

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 45 . العدد 5

1444 هـ - 2023 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : ++ 963 31 2138071

. موقع الإنترنت : www.albaath-univ.edu.sy

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
 - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
 - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
 - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
 - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
 - 2- هدف البحث
 - 3- مواد وطرق البحث
 - 4- النتائج ومناقشتها .
 - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
 - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1. مقدمة.
- 2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
- 3. أهداف البحث و أسئلته.
- 4. فرضيات البحث و حدوده.
- 5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
- 6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
- 7. منهج البحث و إجراءاته.
- 8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
- 9. نتائج البحث.
- 10. مقترحات البحث إن وجدت.
- 11. قائمة المصادر والمراجع.
- 7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
 - أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
 - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
 - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
 - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:
آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة (-) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة .
وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد (كتابية مختزلة) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.
مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News ,
Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و
التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (20000) ل.س عشرون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (50000) ل.س خمسون ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (3000) ل.س ثلاثة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
36-11	عقيل اليدوي د. مصطفى عثمان	دور مفوض الدولة في دعوى الإلغاء
68- 37	قصي العبدالله الشعيبو د. عبد القدر برغل	أثر وفاة الشريك على مصير الشركة
98-69	هاني زينه د. موسى متري	تداول الأوراق المالية ونظامها القانوني
128-99	ريم قاسم الأحمد	المسؤولية الجزائية لمتسلم الحدث دراسة مقارنة
154-129	بايكار توماس د. محمود جلال	النظام القانوني لدعوى الإشكال التنفيذي في القانون السوري والقوانين الأخرى

دور مفوض الدولة في دعوى الإلغاء

عقيل البدوي*، مصطفى عثمان**

*طالب دراسات عليا(ماجستير) قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حلب

** قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حلب

المُلخَص

تعد هيئة مفوضي الدولة أحد أهم التشكيلات القضائية في القسم القضائي لمجلس الدولة فهي الأمانة على المنازعات الإدارية، وتلعب دوراً هاماً في تسيير العمل أمام محاكم القضاء الإداري، نظراً لما يتمتع به مفوض الدولة من صلاحيات مهمة في تهيئة الدعاوى وتحضيرها للمرافعة لا بل أكثر من ذلك فهو يعد مشروعات الأحكام في المنازعات الإدارية والتي كثيراً ما يأخذ بها القضاة، كما يقوم بالاتصال بالجهات المعنية ويبحث في وقائع المنازعة المعروضة وأسبابها، ويبيدي رأيه معللاً فيها ويطلب الوثائق والأوراق الرسمية التي غالباً ما يتعذر على الأفراد الحصول عليها، ويقوم بعرض التسوية على طرفي النزاع وفقاً للمبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا، والجدير بالذكر أن المفوض لا يمثل أي من طرفي النزاع وليس له أي مصلحة شخصية. ولأهمية هذه الهيئة، فقد قمنا بدراسة تاريخها وتشكيلها، ودعمنا هذه الدراسة بالعديد من النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية في كل من سورية وفرنسا ومصر لتتوصل إلى دراسة كافية حول موضوع دور مفوض الدولة في دعوى الإلغاء.

الكلمات المفتاحية: مفوض الدولة، دعوى الإلغاء، الدعاوى الإدارية، تسوية النزاع.

The role of the state commissioner in the annulment lawsuit

Aquel Mohamad Albadawy.*, Mostafa Othman**

*Postgraduate student (Ph) Dept. of Public Law, Faculty of Law, University of Aleppo

**Dept. of Public Law, Faculty of Law, University of Aleppo

abstract

The State Commissioners Authority is one of the most important judicial formations in the judicial department of the State Council. He prepares draft judgments in administrative disputes, which judges often take, and contacts the concerned authorities and looks into the facts of the presented dispute and its causes, expresses his opinion with justification, requests documents and official papers that individuals are often unable to obtain, and presents settlement to the parties to the dispute in accordance with the principles Which was settled by the judiciary of the Supreme Administrative Court, and it is worth noting that the commissioner does not represent any of the parties to the dispute and has no personal interest.

Because of the importance of this commission, we have studied its history and formation, and we supported this study with many legal texts, judicial rulings and jurisprudential opinions in Syria, France and Egypt to reach an adequate study on the subject of the role of the state commissioners in the administrative judiciary.

Keywords: State Commissioner, Cancellation claim, Administrative Cases, Dispute Resolution.

مقدمة:

لقد تغير الأساس الذي بني عليه وجود هيئة مفوضي الدولة، فبعد أن كانت هيئة مفوضي الدولة تمثل الإدارة وتدافع عن مصالح الحكومة أصبحت هذه الهيئة هي الأمانة على المنازعة الإدارية ولا تمثل إلا القانون وحده، لا بل أكثر من ذلك فهي أصبحت ضماناً للأفراد الذين يتخاصمون مع الإدارة كونها تملك صلاحية الاتصال بالجهات الإدارية، واستحصال الوثائق والأوراق اللازمة للسير في الدعوى ومعرفة الحقيقة وتقديم الرأي القانوني المناسب فيها.

ولابد من الإشارة إلى أن دور مفوض الدولة يختلف عن دور كل من الفقيه والقاضي والنايب العام، فهو يختلف عن دور الفقيه لكون المفوض يدخل في جزئيات العمل القضائي والإداري، فهو ذو جانب عملي أكثر من الفقيه الذي ينحصر دوره في التعليقات الفقهية التي لا تتجاوز الجانب النظري، كما يختلف عن دور القاضي في كونه غير مقيد بما يقدمه الخصوم ويملك صلاحية التعقيب على الأحكام بعد صدورها والطعن فيها، ويختلف أيضاً عن دور النايب العام في كونه ليس طرفاً في المنازعة الإدارية على خلاف النايب العام.

في حقيقة الأمر إن الأعمال التي يقوم بها المفوض في مجلس الدولة من تحضير للدعاوى وتهيئتها للمرافعة، واقتراح مشروعات الأحكام والاتصال بالجهات الرسمية والحصول على الوثائق وعرض التسوية تعد صلاحيات مهمة تجعل من نظام مفوضي الدولة نظاماً لا يمكن الاستغناء عنه في ظل الكم الهائل من الدعاوى التي تعرض على القاضي الإداري والنوع الذي يميز الدعاوى الإدارية من كونها ذات خصوصية تتطلب معرفة أكبر في تفاصيل العمل الإداري، والاتصال بجهة الإدارة. لذا تتمحور

إشكالية البحث :

في التساؤل الآتي: ماهي الصلاحيات والسلطات التي يملكها مفوض الدولة في سبيل تسيير العمل أمام محاكم القضاء الإداري، وما مدى هذه الصلاحيات ثم ماهي العوائق التي تعيق عمل المفوضين، وبالتالي تنعكس سلباً على عمل المحاكم الإدارية؟

أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من خلال أهمية هيئة مفوضي الدولة ذاتها، وأهمية المهام والصلاحيات الملقاة على عاتقها كما تأتي أهمية البحث من خلال شرح آلية واختصاصات هيئة مفوضي الدولة، وتسليط الضوء على المشاكل والعوائق التي تعيقها عن العمل بشكل جيد وعليه

يهدف البحث:

إلى التعريف بهيئة مفوضي الدولة، وطبيعتها واختصاصاتها حتى تكون الإدارة والأفراد على اطلاع بواجباتهما وحقوقهما، كما يهدف البحث إلى إثراء المكتبة القانونية السورية ببحث واف عن هذه الهيئة لندرة الأبحاث بهذا الخصوص فإن

منهج البحث :

في دور مفوض الدولة في دعوى الإلغاء يقوم على أساس المنهج التحليلي، بحيث سنتولى تحليل القواعد القانونية والآراء الفقهية في القانون الإداري، وما اشتملت عليه من أحكام وشرح لما يتعلق بطبيعة هيئة مفوضي الدولة، وتشكيلها، واختصاصاتها، والعوائق التي تواجه عملها، وعلى المنهج المقارن بمقارنة ما توصل إليه المشرع والقضاء والفقه في كل من مصر وفرنسا مع ما انتهجه المشرع والقضاء في سورية، وذلك بالقدر الذي يخدم موضوع البحث. بناءً على ذلك ستكون خطة البحث على الشكل الآتي:

المطلب الأول سلطة مفوض الدولة في تهيئة وتحضير دعوى الإلغاء

الفرع الأول: هيئة مفوضي الدولة

الفرع الثاني: تمييز هيئة مفوضي الدولة عما يختلط بها من الأنظمة

المطلب الثاني: اختصاص قاضي مفوض الدولة في دعوى الإلغاء

الفرع الأول: اختصاص قاضي مفوض الدولة في تحضير دعوى الإلغاء

الفرع الثاني: اختصاص قاضي مفوض الدولة في تسوية النزاع

المطلب الأول

سلطة مفوض الدولة في تهيئة وتحضير دعوى الإلغاء

إنّ طبيعة القضاء الإداري تهيئة وما يتميز به من حل النزاعات التي قد تنثور بين الأفراد والسلطات الإدارية نتج عنه خصوصية تتصل بتشكيلاته واجراءاته، ومن بين هذه التشكيلات التي يختص بها القضاء الإداري دون غيره ما يعرف بهيئة مفوضية الدولة أو هيئة مفوضية الحكومة، والتي كان لها دور كبير في تطوير عمل القضاء الإداري من خلال السرعة والتيسير في الإجراءات من جهة، ومن جهة أخرى تدعيم الدور الإنشائي والخلق للقاضي الإداري بابتداع وتطبيق مبادئ القانون الإداري، ومن ثم ما هي طبيعة هذه الهيئة وما هي السلطات التي تملكها في مجال الدعوى الإدارية هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المبحث، وذلك عن طريق تناوله في مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: هيئة مفوضي الدولة وتميزها عما يختلط بها من أنظمة

تعود جذور نظام مفوضي الدولة تاريخياً لفرنسا، والذي انتقل بدوره لكل من مصر وسوريا لما حققه من نجاح، وقد أسهمت تقارير مفوضية الدولة أمام محكمة أو أمام محاكم جهة القضاء الإداري الفرنسي في إرساء عديد من نظريات ومبادئ القانون الإداري وتطوير قواعده وأحكامه لكونهم يمثلون وجهه نظر القانون لإنّ المفوض يتولى دراسة ملف الدعوى بشكل وافي كما يتتبع الاتجاه القضائي للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة ساعياً نحو تطويره ليقترح الحل القانوني واجب التطبيق على النزاع والمفوض في سبيل ذلك لا يقتصر على مصادر القانون المكتوب فحسب، وإنما يلجأ كذلك للمصادر المكتوبة وفتاوى وآراء مجلس الدولة وفقه القانون العام فضلاً عن القضاء الدستوري بل وقضاء محكمة النقض الفرنسية أحياناً عبر اقتراح حل مشابه لما تسير عليه محكمة النقض⁽¹⁾. والتي تركز أحكامها على قواعد القانون الخاص باعتبار تلك القواعد تحوي مبادئ عامة تصلح للتطبيق على روابط القانون العام.

(1) شعيب مجدي عبد الحميد، الدور الإجرائي للمفوض في الدعوى الإدارية. المجلة القانونية الاقتصادية، العدد 12، مصر، 146 صفحة وما بعدها.

الفرع الأول: هيئة مفوض الدولة

للقوف على هذا النظام لا بدّ من تبيان المراحل التاريخية التي مرّ بها نظام المفوضين في فرنسا، والتي يمكن تقسيمها إلى أربعة مراحل وفق التالي:

أولاً_ **مفوضية مجلس الملك**: عرفت فرنسا لأول مرة في تاريخها نظام المفوضين عند ما كان يختص مجلس الملك بالنظر في المنازعات الإدارية التي تُرفع له، والذي كان بدوره يقوم بإحالته إلى محامي المجلس ليتولى وضع تقرير فيها باعتبارهم مُقررًا للمجلس وعندما ازدادت أعباء مجلس الدولة وازدادت معها دقة القضايا المعروضة عليه وجد نظام مفوضية المجلس الذي أوكل لهم مهمة دراسة تلك القضايا دراسة دقيقة يعرضون بعدها رأيهم فيها أمام مجلس الملك⁽¹⁾.

ثانياً_ **مفوضي الملك**: عرفت فرنسا بمرحلة من مراحل تطور نظام القضاء الإداري لديها ما يعرف بنظام الإدارة القاضية أو الوزير القاضي حيث منعت المحاكم خلال تلك المرحلة من النظر أو الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ فصل السلطات الذي منع تدخل أي سلطة بعمل السلطة الأخرى، ولذلك فقد تولت الإدارة العامة بنفسها النظر في المنازعات التي تثور بينها وبين الأفراد من خلال تظلمات يقدمها المتضرر من عمل الإدارة وينظر فيها الوزير أو أحد كبار حكام الأقاليم⁽²⁾.

ومع إنشاء مجلس الدولة الفرنسي في عهد نابليون وصدور المرسوم رقم 22 تموز لعام 1806 أنشئت فيه لجنة قضائية من ثلاث وظائف لمباشرة وظيفة النيابة العامة أمام القضاء الإداري، وكان من مبررات هذا المرسوم حماية المصلحة العامة من خلال إيجاد من يدافع عن الإدارة ويتحدث باسمها أمام المجلس، وذلك بشكل مشابه لما هو متبع أمام

(1) موسى أحمد كمال الدين عبد اللطيف، 1962 _ نظام مفوضي الدولة. مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، المجلد الأول، مصر، 139 صفحة.

(2) الطماوي محمد سليمان، 1976 _ القضاء الإداري (قضاء الإلغاء). دار الفكر العربي بالقاهرة، مصر، 38 صفحة وما بعدها.

القضاء المدني ليطلق على أعضاء هذه اللجنة عيون الحكومة التي لا تنتم عليه فيما بعد تسمية مفوضي الملك⁽¹⁾.

ثالثاً_ مفوض الحكومة: تشكل هذه المرحلة أهم المراحل التي تتبلور من خلالها نظام المفوضين في فرنسا، والذي أصبح من خلالها المفوض يُمثل القانون وحده من خلال البحث عن الحدود القانونية السليمة التي تتلاءم مع الصالح العام، واستطاعة هؤلاء المفوضين أن يكونوا لأنفسهم شخصية مستقلة في مجال القضاء الإداري لصالح الحق⁽²⁾. وعليه يختار من بين مجلس الدولة عدداً منهم لتولي مهمة لها شأن كبير إلا وهي مهمة مفوض الحكومة أمام القسم القضائي في المجلس، ويتم هذه الاختيار بمرسوم فهم مفوضون قضائيون يُختارون من بين أعضاء مجلس الدولة وهم لا يمثلون الحكومة كما قد توهي تسميتهم، بل هم مستقلون تمام الاستقلال عن جهة الإدارة حتى ذكر البعض بأنّ المفوض لا يمثل الحكومة ولا ينطق باسمها وتتحصر وظيفته في الدفاع عن القانون، وما يعتقد إنه للصالح العام وفقاً لضميره واقتناعه الشخصي، فهو قد يتخذ موقفاً ضد الإدارة وعليه فهو لا يمثل أي شيء أو أي إنسان سوى القانون⁽³⁾.

رابعاً_ المقرر العام: إنّ المشرع ومنذ بداية إنشاء مفوضي الدولة عام 1831 أراد أن يكون لهم مندوبين للحكومة ويدافعون عن القانون على الرغم من احتفاظهم بتسميتهم القديمة، وأمام هذا التطور الكبير الذي طرأ على عمل مفوض الحكومة في الدعوى الإدارية نظراً لأن دورهم ينحصر في حكم القانون بقطع النظر عن مدى اتفاقه أو اختلافه مع وجهه نظر الإدارة، وهو ما حدا بالمشرع الفرنسي لتعديل تسميته من مفوض الحكومة للمقرر العام عام 2009 لإزالة أي لبس يتعلق بالدور الذي يقوم به، وتأكيد لكونه يعمل لمصلحة القانون وحسن العدالة أمام المحاكم جهات القضاء الإداري⁽⁴⁾. وقد تأثرت كل من مصر وسوريا بنظام مفوضية الحكومة، وما نتج عنه من دور إيجابي في

(1) الحلو ماجد راغب، 1977 _ القضاء الإداري. الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 79 صفحة.
(2) الحمامصي علي، 1954_ مفوضي الحكومة أمام القضاء الإداري الفرنسي وبصفة خاصة أمام مجلس الدولة الفرنسي. مجلة مجلس الدولة، عدد 5، 325 صفحة.
(3) سعد عصفور و محسن خليل، القضاء الإداري. منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 150 صفحة.
(4) الحلو ماجد راغب، 1977 _ القضاء الإداري. الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 86 صفحة.

الدعوى الإدارية، فشهد قانون مجلس الدولة المصري رقم 165 لعام 1955 إنشاء هذه الهيئة لأول مرة تحت تسميتها مفوضية الدولة، وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون طبيعة هذه الهيئة بقولها من المهام الأساسية التي قام عليها نظام مفوضية الدولة طبقاً للقانون رقم 165 لسنة 1955 تجريد المنازعات الإدارية من لدد الخصومات الفردية باعتبار أن الإدارة خصم شريف لا يبغى إلا معاملة الناس جميعاً طبقاً للقانون على حد سواء ومعاونة القضاء الإداري معاونة فنية ممتازة تساعد على تمحيص القضايا تمحيصاً يضيء ما اظلم من جوانبها ويجلو ما غمض من وقائعها برأي يتمثل فيه الحيطة لصالح القانون وحده، وبهذه المثابة فإن هيئة مفوضي الدولة تعتبر أمينة على المنازعة الإدارية وعاملاً أساسياً في تحضيرها، وتهيتها للمرافعة، وفي إبداء الرأي القانوني المحايد فيها سواء في المذكرات التي تُقدّمها أو الإيضاحات التي تُطلب إليها في الجلسة العلنية⁽¹⁾.

في سوريا شهد القانون رقم 55 سنة 1955 إنشاء هذه الهيئة أيضاً تحت ذات التسمية التي اتبعها المشرع المصري (هيئة مفوضي الدولة) واعتبرها أيضاً مما يتألف منه القسم القضائي في مجلس الدولة حيث جاء في المادة 3 من القانون أنف الذكر ما يلي: يؤلف القسم القضائي من: المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية وهيئة مفوضي الدولة. ويلاحظ بأن كل من المشرع السوري والمصري قد استخدم تسمية مختلفة عن التسمية التي أطلقها المشرع الفرنسي على هذه الهيئة بتسميتها هيئة مفوضي الدولة بدلاً من الاصطلاح الفرنسي لها (هيئة مفوضي الحكومة) وقد أيد جانب من الفقه هذه التسمية وذلك تجنباً لإثارة اللبس في الدور الذي تقوم به هذه الهيئة إذ أنها تدافع عن القانون الذي تسنه الدولة لا إن القرار الذي تصدره الحكومة⁽²⁾. ويمكن تعريف مفوض الدولة بأنه عضو المجلس الذي يتولى تحضير الدعوى الإدارية وابتداع الرأي القانوني فيها⁽³⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 165 لعام 1955.

(2) الفياض إبراهيم طه، 1999_ إجراءات وصياغة الأحكام لدى القضاء الإداري. مجلة بيت الحكمة، العدد 40/، مصر، صفحة 85.

(3) أبو العينين محمد ماهر، 2015_ الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، صفحة 512.

وبعد هذا العرض يمكننا القول بأن هيئة مفوضي الدولة، هي جزء من القسم القضائي لمجلس الدولة وهي الأمانة على المنازعات الإدارية وعاملاً أساسياً في تحضيرها وتهيئتها للمرافعة وإبداء الرأي القانوني المحايد فيها، وهي بذلك لا تمثل طرفاً في الدعوى وليس لها مصلحة شخصية في المنازعة.

الفرع الثاني: تمييز هيئة مفوضي الدولة عما يختلط بها من الأنظمة

إن طبيعة المهمة التي تُمارسها هيئة مفوضي الدولة قد تؤدي إلى الخلط بين طبيعة مهمتها مع بعض الأنظمة القانونية الأخرى، فكما رأينا أنه ومع بداية إنشاء هذه الهيئة في فرنسا تشابه عملها بعمل النيابة العامة في القضاء العادي، ونصت قوانين مجلس الدولة في كل مصر وسوريا أن هذه هي جزء من القسم القضائي لمجلس الدولة، ومع مطالعات المؤلفات الفقهية العربية والغربية آراء هؤلاء المفوضين باعتبارهم فقهاء سنحاول من خلال هذه الفرع التفرقة بين المفوض وبين كل من النيابة العامة، القاضي، الفقيه، المفوض العام.

أولاً_ المفوض والنائب العام: ينص دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012 في المادة 137 على أن: "النيابة العامة مؤسسة قضائية واحدة يرأسها وزير العدل وينظم القانون وظيفتها واختصاصها" ونصه الفقرة 1 من المادة رقم 1 قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "تختص النيابة العامة بإقامة دعوى الحق العام ومباشرتها ولا تقام من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون وهو ذات النص الذي استخدمه المشرع المصري في المادة رقم 1 من قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لعام 1950. ومن خلال هذه النصوص نلاحظ بأن المشرع أوكل إلى النيابة العامة من حيث المبدأ إقامة الدعوى العامة ومباشرتها نيابة عن المجتمع ضد المدعى عليه الذي تتجمع حوله أدلة كافية حول ارتكابه جريمة ما بهدف الوصول إلى حكم قضائي بالإدانة أو بالبراءة"⁽¹⁾.

(1) حومد عبد الوهاب، 1987_ أصول المحاكمات الجزائية. الطبعة الرابعة، دار المطبعة الجديدة في دمشق، سورية، 150 صفحة.

وبالتالي فإنّ "النيابة العامة تعتبر خصماً في الدعوى الجزائية وإن كانت خصماً عادلاً، لها ما للخصوم من حقوق وما عليهم من التزامات ولا يجوز رد عضو النيابة العامة"⁽¹⁾. أما المفوض فإن دوره رئيسيه في جميع الدعاوى والإدارية ولا يعتبر خصماً ولا يمثل الحكومة ولا يمثل الفرد أو الموظف ويجوز رده إذا توافرت في حقه حالة من حالات المنصوص عليها في القانون حيث جاء في المادة 28 من قانون مجلس الدولة السوري النافذ رقم 32 عام 2019 ما يلي:

1_ تسري في شأن رد مستشاري المحكمة الإدارية العليا القواعد المقررة لرد مستشاري محكمة النقض.

2_ تسري في شأن رد مستشارين محكمة القضاء الإداري القواعد المقررة لرد مستشاري محاكم الاستئناف.

3_ تسري في شأن رد أعضاء المحاكم الإدارية والمحاكم المسلكية القواعد المقررة لرد القضاة.

وهذه المادة مشابهه للمادة 53 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لعام 1972 وقد يفهم من النص السابق أنّ قضاة هيئة مفوضي الدولة لا يمكن ردهم لعدم ذكرهم في النص إلا أن الفقه يؤيد امكانيات خضوعه قضاة الهيئة للرد، وأنّ الحكمة من ذلك هي أنه مهما كان المفوض مُتحملاً بالعدالة والنزاهة، قد تدفع ميوله ومشاعره إلى جانب أحد الخصوم في الدعوى، وفي تطبيق قواعد الرد يحمي المشرع المفوض ويصون فيه واجب الحديث لصالح القانون وحده وهذه الضمانة في نفس الوقت ضمانة للمتقاضين كما إن حالات تدخل النائب العام في الدعوى لا تكون إلا في حالات دعوته محددة على سبيل الحصر وقد يكون ذلك جوازياً أو إجبارياً اما بالنسبة للمفوض فقد اشترط القانون وجوده في جميع الدعاوى الإدارية وإلا اعتبرت الأحكام باطلة وإذا كان النيابة العامة تشابه هيئة مفوضي الدولة من حيث كونها يمثلن جهازاً واحداً يتسم عمله بالوحدة وعدم التجزئة إلا أن عضو النيابة يستمد رأيه من رأي النائب العام حيث لا تجوز مخالفته باعتباره وكيلاً

(1) القدسي بارعة، 2020_ أصول المحاكمات الجزائية. الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، سورية، 35 صفحة.

عنه في ذلك بخلاف المفوض الذي لا يستمد رأيه من رئيس الهيئة فلا سلطان على المفوض في إبداء رأيه إلا للقانون الذي يمثله⁽¹⁾. وتأكيداً لهذا الرأي تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: "أعضاء هذه الهيئة وهم أعضاء بمجلس الدولة يؤدون واجبهم في هذا الشأن باعتبارهم بمجلس الدولة وتمثل في تشكيل المحاكم المختصة فإنهم يخضعون بالحتم والضرورة للمبادئ العامة الأساسية التي تحكم استقلال النقاضي وحيدته وتجوده في أداء واجبه وتحقيق رسالته في إقامته العدل وإعلاء سيادة القانون"⁽²⁾. وذهبت أيضاً للقول: "إنّ هيئة مفوضي الدولة ليست طرفاً صاحب مصلحة الشخصية في المنازعات يملك التصرف في مصيرها أو في الحقوق المتنازع عليها أو ينوب عنها في التعبير عن مكنون وجدانهم أو التمسك بدفوع تتصل مباشرة بمصالحهم الخاصة وضمانهم، ولم يسند قانون مجلس الدولة لهيئة المفوضين النيابة عن ذوي الشام في إبداء دفوع لصيقة بهم مثل الدفع بالتقادم غير المتعلق بالنظام العام، إذ ليس للمفوض أن يتمسك بتقادم يتمتع على المحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها كتقادم دعوى تعويض عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون"⁽³⁾.

ثانياً_ المفوض والقاضي: إنّ الدور الذي يقوم به المفوض من دراسة موضوع الدعوى وتحليله وإلقاء الضوء على المسائل التي تثيرها الوقائع وما يقدمه من مطالعة واستخلاص يعد بمثابة مشروع حكم كثيراً ما تأخذ به محاكم القضاء رغم كونها غير ملزمة هذا الدور دفع جانب من الفقه الفرنسي للقول بأنّ موضوع الدعوى يبحث مرتين مرة من قبل المفوض ومرة أخرى من قبل القاضي وإنّ الأمر على هذه الصورة يبدو وكأنّ هناك درجتين من درجات التقاضي داخل مجلس الدولة"⁽⁴⁾.

(1) موسى أحمد كمال الدين عبد اللطيف، 1962 _ نظام مفوضي الدولة. مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، المجلد الأول، مصر، 87 صفحة.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 2864 لعام 1991.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 474 لعام 1976 مشار إليه في: أبو العينين محمد ماهر، 2015_ الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، صفحة 520.

(4) الحمامصي علي، 1954_ مفوضي الحكومة أمام القضاء الإداري الفرنسي وبصفة خاصة أمام مجلس الدولة الفرنسي. مجلة مجلس الدولة، عدد 5، 364 صفحة.

إلا أنه ومع ذلك يختلف دور المفوض عن دور القاضي فالقاضي مقيد إلى حد كبير في أداءه لمهمته بما يقدمه الخصوم أمامه، وهؤلاء الخصوم من الأشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون في دعواهم بملء إرادتهم ويدركون مصالحهم تمام الإدراك ويستطيعون إن يتخذوا من المواقف ما يعبر عن رغبتهم في تركها، أما المفوض فدوره تحضيري إيجابي حيث يبذل المفوض عنايته للصالح العام ويجبر أطراف النزاع على تقديم الأدلة المطلوبة بالغرامات المخول قانوناً بفرضها هذا من جهة، ومن جهة أخرى القاضي لا يقوم بسائر المهام التي يقوم بها المفوض من استمرار تدخله بالدعوى بعد إحالتها إلى الجلسة وبعد صدور الحكم فيها بمراجعته للحكم والطعن فيه".

فالقاضي بعد إن يصدر الحكم تخرج الدعوى من يده على خلاف المفوض الذي يملك التعقيب على ما تصدر المحكمة من أحكام فلرئيس هيئة المفوضين الطعن بسائر الأحكام، ولذلك قيل بأن المفوض هو راعي الدعوى الإدارية القائم عليها قبل أن تدخل الجلسة واثنائها وبعد أن تخرج منها⁽¹⁾.

ثالثاً_ المفوض والفقهاء:

هناك العديد من المبادئ الراسخة في القانون الإداري يعود الفضل فيها إلى مذكرات وآراء مفوضي الدولة، حيث أصبحت أسماء هؤلاء المفوضين أمثال لافيير، روميو، بلوم، تيسي، كورناي، ترد في معظم المؤلفات العربية والأجنبية. مما جعل هناك خلط بين عمل كل من المفوض والفقهاء، مما جعل هناك خلط بين عمل كل من المفوض والفقهاء فالفقه هو المظهر العلمي للقانون، والقضاء هو المظهر العملي والقانون يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب، ولكل نشاط اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه، وعلماء يبحثون ويتقنون ويسجلون، والقانون علمه الفقه وعلماءه الفقهاء⁽²⁾.

إنّ هذا الخلط يمكن رده إلى التعليقات التي يقدمها المفوضين على الأحكام أو الطعن بها بما يتشابه مع التعليقات التي يقدمها الفقهاء عند تعليقهم على الأحكام القضائية، وإذا

(1) موسى أحمد كمال الدين عبد اللطيف، 1962 _ نظام مفوضي الدولة. مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، المجلد الأول، مصر، 72 صفحة.

(2) السنهوري عبد الرزاق، 1950 _ أصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، 115 صفحة وما بعدها.

سلمنا بكون ما يكتبه المفوض من مطالعات ومذكرات يعتبر فقهاً، فإنّ هذا سوف يؤدي إلى أن يكون لكل مفوض من المفوضين فقهه الخاص به من جهة. ومن جهة أخرى، فإذا كان بعض المفوضين هم فقهاء فعلاً أمثال روميو ولافايير، إلا أنّ بعض الآخرين ليسوا فقهاء⁽¹⁾.

بالإضافة لما تقدم فإنّ للمفوض وظيفة لا يشاركه بها الفقه وهي تحضير الدعوى بما يستلزمه ذلك من الاتصال بالجهات الحكومية ومحاولة عقد التسوية وتوقيع الغرامات وما إلى ذلك من الصلاحيات.

كما أنّ الفقيه له نظرة واسعة وشاملة، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج بل يسير قدماً إلى الأمام، يتمشى مع التطور ويسابق الزمن، فالفقيه أوسع أفقاً من القاضي، وأسرع تأثيراً بقوانين التطور، ولكن عيب الفقه أنه كثيراً ما ينحرف عن الحياة العملية وهو في سموه إلى العموميات يبتعد عما في الحياة العملية من ملابسات وظروف خاصة في كل قضية من أفضيتها⁽²⁾.

وهذا ما يصطدم بالواقع العملي ومستلزمات حسن سير الإدارة نتيجة بعده عنها وانقطاع صلته برجالها.

(1) موسى أحمد كمال الدين عبد اللطيف، 1962 _ نظام مفوضي الدولة. مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، المجلد الأول، مصر، 360 صفحة.

(2) السنهوري عبد الرزاق، 1950 _ أصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، 116 صفحة وما بعدها.

المطلب الثاني

اختصاص قاضي مفوض الدولة في دعوى الإلغاء

سنستهل مقدمة هذا المطلب لتبيان طريقة وصول ملف الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة وفق قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019 فبعد تسجيل الدعوى في ديوان المحكمة، يتم تبليغ استدعاء الدعوى مع مرفقاته إلى الجهة المدعى عليها في ميعاد لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ تقديمه وفق القواعد عام للتبليغ، ويجب على الجهة أن تودع ديوان المحكمة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغها مذكرة بالبيانات والدفع المتعلقة بالدعوة مرفقة بالسندات والأوراق والملفات الخاصة بها. وبعد ذلك يقوم ديوان المحكمة خلال 24 ساعة من انقضاء ميعاد التبليغ المحدد في الفقرة /أ/ من المادة 23 بإيداع ملف الدعوى لدى هيئة مفوضي الدولة بالمحكمة⁽¹⁾.

الفرع الأول: اختصاص قاضي مفوض الدولة في تحضير الدعوى

نظم قانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019 عمل هيئة المفوضين بالمواد 29 و30 ونظم أيضاً قانون مجلس الدولة المصري عمل هذه الهيئة في المواد من 27 إلى 32 من قانون مجلس الدولة المصري 47 لعام 1972 حيث نصت الفقرات الأولى والثانية والرابعة من المادة رقم 29 على ما يلي:

1_ "تتولى هيئة مفوضي الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة ولمفوض الدولة الاتصال بالجهات العامة ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً لتهيئة الدعوى من بيانات وأوراق، وللمفوض أن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لتقديم مذكرة عن الوقائع التي يرى لزوم التحقيق فيها، أو إدخال طرف ثالث في الدعوى أو تكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية في الأجل الذي يحدده لذلك". والجدير بالذكر أن هذه الفقرة تتشابه مع الفقرة الأولى من المادة 27 من قانون مجلس الدولة المصري.

(1) راجع: المادتان 23 و24 من قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019.

2_ لا يجوز في سبيل تهيئة الدعوى تكرار التأجيل لسبب واحد إلا إذا رأى المفوض منح أجل جديد، وفي هذه الحالة يجوز له أن يحكم على طالب التأجيل بغرامة لا تتجاوز 25000 سورية.

3_ يعد المفوض بعد إتمام تحضير الدعوى تقريراً يُحدد فيه وقائع الدعوى والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبيدي رأيه مسبقاً. تتشابه هذه الفقرة مع الفقرة الثالثة من المادة 27 من قانون مجلس الدولة المصري.

ونصت المادة 30 من ذات القانون على ما يلي:

"تقوم هيئة مفوضي الدولة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعداد التقرير المشار إليه في المادة السابقة بعرض ملف الدعوى على رئيس المحكمة لتحديد جلسة لها". تتشابه هذه المادة مع المادة 29 من قانون مجلس الدولة المصري.

يتضح من تحليل النصوص السابقة أن صلاحية مفوض الدولة سواءً في (سوريا أم في مصر) في تحضير الدعوى هي كالتالي:

أولاً_ الاتصال بالجهات العامة ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً لتهيئة الدعوى من بيانات وأوراق وأن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لتقديم مذكرة عن الوقائع التي يرى لزوم التحقيق فيها: لم يوجب المشرع السوري والمصري على مفوض الدولة اتخاذ اجراءات أو تشكيلات معينة كعقد جلسات أو الاطلاع على أوراق أو ملفات أو مستندات وإنما ترك الأمر لاختياره تبعاً لما يراه لازماً حسب ظروف كل قضية⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في لها بأنه: "عهد المشرع إلى هيئة مفوضي الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة وخوله المفوض في سبيل ذلك إن يتصل بالجهات الإدارية وإن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن وقائع يرى لزوم تحقيقها أو يكلفهم بتقديم مذكرات أو مستندات على أن يودع تقريراً مسبباً بالرأي القانوني يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التي يُثيرها النزاع"⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 923 لعام 1987، مشار إليه في: مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 32، الجزء الثاني، ص 1208.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 923 لعام 1987، مشار إليه في: مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 32، الجزء الثاني، ص 1208.

وللمفوض في سبيل تحضير الدعوى أن يتخذ من اجراءات التحقيق ما يراه مناسباً ومحققاً للهدف الذي يسعى اليه، مثل الانتقال للاطلاع على بعض المستندات لدى الجهة الإدارية إذا تعذر نقلها له أو لسريتها أو الاستماع للشهود أو لذوي الشأن⁽¹⁾.

