أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى الوظيفة العامة بين التشريع والقضاء
(دراسة تحليلية تأصيلية لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية فى ضوء التعديلات الجديدة الصادرة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩)

د . سامح أحمد عبد الرسول

مدرس القانون العام المنتدب بالجامعة العمالية

عضو الجمعية العربية للعلوم القانونية - محام بهيئة قناة السويس

مقدمة عامة :

لقد أدى تطور وزيادة أنشطة الدولة المعاصرة وتعدد مهامها ، إلى زيادة عدد الإدارات والمصالح الحكومية ، والمؤسسات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية ، مما استتبع بالضرورة زيادة عدد الموظفين العموميين ، وباتت الوظيفة العامة تحتل مكانة مهمة فى المجتمع ، وأضحت جزءاً من حياة الأفراد [(١)] ، كما أصبح لها نظم خاصة تكفل تنظيمها وإصلاحها.

وإذا كان تنظيم وإصلاح الوظيفة العامة ، يعتمد بدرجة كبيرة على كفاءة القائمين بها ، باعتبارهم عقلها المدبر ، وساعدها المنفذ ، مما يستلزم حسن اختيارهم ، ويقتضي رفع كفاءاتهم وقدراتهم ، وكفالة أوضاعهم ، واستقرار نظمهم ، وضمان مصائرهم ، بحيث يقدمون على العمل بجدٍ واجتهادٍ وإخلاص [(٢)].

إلا أن هذا التنظيم - والإصلاح – للوظيفة العامة قوامه التشريع ، الذي يتولى تنظيم سائر أحكام الوظيفة العامة - بجانب اللوائح – بداية من تحديد

(١) راجع: سليمان الطماوي – مبادئ علم الإدارة العامة – ١٩٨٠ – صـ ٣٠٥.

(٢) بل إن كانت مصلحة الموظف الشخصية تقتضي توفير الضمانات القانونية لحياته الوظيفية ، فإن مصلحة الإدارة توجب أيضاً تحقيق هذا الأمن القانوني لعمالها ، لأن العامل الذي يحوطه عدم الاستقرار وعدم الأمان بحياته الوظيفية لا يحسن إنتاجاً ولا يقدم جهداً بناءً ، أي لا ينهض برسالة المرفق العام بكفاءة وإخلاص وفاعلية ، راجع:

- Paul Duez, et Guy Debeyre; Traité de droit Administratif, librairie Dalloz, 1952, p. 642.

- راجع ذلك: د / عبد الحميد كمال حشيش – دراسات فى الوظيفة العامة فى النظام الفرنسي – مكتبة القاهرة الحديثة – ١٩٧٥ – صـ ٤٢.

آليات الالتحاق بالوظيفة العامة ، وشروط الالتحاق بها ، وقواعد ترتيب الأقدميات بين العاملين فى هذه الوظائف ، وأحكام الترقية والنقل والندب والإعارة ، ومروراً بالحقوق والواجبات المترتبة على الالتحاق بهذه الوظائف العامة ، منتهياً بقواعد السلوك الوظيفي وأحكام المساءلة التأديبية وأسباب إنهاء الخدمة فى الوظيفة العامة [١].

وبما أن القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ يعد أول محاولة – فعلية – لجمع شتات الأحكام التشريعية المنظمة لأمور موظفي الدولة فى مصر [٢] ، لذا فإنه لم يغفل النص على قواعد ترتيب الأقدميات بين الموظفين - نظراً لأهميتها البالغة – بموجب المادة الخامسة والعشرين منه ، على أساس معايير موضوعية واضحة ، تكفل استقرار المراكز القانونية للموظفين وترتيب أقدميتها دون إخلال أو اضطراب [٣].

وهو ذات ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ، حيث أكدت على أن الأقدمية فى الوظيفة تعتبر من تاريخ التعيين بها ، فإذا اشتمل قرار التعيين على أكثر من عامل ، اعتبرت الأقدمية بين المعينين ، إذا كان التعيين لأول مرة على حسب الأسبقية فى أولوية التعيين طبقاً لما ورد فى المادة ١٨ من ذات القانون [٤] ، وإذا كان التعيين متضمناً ترقية ، اعتبرت الأقدمية على أساس الأقدمية فى الوظيفة السابقة.

---

(١) لذا فإن هناك من يعرف الوظيفة العامة: بأنها مجموعة الأوضاع والأنظمة القانونية والفنية الخاصة بالموظفين العموميين ، سواء التي تتعلق بمستقبلهم الوظيفي وعلاقتهم بالإدارة ، أو التي تتصل بأدائهم لمهام الإدارة العامة بإحسان وفاعلية ، راجع: د/ عبد الحميد كمال حشيش – دراسات فى الوظيفة العامة فى النظام الفرنسي –المرجع السابق – صـ ٥.

(٢) المستشار/ سمير يوسف البهي – شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وتعديلاته – دار الكتب القانونية – طبعة ١٩٩٨ – صـ ٢٠.

- وراجع فى الالتحاق بالوظائف فى مصر قبل العمل بأحكام القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ : د/ محمود أبوالسعود حبيب – الموظف العام وممارسة الحقوق والحريات الأساسية – مطبعة دار الإيمان – بدون سنة نشر – صـ ١٢ وما بعدها.

(٣) نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة على أن: (تعتبر الأقدمية فى الدرجة من تاريخ التعيين فيها ، فإذا اشتمل مرسوم أو أمر ملكي أو قرار على تعيين أكثر من موظف فى درجة واحدة اعتبرت الأقدمية كما يلي:

إذا كان التعيين متضمناً ترقية اعتبرت الأقدمية على أساس الأقدمية فى الدرجة السابقة.

إذا كان التعيين لأول مرة اعتبرت الأقدمية بين المعينين على أساس المؤهل ثم الأقدمية فى التخرج فإن تساويا يقدم الأكبر سناً ....).

- وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالعاملين المدنيين بالدولة ، ثم تلاه القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة ، راجع فى ذلك ، د/ فؤاد محمد النادى و د/ أحمد الموافي – الوجيز فى مبادئ القانون الإداري – بدون ناشر ورقم طبعة – صـ ٣٢٣ ، وراجع أيضا فى أحكام نظام العاملين المدنيين بالدولة فى ضوء القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ : أ/ اسماعيل فوزي أحمد – أحكام نظام العاملين المدنيين بالدولة فى ضوء القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ (تشريعاً وقضاء وفتوي) – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٩٧٦) ، وراجع أيضاً فى أحكام نظام العاملين المدنيين بالدولة فى ضوء القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨: أ/ أسامة أحمد الشحات – موسوعة العاملين المدنيين بالدولة – دار الكتب القانونية – طبعة ٢٠٠١.

(٤) نصت المادة ١٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أنه: (يكون التعيين فى الوظائف التي تشغل بامتحان بحيث الأسبقية الواردة بالترتيب النهائي لنتائج الامتحان ، وعند التساوي فى الترتيب يعين الأعلى مؤهلاً ، فالأقدم تخرجاً ، فإن تساويا يقدم الأكبر سناً ....).

وهو ما تكفلت أيضاً بالنص عليه المادة ٢٢ من قانون الخدمة المدنية الحالى رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ ، حيث قررت بأن الأقدمية فى الوظيفة تعتبر من تاريخ شغلها ، فإذا اتحد تاريخ شغل الوظيفة لأكثر من موظف ، اعتبرت الأقدمية إذا كان شغل الوظيفة لأول مرة بحسب الأسبقية فى التعيين ، طبقاً لما ورد بالمادة ١٢ من ذات القانون [١] ، وإذا كان شغل الوظيفة بطريق الترقية اعتبرت الأقدمية على أساس الأقدمية فى الوظيفة السابقة.

وقد نحى المشرع مراعاة لبعض الاعتبارات – الأولى بالتفضيل – نحو إيراد بعض الاستثناءات على قواعد ترتيب الأقدميات بين الموظفين العموميين [٢] ، ومن أهمها ما نص عليها بموجب أحكام قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

حيث أوردت المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ استثناءاً على أحكام ترتيب الأقدميات فى الوظيفة العامة – وهو ذات ما قررته أيضاً المادتين ٦٢ ، ٦٣ من قانون الخدمة الوطنية السابق رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ بعد تعديلهما بالقوانين أرقام ١٤٥ لسنة ١٩٦٠ ، ٨٣ لسنة ١٩٦٨ ، ٣٨ لسنة ١٩٧١ – وذلك بنصها على أحقية من يجند من الموظفين ، ومن يلحق بالخدمة أثناء فترة تجنيده – أو بعد مدة التجنيد – فى أن تعتبر مدة التجنيد التي يمضيها شأنها شأن مدة الخدمة الفعلية المدنية ، وترتب ذات الآثار التي ترتبها مدة الخدمة الفعلية.

---

(١) لقد نصت المادة ١٢ من قانون الخدمة المدنية الحالى رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ على أن: (.... ويكون التعيين فى تلك الوظائف بامتحان ينفذه الجهاز من خلال لجنة اختبار ، ويشرف عليه الوزير المختص ، على أن يكون التعيين بحسب الأسبقية الواردة فى الترتيب النهائي لنتيجة الامتحان ، وعند التساوي يقدم الأعلى فى مرتبة الحصول على المؤهل المطلوب لشغل الوظيفة ، فالدرجة الأعلى فى ذات المرتبة ، فالأعلى مؤهلاً ، فالأقدم فى التخرج ، فالأكبر سناً) ، راجع أحكام القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ – منشور بالجريدة الرسمية – العدد ٤٣ مكرر (أ) فى أول نوفمبر سنة ٢٠١٦.

(٢) ومنها التقرير بأحقية الموظف فى حساب مدة الخبرة العلمية التي تتفق مع طبيعة الوظيفة المعين عليها الموظف ، وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من قانون نظام العاملين المدنيين رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨.

ومنها أيضاً حساب مدة الخبرة العملية التي تزيد على مدة الخبرة المطلوب توافرها لشغل الوظيفة المعين بها ، بموجب الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨.

وفي هذا القول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: (..... أن المشرع فى القانون العام للتوظف قنن أصلاً عاماً من مقتضاه أن أقدمية العامل فى الوظيفة المعين عليها تتحدد اعتباراً من تاريخ هذا التعيين ، وهو إن كان عدل « أي استثناءً » من هذا الأصل العام فى ذات القانون لصالح العامل ، حينما أوجب فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧ منه « أي قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ « حساب مدة الخبرة العملية التي تزيد على مدد الخبرة والمطلوب توافرها لشغل الوظيفة ... واستهدف المشرع من ذلك مصلحة العامل فى عدم الإضرار به بإسقاط مدة عمل سابقة له متفقة مع طبيعة عمل الوظيفة المعين عليها) ، راجع: فتوى الجمعية العمومية - ملف رقم ٨٦/٣/٩٥٦ – فى ٤/ مارس/ ١٩٩٨.

وإن كان يؤخذ فى الاعتبار أن قانون الخدمة المدنية الحالى رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ قد خلا من النص – صراحة أو ضمنياً – على قواعد حساب مدة الخبرة العلمية والعملية ، مما يعني عدم جواز ضم مدة الخبرة العلمية أو العملية إلى الوظائف العامة الخاضعة لأحكام هذا القانون من تاريخ سريانه ونفاذه فى ٢٠١٦/١١/٢.

مستهدفاً بذلك أن تكون مدة الخدمة العسكرية سبباً لتفضيل من أداها ونال شرف الخدمة العسكرية ، على غيره ممن لم يؤدِ هذا الواجب ، بحيث لا يضار المجند بتجنيده ، وألا يصبح فى وضع أسوأ من قرينه – الذي لم يؤد هذا الواجب ولم يحرز هذا الشرف – بسبب أدائه لهذا التجنيد [1].

وإن كان المشرع ذاته – بموجب أحكام المادة ٤٤ آنفة الإشارة – قد أورد قيداً على هذا الاستثناء ، مفاده ألا يسبق المجند – بناء على ضم مدة تجنيده لمدة خدمته فى الوظيفة العامة – زميله فى سنة التخرج أو من سبقه فى التخرج ، والمعين معه فى ذات الجهة.

وقد عالجت الأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة المصري – بصفة عامة – لا سيما المحكمة الإدارية العليا - بصفة خاصة – وكذا الفتاوى الصادرة عن إدارات الفتوى - المتعددة - وعن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، وقررت العديد من المبادئ المهمة والضوابط اللازمة ، لتطبيق أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ ، خاصة ما يتعلق بتحديد نطاقها وشروط تطبيقها ، ومفهوم الزميل ، وحدود التقيد به ، وهو ما كان له أثر واضح فى أن تتجلي حقيقة مراد المشرع منها ، وتزيل ما اعترضها من غموض ، وترسم نطاق تطبيقها على وجه صحيح القانون .

أهمية البحث:

ولكن المشرع وفي تطورٍ مهم ، وبموجب التعديلات الصادرة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ الصادر فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ ، قام باستبدال المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، حيث قرر أولاً: بأحقية المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حد سواء – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، بعد أن كان الأمر مقصوراً على المجندين المؤهلين فقط ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها بموجب هذا التعديل الأخير.

كما ألغي المشرع ثانياً: بموجب المادة ٤٤ – بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ آنف الذكر - القيد المقرر على ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدة

(١) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٢٧ ق – جلسة ١٩٨٥/١١/٩ ، مشار إليه : أ/ محمد صالح والمستشار/ جلال المنجي – شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة – الجزء الأول – منشأة المعارف – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠ – صـ ١٩٦.

الخدمة الوظيفية ، والمسمي بقيد الزميل ، والذي كان يشترط ضرورة ألا يترتب على ضم مدة التجنيد إلى مدة الخدمة الوظيفية ، أن يسبق المجند – المطالب بضم مدة تجنيده – لزميل التخرج المعين معه بذات الجهة.

وأخيراً لم يقف المشرع عند حدود إلغاء قيد الزميل فقط ، بل مد نطاق هذا الإلغاء ، وأعمل مقتضاه بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، بموجب الفقرة الثانية من المادة ٤٤ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ سالف الذكر.

لذا تتجلي أهمية دراسة وتحليل أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى النقاط التالية:

أولاً: لقد أحدث هذا التعديل لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية بموجب القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جلبةٍ واسعةٍ وكان له صدى مؤثر ، خاصة وأن مضمون هذا التعديل ونفاذه ، والآثار المترتبة عليه ، تثير العديد من التساؤلات الملحة حول الباعث الرئيس للمشرع نحو هذا التعديل ، كما أن مسألة سريان أثر إلغاء قيد الزميل بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، أثارت حفيظة الباحثين – وأوجدت متضررين - من جراء هذا الأثر الرجعي ، وهو ما حدا بالبعض إلى إثارة شبهة عدم دستورية الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بيد أن المحكمة الدستورية العليا عندما وصل الأمر إليها وعرض النزاع عليها ، قضت فى حكمها الشهير الصادر فى ٢٠١١/٧/٣١ بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، والمستبدلة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فيما نصت عليه من أن يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ [(١)].

الأمر الذي يقتضي التعرض بالدراسة والتحليل لمضمون هذا التعديل ونطاقه ، وتاريخ نفاذه والآثار المترتبة عليه ، خاصة فى ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٢٠١١/٧/٣١ ، والقاضي بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٤٤ بعد تعديلها من سريان أحكامها بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، واستبيان تأثير هذا الحكم على الاتجاهات القضائية الصادرة

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق دستورية – جلسة ٢٠١١/٧/٣١ – منشور بالجريدة الرسمية – العدد ٣٢ مكرر - فى ١٣ أغسطس لسنة ٢٠١١.

بتطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، سواء تلك التي صدرت قبل صدور حكم المحكمة الدستورية فى ٢٠١١/٧/٣١ أو التي صدرت بعده.

ثانياً: يتبين من استعراض جانب من الأحكام والتطبيقات القضائية الصادرة بشأن تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وجود اتجاهات قضائية متباينة بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وهو ما يقتضي تناول هذا الاتجاهات بالدراسة والتحليل ، واستبيان وجه الصواب منها – من وجهة نظر الباحث - واستخلاص الشروط اللازم توافرها لتطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها وإعمال آثارها.

ثالثاً: يثير مستقبل ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية بموجب أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، العديد من الإشكاليات والافتراضات القائمة ، لأنه وإن كانت المحكمة الدستورية العليا قد فصلت مبكراً وقضت بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، بموجب أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها سالف البيان - وهو ما يعني تطبيق حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بأثر مباشر - إلا أن البحث يشير أيضاً إلى إحالة العديد من المحاكم المختصة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وهو ما لم تفصل فيه المحكمة الدستورية – حتى تاريخ إصدار هذه الدراسة – بعد إحالة الأوراق إليها.

وهو ما يجعل من الضروري التعرض وبحث أسانيد ومبررات شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل (أي إلغاء قيد الزميل) ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وموقفنا من هذه المسألة ووجه الرأي فيها ، واستبيان الموقف المستقبلي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، حال قضاء المحكمة الدستورية العليا ، إما برفض شبهة عدم الدستورية وتأييد دستورية إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وإما انتهاء المحكمة الدستورية إلى عدم دستورية إلغاء قيد الزميل ، واستعراض الآثار المترتبة على الوضع فى الحالين ؟

لذا كان من الأهمية بمكان إفراد دراسة مستقلة ، تتناول تفصيلياً أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، وآثارها ، فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٨ لسنة ١٩٨٠ ، خاصة بعد تعديلها –

مستبدلة – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، لا سيما وأن الدراسات السابقة التي تناولت أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدة الخدمة الوظيفية فى ضوء المادة ٤٤ - قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – كانت ضمن الموضوعات التي تناولتها المطولات والشروح العامة – المتعددة - لأحكام قانون العاملين المدنيين بالدولة السابق رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ، ولم تفرد لها دراسة مستقلة تفصيلية.

كما نفتقد أيضاً - حسب علمنا - وجود دراسة مستقلة متعمقة تتناول أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها – أي مستبدلة – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، تجمع بين الإطار التشريعي والتطبيقي القضائي والإفتائي الحديث ، لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، والإشكاليات المترتبة عليها ، فى إطار بحثي ومنهجي.

وهو ما يجعل لهذه الدراسة أهمية علمية وضرورة عملية ملحة ، لكافة الباحثين القانونيين – وغيرهم – بصفة عامة ، والمشتغلين بموضوعات الوظيفة العامة بصفة خاصة ، تسهم قدر الإمكان فى تجلية ملامح أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – وكشف غموضها ، ومعالجة الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكامها ، مع عدم انفصام عراها عن التطبيقات القضائية والمعالجات الإفتائية الحديثة ، بحيث تظل معيناً لا ينضب لكل من أراد سبر أغوارها ، وإماطة اللثام عن خباياها.

منهج البحث:

إننا بصدد دراسة تحليلية تأصيلية لكافة الجوانب والأبعاد التشريعية لموضوع البحث ، والمتعلقة بأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها – مستبدل بها - القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، للوقوف على مضمون هذا التعديل ، ونطاقه ، والآثار المترتبة عليه ، مع تناولنا أيضاً بالدراسة والتحليل لجانب من الاتجاهات والتطبيقات القضائية الحديثة لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها – بالقانون آنف الذكر - واستعراض المعالجات الإفتائية والقضائية للإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكامها ، واستجلاء وجه الصواب منها ، واستخلاص الشروط المتطلبة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وإعمال آثارها ،

مع استشرافنا للموقف المستقبلي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء إثارة شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها – أي استبدالها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

خطة البحث:

لقد رأينا تقسيم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث ، خصصنا المبحث الأول منها لاستعراض أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها ، وكرسنا الثاني لاستعراض تنظيم أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وتناولنا فى الثالث موقف القضاء الإداري من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وتصدينا فى المبحث الرابع لمستقبل ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء إثارة شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، ثم أعقبنا ذلك بخاتمة متضمنة نتائج الدراسة ، وأخيراً عرض التوصيات المقترحة ، وقائمة بالمراجع ، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

المبحث الثاني: تنظيم أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

المبحث الثالث: موقف القضاء الإداري من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

المبحث الرابع: مستقبل ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الخاتمة.

التوصيات.

قائمة المراجع.

المبـــحث الأول

أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩

تمهيد وتقسيم:-

لقد نصت القوانين المتعاقبة الخاصة بتنظيم شئون العاملين المدنيين بالدولة[١] على قواعد ترتيب الأقدميات بين الموظفين ، نظراً لأهميتها البالغة ، بناء على أسس ومعايير موضوعية واضحة ، تكفل استقرار المراكز القانونية للموظفين ، وترتيب أقدميتها دون إخلال أو اضطراب.

وقد تكفلت المادتان ١٨ و ٢٤ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة السابق رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ، بالنص على قواعد ترتيب الأقدميات بين العاملين.

حيث نصت المادة ١٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أن: (يكون التعيين فى الوظائف التي تشغل بإمتحان بحسب الأسبقية الواردة بالترتيب النهائي لنتائج الامتحان ، وعند التساوي فى الترتيب يعين الأعلى مؤهلاً ، فالأقدم تخرجاً ، فإن تساويا تقدم الأكبر سناً.

ويكون التعيين فى الوظائف التي تشغل بدون امتحان على الوجه الآتي:

---

(١) سبق القول بأن القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ يعد أول محاولة – فعلية – لجمع شتات الأحكام التشريعية المنظمة لشئون موظفي الدولة ، وأن المادة ٢٥ منه قد تكفلت بالنص على قواعد ترتيب الأقدميات بين الموظفين ، على أسس ومعايير موضوعية واضحة ، راجع: مقدمة هذا البحث.

- ومن الجدير بالذكر أن البداية الحقيقة لوضع نظام عام لموظفي الدولة فى فرنسا كانت بصدور قانون ١٩ أكتوبر عام ١٩٤٦ الخاص بنظام موظفي الدولة ، ملغياً بذلك للقانون الصادر فى عام ١٩٤١ فى عهد حكومة فيشي، وقد تكون نظام الموظفين من هذا التشريع ومن لوائح إدارة عامة صدرت مكملة ومنفذه له ، والذي ألغي بعد ذلك بصدور أمر ٤ فبراير لعام ١٩٥٩ واللوائح المكملة له ، راجع ذلك د/ عبد الحميد كمال حشيش – المرجع السابق – صـ ٣٥ : ٣٧.

وقد استقر الرأي منذ أمد فى فرنسا – وأيضاً فى مصر – على اعتبار الموظف العام فى مركز لائحي أو نظامي موضوعي ، وليس فى مركز شخصي تعاقدي ، حيث قضت المادة الخامسة من كل من قانوني عامي ١٩٤٦ ، ١٩٥٩ ، على أن: (الموظف تجاه الإدارة فى مركز نظامي لائحي) ، وهو ما رددته المادة ٤٩١ من قانون الإدارة البلدية بالنسبة لعمال البلديات ، راجع : د/ عبد الحميد كمال حشيش – المرجع السابق – صـ ٦٤.

وهو ما اضطردت أحكام مجلس الدولة الفرنسي واستقرت عليه ، من اعتبار مركز الموظف العام ، مركزا لائحيا موضوعيا وليس شخصيا ذاتيا متولد عن تعاقد ، راجع:

Victor Silvera; la fonction publique et ses problémes actuels, Editions de l'Actualité juridique, paris, 1969, p. 66.

CE, Anglade, 5 juil 1957, Dollaz, 1957.

راجع ذلك: د/ عبد الحميد كمال حشيش – المرجع السابق – صـ ٦٥.

إذا كانت الشهادة الدراسية أحد الشروط الواجب توافرها فيمن يشغل الوظيفة ، فيكون التعيين طبقاً للمؤهل الأعلى ، وعند التساوي فى المؤهل تكون الأولوية للأعلى فى مرتبة الحصول على الشهادة الدراسية ، فالأقدم تخرجاً ، فالأقدم سناً.

إذا كانت الخبرة هي المطلوبة فيكون التعيين طبقاً لمدة الخبرة).

كما نصت المادة ٢٤ من هذا القانون على أن: (تعتبر الأقدمية فى الوظيفة من تاريخ التعيين فيها. فإذا اشتمل قرار التعيين على أكثر من عامل اعتبرت الأقدمية كما يلي:

إذا كان التعيين لأول مرة ، اعتبرت الأقدمية بين المعينين بحسب الأسبقية فى أولوية التعيين طبقاً لما ورد فى المادة ١٨ من هذا القانون.

إذا كان التعيين متضمناً ترقية ، اعتبرت الأقدمية على أساس الأقدمية فى الوظيفة السابقة.

إذا أعيد تعيين العامل فى وظيفة من مجموعة أخرى فى نفس درجته أو فى درجة أخرى ، تحسب أقدميته فى هذه الحالة من تاريخ إعادة تعيينه).

وهو ذات ما تكلفت أيضاً بالنص عليه كل من المادتين ١٢ و ٢٢ من قانون الخدمة المدنية الحالي رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ على النحو سالف البيان.

وسبق القول بأن المشرع مراعاة لبعض الاعتبارات – الأولى بالتفضيل – قد نحى نحو إيراد بعض الاستثناءات على قواعد ترتيب الأقدميات بين الموظفين العموميين ، ومن أهمها ما نص عليه بموجب أحكام قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

حيث أوردت المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – وهو ذات ما نصت عليه أيضاً المادتين ٦٢ ، ٦٣ من قانون الخدمة الوطنية السابق رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ بعد تعديلهما بالقوانين أرقام ١٤٥ لسنة ١٩٦٠ ، ٨٣ لسنة ١٩٦٨ ، ٣٨

لسنة ١٩٧١ [١] – استثناءً على أحكام ترتيب الأقدميات فى الوظيفة العامة [٢] ، وذلك بنصها على أحقية من يجند من الموظفين ، ومن يلحق بالخدمة أثناء فترة تجنيده – أو بعد مدة التجنيد – فى أن تعتبر مدة التجنيد التي يمضيها شأنها شأن مدة الخدمة الفعلية المدنية ، وتحسب فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة.

مستهدفاً بذلك أن تكون مدة الخدمة العسكرية ، سبباً لتفضيل من أداها ونال شرف الخدمة العسكرية ، على غيره ممن لم يؤدِ هذا الواجب ، بحيث لا يضار المجند بتجنيده ، وألا يصبح فى وضع أسوأ من قرينه ، الذي لم يؤدِ هذا الواجب ولم ينل هذا الشرف – بسبب أدائه لهذا التجنيد [٣].

وإن كان المشرع ذاته – بموجب أحكام المادة ٤٤ أيضاً – قد أورد قيداً على هذا الاستثناء ، مفاده ألا يسبق المجند – بناء على ضم مدة تجنيده لمدة خدمته فى الوظيفة – زميله فى سنة التخرج ، أو من سبقه فى التخرج والمعين معه بذات الجهة.

ولقد عالجت الأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة المصري ، لا سيما المحكمة الإدارية العليا - بصفة خاصة – وكذا الفتاوى الصادرة عن إدارات الفتوى – المتعددة – وعن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩ – وقررت العديد من المبادئ المهمة ، والضوابط اللازمة لتطبيق

(١) يلاحظ أن المادة ٦٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية قبل تعديلها بالقانونين رقمي ٨٣ لسنة ١٩٦٨ ، ٣٨ لسنة ١٩٧١ أوردت حكماً عاماً يقضي بالاحتفاظ للمجندين الذين لم يسبق توظيفهم بأقدمية تساوي أقدمية زملائهم ، وذلك منعاً للضرر الذي قد يلحق المجند الذي حرمه التجنيد من التقدم فى مسابقات التعيين مع زملائه فى التخرج ، لم تفصح تلك المادة قبل تعديلها عن طبيعة مدة الخدمة العسكرية والوطنية - التي تحسب فى أقدمية المجند – بعد التعديل تعرض المشرع لبيان طبيعة وتكييف مدة الخدمة العسكرية والوطنية ، فوصفها وكأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وقرر حسابها للعاملين الذين يعينون بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة ، كما اعتبرها مدة خبرة بالنسبة إلى العاملين بالقطاع العام ، المشرع غير مفهوم الخدمة العسكرية فبعد أن كان ينظر لها على أساس أنها حالت بين المجند وبين التعيين مع زملائه فى التخرج ، قرر أنها تعتبر فى مقام الخدمة المدنية ، أثر ذلك ضمها باعتبارها فى حكم الخدمة المدنية ، بشرط ألا يسبق العامل الذي ضمت له مدة خدمته العسكرية زميله فى التخرج الذي عين فى ذات الجهة ، وهو ذات ما نصت عليه بعد ذلك المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، راجع ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٣٥٦ لسنة ٣٦ ق عليا – جلسة ٢٤/ نوفمبر/ ١٩٨٥ ، مشار إليه : أ/ محمود صالح – شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة – الجزء الأول – منشأة المعارف – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠ – صـ ١٩٥.

(٢) وهو ما صرحت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: (المشرع بتقريره هذا الحكم – أي حكم المادة ٦٣ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ قبل تعديلها بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨ – لم يشأ أن يضار المجند من جراء عدم تعيينه نتيجة استدعائه للخدمة العسكرية ، مما ترتب عليه تأخيره فى التعيين عن =زملائه فى التخرج ، بسبب لم يكن لإرادته دخل فيه ، وهو قيامه باعتباره مجنداً بأشرف عمل لحماية الوطن وأداء ضريبة الدم ، ولذلك حرص المشرع على مساواته بهم فى الأقدمية عندما يتقدم للتعيين عقب انتهائه مباشرة من خدمته الإلزامية ، وهذا النص يعتبر فى الحقيقة استثناء من الأصل العام فى تحديد الأقدمية ، وهو حسابها من تاريخ التعيين) ، حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ١٥ ق. عليا - جلسة ١٩٧٤/٢/١٦، مشار إليه: أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٥ ، ١٩٦.

(٣) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٢٧ ق.عليا – جلسة ١٩٨٥/١١/٩ ، مشار إليه : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٦.

أحكام المادة ٤٤ ، خاصة ما يتعلق بتحديد نطاقها ، والشروط اللازمة للاستفادة من أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، ومفهوم الزميل وحدود التقيد به ، وهو ما سوف نجلي ملامحه هنا فى هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: نطاق وشروط تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

المطلب الثاني: مفهوم الزميل فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها وحدود التقيد به ، والآثار المترتبة على تطبيق أحكامها.

المطلـــب الأول

نطاق وشروط تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

باستعراض نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، نجد أنها تخاطب فئات محددة تخضع لنطاقها الشخصي ، كما يُستنبط من عبارتها ضرورة توافر شروط محددة ولازمة لتطبيق أحكامها ، على هذه الفئات وإعمال آثارها.

وهو ما سوف نستعرضه فى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نطاق تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الفرع الثاني: شروط تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الفرع الأول: نطاق تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

لقد نصت المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية على أن: (تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة ، بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية العاملة للمجندين ، الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها ، بالجهاز الإداري للدولة ، ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، ووحدات القطاع العام ، كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة ، كما تحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام ، والجهات التي تتطلب الخبرة أو تشترطها عند التعيين أو الترقية ، ويستحقون عنها العلاوات المقررة ، وتحدد تلك المدة بشهادة من الجهة المختصة بوزارة الدفاع.

<u>وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على حساب هذه المدة على النحو المتقدم ، أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم ، على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى</u>

التخرج الذين عينوا فى ذات الجهة.

ويعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، ومع عدم المساس بالحقوق المقررة بهذه المادة لا يجوز الاستناد إلى الأقدمية المقررة بها للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت فى الفترة من ١٩٦٨/١٢/١ وحتى ١٩٨٠/١٢/١ تاريخ العمل بالقانون)[١].

ويتضح من خلال عبارات نص المادة ٤٤ آنفة الذكر ، أنها تخاطب فئات محددة تخضع لنطاقها الشخصي ، وهي فئات المجندين الذين يتم تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، ووحدات القطاع العام.

وأن هذه الفئات - فى ضوء النص المتقدم – يجب توافر ضوابط معينة بشأنهم وهي:

أولاً: أن يكون المطالب بضم مدة خدمته العسكرية من المجندين دون غيرهم.

ثانياً: أن يكون من المجندين الذين يتم تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية ، والهيئات العامة ووحدات القطاع العام ، دون غيرهم من العاملين بالقطاعات الأخرى.

وهو ما سنعرض له بالتفصيل المناسب على النحو التالي:-

الضابط الأول: أن يكون المطالب بضم مدة خدمته العسكرية من المجندين دون غيرهم.

يستفاد من نص المادة ٤٤ آنفة الذكر أنها تخاطب طائفة المجندين ، ويقصد بذلك المجندون إلزامياً دون غيرهم ، وبالتالي يخرج من نطاقها طائفة المتطوعين بالخدمة بالقوات المسلحة ، ولا يجوز لهؤلاء – أي الفئة الأخيرة – المطالبة بضم مدة خدمتهم العسكرية بالقوات المسلحة ، استناداً إلى نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

وهو ما أكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٥/٤/١٧ [٢] ، حيث انتهت إلى أن: (المشرع قد تناول بالتنظيم كيفية حساب مدد التطوع فى القوات المسلحة بتشريعات متعاقبة على النحو المتقدم ، ولم يضع

(١) تم تعديلها أولاً بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٨٢.

(٢) فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٢٩٠/٥/٨٦ – جلسة ١٩٨٥/٤/١٧ ، مشار إليها: أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٩ ، ٢٠٠.

على حسابها قيوداً معينة كقيد عدم جواز أن يسبق المجند زميله فى التخرج الوارد بنص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه ، مما يقطع بأن هناك نظاماً خاصاً بالمتطوعين [١] ، فيما يتعلق بضم مدد تطوعهم عند تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة أو القطاع العام ، يختلف عن النظام الذي أورده المشرع فى المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف الذكر ، خاصاً بحساب مدة الخدمة الإلزامية ومدة الاستبقاء للمجندين إلزامياً ، ولا يجوز فى هذا الصدد الخلط بين هذين النظامين ، طالما تكفل المشرع ببيان النظام الخاص لكل من الطائفتين ، ومن ثم فإن الحكم الوارد بالمادة " ٤٤ " من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف البيان مقصور على طائفة المجندين إلزامياً ولا ينطبق على طائفة المتطوعين).

الضابط الثاني: أن يكون من المجندين اللذين تم تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام دون غيرهم من العاملين بالقطاعات الأخرى.

لا تخاطب المادة ٤٤ آنفة الذكر فئات المجندين إلزامياً – على النحو المتقدم – بصفة عامة ، وإنما يجب بالإضافة لذلك أن يكون ممن تم تعيينه – أثناء الخدمة أو بعد انقضائها – بالجهاز الإداري للدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو وحدات القطاع العام ، وهي الجهات المشار إليها بعبارة نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ آنفة الذكر.

وبالتالي يخرج من نطاقها طائفة المجندين – إلزامياً – الذين يتم تعيينهم بالقطاعات الأخرى غير الجهات المحددة بنص المادة ٤٤ على النحو المتقدم ، كمن يعين بإحدى الجمعيات أو المؤسسات الأهلية ، أو من يلحق بإحدى شركات قطاع الأعمال العام أو شركات المساهمة ، أو من يعين بإحدى الأندية أو الاتحادات الرياضية ذات الأشخاص المعنوية الخاصة ، إذ لا اجتهاد مع صراحة النص ، لا سيما وأن الجهات المحددة بصلب المادة ٤٤ قد وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال ، طبقاً لصريح عبارات المادة ٤٤ آنفة الذكر.

كما يخرج أيضاً من نطاق أحكام المادة ٤٤ آنفة الذكر ، من يلحق بالعمل من المجندين إلزامياً بإحدى الجهات المحددة على سبيل الحصر بالمادة ٤٤ - وهي الجهاز

(١) راجع فى نظام التطوع بالخدمة فى القوات المسلحة تفصيلياً: المستشار/ فؤاد أحمد عامر – الموسوعة القضائية العسكرية – الجزء الأول (التجنيد والقضاء الإداري والعسكري) – دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة – الطبعة الأولي – ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م – صـ ١٧ وما بعدها.

الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام - بطريق غير التعيين ، كما يلحق بالأعمال العارضة بهذه الجهات ، أو بالعقود المؤقتة بها [(١)].

وذلك طبقاً لصريح نص المادة ٤٤ ، حيث أوردت عبارة : " تعتبر مدة الخدمة العسكرية ..... للمجندين الذين يتم تعيينهم ... " والقاعدة الأصولية المستقرة أنه لا اجتهاد مع صراحة النص.

وبالتالي لا بد أن يكون شغل المجند وإلحاقه بالعمل بإحدى هذه الجهات المشار إليه حصراً بالمادة ٤٤ آنفة الذكر ، بطريق التعيين فقط وليس بطريق آخر ، سواء كان التعيين بصفة عامة أم بصفة استثنائية فى الأحوال الجائزة قانوناً.

وقد أشارت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى هذا الضابط بقولها [(٢)]: (إن المشرع رعاية للمجند حتى لا يضار بتجنيده ، اعتبر مدة خدمته العسكرية كأنها قضيت فى الخدمة المدنية ، واشترط لذلك ، أن يتخللها أو يعقبها مباشرة التعيين فى إحدى الجهات الواردة على سبيل الحصر فى المادة المشار إليها - ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠).

