

ولقد نصت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية على أنه يجوز للورثة إستعمال العين فى النشاط الذى اتفق عليه بينهم وبين المؤجر وهو تطبيق لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. ولكن تلك المادة اشترطت أن يكون الاتفاق على التغيير كتابياً. وهذا القيد لا قيمة له لأن اللائحة لا تملك تعديل القواعد العامة فى الإثبات ولهذا يكون إثبات الاتفاق على تغيير الإستعمال طبقاً لما تنص عليه قوانين إيجار الأماكن والقواعد العامة فى القانون المدنى والإثبات ودون التقيد بما جاء فى اللائحة التنفيذية^(١).

كما أن المشرع قد حرص على قصر الإستفادة من الإمتداد القانونى على جيل واحد من المستفيدين من ورثة المستأجر الأسمى.

ولقد نصت المادة الأولى من القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ على أنه اعتباراً من اليوم التالى لنشر القانون لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر لأسمى دون غيره ولمرة واحدة.

وخلاصة ذلك أنه إذا توفى أحد من ورثة المستأجر الأسمى فإن الإستفادة من الإمتداد القانونى لا تمتد إلى ورثته، ويتجمع حق البقاء فى يد الوارث الأخير على قيد الحياة وبوفاته ينقضى عقد الإيجار، وبعبارة أخرى فإنه ينقضى عقد الإيجار بوفاة آخر وريث للمستأجر الأسمى.

كما أنه قد قامت المحكمة الدستورية بانتقاد استمرار الإستفادة من الإمتداد القانونى من جيل إلى جيل حيث يجعل ذلك عقد الإيجار مؤبداً مما ينتقص من حقوق المالك على ملكه بحرمانه من الإنتفاع بثمرة ملكه.

وعليه فإنه إذا مات المستأجر ممن انتقل إليهم حق البقاء فإن ورثته لا يستمرون فى الإيجار ولا يستفيدون من الإمتداد أى ينقضى العقد بوفاة مورثهم والقول بغير ذلك من شأنه امتداد عقد الإيجار لأكثر من جيل وعلى خلاف ما تقضى به المادة الأولى من القانون^(٢).

والجدير بالذكر هنا أن اللائحة التنفيذية للقانون قد جاءت فى المادة السابعة بنص غير واضح ويثير أيضاً الشبهة وذلك لسوء الصياغة.

فقد نصت المادة على أنه إذا مات مستأجر ظل كل مستأجر معه صاحب حق بقاء فى العين وهذه الجزئية من النص صحيحة تماماً كما سبق أن أوضحنا.

(١) نقض مدنى الطعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٦٧ ق، جلسة ١٩٩٩/٥/٢.

(٢) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٠٧ وما بعدها.

ولكن تلك المادة أردفت بقولها: "والى جانب هذا الحق يستمر عقد الإيجار لصالح من يتوافر فيه شرطان هو أن يكون وارثاً للمتوفى وقريباً للدرجة الثانية أو زوجاً أو زوجة".
وعبارة إلى "جانب هذا الحق يستمر عقد الإيجار" يثير الاعتقاد بأن المشرع يواجه ورثة المستأجر المتوفى أى الجيل الثانى^(١) للمستأجر الأصلي حيث يقرر لهم الإمتداد إذا توافرت الشروط المذكورة، وهذا التفسير يتعارض مع نص المادة الأولى من القانون ومن ثم لا يمكن الأخذ به، وإنما يبدو أن المشرع خلط بين الإصطلاحات أو التعريفات التى وضعها فى اللائحة فاختلفت المستأجر بالمستأجر الأصلي.

وهنا المشرع لا يقصد فى الماد السابعة من اللائحة إلا تكرار أو إيضاح شروط استفادة الورثة من الإمتداد القانونى عند وفاة المستأجر الأصلي وليس عند وفاة المستأجر الذى يُقرر له حق البقاء، وإنما جاءت فقط الصياغة وترتيب الجمل معيماً وهو من خصائص هذه اللائحة سيئة الصياغة.

وهذا ما جاءت به المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية وأكدته حيث تنص على أنه إعتباراً من ١٩٩٧/٣/٢٧ لا يستمر عقد الإيجار بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا مرة واحدة لصالح المستفيد من ورثة المستأجر الأصلي، وليس ورثة ورثته ولو كانوا أقرباء له من الدرجة الثانية - فإذا مات أحد من هؤلاء المستفيدين لا يستمر العقد لصالح أى من ورثته.

ولما كان حق البقاء يتقرر لمرة واحدة لصالح ورثة المستأجر الأصلي فقد حرصت اللائحة التنفيذية على تحديد المقصود بالمستأجر الأصلي، فجاء فى المادة الأولى رابعاً، المستأجر الأصلي هو آخر شخص طبيعى استأجر العين ابتداءً، واحداً كان أو أكثر، ذكوراً وإناثاً، وليس من استمر لصالحه عقد الإيجار، ويعتبر مستأجراً أصلياً كل من تنازل له المستأجر الأصلي عن الإيجار أو باع له المتجر أو المصنع فى الحالات التى يجوز له فيها ذلك قانوناً^(٢).

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المستأجر يكون هو المستأجر الأصلي فى الحالتين الآتيتين:

(١) راجع المادة (٧) من اللائحة التنفيذية للقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليها، نقض مدنى الطعن رقم ١٥٢٢ لسنة ٧١ ق، جلسة ٢١ نوفمبر لسنة ٢٠٠٢.

(٢) د. سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص ٩٢.

الحالة الأولى: يكون المستأجر أصلياً هو من أبرم عقد الإيجار مع المؤجر أى المتعاقد مباشرة مع المؤجر، وعبارة ابتداءً يُقصد بها فى الواقع بدأ باستئجار العين من المؤجر ومن استأجر ابتداءً بقصد استبعاد من استأجر لاحقاً من المؤجر كما سيرد عرضه^(١). كما حرص المشرع على أن يخرج من مفهوم المستأجر الأصلي كل من استمر لصالحه عقد الإيجار أى من لم يكن متعاقداً براءة مع المؤجر، فإن المستفيد من الإمتداد القانونى لا يكون مستأجراً أصلياً فى مفهوم القانون.

الحالة الثانية: يكون مستأجراً أصلياً من تمت له حوالة عقد الإيجار سواء تمت الحوالة برضاء المستأجر المحيل والمؤجر، او بناءً على ما يقرره القانون دون حاجة لقبول المؤجر، فالتنازل عن عقد الإيجار هو حوالة للعقد يتضمن حوالة حق وحوالة دين^(٢). فالمستأجر المحال له تنشأ بينه وبين المحال عليه المؤجر علاقة عقديه إيجارية ومن ثم يعتبر مستأجراً أصلياً كل من تم التنازل له عن عقد الإيجار سواء رضاء أو بناءً على ما يقرره القانون. ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما يسمى بالبيع بالجدك وفقاً لأحكام القانون المدنى، والتنازل عن المنشأة الطبية طبقاً للقانون ٥١ لسنة ١٩٨١، والتنازل عن مكتب المحاماة طبقاً لقانون المحاماة^(٣).

وفى مفهوم القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ وحيث أن موضوعه تحديد مصير العقد فى حالة وفاة المستأجر الأصلي، فإن المستأجر الأصلي يكون هو آخر شخص طبيعى استأجر العين، والمقصود بذلك هو المستأجر الذى يتوفى فى حال قيام علاقته الإيجارية. أما استخدام عبارة "آخر مستأجر" هى عبارة ركيكة فالقانون لا يهتم بترتيب المستأجرين وإنما ينظم مسألة مصير العقد عند وفاة من يعتبر مستأجراً أصلياً. ونجد أن المستأجر الأصلي المتعاقد براءة أو عن طريق حوالة عقد الإيجار قد يكون شخصاً واحداً أو عدة أشخاص، فعبارة المتعاقد لا تقتصر على شخص واحد ولهذا فإن ما جاء فى المادة الأولى رابعاً هو من قبيل التزيد الذى لم تجر عليه أصول الصياغة فى النظام القانونى المصرى.

ونجد أن المشرع قد لجأ إلى هذا التزيد وذلك لإزالة أسباب الفرع التى ثارت فى الشارع المصرى غداة صدور حكم المحكمة الدستورية العليا حيث لجأ إلى التفصيل على غرار ما يتم فى التشريعات الأنجلوسكونية، وخير دليل على ذلك ما جاء فى تلك المادة من التأكيد أن

(١) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٦٠ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٧ يناير ٢٠٠٠.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/١/٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ رقم ١٩، ص ٦١.

(٣) م. محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية، الجزء الثانى، بند ٤١، ص ٢٠٤ وما بعدها.

عبارة المستأجر أو الورثة تمثل الذكور والإناث على حد سواء وهذا في الواقع تزايد غير مقبول فيه نزول إلى مستوى العامة الذين لا يعلمون أصول القانون، وكان يجدر بالمشرع الإرتقاء بمستوى التشريع لمستوى الثقافة القانونية وليس العكس^(١).

ولقد حرص المشرع على إيضاح أن المستأجر الأصلي شخصاً طبيعياً والقانون يحدد مصير العقد في حالة وفاة المستأجر الأصلي والوفاة لا ترد إلا على الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فالعقد ينقضى إذا تحقق سبب من أسباب انقضائه مثل انقضاء مدته، وإذا انقضى الشخص المعنوي فهو لا يورث وإنما ينحل ومن ثم لا محل لإثارة استمرار عقد الإيجار بعد انقضائه واعتقاداً من المشرع أن هناك لبساً تجب إزالته أضاف أن الموت يُقصد به وفاة الشخص الطبيعي^(٢).

وهذه كلها بديهيات لم يكن المشرع في حاجة إلى ذكرها، مما جعل اللائحة التنفيذية نموذجاً للتشريع ضحل الصياغة.

وعرّف المشرع المستأجر في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية، ثم عرّف المستأجر الأصلي في الفقرة الرابعة وإفراد تعريف لكل من المستأجر، والمستأجر الأصلي يفيد بدهاءةً أنهما يختلفان.

حكم مؤقت لمن جاوزت قرابته الدرجة الثانية:

جرى نص المادة الثانية من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ على أنه استثناءً من أحكام الفقرة الأولى من المادة السابقة يستمر العقد لصالح من جاوزت قرابته من ورثة المستأجر المشار إليه في تلك الفقرة الدرجة الثانية^(٣) متى كانت يده على العين في تاريخ نشر هذا القانون تستند إلى حقه السابق في البقاء في العين وكان يستعملها في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد وينتهي العقد بقوة القانون بموته أو تركه إياها^(٤).

تفترض هذه الحالة امتداد عقد الإيجار إلى أحد ورثة المستأجر الأصلي جاوزت قرابته الدرجة الثانية كالدرجة الثالثة مثلاً كابن الأخ وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٣/٢٧ إعمالاً لأحكام الامتداد القانوني التي كان معمولاً بها بالمادة

(١) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٤٠٤.

(٢) نقض مدني: الطعن رقم ٦٣٩٧ لسنة ٦٢ ق، جلسة ١٩٩٩/٧/٤.

(٣) وقد صدرت تلك الأحكام في التواريخ التالية:

- ١٩٩٥/٣/١٨ الجريدة الرسمية في ١٩٩٥/٤/٦ (خاص بأقارب المصاهرة في حالة ترك العين).
- ١٩٩٧/١/١٤ الجريدة الرسمية في ١٩٩٧/١/١٦ (خاص بأقارب المصاهرة في حالة وفاة المستأجر).
- ١٩٩٧/٨/٢ الجريدة الرسمية في ١٩٩٧/٨/١٤ (خاص بأقارب النسب حتى الدرجة الثالثة).
- (٤) د. زكريا شلش: الوجيز في العلاقة الإيجارية للأماكن المؤجرة لغير غرض السكنى سنة ٢٠٠١، ص ١٥.

٢٩ فقرة ثانية من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قبل القضاء بعدم دستوريته فإنه حفاظاً من المشرع على استقرار المعاملات والمراكز القانونية وتجنب المباغته التي قد ينجم عنها الكثير من المشاكل باعتبار أن الأماكن المؤجرة لغير غرض السكنى تتعلق في أغلبها بالنشاط التجاري.

وأراد المشرع من هذه الحالة خلق فرصة لمثل هذا الوارث الذي تجاوزت قرابته الدرجة الثانية لتوفيق أوضاعه^(١).

وإذا كان من امتد له العقد قد حصل على حكم نهائي بثبوت العلاقة الإيجارية بينه وبين المالك والزام الأخير بتحرير عقد إيجار له في ظل أحكام المادة (٢/٢٩) قبل إلغائها لعدم دستوريته عدّ مستأجراً أصلياً بشروط نهائي الحكم قبل صدور حكم المحكمة الدستورية المشار إليه لأن "الحكم الصادر بثبوت العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر قيامه مقام العقد المكتوب في إثبات هذه العلاقة قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول دعوى الطاعن بالإخلاء لعدم وجود عقد إيجار مكتوب خطأ في القانون". (الطعن رقم ٧٠٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٩١ ص ١٨٣ د ٢).

وإذا لم يكن قد حصل على مثل هذا الحكم فإن يستند في وضع يده على العين إلى ذلك الإمتداد ويستمر في العين بقوة القانون حتى موته أو تركه العين ويشترط لاستمراره فيها أن يستعمل العين في ذات النشاط^(٢).

وإذا لم يكن قد حصل على مثل هذا الحكم فإنه يستند في وضع يده على العين إلى ذلك الإمتداد ويستمر في العين بقوة القانون حتى موته أو تركه العين ويشترط لاستمراره فيها أن يستعمل العين في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد إلا أننا نرى التحفظ على أحقية من تجاوزت قرابته الدرجة الثانية ولم يحصل على حكم نهائي أو بات بثبوت العلاقة الإيجارية لإعمال أثر حكم المحكمة الدستورية على نص المادة (٢/٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من تاريخ إصدار النص في ٨ سبتمبر ١٩٧٧ والتي يستند إليها في امتداد العقد^(٣).

(١) د. السيد عيد نائل، د. محمد السعيد رشدي: عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن لسنة ٢٠٠٢، ص ٢١٨.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني: عقد الإيجار في قوانين إيجار الأماكن لسنة ٢٠١٩، ص ١٥٠.

(٣) د. محمد حسين منصور: أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، سنة ٢٠٠٦، ص ٤٢٠ وما بعدها.

ويتعين وفقاً لنص المادة الثانية من القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ ولائحته التنفيذية لاستمرار عقد الإيجار لصالح من تجاوزت قرابته الدرجة الثانية توافر الشروط الآتية:

(١): أن يكون وارثاً وقريباً:

لأن نص المادة ٢٩ قبل القضاء بين دستوريتها بجلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٧ وذلك فيما نصت عليه من استمرار الإجارة التي عقدها المستأجر في شأن العين التي استأجرها لمزولة نشاط حرف أو تجارى لصالح ورثته بعد وفاته كان يُفترض ثبوت صفة الوارث، إذا لم يرد في الفقرة الثانية من المادة ٢٩ عبارة أقارب المستأجر الأصلي كما يُفترض أن قرابته تجاوز الدرجة الثانية لأنها إذا لم تتجاوزها فتخضع الحالة لحكم المادة الأولى من القانون ٦ لسنة ١٩٩٧.

(٢): أن يكون شاغلاً للعين حتى ٢٦ مارس ١٩٩٧:

فلا بد ليد الوارث والقريب الذي تجاوزت قرابته الدرجة الثانية على العين ثابتة حتى ذلك التاريخ ٢٦ مارس ١٩٩٧ وهو تاريخ نشر القانون وتثبت يده على العين بمقتضى حقه في الامتداد القانوني للعقد الوارد بالمادة (٢/٢٩) القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧^(١).

(٣): أن يباشر ذات النشاط بالعين الذي كان يباشره المستأجر الأصلي والوارد بالعقد:

كما يُشترط مباشرة هذا القريب لذات النشاط الذي كان يباشره المستأجر الأصلي بالعين والوارد بالعقد حتى تاريخ نشر هذا القانون ٢٦ مارس ١٩٩٧ وفقاً للشروط اللازمة لاستمرار العقد طبقاً للمادة الأولى من القانون والتي سيرد بيانها ورغم أن نص المادة الثانية من القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ لم يتضمن السماح لمن تجاوزت قرابته الدرجة الثانية استعمال العين بواسطة نائب عنه إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون في مادتها العاشرة أحالت إلى شروط الإمتداد الواردة بالمادة السابعة منها ومن هذه الشروط أنه يكفي أن ينوب المستفيد عنه من يباشر النشاط وبالتالي يكفي أن ينوب من تجاوزت قرابته الثانية آخرين لمباشرة النشاط^(٢).

وإذا تعدد الورثة الذين تجاوزت قرابتهم للمستأجر الأصلي لدرجة الثانية كما لو كانوا بين أخ وابن أخت وعم فإن العقد يمتد إليهم جميعاً وفي حالة وفاة أحدهم لا يمتد إلى أي من ورثته بل يستمر لصالح الباقيين منهم فقط وينتهي العقد بوفاتهم جميعاً.

كما ينبى على ذلك أنه لا يجوز لهذا الوارث الذي تجاوزت قرابته الدرجة الثانية أن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت العلاقة الإيجارية له لتلك العين بينه وبين المالك وإلزام

(١) د. السيد عيد نائل، د. محمد السعيد رشدي: عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠، ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

الأخير بتحرير عقد إيجار له عنها إلا وفقاً لحكم المادة الثانية من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ أى بما تضمنته من قيد عدم جواز امتداد العقد لورثته أياً كانت درجة قرابته به. كما يتعين لامتداد العقد لورثة المستأجر الأصلي بعد وفاته أو وفاة صاحب حق البقاء فى العين أن يكون الوارث الممتد إليه العقد من ورثة المستأجر الأصلي، فإذا حالت الظروف ومن اعتباره وارثاً فلا يمتد إليه العقد كما فى حالة قيام الوارث بقتل مورثه وهنا يُحرم من الميراث حيث أنه من المقرر وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ليس لقاتل ميراث حتى ولو أن مثل هذا الوارث يباشر ذات النشاط الذى كان يمارسه المورث حتى الوفاة وفقاً للعقد^(١).

الموصى له:

بتطبيق أحكام المادة (١/١) من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ نفرق بين حالتين^(٢):
الأولى: إذا كان الموصى له وارثاً فإنه يمتد إليه العقد طبقاً لشروط المادة المذكورة والأخرى وهى استعمال العين والاستمرار فى ذات النشاط وأن يكون قريباً حتى الدرجة الثانية.
الثانية: إذا كان الموصى له ليس وارثاً فإنه لا يعدو أن يكون موصى له بمال معين ويُعد خلفاً خاصاً للمستأجر الأصلي وبالتالي لا يأخذ حكم الوارث أما إذا تجاوزت القرابة الدرجة الثانية وكان وارثاً فإنه كموصى له لا يمتد إليه العقد وفقاً للمادة المذكورة^(٣).
 وإذا كانت هناك وصية واجبة كذلك المقررة بنص المادة ٧٦ من قانون الوصية رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ فى حدود ثلث التركة للأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أحد والديه طالما لم يوصى الحد لفرع ولده المتوفى بمثل نصيب ذلك الولد بشرط أن يكونوا غير وارثين، وإلا يكون الميراث قد أعطاهم بغير عوض ما يساوى الوصية الواجبة، فإن هذه الطائفة من الموصى لهم تعتبر خلفاً عاماً للمستأجر الأصلي ويعدون فى حكم الورثة ويمتد إليهم عقد الإيجار باعتبار درجة قرابته هى الثانية بشرط توافر باقى شروط الامتداد وأخصها ممارسة ذات النشاط الذى كان يمارسه المورث (المستأجر الأصلي) طبقاً للعقد^(٤).

(١) د. حسام الدين كامل الأهوانى: المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٢) المستشار. زكريا شلش: المرجع السابق، ص ١٩.

(٣) د. محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية، الجزء الثانى، بند ٤٢، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٤) نقض مدنى: الطعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢.

المبحث الرابع

العلاقة بين القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ وقانون المنشأة الطبية رقم ٥١ لسنة ١٩٨١

بشأن الامتداد القانوني للأماكن المؤجرة لغير السكنى

لقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة أنه إذا تعلق الأمر بتطبيق قانونين كلاهما خاص فإنه يتعين تقييد السابق منهما بما تضمنه اللاحق من قيود ولما كان القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ هو قانون خاص وتسرى أحكامه على كافة الأماكن الواردة به حتى لو كان يحكم بعضها نصوص وردت في قوانين خاصة وكان ذلك القانون لاحق في صدوره للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم المنشآت الطبية.

وقد وردت في القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ أحكاماً تقييد الامتداد القانوني لعقد الإيجار المبرم لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى حيث اشترط المشرع لاستمرار عقد الإيجار لورثة المستأجر الأسمى بعد وفاته ممارستهم ذات نشاط مورثهم بالعين طبقاً للعقد وكانت نصوص هذا القانون متعلقة بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها فإنه يتعين إعمالها على عقد إيجار المنشآت الطبية بأن يستلزم ممارسة ورثة الطبيب ذات نشاط مورثهم بالعين ولو كان بواسطة نائباً عنهم^(١) - طبيب مرخص له بمزاولة المهنة - وهذا ما جاءت به المادة الرابعة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية من اشتراط تعيين مدير للمنشأة الطبية خلال ستة أشهر من تاريخ وفاة المستأجر الأسمى وذلك للإبقاء على رخصة صاحب المنشآت لصالح ورثته.

كما أجازت المادة الخامسة من نفس القانون لورثة الطبيب التنازل عن المنشآت الطبية لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة وذلك لضمان استمرار المنشأة^(٢) وعدم توقفها ويؤكد ذلك أن العلة من استمرار عقد إيجار المنشأة الطبية لورثة الطبيب وشركائه فى إستعمال العين هى الإبقاء على المنشأة وعدم تأثرها بوفاة صاحبها ولكى تستمر فى أداء الخدمات الطبية للمواطنين وهو اعتبار متعلق بالنظام العام لايجوز مخالفته^(٣).

ويستخلص من هذا القضاء أن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ باعتباره قانوناً لاحقاً للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ وكلاهما قانون خاص فإن ما يرد فى القانون اللاحق يقيد ما جاء فى القانون السابق. ومن ثم فإن امتداد عقد الإيجار لصالح ورثة المستأجر يحكمه ما جاء فى قانون سنة ١٩٩٧ وخصوصاً ضرورة مباشرة نفس النشاط فى العين أى عدم تغيير النشاط.

(١) د. حسام الدين كامل الأهوانى: مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) المستشار . زكريا شلش: مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) نقض مدنى الطعن رقم ٤٦٧٩ لسنة ٨٤ ق جلسة ٢٠١٦/٦/٨، الموقع الإلكتروني للمحكمة.

وبناءً على ما ورد في المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ من أن عقد إيجار المنشأة الطبية لا ينتهي بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه يجب أن يخضع هذا الامتداد للقيود التي فرضها القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بأن يكون الامتداد مشروطاً بممارسة الورثة بالذات أو الواسطة نفس النشاط الذي كان يباشره المورث، وأن يكون لجيل واحد فقط وغيرها من شروط الامتداد القانوني، فالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ قانون خاص يقيد القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ لأن القانون الأخير خاص بدوره ومن ثم فإن اللاحق يفسخ أو يقيد السابق.

وطبقاً للمادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١^(١) فقد أعطت للمستأجر الحق أن يغير أوجه استعمال العين المؤجرة مادام لا يسبب ضرراً بالمبنى أو بشاغليه ولم تتوافر في حقه إحدى حالات الإخلاء التي تضمنتها هذه المادة فإنه يجوز لمن امتد إليه الإيجار من ورثة المستأجر الأصلي وفقاً للقانون أن يغير الاستعمال مادام لا يثبت المؤجر أن هذا التغيير قد تم تحايلاً على أحكام القانون ولم يلحق ضرراً بسلامة المبنى أو بشاغليه^(٢).

المبحث الخامس

زيادة الأجرة في الأماكن المؤجرة

لغير السكنى بعد صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧

القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ قرر زيادة في الأجرة على الأماكن المؤجرة لغير السكنى أيّاً كان الغرض من الاستعمال فتسرى على الأماكن المؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو حرفى أو مهنى، أو أى غرض آخر خلاف السكنى، فتسرى على الأماكن المؤجرة لاستعمالها مستشفى أو مدرسة حكومية أو غير حكومية وعلى الجمعيات الخيرية التي تستأجر مكاناً لأغراضها، وكذلك على الأماكن المؤجرة للأندية الرياضية أو الاجتماعية^(٣).
وتحديد الغرض من الإيجار لابد من أن يتضمنه عقد الإيجار فإذا حُدِدَ لغير السكنى، استحق المؤجر الزيادة في الأجرة. ولكن إذا كان الغرض المحدد في العقد هو السكنى وقام المستأجر بتغيير الاستعمال إلى غير السكنى وذلك استناداً إلى أن التغيير لا ينطوى على إضرار بالمؤجر أو بالمبنى فإن العبرة تكون بالواقع حيث يعتبر متفقاً مع صحيح القانون ومن ثم يستحق المؤجر الزيادة في الأجرة^(٤).

(١) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية من ١٩٩٠، ج ٢٥، ص ١٢٢.

(٢) نقض مدنى الطعن رقم ١٣٢٦٨ لسنة ٨٢ ق جلسة ٢٠١٧/٥/١٨، الموقع الإلكتروني للمحكمة.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهوانى: مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٤) د. سيد عيد نايل: مرجع سابق، ص ٣٣٤.

أما إذا كان العكس بأن يكون الغرض المحدد في العقد هو الاستعمال لغير السكنى ويقوم المستأجر بتغيير الاستعمال إلى السكنى. فى ذلك الصدد نصت المادة ١١ من اللائحة التنفيذية على أنه "ولا يخرج العين من تطبيق أحكام هذا الباب تغيير استعمالها إلى أغراض السكنى دون اتفاق مع المؤجر".

فهذه المادة تستلزم للاعتداد بتغيير الاستعمال من غير السكنى إلى السكنى أن يكون المؤجر قد وافق على تغيير الاستعمال. ولما كانت اللائحة التنفيذية لا يمكن أن ترد بحكم ينطوى على تعديل للقوانين فإن هذا الحكم لا يعتد به إلا إذا أمكن رده إلى الأحكام الواردة فى القانون والواقع أن قانون إيجار الأماكن يتبع تغيير الاستعمال الذى من شأنه الإضرار بالمؤجر وتغيير الاستعمال من غير السكنى إلى السكنى من شأنه أن يضر بالمؤجر لأنه يجرمه من الاستفادة من زيادة الأجرة ولهذا فإن التغيير لا يُعتد به ويحق للمؤجر التمسك بالغرض المتفق عليه والحصول على الزيادة المقررة قانوناً^(١).

وكما سبق أن القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ لا يسرى إلى على الأماكن المؤجرة لغير السكنى، فإنه بالنسبة للجراجات يجب التفرقة بين عدة صور:

الصورة الأولى:

حيث لا يكون على الإطلاق بصدد عقد الإيجار وإنما عقد وديعة، ومن ثم لا محل إطلاقاً لسريان القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ لأنه لا يسرى إلا على الأماكن المؤجرة أى حيث توجد علاقة إيجارية. ولقد قضت محكمة النقض بأن قيام شخص بوضع سيارته بجراج عمومى لقاء جعل شهرى ينطوى على إبرام عقد وديعة بأجر ينحسر عنها وصف العلاقة الإيجارية^(٢). وبناءً عليه لا محل لزيادة أجرة الجراج وفقاً للقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ وإنما يسرى أحكام عقد الوديعة.

الصورة الثانية:

إذا كان محل عقد الإيجار هو استئجار مكان لاستخدامه كجراج وذلك بناءً على عقد إيجار مستقل أى لا يكون فيه الجراج مُلحقاً بأى عقد آخر وخصوصاً بعقد إيجار مسكن، فالإيجار فى هذه الحالة يرد على مكان لغير السكنى ومن ثم يخضع لأحكام القانون ٦ لسنة ١٩٩٧.

(١) د. حسام الدين كامل الأهواى: مرجع سابق، ص ص ١٥٤ ، ١٥٥.

(٢) الطعن رقم ٢٩٦٧ لسنة ٦٢ ق، جلسة ١٩٩٧/٤/٢٤ و١٩٩٧/٣/١٩، موجز المبادئ التى يصدرها المكتب الفنى (١٩٩٧/١٩٩٨)، ص ٥ ،

الصورة الثالثة:

حيث يكون هناك عقد إيجار مسكن حددت فيه أجرة المسكن وتضمن العقد تأجير جراج للمستأجر وذلك مقابل أجرة مستقلة عن أجرة المسكن ففي هذه الحالة يوجد في الواقع عقدان، عقد إيجار مسكن ولا يخضع للقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ وعقد إيجار الجراج أي مكان مؤجر لغير السكنى ومن ثم يسرى القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ على العقد الأخير^(١).

الصورة الرابعة:

إذا كان محل عقد الإيجار مسكناً ومن ملحقات المسكن جراج وحجرة للغسيل أو للخادم بالسطوح، وحددت أجرة واحدة لكل محل العقد بدون أدنى تجزئة لأجرة الأصل - المسكن - وملحقاته، فإن العقد برمته يرد على مكان مؤجر للسكنى، فالفرع يتبع الأصل ولا ينفصل عنه ومن ثم، لا يسرى على هذا العقد القانون ٦ لسنة ١٩٩٧، والقول بغير ذلك يستوجب تجزئة الأجرة لتحديد ما يخص كل فرع من الأصل^(٢).

ولسريان زيادة الأجرة لابد وأن يكون عقد الإيجار خاضعاً لأحكام قوانين إيجار الأماكن - فطبقاً للمادة الرابعة من القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ لا تسرى أحكام القانون على الأماكن التي يحكمها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها أو التي انتهت أو تنتهي عقد إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها. وتضيف أيضاً اللائحة التنفيذية أنه يجب أن تكون أجرة المكان خاضعة لقواعد تحديد الأجرة.

والمشرع لم يقصد قصر زيادة الأجرة على الأحوال التي يكون تحديد الأجرة فيها بغير الاتفاق، فكما سنرى تقررت الزيادة في بعض الأماكن التي تم فيها تحديد الأجرة بالاتفاق وسوف نوضح فيما بعد المقصود باعتبارها أجرة قانونية، فالمشرع لم يقصد إضافة شرط جديد وإنما سنوضح في كل حالة المقصود بخضوعها لقواعد تحديد الأجرة.

ولا تسرى أحكام القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ إلا على الأماكن المؤجرة لغير السكنى فيخرج عن نطاق هذا القانون الأماكن المؤجرة للسكنى حتى لو حوّل المستأجر حق التأجير مفروشاً من الباطن طالما أن الغرض من الإيجار بين المؤجر والمستأجر هو السكنى. أما التأجير مفروش لا يعتبر نشاطاً تجارياً في مفهوم قانون إيجار الأماكن. ولا محل لإعمال أحكام

(١) المستشار / زكريا شلش: الوجيز في العلاقة الإيجارية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١، ص ٦٧.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني: مرجع سابق، ص ١٥٧.

قانون الضرائب إذ لكل قانون مفهومه. فالتأجير مفروش لا يغير من طبيعة العقد ولا الغرض من استعمال العين^(١).

والعبرة في إنتهاء مدة الامتداد القانوني أو عقد الإيجار الأصلي بالعلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي، فإذا انقضى هذا العقد لأي سبب فإن الإيجار من الباطن ينقضى طبقاً للقواعد العامة.

أما مسألة أجره مقابل المفروش في العلاقة بين المؤجر والمستأجر تحكمها قواعد التأجير المفروش سواء من حيث ضرورة موافقة المالك، أو من حيث الأجرة الإضافية التي يستحقها المالك^(٢).

ويفرق المشرع في قوانين إيجار الأماكن بين ما يعتبره مكاناً مؤجراً لغير السكنى وبين التأجير مفروشاً^(٣) فلا يدخل هذا التأجير في إطار المكان المؤجر لمباشرة غرض تجارى، فعلاوة التأجير مفروشاً وردت في المادة ٤٥ وهى تختلف عن الزيادات التي قررها المشرع في حالة التأجير لغير غرض السكنى والمنصوص عليها في المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ومن قبلها الماد ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فالعبرة بالغرض من الإيجار في عقد الإيجار الأصلي، ولا يغير من هذا الغرض التأجير من الباطن، فهو ميزة تعطى للمستأجر وليست تغييراً للغرض من الإيجار كما أن التأجير من الباطن لا يقيم علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، وحقوق المالك تكون في مواجهة المستأجر الأصلي^(٤).

ولقد حددت المادة الأولى سادساً من اللائحة الأجرة القانونية الحالية بأنها آخر أجرة استحققت قبل ١٩٩٧/٣/٢٧.

وأوضحت اللائحة التنفيذية أنه لا عبرة - عند تحديد الأجرة القانونية - بالأجرة المكتوبة في عقد الإيجار أياً كان تاريخ تحريره، ولا بالقيمة الإيجارية المتخذة أساساً لحساب الضريبة على العقارات المبنية إذا اختلفت كلتاهما عن مقدار الأجرة القانونية وإنما يعتد بالقيمة الإيجارية المتخذة أساساً لحساب الضريبة عند احتساب زيادة الأجرة المنصوص عليها في المادة السابعة من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١^(٥).

(١) نقض مدنى ١٩٩٦/١١/٢٧، الطعن ٥١١٢ لسنة ٦١ ق.

(٢) المستشار/ زكريا شلش: مرجع سابق، ص ٧٣.

(٣) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٤) د. عيد الرازق السنهورى: شرح القانون المدنى في العقود (عقد الإيجار - إيجار الأشياء)، الطبعة الأولى، سنة ١٩٢٩، ص ٤٩٩.

(٥) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٤٤٥.

وفى جميع الأحوال التى لا تكون فيها الأجرة القانونية غير معلومة يرجع لأجرة المثل وتحديد الأجرة القانونية بحسب تاريخ إنشاء المكان فالعبرة فى معرفة القانون الذى يحكم المكان المؤجر إنما هى بتاريخ إنشاء المكان ذاته وليس المبنى وذلك إذا استجد المكان بعد تاريخ إنشاء المبنى، كما لو أدخل المؤجر تعديلات جوهرية على وحدة قديمة وتمسك بإعادة تحديد الأجرة، أو أضيفت وحدة حديثة، أو تمت تعلية طابق حديث فى مبنى قديم، ولكن لا يُعد إنشاء مكان مجرد تغيير استعمال العين كلياً أو جزئياً إلى غير أغراض السكنى والذى يترتب عليه زيادة الأجرة القانونية بنسب محددة كما هو وارد فى المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والمادة ٢٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٩٧.

والزيادات التى قررها القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ هى عبارة عن نسبة مئوية من الأجرة القانونية.

وهنا يلزم توضيح المقصود بالأجرة القانونية^(١) وهى الأجرة القانونية الحالية للعين المؤجرة لغير غرض السكنى هى الأجرة الأصلية المحددة بعقد الإيجار أو بموجب نص قانونى بالنسبة للأماكن التى أنشئت وتم تأجيرها أو شغلها حتى ١٩٦١/١١/٥ أو عن طريق لجان تحديد الأجرة منذ العمل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ وحتى ٣٠ يوليو لسنة ١٩٨١، قبل العمل بقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ أو المتفق عليها فى عقد الإيجار بعد ذلك التاريخ حتى ٣٠ يناير ١٩٩٦ تاريخ العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ مخصوماً منها كامل التخفيضات المقررة بالقوانين ١٩٩ لسنة ١٩٥٢، ٥٥ لسنة ١٩٥٨، ١٦٨ لسنة ١٩٦١، ٧ لسنة ١٩٦٥ حسب الأماكن الخاضعة لأحكامها وبالنسب الواردة بكل منها ومضافاً إليها كامل الزيادة المنصوص عليها بالمادة ١٩ من القانون المذكور ونصفها فى حالة جمع المستأجر بين غرض السكنى وغيره من الأغراض فى المكان الواحد وكامل الزيادة المنصوص عليها المادة ٣ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ نصفها فى حالة الجمع فى المكان الواحد بين غرض السكنى وغيره من الأغراض^(٢).

(١) المستشار . زكريا شلش: مرجع سابق، ص ٥١.

(٢) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٤٣٠.

- ويرتبط تحديد الأجرة القانونية بتاريخ إنشاء المكان أو المبنى:
(أولاً): الأماكن المنشأة قبل أول يناير ١٩٤٤.

والقاعدة أن الحد الأقصى للأجرة لا يجوز أن يزيد عن أجرة شهر إبريل ١٩٤١ أو أجرة المثل لهذا الشهر إلا بنسبة تتراوح بين ١٠% و ٧٠% من هذه الأجرة تبعاً لطبيعة المكان المؤجر وطريقة استغلاله.

(أ): وطبقاً للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تعدلت الأجرة القانونية اعتباراً من ١٣/٧/١٩٨١ بزيادتها ٣٠% من القيمة الإيجارية المتخذة أساساً لحساب الضريبة على العقارات المبنية في ذات الإنشاء.

(ب): أما إذا كان المكان مخصصاً للسكنى وتغير استعماله إلى غير السكنى بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فتزداد الأجرة القانونية بنسبة ٢٠٠%.

وعلى هذا فإنه بالنسبة للأماكن الخاصة للبد (أ) أى التى كانت مخصصة منذ البداية لغير السكنى فإن الأجرة القانونية الحالية تحدد بتلك الأجرة فى أول إبريل ١٩٤١ مضافاً إليها الزيادة بنسبة ٣٠% وفقاً للأسس السابق بيانها، ومن مجموع ذلك تتحدد الأجرة القانونية التى ترد عليها الزيادة بموجب القانون ٦ لسنة ١٩٩٧، وحيث تكون الزيادة بنسبة ثمانية أمثال^(١).

أما الأماكن المشار إليها فى البد (ب) فإن الأجرة الحالية هى تلك المحددة بعد زيادة نسبة الـ ٢٠٠%، فإذا كانت أجرة المكان قبل تغيير استعماله لغير السكنى خمس جنيهاً تصبح بعد التغيير ١٥ جنيهاً، وتلك الأجرة الأخيرة هى التى تزداد بنسبة ٨ أمثال وفقاً للقانون ٦ لسنة ١٩٩٧.

(ثانياً): الأماكن المنشأة من أول يناير ١٩٤٤ حتى ٤ نوفمبر ١٩٦١:

تخضع الأماكن المنشأة من ١ يناير ١٩٤٤ حتى ٤ نوفمبر ١٩٦١ للقانونين رقمى ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ و ٥٥ لسنة ١٩٥٨ فيما يتعلق بتحديد الأجرة القانونية، وتتحدد الأجرة القانونية على الوجه الآتى:

(أ): أجرة الأساس:

الأجرة القانونية هى أجرة الشهر الذى تم فيه إنشاء المبنى، وعلى المستأجر إثبات ذلك من واقع عقد إيجار سابق أو بسداد أجزائها عن هذا الشهر فإن لم يتكمن من ذلك تعين

(١) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٤٣٢.

اللجوء إلى أجره المثل في ذات الشهر لتحديد الأجرة القانونية، فإن لم يتحقق التماثل كانت الأجرة الاتفاقية بين المؤجر والمستأجر هي الأجرة القانونية^(١).

(ب): تخفيضات الأجرة القانونية:

١- تخفيض الأجرة القانونية المحددة على الوجه السابق بنسبة ٣٢% بالنسبة للأماكن المنشأة منذ أول يناير ١٩٤٤ إلى ١٧/٩/١٩٥٢ وذلك إعمالاً للمادة مكرر (١) من قانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المضافة بالقانون ١٩٩ لسنة ١٩٥٢، وإعمالاً كذلك للمادة ١ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ والذي خفض الأجرة بنسبة ٢٠% من الأجور الحالية للأماكن الخاضعة لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢^(٢).

٢- تخفيض الأجرة القانونية المحددة في البند (أ) بنسبة ٣٦% وذلك بالنسبة للأماكن المنشأة ١٨/٩/١٩٥٢ إلى ١١/٦/١٩٥٨ ويرد التخفيض على الأجور التي كان يدفعها المستأجر خلال السنة السابقة على العمل بالقانون أو الأجرة الواردة في العقد أيهما أقل، وذلك كله إعمالاً للقانون ٥٥ لسنة ١٩٥٨ والذي خفض أجره الأماكن التي أنشئت منذ ١٨ سبتمبر ١٩٥٢ بنسبة ٢٠%، ومن ثم يكون مجموع التخفيض ٣٦% بالنسبة لأجرة الأساس أي شهر إنشاء المبنى.

٣- بالنسبة للأماكن المنشأة منذ ١١/٦/١٩٥٨ إلى ٤/١١/١٩٦١ فإن الأجرة القانونية عن السنة السابقة من ٥/١١/١٩٦٠ إلى ٤/١١/١٩٦١ أو الأجرة الواردة في عقد الإيجار أيهما أقل تُخفَض بنسبة ٣٦%.

(ج): الزيادات التي ترد على الأجرة القانونية الواردة في البند "ب":

١- تزداد الأجرة بنسبة ٢٠% سنوياً لمدة خمس سنوات وذلك إعمالاً للمادة السابعة من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١، وبالتالي تتضاعف الأجرة بعد خمس سنوات وذلك إذا كانت العين مؤجرة لغير السكنى^(٣).

٢- إذا كانت مؤجرة للسكنى وتم تغيير الاستعمال بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإن الأجرة القانونية تزداد بنسبة ١٠٠% إعمالاً للمادة ١٩ من القانون المذكور^(٤).

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني: مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٢) المستشار / زكريا شلش: مرجع سابق، ص ص ١٢٤ - ١١٨.

(٣) المستشار / زكريا شلش: مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٤) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٣٥٤.

والأجرة القانونية تصبح تلك الواردة في (١، ٢) من هذا البند وهي التي تخضع للزيادة المنصوص عليها في القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ أى تزداد إلى خمسة أمثالها بالإضافة إلى الزيادة السنوية.

ولقد لخصت المادة الأولى سادساً من اللائحة حكم هذا الحالات حيث أوضحت أن أجرة الأماكن التي أنشئت وتم تأجيرها أو شغلها حتى ١٩٦١/١١/٥ ولم تخضع لتقدير اللجان التي اختصت بتحديد الأجرة منذ العمل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ تحدد بحسب قانون لإيجار الأماكن الذى يسرى عليها.

(ثالثاً): الأماكن المنشأة من ٥ نوفمبر ١٩٦١ وحتى ٦ أكتوبر ١٩٧٣:

(أ): ويخضع تحديد الأجرة القانونية لهذه الأماكن لأحكام القانونين ٤٦ لسنة ١٩٦٢ و ٥٢ لسنة ١٩٦٩:

ويتم تحديد الأجرة بمعرفة اللجان التي ناط بها القانون هذا الاختصاص ومتى أصبح تقديرها نهائياً تحددت بذلك الأجرة القانونية لهذه الأماكن.

(ب): الزيادات:

١- طبقاً للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تزداد الأجرة القانونية المحددة على الوجه سالف الذكر بنسبة ١٠% سنوياً لمدة خمس سنوات.

٢- إذا تم تغيير الاستعمال إلى غير السكنى بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإن لأجرة القانونية المحددة فى البند (أ) تزداد بنسبة ٧٥% وذلك إذا كان التغيير كميّاً. أما إذا كان التغيير جزئياً فإن الزيادة تكون نصف السنة السابقة أى ٣٧,٥% ومن ثمّ فإن الأجرة القانونية تتحدد بتلك الزيادة فى رقمى (١، ٢) من البند (ب) السابق، وهذه الأجرة تزداد بنسبة أربعة أمثالها فى ظل القانون ٦ لسنة ١٩٩٧^(١).

(رابعاً): الأماكن المنشأة من ٧ أكتوبر ١٩٧٣ وحتى ٩ سبتمبر ١٩٧٧:

ويتم تحديد الأجرة القانونية بمعرفة اللجان المختصة وفقاً للقواعد التى حددها القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - ومتى أصبح التقدير نهائياً كان هو الأجرة القانونية.

وتزداد تلك الأجرة بنسبة ٥% وذلك إعمالاً للمادة السابعة من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

(١) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٣٦٠.

وإذا كانت مخصصة للسكنى تم تغيير الاستعمال إلى غير السكنى بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإن الأجرة القانونية تزداد بنسبة ٧٥% فى حالة التغيير الكلى وينصف تلك النسبة فى حالة التغيير الجزئى. وتزداد أجرة هذه الأماكن إلى ثلاثة أمثالها إعمالاً للقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ بالإضافة إلى الزيادة السنوية الدورية^(١).

(خامساً): الأماكن المنشأة من ١٩٧٧/٩/١٠ وحتى ١٩٩٦/١/٣٠:

ولإيضاح كيفية تحديد الأجرة القانونية يجب التمييز بين الأماكن التى أنشئت قبل ١٣ يوليو ١٩٨١ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والأماكن التى تم تأجيرها بعد ١٩٩٦/١/٣٠.

(أ): الأماكن المنشأة من ١٩٧٧/٩/١٠ وحتى ١٩٨١/٧/١٣

١- تسرى على هذه الأماكن أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ويتم تحديد الأجرة القانونية بمعرفة لجان يصدر بتشكيلها قرار من المحافظ المختص وتستقر الأجرة بصيرورة قرار اللجنة نهائياً.

٢- وإذا كانت العين مخصصة للسكنى وتم تغيير استعمالها لغير السكنى بعد تاريخ العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أى اعتباراً من ١٩٧٧/٩/١٠ فإن الأجرة القانونية تزداد بنسبة ٢٠٠% للأماكن المنشأة قبل أول يناير ١٩٤٤، و١٠٠% للأماكن المنشأة بعد أول يناير ١٩٤٤ وقبل ٥ نوفمبر سنة ١٩٦١، و٧٥% للمباني التى يرخّص فى إقامتها اعتباراً من ١٩٧٧/٩/١٠ وذلك سواء كان التغيير جزئياً أو كلياً^(٢).

ولا ترد عليها زيادة إعمالاً للمادة السابعة من القانون ٣٦ لسنة ١٩٨١ لأن ذلك القانون لا يقرر زيادة إلا بالنسبة للأماكن المنشأة حتى ٩ من سبتمبر. وبهذا تكون الأجرة القانونية هى تلك بعد الزيادة المقررة بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى المادة ٢٣ سنة.

٣- أما إذا تم تغيير الاستعمال إلى غير أغراض السكنى بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإن الزيادة تكون بنسبة ٥٠% للمباني المنشأة أو التى تنشأ بعد ٩ سبتمبر ١٩٧٧ أما فى حالة التغيير الجزئى فالزيادة تكون بنصف هذه النسبة، وذلك كله بالنسبة لوحدات تلت مباني العقار المرخص فى إقامته لأغراض السكنى وهو القدر الذى ترك

(١) د. حسام الدين كامل الأهوانى: المرجع السابق، ص ١٦٢، ١٦٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٩٣/١/٣١، مجموعة المكتب الفنى، فقرة ٤، ج ١، ص ٦٧٠.

للمالك حرية تأجيرها خالياً لغير أغراض السكنى، ولقد نصت على ذلك المادة الأولى سابعاً من اللائحة التنفيذية للقانون ٦ لسنة ١٩٧٧^(١).

(ب): الأماكن المنشأة من ١٩٨١/٧/٣١ وحتى ٣٠ يناير ١٩٩٦:

أطلق القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تحديد أجره الأماكن المؤجرة لغير السكنى لمطلق إرادة المتعاقدين، ولهذا فإن تلك الأجرة اتفافية وليست قانونية بمعنى أن القانون لم يتولى تحديدها. ولكنها تعتبر قانونية من حيث أنها ثابتة لا تقبل التعديل بعد تحديدها إتفاقاً. فطبقاً لقواعد الامتداد القانوني تمتد مدة العقد بقوة القانون بعد إنتهاء المدة الاتفافية بنفس شروط العقد أى مع تثبيت قيمة الأجرة بما تم تحديده عند إنعقاد العقد ولا تقبل التعديل بالزيادة^(٢).

ولهذا فإنه يجب أن تُفهم الأجرة القانونية على أنها الأجرة السارية بعد إنتهاء المدة الاتفافية للعقد. وعلى هذا فلا يجوز زيادة الأجرة إلا إذا كانت المدة الاتفافية قد انتهت فمزد إنتهاء المدة الاتفافية تصبح الأجرة السارية أجرة قانونية شأنها فى ذلك شأن المدة التى تكون قانونية بحكم الامتداد القانوني. أما خلال المدة الاتفافية فإن الأجرة تكون فى حدود توقعات المتعاقدين ومن ثم تحقق العدالة فى علاقتها مما يمتنع معه أى زيادة تؤدي إلى اعتبارات إدخال العدالة فى علاقات غير متوازية نظراً لخضوعها للامتداد القانوني.

ومن ثم فإن الزيادة المقررة بنسبة ١٠% من الأجرة القانونية الحالية لا تسرى إلا اعتباراً من إنتهاء المدة الاتفافية وحيث يمتد العقد بعد ذلك امتداداً قانونياً^(٣).

وجاء فى المادة الأولى سادساً "٤" من اللائحة أن الأجرة القانونية يحددها مالك المبنى طبقاً لأسس القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والتي ارتضاها المستأجر، أو عدلت بناء على تظلمه وصار التعديل نهائياً.

وهذه الأماكن الواردة فى البندين (أ ، ب) تزداد أجرتها بنسبة ١٠% ثم تزداد سنوياً بنفس النسبة^(٤).

(سادساً): الأماكن المؤجرة اعتباراً من ١٩٩٦/١/٣ لا تخضع للزيادة:

العبرة فى هذه الأماكن بتاريخ إبرام عقد الإيجار وليس بتاريخ إنشاء المبنى فاعتباراً من هذا التاريخ لا يسرى على عقد الإيجار سوى أحكام القانون المدنى ومن ثم لا محل لإطلاقاً

(١) د. حسام الدين كامل الأهوانى: المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٢) المستشار / زكريا شلش: المرجع السابق، ص ٦٤.

(٣) نقض ١٣/١٢/١٩٨٠، طعن ٥٠، س، ٥٠ق.

(٤) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٣٥٨.

لأعمال أحكام قوانين إيجار الأماكن بما في ذلك القانون ٦ لسنة ١٩٩٧. ومن ثمّ فلا زيادة على الأجرة ولا يسرى إطلاقاً القانون ٦ لسنة ١٩٩٧^(١).

(سابعاً): الأماكن التي تجمع بين الاستعمال للسكنى ولغير السكنى:

إذا كانت العين المؤجرة تستغل في نفس الوقت للسكنى ولغير السكنى، فتتص المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية على أنه لا يستحق المالك سوى نصف ما ذكر من زيادة في الأحوال السابقة. وهذا الحكم يستند في الواقع إلى المادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والتي تنص على أنه في حالة التغيير الجزئي للاستعمال من السكنى إلى غير السكنى يستحق المالك نصف النسب المشار إليها في المادة المذكورة^(٢).

فالمشرع لا يجعل الزيادة بنسبة ما يخصص من المكان المؤجر لغير غرض السكنى وإنما مجرد استعمال أي جزء ولو ضئيل من المكان لغير غرض السكنى تكون الزيادة في الأجرة بنسبة ٥٠%.

(ثامناً): وفي جميع الأحوال:

فإنه لا يدخل في الأجرة القانونية الحالية التي تضاعفت، وتزداد الملحقات التي تخص العين المؤجرة، كقيمة استهلاك المياه، وأجر الحارس، والضرائب العقارية والرسوم، وأعباء الترميم والصيانة، ونفقات إصلاح المصعد غير الدورية^(٣).
ولقد ورد تلك الحالات على سبيل المثال لا الحصر، فالقاعدة هي عدم احتساب قيمة الملحقات التي تخص العين المؤجرة بأنواعها المختلفة.

(تاسعاً): أثر الاتفاق على أجره مخالفة للأجرة القانونية، ومدى جواز الاتفاق على تعديل الزيادة المقررة بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧:

تتعلق المسألة الأولى بحالة ما إذا كان يوجد إتفاق على تفاوض أجره مخالفة للأجرة القانونية الحالية وفقاً للقواعد السابق بيانها، فهل يستحق المالك الزيادة على أساس تلك الأجرة الاتفاقية.

يجب التمييز بين الأماكن غير الخاضعة للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والأماكن الخاصة له.

في الأماكن غير الخاضعة للقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يكون تحديد الأجرة متعلقاً بالنظام العام الحمائي، بمعنى أنه إذا كان الاتفاق ينطوي على تقاضى أجره أزيد من الأجرة

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٢) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٣٥٨.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص ١٦٦.

القانونية فإن الاتفاق يكون باطلاً^(١) ولا تحتسب تلك الزيادة عند تطبيق القانون ٦ لسنة ١٩٩٧، أما إذا كان الاتفاق على أجره أقل من الأجرة القانونية فإن الاتفاق يكون صحيحاً وتكون الزيادة وفقاً للقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ على أساس تلك الأجرة الاتفاقية. ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز إعمال الاتفاق على أجره تقل عن الأجرة القانونية خلال مدة العقد الاتفاقية، أما عن مدة الامتداد القانوني فإن للمؤجر أن يطالب بالأجرة القانونية^(٢).

أما بالنسبة للأماكن الخاضعة للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإن العبرة بالأجرة الاتفاقية لأن الأجرة القانونية تحدد بما يتفق عليه الأطراف، ولكن الزيادة طبقاً للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٩٧ لا تسرى إلا اعتباراً من تاريخ إنتهاء المدة الاتفاقية.

أما المسألة الثانية فهي تتعلق بمدى جواز الاتفاق على التعديل في نسب الزيادة الواردة في القانون ٦ لسنة ١٩٩٧، نصت المادة ١٦ من اللائحة التنفيذية على أنه يجوز للمؤجر أن يقبل تقاضى أجره تقل عن الأجرة المحددة قانوناً لاعتبارات يقدرها. ولكن لا يجوز الاتفاق على أجره تزيد عليها، كما لا يجوز للمؤجر اقتضاء أية ملحقات تخالف أو تجاوز ما يلزم المستأجر بأدائه طبقاً لقانون^(٣).

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة أن تحديد الأجرة يتعلق بالنظام العام لمصلحة المستأجر.

وعدل المشرع نسب الزيادة السنوية الواردة في القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ على أنه يستبدل بنص الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بالنص الآتي: " ثم يستحق زيادة سنوية وبصفة دورية في نفس هذا الموعد من آخر أجره مستحقة من الأعوام التالية بنسبة ٢% بالنسبة للأماكن المنشأة حتى ٩ سبتمبر سنة ١٩٧٧ وحتى يناير ١٩٩٦. وهكذا نزل المشرع بالزيادة التي كانت ١٠% سنوية إلى ٢% و ١% بحسب تاريخ إنشاء المبنى.

ولا شك أن تلك النسبة متدنية للغاية وتخالف روح القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ وهي التوصل إلى أن تكون الأجرة مساوية لأجرة المثل. وبهذا التعديل يبدو أن المشرع قد بدأ التراجع عن سياسة تحقيق التوازن في العلاقة الإيجارية والعودة إلى محاباة المستأجر^(٤).

(١) المستشار / زكريا شلش: مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٢) نقض مدني ١٩٩٧/٣/٢٤، الطعن رقم ٤١٧٦ لسنة ٦٣ ق، ١٩٩٦/١١/١٨، الطعن رقم ٢٧٣٩ لسنة ٦٠ ق.

(٣) د. طه زهران، طارق الهلالي: التطور التشريعي لأحكام الأجرة في قوانين إيجار الأماكن، ص ٥ وما بعدها.

(٤) د. محمد على عمران: شرح أحكام عقد الإيجار في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٦٧ وما بعدها.

فنسب الزيادة تصل إلى حد التقاهة التي لا تواجه الزيادة في الأسعار أو التضخم. ويبدو أن ذلك التعديل تم تحت ضغط أصحاب المحال المستأجرة لغير السكنى إبان الحملة الانتخابية حيث اعتبروا ذلك مطلباً للمرشحين^(١).

وفي خلال فترة قصيرة سيعود عدم التوازن في الأجرة وتعود العلاقة الإيجارية في دوامة القوانين الإستثنائية للإيجار.

ويلاحظ أن الزيادة المقررة في القانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ زيادة سنوية مستمرة أى ليست مقيدة بعدد معين من السنوات تتوقف بعد الزيادة.

(١) د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في قوانين إيجار الأماكن، ص ٣١.

الخاتمة

مما تقدم عرضه في هذا البحث نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد قامت بدور فعال ومهم في تنقية قوانين إيجار الأماكن المعمول بها من النصوص غير الدستورية التي تضمنتها ومن ثم فقد توالى الأحكام بعدم دستورية العديد من النصوص التي كانت تعطي المستأجر محاباة شديدة على حساب المؤجر دون أدنى مبرر حيث اعتبرت ذلك انتهاكاً للحق في الملكية وبهذا فقد تم إلغاء معظم النصوص التي كانت تمكن المستأجر من استثمار العين المؤجرة على حساب المؤجر حيث كانت تلك الحالات تقطع أننا بصدد مستأجر في غير حاجة للعين المؤجرة كماوى أو كضرورة للحصول على رزقه.

وصدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وأعاد تنظيم العلاقة الإيجارية من كافة جوانبها ونص على كيفية تحديد أجره الأماكن الخاضعة لأحكامه والتي أقيمت في ظل العمل به وجعل تحديد الأجرة وجوبياً عن طريق لجان. مع الإبقاء على الإمتداد القانوني لعقود إيجار الأماكن المؤجرة للسكنى وغير السكنى.

ثم تلاه القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذي قضى بسريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهى عقد إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

ثم صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ والذي نص في مادته الثالثة على زيادة الأجرة وقيده من نطاق الإمتداد القانوني لعقود إيجار الأماكن المؤجرة لغير غرض السكنى بأن جعل لأقارب المستأجر الأصلي الذين يباشرون معه النشاط دون غيرهم وذلك بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة (٢/٢٩) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والذي كان يجعل امتداد العقد لورثة المستأجر دون قيد أو شرط.

وأخيراً صدر القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ والذي عدّل نسبة الزيادة الدورية في الأجرة من ١٠% لجميع الأماكن إلى ٢% بالنسبة للأماكن المنشأة حتى ٩ سبتمبر ١٩٧٧ ، ١٠% بالنسبة للأماكن المنشأة اعتباراً من ١٠ سبتمبر ١٩٧٧ حتى ٣٠ يناير ١٩٩٦.

ومن هذا العرض نجد أن مشكلة الإسكان قد عالجتها تشريعات كثيرة ومتعاقبة بين نص أضيف وآخر ألغى وثالث تم تعديله ونصوص أخرى قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورتها، وبالتالي تم اعتبارها كأن لم تكن من تاريخ صدورهما.

الأمر الذى جعل هذه التشريعات أشبه بالثياب المترهلة والممزقة من هنا وهنا وأصبحت جميعها غير صالحة لحل مشاكل الإسكان التي يعانى منها المجتمع.

وهذا يضع مسئولية ضخمة على عاتق الدولة بمنشأتها المنوطة بإتخاذ القوانين الملائمة والمتوازنة والتي تحقق العدالة بين كل أطراف المشكلة وإلا امتلأت المحاكم بالمنازعات التي ترهق القاضى والمتقاضى على حدٍ سواء، وخاصةً بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥ الأمر الذى إستوجب أن يكون هناك تحرك مرتبط بنتيجة من جانب مجلس النواب لتحقيق الملائمة التشريعية للمراكز القانونية.

النتائج والتوصيات:

- تحديد وضع المراكز القانونية للأشخاص الاعتبارية فى العلاقات الإيجارية فى الفترة القادمة حتى لا يحدث خللاً فى مراكزها يؤدى إلى توقف العمل بها بصورة مفاجئة.
- الحفاظ على الدور الإقتصاد والإجتماعى والسياسى والتنموى الذى تقوم به الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة التى تشغل أماكن مؤجرة لغير غرض السكن.
- تحقيق التوازن بين المالك والمستأجر فى عقد الإيجار للوحدات المخصصة لغير غرض السكن فى ظل حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٢٠١٨/٥/٥ .
- مواجهة مشكلة تثبيت بالأجرة طوال مدة الإمتداد مما يحرم المؤجر من ثمار ملكه الأمر الذى يدعو مجلس النواب لوضع تشريع مناسب لمواجهة أثر هذا الحكم بزيادة الأجرة زيادة ملموسة على نحو ما فعل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ مع زيادة سنوية حتى نهاية المدة التى ينتهى بإنتهائها العقد.

قائمة المراجع:

- د. حسام الدين كامل عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين الأهوانى: إيجار الأماكن لسنة ١٩٩٩ .
- عقد الإيجار في قوانين إيجار الأماكن لسنة ٢٠١٩ .
- د. سعيد سعد عبدالسلام: التوازن العقدى في قانون إيجار الأماكن طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣/٢٠٠٤ .
- د. السيد عيد نايل، د. محمد السعيد رشدى: عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن وفقاً لآخر التعديلات التشريعية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ .
- خيرى أبو الليل: العلاقة الإيجارية في ظل ما استجد من أحكام حتى سنة ٢٠٠٠ .
- م. محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية، الجزء الثانى.
- د. زكريا شلش: الوجيز في العلاقة الإيجارية للأماكن المؤجرة لغير غرض السكنى سنة ٢٠٠١ .
- د. محمد حسين منصور: أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، سنة ٢٠٠٦ .
- د. محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية، الجزء الثانى.
- المستشار / زكريا شلش: الوجيز في العلاقة الإيجارية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١ .
- د. عبد الرازق السنهورى: شرح القانون المدني في العقود (عقد الإيجار - إيجار الأشياء)، الطبعة الأولى، ١٩٢٩ .
- د. محمد على عمران: شرح أحكام عقد الإيجار في القانون المصرى، دار النهضة العربية، ١٩٧٨ .

تطبيق قواعد العدالة البديلة في العلاقات الاقتصادية وعقود الاستثمار من المنظر الاتفاقي والداخلي

د. حساين سامية ، استاذة محاضرة "أ" ،

كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة ،

بومرداس. الجزائر

د. زعبي عمار ، استاذ محاضر "أ" ،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة الوادي ، الجزائر

مقدمة :

عرفت المجتمعات الانسانية الوسائل البديلة منذ القدم، وكانت آلياتها تتمثل في التوفيق والمصالحة والوساطة والمفاوضات والتحكيم وهي ذاتها الوسائل المعتمدة لحل مختلف النزاعات حاليا في شتى اشكالها ، تطور وضع العدالة بتطور الانظمة القانونية المنشئة للنظرية الدولة التي عرفت ضرورة قيامها ثلاث سلطات تتدرج ضمن سيادتها حيث كان لسلطة القضاء نصيب وأصبح اللجوء إلى القضاء لحل النزاعات هو الأساس، باعتباره سلطة من سلطات الدولة التي تتحقق بها وظيفة إقامة العدل بين الأفراد والجماعات .

الا ان هذا الوضع لم يدم طويلا بل نجدنا اليوم نعود الى تلك الوسائل رغم ما قدمه العدل عبر القضاء واجهزته ونظامه المؤسس من نجاحات ورغم ما حققه من عدالة ، نعود الى تلك الانظمة او الاساليب التي بانئت تلائم ما وصل اليه العالم من متغيرات في البنية الاقتصادية بداية والبنية الاجتماعية نهاية، ويعود السبب في ذلك الى ان الدول اصبحت تبرم العديد من العقود التجارية بين رعاياها ويتعذر احيانا على الاطراف تطبيق احكام قانون الدولة المضيفة لسبب ما ، وحيانا اخرى لا يفضل احد الاطراف قبول تطبيق تلك القوانين لما تحتويه من احكام قد تحجف في حقه ، ما يجعل الطرف يتفقون على اجراء التحكيم او الصلح او الوساطة بعيد عن جو العدالة وقوانين الدولة المضيفة وهذا في اطار حرية اختيار القانون الواجب التطبيق .

ان الا ان أن نجاح الوسائل البديلة لحل المنازعات، رغم كل ما قيل في حقها ونظرا لحدائثة التعامل بها ومعها، يبقى في الغالب الأعم رهينا بمدى الاستعداد الذي يمكن أن تبديه الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح، وتسوية النزاع ومنه يكون الحل نهاية اذن هو القضاء بصورته التقليدية.

ان الانتقال من اختيار القضاء العادي في فض النزاع الى القضاء البديل لم يكن بالأسلوب الذي يجعل من القضاء العادي مهجورا ومن البديل مكرسا حصرا، ولكن الامر يستدعي في العديد من الأنشطة لاسيما الاقتصادية منها ولاسيما تلك المتعلقة بالاستثمار يطغى البحث عنها، وهذا يعود الى تناسب الوسائل البديلة لحل المنازعات مع هذا النوع من القضايا الناجمة عن النشاط الاقتصادي عموما والاستثمار خصوصا، وهذا التناسب ما هو الا تطوير في الاسلوب جاءت كنتيجة حتمية وملائمة للنزاعات التي تحدث في المجالات الاقتصادية بكل فروعها وتعد الوسائل ليست الوحيدة ولكن المفضلة لتسوية النزاعات، وبهذا بات الحديث عن هذه الوسائل يطفو على الحدث، واصبحت مكانتها في تسوية النزاعات

في الجانب الاقتصادي محل طرح بشدة، طالما انها تلائم وتخدم الجانب الاقتصادي بالنظر الى القضاء.

يعود الاختصاص في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الى المركز الدولي للتحكيم واللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول ورعايا الدول الأخرى يكون بموجب اتفاق الأطراف المتنازعة، والمعمول به أن الأطراف إرادتهم حرة في اختيار أهلية المركز في تسوية منازعاتهم من عدمه ويمتد الأمر إلى القانون الذي سيطبق على الخلاف دون أن يتدخل المركز في ذلك وذلك تطبيقاً للمادة ٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز.

غير أنه استثناء يمكن للأطراف أن لا يختارون القانون الواجب التطبيق الأمر الذي يسمح للمركز عن طريق محكمة التحكيم باختيار هذا القانون والذي يكون عادة قانون الدولة الطرف في النزاع الأمر الذي يشوبه عدم التوازن بين الأطراف من خلال تغليب القواعد التابعة للدولة الطرف في النزاع على الطرف الآخر الذي يكون عادة المستثمر الخاص، وهو أمر قد لا يحمي المستثمر بقدر ما يحمي الدولة، ففي شأن البحث عن القانون الواجب التطبيق في المنازعات المتعلقة بالاستثمار و المعروضة على المركز الدولي لتسوية المنازعات كيف اتفاقية واشنطن هذه المسألة عندما يتعلق الامر بطرح النزاع امام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار؟

بحثاً عن القانون الواجب التطبيق في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، سنتطرق إلى الهيئة المختصة بفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار على المستوى الدولي ودوره في اللجوء الى القانون الواجب التطبيق والمتمثلة في بالمركز الدولي للتحكيم في المنازعات الخاصة بالاستثمار (المبحث الأول) ، ثم نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق في حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار (المبحث الثاني).

المبحث الاول

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول.

ينفق الاطراف على احالة ما ينشأ من نزاعات الى التحكيم المؤسسي وبهذا يكون لهذه المؤسسة دورا كبيرا في الفصل في النزاع من حيث القانون الواجب التطبيق ليس على اساس انها تختار هي القانون الواجب التطبيق وانما على اساس انه اوكل اليها تطبيق احكام وضوابط من شأنها التأثير في ذلك كما سيتبين لاحقا.

توجد عدة مؤسسات تحكيمية ومراكز عبر العالم تضطلع بهذه المهمة وقد اثبتت فعاليتها وارتبط التحكيم بها منها ؛ غرفة التجارة الدولية ومقرها باريس، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، والمركز الدولي لتسوية منازعات التحكيم ومقره واشنطن. ولعل هذا الاخير هو الهيئة التي انشأت لتضمن اداء كل هذه الخدمات بامتياز خاصة وان له دور في تحديد القانون الواجب التطبيق من حيث أن الاطراف وحتى يلجؤوا اليه لابد ان يكون بموجب اتفاق الأطراف المتنازعة على اختيارهم له، ما يجعلنا نبحث في تعريف هذا المركز (المطلب الاول) ثم تبيان ضوابط اللجوء اليه (المطلب الثاني).

المطلب الاول

تعريف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بن الدول ورعايا الدول الاخرى.

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والذي انشأ بموجب اتفاقية واشنطن في ١٨ مارس ١٩٦٥ تم اعدادها من البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية والتي بموجبها انشأ المركز لتدخل حيز التنفيذ يوم ١٤ اكتوبر ١٩٦٦ ، وهي بذلك تكون اول اتفاقية دولية متعددة الاطراف تتجح في جمع الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال على قواعد موحدة لتسوية منازعات الاستثمار وذلك باتباع اسلوب التوفيق والتحكيم^١ ، بل ومن بين المراكز الدولية المتخصصة في تسوية منازعات الاستثمار الأكثر استخداما وذلك نتيجة للخدمات الاستثنائية التي يقدمها.