ثانياً_ لا يجوز في سبيل تهيئة الدعوى تكرار التأجيل لسبب واحد: ويتضح أن الهدف من ذلك رغبة المشرع المصري والسوري إلى سرعة إنهاء المنازعات الإدارية حتى تستقر الأوضاع على أساس ثابت من القانون، لذلك يُمنع على المفوض منح آجلين متتابعين لنفس السبب، وفي حال وجد المفوض أنه هناك ضرورة لمنح أجل جديد يجوز له أن يحكم على طالب التأجيل بغرامة مالية مقدارها 25000 ألف ليرة سورية، وعشرة جنيهاً في التشريع المصري)، ويلاحظ أن المشرع المصري أجاز منح هذه الغرامة للطرف الأخر.

رابعاً_ ادخال طرف ثالث في الدعوى وتكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية في الأجل الذي يحدده لذلك: يجوز لمفوض الدولة ولو من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن يأمر بإدخال شخص ثالث في الدعوى متى كان ذلك لازماً لحسن سير إجراءات الدعوى⁽²⁾. ولا يجوز له إخراج أحد أطراف الدعوى من الخصومة لاعتبار ذلك فصل منه في جزء من الدعوى أو في جزء من موضوع الدعوى. وله تكليف له شأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية يرى أنها لازمة لتحضير الدعوى القانوني فيها ويجوز لأي من أطراف الدعوى تعديل ما سبق وأن ابداه من طلبات شرط إعلان الطرف الأخر في الدعوى⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر على إنه: "إذا قام المدعي بتعديل طلباته أثناء تحضير الدعوى أمام هيئة مفوضي الدولة

(1) جمال الدين سامي، 2005_ إجراءات المنازعات الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية في دعوى الإلغاء القرارات الإدارية. منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 119 صفحة.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 923 لعام 1987، مشار إليه في: مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 32، الجزء الثاني، ص 1208.

(3) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، 2005 _ الاثبات في الدعاوى الإدارية. دار الجامعة الجديدة، مصر، 7 صفحة.

بتوجيه دعواه إلى بعض الأشخاص دون البعض الآخر فيعتبر ما اتخذه من اجراء رفع الدعوى بالنسبة للأخرين كأن لم يكن⁽¹⁾.

ثالثاً_ بعد إتمام المراحل السابقة لتحضير الدعوى تأتي المرحلة الأخيرة من خلال إعداد تقريراً يحدد فيه وقائع الدعوى والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبيد رأيه مسبباً: يتضح من الصلاحيات التي يتمتع بها المفوض خلال مرحلة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة أنه رجل وقائع بالدرجة الأولى من خلال سعيه للوصول إلى عناصر وأدلة الارتباط في الدعوى واستيفاء البيانات والأوراق المنتجة، لا سيما في ظل عجز المدعي في الكثير من الحالات من الحصول على بعض الوثائق التي تؤيد دعواه والتي تكون صادرة من قبل الجهة المطعون ضدها (الإدارة) والتي تتحفظ عليها وتمتنع عن تزويد الطاعن بصور عنها، ورجل قانون بالدرجة الثانية، من خلال استظهار الجوانب القانونية فيها بطريقة محايدة، وإعداد تقرير مفصل بذلك. ومن ناحية أخرى يعتبر المفوض موجهاً للخصوم نزولاً على الصفة الإيجابية للمرافعات الإدارية حيث يرشدهم إلى ما يفيد سير الدعوى وما فيه صالح صالحهم طبقاً للقانون، ويوجه إجراءات التحضير والإثبات التي يهيمن عليها ويقدم في النهاية رأياً قانونياً محايداً يبصر الطرفين يبصر الطرفين بوضعهم في الدعوى ويكشف لهم عن مركزهم القانوني ومدى إمكان الاستجابة إلى الطلبات المعروضة والنتيجة في ضوء حالة الملف وقت إعداد الرأي⁽²⁾. ويترتب حال الإخلال بهذه الإجراءات بطلان الحكم، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد في كل من سوريا ومصر حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: "الدعوى الإدارية لا يسوغ الحكم فيها إلا بعد أن تقوم هيئة مفوضي الدولة بتحضيرها وتهيئتها للمرافعة وتقديم تقرير بالرأي القانوني مسبباً فيها، والإخلال بهذا الإجراء الجوهري يترتب

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 2879 لعام 1987، مشار إليه في: مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 33، الجزء الثاني، ص 1208.

(2) موسى أحمد كمال الدين عبد اللطيف، 1962 _ نظام مفوضي الدولة. مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، المجلد الأول، مصر، 196 صفحة.

عليه بطلان الحكم الذي يصدر في الدعوى⁽¹⁾. وفي ذات السياق قالت المحكمة الإدارية السورية بأن: "عدم قيام هيئة مفوضي الدولة بتحضير الدعوى وتبنيها للمرافعة وإيداع المفوض تقريراً بالرأي قبل إصدار الحكم الطعين من شأنه أن يفضي إلى بطلان الحكم لعدم استكمال الإجراء القانوني السابق"⁽²⁾. وهذا الأصل مسلم به بالنظام القانوني الفرنسي أيضاً والمتضمن التزام المقرر العام مفوض الدولة سابقاً بإعداد تقرير عن النزاع موضوع الدعوى واقتراح الحل الذي يراه ملائماً له بحيث لا يستطيع أن يتخذ موقفاً سلبياً الأمر ويترك الأمر لقناعة المحكمة، وإلا كان الحكم الصادر في موضوع الدعوى مشوباً بالبطلان إعمالاً لنص المادة 67 من مرسوم 31 يوليو 1945 على نحو ما أشارت إليه أحكام مجلس الدولة ومنها حكمه في قضية *Adrassé* عام 1955 والذي خلص فيه إلى إلغاء الحكم المطعون فيه معتبراً أن مسلك المفوض الذي انطوى على ترك الأمر لعدالة المحكمة دون إبداء رأيه يعد إنهاكاً لالتزامه بإعداد تقرير وتضمينه الحل القانوني الذي يقترحه⁽³⁾. حيث يسهم التزام المفوض بإعداد رأي مسبب بشأن موضوع الدعوى في تحقيق حسن سير العدالة نظراً لاستناده على اعتبارات واقعية وقانونية تحمله على اقتراح حل ملائم يتفق ونظريات ومبادئ القانون العام، والروابط التي يحكمها دون تجاهل لأية معطيات أخرى⁽⁴⁾.

إذ يمكن القول بأن تحضير الدعوى من قبل مفوض الدولة وتبنيها للمرافعة أمام المحكمة وإعداد تقرير مشفوع بالرأي القانوني يعد نظاماً مميزاً في تخفيف العبء عن المحكمة عند الفصل في الدعوى خاصة وأنه يجوز لها تسوية النزاع ودياً بين الخصوم مما يؤدي إلى إنهاء الكثير من الدعوى قبل الفصل فيها.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 444 لعام 1981، مشار إليه في: مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 26، الجزء الأول، ص 372.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 1473 لعام 1995، مشار إليه في: مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 1995، الجزء الثاني، ص 13.

(3) *C.E., 14 Fer. 1912. Ministre des travaux public, passard, Rec., P. 204*

(4) *La Tournere ; Essai Sur les méthodes juridictionnelles au Consiel d'Etat , 1964, p. 239.*

أما في فرنسا فإن الأمر يختلف عما هو الحال في سوريا ومصر وكما ذكرنا سابقاً فإن التسمية التي تُطلق على المفوض في فرنسا هي مفوض الحكومة قبل أن تصبح تسميته المقرر العام عام 2009 لا مفوض الدولة كما هو الحال في سورية ومصر. فالمقرر العام (مفوض الحكومة سابقاً) في فرنسا يتوقف دوره على إبداء القانوني المحض في الدعوى، من خلال تصديه للجوانب القانونية والوسائل المقدمة من أطراف النزاع كما يقوم بانتقاد السوابق القضائية التي يمكن أن تطبق على النزاع، كما يقترح أخيراً مشروع حكم غير ملزم للدائرة ومن ثم يتم تحويل القضية مع رأي المفوض إلى دائرة الحكم للفصل فيها⁽¹⁾. وتجدر الإشارة أن دور المقرر العام يأتي (طبقاً للنظام الإداري المتبع أمام محاكم جهة القضاء الإداري في فرنسا) في مرحلة تالية لدور مقرر الدائرة المختصة أو القسم الفرعي المختص الذي يتسلم ملف الدعوى بعد تسجيلها بقلم الكتاب ويقوم بإعداد تقرير في موضوعها بتكليف من رئيس القسم المختص، والذي يعد التقرير حال الموافقة عليه بعد المداولة والتصويت من الدائرة المختصة في جلسة التحضير بمثابة مشروع الدائرة أو القسم الفرعي بشأن الحكم في موضوع الدعوى وعقب ذلك يتم تسليم ملف الدعوى للمقرر العام ليعاود دراستها مجدداً واعداد تقرير بشأنها يتم إيداعه وقيدته بجدول أعمال جلسة هيئة الحكم حيث يترافع المقرر العام في تلك الجلسة ويكون آخر المتحدثين، وإن كان المشرع الفرنسي قد أجرى تعديلاً عام 2011 بالمرسوم رقم 1950 على 2011 سمح بمقتضاه للخصوم بإبداء ملاحظاتهم بعد مداخلة المقرر العام⁽²⁾.

وبعد هذا العرض لابد من الإشارة للواقع العملي الذي يعيشه مجلس الدولة السوري لناحية عمل هيئة مفوضي الدولة فالعمل لا يسير تماماً وفق الإجراءات سالفه الذكر إذ أنه مع تسجيل الدعوى في ديوان المحكمة يتم تحديد موعد الجلسة من قبل الموظف الديوان، وتفهم المدعي مواعدها وتبليغ اداره قضايا الدولة، وذلك قبل إيداع ملف الدعوى

(1) الدغيشر فهد بن محمد، 1992_ رقابة القضاء على قرارات الإدارة. دار النهضة العربية في القاهرة، مصر، 317 صفحة.

(2) رمضان أحمد شعبان، 2020_ الوسائل المستحدثة للفصل في الدعاوى الإدارية. دار النهضة العربية في القاهرة، مصر، 38 صفحة.

لدى هيئة مفوضي الدولة بالمحكمة خلافاً لصراحة نص المواد 24 و30 من قانون مجلس الدولة، بالإضافة إلى أن مفوض الدولة لا يمارس صلاحياته التي منحها إياها القانون، وذلك بالاتصال بأصحاب الشأن سواء كانت الجهات الحكومية أو الجهة الطاعنة لتزويده بالوثائق المطلوبة أو لإجراء تحقيق وغالباً ما يتم تحضير الدعوى وتهيئتها لدى المفوضين بدون أي مستندات أو وثائق وبشكل أكثر دقة يمكن القول بأن العمل هيئة المفوضين في مجلس الدولة السوري معطل، ومرد ذلك للكّم الهائل من الدعاوى التي تقيد في محاكم المجلس وما يقابلها من قلة عدد المفوضين حيث يوجد حالياً ما يقارب 25 مفوض دولة فقط، فتحضير الدعوى يعد أمراً غاية في الدقة والصعوبة ويحتاج لوقت وجهد وتمعن وهذا أمر لا يتأتى إلا عنده وجود عدد يستطيع النهوض بأعباء هذه المهمة فضلاً عن أن وجود عدد كبير يسمح للمفوضين بممارسة دورهم كمفوضين متفرغين واستعمال صلاحياتهم بطلب الوثائق والمستندات وطلب الإيضاحات وإجراءات التحقيق والانتقال للجهات الحكومية، إذا احتاج الأمر ذلك وعقد التسوية والمصالحة بين الأطراف إذا كان لذلك سبيل، وفي تقديرنا لا نجد ما يمنع المشرع السوري من الاستفادة من هذا التطور الذي طرأ على التشريع الفرنسي بخصوص استثناء بعض الدعاوى الإدارية من إحالتها لهيئة مفوضي الدولة سيما في ظل النقص في الكوادر الوظيفية التي تعاني منها هيئة مفوضية الدولة في سورية وما ينتج عنها تقديم تقارير روتينية تقليدية وشكلية لضخامة العمل الملقى على عاتق المفوضين، وذلك من خلال استثناء الدعاوى التي لا يوجد ضرورة في إحالتها لهيئة المفوضين والتي استقر عليها اجتهاد المحكمة الإدارية العليا أو التي تقدم بشكل مستمر وأصبح فيها تقرير المفوض معروف سلفاً، وذلك لتحقيق العدالة الناجزة وسرعة اجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة.

الفرع الثاني: اختصاص قاضي مفوض الدولة في تسوية النزاع

تنص الفقرة الثالثة من المادة 29 من قانون مجلس الدولة على أنه: "لمفوض أن يعرض على الأطراف في المنازعات التي ترفع إلى محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التي استقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا خلال أجل يحدده فإن تمت التسوية استبعدت القضية من الجدول لانتهاؤ النزاع".

ويقابل هذه الفقرة من قانون مجلس الدولة المصري الفقرة الأولى من المادة 28 والتي تنص على أن: "لمفوض الدولة أن يعرض على الطرفين تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التي ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا خلال أجل يحدده فإن تمت التسوية اثبتت في محضر يوقعه بوقع من الخصوم أو وكلائهم وتكون للمحضر في هذه الحالة قوة السند التنفيذي وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الحكم وتستبعد القضية من الجدول لانتهاؤ النزاع فيه، وإن لم تتم تسوية جاز للمحكمة عند الفصل في الدعوى أن تحكم على المعارض على التسوية بغرامة لا تجاوز عشرين جنيهاً ويجوز منحها للطرف الآخر". يتضح من خلال هذا النص أن المشرع منح هيئة المفوضين سواءً في مصر وسورية بالإضافة لتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة صلاحية حل النزاع بشكل ودي بين طرفي النزاع على أساس المبادئ العامة القانونية التي استقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا، وبالتالي فإن صلاحية المفوض في الاتصال بأطراف النزاع بشكل مباشر وطلب الوثائق يمكن أن يكون في إطار عقد التسوية بين الطرفين إن كان هناك إمكانية لذلك، ويلاحظ أن المشرع السوري في القانون النافذ لمجلس الدولة السوري قد استبعد الغرامة التي كان من الممكن للمحكمة أن تحكم بها على الطرف الممتنع عن عقد التسوية عند الفصل في الدعوى⁽¹⁾. في حين أن المشرع المصري ما زال مبقياً على الغرامة التي يمكن للمحكمة فرضها على الطرف المتعنت بالتسوية⁽²⁾. وفي حال تم عقد التسوية بين طرفي النزاع يتم تثبيتها هذا الصلح في محضر يوقع عليه أطراف الدعوى أو وكلائهم لمحضر الصلح في هذه الحالة قوة السند

(1) راجع: المادة 30 من قانون مجلس الدولة السوري الملغى رقم 55 لعام 1959.

(2) راجع: المادة 28 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لعام 1972.

التفذي _ كما هو الشأن بالنسبة للقضاء المدني_ ويمنح الخصوم صوراً منه وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام وتستبعد من الجدول لانتهااء النزاع فيها، وفي هذه الحالة يجب إن يصدر قرار بذلك من رئيس المحكمة لأنه صاحب الولاية الأصلية في هذا الشأن، وذلك على الرغم مما جرى عليه العمل من أن مفوض الدولة هو الذي يصدر ذلك القرار⁽¹⁾.

وبالرغم من أهمية حل النزاع بشكل ودي بين الأطراف من قبل هيئة المفوضين لما يحققه من نتائج إيجابية تتمثل في تجنب مغبة الإجراءات القضائية التي قد تطول لعدة سنوات ولما فيه من تخفيف أعباء على مرفق قضاء مجلس الدولة إلا إنه وبالعودة إذا كافة الدعاوى المحسومة من محاكم مجلس الدولة حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة لم نعثر على أي دعوى تم تسوية النزاع بين أطرافها ودياً أمام هيئة مفوضي الدولة.

(1) بدر أحمد سلامة، 2003_ إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة. دار النهضة العربية في القاهرة، مصر، 141 صفحة.

الخاتمة:

وصفوة القول إن مفوضي الدولة يعد نظاماً متميزاً في القضاء الإداري لما يقوم به من دور مهم في تهيئة الدعاوى الإدارية وتحضيرها وما يتطلبه ذلك من الاتصال بالجهات الرسمية والحصول على الوثائق كما يقوم بإبداء الرأي القانوني المناسب فيها فيما يعرف بمشروع الحكم غالباً ما يعتمد عليه القاضي الإداري إضافةً لصلاحيه عرض تسوية النزاع على الطرفين وهذه الصلاحيات التي يتمتع بها المفوض تساهم في حسن سير مرفق القضاء وتخفيف العبء عنه في ظل هذا الكم الهائل من الدعاوى المعروضة عليه.

النتائج:

- 1_ إن مفوض الدولة لا يمثل الحكومة كما قد توحى تسميته ولا يمثل أي طرف في النزاع، وإنما يعمل لمصلحة القانون والصالح العام.
- 2_ أعطى المشرع السوري للمفوض صلاحية الاتصال بالجهات العامة ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً لتهيئة الدعوى من بيانات وأوراق وأن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لتقديم مذكرة عن الوقائع التي يرى لزوم التحقيق فيها.
- 3_ يُمنع على المفوض منح آجلين متتابعين لنفس السبب ويتضح أن الهدف من ذلك رغبة المشرع المصري والسوري إلى سرعة إنهاء المنازعات الإدارية حتى تستقر الأوضاع على أساس ثابت من القانون.
- 4_ يجوز لمفوض الدولة من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن يأمر بإدخال طرف ثالث في الدعوى متى كان ذلك لازماً لحسن سير إجراءات الدعوى.

- 5_ إن قيام المفوض بتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة أمام المحكمة وإعداد تقرير بشأنها مشفوع بالرأي القانوني إنما يعد نظاماً مميزاً في تخفيف العبء عن المحكمة عند الفصل في الدعوى.
- 6_ يجوز لهيئة مفوضي الدولة تسوية النزاع ودياً بين الخصوم مما يؤدي إلى إنهاء الكثير من الدعاوى قبل الفصل فيها.
- 7_ لم نعثر في سورية على أي دعوى تم تسوية النزاع بين أطرافها ودياً أمام هيئة مفوضي الدولة.

التوصيات:

- 1_ نوصي المشرع السوري بضرورة زيادة عدد مفوضي الدولة تناسباً مع الكم الهائل من الدعاوى المعروضة على القضاء الإداري والتي تحتاج إلى مفوضين متفرغين لأداء المهام الملقاة على عاتقهم.
- 2_ نوصي بضرورة الالتزام بصراحة النصوص القانونية التي تقضي بضرورة إحالة ملف الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة خلال 24 ساعة من انقضاء موعد التبليغ وعدم تجاوز هذا الإجراء الجوهري.
- 3_ نوصي المشرع السوري الأخذ بما توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي من عدم ضرورة إحالة بعض الدعاوى الإدارية على هيئة المفوضين والاقتصار على الدعاوى التي تحتاج فعلاً هذه الإحالة.

المراجع والمصادر المعتمدة:

المصادر:

- 1_ قانون مجلس الدولة السوري الملغى رقم 55 لعام 1959.
- 2_ قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019.
- 3_ قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لعام 1972.

المراجع:

- 1_ أبو العينين محمد ماهر، 2015_ الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر.
- 2_ بدر أحمد سلامة، 2003_ إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة. دار النهضة العربية في القاهرة، مصر.
- 3_ جمال الدين سامي، 2005_ إجراءات المنازعات الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية في دعوى الإلغاء القرارات الإدارية. منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر.
- 4_ الحلو ماجد راغب، 1977_ القضاء الإداري. الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر.
- 5_ الحمامصي علي، 1954_ مفوضي الحكومة أمام القضاء الإداري الفرنسي وبصفة خاصة أمام مجلس الدولة الفرنسي. مجلة مجلس الدولة.
- 6_ حومد عبد الوهاب، 1987_ أصول المحاكمات الجزائية. الطبعة الرابعة، دار المطبعة الجديدة في دمشق، سورية.
- 8_ خليفة عبد العزيز عبد المنعم، 2005_ الاثبات في الدعاوى الإدارية. دار الجامعة الجديدة، مصر.
- 9_ الدغيثر فهد بن محمد، 1992_ رقابة القضاء على قرارات الإدارة. دار النهضة العربية في القاهرة، مصر.
- 10_ رمضان أحمد شعبان، 2020_ الوسائل المستحدثة للفصل في الدعاوى الإدارية. دار النهضة العربية في القاهرة، مصر.
- 11_ سعد عصفور ومحسن خليل، القضاء الإداري. منشأة المعارف الاسكندرية، مصر.

- 12_ السنهوري عبد الرزاق، 1950_ أصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر.
- 13_ شعيب مجدي عبد الحميد، الدور الإجرائي للمفوض في الدعوى الإدارية. المجلة القانونية الاقتصادية، العدد 12، مصر.
- 14_ الطماوي محمد سليمان، 1976_ القضاء الإداري (قضاء الإلغاء). دار الفكر العربي بالقاهرة، مصر.
- 15_ الفياض إبراهيم طه، 1999_ إجراءات وصياغة الأحكام لدى القضاء الإداري. مجلة بيت الحكمة، العدد 40/، مصر.
- 16_ القدسي بارعة، 2020_ أصول المحاكمات الجزائية. الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، سورية.
- 17_ مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، سنة 1995، الجزء الثاني.
- 19_ *C.E., 14 Fer. 1912. Ministre des travaux public, passard, Rec.*
- 20_ *La Tournere ; Essai Sur les méthodes juridictionnelles au Consiel d'Etat , 1964.*

أثر وفاة الشريك على مصير الشركة

قصي جميل عبدالله الشعبو

طالب ماجستير قسم القانون التجاري كلية الحقوق جامعة حلب

إشراف الدكتور عبد القادر برغل

أستاذ مساعد قسم القانون التجاري كلية الحقوق جامعة حلب

الملخص

يعالج هذا البحث أثر وفاة الشريك على مصير الشركة في مطلبين: يتناول المطلب الأول إمكانية تأثر الشركة بوفاة الشريك، والذي ينقسم بدوره إلى فرعين: تم تخصيص الأول منهما للحديث عن وفاة الشريك في شركة التضامن، في حين أن الثاني تم تخصيصه للحديث عن وفاة الشريك في شركة التوصية. بينما يتناول المطلب الثاني عدم إمكانية تأثر الشركة بوفاة الشريك من خلال تقسيمه إلى فرعين: بحث الأول منهما في وفاة الشريك في الشركة المحدودة المسؤولية، وبحث الفرع الثاني في وفاة الشريك في المساهمة المغفلة.

كلمات مفتاحية: شركات الأشخاص، شركات الأموال، وفاة الشريك، استمرار

الشركة، تحول الشركة، انقضاء الشركة.

The impact of the death of a partner on the fate of the company

Abstract

This research deals with the impact of the death of a partner on the fate of the company in two ways.

The first requirement deals with the company being affected by the death of a partner, which in turn is divided into two branches: the first of them is dedicated to determining the death of a partner in the partnership company, while the second is devoted to talking about the death of a partner in a limited partnership.

While the second requirement deals with the inability of the company to be affected by the death of the partner by dividing it into two branches: the first of them discusses the death of the partner in the limited liability company, and the second section examines the death of the partner in the overlooked shareholding.

Keywords: Companies of Persons, Companies of Funds, Death of a Partner, Continuation of the Company, Transformation of the Company, Expiration of the Company.

مقدمة

تنهض الشركات التجارية لممارسة نشاط تجاري معين بموجب اتحاد إرادة الشركاء المؤسسين لها، والشريك فيها معرض للوفاة في أية لحظة. الأمر الذي قد يؤثر على بقاء الشخص المعنوي قائماً بعد وفاة أحد أعضائه الذين أنشأوه.

إلا أن المشرع انطلاقاً من اختلاف الأشكال القانونية للشركات من جهة، ومراعاة منه لمصالح من يتأثر بوجود الشركة من عدمه من جهة أخرى، نظم موضوع وفاة الشريك بشكل يراعي من يتأثر بوجود الشركة واختلاف الشكل القانوني للشركة.

وبما أن الأشكال القانونية للشركة تتعدد، بعضها يقوم على الاعتبار الشخصي للشريك، فهذا قد يؤثر على وجودها بسبب تصدع الاعتبار الشخصي الذي يعد أساساً لوجود الشركة، وعدم الاعتداد بشخصية الشريك في بعضها الآخر والتركيز على قدرة الشريك في مد الشركة برأس المال اللازم للنهوض بنشاطها وعدم التركيز على شخصية الشريك أبداً.

وبينا من خلال هذا البحث أن مصير الشركة يختلف بحسب إذا ما كنا أمام شركة أشخاص أو شركة أموال.

إشكالية البحث:

الشركة بمجرد نشوئها تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء فيها، لذلك تتمحور إشكالية البحث في السؤال التالي:
هل تعتبر شخصية الشركة مستقلة عن شخصية الشركاء فيها بحيث لا تتأثر بأي عارض خاص بالشريك، أم أن طبيعة الشكل القانوني الذي تتخذه الشركة يلعب دور في ذلك.

أهميته البحث:

تكمن أهمية دراسة أثر وفاة الشريك على مصير الشركة على اعتبار أن أي موضوع يتعلق بالشركات لا بد أن يكون محل عناية واهتمام وخاصةً ما يمكن أن يؤدي إلى زوال الشركة من الوجود القانوني.

أهداف البحث وأسئلته:

يهدف هذا البحث في التعرف على مدى تأثر الشركة بوفاة أحد شركائها من خلال الإجابة على الاسئلة التالية:

1. هل تستمر الشركة بعد وفاة الشريك وكأن شيئاً لم يكن.
2. هل تنقضي الشركة بعد وفاة الشريك.
3. هل يختلف الأمر إذا كنا أمام شركة أشخاص أو شركة أموال.
4. هل تستمر الشركة بين الشركاء الأحياء فقط ويتم إخراج حصة الشريك المتوفى.
5. هل يمكن لورثة الشريك المتوفى أن يحلوا محل مورثهم في الشركة.
6. هل يمكن أن تتحول الشركة بسبب وفاة الشريك إلى شكل قانوني آخر غير الشكل الذي كانت عليه قبل الوفاة.

منهج البحث

أثرت في اتباع المنهج الوصفي، مع الاعتماد على المنهج التحليلي، من خلال عرض النصوص القانونية الخاصة بوفاة الشريك وتحليلها ووصفها وصفاً دقيقاً موضحاً الجوانب الإيجابية والسلبية فيها بالإضافة إلى تحليل الآراء المتعلقة بموضوع البحث.

خطة البحث:

المطلب الأول: تأثير شركة الأشخاص بوفاة أحد شركائها

الفرع الأول: وفاة الشريك في شركة التضامن

الفرع الثاني: وفاة الشريك في شركة التوصية

المطلب الثاني: عدم تأثير شركة الأموال بوفاة أحد شركائها

الفرع الأول: وفاة الشريك في الشركة المحدودة المسؤولية

الفرع الثاني: وفاة الشريك في المساهمة المغفلة

المطلب الأول: تأثير شركة الأشخاص بوفاة أحد شركائها

يغلب على شركات الأشخاص الطابع التعاقدي القائم على الاعتبار الشخصي والذي يضمن لها استمراريتها ويحفظ سيرها بشكل دائم إذ أنه يعد حجر الزاوية في إنشاء هذه الشركات وديمومتها وانقضائها. وهذا المبدأ الذي يقوم بين الشركاء لدى تكوين شركات الأشخاص، يحتم استمرار أثره فيما بينهم طيلة حياة الشركة، وبالتالي قد يؤثر وفاة أحد الشركاء على مصير الشركة وذلك لمساس هذا العارض بالاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه الشركة.

الفرع الأول: وفاة الشريك في شركة التضامن

تنص المادة ٤٠ من قانون الشركات السوري على أنه:

1. " إذا لم يرد في عقد الشركة نص مخالف فإن شركة التضامن في حال وفاة أحد الشركاء تستمر بين باقي الشركاء الأحياء.
2. تؤول حقوق الشريك المتوفى إلى ورثته وتستمر هذه الشركة مع هؤلاء الورثة وينضم إلى الشركة بصفة شريك متضامن كل من يرغب من ورثة الشريك المتوفى بنسبة ما آل إليه من حصة مورثه إذا كان ممن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في الشريك المتضامن وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي وبموافقة باقي الشركاء أما الورث الذي لا يرغب بالدخول بالشركة كشريك متضامن والورث القاصر أو الفاقد للأهلية فينضمون إلى الشركة بصفة شركاء موصين وتتحول الشركة عندئذ إلى شركة توصية ما لم يكن في عقد الشركة نص مخالف¹.

¹ موقف المشرع الفرنسي مشابه في المادة ٢١ من قانون الشركات الفرنسي في النص استمرار الشركة بين الشركاء ومع الورثة أيضاً، بالإضافة إلى إمكانية تحولها إلى شركة توصية في حال وجود ورثة قصر وذلك خلال سنة من تاريخ الوفاة، أما المشرع المصري في المادة ٥٢٨ من القانون المدني المصري فأتى بحكم مشابه للقواعد العامة الواردة في القانون المدني السوري المادة ٤٩٦، وفي الفقه الإسلامي فقد اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على القول بانقضاء الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء، وقد عللوا ذلك بأن الشركة على الملك وأهلية التصرف وقد زالت بموت الشريك، ولأن عقد الشركة عقد جائز وليس لازماً فيبطل بموت أحد العاقدين، وكذلك الشركة لأن مبنائها على الوكالة، أي أن كل من الشريكين وكيل للآخر، والوكالة تنفسخ بالموت، فكذاك الشركة. للمزيد انظر حسن بن غازي

3. تكون تركة الشريك المتوفى مسؤولة عن الديون والالتزامات التي ترتبت على الشركة حتى تاريخ شهر تحويل صفة ورثته في الشركة إلى شركاء موصون". وبناءً على النص السابق يكون هناك ثلاث فرضيات لمآل شركة التضامن في حال وفاة الشريك المتضامن:

الفرضية الأولى: انقضاء الشركة

من الطبيعي أن تتقضي الشركة من حيث المبدأ لتصدع أحد العناصر اللازمة لبقائها¹، فالشركة تنحل لأن بقاءها بعد حدوث هذا العارض يكون مخالفا لإرادة الشركاء التي يقوم عليها العقد².

لكن ليس من المعقول جعل مستقبل الشركة معلقاً على حكم القدر أو متوقفاً على حادثة لا يعرف تاريخ وقوعها وإذا حدثت وترتب عليها انقضاء الشركة فإن هذا سوف يضر بالشركة منذ إنشائها ويمس الشركاء الأحياء بالضرر³.

كما أن تطبيق هذه القاعدة بصورة مطلقة واعتبار كل شركة تقوم على الثقة الشخصية منحلة بسبب وفاة أحد الشركاء، قد يؤدي إلى نتائج غير مستحبة، إذ قد تكون الشركة في حالة ازدهار أو هي قادمة على جني أرباح طالما سعت من أجل الحصول عليها، فتمنعها الوفاة من تحقيق مبتغاها، أو تكون في حالة تأخر مالي مؤقت فيؤدي انحلالها، بسبب الوفاة، إلى إلحاق خسائر جسيمة بالشركاء الباقين على قيد الحياة، من اليسير اجتنابها فيما لو بقيت الشركة قائمة⁴.

بن ناجم الرحيلي، زوال الاعتبار الشخصي للشريك المتضامن وأثره على الشركة (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، دون رقم مجلد، عدد 186، 2008، ص 577 وما بعد.

¹ محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص 88.

² أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 230.

³ حسن حنتوش ورشيد الحساوي وعباس مرزوك فليح العبيدي، آثار وفاة الشريك في الشركة وفقاً للتشريع العراقي،

مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الأول، انساني، 2008، ص 258.

⁴ محمد أيوب استانبولي، الشركات التجارية، شركات الأشخاص (تضامن، توصية، محاصة، محدودة مسؤولية ذات رأس المال القابل للتغيير تعاون، الفكر القضائي للمعلوماتية، الطبعة الأولى، 1998، ص 453.

فكان لا بد من السماح باستمرار الشركة بعد حصول الوفاة، وفي القول بأنها سبب مطلق من أسباب الانقضاء إبقاء الشركة في حالة من القلق الضار بائتمانها لاسيما إذا تألفت للقيام بأعمال طويلة الأجل أو كانت في خير حالات الازدهار والرواج¹.

ولذلك المشرع أخذ بعين الاعتبار المبررات سالفة الذكر لم ينص على انقضاء شركة التضامن بوفاة الشريك إلا إذا كان هنالك اتفاق بين الشركاء وفي عقد الشركة على انقضائها بوفاة الشريك، ويشترط أن يكون الاتفاق على انقضاء الشركة الوارد في عقد الشركة قد تم قبل حدوث الوفاة، سواء ورد في العقد التأسيسي أو في تعديل لاحق لعقد الشركة قبل حدوث الوفاة.

وعلى النقيض من ذلك فالأمر مختلف تماماً في الشركات المدنية فالأصل أنها تنقضي في حال وفاة أحد الشركاء ما لم يتفق على الاستمرار مع الورثة أو بدونهم²، فاتفق الشركاء لازم لاستمرار الشركات المدنية على عكس الشركات التجارية التي تستمر دون حاجة لاتفاق على استمرارها والاتفاق لازم لانقضائها.

الفرضية الثانية: استمرار الشركة

يتحقق استمرار شركة التضامن بعد وفاة الشريك حكماً عند عدم وجود بند في عقد الشركة ينص على انقضائها وبقاء توافر الشروط القانونية للشركة وخاصة الحد الأدنى لعدد الشركاء.

واستمرار الشركة إما أن يكون بين باقي الشركاء أو بين باقي الشركاء وورثة الشريك المتوفى على حسب ما سيتم ذكره.

1 محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص ٨٩.

2 تنص المادة ٤٩٦ من القانون المدني السوري على أنه: "١- تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفساره أو إفلاسه ٢- ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصر ٣- ويجوز أيضاً الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقاً لأحكام المادة التالية، تستمر الشركة فيما بين الباقيين من الشركاء، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه من أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقداً، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث.

أولاً: استمرار الشركة بين باقي الشركاء

يكون ذلك في عدة حالات:

1. وجود بند في عقد الشركة يقضي باستمرار الشركة بعد وفاة أحد الشركاء مع الشركاء الباقين دون وريثة الشريك المتوفى.
2. عدم موافقة الشركاء على انضمام أي وريث.
3. عدم توافر الشروط القانونية في الورثة.
4. عدم رغبة الورثة في الدخول بالشركة مطلقاً، أو عدم رغبة الورثة في الدخول بالشركة بصفة شركاء متضامنين.

لم يثر موضوع استمرار الشركة بين باقي الشركاء في التطبيق أي جدل حول مشروعيتها، ولعل الصعوبة الوحيدة التي يلاقيها تتعلق أما بكيفية تقدير حصة الشريك المتوفى من النقد دون اللجوء إلى تصفية موجودات الشركة، أو بكيفية فرز هذه الحصة من رأس المال دون أن يؤدي ذلك إلى وضع الشركة في ضائقة مالية.

