطة المختصة إلى نقل العامل عقاباً له على ما عسى أن يكون قد ارتكبه من سلوك خاطئ يُمثل خروجاً على واجبات الوظيفة أو مقتضياتها؛ ولعل الهدف من ذلك: إما التهرب من الإجراءات المقررة للمسئولية التأديبية وما يستتبعه ذلك من توفير ضمانات جوهرية للعامل، فترنو السلطة المختصة إلى التنصل منها والتكبد لها، أو كان النقل مُقترناً بتوقيع عقوبة تأديبية بيد أن السلطة المختصة تهدف جراًء النقل إلى التنكيل بالعامل وتشديد العقوبة عليه، وفي الحالين السابقتين يُعد النقل بمثابة عقوبة تأديبية ثانية، لم ينص عليها القانون على تقريرها.

وقد يأتي النقل كعقوبة مقنعة منفردة دون الاقتران بعقوبة تأديبية صريحة، أو يكون مقترناً بها، كما قد يأتي معاصراً لتوقيع هذا الجزاء التأديبي، وسواء أتى النقل منفرداً، أو مقترناً، أو معاصراً لجزاء تأديبي فالهم أن يكون مستنداً إلى سبب واحد وهو ارتكاب العامل سلوكاً يُعد خروجاً على واجباته الوظيفية أو مقتضاها، واتجهت نية السلطة المختصة إلى إنزال العقاب بإجراء النقل، أما إذا استند النقل إلى تحقيق الغاية المقررة تشريعياً منه انتفى فيه وصف الجزاء المقنع حتى لو جاء مقترناً أو معاصراً لعقوبة تأديبية بل حتى لو استند قرار النقل وقرار الجزاء إلى سبب واحد؛ طالما استعمل كل منهما لتحقيق الغاية المقررة منه.

فالواقعة التي تمثل السلوك الخاطئ للعامل تجيز للجهة الإدارية اتخاذ إجراءات التأديب حياله وإسنادها إليه إنما هي مبرر مُعاقبته تأديبياً، وذات الواقعة من الممكن أن تسوِّغ لجهة الإدارة

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٠٦٨١ لسنة ٤٨ ق.ع، جلسة ٢٠٠٧/١/١١.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٥٤٤ لسنة ٥٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٨/٥/٤.

استخدام سلطتها لإجراء النقل، فهذا يتحقق اقتران العقوبة التأديبية بالنقل ويستند كل منهما الى ذات السبب (ارتكاب السلوك الخاطئ)

بيد أن الغاية والغرض من كلٍّ من القرارين مختلفة، فغاية الجزاء التأديبي إنزال العقاب بالعمل حماية لثقة جمهور المتعاملين بالمرفق، بينما غاية النقل وضع العامل المناسب في المكان المناسب والعمل الملائم على هدى ما كشفت عنه التحقيقات في الواقعة المسندة إليه، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: «إن التحقيقات التي أجريت مع الطاعن كشفت عن مخالفته لتوجيهات رئيسه المباشر إمعاناً منه في التحدي ونكولاً عمّا تفرضه عليه واجبات الوظيفة من احترام الرؤساء وأمانة العرض عليهم، فإذا ما رأى الرئيس المختص بسلطته التقديرية أن هذا السلوك من جانب المدعي يتنافى مع بقاءه في موقعه بإدارة شؤون العاملين فإنه يكون قد مارس مسؤولياته في حدود القانون دون أن يكون ثمة انحراف، ويكون قرار نقله قد جاء مستنداً إلى سببه الصحيح»^(١).

والحقيقة أن مجرد اقتران النقل بالجزاء التأديبي لا يُعد في ذاته عقوبة تأديبية مُقنعة، طالما لم يتم إثبات أن القصد منه هو عقاب العامل، ومن ثم فمتى كانت الغاية من النقل تحقيق المصلحة العامة، فهذا ينتفي مناط اعتباره عقوبة مقنعة حتى ولئن اقترن بعقوبة تأديبية أو كان لاحقاً لها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة شاذة تتمثل في غل يد السلطة المختصة عن إجراء نقل العامل المخالف حتى لا يُوصف قرارها بالجزاء المقنن؛ ممّا يجعل مثل هذا العامل في مركز قانوني أفضل بسبب مخالفته من العامل الملتزم وتلك نتيجة غير منطقية تأبأها العدالة.

ولقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن ذلك في العديد من أحكامها فذهبت إلى أن: «إجراء النقل لمناسبة اتهام العامل لا ينطوي بحكم اللزوم على تأديب مقنن، إذ يتعين إقامة الدليل على ذلك، والقول بغير هذا من شأنه أن يضع العامل المسيء في موضع أكثر تميزاً من العامل الذي يجوز نقله وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل، كما أن اقتران النقل بالجزاء الموقع على العامل ليس في ذاته دليلاً على أن هذا النقل ينطوي على جزاء مقنن تتعدد به العقوبة عن فعل واحد، طالما أن النقل قُصد به مصلحة العمل»^(٢).

وفي المقابل بعض الأحيان قد يعتبر سحب قرار النقل أو إلغاؤه بعد صدوره صحيحاً صورة من صور الجزاء المقنن متى استهدف السحب أو الإلغاء التنكيل بالعامل أو إلحاق الأذى به، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا إن: «نقل أحد العاملين بإحدى المؤسسات العامة المُلغاة طبقاً لأحكام القانون رقم (١١١) لسنة ١٩٧٥ ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام وإلحاقه بوزارة الزراعة وشغله منصب وكيل الوزارة بها - صدور قرار لاحق من وزير الزراعة بعد يومين من تعيينه وزيراً للزراعة وتعديل قرار سلفه يجعل نقل المدعى إلى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية بدلاً من وزارة الزراعة اعتباره خروجاً على أحكام القانون وتجاوزاً لحدوده واختصاصاته؛ إذ ما كان

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٢١ ق.ع، جلسة ١٩٨١/١٢/٥.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٢/١٦.

يجوز له قانوناً أن يسحب قراراً صحيحاً بنقل المدعى إلى وزارة الزراعة أو أن يُعدله بعد انقضاء المهلة المنصوص عليها في القانون المذكور وبعد أن أصبح من عداد العاملين الشاغلين لإحدى وظائف الإدارة العليا بها مما كان يتطلب وفقاً لحكم المادتين ١٢، ١٦ من نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم (٥٨) لسنة ١٩٧١ صدور قرار من رئيس الجمهورية وليس قرار من الوزير المختص - لذا؛ فلا مرية أن القرار لم يستهدف إلا إيذاء المدعى والتكيل به ويضحي بهذه المثابة جزاءً مقنعاً حقيقياً بالإلغاء^(١).

وخلاصة القول وصفوته أن مناهج مشروعية النقل هو تحقيق المصلحة العامة، يستوي في ذلك أن يكون بمناسبة اتهام العامل أو عدم اتهامه بجرم يخل بواجبات وظيفته، فمجرد مواكبة النقل للاتهام بجرم يخل بالواجبات الوظيفية لا ينطوي على جزاء مقنع^(٢).

ثانياً- النذب:

مثل النقل - سواءً بسواء - من الشائع أيضاً في التطبيق القضائي استخدام إجراء النذب كساتر لعقوبة تأديبية مقنعة، فكثيراً ما تلجأ السلطة المختصة إلى استخدام نذب العامل عقاباً له على ما عسى أن يكون قد ارتكبه من سلوكٍ خاطئٍ يُمثل خروجاً على واجبات الوظيفة أو مُقتضياتها؛ والهدف من ذلك أيضاً: إما التهرب من إجراءات تقرير المسؤولية التأديبية وما تستتبعه من توفير ضمانات جوهرية للعامل ترنو السلطة المختصة إلى التنصل منها، أو كان النذب مُقترناً بتوقيع عقوبة تأديبية بيد أن السلطة المختصة تهدف من جراء النذب التكيل بالعامل وتشديد العقوبة عليه، وهنا يُعد النذب بمثابة عقوبة تأديبية ثانية لم ينص عليها القانون.

والأصل أن النذب مثله مثل النقل تترخص في إجراءاته السلطة المختصة لتحقيق غاية محددة هي إعادة التوزيع الجيد للعاملين بيد أن النذب - كما سلفت الإشارة - أداة أكثر مرونة من النقل لتحقيق ذلك، وممارسة هذه السلطة يجد حده في عدم الانحراف بهذا الإجراء لتحقيق غاية أخرى غير تلك المبتغاة منه، بأن يكون الهدف منه إنزال العقاب بالعامل، وذلك مشروط بوصف سلوك العامل على أنه مخالفة إدارية ثم إجراء نذبه عقاباً له على وصف سلوكه بالخاطئ.

والتست المحكمة الإدارية العليا استظهار اتخاذ الجزاء المقنع صورة النذب بتكرار نذب العامل لوظائف متعددة في فترة زمنية قصيرة، وفي ذلك تقول المحكمة: « وحيث إن تلاحق قرارات نذب الطاعنة في فترات زمنية قصيرة نسبياً - على النحو المشار إليه - ودون تقييد النذب بمدة مؤقتة طبقاً لما نصت عليه المادة (٤٣) من قانون العاملين المدنيين، فضلاً عن الظروف والملاسات التي صاحبت إصدار مثل هذه القرارات وما أفصحت عنه جهة الإدارة دون مواربة من أن القصد بها توقيع الجزاء التأديبي على المدعية، ومن ثم تكون جهة الإدارة قد استعملت رخصة النذب في غير

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٣ ق.ع، جلسة ١٩٨٢/٥/٢٩.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٦ ق.ع، جلسة ١٩٩٨/٩/٢٧.

ما شرعت له^(١).

وفى حكم آخر ذهب إلى أنه: « يتعين على الجهة الإدارية عند إعمال سلطاتها التقديرية ألا تتخذ من النذب وسيلة للتنكيل بالعامل، وأن تكرار نذب العامل لوظائف متعددة بعضها أدنى من وظيفته يؤدي إلى عدم استقرار العامل نسبياً في وظيفة بذاتها، مما يشكل خطأً يستوجب مسئولية الجهة الإدارية^(٢) ».

وفى حكم هام للمحكمة الإدارية العليا أكدت على أن اقتران النذب بالتحقيق مع العامل لا يُعد قرينة كافية للقول بأنه سائر لعقوبة تأديبية فذهبت إلى: مشروعية نذب العامل لوظيفة أخرى لحين البت في الاتهامات الموجهة إليه، وأنه لا يُغير من صحة القرار براءة العامل بعد ذلك من الاتهامات؛ لأن العبرة هي بصحة القرار وقت صدوره^(٣).

وأكدت المحكمة ذاتها مذهبها السابق فانتهت إلى أن: « نذب الطاعن إلى الأمانة العامة المساعدة بجامعة أسيوط المطعون ضدها، استهدف المصلحة العامة وهي إبعاد الطاعن عن موقعه كمدير لإدارة إحدى الكليات، وذلك في مناسبة تدعو إلى هذا الإبعاد وهي الاتهامات الموجهة ضده، والتي أحيل من أجلها إلى المحاكمة التأديبية، واقتران هذا القرار أو معاصرته لإحالة الطاعن إلى النيابة الإدارية ثم المحاكمة التأديبية لا يكفي بذاته لاعتبار القرار جزاءً تأديبياً أو مخالفاً للقانون وإنما يظل القرار مُحْتَفَظاً بطبيعته تُصدره السلطة المختصة بما لها من سلطة تقديرية في إجراء النذب^(٤) ».

والواقع أننا لا نتفق مع المذهب السابق للمحكمة الإدارية العليا؛ ذلك أن النذب لمناسبة اتهامات العامل بمخالفات معينة ولئن صح حمله على المصلحة العامة والمتمثلة إبعاد العامل عن مكان عمله بُغية عدم التأثير على إجراء التحقيقات في المخالفات المنسوبة إليه، إلا أن هذه المصلحة تكفل المشرع بحمايتها بوسيلة أخرى وبإجراء آخر حدده وهو « الوقف الاحتياطي عن العمل ».

وهكذا فإن النذب حين لا يُقصد به التنكيل بالعامل، وإنما كان ساتراً لإجراء آخر تهربت الجهة الإدارية من اتخاذه واستبدلته بوسيلة غير التي حددها المشرع وهو ما يُطلق عليه الانحراف بالإجراء، فهنا خلطت المحكمة بين الإجراءين على نحو مُخالف للإطار القانوني المحدد لكل منهما.

وعلى العكس من ذلك إذا كان الهدف من النذب التنكيل بالعامل واقترن ذلك بمناسبة اتهامه ببعض المخالفات التأديبية، ولم يكن يتغيا المصلحة العامة التي شرع من أجله هنا كان النذب عقوبة تأديبية مقنعة؛ لذلك؛ نُؤيد ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا حديثاً إلى: وجوب أن يتغيا قرار النذب المصلحة العام، وأن يكون إلى وظيفة محددة، وألا يكون مجرد وسيلة لعقاب العامل^(٥).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٣٠١ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ١٢/٢١/١٩٨٦.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٢٦ ق.ع، جلسة ١/٢٩/١٩٨٥.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٢٥ ق.ع، جلسة ٢/٧/١٩٨٤.

٤. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٧٢٧ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١/٩/١٩٩٣.

٥. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٧٣٣٥ لسنة ٤٥ ق.ع، جلسة ٢/٢٦/٢٠٠٥.

كما لا يعني اقتران النذب باقتراف العامل لمخالفة تأديبية أنه يعد جزاء تأديبياً مقنَّعاً، فهنا تكون غاية النذب هي المصلحة العامة والتي هي مناط إجراءاته؛ لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: النذب بمناسبة اتهام العامل لا ينطوي بحكم اللزوم على جزاء تأديبي، ما دام أنه لا يتوسل به في ذاته، بديلاً عن العقوبة التأديبية، وبيتغي تحقيق المصلحة العامة، ولم يقطع على غير هذا دليلاً من الأوراق، والقول على خلاف ذلك يجعل العامل المسيء في وضع أكثر تمييزاً من العامل البريء الذي يسوغ نذبه في أي وقت على وفق المصلحة العامة، بينما يتمتع هذا بالنسبة للعامل المسيء، وهو ما يتأبى مع كل منطق سليم^(١).

وكما أن إجراء النذب يكون للتكيد بالعامل يجعل القرار موصوماً بغيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها فإن إنهاءه - أيضاً - باعتباره إجراءً مؤقتاً بحسب طبيعته القانونية بقصد التكيد ومعاقبة العامل يُعد - أيضاً - صورة من صور الجزاء التأديبي المقنَّع، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: «وحيث إنه يبين من أوراق الطعن وعلى الأخص حوافظ المستندات المقدمة من الطاعن أن ما نسبته إلى الإدارة كدليل على الانحراف بالسلطة أن ثمة مخالفات إدارية ومالية قد شابت سير العمل بالمشروع المنتدب إليه، وأن هذه المخالفات كانت محل تحقيق من السلطات المختصة، وأن الجهة الإدارية قصدت من وراء إنهاؤها لقرار نذب المطعون عليه التكيد به، فإن ذلك لا يصح طالما لم يقم عليه دليل من الأوراق يُؤيد أن إنهاء النذب قُصد به الانتقام من الطاعن^(٢)».

ثالثاً - إنهاء الخدمة:

إنهاء الخدمة هو إجراء مُقرر قانوناً في نظم العاملين المدنيين بالدولة، ويُقصد به فسخ عرى العلاقة الوظيفية التي تربط العامل بجهة الإدارة، ويكون ذلك بتحقيق إحدى الوقائع التي يحددها المشرع كبلوغ سن معينة أو تحقق وفاة العامل قبل بلوغ هذه السن أو تقديم استقالته سواء كانت صريحة أو ضمنية، أو حتى انتهاء مدة العمل المؤقت أو الموسمي.

بيد أنه ثبت من التطبيقات القضائية لجوء جهة الإدارة إلى إنهاء خدمة العامل ليس لتحقيق إحدى الوقائع التي قررها المشرع، وإنما كان في حقيقته ساتراً لعقوبة تأديبية مقنَّعة هي الفصل التأديبي، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: «حيث إنه يُستدل من الملاحظات والوقائع التي سبقت وعاصرت صدور القرار المطعون فيه، والمستندات التي عُرِضت أن القرار المطعون فيه يُمثل في حقيقته وتكييفه القانوني الصحيح قرار فصل تأديبي، وإن ألبسته الشركة المطعون ضدها صورة قرار إنهاء لعلاقتها التعاقدية مع الطاعن، وبالتالي كان يتعين على المحكمة التأديبية أن تُقدر الظروف والملاحظات التي سبقت أو عاصرت صدور القرار المطعون فيه ولا تأخذ بعبارات القرار وأن تقضي باختصاصها بنظر الطعن على القرار المطعون فيه باعتباره متضمناً لجزاء تأديبي وهو الفصل من الخدمة^(٣)».

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٧٤٣٩ لسنة ٤٥ ق.ع، جلسة ٢٠٠٦/٦/١.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/١٢/٩.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣٦٥٦ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/٥/١٥.

رابعاً- منح إجازة إجبارية مفتوحة:

الأصل أن الموظف العام يخصص وقته وجهده في الحدود المنصوص عليها قانوناً؛ لأداء واجباته الوظيفية ويتقاضى نظير ذلك راتبه الذي تحدده القوانين واللوائح، ومنح المشرع بموجب قوانين التوظيف الموظف العام الحق في الحصول على إجازات سنوية تتفاوت مدتها بتفاوت سنوات مدة الخدمة، وقد تكون هذه الإجازات مدفوعة الأجر مثل الإجازة السنوية الاعتيادية، وقد تكون غير مدفوعة الأجر مثل الإجازة للسفر أو لرعاية الأسرة، وتتعدد أهداف الإجازة بحسب نوعها، فقد تكون اعتيادية سنوية بأجر مدفوع، وقد تكون استثنائية بغرض العلاج أو استقرار حتى الحالة المرضية، كما أنها قد تكون للسفر للخارج أو رعاية الأسرة بغير أجر.

فإذا مُنحت جهة الإدارة العامل إجازة مفتوحة دون أجر ودون طلب منه، قاصدة من وراء ذلك إسقاط ولاية الوظيفة العامة عنه ومنعه من مباشرة اختصاصاتها جبراً دون رضا منه، بمناسبة التحقيقات التي تجرى معه، فإن التكيف القانوني الصحيح وإعطائه الوصف الحق يكون للمحكمة بما لها من هيمنة على التكيف القانوني، باعتبار هذا القرار في حقيقته قراراً تأديبياً يستوى بعد ذلك أكان الوقف لمصلحة التحقيق أم لتوقيع العقوبة، وتنزل عليه حكم القانون على هذا الأساس، غير مقيدة في ذلك بالمسمى الذي أعطته له جهة الإدارة على خلاف الواقع^(١).

وهكذا فإنه ولئن كانت التطبيقات القضائية سالفة الذكر قد رصت أكثر الصور الشائعة للجزاء التأديبي المُنْع والتي تمثلت أن يتخذ شكل «النقل» أو «الندب» إلا أنه من النادر أن يكون في صورة «إنهاء خدمة» أو «إجازة إجبارية غير مدفوعة الأجر».

بيد أننا نرى أن هذا لا يعني حصر صور الجزاء المُنْع في الصور السالف عرضها، فليس ثمة ما يمنع أن يتخذ مثل هذا الصنو من العقاب صوراً شتى أخرى كالمنع من استحقاق الحوافز أو المكافآت، طالما توافر مناط وجود مثل هذه العقوبة الخفية وتحقق شروط قيامها السابق عرضها.

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٤٦٠ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٨٩/٦/٧٥.

المطلب الثالث

موقف دائرة توحيد المبادئ من فكرة الجزاء التأديبي المقنَّع وأثره على تطور الفكرة

في الواقع قد مرَّ قضاء مجلس الدولة بمراحل عدة في شأن تحديد الاختصاص بنظر الطعون على قرارات النقل والندب في نطاق الوظيفة العامة، فبعد استبعاد اختصاصه مطلقاً، بدأ التوسع رويداً رويداً، حتى أضحي المجلس صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية، وفي خضم هذا بدأت تظهر فكرة الجزاء التأديبي وتنضج شيئاً فشيئاً حتى انضبطت تمام الانضباط إلى درجة اعتبار فكرة العقوبة التأديبية المقنعة فكرة تأديبية خالصة، نتج عن ذلك إسناد الاختصاص النوعي بنظر القرارات التي تحوي عقوبة تأديبية مقنعة إلى المحاكم التأديبية، حين اختصت محكمة القضاء الإداري بنظر الطعون المستندة إلى عيوب عدم المشروعية الأخرى.

وبالرغم من ذلك بدأت بعض دوائر المحكمة الإدارية العليا الخلط بين الفكرة (العقوبة المقنعة) وبين عيوب عدم المشروعية الأخرى باعتبارها صورة من صور الانحراف بالسلطة وإساءة استخدامها تارة، وباعتبارها انحراف بالإجراء تارة أخرى، في حين تمسكت دوائر أخرى بالوجه العقابي الخالص للفكرة؛ الأمر الذي استدعى عرض الأمر على دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة العليا لحسم الخلاف، فماذا كان رأي الدائرة، وما الأثر الذي ترتب عليه، وهو ما سنحاول إبرازه في هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

اتصال دائرة توحيد المبادئ بموضوع الفكرة

سبقت الإشارة إلى أن قضاء مجلس الدولة قد مر بمراحل عدة في شأن الاختصاص بقرارات النقل والندب - ففي بادئ الأمر جرت محكمة القضاء الإداري على عدم اختصاصها بنظر تلك القرارات وقت أن كان اختصاصها محددًا قانوناً على سبيل الحصر، والذي لم يندرج ضمن رحابه مثل هذا النوع من القرارات الإدارية.

وفي مرحلة تالية توسَّع القضاء الإداري بعد ذلك بشأن نظر القرارات المشار إليها، فذهب إلى أن ما يخرج من اختصاصه هو القرارات التي اتجهت بها الإدارة إلى إحداث الأثر القانوني المقصود بالنقل أو الندب وهو إعادة توزيع العاملين بما يكفل حسن سير المرفق - أما إذا صدر القرار غير مستوفٍ للشكل أو الإجراءات المقررة قانوناً أو صدر مخالفاً لقاعدة التزمته بها الإدارة في إجراءاته أو انحرفت بالنقل أو الندب أو متخذة منه ستاراً يُخفي قراراً مما يختص به مجلس الدولة فإن هذا القرار يخضع لرقابة القضاء الإداري.

وفي المرحلة السابقة ذاتها ذهبت هذه الأحكام إلى أن العبرة في تكييف القرار على هذا النحو تكون بالإرادة الحقيقية المبتغاة من إصدار مثل هذه القرارات دون المظهر الخارجي؛ فقد يصدر القرار في

قالب النقل أو النذب إلا أن حقيقة المراد منه أنه يستهدف تعييناً أو ترقية أو تأديباً كأن يكون القرار نقلاً إلى وظيفة تختلف عن الوظيفة الأولى في طبيعتها أو شروطها، أو بأن يتم النقل إلى وظيفة أدنى في السلم الإداري من حيث سعة الاختصاصات والمزايا، أو قد يستهدف القرار ابعاد أصحاب الدور في الترقية، أو عساه أن ينطوي على ترقية على خلاف القانون، ففي مثل هذه الحالات تخضع تصرفات الإدارة لرقابة القضاء الإداري، وذلك تأسيساً على أن الطعن في قرار النقل أو النذب إنما هو في حقيقته منازعة إدارية مما تدرج ضمن الاختصاص المحدد لمحكمة القضاء الإداري^(١). وفي مرحلة ثالثة: وبعد أن اشتد عوده واستوى على الجودي أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية القضائية العامة في نظر جميع المنازعات الإدارية، وأضحى الاختصاص بنظر الطعون على قرارات النقل والنذب بالنسبة للموظفين العموميين لا شبهة بنظره في جميع أحواله، هنا بدأت الأحكام تُقيم نوعاً من التمييز بين قرارات النقل والنذب على أساس بحث الغاية من صدورهما، ببيان عما إذا كانت تتضمن قراراً ساتراً لعقوبة مُقنَّعة قصد توقيعهما على العامل يعيب القرار بعيب الانحراف بالسلطة لاستهدافه هدفاً غير مصلحة العمل، أي: باعتبار ذلك صورة من صور إساءة استعمال السلطة والانحراف بها^(٢).

وفي مرحلة أخرى: بدأت فكرة الجزاء التأديبي المقنَّع تتبلور أكثر وأكثر وازدادت وضجاً فأضحى الاختصاص بنظر هذا النوع من الجزاءات التأديبية من اختصاص المحاكم التأديبية في هذه المرحلة، كانت المحكمة تبدأ بالفصل في الموضوع، فإذا تبين لها أن القرار ينطوي على جزاء مقنَّع اختصت به - وإذا انتهت المحكمة إلى عدم وجود هذا الجزاء فلم تكن تقضي باختصاصها به، وكانت العبرة في تحديد اختصاص المحاكم التأديبية بما يحدده الطاعن من أوصاف لطعنه فإن وصف القرار بأنه ينطوي على جزاء تأديبي مُقنَّع كانت المحكمة تختص به وإن لم يصف القرار بذلك كانت المحاكم التأديبية تقضي بعدم الاختصاص -^(٣).

وفي ذات المرحلة السابقة بدأ يظهر نوع من الامتعاض والتملل حيال الاتجاه السابق وأظهرت بعض الأحكام من دوائر أخرى بذات المحكمة هذا الاتجاه بأن تحديد قضت باختصاص المحاكم التأديبية يكون بالنسبة للجزاءات الصريحة المقررة بالقانون وفقط، مؤدى ذلك ولازمه: عدم اختصاص هذه المحاكم بقرارات النقل أو النذب حتى لو انطوت على جزاء تأديبي مقنَّع، وفي سبيل تأسيسها لذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: ”أن اختصاص القضاء التأديبي ورد محدوداً كاستثناء من الولاية العامة للقضاء الإداري في المنازعات الإدارية - الاستثناء يُفسر في أضيق الحدود، ويجب الالتزام بالنص وحمله على المعنى الذي قصده المشرع - يقتصر اختصاص القضاء التأديبي على الفصل

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣٢٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١١/٢/١٩٨٦.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن السابق عينه.

٣. ومن أمثلة ذلك يُراجع المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢١ ق.ع، جلسة ٢٤/٢/١٩٧٩، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٦ ق.ع، جلسة ٢٠/٣/١٩٨٤.

في المنازعات المتعلقة بالجزاءات التي حددتها القوانين واللوائح صراحة على سبيل الحصر والتي يجوز توقيعها على العاملين كعقوبات تأديبية، وأن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بجزاءات غير تلك المحددة في القوانين واللوائح صراحة - أساس ذلك - أن محكمة القضاء الإداري هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية، ولذا؛ فإن القرار الصادر بجزاء مقنع لا يخرج عن كونه تعبيراً غير دقيق لعيب الانحراف بالسلطة، وهو أحد العيوب التي يجوز الطعن من أجلها في القرار الإداري بصفة عامة، والمثال على ذلك كما بالنسبة لقرار النقل^(١).

وفي واقعة أقام السيد / _____ الطعن رقم _____ لسنة ٢٣ قضائية أمام المحكمة التأديبية بالإسكندرية ضد الشركة العربية المتحدة للغزل والنسيج، طالباً الحكم بإلغاء القرار الصادر بنقله من الشركة بالإسكندرية إلى فرعها بالقاهرة واستند في ذلك إلى أن هذا القرار قد انطوى على جزاء تأديبي مقنع، وقد دفعت الشركة بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الطعن، وبجلسة ١٨/٤/١٩٨٢ حكمت المحكمة التأديبية برفض الدفع بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الطعن وباختصاصها وبعدم قبول الطعن شكلاً، وبتاريخ ١٩٨٢/٦/٧ أقام السيد / _____ الطعن رقم ١٢٠١ لسنة ٢٨ قضائية أمام المحكمة الإدارية العليا في القضاء السابق طالباً إلغاء الحكم له أصلياً بإلغاء قرار نقله مع إلزام الشركة المطعون ضدها المصروفات، كما طعنت هيئة مفوضي الدولة في هذا الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٣٢ لسنة ٢٨ قضائية وانتهت في تقرير طعنها إلى طلب الحكم بإلغائه وقبول الدعوى شكلاً.

وقد عُرض الطعن على الدائرة الرابعة بالمحكمة الإدارية العليا بعد أن أحيل إليها من دائرة فحص الطعون (الدائرة الرابعة) وقد تبين للدائرة الرابعة عند نظرها للطعن أن ثمة تعارضاً بين ما جرى عليه قضاؤها المتمثل في أنه: ”إذا ما قُصد بقرار النقل أو النذب توقيع عقوبة مقنعة على العامل، وتبينت المحكمة ذلك من ظروف الحال وملابساته وما هدف مصدر القرار إلى تحقيقه كأن يكون قد قصد إلى توقيع عقوبة على العامل على أثر تحقيق أجرى معه فيدور الأمر حول جزاء مقنع تختص المحكمة التأديبية بنظره واتخذ هذا القضاء في أحكامه الحديثة على أن العبرة في تحديد اختصاص المحكمة في هذه الحالة هو بما أضفاه الطاعن من تكييف على قرار نقله أو نذبه فيكفي لينعقد الاختصاص للمحكمة التأديبية أن يذهب المدعى إلى أن هذا القرار قد انطوى على عقوبة مقنعة قصد مصدر القرار إلى توقيعها.“

وما ذهب إليه الدائرة الثالثة بالمحكمة الإدارية العليا في خصوص مدى اختصاص المحاكم التأديبية بمجلس الدولة بنظر الطعون المتعلقة بنقل ونذب العاملين بالقطاع العام المتمثل في: ”أخذها بالالتزام في تحديد اختصاص المحاكم التأديبية بالجزاءات المحددة قانوناً على سبيل الحصر، ولا ينعقد الاختصاص لهذه المحاكم إلا بالنسبة للطعون الموجهة إلى القرارات الصادرة بتوقيع جزاء صريح

١. من أمثلة ذلك يُراجع المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢٧ ق. ع، جلسة ٣/٤/١٩٨٤.

مما نص عليه القانون، وعلى أساس ذلك فقد انتهى هذا القضاء إلى عدم اختصاص المحاكم التأديبية بالطعون الموجهة إلى قرارات النقل أو النذب وطُبقت هذا المبدأ على العاملين بالحكومة أو القطاع العام، وكان من نتيجته أن عاد الاختصاص بطعون العاملين بالقطاع العام في شأن نقلهم أو نذبهم إلى القضاء العادي (المحاكم العمالية) صاحب الولاية العامة في قضايا العمال وفي قضايا العاملين بالحكومة إلى محكمة القضاء الإداري فقط بوصف أن الطعن في قرار النقل أو النذب إنما يعتبر من قبيل المنازعة الإدارية التي تندرج ضمن عموم الولاية العامة للمحكمة المشار إليها. وإزاء وجود هذا التعارض بين قضاء الدائرتين، فقد قررت الدائرة الرابعة بجلسته ١٩٨٥/١/١٩ إحالة الطعنين إلى دائرة توحيد المبادئ؛ إعمالاً لحكم المادة (٥٤ مكرراً) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المضافة بالقانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨٤. وقدمت هيئة مفوضي الدولة تقريراً برأيها القانوني في الطعنين، استعرضت فيه أسانيد كلا الاتجاهين، وانتهت إلى طلب عدم العدول عمّا استقر عليه قضاء (الدائرة الرابعة) من اختصاص المحاكم التأديبية بنظر الطعون الموجهة لقرارات النذب أو النقل إذا ما انطوت على عقوبة مقننة بحسب تكييف صاحب الشأن لها. وهكذا وإزاء هذا الخلاف المحتدم بين دوائر المحكمة الإدارية العليا فقد انعقد الاختصاص لدائرة توحيد المبادئ لحسمه عملاً بنص المادة (٥٤ مكرراً) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، فأَيَّ الاتجاهين تبنت المحكمة، وهو ما سنعرض له في الفرع التالي.

الفرع الثاني

اتجاه دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا

الواقع أن دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا انتهت في حكمها الصادر بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٥/١٢/١٩٨٥ في الطعن رقمي: ١٢٠١، ١٢٣٢ لسنة ٢٨ ق.ع إلى قصر اختصاص المحاكم التأديبية فقط على الطعون التأديبية التي تتضمن جزاءات صريحة، دون تلك التي تتضمن وصف الجزاء التأديبي المُنْع، وإسناد الاختصاص بشأن الطعون على القرارات الأخيرة إلى محكمة القضاء الإداري أو المحاكم الإدارية - بحسب الأحوال - وذلك بحسب الوصف الصادر به القرار تعييناً، أو نقلاً أو ندباً أو ترقية أو حتى إنهاء خدمة.

وباستعراض الأسباب التي استندت إليها الدائرة في هذا الشأن، يتبين لنا ارتكازها على أسباب عدة نعرضها كالتالي:

أولاً- بدأت الدائرة بتحديد عناصر الخلاف بعرض تاريخي لاختصاص المحاكم التأديبية ثم التطور الذي طرأ على اختصاص مجلس الدولة وصولاً إلى دستور عام ١٩٧١ - السابق - بقولها: «أن مجرى وجه الخلاف يكشف عن أن تحديد الاختصاص بقضايا العاملين من حيث النقل أو الندب مر بمراحل متعاقبة منذ إنشاء مجلس الدولة بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وانتهاء بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ففكرة الجزاء المُنْع في مجال الندب أو النقل بدأت واستقرت في قضاء الإلغاء وانتقلت بعد ذلك إلى قضاء التأديب بعد أن آل إلى المحاكم التأديبية الاختصاص بالطعون الموجهة إلى الجزاءات الموقعة على العاملين بالحكومة والقطاع العام.

واستطردت قائلة: فبالنسبة للعمال من غير العاملين بالحكومة كان القضاء العادي (المحاكم العمالية) يختص بجميع قضاياهم وظل الحال كذلك إلى أن تقرر اختصاص المحاكم التأديبية التي كانت قد أنشئت بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية بالفصل في الطعون المقامة منهم على الجزاءات التي توقع عليهم وذلك بموجب لائحة العاملين بالقطاع العام الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ بقانون العاملين بالقطاع العام رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ إلى أن جعل قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ نظر هذه الطعون المقامة سواء بالحكومة أو القطاع العام من اختصاص المحاكم التأديبية.

وأضافت: أما بالنسبة للعاملين بالحكومة فقد أنشئ مجلس الدولة بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٤٦ وتلتها قوانين استقر الأمر بالقانون الحالي الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، أما المراحل السابقة على هذا القانون الأخير فيدل باستقراء الأحكام التي تضمنتها نصوص هذه القوانين السابقة على هذا القانون أن المشرع جرى في تحديد اختصاص المحكمة على قصرهما على مسائل محددة أو ردها على سبيل الحصر، فبالنسبة إلى شئون الموظفين العموميين نصت على الاختصاص بطلب إلغاء القرارات النهائية الصادرة عن السلطات التأديبية دون طلب إلغاء قرارات النقل أو الندب فلم يكن

لها قاضٍ يراقب مشروعيتها، لهذا نظر القضاء الإداري إلى تلك النصوص من أفق واسع مستهدفاً إخضاع هذا النوع من القرارات لرقابة المشروعية فابتدع فكرة الجزاء المقنَّع ليمد اختصاصه إلى قرارات النقل أو الندب، والا ما خضعت لأية رقابة قضائية، فكان الباعث على ظهور هذه الفكرة الرغبة في توسعة اختصاصات مجلس الدولة التي وردت مقصورة ومحددة على سبيل الحصر بقصد بسط رقابة القضاء لمشروعية هذه القرارات، حيث كان يمتنع على القضاء العادي التعرض للقضاء الإداري، وبذلك كانت تخرج من رقابة القضاء بإطلاق لو لم يأخذ بفكرة الجزاء المقنَّع لتكون بهذا الوصف من اختصاص القضاء الإداري بمجلس الدولة.

اختتمت فكرتها بالقول: ثم بعد ذلك صدر دستور سنة ١٩٧١ ونصت المادة ١٧٢ منه على أن مجلس الدولة هيئة مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وفي الدعاوى التأديبية وحدد القانون اختصاصاته الأخرى، وإعلاءً لهذا النص الدستوري صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، وكان من أهم ما تضمنه أن أصبح مجلس الدولة ولأول مرة صاحب اختصاص عام بنظر كافة المنازعات الإدارية عدا ما جعله بنص قانوني من اختصاص جهة قضاء أخرى، فبعد أن عدد القانون في المادة ٩ منه المسائل التي تدخل في اختصاص محاكمة أضاف في البند الأخير من هذه المادة سائر المنازعات الإدارية، وأعاد القانون تنظيم المحاكم التأديبية وحدد اختصاصاتها بالدعاوى التأديبية التي تقام على العاملين في الحكومة بصفة عامة وعلى العاملين بالقطاع العام وفي بعض الجهات الخاصة، كما أسند إليها الاختصاص بنظر الطلبات والطعون في القرارات والجزاءات التأديبية، وذلك على النحو الوارد في المادة ١٠ من القانون المشار إليه - البند تاسعاً (الطلبات التي يقدمها الموظفون الحكوميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية) والبند الثالث عشر (الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً).

واستنتجت المحكمة من عرضها التاريخي السابق أنه: باستقراء تطور المراحل المتعاقبة السابق ذكرها أن انتقال الاختصاص بنظر الطعون في الجزاءات إلى المحاكم التأديبية قد جاء بالنسبة إلى العاملين بالقطاع العام استثناءً من الولاية العامة للقضاء العادي (المحاكم العمالية) التي كانت تختص بسائر المنازعات المتعلقة بشؤون العمال غير العاملين بالحكومة، كما جاء كذلك استثناء من الولاية العامة لقضاء الإداري الذي كان ينعقد له الاختصاص بطلب الموظفين العموميين إلغاء القرارات النهائية الصادرة من السلطات التأديبية بمجازاتهم.

ثانياً- عرضت المحكمة لسبب ابتداء القضاء الإداري لفكرة «الجزاء المقنَّع» بقولها:

”حيث إنه بتتبع قضاء مجلس الدولة إبان الفترة التي كان اختصاصه محددًا على سبيل الحصر يبين أنه في مرحلة أولى جرت محكمة القضاء الإداري في بادئ الأمر على عدم اختصاصها بنظر القرارات الصادرة بالنقل أو الندب ثم ما لبث أن تطور هذا القضاء فاجتهد ليوسع اختصاصه فذهبت إلى أن الذي يخرج من اختصاص المجلس هو تلك القرارات التي اتجهت بها إرادة الإدارة

الى إحداث الأثر القانوني المقصود بالنقل أو النذب فقط وهو إعادة توزيع العاملين بما يكفل حسن سير المرفق، فإذا صدر القرار غير مستوف للشكل أو للإجراءات التي قد يكون القانون قد استوجبهها أو صدر مخالفا لقاعدة التزمت بها الإدارة في إجراءاته أو انحرفت بالنقل أو النذب كنظام قانوني واتخذت منه ستاراً يخص قراراً مما يختص المجلس بطلب إلغاءه فإنه يخضع لرقابة القضاء، وذهبت هذه الأحكام إلى أن العبرة في ذلك بالإرادة الحقيقية دون المظهر الخارجي فقد يستهدف القرار تعييناً أو تأديباً كأن يكون النقل إلى وظيفة تختلف عن الوظيفة الأولى في طبيعتها أو في شروط التعيين فيها فيخفى ترقية أو تعييناً أو جزاء تأديبياً، كما أنه قد يتم النقل إلى وظيفة أدنى في السلم الإداري من حيث سعة اختصاصاتها أو مزاياها.

وأضافت: كما أنه قد يستهدف به إبعاد أصحاب الدور في الترقية بإلحاقهم بإدارات أو وزارات أخرى بعيداً عن دائرة المتعطلين للترقية على أساس الأقدمية فيكون سبيلاً للتخطي باتخاذ وسيلة مستترة للحيلولة دون صاحب الدور والحصول على حقه في الترقية بالأقدمية وأخيراً ينطو قرار النذب على ترقية وظيفية في مثل هذه الحالات التي يتخذ فيها من النقل أو النذب وسيلة مستترة للترقية أو للحرمان منها فإن تصرف الإدارة يخضع لرقابة القضاء الإداري باعتباره قرار ترقية أو حرماناً ومنها.

واستنتجت من ذلك: أن البين من أحكام القضاء الإداري السابقة محاولته توسيع اختصاصاته لتشمل النقل أو النذب، وذهبت إلى أن الذي يخرج من اختصاص محاكم مجلس الدولة هو تلك القرارات التي اتجهت فيها إرادة الإدارة إلى إحداث الأثر القانوني بالنقل أو النذب فقط، أما إذا صدر القرار دون استيفاء للشكل أو للإجراءات التي استوجبهها القانون أو صدر بالمخالفة لقاعدة التزمت بها الإدارة في النقل أو النذب خضع لرقابة القضاء، وهذا يعني أن هذا الاتجاه إنما يستهدف فقط إخراج قرارات النقل أو النذب السليمة من اختصاص القضاء الإداري، بما يفيد بسط رقابته على كل قرار منها صدر معيباً بما قد ينتهي إلى إلغاءه.

ثالثاً- الاستناد إلى صراحة نصوص قانون مجلس الدولة والقوانين المرتبطة به، ولا وجه للتحدي بعد ذلك في شأن تحديد الاختصاص القضائي مع صراحة تلك النصوص؛ إذ لا اجتهاد مع صراحتها وفي ذلك تقول المحكمة: ”وحيث إنه وقد صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة وأصبح القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل بالمنازعة الإدارية عدا ما أخرجه المشرع بالنص الصريح من ولايته فإن قرارات النقل أو النذب تدخل في اختصاص القضاء الإداري بوصفهما من المنازعات الإدارية، فإن شابها الانحراف بأن ثبت أن القرار لم يستهدف الغاية التي شرع من أجلها وهي بصفة أساسية إعادة توزيع العاملين بها يحقق حسن سير العمل بالمرفق بل تقبل أمراً آخر كالتعيين أو التأديب أو إفادة عامل على حساب حق مشروع لآخر كان ذلك جميعه داخلاً في الاختصاص الأصيل للقضاء الإداري شأن قرارات النقل أو النذب في ذلك شأن أي قرار إداري

آخر مما يخضع لرقابة القضاء من حيث الاختصاص والشكل والسبب والغاية وغير ذلك من أوجه الرقابة على القرارات الإدارية.

استطردت المحكمة قائلة: وحيث إن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد نص في الفقرة الأخيرة من المادة ١٥، وورد في البندين تاسعاً وثالث عشر من المادة (١٠) أولهما الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية. وثانيهما: الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً ونص في المادة ١٩ على أن توقع المحاكم التأديبية الجزاءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لشئون من تجرى محاكمتهم ثم صدرت الجزاءات التي يجوز توقيعها على العاملين بالجمعيات والهيئات الخاصة وحدد في المادة (٢١) الجزاءات التأديبية التي توقع على من ترك الخدمة فإن ما يستفاد من ذلك أن المشرع قد أراد بالقرارات النهائية للسلطات التأديبية، تلك القرارات الصادرة بالجزاءات مما يجوز لتلك السلطات توقيعها طبقاً لقانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، وهو الذي حدد هذه السلطات وما تملك كل سلطة منها توقيعها من جزاءات وذات المعنى هو المقصود بالجزاءات التي توقع على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً، وهو قانون نظام العاملين بالقطاع العام الذي حدد هو الآخر السلطات التأديبية وما يجوز لكل منها توقيعها من جزاءات وهو ذات المقصود من المادتين ١٦، ٢١ من القانون. واستنتجت المحكمة من تحليلها السابق: أن الجزاء التأديبي لا يمكن أن يقصد به غير هذا المعنى المحدد، وقد حدد كل من قانوني العاملين بالحكومة والقطاع العام هذه الجزاءات على سبيل الحصر، وعلى هذا الوجه وإذا كان اختصاص المحاكم التأديبية بنظر الطعون في الجزاءات على نحو ما سلف إيضاحه بالمراحل التشريعية المحددة لذلك قد انتقل إلى هذه المحاكم استثناء من الولاية العامة للقضاء العادي (المحاكم العمالية) كما جاء كذلك استثناء من الولاية العامة للقضاء الإداري بالنسبة للموظفين العموميين لذلك، وإذا كانت القاعدة المسلمة أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره خاصة بعد زوال توجيهه، ومن ثم فإن سلوك هذا الاجتهاد مع صراحة النصوص المحددة للجزاءات التأديبية على سبيل الحصر طبقاً لما سلف البيان يكون على غير أصل سليم، والقول بغير ذلك يؤدي إلى خلق جزاء جديد (هو النذب أو النقل) وإضافته إلى قائمة الجزاءات التي حددها القانون صراحة وعلى سبيل الحصر وهو ما لا يتفق مع أحكام القانون.

وفى ظل النظر باختصاص المحاكم التأديبية بالجزاء المقنع بالنقل أو النذب بعد العمل بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ولو وضع معيار في تحديد الاختصاص بين هذه المحاكم وبين القضاء الإداري والعمالي بالنقل والنذب فإن القول بوجود الجزاء المقنع كان يقتضي السرد لموضوع الطعن والنقل فيه للتوصل إلى التحقق من وجود جزاء مقنع أو عدم وجوده، فكان على المحكمة التأديبية لتحديد اختصاصها أن تبدأ بالفصل في الموضوع، فإذا تيقنت من وجود جزاء مقنع كانت مختصة، وإذا انتهى إلى عدم وجود الجزاء المقنع لم تكن مختصة وهو مسلك يخالف أحكام القانون في عدم تحديد

الاختصاص مع الفصل في الموضوع، وخروجاً من هذا المأزق القانوني قيل بأن العبرة في تحديد الاختصاص بما يحدده الطاعن في طلباته، فإن وصف طعنه بأن محله جزاء مقنع اختصاص المحكمة التأديبية، وإذا لم تكن تلك المحكمة مختصة حسب التفصيل السابق، فيتولى تحديد وصف الجزاء -مقنعاً كان أو تأديبياً- القانون وحده وما يُضفيه المدعى بطلباته من أوصاف قانونية العبرة فيها بما يُغيره القانون وتقضي به المحكمة صاحبة القول الفصل في إنزال التكييف القانوني السليم بغض النظر عما أضفاه صاحب الشأن من أوصاف قانونية.

فالقانون هو الذي حدد صراحة ما يُعتبر جزاء تأديبياً أو قراراً نهائياً صادراً من سلطة تأديبية، لذلك فإنه لا يمكن التسليم للمتقاضي بأن ينفرد وحده بتحديد اختصاص المحكمة واختيار قاضيه حسبما يُضفيه على طلبه من وصف إن شاء لجأ إلى المحكمة التأديبية فيصف النقل أنه تضمن جزاء وإن شاء لجأ إلى المحكمة صاحبة الولاية العامة بقضايها عندما ينفي وجود جزاء الوصف في الادعاء بوجود أي عيب آخر غير هذا العيب القصدي، وبذلك يصبح تحديد اختصاص القضائي رهين إرادة منفردة يعرضها المتقاضي على القانون ويفيد بها القاضي فلا يملك تصحيح التكييف المعيب الذي أضفاه صاحب الشأن، وهذا ما يخالف ما هو مسلم من أن تحديد الاختصاص أمر يختص به القانون وحده، وأن إضفاء التكييف القانوني السليم على طلبات المتقاضين أمر تملكه المحكمة وحدها.