وهو ما أكدته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٠٠٤/٣/٧ بقولها [(٣)]: (المادة ٤٤ من قانون ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سريانها على المجندين الحاصلين على مؤهلاتٍ دراسية دون

---

(١) لأن التعيين يعني شغل العامل لوظيفة دائمة ومستقرة ، داخل الهيكل الإداري والتنظيمي للجهة التي يعمل بها ، بخلاف الأعمال العارضة أو المؤقتة ، والتي تعني العمل بصفة استثنائية أو وقتية محددة ، إما بإنجاز عمل معين ، وإما بمدة ينتهي العقد بانتهائها - وإن كان يجوز تجديده بإرادة الطرفين - خاصة وأنها تخضع فى نظامها القانوني لنصوص العقد المبرم ، طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وقد أشار قرار وزير التنمية الإدارية رقم ٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن توظيف العاملين بأعمال مؤقتة ، إلى أن الأعمال المؤقتة هي الأعمال التي تتم بصفة عارضة أو موسمية ، راجع ذلك: المستشار/ سمير يوسف البهي - شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ - المرجع السابق - صـ ٩٣ وما بعدها.

مع الأخذ فى الاعتبار أنه لا يشترط فى الشغل الدائم للوظيفة أن يكون ذلك لكل الوقت átemps complet ، راجع:

- CE, 20 JANUARY 1967, Chambre des metiers de deux severes, Actualitè juridique – droit, administratif, 1967, p 358.

وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يحق للبيطري الذي يعمل فى وحدة محلية أن يتمسك بالضمانات الممنوحة للموظفين ، طالما أنه يشغل وظيفة بصفة عارضة ، راجع:

- CE 10 mai 1918, Claudel, Alain plantey, traitè pratique de la fonction publique librairie Gènèral de droit et de jurisprudence, 2 ed, 1963 p25.

- راجع ذلك :د/ عبد الحميد كمال حشيش - المرجع السابق - صـ ١٧٢ ، صـ ١٧٣.

- رغم أن القضاء الإداري فى فرنسا قد بسط رقابته ليدعم بصورة مباشرة ضمانات الموظف العام وحقوقه ، راجع:

- Alain plantey, traite pratiaue, op. p 10.

(٢) فتوى الجمعية العمومية ملف رقم ٧٨٨/٣/٨٦ - فى ١٩٩١/١١/٣ ، مشار إليها : أ/ محمود صالح - المرجع السابق - صـ ١٩٦ ، ١٩٧.

(٣) حكم محكمة النقض - الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/٧ ، مشار إليه : مجلة المحاماة - العدد الرابع - الفصل الخاص بأحكام النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى سبتمبر ٢٠٠٤ (الدائرة العمالية) - صـ ٣٦٩ ، ٣٧٠.

غيرهم. شرطه أن تكون الوظيفة المعين عليها تتطلب عند التعيين مؤهلاً ....).

- موقف أعضاء هيئة التدريس بالجامعات ومعاهد البحث العلمي ومعاونيهم من المدرسين المساعدين والمعيدين ، بالنسبة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية:

لقد أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتواها الصادرة فى ١٩٩٨/٦/٨[1] على عدم انطباق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٨٠ على هذه الفئة ، التي تنظم شئونهم تنظيم خاص بموجب أحكام قانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته ، وبالتالي فإنهم غير مخاطبين بها ، وفي هذا تقول الجمعية العمومية: (إن أعضاء هيئة التدريس بالجامعات ومعاونيهم من المدرسين المساعدين والمعيدين يخضعون فى شئونهم الوظيفية لتنظيم خاص ، نظمه قانون تنظيم الجامعات المشار إليه على نحو يأبى مع نظام ضم مدة الخدمة السابقة ، ولا يسمح بالاعتداد بمدة الخدمة العامة كما هو الشأن بالنسبة للعاملين المدنيين بالدولة ، ومن ثم لا ينطبق على أعضاء هيئة التدريس ولا على مدرسين المساعدين والمعيدين أحكام ضم هذه المدد ، ويؤكد ذلك أن المشرع حينما أراد الاعتداد بأثر مدة الاستبقاء على العلاقة الوظيفية التي ينظمها قانون تنظيم الجامعات لهؤلاء قضي صراحة فى المادة " ٢٠٥ " من هذا القانون بأن تخصص المدة المنصوص عليها فى المادة " ٦٩/ أولاً/١ " سنة واحدة بالنسبة للمدرسين الذين خدموا القوات المسلحة مجندين وهم معيدون أو مدرسون مساعدون ، شريطة ألا تقل مدة الاستبقاء بعد أداء الخدمة الإجبارية عن سنة ، وأن يكونوا قد أدوها على وجه مرض؛ مؤدى ذلك: عدم انطباق نص المادة "٤٤" من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٨٠ ونص المادة " ١٣١ " من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن الخدمة العامة ، للشاب الذي أنهي المراحل التعليمية ، على المعيدين والمدرسين المساعدين وأعضاء هيئة التدريس بالجامعات ومعاهد البحث العلمي).

(١) فتوى الجمعية العمومية - رقم ٧١٤ بتاريخ ١٩٩٨/٦/٨ – ملف رقم ٩٤٥/٣/٨٦ ، مشار إليها : د/ حسن محمد هند - الموسوعة القضائية فى شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وتعديلاته – دار الكتب القانونية – طبعة ٢٠٠٥– صـ ٣٤٣.

الفرع الثاني: شروط تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

لقد نصت المادة (٤٤) من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩ على أن: (تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة، بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية العاملة للمجندين، الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها، بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام، كأنها قضيت بالخدمة المدنية، وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة، كما تحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام والجهات التي تتطلب الخبرة أو تشترطها عند التعيين أو الترقية، ويستحقون عنها العلاوات المقررة، وتحدد تلك المدة بشهادة من الجهة المختصة بوزارة الدفاع.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على حساب هذه المدة على النحو المتقدم، أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم، على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج الذين عينوا فى ذات الجهة).

وبالتالي يستنبط من عباراتها ضرورة توافر مجموعة من الشروط اللازمة – مجتمعة - لتطبيق أحكامها وإعمال آثارها بالنسبة للفئات الخاضعة لنطاقها الشخصي، وهي:

١ - أن يكون طلب احتسابها عند التعيين الأول فى إحدى الجهات المحددة حصراً فى المادة ٤٤ آنفة الذكر.

٢ - أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجنداً أدى الخدمة العسكرية فعلياً.

٣ - أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجنداً حاصلاً على مؤهلٍ دراسيٍ.

٤ - عدم سقوط الحق فى طلب احتساب مدة الخدمة العسكرية بالتقادم الطويل.

٥ - مراعاة قيد الزميل المنصوص عليها فى المادة ٤٤ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

وهو ما سنعرض له بالتفصيل المناسب على النحو التالي:-

الشرط الأول: أن يكون طلب احتسابها عند التعيين الأول فى إحدى الجهات المحددة حصراً فى المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية:

يستفاد من عبارة نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، والتي أشارت إلى أنه: (تعتبر مدة الخدمة العسكرية ..... للمجندين الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها بالجهاز الإداري للدولة ، .... كأنها قضيت بالخدمة المدنية) أنها تشترط لذلك أن يكون التعيين فى أثناء مدة التجنيد أو يعقبها مباشرة - التعيين - فى إحدى الجهات الواردة على سبيل الحصر ، فى صلب الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، وهو ما يستتبع بالضرورة أن يكون حسابها عند التعيين الأول فى إحدى تلك الجهات ، وهو ما استقر عليه افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، حيث ذهبت إلى أن [1]: (حساب مدة التجنيد طبقاً للمادة ٤٤ يتعين أن يكون عند التعيين الأول فى إحدى الجهات الواردة بنص هذه المادة ، سواء أثناء مدة التجنيد أو بعد انقضائها ، ومتي طبق هذا النص فى شأن العامل وضمت له مدة الخدمة العسكرية – كلها أو بعضها – بحسب الأحوال ، أو لم تحسب بسبب قيد الزميل ، فإنه يكون قد استنفد حقه المقرر بالمادة ٤٤ ، ولا يجوز له أن يطلب إعادة حسابها عند تعيينه مرة أخرى أو نقله إلى جهة أخرى ، من الجهات المشار إليها فى هذه المادة ، ولو كان تعيينه تعييناً جديداً منبت الصلة بتعيينه السابق ، ولو لم يستصحب أي أثر من آثار مدة خدمته السابقة).

وهو ذات ما سبق وأكدته فى فتواها الصادرة فى ١٩٩٣/٤/٤ حيث قررت بأن [2]: (المشرع رعاية للمجند حتى لا يضار بتجنيده اعتبر مدة خدمته العسكرية كأنها قضيت فى الخدمة المدنية ، واشترط لذلك أن يتخللها أو يعقبها مباشرة التعيين فى إحدى الجهات الواردة على سبيل الحصر فى المادة المشار إليها – ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – وهو ما يستتبع بالضرورة أن يكون حسابها عند التعيين الأول فى إحدى تلك الجهات سواء أثناء مدة التجنيد أو بعد انقضائها).

---

(١) فتوى الجمعية العمومية - رقم ٥ – ملف رقم ٨٥١/٣/٨٦ – جلسة ١٩٩٩/١/٥ ، مشار إليها : د/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة – الكتاب الأول – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – بدون سنة نشر – صـ ١٦٠ ، ١٦١.

(٢) فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٨٣٦/٣/٨٦ – جلسة ١٩٩٣/٤/٤ ، راجع ذلك :أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٦ ، ١٩٧.
- وهو ذات ما قررته أيضاً فتوى إدارة الفتوى لوزارة النقل البحري بمدينة الإسكندرية - رقم ٤١ فى ١٩٩٤/١/٨ - ملف رقم ٢٧/١٨/١ ، مشار إليها :أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٧.

الشرط الثاني: أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجنداً أدى الخدمة العسكرية فعلياً:

يستفاد من نص المادة ٤٤ آنفة الذكر ، ضرورة أن يكون المجند طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية قد أداها فعلياً ، وبالتالي لا يستفيد من أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية من استثني من الالتزام بأداء الخدمة العسكرية ، أو أعفي منها ، لأنهم لا يعتبرون مؤدين لهذه الخدمة فعلياً.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى العديد من المناسبات [١] ، حيث قرر بأن مناط الاستفادة بحكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ أن يؤدي المجند الخدمة العسكرية بطريقة فعلية ، أما من يستثني من الالتزام بأداء الخدمة العسكرية (طبقاً للمادة ٦) أو الإعفاء منها (طبقاً للمادة ٧ من ذات القانون) لا يعتبرون مؤدين لهذه الخدمة ، ومن ثم فلا استفادة لهم من حكم المادة ٤٤ من هذا القانون.

الشرط الثالث: أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجنداً حاصلاً على مؤهلٍ دراسيٍ:-

يتضح بجلاء من عبارة الفقرة الثالثة من نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ آنفة الذكر ، والتي أشارت إلى أنه فى جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على حساب مدة التجنيد أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج ، أنها تشترط لحساب مدة الخدمة العسكرية أن يكون المجند عاملاً مؤهلاً ، أي حاصل على مؤهلٍ دراسيٍ.

وهو ما استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، حيث ذهبت إلى أن [٢]: (ولما كانت عبارة " زميل التخرج " التي وردت فى النصوص المشار إليها تعني زميل الدراسة فى الكلية أو المعهد أو الدراسة ، الذي ينهي الدراسة معه فى نفس الوقت ، ومن ثم فإنه يشترط لضم مدة التجنيد أن يكون العامل مؤهلاً ، وهو الأمر الذي يتضح بجلاء من الفقرة الثالثة من المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ والتي تنصرف فقرتها إلى جميع فقرات النص ، حيث أشارت إلى أنه فى جميع

(١) راجع فى هذا المعني: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٧٥ لسنة ٢٦ ق عليا – جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ ، مشار إليه: أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٨.

(٢) فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٦٥٧/٣/٨٦ – جلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ ، مشار إليها : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٩.

الأحوال لا يجوز أن يترتب على حساب مدة التجنيد وعلى النحو المتقدم – أي على النحو الوارد بنص المادة ٤٤ سالفة الذكر – أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج ، وهو ما يتفق مع المذكرات الإيضاحية لقوانين التجنيد المتعاقبة ، فضلاً عن اتفاقه مع مضمون ومفهوم عبارة نص التشريع. يؤكد ذلك أن القول بحساب مدة الخدمة العسكرية للمجندين غير المؤهلين وسريان القيد الخاص بزميل التخرج على المجندين المؤهلين فقط ، يترتب عليه حساب مدة التجنيد لغير المؤهلين كاملة دون أن يحدها قيد – فى حين أن مدة التجنيد لا تحسب كلها أو بعضها للمجند المؤهل إذا توافر فى شأنه قيد الزميل - ويكون المجند غير المؤهل فى وضع أفضل من المجند المؤهل ، وهي نتيجة لم يردها المشرع).

وقد أكدت الجمعية العمومية أيضاً على أن نص المادة ٤٤ جاء عاماً فيما يتعلق بالمؤهل الذي يعين العامل بموجبه ، فيستوي أن يكون مؤهلاً جامعياً أو متوسطاً أو أقل من المتوسط "الإعدادية" – دون ما يدنوها من الشهادات - وفي هذا تقول الجمعية العمومية [1]: (العامل الحاصل على مؤهل أقل من المتوسط يفيد من حكم المادة " ٤٤ " من قانون الخدمة العسكرية والوطنية – أساس ذلك: أن نص المادة " ٤٤ " جاء عاماً فيما يتعلق بالمؤهل الذي يعين العامل بموجبه – لم يشترط المشرع أن يكون العامل حاصلاً على مؤهل جامعي أو متوسط أو أقل من المتوسط – أساس ذلك: إعمال القاعدة الأصولية فى التفسير التي تقضي بأن العام يستغرق عموم أفراده ما لم يخصص ، وأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يوجد ما يقيده – مؤدى ذلك – إفادة العامل الحاصل على شهادة الإعدادية دون ما يدونها من الشهادات ، من حكم المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠).

وقد فصلت محكمة النقض هذا الشرط تفصيلاً دقيقاً ، حيث انتهت إلى أن [2] المادة ٤٤ من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ يقتضي سريانها على المجندين الحاصلين على مؤهلات دراسية دون غيرهم ، وأوردت قيداً مهما وضابطاً لازماً على هذا المؤهل ، وهو ضرورة أن تكون الوظيفة المعين عليها – المطالب بضم مدة خدمته – تتطلب عند

(١) فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٦٥٧/٣/٨٦ – جلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ – مشار إليها : أ/ شريف أحمد الطباخ و د/ عزت منصور – الموسوعة الحديثة فى شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة – الجزء الأول – المركز القومي للإصدارات القانونية – الطبعة الأولى – ٢٠٠٦– صـ ٤٦٦.

- وراجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٣٠ ق عليا – جلسة ١٩٨٦/١١/٩ ، مشار إليه : أ/ شريف أحمد الطباخ و د/ عزت منصور – المرجع السابق – صـ ٤٦٦.

(٢) حكم محكمة النقض – الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٤/٣/٧ ، مشار إليه : مجلة المحاماة – العدد الرابع – مرجع سابق – صـ ٣٦٩ ، ٣٧٠.

التعيين مؤهلاً ، وأن تكون مدة التجنيد المطالب بضمها لمدة الخدمة المدنية ، قد تمت طبقاً للمؤهل المشترط للتعيين وتاليه لتاريخ الحصول عليه.

وهو ما يظهر – واضحاً جلياً – تفهماً عميقاً ودقيقاً من قبل محكمة النقض لمرامي النص ، ومراد المشرع منه.

الشرط الرابع: عدم سقوط الحق فى طلب احتساب مدة الخدمة العسكرية بالتقادم الطويل:

رغم أن دعوى المطالبة بضم مدة الخدمة العسكرية هي من دعاوى التسويات [١] والتي لا تتقيد بميعاد معين لإقامتها ، إلا أنه يجب أن تقام قبل مضي خمسة عشرة عاماً على نشوء الحق فى المطالبة بها ، والذي يبدأ من تاريخ التعيين ، لأنه التاريخ الذي يكتمل به مركز الموظف ويحق له من هذا التاريخ المطالبة بضم مدة خدمته ، فإذا انقضت مدة خمسة عشرة عاماً على التحاق الموظف وتعيينه بإحدى الجهات المحددة على سبيل الحصر فى المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، ولم يطلب خلالها بضم مدة خدمته العسكرية قضائياً ، أو يقوم بإجراء قاطع لهذا التقادم فقط سقط حقه بالتقادم الطويل فى المطالبة بضمها.

وفي هذا الشأن تقول المحكمة الإدارية العليا [٢]: (ومن حيث إن القاعدة العامة أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة عاماً طبقاً للمادة ٣٧٤ من القانون المدني ، ومن حيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد اضطرد على أنه وإن كانت قواعد القانون المدني قد وضعت أصلاً لتحكم روابط القانون الخاص ، ولا تسري وجوباً على روابط القانون العام ، إلا أن القضاء الإداري له أن يطبق من تلك القواعد ما يتلاءم مع هذه الروابط ويتفق مع طبيعتها ، اللهم إلا إذا وجد النص التشريعي الخاص بمسألة معينة فعندئذ وجب التزام النص ، وقد جاءت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ،

(١) وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن التفرقة بين دعاوى الإلغاء ودعاوى التسوية تقوم على أساس النظر إلى المصدر الذي يستمد منه العامل حقه ، فإن كان هذا الحق مستمداً مباشرة من قاعدة تنظيمية (قانون أو لائحة) كانت الدعوى تسوية ، وكانت القرارات الصادرة من جهة الإدارة فى هذا الشأن محض إجراءات تنفيذية ، تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة العامل وحمل ما نص عليه القانون إليه ، أما إذا كان الأمر موكولا للسلطة التقديرية للجهة الإدارية ، فإن قرارها الصادر بالمنح أو المنع يعد من قبيل القرارات المنشئة ، وتضحى الدعوى من ثم من دعاوى الإلغاء ، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٣٣ ق.عليا – جلسة ١٩٨٩/١/١ ، مشار إليه: د/ نعيم عطية و أ/ حسن الفكهاني – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٣٣ – المرجع السابق – صـ ٩٦٢ ، ٩٦٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ – الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٢٩ ق. عليا – جلسة ١٩٨٥/٢/١٥ ، وراجع أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٤٤ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٠ ، وأيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ – الطعن رقم ٣٤٠٤٨ لسنة ٥٢ ق. عليا – جلسة ٢٠١١/٤/٢ – أحكام غير منشورة.

وآخرها القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، خلواً من تحديد مواعيد معينة لرفع الدعاوى فى المنازعات الإدارية التي يختص بنظرها بهيئة القضاء الإداري ، إلا ما تعلق منها بطلبات الإلغاء ، ومن ثم فإن غيرها من الطلبات يجوز لذوي الشأن رفعها متي كان الحق المطالب به لم يسقط بالتقادم طبقاً لقواعد القانون المدني ، وذلك بحسبان أن فكرة التقادم المسقط الذي هو طريق لانقضاء الديون ، التي لم تنقض بأي طريق آخر ، لا تتعارض فى طبيعتها ومفهومها مع روابط القانون العام ، إذ أنه إذا كان للتقادم المسقط للمطالبة بالحقوق فى نطاق روابط القانون الخاص حكمته التشريعية المتعلقة باستقرار الحقوق ، فإن حكمته فى مجال روابط القانون العام تجد تبريرها على نحو ألزم وأوجب ، لاستقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية لعمال المرافق العامة ، استقراراً تمليه المصلحة العامة وحسن سير المرفق).

ولذلك انتهت محكمة القضاء الإداري فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٩/٢/٢٦[1] إلى أنه: (متي كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعي يطلب الحكم بأحقيته فى ضم مدة خدمته العسكرية ، وكذا مدة استبقائه كضابط احتياط والتي قضاها قبل تعيينه بالجهة الإدارية المدعي عليها والحاصل بتاريخ ١٩٧٩/٩/٢٩ ، إلا أنه لم يقم دعواه الماثلة إلا بتاريخ ٢٠١٣/٥/٢٦ ، وبعد مرور ما يزيد على خمسة عشر عاماً من تاريخ نشوء الحق المطالب به ، ومن ثم يكون حقه فى المطالبة بضم تلك المدة قد سقط بالتقادم الطويل ، لا سيما وأنه لم يثبت من سائر أوراق الدعوى قيامه باتخاذ أي إجراء قاطع لمدة التقادم قبل اكتمالها).

الشرط الخامس: مراعاة قيد الزميل المنصوص عليها بالمادة ٤٤ قبل تعديلها.

سبق القول بأن المشرع رعاية منه للمجند وهو يقوم بواجب من أقدس الواجبات الوطنية وأشرفها ، اعتبر مدة خدمته العسكرية فى مقام الخدمة المدنية كأصل عام ، وقرر حسابها كمدة أقدمية بالنسبة للعاملين بالجهاز الإداري للدولة وبالجهات المشار إليها حصراً بالمادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، وتحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – فى الدعوى رقم ٩٠٠٩ لسنة ١٨ ق – جلسة ٢٠١٩/٢/٢٦ – غير منشور.
- مع مراعاة أنه ولئن كان الأصل فى التقادم المنصوص عليه فى القانون المدني أنه لا يترتب على اكتمال مدته سقوط الالتزام من تلقاء ذاته ، بل لا بد أن يتمسك به المدين ، إلا أن ذلك الأصل لا يتسق مع روابط القانون العام إلا بالقدر الذي يتفق مع طبيعتها ، بحيث يكون سقوط الالتزام باكتمال مدة التقادم أمراً حتمياً لا يتوقف على دفع من جهة الإدارة ، بل يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، فالتقادم فى مجال القانون العام يعتبر جزءا من النظام العام لتعلقه باعتبارات تنظيمية تتعلق بالمصلحة العامة ، تستهدف استقرار الأوضاع الادارية وعدم تعريض ميزانية الدولة للمفاجآت والاضطرابات التي تعجزها عن الوفاء بمتطلبات إشباع الحاجات العامة وتسيير المرافق العامة بانتظام وباضطراد ، راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٨١٩ لسنة ٥١ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٢ – غير منشور.

بيد أن المشرع أورد قيداً وحيداً على ذلك ، وهو ضرورة ألا يسبق العامل الذي ضمت له مدة خدمته العسكرية زميله فى التخرج ، المعين معه فى ذات الجهة ، وعلى هذا المقتضى فإن إعمال هذا القيد يكون فى حدوده التي رسمها المشرع ، وهو ألا يكون تجنيده سبباً فى الإضرار به ، وألا يترتب على ضم مدة خدمته العسكرية إلى مدة خدمته الوظيفية سبباً فى الإضرار بزملائه من دفعة تخرجه أو السابقين عليها والمعين معه بذات الجهة [1].

وسوف نجلي مفهوم الزميل وحدود التقيد به تفصيلاً فى المطلب التالي.

(١) راجع ذلك: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - رقم ٧٤ – ملف رقم ٩٧٣/٢/٨٦ – جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥ ، مشار إليها : المستشار/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة – المرجع السابق – صـ ١٥٨.

المطلـــــب الثـــــاني

مفهوم الزميل فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها وحدود التقيد به ، والآثار المترتبة على تطبيق أحكامها

سبق القول بأن المشرع قد أورد قيداً وحيداً على حساب مدة الخدمة العسكرية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، وهو ضرورة ألا يسبق العامل المجند بناء على ضم مدة خدمته العسكرية زميله فى التخرج المعين معه فى ذات الجهة ، فإذا وجد هذا الزميل كان يجب ألا يترتب على ضم مدة خدمة المجند العسكرية إضرار بهذا الزميل .

الأمر الذي يقتضي أن نتناول أولاً تحديد مفهوم الزميل ، ثم نعرج ثانياً إلى استعراض حدود التقيد به ، والآثار المترتبة على تطبيق المادة ٤٤ قبل تعديلها ، وهو ما سنعرض له على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم الزميل فى ضوء نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الفرع الثاني: حدود التقيد بالزميل ، والآثار المترتبة على تطبيق المادة (٤٤) قبل تعديلها.

الفرع الأول: مفهوم الزميل فى ضوء نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية على أنه: (... وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على حساب هذه المدة على النحو المتقدم ، أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج الذين عينوا فى ذات الجهة).

وبالتالي يؤخذ من هذا النص أنه يشترط لاعتبار العامل زميلاً للمجند – حتى يمكن أن يقيده فى ضم مدة خدمته العسكرية – توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون قد عين مع المجند المطلوب ضم مدة خدمته العسكرية فى ذات التاريخ أو فى تاريخ سابق عليه.

الشرط الثاني: أن يكون الزميل المقارن به والمجند قد عينا فى جهة واحدة.

وقد أكدت الجمعية العمومية على هذين الشرطين بقولها [١]: (وعلى ذات النهج والعلة ذاتها استمد المشرع فى قانون الخدمة العسكرية والوطنية ذات المبدأ ، فنص على اعتبار مدة الخدمة العسكرية والوطنية للمجند فى مقام الخدمة المدنية ، فتحسب كمدة أقدمية بالنسبة إلى العاملين بالجهاز الإداري للدولة ، وكمدة خبرة بالنسبة إلى العاملين بالقطاع العام ، على ألا يسبق العامل الذي ضمت له مدة الخدمة العسكرية زميله فى التخرج المعين فى ذات الجهة ، سواء فى ذات التاريخ أو فى تاريخ سابق عليه).

الشرط الثالث: أن يكون حاصلاً على ذات مؤهل المجند فى ذات التاريخ أو فى تاريخ سابق عليه:-

لقد آثار هذا الشرط اختلافاً كبيراً فى الاتجاهات القضائية والافتائية ، حيث ذهبت الجمعية العمومية ، والمحكمة الإدارية العليا فى اتجاهها الأول إلى تأييد هذا الشرط والنص عليه.

وفى هذا تقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع [٢]: (.... إن المقصود بالزميل فى التخرج فى مفهوم قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، هو من يحمل ذات المؤهل الذي يحمله المجند ، فى ذات التاريخ أو فى تاريخ سابق عليه وعين قبله).

كما انتهت المحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد [٣] إلى أن مدلول الزميل ينصرف بطبيعة الحال إلى زميل المجند ، ممن يحمل ذات المؤهل فى ذات التاريخ ، والذي يكون قد عين مع المجند فى ذات التاريخ أو فى تاريخ سابق ، ومن يعين بعد ذلك لا يجوز اعتباره زميلاً فى هذا الصدد.

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – ملف رقم ٩٥٦/٣/٨٦ – ج ١٩٩٨/٣/٤ ، راجع ذلك : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ٢٠١ ، ٢٠٢.

(٢) فتوى الجمعية العمومية – رقم ٣٧٧ - ملف رقم ٦٧١/٣/١٨٦ – ج ١٩٨٣/٢/١٦ ، راجع ذلك : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ٢٠٣.

(٣) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٩ ق عليا - جلسة ١٩٨٥/٢/٢٤ ، مشار إليه: أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ٢٠٤.

- وقد أيدت هذا الاتجاه أيضاً فى حكمها الصادر فى ٢٠٠٣/٣/٢ ، حيث انتهت إلى أن: (المقصود بالزميل فى التخرج هو من يحمل ذات المؤهل الذي يحمله المجند فى ذات التاريخ أو فى تاريخ سابق عليه وعين قبله) ، راجع: حكمها فى الطعن رقم ٢٣٦٥ لسنة ٤٠ ق. عليا - جلسة ٢٠٠٢/٣/٢ ، مشار إليه: مجلة المحاماة – العدد الثالث – ٢٠٠٣ – صـ ٣٨٦.

إلا أنه فى توجه آخر – نؤيده بحق – ولت المحكمة الإدارية العليا شطرها خلاف الاتجاه الأول ، فى حكمها الصادر عن دائرة توحيد المبادئ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ ق عليا [١] حيث ذهبت إلى أن المقصود بزميل المجند فى مفهوم نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠، هو الزميل الحاصل على مؤهل فى ذات تاريخ دفعة التخرج أو فى تاريخ سابق عليه ، ومقرر له ذات درجة بداية التعيين المقررة للمؤهل الحاصل عليه المجند ، وأن يكون معيناً معه فى ذات الجهة المعين بها ، وفي ذات المجموعة النوعية التي ينتمي إليها ، إلا أنه لا يشترط فى هذا الزميل أن يكون حاصلاً على ذات المؤهل.

وقد عادت المحكمة الإدارية العليا وأكدت أيضاً ذات الاتجاه الثاني ، وفصلت أسانيدها وأسبابها ، فى حكمها الصادر فى ٢٠٠٠/٥/٦ [٢] ، حيث انتهت إلى أنه: (.... وبذلك يكون المشرع قد راعي فى حساب مدة الخدمة العسكرية للمجندين التوفيق بين مصلحتين ، مصلحة المجند فى ألا يضار من مدة تجنيده وذلك بحساب هذه المدة فى أقدميته ، ومصلحة الزميل المعين معه بألا يترتب على حساب تلك المدة أن يسبقه المجند فى الأقدمية ، ولما كان المشرع قد ردد هذا القيد فى تشريعات الخدمة العسكرية المتعاقبة ، إذ نص عليه لأول مرة فى المادة ٦٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ وبعد تعديلها بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨ ، ثم بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧١ ، ثم كرره أخيراً فى نص المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، وكانت عبارة زميل التخرج التي وردت فى النصوص المشار إليها تعني زميل الدراسة فى الكلية أو المعهد أو المدرسة الذي ينهي الدراسة معه فى ذات تاريخ دفعة التخرج ، ومن ثم فإنه لا يشترط أن يكون زميل التخرج كصريح النص حاصلاً على ذات المؤهل ، بل كل ما اشترطه المشرع فى هذا الخصوص أن يكون تاريخ التخرج واحداً وفي ذات السنة وهو ما يتفق مع المذكرات الإيضاحية لقوانين التجنيد المتعاقبة ، فضلاً عن اتفاقه مع مفهوم عبارة نص التشريع التي تنص على أنه : " لا يجوز أن يترتب على حساب هذه المدة .... أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج الذين عينوا فى ذات الجهة ".

(١) حكم الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ – الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ ق. عليا – جلسة ١٩٩٩/٦/٢ ، مشار إليه : د/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة فى خصوص العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام – الكتاب الأول – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – بدون سنة نشر – صـ ١٤٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٤٦٩٠ لسنة ٤٢ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٠/٥/٦ ، راجع ذلك: د/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة – المرجع السابق – صـ ١٦٨ : ١٧١.

وبالتالي تكون العبرة فى إعمال القيد المشار إليه ، هي بأقدمية زميل المجند الحاصل على مؤهل معين من ذات دفعة التخرج – أو فى تاريخ سابق عليه - بناء قضاء المحكمة الإدارية العليا " دائرة توحيد المبادئ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ " بأن المقصود بزميل المجند فى مفهوم نص المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف الذكر ، هو الزميل الحاصل على مؤهل فى ذات تاريخ دفعة التخرج أو فى تاريخ سابق عليه ، ومقرر له ذات درجة بداية التعيين المقررة للمؤهل الحاصل عليه المجند ، وأن يكون معيناً معه بذات الجهة المعين بها ، وفي ذات المجموعة النوعية التي ينتمي إليها ، إلا أنه لا يشترط فى هذا الزميل أن يكون حاصلاً على ذات المؤهل).

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن [١]: (ومن حيث إنه لما كان الثابت بالأوراق أن الطاعنة حاصلة على ليسانس الآداب قسم اجتماع دفعة عام ١٩٨٢ فى حين أن المستشهد به السيد/..... حاصل على بكالوريوس خدمة اجتماعية دفعة عام ١٩٨٣ ، وأن الجامعة المطعون ضدها أصدرت القرار رقم ١٩٥ لسنة ١٩٨٦ بتعيينهما فى وظيفة أخصائي نشاط اجتماعي ثالث بالدرجة الثالثة بالمجموعة النوعية لوظائف الخدمة الاجتماعية ، وكان ترتيب الطاعنة أسبق على ترتيب المستشهد به فى هذا القرار ، وبناء على ذلك فإنها تكون زميلة له فى مفهوم المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف الذكر ، ومن ثم فإنه لا يجوز له ضم مدة خدمته العسكرية ، وإلا سبق الطاعنة فى الأقدمية بالمخالفة لحكم القانون).

كما أكدت هذا الاتجاه الثاني أيضاً بقولها [٢]: (ومن حيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد تواتر على أن المقصود بالزميل فى حكم المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه ، هو الحاصل على مؤهل فى ذات دفعة التخرج أو فى تاريخ سابق عليه ، ومقرر له ذات درجة بداية التعيين ، المقررة للمؤهل الحاصل عليه المجند

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – المرجع السابق.

- ولذلك قضت أيضاً بأنه: (وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده حصل على دبلوم المدارس الثانوية التجارية عام ١٩٧١ وجند بالقوات المسلحة فى الفترة من ١٩٧٢/١/١٢ حتى ١٩٧٣/١٢/١ ، ثم استبقي حتى ١٩٧٥/١٢/١ وكان قد تم تعيينه بتاريخ ١٩٧٤/٦/١ ، بوظيفة كاتب بالفئة الثامنة المكتبية ، فى حين أن زميله الذي تستشهد به الجهة الإدارية وهو السيد/ ..... فإنه ولئن كان حاصلاً على دبلوم المدارس الثانوية الزراعية عام ١٩٧٢ وعين فى ذات التاريخ ١٩٧٤/٦/١ إلا أنه بوظيفة مدرس ابتدائي بالفئة الثامنة الفنية « تعليم ابتدائي » أي بمجموعة نوعية مغايرة لتلك التي ينتمي إليها المطعون ضده ، ومن ثم لا يعتبر زميلاً بالمفهوم السالف بيانه يقيد المطعون ضده عند حساب مدة خدمته العسكرية ، وفقاً لما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا من أنه لا يتصور فى ظل نظام العاملين المدنيين ، أن يعد من عين مع المجند فى مجموعة نوعية مختلفة قيداً عليه فى حساب مدة تجنيده ، وذلك لاستقلال وتميز كل مجموعة وظيفية عن الأخرى فى سائر مجالات شئون التوظف ، وهو الأمر الذي يؤدي لزوماً إلى انتفاء مناط أعمال قيد الزميل فى هذه الحالة ، ومن ثم يكون للمطعون ضده الحق فى ضم مدة خدمته العسكرية إلى مدة خدمته بحيث ترد أقدميته فى درجة بداية التعيين إلى ١٩٧٢/١/١٢) ، راجع: الطعن رقم ٥٦٠٦ لسنة ٤٢ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٠/٤/١ ، مشار إليه: د/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة – المرجع السابق – صـ ١٧١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣٢٢٧ لسنة ٤٦ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٩ – غير منشور.

، وأن يكون معيناً فى ذات الجهة وفي ذات المجموعة النوعية ، ولا يشترط فى الزميل أن يكون حاصلاً على ذات المؤهل).

ونؤيد الاتجاه الثاني لتحديد مفهوم الزميل من قبل المحكمة الإدارية العليا ، لأن إشتراط أن يكون الزميل حاصلا على ذات مؤهل المجند يعد تحميلاً لنص المادة ٤٤ بشرط لم يرد به فى ضوء ما تقدم.

وفي تفهم دقيق للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمفهوم الزميل ، فقد ذهبت إلى أن [١] : (..... الثابت من الأوراق أن السيدة/ ..... حاصلة على دبلوم تجارة بمجموع درجات يعلو على مجموع درجات زملائها الحاصلين على ذات المؤهل فى ذات العام والمعينين معها بذات القرار – وسابقة لهم فى الترتيب بالقرار – بذات الجهة وهي جامعة الزقازيق ، والذي قامت الجامعة بضم مدة خدمتهم العسكرية ، فمن ثم تكون السيدة المذكورة زميله لهؤلاء العاملين وقيداً على أحقيتهم فى ضم مدة خدمتهم العسكرية طبقاً لحكم المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه).

وهو ما يعني أن الجمعية العمومية ترى بأن المعين مع المجند فى قرار واحد وفي جهة واحدة – بذات دفعة التخرج أو سابق عليه – لا يعتبر زميلاً له إلا إذا كان سابقا للمجند فى ترتيب الأقدمية بذات القرار ، أما إذا كان المجند يسبقه فى ترتيب الأقدمية – بذات القرار – فإن القيد الوارد فى المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف البيان لا يجد مجالاً لإعماله [٢].

وهو ما يظهر – جلياً – تفهماً عميقاً ودقيقاً من قبل الجمعية العمومية لمفهوم الزميل فى ضوء مرامي النص ، ومراد الشارع من هذا القيد.

وفي تطبيق آخر لتحديد مفهوم الزميل ، أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن [٣]: (مفهوم الزميل المشار إليه فى المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية يشمل الزميل الذي أدى مدة الخدمة العسكرية وضمت إلى أقدميته ، وكذلك الزميل الذي لم يؤد الخدمة العسكرية ، حيث إن الأساس فى مجال

(١) فتوى الجمعية العمومية – رقم ٦٣٩ – ملف رقم ٩٧٢/٣/٨٦ – جلسة ١٩٩٩/١٠/١٧ ، راجع: د/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة – المرجع السابق – صـ ١٥٦.

(٢) راجع الفتوى السابقة.

(٣) فتوى الجمعية العمومية – رقم ٧٤ – ملف رقم ٩٧٣/٣/٨٦ – جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥، مشار إليها: د/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة – المرجع السابق – صـ ١٥٩.

إعمال قيد الزميل هو أقدميته – والتي تتأثر بضم مدة خدمة المجند - حتى ولو كانت ناشئة عن ضم مدة خدمة عسكرية أو مدنية).