ويتلافى عقد الشركة، على الغالب هاتين الصعوبتين، بأن ينص على أن حصة المتوفى في المال المشترك، تقدر بحسب آخر جرد جرى في الشركة أو تقدر بصورة مقطوعة، بواسطة خبير تعينه المحكمة، وأن تدفع هذه الحصة للورثة، بحسب حصصهم الإرثية على أقساط سنوية¹، أو بحسب ما يتم الاتفاق عليه.

ويكون في هذه الحالة لورثة الشريك المتوفى أن يأخذوا نصيب مورثهم من الشركة نقداً، وليس لهم سوى نصيبه من الشركة وحقوقه الحاصلة قبل الوفاة، دون ما ينتج من حقوق وأرباح بعد وفاته، إلا إذا كانت هذه الحقوق ناتجة عن أعمال حصلت قبل وفاة الشريك.

وبذلك يتم إخراج حصة الشريك بقيمتها يوم وفاته وليس يوم تأسيس الشركة ويأتي هذا الحكم انطلاقاً من اختلاف قيمة الحصة في الحالتين وبالأخص عندما تكون الشركة مستقرة وأوضاعها الاقتصادية جيدة وموجوداتها كبيرة نتيجة تحقيق

1 محمد أديب استانبولي، مرجع سابق، ص ٤٥٤.

الأرباح، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على تقدير قيمة الحصة، وبالتالي يعود بالنفع على وريثة الشريك المتوفى¹.

كما أن ما يدخل في تركة الشريك المتوفى هو، ليس الموجودات التي تقابل حصته في الشركة، وخاصةً إذا كانت عينية، وإنما قيمة هذه الحصة، كما كانت عليه يوم وفاة المورث².

ويشترط شهر هذا التعديل ليكون نافذاً بمواجهة الغير على اعتبار استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة، وإن كان البعض قد اعتبر أن استمرار الشركة بين باقي الشركاء لمباشرة ذات النشاط إنما يعتبر بمثابة اتفاق جديد وليس امتداد لذات الشخصية المعنوية المنقضية³.

إلا أن القضاء السوري اعترف بمبدأ استمرارية الشركة وهذا مانؤيده، وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما فحواه: حيث أن انحلال الشركة بوفاة أحد الشركاء لا يعني أنها لم تعد موجودة فعلاً، بل تعتبر موجودة إذا ما تبين أنها لم تنزل مستمرة في أعمالها السابقة واستثمار الأموال المشتركة بموافقة خلف الشريك المتوفى أو من يقوم مقامه كما يقضي بذلك العرف التجاري⁴.

ثانياً: استمرار الشركة مع الورثة

ابتداءً ليس من العدل إلزام الشركاء بمشاركة ورثة الشريك المتوفى، الأمر الذي قد لا يرغبون فيه⁵.

إلا أن المشرع ومراعاة لمصلحة ورثة الشريك المتوفى في الاستفادة من نشاط مورثهم فسمح باستمرار الشركة معهم.

1 حسن حنتوش ورشيد الحسناوي وعباس مرزوك فليح العبيدي، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

2 عبد القادر برغل، قانون الشركات، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، 2020، ص ٢٥١.

3 سمحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٢٣.

4 قرار بتاريخ 23 تشرين الثاني سنة 1949، مذكور لدى محمد أديب استانبولي، مرجع سابق، ص ٤٥٥.

5 حسن بن غازي بن ناظم الرحيلي، مرجع سابق، ص ٥٧٧.

وبلاحظ وجود شرط استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى أكثر من غيره في عقود شركات الأشخاص¹، واشترط المشرع ليكون هذا الشرط نافذاً وممكن التطبيق عدة شروط وهي:

1. ألا يكون هناك بند في عقد الشركة يقضي بانقضاء الشركة في حال وفاة أحد الشركاء، أو وجود بند في عقد الشركة يجيز استمرار الشركة بمعزل عن الورثة وتصفية حصة الشريك المتوفى وتسليمها لورثته كل بحسب نصيبه.

2. توافر الشروط القانونية اللازمة لاكتساب صفة الشريك المتضامن وأهمها تمام الأهلية.

3. موافقة الشركاء الأحياء على دخول الورثة في الشركة، فالشركة تستمر دون حاجة لاتفاق الشركاء على ذلك، فكان لابد من موافقة الشركاء على استمرار الشركة مع الورثة وبشكل صريح طبعاً.

ويرى البعض أنه يمكن أن يكون الاتفاق ضمناً، كما لو اتفق الشركاء في عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حصته في الشركة لأجنبي، وإحلال المتنازل له محله في الشركة فيفهم من ذلك أنه لا يوجد مانع من أن يحل محل الشريك غيره، وإذا جاز للأجنبي أن يحل محل الشريك فمن باب أولى أن يحل محله الورثة²، أو عندما تكون طبيعة عمل الشركة والغرض من إنشائها يتحتم معه استمرارها حتى ينتهي العمل الذي أسست من أجله الشركة³.

كما أن الاجتهاد القضائي في سوريا في ظل قانون التجارة القديم مستقر على أنه لا يصح القول باستمرار الشركاء بعد وفاة أحد الشركاء إلا باتفاق صريح أو

1 محمد أديب استانبولي، مرجع سابق، ص ٤٥٦.

2 محمود زكي شمس، شرح القانون الخاص بالشركات الصادر بالقانون رقم ٣ لعام ٢٠٠٨، مطبعة الوادي، دمشق، الطبعة الأولى، دون ذكر عام نشر، ص ٦٩.

3 فئات فوزي، أحكام التنازل عن الحصص وانتقالها في شركة التضامن في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد ٤٥، عدد ١، جامعة الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٤٦.

كانت طبيعة عمل الشركة والغرض من إنشائها يتحتم معه استمرارها رغم موت أحد الشركاء وحتى يتم العمل الذي أنشئت من أجله¹.

نعتقد أنه إذا كان هناك بند في عقد الشركة يجيز استمرارها مع الورثة فإننا نفترض حصول الموافقة سابقاً.

وفي حال عدم وجود اتفاق واستمرارها بموجب نص المادة ٤٠، فالمشرع السوري لم يشترط شكلاً معيناً للموافقة فيمكن أن تكون صريحة أو ضمنية.

4. موافقة الورثة على الانضمام للشركة فلا يمكن إجبارهم على ذلك.

لكن المشرع لم يعلق الأمر على إرادتهم في الدخول في الشركة إلا إذا كان هنالك بند في عقد الشركة على ضرورة موافقتهم في الدخول بالشركة، واقتصر في حديثه على إرادتهم في اختيار صفتهم في الشركة سواء كانوا متضامنين أم موصين. كما أن الاجتهاد القضائي اعتبر هذا النص في عقود شركات الأشخاص، صحيحاً ونافاً بحق الورثة ومنع عليهم طلب فسخ الشركة وتصفيته².

نعتقد أن للورثة حق إجازة تصرف مورثهم والدخول في الشركة أو عدم إجازة التصرف والمطالبة بحصتهم من الشركة، فهم لا يلتزمون بالاتفاق الحاصل بين الشركاء ومورثهم وتستمر الشركة مع الورثة الموافقين على الانضمام أو بين باقي الشركاء فقط في حال عدم موافقة أحد الشركاء على الدخول بالشركة.

وقد يتضمن عقد الشركة استمرار الشركة مع الموصى له أو مع أي شخص محدد بالاسم في عقد الشركة، كما يمكن أن يتضمن العقد حق الشركاء الباقين على قيد الحياة في قبول أو رفض أي من الورثة أو الموصى لهم إذا كان غير مرغوب فيه³.

وإذا كانت حصة الشريك المتضامن عملاً فالوفاة تؤدي بلا شك إلى عدم استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى بشكل مطلق لأن التزام الشريك المتوفى بالتزام مستمر مبني على أساس شخصي يتوجب تدخل الشريك بنفسه والاستمرار في

1 محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص ٦٩.

2 محمد أديب استانبولي، مرجع سابق، ص ٤٥٥.

3 سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

تقديم الحصة ولا يحل محله ورثته في تلك الحصة¹، فحصته التي دخل بها الشركة تتكون من عمله فقط، ومن ثم إذا توفي هذا الشريك أثناء حياة الشركة كان وفاؤه بحصته غير تام، ويترتب على ذلك أن لا يكون الورثة سوى حصة مورثهم من الارباح التي تكون قد تحققت من العمل المقدم

فالشريك بحصة عمل لا يحصل على حصص في مقابل عمله، ولا يحق له كذلك أن يتقاسم مع الشركاء الآخرين الذين ساهموا في المقدمات نقدية أو عينية في استرداد رأس المال عند تصفية الشركة، ذلك لأنه ليس شريكاً في رأس المال، وإنما تقتصر حقوقه والتزاماته المالية على قبض الارباح وتحمل الخسائر بحسب ما هو متفق عليه².

فيشترط أن يستمر الشريك بتقديم عمله خلال مدة الشركة أو خلال المدة المتفق عليها، فإذا توفي، ففي هذه الحالة تبطل مساهمته في الشركة، ويفقد بالتالي صفة الشريك.

لكن واستناداً للمادة ٤٠ من قانون الشركات السوري الخاصة بانتقال الحصة للورثة والتي لم تفرق بين الشريك بحصة نقدية أو عينية أو عمل وبالتالي لا يمكن حرمان ورثة الشريك المتوفى بحصة عمل من الدخول بالشركة محل مورثهم. بل يجوز أن تستمر معهم إذا كانت لهم رغبة في ذلك شريطة أن يقدموا عملاً يتدخل كل منهم بموجبه بعمله تدخلاً إيجابياً في ادائه، وبالتالي يشترط أن تتوافر فيهم الصفات التي كانت موجودة عند مورثهم من خبرة وكفاءة في أداء العمل وإلا يكون للشركاء الآخرين الحق في أن يرفضوا دخولهم في الشركة. وإذا كان عدد الورثة كبيراً بحيث يتعارض مع اقتسامهم التزام مورثهم بتقديم العمل مع حسن أدائه، ففي هذه الحالة لا يكون أمام الشركاء إلا أن يوافقوا على دخول أحدهم أو بعضهم وفقاً لمقتضيات ظروف العمل³.

1 حسن حنتوش ورشيد الحسناوي وعباس مرزوك فليح العبيدي، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

2 عبد القادر برغل، مرجع سابق، ص 61.

3 فتات فوزي، مرجع سابق، ص ١٤٨.

غير أنه لا بد من التأكيد على أن المساهمة في العمل هي أمر نادر الحصول في الواقع العملي، لأنه، وفي معظم الاحيان، عندما يقوم شخص بتقديم عمله كمساهمة في مشروع مشترك، فإن الذي يحكم العلاقة هو عقد العمل أو عقد تقديم خدمات وليس عقد الشركة، طالما أن هذا الشخص يتلقى عادةً أجراً مقطوعاً أو نسبة معينة من الأرباح أو الاثنيين معاً¹.

ويجب حذف اسم الشريك المتوفى من عنوان الشركة أو إضافة عبارة ورثته قبل اسمه للدلالة على وفاته متى انضموا إلى الشركة بصفة شركاء متضامين².

الفرضية الثالثة: تحول الشركة

تثور الصعوبة في حالة وفاة الشريك إذا كان ورثة الشريك المتوفى أو بعضهم قصر، حيث يقضي استمرار الشركة أن يكون الورثة متضامين ومسؤولين في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة ويكتسبون صفة التاجر، وبالتالي يمكن شهر افلاسهم.

ويترتب على ذلك تعرضهم لمخاطر جسيمة قد تتعدى ما ورثوه من هذه الشركة من أموال خارج نطاقها، وهذا الأمر بكل تأكيد لا يتفق مع وضع القاصر الذي أراد المشرع حمايته وصيانة أمواله.

فالخصوصية التي يتمتع بها الشريك في شركة التضامن تقتضي اقرار تدابير حماية للقاصر، سواء تم انضمامه ابتداءً وبشكل إرادي أو تم أثناء سير الشركة وبشكل غير ارادي³.

1 عبد القادر برغل، مرجع سابق، ص ٦١.

² تنص المادة ٢/٣٠ من قانون الشركات السوري على أنه: "يجب أن يتوافق عنوان الشركة مع أسماء الشركاء الحاليين فيها إلا أنه يحق للشركاء أو لورثتهم في حال وفاة جميع الشركاء أو بعضهم الطلب من أمين سجل الشركات الإبقاء على اسم الشركاء المتوفين في عنوان الشركة إذا كان هذا الاسم قد اكتسب شهرة تجارية شرط أن تتم الإشارة إلى ما يفيد استخلاف اسم هذه الشركة".

3 عبد الحق قريمس، شريك قاصر في شركة تضامن، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق يحيى جيجل، دون ذكر رقم مجلد، العدد الخامس، ٢٠١٧، ص ١٢.

فلا يمكن للولي أو الوصي أن يبرم عقد شركة أشخاص لمصلحة القاصر يكون فيها القاصر شريكا متضامنا، ولا أن يباشر هذا النشاط باسم القاصر ولحسابه¹.

بالإضافة لذلك قد لا يرغب جميع الورثة أو بعضهم إذا كانوا كاملي الأهلية بالدخول بالشركة بصفة شريك متضامن وتحمل المسؤولية الشخصية والغير محدودة والتضامنية بكامل أموالهم عن ديون الشركة.

وفي هذا الإطار عمد المشرع السوري إلى ضبط هذه الفكرة وذلك بإمكانية دخول الورثة القصر إلى الشركة بصفة شركاء موصين وتحولها لشركة توصية يكون فيها الورثة القصر مسؤولين مسؤولية محدودة بقدر حصة مورثهم طبقاً للقاعدة العامة في شركة التوصية والتي تقضي بالمسؤولية المحدودة للشريك الموصي في حدود حصته ولا تمتد إلى أموالهم الخاصة.

وبذلك لا يتطلب من الورثة القصر التي تستمر معهم الشركة أن يتحملوا ما يجاوز إمكانياتهم وأهليتهم بل وأكد أيضاً على رغبة الوريث الكامل الأهلية في الدخول بالشركة بصفة شريك متضامن.

يعتبر موقف المشرع السوري أقرب إلى المنطق القانوني وإن كانت إرادة المتعاقدين عند العقد تبتعد كل البعد عنه.

فالمشرع لا يمكن أن تتصرف نيته إلى تعريض القاصر لمخاطر أكثر جسامة من تلك التي تكون عند مباشرته للتجارة مع غيره في إطار شركة التضامن، ويتحمل المسؤولية التضامنية والمطلقة عن ديون الشركة، مراعاة منه لاعتبار حماية أموال القاصر، كما أنه أعطى للورثة الحق في اختيار الصفة التي يرغبون الدخول بها في الشركة.

1 كان المشرع الفرنسي حريصاً في حماية أموال القاصر، عندما صرح بشكل عام بعدم إمكانية اكتسابه صفة التاجر المادة ٢/١٢١ من القانون التجاري الفرنسي ومن ذلك أيضاً اشتراكه في شركة التضامن قبل أن يتراجع عن هذا الموقف بموجب تعديل القانون التجاري لسنة ٢٠١٠ المادة ٢/١٢١ واكتفائه باستيفاء الاذن القضائي المطلوب منه المادة ٨/٣١٤ من القانون المدني الفرنسي.

فوضع القاصر كشريك في شركة التضامن لا يتلاءم مع أحكام شركة التضامن، وأنه يقوم على خلاف الخصائص المميزة لهذا النوع من شركات الأشخاص¹.

ويمكن القول أن هؤلاء الشركاء لو خيروا عند العقد بين حل الشركة عند وفاة أحدهم وبين تحويلها إلى شركة توصية، حتى لا يحرم ورثة الشريك المتوفى القصر من دخول الشركة، لاختاروا الحل المتمثل في تحويل الشركة وذلك حماية لمشروع ناجح من الانهيار، ووقاية لورثتهم من الحرمان من أرباح هذا المشروع². والملفت أن المشرع لم ينص على إمكانية تحول الشركة مرة أخرى لشركة تضامن بعد بلوغ القاصر سن الرشد وإن كان هذا الأمر ممكناً باتفاق بين الشركاء والورثة المنضمين.

فلا مانع من النص على أن الشركة تعود إلى شكلها الأول أي إلى شركة تضامن متى اكتملت أهلية القاصر، مع استيفاء الإجراءات المطلوبة قانوناً³. فمنهج المشرع في الحماية الواجبة للقاصر، الذي تفرضه القواعد العامة والقواعد المنظمة لشركة التضامن تستدعي تسوية مركز القانوني الناشئ عن اشتراكه فيها من جهة حقوقه المالية، ومن جهة ثانية مصلحة الشركاء المتضامنين، وهذا ما يمكن أن يتحقق بالاحتفاظ بالشركة مع تحويلها إلى شركة توصية يمثل فيها القاصر مركز الشريك الموصي⁴.

الفرع الثاني: وفاة الشريك في شركة التوصية

تنص المادة ٥٠ من قانون الشركات على أنه:

1. "تسري على الشركاء المتضامنين في شركة التوصية الأحكام المطبقة على الشركاء المتضامنين في شركة التضامن.

1 عبد الحق قريمس، مرجع سابق، ص ١٥.

2 فتات فوزي، مرجع سابق، ص ١٤٧.

3 مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٢٤.

4 عبد الحق قريمس، مرجع سابق، ص ١٠.

2. تسري على شركة التوصية الأحكام الخاصة بشركة التضامن المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي وذلك في الحالات والأمور التي لم يرد عليها نص في هذا الباب وبما لا يتعارض مع أحكامه.

3. لا يؤدي إفلاس الشريك الموصي أو إعساره أو وفاته أو فقده للأهلية أو إصابته بعجز دائم إلى حل الشركة ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك".

تضم شركة التوصية نوعين من الشركاء شركاء متضامنين وشركاء موصيين، تطبق بخصوص الشركاء المتضامنين الأحكام السابق ذكرها بخصوص شركة التضامن بدلالة الفقرة الأولى، فتستمر شركة التوصية بعد وفاة الشريك المتضامن ولا تنتفي إلا إذا كان هناك اتفاق بين الشركاء وفي عقد الشركة على انقضاءها بوفاة الشريك المتضامن.

وتستمر بين الشركاء أو بين الشركاء والورثة على حسب ما هو مبين في أحكام شركة التضامن.

وفي حال لم يبق في الشركة شريك متضامن فلا يمنع من أن يتفق الشركاء في عقد شركة التوصية في حال وفاة الشريك المتضامن الوحيد على تحول صفة أحد الشركاء الموصيين إلى صفة شريك متضامن أو بإدخال شريك متضامن جديد خلال فترة معينة¹.

كما أنها تستمر مع الورثة متى تحققت الشروط اللازمة لذلك، كما أنه يمكن للورثة الانضمام بأي صفة كانت سواء كشريك متضامن أو موصي دون أن يترتب على ذلك تحول الشركة طالما لم يكن الشريك المتوفى هو الشريك المتضامن الوحيد. وفي حال تحقق ذلك يشترط انضمام أحد الورثة الكامل الأهلية إلى الشركة بصفة شريك متضامن أو تحول صفة أحد الشركاء الموصيين إلى صفة شريك متضامن أو بإدخال شريك متضامن جديد، كما أنه في حال وفاة الشريك المتضامن الوحيد فيمكن أن تتحول الشركة إلى شركة محدودة مسؤولية ذات شخص واحد أو شركة محدودة مسؤولية متعددة الشركاء.

1 سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٧١.

وبخصوص الشريك الموصي وعلى الرغم من أن الشريك الموصي لا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود حصته، فإن ذلك لا يغير من قيام الاعتبار الشخصي في شركات التوصية.

لكن المشرع نص على استمرار شركة التوصية بعد وفاة الشريك الموصي إلا أنه لم يحدد الأثر المترتب على مصير ورثته بعد وفاته، ولم ينص على إمكانية استمرار الشركة معهم أو بدونهم، ولم يحدد صفة كل منهم في حال استمرارها معهم، فكان حرياً بالمشرع أن يتطرق لآلية استمرار الشركة كما فعل بخصوص شركة التضامن¹.

ونعتقد أن هذا الأمر لا يثير أية إشكالية في حال وجود اتفاق في عقد الشركة على إمكانية الاستمرار مع الورثة.

وخاصةً إن إمكانية استمرار الورثة مكان مورثهم هو أمر وارد ولو كانوا قسراً أو ممنوعين من التجارة انطلاقاً من المسؤولية المحدودة وعدم اكتسابهم صفة التاجر وعدم اشتراط المشرع تمام الأهلية.

ويمكن أن ينص عقد الشركة على أن يكون للورثة البقاء في الشركة محل مورثهم أو الانسحاب من الشركة بعد استيفاء نصيب مورثهم من أموالها².

والإشكال يثور في حال عدم وجود اتفاق يحدد آلية الاستمرار مع الورثة، فهل ينضمون للشركة أم يتم إخراجهم تبعاً للوفاة فكان من الأفضل وجود نص ينظم هذه المسألة بالتفصيل.

يبدو أن هذا الإشكال يتلاشى إذا تم اللجوء إلى الأحكام الخاصة بشركة التضامن بتطبيق الفقرة الثانية من المادة ٤٠ منه بدلالة الفقرة الثانية من المادة ٥٠ والتي تنص على أنه: "تسري على شركة التوصية الأحكام الخاصة بشركة التضامن المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي وذلك في الحالات والأمور التي لم يرد عليها نص في هذا الباب وبما لا يتعارض مع أحكامها"

1 ولا يترتب على وفاة الشريك الموصي انقضاء الشركة في القانون الفرنسي وإنما تستمر سواء أكانت شركة تجارية م/٣٢ من قانون ١٩٦٦ أو كانت شركة مدنية م ١/١٨٧٠ من القانون المدني المعدل بقانون ٤ يناير ١٩٧٨.

2 مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ١٢٤.

إلا أنه لا يمكن تطبيق هذه الفقرة استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة 50 والتي تنص على أنه: "تسري على الشركاء المتضامنين في شركة التوصية الأحكام المطبقة على الشركاء المتضامنين في شركة التضامن".
والمفهوم المخالفة لهذه المادة يكون الشركاء الموصين غير خاضعين للأحكام المطبقة على الشركاء المتضامنين في شركة التضامن.
وبالتالي في حالة وفاة الشريك المتضامن في شركة التوصية يمكن تطبيق المادة ٤٠، أما في حال وفاة الشريك الموصي لا يمكن تطبيق نص المادة ٤٠، فلا يمكن إعمال الفقرة الثانية لأن الفقرة الأولى واجبة التطبيق¹.
ونعتقد أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب، إلا أنه غير عملي فالرأي الأول يتماشى مع النص الصريح للفقرة الثالثة من المادة ٥٠ والتي تقضي باستمرار شركة التوصية مطلقاً فيجوز أن تستمر مع الورثة أو بدونهم.
كما أنها لا تستمر مع الورثة في معرض تطبيق المادة ٤٠ إلا بموافقة الشركاء وبإظهار الرغبة من قبل الورثة فلا يفترض الدخول الإجمالي للورثة خارجاً عن إرادتهم ولا يجبر الشركاء على قبولهم وذلك من أجل عدم حرمان الورثة من الانضمام للشركة.
ونعتقد أنه يمكن لورثة الشريك الموصي الانضمام للشركة بصفة شركاء متضامنين متى حصل بالاتفاق مع بقية الشركاء.
وفي حال كان المتوفى هو الشريك الموصي الوحيد فلا مشكلة في ذلك طالما ثمة ورثة أحدهم ينضم بصفة شريك موصي، وإذا لم يرغب ورثته الدخول بالشركة إلا بصفة شريك متضامن فإنها يمكن أن تتحول لشركة تضامن على حسب اعتقادنا ولا تنحل متى توافرت الشروط القانونية بالورثة وعدم وجود اتفاق يقضي بانقضائها بالوفاة أو عدم جواز تحولها لشكل آخر.

1 حمد بن ناصر التركي، أحكام تركة الشريك في نظام الشركات السعودي، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية العلمية القضائية السعودية، دون ذكر رقم مجلد، عدد ١٢، ٢٠١٨، ص ٩٦.

أما إذا لم يترك الشريك المتوفى ورثة فنتحل الشركة حكماً بسبب فقدان إحدى فئتي الشركاء، ما لم يتم إدخال شريك موصي جديد.

وعلى اعتبار أن شركة المحاصة ذات طبيعة عقدية بحتة بدلالة المادة ٥٢، فالعقد يلعب دوراً هاماً وأساسياً في تنظيم أحكام هذه الشركة، فيجوز النص في عقد الشركة أو في اتفاق لاحق بين الشركاء والورثة الذين يرغبون بالدخول بالشركة على استمرارها معهم استناداً للقواعد العامة المتعلقة بالوفاة الواردة في القانون المدني.

بالنسبة للشريك في شركة المحاصة، فالمبدأ تطبيق الاتفاق الحاصل بين الشركاء، وفي حال عدم الاتفاق فلا تطبق أحكام الشريك في شركتي التضامن والتوصية فهو خاص بهما، ولا يمتد ليشمل شركة المحاصة لغياب النص¹.

ويرى البعض أنها لا تستمر مع الورثة، نظراً إلى طبيعة هذه الشركة المستترة، المبنية على الثقة والتضامن بين الشركاء، فلا يسمح باستمرارها بحلول الورثة مكان مورثهم².

ففي حال وجود اتفاق على استمرارها، فإنه لا مانع من استمرارها بين الشركاء، ومن رغب من الورثة، وإن الاستتار في الشركة استتاراً عن علم الغير بها، والمقصود به هو ستر نظام الشركة، وعدم صدور أي تصرف من شأنه إبراز الشركة كشخص معنوي مستقل عن إرادة الشركاء³.

ومن المناسب دائماً إيراد نص خاص في عقد الشركة في حالة وفاة الشريك في شركة المحاصة، بإيضاح إمكانية استمرارها مع ورثة الشريك المتوفى.

1 عبد القادر برغل، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

2 حمد بن ناصر التريكي، مرجع سابق، ص ٩٨.

3 حمد بن ناصر التريكي، مرجع سابق، ص ٩٩.

المطلب الثاني: عدم تأثر شركة الأموال بوفاة أحد شركائها

تتميز شركات الأموال بقيامها على الاعتبار المالي ولا يعتد فيها بشخصية الشريك بل العبرة فيها بما يقدمه من حصة مالية، فهي الشركات التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي بل على الاعتبار المالي بحيث يُنظر بدرجة أولى إلى الاعتبارات المادية التي لا ترتبط بشخصية الشركاء.

وبالتالي فإن الشركة لا تتأثر بوفاة الشريك فيها وذلك بسبب سيطرة مبدأ الاعتبار المالي وليس الشخصي.

الفرع الأول: وفاة الشريك في الشركة المحدودة المسؤولية

تعد الشركة المحدودة المسؤولية في مرتبة وسطى بين شركات الأموال وشركات الأشخاص، وتمتاز هذه الشركة بأنها تجمع بين خصائص شركات الأموال وشركات الأشخاص في آن واحد، ويثبت لها بناء على ذلك طبيعة خاصة مختلطة¹. وإن كان الاعتبار الشخصي في الشركة المحدودة المسؤولية له وجود في عدة نقاط في تطبيق أحكام الشركة المحدودة المسؤولية، إلا أن الشركة المحدودة المسؤولية تعد من شركات الأموال وتتأثر بهذه الطبيعة بشكل كبير في تنظيم معظم أحكامها ومنها الوفاة.

وباعتبارها من شركات الأموال فيما يخص طرق الانقضاء فهي لا تتأثر ولا تنقضي بطرق الانقضاء الخاصة بشركات الأشخاص المبنية على الاعتبار الشخصي، إلا أنه وبفس الوقت تتأثر وتنقضي بطرق الانقضاء الخاصة المبنية على الاعتبار المالي².

¹ عبد القادر برغل، مرجع سابق، ص 287.

² تنص المادة 1/78 من قانون الشركات السوري على أنه: " إذا زادت خسائر الشركة على نصف رأسمالها وجب على المديرين دعوة الهيئة العامة للشركة للاجتماع لتقرر إما تغطية الخسائر أو تخفيض رأسمال الشركة بما لا يقل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً أو حل الشركة وتصفيتها وإذا لم يتخذ أي من الإجراءات المذكورة جاز لكل شريك أو الوزارة تقديم طلب إلى القضاء لإقرار حل وتصفية الشركة".

فوفاة الشريك في الشركة المحدودة المسؤولية لا يؤدي إلى انقضاء الشركة بل تستمر وتنتقل حصة الشريك المتوفى إلى ورثته حسب نصيب كل منهم بقوة القانون متأثرة بذلك بالاعتبار المالي القائمة عليه دون حاجة لموافقة باقي الشركاء.

تنص المادة ٥/٦٦ من قانون الشركات على أنه:

" تنتقل حصة كل شريك إلى ورثته في الشركة التي لا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسة وعشرين بحكم المالك الواحد لحصص مورثهم ما لم يوافق باقي الشركاء على تسجيل حصص المورث باسم كل وريث حسب نصيبه ويحق للورثة طلب تسجيل حصص مورثهم باسم كل منهم عندما يزيد عدد الشركاء في الشركة على خمسة وعشرين ودون حاجة لأي موافقة".

لا تعد وفاة الشريك سببا لانقضاء الشركة كما ذكر، إلا أن للشريك حصة في الشركة ولذلك نص المشرع على آلية انتقال الحصة للورثة مما يفهم معه استمرار الشركة دون أي تأثر على الشركة ولكن بنفس الوقت كان لا بد من تحديد مصير الحصة وإمكانية انتقالها للورثة.

ويعلق موافقة الشركاء على الملكية الجماعية أو الفردية للحصة متى كان عدد الشركاء لا يزيد عن خمسة وعشرين فلا تكون ملكية كل مورث فردية ومستقلة إلا بموافقة الشركاء وإذا لم يوافقوا فتبقى ملكية الحصة شائعة بين الورثة.

لكن إذا زاد عدد الشركاء عن خمسة وعشرين فلم يعلق الأمر على موافقة الشركاء فتنتقل الحصة باسم كل وريث كملكية فردية ومستقلة لكل منهم.

ونعتقد أن المشرع افترض وجود الاعتبار الشخصي في الشركة المحدودة المسؤولية التي لا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسة وعشرين ولم يسمح بأن ينهار هذا الاعتبار بدخول جميع الورثة واعتبارهم شركاء فيها وقد لا تربطهم بباقي الشركاء أي علاقة أو ثقة، أما إذا زاد عدد الشركاء عن خمسة وعشرين فالمشرع افترض انعدام هذا الاعتبار بسبب كثرة عدد الشركاء وسمح بانتقال الحصص للورثة وبملكية فردية ومستقلة لكل منهم بحسب نصيبه من الشركة.

وفي حال كانت الملكية جماعية بين الورثة وعلى اعتبار أن الحصة في الشركة المحدودة المسؤولية غير قابلة للتجزئة فيتم الاتفاق بين الورثة على من يمثلهم تجاه الشركة أو يمثلهم صاحب الجزء الأكبر وفي حال تساوت الحصص يتم تحديد من يمثل الورثة تجاه الشركة من مدير الشركة¹.

وبكل تأكيد لا يصار إلى تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة في القانون المدني على أن التركة ملكية شائعة بين الورثة وذلك لوجود نص خاص في قانون الشركات هو أولى بالتطبيق².

إلا أنه يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة عموماً باستثناء إدارة المال الشائع لوجود نص خاص ومنها إزالة الشيوخ فيحق لكل وريث طلب إزالة شيوخ الحصة وفي أي وقت كان.

ويمكن أن تنقضي الشركة ولا تستمر في حال وجود نص في النظام الأساسي للشركة المحدودة المسؤولية يفيد انقضاءها بوفاة الشريك فهذا جائز وإن كان هذا الفرض مستحيل الوقوع عملياً، كما يمكن أن يوجد اتفاق على استمرارها مع باقي الشركاء وإخراج حصة الشريك المتوفى متى نص على ذلك في النظام الأساسي للشركة³.

وبخصوص الشركة الخارجية باعتبار أنها تأخذ شكل الشركة المحدودة المسؤولية فتطبق ذات الأحكام السابقة على اعتبار عدم احتواء الباب الثامن الخاص بالشركة الخارجية أحكاماً خاصة بوفاة الشريك فيها وباعتبار أن الأحكام الخاصة بالشركة المحدودة المسؤولية أحكاماً عامة بالنسبة للشركة الخارجية⁴.

¹ المادة ٥/٥٦ من قانون الشركات السوري.

² المواد من ٧٨٢ حتى ٧٨٧ من القانون المدني السوري.

³ تنص المادة ٢/٥٧٠ من القانون التجاري الجزائري رقم ٧٥/٥٩ لعام ١٩٧٥ على أنه: "غير أنه يمكن أن يشترط في القانون الأساسي أنه لا يجوز أن يصبح الزوج أو احد الورثة أو الأصل أو الفرع، شريكاً إلا بعد قبوله ضمن الشروط المنصوص عليها...".

⁴ المواد ٢٠٩ و ٢١٠ من قانون الشركات السوري.

وفيما يخص شركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة، فلا تعتبر شكلاً جديداً، فهي تأخذ شكل الشركة المحدودة المسؤولة¹.

وتطبق على شركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة نفس الأحكام المطبقة على شركة المحدودة المسؤولة المتعددة الشركاء.

فلا تؤثر وفاة الشريك على الشركة فيتم تطبيق ذات الأحكام التي تحدثنا عنها في الشركة المحدودة المسؤولة في الانتقال وآلية الانتقال.

ويرى البعض في حال عدم وجود نص قانوني يحكم المسألة يكون الخيار للورثة في الاستمرار مع تعديل وضع الشركة أو انقضاءها².

ولكن بموجب المادة ١٦ من التعليمات التنفيذية الخاصة بشركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة والتي نصت على أنه:

" في حال وفاة مالك رأس المال تؤول ملكية الشركة إلى الورثة ما لم ينص نظامها الأساسي على خلاف ذلك أو يتفق الورثة على استمرارها فيما بينهم كشركة محدودة المسؤولة وتفقد الشركة في هذه الحالة صفة شركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة وعلى أن تتم الإجراءات وفق أحكام قانون الشركات".

كما تنص المادة ١٥ من التعليمات التنفيذية الخاصة بشركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة على أنه:

" يجوز لشركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة أن تعدل شكلها القانوني إلى شركة محدودة المسؤولة مؤلفة من عدة شركاء أو إلى شركة مساهمة مغلقة خاصة أو عامة وفق أحكام قانون الشركات، أو أن تندمج مع أية شركة أخرى مماثلة أو غير مماثلة وفق أحكام القانون".

ففي حال تعدد الورثة وكانوا يرغبون بمتابعة نشاط مورثهم فتتحول الشركة ذات الشخص الواحد المحدودة المسؤولة إلى شركة محدودة المسؤولة جماعية الشركاء وإن كان هذا التحول غير التحول المنصوص عليه في الباب التاسع من

¹ المادة 2/55 من قانون الشركات السوري.

² حمد بن ناصر التريكي، مرجع سابق، ص ١٠٩.