رابعاً- أن الطعن على قرار الندب أو النقل إنما هو منازعة إدارية يتوفر للعامل فيها كل الضمانات إذا صدر قرار منها متضمناً لعقوبة مقننة قصد توقيعها على العامل فإن القرار في مثل هذه الحال يكون قد استهدف غير مصلحة العمل وغير الغاية التي شرع لها فيكون معيباً بعبء الانحراف وهو عيب من عيوب عدم المشروعية، لا يقلب هذه الطعون إلى طعون تأديبية، وأضافت المحكمة قائلة: وليس من شك في أن تدارك هذا الوضع يفرض الأخذ بما ذهب إليه الاتجاه الآخر من الالتزام في تحديد اختصاص المحاكم التأديبية بالجزاءات الصريحة التي حددها القانون؛ إذ لم تعد تقضى بالجزاء المقنع لأنه سيقرب على الأخذ بهذا المعيار توحيد الاختصاص بنظر الطعون الموجهة إلى النقل أو الندب في جهة واحدة، بالإضافة إلى وضع حدود فاصلة وواضحة بين جهات القضاء وأنواع الخصومات^(١).

وللأسباب السابقة انتهت المحكمة إلى نتيجة مؤداها: تأييد ما ذهب إليه الدائرة الثالثة من وجوب الالتزام في تحديد اختصاص المحاكم التأديبية بالجزاءات الصريحة التي حددها القانون على سبيل الحصر، وبالتالي فلا ينعقد الاختصاص لهذه المحاكم إلا إذا كان الطعن موجهاً إلى ما وصفه

١. صدر الحكم: برئاسة صاحب المعالي السيد الأستاذ المستشار الدكتور/ أحمد يسرى عبده رئيس مجلس الدولة، وعضوية أصحاب المعالي السادة الأساتذة المستشارين/ محمود عبد العزيز الشربيني، يوسف شلبي يوسف، عبد الفتاح السيد بسيوني، محمد فؤاد الشعراوي، فؤاد عبد العزيز رجب، محمد المهدي مليحي، دكتور/ محمد جودت الملط، محمد أمين المهدي، محمد محمود البيار، ومحمود عبد المنعم مواضي.

صريح نص القانون بأنه جزاء، فإذا كان الطعن موجهاً إلى قرار صدر بنقل أو نذب أحد العاملين بالحكومة اختصت به محكمة القضاء الإداري أو المحاكم الإدارية بحسب القواعد المنظمة لتوزيع الاختصاص بينهما.

أما إذا تعلق الطعن بنذب أو نقل لأحد العاملين بالقطاع العام انعقد الاختصاص للقضاء العادي (المحاكم العمالية) صاحبة الولاية العامة بمنازعات العمال.

وبذلك تكون دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا قد أخرجت "فكرة الجزاء المقنع" من طبيعة جوهرها باعتبارها فكرة تأديبية خالصة لتحيلها إلى صورة من صور الانحراف بالإجراء؛ لذا كان من الأهمية بمكان تقييم وتحليل هذا القضاء، وهو ما سنتولى بيانه من خلال الفرع التالي.

الفرع الثالث

التعليق على الاتجاه السابق لدائرة توحيد المبادئ

في الواقع أننا ولئن كنا لا نخفي إعجابنا، بل واستمتاعنا - أيضاً - بالتحليل الوارد بحكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بشأن موقفها من فكرة: «الجزاء التأديبي المقنع» إلا أن هذا الإعجاب لا يمنعنا من الحماسة لإبداء وجهة نظر أخرى، على الوجه التالي:

أولاً- لا مرأ أنه ممّا يُحمد لدائرة توحيد المبادئ حرصها على إيراد العرض التاريخي لبسط الرقابة القضائية على الطعن على قرارات النقل والندب باعتبارهما من أكثر صور التطبيق القضائي لفكرة الجزاء التأديبي المقنع؛ ذلك أنه من العسير استيعاب الفكرة وفهمها على حقيقتها دون الرجوع إلى أصلها التاريخي، فضلاً عما يضيفه هذا النوع من السرد التاريخي من متعة للقارئ، وتفصيل كيف تكون مقطع النزاع.

إلا أننا نبدي تحفظنا على وجه الاستدلال بهذا العرض التاريخي، فليس دقيقاً - كما ذهب إليه الدائرة - أن إدراج مثل هذه الطعون ضمن اختصاص المحكمة التأديبية يُعد توسيعاً من نطاق الاختصاص النوعي المقرر قانوناً لها باعتبار أن هذا الاختصاص يُعد استثناءً من الولاية العامة لمحكمة القضاء الإداري؛ ذلك أن كلا من محكمة القضاء الإداري والمحاكم التأديبية تمارس اختصاصات نوعية حدد بموجبها المشرع نطاق الولاية القضائية النوعية لكل منهما، ونطاق ولاية المحاكم التأديبية لا يُعد استثناءً من النطاق المحدد لمحكمة القضاء الإداري، لكننا نعتقد أن لكل نطاق محدد من الاختصاص النوعي يُمارس وفقاً للإطار القانوني المنظم له دون أن يُعتبر أي منهما أصلاً والآخر استثناء.

ثانياً- صحيح ما ذهب إليه الدائرة من أن ابتداء القضاء الإداري لفكرة القرار المقنع، كانت نوعاً من الحيل القانونية لبسط مجلس الدولة رقابته القضائية على بعض القرارات الإدارية مثل قرارات النقل والندب في نطاق الوظيفة العامة إبان أن كان اختصاص المجلس محددًا حصراً بمنازعات

معينة، إلا أنه بعد أن أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية القضائية العامة في نظر كافة المنازعات الإدارية، لا نجد أن ذلك يُعد مسوغاً لضياع الجهود القضائية المتظافرة في إبراز جوهر فكرة العقوبة التأديبية المقنعة، وتحديد طبيعتها، ووضع مناهج أعمالها، وتحديد شروط تطبيقها، وبالتالي فإن الاستدلال العكسي من وجهة نظرنا هو الأقرب إلى الصواب.

ثالثاً- إذا كان قاضي الأصل هو قاضي الفرع، فإنه طبقاً لهذه القاعدة الأصولية إذا ثار نزاع فرعي لا يندرج ضمن صريح الاختصاص النوعي المحدد للمحكمة التأديبية، لكنه كان مُرتبطاً به ارتباطاً وثيقاً أو مُتفرعاً عنه، فلا مراء في تقرير اختصاص المحكمة التأديبية بنظر هذا النزاع الفرعي لوحدة الموضوع ومقتضيات العدالة التي تقتضي نظر الموضوع كوحدة واحدة أمام محكمة واحدة. وترتيباً على ذلك؛ ولما كان الجزاء المقنن مرتبط بارتكاب العامل لمخالفة تأديبية وقصدت السلطة المختصة به إنزال العقاب بالعامل، وأن هذا النوع من العقوبات غالباً ما يقتصر أو يُعاصر جزاءً تأديبياً صريحاً؛ ومن ثم فإنه يُعد متفرعاً عن أصل نزاع تختص به المحكمة التأديبية ممّا استوجب إدراجه ضمن رحاب اختصاصها النوعي المقرر قانوناً، باعتبار أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع؛ وبالتالي لا يُعد ذلك توسيعاً لاختصاص المحكمة دون نص أو اجتهاد مع صراحة النص كما ذهب إليه دائرة توحيد المبادئ.

رابعاً- بالرغم من وضوح معيار أوجه الطعن على القرارات الصادرة في نطاق الوظيفة العامة استناداً إلى قصد توقيع العقوبة التأديبية بغير اتباع الإجراءات المقررة لها، وتلك التي تستند إلى أوجه عدم المشروعية الأخرى وأخصها عيب إساءة استخدام السلطة والانحراف بها؛ إلا أنه باستقراء الكثير من أحكام المحكمة الإدارية العليا بما فيها حكم دائرة توحيد المبادئ محل التحليل، نجد خلطاً بين الأمرين بمعنى أكثر وضوحاً أن هذه الأحكام غالباً ما اعتبرت الجزاء المقنن صنواً من عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالإجراء، وفي ذلك تقول الدائرة: «.....إن الطعن في قرار النذب أو النقل هو منازعة إدارية يتوفر للعامل كل الضمانات إذا صدر قرار منها وكان صادراً لعقوبة مقننة قصد توقيعها على العامل، فإن القرار في مثل هذه الحال يكون قد استهدف غير مصلحة العمل وغير الغاية التي شرع لها فيكون معيباً بعيب الانحراف وهو عيب من عيوب عدم المشروعية، لا يقلب هذه الطعون إلى طعون تأديبية...».

وبالرغم مما تقدم ولعظيم الأسف، سارت العديد من الدوائر المختلفة للمحكمة الإدارية العليا على ذات الدرب متبعة ذات النهج ونكتفي بذكر مثالين في هذا الصدد، أحدهما سابق على الحكم محل التعليق، والآخر لاحق عليه فتقول المحكمة في أولهما: «.....فما كان لجهة الإدارة أن تضيق بهذا النقد البناء وأن تتخذ من سلطة النقل المكاني أداة لمجازاة المدعي، ومن ثم كان قرارها مخالفاً للقانون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة^(١).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣١٩ لسنة ١٥ ق.ع، جلسة ١٨/٤/١٩٧٠.

وذهبت في الحكم الثاني إلى: «..... فإذا لم تتبع الإدارة بنقل العامل الصالح العام أو انحرفت عن هذه الغاية واتخذت من النقل سبيلاً إلى التنكيل بالعامل أو إنزال العقاب به، تكون قد أساءت استعمال سلطتها العامة؛ مما يصم القرار الصادر منها بعيب عدم المشروعية»^(١).

ولعل الخلط السابق نعتبه أحد أهم أسباب غموض فكرة الجزاء التأديبي المقنع؛ وهو - من وجهة نظرنا - ما أدى إلى إخراج الفكرة من نطاق جوهرها التأديبي باعتبارها فكرة تأديبية خالصة، وإدراجها ضمن صور إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالإجراء باعتبارهما من عيوب عدم المشروعية، وهو الأمر الذي حدا بدائرة توحيد المبادئ إلى عدم إعمال المعيار الفاصل بين الفكرتين، وبالتالي إقصاء رقابة المحكمة التأديبية.

خامساً- في الواقع إن تركيز الدائرة على اعتبار الفكرة جزاءً تأديبياً لم ينص عليه في القانون، وإهمالها لإبراز ارتباط الفكرة بمخالفة إدارية واتجاه قصد السلطة التأديبية إلى إنزال العقوبة بالعامل؛ أدى في الواقع إلى عدم إبراز الجوهر التأديبي للفكرة وإخراجها عن طبيعتها الجزائية، فصحيح كما ذهب إليه الدائرة أن العقوبات التأديبية محددة على سبيل الحصر قانوناً، ومن ثم لا يجوز ابتداء عقوبة لم ينص عليها القانون وبهذه المثابة ولئن أمكن القول أن النقل أو النذب ليسا عقوبة تأديبية، حيث لم ينص المشرع على اعتبارهما كذلك، بيد أن النظر إلى القصد من وراء استخدامهما بقصد التنكيل بالعامل وإنزال العقاب به لما وقر في عقيدة السلطة المختصة من ارتكابه لمخالفة تأديبية، فهنا لا مرأى أن النقل أو النذب وإذا ارتبط إصدارهما بمناسبة مخالفة إدارية؛ ومن ثم تعين أن ينظر إليهما من الجانب الجزائي لارتباطهما به ارتباطاً وثيقاً لا يمكن أن ينفكا عنه، وبالتالي يكون في إسناد الرقابة القضائية عليهما إلى القاضي التأديبي أقرب إلى المنطق السليم.

سادساً- على ما يبدو أن الخطأ الذي نسب وقوع الدائرة الرابعة للمحكمة الإدارية العليا فيه يتمثل في تمسكها بأن: تحديد اختصاص المحكمة التأديبية بما يصف به الطاعن القرار المطعون فيه بوصف الجزاء التأديبي المقنع.

والواقع أنه من الصحيح - تماماً - ما ذهب إليه دائرة توحيد المبادئ في هذا الشأن؛ إذ إنه لا يمكن التسليم للمتقاضين بأن ينفرد وحده بتحديد اختصاص المحكمة واختيار قاضيه حسبما يضيفه هو على طلباته من وصف، فإن شاء لجأ إلى المحاكم التأديبية فيصف النقل أنه تضمن جزاء، وإن شاء لجأ إلى محكمة القضاء الإداري عندما ينفى وجود هذا الجزاء؛ ذلك أن تحديد الاختصاص القضائي أمر يختص بتحديد القانون وحده، وأن إضفاء التكييف القانوني السليم على طلبات المتقاضين أمر تملكه المحكمة وحدها.

بيد أننا ولئن كنا نتفق مع دائرة توحيد المبادئ عند هذا الحد، إلا أننا كنا نأمل من ذات الدائرة أن تؤكد مبدأ من المبادئ المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا وهو: « أن تكييف الدعوى إنما

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣٤٧٠ لسنة ٣١ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٢/٧.

هو من تصريف المحكمة، إذ عليها بما لها من هيمنة على تكييف الخصوم لطلباتهم أن تتقصى هذه الطلبات، وأن تستظهر مراميها، وما قصده الخصوم من إبدائها، وأن تُعطي الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، على هدى ما تستنبطه من واقع الحال وملابساتها، وذلك بشرط ألا يصل تكييف المحكمة للدعوى إلى حد تعديل طلبات الخصوم بإضافة ما لم يطلبوا الحكم به صراحة أو تحويل تلك الطلبات بما يخرجها عن حقيقة مقصود المدعين ونياتهم من وراء إبدائها، وتخضع المحكمة في ذلك لرقابة محكمة الطعن».

ونعتقد أن أعمال المبدأ السابق كاف بذاته لتصويب الخطأ الذي وقعت فيه الدائرة الرابعة، وبالتالي فليس دقيقاً أن الأخذ بفكرة الجزاء المقنع من شأنه أن يجعل للطاعن سلطة تحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر النزاع بواسطة وصف القرار بالجزاء المقنع أو نفي هذا الوصف؛ ذلك أن هذا الوصف يخضع لتكييف المحكمة التي رُفعت أمامها الدعوى وهي وحدها التي تملك إعطاء وصف الطلبات حقيقتها وتكييفها القانوني الصحيح، ومن ثم فإن المحكمة هي التي تحدد اختصاصها على هدى ما تستنبطه من واقع الحال وملابساتها وليس الخصوم.

الفرع الرابع

بعث الروح من جديد إلى فكرة الجزاء التأديبي المقنع

بالرغم من القضاء المشار إليه لدائرة توحيد المبادئ بمحكمةنا العليا، إلا أن ذات الدائرة عادت وبعثت الروح من جديد في فكرة الجزاء التأديبي المقنع من خلال حكم هام لها أصدرته بجلستها المنعقدة في ١٧ يونية سنة ١٩٨٩، في الطعن رقم ١٤٦٠ لسنة ٣٣ ق.ع، ونظراً لأهمية هذا الحكم فإننا نود أن نعرض له تفصيلاً، من خلال هذا الفرع على الوجه التالي:

أولاً- عرض لموجز وقائع الحكم وأسبابه:

تخلص وقائع الطعن المشار إليه في أن: المطعون ضده كان قد أقام الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٠ ق أمام المحكمة التأديبية لمستوى الإدارة العليا بعريضة أودعها سكرتارية المحكمة المشار إليها بتاريخ ١٩٨٦/٧/٢١ انتهى في ختامها إلى: طلب الحكم بإلغاء القرار رقم ٢٨٩ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه من قيام الطاعن بإجازة إجبارية (مفتوحة) مع ما يترتب على ذلك من آثار ومنها صرف البدلات والحوافز التي خصمت من مرتبه اعتباراً من ١٩٨٦/٦/١٦ وإلزام المدعى عليه المصروفات والأتعاب. وقال شرحاً لدعواه: إنه يعمل بالشركة المطعون ضدها بدرجة مدير عام، وفُوجئ بالقرار رقم ٢٨٩ لسنة ١٩٨٦ بمنحه إجازة إجبارية مفتوحة اعتباراً من ١٩٨٦/٦/١٦ مع خصم بدلاته كاملة بالإضافة إلى ٥٠٪ من الحوافز الثابتة، وأن هذا القرار يتضمن جزاء مقنعاً بقصد الإضرار وحرمانه من جزء من مرتبه دون سند من القانون فضلاً عن سلب حقه المشروع في أداء وظيفته، وأضاف الطاعن أنه تظلم من هذا القرار بتاريخ ١٩٨٦/٧/٧ وقد قدمت الشركة المدعى عليها مذكرة طلبت فيها الحكم

بعدم اختصاص المحكمة برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الطعن وباختصاصها بنظره وبقبوله شكلاً وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار، وألزمت الشركة المطعون ضدها بالمصروفات.

وأقامت المحكمة قضاءها على أن: أحكام قانون نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ الذي يخضع له الطاعن قد خلت من أي تنظيم لأوضاع هذه الإجازة الإجبارية المفتوحة، وأن القرار المطعون فيه يتضمن إبعاد الطاعن عن عمله ومن ثم فهو بمثابة قرار بوقف الطاعن عن عمله في غير الحالات التي أجازت فيها أحكام قانون نظام العاملين بالقطاع العام المشار إليه هذا الوقف، ويكون القضاء التأديبي هو صاحب الاختصاص بالفصل فيه إلغاءً وتعويضاً.

وأضافت المحكمة قائلة: لما كان القرار المطعون فيه بوصفه قرار وقف عن العمل قد صدر بغير بيان مدة محددة له ودون بيان السبب المبرر له وبغير الغرض الذي شرع من أجله هذا الوقف وهو مصلحة التحقيق، فإن القرار المطعون فيه يكون مشوباً بعيب عدم المشروعية مما يتعين معه القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار.

بتاريخ ٢٢ من مارس سنة ١٩٨٧ أودع السيد الأستاذ / المحامي نائباً عن السيد الأستاذ / بصفته وكيلًا عن السيد رئيس مجلس إدارة شركة الفنادق المصرية، قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقرير طعن قيد بجدولها تحت رقم ١٤٦٠ لسنة ٢٣ ق ضد السيد / في الحكم الصادر من المحكمة التأديبية لمستوى الإدارة العليا بجلسة ٢٥ من فبراير سنة ١٩٨٧ في الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٠ ق المقام من المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار وإلزام الشركة المطعون ضدها بالمصروفات، وطلب الطاعن بصفته في ختام تقرير الطعن الحكم بقبول الطعن شكلاً، وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه، والقضاء أصلياً: بقبول الدفع بعدم اختصاص المحكمة التأديبية بنظر دعوى المطعون ضده واحتياطياً: برفض دعواه وإلزامه في الحاليين بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة. وأودعت هيئة مفوضي الدولة تقريراً مسبباً بالرأي القانوني في الطعن انتهت فيه إلى: اقتراح الحكم بقبول الطعن شكلاً، وبرفض طلب وقف التنفيذ، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه، وبعدم اختصاص المحكمة التأديبية لمستوى الإدارة العليا بنظر طعن المطعون ضده وبإحالة إلى محكمة عابدين « الدائرة العمالية ».

ونظر الطعن أمام دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٨/٢/٣، وفي هذه الجلسة قررت الدائرة إحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا (الدائرة الثالثة) لنظره بجلسة ١٩٨٨/٢/٩.

وقد تداول نظر الطعن أمام الدائرة الثالثة بالمحكمة الإدارية العليا على النحو المبين بمحاضر جلساتها إلى أن قررت بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢٧ إحالة الطعن إلى الهيئة المنصوص

عليها في المادة ٥٤ من قانون مجلس الدولة المضافة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ عملاً بما أوجبه نصها (دائرة توحيد المبادئ).

وأودعت هيئة مفوضي الدولة تقريراً مُسبباً بالرأي القانوني انتهت فيه إلى أنها ترى الحكم: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبعدم اختصاص المحكمة التأديبية لمستوى الإدارة العليا بنظر الطعن وإحالته إلى محكمة جنوب القاهرة الابتدائية «الدائرة العمالية».

ونظرت دائرة توحيد المبادئ الطعن بجلستها، وأصدرت حكمها في الطعن، بجلسة في ١٧ يونية ١٩٨٩، باختصاص القضاء التأديبي بنظر الطعون في قرارات منح العاملين بالقطاع العام إجازة إجبارية مفتوحة، وقررت إعادة الطعن إلى الدائرة المختصة بالمحكمة للفصل فيه.

وأُسست الدائرة حكمها على الأسباب التالية:

اختصاص القضاء التأديبي يتحدد وفق ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا، وقد ورد محددًا استثناء من الولاية العامة للقضاء الإداري في المنازعات الإدارية ومن الولاية العامة للقضاء العادي في المنازعات العمالية، ولما كان الاستثناء يُفسر في أضيق الحدود، فإنه يجب الالتزام بالنص وحمله على المعنى الذي قصده المشرع وهو الجزاءات التي حددتها القوانين واللوائح صراحة على سبيل الحصر والتي يجوز توقيعها على العاملين كعقوبات تأديبية، ولما كان القرار المطعون فيه ليس من الجزاءات التي حددها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ بشأن نظام العاملين بالقطاع العام، فإن القضاء العادي هو الذي يكون مختصاً دون غيره - بنظر الدعوى بطلب إلغائه، ولا وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه لم يتضمن تنظيمًا لأوضاع الإجازة الإجبارية المفتوحة، ذلك أن المستقر عليه فقهاً وقضاً أن علاقة العاملين بشركات القطاع العام بتلك الشركة هي علاقة عقدية، وبالتالي يتحدد التزام الشركة قبل العامل بأن تؤدي له أجره مقابل ما يؤديه من عمل، ولا تثريب على الشركة إن هي رأت - لاعتبارات تراها - إسقاط التزام العامل نحوها طالما أن التزامها بأداء الأجر يظل قائماً ومستمراً.

واستطردت الدائرة قائلة، بأنه: لئن سبق للمحكمة الإدارية العليا أن قضت بجلستها المعقودة في ٢٤ من فبراير سنة ١٩٧٩ في الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٢١ ق، ٣٣٧ لسنة ٢١ ق بأن نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ لم يخول القائمين على القطاع العام سلطة تنحية العامل عن عمله بمنحه إجازة مفتوحة وإنما ناط برئيس مجلس الإدارة حق إيقاف العامل عن عمله احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك، ومن ثم فإن القرار الذي يصدر بمنح أحد العاملين بالقطاع العام إجازة مفتوحة، لا يعدو والحال هذه أن يكون قرار وقف احتياطي عن العمل دون اتباع الإجراءات التي رسمها القانون في هذا الشأن وبهذه المثابة يكون القضاء التأديبي هو صاحب الاختصاص بالفصل في طلب إلغاء ذلك القرار أو التعويض عنه، بينما ذهبت بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٣ من فبراير سنة ١٩٨٨ في الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٣٣ ق إلى أن القرار الصادر بمنح أحد

العاملين بالقطاع العام إجازة إجبارية مفتوحة لا يتضمن توقيع عقوبة تأديبية من بين العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨٢) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨، ومن ثم لا ينعقد الاختصاص للمحكمة التأديبية بنظر الطعن في هذا القرار وإنما ينعقد الاختصاص في شأنه للمحاكم العمالية صاحبة الولاية العامة في منازعات العمل.

وترجيحاً من الدائرة لأحد القضاة السالفين، فقد ذهبت إلى القول: حيث إن قانون نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٨ لم يتضمن أي تنظيم لمنح العاملين الخاضعين لأحكامه إجازة إجبارية مفتوحة إنما حددت المادة ٨٢ منه الجزاءات التي يجوز توقيعها على العاملين ومن بينها الوقف عن العمل لمدة لا تتجاوز ستة أشهر مع صرف نصف الأجر، كما أن المادة (٨٦) من ذات القانون ناطت برئيس مجلس الإدارة وقف العامل عن عمله احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق معه ذلك لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، ولا يجوز مد هذه المدة إلا بقرار من المحكمة التأديبية المختصة للمدة التي تحددها، ويترتب على وقف العامل عن عمله وقف صرف نصف الأجر ابتداء من تاريخ الوقف.

وحيث إن المستفاد من نص المادتين ٨٢، ٨٦ من قانون نظام العاملين بالقطاع العام المشار إليه أن مُؤدى كل من الوقف الاحتياطي عن العمل لمصلحة التحقيق والوقف كعقوبة هو إسقاط ولاية الوظيفة مؤقتاً عن العامل ومنعه من مباشرة اختصاصاته، وفي ذلك يلتقى قرار الوقف - جزاءً أو احتياطياً لمصلحة التحقيق - بالقرار الذي يصدر بمنح أحد العاملين بالقطاع العام إجازة إجبارية مفتوحة، فهذا القرار الأخير يحقق بذاته الأثر القانوني للوقف بما يرتبه من منع العامل مؤقتاً عن ممارسة اختصاصات وظيفته في إحداث الأثر القانوني للوقف الذي دل عليه مظهر مادي هو إبعاد العامل عن الوظيفة والنأي به عن النهوض بمقتضياتها.

وحيث إنه متى كان ذلك كذلك، وكان القرار المطعون فيه فيما قضى به من منح المطعون ضده إجازة إجبارية مفتوحة هو في حقيقته وفحواه قرار بالوقف عن العمل تطابق معه في محله وغايته، فإن للمحكمة بما لها من هيمنة على التكييف القانوني للدعوى على هدى ما تستنبطه من وقائع الحال فيها، أن تُعطى لهذا القرار وصفه الحق باعتباره قراراً بالوقف عن العمل وتُنزل عليه حكم القانون على هذا الأساس، غير مُقيدة في ذلك بالمسمى الذي أعطته له جهة الإدارة على خلاف الواقع للنجاة به من رقابة المحكمة التأديبية باعتبارها القاضي الطبيعي لما يثور بشأن هذا القرار من منازعات. وأضافت الدائرة قائلة: وغنى عن البيان أنه لا ينال مما تقدم أن القرار المطعون فيه لم تتوافر في شأنه شروط الوقف عن العمل كما حددها القانون؛ لأن ذلك يحوي سبباً لبطلان القرار وعدم مشروعيته وإنما لا أثر له على حقيقة مضمونه وفحواه.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن قرار الوقف عن العمل هو قرار نهائي لسلطة تأديبية مما تختص به المحكمة التأديبية باعتبارها صاحبة الولاية العامة للفصل في مسائل تأديب العاملين،

ومن ثم كان القرار المطعون فيه هو على ما سلف إيضاحه قرار بالوقف عن العمل فإن القضاء التأديبي، يكون هو المختص - دون القضاء العادي - بنظر طلب إلغاء ذلك القرار أو التعويض عنه؛ ولذا انتهت الدائرة إلى قضائها المشار إليه آنفاً.

ثانياً - التعليق على الحكم السابق:

يبدو لنا أن تحليل الحكم السابق، يكون بإبداء الملاحظات التالية:

أن الحكم السابق يعرض لصورة نادرة من صور الجزاء التأديبي المقنَّع، وفيها يُعتبر الجزاء المقنَّع صورة من صور الانحراف بالإجراء، فالقرار المطعون فيه صدر في صورة منح اجازة مفتوحة دون رضا المدعي، في حين أن مُصدر القرار كان يستهدف إبعاد المدعي عن عمله أثناء إجراء التحقيق معه في المخالفة المنسوبة إليه، وبالتالي يكون مصدر القرار قد انحرف عن الغاية التي رمي إلى تحقيقها وهي الوقف الاحتياطي عن العمل لمصلحة التحقيق باستخدام إجراء لم يشرع لذلك، وهو الترخيص بإجازة الذي كان ساتراً للوقف الاحتياطي عن العمل.

أن الحكم أقر بفكرة الجزاء التأديبي المقنَّع باعتبارها فكرة تأديبية خالصة؛ لذا كان من الطبيعي أن يُقر باختصاص المحكمة التأديبية بنظر المنازعة دون الدائرة العمالية بالقضاء العادي، وذلك على خلاف الحكم السابق لذات الدائرة الذي نفى فكرة الجزاء التأديبي المقنَّع واعتبرها صورة من صور التعسف باستعمال السلطة والانحراف بها.

الواقع أن الحكم محل التحليل لم يُشر إلى الحكم الصادر من ذات الدائرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٥/١٢/١٥ في الطعن رقمي: ١٢٠١، ١٢٣٢ لسنة ٢٨ ق.ع - آنف الذكر - وهو ما يؤدي إلى تفسير ضيق لحجية هذا الحكم؛ مؤداه اقتصار تلك الحجية على المنازعات التي تتضمن طعناً على قرارات النقل أو النذب التي تناولها الحكم الأول للدائرة، بمعنى أكثر وضوحاً أنه فيما عدا القرارات المذكورة، فإن أي قرار يستهدف به مصدره عقاب العامل عما نُسب إليه من مخالفات إنما ينطوي على عقاب مقنَّع تختص بنظره المحكمة التأديبية المختصة بغض النظر عن المظهر الذي الخارجي الذي اتخذه القرار؛ وبذلك يكون كلا الاتجاهين للدائرة قائماً ويُطبق في النطاق المحدد له؛ ففي واقعة طبقت فيها المحكمة التأديبية لوزارة الصناعة على وقائع الطعن المقام أمامها - المتعلق بالطعن على قرار إنهاء تعاقد - حكم دائرة توحيد المبادئ الصادر بجلسة ١٩٨٥/١٢/١٥ في الطعن رقمي: ١٢٠١، ١٢٣٢ لسنة ٢٨ ق.ع، الذي نفى الأخذ بفكرة الجزاء التأديبي المقنَّع، وبالبناء على ذلك قضت المحكمة التأديبية المذكورة بجلسة ١٩٨٩/٦/٢٤ بعدم اختصاصها الولائي بنظر الطعن على قرار إنهاء تعاقد الطاعنة مع إحدى شركات القطاع العام، وأحالته إلى الدائرة العمالية للاختصاص، إلا أنه لدى الطعن على هذا القضاء أمام المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الثالثة حيث قيد برقم ٣٦٥٦ لسنة ٣٥ ق.ع.

وبجلستها المنعقدة في ١٥/٥/١٩٩٠ قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن: « بأن التكييف الصحيح للقرارات الصادرة عن الجهة الإدارية إنما تكون بما اتجهت إلى إحداثه إرادة الجهة الإدارية من آثار قانونية، بصرف النظر عن العبارات المستخدمة في صياغته، ويستدل على ذلك بالظروف والملابسات التي سبقت وعاصرت صدور القرار المطعون فيه، وبناءً على ذلك خلصت المحكمة، إلى أن حقيقة القرار المطعون فيه وفقاً للتكييف الصحيح له أنه قرار فصل تأديبي من الخدمة، وإن كانت الشركة مصدرة القرار قد ألبسته لباس إنهاء التعاقد، ومن ثم كان على المحكمة التأديبية أن تقدر الظروف والملابسات التي سبقت وعاصرت صدور القرار، وأن تقضي باختصاصها بنظر الطعن باعتباره طعناً تأديبياً؛ لذلك قضت المحكمة بقبول الطعن شكلاً، وبإلغاء الحكم المطعون فيه، والقضاء مجدداً باختصاص المحكمة التأديبية بنظره، وأمرت بإعادة الطعن إلى ذات المحكمة للفصل فيه بهيئة مغايرة.»

الحقيقة أن الوقت لم يمض سريعاً حتى تم التوسع رويداً رويداً في تفسير حكم دائرة توحيد المبادئ محل التحليل الماثل تفسيراً واسعاً، أي: اعتباره عدولاً عن المبدأ السابق لذات الدائرة والذي ألغى فكرة الجزاء التأديبي المقنع؛ بما مؤداه أن هذا المبدأ الجديد تتسع حجته لتطال جميع صور الفكرة دون أن يخرج من نطاقها قرارات النذب والنقل، حيث توالى أحكام المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك خصوصاً في فترة التسعينيات لتؤكد الجزاء المقنع كنظرية قضائية من إبداع مجلس لدولة. ولعلنا نلتبس ذلك في القضاء الحديث لمحكمةنا العليا ونكتفٍ في مقامنا هذا بضرب مثالين من الأحكام الحديثة في هذا الشأن:

فذهبت في أولهما إلى: أنه من المقرر أن الجزاء التأديبي المقنع غير مشروع وأنه إذا ثبت أن قرار نقل العامل كان مقصوداً به مجازاته تأديبياً عن خطأ وقع منه، فإن هذا القرار يكون واجب الإلغاء، وذلك لأن النقل لم يُشرع من أجل اتخاذه وسيلة لمجازاة العامل المخطئ وإنما وسيلة لتحقيق أفضل إدارة للمرافق العامة على أحسن وجه، وحيث إنه إعمالاً لما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن الإدارة العامة للتحقيقات بمصلحة الضرائب قد خلصت في تحقيقاتها فيما نُسب إلى الطاعن إلى طلب مجازاته بالخصم من راتبه ونقله إلى مأمورية ضرائب الوادي الجديد وقد أشر رئيس المصلحة على ذلك وتنفيذاً لهذا صدر قرار مجازاته بالخصم من الراتب ثم قرار النقل المطعون عليه دون التحري عن مدى احتياجات العمل المنقول إليه إلى خدماته، فإنه والحال هذه فإن النقل لا يعد نقلاً مكانياً وإنما يستتر في الواقع جزاءً تأديبياً بعيداً عن المصلحة العامة، ومدى احتياجات العمل في المرفق لهذا النقل مما يشوبه بغيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها مما يتعين معه القضاء بإلغائه.^(١) بينما ذهبت في أحدث أحكامها إلى أنه: حيث إن مقطع النزاع ينحصر في مدى مشروعية إلغاء قرار النذب عقب ما ثبت لجهة الإدارة من مخالفة المطعون ضده لمقتضيات وظيفته العامة، ويتعين على

١. المحكمة الإدارية العليا- الدائرة الثانية: الطعن رقم ٣٩٩٩ لسنة ٤٩ ق.ع، جلسة ٢٥ / ٢ / 2012.

المحكمة أن تبسط رقابتها القضائية للتحقق من سلامة أسباب قرار جهة الإدارة من حيث قيامها على الحالة الواقعية ومدى مشروعيتها لتستقيم سبباً مبرراً لإصداره؛ بحسبان أن القرارات ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لتحقيق الصالح العام، وتأسيساً على ما سبق، ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قام باتباع سياسة خاطئة في حماية الأراضي الزراعية بتزييفه للحقائق الموجودة على الطبيعة؛ بالامتناع عن استلام خطابات التعدي على الأراضي الزراعية بقصد اظهار مركز بنها متقدماً على جميع مراكز محافظة القليوبية الأخرى في عدم وجود تعديات على الأراضي الزراعية، الأمر الذي أدى الى تفاقم التعديات وعدم ادراجها ضمن حملات الإزالة، ومن ثم وإذ قامت جهة الإدارة بإلغاء ندبه فإن هذا القرار ولئن تعاصر مع قرار مجازاته بالخصم من راتبه ثلاثة أيام، فإن ذلك لا يعد قراراً تأديبياً مقنعاً؛ بحسبان أن القانون وقد أجاز الغاء النذب العامل البريء الذي لم تثبت في حقه مخالفة تأديبية بغية تحقيق الصالح العام، فمن باب أولى يحق للجهة الإدارية اتخاذ ذات الإجراء مع العامل المخالف بغية تحقيق الصالح العام، وانتظام المرفق العام، منعاً لتكرار حدوث المخالفة وإهدار ثقة المتعاملين مع المرفق، والقول بغير ذلك يجعل العامل المسيء في مركز قانوني أفضل من العامل المخالف، وبالتالي وبالترتيب على ذلك انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى إلغاء حكم المحكمة التأديبية بينها فيما تضمنه من إلغاء قرار الغاء قرار نذب المطعون ضده.^(١)

ويلاحظ على الحكمين المستشهد بهما الأخيرين، أن الحكم الأول شأنه شأن العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لا زال يعتبر فكرة الجزاء التأديبي المقنّع صورة من صور إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، وهو أمر غير دقيق، كما سبق وأوضحنا سابقاً؛ لأنه من الأهمية بمكان اعتبار الفكرة جزائية خالصة.

كما أن الحكم الثاني صدر ليؤكد دون شك أو أدنى مُواربة، أن فكرة الجزاء التأديبي المقنّع - بأي صورة من صورها - هي فكرة تأديبية خالصة؛ لذا، لم يُجادل الحكم في اختصاص المحكمة التأديبية بنظر المنازعة، كما أنه أعمل المناط الذي تدور حوله الفكرة وجوداً وعدماً، ألا وهو بحث نية مُصدر القرار هل ابتغى منه تحقيق المصلحة العامة، أم قصد إلى معاقبة العامل، فإذا استشفت المحكمة الغاية الأولى انتفى في القرار وصف الجزاء المقنّع حتى لو تعاصر مع ارتكاب مخالفات تأديبية طالما كان الهدف من النقل أو النذب هو تحقيق الغاية منهما وهي إعادة التوزيع الجيد للعاملين بالمرفق العام، وهذا هو ما بحثت عنه المحكمة الإدارية العليا ووقر في وجدنها وفق الملابسات وظروف الواقعة المعروضة أمامها، والتي انتهت فيها إلى تأييد قرار إلغاء نذب المطعون ضده منعاً لتكرار المخالفة وحماية لعدم اهتزاز ثقة المتعاملين مع المرفق العام.

١. المحكمة الإدارية العليا- الدائرة الرابعة: الطعن رقم ١٤٦٥٧ لسنة ٥٤ ق.ع، جلسة ٢١ / ١ / 2017.

أما إذا استشفت المحكمة أن الغاية من النذب أو النقل أو إلغائهما كان بقصد التنكيل بالعامل ومعاقبته عما ارتكبه من مخالفات تأديبية؛ تهرباً من اتباع الإجراءات التأديبية وتحقيق ضماناتها، فهنا لا يعدو النذب أو النقل إلا ستاراً لإخفاء عقوبة تأديبية لم ترد بالقانون.

الخاتمة

الواقع أنه ولئن كان القضاء الإداري المصري قد اهتدى إلى فكرة الجزاء التأديبي المقنَّع مبكراً، وكان ذلك بمناسبة حيلة ابتدعها لتوسيع اختصاصاته التي كانت محصورة في نظر الطعون على بعض القرارات الإدارية في نطاق الوظيفة العامة دون أن تشمل قرارات النقل والنذب، إلا أنه بالرغم من ذلك ظلت الفكرة غير واضحة يكتنفها الكثير من الغموض باعتبارها فكرة تأديبية خالصة.

ممّا يجعلنا ندّعي أن: «الجزاء التأديبي المقنَّع» وكُد في كنف الكثير من الغموض واللبس؛ ممّا أدى إلى الخلط وعدم الوضوح الذي ينبع من وجهين: فمن وجه - قد يتعلق الأمر بصعوبة إثبات قصد السلطة المختصة خصوصاً أن هذا القصد أمر داخلي يتعلق بالإرادة، وبالتالي إن لم يكن له مظاهر مادية تدل عليه فأني للقاضي الإداري أن يصل إلى حقيقته الباطنية.

ومن آخر - اختلاط الفكرة بأوجه عدم المشروعية الأخرى؛ أدى إلى دمجها معها، واعتبار الجزاء المقنَّع بمثابة صورة من صور اساءة استعمال السلطة والانحراف بها تارة، والانحراف بالإجراء تارة أخرى.

وإذا كان للقضاء الإداري المصري دور بارز في إظهار الجوهر التأديبي لفكرة الجزاء المقنَّع، وتحديد مناط إعمالها، وبيان شروط تطبيقها، انتهاءً بإعمال الآثار المترتبة على ذلك بتحديد المحكمة المختصة بنظر الطعون على تطبيقات الفكرة؛ لذا، فمن غير المحمود إهمال هذا الإرث القضائي الذي شيد من الفكرة «نظرية قضائية» ذات أركان ودعائم، ممّا ندعو معه إلى التمسك بالفكرة وتحديد مناط إعمالها بوضوح باعتبارها فكرة تأديبية خالصة دون خلطها بعيوب المشروعية الأخرى؛ حتى لا تضيع معالمها، ويشتد غموضها.

ويبدو لنا أن تحقيق ما سبق يكون - أيضاً - في إطار من عدم الخلط بين فكرة الجزاء التأديبي المقنَّع باعتبارها فكرة تأديبية خالصة، وبين اعتبار الفكرة تطبيقاً لانتهاك الضوابط التشريعية المحددة للنقل أو النذب؛ لأن استمرار هذا الخلط سيؤدي في نهاية المطاف ليس فقط إلى زيادة غموض الفكرة، بل أيضاً إلى اندثار تطبيقها.

ونعتقد أن الفكرة لم تأخذ حقها من البحث والتحليل القانوني، الذي يليق بها باعتبارها نظرية قضائية خالصة، ممّا ندعو إلى اعتبار هذا البحث المتواضع بذرة للبناء والتشييد عليه، بتأصيل وتحليل أكثر عمقاً وأرحب مجالاً من خلال الدراسات المقارنة.

التوصيات:

١. ضرورة وضوح مفهوم الجزاء التأديبي المُنْع:

نوصي بضرورة إرساء تفرقة منهجية واضحة بين مفهوم «الجزاء التأديبي المُنْع» باعتباره إجراءً تأديبياً ذا طبيعة قانونية خاصة، وبين اعتبار بعض الصور غير المشروعة للنقل أو الندب - على سبيل المثال - مجرد مخالفات للضوابط التنظيمية، فاستمرار الخلط بين هذين المسارين يؤدي إلى زيادة التباس المفهوم وتآكل ملامحه الأصلية، بما قد يُفضي إلى اندثار تطبيقه العملي وتضاؤل أهميته كأداة رقابية ضمن نظام التأديب الوظيفي، ومن هنا تبرز أهمية إعادة التأكيد على الأسس المفاهيمية والتمييزية لهذا النوع من الجزاءات التأديبية.

٢. الدعوة إلى تعزيز فكرة الجزاء التأديبي المُنْع كفكرة تأديبية خالصة:

من خلال تأكيد الطبيعة الجزائية للفكرة عند بسط الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في نطاق الوظيفة العامة التي قد تضمحل جزاءات مستترة، بما يكفل حماية الموظفين العموميين من إساءة استخدام السلطة.

٣. تعديل التشريعات الوظيفية:

من المهم مراجعة النصوص التشريعية المنظمة لشئون الوظيفة العامة، لا سيما تلك المتعلقة بالنقل والندب على وجه الخصوص؛ لضمان ألا تُستخدم كأدوات تأديبية غير مُعلنة.

٤. تبني مبدأ الشفافية الإدارية:

تشجيع الجهات الإدارية على اعتماد ممارسات إدارية شفافة تضمن إخطار الموظف بأسباب اتخاذ أي إجراء يخص مركزه الوظيفي، مع منحه فرصة الدفاع عن نفسه.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وسلاماً على خاتم المرسلين، سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

دمياط - سبتمبر ٢٠١٨

المواجهةُ بالاتهامِ التأديبي بين الواقع ومقتضيات التطورِ التقني

«دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي»

المستشار الدكتور محمد عوض فرج

رئيس نيابة - دكتوراه في القانون العام

محاضر بكليات الحقوق والشرعية والقانون

جمهورية مصر العربية

الملخص :

يُعد مبدأ المواجهة أحد الضمانات الجوهرية التي كفلها المشرع للموظف العام في مرحلتي التحقيق أو المحاكمة، وذلك لكون هذا المبدأ ذا صلة وثيقة بحق الدفاع؛ بهدف تحقيق محاكمة عادلة للموظف العام قبل توقيع الجزاء التأديبي في حقه حال ثبوت إخلاله بواجبات وظيفته.

ويتحقق ذلك المبدأ عبر استدعاء الموظف للمثول للتحقيق، أو إعلانه بالطرق القضائية التقليدية وتبصرته بالاتهام المسند إليه، حتى ينهض للدفاع عن نفسه، منعاً للمساءلة التأديبية، إلا أن الواقع العملي قد كشف عن كثير من المعوقات التي تحول دون تحقيقه في ضوء إعلان الموظف بالطرق القضائية التقليدية، مما يُعد معوقاً يحول دون الفصل في الدعوى التأديبية بسرعة خلال مدة زمنية معقولة.

لذلك؛ تهدف الدول إلى الاستفادة من التقنيات التكنولوجية الحديثة، وذلك من خلال تكاتف الجهود التشريعية والقضائية والفقهية للحد من ظاهرة البطء في التقاضي بشأن هذا الإجراء الهام عبر استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في الإعلان القضائي؛ بهدف تحقيق العدالة الناجزة دون الإخلال بالضمانات التي يوفرها الإعلان التقليدي في الدعوى التأديبية، وذلك في ضوء التحول نحو تطبيق الحكومة الإلكترونية لمواكبة التطورات الهائلة في شتى مجالات الحياة.

ويهدف البحث إلى وضع تصور لكيفية إجراء الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية؛ بهدف الحد من معوقات الإعلان القضائي بالطرق التقليدية التي ينتج عنها تأخر الفصل في التحقيقات الإدارية والدعاوى التأديبية.

ويقوم البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بين الواقع التشريعي والقضائي الحالي وبين المأمول تشريعاً وعملاً، وهو المنهج الأكثر ملاءمة لبيان مدى ملاءمة تطبيق فكرة الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية.

وقد انتهى البحث إلى ضرورة تضمين نصوص قوانين الخدمة المدنية ما يُوجب على الموظف العام أن يُضمن ملفه الوظيفي البريد الإلكتروني الخاص به، أو أي وسيلة إلكترونية يمكن من خلالها التواصل معه وإعلانه بالأوراق القضائية الخاصة به، وإلزامه بإخطار جهة عمله بأي تغيير يطرأ على الوسيلة الإلكترونية المثبتة بملفه الوظيفي والإعقاب قانوناً، وذلك بهدف تمكين القائم بالإعلان من سرعة الوصول إليه، وإعلانه على الوجه القانوني الصحيح تقصيراً لأمد التقاضي في الدعوى التأديبية. الكلمات المفتاحية: مبدأ المواجهة - الإعلان القضائي التقليدي - الإعلان القضائي الإلكتروني - البريد الإلكتروني - القائم بالإعلان الإلكتروني.

Abstract

The principle of confrontation is one of the substantial guarantees secured by the legislator for the public employee during the two stages of investigation and trial. This is because this principle has a strong relation with the right of defense aiming to achieve a just trial for the public employee before imposing a disciplinary penalty against him in the event of a violation of his job duties being proven.