يتعلق الامر اذن بفض اي نزاع ينشأ عن تنفيذ بنود عقد الاستثمار بين دولة متعاقدة في المركز وبين شخص طبيعي او معنوي من جنسية دولة اخرى عضو في المركز ايضا ، وعبره يمكن للأطراف الاختيار بين التوفيق التجاري والتحكيم التجاري ، فيما يحض التحكيم

١ - عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمار الاجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، ص ١٧٠ .

التجاري النصيب الاوفر نتيجة للمرونة التي فيه علاوة على انه يقدم ضمانات قضائية واسعة للمستثمرين قصد تشجيع الاستثمار في الدول النامية^١.
وعليه وضمانا لحقوق الأطراف المتنازعة فقد أحاطت معظم التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية حق اللجوء إلى التحكيم بضمانات هامة لحماية للأطراف المتنازعة بحيث يكون اللجوء إلى التحكيم طواعية وبموافقة كلا الطرفين ويعد المركز الدولي للتحكيم احدى اهم هذه المؤسسات التي تقوم بهذا الدور.

اذ تراوح تقدير الأسباب التي تدفع الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار إلى قبول التحكيم أمام المركز كوسيلة لفض المنازعات القائمة أو المحتمل قيامها، بين الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدول المضيفة للاستثمار وبين خطر عدم حياد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها^٢.

لم يكن اختيار اللجوء لهذه الوسائل من قبيل تنويع في أجهزة الفصل وانما في كون الوسائل البديلة تحقق اكثر تلاؤم بالنظر لخصوصية النشاط الاقتصادي، ولو لم تكن كذلك لما فضل الأطراف المتنازعة هذه السبل، حيث يرجع معظم الباحثين في هذا المجال أسباب اختيار الوسائل البديلة كنظام لحل منازعات النشاط الاقتصادي لعدة أسباب نجملها في السرعة ، التخصص والمرونة، إلى جانب غايات أخرى وابعاد كثيرة من وراء اللجوء اليها، فتكريس مثل هذه الوسائل جاء للحفاظ على استقرار الأوضاع القانونية وتحقيق السرعة في انهاء النزاع بأقل التكاليف وبالمرونة التي تتطلبها الحياة الاقتصادية التي لم تعد الطرق التقليدية أحيانا هي المصعب للنزاعات الخاصة بالنشاط الاقتصادي بسبب تعقدها^٣.

في الصدد لابد الاشارة الى ان الاتفاق على اختيار المركز لا يقتصر على تقرير الاختصاص له وانما يتعدى ذلك الى امكانية الاطراف في اختيار المشاركة بحرية في تشكيل هيئة التحكيم، جسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، والذي ينتهي الى بموجبه للأطراف المتنازعة اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، بل وعلى الإجراءات على حد سواء.

١ - وافقت الجزائر على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعيا الدول الاخرى بموجب الامر رقم ٩٥-٠٤ المؤرخ في ٢١ يناير ١٩٩٥ (جريدة رسمية عدد ٠٧ بتاريخ ١٥/٠٢/١٩٩٥) لتتم المصادقة عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي ٩٥-٣٤٦ المؤرخ في ٣٠ اكتوبر ١٩٩٥ (جريدة رسمية عدد ٦٦ بتاريخ ١١/١٠/١٩٩٥)

٢ - RENE David, L'arbitrage dans le commerce international, édition ECONOMICA, paris, 1982, p 220.

٣ - منصور داود ، الاليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ٢٠١٥/٢٠١٦ ، ص ٢٤.

جاءت هذه الضمانة القانونية التي في اتفاقية واشنطن والتي تعطي للمركز مكانة ممتازة تجعل الاطراف يتجاذبون على اختيارها فما اعدل ان يكون العدل على يد اطرافه وهذا الدور كبير يلعبه اذن المركز في لجوء المستثمرين والاطراف المتنازعة اليه ، ناهيك على ان الالتزام من قبل دولة ما بالاتفاقية الخاصة باللجوء الى التحكيم عبر المركز الدولي يزيد من فرص الاستثمار على اراضيها وهو الهدف الاساسي الذي جاءت من اجله الاتفاقية والذي تنص عليه الدول في مضامين نصوصها فهي تحفيز و ضمان وترقية للاستثمار^١.

المطلب الثاني

ضوابط اللجوء الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

لا يتم اللجوء الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى الا بموجب احترام شروط معينة ، حيث يقتضي اللجوء إليه جملة من الضوابط والشروط؛ تتعلق بأطراف النزاع، فالدولة المضيفة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام، تكون طرفاً سواء مباشرة أو بأحد وكالاتها، والمستثمر الأجنبي كشخص خاص، سواء طبيعي أو معنوي، إضافة إلى دولة المستثمر.

ووفقاً للمادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن لا بد ان يكون اطراف النفاضي الاول من اي دولة متعاقدة طرف في الاتفاقية او اي وكالة ..، من جهة، والمستثمر الاجنبي التابع لدولة اخرى طرف في اتفاقية من جهة اخرى على ان يكون هذا الاخير م غير الدولة طرف في النزاع على ان يقدم كلا منهما موافقتهم الكتابية للخضوع الى الاختصاص والتي لا يجوز لاحد الطرفين سحبها دون موافقة الطرف الاخر^٢.

تتعلق الضوابط الشكلية بأن يكون إجراء اللجوء إلى المركز كتابياً وهو ما يعبر عن اتفاق التحكيم، حيث يشترط على الاطراف ضرورة الاحتكام لذلك والا لا يكون لهذه العدالة وجود ولا قبول اذا ما وصلت الى مرحلة تنفيذ الاحكام على ارض الواقع وهو ما يجعلنا نقول ان التحكيم يقوم بداية على الطابع التعاقدي. يتأسس الطابع التعاقدي للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، من خلال وجوب اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه حسب ما ورد في المادة ٣٦ من اتفاقية

١ - بشار محمد الاسعد الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية - دراسة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية

والتشريعات الوطنية، منشورات اللبي، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩، ص ١٤٦- ١٤٧.

٢ - مراد محمود الماجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن، ٢٠١٥، ص

واشنطن؛ فالتحكيم أمام المركز مبني على مبدأ الرضائية الذي يميز الطابع التعاقدى للتحكيم ككل^١.

يشترط أيضا حتى تكون هيئة التحكيم في المركز مختصة بنظر النزاع، أن توافق الدولة على ذلك في عقد الاستثمار، المبرم مع المستثمر الأجنبي في إحدى الشكليات؛
- أما في صورة اتفاق التحكيم^٢ وهو الطريقة الأكثر رسمية وذلك لخصوصية إجراءاته، استنادا إلى الرابطة العقدية؛ فيمكن أن يحصل التراضي قبل النزاع ويسمى اتفاق التحكيم وهنا لا بد من إدراجه كبند في عقد الاستثمار، أو بعد نشوب النزاع ويسمى مشاركة التحكيم، أو يتخذ صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، بعد نشوب نزاع فعلي^٣.

- أو أعطت موافقتها عند حدوث النزاع على اللجوء تحكيم إلى المركز في شكل مشاركة مستقلة لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حلها.

هذا ما أشارت إليه ديباجة الاتفاقية بنصها؛ " وأن أية دولة متعاقدة لا تعتبر بمجرد التصديق أو القبول أو الموافقة على هذه الاتفاقية ملزمة بعرض أي نزاع على التوفيق أو التحكيم ما لم توافق صراحة على ذلك"^٤.

إن اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول ورعايا الدول الأخرى يكون بموجب اتفاق الأطراف المتنازعة إليه. والمعمول به أن الأطراف إرادتهم حرة في اختيار أهلية المركز في تسوية منازعاتهم من عدمه، ويمتد الأمر إلى القانون الذي سيطبق على الخلاف دون أن يتدخل المركز في ذلك، وذلك تطبيقا للمادة ٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز والتي تنص في فقرتها الأولى على أن: " تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وإن لم يوجد اتفاق، فالمحكمة أن

١ - من الملاحظ عمليا من خلال القضايا التي فصل فيها المركز، عمد هذا الأخير إلى قبول اختصاصه حتى في ظل غياب اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، ما يعتبر تناقضا مع المبادئ الأساسية لنظام التحكيم وفق بنود اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، وتغييرا في طبيعة نظام تحكيم هذا الأخير، بولنوار نجيب، الطبيعة التعاقدية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى cirdi، مجلة معارف: قسم العلوم القانونية السنة التاسعة - العدد ١٩ ديسمبر ٢٠١٥. ص ١٨٦.

٢ - جاء في نص المادة ٢٥ / ١ من اتفاقية واشنطن " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

٣ - أولدرائج / إقولي صافية، "عن شرعية التحكيم عبر الدولي الانفرادي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٢٠١٢، ص ٩٨.

٤ - خالد محمد جمعة، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثالث، الكويت، ١٩٩٨، ص ٢١٨.

تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملا قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي".

حيث تعترف اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لأطراف النزاع بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل محكمة التحكيم، بمعنى أنها تفصل في النزاع، وفق القواعد القانونية التي يتفق طرفا النزاع على تطبيقها، وذلك احتراماً لحرية الإرادة باعتبارها أحد المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق.

غير أنه استثناء يمكن للأطراف أن لا يختارون القانون الواجب التطبيق الأمر الذي يسمح للمركز عن طريق محكمة التحكيم باختيار هذا القانون والذي يكون عادة قانون الدولة الطرف في النزاع، الأمر الذي يشوبه عدم التوازن بين الأطراف من خلال تغليب القواعد التابعة للدولة الطرف في النزاع على الطرف الآخر الذي يكون عادة المستثمر الخاص، وهو أمر قد لا يحمي المستثمر بقدر ما يحمي الدولة.

كما يجب ان تتوفر قيام هذه العدالة عند منشأها جملة من الضوابط الموضوعية حتى تكون هذه الخصومة التحكيمية مؤسسة تتمثل اساسا في انه يتعين لكي يدخل النزاع في دائرة اختصاص المركز أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة، وأن يكون الطرف الآخر مواطن دولة متعاقدة أخرى، سواء كان شخصا طبيعياً أو معنوياً. على إثر ذلك لا تدخل في اختصاص المركز المنازعات بين الحكومات ببعضها أو بين الأطراف الخاصة ببعضها^١، على ان لا يخرج موضوع النزاع عن طابعه القانونية والمتمثل على الخصوص - دون غير ذلك - في الاستثمارات القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وان تنشأ من عقد الاستثمار في حد ذاته ولا يكون متعلق بنشاط تجاري او اقتصادي عام وانما استثماري^٢، وهذا ما جاء في نص المادة ١/٢٥ في الشطر الأول منها؛ "...يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا "دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات .."

١ - بولنوار نجيب، مرجع سابق. ص ١٩٢.

٢ - قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٢٠٠٤، ص ٢٧.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق في حل النزاعات المتعلقة بالاستثمار امام المركز الدولي هناك العديد من المبادئ والقواعد القانونية التي يمكن أن تقبل كقانون واجب التطبيق لإصدار قرار التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد الاستثمار في حالة تحديد القانون صراحة والتي تكون قد سطرت بموجب شروط العقد بين الأطراف ، ولكن في حالة عدم تحديدها للقانون الواجب التطبيق تثار العديد من المسائل بداية نتسأل عن القانون الواجب التطبيق وثانياً وإن كان المركز الدولي سيختار القانون الواجب التحديد بقانون الدولة الطرف في النزاع ألا يعد إجحافاً في حق المستثمر ؟ الا يمكن ان نختار قانون اخر يرضي الطرفين كأن يكون قانون دولة مقر التحكيم او القانون الدولي العام ؟ في هذا الشأن يثور التساؤل بجملة حول تأثير مركز الأطراف المتنازعة بالقانون الواجب التطبيق فيما إذا كان يحمي المستثمر أم الدولة الطرف في النزاع؟ هذا الوضع يجعلنا نبحث في مسألتين وهما الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق (المطلب الأول و تحديد القانون الواجب التطبيق في عدم اختيار الأطراف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

تهدف عقود الدولة للتنمية الاقتصادية التي تبرم بين الدولة ذات السيادة أو أحد مؤسساتها مع الشركات الخاصة الأجنبية إلى تنمية القدرة الاقتصادية للدولة المتعاقدة، بمساعدة رأس المال أو التكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التي يملكها الأجنبي، وفي نفس الوقت يستهدف المتعاقد الأجنبي تحقيق الربح من وراء تعاقد، وهو ما يجعل هذا الأخير حريصاً على ضمان مستقبل استثماره، بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية التي تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال مدة العقد^١.

يسعى أطراف هذه العلاقة العقدية إلى إنجاز علاقاتهم بداية باختيار القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع على أساس أن اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعترف لأطراف النزاع بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . ومنه يكون لمبدأ سلطان الإرادة الدور الأكبر في اختيار القانون

١ - القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول، عن الرابط

الواجب التطبيق (الفرع الأول) ولكن إلى أي مدى يمكن ان يضمن هذا المبدأ التطبيق السليم للقاعدة ، وذلك متى تم الاتفاق على تفويض المحكمة في تطبيق قواعد العدل والانصاف (الفرع الثاني).

الفرع الاول

تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ضمن المشاركة العقدية.
حرص واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على إعطاء أطراف النزاع قدرا واسعا من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم^١، لا سيما إذا ما أثير نزاع بشأنها وعرض الأمر على محكمة تحكيم المركز فإذا لم يكن هناك مثل هذه القواعد الآمرة، فقد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء كان هو قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، وسواء كان على إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع مستخدمين في ذلك ما أقره لهم النظام القانوني الأساسي من حرية الاختيار، تلك الحرية التي أصبحت مبدأ مستقرا في الفقه وقضاء القانون الدولي، ويطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة^٢، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن الخاصة بالتحكيم الدولي ، قد قدمت مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم على أي تطبيق آخر .

إن مرد هذا المبدأ ليس هو نظري وإنما هو استجابة لضرورة عملية وحاجة ميدانية كما سبق شرحه ، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم، للتعدد الكبير وللاختلافات في التعاملات العقدية الدولية، ذلك أنها تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبها، كأن يختار قانون دولة أخرى أجنبية عنهم، نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهم بصورة معينة أو بصورة تفصيلية، وأفضل من تلك التي كانت ستحققه الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية^٣ ، كأن يختار قانون يتضمن العديد من الامتيازات وقل قيود ممكنة.

ان مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين، أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، بإدراجه في المشاركة العقدية ليصير في حكم الشروط العقدية، أو

١ - بن سهلة ثاني بن علي و نعيمة فوزي، "تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة إدارة، المجلد ١٧، العدد ٠٢، ٢٠٠٧، ص ٤١.

٢ - <https://platform.almanhal.com/Files/2/74975> مرجع سابق.

٣ - بلحسان هوارى، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة امام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة الفقه والقانون ، العدد التاسع والثلاثون ، يناير ٢٠١٦ ، الجزائر ، ص ٥٧

بتجزئة وتقييد أحكامه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين، إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في مجال التجاري والاقتصادي الدولي وقد عرف مبدأ سلطان الإرادة عرف على مستوى العقود الدولية رواجاً أكثر بالمقارنة مع العقود الوطنية، إذ إلى جانب الاعتراف للأطراف بحرية إبرام مختلف العقود وتنظيمها في كافة مراحل التفاوض و انعقاد العقد وتنفيذه، فإنه اعترف لهم في إطار العقود الدولية باختيار القانون الذي يحكم العقد، سواء بإخضاعه إلى حكم قانون وطني معين أو لأكثر من قانون، أو استبعاد أي قانون وطني وإخضاع العقد لحكم المبادئ العامة أو العادات والأعراف التجارية الدولية، كما اعترف للأطراف بحرية الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة^١.

ولم يقتصر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فحسب، بل على إجراءات تسوية النزاع أيضاً كما سبق الذكر ، وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحرية لأطراف العلاقة، وتحديد الإطار المناسب الذي سيتم في نطاقه تسوية نزاعهم. و تطرح امام حرية التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق مسألة هل يحق للأطراف اختيار ما يشاؤون ام هم مرتبطون بضوابط معينة ؟

هناك العديد من الفرضيات التي يمكن إن يتفقوا عليها الأطراف:

- اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق في التحكيم بينهم،
- إمكانية الاشتراط على تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية،
- اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين،
- اختيار النظام القانوني لكليهما،
- اختيار قانون دولة ثالثة،
- إمكانية الاتفاق على فض منازعاتهم طبقاً للمبادئ العامة للقانون،
- إمكانية الاتفاق على فض منازعاتهم وفق لبعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين.
- اختيار تطبيق القانون الدولي^٢.

١ - ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الارادة والقيود الواردة عليه ، وثيقة منشورة على النت : انظر الرابط:

<https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.htm>

تاريخ الزيارة ٢٥ أكتوبر ٢٠١٨.

٢ - يقصد بالقانون الدولي مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، لا سيما تلك التي تنصل بالتجارة الدولية والملاحة واتفاقيات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية

وهنا لا يجوز حينها للمركز ان يغير ويصبح اختيارهم يمثل قانون المحاكم وحاجز امام محكمة التحكيم التي تنتقد به ولا يجوز لها ان تخرج عنه او ان تطبق قواعد أخرى وتكون إرادة الأطراف ضابط اسناد في مجال تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على نزاعات عقود الاستثمار وهو المبدأ المستقر عليه في التجارة الدولية وهذا بشرط ان لا يمس بالنظام العام للدولة المختصة او يكون اختيار القانون بقصد الغش نحو القانون لان ذلك يعد خروج عن مبدأ حسن النية.

لكن ما تجدر اليه الإشارة إلى ان اتفاقية واشنطن اغفلت عن ذكر امر مهم وهو بحالة اتفاق الطرفين صراحة او ضمناً وقت ابرام عقد الاستثمار على تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ثم تقدم تلك الدولة بما لها من سلطة وسيادة على تعديل وتغيير هذا القانون بهدف الحد من حقوق الطرف الأجنبي .

ان مثل هذا التصرف يعد خرق للقانون الدولي ولمبدأ حسن النية ولهذا تصر معظم الاتفاقيات اليوم على تطبيق مبدأ الثبات التشريعي وهو مبدأ يحق للأطراف المتعاقدة ادراجه في النصوص وتعد كضمان للاستثمار حيث يقيد الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وهو الهدف من هذا الشرط حماية للأطراف وحفاظاً للتوازن العقدي بين الطرفين.

لكن هذا الاختيار في حد ذاته يثير التساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه وقت انعقاد هيئة التحكيم؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل، على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم شرطاً يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فيما يسمى بشرط التثبيت التشريعي *Stabilisation Clause*، أم خلا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فلو أن الأطراف لم يضمنوا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فإن على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت أن دعت المحكمة لإصدار هذا التحكيم، أما إذا تضمن الاتفاق هذا الشرط فإن القانون الواجب التطبيق، يكون هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار^١.

الفرع الثاني

الاتفاق على تفويض المحكمة في تطبيق قواعد العدل والإنصاف.

بموجب اتفاق صريح في عقد الاستثمار قد لا يتفق أطراف التعاقد على تحديد قانون معين للتطبيق على العلاقة، إلا أنهم يفوضوا الأمر إلى المحكمة التي يعرض عليها النزاع، في أن تصدر حكمها وفقا لقواعد العدل والإنصاف^١، حيث تنص المادة ٣/٤٢ منها وبناء على اتفاق الأطراف سلطة الحكم بقواعد العدل والإنصاف وتطبيق ما يمكن ان تراه محققا للعدالة والاتصاف بين المصالح المتضاربة دون ان تنقيد باي نصوص قانونية مهما كان مصدرها، فإلى أي مدى يمكن للحكام أن يختاروا القانون الواجب التطبيق؟ بمعنى هل يوجد ضوابط لاختيار هؤلاء للقانون الواجب التطبيق حتى لا تتحقق أي إرادة للانحياز طرف على طرف من قبل المحكمين ذاتهم والا يعد اختيارهم للقانون ما اجحافا في حق المتضرر بدافع الانحياز؟ هل سيحقق هذا الاختيار حفاظ على توازن المصالح بين الأطراف؟

قد تلجأ هيئة التحكيم الى تطبيق قانون دولة متعاقدة او نظام قانوني معين، وفي حالة ما اذا اعترى هذا الاختيار للقانون المطبق نقص معين، فإنه يمكن ان يلجئوا الى تطبيق قواعد اخرى من شأنها ان تفض النزاع، مستخدمين العدالة الطبيعية لتكملة العدالة القانونية، دافعهم في ذلك أن مثل هذا الحكم لا بد وأن يتم تنفيذه، الأمر الذي يقتضي أن يكون مسببا ومستندا إلى قانون ما، وإن لم يكن نظاما قانونيا لدولة محددة، فالفائدة التي تعود على المحكمة من هذا النص، أنه يوسع من سلطات المحكمة ويعطيها حرية أكبر في تسوية النزاع، فيستطيع المحكم عند اتفاق الأطراف على تفويضه في ذلك، أن يختار أي نظام قانوني يراه ملائما للتطبيق، ويستطيع أن يستخدم أساسا للتسوية يستمد من المبادئ العامة للقانون، كما أن بإمكانه أن يوسع من نطاق تطبيق مبدأ قانوني معين أو تعديله ليناسب النزاع المعروض، الأمر الذي يساهم بدوره في تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الدولة للتنمية الاقتصادية^٢.

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اختيار الأطراف.

قد يحدث أن لا يكون هناك شرط بالمشاركة العقدية، ولا نص في القانون الدولة المتعاقدة التنصيص على القانون الواجب التطبيق فلا مفر من إيجاد واختيار وتطبيق قانون

١ - عن الرابط: <https://platform.almanhal.com/Files/2/74975> مرجع سابق، انظر ايضا، بلحسان هوارى، مرجع سابق، ص

٥٨

٢ - بلحسان هوارى، مرجع سابق، ص ٦٠.

معين، فإذا عبر أطراف عقد الاستثمار عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد قواعد قانون معين بذاته لينظم علاقاتهم التعاقدية فذلك سيغني عن تواجدها في هذه الحالة، لكن قد يحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدون التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة، أو النزاع الذي قد ينشأ بينهم، وقد يرجع ذلك إلى سهو المتفاوضين، أو إلى رغبة المتعاقدين تجنب إعاقة تنفيذ الاتفاق باختلاف على مسألة قد تبدو لهم آنذاك نظرية أو احتمالية لا سيما إذا كان بينهم تعاملات سابقة.

لذلك فإن المادة (٤٢) الفقرة ٢ منها نصت على قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة الحالة التي يفشل فيها الأطراف في وصف وتحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بالامتنال إلى أحد الحلين؛ إما تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مشمولة بقواعد لتنازع القوانين (الفرع الأول)، وإما تطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاحتكام إلى قانون الدولة المتعاقدة مع إمكانية تطبيق قواعد تنازع القوانين.

إن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق، يجب أن يفسر إيجابياً وكأن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو إلى تطبيق القانون الدولي، وبهذا فقد أزلت هذه الاتفاقية، غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف.

إن أحكام الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملاً القواعد الخاصة بتنازع القوانين إذا لم يكن هناك اتفاق وإن كان على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المضيفة أو الطرف في النزاع، وقواعد القانون الدولي بحسب الأحوال، لها أن ترفض في المقابل تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، إذا كان هذا الأخير يخالف قواعد القانون الدولي^١.

وللإشارة هنا أن الاحتكام إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة هو تجسيد لما هو متعارف عليه في قواعد القانون الداخلي والمتمثل في تطبيق قواعد مكان تنفيذ العقد على أساس أن

١ - والحقيقة أن تفسير مفهوم قواعد القانون الوطني الواجبة التطبيق في مختلف نظم تنازع القوانين بشأن العقود يؤدي إلى واحد من اثنين؛ إما أن يكون قانون محل إبرام العقد، وإما أن يكون قانون محل التنفيذ. ومن البديهي أنه في حالة إبرام عقود التنمية الاقتصادية، التي ينتج عنها نشاط للمستثمر في الدولة المضيفة، سيندمج كلا التفسيرين لصالح قانون الدولة المضيفة، حيث يغلب أن يبرم العقد فضلاً عن تنفيذ ما يرتبه من التزامات في إقليم تلك الأخيرة، ومن ثم ندرك أن الاتفاقية لم تفعل سوى تقنين للواقع العملي. عن بلحسان هوراي، مرجع سابق، ص ٦٢

هذا الاخير يرتبط بمصالح هذه الدولة المتعاقدة طرف في العقد ، وهو بذلك النظام الاصلح للعقد طالما ان الدولة طرفا في العقد ، بل اكثر من ذلك فان الامر يتعلق بانتماء العملية الاستثمارية الى هذا البلد وبالتالي هذا القانون طالما انها تنفذ على ارض هذه الدولة ، ناهيك على ان هذا العقد يعود بالمصلحة للدولة المتعاقدة^١.

كذلك من الحجج التي التي من شأنها تؤكد على ضرورة تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع ونستبعد قانون اخر هو :

- أن طبيعة ما يقدمه المستثمر نفسه من مال أو تكنولوجيا، يتميز بكونه منقول غير ثابت فضلا عن احتمال تعدد مقدمي هذه العناصر ممن يتقدمون للتعاقد في ذات المشروع
- طبيعة الدولة أو الشخص المعنوي المتعاقد، حيث يصعب تصور إخضاعه لقانون دولة أخرى دون وجود اتفاق صريح على ذلك.

- أن النشاط ينفذ على إقليمه الوطني وفي إطار قانونه لا سيما ما يتعلق منها بالنظام العام، والقواعد ذات التطبيق الفوري، التي يلزم تطبيقها إعمالا للقواعد العامة، ذلك أنه لا يمكن أن نتصور استبعاد تطبيق مثل هذه القواعد من النطاق الأصلي لتطبيقها،

لكن هذا لا يمنع من وجود سلبيات في تطبيقه متى تضمن هذا القانون فجوة او فراغ في الدولة المضيفة للاستثمار وهنا يبرز دور اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي التي وكلت لها مهمة البحث عن القواعد المناسبة والمبادئ في القانون الدولي إلى محكمة التحكيم بغاية سد هذه الفجوة وتكملة اية نقائص التي تحتل في القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

اما عن هذا الاحتكام الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فان ذلك قد يجر عنه تطبيق قواعد تنازع القوانين للدولة المتعاقدة ، حيث تصل محكمة التحكيم ، إلى تطبيق قواعد نظام قانوني آخر تشير إليه قاعدة من قواعد الإسناد التي تضمنها القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، سواء كان هذا النظام نظاما قانونيا وطنيا، أم كان هو القانون الدولي ذاته.

بل أن البعض ذهب إلى أن طبيعة التحكيم ذاته باعتباره قضاء يخرج عن إطار القضاء الوطني، تحتاج إلى أن يطبق في أحكامه قواعد عامة تتخطى حدود تطبيق قانون محدد بذاته،

١ - طه احمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية " دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٨٤.

مما سبق نقول انه لا يمكن أن نتصور استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع على أساس انها تتصل بسياساتها الاقتصادية والاجتماعية، دون أن يتعرض تنفيذ العقد لعوائق جسيمة تفقده قيمته.

الفرع الثاني

تطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع.

تطبيقاً لنص المادة ١/٤٢ التي تحيل إلى تطبيق قواعد القانون الدولي فإنه يحق لهيئة التحكيم اللجوء الي تطبيقه والسؤال المطروح هل اللجوء اليه يكون كمصدر احتياطي حسب ترتيب المادة أو كدور تكميلي لحالات النقص أو محدودية بعض النظم القانونية الوطنية للدول المستقبلية للاستثمار الأجنبي وهنا جاء الرد في تقرير المدراء التنفيذيين إن عبارة القانون الدولي يجب إن تفهم حسب المادة ١/٣٨ من نظم محكمة العدل الدولية التي تنص على إن :

وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع اليها أحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن:

- الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.
- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون يدل عليه تواتر الاستعمال .
- مبادئ القانون العامة التي تقرها الأمم المتعدنة.
- احكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام.

لكن وعلى ضوء هذه القاعدة تثار العديد من المسائل المتعلقة بها لاسيما كيف يمكن تطبيق القانون الدولي على اشخاص خاصة أي ما مدى إمكانية خضوع أحد أشخاص القانون الخاص للقانون الدولي وهو مجرد شخص لا يرتقي الى الاشخاص العامة وليست له الطبيعة التي تؤهله الى الاخضاع الى قواعد القانون الدولي؟

اما عن انسحاب تطبيق قواعد القانون الدولي على اشخاص خاصة لا ينتمون الى القانون الدولي فإنه وبالعودة الى المادة (٣٨) الفقرة (٠١) والتي تقر بان يفسر مفهوم القانون الدولي بالمعنى الوارد في من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية، وهو ما يقتضي أن يؤخذ في الاعتبار أن هذه المادة قد وضعت لتطبيق بشأن " العلاقات بين الدول باعتبارها أشخاص القانون الدولي " وهي بذلك لا تعتبر مادة يقتصر تطبيقها على اشخاص القانون الدولي العام. ومنه فان إمكانية خضوع أحد أشخاص القانون الخاص للقانون الدولي امر

مستساغ لان المستثمر الخاص الأجنبي يعد طرفا مباشرا في نزاع يواجه فيه الدولة، أمام هيئة تحكيم دولية ، وهو بصورة اخرى اصبح طرفا بفضل ومن خلال إرادة الدولة الطرف في الاتفاقية.

اما عن نطاق تطبيق القانون الدولي في التحكيم اذا ما تعلق الامر بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار متى تم عرضها على محكمة مركز تسوية منازعات الاستثمار فانه يكون محدد بالنظر الى بندين تم ايرادهما ضمن الاتفاقية المنشئة للمركز ويتمثلان في حالة ما اذا تم التأشير صراحة من القانون الداخلي الى امكانية اللجوء الى القانون الدولي ، او اذا كان اللجوء الى القانون الدولي يعد مخالفة لقواعد القانون الدولي وهي في الحقيقة من الصعب جدا التسليم بكذا حكم لأنه ليس بالضرورة ما يأخذ به القانون الدولي هو اكثر مشروعية من القانون الداخلي للدولة وانما المسألة مسألة قناعات دول واسس يعتمدون عليها عند وضعها . كما يصل حدود تطبيق القانون الدولي الى الحالة التي يكون فيها موضوع النزاع مما ينظم بطبيعته امور متعلقة بقواعد القانون الدولي.

تجدر الاشارة الى ان مسألة القانون الواجب التطبيق بقيت محل جدل بين افضلية تسبيق الاحتكام الى القانون الدولي، او الى القانون الداخلي، فاذا كانت المادة ٤٢ من الاتفاقية قد فصلت في الشأن وهي تجعل من القانون الدولي في المقام الثاني بعد القانون الوطني ، نجد بعض الآراء تفضل العكس على اساس أولوية قواعد القانون الدولي بالتطبيق ترتيب غير متبع في ما يجري عليه العمل في محاكم التحكيم، فضلا عن أن النية التي عبرت عنها المفاوضات بين الدول المختلفة التي شاركت في المؤتمرات الإقليمية المبدئية، وفي لقاءات اللجنة القانونية علاوة على وجهات النظر التي عبر عنها ممثلي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعطي مبررا كافيا لتأييد هذا الاتجاه^١ وهي بذلك تعبر صراحة على ضرورة تطبيق قانون القاضي المتمثل في القانون الدولي لا القانون الوطني الذي سيكون لا محالة في صالح الطرف الدولة المتعاقدة.

١ - صلاح الدين جمال الدين ، دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين " دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن ، دار المركز الجامعي الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١١٢ .

خاتمة

ان هذا النظام يتمتع بالكثير من الاختصاصات التي تمكنه من تسوية النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار وهو في ذلك يعد مساعدا للقضاء في اداء مهمة الفصل وحاميا للأطراف الذين هم بحاجة ماسة الى السرعة في ايجاد حل ، فالأمر يتعلق هنا بالقضاء الاستعجالي البديل يلائم طبيعة موضوع الاستثمار الذي يكون فيه الوقت هو المال، كل هذا مع المحافظة على مبدأ الشرعية اللازمة لحماية حقوقهم وحررياتهم رغم ما يكشف عمله بعض الأحيان من عدم التزام لأحكامه.

أصبحت الوسائل البديلة في فض النزاعات المتعلقة بالاستثمار حقيقة واقعة في هذا العالم الصغير، بل وصل إلى مراحل بعيدة من التقدم و التطور بالنظر إلى استجابته لمتطلبات العولمة والدليل على ذلك وجود تطبيقات فعلية ومتنوعة تسمح للمتعاملين بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم، باستخدام الوسائل التكنولوجية المعروضة عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ، وهي إشارة بأن القانون موجود خارج الدولة وبهذه الطريقة نكون قد انتقلنا من عدالة صارمة إلى عدالة أكثر ليونة.

وما يكرس كل ذلك هو ان القانون الواجب التطبيق لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بات اداة في يد الاطراف بناء على نص المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن، والتي بيّنت الحرية التي يتمتع بها الأطراف المتنازعون في تنظيم إجراءات التحكيم، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يسود كل مراحل من اتفاق التحكيم على اللجوء إلى تحكيم المركز، الذي يعتبر بالفعل الاساس في التحكيم، ابتداء اتفاق التحكيم الى اللجوء الى تحكيم المركز من جهة، واتفاقاً شاملاً من جهة أخرى، يقبل فيه الطرفان مبدأ التحكيم دون أي نظام تسوية آخر، ويختاران الهيئة التي تتولى الفصل في النزاع بل ويحددان حتى الهيئة والشروط الموضوعية التي يسرون عليها وهذا تجسيدا للحرية التعاقدية المعترف بها الى المتخاصمين.

بهذا المنظور اصبحت مسألة القانون الواجب التطبيق مسألة محسوم فيه و واضحة بموجب بنود الاتفاقية وهي تكريس للعديد من المبادئ بدايتها مبدأ سلطان الارادة في اختيار الاطراف الى هذا النوع من القضاء والى هيئة التحكيم والى العديد من الاجراءات ، وهو ما

يجعلنا نقول أن من بين عوامل انجذاب الاطراف نحو التحكيم التجاري الدولي عموما ومركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار خصوصا هو ما يتمتع به اطراف النزاع وهيئة التحكيم من حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي وما يزيد فعاليته.

ولكن تبقى قيمة وفعالية هذا النظام كأداة لتسوية المنازعات الاستثمارية تزداد بصور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

قائمة المصادر و المراجع :

- ١- عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمار الاجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى.
- ٢- الامر رقم ٩٥-٠٤ المؤرخ في ٢١ يناير ١٩٩٥ ، جريدة رسمية عدد ٠٧ بتاريخ ١٥/٠٢/١٩٩٥ .
- ٣- المرسوم الرئاسي ٩٥-٣٤٦ المؤرخ في ٣٠ اكتوبر ١٩٩٥ ، جريدة رسمية عدد ٦٦ بتاريخ ١٩٩٥/١١/٠٥
- ٤- منصور داود ، الاليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ٢٠١٥/٢٠١٦ .
- ٥- بشار محمد الاسعد الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية - دراسة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ، منشورات اللبي ، بيروت ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٩ .
- ٦- مراد محمود الماجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن ، ٢٠١٥ .
- ٧- بولنوار نجيب، الطبيعة التعاقدية امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى CIRD ، مجلة معارف: قسم العلوم القانونية السنة التاسعة - العدد ١٩ ديسمبر ٢٠١٥ .
- ٨- ولد رابح / إقلولي صافية ، "عن شرعية التحكيم عبر الدولي الانفرادي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ، ٢٠١٢ ، ص ٩٨ .
- ٩- خالد محمد جمعة، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثالث، ال كويت، ١٩٩٨ .
- ١٠- قبائلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٢٠٠٤ .

١١- القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول، عن الرابط : <https://platform.almanhal.com/Files/2/74975> تاريخ الزيارة ٠٥/٢٥/

٢٠١٨

١٢- بن سهلة ثاني بن علي و نعيمة فوزي، " تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،" مجلة إدارة، المجلد ١٧ ، العدد ٠٢ ، ٢٠٠٧ .

١٣- بلحسان هوارى، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة امام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة الفقه والقانون ، العدد التاسع والثلاثون ، يناير ٢٠١٦ ، الجزائر .

١٤- ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الارادة والقيود الواردة عليه انظر الرابط:

<https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.htm>

تاريخ الزيارة ٢٥ اكتوبر ٢٠١٨ .

١٥- عن الرابط : <https://platform.almanhal.com/Files/2/74975>

١٦- طه احمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية " دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .

١٧- صلاح الدين جمال الدين ، دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين " دراسة في احكام المركز الدولي للتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن ، دار المركز الجامعي الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

- RENE David, L'arbitrage dans le commerce international, ١٨
édition ECONOMICA, paris, 1982.

عن تحديد مفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بين النصوص القانونية والمعايير الاقتصادية.

حساين سامية

كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة

بومرداس، دكتوراه

لمين عبد الحميد

كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة

بومرداس، طالب دكتوراه

مقدمة:

برز قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كفاعل رئيسي معول عليه في الجزائر أثناء الإصلاحات الاقتصادية، خاصة في ظل عجز المؤسسات الكبيرة عن تحقيق الأهداف المتوخاة منها في التنمية، إضافة إلى الدور الذي أصبحت تلعبه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مختلف اقتصاديات الدول، كونها أضحت من أهم روافد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، نظرا للمرونة التي تميزها عن المشاريع الكبرى، وهو ما حتم على الدولة مواكبة هذه التطورات والتوجهات الاقتصادية، وهو ما يتجلى في قانون رقم ٠٢/١٧، المتعلق بالقانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وقبله القانون رقم ١٨/٠١، المتعلق بذات المؤسسات.

إن هذه المؤسسات وبحكم طبيعتها الحجمية التي يبينها اللفظ في حد ذاته، يستدعي إحاطتها بمختلف آليات الدعم والمساعدة، وهو ما يحتم ضرورة وضع تعريف لها، كونه يختلف من دولة لأخرى ومن مرحلة لأخرى، كما أن ضبط تعريف لها يعد بمثابة تحديد لأهم شروط الاستفادة من آليات الدعم والمساعدة المخصصة لها، وكذا تحديدا لنطاق تطبيق أحكام القانون رقم ٠٢/١٧ من حيث الأشخاص، نظرا لعدم وجود إجماع قانوني أو اقتصادي على تعريف موحد وشامل لهذه المؤسسات، خاصة في ظل اعتماد مختلف التشريعات في تعريفها للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة على معايير اقتصادية بشقيها الكمي والنوعي، وكذا معيار النشاط، وهو الشيء الذي تبناه التشريع الجزائري، باعتماده لمعايير موضوعية، إضافة إلى معيار الشكل من خلال الإطار القانوني الذي تمارس في نطاقه هذه المؤسسات نشاطاتها، في ظل عدم منحها الشخصية القانونية.

تستمد أهمية هذا الموضوع بالنظر لمكانة ودور هذه المؤسسات وتأثيرها في الاقتصاد ما أدى بالدول عموما إلى تبني هذا الشكل الاقتصادي اعتباره محور فاعل في الاقتصاد من خلال إسهاماته في التنمية، وعلى اعتبار أنه مفهوما حديثا في الدراسات القانونية استدعي منا البحث والنقاش، خاصة في ظل اعتماد المشرع الجزائري للمؤسسات على ضوء قانون رقم ٠٢/١٧، والذي لم يمنح لها من خلاله الشخصية القانونية التي تجعل منها بنيانا ونظاما قانونيا صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات حيث بقيت ضوابط هذا المفهوم متداولة بين الحاجة إلى التأطير القانوني وبين المفهوم الذي فرضه الواقع الاقتصادي.

في ظل هذا التمايز والاختلاف بين الرؤية الاقتصادية والقانونية لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كيف ضبط المشرع الجزائري مفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وفق أحكام القانون رقم ٠٢/١٧، في ظل عدم توحيد طبيعتها القانونية؟ لأجل الإجابة عن الإشكالية سوف نقوم بتقسيم الورقة البحثية إلى مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه المعايير المعتمدة في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تبقيا كمفهوم اقتصادي، أما المبحث الثاني فتطرق فيه إلى الأشكال القانونية التي يمكن أن تأخذها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وهي الإطار القانوني الذي تستمد منه شخصيتها القانونية.

١ - المبحث الأول: المعايير المعتمدة في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

يختلف تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ويتعدد حسب الأمكنة، الأزمنة، والأنظمة الاقتصادية، وهو ما أجمعت عليه مختلف الدراسات والآراء، مما يجعل منه مفهوما متغيرا ومتجددا باستمرار، لذلك لم يوضع لها تعريف جامع مانع^١. إن تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة يختلف من دولة لأخرى حسب درجة النمو الاقتصادي (النامية، المتقدمة) وفي الدولة الواحدة بحسب القطاعات الاقتصادية التي تعمل فيها ومرحلة النمو الاقتصادي التي يمر بها اقتصاد تلك الدولة^٢، فتشير إحدى الدراسات إلى وجود أكثر من ٥٥ تعريفا للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ٧٥ دولة^٣، غير أن كل محاولات وضع تعريف لها يشمل حزمة من المعايير تتمثل أهمها في^٤:

- معيار حجم رأس المال.
- معيار عدد العمال المستخدمين.
- معيار طبيعة الملكية والمسؤولية.
- معيار المستوى التقني للمستخدم.
- معيار حجم الإنتاج والقيمة المضافة.
- معيار رقم الأعمال.

إن معظم الدراسات تتفق على أهم المعايير المعتمدة في تعريف هذه المؤسسات، وهي نفسها التي اعتمدها المشرع الجزائري في تعريفه للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في نص المادة ٠٥ من القانون رقم ٠٢/١٧، المؤرخ في ١١/٠١/٢٠١٧، المتعلق بالقانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة^٥ (المطلب الأول)، كما نجده اعتمد كذلك في نفس المادة على معيار آخر في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهو معيار النشاط

الممارس، أين اشترط فيها ممارسة نشاطات إنتاج السلع و/أو الخدمات، إضافة إلى الصناعات التقليدية والحرف التي تعتبر الأرضية الخصبة لنشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لتوافقها مع خصائصها ومميزاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المعايير الاقتصادية المعتمدة في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
إن كل محاولة لإيجاد تعريف للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة تصطدم بالكم الهائل والمتنوع من المعايير المعتمد عليها في هذه التعريفات، والتي سبق الإشارة إليها، فكل دولة تتفرد بتعريف خاص للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بشكل يتماشى مع حجم نموها الاقتصادي والمعايير المعتمدة من قبل خبراءها، فكل دولة المؤسسة التي تريدها، وتعكس مستوى انخفاض أو ارتفاع مواردها الاقتصادية والبشرية^٦، والملاحظ حسب نص المادة ٠٥ من القانون المتعلق بالقانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، فإنها اعتمدت على ثلاث معايير: العمالة (الفرع الأول)، رقم الأعمال والحصيلة السنوية (الفرع الثاني)، الاستقلالية (الفرع الثالث)، سوف نتطرق إليها تبعا.

الفرع الأول: معيار العمالة.

يعتبر من أهم المعايير والأكثر شيوعا في التمييز بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والمؤسسات الكبيرة، بمعنى انه يتم إدراج المؤسسة ضمن قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب عدد العاملين فيها، أين جاء في أحكام المادة ٠٥ من القانون رقم ٢٥٠/١٧، على أن المؤسسة الصغيرة والمتوسطة تشغل من عامل واحد كحد أدنى إلى ٢٥٠ عامل كحد أقصى، ((... تشغل من ١ إلى ٢٥٠ عاملا...))، وهو نفس المعيار الذي تبنته اللجنة الأوروبية في تعريفها للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مما يدل على مواصلة تأثير المشرع الجزائري بالتشريعات الأوروبية (كمصدر تاريخي للتشريع الجزائري، أو في إطار انسجام التشريع الجزائري مع نظيره الأوربي، نظرا لاتفاق الشراكة الذي يجمعهما).

إن ما يؤكد عدم ثبات تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مكانا، هو الاختلافات التي تكتنفه، فعلى مستوى المنظمات الاقتصادية الدولية تم تعريفها على أنها هي المؤسسات التي تشغل أقل من ٥٠ عاملا، أما في فرنسا فتعتبر كذلك إذا كان عمالها لا يتعدى ٢٥٠ عامل، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فتعتبر مؤسسة صغيرة ومتوسطة متى كان عدد عمالها لا يتجاوز ٥٠٠ عامل، وبالتالي لا يوجد اتفاق عام حول العدد في وضع حدود فاصلة بين مختلف المؤسسات، فهو متغير مكانا وزمانا، وحسب مجال النشاط، فيرتفع في الدول المتقدمة كأمريكا واليابان، وينقص في الدول النامية كمصر والهند^٧.

وما يلاحظ على هذا المعيار هو كثرة استعماله في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في كل دول العالم مهما كانت درجة تقدمها ونموها، نظرا للخصائص التي تميزه من بساطة في التطبيق، سهولة في المقارنة، الثبات النسبي، وتوفر البيانات عنه^٨، كما ورد في أحكام قانون رقم ٠٢/١٧، المتعلق بالقانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة انه في حالة وجد اختلافات في الحدود بين معيار العمالة ومعيار رقم الأعمال أو الحصيلة السنوية، فانه يعتد بمعيار رقم الأعمال أو الحصيلة السنوية ويهمل معيار عدد العمال^٩، فالمشرع منح الثقة في معيار المال دون معيار العمال، كونه غير قابل للتشويه أو التحريف، بما انه مبني على وثائق ثبوتية أكيدة (فواتير، طلبيات شراء، وثائق محاسبية... الخ).

الفرع الثاني : معيار رقم الأعمال.

يعتمد على تحديد حد أقصى من العمال، وقد اعتمده المشرع الجزائري في تعريفه للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أي قام بتحديد حد أقصى لا يمكن تجاوزه وإلا عدت غير ذلك، وهو ٠٤ مليار دج ((... لا يتجاوز رقم عمالها السنوي ٠٤ مليار دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية ٠١ مليار دينار)).

وهو معيار له دور كبير في تحديد حجم المؤسسة، تعتمد الكثير من الدول، غير انه لا يعكس نشاطها حقيقة بصورة صادقة^{١٠}، كونه تشوبه بعض النقائص ولا يعبر عن حسن أداء المؤسسة بصفة حقيقية، لأنه في حالة الارتفاع المتواصل لأسعار منتجاتها، فيؤدي ذلك إلى ارتفاع رقم أعمال المؤسسة، ويسود الاعتقاد بان ذلك ناتج عن تطور أدائها، وفي الواقع ناتج عن ارتفاع الأسعار فقط^{١١}.

إن هذا المعيار لا يعكس بصورة جلية فكرة عدم ثبات تعريف المؤسسات الصغير والمتوسطة زمانا في البلد الواحد، ففي ظل القانون رقم ١٨/٠١، المؤرخ في ٢٠٠١/١٢/١٢، المتعلق بالقانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة^{١٢}، كان رقم الأعمال محدد بحد أقصى يبلغ ٠٢ مليار دج، لا يمكن للمؤسسة تجاوزه وإلا عدت غير ذلك^{١٣}، خاصة إذا استمر هذا التجاوز للحدود الفاصلة بينها وبين المؤسسات الكبيرة لمدة سنتين متتاليتين فأكثر^{١٤}.

إن هذه الزيادة في رقم الأعمال والحصيلة السنوية في وضع الحدود الفاصلة بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والمؤسسات الكبيرة، يدل على أحد المظهرين: تسجيل درجة من النمو الاقتصادي على مستوى مؤشرات الاقتصادي الكلي، وهو ما لم نلاحظه خاصة

في السنتين الأخيرتين، أما المظهر الثاني هو تدهور وانخفاض قيمة الدينار، وهو ما نلاحظه وأقرت به جهات رسمية مختصة (محافظ بنك الجزائر، مؤشرات مجلس القرض والنقد).

كما أن المشرع الجزائري بهذه الزيادة، أراد مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الوعاء الضريبي (إيرادات الميزانية) مساهمة حقيقية حسب قوتها المالية، كونه أخرجها من النظام الضريبي الجزافي، إلى النظام الضريبي الحقيقي، خاصة المؤسسة التي يعتبرها متوسطة، حسب تصنيفات المشرع لهذه المؤسسات فيما بينها، بحسب المواد ٠٨، ٠٩، و ١٠ من القانون رقم ٠٢/١٧.

الفرع الثالث: معيار الاستقلالية.

جاء في نص المادة ٠٥ ما يلي: ((تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة...))

- تستوفي معيار الاستقلالية كما هو محدد في النقطة ٣ أدناه...)).

جاء في النقطة ٠٣ من نفس المادة ما يلي: ((المؤسسة المستقلة: كل مؤسسة لا يمتلك رأسمالها بمقدار ٢٥% فما أكثر من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى، لا ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.)).

من خلال نص المادة السالفة الذكر، يتبين أن الاستقلالية المقصود بها، هي استقلالية رأس المال، كونه توجد استقلاليات أخرى (استقلالية التسيير، استقلالية الذمة المالية... الخ)، فيجب على كل مؤسسة لكي ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أن يكون رأسمالها مملوك لها بصفة كلية بنسبة ١٠٠%، أو بصفة جزئية لا تصل إلى نسبة ٢٥% من رأسمالها الكلي من قبل مؤسسة أخرى، وهو شرط آخر إلى جانب الشرطين السابقين، وهو شرط عام في رأسمال المؤسسة الصغيرة والمتوسطة.

غير أن المتفحص في نص المادة ٠٧ من نفس القانون، يجد انه يوجد استثناء عن شرط الاستقلالية في رأس المال، المحدد ب ٢٥%، فأجاز أن تمتلك شركة أو مجموعة شركات الرأسمال الاستثماري جزء من رأسمال المؤسسة الصغيرة والمتوسطة يصل إلى حدود ٤٩%، وتبقى يشملها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهو الاستثناء الذي لم تنص عليه المادة ٠٤ من قانون رقم ١٨/٠١، المؤرخ في ١٢/١٢/٢٠٠١، المتعلق بالقانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهو بحسب رأينا تشجيع لهذا النوع من المؤسسات بالاعتماد على التمويل المالي من شركات الرأسمال الاستثماري، وفق النظام القانوني الذي يحكم التعامل مع هذه الشركات.

غير أن هذا المعيار غير مضبوط بالطريقة التي تكفل كيفية تكوين رأس مال هذا النوع من المؤسسات، كون المشرع حدد نسبة عدم حصول أي مؤسسة أخرى أو مجموع مؤسسات أخرى لـ ٢٥% أو أكثر، من رأس مال المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، وتجاهل لحالات أخرى مثل حصول عدة مؤسسات أخرى، بطريقة مستقلة لنسب اقل من ٢٥% من رأس مال هذا النوع من المؤسسات (مثل حصول ثلاث مؤسسات أخرى مستقلة كل واحدة على حدا لنسب اقل من ٢٥%)، وعندما نجمع مساهمات الثلاث مؤسسات مجتمعة في رأس مال المؤسسة الصغيرة والمتوسطة نجده ٥٠% من رأس مالها الكلي)، أو حالة مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في رأس مال مؤسسات أخرى (لأجل الاستفادة من آليات الدعم باسم المؤسسة الصغيرة والمتوسطة).

كما أن المشرع في نص المادة ٥٥، النقطة ٥٣، حدد معنى الاستقلالية في رأس المال، دون توسيعه إلى حقوق التصويت في حالة نشاط المؤسسة الصغيرة والمتوسطة في شكل شركات الأموال، التي يكون رأس مالها أسهم قابلة للتداول.

المطلب الثاني: معيار النشاط المعتمد في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

جاء في نص المادة ٥٥، من قانون رقم ١٧/٠٢، المتعلق بالقانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ما يلي: ((تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة... بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات...)).

ف نجد أن المشرع اشترط في أحكام هذه المادة على المؤسسات لكي يشملها نطاق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أن تمارس نشاطا إنتاجيا، أي تقوم بعمليات إنتاجية تتولد عنها سلعا أو خدمات، أي وحدات إنتاجية بالمفهوم الاقتصادي، وهي العملية التي تكون بتظافر وتكاتف موارد مادية (مال، مواد أولية)، وموارد بشرية (جهد فكري و/أو بدني)، وبتنظيم هذه الموارد تنتج السلع أو الخدمات، وهو موضوع أو غرض المؤسسة، لذلك سوف نتطرق إلى المؤسسة الصغيرة والمتوسطة كقائمة بعملية الإنتاج (الفرع الاول)، والنتيجة المتولدة عن عمليات الإنتاج التي تقوم بها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (الفرع الثاني).

الفرع الاول: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وحدات إنتاجية.

يمثل الإنتاج في المفهوم الاقتصادي احد أهم آليات خلق الثروة، ويمثل في المفهوم القانوني أحد مستويات النشاط الاقتصادي، إلى جانب نشاط التوزيع ونشاط العرض للاستهلاك النهائي.

حسب التعريف التشريعي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة فإنها من المنتجين، كونه نص على ما يلي: ((... بأنها مؤسسة إنتاج...))^{١٥}. وبالتالي نعتبر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة منتج، وقد ورد تعريف المنتج في أمر رقم ٦٥/٧٦، المؤرخ في ١٦/٠٧/١٩٧٦، المتضمن قانون تسميات المنشأ^{١٦}، على انه: ((كل مستغل لمنتجات طبيعية وكل زارع أم صانع ماهر أو صناعي)).

كما عرف المشرع الجزائري نشاطات الإنتاج الذي تقوم به المؤسسات الصغيرة والمتوسطة باعتبارها عونا اقتصاديا، من خلال المادة ٠٣ فقرة ٠٩، من قانون رقم ٠٣/٠٩، المؤرخ في ٢٥/٠٢/٢٠٠٩، المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش^{١٧}، على أنها: ((العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركييب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول)).

فالإنتاج هو عملية تحويل المواد الأولية إلى مواد و سلع نهائية جاهزة للبيع النهائي، والملاحظ في نص المادة السالفة الذكر أنها اعتبرت الأنشطة الصناعية والأنشطة الفلاحية بصفة عامة، هي عمليات إنتاجية، وأهملت نشاط الخدمات من مجالات الإنتاج، بالرغم انه من القطاعات المهمة في الأنشطة الاقتصادية التي أصبحت موردا هاما للثروة مثل الخدمات السياحية، والنقل بكل أنواعه، الوساطة... الخ.

أما المادة ٠٣ من أمر رقم ٠٣/٠٣، المؤرخ في ١٩/٠٧/٢٠٠٣، المتعلق بقانون المنافسة^{١٨}، فجاء فيها على أن المؤسسة هي: ((كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد))، وهو ما يؤكد أن أنشطة الإنتاج من مهام وأغراض المؤسسة.

فالمنتج هو كل شخص طبيعي (فرد ادمي) أو شخص معنوي (المؤسسة الصغيرة والمتوسطة) يقوم بإنتاج منتجات طبيعية أو زراعية أو حيوانية أو صناعية، كلية أو لأجزاء من منتج نهائي، لأجل الاستهلاك، على سبيل الاحتراف، فتكون في شكل مشروع إنتاجي. فنشاط الإنتاج مرتبط ارتباطا وثيقا بالية تحقيقه وهي المؤسسة، التي تدخل في ضمنها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كوحدة اقتصادية إنتاجية، والتي تعد منظومة إنتاج يقوم على ملكية معنوية للعناصر المكونة لها والمتمثلة في العناصر البشرية والمادية والمعنوية^{١٩}.

أ- **العناصر البشرية:** وتمثل قوى العمل في جميع المستويات داخل المؤسسة، وتكون قادرة على الإنتاج الجيد والتميز لأي سلعة أو خدمة، ويأتي في رأس هرم هذه الموارد صاحب المؤسسة أو مالكها، كونه هو من يخصص إمكانياته المادية والاقتصادية، وهو من يعطي الصورة الايجابية عن مشروعه، من خلال إستراتيجيته وإدارته الجيدة، إضافة إلى المدير أو مسير المؤسسة وهو المسؤول عن أداء المجموعة وصاحب السلطة الرسمية في المؤسسة، يستعملها لممارسة القيادة والتأثير على سلوك المرؤوسين لتحقيق غرضها، من خلال التخطيط والتنظيم والتوجيه والرقابة، كما تشمل أيضا العمال والخبراء، وهم من يتلقون أوامر المؤسسة أو المشروع من المدير بصفته ممثله القانوني، عن طريق آليات الاتصال لتحقيق أغراض وأهداف المشروع، وتربطهم بالمؤسسة علاقة عمل (تبعية)^{٢٠}.

ب- **العناصر المادية:** وتشمل جميع القيم التي يكون للمالك حق القصر عليها، وتتمثل في العناصر المادية التي تتطلب الاستقرار والثبات، من عقار أو تجهيزات، كدور السينما، أو الآلات والمعدات، سواء كمالك، أو حق شخصي كمستأجر لها، كون حق الإيجار عنصر أساسي في مجموع العناصر التي تؤلف المؤسسة، أو في حالة حق وقتي مثل حقوق الامتياز، والى جانب العناصر الثابتة توجد العناصر المادية المتغيرة، وهي العناصر التي تتغير باستمرار خلال العمليات الاستثمارية، مثل المواد الأولية، رأس المال، إضافة إلى البضائع^{٢١}.

كما تجدر الإشارة إلى انه لا يمكن القول بتوافر تلك العناصر أو سيطرة المؤسسة عليها، نكون أمام مؤسسة إنتاجية، بل لا بد من وجود تنظيم لتلك العناصر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من قبل المؤسسة تنظيما ذاتيا^{٢٢}.

ج- **العناصر المعنوية:** وهي أهم عناصر المؤسسة أو المشروع في العصر الحديث، خاصة العمليات التجارية التي تعتبر الأهم فيها، وهي الأموال المنقولة المعنوية التي يتم استغلالها في النشاط الاقتصادي، ويتمثل أهمها فيما يلي^{٢٢}:

- الاتصال بالزبائن.
- الشهرة.
- العلامة.
- الحق في الإيجار.
- حقوق الملكية الفكرية.

وجود هذه العناصر مجتمعة مع أسلوب التنظيم والإدارة نكون أمام مؤسسة أو مشروع بالمفهومين القانوني والاقتصادي، تقوم بعمليات إنتاجية، متى توافرت فيها شروط ومعايير تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نكون أمام مؤسسة صغيرة ومتوسطة بالمفهوم القانوني.

الفرع الثاني: أنواع منتجات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

حسب نص المادة ٥٥، من قانون رقم ١٧/٠٢، السالف الذكر فإن منتجاتها محصورة في السلع والخدمات، ((بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات...)). وهو النص الذي يتوافق مع ما ورد في أحكام قانون رقم ٠٩/٠٣، المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش، في تعريفه المنتج: ((كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا))^{٢٣}.

حسب نص المادتين السالفتين الذكر: الأولى تشترط في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ممارسة نشاط إنتاج السلع والخدمات، أما الثانية فتحصر مختلف منتجات الأعران الاقتصاديين المعروضة للاستهلاك في السلع والخدمات، إنتاجا أو توزيعا أو عرضا للاستهلاك، وبالتالي فمنتجات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تتمثل في منتجات مادية في شكل سلع (أولا)، أو منتجات معنوية في شكل خدمات (ثانيا)، كما تشمل أيضا الصناعات التقليدية والحرف، بحكم الخصائص التي تميزها (ثالثا).

أولا- السلع: يمكن اعتبار الأشياء الموجودة في العالم المادي سلعا، غير أن هذا الوصف لا ينطبق في علم القانون، وبالتالي لا يمكن اعتبار كل الأشياء سلعا.

تتقاطع مختلف التعاريف الفقهية المتعلقة بالسلعة على أنها منقولات مادية، نتيجة عمليات إنتاجية، مهما كان مصدرها طبيعيا أو صناعيا^{٢٤}، أما من الناحية القانونية في التشريعات الجزائرية فنجد القانون المدني (قبل تعديل ٢٠٠٥)، الذي استعمل لفظ الشيء بمعنى السلعة ((كل من يتولى حراسة الشيء...))^{٢٥}، فورد لفظ الشيء بصفة عامة بمعنى السلعة في إطار تقرير مسؤولية المنتج، ويقابلها نص المادة ١٣٨٤/٠١، من القانون المدني الفرنسي^{٢٦}.

أما بعد تعديل القانون المدني الجزائري سنة ٢٠٠٥^{٢٧}، تبني المشرع تعريفا للمنتج بمعنى السلعة في المادة ١٤٠ مكرر فقرة ٠٢، التي جاء فيها ما يلي: ((يعتبر منتوجا كل منقول ولو كان متصلا بعقار لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري، والبحري والطاقة الكهربائية))، فنجد أن المشرع

أخرج العقار من نطاق السلع، ويتمشى ذلك مع أحكام القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التي منعت على هذه المؤسسات ممارسة النشاطات المتعلقة بالعقار في شكل الوكالات العقارية، كما منع المشرع على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ممارسة نشاطات الاستيراد.^{٢٨}

قانون رقم ٠٣/٠٩، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وردت في أحكامه تعريف السلعة بنص المادة ٠٣ فقرة ١٨، على أنها: ((كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً))، وكذا المرسوم التنفيذي رقم ٣٩/٩٠، المؤرخ في ٣٠/٠٢/١٩٩٠، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش^{٢٩}، تعرض لتعريف السلعة بنص المادة ٠٢ فقرة ٠٣، على أنها: ((كل منقول يمكن وزنه أو كيله أو تقديره بالوحدة، ويمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية))، وهو نفس التعريف الوارد في أحكام المادة ٠٢، من المرسوم التنفيذي رقم ٢٦٦/٩٠، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات^{٣٠}، التي عرفت السلعة على أنها كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة، ونعني بالسلعة المنتج المادي الذي يقتنيه الإنسان.

أما الأمر رقم ٠٦/٠٣، المؤرخ في ١٩/٠٧/٢٠٠٣، المتضمن قانون العلامات، فقد عرف السلعة على أنها كل منتج طبيعي أو زراعي أو تقليدي أو صناعي خاما كان أو مصنعا^{٣١}.

وما نلاحظه في أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والمراسيم التنظيمية المتعلقة به، أنها أخرجت العقار من نطاق السلع وحصرت السلعة في المنقول فقط.

هذا ما يتعلق بالتعريف القانوني للسلعة في مختلف التشريعات الجزائرية، أما بخصوص أنواع السلع فقد وردت بعض منها في أحكام القانون المدني، بعد تعديله في سنة ٢٠٠٥، في نص المادة ١٤٠ مكرر^{٣٢}، وتمثل فيما يلي^{٣٣}:

أ- **المنتجات الزراعية**: وهي منقولات من مصدر زراعي، مثل الخضر، الحبوب، والفواكه.
ب- **المنتجات الصناعية**: وهي منقولات تكون محلا للإنتاج الصناعي، وأهم ما يميزها أنها قد تحوي خطورة على مستعملها أو سوء استعمالها، مثل الأجهزة الكهربائية والمبيدات والمنظفات.

ج- **تربية الحيوانات**: وهي الحيوانات التي تصلح للاستهلاك، مثل الأبقار والأغنام، والدواجن، المائيات، إضافة إلى مستخلصات هذه الحيوانات الصالحة للاستهلاك، كاللحم والبيض والجلود والزيت.

د- **الصناعات الغذائية:** والتي تعرف على أنها كل مادة معالجة أو معالجة جزئياً موجهة للتغذية الإنسانية أو الحيوانية، بما في ذلك المشروبات وعلك المضغ وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية وتحضيرها ومعالجتها، باستثناء المواد المستخدمة في شكل الأدوية أو مواد التجميل أو مواد التبغ، وهو ما ورد في نص المادة ٠٣ فقرة ٠٣، من قانون رقم ٠٣/٠٩، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ه- **منتجات الصيد:** والتي تشمل منتج الصيد البري للحيوانات التي تعيش في البر ويكون وفق الأنظمة والتشريعات المعمول بها (تراخيص الصيد)، وكذا منتج الصيد البحري للحيوانات التي تعيش في البحار والمياه، وبيوضها، دون الثدييات منها مثل الفقمة والحيتان، نظرا لافتقادها في الأوساط المائية في بلادنا.

و- **الطاقة الكهربائية:** وقد اعتبرها المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني منتوجا، بنص المادة ١٤٠ مكرر، مسائرا لنظيره الفرنسي، في اعتبار الطاقة الكهربائية ضمن المنتوجات التي تعتبر سلعا، برغم طابعها غير المادي.

ثانيا- الخدمات: إن مفهوم الخدمة يحيطه شيء من الغموض، كونه لفظ حديث في القانون المدني، ورائج الاستعمال في القوانين الاقتصادية (المنافسة، المستهلك، الاستثمار، مدونة النشاطات الاقتصادية... الخ)، ليشمل مختلف الاداءات التي يمكن تقييمها بالنقود، وهو لفظ اقتصادي ينتمي إلى مختلف القوانين الاقتصادية، على غرار قانون الاستهلاك، وقانون المنافسة، وقانون العلامات... الخ، ويشمل خدمات التنظيف والتصليح والترميم والنقل، والحراسة، والخدمات السياحية، والمهن الحرة^{٣٤}.

ورد تعريف الخدمة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم ٣٩/٩٠، المؤرخ في ١٩٩٠/٠٢/٣٠، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، على أنها: ((كل مجهود يقدم ما عدا تسليم المنتج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له)).

كما تم اعتبار الخدمة على أنها منتوجا، في نص المادة ٠٣ فقرة ١٠، من قانون رقم ٠٣/٠٩، المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش، أين نصت على أن المنتج بأنه: ((كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا)).

تعتبر الخدمة منتوجا، أي منقول معنوي وهو توسيع في المفاهيم المتعلقة بالمنتوج، ليضمن اكبر حماية للمستهلكين، كما ورد تعريف الخدمة في ذات القانون في نص المادة ٠٣ فقرة ١٧، على أنها: ((كل عمل مقدم غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم

تابعاً أو مدعماً للخدمة المقدمة))، وهو نفس التعريف الذي تبناه المرسوم التنفيذي رقم ٣٩/٩٠، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

تعد الخدمة حسب هذه النصوص هي مجهودات لقاء مقابل خدمة، قد تكون ذات طابع مادي كإصلاح اعطاب الأجهزة والآلات، أو ذات طابع ذهني وفكري كالعلاج، وتحرير العقود والاستشارات القانونية والتقنية، وبالتالي فإن الخدمة هي مجموع النشاطات المقدمة للجمهور، كما استثنى القانون اعتبار عملية تسليم السلعة من الخدمات، حتى ولو كان هذا التسليم تابعاً للخدمة أو مدعماً لها، كون هذا التسليم هو التزام يقع على البائع^{٣٥}.

ثالثاً - **الصناعات التقليدية والحرف**: كما تدخل أيضاً ضمن نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الصناعات التقليدية والحرف، وقد تم تعريفها في أحكام أمر رقم ٠١/٩٦، المؤرخ في ١٠/٠١/١٩٩٦، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، كما يلي: ((**الصناعة التقليدية والحرف هي كل نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم... أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليها العمل اليدوي وتمارس بصفة رئيسية ودائمة...**))^{٣٦}

بالتالي فالحرفة يقوم بها شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف، يمارس نشاطاً تقليدياً مؤهلاً فيه، ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة وتسيير وتحمل مسؤولية مؤسسته، وتشمل النشاطات التقليدية والحرف كل نشاط تقليدي يتعلق بإنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليها العمل اليدوي^{٣٧}، فتمارس في إطار مؤسسة فردية كشخص طبيعي، أو في إطار تعاونية حرفية أو مقولة الصناعة التقليدية والحرف، كشخص معنوي، يشرف على إدارتها وتسييرها حرفي أو يشارك في ذلك على الأقل، كون موضوعها لا يخرج عن هذا النوع من الإنتاج^{٣٨}.

كما تتعدد نشاطات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ميدان الصناعات التقليدية والحرف، إلى ثلاثة أقسام، بحسب النشاط الرئيسي الممارس كما يلي:^{٣٩}

أ - **الصناعة التقليدية والصناعة التقليدية الفنية**: وهي كل صنع يغلب عليه العمل اليدوي، يمارسه الحرفي بنفسه أو يستعين بآلات بسيطة لصنع أشياء نفعية و/ أو تزيينية ذات طابع حرفي يسمح بنقل مهارات فنية، لإنتاج سلع فنية ذات طابع تزييني، تتميز بالأصالة والطابع الانفرادي والإبداع، نظراً للمواهب التي تتكفل بإنتاجها، خلال فترات طويلة ومواد أولية رفيعة، وتمتاز بارتفاع أثمانها في الأسواق، ذات وظيفة تزيينية، أو سلع فنية ذات طابع استعمال (وظيفي)، ما يميزها عن الأولى أنها لا تتطلب خبرة ومهارة فنية عالية، تعتمد على العمل المتسلسل والتكراري، تتمثل وظيفتها تتمثل في تلبية حاجيات الحياة اليومية.

ب- الصناعة التقليدية الحرفية لإنتاج المواد: كما تسمى الصناعة التقليدية الحرفية النفعية الحديثة، وهي كل صنع لمواد استهلاكية عادية، لا تكتسي طابعا فنيا خاصا وتوجه للعائلات والصناعة والفلاحة، تتميز بدرجة اكبر من التخصص، لا تعكس ثقافة أو هوية شعب معين كونها تنتشر في كل دول العالم، وهي تعرف بالصناعات الصغيرة.