ولذلك انتهت إلى أنه [١]: (بتطبيق ما تقدم على الحالة المعروضة ، وكان الثابت من الأوراق أن السيد/ ..... الذي حصل على بكالوريوس تجارة سنة ١٩٨٣ بتقدير جيد ، وعين بالأزهر مع زميليه السيدين/ ..... ، ..... الحاصلين على ذات المؤهل فى ذات العام بتقدير مقبول ، وكان سابقاً عليهما فى ترتيب الأقدمية فى تاريخ التعيين ، باعتباره أعلى منهما فى مرتبة النجاح ، ثم ضمت له خدمته العسكرية وأرجعت أقدميته فى التعيين إلى ١٩٨٧/٧/١٠ ، ومن ثم يتعين عند حساب مدة الخدمة العسكرية لزميليه التاليين له فى ترتيب الأقدمية ، مراعاة قيد الزميل المنصوص عليه فى المادة ٤٤ المشار إليها ، وبالتالي لا يجوز أن يترتب على ضم مدة خدمتهما العسكرية أن يسبقاه فى الأقدمية).

(١) راجع الفتوى السابقة.

الفرع الثاني: حدود التقيد بالزميل والآثار المترتبة على تطبيق المادة (٤٤) قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩

يتضح مما سبق أن ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية للمجند فى الوظيفة ، مقيد بألا يسبق المجند زميله الذي لم يؤدِ هذه الخدمة - أو أداها وضمت له – والمعين معه بذات الجهة. فإذا وجد هذا الزميل فى ضوء المفهوم السابق بيانه – بالفرع الأول – فى الجهة التي عين فيها المجند ، فلا تحسب من مدة خدمته العسكرية – أي بالنسبة للمجند - إلا المدة التي لا يترتب عليها أن يسبق هذا الزميل [١].

إما إذا لم يوجد هذا الزميل فتحسب مدة خدمته العسكرية كاملة فى الأقدمية ، أو فى الخبرة بحسب الأحوال ، وينشأ الحق فى حساب هذه المدة من القانون مباشرة ، دون أن تخضع لتقدير ما من جهة الإدارة ، اللهم إلا للتحقق من توافر الشروط المطلوبة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ من عدمه فى ضوء ما سبق بيانه [٢].

وفي هذا تقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع [٣]: (فإذا وجد هذا الزميل. فلا تحسب له من فترة تجنيده سوى المدة التي لا يترتب عليها أن يسبق زميله ، أما إذا لم يوجد للمجند زميل فيتم حساب مدة تجنيده كاملة ، وبذلك يمكن التوفيق بين مصلحتين ، مصلحة المجند فى ألا يضار من مدة تجنيده ، ومصلحة زميله فى ألا يترتب على حساب هذه المدة أن يسبقه المجند فى الأقدمية).

وبالنسبة للأثر المترتب على حساب مدة الخدمة العسكرية ، فقد نصت عليه عجز الفقرة الأولى من نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، حيث أشارت إلى أنها – سواء ضمت مدة الخدمة العسكرية كلها لعدم وجود زميل ، أو ضمت بعضها لوجود هذا الزميل – تحسب كمدة أقدمية للعاملين بالجهاز الإداري للدولة ، وتحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام ، ويستحقون عنها العلاوات المقررة.

---

(١) مع مراعاة أن قضاء الإدارية العليا مستقر على أن التذرع بوجود زميل للطاعن – فى ظل المادة ٤٤ قبل تعديلها – لا بد أن يثبت بالأوراق ثبوتاً يقينياً ، وليس مجرد الإدعاء بوجود زميل للطاعن دون تقديم المستند المؤيد لذلك ، الأمر الذي يجعل من هذا الإدعاء قولاً مرسلاً متي لم يجد له سنداً من الأوراق ، راجع فى ذلك: تقرير مفوضي الدولة – الدائرة التاسعة/ إدارية عليا – مودع فى الطعن رقم ٥٠٨٠٧ لسنة ٦٢ ق. عليا – شهر فبراير سنة ٢٠١٩ – غير منشور.

(٢) راجع تلك الشروط: الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

(٣) فتوى الجمعية العمومية – رقم ٧٤ – ملف رقم ٩٧٣/٣/٨٦ – جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥ ، مشار إليها : د/ محمد ماهر أبو العينين – المرجع السابق – صـ ١٥٨ ، ١٥٩ ، وراجع أيضاً فى هذا المعني: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٤٦٩٠ لسنة ٤٢ ق. عليا جلسة ٢٠٠٠/٥/٦ ، مشار إليه : د/ محمد ماهر أبو العينين – المرجع السابق – صـ ١٦٨.

وقد أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى فتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ الأثر المترتب على حساب مدة الخدمة العسكرية فقررت بأن [١]: (المشرع رعاية منه للمجند وحتى لا يضار بتجنيده قرر الاعتداد بمدة خدمته العسكرية ، فتحسب فى الأقدمية بالنسبة للعاملين بالجهاز الإداري للدولة ، وتحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام).

وهو ذات ما قررته محكمة النقض فى الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٧٣ ق ، حيث قضت بأن [٢]: (أن المشرع رعاية منه للمجند وحتى لا يضار بتجنيده قرر الاعتداد بمدة خدمته العسكرية ، وحسابها فى الأقدمية بالنسبة للعاملين بالجهاز الإداري للدولة ، وكمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام ، متي كان تجنيده قد حرمه من التوظف مع زملائه الذين تخرج معهم).

---

(١) فتوى الجمعية العمومية - ملف رقم ٦٥٧/٣/٨٦ – جلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ ، راجع ذلك : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٨.

(٢) حكم محكمة النقض – الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٤/٣/٧ ، مشار إليه : مجلة المحاماة – العدد الرابع – بدون سنة طبع – الفصل الخاص بالمستحدث من مبادئ الدوائر العمالية - من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٤ – صـ ٣٦٩ ، ٣٧٠.

- وقد أوضحت فتوى إدارة الفتوى لوزارتي الخارجية والعدل ، حدود التقيد بالزميل والأثر المترتب على حساب مدة الخدمة العسكرية بقولها : (نص المادة ٦٣ من قانون الخدمة العسكرية رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧١ « تقابل المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ « لا يعطى أقدمية معينة وانما يعطى مدة خدمة تضم إلى تاريخ التعيين الفعلى للمجند ، ولا يجوز أن يترتب على حساب هذه المدة أن تزيد أقدمية المجند على أقدمية زميله فى التخرج الذي عين فى الجهة ذاتها) فتوى اللجنة الأولى بإدارة الفتوى لوزارتي الخارجية والعدل – رقم ٥١٣ فى ١٩٧٣/١١/١٩ ملف رقم ٢٥٦/٤/١٠٤ – مجموعة المبادئ التي قررتها لجان القسم الاستشاري للفتوى والتشريع - للسنوات ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ – قاعدة رقم ٧ ص ١١.

خلاصة المبحث الأول:

لقد تبين لنا من خلال هذا المبحث أن المشرع رعاية منه للمجند ، وهو يقوم بواجب من أقدس الواجبات الوطنية وأشرفها ، اعتبر مدة خدمته العسكرية فى مقام الخدمة المدنية كأصل عام ، وذلك بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، والتي قررت - استثناءً من قواعد ترتيب الأقدميات الوظيفية – بأحقية من يجند من الموظفين ، ومن يلحق بالخدمة أثناء فترة تجنيده ، أو بعد مدة التجنيد ، فى أن تعتبر مدة التجنيد التي يمضيها – بما فيها مدة الاستبقاء – شأنها شأن مدة الخدمة المدنية الفعلية ، وتحسب فى الأقدمية بالنسبة للعاملين بالجهاز الإداري للدولة ، وتحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام ، ويستحقون عنها العلاوات المقررة.

مستهدفاً بذلك ألا يضار المجند بتجنيده ، وألا يصبح فى وضع أسوء من قرينه – الذي لم يؤد هذا الواجب ولم ينل هذا الشرف – بسبب أدائه لهذا الواجب الوطني.

بيد أن المشرع أورد قيداً وحيداً على ضم مدة الخدمة العسكرية ، وهو ضرورة ألا يسبق العامل (أي المجند) الذي ضمت له مدة خدمته العسكرية زميله فى التخرج ، المعين معه فى ذات الجهة ، بذات التاريخ أو قبله ، بمعني ألا يترتب على ضم مدة خدمته العسكرية أن تزيد أقدمية المجند أو مدة خبرته ، على أقدمية أو مدة خبرة ذلك الزميل.

واتضح من خلال هذا المبحث أن الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري – بصفة عامة – لا سيما المحكمة الإدارية العليا – بصفة خاصة - والفتاوى الصادرة عن إدارات الفتوى – المتعددة – وكذا الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، قد عالجت العديد من الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩ - كما قررت العديد من المبادئ المهمة ، والضوابط اللازمة لتطبيق أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ ، خاصة ما يتعلق بتحديد نطاقها ، وشروط تطبيق أحكامها ، ومفهوم الزميل وحدود التقيد به ، والآثار المترتبة على تطبيقها.

وهو ما كان له أثر واضح فى أن تتجلى حقيقة مراد المشرع منها ، وتزيل ما اعترضها من غموض ، وترسم ملامح تطبيقها على وجه صحيح القانون على نحو ما تقدم.

المبحـــث الثـــاني

تنظيم أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

تمهيد وتقسيم:

بما أن الأصل أن السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية فى مجال تنظيمها التشريعي – ومعالجتها – للموضوعات المختلفة التي تدخل فى نطاق اختصاصها التشريعي [١] ، متي خلا الدستور من قيد يفرضه على السلطة التشريعية فى مجال تنظيمها لموضوع أو موضوعات معينة ، بمعني أن لها حرية البدائل التي تراها أولى بتحقيق الأغراض التي يستهدفها التنظيم القانوني الذي تتولاه ، وليس ثمة مسئولية عليها فى تنظيم أي موضوع – مما يدخل فى نطاق اختصاصها التشريعي – على وجه معين دون وجه آخر ، غير مقيدة فى ذلك إلا بفكرة المصلحة العامة ، باعتبارها نطاقاً لكل عمل إداري أو تشريعي [٢].

لذا فإن المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – بعد استبدالها بموجب أحكام القانون الأول – حيث قرر بأحقية المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حدٍ سواء – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية ، إلى مدة خدمتهم الوظيفية.

كما ألغي أيضاً ، القيد المقرر على ضم مدة الخدمة العسكرية ، والمسمي بقيد الزميل ، والذي كان يشترط ضرورة ألا يترتب على ضم مدة التجنيد إلى مدة الخدمة الوظيفية ، أن يسبق المجند لزميله فى التخرج ، والمعين معه بذات الجهة ، ومد نطاق هذا الإلغاء وأعمل مقتضاه بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين.

---

(١) راجع : أستاذنا د / محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر فى ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا – دار النهضة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – صـ ٣٢٦.

(٢) د / عادل عمر شريف – قضاء الدستورية (القضاء الدستوري فى مصر) – رسالة دكتوراة – مطابع دار الشعب بالقاهرة – ١٩٨٨ – صـ ٣٦٨ ، ٣٦٩.

ولقد أحدث هذا التعديل لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جلبةٍ واسعةٍ ، وكان له صدى مؤثر ، خاصة وأن مضمون هذا التعديل وتاريخ نفاذه ، والآثار المترتبة عليه ، يثير العديد من التساؤلات الملحة ، حول الباعث الرئيس للمشرع نحو هذا التعديل.

لا سيما وأن مسألة سريان أثر إلغاء قيد الزميل بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، قد أثارت حفيظة الباحثين - وأوجدت متضررين - من جراء هذا الأثر الرجعي ، مما ترتب عليه إثارة مسألة عدم دستورية الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، وهو ما لم تجد معه المحكمة الدستورية العليا بد من القضاء – حال عرض الأمر عليها – بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ ، من قانون الخدمة العسكرية والوطنية والمستبدلة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فيما نصت عليه من أن يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١.

وبما أن هذا التعديل كان له أثر واضح فى تغيير معالم – جانب من القواعد المقررة والمبادئ المستقرة بشأن – أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة الوظيفية.

الأمر الذي يقتضي تناولنا بالدراسة والتحليل ، لمضمون هذا التعديل ونطاقه ، والآثار المترتبة عليه ، وتاريخ نفاذه ، مع تعرضنا بالدراسة والتحليل أيضاً لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٢٠١١/٧/٣١ ، والقاضي بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٤٤ - بعد تعديلها - من سريان أحكامها بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، واستبيان مدى تأثير هذا الحكم الأخير على الاتجاهات القضائية الصادرة بتطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، قبل – وبعد – صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٠١١/٧/٣١.

وهو ما سنعرض له على النحو التالي:-

المطلب الأول: مضمون التعديل ونطاقه والآثار المترتبة عليه وتاريخ نفاذه.

المطلب الثاني: موقف المحكمة الدستورية العليا من الأثر الرجعي لإلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

المطـــــلب الأول

مضمون التعديل ونطاقه ، والآثار المترتبة عليه وتاريخ نفاذه.

سبق القول بأن المشرع وفي تطورٍ مهم ، وبموجب التعديلات الصادرة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، قام باستبدال نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بحيث أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية آنف الذكر.

وبما أن هذا التعديل كان له أثر واضح فى تغيير معالم – جانب من القواعد المقررة والمبادئ المستقرة بشأن – أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة الوظيفية.

لذا فإننا سوف نتناول أحكام هذا التعديل فى هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مضمون التعديل ونطاقه.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على التعديل وتاريخ نفاذه.

الفرع الأول: مضمون التعديل ونطاقه.

وسوف نقسم هذا الفرع إلى الغصنين التاليين:

الغصن الأول: مضمون تعديل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بموجب القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

الغصن الثاني: نطاق تطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

الغصن الأول: مضمون تعديل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بموجب القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

لقد نصت المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية على أن: (تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة ، بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية العاملة ، للمجندين الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها ، بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام ، كأنها قضيت بالخدمة المدنية

، وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة ، كما تحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام والجهات التي تتطلب الخبرة أو تشترطها عند التعيين أو الترقية ، ويستحقون عنها العلاوات المقررة ، وتحدد تلك المدة بشهادة من الجهة المختصة بوزارة الدفاع.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على حساب هذه المدة على النحو المتقدم ، أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم ، على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج الذين عينوا فى ذات الجهة.

ويعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، ومع عدم المساس بالحقوق المقررة بهذه المادة لا يجوز الاستناد إلى الأقدمية المقررة بها للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت فى الفترة من ١٩٦٨/١٢/١ وحتى ١٩٨٠/١٢/١ تاريخ العمل بالقانون).

ولكن المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الخدمة العسكرية والوطنية [١] ، قد نص فى مادته الأولى على أن: (يستبدل بنصوص المواد .... و ٤٤ و ...و ... من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ النصوص الآتية: .....

مادة ٤٤: تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية العاملة لجميع المجندين ، مؤهلين كانوا أو غير مؤهلين ، الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها ، بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام ، كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة.

وتحدد تلك المدة بشهادة من الجهة المختصة بوزارة الدفاع ، ويعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، ولا يجوز الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على تطبيق هذه المادة بالنسبة إلى المجندين غير المؤهلين للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل أول يناير ٢٠١٠).

(١) منشور بالجريدة الرسمية – العدد ٥٢ مكرر فى ٢٧ ديسمبر سنة ٢٠٠٩.

وبالتالي فإن المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قام باستبدال نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – آنفة الذكر – بحيث أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكامها [١] ، يتمثل فى الآتي:

أولاً: قرر المشرع بأحقية المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حدٍ سواء – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية والوطنية ، بما فيها مدة الاستبقاء ، إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، بعد أن كان الأمر مقصوراً على المجندين المؤهلين فقط ، بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها – مستبدلة – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وهو ما كان يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة بينهما ، لاشتراكهما فى أداء الخدمة العسكرية والوطنية.

ثانياً: كما ألغي المشرع بموجب المادة ٤٤ بعد استبدالها ، القيد المقرر على ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، والمسمي بقيد الزميل ، والذي كان يشترط ضرورة ألا يترتب على ضم مدة التجنيد إلى مدة الخدمة أن يسبق المجند – المطالب بضم مدة تجنيده – لزميله فى التخرج المعين معه بذات الجهة ، وهو ما يعني احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة – متي توافرت الشروط اللازمة – دون مراعاة لقيد زميل التخرج.

وقد أكدت الجمعية العمومية على هذين التعديلين - الجوهريين - فى فتواها الحديثة رقم ٦٦٦ [٢] بقولها: (أن المشرع رعاية منه للمجند وهو يقوم بواجب من أقدس الواجبات الوطنية وأشرفها ، وحتى لا يضار بتجنيده عد خدمته العسكرية فى مقام الخدمة المدنية فى حكمها ..... وبموجب التعديل الذي أجراه المشرع على هذه المادة – ٤٤ – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ساوي فى المعاملة بين العاملين المؤهلين وغير المؤهلين فى حساب مدة الخدمة العسكرية ، إدراكاً منه أن هذه التفرقة تتمثل إخلالاً بمبدأ المساواة ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية والوطنية ،

---

(١) ويلاحظ أن المشرع قام بإجراء بعض التعديلات غير الجوهرية على صياغة نص المادة ٤٤ ، ومنها إضافة عبارة: « قطاع الأعمال العام » إلى الجهات المشار إليها حصراً فى الفقرة الأولى من نص المادة ٤٤ ، وهي الجهات التي يشترط أن يعين المجند بإحداها ، حتى يحق له المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية إلى مدة خدمته الوظيفية ، ومنها أيضاً حذف عبارة: « كما تحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام والجهات التي تتطلب الخبرة أو تشترطها عند التعيين أو الترقية » من نص المادة ٤٤ قبل استبدالها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

مع الأخذ فى الاعتبار أن شركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام تعد من الأشخاص الاعتبارية الخاصة ، ولم يخولها القانون خصائص السلطة العامة أو امتيازاتها ، راجع: المستشار/ عبد المنعم دسوقي – الشركات – منشأة المعارف بالإسكندرية – طبعة ٢٠١٣ – صـ ٨٦٨ ، ٨٦٩.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – رقم ٦٦٦ – ملف رقم ١١٤٠/٣/٨٦ – جلسة ٢٠١٧/٣/٢٢ – غير منشورة.

بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية ، وقد جاء نص هذه المادة فى صيغتها المعدلة عاماً مطلقاً – من أي قيد – فيما يتعلق بضم مدة الخدمة العسكرية الإلزامية – كاملة – بما فيها مدة الاستبقاء " للمجند المؤهل وغير المؤهل " وكأنها قضيت بالخدمة المدنية ، بالنسبة إلي العاملين بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية ... ومن ثم فإن حكمها يستغرق عموم أفراده فى غيبة ما يخصصه أو يقيده ، فيستفيد منه العامل الذي تم تجنيده بمؤهل أو بدون مؤهل ، ومن باب أولي يستفيد منه العامل المؤهل أياً كانت درجة المؤهل الحاصل عليه).

ثالثاً: لم يقف المشرع عند حد إلغاء قيد الزميل فقط ، بل مد نطاق هذا الإلغاء واعمل مقتضاه ، بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، بموجب الفقرة الثانية من المادة ٤٤ بعد تعديلها – أي استبدالها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

ونري من خلال استعراضنا السابق لنص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، أن مضمون هذا التعديل – على النحو سالف البيان – جاء تكريساً لمبدأ عدم الإضرار بمن أدى ضريبة الدم من المجندين ، مؤهلين أو غير مؤهلين على حد سواء ، إعمالاً لمبدأ المساواة بينهما لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية ، بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمتهم العسكرية والوطنية – بما فيها مدة الاستبقاء – كاملة إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، دون مراعاة لأقدمية زميل التخرج – بالنسبة للمجندين المؤهلين – مستهدفاً من ذلك تفضيل من أدى أقدس الواجبات الوطنية وأشرفها - أي الخدمة العسكرية - على غيره ممن لم يؤد هذا الواجب ولم يحرز هذا الشرف ، خاصة وأن هذا القيد الملغي – ألا يسبق المجند لزميل التخرج المعين معه بذات الجهة – كان حائلاً فى كثيراً من الأحيايين عن ضم كامل مدة الخدمة العسكرية للمجند ، ومانعاً من ضم أي قدر منها فى أحايين أخرى ، حال إعمال هذا القيد قبل إلغائه.

لا سيما وأن المشرع قصد – أساساً - بموجب هذا التعديل القضاء على التفرقة – غير المبررة – بين المجندين المؤهلين وغير المؤهلين ، تكريساً لمبدأ المساواة بينهما ، لاشتراكهما فى أداء الخدمة العسكرية ، بتقرير أحقيتهما فى ضم مدة خدمتهما العسكرية على حد سواء ، وبالتالي كان من الضروري إلغاء قيد الزميل بالنسبة للمجندين المؤهلين ، لأن الإبقاء على هذا القيد بالنسبة لهذه الفئة (المؤهلين) رغم

أنه لا يصلح إعماله بالنسبة للمجندين غير المؤهلين - لعدم تصور وجود زميل دراسة وتخرج لهذه الفئة الأخيرة – يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين المؤهلين وغير المؤهلين ، حين يتم حساب مدة الخدمة العسكرية لفئة المجندين غير المؤهلين محررة دون قيد ، وتدخل كاملة فى الأقدمية ، مع بقاء هذا القيد بالنسبة لفئة المؤهلين - رغم اشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية - ولكان تفضيلاً لفئة المجندين غير المؤهلين على فئة المؤهلين ، فى كيفية احتساب مدة الخدمة العسكرية ، دون مبرر أو مسوغ مقبول لذلك.

وإن كنا نرى أيضاً فى ذات الوقت أن توجه المشرع نحو مد نطاق إلغاء قيد الزميل ، وإعمال مقتضاه بأثر رجعي ، اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، بموجب الفقرة الثانية من المادة ٤٤ بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ محل نظر ، وأقام تفرقة غير مبررة بين تاريخ نفاذ التعديل بالنسبة للمجندين المؤهلين ، وبين تاريخ نفاذ التعديل بالنسبة للمجندين غير المؤهلين ، ونرجئ الحديث عن تلك المسألة هنا ، وسوف نتعرض لها بالتفصيل المناسب حال تناولنا لتاريخ نفاذ هذا التعديل.

الفصل الثاني: نطاق تطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

لم يخرج المشرع بصفة عامة فى تحديده للفئات الخاضعة للنطاق الشخصي للمادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد استبدالها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – عما كان مقررا فى ظل المادة ٤٤ من ذات القانون ، قبل استبدالها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، على النحو سالف البيان بالمبحث الأول من هذه الدراسة.

وإن كان يلاحظ أن المشرع بموجب المادة ٤٤ – بعد استبدالها – أضاف عبارة "قطاع الأعمال العام" [1] إلى الجهات المشار إليها حصراً فى الفقرة الأولى من نص المادة ٤٤ ، وهي الجهات التي يشترط أن يعين المجند بإحداها ، حتى يحق له المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية إلى مدة خدمته الوظيفية بها.

(١) وهو اتجاه يحمد للمشرع ، نظراً لأنه بموجب القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ قد حلت هيئات القطاع العام محل المؤسسات العامة والتي كانت تنظم بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، وبموجب قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ حلت الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة للقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ، كما حلت الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هيئات القطاع العام.

وبالتالي فإنه من خلال عبارات نص المادة ٤٤ – آنفة الذكر - بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، يتضح أنها تخاطب فئات محددة تخضع لنطاقها الشخصي ، وهي فئات المجندين ، مؤهلين أو غير مؤهلين ، الذين يتم تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية ، والهيئات العامة [١] وشركات القطاع العام ، وشركات قطاع الأعمال العام.

ويستفاد من ذلك أن هذه الفئات – فى ضوء النص المتقدم – يجب أن يتوافر ضوابط معينة بشأنهم ، وهي:

أولاً: أن يكون المطالب بضم مدة خدمته العسكرية من المجندين إلزامياً دون غيرهم.

ثانياً: أن يكون من المجندين المعينين أو الذين يعينون بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، وشركات القطاع العام ، وقطاع الأعمال العام ، دون غيرهم من العاملين بالقطاعات الأخرى.

وهو ما سنعرض له على النحو التالي [٢]:

الضابط الأول: أن يكون المطالب بضم مدة خدمته العسكرية من المجندين دون غيرهم:

يستفاد من نص المادة ٤٤ آنفة الذكر - سواء قبل تعديلها أو بعد التعديل - أنها تخاطب طائفة المجندين ، ويقصد بذلك المجندون إلزامياً دون غيرهم ، وبالتالي يخرج من نطاقها طائفة المتطوعين بالخدمة فى القوات المسلحة ، ولا يجوز لهؤلاء – أي الفئة الأخيرة – المطالبة بضم مدة خدمتهم العسكرية بالقوات المسلحة ، استناداً إلى نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

وهو ما سبق وأن أكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – فى ضوء المادة ٤٤ قبل تعديلها - بفتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٥/٤/١٧ [٣] ، وفيّ هذا تقول: (المشرع قد تناول بالتنظيم كيفية حساب مدد التطوع فى القوات المسلحة

(١) تعد الهيئات العامة أشخاص إدارية عامة ، تدير مرافق تقوم على مصلحة أو خدمة عامة ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ولها موازنات خاصة تعد على نمط ميزانية الدولة ، وتنظم الهيئات العامة فى مصر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، راجع ذلك: د/ سليمان الطماوي – مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة – دار الفكر العربي – طبعة ١٩٧٣ – صـ ٧٤ ، وراجع فى التمييز بين المؤسسات العامة والهيئات العامة : د/ سليمان الطماوي – مبادئ القانون الإداري – المرجع السابق – صـ ٧٢ : ٧٥.

(٢) راجع هذه الضوابط بالتفصيل – المبحث الأول من هذه الدراسة.

(٣) فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٢٩٠/٥/٨٦ – جلسة ١٩٨٥/٤/١٧ ، مشار إليها : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٩ : ٢٠٠.

بتشريعات متعاقبة على النحو المتقدم ، ولم يضع على حسابها قيوداً معينة ، كقيد عدم جواز أن يسبق المجند زميله فى التخرج ، الوارد بنص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه ، مما يقطع بأن هناك نظاماً خاصاً بالمتطوعين فيما يتعلق بضم مدد تطوعهم ، عند تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة أو القطاع العام ، يختلف عن النظام الذي أورده المشرع فى المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف الذكر ، خاصاً بحساب مدة الخدمة الإلزامية ومدة الاستبقاء للمجندين إلزامياً ، ولا يجوز فى هذا الصدد الخلط بين هذين النظامين طالما تكفل المشرع ببيان النظام الخاص لكل من الطائفتين ، ومن ثم فإن الحكم الوارد بالمادة " ٤٤ " من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ سالف البيان مقصور على طائفة المجندين إلزامياً ولا ينطبق على طائفة المتطوعين).

الضابط الثاني: أن يكون من المجندين اللذين تم تعيينهم بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام دون غيرهم من العاملين بالقطاعات الأخرى.

لا تخاطب المادة ٤٤ آنفة الذكر فئات المجندين إلزامياً – على النحو المتقدم – بصفة عامة ، وإنما يجب أن يكونوا من المجندين إلزامياً وتم تعيينهم – أثناء الخدمة أو بعد انقضائها – بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال [1] ، وهي الجهات المشار إليها بنص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ آنفة الذكر بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

وبالتالي يخرج من نطاقها طائفة المجندين – إلزامياً – الذين يتم تعيينهم بالقطاعات الأخرى ، غير الجهات المحددة والمشار إليها بنص المادة ٤٤ على النحو المتقدم ، كمن يعين بإحدى الجمعيات أو المؤسسات الأهلية ، أو من يلحق بإحدى شركات المساهمة ، أو من يعين بأحد الأندية أو الاتحادات الرياضية ذات الأشخاص المعنوية الخاصة ، إذ لا اجتهاد مع صراحة النص ، خاصة وأن الجهات المحددة بصلب المادة ٤٤ – قبل تعديلها وبعده - قد وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال ، طبقاً لصريح عبارات المادة ٤٤ آنفة الذكر.

(١) عبارة مضافة بموجب التعديل الصادر بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

ولا بد أن يكون شغل المجند وإلحاقه بالعمل بإحدى هذه الجهات المشار إليه حصراً بالمادة ٤٤ آنفة الذكر ، بطريق التعيين فقط وليس بطريق آخر [١] ، سواء كان التعيين بصفة عامة أم بصفة استثنائية فى الأحوال الجائزة قانوناً.

وقد سبق وأن أشارت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى هذا الضابط – فى ضوء المادة ٤٤ قبل تعديلها - بقولها [٢]: (أن المشرع رعاية للمجندين حتى لا يضار بتجنيده ، اعتبر مدة خدمته العسكرية كأنها قضيت فى الخدمة المدنية ، واشترط لذلك ، أن يتخللها أو يعقبها مباشرة التعيين فى إحدى الجهات الواردة على سبيل الحصر فى المادة المشار إليها - ٤٤ - من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠).

مع الأخذ فى الاعتبار: أنه يستوي بعد ذلك أن يكون المجند المعين – المطالب بضم مدة خدمته العسكرية - مثبتاً أم تحت الاختبار [٣] ، لأن العبرة بأن يكون المجند معينا فى وظيفة دائمة فى إحدى الجهات المشار إليها حصراً فى المادة ٤٤ على النحو سالف البيان ، طبقاً لصريح نص المادة ٤٤ بعد تعديلها – وقبل تعديلها أيضاً – والتي لم تشترط أن يكون المجند المعين مثبتاً دون غيره ، وبالتالي يظل العام على عمومه ما لم يخصص.

---

(١) وبالتالي يخرج من ذلك العاملون المؤقتون ، والعاملون العرضيون على النحو سالف الإشارة بالمبحث الأول من هذه الدراسة.

(٢) فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٧٨٨/٣/٨٦ – جلسة ١٩٩١/١١/٣ ، مشار إليها : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٦ ، ١٩٧.

(٣) يعد العامل المعين تحت الاختبار ، معينا فى وظيفة دائمة ، بناء على اختبار وظيفي أو مسابقة أو غيره ، ولكنه لا يتم تثبيته فى الدرجة المعين بها بصفة نهائية ، إلا بعد اجتيازه لفترة الاختبار العملي ، راجع : د/ عبدالحميد كمال حشيش – المرجع السابق – صـ ١٨٦.

- وراجع فى النظام القانوني للموظفين تحت الاختبار (التمرين) فى فرنسا:

- Gérard Lupi; les positions du fonctionnair, paris, Dalloz, 1956 , pp. 15-34.

- وراجع أيضاً فى النظام القانوني للموظفين تحت الاختبار (التمرين) فى مصر : المستشار/ سمير يوسف البهي – المرجع السابق – صـ ١٥٧ : ١٦٥.

- مع مراعاة أن فترة الاختبار ليست فقط حاجزا ثانيا يجب أن يجتازه الشخص قبل تأكيد التحاقه بالخدمة ، بل تعد فترة تكوين موظفي المستقبل ، تكويناً يتفق مع النواحي الإدارية ، فهي كما قال جوديميه : فترة الاختبار الحاسم الذي يؤدي إلى استبعاد غير الصالحين ، فلا يدخل فى خدمة الدولة إلا العاملون الجديرون أخلاقياً وثقافياً ، راجع:

- Paul Gaudernet; Statut des ogents belges, D.P., 1949, p. 330.

- مشار إليه : د/ عبد الحميد كمال حشيش – المرجع السابق – صـ ١٨٦.

- ونري أن من أهم عوامل تقويم أداء المرافق العامة ، والإصلاح الإداري ضرورة تفعيل شرط اجتياز الموظف فترة الاختبار المقررة بنجاح ، ونعزو عدم تفعيل ذلك ، إما لضعف الرؤساء – المباشرين - وتقاعسهم عن اتخاذ قرارات استبعاد غير الصالحين ، ممن يثبت عدم صلاحيتهم للوظيفة المعين بها أثناء فترة الاختبار ، وإما لعدم تطبيق القواعد المقررة فى هذا الشأن بشفافية ونزاهة على من يثبت عدم صلاحيته خلال هذه الفترة محاباة ومجاملة ، وأخيراً خشية الاتجاهات القضائية التي تميل – أحياناً – إلى إلغاء قرارات استبعاد من لم يثبت صلاحيته خلال تلك الفترة ، مراعاة للظروف الاجتماعية والعائلية لهم ، وهو ما نرفضه بشدة ونطالب بتفعيل هذا النظام – تحت الاختبار – وتطبيقه بكل صرامة وحزم.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على التعديل وتاريخ نفاذه

سوف نستعرض أولاً الآثار المترتبة على تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها – أي الاستبدال بها – القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ثم نعرج ثانياً بعد ذلك لنتناول تاريخ نفاذ هذا التعديل والإشكاليات التي ترتبت عليه ، على النحو التالي:

الغصن الأول: الآثار المترتبة على تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

الغصن الثاني: تاريخ نفاذ هذا التعديل والإشكاليات التي ترتبت عليه.

الغصن الأول: الآثار المترتبة على تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

بالرجوع إلى نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها – مستبدل بها – القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، نجد أنها نصت على أن: (تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية الحسنة بما فيها مدة الاستبقاء ، بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية العاملة لجميع المجندين مؤهلين كانوا أو غير مؤهلين ، الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها بالجهاز الإداري للدولة و ..... كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة).

وبالتالي فإن المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قد اعتبرت مدة الخدمة العسكرية الفعلية الحسنة بما فيها مدة الاستبقاء ، بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية لجميع المجندين ، مؤهلين أم غير مؤهلين – على حدٍ سواء – كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وتضم كاملة لمدة الخدمة الوظيفية - دون مراعاة لقيد الزميل بالنسبة للمجندين المؤهلين – وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٩١٦٧ لسنة ٥٥ ق. عليا ، حيث ذهبت إلى أن [١]: (وتجدر الإشارة إلى أنه بصدور القانون رقم

(١) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩١٦٧ لسنة ٥٥ ق. عليا ، وحكمها فى الطعن رقم ١٣٠٥٨ لسنة ٥٢ ق. عليا - جلسة ٢٠١٢/٢/٢٣ – غير منشورين.

١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قضي بإزالة قيد الزميل الذي كان منصوصاً عليه قبل صدوره ، بحيث يتم احتساب هذه المدة كاملة).

وهو ذات ما قضت به المحكمة الإدارية ببورسعيد فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٩/٣/٢٤ [١] حيث ذهبت إلى أن: (.... وإذ جري تعيينه – أي المدعي – اعتباراً من ٢٠١٥/٤/١ بالقرار رقم ١٦٤ لسنة ٢٠١٥ بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ المشار إليه ، والذي أسقط قيد الزميل عند حساب مدة الخدمة العسكرية بما فيها مدة الاستبقاء ، فمن ثم يستحق – المدعي – حساب مدة خدمته العسكرية بما فيها مدة استبقائه كضابط احتياط كاملة ، دون التقيد بقيد الزميل الذي كان موجوداً قبل العمل بالتعديل الذي جاء به القانون المذكور ... الأمر الذي يتعين معه القضاء بأحقية المدعي فى ضم مدة خدمته العسكرية – كاملة – بما فيها مدة استبقائه كضابط احتياط فى الفترة من ٢٠١٠/٤/٢٠ حتى ٢٠١٢/١٠/١ إلى مدة خدمته المدنية الحالية ، مع ما يترتب على ذلك من آثار – أي العلاوات المقررة – وفروق مالية).

ومن الجدير بالملاحظة هنا ، أن المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قد أوردت عبارة : (وتحسب هذه المدة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة) وهو ما يعني ، أنها سوت فى تقرير آثارها بين جميع الفئات المخاطبة بأحكامها دون تفرقة فيما بينهم ، بخلاف الوضع فى ظل نص المادة ٤٤ قبل تعديلها بالقانون المشار إليه ، حيث كانت عبارتها تفرق فى الآثار بين العاملين بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، بحيث تحسب هذه المدة كمدة أقدمية بالنسبة لهم ، وبين العاملين بالقطاع العام ، بحيث تحسب كمدة خبرة بالنسبة لهذه الفئة ، مع تقريرها باستحقاق العلاوات المقررة للفئتين .

ونري معه أن هذا الوضع فى ضوء النص بعد التعديل – المشار إليه – أوفق نهجاً ، نظراً لتأكيده على المساواة بين جميع المخاطبين بأحكام هذه المادة – بعد تعديلها – فى الآثار المترتبة على تطبيقها دون تفرقة غير مبررة بينهم.

(١) حكم المحكمة الإدارية ببورسعيد – فى الدعوى رقم ٣٣٢ لسنة ٧ ق إدارية – جلسة ٢٠١٩/٣/٢٤ – غير منشور.

الفصل الثاني: تاريخ نفاذ هذا التعديل والإشكاليات التي ترتبت عليه:

يعد الأصل عدم جواز تطبيق القانون الجديد على الوقائع أو التصرفات التي تمت وأنتجت آثارها قبل نفاذه ، حيث يكون القانون السابق سارياً حينئذٍ ، فتسري أحكامه على هذه الأعمال وتلك التصرفات التي تمت فى ظله ، وينحصر المجال الزمني لسريان القانون الجديد على ما يستجد من أوضاع أو ما يترتب من آثار بعد نفاذه [١].

وبالتالي فإن عدم جواز رجعية القوانين ، يعتبر مبدأ أساسياً تحرص عليه المجتمعات فى الوقت الحاضر ، نظراً لأهمية الاعتبارات التي يستند إليها ، وصيانة للحريات الفردية ، لذلك تحرص الدساتير على كفالة هذا المبدأ بمقتضي نص صريح [٢].

وقد تضمنته الدساتير المصرية المتعاقبة ، ابتداءً من دستور عام ١٩٢٣ ، ونص دستور عام ١٩٧١ على ذلك المبدأ فى المادة ١٨٧ ، وإن كانت قد أجازت استثناءً النص على رجعية تطبيق أحكام القانون الجديد بنص صريح ، بناء على موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، ولا يكفي بالتالي – آنذاك – موافقة أغلبية الحاضرين.

وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، نجد أنها نصت على أن: (وتحدد تلك المدة بشهادة من الجهة المختصة بوزارة الدفاع ، ويعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، ولا يجوز الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على تطبيق هذه المادة بالنسبة إلى المجندين غير المؤهلين للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل أول يناير ٢٠١٠).

(١) د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن – المدخل للعلوم القانونية – المطبعة العربية الحديثة – بدون رقم طبعة وسنة نشر – صـ ١٥٣.
(٢) المرجع السابق – صـ ١٥٥.

وبالتالي فإنه على الرغم من صدور القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ ، ونشره بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ [١] وتم العمل به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ ، إلا أننا نجد أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤ بعد تعديلها – آنفة الذكر – قد فرقت فى تاريخ نفاذها بين حالتين [٢]:

الحالة الأولي: بالنسبة للمجندين المؤهلين: ويُعمل بأحكام هذه المادة (٤٤ بعد تعديلها) اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، وهو ما يعني أن المشرع لم يقف عند حد إلغاء قيد الزميل – بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها – بل مد نطاق هذا الإلغاء واعمل مقتضاه بأثر رجعي ، اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، رغم العمل بالقانون المعدل اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨.

الحالة الثانية: بالنسبة للمجندين غير المؤهلين: فلا يجوز الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على تطبيق هذه المادة بالنسبة إليهم، للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل أول يناير ٢٠١٠.

وهو ما يعني أن هذه الميزة – احتساب مدة الخدمة العسكرية الإلزامية – للمجندين غير المؤهلين يعمل بها اعتباراً من ٢٠١٠/١/١ ، أي بأثر مباشر بعد تاريخ العمل بالقانون المعدل.

ونرى أن توجه المشرع نحو مد نطاق إلغاء قيد الزميل ، وإعمال مقتضاه بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، بموجب الفقرة الثانية من نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، محل نظر ، وأقام تفرقة غير مبررة بين تاريخ نفاذ التعديل بالنسبة للمجندين المؤهلين ، وبين تاريخ نفاذ التعديل وسريان آثاره بالنسبة للمجندين غير المؤهلين.

---

(١) منشور بالجريدة الرسمية – العدد ٥٢ مكرر – فى ٢٧ ديسمبر عام ٢٠٠٩.

(٢) ومن الجدير بالذكر أنه بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذا النص ، والمتمثلة فى مضابط جلسات مجلس الشعب والمناقشات التي دارت حوله ، فقد استبان من مضابط الجلسة الرابعة والخامسة والسادسة والتاسعة والتاسعة عشر من الفصل التشريعي ، دور الانعقاد الخامس ، عند مناقشة مشروع القانون – والذي صدر بعد ذلك تحت رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – وعلى الأخص المادة (٤٤) منه ، أنها أشارت إلى أنه يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين بذات أوضاعهم التي تمت على أساسها ، وأنه لا يجوز الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على هذه المادة بالنسبة للمجندين غير المؤهلين للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل أول يناير ٢٠١٠. وأن هذه الميزة بالنسبة للمجندين غير المؤهلين يعمل بها ابتداء من تاريخ العمل بالقانون ، ولا يعمل بها بأثر رجعي. وقد عقب الاستاذ الدكتور/ رئيس مجلس الشعب على المناقشات أنه قد تم بذلك إزالة شبهة الأثر الرجعي لهذا النص ، وتم التصويت والموافقة على هذا الأساس ، وهو ما تم الإشارة إليه وورد ضمن الكتاب الدوري رقم ٤ لسنة ٢٠١٠ ، بشأن تنفيذ المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ فى شأن الخدمة العسكرية والوطنية والمستبدل بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، الصادر عن رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والادارة ، بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٤ « غير منشور » ، ونرى أن ما ورد بالأعمال التحضيرية بشأن نص المادة ٤٤ حال عرضها أثناء مناقشة التعديل – على نحو سالف البيان – يتعارض مع صراحة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤ بعد صدور التعديل.

خاصة وأن مبدأ الحفاظ على استقرار المراكز القانونية ، لا سيما فى مجالات مهمة كمجالات الوظيفة العامة ، يعد أمرا شديد الأهمية وبالغ الأثر ، وأولي بالرعاية والتفضيل على غيرها من المصالح والاعتبارات الأخرى ، ضئيلة الأهمية وهينة الأثر ، والتي - قد - يتذرع بها ، حال توجه السلطة التشريعية – فى بعض الأحيان – نحو إعمال آثار تشريع معين – كالحالة الماثلة - بأثر رجعي ، وإرتداد آثاره للماضي ، دون مقتض حقيقي.

وقد آثار تطبيق الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، بالنسبة للمجندين المؤهلين إشكاليات عديدة وأوجد اتجاهات قضائية متباينة.

حيث نحت اتجاهات قضائية نحو تطبيق الأثر الرجعي وإعمال مقتضاه مباشرة دون تردد ، ومن ذلك الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري فى الطعن رقم ١١١ لسنة ١٢ ق س حيث قضت بأن [1]: (.... ولما كان الثابت من الأوراق أن المدعي حاصلا على دبلوم تجارة عام ١٩٧٣ وتم تجنيده بالقوات المسلحة خلال الفترة من ١٩٧٣/٩/٢ حتى ١٩٧٦/١/١ وعين بالجهة الإدارية المدعي عليها اعتباراً من ١٩٧٦/٩/١ ، ويشغل وظيفة كاتب .... وحيث إن المشرع قد اعتبر مدة الخدمة العسكرية بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية ، كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وقرر حسابها للعاملين الذين يعينون بالجهاز الإداري للدولة ، إلا أن المشرع قد أورد على ضم تلك المدة قيداً وحيداً ، وهو قيد الزميل المشار إليه بالمادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

ولما كان ذلك ، وكان القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بشأن الخدمة العسكرية والوطنية ، قد ألغي قيد الزميل المشار إليه ، ولم يعتد به وقضي بتطبيق هذا التعديل الخاص بإلغاء قيد الزميل ، اعتباراً

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – دائرة استئنافية – فى الطعن رقم ١١١ لسنة ١٢ ق. س – جلسة ٢٠١١/٩/٦ – غير منشور.

- وقد أسرعت أيضاً بعض الاتجاهات القضائية الأخرى ، وطبقت نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، استناداً إلى الأثر الرجعي المقرر بمقتضي الفقرة الثانية من هذه المادة بعد تعديلها – وذلك قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٠١١/٧/٣١ – حيث انتهت إلى أحقية المدعي فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة – دون مراعاة لقيد الزميل – إعمالاً للمادة ٤٤ بعد تعديلها ، رغم أن المدعي عين بالجهة الإدارية المطالب بضم مدة خدمته العسكرية إليها فى ١٩٧٥/٥/١ ، راجع ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية (الدائرة الثالثة – بحيرة) فى الدعوى رقم ١٤٥٤٥ لسنة ٦٠ ق – جلسة ٢٠١٠/٣/٣١ – غير منشور.

من ١٩٦٨/١٢/١ أي بأثر رجعي ، ومن ثم يتعين القضاء بأحقية المدعي فى ضم مدة خدمته العسكرية فى الفترة من ١٩٧٣/٩/٢ حتى ١٩٧٦/١/١ إلى مدة خدمته الحالية).

كما أنه نظراً لإثارة شبهة عدم دستورية تطبيق الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالنسبة للمؤهلين المجندين ، أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة – دائرة ١١ تسويات - فى الدعوى رقم ٤٠٨٨٤ لسنة ١٠ ق ، لذا فقد أحالت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بجلسة ٢٠١٠/٤/٦ [١] أوراق الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية سريان نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بأثر رجعي ، وقضت بوقف الدعوى تعليقاً لحين فصل المحكمة الدستورية العليا فى هذه المسألة.

وقد نحى هذا الاتجاه الأخير أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ٢٠١١/٢/٢٢ فى الطعن رقم ٧٠ لسنة ٩ ق. س [٢] ، حيث قضت المحكمة بوقف الدعوى تعليقاً لحين الفصل فى مدى دستورية سريان الأثر الرجعي للمادة ٤٤ بعد تعديلها - بموجب الدعوى الدستورية رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق دستورية عليا - من قبل المحكمة الدستورية العليا.

وظل الوضع معلقاً حتى فصلت المحكمة الدستورية العليا ، فى مسألة سريان أحكام المادة ٤٤ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين، وهو ما سنعرض له بالتفصيل المناسب فى المطلب التالي.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة – الدعوى رقم ٤٠٨٨٤ لسنة ٦٠ ق – جلسة ٢٠١٠/٤/٦ – غير منشور.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الطعن رقم ٧٠ لسنة ٩ ق. س – جلسة ٢٠١١/٢/٢٢ – غير منشور.

المطـــــلب الثـــــاني

موقف المحكمة الدستورية العليا من الأثر الرجعي لإلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

بتاريخ ٢٠١١/٧/٣١ قضت المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية ، بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فيما نصت عليه من أن يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، وهو ما يعني أن المحكمة الدستورية انتهت إلى عدم دستورية رجعية إلغاء قيد الزميل اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المؤهلين.

وهو ما يتطلب منا أن نستعرض أولاً : هذا الحكم ، والأسانيد التي شيدت عليها المحكمة الدستورية قضاءها فيما انتهت إليه ، وموقفنا منه ، ونتناول ثانياً : أثر هذا الحكم على الاتجاهات القضائية الصادرة فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، سواء التي صدرت قبل صدور حكم الدستورية أو بعد صدوره ، وهو ما سنعرض له على النحو التالي:

الفرع الأول: الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية وموقفنا منه.

الفرع الثاني: أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية على الاتجاهات القضائية الصادرة بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها.

الفرع الأول: الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق . دستورية وموقفنا منه.

سبق القول بأنه نظراً لإثاره شبهة عدم دستورية تطبيق الأثر الرجعي ، لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بالنسبة للمؤهلين اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة – دائرة ١١ تسويات – فى الدعوى رقم ٤٠٨٨٤ لسنة ٦٠ ق ، لذا فقد أحالت محكمة

القضاء الإداري بالقاهرة [1] بجلسة ٢٠١٠/٤/٦ أوراق الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل فى مدى دستورية سريان نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بأثر رجعي ، اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين.

وحال عرض الأمر عليها لم تجد المحكمة الدستورية العليا بدًا من خلال استعراض نص المادة ٤٤ بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فى ضوء شبهة عدم الدستورية الموجهة إليها ، من القضاء فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق.دستورية بجلسة ٢٠١١/٧/٣١[2]: بـ (حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ والمستبدلة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فيما نصت عليه من أن: يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين).

وهو ما يعني عدم دستورية رجعية إلغاء قيد الزميل وإعمال آثار هذا الإلغاء اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين.

وقد شيدت المحكمة الدستورية العليا حكمها – بعد استعراضها لنص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وبعد هذا التعديل – استناداً إلي: (أن الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة – وعلى ما أطرد عليه قضاؤها – غايتها أن ترد إلى قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون فيها ، وسبيلها إلى ذلك أن تفصل بأحكامها النهائية فى الطعون الموجهة إليها شكلية كانت أم موضوعية ، وأن يكون استيثاقها من استيفاء هذه النصوص لأوضاعها الشكلية أمراً سابقاً بالضرورة على خوضها فى عيوبها الموضوعية ، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هي من مقوماتها بوصفها قواعد قانونية لا يكتمل

(١) تعد الإحالة من محكمة الموضوع إحدى وسائل وطرق تحريك الرقابة القضائية الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، طبقاً لنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، ووفقاً لهذا الطريق فإنه يتم تحريك الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا من خلال محكمة الموضوع ، حيث يسوغ لأية محكمة فى السلم القضائي ، ولأية هيئة ذات اختصاص قضائي أن تثير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها ، =وفي أية حالة تكون عليها الدعوى ، وذلك إذا رأت أن نصاً تشريعياً (فى قانون أو لائحة) لازم للفصل فى النزاع المطروح عليها ، تثور فى شأنه شبهة عدم الدستورية ، فهنا توقف المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي الدعوى المعروضة عليها ، وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ، راجع : د/ عادل عمر الشريف – المرجع السابق – صـ ٤٠٧.

- مع الأخذ فى الاعتبار أنه من حق المحكمة الأعلى فى السلم القضائي أن تثير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها ، دون تقيد فى ذلك بحكم المحكمة الأدني الذي يكون قد أغفل هذه المسألة ولم ينتبه لها ، راجع : د/ رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية – ١٩٨٣ – صـ ٥٨٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا – فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية – جلسة ٢٠١١/٧/٣١ – منشور بالجريدة الرسمية – العدد ٣٢ مكرر فى ١٣ أغسطس سنة ٢٠١١.

كيانها أصلاً فى غيبتها ، ويتعين تبعاً لذلك على هذه المحكمة أن تتحراها بلوغاً لغاية الأمر فيها ، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها ينحصر فى المطاعن الموضوعية دون سواها).

واستطردت المحكمة بقولها [١]: (وحيث إن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية المتصلة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها ، إنما تتحدد على ضوء ما قررته فى شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها.

وحيث إن المادة " ١٠٧ " من الدستور – الصادر عام ١٩٧١ – تنص على أن: " لا يكون انعقاد المجلس – مجلس الشعب – صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه. ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وذلك فى غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة .... " ، كما تنص المادة " ١٨٧ " منه على أن: " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " ، ومن ثم فإن الأصل فى القانون هو أن يسري بأثر مباشر على ما يقع بعد نفاذه ، فإذا سرى القانون على وقائع تم تكوينها أو على مراكز قانونية اكتملت عناصرها قبل العمل بأحكامه ، فإن هذا القانون يكون متضمناً أثراً رجعياً لا يجوز تقريره إلا فى المواد غير الجنائية ، وبعد استيفاء الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة " ١٨٧ " من الدستور ، كضمانة أساسية للحد من الرجعية ، وتوكيداً لخطورتها فى الأعم الأغلب من الأحوال ، إزاء ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار. ويتعين تبعاً لذلك أن تصدر القوانين رجعية الأثر عن السلطة التشريعية بأغلبية أعضائها فى مجموعهم ، وليس بالأغلبية المعتادة المنصوص عليها فى المادة " ١٠٧ " من الدستور ، وهي الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم ، وبما يتعين معه تبعاً لذلك – وعلى ما اطرد عليه قضاء – هذه المحكمة – أن يكون الدليل على استيفاء هذا الإجراء جلياً لا يحتمل التأويل ، ثابتاً على وجه قطعي).

وقد خلصت المحكمة من ذلك إلى أن [٢]: (لما كان ذلك ، وكان نص المادة " ٤٤ " من قانون الخدمة العسكرية والوطنية بعد استبدال حكمها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بإرجاعه أقدمية المجندين المؤهلين – بعد رفع قيد الزميل – إلى ١٩٦٨/١٢/١

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا – المرجع السابق.
(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا – المرجع السابق.

تكون قد تناولت مراكز قانونية اكتملت عناصرها قبل العمل بحكم المادة المذكورة ، بما مؤداه إنفاذها جبراً على أطرافها بأثر ينعطف على الماضي ، ويرتد إلى تاريخ إجرائها ، بما يكون معه النص الطعين قد انطوي على أثر رجعي ، الأمر الذي كان يتعين معه والحال كذلك استيفاء الإجراءات الدستورية المقررة وفقاً لنص المادة "١٨٧" المشار إليها ، إلا أن الثابت من مراجعة مضبطة الجلسة التاسعة عشرة من مضابط مجلس الشعب فى ٢٠٠٩/٩/٢٠ ، أنه قد تمت الموافقة على نص المادة "٤٤" من قانون الخدمة العسكرية والوطنية المطعون عليها ، بصيغتها النهائية بالأغلبية العادية لأعضاء المجلس ، دون أخذ التصويت على المادة المذكورة بالأغلبية المنصوص عليها فى المادة ١٨٧ من الدستور).

لذلك انتهت المحكمة إلى أن: (ومن ثم فإن الإجراء الخاص الذي استلزمته هذه المادة لإقرار الأثر الرجعي للنص الطعين ، لا يكون قد تم على الوجه المقرر فى الدستور ، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستوريتها ، دون الخوض فيما عسي أن يكون قد لحق النص من عوار دستوري موضوعي).

وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا ترى أنه يشترط لإعمال الأثر الرجعي لأي نص تشريعي – فى غير المواد الجنائية – فى ضوء المادة ١٨٧ من دستور عام ١٩٧١ ، ضرورة استيفاء الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة ١٨٧ من الدستور ، كضمانة أساسية للحد من الرجعية ، وتوكيداً لخطورتها إزاء ما تهدره من حقوق ، وما تخل به من استقرار المراكز القانونية.

وبتطبيق تلك القاعدة ، فقد تبين للمحكمة من مراجعة مضبطة الجلسة التاسعة عشرة ، من مضابط مجلس الشعب فى ٢٠٠٩/٩/٢٠ ، أنه قد تمت الموافقة على نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية المطعون عليها ، بصيغتها النهائية بالأغلبية العادية لأعضاء مجلس الشعب ، دون أخذ التصويت على المادة المذكورة بالأغلبية المخصوصة والمنصوص عليها فى المادة ١٨٧ من الدستور ، لذلك انتهت إلى قضائها السابق.

ويلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا فى قضائها السابق ، قد أسست حكمها استناداً إلى تخلف الأوضاع الشكلية الدستورية فى النص الطعين ، أي بحثت المطاعن الدستورية الشكلية الموجه إلى النص الطعين ، وانتهت من ذلك إلى ثبوتها

بالنسبة للنص المطعون عليه ، دون أن تفصل فى مدى اتفاق النص الطعين أو مخالفته لأحكام الدستور الموضوعية ، باعتبار أن تخلف الأوضاع الشكلية الدستورية فى النص الطعين ، يكفي لسقوط هذا النص فى حومة عدم الدستورية.

ونؤيد هذا النهج من قبل المحكمة الدستورية العليا فى حكمها السابق ، لأنه يتفق مع ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا ، من أن قضاءها فى شأن المطاعن الموضوعية يكون متضمناً لزوماً تحققها من استيفاء النص التشريعي محل الطعن لأوضاعه الشكلية الواردة بالدستور ، إذ لو قام الدليل على تخلفها (أي الأوضاع الشكلية) لسقط هذا النص التشريعي ، ولامتنع على المحكمة أن تفصل فى اتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور الموضوعية ، وذلك لأن استيفاء النص المطعون عليه لأوضاعه الشكلية يعتبر أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض فى عيوبه الموضوعية الدستورية [١] ، حتى ولو كان نطاق الطعن المعروض على المحكمة الدستورية منحصراً فى المطاعن الموضوعية وحدها [٢].

الفرع الثاني: أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية على الاتجاهات القضائية الصادرة بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها

سوف نستعرض أولاً: أثر هذا الحكم على الاتجاهات القضائية الصادرة بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية سالف الذكر ، ثم نستعرض ثانياً : أثر هذا الحكم على الاتجاهات القضائية الصادرة بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق ، وهو ما سوف نستعرضه على النحو التالي:

الغصن الأول: الوضع بالنسبة للأحكام التي صدرت بتطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا – الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق. دستورية – جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ، وحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٣١ لسنة ١٠ ق دستورية – جلسة ١٩٩١/١٢/٧، مشار اليهما: أستاذنا الدكتور/ محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق – ص ٣٥٦ ، ٣٥٧.
(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا – الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق. دستورية – السابق.

الغصن الثاني: الوضع بالنسبة للأحكام التي صدرت بتطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق دستورية.

الغصن الأول: الوضع بالنسبة للأحكام التي صدرت بتطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية.

لا تثار أية إشكالية بالنسبة للأحكام التي صدرت بشأن تطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية آنف الذكر ، والتي قضت برفض الدعاوى لعدم انطباق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها على الحالات المعروضة.

ولكن الإشكالية تقوم بالنسبة للأحكام التي صدرت بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق آنف الذكر ، والتي انتهت إلى الحكم بضم مدة الخدمة العسكرية كاملة للمجند المؤهل ، استناداً إلى إعمال الأثر الرجعي لإلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ؟

إذ يثور التساؤل حول الموقف بالنسبة لهذه الأحكام الأخيرة بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية.

ولتصفية هذه الإشكالية فإنه يجب ملاحظة الآتي:

تنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، على أن أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.

ومن هذه النص يتضح أن للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية حجية مطلقة وليس حجية نسبية ، فالحكم الصادر بعدم الدستورية يؤدي إلى اعتبار النص القانوني أو اللائحي المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن ، فهو حكم ذو حجية

عامة ومطلقة ويؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون أو اللائحة مرة واحدة بصفة نهائية [١].

وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية – وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري – تكون لها حجية مطلقة ، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة ، وتلتزم به جميع جهات القضاء وجميع سلطات الدولة [٢].

وتعد ملزمة لجميع المحاكم العادية أو الإدارية على حد سواء ، بل وتعد ملزمة كذلك للسلطة التنفيذية التي يجب عليها عدم تطبيق القانون أو اللائحة ، التي قضي بعدم دستوريتها على الحالات الفردية [٣].

كما أنه استناداً إلى إعمال الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية [٤] ، والتي تقضي بأن مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم – طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون – أي قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – فلا يقتصر على المستقبل فحسب ، وإنما على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم [٥].

لا سيما وأن كلا من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض قد أكدتا على أن الحكم بعدم دستورية قانون لا ينشئ واقعاً جديداً ، وإنما يقرر واقعاً موجوداً ، وأن القانون المقضي بعدم دستوريته يعتبر غير دستوري منذ صدوره ، وليس من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية [٦].

---

(١) أستاذنا الدكتور/ محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق – صـ ٣٤٥.

(٢) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا – الصادر في ٦ يوليه ١٩٩١ – منشور مجلة القضاة – س ٢٧ – العدد الأول – صـ ١٧٦، وأيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا – الصادر في ١٥ إبريل ١٩٨٩ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية – الجزء الرابع – صـ ١٨٣.

(٣) راجع: د/ رمزي الشاعر – المرجع السابق – صـ ٦٠٥ ، وأيضاً: د/ مصطفي أبو زيد فهمي و د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا – الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين – جامعة بيروت العربية – كلية الحقوق – ١٩٨٨ – صـ ٥١٤.

(٤) مع الأخذ في الاعتبار أن هذا هو اتجاه غالبية الفقه في ضوء الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ قبل تعديلها ، راجع ذلك : د/ محمد صلاح – المرجع السابق – صـ ٤٠٥ ، وراجع أيضاً: د/ رمزي الشاعر – المرجع السابق – صـ ١٦٣ وما بعدها.

ومن الجدير بالإشارة أيضاً: أن تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا – رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – بموجب أحكام القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ قد أثار خلافاً كبيراً بين اتجاهات الفقه المصري ، حول مدي الإبقاء علي إعمال الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم دستورية نص قانوني أو لائحي - من قبل المحكمة الدستورية العليا - في ضوء هذا التعديل ، ونرجئ الحديث عن تلك المسألة هنا ، وسوف نستعرضها بالتفصيل المناسب عند تناول المطلب الثاني من المبحث الرابع من هذه الدراسة.

(٥) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا – الصادر في ١١ يونية ١٩٨٣ – المجموعة – الجزء الثاني - صـ ١٤٨ ، وأيضاً: د/ محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق – صـ ٤١٥ .

(٦) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الصادر في ٤ مارس ١٩٨٨ – مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – س ٢٩ – صـ ٧٩١ ، وراجع أيضاً: حكم محكمة النقض – الطعن رقم ٦٤٦ مدني - الصادر في ١٤ يونيه ١٩٩٠ ، مشار إليهما: د/ محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق – صـ ٤١٦.

وبالتالي - ومن خلال الاستعراض السابق - يتضح أن الأحكام التي صدرت بضم مدة الخدمة العسكرية كاملة للمجند المؤهل ، دون مراعاة لقيد الزميل تطبيقاً للأثر الرجعي المقرر بالمادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ - وكانت قد صدرت قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق – فإنه بعد صدور هذا الحكم الدستوري الأخير ، أضحى من حق الجهات الإدارية المختصة أن تطعن عليها أمام محاكم الطعن ، إذا كانت مواعيد الطعن ما زالت قائمة – ولم تنقض آنذاك – إعمالاً لحجية الحكم الصادر بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فيما نصت عليه من إعمال آثارها اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، واستناداً لإعمال الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية ، فى ضوء ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا – ومن قبلها المحكمة الدستورية العليا – وكذا محكمة النقض على النحو سالف البيان ، من أن القانون المقضي بعدم دستوريته يعتبر غير دستوري منذو صدوره ، وليس من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية فى الجريدة الرسمية.

أما إذا كانت مواعيد الطعن قد مضت – آنذاك - فإننا نرى أنه كان يمكن لهذه الجهات الإدارية – أو السلطة المختصة بوحدات القطاع العام أو قطاع الأعمال العام بحسب الأحوال – إقامة استشكالات فى تنفيذ هذه الأحكام الصادرة بضم مدة الخدمة العسكرية دون مراعاة لقيد الزميل ، تطبيقاً للأثر الرجعي المقرر بالمادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك أمام المحاكم المختصة ، استناداً إلى ظهور أسباب قانونية ووقائع جديدة بعد صدور هذه الأحكام [1] – لم تكن أمام

(١) ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أنه لم يتضمن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ نصاً يخول محاكم مجلس الدولة نظر إشكالات التنفيذ الخاصة بالأحكام الصادرة من محاكمه ، كما لم يحدد جهة ما تختص بهذه الإشكالات ، مما أدى بالقضاء الإداري إلى تقرير عدم اختصاصه بنظر هذه الإشكالات فى أول الأمر ، ومن ناحية أخرى ساعد على عدم الاستقرار الذي ساد القضاء الإداري بخصوص هذه الإشكالات ، الخلط بين الأشكال فى التنفيذ وبين نظام وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه من قبل محكمة الطعن ، فى ضوء ما نصت عليه المادة ٥٠ من قانون مجلس الدولة التي ذهبت إلى أنه لا يترتب على الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك ، كما لا يترتب على الطعن أمام محكمة القضاء الإداري فى الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية وقف تنفيذها إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك.

- وقد تنبهت محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا إلى الفروق بين إشكالات التنفيذ من ناحية ووقف التنفيذ من قبل محكمة الطعن من ناحية أخرى ، وذلك على أساس ما تبين لها من اختلاف المنازعة المتعلقة بتنفيذ حكم ما ، عن أسباب الطعن فى هذا الحكم ، وباعتبار أن منازعات (إشكالات) التنفيذ تتعلق فى الأساس بعقبات مادية أو قانونية تنشأ بعد صدور الحكم وتجعل تنفيذه يؤثر تأثيراً كبيراً فى مصالح الغير أو يجعل من المستحيل إتمامه ، فى حين أن أسباب الطعن فى حكم المحكمة يستند إلى أسباب قانونية قام عليها الحكم المطعون فيه ، ويري الطاعن عدم صحة هذه الأسباب ، دون النظر إلى تنفيذ هذا الحكم ، ومن هنا انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إشكالات تنفيذ الحكم هي منازعات لا شأن لها بأصل الحق الثابت فيه ولا تعد طعناً عليه ، وإنما هي تتصل بذات التنفيذ وما إذا كان صحيحاً أو باطلاً ، جائزاً أم غير جائز.

- وعلى هذا استقر القضاء الإداري ، على اختصاصه بنظر إشكالات التنفيذ المقدمة فى الأحكام الصادرة منه ، وذلك تطبيقاً لنص المادة الثالثة من مواد إصدار قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على أن تطبق الإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون وتطبيق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، راجع ذلك: د. مستشار/ محمد ماهر أبو العينين – اختصاص مجلس الدولة وفقاً لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢ ، مشار إليه : أ/ إبراهيم المنجي - التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة فى ضوء آراء الفقه وأحكام وفتاوى القضاء الإداري – الطبعة الثالثة – منشأة المعارف بالإسكندرية – ٢٠١١ – صـ ٧٧٤ ، ٧٧٥.

محاكم الموضوع وقت الفصل فى موضوع الدعاوى المنظورة أمامها - تتمثل فى صدور حكم المحكمة الدستورية فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية ، والقاضي بعدم دستورية إعمال أثر إلغاء قيد الزميل اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، وذلك ما لم تكن هذه الجهات قد قامت بتنفيذ هذه الأحكام الصادرة ، حيث يقف هنا إعمال الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية ، مراعاة للاستثناء المقرر على قاعدة الرجعية ، وهو الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت – قبل صدور حكم عدم الدستورية - بحكم حائز قوة الأمر المقضي [١].

الغصن الثاني: الوضع بالنسبة للأحكام التي صدرت بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق

لقد أعملت الاتجاهات القضائية الصادرة بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية بتاريخ ٢٠١١/٧/٣١ ، أثر هذا الحكم الدستوري ، والقاضي بعدم دستورية الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، والمقرر بموجب الفقرة الأخيرة من هذه المادة ، إعمالاً لحجية حكم المحكمة الدستورية ، بحيث أضحى بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا – آنف الذكر – فى ٢٠١١/٧/٣١ تطبق حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والذي ألغي قيد الزميل ، يعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ كسائر أحكام القانون.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٠١٢/٢/٢٣ حيث قضت بأن [٢]: (وتجدر الإشارة إلى أنه بصدور القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قضي بإزالة قيد الزميل الذي كان منصوصاً عليه قبل صدوره ، بحيث يتم حساب هذه المدة كاملة ، إذ أن المشرع فى الفقرة الأخيرة من نص المادة ٤٤ المذكورة قضي بأن يعمل بأحكامها بالنسبة إلى المجندين المؤهلين اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا بحكمها الصادر بجلسة ٢٠١١/٧/٣١ فى القضية رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية ،

(١) راجع هذا الاستثناء على قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية : أستاذنا الدكتور/ محمد صلاح عبد السميع – قضاء الدستورية فى مصر – المرجع السابق – صـ ٤١٧ : ٤١٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩١٦٧ لسنة ٥٥ ق . عليا ، والطعن رقم ١٣٠٥٨ لسنة ٥٢ ق. عليا – جلسة ٢٠١٢/٢/٢٣ غير منشورين.

قضت بعدم دستورية ما جاء من رجعية فى هذه الفقرة للأسباب التي ساقها الحكم ، وأصبح بصدور هذا الحكم تطبيق الحكم الوارد بالمادة ٤٤ الذي ألغي قيد الزميل ، يُعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشرها ، كسائر أحكام القانون والمنشور بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧).

وقد طبقت هذا الفهم العديد من اتجاهات محاكم القضاء الإداري فى العديد من المناسبات ، ومنها الحكم الحديث الصادر فى ٢٠١٩/٨/٢٩ حيث قضت بأن [1]: (بصدور حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠١١/٧/٣١ فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية ، والقاضي بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة "٤٤" من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ والمستبدل بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فيما نصت عليه من أن: يُعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ، فإن مقتضي هذا الحكم ولازمه ، عدم الاعتداد بالأثر الرجعي الوارد بنص المادة ٤٤ سالفة الذكر بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وتطبيقها بأثر فوري ومباشر على الوقائع التي نشأت فى ظل العمل بأحكامها اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ المشار إليه).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – فى الدعوى رقم ٦٢٥٨ لسنة ٢٣ ق – جلسة ٢٠١٩/٨/٢٩ – غير منشور، وراجع أيضاً: حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – فى الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ١٦ ق. س – جلسة ٢٠١٥/٣/١٧ – غير منشور.

- وقد خالفت بعض الاتجاهات الحديثة ، وطبقت نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ على مراكز قانونية نشأت واكتملت قبل نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، استناداً إلى الأثر الرجعي المقرر بنص الفقرة الأخيرة من المادة « ٤٤ » والتي قررت بأن : (يُعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين ...) دون مراعاة لأثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى ٢٠١١/٧/٣١ فى القضية رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية ، والقاضي بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ والمستبدلة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – آنفة الذكر ، راجع من ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري بالشرقية – فى الدعوى رقم ٤٥ لسنة ١٧ ق – جلسة ٢٠١٤/٥/٢٥ – غير منشور – وهو ما لا نتفق معه على النحو سالف الذكر.

- وعلى هذا النهج المخالف سارت أيضاً محكمة القضاء الإداري بكفر الشيخ – الدائرة الثالثة ، راجع ذلك: حكمها الحديث الصادر فى الدعوى رقم ١٤٢٥١ لسنة ١٣ ق – جلسة ٢٠١٦/١/١٩ – غير منشور ، وهو ما لم نتفق معه أيضاً.

- ومن الجدير بالذكر أن تقرير مفوضي الدولة – بالمحكمة الإدارية العليا – فى تقريره المودع فى الطعن رقم ٥٣١٣١ لسنة ٦٠ ق. عليا ، طعناً على حكم محكمة القضاء الإداري بالشرقية – فى الدعوى رقم ٤٥ لسنة ١٧ ق آنف الذكر ، قد انتهى إلى إلغاء الحكم المطعون فيه.

خلاصة المبحث الثاني:

لقد تبين لنا من خلال هذا المبحث أن المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، قام باستبدال نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بحيث أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكامها ، يتمثل مضمونه فى الإقرار بأحقية المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حدٍ سواء – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية والوطنية بما فيها مدة الاستبقاء إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، بعد أن كان الأمر مقصورا - فى ظل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها – على المجندين المؤهلين فقط ، كما ألغى المشرع بموجب المادة ٤٤ بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – القيد المقرر على ضم مدة الخدمة العسكرية ، والمسمي بقيد الزميل ، والذي كان يشترط ضرورة ألا يترتب على ضم مدة التجنيد إلى مدة الخدمة الوظيفية ، أن يسبق المجند لزميله فى التخرج والمعين معه بذات الجهة ، وهو ما يعني احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة – متي توافرت شروط تطبيق المادة ٤٤ آنفة الذكر بعد تعديلها - دون مراعاة لقيد زميل التخرج ، وأخيراً مد المشرع نطاق هذا الإلغاء ، وأعمل مقتضاه بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين.

وقد اتضح لنا أن الباعث الرئيس لهذا التعديل ، جاء للقضاء على التفرقة غير المبررة بين المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – تكريساً لمبدأ المساواة بينهما لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء ضريبة الدم بأداء الخدمة العسكرية على حدٍ سواء - بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمتهم العسكرية دون تفرقة بينهم ، لذا كان من الضروري إلغاء قيد الزميل بالنسبة للمجندين المؤهلين ، لأن الإبقاء على هذا القيد بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة - رغم أنه لا يصلح إعماله بالنسبة لفئة المجندين غير المؤهلين – يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين ، بأن يتم حساب مدة الخدمة العسكرية للمجندين غير المؤهلين محرراً من أي قيد ، مع بقاء هذا القيد بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين وحدها.

كما يتبين لنا أيضاً أن المشرع لم يخرج – بصفة عامة – فى تحديده للفئات الخاضعة للنطاق الشخصي للمادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، عما كان مقررا فى ظل المادة ٤٤ من ذات القانون قبل

تعديلها ، وهو ما يعني أنها تخاطب فئات المجندين – مؤهلين أو غير مؤهلين – الذين يتم تعيينهم أثناء مدة التجنيد أو بعدها بالجهات المحددة حصراً بالمادة ٤٤ وهي الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام ، وإن كان المشرع قد أضاف جهة " قطاع الأعمال العام " إلى الجهات المشار إليها حصراً بالمادة ٤٤ - قبل تعديلها - بموجب هذا التعديل.

وبالنسبة للآثار المترتبة على تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فقد تبين لنا أن هذه المادة قررت اعتبار مدة الخدمة العسكرية الفعلية الحسنة بما فيها مدة الاستبقاء ، بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية لجميع المجندين – مؤهلين أو غير مؤهلين – كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وتضم كاملة لمدة الخدمة الوظيفية – دون مراعاة لقيد الزميل السابق النص عليه فى ضوء المادة ٤٤ قبل تعديلها – وهو ما أكدته الاتجاهات القضائية فى العديد من المناسبات ، وتحسب هذه المدة كاملة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة بالنسبة لجميع الفئات المخاطبة بأحكامها دون تفرقة فيما بينهم ، خلافاً لما كان عليه الوضع فى ظل نص المادة ٤٤ قبل تعديلها ، والتي كانت تفرق فى الآثار المترتبة على ضم مدة الخدمة العسكرية ، بين العاملين بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، بحيث تحسب هذه المدة كمدة أقدمية بالنسبة للمجندين العاملين بهذه الجهات ، وبين العاملين بالقطاع العام ، بحيث تحسب كمدة خبرة بالنسبة للمجندين العاملين بهذا القطاع وحده ، مع استحقاق العلاوات المقررة فى الحالتين ، وهو ما يجعل النص فى صياغته الجديدة بعد التعديل – أي بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – أوفق نهجاً ، وأوضح مسلكاً ، نظراً لتأكيده على المساواة بين جميع المخاطبين بأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، فى الآثار المترتبة على تطبيقها دون تفرقة غير مبررة بينهم.

وتبين لنا أنه بالنسبة لتاريخ نفاذ هذا التعديل ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – رغم صدور القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ ونشره بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ وتم العمل به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ – قد فرقت فى تاريخ نفاذها بين فئة المجندين المؤهلين وبين فئة المجندين غير المؤهلين ، حيث قررت بأن يعمل بأحكامها اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للفئة الأولى – بمعني تطبيق أحكامها بأثر رجعي بالنسبة لهذه الفئة - ولا يجوز للفئة الثانية (المجندين غير المؤهلين)

الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على تطبيق هذه المادة للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل يناير ٢٠١٠ ، بمعنى تطبيق أحكامها بأثر مباشر بالنسبة للفئة الأخيرة.