This principle is achieved by summoning the employee to appear for investigation by informing him via traditional judicial methods and enlightening him of the accusation against him in order to get him ready to defend himself avoiding the disciplinary accountability. But the actual, practical reality has revealed many of the obstacles that impede its attainment in light of informing the employee of his accusation by the traditional judicial methods. That obstacle prevents the disciplinary case from being disposed in a quick reasonable period of time.

Therefore, states aim to benefit from the modern technological techniques by joining the legislative, judicial and jurisprudential efforts for delimiting the slowness phenomenon as for that important procedure using the modern technological means for the judicial summons. This targets attaining swift, speedy justice without prejudice to the guarantees secured by the traditional summons for the disciplinary case.

That procedure matches with the shift towards the e-government application in order to keep pace with the marvelous developments in all aspects of life. Therefore, the research aims to present a proposal for how to conduct judicial summons in disciplinary cases via electronic devices targeting delimiting the obstacles of the traditional judicial summons that result in delaying rendering a judgment in administrative investigation and disciplinary cases.

For this, the research adopts the analytical comparative approach between the current legislative and judicial reality and what is hoped for legislatively and practically, since it is the most appropriate one for manifesting how effective is the notion of applying the judicial summons in disciplinary cases electronically.

The research concluded that it is necessary to include in the texts of civil service laws what obligates the public employee to include in his job file his e-mail, or any electronic means through which he can be communicated and notified of his judicial papers, and obliging him to notify his employer of any change that occurs to the established electronic means. With his job file, otherwise he will be punished legally, this is with the aim of enabling the person making the announcement to quickly reach it and announce it in the correct legal manner in order to shorten the period of litigation in the disciplinary case.

Keywords: the principle of confrontation, traditional judicial summons, e-judicial summons, e-mail, e-judicial summon notifier.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد

يقوم مبدأ المواجهة على مسألة جوهرية تتمثل في ضرورة تبصير الموظف العام بما هو منسوب إليه حتى يكون على بينة من أمره فينهض للدفاع عن نفسه، وذلك في ضوء كون هذا المبدأ أمراً مستقراً عليه من النواحي القانونية والقضائية باعتباره حقاً من حقوق الدفاع، بدءاً من مرحلة التحقيق حتى مرحلة المحاكمة وتوقيع الجزاء التأديبي؛ بهدف الموازنة بين تحقيق الأمن القانوني للموظف العام وسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

لذلك؛ يُعد الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية من أهم إجراءات التقاضي باعتباره تفعيلًا لمبدأ المواجهة حتى يتمكن المتهم من تحضير دفاعه، ومن ثم حرص المشرع على تنظيم الإعلان القضائي ووضع الضمانات والضوابط التشريعية بما يضمن وصول ورقة الإعلان القضائي للمعلن إليه؛ بهدف إحاطته بجميع عناصر الدعوى حتى يستعد ويجهز دفاعه إعمالاً لمبدأ المواجهة، إلا أن الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية بالطرق التقليدية، يترتب مشكلات لا حصر لها تُعد معوقاً يحول دون الفصل فيها بسرعة خلال مدة زمنية معقولة في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة.

وإزاء ذلك، حرصت العديد من الدول على استخدام الوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي، وذلك في ضوء ما توفره الوسائل الإلكترونية من قلة التكلفة المادية والسرعة والأمان دون الحاجة إلى الانتقال المادي إلى موطن الشخص المُعلن إليه، فضلاً عن توفير الوقت والجهد، وزيادة الشفافية في العمل القضائي.

أولاً: إشكالية البحث:

يُثير البحث إشكالية تتمثل في مدى ملاءمة الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية مع الدعوى التأديبية، لاسيما وأن إجراءات الإعلان الإلكتروني تُثير صعوبات تتعلق في عدم ظهورها بشكل مرئي وملموس هذا من جهة، ومن جهة أخرى مدى انسجام وتوافق الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية مع التشريعات المعمول بها، في ضوء أن دور العدالة لا يجب أن يكون بعيداً عن استخدام التكنولوجيا الحديثة.

ويُثير البحث مجموعة من التساؤلات تتمثل في الآتي:

- ما هو مبدأ المواجهة في المجال التأديبي؟
- ما الإعلان القضائي التقليدي والقائم به؟
- ما مدى جواز تكليف المحكمة التأديبية للنيابة الإدارية بإعلان المتهم؟
- ما أثر عدم حضور الموظف المتهم جلسات المحاكمة؟
- ما المدة المقررة بين الإعلان وتاريخ الجلسة؟
- ما الإعلان القضائي الإلكتروني والقائم به؟
- ما كيفية الإعلان الإلكتروني وميعاده والشروط الواجب توافرها بشأنه؟
- ما مدى جواز إجراء الإعلان القضائي الإلكتروني إلى أي من الأزواج وغيرهم الساكنين مع الشخص المراد إعلانه؟
- ما مخاطر الإعلان الإلكتروني ومقترحات تفاديه؟
- ما الإجراء الواجب اتخاذه حال تعذر الإعلان الإلكتروني؟

ثانياً: أهمية البحث:

يحتل موضوع البحث أهمية كبيرة من الناحية العملية والقانونية؛ فمن الناحية العملية يُعد إدخال الوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي أصبح واقعاً ضرورياً، لما يمثله من فوائد تتمثل في تحقيق العدالة الناجزة، وتبسيط إجراءات الإعلان القضائي، مما يعزز ثقة المتقاضين في النظام القضائي. أما من الناحية القانونية؛ فإن أهمية البحث تتبلور في تقديم مقترح قانوني لكيفية الاستعانة بالوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية، وذلك من خلال التحول التشريعي والإجرائي من نظم الإعلانات القضائية التقليدية إلى نظم الإعلانات القضائية عبر الوسائل الإلكترونية؛

بهدف حل معوقات الإعلان القضائي بالطرق التقليدية التي ينتج عنها تأخر البت في الدعاوى التأديبية، وتسهيل إجراءاتها دون الإخلال بالضمانات القانونية للتقاضي.

ثالثاً: هدف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الجوانب الموضوعية والإجرائية لمبدأ المواجهة في قانوني الخدمة المدنية المصري والبحريني، وكيفية الإعلان القضائي بالطرق التقليدية في الدعوى التأديبية، مع وضع تصور لكيفية إجراء الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية، وذلك من خلال الاستعانة بالوسائل الإلكترونية؛ بهدف تحقيق العدالة الناجزة، وتبسيط إجراءات الإعلان القضائي لمواكبة التطورات الحديثة في نظم التقاضي.

رابعاً: منهج البحث:

سلك الباحث في إعداد البحث: منهجاً تحليلياً مقارناً، على النحو الآتي: المنهج التحليلي: وذلك لما يقتضيه موضوع البحث من ضرورة التعرض لشتى جوانبه بالتحليل والتمحيص وصولاً إلى وضع تصور قانوني لكيفية الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية، وذلك باعتباره وسيلة اقتصادية توفر الوقت والمال إذا ما قُورنت بمصاريف الإعلان التقليدية بواسطة قلم المحضرين. المنهج المقارن: وذلك من خلال تناول تجارب بعض دول مجلس التعاون الخليجي التي اهتمت بموضوع إدخال الوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي، وذلك بالمقارنة بالقانون المصري.

خامساً: خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية مبدأ المواجهة وأساسه القانوني.
المبحث الثاني: الإعلان القضائي التقليدي في الدعوى التأديبية.
المبحث الثالث: الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية.
المبحث الرابع: التنظيم التشريعي للإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية.
ثم خاتمة موجزة، تضمنت أهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول

ماهية مبدأ المواجهة وأساسه القانوني

يتعين لصحة التحقيق التأديبي ضرورة استدعاء الموظف لتبصرته بالاتهام التأديبي المسندة إليه؛ بهدف أن يكون على علم بخطورة موقفه، فينهض لتحضير دفاعه لدرء ذلك الاتهام، وهذا لا يتحقق إلا من خلال توافر مبدأ المواجهة المنصوص عليه قانوناً، بحيث إذا تخلف هذا المبدأ، ترتب على ذلك بطلان قرار الجزاء التأديبي في حق الموظف.

لذلك؛ سنتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: استدعاء الموظف للتحقيق.

المطلب الثاني: تعريف مبدأ المواجهة في مجال المسؤولية التأديبية.

المطلب الأول

استدعاء الموظف للتحقيق

يُعد استدعاء الموظف للتحقيق إجراءً أولياً في مباشرة سلطة التحقيق لعملها تفرضه قوانين الخدمة المدنية^(١)، حيث يهدف التحقيق إلى اظهار الحقيقة، ويطلق عليه مجموعة الإجراءات التي تستهدف تحديد المخالفات التأديبية والمسؤولين عنها^(٢)، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن التحقيق الإداري هو «الفحص والبحث والتقصي الموضوعي والمحايد والنزيه لاستبانة وجه الحقيقة واستجلائها فيما يتعلق بصحة حدوث وقائع محددة ونسبتها إلى أشخاص محددين، وذلك لوجه الحق والصدق والعدالة، ولا يتأتى ذلك إلا بتحديد الواقعة محل الاتهام من حيث عناصرها بوضوح أفعلاً وزماناً وأشخاصاً، فضلاً عن أدلة وقوعها ونسبتها إلى المتهم، فإن قصر التحقيق عن استيفاء عنصر أو أكثر من هذه العناصر، على نحو تجهل معه الواقعة وجوداً وعدماً، أو أدلة وقوعها أو نسبتها إلى المتهم كان التحقيق معيباً»^(٣).

ويُعد استدعاء الموظف للتحقيق دعوة للمثول أمام المحقق في الزمان والمكان المحددين في أمر الاستدعاء، ولا يترتب عليه أي حجر على حريته الشخصية^(٤)، ومن ثم يتعين لبدء التحقيق استدعاء الموظف وتكليفه بالحضور بموجب خطاب رسمي لسماع أقواله قبل موعد التحقيق بوقت كاف، حتى يتسنى إعداد دفاعه وتهيئة نفسه للمثول أمام سلطات التحقيق^(٥)، ويقع على عاتق المحقق بالجهة الإدارية أو عضو النيابة الإدارية القيام بذلك الإجراء.

فالتحقيق مع الموظف يتعين أن يسبقه استدعاء صحيح وفقاً لأحكام القانون ليدلي الموظف بأقواله في التحقيق، ومن ثم إذا لم يتم استدعاؤه يكون التحقيق مشوباً بعيب شكلي يبطله ويبطل قرار الجزاء الصادر بناءً على ذلك التحقيق.

ولم يحدد المشرع شكلاً معيناً لأمر الاستدعاء، إذ إن جهات التحقيق ليست ملزمةً باتباع شكل معين، فقد يكون ذلك عن طريق رسالة مكتوبة موجهة لصاحب الشأن أو إشارة تليفونية أو بالفاكس أو بالبريد^(٦)، إلا أنه يتعين لصحته أن يكون محدداً، وبصورة تشير صراحة إلى كون الموظف مطلوب

١. د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨، ص ١٣٧.

٢. مفاوري محمد شاهين: المسألة التأديبية، عالم الكتب، ١٩٧٤، ص ٢٥٧.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٦٨٣٠٦ لسنة ٦١ ق، ع، جلسة ٢٠١٦/٥/١١، مكتب فني ٦١، ج ١، ص ١٠٣٦.

٤. د. حسن صادق المرصفاوي: أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، ١٩٩٦، ص ٤٢٠.

٥. د. سعد الشتيوي: التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ٣٠.

٦. د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص ٥٦٢.

للتحقيق معه، حتى يشعر بخطورة الموقف، ويصدر أمر الاستدعاء من الجهة القائمة على التحقيق سواء كانت الجهة الرئيسية التي يتبعها الموظف أو النيابة الإدارية إذا كانت تتولى التحقيق^(١). لذلك؛ يجب أن يتضمن أمر التكليف بالحضور بيانات أساسية، تتمثل في اسم الموظف المتهم ووظيفته ومحل إقامته والتهمة المنسوبة إليه والجهة المختصة بالتحقيق معه ومكان وزمان التحقيق^(٢)، ويتحقق العلم اليقيني بأمر التكليف متى وقع الموظف على ذلك الأمر أو استلامه لأمر التكليف المرسل له عبر البريد.

ويمثل حق الموظف في حضور إجراءات التحقيق بنفسه أحد المبادئ القانونية التي لا تحتاج إلى نص يقررها، فلا يجوز للإدارة أن تحرم الموظف من حضور التحقيق ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو أن يتنازل الموظف عن حقه في الحضور الشخصي لإجراءات التحقيق^(٣)، حيث نصت المادة ٨ من قانون إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته على أنه «يجوز للموظف أن يحضر بنفسه جميع إجراءات التحقيق إلا إذا اقتضت مصلحة التحقيق أن يجري في غيبته».

وتجدر الإشارة إلى أن غموض أمر الاستدعاء لا تتحقق من خلاله الحكمة من هذا الإجراء، فقد لا يُعبر الموظف هذا الأمر اهتماماً لجهله بما هو مقصود منه^(٤)، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «الإخطار الذي أرسل للكلية التي يعمل بها الطاعن لإعلانه للحضور بمكتب المستشار القانوني قد جاء خلواً من تحديد سبب هذه المقابلة، فلم يُشر من قريب أو بعيد للتحقيق الذي سيجري معه فيما هو منسوب إليه، وهو بذلك يكون قد أغفل إجراءً جوهرياً»^(٥).

وإذا تم استدعاء الموظف للتحقيق وفقاً للإجراءات القانونية وتخلف عن الحضور، فإنه بذلك يكون قد فوّت على نفسه فرصة إبداء دفاعه، ويتم استكمال التحقيق وتوقيع الجزاء التأديبي حال ثبوت خطئه الوظيفي، حتى لا يعد التخلف عن حضور التحقيق معوقاً للسير في إجراءاته وتأخر الفصل في المسؤولية التأديبية^(٦).

١. د. عبداللطيف بن شديد الحربي: ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دراسة تحليلية تأصيلية فقهية مقارنة بما استقر عليه القضاء السعودي، بدون دار نشر، ٢٠٠٦، ص ٣٧٧.

٢. فقد نصت المادة ١٥٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ على أنه "يتعين قبل البدء في التحقيق مع الموظف إعلانه كتابةً على نحو يتحقق به علمه بقرار الإحالة للتحقيق من خلال أمر استدعاء يشتمل على البيانات الآتية: اسمه رباعياً، والرقم القومي، واسم الوظيفة التي يشغلها، وموضوع المخالفة المنسوبة إليه، والسلطة التي قررت إحالته إلى التحقيق وتاريخ القرار، وموعد بدء التحقيق ومكانه، على ألا تتجاوز الفترة الزمنية لبدء التحقيق عشرة أيام من تاريخ تسلم قرار الإحالة إلى التحقيق".

كما نصت المادة ٣٧/١ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠ الصادرة بالقرار رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ بأنه "... ويجب أن يتضمن الإخطار بياناً موجزاً بالوقائع التي تشكل المخالفة أو المخالفات وتاريخ وقوعها....".

٣. د. محمد عصفور: ضوابط التأديب في نطاق الوظيفة العامة، بدون دار نشر، ١٩٧٢، ص ٥٨.

٤. د. سعد الشتيوي: التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٣١.

٥. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٣١٥ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١١/٢٢/١٩٨٣، السنة ٢٩، ج ١، ص ١٠٧.

٦. ويلاحظ أن المادة ١٥٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ نصت على أنه "إذا امتنع الموظف المحال إلى التحقيق عن الحضور رغم إعلانه كتابةً يتم إعادة إعلانه خلال ثلاثة أيام عمل بالموعد الجديد، فإذا تخلف عن الحضور تسيير

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «يجب إجراء التحقيق في المخالفات المنسوبة للموظف العام قبل توقيع الجزاء الإداري عليه، وعلى النيابة الإدارية أثناء مباشرتها التحقيق استدعاء الموظف المخالف بالوسائل القانونية المتاحة، وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على محل إقامته المثبت لدى جهة العمل، وإحاطته علماً بالمخالفة المنسوبة إليه، وبجلسات التحقيق المحددة لاستجوابه، فإذا امتنع عن المثول للتحقيق، فإنه يكون قد أهدر فرصة الدفاع عن نفسه أمام النيابة الإدارية، ويكون لها أن تتصرف في الأوراق»^(١).

كما قضت أيضاً بأن «المستقر عليه فقهاً وقضاً أنه يتعين استدعاء الموظف للتحقيق معه في المخالفات المنسوبة إليه، فإذا لم يتم استدعاء الموظف وسماع أقواله وأوجه دفاعه كان في هذا إخلالاً خطيراً بحق الدفاع، وتكون التحقيقات التي أجريت في غيبته دون عمله وانتهت إلى مسؤوليته كلها إجراءات باطلة»^(٢).

استدعاء الموظف للتحقيق بالوسائل الإلكترونية:

لم ينص كل من المشرع المصري والبحريني على جواز استدعاء الموظف للتحقيق بالوسائل الإلكترونية، وذلك على خلاف نظيريه الإماراتي والقطري، حيث نص المشرع الإماراتي في المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٢ على جواز استخدام الوسائل الإلكترونية في استدعاء الموظف وإخطاره بالمخالفة المنسوبة إليه، حيث أجازت إخطاره من قبل إدارة الموارد البشرية في الجهة الاتحادية بالمخالفة المنسوبة إليه وفق إجراءات الموارد البشرية المتبعة في الحكومة الاتحادية وأنظمتها الرقمية المعتمدة، ويتم استدعاؤه للتحقيق خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام عمل^(٣).

كما نص المشرع القطري في المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية المدنية القطري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٦ على جواز إخطار الموظف بميعاد التحقيق بإحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة^(٤)،

جهة التحقيق في استكمال التحقيق، وينطبق ذات الحكم في حالة رفض الموظف تسليم أمر الاستدعاء ويتأثر على أمر الاستدعاء بذلك ويودع ضمن أوراق التحقيق“.

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٨٩٠ لسنة ٥٨ ق، جلسة ٢٠١٧/٢/١٨، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.
٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٦٤ ق، جلسة ٢٠٢٤/٦/٢٢، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.
٣. راجع المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية رقم ٤٨ لسنة ٢٠٢٣ للمرسوم الاتحادي رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٢ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، فقد نصت على أنه

١. يتم إخطار إدارة الموارد البشرية في الجهة الاتحادية بارتكاب الموظف للمخالفة وفق إجراءات الموارد البشرية المتبعة في الحكومة الاتحادية وأنظمتها الرقمية المعتمدة، من رؤساء الموظف موضعاً به المخالفة المنسوبة إلى الموظف والأدلة والفرائن المتعلقة بها.
٢. تقوم إدارة الموارد البشرية في الجهة الاتحادية بإخطار الموظف المخالف بنوع المخالفة المنسوبة له واستدعاءه للتحقيق خلال مدة لا تتجاوز (٣) ثلاثة أيام عمل، وفي حال عدم حضور الموظف في الموعد المقرر، فلها أن تقوم بالتصرف والسير في إجراءات التحقيق في غيبته

٣. تقوم إدارة الموارد البشرية في الجهة الاتحادية في غضون (٢) أسبوعين بدراسة المخالفة والأدلة والفرائن وفرض الجزاء المناسب وفق التشريعات السارية، وإشعار الموظف بما فرض عليه من جزاء.

٤. المادة ٣٧/٢ من اللائحة التنفيذية رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ لقانون الخدمة المدنية البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠.

وإن كان المشرع البحريني قد نص على جواز إخطار الموظف بإحالاته للتحقيق بأي وسيلة تراها لجنة التحقيق ملائمة، بالإضافة للوسائل الأصلية لإخطاره بذلك الأمر^(١)، إلا أن ذلك لا يمنع من ضرورة النص صراحة على جواز استدعاء الموظف للتحقيق بالوسائل الإلكترونية، ومن ثم نوصي كلاً من المشرع المصري والبحريني بالسير على نهج نظيريه الإماراتي والقطري في هذا الشأن. المدة المقررة بين أمر الاستدعاء وموعد التحقيق:

لم يحدد المشرع المصري في قانون الخدمة المدنية مدة تفصل بين أمر الاستدعاء وموعد التحقيق مثلاً هو منصوص عليه في قانوني الإجراءات الجنائية والمرافعات المدنية، ولكن ذلك لا ينفي أن يتم إعلان الموظف بأمر الاستدعاء بوقت كاف حتى يتسنى له إعداد دفاعه وتهيئة نفسه أمام سلطات التحقيق، وهو ما يتعين معه على المحقق مراعاة المسافة التي تبعد عن مقر التحقيق^(٢)، أما المشرع البحريني فقد نص على ضرورة إخطار الموظف كتابة خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إحالاته للتحقيق للمثول أمام اللجنة في المخالفة أو المخالفات المنسوبة إليه^(٣).

الأثر المترتب على عدم استدعاء الموظف للتحقيق:

يجب أن يسبق التحقيق مع الموظف استدعاؤه بالطرق القانونية حتى يمثل أمام جهات التحقيق سواء أكانت الجهة الرئاسية أو النيابة الإدارية، وإذا لم يتم الاستدعاء يكون التحقيق مشوباً بغييب شكلي يبطله ويبطل قرار الجزاء المترتب عليه^(٤)، ومن ثم إذا صدر قرار الجزاء دون استدعاء للموظف وسماع أقواله وأوجه دفاعه، فإن التحقيقات التي تكون قد أجريت في غيبته باطلة، ويبطل قرار الجزاء الصادر استناداً إليها، وذلك للإخلال بحق الدفاع الذي كفله المشرع للموظف^(٥).

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه «ولما كان الثابت من الأوراق والتحقيقات التي أجريت بمعرفة المحقق القانوني بجامعة قناة السويس أو بمعرفة مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس بجامعة السويس والصادر بشأنها قرار مجلس التأديب المطعون عليه أنها قد تمت في غيبة الطاعن ودون علمه، وقد خلت الأوراق من ثمة دليل على استدعائه للتحقيق على النحو الصحيح والمقرر قانوناً، ومن ثم تكون التحقيقات التي أجريت قبل إحالاته لمجلس التأديب باطلة...»^(٦).

كما قضت أيضاً بأنه «إذا كان الثابت من الأوراق أنه لم يجر تحقيق مع المطعون ضده بشأن المخالفة المنسوبة إليه بقرار الإحالة، فإنه لا يمكن القول بأن فرصة التحقيق قد اتاحت له فأهدرها، ومن ثم فإن قرار إحالاته للمحكمة التأديبية يكون قد أهدر ضمانات أساسية من ضمانات الاتهام والمحكمة

١. المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٦ لقانون الموارد البشرية المدنية القطري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٦.

٢. د. مغاوري محمد شاهين: المسألة التأديبية، مرجع سابق، ص ٣٩٨، د. سعد الشتيوي: التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٣١.

٣. المادة ١/٣٧ من اللائحة التنفيذية رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ لقانون الخدمة المدنية البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠.

٤. د. عبداللطيف بن شديد الحربي: ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

٥. المستشار. سمير صادق: قرارات وأحكام التأديب في ميزان المحكمة الإدارية العليا: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٥، ص ١٢٣.

٦. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٦١٣٤ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٠١٧/٢/١٨، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.

وهي التحقيق، وبالتالي فإن عيباً جوهرياً يكون قد شاب قرار إحالة المطعون ضده إلى المحاكمة التأديبية من شأنه أن يؤدي إلى بطلانه»^(١).

كما ذهب إلى أنه «إذا تم استدعاء الموظف للتحقيق معه في مخالفات منسوبة إليه وعدم إنكاره استدعائه للتحقيق، فإن ذلك يعتبر تسليماً منه بصحة حصول هذا الاستدعاء، ويكون بذلك قد فوت على نفسه فرصة الدفاع عن نفسه وإدراة ضمانته أساسية قد حولها له القانون، وتكون جهة الإدارة في حل توقيع الجزاء عليه من أدلة الثبوت ضده»^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن التحقيق الذي يتم عن طريق النيابة الإدارية ويترتب عليه إحالة الموظف للمحاكمة التأديبية، فإنه يجوز له إبداء دفاعه أمام المحكمة التأديبية، ومنها عدم استدعائه للتحقيق ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه قبل إحالته للمحاكمة، وقد تواجه المحكمة بالتهمة المنسوبة إليه وتمنحه أجلاً لذلك، الأمر الذي يغنيه عن التمسك ببطلان التحقيق الابتدائي الذي تم دون استدعائه للحضور، حيث إن الغاية من الاستدعاء قد تحققت، ومن ثم فإن المتهم قد استطاع تدارك ما فاتته من مبدأ المواجهة^(٣).

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «مواجهة العامل المخالفة بالمخالفة المسندة إليه تعتبر من الضمانات الأساسية التي يجب توافرها وذلك بإجراء تحقيق - الحكمة من في تقدير هذه الضمانة هي إحاطة العامل بما نسب إليه ليدلي بأوجه دفاعه - إذا كان في إمكان المتهم أن يبدي دفاعه أمام المحكمة أو مجلس التأديب فلا يقبل منه بعد ذلك الدفع ببطلان التحقيق استناداً إلى الإخلال بحقه في الدفاع»^(٤).

مدى جواز الطعن على قرار الإحالة للتحقيق:

ذهب البعض إلى أن الأمر بالإحالة للتحقيق لا يشكل قراراً إدارياً يجوز الطعن عليه استقلاً، إذ يُعد إجراءً تمهيدياً سابقاً على المحاكمة، ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه استقلاً قبل صدور القرار النهائي من السلطة التأديبية المختصة، إذ ليس ثمة مصلحة تعود على العامل من جراء طعنه أو تظلمه من هذا القرار^(٥).

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن الأمر بالإحالة للتحقيق يُعد قراراً إدارياً قابلاً للطعن فيه بالإلغاء لما يترتب عليه من آثار قانونية قد تؤدي إلى وقف الموظف عن العمل أو فصله^(٦).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٨٨٤ لسنة ٥٨ ق، جلسة ٢٠١٧/١٢/١٨، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٩٨٠/٤/١٢، السنة ٢٥، ج ١، ص ٩٥.

٣. د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ١٤٠.

مغاوري محمد شاهين: المسألة التأديبية، عالم الكتب، ١٩٧٤، ص ٢٥٧.

٤. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٩٩٣ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٩٧/٤/٢٦، السنة ٤٢، ج ٢، ص ٩٠١.

٥. مغاوري محمد شاهين: المسألة التأديبية، مرجع سابق، ص ٢٥٩، د. زكي النجار: الوجيز في تأديب العاملين، الهيئة المصرية العامة

للكتاب، ١٩٨٦، ص ٧٩.

٦. د. عبدالفتاح حسن: التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ١٤٦، د. سعد الشتيوي: التحقيق الإداري في نطاق

الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٣٣.

ومن جانبنا، نرى بأن الأمر بالإحالة للتحقيق لا يجوز الطعن عليه استقلاً، إذ إنه لا يُعد قراراً إدارياً نهائياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء، بل هو إجراء تهميدي بالإحالة للتحقيق للوقوف على مدى ثبوت الاتهام المسند للموظف في حقه من عدمه.

المطلب الثاني

تعريف مبدأ المواجهة في مجال المسؤولية التأديبية

يقصد بمبدأ المواجهة في مجال المسؤولية التأديبية إحاطة الموظف بما هو منسوب إليه من اتهامات حتى يكون على علم وبينه من اتهمه، لكي يتمكن من إبداء دفاعه، وذلك قبل أن تتخذ في حقه أية إجراءات تحقيقية، إذ إن هذا المبدأ ذو صلة وثيقة بحق الدفاع^(١).

وقد عرف القضاء الإداري مبدأ المواجهة بأنه إيقاف العامل على حقيقة التهمة المسندة إليه، وأن يحاط علماً بمختلف الأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة، حتى يستطيع أن يدلي بأوجه دفاعه^(٢). وتُعد الحكمة من تقرير مبدأ المواجهة هي تبصير الموظف بالاتهام المنسوب إليه بالأوراق وإحاطته به حتى يكون على علم وبصيرة بذلك الاتهام، وكذلك بالأدلة التي تشير لارتكابه المخالفة التأديبية حتى ينهض للدفاع عن نفسه منعاً للمساءلة التأديبية.

لذلك، يعتبر مبدأ المواجهة أصلاً من أصول الدفاع، وذلك باعتباره من الحقوق المقدسة التي كفلتها الدساتير^(٣)، فلا يجوز توقيع عقوبة على الموظف دون مواجهته بالاتهامات المنسوبة إليه حتى يكون على بينة من أمره^(٤)، حيث يمثل مبدأ المواجهة أحد الضمانات الجوهرية التي ينبغي كفالته للمتهم سواء في مرحلة التحقيق أو المحاكمة؛ وذلك بغرض إيقاف الموظف على حقيقة التهم المسندة إليه وإحاطته علماً بالأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة التأديبية، حتى يستطيع الدفاع عن نفسه^(٥).

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه «يجب أن يكون للتحقيق الإداري كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته و ضماناته من حيث وجوب استدعاء الموظف وسؤاله ومواجهته بما

١. د. محمد عبدالله الشوابكة: مبدأ المواجهة وأثر إغفاله على فرض العقوبة التأديبية، دراسة مقارنة في التشريع العماني والأردني، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، العدد ٣٠، يناير ٢٠١٩، ص ٢١، د. علي سعود الظفيري: القيمة القانونية لمبدأ المواجهة في الإجراءات التأديبية، دراسة تحليلية في ظل قانون الخدمة المدنية الكويتي والقانون المقارن، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد ٣، سبتمبر ٢٠٢١، ص ٢٣.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٧٥٢ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠١٥/٣/١٤، السنة ٦٠، ج ١، ص ٦٣٩، الطعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٦/١٢/١٩٦٧، السنة ١٣، ج ١، ص ٢٧٣.

٣. المادة ٢٠/ج من دستور مملكة البحرين الصادر عام ٢٠٠٢، والمادة ٩٦ من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤.

٤. فقد نصت المادة ٥٩ من قانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ وكذلك المادة ٥/٢٢ من قانون الخدمة المدنية البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠ على أنه "لا يجوز توقيع الجزاء على الموظف إلا بعد التحقيق معه وسماع أقواله وتحقيق دفاعه كتابة، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسبباً، ويجوز بالنسبة للمخالفات التي يكون الجزاء فيها التنبيه الشفوي أو الإنذار الكتابي أن يكون التحقيق بشأنها شفاهاً على أن يثبت مضمونه في القرار الصادر بتوقيع الجزاء، وتضع اللائحة التنفيذية ضوابط التحقيق الإداري والتصرف فيه».

٥. د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ١٢٧.

هو مأخوذ عليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه»^(١)، كما قضت أيضاً بأن «التحقيق الإداري لا يكون مستكملاً لمقوماته الموضوعية بغير توافر مبدئين أساسيين؛ أولهما: هو مبدأ المواجهة بالالتزام وتحديد في المكان والزمان، وثانيهما: هو تحقيق دفاع المتهم على نحو يوضح بجلاء مدى مسؤوليته عن المخالفة، وبغير هذين المبدئين أو أحدهما يغدو التحقيق باطلاً لا يمكن أن يرتب أثراً في توقيع الجزاء على المتهم»^(٢).

وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن مواجهة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه أمرٌ ضروري يتحقق من خلاله مبدأ المواجهة التي كفلها القانون^(٣)، لأن ذلك يعتبر من المبادئ العامة للقانون^(٤)، ورغم أهمية مبدأ المواجهة كضمانة قانونية هامة للمتهم، إلا أنها خضعت لتطور بطيء في مجال التأديب على خلاف المجال الجنائي^(٥)، وبرر البعض ذلك بخشية إعاقة العمل الإداري^(٦).

ويكمن هذا المبدأ في إعلان الموظف المحال وإخطاره بالالتزام المسند إليه، ومنحه أجلاً كافياً لإعداد دفاعه، وتمكينه من الاطلاع على الملف إذا أبدى رغبته في ذلك^(٧)، وذلك لكون مبدأ المواجهة في مجال المسؤولية التأديبية هو العمود الفقري لضمانة دفاع الموظف المحال للتحقيق عن نفسه، إذ إنه بدون هذه الضمانة لا يمكن للمحال للتحقيق أن ينهض للدفاع عن نفسه حتى يقي نفسه من الجزاء التأديبي^(٨).

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يتعين توفير قدر من الضمانات الجوهرية كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية، وأن هذا القدر يتحدد طبقاً لما تملّيه العدالة المجردة وضمير الإنصاف والأصول العامة في المحاكمات، وإن لم يرد عليه نص، ذلك أن القرار التأديبي هو في الواقع من الأمر قضاء عقابي في خصوص الذنب الإداري^(٩).

الجوانب الشكلية لتحقيق مبدأ المواجهة:

لم يحدد المشرع المصري والبحريني إطاراً شكلياً معيناً لتحقيق مبدأ المواجهة، حيث يتحقق ذلك المبدأ بتحقيق الغاية منه، وهي تبصرة الموظف العام بما هو منسوب إليه حتى يتحقق لديه العلم

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨٣٤ لسنة ٦ ق، جلسة ١٨/١/١٩٥٣، السنة ٧، ج ٢، ص ٣٣٤، والطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥ ق، جلسة ١١/٢/١٩٦١، السنة ٦، ج ٢، ص ٧٠٦.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٩٦٨ لسنة ٦٨ ق، جلسة ١٥/٤/٢٠٢٣، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.
3. Marceau Long; Prosper Weil; Guy Braibant; Pierre Delvolvé; Bruno Genevois. Les grands arrest de la jurisprudence administrative. DALLOZ. 2003. P. 161.

4. Lachaume (J.F), la fonction publique, DALLOZ, 1998, p. 95.

٥. د. سعد الشتيوي: التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٩٨.

٦. محمد ماجد ياقوت: شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٨٣١.

٧. د. عائشة سيد أحمد: خصوصية إجراءات التحقيق التأديبي وضماناته التقليدية والإلكترونية أمام النيابة الإدارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٩، ص ١٤١.

٨. د. علي سعود الظفيري: القيمة القانونية لمبدأ المواجهة في الإجراءات التأديبية، مرجع سابق، ص ٢٦.

٩. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤ ق، جلسة ٢١/٣/١٩٥٩، السنة ٤، ج ٢، ص ٩٨٢، والطعن رقم ٢٣٢٩٠ لسنة ٦٣ ق، جلسة ١٨/١/٢٠٢٠، حكم غير منشور.

اليقيني بالاتهام التأديبي فينهض للدفاع عن نفسه.

ومن ثم فإن هذا المبدأ يماثل مبدأ المواجهة بين الخصوم في الدعاوى القضائية، وذلك في ضوء ما أوجبه المشرع المصري والبحريني في قانون الإجراءات المدنية والتجارية بضرورة أن يعلم كل طرف في الدعوى بكل إجراء من إجراءات الخصومة التي يكون طرفاً فيها، ويتحقق ذلك العلم عن طريق المواجهة، ومن ثم من الضروري أن يتم إعلان المدعى عليه في الدعوى إعلاناً صحيحاً وفقاً لأحكام القانون لانعقاد الخصومة حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه^(١).

ويتعين أن تكون التهمة الموجهة للموظف العام محددةً المعالم بشكل واضح، وذلك بتوجيه الاتهام بأسئلة في عبارات صريحة وبطريقة تمكنه من إبداء دفاعه، حيث إن مواجهة الموظف العام بالاتهام المسند إليه بالأوراق في مجال التأديب يُعد أمراً هاماً للغاية، وذلك في ضوء أن الاتهام في مجال التأديب قد يثير اللبس والغموض، نظراً لعدم خضوع الجريمة التأديبية لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وعدم تقنين الجرائم التأديبية وصعوبة تحديدها^(٢).

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «التحقيق يفترض في معناه الاصطلاحي الفني أن يكون ثمة استجواب يتضمن أسئلة محددة موجهة للعامل، تفيد نسبة اتهام محدد إليه في عبارات صريحة وبطريقة تمكنه من إبداء دفاعه والرد على ما وجه إليه من اتهامات، ويكون من شأنها إحاطته علماً بكل جوانب المخالفة المنسوبة إليه»^(٣).

وتكمن الحكمة من ذلك، أن تحديد الأسئلة الموجهة للموظف بأسئلة صريحة ومباشرة تحمل معنى الاتهام تجعله يستشعر أن سلطة التحقيق في سبيلها لمؤاخذته تأديبياً إذا ترجحت لديها أدلة إدانته، فينهض للدفاع عن نفسه، لما للجزاء التأديبي من أثر على حياته الوظيفية.

كما قضت بأنه «كل مخالفة تأديبية هي خروج عن واجب وظيفي لا بد وأن يكون محدد الأبعاد من حيث المكان والزمان والأشخاص وسائر العناصر الأخرى المحددة لذاتية المخالفة ذلك التحديد الذي لا بد وأن يواجه به المتهم في التحقيق بعد بلورته في صورة دقيقة المعالم على النحو الذي يمكن المتهم من الدفاع عن نفسه، وإلا كان الاتهام فضفاضاً يتعذر على المتهم تحديده، مما يعتبر إخلالاً بحق الدفاع»^(٤).

أثر عدم تحقق مبدأ المواجهة:

يُعد مبدأ المواجهة من أول ضمانات التحقيق التأديبي باعتباره من أهم الضمانات الجوهرية لحق الدفاع، فقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن مبدأ المواجهة من المبادئ الأصولية في

١. راجع في شأن ذلك: د. عبد الله عبد الحى الصاوي: عيوب الإعلان القضائي وأثره على الدعوى المدنية، دراسة تأصيلية تحليلية في قانون المرافعات المصري، مجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد ١٠، ٢٠١٩، ٤٩٢ وما بعدها.

٢. د. سعد الشتيوي: التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ١٠١، د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ١٦٩.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٤٨٤ لسنة ٣٢ ق، جلسة ١٩٨٨/٤/٥، السنة ٣٣، ج ٢، ص ١٢٥٤.

٤. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٨٩/١٢/٩، السنة ٣٥، ج ١، ص ٤٢٩.

الإجراءات التأديبية، وبغير وجود هذا المبدأ على نحو صحيح يكون قرار الاتهام باطلاً غير قائم قانوناً^(١)، ومن ثم إذا لم يتم مواجهة الموظف العام بالاتهام المسند إليه بالأوراق في التحقيقات التي تجرى معه حتى يتمكن من تقديم أوجه دفاعه ودفعه في شأن ما نسب إليه، فإنه يتعين القضاء ببطلان قرار الجزاء التأديبي الصادر في حقه.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يبين من استعراض الوقائع أن الاتهام المنسوب للطاعنين والقائم بالنسبة للأول على موافقته وآخرين على منح تسهيلات لعملاء دون ضمانات كافية وبالنسبة للطاعنة الثانية على أنها قررت على غير الحقيقة كفاية البيانات التي قدمها العملاء لسداد مديوناتهم، هذا الاتهام لم يتم توجيهه إليهما في أي مرحلة سواء أمام النيابة العامة أو الإدارية، وعليه فإن المحكمة لا يسعها إلا تطبيق أصل البراءة المفترض في المتهم^(٢).

كما قضت أيضاً بأن «عدم مواجهة المتهم بالاتهام المنسوب إليه وتمكينه من إبداء دفاعه من شأنه إهدار أهم ضمانات من ضمانات التحقيق على نحو يعيبه، الأمر الذي يترتب عليه بطلان الجزاء المبني عليه سواء صدر بهذا الجزاء قرار إداري أو حكم تأديبي»^(٣)، ومن ثم فإن حق الدفاع يقتضي مواجهة الموظف المتهم بما هو منسوب إليه وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، إذ إن ذلك يعد من الأسس الجوهرية للتحقيق القانوني، حتى يستطيع الدفاع عن نفسه^(٤).

وتأكيداً لأهمية مبدأ المواجهة، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه «يجب أن يكون تحت يد الجهة التي تملك توقيع الجزاء التأديبي تحقيق مستكمل الأركان، حتى يكون في مكنها الفصل على وجه شرعي وقانوني في الاتهام المنسوب للعامل، سواء بالبراءة أو الإدانة، أثر ذلك: أي قرار أو حكم يصدر دون تحقيق أو استجواب سابق، أو يصدر مستنداً على تحقيق مبتسر، أو غير مستكمل الأركان»^(٥).

كما ذهبت أيضاً بأنه «لا يكون التحقيق مستكمل الأركان من حيث محله وغايته إلا إذا تناول الواقعة محل الاتهام بالتمحيص، ولا بد أن يحدد عناصرها بوضوح ويقين من حيث الأفعال والزمان والمكان والأشخاص وأدلة الثبوت، فإذا ما قُصّر التحقيق عن استيفاء عنصر أو أكثر من هذه العناصر على نحو تجهل معه الواقعة وجوداً وعدماً، ونسبتها إلى المتهم كان تحقيقاً معيباً، ويكون قرار الجزاء المستند إليه معيباً كذلك»^(٦).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٩٩٩٤ لسنة ٥٩ق، جلسة ٢٠١٣/٥/١٩، السنة ٥٨، ص ٧٤٥.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٣٤ق، جلسة ٢٠٠٠/١١/١٢، مشار إليه لدى مؤلف د. محمد ماهر أبو العينين: وجيز أحكام المحكمة الإدارية العليا عن العام ٢٠٠٠/٢٠٠١، ص ١٧٤.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٥٧١٦ لسنة ٥٥ق، جلسة ٢٠٢٠/١/١٨، حكم غير منشور.

٤. د. علي سعود الظفيري: القيمة القانونية لمبدأ المواجهة في الإجراءات التأديبية، مرجع سابق، ص ٢٤.

٥. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٥١٠٩ لسنة ٥٢ق، جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٦، السنة ٥٢، ج ١، ص ٢٩.

٦. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٨٥٥٥ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٢٤/٥/٢٥، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.

المبحث الثاني

الإعلان القضائي التقليدي في الدعوى التأديبية

يُعد الغاية من التأديب تقويم الموظف المخطئ وإصلاح نظام الحكم لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد على نحو يمكنها من الوفاء بالتزاماتها، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير الضمانات القانونية للموظف العام، بحيث يحاط علماً بالتهمة المنسوبة إليه بالأوراق؛ تمكيناً له للدفاع عن نفسه وإعلانه بتقرير الاتهام بإحالتها للمحاكمة التأديبية، والجلسة المحددة لنظر الدعوى.

فقد أوجب القانون بضرورة إعلان الموظف عن طريق قلم كتاب المحكمة التأديبية على محل إقامته أو على محل عمله بخطاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول، حيث نظم المشرع المصري كيفية إعلان المتهم في الدعوى التأديبية، فقد نصت المادة ٣٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه «تقام الدعوى التأديبية من النيابة الإدارية بإيداع أوراق التحقيق وقرار الإحالة قلم كتاب المحكمة التأديبية المختصة، ويجب أن يتضمن القرار المذكور بياناً بأسماء العاملين، وفئاتهم والمخالفات المنسوبة إليهم، والنصوص القانونية الواجبة التطبيق...»^(١).

كما نص المشرع البحريني على كيفية إعلان الموظف المحال لمجلس التأديب، وذلك بأن يتم إعلانه بموجب خطابات رسمية على محل عمله إذا كان مستمراً في عمله، أو على محل إقامته أو محل إقامة أحد أقربائه المدونة أسماؤهم بملف خدمته، وذلك إذا كان موقوفاً أو منقطعاً عن العمل، أو بأي وسيلة أخرى يراها مجلس التأديب ملائمة^(٢).

لذلك، سنتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الإعلان القضائي.

المطلب الثاني: الجوانب الشكلية في الإعلان القضائي.

المطلب الثالث: كيفية إجراء الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية.

المطلب الأول

تعريف الإعلان القضائي

يُعد الإعلان القضائي من أهم الإجراءات في الدعوى، إذ إن العديد منها يتوقف على إتمامه بصورة سليمة^(٣)، فهو الوسيلة القانونية المعتمدة التي تتعقد بها الخصومة القضائية، حيث يعد وسيلة علم الشخص بما يُتخذ ضده من إجراءات، وهو أمر يتطلبه القانون في كثير من الأعمال الإجرائية؛ بغرض إيصال واقعة معينة لعلم المعلن إليه إعمالاً لمبدأ المواجهة^(٤).

١. المادة ٣٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته.

٢. المادة ٧/٣٨ من اللائحة التنفيذية رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ لقانون الخدمة البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠.

٣. د. فاطمة عادل سعيد: التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا،

الجزء الأول، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ٣٨٧.

٤. د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٤٥.

فالإعلان القضائي بهذا الشكل يساعد في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره من المبادئ الأساسية لإجراءات التقاضي، إذ إن هذا المبدأ يقتضي ضرورة تمكين كل خصم في الدعوى من الإلمام بكافة إجراءاتها، حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه.

ويُعد الإعلان في الدعوى التأديبية إجراء لاحق لإقامتها، إذ إنه ليس ركناً من أركانها وإنما هو إجراء لاحق مستقل^(١)، حيث لا يشترط لانعقادها صحيحاً إعلان الطرف الآخر كما هو الحال بشأن الدعاوى المدنية، فالدعوى التأديبية لا تتطلب سوى وصول الخصومة إلى علم القضاء التأديبي دون اشتراط علم الطرف الآخر في الدعوى^(٢).

ويلاحظ أنه لا يترتب على عدم إعلان المتهم بقرار الإحالة وتاريخ الجلسة خلال أسبوع واحد من تاريخ إيداع الأوراق بطلان الإجراءات، لأن هذا الميعاد هو من قبيل المواعيد التنظيمية التي هدف المشرع منها إلى سرعة الفصل في الدعوى التأديبية، دون أن يترتب على عدم الالتزام بتلك المدة بطلان الإجراءات^(٣).

المطلب الثاني

الجوانب الشكلية في الإعلان القضائي

تُعد شكلية ورقة الإعلان عنصر من عناصرها يترتب على عدم مراعاتها بطلان الإعلان، إذ إن القاعدة العامة للأعمال الإجرائية هي أن الإجراءات القضائية عمل شكلي، بحيث لا يترك القانون للقائم به حرية اختيار وسيلة القيام به، بل يحدد له هذه الوسيلة ويفرضها عليه^(٤).

لذلك، ينظم القانون قواعد الإعلان حتى يحقق فاعليته في الإجراء تمهيداً ومساعدة في ممارسة حق الدفاع، ويشترط بيانات معينة لا بد أن يتضمنها الإعلان ويرسم خطوات لهذا الإعلان^(٥)، فالناحية الشكلية في الإعلان القضائي تقتضي أن تكون ورقة الإعلان جامعة لكل ما هو مطلوب قانوناً من بيانات وخطوات يستوجبها القانون كإجراء جوهري^(٦).

ويتعين لصحة الإعلان أن يكون قرار الإحالة مبيناً به أسماء الموظفين المحالين، ودرجاتهم الوظيفية ومحل إقامتهم والمخالفات المنسوبة إليهم، والنصوص القانونية الواجبة التطبيق وتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى، مع مراعاة أن يكون إعلان المتهم تأديبياً بوقت كاف حتى يتمكن من إعداد دفاعه، وأن يكون الإعلان في محل إقامة المعلن إليه أو في محل عمله بموجب خطاب مصحوب بعلم

١. المستشار. عبد الوهاب البنداري: طرق الطعن في العقوبات التأديبية إدارياً وقضائياً للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ١٠٣.