ج- الصناعة التقليدية الحرفية لإنتاج الخدمات: وتشمل مجمل النشاطات التي يمارسها الحرفي، يقدم من خلالها خدمة خاصة، كالتصليح أو الترميم الفني.

كما أن اكتساب صفة حرفي يكون بعد فترة تكوينية والحصول على شهادة تثبت التأهيل، من مؤسسة عمومية للتكوين أو مؤسسة معتمدة من طرف الدولة، أو شهادة ممارسة نشاط حرفي تمنح من قبل إحدى غرف الصناعة التقليدية والحرف، بعد إثبات الممارسة الفعلية للحرفة^٤.

حسب المرسوم التنفيذي رقم ٣٣٩/٠٧، المؤرخ في ٣١/١٠/٢٠٠٧، المتضمن قائمة النشاطات الصناعية التقليدية والحرف، فإنها تضم حسب التقسيمات السابقة ٢٤ قطاع نشاط، مرتبة ومرقمة وموزعة إلى ثلاثة ميادين، كل ميدان يتضمن عدة نشاطات^٥.

إن مجالات نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في إنتاج وتقديم الخدمات كثيرة ومتنوعة، فتشمل خدمات النقل البري والبحري والجوي للسلع أو المسافرين، وخدمات المخازن والإيداع والأحواض والمستودعات والحراسة، ومرائب السيارات... الخ، كما تشمل أيضا خدمات الفنادق والمطاعم والمقاهي والمسارح ودور السينما ومؤسسات الألعاب والتسلية، والخدمات السياحية، ومؤسسات التخيم... الخ^٦، إضافة إلى خدمات المهن الحرة ذات الطبيعة المدنية كالأطباء والتقنيين ومحافظي الحسابات... الخ.

كما منع القانون على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ممارسة الخدمات المالية والتأمينات، فلا يمكن لها أن تكون شركة تأمين أو بنك أو مؤسسة مالية^٧، وهي الأنشطة التي تتطلب رأسمال مرتفع وغالبا ما تختار المشاريع الكبرى كإطار قانوني لممارسة نشاطها مثل شركات المساهمة.

٢- المبحث الثاني: الأشكال القانونية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

جاء في نص المادة ٥٥، من قانون رقم ٠٢/١٧، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة: ((تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، مهما كانت طبيعتها القانونية...)) نص على أن تعريفها لا يتأثر بالطبيعة القانونية للمؤسسة، وهو الإطار الذي تمارس فيه النشاط وينقلها من الواقع الاقتصادي إلى الوجود القانوني. وهو ما

يتطابق مع نص المادة ٠٣ من الأمر رقم ٠٣/٠٣، المتضمن قانون المنافسة، في تعريفه للمؤسسة: ((كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد)) وعليه تصنيفها يكون وفق المقاييس القانونية لتصنيف مختلف المؤسسات الاقتصادية.

ان الانتقال الى المفهوم القانوني يجعلها صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وفق موضوع نشاطها، وهذا بناء على تصنيف اقتصادي لهذه المؤسسات^{٤٤}. ورغم ذلك تبقى في إطارها القانوني أشخاص مخاطبة بقواعد قانون المنافسة، بوصفهم أعوان اقتصاديين، غير ان المشرع لم يعترف لها بالشخصية بالقانونية، وأبقاها في إطار المفهوم الاقتصادي، وشملها مفهوم العون الاقتصادي كشخص من أشخاص قانون المنافسة، مما يدل على عدم تجاهلها قانونيا من خلال هاته القوانين، بحكم فوائدها وإسهاماتها في التنمية^{٤٥}.

يدل هذا الموقف القانوني على محاولة لتوسيع مفهوم المؤسسة ويشمل اكبر عدد من المؤسسات المنتجة للسلع والخدمات، لكي تستفيد من آليات الدعم والمساعدة وهذا ما يجعلنا نعتمد في شرح هذا التوسيع على نوعين من التصنيفات، حسب ملكية رأس المال عمومي أو خاص (المطلب الاول)، حسب نوع المؤسسة فردية كشخص طبيعي أو مشتركة كشخص معنوي (المطلب الثاني).

المطلب الاول: الأشكال القانونية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب معيار الملكية.

ان معيار الملكية ينقسم إلى قسمين: هناك ملكية عمومية تابعة للدولة أو احد فروعها، أي الأشخاص المعنوية العامة، وملكية خاصة تابعة للقطاع الخاص لشخص طبيعي أو لشخص معنوي خاص.

أين يمكن تقسيم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وفق هذا المعيار إلى نوعين: مؤسسات صغيرة ومتوسطة تابعة للقطاع العام (الفرع الاول)، ومؤسسات صغيرة ومتوسطة تابعة للقطاع الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الاول: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مؤسسات عمومية.

وهي المؤسسات التابعة للقطاع العام ويكون رأس مالها عمومي، وتحت وصاية الدولة أو أحد فروعها، وتقوم بإنتاج السلع و/ أو الخدمات، إضافة إلى اكتسابها للمعايير المعتمدة في تعريفها (معيار العمالة، معيار رقم الأعمال والحصيلة السنوية، ومعيار الاستقلالية).

وبالتالي فإن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في إطار القطاع العام، لا يمكن لها أن تكون مؤسسات وطنية، تحت وصاية الأجهزة المركزية مباشرة (الوزارات)، على غرار مؤسسات النقل (الجوي، البحري، السكك الحديدية)، التي تبقى تطبعها صفة المؤسسات الوطنية، لأنه لا تتوفر فيها المعايير المحددة لتعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، إضافة إلى كبريات الشركات الوطنية، على غرار شركة سوناطراك، أو كوسيدار... الخ، وهي النظرة التي كانت عليها إبان اعتماد مبادئ الاقتصاد الموجه، فيمكن لها أن تكون احد فروع المؤسسات الوطنية، وهو التعريف الذي تبنته وزارة الصناعة والطاقة، في تقرير المخطط الرباعي الثاني، الخاص بمخطط تنمية الصناعات الصغيرة والمتوسطة (١٩٧٤-١٩٧٧)^{٤٦}.

تبقى المؤسسات الاقتصادية العمومية ذات رأس المال تابعة للجماعات المحلية (الولاية، البلدية)، يمكن لها أن تكون ضمن نطاق تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أي تابعة للولاية أو البلدية أو تنشئها أحد المؤسسات الاقتصادية العمومية وتمنحها استقلالية تامة، أو المؤسسات المسيرة ذاتيا (إبان الاعتماد على مبادئ الاقتصاد الموجه)، فهي التي يمكن اعتبارها مؤسسات صغيرة ومتوسطة عمومية، مثل مؤسسات النقل الحضري، أو مؤسسات النقل شبه الحضري، التي تقدم خدمات النقل (محليا) للمسافرين على مستوى الولايات. وهو ما أقره بداية قانون الاستثمارات لسنة ١٩٦٣، أين أسند مهمة تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة والهيئات التابعة لها، بإنشاء وتسيير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة يكون للجماعات المحلية، أما المشاريع الكبرى فتبقى من اهتمامات السلطة المركزية، ونظرا لقلتها وضعفها لم تتمكن من تحقيق أهدافها آنذاك^{٤٧}.

وبالتالي فنجد أن الصور التي تأخذها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العمومية، تكون كفروع مستقلة للمؤسسات الاقتصادية الكبرى أو تظهر عند تجزئة المؤسسات الوطنية، وهذين النمطين غير موجودان حاليا في ظل الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها الدولة، خاصة التي طالت المؤسسة العمومية الاقتصادية، ويبقى النمط الوحيد الذي تظهر فيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العمومية يكون محليا، أي تكون مؤسسات محلية تابعة للولاية أو البلدية، تنشط في قطاع النقل، البناء، والخدمات العامة، منها ما يكون مسير مباشرة من طرف الوصاية المحلية التابعة لها، وتخضع محاسبتها لقوانين خاصة، نفقاتها وإيراداتها تسجل ضمن ميزانية التجمعات العمومية التابعة لها، ومنها ما يكون ذو طابع تجاري بحت، في الشكل والتسيير والرقابة^{٤٨}، وقد تراجع هذا النمط من المؤسسات في

الأونة الأخيرة، نظرا لتغير البنية الهيكلية للقطاع العمومي من خلال الخوصصة بكل أنواعها^{٤٩}.

الفرع الثاني: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مؤسسات خاصة.

وهي مؤسسات اقتصادية تعود ملكيتها للقطاع الخاص، وقد ظهرت بوادر هذا القطاع في الاقتصاد الجزائري منذ بداية الإصلاحات الاقتصادية، عند فشل القطاع الاقتصادي العام في تحقيق أهدافه، واعتناق الدولة لمبادئ اقتصاد السوق، خاصة في ظل دسترة المبادرة الخاصة في دستور ١٩٩٦، التي تقوم على مبدأ حرية التجارة والصناعة، مبدأ الملكية الخاصة، مبدأ حرية التعاقد، مبدأ تحرير الأسعار، مبدأ حرية المنافسة^{٥٠}، وهو ما شجع الخواص على إنشاء المؤسسات الاقتصادية في شتى المجالات وفق كل الأشكال القانونية التي تؤطر وتنظم الأنشطة الاقتصادية.

تكون المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التابعة للقطاع الخاص، في شكل مشروعات فردية، يكون مالکها هو المسيطر عليها في جانب الإدارة والتسيير والاستغلال والرقابة، وقد يستعين بأفراد من عائلته أو ببعض الأجراء أحيانا، ويمتاز هذا النوع من المؤسسات بالبساطة في الإنشاء والتسيير، إضافة إلى المشروعات المشتركة التي تكون في شكل تعاونيات وجمعيات لا تهدف إلى تحقيق الربح المادي، وإنما لجلب الفائدة لأعضائها والمنتسبين إليها أو الفائدة لآخرين في إطار تأدية غرضها القانوني كمختلف الخدمات التي تقدمها الجمعيات، أو الشركات بنوعها المدنية والتجارية.

يظهر اندماج القطاع الخاص في الاقتصاد الوطني تحت راية الإصلاحات الاقتصادية التي قطعت منها الدولة الجزائرية أشواطاً، وبرامج إعادة الهيكلة الاقتصادية خاصة ما شمل منها المؤسسات العمومية الاقتصادية (خاصة برامج الخوصصة)، في إطار تعزيز دوره في النسيج الاقتصادي وبرامج التنمية، إضافة إلى استحداث أجهزة تساعد المستثمرين الصغار في انجاز مشاريعهم الاستثمارية في إطار قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (أونساج، كناك، أونجام، وكالة التنمية الاجتماعية)، كل ذلك جعل هذا النوع من المؤسسات التابعة للقطاع العمومي في تراجع، وهو الشيء جعلنا نتحدث عن المؤسسة الصغيرة والمتوسطة الخاصة دون العمومية، وهو ما تؤكد المنشورات الرسمية للوزارة المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة^{٥١}.

المطلب الثاني: الأشكال القانونية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب نمط الملكية. جاء في نص المادة ٥٥ من قانون رقم ١٧/٠٢، على أن المؤسسة الصغيرة والمتوسطة هي تلك المشروع (المؤسسة) مهما كان نظامه القانوني (الطبيعة القانونية)، المنتج للسلع و/أو الخدمات.

إن المشروع هو مصطلح اقتصادي لم يعرفه القانون إلا بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، باعتباره وحدة إنتاج للثروة، عن طريق ممارسة مختلف الأنشطة الاقتصادية، وبالتالي فالمشروع يختلف مفهومه باختلاف وظيفته وتنظيمه، ففي قانون المنافسة يعتبر أحد الأشخاص المخاطبين بقواعده^{٥٢}، أما في قواعد القانون المدني فهو المخاطب بالقواعد التي تضبط عقد المقاول^{٥٣}، أما في القانون التجاري فهو الشكل الذي يمارس فيه العمل التجاري^{٥٤}.

كما يشمل أيضا عقد الشركة باعتبارها مؤسسة تخضع لأحكام القانون المدني والقانون التجاري (حسب طبيعة موضوعها أو شكلها)^{٥٥}: ((الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل...))، فعن طريق هذا العقد ينبثق المشروع في شكله القانوني (الشركة)، والذي عبر عنه اللفظ بـ((...المساهمة في نشاط...))، وهو الرأي الذي يؤيد أن الطبيعة القانونية للشركة هي عقد، دون أن نهمل الرأي الآخر الذي يؤكد أن الطبيعة القانونية للشركة هي نظام قانوني، من خلال إخضاعها لقواعد قانونية آمرة، وهو ما يبدو بصورة جلية في الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي، غير أنهما رأيين متطرفين، لا يمكن لأحدهما قدرته على جمع كل الشركات.

فاختيار الشكل القانوني المناسب للمشروع له أهمية كبيرة، يتوقف اختياره على صاحب المشروع حسب رغبته في فصل ذمته المالية الشخصية عن الذمة المالية للمشروع، وكذا مستقبل المشروع، والأعباء والالتزامات القانونية على كل شكل^{٥٦}، لذلك يتبين أن المؤسسة الصغيرة والمتوسطة تأخذ شكل مشروع فردي (الفرع الأول)، أو قد تأخذ مشروع مشترك (الفرع الثاني)، وهذا الأهداف المتوخاة من المشروع أو طبيعة النشاط الذي يفرض شكل محدد، أو رغبة صاحب المشروع.

الفرع الاول - المؤسسة الصغيرة والمتوسطة كمشروع فردي.

وهي مؤسسات يمتلكها شخص واحد يعتبر رب العمل أو مالك رأس المال وعوامل الإنتاج الأخرى، فهو من يقدم رأس المال المكون الأساسي لهذه المؤسسة بالإضافة إلى عمل الإدارة والتنظيم أحيانا، وغالبا لا يكون عدد العاملين فيها مرتفعا^{٥٧}.

ويتوقف اختيار صاحب المؤسسة الصغيرة والمتوسطة لنشاط مؤسسته ضمن المؤسسة الفردية، من خلال اختياره للالتزامات القانونية التي تقع على هذا النمط، وكيفية التعامل معها (أعباء ضريبية وجبائية، أعباء اجتماعية لصالح مصالح الضمان الاجتماعي)^{٥٨}.

إن اختيار صغار المستثمرين وأصحاب المشاريع الاستثمارية في إطار المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للمؤسسة الفردية كإطار لممارسة نشاطاتها، نظرا للخصائص التي تميزها، من بساطة في التركيبة عند الإنشاء والاستغلال، والرقابة، فهو المسؤول على مؤسسته إداريا وماليا^{٥٩}، كونه هو من يمارس هذه المهام لوحده ولا ينازعه فيها أي شخص، فهو يديرها ويرسم سياستها بمفرده أو قد يستعين ببعض الإجراء أو أفراد من عائلته، كما يتخذ كل قراراته بمفرده بصفته مالكا ومسيرا ومستغلا، نظرا لحجمها الصغير، فلا وجود لجمعيات عامة أو تأسيسية أو هيئات إدارية^{٦٠}، كما نراها في المشروعات المشتركة.

كما أن المؤسسة الصغيرة والمتوسطة كمشروع فردي، لا يحتاج إلى تعقيدات كثيرة عند الإنشاء، فمتى كان غرضها ممارسة عملا تجاريا فيكفي القيد في السجل التجاري، طبقا لأحكام المادة ٢٢ من القانون التجاري الجزائري، إما إذا كانت تمارس نشاطا حرفيا فيكفي قيدها في سجل الصناعات التقليدية والحرف طبقا للمادتين ٠٢ و ٢٦ من الأمر رقم ٠١/٩٦، المؤرخ في ١٠/٠١/١٩٩٦، المتضمن القانون المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف^{٦١}.

والشيء المهم في المؤسسة الصغيرة والمتوسطة كمشروع فردي، هي المسؤولية الشخصية لمالكها لأنها ليس لها ذمة مالية مستقلة عن مالكها، فذمتها المالية تتداخل مع الذمة المالية الشخصية لمالكها التي تضمن ديون المؤسسة في إطار نشاطها، فيجوز لدائني المؤسسة الحجز على أموال مالكها الشخصي، وفق القواعد العامة في القانون المدني، كونه هو المدين وبصفته مالكا، لا بصفته مسيرا (المسير في هذه الحالة أجبر لدى المالك)، وبالتالي فأمواله كلها ضامنة لديون مؤسسته، ((أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه))، كما ورد في أحكام القانون المدني الجزائري^{٦٢}، ونحن نعلم أن الذمة المالية

للشخص الطبيعي واحدة لا يمكن لها أن تتجزأ، إلا في حالة تأسيس مؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة التي تعد نوعا من الشركات التجارية.

كما نعلم أن من خصائص المؤسسات الصغيرة والمتوسطة سهولة الإنشاء والانتشار، والاعتماد كلية على شخصية المالك الذي يحتفظ بصفة مطلقة في تسيير مشروعه، مما يجعل من هذا الإطار القانوني أكثر ملاءمة لهذا النوع من المؤسسات خاصة ذات النمط العائلي وقليلة رؤوس الأموال، أي المشروعات الصغيرة والحرفية، فيكون هذا البنيان القانوني أكثر جاذبية لصغار المستثمرين والحرفيين.

بالرغم من أن هذا الشكل هو الأكثر انتشارا في قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، خاصة الصغيرة والمصغرة منها^{٦٣}، نظرا لقيمة رأس المال المحدود للاستثمار فيهما والسيطرة المطلقة لمالكها، إلا أن أهم عيب فيها هو عدم القدرة على الاستمرار بعد وفاة مالكها أو تقاعده أو توقفه عن النشاط لأسباب مختلفة، في مقابل عدم تمكن احد أفراد عائلته من استلام المؤسسة، فحياة هذه المؤسسة متوقف على صحة وحياة المالك.

الفرع الثاني: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كمشروع مشترك.

وهي مؤسسات تكون في شكل تجمع قانوني (شركات، تعاونيات، جمعيات... الخ)، فتكون ملكيتها مشتركة بين عدة أشخاص (طبيعيين أو معنويين)، وتشمل الوحدات الاقتصادية، التي يكون غرضها غير ربحي (اولا)، وكذا الشركات التجارية ذات الغرض الربحي (ثانيا).

اولا- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ذات الملكية المشتركة والغرض المدني. وهي مشروعات مشتركة بين أشخاص القانون الخاص (طبيعية، معنوية)، تقوم بإنتاج سلع أو خدمات، ذات غرض مدني، أي تمارس في إطارها كل الأعمال غير التجارية وتشمل ما يلي:

أ- الجمعيات: والتي جاء تعريفها في القانون رقم ٣١/٩٠، المؤرخ في ١٢/٠٤/١٩٩٠، المتعلق بالجمعيات، على أنها اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها، يجتمع في إطار هذه الاتفاقية أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية ولغرض غير ربح، كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة زمنية، لأجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص^{٦٤}. وهو ما يبين أن الجمعية يمكن لها ممارسة نشاطات اقتصادية لخدمة أهدافها وأغراضها، دون أن تهدف إلى الربح بالمفهوم المادي (كسب نقدي أو مادي يزيد في الذمة المالية للشركاء)، لكن هذا

الكسب المادي أو النقدي يمكن أن تحققه الجمعية في إطار ممارسة نشاطها بصفتها شخصا معنويا مستقلا عن الأعضاء المؤسسين لها، لكن لا يمكن لها أن تقوم بتقسيمه بين الشركاء، وهو الشيء الذي تؤكد أحكام المادة ٣٧ من قانون الجمعيات ٣١/٩٠، من خلال إلزام مؤسسي الجمعية عند قيامهم بحلها، بتحويل موجودات الجمعية إلى جمعية أخرى تمارس نفس النشاط، أي حضر عليهم اقتسام موجوداتها والتي يمكن أن تكون ربحا، وكذلك المادة ٢٧ من ذات القانون، التي أوجبت على المؤسسين عند حصولهم على عائدات مرتبطة بنشاطها إعادة استثمارها في الغرض الذي من أجله أسست^{٦٥}، وكذا نص المادة ٢٦ التي نصت على ما يلي: ((يمكن أن تكون للجمعيات عائدات مرتبطة بأنشطتها...))

كل ذلك يبين أن الجمعية يمكن لها أن تمارس نشاطا اقتصاديا، خاصة في ظل تراجع الدولة على الدعم المالي للجمعيات نظرا للظروف الاقتصادية الصعبة الحالية، وعدم كفاية محصلات اشتراكات أعضائها، وهو ما يحتم عليها ممارسات نشاطات إنتاجية قد تكون في شكل سلعا وخدمات، لأجل تحقيق أغراضها واستمراريتها، وهو مجال نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ومنه نخلص إلى أن الشكل القانوني للجمعية، يمكن أن يكون إطارا قانونيا تمارس فيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها.

ب- التعاونيات: ويمكن تصنيفها بالاعتماد على نوع الأشخاص الذين يقومون بتكوينها، والطريقة المتبعة في تشكيلها، أو الغرض الذي تسعى إلى تحقيقه، فيمكن أن تكون^{٦٦}:

- **التعاونيات الاستهلاكية:** ويتمثل هدفها في تقديم خدمات أو إنتاج سلع إلى مجموعة من الأشخاص باعتبارهم مستهلكين، مثل تعاونيات الإسكان.
- **التعاونيات المهنية:** ويتمثل غرضها في تقديم خدمات أو إنتاج سلع إلى مجموعة من الأشخاص تجمعهم مهنة واحدة، كجمعيات المكفوفين التي تقوم بإنتاج بعض أدوات وأغراض النظافة.
- **التعاونيات الإنتاجية:** وترتكز في وجوده على السعي إلى تحقيق أهداف اقتصادية لمجموعة من الأشخاص، بوصفهم منتمين إلى قطاع نشاط اقتصادي، مثل التعاونيات الفلاحية.

من خلال ما تم التطرق إليه يمكن أن تكون التعاونية إطارا قانونيا تمارس فيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها الإنتاجية للسلع والخدمات، متى رغب فيه المؤسسين لها، نظرا للخصائص التي تتميز بها إضافة إلى نقص الأعباء والالتزامات القانونية.

ج- الشركات المدنية: عرف الفقه الشركات المدنية بأنها عقد يجب أن توافر فيه الأركان العامة كسائر العقود، إضافة إلى الأركان الخاصة التي يختص بها هذا العقد، من صدوره من شخصين فأكثر، بتقديم الحصص، واقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، إضافة إلى غرضها المدني (موضوعها عمل مدني)^{٦٧}، وهو التعريف الذي نستنتج منه شرطان أساسيان لكون أمام شركة مدنية، فيجب أن نكون أمام عقد شركة بكامل أركانه، وان يكون غرضها مدنيا، إضافة إلى عدم تأسيسها في شكل من أشكال الشركات التجاري، بحسب ما ورد في أحكام القانون التجاري الجزائري، فلا يمكن لها تتأسس في شكل شركات تضامن أو شركات التوصية أو شركات ذات المسؤولية المحدودة، أو شركات المساهمة^{٦٨}، وهي الأشكال التي تصبغ عليها الطابع التجاري مهما كان موضوعها مدنيا.

تخضع هذه الشركات لأحكام القانون المدني، وفق ما تنص عليه المادة ٤١٦ وما يليها من القانون المدني الجزائري، وتجتمع مع أحكام الشركات التجارية إلا ما خصه التشريع التجاري لهذه الأخيرة نظرا لطبيعتها غرضها التجاري.

للشركات المدنية دور فعال في الميدان الاقتصادي من خلال تنفيذ المشاريع الإنتاجية، ذات الطبيعة المدنية، والتي لا يستطيع الفرد ممارستها أو الاستمرار في ممارستها لمدة طويلة، بحكم التمويل أو تهديد الموت الذي يضع حد لنشاط لمشروعه الفردي بعد وفاته، فهي إطار القانوني للمشاريع المشتركة للأعمال التي لا تمتع بالصفة التجاري، خاصة المهن الحرة والصناعات التقليدية والحرف، إضافة إلى تميزها بنظام خاص في التسيير والإدارة يخضع لإرادة الشركاء، وعدم تقييد رأسمالها بمبلغ معين، وكذا عدد الشركاء^{٦٩}. وهو الشيء الذي يجعل منها شكلا قانونيا جيدا تمارس في إطاره المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطها خاصة مؤسسات الصناعات التقليدية والحرف، وكذا المهن الحرة التي تقدم خدمات للجمهور، وتخضع لأحكام الشركات المدنية، إضافة إلى الأحكام القانونية التي تضبط المهنة التي تمثل غرض المؤسسة.

ثانيا- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ذات الملكية المشتركة والغرض التجاري: تشمل الشركات التجارية، التي لم يقدم لها المشرع تعريف بصفاتها التجارية، لكن تعرف ككل الشركات على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من المال أو العمل، على أن يقتسموا ما قد ينشأ على هذا المشروع من ربح أو خسارة، أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة^{٧٠}. وهو التعريف القانوني للشركة والتي اعتبرها القانون عقدا بصريحة العبارة، والشيء المتباين في

الشركات التجارية عن الشركات المدنية، هو اكتسابها للشخصية المعنوية يكون بعد قيدها في السجل التجاري وليس بعد تكوينها^{٧١}، فالقيد في السجل التجاري هو الذي يمنحها الوجود القانوني.

يمكن تقسيم الشركات التجارية كمؤسسات صغيرة ومتوسطة إلى قسمين، شركات أشخاص (١)، وشركات أموال (٢)، إلى جانب أخرى لها مزايا الصنفين (٣):^{٧٢}

١- **المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كشركات أشخاص:** وهي المؤسسات التي تمارس نشاطها في إطار الشركات التي تقوم في تكوينها على شخصية شركائها، فشخصية الشريك محل اعتبار نظرا للتعرف القائم بينهم والثقة التي تربط بعضهم ببعض، فهي شركات تقوم على الاعتبار الشخصي، وقد تتخذ فيها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الأشكال التالية:

أ- **شركة التضامن:** تقوم على الاعتبار الشخصي، ولها خصائص تجعلها أكثر مناسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، خاصة العائلية منها، تكون مسؤولية الشريك تضامنية مطلقة عن ديون الشركة في كل أمواله، ويكتسب الشريك فيها صفة التاجر ولا يجوز التنازل فيها عن الحصة أو التداول إلا بموافقة جميع الشركاء، ولا يجوز أن تتمثل حصة الشريك في سندات قابلة للتداول، تتأثر الشركة بحالة أهلية الشريك^{٧٣}. وهي شركات في أغلبها عائلية أو تجمع بين الأصدقاء.

إن هذا النوع من الشركات يجمع في خصائصه على تحقيق أهداف ومميزات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مما يجعلها تصلح لتكون إطارا قانونيا تمارس فيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها، خاصة من جانب الاعتبار الشخصي الذي يعزز تكافل جهود الشركاء الذين تربطهم علاقات فيما بينهم لأجل الحفاظ على المؤسسة والمساهمة في تنميتها لأجل الديمومة والاستمرار. كما أن معظم الدراسات تؤكد على أن الإطار القانوني الأمثل للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة هو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، غير أن شركة التضامن تعد منافسا لها في احتضان المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من خلال خصائصها^{٧٤}.

ب- **شركة التوصية البسيطة:** تقوم على الاعتبار الشخصي كذلك، لا تختلف عن شركة التضامن إلا من حيث نوع الشركاء، كونها تضم نوعين من الشركاء: شركاء متضامنين يسألون عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية مطلقة في أموالهم الخاصة، وشركاء موصون لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود حصصهم، لا يمكن تقديم حصصهم في عمل أو

يمارسون الإدارة أو يظهر اسمهم في عنوان الشركة مثل الشركاء المتضامنين، يمكن تداول أسهمهم بعد موافقة جميع الشركاء المتضامنين^{٧٥}.

وهو إطار قانوني مناسب لنشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كون هذه المؤسسات تقوم على الاعتبار الشخصي، غير أن الاعتبار المالي له دور مهم في حياة المؤسسة، وهو دور الشركاء الموصون في التمويل وتنمية رأس مال المؤسسة دون تدخل في الإدارة والتسيير التي توكل للشركاء المتضامنين، وبالتالي فهي تحافظ على التسيير السري والفعال من جهة والتمويل الجيد والسهل من جهة أخرى.

فالاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه الشركات يجعل منها إطارا مناسباً للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وداعماً لها، خاصة في ظل ازدواجية المالكين، هذا الإطار ينقلها إلى الوجود القانوني مثل شركات التضامن.

ج- شركة المحاصة: تعتمد في إنشائها على اتفاق بين الشركاء للقيام بنشاط اقتصادي خلال فترة زمنية محدودة، لتحقيق ربح معين يتم تقاسمه فيما بين الشركاء حسب اتفاقهم مع نهاية النشاط الاقتصادي، الذي أقيمت من أجله ثم تنتهي هذه الشركة، وهي شركة مستترة ليس لها حقوق ولا التزامات كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية^{٧٦}، تهتم أكثر بالنشاطات الموسمية مثل المحاصيل الزراعية، أو صناعة الأفلام والمسرحيات.

نظراً لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية لا يمكن لها أن تكون إطاراً قانونياً تمارس فيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها، وبالتالي لا تستطيع منح الشخصية القانونية للمؤسسة الصغيرة والمتوسطة، هذه الأخيرة التي لم يمنح لها القانون الشخصية القانونية.

٢- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كشركات أموال: وهي شركات تجارية تقوم في تكوينها على الاعتبار المالي، بمعنى أن قوامها يتمثل في تقديم الحصص المكونة لرأس المال، بصرف النظر عن شخصية الشركاء، ولا تتأثر الشركة بأهلية الشريك (وفاة، إفلاس، إعسار)، والتي لا تصلح كشكل قانوني تمارس فيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها إلا الأولى منها، نظراً لطبيعة تكوين رأسمالها، وتشمل الشركات التالية:

أ- شركة التوصية بالأسهم: تشبه شركة التوصية البسيطة، إلا أن حصص الشركاء الموصون تكون في شكل أسهم صغيرة القيمة ومتساوية العدد، يمكن تداولها والتنازل عنها بدون موافقة بقية الشركاء، أما الشركاء المتضامنين مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة في أموالهم الخاصة^{٧٧}، فهي شركة تتكون على الأقل من ثلاثة شركاء.

هذا النوع من الشركات له مميزات يجعله إطار قانوني مناسب لنشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، خاصة المتوسطة منها التي تطمح للنمو وتحقيق قفزة للوصول إلى مصاف المؤسسات الكبيرة، كون هذه الشركات لا ينعدم فيها الاعتبار الشخصي من خلال الشركاء المتضامنين، الذين يكتسبون الصفة التجارية، غير أن الاعتبار المالي له دور مهم في حياة المؤسسة، وهو دور الشركاء الموصون (لا يكتسبون الصفة التجارية) في التمويل وتنمية رأس مال المؤسسة دون تدخل في الإدارة والتسيير، وهو دور الشركاء المتضامنين، وبالتالي فهي تحافظ على التسيير السري والفعال من جهة، والتمويل الجيد والسهل من جهة أخرى، مثل شركة التوصية البسيطة.

ب- شركة المساهمة: هي شركات أموال بامتياز، تهدف إلى تجميع الأموال قصد القيام بمشروعات صناعية واستثمارية، وهي أداة للتطور الاقتصادي في العصر الحديث^{٧٨}، ينقسم رأسمالها إلى حصص، لا يقل عدد شركائها عن ٧٠^{٧٩}.

يتم تأسيس هذا من الشركات بطريقتين، الأولى من دون اللجوء للادخار العلني، أي من طرف المؤسسين فقط، وفي هذه الحالة لا يقل رأسمالها التأسيسي عن واحد مليون دج، وفي حالة اللجوء للادخار العلني، يجب حماية الجمهور وفق قواعد قانونية منظمة، تبدأ بعقد التأسيس، وبعد إغلاق الاكتتاب تستدعي الجمعية العامة، أما رأسمالها التأسيسي في هذه الحالة لا يجب أن يقل عن ٥٠ مليون دج^{٨٠}.

شكل هذه الشركات لا يناسب المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ولا يصلح لها كإطار قانوني لنشاطها، نظرا لانعدام الاعتبار الشخصي فيها وهو قوام المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، من خلال الدور الكبير لمالكها في الإنشاء والتسيير والديمومة، إضافة إلى ثقل وتعقد إجراءات الإنشاء والتسيير فيها بوجود جمعيات عامة ومجالس الإدارة والمديرين، كل ذلك يجعلها لا تتناسب مع خصائص المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التي تتميز بالبساطة والسهولة في الإنشاء والتسيير والاستغلال.

٣- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كشركات مختلطة: وهي ليست قسم جديد من الشركات ولكنها تمتاز بخصائص شركات الأشخاص، زيادة على مميزات شركات الأموال، وهو ما يجعلها قبلة للنشاطات الاستثمارية التي يحبها الأشخاص ذوو المدخرات البسيطة، وتكون فيها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، في شكل نوعين من الشركات:

أ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة: ظهرت في البداية بألمانيا في النصف الثاني للقرن ١٩، هي شركة تجمع ما بين خصائص شركة الأشخاص وشركة الأموال، نظمها المشرع

التجاري الجزائري، طرأت على أحكامها عدة تعديلات آخرها سنة ٢٠١٥، بزيادة عدد الشركاء بحد أقصى في حدود ٥٠ شريك، وعدم تحديد الحد الأدنى لرأسمالها، ومسؤولياتهم في حدود حصصهم، لا يكتسبون صفة التاجر، تتأسس بعقد تأسيسي من قبل الشركاء^{٨١}، وهي الخصائص التي تجعل منها ذات طابع هجين، وهو نوع مناسب كإطار قانوني لنشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كون الشركاء فيها يعرفون بعضهم، إضافة إلى القواعد القانونية التي تنظم تسييرها وإدارتها بشكل منضبط، يجعلها تستهوي المستثمرين الذين يجهلون علوم الإدارة والتنظيم، ويقدمون على وضع مدير على رأسها تم ضبط التزاماته قانونيا.

ب- المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة: ظهرت كذلك لأول مرة في القانون الألماني، نظمها المشرع التجاري الجزائري في سنة ١٩٩٦، بمناسبة تعديله للقانون التجاري^{٨٢}، ((...إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة... لا تضم إلى شخصا واحدا <كشريك وحيد> تسمى هذه الشركة مؤسسة الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة))^{٨٣}.

تتميز هذه الشركة بنفس خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، إضافة إلى خصائص مثل تأسيسها يكون من قبل شخص واحد وتكون لها ذمة مالية مستقلة عنه، يتحمل الخسائر في حدود ما قدمه من رأس مال الشركة من حصص فقط دون أن تمتد المسؤولية إلى ذمته المالية الشخصية، يمكن للشخص الطبيعي أن ينشئ شركة واحدة من هذا النوع، يقوم المالك بتأسيس هذه الشركة بإرادته المنفردة، بتخصيص جزء من أمواله لتكوين هذه الشركة^{٨٤}، يديرها بنفسه فيحقق نجاحات أفضل من خلال معرفته الشخصية لمختلف أوضاعه^{٨٥}.

إن هذا الإطار يعد الشكل القانوني الأمثل الذي تمارس في إطاره المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها، نظرا للخصائص التي تميزها وتتطابق تماما مع الخصائص المميزة لهذا النوع من المؤسسات من بساطة في الإنشاء والتنظيم والتسيير وديناميكية في الإنتاج^{٨٦}. كما أنها أكثر ملاءمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إن لم نقل الإطار القانوني الأصلح والأصح لها في المؤسسات التشاركية، كونها لا تحتاج إلى رؤوس أموال كبير للإنشاء ويبقى المالك مدير ومسير لمؤسسته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بما أن المشرع تدخل في آخر تعديل للقانون التجاري وألغى القواعد التي تحدد الحد الأقصى لرأسمالها ومبلغ الحصة فيها، كما يمكن إن تكون فيها حصة الشريك حصة يعمل في الشركة^{٨٧}.

في هذا المحور نخلص إلى أن الأنشطة الاقتصادية أيا كانت طبيعتها، يتم عن طريق المشروع أو المؤسسة، مهما كانت طبيعة ملكيته، فرديا كمؤسسة فردية، تكون شخصية المؤسسة الصغيرة والمتوسطة في الشخصية القانونية لمالكها، أو جماعيا كمؤسسة مشتركة، تكون شخصية المؤسسة الصغيرة والمتوسطة في الشخصية القانونية للشركة أو التجمع القانوني، وكلاهما لهما ذمة مالية مستقلة، انعكاسا لشخصيته القانونية التي تمارس في إطارها المؤسسة الصغيرة والمتوسطة نشاطاتها، وهذه الشخصية هي التجسيد القانوني للمؤسسة كوحدة إنتاج، لكي تحيا حياة قانونية، تكتسب من خلاله الحقوق وتتحمل من خلاله كذلك الحقوق.

وبالتالي نجد أن فكرة المشروع أو المؤسسة لاقت تطورا بعد عجز حلول القانونية التقليدية عن ملاحقة التطورات الاقتصادية، التي جعلت من المؤسسة مثل المؤسسة الصغيرة والمتوسطة وحدة إنتاج، أداة وإطارا للتنسيق بين أكثر من بنيان قانوني لإرساء الوحدة الاقتصادية وعمليات الإنتاج. لان إنتاج المشروع لا يأتي فقط من تجميع رأس المال، بل لا بد من إضافة الجهد البشري وتنظيم تلك العمليات وتفاعل رأس المال والعمل، وبذلك أصبحت فكرة المؤسسة أو المشروع تطلق على كل تنظيم يكون موضوعه الإنتاج^{٨٨}.

خاتمة.

إن إيجاد مفهوم شامل للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، صالح لكل زمان ومكان، يعتبر من أصعب الأمور إن لم يكن من المستحيلات بحسب نتائج هذا البحث، غير أن المشرع الجزائري في نص المادة ٠٥ من القانون رقم ٠٢/١٧، حاول وضع مفهوما لها في إطار خصوصية وحاجة الاقتصاد الجزائري، إضافة إلى الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها.

فإنه اعتمد كغيره من التشريعات الدولية على عدة معايير منها الاقتصادية كمعيار عدد العمال الذي تأثر فيه بالتشريع الأوروبي (٢٥٠ عامل)، بالرغم من خصوصية اقتصاد الجزائر، الذي لم تتضح معالمه جيدا في ظل الأزمات التي تلاحقه، فلا يمكن اعتبار المؤسسة المتوسطة في أوروبا مؤسسة متوسطة في الجزائر كذلك، نظرا لتفاوت نسبة النمو الاقتصادي بينهما، وهو ما يؤكد الالتزامات المرهقة للطرف الجزائري في إطار الاتفاقية الأوروبية، التي فرضت عليها ضرورة توفير الانسجام القانوني في تشريعاتها الوطنية وفق التشريعات الأوروبية (خاصة الاقتصادية)، أما معيار رقم الأعمال والحصيلة السنوية، التي تم رفعها إلى حدود ٠٤ مليار دج، بعدما كانت ٠٢ مليار دج في ظل قانونها السابق (١٨/٠١)، وهو ما يبين أن تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فعلا متغير زمانا ومكانا

بحسب الظروف، وهذه الزيادة تعكس بحث الدولة عن مزيدا من التمويل للنفقات العمومية في إطار السياسة الضريبية، بإخراج هذه المؤسسات من النظام الضريبي الجزافي، إلى النظام الضريبي الحقيقي، خاصة المتوسطة منها.

أما بخصوص الاستقلالية فنجد أن المشرع الجزائري، وضع حد أقل من ٢٥% من نسبة رأس مال المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، فلا يمكن لأي مؤسسة أو مجموع مؤسسات أخرى، امتلاك نسبة ٢٥% من نسبة رأس مال المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، غير انه تجاهل وضعية المؤسسة الصغيرة والمتوسطة التي تشترك فيها عدة مؤسسات بنسب اقل من ٢٥% من نسبة رأسمالها لكل مؤسسة، أو ما يعرف بالمؤسسة المصنفة التي وردت في التشريع الأوروبي أو امتلاك مؤسسات صغيرة ومتوسطة لرأس مال مؤسسات أخرى، لأجل الاستفادة من موارد الدعم تحت غطاء هذا النوع من المؤسسات، وتجاهله لنسبة امتلاك مؤسسات أخرى لحقوق أصوات داخل المؤسسة الصغيرة والمتوسطة مثل نظيره الأوروبي (كمصدر تاريخي للتشريع الجزائري في هذا القطاع).

إضافة إلى معيار نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المحدد بإنتاج السلع والخدمات، أي حصر نشاطاتها في عمليات الإنتاج لأجل خلق الثروة كون دورها اقتصادي واجتماعي بحث، وهو ما يستبعد عنها النشاط التجاري بالمفهوم الضيق (تبادل وتداول الثروة)، وفي هذه النقطة حسن ما فعل المشرع لأن الدوري الاقتصادي للمؤسسة الصغيرة والمتوسطة هو خلق الثروة وليس تداولها، وهو ما يحتم على الدولة إمدادها بمختلف الآليات لمساعدتها في تحقيق هذا أهدافها الاقتصادية والاجتماعية.

أما بخصوص الطبيعة القانونية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي امتنع المشرع الجزائري في تحديدها، وتركها عرضة للتجاذب بين مختلف الدراسات القانونية، مما يجعل هذه المؤسسات التي تمثل الواقع الاقتصادي تبحث عن وجودها القانوني، في ظل عدم كفاية قواعد القانون التقليدي عن احتواء ومسايرة الواقع الاقتصادي للمؤسسة الصغيرة والمتوسطة، عن طريق فكرة المشروع الاقتصادي التي اعتمدها كبنين قانوني صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، تنشط في إطاره هذه المؤسسات، هذه الفكرة تتوزع ما بين المؤسسة الفردية التي تستمد شخصيتها القانونية من الشخصية القانونية لمالكها (الشخص الطبيعي)، والمؤسسة المشتركة كشخصية معنوية تستمد منها شخصيتها القانونية ووجودها القانوني، وهو الخيار الذي يبقى لأصحاب المؤسسة الصغيرة والمتوسطة أو مالكها من اختياره كإطار قانوني لمشاريعهم ونشاطاتهم الاقتصادية، وهي الاختيارات التي تتحكم فيها عدة عوامل

أهمها: الضريبة والمسؤولية الجنائية كونها تتفاوت بين كلا الشكلين (المؤسسة الفردية، المؤسسة المشتركة)، وكذا المسؤولية المالية وتأثيراتها في حالة التعثر والإفلاس، وامتدادها إلى الذمة المالية الشخصية للمالك، إضافة إلى أهداف العمل والاستراتيجية، ودرجة السيطرة والتفرد في الإدارة والتسيير والتملك.

وفي الأخير ومن أجل ضبط تعريف مناسب للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة يناسب الواقع الاقتصادي الجزائري وبما يخدم أهداف التنمية، ويبين حقيقة المؤسسات المعنية باليات الدعم، نلتزم التوصيات التالية:

- ضرورة إعادة النظر في معيار عدد العمال، خاصة المصغرة أو التي سماها التشريع الأوروبي المنتهية الصغر التي لا تشغل أي عامل، فيما عدا المالك وهل يمكن اعتباره عامل أجير، بالرغم أن شخصيته القانونية هي التي تمنحها الوجود القانوني.
- إعادة النظر في الحد الأقصى لعدد العمال بتنزيله إلى حدود ١٠٠ إلى ١٥٠ عامل، نظرا للأعباء القانونية التي تتجم عن ذلك (المسؤولية الاجتماعية).
- ضرورة ضبط مفهوم الاستقلالية كمعيار معتمد في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، خاصة المؤسسات المترابطة فيما بينها بالشراكة في رأس المال.
- ضرورة ادراج حقوق التصويت في معيار الاستقلالية هذه المؤسسات التي تأخذ طابع الشركات، مثل ما جاء في التشريع الأوروبي المتعلق بتعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الجديد لسنة ٢٠٠٣.
- ضرورة ضبط طبيعتها القانونية بوضع الإطار القانوني الذي تعتمده لممارسة نشاطها، وتحديد أنواع الشركات التي يمكن لها أن تصلح كبنيان قانوني للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وكذا المؤسسة الفردية التي تستمد شخصيتها القانونية من الشخصية القانونية لمالكها الشخص الطبيعي، وتكون حسب طبيعة نشاطها (مدني، تجاري)، وهذا بإعادة النظر للطابع التجاري لبعض الأعمال التي تمارس بصفة منفردة.

الهوامش:

- ١- إقلولي/ ولد رابح صافية، << تكريس القانون الجزائري لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة >>، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٩، العدد ٠٢، ص ١١٢.
- ٢- عيسى بن ناصر، << حاضنات الأعمال كآلية لدعم وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة >>، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، ٢٠١٠، العدد ١٨، ص ٥٠.
- ٣- إقلولي/ ولد رابح صافية، المرجع السابق، ص ١١٢.
- ٤- عيسى بن ناصر، المرجع السابق، ص ٥١.
- ٥- قانون رقم ٠٢/١٧، المؤرخ في ١٠/٠١/٢٠١٧، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر، العدد ٠٢، ٢٠١٧.
- ٦- محمد عبد أبو سمرة، إدارة المشروعات، دار الراجية للنشر و التوزيع ، الأردن، ٢٠١٠، ص ٢١.
- ٧- فتحي السيد عبده ابو احمد سيد احمد، الصناعات الصغيرة والمتوسطة ودورها في التنمية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٨.
- ٨- عيسى بن ناصر، المرجع السابق، ص ٥١.
- ٩- المادة ١١، من قانون رقم ٠٢/١٧، المرجع السابق.
- ١٠- ترمول نصيرة، فعالية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ترقية الاستثمار الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣/٢٠١٤، ص ١٦.
- ١١- السعيد بربيش، <<مدى مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الخاصة التنمية الاقتصادية والاجتماعية: حالة الجزائر >>، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، نوفمبر ٢٠٠٧، ص ٦٢.
- ١٢- قانون رقم ٨٨/٠١، المؤرخ في ١٢/١٢/٢٠٠١، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر، العدد ٧٧، ٢٠٠١.
- ١٣- المادة ٠٤، من قانون رقم ١٨/٠١، المرجع السابق.
- ١٤ المادة ١٢، قانون رقم ٠٢/١٧، المرجع السابق.
- ١٥- المادة ٠٥، قانون رقم ٠٢/١٧، المرجع السابق.

- ١٦- أمر رقم ٦٥/٧٦، المؤرخ في ١٦/٠٧/١٩٧٦، المتضمن قانون تسمية المنشأ، ج.ر، العدد ٥٩، ١٩٧٦.
- ١٧- قانون رقم ٠٣/٠٩، المؤرخ في ٢٥/٠٢/٢٠٠٩، المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، العدد ١٥ / ٢٠٠٩.
- ١٨- أمر رقم ٠٣/٠٣، المؤرخ في ١٩/٠٧/٢٠٠٣، المتضمن قانون بالمنافسة، ج.ر، العدد ٤٣، ٢٠٠٣.
- ١٩- بوجلطي عز الدين، << البعد الاقتصادي في التعديل الدستوري ٢٠١٦ >>، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، العدد ٠٢، ٢٠١٧، ص ١١.
- ٢٠- بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، ٢٠١٢، ص ٣٠-٣٣.
- ٢١- المرجع السابق، ص ٣٤-٣٥.
- ٢٢- للمزيد انظر: نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري- المحل التجاري والعمليات الواردة عليه، طبعة ٢٠١٣-٢٠١٤، دار هومة، ٢٠١١، الجزائر، ص ٢٣-٢٤.
- ٢٣- المادة ٠٣ فقرة ١٠، قانون رقم ٠٣/٠٩، المرجع السابق.
- ٢٤- زهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٤٠.
- ٢٥- المادة ١٣٨، أمر رقم ٥٨/٧٥، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.
- ٢٦- محمد بودالي، <<مسؤولية المحترفين عن الأغراض التي تصيب الزبائن داخل المحال التجارية>>، مجلة الراشدية، المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي، معسكر، العدد ٠١، ٢٠٠٨، ص ١٢٣.
- ٢٧- أمر رقم ١٠/٠٥، المؤرخ في ٢٠/٠٧/٢٠٠٥، المتضمن تعديل القانون المدني، ج.ر، العدد ٤٤، ٢٠٠٥.
- ٢٨- المادة ٣٧، قانون رقم ٠٢/١٧، المرجع السابق.
- ٢٩- مرسوم تنفيذي رقم ٣٩/٩٠، المؤرخ في ٣٠/٠٢/١٩٩٠، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، العدد ٠٥، ١٩٩٠.

- ٣٠- مرسوم تنفيذي رقم ٢٦٦/٩٠، المؤرخ في ١٥/٠٩/١٩٩٠، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر، العدد ٤٠، ١٩٩٠.
- ٣١- أمر رقم ٠٦/٠٣، المؤرخ في ١٩/٠٧/٢٠٠٣، المتضمن قانون العلامات، ج.ر، العدد ٤٤، ٢٠٠٣.
- ٣٢- يستفاد ذلك من اللفظ المستعمل ((الاسيما)) في نص المادة ١٤٠ مكرر، قانون مدني جزائري.
- ٣٣- للمزيد انظر: - زهية حورية سي يوسف، <تعليق على نص المادة ١٤٠ مكرر تقنين مدني جزائري>>، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٧٠.
- ٣٤- باطلي غنية << نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر >>، مجلة الفكر، العدد ١٢، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص ٣٤٣.
- ٣٥- المادة ٣٦٤، من أمر رقم ٥٨/٧٥، المؤرخ في ٢٦/٠٩/١٩٧٥، المتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد ١٠١، ١٩٧٥، المعدل والمتمم.
- ٣٦- المادة ٠٥، أمر رقم ٠١/٩٦، المؤرخ في ١٠/٠١/١٩٩٦، المتضمن القانون المحدد للقواعد التي تحكم الصناعات التقليدية والحرف، ج.ر، العدد ٠٣، ١٩٩٦.
- ٢٧- المادة ١٠، أمر رقم ٠١/٩٦، المرجع السابق.
- ٣٨- المادة ٠٥، المرجع السابق.
- ٣٨- المواد ٢٠، ١٣، ٠٦، المرجع السابق.
- ٤٠- عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي - دراسة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ٢٠١٥/٢٠١٦، ص ٢٦.
- ٤١- المرسوم التنفيذي رقم ٣٣٩/٠٧، المؤرخ في ٣١/١٠/٢٠٠٧، المتضمن قائمة النشاطات الصناعية التقليدية والحرف، ج.ر، العدد ٧٠، ٢٠٠٧.
- ٤٢- بوجميل عادل، المرجع السابق، ص ٢٩.
- ٤٣- المادة ٣٧، قانون رقم ٠٢/١٧، المرجع السابق.
- ٤٤- ترمول نصيرة، المرجع السابق، ص ٣٢.
- ٤٥- إقولي/ ولد رايح صافية، المرجع السابق، ص ١٢٩.

- ٤٦- شاوي صباح، اثر التنظيم الإداري على أداء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة- دراسة تطبيقية لبعض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بولاية سطيف، مذكرة ماجستير، تخصص اقتصاد وتسيير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف، ٢٠٠٩/٢٠١٠، ص.١٧٦
- ٤٧- كريم كريمة، المؤسسة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة الإطار القانوني للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2014. ص.١١
- ٤٨- ترمول نصيرة، المرجع السابق، ص.٣٢
- ٤٩- بو البردعة نهلة، الإطار القانوني لدعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، ٢٠١١/٢٠١٢، ص.٩٦
- ٥٠- إقلولي/ ولد رباح صافية، <>المقابلة الخاصة متعامل اقتصادي في التشريع الجزائري<<، الملتقى الوطني الموسوم ب: الآليات القانونية لإنعاش الاقتصاد الجزائري في ظل الإصلاح الدستوري ٢٠١٦، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، يوم ٢٩ أفريل ٢٠١٨.
- ٥١- تشير الإحصائيات التي تصدر عن الوزارة المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بصفة دورية (سداسيا، سنويا) على أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العمومية في تراجع وتقهقر، وهو ما توضحه النشرة الإحصائية الخاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الصادرة عن ذات الوزارة، نوفمبر سنة ٢٠١٦، العدد ٢٩ (تم تسجيل ١٠١٤٠٧٥ م.ص.م، من بينها ١٠١٣٦٣٧ مؤسسة تابعة للقطاع الخاص، و ٤٣٨ تابعة للقطاع العمومي)، أما الأخرى الصادرة خلال نوفمبر ٢٠١٧، العدد ٣١، فتبين الزيادة الطفيفة في عدد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، أين تم تسجيل ١٠٦٠٢٨٩ م.ص.م، تمثل منها ١٠٦٠٠٢٥ مؤسسة تابعة للقطاع الخاص، و ٢٦٤ مؤسسة تابعة للقطاع العمومي.
- ٥٢- المادة ٠٢، أمر رقم ٠٣/٠٣، المرجع السابق.
- ٥٣- المادة ٥٤٩، أمر رقم ٥٨/٧٥، المرجع السابق.
- ٥٤- المادة ٠٢، أمر رقم ٥٩/٧٥، المؤرخ في ١٩٧٥/٠٩/٢٦، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، العدد ١٠١، ١٩٧٥، المعدل والمتمم.
- ٥٥- المادة ٤١٦، وما يليها من الأمر رقم ٥٨/٧٥، المرجع السابق.
- . المادة ٥٤٤، وما يليها من الأمر رقم ٥٩/٧٥، المرجع السابق.

- Robert PAPIN, LA création d'entreprise- créer, gérer, ٥٦ développer, reprendre, DUNOD- éditeur de savoir, Malakoff, France, 2015, P P315-316.
- ٥٧- شهرزاد برجى، إشكالية استغلال مصادر تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة ماجستير، فرع مالية دولية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة تلمسان، ٢٠١٢، ص ٣٨.
- Robert PAPIN, op.cit., pp 316-317. ٥٨
- Robert PAPIN, op.cit., p317. ٥٩
- ٦٠- إقلولي/ ولد رابح صافية، <<تكريس القانون الجزائري لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة>>، المرجع السابق، ص ١٢٣.
- ٦١- أمر رقم ٠١/٩٦، المؤرخ في ١٠/٠١/١٩٩٦، المتضمن القانون المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج.ر، العدد ٠٣، ١٩٩٦.
- ٦٢- المادة ١٨٨، أمر رقم ٥٨/٧٥، المرجع السابق.
- ٦٣- حددت معاييرهما المادتين ٠٩ و ١٠، قانون رقم ٠٢/١٧، المرجع السابق: الأولى تشغل من ١٠ عمال إلى ٤٩ عامل أو مجموع رقم الأعمال لا يتجاوز ٤٠٠ مليون دج أو حصيلة السنوية ٢٠٠ مليون دج، والثانية تشغل من عامل إلى ٠٩ عمال ومجموع رقم الأعمال لا يتجاوز ٤٠ مليون دج او مجموع حصيلتها السنوية ٢٠ مليون دج.
- ٦٤- المادة ٠٢، قانون رقم ٢١/٩٠، المؤرخ في ١٢/٠٤/١٩٩٠، المتعلق بالجمعيات، ج.ر، العدد ٥٣، ١٩٩٠.
- ٦٥- للمزيد انظر- توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٤-٦.
- ٦٦- بو جميل عادل، المرجع السابق، ص ١٧.
- ٦٧- علي عصام غصن، الشركات المدنية- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١١، ص ص ٢٠-٢١.
- ٦٨- المادة ٥٤٤، أمر رقم ٥٩/٧٥، المرجع السابق.
- ٦٩- علي عصام غصن، المرجع السابق، ص ص ٢٢-٢٤.
- ٧٠- المادة ٤١٦، أمر رقم ٥٨/٧٥، المرجع السابق.

- ٧١- المادة ٥٤٩، أمر رقم ٥٩/٧٥، المرجع السابق.
- ٧٢- نسرين شريفي، سلسلة مباحث في القانون- الشركات التجاري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٤٦.
- ٧٣- المرجع السابق، ص ص٤٧-٤٩.
- ٧٤- إقلولي/ ولد رايح صافية، <تكريس القانون الجزائري لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة>>، المرجع السابق، ص.١٢٥
- ٧٥- للمزيد انظر المواد من ٥٦٣ مكرر إلى ٥٦٣ مكرر ١٠، أمر رقم ٥٩/٧٥، المرجع السابق.
- ٧٦- للمزيد انظر المواد من ٧٩٥ مكرر ١ إلى ٥٩٧ مكرر ٥، المرجع السابق.
- ٧٧- للمزيد انظر المواد ٧١٥ ثالثا إلى ٧١٥ ثالثا ١٠، المرجع السابق.
- ٧٨- نسرين شريفي، المرجع السابق، ص ٦٣.
- ٧٩- للمزيد انظر المواد ٥٩٢ إلى ٥٩٤، أمر رقم ٥٩/٧٥، المرجع السابق.
- ٨٠- للمزيد انظر المواد من ٥٩٤ إلى ٦٠٠، المرجع السابق.
- ٨١- للمزيد انظر المواد من ٥٦٤ إلى ٥٩١، المرجع السابق.
- ٨٢- أمر رقم ٢٧/٩٦، المؤرخ في ٠٩/١١/١٩٩٦، المتضمن تعديل القانون التجاري، ج.ر، العدد ٧٧، ١٩٩٦.
- ٨٣- المادة ٢/٥٦٤، أمر رقم ٥٩/٧٥، المرجع السابق.
- ٨٤- للمزيد انظر المواد ٥٦٤ إلى ٥٩١، المرجع السابق.
- ٨٥- إقلولي/ ولد رايح صافية، <تكريس القانون الجزائري لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة>>، المرجع السابق، ص.١٢٥
- ٨٦- للمزيد انظر: كريمة كريم، المرجع السابق.
- ٨٧- قانون رقم ١٥/٢٠، المتضمن تعديل القانون التجاري.
- ٨٨- احمد محمد محرز، المشروع التجاري- عناصره والتزاماته، دار الكتاب الحديث، الكويت، ١٩٩٧، ص ٢٩.

تسبب الأحكام القضائية دراسة تحليلية وتطبيقية

دكتور

محمد مبروك الشيخ

مدرس قانون المرافعات

كلية الحقوق – جامعة الزقازيق

مقدمة عامة :

لقد لعبت قواعد الشكل دورا كبيرا في الأنظمة القانونية القديمة، فكانت إجراءات المحاكمة تتم وفق إجراءات شكلية محددة لكي تكفل تحقيق العدالة وكانت الشكلية تعد الأمر الضروري والكافي لانعقاد التصرف وإحداث آثاره القانونية دون النظر للإرادة . وقد ساد هذه الأنظمة نظام الإثبات المقيد فلم يكن للقاضي حرية في الإقتناع بل كان مقيدا في حكمه باتباع وسائل محددة في القانون فيما يعرف بنظام الإثبات بالأدلة القانونية.

ومع مطلع القرن التاسع عشر أصبحت الشكلية عاجزة عن تحقيق العدالة بعد أن تعاطم دور الإرادة وساد نظام الإثبات الحر الذي بموجبه أصبح القاضي يتمتع بحرية في الإقتناع ، ولذلك كان لابد من إيجاد وسيلة لضبط هذه الإرادة الإنسانية وضمان عدم إنحرافها وتحكمها وتحقيق التوازن بين حرية القاضي في الإقتناع وضمان عدم تجاوز هذه الحرية للغاية المرجوة منها .

وتبدو هذه الوسيلة فيما يفرضه قانون المرافعات المدنية من ضمانات محددة لازمة في العمل القضائي ومن هذه الضمانات ضمانة التسبب الموضوعي، فحتى يحقق العمل القضائي غايته لابد أن يكون رأي القاضي صحيحا من حيث الواقع ، وبالتالي فإن التسبب يشكل قيدا على سلطة القاضي في التحقق من الوقائع، وبتيح مراقبته للتحقق من أن رأيه قد جاء نتيجة معقولة لفحص جدي ودقيق لعناصر القضية ، وأنه نتيجة إقتناع بمقدمات واضحة وليس تحت تأثير عاطفة عارضة أو فكرة مبهمة، وبهذا نضمن أن يكون رأي القاضي على أساس سليم ، ولذلك أصبح التسبب إلتزاما قانونيا عند أغلب الدول وإلتزاما دستوريا عند بعضها الآخر وهناك دول رأت أن التسبب من المسلمات التي لا تحتاج إلى نصوص قانونية تلزم به .

ولم يقف الأمر عند مجرد الإلتزام القانوني بالتسبب ولكن تجاوز ذلك إلى ضرورة أن تتصف هذه الأسباب بالكفاية والمنطقية فالأسباب يجب أن تكشف عن جوهر النشاط الذهني للقاضي الذي أدى به إلى الحكم الذي نطق به، ويعد الإلتزام بالتسبب في التشريعات الحديثة ضمانة طبيعية للخصوم وهو بذلك يتساوى مع الحقوق العامة.

وعليه فالتسبب هو وسيلة الخصوم للتحقق من عدالة الأحكام التي تصدر في حقهم ، فمتى كانت هذه الأحكام عادلة قبلوها ورضوا بها، ومتى كانت جائزة رفضوها بالطعن فيها أمام محكمة الطعن لذلك كله لابد من وجود ضابط يسير عليه القضاة ويرجع إليه الخصوم.

ومن هنا تتكشف لنا أهمية التسبب، فهو ضمان لعدم القضاء بناء على هوى أو ميل شخصي من جانب القاضي، مما يشكل قيوداً على سلطة القضاء، ويدفعهم إلى الحرص والفتنة عند إصدار الأحكام، فتكتسب بذلك أحكامهم قوة ومثانة.

وبالتسبب لا تكون الأحكام سلطة يحتج بها القاضي وحسب، وإنما يجعلها وسيلة لإقناع الخصوم وغيرهم، فيكون التسبب بذلك قد حقق توازناً قانونياً وأخلاقياً في المجتمع.

كما أن التسبب يؤدي إلى صيانة حق الدفاع، ذلك الحق الذي يعد مبدأً إجرائياً عاماً وحقاً يقرره القانون الطبيعي، وذلك لأن القاضي ملزم أن يبين في أسباب حكمه الأسباب الواقعية والتي يتكشف منها مدى إحترامه لحقوق الدفاع.

والتسبب ضروري لاستعمال الحق في الطعن، فبمعرفة الأسباب الواقعية والقانونية، يستطيع الخصوم معرفة ما شاب الحكم من عيوب، ومن ثم يتمكنوا من إستخدام الطرق المقررة قانوناً للطعن به.

كما أن تسبب الأحكام يفتح الطريق أمام محكمة النقض لمراقبة المحاكم في كيفية فهمها لواقع الدعوى، والأدلة المقدمة فيها، ولن تؤتي هذه الرقابة ثمارها إلا إذا كانت الأحكام مسببة تسبباً كافياً، فبدون التسبب تعجز محكمة النقض عن أداء دورها في الرقابة على صحة الأحكام.

ونضيف إلى ما تقدم أن للتسبب دوراً هاماً في إثراء الفكر القانوني وتقدمه، ذلك أن الفقه يحل أحكام القضاء ليصل إلى التفسير القضائي للتشريع، وهذا لا يكون إلا إذا كانت الأحكام قد سببت تسبباً كافياً يمكن من خلاله الوقوف على التفسير الذي إعتدته المحكمة للنص القانوني المنطبق على الواقعة محل النزاع، والتفسير القضائي للتشريع يسهم في سد النقص في التشريعات من جهة، وتحديثها من جهة أخرى.

ولكل ماتقدم.. فقد آثرنا أن نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : ماهية تسبب الأحكام القضائية .

المبحث الثاني: نطاق الإلتزام بالتسبب في الأحكام القضائية .

المبحث الثالث: عيوب التسبب .

المبحث الأول

ماهية تسبیب الأحكام القضائية

تمهید وتقسیم :-

إذا كان التسبیب من الضمانات الجوهرية التي منحها القانون للأحكام ، فإن هذه الأهمية تتجلى لأطراف عديدة ضمن الدعوى المدنية وما يحيطها ، وما جعلها المشرع شرطاً من شروط صحة الحكم ، إلا بسبب إيمانه العميق بأهمية وضرورة التسبیب . وفي ضوء ذلك ، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول ، مفهوم تسبیب الأحكام القضائية وأهميته ، بينما نتناول في المطلب الثاني ، كيفية تسبیب الأحكام .

المطلب الأول

مفهوم تسبیب الأحكام القضائية وأهميته

الفرع الأول

مفهوم تسبیب الأحكام القضائية

بالنظر لأهمية موضوع التسبیب سواء أكان في الجانب النظري أم في الجانب العملي فلا بد إذن من تعريفه لغة ، واصطلاحاً .
أولاً: تعريف التسبیب لغة :

السبب في اللغة هو الحبل، وكل شئ يتوصل به إلى غيره يسمى سبباً، يقال: انقطع السبب أي الحبل. كما يقال: ما لى إليه سبب أي ما لى إليه طريق كما يقال: انقطع بينهم السبب أو انقطعت بينهم الأسباب أي الوصل. ويقال: سبب الأسباب أي أوجدها وسبب الحكم أي ذكر أسبابه^١ .

أما في اللغة الفرنسية، فقد ظهر لفظ بسبب (Motiver) لأول مرة كاصطلاح لغوي في القرن الثامن عشر، وكان يقصد به تضمين الحكم الأسباب التي أدت إلى وجوده، وقد عاصر ميلاده ميلاد لفظ آخر هو لفظ مسبب (Motive) أي إشتمال الحكم فعلاً على الأسباب التي أدت إلى صدوره .

والسبب في الشرع هو ما جعله الشارع علامة على سببه وربط وجود السبب بوجوده فيلزم من وجود السبب وجود المسبب، ومن عدمه عدمه : كالوقت جعله الشارع سبباً لإيجاب إقامة الصلاة، وكشهود هلال رمضان جعله الشارع سبباً لإيجاب صومه، وكالسرقة جعلت

١ - العلامة أبي الفضل جمال الدين ابن منظور - لسان العرب - المجلد الثاني - دار بيروت -

سببا لإيجاب قطع يد السارق، وكالبيع لإثبات الملك وزواله، والزواج لإثبات الحل والطلاق لإزالته، وكالقتل العمد سببا لوجود القصاص .

ثانيا: تعريف التسبب إصطلاحا :

التسبب إصطلاحا هو مظهر قيام القاضى بما عليه من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر للتعرف على الحقيقة التى تكشف عنها أحكامه^١ . وبمعنى آخر، إيراد الحجج والأسانيد التى تستند عليها المحكمة فى حكمها لتصل إلى ما انتهت إليه فى منطوقها^٢ . فالمقصود إذن من تسبب الحكم هو بيان الأسباب التى جعلت المحكمة ترجح رأيا دون آخر، وتفند الدفوع التى أوردها الخصوم .

وقد أوجب قانون المرافعات تسبب الأحكام، إذ نصت المادة ١٧٦ منه على أن " يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة " . كما نصت المادة ١٧٨ من القانون ذاته فى فقرتها الثانية والثالثة على أن : " يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه .

وفى ضوء هاتين المادتين، أوجب المشرع على القاضى، تسبب الحكم الذى يصدره فى الدعوى، هادفا من وراء ذلك التحقق من إطلاع القاضى على كل ما يتعلق بالدعوى، وقد استخلص وقائعها ووضع يده على مواطن النزاع والخلاف بين الطرفين، وأنه لم يغفل أو يهمل أى دفاع جوهري للمتخاصمين، وقد كيف الدعوى التكييف القانونى الصحيح، وهو بذلك يكون قد أحاط بوقائع الدعوى من جميع جوانبها.

ومن هنا تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين الأسباب المتعلقة بوقائع الدعوى، وتلك المتعلقة بالقانون .

فيراد بالأسباب القانونية، بيان الحجج القانونية أو المبدأ القانونى الذى يصدر الحكم تطبيقا له . أما الأسباب الواقعية فهى بيان الوقائع والأدلة التى يستند إليها الحكم فى تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية^٣ . حيث لا يكفى فى تسبب الحكم سرد الوقائع القانونية التى بنى عليها فقط .

١ - د. احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - منشأة المعارف فى الأسكندرية - ط ٣ - ١٩٨٠ - ص ١٨٣ .

٢ - د. احمد السيد صاوي - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - ط ٢ - دار النهضة العربية -

القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ٧١٨ .

٣ - د. وجدي راغب فهمي - النظرية العامة للعمل القضائي - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٧٤ - ص ٥ .

والأسباب القانونية تختلف عن الأسباب الواقعية للحكم فى أن القصور فى بيان أسباب الحكم الواقعية يجعل الحكم باطلا، فى حين أن القصور فى بيان الأسباب القانونية لا يجعل الحكم باطلا، إذا كانت المحكمة قد وصلت إلى النتيجة القانونية الصحيحة، لأن الغاية الأساسية بالنسبة للمحكمة، هى الوصول إلى الحكم القانونى الصحيح فى منطوقه، لذلك فإن على المحكمة أن تبين - لتسبب حكمها - ما تستند عليه من الوقائع التى ثبتت لديها من الخصومة^١، وتطبيق القواعد القانونية على هذه الوقائع، ويجب على المحكمة أيضا أن تبين الأدلة التى أقيمتها بثبوت تلك الوقائع، ولها فى هذا أن تشير إلى المستندات المقدمة إليها من الخصوم^٢.