قانون الشركات والذي يتم بين شكلين مختلفين وليس شكلاً واحداً ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك أو يتم ذلك بموافقة جميع الورثة في حال وجود نص في النظام الأساسي على خلاف ذلك أو أن تتحول لشكل آخر من شركات الأموال. ويرى البعض تعليقاً على المادة 16 من التعليمات التنفيذية أنه في حال تعدد الورثة ورغبتهم بالاستمرار بنشاط مورثهم فتتحول بموجبه شركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولة لشركة محدودة مسؤولية متعددة الشركاء، فالمقصود به التقيد بإجراءات تأسيس الشركة المحدودة المسؤولية متعددة الشركاء، على اعتبار أن المشرع السوري لم يعالج إطلاقاً إمكانية تحول شركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولية إلى شركة محدودة المسؤولية متعددة الشركاء¹.

بالمقابل إذا كان هناك وريث وحيد فتبقى شركة ذات الشخص الواحد المحدودة المسؤولية متى كان يرغب في متابعة نشاط مورثه. وفي هذه الحالة يجب تعديل النظام الأساسي للشركة ليتوافق مع الوضع الجديد وعموما الأمر كله يعود بجميع الأحوال لاتفاق الورثة.

ولكن إذا لم يكن للشريك ورثة فنعتقد أن الشركة تتقضي، وفي جميع الأحوال إذا كان هناك ورثة فلهم كامل الحرية في استمرار الشركة وبأي شكل كان أو الاتفاق على انقضائها وحصول كل منهم على حصته في الشركة نقداً بعد تصفية أموالها وبيع موجوداتها².

الفرع الثاني: وفاة الشريك في الشركة المساهمة المغفلة

تعد الشركة المساهمة المغفلة بمنزلة النموذج الأمثل لشركات الأموال، فهي تقوم على الاعتبار المالي وتوليه أهمية كبيرة، فهي لا تقيم وزناً للاعتبار الشخصي لشخصية الشريك بقدر الاعتبار المالي الذي يتمثل بما يقدمه الشريك من أموال تدخل في رأسمالها، وذلك على خلاف ما عليه الحال في شركات الأشخاص.

¹ عبد القادر برغل، مرجع سابق، ص 301.

² تنص المادة ٢٩٥ من قانون الشركات البحريني رقم ٢١ لعام ٢٠٠١ على انه: "تتقضي الشركة بوفاة مالك رأس المال إلا إذا اجتمعت حصص الورثة في شخص واحد، أو اختار الورثة استمرارها بشكل قانوني آخر...".

وبذلك تختلف اختلافاً جذرياً عن شركات الأشخاص، التي تقوم أساساً على اعتبارات شخصية وثقة متبادلة بين الشركاء، من جهة، وفيما بين الشركاء والغير، من جهة ثانية.

أما في الشركة المساهمة المغفلة، فإن شخصية الشريك فيها، ليست محل اعتبار ويتم التركيز على مقدار رأس المال الذي يمكن أن يقدمه للشركة للنهوض بنشاطها التجاري الذي يعتمد على كثافة رأس المال فيها، فالأهمية تتركز على قدرة المساهم المالية على تأدية قيمة أسهمه للشركة، وليس شخصية الشريك¹.

وبناءً عليه فإن الشركة المساهمة المغفلة لا تنقضي بالأسباب الخاصة بانقضاء شركات الأشخاص، المستمدة من الاعتبار الشخصي الموجود فيها، فلا تنقضي بوفاة أحد الشركاء، مع الأخذ بعين الاعتبار أن لها أسباب خاصة بانقضائها مرتكزة على الطابع المالي².

ولكن من الطبيعي أن تؤدي وفاة المساهم متى كان عضواً في مجلس الإدارة إلى سقوط العضوية عنه³.

لا تعد وفاة الشريك سبباً لانقضاء الشركة كما ذكر، إلا أن الشريك يملك أسهماً في الشركة ولذلك نص المشرع على آلية انتقال السهم للورثة مما يفهم معه استمرار الشركة دون أي تأثير على الشركة ولكن بنفس الوقت كان لا بد من تحديد مصير السهم وإمكانية انتقاله للورثة.

تنص المادة ٩٤ من قانون الشركات السوري على أنه:

" يكون السهم في الشركة غير قابل للتجزئة ولكن يجوز للورثة الاشتراك في ملكية السهم الواحد بحكم الخلفية فيه لمورثهم أو في ملكية أكثر من سهم واحد من

¹ حسن حنتوش ورشيد الحسناوي وعباس مرزوك فليح العبيدي، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

² تنص المادة ٢/٩٠ من قانون الشركات السوري على أنه: "إذا نقص رأسمال الشركة أو عدد مساهميها عن الحد الأدنى المقرر قانوناً جاز للوزارة منح الشركة مهلة ستة أشهر لتصحيح أوضاعها أو تحويل شكلها القانوني إلى شركة أخرى وفي حال عدم امتثال الشركة لطلب الوزارة خلال المهلة الممنوحة لها جاز للوزارة طلب تصفية الشركة قضائياً.

³ المادة ٢/١٦٠ من قانون الشركات السوري.

تركة مورثهم على أن يختاروا في الحالتين أحدهم ليمثلهم تجاه الشركة وإذا تخلفوا عن ذلك خلال المدة التي يحددها لهم مجلس الإدارة يسمي المجلس أو رئيس الهيئة العامة أحد الورثة".

فتستمر الشركة مع الورثة بحسب نصيب كل واحد منهم إلا أنهم في مواجهة الشركة بحكم المالك الواحد وتكون الملكية شائعة، ويتم تمثيلهم بمواجهة الشركة بواسطة أحدهم بالاتفاق فيما بينهم وفي حال تعذر ذلك يتم اختيار أحدهم من قبل رئيس مجلس الإدارة أو رئيس الهيئة العامة.

وبكل تأكيد لا يصار إلى تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة في القانون المدني على أن التركة ملكية شائعة بين الورثة وذلك لوجود نص خاص في قانون الشركات هو أولى بالتطبيق¹.

إلا أنه يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة عموماً باستثناء إدارة المال الشائع لوجود نص خاص ومنها إزالة الشيوخ فيحق لكل وريث طلب إزالة شيوخ الحصة وفي أي وقت كان بشرط مخاصمة الشركة في الدعوى.

ويرى البعض أن وفاة الشريك المساهم في الشركة المساهمة المغفلة مختلف عن وفاة الشريك في شركات الأشخاص، فلا مجال للحديث عن الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة المغفلة، فبمجرد وفاة الشريك يصبح خارج الشركة، ويتم بيع أسهمه بمعرفة ورثته وفق سعر التداول، ويتم تسليمه للورثة كل بحسب نصيبه².

واستناداً للرأي السابق لا يمكن للورثة الحلول محل مورثهم في الشركة، لأن طرق التصرف في الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة لا يتم عن طريق حوالة الحق، وإنما بواسطة التداول بالطرق التجارية المتعارف عليها في القوانين التجارية. ويعتبر هذا الرأي غير منطقي في حرمان الورثة من الاستفادة من نشاط مورثهم والحصول على الأرباح وخاصةً في شركة لا تقيم للاعتبار الشخصي أي وزن، بالإضافة إلى أن التصرف بالسهم يكون غير ارادي وينتقل بالوفاة.

¹ المواد من ٧٨٢ حتى ٧٨٧ من القانون المدني السوري.

² حمد بن ناصر التريكي، مرجع سابق، ص ١٠١.

بالإضافة إلى صراحة النص في استمرار الشركة مع الورثة وانتقال الأسهم لهم مع مراعاة عدم زيادة عدد أسهمه عن الحد الأعلى لامتلاكه الاسهم، وقيود نقل ملكية السهم.

ويرى البعض أنه في حال عدم سداد قيمة السهم فلا يلتزم الوارث بسداد المتبقي من قيمة السهم لأنه ليس المدين بقيمته وإن المدين هو المساهم المتوفى فلا تركة إلا بعد سداد الديون وبصار إلى تسديد قيمتها من قيمة الأسهم في التركة بعد بيعها لأن الوارث تؤول إليه الحقوق دون الالتزامات، فالمتبقي من قيمة الأسهم يصبح بالوفاء ديناً حالاً تستوفى قيمته من التركة ولا شأن للوارث بذلك إلا إذا اختار القيام بذلك تبرعاً لمصلحة المورث لإبراء ذمته بسبب عدم كفاية التركة¹.

ولكن يلتزم الورثة الذين انتقلت إليهم ملكية الأسهم بتسديد ما تبقى في المواعيد المستحقة وإلا يكون لمجلس الإدارة بيع والاسهم ورد الباقي للورثة².
وتنتقل الأسهم للورثة منقولة بإشارات الحبس متى كان المورث عضواً في مجلس الإدارة باعتبار أنها أسهم ضمان لا يجوز التصرف بها قبل انقضاء مدة ستة أشهر من تاريخ انقضاء العضوية.

وأسهم المؤسسين لا يجوز التصرف بها قبل انقضاء مدة ثلاث سنوات من تاريخ شهر الشركة.

والأسهم العينية الجديدة لا يجوز التصرف بها قبل انقضاء مدة ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار الوزاري القاضي بالتصديق على الزيادة، إلا إذا كان هنالك قرار قضائي بهذا الخصوص وتم فيه مخاصمة الشركة³.

وبخصوص الشركة القابضة باعتبار أنها تأخذ شكل الشركة المساهمة المغفلة فتطبق ذات الأحكام السابقة على اعتبار عدم تضمن الباب السابع الخاص

¹ حسن حنتوش ورشيد الحسناوي وعباس مرزوك فليح العبيدي ، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

² المادة ٦/٩٢ من قانون الشركات السوري.

³ المادة ٩٦ من قانون الشركات السوري.

بالشركة القابضة أحكاماً خاصة بوفاة الشريك فيها وباعتبار أن الأحكام الخاصة بالشركة المساهمة المغفلة أحكاماً عامة بالنسبة للشركة القابضة¹.
وتبقى الشركة المساهمة المغفلة قائمة متمتعة بشخصيته القانونية مهما آل إليه الوضع القانوني للمساهم.

نتائج البحث

يتميز موقف المشرع السوري بالحدثة في عدم جعل الوفاة سبباً لانقضاء الشركة وخصوصاً في شركات الأشخاص القائمة الاعتبار الشخصي باعتبارها كياناً مستقلاً عن الشركاء، وبنفس الوقت راعى مصلحة الشركاء الباقين وورثة الشريك المتوفى في الاستفادة من نشاط الشركة فسمح باستمرارها معهم وتحولها لشكل آخر إن استلزم الأمر ولم ينص على انقضائها بالوفاة ما لم يكن هنالك بند في عقد الشركة على انقضائها تبعا لوفاة الشريك.

فإذا كان المشرع يسمح باستمرار الشركة مع الخلف الخاص لأحد الشركاء فمن باب أولى أن تستمر مع ورثة أحد الشركاء، وخير ما فعل المشرع في استمرار الشركة كقاعدة عامة ما لم يتفق على خلاف ذلك وعدم حاجة الاستمرار لاتفاق كي لا ندخل في إشكالية وجود الاتفاق في عقد الشركة أو على الأقل في تعديل لاحق قبل وفاة الشريك، وبين الاتفاق الحاصل بعد الوفاة كونه يثير صعوبة من نقطتين:

النقطة الأولى: سريان الاتفاق اللاحق الذي يعتبر بمثابة تعديل لعقد الشركة الذي يحتاج لإجماع الشركاء الأمر الذي يستحيل تحقيقه بعد وفاة الشريك.

النقطة الثانية: هي اعتبار الاتفاق الحاصل بعد الوفاة بمثابة عقد شركة جديد، على اعتبار أن عقد الشركة انقضى بوفاة أحد الشركاء.

¹ المواد ٢٠٤ و ٢٠٧ من قانون الشركات السوري.

وبما أن الطبيعة المختلطة للشركة المحدودة المسؤولية فقدت تأثرت في بعض أحكامها بالطابع الشخصي والبعض الآخر بالطابع المالي وفيما يخص موضوع بحثنا فإن الشركة المحدودة المسؤولية تأثرت بالطابع المالي بخصوص وفاة الشريك فلا يترتب على وفاته أي أثر على وجود الشركة. والشركة المساهمة لا تتأثر بوفاة المساهم فيها باعتبارها النموذج المتكامل لشركات الأموال والتي لا تقيم وزناً للاعتبارات الشخصية للمساهم فيها. وأخيراً يضافي عدم تأثر الشركة بوفاة الشريك فيها على الشخص المعنوي أهمية خاصة حيث تظهر الشركة ككيان معنوي مستقل منحه القانون الشخصية المعنوية القانونية المستقلة عن الشركاء، وتتعامل مع الغير من خلال هذه الشخصية المعنوية وتكفل لهؤلاء الشركاء البقاء في مأمن بعيداً عن المشكلات التي يتعرض الشريك أثناء حياة الشركة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القوانين

1. القانون المدني الفرنسي لعام 1804.
2. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.
3. القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949.
4. قانون الشركات الفرنسي لعام 1966.
5. القانون التجاري الجزائري رقم ٧٥/٥٩ لعام ١٩٧٥.
6. القانون التجاري الفرنسي لعام 2000.
7. قانون الشركات البحريني رقم ٢١ لعام ٢٠٠١.
8. قانون الشركات السوري رقم 29 لعام 2011.
9. التعليمات التنفيذية الخاصة بشركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولية.

ثانياً: الكتب

- 1- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، القاهرة، ٢٠١١.
- 3- عبد القادر برغل، قانون الشركات، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، 2020.
- 4- محمد أديب استانبولي، الشركات التجارية، شركات الأشخاص [تضامن، توصية، محاصة، محدودة المسؤولية ذات رأس المال القابل للتغيير {تعاون}، الفكر القضائي للمعلوماتية، الطبعة الأولى، 1998.
- 5- محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
- 6- محمود زكي شمس، شرح القانون الخاص بالشركات الصادر بالقانون رقم 3 لعام 2008، مطبعة الوادي، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- 7- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشأة معارف الاسكندرية، 1995.

ثالثاً: المجالات العلمية

1. حسن بن غازي بن ناجم الرحيلي ، 2008، زوال الاعتبار الشخصي للشريك المتضامن وأثره على الشركة، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، دون ذكر رقم مجلد، العدد 186، ص 564_612.
2. حسن حنتوش، رشيد الحسناوي ، عباس مزروك ، 2008، آثار وفاة الشريك في الشركة وفقاً للتشريع العراقي، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة اهل البيت، كلية القانون، المجلد السادس، العدد الاول، انساني، ص 253_266.
3. حمد بن ناصر بن عبد العزيز التريكي ، 2018، أحكام تركة الشريك في نظام الشركات السعودي، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية العلمية القضائية السعودية، دون ذكر رقم مجلد، العدد ١٢، ص 78_116.
4. عبد الحق قريمس ، 2017، شريك قاصر في شركة تضامن، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق يحيى جيجل، دون ذكر رقم مجلد، العدد الخامس، ص 10-21.
5. فئات فوزي ، 2008، أحكام التنازل عن الحصص وانتقالها في شركة التضامن في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد ٤٥، العدد ١، ص 139_149.

تداول الأوراق المالية ونظامها القانوني

الأستاذ المشرف: أ.د. موسى خليل متري^{1*}

الطالب: هاني مروان زينه^{2**}

الملخص

يعتبر تداول الأوراق المالية من الأنشطة الاستثمارية الهامة، لما تحققه من مزايا متعددة سواءً على صعيد المستثمر أو على صعيد الاقتصاد ككل. فقد أوجبت القوانين على الشركات المساهمة إدراج أسهمها في سوق الأوراق المالية بعد تحقق شروط معينة، وقبل إدراج الأوراق المالية يتم تداولها خارج السوق بمجلس يتم بين المتعاقدين سواءً أمام موظف مختص أو أمام مندوب من الشركة المصدرة، أما حال إدراج الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية فيحظر تداول الأوراق إلا من خلال السوق حيث يتم وفقاً لآلية معينة وبشروط محددة ومن خلال أشخاص مختصين من أصحاب الخبرات في مجال الاستثمار بهذه الأوراق.

حيث تتشابه الطبيعة القانونية للتداول مع عدة أنظمة قانونية قائمة مثل التجديد بتغيير الدائن وحوالة الحق والحلول والتي نظمها القانون المدني، سواءً أكان ذلك من حيث الشروط أم من حيث الآثار.

* - قسم القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة دمشق.

** - طالب دكتوراه - قسم القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة دمشق.

اعتمد الباحث في سياق التكييف القانوني لعملية التداول، تحليل عملية التداول وبيان شروطها وآثارها ومن ثم تحليل كل من الأنظمة المشابهة وبيان شروطها وآثارها وبيان مدى إمكانية رد عملية التداول إلى إحدى الأنظمة المذكورة. من خلال تحليل عملية التداول وتحليل الأنظمة القانونية المشابهة وبيان شروط وآثار كل منها وبيان مدى إمكانية تأصيل العملية وردها إلى إحدى الأنظمة المشابهة تبين أنه وبالرغم من وجود عدة نقاط تشترك بها عملية التداول مع كل من الأنظمة المذكورة، إلا أنها تختلف عنها بنقاط أخرى بحيث يتعذر معه تأصيل عملية التداول وردها إلى إحدى الأنظمة القائمة، وتبين أن عملية التداول تشكل نظام قانوني مستقل له شروطه وآثاره التي أوجدها العرف وطبيعة التعامل.

كلمات مفتاحية: تداول - تكييف قانوني - تجديد - حوالة حق - حلول.

Abstract

Securities trading is one of the important investment activities, due to its multiple advantages, whether at the level of investors or at the level of the economy as a whole.

Law has asked corporations to list their shares in the financial market once certain conditions are met. Before listing the securities, trading is done between the contractors, whether in presence of a designated employee or a representative of the issuing company. Once the securities are listed in the financial market, it is illegal to trade them but through the financial market, where it takes place according to a specific mechanism and with specific conditions and through an expert with expertise in the field of investment in these securities.

The legal nature of trading is similar to several existing legal systems such as renovation by change of creditor, assignment of receivables and subrogation, which are regulated by civil law, whether in terms of conditions or in terms of effects.

In the context of the legal characterization of the trading, the paper relies on analyzing the trading, stating its conditions and effects, and then analyzing each of the similar legal systems. Thus, the paper compares the different legal systems in terms of conditions and effects and seeks to find the basis of the trading system in one of these similar legal systems.

Looking for characterizing securities trading with one of the legal systems, the paper finds that notwithstanding the many points of similarities shared with other legal systems, the trading system is an independent one in terms of conditions and effects. This independence has been recognized due to the norms and nature of the trading.

Keywords: Trading – legal characterization – renovation – assignment of receivables – subrogation

المقدمة:

يلعب تداول الأوراق المالية دور هام في الحياة الاقتصادية ويحقق مزايا متعددة سواءً لجهة تشجيع الاكتتاب على الأوراق المالية كونه باستطاعة المستثمر وبأي وقت تسهيل الورقة المالية من خلال تداولها دون الحاجة لانتظار حلول أجل الورقة المالية، وكذلك بالإضافة لما يحققه للمستثمرين من عوائد مالية يؤدي إلى توسيع نطاق الاستثمار في الأسواق المالية.

وللتداول شروط تتفق مع طبيعة العملية ومع متطلبات الحياة التجارية من ثقة وسرعة، الأمر الذي أقتضى معه تنظيم التداول بإجراءات مبسطة بعيداً عن التعقيد، ورتب عليها آثار أيضاً تتناسب مع طبيعتها ومع متطلبات الحياة التجارية.

ويؤدي التداول لانتقال ملكية الورقة المالية من المالك القديم للمالك الجديد، وتتشابه بذلك مع بعض الأنظمة القانونية التي نظمها القانون المدني والتي تؤدي إلى نقل الحق من الدائن إلى شخص آخر مثل:

- التجديد بتغير الدائن الذي يؤدي إلى ترتيب دين جديد بذمة المدين لصالح شخص أجنبي يحل محل دين قديم مترتب بذمة المدين لدائنه.
- كذلك مع حوالة الحق التي تؤدي لحوالة الحق المترتب للدائن بذمة مدينه إلى دائن آخر.
- ويتشابه أيضاً مع الحلول الذي يؤدي إلى حلول شخص أجنبي محل الدائن بعد الوفاء بالدين المترتب بذمة المدين للدائن المذكور.

لإمكانية بيان الطبيعة القانونية لعملية التداول كان لابد من بيان مدى انطباق شروط وآثار عملية التداول على شروط وآثار الأنظمة المذكورة لبيان فيما إذا كان بالإمكان تكييف عملية التداول وردها إلى إحدى الأنظمة المذكورة أم أنها نظام قانوني مستقل له

شروطه وأحكامه الخاصة، وللوصول لذلك لا بد من تناول مفهوم تداول الأوراق المالية (المبحث الأول) قبل دراسة تكييفه القانوني (المبحث الثاني).

أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من خلال عدم وجود تنظيم قانوني دقيق لعملية التداول، واقتصار التشريعات النازمة لعمليات تداول الأوراق المالية على النواحي الفنية المرتبطة بالإجراءات المتبعة في التداول دون التطرق للتنظيم القانوني، إضافة لقلّة الدراسات المتعلقة بالتكييف القانوني لعملية التداول وبيان الطبيعة القانونية لهذه العملية.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى مقارنة عملية التداول من الناحية القانونية مع الأنظمة المشابهة والتي تتعلق بانتقال الحقوق من شخص لآخر مثل التجديد بتغير الدائن وحوالة الحق والحلول، للوصول إلى تحديد الطبيعة القانونية لعملية التداول من خلال بيان مدى انطباق عملية التداول على الأنظمة المذكورة مما يساعد القاضي والمحامي والحقوقي في تطبيق القواعد القانونية المناسبة على تداول الورقة المالية.

منهج البحث:

تم اعتماد المنهج التحليلي في إعداد البحث، حيث تم التعريف بالتداول ومن ثم تحليل العملية من الناحية القانونية لبيان شروطها والآثار المترتبة عليها، ومن ثم تعريف وبيان شروط وآثار الأنظمة القانونية المشابهة لعملية التداول، وبيان مدى انطباق شروط وآثار عملية التداول على شروط وآثار الأنظمة القانونية المشابهة للوصول ومن حيث النتيجة للطبيعة القانونية لعملية التداول.

المبحث الأول - مفهوم تداول الأوراق المالية:

لبيان مفهوم تداول الأوراق المالية لا بد من تعريف الأوراق المالية والتداول (المطلب الأول) ومن ثم استنتاج الخصائص القانونية لتداول الأوراق المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول - تعريف الأوراق المالية والتداول:

نتناول في هذا المطلب التعريف القانوني والفقهي للأوراق المالية (أولاً)، ومن ثم تعريف عملية التداول (ثانياً).

أولاً - تعريف الأوراق المالية:

حدد قانون سوق الأوراق المالية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٥٥/ لعام ٢٠٠٦ في نطاق بيان الأوراق المالية محل التداول في المادة /٣/ بالآتي: "يقصد بالأوراق المالية لغايات هذا المرسوم التشريعي: أ - أسهم الشركات المساهمة السورية القابلة للتداول. ب - أدوات الدين القابلة للتداول التي تصدرها الشركات المساهمة السورية. ج - أدوات الدين العام القابلة للتداول الصادرة عن حكومة الجمهورية العربية السورية. د - الوحدات الاستثمارية الصادرة عن صناديق وشركات الاستثمار. هـ - أي أوراق مالية أخرى سورية أو غير سورية متعارف عليها على أنها أوراق مالية ويتم اعتمادها كذلك من قبل المجلس."

فقهيًا، تعرف الأوراق المالية بأنها "صكوك تصدرها الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة، وتنتقل ملكيتها عن طريق القيد في الحساب أو بالتسليم وكل نوع منها يخول صاحبه حقوقاً متماثلة، وهي تمثل حصة في رأس مال الشخص المعنوي أو حق دائنية عام على ذمته المالية" [6- ص: 62]³، كما عرف بعض الفقهاء الفرنسيين الأسهم -

³ - كما عرفها الدكتور علي كنعان بالآتي: "هي صكوك تعطي حاملها الحق في الحصول على جزء من عائدات الشركة أو

إحدى الأوراق المالية- بأنها: "حق الشريك في الشركة وفي ذات الوقت الصك المثبت لهذا الحق". [6- ص: 67].

ثانياً- تعريف تداول الأوراق المالية:

لم يعرف قانون الشركات وكذلك قانون سوق الأوراق المالية مصطلح تداول الأوراق المالية، إلا أن تعليمات التداول في سوق دمشق للأوراق المالية الصادرة بالقرار رقم ٣٢٥/٢٠٠٩/٠٣/٠٥ قد عرفت في المادة الأولى التداول بأنه بيع وشراء الأوراق المالية من خلال السوق، وقد اقتصر التعريف على التداول داخل السوق. في حين عرف الفقه عملية التداول بأنها "الصفة التي تلحق ببعض السندات الممثلة لحق تسمح بنقله في مواجهة الغير دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني" [4- ص: 5-6]، كما عرفها بأنها "التنازل عن الأسهم للغير دون إتباع إجراءات حوالة الحق، وما تتطلبه من قبول الشركة للحوالة، أو إعلانها بها، حتى تكون نافذة قبلها". [3- ص: 576- نقلاً عن 7- ص: 337].

المطلب الثاني- خصائص تداول الأوراق المالية:

يتبين من التعاريف السابقة أن تداول الأوراق المالية هي العملية التي يتم من خلالها تنازل المالك عن الورقة المالية والحق الثابت بها للغير بالطرق التجارية ودون التقيد بالإجراءات المنصوص عليها بالقانون المدني. أي أن تداول الأوراق المالية يقوم على:

- تنازل المالك عن الورقة المالية وعن الحق الثابت بها.
- التنازل بالطرق التجارية.

المنشأة في نهاية الدورة المالية، أي يحصل حامل السهم على الأرباح في حين يحصل مالك السند على الفائدة المتفق عليها". راجع في ذلك [5- ص: 43].

وكذلك الأمر فإن تداول الأوراق المالية يتم وفقاً لشروط محددة وتترتب عليه آثار معينة، الأمر الذي يقتضي معه البحث بالتنازل وآليته (أولاً) ومن ثم لشروطه وآثاره (ثانياً).

أولاً - التنازل عن الأوراق المالية وآليته:

يقوم تداول الأوراق المالية على التنازل عن الورقة والحق الثابت بها بالطرق التجارية، وهو ما سنتناوله تباعاً.

1- تنازل المالك عن الأوراق المالية وعن الحق الثابت بها:

يتبين من تعريف الأوراق المالية أنها تقوم على أمرين السند أو الصك والحق الثابت به، فالسند هو الوثيقة المثبتة للحق، والحق هو فحوى السند والذي قد يمثل حق ملكية كما في الأسهم أو حق مديونية كما في أسناد الدين التي تصدرها الشركات المساهمة أو الأوراق المالية الحكومية التي تصدرها الحكومات، إلا أن التمييز بين السند والحق مضمونه يتلشى في الواقع العملي حيث يندمج الحق بالصك المثبت له ويصبح الصك مثبتاً للحق ولازماً لاستعماله، ويتداول الأوراق المالية يتنازل مالك الورقة المالية عن الورقة والحق الثابت بها للغير وذلك بإجراءات مبسطة تقتضيها متطلبات الحياة التجارية بحيث تحقق السرعة والسهولة والبعد عن تعقيد إجراءات التنازل التي رسمتها القوانين المدنية وأوجب إتباعها ليصبح التنازل نافذاً بمواجهة المدين.

2- التنازل عن الأوراق المالية بالطرق التجارية:

تختلف أساليب تداول الأوراق المالية تبعاً لما إذا كانت الأوراق مدرجة في سوق الأوراق المالية أم غير مدرجة، فقد اوجب قانون سوق الأوراق المالية على الشركات المصدرة للأوراق المالية إدراج أسهمها وسنداتهما في سوق الأوراق المالية⁴، إلا أن

⁴ - حيث نصت المادة 8/أ من قانون سوق الأوراق المالية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 55/ تاريخ 2006/10/01 على الآتي: "تكون عضوية السوق إلزامية لكل شركات الخدمات والوساطة المالية المرخص لها (باستثناء شركات الاستشارات المالية ذات المسؤولية المحدودة)، ولكل الشركات المصدرة للأوراق المالية التي يتم قبول إدراج أسهمها في السوق."

وقد نصت المادة 10/ من الفصل الثامن من ذات القانون المتعلق بإصدار وطرح الأوراق المالية ذات القانون على

إدراج الأسهم والسندات معلق على إجراءات معينة وعلى توافر شروط معينة، وقبل اتخاذ الإجراءات المطلوبة وتحقق الشروط اللازمة لا تدرج الأوراق المالية، إلا أن ذلك لا يحول دون تداول هذه الأوراق، ويكون تداولها في هذه الحالة بإجراءات مختلفة عن تلك المتبعة في تداول الأوراق المالية المدرجة في السوق، الأمر الذي يتعين معه البحث بالتداول خارج السوق والتداول داخله.

أ- التنازل عن الأوراق المالية خارج السوق:

قبل إحداث سوق دمشق للأوراق المالية وقبل صدور القوانين والأنظمة الناضجة لعمل السوق ولتداول الأوراق المالية بداخلها، كان تداول الأوراق المالية (أسهم وسندات الشركات المساهمة) يتم وفقاً لقانون التجارة رقم /١٤٩/ لعام ١٩٤٩ (الملغى)، فعندما يرغب المساهم أو الدائن بالتنازل عن الأسهم أو سندات الدين كان يتم ذلك بمجلس مؤلف من المتعاقدين وأمام الكاتب بالعدل أو أمام مندوب الشركة وكذلك يتم التنازل عن الأسهم والسندات من خلال أحكام قضائية ويتم بعد ذلك تسجيل التنازلات في سجلات الشركة المصدرة إما استناداً إلى محضر البيع الموثق أمام الكاتب بالعدل أو أمام مندوب الشركة أو استناداً لإحالة من دائرة التنفيذ حال نقل الملكية من خلال حكم قضائي، وهو ما نظمته المادة /١٤٥/ من قانون التجارة الصادر بالمرسوم رقم /١٤٩/ لعام ١٩٤٩⁵، وكذلك الأمر بعد إحداث سوق دمشق للأوراق المالية حيث أن

الآتي: "أ- يجب على الشركات المذكورة أدناه الحصول على موافقة المجلس (مجلس مفوضي الهيئة) في الحالات التالية:

- كل شركة مساهمة قيد التأسيس ترغب بإصدار أوراق مالية لطرحها على الاكتتاب.
 - كل شركة مساهمة قائمة ترغب بزيادة رأسمالها عبر إصدار عام.
 - كل شركة مساهمة ترغب بزيادة رأسمالها عبر ضم احتياطات أو أرباح أو علاوة إصدار أو رسملة الديون.
 - كل شركة ناتجة عن تحول شكلها القانوني إلى شركة مساهمة لاعتماد أوراقها المالية.
 - كل شركة مساهمة ترغب بإصدار أوراق مالية أخرى، غير الأسهم المنصوص عليها في سوق الأوراق المالية.
- ب- يجب للحصول على الموافقات المذكورة في الفقرة /أ/ من هذه المادة إرفاق الطلب بالوثائق والبيانات والمعلومات المنصوص عليها في (نظام إصدار وطرح الأوراق المالية)."
- للتوسع بالشروط والإجراءات مراجعة نظام إصدار وطرح الأوراق المالية الصادر بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم /٣٩٤٥/ تاريخ ٢٨/٠٨/٢٠٠٦.

⁵ - حيث نصت المادة /١٤٥/ من قانون التجارة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /١٤٩/ تاريخ 22/06/1949 على الآتي:

المشرع قد اشترط شروط معينة لإدراج الأوراق المالية في السوق، إلا إن المشرع لم يمنع من تداول الأوراق المالية قبل إدراجها وإنما جعل التداول خارج السوق ووفقاً لأحكام قانون التجارة الصادر بالمرسوم رقم /١٤٩/ لعام ١٩٤٩ النافذ بتاريخ صدور قانون سوق الأوراق المالية⁶.

ب- التنازل عن الأوراق المالية من خلال السوق:

إن إدراج الأوراق المالية في سوق دمشق للأوراق المالية أمراً إلزامياً بمجرد توافر الشروط والقيام بالإجراءات المطلوبة، وبمجرد إدراج الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية يحظر أي تداول خارج السوق وتتم جميع العمليات على الأوراق المالية من تداول ورهن وغيرها من خلال سوق الأوراق المالية، ونتيجة للدور الذي تلعبه الأوراق المالية والعمليات الجارية عليها سواءً على الاقتصاد بشكل عام وبالنسبة للمستثمرين بشكل خاص ولضرورة حماية الاقتصاد وحماية المستثمرين لاسيما من أصحاب الخبرات المحدودة، أوجبت القوانين والتشريعات النازمة أن يتم تداول الأوراق المالية

١- يجري البيع بمجلس مؤلف من المتعاقدين أو ممثليهما أمام مرجع رسمي مختص أو أمام مندوب الشركة المعين بقرار مجلس الإدارة لحضور البيوع وتسجيلها بعد التثبت من هوية المتعاقدين وأهليتهما، وينظم بالبيع عقد يذكر فيه اسم البائع والشاري وموطنهما والممثلين عند وجودهما وعدد الاسناد المؤقتة أو الأسهم المباعة وأرقامها وعدد قسائمها والإقرار بقبض الثمن وتاريخ البيع وتعهد من المشتري بقبول نظام الشركة الأساسي وتنفيذه.

٢- يحتفظ مندوب الشركة المفوض بهذا العقد لديه أو بصورة عنه مصدقة رسمياً ويسجله في السجل الخاص الموجود لدى الشركة ويدون ذلك على ظهر السند أو السهم ويوقع عليه بعد وضع خاتم الشركة.

٣- ويجري التسجيل إما استناداً إلى محضر البيع المنظم حسب الأصول وإما تنفيذاً لحكم مكتسب قوة القضية المقضية وبناءً على مذكرة من دائرة التنفيذ.

⁶- حيث نصت المادة ٧/ج من قانون التجارة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /١٤٩/ لعام ١٩٤٩ على الآتي: "بالنسبة لتداول أسهم الشركات المساهمة التي لا تنطبق عليها شروط الإدراج الخاصة بأحد السوقين النظامية أو الموازية فيتم في مجلس مؤلف من المتعاقدين أو ممثليهما أمام مرجع رسمي مختص أو أمام مندوب الشركة ذات العلاقة وفقاً لأحكام المادة /١٤٥/ من قانون التجارة النافذ."

ولابد من الإشارة إلى أن قانون التجارة النافذ بتاريخ صدور قانون سوق الأوراق المالية لعام ٢٠٠٦ هو القانون الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /١٤٩/ لعام ١٩٤٩، وإن إلغاء القانون المذكور بموجب قانون التجارة رقم /٣٣/ لعام ٢٠٠٧، لا ينال من آلية التداول خارج السوق بالنسبة للأوراق المالية غير المدرجة في السوق كون المادة ٧/ج من قانون سوق الأوراق المالية قد بينت آلية التداول وعطفها على قانون التجارة النافذ ما هو إلا من قبيل عطف على إجراءات متبعة وتبنيها وإن عدم ذكر الإجراءات كان بغية منع التكرار والإطالة، وحيد لو أن المشرع ذكرها صراحة في صلب المادة بدلاً من عطفها على قانون التجارة النافذ بحينها.