٢. د. محمد الحسيني: إشكاليات الدعوى التأديبية وحلولها القضائية والعملية، بدون دار نشر أو سنة نشر، ص ٣٤٤.

٣. د. مغاوري محمد شاهين: المسألة التأديبية، عالم الكتب، ١٩٧٤، ص ٣٩٨.

٤. د. فتحي والي: الوسيط في القانون المدني، الطبعة الثانية، نسخة نقابة المحامين، ١٩٨٢، ص ٤٢١.

٥. د. نبيل إسماعيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، دراسة تحليلية وعملية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٣٠ وما بعدها.

٦. د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٠٠.

الوصول، وذلك للاستيثاق والتأكد من تمام الإعلان باعتباره إجراءً جوهرياً^(١). فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «وإن كان الثابت من أن قلم كتاب المحكمة التأديبية قد أرسل إلى المحال - الطاعن - الكتاب رقم... على محل إقامته المعلوم لدى الجهة الإدارية والذي ارتد ثانية إلى المحكمة التأديبية إلا أنه يبين من الاطلاع على هذا الخطاب المرتد أنه لم يكن مصحوباً بعلم الوصول وأنه لا يتضمن صورة من تقرير الاتهام وإنما اقتصر فقط على بيان تاريخ الجلسة، ومن ثم فإن ذلك الخطاب لم يكن بالوسيلة الصحيحة التي رسمها القانون ولم يتضمن البيانات التي تتطلبها المادة رقم ٣٤ من قانون مجلس الدولة بما يتضمن إغفالاً لأمور جوهريّة مبطلّة لصحة الإعلان بما لا يجوز أن يعتد به قانوناً كإعلان صحيح وفقاً للنص المتقدم»^(٢).

المدة المقررة بين الإعلان وتاريخ الجلسة:

لم يحدد المشرع المصري والبحريني مدة تفصل بين الإعلان وبين تاريخ الجلسة مثلما هو منصوص عليه في قانوني الإجراءات الجنائية والمرافعات المدنية، ولكن ذلك لا ينفي أن يتم الإعلان قبل الجلسة بوقت كافٍ حتى يتمكن الموظف المحال للمحاكمة من تحضير دفاعه^(٣)، في حين حدد المشرع العماني المدة المقررة بين الإعلان وتاريخ الجلسة، حيث أوجب على أمين سر مجلس المساءلة المختص إخطار الموظف المحال للمجلس بالمخالفة المنسوبة إليه وتاريخ الجلسة قبل سبعة أيام على الأقل^(٤). كما أن المنظم السعودي قد حدد المدة المقررة بين الإعلان وتاريخ الجلسة، حيث أوجب على رئيس المحكمة التأديبية المختصة فور تسلمه الدعوى تحديد موعد لنظرها، ويتم تبليغ ذلك الموعد إلى كلٍّ من هيئة الرقابة والتحقيق والمتهم، مع تزويد المتهم بصورة من قرار الاتهام، ويجب ألا تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن ثلاثين يوماً^(٥)، ومن ثم نصي المشرع المصري والبحريني بضرورة النص على المدة المقررة بين الإعلان وتاريخ الجلسة، حيث إن الهدف من الإعلان هو توفير الضمانات الأساسية للموظف المحال للمحاكمة لتحضير دفاعه ومتابعة سير الدعوى وإجراءاتها لدرء الاتهام المسند إليه باعتبار أن ذلك من الضمانات الأساسية التي كفلها له القانون.

١. ويلاحظ أن المنظم السعودي قد أوجب حال إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية أن تتضمن الصحيفة اسم الموظف، وصفته، ومقر عمله، والمخالفة المنسوبة إليه، ومكان وقوعها، وأدلتها، والنصوص النظامية المطلوب تطبيقها وذلك وفقاً لما تضمنه نص المادة ٧ من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣ بتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٩٩٥/٥/٦، أشار إليه المستشار ممدوح طنطاوي: الدعوى التأديبية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٤٤٠.

٣. د. مغاوري محمد شاهين: المساءلة التأديبية، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

٤. المادة ١٣٤ من اللائحة التنظيمية رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ لقانون الخدمة العماني رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٤.

٥. د. خالد الظاهر: القضاء الإداري، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٩، ص ٣٦٦.

المطلب الثالث

كيفية إجراء الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية

أناط القانون إجراء انعقاد الخصومة في الدعوى التأديبية بقلم كتاب المحكمة التأديبية، وذلك بإعلان المحال إلى المحاكمة التأديبية بموجب خطاب مصحوب بعلم الوصول على محل إقامته أو على محل عمله، ولم يستثن من ذلك إلا أفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم، بأن يتم إعلانهم عن طريق الإدارة القضائية المختصة^(١)، كما أوجب المشرع العماني على أمين سر مجلس المساءلة المختص إخطار الموظف المحال للمجلس بالمخالفة المنسوبة إليه وبتاريخ الجلسة قبل سبعة أيام على الأقل^(٢)، في حين لم يحدد المشرع البحريني الموظف المنوط به ذلك تارك تنظيم ذلك الأمر لرئيس مجلس التأديب^(٣).

ولما كان المشرع قد بين الجهة المختصة بالإعلان ووسيلته وبعض البيانات التي يتعين الاشتمال عليها، فإن القضاء يرجع في التفاصيل إلى قانون المرافعات باعتباره تقنياً للأصول العامة في هذا الصدد^(٤)، وخاصة الأصول الواجب اتباعها في الأحوال التي يجوز فيها إجراء الإعلان بطريق البريد^(٥).

وإذا تم إعلان الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية على محل إقامته أو على محل عمله بموجب خطاب مصحوب بعلم الوصول، فإن ذلك يُعد قرينة قانونية قاطعة على علمه بمضمون الإعلان^(٦)، ومن ثم فإنه إذا تم الإعلان بالشكل القانوني الصحيح فإنه يُعد قرينة قاطعة على العلم بالإجراء، إلا أن المشرع وحرصاً على سلامة الإجراءات وصحتها، أوجب على قلم كتاب المحكمة التأديبية إعلان المحال للمحاكمة التأديبية بأمر الإحالة وتاريخ الجلسة بوقت كاف، حتى يتمكن من تحضير دفاعه. حيث إنه يترتب على الإعلان نتيجة في غاية الخطورة، تتمثل في إمكانية النظر في الدعوى حال غيبة المتهم، بحسب أن حضور المتهم ليس شرطاً لازماً للفصل في الدعوى، وإنما يجوز الفصل فيها في غيبته طالما تم إعلانه بقرار الإحالة وبتاريخ الجلسة التي عينت للنظر فيها بالوسيلة التي رسمها القانون^(٧)، ولا عبرة بحضور المتهم جلسات المحاكمة من عدمه^(٨).

١. راجع المادة ٣٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته.

ويلاحظ أن المنظم السعودي قد أسند أمر الإعلان (التبليغ) القضائي إلى المحكمة التأديبية المختصة وفقاً للمادة ١١ من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٨ بتاريخ ١٤٤٢/١/١٥.

٢. المادة ١٣٤ من اللائحة التنظيمية رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ لقانون الخدمة المدنية العماني رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٤.

٣. راجع المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ لقانون الخدمة البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠.

٤. د. سليمان الطماوي: قضاء التأديب، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

٥. د. مغاوري محمد شاهين: المساءلة التأديبية، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

٦. د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٣٤.

٧. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١١٧٦ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٩٨٣/٤/٢٢، السنة ٢٨، ج ١، ص ٦٩٥.

٨. المستشار. ممدوح طنطاوي: الدعوى التأديبية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

ومفاد ما تقدم، أن قلم كتاب المحكمة التأديبية ملزم بإعلان الموظف المحال إلى المحاكمة بأمر الإحالة وتاريخ الجلسة في محل إقامته أو في مقر عمله باعتبار أن ذلك إجراءً جوهري، إذ يحاط المعلن إليه بأمر محاكمته بما يسمح له أن يمارس كل ما يتصل بحقه في الدفاع، ومن ثم إذا تم إغفال ذلك الإجراء الجوهري أو لم يحقق الغاية المطلوبة منه وهي العلم، فإن ذلك يترتب عليه عيب شكلي في إجراءات المحاكمة يؤدي إلى بطلانها^(١).

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الإعلان إجراء جوهري يترتب على إغفاله أو إخلاله بالمخالفة لحكم القانون على وجه لا يتحقق معه الغاية منه وقوع عيب شكلي في إجراءات المحاكمة تؤثر في الحكم وتؤدي إلى بطلانها^(٢)، فالإعلان السليم والصحيح يُعد من مقتضيات مبدأ المواجهة وتفعيلاً لحق الدفاع، إذ إنه ضروري لاتخاذ أي إجراء من إجراءات المحاكمة، وإلا بطلت إجراءاتها ومنها الحكم الصادر بناءً عليها إخلالاً بحق الدفاع^(٣).

وتُعد الحكمة من ذلك هو توفير الضمانات الأساسية للمتهم المقدم إلى المحاكمة التأديبية للدفاع عن نفسه ولدرء الاتهام عنه، وذلك بإحاطته علماً بأمر محاكمته بإعلانه بقرار إحالته إلى المحكمة التأديبية المتضمن بياناً بالمخالفات المنسوبة إليه وتاريخ الجلسة المحدد لمحاكمته؛ ليتمكن من المثول أمام المحكمة بنفسه، أو بوكيل عنه، للإدلاء بما لديه من إيضاحات وتقديم ما يعين له من بيانات وأوراق لاستيفاء الدعوى واستكمال عناصر الدفاع فيها ومتابعة سير إجراءاتها، وما إلى ذلك مما يتصل بحق الدفاع ويرتبط بحصانة جوهريّة لذوي الشأن، وقد رسم المشرع طريقة الإعلان للاستيثاق من تمام إجراءاته الجوهريّة، ولذلك يترتب على إغفال الإعلان أو عدم الإخطار على هذا النحو وقوع عيب شكلي في الإجراءات يؤثر على الحكم ويرتب عليه بطلانها^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان عن طريق قلم الكتاب بالمحكمة التأديبية يحقق العديد من الضمانات الأساسية للمحاكمة، وذلك بإحاطة الموظف المحال للمحاكمة بما هو منسوب إليه بالأوراق، إذ إن القائم بالإعلان هو موظف عام يكون مسؤولاً عن الخطأ الواقع بسبب القيام بأعباء وظيفته القانونية.

مدى جواز تكليف المحكمة التأديبية للنيابة الإدارية بإعلان المتهم:

باستقراء نصوص قانون تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية وقانون مجلس الدولة المصري يتبين أن المشرع قد أوكل مهمة إعلان المتهم المحال للمحاكمة التأديبية إلى قلم كتاب المحكمة

١. د. سليمان الطماوي: قضاء التأديب، مرجع سابق، ص ٥٨٤، د. ميادة عبد القادر اسماعيل: ولاية النيابة الإدارية بتوقيع الجزاءات التأديبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٩، ص ٧٥.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٤٣٢٢ لسنة ٢٧ ق، جلسة ١٩٨٣/١٢/١١، السنة ٢٩، ج ١، ص ٥٤.

٣. د. أحمد سيد أحمد محمود: الحماية القضائية عن طريق الإعلان القضائي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، دراسة في ظل بعض السوابق القضائية الدولية وتشريعات دول الخليج العربي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس ٩ - ١٠ مايو ٢٠١٨، ملحق خاص، العدد ٣، الجزء الأول، مايو ٢٠١٨، ص ٤٥٣.

٤. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٣١٠٩ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٨/١/٣٠، السنة ٣٣، ج ١، ص ٧٨٧، والطعن رقم ٢٥٣٤ لسنة ٦٠ ق، جلسة ٢٠١٨/٢/١٧، الدائرة الرابعة، حكم غير منشور.

التأديبية وفقاً لأحكام القانون، إلا أنه في ضوء الواقع العملي فإن المحاكم التأديبية قد دأبت على تكليف النيابة الإدارية بإعلان المتهم في الدعوى التأديبية^(١).

ويرجع مسلك المحاكم التأديبية في هذا الشأن إلى كون النيابة الإدارية هي الأمانة على الدعوى التأديبية ودخولها في تشكيل المحكمة كسلطة اتهام ينشأ عنه واجب مباشرة إجراءات إعلان المتهم إذا استحال على قلم كتاب المحكمة التأديبية إجراء الإعلان؛ بهدف إزالة العقوبات التي قد تعترض هذا الإجراء باعتباره ضماناً جوهرياً للمتهم^(٢).

ونرى أن مسلك المحكمة التأديبية في هذا الشأن لا يتوافق مع أحكام القانون التي أوكلت أمر الإعلان إلى قلم كتاب المحكمة التأديبية، إلا أنه في ضوء كون النيابة الإدارية هي الأمانة على الدعوى التأديبية وتدخل في تشكيل المحكمة، وإزالة العقوبات التي قد تعترض إعلان المتهم، فإنه يتعين على المشرع إدخال تعديل تشريعي بإنشاء قلم محضرين بالنيابة الإدارية يتسنى من خلاله القيام بإعلان المتهم المحال للمحاكمة لتنفيذ ما تأمر به المحكمة في هذا الشأن، مع تضمين النص إمكانية جواز إعلان المتهم بالوسائل الإلكترونية في ظل التطور التقني الذي يشهده العالم.

أثر عدم حضور الموظف المتهم جلسات المحاكمة:

إذا كان إعلان الموظف المتهم بقرار الإحالة بالمخالفات المنسوبة إليه وبجلسات المحاكمة التأديبية شرطاً لازماً لصحتها يترتب على إغفاله بطلان جميع الإجراءات التالية له، إلا أن ذلك لا يمنع أنه متى تم إعلان الموظف المتهم إعلاناً صحيحاً بالوسيلة التي رسمها القانون، فإن حضوره جلسات محاكمته ليست شرطاً لازماً للفصل في الدعوى، وإنما يجوز الفصل فيها في غيبته طالما كانت مهياً لذلك^(٣).

وقد اتفق كلٌّ من المشرع المصري^(٤) والبحريني^(٥) على أن غياب المتهم عن الجلسات التأديبية لا أثر له على إجراءات المحاكمة حتى تنتهي المحكمة من الفصل في الدعوى التأديبية بحكم نهائي طالما تم إعلانه على الوجه الصحيح قانوناً.

١. د. محمد الحسيني: إشكاليات الدعوى التأديبية وحلولها القضائية والعملية، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

٢. د. ميادة عبدالقادر اسماعيل: ولاية النيابة الإدارية بتوقيع الجزاءات التأديبية، مرجع سابق، ص ٧٦ وما بعدها.

٣. المستشار. سمير صادق: قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٥، ص ١٥٣.

ويلاحظ أن النظام السعودي قد نص على أنه لا يمنع من إجراءات المحاكمة تغلف الموظف المتهم المحال للمحاكمة التأديبية بعد إعلانه وفق صحيح القانون، حيث إنه منحها في هذه الحالة أن تمضي في إجراءات الدعوى، ويعد حكمها في هذه الحالة حضورياً «راجع نص المادة ١٧ من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣ بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.

٤. فقد نصت المادة ٢٩ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية وتعديلاته بأنه «إذا لم يحضر المتهم بعد إخطاره بذلك تجوز محاكمته والحكم عليه غيابياً».

٥. المادة ٤/٣٧ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠ الصادرة بالقرار رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢.

ويلاحظ أنه فقد نصت المادة ٢٠ من نظام تأديب الموظفين السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧ بتاريخ ١٣٩١/٢/١ على أنه إذا لم يحضر المتهم فعلي مجلس المحاكمة أن يمضي في إجراءات المحاكمة بعد أن تتحقق من أن المتهم قد أبلغ إبلاغاً صحيحاً.

ويلاحظ أنه حال إعلان المتهم على الوجه الصحيح وحضوره للمحاكمة في الجلسة المحددة له، فإنه إذا تم التأجيل للجلسة في مواجهته فلا محل لإعلانه مرة أخرى، ومن ثم فإنه إذا تخلف عن الحضور في الجلسة التي يعتبر حكماً على علم بها، فإنه لا يقبل منه الاحتجاج بعدم سماع دفاعه مادام ذلك كان ميسراً له^(١).

أثر حضور الموظف المتهم أمام المحكمة رغم بطلان أو إغفال إعلانه:

يُعد إعلان الموظف بأمر الإحالة وتاريخ الجلسة المحددة لمحاكمته إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله بطلان الإجراءات التالية له، إلا أنه لا محل للقول ببطلان الإحالة حال حضور المتهم أو نائبه أمام المحكمة وطلب التأجيل للاستعداد وإبداء دفاعه، إذ إن حضور المتهم يصحح بطلان الإعلان ويزيل العيب الذي اعتراه في ضوء تحقق الغاية من الإعلان بحضور المتهم أمام المحكمة وتمكينه من الدفاع عن نفسه^(٢)، ومن ثم إذا تحققت الغاية من الإعلان فإن ذلك يحول دون الحكم بالبطلان. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه إذا حضر من وجه إليه الإعلان الباطل أو تقدم بمذكرات أو مستندات فيكون الأثر المقصود من الإعلان قد تحقق فعلاً، وتحقق الهدف المقصود يزيل عيب البطلان^(٣).

ونحن نؤيد اتجاه المحكمة الإدارية في هذا الشأن، إذ إن مرونة القضاء التأديبي في إجراءاته وضمائنه تقتضي إقامة التوازن المنشود بين حق الموظف المحال للمحاكمة التأديبية في الإعلان وحق السلطة المختصة بالمساءلة التأديبية، وهو ما حدا بالمحكمة الإدارية العليا إلى عدم التمسك بحرفية الإعلان القانوني طالما أنه قد تأكد لديها من خلال الوسائل الأخرى تحقق الهدف المنشود من وراء الإعلان وعلم الموظف بقرار الإحالة شاملاً بنوده المختلفة وعناصره الأساسية التي نص عليها القانون^(٤).

الإجراء المتبع حال تعذر الإعلان على محل الإقامة أو العمل:

قد يتعذر إعلان الموظف المحال للمحاكمة بموجب خطاب مصحوب بعلم الوصول على محل إقامته أو على محل عمله كأن يرتد اشعار الوصول دون أن يستدل على محل إقامة الموظف المراد إعلانه، وباستقراء نصوص قانون تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية وقانون مجلس الدولة يتبين خلوهما من أي طريق آخر للإعلان، ومن ثم في هذه الحالة يتعين تطبيق القواعد المتعلقة بالإعلان

١. د. سليمان الطماوي: قضاء التأديب، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

٢. د. مغاوري محمد شاهين: المسألة التأديبية، مرجع سابق، ص ٤٠٠، المستشار. ممدوح طنطاوي: الدعوى التأديبية، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

٣. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١١٠٥ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٩٨٥/٢/١٢، السنة ٣٠، ج ١، ص ٥٧٢.

كما ذهب أيضاً إلى أنه لا محل لقول الطاعن أنه لم يخطر طالما أن الهدف من الاخطار قد تحقق بمثل المتهم أمام المحكمة، وباستماعه إلى قرارها وعلمه بتاريخ الجلسة التي أجلت إليها المحاكمة والتصريح له بتقديم المذكرات والمستندات "الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/١٦، السنة ١٣، ج ١، ص ٢٦٣.

٤. د. عائشة سيد أحمد: خصوصية إجراءات التحقيق التأديبي وضمائنه التقليدية والإلكترونية أمام النيابة الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٤.

بقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وذلك بعد استنفاد طرق الإعلان المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة^(١)، ومن ثم يتم إعلان الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية في مواجهة النيابة العامة في حالتين؛ الأولى: إذا كان له موطن غير معلوم في الداخل، والثانية: إذا كان له موطن معلوم في الخارج^(٢).

رأينا في هذا الشأن:

لا جدال في أن العاملين بالجهاز الإداري للدولة لهم محل إقامة معلوم لدى الجهات الإدارية التي يتبعونها سواء أكانوا داخل القطر المصري أم خارجه، ومن ثم فلا يقبل أن يتم إعلان الموظف في مواجهة النيابة العامة استناداً إلى كونه ليس له محل إقامة معلوم، إذ إن إعلان الموظف في مواجهة النيابة العامة ليس إلا دليلاً على إهمال الجهات الإدارية المختصة في التقصي عن عنوان الموظف ومحاولة معرفته من خلال الثابت بملف خدمته^(٣).

لذلك، نرى أنه لا يمكن قانوناً تصور إمكانية أن يكون الموظف العام غير معلوم محل الإقامة في الداخل أو الخارج، ومن ثم لا يمكن تبعاً لذلك إعلانه في مواجهة النيابة العامة على النحو الذي نظمته المادة ١٣/١٠ من قانون المرافعات^(٤)، إذ إن المشرع قد أوجب على الموظف العام وفقاً لنص المادة ٧/١٤٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ أن يخطر جهة عمله بأي تغيير يحدث في محل إقامته وذلك خلال شهر على الأكثر من تاريخ التغيير، ومن ثم يتعين إعلان الموظف في آخر موطن معلوم لدى جهة عمله وفقاً لأحكام قانون مجلس الدولة باعتباره هو الأساس في هذا الشأن، مع إمكانية النص على جواز إعلان الموظف عبر الوسائل الإلكترونية، وذلك من خلال إلزامه بأن يقوم بتضمين أوراق ملفه الوظيفي البريد الإلكتروني الخاص به أو رقم الهاتف الخاص به لإعلانه عليه في ضوء ما توفره التكنولوجيا الحديثة من وسائل يمكن من خلالها التغلب على مشكلة الإعلان وتقصير أمد التقاضي في الدعوى التأديبية، وهو ما فطن إليه المشرع القطري بالنص في المادة ٩٥ من قانون الموارد البشرية المدنية على جواز أن يخطر الموظف بقرار الإحالة للمحاكمة التأديبية بإحدى الوسائل الإلكترونية^(٥)، وهو ما نوصي به كلاً من المشرع المصري والبحريني في هذا الشأن.

١. د. ميادة عبدالقادر اسماعيل: ولاية النيابة الإدارية بتوقيع الجزاءات التأديبية، مرجع سابق، ص ٧٥.

٢. راجع في هذا الشأن د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٤١ وما بعدها.

٣. المستشار سمير صادق: قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارية العليا، مرجع سابق، ص ١٥٥.

٤. د. محمد الحسيني: إشكاليات الدعوى التأديبية وحلولها القضائية والعملية، مرجع سابق، ص ٣٧١.

٥. راجع المادة ٩٥ من قانون الموارد البشرية المدنية القطري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٦.

مميزات وعيوب الإعلان القضائي التقليدي:

يوفر الإعلان القضائي بالطرق التقليدية إمكانية التحقق من إعلان الموظف بجلسته محاكمته، وذلك في ضوء كون المشرع المصري قد نص على ضرورة إعلان الموظف إعلاناً قانونياً سليماً بقرار إحالته إلى المحكمة التأديبية وموعد محاكمته في محل إقامته أو في مقر عمله عن طريق قلم كتاب المحكمة التأديبية المختصة، باعتبار أن ذلك إجراء جوهري حتى يحاط العامل بأمر محاكمته لكي يستطيع أن يمارس كل ما يتصل بحق الدفاع عن نفسه أو بالوكالة.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "يتعين إعلان العامل المحال إلى المحاكمة التأديبية بقرار الإحالة (تقرير الاتهام) وتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى في محل إقامته أو في محل عمله، وذلك بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، وبذلك حدد المشرع الوسيلة التي يتم بها إعلان المحال للمحاكمة التأديبية، ويتعين الالتزام بهذه الوسيلة في الإعلان، فإذا لم يتم الإعلان على هذا النحو كأن يتم بخطاب مسجل غير مصحوب بعلم وصول أو كان بخطاب عادي كان الإعلان باطلاً وفقاً لأحكام قانوني مجلس الدولة والنيابة الإدارية، وقد أكدت بذلك أيضاً المادة (٣٨) من قانون مجلس الدولة، والمادة (٣٠) من قانون النيابة الإدارية التي أوصت كل منهما أن تتم جميع الإخطارات والإعلانات بالنسبة للدعوى التأديبية بخطاب موصى عليه مع علم وصول"^(١).

إلا أنه يؤخذ على الإعلان القضائي التقليدي أنه يتطلب وقتاً طويلاً لإجرائه على النحو الصحيح قانوناً، لا سيما حال انقطاع الموظف عن عمله، أو مغادرته محل إقامته دون أن يخطر بباله عمله بمحل إقامته الجديد، وهو ما يتطلب إجراء التحريات اللازمة في هذا الشأن لإعلانه على محل إقامته الجديد، وذلك قبل إعلانه في مواجهة النيابة العامة حال تعذر تحديد محل إقامته الجديد.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين إعلان المتهم بقرار الإحالة وتاريخ الجلسة على النحو المقرر في قانون المرافعات المدنية والتجارية وأنه يتعين أن يكون الإعلان صحيحاً على وفق الضوابط الواردة في هذا القانون، وأهمها: أنه لا يجوز إعلان المتهم في مواجهة النيابة العامة إلا بعد استنفاد كل جهد في سبيل التحري عن موطن المراد إعلانه في الداخل أو الخارج على حد سواء، وإذا كان للمعلن إليه موطن معلوم في الداخل، ويجب أن يسلم الإعلان لشخصه أو في موطنه على النحو الموضح بالمادة (١٠) من قانون المرافعات»^(٢).

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١١٧٣٥ لسنة ٦١ق، الدائرة الرابعة، جلسة ١٦/١٢/٢٠١٧، حكم غير منشور، والطعن رقم ٧٨٦

لسنة ٥٦ق، الدائرة الرابعة، جلسة ٢٠/١/٢٠١٨، حكم غير منشور.

٢. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٥٣٢٤ لسنة ٦٦ق، الدائرة الرابعة، جلسة ٢٥/٥/٢٠٢٤، حكم غير منشور.

المبحث الثالث

الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية

ترتب على الأخذ بالإعلان القضائي التقليدي في الدعوى التأديبية عدد من العيوب، وكان لذلك أثر بالغ في تأخير الفصل في الدعوى في ظل تعذر إعلان الموظف المحال للمحاكمة في بعض الأوقات، لاسيما وأن هذا الإجراء يُعدّ تفعيلاً لمبدأ المواجهة وتفعيلاً لحق الدفاع، إذ إنه ضروري لاتخاذ أي إجراء من إجراءات المحاكمة، وإلا بطلت إجراءاتها.

إلا أنه في ظل التطور التقني الهائل في مجال التكنولوجيا، فقد استُحدثت وسائل إلكترونية أخرى يتم الإعلان من خلالها، تتميز بقلّة التكلفة المادية والسرعة والأمان دون الحاجة إلى الانتقال المادي إلى موطن الشخص المُعلن إليه، فضلاً عما توفره الوسائل الإلكترونية في الإعلان من توفير للوقت والجهد وزيادة الشفافية في العمل القضائي.

لذلك؛ نتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الإعلان القضائي الإلكتروني.

المطلب الثاني: كيفية إجراء الإعلان الإلكتروني وشروطه.

المطلب الثالث: مميزات وعيوب الإعلان الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف الإعلان القضائي الإلكتروني

كان للتطورات التقنية التي لحقت كل مجالات الحياة بالغ الأثر في أن يتجه المشرع إلى مواكبة تلك التطورات واستغلالها؛ بغرض تحقيق أكثر فعالية لعملية الإعلان للتغلب على ظاهرة البطء في التقاضي في ظل المعوقات التي قد تعترض إجراءاته بسرعة، لاسيما وأن دور العدالة لا يجب أن يكون بعيداً عن استخدام التكنولوجيا الحديثة^(١).

لذلك، انتقل المشرع إلى لفتح باب الإعلان عبر الوسائل الإلكترونية في ظل إثبات وسائل الاتصال الحديثة لفاعليتها في جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية، حيث بدأت بالإعلان عن طريق التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني حتى استخدام وسائل التواصل الاجتماعي في بعض الدول؛ بغرض تبسيط إجراءات التقاضي دون الإخلال بالضمانات القانونية للتقاضي^(٢).

وقد انفرد المشرع الإماراتي والبحريني بوضع تعريف خاص بالإعلان الإلكتروني، فعرفه المشرع الإماراتي في القرار الوزاري رقم ٢٦٠ لسنة ٢٠١٩ الخاص بالدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بُعد في الإجراءات المدنية والصادر بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٩

١. د. أحمد هندي: الإعلان القضائي بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٤٠٠.

٢. د. أحمد سيد أحمد محمود: الحماية القضائية عن طريق الإعلان القضائي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٤٥٤.

بأنه «أي إعلان قضائي باستخدام وسائل التقنية الحديثة»، في حين عرفه المشرع البحريني في قرار وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ الخاص باعتماد البريد الإلكتروني والرسائل النصية لإعلان الأوراق القضائية في الدعاوى المدنية والتجارية والجنائية الصادر بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٨ بأنه «الإعلان الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية القصيرة وفقاً لأحكام هذا القرار»^(١).

فالإعلان الإلكتروني هو الوسيلة التي يمكن من خلالها إبلاغ الخصم المراد إعلانه بالإجراء المتخذ في مواجهته؛ بغرض تمكينه من العلم بالإجراءات المتخذة ضده بتسليمه الإعلان عن طريق وسائل التكنولوجيا الحديثة دون الحاجة إلى الانتقال المادي لموطن المعلن إليه^(٢)، ويتميز الإعلان الإلكتروني بخصوصية الوسائل المستخدمة في الإعلان ذاته، والتي تكون بين غائبين بوسائل تقنية تجهل مفهوم الحدود المكانية بل والإقليمية، وذلك في ضوء أن الإعلان الإلكتروني يتم دون الحاجة إلى الانتقال المادي والبحث عن موطن المعلن إليه^(٣).

لذلك، يمكن القول بأن الإعلان الإلكتروني في الدعوى التأديبية يتمثل في إعلان الموظف المتهم في الدعوى التأديبية بأي إجراء قضائي يتخذ في مواجهته باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة، دون حاجة إلى الانتقال المادي والبحث عن موطن المعلن إليه، ولا يختلف هذا الإعلان عن الإعلان التقليدي سوى في وسيلة القيام به من خلال الوسائل التكنولوجية الحديثة^(٤).

ومن ثم فهو عمل إجرائي يتم من خلاله إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية بأي إجراء قضائي يُتخذ في مواجهته بواسطة التقنيات التكنولوجية الحديثة، دون الحاجة إلى الانتقال المادي إلى موطن الشخص المعلن إليه، إذ إن الإعلان في الدعوى من أهم الإجراءات التي يتعين أن تتم بصورة سليمة.

أهمية الإعلان القضائي الإلكتروني:

تزداد أهمية الإعلان القضائي الإلكتروني لما يمثله من مواكبة للتقدم الهائل في وسائل الاتصالات الإلكترونية والتطور المستمر الذي لحق بها مع إنشاء شبكة المعلومات الدولية، وانتشار التعامل عن طريق الرسائل الهاتفية المكتوبة، ووسائل التواصل عبر الإنترنت، مما ألغى بظلاله على ضرورة الاستفادة من التطورات التقنية في مجال إجراءات التقاضي، وفي مقدمتها إجراءات الإعلان بما

١. مريم عبد الله الهديفي، ود. أحمد سيد محمود: الإعلان القضائي الإلكتروني في دولة قطر بين الماهية والفاعلية، مجلة القانون والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، العدد ٦٤، ٢٠٢١، ص ١٣٤.

٢. د. بدر بن عبد الله محمد المطرودي: أحكام التبليغ القضائي الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، العدد ١٩٨، ٢٠٢١، ص ٧٥٥.

٣. د. أحمد محمد الصاوي، د. نجوى أبوهيبة: الإعلان القضائي الإلكتروني بين التقنين والتقنية، دراسة في ضوء القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤ المعدل لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور بمجلة الآداب والعلوم الاجتماعية بجامعة السلطان قابوس المجلد رقم ١٠، العدد ١، أبريل ٢٠١٩، ص ٣٩.

٤. د. محمد عصام الترساوي: الكثرونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٩، ص ٢١٠.

يضمن وصول ورقة الإعلان إلى المراد إعلانه بها بكل سهولة ويسر^(١).

صيغة الإعلان القضائي الإلكتروني:

لا توجد صيغة ملزمة في الإعلان القضائي الإلكتروني كما هو الحال في شأن الإعلان القضائي التقليدي، وإن كان العمل قد جرى على اتباع صيغة معينة من الإعلان، إلا أن هذه الصيغة ليست ملزمة، فما تطلبه القانون هو اشتغال صيغة الإعلان على بيانات محددة دون التقيد بصيغ معينة.

المطلب الثاني

كيفية إجراء الإعلان الإلكتروني وشروطه

يُعد البريد الإلكتروني وسيلة إلكترونية يمكن من خلالها اتصال طرف أو أكثر بالآخر من خلال وسائل التقنيات الحديثة، حيث يوفر البريد الإلكتروني خاصية تبادل الرسائل في وقت قصير^(٢)، وتتوافر فيه عوامل الأمان والسرية، فلا يمكن اختراقه إلا بمعرفة كلمة السر الخاصة به أو من خلال طرق فنية معقدة لا يجيدها إلا محترفو عمليات اختراق شبكات الحاسوب^(٣)، ومن ثم أصبحت وسيلة البريد الإلكتروني تستخدم على نطاق واسع في كثير من الجهات الحكومية والخاصة.

ومن ثم يتعين مواكبة التطورات التكنولوجية واستيعابها بما يسمح باستخدام البريد الإلكتروني في الإعلان القضائي^(٤)، حيث تمثل تقنية البريد الإلكتروني وسيلة مهمة للإعلان الإلكتروني، وذلك من خلال ما توفره تلك التقنية من وسيلة إثبات لعملية إرسال الأوراق القضائية للمعلن إليه من خلال إشعار الاستلام الذي يؤكد على إرسال هذه الأوراق، وتحقق هذه التقنية الآثار القانونية في إعلان الأوراق القضائية، وقد أخذت بها كثير من الدول العربية والأجنبية كسلطنة عمان والمملكة العربية السعودية، والإمارات والكويت، وفرنسا وبلجيكا وإنجلترا^(٥).

فالبريد الإلكتروني هو وسيلة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات^(٦)، ويُعرف إجرائياً بأنه كل رسالة أياً كان شكلها، نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور أو أصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات

١. د. أحمد محمد الصاوي، د. نجوى أبوهيبة: الإعلان القضائي الإلكتروني بين التقنين والتقنية، مرجع سابق، ص ٣٨.

٢. د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في ضوء التشريعات الأجنبية والعربية، دار الفكر والقانون، ٢٠٢٠، ص ١٨٤.

٣. د. عبدالفتاح بيومي حجازي: الأحداث والانترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٢٣، ٢٤.

٤. د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٥٥٧.

٥. د. عبد الله عبد الحي الصاوي: تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني، دراسة تحليلية في القانون المصري والإماراتي، مجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد الثاني عشر، ٢٠٢٠/٢٠٢١، ص ٧٨٩.

٦. د. خالد حسن أحمد لطفي: التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٠، ص ١٠٠ وما بعدها.

الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن الأخير من استعادتها^(١).

وقد ورد تعريف البريد الإلكتروني في المادة الأولى من القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري بأنه «وسيلة لتبادل رسائل إلكترونية على عنوان محدد بين شخص طبيعي أو اعتباري، عبر شبكة معلوماتية، أو غيرها من وسائل الربط الإلكترونية، من خلال أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها»^(٢)، وعرفته اللجنة العامة للمصطلحات في فرنسا بأنه «وثيقة معلوماتية يحررها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة المعلومات»^(٣).

فالبريد الإلكتروني يمكن من خلاله إرسال البريد إلى فرد محدد أو مجموعة من المستخدمين خلال نفس الوقت، بالإضافة إلى إتاحة العديد من الخيارات المتعلقة بهذه المراسلات كإمكانية حفظها، وتحريرها، وطباعتها، وغير ذلك^(٤)، مما يضفي عليه أهمية كبيرة باعتباره من أهم الدعائم لشبكة الإنترنت في ضوء ما يوفره من إرسال واستقبال للرسائل بواسطة الأجهزة الرقمية من خلال شبكة الإنترنت، وقد تكون هذه الرسائل على شكل نصوص أو رسومات أو إرسال ملفات صوتية^(٥).

لذلك، يمكن القول بأن تقنية البريد الإلكتروني تُعد في حد ذاتها إثباتاً لعملية إرسال الأوراق القضائية للمرسل إليه من خلال إيصال الاستلام الذي يؤكد على إرسال الأوراق^(٦)، ويوفر الآثار القانونية التي ترتبها الإعلانات القضائية في قانون المرافعات^(٧).

وبالنظر إلى طبيعة البريد الإلكتروني نجد أنه يوجد تقارب شديد بينه وبين البريد التقليدي بالرغم من اختلاف الآلية التي يعتمد عليها كلا الطرفين، حيث إنه من خلالهما يمكن إعلان المتهم المحال للمحاكمة في الدعوى التأديبية بالأوراق القضائية حتى يتحقق مبدأ المواجهة وتفعيلاً لحق الدفاع بتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، وتوفير الوقت والنفقات، في ظل إعلانه قضائياً بالبريد الإلكتروني.

ويتميز البريد الإلكتروني عن البريد التقليدي بعدة مميزات، أهمها: السرعة في الوصول إلى المرسل إليه في وقت قصير دون التقيد بالطرق التقليدية في الإعلان التقليدي الذي قد يحتاج لأيام، والقضاء على التلاعب والتحايل في عدم وصول الإعلان إلى الموظف، فضلاً عن التغلب على حالات تعذر

١. د. عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٣.

٢. المادة ١ من القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

3. Le journal officiel du 20 juin 2003, disponible sur le site: <http://www.Culture.gouv.Fr/dgglf/terminologie/courriel.htm>.

أشار إليه د. عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٣.

٤. المستشار. عادل محمد حسين: حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، دراسة تطبيقية في ضوء القانون وأحدث أحكام محكمة النقض المصرية، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠٢٠، ص ٥١.

٥. د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠، ص ١٤.

٦. د. يوسف أحمد نوافلة: الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٦٢.

٧. د. سيد أحمد محمود: نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، الجزء الأول، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ٣٢٦.

إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية بسبب تغييره محل إقامته أو حال حصوله على إجازة من جهة عمله يتعذر معها إعلانه أو سفره خارج البلاد.

كيفية الإعلان بالبريد الإلكتروني في الدعوى التأديبية:

نتصور أن يتم الإعلان بالبريد الإلكتروني من خلال قيام قلم المحضرين الإلكتروني بالمحكمة بالدخول إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بها، وإرسال رسالة إلكترونية إلى الشخص المراد إعلانه على عنوان بريده الإلكتروني المثبت في ملفه الوظيفي، ويجرى ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها، ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق بريد المرسل إليه ويعطي رسالة تظهر على الحاسوب تفيد بنجاح عملية الإرسال، ولدى دخول الموظف المرسل إليه الإعلان على صندوق بريده الإلكتروني يمكن قراءة الرسالة وعلمه بمضمونها.

القائم بالإعلان الإلكتروني:

حدد المشرع المصري في قانون المرافعات^(١) شخص القائم بالإعلان القضائي، حيث يتم الإعلان بواسطة المحضر أياً كان طالب الإعلان بناءً على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة، لكون الإعلان بواسطة المحضرين يُعد شرطاً شكلياً متعلقاً بالنظام العام في شخص القائم بالإعلان يترتب على الإعلان بمعرفة غيره البطلان^(٢).

ويلاحظ أنه قد أوكل المشرع في الدعوى التأديبية لقلم الكتاب بالمحكمة التأديبية مهمة إعلان المتهم المحال للمحاكمة من خلال إعلانه على محل إقامته أو في محل عمله بخطاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول، ويتم إعلان أفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم - ممن تسري في شأنهم أحكام هذا القانون - بتسليمه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة.

ونرى أنه يمكن إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية إلكترونياً، وذلك عن طريق قلم المحضرين الإلكتروني بالمحكمة المختصة، ويمكن تكليف موظف مختص بكل محكمة للقيام بذلك، والتأكد من أنه تم إعلان المحال للمحاكمة رسمياً بالوسائل الإلكترونية باعتبار أن ذلك إجراءً جوهري، ويكون ذلك من خلال البريد الإلكتروني الخاص به الذي يُلزم الموظف بتضمينه في ملفه الوظيفي لدى جهة عمله.

١. راجع المادة ٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته.

٢. د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٢٨.

الشروط الواجب توافرها لصحة الإعلان الإلكتروني:

تُجيز بعض القوانين الإجرائية الحديثة - على النحو الذي سيرد بيانه - استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإعلان القضائي، ويقتضي ذلك ضرورة التصريح به وتوافر الشروط الآتية^(١):

١. تحقق الإعلان بالطريق الإلكتروني.
 ٢. أن تكون الوسيلة الإلكترونية متاحة للكافة.
 ٣. أن تكون الوسيلة الإلكترونية خاصة ومباشرة في الاتصال بالخصم.
 ٤. وجود أمارات إلكترونية تحدد هوية المُعلن إليه.
 ٥. أن تسمح الوسيلة الإلكترونية بنقل المستندات المراد إعلانها.
 ٦. ثبوت الاستلام الفعلي للإعلان بالوسائل الإلكترونية.
- ويلاحظ أنه يمكن تحقق تلك الشروط في الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية حال نص المشرع على السماح باستخدام الوسائل الإلكترونية في إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية، وذلك في ضوء كون المذكور له ملف وظيفي لدى جهة عمله يمكن من خلاله إلزامه بتضمين ملفه الوظيفي البريد الإلكتروني الخاص به أو رقم الهاتف أو الواثس حتى يمكن اللجوء إليه لإعلانه، في ظل ما أوجبه المشرع المصري على الموظف العام من ضرورة إخطار جهة عمله بمحل إقامته وما يطرأ عليها من تغيير.

المطلب الثالث

مميزات وعيوب الإعلان الإلكتروني

يحقق الإعلان الإلكتروني مجموعة من المميزات يمكن إجمالها على النحو الآتي:

١. وسيلة سريعة تواكب التطورات التكنولوجية وتوفر الوقت والجهد، وذلك في ظل ما تتميز به الرسائل الإلكترونية من سرعة الاستقبال والإرسال لأكثر من شخص في نفس الوقت^(٢).
٢. يُعد خطوة مهمة لتقليص أمد التقاضي^(٣).
٣. وسيلة اقتصادية توفر المال إذا ما قُورنت بمصاريف الإعلان التقليدية بواسطة قلم المحضرين.

١. راجع في شأن ذلك: د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٧٠٣ وما بعدها، د. مصطفى المتولي فتندل: النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ١١٢٠ وما بعدها، د. أحمد سيد أحمد محمود: الحماية القضائية عن طريق الإعلان القضائي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٤٧٢ وما بعدها.

٢. د. عمر لطيف كريم: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت، السنة ١، المجلد ١، العدد ٢، ج ١، شهر آذار «مارس» ٢٠١٧، ص ٥٢٣.

٣. د. وائل محمد المسلماني: الإعلان القضائي الإلكتروني، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ٥٦١.

٤. يُعني الإعلان الإلكتروني من إرسال عدة نسخ ورد الأصل المُعلن والمستندات المرسلة والمُعلنة^(١).
٥. يقضي على التحايل والتلاعب في عدم وصول الإعلان إلى المُعلن إليه^(٢).
٦. يُعد أكثر فاعلية في تحقيق العلم الفعلي بالإعلان والتحقق منه^(٣).
٧. يوفر البريد الإلكتروني إمكانية إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة للإعلان في أي وقت من اليوم دون التقيد بمواعيد العمل في مكاتب البريد وأيام العطلات الرسمية.
٨. يكون تقرير ارسال والاستقبال للرسائل الإلكترونية بالبريد قرينة قانونية على تحقق الإعلان^(٤).

عيوب الإعلان الإلكتروني ومقترحات تفاديه:

على الرغم من المميزات التي يحققها استخدام البريد الإلكتروني في الإعلان القضائي، إلا أنه قد يترتب على الإعلان الإلكتروني العديد من المشكلات التقنية والتكنولوجية، حيث يُعد من المخاطر التي من المتوقع حدوثها حال اللجوء للإعلان الإلكتروني، هو عدم قدرة البريد الإلكتروني للمُعلن إليه على تلقي الرسالة الإلكترونية أو احتمالية رفض الرسالة المُعلنة من الطرف المُعلن بواسطة الفلاتر المستخدمة من قبل مقدم الخدمة البريد الإلكتروني للمستلم والتي تمنع المضايقات، وقد ظهر ذلك على سبيل المثال في حكم صدر من إحدى محاكم المملكة المتحدة والتي تتلخص وقائع الدعوى الصادر الحكم فيها في قيام المدعى بإرسال أوراق الدعوى على البريد الإلكتروني للمدعي عليه الشركة، فقام برنامج البريد الإلكتروني الخاص بالشركة بوضع تلك الرسالة في صندوق بريد الرسائل الدعائية الغير مرغوب فيها، وبالتالي لم تجب الشركة المدعى عليها على الدعوى وعلى أي رسائل، وكان نتيجة ذلك خسارة الشركة المدعى عليها للدعوى، إذ فوجئت بالدعوى بعد إعلانها بها عن طريق البريد التقليدي^(٥).

كما أنه قد يعتري البريد الإلكتروني حذف أو تعديل على الإعلانات القضائية، لكن حذفها لا يعني التخلص منها نهائياً، بل يمكن إرجاعها والإطلاع عليها ومواجهة كلا الطرفين في الدعوى القضائية^(٦).

١. د. عبدالناصر عبدالله أبو سمهدانة: نحو قضاء إداري إلكتروني، مجلة جامعة الأزهر، غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد ١٩، ص ٣٥٧.

٢. د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٩.

٣. د. أحمد سيد أحمد محمود: الحماية القضائية عن طريق الإعلان القضائي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٤٦٠.

٤. د. عمر لطيف كريم: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، مرجع سابق، ص ٥٢٣.

٥. أ. عدنان غسان برانبو: هل تبليغ الدعاوى القضائية باستخدام البريد الإلكتروني ممكن قانوناً؟، مقال منشور بمجلة التقنية والأعمال الجزائرية، عدد مايو ٢٠٠٦، ص ٣٤.

٦. د. يوسف أحمد نوافلة: الإثبات الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٤٢.