كما تبين لنا أيضاً أنه نظراً لإثارة شبهة عدم دستورية تطبيق الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بالنسبة للمجندين المؤهلين اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة ، لذا فقد أحالت هذه المحكمة الأخيرة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى هذه المسألة ، وهو ما لم تجد معه المحكمة الدستورية العليا بدّا من القضاء فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية عليا بجلسة ٢٠١١/٧/٣١ ، بعدم دستورية إعمال الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فيما نصت عليه الفقرة الأخيرة من هذه المادة ، من أن يعمل بأحكامها اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين.

وقد شيدت المحكمة الدستورية العليا حكمها استناداً إلى أنه يشترط لأعمال الأثر الرجعي لأي نص تشريعي – فى غير المواد الجنائية – فى ضوء نص المادة ١٨٧ من دستور عام ١٩٧١ ، ضرورة استيفاء الأغلبية الخاصة المنصوص عليها بالمادة ١٨٧ من الدستور ، كضمانة أساسية للحد من الرجعية ، وتوكيداً لخطورتها إزاء ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار المراكز القانونية ، وقد تبين للمحكمة أنه قد تمت الموافقة على نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية المطعون عليه بصيغتها النهائية ، بالأغلبية العادية لأعضاء مجلس الشعب ، وهو ما يعني أن المحكمة الدستورية العليا استندت فى قضائها السابق إلى تخلف الأوضاع الشكلية الدستورية فى النص الطعين ، دون أن تفصل فى مدى اتفاق النص الطعين أو مخالفته لأحكام الدستور الموضوعية ، باعتبار أن تخلف الأوضاع الشكلية الدستورية فى النص الطعين - على ضوء ما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا - يكفي لسقوط هذا النص فى حومة المخالفة الدستورية.

واتضح لنا أيضاً أن الاتجاهات القضائية الصادرة بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية عليا ، قد أعملت أثر هذا

الحكم القاضي بعدم دستورية الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، إعمالاً لحجية أحكام المحكمة الدستورية العليا ، بحيث أضحى بعد صدور هذا الحكم الدستوري آنف الذكر ، يطبق حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ - والذي ألغى قيد الزميل - يعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ كسائر أحكام القانون.

ومن جماع ما تقدم يمكننا القول: بأن هذا التعديل كان له أثر واضح فى تغيير معالم - جانب واسع من القواعد المقررة والمبادئ المستقرة بشأن - أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، على النحو سالف البيان.

المبحـــث الثـــالث

موقف القضاء الإداري من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري – بصفة عامة – لا سيما أحكام المحكمة الإدارية العليا – بصفة خاصة - وكذا الفتاوى الصادرة عن إدارات الفتوى وعن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، قد عالجت العديد من الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، كما قررت العديد من المبادئ المهمة والضوابط اللازمة لتطبيق أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ قبل تعديلها ، خاصة ما يتعلق بتحديد نطاقها وشروط تطبيق أحكامها ، ومفهوم الزميل وحدود التقيد به ، على نحو ما ورد تفصيلاً بالمبحث الأول من هذه الدراسة [١].

وبما أن المشرع بموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قد أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – بعد الاستبدال بها موجب أحكام القانون الأول – حيث قرر بأحقية المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حدٍ سواء – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، بعد أن كان الأمر مقصوراً على المؤهلين فقط ، وهو ما كان يمثل إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بينهما ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية والوطنية ، كما ألغى أيضاً القيد المقرر على ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، والمسمي بقيد الزميل ، وبالتالي يعني احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة – بعد التعديل – دون مراعاة لقيد زميل التخرج ، على النحو السالف بيانه بالمبحث الثاني من هذه الدراسة [٢].

(١) راجع المبحث الأول من هذه الدراسة.
(٢) راجع المبحث الثاني من هذه الدراسة.

وهو ما يقطع بأن المشرع بموجب هذا التعديل قد اتجه إلى تغيير جانب من القواعد المقررة - والمبادئ المستقرة - بشأن أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية – بما فيها مدة الاستبقاء بعد تمام مدة الخدمة الإلزامية – إلى مدة الخدمة الوظيفية.

الأمر الذي حدا بأن يبذل القضاء الإداري المصري ، لا سيما أحكام المحكمة الإدارية العليا ، والفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، فى مجال تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جهوداً واضحةً فى تجلية ملامح أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها – أي استبدل بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – وكشف غموضها ، ومعالجة الإشكاليات - المستحدثة – المترتبة على تطبيق أحكامها بعد التعديل ، خاصة ما يتعلق بتحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكامها ، وتقرير الشروط اللازمة لتطبيق أحكامها وإعمال أثارها.

وهو ما سوف نحاول توضيحه فى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: اتجاهات القضاء الإداري بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري من شروط تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

المطلب الأول

اتجاهات القضاء الإداري بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

لقد ترددت اتجاهات القضاء الإداري ، بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث نحت اتجاهات قضائية نحو توسيع نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام هذه المادة بعد تعديلها ، فى حين نحى اتجاه آخر نحو التضييق من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام هذه المادة.

كما أن المحكمة الإدارية العليا قد أفصحت عن اتجاهها ، بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

الأمر الذي يدعونا إلى تناول هذه الاتجاهات واستعراض الأسس التي تستند إليها ، ووجه الرأي منها ، وهو ما سوف نستعرضه على النحو التالي:

الفرع الأول: تردد اتجاهات القضاء الإداري بشأن تحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها.

الفرع الثاني: اتجاه المحكمة الإدارية العليا بشأن تحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، وموقفنا من هذه المسألة.

الفرع الأول: تردد اتجاهات القضاء الإداري بشأن تحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها

وسوف نقسم هذا الفرع إلى الغصنين التاليين:

الغصن الأول: الاتجاه الموسع من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها.

الغصن الثاني: الاتجاه المضيق من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها.

الغصن الأول: الاتجاه الموسع من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

لقد ذهبت محكمة القضاء الإداري فى العديد من المناسبات ، إلى أن المعيار فى تحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، يتحدد بتاريخ التعيين ، فمن يعين – بإحدى الجهات المشار إليها حصراً بالمادة ٤٤ بعد تعديلها – بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ والساري اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ يطبق بشأنه أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، ومن يعين قبل هذا التاريخ يطبق بشأنه أحكام المادة ٤٤ قبل تعديلها ، وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري [١]: (ومن حيث إن البين مما تقدم أن المادة رقم ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ كانت قد وضعت قيداً على ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة المدنية ، وهو قيد الزميل ، ثم صدر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ المعمول به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ وقرر إلغاء قيد الزميل بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت ، فى الطعن رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق دستورية بجلسة ٢٠١١/٧/٣١ ، بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ والمستبدل بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فيما نصت عليه من أن: " ويعمل بأحكام هذه المادة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ١٦ ق. س – ج ٢٠١٥/٣/١٧ – غير منشور.

اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة إلى المجندين المؤهلين " ، ومن ثم فإن من يتم تعيينه بعد ٢٠٠٩/١٢/٢٨ فقط هو من لا يتم تقييده بقيد الزميل حال ضم مدة خدمته العسكرية ، أما من يتم تعيينه قبل هذا التاريخ فتنطبق عليه نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية قبل تعديلها ، وبالتالي ينطبق عليه قيد الزميل).

وقد أيدت هذا الاتجاه ، وفصلت مضمونه محكمة القضاء الإداري ببورسعيد فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٨/١/١٦ حيث قضت بأن [١]: (..... ومن حيث إن مفاد جماع ما تقدم ، ولما كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة "٤٤" من القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ م فيما نصت عليه من أن " يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ م بالنسبة إلى المجندين المؤهلين " ، فإن ذلك يقتضي التفرقة والتمييز بين دعاوى ضم مدد الخدمة العسكرية بالنسبة للمجندين المؤهلين وغير المؤهلين ، وكذلك التمييز بين من تم تعيينهم قبل وبعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ م:

أولاً: بالنسبة لدعاوى ضم مدة الخدمة العسكرية ، لمن تم تعيينهم قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ م ، حيث ينطبق بشأنها المادة " ٤٤ " من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ م – قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – أي القانون الذي نشأت فى ظله تلك المنازعة ، وبالتالي فلا يستفيد المجندون غير المؤهلين بضم مدد خدمتهم العسكرية من ناحية أولى ، وذلك لأن نص المادة المذكورة أخيراً لا يعطي الحق للمجندين غير المؤهلين فى ضم مدد خدمتهم العسكرية ، وذلك وفقاً لما استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، ومن ناحية أخرى : فإن ضم مدد الخدمة العسكرية بمقتضى هذا النص يتقيد بـ" قيد الزميل " ، وذلك كأثر للقضاء الدستوري – الأنف تبيانه – بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة "٤٤" المشار إليها ، والتي كانت تقرر سريان القانون الجديد بأثر رجعي " اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١".

ثانياً: بالنسبة لدعاوى ضم مدد الخدمة العسكرية ، المقامة لمن تم تعيينهم بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ : أي اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ م وهو اليوم التالي لنشر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ م بالجريدة الرسمية – فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ - حيث ينطبق بشأنها نص المادة "٤٤" من قانون الخدمة العسكرية والوطنية بعد

(١) حكم محكمة القضاء الإداري ببورسعيد – الدعوى رقم ١٨٩٠ لسنة ٥ ق – جلسة ٢٠١٨/١/١٦ – غير منشور.

الاستبدال بحكمها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ م بأثر مباشر وفوري ، وبالتالي يستفيد جميع المجندين مؤهلين كانوا أو غير المؤهلين بضم مدد خدمتهم العسكرية من ناحية أولى ، ومن ناحية أخرى : فإن ضم مدد الخدمة العسكرية للمجندين المؤهلين لا يتقيد بـ " قيد الزميل ").

وقد أشارت المحكمة بذات الحكم إلى الأساس الذي استندت إليه فى هذا الاتجاه - والتفصيل السابق - بقولها [١] أن: (ضم مدة الخدمة العسكرية يتعين أن يتقيد بقيد الزميل المنصوص عليه فى المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية ، قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك بالنسبة للوقائع والمراكز القانونية التي تكونت واكتملت قبل تاريخ العمل بالقانون الأخير).

وهو ما يعني أن المحكمة ترى بأن تاريخ التعيين إذا كان قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فإن المركز القانوني للمطالب بضم مدة خدمته العسكرية ، يكون قد تكون – أي نشأ – واكتمل قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والذي عمل به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ اليوم التالي لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، أي فى ظل المادة ٤٤ قبل تعديلها بالقانون الأخير ، وتطبق حينئذٍ أحكام قيد الزميل ، ويكون الفرض العكسي صحيحا أيضاً.

لذلك قضت بأن [٢]: (ومن حيث إن المدعي تم تعيينه بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١ أي قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – فى ٢٠٠٩/١٢/٢٨ – فإنه يتقيد بقيد الزميل المنصوص عليه فى المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها).

كما أكدت أيضاً هذا الاتجاه محكمة القضاء الإداري ، فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٩/٨/٢٩ حيث قضت بأن [٣]: (..... ويترتب على ما تقدم:

أولاً: تطبيق قيد الزميل على من يعين خلال الفترة من ١٩٨٠/١٢/١ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ وحتى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ اليوم السابق على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري ببورسعيد – السابق.
(٢) الحكم السابق.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الدعوى رقم ٦٢٥٨ لسنة ٢٣ ق – جلسة ٢٠١٩/٨/٢٩ – غير منشور.

ثانياً: عدم تطبيق قيد الزميل على من يعين اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

ثالثاً: أن العامل غير المؤهل يطبق بشأنه النص القانوني الخاص بضم مدة الخدمة العسكرية بما فيها مدة الاستبقاء ، إلى مدة خدمتهم الحالية ، اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، المعمول به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ ، والذي قرر له هذا الحق ، بما مؤداه أنه يتعين لاستفادة العامل غير المؤهل من هذا النص يجب أن يكون تاريخ تعيينه تالياً على تاريخ العمل بهذا القانون ، باعتبار أن واقعة التعيين هي الواقعة المنشئة لحقه فى ضم مدة خدمته العسكرية – فى ظل وجود القاعدة القانونية التي تقرر له ذلك).

وقد انتهت من ذلك إلى أنه [١]: (متي كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعي – حاصل على مؤهل عال – له مدة خدمة عسكرية كان قد قضاها بالقوات المسلحة ... وذلك قبل تعيينه بالجهة الإدارية المدعي عليها اعتباراً من ٢٠١٥/٤/١ ، ومن ثم يكون مركزه القانوني قد نشأ واكتمل فى ظل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ويكون هو النص الواجب تطبيقه عليه).

وهو ما يعني أن المحكمة تؤكد أيضاً فى هذا الحكم على أن تاريخ التعيين ، إذا كان بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – والمعمول به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ – فإن المركز القانوني للمطالب بضم مدة خدمته العسكرية والوطنية ، يكون قد نشأ واكتمل فى ظل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون الأخير ، ويكون هو النص الواجب تطبيقه عليه ، حيث صرحت بأنها تعتبر أن تاريخ التعيين هو الواقعة المنشأة للمركز القانوني للمجند المطالب بضم مدة خدمته العسكرية ، لذلك انتهت إلى القضاء بأحقية المدعي فى ضم مدة خدمته العسكرية وكذا مدة استبقائه كاملة [٢].

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الدعوى رقم ٦٢٥٨ لسنة ٢٣ ق – المرجع السابق.
(٢) الحكم السابق.

وقد تواترت التطبيقات القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه فى العديد من المناسبات الأخرى[١].

وبالتالي فإن هذا الاتجاه السابق ، قد وسع من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، إذ خلص إلى أن تاريخ التعيين هو المعيار المعول عليه فى تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها من عدمه ، بحيث يستفيد من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، كل من عين – بإحدى الجهات المشار إليها حصراً بالمادة ٤٤ – اعتباراً من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون الأخير - والذي عمل به فى ٢٠٠٩/١٢/٢٨ - حتى ولو كان المؤهل الحاصل عليه ، وتاريخ تأدية الخدمة العسكرية سابقاً على هذا التاريخ ، أما من عين قبل تاريخ العمل بأحكام هذا القانون ، فينطبق عليه أحكام المادة ٤٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

استناداً إلى أن تاريخ التعيين يعتبر – فى ضوء هذا الاتجاه - هو الواقعة المنشأة للحق فى المطالبة بضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ظل القاعدة القانونية التي تقرر ذلك.

الفصل الثاني: الاتجاه المضيق من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

رغم أن الاتجاه الأول السابق بيانه هو الاتجاه الغالب – أي المتواتر - فى التطبيقات القضائية ، الصادرة بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، إلا أنه فى توجه آخر ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى التضييق من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من

(١) راجع: حكم المحكمة الإدارية ببورسعيد – الدعوى رقم ٣٣٢ لسنة ٧ ق – جلسة ٢٠١٩/٣/٢٤ – غير منشور ، وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الدعوى رقم ٢٩٥١ لسنة ٢٣ ق – جلسة ٢٠١٩/٥/٢٨ ، وهو ذات ما انتهي إليه مفوض الدولة صراحة فى تقريره المودع ، بملف الدعوى رقم ٣٨٨٥ لسنة ٢٤ ق قضاء إداري الاسماعيلية ، حيث أشار إلى أن: (ومن ثم فإن أحكام المادة ٤٤ سالفة الذكر والمستبدل بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، تسري فقط على من تم تعيينه بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ م من المجندين مؤهلين كانوا أو غير مؤهلين ، سواء تم تعيينه أثناء مدة التجنيد أو بعد انقضائها ، أما من عين بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام قبل ٢٠٠٩/١٢/٢٨ م – تاريخ العمل بالقانون ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – فإنه يسري بشأنه أحكام المادة « ٤٤ » من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – قبل استبدالها – بما فيها من عدم أحقية المجند غير المؤهل فى ضم مدة خدمته العسكرية ، وبالنسبة للمجند المؤهل التقيد بقيد الزميل ، بألا يسبق المجند زميله فى التخرج المعين معه بذات الجهة فى الأقدمية ، أما إذا وجد هذا الزميل فلا يحسب للمجند من مدة تجنيده إلا المقدار الذي لا يترتب عليه أن يسبق زميله المعين معه فى الأقدمية) ، راجع: تقرير مفوض الدولة بملف الدعوى رقم ٣٨٨٥ لسنة ٢٤ ق – شهر أغسطس ٢٠١٩ – غير منشور.

تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، حيث خلصت إلى أنه ليست العبرة بأن يكون تاريخ التعيين بعد تاريخ تطبيق أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فقط ، حتى يمكن الاستفادة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وإنما يجب أيضاً – فى ضوء هذا التوجه – أن يكون تاريخ المؤهل الحاصل عليه المجند – إن كان مؤهلاً – وتاريخ تأدية الخدمة العسكرية ، تالياً أيضاً لتاريخ العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والمعمول به اعتباراً من ٢٠١٩/١٢/٢٨ اليوم التالي لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، لذلك قضت بأن [١]: (متي كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعي له مدة خدمة عسكرية مقدارها " ١٨ يوم – ١ شهر – ١ سنة " كان قد قضاها بالقوات المسلحة قبل تعيينه بالجهة الإدارية المدعي عليها ، بموجب مؤهله الحاصل عليه – بكالوريوس حاسبات ومعلومات - عام ٢٠٠٤ ، وعين بالقرار رقم ٣٤٠ لسنة ٢٠١٠ – أي بعد تاريخ تعديل المادة ٤٤ بموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – فى وظيفة أخصائي نظم معلومات ، وقد جاء تالياً فى ترتيب الأقدمية لزميله ..... الحاصل على ذات مؤهله عام ٢٠٠٤ والمعين معه على نفس الوظيفة وبذات القرار ، وبذلك يعد زميلاً للمدعي يقيده فى ضم مدة خدمته العسكرية المطالب بضمها ، وفقاً لمفهوم زميل المجند الوارد بالمادة " ٤٤ " من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، باعتبارها الواجب تطبيقها عليه ، لأن مركزه القانوني قد نشأ قبل تعديلها بالقانون المشار إليه).

وهو ما يعني أن المحكمة ترى فى ضوء هذا الاتجاه الثاني – فى ضوء إفصاحها عن الأساس الذي استندت إليه فى هذا الاتجاه – أن المركز القانوني للمجند (أي حقه) فى المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية ينشأ – أولاً – اعتباراً من تاريخ الحصول على مؤهله – إن كان مؤهلاً – ومن تاريخ تأديته للخدمة العسكرية ، ويكتمل – أخيراً – بتاريخ تعيينه ، لذلك يجب أن يكون نشوء المركز – أي تاريخ حصوله على المؤهل وتاريخ تأدية الخدمة العسكرية – وأيضاً اكتماله بتاريخ تعيينه بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ حتى يمكن الاستفادة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ولا يكفي وحده – فى ضوء هذا الاتجاه – تاريخ التعيين بأن يكون بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حتى

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الدعوى رقم ١٤٩٤ لسنة ٢١ ق – جلسة ٢٠١٧/٧/٢٠ – غير منشور.

يمكن الاستفادة من أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، لذلك قضت بإعمال قيد الزميل على الوقائع المعروضة ، فى ضوء نص المادة ٤٤ قبل تعديلها ، رغم ثبوت تعيين المدعي المطالب بضم مدة خدمته العسكرية فى عام ٢٠١٠ ، بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ على النحو سالف الإشارة ، استناداً إلى أن تاريخ المؤهل وتأدية الخدمة العسكرية قبل العمل بأحكام هذا القانون الأخير.

وبالتالي يضيق هذا الاتجاه الأخير من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها.

الفرع الثاني: اتجاه المحكمة الإدارية العليا بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، وموقفنا من هذه المسألة

وسوف نقسم هذا الفرع إلى الغصنين التاليين:

الغصن الأول: اتجاه المحكمة الإدارية العليا بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها.

الغصن الثاني: موقفنا من الاتجاهات القضائية الصادرة بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها.

الغصن الأول: اتجاه المحكمة الإدارية العليا بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها.

لقد أفصحت المحكمة الإدارية العليا مبكراً ، عن اتجاهها بشأن تحديد نطاق المراكز القانونية ، المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث انتهت فى حكمها الصادر بجلسة ٢٠١٢/٢/٢٣ إلى أن المعيار فى تحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من هذه المادة بعد تعديلها ، يتحدد بتاريخ التعيين - بإحدى الجهات المحددة حصراً بالمادة ٤٤ – فمن يعين بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم

١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، هو من يستفيد من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بموجب هذا القانون الأخير ، ولذلك قضت بأن [١] أحكام المادة ٤٤ – وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية المشار إليه – لا يفيد منها إلا من عين بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك لأن المراكز القانونية للعاملين المجندين تتحدد بتاريخ تعيينهم ، للنظر فى مدى توافر زميل لهم من عدمه ، ففي هذا التاريخ وحده يكون المركز القانوني للعامل المجند قد تحددت عناصره الواقعية والقانونية ، وهذا المركز قابل للتغيير من جهة إلى أخرى – ويتوقف عليه – البحث عما إذا كان ثمة زميل له من عدمه ، وتقوم من ثم عقبة قانونية ومادية تحول دون تصور إفادة العاملين الذين عينوا قبل العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ من إلغاء قيد الزميل.

ويلاحظ هنا أن المحكمة الإدارية العليا قد أفصحت فى قضائها السابق [٢] ، عن الأساس الذي استندت إليه فى هذا القضاء ، حيث ترى المحكمة الإدارية العليا ، أن فى تاريخ التعيين وحده يكون المركز القانوني للعامل المجند قد تحددت عناصره الواقعية والقانونية ، وهو ما يعنى أن نشأت المركز القانوني للعامل المجند فى حقه فى المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية – فى ظل القاعدة القانونية التي تقرر له ذلك – واكتماله يتحدد فى تاريخ تعيينه فقط ، وليس فى أي تاريخ آخر فى ضوء قضاء المحكمة الإدارية العليا السابق.

وبالتالي فإن المحكمة الإدارية العليا – بموجب قضائها السابق – تؤيد الاتجاه الأول الموسع من نطاق المراكز القانونية ، المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وأن المعيار فى ذلك يتحدد بتاريخ التعيين ، بحيث يستفيد من أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها – فى ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الإشارة – كل من عين من المجندين بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ والمعمول به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ ، باعتبار أن فى هذا التاريخ وحده يكون قد نشأ المركز القانوني للعامل المجند فى حقه فى المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية ، فى ظل القاعدة القانونية التي تقرر له ذلك ، واكتملت عناصره الواقعية والقانونية.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٩١٦٧ لسنة ٥٥ ق. عليا – جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٣ – غير منشور ، وأيضاً: حكمها الصادر فى الطعن رقم ١٣٠٥٨ لسنة ٥٢ ق. عليا – جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٣ – غير منشور.

- وراجع ذات المعني أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٤ ق. عليا – جلسة ٢٠١٣/٧/٢ ، وأيضاً حكمها فى الطعن رقم ٢٦٧٨ لسنة ٥٥ ق. عليا – جلسة ٢٠١٣/٨/٣ – غير منشورين.

(٢) راجع: أحكام المحكمة الإدارية العليا السابقة.

الغصن الثاني: موقفنا من الاتجاهات القضائية الصادرة بشأن تحديد المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها

من خلال استعراضنا السابق للاتجاهات القضائية الصادرة ، بشأن تحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فإننا نؤيد – وبحق – الاتجاه الأول (السائد) والموسع من نطاق المراكز القانونية ، المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وأن المعيار فى ذلك يتحدد بتاريخ التعيين ، وبالتالي يستفيد من أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها كل من عين - بإحدى الجهات المحددة حصراً فى المادة ٤٤ بعد تعديلها – بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، أي اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ وذلك للأسباب التالية:

أولاً: لأن الاتجاه الأول يوسع من نطاق المراكز القانونية المستفيدة ، من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وهو أمر يحبذ متي كان جائزاً.

ثانياً: أن العمل بالاتجاه الثاني يؤدي إلى نتيجة غير منطقية ، ويكرس إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين فئة المؤهلين وغير المؤهلين ، لأن المقرر – دون جدل – بأحقية المجندين غير المؤهلين المعينين بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى ضم مدة خدمتهم العسكرية كاملة ، تطبيقاً لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، لأن هذا التعديل هو الذي أنشأ الحق لهم - فى المطالبة بضم مدة خدمتهم العسكرية ، باعتبار عدم شمولهم بنص المادة ٤٤ قبل تعديلها – فى ضوء ما استقرت عليه فتاوى الجمعية العمومية وأحكام المحكمة الإدارية العليا من قصر الإفادة بأحكام المادة ٤٤ قبل تعديلها على فئة المجندين المؤهلين دون غيرهم ، ويكون المعول عليه بشأن تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالنسبة لفئة المجندين غير المؤهلين ، هو تاريخ التعيين ، وبهذا التاريخ وحده يتحدد مركزهم القانوني فى الحق فى المطالبة بضم مدة خدمتهم العسكرية ، بحيث يجب أن يكون المجند غير المؤهل المطالب بضم مدة خدمته العسكرية ، تم تعيينه بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ .

ويكون القول – فى ضوء الاتجاه الثاني – بأنه لا يكفي وحده لتطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالنسبة للمجندين المؤهلين ، أن يكون تاريخ تعيينهم بعد العمل

بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ - وإنما يجب فضلاً عن ذلك أن يكون أيضاً تاريخ حصولهم على المؤهل وتاريخ تأديتهم للخدمة العسكرية بعد تاريخ العمل بأحكام هذا القانون الأخير – يعد تشدداً بالنسبة لهذه الفئة دون مبرر ، وتضييقاً من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، بالنسبة لفئة المؤهلين وحدها دون مقتض ، ويمثل تمييزاً بين فئة المجندين المؤهلين وبين غير المؤهلين ، وإخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بينهما ، باعتماد معيار لتحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، يختلف بالنسبة للمجندين غير المؤهلين عن فئة المجندين المؤهلين على النحو سالف البيان.

ثالثاً: أن الاتجاه الأول الموسع من نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، يتفق مع اتجاه المحكمة الإدارية العليا فى قضائها السابق فى الطعن رقم ٩١٦٧ لسنة ٥٥ ق. عليا – آنف الإشارة - وبالتالي يكون هو الاتجاه السائد والمعول عليه فى ضوء ما تقدم.

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري من شروط تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩

إذا كانت اتجاهات القضاء الإداري ، والفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - وكذا الصادرة أيضاً عن إدارات الفتوى المتعددة - بشأن أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، قد فصلت الشروط اللازمة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، على النحو سالف البيان بالمبحث الأول من هذه الدراسة.

لذا فقد بذلت أيضاً هذه الاتجاهات القضائية والفتاوى الصادرة فى هذا الشأن ، جهوداً واضحة فى استخلاص وتفصيل الشروط اللازمة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

ويستفاد من ذلك ضرورة توافر مجموعة من الشروط اللازمة – مجتمعة – لتطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – على الفئات الخاضعة لنطاقها الشخصي – وإعمال آثارها ، وهي:

١ - أن يكون تاريخ تعيين المجند المطالب بضم مدة خدمته العسكرية بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

٢ - أن يكون طلب احتساب مدة الخدمة العسكرية عند التعيين الأول.

أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجندا أدى الخدمة العسكرية فعلياً.

٣ - عدم سقوط الحق فى طلب احتساب مدة الخدمة العسكرية بالتقادم الطويل.

وهو ما سنعرض له بالتفصيل المناسب على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون تاريخ تعيين المجند المطالب بضم مدة خدمته العسكرية بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩:

سبق القول بأن اتجاهات القضاء الإداري السائدة ، مؤيدة بقضاء المحكمة الإدارية العليا على النحو سالف البيان ، تشترط لتطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون

الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ضرورة أن يكون المجند المطالب بضم مدة خدمته العسكرية – مؤهلاً كان أم غير مؤهل – معين بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، أي اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ – اليوم التالي لتاريخ نشر القانون الأخير بالجريدة الرسمية – وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٠١٥/٣/١٧ [١]: (ومن ثم فإن من يتم تعيينه بعد ٢٠٠٩/١٢/٢٨ فقط ، هو من لا يتم تقييده بقيد الزميل حال ضم مدة خدمته العسكرية ، أما من يتم تعيينه قبل هذا التاريخ فتنطبق عليه نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية قبل تعديلها ، وبالتالي ينطبق عليه قيد الزميل).

ولذلك انتهت إلى أن [٢]: (ومن حيث إنه إعمالاً لما تقدم ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده حصل على ليسانس الحقوق دور مايو عام ١٩٩٠ بتقدير عام جيد جداً ، ثم عين بعد ذلك بالهيئة الطاعنة بموجب القرار رقم "٣٩٥" لسنة ١٩٩٥ ، برقم مسلسل ٩٤٩٦ ، اعتباراً من ١٩٩٥/٩/١٠ بوظيفة أخصائي أفراد بالفئة المالية السادسة ، وللمطعون ضده مدة خدمة عسكرية لاحقة على تاريخ تخرجه ، وسابقة على تاريخ تعيينه مقدارها سنة وشهر وأربعة عشر يوماً ، يطلب ضمها إلى مدة خدمة الحالية ، بحيث يتم إرجاع أقدميته في درجة بداية التعيين إلى ١٩٩٤/٧/٢٦ بدلاً من ١٩٩٥/٩/١٠.

إلا أنه لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ، أن للمطعون ضده زميلا يدعي/ ..... ويعمل بذات الجهة وحاصل على ذات المؤهل في ذات سنة التخرج ، بتقدير أعلى من الطاعن ومعين معه في ذات القرار برقم مسلسل ٩٤٩٥ ، وسابقاً عليه في ترتيب الأقدمية ، ومن ثم فإنه يعد قيداً عليه في ضم كامل مدة خدمته العسكرية).

وهو ما أكدته أيضاً في حكمها الحديث الصادر في ٢٠١٨/١/١٦ ، حيث قضت بأنه[٣]: (ومن حيث إن المدعي تم تعيينه بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١ ، أي قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – في ٢٠٠٩/١٢/٢٨ – فإنه يتقيد بقيد الزميل المنصوص عليه في المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها) لذلك انتهت إلى رفض الدعوي.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – في الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ١٦ ق.س – جلسة ٢٠١٥/٣/١٧ – غير منشور.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ١٦ ق.س – المرجع السابق.
- وراجع أيضاً ذات المعني: تقرير مفوضي الدولة بالمحكمة الإدارية العليا – الدائرة التاسعة – مودع في الطعن رقم ٤٩٦١٧ لسنة ٦٠ ق. عليا – شهر يناير ٢٠١٩ – غير منشور.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري ببورسعيد – في الدعوى رقم ١٨٩٠ لسنة ٥ ق – جلسة ٢٠١٨/١/١٦ – غير منشور.

وفي تطبيق آخر حديث أكدت محكمة القضاء الإداري على أحقية المدعي فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة ، فى ضوء نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، استناداً إلى أن تعيين المدعي كان بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ولذلك قضت بأن [١]: (وحيث إنه متي كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعي له مدة خدمة عسكرية ، كان قد قضاها بالقوات المسلحة خلال الفترة من ٢٠١١/١٠/٣١ حتى ٢٠١٢/١٢/١ ، ثم استبقي بالقوات المسلحة كضابط احتياط خلال الفترة من ٢٠١٢/١٢/١ حتى ٢٠١٤/٤/١ بدون فاصل زمني ، على نحو تتقيد معه هذه المدة بأحكام مدة الخدمة العسكرية [٢] وذلك قبل تعيينه بالجهة الإدارية المدعي عليها اعتباراً من ٢٠١٥/٤/١ ، ومن ثم يكون مركزه القانوني قد نشأ واكتمل فى ظل المادة " ٤٤ " من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ويكون هو النص الواجب تطبيقه عليه ، ومن ثم يحق له ضم المدتين المشار إليهما إلى مدة خدمته الحالية ، دون أن يتقيد فى ضم هاتين المدتين بقيد الزميل ، وهو ما يتعين الحكم به).

وهو ذات ما انتهت إليه أيضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، حيث قررت بأن [٣]: (وحيث إنه لما كان ما تقدم فإن نص المادة " ٤٤ " من قانون الخدمة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – فى الدعوى رقم ٦٢٥٨ لسنة ٢٣ ق – جلسة ٢٠١٩/٨/٢٩ – غير منشور.

(٢) ومن الجدير بالذكر هنا ، الإشارة إلى أن المدعي طالب فى هذه الدعوى بضم مدة خدمته العسكرية الإلزامية كضابط مجند ، استناداً إلى أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، كما طالب بضم مدة استبقائه بالقوات المسلحة كضابط احتياط استناداً إلى حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٩ ، الخاص بضباط الاحتياط بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، وعلى الرغم من انتهاء المحكمة إلى القضاء له بضم المدتين إلى مدة خدمته الوظيفية ، إلا أن القضاء له بضم هاتين المدتين جاء استناداً إلى حكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، ولم تستند فى ضم مدة استبقائه بالقوات المسلحة كضابط احتياط إلى حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٩ ، استناداً إلى أن: (ما ورد فى المادة ٦٦ من القانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٩ الخاص بضباط الاحتياط ، بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦٤ من وجوب ضم مدد الاستدعاء لضباط الاحتياط فى الوظائف العامة السابقة على التعيين فى تلك الوظائف ، دون إشارة إلى قيد الزميل ، فإنه يعالج حالة الاستدعاء للخدمة بالقوات المسلحة كضابط احتياط ، فلا ينصرف إلى مدد الخدمة الإلزامية وكذلك مدد الاستبقاء بعد إتمام مدد الخدمة الإلزامية ، وهي المدد التي عالجتها المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، وأية ذلك أن حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٩ يفترض إنهاء خدمة المجند كضابط احتياط مجند بما فيها مدة استبقائه ، ثم استدعاءه للخدمة بالقوات المسلحة كضابط احتياط ، أي يفترض وجود فاصل زمني بين مدة الخدمة الإلزامية بما فيها مدة الاستبقاء ، وبين مدة استدعائه) راجع: حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية فى الدعوى رقم ٦٢٥٨ لسنة ٢٣ ق جلسة ٢٠١٩/٨/٢٩ – غير منشور.

- وراجع أيضاً فى الفرق بين مدة الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة بما فيها مدة الاستبقاء ، وبين مدة الاستدعاء لضباط الاحتياط: فتوى الجمعية العمومية رقم ٩٢٥/٢/٨٦ – جلسة ١٩٩٦/١/١٧ ، مشار إليها: أ/ شريف أحمد الطباخ و د/ عزت منصور – الموسوعة الحديثة – المرجع السابق – صـ ٤٦٦ ، ٤٦٧.

(٣) فتوى الجمعية العمومية – رقم ١٦٠ بتاريخ ٢٠١٣/٣/٦ – ملف رقم ١١٢٤/٢/٨٦ – جلسة ٢٠١٢/١٢/١٩ – غير منشورة.

- وعلى ذات النهج سارت المحكمة الإدارية ببورسعيد ، فى حكمها الحديث الصادر فى الدعوى رقم ٣٣٢ لسنة ٧ ق ، حيث قضت بأن: (ولما كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعي الشاغل لوظيفة مهندس ..... وإذ جري تعيينه اعتباراً من ٢٠١٥/٤/١ بالقرار رقم ١٦٤ لسنة ٢٠١٥ بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ المشار إليه ، والذي أسقط قيد الزميل عند حساب مدة الخدمة العسكرية بما فيها مدة الاستبقاء، فمن ثم يستحق – المدعي – حساب مدة خدمته العسكرية بما فيها مدة استبقائه كضابط احتياط كاملة ، دون التقييد بقيد الزميل الذي كان موجوداً قبل العمل بالتعديل الذي جاء به القانون المذكور ، الأمر الذي يتعين معه القضاء بأحقية المدعي فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة) راجع: حكم المحكمة الإدارية ببورسعيد – الدعوى رقم ٣٣٢ لسنة ٧ ق – جلسة ٢٠١٩/٣/٢٤ – غير منشور.

العسكرية والوطنية تنطبق بأثر فوري مباشرة ، انطباقاً يتعين مجاله فى ضم مدة الخدمة العسكرية للعاملين غير المؤهلين ، المعينين ابتداءً من اليوم التالي لتاريخ نشر القانون رقم "١٥٢" لسنة ٢٠٠٩ م بالجريدة الرسمية ، وأن ما ورد بعجز المادة "٤٤" بعد تعديلها ، من عدم جواز الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على تطبيق هذه المادة ، بالنسبة إلى المجندين غير المؤهلين فى الطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل أول يناير ٢٠١٠ م ، إنما يعني – طبقاً لحقيق مقصود المشرع وبما يحمل النص على الصحة – عدم أحقية العاملين غير المؤهلين المعينين بعد صدور القانون ، فى الاستناد إلى الأقدمية الاعتبارية الجديدة لتسوية حالاتهم على نحو يمس بالمراكز القانونية التي ترتبت لأربابها من المعينين والمرقين قبل تاريخ نفاذه ، لا سيما وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية ، للعاملين غير المؤهلين الذين عينوا قبل العمل بأحكام القانون رقم "١٥٢" لسنة ٢٠٠٩ م فى وقت لم يكن يسمح لهم بضم مدة الخدمة العسكرية).