خلاصة ما سبق، هو أن القصور فى الأسباب الواقعية يؤدى إلى بطلان الحكم، بينما لا يؤثر فى الحكم أن يقع فى أسبابه خطأ فى القانون مادام لا يؤثر فى النتيجة السليمة التى انتهى إليها .

ولتجنب القصور فى الأسباب الواقعية، يجب أن تكون هذه الأسباب كافية وغير مبهمه أو غامضة . لذلك لا يكفى لصحة الحكم أن يتضمن قيام الدعوى على أساس صحيح أو عدم صحة الدفع دون بيان كيفية التوصل إلى هذه النتيجة . وينبغى أن تكون الأسباب الواقعية منطقية بأن تؤدى أدلة الحكم إلى النتيجة التى توصلت إليها المحكمة فى حكمها .

١- د. عبد المنعم الشرقاوي ، د. فتحي والي - المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - ١٩٧٧ - ص - ١٩٨ .

٢- نقض مدنى - ١٥ فبراير - ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣١٦٨ - منشور لدى د. عبد المنعم الشرقاوي ، د. فتحي والي - المرجع السابق - ص ١٩٨ .

الفرع الثاني

أهمية التسبب

يحقق تسبب الأحكام أغراضاً متعددة منها ما يتصل بالقاضي مصدر الحكم فيدعوه واجب تسبب أحكامه إلى الروية والأناة، وبذل غاية الجهد في أن تأتي هذه الأحكام عنواناً للحقيقة . ومنها ما يتصل بالخصوم في الدعوى المطروحة عليه وبغيرهم ممن يطالعون أحكامه حيث تظمن أنفسهم بأسباب الحكم المبررة إلى أن القاضي فيما قضى به كان مجرياً أحكام القانون . ومنها ما يتعلق بتيسير سبل الطعن في الأحكام، وتمكين محاكم الطعن من مراقبة مدى سلامة تطبيق القانون^١ . ومن أهداف تسبب الحكم إثراء الفكر القانوني بما تجرى به أسباب الأحكام من تفسير للغامض من نصوص القانون، وتطبيق للمجرد من قواعده، وتفصيل للمجمل من أحكامه . ونعرض لكل من هذه الأهداف بشئ من التفصيل :

أولاً: حمل القاضي على بذل الجهد في تمحيص القضايا :-

إن الشارع إذ أوجب على المحاكم أن تكون أحكامها مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها لم يكن قصده من ذلك استتمامها من حيث الشكل، أو أن يعلم من حكم لماذا حكم، وإلا لكان إيجاب التسبب ضرباً من العبث، وإنما كان قصده من وراء ذلك حمل القضاة على بذل الجهد في تمحيص القضايا لتجئ أحكامهم ناطقة بعدالتها وموافقتها للقانون، والتسبب من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة^٢، إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث، وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من القضايا، وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد لأنه كالعذر فيما يرتأونه يقدمونه بين أيدي الخصوم والجمهور، وبه يرفعون ما قد يرين على الأذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين .

كذلك يتحقق - بتسبب الأحكام - إستيثاق القاضي نفسه من أنه عند فهمه لواقع الدعوى التزم بطلبات الخصوم وفحص دفعوهم والجوهري من دفاعهم، ولم يغفل عن الإحاطة بشئ من ذلك الذي طرحه عليه، وأنه لدى السير في الدعوى مكن الخصوم جميعاً

١ - قضت محكمة النقض بأن المستفاد من المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أنه يجب أن يشتمل الحكم فضلاً عن عرض موجز للوقائع على الحجج الواقعية والقانونية التي قام عليها بما تتوافر به الرقابة على القاضي، والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه، والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه، وحتى لا يصدر الحكم عن رعونة وتحت تأثير عاطفة عارضة أو شعور وقتي وحتى يكون موضع احترام وطمأنينة لوضوح الأسباب التي دعت لإصداره، وليتمكن الخصوم من دراستها قبل الطعن فيه . نقض ١٩٩٧/١٢/٢٥ - الطعن ١٠١٩ لسنة ٦٦ .

٢ - م.حامد، د.محمد حامد فهمي - تسبب الأحكام في المواد المدنية - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة - العددان الأول والثاني - يناير وفبراير سنة ١٩٣٥ .

من حقوقهم في الدفاع، وأنه وهو في مقام التثبت من صحة الواقع المطروح عليه أخذ بالدليل المعتمد في نظر الشارع، والتزم قواعد الإثبات المقررة قانوناً، ولدى تكييفه ما ثبتت صحته وتأكد صدقه من ذلك الواقع وصفه وصفه الصحيح في القانون، وعند إنزاله أحكام القانون على ما حصله من فهمه للواقع في الدعوى وتكييفه طبق القواعد القانونية واجبة التطبيق .

ثانياً . إطمئنان الخصوم إلى عدل القاضى وحيدته :-

لما كانت الحقيقة مطلب الأسوياء من البشر فإنهم يحرصون كل الحرص على تتبع مسيرتها . للإستيثاق من أن الحكم هو عنوان الحقيقة ومن ثم فإن الأحكام يجب أن تحمل بذاتها ما يطمئن المطلع عليها إلى أن المحكمة - قد فحصت الأدلة المقدمة إليها، وحصلت منها ما تؤدى إليه، وذلك باستعراض هذه الأدلة والتعليق عليها بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة حتى تتوافر الرقابة على عمل القاضى والتأكد من حسن إستيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه^١ .

فيجب لسلامة الحكم ألا يصدر على أساس فكرة مبهمة أو غامضة لم تتضح معالمها أو خفيت تفاصيلها . وإنما يتعين أن يشتمل بذاته على ما يطمئن المطلع عليه إلى أن المحكمة فحصت الأدلة التي قدمت إليها وحصلت منها ما يؤدى إليه، وذلك باستعراض هذه الأدلة والتعليق عليها بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة^٢ .

حتى في الفروض التي لا ترجح فيها كفة الحق في ميزان العدل، ولا يجد صاحب الحق أن الحكم قد أغنمه شيئاً رآه حقه، ورآه الحكم من حقوق خصمه ففي تسبب الحكم ما قد يطمئنه إلى أن هذا الخصم كان أقوى منه حجة وأقدر على تهيئة الدليل وتسخيره خدمة لدعواه . وصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ قال لرجلين اختصما إليه : " لعل أحدكما أن يكون ألحن بحجته من الآخر، فمن قضيت له بشئ من حق أخيه، فإنما أقطع له قطعة من النار " .

ثالثاً : تمكين محكمة الطعن من رقابة عمل القاضى :-

مراقبة تطبيق القانون وتقرير أو نفي المدعى به من مخالفة أحكامه لا تتم إلا من خلال النظر في أسباب الأحكام^٣ ووقفاً على ما إذا كان القاضى قد بحث النزاع المطروح عليه بحثاً دقيقاً وأوفى طلبات الخصوم ودفعهم ودفاعهم الجوهري ما يقتضيه من العناية والتمحيص، وتعرفاً على ما إذا كان القاضى قد فطن لفحوى ما قدم إليه من أدلة وأقسطها

١ - نقض ١٩٨٩/٣/١٩ - الطعن ٢٦٤٤ لسنة ٥٨ ق .

٢ - د. احمد ابو الوفا- نظرية الأحكام - المرجع السابق - ص ١٦٧ .

٣ - م. جامد ، د. محمد حامد فهمي - الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - طبعة ١٩٣٧ - ص ٣ .

حقها من البحث وعنى بتحقيقها وأخذ بالدليل المباح أو المعتبر فى نظر القانون وأطرح ما عده من الأدلة غير المباحة أو غير المشروعة واستيثاقا مما إذا كان قد حصل فهم الواقع فى الدعوى تحصيلا صحيحا وأضفى على ما تأكد صدقه وثبتت صحته من هذا الواقع التكييف القانونى الصحيح ثم أنزل عليه من بعد أحكام القانون واجبة التطبيق، أم أنه إنحرف عن ذلك فشد فهمه للواقع وأخطأ فى التكييف فاعوج نتيجة ذلك الخطأ وهذا الشذوذ تطبيقه للقانون .

ومن ثم فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٩٧٣/١٣ بمناسبة تعديل المادة ١٧٨ من قانون المرافعات إن " الغاية الأساسية من تسييب الحكم هى الرقابة على عمل القاضى، والتحقق من حسن إستيعابه لوقائع النزاع، ودفاع طرفيه، والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه " .

ذلك أن تقرير أو نفي المدعى به من مخالفة القانون لا تتسنى كما أسلفنا بمجرد مطالعة منطوق الحكم وإنما تتأتى بمعرفة الدوافع التى قادتته إلى قضائه .

رابعا : إثراء البحث العلمى لدى المشتغلين بالقانون :-

لا جدال فى أن الأحكام القضائية تثرى الفكر القانونى بما تشتمل عليه من تفسير لما قد يستعصى فهمه من أحكام القانون، وتفصيل لما يرد مجملا من هذه الأحكام . فمن خلال النظر فى الأسباب تستقى الكثير من الأفكار، وتستخلص منها نظريات، وتتناولها بالبحث اجتهادات، وتوضع استهداء بها - ضوابط ومعايير لتطبيق نصوص القانون .

خامسا : تيسير سبيل الطعن فى الحكم :-

إذا كان القانون قد أوجب على الطاعن أن يبين العيب الذى يعزوه إلى الحكم المطعون فيه، وموضعه منه، وأثره فى قضائه، وكان الأصل فى كتابة منطوق الحكم هو الإيجاز، فإن سبيل الطعن فيه لا يكون ميسورا إلا بالوقوف على أسبابه ومعرفة المقدمات التى خلص منها القاضى إلى النتيجة التى إنتهى إليها، فمن خلال هذه الأسباب يستطيع المحكوم عليه التعرف على ما كان دعامة للحكم، والوقوف على مدى إمام المحكمة بواقع الدعوى وبالأدلة المطروحة عليها وكيفية تحقيقها، ومدى صحة تكييف القاضى لما حصله من فهم ذلك الواقع، وما إذا كانت القواعد القانونية التى طبقها هى القواعد واجبة التطبيق .

ومما قضت به محكمة النقض فى هذا الصدد أنه يجب يشتمل الحكم - فضلا عن عرض موجز للوقائع - على الحجج الواقعية والقانونية التى قام عليها بما تتوافر به الرقابة

على عمل القاضى والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه، وحتى لا يصدر الحكم عن رعونة وتحت تأثير عاطفة عارضة أو شعور وقتى، وحتى يكون موضع احترام وطمأنينة لوضوح الأسباب التى دعت لإصداره وليتمكن الخصوم من دراستها قبل الطعن فيه .

المطلب الثانى

كيفية تسبب الأحكام

لم يعمد المشرع إلى الحد من حرية القاضى فى تسبب حكمه فلم يجر نص فى القانون بضرورة إفراغ أسباب الحكم فى شكل معين أو وفقا لترتيب خاص، وإنما ترك الخيار للقاضى يسبب حكمه بالكيفية التى يراها وعلى النحو الذى يريده .

كل ما يتطلبه القانون هو أن تصلح الأسباب مبررات لما جرى به قضاء الحكم وأن تكفى لحمل النتيجة التى إنتهى إليها ولو صيغت هذه الأسباب فى عبارات موجزة ما دامت تقى بالعرض من التسبب . ومن ثم فقد تعددت طرق التسبب فكما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ولا يعيب الحكم أن يسوق أسبابا عامة كمبررات لقضائه .

كذلك فإنه لا يبطل الحكم أو يجعله خاليا من الأسباب إحالته على أسباب حكم آخر أو على تقرير خبير قدم فى الدعوى، أو على أية ورقة أخرى تجادل الخصوم فى دلالتها . وتفصيلا لما تقدم نعرض لما يجرى عليه العمل فى كيفية تسبب الأحكام فى فروع ثلاثة، نتناول فى الفرع الأول التسبب الصريح والتسبب الضمنى، بينما نعرض فى الفرع الثانى للأسباب العامة، وأخيرا نتصدى فى الفرع الأخير من هذا المطلب للتسبب بالإحالة .

الفرع الأول

التسبب الصريح والتسبب الضمنى

قد تذكر الأسباب فى الحكم صراحة فيسوق القاضى مبررا لكل جزء من أجزاء حكمه، وقد تذكر أسباب جزء من الحكم صراحة وتفهم أسباب القضاء فى الجزء الآخر ضمنا^١، ذلك أنه إلى جانب المعنى الذى يفهم أصالة مما صرح به القاضى فى أسبابه فهناك معان تفهم من السياق تبعا وأخرى تفهم بإمعان النظر وإعمال الفكر باعتبارها معان لازمة لتلك التى صرح بها القاضى فى أسباب حكمه، فالدال على الملزوم كما يقال - دال على لازمه . كذلك فثمة معان تفهم من روح الصريح من الأسباب ومعقولة، ومن هذا

١ - م.حامد ، د.محمد حامد فهمى - تسبب الأحكام - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة - العددان الأول والثانى - يناير وفبراير سنة ١٩٣٥ - ص ٦١٣ .

القبيل: القياس الجلى لاتحاد العلة، والقياس من باب أولى . كما أن هناك معانى لا تستقيم العبارات الصريحة إلا بتقديرها فتدل عليها هذه العبارات الصريحة بطريق الإقتضاء فيكون فى قبول الطلب رفض للدفع، وفى رفض الطلب قبول للدفع أو لوجه من وجوه الدفاع . وقد عرف الفقيه الفرنسى " Glasson " الأسباب الضمنية بأنها تلك التى تنتج من مجموع الحكم إذا كان لا يتضمن بشكل واضح وصريح أسبابا خاصة بكل عنصر من عناصره^١ .

وقال الفقيه " Ernest Faye " إن السبب الضمنى يوجد فى إحدى حالتين : أولاهما : وجود رابطة مباشرة من شأنها أن توحد بين السبب والمنطوق . والثانية : إذا كان يمكن استخلاص وجود الأسباب الضمنية من طريق الإستدلال، ويكون ذلك إما لأن الأسباب التى برر بها القاضى قضاءه فى بعض الطلبات، تصلح تبريرا لقضائه فى الطلبات الأخرى، وإما لأن الأسباب التى تبرر الحكم فى مجموعته تصلح تبريرا للحكم فى الطلبات التى لم تسبب بأسباب خاصة^٢ .

وعلى ذلك، فحسب المحكمة أن تذكر فى حكمها أسباب عدم قبول طلب رد عين معينة لتصلح هذه الأسباب تبريرا لقضاها برفض طلب ريع هذه العين مدة الغصب المدعى به، ذلك أن الطلب الثانى ينزل من الطلب الأول منزلة التابع من المتبوع فيأخذ حكمه قبولا ورفضاً بطريق الإقتضاء^٣ .

كذلك فإنه إذا إنتهت المحكمة إلى ثبوت صحة واقعة ما، فإن لازم ذلك أن الأسباب التى أقامت عليها قضاءها فى هذا الصدد، تصلح ردا على ما يكون قد طرح فى الدعوى من أدلة تناهض ذلك الثبوت .

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين أن تشتمل أسباب الحكم الصريحة على ما يمكن حمل القضاء الضمنى عليه، وإلا كان الحكم قاصر التسبب متعين النقض، ذلك أن قصور الأسباب الصريحة عن حد الكفاية فى حمل ما قضت به المحكمة ضمنا يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون .

١ - Glasson , Tissier et Morel:Traite theorique et pratique d'organisation judiciaire de competence et de procedure civile ,3 ed , paris , sirey 1925 , T3 – P42 ,N745.

٢ - Ernest faye – La cour de cassation – paris 1903 – P.116 - N.97 .

٣ - نقض ١٩٣٧/٢/١٨ - الطعن ٤٨ - لسنة ٦ ق .

فإذا قضت محكمة الإستئناف ضمنا برفض دفع هام كعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، أو برفض وجه دفاع جوهرى، وكان الحكم لا يشتمل فى أسبابه على ما يمكن حمل هذا القضاء الضمنى عليه، فإن هذا الحكم يكون قاصر الأسباب ويتعين نقضه^١ .
وإذا خلا الحكم من بيان الأسباب التى بنى عليها القضاء الضمنى برفض دفع أبداه أحد الخصوم فأعجز هذا النقص محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون كان الحكم باطلا وتعين نقضه^٢ .

الفرع الثانى

الأسباب العامة

لا يعيب الحكم أن يسوق تبريرا لقضائه أسبابا عامة - أى أن يتساند فى قضائه فى عدة طلبات إلى سبب واحد يصلح لحمل قضاء المحكمة فى الطلبات كلها^٣ . ذلك أن إجمال القول لا يبطل الحكم طالما أمكن تعيين الدليل الذى أقامت عليه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرهما، وتسنى الوقوف على ما أثير من دفوع أو أوجه دفاع، وعلى أوجه ما استدل به الحكم على ثبوت الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها بما لا يحجب محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون .

ولا يفوتنا فى هذا الخصوص أن نشير إلى أن قيام الحكم على تلك الأسباب العامة أمر مغاير لبنائه على أسباب مجملة مقتضبة لا تعين على فهمه وتعجز محكمة النقض عن القيام بواجب مراقبة تطبيق القانون، أو على أساس فكرة مبهمه، أو غامضة لا تتضح معالمها أو تخفى تفاصيلها^٤ .

فاقتصر الحكم فى أسبابه على الإشارة إجمالا إلى أوراق الدعوى ومذكرات الطاعن باعتبارها المصدر الذى استقى منه واقعة وقف المطعون ضده عن عمله دون بيان مؤدى هذه الأوراق والمذكرات بما يتعذر معه تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرهما حتى يمكن الوقوف على ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه والتحقق من أنه من الأدلة التى يصلح قانونا بناء الحكم عليها، فإن الحكم يكون قد عاره قصور يبطله^٥ .

١ - نقض ١٩٣٦/٣/١٩ - الطعن ٩٣ لسنة ٥ ق .

٢ - نقض ١٩٣٤/٤/٢٦ - الطعن ٧٧ لسنة ٣ ق .

٣ - Ernest faye - La cour de cassation - paris 1903 - P.114- N.94 . د. عزمى عبد الفتاح - تسبب الأحكام وأعمال القضاة - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - ص ٢٩٥ .

٤ - راجع فى ذلك: رسالتنا للدكتوراة - النطاق الموضوعى لخصومة الطعن بالنقض - الطبعة الأولى - سنة ٢٠١٥ - ص ٢٦٠ .

٥ - نقض ١٩٧٤/٥/١١ - الطعن ٢٧٤ لسنة ٣٨ ق .

وقول الحكم إن الثابت من أقوال الشهود الذين سمعوا في الدعوى، ومن المستندات المقدمة فيها أن علاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها كانت علاقة وكالة بالعمولة وليست علاقة عمل دون أن يحصل الحكم في أسبابه أقوال هؤلاء الشهود أو يبين هذه المستندات ومضمونها وكيف استقى منها هذه الحقيقة التي قام عليها - يعد قصورا مبطلا له إذ لا يمكن معه تعيين الدليل الذي أقامت عليه المحكمة اقتناعها والتحقق من أنه يفضى إلى النتيجة التي إنتهت إليها^١.

الفرع الثالث

التسبب بالإحالة

الأصل أن يتضمن الحكم بذاته أسبابه ولا يحيل على حكم آخر . ومع ذلك فقد لا يرد في الحكم أسبابا خاصة به مكفيا بالإحالة إلى أسباب صريحة أخرى يقرها ويعتمدها كأسباب له^٢ . ويحدث هذا بصفة خاصة عندما يؤيد حكم محكمة الإستئناف حكم أول درجة لأسبابه، فمثل هذه الإحالة ممكنة سواء كانت إحالة كلية أو جزئية . وتجاوز الإحالة أيضا إلى تقرير خبير سواء كانت الإحالة كلية أو جزئية . فإذا تمت الإحالة إلى تقرير الخبير فإن أسبابه تكون جزءا مكملا لأسباب الحكم^٣ . وبعبارة أخرى فإن اعتماد المحكمة لتقرير الخبير مؤداه اعتبار أسباب التقرير أسبابا للحكم .

ومتى اعتمد الحكم أسباب الحكم السابق أو تقرير الخبير فإنه يعتبر محمولا على هذه الأسباب، فإذا جاء هو خاليا من الأسباب فإنه لا يكون معييا ولا ضرورة أن يتضمن الحكم أسبابا خاصة به في هذه الحالة .

وقد ترد الإحالة على حكم صادر من محكمة أخرى من ذات طبقة المحكمة التي أصدرت الحكم، أو على حكم تمهيدى سبق صدوره بين نفس الخصوم .

١ - نقض ١٩٧٤/١/١٢ - الطعن ٣٥٠ لسنة ٢٧ ق .

٢ - م.جامد، د.محمد حامد فهمي - الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - طبعة ١٩٣٧ - ص ٤٤٧ ، د.احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - ص ٢٠٣ - ٢٠٤ - بند ٧٩ ، د. فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى - سنة ٢٠٠١ - ٦٩٠ - بند ٣٢٢ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - سنة ٢٠٠١ - ص ٣٧٩ .

٣ - نقض ١٤ مايو ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض - س٩ - ٣٩٤ - ٢٠ فبراير ١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض - س٢٤ - ص ٢٨٧ .

وبعد بيان مبدأ الإحالة، نعرض فيما يلي لشروط صحة الإحالة :

(أولاً) شروط الإحالة إلى أسباب حكم صادر من محكمة أدنى :

يجرى قضاء النقض على جواز هذه الإحالة . فيجوز للمحكمة الإستئنافية تأييد حكم أول درجة لأسبابه وأن يصدر حكمها هي خاليا من الأسباب، ويشترط لصحة هذه الإحالة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول : ذكر المحكمة صراحة ما يفيد الإحالة :

بمعنى أن تصرح المحكمة الأعلى بأنها تحيل في تسبيب حكمها إلى ما هو وارد في أسباب الحكم الابتدائي المطعون فيه^١ . ويتم ذلك عملا وفقا للعبارة التالية التي تصدر من محاكم الإستئناف (تأييد حكم أول درجة لأسبابه) أو أى عبارة تفيد الإحالة . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا بذاته جميع أسبابه إلا أنه لا مانع قانونا يمنع المحكمة عند وضعها حكمها أن تعتد فيه على الأسباب المدونة فيما يكون قد صدر من قبل .. من الأحكام .. وهذا كله مشروط .. بأن تشير المحكمة إلى إعتماها لتلك الأسباب وأخذها بها ."

الشرط الثاني : إيداع الحكم الأول المشتمل على الأسباب بملف الدعوى :

ويعنى هذا الشرط أن الحكم الأول أصبح ورقة من أوراق الدعوى أمام محكمة الإستئناف أتيحت للخصوم مكنة التعقيب على ما جاء فيه وفرصة التناضل في دلالاته^٢ . أما إذا تمت الإحالة إلى حكم لم يتم تقديمه في الدعوى فإن الحكم المحيل يكون باطلا لخلوه من الأسباب . لا يغير من ذلك أن يكون الحكم المحال إلى أسبابه قد صدر عن المحكمة ذاتها وبين الخصوم أنفسهم حتى ولو تزامن صدور الحكمين .

الشرط الثالث : عدم تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة أمام محكمة الإستئناف :

يشترط أيضا لصحة الإحالة ألا تكون هناك طلبات جديدة قدمت في الإستئناف، لأن تقديم مثل هذه الطلبات - في الأحوال التي تجوز فيها - أو الدفع يقتضى بالضرورة رد المحكمة الإستئنافية عليها وتسببب حكمها بشأنها^٣ .

١ - م.جامد ، د. محمد حامد فهمي - الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٤٩ - بند ١٩٥ .

٢ - نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٥ - ص ١١٦٠ .

٣ - د. احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - مرجع سابق - ص ٢٨٠ - بند ١٠٤ ، د. فتحى والى - الوسيط - مرجع سابق - ص ٦٩٠ - بند

وترتيباً على ما تقدم فإنه إذا قدم طلب جديد أمام محكمة الإستئناف مبناه عدم إختصاص المحكمة نوعياً، فإن الإكتفاء بالإحالة وعدم تسبب قضاء المحكمة فى هذا الطلب يبطل الحكم^١. وكذلك يكون باطلا الحكم الإستئنافى الذى يصدر بتأييد حكم أول درجة فقط دون أن يرد فى أسبابه على دفع بعدم القبول أثير أمام محكمة الإستئناف. ولا يكون كذلك صحيحا حكم الإستئناف الذى يصدر مؤيدا لحكم أول درجة ودون أن يرد بأسباب خاصة عن طلب إحتياطى قدم لأول مرة فى الإستئناف.

ويشترط بطبيعة الحال أن يكون ما قدم لمحكمة الإستئناف مكتسبا وصف الطلب حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه، فإذا كان ما أثاره الخصوم أمام محكمة الإستئناف، هو مجرد حجج جديدة استند إليها الخصوم فإن المحكمة لا تلتزم بالرد عليها ويكون الحكم الإستئنافى صحيحا إذا اكتفى بمجرد الإحالة.

وترتيباً على ما تقدم فإن الحكم الإستئنافى لا يبطل إذا لم يرد على طلب أصبح متروكا. أو إذا تبين أن الطلب الجديد هو فى حقيقته الطلب القديم ولكن قدم بصيغة جديدة. ولا يبطل الحكم الإستئنافى إذا لم يرد على طلبات أو أوجه دفاع جديدة تبين أن الحكم الأول قد فصل فيها بشكل ضمنى. كذلك لا يبطل الحكم الإستئنافى إذا أحال لحكم أول درجة ورد ضمنا على الدفوع أو الطلبات أو أوجه الدفاع الجديدة.

الشرط الرابع : أن يكون الحكم المحال إلى أسبابه قائما، وأن يكون مبنيا فى ذاته على أسباب صحيحة وكافية :

فالحكم الذى يتم إلغائه لا يصير له وجود ولا يجوز الإستناد على أسبابه لتأسيس حكم آخر، لأن مثل هذا الحكم يعتبر فى رأى البعض بمثابة ورقة من أوراق الخصوم وهذه الأخيرة لا يجوز الإحالة فى التسبب إليها.

ويجب أن يبنى الحكم المحال إليه على أسباب صحيحة وكافية حتى تصح الإحالة إليه فى أسبابه^٢. وينطبق نفس الكلام على تقرير الخبير

وقد ذهب البعض إلى أن بطلان الحكم أو تقرير الخبير الذى تمت الإحالة إليه بالنسبة لسرد الوقائع لا يؤثر فى صحة الحكم الإستئنافى الذى اعتمد على تلك الإحالة. ويبررون ذلك بأن الحكم لا يكون قابلا للإلغاء لبنائه على إجراء باطل إلا إذا كان هذا البطلان قد أثر فى الحكم.

١ - قريبا من ذلك : م.حامد ، د.محمد حامد فهمى - الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٤٩ .

٢ - قريبا من ذلك : نقض ٧ نوفمبر ١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٢٤ - ٧٠٦٠ .

وإذ لا يؤثر بطلان تقرير الخبير أو الحكم الفرعى أو الحكم الابتدائى الذى تمت الإحالة إليه بالنسبة إلى سرد وقائع الدعوى، إذ لا يؤثر فى سلامة الحكم الذى اعتمد عليه فى الإحالة فإن الحكم المحيل يكون صحيحا وسليما، اللهم إلا إذا كان سبب بطلان الأوراق المحال إليها يرجع إلى مسخها لوقائع الدعوى وتحريفها . ومع ذلك فالجمهور يذهب إلى أن بطلان الحكم المحال إليه يؤدى إلى زواله من الوجود وبالتالي لا تجوز الإحالة إليه، فإن تمت كان الحكم باطلا لانعدام أسبابه .

الشرط الخامس : عدم إيراد أسباب تناقض أسباب الحكم المحال إليه :

يشترط أيضا لصحة الأسباب ألا يكون الحكم المحيل قد ذكر أسبابا تتناقض مع أسباب الحكم المحال إليه . فإذا كانت الإحالة مطلقة فإنه لا يتصور وقوع التناقض بين الحكمين . أما إذا كانت الإحالة جزئية فإنه يتصور حدوث التناقض .

والمبدأ هو أن التناقض يؤدى إلى أن تكون الإحالة غير جائزة كمبدأ عام . ويقصد الذى يعيب الإحالة التناقض التام بين الحكمين . فإذا كان التناقض جزئيا فإنه لا يمنع الإحالة، ولا يبطل الحكم المحيل، وهذا ما قضت به محكمة النقض فى أحدث أحكامها .

وإذا أيد الحكم الإستئنافى الحكم الابتدائى فى شق منه دون شق آخر، فإن الإحالة لا تكون جائزة إلا بالنسبة للشق الذى أيدته المحكمة، ويجب على المحكمة الإستئنافية أن تسبب قضاءها تسببها صحيحا بالنسبة لما قضت به مخالفا للحكم الأول .

ويجوز للمحكمة الإستئنافية أن تأخذ بأسباب الحكم الابتدائى فيما لا يتعارض مع أسباب الحكم الإستئنافى . وفى هذه الحالة تكون أسباب الحكم المطعون فيه مكتملة لأسباب الحكم الصادر فى الطعن ولا تعارض بينهما .

الشرط السادس : وحدة الخصوم فى ذات القضيتين :

يشترط أخيرا لصحة الإحالة ألا يتغير الخصوم فى القضيتين المعروضتين أمام محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة، ويجب أن يتضمن حكم أول درجة البيانات المتعلقة بالخصوم بما لا يدع أى مجال للشك فى وحدتهم .

(ثانيا) الإحالة على تقرير الخبير :

لمحكمة الموضوع إذا إقتنعت بما جاء فى تقرير الخبير، ورأت أنه يتضمن الرد على مزاعم الخصوم . وأخذت به أن تكفى بمجرد الإحالة إليه فى أسباب حكمها ويصبح هذا التقرير جزءا متما للحكم^١ .

وإذا أورد الحكم فى مدوناته أنه يأخذ بالنتيجة التى إنتهى إليها الخبير فى تقريره فليس معنى هذا أنه جاء خلوا من التسبب، ذلك أن اعتماد التقرير مؤداه أن المحكمة أخذت بنتيجته محمولة على الأسباب التى بنيت عليها للتلازم بين هذه النتيجة وما سبقها من مقدمات، فلا يعيب الحكم أنه لم يبين الأسباب التى بنى عليها الخبير تقريره، إذ تعتبر هذه الأسباب وكأنها مدونة فى حكمها ويعتبر مسببا تسببيا كافيا .

ويتعين لصحة الإحالة على تقرير الخبير :

(١) أن يكون قد صدر حكم بنده وياشر مهمته وفقا للإجراءات المقررة فى القانون، أو أن يكون هذا التقرير قد أودع ملف الدعوى وأصبح مستندا من مستنداتها، وأتيحت للخصوم فرصة مناقشته وإبداء ما قد يعن لهم من مطاعن أو إعتراضات على ما جاء فيه .

وقد قضت محكمة النقض بأن المناط فى اتخاذ الحكم من تقرير الخبير دليلا فى الدعوى أن يكون قد صدر حكم بنده وياشر مأموريته بين خصوم ممثلين فيها، وذلك تمكينا لهم من إبداء دفاعهم، وتحقق الغرض من إجراء الإثبات، فإذا تبين أن أحد الخصوم المدخلين أو المتدخلين لم يكن ممثلا فى الدعوى وقت نده الخبير فإنه لا يحاج بهذا التقرير^٢ .

(٢) ألا يكون الخبير قد فصل فى مسألة قانونية، ذلك أن الإستعانة بالخبراء لا تكون إلا فى المسائل الفنية والوقائع المادية التى يتعذر على القاضى الوقوف عليها بنفسه، أما المسائل القانونية كتكليف الروابط بين الخصوم أو الفصل فى الملكية أو ترجيح إحدى جهات النظر القانونية، فهذا كله من صميم عمل القاضى ولا يجوز له التخلى عنه للخبير وإنما يتعين هو أن يقول كلمته فيه، فإذا عول فى شئ من ذلك على تقرير الخبير واتخذة عمادا لقضائه فإن حكمه فضلا عن مخالفته القانون وخطئه فى تطبيقه يكون باطلا لخلوه من الأسباب .

وقد قضت محكمة النقض بأن نده خبير فى الدعوى هو مجرد وسيلة إثبات يقصد بها التحقق من واقع معين يحتاج الكشف عنه إلى معلومات فنية خاصة ولا شأن له بالفصل

١ - راجع فى ذلك : د. عزمى عبد الفتاح - تسبب الأحكام وأعمال القضاة - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - ص ٢٧٤ ، د. احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - مرجع سابق - ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

٢ - نقض ١٩٨١/١/٢٦ - الطعن ٧٨٠ لسنة ٤٥ ق .

فى نزاع قانونى أو الموازنة بين الآراء الفقهية لاختيار أحدها، فهذا من صميم واجب القاضى لا يجوز له التخلّى عنه لغيره^١.

وبأن مهمة الخبير تقتصر على تحقيق الواقع فى الدعوى وإبداء الرأى فى المسائل الفنية التى يصعب على القاضى استقصاء كنهها بنفسه دون المسائل القانونية التى يتعين على الحكم أن يقول كلمته فيها^٢.

٣) أن يستند الخبير فى تقريره إلى أسباب تكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها وتصلح رداً على ما يثيره الخصوم من دفع وأوجه دفاع جوهرية، ومن ثم فقد قضت محكمة النقض بأن أخذ المحكمة بتقرير الخبير المقدم فى الدعوى وإحالتها فى بيان أسباب حكمها إليه يجعل هذا الحكم معيباً بالقصور إذا كانت الأسباب الواردة فى التقرير لا تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها بحيث تصلح رداً على دفاع جوهرى تمسك به الخصوم^٣.

٤) ألا يكون الخبير قد إعتد على إجراء باطل، فإذا كان التقرير الذى أحال إليه الحكم قد إستند إلى ما قام به خبير آخر قضى ببطلان تقريره، فإنه يكون قد بنى على دليل غير قائم فى الواقع ويعتبر خالياً من الأسباب الموضوعية^٤.

كذلك إذا أحال الحكم على تقرير باطل أو إستند إلى إجراء باطل فإنه يكون خالياً من الأسباب. لا يغير من ذلك ما هو مقرر من أن قاضى الموضوع له بحسب الأصل السلطة المطلقة فى استنباط القرائن التى تؤدى إلى تكوين عقيدته فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تقرير باطل أو مخالف للإجراءات القانونية، ذلك أنه يتعين للأخذ بهذه القرينة أن تعزز بقرائن وأدلة أخرى، وألا تكون هى الأساس الوحيد الذى بنى عليه الحكم^٥.

٥) أن تشير المحكمة فى مدونات حكمها إلى أنها تأخذ بتقرير الخبير، ويكفى فى هذا الصدد كما قلنا أن تعتمد المحكمة النتيجة التى إنتهى إليها هذا التقرير لأن هذه النتيجة محمولة بطريق اللزوم على ما اشتمل عليه التقرير من أسباب.

ومما جرى به قضاء محكمة النقض فى شأن إحالة الحكم على تقرير الخبير أنه: "

يجوز لمحكمة الموضوع أن تعتبر تقرير الخبير المندوب فى الدعوى جزءاً لا يتجزأ من حكمها متى رأت فى حدود سلطتها التقديرية الأخذ به لاقتناعها بصحة أسبابه، ولها إذا

١ - نقض ١٩٨٦/٥/٦ - الطعن ٢٤١٨ لسنة ٥٢ ق.

٢ - نقض ١٩٧٥/١٢/٢٣ الطعن.

٣ - نقض ١٩٨٣/١/٦ - الطعن ٤٨٩ لسنة ٥٢ ق، نقض ١٩٩٨/٣/٩ - الطعن ٩٥٥٧ لسنة ٦٦ ق.

٤ - نقض ١٩٨٤/٦/٧ - الطعن ١٧٧٠ لسنة ٥٠ ق.

٥ - نقض ١٩٨٩/٤/١٠ - الطعن ٤٩٤ لسنة ٥٤ ق.

تضمن التقرير الرد على مزاعم الخصوم أن تكتفى بمجرد الإحالة إليه في أسباب حكمها فيعتبر مسببا تسببيا كافيا، وليس على المحكمة أن ترد إستقلا على الطعون الموجهة إلى التقرير بأسباب خاصة، إذ أن في أخذها بما ورد فيه دليلا كافيا على أنها لم تجد في تلك الطعون ما يستحق إنتقائها إليها والرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير^١ .

إعتماد الحكم تقرير الخبير المنتدب من شأنه أن يجعل نتيجة هذا التقرير وأسبابه جزءا مكملا لأسباب الحكم^٢ .

بحسب الحكم أن يعتمد تقرير الخبير المقدم في الدعوى ليكون ما يحويه التقرير من بيان وأسباب وتفنيد لأقوال الخصوم زءا متمما بابه ماعلةأذ كمبما رى انقرر فمعلبده بن الإلتصرحال م يقوم عليه التقرير من أسباب وما يفيد ضمنا إطراح ما وجه إليه من إعتراضات^٣ .

إذا كان الحكم قد اعتمد تقرير خبير الدعوى، فإن هذا التقرير يعتبر في نتيجته وأسبابه جزءا مكملا لأسباب الحكم، فلا يعيبه إن هو لم يبين الأسباب التي استند إليها الخبير في تقريره^٤ .

(ثالثا) الإحالة إلى القرارات الصادرة من اللجان والهيئات ذات الإختصاص القضائي :

قلنا أنه لا يجوز تسبب الحكم بالإحالة على ما تضمنته ورقة من الأوراق التي يقدمها الخصوم في الدعوى، ولكن يجوز أن يتخذ من تقرير الخبير أساسا للفصل فيها، وأن اعتماد المحكمة تقرير الخبير في شأنه أن يجعل نتيجة هذا التقرير وأسبابه جزءا مكملا للحكم .

كذلك فإننا نرى أنه يجوز لمحكمة الطعن - عند تأييدها القرارات الصادرة عن اللجان والهيئات ذات الإختصاص القضائي - أن تحيل إلى الأسباب التي قامت عليها هذه القرارات لأنها تفصل في خصومات معينة وتحوز حجية الأمر المقضى، ومن ثم فهي بمثابة أحكام تجوز الإحالة إلى أسبابها بالشروط ذاتها التي تطلبناها لصحة الإحالة لدى تأييد المحكمة الإستئنافية للحكم المستأنف، فيجوز للمحكمة الإبتدائية أن تؤيد القرارات الصادرة عن لجان فحص الطعون الضريبية، وعن لجان الفصل في المعارضات الخاصة بنزع الملكية، وأن تحيل على الأسباب المدونة في هذه القرارات دون إضافة متى رأت في هذه

١ - نقض ١٩٨١/٣/١٧ - الطعن ٨٩٣ لسنة ٤٧ ق .

٢ - نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ - الطعن ٤٠ لسنة ٥٥ ق .

٣ - نقض ١٩٥١/٦/١٤ - الطعن ٢٥ لسنة ١٩ ق .

٤ - نقض ١٩٥٢/٢/٢١ - الطعن ١٠٤ لسنة ٢٠ ق .

الأسباب ما يغنى عن إيراد جديد فيعتبر حمها مسببا تسببيا كافيا، كما يجوز ذلك لمحكمة الإستئناف إذا قضت بتأييد أوامر تقدير أتعاب المحامين التي تصدرها نقاباتهم الفرعية إذا تجاوزت قيمة الطلب خمسمائة جنيه^١.

وقد قضت محكمة النقض بأن: " بحسب الحكم أن يؤيد قرار لجنة الطعن - الضريبي - المودع ملف الدعوى، ويحيل إلى أسبابه ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الخصوم جزءا متما له، ولا يعيبه أنه لم دون ذه الأسباب ويرصدها كلها أو بعضها ما دامت قد أصبحت بهذه الحالة ملحقة به^٢.

المبحث الثاني

نطاق الإلتزام بالتسبب في الأحكام القضائية

تمهيد وتقسيم :-

تنقسم الأحكام من حيث مدى حجيتها إلى أحكام قطعية وغير قطعية، وأحكام وقتية. والحكم القطعي كما عرفته محكمة النقض - هو ذلك الذي يضع حدا للنزاع في جملته، أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته.

كذلك تنقسم الأحكام - من حيث صدورها في موضوع النزاع أو في مسألة متفرعة عنه - إلى أحكام موضوعية وأخرى تمهيدية وتحضيرية وتندرج ضمن هذه الأخيرة أحكام الإثبات - وهي أحكام غير قطعية لأنها لا تحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في أحد أجزائه ولا في مسألة متفرعة عنه - فالحكم بنذب خبير في الدعوى أو بإحالتها إلى التحقيق أو باستجواب الخصوم أو بتوجيه يمين، حكم يتعلق بتحقيق النزاع وإثباته وهو حكم فرعي غير قطعي . وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول ضرورة الإلتزام بتسبب الأحكام القطعية، بينما نتناول في المطلب الثاني مدى الإلتزام بتسبب الأحكام الوقتية، وأخيرا نتصدى في المطلب الأخير من هذا المبحث لمدى الإلتزام بتسبب الأحكام الصادرة في مسائل الإثبات .

١ - لا يجوز الطعن في هذه القرارات - طبقا للمادة ٨٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٩٨٣/١٧ - إلا بالإستئناف الذي تختص بنظره المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية إذا لم تجاوز قيمة الطلب خمسمائة جنيه ، ومحاكم الإستئناف إذا تجاوزت القيمة ذلك ويراعى أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية النص الذي كان يخول نقابات المحامين الفرعية سلطة الفصل في الخلاف حول أتعاب المحامين .

٢ - نقض ١٩٦٧/٢/٢٢ - الطعن ١٠٣ لسنة ٣١ ق .

المطلب الأول

ضرورة الالتزام بتسبب الأحكام القطعية

يقصد بالحكم القطعي ذلك الحكم الذي يحسم المسألة التي فصل فيها، يستوى أن تكون هذه المسألة موضوعية أو إجرائية، المهم أن يكون الفصل فيها على نحو حاسم، بحيث يتمتع معه على المحكمة أن تعدل عن قرارها لخروج هذه المسألة عن ولايتها واستنفاد سلطتها بشأنها^١.

وتعتبر كل الأحكام القضائية الفاصلة في موضوع النزاع أحكاماً قضائية قطعية، ومنها الحكم القضائي الصادر ببطالان شرط وارد في عقد من العقود، والحكم القضائي الصادر بملكية عقار لشخص معين .

أما الأحكام القضائية الإجرائية، فإن بعضها يكون قطعياً، والبعض الآخر منها يكون غير قطعي، ومثال الأحكام القضائية القطعية الإجرائية الحكم القضائي الصادر في مسألة الإختصاص القضائي، سواء كان صادراً باختصاص المحكمة أو بعدم اختصاصها، والحكم القضائي الصادر بإحالة الدعوى القضائية إلى محكمة أخرى .

أما الحكم غير القطعي فإنه لا يحسم نزاعاً ولا يقطع برأى في المسألة التي صدر فيها، فيجوز للمحكمة التي أصدرته أن تعدل عنه لأن إصدارها له لا يستنفد ولايتها بشأنه . وفي أغلب الأحيان ينحصر إصدار الأحكام القضائية غير القطعية على المسائل المتعلقة بتنظيم سير الخصومة القضائية وتحقيقها وإجراءات الإثبات فيها، مثل الحكم القضائي الصادر بإحالة الدعوى القضائية إلى التحقيق^٢، والحكم القضائي الصادر بضم دعويين قضائيتين أو تأجيل نظر الدعوى القضائية .

وللتفرقة بين الحكم القضائي القطعي، والحكم القضائي غير القطعي نتائج عملية،

نذكر منها :

أنه لا يجوز للمحكمة أن تعدل عن الحكم القضائي القطعي الذي أصدرته، أو أن تغيره، لاستنفاد ولايتها بشأن المسألة التي فصل فيها . أما الحكم القضائي غير القطعي،

١- د. وجدى راغب - مبادئ الخصومة المدنية - بدون سنة نشر - دار الفكر العربي بالقاهرة - ص ٥٨٣ ، د. إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الثاني - سنة النشر ١٩٨٠ - منشأة المعارف - بند ٣٧٠ ص ٢٠٠ ، د. فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - بند ٣٣٠ ص ٦١٦ ، د. احمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٤١ ص ٦٠١ .

٢ - د. وجدى راغب - مبادئ الخصومة المدنية - مرجع سابق - ص ٥٨٤ ، د. إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - مرجع سابق - بند ٣٧٠ ص ٢٠٠ .

فإنه لا يقيد المحكمة التي أصدرته فيجوز لها أن تعدله وأن تغيره كما يجوز لها عدم الأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها .

فضلا عن أن الأحكام القضائية القطعية لا تزول بزوال أو بسقوط الخصومة القضائية التي صدرت فيها . أما الأحكام القضائية غير القطعية فإنها تزول بزوال أو بسقوط الخصومة القضائية التي صدرت فيها .

ولا تثير مسألة تسبب الحكم القطعي أى خلاف فى الفقه باعتباره نموذجا للعمل القضائى بالمعنى الفنى الدقيق، فضلا عن اصطلاح حكم الذى ورد فى المادة ١٧٦ مرفاعات يشمل الأحكام القطعية . ومن جهة أخرى فإن ذلك هو ما يستفاد من نص المادة الخامسة من قانون الإثبات الذى تطلب تسبب الأحكام الصادرة بإجراء من إجراءات الإثبات إذا تضمنت قضاء قطعيا .

ويدخل فى نطاق الأحكام القطعية أحكام المحكمين، حيث أفرد المشرع نصا يستلزم تسببها (م/٥٠٧) وهذا الإتجاه هو الذى تأخذ به محكمة النقض المصرية، وكذا محكمة النقض الفرنسية .

المطلب الثانى

مدى الإلتزام بتسبب الأحكام الوقتية

يقصد بالحكم الوقتى ذلك الحكم الذى يصدر بتقرير حماية عاجلة لأحد الخصوم بسبب بطء القضاء، فهو يصدر بإجراء موقوت إلى حين الفصل فى الدعوى^١ . ويدخل فى مدلول الحكم الوقتى الأحكام المستعجلة باعتبارها صورة من صور القضاء الوقتى^٢ .

يرى البعض أن الحكم الوقتى يعد عملا قضائيا، لأن القاضى عندما يصدره فإنه إما أن يقبل أو يرفض إدعاء قانونيا حيث يوجد تنازع بين المصالح . وبصرف النظر عن الإختلاف الفقهى حول تمتع هذه الأحكام بالحجية بشرط عدم تغير الظروف^٣، أو إنكار الحجية عن هذه الأحكام . فإن الحجية فى جميع الأحوال ليست عنصرا من عناصر العمل القضائى ولكنها نتيجة له فوجودها أو عدم وجودها لا يؤثر على طبيعة العمل ذاته . وعلى أية حال فإن الفقه يجمع على عدم تعديل الحكم الوقتى طالما لم تتغير الظروف التى صدر فى ظلها .

١ - د. فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مرجع سابق - بند ٩٥ - ص ١٧٣ .

٢ - د. دوجدى راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات - بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية - العدد الأول - السنة الخامسة عشر - مطبعة جامعة عين شمس - لسنة ١٩٧٣ - بند ١٩٩ - ص ٣٩٩ .

٣ - د. عبد الباسط جمبوعى - مبادئ المرافعات - طبعة ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٥٢ .

ويجمع الفقه على ضرورة تسبب الحكم الوقتي والحكم المستعجل^١ . ولا ريب أن عبارة الأحكام التي وردت في المادة ١٧٦ مرافعات تشمل الأحكام القطعية والأحكام الوقتية . ومع ذلك فهناك حالات ينص فيها المشرع لاعتبارات خاصة على عدم تسبب الأحكام الوقتية، مثال ذلك الحكم الوقتي الصادر برفض منح النفاذ المعجل للأحكام، والأحكام الصادرة بتقدير النفقة المؤقتة، وكذلك الحكم الوقتي الصادر بالغرامة التمهيدية، والحكم الوقتي الخاص بمنح المدين نظرة ميسرة، ويرى البعض أن عدم تسبب هذه الأحكام يرجع إلى أن السلطة الممنوحة للقاضي في إصدارها هي سلطة تقديرية مطلقة ، عكس الأحوال التي يجب فيها تسبب مثل هذه الأحكام حيث أنها تصدر بناء على سلطة مقيدة . ويلاحظ أن الحكم الوقتي في الحالتين لم تتغير طبيعته القطعية، فهو لا زال حكم قطعي . ولكن وفقا للرأى السابق الذي تغير فقط هو السلطة التي بناء عليها صدر الحكم^٢ .

المطلب الثالث

مدى الإلتزام بتسبب الأحكام الصادرة في مسائل الإثبات

الأحكام الصادرة في مسائل الإثبات منها ما هو قطعي يستنفذ ولاية القاضي الذي أصدرها ولا يجوز له العدول فيها في نطاق الخصومة التي صدرت فيها . ومنها ما هو غير قطعي يجوز للقاضي أن يعدل عنها وبطرحها جانبا بعد أن أصدرها . والحكمة من ذلك ترجع إلى أن المشرع في نطاق هذه الأحكام الأخيرة قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن مسائل الإثبات التي نکص الخصوم وهم المكلفون بالبحث عنها عن إنجاز واجبه بالسكوت أو بالتدليس . فقد يمتنع الخصوم عن تنوير المحكمة ومؤازرة العدالة بحجب بعض العناصر الواقعية عن القاضي مما يجعل هذا الأخير في حيرة من أمره، ولا تفلح الوسائل التي وضعها القانون تحت يده لإلزام الخصوم بالكشف عما يحوزون من، عن طريق إصداره لأوامر ملزمة لهم باتخاذ ما يلزم لكشف المستور، ولم يرى المشرع ملائمة إلزام القاضي بحكمه، فأجاز له في مثل هذه الأحوال الرجوع في قضائه السابق، مما يسفر عنه أن الأحكام السابق صدورها في مجال الإثبات لم تكن من الأحكام القطعية، بل هي أحكام غير قطعية وبالتالي فليس من اللازم تسببها .

ورغم صحة هذه المقدمة إلا أن المشرع المصري نص في المادة ٥ من قانون الإثبات على عدم تسبب الأحكام التي تصدر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات ولو كانت

١ - د. احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - مرجع سابق - بند ٦٩ - ص ١٧٦ .

٢ - د. فتحى والى - التنفيذ الجبرى - طبعة ١٩٨٠ - ص ٨٣ .

غير قطعية . مثال ذلك الحكم بالإحالة لخبير، أو للتحقيق، أو بإجراء معاينة، أو باتخاذ إجراء أو تقديم ورقة . والعلة في ذلك ترجع إلى أن صدور هذه الأحكام يفصح عن سبب اتخاذها . كما أن للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في إصدارها أو عدم إصدارها . كما أن إعفاء القاضى من التسبب يؤدي إلى الإسراع في الفصل في القضايا . ويلاحظ أنه لو قام القاضى بتسبب هذه الأحكام رغم أنه معفى من ذلك، فإنه لا جزاء يوقع في هذه الحالة، حتى ولو توافر في التسبب أحد العيوب التي تستوجب أعمال الجزاء، فإن الجزاء لا يوقع حيث لا إلزام على القاضى بإجراء التسبب .

ومع ذلك، فقد إستوجب القانون تسبب بعض الأحكام المتعلقة بالإثبات وهى :

١. أحكام الإثبات التى تضمن قضاء قطعيًا :

والمشرع بذلك يرجع إلى القاعدة العامة التى تستوجب تسبب كافة الأحكام القطعية أيا كان مضمونها . وبالبناء على ذلك نصت المادة ٥ من قانون الإثبات على ضرورة تسبب هذه الأحكام . مثال ذلك الحكم بإجازة الإثبات بطريق معين . والحكم الصادر فى ذات الوقت فى الموضوع وفى الإجراءات كالحكم بالمسئولية وندب خبير لتقدير التعويض .

٢. الحكم الصادر بالعدول عن إجراءات الإثبات :

فإذا عدلت المحكمة عن إجراءات الإثبات التى أمرت بها جاز ذلك بشرط بيان أسباب العدول فى محضر الجلسة وليس فى ذات الحكم الصادر بالعدول - والأساس فى ذلك يرجع إلى عدم مساس هذا الحكم بمصالح الخصوم .

ومع ذلك فلا حاجة لذكر أسباب العدول إذا تم ضمناً، أو إذا كانت المحكمة من تلقاء نفسها ودون طلب هى التى أمرت بالإجراء الذى عدلت عنه ويكون ذلك فى الحالات التى تكتشف فيها المحكمة بعد أن أصدرت حكمها باتخاذ إجراءات الإثبات بأن الأوراق المقدمة إليها فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها .

٣. تسبب الأحكام التى ترفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات :

قد يطلب أحد الخصوم من المحكمة الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، والمحكمة قد تجيبه وقد ترفض الإجابة . وفى الحالة الأولى لا يجب عليها تسبب حكمها حسب المادة الخامسة من قانون الإثبات . أما إذا رفضت إجابة الطلب باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لأنه لا محل له لأن بوقائع الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها، أو لأن هناك أدلة قوية تكفى للحكم، أو غير ذلك من الأسباب فهل يجب تسبب هذا الحكم بالرفض ؟

اختلف الفقه والقضاء فى هذا الشأن بين قائل بضرورة تسبب الحكم بالرفض، ومن قائل بعدم ضرورة ذلك .

ويستند الرأى الأول فى ضرورة تسبب الحكم الصادر برفض اتخاذ إجراء الإثبات إلى أن هذا الحكم قد صدر بعد أن سبقته مناقشة حول جدوى الإجراء المطلوب وإعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم وبالتالي صار هذا الحكم صادرا فى منازعة وينبغى تسببه .
بينما يستند أنصار الرأى الثانى القائل بعدم التسبب إلى أن القاضى يتمتع برخصة فى هذا الصدد وله سلطة تقديرية وليس للخصوم أى حق فى إجابة طلبهم .
والإتجاه الغالب لأحكام النقض المصرية يجرى على ضرورة تسبب الأحكام الصادرة برفض الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات^١ . وهذا لا ينفى وجود بعض أحكام تشترط عدم لزوم تسبب مثل هذه الأحكام^٢ .

والواقع أن إشتراط تسبب الأحكام الصادرة برفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات هو الذى يبين كيفية إقتناع المحكمة من أدلة الإثبات الأخرى بما كان يراد إقناعها به عن طريق إجراء الإثبات الذى رفضته كما أن هذا التسبب هو الذى يسمح باحترام حقوق الدفاع.

٤. تسبب الحكم الصادر بعدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات :

لم يشاء المشرع أن يجعل القاضى ملزما بالأخذ بنتيجة إجراء الإثبات الذى أمر به .
أخذا فى الإعتبار أن القاضى فى بوتقة الخصومة التى تمر بالعديد من العناصر قد تؤدي إلى إرساء الغمام على أبصار القاضى، فيأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا حاجة به له، ولا تساهم نتيجته فى إحراز أى فائدة فى حل النزاع . فنص على عدم إلتزام القاضى بالأخذ بنتيجة هذا الإجراء . وقد ألزم قانون الإثبات فى المادة (٩) منه القاضى بذكر الأسباب التى دفعته إلى عدم الأخذ بنتيجة الإجراء الذى أمر به، وبالتالي لا يكفى ذكر الأسباب فى محضر الجلسة .

١ - نقض ١٩٧٧/١١/٢٠ المجموعة ٢٧ - ١٥٩٧ ، نقض ١٩٧٦/٣/١٧ المجموعة ٢٧ - ١٣٦ .

٢ - نقض ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة ٢٧ ص ٨٢٣ ، نقض ١٩٧٢/٢/١٧ مجموعة ٢٣ ص ٢٠٥ .

المبحث الثالث

عيوب التسبيب

تمهيد وتقسيم :-

قلنا إن المشرع، إذ أوجب على المحاكم أن تكون أحكامها مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة، لم يكن يقصد استتمام هذه الأحكام من حيث الشكل، وإنما قصد أن تجئ ناطقة بعدالتها وموافقتها للقانون . ومن ثم فإنه فضلا عن ضرورة عرض العناصر الواقعية أو الموضوعية الأساسية أى اللازمة للفصل فى الدعوى من طلبات ودفع وأدلة، وتحديد ما ثبت من الوقائع وطريق هذا الثبوت، وبيان ما طبق من أحكام القانون وذلك تمكينا لمحكمة النقض من بسط رقابتها على صحة تطبيقه - يلزم أن تكون أسباب الحكم كافية لا يعتورها قصور، وأن يكون لها أصل ثابت فى أوراق الدعوى، وألا تجئ مجملة أو غامضة مبهمة، أو مشوشة مضطربة متخاذلة، أو متناقضة متنافرة، أو غير مستخلصة استخلاصا سائغا من الأوراق أو غير مؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم . وإنما يجب أن يبنى الحكم على أسباب واضحة جلية تتم عن أن المحكمة حصلت واقع الدعوى تحصيلا صحيحا له سنده من أوراق الدعوى وتتبئ عن أن الحقيقة التى إستخلصتها واقتنعت بها قام دليلها الذى يتطلبه القانون .

وتفصيلا لما تقدم فقد خصصنا المطلب الأول من هذا المبحث للقصور فى التسبيب باعتباره أكثر عيوب التسبيب وقوعا . وأفردنا المطلب الثانى للتعرف على ماهية الأسباب المجملة والغامضة، والمتخاذلة . وفى المطلب الثالث تحدثنا عن الخطأ فى الإسناد ومخالفة الثابت بالأوراق . وفى المطلب الرابع كان لنا حديث فى عيب التناقض المبطل للحكم . وفى المطلب الخامس تناولنا عيب الفساد فى الإستدلال . وفى مطلب سادس وأخير رأينا أن نميز بين ما لا يعيب تسبيب الحكم ويوجب نقضه وما يعيبه ولكنه لا يؤدى إلى نقضه .

المطلب الأول
القصور فى التسبب
الفرع الأول
ماهية القصور فى التسبب

القصور فى اللغة هو العجز والكف . يقال " قصر فلان عن الأمر قصورا أى عجز وكف . ويقال " قصر السهم عن الهدف " أى لم يبلغه . و " قصر الصلاة " أى صلى الأربع ركعات اثنتين .

والقصور فى الإصطلاح القانونى هو عدم بلوغ أسباب الحكم حد الكفاية فى تبرير النتيجة التى انتهى إليها . وقد استعمل اصطلاح " إنعدام الأساس القانونى للحكم " فى الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية تأسيسا بما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية . ويرجع ذلك إلى أن كلا من المحكمتين وهى بسبيل فحص الطعون المطروحة عليها تجرى مقارنة بين ما أثبتته الحكم المطعون فيه من وقائع مادية وبين مفترضات القاعدة القانونية التى أنزلها الحكم على هذه الوقائع، ومثل هذه المقارنة لا تتيسر ولا يتحقق الغرض منها إلا باكتمال عرض العناصر الواقعية أو الموضوعية التى اقتضت تطبيق تلك القاعدة، فإذا كان هذا العرض المادى لوقائع الدعوى عرضا مبتورا أو مبتسرا تعذر إجراء تلك المقارنة وإعمال ذلك القياس مما يعجز محكمة النقض عن أداء وظيفتها فى مراقبة تطبيق القانون، فاشتمال الحكم على أسباب - أيا كان وجه الرأى فيها - لا يستطاع معه القول بأنه خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله .

ويدهى أن حكما يعتريه مثل ذلك القصور لا يصح أن يكون بمنأى عن الرقابة، ومن ثم فإن محكمة النقض كانت تعتمد إلى نقضه لعجزها عن الوقوف على أساسه القانونى وظل عيب " انعدام الأساس القانونى للحكم " سببا لنقضه لعدم كفاية أسبابه . ومما قيل فى هذا الصدد أن " الطعن فى الحكم بعدم قيامه على أساس قانونى إذ كان لا يقوم فى الواقع على مخالفة معينة منضبطة يمكن إدراك وقوعها أو العلم بها من الحكم نفسه وبناء النقض على أساسها، بل يقوم على احتمال وقوع هذه المخالفة وعجز محكمة النقض عن ضبطها والقول بوقوعها على جهة اليقين فهذا الطعن - وهذا هو جوهره - لا يمكن إدراجه تحت

١ - د. احمد ابو الوفا - تسبب الأحكام - بحث منور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية - سن السابعة - العددان الأول والثانى - سنة

١٩٥٦، ١٩٥٧ - ص ٨٥ - هامش رقم ٤ .

حالة الطعن بمخالفة القانون بل الأشكل إدخاله تحت حالة الطعن ببطان الحكم لعدم إشماله على الأسباب الكافية التي يكون قد بنى عليها ولكن الضرورة هي التي ألجأت محكمة النقض إلى إصطلاح "عدم قيام الحكم على أساس قانوني" لتصل إلى مدى رقابتها على تسبیب الأحكام تسبیباً وافياً وإبطال الأحكام المسببة تسبیباً ناقصاً مخلاً بمقصود الشارع من إيجاب تسبیبها على الوجه المرضي .

ويرى البعض أن عبارة "كفاية الأسباب" تستخدم في القضاء استخداماً واسعاً يكاد يرادف صحة الأسباب ويعبر أحياناً عن عدم كفاية الأسباب بتخلف الأساس القانوني للحكم، أو أن الأسباب ظاهرة أو غير جدية وهي محاولات لتبرير الإعتداد بمقتضيات السبب الموضوعي لا الشكلی، وإنما تتجاوزها إلى مضمون الأسباب ذاتها دون مصادرة لرأى القاضي فهي رقابة مبنی ومعنى .

الفرع الثاني

تمييز القصور في التسبیب عما قد يختلط به

أولاً: القصور في التسبیب وخلو الحكم من الأسباب :

قلنا أن تسبیب الحكم يعنى اشماله على الأسانید والحجج التي تبرر النتيجة التي انتهى إليها . وخلو الحكم من الأسباب أى غيابها كلية عيب شكلي يمكن إدراكه بمجرد الإطلاع على الحكم دون حاجة إلى بحث أو مناقشة موضوع النزاع وهو يتصدر عيوب التسبیب جميعاً ويؤدى بذاته إلى بطلان الحكم^١ بحيث لا يكون هناك محل لبحث مضمونه، ويقنصر دور محكمة النقض في هذه الحالة على بيان هذا العيب في الحكم دون أن تبدى رأياً القانوني، فيما كان ينبغى أن يجاب به على الطلبات أو الدفع أو أوجه الدفاع التي خلا الحكم من ذكرها .

وكما يكون انعدام أسباب الحكم حقيقياً حيث يخلو تماماً من أسباب تحمل قضاءه، يكون أيضاً على سبيل المجاز إذا اشمتم الحكم على أسباب يبين أنها متناقضة متنافرة، أو وهمية افتراضية، أو احتمالية ظنية، أو عقيمة غير منتجة .

ذلك أن تناقض الأسباب وتنافرها يؤدى إلى تماحيها وتساقطها بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه وفي هذه الحالة يصبح الحكم كأنه خال تماماً من الأسباب .

١ - د. نبيل عمر - النظام القانوني للحكم القضائي - النظام القانوني للحكم القضائي - مرجع سابق - ص ٨٥ .

وإقامة الحكم على دليل وهمي لا وجود له إلا في مخيلة القاضى أو على دليل افتراضى من صنعه وابتكاره هو بناء على معدوم تنعدم به الأسباب مجازا .
وتبرير الحكم بدليل ظنى يتطرق إليه الإحتمال يسقط به الإستدلال فيضحى خاليا من أسباب تحمله .

واستدلال الحكم بدليل عقيم غير منتج لا يمس جوهر النزاع يدل على عدم فهم القاضى لواقع الدعوى فهما صحيحا ويصبح حكمه - على سبيل المجاز - خاليا من الأسباب .

بالبناء على ما تقدم فإننا لا نراه دقيقا ما ذهبنا إليه محكمة النقض المصرية من أن إقامة الحكم بالإلزام على أمور افتراضها افتراضا دون أن يقيم الدليل عليها أو يبين المصدر الذى استقاها منه يجعله مشوبا بالقصور^١ .

ولا ما قالتها من أن إقامة الحكم قضاءه على استنتاج ظنى ليس فى أوراق الحكم ما يؤيده ويصلح أساسا لقيامه يجعله مشوبا بالقصور^٢ .

ذلك أن الإستدلال بدليل افتراضى أو ظنى تنعدم به أسباب الحكم على جهة المجاز فيبطل لخلوه من الأسباب وليس لقصور فى التسبيب .

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى المساواة بين عيبى إنعدام التسبيب، والقصور فى التسبيب باعتبار أن كلا منهما عيب شكلى فى الحكم .

بينما ذهب رأى آخر إلى القول بأن انعدام التسبيب عيب شكلى، أما القصور فى التسبيب فإنه عيب موضوعى فى الحكم^٣ .

ثانيا : القصور فى التسبيب والإنعدام الجزئى للأسباب :-

قد تتعدد أجزاء الحكم تبعا لتعدد الطلبات والدفع أو أوجه الدفاع فى الدعوى، ومن ثم يتعين على المحكمة تسبيب كل جزء من أجزاء حكمها بأسباب خاصة - ما لم يثبت أن السبب الصريح بالنسبة لجزء من الحكم يصلح سببا ضمنيا لحمل قضائه فى جزء آخر .
فإذا اشتمل الحكم على أسباب تبرر بعض قضائه وخلا من ذكر أسباب تحمل البعض الآخر فهذه صورة من صور الخلو أو الإنعدام الجزئى للأسباب وليست صورة من

١ - نقض ١٩٦١/١٢/٢١ - الطعن ٤٤٦ لسنة ٢٥ ق .

٢ - نقض ١٩٦٢/٤/٢٦ - الطعن ٤٤٥ لسنة ٢٦ ق .

٣ - د. مصطفى كيره - النقض المدنى - طبعة ١٩٩٢ - ص ٤٩٥ ، د. احمد مليجى - اوجه الطعن بالنقض المتصلة بالواقع - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ١٣٥ .

صور القصور فى التسبب^١، إذ القصور الذى يفسد الحكم ويؤدى إلى إبطاله هو قصوره عن إيراد الأسباب الواقعية أو الموضوعية قصورا يعجز محكمة النقض عن أداء وظيفتها فى مراقبة تطبيق القانون ذلك أن هذه المراقبة لا تتيسر ولا يتحقق الهدف منها إلا إذا عرضت العناصر الواقعية اللازمة للفصل فى الدعوى عرضا كاملا غير منقوص أو مبتور أو عرضا مجملا أو مبهما أو غامضا أو عرضا مشوشا مضطربا، ومثل هذه العيوب تغاير تماما عيب خلو الحكم من الأسباب خلوا كليا أو جزئيا .

ثالثا: القصور وإغفال الفصل فى أحد الطلبات عند تعددها :-

تجب التفرقة بين القصور فى التسبب وبين إغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية فعلاج الإغفال - وعلى ما نصت عليه المادة ١٩٣ من قانون المرافعات - هو الرجوع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم بطلب من صاحب الشأن لتستدرك ما فاتها الفصل فيه ويخضع حكمها فى هذا الطلب لقواعد الطعن التى تسرى على الحكم الأسمى .
ومما تلزم مراعاته فى هذا الخصوص أنه يتعين أن يكون الطلب الذى غفلت المحكمة عن - الفصل فيه طلبا موضوعيا وليس دفعا لطلب أو وجه دفاع كطلب إتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لأن إغفال شئ من ذلك يعتبر رفضا له، كما يتعين أن يكون الإغفال كليا وهو ما لا يتأتى إلا نتيجة سهو، أما إذا كان عمديا فإن وسيلة التظلم منه تكون هى الطعن فى الحكم بإحدى الطرق المقررة قانونا .

الفرع الثالث

أوجه القصور فى التسبب

جرت فى الفقه محاولات كثيرة لحصر أوجه أو صور القصور فى التسبب ووضع معايير عامة منضبطة يمكن الاهتداء بها للتعرف على مواطن عدم كفاية التسبب، بينما اكتفى البعض باستعراض ما ارتآه قصورا فى التسبب أو أوجهها لعدم قيام الحكم على أساس قانوني^٢ وفى رأينا أنه من غير الميسور وضع معيار دقيق منضبط جامع شامل، أو تحديد مجموعة من الأصول أو القواعد العامة التى تجمع بين صور أو أوجه ذلك القصور لأن الفقه الإجرائى فقه مسائل أى يعتمد فى الأساس على حلول منفصلة دون الرجوع إلى نظرية عامة تنتظم هذه المسائل جميعا، ومرد ذلك أن القانون الإجرائى لا يتميز بالثبات الذى تتميز به قواعد القانون الموضوعى كالقانون المدنى، غاية ما فى الأمر أن هناك مجموعة من

١ - د.عزمى عبد الفتاح - تسبب الأحكام وأعمال القضاة - طبعة ١٩٨٣ - ص ٣٩٩.

٢ - ليس المقصود بعدم قيام الحكم على أساس قانونى عدم إصاحه عن السند القانونى لما قضى به ، وإنما هو عيب موضوعى يشوب أسباب الحكم الواقعية لا القانونية .