إلا أن تلك الإشكالية يمكن التغلب عليها من خلال أن يكون الإعلان عن طريق البريد الإلكتروني الموصي عليه بعلم الوصول^(١)، والذي يقوم على ذات المبادئ التي يقوم عليها البريد العادي الموصي عليه بعلم الوصول، وذلك من خلال أن يفصح المرسل عن هويته لدى مقدم الخدمة الذي يقوم بدور مصلحة البريد التقليدية، فيقوم مقدم الخدمة بإرسال الرسالة إلى المرسل إليه ويخطر مقدم الخدمة المورد الراسل ما يفيد تلقيه رسالته وإرسالها إلى المرسل إليه وساعة وتاريخ تلقيه الرسالة، كما يقوم مقدم الخدمة بإخطار المرسل إليه (الموظف المحال للمحاكمة) بوجود رسالة لديه يمكن تحميلها من على موقعه^(٢).

وفي حالة فشل الإعلان الإلكتروني أو عدم إطلاع المُعلن إليه على الرسالة الإلكترونية يتم إخطار قلم كتاب المحكمة التأديبية بذلك من قبل مقدم الخدمة الإلكترونية ليتخذ إجراءات الإعلان بالطرق التقليدية^(٣)، وهو ما يؤكد قدرة هذا النوع من البريد الإلكتروني على النهوض بمسألة الإعلان القضائي الإلكتروني المنوط بالمحضرين القضائيين على الوجه الأكمل^(٤).

كما يتعين الاستعانة بمهندسي التقنيات الإلكترونية في المسائل الإلكترونية، وذلك للوقوف على المخاطر والضمانات التي يمكن أن تتاح في سبيل الحصول على الإجراءات القضائية، وذلك من خلال إنشاء إدارة للمعلومات التقنية والمتعلقة بالجوانب القانونية التي تتم عبر الأجهزة القانونية ويصدر قانون بتنظيمها على غرار مصلحة الخبراء والطب الشرعي التابعة لوزارة العدل^(٥).

ويتعين الرجوع إلى الوسائل التقليدية المقررة للإعلان حال وجود مشكلات تقنية تحول دون إجراء الإعلان الإلكتروني بحيث يتحقق العلم الصحيح والقانوني للمُعلن إليه، مما يتعين معه على المشرع اللجوء إلى التدخل التشريعي لتنظيم الإعلان الإلكتروني، والحالات التي يتعين فيها اللجوء للطرق التقليدية للإعلان.

مدى إسهام الإعلان القضائي الإلكتروني في تحقيق العدالة الناجزة في الدعوى التأديبية:

يساعد الإعلان القضائي الإلكتروني في تحقيق العدالة الناجزة وذلك عند نظر الدعوى التأديبية أمام المحكمة المختصة، إذ إن إجراء الإعلان القضائي بالوسائل الإلكترونية يحقق السرعة في إعلان الموظف بقرار إحالته للمحاكمة والجلسة المحددة لنظرها متفادياً معوقات الإعلان القضائي بالطرق التقليدية السابق الإشارة إليها، وهو ما يساعد المحكمة على أن تفصل في الدعوى التأديبية على وجه

١. د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، العدد ١٧، سبتمبر ٢٠١٧، ص ٨١.

٢. د. عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧٢ وما بعدها.

٣. د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص ٨٢.

٤. د. محمد بن أحمد البديرات: التبليغ القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في النظام السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد ٣٧، أبريل ٢٠٢٢، ص ١١٦٢.

٥. د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٩٥.

عاجل فور إعلان الموظف المحال إليها بقرار إحالته والجلسة المحددة لنظر الدعوى، وذلك بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

حيث إن طبيعة الدعوى التأديبية تقتضي الفصل فيها على وجه عاجل تحقيقاً لردع الموظف المقصر في عمله، إذ إن معاقبة الموظف المخطئ بإجراءات سريعة من شأنه تحقيق الردع العام والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد تطبيقاً لمبدأ الثواب والعقاب، وهو ما جعل المشرع المصري ينص في المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته على ضرورة أن تفصل المحكمة التأديبية في القضايا التي تحال إليها على وجه السرعة وتصدر حكمها في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إحالة الدعوى إليها.

إلا أنه حتى تتمكن المحكمة التأديبية من الفصل في القضايا المنظورة أمامها على وجه عاجل، فإنها تواجه مشكلة إعلان الموظف بقرار إحالته للمحكمة والجلسة المحددة لنظرها على الوجه الصحيح قانوناً، إذ إن الخصومة التأديبية لا تنعقد إلا بإعلان الموظف بقرار إحالته للمحكمة والجلسة المحددة لنظرها، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن قضاءها قد استقر علي أن "الحكمة من إعلان المحال للمحاكمة التأديبية في محل إقامته أو في محل عمله بخطاب موصي عليها مصحوب بعلم وصول يهدف إلى توفير الضمانات الأساسية للعامل المقدم إلي المحاكم التأديبية للدفاع عن نفسه ولدرء الاتهام عنه، وذلك بإحاطته علماً بأمر محاكمته بإعلانه بقرار الاتهام المتضمن بياناً بالمخالفة المنسوبة إليه وتاريخ الجلسة المحددة لمحاكمته ليتمكن من المثول بنفسه أو بوكيل عنه للإدلاء بما لديه من إيضاحات وتقديم ما يعن له من بيانات وأوراق لاستيفاء عناصر الدفاع في الدعوى، وهذا الإعلان بقرار الاتهام وتاريخ الجلسة يعتبر إجراءً جوهرياً، ولذا فإن إغفاله أو إجراءه بالمخالفة لحكم القانون يترتب عليه وقوع عيب شكلي فني إجراءات المحاكمة يؤثر في الحكم ويؤدي إلي بطلانه.

ومن حيث إنه متى كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق ومطالعة محاضر الجلسات أمام المحكمة التأديبية للتربية والتعليم في الحكم المطعون فيه أنه لم يتم إعلان الطاعن بتقرير الاتهام (وجلسات المرافعة وتداول الدعوى دون حضوره ولم يتم هذا الإعلان سواء بخطاب موصي بعلم الوصول أو عن طريق النيابة العامة - علي عكس ما ورد بالحكم المطعون فيه - وعليه لم تنعقد الخصومة في هذه الدعوى وتخلف شرط إعلان الطاعن بها الأمر الذي يترتب عليه بطلان الحكم المطعون فيه ويتعين القضاء بإلغائه وإعادة الدعوى للمحكمة التأديبية للمحكمة التأديبية للتربية والتعليم للفصل فيها مجدداً بهيئة أخرى^(١).

لذلك، فإن إجراء الإعلان القضائي بالوسائل الإلكترونية يساهم في تحقيق العدالة الناجزة في الدعوى التأديبية، وتبسيط إجراءات التقاضي، فضلاً عن التغلب عن معوقات الإعلان القضائي

١. المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٢٧١١٨ لسنة ٥٤ق، جلسة ٢٣/١/٢٠١٠، حكم غير منشور.

التقليدي، كما أنه وسيلة اقتصادية توفر المال، ويقضي على التحايل والتلاعب في عدم وصول الإعلان إلى المعلن إليه.

المبحث الرابع

التنظيم التشريعي للإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية

تنبه المشرع في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة إلى ضرورة استحداث قواعد جديدة تنظم موضوع الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية لمواكبة تلك التطورات؛ بغرض تطوير قواعد الإعلان القضائي في ضوء ما توفره الوسائل الإلكترونية من قلة التكلفة المادية، والسرعة والأمان، وزيادة الشفافية في العمل القضائي.

وباستقراء نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، نجد أن المشرع المصري لم ينص على الإعلان الإلكتروني على عكس ما فعله بعض مشرعي الدول العربية كالقانون البحريني والعماني والإماراتي والسعودي والكويتي^(١)؛ إلا أنه نص عليه في بعض القوانين الأخرى منها المادة ٨ مكرراً من القانون رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩ بتعديل قانون المحاكم الاقتصادية^(٢)، لذلك، سنتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون المصري.

المطلب الثاني: تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون البحريني.

المطلب الثالث: تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون السعودي.

المطلب الأول

تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون المصري

أجاز المشرع المصري في قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩ المعدل للقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ الأخذ باستخدام التكنولوجيا الحديثة في الإعلان القضائي، وقد عرفت المادة ١٣ من القانون المشار إليه المصطلحات الخاصة بالإعلان الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:

العنوان الإلكتروني المختار: «الموطن الذي يحدده الأشخاص والجهات المبينة بهذا القانون لإعلانهم بجميع إجراءات الدعاوى المقامة إلكترونياً، سواء تمثل في بريد إلكتروني خاص بهم أو رقم هاتف أو غيرها من الوسائل التكنولوجية».

١. د. وائل محمد المسلماني: الإعلان القضائي الإلكتروني، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ٥٦٥.

٢. حيث نصت المادة ٨ مكرراً من القانون رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩ بتعديل قانون المحاكم الاقتصادية على أنه «يخطر قاضي التحضير الخصوم بالحضور أمام الهيئة بأية وسيلة يراها مناسبة، ومن بينها، البريد الإلكتروني أو الاتصال الهاتفي أو الرسائل النصية، وتعتبر الخصومة منعقدة في حالة حضور المدعى عليه أو من يمثله قانوناً...».

الموقع الإلكتروني: «موقع خاص بالمحكمة الاقتصادية المختصة والمخصص لإقامة وقيد وإعلان الدعاوى الإلكترونية».

الإعلان الإلكتروني: «إعلان أطراف الدعوى بأي إجراء قانوني يُتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها، وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار».

القائم بالإعلان الإلكتروني:

يُعد القائم بالإعلان الإلكتروني قلم كتاب المحكمة الاقتصادية ويقتصر دوره على إعلان صحف الدعاوى والطلبات العارضة والإدخال وذلك في ضوء ما قرره المادة ١٦ من قانون المحاكم الاقتصادية التي تنص على أنه «يُعلن أطراف الدعوى المقامة إلكترونياً الخصوم بصحيفتها وطلباتها العارضة والإدخال على العنوان الإلكتروني المختار».

ضرورة تحديد عنوان إلكتروني مختار يتم الإعلان من خلاله:

أوجب القانون على المخاطبين بأحكامه؛ تحديد عنوان إلكتروني مختار يتم الإعلان من خلاله، ويُشأ بالمحاكم الاقتصادية سجل إلكتروني موحد يخصص لقيد العنوان الإلكتروني المختار، ومنه البريد الإلكتروني الخاص بالجهات والأشخاص الآتية^(١):

١. الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
٢. الشركات المحلية والأجنبية أو أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة.
٣. مكاتب المحامين.

وتوا في الجهات والأشخاص المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة المحاكم الاقتصادية بعنوانها الإلكتروني المختار لقيد في ذلك السجل، كما يجوز للأشخاص الطبيعية القيد بهذا السجل، ويُعد ذلك العنوان محلاً مختاراً لهم. ومع ذلك، يكون لذوي الشأن الاتفاق على أن يتم الإعلان على أي عنوان إلكتروني مختار آخر، على أن يكون ذلك العنوان قابلاً لحفظه واستخراجه.

كيفية إجراء الإعلان وميعاده:

يتم إعلان الدعوى على الموقع المخصص لذلك بالمحكمة الاقتصادية قبل تاريخ الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل، وبإعلان الدولة على العنوان الإلكتروني المختار الخاص بفرع هيئة قضايا الدولة المختص محلياً، وبالإعلان بذات الوسيلة على مكاتب المحامين المقيدين بالسجل إذا اتخذ منه المُعلن إليه محلاً مختاراً له، ويعتبر الإعلان الإلكتروني منتجاً لأثره في الإعلان متى ثبت إرساله^(٢).

١. المادة ١٧ من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩.

ويلاحظ أنه في ظل توجه الدولة المصرية للتقاضي الإلكتروني فقد صدر قرار وزير العدل المصري رقم ٨٥٤٨ لسنة ٢٠٢٠ المؤرخ في ٢٢/١١/٢٠٢٠ الخاص بتنظيم القيد في السجل الإلكتروني للتقاضي أمام المحاكم الاقتصادية وقد تضمن في المادة الرابعة منه الاعتراف بالإعلان الإلكتروني حيث نصت على أنه «يتم إعلان الأشخاص والجهات علي العنوان الإلكتروني الوارد بالسجل ويعد منتجاً لأثاره من تاريخ الإرسال، ومع ذلك يكون لذوي الشأن الاتفاق علي أن يتم الإعلان علي أي عنوان إلكتروني آخر».

٢. المادة ١٨ من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩.

الإجراء الواجب حال تعذر الإعلان إلكترونياً:

إذا تعذر الإعلان بهذه الوسيلة، اتبعت القواعد التقليدية المقررة للإعلان القضائي في قانون المرافعات، وهذا يعني أن المشرع المصري جعل اللجوء إلى الإعلان بالطرق التقليدية في قانون المرافعات وسيلة احتياطية^(١)، بيد أن المشرع لم يبين ماهية التعذر، ومن ثم يخضع لسلطة قلم الكتاب القائم بالإعلان في هذا الصدد^(٢)، مع ملاحظة أن المشرع قد أوجب على قلم الكتاب ضرورة نسخ صورة المستند أو المحرر الإلكتروني وإيداعه ملف الدعوى الورقي سواء تم الإعلان بالطريق الإلكتروني أو بالطرق التقليدية في قانون المرافعات.

ومن خلال العرض السابق، يتضح أن المشرع المصري قد قصر الإعلان الإلكتروني على الدعاوى القضائية التي ترفع أمام المحاكم الاقتصادية دون غيرها من الدعاوى، وهو ما لا يتوافق مع التطورات التكنولوجية التي لحقت بجميع مناحي الحياة، مما يدعونا إلى مناقشة المشرع المصري إلى ضرورة النص على جواز الإعلان الإلكتروني في الدعوى التأديبية.

المطلب الثاني

تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون البحريني

تنبه المشرع البحريني إلى قصور الوسائل التقليدية وحدها عن القيام بدورها في الإعلان القضائي في ظل البيئة الرقمية، وهو ما يحتم عليه السير نحو مواكبة التطورات التكنولوجية، ومن ثم فقد أجاز استعمال الوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي لتحقيق أقصى استفادة ممكنة بإجراء يختصر الكثير من الوقت والجهد والنفقات.

لذلك، ذهب المشرع البحريني إلى جواز إجراء الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية بدلاً من الوسائل التقليدية^(٣)، وذلك في إطار تنفيذ مبادرات التحول الرقمي؛ بغرض سرعة الفصل في الدعاوى وتوفير الوقت والجهد، وتنفيذاً لذلك صدر قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ الخاص باعتماد البريد الإلكتروني والرسائل النصية لإعلان الأوراق القضائية في الدعاوى المدنية والتجارية والجنائية الصادر بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٨^(٤)، وقد تضمن هذا القرار النص على إنشاء سجل خاص بالإعلانات الإلكترونية يتم فيه تسجيل عناوين البريد الإلكتروني وأرقام الاتصال المعتمدة للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية العامة.

١. د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٧٠٣.

٢. د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

٣. راجع نص المادة ٤/٣٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

٤. مريم عبد الله الهديفي، ود. أحمد سيد محمود: الإعلان القضائي الإلكتروني في دولة قطر بين الماهية والفاعلية، مرجع سابق، ص ١٣٤.

وسائل الإعلان القضائي الإلكتروني:

يتم الإعلان الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية لأرقام الهواتف المعتمدة في المملكة باعتبارهما من الوسائل التي تكون قابلة للحفظ والاستخراج، ونحاول الإشارة إلى هاتين الوسيلتين بإيجاز، وذلك على النحو الآتي:

١. الرسائل النصية:

تعد الرسائل النصية القصيرة «SMS» هي نتاج تطور وسائل الاتصال الحديثة بين الناس^(١)، وهي رسائل يتم تبادلها تنطوي على نص كتابي أو صورة أو غير ذلك^(٢)، وتمتاز بكونها وسيلة اتصال سهلة وفعالة، ولم تعد تقتصر على أجهزة الهاتف المحمول فقط، بل أصبحت شركات الاتصالات تقدم خدمات إرسال الرسائل النصية عبر الإنترنت إلى أجهزة الهاتف المحمول بتكاليف زهيدة^(٣). وقد أضحت هي الطريقة الأسرع والأسهل في العصر الحديث في ضوء امتلاك عامة المواطنين بالمملكة لهواتف محمولة، ولا تسمح هيئة الاتصالات بإصدار رقم هاتف واستعماله إلا بواسطة بطاقة الهوية أو جواز سفر ساري المفعول، كما نص قرار قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ الخاص باعتماد البريد الإلكتروني والرسائل النصية لإعلان الأوراق القضائية في الدعاوى المدنية والتجارية والجنائية الصادر بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٨ على يتم الإعلان وفقاً لقاعدة البيانات المعتمدة والمقيّدة في سجل الوزارة أو لدى هيئة المعلومات والحكومة الإلكترونية، فإن لم تتوفر البيانات لدى تلك الجهات يتم الاعلان وفقاً لقواعد البيانات المعتمدة في هيئة تنظيم سوق العمل أو وزارة الصناعة والتجارة والسياحة أو هيئة تنظيم الاتصالات وشركات الاتصالات المرخصة في المملكة أو أي جهة أخرى.

٢. البريد الإلكتروني:

يُعد البريد الإلكتروني وسيلة لتبادل رسائل إلكترونية على عنوان محدد، بين أكثر من شخص عبر شبكة المعلومات الدولية أو غيرها من وسائل الربط الإلكترونية وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي^(٤)، فالبريد الإلكتروني شأن كل بريد عادي؛ مركز لتوزيع الرسائل المُرسلة من الراسل إلى المرسل إليه، إلا أن هذه الرسائل يتم إرسالها بطريقة إلكترونية وعلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه، وينطبق على البريد الإلكتروني القواعد الخاصة بأحكام البريد العادي. وقد تنبّه المشرع البحريني إلى ضرورة استحداث قواعد جديدة تنظم الإعلان القضائي عبر البريد الإلكتروني؛ حيث يُعد وسيلة ميسرة وسريعة في وصول البريد الإلكتروني إلى صندوق البريد المرسل

١. د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال: التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢٥٠.

٢. مايا مصطفى فولادكار: النظام القانوني للتبليغ الإلكتروني في التشريع الفرنسي طبقاً لأحدث التعديلات، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠، ص ١١٢.

٣. د. محمد بن أحمد البديرات: التبليغ القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١١٥٤.

٤. المستشار. عادل محمد حسين: حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٨.

إليه في ثواني معدودة^(١)، ويتم الإعلان عبر البريد الإلكتروني للشخص المراد تبليغه سواء كان البريد الإلكتروني تابعاً لعمله أو بريداً شخصياً خاصاً، طالما ثبت أنه خاضع لسيطرته أو كان الشخص هو من قدمه طوعية كوسيلة للإعلان^(٢).

لذلك، كان لا بُد من إضفاء القيمة القانونية على البريد الإلكتروني في شأن الإعلانات القضائية؛ وذلك من أجل أن يحظى بالثقة والمصادقية في تمتعه بالحجية القانونية المسندة إليه، وهذا لا يتصور إلا في تذييل التوقيع الإلكتروني على البريد الإلكتروني، بحيث يضمن عليه القوة والحجة فيما يرد إليه من رسائل وما يصدر عنه، ووجود التوقيع الإلكتروني في البريد الإلكتروني يُعد مصدراً من مصادر الحجية للبريد^(٣)؛ مما يؤدي إلى تشجيع الإعلانات القضائية الإلكترونية وبث الثقة فيها وذلك من خلال الآلية القانونية التي تواتر الحديث عنها في الفقه القانوني المقارن لتأمين المعاملات الإلكترونية من خلال عمليات التوثيق الإلكتروني عن طريق ما يعرف بجهات التوثيق الإلكتروني^(٤). ويُعرف مُقدم خدمة التصديق بأنه جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات إلكترونية، ويُطلق على الغير الذي يتولى عملية التصديق «مُقدم خدمة التصديق»^(٥)، ومن ثم فإن الرسائل المتبادلة بطريق البريد الإلكتروني تكتسب حجية في الإثبات تضاوي تلك المفرغة ورقياً والمذيلة بتوقيع كتابي، فلا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية كدليل لإثبات مجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني، ولهذا فإنها تكون عصية على مجرد جحد الخصم لمستخرجاتها وتمسكه بتقديم أصلها، ولا يبقى أمام من ينكرها من سبيل سوى المبادرة إلى الادعاء بالتزوير وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً^(٦).

ولكن قد تثار إشكالية في هذا الشأن تتمثل في أن البريد الإلكتروني يصعب فيه التحقق من وصول الرسالة وتسلمها من عدمه، حيث إن شركات البريد ليس لديها خاصية التحقق التي هي محل الإشكال؟

نرى أنه يمكن التغلب على هذه الإشكالية من خلال الاستفادة من خدمات جهات التوثيق الإلكتروني في ضبط آلية الإعلانات القضائية الإلكترونية، وبخاصة تقديم خدمات البريد الإلكتروني المصحوب بعلم الوصول، والتحقق من إسناد الرسالة إلى مُنشئها، وتأكيد تسلمها من المطلوب تبليغه، وإمكانية حفظ وأرشفة الإعلانات الإلكترونية بالوقت والتاريخ الدقيق^(٧).

١. د. بدر بن عبد الله محمد المطرودي: أحكام التبليغ القضائي الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧٦٧.
٢. د. أحمد محمد الصاوي، د. نجوى أبوهيبة: الإعلان القضائي الإلكتروني بين التقنين والتقنية، مرجع سابق، ص ٤٠.
٣. د. أسامة العبيدي: حجية التوقيع الإلكتروني، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، العدد ٥٦، المجلد ٢٨، محرم ١٤٣٤هـ - ديسمبر ٢٠١٢، ص ١٤١ وما بعدها.
٤. د. مصطفى أبومندور موسى: مفهوم المحرر الإلكتروني المدعول للإثبات «دراسة مقارنة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ٦٠، ٢٠١٦، ص ٧٦٩ وما بعدها.
٥. د. إيمان مأمون: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦، ص ١٦٩.
٦. المستشار عادل محمد حسين: حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص ٨٦.
٧. د. أحمد محمد الصاوي، د. نجوى أبوهيبة: الإعلان القضائي الإلكتروني بين التقنين والتقنية، مرجع سابق، ص ٤٥.

بيانات الإعلان الإلكتروني:

يتعين أن يشتمل الإعلان على بيان تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حدث فيها الإعلان، وعلى بيان اسم كل من طالب الإعلان ولقبه وموطنه واسم من يمثله ولقبه وموطنه ومهنته، والمحكمة المختصة وموضوع الإعلان والموظف الذي قام به، وكذا اسم المعلن إليه ولقبه وموطنه، وبيانات البريد الإلكتروني أو أرقام تواصل المعلن إليه^(١).

وقد هدف المشرع البحريني من تلك البيانات أن يتحقق العلم اليقيني للمطلوب إعلانه بموضوع الدعوى، والمحكمة المختصة بنظرها، مع تمكينه من الاطلاع على مستندات الدعوى وتبنيه إلى ذلك عند إعلانه إلكترونياً، حتى يتمكن من تحضير دفاعه بما يضمن سرعة الفصل في الدعوى المنظورة أمام المحكمة المختصة.

إلزامية إنشاء سجل خاص بالإعلانات الإلكترونية:

قرار وزير العدل والأوقاف والشئون الإسلامية رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ في المادة الثالثة منه إلزامية إنشاء سجل خاص بالوزارة تقيد فيه عناوين البريد الإلكتروني وأرقام الاتصال المعتمدة للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية العامة والخاصة أو المتفق عليها بين أطراف الدعوى في العقود المبرمة بينهم أو في مراسلاتهم.

كيفية الحصول على العناوين الإلكترونية:

حدد قرار وزير العدل والأوقاف والشئون الإسلامية رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ في المادة الرابعة منه كيفية الحصول على العناوين الإلكترونية للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المطلوب إعلانهم، وذلك وفقاً للبيانات المعتمدة والمقيدة في سجل وزارة العدل أو لدى هيئة المعلومات والحكومة الإلكترونية، فإن لم تتوفر البيانات لدى الجهتين يتم الإعلان وفقاً لقواعد البيانات المعتمدة في هيئة تنظيم سوق العمل، أو وزارة الصناعة والتجارة والسياحة أو هيئة تنظيم الاتصالات وشركات الاتصالات المرخصة في المملكة أو أي جهة أخرى.

مدى جواز الاعتداد بالعناوين الإلكترونية للوكيل بالخصومة:

تضمن قرار وزير العدل والأوقاف والشئون الإسلامية رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ في المادة الخامسة منه إلى أنه يُعتد بأرقام الهواتف والعناوين الإلكترونية كموطن لأصحابها لإعلانهم إلكترونياً بالأوراق وسائر الإجراءات القضائية، ويعتبر رقم هاتف الوكيل بالخصومة وعنوان بريده الإلكتروني موطناً مختاراً يصح إعلان الموكل فيه إلكترونياً بكل إجراءات الدعوى والطعن على الحكم الذي يصدر فيها وإجراءات تنفيذه.

١. راجع المادة ٣٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته، والمادة ٥ من قرار وزير الأوقاف والشئون الإسلامية رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٨.

القائم بالإعلان الإلكتروني وتوقيته:

حدد المشرع البحريني شخص القائم بالإعلان، حيث أسند هذا الأمر إلى الموظف المختص بذلك أو أي جهة أخرى يحددها وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء^(١)، ويراعى عند إرسال ورقة الإعلان القضائي إلى رقم هاتف المطلوب إعلانه أو بريده الإلكتروني، إرفاقها بملف الدعوى، وذلك حتى يتحقق القاضي يقيناً من تحقق إعلان الشخص المطلوب إعلانه. ويلاحظ أن المشرع البحريني قد أجاز إسناد أمر الإعلان الإلكتروني إلى شخص اعتباري خاص، وذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء^(٢)، وهو ذات ما ذهب إليه المشرع الإماراتي الذي أجاز إسناد أمر الإعلان الإلكتروني إلى شخص اعتباري خاص، إذ إنه أجاز أن يكون الإعلان بواسطة شركة أو مكتب خاص، ويصدر مجلس الوزراء نظاماً خاصاً بقيام الشركات والمكاتب الخاصة بإجراء الإعلان، ويُعد قائماً بالإعلان كل من كلف بتولي عملية الإعلان في هذا الشأن^(٣)، بينما لم ينص المشرع العماني على جواز إسناد أمر الإعلان الإلكتروني إلى شخص اعتباري خاص، حيث قصر إسناد هذا الأمر على أمانة سر المحكمة المختصة دون أن يشار إليها في ذلك أحد الأشخاص الاعتبارية.

قواعد الاختصاص المكاني في الإعلان القضائي الإلكتروني:

يقتضي تنفيذ الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية توسيع نطاق الاختصاص المكاني للمحكمة الذي تباشره، حيث إن الوسائل الإلكترونية المعتمدة في الإعلان لا تقتيد بالحدود التقسيم الإداري للمناطق، كما أن العلة التي فرضت الاختصاص المكاني في الإعلان، والتي تتمثل في عدم معرفة المحضرين للأماكن التي تقع خارج نطاق اختصاص المحكمة التي يتبعونها غير متوافرة حال الإعلان القضائي بالوسائل الإلكترونية^(٤).

لذلك، فإنه لا يتم التقيد في الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية بقواعد الاختصاص المكاني، ومن ثم يجوز للقائم بالإعلان القيام بالإعلان على مستوى الدولة دون التقيد بالاختصاص المكاني. الإجراء الواجب حال تعذر الإعلان إلكترونياً:

إذا تعذر الإعلان بالطرق الإلكترونية كتعذر استقبال الإعلان من خادم البريد الإلكتروني أو رقم اتصال المعلن إليه، فإنه يتعين اللجوء إلى الطرق المقررة قانوناً في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وذلك بأن يتم الإعلان بالطرق التقليدية^(٥).

١. راجع المادة ٣/٣٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

٢. راجع المادة ٣/٣٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

٣. راجع نص المادة ٥ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٤/١١/٣٠.

٤. د. محمد بن أحمد البديرات: التبليغ القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١١٩٤.

٥. راجع المادة ٩ من قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٢٠.

آثار الإعلان القضائي الإلكتروني:

نص قرار وزير العدل والأوقاف والشئون الإسلامية رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٨ في المادة السابعة منه إلى أن الإعلان الإلكتروني يكون منتجاً لآثاره بمجرد إرساله بالبريد الإلكتروني أو الرسالة النصية القصيرة، وذلك على عكس ما ذهب إليه المشرع العماني بأن الإعلان الإلكتروني يكون منتجاً لآثاره من تاريخ نجاح إرسال الإعلان الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية المنصوص عليها قانوناً، ويتعين على الموظف الذي قام بإجراء الإعلان التحقق من رجوع التقرير الإلكتروني الذي يثبت تحقق الإعلان الإلكتروني^(١).

ويُعد مسلك المشرع العماني محموداً في هذا الشأن، بأن جعل الإعلان الإلكتروني منتجاً من تاريخ نجاح إرسال الإعلان الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية المنصوص عليها قانوناً، وهو ما يتيح إمكانية التحقق من وقوع الإعلان الإلكتروني.

مدى جواز إجراء الإعلان القضائي الإلكتروني إلى أي من الأزواج وغيرهم الساكنين مع الشخص المراد إعلانه:

أجاز المشرع البحريني إجراء الإعلان القضائي التقليدي إلى أي من الأزواج وغيرهم من أهله وأقاربه وأصهاره الساكنين معه^(٢)، إلا أننا نرى أنه حال إجراء الإعلان القضائي الإلكتروني بإحدى الوسائل الإلكترونية التي نص عليها المشرع البحريني فإنه من الواجب أن يكون الإعلان الإلكتروني للشخص المراد إعلانه، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يتم الإعلان الإلكتروني إلى أي من الأزواج وغيرهم الساكنين مع الشخص المراد إعلانه على غرار الإعلان القضائي التقليدي، إذ إنه يصعب التأكد من أي منهم إلا بزيارة القائم على الإعلان، وهو أمر لا يمكن تصوره في ضوء أن الإعلان الإلكتروني يتم دون الحاجة إلى الانتقال المادي لموطن الشخص المراد إعلانه.

المطلب الثالث

تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون السعودي

قامت المملكة العربية السعودية بإصدار نظام جديد للمرافعات الشرعية بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ بغرض مساندة التطورات التقنية الحاصلة في مجال التقاضي، حيث نص المنظم السعودي على جواز استعمال الوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي ورتب ذات الأثر الذي يرتبه الإعلان التقليدي^(٣).

١. راجع نص المادة ٣٦ من اللائحة التنظيمية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠٢١ لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٢٠.

٢. راجع المادة ٣٥ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

٣. المادة ١١ من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٨ بتاريخ ١٤٤٢/١/١٥.

كما نصت المادة ٣ من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣ بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ المعدلة بالمرسوم

ونصت المادة ٧٢ من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٢/١/١٤٣٥هـ على أنه «يجوز تدوين بيانات صحف الدعاوى والتبليغات ومحاضر الدعاوى والإنهاءات وغير ذلك إلكترونياً، ويكون لها حكم المحررات المكتوبة، وفقاً لنظام التعاملات الإلكترونية». ومن ثم فإن المنظم السعودي قد رأى ضرورة مواكبة التطورات التقنية في مجال التقاضي؛ بغرض استعمال الوسائل الإلكترونية في التبليغات القضائية للقضاء على ظاهرة بطء التقاضي التي قد تحدث نتيجة تعذر الإعلان في الدعوى التأديبية.

وحتى يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية في الإعلان القضائي كان لا بد صدور الأنظمة التي تنظم التعاملات الإلكترونية، وأن ينص في نظم الإجراءات على الأخذ بهذه الآلية في إجراءات التقاضي^(١). وقد حددت المادة الثالثة عشرة «المعدلة» من نظام المرافعات الشرعية في فقرتها (٢) المضافة مجدداً الوسائل الإلكترونية التي يحصل بها التبليغ القضائي الإلكتروني، وهذه الوسائل هي: الرسائل النصية المرسلة عبر الهاتف المحمول الموثق، أو البريد الإلكتروني، أو أحد الحسابات المسجلة في أي من الأنظمة الآلية الحكومية^(٢)، وفي المقابل نجد أن هذه الوسائل قد قررها مجلس القضاء الإداري بديوان المظالم وهي الرسائل النصية، والبريد الإلكتروني، والحسابات المسجلة في الأنظمة الآلية الحكومية^(٣).

وينتج التبليغ القضائي الإلكتروني أثره إذا ما تم إجراؤه بالطرق المنصوص عليها قانوناً، مع مراعاة أن العبرة في هذا الشأن هي بتحقيق الغاية المرجوة منه في وصول العلم بالتبليغ، وذلك حتى يكون حجة لمن وجه إليه بالوسائل الإلكترونية التي نص عليها المنظم، واشترط في تلك الوسائل أن تكون موثقة، والتوثيق الإلكتروني في المملكة مرتبط بجهة مخصصة في هذا الشأن تسمى بالمركز الوطني للتصديق الرقمي التابع لوزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، ومن مهامها إصدار شهادات التصديق الرقمي^(٤).

ومن ثم، يتضح لنا أن المنظم السعودي قد أجاز الإعلان بالوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية، حيث نص على ذلك صراحة في قانون المرافعات أمام ديوان المظالم، وهو مسلك حميد يتم من خلاله التغلب على مشكلات تأخير إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية بالطرق التقليدية، مما يجعلنا

الملك رقم م/١٨ بتاريخ ١٥/١/١٤٤٢هـ بأنه «يجوز أن يتم الإبلاغ بالمواعيد والإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام بكتاب مسجل مع إشعار بالتسلم، أو بإحدى الوسائل الإلكترونية المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية».

١. د. أحمد بن سليمان الربيش: الوسائل الإلكترونية ودورها في تبسيط إجراءات التقاضي، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر ٢٠١٢، ص ٢٠٥.

٢. الفقرة (٢) المضافة إلى المادة (١٣) المعدلة من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٢/١/١٤٣٥هـ المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٨ بتاريخ ١٥/١/١٤٤٢هـ.

٣. د. بدر بن عبد الله محمد المطرودي: أحكام التبليغ القضائي الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧٦٤.

٤. وقد عرف نظام التعاملات الإلكترونية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ، شهادات التصديق الرقمي في الفقرة (١٧) من المادة الأولى بأنها: «وثيقة إلكترونية يصدرها مقدم خدمات تصديق، تستخدم لتأكيد هوية الشخص الحائز لمنظومة التوقيع الإلكتروني، وتحتوي على بيانات التحقيق من توقيعه».

نهيب بالمشرع المصري بأن يسلك نهج المنظم السعودي في هذا الشأن في ظل التطورات التقنية التي يشهدها العالم في جميع مجالات الحياة.

ونرى بأنه يتعين تضمين نصوص قوانين الخدمة المدنية ما يُوجب على الموظف العام أن يُضمن ملفه الوظيفي البريد الإلكتروني الخاص به أو أي وسيلة إلكترونية يمكن من خلالها التواصل معه وإعلانه بالأوراق القضائية الخاصة به، وإلزامه بإخطار جهة عمله بأي تغيير يطرأ على الوسيلة الإلكترونية المثبتة بملفه الوظيفي والإعقاب قانوناً، وذلك بهدف تمكين القائم بالإعلان من سرعة الوصول إليه وإعلانه على الوجه القانوني الصحيح تقصيراً لأمد التقاضي في الدعوى التأديبية.

القائم بالإعلان الإلكتروني وتوقيت إجراؤه:

يكون الإعلان بواسطة قلم المحضرين بالمحكمة التأديبية المختصة بناءً على أمر القاضي، ويجوز الاستعانة بالقطاع الخاص في تحضير الخصوم وفق ضوابط تحددها اللوائح اللازمة لهذا النظام، وتطبق على موظفي القطاع الخاص القواعد والإجراءات المنظمة لأعمال المحضرين^(١)، ويتم إجراء الإعلان الإلكتروني في أي وقت من اليوم^(٢)، إذ إنه تتنفي في حالة التبليغ الإلكتروني أي مساس بحياة الشخص الخاصة أو العامة على خلاف التبليغ التقليدي الذي كان يقتضي إجراء التبليغ في أوقات معينة، فضلاً عن أنه لا يشترط تحديد المكان للشخص الذي يوجد فيه حين تسلمه للتبليغ القضائي الإلكتروني.

آثار التبليغ القضائي الإلكتروني:

ينتج التبليغ القضائي الإلكتروني أثره إذا ما تم إجراؤه بالطرق المنصوص عليها قانوناً، مع مراعاة أن العبرة في هذا الشأن هي بتحقيق الغاية المرجوة منه في وصول العلم بالتبليغ، وذلك حتى يكون حجة لمن وجه إليه بالوسائل الإلكترونية التي نص عليها المنظم، واشترط في تلك الوسائل أن تكون موثقة، والتوثيق الإلكتروني في المملكة العربية السعودية مرتبط بجهة مخصصة في هذا الشأن تسمى بالمركز الوطني للتصديق الرقمي التابع لوزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، ومن مهامها إصدار شهادات التصديق الرقمي^(٣).

١. المادة ١١ من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٢/٢٢/١٤٣٥هـ المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٨ بتاريخ ١٥/١٠/١٤٤٢هـ.

٢. المادة ٧٢ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية الحالي.

ويلاحظ أنه قبل أن ينص المنظم السعودي على جواز الإعلان عبر الوسائل الإلكترونية فإنه كان لا يجوز إجراء الإعلان التقليدي (التبليغات القضائية) قبل شروق الشمس ولا بعد غروبها، ولا في أيام العطل الرسمية، إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من القاضي.

٣. وقد عرف نظام التعاملات الإلكترونية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ، شهادات التصديق الرقمي في الفقرة (١٧) من المادة الأولى بأنها: «وثيقة إلكترونية يصدرها مقدم خدمات تصديق، تستخدم لتأكيد هوية الشخص الحائز لمنظومة التوقيع الإلكتروني، وتحتوي على بيانات التحقيق من توقيعه».

الخاتمة

يُعتبر مبدأ المواجهة أحد الضمانات الجوهرية التي ينبغي كفالها للمتهم سواء في مرحلة التحقيق أو المحاكمة باعتباره ذا صلة وثيقة بحق الدفاع؛ وذلك بغرض إيقاف الموظف على حقيقة التهم المسندة إليه، وإحاطته علماً بالأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة التأديبية، ولم يحدد المشرع المصري والبحريني إطاراً شكلياً معيناً لتحقيق مبدأ المواجهة، حيث يتحقق ذلك المبدأ بتحقيق الغاية منه وهي تبصرة الموظف العام بما هو منسوب إليه حتي يتحقق لديه العلم اليقيني بالاتهام التأديبي فينهض للدفاع عن نفسه، حيث إن هذا المبدأ يماثل مبدأ المواجهة بين الخصوم في الدعاوى القضائية. ويُعد الإعلان القضائي من أهم الإجراءات القضائية في الدعوى التأديبية، فهو الوسيلة القانونية المعتمدة الذي تتعقد من خلاله الخصومة القضائية، إلا أن الواقع العملي قد كشف عن العديد من المعوقات عند إجراء الإعلان القضائي بالطرق التقليدية في ظل تعذر إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية في بعض الأوقات، وهو ما كان دافعاً للجوء للوسائل الإلكترونية لاستخدامها في الإعلان القضائي، وذلك في ظل ما توفره التكنولوجيا الحديثة من قلة التكلفة المادية والسرعة والأمان، وذلك دون الحاجة إلى الانتقال الفعلي لموطن المعلن إليه.

وبعد الانتهاء من هذه الدراسة الموجزة؛ فإننا نخلص إلى أهم النتائج والتوصيات الآتية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١. يُعد الإعلان القضائي في الدعوى التأديبية إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله أو إجرائه بالمخالفة لحكم القانون على وجه لا يتحقق معه الغاية منه، وقوع عيب شكلي في إجراءات المحاكمة تؤثر في الحكم، وتؤدي إلى بطلانه.
٢. أناط المشرع المصري بقلم كتاب المحكمة التأديبية إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية، إلا أنه في الواقع العملي قد دأبت المحاكم التأديبية على تكليف النيابة الإدارية بالقيام بهذا الإجراء، في حين لم يحدد المشرع البحريني الموظف المنوط به ذلك تاركاً تنظيم ذلك الأمر لرئيس مجلس التأديب.
٣. حدد المنظم السعودي المدة المقررة بين الإعلان وتاريخ الجلسة بألا تقل عن ثلاثين يوماً فور تسلم رئيس المحكمة التأديبية المختصة الدعوى، ويتم تبليغ ذلك الموعد إلى كل من هيئة الرقابة والتحقيق والمتهم، وذلك على خلاف المشرع المصري والبحريني الذي لم ينص على المدة المقررة في هذا الشأن.
٤. يجوز الفصل في الدعوى التأديبية حال غياب المتهم عن جلسات المحاكمة التأديبية طالما تم إعلانه على الوجه الصحيح قانوناً، كما أنه يُصحح حضور المتهم المحال للمحاكمة بطلان الإعلان، ويزيل العيب الذي اعتراه في ضوء تحقق الغاية من الإعلان بحضور المتهم أمام

المحكمة، وتمكينه من الدفاع عن نفسه.

٥. يوفر الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية إمكانية إعلان الموظف المتهم في الدعوى التأديبية بأي إجراء قضائي يتخذ في مواجهته باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة دون حاجة إلى الانتقال المادي إليه في موطنه أو محل عمله، وذلك عن طريق قلم المحضرين الإلكتروني بالمحكمة المختصة.

٦. يُعد الإعلان القضائي عبر الوسائل الإلكترونية وسيلة اقتصادية توفر المال إذا ما قُورنت بمصاريف الإعلان التقليدية بواسطة قلم المحضرين، كما أنه لا يختلف عن الإعلان التقليدي سوى في وسيلة القيام به من خلال الوسائل التكنولوجية الحديثة.

٧. قصر المشرع المصري الإعلان القضائي بالوسائل الإلكترونية على الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الاقتصادية فقط، وأوجب حال تعذر إجراء الإعلان القضائي الإلكتروني ضرورة اتباع الإجراءات التقليدية في الإعلان المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهو ذات نهج المشرع البحريني حال تعذر الإعلان القضائي بالوسائل الإلكترونية.

٨. ذهب المنظم السعودي والمشرع القطري إلى جواز الإعلان بالوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية؛ بهدف التغلب على مشكلات تأخير إعلان الموظف المحال للمحاكمة التأديبية بالطرق التقليدية، وذلك على خلاف نظيره المصري والبحريني.

٩. عدم جواز إجراء الإعلان القضائي الإلكتروني إلى أي من الأزواج وغيرهم الساكنين مع الشخص المراد إعلانه.

ثانياً: التوصيات:

١. نوصي المشرع المصري والبحريني بالنص في قانون الخدمة المدنية على جواز استدعاء الموظف للتحقيق بالوسائل الإلكترونية، وذلك على نهج كل من المشرع الإماراتي والقطري.

٢. نوصي المشرع المصري والبحريني بضرورة النص على المدة التي تفصل بين الإعلان وبين تاريخ الجلسة حتى يتمكن المتهم من تحضير دفاعه ودرء الاتهام المسند إليه، باعتبار أن ذلك من الضمانات الأساسية التي كفلها له القانون.

٣. نوصي المشرع المصري والبحريني بضرورة النص على إلزام الموظف بأن يقوم بتضمين أوراق ملفه الوظيفي البريد الإلكتروني الخاص به أو رقم الهاتف الخاص به لإعلانه عليه، وذلك في ضوء ما توفره التكنولوجيا الحديثة من وسائل يمكن من خلالها التغلب على مشكلة الإعلان، وتقصير أمد التقاضي في الدعوى التأديبية.

٤. نوصي المشرع المصري بإدخال تعديل تشريعي بإنشاء قلم محضرين بالنيابة الإدارية حتى يتسنى من خلاله القيام بإعلان المتهم المحال للمحاكمة لتنفيذ ما تأمر به المحكمة التأديبية في هذا الشأن، مع تضمين النص إمكانية جواز إعلان المتهم بالوسائل الإلكترونية في ظل التطور

التقني الذي يشهده العالم.

٥. نوصي المشرع المصري والبحريني بضرورة النص على جواز الإعلان بالوسائل الإلكترونية في الدعوى التأديبية؛ بهدف التغلب على مشكلات تأخير إعلان الموظف بالطرق التقليدية.
٦. نوصي بالاستعانة بمهندسي التقنيات الإلكترونية في المسائل الإلكترونية، وذلك من خلال إنشاء إدارة للمعلومات التقنية والمتعلقة بالجوانب القانونية التي تتم عبر الأجهزة القانونية، ويصدر قانون بتنظيمها على غرار مصلحة الخبراء والطب الشرعي التابعة لوزارة العدل.
٧. ضرورة الاستفادة من خدمات جهات التوثيق الإلكتروني في ضبط آلية الإعلانات القضائية الإلكترونية، وبخاصة تقديم خدمات البريد الإلكتروني المصحوب بعلم الوصول، والتحقق من إسناد الرسالة إلى منشئها، وتأكيد تسلمها من المطلوب تبليغه، وإمكانية حفظ وأرشفة الإعلانات الإلكترونية.

المراجع

أولاً: الكتب:

- د. أحمد هندي: الإعلان القضائي بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- د. بندر محمد الشريف: التنظيم القانوني للإعلان القضائي في نظام المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في ضوء التشريعات الأجنبية والعربية، دار الفكر والقانون، ٢٠٢٠.
- د. خالد حسن أحمد لطفي: التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٠.
- د. سليمان الطماوي: قضاء التأديب، دار الفكر الجامعي، ١٩٧٩.
- المستشار. سمير صادق: قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٥.
- المستشار. عادل محمد حسين: حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، دراسة تطبيقية في ضوء القانون وأحدث أحكام محكمة النقض المصرية، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠٢٠.
- د. عائشة سيد أحمد: خصوصية إجراءات التحقيق التأديبي وضمائنه التقليدية والإلكترونية أمام النيابة الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٩.
- د. عبد الله عبد الحكي الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني في ضوء التنظيم التشريعي للتقاضي بوسيلة الدعوى والتقاضي بوسيلة العريضة في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠.

- د. عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- د. ماهر عبد الهادي: الشرعية الإجرائية في التأديب، أصول القوانين، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.
- د. محمد الحسيني: إشكاليات الدعوى التأديبية وحلولها القضائية والعملية، بدون دار نشر أو سنة نشر.
- د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠.
- المستشار. ممدوح طنطاوي: الدعوى التأديبية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
- د. ميادة عبدالقادر إسماعيل: ولاية النيابة الإدارية بتوقيع الجزاءات التأديبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٩.
- د. نبيل إسماعيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، دراسة تحليلية وعملية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.