الشرط الثاني: أن يكون طلب احتساب مدة الخدمة العسكرية عند التعيين الأول:

يستفاد من نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ والتي أشارت – شأن المادة ٤٤ قبل تعديلها – إلى أنه تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية ..... لجميع المجندين مؤهلين كانوا أو غير مؤهلين الذين يتم تعيينهم أثناء مدة تجنيدهم أو بعد انقضائها بالجهاز الإداري للدولة ..... كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، أنها تشترط لذلك – شأن المادة ٤٤ قبل تعديلها – أن يكون التعيين فى أثناء مدة التجنيد أو يعقبها مباشرةً - التعيين - فى إحدى الجهات الواردة حصراً فى صلب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، وهو ما يستتبع بالضرورة أن يكون حسابها عند التعيين الأول فى إحدى تلك الجهات ، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٨/٢/٢٧ ، حيث قررت بأن [1]: (ولما كانت الحكمة التي توخاها المشرع من وراء المادة " ٤٤ " هو رفع الضرر عن المجند الذي حال تجنيده دون استلام العمل فى ذات تاريخ استلام زميله غير المجند ، فإنه يشترط فى مدة الخدمة العسكرية التي تعتبر كأنها قضيت فى الخدمة المدنية ، أن يتخللها أو

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الدعوى رقم ٦٦١٨ لسنة ٢١ ق – جلسة ٢٠١٨/٢/٢٧ – غير منشور.

يعقبها مباشرة التعيين فى إحدى الجهات الواردة على سبيل الحصر ، وهو ما يستتبع بالضرورة أن يكون حسابها عند التعيين الأول فى إحدى هذه الجهات ، سواء أثناء مدة التجنيد أو بعد انقضائها ، ولا يجوز المطالبة بحساب مدة التجنيد عند تعيين المجند تعييناً جديداً فى جهة أخري).

وبالتالي لا يجوز المطالبة بحساب مدة التجنيد عند تعيين المجند تعييناً جديداً فى جهة أخرى ، ولذلك انتهت محكمة القضاء الإداري فى حكمها السابق إلى أن [1]: (لما كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق ، أن المدعي كان قد عين عقب حصوله على بكالوريوس الطب عام ٢٠٠٣ بمركز الإسعاف الرئيسي ، بوظيفة أخصائي طب بشري ثالث ، بالمجموعة النوعية لوظائف الطب البشري اعتباراً من ٢٠٠٥/٤/٢٧ ، وانتهت خدمته اعتباراً من ٢٠١٤/٨/١٤ بالاستقالة ، ثم عين بهيئة قناة السويس بوظيفة طبيب أول اعتباراً من ٢٠١٤/٨/١٢ ، ولما كان حساب مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة ، لا يكون إلا عند التعيين الأول سواء أثناء مدة التجنيد أو بعد انقضائها ، ومن ثم فلا يجوز للمدعي بعد أن عين بهيئة قناة السويس على النحو المشار إليه ، أن يطالب باحتساب مدة خدمته العسكرية التي قضائها بالقوات المسلحة .. إلى مدة خدمته الحالية بالهيئة المذكورة ، مما تضحي دعواه الماثلة قائمة على غير أساس من القانون جديرة بالرفض).

ويلاحظ أن نهج محكمة القضاء الإداري هنا ، يتفق مع النهج القضائي [2] والافتائي[3] الذي أكد على هذا الشرط ، فى ضوء نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة

(١) الحكم السابق.

- ومن الأحكام الحديثة التي أكدت على أن الجهة المنوط بها حساب مدة خدمته العسكرية هي جهة العمل الأولى ، ما انتهت فيه المحكمة إلى أنه متي كان الثابت أن المدعي ضمت له مدة خدمته العسكرية بالأزهر حال تعيينه به – على النحو سالف البيان – ومن ثم فلا يحق له المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية بعد تعيينه بمصلحة الضرائب العامة ، راجع: حكم محكمة القضاء الإداري بطنطا – الدائرة الرابعة – فى الدعوى رقم ٧٢١٠ لسنة ١٧ ق – جلسة ٢٠١٤/١/١٨ – غير منشور ، وراجع أيضاً ذات النهج: حكم محكمة القضاء الإداري – الدائرة التاسعة - بني سويف والفيوم – الدعوى رقم ١٣٧٩ لسنة ١٥ ق – جلسة ٢٠١٢/٩/٢٤ – غير منشور أيضاً.

(٢) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – فى الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٣٧ ق.عليا – جلسة ١٩٩٧/٥/٣١ - غير منشور.

(٣) وهو ذات ما سبق وأن أكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، حيث قررت بأن: (المشرع رعاية للمجند حتى لا يضار بتجنيده اعتبر مدة خدمته العسكرية كأنها قضيت فى الخدمة المدنية ، واشترط لذلك أن يتخللها أو يعقبها مباشرة التعيين فى إحدى الجهات الواردة على سبيل الحصر فى المادة المشار إليها – ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية – وهو ما يستتبع بالضرورة أن يكون حسابها عند التعيين الأول فى إحدى تلك الجهات ، سواء أثناء مدة التجنيد أو بعد انقضائها) راجع: فتوى الجمعية العمومية – ملف رقم ٨٣٦/٣/٨٦ – جلسة ١٩٩٣/٤/٤ ، مشار إليها: أ/ محمد صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٦ ، ١٩٧ ، وهو ذات ما قررته أيضاً: فتوى إدارة الفتوى لوزارة النقل البحري بمدينة الإسكندرية – رقم ٤١ فى ١٩٩٤/١/٨ – ملف رقم ٧/١٨/١ ، مشار إليها : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٧.

العسكرية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، على النحو سالف البيان من هذه الدراسة [١].

الشرط الثالث: أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجنداً أدى الخدمة العسكرية فعلياً.

يستفاد من صراحة عبارات نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – شأن المادة ٤٤ قبل تعديلها - والتي أشارت إلى أنه تعتبر مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة بما فيها مدة الاستبقاء ... كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، أنها تشترط صراحة ضرورة أن يكون المجند طالبا احتساب مدة الخدمة العسكرية قد أداها فعلياً - بدرجة قدوة حسنة – وبالتالي لا يستفيد من أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها – شأن المادة ٤٤ قبل تعديلها – من استثني من الالتزام بأداء الخدمة العسكرية ، أو أعفي منها لأي سبب ، لأنهم لا يعتبرون مؤدين لهذه الخدمة فعلياً.

وهو ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٨/٢/٢٧ [٢] بقولها: (ولما كان حساب مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة لا يكون إلا عند .....).

وهو ذات ما يتفق مع نهج المحكمة الإدارية العليا ، فى ضوء تطبيق نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث قررت بأن مناط الاستفادة من حكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ أن يؤدي المجند الخدمة العسكرية بطريقة فعلية ، أما من يستثني من الالتزام بأداء الخدمة العسكرية "طبقاً لنص المادة ٦" أو الإعفاء منها "طبقاً لنص المادة ٧ من ذات القانون" لا يعتبرون مؤدين هذه الخدمة ، ومن ثم فلا استفادة لهم من حكم المادة ٤٤ من هذا القانون[٣].

(١) راجع هذا الشرط: المبحث الأول من هذه الدراسة .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – الدعوى رقم ٦٦١٨ لسنة ٢١ ق جلسة ٢٠١٨/٢/٢٧– السابق.

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٧٥ لسنة ٢٦ ق. عليا – جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ ، مشار إليه : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٨.

الشرط الرابع: عدم سقوط الحق فى طلب احتساب مدة الخدمة العسكرية بالتقادم الطويل

سبق القول بأن دعوى المطالبة بضم مدة الخدمة العسكرية هي من دعاوى التسويات[١] والتي لا تتقيد بميعاد معين لإقامتها ، إلا أنه يجب أن تقام قبل مضي خمسة عشرة عاماً على نشوء الحق فى المطالبة بها ، والذي يبدأ من تاريخ التعيين ، لأنه التاريخ الذي يكتمل به مركز الموظف ويحق له من هذا التاريخ المطالبة بضم مدة خدمته ، فإذا انقضت مدة خمسة عشرة عاماً على التحاق الموظف وتعيينه بإحدى الجهات المحددة على سبيل الحصر فى المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، ولم يطلب خلالها بضم مدة خدمته العسكرية قضائياً ، أو يقوم بإجراء قاطع لهذا التقادم فقط سقط حقه بالتقادم الطويل فى المطالبة بضمها.

وفي هذا الشأن تقول المحكمة الإدارية العليا [٢]: (ومن حيث إن القاعدة العامة أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة عاماً طبقاً للمادة ٣٧٤ من القانون المدني ومن حيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد اضطرد على أنه وإن كانت قواعد القانون المدني قد وضعت أصلاً لتحكم روابط القانون الخاص ، ولا تسري وجوباً على روابط القانون العام ، إلا أن القضاء الإداري له أن يطبق من تلك القواعد ما يتلاءم مع هذه الروابط ويتفق مع طبيعتها ، اللهم إلا إذا وجد النص التشريعي الخاص بمسألة معينة فعندئذ وجب التزام النص ، وقد جاءت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ، وآخرها القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، خلواً من تحديد مواعيد معينة لرفع الدعاوى فى المنازعات الإدارية التي يختص بنظرها بهيئة القضاء الإداري ، إلا ما تعلق منها بطلبات الإلغاء ، ومن ثم فإن غيرها من الطلبات يجوز لذوي الشأن رفعها متي كان الحق المطالب به لم يسقط بالتقادم طبقاً لقواعد القانون المدني ، وذلك بحسبان أن فكرة التقادم المسقط الذي هو طريق لانقضاء الديون ، التي لم تنقض بأي طريق

(١) وقد جري قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن التفرقة بين دعاوى الإلغاء ودعاوى التسوية تقوم على أساس النظر إلى المصدر الذي يستمد منه العامل حقه ، فإن كان هذا الحق مستمداً مباشرة من قاعدة تنظيمية =(قانون أو لائحة) كانت الدعوى تسوية ، وكانت القرارات الصادرة من جهة الإدارة فى هذا الشأن محض إجراءات تنفيذية ، تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة العامل وحمل ما نص عليه القانون إليه ، أما إذا كان الأمر موكولاً للسلطة التقديرية للجهة الإدارية ، فإن قرارها الصادر بالمنح أو المنع يعد من قبيل القرارات المنشئة ، وتضحي الدعوى من ثم من دعاوى الإلغاء ، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٣٣ ق.عليا – جلسة ١٩٨٩/١/١ ، مشار إليه: د/ نعيم عطية و أ/ حسن الفكهاني – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٣٣ – المرجع السابق – صـ ٩٦٢ ، ٩٦٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ – الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٢٩ ق. عليا – جلسة ١٩٨٥/٢/١٥ ، وراجع أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٤٤ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٠ ، وأيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ – الطعن رقم ٣٤٠٤٨ لسنة ٥٢ ق. عليا – جلسة ٢٠١١/٤/٢ – أحكام غير منشورة.

آخر ، لا تتعارض فى طبيعتها ومفهومها مع روابط القانون العام ، إذ أنه إذا كان للتقادم المسقط للمطالبة بالحقوق فى نطاق روابط القانون الخاص حكمته التشريعية المتعلقة باستقرار الحقوق ، فإن حكمته فى مجال روابط القانون العام تجد تبريرها على نحو ألزم وأوجب ، لاستقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية لعمال المرافق العامة ، استقراراً تمليه المصلحة العامة وحسن سير المرفق).

ولذلك انتهت محكمة القضاء الإداري فى حكمها الحديث الصادر فى ٢٠١٩/٢/٢٦[١] إلى أنه: (متي كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعي يطلب الحكم بأحقيته فى ضم مدة خدمته العسكرية ، وكذا مدة استبقائه كضابط احتياط والتي قضاها قبل تعيينه بالجهة الإدارية المدعي عليها والحاصل بتاريخ ١٩٧٩/٩/٢٩ ، إلا أنه لم يقم دعواه الماثلة إلا بتاريخ ٢٠١٣/٥/٢٦ ، وبعد مرور ما يزيد على خمسة عشر عاماً من تاريخ نشوء الحق المطالب به ، ومن ثم يكون حقه فى المطالبة بضم تلك المدة قد سقط بالتقادم الطويل ، لا سيما وأنه لم يثبت من سائر أوراق الدعوى قيامه باتخاذ أي إجراء قاطع لمدة التقادم قبل اكتمالها).

وبالتالي فإن من يعين بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ويطالب بضم مدة خدمته العسكرية بعد هذا التاريخ ، فإنه سوف ينطبق عليه أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها من ناحية ، ومن ناحية أخرى يجب ألا يكون قد مضى بين الفترة من تاريخ تعيينه - باعتبار أن تاريخ التعيين هو الواقعة لمنشأة لحقه فى المطالبة بضم مدة خدمته العسكرية ، فى ظل القاعدة القانونية المقررة لذلك – وبين تاريخ المطالبة القضائية مدة خمسة عشرة عاماً ، وإلا سقط حقه فى المطالبة بالتقادم الطويل ، حفاظاً على استقرار المراكز القانونية لعمال المرافق العامة ، استقراراً تمليه المصلحة العامة وحسن سير المرافق [٢] فى ضوء ما تقدم.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بالإسماعيلية – فى الدعوى رقم ٩٠٠٩ لسنة ١٨ ق – جلسة ٢٠١٩/٢/٢٦ – غير منشور.

- مع مراعاة أنه ولئن كان الأصل فى التقادم المنصوص عليه فى القانون المدني أنه لا يترتب على اكتمال مدته سقوط الالتزام من تلقاء ذاته ، بل لا بد أن يتمسك به المدين ، إلا أن ذلك الأصل لا يتسق مع روابط القانون العام إلا بالقدر الذي يتفق مع طبيعتها بحيث يكون سقوط الالتزام باكتمال مدة التقادم أمراً حتمياً لا يتوقف على دفع من جهة الإدارة ، بل يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، فالتقادم فى مجال القانون العام يعتبر جزءا من النظام العام لتعلقه باعتبارات تنظيمية تتعلق بالمصلحة العامة ، تستهدف استقرار الأوضاع الإدارية وعدم تعريض ميزانية الدولة للمفاجآت والاضطرابات التي تعجزها عن الوفاء بمتطلبات إشباع الحاجات العامة وتسيير المرافق العامة بانتظام وباضطراد ، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٨١٩ لسنة ٥١ ق. عليا – جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٢ – غير منشور.

(٢) مع الأخذ فى الاعتبار أنه كما أن الموظف يجوز له رفع دعوى تسوية – أي التي تتم تنفيذاً لأحكام القانون – دون التقيد بمواعيد ، سوي مواعيد التقادم الطويل ، فإن جهة الإدارة فى عدولها عن تسوية خاطئة أجرتها للعامل تتقيد أيضاً بهذه المواعيد ، بمعني أنه يجب أن يكون السحب قبل فوات ميعاد التقادم ، أي قبل مرور خمسة عشر عاماً على صدور القرار الأول المراد سحبه ، راجع: تقرير مفوض الدولة – بالمحكمة الإدارية العليا – الدائرة التاسعة ، المودع فى الطعن رقم ٨٣٦٦١ لسنة ٦٢ ق. عليا ، شهر يناير ٢٠١٩ ، غير منشور.

خلاصة المبحث الثالث:

لقد تبين لنا من خلال هذا المبحث ، أنه إذا كان المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قد أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية، رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

فإن القضاء الإداري لم يدخر جهداً فى تجلية ملامح أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ومعالجة الإشكاليات – المستحدثة – المترتبة على تطبيق أحكامها.

حيث تواترت التطبيقات القضائية – رغم وجود أكثر من اتجاه قضائي على حسب التفصيل السابق بيانه – على اعتبار أن تاريخ تعيين المجند هو المعيار فى تحديد نطاق المراكز القانونية ، المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها من عدمه ، بحيث قررت استفادة جميع المعينين – بالجهات المحددة حصراً فى صلب المادة ٤٤ بعد تعديلها - بعد تاريخ نشر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى الجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى العديد من المناسبات – وأيدناه لما سبق وقررناه – على النحو سالف البيان.

كما تبين أيضاً أن الاتجاهات القضائية الصريحة ، وكذا الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، قد استخلصت وقررت العديد من الشروط اللازمة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، والتي من أهمها ضرورة أن يكون تاريخ تعيين المجند - مؤهل أو غير مؤهل – بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والمعمول به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ ، وأن يكون طلب احتساب ضم مدة الخدمة العسكرية عند التعيين الأول ، وضرورة أن يكون طالبا احتساب مدة الخدمة العسكرية مجند قد أدى الخدمة العسكرية فعلياً ، غير مستثني منها أو أعفي من أدائها ، وألا يكون قد سقط الحق فى المطالبة بضم مدة الخدمة العسكرية بالتقادم الطويل ، على النحو سالف البيان.

وهو ما يقطع بأن الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري – بصفة عامة – خاصة المحكمة الإدارية العليا ، وكذا الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، كان – وما زال – لها دور مهم وواضح فى تجلية ملامح أحكام ضم مدة

الخدمة العسكرية والوطنية ، فى ضوء نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها – أي استبدالها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وكشف غموضها ، ومعالجة الإشكاليات – المستحدثة – المترتبة على تطبيق أحكامها ، لا سيما وأنها قررت العديد من المبادئ والضوابط اللازمة لتطبيق أحكامها ، خاصة ما يتعلق بتحديد نطاق المراكز القانونية المستفيدة من تطبق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، واستخلاص وتفصيل الشروط اللازمة لتطبيقها وإعمال آثارها.

وبالتالي يمكننا القول والقطع بأن الاتجاهات القضائية والإفتائية الحديثة ، قد رسمت نطاق تطبيق نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، على وجه صحيح القانون فى ضوء ما تقدم.

المبحـــث الرابـــع

مستقبل ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩

تمهيد وتقسيم:-

تعد الرقابة على دستورية القوانين – بلا جدال – فى مقدمة الوسائل الفنية التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية مبدأ المشروعية ، مقرراً أن على السلطات جميعاً بما فيها السلطة التشريعية أن تلتزم حدود الدستور ، الذي يعتبر الإطار القانوني العام للجماعة السياسية ، وهي بذلك أيضاً إحدى الوسائل الفعالة ، التي يتحقق بها حماية الحقوق والحريات العامة من عدوان تلك السلطات عليها [١].

حيث تستهدف الرقابة الدستورية ، التحقق من مطابقة التشريعات – سواء كانت قوانين بالمعنى الدقيق صادرة عن السلطة التشريعية ، أم كانت لوائح صادرة عن السلطة التنفيذية – مع أحكام الدستور ، عن طريق إهدار النصوص القانونية المخالفة له ، بما يحول دون تطبيق هذه النصوص على النزاعات الموضوعية المعروضة [٢].

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد فصلت مبكراً ، بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل بأثر رجعي ، حال قضائها فى ٢٠١١/٧/٣١ بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، والمستبدل بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فيما نصت عليه من أن يعمل بأحكام هذه المادة اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، وبالتالي يطبق حكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية – بعد تعديلها – بأثر مباشر اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشر القانون – المشار إليه – فى الجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ ، كسائر أحكام القانون ، وهو ما التزمته الاتجاهات القضائية الصادرة بعد تاريخ صدور حكم المحكمة

---

(١) د/ أحمد كمال أبو المجد – الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري – رسالة دكتوراة – مكتبة النهضة المصرية – ١٩٦٠ – صـ ٩٢.

- باعتبار أن مبدأ سمو الدستور هو القاعدة الأساسية لمعظم الديمقراطيات الحرة ، راجع:

- RIVERO (J.); les Libertes pubiques le éd, 1973. p. 205.

(٢) راجع: المستشار/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي – الدعوى الدستورية – منشأة المعارف – طبعة ٢٠٢ – صـ ١٣.

الدستورية العليا فى ٢٠١١/٧/٣١ على النحو سالف البيان من هذه الدراسة [١] ، إلا أن الأمر لم يقف عند هذا الحد فقط ؟

حيث يتبين – بالبحث – إحالة العديد من المحاكم المختصة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل فى مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وهو ما لم تفصل فيه المحكمة الدستورية بعد – إحالة الأمر إليها – حتى تاريخ إصدار هذه الدراسة.

مما يجعل من الضروري التعرض وبحث مبررات وأسانيد شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل (أي إلغاء قيد الزميل) بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – وموقفنا من هذه المسألة ووجه الرأي فيها ، مع استشرافنا أيضاً للموقف المستقبلي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، حال قضاء المحكمة الدستورية العليا ، إما برفض شبهة عدم الدستورية وتأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وإما القضاء بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل ، واستعراض الآثار المترتبة على الوضع فى الحالين.

وهو ما سنعرض له فى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مبررات شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩ ووجه الرأي فيها.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الفصل فى مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل (إلغاء قيد الزميل) بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها.

(١) راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المطـــــلب الأول

مبررات شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، فى عام ٢٠٠٩ ووجه الرأي فيها

نظراً لإثارة شبهة عدم دستورية ، عدم النص على قيد الزميل (إلغاء قيد الزميل) بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، أثناء نظر العديد من الدعاوى أمام بعض المحاكم ، لذا فقد شرعت المحكمة الإدارية بالفيوم بحكمها الصادر فى ٢٠١٦/٦/١٣ فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق ، بإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل فى مدى دستورية نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك فيما لم تتضمنه من النص على تقييد حق المجند المؤهل فى ضم مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، وقيدت الأوراق بالدعوى رقم ٧٦ لسنة ٣٨ ق. دستورية عليا ، وهو ما انتهت إليه أيضاً ذات المحكمة - الإدارية بالفيوم - بحكمها الصادر فى ٢٠١٦/٦/١٣ فى الدعوى رقم ١٣١٧ لسنة ١ ق ، حيث قررت بإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى هذه المسألة ، وقيدت الأوراق بالدعوى رقم ٧٧ لسنة ٣٨ ق . دستورية عليا ، وهو ما لم تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا بعد ، حتى تاريخ إصدار هذه الدراسة.

الأمر الذي يقتضي أن نتعرض لمبررات وأسانيد شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وموقفنا من هذه المسألة ، وهو ما سنعرض له فى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مبررات وأسانيد شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الفرع الثاني: موقفنا من شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الفرع الأول: مبررات وأسانيد شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

بالرجوع إلى حكم الإحالة الصادر من المحكمة الإدارية بالفيوم بجلسة ٢٠١٦/٦/١٣ فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق ، والذي انتهت فيه المحكمة إلى إحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل فى مدى دستورية عدم النص على تقييد حق المجند المؤهل فى ضم مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، نجد أنه قد ساق فى معرض تبريره لشبهة عدم الدستورية ، أنه " أي إلغاء قيد الزميل بالنسبة للمجند المؤهل " يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج والمعينين بذات الجهة.

لا سيما وأن مسألة إلغاء قيد الزميل – يزعم بأنها – تمثل إهدارا لمبدأ قد استقرت عليه المفاهيم القضائية – ومن قبلها النصوص التشريعية – بشأن تنظيم أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، خاصة وأن هناك سوابق قضائية للمحكمة الدستورية العليا ذاتها تؤيد شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل.

وهو ما سنعرض له فى الغصنين التاليين:

الغصن الأول: مبررات شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الغصن الثاني: السوابق القضائية الدستورية المؤيدة لشبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

الغصن الأول: مبررات شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩.

لقد أشار حكم الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا ، الصادر من المحكمة الإدارية بالفيوم بجلسة ٢٠١٦/٦/١٣ فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق [1] ، فى معرض تبريره لشبهة عدم دستورية عدم النص على تقييد حق المجند المؤهل ، فى ضم

(١) حكم المحكمة الإدارية بالفيوم – فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق – ج ٢٠١٦/٦/١٣ – غير منشور

مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، بأن هذه المسألة – أي عدم النص على قيد الزميل – تعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين فئة زملائهم فى التخرج المعين معهم بذات الجهة. باعتبار أن إلغاء قيد الزميل بالنسبة لطائفة المجندين المؤهلين يسمح بأن يسبق الأحدث – أي المجند المؤهل – زميله الأقدم فعلياً فى أقدمية الوظيفة – أي زميل التخرج المعين بذات الجهة – والذي يفضله – أي الأخير – فى خبراته التي اكتسبها خلال أعماله الوظيفية الفعلية ، عن طريق الاعتداد بكامل مدة الخدمة الاعتبارية للمجند المؤهل – بناء على ضم مدة خدمته العسكرية كاملة – والتي لا تساوي قدراً مدة الخدمة الفعلية للزميل الأقدم ، وهو ما يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين دون مسوغ مقبول.

لا سيما وأن مسألة إلغاء قيد الزميل – يفترض أنها – تمثل إهدار لمبدأ قد استقرت عليه المفاهيم القضائية والإفتائية - ومن قبلها النصوص التشريعية – فى شأن تنظيم أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدة الخدمة الوظيفية.

بل والملاحظ أن الاتجاهات القضائية والإفتائية قد أعملت هذا القيد ، رغم عدم وجود نص يقرره – فى بعض المناسبات – حيث انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن [1]: (..... أن المشرع بمسلكه المتقدم – سواء فى قانون العاملين المدنيين بالدولة أو قانون الخدمة العسكرية والوطنية المشار إليهما – وقد راعى التوفيق بين مصلحة العامل فى الضم ، ومصلحة زميله الأقدم منه فى ألا يضار من جراء هذا الضم – يكون قد أرسي مبدأ عاماً يجب مراعاته ولو لم ينص عليه صراحة ، شأن الحال فى قانون الخدمة العامة المشار إليه ، بحسبان أن هذا المبدأ قد أملته المفاهيم المستخلصة من أحكام قانون نظام العاملين ، وأكدته المادة "٤٤" من قانون التجنيد ، وهي مفاهيم تأبي أن يسبق الأحدث الأقدم فى أقدمية الوظيفة بسبب ضم مدة اعتبارية لم تقض فعلاً فى الوظيفة ، ومن ثم أضحي متعيناً مراعاة هذا القيد عند إضافة مدة التكليف بالخدمة العامة للمكلف بعد تعيينه ، خاصة وأن الخدمة العامة ما هي إلا بديل عن الخدمة العسكرية ، ولا يسوغ أن تفوق الميزة المترتبة على البديل ، متمثلة فى ضم مدة التكليف بالخدمة العامة ، على تلك المترتبة على الأصيل ، وإنما الأولى أن تماثلها ، فيراعي قيد الزميل عند حسابها).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – ملف رقم ٩٥٦/٣/٨٦ – جلسة ١٩٩٨/٣/٤ ، مشار إليها: أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ٢٠٢.

الفصل الثاني: السوابق القضائية الدستورية المؤيدة لشبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩ .

سبق وأن تعرضت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٩٨/٥/٩ فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية عليا ، لبحث مسألة مشابهة تماماً للمسألة محل البحث ، حيث طلب المدعي – أي الطاعن [١] – الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ ، فى شأن الخدمة العامة للشباب الذي أنهى المراحل التعليمية ، فيما نصت عليه من أن تضاف مدة التكليف إلى مدة الخدمة للمكلف بعد تعيينه ، ويتقاضى عنها العلاوات المقررة ، دون أن تتضمن النص على أن يتقيد ضمها للمكلف على هذا النحو ، بألا تجاوز أقدمية زميله فى التخرج الذي عين معه فى ذات الجهة.

حيث نعى المدعي على الفقرة الثانية من المادة الثالثة [٢] من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ – المطعون عليها – انعدامها وعدم جواز تطبيق أحكامها ، تأسيساً على أن حكمها صار منسوخاً بنص المادة (٤٤) من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، التي تعامل مدة الخدمة العسكرية والوطنية الفعلية الحسنة ، كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وبشرط ألا يترتب على حسابها على النحو المتقدم ، أن تزيد أقدمية المجندين أو مدد خبرتهم على أقدمية أو مدد خبرة زملائهم فى التخرج الذين عينوا فى ذات الجهة.

---

(١) تم تحريك مسألة الدستورية فى هذه الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا ، عن طريق ما يسمي بالدفع الفرعي من أحد الخصوم ، حيث طبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، يحق لكل ذي شأن فى الدعوى الموضوعية أن يدفع بعدم دستورية النص المفروض تطبيقه على وقائع الدعوى ، وذلك أمام المحكمة أو الهيئة التي تنظر الدعوى ، ويكون لهذه المحكمة أو الهيئة أن تتثبت من مدى جدية الدفع المبدي فى هذا الشأن ، فإذا قدرت جديته ، فإنها تؤجل الدعوى الموضوعية ، وتحدد لمبدي الدفع ، ميعاد أقصاه ثلاثة أشهر ، بغرض رفع دعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، وفي حالة عدم رفع الدعوى خلال الميعاد ، فإن الدفع بعدم الدستورية يعتبر كأن لم يكن ، راجع: د/ عادل عمر شريف – المرجع السابق – صـ ٢٩٩ ، وراجع أيضاً: د/ محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق – صـ ١٧٧ ، ١٧٨.

=مع الأخذ فى الاعتبار أن الدفع يكون جديا عندما يكون الفصل فى مسألة الدستورية منتجاً ، أي يكون القانون أو اللائحة المطعون عليها بعدم الدستورية متصلاً بموضوع النزاع ، وأن تكون مسألة الدستورية قائمة على أساس ظاهر ، أي أنه يكفي أن تكون مسألة الدستورية محل شك ، راجع: المستشار/ محمد السيد زهران – الرقابة على دستورية القوانين فى إيطاليا – مجلة إدارة قضايا الحكومة – س ١٤ – العدد الأول – يناير سنة ١٩٧٠ ، صـ ١٣٤.

- ويكون الدفع غير جدي عندما يكون القانون محل الدفع لا صلة له بالمنازعة موضوع الدعوى ، راجع: د/ على السيد الباز – الرقابة على دستورية القوانين فى مصر – دار الجامعات المصرية بالإسكندرية – ١٩٧٨ – صـ ٥٥٦.

(٢) تقضي المادة الثالثة من هذا القانون بما يأتي:

(مدة التكليف بالخدمة العامة سنة ، ويسمح لمن يصدر قرار بتكليفه بالتقدم إلى الوظائف الشاغرة فى الحكومة ، أو وحدات الحكم المحلي ، أو الهيئات والمؤسسات العامة ، أو فى الوحدات الاقتصادية التابعة لها ، أو فى إحدى وحدات القطاع الخاص ، ويتم تعيينه متي انطبقت عليه الشروط المطلوبة ، على ألا يتسلم عمله ما لم يكن حاصلاً على شهادة من وزير الشئون الاجتماعية تفيد أداء الخدمة التي كلف بأدائها ، أو أنه لم يكلف.

الفقرة الثانية: « المطعون عليها » وتضاف مدة التكليف إلى مدة الخدمة للمكلف بعد تعيينه ، ويتقاضي عنها العلاوات المقررة).

وبما أن الخدمة العامة – بالشروط التي نظمها بها القانون الصادر فى شأنها – تعتبر بديلاً عن الجندية التي يؤديها الملتزمون بها وفقاً لقانونها ، كان ينبغي بالتالي أن تقاس عليها ، وألا تكون للخدمة العامة التي نقيسها على الجندية ونعطيها حكمها مزايا يربو بها مركزها على الجندية المقيس عليها.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الحكم الصادر فى ١٩٩٨/٥/٩ على أن[١]: (وحيث إن التكافؤ فى المراكز القانونية ، يفترض تماثل العناصر التي تؤلفها ، وكان من المقرر أن لكل حق أوضاعاً يقتضيها ، وآثاراً يرتبها من بينها فى مجال حق العمل ، ضمان الشروط التي يكون أداء العمل فى نطاقها ، محدداً على ضوء الأوضاع التي يتطلبها إنجازه وتطويره ، فلا تنتزع هذه الشروط قسراً من محيطها ، ولا يكون مضمونها انحرافاً بها عن مقاصدها ، وكان لا يجوز التمييز بين المراكز القانونية التي يتكافأ أصحابها أمام القانون ، إلا وفق شروط موضوعية ، تتحدد مشروعيتها الدستورية على ضوء ارتباطها عقلاً بأهدافها ، وكانت الفقرة المطعون عليها – ومن خلال ضمها إلى مدة الخدمة الفعلية للمخاطبين بها ، مدة خدمتهم العامة بكاملها ، ولو جاوزوا بها أقدمية زملاء التخرج الذين سبقوهم إلى التعيين فى جهة عملهم ذاتها – إنما تقيم تمييزاً غير مبرر بين المشمولين بحكمها ونظرائهم من المجندين ، وتقدمهم كذلك على زملاء التخرج الذين يفضلونهم فى خبراتهم ، من خلال أعمال الوظيفة التي أحاطوا بها وسبروا أغوارها أثناء خدمتهم الفعلية الأطول زمناً ، والتي لا يجوز تقويض بنياتها عن طريق الاعتداد بكامل مدة الخدمة الفرضية التي لا تساويها قدراً ، والتي تنافي بطبيعتها حقائق الأشياء ، وبالتالي فإن الفقرة المطعون عليها – وفي حدود إغفالها لقيد زميل التخرج – تكون مخالفة للمادتين "٤٠ و ٦٥" من الدستور).

ولذلك قضت بأن: (حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ ، فى شأن الخدمة العامة للشباب الذي أنهي المراحل التعليمية ، وذلك فيما نصت عليه من إضافة مدة التكليف بالخدمة العامة إلى مدة المكلف بعد تعيينه ، ودون أن يتقيد ضمها للمكلف على هذا النحو بألا تجاوز أقدميته ، أقدمية زميله فى التخرج الذي عين فى ذات الجهة).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا – فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية عليا – جلسة ١٩٩٨/٥/٩ ، مشار إليه: المستشار/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق – صـ ٤٠٨ : ٤١٠.

وهو ما يعني أن المحكمة الدستورية العليا ترى – فى ضوء حكمها السابق – أن عدم النص على قيد زميل التخرج بالفقرة الثانية من المادة الثالثة ، من قانون الخدمة العامة للشباب رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ ، من خلال ضمها إلى مدة الخدمة الفعلية للمخاطبين بها ، مدة خدمتهم العامة بكاملها ، ولو جاوزا بها أقدمية زملاء التخرج الذين سبقوهم إلى التعيين فى جهة عملهم ذاتها ، تعد من ناحية تمييزاً غير مبرر بين المشمولين بحكمها ونظرائهم من المجندين ، باعتبار أن الخدمة العامة بديلاً عن الجندية ، وبالتالي كان ينبغي أن تقاس عليها ، وألا تكون للخدمة العامة التي نقيسها على الجندية ونعطيها حكمها مزايا يربو بها مركزها على مركز الجندية المقيس عليها ، ومن ناحية أخرى تعد تمييزاً غير مبرر أيضاً فى تقديمها للمخاطبين بأحكامها – أي المكلفين بالخدمة العامة – على زملاء التخرج الذين يفضلونهم فى خبراتهم الفعلية ، من خلال ممارسة أعمال الوظيفة فعلياً ، وسبروا أغوارها أثناء مدة خدمتهم الأطول زمناً ، وذلك عن طريق الاعتداد – لمن أدى الخدمة العامة – بكامل مدة الخدمة الفرضية ، والتي لا تساوي قدراً مدة الخدمة الفعلية بالنسبة لزملاء التخرج ، لذلك انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى قضائها السابق.

ويثور التساؤل هنا حول وجه الرأي وموقفنا من المبررات والأسانيد – السابق عرضها – المؤيدة لشبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩ ؟

وهو ما سنعرض له فى الفرع التالي.

الفرع الثاني: موقفنا من شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها فى عام ٢٠٠٩ [(١)].

نرى أن شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب حكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وإن كانت تستند إلى جملة من المبررات والأسانيد – على النحو سالف البيان – ويؤيدها سابقة دستورية للمحكمة الدستورية العليا بموجب حكمها – آنف الذكر – الصادر فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية عليا بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ ، إلا أننا لا نتفق معها ، ويمكننا الرد على هذه المبررات والأسانيد ، وتفنيد الاستشهاد بالسابقة القضائية للمحكمة الدستورية العليا بحكمها المشار إليها ، وذلك على النحو التالي:

أولاً: بالنسبة لتبرير شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها ، بأن عدم النص على قيد الزميل والحالة الماثلة ، يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين فئات المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج ، حيث يسمح بأن يسبق الأحدث – أي المجند المؤهل – للأقدم فعلياً فى الخدمة الوظيفية – أي زميله فى التخرج – والذي يفضله – أي الأخير – فى خبراته الفعلية المكتسبة من أعمال وظيفته ، عن طريق الاعتداد بكامل مدة الخدمة العسكرية ،

(١) ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا ، فى السنة الأولى من عمرها ، كانت قد نحت نحو رفضها لرقابتها للإغفال التشريعي ، استنادا إلى أن امتداد الرقابة إلى ما سكت عنه التشريع إنما يعني امتداد هذه الرقابة إلى ملائمات التشريع ، وهو ما لا تملكه المحكمة الدستورية العليا ، راجع: حكمها الصادر فى الدعوى رقم ١٣ لسنة ١ قضائية دستورية – جلسة ١٩٨٠/٢/١٦ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية – الجزء الأول – صـ ١٥١ وما بعدها.