المبادئ الإجرائية الأساسية الثابتة تعتبر مصادر للتشريع فى مختلف البلدان ويستترشد بها القضاة عند تطبيق القوانين الإجرائية، ومن ثم فلا نستطيع أن نقول بوجود نظرية عامة للقصور فى التسبب . ومن ثم فسوف نقسم هذا الفرع إلى مقصدين، نعرض فى المقصد الأول لبيان الآراء الفقهية فى تحديد أوجه القصور فى التسبب، بينما نعرض فى المقصد الثانى لأوجه القصور فى التسبب فى ضوء أحكام محكمة النقض المصرية .

المقصد الأول

الآراء الفقهية فى تحديد أوجه القصور فى التسبب

أولاً : محاولة الفقيه الفرنسى إرنست فاى :

حصر فاى حالات عدم كفاية الأسباب فى مجموعات خمس على النحو الآتى :

المجموعة الأولى : وهى تشمل الحالات التى يعرض فيها القاضى الأسباب عرضاً معقداً متداخلاً بحيث لا تسمح بمعرفة ما إذا كان القاضى قد فصل فى الواقع أم فى القانون^١، وفى هذه الحالات يدمج قاضى الموضوع حاصل فهم الواقع فى الدعوى بحاصل فهم حكم القانون فى هذا الواقع، ومن ثم لا تدرى محكمة النقض مع هذا الإدماج هل حكم القاضى فى الدعوى على حاصل فهم الواقع فيه أم على أساس تطبيق القانون على هذا الواقع؟^٢، ومثال ذلك أن يلصق القاضى صفة التاجر بشخص معين ويقف عند ذلك دون بيان الأساس الذى تتولد منه هذه الصفة، فلا يبين القاضى لما كان هذا الشخص تاجراً ومما إستخلص كونه تاجراً، ومثال ذلك أيضاً ترتيب المسؤولية على شخص وإلزامه بالتعويض دون بيان أساس مسألته ووجه إهماله أو تقصيره^٣، ومن أمثلة ذلك أيضاً قول المحكمة ان العلاقة بين الخصمين هى بيع لا إجارة دون بيان موجب ذلك، أو الحكم بسقوط الدين بالتقادم من المدين وعدم سقوطه عن الضامن دون توضيح سبب هذه التفرقة بين المدين وضامنه ومبررات سقوط الدين بالتقادم أو عدم سقوطه^٤ .

المجموعة الثانية : وتشمل الحالات التى تكون فيها أسباب الحكم قد بلغت الغاية من الإبهام والتعميم بحيث لا تسمح لمحكمة النقض بممارسة مهمتها فى الرقابة على

١- Ernest faye :op ,cit , no. 121, p. 135 .

٢- م. حامد ، د. محمد حامد فهمى - الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٥٥ ، د. احمد مليجى - اوجه الطعن بالنقض المتصلة بالواقع - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ١٤٧ .

٣ - نقض مدنى فرنسى ١٩/٢/١٨٩٠-دالوز - ١٨٩٠-٢٤١، ونقض مدنى فرنسى ١٠/١١/١٩٢٥ - دالوز- ١٩٢٦ - رقم ٤ .

٤- نقض مدنى فرنسى ١٩/٢/١٨٩٠-دالوز - ١٨٩٠-٢٤١، ونقض مدنى فرنسى ١٠/١١/١٩٢٥ - دالوز- ١٩٢٦ - رقم ٤ .

الحكم^١، ومن أمثلة ذلك أن يكتفى الحكم الصادر بإلزام المستأنف بالتعويض الذي طلب المستأنف عليه إلزامه به عن إجراءاته الكيدية، بالقول بأن المستأنف كان متهورا في إستئنافه أو أن إستئنافه كان إجراء كيديا، دون أن يبين أسس ذلك^٢.

وهناك تطبيقات عديدة لقضاء النقض بنقض الأحكام لورود أسبابها بعبارات مبهمه أو غامضة ومن ذلك؛ قضاء محكمة النقض بأنه إذا كانت أسباب الحكم لا يستبان معها وجه الرأى الذى أخذت به المحكمة وجعلته أساس قضائها فهذا إبهام يعيب الحكم^٣. كما قضت بأن مراقبة محكمة النقض لا توتى ثمرها إلا إذا كانت الأحكام مشتملة على الأسباب الواضحة الكافية بالمقصود منها وإلا إستطاع القاضى أن يجهل طريق هذه الرقابة على محكمة النقض بما يكتفى به من أسباب غامضة....."^٤. كما قضت أيضا بأنه متى كان الحكم المطعون فيه حين قرر إستحقاق المستأجر للمصروفات التى أنفقتها على الزراعة القائمة فى العين المؤجرة حتى تاريخ التسليم وقضى بإلزام المؤجر بها لم يبين الأساس القانونى لهذا الإلزام، بل جاءت أسبابه فى هذا الخصوص مبهمه بحيث يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق الحكم لأحكام القانون، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور^٥.

كما أن هناك تطبيقات عديدة لقضاء محكمة النقض الفرنسية والمصرية بنقض الأحكام لورود أسبابها بعبارات عامة بحيث يقتصر الحكم على مجرد تأكيد أمر دون أن يفسر من حيث الواقع هذا التأكيد أى أن عبارات التسيب تكون مجرد تأكيدات وليست تبريرات تسند الحكم، ومن ذلك أن يكتفى الحكم بالقول بأن المدعى عليه إرتكب خطأ دون ذكر سبب آخر يفسر ذلك^٦، أو يكتفى الحكم بالقول أن المدعى عليه لم يقدم دفوعا جادة^٧.

المجموعة الثالثة: وهى تشمل الصور التى تكون فيها أسباب الحكم قد عنيت بذكر بعض العناصر الواقعية وسكنت عن إيراد ما نزل منها منزلة الشرط الضرورى لتبرير تكييف فهم الواقع فى الدعوى بما كيف به من أحكام القانون ثم تطبيق حكم القانون على حاصل هذا التكييف. ومن أمثلة ذلك أن يقول الحكم أن الثابت من ظروف الدعوى أن هناك بيعا

١- م. جامد، د محمد حامد فهمى - الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٥٥.

٢- "Les motifs sont concus en des termes trop generaux ou trop vagues . pour permettre a la cour d'exercer son droit de controle "Ernest faye" p. 136.

٣- Fay: p. 136 هامش رقم ٤.

٤- نقض ١٩٤٢/١/٢١ مجموعة عمر - ١٧ - ٣٩ مشار اليه فى: د. احمد مليجى- أوجه الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ١٤٨- هامش رقم ١٤٥.

٥- نقض مدنى ١٩٣١/١/١٩ - منشور فى مجلة المحاماة - السنة ١٢- ١١٧ ص ٢١٨.

٦- نقض مدنى ١٩٦٣/٥/٢ - مجموعة احكام النقض - السنة ١٤ ص ٣٦٨.

٧- Cass. Civ. 13-11-1860 .D.P.1861 I.488.

تم الإتفاق فيه على المبيع، ثم يسكت عن الإتفاق على الثمن^١، أو أن فلانا مسئول لخصمه بالتعويض عن ذلك الحادث الضار الذى تسبب فيه، بغير أن يبين أن الضرر الحاصل قد ترتب على الحادث الضار ترتب المسبب على سببه^٢، أو أن يقول فى معرض الأخذ بالدليل المستفاد من دفاتر التاجر أن الأمر الفلانى ثابت من هذه الدفاتر، بغير أن يبين صفة الخصم الذى تراد محاجته بهذا الدليل^٣.

المجموعة الرابعة : وهى تشمل الصور التى تكون فيها أسباب الحكم قاصرة عن بيان واقعة ما البيان الكافى لتحديدها وتمكين محكمة النقض من إجراء الرقابة على ما طبقه الحكم عليها من القواعد القانونية، أو تكون أسباب الحكم قد سكتت عن الإجابة على زعم موضوعى هام إذا تغير له وجه الرأى فى الحكم^٤. ومن أمثلة النوع الأول أن يقرر الحكم بصدد إتفاق مكتوب مقدم فى الدعوى أنه قد إتفق على تغييره بآخر، بغير أن يقال أن هذا الإتفاق الثانى كان هو كذلك بالكتابة، أو أن الحكم الفلانى قد نفذ فى ميعاد الثمانية أيام التى كان ينبغى فيها رفع دعوى مخاصمة الوكيل بغير أن يبين الحكم ما الذى تم من أعمال هذا التنفيذ الذى أشير إليه، وكأن يقول الحكم أن فلان المزارع قد إشتري بعض المحاصيل من السوق ثم باعه مع محاصيله وأنه لا يمكن إعتبار بيع هذه المحصولات جميعها عملا تجاريا، بغير أن يبين الباعث الذى حمل هذا المزارع على شراء ما اشتراه من السوق، ولا أن كمية ما اشتراه كانت لا تذكر بجانب ما نتج له من زراعته . ومن أمثلة النوع الثانى أخذ الحكم بالقاعدة العامة القاضية بأن البضائع القائمة بمخازن الجمرك لا تعتبر أنها قد سلمت لأصحابها، بغير أن يجيب على الوقائع التى حصل التمسك بها الدالة على وقوع التسليم والتسلم، ومنها نفى الحكم للحادث القهرى المدعى به سببا لتبرير تأخير إرسال البضاعة، بقوله أن التأخير لم يكن سببه حادثا قهريا وإنما كانت علتة نقصا فى الأدوات بغير بحث تلك الظروف الخاصة التى إستند إليها لإثبات قيام الحادث القهرى^٥.

١- م.حامد، د. محمد حامد فهمى- الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٥٦.

٢ - نقض فرنسى ١٤ مارس سنة دالوز ٩٢-١-٣٤٣١٨٩٢ - مشار اليه فى م. حامد ، د. محمد حامد فهمى - الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٥٦.

٣- Fay:op , cit , p. 136.

٤- ويقول Fay إن فى هذه الصور كثيرا ما يخفى الفرق بين مطلق الزعم الذى لا يجاب عليه فى الحكم ووجه الدفاع الذى ينبغى الاجابة عليه ، ولهذا يقع الخلط بين نقض الحكم لخلوه من الاسباب او نقضه لعدم قيامه على اساس صحيح - ص ١٢٧ - بند ١٢١ - وهامش رقم ٦ بها .

٥- Fay : op , cit , p. 137- 138.

م - حامد ، د. محمد حامد فهمى - الطعن بالنقض - مرجع سابق - ص ٤٥٦ - ٤٥٧ .

المجموعة الخامسة : وهى تشمل الحالات التى يقوم فيها الحكم على سبب عقيم غير منتج ويبقى المسألة الأصلية التى هى جوهر النزاع فى الدعوى معلقة بغير حل، ويحدث ذلك إما نتيجة لأن القاضى أساء فهم هذه المسألة فأجاب عليها بما لا يناسبها وينصب عليها، أو نتيجة لأنه قدر خطأ أن حلها أصبح عديم الفائدة فى الدعوى بعد أن قام بحل نقطة أخرى رأى أنها هى الأولى بجعلها مناط الحكم، وبعبارة أخرى فإن ذلك يحدث إما نتيجة لعدم فهم القاضى لجوهر النزاع المطروح عليه وإما نتيجة تقديره الخاطئ أن بحث إحدى نقاط النزاع ليس بحثاً منتجاً مكتفياً بالحل الذى إنتهى إليه فى نقطة أخرى، ومن أمثلتها أن يقول القاضى فى صدد حل النزاع القائم بين طرفى الخصومة على صحة عقد متنازع فيه بينهما، أن لا فائدة من بحث صحة هذا العقد لإمكان إعتبار الدعوى من قبيل دعاوى الإثراء بلا سبب، بغير أن يبين الحكم ما يبرر هذا النظر قانوناً، أو أن يقول فى حكمه الصادر بإبطال حجز دائن على ما لزوجته مدينه من مال خصص لها فى توزيع بحسب درجة الدائنين : إن الحاجز لم يكن إلا دائناً للزوج فقط، مع أنه كان يدعى أن ما حجزه هو من أموال روكية الزوجية، أو أن يقول فى الحكم الصادر برفض الدعوى التى رفعها الراسى عليه المزاد طالبا بها إبطال عقد إجارة عقده المدين أثناء إجراءات البيع الجبرى، أن المدعى الراسى عليه المزاد كان يعلم بهذه الإجارة، مع أن دعوى البطلان المرفوعة كانت مبنية على أن الإجارة صورية، ولا يهم فى قبول هذه الدعوى أن يكون مدعيها عالماً بحصول الإجارة أو غير عالم^١ .

ثانياً : محاولة الفقيه الفرنسى Jacques Bore^٢ :

رد الفقيه الفرنسى Bore حالات عدم كفاية الأسباب الواقعية إلى مجموعتين رئيسيتين :

المجموعة الأولى : وتضم الإثباتات الواقعية المنقوصة ؛ ويؤخذ على القاضى فى حالاتها أن بحثه للعناصر الواقعية للنزاع يكون بحثاً منقوصاً لا يكفى للتحقق من شرعية الحكم، ومن صور ذلك عدم بحث أحد أو بعض العناصر الواقعية الضرورية لتبرير ما انتهى إليه الحكم^٣، وعدم بيان مصدر الواقعة والدليل على ثبوتها، وحالة ما إذا لم تكن

١ - Fay :op , cit , N ,121, P 138. -

٢ - Jacques Bore: La cassation en matiere civile, sirey, paris, 1988 - N2270. -

٣ - ومن تطبيقات ذلك فى قضاء محكمة النقض الفرنسية ؛ الحكم بمسئولية متبوع عن أعمال تابعه دون بحث ما إذا كان التابع يباشر وظيفته لحظة وقوع الفعل الضار . civ. 24mai 1927. D.H.1927. 400

الأسباب منصبة على مقطع النزاع فى القضية بل كانت دائرة حول نقطة غير جوهرية، وحالة الإحالة إلى حكم يعترى أسبابه عيب النقص فى الإثباتات الواقعية .

المجموعة الثانية : الإثباتات الواقعية غير المحددة : وجماع العيب فى حالاتها أن الأسباب يعترىها عدم التحديد مما يدل على أن القاضى لم يبحث بحثا جذريا وقائع النزاع، الأمر الذى يعجز محكمة النقض عن الوقوف على الرأى الذى كونه قاضى الموضوع بشأنها والأساس الذى بنى عليه الحكم، ومن صور ذلك غموض الأسباب وإبهامها، ورود الأسباب بشكل عام أو مجمل، والإكتفاء بذكر النص القانونى دون تحديد الوقائع تحديدا كافيا يبرر الإشارة إليه .

ثالثا: محاولة الفقيهين حامد ومحمد حامد فهى :

تأمل الفقيهان حامد ومحمد حامد فهى الصور التى جمعها " Faye " وقسمها إلى خمس مجموعات، كما إستعرضا أمثلة أخرى أوردتها الفقيه " Rene Morel " وخلصا إلى القول بأن " المعنى الجامع فى هذه الصور وغيرها من الأمثلة هو قصور الحكم عن إيراد ما ثبت من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها إيرادا وافيا يمكن محكمة النقض من التحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا، إذ سبيل هذه الرقابة هو تناول ما ثبت بالحكم من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ومقابلة ذلك بما طبقه الحكم عليها من القواعد القانونية، ومن ثم فالذى يعجز محكمة النقض عن القيام بهذه الرقابة ليس هو قصور الحكم عن إيراد الأسباب القانونية اللازمة الكافية، ولا الخطأ فى بعض هذه الأسباب إذ المحكمة تستطيع -

والحكم باعفاء شركة السكك الحديدية S.N.C.F من مسئولية حادث وقع عند مزلقان PASSAGE A NIVEAU UN لمجرد أن قائد القطار كانت له أولوية المرور لأنه اتبع القواعد دون بحث ما إذا كان سائق القطار قد وضع فى اعتباره سوء الرؤية أو أنه أخذ الاحتياط الكافى . civ. 14januv. 1942.D.H. I.22 .

١ - ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد ؛ الحكم الذى يكتفى فى بيان خطأ المضرور بالقول بأنه لم يكن حريصا فى سيره ، دون أن يبين المصدر الذى استقى منه هذه الواقعة أو يقيم الدليل عليها . نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٦٣ - مجموعة النقض ١٤ - ص ١٥٦ .

٢ - ويحدث ذلك إما نتيجة لعدم فهم القاضى لجوهر النزاع المطروح عليه ، وإما نتيجة تقديره الخاطى أن بحث إحدى نقاط النزاع ليس بحثا منتجا مكتفيا بالحل الذى إنتهى إليه فى نقطة أخرى . وفى الحالين يعيب الحكم القصور للنقص فى أسبابه الواقعية .(فاى - محكمة النقض - المرجع السابق - بند ١٢١) . ومن تطبيقات ذلك ؛ ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الوضع الحقيقى للنزاع المطروح إدعاء ودفعا هو ؛ أن وزارة الأوقاف بعد أن إرتبطت مع شخص ما بمقتضى قائمة مزاد على إستبدال عقار موقوف . تصرفت ببيع بعض هذا العقار إلى مصلحة التنظيم لتوسيع شارع وقبلت ثمن هذا الجزء مخالفة بذلك تعهداتها المندمج فى قائمة المزاد بأن لا تتصرف فى الصفقة كلها أو بعضها للغير ، فطلب ذلك الشخص فسخ التعاقد ، فرفضت المحكمة طلبه إعتقادا على أن حق الإرتفاق ليس من حقوق الإرتفاق التى تستلزم فسخ التعاقد ، ولم تبحث المحكمة فيما إذا كان تصرف الوزارة ببيع الجزء الذى باعته إلى مصلحة التنظيم وأصبح بعده الجزء الباقى من العقار على حال تبرر طلب فسخ التعاقد أو لا تبرره هو تصرف يفسخ عقد الإستبدال أو لا يفسخه أو إذا كان يفسخه فهل هو يفسخه فسحا كاملا أم جزئيا ، فإن إغفال بحث هذه المسائل هو قصور فى أسباب الحكم يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون ، إذ يتعين أن تكون أسباب الحكم منصبة على مقطع النزاع فى القضية وليست دائرة حول نقطة غير جوهرية . نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٦٦ الطعن رقم ٩٩ السنة ٥ ق.

متى رأت أن الحكم صحيح النتيجة قانوناً، وأن القاعدة التي أخذ بها الحكم هي التي تطبق على الوقائع الثابتة - أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة وتستدرك ما وجدته في بعض الأسباب من الأخطاء القانونية . ليس هذا بمعجزها وإنما الذي يعجزها عن القيام بحقها في الرقابة إنما هو قصور الأسباب الواقعية عن إيراد وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ووجوه نزاع الأخصام وطلباتهم - الإيراد الوافي بحيث تصبح غير قادرة على التحقق من معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية التي طبقت في الدعوى هي التي تطبق عليها أم لا .

المقصد الثاني

أوجه القصور في التسبب في ضوء أحكام محكمة النقض المصرية

باستقراء أحكام محكمة النقض لبيان حالات القصور في أسباب الحكم والتي من شأنها أن ترتب بطلان هذا الحكم في حال الطعن عليه، فقد إرتأينا رد هذه الحالات إلى مجموعتين رئيسيتين هما :

المجموعة الأولى

السكوت عن البيان عند الحاجة إلى بيان

يقصد بذلك أن تقضى المحكمة في الدعوى وتعرض للوقائع والأدلة فيها دون أن تبين أو تشير في حكمها إلى المواضع التي رأتها واستندت إليها تدليلاً على الحكم، ويمكن القول بأن أسباب الحكم تعتبر مشوية بالقصور في البيان إذا إنطوت على عيب يمس سلامة إستقراء الأدلة والعناصر الواقعية . ويضم هذا الوجه الصور الآتية :

أولاً: القصور في بيان موضوع الدعوى أو طلبات الخصوم أو دفوعهم أو دفاعهم الجوهري:

طواعة لحكم المادة ١٧٨ من قانون المرافعات يتعين أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وعلى خلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري، فذلك أمر لازم لإمكان القول بأن المحكمة فهمت واقع الدعوى، ولازم كذلك لإمكان تكييف هذا الواقع وتطبيق القانون عليه فإذا ما قصر الحكم في بيان شئ من ذلك قصوراً يعجز محكمة النقض عن قيامها بمراقبته لتنتبين ما إذا كانت قد وقعت فيه مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله فإنه يكون معيباً بقصور يبطله .

فيتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها - الصادر بالإفلاس - الوقائع المكونة لحالة التوقف عن الدفع حتى تستطيع محكمة النقض أن تراقبها في تكييفها القانوني لهذه الوقائع باعتبار أن التوقف عن الدفع هو أحد الشروط التي يتطلبها القانون لشهر الإفلاس . فإذا لم يبين الحكم المطعون فيه الأسباب التي إستند إليها في ذلك فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب^١ .

ويتعين على الحكم لكي يثبت التملك بوضع اليد أن يعرض لشروط وضع اليد وهي أن يكون مستمراً وهادئاً وظاهراً مقروناً بنية التملك، ويبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها، ويكفي أن يبين ذلك من مجموع ما أورده الحكم دون حاجة إلى تناول كل شرط من تلك الشروط ببحث مستقل^٢ .

ويلزم التنبيه إلى أنه يتعين لإعتبار البيانات الواردة في المادة السالفة الذكر من البيانات الجوهرية التي يترتب على إغفالها البطلان أن يكون الحكم قد فصل في مسألة تتعلق بما قدم من طلبات أو دفع أو أوجه دفاع، أما إذا إنصب قضاؤه على غيرها فلا على المحكمة إن هي أغفلت إيراد هذه البيانات لأنها لا تتصل بقضائها طالما كان حكمها مسبباً تسببياً كافياً لتسوية ما حكمت به .

ثانياً - عدم بيان مصادر الوقائع والأدلة ومؤدى هذه الأدلة وفحواها :

يجب أن يشتمل الحكم على بيان مصادر ما ثبتت صحته من وقائع الدعوى، ومصادر الأدلة التي ساقها للقول بثبوت أو نفي هذه الوقائع، وفحوى تلك الأدلة ووجه إستدلاله بها حتى يتسنى لمحكمة النقض التقرير بصحة ذلك أو عدم صحته وإعمال رقابتها على سداد الحكم وأن الأسباب التي أقيم عليها جاءت سائغة لها أصل ثابت في الأوراق وتتفق مع النتيجة التي إنتهى إليها .

ولا تكفي في هذا الشأن الإشارة إجمالاً إلى أوراق الدعوى أو إلى المستندات المقدمة فيها باعتبارها مصادر لما ذكر من حجج وأسانيد، وإنما يلزم تحديد مصدر الواقعة أو الدليل تحديداً كافياً نافياً للجهالة .

وفضلاً عن ذكر مصادر الأدلة يجب بيان دلالتها ومؤداها فإذا كانت المحكمة قد ذكرت أنها كونت إقتناعها من المستندات والمذكرات وتقرير الخبير المقدم في الدعوى فإن

١ - نقض ١٩٧٠/٢/٢٤ - الطعن ٥٨٩ لسنة ٣٥ ق .

٢ - نقض ١٩٨٠/١٢/١١ - الطعن ٤١١ لسنة ٤٦ ق .

مجرد الإشارة إلى هذه العناصر دون بيان فحواها يعد قصورا مبطلا للحكم إذ لا يمكن منه تعيين الدليل الذي كونت منه المحكمة إقتناعها بوجهة نظرها .

ومن قضاء النقض في هذا الخصوص، قضت محكمة النقض " بأنه إذا لم يبين الحكم المصدر الذي إستقى منه ما إنتهى إليه من عدم صلاحية عقار النزاع للإستعمال في الغرض الذي وهب من أجله وفحوى الأوراق التي إستخلص منها حصول تفاسخ ضمنى لعقد الهبة ووجه دلالتها في هذا الصدد فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب^١ " . وقضت " بأن إقامة الحكم قضاءه على عدم إستفادة المستأجر من إمتداد العقد المفروش إستنادا إلى جملة مصادر دون أن يبين ماهية ما استمده منها حتى يمكن لمحكمة النقض التحقق من ذلك ينطوى على قصور في التسبيب^٢ " . كما قضت " بأن عدم إفصاح المحكمة عن المصدر الذي إستظهرت منه ثبوت خطأ المتبوع وما إذا كان من التحقيقات الجنائية التي تمت، أو من التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة يصم حكمها بالقصور^٣ " . وقضت " بأنه " إذا كانت محكمة الموضوع - بعد أن كيفت العلاقة بين طرفي النزاع بأنها علاقة عقدية قائمة على البيع - عادت فوصفت هذا البيع بأنه من نوع خاص، وأسست ذلك على ما ذكرته من أنه قد إشتراط فيه تحديد الريح بنسبة معينة ورتبت عليه أنه لم يلحق بالطاعن ضرر من جراء دفعه زيادة في الثمن إذ لم تتأثر بذلك نسبة الريح المحددة دون أن يبين كيف تحصلت لها من الواقع تلك المقدمة التي رتبت عليها تلك النتيجة فإن حكمها المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور^٤ " . وقضت " بأن إقتصار الحكم في أسبابه على الإشارة إجمالاً إلى أوراق الدعوى ومستنداتها باعتبارها المصدر الذي إستقى منه تحقق حالة تكرار التأخير في الوفاء بالأجرة دون أن يبين مؤدى هذه الأوراق والمستندات يعيبه بقصور في التسبيب^٥ .

ثالثا - عدم الإطلاع على القرائن المقدمة في الدعوى :

من المقرر في كل من الفقه والقضاء أن القرينة هي إستنباط أمر مجهول من آخر معلوم، وأنها إما أن تكون قرائن قانونية تجرى بها نصوص في التشريع وإما أن تكون قرائن قضائية يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى .

١ - نقض ١٩٨٦/٦/١٧ - الطعن ٥٥٨ لسنة ٥٣ ق .

٢ - نقض ١٩٨٤/١١/١٩ - الطعن ٤٨٦ لسنة ٥٣ ق .

٣ - نقض ١٩٧٨/١٠/٢٦ - الطعن ٦٨٧ لسنة ٤٥ ق .

٤ - نقض ١٩٥٨/١٢/١١ - الطعن ٣٧٨ لسنة ٢٤ ق .

٥ - نقض ١٩٨٤/١١/١٩ - الطعن ١٠٣١ لسنة ٤١ ق .

ولقد إستقر قضاء النقض على أنه وإن كان قاضى الموضوع يستقل بتقدير القرائن القضائية وإطراح ما يرى إطراحه منها، وأنه غير ملزم بمناقشة كل قرينة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها إلا أن محل ذلك أن يكون قد إطلع على هذه القرائن وأخضعها لتقديره فإذا كان منها ما هو مؤثر فى الدعوى فإنه يجب عليه أن يبين فى حكمه ما يدل على أنه إطلع عليها وبحثها وخلص من تقديره لها إلى الرأى الذى إنتهى إليه، فإن لم يشر إلى هذه القرائن إلا إشارة عابرة تناول فيها بعض القرائن واكتفى بالرد عليها بأسباب مجملة ليس فيها ما يدل على أن المحكمة بحثتها وقالت كلمتها فيها، أو بأن المحكمة لم تطلع عليها وبالتالي لم تبحثها فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يبطله^١.

فإذا تمسك خصم بالصورية وساق للتدليل عليها عدة قرائن فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع أو يرد عليه فإنه يكون قاصرا قصورا يبطله، ذلك لأن القول باستقلال محكمة الموضوع بتقدير القرائن القضائية وإطراح ما ترى إطراحه منها محله أن تكون قد أخضعت هذه القرائن لتقديرها، فإذا بان من حكمها أنها أغفلتها ولم ترد عليها فإن حكمها يكون قاصرا^٢.

رابعا - عدم بيان العناصر الواقعية المطابقة لمفترض القاعدة القانونية :

فى فلسفة القانون يقال إن لكل قاعدة قانونية نموذج لا ينطبق إلا إذا توافرت شروط إنطباقه وأن لكل قاعدة قانونية تحتوى على وقائع نموذجية عامة ومجردة وإلى جانبها يوجد الحكم أو الأثر القانونى لهذه القاعدة، ويرتبط النموذج الواقعى بالأثر القانونى برابطة لا تقبل الإنفصام بحيث لا يجوز إعمال هذا الأثر على غير تلك الوقائع، ولكى تطبق القاعدة القانونية تطبيقا صحيحا يجب أن تكون المقارنة التى يقوم بها القاضى بين الواقع الذى يطرحه عليه الخصوم والنموذج الموجود فى القاعدة القانونية - فى الشق المتعلق بمفترضها - مقارنة صحيحة .

فنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى على أن " كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " يشتمل على مجموعة من العناصر الواقعية - هى مفترض القاعدة القانونية - تتمثل فى ضرورة أن يكون هناك فعل ضار، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وإلى جانب هذا المفترض العام المجرد فثم حكم أو أثر قانونى واجب الإعمال إذا ما تحقق المفترض هو القضاء بالتعويض وبالتالي فإنه يتعين على القاضى

١ - نقض ١٩٨٢/٢/٢٤ - الطعن ٨٥٢ لسنة ٤٧ ق .

٢ - نقض ١٩٨١/٥/٢٨ - الطعن ١٨٦ لسنة ٤٨ ق .

حين يقضى بالتعويض فى هذه الحالة أن يبين فى أسباب حكمه كافة أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما طالما كانت محل منازعة من الخصوم إذ المقرر أن القاضى غير ملزم كقاعدة عامة بالتعرض للنقاط التى ليست محل منازعة من الخصوم باعتبارهم أصحاب النزاع وهم الذين يرون ما يرغبون فى طرحه على القضاء محلاً وسبباً وما لا يرغبون فكل ما يسكت عنه الخصوم يعده القاضى قائماً وصحيحاً ما لم يتعلق بالنظام العام . فإذا أقر المدعى عليه فى المثال السابق بوقوع خطأ منه وبحدوث الضرر ولكنه نازع فى قيام علاقة السببية بين خطئه وذلك الضرر فليس على القاضى أن يتناول فى أسباب حكمه هذين الركنين من أركان المسؤولية وحسبه أن يذكر من العناصر الواقعية ما تتحقق أو تنتفى به علاقة السببية باعتبار أن هذه هى النقطة الحاسمة فى النزاع .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن " القانون المدنى الجديد استلزم لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها، فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرف الذى قضى ببطلانه قد صدر قبل تسجيل قرار الحجر، وإذ اقتصر الحكم فى تأسيس قضائه بذلك على مجرد ما قاله من ثبوت قيام حالة العته وقت صدوره دون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن المتصرف إليه كان على بينة منها، فإنه يكون مخالفاً للقانون وقاصر التسبب^١ ."

وقضت بأن " حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه إذ قعد عن مزاوله أعماله خارج المنزل فى الشهر الستة السابقة على وفاته دون بيان نوع المرض الذى انتاب المورث وتحقق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه، فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت^٢ " .

كما قضت بأنه " ولئن كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق من أى مصدر يستقى القاضى منه دليلاً ولا محل لطرح ما تقرره محكمة الموضوع بشأنه على محكمة النقض، إلا أنه يجب أن يعرض الحكم المثبت للتملك بالتقادم لشروط وضع اليد فبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من

١ - نقض ١٩٦٥/١١/١١ - الطعن ٤٦٠ لسنة ٣٠ ق .

٢ - نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ - الطعن ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق .

وجودها، وإذا لم يرد بالحكم المطعون فيه ما يفيد تحقق هذه الشروط فإنه يكون مشوباً بالقصور^١ .

خامساً - عدم بيان السند القانوني للحكم :

من المقرر أن تطبيق القانون على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى طلب من الخصوم بل هو واجب القاضى الذى عليه من تلقاء نفسه أن يبحث عن الحكم القانونى المنطبق على الواقعة المطروحة عليه، وأن ينزل هذا الحكم عليها أيا كان النص القانونى الذى إستندوا إليه فى تأييد طلباتهم أو دفاعهم أو دفعهم فى الدعوى .

ومن المقرر كذلك أنه متى كان الحكم قد أصاب صحيح القانون فى نتيجته فلا يبطله قصوره فى الإفصاح عن سنده القانونى ولمحكمة النقض أن تستكمل ما قصر الحكم فى بيانه من ذلك كما أن لها أن تعطى الوقائع الثابتة تكييفها القانونى الصحيح ما دامت لا تعتمد فيه على غير ما حصلته محكمة الموضوع منها .

كذلك فإنه لا يعيب الحكم عدم إفصاحه عن السند القانونى لما قضى به إذا لم يكن من شأن إغفال هذا السند تجهيل الأسباب طالما إنتهى الحكم إلى نتيجة صحيحة فى القانون .

أما إذا أدى إغفال بيان السند القانونى للحكم أن أصبحت أسبابه مجهلة أو مبهمه مما يعجز محكمة النقض عن أداء وظيفتها فى مراقبة تطبيق القانون، فإنه يتعين أن تشمل أسباب الحكم على بيان السند القانونى الذى إعتد عليه فى قضائه وإلا وقع مشوباً بقصور فى التسبيب .

ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الخصوص، قضت " بأنه إذا كان الحكم لم يبين سنده القانونى لما قضى به أو يورد النصوص القانونية التى طبقها على واقعة الدعوى أو يناقش الأساس الذى بنى عليه الحكم الإبتدائى الذى قضى بإلغائه، فإن هذا يكون من شأنه أن يجهل بالأساس الذى قام عليه الحكم المطعون فيه مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون ويكون مشوباً بقصور يبطله^٢ " .

وقضت أيضاً " بأنه إذ قرر الحكم إستحقاق المستأجر للمصروفات التى أنفقها على الزراعة القائمة فى العين المؤجرة حتى تاريخ التسليم، وقضى بإلزام المؤجر بها دون أن يبين

١ - قض ١٠/٦/١٩٦٩ - الطعن ٣٠ لسنة ٥ ق .

٢ - نقض ٤/٣/١٩٦٥ - الطعن ٢٩٦ لسنة ٣٠ ق .

الأساس القانوني لهذا الإلزام بل جاءت أسبابه في هذا الخصوص مبهمة بحيث تعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون فإنه يكون معيباً بالقصور^١ .

كما قضت " بأنه من المقرر في القانون أن الفوائد لا تكون مستحقة إلا من تاريخ المطالبة الرسمية ما لم يقض العقد أو العرف التجارى أو القانون بغير ذلك، فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالفوائد من تاريخ الإنذار الرسمى دون بيان السند القانونى الذى إستند إليه فى قضاؤه بالفوائد من هذا التاريخ فإنه يكون قاصراً فى التسبيب^٢ " .

مدى سلطة محكمة النقض فى استبدال الأسباب القانونية للحكم المطعون فيه بأخرى من عندها ؟

لا خلاف فى الفقه على أن لمحكمة النقض أن تستكمل ما قصر الحكم المطعون فيه فى بيانه من سند قانونى لقضائه، ولا على أن لهذه المحكمة أن تصح ما قد يتردى فيه من خطأ فى القانون طالما انتهى فى قضاؤه إلى النتيجة الصحيحة .

ولكن الخلاف يثور حول ما إذا كان لمحكمة النقض أن تستبدل الأسباب القانونية للحكم المطعون فيه كلية بأسباب قانونية أخرى تحمل قضاؤه .

ذهب رأى فى الفقه إلى جواز ذلك شريطة أن تكون الأسباب البديلة قانونية صرف أى غير مختلطة بواقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع . وفيما يقولون تسوية بين الأسباب المتعلقة بالنظام العام والأسباب القانونية البحتة .

غير أننا نرى أنه لا يجوز لمحكمة النقض أن تستبدل تماماً الأسباب القانونية للحكم المطعون فيه بأخرى من عندها حتى ولو كانت قانونية صرف، وبمعنى آخر ليس لمحكمة النقض أن تستعمل سلطتها لتصل إلى تطبيق للقانون مستقل عن تطبيق الحكم المطعون فيه بأن تضع حلاً للمشكلة القانونية على نحو مخالف للحل الذى اعتمده هذا الحكم ولو كانت لم تمس مضمونه .

سادسا - إغفال الرد على الدفاع الجوهري :-

١- التمييز بين الطلب، والدفع، ووجه الدفاع، والحجة أو الدليل :

قبل التعرف على ماهية الدفاع الجوهري يجب أن نميز بينه وبين كل من الطلب والدفع والدليل أو الحجة والسند، وبعيدا عما قيل من تعريفات لكل منها - وهى تعريفات متداخلة متشابكة - نرى أن :

١ - نقض ١٩٦٣/٥/٢ - الطعن ١٢٥ لسنة ٢٨ ق .

٢ - نقض ١٩٦٦/٦/٢١ - الطعن ٢٩ لسنة ٣١ ق .

الطلب : هو ادعاء بحق أو بمركز قانوني يطلب تقريره أو إنشاؤه بحكم من القضاء، والدفع : رد على الطلب يبتغى به الدافع تقادى الحكم للطلب بما يدعيه ، ووجه الدفاع : هو سبيل الانتصار لكل من الطلب والدفع ، أما الحجة : فهي الدليل أو السند الذي يدعم وجه الدفاع طلبا كان أم دفعا .

فبالطلب يعمل المدعى على استصدار حكم بإلزام المدعى عليه بما طلب، وبدفاعه ينتصر لهذا الطلب ويحميه، وبالحجة أو الدليل يؤيد هذا الطلب .وبالدفع يعمل المدعى عليه على تقادى الحكم عليه بالطلب، وبدفاعه يسوق معاول هدم الطلب وتقويض دعائمه، وبالحجة أو الدليل يقيم الدليل على صحة دفعه .

وبحكم ما للدفع من أهمية بالغة في سير الخصومات فقد أفرد لها المشرع الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات، وهي إما دفع شكلي توجه إلى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها بغية إنهاؤها دون تصد لموضوع الحق المطالب به أو المركز القانوني المراد حمايته كالدفع بعدم الإختصاص، والدفع بالإحالة إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للإرتباط، والدفع بالبطلان، والدفع بسقوط الحق في المطالبة القضائية أو بانقضائها بسبب من الأسباب التي يقرها القانون وأما دفع بعدم القبول كالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من أو على غير ذى صفة أو لرفعها قبل الأوان وإما دفع موضوعية تنصب على أصل الحق المرفوعة به الدعوى وتتضمن إنكار وجوده أو تحللا من الإلتزام به وهذه لا تقع تحت حصر .

وقد ذهب رأى فى الفقه^١ إلى ضرورة اشتمال الحكم على كل ما يبدى من دفع، الجوهرى منها وغير الجوهرى، أما عن أوجه الدفاع فيكفى اشتماله فقط على خلاصة موجزة لدفاعهم الجوهرى، أما غير الجوهرى من الدفاع فلا تثريب على الحكم إذا لم يشر إليه أو يواجهه بأسباب خاصة وسندهم فيما ارتأوه أن الدفع يتصف دائما بأنه جوهرى بخلاف أوجه الدفاع التى قد يغنى ذكر بعضها عن البعض الآخر أو ينطوى الرد على أحدها على معنى إطراح ما عداه فإذا لم يشر الحكم مثلا إلى دفع بعدم قبول الدعوى أو بسقوط الحق فى المطالبة أو بانقضائها أو بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وجاءت أسبابه خلوا من الرد عليه والفصل فيه فإن الحكم يكون مشوبا بقصور يبطله، بينما جرت بغير ذلك أحكام النقض حيث تطلبت فى حالة عدم الإشارة إلى الدفع أو الرد عليه أن يكون جوهريا من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى، وقضت بأن إغفال الرد على الدفع لا يعد قصورا فى

الأسباب طالما أن هذا الدفع يفتقر إلى سند القانوني - بينما ذهبت بعض أحكامها إلى القول بأنه بحكم ما للدفع من أهمية بارزة في سير الخصومات - أوجب المشرع على المحاكم إيراد خلاصة موجزة لها في إطلاق غير مقيد بوصف، خلافا لما وصف به الدفاع من أن يكون جوهريا، على تقدير منه بتحقيق هذا الوصف في الدفع كافة بخلاف أوجه الدفاع التي قد يغنى بعضها عن البعض الآخر أو ينطوى الرد على إحداها على معنى إطراح ما عداها، ثم استلزم القانون لسلامة الأحكام أن تورد الرد الكافي على تلك الدفع وعلى الجوهرى من أوجه الدفاع مرتبا البطلان على تقصيرها في ذلك^١.

والذى يعيننا التأكيد عليه في هذا الصدد أن ما كان جوهريا من دفع الخصوم ودفاعهم هو الذى يجب إيراده في مدونات الحكم والرد عليه بأسباب خاصة، أما ما كان غير جوهرى من ذلك فلا على المحكمة إن هي التقت عنه لكونه ظاهر الفساد، ولا تستثنى من هذا الأصل سوى حالة واحدة هي أن تعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق الحكم المطعون فيه للقانون، فعندئذ تنقض الحكم لقصوره في التسبيب، ومن ثم فإننا نميل إلى الرأى الأول لأنه من غير المنطقى أن ينقض حكم لإغفاله الرد على دفع يبين من أوراق الطعن أنه دفع ظاهر الفساد لتعود محكمة الإحالة وتقضى برفضه لافتقاره إلى موجبات قبوله لما ينطوى عليه ذلك من إهدار لمبدأ الإقتصاد في الإجراءات^٢.

٢- ماهية الدفاع الجوهرى :

المقرر فى قضاء النقض أن الدفاع الجوهرى الذى تلتزم محكمة الموضوع بمواجهته والرد عليه بأسباب خاصة هو الذى يقدم إليها تقديمًا صحيحًا وأن يكون صريحًا واضحًا ومعينًا تعيينًا كافيًا، وأن يكون جازمًا ومقترنًا بدليله أو مطلوبًا من المحكمة تحقيقه وأهم من ذلك كله أن يكون من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى^٣، وذلك على التفصيل التالى :

أ- أن يقدم للمحكمة تقديمًا صحيحًا :

أى وفقا للأوضاع المقررة فى القانون فيتعين أن يبدى قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى إما شفاهة فى حضور الخصم ذى الشأن، وإما فى مذكرة تعلن لهذا الأخير، وألا يكون قد تم النزول عنه صراحة أو ضمنا وأن يكون طلبا ختاميا .

١ - نقض ١٧/١١/١٩٩٤ - الطعن ١٢٥٩ لسنة ٦٠ ق .

٢ - قضت محكمة النقض بأن إغفال الحكم الرد على دفاع أو دفع لا يستند إلى أساس قانونى لا يعد قصورا ، نقض ١١/١١/١٩٩٨ - الطعن ١٧٧ لسنة ٦٢ ق .

٣ - د. نبيل عمر - تسبيب الأحكام - مرجع سابق - ص ٦٧ .

ف للخصوم أن يقدموا طلباتهم وأوجه دفاعهم في الشكل الذي يريدونه شفاهة أو كتابة ما لم يتطلب القانون أن يفرغ الطلب أو الدفع في شكل معين كالحال بالنسبة للمقاصة القضائية فلا يجوز التمسك بها إلا بأحد طريقتين إما أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية، وأما أن يبديها في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية، فإذا تم التمسك بها في صورة دفع للدعوى فلا على الحكم إن هو أغفل الرد على هذا الدفع .

والنعي بتغيير الحقيقة في المحررات الرسمية لا يجوز طرحه إلا بطريق الإيداع بالتزوير .

ومتى تم إعلان الدعوى للخصم إعلانا صحيحا فلم يحضر هو أو محاميه جلسة المرافعة فليس له أن يعتصم بعدم سماع مرافعته الشفوية، كذلك الحال إذا حضر ولم يبد رغبة في هذه المرافعة .

وإذا كانت الدعوى قد انتهت المرافعة فيها ثم أجلت للنطق بالحكم من غير أن يصرح للخصوم بتقديم مذكرات فلا يجوز للمحكمة أن تقبل مذكرة من أى منهم، ومن ثم فإن إبداء طلب أو دفع أو وجه دفاع في هذه المذكرة لا يعتبر تقديما صحيحا .

وإذا حجزت الدعوى للحكم مع التصريح بتقديم مذكرات خلال أجل معين فإن باب المرافعة لا يعتبر مقفولا إلا بانتهاء هذا الأجل، فإذا لم تقدم مذكرات وطلب أى من الخصوم مد أجل النطق بالحكم لتقديم مذكرة بدفاعه فهذه رخصة للمحكمة لها أن تستعملها وألا تستعملها وليس في رفضها لهذا الطلب إخلال بحق الدفاع .

والتصريح بتقديم مذكرات لا يعنى التصريح بتقديم مستندات . لا يغير من ذلك تأشير محامى الخصم بما يفيد قبوله للمذكرة أو المستند المقدم بعد الميعاد وطلبه منحه مهلة للرد عليه ذلك أن إجابة هذا الطلب من إطلاقات المحكمة ولا يعاب عليها عدم الإستجابة إليه .

وفي جميع الأحوال التي يصرح فيها بتقديم مذكرات أو مستندات فإنه يتعين إعلان الخصم بها ولا يسوغ الخروج على هذا الأصل بدعوى أن العمل جرى على الإيداع في ملف الدعوى دون إعلان إذ ليس من شأن هذا الإيداع - بافتراض صحته - أن يغير من قواعد وضعت لكفالة حق التقاضى وعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفا فيها^١ .

١ - يراعى أن المادة ٢/١٧١ مرافعات - بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - أجازت التصريح بمذكرات تودع قلم كتاب المحكمة .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " متى كانت مذكرة الطاعن المقدمة في فترة حيز الدعوى للحكم ما كان مصرحاً له بتقديمها، فإن المحكمة تكون قد استخدمت مطلق حقها عندما اتفقت عن تلك المذكرة وحينما اعتبرت الدفع الذي تضمنته غير قائم أمامها وغير مطروح عليها ولا يكون هناك محل لنسبة القصور في التسبب إلى الحكم لعدم رده على هذا الدفع^١ . "

وقضت بأن " شرط تقديم مستندات في فترة حيز الدعوى للحكم هو أن تكون المحكمة قد صرحت بتقديمها واطلع الخصوم عليها، وليس يكفي أن يكون الخصم أو وكيله قد أشر على المذكرة - غير المصرح بتقديمها - بما يفيد استلامه صورتها، أو أن يكون قد أشار إلى فحوى المستندات^٢ . "

كما قضت بأنه " إذ تبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطاعن قد تمسك بدفاعه الوارد في وجه النعي في مذكرة قدمها خلال فترة حيز الدعوى للحكم غير أنه لم يؤشر عليها بما يفيد سبق إعلانها للمطعون عليها أو إطلاعها عليها، ومن ثم فلا يجوز قبول هذه المذكرة ولا يسوغ الخروج على ذلك أن المحكمة قد أذنت للطاعن بإيداع مذكرته ملف الدعوى دون إعلان الخصم بها، إذ ليس من شأن هذا أن يغير من قواعد وضعت كفالة لعادلة التقاضي وعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفاً فيها، وبالتالي فإن إغفال الحكم الرد على هذا الدفاع يكون موافقاً للقانون ويكون النعي عليه بالقصور على غير أساس^٣ . "

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى أنه، يعتبر مطروحاً على محكمة الموضوع ما يرد في المذكرات التي قدمت بعد حيز الدعوى للحكم إذا ما قررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة لأنها تصبح في هذه الحالة من أوراق الدعوى التي يحق للخصوم الإطلاع عليها ومناقشة ما جاء فيها .

كما يعتبر مطروحاً على محكمة الدرجة الثانية الطلبات والدفع وأوجه الدفاع الواردة في مذكرات قدمت إلى محكمة أول درجة وتم استبعادها ولو لم يتمسك بها صاحب الشأن ما دام لم يثبت أنه تنازل عنها صراحة أو ضمناً، ويسرى الحكم ذاته على ما تم استبعاده من مستندات لم تصرح محكمة الدرجة الأولى بتقديمها .

إذا قدمت مستندات محررة بغير اللغة العربية، فإن ذلك يوجب على المحكمة استبعادها، أما إذا ترجمت هذه المستندات إلى اللغة العربية - ولو لم تكن الترجمة رسمية -

١ - نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ - الطعن ٤٨٤ لسنة ٣٤ ق .

٢ - نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ - الطعن ٥٦٣ لسنة ٥٢ ق .

٣ - نقض ١٩٧٥/١١/٤ - الطعن ٧٨ لسنة ٤١ ق .

فإنها تعد مطروحة على المحكمة طالما أن الخصوم لم يطعنوا على تلك الترجمة وإنما سلموا بصحتها صراحة أو ضمنا .

كذلك فإنه لا يعتبر تقديمًا صحيحًا إيراد الطلب أو الدفع أو وجه الدفاع في عبارات جارحة أو مخالفة للنظام العام أو الآداب إذا أمرت المحكمة بمحوها إعمالًا للسلطة المخولة لها بالمادة ١٠٥ من قانون المرافعات .

ب - أن يكون صريحًا وواضحًا :

فلا بد لقبول الدفع أو وجه الدفاع أن يكون صريحًا يقرع سمع المحكمة ويستلقت انتباهها ويحدوها إلى مواجهته والرد عليه بأسباب خاصة .

فإذا كان الطاعن قد اكتفى بتنبيه المحكمة إلى حقها في استجواب خصمه ولم يصمم على إجراء هذا الاستجواب في مذكراته فلا يصح له أن ينعى على الحكم المطعون فيه أنه ضرب صفحا عن هذا الطلب^١ .

والطعن بالصورية الذي يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم أن يكون صريحًا في هذا المعنى ولا يفيد مجرد الطعن بالتواطؤ أو بالاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولًا وحكما ولا على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عن هذا الدفاع^٢ .

والطلب القضائي الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه هو الذي يقدمه الخصم في صيغة صريحة جازمة ابتغاء صدور حكم أو قرار في الدعوى لحماية حق أو مركز قانوني يدعيه قبل خصمه ولا يعتبر من هذا القبيل ما يثيره الخصم من تقارير أو أوجه دفاع لا يترتب عليها المطالبة بصدور حكم أو قرار بشأنها أو مؤسس عليها^٣ .

ولا على المحكمة إن هي التفتت عما أثاره الطاعن من أقوال مرسلة لا تنبئ عن تمسكه بأن إرادته كانت معيبة بسبب وقوعه تحت تأثير إكراه^٤ .

ج - أن يكون معينًا :

يلزم تعيين الدفع أو وجه الدفاع تعيينًا تنتفى به كل جهالة ولا على المحكمة إذا هي التفتت عن قول مرسل أو مجهل أو مبهم ولم تعرض له إيرادًا ولا ردا .

١ - نقض ١٩٦٨/١/١١ - الطعن ٣٤١ لسنة ٣٤ ق .

٢ - نقض ١٩٧٧/٥/٤ - الطعن ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق .

٣ - نقض ١٩٨١/١١/١٢ - الطعن ١٣٣٩ لسنة ٤٨ ق .

٤ - نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ - الطعن ٦٦٥ لسنة ٤٤ ق .

ومن ثم فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان إدعاء الطاعن باستغلال المطعون عليها لمورثه قد جاء مجهلا فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يعرض له، ويكون النعى على الحكم بالقصور في التسبب على غير أساس .

ومما تلزم الإشارة إليه في هذا الخصوص أن تعميم الطلب أو الدفع أو وجه الدفاع لا يعنى الغموض أو التجهيل وإنما يعنى أنه عرض بصيغة عامة شاملة تتسع له ولما يتفرع عنه أو يندرج فيه .

د - أن يكون جازما :

يجب أن يكون ملحوظا في إبداء كل من الدفع أو وجه الدفاع سمة الإصرار عليه والتمسك به فلا يجئ عرضا أو بصيغة تفويض الأمر للمحكمة . فلا يعتبر من قبيل الدفاع الجوهري ما يجيب به المدعى عليه على الطلب بأنه " يقبل ما سوف ينتهى إليه تقرير الخبير إذا رأت المحكمة ندب خبير في الدعوى والأمر مفوض لها، أو ما يقوله من أن " العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه هذا عقد باطل " أو أنه " نتاج غش وتواطؤ " أو أنه " اصطنع للإضرار به " أو أن " المحكمة بما لها من واسع خبرة ودراية سوف تكشف زيفه " أو أنه " وإن كان عقدا في الظاهر فما هو بعقد في الحقيقة والواقع " .

فهذه العبارات ونظائرها لا تحمل معنى الجزم والحسم والإصرار وإنما هي مشوبة بتردد وتخاذل، ومن ثم لا يعيب الحكم عدم الإشارة إليها أو الرد عليها .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " متى كان يبين من مذكرة الطاعن التي طلب في ختامها تأييد الحكم المستأنف أنه إنما أشار فيها إلى الدفع التي تمسك بها أمام محكمة أول درجة على سبيل الحكاية لما كان من مراحل الدعوى حتى طرح النزاع على محكمة الدرجة الثانية، ولم يجدد تمسكه بها أمامها بعد أن قضت محكمة أول درجة برفضها مما يعتبر تخليا عن التمسك بها أمام محكمة الاستئناف اكتفاء منه بالأسباب التي أقام عليها الحكم الاستئنافي قضاءه لمصلحته برفض الدعوى - فإنه لا يقبل منه النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور لإغفاله الرد على تلك الدفع^١ " .

وقضت بأنه " إذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق أو ندب خبير بصفة جازمة وقصارى ما قاله أمام محكمة الموضوع أنه " فى إمكان المحكمة والمادة تجارية أن تأمر بالإثبات " فلا يقبل منه النعى على الحكم بالقصور^٢ " .

١ - نقض ١٩٥٤/٢/١٨ - الطعن ٢١٤ لسنة ٢١ ق .

٢ - نقض ١٩٧٠/١٢/١٧ - الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٦ ق .

كما قضت بأنه " إذا كان الطاعن قد اكتفى في دفاعه بالقول بأن الأوراق المقدمة منه تعتبر في القليل مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن تكملتها بالبينة " دون أن يطلب إحالة الدعوى للتحقيق بصورة صريحة جازمة فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يرد على هذا الطلب^١ .

وبالبناء على ما تقدم فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع، ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه، ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغير وجه الرأي في الحكم - يجب على المحكمة أن تجيب عنه بأسباب خاصة، وإلا اعتبر حكمها خاليا من الأسباب متعينا نقضه^٢ .

هـ - أن يكون مقترنا بدليله أو مطلوبا من المحكمة تحقيقه :

فالطلب - وشأنه شأن الدفع أو وجه الدفاع - إذا كان عاريا عن دليله فإنه لا يعدو أن يكون قولاً مرسلاً لا على المحكمة إن هي التفتت عنه ولم تواجهه أو ترد عليه^٣، ويتساوى مع انعدام الدليل أن يؤيد الدفاع بدليل غير مقبول كطلب إثبات عكس الثابت كتابة بغير كتابة وطلب ضم مستندات سرية لا يجوز تداولها أو الإطلاع عليها لغير من يحددهم المشرع .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذ كان الثابت من الحكم أن الطاعن وإن تمسك في صحيفة الإستئناف بالدفاع الوارد بسبب النعي إلا أنه لم يقدم دليلاً عليه فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو التفتت عن الرد على هذا الدفاع الذي لم يقم عليه دليل ويكون النعي عليه بالقصور في غير محله^٤ " .

وقضت بأنه " إذا كان الحكم قد سجل على الطاعنين عجزهم عن إثبات تخزين الأرز موضوع الخصومة كان على ضوء أحكام القانون أمراً محظوراً على مورثهم وفيه حماية له من الوفاء العيني، وكان الطاعنون وهم المكلفون بتقديم هذا الإثبات لم يدعوا في طعنهم أنهم قدموا لمحكمة الموضوع أي دليل في هذا الخصوص، فإنه يكون غير صحيح ما ينعاه الطاعنون في هذا الوجه على الحكم من قصور^٥ " .

١ - نقض ١٩٧٦/٥/٢٤ - الطعن ٥٤٧ لسنة ٤٢ ق .

٢ - نقض ١٩٩٨/٣/٢ - الطعن ٢٢٣٩ لسنة ٦٠ ق .

٣ - د. احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - مرجع سابق - ص ٢٤٩ .

٤ - نقض ١٩٨١/٤/٣٠ - الطعن ٣٥٠ لسنة ٤٨ ق .

٥ - نقض ١٩٥٨/١٢/٤ - الطعن ١٨٢ لسنة ٢٤ ق .

قلنا إنه مما يشترط في الدفاع الجوهري الذي تلتزم محكمة الموضوع بإيراده والرد عليه أن يكون مقترنا بدليله أو أن يطلب الخصم المتمسك به من المحكمة تمكينه من إثباته. وبدهى أن هذا الطلب - طلب الخصم تمكينه من إقامة الدليل على ما يدعيه - لا يكون جائز القبول إلا إذا كان هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فإذا ما تبين أن في مكنته هو - دون الإستعانة بالمحكمة - إقامة الدليل على ما يدعيه ولم يقدمه فإن دفاعه يكون عاريا عن دليله ولا يعيب الحكم التفاته عنه .

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو مدى صحة الحكم الذي يرفض إجابة ذلك الطلب، فإذا أبدى الخصم دفاعا أو وجه دفاع وطلب إلى المحكمة - تمكينا له من إثباته - إحالة الدعوى إلى التحقيق، أو ندب خبير فيها، أو أن تنتقل للمعاينة، أو تلزم خصمه بتقديم مستند تحت يده فالتفتت المحكمة عن الإشارة إلى هذا الدفاع في مدونات حكمها أو أوردته ولم ترد عليه أو ردت عليه ردا قاصرا عن مواجهته . هل ينقض الحكم للإخلال بحق الدفاع ؟ .

ورأينا في هذه المسألة أنه ذا توافرت الشروط اللازمة لاعتبار الدفاع دفاعا جوهريا بأن قدم للمحكمة تقديمًا صحيحًا وكان صريحا واضحا ومعينا تعيينا كافيا، ومن شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى وأثاره الخصم صاحب المصلحة في التمسك به، وكان متعلقا بموضوع النزاع منتجا فيه له سند صحيح في القانون فإن واجب المحكمة يقتضيها أن تشير إليه وأن تواجهه بأسباب خاصة تصلح ردا عليه فإن لم تفعل كان حكمها - فضلا عن إخلاله بحق الدفاع مشوبا بقصور يبطله طالما كان طلب التمكين من إثبات ذلك الدفاع هو السبيل الوحيد أمام المتمسك به لإثبات ما يدعيه، ذلك أنه وإن كان تحقيق الدعوى هو من سلطة محكمة الموضوع إلا أن ذلك رهين بأن يكون فيما قدم إليها يكفي لإقناعها بما انتهت إليه من عدم قيام الدليل على صحة الواقعة المطلوب إثباتها وأن تكون قد وجدت في أوراق الدعوى من الأدلة ما يكفي لتكوين عقيدتها، أو أن إجابة هذا الطلب غير منتجة حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها، والأمر ليس كذلك بالنسبة لما يعتبر من قبيل الدفاع الجوهري الذي يكون من شأنه إذا صح تغيير وجه الرأي في الدعوى وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان منتجا في النزاع كما قلنا .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " متى كان المدعى عليه بالتزوير قد طلب إلى محكمة الموضوع إجراء مضاهاة بين خط الورقة المطعون فيها بالتزوير وبين خط خصم آخر وقال إنه تسلمها من هذا الخصم باعتباره وكيلًا عن الطاعن بالتزوير، فلم تستجب

المحكمة إلى طلب المضاهاة ولم ترد عليه في حكمها فإن الحكم يكون قد أغفل دفاعا جوهريا من شأنه فيما لو ثبت أن الورقة محررة بخط ذلك الخصم أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى مما يعيبه بقصور يبطله^١ .

وقضت بأنه " إذا كان الواهب قد قبل الهبة التى صدرت منه لأحد أولاده بصفته وليا طبيعيا عليه وتمسك الموهوب له أمام محكمة الموضوع بأن عقد الهبة قد تنفذ واستلم الشئ الموهوب ووضع اليد عليه وانتفع به بإقرار ورضاء جميع الورثة وطلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات ذلك، فأبطل الحكم الهبة لبطلان قبولها على سند من أن الموهوب له كان فى وقت القبول بالغا سن الرشد، ولم يأبه لدفاعه وأغفل التعرض له مع أنه دفاع جوهرى يحتمل معه - فيما لو ثبت - أن يتغير وجه الحكم فى الدعوى فإن ذلك يعتبر قصورا فى التسبب يعيب الحكم^٢ ."

كما قضت بأنه " إذا استند الخصم إلى مستندات لها دلالة معينة، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لتأكيد هذه الدلالة، وجب على المحكمة أن تعرض لهذا الطلب، وإلا كان حكمها قاصرا^٣ ."

و - أن يكون من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى :

أهم ما يتميز به الدفع والدفاع الجوهري هو أن يكون مما يتغير به وجه الرأى فى الدعوى . وهو لا يكون كذلك إلا إذا كانت لمن أثاره مصلحة فى التمسك به، وكان متعلقا بموضوع الدعوى، صحيحا له سند من القانون منتجا فى النزاع .

أما عن المصلحة فالمقرر أنها شرط لقبول كل من الدفع ووجه الدفاع كما هى شرط لقبول الدعوى والطعن . ومن ثم فإنه يتعين على من يتمسك بدفع أو بوجه دفاع أن يبين وجه المصلحة التى تعود عليه من إثارته، وبالتالي فإنه لا شأن للطاعن فى الطعن على الحكم لقصوره فى الرد على ما أبداه خصمه من طلبات أو دفع، أو أوجه دفاع بفرض تحقق هذا القصور .

وأما عن تعلق ذلك بموضوع الدعوى فمؤداه أن يكون الفصل فى الدفع أو وجه الدفاع لازما للفصل فى الواقعة الأساسية التى رفعت بها الدعوى، فإذا انعدمت الصلة بينهما فلا تثريب على المحكمة إذا هى التفتت عنه .

وأما عن كونه صحيحا له سند من القانون فالمقرر فى قضاء النقض أن :

١ - نقض ١٩٥/١/١٢ - الطعن ١٨٢ لسنة ٢٢ ق .

٢ - نقض ١٥٧/١١/٢١ - الطعن ٣٥٥ لسنة ٢٣ .

٣ - - نقض ١٩٩٧/١٢/٢٩ - الطعن ١٤٩ لسنة ٦٧ ق .

القصور الذى يعيب الحكم هو ما يرد فى أسبابه الواقعية ولا يعيبه التفاته عن دفاع لا سند له فى القانون ما دام قد انتهى إلى النتيجة التى تتفق وصحيح القانون^١ .
إذا كان الدفاع الوارد بسبب النعى لا يستند على أساس قانونى صحيح فلا على المحكمة إن هى أغفلت الرد عليه^٢ .

لا يعيب الحكم إغفاله الرد على الدفع بعدم الإختصاص الولائى إذا كان لا يستند إلى أساس صحيح فى القانون^٣ .

وأما عن شرط أن يكون الدفع أو وجه الدفاع منتجا فى النزاع فمقتضاه أن يكون له من الأثر ما قد يغير وجه الرأى فى الدعوى، فإذا انعدم مثل هذا الأثر فلا تثريب على المحكمة إذا هى لم تورده أو لم ترد عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن إغفال الحكم الرد على دفاع غير منتج فى الدعوى لا يعيبه بالقصور فإذا كان الحكم لم يعول فى إثبات الأجرة على الإيصال المنسوب إلى المورث فإن إنكار الطاعن صدور الإيصال عن مورثه يضحى دفاعا غير منتج^٤ .

كما قضت بأن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا، هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع، ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها فيه^٥ .

٣- ما لا يصلح ردا على الدفاع الجوهري :-

إذا كان القانون قد أوجب على القاضى أن يضمن حكمه ردا على الجوهري من دفاع الخصوم، ورتب البطلان على إغفال ذلك فإنه مما يعدل غياب الرد غيابا كلياً ويتساوى معه فى النتيجة أن يكون الرد :

(أ) غير كاف : أى قاصرا عن مواجهة ما يثار من دفاع بما يدحضه وينفى عنه

سمة التأثير فى الدعوى وتغيير وجه الرأى فيها .

(ب) غير سائغ : أى غير مقبول فى العقل والمنطق .

١ - نقض ١٩٨٢/٣/٧ - الطعن ١٥١ لسنة ٤٧ ق .

٢ - نقض ١٩٨٢/٢/٤ - الطعن ٩٢٣ لسنة ٤٩ ق .

٣ - نقض ١٩٨١/١/٥ - الطعن ١٨٤٩ لسنة ٤٩ ق .

٤ - نقض ١٩٨١/١١/١١ - الطعن ٧٣٣ لسنة ٤٧ ق .

٥ - نقض ١٩٩٣/١٢/٥ - الطعن ٨٢٢ لسنة ٥٩ ق .

مواجهة الدفاع إذن بما لا يصلح ردا عليه يجعل الحكم وكأنه خال من الرد مما يعيبه بالقصور ويوجب نقضه . ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن : " إذا تمسك الخصوم بأنه لم يكن بوسعهم الالتجاء للقضاء للمطالبة بحقوقهم لأن الظروف السياسية التي كانت تسود البلاد، وما تتبعه السلطات من أساليب قهر .. لم تكن تسمح لهم برفع دعوى يتمسكون فيها بعدم دستورية القانون رقم .. فإن اكتفاء الحكم ردا على هذا الدفاع بالقول بأن حق التقاضي من الحقوق المباحة التي كفلتها الدساتير المتعاقبة، في حين أن قيام هذا الحق لا يحول دون قيام المانع الذي يقف به سريان التقادم متى تعذر على الدائن المطالبة بحقه، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وشابه قصور يبطله^١ .

ومما تلزم الإشارة إليه في هذا الخصوص أن القاضي غير ملزم باتباع ترتيب معين في بحث وجوه الدفاع التي يطرحها عليه الخصوم فلا تثريب عليه إن هو سلك في البحث طريقا دون آخر للوصول إلى النتيجة التي انتهى إليها متى كان قضاؤه مقاما على أسباب كافية لحمله^٢ .

متى أخذ القاضي بخطة معينة يجعلها القانون تحت تصرفه ومشيبته فلا يطلب منه بيان الأسباب . إذ الأسباب التي يجب على القاضي بيانها هي العناصر الواقعية في الدعوى^٣ .

إن المحكمة غير مكلفة بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وبالرد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها، مادامت الحقيقة التي اقتنعت بها، وأوردت دليلها - فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال أو الحجج، وكانت الأسباب التي استند إليها الحكم سائغة، ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها .

٤ - الإخلال بحق الدفاع :-

يترتب على إغفال الحكم الرد على دفع أو دفاع جوهرى بطلانه فكل طلب أو دفع أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغير وجه الرأي في الدعوى يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه في أسباب الحكم وإلا كان باطلا لخلوه جزئياً من التسبيب، وإخلاله بحق الدفاع .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه يعتبر إخلالاً بحق الدفاع :

١ - نقض ١٦/٢/١٩٩٣ - الطعن ٢١٣ لسنة ٥٨ ق .

٢ - نقض ٢٠/٤/١٩٥٠ - الطعن ١١١ لسنة ١٨ ق .

٣ - نقض ١٦/٥/١٩٣٥ - الطعن ١٠٥ لسنة ٤ ق .

عدم تمكين الخصم من الاستماع إلى مرافعته الشفوية، إذ من المبادئ الأصولية في النظام القضائي أن المرافعة قد تكون شفوية أو كتابية .

حجز محكمة الإستئناف الدعوى للحكم في طلب وقف النفاذ المعجل المشمول به الحكم المستأنف ثم قضاؤها في موضوع الإستئناف .

إغفال الدفع بصورية عقد البيع موضوع النزاع رغم عدم التنازل عن هذا الدفع أمام محكمة الإستئناف .

إغفال تمسك المشتري بأنه يتمتع على مشتر آخر للمبيع ذاته من نفس البائع أن ينتزع المبيع من تحت يده لعدم تسجيله عقد شرائه .

المجموعة الثانية

عدم القيام بواجب البحث والتمحيص

يجب أن يكون في أسباب الحكم ذاتها ما يدل على أن القاضى فحص الأدلة التي طرحت عليه فحصا دقيقا وفند وجوه الدفاع الجوهرية وأفاهها ما تقتضيه من عناية وسلك في سبيل ذلك كل الوسائل الموصلة إلى الكشف عن أنه فهم واقع الدعوى فهما صحيحا مستمدا من أصول ثابتة في الأوراق .

وقد جرى قضاء النقض بأن الأحكام يجب أن تبنى على أسباب تطمئن المطلع عليها إلى أن القاضى بحث الأدلة التي طرحت عليه بحثا دقيقا وحصل منها ما تؤدي إليه، وبذل في ذلك كل الوسائل التي من شأنها أن توصله إلى ما رأى أنه الواقع .

ويشتمل هذا الوجه من أوجه القصور في التسبيب على أمرين :

أولا : عدم إستنفاد المحكمة كل سلطة لها في التحقيق، وفي فحص الأدلة المقدمة في الدعوى :

كل حكم لا يبين منه أن المحكمة استنفدت كل ما لها من سلطة التحقيق بلوغا إلى وجه الحق في الدعوى هو حكم قاصر التسبيب . فالحكم الذي يقيم قضاءه برفض الطلب أو الدفع على عجز الخبير عن الإطلاع على المستندات حكم معيب بالقصور ذلك أن عجز الخبير لا يمنع المحكمة من استنفاد سلطتها في التحقيق لكشف الواقع في الدعوى^١ . والحكم الذي لا يتيقن من صدور موافقة الجهة المنشئة للمسكن الشعبي أو المشرفة عليه على إجراء تعديل أو إضافة فيه حال لزوم هذه الموافقة طبقا لأحكام القانون هو حكم قاصر التسبيب^٢ .