ثانياً: الرسائل:

- د. محمد عصام الترساوي: إلكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٩.
- د. يوسف أحمد نوافلة: الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات:

- د. أسامة العبيدي: حجية التوقيع الإلكتروني، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، العدد ٥٦، المجلد ٢٨، محرم ١٤٣٤هـ - ديسمبر ٢٠١٢.
- د. أحمد بن سليمان الربيش: الوسائل الإلكترونية ودورها في تبسيط إجراءات التقاضي، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر ٢٠١٢.
- د. أحمد سيد أحمد محمود: الحماية القضائية عن طريق الإعلان القضائي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، دراسة في ظل بعض السوابق القضائية الدولية وتشريعات دول الخليج العربي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس ٩ - ١٠ مايو ٢٠١٨، ملحق خاص، العدد ٣، الجزء الأول، مايو ٢٠١٨.
- د. أحمد محمد الصاوي، د. نجوى أبوهيبة: الإعلان القضائي الإلكتروني بين التقنين والتقنية، دراسة في ضوء القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤ المعدل لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور بمجلة الآداب والعلوم الاجتماعية بجامعة السلطان قابوس المجلد رقم ١٠، العدد ١، أبريل ٢٠١٩.
- د. بدر بن عبدالله محمد المطرودي: أحكام التبليغ القضائي الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، العدد ١٩٨، ٢٠٢١.
- د. سيد أحمد محمود: نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، الجزء الأول، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٧.

- د. عبد الله عبد الحي الصاوي: تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني، دراسة تحليلية في القانون المصري والإماراتي، بحث منشور بمجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد الثاني عشر، ٢٠٢٠/٢٠٢١.
- د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة: نحو قضاء إداري إلكتروني، مجلة جامعة الأزهر، غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد ١٩.
- د. علي سعود الظفيري: القيمة القانونية لمبدأ المواجهة في الإجراءات التأديبية، دراسة تحليلية في ظل قانون الخدمة المدنية الكويتي والقانون المقارن، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد ٣، سبتمبر ٢٠٢١.
- د. عمر لطيف كريم: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت، السنة ١، المجلد ١، العدد ٢، ج ١، شهر أذار «مارس» ٢٠١٧.
- د. محمد بن أحمد البديرات: التبليغ القضائي عبر الوسائل الإلكترونية في النظام السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد ٣٧، أبريل ٢٠٢٢.
- د. محمد عبد الله الشوابكة: مبدأ المواجهة وأثر إغفاله على فرض العقوبة التأديبية، دراسة مقارنة في التشريع العماني والأردني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، العدد ٣٠، يناير ٢٠١٩.
- مريم عبد الله الهدفي، ود. أحمد سيد محمود: الإعلان القضائي الإلكتروني في دولة قطر بين الماهية والفاعلية «دراسة مقارنة»، مجلة القانون والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، العدد ٦٤، ٢٠٢١.
- د. مصطفى المتولي قنديل: النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٧.
- د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.
- د. وائل محمد المسلماني: الإعلان القضائي الإلكتروني، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

- Marceau Long; Prosper Weil; Guy Braibant; Pierre Delvolvé; Bruno Genevois.
Les grands arrest de la jurisprudence administrative. DALLOZ. 2003.
Lachaume (J.F). la fonction publique. DALLOZ. 1998.
عمران: محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكويني العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف
بالاسكندرية، د.ط، د.ت.ن،

- غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة-مصر، ١٩٦٤م.
- غستان: جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- الفضل: منذر، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع-الأردن، ط٣، ص١٩٩٥م.
- فودة: عبد الحكم: تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م.
- قاسم: محمد حسن، العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٨م.
- القيسي: عامر، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، ٢٠٠٢م.
- مبروك: رمزي، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة-مصر، ٢٠٠٢م.
- محمود: علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر-مصر، ط١، ٢٠١٨م.
- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع-وزارة العدل الفلسطيني، ٢٠٠٣م.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين-الأردن.
- المصري: رفيق، الخطر والتأمين - التأمين التجاري هل هو جائز شرعاً؟-، الدار الشامية-بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- مياد: العربي محمد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة محيّنة)، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، ٢٠١٨م.
- نسرين: عبد الحميد محمد، عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠١٥م.
- هانية: محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط١، ٢٠١٤م.
- يوسف: أمير الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي-مصر، ٢٠١٥م.

ثالثاً: المراجع الفرنسية:

- Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d , Sirey, paris, 2012, tome.
- Bricks, Helene: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.

- Dionisi- Peyrusse, Amélie: Droit Civil, Les Obligations,ed CNFPT, paris, 2007, Tome2
- Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991.
- Lemieux, Marc: "Les clauses Abusives dans les Contrats D'adhésion", Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3. 2001.
- Maume, Florian: Essai Critique sur la Protection du Consentement de la Partie Faible en Matière Contractuelle, Thèse pour L'obtention de Grade de Docteur en Droit, Université d'Evry- Val- d'Essone, france, 2015.
- Ricks, Helene: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.
- Saillies, Raymond: De la Déclaration de Volonté- contribution à l'étude de l'acte Juridique dans le Code Civil Allemand, 1901.
- Terre François: Les Obligations, Op.cit , Tome 2.

«أثر التكييف القانوني لصكوك الإجارة في تحديد مدى إدراجها ضمن الدين العام: دراسة تأصيلية تطبيقية»

إعداد: الأستاذ عبد الله أيمن هلال

مدقق شرعي

الملخص

يتناول هذا البحث إشكالية معاصرة ذات أهمية بالغة في مجال التمويل السيادي، تتمثل في مدى اعتبار الالتزامات الناشئة عن صكوك الإجارة ضمن مكونات الدين العام للدولة. وتتبع خطوة هذه المسألة من أن التكييف القانوني لهذه الأداة المالية يؤثر بصورة مباشرة في طريقة إدراجها ضمن الحسابات الحكومية، وفي المؤشرات الاقتصادية الوطنية، بل وفي رسم السياسات المالية للدولة، كما أن هذا التكييف يترتب عليه انعكاسات عملية على التصنيف الائتماني للدول، وعلى تكلفة التمويل السيادي، وعلى مدى توافق هذه الأدوات مع الضوابط الشرعية.

ينطلق البحث من دراسة تأصيلية تجمع بين ثلاثة أبعاد متكاملة: الفقه الإسلامي، القانون الوضعي، والتحليل المحاسبي. وفي هذا الإطار، يوضح الباحث أن صكوك الإجارة تقوم على تملك حق الانتفاع لا الرقبة، وأن العائد المتولد عنها يُكيف شرعاً وقانوناً على أنه أجرة مشروعة مقابل المنفعة، وليس فائدة ربوية أو ديناً نقدياً في ذمة الدولة، ومن ثم فإن الالتزامات المترتبة عليها لا ينبغي أن تُدرج ضمن بند الدين العام، بل تُعامل كمصروفات تشغيلية أو استثمارية تعكس حقيقتها العقدية.

ومن خلال تحليل معمق، يميز البحث بين صكوك الإجارة وأدوات الدين التقليدية، مبرزاً الفوارق الجوهرية بينهما من حيث الطبيعة القانونية والآثار المالية، كما يوضح أن اعتماد التكييف الخاطئ لهذه الصكوك (باعتبارها ديوناً سيادية) يؤدي إلى تضخيم مؤشرات المديونية، ويُضعف التصنيف الائتماني للدولة، بينما إذا تم إدراج العائد المستحق لحملة الصكوك وفق حقيقتها كمصروف، فإن الموازنة تعكسه باعتباره عبئاً جارياً شبيهاً بمصروفات التشغيل أو الاستئجار ويعزز الدقة والشفافية في عرض الوضع المالي^١.

١. المصروفات لا تُسجل في الميزانية مباشرة، وإنما تسجل في قائمة الدخل أولاً (حيث يحدد صافي الربح والخسارة)، ثم ترحل إلى قسم حقوق الملكية في الميزانية. مثلاً: إذا حقق الأصل المُصكك إيرادات بقيمة ١,٠٠٠,٠٠٠ دينار، بينما أنفق مصروفات (من ضمنها العوائد المُستحقة لحملة الصكوك) بقيمة ٧٠٠,٠٠٠ دينار، فإن صافي الربح = ٣٠٠,٠٠٠ دينار، وفقاً للمعادلة المحاسبية الأساسية (١,٠٠٠,٠٠٠ إيرادات - ٧٠٠,٠٠٠ مصروفات = ٣٠٠,٠٠٠ صافي الربح).

ويتوجه الانتباه إلى أن المصروفات إحدى المعايير الأساسية لقياس الأداء المالي، وليس لها علاقة مباشرة مع اتجاهات الدين العام، كما لا تؤثر بشكل مباشر على معايير قياس الأداء الائتماني.

وقد تم دعم هذا الاستنتاج من خلال الاعتماد على منهج تطبيقي يقوم على دراسة حالة عملية لإصدار صكوك سيادية على أرض رأس شقير بجمهورية مصر العربية. وقد أظهر هذا النموذج أن توظيف صكوك الإجارة يمكن أن يساهم في سد العجز المالي دون إضافة دين عام اسمي جديد، مع المحافظة على الملكية العامة للأصول، وتحقيق التوازن بين الضوابط الشرعية والاعتبارات الاقتصادية، كما كشف عن قدرة هذه الصكوك على تحويل الأصول العامة من موارد خاملة إلى أدوات تمويلية فاعلة تدعم النشاط المالي للدولة.

الكلمات المفتاحية: صكوك الاستثمار، الإصدارات الحكومية، الديون الحكومية، التصنيف الائتماني، عوائد الصكوك، التحليل المحاسبي.

Abstract

This study addresses a contemporary and highly significant issue in sovereign finance: whether the obligations arising from Ijarah Sukuk should be classified as part of public debt. The legal characterization of these instruments directly influences their treatment in government accounts, national economic indicators, fiscal policy formulation, sovereign credit ratings, and compliance with Shariah principles.

The research adopts an integrative approach combining Islamic jurisprudence, positive law, and accounting analysis. It demonstrates that Ijarah Sukuk transfer usufruct rights rather than ownership of the underlying assets, and that the periodic returns are legally and Shariah-wise treated as lease payments, not interest or sovereign debt. Consequently, these obligations should not be classified as public debt but rather as operating or investment expenditures reflecting their contractual nature.

Through in-depth analysis, the paper distinguishes Ijarah Sukuk from conventional debt instruments, highlighting their fundamental legal and financial differences. Misclassification of these sukuk as sovereign debt inflates debt indicators and weakens sovereign credit ratings. In contrast, proper accounting treatment—recognizing the payments as expenses—enhances transparency and accuracy in fiscal reporting.

The study supports its conclusions with an applied case study of Egypt's sovereign sukuk issuance on Ras Shukeir land. The findings reveal that Ijarah Sukuk can bridge fiscal deficits without adding nominal public

(Review: International Accounting Standard (IAS) 1, Presentation of Financial Statements, para. 10 and para. 54(e)).

debt, while preserving public ownership of assets and aligning economic efficiency with Shariah compliance. They also illustrate the potential of these sukuk to transform idle public assets into productive financing tools that strengthen fiscal sustainability.

Keywords: Investment Sukuk, Sovereign Issuance, Government Debt, Credit Rating, Sukuk Returns, Accounting Analysis.

مقدمة

تمثل أدوات التمويل الإسلامي (وفي مقدمتها سكوك الإجار) أحد أبرز الابتكارات المالية التي تسعى إلى التوفيق بين متطلبات السياسات المالية الحديثة وضوابط الشريعة الإسلامية. وقد لاقت هذه السكوك إقبالا واسعا من قبل الدول الراغبة في تنويع مصادر التمويل، خاصة مع تصاعد الحاجة إلى تمويل العجز دون الاعتماد الكامل على أدوات الدين التقليدية. غير أن هذا التطور في استخدام سكوك الإجارة في الإصدارات السيادية يثير إشكالية قانونية ومحاسبية جوهرية تتعلق بمدى اعتبار الالتزامات الناشئة عنها ضمن مكونات الدين العام للدولة، وما إذا كان ينبغي تصنيفها كديون سيادية أم كالتزامات مالية ذات طبيعة مختلفة. وتعود أهمية هذه الإشكالية إلى أن التكييف القانوني للأداة المالية يؤثر بشكل مباشر في طريقة إدراجها في السجلات الحكومية، وفي المؤشرات الاقتصادية الوطنية، بل وفي السياسات المالية ذاتها. ويُعرّف «صندوق النقد الدولي» الدين العام بأنه: «إجمالي الدين المستحق على الحكومة... وهو يغطي الأدوات التالية: (أ) القروض (ب) سندات الدين (ج) العملة والودائع (د) التأمين والمعاشات التقاعدية وخطط الضمان الموحدة (هـ) الحسابات الدائنة الأخرى (و) حقوق السحب الخاصة»¹. من هذا المنطلق، يتناول هذا البحث دراسة أثر التكييف القانوني لسكوك الإجارة في تحديد مدى إدراجها ضمن الدين العام، من خلال معالجة تأصيلية تجمع بين أبعاد الفقه الإسلامي والقانون والتحليل المحاسبي، مع توضيف نموذج تطبيقي لإصدار سكوك سيادية على أرض «رأس شقير» في جمهورية مصر العربية. ويهدف البحث إلى تقديم رؤية متكاملة تساعد في بناء سياسات مالية أكثر توافقاً مع الضوابط الشرعية، وأكثر دقة في تمثيل الالتزامات المالية السيادية.

1. "Public debt refers to gross debt owed by the general and/or central government, as defined in the IMF's Public Debt Statistics: Guide for Compilers 2011. It covers the following instruments: (i) loans; (ii) debt securities; (iii) currency and deposits; (iv) insurance, pension, and standardized guarantee schemes; (v) other accounts payable; and (vi) and special drawing rights." (International Monetary Fund, Fiscal Affairs Department, 2024 GLOBAL DEBT MONITOR, 2024(5).

أهداف البحث:

- ١- بيان الأثر المترتب على التكييف القانوني لصكوك الإجارة في تحديد مدى إدراجها ضمن الدين العام.
- ٢- تحليل طبيعة الالتزامات الناتجة عن صكوك الإجارة من منظور الفقه الإسلامي والقانون والتحليل المحاسبي.
- ٣- التمييز بين صكوك الإجارة وأدوات الدين التقليدية من حيث الجوهر والعواقب المالية.
- ٤- تسليط الضوء على المعالجة المحاسبية المناسبة لعوائد صكوك الإجارة وفقاً للمعايير الدولية.
- ٥- تقديم نموذج تطبيقي عملي لتوظيف صكوك الإجارة في الإصدارات الحكومية، مع دراسة حالة إصدار صكوك سيادية على «أرض رأس شقير» في مصر.
- ٦- دعم السياسات المالية للدولة بأدوات تمويلية متوافقة مع الشريعة الإسلامية وتخفف من عبء الدين العام.

أهمية البحث:

تتبع أهمية هذا البحث من معالجته لإحدى الإشكاليات المعاصرة في مجال التمويل السيادي، وهي مدى صحة إدراج صكوك الإجارة ضمن الدين العام للدولة، وهي مسألة تؤثر بشكل مباشر في تصنيف الالتزامات المالية وقياس مستوى المديونية وآثارها الاقتصادية، كما تبرز أهميته في كونه يجمع بين التأصيل الفقهي والقانوني والمحاسبي، ويقدم نموذجاً عملياً لتطبيق أدوات التمويل الإسلامي في الإصدارات الحكومية بطريقة تراعي الضوابط الشرعية وتحقق كفاءة مالية، مما يجعله مرجعاً لصنّاع القرار والباحثين في مجالات المالية العامة والاقتصاد الإسلامي.

منهجية البحث:

اعتمد البحث على المنهج التأصيلي التحليلي، من خلال تتبع الأسس الفقهية والقانونية والمحاسبية ذات الصلة بصكوك الإجارة، وتحليل طبيعة الالتزامات الناشئة عنها، ومدى انطباق مفهوم الدين العام عليها، كما تم توظيف المنهج التطبيقي عبر دراسة نموذج عملي لإصدار صكوك سيادية في جمهورية مصر العربية، بهدف الوقوف على الآثار الفعلية لتكييف هذه الصكوك في السياسات المالية، وربط الجوانب النظرية بالواقع العملي لتقديم توصيات قابلة للتنفيذ.

إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث حول التساؤل الرئيس التالي:
هل تُعد الالتزامات الناشئة عن صكوك الإجارة ديناً عاماً على الدولة، أم أنها التزامات من طبيعة مختلفة لا يصح إدراجها ضمن الدين العام؟

ويندرج تحت هذا السؤال الرئيس تساؤلات فرعية تتعلق بالتكييف الفقهي والقانوني والمحاسبي لصكوك الإجارة، وطبيعة العوائد المترتبة عليها، وانعكاس ذلك على تصنيفها في الحسابات السيادية.

نطاق البحث:

يقتصر هذا البحث على دراسة صكوك الإجارة دون غيرها من الصكوك الإسلامية، ويركز على تحليل أثر تكييفها القانوني في مسألة إدراجها ضمن الدَّين العام السيادي، وذلك من خلال أطر الفقه الإسلامي والتشريع القانوني والتحليل المحاسبي الدولي. كما ينحصر الجانب التطبيقي في دراسة حالة واحدة متمثلة في إصدار صكوك سيادية على أرض رأس شقير في جمهورية مصر العربية، دون التوسع في مقارنة مع تجارب دول أخرى أو صيغ تمويلية مختلفة.

الدراسات السابقة:

- ١- دور الصكوك السيادية وشبه السيادية في تمويل مشروعات البنية الأساسية المدرة للدخل، محمد بن إبراهيم السحيباني، ورقة عمل مقدمة لمنتدى تونس الدولي حول الصكوك، الندوة الدولية حول الصكوك الإسلامية في خدمة التشغيل (نوفمبر ٢٠١٦م).
- وتستعرض الورقة التطورات الكمية والنوعية الأخيرة في سوق الصكوك السيادية، وتقدم تحليلاً للهيكل الحالية والمقترحة للصكوك المخصصة لتمويل مشروعات البنية الأساسية المدرة للدخل.
- ٢- الصكوك: الإطار النظري والتطبيقي، د. عبد الكريم أحمد قندوز، صندوق النقد العربي، ٢٠٢٢. وقد ركّز الكتاب على الإطار المؤسسي والمالي والفني للصكوك (هيكل الإصدار، الأطراف، المتطلبات التقنية، دراسات حالة).
- ٣- الصكوك السيادية وأهميتها في تحقيق التنمية المستدامة، د. منى عاطف عبدالسلام، حولية كلية الدراسات الإسلامية للبنات بالمنصورة (مجلد ٢٦، عدد ٢) ٢٠٢٤م.
- وركزت الدراسة على بيان مشروعية هذه الأداة المالية ودورها في تحقيق الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والبيئية للتنمية.
- وفي المقابل تأتي إضافة هذا البحث بتناوله التكييف القانوني لصكوك الإجارة وأثره في تحديد مدى إدراجها ضمن الدَّين العام، من خلال معالجة تأصيلية وتطبيقية تربط بين الفقه والقانون العام والإطار المالي، بما يقدم رؤية عملية أوضح لصانعي القرار.

خطة البحث:

جاء هذا البحث وفق خطة علمية متكاملة تقوم على ثلاثة مباحث رئيسية، تسبقها مقدمة، وتليها خاتمة تتضمن أبرز النتائج والتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ضرورة التكييف القانوني لصكوك الإجارة.

ويتضمن أربعة مطالب رئيسية:

١- التعريف بصكوك الإجارة.

٢- محل العقد في صكوك الإجارة.

٣- صكوك الإجارة «حق شخصي» لا «حق عيني»: جوهر التفريق بين صكوك الإجارة وبين عقد الإيجار التقليدي.

٤- صكوك الإجارة لا تتضمن بيعاً ابتدائياً: جوهر التفريق بين صكوك الإجارة وبين الإيجار التمويلي (le crédit-bail).

المبحث الثاني: تقييم نقدي لإدراج عوائد صكوك الإجارة ضمن الدين العام في ضوء الفقه والقانون والتحليل المحاسبي.

ويتضمن مطلبين:

١- الالتزام بدفع عوائد صكوك الإجارة ليس ديناً في الفقه الإسلامي والقانون.

٢- المعالجة المحاسبية لعوائد صكوك الإجارة، وتمييزها عن الالتزامات الدينية.

المبحث الثالث: توظيف صكوك الإجارة لخفض الدين العام - إصدار صكوك سيادية مستندة إلى أرض رأس شقير (نموذج جمهورية مصر)

ويتضمن أربعة مطالب:

١- الخلفية القانونية والتنظيمية في مصر.

٢- الهيكلية النموذجية لإصدار صكوك الإجارة على أرض رأس شقير.

٣- التحليل القانوني والاقتصادي لتوظيف صكوك رأس شقير.

٤- الأثر المالي والاقتصادي لإصدار صكوك رأس شقير.

ويُختتم البحث بخاتمة تضم أبرز النتائج التي توصل إليها، مع جملة من التوصيات التي يمكن أن تُسهم في تطوير السياسات المالية للدول في مجال الإصدارات الحكومية، معززة بمصادر ومراجع فقهية وقانونية ومحاسبية.

المبحث الأول ماهية صكوك الإجارة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بصكوك الإجارة.

المطلب الثاني: محل العقد في صكوك الإجارة.

المطلب الثالث: صكوك الإجارة «حق شخصي» لا «حق عيني»: جوهر التفريق بين صكوك الإجارة وعقد الإيجار التقليدي.

المطلب الرابع: صكوك الإجارة لا تتضمن بيعاً ابتدائياً: جوهر التفريق بين صكوك الإجارة والإيجار التمويلي (le crédit-bail).

يثور التساؤل حول التكييف القانوني لصكوك الإجارة؛ بما يستوجب الوقوف على ماهيتها وتمييزها عما قد يشابهها في الشكل أو الأثر، ولا سيما في ظل التشابه الظاهري بينها وبين عقود الإيجار التقليدية أو بعض صور التمويل التأجيري. ومن هنا، تبرز أهمية هذه الوقفة في بيان الضرورة القانونية لإجراء تكييف دقيق لصكوك الإجارة، بالنظر إلى طبيعتها، وآثارها، ومقاصدها، ووجه اختلافها عن العقود الأخرى.

المطلب الأول التعريف بصكوك الإجارة

تقوم فكرة صكوك الإجارة على مبدأ التصكيك (أو التسييد أو التوريق) الذي يقصد به إصدار أوراق مالية قابلة للتداول، مبنية على مشروع استثماري يدرّ دخلاً. والغرض من صكوك الإجارة تحويل الأعيان والمنافع التي يتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية (صكوك) يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل في سوق ثانوية.^١

وعلى ذلك عُرِّفت بأنها: وثائق ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع ذات دخل.^٢

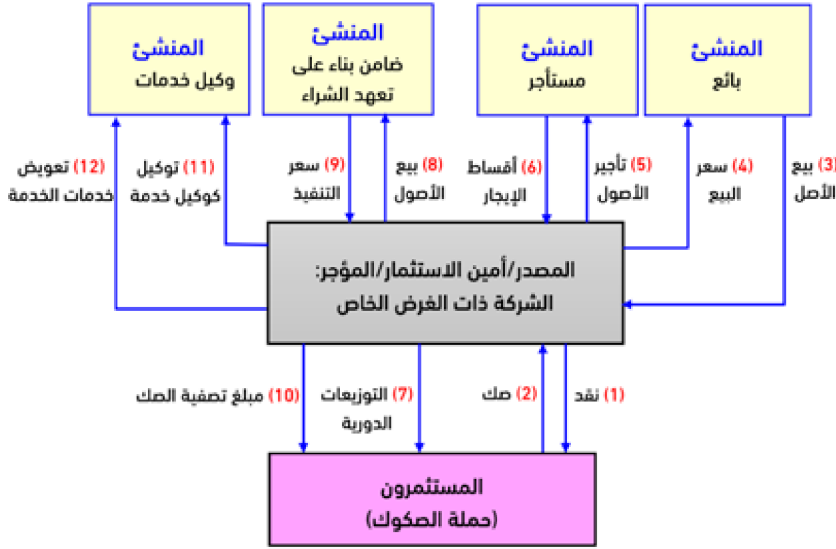
وقد درجت الحكومات عند إصدار صكوك الإجارة على استخدام هيكله قانونية تمر عبر إنشاء شركة ذات غرض خاص^٣، تقوم بامتلاك الأصول ثم تأجيرها للجهة المستفيدة (الحكومة) بقسط

١. قرار مجمع الفقه الدولي رقم: ١٣٧ (١٥/٣) بشأن صكوك الإجارة، ويقارن: قانون الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١ (جمهورية مصر).

٢. قرار مجمع الفقه الدولي رقم: ١٣٧ (١٥/٣) بشأن صكوك الإجارة، ويقارن: قانون الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١ (جمهورية مصر).

٣. ورد في: قانون الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١، (المادة ١):
”شركة التصكيك السيادي: شركة مساهمة مصرية مملوكة بالكامل للجهة المصدرة ذات غرض وحيد هو إصدار الصكوك السيادية، يتم تأسيسها وتنظيم أنشطتها وفقاً لأحكام هذا القانون، ويكون لها حقوق الانتفاع بالأصول التي تصدر على أساسها الصكوك بصفتها وكيلًا عن مالكي الصكوك السيادية“.

تأجيري، بموجب عقد إجارة منتهية بالتمليك، بحيث تعد الحكومة بإعادة شراء تلك الأصول في نهاية مدة الإصدار بثمن يمثل القيمة الأصلية التي اشترت بها من الحكومة. ويجري توزيع الأجرة المتحصلة على حملة الصكوك حسب نسب تملكهم. وتضمن الحكومة هذه الصكوك ضماناً مباشراً وغير مشروط، وذلك بتعهدا بإعادة شراء الأصول المؤجرة عند تاريخ نهاية الإصدار بالقيمة الأصلية لهذه الأصول، كما تضمن استمرارية استئجارها لتلك الأصول طيلة مدة الإصدار.^١



شكل (١) هيكل صكوك الإجارة^٢

وعند المقارنة بين صكوك الإجارة وصيغ أخرى مثل صكوك المرابحة والاستصناع، نجد أن صكوك الإجارة أكثر مرونة في التوظيف السيادي لأنها ترتبط بمنافع أصول قائمة، بينما ترتبط المرابحة بتدفقات نقدية قصيرة الأجل والاستصناع بتمويل مشروعات مستقبلية تحتاج إلى آجال أطول. وهذا يفسر اعتماد الحكومات بشكل أكبر على صكوك الإجارة عند تمويل الموازنات العامة.

ومما يزيد من أهمية هذه الصكوك، الإقبال المتزايد من قبل البنوك المركزية والحكومات على استخدامها كوسيلة لتمويل مشاريع البنية التحتية أو لسد عجز الموازنات، دون اللجوء إلى أدوات الدين التقليدية. وهو ما يعكس المرونة والجدوى الاقتصادية والشرعية التي تتمتع بها صكوك الإجارة في آن واحد.^٣

١. ينظر: قانون الصكوك السيادية (مصر) رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية (AAIOFI)، المعايير الشرعية معيار رقم ١٧ الخاص بصكوك الاستثمار، موقع بنك البحرين المركزي، إصدار الأوراق المالية الحكومية، صكوك الإجارة طويلة الأجل، (تم الاطلاع: ١٣ سبتمبر ٢٠٢٥). www.cbb.gov.bh.

٢. عبدالكريم أحمد قندور، الصكوك الإطار النظري والتطبيقي، صندوق النقد العربي ٢٠٢٢ (٨٨).

3. To expand: Abubakar Jamilu BaitaCorresponding Author, Hussaini Usman Malami, Mamdouh Abdulaziz Saleh Al-Faryan, Fiscal policy and sukuk market development in OIC

ففي البحرين، لعب مصرف البحرين المركزي دوراً محورياً في إدراج صكوك الإجارة ضمن الأدوات المعتمدة في السياسة النقدية، بحيث أصبحت تُستخدم كأداة لإدارة السيولة لدى البنوك الإسلامية. ووفق التقرير الاقتصادي لمملكة البحرين لعام ٢٠٢٤، بلغت قيمة الإصدارات الحكومية لمملكة البحرين نحو ١,٥ مليار دينار بحريني خلال الربع الرابع فقط، وقد شكلت الصكوك الإسلامية زهاء ١٣,٨٪ من إجمالي تلك الإصدارات وقد انحصرت في صكوك الإجارة، وصكوك السلم، وسجل صك الإجارة رقم ٢٣٠ والبالغ قيمته ٢٦ مليون دينار بحريني على أكبر نسبة اكتتاب خلال الربع الرابع من العام ٢٠٢٤ بنسبة ٣٩١٪^١.

بينما في دولة الإمارات العربية المتحدة، ووفقاً لتقرير S&P Global، بلغت قيمة إصدارات الصكوك الحكومية في ٢٠٢٤ (١٤,٤ مليار دولار) وقد اعتمدت هذه الإصدارات على هيكل شرعي مختلط، يشمل مزجاً بين صيغ الإجارة والمرابحة، وبالمقارنة مع إجمالي الإصدارات (٣٨,٥ مليار دولار)، تشكل الصكوك الإسلامية حوالي ٣٧٪ من إجمالي الإصدارات الحكومية خلال العام^٢. وعند المقارنة بين صكوك الإجارة وصيغ أخرى مثل صكوك المرابحة والاستصناع، نجد أن صكوك الإجارة أكثر مرونة في التوظيف السيادي لأنها ترتبط بمنافع أصول قائمة، بينما ترتبط المرابحة بتدفقات نقدية قصيرة الأجل والاستصناع بتمويل مشروعات مستقبلية تحتاج إلى آجال أطول. وهذا يفسر اعتماد الحكومات بشكل أكبر على صكوك الإجارة عند تمويل الموازنات العامة.

المطلب الثاني

محل العقد في صكوك الإجارة

محل العقد في صكوك الإجارة مزدوج، فهو بالنسبة إلى حَمَلَة الصكوك حق الانتفاع، وبالنسبة إلى مصدر الصكوك يكون العائد:

أولاً: محل العقد بالنسبة إلى حملة الصكوك (حق الانتفاع): يمثل محل العقد في صكوك الإجارة بالنسبة إلى حَمَلَة الصكوك: حق الانتفاع، أي: حقهم في استغلال واستخدام الأصول التي تصدر الصكوك على أساسها، على نحو لا يؤدي إلى فناء هذه الأصول.

وقد أشار إلى هذه الطبيعة الخاصة قانون «الصكوك السيادية» المصري، حيث ينص على التالي: «(المادة ١) الصكوك السيادية: أوراق مالية حكومية أسمية متساوية القيمة وقابلة للتداول تصدر لمدة محددة، لا تتجاوز ثلاثين عاماً، وتمثل حصصاً شائعة في حقوق منفعة الأصول وفقاً لما تحدده نشرة الإصدار.

countries, Journal of Islamic Accounting and Business Research, 14(8), 1216–1231.

١. وزارة المالية والاقتصاد الوطني، التقرير الاقتصادي لمملكة البحرين للعام ٢٠٢٤، (٣٠).

٢. ينظر: مركز الخليج للأبحاث، تقرير سوق السندات والصكوك في دول مجلس التعاون الخليجي - الربع الرابع ٢٠٢٤، مركز الكويت المالي «مركز»، ٢٠٢٥، (١٢).

الأصول: أموال ثابتة أو منقولة ذات قيمة اقتصادية مملوكة ملكية خاصة للدولة أو لأي من الأشخاص الاعتبارية العامة، عدا الموارد الطبيعية.

حق الانتفاع: حق استغلال واستخدام الأصول التي تصدر الصكوك السيادية على أساسها بما لا ينتج عنه فناء هذه الأصول...^١.

وظاهر من نص القانون أن هذه الصكوك تُصدر على أساس «بيع حق الانتفاع بهذه الأصول (بدون حق الرقبة)، أي: بما لا يؤدي إلى تملك الأصل ذاته»، مما يؤكد أن الصك بمثابة حق عيني في الانتفاع بالأصل وليس مجرد التزام مالي.

ثانياً: محل العقد بالنسبة إلى مصدر الصكوك (العائد): هو المدفوعات الدورية التي تؤدي للملكي الصكوك السيادية، على نحو ما يرد بنشرة الإصدار، وهي الأجرة في صكوك الإجارة.^٢

المطلب الثالث

صكوك الإجارة «حق شخصي» لا «حق عيني»

جوهر التفريق بين صكوك الإجارة وعقد الإيجار التقليدي يُفرق الفقهاء والقانونيون بين الحق الشخصي الذي ينشأ في ذمة طرف تجاه آخر (مثل التزام المؤجر بالتمكين من المنفعة)، والحق العيني الذي يرد على شيء معين ويمنح صاحبه سلطة مباشرة على محل الحق (مثل حق الانتفاع في صكوك الإجارة). هذا التمييز له أثر مباشر في منع الخلط بين صكوك الإجارة وعقود الدين، إذ إن حملة الصكوك لا يملكون ديناً في ذمة الدولة، وإنما يملكون حقاً عينياً في منفعة أصل محدد.

حيث قد يخلط بعض الباحثين بين صكوك الإجارة وعقد الإيجار التقليدي، على اعتبار أن كليهما يدور حول منفعة الأصل المؤجر، غير أن هذا التشابه يخفي تمايزاً دقيقاً في الطبيعة القانونية للحقوق الناشئة عنهما. فعقد الإيجار ينشئ حقاً شخصياً للمستأجر تجاه المؤجر، يُمكنه من الانتفاع بالعين خلال مدة معينة، وهو حق غير قابل للتداول إلا بقيود معينة، ولا يتضمن تجزئة الملكية أو تداولها في السوق المالية. أما في صكوك الإجارة، فإن حملة الصكوك يستمدون حقوقهم رأساً من ملكيتهم الشائعة في حق الانتفاع، أو من ملكيتهم لجزء من منافع الأصول المؤجرة التي تمثل محل العقد. وبمعنى آخر، فإن من الجوانب القانونية المهمة في صكوك الإجارة أن العلاقة بين الأطراف المتعاقدة فيها لا تنحصر في علاقة مُمولٍ بمدين، بل تقوم على أساس المشاركة في الانتفاع وتحمل تبعه الهلاك، ما دام أن حملة الصكوك يملكون المنفعة فعلياً؛ لذلك، فإن المخاطر المرتبطة بهذه الصكوك تختلف عن تلك المرتبطة بالسندات التقليدية، حيث يتحمل حملة صكوك الإجارة تبعات تعطل المنفعة أو تلف الأصل المؤجر، بخلاف حملة السندات الذين يُعدون دائنين في ذمم الجهات المصدرة.

١. قانون الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١، المادة (١) (جمهورية مصر).

٢. قانون الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١، المادة (١) (جمهورية مصر).

ومن الناحية الفقهية، تستند صكوك الإجارة إلى قواعد راسخة في الشريعة الإسلامية، منها قاعدة «الغنم بالغرم»^١ التي تقضي بأن من يتحمل المخاطرة هو من يستحق الربح، وقاعدة أن «المنفعة تُباع وتُشتري»^٢، وهي أساس مشروعيتها، إلا أن التداول المشروع لتلك الصكوك مشروط بتحقيق المنفعة وقابلية تسليمها، لأن تداولها قبل تحقق تلك الشروط يُعدّ من بيع ما لا يملك أو ما لا يُقبض، وهو ما تمنعه القواعد الفقهية حمايةً للمصلحة ومنعاً للغرر.

وبذلك كان الحق الذي ينشأ من صكوك الإجارة قابلاً للتداول، ويتسم بقدر من الاستقلال عن العلاقة التعاقدية الأصلية. ومن هذا المنطلق، فإن صكوك الإجارة تُنشئ حقاً شخصياً لحامل الصك يتمثل في استحقاق المنفعة، لكنه يتسم بخصوصية تجعله قابلاً للتداول (على خلاف عقد الإيجار). ويجب التنبيه إلى أن هذا الحق لا يرتقي إلى مرتبة الحق العيني على العين، بل يظل متعلقاً بالمنافع، لا برقبة الأصل.

ومن أجل ذلك كله يمكن اعتبار الفرق الجوهرية بين صكوك الإجارة وعقد الإيجار التقليدي أن حق الانتفاع في صكوك الإجارة يُعدّ حقاً عينياً يُمكن صاحبه من استغلال المحل مباشرةً، بينما يعتبر عقد الإيجار التقليدي علاقة ذات طابع شخصي.

وسأحاول إبراز هذا التمايز من خلال المقارنة بين صكوك الإجارة وعقد الإيجار التقليدي من حيثيات المتعلقة بمحل العقد عن طريق المعايير التالية:^٣

١- مصدر الحق: صكوك الإجارة يمكن تملكها من خلال أي مصدر من مصادر كسب الحقوق العينية، وهو ما يتوافق مع طبيعة حق الانتفاع - خلافاً للإيجار الذي لا ينشأ إلا بعقد.

٢- المقابل المالي: تملك صكوك الإجارة قد يكون بعوض أو بدون عوض، (كما هو الشأن في الهبات أو التبرعات)، وهذا يتسق مع طبيعة حق الانتفاع - أما الإيجار، فالعوض المالي (الأجرة) ركن جوهري فيه، فهو دائماً بعوض.

٣- محل التصرفات العقارية: صكوك الإجارة تصلح لتكون محلاً للتصرفات العقارية مثل البيع والرهن والهبة، مما يستلزم تسجيل هذه التصرفات أيضاً، انسجاماً مع كون حق الانتفاع حقاً عينياً - في المقابل، لا يملك المستأجر إجراء مثل هذه التصرفات، وإن جاز له التنازل عن حقه فهو مُقيّد بضوابط حوالة الحق.

١. من القواعد الفقهية الكبرى المشهورة، وأصلها ما روي عن عائشة ؓ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ»، رواه الترمذي في «السنن» وقال عنده: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم (٥٦١/٢).

٢. يقارن: مجلة الأحكام العدلية، (المادة ٦٦)، (المادة ١٦٧).

٣. يقارن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، (٢١/٦-٢٢).

المطلب الرابع

صكوك الإجارة لا تتضمن بيعاً ابتدائياً : جوهر التفريق بين صكوك الإجارة والإيجار التمويلي (le crédit-bail)

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التفريق بين أثر الوعد في الفقه الإسلامي، وأثره في القانون.

الفرع الثاني: التأجير التمويلي وارتباطه بالبيع الابتدائي في القانون.

الفرع الثالث: صكوك الإجارة لا تتضمن بيعاً ابتدائياً.

تُشير صكوك الإجارة في ميدان التمويل الإسلامي كثيراً من الجدل القانوني، لا سيما حين تُقارَن بعقود التأجير التمويلي المعروف في الفقه الفرنسي^١ (le crédit-bail)، والمعروف في الفقه الأنجلوسكسوني (A finance lease)^٢ والذي أخذت به بعض الأنظمة العربية، كالقانون المصري^٣.

ويتناول هذا المطلب الفرق الجوهرية بين صكوك الإجارة وعقود الإيجار التمويلي (le crédit-bail)، خاصة فيما يتعلق بوجود أو عدم وجود البيع الابتدائي. فعلى الرغم من التشابه الظاهري بينهما في تمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل مقابل دفعات مالية دورية، إلا أن طبيعة كل منهما القانونية والفقهية مختلفة. يوضح هذا المطلب أن صكوك الإجارة، وفقاً للفقه الإسلامي، لا تمثل بيعاً ابتدائياً، على عكس التأجير التمويلي الذي يتضمن وعداً ملزماً بالبيع يُنتج أثره القانوني بمجرد رغبة المستأجر في التملك.

الفرع الأول

التفريق بين أثر الوعد في الفقه الإسلامي، وأثره في القانون

في الفقه الإسلامي يُعرَّف الوعد بأنه: «إخبار الإنسان غيره بإرادته الجازمة لفعل أمر في المستقبل لصالح ذلك الغير، ويكون ذلك الغير مخيراً في الاستفادة من الوعد»^٤.

- وفي القانون يُعرَّف الوعد بأنه الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل^٥.

- والفرق الجوهرية بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، أن القانون يقضي بأن الوعد ينتج أثره عند إظهار الموعود له رغبته في الشيء الموعود به، وقد اتصل ذلك بعلم الواعد في المدة المحددة للوعد، فينتج عن ذلك أن العقد النهائي يُبرم دون الحاجة إلى رضا جديد من جانب الواعد، لأنه قد عبّر

1. Code monétaire et financier (CMF). L. 313 -7.

2. United States, Uniform Commercial Code (UCC), Article 2A: Leases, § 2A-103 (Definitions).

٣. ينظر: جمهورية مصر العربية، قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم ١٧٦ لسنة ٢٠١٨.

٤. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ٢٠١٧م (١١٨٩).

٥. ينظر: القانون المدني المصري (المادة ١٠١).

عن رضاه سابقاً^١.

وقد بين الأستاذ عبدالرزاق السنهوري، في معرض حديثه عن الوعد بالتعاقد في «الوسيط»، أن هذا الوعد ليس مجرد إيجاب، بل عقد كامل من حيث تكوينه، تمهيدي من حيث أثره، فهو ليس عقداً نهائياً، ولكنه خطوة نحوه. يقول الأستاذ:

«الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي، عقد كامل لا مجرد إيجاب، ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي. وأول ما يُستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي. وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد (بالبیع مثلاً) يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء. وهذا أكثر من إيجاب، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول، فهو عقد، ولكن كلاً من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد، أو على بيع تمهيدي في حالة الاتفاق الابتدائي، ولذلك يكون الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي، مرحلة دون التعاقد النهائي، وهو خطوة نحوه^٢».

وليس الأمر كذلك في الفقه الإسلامي، ففي الحالات المعينة التي يحكم فيها بلزوم الوعد، يُشترط أن يكون انتقال الملك بعقد يتم إبرامه عند تنفيذ الوعد، لا بمجرد وثيقة الوعد. فلزوم الوعد لا يعني أن العقد ينعقد تلقائياً، بل إن أثر الوعد هو وجوب الوفاء، ففي حال نكول الواعد يكون للموعود له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحقه بسبب نكول الواعد، وليس من الضرر الفعلي الربح الفائت في الثمن الموعود به، فإن كان وعداً بالشراء فيتقدر الضرر الفعلي بالفرق بين التكلفة وثمان بيعها لطرف ثالث في تاريخ تنفيذ الوعد، وإن كان وعداً بالبيع فيقدر الضرر الفعلي بالفرق بين ثمن شراء السلعة في تاريخ تنفيذ الوعد والثمن الموعود به.

فإذا تقرر ذلك ظهر جلياً أن الوعد بالبيع (في الفقه الإسلامي) لا يمكن اعتباره بيعاً ولا هو في حكم البيع؛ لأن الوعد بالبيع إذا تحدد بموعد معين، فإنه يحتاج إلى أن يتم عند أجل الموعود بالإيجاب والقبول من الطرفين أو بالتعاطي. فإذا لم يتحقق الإيجاب والقبول ولا التعاطي عندئذ، لم ينشأ بيع، بخلاف البيع المضاف إلى المستقبل، فإنه لا يحتاج إلى الإيجاب والقبول مرة أخرى، وإنما تنشأ الحقوق والالتزامات عند أجل المحدد، فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويجب عليه أداء الثمن بصفة تلقائية^٣.

١. ينظر: سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون (٣٤).

٢. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، (٥٧/٤) ..

٣. محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة (٩٣/١).

الفرع الثاني

التأجير التمويلي وارتباطه بالبيع الابتدائي في القانون

عرّف التشريع المصري وفقاً لنص المادة (٢) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم ١٧٦ لسنة ٢٠١٨، التأجير التمويلي بأنه «نشاط تمويلي يمنح بموجبه المؤجر حق حيازة واستخدام أصل مؤجر إلى مستأجر، لمدة محددة مقابل دفعات التأجير، وفقاً لأحكام عقد التأجير التمويلي، ويكون للمستأجر الحق في اختيار شراء الأصل المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحددين في العقد».

ويتضح من هذا النص أن عقد التأجير التمويلي لا يُقصد به مجرد تأجير الأصل، وإنما ينطوي على تمويل الغرض منه تملك المستأجر للأصل في نهاية مدة العقد. فالعقد يتضمن إيجاراً مع وعد ملزم بالبيع، وهو وعد يُنتج أثره مباشرة إذا أبدى المستأجر رغبته في التملك، دون حاجة إلى إبرام عقد جديد مستقل.

مثلاً المستأجر لدار قد يقوم عنده احتمال في أن يشتريها، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية، إما لأنه يريد تجربة الدار وقتاً كافياً وهو يسكنها كمستأجر، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره وإما لأي سبب آخر. ففي هذه الحالة يحصل (إذا استطاع) من صاحب الدار على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار. فيتسع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو لتدبير لمن قد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تدبير الثمن، فلا يُظهر رغبته في الشراء ومن ثم يسقط الوعد. أما إذا أعجبه الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يُبدي رغبته في الشراء فيتم البيع.^١

الفرع الثالث

صكوك الإجارة لا تتضمن بيعاً ابتدائياً

ورد في الموقع الرسمي لمصرف البحرين المركزي بخصوص «صكوك الإجارة طويلة الأجل»: «تضمن حكومة مملكة البحرين هذه الصكوك ضماناً مباشراً وغير مشروط، وذلك بتعهداها بإعادة شراء الأصول المؤجرة عند تاريخ نهاية الإصدار بالقيمة الأصلية لهذه الأصول. كما تضمن استمرارية استئجارها لتلك الأصول طيلة مدة الإصدار».^٢

ويظهر من النص السابق أهمية الوعد الصادر من الحكومة بشراء الأصول المؤجرة من حملة الصكوك في نهاية المدة، حيث يُمثل هذا الوعد ضماناً مباشراً لاستعادتهم للقيمة الأصلية التي اشتروا بها هذه الأصول من الحكومة، بعد تحصيلهم للعوائد الإيجارية خلال مدة الإصدار.

١. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، (٥٧/٤).

٢. موقع بنك البحرين المركزي، إصدار الأوراق المالية الحكومية، صكوك الإجارة طويلة الأجل، (تم الاطلاع: ١٣ سبتمبر ٢٠٢٥) www.cbb.gov.bh.

ويكون أثر الوعد هنا من الناحية الشرعية هو تعويض حملة الصكوك عن الضرر الذي يلحقهم في حال تخلّفت الحكومة عن تنفيذ وعدها بشراء الأصول محل التصكيك، ويكون ذلك بتحميل الحكومة الفرق بين التكلفة والتمن الذي بيعت به الأصول محل التصكيك.

وبمعنى آخر، فإنّ أثر الوعد بالشراء الصادر من الحكومة لا يحمل معنى البيع الابتدائي، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار البيع أو الشراء.