من خلال وسطاء من أصحاب الخبرات⁷، حيث يتم إبرام عقد بين الشخص الراغب بالاستثمار في الأوراق المالية وشركات الخدمات والوساطة المالية وأطلق القانون على العقد المذكور اسم "اتفاقية التعامل" وهي اتفاقية سابقة لعمليات التداول ومستقلة عنها وتقوم شركات الوساطة من خلالها بإجراء عمليات التداول لصالح العميل المستثمر، وقد نظمت التشريعات قواعد التعامل بين العملاء وشركات الوساطة بشكل دقيق ورسمت ملامح العلاقة بينهما وبينت حقوق وواجبات كل طرف تجاه الآخر والبيانات التي يجب أن تتضمنها اتفاقية التعامل، وذلك من خلال نظام التعامل بين الوسطاء وعملائهم الصادر عن مجلس مفوضي هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية برقم 68/ لعام 2009، ويتم التداول داخل السوق من خلال نظام تداول الكتروني⁸ وعلى عدة مراحل، حيث تتمثل أولى الخطوات بطلب العميل من الوسيط شراء أو بيع أوراق مالية معينة وهو ما يطلق عليه التفويض، ويجب أن يبين التفويض بدقة العملية المطلوبة من حيث نوع الورقة المالية وعددها وسعرها ومدة سريان التفويض، ومن ثم إرسال الوسيط لأوامر الشراء أو البيع لنظام التداول وعليه قبل إرسال أوامر البيع التحقق من ملكية العميل للأوراق المالية المنوي بيعها وعدم وجود قيود تحول دون التصرف بها وكفاية الأموال حال التفويض بالشراء، ليتم بعدها تنفيذ العمليات إلكترونياً من خلال نظام التداول الإلكتروني وذلك حال تلاقي أوامر البيع والشراء، وتتمثل المرحلة الأخيرة بتسوية العمليات من خلال نقل ملكية الأوراق المالية من العميل البائع إلى العميل المشتري وإيداع الثمن في حساب العميل البائع.

⁷ - حيث نصت المادة 7/أ من قانون سوق الأوراق المالية على الآتي: "يتم التداول بالأوراق المالية في السوق بموجب عقود تداول تبرم بين الوسطاء الأعضاء، تدون في سجلات السوق ويتم لحساب هؤلاء الوسطاء أو لحساب عملائهم وفقاً لأنظمة السوق الداخلية وتعليماتها".

⁸ - حيث نصت المادة 3/ من نظام قواعد التداول في سوق الأوراق المالية على الآتي: "تتم عمليات التداول عن طريق نظام التداول"، وبينت المادة الأولى من ذات النظام أن نظام التداول هو "نظام التداول الإلكتروني المعمول به في السوق"، كما ونصت المادة 29/أ من نظام قواعد التداول الصادر عن مجلس إدارة السوق بالقرار رقم 324/ تاريخ 2009/03/05 على الآتي: "لا يجوز تداول الأوراق المالية للشركات المدرجة في السوق إلا من خلال نظام التداول وحسب التعليمات الصادرة".

ثانياً - شروط وآثار تداول الأوراق المالية:

تتم عملية التداول وفقاً لشروط محددة، وتترتب عليها آثار معينة، الأمر الذي يقتضي معه البحث بشروط التداول ومن ثم التطرق لآثاره.

1- شروط التداول:

إن العلاقة التي تربط حامل الأوراق المالية بالجهة المصدرة - والتي هي غالباً شركات أموال - لا تقوم على الاعتبار الشخصي وإنما على اعتبارات مالية تتمثل بما يقدمه حامل الورقة المالية للجهة المصدرة، واستناداً لذلك فلا تتضرر الجهة المصدرة من تداول الأوراق المالية وانتقالها من مالك لآخر سيما أن التزام مالك الورقة المالية هو التزام عاجل ومنفذ ابتداءً سواء أكانت الورقة المالية تتمثل بحق ملكية أم حق دائنية، وإن التزام الجهة المصدرة هو التزام آجل وغير منفذ ويتمثل بإعادة الجهة المصدرة لقيمة الورقة المالية مع عوائدها حسب طبيعة الورقة لمالك الورقة عند حلول أجل الورقة المالية أو عند انقضاء الجهة المصدرة حسب طبيعة الورقة، لذلك فلا تضار الجهة المصدرة من تغير مالك الورقة المالية فسيان للجهة المصدرة أن تسدد قيمة الورقة المالية للمكتب الأول أو لمن آلت إليه ملكية الورقة المالية، لذلك لم يُعَلَّق انعقاد التداول أو نفاذه على تبليغ أو موافقة المدين بالورقة المالية - والمتمثل بالجهة المصدرة -، وأبعد من ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها لاعتبار أن تعليق تداول الأسهم على قبول الشركة بالمساهم الجديد يعتبر زيادة في أعباء المساهم يحظرها القانون [1- ص: 351]، وبذلك نجد أن التداول عقد طرفاه المالك حامل الورقة المالية والغير ينقذ ويكون نافذاً بمجرد انعقاد العقد دون أن تكون الجهة المصدرة طرفاً بالعقد ودون أن يعلق نفاذه على إعلامها أو موافقتها.

2- آثار التداول:

تتعدد الآثار المترتبة على تداول الأوراق المالية سواءً لجهة انتقالاً الحق موضوعها ولجهة الأوصاف والملحقات والدفع وهو ما سنتناوله:

أ- **انتقال الحق:** بمجرد انتقال ملكية الورقة المالية بالتداول ينتقل الحق مضمونها من مالكاها القديم للمالك الجديد، وينتقل ذات الحق فلا ينقضي الحق المترتب بذمة الجهة المصدرة للمالك القديم ولا يترتب حق جديد للمالك الجديد بذمة الجهة المصدرة سببه انقضاء الالتزام القديم، وإنما ينتقل ذات الحق المترتب بذمة الجهة المصدرة من المالك القديم للمالك الجديد.

ب- **خصائص الحق وصفاته:** ينتقل ذات الحق المترتب بذمة الجهة المصدرة من المالك القديم للمالك الجديد بصفاته كافة فإذا كان الحق تجارياً فينتقل إلى المالك الجديد بصفته التجارية وإذا كان منتجاً للفوائد ينتقل منتجاً للفوائد وبذات النسبة لا تتغير من مالك لآخر وإذا كان الحق يتقادم بعشر سنوات يبقى على ما هو عليه دون أن يكون لانتقاله من مالك لآخر أي أثر على ذلك.

ت- **ضمانات الحق وملحقاته:** من الممكن تصور وجود ضمان للأوراق المالية كما في حال إصدار الشركات المساهمة أسناد قرض أو كما هو حال الأوراق المالية الحكومية، وسواءً أكانت الضمانة المقدمة لضمان الورقة المالية عينية أو شخصية فهي تنتقل للمالك الجديد للورقة المالية كون الضمان متعلق بالدين مضمون الورقة وبغض النظر عن شخص الدائن، وكذلك الأمر فقد تمنح الجهات المصدرة بعض المزايا تشجيعاً للاكتتاب على الأوراق المالية كما في حال المزايا التي تمنحها الحكومات عند إصدار الأوراق المالية الحكومية مثل الإعفاء من الضرائب أو عدم جواز الحجز [8- ص: 274]، وتنتقل هذه المزايا للمالك الجديد للورقة.

ث- **علاقة المالك الجديد بالمصدر:** بالتداول تصبح العلاقة مباشرة بين المالك الجديد والجهة المصدرة، ولا يعتبر المالك الجديد في علاقته مع الجهة المصدرة خلفاً

للمالك القديم، وإنما يصبح المالك الجديد بعلاقة مباشرة وجديدة مع الجهة المصدرة أسوة بأي مكتتب.

ج- **التمسك بالدفع:** كون العلاقة التي تنشأ بين الجهة المصدرة والمالك الجديد هي علاقة مباشرة، فلا تتأثر علاقة الحامل بالجهة المصدرة بالدفع التي كانت للجهة المصدرة تجاه المالك القديم والناجمة عن علاقة الجهة المصدرة بالمالك القديم [6- ص: 80]، فليس للجهة المصدرة التمسك تجاه المالك الجديد بوجود دين سابق لانتقال ملكية الورقة بذمة المالك القديم وبالتالي بوجود المقاصة وليس لها التمسك بأي من الدفع المتعلقة بانقضاء الدين كالوفاء والإبراء والتجديد، وكذلك ليس لها التمسك بالدفع المتعلقة بشخص المالك السابق، فليس له التمسك بعيب من عيوب الإرادة عند اكتتاب المالك السابق أو عند أيلولة الورقة المالية له بالتداول، وإنما ذلك لا يمتد ليطال الدفع المتعلقة بالعيوب الشكلية الواضحة بالسند أو المتعلقة بعدم تسديد قيمته [6- ص: 81] ويبقى للجهة المصدرة التمسك بهذه الدفع تجاه المالك الجديد كونها ليست ناجمة عن علاقة الجهة المصدرة بالمالك القديم وإنما تتعلق بذات مستند الحق ومبينة في سجلات الجهة المصدرة (وفقاً لطبيعة الحق).

المبحث الثاني - الطبيعة القانونية لتداول الأوراق المالية:

يتشابه تداول الأوراق المالية بعدة أنظمة قانونية كالتجديد وحوالة الحق والحلول، فهل يمكن القول بأن تداول الأوراق المالية ما هو إلا تجديد للدين أم هو مجرد حوالة حق من العميل البائع للعميل المشتري أم هو حلول دائن جديد محل دائن قديم أم أنها مجرد نظام قانوني أفرزه التعامل ويختلف عن الأنظمة السابقة بنقاط معينة بالرغم من توافقه معها في نقاط أخرى، الأمر الذي يقتضي معه بيان شروط وآثار كل من الأنظمة المشابهة (المطلب الأول) ومن ثم مقارنة شروط وآثار عملية التداول مع شروط وآثار كل من الأنظمة المشابهة للوصول للطبيعة القانونية لتداول الأوراق المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول - الأنظمة القانونية المشابهة للتداول:

لكل نظام من الأنظمة القانونية شروطاً وآثاراً خاصة به تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية، الأمر الذي يقتضي معه تناول شروط وآثار كل من الأنظمة المشابهة لعملية التداول من تجديد وحوالة حق وحلول وفقاً للآتي:

أولاً- التجديد:

يقصد بتجديد الدين استبدال دين جديد بدين قديم، حيث ينقضي الدين القديم ويحل محله الدين الجديد، ويكون سبب انقضاء الدين القديم نشوء الدين الجديد وسبب نشوء الدين الجديد انقضاء الدين القديم، ويكون التجديد إما بتغيير المدين أو الدائن أو الدين⁹، وما

⁹ - حيث نصت المادة /٣٥٠/ قانون مدني على الآتي: "يتجدد الالتزام:

أولاً- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره.

ثانياً- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

ثالثاً- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد."

يهما في هذا المجال هو التجديد بتغيير الدائن، الأمر الذي يقتضي معه بيان شروطه وآثاره، وفقاً للآتي:

1- شروط التجديد بتغيير الدائن: يشترط لتحقيق التجديد بتغيير الدائن توافر ثلاثة شروط:

أ- وجود التزامين: التزام قديم ينقضي بالتجديد وسبب انقضاؤه نشوء الالتزام الجديد، والالتزام جديد ينشأ سبب نشوؤه انقضاء الالتزام القديم، ويشترط أن يكون الالتزام القديم قائماً وصحيحاً، فإذا كان قد انقضى قبل التجديد لم يعد هناك تجديد وإذا فسخ الالتزام القديم سقط معه التجديد وإذا كان مصدره باطلاً فلا يقوم التجديد كون الالتزام القديم معدوم، أما إذا كان مصدر الالتزام القديم قابلاً للإبطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا كان من له الحق بالإبطال قد قصد بالتجديد إجازة العقد¹⁰، وتلحق أيضاً بالالتزام الجديد أوصاف الالتزام القديم، وكذلك أيضاً يجب أن يكون الالتزام الجديد صحيحاً كون انقضاء الالتزام القديم سببه نشوء الالتزام الجديد فإذا كان الالتزام الجديد باطلاً لا يتم التجديد ولا يسقط الالتزام القديم وإذا كان الالتزام الجديد قابلاً للإبطال يكون التجديد قابلاً للإبطال ما لم يجزه صاحب الصفة، وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الواقف والفاسخ [2- ص: 819-820].

ب- اختلاف أحد عناصر الالتزام: يتم التجديد باختلاف المدين أو الدين أو الدائن، والتجديد بتغيير الدائن يكون بتغيير الدائن بحيث يحل دائن جديد محل الدائن القديم، ولا يحصل التجديد بمجرد إدخال تعديل غير جوهري على الالتزام كتعديل بالأجل أو الشرط أو بالتأمينات أو الفوائد.

ت- اتفاق الأطراف الثلاثة: التجديد بتغيير الدائن يقوم على انقضاء الالتزام المترتب بذمة المدين للدائن القديم وترتب التزام جديد بذمة المدين للدائن الجديد، وبالتالي يتم التجديد باتفاق الأطراف الثلاثة، اتفاق المدين مع الدائن القديم على انقضاء

¹⁰ - حيث نصت المادة /301/ قانون مدني على الآتي: "١- لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان.

٢- أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد، وأن يحل محله."

الالتزام القديم ليحل محله الالتزام الجديد، ومع الدائن الجديد لإنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم، ولا نكون أمام تجديد حال انضمام دائن جديد للدائن القديم أو حال عدم الاتفاق على كون الشخص الجديد دائناً كما لو كان وكيل في قبض الدين، ويجب أن تكون نية التجديد واضحة وصريحة ولا تستخلص من الظروف.

2- آثار التجديد بتغير الدائن: يترتب على التجديد بتغير الدائن عدة آثار منها ما يتعلق بالالتزام ذاته ومنها ما يتعلق بتأمينات الالتزام، وهو ما سنتناوله:

أ- الآثار التي تتعلق بذات الالتزام: يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد¹¹، فالتجديد كالوفاء يقضي الالتزام الأصلي بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته كافة، ويكون كلا الالتزامين سبباً للآخر، فلا ينقضي الالتزام القديم إلا إذا نشأ التزام جديد، ولا ينشأ الالتزام الجديد إلا إذا انقضى الالتزام القديم، والالتزام الجديد مستقل تماماً عن الالتزام الأصلي، فقد يكون الأصلي مدني والجديد تجاري وقد يكون الأصلي منتجاً للفوائد في حين أن الجديد غير منتجاً وقد يكون الأصلي يتقادم بتقادم قصير والجديد بتقادم طويل.

ب- الآثار المتعلقة بالتأمينات: التأمينات حقوق تبعية، ومن حيث المبدأ فهي تتبع الالتزام الأصلي وتدور معه وجوداً وعدمياً، فتوجد تبعاً له وتزول بزواله، أما انتقال التأمينات العينية من الالتزام القديم للالتزام الجديد فهو استثناء من الأصل ويعود لاعتبارات عملية محضة فتحقق مصلحة الدائن ببقاء الدين مضموناً ولا يضر منها المدين كونه هو من قدمها ولا يضر الغير كون القانون قد كفل مصلحته حيث أن الاتفاق على نقل التأمينات للالتزام الجديد لا يسري بحق الغير ما لم يكن قد تم مع التجديد بوقت واحد¹² وكذلك يقتصر التأمين في الالتزام الجديد في حدود

¹¹ - حيث نصت المادة ١/٣٥٤ قانون مدني على الآتي: "١- يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد."

¹² - حيث نصت المادة ٣/٥٦/ قانون مدني على الآتي: "لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون."

ما كان يضمن من الالتزام القديم، إلا أن انتقال التأمينات من الالتزام القديم للجديد لا يتم بحكم القانون بمجرد التجديد وإنما لابد من اتفاق خاص بين ذات الأطراف الذين اتفقوا على التجديد يتضمن نقل هذه التأمينات، وفي حال كانت التأمينات مقدمة من الغير سواءً أكانت شخصية (كفيلاً أو مديناً متضامناً) أم عينية (كفيلاً عينياً) فلا تنتقل هذه التأمينات إلا برضى الغير مقدم التأمين، وفيما يتعلق بالتأمينات المقدمة من الغير فلا يشترط تزامنها مع التجديد وإنما يمكن الاتفاق على نقلها بوقت لاحق للاتفاق على التجديد.

ثانياً- حوالة الحق:

يقصد بحوالة الحق تحويل الدائن (والذي يسمى المحيل) لحقه المترتب بذمة مدينه (والذي يسمى المحال عليه) لشخص أجنبي (ويسمى المحال له)، وتتم الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال له على حوالة حق المحيل المترتب في ذمة المحال عليه للمحال له، ونبحث فيما يتعلق بحوالة الحق لشروط انعقاد ونفاذ الحوالة ولآثارها.

1- **شروط انعقاد ونفاذ حوالة الحق:** تختلف شروط انعقاد الحوالة عن شروط نفاذها تجاه المدين والغير، الأمر الذي يقتضي معه البحث بشروط الانعقاد وشروط النفاذ.

أ- **شروط انعقاد الحوالة:** تتعقد الحوالة بتراضي المحيل والمحال له، فإذا رضي الدائن بأن يحيل حقه المترتب بذمة مدينه لشخص آخر وقبل هذا الأخير بالحوالة انعقدت الحوالة ودون حاجة لرضاء المدين كون انتقال الحق من الدائن إلى شخص آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين بما يستوجب قبول المدين لانعقاد الحوالة، إلا أنه وفي بعض الحالات يمكن القول أن المدين قد يتأثر بالحوالة حال كون المحال له أشد إلحاحاً من المحيل إلا أن الضرر الذي قد يلحق المدين في هذه الحالة أقل بكثير من الضرر الذي يلحق الدائن حال منعه من حوالة حقه لشخص آخر، وبانعقادها يصبح الدائن محيلاً والدائن الجديد محالاً له والمدين الأصلي محالاً عليه، والحوالة عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق إرادتي المحيل

والمحال له دون أي شكلية معينة، باستثناء حالة كون الحوالة هبة صريحة ففي هذه الحالة يجب أن تتوفر فيها الشكلية المطلوبة لانعقاد الهبة [2- ص: 469].

ب- شروط نفاذ الحوالة: بمجرد تراضي المحيل والمحال له تتعدّد الحوالة إلا أن ذلك غير كافٍ لنفاذها بمواجهة المدين والغير، وقبل نفاذها يكون للمدين الوفاء للدائن أو أن يقضي دينه تجاه الدائن الأصلي بكل من أسباب الانقضاء من تجديد ومقاصة وإبراء، ومن حيث المبدأ يكون هذا التصرف صحيحاً وللمدين الاحتجاج به على المحال له وكل ذلك كون الحوالة غير نافذة بحق المدين.

ولنفاذ الحوالة بمواجهة المدين والغير لابد من أن يتبلغها المدين أو يقبل بها، وإن تبلغ المدين يكون بسند رسمي [2- ص: 473-474] وبالتالي يكون لها تاريخ ثابت، واعتباراً من تاريخ التبليغ تعتبر الحوالة نافذة بالنسبة للمدين والغير، ويختلف الأمر بالنسبة لقبول المدين بالحوالة حيث أن القبول لا يشترط أن يكون بسند رسمي وبالتالي لا يشترط وجود تاريخ ثابت له واستناداً لذلك يكون تاريخ القبول هو تاريخ نفاذ الحوالة بمواجهة المدين (القابل)، أما بمواجهة الغير فلا يكون لقبول المدين أثر إلا عند إعطاء القبول تاريخاً ثابتاً أي أن الحوالة لا تكون نافذة بمواجهة الغير إلا من وقت اكتساب القبول تاريخاً ثابتاً¹³، وإن تبليغ المدين أو قبوله الحوالة ليست غاية بذاتها وإنما الغاية منها تحقيق مصلحة كل من المدين والمحال له والغير، فمصلحة المدين تتحقق عند علمه بالحوالة فيمتنع عن التعامل بالحق مع الدائن الأصلي ويصبح التعامل مع المحال له، ومصلحة المحال له تتحقق بصيرورته هو صاحب الحق الوحيد تجاه المدين وتجاه الغير، ومصلحة الغير تتجلى بشهر الحوالة حيث يمتنع بعد ذلك على الغير التعامل مع الدائن المحيل بهذا الحق، ولا يختلف قبول المدين للحوالة عن تبليغها إلا لناحية واحدة تتمثل بأنه حال قبول المدين الحوالة دون تحفظ فليس له بعد ذلك التمسك تجاه المحال له بالمقاصة التي كان له التمسك بها تجاه المحيل، في حين أن له

13- حيث نصت المادة 305/ قانون مدني على الآتي: "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها

المدين أو تبليغها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ."

التمسك بهذا الدفع حال تبليغه الحوالة¹⁴، وبالتالي وفقاً لما سلف فإن القبول لا يفيد أكثر من إقرار بعلم المدين بالحوالة فهو ليس طرفاً بالحوالة ولا يتوقف انعقادها على قبوله أو تبليغه.

وبنفاذها تجاه المدين يصبح المحال له هو الدائن الوحيد للمدين وليس للمدين بعد ذلك التعامل بالحق مع الدائن الأصلي أو الوفاء له، ويقصد بالغير في نطاق حوالة الحق هو كل شخص كسب حق على الحق المحال من جهة الدائن المحيل وتعارض هذا الحق مع حق المحال له، مثل محال له ثاني أو دائن المحيل إذا كان قد حجز على الحق المحال أو كان قد شهر إعسار أو إفلاس المحيل حيث يصبح دائنيه من الغير، وبنفاذها تجاه الغير يقدم المحال له على الأغير حال تزاممه معهم، ففي حال وقع حجز على الحوالة من قبل أحد دائني المحيل بعد نفاذ الحوالة بحق الغير فيقدم المحال له على الدائن الحاجز ويؤول الحق المحال خالصاً له على خلاف قبل النفاذ فتؤول حقاً خالصاً للدائن الحاجز.

2- آثار الحوالة: نتناول فيما يتعلق بآثار الحوالة العلاقات التي تترتب على أطرافها

أ- **علاقة المحال له بالمحيل:** سبق الإشارة إلى أن الحوالة عقد بين المحيل والمحال له وهي تتعقد بتوافق إرادتي الطرفين دون أن يعلق انعقادها على علم أو قبول المحال عليه، وبمجرد انعقادها تنتج آثارها بين المتعاقدين حيث ينتقل الحق المحال من المحيل إلى المحال له، وينتقل الحق كما هو بصفاته مدنياً أو تجارياً منتجاً للفوائد أم لا، وبما عليه من دفع حيث يمكن للمدين التمسك تجاه المحال له بذات الدفع التي كان من الممكن التمسك بها تجاه المحيل، وينتقل الحق بتوابعه من رهون وامتيازات وكفالات وسواءً أكانت الضمانات عينية أو شخصية، وتنتقل الكفالة الشخصية دون حاجة لرضاء الكفيل فهو كفيل للمدين ويبقى كفيلاً له ولا يضار من تغيير الدائن أسوة بالمدين فيما يتعلق بالكفالة، ويتعين إعلان الكفيل

14- حيث نصت المادة /٣٦٦/ قانون مدني على الآتي: " ١- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل.

٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن تبليغها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة."

بالحوالة فإذا لم يتم إعلام الكفيل بالحوالة ووفى الدين عن المكفول كان الوفاء صحيح ومبرراً لذمته، وكذلك تنتقل مع الحق الفوائد التي تكون قد ترتبت قبل الحوالة ولم تكون قد دفعت للدائن.

ويضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التي تصدر عنه وتؤدي إلى الانتقاص من الحق أو زواله وسواءً أكانت الحوالة بعوض أو بدون عوض، فيكون مسؤولاً إذا استوفى الحق من المدين أو تصرف به بعد الحوالة وقبل نفاذها وكذلك إذا تم الحجز الاحتياطي على الحق المحال كون سبب الحجز دين بذمة المحيل، ويشمل الضمان الحق وتوابعه، ويمكن اتفاق المحيل والمحال عليه على تشديد الضمان أو التخفيف منه، وفي حال كانت الحوالة بعوض يضمن المحيل وجود الحق وقت الحوالة وفي حال كانت بغير عوض فلا يضمن المحيل حتى وجود الحق.

ب- **علاقة المحال له بالمحال عليه:** تختلف علاقة المحال له بالمحال عليه تبعاً لما إذا كانت الحوالة نافذة بحق المحال عليه أم لا، الأمر الذي يتعين معه بيان العلاقة قبل نفاذ الحوالة بحق المحال عليه وبعدها.

- **علاقة المحال له بالمحال عليه قبل نفاذ الحوالة:** قبل نفاذ الحوالة بحق المحال عليه تكون الحوالة منعقدة بين المحيل والمحال له إلا إنها غير نافذة بحق المحال عليه ويكون تبعاً لذلك للمحال له أن يتخذ الإجراءات التحفظية ضماناً لحقه¹⁵، فله إلقاء الحجز الاحتياطي على الحق المحال وكذلك قطع التقادم وقيد رهن أو تجديد القيد، ويبقى المحال عليه مديناً للمحيل كون الحوالة غير نافذة بحقه وإذا كان لا يعلم بصدور الحوالة فله الوفاء للمحيل أو إجراء التقاص أو الإبراء وكل ذلك مع مراعاة حسن النية، أما إذا كان يعلم بالحوالة ولو لم يكن قد قبلها أو تبلغها أصولاً فيتعين عليه الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمحال له.

¹⁵ - حيث نصت المادة 306/ قانون مدني على الآتي: "يجوز قبل تبليغ الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه".

- **علاقة المحال له بالمحال عليه بعد نفاذ الحوالة:** بعد نفاذ الحوالة ينتقل الحق من المحيل للمحال له كما هو بذات خصائصه وصفاته تجارياً كان أم مدنياً منتجاً أم غير منتج للفوائد، وبذات توابعه من كفالات وتأمينات شخصية وعينية، وبذات الدفوع المتعلقة به فللمحال عليه أن يتمسك تجاه المحال له بالدفوع التي كان له التمسك بها تجاه المحيل وقت نفاذ الحوالة وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة، سواءً أكانت تتعلق بانقضاء الحق كبطلانه أو انفساخه فله التمسك بانقضائه سواءً بالوفاء أو التجديد أو المقاصة¹⁶ أو الإبراء أو اتحاد الذمة أو أي من أسباب الانقضاء أو بطلانه كما لو كان مصدره عقداً باطلاً أو قابلاً للإبطال أو للفسخ، ويحل المحال له محل المحيل، وتقطع علاقة المحال عليه بالمحيل وتصبح علاقته بالمحال له حيث يصبح هذا الأخير هو الدائن الوحيد للمحال عليه.

ت- **علاقة المحيل بالمحال عليه:** تتأثر أيضاً علاقة المحيل بالمحال عليه بنفاذ الحوالة وتمر بمرحلتين قبل وبعد نفاذ الحوالة.

- **علاقة المحيل بالمحال عليه قبل نفاذ الحوالة:** قبل نفاذ الحوالة يبقى المحيل هو الدائن للمحال عليه وله أن يطالب بالحق وله اتخاذ الإجراءات التحفظية فهو صاحب الحق تجاه المحال عليه وليس للأخير الامتناع عن الوفاء.

- **علاقة المحيل بالمحال عليه بعد نفاذ الحوالة:** بعد نفاذ الحوالة تنحصر العلاقة بين المحال له والمحال عليه ويصبح المحيل أجنبي فيما يتعلق بالحق المحال وليس له المطالبة بالحق أو اتخاذ إجراءات تحفظية أو التصرف به، فالحق أصبح ملك للمحال له.

16- مع مراعاة ما سبق بيانه لجهة أثر قبول الحوالة على الحق بالتمسك بالمقاصة.

ثالثاً - الحلول:

يقصد بالحلول قيام شخص غير المدين بوفاء الدين للدائن وحلوله محل الدائن، بحيث يصبح هو الدائن، وللحلول مصدرين إما قانوني في حالات معينة حددها القانون¹⁷ أو اتفاقي وتكون إما باتفاق الموفي مع الدائن أو باتفاق الموفي مع المدين¹⁸، وما يهمننا في هذا المجال هو الحلول الإتفاقي الذي يتم باتفاق الموفي مع الدائن، ونتناول في البحث شروط هذا الحلول وآثاره.

1- شروط الحلول باتفاق الموفي مع الدائن: يشترط لهذا الحلول شرطين أولهما اتفاق الموفي مع الدائن والثاني عدم تأخر الاتفاق على الحلول عن الوفاء.

أ- اتفاق الموفي مع الدائن: إذا أراد شخص وفاء دين بذمة غيره والحلول محل الدائن فيتعين عليه الاتفاق إما مع المدين أو مع الدائن، ويكون على الدائن في هذه الاتفاق مع الموفي على حلول الموفي محل الدائن في استيفاء الدين من المدين، ولا يضار الدائن من هذا الحلول، بل يستوفي حقه بوقت الحلول، ولا يكون المدين طرفاً في هذا الاتفاق بل يمكن أن يكون هذا الاتفاق بالرغم عن إرادته سيما أن فائدته محققة من هذا الوفاء.

ب- عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء: لا يجوز تأخير الاتفاق على الحلول عن الوفاء وإن كان يجوز أن يكون سابقاً عليه، وغالباً ما يكون الاتفاق على الحلول والوفاء في وقت واحد حيث يتم الاتفاق على الوفاء مع الحلول، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتم الاتفاق على الحلول وبعد ذلك يتم الوفاء، إلا أن الذي لا يجوز

17- حيث نصت المادة /٣٢٥/ قانون مدني على الآتي: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي

استوفى حقه في الأحوال الآتية: أ- إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.

ب- إذا كان الموفي دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني، ولو لم يكن للموفي أي تأمين.

ج- إذا كان الموفي قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم.

د- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول."

18 - حيث نصت المادة /٣٢٧/ قانون مدني على الآتي: "يجوز أيضاً للمدين إذا اقتضى مالا ووفى به الدين أن يحل

المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو بغير رضاه هذا الدائن، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد

خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد."

هو أن يكون الاتفاق على الحلول لاحق للوفاء بالدين لما لذلك من فتح لباب التحايل وإضراراً بالغير.

2- آثار الحلول باتفاق الموفي مع الدائن: يترتب على الحلول آثار تتعلق بالحق محله وتوابعه وملحقاته.

أ- انتقال الحق: يختلف الحلول عن التجديد بأنه بالتجديد ينقضي الالتزام القديم ويحل محله التزام جديد، في حين أنه بالحلول لا ينقضي الالتزام ولا ينشأ التزام جديد يحل محل الالتزام القديم، وإنما يحل الموفي محل الدائن بذات الحق المترتب للدائن بذمة المدين.

ب- خصائص الحق وملحقاته: ينتقل حق الدائن للموفي بما له من مقومات وخصائص، فإذا كان تجارياً ينتقل كذلك، وأيضاً يبقى خاضعاً لذات نظام التقادم ويرتّب ذات الفوائد، وينتقل بما له من تأمينات عينية أو شخصية وسواءً أكانت مقدمة من المدين نفسه أم من الغير، وكذلك ينتقل بما يرد عليه من دفع كالدفع بالبطان والانعضاء ما لم يكن مرده واقعة تتعلق بشخص الدائن كالتقصر حيث يزول الحق بالدفع حال كون الموفي كامل الأهلية [2- ص: 691].

المطلب الثاني - التكيف القانوني للتداول:

بعد بيان ماهية عملية تداول الأوراق المالية من خلال تعريفها وبيان خصائصها وشروطها وآثارها وبيان شروط وآثار الأنظمة المشابهة، لابد من بيان مدى إمكانية اعتبار تداول الأوراق المالية إحدى الأنظمة القانونية القائمة التي نظمها القانون المدني وبين خصائصها وأركانها وشروطها أم أنها نظام قانوني خاص له شروط وآثار خاصة تميزه عن غيره من الأنظمة القائمة وفقاً للآتي:

أولاً- تداول الأوراق المالية والتجديد بتغيير الدائن:

يذهب جانب من الفقه لاعتبار التداول ما هو إلا تجديد للدائن بتغيير الدائن [6- ص: 82]، إلا أننا ومن خلال مقارنة شروط وآثار التجديد بتغيير الدائن مع شروط وآثار تداول الأوراق المالية، نجد وإن كانت تتفق معها لجهة تغيير الدائن بالنسبة للمدين بالتجديد وبالنسبة للجهة المصدرة بالتداول، إلا أنها تختلف عنها بالشروط والآثار، حيث يتطلب التجديد بتغيير الدائن وجود التزامين مختلفين واتفاق الأطراف الثلاثة، في حين أن التداول لا يشترط التزامين وينعقد وينفذ باتفاق بين مالك الورقة المالية القديم والمالك الجديد دون أن يكون انعقاده أو نفاذه معلقاً على رضا أو قبول الجهة المصدرة، وكذلك بالنسبة للآثار فإن التجديد يؤدي لزوال الالتزام القديم ونشوء التزام جديد مستقل عن الأول وإن انتقال التأمينات من الالتزام القديم للجديد هو استثناء، في حين أن الالتزام بالتداول يبقى بذاته وينقل من المالك القديم للمالك الجديد ويبقى محتفظاً بضماناته ومزاياه كافة، ونجد مما سبق عدم إمكانية اعتبار التداول هو مجرد تجديد للدائن بتغيير الدائن.

ثانياً- تداول الأوراق المالية وحوالة الحق:

من خلال مقارنة شروط وآثار الحوالة مع شروط وآثار التداول نجد أن الحوالة تتعقد باتفاق المحيل والمحال له إلا أنها لا تنفذ بحق المدين والغير إلا بتبليغها للمدين أو قبولها، في حين أن التداول يتم باتفاق المالك القديم والمالك الجديد دون حاجة لتبليغ المدين أو قبوله، وهو ما سبق بيانه في تعريف التداول بأنه التنازل عن الأوراق المالية دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني، أما بالنسبة للآثار فإن التداول أسوة بالحوالة لا يؤدي إلى انقضاء حق ونشوء آخر وإنما ينتقل الحق ذاته من الدائن القديم للدائن الجديد بصفاته وخصائصه كافة، إلا أن الاختلاف بين كلا النظامين يتمثل بالدفع التي يحق للمدين التمسك بها تجاه الدائن الجديد، حيث أنه في الحوالة يحق للمدين التمسك تجاه المحال له بالدفع كافة التي يجوز له التمسك بها تجاه الدائن القديم في حين أنه في التداول لا يحق للجهة المصدرة التمسك تجاه المالك الجديد بالدفع التي له تجاه المالك القديم ما لم تكن تتعلق بعيب شكلي واضح في ذات الصك،

ونتيجة للفروق بين النظامين لجهة الإجراءات والآثار يتعذر معه اعتبار التداول مجرد حوالة حق.