١ - نقض ١٩٨١/٢/٩ - الطعن ١٢٢١ لسنة ٤٧ ق .

٢ - نقض ١٩٨٤/٤/٩ - الطعن ٢٢٥٦ لسنة ٥١ ق .

وعدم أخذ المحكمة بتقدير مأمورية الضرائب لأرباح الممول ورأس ماله الحقيقي المستثمر وندبها خبير لفحص هذا التقدير لا يجيز لها - بعد عجز الممول عن دفع الأمانة وعدم مباشرة الخبير لمأموريته - أن تعود فتسلم بصحة ذلك التقدير وتأخذ به جملة دون أن تبحث العناصر والأسس التي بنى عليها، ذلك أنه يتعين عليها أن تقوم بفحص المستندات المقدمة في الدعوى تتبين مدى صحتها وتراجع تقدير المأمورية وتثبت نتيجة ما انتهت إليه في حكمها حتى يطمئن المطلع عليه إلى أنها قد فحصت الأدلة التي قدمت إليها وحصلت منها ما تؤدي إليه وبذلت في هذا السبيل كل الوسائل التي من شأنها أن توصلها إلى أنه الواقع، فإذا التفتت المحكمة عن كل ذلك وسلمت بكل ما ادعته مصلحة الضرائب دون تمحيص واتخذته حجة على الممول مع أنه ينازع المصلحة في هذا الادعاء .. واكتفت بالقول بأنه لم يقدم أى دليل يناهض ما ذهبت إليه المصلحة في تقديرها دون أن تستنفذ كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل إلى كشف الواقع في الدعوى فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور^١ .

ومما يتصل بهذه الصورة من صور القصور في التسبيب أن تتعدد الأسباب التي تقام عليها الدعوى، فإذا رأت المحكمة أن أحد هذه الأسباب لا يصلح سنداً لإجابة المدعى إلى طلبه، فإن واجبها يقتضيها أن تتصدى لفحص باقى الأسباب وتمحيصها ووقفاً على ما إذا كان المدعى محقاً في دعواه - بناء على سبب منها - فتجيبه إلى ما طلب أم مبطلاً فيها فترفضها، فإذا اكتفت بفحص أحد تلك الأسباب أو بعضها دون البعض الآخر وقضت بناء عليه برفض الدعوى، فإن حكمها يكون مشوباً بقصور يبطله .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا ما أقيمت الدعوى بإخلاء العين المؤجرة على أن المستأجر تأخر في الوفاء بالأجرة وأساء استعمال المأجور وقام بتأجيره من باطنه دون إذن من المؤجر، فتبينت المحكمة من فحص السبب الأول أنه غير صحيح، فإن عليها أن تمضى في فحص السبب الثاني فإذا اتضح أنه في غير محله انصرفت إلى تمحيص السبب الثالث بلوغاً إلى وجه الحق في الدعوى" .

وقضت بأنه "إذا أقيمت دعوى التطليق على سببين : أولهما : جنون الزوج . وثانيهما إضراره بزوجه إضراراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وقضى الحكم برفض الدعوى مكتفياً يبحث ما ادعته الزوجة من جنون الزوج دون أن يعرض لما ادعته من إضراره بها، فإنه يكون قاصراً بما يوجب نقضه" .

كما قضت بأنه "إذا تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن البائع للمطعون ضده لا يملك ما باعه، وأنه وأسلافه قد وضعوا اليد على العقار محل النزاع المدة الطويلة المكسبة للملكية، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر - في خصوص الرد على دفاع الطاعن - على القول بوجود عقد مسجل صادر للمطعون ضده وبأن مدة وضع يد الطاعن لا تكفي لاكتساب الملكية بالتقادم دون أن يحقق وضع يد أسلافه ومدته يكون مشوباً بالقصور".

كما يتصل بهذه الصورة من صور القصور في التسبب تخلى محكمة الاستئناف عن أعمال رقابتها الموضوعية على الحكم المستأنف؛ إذ المقرر في قضاء النقض أن وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع - في حدود طلبات المستأنف - إلى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء.

فليس لمحكمة الاستئناف أن تجعل محكمة الدرجة الأولى تتفرد بفهم واقع الدعوى أو بتقدير الأدلة أو باستنباط القرائن وتقديرها أو بتقدير قيام العرف والعادات التجارية أو أو بتقدير عيوب الرضا أو الحادث الطارئ وقيام القوة القاهرة، أو بتكييف العقد أو بتفسيره، أو بتقدير الخطأ الموجب للمسئولية أو بتقدير التعويض، أو مبررات فسخ العقد، أو بتقدير حقوق الإرتفاق، أو بتقدير مبررات الحجر أو الطلاق، وما إلى ذلك مما جعل المشرع لمحكمة الموضوع فيه سلطة التقدير إذا كان تقدير محكمة أول درجة محل نعي أمام محكمة الاستئناف. وليس لها أن تنفض يدها من واجب إعادة التقدير وتكتفي بترديد رأى الحكم المستأنف بزعم أن مثل ذلك التقدير من سلطة محكمة الموضوع، فإن فعلت فإنها تكون قد خالفت الأثر الناقل للاستئناف ونصبت من نفسها محكمة نقض لا محكمة موضوع يقتضيها واجبها أن تقول رأيها هي - وليس رأى محكمة أول درجة - فيما طرح عليها، وإلا كان حكمها مشوباً بقصور يبطله.

ولسنا نقصد بما نقول أن تعاود محكمة الاستئناف ترديد ما قاله الحكم المستأنف لدى تقديره الموضوعي لأمر من الأمور السالف ذكرها إذا ما صادف ذلك التقدير قبولا لديها، وإنما حسبها أن تحيل إلى ما قاله الحكم المستأنف في هذا الشأن وتشير في حكمها إلى أنها تسائر محكمة أول درجة في اطمئنانها إلى الدليل المقدم في الدعوى أو في تقديرها لذلك الأمر الذي كان محلاً لتقدير موضوعي إشارة موجزة تغني عن إعادة ترديده.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أنه جعل لمحكمة الدرجة الأولى أن تنفرد بتقدير أقوال الشهود دون رقابة من محكمة الإستئناف، فإنه يكون قد خالف الأثر الناقل للإستئناف وحجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع وتخلي عن تقدير الدليل فيه مما يعيبه بالخطأ والقصور ويستوجب نقضه"^١.

كما قضت بأنه "يجب على محكمة الإستئناف إذا تمسك الطاعن أمامها بخطأ الحكم الابتدائي فيما ذهب إليه من وجود تشابه بين علامته التجارية وعلامة أخرى منسوب إليها تقليدها - أن تقوم بإجراء المضاهاة بين العلامتين وتقول كلمتها في ذلك، فإذا رفضت يدها من تلك المضاهاة واكتفت بترديد رأى محكمة الدرجة الأولى في أمر يقوم على التقدير الشخصي دون أن تعمل هي رقابتها الموضوعية بوصفها درجة ثانية على تقدير محكمة الدرجة الأولى في هذا الخصوص، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور"^٢.

ثانياً : عدم بحث المستندات الهامة ذات الأثر في الدعوى :

يجب أن يبين من الحكم أن المحكمة اطّلت على المستندات الهامة المؤثرة في الدعوى وأخضعتها لتقديرها وأحاطت بمضمونها، وفطنت لدلالاتها، وفحصت الدفاع المؤسس عليها . فإذا اتضح أنها لم تحط بها أو لم تناقشها حتى يتسنى لها الوقوف على صحيح الواقع والقانون فإن حكمها يكون مشوباً بقصور يبطله^٣ . ولا تكفى في هذا الصدد مجرد الإشارة المجملّة إلى أوراق الدعوى والمستندات المقدمة فيها - كأن تقول المحكمة " وحيث إنه لما كان الثابت في الأوراق " أو " وحيث إنه لما كان الثابت مما قدمه فلان من مستندات " - وإنما يتعين أن يبين الحكم مؤدى تلك المستندات أو الأوراق ووجه إستدلاله بها أو رفضه للدلالة المستمدة منها . وذلك أخذاً بما هو مقرر من أن قاضي الدعوى لا يجوز له قانوناً أن يطرح ما يقدم له تقديمًا صحيحاً من الأدلة أو الأوراق المؤثرة في حقوق الخصوم دون أن يدون في حكمه ما يبرر هذا الإطراح بأسباب خاصة، فإذا هو سكت لغير علة ظاهرة في حكمه عن بحث المستندات التي لم يختلف أطراف الخصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة فإن حكمه يكون باطلاً لقصور أسبابه . ولا يجديهِ أن يقال أنه فعل ذلك من طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة، فإن سلطته في تفسير الأوراق والمستندات وفي العدول عن معناها الظاهر إلى المعنى الذي يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هي مقيدة

١ - نقض ١٩٧١/١١/٩ - الطعن ١٥٢ لسنة ٣٥ ق .

٢ - نقض ١٩٦٤/٤/٩ - الطعن ٤١٣ لسنة ٢٩ ق .

٣ - قريبا من ذلك :د. نبيل عمر - تسيب الأحكام القضائية - مرجع سابق - ص ٧٢ .

بوجوب إيراد الأسباب التي يستند إليها في ذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان قد أخذ في تفسيره باعتبارات مقبولة أم لا .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة بأنه "إذا قدم لمحكمة الموضوع مستند هام من شأنه أن يكون له تأثير في الفصل في الدعوى وجب عليها أن تتحدث عنه في حكمها فإن هي لم تفعل كان الحكم قاصر الأسباب" .

وقضت بأنه "إذا لم يتحدث الحكم عن مستند هام في الدعوى رغم تمسك الخصم ذى المصلحة بما فيه من الدلالة على صحة دعواه فإنه يكون معيباً بقصور أسبابه . ومن قبيل ذلك أن يقدم طالب إبطال التصرف بالدعوى البوليصية صور خطابات متبادلة بين المدين وزوج المتصرف إليها مستدلاً على توافر النية عندهما على الإضرار به فنقضى المحكمة بنفي هذه القرينة دون أن تتحدث عن هذه الخطابات" .

كما قضت بأنه "ومتى كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك في دفاعه بأن المطعون ضدها لم تكن بكرًا لسبب لا يرجع إلى فعله واستدل على ذلك بأنها اعترفت في إقرار قدمه بأن آخر أزال بكارتها، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى رداً على هذا الدفاع بأن الطاعن لم يثبت أن بكاره المطعون ضدها أزيلت بسبب سوء سلوكها رغم إحالة الدعوى إلى التحقيق، دون أن يتحدث الحكم بشئ عن الإقرار سالف الذكر مع ما قد يكون له من الدلالة في هذا الخصوص فإنه يكون قد عاره قصور يبطله" .

ولكن لا يعيب الحكم أنه لم يذكر نصوص المستندات التي اعتمد عليها متى كانت هذه المستندات مبيّنة في مذكرات الخصوم وترافعوا بشأنها بما يكفى معه تقدير ما استخلصته المحكمة منها إذ يكفى في هذه الحالة مجرد الإشارة إليها .

كذلك لا يعيب الحكم الإلتفات عن الإحتجاج بمستند مقدم في دعوى أخرى غير منضمة ولو كانت مرادة بين نفس الخصوم ومنظورة في نفس الجلسة التي تنظر فيها الدعوى التي يحتج فيها بالمستند احتجاجاً يقتصر على مجرد الإشارة إلى أنه مقدم في دعوى أخرى .

المطلب الثاني

الأسباب المجهلة والغامضة والمتخاذلة

الفرع الأول

الأسباب المجهلة

يلزم لصحة تسبيب الحكم ألا يقوم قضاؤه على أسباب مجملة تساق في عبارات عامة لا تواجه موضوع النزاع بذاته ولا تقنع المطلع على الحكم بصحته أو فساده مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيقه للقانون كأن يقول الحكم: "وحيث إن الدعوى تقوم على سند من الواقع والقانون" أو أن "الدعوى على غير أساس" أو أن "دفاعه واهن لا قوام له". فمثل هذه العبارات المجهلة المقتضبة لا تعين على فهم الحكم ولا تطمئن معها النفس إلى أن القاضى كان ظاهر العذر فى إيقاع حكمه على الوجه الذى ذهب إليه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "مراقبة محكمة النقض لا تؤتى ثمرها إلا إذا كانت الأحكام مشتملة على الأسباب الواضحة الكافية الكفيلة بالمقصود منها وإلا استطاع قاضى الموضوع أن يجهل طريق هذه الرقابة على محكمة النقض بما يكتفى به من أسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة، فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبيب هي المعرضة لهذه لرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة".

وقضت بأنه "إذا كان الحكم قد قرر بعارة مجملة أن الباقي من أصل الدين وفوائده هو مبلغ كذا دون أن يبين ما هو أصل المبلغ وما هي الفوائد التي احتسبها، وفي ذلك ما يحجب هذه المحكمة عن مراقبة تطبيقه للقانون فى صدد الفوائد سواء بالنسبة للسعر أم بالنسبة لعدم جواز احتساب فوائد على متجمد الفوائد، فإنه يكون معيباً بالقصور الموجب لنقضه".

كما قضت بأنه "متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أشار بصدد بيان الضرر المطالب بالتعويض عنه إلى ما تكبدته المدعية قبل العدول عن خطبتها من "نفقات ومصاريف تجهيز" دون أن يعنى بإيضاح نوع تلك النفقات ومقدارها والدليل على ثبوتها أو بتقصي الضرر الذى أصاب المدعية فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور".

ومما يجب الإشارة إليه فى هذا الصدد أن الأسباب المجهلة التى تفسد الحكم وتعيبه بالقصور فى التسبيب تختلف عن الأسباب العامة التى من الممكن أن تحمل قضاء الحكم

١ - نقض ١٩٣١/١١/١٩ - الطعن رقم ٢ لسنة ١ ق .

٢ - نقض ١٩٥٨/١٢/٢٥ - الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ ق .

٣ - نقض ١٩٦٢/١١/١٥ - الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٧ ق .

لما سلف أن قلناه من أن إجمال القول لا يبطل الحكم طالما أمكن تعيين الدليل الذي أقام عليه إقتناعه بوجهة نظره وتسنى من الإطلاع على الحكم الوقوف على ما أثير في الدعوى من طلبات ودفع وأوجه دفاع ذلك أن إذا كان الأصل عند تعدد الطلبات أن يبين القاضى فى حكمه الأسباب الخاصة المتعلقة بكل طلب، فإنه لا مانع مع ذلك من إقامة جميع أجزاء الحكم على أسباب عامة تصلح لكل واحد منها أو إقامته، إذا كان قاضيا بقبول طلب أو برفضه على أسباب تصلح لحمل قضائه بقبول أو رفض طلب آخر - فتسبب القضاء برفض طلب الدين يغنى عن تسبب رفض طلب فوائده، وتسبب القضاء بصحة ونفاذ العقد يغنى عن تسبب القضاء بتسليم العين موضوعه، وتسبب القضاء برفض الدعوى الأصلية يغنى عن تسبب القضاء برفض دعوى الضمان الفرعية .

الفرع الثانى

الأسباب الغامضة

إيجاب تسبب الأحكام مقصود به حمل القضاة على ألا يحكموا فى الدعاوى على أساس أفكار مبهمه لا تستبين معالمها، أو غامضة غابت أو خفيت تفاصيلها، وإنما يتعين أن تكون أسباب الحكم واضحة جلية لا غموض فيها ولا إبهام تحمل الدليل على أن القاضى فيما قضى به كان متفهما للواقع الصحيح فى الدعوى، وأنه استخلص هذا الواقع من أصل ثابت فى الأوراق، وأن الدليل الذى اعتمد عليه فى هذا الشأن هو الدليل المعتبر فى نظر القانون، وأن النتيجة التى انتهى إليها تتفق مع ما ساقه من مقدمات .

وتأخذ حكم الغموض فى التسبب الأسباب المضطربة المشوشة التى تنبئ عن فكر مضطرب لا يستبين منه ما إذا كانت المحكمة قد فهمت واقع الدعوى فهما صحيحا بحيث يصح ما أنزلته على هذا الواقع من أحكام القانون، أم فسد فهمها للواقع فشد تطبيقها للقانون. ومن ثم فقد قضت محكمة النقض بأن "الأحكام يجب أن تكون مبنية على أسباب واضحة جلية تتم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع فى الدعوى بما له سند فى الأوراق والبيانات المقدمة لها، وأن الحقيقة التى استخلصتها واقتنعت بها قد قام دليلها الذى يتطلبه القانون، ومن شأنه أن يودى إلى النتيجة التى انتهى إليها قضاؤها" .

وقت بأن "أحكام المحاكم يجب أن تكون مبنية على أسباب واضحة جلية كافية تحمل الدليل على أن القاضى بحث النزاع المطروح أمامه بحثاً دقيقاً، وعلى أنه فيما قضى به كان مجرياً أحكام القانون"^١.

كما قضت بأن "الإبهام والغموض والنقص فى تسبيب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أيد حكم محكمة أول درجة فيما قضى به من تسليم المطعون ضده نصيبه فى منزل دون أن يبين ما إذا كان هذا النصيب فى الأرض فقط حسبما ورد فى تقرير الخبير الذى أخذ به الحكم وأقام عليه قضاءه، أم فى الأرض والمباني وفقاً لمؤدى الحكم الإبتدائى فإنه يكون قد شابه الغموض"^٢.

الفرع الثالث

الأسباب المتخاذلة

الأسباب المتخاذلة هى الأسباب التى لا تواجه طلبات الخصوم ودفعهم ودفاعهم بحسم يقطع بصحتها أو بفسادها وتوحى بالتردد وعد الحسم أو القطع ولا يبين منها بوضوح وجلاء ما قدمه الخصوم فى الدعوى من أدلة ولا ما قبلته وما أطرحتة هى منها، ولا تكشف عما إذا كانت المحكمة قد أخذت بقاعدة أو مبدأ أشارت إليه فى حكمها أم أنها اعتمدت فى قضائها على أمر آخر، وذلك - كما تقول محكمة النقض - لوجود ثغرة فى الأسباب يتطرق منها التخاذل إلى مقومات الحكم فلا يتماسك معها قضاؤه.

وتسوى الدوائر الجنائية بمحكمة النقض بين تخاذل الأسباب وتناقضها^٣ ويسايرها فى هذا النظر جانب من الفقه يرى أن التخاذل صورة من صور التناقض وإن كان أقل منه وضوحاً فهو يشير إلى بعض الأسباب يخلد البعض الآخر فى دلالاته بحيث تكون غير ملتزمة فى العقل معها، فالتخاذل تناقض ضمن أو مستتر بين بعض أجزاء الحكم وبعضها الآخر قد لا يكتشف إلا بعد إمعان النظر فى مدلول العبارات ومقارنة بعضها ببعض الآخر، ومن ثم فقد يختلف فيه الرأى بين نظر وآخر على عكس التناقض الذى هو تعارض واضح بين ضوابط التسبيب.

ومما عرض على الدائرة المدنية بمحكمة النقض فى هذا الصدد قضية أصدرت فيها محكمة الإستئناف حكماً بالإحالة إلى التحقيق ليثبت خصم - قالت إنه المتحمل بعبء الإثبات - وجود علاقة شراكة بينه وبين آخر، وبعد أن سمعت شهود الطرفين قالت " إن

١ - نقض ١٦/١١/١٩٧٣ - الطعن رقم ٤١ لسنة ٣ ق.

٢ - نقض ٢٥/١١/١٩٨٠ - الطعن رقم ٩٥٦ لسنة ٥٤ ق.

٣ - نقض جنائى ١٧/٥/١٩٨١ - الطعن رقم ٣٦٠٩ لسنة ٥٠ ق.

التحقيق الذى أجرته لم يسفر عن نتيجة حاسمة فيما يختص بوجود تلك الشراكة، كذلك فإن التحقيق لم ينف العلاقة الموجودة بين الطرفين، ثم قضت بتأييد الحكم المستأنف .

نقضت المحكمة الحكم على سند من أنه " فوق قصوره فى بيان العناصر الواقعية لتلك العلاقة التى جعلها الحكم أساسا لتأييد الحكم المستأنف - قد قصر عن ذكر ثبوت هذه العلاقة قصورا معييا أصبحت بسببه محكمة النقض لا تدرى أخذت محكمة الإستئناف بمبدئها الذى صرحت به فى الحكم التمهيدى من أن المدعى هو المكلف بإثبات العلاقة التى إدعاها، ثم حصلت هذا الإثبات من عنصر التحقيق الذى أجرته بمعرفتها وطوت ذكر هذا الإثبات فى ضميرها فلم تتحدث فى حكمها عنه، أم أن محكمة الإستئناف لما لم تر هذا التحقيق وافيا فى تحصيل إثبات هذه العلاقة اعتبرتها أنها قائمة موجودة فى الأصل كما اعتبرت أن التحقيق لم يكن مطلوبا إلا لتمكين الطاعن من نفي هذه العلاقة وإثبات سائر ما يزعمه دفعا للدعوى فتكون حينئذ قد خالفت الحكم التمهيدى فيما قرره من جعل الإثبات على الطاعن . وهذا التخاذل فى الأسباب يعيب الحكم المطعون فيه " . ثم استطردت المحكمة " إن محكمة الإستئناف لم تسبب الحكم المطعون فيه إلا بتلك الأسباب المتخاذلة ولم تفصح عما قدمه خصوم الدعوى من الأدلة فيها ولا عما قبلته وما أطرحته هى منها سواء أكان ذلك لعدم قبول الدليل قانونا أم لقصوره فى دلالاته أم لرجحان غيره عليه فى تلك الدلالة، وبالجملة لم تبين مما استخلصت رجحان ثبوت تلك العلاقة ولهذا يتعين قبول الطعن ونقض الحكم ' .

المطلب الثالث

الخطأ فى الإسناد

أولا : مفهومه :

السند فى اللغة هو كل ما يستند إليه ويعتمد عليه . يقال : " سند الشئ سندا، أى جعل له سنادا أو عمادا يستند إليه " . كما يقال : " أسند الشئ إلى سند " و " أسند الحديث إلى قائله " أى رفعه إليه ونسبه له . وسند الحكم هو عماده الذى يقوم عليه قضاؤه .

والمقرر أنه يجب أن تبنى الأحكام على أدلة حقيقية مستمدة من أوراق الدعوى المطروحة على المحكمة، وأن يكون اقتناع القاضى مأخوذا من عناصر قائمة فى الخصومة فلا يجوز له أن يستخلص واقعة من مصدر وهمى لا وجود له إلا فى ذهنه ومخيلته هو، أو أن يكون هذا المصدر موجودا ولكنه يناقض ما استخلصه القاضى أو لا يلتئم معه، وإلا كان حكمه مشوبا بالخطأ فى الإسناد أى فى رفع الأمر إلى المصدر ونسبته إليه، ومن ثم يمكننا

أن نعرف الخطأ فى الإسناد فى الإصطلاح بأنه بناء الحكم على واقعة أو على دليل أو سند خلت منه أوراق الدعوى أو لا يؤدى إلى ما أثبتته الحكم .
وبدهى أن عيب الخطأ فى الإسناد يؤدى إلى بطلان الحكم لأنه فى هذه الحالة يكون خاليا من الأسباب الحقيقية اللازمة لحمل قضائه .
ثانيا - صور الخطأ فى الإسناد :-

والخطأ فى الإسناد يرد فى صور مختلفة منها :

(١) الخطأ فى إسناد القول : كأن ينسب الحكم لأحد الخصوم قولاً لم يقله ويجعل منه إقراراً يقيم عليه قضاءه، أو يسند إلى شاهد رواية لم ترد على لسانه أو يخرج من مدلول شهادته، أو يذكر أن الشهود أجمعوا على أمر ما حيث لا إجماع منهم، أو أن يحيل الحكم فى بيان شهادة شاهد إلى شهادة آخر رغم عدم وجود تطابق بين الشهادتين . وتلزم الإشارة فى هذا الصدد إلى أنه لا يقصد بتطابق أقوال الشهود ذلك التطابق التام الخالى حتى من الخلاف فى اليسير من التفاصيل، وإنما يقصد به اتفاق أقوال الشهود جملة فيما استند إليه الحكم منها فى قضائه، ويتساوى تأويل القول - فيما يتعلق بعيب الخطأ فى الإسناد - مع وهمية المصدر ومع الإقتصار على ذكر جزء من القول وإغفال جزء آخر حيث لا تجوز التجزئة .
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما استند إليه إلى القول بأن الطاعن أقر فى محضر أعمال الخبير بأن البيع تنفذ بوضع اليد، وكان الواضح من محضر أعمال الخبير أن الطاعن لم يصدر منه إقرار بوضع اليد، فإن الحكم إذ استند إلى هذا الدليل يكون معيباً بالخطأ فى الإسناد"^١ .
وقضت بأنه "إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن الطاعنين تنازلاً فى كافة مذكراتهما عن الطعن فى مبلغ باعتباره فوائد ربوية، وكان الثابت من الأوراق أنهما تمسكا بذلك فى صحيفة إستئنافيهما وفى المذكرة المقدمة منهما للمحكمة الإستئنافية، فإن ما أورده الحكم يكون مخالفاً للثابت بالأوراق"^٢ .

كما قضت بأنه "إذا كان الحكم عند وزنه لأدلة الدعوى قد رجح أقوال شاهدى أحد الطرفين أمام الخبير المعين فى الدعوى على أقوال شهود الطرف الآخر مؤسسا ذلك على ما أسنده خطأ إلى الخبير عما شاهده عند معاينة محل النزاع، فإنه يكون مقاما على أساس لا سند له فى أوراق الدعوى ويتعين نقضه"^٣ .

١ - نقض ١٩٥٩/١٢/٣ - الطعن ٢٠٣ لسنة ٢٣ ق .

٢ - نقض ١٩٦٠/١١/٢٤ - الطعن ٤٦٥ لسنة ٢٥ ق .

٣ - نقض ١٩٥٠/٦/١ - الطعن ١٢ لسنة ١٩ ق .

(٢) الخطأ في إسناد الوقائع : ومن هذا القبيل أن تجعل المحكمة عمادا لقضائها واقعة لم تحدث كخبرة لم تندب، أو معاينة لم تتم، أو استجوابا لم يحصل، أو يمينا لم تطلب أو لم تؤد، ويعدل ذلك كله مناقضة ما تؤدي إليه هذه الوقائع وفي هذا الفرض الأخير يكون الحكم مشوبا بالفساد في الاستدلال بالإضافة إلى خطئه في الإسناد .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا جعلت المحكمة عمادها في قضائها وقائع قالت أنها استخلصتها من تقرير الخبير، وكانت هذه الوقائع بعيدة عما يمكن استخلاصه من التقرير فإنه يتعين نقض حكمها" .

وقضت بأنه "إذا كان الحكم قد بني على واقعة لا سند لها في أوراق الدعوى أو مسندة إلى مصدر موجود ولكنه مناقض لها فإنه يكون باطلا" .

كما قضت بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم الابتدائي وأخذ بالدليل المستمد من دفاتر السمسار اعتمادا على ما خلص إليه من استجواب الخصوم، مع أن وقائع الاستجواب لا تؤدي إلى ما انتهى إليه، فإنه يتعين نقضه" .

ثالثا - الخطأ في الإسناد ومخالفة الثابت في الأوراق :

مخالفة الثابت في الأوراق قد تتم إيجابا بإسناد قول أو أمر إلى مصدر وهمي لا وجود له أو إلى مصدر موجود، ولكنه مناقض لما أثبتته الحكم، وهذا هو الخطأ في الإسناد . وقد تقع مخالفة الثابت في الأوراق سلبا بأن تنفى المحكمة حصول قول أو وقوع أمر حالة كونه قائما له أصل ثابت في أوراق الدعوى، ومن ثم فإن مخالفة الثابت في الأوراق هي العيب الأعم الذي يندرج فيه عيب الخطأ في الإسناد .

وقد عرفت محكمة النقض مخالفة الثابت في الأوراق بأنها بناء الحكم على تحصيل خاطئ لما هو ثابت بالأوراق، أو على تحريف للثابت ماديا ببعض هذه الأوراق^٤ .

ومما قضت به محكمة النقض في شأن وقوع مخالفة الثابت في الأوراق سلبا أنه : متى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الربع قد أسس قضاءه على أنه لم يظهر للمحكمة لا من تقرير الخبير، ولا من المستندات المقدمة إليها متى بدأ وضع اليد على القدر

١ - نقض ١٩٣٩/٥/١٨ - الطعن ٧٥ لسنة ٨ ق .

٢ - نقض ١٩٤٢/٥/٢١ - الطعن ٤ لسنة ١١ ق .

٣ - نقض ١٩٥٦/١/٥ - السنة السابعة ص ٥٢ .

٤ - نقض ١٩٩٨/١/٥ - الطعن ٩٤٠ لسنة ٥٩ ق .

المغتصب، بينما الثابت من تقرير الخبير، ومن محضر انتقال المحكمة أن وضع اليد بدأ في ... فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق^١ .

إن الحكم يكون مخالفاً للثابت بالأوراق بالتفاته عن بحث دفع الصورية بدعوى عدم التمسك بالدفع على نحو جازم رغم ثبوت التمسك به في صحيفة الإستئناف والمذكرة المقدمة من الطاعن^٢ .

إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه على أن المحكوم عليه لم يتمسك ببطلان العقد الذى اتخذه الحكم سنداً لقضائه رغم ثبوت تمسكه بذلك فى مذكرته لمحكمة أول درجة وصحيفة الإستئناف يعيب الحكم بمخالفة الثابت بالأوراق^٣ .

رابعاً : ما لا يعتبر خطأ فى الإسناد :

لا يعتبر من قبيل الخطأ فى الإسناد الذى يعيب الحكم ويوجب نقضه خطأ المحكمة فى تحديد المصدر الذى استقت منه الدليل طالما كان هذا الدليل قائماً فعلاً وله أصل فى أوراق الدعوى، فإذا أسند الحكم إلى شاهد قولاً وأورد خطأ أن هذا القول جاء على لسانه فى تقرير الخبرة بينما الصحيح أنه ورد فى ورقة أخرى من أوراق الدعوى، وإذا قال الحكم إن خصماً أقر فى محضر إدارى بأمر ما فى حين أن هذا الإقرار ورد فى تقرير الخبير المنسوب فى الدعوى، وإذا قال الحكم إن المعاينة التى أجراها الخبير أسفرت عن نتيجة ما بينما الصحيح الثابت فى أوراق الدعوى أن رجال الإدارة هم الذين أجروا تلك المعاينة . فى كل هذه الصور ومثيلاتها لا يكون هناك خطأ فى الأسناد ولا مخالفة للثابت فى الأوراق لأن القول أو الواقعة المسندة يمكن رفعها ونسبتها إلى مصدر آخر فى أوراق الدعوى، وخطأ المحكمة فى مثل تلك الحالات - كما يقال - هو خطأ فى التعبير لا فى التفكير ولا فى التقدير، ويجوز اعتباره من قبيل الخطأ المادى الذى لا يؤدى بذاته إلى نقض الحكم .

كذلك لا يعتبر خطأ فى الأسناد خطأ المحكمة - فى تكييف القول فإذا وصفته بأنه إقرار حالة كونه ليس من قبيل الإقرارات فالعبرة فى هذا الشأن تكون بحقيقة صدوره ممن نسب له وكل ما يلزم التعرف عليه هو مدى تأثير ذلك الخطأ فى تكييف القول فى قضاء الحكم، فإذا كان مؤثراً فى قضاء الحكم فإنه يفسده ويؤدى إلى نقضه، وإذا لم يؤثر فى قضائه فإن النعى بذلك الخطأ يكون غير منتج .

١ - نقض ١٩٥٢/٥/٨ - الطعن ٣٦٠ لسنة ٣٠ ق .

٢ - نقض ١٩٩٢/٥/٢١ - الطعن ٢٢٥٦ لسنة ٥٧ ق .

٣ - نقض ١٩٦٧/٥/٢ - الطعن ٣٦٧ لسنة ٣٣ ق .

المطلب الرابع

التناقض

أولاً : معنى التناقض :

التناقض فى اللغة هو التخالف والتعارض - يقال " تناقض القولان " أى تخالفا وتعارضاً، والنقيض هو المخالف . يقال فى اللغة " فلان ناقض غيره " أى تكلم بما يخالف المعنى الذى تكلم به .

والتناقض فى المنطق هو اختلاف اللفظين أو القضيتين اختلافاً يقتضى لذاته صدق إحداهما وكذب الأخرى، والمتناقضان هما المتقابلان إيجاباً وسلباً بحيث لا يجتمعان ولا يرتفعان .

والتناقض فى الإصطلاح معنى لا يخرج فى جوهره عن المعنى اللغوى أو المنطقى فهو بناء الحكم على أسس أو دعائم متنافرة متعارضة بحيث لا يعرف على أى منها يمكن حمله، ويطلق على التناقض أحياناً التهاتر والتساقط والتماحى وعدم التجانس^١ .

والرأى السائد فى الفقه هو أن تناقض أسباب الحكم بعضها مع البعض الآخر يجعل الحكم خالياً من الأسباب . فى حين يذهب البعض إلى القول بأن تناقض الأسباب يؤدى إلى انعدام الأساس القانونى للحكم، أما تناقض الأسباب مع المنطوق، فإنه يؤدى إلى فساد فى الإستدلال^٢ .

ولمحكمة النقض عدة تعريفات للتناقض وهى وأن تعددت لفظاً ومبنى إلا أنها تتحد فكراً ومعنى، ومن هذه التعريفات أن " تناقض الأسباب المبطل للحكم هو أن تكون تلك الأسباب متهادمة متساقطة لا شئ فيها باق يمكن أن يعتبر قواماً لمنطوق الحكم " وأن : " التناقض فى أسباب الحكم الذى يترتب عليه اعتباره غير مسبب هو الذى تتماحى به الأسباب بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه " .

وأن : " التناقض الذى يفسد الأحكام هو الذى تتماحى به الأسباب بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه، أو ما يكون واقعا فى الأسباب بحيث لا يمكن معه إن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه " وأن : " التناقض الذى يعيب الحكم هو ما تتعارض به الأسباب وتهاتر فتتماحى ويسقط بعضها بعضاً بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم ويحملة " وأن : " التناقض الذى يفسد الأحكام هو الذى يكون واقعا

١ - د. مصطفى كيرة النقض - النقض المدنى - طبعة سنة ١٩٩٢ - بند ٥٤٨ - ص ٤٩٩ .

٢ - د. نبيل عمر - تسبيب الأحكام القضائية - مرجع سابق - ص ٦٠ .

فى أسباب الحكم الواحد بذاته بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه، إذ فى هذه الحالة يكون الحكم كأنه خال من الأسباب " .
ومؤدى ما قائلته محكمة النقض فى هذا الصدد أن تناقض أسباب الحكم يبطله لخلوه - على جهة المجاز - من التسبيب .

ثانيا - شروط التناقض المفسد للحكم :

يشترط فى التناقض الذى يفسد الحكم، ويؤدى إلى نقضه أربعة شروط هى :
(١) أن يكون تناقضا حقيقيا : أى تنافرا وتعارضاً لا يمكن رفعه حتى بعد إمعان النظر فيما قاله الحكم، أما إذا كان من الممكن الوقوف على الدعامة التى قام عليها قضاء الحكم والمؤدية للنتيجة التى انتهى إليها، وذلك بعد إزالة ما قد يشوب عبارات الحكم من خطأ فى التعبير بلفظ غير مقصود لذاته وغير مؤثر فيما انتهى إليه فى قضائه مما يوهم بوقوع تناقض فإن هذا التناقض الظاهرى لا يكون حقيقيا ولا يؤدى إلى نقض الحكم طالما أمكن التعرف على ما قصدته المحكمة بعد تصحيح العبارات، وكذلك فإنه لا يعتبر من قبيل التناقض المبطل للحكم إشارته فى أسبابه إشارة لا حجية لها لخروجها عن نطاق الدعوى، وعدم لزومها للفصل فيها .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "ليس من التناقض أن يكون فى عبارات الحكم ما يوهم بوقوع مخالفة بين الأسباب بعضها مع البعض مادام قصد المحكمة ظاهرا ورأيها واضحا فيه"^١ .

وقضت بأنه "إذا كانت أسباب الحكم المكملة لمنطوقه توضحه بما لا يدع مجالاً لغموض حقيقة ما قضى به فإن النعى عليه بالتناقض والغموض يكون على غير أساس"^٢ .
كما قضت بأنه "متى كان ما يوجه إلى الحكم ليس من قبيل النعى على تفريراته القانونية أو الواقعية التى أسس عليها قضاءه وإنما ينصب على ما عبر به عما انتهى إليه من هذه الأسس بحيث يتضح هذا الخطأ فى التعبير من مقارنة الحكم بمدوناته ولا ينطوى تصحيحه على تغيير فى حقيقة ما قضى به فلا تناقض"^٣ .

١ - نقض ١٩٨٣/١١/٢٧ - الطعن ٢٠٨ لسنة ٥٠ ق .

٢ - نقض ١٩٦٦/١٠/١٥ - الطعن ٦٩ لسنة ٣٢ ق .

٣ - نقض ١٩٨٠/٥/٢٢ - الطعن ١٥٩٠، ١٦٠٠ لسنة ٤٨ ق .

(٢) أن يقع التناقض بين أسباب الحكم الواقعية أو بينها وبين المنطوق :

إذا فهمت المحكمة واقع الدعوى فهما صحيحا له مأخذه من الأوراق ثم أضفت على هذا الواقع الثابت وصفه القانوني الصحيح، فإن ذلك يؤدي - في الأعم الأغلب من الحالات - إلى تطبيق القانون تطبيقا صحيحا، أما إذا انحرف فهم المحكمة للواقع واعوج أو شذ فإن هذا يؤدي بالضرورة وطريق اللزوم إلى تكييف خاطئ لهذا الواقع، وإلى تطبيق غير صحيح لأحكام القانون . ومن ثم فإن التناقض المفسد للحكم هو الذي يقع بين أسبابه الواقعية بعضها مع البعض الآخر أو بين هذه الأسباب وبين المنطوق، أما التناقض الذي يقع بين أسباب الحكم القانونية أي ما يسوقه من مبررات قانونية للنتيجة التي انتهى إليها فهو لا يؤدي إلى نقضه طالما صحت هذه النتيجة إذ لمحكمة النقض أن ترفع مثل ذلك التناقض، وأن تقيم الحكم على ما صح من أسبابه القانونية، ولها أن تضيف إليها ما يقيم الحكم، وأن تستوفي ما قصر فيه من هذه الأسباب مادامت لا تعتمد في هذا على غير ما حصلته محكمة الموضوع من الوقائع .

كذلك فإن التناقض بين سبب من الأسباب الواقعية وبين سبب قانوني لا يؤدي إلى نقض الحكم لأنه لا يؤدي إلى تساقطهما .

ولا يعد من قبيل التناقض المفسد للحكم اشتماله على عبارات تذكر عرضا أو بصفة عابرة وتتنافر أو تتعارض مع أسبابه الواقعية أو مع منطوقه، إذا تبين أن الحكم لم يأخذ بمدلول تلك العبارات إذ تعتبر في هذه الحالة لغوا لا يؤبه به .

(٣) أن يكون من شأن تناقض الأسباب تماحيها وتساقطها كلها :

التناقض بين أسباب الحكم الواقعية لا يفسده ويؤدي إلى نقضه إلا إذا تعارضت هذه الأسباب وتنافرت بحيث يمحو بعضها البعض الآخر، ولا يبقى بعد ذلك التهاثر والتماحي ما يصلح لحمل المنطوق فيصبح الحكم خاليا من الأسباب .

أما إذا بقي من أسباب الحكم ما يصلح لحمل النتيجة التي انتهى إليها ويستقيم دعامة له فإن الحكم يكون بمنأى عن الفساد، ومن ثم فقد جرى قضاء النقض بأن التزيد الذي لم يكن يقتضيه الفصل في الدعوى، ويستقيم الحكم بدونه لا يعيبه طالما أنه غير مؤثر في منطوقه أو في النتيجة التي انتهى إليها، فإذا تزايدت المحكمة، وأضافت بغير موجب إلى المقدمات السليمة أدلة أو عناصر واقعية زائدة على حاجة الدعوى، فإن وقوع تناقض بين هذه الأسباب الواقعية لا يؤدي إلى نقض الحكم، وإذا كان النعي منصبا على أسباب زائدة لا حاجة بالحكم إليها بعد أن استقام قضاؤه على ما استظهره من أسباب سليمة فإنه يكون نعي

غير منتج لأنه لو أطرحت تلك الأسباب الزائدة لبقى الحكم قائماً على ما سلم من أسبابه التي تبرر ما قضى به .

(٤) أن يقع التناقض في الحكم ذاته وليس مع حكم آخر :

المقرر - وعلى ما جرى به قضاء النقض أن التناقض الذي يفسد الحكم هو التناقض الذي يقع في الحكم ذاته وليس مع حكم آخر أصدرته المحكمة في نزاع مماثل بين خصوم آخرين . ولا خلاف في أنه إذا تناقضت أسباب الحكم القطعي بعضها مع البعض الآخر أو تعارضت هذه الأسباب مع المنطوق، فإن ذلك يفسد الحكم ويؤدي إلى نقضه، ولكن التساؤل يثور في حالتين : أولاهما : أن يقوم تعارض بين أسباب أو منطوق الحكم القطعي الحاسم لموضوع النزاع، وبين ما تكون قد تضمنته أسباب حكم فرعي أو تمهيدى صدر في الدعوى ذاتها .

والثانية : أن يحدث التعارض بين أسباب الحكم الإستثنائي وبين أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده، وأحال إلى أسبابه، فهل يؤدي ذلك إلى نقض الحكم ؟

(أ) التناقض بين الحكم القطعي وبين أسباب الحكم التمهيدي :

القاعدة أنه إذا كانت المحكمة لم تفصل على وجه قطعي في حكمها التمهيدي أو التحضيري في أية نقطة من نقاط النزاع، فإن هذا الحكم لا يقيد حتى بما يشف عنه من إتجاه في الرأي، وبالتالي فإن ما قد يقع من تناقض بين أسبابه، وأسباب الحكم القطعي الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم من المحكمة التي أصدرته - لا يفسده ولا يؤدي إلى نقضه .

أما إذا فصلت المحكمة على وجه قطعي في حكمها التمهيدي في نقطة من نقاط النزاع، ووقع تناقض بين ما جاء في هذا الحكم التمهيدي وبين الحكم الذي تنتهي به الخصومة كأن تندب المحكمة خبيراً لتحديد أجره المثل، وتقطع في أسباب حكمها بأنها تأخذ بهذه الأجرة ثم تعود لدى الفصل في النزاع ولا تعول على أجره المثل، فإن ذلك يعتبر من قبيل التناقض المفسد للحكم .

ولكن في الحالة التي تعاود فيها المحكمة بحث النقطة ذاتها بأسباب خاصة في الحكم المنهي للخصومة، ولذلك لتأييد رأيها السابق، ويقع تناقض بين الأسباب الواقعية في كل من الحكمين فإنه لا يفسد الحكم، ولا يؤدي إلى نقضه لأن الأسباب الأخيرة تكون من قبيل الأسباب النافذة الزائدة عن حاجة الدعوى، والنعى على الأسباب النافذة غير منتج .

(ب) التناقض بين أسباب الحكم الإستثنائي وبين أسباب الحكم الابتدائي :

المقرر في هذه المسألة أنه إذا قضت محكمة الإستئناف بتأييد الحكم الابتدائي للأسباب الواردة فيه، ولأسباب أخرى استندت إليها، وكانت هذه الأسباب الأخيرة كافية وحدها لإقامة قضاء الحكم فلا عبرة بما يكون قد وقع من تناقض بين أسباب الحكمين لأن أخذ محكمة الإستئناف بأسباب الحكم الابتدائي الذي أيدته إنما ينصرف فقط إلى الأسباب التي لا تتعارض مع أسبابها هي لأنها تعتبر في هذه الحالة مكملة لأسباب الحكم الإستئنافي .

وإذا كانت محكمة الإستئناف قد نحت منحى آخر يغاير ما ذهبت إليه محكمة أول درجة، ولم تأخذ من أسباب الحكم الابتدائي إلا بما لا يتعارض منها مع أسباب حكمها، فإن الأسباب المناقضة الواردة بالحكم الابتدائي لا تعتبر من أسباب الحكم الإستئنافي، ومن ثم فإنه لا يفسده ويؤدى إلى نقضه وقوع تناقض بين هذه وتلك .

ومما تجب الإشارة إليه في هذا الخصوص أنه إذا أحالت محكمة الإستئناف إلى أسباب الحكم الابتدائي مع أن حكمها يقوم على أساس مغاير لما قام عليه قضاء محكمة أول درجة، فإن هذه الإحالة تكون غير مقبولة وتصبح من قبيل اللغو الذي لا يؤبه به طالما به طالما كان الأساس الذي قام عليه الحكم الإستئنافي صالحا لحمل قضائه، وقد قضى تطبيقا لذلك بأن :

إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على دعامة جديدة أهدر بها الدعامة التي أقام عليها الحكم الابتدائي قضاءه، فإن إحالته إلى أسباب الحكم الابتدائي تصبح لغوا ولا يسوغ الإستناد إلى تلك الأسباب أمام محكمة النقض في إقامة الحكم المطعون فيه^١ .

وتلزم الإشارة في هذا المقام إلى أن لمحكمة النقض قضاء مغايرا لما سلف ذكره من أحكامها خلصت فيه إلى أن مناقضة الأساس الذي قام عليه الحكم الإستئنافي لذلك الذي أقيم عليه الحكم الابتدائي من شأنه أن يشيع التناقض في أسباب الحكم الأول ويجعله قائما على أساسين متغايرين لا يمكن أن يقوم عليهما مجتمعين^٢ .

ثالثا - صور التناقض :

بالبناء على ما تقدم فإنه يمكن حصر صور التناقض في خمس صور منها ما يفسد الحكم ويؤدى إلى نقضه ومنها ما لا يكون له هذا الأثر، وذلك وفقا للتفصيل التالي :

١ - نقض ١٩٥٨/٥/١٥ - الطعن ٥٥ لسنة ٢٤ ق .

٢ - نقض ١٩٤٥/١٢/٢٧ - الطعن ٢٠ لسنة ١٥ ق .

١- التناقض بين أسباب الحكم الواقعية :

ويحدث إذا بنى الحكم فهمه للواقع فى الدعوى على أسس متنافرة متعارضة بحيث لا يعرف أيها اعتنق ولا على أى منها اعتمد واستند، ولا يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت إذ يودى ذلك التعارض بين أسباب الحكم الواقعية إلى تساقطها جميعا بحيث لا يبقى منها شئ يصلح دعامة للنتيجة التى انتهى إليها .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "استناد الحكم إلى أن الدعوى أساسها المسؤولية العقدية ثم اعتبارها قائمة على أساس المسؤولية التقصيرية، هما أساسان متغايران لا يمكن أن يقوم الحكم عليهما مجتمعين لاختلافهما طبيعة وحكما" .

وقضت بأن " قول الحكم فى موضع منه أن علاقة العمل التى تربط طرفى النزاع علاقة محددة المدة، وتقريره فى موضع آخر أن هذه العلاقة لم تكن محددة المدة " .
كما قضت بأن "اعتبار المحكمة - العقد منفسخا بقوة القانون لاستحالة تنفيذ التزام البائع، يناقضه اعتبار الحكمان العقد قائم عند الفصل فى طلب الربح " .

٢- التناقض بين أسباب الحكم القانونية :

سلف القول بأن التناقض بين أسباب الحكم القانونية لا يفسد الحكم ولا يودى إلى نقضه إذ لمحكمة النقض أن ترفع هذا التناقض وتقيم الحكم على ما يكون صحيحا من أسبابه طالما كان منطوق الحكم موافقا للتطبيق الصحيح للقانون، كما أن لها أن تستكمل الأسباب بما تراه من أسباب قانونية، وأن تضيف إليها ما يقيم الحكم مادامت لا تعتمد على غير ما حصلته محكمة الموضوع من الوقائع .

٣- التناقض بين أسباب الحكم الواقعية وأسبابه القانونية :

إذا استخلصت المحكمة واقع الدعوى استخلاصا صحيحا ثم أخطأت فى تكييف هذا الواقع أو فى إنزال الحكم الصحيح للقانون عليه فإن حكمها يكون مشوبا بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه، وهذا العيب لا يودى بذاته إلى نقض الحكم إذ لمحكمة النقض أن تعطى الوقائع الثابتة تكليفها القانونى الصحيح مادامت لا تعتمد فى هذا التكييف على غير ما حصلته محكمة الموضوع من هذه الوقائع، ومادام الحكم صحيح النتيجة قانونا وبالتالي فإن التناقض بين أسباب الحكم الواقعية وأسبابه القانونية لا يودى إلى نقضه .

وإذا أخطأت المحكمة فى فهم واقع الدعوى فإن محكمة النقض وهى لا تملك أن تعتمد إلا على ما حصلته محكمة الموضوع من الوقائع - تصبح عاجزة عن الوقوف على ما إذا كان الحكم موافقا للقانون أم مخالفا لأحكامه، وبالتالي لا يسوغ القول بأن ثمة تناقضا

بين الأسباب الواقعية للحكم وأسبابه القانونية وإنما يتم نقضه للقصور في التسبب أو للفساد في الإستدلال .

٤ - تناقض الأسباب مع المنطوق :

وتتحقق هذه الصورة إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها الحكم تتنافر مع الأسباب التي قدم بها لقضائه، فيقام هذا القضاء على ثبوت الأمر الذي كان الحكم قد قرر في الأسباب عدم ثبوته، أو على نفي الأمر الذي كان الحكم قد قرر في الأسباب ثبوته . ويشترط لاعتبار التناقض في هذه الصورة من قبيل التناقض المبطل للحكم أن يكون تناقضا تاما لا يمكن رفعه بالاعتماد على بعض الأسباب التي تصلح دعامة لحمل قضائه وإسقاط البعض الآخر، ومن أمثله : استبعاد الحكم في أسبابه مساحة من الأرض موضوع عقد من وعاء الضريبة تم تحديده ربط الضريبة في المنطوق عن كامل المساحة الواردة في العقد . وتبنى الحكم لتقرير الخبير رغم ما فيه من تعارض بين الأسباب وبين النتيجة دون أن يرفع الحكم هذا التعارض . وإطراح الحكم في أسبابه الإتفاق الذي أبرم بين الطرفين أمام الخبير، ثم عودته إلى جعل ذلك الإتفاق قواما لقضائه .

٥ - تناقض أجزاء المنطوق :

قد تتناقض أجزاء منطوق الحكم بعضها مع البعض الآخر بحيث لا يستطيع إكمال الملائمة بينها مما يجعل تنفيذه مستحيلا وهذه الصورة لا تعيب تسبب الحكم وإنما تؤدي إلى سقوط منطوقه كله، ومن ثم فقد جعلها المشرع في الفقرة السادسة من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات سببا للتماس إعادة النظر ولم يدرجها ضمن أحوال الطعن بالنقض .

وقد ذهب رأى في الفقه إلى التناقض بين أجزاء المنطوق لا يصلح سببا للطعن وإنما مجاله طلب تصحيح الحكم . بينما ذهب رأى آخر إلى أنه يصحح إن كان سهوا، أما إذا كان عمدا فإنه يؤدي إلى انعدام الأسباب سويجيز الطعن بالنقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن : "التناقض الذي يصلح سببا للطعن بالنقض هو ما يلحق أسباب الحكم بأن تتماهى هذه الأسباب فينفي بعضها بعضا بحيث لا يبقى منها ما يمكن حمل الحكم عليه، أو أن تتناقض هذه الأسباب مع منطوق الحكم فلا تصلح أساسا له، بحيث لا يفهم أى أساس قضت المحكمة بما قضت به . أما حالة إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض فإنها من أحوال الطعن بطريق التماس إعادة النظر وفقا لنص الفقرة السادسة من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات^١ .

١ - نقض ١٩٩٥/١/٣٠ - الطعن ٣٨١٦ لسنة ٦٠ ق .

المطلب الخامس

الفساد في الإستدلال

مقتضيات سلامة الإستدلال :-

قلنا إن أسباب الحكم هي الأدلة والأسانيد التي تبرر النتيجة التي انتهى إليها في قضائه . وتقتضى سلامة الإستدلال أو الإستنتاج أن يكون الدليل الذي اعتمده القاضى وبنى حكمه عليه دليلاً مقبولاً أى صالحاً للإستدلال به من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، وأن يودى فى العقل والمنطق إلى تلك النتيجة التي انتهى إليها الحكم أى أن تكون المقدمات صحيحة، وأن تكون النتيجة محصلة اقتضاء عقلى ومنطقى من هذه المقدمات وإلا وقع الحكم مشوباً بعيب فى الإستدلال يجعله وكأنه غير مسبب على الأطلاق .

وبالبناء على ما تقدم فإن صحة الإستدلال وسلامته تتطلب اجتماع أمرين لا يغنى وجود أحدهما عن ضرورة وجود الآخر هما : سلامة الدليل، ومنطقية النتيجة^١ .
أولاً - سلامة الدليل أو صحته :

يشترط لى يكون الدليل مقبولاً صالحاً لبناء الحكم عليه من الناحيتين الإجرائية والموضوعية أن يكون :

(١) دليلاً حقيقياً لا وهمياً له أصل ثابت فى الأوراق :

يلزم أن يكون الدليل حقيقياً له مأخذه الصحيح من أوراق الدعوى، ذلك أن استدلال القاضى على صحة النتيجة التي انتهى إليها بدليل وهمى لا وجود له فى الأوراق يجعل حكمه مبنياً على عدم وجرده من الأسباب فيقع باطلاً، ومن ثم فإنه يتعين على المحكمة ألا تبنى حكمها إلا على الوقائع الثابتة فى الدعوى وليس لها أن تقيمه على أمور لا سند لها أو لها سند فى الأوراق ولكنه مناقض لها وإلا كان الحكم باطلاً^٢ .

وليس معنى هذا أنه يلزم أن يكون الدليل الذى بنى عليه الحكم مباشراً، أى شاهداً بذاته على الحقيقة المطلوب إثباتها - ذلك أن للمحكمة أن تستكمل الدليل غير المباشر بالعقل والمنطق لتستخلص منه ما ترى أنه لا بد مؤد إليه فاستخلاص النتائج من المقدمات هو من صميم عمل القاضى .

١ - عرفت محكمة النقض الفساد فى الإستدلال بأنه إستناد المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للإقتناع بها ، أو عدم فهم العناصر الواقعية التي ثبتت لديها ، أو استخلاص الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته . نقض ١٩٩٨/٦/٢٢ - الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق .

٢ - د. وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - طبعة ١٩٧٤ - ص ٥٤٢ .

فإن جعلت المحكمة عمادها في قضائها وقائع قالت أنها استخلصتها من تقرير الخبير والأوراق الأخرى التي أشارت إليها، وكانت هذه الوقائع بعيدة عما يتعين استخلاصه من تلك الأوراق، فإنه يتعين نقض حكمها^١.

وإذا كان الحكم قد بنى على واقعة لا سند لها في أوراق الدعوى أو مسندة إلى مصدر موجود ولكنه مناقض لها فإنه يكون باطلاً^٢.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن إغفال ذكر مصادر الأدلة التي اعتمدت عليها المحكمة في قضائها يتساوى في النتيجة مع وهمية تلك المصادر إذ من شأن كل منهما أن يؤدي إلى بطلان الحكم.

(٢) أن يكون قد تم طرحه على المحكمة ليتجادل فيه الخصوم :

يلزم لصحة الدليل وسلامته أن يكون قد طرح على المحكمة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، أي أن يكون قد قدم لها تقديماً صحيحاً على نحو ما سلفت الإشارة إليه في معرض الحديث عن الدفاع الجوهري، وأن تكون قد أتيحت للخصوم فرصة مناقشته والمجادلة فيه، ومن ثم فليس للمحكمة أن تبدي رأياً في دليل لم يعرض عليها عرضاً صحيحاً وفقاً لما سبق لنا تفصيله، وليس للقاضي أن يستمد اقتناعه من عناصر غير قائمة في الخصومة^٣. وينبغي على ذلك أنه لا يجوز له أن يقضى بعلمه الشخصي، ولا أن يبني حكمه على أدلة في دعوى أخرى غير تلك التي صدر فيها الحكم، ولو كانت منظورة أمامه إلا إذا ضمت وتجادل فيها الخصوم.

أما عن عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي فالمبدأ الأساسي الذي يحكم النظرية العامة في الإثبات هو مبدأ حياد القاضي فلا يجوز له أن يقضى معتمداً على معلوماته الشخصية كعناصر من عناصر الإثبات أو النفي في الدعوى لأنه وكما قيل بحق - إذا علم القاضي بأمر ترتب عليه حق قدم نفسه لذي الحق ليستشهده عليه أمام قاض آخر فيستطيع الخصم مناقشة ذاكرة القاضي لأنه بشر كسائر البشر غير معصوم من الخطأ، والنس كلهم مهما سمت مراكزهم ومهما عرف عنهم من الورع معرضون للخطأ والنسيان.

ولا يعد من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي ما يحصله استقواء من خبرته بالشئون العامة المفروض إمام الكافة بها، فما يقرره الحكم مثلاً من أنه ليس صحيحاً أن

١ - نقض ١٩٣٩/٥/١٨ - الطعن ٧٥ لسنة ٨ ق .

٢ - نقض ١٩٤٢/٥/٢١ - الطعن ٤٤ لسنة ١١ ق .

٣ - د. وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - مرجع سابق - ص ٥٤١ .

٤ - د. احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - مرجع سابق - ص ٢١٠ .

يقدم للخدم ما يقدم لعملاء الفندق من طعام ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها، ولكنه من المعلومات المستقاة من الخبرة بالشئون العامة^١.

واقامة الحكم قضاءه بإخلاء المستأجر على أن تغيير العين المؤجرة من مكتبة إلى ورشة ميكانيكية يعتبر تغييرا ضارا هو من قبيل المعلومات العامة التي يفترض علم الكافة بها^٢.

ولكن قول الحكم أن العادة جرت فى الحى الذى تقع به شقة النزاع على التأجير مفروشا يصمه بالفساد فى الإستدلال لأن ذلك ليس من قبيل استعانة القاضى فى قضائه بما هو متعارف عليه بين الناس^٣.

وتختلف الخبرة بالشئون العامة المفروض إمام الكافة بها عن مسائل الخبرة الفنية البحتة والقاعدة أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى فى المسائل العلمية أو الفنية إلا بعد الإستعانة بذوى الخبرة الفنية.

فإذا قال الحكم أن ورم قدمى المورث لا علاقة له بسرطان الكلية، وأنه وليد زلال أو علة فى القلب، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل الخبرة بالشئون العامة، وإنما من المعلومات الفنية التى لا تتوافر لغير أهل الخبرة من الأطباء فلا يجوز بناء الحكم عليها إذا كانت صادرة عن علم شخصى للقاضى^٤.

وإطراح الحكم لدفاع الطاعن من انقطاع رابطة السببية بين الإصابات التى ألت بالمجنى عليه وبين اصطدامه بالسيارة بمقولة أن إصاباته الفادحة تدل على اصطدام السيارة به، وأنه لا يتصور حصولها من سقوطه من فوق دابته إلى الأرض مع أن البت فى هذا الأمر يتوقف على استطلاع رأى الخبير المختص باعتباره من المسائل الفنية البحتة التى لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها لإبداء رأى فيها دون الإستعانة بخبير فنى يعيب الحكم ويستوجب نقضه^٥.

وبالبناء على ما تقدم فإنه : يتعين على المحكمة متى واجهت مسألة فنية بحتة أن تتخذ ما تراه من الوسائل لتحقيقها بلوغا إلى غاية الأمر فيها، وإذا كان لها أن تستند فى

١ - نقض ١٩٥٩/٣/٢٦ - الطعن ٣١٩ لسنة ٢٤ ق .

٢ - نقض ١٩٨٠/٢/١٣ - الطعن ٧٨١ لسنة ٤٥ ق .

٣ - نقض ١٩٧٨/٤/١٢ - الطعن ٤٩ لسنة ٤٤ ق .

٤ - نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ - الطعن ٢٣٩٧ لسنة ٣٣ ق .

٥ - نقض جنائى ١٩٦٤/١/٢٧ - الطعن ٢٣٩٧ لسنة ٣٣ ق .

حكمها إلى الحقائق الثابتة علمياً إلا أنه لا يحق لها أن تقتصر في الإستناد إلى ما قد يختلف الرأى فيه، ويتعين عليها إذا ما ساورها الشك في صحة ما قد يقرره الخبير من مسائل فنية أن تستجلى الأمر بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة ولا يصح لها أن تحل نفسها محل الخبير فيها، فإن فعلت كان حكمها مشوباً بالفساد في الإستدلال .

(٣) أن يكون دليلاً صحيحاً أو مباحاً :

الدليل الصحيح الذى يجوز إعتقاد الحكم عليه هو الدليل المشروع أو المباح الذى يجيزه القانون، أما الدليل المستمد من إجراء باطل مخالف للقانون فلا يجوز الاعتماد عليه، فإذا بنى القاضى حكمه على شهادة شاهد ثبت أنه كان يسترق السمع، أو يفشى أسرار مهنته أو وظيفته المحظور عليه إفشاؤها، أو بنى حكمه على محادثات أو مواقف تم تسجيلها فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو اعتمد فى قضائه على مستند ثبت أنه اختلس، فإن الحكم فى جميع هذه الأحوال يكون مشوباً بفساد فى الإستدلال .

كذلك فإنه لا يجوز للقاضى - كقاعدة عامة - أن يجبر خصماً على أن يقدم دليلاً فى غير مصلحته، ولا أن يضيف إلى الأدلة التى حددها القانون وأباح إثبات الحقوق أو نفيها بها دليلاً آخر لا يقره القانون .

(٤) أن يكون دليلاً يقينياً لا احتمالياً :

يقول الأصوليون إن الدليل إذا تطرق إليه الإحتمال سقط به الإستدلال، والأمر هكذا بالنسبة لتسبب الأحكام فيتعين أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين، ومن ثم فإن الحكم لا يستقيم إذا كان مبنياً على مجرد الإحتمال أو الترجيح .

فإذا ما قام قضاء الحكم على أن ظروفه مالية قد تطرأ على المدين فتقبله من حالة العسر إلى اليسر، فهذا مجرد إفتراض احتمالى لا يجوز بناء الحكم عليه^١ .

وإذا قضت المحكمة برفض دعوى التزوير بناء على أن بصمة الختم الحالى للمدعى وإن كانت لا تشبه بصمة الختم الموقع به على السند، إلا أنه قد تكون لختم آخر له إذا ثبت أنه كان له ختم سابق على الختم الحالى وآخر لاحق له لم يهتد إلى بصمته، فإن هذا السبب لا يصلح لأن يحمل عليه ذلك الحكم إذ الأحكام يجب أن تبنى على الجزم واليقين ولا يصح أن تبنى على مجرد الاحتمال والتخمين^٢ .

١ - نقض ١٢/٣١/١٩٦٤ - الطعن ٣٩٦ لسنة ٢٩ ق .

٢ - نقض ٢/١٩/١٩٤٢ - الطعن ٤٣ لسنة ١١ ق .

(٥) أن يستخلص من الأوراق استخلاصا سائغا :

يتعين لسلامة الدليل وصحته أن يكون مستخلصا من الأوراق استخلاصا سائغا دون مسخ أو تشويه، فاستخلاص المحكمة من محرر ما عكس ما يؤدي إليه، أو من أقوال الشاهد ما يجافى مدلول شهادته، وخروجها بعبارات الإقرار عن قصد المقر أو تأويلها بالإقرار تأويلا خاطئا، وخروجها عن المعنى الظاهر للمحرر إلى معنى آخر غير سائغ - كل ذلك يعيب الحكم بالفساد في الاستدلال .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كانت عبارة عقد الشركة صريحة في أن الديون التي التزم بها أحد الشركاء هي الديون التي على الشركة لا تلك التي في ذمم الغير لأنها تعتبر من الذمم التي تندرج ضمن الأصول، فإن تقرير الحكم المطعون فيه بأنه من الجائز أن يكون المتعاقدان قد قصدا من هذا النص أن يتحمل هذا الشريك الديون بنوعها هو تقرير - علاوة على أنه محمول على مجرد احتمال لا يصلح لإقامة التفسير عليه- فإن هذا الإحتمال تنفيه نفيًا تاما عبارة النص الواضحة المعنى الصريحة الدلالة على قصد المتعاقدين منها مما يعيب الحكم بفساد الاستدلال" .

وقضت بأنه "لا يجوز للمحكمة أن تتدخل في رواية الشاهد ذاتها وتأخذها على وجه خاص يخالف صريح عباراتها، أو أن تقيم قضاءها على فروض تناقض صريح روايته، بل كل ما لها أن تأخذ بها إذا هي اطمأنت إليها، أو تطرحها إن لم تثق بها" .
كما قضت بأنه "من حق محكمة الموضوع أن تجزئ قول الشاهد فتأخذ ببعض منه دون بعض إلا أن حد ذلك ومناطه ألا تمسخه أو تبتتر فحواه بما يجعله على غير المعنى المفهوم من صريح عبارته" .

ثانيا - منطقية النتيجة :

قلنا إنه يلزم - حتى لا يقع الحكم مشوبا بفساد في الاستدلال - أن يكون الدليل الذي إعتد عليه في قضائه صالحا من الناحيتين الإجرائية والموضوعية .
كذلك يلزم أن يؤدي هذا الدليل بحكم العقل والمنطق إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم أي أن يكون هناك تلازم منطقي بين هذه النتيجة وما ثبت لدى المحكمة من عناصر واقعية أو موضوعية فالحكم لا يستقيم إلا إذا كانت أسبابه التي بنى عليها مؤدية إليه، ذلك

١ - نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ - الطعن ٣٩٦ لسنة ٢٩ ق .

٢ - نقض ١٩٦٣/٤/٣٠ - الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٣ ق .

٣ - نقض ١٩٦٥/١٢/٢٠ - الطعن ١٢٤٢ لسنة ٣٥ ق .

٤ - د. وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - مرجع سابق - ص ٥٣٩ .

أن الغاية التي يستهدفها القانون لا تتحقق إلا إذا جرى تطبيقه وفقا لمنطق سليم، وعلى ذلك فإنه مما يعيب الحكم انعدام الارتباط بين أسبابه ومنطوقه بحيث لا تؤدي الأسباب إلى النتيجة التي انتهى إليها .

ومما تجب الإشارة إليه في هذا الخصوص أن رقابة محكمة النقض لسلامة الإستخلاص الواقعي ليس فيها إفتيات على سلطة محكمة الموضوع في فهم واقع الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها، ذلك أن لهذه المحكمة الأخيرة أن تستخلص مما ثبت لديها من عناصر واقعية نتيجة دون أخرى حتى ولو كانت محتملة قسارى ما في الأمر أنه يلزم أن تلتئم هذه النتيجة مع مقدماتها بغير اعوجاج أو شذوذ أو تعسف في الإستنتاج ومما قضت به محكمة النقض في هذا الصدد أن :

أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد في الإستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الإستنباط، ويتحقق ذلك إذا إستندت المحكمة إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للإقناع بها أو إلى عدم فهم العناصر الواقعية التي ثبتت لديها، أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة - بناء على تلك العناصر التي ثبتت لديها^١ .

يجب أن يكون استدلال الحكم مؤديا إلى النتيجة التي بنى عليها قضاءه وإلا كان باطلا متعينا نقضه^٢ .

الأصل في استنباط القرائن أنها من إطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون إستنباطها سائغا وأن يكون إستدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤديا إلى النتيجة التي بنى عليها قضاءه، فاستخلاص الحكم من إقامة المستأجر بالخارج وإقامة أصهاره في العين المؤجرة تخليه عنها أو تأجيره لها من الباطن دون بيان تجاوز نطاق الإستضافة إلى التأجير من الباطن فساد في الإستدلال^٣ .

المطلب السادس

ما لا يعيب تسبب الحكم، وما يعيبه ولكن لا يؤدي إلى نقضه

يخلط البعض بين ما لا يعيب تسبب الحكم وبين ما يعيبه فعلا ولكنه لا يؤدي إلى نقضه، ولكن دقة البحث تقتضى التمييز بين الأمرين لكي تسلم أحكام القضاء مما قد يصيبها من عوار حتى ولو كانت بمنأى عن النقض . فالغاية من هذا البحث هي أن تكون

١ - نقض ١٩٨١/٦/٢٥ - الطعن ٧٠٥ لسنة ٤٤ ق .

٢ - نقض ١٩٤٦/٣/١٤ - الطعن ٥٤ لسنة ١٥ ق .

٣ - نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ - الطعن ١٢٧ لسنة ٢٩ ق .