وقد عالج المعيار الشرعي (٤٩ - الوعد والمواعدة) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAIOFI) الحكم التفصيلي لأثر الوعد، وينص على التالي:

«(البند ٤/٣) الوعد بفعل أو تصرف مالي مباح شرعاً يجب الوفاء به ديانة، بمعنى أن إخلافه بدون عذر إثم، ولكنه غير ملزم في القضاء. فإن ترتب على عدم الوفاء بالوعد ضرر على الموعود له فيلزم الواعد التعويض عن الضرر قضاء مثل أن يقول الواعد للتاجر: اشتر هذه البضاعة لنفسك، وإنني أعدك بأنني سوف أشتريها منك، فاشتراها التاجر اعتماداً على ذلك الوعد فلم يف الواعد، فحينئذ يلزمه قضاء أن يجبر ما لحق التاجر الموعود له من ضرر فعلي، بمعنى أنه إن لم يستطع التاجر أن يبيعه في السوق بما يغطي تكلفته، فالواعد بالشراء يتحمل الفرق بين التكلفة والتمن الذي باعه به. وليس من الضرر الفعلي الفرصة الضائعة»^١

وقد تضمّن النص السابق ثلاثة أحكام فقهية، كالآتي:

الحكم الأول (الوعد لازم ديانة): الوعد إذا كان جازماً وجب الوفاء به ديانة، ولا يجوز التخلف عن الوفاء به، إلا إذا كان لعذر مقبول شرعاً؛ لأن الإخلاف بالوعد مذموم شرعاً، وهو علامة النفاق، كما سيأتي في النصوص الشرعية القادمة.

الحكم الثاني (الأصل في الوعد أنه غير ملزم قضاء): الأصل في مجرد الوعد أنه لا يحكم به في القضاء، لأن المواعيد متنوعة، وليس من مهام القضاء أن يتدخل في كل ما يجري بين الناس من كلام، فلو وعد أحد آخر أن يعطيه بعض الفلوس تبرعاً، فهذا وعد يجب إيفاء به على الواعد ديانة. أما أن يأخذ الموعود له بيد الواعد، ويجره إلى المحكمة لإنجاز هذا الوعد، فلا عهد به في الشريعة. ولكن قد تظهر هناك حالات يمكن أن تجعل المواعيد فيها لازمة في القضاء، لأن الإخلاف فيها يؤدي إلى ضرر بين الموعود له.^٢

لذلك قال الإمام ابن عابدين: «المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس»^٣.

الحكم الثالث (يحق للموعود له التعويض إذا لحقه ضرر من عدم الوفاء بالوعد): فإذا وعد أحد بشراء بضاعة من تاجر مثلاً، وقد تكلف التاجر نفقات باهضة، وتحمل جهداً كبيراً للحصول عليها بناء على وعد المشتري بأنه سيشتريها منه، وقد تكون البضاعة مما لا يوجد لها المشترون إلا بقلّة.

١. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية (١١٩٠).

٢. محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة، مكتبة معارف القرآن، كراتشي، ٢٠١٥م، (٩٠، ٨٩/١).

٣. ابن عابدين، محمد الأمين، رد المحتار على الدر المختار، مصطفى البابي الحلبي، ط٢، (٢٧٧/٥).

فلو امتنع المشتري عن الوفاء بوعده، فإن ضرر التاجر ظاهر، فالقول بعدم لزوم الوعد في مثل هذه الحالة يعوق الناس عن الدخول في التعاملات التجارية الكبيرة، ولا سيما في التجارة الدولية اليوم، حيث إن العقود فيها إنما تبني على أساس الوعود والمساومات التي تأخذ وقتاً طويلاً، ولولا أن هذه الوعود لازمة في القضاء، لم يثق أحدٌ بآخر، ولا اجترأ على الدخول معه في البيع.^١ ويلاحظ أن الاختيارات الفقهية للمعايير الشرعية في حكم الوعد (من حيث اللزوم أو عدمه) يتوافق مع القول المعتمد في المذهب المالكي، كما سيأتي بيانه.

- ويقوم الاختيار الفقهي للقول بلزوم التعويض قضاء على الواعد إذا ترتب على عدم الوفاء بالوعد ضرر على الموعود له، على جمع من الأدلة والمستندات الشرعية التي ترجح هذا القول، كالتالي:

أولاً: إن الوفاء بالوعد واجب بحيث يحرم إخلافه بلا عذر، والأصل في الواجب ديانة، الإلزام به قضاء مادام منضبط الوصف، ويتعلق به حق من حقوق العباد؛ فما القضاء إلا وسيلة لتنفيذ أحكام الله تعالى. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٤) وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٢) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٥).

وقال عليه الصلاة والسلام: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان»^٦، وعن عائشة رضي الله عنها: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ كَانَ يَدْعُو فِي الصَّلَاةِ، وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْمَأْثَمِ وَالْمَغْرَمِ، فَقَالَ لَهُ قَائِلٌ: مَا أَكْثَرَ مَا تَسْتَعِيدُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، مِنَ الْمَغْرَمِ؟ قَالَ: إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا غَرِمَ حَدَّثَ فَكَذَبَ، وَوَعَدَ فَأَخْلَفَ»^٧.

ثانياً: عمل الصحابة، والسلف الصالح: روي عن جابر بن عبد الله قال: «لَمَّا مَاتَ النَّبِيُّ جَاءَ أَبَا بَكْرٍ مَالٌ مِنْ قِبَلِ الْعَلَاءِ بْنِ الْحَضْرَمِيِّ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: مَنْ كَانَ لَهُ عَلَى النَّبِيِّ (ص) دَيْنٌ، أَوْ كَانَتْ لَهُ قَبْلَهُ عِدَّةٌ، فَلْيَأْتِنَا. قَالَ جَابِرٌ: فَقُلْتُ: وَعَدَنِي رَسُولُ اللَّهِ أَنْ يُعْطِيَنِي هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا، فَبَسَطَ يَدَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، قَالَ جَابِرٌ: فَعَدَّ فِي يَدَيَّ خَمْسَمِائَةً، ثُمَّ خَمْسَمِائَةً»^٨.

وعن أبي جحيفة مثله، قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ قَالَ لِي: «لَوْ قَدْ جَاءَنَا مَالُ الْبَحْرَيْنِ قَدْ أَعْطَيْتَكَ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا فَلَمَّا قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) وَجَاءَ مَالُ الْبَحْرَيْنِ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: مَنْ كَانَتْ لَهُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ (ص) عِدَّةٌ فَلْيَأْتِنِي، فَاتَيْتُهُ فَقُلْتُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَدْ كَانَ قَالَ لِي: لَوْ قَدْ جَاءَنَا مَالُ الْبَحْرَيْنِ

١. محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة (٩٠).

٢. (المائدة: ١).

٣. (النحل: ٩١).

٤. (الإسراء: ٣٤).

٥. (الصف: ٣٠٢).

٦. رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: علامة المنافق، (١٦/١) (حديث رقم: ٦٠٩٥).

٧. رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الاستقراض، باب: من استعاض من الدين، (١١٧/٣) (حديث رقم: ٢٣٩٧).

٨. رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات، باب: من أمر بإنجاز الوعد، (١٨٠/٣) (حديث رقم: ٢٦٨٣).

لَأَعْطَيْتَكَ هَكَذَا وَهَكَذَا فَقَالَ لِي: احْتَهُ، فَحَثَّوْتُ حَثِيَّةً، فَقَالَ لِي: عُدَّهَا فَعَدَّدْتُهَا فَإِذَا هِيَ خَمْسُمِائَةٍ، فَأَعْطَانِي أَلْفًا وَخَمْسُمِائَةً.^١

وَمَمَّنْ أَفْتَى مِنَ الصَّحَابَةِ - أَيْضاً - بِوَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْوَعْدِ قَضَاءُ سَيِّدِنَا «سَمُرَةَ بْنِ جَنْدَبٍ»، وَبِهِ حُكْمُ «عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ»، وَهُوَ قَوْلُ «الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ»، «وَإِسْحَاقَ بْنِ رَاهَوِيَةَ»، وَالْقَاضِي «ابْنَ الْأَشْعَثِ الْهَمْدَانِيَّ»، وَالْإِمَامَ «الْبُخَارِيَّ».^٢

ثالثاً: القاعدة الكلية الكبرى (لا ضرر ولا ضرار) فإذا أدخل الواعد الموعد في كلفة ومشقة، ألزم بوعده لاسيما إن كان مقرونا بالسبب فإن ذلك يؤكد قصده للوعد وعزمه على الوفاء. والحاجة للإلزام بالوعد في صورة الإجارة المنتهية بالتملك بالغة من أجل ضبط المعاملات واستقرارها وتجنب نقضها.

الأقوال الفقهية في حكم الوعد (بمعنى لزمه):

أولاً: (المذهب الحنفي)

- الأصل في الوعد عند الحنفية أنه غير لازم. وقد يجعل الوعد لازماً استحساناً لحاجة الناس، ويرد ذلك في حالتين:

الحالة الأولى (أن يكون الوعد معلقاً) أي: يعلق الوعد على حصول شيء أو عدم حصوله، كأن يقول للمالك: بع هذه السيارة فإذا لم يعطك ثمنها، فأنا أعطيك. فيكون الوعد هنا لازماً للواعد بما علقه عليه.^٣

الحالة الثانية: الوعد في بيع الوفاء^٤، وهو البيع بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يرد المشتري إليه المبيع. - ويتوجه الانتباه إلى أن في المذهب قول آخر، للإمام «أبي بكر الجصاص»، حيث ذهب إلى أن الأصل في الوعد أنه يجب إيفاؤها إذا كانت متعلقة بالعقود التي يتعاقد بها الناس، أما الوعود التي تتعلق بمباحات يفعلها الإنسان في المستقبل، وليس فيها إلزام على نفسه، فإن الوفاء بها مستحب وليس واجباً.^٥

١. رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الجزية، باب: ما أقطع النبي ﷺ من البحرين، (٩٨/٤)، (حديث رقم: ٣١٦٤)

٢. سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، من علماء الصحابة، نزل البصرة، له: أحاديث صالحة، وعن ابن سيرين، قال: كان سمرة عظيم الأمانة، صدوقاً. وقال هلال بن العلاء: حدثنا عبد الله بن معاوية، عن رجل، مات سمرة: سنة ثمان وخمسين. وقيل: سنة تسع وخمسين، وكان زياد بن أبيه يستخلفه على البصرة إذا سار إلى الكوفة، ويستخلفه على الكوفة إذا سار إلى البصرة. وكان الحسن وابن سيرين يثنيان عليه t. (شمس الدين الذهبي سير أعلام النبلاء ١٨٦/٣)

٣. سعيد بن عمرو بن الأشعث الهمداني قاضي الكوفة في زمان إمارة خالد القسري على العراق، وذلك بعد المائة. مات في ولاية خالد، وذكره ابن حبان في (الثقات) وقال يحيى بن معين: مشهور يعرفه الناس، وأبْنُ الْأَشْعَثِ، يَفْتَحُ الْهَمْرَةَ وَسُكُونُ الشَّيْنِ الْمُعْجَمَةُ وَفَتْحُ الْوَاوِ وَفِي آخِرِهِ عَيْنُ مُهْمَلَةٍ (بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٥٨/١٣)

٤. ينظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار المعرفة (٢٩٠/٥).

٥. جاء في (المادة ٨٤) من «مجلة الأحكام العدلية»: «المواعيد بصور التعاليف تكون لازمة، لأنه يظهر فيها حين إذن معنى الالتزام».

٦. ينظر: ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار (٢٧٧/٥).

٧. الجصاص، أبوبكر، أحكام القرآن، ت: محمد القمحاوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي (٣٣٤/٥)، محمد تقي العثماني، فقه

ثانياً: (المذهب المالكي)

للمالكية في حكم الوعد (بمعنى لزومه) أربعة أقوال كالتالي:

– القول الأول عند المالكية: يكون الوعد ملزماً إذا كان مقروناً بسبب، ودخل الموعد في كلفة بذلك.^١ فإذا تم الوعد وكان له سبب، ثم باشر الموعد له ذلك السبب اعتماداً على وعد الواعد، فإن على الواعد وجوب الوفاء به، ويُقضى به عليه. مثال ذلك: إذا قال الواعد للموعد له: اشتر سيارة وأنا أعطيك مبلغاً، واشتراها الموعد له فعلاً أو دفع لها عربوناً أو سعى في الشراء، فإن الوعد يلزم؛ لأن الموعد له دخل في كلفة من أجل الوعد، أما إذا كان الوعد مجرداً عن السبب أو كان مقترناً بالسبب لم يدخل الموعد له في التنفيذ، فإن الوعد لا يلزم.^٢

ويتوجب الانتباه إلى أن هذا القول المشهور ليس مبنياً على أساس وجوب الوفاء بالوعد، بل هو مبني على عدم وجوب الوفاء به، وإنما قضى به في صورة ما إذا أدخله في شراء عقار أو تزوج امرأة أو غير ذلك، لأنه تسبب له في إنفاق مال قد لا يتحملة، ولا يقدر عليه، رفعا للضرر عن الموعد المغرر به، وتقريباً لمبدأ تحميل التبعة لمن ورطه في ذلك، إذ لا ضرر ولا ضرار.^٣

وهذا القول هو القول المشهور عن الإمام «مالك»، وهو اختيار الإمام «ابن القاسم»، والإمام «سحنون» عليهما رحمة الله.^٤

– القول الثاني عند المالكية: الوعد لازم إن كان على سبب، وإن لم يدخل الموعد بسبب العدة في شيء، مثال ذلك: قولك: «أريد أن أشتري كذا»، أو «أن أقضي غرمائي، فأسلفني كذا»، فقال: «نعم». ثم بدا للواعد الرجوع قبل أن يتزوج أو أن يشتري أو أن يسافر، فإن ذلك يلزمه ويقضى به عليه. وهذه الصورة تمثل طلباً واستجابة. ويشاركها في الحكم أن يكون الالتزام من جانب واحد فقط بدون طلب الآخر، فلو لم تسأله، بل هو قال لك بنفسه: «أسلفك كذا»، أو أهب لك كذا لتقضي دينك، أو لتتزوج^٥ أو نحو ذلك، فإنه يلزمك ويجب عليك أن تفي بوعدك، ويقضى به عليك.^٦

البيوع على المذاهب الأربعة، (٨٢/٢).

١. ذهب بعض المعاصرين إلى أن ما ذكره المالكية من لزوم الوعد المقصود به التبرعات دون المعاوضات. وقد أطلال في الرد على هذا الرأي فضيلة العلامة «محمد تقي العثماني»، ينظر: (محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة ٨٠/١).

٢. قال الشيخ «عليش» في فتح العلي المالك: «وقول سحنون في كتاب العدة ونصّه في سماع عيسى: قلت لسحنون ما الذي يلزم من العدة في السلف والعارية قال: ذلك أن يقول الرجل للرجل هدم دارك وأنا أسلفك أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك أو تزوج امرأة وأنا أسلفك وعزاه له ابن رشد في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب العارية». (٢٥٥/١)

٣. ينظر: محمد جعيط: مجالس العرفان ومواهب الرحمن: (٣٤/٢)

٤. الحطاب، شمس الدين الرعيني، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (١٥٦).

٥. ينظر: محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة (٧٩/١)

٦. ونقل ابن الحطاب عن «القرافي» في التفريق بين القول الأول والثاني: «قال سحنون: الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما لا تبني به، أو أخرج إلى الحج، وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق، وقال أصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعد أم لا، وكذا أسلفني لأشتري سلعة كذا لمزمك تسبب في ذلك أم لا، والذي لا يلزم من ذلك أن تعده من غير ذكر سبب فيقول لك: أسلفني كذا فتقول: نعم. بذلك قضى

وذهب إلى هذا القول الإمام «أصبغ» من أصحاب الإمام مالك.^١
- القول الثالث عند المالكية: الوعد لازم مطلقاً. أي أنه بمجرد أن يصدر الوعد من الواعد فإنه يلزمه مطلقاً، سواء أكان الوعد مقروناً بسبب أم كان مجرداً عن السبب. ومثال الأول: أن يقول الواعد للموعد له: «تزوج وأنا أعطيك ألفاً من الجنيهات»، ويستوي هنا -أيضاً- أن يدخل الموعد له في السبب (الزواج) أم لم يدخل. ومثال الثاني: أن يقول شخص لآخر: سأعطيك ألفاً من الجنيهات؛ إذ الواعد لم يقيد وعده بسبب كالزواج أو البناء أو السفر إلخ فهو وعد مجرد.^٢

وذهب إلى هذا القول الإمام «ابن العربي»، والإمام «ابن شاط» وبعض أئمة المذهب.^٣
- القول الرابع عند المالكية: الوعد غير لازم مطلقاً. وذهب إلى هذا القول بعض المالكية.^٤

ثالثاً: (المذهب الشافعي)

ذهب الشافعية في المعتمد أن الوفاء بالوعد مستحب، لكنه غير لازم ديانة أو قضاء. وفي المحصلة ففي المذهب ثلاثة أقوال:

- القول الأول عند الشافعية: عدم لزوم الوفاء بالوعد ديانة أو قضاء.^٥
- القول الثاني عند الشافعية: الوفاء بالوعد واجب ديانة، غير لازم قضاء.^٦
- القول الثالث عند الشافعية: الوفاء بالوعد واجب مطلقاً إذا كان الوعد يفهم منه الجزم.^٧

رابعاً: (المذهب الحنبلي)

- المذهب عند الحنابلة عدم لزوم الوفاء بالوعد، قال «البهوتي» عليه رحمة الله: «ولا يلزم الوفاء بالوعد، نص عليه (الإمام أحمد)، وقاله أكثر العلماء».^٨
- وذهب الشيخ «ابن تيمية» -عليه رحمة الله- إلى لزوم الوفاء بالوعد، قال الإمام «ابن مفلح»

عمر ابن عبدالعزيز « (الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ١٥٧، ١٥٦)

١. الحطاب، شمس الدين الرعيني تحرير الكلام في مسائل الإلتزام (١٥٧).

٢. ينظر: سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون (١٨).

٣. ينظر: أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن (١٨٠٠/٤).

٤. قال القرافي في «الفروق»: «ومن الفقهاء من قال: الكذب يختص الماضي والحاضر، والوعد إنما يتعلق بالمستقبل، فلا يدخله الكذب.. ومنهم من يقول لم يتعين عدم المطابقة في المستقبل، بسبب أن المستقبل زمان يقبل الوجود والعدم، ولم يقع فيه بعد وجود ولا عدم، فلا يوصف الخبر عند الإطلاق بعدم المطابقة، ولا بالمطابقة لأنه لم يقع بعد ما يقتضي أحدهما» (٢٢/٤).

٥. قال النووي في «شرح مسلم»: «وقد أجمع العلماء على أن من وعد إنساناً شيئاً ليس بمنهي عنه، فينبغي أن يفي بوعد، وهل ذلك واجب أم مستحب؟ ذهب الشافعي وأبو حنيفة والجمهور إلى أنه مستحب..» (٤٠/١).

وقال ابن علان المكي في «الفتوحات الربانية»: «قد تقرر في مذهبنا أن الوفاء بالوعد مندوب لا واجب» (٢٦٠/٦).

٦. قال الشيخ تقي الدين السبكي: «وناهيك بقول الأصحاب لا يجب الوفاء بالشرط مشكل؛ لأن ظواهر الآيات والسنة تقضي وجوبه، وإخلاص الوعد كذب، والخلف والكذب ليسا من أخلاق المؤمنين، قال: ولا أقول بقي ديناً حتى يقضى من تركته، وإنما أقول يجب الوفاء تحقيقاً للصدق وعدم الإخلاف. وتصير الواجبات ثلاثة: منها ما هو ثابت في الذمة، ويطالب بأدائه، وهو الدين على الموسر. وكل عبادة وجبت وتمكن منها. ومنها ما ثبت في الذمة، ولا يجب أدائه كهذا. (ابن علان المكي، الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية

(٢٥٩، ٢٥٨/٦)

٧. وهو ما ذهب إليه الإمام الغزالي عليه رحمة الله. (ينظر: محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة ٧٨/١).

٨. البهوتي، منصور، كشف القناع، (٥٠٣/١٤)

عليه رحمة الله: «وذكر شيخنا (ابن تيمية) وجها: يلزم واختاره ويتوجه أنه رواية من تأجيل العارية والصلح عن عوض المتلف بمؤجل، ولما قيل للإمام أحمد: بم يُعرف الكذابون؟ قال بخلف المواعيد وهذا متجه^١».

المبحث الثاني

تقييم نقدي لإدراج عوائد صكوك الإجارة ضمن الدين العام في ضوء الفقه والقانون والتحليل المحاسبي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الالتزام بدفع عوائد صكوك الإجارة ليس ديناً في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الثاني: الالتزام بدفع عوائد الصكوك ليس التزاماً دينياً في التحليل المحاسبي.

في ضوء تنامي استخدام صكوك الإجارة كأداة تمويلية في الإصدارات السيادية، تبرز إشكالية إدراج هذه الصكوك ضمن بند الدين العام أم إدراجه تحت بند آخر، مثل المصروفات، وما لكل حالة من آثار شرعية وقانونية ومحاسبية.

إن المعالجة المحاسبية الخاطئة لصكوك الإجارة قد تُقضي إلى آثار سلبية على التصنيف الائتماني للدول. فعلى سبيل المثال، إذا تم احتساب عوائد الصكوك كجزء من الدين العام، فإن نسبة الدين إلى الناتج المحلي سترتفع، وهو ما قد يدفع وكالات التصنيف (مثل فيتش أو ستاندرد آند بورز) إلى خفض تصنيف الدولة، بينما إذا عُولجت هذه العوائد كمصروفات تشغيلية، فإن المؤشرات ستعكس صورة أكثر دقة واستدامة، مما يعزز ثقة المستثمرين ويخفض تكلفة الاقتراض السيادي مستقبلاً.^٢ ويناقش هذا المطلب مدى صحة إدراج عوائد صكوك الإجارة ضمن الدين العام من ثلاثة أبعاد متكاملة: البعد الفقهي المتعلق بطبيعة الالتزام في صكوك الإجارة، والبعد القانوني المرتبط بمفاهيم الدين والملكية في التشريعات، والبعد المحاسبي المتصل بكيفية تصنيف هذه الصكوك في السجلات المالية للحكومات.

١. ابن مفلح، شمس الدين محمد، الفروع ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، (٩٢/١١).

٢. المصروفات لا تُسجل في الميزانية مباشرة، وإنما تسجل في قائمة الدخل أولاً (حيث يحدد صافي الربح والخسارة)، ثم ترحل إلى قسم حقوق الملكية في الميزانية. مثلاً: إذا حقق الأصل المُصكك إيرادات بقيمة ١,٠٠٠,٠٠٠ دينار، بينما أنفق مصروفات (من ضمنها العوائد المُستحقة لحملة الصكوك) بقيمة ٧٠٠,٠٠٠ دينار، فإن صافي الربح = ٣٠٠,٠٠٠ دينار، وفقاً للمعادلة المحاسبية الأساسية (١,٠٠٠,٠٠٠ إيرادات - ٧٠٠,٠٠٠ مصروفات = ٣٠٠,٠٠٠ صافي الربح).

ويتوجه الانتباه إلى أن المصروفات أحد المعايير الأساسية لقياس الأداء المالي، وليس لها علاقة مباشرة مع اتجاهات الدين العام، كما لا تؤثر بشكل مباشر على معايير قياس الأداء الائتماني.

(Review: International Accounting Standard (IAS) 1, Presentation of Financial Statements, para. 10 and para. 54(e).).

المطلب الأول

الالتزام بدفع عوائد صكوك الإجارة ليس ديناً في الفقه الإسلامي والقانون

١- تكيف العائد في صكوك الإجارة بأنه أجرة: يتوجب الانتباه إلى أن العوائد المتولدة من صكوك الإجارة تُكيف شرعاً وقانوناً على أنها أجرة مقابل استيفاء منفعة، وليست فوائد أو أرباحاً رأسمالية. وهذا التكيف يُعد جوهرياً لضمان توافق الصكوك مع الشريعة الإسلامية، وتفريقها عن أدوات الدين التقليدي.

وقد أكد المجلس الاستشاري الشرعي (SAC) للهيئة الماليزية للأوراق المالية في قراره بشأن صكوك الإجارة على هذا المبدأ، حيث نص على التالي:

«يجب أن تستمد العوائد الدورية الموزعة عليهم من دخل الإيجار الفعلي (الأجرة) الناتج عن الأصل^١. ويشير هذا النص إلى أن التوزيع الدوري يجب أن يكون مستمداً من إيرادات الإيجار الفعلية (الأجرة) وليس ربحاً مضموناً مسبقاً.

٢- الأجرة لا تستحق إلا باستيفاء المنفعة في الشريعة والقانون^٢: تشير الكلية المتفق عليها في الفقه الإسلامي والقانون إلى أن الأصل في استحقاق الأجرة أنه مشروط باستيفاء المنفعة أو التمكين منها، لا بمجرد توقيع العقد. فالمؤجر لا يستحق استيفاء الأجرة إلا بتمكين المستأجر من الانتفاع أو بانتفاعه فعلاً.

وعلى ذلك، فلا تلزم الأجرة إذا لم يسلم المؤجر العين المؤجرة أصلاً ولم يملكه من استيفاء المنفعة أو سلمه إياها مشغولة، أو عرض سبب مانع من الانتفاع بالمأجور. وهو شرط لوجوب الأجرة لا حقيقة الانتفاع^٣.

1. “the periodic returns distributed to them must be derived from the actual rental income (ujrah) generated from the asset”. (Securities Commission Malaysia, Shariah Advisory Council Resolution, No. 872010/ (Islamic Real Estate Investment Trusts), para. 5.2.)

وقد أشارت المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية (AAIOFI) إلى هذا التكيف بشكل صريح، يُنظر: المعيار الشرعي (١٧ - صكوك الاستثمار) البند ٢/٣ والبنود المنفردة منه (٤٦٨، ٤٦٩).

٢. يتوجه الانتباه إلى التفريق بين مفهوم وجوب الأجرة (بمعنى لزومها) ومفهوم استحقاق الأجرة (بمعنى استحقاق مطالبة المستأجر بها).

فالأجرة وإن كانت تجب بالعقد، بحيث تلزم الأجرة بمجرد انعقاد الإجارة صحيحة، إلا أن المؤجر لا يستحق قبض الأجرة إلا عند تسليم المنفعة أو تحقق الانتفاع بها بالفعل.

ورد في المعيار الشرعي رقم (٨) - الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAIOFI):

“(البند ٢/٥) تجب الأجرة بالعقد، وتستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرد توقيع العقد. ويجوز أن تدفع الأجرة بعد إبرام العقد دفعة واحدة، أو على دفعات خلال مدة تساوي أو تزيد أو تقل عن مدة الإجارة، فإذا تأخر تسليم العين المؤجرة عن المدة المحددة مدة تزيد عن المتعارف عليه لم يجب الدفع.”

٣. علي حيدر أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٥٢٧/١).

قال الموفق ابن قدامة في «المغني»: «وأما الأجرة، فلا تستحق إلا باستيفاء المنفعة، أو مضي مدة يمكن استيفاؤها فيها، بغير خلاف نعلمه^١»
وورد في «الموسوعة الفقهية»:

«ملك المنفعة والأجرة: أما ملك المنفعة فلا يجب بالعقد وحده؛ لأن المنافع معدومة والمعدوم لا يملك، وإنما يتحقق بالعقد عند استيفائها؛ لأن ذلك هو وقت وجودها، فكلما استوفى المستأجر قدرًا من المنافع تملكه، ولهذا كان حكم عقد الإجارة بالنسبة للملك مُرجأ إلى وقت الاستيفاء، سواء في المنجزة أو المضافة (..)

فأما تملك (الأجرة) باستيفاء ما يقابلها من المعقود عليه، فلأن عقد الإجارة عقد معاوضة، ومقتضى المعاوضة المطلقة عدم ثبوت الملك في أحد العوضين دون الآخر فإذا لم يثبت في أحدهما لم يثبت في الآخر؛ إذ لو ثبت فيه لم تكن المعاوضة حقيقية إذ لا يقابله حينئذ عوض والمساواة في عقود المعاوضات مطلوبة للعاقدين ولا مساواة إلا بثبوت الملك في العوضين في وقت واحد، ولما كانت المنفعة معدومة عند إنشاء العقد ولم يثبت الملك فيها عند إنشائه لذلك لم يثبت أيضاً في الأجرة في الحال كدَيْن في ذمة المستأجر إن كان الأجر غير عين، كما يثبت فيها في الحال إن كانت عيناً تحقيقاً للمساواة التي هي مقتضى المعاوضة^٢».

وتأكيداً لهذا المبدأ، نصَّ القانون المدني البحريني في المادة (٥٤٧) على: «تستحق الأجرة باستيفاء المنفعة، أو بتمكن المستأجر من استيفائها، ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك. وكذلك نص القانون المدني المصري في المادة (٥٦٣) على أن: «يلتزم المؤجر بأن يملك المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة... وتستحق الأجرة إذا تم هذا التمكن».

٣- الأجرة ليست دَيْنًا في الذمة إلا بشرط الاستحقاق: إذا تقرر أن العائد على صكوك الإجارة هو أجرة، وأن الأجرة لا تُستحق إلا باستيفاء المنفعة، فإنها لا تُعد دَيْنًا حالاً في ذمة المستأجر (مصدر الصك) من لحظة التعاقد. بل هي حق عوضي مُتوقَّف على تحقق المنفعة، وليست التزاماً مالياً ثابتاً. وهذا ما أكدته محكمة «النقض المصرية»، حيث قضت أن:

١. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، (١٣/٥).
والإجماع على هذا المبدأ منقول في المذاهب الأربعة: ففي المذهب الحنفي قال «ابن عابدين» في حاشيته: «ولا تستحق الأجرة إلا باستيفاء المعقود عليه، أو التمكن من الاستيفاء، وهذا ما عليه عامة المشايخ» (٥٠١/٥). =
= وفي المذهب المالكي، نقل الزرقاني في شرحه على الموطأ عن الزركشي قوله: «واتفقت المذاهب على أن الأجرة لا تستحق إلا بالتمكن من المنفعة أو باستيفائها» (٩٨/٧).
وفي المذهب الشافعي، قال «النووي» في روضة الطالبين: «ولا تجب الأجرة بالعقد، بل باستيفاء المنفعة أو التمكن من الاستيفاء، وهذا مجمع عليه» (٤٠٠/٥).

٢. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية (مصر)، موسوعة الفقه الإسلامي (المعروفة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية) (٢٤٦/٢).

«الأجرة لا تُستحق إلا مقابل التمكين من المنفعة... فإذا لم يتحقق هذا الشرط، لم يثبت للمؤجر دينٌ بالأجرة^١».

ومما تقدّم يتبيّن أنّ إدراج الالتزامات الناشئة عن صكوك الإجارة ضمن الدين العام يخالف تكييفها الفقهي والقانوني الصحيح، من أجل ذلك نصّ قرار «مجمع الفقه الإسلامي الدولي» على التالي: «لا يمثل صك الإجارة مبلغاً محدداً من النقود، ولا هو دين على جهة معنية - سواء أكانت شخصية طبيعية أم اعتبارية- وإنما هو ورقة مالية تمثل جزءاً شائعاً (سهماً) من ملكية عين استعمالية، كعقار أو طائرة أو باخرة، أو مجموعة من الأعيان الاستعمالية - المتماثلة أو المتباينة - إذا كانت مؤجرة، تدرّ عائداً محدداً بعقد الإجارة^٢.

المطلب الثاني

المعالجة المحاسبية لعوائد صكوك الإجارة، وتمييزها عن الالتزامات الدينية

لقد تبين فيما سبق أنّ عوائد صكوك الإجارة التي يستحقها حملة الصكوك تمثل الأجرة الدورية التي يحصلون عليها من الحكومة. ذلك أنّ الحكومة تقوم باستئجار الأصل محل التصكيك من حملة الصكوك بصيغة الإجارة المنتهية بالتملك، بحيث تُوزع الأجرة المتحصلة على حملة الصكوك بحسب نسب تملكهم، لتغطية عوائد الصك. وفي نهاية مدة العقد تُسترد الأصول إلى الحكومة عن طريق البيع بسعر رمزي وفقاً للهيكلية والشروط السابقة.

ومن هنا يُثار التساؤل الآتي: هل يُعد الالتزام بدفع عوائد الصكوك ديناً بالمعنى المحاسبي؟ في هذا السياق، أشارت المعايير المحاسبية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) إلى أن الفرق بين مطلوب الإجارة الإجمالي والتكلفة الأساسية يُمثل «التكلفة المؤجلة للإجارة». وبناءً عليه، تُسجل هذه التكلفة في التقارير المحاسبية والمالية من قبل المستأجر باعتبارها مطلوباً مقابلًا

(Contra-Liability)، أي تُدرج ضمن المطلوبات مع رصيد عكسي (مدين بدلاً من دائن)، لتكون وظيفتها تعديل المطلوبات (تقليلها).

ورد في المعيار المحاسبي (الإجارة - ٣٢) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI):

«(البند ٢٩) التكلفة المؤجلة للإجارة هي الفرق بين مطلوب الإجارة الإجمالي والتكلفة الأساسية لموجود حق الاستخدام. ويجب تأجيلها مبدئياً باستخدام حساب التكلفة المؤجلة للإجارة.

١. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٩١٠ لسنة ٥٩ قضائية، جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٩٤، مجموعة الأحكام المدنية والتجارية، (١٨٦٥/٥).

٢. قرار مجمع الفقه الدولي رقم: ١٣٧ (١٥/٣) بشأن صكوك الإجارة

(البند ٣٠) يجب عرض حساب التكلفة المؤجلة للإجارة باعتباره مطلوباً مقابلاً^١ (فيما يتعلق بالمطلوبات ذي العلاقة)»

ويشير النص السابق إلى النقاط التالية:

أ- يشكل «موجود حق الاستخدام» الأصل الذي تحصل عليه المؤسسة المستأجرة بموجب عقد الإيجار.
ب- وتمثل «تكاليفه الأساسية» المبلغ الذي يُسجل في دفاتر المؤسسة كقيمة أولية لهذا الأصل.
ج- في المقابل، يمثل «مطلوب الإجارة الإجمالي» الالتزام المالي على المؤسسة لدفع جميع الأقساط المستقبلية للإيجار.

د- تنشأ «التكلفة المؤجلة للإجارة» كفرق بين هذين المكونين، أي بين المبلغ الإجمالي المستحق دفعه (مطلوب الإجارة الإجمالي) والقيمة المسجلة للأصل (التكلفة الأساسية لموجود حق الاستخدام). هذا الفرق يظهر غالباً نتيجة إدراج عناصر لا تمثل التكلفة الأساسية للأصل، كفوائد الإيجار أو الأقساط المستقبلية غير المستهلكة.

وكمعالجة محاسبية، يجب تأجيل هذا الفرق وتسجيله في حساب التكلفة المؤجلة للإجارة للاعتراف به كمصروف على مدى فترة الإيجار، مما يضمن تطابق الاعتراف بالمصروفات مع مدة الإيجار. أما تأثير هذا الحساب في القوائم المالية، فيتمثل في طرحه من مطلوب الإجارة الإجمالي عند العرض في الميزانية العمومية، بهدف إظهار القيمة الصافية للالتزام بالإيجار والمبلغ المتبقي المستحق، ما يضمن أن قيمة الالتزام المعروضة صافية من العناصر المؤجلة لتوفير صورة أدق لصافي الالتزام النقدي المستقبلي على المؤسسة.

ويضمن هذا العرض أن قيمة الالتزام المعروضة صافية من العناصر المؤجلة (مثل الفوائد غير المستحقة أو أية مبالغ أخرى مؤجلة)، مما يوفر صورة أدق لصافي الالتزام النقدي الحالي على المؤسسة للمستقبل.

ويعتمد هذا الإجراء المحاسبي على النظر في صيغة الإجارة المنتهية بالتملك، إلى عقد الإجارة التي يربط بين المؤجر والمستأجر كونه يمثل إيجاراً تشغيلياً، حيث إن ضمان محل الإجارة يقع على عاتق المؤجر لا المستأجر.

١. المطلوب المقابل (Contra-liability): حساب مُسجل برصيد مدين، ويُعرض في الميزانية العمومية ك طرح من الحساب المطلوب الرئيسي ذي الصلة، يهدف إلى عرض القيمة الصافية والقيمة الحالية الصحيحة للمطلوب (الالتزام) بعد استبعاد الأجزاء التي لم تُستحق بعد، أو التي لا تمثل التزاماً نقدياً حالياً.

ويُفان بنسخة اللغة الإنجليزية للمعيار المحاسبي (٣٢-الإجارة) AAOIFI:

“29.Deferred Ijarah cost,isthe difference between the gross Ijarah liability and the prime cost of right-of-use asset. Itshall be initially deferred through a deferred Ijarah cost account.
30.Deferred Ijarah costaccount shall be presented as a contra-liability(of respective liability)”

وعلى نحو مواز، فقد قسّمت المعايير المحاسبية الدولية في القطاع العام^١ (IPSAS) عقود الإيجار إلى نوعين رئيسيين، حيث نصّ المعيار (١٣ - عقود الإيجار) في المادة ٨ على التالي:

”عقد الإيجار التمويلي (A finance lease) وهو العقد الذي ينقل جوهرياً كافة المخاطر والعوائد المرتبطة بملكية أصل معين، وقد يتم أو لا يتم نقل سند الملكية في النهاية. (..)

عقد الإيجار التشغيلي (An operating lease) هو أي عقد إيجار غير تمويلي.”^٢

ويستفاد من ذلك أنّ الفارق الجوهرى بين النوعين يكمن في الجهة التي تتحمل المخاطر والعوائد:

- فإن كانت مرتبطة بزمة المستأجر عدّ العقد تمويلياً.
- وإن بقيت على عاتق المؤجر عدّ العقد تشغيلياً.

وهذا التفريق يتفق مع القاعدة الفقهية: «الغنم بالغرم»؛ فمن يستحق العائد يتحمل تبعه المخاطرة. وبما أنّ حملة الصكوك يملكون فعلياً حق الانتفاع بالأصل، فإنهم يتحملون مخاطر تعطل المنفعة أو هلاكها، بخلاف الدائنين التقليديين الذين لا يتحملون سوى خطر عدم السداد. وهذا ما يجعل العلاقة بين الدولة والمستثمرين أقرب إلى علاقة استثمارية منها إلى علاقة دين، ومن ثم يبرر شرعاً عدم إدراج صكوك الإجارة ضمن مكونات الدين العام.^٣

وفي هذا الخصوص نصّ المعيار الشرعي (رقم ٩ - الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAIOFI) على التالي:

” (البند ٨/١/٥) العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير. ويجوز له ان يؤمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكناً، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له

١. معايير IPSAS الصادرة عن مجلس معايير المحاسبة للقطاع العام هي إطار عالمي للتقارير المالية الحكومية، تعزز الشفافية والمساءلة، واعتمدتها دول عديدة كمرجع لإصلاح الإدارة المالية.

٢. International Public Sector Accounting Standards Board، إصدارات معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام، ترجمة ونشر: المجمع الدولي العربي للمحاسبين القانونيين، ط٢٠٢٢م، (٤٣٢، ٤٣٤).

ويوافقه ما أشار إليه دليل إحصاءات المالية الحكومية (GFSM ٢٠١٤) Government Finance Statistics Manual، الصادر عن صندوق النقد الدولي (IMF)، يُنظر:

(INTERNATIONAL MONETARY FUND, GOVERNMENT FINANCE STATISTICS MANUAL 2014 p.313)

٣. وقد يثور التساؤل حول أثر تعرض الأصل المصكك إلى الهلاك (الجزئي أو الكلي) على حق حملة الصكوك في الحصول على العوائد (الأجرة).

والواقع أنّ حماية حق حملة الصكوك يخضع إلى طبيعة الأصل المصكك والمخاطر المحتملة والصيغة المستخدمة في العقد، فقد تكون طبيعة الأصل المصكك تقتضي التأمين عليه (تأميناً تعاونياً) يُعوّض الضرر اللاحق بالأصل أو المنفعة، وقد يُعتمد إلى إنشاء احتياطي للمخاطر (Reserve Account) يُستخدم هذا الاحتياطي لتعويض حملة الصكوك إذا نقصت المنافع بسبب الهلاك الجزئي أو توقف الأصل عن تحقيق الإيراد مؤقتاً، وغير ذلك من الطرق التي جرى عليها العمل في صناعة التمويل الإسلامي، والمذكورة في البند المشار إليه (٧/٨/١/٥) من المعيار الشرعي (٩ - الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادة على ما كان متوقعاً عند تحديد الأجرة. كما يمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر بالقيام بأعمال التأمين على حساب المؤجر .

واستصحاباً لذلك نصّ المعيار الشرعي (رقم ١٧ - صكوك الاستثمار) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAIOFI) على التالي :

” (البند ٨/١/٥) يراعى في نشرة الإصدار ما يأتي:

(البند ٧/٨/١/٥) ألا تشتمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدر التعدي أو التقصير، ولا قدرًا معينًا من الربح، لكن يجوز أن يتبرع بالضمان طرف ثالث مستقل، مع مراعاة ما جاء في المعيار الشرعي رقم (٥) بشأن الضمانات البند ٦/٦ كما يجوز أن يقدم مصدر الصك لمالكه بعض الضمانات العينية أو الشخصية لضمان مسؤوليته في حالات تعديه أو تقصيره، مع مراعاة البند ٣/١/٤/٣ من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة (المشاركة المشاركة) والشركات الحديثة والعقود الواردة فيه»

وبالعودة إلى المعيار المحاسبي IPSAS (عقود الإيجار - ١٣)، نجد أنه نص على إدراج عوائد الإيجار التشغيلي تحت بند المصاريف، حيث جاء فيه:

” (البند ٤٢) يجب أن تقيد دفعات الإيجار بموجب عقد الإيجار التشغيلي على أنها مصروف على أساس قسط ثابت خلال مدة عقد الإيجار، إلا إذا تم إتباع أساس نظامي آخر يكون تمثلياً لنمط الوقت الخاص بمنفعة المستخدم.

(البند ٤٣) بالنسبة لعقود الإيجار التشغيلية تقيد دفعات الإيجار (باستثناء تكاليف الخدمات كالتأمين والصيانة) على أنها مصروف على أساس قسط ثابت إلا إذا تم إتباع أساس نظامي آخر يكون تمثلياً لنمط الوقت الخاص بمنفعة المستخدم، حتى إذا لم تكن الدفعات على ذلك الأساس.“^١

وعليه، يتضح أن إدراج عوائد صكوك الإجارة ضمن الالتزامات أو الدين العام يعود إلى تكييف محاسبي خاطئ؛ إذ إن عائد الإيجار لا يُسجل كالتزام مالي إلا إذا كانت الإجارة تمويلية^٢. أما إذا

١. International Public Sector Accounting Standards Board، إصدارات معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام، ترجمة ونشر: المجمع الدولي العربي للمحاسبين القانونيين، ط٢٠٢٢م، (٤٣٢، ٤٣٤) ويوافق ما أشار إليه دليل إحصاءات المالية الحكومية (٢٠١٤) Government Finance Statistics Manual (GFSM)، الصادر عن صندوق النقد الدولي (IMF)، ينظر:

(INTERNATIONAL MONETARY FUND, GOVERNMENT FINANCE STATISTICS MANUAL 2014 p.313)

٢. ورد في المعيار المحاسبي IPSAS (١٣ - عقود الإيجار) :

» (البند ٢٨) يجب على المستأجرين قيد الأصول المكتسبة بموجب عقود الإيجار التمويلية على أنها أصول والالتزامات المرتبطة بعقد الإيجار على أنها التزامات. ويجب أن تقيد الأصول والالتزامات ضمن مبالغ مساوية للقيمة العادلة للملكية المؤجرة عند بداية عقد الإيجار أو، إذا كانت أقل، مبالغ مساوية للقيمة الحالية لدفعات الإيجار الدنيا. وعند احتساب القيمة الحالية لدفعات الإيجار الدنيا يكون عنصر الخصم هو معدل الفائدة الضمني في عقد الإيجار إذا كان من المجدي تحديد ذلك، أما إذا لم يكن ذلك مجدياً فيجب استخدام سعر فائدة الإقتراض المتزايدة للمستأجر.»

كانت الإجارة تشغيلية، كما هو الحال في صكوك الإجارة المنتهية بالتملك، فإن هذه العوائد مطلوباً مقابلًا (Contra-Liability)، وليست ديناً عاماً.

المبحث الثالث

توظيف صكوك الإجارة لخفض الدين العام: إصدار صكوك سيادية مستندة إلى أرض رأس شقير (نموذج جمهورية مصر)

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الخلفية القانونية والتنظيمية في مصر.

المطلب الثاني: الهيكلية النموذجية لإصدار صكوك الإجارة على أرض رأس شقير.

المطلب الثالث: التحليل القانوني والاقتصادي لتوظيف صكوك رأس شقير.

المطلب الرابع: الأثر المالي والاقتصادي لإصدار صكوك رأس شقير.

تواجه جمهورية مصر العربية تحديات مالية متصاعدة نتيجة الاعتماد المستمر على أدوات الدين التقليدية، وهو ما أدى إلى ارتفاع تكلفة خدمة الدين العام وتزايد نسبته من الناتج المحلي الإجمالي. وفي ظل هذا الواقع، أصبح من الضروري البحث عن حلول تمويلية مبتكرة تسهم في تخفيف عبء الدين وتحسين مؤشرات المالية العامة. ومن أبرز هذه الحلول: اللجوء إلى أدوات التمويل الإسلامي، وفي مقدمتها «الصكوك السيادية»، التي دخلت الإطار التشريعي المصري من خلال صدور قانون «الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١».

ويأتي هذا المطلب لاستكشاف إمكانية توظيف صكوك الإجارة في خفض الدين العام، وذلك من خلال دراسة نموذج عملي يتمثل في إصدار صكوك سيادية مستندة إلى «أرض رأس شقير»، باعتبارها أحد الأصول العامة التي يمكن أن تُستخدم كأساس لإصدار هذا النوع من الصكوك.

المطلب الأول

الخلفية القانونية والتنظيمية في مصر

أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١ بشأن الصكوك السيادية، والذي أتاح للدولة ومؤسساتها إصدار صكوك سيادية بصيغ متعددة، من بينها صكوك الإجارة، بشرط توافر أصول عامة مؤهلة قانوناً واقتصادياً لذلك. ويمثل هذا القانون تطوراً نوعياً في البنية التشريعية للتمويل العام، حيث يُمكن الدولة من تعبئة الموارد بطريقة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، في اتجاه الحد من التوسع في الاقتراض أو إصدار أدوات الدين التقليدية.

وفي هذا السياق، أصدرت الحكومة المصرية قراراً بتخصيص «أرض رأس شقير»، وهي أرض ساحلية ذات أهمية إستراتيجية، لاستخدامها كأصل عيني لإصدار صكوك سيادية. وقد تم توظيف

هذه الأرض في هيكل إصدار صكوك الإجارة باعتبارها موردًا ذا منفعة اقتصادية يمكن تأجيرها وإعادة استثمارها لصالح حَمَلَة الصكوك.^١

المطلب الثاني

الهيكلية النموذجية لإصدار صكوك

الإجارة على أرض رأس شقير

تتضمن الهيكلية النموذجية لإصدار صكوك الإجارة على أرض رأس شقير عدة أطراف رئيسية، تتمثل في:^٢

- الجهة المُصدِّرة: وزارة المالية، أو شركة التصكيك السيادي المنشأة لهذا الغرض.
- الجهة المالكة للأصل: الدولة ممثلة في إحدى الجهات الحكومية المختصة.
- الجهة المُستأجرة: الجهة الحكومية المستفيدة من الأصل المُؤجَّر.
- حَمَلَة الصكوك: المستثمرون المحليون والدوليون الراغبون في أدوات تمويلية متوافقة مع الشريعة.