- ثم ما لبثت أن ولت المحكمة الدستورية العليا شطرها نحو مد رقابتها على الإغفال التشريعي ، حيث قضت فى العديد من أحكامها بعدم دستورية العديد من النصوص القانونية فيما لم تتضمنه من أحكام معينة ، وبالتالي مخالفتها لنصوص دستورية صريحة وردت بصلب الدستور ، راجع فى ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا – فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق. دستورية – جلسة ١٩٩٤/١٠/١ – الجزء السادس – ص ٣٥٨ وما بعدها ، وحكمها أيضا: فى الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٦ ق. دستورية عليا – جلسة ١٥/ يونيه / ١٩٩٦ – الجزء السابع – ص ٧٦٣ وما بعدها ، وراجع أيضا فى موقف المحكمة الدستورية العليا من الرقابة على الاغفال التشريعي: د / عبد الحفيظ على الشيمي – رقابة الإغفال التشريعي فى قضاء المحكمة الدستورية العليا – دار النهضة العربية – ٢٠٠٢ – صـ ٥٤ : صـ ٦١ .

- ولقد شايع المجلس الدستوري الفرنسي ذات نهج المحكمة الدستورية العليا ، حيث انتهي فى العديد من قراراته إلى أن إغفال التشريع المجرد لمسألة كان يجب عليه أن يتضمنها يعد مخالفا للدستور ، ويعد القرار الصادر فى ١٨ يناير ١٩٨٥ من أهم القرارات التي صدرت عن المجلس الدستوري فى مجال الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف لنصوص الدستور ، حيث قضى بعدم دستورية المادة ٢٠٧ من القانون المتعلق بموضوع redressement et á la liquidation judiciaire du entreprises استنادا إلى أن المشرع أغفل تحديد الجريمة بصورة تحول دون وقوع ثمه تعسف من جانب السلطات العامة ، راجع:

- C.C.No 84- 183 Dcdo 18 janvier 1985, Rec., P. 32 « Cons 32 «.

- بل امتد المجلس الدستوري إلى صورة من صور الرقابة على الإغفال التشريعي بعيدة عن صور الرقابة على دستورية القوانين ، حيث راقب الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق – رغم أن القاضي الدستوري هو قاضي دستورية وليس قاضي مشروعية – لذلك اتجه فى قراره الصادر فى ٢٠/ يناير/ ١٩٨٤ إلى أن التعديل الخاص بقانون الجامعات وحرية البحث العلمي – المعروض – يغفل الضمانات التي كان يتضمنها القانون القديم ، راجع:

- C.C. N0 83 – 165 DC du 20 janvier 1984, Rec. P 30 " Cons 42 ".

- وهو ما حدا بالبعض إلى القول بأن هذه السياسية من المجلس الدستوري ، سوف تجعل مشرع اليوم مقيداً بمشرع الأمس ، راجع:
- Turpin (D.); Contentieux Constitutionnel, P.U.F., 2eme , 1993 , p. 165.

- راجع ذلك: د / عبد الحفيظ على الشيمي – المرجع السابق – صـ ٦٦ ، ٦٧.

باعتبارها مدة خدمة اعتبارية للمجند – بناء على ضم مدة خدمته العسكرية دون قيد – دون مراعاة لأسبقية مدة الخدمة الفعلية بالنسبة لزميل التخرج المعين معه بذات الجهة.

فهو الأمر المردود عليه بأن: نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جاء تكريساً لمبدأ عدم الأضرار بمن أدى ضريبة الدم ، من المجندين مؤهلين وغير مؤهلين – على حد سواء – إعمالاً لمبدأ المساواة بينهما لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية ، وذلك بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمتهم العسكرية والوطنية – بما فيها مدة الاستبقاء – كاملة إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، دون مراعاة لقيد زميل التخرج – بالنسبة للمجندين المؤهلين – مستهدفاً من ذلك تفضيل من أدى أقدس الواجبات وأشرفها – أي الخدمة العسكرية – على غيره ممن لم يؤد هذا الواجب ، ولم يحرز هذا الشرف.

لا سيما وأن المشرع قصد بموجب هذا التعديل ، القضاء على هذه التفرقة غير المبررة بين المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – والتي كانت مقررة فى ضوء نص المادة ٤٤ قبل تعديلها - تكريساً لمبدأ المساواة بينهما ، لاشتراكهما فى أداء الخدمة العسكرية ، بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة ، على حد سواء ، وبالتالي كان من الضروري – تحقيقاً لمبدأ المساواة بينهما فعلياً – إلغاء قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، لأن الإبقاء على هذا القيد بالنسبة لهذه الفئة (المؤهلين) رغم أنه لا يصلح أعماله بالنسبة للمجندين غير المؤهلين - لعدم تصور وجود زميل تخرج لهذه الفئة الأخيرة - يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين المؤهلين وغير المؤهلين ، بأن يتم احتساب مدة الخدمة العسكرية لفئة المجندين غير المؤهلين محررة من القيد – وتحسب كاملة فى الأقدمية – مع بقاء هذا القيد بالنسبة لفئة المؤهلين ، رغم اشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية ، ولكان تفضيلاً لفئة المجندين غير المؤهلين ، على فئة المجندين المؤهلين ، دون مبرر أو مسوغ مقبول.

وهو ما أشارت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، بفتواها الحديثة الصادرة فى ٢٠١٧/٤/٣ ، حيث أكدت على أن [(١)]: (واشترط المشرع فى المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – المشار إليه – ألا يؤدي ذلك إلى أن يسبق المجند زميله فى التخرج المعين معه فى الجهة ذاتها

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم ٦٦٦ بتاريخ ٢٠١٧/٤/٣ – ملف رقم ١١٤٠/٣/٨٦ – ج ٢٠١٧/٣/٢٢ – غير منشورة.

، وهو ما يعني تعلق أحكامها بالمجندين المؤهلين ، وعدم انطباقها على المجندين غير المؤهلين ، حتى لا يكونوا فى مركز قانوني أفضل من المجندين المؤهلين ، باعتبار أن الفئة الثانية وحدها ستتقيد بقيد زميل التخرج ، بالنسبة إلى مدة التجنيد التي يدخل حسابها فى الأقدمية أو الخبرة ، فى حين تحرر الفئة الأولى تماماً من هذا القيد ، ..... وبموجب التعديل الذي أجراه المشرع على هذه المادة ، بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ساوى فى المعاملة بين العاملين المؤهلين وغير المؤهلين فى حساب مدة الخدمة العسكرية ، إدراكاً منه أن هذه التفرقة تمثل إخلالاً بمبدأ المساواة ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية والوطنية ، بما فيها مدة الاستبقاء بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية).

وبالتالي فإن إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، جاء لعلة أولى بالتفضيل – من النص على قيد عدم الإضرار بزميل التخرج المعين بذات الجهة ، حال احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة للمجند الأحدث فى الوظيفة - وهي إقامة المساواة بين فئات المجندين مؤهلين وغير مؤهلين ، بأن يتم احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة للفئتين ، محررة من أية قيود بالنسبة لأيٍّ من الفئتين على حدٍ سواء ، على النحو المتقدم بيانه.

ثانياً: تفنيد القول بأن إلغاء قيد الزميل يعد مخالفة لمبدأ استقرت عليه المفاهيم القضائية والإفتائية ، بشأن قواعد تنظيم ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب التشريعات المتعاقبة ، وبموجب قانون العاملين المدنيين بالدولة.

فهو أيضاً مردود عليه من ناحية ، بأن كلاً من قانون الخدمة المدنية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥ [١] الملغي ، وقانون الخدمة المدنية الحالي رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ [٢] ، قد خلا من النص على أحقية العاملين فى ضم مدة خدمتهم العملية أو خبرتم العملية – على حدٍ سواء - وهو ما كان مقرراً بموجب نص المادة ٢٧ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الملغي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ [٣] ، وهو ما يعني استبعاد إعمال (مبدأ) قيد زميل التخرج مطلقاً ، فى ضوء أحكام كل من هذين القانونين آنفي الذكر.

(١) صدر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥ – منشور بالجريدة الرسمية – العدد ١١ (تابع) جلسة ١٢/مارس/٢٠١٥.
(٢) منشور بالجريدة الرسمية – العدد ٤٣ مكرر (أ) فى أول نوفمبر سنة ٢٠١٦.
(٣) راجع فى قواعد وشروط حساب مدة الخبرة العملية والعلمية فى ضوء المادة ٢٧ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ : أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ٢٠٦ وما بعدها.

ومن ناحية أخرى فإن استقرار المفاهيم القضائية والإفتائية على إعمال قيد الزميل ، جاء فى ضوء نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ [١] قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث كانت تقصر الحق فى ضم مدة الخدمة العسكرية على المجندين المؤهلين فقط ، دون المجندين غير المؤهلين ، وهو ما كان يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة بينهما ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء واجب الخدمة العسكرية المقدس – على نحو ما أشارت إليه الجمعية العمومية فى فتواها السابقة – وبما أن المشرع نحى اتجاه تصويب هذا الوضع ، بتقرير حق المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حدٍ سواء – فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة دون قيد ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، الأمر الذي جعل من الضروري إلغاء قيد الزميل بالنسبة لفئات المجندين المؤهلين ، تماشياً مع قصد المشرع بموجب هذا التعديل ، فى القضاء على التفرقة غير المبررة بين فئات المجندين عموماً ، مؤهلين وغير مؤهلين من كل وجه [٢].

ثالثاً: بالنسبة للاستشهاد والاستناد إلى الاتجاه السابق للمحكمة الدستورية العليا ، بموجب حكمها الصادر فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية عليا ، فى تأييد شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل ، بموجب نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها ، فهو مردود عليه أيضاً بالآتي:

١ - أن المحكمة الدستورية العليا قد أجازت – صراحة – بموجب ذات الحكم - سابق الإشارة – الصادر فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية عليا ، بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ ، التمييز بين المراكز القانونية التي يتكافأ أصحابها أمام القانون ، وفق شروط موضوعية ، تتحدد مشروعيتها الدستورية على ضوء ارتباطها عقلاً بأهدافها ، وحيث يستبين من الاتجاه السابق للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بموجب فتواها – آنفة الذكر – رقم ٦٦٦ الصادرة بجلسة ٢٠١٧/٣/٢٢ ، وفي ضوء ما أشار إليه أيضاً الكتاب الدوري الصادر عن رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم ٤ لسنة ٢٠١٠ آنف

(١) وهو ذات ما نصت عليه المادتين ٦٢ ، ٦٣ من قانون الخدمة العسكرية رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ بعد تعديلهما بالقانونين رقمي ٨٣ لسنة ١٩٦٨ ، ٣٨ لسنة ١٩٧١ ، راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٣٥٦ لسنة ٢٦ ق. عليا – جلسة ٢٤/نوفمبر/١٩٨٥م ، مشار إليه: أ/ محمود صالح – المرجع السابق – صـ ١٩٥.

(٢) خاصة وأن هذا النهج بشأن إلغاء قيد الزميل بموجب نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، يتفق أيضاً مع نهج المادة ٦٦ من القانون الخاص بضباط الاحتياط رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٩ والمعدل بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، حيث قررت المادة ٦٦ بضم مدة الاستدعاء كاملة دون التقيد بقيد الزميل ، راجع فى ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٤٥٧٨ لسنة ٤٣ ق. عليا جلسة ٢٠٠١/٧/١٤ ، مشار إليه : د/ محمد ماهر أبو العينين – المرجع السابق – صـ ١٦٣ : ١٦٥ ، وراجع أيضاً: فتاوى الجمعية العمومية – مجموعة السنتين ٤٣ ، ٤٤ – صـ ٢٩٢ ، صـ ٥٩٨.

الذكر [١] - بشأن قواعد تنفيذ المادة ٤٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ - من أن المشرع بموجب هذا التعديل ، قد استهدف القضاء على التفرقة غير المبررة بين العاملين المؤهلين وغير المؤهلين ، فى حساب مدة الخدمة العسكرية ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء هذا الواجب المقدس ، لما يمثله من إخلال صريح بمبدأ المساواة بينهما ، وبالتالي فإن عدم النص على قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين - أمر كان ضروريا – جاء بناء على أسس موضوعية ، تقتضي التمييز بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج ، بحيث تسمح بأن يسبق الأحدث – أي المجند – للأقدم فعلياً فى الوظيفة – وهو زميل التخرج – بناء على ضم مدة الخدمة الاعتبارية كاملة للمجند المؤهل ، دون مراعاة للأقدمية الفعلية المكتسبة – من أعمال الوظيفة – بالنسبة لزميل التخرج المعين معه بذات الجهة ، وذلك مراعاة وإعمالاً لمبدأ المساواة بين فئات المجندين عموماً ، مؤهلين وغير مؤهلين ، بشأن احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة للفئتين ، محررة من أية قيود بالنسبة لأيٍّ منهما ، على حدٍ سواء ، على النحو المتقدم بيانه ، وهي غاية – وأساس موضوعي – أولي بالرعاية من مراعاة قيد زميل التخرج بالنسبة للمجندين المؤهلين ، أثناء ضم مدة خدمتهم العسكرية.

لا سيما وأن الكلفة الشديدة لأداء تلك الضريبة – أي ضريبة الدم بأداء الخدمة العسكرية – كانت ولا زالت تجعل منها عبئًا ثقيلاً ، ومغرماً كبيراً ، خاصة فى تلك الآونة الأخيرة ، والتي أضحت تموج بالفتن والنزاعات المسلحة ، وتلزم محاربة قوى الشر والطغيان عن طريق رجال القوات المسلحة والشرطة المدنية – مما يقتضي بالضرورة لزوم رعاية مؤديها بالتفضيل ، عن طريق احتسابها كاملة لجميع فئات المجندين – على حدٍ سواء – مؤهلين وغير مؤهلين ، دون قيد يحد من ضمها كاملة لأيٍّ من فئات المجندين – خاصة المؤهلين – وإلا عد تمييزاً غير مبرر بين فئات المجندين على النحو سالف البيان.

٢- كما أن الاتجاه القضائي السابق للمحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية ، يقابله أيضاً اتجاه للمحكمة الدستورية العليا ، صادر بشأن طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ ق دستورية عليا [٢] بخصوص طلب تفسير نص المادة

(١) الكتاب الدوري رقم ٤ لسنة ٢٠١٠ - صادر بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٤ عن رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة – غير منشور.

(٢) قرار المحكمة الدستورية العليا – بشأن طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ ق. دستورية – صادر فى ١٩٨٨/٥/٧ ، مشار إليه : المستشار/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي – الدعوى الدستورية – المرجع السابق – صـ ٤١١.

"٤٤" من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، وذلك بناء على طلب السيد رئيس مجلس الوزراء. لبحث ما إذا كان حكمها يسري على العاملين غير المؤهلين من عدمه ، إذ رأت محكمة النقض بحكميها الصادرين فى الطعنين رقمي ٢١٦ لسنة ٤٨ ق و ١٥٤١ لسنة ٤٨ ق ، أن النص المطلوب تفسيره يسري على كافة المجندين المؤهلين منهم وغير المؤهلين.

حيث انتهت فيه المحكمة الدستورية إلى أن: (يبين من تقصي القوانين المنظمة للخدمة العسكرية والوطنية ، أن المشرع تغيا فيها تقرير قواعد المعاملة التي يجب تطبيقها على المجندين ، فى شأن مدة التجنيد التي يدخل حسابها فى أقدميتهم أو خبرتهم ، بالجهة التي عينوا أو يعينون بها.

وحيث إن القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون الخدمة العسكرية والوطنية – محل التفسير الماثل – مقيداً بألا يسبق المجند زميله فى التخرج الذي عين معه فى الجهة ذاتها ، مما يعني تعلق أحكامها بالمجندين المؤهلين ، وعدم انصرافها إلى غيرهم ، ومن جهة أخرى فإن قالة انطباق أحكامها على المجندين جميعهم – مؤهلين وغير مؤهلين – أخذاً بعموم عبارة فقرتها الأولى ، إنما ينطوي على إهدار لإرادة المشرع التي كشف عنها التطور التاريخي للنص محل التفسير. ويجعل غير المؤهلين من المجندين فى مركز قانوني أفضل من المجندين المؤهلين ، باعتبار أن الفئة الثانية وحدها ستتقيد بقيد زميل التخرج بالنسبة إلى مدة التجنيد التي يدخل حسابها فى الأقدمية أو الخبرة بالنسبة إليها ، وهي لا يتصور أن يكون الشارع قد أرادها أو قصد إلى تحقيقها).

وبالتالي فإن المحكمة الدستورية ترى فى ضوء قرارها الصادر فى ١٩٨٨/٥/٧ فى الدعوى رقم ٢ لسنة ٨ ق. دستورية عليا – آنف الذكر – بأنه لا يمكن فى ضوء نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قبل تعديلها ، القول بانطباق أحكامها على المجندين غير المؤهلين ، لأن القول بذلك يجعل من غير المؤهلين من المجندين فى مركز قانوني أفضل من المجندين المؤهلين ، باعتبار أن الفئة الثانية وحدها ستتقيد بقيد زميل التخرج ، بالنسبة إلى ضم مدة التجنيد إلى مدة الأقدمية أو الخبرة ، دون الفئة الأولى ، وهي نتيجة – حسب قرار المحكمة الدستورية – لا يتصور أن يكون الشارع قد أرادها أو قصد تحقيقها.

وهو ما يعني أنه بمفهوم المخالفة ، حال إقرار حق المجندين غير المؤهلين – أسوة بالمجندين المؤهلين – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها ، يكون من المستساغ والمبرر حينئذٍ ، ضرورة إلغاء قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، تحقيقاً لمبدأ المساواة فى المراكز القانونية بين الفئتين – مؤهلين وغير مؤهلين – بشأن احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة للفئتين ، محررة من أية قيود لأيٍّ منهما ، فى ضوء هذا الفهم المستخلص من الاتجاه السابق للمحكمة الدستورية العليا ، بموجب قرارها الصادر فى الطلب رقم ٢ لسنة ٨ ق. دستورية عليا آنف الذكر.

وبالتالي أضحى من جماع ما تقدم: عدم قيام المبررات والأسانيد المؤيدة لشبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل على وجه صحيح ، ولا يرجح معه القضاء بعدم دستورية نص المادة ٤٤ بعد تعديلها ، فيما لم تتضمنه من النص على قيد الزميل بالنسبة للمجندين المؤهلين فى ضوء التفنيد والرد السابق بيانه.

المطـــلب الثـــاني

الآثار المترتبة على الفصل فى مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها

لا يخرج الفصل من قبل المحكمة الدستورية العليا فى مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل (إلغاء قيد الزميل) ، بموجب حكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بعد إحالة الأمر إليها فى ضوء ما سبق بيانه ، عن أحد احتمالين ، الأول إما قضاء المحكمة برفض شبهة عدم الدستورية ، وتأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، والثاني: وإما انتهاء المحكمة إلى عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها.

وتختلف الآثار المترتبة على الفصل فى مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، على حسب أي الاحتمالين ستولي تجاهه المحكمة الدستورية العليا قضاءها.

وهو ما سنعرض له فى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الآثار المترتبة حال قضاء المحكمة الدستورية العليا بتأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة حال قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها.

الفرع الأول: الآثار المترتبة حال قضاء المحكمة الدستورية العليا بتأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها.

سبق القول بأننا – فى ضوء تفنيدنا السابق لمبررات شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل – نرجح انتهاء المحكمة الدستورية إلى القضاء – فى الدعويين رقمي ٧٦ ، ٧٧ لسنة ٣٨ ق. دستورية عليا – بتأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب حكم المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩. وهذا القضاء من قبل المحكمة الدستورية العليا – حال انتهائها إليه – سيكون استصحاباً لقرينة الدستورية التي تتمتع بها النصوص التشريعية ، بمعني أن الأصل هو افتراض مطابقتها للدستور ، لذا فإن إعمال النصوص التشريعية وسريانها – بحسب الأصل – يكون من تاريخ العمل بها ، حيث إن الطعن عليها ، أو إثارة شبهة عدم دستوريتها – أمام المحكمة الدستورية العليا – لا يكون أبداً موقفاً لأحكامها ، أو مانعاً من تطبيقها ، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا ، حيث قضت بأن [1]: (الأصل فى النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية ، بافتراض مطابقتها للدستور ، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها مسترخياً ، بل يكون انفاذها – اعتبارا من تاريخ العمل بها – دوماً ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها ، أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها ، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا ، إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور ، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية ، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها ، لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها ، ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا لا يجوز بحال وقف تنفيذها ، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع).

وبالتالي سوف تستقر أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء إزالة شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، لا من وقت صدور حكم المحكمة الدستورية ، القاضي بتأييد دستورية إلغاء قيد الزميل – حال انتهاء المحكمة الدستورية العليا لذلك – بل من وقت العمل بأحكام القانون المشار إليه ، فى ضوء ما سبق بيانه.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا – الدعوى رقم ٦ لسنة ١٢ ق. دستورية عليا – جلسة ١٩٩٤/٥/٧ – منشور بمجلة المحاماة – س ٧٣ – ١٩٩٤ – جـ ٣ – صـ ١٢٦ ، وراجع أيضاً: الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق. دستورية - جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، مشار إليه: أ/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي – الدعوى الدستورية – المرجع السابق - صـ ٩٥.

مع الأخذ فى الاعتبار أن هذا الحكم – حال صدوره على هذا النحو – إنما سيحوذ حينئذٍ الحجية المطلقة – متي تعرض الحكم لبحث المطاعن الدستورية الموضوعية الموجبة لإلغاء قيد الزميل – فى مواجهة سلطات الدولة جميعها ، وبالنسبة للكافة ، وهي حجية لا يجوز إهدارها أو المساس بها ، وتحول بذاتها دون إعادة عرض النزاع من جديد على المحكمة الدستورية العليا [١].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة حال قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية [٢] عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها

لا تثار أية إشكالية - حقيقية - بالنسبة للأحكام التي صدرت بشأن تطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وقبل قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل – حال قضاء المحكمة الدستورية بذلك – والتي قضت فيها المحاكم المختصة برفض الدعاوى الموضوعية ، لعدم انطباق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها على الحالات المعروضة.

ولكن تقوم الإشكالية بالنسبة للأحكام التي صدرت بتطبيق المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وقبل قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل - حال انتهاء المحكمة الدستورية لذلك – والتي انتهت فيها المحاكم المختصة إلى الحكم بضم مدة الخدمة العسكرية للمجند المؤهل كاملة ، استناداً إلى إلغاء قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

فما هو الموقف بالنسبة لهذه الأحكام الأخيرة ، حال قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل ؟

---

(١) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا – الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق. دستورية عليا – جلسة ١٩٩٣/١/٢ ، مشار إليه: أ/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي – الدعوى الدستورية – المرجع السابق – صـ ١٣٣.

(٢) راجع فى آثار الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة : د/ عزيزة الشريف – أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة – بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول بكلية الحقوق – جامعة حلوان والمنعقد فى شهر مارس ١٩٩٨ عن دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانوني المصري – منشور فى موسوعة أبحاث المؤتمر – صـ ٢٢٠.

ولمعالجة هذه الإشكالية يجب مراعاة الآتي:

سبق القول بأن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.

ومن هذا النص يتضح أن للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية حجية مطلقة وليس حجية نسبية ، فالحكم الصادر بعدم الدستورية يؤدي إلى اعتبار النص القانوني أو اللائحي المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن ، فهو حكم ذو حجية عامة ومطلقة ويؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون أو اللائحة مرة واحدة وبصفة نهائية [١].

وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن الأحكام الصادرة فى الدعوى الدستورية – وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري – تكون لها حجية مطلقة ، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة ، وتلتزم به جميع جهات القضاء وجميع سلطات الدولة [٢].

وبالتالي تعد ملزمة لجميع المحاكم العادية أو الإدارية على حد سواء ، بل وتعد ملزمة كذلك للسلطة التنفيذية التي يجب عليها عدم تطبيق القانون أو اللائحة ، التي قضي بعدم دستوريتها على الحالات الفردية [٣].

كما أنه استناداً إلى إعمال الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية [٤] ، والتي تقضي بأن: مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم – طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون – أي قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – فلا يقتصر على المستقبل فحسب ، وإنما على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم [٥].

(١) أستاذنا الدكتور/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر - المرجع السابق – صـ ٣٤٥.
(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا – الصادر فى ٦ يوليو ١٩٩١ – منشور مجلة القضاة – س ٢٧ – العدد الأول – صـ ١٧٦ ، وأيضاً: حكم المحكمة الدستورية العليا – الصادر فى ١٥/أبريل/١٩٨٩ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية – الجزء الرابع – صـ ١٨٣.
(٣) راجع: د/ رمزي الشاعر – المرجع السابق – صـ ٦٠٥ ، وأيضاً: د/ مصطفي أبو زيد فهمي و د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا – الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين – جامعة بيروت العربية – كلية الحقوق – ١٩٨٨ – صـ ٥١٤.
(٤) هو اتجاه غالبية الفقه المصري فى ضوء الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها ، راجع: د/ محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق – صـ ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، وأيضاً: د/ رمزي الشاعر – المرجع السابق – صـ ١٦٣ وما بعدها.
(٥) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا – الصادر فى ١١ يونيه ١٩٨٣ – المجموعة – الجزء الثاني – صـ ١٤٨ ، وراجع أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٦٨٣ لسنة ٤٠ ق. عليا – جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣ ، مشار إليه : د/ نعيم عطية و أ/ عد المنعم بيومي – الموسوعة الإدارية الحديثة – الدار العربية للموسوعات – الجزء ٤٦ – ١٩٩٨ – صـ ٦٨٤ : ٦٨٦

لا سيما وأن كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض ، قد أكدتا على أن الحكم بعدم دستورية قانون لا ينشئ واقعاً جديداً ، وإنما يقرر واقعاً موجوداً ، وأن القانون المقضي بعدم دستوريته يعتبر غير دستوري منذ صدوره ، وليس من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية فى الجريدة الرسمية[١].

وإن كان يؤخذ فى الاعتبار أنه يستثنى من إعمال الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، مبدأ الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدورها بحكم حائز قوة الأمر المقضي ، أو بانقضاء مدة التقادم[٢].

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا – الصادر فى ٤ مارس ١٩٨٨ – مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – س ٢٩ – صـ ٧٩١ ، وراجع أيضاً: حكم محكمة النقض – الطعن رقم ٦٤٦ (مدني) – الصادر فى ١٤ يونيه/ ١٩٩٠ ، مشار إليهما : د/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر - المرجع السابق – صـ ٤١٦.

(٢) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٦٨٣ لسنة ٤٠ ق. عليا – جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣ – السابق الإشارة إليه ، وراجع أيضاً هذا الاستثناء: د/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر – المرجع السابق ، صـ ٤١٧ : ٤١٩.

- مع الأخذ فى الاعتبار أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ – قد أجازت أن يحدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخ آخر لسريان أثره ، كما قد أضافت حكماً مستحدثاً يقضي بأن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر ، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص الضريبي.

- وعلى الرغم من أن المحكمة الدستورية العليا ، قد رفضت الطعن بعدم دستورية تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، بموجب أحكام القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ، راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٧ يوليو/ ٢٠٠٢ الدعوى رقم ٧٦ لسنة ٢٢ ق. دستورية عليا – منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٩ تابع (ب) الصادر فى ١٨ يوليو/ ٢٠٠٢ – صـ ٣٨ وما بعدها ، وراجع أيضاً فى التعليق على هذا الحكم: د/ محمد صلاح عبد البديع – الدور السياسي للقاضي الدستوري – دار النهضة العربية – ٢٠١٠ – صـ ١٢٨ : ١٥٤.

- إلا أنه قد أثار تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، خلافاً كبيراً بين اتجاهات الفقه ، حيث نحى جانب كبير من الفقه إلى القول بأنه بناء على هذه الفقرة – بعد تعديلها – وبناء على الفقرة الرابعة من ذات المادة فإن القاعدة هي إقرار الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية ، بينما ذهب جانب آخر – نؤيده - إلى القول بأن القاعدة – ما زالت – هي إقرار الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم دستوية أي نص غير ضريبي ، راجع عرض آراء وحجج كل فريق بعد تعديل الفقرة الثالثة : د/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر - المرجع السابق – صـ ٤٤٨ : ٤٥٢ ، وراجع أيضاً فى هذا الموضوع: د/ محمد صلاح عبد البديع – الحكم بعدم الدستورية بين الأثر المباشر والأثر الرجعي – دار النهضة العربية - ٢٠٠٠.

- ومن الجدير بالذكر أيضاً: أن المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٠٠٠/٢/٥ بعد تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية قد أكدت على أن إبطال النصين المطعون فيهما ، يعني إنعدام وجودهما منذ مولدهما ، راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا – الدعوى رقم ١ لسنة ١٩ ق. دستورية عليا – جلسة ٢٠٠٠/٢/٥ – منشور بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٠/٢/١٧.

- كما أن محكمة النقض المصرية فى حكمين صادرين لها فى ٤/٤ ، ١٩٩٩/٥/٢٣ – بعد تعديل الفقرة الثالثة آنفة الذكر – قد أكدت أيضاً على أنه ما زالت القاعدة ، حتى فى ضوء تعديل الفقرة الثالثة ، هي الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، وفي هذا تقول محكمة النقض: (قد جري قضاء هذه المحكمة على أنه وإن نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا – قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ – على أنه: « يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم » إلا أنه لا مراء فى أن مؤدى الحكم بعدم دستورية نص – وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون آنف الإشارة إليه – لا ينصرف إلى المستقبل فحسب ، وإنما يرتد إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره التي لم تستقر نهائياً بعد – وذلك حماية للأوضاع التي استقرت قبل صدوره وعدم المساس بها ، وهو ما لا يتأتي إلا بصيرورة الحكم الصادر فيها باتا ، أو إذا لحقها التقادم – ولا يغير من ذلك صدور قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بجعلها « ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر » إذا لم يأت هذا التعديل بما يلغي الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية العليا ، باعتباره أصلاً فى هذه =الأحكام ، ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص يكشف عن وجود عيب خالط النص منذ نشأته أدى إلى وأده فى مهده ، بما تنتفي معه صلاحيته لترتيب أي أثر منذ تاريخ نفاذه ، كما يكشف عن وجود حكم قانوني مغاير واجب الاتباع كان معمولا به عند صدور النص الباطل ، تلتزم المحاكم والكافة بأعماله ، التزاماً بحجية الحكم الصادر بعدم الدستورية ، وهو ما يتجافي مع القول بانعدام الأثر الرجعي – فى ضوء هذا التعديل) راجع: حكم محكمة النقض – الدائرة المدنية – الطعن رقم ٣١٤١ لسنة ٦٤ ق – جلسة ١٩٩٩/٤/٤ ، وأيضاً حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٢٦٤ لسنة ٦٤ ق – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣ ، مشار إليهما : د/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر – المرجع السابق – صـ ٤٥٤ : ٤٥٦.

وبالتالي - ومن خلال العرض السابق - يتضح أن الأحكام الصادرة بضم مدة الخدمة العسكرية كاملة للمجند المؤهل ، دون مراعاة لقيد الزميل ، تطبيقاً لحكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وكانت قد صدرت قبل صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا يقضي بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل - حال قضاء المحكمة الدستورية بذلك – فإنه بعد صدور هذا الحكم الدستوري الأخير ، سيكون من حق الجهات الإدارية المختصة أن تطعن على هذه الأحكام أمام محاكم الطعن ، إذا كانت مواعيد الطعن ما زالت قائمة – لم تنقض – إعمالاً لحجية الحكم الصادر بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل – حال صدوره – بالنسبة للمجندين المؤهلين ، واستناداً لإعمال الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية فى ضوء ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا – ومن قبلها المحكمة الدستورية العليا ذاتها – وقضاء محكمة النقض – على النحو سالف البيان - من أن القانون المقضي بعدم دستوريته يعتبر غير دستوري منذ صدوره ، وليس من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستوريته فى الجريدة الرسمية.

أما إذا كانت مواعيد الطعن قد مضت ، فإننا نرى أنه يمكن للجهات المختصة – أي الجهة الإدارية أو السلطة المختصة بوحدات القطاع العام أو قطاع الأعمال العام بحسب الأحوال – إقامة استشكالات فى تنفيذ هذه الأحكام ، الصادرة بضم مدة الخدمة العسكرية كاملة ، دون مراعاة لقيد الزميل بالنسبة للمجندين المؤهلين تطبيقاً لنص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك أمام المحاكم المختصة ، استناداً إلى ظهور أسباب قانونية ووقائع جديدة [1] بعد صدور هذه الأحكام – لم تكن أمام محكمة الموضوع وقت فصلها فى موضوع الدعاوى المنظورة أمامها – تتمثل فى صدور حكم من المحكمة الدستورية يقضي بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل – حال قضاء المحكمة الدستورية بذلك –ما لم تكن قد شرعت الجهات الإدارية المختصة ، بتنفيذ هذه الأحكام الصادرة بضم مدة الخدمة العسكرية كاملة – دون مراعاة لقيد الزميل – حيث يقف حائلاً أمام إعمال الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، وجوب مراعاة الاستثناء المقرر على هذه القاعدة ، وهو

(١) فى هذا تقول المحكمة الإدارية العليا: (القاعدة العامة فى قبول الإشكال بطلب وقف تنفيذ الحكم أن يكون سببه قد جد بعد صدور الحكم ، فهو باعتباره منصباً على إجراءات التنفيذ يكون مبناه دائماً وقائع لاحقه على صدور الحكم ، وليست وقائع سابقة عليه ، والا كان الاشكال طعناً فى الحكم بغير الطريق القانوني) حكم المحكمة الادارية العليا – الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٣٥ ق. عليا – جلسة ١٩٨٩/٧/١ ؛ مشار إليه: د / نعيم عطية و أ/ حسن الفكهاني – الموسوعة الإدارية الحديثة – ج ٣٣ – مرجع سابق – صـ ٨٩٧.

ضرورة الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت ، عند صدور حكم عدم الدستورية بحكم حائز قوة الأمر المقضي ، أو بمضي مدة التقادم [١].

وأخيراً: نود الإشارة إلى أن الاتجاهات القضائية الصادرة بعد – أي حال – صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا ، يقضي بعدم دستورية إلغاء قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها ، سوف تعمل لزوماً أثر هذا الحكم الدستوري ، إعمالاً لحجيته ، وبالتالي سيعود الحال من جديد إلى ما كان عليه الوضع – أي الاستقرار القضائي – بالنسبة لإعمال أثر قيد الزميل ، على الوقائع المعروضة ، فى ضوء حكم المادة ٤٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك بالنسبة لهذه المسألة فقط (أي بخصوص إعمال أثر قيد الزميل) ، دون استرجاع باقي أحكام المادة ٤٤ قبل تعديلها ، بمعني الإبقاء على نفاذ أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والتي لن تتأثر بحكم عدم دستورية إلغاء قيد الزميل – حال صدوره.

(١) راجع فى الاستثناء على قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية: د/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية – المرجع السابق – صـ ٤١٧ : ٤١٩.

خلاصة المبحث الرابع:

لقد تبين لنا من خلال هذا المبحث ، أنه بسبب إثارة شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل – أي إلغاء قيد الزميل – بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، أثناء نظر بعض الدعاوى ، لذا فقد شرعت المحكمة الإدارية بالفيوم ، بحكمها الصادر فى ٢٠١٦/٦/١٣ فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق ، بإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل فى مدى دستورية نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية المشار إليه ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك فيما لم تتضمنه من النص على تقييد حق المجند المؤهل فى ضم مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، وقيدت الأوراق بالدعوى رقم ٧٦ لسنة ٣٨ ق دستورية عليا ، ولم تفصل فيه المحكمة الدستورية حتى تاريخ إصدار هذه الدراسة.

واتضح أن حكم الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا ، الصادر من المحكمة الإدارية بالفيوم ، فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق بجلسة ٢٠١٦/٦/١٣ قد ساق فى معرض تبريره لشبهة عدم دستورية ، عدم النص على تقييد حق المجند المؤهل ، فى ضم مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، بأنه – أي عدم النص على قيد الزميل – يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين فئة زملائهم فى التخرج المعينين معهم بذات الجهة ، بحيث يسمح إلغاء قيد الزميل ، بأن يسبق المجند الأحدث – المؤهل – لزميله الأقدم فعلياً فى أقدمية الوظيفة دون مبرر ومسوغ مقبول ، لا سيما وأن الاتجاهات القضائية والإفتائية قد أعلمت هذا القيد رغم عدم وجود نص يقرره فى بعض المناسبات – شأن الحال فى قانون الخدمة العامة على النحو السابق بيانه.

كما اتضح أيضاً أن هناك سوابق قضائية دستورية ، تؤيد شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث سبق وأن قضت المحكمة الدستورية العليا ، بحكمها الصادر فى ١٩٩٨/٥/٩ فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية ، بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ بشأن الخدمة العامة للشباب ، وذلك فيما نصت عليه من إضافة مدة التكليف بالخدمة العامة إلى مدة خدمة المكلف بعد تعيينه ، دون أن يتقيد ضمها للمكلف بألا تجاوز أقدمية زميله فى التخرج المعين معه بذات الجهة.