دراسة مسألة تسبب الأحكام عونا للقضاة في حسن أدائهم لأعمال وظائفهم وهي غاية لا تتحقق إلا إذا جاءت أحكامهم ناطقة بصحتها وعدالتها . واجب القاضى يقنضيه - كما سلف القول - أن يبحث النزاع المطروح عليه بحثا دقيقا وأن يوفى طلبات الخصوم ودفعهم ودفاعهم الجوهري ما يستوجبه من العناية والتمحيص، وأن يفتن لفحوى ما يقدم إليه من أدلة، وأن يقسطها حقها من البحث، وأن يعنى بتحقيقها والأخذ بالدليل المباح المعتبر في نظر القانون، وإطراح ما عداه من الأدلة غير المباحة أو غير المشروعة، وأن يحصل فهم الواقع في الدعوى تحصيلا صحيحا، ويضفى على ما تأكد صدقه وثبتت صحته من هذا الواقع التكييف القانونى الصحيح، ثم ينزعليه من بعد أحكام القانون واجبة التطبيق، ولا يملك القاضى أن يتحلل من واجبه الأساسى هذا، أو أن يقصر فى أدائه بدعوى أن هناك محاكما أعلى درجة من محكمته تملك تعديل حكمه واستكمال ما يعنريه من نقص، وتصحيح ما يشوبه من خطأ، أو حتى نقضه وإلغائه لييفصل فى النزاع من جديد قاض آخر سواه .. فهذا عيب - وفقا لما نراه - يفوق كل عيوب التسبب .

أولا : ما لا يعيب تسبب الحكم :

استقر قضاء النقض على أن لقاضى الموضوع السلطة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى، وبحسبه أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله ولا عليه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات . كما أن له أن يأخذ فى قضائه بما يرتاح إليه من أدلة الدعوى ويطرح ما لا يقتنع به منها دون أن يكون ملزما بإبداء أسباب ترجيحه دليلا على آخر طالما كانت الأسباب التى أقام عليها قضاءه كافية لحمله، ذلك أن إقامة الحكم على إعتبارات تبرره يعتبر ردا ضمنيا على كل ما أثير فى الدعوى من طلبات أو دفع أو أوجه دفاع .

وقاضى الموضوع غير ملتزم كذلك بالتحدث فى حكمه عن كل قرينة من القرائن غير القانونية، إذ فى قيام الحقيقة التى يقتنع بها ويورد دليلها التعليل الضمنى لإطراح هذه القرائن . وإذا أقام حكمه على جملة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها، فإنه لا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها .

كذلك فإنه لا يعيب الحكم التفاته عن دفع أو دفاع أيا ما كان وجه الرأى فيه - إذا أنهى الخصومة دون قضاء فى موضوعها . كما لا يعيبه عدم رده على وقائع لم يحصلها ولم يعتمد عليها فى قضائه . أو مخالفته لحقيقة أخذ بها حكم آخر لا يحاج به طرفا النزاع .
ثانيا : ما يعيب الحكم ولكنه لا يستوجب نقضه :

(١)النقص أو الخطأ فى الأسباب القانونية :

قلنا إن القصور فى أسباب الحكم الواقعية أو خلوه من هذه الأسباب هو الذى يبطله ويؤدى إلى نقضه . أما القصور أو الخطأ فى أسبابه القانونية فإنه لا يفسد الحكم ولا يستتبع نقضه مادام منطوقه متفقا مع التطبيق الصحيح للقانون على الوقائع الثابتة فيه فلمحكمة النقض أن تستكمل أسبابه القانونية بما ترى إستكمالها به، وأن تصحح ما يقع فيها من خطأ فى القانون مادامت لا تعتمد فى ذلك على غير الوقائع التى حصلتها محكمة الموضوع .

(٢)الخطأ فيما هو زائد على حاجة الدعوى :

المقرر فى قضاء النقض أنه إذا كانت الأسباب التى أوردها الحكم تكفى لحمل قضائه فلا ينال من سلامتها ما يكون قد ورد فيها من أسباب نافلة أو خاطئة لا تمس جوهر قضائه لأنها تعد إستطرادا زائدا عن حاجة الدعوى يستقيم الحكم بدونها ولا تأثير للخطأ فيها على النتيجة التى انتهى إليها ولا على الأساس الذى أقام عليه قضاءه .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا خاض الحكم فى أمور لا يقتضيها الفصل فى الموضوع المطروح على المحكمة فإن تزيده هذا لا يعيبه مادام فيه من الأسباب الجوهرية المنصبة على ذلك الموضوع ما يوصل إلى صحة ما قضى به"^١.

وقضت بأنه "متى كان الحكم محمولا على ما استظهرته المحكمة من الأدلة السائغة القائمة فى الدعوى، فإن النعى عليه بأخذه بدليل غير قائم فى الدعوى يكون غير منتج"^٢ .

كما قضت بأن "الحكم متى كان صادرا وفقا للقانون مقاما على ما يكفى من الأسباب لصحة قضائه فلا يقدر فى سلامته أن يكون قد تزايد فى الأسباب مهما كان فى هذا التزايد من خطأ"^٣ .

ويعتبر زائدا على حاجة الدعوى إقامة الحكم على أكثر من دعامة حيث تكون إحدى هذه الدعومات كافية وحدها لحمل قضائه فيستقيم الحكم بها حتى ولو لم تصح باقى الدعومات .

١ - نقض ١٦/٢/١٩٣٢ - الطعن ٩٣ لسنة ٢ ق .

٢ - نقض ١٥/١٢/١٩٥٥ - الطعن ٢٤٠ لسنة ٢٢ ق .

٣ - نقض ٢٧/١٢/١٩٤٥ - الطعن ١٥ لسنة ١٥ ق .

وفى جميع الحالات المتقدم ذكرها يكون الحكم معيبا بيد أن العيب المنسوب له لا يصيب الدعامة الأساسية التي لا يقوم له قضاء بغيرها، وبالتالي فإن النعى عليه به يكون غير منتج أى غير مؤثر فى النتيجة التى انتهى إليها ومن ثم فهو لا يؤدى إلى نقضه .
وبالبناء على ما تقدم فإننا لا نراه دقيقا استعمال محكمة النقض عبارة " لا يعيب الحكم " فى الحالات السالف ذكرها، إذ الصحيح أن الحكم معيب، إلا أن ما شابه من عيب لم يؤثر فى النتيجة التى انتهى إليها، ومن ثم فإن النعى به يكون غير منتج .

خاتمة

- بعد هذه الدراسة التحليلية التطبيقية المفصلة في موضوع تسبیب الأحكام المدنية أرى إتماماً للفائدة المرجوة منها - أن أذكر بأهم ما جاء فيها :
- ١- تسبیب الحكم يعنى إيراد الأدلة والأسانيد الواقعية والقانونية التى تبرر النتيجة التى انتهى إليها .
 - ٢- ليس المقصود من تسبیب الحكم استتمامه من حيث الشكل، وإنما الإستيثاق من أن القاضى فهم الواقع فى الدعوى فهما صحيحا من عناصر فى الأوراق تؤدى إليه، ثم أضفى على ما ثبتت لديه صحته منه تكييفه الصحيح، واتبع ذلك بتطبيق حكم لقانون على حاصل هذا التكييف .
 - ٣- تسبیب الحكم كما يكون صريحا فمن الممكن أن يكون ضمنيا أو تسبیباً بالإحالة إلى حكم آخر أو إلى تقرير خبرة، أو إلى قرار صادر من لجنة أو هيئة ذات إختصاص قضائى.
 - ٤- القاعدة العامة أن جميع الأحكام يلزم تسبیبها، واستثناء من هذه القاعدة هناك أحكام تنبئ بذاتها عن أسبابها فلا يلزم تسبیبها .
 - ٥- الحكم يشتمل على نوعين من الأسباب : أسباب واقعية تتمثل فى العناصر الواقعية أو الموضوعية للدعوى، وأسباب قانونية تتوافر ببيان السند القانونى لقضاء الحكم .
 - ٦- خلو الحكم من أسبابه الواقعية والقصور أو النقص فى هذه الأسباب يبطل الحكم ويوجب نقضه .
 - ٧- أما القصور فى أسبابه القانونية أو الخطأ فيها، فإنه لا يبطل الحكم ولا يؤدى إلى نقضه طالما إنتهى فى منطوقه إلى نتيجة صحيحة قانونا، ولكن هذا لا يعنى أن يتحلل القاضى من واجب البحث عن القواعد أو المبادئ القانونية واجبة التطبيق على الوقائع المطروحة عليه أو أن يقصر فى هذا البحث .
 - ٨- تسبیب الحكم تسبیباً كافياً يتحقق إذا عينت المحكمة جميع العناصر الواقعية للدعوى، وحصلت منها فهم الواقع فيها، ثم كيفت هذا الفهم، وطبقت حكم القانون على حاصل هذا التكييف تطبيقاً صحيحاً .
 - ٩- لمحكمة النقض أن تستكمل ما شاب الحكم من قصور فى أسبابه القانونية وأن تصحح ما قد يعترى هذه الأسباب من خطأ ولكن ليس لها أن تستكمل أسبابه الواقعية .
 - ١٠- هناك محاولات فقهية بذلت لحصر صور القصور فى التسبیب ولكنها لم تسفر عن وضع معيار منضبط جامع مانع لكل ما يعتبر قصورا فى تسبیب الحكم .

- ١١- باستقراء الأحكام العديدة الصادرة من محكمة النقض بتطبيقات القصور فى التسبب
 أمكننا حصر صور هذا القصور فى وجهين رئيسيين هما السكوت عن البيان عند الحاجة
 إلى بيان، وعدم قيام القاضى بواجب البحث والتمحيص .
- ١٢- يتعين لكى تصلح أسباب الحكم دعامة لحمل قضائه أن تكون أسبابا جديده واضحة
 محددة مستمدة من أصل ثابت بالأوراق تؤدى عقلا ومنطقا إلى النتيجة التى إنتهى إليها فلا
 تكون مجمله أو مبهمه أو متخاذلة أو متناقضة .
- ١٣- الأسباب المجمله هى تلك التى تساق فى عبارات عامة ولا تواجه موضوع النزاع
 المعين المطروح على المحكمة، وهى تختلف عن الأسباب العامة التى تصلح لحمل الحكم
 عند تعدد الطلبات فى الدعوى .
- ١٤- الأسباب الغامضة أو المبهمة المضطربة المشوشة هى أسباب لا يبين منها ما إذا
 كانت المحكمة قد فهمت واقع الدعوى فطبقت عليه القانون تطبيقا صحيحا، أو فسد فهمها
 لهذا الواقع فشد تطبيقها للقانون .
- ١٥- الأسباب المتخاذلة هى التى تنبئ عن التردد وعدم الحسم والقطع لوجود ثغرة فيها .
- ١٦- الخطأ فى الإسناد يتحقق بنسبة قول أو أمر إلى مصدر وهمى لا وجود له أو إلى
 مصدر موجود ولكنه مناقض لما أثبتته الحكم، وهو الوجه الإيجابى لعيب مخالفة الثابت
 بالأوراق .
- ١٧- التناقض فى الأسباب يعنى بناء الحكم على أسس أو دعامات متنافرة متعارضة بحيث
 لا يمكن رفع هذا التعارض والوقوف على ما يمكن حمل الحكم عليه منها .
- ١٨- التناقض الذى يفسد الحكم ويؤدى إلى نقضه هو ذلك التناقض الحقيقى الذى يقع بين
 أسباب الحكم الواقعية أو بينها وبين منطوقه، والذى يشوب الحكم المطعون فيه ذاته وليس
 حكما آخر إلا إذا كانت هناك إحالة على هذا الحكم الأخير .
- ١٩- تناقض أجزاء منطوق الحكم لا يصلح سببا للطعن بالنقض، وإنما هو سبب لالتماس
 إعادة النظر .
- ٢٠- سلامة الاستدلال أو الإستنباط تتحقق بتوافر أمرين لا يغنى وجود أحدهما عن الآخر،
 أولهما : سلامة الدليل الذى تعتمد عليه المحكمة فى قضائها من الناحيتين الإجرائية
 والموضوعية .
 وثانيهما : هو منطقية النتيجة أى أن يؤدى ذلك الدليل عقلا ومنطقا إلى النتيجة التى انتهى
 إليها الحكم .

٢١- ليس في مراقبة محكمة النقض لمدى صحة الدليل أو سلامة الإستنباط إفتئات على سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع وتقدير الأدلة المقدمة في الدعوى .

٢٢- لا يعيب الحكم عدم تتبعه حجج الخصوم والرد عليها استقلالا مادام في قيام الحقيقة التي إقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمني المسقط لتلك الحجج، ولا ارتياح القاضى لدليل دون آخر، أو أخذه بنتيجة دون أخرى طالما كانت محتملة، أو عدم تحدّثه عن قرينة من القرائن غير القانونية أو إلتفاته عن دفاع غير جوهري، أو عدم رده على وقائع لم يحصلها ولم يعتمد عليها في قضاؤه، أو مخالفته لحقيقة أخذ بها حكم آخر لا يحاج به طرفا النزاع المطروح على المحكمة .

٢٣- مما يعيب الحكم ولكنه لا يستوجب نقضه النقص أو الخطأ في أسبابه القانونية مادام منطوقه موافقا لصحيح القانون .

كذلك فمما يعيب الحكم، ولكنه لا يؤدي إلى نقضه الخطأ فيما هو زائد على حاجة الدعوى أي فيما لم يكن لازما للفصل في جوهر النزاع المطروح على المحكمة، وإقامته قضاءه على أكثر من دعامة تصلح إحداهما لحمل هذا القضاء .

تم بتوفيق الله ..

عن جزاء مخالفة النظام العام في قانون العمل

د. فتحي وردية، أستاذة محاضرة (أ)
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مولود معمري تيزي وزو.

مقدمة:

لاشك أن أول أنواع النظام العام ظهوراً هو النظام العام الكلاسيكي (السياسي) الهادف إلى الدفاع على ركائز المجتمع، وهو النظام الذي يتماشى مع مفهوم الدولة الحارسة إلا أن تزايد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي وضرورة حماية الأطراف الضعيفة في العقود أدى إلى بروز النظام العام الاقتصادي الذي عرّفه FARJAT بأنه « مجموعة القواعد الإلزامية التي تنظم العلاقات التعاقدية الخاصة بالنظام الاقتصادي والعلاقات الاجتماعية والتوازن الداخلي للعقد »^(١). ويقسمه الفقهاء إلى نظام العام توجيهي ونظام عام حمائي، فيهدف الأول إلى تنظيم العقود لجعلها غير متعارضة مع السياسة الاقتصادية، أما الثاني فيتكون من مجموع القواعد التي تهدف إلى حماية أحد أطراف العقد ضماناً للعدالة العقدية، فتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف سببه انخراط التوازن بين المتعاقدين حيث أن المتعاقد الأقوى قد يعتمد إلى فرض شروط مجحفة على الطرف الضعيف^(٢).

إنّ هذا التطور ترجمه أحد فروع القانون، وهو قانون العمل، الذي وجد أساساً لتحقيق توازن في علاقة عقدية ميزتها الاختلال الاقتصادي والاجتماعي البارز بين طرفيها، لذا جاءت قواعده من النظام العام، بل أن أغلب قواعده من النظام العام الاجتماعي الذي يعبر عن فكرة المرور من النظام العام التقليدي إلى الأنظمة العامة المنفردة بخصوصياتها. فلقد طوع قانون العمل مفهوم النظام العام لجعله متلائماً مع خصوصياته وأهدافه، فأوجد ما يسمى بالنظام العام الاجتماعي استجابة للحاجة إلى تخصص النظام. فالنظام العام التقليدي عاجز عن تحقيق حماية الطرف الضعيف اقتصادياً أي العامل، فكان من الضروري تطويع مفهوم هذا النظام ليراعي طبيعة وخصوصية هذه العلاقة، فانفرد بذلك قانون العمل عن فروع القانون الأخرى بالنظام العام الاجتماعي، الذي يعرف على أنه « مجموع قواعد قانون العمل الآمرة التي توفر حداً أدنى من الحماية للعامل والتي يمكن مخالفتها عن طريق الاتفاقيات الجماعية والعقود الفردية من أجل تطوير هذه الحماية وتحسين وضعية الأجير »^(٣). وهو نظام يوحى إلى الدور الذي يقوم به قانون العمل في إرساء قواعد السلم والأمن الاجتماعيين

(١) FARJAT (G), L'ordre public économique, L.G.D.J, paris, 1963, p38.

٢ - كوثر شقرون، تأثير العوامل الاقتصادية على العلاقات الشغلية، مذكرة لإحراز شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس III، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ١٧١.

٣ - المرجع نفسه، ص ١٧٢.

بتنظيم هذه العلاقة الخاصة وتحقيق العدالة الاجتماعية. أكثر من ذلك، فإنّ مضمون هذا النظام يعمل في اتجاه واحد وهو مصلحة العامل وحمايته^(١).

وما يميز هذا النظام عن النظام العام التقليدي من حيث المبدأ هو إمكانية الانفكاك عنه باتفاقات متى كانت أكثر فائدة للعامل، الأمر الذي يدعم استقلاليتته، عكس النظام العام في معناه التقليدي الذي لا يقبل أي اتفاق أو مخالفة سواء لصالح العامل أو لغير صالحه. لذا فهذا النظام الحمائي يمثل الحد الأدنى للحماية أو الحد الأدنى الاجتماعي. كذلك يتميز النظام العام الاجتماعي بطابع غير مالي أكثر مما يتمتع بطابع مالي فهو يستهدف كفالة الحياة الإنسانية بشخص العامل وحماية حقوقه الشخصية المتعلقة به^(٢).

إنّ هذا الاستقلال وهذه الخصوصية للنظام العام الاجتماعي فرضت التمييز والتخصص على مستوى جزاء مخالفته، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مظاهر الطابع الخصوصي لجزاء مخالفة النظام العام في قانون العمل وآثار ذلك؟ وهو ما سيتم الكشف عنه بالوقوف ابتداءً عند الطابع الخصوصي لجزاء البطلان لمخالفة النظام العام في قانون العمل الجزائري (المبحث الأول) ثم عند الجزاء الجنائي وخصوصيته في هذا المجال، وهذا بغرض تقييم الحاجة إلى الخروج عن النظام العام التقليدي وفعالية ذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الطابع الخصوصي لجزاء البطلان لمخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل

لا ريب أن قواعد قانون العمل قواعد أمرة من النظام العام، إنما لا ريب أيضا إن كان أغلبها منتما إلى النظام العام الاجتماعي الهادف إلى ضمان الحد الأدنى من الحماية للعامل الأضعف اقتصاديا، فإنما منها أيضا قواعد تنتمي إلى النظام العام التقليدي ذي الأغراض السياسية والأمنية والأخلاقية والاجتماعية.

لذا فمن الأهمية تحديد تصنيف كل قاعدة من قواعد قانون العمل بحسب انتمائها إلى أي من الأنواع السابقة المكونة للنظام العام بمعناه الواسع. فالنظام العام بهذا المعنى ينطوي تحت لوائه جميع القواعد القانونية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لاتصالها بمصلحة جوهرية من المصالح اللازمة للحفاظ على بقاء المجتمع أو كيانه أو تقدمه ورفقيه، ومنها بطبيعة الحال المصالح التي يحميها قانون العمل سواء تبلورت في تحقيق الحماية العادلة

١ - عبد السلام شعيب، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، العدل، مجلة نقابة المحامين، بيروت، العدد الثالث، السنة الواحدة والأربعون، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٠٢٤.

٢ - جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، الطابع الحمائي لقواعد قانون العمل - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٨.

والضرورية والفعالة للعمال من ناحية أم في الحفاظ على دعائم المجتمع وأسس سلامه وأمنه المدنيين. فهي من النظام العام الكلاسيكي ذي الأغراض العادية، فيقع باطلا بطلانا مطلقا الاتفاق المخالف لحكمها، حتى ولو كان في مصلحة العامل تماما. أما قواعد قانون العمل المنتمية إلى النظام العام الاجتماعي الحامي للطرف الضعيف، فإن لشق التكليف فيها طبيعة متميزة، فهي في الحقيقة قواعد تحقق مباشرة مصلحة العامل، وبطريقة غير مباشرة مصلحة المجتمع متبلورة في تحقيق العدل والسلم الاجتماعيين.

أمام هذا التمييز في قانون العمل، بين قواعد من النظام العام التقليدي وقواعد من النظام العام الاجتماعي، تتضح خصوصية قواعد هذا القانون، التي تمتد إلى جزاء مخالفتها لنتنوع صورته من بطلان كلي وبطلان خاص (المطلب الأول) ولينفرد بآثار خاصة تكشف عن ذاتية هذا الجزاء وخروجه عن الآثار العامة للبطلان (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تنوع صور جزاء البطلان في قانون العمل:

أكد المشرع الجزائري على أن مخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل يؤدي إلى فرض جزاء البطلان على غرار ما هو مقرر في القواعد العامة، وذلك سواء كانت المخالفة تمس قواعد النظام العام المطلق، أو قواعد النظام العام الاجتماعي، وهو ما يظهر بصفة خاصة من خلال أحكام المواد ١٣٥، ١٣٦ و ١٣٧ من القانون رقم ٩٠-١١^(١) على أن هذا الجزاء ينفرد بخصوصيات من خلال تنوع صورته فإلى جانب البطلان الكلي المعبر عن البطلان المطلق هناك البطلان الخاص المتميز في أحكامه وفي الآثار الخاصة به والناجمة عن مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي. وهو ما سيتم توضيحه بإبراز تنوع صور جزاء البطلان في قانون العمل (١) ثم الطابع الخصوصي لآثار هذا البطلان لما يتضمنه من خروج عن الآثار العامة للبطلان وانفراده بآثار خاصة تتلاءم مع طبيعة العلاقة التي تعمل قواعد النظام العام الاجتماعي على ضمان بقائها (٢).

الفرع الأول - البطلان الكلي:

لم يتول المشرع الجزائري تحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز مخالفتها، إنما اختار وضع مبدأ عام مفاده بطلان كل علاقة عمل غير مطابقة للأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها، سواء كانت أحكام عامة مستمدة من قواعد التقنين المدني أو أحكام خاصة مكرسة في قانون العمل، وفي هذا الصدد نصت المادة ١/١٣٥ من القانون رقم

١ - قانون رقم ٩٠-١١ مؤرخ في ٢١ أبريل ١٩٩٠ يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد ١٧ صادر بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٩٠، المعدل والمتمم.

٩٠-١١ على أنه « تعد باطلاً وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به ».

يتبين من خلال هذا النص أن أي مخالفة للنصوص المتعلقة بعلاقات العمل تؤدي إلى بطلان علاقة العمل، وهو ما يؤكد تعلق قواعد هذا القانون بالنظام العام^(١). كذلك أكد هذا النص على أن جزاء البطلان يمس كل مخالفة لأحكام التشريع المعمول به، فيشمل بذلك حالتين حالة مخالفة الأحكام العامة لصحة العقود وكذا الأحكام الخاصة المنظمة لعلاقات العمل. كما يترتب سواء كانت المخالفة ايجابية أو سلبية، أي سواء كانت المخالفة في صالح العامل أو ضده، فيقع كل اتفاق على مخالفتها باطلاً ولو انطوت على رفع لمستوى الحماية المقررة للطرف الضعيف في علاقة العمل.

على هذا الأساس، تتعدد حالات البطلان الكلي لمخالفة قواعد النظام العام التقليدي لتشمل تلك الواردة في القواعد العامة أو أحكام قانون العمل، وهو ما أكدته العديد من نصوص قانون علاقات العمل، منها نص المادة ١٥ من القانون رقم ٩٠-١١ التي تمنع تشغيل القصر في الأشغال الخطيرة أو التي تتعدم فيها النظافة أو تضر بصحته أو تمس بأخلاقياته، كذلك تلك الأحكام الخاصة بمدة العمل، حيث تؤكد المادة ٢ من الأمر رقم ٩٧/٠٣^(٢) على أنه « تحدد المدة القانونية الأسبوعية للعمل بأربعين ساعة في ظروف العمل العادية.

توزع هذه المدة على خمسة أيام على الأقل ».

فكل مخالفة لقاعدة من هذا النص تستتبع البطلان لأنها من النظام العام المطلق، فلا تجوز مخالفتها ولو كان ذلك لمصلحة العامل، كذلك الوضع بالنسبة لأحكام المادة ١٩ من القانون رقم ٩٠-٤٠^(٣) التي تلزم العامل بعرض نزاعه على المصالحة قبل عرضه على القضاء، فلا يمكن لهذا الأخير الاتفاق على مخالفته، وإن كان ذلك لصالحه لأن هذا النص أيضاً من النظام العام المطلق. إضافة إلى هذا تعبر أحكام المادة ٢٨ عن ذلك بنصها على أنه « لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذي يقل عمرهم عن تسع عشر (١٩) سنة كاملة في أي عمل ليلي ». أكثر من ذلك يمنع المستخدم تشغيل العاملات في أعمال ليلية إلا بشروط خاصة، هذا إلى جانب أحكام عديدة تؤكد على فرض جزاء البطلان في حالة

١ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 233024، بتاريخ 2002/03/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2011.

٢ - أمر رقم ٩٧/٠٣ مؤرخ في ١١ جانفي ١٩٩٧، يتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج ر عدد ٠٣، صادر بتاريخ ١٢ جانفي ١٩٩٧.

٣ - قانون رقم ٩٠-٠٤ مؤرخ في ٠٦ فيفري ١٩٩٠، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد ٠٦، صادر بتاريخ ٠٧ فيفري ١٩٩٠، المعدل والمتمم.

مخالفة قواعد النظام العام المطلق التي ما تزال قائمة في قانون العمل. وعليه يمنع الاتفاق على منع اللجوء إلى المحاكم، أو مخالفة قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الاجتماعية، أو النص على مخالفة قاعدة معينة تعاقب جزائياً، وأيضاً الاتفاق على إخضاع مشروعية التسريح لرقابة السلطة الإدارية^(١).

ولا يتميز بهذا جزاء البطلان الكلي في طبيعته عن أحكامه المقررة في القواعد العامة غير أن خصوصيته تظهر في آثاره كما تصرح بها أحكام المادة ٢/١٣٥ التي يتم تفصيلها في نقاط موائية.

الفرع الثاني - البطلان الخاص كجزاء لمخالفة النظام العام الاجتماعي:

يمثل النظام العام الاجتماعي تقنية خاصة بقانون العمل تمنح العمال أو الأجراء جملة من الامتيازات غير التعاقدية، بوصفهم الطرف الأضعف في العقد، فهو الذي يضمن الحد الأدنى من الحماية لصالح هذه الفئة، بل يضع حداً مشتركاً لجميع العمال^(٢). فهو كما يعبر عنه بعض الفقهاء "القانون الأصلح للأجير أو العامل"^(٣).

لذلك فالنظام العام الاجتماعي يترجم الصبغة الحمائية لقانون العمل، من خلال ثنائية الدور الذي يلعبه، فلا يكتفي بدوره المانع بل يتجاوز ذلك ليلعب دوراً دافعاً لغاية تحقيق ما هو أفضل للعامل. وهو ما يكشف عن خصوصيته إذ بالرغم من بطلان كل اتفاق على خلافها إلا أن ذلك جائز في حالة واحدة وهي الزيادة من الحماية القانونية المقررة للعامل أي متى كان الاتفاق يحقق له مزايا أفضل من تلك المقررة قانوناً. وهو ما لا نجده في النظام العام التقليدي، إذ أي مخالفة لقاعدة من قواعده تؤدي إلى البطلان مهما كان شكل المخالفة سلبية أو ايجابية، الأمر المخالف بالنسبة لقواعد النظام العام الاجتماعي حيث لا يترتب البطلان عن مخالفتها إن كانت هذه الأخيرة تحقق مصلحة العامل.

تمنع هذا الأساس أحكام النظام العام الاجتماعي النزول عن الحد الأدنى الذي يضمنه القانون أو الاتفاقيات الجماعية، لذا كل استنقاص منها يقع باطلاً. فجزاء مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي ودوره المانع هو البطلان فنقضي المادة ١٣٦ من قانون علاقات

١ - نيب عيد السلام، قانون العمل الجزائري والتحولت الاقتصادية، دار القصبية، الجزائر، ٢٠٠٣، ٢٢٠، ص ٢٢٠.

٢ - BONNECHERE Michèle, " L'ordre public en droit du travail, ou légitime résistance du droit du travail à la flexibilité", Droit Ouvrier, avril 1988, p171.

٣ - جواهر شقرون، تكلفة القانون الاجتماعي داخل المؤسسة الاقتصادية، مذكرة لإحراز شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس III، ص ١٠٢.

العمل الجزائري على أنه « يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون ».

معنى هذا النص أن الشرط المخالف لقاعدة تحمي العامل بضمان حد أدنى له من الحقوق يكون باطلا أي عديم الأثر قانونا، وهو ما أكدته العديد من التشريعات كقانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ في مادته الخامسة^(١). فالحد الأدنى من الحماية القانونية المقررة للعامل لا يجوز الانتقاص منها^(٢).

فلا ريب في أن الشرط المخالف للنظام العام في شقه المنصب على حماية العامل يقع باطلا عديم الأثر قانونا، ويعتبر كأن لم يكن ما لم يكن أصلح للعامل طبقا لمعيار موضوعه يستلهم روح القاعدة الآمرة وغاياتها وحكمتها^(٣). ومبرر ذلك قواعد النظام العام الاجتماعي، تشكل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز الانتقاص منها بأي حال من الأحوال تحت طائلة البطلان، على أن هذا البطلان خاص، فهو جزء متميز عن جزء مخالفة النظام العام التوجيهي، واصطلح عليه تسمية البطلان الجزئي الذي يمس كل شرط يخالف هذا الحد الأدنى من الحقوق الممنوحة للعامل^(٤).

فالبطلان في هذه الحالة جزء خاص يصيب كل شرط مخالف لقاعدة تحمي العامل ويقفل من الحد الأدنى من الحقوق الممنوحة له المترجم للنظام العام الاجتماعي، وهو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة ١٣٧ من القانون رقم ٩٠-١١ التي تنص على أنه « يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية ».

يكون المشرع الجزائري بهذا قد كرس نوع خاص من البطلان كجزاء لمخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي رغبة منه في الحفاظ على بقاء عقد العمل وتوفير حماية خاصة للعامل، فالإبقاء على العقد أولوية مفروضة^(٥)، وذلك على الرغم من أنه احتوى على شرط باطل. فاقترص البطلان على الشرط المخالف وحده. وفي هذا تأكيد على حرص المشرع

١ - المرجع نفسه، ص ٢٧٣.

٢ - محمد عرفان الخطيب، "الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري"، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٧، ٢٠١١، ص ٢٧٣.

٣ - عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٧٢.

٤ - د. جعفر المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ٢، العدد ٤، الأردن، ٢٠١٠، ص ١٤٢.

٥ - راجع المادة ١٣٧ من قانون رقم ٩٠-١١، مرجع سابق.

على ضمان الحد الأدنى من الحماية للعامل وتجسيد مضمون النظام العام الاجتماعي الحمائي.

يتضمن هذا النوع من البطلان في الحقيقة خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي ببطلان العقد في جملته إذا ما تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال. فلا يجري الأمر في قانون العمل على هذا المنوال، لأنه إذا كان الشرط الباطل الذي ما كان العقد ليتم بدونه ينطوي على مخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام الاجتماعي، فإنّ العقد يظل صحيحاً وقائماً ويبطل الشرط المخالف فقط. وهذا تأكيد على أن قواعد النظام العام الاجتماعي من النظام العام إذ يحصر المشرع دائماً على الحفاظ على الحد الأدنى المقرر قانوناً، فلا يمكن النزول عنه في أي حال من الأحوال.

كذلك أكد المشرع الجزائري على امتداد جزاء البطلان في حالة الانتقاص من الحماية المقررة للعامل بموجب الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، فعبرت عن ذلك وبصورة صريحة أحكام المادة ١٣٧ من قانون رقم ٩٠-١١^(١) التي تقضي ببطلان بنود عقد العمل التي تستنقص من حقوق العمال المقررة في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، متجاهلاً بذلك الاختلاف الموجود بين المصادر الرسمية والمصادر الاتفاقية التي تهدف أساساً إلى تطور الحماية التشريعية، أي تطوير الحد الأدنى من الحماية المقررة قانوناً. كذلك فإنّ مثل هذا الموقف يتناقض مع الهدف من تنويع مصادر القانون واستقلالها.

تتدعم كذلك خصوصية جزاء البطلان لمخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي من خلال الآثار الخاصة التي يترتبها، فهي غير مألوفة في الأحكام العامة، كما سيتبين في النقطة الموالية.

المطلب الثاني

استقلال جزاء البطلان لمخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل بآثار خاصة:

تكشف دراسة مختلف الجزاءات المترتبة عن مخالفة أحكام النظام العام بأن جزاء البطلان كجزاء مدني لعدم احترام هذا النظام يطبق بصورة موحدة على كل فروع القانون الخاص، وهو الوضع بالنسبة لقانون العمل، على أن ذلك لا يكفي للقول بقيام تشابه في جزاء البطلان في قانون العمل مع القوانين الأخرى بل لا بدّ أيضاً من اتحادها في الآثار.

غير أنه بالرجوع إلى قانون علاقات العمل ننفي ذلك، انطلاقاً من الخروج عن الأحكام المتعلقة بالآثار الرجعي لجزاء البطلان إلى تلك الآثار الخاصة المتضمنة إلغاء أو

بتر الشرط الأسوأ، الذي يسمح بإخضاع العقد لقواعد قانونية من النظام العام إلى جزء إيجابي مفاده الحلول الآلي أو التلقائي لقواعد النظام العام الاجتماعي تحقيقا لمصلحة العامل وضمانا لاستمرارية عقد العمل، وتطبيقا في ذات الوقت للنظام العام المطلق.

الفرع الأول- الخروج عن الآثار العامة للبطلان:

يترتب عن مخالفة قواعد النظام العام حسب القواعد العامة للالتزام البطلان، وينجم كذلك عن تطبيق آثاره على هذه العلاقة التعاقدية إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أي إلى حالتها الأصلية، وإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل، وهو ما يستفاد من نص المادة ١٠٣ من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه « يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ». وأفضل طريقة لإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد هي الاسترداد العيني وإن استحال ذلك جاز الاسترداد بمقابل أي التعويض^(١). عليه فالتصرف الباطل تعدم آثاره، فهو كأن لم يكن على الإطلاق، وذلك تطبيقا لمبدأ الرجعية^(٢).

غير أنه في قانون العمل لا يطبق هذا الأثر، فإن كان بطلان عقد العمل يقتضي إلزام العامل برد الأجور التي تحصل عليها وبالمقابل رد المستخدم للعمل المؤدى من العامل، إلا أن مثل هذا الاسترداد غير معقول وغير متصور، إذ من المستحيل إلزام الأطراف بالاسترداد المتبادل، بالنظر لطبيعة عقد العمل التي تمنع ترتيب الآثار العادية للبطلان، ليس لأنه عقد مستمر، بل يتضمن التزام بالقيام بالعمل غير قابل للاسترداد لأن طبيعة هذا الالتزام تتعارض مع ذلك، إذ أن موضوعه ليس ناتج عمل الأجير إنما قبل كل شيء الجهد الذي بذله الذي لا يمكن لصاحب العمل رده بتنفيذ عمل مماثل لحساب العامل. وأمام هذه الاستحالة للاسترداد المتبادل، تقوم ضرورة تبني قاعدة تمكن العامل من الاحتفاظ بالأجور التي قبضها أو المطالبة بما لم يقبضه^(٣).

هذه هي وجهة المشرع الجزائري التي تستفاد من المادة ٢/١٣٥ من قانون رقم ٩٠-١١ التي تنص على أنه « غير أنه لا يمكن أن يؤدي بطلان العمل إلى ضياع الأجر المستحق عن عمل تم أدائه ».

١ - فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موقم للنشر، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٣٤٥.

٢ - DJOUDI Djamel, Les nullités dans les relations de travail, Recueil Dalloz, paris, 1995, p.192.

٣ - IBID, p192.

يتضح من هذا النص أن المشرع وإن فرض جزاء البطلان لكل علاقة عمل غير مطابقة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما أي مخالفة لقواعد من النظام العام، إلا أنه أورد استثناء على أثر البطلان الأصلي حيث كرّس حق العامل في الاستفادة من الأجر المستحق، وفي هذا خروج عن القواعد العامة للالتزام التي تؤكد في مثل هذه الحالة على وجوب تقديم تعويض معادل لهذا العامل نتيجة أدائه للعمل بموجب علاقة عمل باطلة، إذ أن تطبيق أحكام المادة ١٠٣ من القانون المدني، سألقة الذكر، تستوجب في حالة استحالة الاسترداد العيني تقديم تعويض معادل، غير أن المشرع الجزائري وبموجب نص خاص أكد على استحقاق العامل لأجره حماية له. خلافا لموقف غالبية الفقه الذين ذهبوا إلى أن العامل الذي أدى في مثل هذه الحالة عملا دون أن يقبض أجرا عليه لا يستحق أجرا بالمفهوم القانوني للأجر، وإنما يستحق تعويضا عادلا عن تلك الفترة وعمّا أداه، ويرجعون أساس هذا التعويض إلى المسؤولية التقصيرية والبعض إلى أحكام الإثراء بلا سبب، تاركين مقدار احتسابه للمحكمة وفقا للقواعد العامة ولمقتضيات العدالة^(١).

وحسنا فعل المشرع في هذه المسألة وترتيبه مثل هذا الأثر، وعدم الإجحاف في حق العامل وسده الطريق أمام أصحاب العمل الذين يستغلون إعلان بطلان عقد العمل للتخلص من تنفيذ الالتزامات المفروضة عليهم لاسيما التزامهم الرئيسي بدفع الأجر للعامل ولا شك أن مثل هذه الخصوصية لجزاء البطلان من شأنها أن تدعم الحماية المقررة للعامل، وهو من مقتضيات النظام العام في قانون العمل.

الفرع الثاني - ترتيب آثار خاصة:

في غياب بطلان عقد العمل، يتدخل القانون بطريقتين، بطريقة سلبية وذلك بتقرير بطلان الشرط المخالف لقواعد النظام العام في قانون العمل وذلك ببتير الشرط الأسوأ للعامل (أولا)، وبطريقة إيجابية وذلك بالامتنال لمقتضيات النظام العام، ويكون ذلك بإحلال تلك القواعد محل البنود الباطلة، وفي بعض الأحيان يكون الأمر متميز بحيث يمتد إلى تعديل التصرف القانوني المخالف للنظام العام^(٢)، ويوصف ذلك أيضا بالحلول التفائلي أو الآلي (ثانيا).

أولا- بتر الشرط الأسوأ للعامل: تطبيقا لأحكام المادتين ١٣٦ و ١٣٧ من القانون رقم ٩٠-١١، فإنه متى تقرر بطلان بند في عقد العمل لمخالفة قواعد النظام العام ولاستتقاصه من

١ - بهاء الدين محمد أحمد طلافحة، بطلان عقد العمل وأثر على حقوق العامل في ظل القانون الأردني، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠١٠، ص ١٤٩.

٢ - Sur la question voir - ٢ :MEYER Nadège, op.cit, pp 291 - ٢٩٣.

الحقوق المقررة للعامل في التشريع أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، فإن عقد العمل يبتتر منه هذا الشرط، ومعنى ذلك أن الشرط الباطل يلغى مع بقاء عقد العمل بدون هذا الشرط الذي يعتبر كأن لم يكن بقوة القانون. وهكذا يعتبر عندئذ عقد العمل قد انعقد مبتورا منه هذا الشرط عديم الأثر؛ فيكون للقانون وحده سلطانه الأمر في تنظيم عقد العمل فتحل القواعد الحامية للمصلحة الخاصة للطرف الضعيف التي يحرص عليها المجتمع، محل هذا الشرط غير المشروع.

لا يرد البطلان على هذا الأساس إلا على البند أو الشرط المخالف للقانون، ويبقى العقد فيما عداه ملزما لطرفيه^(١)، فيكون البند باطلا ويبقى العقد صحيحا وذلك حفاظا على منصب العمل.

يفسر هذا الأثر الخاص خصوصية النظام العام الاجتماعي الذي يترتب عن مخالفة أحكامه البطلان، على أن ذلك لن يقع إلا إذا كانت المخالفة ضد مصلحة العامل، أما إذا كانت المخالفة في صالحه استبعد هذا الجزاء. بهذا فإن قواعد هذا النظام العام الخاص تنتمي إلى النظام العام مع خصوصية مفادها أنه يقيد الحرية التعاقدية جزئيا ويسمح بل ويشجع مخالفة قواعده بشكل يحقق مصلحة العامل.

ثانيا - الحلول التلقائي أو الآلي للقاعدة القانونية: يعد النظام العام الاجتماعي نظام خاص متميز في أحكامه، مما فرض تميز جزاء مخالفته، فالوقوف عنده يكشف نوع خاص من الجزاء يتماشى مع مضمون هذا النظام إذ يكرس حماية خاصة للعامل لا يجوز النزول عنها مع تفضيل الحماية الأنفع له، وهو ما يترجم من حيث الأثر، إلى جانب بطلان البند الذي ينزل عن الحد الأدنى من الحماية، يكون الحلول التلقائي للقاعدة المتعلقة بالنظام العام الاجتماعي.

يسجل على هذا الأساس أثر آخر خاص مفاده امتثال التصرف القانوني لمقتضيات النظام العام وهو ما ترجمته أحكام المادة ٢/١٣٦ من قانون ٩٠-١١ بتأكيدا على مسألة الحلول التلقائي أو الآلي للنص القانوني محل البند الباطل، فتتص على أنه « وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون ». فبطلان علاقة العمل لا يؤدي إلى زوال أثرها كليا بل تعوض الأحكام الاتفاقية المخالفة بالقواعد القانونية الآمرة. فما دام أن البطلان لا يمس إلا الأحكام الاتفاقية المخالفة للقانون فإن العقد يبقى قائما لكن لإمكان تطبيقه يتم إحلال القواعد القانونية السارية محل الأحكام الاتفاقية الباطلة. وهنا يكون المشرع الجزائري قد اعتنق فكرة

١ - محمد محمد أحمد عجيز، ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٠٩.

الحلول الآلي لأحكام القانون تفاديا لأثار البطلان المترتب عن مخالفة أحكام علاقة العمل الفردية، حرصا منه على ضمان استمرارية عقد العمل التي تعتبر مسألة ذات أولوية. الحقيقة أنه ليس هناك مجال لإعمال قاعدة المادة ١٠٤ من التقنين المدني الجزائري^(١) التي تنظم نطاق البطلان تنظيما، روعي فيه احترام الإرادة التعاقدية، بل أن الحماية التي تسبغها قواعد النظام العام الاجتماعي على العامل تأتي إلا أن تكون حماية كاملة^(٢)، ومن ثم تجعلنا في مجال تعديل العقد المخالف في شرط منه لها، تعديلا مأمورا به بقوة القانون ولا يكون للقاضي فيه أن يقدر ما إذا كان هذا التعديل متعارضا مع الإرادة المشتركة للطرفين، سواء الحقيقية أو المحتملة، بل أن هذا التعديل يفرض نفسه على القاضي بقوة القانون، ومتى تبين له أن هذا الشرط يستتقص من الحد الأدنى من الحماية المقررة للعامل فإنه يعمل نص المادة ٦٢ من قانون علاقات العمل^(٣).

بهذا متى كان شق في عقد العمل يخالف قواعد النظام العام الاجتماعي، فإن هذا الشق يبطل وتحل القاعدة محله وتصيح واجبة الإعمال في العقد، فتحدد أجر أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا يبطل كبنده في العقد ويحل محله الحد الأدنى المقرر قانونا، وحرمان العامل من الحق في العطلة أو أجرها يبطل كبنده في العمل ويعتبر لاغيا ويحل نص محله القانون، فعقد العمل يبتتر منه الشرط الأسوأ المخالف للنظام العام مخالفة سلبية، غير محققة لميزة أفضل للعامل، فيستبعد هذا الشرط الذي يعتبر كأن لم يكن بقوة القانون، ليكون بذلك للقانون وحده سلطانه الأمر في تنظيم عقد العمل، فتحل تلقائيا القواعد المقررة للمصلحة الخاصة للطرف الضعيف محل الشرط الباطل، وفي هذا الصدد يجب التأكيد على أن هذا الحل التلقائي الذي يكون بقوة القانون يسحب من القاضي سلطته التقديرية في تقدير الشرط المتنازع عليه^(٤).

يمتد الجزاء ذاته إلى البنود الواردة في الاتفاقية التي تخالف الحد الأدنى المقرر بموجب التشريع فهي باطلة وفقا لأحكام القانون رقم ٩٠-١١. يؤكد هذا الأثر الوظيفية المزدوجة للنظام العام الاجتماعي الذي لا يقتصر هدفه في حماية العامل، إنما يمتد إلى تحقيق السلم ومنع التفهقر الاجتماعي.

١ - تنص المادة ١٠٤ من التقنين المدني الجزائري على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله ».

٢ - عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص ٢٨١.

٣ - تنص المادة ٦٢ من قانون رقم ٩٠-١١ على أنه « يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية تملئ قواعد أكثر نفعاً للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل ».

٤ - BONNECHERE Michèle, Op.cit, p171.

بالإضافة إلى هذه الآثار الخاصة ذات الطابع السلبي والإيجابي، رتب المشرع الجزائري أثرا خاصا للبطلان في قانون العمل مفاده إعادة تكييف العقد الباطل، وهو ما يستخلص من نص المادة ١٤ من قانون رقم ٩٠-١١ الذي جاء فيه « يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه أحكام هذا القانون، عقد عمل لمدة غير محدودة، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في القانون ».

فيعتبر عقد العمل المبرم لمدة محددة خلافا للأحكام التشريعية المنظمة له باطلا، غير أن آثار البطلان الواردة في القواعد العامة للالتزام لا تطبق عليه ذلك أن المشرع رتب أثرا خاصا مفاده إعادة تكييف هذا العقد الباطل على أنه عقد غير محدد المدة. وتبرير ذلك أن مثل هذا البطلان يؤدي إلى المساس بمصالح العامل. وإعادة التكييف هذا لا يجد مصدره في الحرية التعاقدية وإنما في النظام العام^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن التقنية القانونية الخاصة بإعادة التكييف تتناسب بصفة خاصة في قانون العمل غير أنها تجد مجالات أخرى للتطبيق في مختلف فروع القانون الخاص. يتضح من خلال ما سبق أن جزء البطلان لمخالفة النظام العام في قانون العمل يجد مجال للتطبيق بطريقة مماثلة مقارنة بالفروع الأخرى للقانون الخاص، على أن خصوصيته تظهر بصورة جلية من حيث آثاره الخاصة التي تؤكد على ضرورة الحرص على بقاء عقد العمل وضمان حماية خاصة للعمال، أكثر من ذلك فإن هذه الذاتية تؤكد على أن مفهوم النظام العام قد تطور فلم تعد غايته إعدام التصرف المخالف له، إنما تجاوزت ذلك لحماية الطرف الضعيف في علاقة العمل، والوصول إلى التوازن العقدي.

المبحث الثاني

فرض جزاء جنائي عن مخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل

تندعم الصبغة الأمرة لقواعد النظام العام في قانون العمل بتدخل المشرع لحمايتها جنائيا فيتميز هذا القانون بأن مخالفة أهم أحكامه تكون جريمة جنائية، فالباب الثامن من قانون العمل يتضمن مواد التجريم والأحكام الجزائية التي يبلغ عددها ١٩ مادة. يستهدف المشرع من ذلك توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للعامل، وبصفة خاصة ضمان الحد الأدنى من الحماية المقررة والمترجمة من خلال قواعد النظام العام الاجتماعي.

واللجوء إلى قانون العقوبات في الحقيقة يستهدف حماية النظام العام بأكثر الوسائل ردعا وهو الجزاء الجنائي^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الحماية الجنائية للقواعد القانونية لا يختص بها النظام العام الاجتماعي لوحده وإنما هي من مميزات النظام العام الاقتصادي، كذلك فجل قواعد هذا الأخير تقرر عقوبات جنائية لمن يخالفها. فبالنسبة للنظام العام التوجيهي تبدو العقوبة الجنائية ضرورية لحماية الاقتصاد الوطني من إمكانية اتفاق طرفين على تنفيذ عقد مخالف لهذا النظام، وامتناعهما عن المطالبة ببطلان العقد في ظل انعدام مصلحتهما من إثارة هذا البطلان، أما بالنسبة للنظام العام الحمائي فإن الطرف الضعيف عادة ما يتعرض لضغوط من الطرف المتعاقد معه تمنعه من إثارة القاعدة الحمائية، لذلك تدخل المشرع لحماية هذه القواعد بعقوبات جنائية، وقد أشار الأستاذ FARJAT إلى أنه " في قانون العمل تبرز الخصوصية في قانون جنائي يهدف إلى حماية مصالح خاصة"^(٢).

وفعلا جل مخالفات قواعد العمل معاقب عليها جزائيا كما هو بارز في قانون ٩٠-١١ والعديد من المراسيم التشريعية، وقانون الضمان الاجتماعي مما يؤكد الصفة الآمرة لتلك القواعد.

فقانون العمل وعموما القانون الاجتماعي ينص على عدد كبير من الجرائم. وقد كانت جلها في بداية ظهورها موجهة ضد الأجير أو العامل^(٣)، كذلك التي تنص على تجريم الإضراب غير الشرعي. لكن تطور الطابع الحمائي لقانون العمل جعل العدد الأكبر من النصوص المجرمة توجه ضد المستخدم، مما أثار جدلا فقهيًا حول ضرورة هذا الكم الهائل من الجرائم ومدى تلاؤم ذلك مع خصوصيات المناخ الذي يتدخل فيه القانون الجنائي للعمل. مما يجعل من الضروري إبراز أهمية هذا الجزاء في المحافظة على الحد الأدنى المقرر من الحماية للعامل - النظام العام الاجتماعي - التطرق إلى الأسس التي يقوم عليها مبدأ التجريم ومعاقبة مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي (المطلب الأول) ثم مدى تأثيره بخصوصيات قانون العمل وذلك بالوقوف عند خصوصية الجزاء الجزائي (المطلب الثاني).

١ - حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة وفاء وهبه حسان، القاهرة، ١٩٩١، ص ٨٥.

٢ - نقلا عن: نبيل فرج، النظام العام، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس III، ١٩٩٧، ص

٣ - Droit social, 1984, p "Sur la fonctions du droit pénal dans les relations de travail" LYON CAEN Antoine, -

المطلب الأول

أسس تجريم مخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل:

تتميز أحكام قانون العمل بتعلقها بالنظام العام، وتحديدًا بالنظام العام الاجتماعي، فهي تهدف أساسًا إلى ضمان الحد الأدنى من الحماية للطرف الضعيف في علاقة العمل أي العامل. ولا يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا إذا كانت تلك القواعد مقترنة بجزاء وبصفة خاصة بالجزاء الجنائي ذو الطابع الردعي الذي لا يمكن التحول عنه إلا ضمن حالات خاصة ولأغراض محددة.

تترجم قواعد قانون العمل أحكام النظام العام الاجتماعي، فهي تعبر عن المصلحة العامة وذلك من زاويتين أساسيتين، الزاوية الأولى تتجلى في حماية الطرف الضعيف، أي الطبقة العاملة التي تحتاج إلى رعاية خاصة وترتبط حمايته بحماية المصلحة العامة من حيث حماية القدرة الانتاجية للمواطن وحماية صحته التي تعتبر إحدى معالم السياسة الوطنية، وأما الزاوية الثانية فمنطلقها ارتباط قانون العمل في الوقت الحالي بالسياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة بل هو المساعد على تحقيقها لارتباط قانون العمل بالإنتاج وسوق العمل ذلك أن المنشآت وعلاقات العمل فيها هي الأساس الذي ينبني عليه الاقتصاد القومي وتطور هذا الأخير يرتبط باستمرار في صورة تحكمها قواعد قانون العمل على أساس اعتبارها من النظام العام^(١).

أثارت مسألة وجود نصوص تجرم عدم احترام الحد الأدنى من الحماية الضرورية للعامل، وتفرض عليها جزاء جنائيا جدلا فقهيًا منذ زمن بعيد وبرزت لذلك ثلاث اتجاهات فقهية، تتأرجح ما بين التأييد والرفض (الفرع الأول) على أن اتجاه آخر يدعو لا إلى التراجع عن الجزاء الجنائي في هذا المجال وإنما إلى التخفيف من نزعة فيه، وهو ما يكشف عن خصوصية هذا الجزاء عند مخالفة النظام العام في قانون العمل (الفرع الثاني).

الفرع الأول - الجزاء الجنائي بين التأييد والرفض:

بهذه ضمان استقرار علاقات العمل واحترام قواعده بما يكفل الحماية للطرف الضعيف اقتصاديا في هذه العلاقة اقترنت أحكامه بجزاءات جنائية على أن الفقه اختلف بشأن إعماله في مجال قانون العمل بين مؤيد لذلك (أولا)، ومعارض له ينادي بضرورة التخلي عنه لغياب مبررات فرضه (ثانيا).

أولاً- الاتجاه المؤيد للجزاء الجنائي: يعتبر هذا الاتجاه أن الجزاء الجنائي ضرورة ملحة لأن قواعد قانون العمل تستمد قوتها من هذه العقوبة، ولأنها تمنع المستخدمين أو أصحاب العمل من التهرب من تطبيق قواعد النظام العام الاجتماعي خاصة في ظل موقف الضعف الذي يوجد فيه العمال والنتائج عن وضعية التبعية القانونية والاقتصادية^(١). كذلك فإن النص على الجزاء الجنائي في قانون العمل يكفل احترام القواعد القانونية الجديدة تكريساً لاستقرار علاقات العمل.

استتبع ذلك ضرورة فرض الجزاء الجنائي حماية لاستقرار علاقات العمل وبالنتيجة استقرار السياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة^(٢).

ثانياً-الاتجاه الرافض للجزاء الجنائي: يدعو هذا الاتجاه إلى إلغاء العقوبة الجنائية في قانون العمل لأنها تشكل حاجزاً أمام تطور العلاقات المهنية. فعوض أن يكون المستخدم محاوراً ومفاوضاً، تجعله هذه العقوبة في موضع المجرم، كما تؤدي إلى انحراف العمل الجماعي للأجراء عن مساره الطبيعي المتمثل في التفاوض. وهذا الاتجاه في حقيقة الأمر يؤيد الاتجاه الفقهي الذي يعتبر بصورة عامة أن تطوير ظروف الأجراء لا يمكن أن يتم بتدخل الدولة إنما بتطوير تقنية التفاوض^(٣).

ويلتقي مع هذا الاتجاه بعض فقهاء القانون الجنائي الذين يعتبرون العقوبة الجنائية ضرورية عند دخول قاعدة قانونية جديدة للحياة الاجتماعية، ليقاس بعد ذلك مدى تطور القاعدة وترسخها بمدى قدرتها على التخلص من العقوبة الجنائية، لذا نجد أن الفقه المقارن، يذهب إلى أنه قد آن الأوان ليتراجع دور الجزاء الجنائي في قانون العمل.

فمن ناحية لم تعد قواعد قانون العمل جديدة، بل رسخت في المجتمع وفي نفوس الطبقة العمالية ويصعب مخالفتها دون رد فعل عنيف في المجتمع وقد تعود أصحاب الأعمال على هذه القواعد، إذ أصبح احترامها من الأمور المسلم بها^(٤). ومن ناحية أخرى فقانون العمل شأنه شأن أي فرع جديد من فروع القانون يحتاج إلى الجزاء الجنائي خلال فترة نموه، فإذا اكتمل نموه فإنه يخلق لنفسه جزاءات من طبيعة مناسبة تكفل الاحترام والفاعلية لقواعده.

١ - نبيل فرج، مرجع سابق، ص ٣٨ - ٣٩.

٢ - جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص ٣٧.

٣ - نبيل فرج، مرجع سابق، ص ٣٩.

٤ - محمد محمد أحمد عجيز، ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١٣.

لذا تقوم ضرورة إعادة النظر في الجزاءات الجنائية بشكل يؤدي إلى الاستغناء عن العديد منها بالجزاءات الجديدة التي ابتدعها قانون العمل^(١).
فقانون العمل قد تطور وترسخت أقدامه بحيث يجب أن تتاح الفرصة لإعمال جزاءات خاصة به وتطويرها بدلا من الارتكاز كلية على الجزاء الجنائي الذي لا يمثل دائما السبيل الناجح لاحترام القانون وبصفة خاصة قواعد النظام العام، فيفضل الاستغناء عن هذا الجزاء حين يظهر جزاء غير جنائي تبدو فاعليته في احترام القانون^(٢)، وكذا ضمان حد أدنى من الحماية القانونية، كما أنّ الجزاء الجنائي يجب أن يكون متناسبا مع الجريمة.
ترتب عن ذلك قلة تجريم مخالفات قانون العمل في العديد من الدول والتوجه نحو الصلح وتغليب الجزاءات المالية غير الجنائية.

الفرع الثاني - الاتجاه الرامي للتخفيف من نزعة التجريم:

يتفق هذا الاتجاه مع الاتجاه الثاني في اعتبار العقوبة الجنائية في قانون العمل أمرا غير مرغوب فيه نتيجة التطورات التي عرفها هذا الأخير وترسخ قواعده، لكن مع هذا يرى أن التخلي عنه سابق لأوانه لأنه « الوسيلة الوحيدة التي تضيء الفاعلية على القواعد التي تحمي الأجراء ». لذلك يدعو هذا الاتجاه لا للتخلي عن هذا الجزاء الجنائي، وإنما إلى الحد من نزعة التجريم المسيطرة حاليا على قانون العمل وانتقاء عدد معين من المسائل ذات الأهمية وإخضاعها وحدها لمبدأ التجريم^(٣)، الذي يبقى أكثر الوسائل ردعا وكفالة لاحترام هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام. وهو ما سارت عليه تشريعات الكثير من الدول كالجائر والمغرب وكذا مصر.

يلاحظ من هذه الاتجاهات الموقف المشترك للاتجاهين الأخيرين حول ضرورة استبعاد أو على الأقل التقليل من أحكام وقواعد العمل المحمية جنائيا، وهو بلا شك ما يؤدي إلى إضعاف الصفة الآمرة للقواعد التي تضمن الحد الأدنى من الحماية للعمال، وبالتالي يدعم الحماية التعاقدية في هذا المجال. ولئن تنسجم هذه الدعوة مع ضرورة دعم الطابع التفاوضي لقانون العمل، فإنها تتغاضى عن موقف الضعف الذي يجعل من الضروري انطلاق التفاوض من حد أدنى من حقوق العامل لا يمكن النزول تحته، لذلك تبقى العقوبة الجنائية ضرورة في هذا الإطار لأنها من جهة تؤكد الصفة الآمرة لقواعد قانون

١ - المرجع نفسه، ص ١١٤.

٢ - حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٨٩.

٣ - نبيل فرج، مرجع سابق، ص ٣٩.

العمل وتعلقها بالنظام العام، ومن جهة أخرى لا يمكن الاستغناء عنها في ظل عدم نجاح الجزاءات الأخرى في فرض تطبيق تلك القواعد^(١).

على هذا الأساس فإن إقرار العقوبة الجنائية في قانون العمل لا يتناقض مع خصوصيته وخاصة طابعه التفاوضي، إنما يتكامل معه بما أنه يحمي الحد الأدنى من حقوق العمال لكن هذا لا يمنع القانون الجنائي للعمل من التأثير بهذه الخصوصيات ويجعل هذا الجزاء الخاص متميز بذاتيته التي سنفصل فيها في النقطة الموالية.

المطلب الثاني

الطابع الخصوصي للجزاء الجنائي عن مخالفة النظام العام في قانون العمل:

أول ما يسلم به هو أن المشرع الجزائري لم يستغن عن الجزاء الجنائي في قانون العمل، فنظرا لتعلق أحكام قانون العمل بالنظام العام، فقد عمل على كفالة احترامها عن طريق أكثر الوسائل ردعا وهو الجزاء الجنائي، وبذلك يزع المشرع بالجزاء الجنائي ما لا يزع بالجزاء المدني، فوضع بهذا جملة من الجزاءات الجنائية التي تفرض في حالة خرق القواعد القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام.

غير أنّ سياسة قانون العمل في العقاب وفرض الجزاء عن مخالفة قواعد النظام العام اتسمت بخصوصية تكشف عن ذاتيته التي تتلاءم مع طبيعته الخاصة. وتتجلى بصفة خاصة في الغرامة والحبس (الفرع الأول) مع تحديد نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص وكذا الموضوع (الفرع الثاني)

الفرع الأول - تراوح الجزاء الجنائي بين الغرامة والحبس:

خص المشرع الجزائري مخالفة قواعد النظام العام في مجال قانون العمل بجزاءات جنائية على مخالفة النظام العام في قانون العمل، وتجسدت أساسا في الغرامات (أولا) وبصورة محتشمة في الحبس (ثانيا)

أولا- الغرامات:

يتمثل الجزاء الجنائي المقرر في معظم مخالفات النظام العام التقليدي والنظام العام الاجتماعي في مجال قانون العمل في الغرامات ويظهر ذلك جليا في الباب الثامن من القانون رقم ٩٠-١١ المعدل والمتمم، فتعاقب المادة ١٤٠ منه على توظيف العامل القاصر مخالفة للأحكام المقررة في المادة ١٥ من نفس القانون بغرامة تتراوح من ١٠.٠٠٠ د.ج إلى ٢٠.٠٠٠ د.ج كما عاقب المستخدم الذي يخالف الأحكام المتعلقة بظروف تشغيل الشبان

١ - نبيل فرج، المرجع نفسه، ص ٤٠.

والنسوة بغرامة مالية تتراوح من ٢.٠٠٠ د.ج إلى ٤.٠٠٠ د.ج وتطبق كلما تكررت المخالفة طبقا للمادة ١٤١. وتفرض كذلك عقوبة الغرامة المالية في حالة إقامة التمييز بين العمال في مجال الشغل أو الراتب وظروف العمل وفقا لما ورد في المادة ١٧ من القانون رقم ٩٠-١١^(١).

ما يميز أيضا هذا الجزاء هو تعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة، وهو تعدد وجوبي على المحكمة، وهذا التعدد يعتبر استثناء من نص المادة ٣٢ من قانون العقوبات الجزائري. والقصد من تعدد الغرامة هو ردع صاحب العمل بتشديد العقوبة. وأمثلة ذلك عديدة منها ما جاء في المادة ١٤٢ من قانون رقم ٩٠-١١ التي تنص على أنه « يعاقب بغرامة مالية تتراوح من ٢.٠٠٠ إلى ٥.٠٠٠ د.ج كل يوقع اتفاقية جماعية أو اتفاقا جماعيا للعمل من شأن أحكامهما إقامة تمييز بين العمال في مجال الشغل أو الراتب وظروف العمل، كما وردت في المادة ١٧ من هذا القانون. ويعاقب في حالة العود بغرامة تتراوح من ٢.٠٠٠ إلى ١٠.٠٠٠ د.ج وبالحبس مدة ثلاثة أيام أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط». كذلك نص المادة ١٤٣ من نفس القانون على أنه « يعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون المتعلقة بمدّة العمل القانونية الأسبوعية واتساع فترة العمل اليومية والحدود في مجال اللجوء إلى الساعات الإضافية والعمل الليلي، فيما يخص الشبان والنسوة بغرامة مالية تتراوح من ٥٠٠ د.ج إلى ١٠٠٠ د.ج، وتطبق العقوبة عن كل مخالفة معابنة وتكرر بحسب عدد العمال المعنيين »^(٢).

يلاحظ على جزاء الغرامة المالية المقرر لمخالفة النظام العام في قانون العمل مبالغها الزهيدة التي لا ترقى إلى ضمان الحماية القانونية المرجوة منها فهي لا تؤدي حتما إلى ردع المخالفين ولا تفي بالغرض الجزري الذي أعدت له لا سيما وأنها أيضا مقيدة بسقف أقصى لا يمكن تجاوزه وهو ما تفتن له المشرع الجزائري فرجع من مبالغها بتعديل هذه النصوص بموجب قانون المالية لسنة ٢٠١٨^(٣) ، فالنسبة لمخالفة الأحكام المتعلقة بظروف الاستخدام فالغرامة المالية ارتفعت إلى مبلغ يتراوح من ١٠.٠٠٠ إلى ٢٠.٠٠٠ د.ج وفي حالة العود تضاعف لتكون من ١٠.٠٠٠ إلى ٢٠.٠٠٠ د.ج كما تضاعف حسب عدد العمال المعنيين كما تؤكد المادة ٩٩ من قانون المالية كذلك تضاعفت العقوبة بالنسبة لمخالفة الأحكام الخاصة بالمدّة القانونية للعمل من ١٠.٠٠٠ إلى ٢٠.٠٠٠ د.ج وتطبق عند كل مخالفة كما جاء في المادة ٣/٩٩ من

١ - راجع المادة ١٤٢ من القانون رقم ٩٠-١١، مرجع سابق.

٢ - انظر أيضا المواد ١٤٣ مكرر و١٤٤ و١٤٦ من القانون نفسه.

٣ - قانون رقم ١٧-١١ مؤرخ في ٢٧ ديسمبر ٢٠١٧، يتضمن قانون المالية، ج ر ج عدد ٧٦ صادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٧.

قانون المالية المعدلة للمادة ١٤٣ من القانون رقم ٩٠-١١. ونفس التعديل مس المادة ١٤٣ مكرر و المادة ١٤٤ حيث أصبحت الغرامة المالية تتراوح من ١٠.٠٠٠ دج إلى ٢٠.٠٠٠ د.ج في حالة مخالفة الأحكام الخاصة بالساعات الاضافية والراحة القانونية وتضاعف العقوبة في حالة العود لتصل إلى مبلغ يتراوح بين ٤٠.٠٠٠ دج إلى ٥٠.٠٠٠ د.ج، وهو ما ينطبق على مخالفات أخرى تمس بالنظام العام الاجتماعي^(١).

يستحسن هذا التعديل لما يدعم به الدور الحمائي لقانون العمل ومحافظة قواعده للنظام العام الاجتماعي وكذا في سعي المشرع لضمان فعالية قواعد قانون العمل على أنع يعاب عليه أنه جاء بموجب قانون المالية وليس قانون العمل مما يمس ما يسمى بالأمن القانوني. يضاف لما سبق أن المشرع غالبا ما يقرر مضاعفة العقوبة في حالة العود، وهو أمر وجوبي على القاضي وليس جوازيا وذلك على خلاف ما نصت عليه المادة ٥٤ مكرر ١٠ من قانون العقوبات^(٢)، وهو ما جاء في المادة ١٣٩ من قانون رقم ٩٠-١١ التي تنص على أنه « تضاعف الغرامة في حالة العود، فيما يخص المخالفات. ويعتبر عودا إذا أدين المخالف بسبب مخالفة مماثلة خلال الإثنى عشر (١٢) شهرا السابق للواقعة الملاحقة ». وأكدت ذلك المادة ١٤٩ من القانون نفسه إذ نصت على أنه « يعاقب بغرامة مالية تتراوح من ١.٠٠٠ دج إلى ٢.٠٠٠ كل مستخدم يدفع لعامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو الأجر الأدنى المحدد في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل وذلك دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات.

وفي حالة العود، تتراوح الغرامة المالية من ٢.٠٠٠ دج إلى ٥.٠٠٠ دج وتضاعف حسب عدد المخالفات ».

وكذلك ما جاء في المادة ١٤٦ مكرر/٢ المعدلة بالمادة ٩٩ من قانون المالية لسنة ٢٠١٨ حيث جاء فيه « وفي حالة العود تكون العقوبة من ٤٠.٠٠٠ إلى ٥٠.٠٠٠ د.ج وتضاعف حسب عدد العمال المعنيين».

وهذا التشديد في الجزاءات الجنائية بموجب قانون المالية لسنة ٢٠١٨ تأكيد على أهميتها ودورها في الحفاظ على النظام العام في قانون العمل وكذا توجه المشرع لضمان فعالية القواعد القانونية.

١ - انظر تفاصيل ذلك في المادة ٩٩ من قانون المالية ٢٠١٨ في تعديلها للمواد ١٤٤ إلى ١٥٤ من القانون رقم ٩٠-١١، مرجع سابق.

٢ - راجع قرار الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، ملف ١٣٦٢٢١، بتاريخ ٩-٩-١٩٩٦، والذي أكد على أن "القانون لا يلزم القضاة بتطبيق العود متى توفرت شروطه بل ترك تطبيقه لحرية تقدير القاضي"، (قرار غير منشور).