ثالثاً- تداول الأوراق المالية والحلول:

من خلال مقارنة شروط وآثار الحلول بتغير الدائن مع شروط وآثار التداول، نجد تشابه كبير بين النظامين سواء لجهة الشروط كون كلاهما يتم باتفاق بين الدائن القديم والجديد دون الحاجة لقبول أو إعلان المدين، وكذلك وجود تشابه لجهة الآثار حيث أن الحق المترتب بذمة المدين ينتقل كما هو من الدائن القديم للدائن الجديد فلا ينقضي ولا ينشأ التزام جديد وكذلك ينتقل الحق بصفاته وخصائصه كافة، إلا أن الفارق بين التداول والحلول يتمثل بالدفع التي يحق للمدين التمسك بها حيث أنه بالحلول يحق للمدين التمسك تجاه الدائن الجديد بالدفع التي كانت له تجاه الدائن القديم مع مراعاة ما سلف لجهة نقص أهلية الدائن القديم، في حين أنه في التداول لا يحق للجهة المصدرة التمسك تجاه المالك الجديد بالدفع التي له تجاه المالك القديم ما لم تكن تتعلق بعيب شكلي واضح في ذات الصك، حيث نجد من ذلك وبالرغم من التشابه الكبير بين كلا النظامين إلا أن فرقاً جوهرياً يميز التداول عن الحلول، الأمر الذي يتعذر معه اعتبار التداول مجرد حلول.

رابعاً- تداول الأوراق المالية نظام قانوني خاص:

من خلال بيان شروط وآثار التداول وشروط وآثار الأنظمة المشابه وبيان أوجه الشبه والاختلاف بين كل من التداول والأنظمة المشابهة، نجد أن تداول الأوراق المالية نظام قانوني خاص أوجدته ضرورات الحياة التجارية وما تتطلبه من سرعة وثقة يتم من خلاله تنازل مالك الورقة المالية عن الورقة والحق الثابت بها بالطرق التجارية وبإجراءات مختلفة عن تلك التي تحكمها القوانين المدنية وبشكل يتناسب مع متطلبات الأعمال التجارية وتنظيمها قوانين الأسواق المالية والقوانين التجارية، وتترتب عليها آثار مختلفة عن التي ترتبها الأنظمة المشابهة تتناسب مع متطلبات الأعمال التجارية.

الخاتمة:

تلعب عملية تداول الأوراق المالية دور هام في تنشيط السوق المالية وفي الحياة الاقتصادية، ونتيجة لذلك ولتمكين هذه العملية من القيام بدورها تم تنظيمها بإجراءات مبسطة تخرج عن تعقيد الإجراءات المدنية، وبعد بيان شروط وآثار التداول ومقارنة مع شروط وآثار الأنظمة المشابهة وبيان مدى تشابه عملية التداول مع الأنظمة المذكورة وبيان مواطن الاختلاف، تبين عدم إمكانية تأصيل عملية التداول وردها لأي من الأنظمة المذكورة وذلك لوجود نقاط اختلاف جوهرية بين عملية التداول والأنظمة المذكورة، وأن عملية التداول هي نظام قانوني مستقل له شروط وآثار خاصة تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية.

نتائج البحث:

- 1- تداول الأوراق المالية نظام قانوني مستقل له إجراءات خاصة وتترتب عليه آثار مختلفة أفرزتها تطورات الحياة الاقتصادية والتجارية.
- 2- يتشابه نظام التداول من الناحية القانونية بعدة أنظمة قانونية منها التجديد وحوالة الحق والحلول سواءً من حيث الإجراءات أو من حيث الآثار.
- 3- توجد نقاط اختلاف بين نظام التداول والأنظمة المشابهة تحول دون إمكانية تطبيق القواعد المتعلقة بالأنظمة المذكورة على عمليات التداول.
- 4- نظم المشرع السوري إجراءات تداول الأوراق المالية بشكل دقيق من خلال سوق الأوراق المالية وبواسطة شركات مختصة من أصحاب الخبرات من خلال القوانين والأنظمة الناظمة لعمل سوق الأوراق المالية.

مقترحات البحث:

- 1- ضرورة وضع تنظيم قانوني دقيق لعملية تداول الأوراق المالية يتضمن تحديد الملامح القانونية للعملية.
- 2- ضرورة اتصاف إجراءات تداول الأوراق المالية باليسر والبعد عن تعقيد الإجراءات بما يسهل عملية التداول ويحقق الغاية المرجوة منه.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

- 1-الحكيم، جاك يوسف. (٢٠٠٧). الشركات التجارية. ط: الأولى. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق.
- 2-السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (٢٠٠٩). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء. ط: ثلاثة جديدة. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية.
- 3-عبد الرحيم، ثروت. (2000). شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول. ط: ثلاثة. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.
- 4-فضلي، هشام. (2005). تداول الأوراق المالية والقيود في الحساب، دراسة قانونية مقارنة في نظام الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية. ط: الأولى. الإسكندرية: مصر. دار الجامعة الجديدة للنشر.
- 5-كنعان، علي. (٢٠٠٨-٢٠٠٩). الأسواق المالية. طبعة غير مذكورة. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق كلية الاقتصاد.
- 6-مولود، عبد الباسط كريم. (٢٠٠٩). تداول الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة. ط: أولى. المدينة: البلد غير مذكورين. منشورات الحلبي الحقوقية.

ثانياً: رسائل الدكتوراه

7- الطحان الزعيم، هيثم. (٢٠١٣)، أدوات سوق الأوراق المالية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق: سورية.

ثالثاً: المجلات

8- مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، العدد الثاني والعشرين، لعام (2016). واسط- العراق.

رابعاً: القوانين

- 1- القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٤٩.
- 2- قانون التجارة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /١٤٩/ لعام ١٩٤٩.
- 3- قانون التجارة رقم /٣٣/ لعام ٢٠٠٧.
- 4- قانون سوق الأوراق المالية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٥٥/ لعام ٢٠٠٦.

خامساً: الأنظمة

- 1- نظام إصدار وطرح الأوراق المالية الصادر بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم /٣٩٤٥/ تاريخ ٢٨/٠٨/٢٠٠٦.
- 2- نظام قواعد التداول الصادر عن مجلس إدارة السوق بالقرار رقم /٣٢٤/ تاريخ ٠٥/٠٣/٢٠٠٩.
- 3- تعليمات التداول في سوق دمشق للأوراق المالية الصادرة بالقرار رقم /٣٢٥/ تاريخ ٠٥/٠٣/٢٠٠٩.
- 4- نظام التعامل بين الوسطاء وعملائهم الصادر عن مجلس مفوضي هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية برقم /68/ تاريخ 2009/5/25.

المسؤولية الجزائية لمتسلم الحدث

دراسة مقارنة

الباحثة : ريم قاسم الأحمد

كلية: الحقوق - جامعة: دمشق

الملخص

يشكل هذا الموضوع أهمية كبيرة كونه يعالج أمراً يثير كثيراً من اللبس والغموض خصوصاً فيما يتعلق بمبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة ، عندما يعاقب القانون متسلم الحدث عن فعل الحدث الذي كان تحت رقبته خلال فترة التسليم ، كفعل مستقل عن فعل الحدث الجانح ، لذلك جاء هذا البحث ليؤكد استقلالية الفعل المرتكب من قبل متسلم الحدث عن فعل الحدث الجانح . فإهمال المتسلم رعاية الحدث ومراقبته خلال فترة التسليم والذي كان سبباً أساسياً في جنوحه هو موضوع التجريم وعلته ، وبالتالي يكون للفعل المرتكب من قبل المتسلم استقلالية كاملة عن فعل الحدث الذي سلم له لفترة معينة.

Criminal responsibility of the guardianship a minor comparative study

Reem kasem alahmed

The abstract

The subject of this research has a paramount importance ,dealing with the issue that raises legal problems and in particular the principle of personality of the punishment since the law when punishes the person in whose guardianship the minors enters for an criminal act attributed to the minor the law does not punish him for the criminal act of the minor but for the negligence committed by him in his guardianship .the recent research is assuring the independency of the act of the minor from the negligence in the guardianship committed by the receiver of the minor; the negligence of the minor receiver in looking after the minors is the main cause that lead to deviation of the minor and the punishment imposed by the criminal law.

مقدمة :

عرفت المادة الأولى من قانون الاحداث الجانحين السوري الحدث بأنه كل ذكر أو انثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره وقد نظم القانون أوضاع وتدابير للأحداث الجانحين حين يرتكبون فعلاً يستوجب العقاب ، ويعتبر التسليم واحداً من اهم التدابير التي تتخذ بحق الاحداث الجانحين ، عندما يرتكب الحدث فعلاً يستوجب العقاب ، يكمن الغرض من وراء فرض التسليم مراقبة سلوك الحدث والحيلولة دون عودته إلى الجريمة مرة اخرى ، مع بقاءه في محيطه الطبيعي بعيداً عن جو الاصلاحات وما ينطوي عليها من مخاطر نتيجة الاختلاط بغيره من الاحداث .

يعمل على حسن تطبيق هذا التدبير مراقب السلوك الذي تكلفه وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل لمراقبة تربية الحدث وتقديم التوجيهات والإرشادات له وللقاتمين على تربيته ويرفع تقريراً عن حالة الحدث الموضوع تحت مراقبته وعن سلوكه وتأثير المراقبة عليه إلى محكمة الأحداث شهرياً .

اهمية البحث:

تأتي اهمية البحث من اهمية هذا التدبير في منع الحدث من الانحراف مجدداً وابعاده عن طريق الجريمة بعدم وضعه في مركز للإصلاح فمن شأن ذلك ابقاء الحدث بين ذويه واصدقائه وفي مدرسته وعمله، اضافة الى ذلك خلق نوع من التعاون بين المحكمة وبين الجهة المسلم إليها الحدث بعد أن تتعهد بالمحافظة عليه وابعاده عن طريق الانحراف والجنوح وتقديمه إلى المحكمة أو أي جهة ذات علاقة كلما طلب منها ذلك ، مع العلم أن المحكمة تلجأ إلى فرض هذا التدبير عندما لا يشكل الفعل المقترف جرماً خطيراً على أمن المجتمع .

اشكالية البحث:

تكمن اشكالية البحث في مدى مسؤولية الجهة التي تتسلم الحدث في الوقت الذي يقترف فيه الحدث فعلاً جرمياً خلال فترة التسليم وكان عائداً إلى إهمال من قبل متسلم الحدث، بعد أن تعهد أمام المحكمة برعاية الحدث ومراقبته ضامناً حسن سلوكه خلالها .

منهج البحث:

يقوم منهج البحث على استقراء النصوص القانونية والقواعد العامة المعمول بها في القانون السوري وقوانين الاحداث الاخرى بغية معرفة الاجراءات والقواعد التي تحكم كل منها في دراسة مقارنة لما هو مقنن تشريعياً حول هذا الموضوع.

خطة البحث:

سوف تتم الدراسة وفق المخطط التالي :

المبحث الأول : ماهية مسؤولية متسلم الحدث الجزائية

المطلب الأول: الاساس القانوني لمسؤولية متسلم الحدث الجزائية

المطلب الثاني: التمييز بين مسؤولية متسلم الحدث ومسؤولية الأولياء

المطلب الثالث: الغاية من معاقبة متسلم الحدث

المبحث الثاني : الجهة التي تتسلم الحدث لضمان حسن سلوكه لفترة محددة

المطلب الأول: الجهة التي تتسلم الحدث

المطلب الثاني: التعهد بحسن سلوك الحدث لمدة محددة

المطلب الثالث: التنظيم التشريعي لمسؤولية متسلم الحدث الجزائية

المبحث الأول

ماهية مسؤولية متسلم الحدث الجزائية

حتى يكون الإجراء المتخذ بحق متسلم الحدث سليماً من الناحية القانونية بحيث لا يشكل خرقاً للمبادئ التي استقر عليها القانون الجزائي ، ينبغي بيان الأساس القانوني لمسؤولية متسلم الحدث، من خلال دراسة الآراء التي قيلت بهذا الصدد مع بيان الرأي الذي أخذ به المشرع كأساس للمعاقبة مع التمييز بين مسؤولية الولي ومسؤولية متسلم الحدث التقاءً وتقاطعاً، وبيان الغاية الأساسية التي دفعت المشرع إلى تقرير هذه المسؤولية من خلال هذا البحث الذي قسم إلى ثلاث مطالب

المطلب الأول_ الأساس القانوني لمسؤولية متسلم الحدث الجزائية:

أنه لمن الأهمية بيان الأساس القانوني في هذا الموضوع ، عندما يعتقد البعض بأنه يمثل خرقاً وانتهاكاً للمبادئ القانونية التي استقر عليها القانون الجزائي والمتمثلة بشخصية المسؤولية و العقوبة. لهذا تعددت الآراء حول الأساس القانوني لمسؤولية متسلم الحدث الجزائية، فالبعض يذهب إلى اعتبارها مسؤولية جنائية عن فعل الغير ، في حين البعض الآخر يرى بأنها مسؤولية شخصية ، واستناداً إلى هذه الآراء قسمنا هذا المطلب إلى أولاً المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، وثانياً بيان المسؤولية الشخصية لمتسلم الحدث.

اولاً_ المسؤولية الجنائية عن فعل الغير :

من المبادئ المُسلم بها في التشريعات الجزائية ، أن المسؤولية الجزائية شخصية ، وإن العقوبة لا توقع إلا على من ترتبت عليه هذه المسؤولية كفاعل أو شريك في ارتكاب الجريمة ، ولكن هذا المبدأ غير مطلق إذ ترد عليه في بعض القوانين استثناءات منصوص عليها لحالات معينة تنقرر فيها المسؤولية عن فعل الغير ، بحيث يُسأل الشخص عن جريمة لم يرتكبها أو يشارك فيها ، وهي حالات استثنائية لا يجوز القياس

عليها ، قد ينص عليها قانون العقوبات أو القوانين الأخرى ذات الصلة كالقوانين الاقتصادية [1].

والمسؤولية عن فعل الغير نوعاً من المسؤولية المفترضة ولكن هذا الافتراض القانوني ليس قرينة قاطعة وإنما يجوز إثبات العكس ، إذا تمكن المتهم إثبات عدم استطاعته الحيلولة دون وقوع الجريمة ، بسبب القوة القاهرة أو الحادث الطارئ أو الإكراه المادي أو المعنوي [2].

وبهذا الصدد قيلت عدة آراء بشأن التكييف القانوني للمسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، أرجحها يرى بأن هذه المسؤولية تقوم على مخالفة شخص واجب يفرضه القانون للقيام برقابة نشاط أفراد تولى الإشراف عليهم للحيلولة دون وقوع النتيجة الجرمية ، وقيام جريمة ركنها المادي هو الامتناع ، وركنها المعنوي هو القصد الجنائي إذا كانت إرادة الشخص قد اتجهت إلى تعمد الإخلال بهذا الواجب ، أو الخطأ غير العمدي إذا كانت إرادته لم تتجه إلى الإخلال بهذا الواجب ، وإنما لسلوكه المشوب بخطأ غير عمدي سبب النتيجة الجرمية التي وقعت [3] .

ولهذا أعتبر أصحاب هذا الاتجاه مسؤولية متسلم الحدث مبنية على أساس المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، وذلك لأن المتسلم يسأل نتيجة لجرم ارتكبه الحدث الذي هو تحت رعايته قانوناً وليس نتيجة خطأ شخصي من قبل متسلم الحدث . فالمتسلم وفقاً لهذا الاتجاه يكون مسؤولاً استناداً إلى هذه المسؤولية عندما يمتنع عن الرقابة والإشراف وبذل الجهود لرعاية الحدث والتي تحول دون الانزلاق في طريق الجريمة [4].

¹ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثامنة ، القاهرة ، 1983 ، ص 441.

² . محمود عثمان الهمشري ، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1969 ، ص 444.

³ . أكرم نشأت إبراهيم ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطبعة الفتیان ، الطبعة الأولى ، بغداد ، 1998 ، ص 295.

⁴ Catherine Elliott and Frances Quinn , **English Legal system** , sixth Edition , pearson Longman, London , 2002 , p404 .

إلا أن البعض أنكر على أصحاب هذا الاتجاه وجود هكذا نوع من المسؤولية لأسباب عديدة ، أولها أن مسؤولية متسلم الحدث الجنائية تتعارض مع مبدأين أساسيين في القانون الجزائي وهما شرعية وشخصية الجرائم والعقوبات ، مضافاً إلى ذلك أن البعض يذهب إلى القول بإنكار وجود المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ويقصرها على القانون المدني وحتى في حالة وجودها فإنها تكون ذات طابع استثنائي لتعارضها مع المبادئ الأساسية فيجب عدم التوسع في الأخذ بها

والذي نراه أن المسؤولية التي يتحملها متسلم الحدث ليست مسؤولية جزائية عن فعل الغير وإن اتحدتا في علة التجريم ، بقدر ما هي مسؤولية قائمة بذاتها وهذا ما أكده المشرع الجزائي حيث لم تعتبر تشريعات الأحداث مسؤولية متسلم الحدث مسؤولية جزائية عن فعل الغير .

ثانياً_ مسؤولية متسلم الحدث مسؤولية شخصية:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار مسؤولية متسلم الحدث الجزائية بأنها مسؤولية شخصية ولا تمت بصلة للمسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، وبالتالي فإن مسؤولية متسلم الحدث عن جنوحه لا تعد استثناءً من مبدأ شخصية الجرائم والعقوبات وذلك لأن القانون لا يلقي عبء الجريمة التي تقع من الحدث على عاتق من تسلمه والتزم بحسن سلوكه ، وإنما الحدث وحده الذي يعاقب عليها ، وتختلف مسؤوليته تبعاً لنوع الجريمة وخطورتها ، وإنما يعتبر القانون أن وقوع الجريمة من الحدث إخلال من قبل متسلم الحدث بالتعهد المقدم من قبله بالمحافظة على حسن سلوك الحدث ، وهذا الإخلال يكون جريمة على حده لها شروطها الخاصة وعقوباتها الخاصة [5].

فأصحاب هذا الاتجاه يقررون أن هذه المسألة المتمثلة بمسؤولية متسلم الحدث تكشف عن مشكلة على جانب كبير من الأهمية تتمثل بإهمال متسلم الحدث الواجبات التي فرضها القانون ، وهي واجب الحرص التام على الحدث ومراقبته والإنفاق عليه عندما

⁵علي عبد الواحد راضي ، المسؤولية والجزاء ، دار النهضة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1963 ، ص70.

يقرر القانون ذلك ووقايته من الانزلاق في الجنوح، لأن إهمال متسلم الحدث وعودته للجنوح لا يقل أهمية عن إهمال الموظف في أدائه لواجباته ، فالإهمال الحاصل من قبل الجهة التي تسلمت الحدث هو موضوع التجريم وعلته^[6].

ونظراً لأهمية هذه المشكلة وما تشكله من خطر على الأحداث نصت القوانين على ترتيب المسؤولية نتيجة هذا الإهمال ، حيث تتقرر مسؤولية الجهة التي تتسلم الحدث في حال تقصيرها تقصيراً يؤدي إلى جنوح الحدث . وتقوم هذه المسؤولية على الإخلال بقاعدة أساسية تتمثل بالتزام متسلم الحدث^[7] خلال فترة التسليم بحسن سلوك الحدث بالشكل الذي يحول بينه وبين الانزلاق في مسرح الجريمة ، وإقرار هذه المسؤولية - كما ألمحنا - لا يمس بمبدأ شخصية العقوبة ، فالحدث يُسأل عن فعله الجانح والمتسلم يُسأل عن فعله المتمثل بالإهمال في رعاية الحدث خلال مدة التعهد بحسن السلوك^[8].

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك اختلاف أيضاً في نوع الإهمال الذي يُسأل على أساسه ، حيث ذهب رأي إلى القول بأن مسؤولية متسلم الحدث مبنية على الإهمال المفترض ، أي قابل لإثبات العكس من جانب المتهم المفترض الإهمال في حقه سواء قرر ذلك القانون صراحة أم لم يقرر ، لأن قانون العقوبات لا يعرف المسؤولية عن أمر لا يكون المسؤول قد سببه^[9].

وأهم ما يميز هذا الاتجاه أنه اشترط لتوقيع العقاب على المتسلم أن يكون قد أهمل أحد واجباته ، وأن يكون هذا الإهمال هو الذي تسبب في ارتكاب الحدث جريمة معينة . فإذا

⁶ منذر كمال عبد اللطيف ، السياسية الجنائية في قانون العقوبات العراقي ، دار الأديب البغدادية للطباعة ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 1979 ، ص 123 .

⁷ . منذر كمال عبد اللطيف ، الأحكام العامة في قوانين الأحداث العربية ، المكتب العربي لمكافحة الجريمة ، بغداد ، 1982 ، ص 72 .

⁸ . واثبة السعدي ، تحليل قانون رعاية الأحداث من الزاوية التطبيقية ، مجلة الحقوقي ، الأعداد 1 - 4 ، السنة السادسة عشرة ، 1984 ، ص 85 .

⁹ . رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، دار المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 1968 ، ص 874 .

استطاع المتسلم أن ينفي تحقق الإهمال أو أن يثبت أن الجريمة أو التعرض للانحراف كان لا بد واقعاً ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية انتفتت المسؤولية^[10].

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن هذا النوع من المسؤولية لا يتطلب إثبات الإهمال من جانب المتسلم في مراقبته للحدث ، كما أن المسؤولية لا تنتفي إذا ثبت أنه قد أحسن المراقبة إلا في حالة ما إذا أثبت أن القوة القاهرة حالت بينه وبين المراقبة لم يعد هناك وجه لمساءلته ^[11] .

ومن الجدير بالذكر أن قانون الاحداث الجانحين السوري وقوانين الأحداث العربية اشترطت لقيام مسؤولية متسلم الحدث أن يثبت أن جنوح الحدث عائداً بالأساس إلى إهمال من قبل متسلمه ^[12] وبالتالي لا يجوز مساءلته عندما ينتفي إهماله في أداء الواجب المفروض عليه ، وهو مراقبة الحدث ورعايته وضمن حسن سلوكه خلال فترة التسليم . وهذا يعني أن الاتجاه الأول هو الذي أخذت به المشرع السوري و قوانين الأحداث العربية ، فلا يمكن فرض الجزاء إلا بوقوع الإهمال من قبل متسلم الحدث .

لذا بات منطقياً أن يتحمل متسلم الحدث هذه المسؤولية عما ارتكبه من أفعال محرمة تتمثل بالإهمال في الواجب القانوني الذي ألزمهم به المشرع بغض النظر عن سلوك الحدث ، وبهذا نكون قد رفعنا الالتباس بتوكيد مبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة ، بالفصل بين فعل الحدث وفعل متسلمه .

وقد أراد المشرع الجزائري أن يخلق بهذه المسؤولية دافعاً لدى متسلم الحدث إلى أداء واجباته ، فيكون من شأن ذلك تقويم سلوك الحدث والحيلولة بينه وبين الإجراء المتخذ

¹⁰ د . علي محمد جعفر ، الأحداث الجانحون ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 1984 ، ص 255.

¹¹ د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، النظرية العامة للجريمة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة، 1982 ، ص519.

¹² راجع المادة (23) من قانون الأحداث الأردني والمادة (9) من قانون الأحداث السوري والمادة (113) من قانون الطفل المصري ، والمادة (20) من قانون الأحداث البحريني ، والمادة (39) من قانون الأحداث لدولة الإمارات العربية ، المادة (151) من قانون العقوبات الليبي ، والمادة (481) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري ، والمادة(75) من قانون رعاية الأحداث العراقي.

صورة الجنوح ، وهذه المسؤولية ركنها المعنوي الخطأ والمتخذ صورة الإهمال ، وهي تقوم من باب أولى إذا اتخذت صورة تعمد المتسلم الإخلال بواجباته ، أما إذا تعمد دفع الحدث إلى ارتكاب الجريمة طبقت قواعد المساهمة الجنائية^[13] .

وعلى ضوء ما بيناه آنفاً يمكن القول أن المسؤولية التي تقع على عاتق متسلم الحدث لا تعتبر خرقاً لمبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة ، حيث يبرر ذلك مصلحة المجتمع والتي تتحقق بعدم اقتصار العقاب على مرتكب الجريمة كفاعل أو شريك ، وإنما يجب أن يتقرر العقاب أيضاً لمن له حق الرقابة والإشراف للحيلولة دون وقوع الجريمة بمقتضى تعهده بحسن سلوك الحدث خلال فترة معينة ، فعندما يثبت إهماله تنقرر عندها المسؤولية بناءً على هذا الإهمال .

المطلب الثاني _ التمييز بين مسؤولية متسلم الحدث ومسؤولية الأولياء :

ثمة من يخلط بين مسؤولية الأولياء عن جنوح أبنائهم ومسؤولية الجهة التي تتسلم الحدث، فقوانين الأحداث تتولى بيان هذه المسؤولية مع التركيز على استقلالية كل منهما، رغم نقاط الالتقاء التي تجمع بينهما في كثير من المواضع .

لذلك ارتأينا التمييز بين المسؤوليتين من خلال بيان نقاط التشابه والاختلاف بينهما ، لهذا قسمنا هذا المطلب إلى ، أولاً أوجه الشبه بين المسؤوليتين ، وثانياً أوجه الاختلاف .

أولاً_ أوجه الشبه بين المسؤوليتين :

فيما يتعلق بأوجه الشبه التي تجمع بين المسؤوليتين ، هي أن كل من الولي ومتسلم الحدث يسألان عن جنوح الأحداث أو انحرافهم بسبب إهمال كل منهما القيام بالواجبات التي فرضها القانون ، والمتمثلة بمراقبة الأحداث وضمان حسن سلوكهم بالشكل الذي يحول دون جنوحهم ، لذلك فالتكليف القانوني الذي ينطبق على الحالتين هو إهمال ولي

¹³ د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، 1989، ص 959 .

الحدث أو متسلمه والنتائج عنه جنوح الحدث ، ولا مجال للقول بأنه مسؤولية عن فعل الغير ، وهذا ما أكده المشرع السوري و قوانين الأحداث ، فمثلاً عند العودة إلى قانون الأحداث الجانحين السوري ، اشترط لقيام مسؤولية ولي الحدث هو أن يكون جنوح الحدث عائداً إلى إهمال من قبل وليه [14]

فعندما لا يتوافر هذا الشرط فلا يمكن مساءلة ولي الحدث عن جنوح أبنائه ، كذلك الحال في مسؤولية متسلم الحدث فلا تنهض إلا إذا كان جنوح الحدث عائداً إلى إهمال من قبل متسلمه خلال فترة التسليم [15]

إذن نقطة الشبه الأولى التي تجمع بين المسؤوليتين ، أن يكون الجنوح عائداً إلى إهمال من قبل ولي الحدث أو متسلمه ، فعدم التزام الأولياء بتربية ونشأة أطفالهم بشكل يضمن سلامة سلوكهم من الانحراف هو الذي يترتب هذه المسؤولية ، وإهمال متسلم الحدث وإغفاله الدور الذي أناطه به القانون مما نتج عنه جنوح الحدث ، هو الذي جعله يسأل نتيجة لهذا الإهمال ، وكما أوضحنا التشريعات تُعاقب بناءً على الإهمال الحاصل من قبل ولي الحدث أو متسلمه.

أما نقطة الالتقاء الأخرى فتتمثل باستقلالية الفعل المقترف من قبل الأولياء أو متسلم الحدث عن فعل الحدث الجانح ، فأما الولي أو متسلم الحدث فإنهما يُسألان عن إهمال نتج عنه جنوح الحدث من خلال إغفال الرقابة وعدم ضمان حسن سلوكه ، بينما الحدث فيُسأل عن فعله الجانح بمعزل عن فعل الجهة التي كانت سبباً في جنوحه ، وهذا المبدأ هو الذي يبرر عدم المساس بمبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة ، فكل جهة تُسأل بمعزل عن أفعال الجهات الأخرى .

من كل ما تقدّم يبدو واضحاً أن الأساس القانوني الذي يعتبر أساساً لمساءلة كل من ولي الحدث ومتسلمه هو المسؤولية الشخصية الناتجة عن الإهمال المترتب عليه جنوح الحدث وانحرافه ، مع ضمان استقلالية فعل تلك الجهات الذي أخذ وصف الإهمال بعيداً

¹⁴ راجع الفقرة أ من المادة 9 من قانون الأحداث الجانحين السوري.

¹⁵ راجع المادة 14 من قانون الأحداث الجانحين السوري.

عن فعل الحدث الجانح والذي يُسأل عنه كفعل مستقل يقرر له القانون تدبيراً معيناً ينسجم مع طبيعة ذلك الفعل المقترف .

ثانياً_ أوجه الاختلاف بين المسؤوليتين:

على الرغم من نقاط الالتقاء التي تجمع بين المسؤوليتين ، فهناك مواضع عديدة تتقاطع فيها هاتين المسؤوليتين . فنقطة الاختلاف الأولى تتعلق بالشخص الذي يتعرض للجرح والانحراف ، والذي يكون تحت مراقبة ولي الحدث أو متسلمه ، فعند العودة إلى قانون الأحداث الجانحين السوري فإنه يعاقب بغرامة من 100_ 300 ليرة سورية على ولي الحدث إذا تبين لها أن جنوح الحدث ناجم عن إهماله [16] .

وهذا يعني أن القانون يعاقب الولي عندما يهمل تربية الصغير أو الحدث ، ويُعرف الحدث بـ (كل ذكر أو انثى لم يتم الثامنة عشر من عمره) [17] .

تأسيساً على ما تقدّم أن الأولياء يسألون عن كل من الأحداث الذين هم دون سن المسؤولية الجزائية ، والحدث الذي أكمل السابعة من عمره ولم يكمل الثامنة عشرة ، والذي تكون مسؤوليته بحكم القانون مسؤولية مخففة أو لا تقوم عليه المسؤولية ابداً .

أما مسؤولية متسلم الحدث فتقتصر على الحدث بعد سن السابعة من عمره ولا تمتد إلى الحدث دون سن السابعة من عمره ، وذلك لأنه لا تقام الدعوى الجزائية بحقه مطلقاً استناداً إلى هذا القانون حيث نصّ على (لا يلاحق جزائياً الحدث الذي لم يتم السابعة من عمره حين ارتكاب الفعل) [18] .

في حين أن الحدث تفرض عليه التدابير المنصوص عليها في قانون الأحداث بدلاً من العقوبات ، ومن بينها تدبير التسليم إلى جهة معينة ، ففي حالة عودة الحدث خلال فترة التسليم إلى الجنوح تنهض مسؤولية الجهة التي تسلمته .

¹⁶ راجع المادة 14 من قانون الأحداث الجانحين السوري.

¹⁷ راجع المادة 1 من قانون الأحداث الجانحين السوري.

¹⁸ راجع المادة 2 من قانون الأحداث الجانحين السوري.

ومن هنا يتضح أن المتسلم يسأل عن أفعال يقوم بها الحدث، خلال فترة التسليم بينما الولي يسأل عن أفعال كل من الحدث قبل السابعة من عمره وبعدها حتى يتم سن الرشد.

أما الأمر الآخر أن مسؤولية الأولياء تنهض بمجرد أن يتعرض الصغير أو الحدث إلى انحراف السلوك نتيجة إهماله ، دون حاجة إلى ارتكاب الحدث لجرم معين في الماضي ويتخذ بحقه تدبير معين مع بعض الاستثناءات التي أوردها قانون الأحداث عندما يرتكب الحدث فعلاً يعاقب عليه القانون فهنا تقرر المحكمة تسليمه إلى وليه ليقوم بتنفيذ ما تقرره المحكمة من توصيات للمحافظة على حسن سلوكه بموجب تعهد مقترن بضمان مالي.

أما متسلم الحدث فإنه يتحمل مسؤولية شخص سُلّم إليه بحكم قضائي يقضي بتدبير التسليم المتخذ بحق الحدث ، وهذا التسليم جاء بناءً على ارتكاب الحدث لفعل مخالف للقانون ، فيتعهد المتسلم بعدم عودته إلى الجنوح من جديد فعند ارتكاب الحدث لفعل معين يجرمه القانون خلال فترة التسليم ، سوف يتعرض من تسلمه للمساءلة القانونية إذا كان الفعل عائداً إلى إهمال من قبل متسلمه .

أما نقطة الاختلاف الأخرى تتعلق بالجهة التي تتسلم الحدث وأولياء الصغير والحدث ، وهذا الأمر يختلف باختلاف التشريعات ، فعلى سبيل المثال قانون الأحداث الجانحين السوري بين أولياء الحدث بـ أبويه أو أحدهما وهو من تجب عليه نفقته شرعاً.

أما الجهة التي تتسلم الحدث هي أبويه أو إلى أحدهما أو إلى وليه الشرعي أو أحد أقربائه أو إلى مؤسسة اجتماعية أو أهل البر أو إلى أسرة بديلة ، وهذه الجهات تختلف باختلاف تشريعات الأحداث العربية^[19].

من كل ما تقدّم يبدو واضحاً مقدار الاختلاف والتشابه بين المسؤوليتين ، الأمر الذي لا يدع مجالاً للخلط بينهما ، فلكل منهما نقاط تميز أحدهما عن الآخر مع نقاط الالتقاء

¹⁹ راجع المادة (113) من قانون الطفل المصري والمادة (36) من قانون الأحداث اليمني والمادة (8) من قانون الأحداث البحريني ، والمادة (20) من قانون الأحداث الأردني ، والمادة (17) من قانون الأحداث لدولة الإمارات العربية ، المادة (6) من قانون الأحداث الجانحين السوري، والمادة (8) من قانون الأحداث اللبناني ، والمادة (18) من قانون الأحداث السوداني . والمادة (8) من قانون الأحداث الكويتي والمادة (2) من قانون الأحداث الليبي.

التي تجمع بينهما دون أن تؤدي إلى خلق التباس أو غموض يحول دون بيان الحكم القانوني لهما .

المطلب الثالث _ الغاية من معاقبة متسلم الحدث:

أن متسلم الحدث يتحمل جانباً كبيراً من المسؤولية بجنوح أو انحراف من سُلّم إليه ، بناءً على التعهد الذي قطعه أمام المحكمة ، والمتمثل برعاية الحدث وبذل كل الجهود للحيلولة بينه وبين السلوك المنحرف، لذلك تكون نتيجة منطقية تحمّل من سُلّم إليه الحدث نتائج هذه المسؤولية عما ارتكبه من أعمال نصّ القانون على تجريمها ، والمتمثلة بالإهمال بالواجب القانوني الذي ألزمهم به المشرّع بقطع النظر عن سلوك الحدث والذي يعتبر جرمًا مستقلاً عن فعل الجهة التي تسلمته^[20] .

ومن هنا تبدو واضحة حكمة المساءلة ، فالحدث الذي يُتخذ بحقه تدبير التسليم إلى جهة معينة نتيجة لاقتزافه فعلاً جرمياً ، تتعهد الجهة بحسن سلوكه خلال فترة معينة ، الأمر الذي يقرر معاقبة هذه الجهة عند جنوح الحدث خلال هذه الفترة بسبب الإهمال الذي نتج عنه الجنوح ، لذلك فإن المعاقبة جاءت لتحول دون الإهمال والذي يحول بالنهاية دون عودته إلى الجنوح . لذا فإن تقرير مسؤولية متسلم الحدث والعقوبة التي تطوله يهدف من وراءها إعطاء المثل للغير ودفع كل من تسلّم أو يتسلم حدثاً إلى بذل جهود كبيرة تثبت انتفاء ركن الإهمال لديه عن عودة الحدث إلى الجنوح ، كما وأنها تعتبر تطبيقاً رائداً لمبدأ من المبادئ الإنسانية القائمة على التضامن الاجتماعي لتحقيق مصلحة الحدث والمجتمع^[21] .

²⁰ منذر كمال عبد اللطيف، السياسة الجنائية ، المرجع السابق ، ص 124 – 125 .