وقد استعرضنا موقفنا من مبررات وأسانيد شبهة عدم دستورية ، عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث انتهينا إلى تفنيد القول بأن عدم النص على قيد الزميل يعد إخلال صريحاً بمبدأ المساواة بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج والمعين معهم بذات الجهة ، استناداً إلى أن نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جاء تكريساً لمبدأ عدم الإضرار بمن أدى ضريبة الدم من المجندين مؤهلين كانوا أو غير مؤهلين – على حدٍ سواء – حيث استهدف المشرع بموجب هذا التعديل القضاء على التفرقة غير المبررة ، بين المجندين المؤهلين وغير المؤهلين ، بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة ، على حدٍ سواء ، تحقيقاً لمبدأ المساواة الفعلية بينهما ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية ، وبالتالي كان من الضروري إلغاء قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، لأن الإبقاء على هذا القيد بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة – المؤهلين – رغم أنه لا يصلح أعماله لفئة المجندين غير المؤهلين - لعدم تصور وجود زميل تخرج لهذه الفئة - يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين – مؤهلين وغير مؤهلين - بأن يتم احتساب مدة الخدمة العسكرية لفئة المجندين غير المؤهلين محررة من أي قيد ، وتدخل كاملة فى الأقدمية الوظيفية ، مع بقاء قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، رغم تماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية ، ولعد تفضيلاً لفئة المجندين غير المؤهلين ، على فئة المجندين المؤهلين ، دون مسوغ مقبول أو مبرر معقول.

كما انتهينا أيضاً إلى تفنيد الاستناد إلى القضاء السابق للمحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق دستورية ، والصادر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ لتأييد شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، تأسيساً على أن المحكمة الدستورية العليا قد أجازت صراحة بموجب ذات الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق – المستشهد به – التمييز بين المراكز القانونية التي يتكافأ أصحابها أمام القانون ، وقف شروط موضوعية ، تتحدد مشروعيتها الدستورية على ضوء ارتباطها عقلاً بأهدافها ، وبما أن المشرع قد استهدف بموجب تعديل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، القضاء على التفرقة غير المبررة فى حساب مدة الخدمة العسكرية للمجندين المؤهلين ، دون غير المؤهلين ، رغم اشتراكهما وتماثلهما فى أداء هذا الواجب المقدس ، لما كانت تمثله هذه التفرقة

من إخلال صريح بمبدأ المساواة بينهما ، وهو ما يقطع بأن عدم النص على قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جاء بناء على أسس موضوعية ، تقتضي التمييز بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج والمعين معهم بذات الجهة ، وذلك بغرض إعمال مبدأ المساواة بين فئات المجندين عموماً ، مؤهلين وغير مؤهلين ، بشأن احتساب ضم مدة خدمتهم العسكرية كاملة للفئتين ، محررة من أية قيود بالنسبة لأياً منهما ، على حدٍ سواء على التفصيل السابق بيانه.

لا سيما وأن الكلفة الشديدة لأداء تلك الضريبة – أي ضريبة الدم – كانت - ولا زالت – تجعل منها عبأ ثقيلاً ومغرماً كبيراً ، خاصة فى تلك الآونة الأخيرة ، التي تموج بالفتن والنزاعات المسلحة ، ومحاربة قوى الشر والطغيان ، عن طريق رجالات القوات المسلحة والشرطة – البواسل – مما يقتضي لزوماً رعاية مؤداها بالتفضيل ، عن طريق احتسابها كاملة لجميع فئات المجندين ، مؤهلين وغير مؤهلين ، على حدٍ سواء ، دون قيد يحد من ضمها كاملة لأيٍّ منهما ، وإلا عد تمييزاً بين الفئتين دون مسوغ أو مبرر مقبول على نحو ما تقدم.

وخلصنا من ذلك إلى عدم قيام المبررات والأسانيد ، المؤيدة لشبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل على وجه صحيح قانوناً ، وبالتالي لا نرجح معه القضاء بعدم دستورية عدم النص على قيد الزميل (أي إلغاء قيد الزميل).

وقد استشرفنا أيضاً الموقف المستقبلي ، والآثار المترتبة على فصل المحكمة الدستورية العليا ، فى مسألة مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل ، حيث تبين لنا أنه حال انتهاء المحكمة الدستورية العليا إلى تأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – وهو ما نرجحه ونطالب به - سوف تستقر أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء إلغاء قيد الزميل ، بموجب حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون المشار إليه ، لا من وقت صدور حكم المحكمة الدستورية المؤيد لذلك ، بل من وقت العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

كما تبين لنا أيضاً أنه حال انتهاء المحكمة الدستورية العليا ، إلى القضاء بعدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها – وهو

ما نستبعده – سوف تعمل الاتجاهات القضائية الصادرة بعد صدور هذا الحكم الدستوري - حال صدوره – لزوماً أثر هذا الحكم الدستوري ، إعمالاً لحجيته ، وسيعود الحال من جديد إلى ما كان عليه الوضع ، بالنسبة لإعمال أثر قيد الزميل على الوقائع المعروضة فى ضوء نص المادة ٤٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك بالنسبة لهذه المسألة فقط – أي بشأن إعادة إعمال أثر قيد الزميل فقط – دون استرجاع باقي أحكام المادة ٤٤ قبل تعديلها ، بمعني الإبقاء على نفاذ باقي أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والتي لن تتأثر بحكم عدم دستورية إلغاء قيد الزميل – حال صدوره.

الخاتمـــة

لقد حاولنا خلال هذه الدراسة تناول كافة الجوانب والأبعاد التشريعية ، المتعلقة بأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، خاصة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، للوقوف على مضمون هذا التعديل والباعث عليه ، ونطاقه ، والآثار المترتبة عليه ، مع استعراضنا لجانب من الاتجاهات والتطبيقات القضائية الحديثة ، الصادرة بشأن تطبيق أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون المشار إليه ، لا سيما المعالجات القضائية والإفتائية ، للإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكامها ، واستجلاء وجه الصواب منها ، وحاولنا استخلاص وتفصيل الشروط اللازمة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها وإعمال آثارها ، مع استشرفنا للموقف المستقبلي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ المشار إليه ، فى ضوء إثارة شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون المشار إليه.

وقد تبين لنا من خلال المبحث الأول من هذه الدراسة ، والذي خصصناه لتناول أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ أن المشرع رعاية منه للمجند ، وهو يقوم بواجب من أقدس الواجبات الوطنية وأشرفها ، اعتبر مدة خدمته العسكرية فى مقام الخدمة المدنية كأصل عام ، وذلك بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، والتي قررت - استثناءً من قواعد ترتيب الأقدميات الوظيفية – بأحقية من يجند من الموظفين ، ومن يلحق بالخدمة أثناء فترة تجنيده ، أو بعد مدة التجنيد ، فى أن تعتبر مدة التجنيد التي يمضيها – بما فيها مدة الاستبقاء – شأنها شأن مدة الخدمة المدنية الفعلية ، وتحسب فى الأقدمية بالنسبة للعاملين بالجهاز الإداري للدولة ، وتحسب كمدة خبرة بالنسبة للعاملين بالقطاع العام ، ويستحقون عنها العلاوات المقررة.

مستهدفاً بذلك ألا يضار المجند بتجنيده ، وألا يصبح فى وضع أسوأ من قرينه – الذي لم يؤدِ هذا الواجب ولم ينال هذا الشرف – بسبب أدائه لهذا الواجب الوطني.

بيد أن المشرع أورد قيداً وحيداً على ضم مدة الخدمة العسكرية ، وهو ضرورة ألا يسبق العامل (أي المجند) الذي ضمت له مدة خدمته العسكرية زميله فى التخرج ، المعين معه فى ذات الجهة ، بذات التاريخ أو قبله ، بمعني ألا يترتب على ضم مدة خدمته العسكرية أن تزيد أقدمية المجند أو مدة خبرته ، على أقدمية أو مدة خبرة ذلك الزميل.

واتضح من خلال هذا المبحث أن الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري – بصفة عامة – لا سيما المحكمة الإدارية العليا – بصفة خاصة - والفتاوى الصادرة عن إدارات الفتوى – المتعددة – وكذا الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، قد عالجت العديد من الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ – قبل تعديلها فى عام ٢٠٠٩ - كما قررت العديد من المبادئ المهمة ، والضوابط اللازمة لتطبيق أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية بموجب المادة ٤٤ ، خاصة ما يتعلق بتحديد نطاقها ، وشروط تطبيق أحكامها ، ومفهوم الزميل وحدود التقيد به ، والآثار المترتبة على تطبيقها.

كما اتضح لنا من خلال المبحث الثاني من هذه الدراسة ، والذي استعرضنا فيه تنظيم أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥١ لسنة ٢٠٠٩ ، أن المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، قام باستبدال نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بحيث أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكامها ، يتمثل مضمونه فى الإقرار بأحقية المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – على حدٍ سواء – فى ضم مدة خدمتهم العسكرية والوطنية بما فيها مدة الاستبقاء إلى مدة خدمتهم الوظيفية ، بعد أن كان الأمر مقصورا - فى ظل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية قبل تعديلها – على المجندين المؤهلين فقط ، كما ألغى المشرع بموجب المادة ٤٤ بعد استبدالها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – القيد المقرر على ضم مدة الخدمة العسكرية ، والمسمى بقيد الزميل ، والذي كان يشترط ضرورة ألا يترتب على ضم مدة التجنيد إلى مدة الخدمة الوظيفية ، أن يسبق المجند لزميله فى التخرج والمعين معه بذات الجهة ، وهو ما يعني احتساب مدة الخدمة العسكرية كاملة – متي توافر شروط تطبيق المادة ٤٤ آنفة الذكر بعد تعديلها - دون مراعاة لقيد زميل التخرج ، وأخيراً مد المشرع نطاق هذا الإلغاء ، واعمل مقتضاه بأثر رجعي اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين.

وقد اتضح لنا أن الباعث الرئيس لهذا التعديل ، جاء للقضاء على التفرقة غير المبررة بين المجندين المؤهلين وغير المؤهلين – تكريساً لمبدأ المساواة بينهما لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء ضريبة الدم بأداء الخدمة العسكرية على حد سواء ، بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمتهم العسكرية دون تفرقة بينهم ، لذا كان من الضروري إلغاء قيد الزميل بالنسبة للمجندين المؤهلين ، لأن الإبقاء على هذا القيد بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة - رغم أنه لا يصلح إعماله بالنسبة لفئة المجندين غير المؤهلين – يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين ، بأن يتم حساب مدة الخدمة العسكرية للمجندين غير المؤهلين محرراً من أي قيد ، مع بقاء هذا القيد بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين وحدها.

كما يتبين لنا أيضاً أن المشرع لم يخرج – بصفة عامة – فى تحديده للفئات الخاضعة للنطاق الشخصي للمادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، عما كان مقررا فى ظل المادة ٤٤ من ذات القانون قبل تعديلها ، وهو ما يعني أنها تخاطب فئات المجندين – مؤهلين أو غير مؤهلين – الذين يتم تعيينهم أثناء مدة التجنيد أو بعدها بالجهات المحددة حصراً بالمادة ٤٤ وهي الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام ، وإن كان المشرع قد أضاف جهة " قطاع الأعمال العام " إلى الجهات المشار إليها حصراً بالمادة ٤٤ - قبل تعديلها - بموجب هذا التعديل.

وبالنسبة للآثار المترتبة على تطبيق المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، فقد تبين لنا أن هذه المادة قررت اعتبار مدة الخدمة العسكرية الفعلية الحسنة بما فيها مدة الاستبقاء ، بعد إتمام مدة الخدمة الإلزامية لجميع المجندين – مؤهلين أو غير مؤهلين – كأنها قضيت بالخدمة المدنية ، وتضم كاملة لمدة الخدمة الوظيفية – دون مراعاة لقيد الزميل السابق النص عليه فى ضوء المادة ٤٤ قبل تعديلها – وهو ما أكدته الاتجاهات القضائية فى العديد من المناسبات ، وتحسب هذه المدة كاملة فى الأقدمية واستحقاق العلاوات المقررة بالنسبة لجميع الفئات المخاطبة بأحكامها دون تفرقة فيما بينهم ، خلافاً لما كان عليه الوضع فى ظل نص المادة ٤٤ قبل تعديلها ، والتي كانت تفرق فى الآثار المترتبة على ضم مدة الخدمة العسكرية ، بين العاملين بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، بحيث تحسب هذه المدة كمدة أقدمية بالنسبة للمجندين العاملين بهذه الجهات ، وبين

العاملين بالقطاع العام ، بحيث تحسب كمدة خبرة بالنسبة للمجندين العاملين بهذا القطاع وحده ، مع استحقاق العلاوات المقررة فى الحالتين ، وهو ما يجعل النص فى صياغته الجديدة بعد التعديل – أي بعد الاستبدال بها القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – أوفق نهجاً ، وأصحُ مسلكاً ، نظراً لتأكيده على المساواة بين جميع المخاطبين بأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، فى الآثار المترتبة على تطبيقها دون تفرقة غير مبررة بينهم.

وبالنسبة لتاريخ نفاذ هذا التعديل ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – رغم صدور القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ ونشره بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ وتم العمل به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ – قد فرقت فى تاريخ نفاذها بين فئة المجندين المؤهلين وبين فئة المجندين غير المؤهلين ، حيث قررت بأن يعمل بأحكامها اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للفئة الأولى – بمعني تطبيق أحكامها بأثر رجعي بالنسبة لهذه الفئة - ولا يجوز للفئة الثانية (المجندين غير المؤهلين) الاستناد إلى الأقدمية المترتبة على تطبيق هذه المادة للطعن على قرارات التعيين والترقية التي تمت قبل يناير ٢٠١٠ ، بمعني تطبيق أحكامها بأثر مباشر بالنسبة للفئة الأخيرة.

كما تبين لنا أيضاً أنه نظراً لإثارة شبهة عدم دستورية تطبيق الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بالنسبة للمجندين المؤهلين اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ ، أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة ، لذا فقد أحالت هذه المحكمة الأخيرة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى هذه المسألة ، وهو ما لم تجد معه المحكمة الدستورية العليا بدّا من القضاء فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية عليا بجلسة ٢٠١١/٧/٣١ ، بعدم دستورية إعمال الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فيما نصت عليه الفقرة الأخيرة من هذه المادة ، من أن يعمل بأحكامها اعتباراً من ١٩٦٨/١٢/١ بالنسبة للمجندين المؤهلين.

واتضح لنا أن المحكمة الدستورية العليا قد شيدت حكمها استناداً إلى أنه يشترط لأعمال الأثر الرجعي لأي نص تشريعي – فى غير المواد الجنائية – فى ضوء نص المادة ١٨٧ من دستور عام ١٩٧١ ، ضرورة استيفاء الأغلبية الخاصة المنصوص عليها بالمادة ١٨٧ من الدستور ، كضمانة أساسية للحد من الرجعية ، وتوكيداً لخطورتها إزاء ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار المراكز القانونية ، وقد تبين للمحكمة

الدستورية أنه قد تمت الموافقة على نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية المطعون عليه بصيغتها النهائية ، بالأغلبية العادية لأعضاء مجلس الشعب ، وهو ما يعني أن المحكمة الدستورية العليا استندت فى قضائها السابق إلى تخلف الأوضاع الشكلية الدستورية فى النص الطعين ، دون أن تفصل فى مدى اتفاق النص الطعين أو مخالفته لأحكام الدستور الموضوعية ، باعتبار أن تخلف الأوضاع الشكلية الدستورية فى النص الطعين - على ضوء ما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا - يكفي لسقوط هذا النص فى حومة المخالفة الدستورية.

واتضح لنا أيضاً أن الاتجاهات القضائية الصادرة بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٢ ق. دستورية عليا ، قد أعملت أثر هذا الحكم القاضي بعدم دستورية الأثر الرجعي لأحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالنسبة للمجندين المؤهلين ، إعمالاً لحجية أحكام المحكمة الدستورية العليا ، بحيث أضحى بعد صدور هذا الحكم الدستوري آنف الذكر ، يطبق حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ - والذي ألغى قيد الزميل - يعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بالجريدة الرسمية فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ كسائر أحكام القانون.

وقد استعرضنا فى المبحث الثالث من هذه الدراسة موقف القضاء الإداري من تطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث تبين لنا أنه إذا كان المشرع وبموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ قد أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، فإن القضاء الإداري لم يدخر جهداً فى تجلية ملامح أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ومعالجة الإشكاليات – المستحدثة – المترتبة على تطبيق أحكامها ، واستخلاص الشروط اللازمة لتطبيق وإعمال آثارها.

حيث تواترت التطبيقات القضائية – رغم وجود أكثر من اتجاه قضائي على حسب التفصيل السابق بيانه – على اعتبار أن تاريخ تعيين المجند هو المعيار فى تحديد نطاق المراكز القانونية ، المستفيدة من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها من عدمه ، بحيث قررت استفادة جميع المعينين – بالجهات المحددة حصراً فى صلب المادة ٤٤ بعد تعديلها - بعد تاريخ نشر القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ فى الجريدة الرسمية

فى ٢٠٠٩/١٢/٢٧ من تطبيق أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها ، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى العديد من المناسبات – وأيدناه لما سبق وقررناه – على النحو سالف البيان.

كما تبين أيضاً أن الاتجاهات القضائية الصريحة ، وكذا الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، قد استخلصت وقررت العديد من الشروط اللازمة لتطبيق أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها وإعمال آثارها ، والتي من أهمها ضرورة أن يكون تاريخ التعيين المجند - مؤهل أو غير مؤهل – بعد تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والمعمول به اعتباراً من ٢٠٠٩/١٢/٢٨ ، وأن يكون طلب احتساب ضم مدة الخدمة العسكرية عند التعيين الأول ، وضرورة أن يكون طالب احتساب مدة الخدمة العسكرية مجند قد أدى الخدمة العسكرية فعلياً ، غير مستثنى منها أو أعفي من أدائها ، وألا يكون قد سقط الحق فى المطالبة بضم مدة الخدمة العسكرية بالتقادم الطويل ، على النحو سالف البيان من الدراسة تفصيلاً.

كما استعرضنا خلال المبحث الرابع من هذه الدراسة الموقف المستقبلي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث اتضح لنا أنه نظراً لإثارة شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل – أي إلغاء قيد الزميل – بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، أثناء نظر بعض الدعاوى ، لذا فقد شرعت المحكمة الإدارية بالفيوم ، بحكمها الصادر فى ٢٠١٦/٦/١٣ فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق ، بإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل فى مدى دستورية نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية المشار إليه ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩، وذلك فيما لم تتضمنه من النص على تقييد حق المجند المؤهل فى ضم مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، وقيدت الأوراق بالدعوى رقم ٧٦ لسنة ٣٨ ق دستورية عليا ، ولم تفصل فيه المحكمة الدستورية حتى تاريخ إصدار هذه الدراسة.

واتضح أن حكم الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا ، الصادر من المحكمة الإدارية بالفيوم ، فى الدعوى رقم ٣١٤ لسنة ١ ق بجلسة ٢٠١٦/٦/١٣ قد ساق فى

معرض تبريره لشبهة عدم دستورية ، عدم النص على تقييد حق المجند المؤهل ، فى ضم مدة خدمته العسكرية بقيد زميل التخرج ، بأنه – أي عدم النص على قيد الزميل – يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين فئة زملائهم فى التخرج المعينين معهم بذات الجهة ، بحيث يسمح إلغاء قيد الزميل ، بأن يسبق المجند الأحدث – المؤهل – لزميله الأقدم فعلياً فى أقدمية الوظيفة دون مبرر ومسوغ مقبول ، لا سيما وأن الاتجاهات القضائية والإفتائية قد أعلمت هذا القيد رغم عدم وجود نص يقرره فى بعض المناسبات – شأن الحال فى قانون الخدمة العامة على النحو السابق بيانه.

كما اتضح أيضاً أن هناك سوابق قضائية دستورية ، تؤيد شبهة عدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث سبق وأن قضت المحكمة الدستورية العليا ، بحكمها الصادر فى ١٩٩٨/٥/٩ فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق. دستورية ، بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ بشأن الخدمة العامة للشباب ، وذلك فيما نصت عليه من إضافة مدة التكليف بالخدمة العامة إلى مدة خدمة المكلف بعد تعيينه ، دون أن يتقيد ضمها للمكلف بألا تجاوز أقدمية زميله فى التخرج المعين معه بذات الجهة.

وقد استعرضنا موقفنا من مبررات وأسانيد شبهة عدم دستورية ، عدم النص على قيد الزميل بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، حيث انتهينا إلى تفنيد القول بأن عدم النص على قيد الزميل يعد إخلالا صريحاً بمبدأ المساواة بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج والمعين معهم بذات الجهة ، استناداً إلى أن نص المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جاء تكريساً لمبدأ عدم الإضرار بمن أدى ضريبة الدم من المجندين مؤهلين كانوا أو غير مؤهلين – على حدٍ سواء – حيث استهدف المشرع بموجب هذا التعديل القضاء على التفرقة غير المبررة ، بين المجندين المؤهلين وغير المؤهلين ، بتقرير أحقيتهم فى ضم مدة خدمته العسكرية كاملة ، على حدٍ سواء ، تحقيقاً لمبدأ المساواة الفعلية بينهما ، لاشتراكهما وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية

، وبالتالي كان من الضروري إلغاء قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، لأن الإبقاء على هذا القيد بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة – المؤهلين – رغم أنه لا يصلح أعماله لفئة المجندين غير المؤهلين - لعدم تصور وجود زميل تخرج لهذه الفئة - يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين الفئتين – مؤهلين وغير مؤهلين - بأن يتم احتساب مدة الخدمة العسكرية لفئة المجندين غير المؤهلين محررة من أي قيد ، وتدخل كاملة فى الأقدمية الوظيفية ، مع بقاء قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، رغم تماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية ، ولعد تفضيلاً لفئة المجندين غير المؤهلين ، على فئة المجندين المؤهلين ، دون مسوغ مقبول أو مبرر معقول.

كما انتهينا أيضاً إلى تفنيد الاستناد إلى القضاء السابق للمحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق دستورية ، والصادر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ لتأييد شبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، تأسيساً على أن المحكمة الدستورية العليا قد أجازت صراحة بموجب ذات الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٨ ق – المستشهد به – التمييز بين المراكز القانونية التي يتكافأ أصحابها أمام القانون ، وقف شروط موضوعية ، تتحدد مشروعيتها الدستورية على ضوء ارتباطها عقلاً بأهدافها ، وبما أن المشرع قد استهدف بموجب تعديل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، القضاء على التفرقة غير المبررة فى حساب مدة الخدمة العسكرية للمجندين المؤهلين ، دون غير المؤهلين ، رغم اشتراكهما وتماثلهما فى أداء هذا الواجب المقدس ، لما كانت تمثله هذه التفرقة من إخلال صريح بمبدأ المساواة بينهما ، وهو ما يقطع بأن عدم النص على قيد الزميل بالنسبة لفئة المجندين المؤهلين ، فى ضوء المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، جاء بناء على أسس موضوعية ، تقتضي التمييز بين فئة المجندين المؤهلين ، وبين زملائهم فى التخرج والمعين معهم بذات الجهة ، وذلك بغرض إعمال مبدأ المساواة بين فئات المجندين عموماً ، مؤهلين وغير مؤهلين ، بشأن احتساب ضم مدة خدمتهم العسكرية كاملة للفئتين ، محررة من أية قيود بالنسبة لأيٍّ منهما ، على حدٍ سواء ، على التفصيل السابق بيانه بالدراسة.

وخلصنا من ذلك إلى عدم قيام المبررات والأسانيد ، المؤيدة لشبهة عدم دستورية إلغاء قيد الزميل على وجه صحيح قانوناً ، وبالتالي لا نرجح معه القضاء بعدم دستورية عدم النص على قيد الزميل (أي إلغاء قيد الزميل).

وقد استشرفنا أيضاً الموقف المستقبلي ، والآثار المترتبة على فصل المحكمة الدستورية العليا ، فى مسألة مدى دستورية عدم النص على قيد الزميل ، حيث تبين لنا أنه حال انتهاء المحكمة الدستورية العليا إلى تأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ – وهو ما نرجحه ونطالب به - سوف تستقر أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء إلغاء قيد الزميل ، بموجب حكم المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون المشار إليه ، لا من وقت صدور حكم المحكمة الدستورية المؤيد لذلك ، بل من وقت العمل بأحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩.

كما تبين لنا أيضاً أنه حال انتهاء المحكمة الدستورية العليا ، إلى القضاء بعدم دستورية عدم النص على قيد الزميل ، بموجب المادة ٤٤ بعد تعديلها – وهو ما نستبعده – سوف تعمل الاتجاهات القضائية الصادرة بعد صدور هذا الحكم الدستوري - حال صدوره – لزوماً أثر هذا الحكم الدستوري ، إعمالاً لحجيته ، وسيعود الحال من جديد إلى ما كان عليه الوضع ، بالنسبة لإعمال أثر قيد الزميل على الوقائع المعروضة فى ضوء نص المادة ٤٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، وذلك بالنسبة لهذه المسألة فقط – أي بشأن إعادة إعمال أثر قيد الزميل فقط – دون استرجاع باقي أحكام المادة ٤٤ قبل تعديلها ، بمعني الإبقاء على نفاذ باقي أحكام المادة ٤٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، والتي لن تتأثر بحكم عدم دستورية إلغاء قيد الزميل – حال صدوره.

ومن جماع ما تقدم يمكننا القول: بأن تعديل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بموجب أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، كان له أثر واضح فى تغيير معالم - جانب واسع من القواعد المقررة والمبادئ المستقرة بشأن - أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية إلى مدة الخدمة الوظيفية ، على النحو سالف البيان.

وفي الختام نؤكد على أن: هذه الدراسة حاولت أن تجمع بين الإطار التشريعي ، والتطبيق القضائي والإفتائي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، خاصة بعد تعديلها – أي استبدالها – بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، بغية الاسهام – قدر الإمكان - فى تجلية وتفصيل أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، فى ضوء هذا التعديل ، وكشف غموضها ، ومعالجة الإشكاليات المترتبة على تطبيق أحكامها ، مع عدم انفصام عراها عن التطبيقات القضائية والمعالجات الإفتائية الحديثة ، والتي كان لها أثر واضح فى أن تتجلي حقيقة مراد المشرع منها ، وترسم ملامح تطبيقها على وجه صحيح القانون ، على نحو ما تقدم من الدراسة.

التوصيـــات

ننتهي من تلك الدراسة إلى عدة توصيات نوجزها فيما يلي:

أولاً: ندعو المشرع المصري إلى عدم المبالغة فى إقرار الأثر الرجعي لما يقره من تشريعات – رغم إقرارنا بأنها مكنة دستورية للسلطة التشريعية – إلا فى أضيق نطاق ، مستهدفاً مصالح جديرة بالرعاية ، تستوجب ارتداد آثارها إلى الماضي ، خاصة وأن مبدأ المحافظة على استقرار المراكز القانونية ، لا سيما فى مجالات مهمة ، كمجالات الوظيفة العامة ، يعد أمرا شديد الأهمية وبالغ الأثر ، وأولي بالرعاية من غيرها من المصالح الأخرى ضئيلة الأهمية وهينة الأثر ، والتي قد يتذرع بها لإقرار الأثر الرجعي لبعض التشريعات ، دون مبرر مقبول ، أو مقتضى حقيقي.

ثانياً: نناشد المحكمة الدستورية العليا بتأييد دستورية عدم النص على قيد الزميل (إلغاء قيد الزميل) ، بموجب أحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ ، مراعاة للسلطة التقديرية المخولة للمشرع فى تنظيم المراكز القانونية على نحو معين ، أو تعديل تطبيقها على نحو آخر - متي كان لذلك مقتضى مقبول ومبرر معقول - خاصة وأن إلغاء هذا القيد بالنسبة للمؤهلين ، بموجب المادة ٤٤ آنفة الذكر ، بعد تعديلها بالقانون المشار إليه ، جاء تكريساً وتفضيلاً لمن أدى ضريبة الدم - بتأدية الخدمة العسكرية - ونال شرف أداء هذا الواجب المقدس ، سواء كان مؤهلاً أم غير مؤهلاً – على غيرهم من زملاء التخرج ممن لم يحرز هذا الشرف ولم يؤد هذا الواجب – وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بين المؤهلين وغير المؤهلين ، لاشتراكها وتماثلهما فى أداء الخدمة العسكرية على حد سواء ، مما اقتضى تحرير ضم مدة الخدمة العسكرية لأيٍّ من الفئتين – المؤهلين وغير المؤهلين – من أي قيد.

ثالثاً: نطالب الباحثين من القانونيين - بصفة عامة – والمهتمين بمجالات الوظيفة العامة – بصفة خاصة - بالاهتمام بدراسة الموضوعات ذات الأبعاد والجوانب العملية ، لما فيها من إثراء للأبحاث والدراسات الأكاديمية ، بالجوانب والتطبيقات العملية ، خاصة إذا كانت تلك الموضوعات ذات أهمية علمية وضرورة عملية ، لا سيما فى ضوء ندرة الأبحاث المتخصصة فى هذا الشأن.

وأخيراً: فلا أحسب نفسي قد وفيت هذه الدراسة حقها ، أو أحطت بجميع جوانبها ، فهذا مالا يتأتى لباحث ، أو يتوفر لبحث ، وهو جهد المقل وزاد الضعيف ، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ،،،

قائمـــة المراجـــع

أولاً: المراجع العربية:

(أ) المؤلفات القانونية والعامة:

١. أ/ إبراهيم المنجي – التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة فى ضوء آراء الفقه وأحكام وفتاوى القضاء الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية – الطبعة الثالثة – ٢٠١١.

٢. د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن – المدخل للعلوم القانونية – المطبعة العربية الحديثة – بدون رقم طبعة وسنة نشر.

٣. د/ أحمد كمال أبو المجد – الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري – رسالة دكتوراة – مكتبة دار النهضة المصرية – ١٩٦٠.

٤. أ/ أسامة أحمد الشحات – موسوعة العاملين المدنيين بالدولة – دار الكتب القانونية – طبعة ٢٠٠١.

٥. أ/ إسماعيل فوزي أحمد فوده – أحكام نظام العاملين المدنيين بالدولة فى ضوء القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٩٧٦.

٦. د/ حسن محمد هند – الموسوعة القضائية فى شرح أحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وتعديلاته – دار الكتب القانونية – ٢٠٠٥.

٧. د/ رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية – ١٩٨٣.

٨. د/ سليمان الطماوي – مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة – دار الفكر العربي – طبعة ١٩٧٣.

٩. د/ سليمان الطماوي – مبادئ علم الإدارة العامة – ١٩٨٠.

١٠. المستشار/ سمير يوسف البهي – شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وتعديلاته – دار الكتب القانونية – طبعة ١٩٩٨.

١١. د/ عادل عمر شريف – قضاء الدستورية (القضاء الدستوري فى مصر) – رسالة دكتوراة – مطابع دار الشعب – القاهرة – ١٩٨٨.

١٢. د/ عبد الحفيظ على الشيمي – رقابة الإغفال التشريعي فى قضاء المحكمة الدستورية العليا – دار النهضة العربية – ٢٠٠٣.

١٣. د/ عبد الحميد كمال حشيش – دراسات فى الوظيفة العامة فى النظام الفرنسي – مكتبة القاهرة الحديثة – ١٩٧٥.

١٤. المستشار/ عبد المنعم دسوقي – الشركات (الأحكام العامة) – منشأة المعارف – طبعة ٢٠١٣.

١٥. المستشار/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي – الدعوى الدستورية – منشأة المعارف – طبعة ٢٠٠٢.

١٦. د/ عزيزة الشريف – أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة - بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول بكلية الحقوق – جامعة حلوان – والمنعقد فى شهر مارس ١٩٩٨ – منشور فى موسوعة أبحاث المؤتمر.

١٧. د/ على السيد الباز – الرقابة على دستورية القوانين فى مصر – دار الجامعات المصرية بالإسكندرية – طبعة ١٩٧٨.

١٨. أ/ فؤاد أحمد عامر – الموسوعة القضائية العسكرية – الجزء الأول (التجنيد والقضاء الإداري والعسكري) – دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة – الطبعة الأولي – ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥ م.

١٩. د/ فؤاد محمد النادي و د/ أحمد المواقي – الوجيز فى مبادئ القانون الإداري – بدون ناشر ورقم طبعة – ٢٠٠١.

٢٠. المستشار/ محمد السيد زهران – الرقابة على دستورية القوانين فى إيطاليا – مجلة إدارة قضايا الحكومة س ١٤ – العدد الأول – يناير ١٩٧٠.

٢١. د/ محمد صلاح عبد البديع – الحكم بعدم الدستورية بين الأثر المباشر والأثر الرجعي – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٠.

٢٢. د/ محمد صلاح عبد البديع – الدور السياسي للقاضي الدستوري – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠١٠.

٢٣. د/ محمد صلاح عبد البديع – قضاء الدستورية فى مصر فى ضوء قانون أحكام المحكمة الدستورية – طبعة دار النهضة – الطبعة الثانية - ٢٠٠٢.

٢٤. المستشار/ محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الأول – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – بدون سنة نشر.

٢٥. د/ محمود أبو السعود حبيب – الموظف العام وممارسة الحقوق والحريات الأساسية – مطبعة دار الإيمان - بدون سنة نشر.

٢٦. أ/ محمود صالح والمستشار/ جلال المنجي – شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة – الجزء الأول – منشأة المعارف – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠.

٢٧. د/ مصطفي أبو زيد فهمي – و د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا – الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين – جامعة بيروت – كلية الحقوق – ١٩٨٨.

(ب) المجموعات والمجلات:

١. الموسوعة الحديثة – أ/ شريف أحمد الطباخ و د/ عزت منصور – فى شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة – الجزء الأول ٠ المركز القومي للإصدارات القانونية – الطبعة الأولى – ٢٠٠٦.

٢. الموسوعة الإدارية الحديثة – د/ نعيم عطية و أ/ عبد المنعم بيومي ، أ/ حسن الفكهاني – الدار العربية للموسوعات ، الجزء ٣٣/١٩٩٤ ، الجزء ٤٦/١٩٩٨.

٣. مجلة المحاماة – العدد الثالث/ ٢٠٠٣ ، العدد الرابع/ ٢٠٠٤ – فصل أحكام النقض من أول أكتوبر/ ٢٠٠٣ حتى سبتمبر ٢٠٠٤.

٤. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجزء الثاني – السنة الخامسة.

٥. مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا – المكتب الفني – السنة ٢٩.

٦. مجلة إدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايا الدولة حالياً) – س ١٤ – العدد الأول – يناير سنة ١٩٧٠.

٧. فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – مجموعة السنتين ٤٣ ، ٤٤.

ثانياً: المراجع الفرنسية:

1. Alain plantey, traitė pratique de la fonction publique librairie Gėnėral de droit et de jurisprudence, 2 ed, 1963.
2. Gérard Lupi; les positions du fonctionnair, paris, Dalloz, 1956.
3. Paul Duez, et Guy Debeyre; Traité de droit Administratif, librairie Dalloz, 1952.
4. Paul Gaudernet; Statut des ogents belges, D.P., 1949.
5. RIVERO (J.); les Libertes pubiques le éd, 1973.
6. Turpin (D.); Contentieux Constitutionnel, P.U.F., 2eme , 1993.
7. Victor Silvera; la fonction publique et ses problémes actuels, Editions de l'Actualitė juridique, paris, 1969.

ملخص

أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية والوطنية
فى الوظيفة العامة بين التشريع والقضاء
(دراسة تحليلية تأصيلية لأحكام المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية فى ضوء التعديلات الجديدة الصادرة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩)

د . سامح أحمد عبد الرسول

فى تطور مهم قام المشرع بموجب التعديلات الصادرة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٩ بتعديل المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ، والذي كان له أثر واضح فى تغيير جانب كبير من القواعد والمبادئ المستقرة بشأن أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية إلي مدة الخدمة الوظيفية ، وقد حاولت هذه الدراسة أن تجمع بين الإطار التشريعي والتطبيق القضائي والإفتائي لأحكام ضم مدة الخدمة العسكرية ، بموجب المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية بعد تعديلها بموجب القانون المشار إليه ، بقصد الإسهام فى تجلية وتفصيل أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية فى ضوء هذا التعديل ، وكشف غموضها ، ومعالجة الإشكاليات المترتبة علي تطبيق أحكامها ، مع الحرص علي استعراض العديد من التطبيقات القضائية والمعالجات الإفتائية الحديثة ، والتي كان لها أثر واضح فى أن تتجلي حقيقة مراد المشرع منها ، وترسم ملامح تطبيقها علي وجه صحيح القانون.

أحكام ضم مدة الخدمة العسكرية – الوظيفة العامة – الهيئات والمؤسسات العامة - التعديل التشريعي – القواعد القانونية – المبادئ القضائية المستقرة – المعالجات الإفتائية.

Provisions for Combining Military and National Service Periods in the Public Office between Legislation and the Judiciary

(An analytical fundamental study of the provisions of Article 44 of the Military Service Law in light of the new amendments issued by Law No. 152 of 2009(

Dr. SAMEH AHMED

Abstract

In an important development, the legislator, pursuant to the amendments enacted by Law No. 152 of 2009 by amending Article 44 of the Military and National Service Law, which had a clear effect in changing a large part of the established rules and principles constituting the provisions for combining the period of military service to the period of employment service. This study has attempted to combine the legislative framework with the judicial and legal opinion application of the provisions for combining the military service period, pursuant to to Article 44 of the Military Service Law after it has been amended pursuant to the hereinbefore mentioned law, with the aim of contributing to the clarification and detail of the provisions for combining the military service period in light of this amendment, addressing the problems arising from the application of provisions thereof, while being keen to review many judicial applications and modern legal opinion treatments, which had a clear effect in making the truth about what the legislator wanted therefrom, and drawing the features proper application thereof pursuant to the law.

Key Words:

Provisions of Combining the Period of Military Service - Public Office - Public Organizations and Institutions - Legislative Amendment - Legal Rules - Stable Judicial Principles – Legal Opinion Treatments