ثانيا- الحبس:

أقر المشرع الجزائري بموجب القانون رقم ٩٠-١١ وكذا قانون المالية لسنة ٢٠١٨ المعدل بالمادة ٩٩ منه للأحكام الجزائية لهذا القانون أي قانون علاقات العمل جزاء الحبس عن مخالفة قواعده الرامية للحفاظ على النظام العام وبصفة خاصة النظام العام الاجتماعي غير أن ما يثير الانتباه ويستوجب الإشارة إليه هو فرضه في حالة العود وكذا في حالات محصورة جدا الأمر الذي يؤثر على بعد الدور الحمائي لقانون العمل، وما يؤكد ذلك نص المادة ١٤٢ من القانون رقم ٩٠-١١ المعدلة بموجب المادة ٩٩ من قانون المالية لسنة ٢٠١٨ حيث جاء فيها وبخصوص التمييز بين العمال في مجال الشغل والراتب أو ظروف العمل « ويعاقب المخالف في حالة العود بغرامة من ٢٠٠.٠٠٠ إلى ٥٠٠.٠٠٠ د.ج وبالحبس من شهر (١) إلى ثلاثة أشهر (٣) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط »، وأيضا المادة ١٥٠ من نفس القانون المعدلة والتي تنص على أنه « يعاقب بغرامة من ١٠.٠٠٠ د.ج إلى ٢٠.٠٠٠ د.ج كل من خالف إلزامية تسديد المرتب عند حلول أجل استحقاقه وتضاعف حسب عدد العمال المعنيين .

وفي حالة العود تكون العقوبة من ٤٠.٠٠٠ إلى ٥٠.٠٠٠ د.ج وبعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر (٣) إلى ستة أشهر (٦) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط » .
فهكذا فإن جزاء الحبس محصو في حالاته مما يضعف من دوره في ردع مخالفات لا تقل أهمية.

الفرع الثاني - تحديد نطاق تطبيق الجزاء الجنائي:

يميل المشرع لتوقيع الجزاء عن طرف واحد "الأقوى اقتصاديا"، أي صاحب العمل، رغم أن القواعد العامة تقضي بتوقيع الجزاء على كل من يخالف أحكام القانون سواء كان فاعلا أصليا أو كان شريكا في ارتكاب المخالفة. وحجة المشرع في ذلك أن حاجة العامل الاقتصادية قد تدفعه إلى مشاركة صاحب العمل في ارتكاب المخالفة تحت ضغط هذا الأخير^(١).

ما يدعم خصوصية الجزاء الجنائي، هو تبني المشرع في هذا المجال لوصف المخالفات، فأغلب صور الإخلال بقواعد النظام العام في قانون العمل بما في ذلك النظام العام الاجتماعي، تكيف كمخالفة في هذا القانون، والمخالفة جريمة مادية يكفي إثبات الركن المادي لقيامها دون الحاجة إلى إثبات قصد الإضرار لتوقيع العقوبات الجنائية، فهي تكتمل

بمجرد مخالفة النصوص التشريعية أو التنظيمية. بذلك يصبح توقيع العقاب أو الجزاء الجنائي أليا بمجرد وجود هذه المخالفة طبقا للمتطلبات القانونية، وهو ما دفع إلى القول بأن تبني تقنية المخالفات يكون وجها من وجوه الجزاء الآلي^(١)، ولعل المشرع قد قصد بهذه التقنية تسهيل مهمة تتبع وعقاب مخالفة أحكام قانون العمل، وهو ما يبرز بصفة خاصة من خلال أحكام المواد ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٣ مكرر، ١٤٤، ١٤٩ وغيرها من القانون رقم ٩٠-١١. وكذا المواد ٣٧، ٣٨، ٣٩، من قانون رقم ٨٨-٠٧^(٢) وغيرها.

كذلك يمتد التجريم والجزاء الجنائي لكل مخالفة للقواعد الاتفاقية أو الاتفاقات الجماعية وهو ما أكدته المادة ١٥٣ من قانون رقم ٩٠-١١ بنصها على أنه « تعتبر كل مخالفة مما نصت عليه الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية من مخالفات تشريع العمل ويعاقب عليه طبقا لأحكام هذا القانون ». فإن كان من البديهي القول أن الاتفاقيات الجماعية لا يمكن أن تنص على عقوبات جنائية للأفعال التي تشكل خرقا للقواعد التي تضعها، باعتبار ذلك كنتيجة حتمية لمبدأ شرعية العقوبة، إلا أن هذا المبدأ لا يمنع المشرع من التنصيص على عقوبات جنائية على الإخلال بالتزامات ذات مصدر اتفاقي. وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المادة ١٥٣، سالف الذكر، وأيضا ما دعمته المادة ١٤٩ من القانون نفسه بنصها على أنه « يعاقب بغرامة مالية تتراوح من ١٠٠٠٠ دج إلى ٢٠٠٠ دج كل مستخدم يدفع العامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو الأجر الأدنى المحدد في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل، وذلك دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات.

وفي حالة العود، تتراوح الغرامة المالية من ٢٠٠٠ دج إلى ٥٠٠٠ دج وتضاعف حسب عدد المخالفات ». يؤكد هذا النص صراحة على معاقبة المستخدم جزائيا عند دفعه لأجر أقل من ذلك الذي تنص عليه الاتفاقيات الجماعية، لكن ماذا لو لم ينص المشرع صراحة على جزاء جنائي لقاعدة فهل يمكن تطبيق العقوبة التي نص عليها القانون عند مخالفة النص الإتفاقي الأكثر نفعا للقانون؟

١ - عبد الباسط الدقني، جرائم رؤساء المؤسسات في القانون الاجتماعي، مذكرة للحصول على دبلوم الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، ١٩٩٤ - ١٩٩٥، ص ٢٧.

٢ - قانون رقم ٨٨-٠٧ مؤرخ في ٢٦ جانفي ١٩٨٨، يتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج ر عدد ٤ لسنة ١٩٨٨.

أثارت هذه الإشكالية جدلاً في الفقه الفرنسي، فاعتبر اتجاه أول^(١) أن في تطبيق العقوبة الجنائية على صاحب العمل خرق لمبدأ الشرعية، فلو أراد المشرع معاقبة مخالف القواعد الاتفاقية جزائياً لنص على ذلك صراحة. أمّا الاتجاه الثاني^(٢) فلا يرى في تطبيق العقوبة الجنائية على المستخدم في مثل هذه الحالة خرق لمبدأ الشرعية، لأن الردع الجنائي يفترض التزاماً أي قاعدة تفرض سلوكاً معيناً وتجريماً يمنع مخالفة ذلك الالتزام وعقوبة توقع على من يخرق ذلك الالتزام. ومبدأ الشرعية يتعلق فقط بقواعد التجريم والعقاب، ولكن موضوع هذا الالتزام يمكن أن يحدده القانون أو غيره من المصادر كالاتفاقيات الجماعية أو حتى العقد الفردي^(٣)، وبالتالي يمكن تطبيق العقوبة الجنائية في هذه الحالة على المستخدم أو صاحب العمل لأن خرق الالتزام الاتفاقي هو جزء من الركن القانوني للجريمة وحسم بذلك هذا الجدل بموجب المادة 1-2263 L من تقنين العمل الفرنسي، ولا شك أن مثل هذا الجدل تصدى له المشرع الجزائري بموجب الحكم العام الوارد في المادة ١٥٣ من قانون رقم ٩٠-١١، حيث اعتبر كل مخالفة لأحكام الاتفاقيات الجماعية بمثابة مخالفات لتشريع العمل، ويفرض على ذلك ذات الجزاء الجنائي المقرر بموجب هذا القانون. ومن شأن ذلك أن يدعم الصفة الآمرة لأحكام الاتفاقيات الجماعية.

تتدعم الصبغة الآمرة لقواعد النظام العام في قانون العمل بتدخل المشرع لحمايتها جزائياً، وفي ذلك تكريس غير مباشر للدور المانع لهذا النظام العام، وبصفة خاصة للنظام العام الاجتماعي، وهذا رغم أن الاتجاه الحديث يدعو إلى ضرورة إعادة النظر في الجزاءات الجنائية، بحيث يمكن الاستغناء عن العديد منها بالجزاءات الجديدة التي ابتدعها قانون العمل مثل الجزاءات المالية المتمثلة في مضاعفة اشتراكات صاحب العمل في مجال قانون التأمين الاجتماعي، منع الشركات التي لا تراعي أحكام قانون العمل من الدخول في المناقصات التي تعلنها الدولة أو شركات القطاع العام، وهي ما تعرف بالجزاءات المهنية. غير أن هذا لا يمنع من التسليم بأهمية الجزاء الجنائي في فرض احترام قواعد النظام العام في قانون العمل، وكل ما في الأمر هو وجوب تطويرها لتتلاءم مع طبيعة هذا القانون. وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن هذه الجرائم يطلق عليها تسمية جرائم رؤساء المؤسسات،

١ - PRADEL Jean, "Est-il possible de sanctionner pérelement des dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs que la loi ?", note sous crim. 14 Février 1978, Droit social, 1979, p 174.

٢ - ALIPRANTIS Nicolas, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, L.G.D.J, Paris, - 1986, p 213.

٣ - انظر تفاصيل ذلك: نبيل فرج، مرجع سابق، ص ٤٥.

وهي جرائم قانونية، إذ يخلقها القانون وحده حتى يضمن قدرا كافيا من الحماية للأنظمة المختلفة التي تحدثها الدولة في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمالية وغير ذلك من شؤون سياسة المجتمع. والعقوبة هنا لا يبررها سوى مخالفة النصوص القانونية الآمرة الذي ليس له أية صلة مع قسوة الردع الجنائي^(١).

أكد المشرع الجزائري من مجمل ما سبق عدة مبادئ في مجال التجريم في قانون العمل والتي تترجم خصوصية جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام في هذا المجال:

- تغليب عقوبة الغرامة كجزاء لمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام في قانون العمل.
- تعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة وذلك بصفة وجوبية.
- مضاعفة العقوبة في حالة العود.

تقع المسؤولية الجزائية على عاتق المستخدم أو الهيئة المستخدمة ممثلة في شخص مديرها.

عموما فإن تقرير مثل هذا الجزاء يؤكد على أن قواعد قانون العمل من النظام العام، أكثر من ذلك فإن هذا الجزاء يكشف عن الطابع الخصوصي لهذا النظام العام وذاتية جزاء مخالفة قواعده.

١ - عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص ٤٥.

خاتمة:

استغل قانون العمل صلابة مفهوم النظام العام كحد على حرية التعاقد، لحماية الحد الأدنى من حقوق العامل، إلا أنه أضفى عليه خصائص جديدة جعلت من غير الممكن إدراجه ضمن أحد الفروع المتعارف عليها للنظام العام، ليعرف بالنظام العام الاجتماعي، المتميز بكونه تقنية تمنع مبدئياً الاتفاقات التي تنزل عن الحد الأدنى لحماية الأجراء الذي تضمنته القواعد القانونية والاتفاقية الآمرة، وتسمح بمخالفة هذه القواعد القانونية في اتجاه تحسين هذه الحماية، وتنسق بين مصادر قانون العمل لتمكين العامل من الاستفادة بالقاعدة الأفضل له.

دعمت خصوصية هذا النظام بخصوصية على مستوى جزاء مخالفته التي تتناسب مع ذاتيته التي طوعها لتحقيق غاية أساسية وهي الحفاظ على مصلحة العامل، إذ أن إقرار جزاء خاص لمخالفة النظام العام الاجتماعي يسمح في الحقيقة بتطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل والوصول لأحسن حماية له.

تظهر خصوصية هذا الجزاء بصفة خاصة بالنسبة للنظام العام الاجتماعي حيث أقر المشرع أحكاماً متميزة تتماشى وطبيعة هذه العقود الخاصة، فتقنية الحلول التلقائي وبقوة القانون مثلاً لا تجد لها مجالاً للتطبيق في القواعد العامة. كذلك سجل الجزاء الجنائي دوره في دعم هذه الحماية المقررة للعامل الطرف الضعيف اقتصادياً. وهو ما يجسد أيضاً ذاتية النظام العام في قانون العمل.

غير أن هذه الجزاءات وإن كانت تدعم الحماية التي يتكفل النظام العام الاجتماعي إلى جانب النظام العام التقليدي بتحقيقها، إلا أنها تبقى مجردة من كل فعالية في ظل تكريس إمكانية الخروج عنها بما يسمى بالنظام العام الاستثنائي الذي يسمح بالنزول عن الحد الأدنى من الحماية دون أن يترتب عن ذلك أي جزاء، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن مصير هذا النظام العام الاجتماعي، وعن فعالية هذه الجزاءات. ولا نعني بذلك السلبية المطلقة لمثل هذا الخروج إذ قد يكون مفروضاً ومبرراً بظروف اقتصادية، هدفه تحقيق مصلحة عليا مفادها الحفاظ على استمرارية العمل، لذلك فإن المطلوب هو التأكيد على ضرورة تقييد هذا الاستثناء وتضييق حالاته، تجنباً لتوسع الفجوة الاقتصادية والاختلال العقدي.

كذلك فإن التخلي عن هذه الحماية المقررة من خلال قواعد النظام العام وبصفة خاصة النظام العام الاجتماعي لاعتبارات المرونة التي اشتدت الدعوات إليها، مسألة لا بد

من التمعن فيها، فهي بمثابة التيار الجارف، فمتى خرجت عن تلك المرونة التوفيقية قضت عن الطابع الحمائي لقانون العمل الذي يتكفل هذا النظام بتحقيقه، وعدنا إلى نقطة الانطلاق ليكرر التاريخ نفسه. فالمرونة المطلوبة إذن هي المرونة التوفيقية أو الحمائية التي لا يمكن قي ظلها الاستغناء عن هذه الجزاءات ولا يمكن تجاهل الاعتبارات الاقتصادية ولا التخلي عن المكتسبات الاجتماعية.

من جهة أخرى فإنه لا يمكن التسليم باستبعاد الحماية القانونية للعامل، التي يتجسد مظهرها في الأحكام الخاصة بهذا النظام وذاتية هذه الجزاءات، وإخضاعها للتفاوض الجماعي، وذلك لانعدام التكافؤ بين الطرفين بل ولعدم قدرة الطرف الضعيف على التفاوض. عموما فإن خصوصية الجزاء تؤكد على استقلالية و خصوصية النظام العام الاجتماعي، على أن هذه الاستقلالية لا تعني الاستغناء على النظام العام التقليدي الهادف إلى تحقيق مصلحة المجتمع، ولا شك أن استمراره في قانون العمل ضمانا هامة للعامل. وفي هذا كله تغليب لإرادة المشرع على إرادة الأطراف لضمان التوازن العقدي بين طرفي هذا العقد الخاص، وأبعد من ذلك محاولة تقليص الفجوة الاقتصادية بينهما. لذا فالغاية الأساسية لتدخل المشرع لضمان الحد الأدنى من الحماية من خلال هذا النظام العام الخاص، هي تغطية عجز القواعد العامة للقانون المدني عن استيعاب هذه العقود الخاصة التي تحمل مفاهيم خارجة عن نطاقه.

رغم الأهمية التي يحققها الطابع الخصوصي لجزاء مخالفة النظام العام في قانون العمل إلا أن ثمة نقائص اكتنفت جزاء البطلان ولم يفصل فيها المشرع لاسيما ما يتعلق بالأطراف التي يحق لها التمسك به، فإن كانت قواعد النظام العام الاجتماعي مقررة لمصلحة العامل إلا أن الأمر يتعلق بالنظام العام الذي يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان. كذلك الوضع بالنسبة للجزاء الجنائي الذي ينحصر في الغرامات المالية البسيطة التي لا تضمن ردع المخالف، إضافة إلى الدور السلبي لمفتشية العمل الذي ينحصر في معاينة مخالفات النظام العام وتحرير محاضر بذلك وإحالة الملف إلى النيابة العامة. أكثر من ذلك فإن ما يعدم فعالية هذا الجزاء في تكريس الدور المانع للنظام العام الاجتماعي هو إمكانية الصلح بخصوص هذه المخالفات وهو ما تؤكد المادة ١٥٥ من القانون رقم ٩٠-١١، ويعبر عن ذلك بالتحول عن الإجراء الجزائي، الأمر الذي يدفعنا إلى التصريح بهشاشة هذا الجزاء. فرغم كثرة المخالفات المعاقب عليها في قانون العمل الجزائري إلا أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في السياسة الجزائية التي تبناها، لذا فإن الوضع يستوجب استبدال

هذه الجزاءات بجزاءات بديلة أكثر فعالية، تفرضها مباشرة السلطة الإدارية المختصة بالسهر على تطبيق هذه القواعد الخاصة مثل الغلق، الحل، التقييد من النشاط. وهو بدوه ما يسمح بإعطاء هذه الإدارة (بصفة خاصة مفتشية العمل) دورا أساسيا في الإشراف على تحقيق النظام العام الاجتماعي، والنظام العام بصورة عامة.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

١- الكتب:

- عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
- محمد محمد أحمد عجيز، ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة وفاء وهبه حسان، القاهرة، ١٩٩١.
- فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ٢٠٠٨.
- ذيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصبية، الجزائر، ٢٠٠٣.
- جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، الطابع الحمائي لقواعد قانون العمل - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- بهاء الدين محمد أحمد طلافحة، بطلان عقد العمل وأثر على حقوق العامل في ظل القانون الأردني، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠١٠.
- كوثر شقرون، تأثير العوامل الاقتصادية على العلاقات الشغلية، مذكرة لإحراز شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس III، ١٩٩٥-١٩٩٦.
- جواهر شقرون، تكلفة القانون الاجتماعي داخل المؤسسة الاقتصادية، مذكرة لإحراز شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس III.
- نبيل فرج، النظام العام، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس III، ١٩٩٧.
- عبد الباسط الدقني، جرائم رؤساء المؤسسات في القانون الاجتماعي، مذكرة للحصول على دبلوم الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، ١٩٩٤ - ١٩٩٥.

٣- المقالات العلمية:

- عبد السلام شعيب، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، العدل، مجلة نقابة المحامين، بيروت، العدد الثالث، السنة الواحدة والأربعون، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٠٢٤.
- محمد عرفان الخطيب، "الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري"، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٧، ٢٠١١، ص ٢٧٣.
- د. جعفر المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ٢، العدد ٤، الأردن، ٢٠١٠، ص ١٤٢.

٤- الاجتهاد القضائي:

- قرار الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، ملف ١٣٦٢٢١، بتاريخ ٩-٩-١٩٩٦، والذي أكد على أن "القانون لا يلزم القضاة بتطبيق العود متى توفرت شروطه بل ترك تطبيقه لحرية تقدير القاضي"، (قرار غير منشور).
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 233024، بتاريخ 2002/03/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2011.

٥- النصوص القانونية:

- قانون رقم ٨٨-٠٧ مؤرخ في ٢٦ جانفي ١٩٨٨، يتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج ر عدد ٤ لسنة ١٩٨٨.
- قانون رقم ٩٠-٠٤ مؤرخ في ٠٦ فيفري ١٩٩٠، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد ٠٦، صادر بتاريخ ٠٧ فيفري ١٩٩٠، المعدل والمتمم.
- قانون رقم ٩٠-١١ مؤرخ في ٢١ أبريل ١٩٩٠ يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد ١٧ صادر بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٩٠، المعدل والمتمم.
- أمر رقم ٩٧-٠٣ مؤرخ في ١١ جانفي ١٩٩٧، يتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج ر عدد ٠٣، صادر بتاريخ ١٢ جانفي ١٩٩٧.
- قانون رقم ١٧-١١ مؤرخ في ٢٧ ديسمبر ٢٠١٧، يتضمن قانون المالية، ج ر ج عدد ٧٦ صادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٧.

ثانيا: بالغة الأجنبية:

1- Ouvrages

- DJOUDI Djamel, Les nullités dans les relations de travail, Recueil Dalloz, paris, 1995, p.192.
- FARJAT (G), L'ordre public économique, L.G.D.J, paris, 1963.
- MEYER Nadège, L'ordre public en droit de travail, LGDJ, Paris, 2006.

2- Articles :

- BONNECHERE Michèle, " L'ordre public en droit du travail, ou légitime résistance du droit du travail à la flexibilité", Droit Ouvrier, avril 1988, p171.
- LYON CAEN Antoine, "Sur la fonctions du droit pénal dans les relations de travail", Droit social, 1984, p 438.

أثر المخالفات المالية على أوجه الإيرادات الحكومية

الباحث

سامح مصطفى عبد العظيم احمد

مقدمة

تستمد الإيرادات الحكومية^(١) أهميتها من كونها توفر التمويل اللازم الي أوجه النفقات الحكومية بهدف تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية لأفراد المجتمع وذلك -منها- توفير فرص عمل ، والتي تساعد علي القضاء علي البطالة مع توفير دخل الي شريحة كبيرة من أفراد المجتمع وأسرههم وذلك من خلال الانفاق علي قطاع الأجور الحكومية، وكما تقوم بتوفير المعاشات التضامنية وبعض السلع المدعمة كالسلع التموينية وذلك في صورة الانفاق علي قطاع الدعم والمزايا الاجتماعية ، وكما تقوم بمشروعات تنمية تدر دخلا قومياً مع توفير فرص عمل للشباب ، وتوفير خدمات عامة لأفراد المجتمع مثل بناء المدارس والمستشفيات ، وشبكات مياه الشرب ، والصرف الصحي ، والطرق والكباري ، وغيرها من الخدمات الأخرى وذلك في صورة الانفاق علي قطاع الاستثمارات غير المالية . وحيث تعمل السياسة المالية السليمة على تحقيق تلك الأهداف، إلا انه تأتي المخالفات المالية وتشوه تلك السياسة، وتحول دون تحقيق تلك الأهداف وذلك من خلال تأثيرها السلبي على أداء الإيرادات الحكومية، وذلك من خلال عدم قدرة الإيرادات الحكومية على تغطية أوجه النفقات الحكومية المختلفة، الامر الذي يحدث عجزاً ميزانياً، الامر الذي يدعو الي ضرورة وضع الحلول لعلاج تلك المشكلة، ولعلاج أي مشكلة لابد من تشخيص الداء ومعرفة أسبابه، وهو ما سوف يتم تناوله من خلال هذا البحث.

أهمية البحث

تستمد أهمية هذا البحث من خطورة الظاهرة محل الدراسة والمتمثلة في المخالفات المالية والتي تشكل عقبة أمام الميزانية الحكومية في تحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية وذلك من خلال إيراداتها الحكومية، ومن ثم فان دراسة هذا الموضوع للوقوف على سبل مكافحة تلك المخالفات المالية في عملية الإيرادات الحكومية والتي تعد أمراً في غاية الأهمية

إشكالية البحث

يهدف هذا البحث الي الإجابة على بعض التساؤلات منها كيف تؤثر المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية بعض التساؤلات منها:

- كيف تؤثر المخالفات المالية في الإيرادات الناتجة عن أملاك الدولة والرسوم والضرائب على الإيرادات الحكومية؟

(١) الإيرادات الحكومية هي عبارة عن مجموعة من الأموال التي يمكن للدولة أن تتحصل عليها من خلال مصادر عدة وذلك لاستخدامها في تمويل الانفاق الحكومي، راجع في ذلك: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، بدون ناشر،

-كيف تؤثر المخالفات المالية في الاقتراض والاصدار النقدي على الإيرادات الحكومية

هدف البحث

علاج أي داء يقتضي تشخيصه أولاً ومعرفة أسبابه، حتى يمكن علاجه ومن ثم تهدف تلك الدراسة الي الوقوف على أثر المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية مع اقتراح سبل مكافحة وعلاج تلك المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية.

منهج البحث

تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال تجميع البيانات المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها للوقوف على دلالتها وذلك من خلال دراسة أثر تلك المخالفات المالية على أوجه الإيرادات الحكومية.

خطة البحث

سوف يتم معالجة خطة البحث من خلال خطة قمت بتقسيمها على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية المتكررة.

المطلب الأول: أثر المخالفات المالية في الإيرادات الناجمة على أملاك الدولة علي الإيرادات الحكومية.

المطلب الثاني: أثر المخالفات المالية في الرسوم والإيرادات الضريبية على الإيرادات الحكومية.

المبحث الثاني أثر المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية غير المتكررة.

المطلب الأول: أثر المخالفات المالية في القروض الحكومية على الإيرادات الحكومية.

المطلب الثاني: أثر المخالفات المالية في الإصدار النقدي على الإيرادات الحكومية.

الخاتمة والتوصيات:

المراجع.

المبحث الأول

أثر المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية المتكررة.

سوف أقوم بتناول أثر المخالفات المالية على الإيرادات الحكومية المتكررة وذلك من خلال التعرض الي أثر المخالفات المالية على الإيرادات الناجمة علي أملاك الدولة والرسوم والإيرادات الضريبية، وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أثر المخالفات المالية على الإيرادات الناجمة علي أملاك الدولة.

المطلب الثاني: أثر المخالفات المالية على الرسوم والإيرادات الضريبية.

وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أثر المخالفات المالية في الإيرادات الناجمة عن أملاك الدولة علي الإيرادات الحكومية

يعتبر الإيراد الناتج عن أملاك الدولة (١) أحد مصادر الإيرادات الحكومية التي يتم من خلالها تمويل الانفاق الحكومي، وحيث يتميز هذا المورد بأنه لا يشكل أي التزامات مالية على ميزانية الدولة ولا أي أعباء مالية على أفراد المجتمع.

وحيث إدارته في ظل نظام تسوده الحوكمة والشفافية لا شك انه سوف يؤدي الي نتائج ايجابية على مالية الدولة والافراد على السواء منها:

١. تحقيق الوفرة المالية نتيجة زيادة الحصيلة والتي قد يترتب عليها عدم الحاجة الي وسائل التمويل الأخرى مثل الاقتراض أو الاصدار النقدي، خفض الضرائب والرسوم عن عاتق افراد المجتمع، زيادة الانفاق بما يحقق احتياجات وطموحات أفراد المجتمع قدر الامكان.

٢. خفض تكلفة الانفاق الحكومي وذلك من خلال توفير السلع والخدمات لكل من عناصر الانفاق الحكومي والافراد بأسعار مناسبة وذلك عن طريق عمل الدولة في السوق الي جانب

(١) أملاك الدولة هي عبارة ملكية الدولة العقارية والصناعية والتجارية، والتي تنقسم الي دوميين عام ودوميين خاص، والدوميين العام هو عبارة عن مجموعة الأصول التي تكون معدة في الأساس للاستهلاك العام مثل الطرق والكباري والانفاق والجسور، وتكون ملكية الدولة له ملكية عامة تخضع لأحكام القانون العام. في حين ان الدوميين الخاص هو عبارة مجموعة الأصول التي تمتلكها الدولة ملكية خاصة ومن ثم تخضع لأحكام القانون الخاص، ويتكون الدوميين الخاص من : ١- الدوميين العقاري والذي يتكون من الأراضي الزراعية والمناجم والغابات والأراضي التي يمكن ان تصلح للتقسيم السكني والمباني السكنية ، ٢- الدوميين التجاري والصناعي مثل مشروعات الكهرباء والمياه ، ٣- الدوميين المالي وهو عبارة عن ما تملكه الدولة من قيم منقولة في صورة أسهم وسندات تكون متداولة في سوق الأوراق المالية ، وقد تهدف الدولة من وراء هذا الدوميين تشجيع الافراد في الدخول في هذا السوق لاسيما وان كانت تلك الأسواق حديثة ، وتشجيع القطاع الخاص لمشاركة الدولة في بعض المشروعات وذلك لزيادة التكوين المالي ، وللتحكم في التقلبات الاقتصادية وذلك من خلال تدخل البنك المركزي في شراء بعض نوعيات من الأوراق المالية وبيعها ، وذلك بهدف التأثير في عرض النقود وموجات التضخم والانكماش . راجع في ذلك: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٦١-٢٦٦

القطاع الخاص، بما يضمن توازن السوق ومنع الاحتكارات التي لها أثر سيئ على الاسعار، الامر الذي يعزز في النهاية من كفاءة الميزانية الحكومية (١). وبالرغم من أهمية هذا الايراد الا انه في ظل غياب الحوكمة والشفافية تمارس العديد من المخالفات المالية داخل أورقة ادارته لاسيما في الدول النامية ومن صور تلك المخالفات المالية (٢):

١. انخفاض الانتاجية مع ارتفاع التكاليف والتبذير في ادارة الموارد الحكومية
 ٢. صدور قرارات تخصيص لبعض الاراضي المملوكة للدولة لصالح بعض الافراد المقربين، وذلك بأثمان أقل من سعرها الحقيقي بكثير، وذلك على حساب الخزنة الحكومية، حيث قد تخصص بعض الاراضي المملوكة للدولة لبعض الافراد لخدمة نشاط معين مثل النشاط الزراعي وذلك بأسعار مخفضة ومدعمة ويتم استغلالها من قبل هؤلاء الافراد في نشاط اخر مثل البناء والتعمير حيث قد يقومون ببناء عليها منتجعات سياحية وتحقيق أرباح خيالية على حساب الخزنة الحكومية.
 ٣. اعطاء بعض افراد القطاع الخاص حق امتياز في ادارة بعض الاصول الحكومية لفترة زمنية مقابل ثمن قليل لا يتناسب مع ما تحققه تلك الاصول الحكومية من أرباح.
 ٤. التجديد لبعض مجالس ادارات القطاع العام والاعضاء المنتدبين به رغم تحقيق الخسائر
- عواقب المخالفات المالية على ادارة أصول الدولة وأثرها على الميزانية الحكومية**
١. أدت المخالفات المالية داخل أورقة ادارة املاك الدولة الي تراجع دورها كمصدر لتمويل النفقات الحكومية، والبحث عن موارد اخري كالضرائب والرسوم والذين يشكلان عبء على

(١) انظر:

- Ha-Joon Chang, 2007, " State-Owned Enterprise Reform" , National Development Strategies Policy Notes, United Nations Department For Economic And Social Affairs (UNDESA)New York, June,PP.12

(٢) انظر:

د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٠٦

Vito Tazi, 1999, " Governance, Corruption, and, Public Finance: An Overview" in" Governance, Corruption, and Public Financial Management", Edited by Me- an Asicio, Asian Development Bank, Chapter 1, pp.8

د. أحمد عاشور، الهيئات الحكومية الاقتصادية مشكلاتها وأساليب معالجتها مع دراسة حالة الهيئة المصرية الحكومية للبتترول، ورقة من أوراق بحث بعض قضايا إصلاح المالية الحكومية في مصر للنشر في سلسلة "كراسات السياسات"، معهد التخطيط القومي ٢٠١٦، ص ٧

أفراد المجتمع والتقليل من حجم مدخراتهم مما يؤثر سلباً على حجم الاستثمار ومن ثم النمو الاقتصادي ومن ثم الميزانية الحكومية، وفي حالة عدم كفاية تلك المصادر للتمويل، قد تلجأ الدولة الي الاقتراض، الاصدار النقدي والذين يشكلان عبء ومخاطر على كل من الميزانية الحكومية والافراد علي وجه السواء.

٢. أصبحت بعض عناصر القطاع العام تحقق عجزاً في ميزانياتها لتحقيقها خسائر، ولما كان يتم تمويل هذا العجز من الميزانية الحكومية الامر الذي يصقل عائقها لاسيما مع تزايد نفقاتها على حساب ادراتها مما يؤدي في النهاية الي عجز الميزانية الحكومية.

هذا وقد لجأت الدول بمعالجة هذه الخسائر عن طريق خصخصة القطاع العام أو بعض عناصره، الا ان الواقع العملي يخبرنا بفشل تلك العملية (١) والتي تشكل بجميع أشكالها أرضاً خصبة للعديد من الرشاوي، حيث تجد ان المستثمرين لديهم الدافع والحافز علي دفع الرشاوي لزيادة فرصهم في الحصول على المشروع محل الخصخصة وذلك بسعر أقل (٢)، ومن صور تلك المخالفات (٣):

١. ذهاب جزء كبير من عوائد الخصخصة الي جيوب بعض المسؤولين الحكوميين ضعاف النفوس وبعض مجالس الادارات وذلك على حساب الخزانة الحكومية
٢. استيلاء بعض الافراد ممن يمتلكون بعض الاسهم في بعض الشركات المملوكة للدولة علي حصة الدولة المتبقية بتلك الشركات بطرق غير مشروعة
٣. تعتمد بعض مجالس ادارة القطاع العام العمل على تردي اوضاعه بغرض البيع بأسعار أقل من القيمة السوقية مقابل الحصول على رشاوي.

(١) انظر: د عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٠٦

(٢) انظر:

-David Hall,2012," Corruption and public services", Public Services International Research Unit (PSIRU), The University of Greenwich, PP.5

(٣) انظر:

. Ha-Joon Chang, " STATE-OWNED ENTERPRISE REFORM" ,OP.Cit,PP.19

- Lejla Smailbegovic, 2015 , " The Impact of Corruption on Foreign Direct Investments in Transition - Countries", Master Thesis, University of Ljublgana ,Faculty of Economics,pp.28

د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٠٦

٤. بيع بعض أصول القطاع العام التي تحقق أرباح رغم الإبقاء على البعض الآخر الذي يحقق خسائر.

أثر الخصخصة على الميزانية الحكومية

١. الحرمان من عائد مورد من موارد الإيرادات الحكومية، لاسيما إذا ما أنفق حصيلة الخصخصة على النفقات الاستهلاكية.
 ٢. زيادة تكلفة الانفاق الحكومي، وذلك من خلال انفراد القطاع الخاص بالسوق واحتكاره للسلع والخدمات والتحكم في أسعارها.
- وحيث تكمن اسباب المخالفات المالية في مجال أصول الدولة في تدني كفاءة ادارة هذه الاصول وليس في خصصتها.

المطلب الثاني

أثر المخالفات المالية في الرسوم والإيرادات الضريبية على الإيرادات الحكومية

سوف أتناول هذا المطلب وذلك من خلال التعرض الي أثر المخالفات المالية على كلاً من الرسوم والإيرادات الضريبية على الإيرادات الحكومية وذلك على النحو التالي:

١. أثر المخالفات المالية في الرسوم الحكومية على الإيرادات الحكومية
- تعد الرسوم الحكومية (١) إحدى مصادر الإيرادات الحكومية التي يتم من خلالها تمويل أوجه الانفاق الحكومي المختلفة، والتي تتحصل عليه الدولة أو إحدى هيئاتها من الافراد حيال حصولهم على خدمات خاصة (٢).
- ومما لا شك فيه ان ادارة هذا المورد في ظل الحوكمة والشفافية سوف يرفع من كفاءته ومن ثم زيادة حصيلته بشكل كبير، لاسيما وانه مورد حيوي يترتب عليه تدفقات مالية يومية، وذلك لارتباطه بحياة أفراد المجتمع الأساسية، مثل الرسوم المقررة على تراخيص البناء، رسوم ترخيص السيارات، بطاقات اثبات الشخصية استخراج شهادات الميلاد والوفاء وغيرها من الرسوم الأخرى (٣).

الا ان ممارسة بعض المخالفات المالية داخل أورقته تفقده حيويته وتقلل من كفاءته التحصيلية. وهناك من العوامل التي تساعد على تلك المخالفات المالية منها: كثرة التعقيدات

١ (الرسم عبارة عن مبلغ نقدي تحصل عليه الدولة أو إحدى هيئاتها جبراً من الافراد عند استفادة أحدهم بخدمة ما بصفة خاصة وذلك من خلال

تحقيق نفع عام، راجع في ذلك: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٦٧

(٢) انظر: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٦٧

(٣) انظر: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٦٨

في الاجراءات الادارية والتشريعية المرهقة، ارتفاع تكاليف تقديم الخدمة، السلطات التقديرية لمسئولي الحكومة في تقدير الرسوم مع ضعف الرقابة والمساءلة. وحيث ازاء هذه العوامل تمارس العديد من الممارسات والتي تضر بالكفاءة التحصيلية منها ما يعد عمل مشروع لا يعاقب عليه القانون مثل تجنب العديد من الافراد تسجيل بعض تصرفاتهم بالشهر العقاري كلما أمكن مثل التصرفات العقارية وذلك نتيجة ارتفاع تكاليف تسجيلها وكثرة اجراءاتها المرهقة ، وحيث قد يكتفي بعض المواطنين بالحصول علي دعوي صحة توقيع علي تصرفاتهم العقارية لاسيما وانها منخفضة التكاليف ، الامر الي يهدر علي الخزانة الحكومية للدولة مبالغ مالية كبيرة ، وذلك في الوقت والخزانة العمدة في أمس الاحتياج لجنبة واحد، ومن ناحية أخرى تجد منها ما يعد عمل غير مشروع يعاقب عليه القانون كحدوث تواطئ بين بعض مقدمي ومتلقي الخدمة يترتب عليه اعفاء الاخير من تكاليف الخدمة أو خفضها مثل سماح بعض مسئولو الحكومة لبعض الافراد بالبناء دون الحصول علي ترخيص، أو تقدير رسوم الترخيص بأقل من المستحق قانونا وهلم جرا..... الامر الذي يترتب علي تلك الممارسات ضعف الحصيلة الاجمالية لهذا المورد ومن ثم التأثير سلبا علي اجمالي الإيرادات الحكومية وذلك في مواجهة الانفاق الحكومي مما يضر بالميزانية الحكومية.

٢. أثر المخالفات المالية في الإيرادات الضريبية على الإيرادات الحكومية

تعد الإيرادات الضريبية (١) إحدى ادوات السياسة المالية الهامة التي تؤثر في النشاط الاقتصادي والاجتماعي للدولة، والتي تعتبر في عصرنا الحالي من أهم إيرادات الدولة، حيث أصبحت مصدرا أساسيا في تمويل الانفاق الحكومي، وفي ذات الوقت لا تشكل أي التزامات مالية على ميزانية الدولة (٢). ويرغم تلك الأهمية إلا إنه غالبا ما ينظر الي الإدارة الضريبية على أنها واحدة من القطاعات الأكثر عرضة للممارسات المنحرفة.

(١) الضريبة هي عبارة عن استقطاع مالي يتم بصورة إجبارية على الافراد ويتم تحديده من جانب الدولة، ويلتزم به الافراد جبراً وذلك دون انتظار مقابل لها، وحيث ان هذا الاقتطاع المالي يهدف لتحقيق نفع عام دون تمييز، راجع في ذلك: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٧٣

(٢) انظر: د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٢٧٢

الاسباب والعوامل التي تساعد على تفشي المخالفات المالية بالإدارة الضريبية يمكن إرجاع تفشي المخالفات المالية بالإدارة الضريبية لمجموعة من العوامل والاسباب منها (١) :

١. كثرة التعقيدات في الاجراءات الادارية والتشريعات الضريبية وغياب الشفافية.
 ٢. وجود سلطات تقديرية واسعة لمسئولي الضرائب.
 ٣. وجود اتصالات متكررة بين الممولين ومسئولي الضرائب.
 ٤. عدم الوعي الضريبي وانعدام الوازع الاجتماعي للمكلف وعدم ثقته في كفاءة أو توجيه الإيرادات الضريبية.
 ٥. المغالاة في تحديد أسعار الضرائب، وكثرة الاعفاءات الضريبية.
 ٦. ضعف الادارة الضريبية، وعدم فاعلية الرقابة الداخلية والخارجية والمساءلة
- وحيث مصدر تلك المخالفات المالية في الادارة الضريبية يمكن ارجعه الي الممولين أنفسهم أو مسئولو الضرائب أنفسهم دون تدخل مباشر من الممولين أو الاثنيين معا وذلك من خلال تواطئ مسئولو الضرائب مع الممولين، وفيما يلي أسواق بعض الامثلة على تلك النماذج الثلاث (٢):

(١) انظر:

د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٣١٨

د. أحمد إبراهيم دهشان، اقتصاديات المالية الحكومية، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ١٧٨

- Mtthias Morgner, Marie Chene, 2014, " Tax Administration and Corruption, Topic Guide,

Compiled by the Anti- COrruption Helpdesk" ,Transparency International,PP.4

- Mahesh C. Purohit,2007," Corruption Tax Administration" in " Performance Accountability and

Combating Corruption" Edited by Anwar Shah The World Bank, Washington ,D.C,PP.2-4

-Vito Tazi,1998," Governance, Corruption, and, Public Finance: An Overview" in" Governance, Corruption, and Public Financial Management", Edited by Me- an Asicio,IMF,Chapter.6,PP.112-128

(٢) انظر:

د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ٣١٧-٣١٨

-Helge Fjeldstad,2005,"Revenue administration and Corruption",U4 Utstein Anti-Corruption Resource Centre,U4 Issue.2, PP.4-7

-Jean Hindriks, Michael Keen, Abhinay Muthoo, 1999,"Corruption, extortion And evasion" , Journal of Puplic Economics,Vol.74,PP.395-430

- Mtthias Morgner, Marie Chene , " Tax Administration and Corruption, Topic Guide, Compiled by the Anti- COrruption Helpdesk" ,OP.Cit ,PP.4

-Vito Tazi," Governance, Corruption, and, Public Finance: An Overview" in" Governance, Corruption, and Public Financial Management", Edited by Me- an Asicio, OP.Cit,Chapter.1

بعض الامثلة على المخالفات المالية من قبل الممولين أنفسهم دون تدخل من مسؤولي الضرائب:

١. عدم الافصاح السليم عن قيمة الوعاء الضريبي وذلك بعدم ذكر بعض عناصر دخله ضمن الوعاء الضريبي أو تضخيم نفقات الحصول على الايرادات مما يستلزم معه خصم جزء كبير من الدخل وبذلك يتهرب من دفع جزء من الضريبة المستحقة على دخله.

٢. تهريب السلع الاجنبية التي تخضع للضريبة الجمركية للسوق المحلي، وهلم M

بعض الامثلة على المخالفات المالية من قبل من مسؤولي الضرائب دون تدخل مباشر من الممولين:

١. حصول بعض مسؤولي الضرائب على الرشاوي من الممولين، مستغلين سلطاتهم الواسعة في تقدير وربط الضريبة والتعقيدات في الاجراءات والتشريعات الضريبية وعدم المعرفة الكاملة للممولين بتلك الاجراءات والتشريعات والقيام بتهديدهم في حالة عدم دفع الرشاوي سيتم ربط عليهم ضريبة أكثر من المستحقة عليهم فعلياً.

٢. قيام مسؤولي الضرائب بتزوير ايصالات التحصيل والحصول على الاموال المحصلة برمتها أو البعض منها، وهلم جرا...

• بعض الامثلة على المخالفات المالية من قبل تواطئ مسؤولي الضرائب مع الممولين:

١. حذف بعض الممولين من سجلات الادارة الضريبية

٢. الاعفاءات الضريبية غير المشروعة لبعض الممولين، وحيث ساعد على ذلك كثرة الاعفاءات الضريبية في التشريعات الضريبية، والتي تعد مجالاً للرشوة والمحسوبية.

٣. ربط الضرائب المستحقة على بعض الممولين بأقل من المستحق

٤. شطب الديون والمتأخرات المستحقة على بعض الممولين دون وجود مبررات قانونية

٥. عدم وضعف مساءلة بعض متهربي الضرائب

٦. تصنيف بعض السلع المستوردة مرتفعة الثمن ذات الضريبة العالية على أنها سلع أخرى منخفضة الثمن مما يترتب عليه خفض قيمة الضريبة المستحقة عليها على خلاف الحقيقة مثل تصنيف المنتجات الكحولية على انها مياه معدنية.

٧. تسهيل تهريب السلع الاجنبية التي تخضع للضريبة الجمركية للسوق المحلي.

٨. اعطاء شهادات الاعفاء الضريبي لبعض الاشخاص غير المستحقين لها.

٩. تقسيم السلع الجمركية الي وحدات بحيث تكون قيمتها الفردية أقل من الحد الأدنى أو

تساويه وذلك للإعفاءات الجمركية.

١٠. تسهيل الاعفاء من الضرائب والرسوم المستحقة أو خفضها أو استردادها نتيجة افادة بعض مسئولى ادارة الجمارك ضعاف النفوس على غير الحقيقة بان تلك السلع المستحق عنها الضريبة تم تصديرها للخارج رغم استهلاكها في السوق المحلي، الخ
- أثر المخالفات المالية في الإيرادات الضريبية.**
- وحيث ان لتلك المخالفات المالية أثارا على الإيرادات الضريبية ومن ثم الميزانية الحكومية، أحاول ان أسوق بعضها وذلك على النحو التالي (١):
١. تؤدي المخالفات المالية الي انخفاض الحصيلة الاجمالية للإيرادات الضريبية التي تؤول للخرزاة الحكومية والتي تشكل الجزء الاكبر من اجمالي الإيرادات الحكومية، ومن ثم عدم كفاية الاخيرة لتمويل اوجه الانفاق الحكومي المختلفة، مما يحدث عجز ميزانياً
٢. الازدواج في المعاملة الضريبية وعدم تحقق العدالة الضريبية لصالح الاغنياء على حساب الفقراء، وذلك لقدرة هؤلاء الاغنياء المالية التي تمكنهم من دفع الرشاوي وبناء العلاقات، مما يترتب عليه ان يزداد الاغنياء ثراء والفقراء فقر، وطبقا لدور الدولة الاجتماعي قد تقوم بتقديم دعم اجتماعي لصالح هؤلاء الفقراء، الامر الذي يزيد في النفقات على حساب الإيرادات، مما يحدث عجزا ميزانيا
٣. عدم كفاءة النشاط الاقتصادي ، حيث تؤدي المخالفات المالية في الادارة الضريبية الي عدم كفاءة النشاط الاقتصادي مثل عدم مقدرة الشركات المتوسطة والصغيرة الاستمرار في السوق ومجارة الشركات الكبيرة لما للأخيرة من مقدرة مالية تمكنها من دفع الرشاوي وبناء العلاقات ، ولما كانت تلك الشركات المتوسطة والصغيرة يوجد بها اعداد كبيرة من العمالة لاسيما في الدول النامية ، هذا وقد تتدخل الدولة وتقدم لها دعما اقتصاديا وذلك للحفاظ علي بقاءها في السوق ومحاربة البطالة الامر الذي تزداد معه النفقات مع عدم كفاية الإيرادات مما يحدث عجز في الميزانية الحكومية.
٤. عدم كفاءة السياسة المالية الحكومية، حيث تؤدي المخالفات المالية في الادارة الضريبية الي انخفاض زائف في الطاقة الضريبية للمجتمع ككل، فاذا كان صانع تلك السياسة المالية

(١) انظر:

- Mukul G. Asher, 2001, " The Design of Systems and Corruption", Conference on " Fighting Corruption: Common Challenges and Shared Experiences" organized by the Konard Adenauer Stiftung, and the Institute of International Affairs (SIIA) Singapore, 10 -11 May, PP.6-7

- د. عبد الله بن حاسن الجابري، الفساد الاقتصادي أنواعه، آثاره وعلاجه، المؤتمر الثالث للاقتصاد الاسلامي، جامعة أم القرى، طبعة تمهيديّة،

سوف يضع حجم الانفاق الحكومي في ضوء تلك الطاقة الضريبية الزائفة، فلن تستطيع تلك السياسة المالية تحقيق الاهداف الاقتصادية والاجتماعية الحكومية على النحو المنشود. ويتضح مما سبق ان المخالفات المالية تعمل على التقليل من حجم الإيرادات الحكومية من ضرائب ورسوم وإيرادات ناتجة عن أملاك الدولة مما يجعل تلك الإيرادات الحكومية غير قادرة على تمويل أوجه النفقات الحكومية المختلفة الامر الذي يؤدي الي عجز في الميزانية العامة (١)، ويتضح ذلك من خلال المعادلتين التاليتين (٢):

المعادلة (١) بشأن أثر المخالفات المالية في حجم الإيرادات الحكومية

$$\text{Rev} = 113878 - 3848 \text{ CPI}$$

$$6.31 \quad (t) = 5.22$$

$$R2 = 50\% \quad Rs = 48.4\%$$

$$F = 27.28$$

ويتبين من هذه المعادلة ان زيادة نسبة المخالفات المالية بنسبة ١% يؤدي الي انخفاض حجم الإيرادات الحكومية بنسبة ٣٨%، في حين بلغ f2 (50%) مما يعني ان ٥٠% من المتغيرات الحاصلة في حجم الإيرادات الحكومية ترجع للمخالفات المالية، و ٥٠% الأخرى تعود الي عوامل وأسباب أخرى.

المعادلة (٢) بشأن أثر المخالفات المالية في عجز الميزانية العامة

$$\text{Dif} = -5769 + 1910 \text{ CPI}$$

$$(T (-5.91) + (4.79))$$

$$R2 = 46\% \quad R = 44\%$$

$$F = 22.27$$

(١) انظر:

-Jinyoung Hwang,2002," A note on the relationship between Corruption and Government revenue", Journal of Economic Development,Vol.27,No.2,PP.161-178

-Sugata Ghosh and Kyriakos C. Neanidis,2010,"Corruption in Public Finances, and the Effects on Inflation, Taxation, and Growth" ,Department of Economics and Finance, Brunel university, United Kingdom Economics, University of Manchester, and Centre for Growth and Business Cycles Research, United Kingdom, Working Paper No.10-14,PP.5

(٢) انظر: د. فاطمة إبراهيم خلف، السياسة المالية والفساد الإداري والمالي، دراسة تطبيقية في مصر للمدة من ٢٠٠٨/١٩٨٠، مجلة جامعة

الانبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٤ العدد ٧، ٢٠١١، ص ٢٣٤

ويتبين من هذه المعادلة ان زيادة المخالفات المالية في النفقات والايرادات الحكومية بنسبة ١% يؤدي الي زيادة عجز الميزانية العامة بنسبة (١٩١٠) %، في حين بلغ R2 مما يعني ان ٤٦% من التغيرات الحاصلة في عجز الميزانية العامة يرجع الي المخالفات المالية، وان نسبة ٥٤% تعود الي عوامل وأسباب أخرى.

وبذلك فالمخالفات المالية تؤثر سلبا على حجم الإيرادات الحكومية ومن ثم عجز الميزانية العامة، وإذا ذلك قد تلجأ الدولة لتغطية هذا العجز وذلك من خلال مصادر تمويل أخرى وهي الإيرادات غير المتكررة (القروض، الإصدار النقدي)، والتي سوف أتعرض اليها هي الأخرى وذلك للوقوف علي أثر المخالفات المالية فيها، وذلك من خلال المبحث الثاني التالي.

المبحث الثاني

أثر المخالفات المالية على الإيرادات غير المتكررة

سوف أقوم بتناول هذا المبحث وذلك من خلال التعرض الي أثر المخالفات المالية على القروض الحكومية والإصدار النقدي، وذلك من خلال مطلبين:
المطلب الأول أثر المخالفات المالية على القروض الحكومية.
المطلب الثاني: أثر المخالفات المالية على الإصدار النقدي.
وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول

أثر المخالفات المالية في القروض الحكومية على الإيرادات الحكومية

تعد القروض (١) إحدى مصادر الإيرادات الحكومية التي قد تلجأ اليها الحكومات نتيجة

(١) الاقتراض الحكومي هو عبارة عن مبلغ مالي يتم اقتراضه من جانب الدولة وذلك بعد موافقة السلطة التشريعية وذلك عن طريق الافراد أو وحدات اقتصادية محلية أو اجنبية وتتعهد الدولة بدفع فوائد عليه بالإضافة لأصل قيمة القرض، ويتم هذا الاقتراض في شكل عقد. ويأخذ الاقتراض وذلك كما في الاقتراض الحكومي الداخلي عدة أشكال وهي : ١- سندات الدين الحكومية والتي لها شكلان اساسيان ، الأول سندات الادخار، حيث يكتب فيها الافراد وهي اسمية وتحفظ الحكومة بسجل لهذه السندات بأسماء المكتتبين فيها ولا يتم نقل ملكيتها عن طريق سوق الأوراق المالية ولها فوائد سنوية أو نصف سنوية تسلم لأصحابها، الثاني سندات الحكومة طويلة الاجل ، وهي في الغالب اسمية ويمكن أن تكون لحامله ويتم بيعها أو التصرف فيها قبل حلول ميعاد استهلاكها من خلال بيعها في سوق الأوراق المالية ، ويمكن تغير قيمتها السوقية عن قيمتها الاسمية بسبب تغيير أسعار الفائدة في السوق ، ٢- سندات الخزانة وهي متوسطة الاجل لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات ، ويتم تداولها في سوق الأوراق المالية ، ويمكن ان تكون اسمية أو لحاملها ، ٣- أذونات الخزانة وهي قصيرة الاجل ، حيث ان منتهى تتراوح ما بين ٩٠ - ١٨٠ يوماً وتلجأ اليها الحكومة غالباً بهدف تغطية عجزاً مؤقتاً في إيراداتها ، ويتم تحديد سعر الفائدة حسب مدة الأذن ، ويتم دفع الفائدة في نهاية المدة ، وان كان في الاغلب خصم قيمتها من القيمة الاسمية للإئذن ل، وغالبا ما يتم شرائها في صورة عطاءات يقدمها الافراد للشرك المركزي لشراء كميات منها ، وغالبا ما يتم تحديد السعر للفائدة علي أساس السعر المطلوب والمقدم للعطاء . وحيث يتم التسويق لأشكال الاقتراض سالفة الذكر وذلك من خلال البيع عن طريق الاكتتاب العام أو ضمان ترويج الاكتتاب عن طريق الوسطاء الماليين أو طرح سندات الدين العام في بورصة الأوراق المالية. راجع في ذلك د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، مرجع سابق، ص ٣٧٧-٣٨٣

عدم كفاية مصادرها الأخرى من ضرائب ورسوم وإيرادات ناتجة عن إدارة أصولها وذلك في تغطية أوجه الانفاق المختلفة. وحيث تعتبر تلك القروض من مصادر التمويل التي تحفل بمزيد من المخاطر وذلك لاحتوائها على التزامات وأعباء على الميزانية الحكومية، لذا كان موقف فقهاء المالية الحكومية منها مشروط، بما أطلقوا عليها القاعدة الذهبية والتي مفادها:

" كل الحق في الاقتراض طالما ان الاقتراض مخصص للأنفاق الاستثماري " (١)

وبذلك تحتاج القروض ان تدار بقدر من الحوكمة والشفافية بحيث تكون تكاليف الحصول عليها عند أقل حد لها، وفي ذات الوقت انفاقها في أنشطة لها جدوى اقتصادية بحيث تدر دخلا يمكن من خلاله سداد تلك القروض وذلك بما يضمن الاستدامة المالية كالأنفاق الاستثماري على المشروعات ذات جدوى اقتصادية، مثل انشاء محطات توليد الكهرباء، انشاء السدود وقنوات الري وغيرها من المشروعات الأخرى ذات الجدوى الاقتصادية. وحيث إذا لم تدار تلك القروض بقدر من الحوكمة والشفافية بما يضمن كفاءتها فانه مما لا شك فيه سوف تؤدي الي نتائج سلبية على الميزانية الحكومية منها (٢) :-

١. ارتفاع تكاليف الحصول على القروض مما يزيد من أعباء الدين الحكومية.
٢. خفض مرونة الميزانية الحكومية، لاسيما وان خدمة أعباء الديون لها الاولوية على النفقات الأخرى.

٣. تعرض الاستدامة المالية للخطر، وذلك نتيجة توجيه القروض نحو النفقات الاستهلاكية، والتي لا تدر دخلا مثل النفقات الاستثمارية، يمكن من خلالها سداد تلك القروض، ومن ثم تعجز الحكومة عن الوفاء، مما يدفعها الي اللجوء الي الاقتراض مرة اخري لسداد تلك القروض السابقة مما ترتفع معه خدمة أعباء الديون أكثر، والدخول في حلقة مفرغة، يترتب عليها عدم قدرة الدولة المالية على الوفاء بأعباء تلك الديون وباقى نفقاتها الأخرى مما يتفاقم عجز ميزانيتها الحكومية.

(١) انظر:

- Hillman,A.L.,2003,"Corruption and Public Finance : an IMF Perspective ", to be Published in European Journal of Political Economy 2004,Vol.20,PP.1067-1077

(٢) انظر:

- Mahesh C. Purohit , " Corruption Tax Administration" in " Performance Accountability and Combating Corruption" Edited by Anwar Shah, OP.Cit , PP.6

-Dr. Mukul G. Asher, " The Design of Systems and Corruption", OP.Cit, PP.2

المطلب الثاني

أثر المخالفات المالية في الإصدار النقدي على الإيرادات الحكومية

يعد الإصدار النقدي أحد مصادر تمويل الإيرادات الحكومية، وقد تلجأ اليه الدولة أيضاً الي جانب الاقتراض في حالة عدم كفاية إيراداتها المتكررة في تغطية أوجه النفقات الحكومية، وحيث قد يكون لهذا المورد (الإصدار النقدي) أثراً تضخمية تؤدي الي ارتفاع الأسعار، ومن ثم زيادة تكلفة النفقات الحكومية، وعدم قدرة الإيرادات الحكومية على تغطية تكلفة تلك النفقات الحكومية، وحيث يتوقف حدوث تلك الآثار التضخمية على طريقة إدارة هذا المورد ، فتقضي السياسة المالية السليمة توجيه المبالغ المالية الناجمة عن هذا المورد نحو النفقات الرأسمالية والتي تتسم بطول الفترة اللازمة للإنشاء ، الامر الذي يترتب عليه انخفاض الحجم المعروض من السلع الرأسمالية ، ومن ثم تفادي تلك الآثار التضخمية علي النحو المشار اليه سلفاً .

إلا انه تأتي المخالفات المالية وتشوه تلك السياسة المالية، حيث تعمل علي توجيه المبالغ المالية الناتجة عن الإصدار النقدي نحو النفقات الاستهلاكية بدلاً من النفقات الرأسمالية، الامر الذي يترتب عليه زيادة الطلب الكلي علي السلع الاستهلاكية عن العرض الكلي المتاح منها، مما يتسبب في زيادة الأسعار بصورة تضخمية، ومن ثم حدوث أثراً سلبية علي الإيرادات الحكومية علي النحو المشار اليه سلفاً (١).

وبذلك يتضح من خلال هذا المبحث، أن المخالفات المالية تشوه أيضاً الإيرادات الحكومية غير المتكررة، وتجعلها عبء على الميزانية العامة، وذلك من خلال زيادة العجز وتفاقمه.

(١) انظر: د. عاطف حسن النقلي، مبادئ الاقتصاد المالي، بدون ناشر، سنة النشر ٢٠٠٢، ص ٣٩٢

الخاتمة

يتبين مما تقدم أن المخالفات تشوه الإيرادات الحكومية المتكررة الناتجة على أملاك الدولة والضرائب والرسوم، وذلك من خلال تخفيضها بصورة تجعلها غير قادرة على تغطية النفقات الحكومية، مما يحدث عجزاً ميزانياً، وقد تلجأ الدولة لحل مشكلة هذا العجز عن طريق الإيرادات الحكومية غير المتكررة سواء الاقتراض أو الاصدار النقدي، إلا انه تأتي المخالفات المالية تشوه أيضاً هذه الإيرادات غير المتكررة، فبدلاً من أن تكون هذه الإيرادات غير المتكررة جزءاً من حل مشكلة العجز بالميزانية العامة، تكون هي السبب في زيادة هذا العجز وتفاقمه.

التوصيات

هناك مجموعة من الإجراءات التي يمكن من خلالها رفع كفاءة إدارة الإيرادات الحكومية، والحد من المخالفات المالية بها - ومن تلك الاجراءات :-

١. الاستثمار في الموارد البشرية وذلك من خلال:
 - أ- تطبيق معيار الكفاءة في التعينات والترقيات واختيار الشخص المناسب للمكان المناسب مما يترتب عليه رفع كفاءة الايراد الحكومي.
 - ب- عقد دورات تدريبية وتعريفية للنواحي التشريعية، المالية والادارية المنظمة لإدارة الإيرادات الحكومية وذلك للحد من ارتكاب المخالفات المالية ورفع كفاءة الايراد الحكومي، لاسيما وان هناك من المخالفات المالية تُرتكب نتيجة عدم إلمام بعض العاملين بتلك الإدارة بالنواحي التشريعية والادارية والمالية.
 ٢. إدارة منظومة الايراد الحكومي بفكر القطاع الخاص وذلك بتطبيق مبدأ الثواب والعقاب وذلك من خلال اثابة الكفاء ومعاقبة المخطئ، والبقاء للأجدر وربط الاجور بالأداء والإنتاجية.
 ٣. توضيح وتبسيط القوانين والاجراءات الإدارية الخاصة بإدارة الإيرادات الحكومية بما يضمن تحقيق الشفافية - ومنها-القوانين والاجراءات الضريبية بحيث تكون واضحة المعني بحيث لا يترك مجالاً للتفسير أو التأويل الذي من شأنه أن يسمح بجدل بين المكلف والادارة الذي يؤدي الي فقد المكلف الثقة في النظام الضريبي مما يدفعه الي التهرب الضريبي.
 ٤. تحديث القوانين الضريبية بما يتماشى مع الواقع والاحتياجات الحديثة، لاسيما وان هناك في العديد من الدول النامية ومنها مصر -لديها من القوانين الضريبية التي تعود الي العصور الاستعمارية لم يتم تحديثها بما تواكب مقتضيات العصر

٥. الحد من السلطات التقديرية الواسعة للمسؤولين الحكوميين - ومنهم - مسؤولي الضرائب.
٦. ربط الادارة الضريبية بالجهات المعنية إلكترونيا مما يحقق الشفافية والحد من الاتصالات المتكررة بين الممولين ومسؤولي الضرائب لتجنب العلاقات بين الممولين ومسؤولي الضرائب على المدى البعيد.
٧. يتعين ان تكون معدلات الضريبة منخفضة مع توسيع القاعدة الضريبة مع التقليل من الاعفاءات الضريبية وذلك قدر الامكان.
٨. يتعين أن تكون الضريبة ملائمة من حيث القيمة والتوقيت وكيفية تحصيلها مع مقدرة المكلف.
٩. الفصل الواضح بين واضعي السياسات الضريبية والقائمين على الادارة الضريبية.
١٠. الفصل الواضح داخل الادارة الضريبية بين الربط والتحصيل والمراجعة الضريبية.
١١. القيام ببعض التدابير الادارية لتعزيز الشفافية مثل نشر التعريف الضريبية والاجراءات الادارية على موقع الادارة الضريبية الالكتروني، وفي مكان واضح داخل أورقة الادارة الضريبية، عمل حركة تنقلات دورية داخل الادارة الضريبية.
١٢. إعطاء القائمين على الادارة الضريبية مرتبات مجزية لتفادي الاغراءات مع ربط المكافآت بالتحصيل لتحفيزهم علي زيادة الحصيلة الضريبية.
١٣. تفعيل الرقابة الداخلية والخارجية بما يكفل رفع كفاءة إدارة الإيرادات الحكومية تعزيز المساواة مع سن عقوبات رادعة لمتهري الضرائب.
١٤. ضرورة ملائمة تكاليف تقديم الخدمة مع الرسوم الحكومية المحصلة .
١٥. الفصل الواضح بين واضعي السياسة المالية والادارية من ناحية وبين ادارة أصول وممتلكات الدولة من ناحية أخرى وذلك من خلال انشاء ادارة مستقلة علي قدر من الكفاءة، تختص بوضع السياسات المالية والادارية لإدارة أصول الدولة ومتابعة تنفيذها بما يكفل رفع كفاءتها.
١٦. انشاء جهة أو ادارة تكون مسؤولة عن وضع وتنفيذ استراتيجيات لإدارة القروض الحكومية، تتميز بالحرفية والكفاءة وذلك بحيث تكون قادرة على اجتذاب واستبقاء الكفاءات الفنية القادرة على تعبئة الموارد التمويلية المتوفرة للسوق المحلي وعلى ادارة مخاطر تلك السوق.

١٧. وضوح الادوار والمسئوليات للجهة المسئولة عن ادارة القروض الحكومية وتحديد أهدافها ومن تلك الأهداف:

أ. وجود تنسيق في الرؤية بين القائمين على ادارة القروض الحكومية وواضعي السياسة الحكومية المالية والنقدية وذلك بهدف تحقيق أهداف ادارة القروض الحكومية وهي ضمان تلبية الاحتياجات التمويلية للحكومة والوفاء بالتزاماتها المالية بأقل تكلفة ممكنة على المدى المتوسط والطويل وفي ظل درجة معقولة من المخاطر.

يكون اللجوء للاقتراض بغرض تحقيق أهداف اقتصادية معتبرة وذلك لإصلاح خلل اقتصادي أو لتمويل استثمارات لها جدوى اقتصادية وليس مجرد اقتراض لسد عجز الميزانية الحكومية بطريق يوم بيوم.

ب. التوصل للمعلومات المتعلقة بالسوق والنهوض بتحليلها بغرض توفير جودة الادارة والمتابعة اليومية للقروض وتطوير استراتيجيات ادارتها.

١٨. انشاء سوق ذات كفاءة لإصدار وتداول الاوراق المالية الحكومية والتي أصبحت ضرورة ملحة في ظل التقلبات والازمات المالية، وذلك لضمان تلبية احتياجات الحكومة المالية والتزاماتها بالسداد بأقل تكلفة (١)

وختاماً فإنني لا أزعم لهذا العمل كما لا ينأى به عن النقصان، وإنما مثله كأى عمل بشري يعترضه النقص والخطأ وكل ما أرجوه أن يكون مجرد لبنه أساهم بها مع غيري من واضعي البنات الأخرى. وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١) انظر بشأن التوصيات أرقام (١٧-١٩) بخصوص رفع كفاءة إدارة القروض الحكومية والحد من المخالفات المالية بها: د. عاطف حسن النقلي، إنشاء سوق الاوراق المالية الحكومية كأداة لإدارة الدين العام الجزء الاول الاسس والمفاهيم، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، بدون ناشر،

المراجع

أولا المراجع باللغة العربية:

- د. أحمد إبراهيم دهشان، اقتصاديات المالية الحكومية، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، بدون ناشر، سنة النشر بدون.
- د. أحمد عاشور، الهيئات الحكومية الاقتصادية - مشكلاتها وأساليب معالجتها مع دراسة حالة الهيئة المصرية الحكومية للبترو، ورقة من أوراق بحث " بعض قضايا إصلاح المالية الحكومية في مصر" للنشر في سلسلة كراسات السياسات، معهد التخطيط القومي، يناير ٢٠١٦.
- د. عاطف حسن النقلي، اقتصاديات المالية الحكومية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، بدون ناشر، سنة النشر بدون.
- د. عاطف حسن النقلي، إنشاء سوق الاورق المالية الحكومية كأداة لإدارة الدين العام الجزء الاول الاسس والمفاهيم، كلية الحقوق -جامعة الزقازيق، بدون ناشر، سنة النشر بدون.
- د. عاطف حسن النقلي، مبادئ الاقتصاد المالي، كلية الحقوق-جامعة الزقازيق، دون ناشر، سنة النشر ٢٠٠٢
- د. عبد الله بن حاسن الجابري، الفساد الاقتصادي أنواعه، أثاره وعلاجه، المؤتمر الثالث للاقتصاد الاسلامي، جامعة أم القري، طبعة تمهيدية.
- د. فاطمة إبراهيم خلف، السياسة المالية والفساد الإداري والمالي، دراسة تطبيقية في مصر للمدة من ١٩٨٠/٢٠٠٨، مجلة جامعة الانبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٤ العدد ٧، ٢٠١١.

ثانيا المراجع باللغة الأجنبية

- Ha-Joon Chang, 2007, " State-Owned Enterprise Reform", National Development Strategies Policy Notes, United Nations Department For Economic And Social Affairs (UNDESA) New York, June.
- David Hall, 2012, " Corruption and public services", Public Services International Research Unit (PSIRU), The University of Greenwich.
- Helge Fjeldstad, 2005, "Revenue administration and Corruption", U4 Utstein Anti-Corruption Resource Centre, U4 Issue.2
- Hillman, A.L., 2003, "Corruption and Public Finance: an IMF Perspective ", to be Published in European Journal of Political Economy 2004, Vol.20, PP.1067-1077

- Jean Hindriks, Michael Keen, Abhinay Muthoo, 1999,"Corruption, extortion and evasion", Journal of Public Economics, Vol.74, PP.395-430
- Jinyoung Hwang, 2002," A note on the relationship between Corruption and Government revenue", Journal of Economic Development, Vol.27, No.2, PP.161-178
- Lejla Smailbegovic, 2015 , " The Impact of Corruption on Foreign Direct Investments in Transition Countries", Master Thesis, University of Ljubljana, Faculty of Economics.
- Mahesh C. Purohit,2007," Corruption Tax Administration" in " Performance Accountability and Combating Corruption" Edited by Anwar Shah The World Bank, Washington ,D.C
- Matthias Morgner, Marie Chene, 2014, "Tax Administration and Corruption, Topic Guide, Compiled by the Anti- Corruption Helpdesk" ,Transparency International
- Mukul G. Asher, 2001," The Design of Systems and Corruption", Conference on" Fighting Corruption: Common Challenges and Shared Experiences" organized by the Konard Adenauer Stiftung, and the Institute of International Affairs (SIIA) Singapore, 10 -11 May
- Sugata Ghosh and Kyriakos C. Neanidis,2010,"Corruption in Public Finances, and the Effects on Inflation, Taxation, and Growth" ,Department of Economics and Finance, Brunel university, United Kingdom Economics, University of Manchester, and Centre for Growth and Business Cycles Research, United Kingdom, Working Paper No.10-14,PP.5
- Vito Tazi, 1999," Governance, Corruption, and, Public Finance: An Overview" in" Governance, Corruption, and Public Financial Management", Edited by Me- an Asicio, Asian Development Bank, Chapter 1

التعاون الدولي لمواجهة ظاهرة الاحتباس الحرارى فى ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية

د / سيد عبد المطلب شعبان

دكتوراه فى القانون الدولي العام

كلية الحقوق - جامعة المنوفية