²¹ د . منذر كمال عبد اللطيف ، السياسة الجنائية ، المرجع السابق ، ص 124 – 125 .

إذن علة التلويح بهذه المسؤولية تكمن في دفع متسلم الحدث إلى مضاعفة الرقابة والرعاية التي يبذلها اتجاه الحدث ، فيكون له أثرٌ كبير في تقويم سلوك الحدث والحيلولة بينه وبين الإجراء ، وتمكيناً لمتسلم الحدث في أداء واجباته وتدعيماً لسلطته عليه [22].

وعلى الرغم مما قد يثيره هذا الإجراء من انتقادات بحكم مساءلة شخص عن فعل الحدث الذي يكون تحت رقابته لفترة محددة ، خصوصاً وكما يرى بعض الفقهاء أنه إجراء يتضمن خرقاً لمبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة ، فإنه يبقى تدبيراً له أهمية كبيرة وأبعاداً لها انعكاسات ايجابية على كل من الحدث والمجتمع ، فعندما يقرر المشرع مسؤولية شخص ما فإنه يأخذ بعين الاعتبار الفعل المقترف والخطورة التي يشكّلها على أمن المجتمع ، لذا بات من الضروري أن يشعر كل من يتعهد بحسن سلوك حدث معين خلال فترة محددة أنه في حالة عودة ذلك الحدث إلى طريق الجنوح خلال فترة التسليم فإنه سوف يتعرض للمسؤولية ومن ثم يفرض عليه العقاب المحدد قانوناً ، كونه أخلّ بالالتزام المفروض عليه نتيجة إهماله في رعاية الحدث وتقويمه ، كذلك له أبعاد أخرى تتمثل بردع الآخرين الذين تعهدوا برعاية بعض الأحداث خلال مدة التسليم ، ومن كل ذلك تتحقق غاية أساسية من المسؤولية والعقاب ، تتمثل ببذل الجهود في مراقبة الحدث ورعايته خلال فترة التسليم .

إلا أن الأمر يكتنفه بعض اللبس والغموض يتمثل بالضابط الذي يتم اعتماده في تحديد إهمال متسلم الحدث في حالة جنوح الحدث خلال فترة التسليم ، خصوصاً عندما يبذل المتسلم جهوداً كبيرة في رعاية الحدث ومراقبته ، إلا أنها لم تحول دون عودة الحدث من جديد إلى مسرح الجريمة .

فهل قيام الحدث بفعل إجرامي يعتبر قرينة قاطعة على إهمال الجهة التي تسلمته ؟ وبالتالي يفرض عليها العقاب المناسب ، أم هناك سبل يستطيع من خلالها متسلم الحدث أن يثبت عدم إهماله ببذل المزيد من الجهود التي تبرر مراقبته المتواصلة لذلك الحدث . لذا نرى أنه من بين هذه السبل التي تكفل براءة من تسلّم الحدث من الإهمال أن يبادر

²² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص520.

متسلم الحدث خلال مدة التعهد بحسن السلوك إلى إخبار الجهات المختصة (المحكمة - مراقب السلوك) بوضع الحدث بين الفينة والأخرى ، لإبلاغهم بوضعه خصوصاً عندما يجد أن هناك مؤشرات تؤكد عودة الحدث إلى الجنوح حتى يتسنى للمحكمة اتخاذ إجراء أكثر صرامة ليكون حائلاً دون الجنوح ، خاصة القوانين التي تجيز إعادة النظر بالتدبير المتخذ بحق الحدث ، فعندما تجد استناداً للمؤشرات المتوفرة لها أن وضعه يؤكد عودته إلى الجنوح وأن التدبير المتخذ بحقه لا يحقق الغاية الأساسية من فرضه ، عندها تتخذ بحقه تدابير أكثر صرامة ، حتى لا يعاود إلى ارتكاب أفعال جرمية أخرى .

المبحث الثاني

الجهة التي تتسلم الحدث لضمان حسن سلوكه لفترة محددة

من الضرورة بمكان أن تبين قوانين الأحداث الجهة التي يسلم إليها الحدث في الوقت الذي يرتكب فيه فعلاً جرمياً ويتخذ بحقه تدبير التسليم ، حتى يتسنى للجهات المختصة تقرير مسؤولية الجهة التي تسلمته في حال عودته إلى الجنوح خلال فترة التسليم ، علماً أن التشريعات تتباين في تحديد الجهة التي تتسلم الحدث كتدبير تقويمي يفرض عليه . وهذه التشريعات عندما تقرر مسؤولية الجهة متسلمة الحدث تبين مدة التعهد والتي يفترض خلالها أن تبذل كامل جهودها حتى تحول بين الحدث والجريمة . أما في حالة عودة الحدث إلى طريق الجنوح وثبت أن الأمر يعود إلى إهمال من قبل متسلم الحدث فهذا تهض المسؤولية الجزائية .

لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، يتولى الأول بيان الجهة التي يسلم إليها الحدث ، وينصرف الثاني إلى بيان التعهد بحسن سلوك الحدث خلال فترة التسليم والثالث يتناول التنظيم التشريعي لمسؤولية متسلم الحدث الجزائية في بعض قوانين الأحداث.

المطلب الأول_ الجهة التي تتسلم الحدث:

من أجل المحافظة على الحدث ضمن محيطه العائلي نظراً لما تلك العائلة من دور في رعاية الحدث ومدّه بالعطف والحنان الطبيعي لا يساويها في ذلك غيرها ، لذا لا بد من تسليم الحدث إلى ذويه أو من يقوم مقامهم وإن كان من ذوي الحدث المقربين . بعد ذلك من يتدرج نحو الأقرب فالأبعد حتى يصل إلى الأسرة البديلة . فالحدث خلال تلك الفترة يبقى تحت رعاية البيئة الأسرية كونه يحتاج إليها ، علاوة على ذلك اختلاف جوها ونسق الحياة فيها عن البيئة المؤسسية التي غالباً ما تضم أعداداً كبيرة مما يجعل الحدث المودع فيها يفقد الشعور بالاعتبار الشخصي به ، وهذا قد يكون عاملاً مؤثراً في نفسيته وقدرته على إقامة علاقات طيبة مع الأشخاص الآخرين^[23].

ومن الجدير بالملاحظة أن بعض البلدان تقوم بإنشاء جمعيات ومؤسسات خيرية تكون مهمة بتربية الأحداث ، وهذه الجمعيات تتمتع بترخيص من قبل الدولة ، مع بقائها خاضعة للإشراف والرقابة ، وهذه الجمعيات وجودها ضروري في حالة عدم وجود معاهد متخصصة بإصلاح الأحداث الجانحين التابعة للدولة ، ذلك كونها تؤدي خدمة كبيرة في مجال مكافحة الجريمة وعلاج السلوك الإجرامي^[24]. ومن بين القوانين التي اعتمدت هذه الطريقة قانون الأحداث السوري عندما أجاز تسليم الحدث إلى مؤسسة أو جمعية صالحة لتربية الحدث^[25].

وقد نص قانون الأحداث الجانحين السوري على تسليم الحدث إلى أحد والديه أو احدهما أو وليه الشرعي في الوقت الذي تتوفر فيه الضمانات الأخلاقية ، أما إذا لم تتوفر فيهم الضمانات الأخلاقية يسلم الحدث عندها إلى أحد أفراد أسرته المتوفرة فيهم هذه الضمانات ، وفي كلتا الحالتين لا بد من إتباع إرشادات المحكمة ومراقب السلوك. أما

²³ د. محمد عبد المنعم رياض ، الأحداث في التشريع الجنائي المصري ،مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد الخامس ، السنة السادسة ، القاهرة ، 1966 ، ص 520 ، د . معوض عبد التواب ، شرح قانون الأحداث المصري ، الطبعة الثالثة ، 1997 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1997 ، ص100.

²⁴ د. عبود السراج ، علم الإجرام والعقاب ، الطبعة الثانية ، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، 1990 ص 532.

²⁵ راجع المادة (8) من قانون الأحداث الجانحين السوري .

إذا لم يكن من بين ذوي الحدث من هو أهل لتربيته أمكن تسليم الحدث إلى مؤسسة أو جمعية اجتماعية [26]

وقد نص قانون الأحداث اللبناني على تسليم الحدث إلى وليه أو وصيه الشرعي في الوقت الذي تتوفر فيهم الضمانات الأخلاقية وكان باستطاعتهم القيام بتربيته ، أما إذا لم تتوفر فيهم المواصفات أعلاه يسلم الحدث عندها إلى أحد أصوله أو أفراد أسرته من الراشدين المتوفرة فيهم هذه الضمانات ، وفي كلتا الحالتين لا بد من إتباع إرشادات مندوب جمعية حماية الأحداث . أما إذا لم يكن من بين ذوي الحدث من هو أهل لتربيته أو لم يكن له أهل في لبنان أمكن تسليم الحدث إلى أهل البر أو إلى أسرة موثوق بها أو إلى مؤسسة اجتماعية [27].

كما وبين قانون الطفل المصري الجهة التي يسلم إليها الحدث والمتمثلة بأحد أبويه أو إلى من له الولاية أو الوصاية عليه ، فإذا لم تتوفر في أي منهم الصلاحية للقيام بتربيته سُلّم إلى شخص مؤتمن يتعهد بتربيته وحُسن سيره أو إلى أسرة موثوق بها [28] .

وعلى هذا السياق قضى القضاء العراقي ، حيث قررت محكمة أحداث الرصافة في القضية ذي الرقم 156 ج / 89 في 4 / 3 / 1989 تسليم الحدث (هـ ، ك) إلى والده المدان وفق المادة 246 من قانون العقوبات وبدلالة المادة 73 / أولاً من قانون رعاية الأحداث حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مقدار ثلاثمائة دينار لمدة سنة واحدة ، وأفهم الحدث (ب) بوجوب إعادة الحدث إلى المدرسة ، وقد صدق القرار المذكور بقرار محكمة التمييز المرقم 822 / أحداث / 89 في 17 / 9 / 1989 [29].

وكان حري بالمشرع السوري أن يجعل الجهة التي تتسلم الحدث لا تقتصر على الولي أو أحد الأقارب وإنما بالإمكان تسليمه إلى شخص مؤتمن في حالة عدم وجود الولي أو أحد

²⁶ راجع المواد (6-7-8) من قانون الأحداث الجانحين السوري.

²⁷ راجع المادة (8) من قانون الأحداث اللبناني.

²⁸ راجع المادة (113) من قانون الطفل المصري.

²⁹ القرار نشره القاضي نوار ثامر ، التدابير التي تقررها محكمة الأحداث ، بحث مقدم إلى الندوة العلمية لمجلس رعاية الأحداث للفترة من 27 إلى 28 كانون الأول ، بغداد ، 1989 ، ص20.

الأقارب أو في الوقت الذي يفتقر كل من الولي أو أحد الأقارب للضمانات الاجتماعية اللازمة لتربية الحدث ورعايته خلال فترة التسليم مادامت الغاية التي يتوخاها المشرع من هذا التسليم هو رعايته للحدث وتقويمه ومراقبته للحيلولة دون العودة إلى مسرح الجريمة من جديد ، وبالتالي تعدد الجهات التي ممكن أن تحتضن الحدث مع مراعاة التدرج من حيث صلة القرابة زائداً صلاحية الجهة للتربية والإصلاح تجعل الحدث أمام خيارات عديدة تكون قادرة على رعايته خلال هذه الفترة . فمادام المشرع يروم من هذا الإجراء علاج الحدث وإصلاحه ، فلا مانع من جعل الجهات التي من الممكن أن تتسلم الحدث متعددة ، الأمر الذي يجعلها قادرة على تحقيق برامج الإصلاح والرعاية والتهديب خلال فترة التسليم وكفيلة بعدم عودته إلى الجنوح .

المطلب الثاني _ التعهد بحسن سلوك الحدث لمدة محددة :

عندما يُسلم الحدث إلى جهة معينة تُلزم تلك الجهة بحسن سلوكه خلال فترة التسليم ، لأن الهدف من ذلك ضمان السهر على حسن تربية الحدث خلال مدة تقوم المحكمة بتحديدتها ، وهذا التعهد يمكن أن يكون وسيلة ضغط على متسلم الحدث لضمان تقويم الحدث الجانح خلال فترة التسليم ، وكذلك وسيلة ضغط أيضاً على الحدث وإشعاره بالمسؤولية ، فأما متسلم الحدث فإنه يتعرض للمساءلة في حالة ارتكاب الحدث لفعل معين ويكون ذلك ناتجاً عن إهماله كما يمكن أن يتعرض الحدث إلى تدبير أشد ، إذ أن المحكمة قد ترى أن الحدث لم يلتزم على الرغم من تعهد متسلمه ، وهذا يعني عدم اهتمامه بما يتعرض له متسلمه أياً كان هذا المتسلم ، وهذا بدوره يؤكد مدى أهمية التعهد بحسن السلوك ليحمل المتسلم على ضرورة تحمل المسؤولية .

ومع ذلك فالتعهد بحسن سلوك الحدث لا يعني أنه يمتد إلى أجل غير مسمى ، وبالتالي فإن المتسلم يتحمل المسؤولية في أية مرحلة عندما يقترف الحدث فعلاً جرمياً ، وإنما لا بد وأن تكون هناك فترة زمنية يتعهد خلالها المتسلم بمسؤوليته عند عودة الحدث إلى مسرح الجنوح من جديد ، أما بانتهاء تلك الفترة فهنا ينتهي التعهد ولا تترتب عليه أية مسؤولية ، والتشريعات العربية تتفاوت في تحديد مدة التعهد خلال فترة التسليم .

فعند العودة إلى قانون الطفل المصري فنجده حدد هذه الفترة بمدة لا تزيد على ثلاث سنوات عندما يُسلم الحدث إلى شخص غير مُلزم بالإنفاق ، وهذا يعني أن تسليم الحدث إلى الملزم بالإنفاق عليه يستمر إلى حين بلوغه سن الرشد وهو الثامنة عشر [30].

وحدد كل من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري وقانون المسطرة الجنائية المغربي مدة التعهد بحسن سلوك الحدث من قبل المتسلم بأن لا تتجاوز مدة التسليم التاريخ الذي يبلغ فيه الحدث سن الرشد، وهو الثامنة عشر في كل من القانون الجزائري و القانون المغربي [31].

أما بشأن موقف القانون العراقي من مدة التعهد بحسن السلوك من قبل المتسلم فإنها تختلف باختلاف الفعل المقترف من قبل الحدث ، فعندما يكون الفعل الذي أرتكب من قبل الحدث يشكل مخالفة فسوف تكون هذه المدة بأن لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة [32].

أما إذا كان الفعل المقترف من قبل الحدث يشكل جنحة فإن مدة التعهد لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات [33]. وفي جميع الأحوال يسقط هذا التعهد عند إكمال الحدث الثامنة عشر [34].

و من الملاحظ أن بقية قوانين الأحداث العربية الأخرى قد أغفلت النص على مدة التسليم ، مما يعني أن مدة التعهد بحسن السلوك تستمر إلى حين بلوغ الحدث سن الرشد المحدد في تلك القوانين والذي بدوره يختلف من قانون إلى آخر .

وكان جدير بالتشريعات العربية أن تسعى إلى تحديد هذه المدة بسقف زمني معين حتى يتسنى لمتسلم الحدث من بذل جهود إضافية لضمان حسن سلوك الحدث خلال هذه

³⁰ راجع المادة (103) من قانون الطفل المصري.

³¹ راجع المادة (151) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري و المادة (458) من قانون المسطرة الجنائية المغربي .

³² راجع المادة (72) من قانون رعاية الأحداث العراقي.

³³ راجع المادة (73) من قانون رعاية الأحداث العراقي .

³⁴ راجع المادة (75) من قانون رعاية الأحداث العراقي.

الفترة ، فتكون جهوده المكثفة والمركزة حائلاً دون عودة الحدث إلى الجنوح مرة أخرى ، في حين إطالة هذه المدة قد تشكل عبئاً على مستلم الحدث مما تجعله يتقاعس عن القيام بدوره بشكل كبير ، الأمر الذي ينعكس سلباً على مراقبة الحدث والتي تكون في أدنى مستوياتها ، والتي تكون محصلتها انجراف الحدث من جديد في مسرح الجريمة .

المطلب الثالث _ التنظيم التشريعي لمسئولية متسلم الحدث الجزائية:

تُعرّف المسؤولية بأنها حالة الشخص الذي ارتكب أمر يستوجب المؤاخذه ، وتتقسم المسؤولية بشكل عام إلى قسمين : هما المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية .

والمسؤولية الأدبية تُعرّف بأنها المسؤولية التي لا تدخل في دائرة القانون ولا يترتب عليها جزاء قانوني ، بل أمرها موكول إلى الضمير والوجدان والوازع الداخلي ، وبالتالي هي حالة الشخص الذي يخالف قاعدة من قواعد الأخلاق .

أما المسؤولية القانونية ، فهي المسؤولية التي تدخل في دائرة القانون ويترتب عليها جزاء قانوني ، وبالتالي هي حالة الشخص الذي خالف قاعدة من قواعد القانون ، ولا تتحقق هذه المسؤولية إلا إذا وجد ضرر ولحق هذا الضرر شخص آخر غير المسؤول^[35].

والمسؤولية الجنائية هي نوع من المسؤولية القانونية تتحقق عندما يرتكب الشخص فعلاً يشكل جرماً يعاقب عليه القانون ، فتقوم هذه المسؤولية على اعتبار أن هناك ضرر أصاب المجتمع من جراء ارتكاب هذا الشخص فعلاً يخالف القواعد القانونية العامة التي تنظم شؤون الحياة في المجتمع وتترتب على مخالفته لهذه القواعد جزاء جنائي محدد بنصوص القانون^[36].

إذاً هذه المسؤولية تقوم جزاء الأضرار بمصالح المجتمع وفيها يتعين توقيع عقوبة المسؤول زجراً له وردعاً لغيره ، حيث تتحرك فيها الدعوى الجزائية عن طريق الادعاء

³⁵ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، مطبعة المعارف ، الإسكندرية ،

2004 ، ص 793 .

³⁶ Denis Keenan , English Law, 14th edition, pearson Longman , London 2002 , p 646

العام بوصفه ممثل المجتمع ولا يجوز التنازل عنها ولا التصالح فيها حماية للحرية الفردية^[37] .

لذلك اتجهت معظم تشريعات الأحداث إلى تقرير مسؤولية جزائية على متسلم الحدث ، وقبل الخوض في بيان موقف التشريعات العربية من الجزاء الجزائي لمتسلم الحدث ارتأينا الوقوف على موقف التشريع والقضاء الفرنسي ، فعند العودة إلى القضاء الفرنسي لوجدنا أن محكمة الاستئناف قد أعطت إلى الأب الحرية التامة لمراقبة ابنه مراقبة شديدة ، كما نصت على ذلك المادة (66) من مرسوم 2 ، فيفري ، سنة 1945 المعدل بقانون 24 ، ماي ، سنة 1951 والخاص بالأحداث الجانحين . فإذا سلم القضاء الحدث الجانح إلى والديه أو إلى شخص خاص ، وذلك للقيام بتنفيذ تدبير تربوي نحوه ، وخلال فترة تطبيق هذا التدبير فالحدث الذي يرتكب جريمة (قتل ، ضرب ، جرح) ويمكن إثبات ذلك أمام محكمة الجنح ، فإن الشخص المسؤول عن مراقبة الحدث من الوالدين أو أي شخص آخر مكلف بالمراقبة ، يمكن تحميله مسؤولية (القتل ، الضرب ، الجرح) الذي أقدم عليه الحدث الجانح استناداً للمادة (40) من قانون العقوبات الفرنسي^[38].

يتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي كما هو حال موقف القضاء يتجه إلى اعتبار مسؤولية متسلم الحدث مسؤولية جنائية عندما يثبت إهماله في مراقبة الحدث للحيلولة دون وقوع الجريمة .

وعند العودة إلى قوانين الأحداث العربية نجد أن معظمها يقرر مسؤولية جزائية على متسلم الحدث ، عندما يعاود الحدث خلال فترة التسليم إلى اقتتراف سلوك إجرامي ، حيث ضمن المشرعون تلك القوانين نصوصاً تقرر عقوبة الغرامة جزاء إهمال من تسلم الحدث، وكما هو واضح أن الجزاء الجزائي قد يكون جزاءً بدنياً عندما ينصب العقاب على جسم المدان كما هو الحال في عقوبة الإعدام ، وقد يكون الجزاء عقوبة سالبة

³⁷ إيهاب عبد اللطيف ، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، المركز القومي للأحداث القانونية ، القاهرة ، 2003 ، ص225

³⁸ Measures Applicable Au mineur,suris-classeur penal volume I ,Edition Techniques , Paris,1979-1980,p10

للحرية تتمثل بالسجن بنوعيه المؤبد والمؤقت ، مضافاً إلى ذلك الحبس بشقيه الشديد والبسيط ، مضافاً إلى ذلك العقوبات المالية والمتمثلة بالغرامة والمصادرة ، وما أخذت به قوانين الأحداث هو الجزاء المالي والمتمثل بعقوبة الغرامة جزاء إهمال ذلك المتسلم رعاية الحدث ومراقبته^[39] .

ومن بين القوانين التي تضمنت نصوصاً تعاقب متسلم الحدث بالغرامة ، قانون الأحداث الأردني ، حيث نصّ على معاقبة متسلم الحدث بغرامة لا تتجاوز العشرة دنانير عندما يُسَلَّم إليه الحدث ، ويقترب الأخير جرماً جديداً بسبب إهماله أو عدم مراقبته^[40] .

ونصّ قانون الأحداث السوري على معاقبة متسلم الحدث بغرامة لا تقل عن مائة ليرة ولا تزيد عن خمسمائة ليرة إذا أهمل واجباته القانونية^[41] .

كما ونصّ قانون الطفل المصري على معاقبة متسلم الحدث بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه عندما يهمل أداء واجباته وترتب على ذلك الإهمال ارتكاب الحدث جريمة أو تعرضه للانحراف في إحدى الحالات المبينة في هذا القانون^[42] .

ويلاحظ أن بعض قوانين الأحداث العربية لم تتضمن نصوصاً تبين فيه مسؤولية الحدث تاركاً ذلك إلى المبادئ العامة في قانون العقوبات ، ومن بينها قانون العقوبات الليبي الذي نصّ على معاقبة متسلم الحدث بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً إذا كانت الجريمة جنائية وغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً إذا كانت الجريمة جنحة^[43] .

ومن الجدير بالذكر أن بعض قوانين الأحداث العربية كقانون الأحداث الكويتي وقانون الأحداث القطري وقانون الأحداث السوداني اكتفت بالإشارة إلى الجهة التي يُسَلَّم إليها الحدث دون بيان المسؤولية التي تترتب على متسلم الحدث عندما يعاود ذلك الحدث إلى الجنوح من جديد بناءً على إهمال وعدم رعاية المتسلم له .

³⁹ Criminal justice , Malcolm Paris , third Edition, pearson Longman ,London,2002p303

⁴⁰ راجع لمادة (23) من قانون الأحداث الأردني.

⁴¹ راجع المادة (9) من قانون الأحداث السوري.

⁴² راجع المادة (119) من قانون الطفل المصري.

⁴³ راجع المادة (151) من قانون العقوبات الليبي.

من كل ما تقدم يبدو واضحاً أن أغلب قوانين الأحداث العربية تنجّه إلى تقرير مسؤولية جزائية على متسلم الحدث مستندين في ذلك على الإهمال القائم من قبل متسلم الحدث ، فهذا الإهمال هو الذي رتب المسؤولية الجزائية ، ولا نجد في هذا تعارضاً مع شخصية العقوبة كما ذكرنا آنفاً وإنما الأمر ترتب نتيجة لهذا الإهمال ، الغاية من وراء ذلك حمل من يتسلم الحدث على بذل المزيد من الجهود في سبيل مراقبة الحدث والعمل على تأهيله وإصلاحه حتى لا يعاود إلى مسرح الجريمة مرة أخرى .

والذي نراه في هذا الصدد أن فرض الجزاء الجزائي على متسلم الحدث له آثار ايجابية على سلوك الحدث ، كونه يحث المتسلم على مضاعفة الجهود في مراقبة سلوك الحدث حتى لا يتعرض للمساءلة القانونية ، وبالتالي يضمن عدم انخراطه في طريق الانحراف والجنوح .

وفي معرض الحديث عن المسؤولية الجنائية لمتسلم الحدث ينبغي الإشارة إلى أن بعض القوانين العربية ذهبت إلى فرض غرامة مدنية على متسلم الحدث ، والبعض الآخر إشارة إلى فرض ضمان مالي على متسلم الحدث وقد تضمنت تلك القوانين نصوصاً أشارت صراحةً إلى ذلك .

ومن بين القوانين التي أقرت الغرامة المدنية لمتسلم الحدث قانون الإجراءات الجنائية الجزائري ، حيث أكد أنه ليس من الضروري أن يرتكب الحدث جريمة ليخل بالتعهد ، بل يكفي أن تكشف حادثة ما عن إغفال واضح للرقابة من جانب الوالدين أو الوصي أو متولي الحضانة أو عوائق منظمة مقامة في مباشرة مهمة المندوب ، فلقاضي الأحداث ، كيفما يكون القرار المتخذ بالنسبة للحدث أن يحكم على الوالدين أو الوصي أو متولي الحضانة بغرامة مدنية من 100 - 500 دينار وفي حالة العودة فإن ضعف أقصى الغرامة يمكن أن يحكم به [44].

⁴⁴ راجع المادة (481) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

وبهذا الصدد يذهب البعض إلى القول أن المشرع الجزائري والمشرع المغربي قد أفصحا عن نيتهم في اعتبار مسؤولية متسلم الحدث مسؤولية مدنية عندما نصّا بصريح العبارة على معاقبة متسلم الحدث بغرامة مدنية محددة بنص القانون ، لإهماله مراقبة وتقويم الحدث وضمان حسن سلوكه خلال فترة التسليم ، أما المشرع العراقي فالظاهر أنه لم يعتبرها مسؤولية جنائية لأنه لم يعطِ مبلغ الضمان صفة الغرامة ليتمكن القول بأنها مسؤولية جنائية [45].

وتلافياً لما تقدّم يتعين على المشرع أن يضمن قانون الأحداث نصاً يعاقب متسلم الحدث بغرامة جنائية بدلاً من الضمان المالي لمعالجة هذا الالتباس من جهة ، ولحمل متسلم الحدث على ضمان حسن سلوك الحدث واستقامته خلال فترة التسليم من جهة أخرى ، فالجزاء الجنائي له آثار إيجابية تتمثل بدفع متسلم الحدث على النهوض بمسؤوليته المقررة قانوناً ، ألا وهي الحفاظ على الحدث من الجنوح خلال فترة التسليم .

⁴⁵خيرى العمري وآخرون ، الأحداث في التشريع الجنائي العراقي ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ، بغداد ، 1957 ، ص44

النتائج والتوصيات

نستخلص من الدراسة السابقة مجموعة من النتائج والتوصيات تتمثل في :

1- التسليم من اهم التدابير التي تتخذ بحق الاحداث الجانحين ، عندما يرتكب الحدث فعلاً يستوجب العقاب. وقد قنن التسليم لدى المشرع السوري في قانون الاحداث الجانحين كأول تدبير احترازي يتخذ بحق الحدث ، لمراقبة سلوكه والحيلولة دون عودته إلى الجريمة مرة اخرى ، مع بقاءه في محيطه الطبيعي بعيداً عن جو الاصلاحات وما ينطوي عليها من مخاطر نتيجة الاختلاط بغيره من الاحداث.

2- لم يحدد المشرع السوري سن معينة للحدث بل عرف الحدث بأنه كل ذكر واثني لم يتم الثامنة عشرة من عمره.

3- الغرامة المفروضة من قبل المشرع السوري من 100 ليرة سورية ل 500 ليرة سورية ، لا تعطي اهمية لتدبير مثل التسليم ولا تحقق الغاية من فرضه لدفع متسلم الحدث إلى مضاعفة الرقابة والرعاية التي يبذلها اتجاه الحدث ، ليكون له أثر كبير في تقويم سلوك الحدث والحيلولة بينه وبين الإجرام ،، وهذه الغرامة المفروضة لا يمكن أن تكون وسيلة ضغط على متسلم الحدث لضمان تقويم الحدث الجانح خلال فترة التسليم ، ووسيلة ضغط أيضاً على الحدث وإشعاره بالمسؤولية .

4- لم يحدد المشرع السوري وقت معين يمكن للمتسلم بذل جهد لعدم انحراف الحدث فالتعهد بحسن سلوك الحدث لا يعني أنه يمتد إلى أجل غير مسمى ، وبالتالي فإن المتسلم يتحمل المسؤولية في أية مرحلة عندما يقترف الحدث فعلاً جرمياً ، وإنما لا بد وأن تكون هناك فترة زمنية يتعهد خلالها المتسلم بمسؤوليته عند عودة الحدث إلى مسرح الجنوح من جديد ، أما بانتهاء تلك الفترة فهنا ينتهي التعهد ولا تترتب عليه أية مسؤولية ، كما فعل المشرع المصري والعراقي وإن ترك المدة حتى البلوغ سن الرشد قد تشكل عبئاً على مستلم الحدث مما تجعله يتقاعس عن القيام بدوره بشكل كبير ، الأمر الذي ينعكس

سلباً على مراقبة الحدث والتي تكون في أدنى مستوياتها ، والتي تكون محصلتها انجراف الحدث من جديد في مسرح الجريمة .

5- تحديد نوع الجريمة المرتكبة من قبل الحدث والتي تستوجب التسليم عليها وعدم تركها لسلطة القاضي لتحديدها وعلى اعتبار ان التسليم هو من اول التدابير المتخذة بحق الحدث حين يرتكب فعلا جرميا كان من الاجدر بالمشرع السوري تحديد نوعها كما سبقه اليها بعض التشريعات العربية .

المراجع

أولاً_ المراجع باللغة العربية :

- 1- إبراهيم أكرم نشأت ، 1998- المبادئ العامة في قانون العقوبات . مطبعة الفتیان ، الطبعة الأولى ، بغداد .
- 2- السراج عبود ، 1990- علم الإجرام والعقاب . ذات السلاسل للطباعة والنشر، الطبعة الثانية . دمشق .
- 3- السعدي واثبة ، 1984- تحليل قانون رعاية الأحداث من الزاوية التطبيقية . مجلة الحقوقى ، الأعداد 1 - 4 ، السنة السادسة عشرة .
- 4- السنهوري عبد الرزاق ، 2004 - الوسيط في شرح القانون المدني . مطبعة المعارف . الجزء الثاني ، الإسكندرية .
- 5- العمري خير وآخرون ، 1957 - الأحداث في التشريع الجنائي العراقي . شركة التجارة والطباعة المحدودة ، بغداد .
- 6- الهمشري محمود عثمان ، 1969- المسؤولية الجنائية عن فعل الغير . دار الفكر العربي . الطبعة الأولى ، القاهرة .
- 7- بهنام رمسيس ، 1997- النظرية العامة للقانون الجنائي . دار المعارف، الطبعة الأولى ، الاسكندرية.
- 8- ثامر نوار ، 1989- التدابير التي تقرها محكمة الأحداث ، بحث مقدم إلى الندوة العلمية لمجلس رعاية الأحداث للفترة من 27 - 28 كانون الأول ، بغداد.
- 9- جعفر علي محمد ، 1984- الأحداث الجانحون . المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، بيروت.

- 10- حسني محمود نجيب ، 1982- شرح قانون العقوبات ، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي . دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة.
- 11- حسني محمود نجيب ، 1989 - شرح قانون العقوبات ، القسم العام . دار النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، القاهرة.
- 12- راضي علي عبد الواحد ، 1963- المسؤولية والجزاء . دار النهضة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، القاهرة.
- 13- رياض محمد عبد المنعم ، 1966- الأحداث في التشريع الجنائي المصري . مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الخامس ، السنة السادسة ، القاهرة .
- 14- عبد التواب معوض ، 1997- شرح قانون الأحداث المصري . دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة ، الإسكندرية.
- 15- عبد اللطيف إيهاب، 2003- الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات . المركز القومي للإصدارات القانونية المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، القاهرة.
- 16- عبد اللطيف منذر كمال، 1979- السياسة الجنائية في قانون العقوبات العراقي . دار الأديب البغدادية للطباعة ، الطبعة الثانية ، بغداد .
- 17- عبد اللطيف منذر كمال ، 1982 - الأحكام العامة في قوانين الأحداث العربية . المكتب العربي لمكافحة الجريمة ، بغداد.
- 18- مصطفى محمود محمود ، 1983- شرح قانون العقوبات ، القسم العام . المطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثامنة ، القاهرة.

ثانياً _ المراجع باللغة الإنكليزية :

- 1- Denis Keenan , 2002- **English Law** . pearson Longman, 14th Edition, London .
- 2- Catherine Elliott and Frances Quinn, 2002- **English Legal system.** pearson Longman , sixth Edition, London .
- 3-Criminal justice ,2002- **Malcolm Paris** . pearson Longman , third Edition, London.
- 4-**Mesures Applicables Au mineur** . Turis – classeur penal, volume I , Edition Techniques Paris 1979-1980

النظام القانوني لدعوى الإشكال التنفيذي في القانون السوري والقوانين الأخرى

بايكار توماس: طالب ماجستير، قسم القانون الجزائي، كلية الحقوق، جامعة حلب.
باشرف الدكتور: محمود جلال، قسم القانون الجزائي، كلية الحقوق، جامعة حلب.

المخلص la Sommaire

تعتبر مرحلة تنفيذ العقوبة إحدى أهم المراحل التي تتكون منها السياسة العقابية، حيث يتم فيها محاولة تحقيق الهدف من الجزاء الجنائي، وهو إعادة تأهيل المحكوم عليه الذي ينفذ مدة محكوميته كإنسان منبوذ في المجتمع، بل أصبح ينظر إليه رغم إدانته بارتكاب الجريمة كإنسان مخطئ ضل طريق الصواب، وهو بذلك بحاجة إلى إعادة تأهيله¹. وفي حال قيام النيابة العامة بالشرع في تنفيذ الحكم الجزائي بشكل مخالف للقانون، أو دون مراعاة قواعد تنفيذ الأحكام الجزائية الواردة في القوانين الإجرائية، فإن السبيل إلى وقف هذا التنفيذ هو تقديم المحكوم عليه إشكالاً تنفيذياً طالباً وقف التنفيذ. ومن خلال هذا البحث نحاول توضيح ماهية إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية وكيفية إقامة دعوى الإشكال، وخاصة بظل غياب النص التشريعي في القانون السوري والاعتماد على الاجتهاد القضائي والفقهاء لحل المشكلات التي تعترض تنفيذ الحكم الجزائي، والوصول إلى تنفيذ الحكم على الوجه الصحيح والمطابق للقانون من خلال بيان كيفية تعامل التشريعات العربية الأخرى مع إشكالات تنفيذ الأحكام الجزائي كالتشريع المصري والأردني.

¹ نمور، محمد سعيد: أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2004م.