وتتمثل خطوات الإصدار في الآتي:^٣

١. نقل منفعة الأصل من الدولة إلى شركة التصكيك، دون نقل ملكية الرقبة.
٢. إبرام عقد إجارة بين الشركة والجهة الحكومية المستفيدة.
٣. إصدار صكوك تمثل ملكية في منفعة الأصل المُؤجَّر.
٤. توزيع الأجرة المُتَحَصِّلَة من الجهة المُستأجرة على حَمَلَة الصكوك بصفتهم مالكي المنفعة.
٥. استرداد الصكوك في نهاية مدتها، مع إعادة الأصل إلى الدولة.

المطلب الثالث

التحليل القانوني والاقتصادي لتوظيف صكوك رأس شقير

إن إصدار صكوك سيادية على أصول عامة يتطلب من الناحية القانونية نقل ملكية حق الانتفاع (دون الرقبة) من الدولة إلى شركة ذات غرض خاص (SPV) أو شركة التصكيك السيادي، لتكون هي الجهة التي تصدر الصكوك بناءً على عقد إجارة يمنح منفعة الأصل لحاملي الصكوك مقابل أجرة دورية.

١. قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٢٥ بشأن تخصيص أرض رأس شقير، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر (د)، الصادر في ٤ يونيو ٢٠٢٥.

٢. قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٢٥ بشأن تخصيص أرض رأس شقير، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر (د)، الصادر في ٤ يونيو ٢٠٢٥.

٣. قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٢٥ بشأن تخصيص أرض رأس شقير، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر (د)، الصادر في ٤ يونيو ٢٠٢٥.

وبما أن العلاقة في هذا النموذج تقوم على تمليك حق انتفاع مشروع مقابل عوض معلوم، فإنها لا تُعد علاقة اقتراض، ولا تُنتج التزاماً بسداد دين نقدي. بل إن الالتزام بدفع الأجرة يُعدّ مقابلًا لاستخدام مشروع للمنفعة، وليس التزاماً بدين سيادي، وهو ما يجعل هذه الصكوك لا تندرج ضمن مفهوم «الدين العام» بالمعنى التقليدي.

وقد أتاح القانون المصري بعد صدور قانون الصكوك السيادية إنشاء «شركة التصكيك السيادي» ونقل حق الانتفاع بالأصول العامة إليها بشكل مؤقت بغرض الإصدار، مع بقاء ملكية الرقبة للدولة، بما يضمن الحفاظ على الملكية العامة وعدم التصرف الدائم فيها. وهذا التكييف القانوني يُمكن الدولة من تجاوز القيود المرتبطة بالاقتراض، واللجوء إلى آلية تمويل تتماشى مع متطلبات الاستدامة المالية والضوابط الشرعية.

المطلب الرابع الأثر المالي والاقتصادي لإصدار صكوك الإجارة المستندة لأرض رأس شقير

جاء التأصيل القانوني المصري داعمًا للتوجه نحو الصكوك السيادية كأداة لتقليص أعباء الدين العام، حيث نص قرار رئيس جمهورية مصر العربية (رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٢٥) على ما يلي:

” (المادة الأولى) تخصص قطعة أرض بمساحة ٤١٥١٥,٥٥ فدان تقريبًا، تعادل ١٧٤٣٩٩٩٠٠ م^٢ من المساحات المملوكة للدولة ملكية خاصة، ناحية محافظة البحر الأحمر، وفقًا للوحة وجدول الإحداثيات المرفقين، لصالح وزارة المالية لاستخدامها في خفض الدين العام للدولة وإصدار الصكوك السيادية وفقًا للقوانين والقواعد المعمول بها في هذا الشأن“^١.

ويكشف هذا القرار عن تكامل تشريعي ومالي بين السياسة الاقتصادية والآلية القانونية لإدارة أصول الدولة، إذ يعكس وعي المشرع بأهمية توظيف الأصول المملوكة للدولة كغطاء لإصدارات الصكوك، بدلًا من الاعتماد على أدوات الدين التقليدية التي ترهق الموازنة العامة، كما يوضح كيف أن إدراج الأرض كأصل ضامن يحقق ثلاثة أهداف في آن واحد:

١. تحقيق الانضباط الشرعي عبر ربط الصكوك بأصل حقيقي ذي منافع.
٢. تحقيق الانضباط المالي عبر تخفيف عبء الدين العام من خلال إعادة تصنيفه كمصروف استثماري.
٣. تحقيق الانضباط الاقتصادي عبر تعزيز كفاءة إدارة الأصول السيادية وتحويلها من أصول خاملة إلى أدوات فاعلة في دعم النشاط المالي للدولة.

١. الجريدة الرسمية - العدد ٢٣ تابع (أ) في ٤ يونية سنة ٢٠٢٥.

وفي هذا السياق، يرى «الدكتور مدحت نافع» (عضو المجالس الاستشارية لرئيس الوزراء) أن صكوك الإجارة «تجمع بين خصائص السهم وخصائص السند، فهي ليست سند ملكية في الأصل، وليست سند دائنيّة، وإنما هي نوع من أنواع سند الملكية في إيراد الأصل^١». ويؤكد على أن «هذه الطبيعة تمنحها ميزة كبرى من حيث عدم توليد دين جديد على كاهل الموازنة العامة، وهو أمر بالغ الأهمية في ظل ما تعانيه الموازنات الحكومية من ضغوط^٢»، مشيراً إلى أن «الالتزام لا يكون ديناً، وإنما مشاركة في إيراد المشروع تكون وفقاً لحسابات الربح والخسارة، وهو ما يجعلها متوافقة مع الشريعة الإسلامية ومرونة اقتصادياً في آن واحد^٣».

كما يعزز هذا التحليل ما صرح به الدكتور محمد فؤاد، (عضو اللجنة الاستشارية للاقتصاد الكلي بمجلس الوزراء)، حيث صرّح بأن «الصكوك (الصادرة بضمان أرض رأس شقير) لا تُدرج كمكون من مكونات الدين العام عند معالجتها محاسبياً، إذ عندما يُستخدم التصكيك بضمان الأصول يتحول البند الذي تُدرج فيه عوائد الصكوك من عبء دين إلى مصروف، مما يساهم في تحسين مؤشرات الدين العام دون مخالفة الواقع الاقتصادي، لكون الصكوك لن تظهر كدين، بل تظهر كمصروف إجارة^٤». ويشير إلى أنه «عند توظيف حصيلة الصكوك في سداد ديون قائمة، فإن الدين العام ينخفض، بينما لا تظهر الصكوك كقيد دين جديد، بل كمصروف تشغيل أو استثمار^٥». وأخيراً يُمكن القول أن نموذج إصدار صكوك سيادية مستندة إلى «أرض رأس شقير» في جمهورية مصر العربية يُعد مثلاً عملياً رائداً يمكن أن يُحتذى به في دول أخرى. كما يشير بأن صكوك الإجارة تُعد من أكثر أدوات التمويل الإسلامي ملائمة للدول التي تسعى لتحسين أوضاعها المالية دون اللجوء إلى مزيد من الاقتراض التقليدي.

١. د. مدحت نافع، قناة منافع للاستشارات الاقتصادية، «الصكوك السيادية لأراضي البحر الأحمر»، يوتيوب، ٧ يوليو ٢٠٢٤، (تاريخ الاطلاع: ٢٤ يوليو ٢٠٢٥).

٢. د. مدحت نافع، قناة منافع للاستشارات الاقتصادية، «الصكوك السيادية لأراضي البحر الأحمر»، يوتيوب، ٧ يوليو ٢٠٢٤، (تاريخ الاطلاع: ٢٤ يوليو ٢٠٢٥).

٣. د. محمد فؤاد، مقابلة بعنوان: ما الهدف من إصدار أدوات دين سيادية مدعومة بأصول في مصر؟، قناة العربية - برنامج بزنس، يوتيوب، نُشر في ٢٧ يونيو ٢٠٢٤، (تاريخ الاطلاع: ٢٤ يوليو ٢٠٢٥ م).

٤. د. محمد فؤاد، مقابلة بعنوان: ما الهدف من إصدار أدوات دين سيادية مدعومة بأصول في مصر؟، قناة العربية - برنامج العربية بزنس، يوتيوب، نُشر في ٢٧ يونيو ٢٠٢٤، (تاريخ الاطلاع: ٢٤ يوليو ٢٠٢٥ م).

٥. د. محمد فؤاد، مقابلة بعنوان: ما الهدف من إصدار أدوات دين سيادية مدعومة بأصول في مصر؟، قناة العربية - برنامج العربية بزنس، يوتيوب، نُشر في ٢٧ يونيو ٢٠٢٤، (تاريخ الاطلاع: ٢٤ يوليو ٢٠٢٥ م).

٦. إذا تم إدراج العائد المستحق لحملة الصكوك كمصروف، فإن الموازنة تعكسه باعتباره عبئاً جارياً شبيهاً بمصروفات التشغيل أو الاستئجار. بينما لو أدرج ضمن الدين العام، فإنه يظهر بكونه زيادة في المديونية، مما يرفع من مؤشرات الدين العام (نسبة الدين للناتج المحلي، سقوف الاقتراض.. إلخ) ويؤثر سلباً على التصنيف الائتماني للدولة.

الخاتمة

خلص هذا البحث إلى أنَّ صكوك الإجارة تمثل أداة تمويلية متميزة جوهرياً عن أدوات الدَّيْن التقليدية، سواء من الناحية الفقهية أو القانونية أو المحاسبية. فهي تقوم على تملك حق الانتفاع دون الرقبة، مما يجعل العائد المستحق لحملة الصكوك أجرة مشروعة مرتبطة بالمنفعة، لا فائدة على قرض، ومن ثمَّ فإنَّ الالتزامات الناشئة عنها لا تُعدَّ دَيْناً سيادياً بالمعنى المتعارف عليه، بل التزاماً إيجارياً مشروطاً بطبيعته.

وقد أوضح التحليل أنَّ إدراج هذه الصكوك ضمن بند الدَّيْن العام يؤدي إلى تضخيم مؤشرات المديونية بطريقة لا تعكس حقيقتها الاقتصادية، بينما إدراجها كمصروف تشغيلي أو استثماري ينسجم مع طبيعتها العقدية، ويحقق قدراً أكبر من الدقة في تمثيل الالتزامات المالية الحكومية، كما بينت الدراسة أنَّ المعايير الدولية، مثل المعايير المحاسبية الدولية في القطاع العام (IPSAS)، تدعم هذا التوجه من خلال اشتراطها لاعتبار التزام ما التزاماً بدين وجود التزام قانوني غير قابل للإلغاء بسداد مبلغ نقدي محدد، وهو ما لا يتوافر في صكوك الإجارة.

وقد جاءت التجربة التطبيقية لإصدار صكوك سيادية على أرض «رأس شقير» في مصر لتؤكد هذه النتيجة، حيث أثبتت إمكانية توظيف الصكوك في سد العجز وتمويل المشاريع دون إضافة دين عام اسمي جديد، مع المحافظة على الانضباط الشرعي والمالي والاقتصادي.

وبناءً على ما سبق، يمكن إجمال النتائج الرئيسة فيما يلي:

١. صكوك الإجارة تُكيَّف شرعاً وقانوناً على أنها تملك لحق الانتفاع، وليست التزاماً بدين نقدي.
 ٢. الالتزامات الناشئة عنها لا تدخل ضمن مفهوم الدَّيْن العام في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي أو المحاسبة الدولية.
 ٣. إدراج عوائد الصكوك كمصروفات ينسجم مع حقيقتها العقدية والمالية، بخلاف إدراجها كديون.
 ٤. اعتماد هذا التكييف يساهم في تحسين المؤشرات المالية والائتمانية للدول.
 ٥. التجربة التطبيقية المصرية برهنت على جدوى استخدام صكوك الإجارة كأداة لخفض الدَّيْن العام الاسمي.
 ٦. صكوك الإجارة تشكل خياراً استراتيجياً للدول الساعية إلى تمويل مشاريعها بطريقة شرعية، مستدامة، ودقيقة محاسبياً.
- ومن ثم، فإنَّ إعادة النظر في التكييف القانوني والمحاسبي لصكوك الإجارة، واعتماد إدراجها وفق حقيقتها كمصروف والتزام إيجاري، لا كدين عام، يشكل خطوة أساسية نحو تطوير السياسات المالية للدول وتعزيز قدرتها على إدارة الدَّيْن العام بفاعلية أكبر.

التوصيات:

١. إعادة النظر في تصنيف صكوك الإجارة ضمن مكونات الدين العام، واعتماد توصيفها كـ "التزام إيجاري مشروط"، لا كدين مالي حال في الذمة، استناداً إلى طبيعتها الفقهية والقانونية والمحاسبية.
٢. تبني المعالجة المحاسبية المناسبة التي توصي بها المعايير الدولية، مثل (IPSAS)، ودليل إحصاءات المالية الحكومية (GFSM)، الصادر عن صندوق النقد الدولي (IMF)، والتي يمكن الاستناد إليها في إدراج عوائد الصكوك كمصروفات لا كديون، ما لم تتوافر شروط الدين المحاسبي.
٣. العمل على تطوير الأدلة الإرشادية المحاسبية والقانونية في الجهات الرقابية ووزارة المالية لتوضيح الفروقات بين صكوك الإجارة وأدوات الدين التقليدية، وخاصة في الإصدارات السيادية.
٤. تشجيع البنك المركزي ووزارة المالية على استخدام صكوك الإجارة كأداة تمويلية بديلة تسهم في تقليل الدين العام الاسمي، لا سيما في المشاريع الاستثمارية المرتبطة بأصول ذات عوائد تشغيلية قابلة للقياس.
٥. اعتماد هيكلية قانونية واضحة لصكوك الإجارة تراعي خصوصية العلاقة بين الأطراف وتحدد الحقوق والواجبات بدقة، بما يضمن توافقها مع التشريعات المحلية وأحكام الشريعة الإسلامية.
٦. الدعوة إلى مزيد من الدراسات التطبيقية التي ترصد الأثر الفعلي لاستخدام صكوك الإجارة على المؤشرات الاقتصادية، وبخاصة الدين العام ومعدل النمو، في مملكة البحرين.
٧. تعزيز التعاون بين فقهاء الشريعة والقانون والمحاسبين والاقتصاديين في إعداد نماذج الصكوك السيادية، بما يضمن التوصيف السليم للأداة المالية وفق أبعادها المختلفة.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- ١- الترمذي، محمد بن حسن، سنن الترمذي، ت: أحمد شاكر، ط. مصطفى البابي الحلبي.
- ٢- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي.
- ٣- ابن عابدين، محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) (ط. الثانية). ١٩٩٢، دار الفكر.
- ٤- عبدالكريم أحمد قندور، الصكوك الإطار النظري والتطبيقي، صندوق النقد العربي ٢٠٢٢.
- ٥- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف.. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣.
- ٦- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد المقدسي، المغني، دار عالم الكتب.
- ٦- محكمة النقض المصرية، مجموعة الأحكام المدنية والتجارية، المطابع الأميرية.
- ٧- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي، ٢٠٠٣.
- ٨- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، دار ميمان، الرياض.
- ٩- دور الصكوك السيادية وشبه السيادية في تمويل مشروعات البنية الأساسية المدرة للدخل، محمد بن إبراهيم السحيباني، ورقة عمل مقدمة لمنتدى تونس الدولي حول الصكوك، الندوة الدولية حول الصكوك الإسلامية في خدمة التشغيل (نوفمبر ٢٠١٦م).
- ١٠- الصكوك السيادية وأهميتها في تحقيق التنمية المستدامة، د. منى عاطف عبدالسلام، حولية كلية الدراسات الإسلامية للبنات بالمنصورة.

ثانياً: التقارير:

- ٩- مركز الخليج للأبحاث، تقرير سوق السندات والصكوك في دول مجلس التعاون الخليجي - الربع الرابع ٢٠٢٤، مركز الكويت المالي «مركز»، ٢٠٢٥.
- ١٠- وزارة المالية والاقتصاد الوطني، التقرير الاقتصادي لمملكة البحرين للعام ٢٠٢٤.

ثالثاً: التشريعات:

- ١١- جمهورية مصر العربية، قانون الصكوك السيادية رقم ١٣٨ لسنة ٢٠٢١.
- ١٢- جمهورية مصر العربية، قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم ١٧٦ لسنة ٢٠١٨.
- ١٣- جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية - العدد ٢٣ تابع (أ) في ٤ يونية سنة ٢٠٢٥.
- ١٣- القانون المدني البحريني.
- ١٤- القانون المدني المصري.

- ١٥- قرار مجمع الفقه الدولي رقم: ١٣٧ (١٥/٣) بشأن صكوك الإجارة
- ١٦- قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٢٥ بشأن تخصيص أرض رأس شقير، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر (د)، الصادر في ٤ يونيو ٢٠٢٥.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

- 17- International Accounting Standards Board (IASB). (2005). The conceptual framework for financial reporting.
- 18- INTERNATIONAL MONETARY FUND, GOVERNMENT FINANCE STATISTICS MANUAL 2014.
- 19- International Monetary Fund (IMF), Fiscal Affairs Department, 2024 GLOBAL DEBT MONITOR, 2024.

Protecting the environment from nuclear weapon tests in space law

Dr. Esam Iden Mohamed Ibrahim

Lecturer Public International law Egyptian Technological
College - Sohag Commercial Technical Institute

Professor Dr. Moamer Rateb Mohamed Abdel Hafez

Dean of the Faculty of Law, Assiut University

Abstract:

Testing nuclear weapons in outer space is one of the causes of pollution in outer space and on earth. In this context, article 9 of the Outer Space Treaty (1967) prevents the pollution of the earth's environment due to the entry of substances from outside the planet. Article 4 of the Outer Space Treaty only prohibits the use of weapons of mass destruction in space. It does not have a legal mechanism to prevent nations from testing nuclear weapons. Even with space there are texts prohibiting weapons abroad, there remains free venting and testing of some weapons in outer space. However, nuclear weapon testing is prohibited in outer space under the Partial Nuclear Test Ban Treaty of 1963 because it lacks rules to apply in case of violation of this treaty and contains the Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty, which also contains rules banning nuclear tests and explosions in all environments, but have not entered into force. This paper seeks to identify the obligations of countries that conduct nuclear weapons tests in outer space and note the importance of modifying existing outer space documents through the additional protocol with environmental behavioral guidelines that can be ratified and incorporated into the Outer Space Treaty.

Keywords: Pollution, International space law, Nuclear weapons, Environment.

Statement of the problem:

This research paper seeks to identify the damages that affect the environment of outer space as a result of nuclear weapons experiments

in outer space and their impact on the earth's environment. The future vision of international space law is to limit such pollution damage to the environment.

Questions:

The paper seeks to answer the following questions:

1. What are the effects of defending nuclear in outer space?
2. What is the future vision for the outer space?
3. What are the legal gaps in the Outer Space Treaty?
4. To what extent are countries responsible for the damage caused by nuclear weapons tests on the surface of the air and space?

To answer these questions, the general principles of international environmental law, the provisions of the United Nations Convention on Outer Space, the Liability Convention, and the instruments governing the ban and limitation of nuclear tests are examined.

Introduction:

As one of the new branches of international law, international space law brought much to the development of space science in the years following the second half of the twentieth century. It is worth noting that the difference between the activities in airspace and outer space is that the air is part of the territory of states and is subject to the rule of states. Thus, according to international space law instruments, no such system of sovereignty is recognized in outer space¹ In contrast, nuclear weapons have changed the concepts of war, peace, and security, as more than fifty nuclear explosions were recorded on 31 December 1953². New developments in the military field and the possibility of extending nuclear weapons into space have increased the need to control weapons in space³. Despite adopting the freedom of exploration and exploitation of space⁴, some restrictions are required to prevent pollution of space

1. Essam Mohammed Ahmed Zanati, *The International law of outer space*, Dar Al nahda Al Arabia, cairo, 2014, p2.

2. Hans M. Kristensen, & Robert S. Norris, *A history of US nuclear weapons in South Korea*, <https://doi.org/10.108000963402.2017.1388656/>, Volume 73, Issue 6, 2017.

3. International Committee of the Red Cross' ,ICRC Statement on Nuclear Weapons at the United Nations' (October 2015) <https://www.icrc.org/en/document/weapons-icrc-statement-United-nations-2015> accessed 18 April 2025 .

4. Karim Muhammad Rajab Al-Sabbagh, *The Legal Status of the Use and Exploitation of Outer*

and earth¹. Therefore, article 9 of the Outer Space Treaty (OST), adopted in 1967. The term “convention” may confuse with other space-related treaties calls for measures to prevent any harmful pollution of space and seek consultation before any space activity to ensure that space activity is environmentally safe.

It seems that there is no appropriate legal solution in the space and environment law to regulate and prevent these experiments, especially the protection of the space and earth environment in general. However, it must be noted that environmental pollution is by nature transboundary. Thus, according to the Charter of the United Nations and the principles of international law, governments must take care to exploit natural resources, such as space, in a way that does not cause irreparable environmental damage. On the contrary, the international responsibility of governments creates an obligation to pay full compensation, ban or discontinue any harmful activity².

This research, using a descriptive and analytical approach, identifies the extent of state liability for damage caused by nuclear weapons tests on the surface, in the atmosphere, and in space. It therefore examines the general principles of international environmental law, the provisions of the United Nations Outer Space Treaty, the Liability Convention, and instruments regulating the prohibition and limitation of nuclear tests.

What are the harmful effects of nuclear weapon testing in space on the environment?

Several nuclear weapon tests were conducted between 1945 and 2013, the last of which was carried out by North Korea, which led to the pollution of the environment with radioactive waste³. The United States conducted the largest number of nuclear weapon tests on North American soil between 1951 and 1963⁴. One of the main reasons for the rise of

Space in International Law, Journal of Law for Legal and Economic Research, 2019.

1. United Nations, Ending Nuclear Tests, International Day Against Nuclear Tests, 29 August 2021, <https://www.un.org/ar/observances/end-nuclear-tests-day/history> Checked 29/2022/1/.

2. Hanan Mohamed Abdel Rahim, Nuclear treaties and their impact on preserving the environment, Journal of Scientific Research in Arts, No. 20, Part VI, Cairo, 2019, p. 65: 66.

3. Sulgiye Park, Rodney C. Ewing, Environmental impacts of underground nuclear weapons testing, March 7, 2024, <https://thebulletin.org/premium/202403-/environmental-impacts-of-underground-nuclear-weapons-testing/>, proceed in 19\4\2025.

4. Remus Prăvălie, Nuclear Weapons Tests and Environmental Consequences: A Global Perspective, 2014 Feb 22;43(6):729–744. doi: 10.1007/s132801-0491-014-.

thyroid cancer in the United States is radioactive nuclei¹. It can be said that testing and expanding nuclear weapons production strengthen the regional or global power of the countries having these weapons².

In this context, the advisory opinion (1996) of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons defines such weapons as explosive devices that have the ability to ignite and explode by fission or fusion of a nucleus, which increases environmental concerns when testing these weapons in space, causing great devastation, lethal effects, poisoning, and widespread pollution caused by the production of large amounts of heat and energy³.

It is worth noting that nuclear weapons have three unique characteristics: The ability to destroy, cause great pain and suffering, and harm future generations due to cancer and genetic disorders. These concerns were echoed by the World Health Organization (WHO) in its reports of 1984 and 1987⁴ on the effects of nuclear war on health and health services, regarding their destructive effects on food products, plants, dairy and meat products, as well as causing climatic and environmental changes that may cause a severe food shortage⁵.

International principles related to environmental protection and their impact on the protection of the space environment

The environment can be defined as the sum of living and non-living elements and their impact on human life. The environment has witnessed many harmful practices, and therefore the international legal system has established unified laws and regulations centered around a set of key

1. Remus Prăvălie, op. cit

2. Hanan Mohamed Abdel Rahim, Nuclear treaties and their impact on preserving the environment, op. cit, pg. 60.

3. ICJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/95>, proceed in 194\2025.

Essam El-Din Muhammad Ibrahim, Commentary on the advisory opinion of the International Court of Justice and the legality of the threat to use nuclear weapons in 1996 AD, Journal of Economic, Administrative and Legal Sciences, Gaza, Vol. 4, Issue 13, 2020, p. 100: 114.

Publications of the International Committee of the Red Cross, International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 2016, <https://www.icrc.org/ar/publication/Ihl-advisory-opinion-icj-legality-threat-or-use-nuclear-weapons> Checked 012022/31/.

4. Hazem Atlam, The Legality of Nuclear Weapons in the Light of the Advisor to the International Court of Justice, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1996, p. 351

5. Hazem Atlam.

environmental legal principles derived from customary law and legal treaties, as follows:

The principle of sustainable development:

This principle was discussed for the first time in 1987 in the report of the World Commission on Environment and Development (WCED) entitled “Our Common Future”¹, stating that human activities must be conducted in a way that can be sufficient for the needs of the present generation and those of future generations to enjoy the same natural resources. Currently, most provisions of the Rio Declaration on Environment and Sustainable Development in 1992 have been incorporated and widely adopted into many international and national instruments, calling for the rational use of the environment through a public policy². Thus, people can determine the harmful consequences of their activities on nature. Natural resources must be exploited according to the principle of energy conservation to allow them to renew and prevent them from being turned into waste³.

Therefore, the possibility of conducting nuclear weapons tests in space if they can meet the current needs without compromising the requirements of the next generation. The harmful consequences of these tests on nature are already known. Thus, all measures must be taken to protect the environment from such damages.

The principle of cooperation, information, and assistance in emergencies:

The most important obligations of governments to protect the space environment are to cooperate in good faith to inform other countries of potential risks before environmental accidents and to take the necessary measures to prevent and reduce the destructive effects of nuclear weapon

1. Jeronen, E. Sustainability and Sustainable Development. In: Idowu, S.O., Capaldi, N., Zu, L., Gupta, A.D. (eds) Encyclopedia of Corporate Social Responsibility. Springer, Berlin, 2013, Heidelberg. https://doi.org/10.1007/662_8-28036-642-3-978/.

2. Principles 9 and 10 of the Rio Declaration, document, A\CONF\151\26rev.1(vol.1).

3. International Law Commission, <Survey of Liability Regimes Relevant to the Topic of International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law> (2004) UN Doc A/CN.4543/.

Nasser Saleh Mahmoud Othman, The role of sustainable development in maintaining environmental balance from a theoretical concept, Al-Jadeed Journal of Agricultural Research, Issue 24, Alexandria, Egypt, 2019, p. 98: 107.

tests¹. Countries should provide the necessary resources and technology and hold training courses to exchange information, advice, and assistance in times of environmental emergency, in accordance with articles 9 and 11 of the Outer Space Treaty, as well as the necessity to conclude bilateral or multilateral agreements for consultation, negotiation, and exchange of information on these new activities or events in space that could negatively affect the environment, especially with regard to nuclear weapons tests in space².

The principle of prevention and precaution:

Governments use their rights for the peaceful exploration and exploitation of outer space. Still, they must monitor and control nuclear weapons tests and ensure that they do not have harmful effects on the environment³. When testing nuclear weapons in space, governments should comply with the rules and standards of learning and assessing the environmental risks that may result from testing nuclear weapons⁴.

Also that noted in Articles 18 and 19 of the 1992 Rio de Janeiro Declaration on Environment and Development call for environmental consultations before any economic or commercial activity. Article 15 also stipulates the need to take preventive measures in accordance with article 9 of the United Nations Convention on Outer Space, taking into account the provisions of international environmental law in accordance with article 3 of the United Nations Convention on Outer Space.

The principle of the obligation to pay compensation by the party causing the pollution:

The polluter-pays principle appeared for the first time within the framework of the Organization for Economic Cooperation and Development in the recommendation made on 26 May 1972⁵, related

1. A\CONF\151\26\rev.1(vol.1).

2. United Nations Environment Program, Global Environment Outlook Report (4-GEO), 2007, p. 3 and beyond.

ST/SPACE/11/Rev2 - UNOOSA

3. UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 3, 10, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html>, procceed in 19\4\2025.

4. Khaled Abdel Aziz, The Principle of Precaution in the Environmental Field, Master Thesis, Algeria, 2015, p. 25.

5. Muhammad Munir, History and Development of the Polluter Pays Principle, SSRN Electronic

to guidelines on the economic and political aspects of the environment at the international level. It emphasized that the establishment of the polluter-pays principle is to allocate the costs of pollution prevention and control measures while avoiding tensions in trade and financial investment. In this principle, the polluter bears the expenses related to the measures determined by the public authorities in order to preserve the environment. Accordingly, the state that caused the pollution in the space environment allocates expenses to ensure the implementation of the measures determined by the public authorities in order to keep the space and earth environments healthy¹.

In this context, the Rio de Janeiro Declaration issued by the United Nations Conference on Environment and Development of 1992 adopted the principle of polluter-pays. Article 16 of this declaration stipulates that the National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.

It may be argued that if it is useful to use this principle to limit states from nuclear experiments in outer space, the principle of polluter-pays has still not amounted to a real legal base. It is devoid of any mandatory force, especially since the Rio de Janeiro Declaration did not provide enforceable obligations. However, article 13 of the declaration was sufficient to stipulate the need to establish international law to determine responsibilities and compensation for environmental damages.

In contrast, the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer 1985 emphasized the responsibility of countries that engage in legitimate activities in the present or future². Scientific and technological developments have proven that the activities risk harming the layer of permits. Despite the legality of these activities at the time of practice, states should pay the necessary compensation on the basis of the polluter-pays principle. The pollutant-paying principle was adopted in the Convention for the Protection of the Mediterranean Sea from Pollution of 1978, amended on 10 June 1995³. Article 4 of this convention affirmed

Journal, 2013, DOI:10.2139/ssrn.2322485, p2.

1. CN.4543// A.

2. The Ozone Treaties AR - WEB_final.pdf, introduction and art., 1, 2, 3, procced 19\4\2025.

3. Unep, Barcelona Convention and Protocols, adopted on 16 February 1976 in Barcelona and

the obligation of states to protect the environment contributing to the sustainable development of the Mediterranean region and approved the application of the principle of paying pollutant or paying pollutant based on the costs of pollution prevention and measures to combat and mitigate, borne by the polluter, with attention to the public interest¹.

Nuclear liability conventions:

The IAEA acts as the depositary for various international legal instruments concerning civil liability for nuclear damage, ensuring that compensation is available for damages resulting from nuclear incidents, including those that cross national borders. Key instruments include the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, which sets minimum standards for financial protection, and the Joint Protocol that facilitates treaty relations between the Vienna and Paris Conventions to prevent conflicts in their application. Additionally, the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage aims to establish a minimum compensation amount and enhance funding through public resources to address any shortfalls in national compensation for nuclear incidents².

Precautionary principle³:

The principle of precaution is considered the most appropriate legal protection for the international protection of the environment in outer space and on earth, considering that environmental damage is irretrievable, so caution is required before it occurs. Rather, human existence itself correlates, especially since the principle of precaution is a guarantee for the human being, as much as possible, to obtain the right to live in a safe and clean environment and not to harm the interests of future generations, and to take care of their future by not leaving polluted land to achieve justice between generations. Therefore, applying the precautionary principle justifies taking precautionary measures against a specific danger, which

entered into force in 1978., <https://www.unep.org/unepmap/who-we-are/barcelona-convention-and-protocols?%2Far%2Fwho-we-are%2Fbarcelona-convention-and-protocols>, procced in 19\4\2025.

1. Samia Sedky, Civil Liability for Environmental Damage in International Law, op.cit.

2.. IAEA, Nuclear liability conventions, <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions>, procced in 20\4\2025.

3. Khaled Abdel Aziz, The Principle of Precaution in the Environmental Field, op.cit, p. 17 and beyond.

enables it to occupy a prominent role in international environmental law and international space law. The principle of precaution has been recognized internationally through agreements and declarations related to the environment. such as the Convention on Biological Diversity concluded on 5 June 1992 the need to anticipate and remedy the reasons for the decline in diversity even in the absence of absolute scientific certainty. In addition, article 15 of the Rio de Janeiro Declaration of 1992 emphasized the principle of precaution as a basis for international responsibility in the field of the environment. In addition, article 16 of the Cartagena Protocol on Biosafety of the Convention on the 2000 Biodiversity Precaution Principle explicitly obliges countries to adopt appropriate mechanisms, measures, and strategies to regulate and control biosafety risks when transporting, handling, and using living organisms¹. Considering the precautionary principle is established in international environmental law, it should be reflected in the United Nations Outer Space Treaty and international space law regarding the risks that the use or testing of nuclear weapons may pose to the space environment. International space law is one of the most well-known instruments regulating the activities that must be taken into account in any space activity, including nuclear weapons testing in space. Article 9 includes obligations to take appropriate measures to avoid harmful pollution, which can be interpreted in line with this principle.

The future of international space law and the weaponization of outer space

It can be said that outer space is a very fertile military environment due to its unique features. Outer space provides critical advantages to those waging war, such as continuous coverage by space objects that move at extremely high speed due to orbital mechanics. Therefore, there is no point on the earth's surface or in the airspace that cannot be observed from outer space, including precise navigation and positioning, real-time weather data, instant global communications, espionage, and reconnaissance missions. Thus, armies with advanced space capabilities depend so heavily on space assets that most of their capabilities will

1. Article 15. Access to Genetic Resources, <https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-15>, procced in 10\4\2025.

- 8. Convention on biological diversity. Rio de Janeiro, 5 June 1992, Ch_XXVII_8, VOL-2

deteriorate without reliable satellites in orbit. Therefore, civil and military satellites have become highly intertwined¹.

It has also been noted that space today, from a military perspective, is fundamental to every individual military operation on the planet. Whether humanitarian or major combat, each operation depends critically on space capabilities. That is, outer space should be a peaceful environment because there is a space tainted by harmful activities. Therefore, the Outer Space Treaty constituted an essential tool to avoid the use of weapons by states in outer space and to ensure free access to and exploration of outer space by all states. The weaponization of space is a threat to the environment of outer space and constitutes the easiest way to make outer space a battlefield and an arranged source of space debris. Then, avoiding the unrestricted armament of outer space can be considered as one of the core principles upon which the drafting of the Outer Space Treaty is based².

The use of these weapons and the risk of their proliferation is one of the main decisive issues concerning outer space activities, when considering the emergence of multiple space powers, such as France, the United States of America, Russia, and China, where the growing threat of space weaponization is closely related to space debris and the deterioration of the outer space environment³. Article IV of the Outer Space Treaty deals

1. M. N. Schmitt, 'International Law and Military Operations in Space' in A. von Bogdandy, R. Wolfrum (eds.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, Brill Academic Publishers, 90–94.

- Osama Hamza Mahmoud Abdel-Fattah, The legal system for removing space debris in light of the provisions of international space law, *Journal of Legal and Economic Studies*, No. 1, Volume 4, 2018, pp. 70 and beyond.

2. Air Force Gen. John E. Hyten, commander of the United States Strategic Command, 'U.S. Strategic Command Perspectives on Deterrence and Assurance', Speech at the Stanford University's Center for International Security and Cooperation, California, 24 January 2017 available at: http://cisac.fsi.stanford.edu/sites/default/files/transcript_stratcom_-_hyten_160125_no_qa.pdf.

see also Michael Krepon & Christopher Clary, *Space Assurance or Space Dominance? The Case Against Weaponizing Space*, Henry L. Stimson Center, asserting that "Today, space assets play a much larger role in the real-time enhancement of military operations" and describing satellite's contributions to military navigation, remote sensing, communications, and weaponry, 10\2003.

3. Fabio Tronchetti, *The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: a proposal for a legal regime*, Martinus Nijhoff, 2009, pp 2524-.

Dunay, Pál. "The Military Use of Outer Space: Implications for International Law." *Military Technology, Armaments Dynamics and Disarmament*. Palgrave Macmillan, London, 1989, pp 471- 486.

SpaceSecurity.org, *Space Security* 2014, at 7. Available at:

directly with the issue of the militarization and weaponization of space, as it provides for the disarmament of outer space as follows:

“The States parties to the Treaty undertake not to place any objects carrying nuclear weapons or any other type of weapons of mass destruction in orbit around the earth, to install such weapons on celestial bodies, or place such weapons in outer space in any other way. All states parties to the treaty use the moon and other celestial bodies for exclusively peaceful purposes, i.e., prohibiting the establishment of military bases, installations, and fortifications, testing any kind of weapons, and conducting military maneuvers on celestial bodies. Outer space can be used in any way, but the deployment or use of anti-satellite weapons is not prohibited”¹.

Because of the importance of the “peaceful purposes” clause as a legal restriction in relation to the exploration of outer space, which was interpreted by the treaty as non-military or non-aggressive, the non-aggressive use of outer space has prevailed and supported by international practices. This ambiguity of article 4 can explain that both the United States and the Soviet Union had already launched satellites into outer space for military purposes when drafting the Outer Space Treaty. Hence, the space powers were very concerned about ensuring that no provision of the Treaty would violate their intentions to maintain peaceful military uses of outer space².

Conclusion:

The lack of legal clarity and goodwill for space powers places outer space increasingly in a delicate position, Especially with the difficulty of negotiating a binding treaty that might specifically address the problem of nuclear weapons in outer space, which poses a major threat to the protection of the space and terrestrial environment from nuclear contamination. After that, the paper handled environmental protection from the contamination of nuclear weapons experiments in the outer space law by researching the harmful effects of nuclear weapons experiments in space on the environment in the first topic. Then, the paper tackled

<http://spacesecurityindex.org/wpcontent/uploads/201411/Space-Security-Index-2014.pdf> full reference including the report's title and source, publisher, year and page number

1. Paul G. Dembling, Daniel M. Arons 'The Evolution Of The Outer Space Treaty' (1967) 33 Journal Of Air Law And Commerce 419,433; Detlew Wolter (n.55) at 17.

Osama Hamza Mahmoud Abdel-Fattah, op.cit.

2. Paul G. Dembling, Daniel M. Arons , op.cit.

the international principles related to environmental protection and their impact on protecting the space environment in the second topic. Finally the paper addressed the future of international space law in the face of the weaponization of outer space.

Findings:

1. Legal loopholes in Article 4 of the Outer Space Agreement contributed to the advancement of military space technology towards the era of space weaponization. At present, space assets are considered an integral part of the military equipment of major countries, which negatively affects the environment.
2. The freedom of access, use, and exploration of outer space by all nations without any discrimination and on the basis of equality stipulated in Article 1 of the Outer Space Treaty will be undermined by the deployment or use of weapons in outer space.
3. Due to the space competition between major space powers and the renewed interest in developing nuclear weapons, this poses a threat to the regulation of nuclear weapons in outer space.
4. Article 9 of the Outer Space Treaty can be considered the core of future regulation of space activities because it applies to military and non-military space activities and as an inalienable condition for exploiting outer space itself.

Recommendations:

1. measures should be adopted to avoid pollution of outer space and harmful interference with the outer space activities of other countries, which requires follow-up studies, exploration of outer space, and establishing rules limiting the use of nuclear weapons in outer space.
2. Appropriate measures should be adopted to avoid environmental pollution of outer space and interference between space activities, and mandatory international consultation in the event of potentially harmful interference with activities in the exploration and use of outer space for peaceful purposes in the light of Article IX of the Outer Space Treaty.
3. Outer space activities must be carried out in accordance with obligations to prevent nuclear contamination of outer space by nuclear damage.

4. It is important not to interfere maliciously with the outer space activities of other state, By implementing and executing the prevention of harmful interference with space activities and the environment of disputes which was approved by the Outer Space Treaty .

References:

- Air Force Gen. John E. Hyten, commander of the United States Strategic Command, 'U.S. Strategic Command Perspectives on Deterrence and Assurance, Speech at the Stanford University's Center for International Security and Cooperation, California, 24 January 2017.
- Dunay, Pál. «The Military Use of Outer Space: Implications for International Law.» Military Technology, Armaments Dynamics and Disarmament. Palgrave Macmillan, London, 1989.
- Essam Mohamed Ahmed Zenati, The International Law of Outer Space, Arab Renaissance House, Cairo, 2014.
- Essam El-Din Muhammad Ibrahim, Commenting on the advisory opinion of the International Court of Justice and the legality of the threat to use nuclear weapons in 1996 AD, Journal of Economic, Administrative and Legal Sciences, Gaza, Vol. 4, Issue 13, 2020.
- Fabio Tronchetti, The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: a proposal for a legal regime ,Martinus Nijhoff, 2009.
- Hanan Mohamed Abdel Rahim, Nuclear treaties and their impact on preserving the environment, Journal of Scientific Research in Arts, No. 20, Part VI, Cairo, 2019.
- Hans M. Kristensen, &Robert S. Norris, A history of US nuclear weapons in South Korea, <https://doi.org/10.108000963402.2017.1388656/>, Volume 73, Issue 6, 2017
- Hazem Atlam, The Legality of Nuclear Weapons in the Advisory Light of the International Court of Justice, Arab Renaissance House, Cairo, 1996 AD.
- International Committee of the Red Cross, 'ICRC Statement on Nuclear Weapons at the United Nations' (October 2015) <https://www.icrc.org/en/document/weapons-icrc-statement-united-nations-2015> accessed 18 April 2025
- Jeronen, E. Sustainability and Sustainable Development. In: Idowu, S.O., Capaldi, N., Zu, L., Gupta, A.D. (eds) Encyclopedia of Corporate Social Responsibility. Springer, Berlin, 2013, Heidelberg. https://doi.org/10.1007662_8-28036-642-3-978/.
- Khaled Abdel Aziz, The Principle of Precaution in the Environmental Field, Master Thesis, Algeria, 2015.

- Karim Muhammad Rajab Al-Sabbagh, The Legal Status of the Use and Exploitation of Outer Space in International Law, Journal of Law for Legal and Economic Research, 2019.
- M. N. Schmitt, 'International Law and Military Operations in Space' in A. von Bogdandy, R. Wolfrum (eds.) Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 10, 2006, Brill Academic Publishers.
- Michael Krepon & Christopher Clary, Space Assurance or Space Dominance? The Case Against Weaponizing Space, Henry L. Stimson Center, asserting that "Today, space assets play a much larger role in the real-time enhancement of military operations" and describing satellite's contributions to military navigation, remote sensing, communications, and weaponry, 10\2003.
- Muhammad Munir, History and Development of the Polluter Pays Principle, SSRN Electronic Journal, 2013, DOI:10.2139/ssrn.2322485, p2.
- Nasser Saleh Mahmoud Othman, The role of sustainable development in maintaining ecological balance from a theoretical concept, Al-Jadeed Journal of Agricultural Research, Issue 24, Alexandria, Egypt, 2019.
- Osama Hamza Mahmoud Abdel Fattah, The Legal System for Space Debris Removal in the Light of the Provisions of International Space Law, Journal of Legal and Economic Studies, No. 1, Volume 4, 2018.
- Paul G. Dembling, Daniel M. Arons 'The Evolution Of The Outer Space Treaty' v 33 Journal Of Air Law And Commerce , 1967.
- Remus Prävălie, Nuclear Weapons Tests and Environmental Consequences: A Global Perspective, 2014 Feb 22;43(6):729–744. doi: 10.1007/s13280-1-0491-014.
- Samia Sedky, Civil Liability for Environmental Damage in International Law, published by the Arab Democratic Center, 2016.
- Sulgiye Park, Rodney C. Ewing, Environmental impacts of underground nuclear weapons testing, March 7, 2024, <https://thebulletin.org/premium/202403-/environmental-impacts-of-underground-nuclear-weapons-testing/>, procced in 19\4\2025.
- SpaceSecurity.org, Space Security 2014.
- International treaties and documents:
- A\CONF\151\26\rev.1(vol.1).
- Article 15. Access to Genetic Resources, <https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-15>, procced in 10\4\2025.
- CBD 1992. The Convention on Biological Diversity.
- CN.4543// A
- Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty 1996 (CTBT).

Convention for the Protection of the Mediterranean Sea from Pollution 1987,
UNEP (OCA)\MED IG.6\7

Convention on Biological Diversity and Cartagena Protocol on Biosafety 2000.

Convention on biological diversity. Rio de Janeiro, 5 June 1992, Ch_XXVII_8,
VOL-2

ICRC statement on nuclear weapons, October 2015.

Partial Test Ban Treaty (PTBT).

ICJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/95>, procced in 19\4\2025.

Publications of the International Committee of the Red Cross, International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 2016.

Principles 9 and 10 of the Rio Declaration, document, A\CONF\151\26\rev.1(vol.1).

ST/SPACE/11/Rev2 – UNOOSA

UNEP/GC.2716//Add.1, 2013.

United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro Declaration 1992, A/CONF.15126//Rev.1.

United Nations Environment Program, Global Environment Outlook Report 4 (4-GEO), 2007.

United Nations Environment Program, Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 1985, seventh edition 2006.

United Nations Outer Space Convention 1967 ST/SPACE/11/Rev.2

United Nations, Ending Nuclear Tests, International Day Against Nuclear Tests, 29 August, 2021.

UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 3, 10, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html>, procced in 19\4\2025.

Unep, Barcelona Convention and Protocols, adopted on 16 February 1976 in Barcelona and entered into force in 1978., <https://www.unep.org/unepmap/who-we-are/barcelona-convention-and-protocols?%2Far%2Fwho-we-are%2Fbarcelona-convention-and-protocols=>, procced in 19\4\2025.

[https://docs.un.org/en/A/CONF.15126//Rev.1\(vol.I\)](https://docs.un.org/en/A/CONF.15126//Rev.1(vol.I)).

24.The Ozone Treaties AR - WEB_final.pdf, intouduction and art.,1,2,3, procced 19\4\2025.

Websites:

<https://www.un.org/ar/observances/end-nuclear-tests-day/history>, procced in 17\4\2025, 10pm.

<http://spacesecurityindex.org/wpcontent/uploads/201411/Space-Security-Index-2014.pdf>, accessed in 18\4\2025, 12Am. <https://www.icrc.org/ar/publication/lhl-advisory-opinion-icj-legality-threat-or-use-nuclear-weapons>, accessed in 19\4\2015, 11.33pm

<https://www.icrc.org/ar/document/weapons-icrc-statement-united-nations-2015>, accessed in 19\4\2025, 11.40Am.

IAEA, Nuclear liability conventions, <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions>, accessed in 20\4\2025.



جامعة البحرين
University of Bahrain

هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission



AL Qanoniya

Volume No. 16- Rabi Al-Thani
1447 Hijri- October 2025



A Biannual Law Journal Issued by the
Legislation and Legal Opinion Commission
In Collaboration with: University of Bahrain