The legal system for the case of the executive problem in the Syrian law and other laws

**Baykar Thomas: Master's student, Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Aleppo.
Under the supervision of Dr. Mahmoud Jalal,
Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Aleppo.**

la sommaire

The stage of execution of the penalty is considered one of the most important stages that make up the punitive policy, in which an attempt is made to achieve the goal of the criminal penalty, which is to rehabilitate the convict who is serving his sentence as an outcast in society, but rather he is seen despite his conviction of committing the crime as a wrong person who has strayed from the path of righteousness So he needs to be rehabilitated. And in the event that the Public Prosecution initiates the execution of the criminal judgment in violation of the law, or without observing the rules for the implementation of the penal judgments contained in the procedural laws, the way to stop this execution is to present the convict with an executive form requesting the suspension of execution.

Through this research, we try to clarify what is the problematic of the implementation of criminal judgments and how to file a problematic case, especially in light of the absence of the legislative text in the Syrian law and relying on jurisprudence and jurisprudence to solve the problems that impede the implementation of the criminal judgment, and to reach the implementation of the judgment in the correct manner and in conformity with the law through the statement of a blind woman Other Arab legislation deals with the problems of implementing penal provisions, such as the Egyptian and Jordanian legislation

المقدمة:

بصدور الحكم الجزائي من المحكمة المختصة وبعد أن يكتسب الدرجة القطعية يصبح واجب النفاذ، ويجب أن يتم بالصورة الصحيحة التي نص عليها القانون، وبتنفيذ هذا الحكم تبلغ الدعوى الجزائية غايتها. كما أن تنفيذ الحكم الجزائي هو الذي يحول الحكم القضائي من مجرد كلام مكتوب إلى حقيقة وواقع، وبهذا التنفيذ يتم تفعيل قواعد قانون العقوبات.

والنيابة العامة حسب القانون السوري هي السلطة المنوط بها تنفيذ الأحكام الجزائية، وفقاً لأحكام المادة 444 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م²

أما بالنسبة للأحكام الصادرة في دعاوى الحق المدني يكون تنفيذها بناء على طلب المدعي بالحق المدني، ويكون تنفيذها طبقاً لما هو مقرر في قانون أصول المحاكمات المدنية.

وعلى الرغم من أهمية الإشكال التنفيذي في المادة المدنية، فإن للإشكال التنفيذي في المواد الجزائية أهمية علمية خاصة في المجتمع السوري، وذلك لتزايد حالات الإشكال التنفيذي والتطبيق الخاطيء لحل هذه الإشكالات، بالإضافة إلى الرغبة القوية لدى المحكوم عليهم في الدعاوى الجزائية واتجاه بعض المحامين إلى الإشكال كوسيلة لتعطيل تنفيذ الأحكام الجزائية سواء بمبرر أو دون مبرر أو سبب منطقي.

ويكتسب الإشكال التنفيذي في المادة الجزائية أهمية خاصة، لما يتميز به الحكم الجزائي من خصوصية باعتباره مرحلة تجسيم النص الجزائي بالفعل وتحويله من مرحلة التجريد إلى مرحلة التجسيم، هذا بالإضافة إلى كون التنفيذ هو الأثر القانوني المباشر للحكم، وهو الهدف الرئيسي والنهائي للإجراءات الجزائية، وما الإشكال التنفيذي إلا وجه من وجوه إعاقة أثر ذلك الحكم.

² تنص المادة 444 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م "1- يقوم بإنفاذ الاحكام الجزائية التي اكتسبت قوة القضية المقضية النائب العام لدى المحكمة التي اصدرت الحكم، 2- ويقوم قاضي الصلح مقام النائب العام بإنفاذ الاحكام في المراكز التي لا يوجد فيها نيابة عامة".

وتنطلق أهمية البحث من ضرورة تسليط الضوء وتوضيح الإشكال في تنفيذ الأحكام الجزائية وكيفية معالجتها من خلال دعوى إشكال تنفيذ الحكم الجزائي وبيان إجراءاتها والجهة المختصة التي يتم تقديم الإشكال لها لمعالجتها.

حيث أنه بالرغم من أهمية موضوع إشكالات تنفيذ الأحكام الجزائية، وعلى الرغم من المشكلات النظرية والعملية التي يثيرها، فلم يحظ بالعناية التي يستحقها، حيث أن التنظيم التشريعي لإشكالات تنفيذ الحكم الجزائي لم تقرر إلا منذ فترة حديثه نسبياً سبقها اجتهاد من قبل الفقه والقضاء بهذا الخصوص³.

وتكمن صعوبة البحث في خلو التشريع السوري من نصوص قانونية تعالج هذا الموضوع وخلو المكتبة القانونية من الكتب الفقهية التي تناولت هذا الموضوع الهام والاعتماد على الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض لمعالجة الإشكال في تنفيذ الأحكام الجزائية وإن هذه الاجتهادات غير واضحة ولا تعطي الإشكال في تنفيذ الحكم الجزائي حقه بالمعالجة.

ويقوم منهج البحث على أساس المنهج التحليلي، الذي أستخدم في عرض الآراء الفقهية وتحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، وذلك في ثلاثة مطالب رئيسية يتفرع عنها عدة أفرع، نبحت في المطلب الأول التعريف بالإشكال التنفيذي، ونبحت في المطلب الثاني دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بالقانون السوري، ومن ثم نبحت في المبحث الثالث دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بالقوانين الأخرى.

مخطّط البحث

المقدمة

المطلب الأول: التعريف بالإشكال التنفيذي.

الفرع الأول: النزاع في سند التنفيذ.

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بنطاق التنفيذ.

الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بشخص المحكوم عليه.

³ كبيش محمود: الإشكالات في تنفيذ الأحكام الجزائية. دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي. دار

النهضة العربية. القاهرة، 2007 ص10-11.

المطلب الثاني: دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بالقانون السوري.
الفرع الأول: تحديد المحكمة المختصة للنظر بدعوى الإشكال.
الفرع الثاني: الحكم الصادر في دعوى الإشكال وكيفية الطعن فيه.
المطلب الثالث: دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بالقوانين الأخرى.
الفرع الأول: الاختصاص بنظر دعوى الإشكال.
الفرع الثاني: الحكم الصادر في دعوى الإشكال وإمكانية الطعن فيه.
الخاتمة

المطلب الأول: التعريف بالإشكال التنفيذي

The first requirement: definition of the executive forms

لم يضع المشرع السوري تعريفاً للإشكال في التنفيذ شأنه، في ذلك شأن الكثير من التشريعات وأخص بالذكر التشريع الأردني والمصري تاركاً للفقهاء والقضاء، لكي يجتهد لوضع التعريف الملائم والمناسب لدعوى الإشكال في تنفيذ الحكم الجزائي. فقد حاول الفقه وضع مثل هذا التعريف بقوله إن الإشكال في التنفيذ هو نزاع بشأن القوة التنفيذية للحكم من حيث وجود هذه القوة أو من حيث الكيفية التي يتعين أن يجرى بها التنفيذ⁴. ويرى فريق من الفقهاء بأن إشكالات التنفيذ هي منازعات قانونية أو قضائية أثناء التنفيذ تتضمن ادعاءات يديها عليه أو الغير لو صحت هذه الادعاءات لأثرت في التنفيذ، إذ يترتب على الحكم فيها أن يصبح التنفيذ جائراً أو غير جائز صحيحاً أو باطلاً⁵ وتعرف إشكالات التنفيذ أيضاً أنها نزاع حول تنفيذ حكم يرفعه المحكوم عليه أو غيره زاعماً أن الحكم غير واجب التنفيذ أو أنه ينفذ على غير من صدر عليه أو بغير الطريقة التي نص عليها القانون⁶.

⁴ وزير، عبد العظيم: دور القضاء في تنفيذ الأحكام الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987م، ص193، ص34.

⁵ عابدين، محمد أحمد: التنفيذ وإشكالاته في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1994، ص85.

⁶ الطيب، أحمد عبد الظاهر: إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، بدون ناشر، ط3، 1989، ص20.

إن الإشكال في تنفيذ الحكم الجزائي لا يرد إلا على تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الجزائية بطلب يقدم على المحكمة مصدرة الحكم لوقفه مؤقتاً، حتى يفصل في النزاع نهائياً، ولا يجوز لمحكمة الإشكال أن تتطرق إلى الحكم الصادر في الموضوع من جهة صحته أو بطلانه أو أي عيوب وقعت في إجراءات الدعوى وأدلة الإثبات أو في الحكم نفسه.

عرف القضاء الإشكال في التنفيذ بأنه لا يعدو أن يكون نزاعاً حول تنفيذ حكم إما بزعم أنه غير واجب التنفيذ، أو بزعم أنه يراد تنفيذه على غير المحكوم عليه، أو بزعم تنفيذه بغير ما قضي به وإما بزعم أن إجراءات التنفيذ نفسها لا تطابق القانون⁷.

وقد استقرت أحكام محاكم الجنايات أن إشكالات التنفيذ لا تعتبر نعيماً على الحكم بل نعيماً على التنفيذ ذاته⁸، وينبغي عل ذلك أنه إذا كان الإشكال مرفوعاً من المحكوم عليه فإن سببه يجب أن يكون حاصلًا بعد صدور هذا الحكم، ذلك أن الأصل هو أن الإشكال لا يرفع إلا إذا كان مبناه وقائع لاحقة على صدور الحكم الجزائي تتعلق بالتنفيذ وليس بالعيوب في الحكم، ذلك أن الأخيرة تمس بحجية الحكم محل الإشكال⁹.

فالإشكال في التنفيذ لا يصح أن يقام ضد تنفيذ حكم لم ينفذ بعد، أو نفذ تنفيذاً جزئياً فحسب بغية إيقاف الاستمرار في التنفيذ، فلا مصلحة للمستشكل إذا كان التنفيذ قد

⁷ قرار غرفة الاتهام بالإسكندرية في الجناية رقم 4450 لسنة 1950، منشور في كتاب الإشكالات القانونية في تنفيذ الأحكام الجنائية، للأستاذ محمد حلمي، ط1، 1945، ص14، أشار إليه موفق حسين نهار بني إسماعيل: إشكالات التنفيذ في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2005، ص41.

⁸ نقض مصري جلسة 1985/10/2 مجموعة القواعد القانونية. س36. أشار إليه المستشار إيهاب عبد المطلب: الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط1، ج4، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص458.

⁹ هرجة، مصطفى مجدي: المشكلات العملية في إشكالات التنفيذ الجنائية، دار محمود للنشر والتوزيع،

جرى كاملاً، فغن مصلحة المستشكل تنتفي من الإشكال، وتكون دعوى الإشكال غير جائزة القبول لانتفاء الجدوى منها¹⁰.

وإذا كانت التشريعات الجزائية لم تبين ماهية إشكالات التنفيذ تاركة للفقهاء والقضاء فإن الرأي السائد في هذه الإشكالات تتعلق بأمر ثلاثة وهي:

- (1) النزاع في سند التنفيذ.
- (2) الأسباب المتعلقة بنطاق التنفيذ.
- (3) الأسباب المتعلقة بشخص المحكوم عليه.

الفرع الأول: النزاع في سند التنفيذ

The first section: the dispute over the execution document

ويمكن تلخيص أهم حالات النزاع في سند التنفيذ كسبب للإشكال في التنفيذ في

عدة حالات:

أ-التنفيذ بسند معدوم:

إن الادعاء بعدم وجود السند التنفيذي يعتبر سبباً للإشكال في التنفيذ، وذلك من منطلق أن التنفيذ يفترض وجود سند تنفيذي صحيح له قوة الأمر المقضي به، فإذا لم يوجد سند تنفيذي أو وجد ولكنه لم تكن له القوة التنفيذية، كان التنفيذ غير جائز قانوناً¹¹، ومثاله الحكم المنعدم والذي يعرف بأنه هو الحكم الذي يفقد ركناً أساسياً من أركانه، فيفقد صفته كحكم، مما يجعله عديم الأثر قانوناً، ولا يحتاج الأمر إلى إصدار حكماً قضائياً لإنكاره بل يكفي إنكاره عند تنفيذ ما اشتمل عليه من قضاء، وهذا الحكم لا يصح أداة للتنفيذ، وعلى هذا إذا قامت النيابة العامة بتنفيذه جاز للمنفذ عليه الحكم أن

¹⁰ عبيد، رؤوف: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي،

القاهرة، 2006، ص806.

¹¹ حسني، محمود نجيب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1988، ص 646.

يستشكل في تنفيذه، بل أن لمحكمة الإشكال أن تفصل في توافر الانعدام القانوني للحكم، ووقف التنفيذ هنا لا يترتب عليه مساس بحجية الأمر المقضي به لأن الحكم المعدوم عديم الحجية، وتنفيذ الحكم المعدوم يعتبر عملاً عدوانياً، ويجوز الالتجاء إلى قاضي الإشكال لرد هذا العدوان¹².

ب- إلغاء الحكم من محكمة الطعن:

في ظل القانون السوري لا يتصور وجود هذه الحالة كون القرار الجزائي ليس له قوة تنفيذية طالما أن الحكم قابل للطعن، ولكن تنطبق في حالة طرق الطعن الاستثنائية كإعادة المحاكمة فهنا نكون أمام حكم مبرم قابل للتنفيذ، فإذا ألغت المحكمة المختصة بنظر إعادة المحاكمة هذا الحكم سقطت القوة التنفيذية لهذا الحكم وأصبح غير قابلاً للتنفيذ، فلو باشرت النيابة تنفيذه، يكون للمنفذ ضده في هذه الحالة الحق في الاستشكال للحصول على حكم بعدم جواز التنفيذ لتخلف سنده.

كذلك الأمر عندما تقضي المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص جزائي طبقته المحكمة المطعون في حكمها فهنا لا يقتصر أثر الحكم حكم المحكمة الدستورية على الحكم المطعون ضده وإنما ينصرف على الأحكام الأخرى التي اعتمدت هذا النص المحكوم بعدم دستوريته فتسقط هذه الأحكام، ويكون للمنفذ عليه بهذا الحكم رفع دعوى إشكال تنفيذي بعدم جواز التنفيذ.

وإذا تم إلقاء القبض على المحكوم عليه غيابياً من قبل محكمة الجنايات أو سلم نفسه قبل انقضاء العقوبة بالتقادم بطل الحكم حتماً وفقاً لأحكام المادة 333/13 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م.

¹² بني إسماعيل، موفق حسين نهار: إشكالات التنفيذ في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع سابق، ص 60.

¹³ تنص المادة 333/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م على أنه ((إذا سلم المتهم الغائب نفسه إلى المحكمة أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة المحكوم بها بالتقادم فيعتبر الحكم وسائر المعاملات الجارية، اعتباراً من صدور مذكرة إلقاء القبض أو قرار المهل، ملغاة حكماً، وتعاد المحاكمة وفقاً للأصول العادية)).

- سقوط العقوبة بمضي المدة أو بالعمو العام:

1- التقادم: يفترض صدور حكم بات انقضت به الدعوى الجزائية، ويترتب عليه عدم جواز مباشرة إجراءات تنفيذ العقوبة إزاء المحكوم عليه¹⁴، وبالتالي في حال التنفيذ على المحكوم عليه بحكم قد سقطت فيه العقوبة بالتقادم، فيحق للمنفذ عليه أن يقدم إشكالاً بتنفيذ ذلك الحكم الذي سقط بالتقادم، لعدم جواز تنفيذه.

2- العفو: احكام قانون العفو من النظام العام ويتوجب اسقاط العقوبات الاصلية والفرعية والاضافية، لان العفو يحو الجريمة أصلاً¹⁵ وذلك كما عرفه المشرع السوري بالمادة /150/ من قانون العقوبات السوري، ولكنه لا يشمل التدابير الاحترازية والتدابير الاصلاحية الا اذا نص قانون العفو صراحة على ذلك، لا ترد الغرامات المستوفاة والاشياء المصادرة بمقتضى المادة/69/.

¹⁴ تنص المادة 161 من قانون العقوبات السوري رقم 148 لعام 1949م ((1- التقادم يحول دون تنفيذ العقوبات وتدابير الاحتراز. 2- على ان التقادم لا يسري على العقوبات والتدابير الاحترازية المانعة من الحقوق او على منع الاقامة والمصادرة العينية)) وقد حددت الفقرة الأولى المادة 162 من القانون المذكور على أن مدة التقادم على عقوبة الاعدام والعقوبات الجنائية المؤبدة خمس وعشرون سنة وقد حددت الفقرة الثانية من ذات المادة مدة التقادم على العقوبات الجنائية المؤقتة ضعف مدة العقوبة التي حكمت بها المحكمة على ان لا تتجاوز عشرين سنة او تنقص عن عشر سنوات ومدة التقادم على اية عقوبة جنائية اخرى عشر سنوات ويبدأ التقادم بالجنائيات من تاريخ الحكم اذا صدر غيابيا ومن يوم تملص المحكوم عليه من التنفيذ اذا كان الحكم وجاهيا.

وقد حدد قانون العقوبات السوري بالمادة /163/ مدة التقادم على العقوبات الجنحية ضعف مدة العقوبة التي حكمت بها المحكمة ولا يمكن ان تتجاوز عشر سنوات وتنقص عن خمس سنوات ومدة التقادم على اية عقوبة جنحية اخرى خمس سنوات ، وحددت المادة /164/ من ذات القانون مدة التقادم على عقوبات المخالفات سنتان وتبدأ مدة التقادم كما حددها المشرع السوري في الحكم الوجاهي من تاريخ صدوره اذا كان في الدرجة الاخيرة، ومن تاريخ انبرامه اذا كان في الدرجة الأولى وفي الحكم الغيابي منذ تبليغ المحكوم عليه بذاته او في محل اقامته واذا كان المحكوم عليه موقوفا فمن يوم تفلته من التنفيذ، وفي هذه الحالة يسقط نصف مدة العقوبة التي نفذت فيه من مدة التقادم

15 قرار - 2006 / 311 أساس - 1460 محكمة النقض - الدوائر الجزائية - سورية، قاعدة- 216 م. المحامون - 2007 اصدار 03 و - 04 رقم مرجعية حمورابي/63807.

ولكن ليس للعفو العام أي أثر على الحق الشخصي، وتيق دعوى الحق الشخصي منظورة أمام القضاء في حال كانت الدعوى قائمة لجهة الحق الشخصي فقط، أما في حال صدور حكم باي فإنه تسقط العقوبات الجزائية ويجوز تنفيذ الحكم لجهة الحق الشخصي، إذا كان الجرم مشمولاً بقانون العفو العام قبل تحريك الدعوى العامة فالاختصاص بدعوى الحق الشخصي ينعقد للقضاء المدني¹⁶ ، وقد أوكل المشرع السوري النيابة العامة مهمة تطبيق احكام العفو العام في الاحكام التي حازت الدرجة القطعية¹⁷، وبالتالي في حال عدم تطبيقه بشكل صحيح يحق للمنفذ عليه ان يستشكل به، طالبا تشميل العقوبة بالعفو العام.

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بنطاق التنفيذ

The second section: the reasons related to the scope of implementation

بالرغم من وجود الحكم الجزائي وحيازته للقوة التنفيذية والتسليم بذلك إلا أن للمحكوم عليه أن يجادل في نطاق تنفيذ هذا الحكم من حيث نوع أو مقدار العقوبة التي يراد تنفيذها، على الرغم من أن هذا المحكوم عليه يسلم بوجود الحكم، وحيازته لقوة الأمر المقضي به إلا أنه ينازع في فحوى التنفيذ ونطاقه، كأن يستشكل المحكوم عليه بعقوبة الحبس مدعياً أنه يراد التنفيذ عليه بعقوبة الأشغال الشاقة. أو في حال ثبوت وقوع عدة جنایات أو جنح بوقت واحد قضي بعقوبة كل ولم يقض بدغم العقوبات، فهنا للمحكوم عليه ان يستشكل أمام المحكمة المختصة.

¹⁶ قرار - 2008 / 2375 أساس - 8938 محكمة النقض - الدوائر الجزائية - سورية، قاعدة- 609 م. المحامون - 2010 اصدار 09 و - 10 رقم مرجعية حمورابي 71659.

¹⁷ قرار - 1961 / 20 أساس - 54 محاكم النقض - سورية، قاعدة - 2154 مجموعة الاجتهادات الجزائية ج 1الى ج - 6دركلي - رقم مرجعية حمورابي 41279.

الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بشخص المحكوم عليه

Section Three: Reasons related to the person of the convicted person

قد لا ينازع المستشكل في نطاق التنفيذ فيسلم بنوع العقوبة ومقدارها، ولكنه يدعي ببطلان إجراءات التنفيذ التي تتخذ ضده، ويندرج تحته صور متعددة من البطلان منها النزاع حول شخصية المحكوم عليه، وادعاء بوجود سبب يوجب إرجاء التنفيذ وكذلك الادعاء بمخالفة إجراءات التنفيذ للقانون.

المطلب الثاني: دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بالقانون السوري

The second requirement: a case for the problem of implementing criminal judgments in Syrian law

لقد خص المشرع السوري الباب الخامس في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري لأحكام انفاذ الاحكام الجزائية، من المادة 444 حتى المادة 458 حيث اناط مهمة تنفيذ الاحكام الجزائية للنيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع بموجب احكام المادة 444 من القانون المذكور، وقد حدد في هذا الباب كيفية تنفيذ حكم الإعدام وآليته، كما بين في المادة 447 من نفس القانون كيفية استيفاء الغرامة والرسوم والنفقات القضائية وفي حال عدم التسديد يتم استبدالها بالحبس الاكراهي ، ولم يتم التعرض بنصوص القانون لكيفية النظر بإشكالات تنفيذ الأحكام الجزائية في حال حصولها، ولكن ومن خلال التعامل القضائي ورجال القانون فقد أعتد أسلوب عرض الإشكال التنفيذي على النيابة العامة لتقوم بإعطاء القرار بوقف التنفيذ اذا وجدت ان سبب الاشكال جدي كأن تكون العقوبة المحكوم بها مشمولة بمرسوم العفو العام، أو برد الطلب وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية بقولها ((ان تنفيذ الاحكام الجزائية القطعية بمعرفة النيابة العامة على ما اوضحته المادة (444) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لا يحول دون ممارسة المحكمة سلطتها القانونية بالبت في امر وجود تقادم على الحكم او عدم وجوده سيما وان وكيل المحكوم عليه نفسه تقدم اليها بمعرض التمس فيه تشميل الحكم بالتقادم واسترداد مذكرة التنفيذ))¹⁸ وأكدت ذلك باجتهاد آخر ((الخلاف حول شمول العقوبة

¹⁸ قرار - 1958 / 77 أساس - 52 محاكم النقض - سورية- قاعدة - 212 قانون العقوبات ج 1 و ج - 2

استانبولي - رقم مرجعية حمورابي 46462.

بالتقادم او عدم شمولها، وكذلك بالعفو العام من صعوبات التنفيذ التي يعود امر النظر فيها مبدئياً الى النيابة العامة المكلفة بتنفيذ الاحكام الجزائية))¹⁹.

ولقد حدد الاجتهاد القضائي السوري كيفية إقامة دعوى الإشكال التنفيذي للحكم الجزائي وذلك من خلال الاعتراض على القرار الصادر من النيابة العامة بالإشكال التنفيذي المعروف عليها بموجب طلب اصولي، ويقدم الاعتراض على قرار النيابة أمام المحكمة مصدرة القرار المستشكل في تنفيذه وكرست ذلك محكمة النقض السورية بقولها ((ان تنفيذ الاحكام الجزائية يدخل في ولاية واختصاص النيابة العامة وفقاً لأحكام المادة 444ق أ.ج.، اذا نازع المحكوم عليه في تنفيذ الحكم فان هذا النزاع يشكل مثار قضية تنفيذية تفصل النيابة العامة بها بقرار يصدر عنها، وان النزاع في صحة ما اشتمل عليه هذا القرار يدخل في ولاية واختصاص المحكمة التي اصدرت هذا الحكم، ويبقى قرارها خاضعاً لطرق الطعن القانونية))²⁰.

أي ان قرار النيابة الصادر بإشكال تنفيذ الحكم الجزائي يتم الاعتراض عليه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم (المطلب الأول)، الحكم الصادر في دعوى الإشكال التنفيذي وكيفية الطعن فيه (المطلب الثاني).

الفرع الأول: تحديد المحكمة المختصة للنظر بدعوى الإشكال

The first subsection: Determining the competent court to hear the problem case

لقد وضع الاجتهاد القضائي السوري مبدأ عاماً حين قال: يعود الفصل في النزاع القائم ما بين النيابة العامة والمحكوم عليه بشأن تنفيذ الحكم الى المحكمة التي اصدرته وقرارها تابع لجميع طرق الطعن²¹، أي ان المحكمة المختصة بنظر الإشكال في تنفيذ

¹⁹ قرار - 1963 / 16635 أساس بدون - محاكم النقض - سورية - قاعدة - 2223 اصول المحاكمات

الجزائية ج 1و ج - 2استانبولي - رقم مرجعية حمورابي 19874.

²⁰ قرار - 1982 / 195 أساس - 2474 محكمة النقض - الدوائر المدنية - سورية قاعدة - 4669 مجموعة الاجتهادات الجزائية ج 1الى ج - 6دركزلي - رقم مرجعية حمورابي 42985.

21 قرار - 1968 / 2248 أساس - 2786 محاكم النقض - سورية قاعدة - 1199 مجموعة

الاجتهادات الجزائية ج 1الى ج - 6دركزلي - رقم مرجعية حمورابي 40321.

الحكم الجزائي هي المحكمة مصدرة القرار المستشكل سواء كانت محكمة نظامية أم محكمة خاصة، فإذا كان النزاع خاصاً بتنفيذ حكم صادر من محكمة أول درجة رفع الإشكال إلى هذه المحكمة سواء طعن فيه ولم يفصل في الطعن بعد، أو لم يطعن فيه بالاستئناف.

أما في حال صدر الحكم عن محكمة أول درجة وتم استئناف هذا الحكم وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، فمن هي المحكمة المختصة بنظر الإشكال التنفيذي؟ هل هي محكمة أول درجة أم محكمة الاستئناف؟ وهل يختلف الأمر فيما لو قررت محكمة الاستئناف إلغاء حكم البراءة الصادر عن محكمة الدرجة الأولى وقضت بالعقوبة، أو قررت تعديل أساس العقوبة ومقدارها أو نوعها؟

هنا يجب التفريق بين الفرضيتين:

الفرض الأول: إذا كان حكم محكمة الاستئناف مؤيداً لحكم محكمة الدرجة الأولى، ولم تقرر محكمة الاستئناف إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى أو تعديله أو أن محكمة الاستئناف قضت برفض الاستئناف شكلاً لتقديمه بعد فوات المدة القانونية، ففي هذه الحالة لا تكون محكمة الاستئناف هي المختصة بنظر الإشكال التنفيذي لأنها لا تكون قد أصدرت حكماً مغايراً للحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، وإنما يبقى حكم محكمة الدرجة الأخيرة منتجاً لآثاره القانونية ويكون منطوق الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية قائماً وسنداً لتنفيذه الجزائي، وأن هذه المحكمة هي المختصة بنظر إشكال التنفيذ وليس المحكمة الاستئنافية. وذلك كون محكمة الدرجة الأولى هي التي أصدرت الحكم وأن محكمة الاستئناف لم تجري أي تغيير أو تعديل على مضمون الحكم وإنما تمثل دورها بالتصديق على حكم محكمة الدرجة الأولى فقط ولم تصدر حكماً جديداً.

الفرض الثاني: إذا أصدرت محكمة الاستئناف حكماً مغايراً، ولم تؤيد حكم محكمة الدرجة الأولى، سواء كان قاضياً بالبراءة، وقضت محكمة الاستئناف بالعقوبة، أو كان حكم محكمة الدرجة الأولى قاضياً بالعقوبة ولكن محكمة الاستئناف عدلت في أساسها أو في نوعها، وفي مثل هذه الحالة تكون محكمة الاستئناف هي المختصة بنظر

الإشكال التنفيذي، والسبب في ذلك عائد إلى كون محكمة الاستئناف هي محكمة الموضوع وبإمكانها نشر الدعوى من جديد والحكم وفق ذلك.

أما في حال الطعن بالنقض في الأحكام فمن هي المحكمة المختصة بإشكالات التنفيذ بالأحكام الصادرة عن محكمة النقض؟

الطعن بطريق النقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام وهو يرد على الأحكام النهائية والصادرة عن محاكم الدرجة الثانية، وإن الحكم الصادر عن محكمة النقض لا يخرج عن أحد ثلاثة فروض وهو إما أن ترفض الطعن أو عدم قبوله وعدم جوازه، وإما نقض الحكم مع الإحالة أو بدونها.

فإذا كان الحكم صادراً من محكمة النقض برفض الطعن أو بعدم قبوله أو بعدم جوازه أو بنقض الحكم مع الإحالة فإن الإشكال في التنفيذ يرفع إلى المحكمة التي تختص به فيما لو لم يطعن على الحكم بطريق النقض، وأية ذلك أن السند التنفيذي الذي يجري التنفيذ بمقتضاه هو الحكم المطعون فيه وليس الحكم الصادر عن محكمة النقض²². فإذا كان الحكم المطعون فيه، صادراً عن محكمة الاستئناف، وطعن فيه بطريق النقض فإن نظر الإشكال يكون من اختصاص محكمة الاستئناف وذلك على اعتبار أن الحكم المستشكل في تنفيذه صادر عنها.

ولكن قد تفصل محكمة النقض في موضوع الدعوى عند الطعن أمامها للمرة الثانية، وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 358 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري²³ وبالتالي في هذه الحالة اتجه الفقه إلى اعتبار محكمة النقض حين تنص على الفصل في الموضوع إنما تتساوى في الدرجة مع محكمة الموضوع المختصة أصلاً بالفصل فيه، ولا تفترق عنها سوى أن حكمها لا يقبل الطعن بأي طريق²⁴.

²² فوده، عبد الحكيم: التنفيذ في المواد الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق، ص 286.

²³ تنص الفقرة الثانية من المادة 358 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري على أنه ((وإذا كان الطعن للمرة الثانية ورات المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها الحكم في الموضوع، ولها عند الاقتضاء تحديد جلسة لنظره وتتبع في المحاكمة الاجراءات المقررة للجريمة موضوع الطعن)).

²⁴ الطيب أحمد عبد الظاهر: إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 113-114.

وعليه فإن الاختصاص بنظر الإشكال في تنفيذ الحكم الجزائي، ينعقد للمحكمة المختصة محلياً بنظر الدعوى الجنائية أصلاً، وأن محكمة النقض تعتبر محكمة أول درجة عندما تفصل في موضوع الجريمة من اختصاص محكمة الدرجة الأولى، ولذا فإن الإشكال في تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة النقض تختص به المحكمة المختصة به محلياً بنظر الدعوى الجنائية، سواء كانت محكمة الصلح أو محكمة البداية أو الجنايات، ويرى الباحث أن هذا الرأي هو الأقرب للصواب والأصلح للمنفذ عليه، فمن غير المعقول تقديم الإشكال التنفيذي أمام محكمة النقض، وخاصة أن مقر محكمة النقض بدمشق، وبالتالي لو كان المنفذ عليه من إحدى المحافظات فسيتسبب ذلك بطول مدة الإجراءات مما يؤدي لعدم فائدة تقديم الإشكال لتأخر وصول الأوراق والمراسلات.

الفرع الثاني: الحكم الصادر في دعوى الإشكال وكيفية الطعن فيه

The second section: the ruling issued in the problem case and how to appeal it

دعوى الإشكال التنفيذي هي دعوى جنائية تكميلية، يتبع في شأنها ما يتبع في إصدار الحكم الجزائي من شروط لصحة الحكم الجزائي قانوناً وبترتب على النطق بالحكم خروج الدعوى من سلطة محكمة الإشكال، وبذلك تغل يد المحكمة عن الدعوى ولا يجوز لها العدول عن الحكم.

وتعتبر مرحلة إصدار الحكم في الإشكال من أهم وأدق المراحل التي تمر بها دعوى الإشكال التنفيذي، إذ أنه وبصدور حكم في الإشكال التنفيذي ينتهي اللبس الذي كان يشوب إجراءات التنفيذ، ويتم تدارك الخطأ الذي طال أي عمل من أعمال التنفيذ، وأن الحكم الصادر في دعوى الإشكال لا يخرج عن القواعد العامة المتعلقة بصدور الأحكام الجزائية ككل بحيث يتم اتباع الإجراءات المتعارف عليها.

1- مضمون الحكم في الإشكال: يختلف الحكم في الإشكال من حالة إلى أخرى، وذلك تبعاً للسبب الذي يبنى عليه، والهدف الذي يرمي إليه، فقد يقضي الحكم

بعدم قبوله شكلاً أو بعدم الاختصاص، وقد يقضي برفضه والاستمرار في التنفيذ، وقد يقضي بقبوله ووقف التنفيذ²⁵.

كأن تقضي المحكمة بعدم قبول الإشكال الوتقي المرفوع من المحكوم عليه إذا كان ميعاد الطعن في الحكم قد فات وصار الحكم باتاً ولا يوجد مجال لإيقاف تنفيذ الحكم، ويكون للنيابة العامة الحق في التنفيذ بفوات ميعاد الطعن في الحكم المستشكل أو بالحكم في الطعن بعدم قبوله شكلاً أو بسقوطه أو بعدم جوازه أو بتأييد الحكم المطعون فيه.

وقد تقضي المحكمة بإيقاف التنفيذ مؤقتاً، وقد تقضي بعدم جوازه، وقد تقضي أيضاً بتعديل التنفيذ، فقد يصدر الحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إذا طلب المستشكل ذلك لحين الفصل في الطعن المقام منه أو إذا كان باب الطعن فيه مازال قائماً أو إذا كان سبب الإشكال عارضاً يمكن زواله كالنزاع حول تفسير الحكم أو إصابة المحكوم عليه بالجنون²⁶.

وتقضي محكمة الإشكال بعدم جواز التنفيذ إذا ثبت لديها انعدام السند التنفيذي، أو زوال قوته التنفيذية كالتنفيذ بحكم قضى بإلغائه من محكمة الطعن، أو صدور قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه أو انقضاء العقوبة بمضي المدة أو لتنفيذه على غير المحكوم عليه²⁷.

2- كيفية الطعن بالقرار الصادر بدعوى إشكال تنفيذ الحكم الجزائي: بين الاجتهاد القضائي بان القرار الصادر بدعوى الإشكال التنفيذي والتي قدم اليها يخضع لطرق الطعن المقررة للحكم الصادر عنها بأصل الدعوى وذلك بقولها ((النيابة العامة هي المختصة بتنفيذ الاحكام المبرمة وهي التي تطبق احكام قانون العفو العام على الاحكام الجزائية القطعية متى دخلت مرحلة التنفيذ ويخضع قرارها للاعتراض امام المحكمة التي طرحت اعلام الحكم لأنها هي المختصة بحل الاشكال التنفيذي وقرارها يخضع لطرق

²⁵ علي، مصطفى يوسف محمد: إشكالات التنفيذ الجنائية، دراسة مقارنة وفقاً لأراء الفقه وأحداث أحكام القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص135.

²⁶ علي، مصطفى يوسف محمد: إشكالات التنفيذ الجنائية، مرجع سابق، ص 425 وما بعدها.

²⁷ الطيب أحمد عبد الظاهر: إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 402.

الطعن المقررة للحكم الصادر عنها بأصل الدعوى))²⁸ وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن ((يعود الفصل في النزاع القائم ما بين النيابة العامة والمحكوم عليه بشأن تنفيذ الحكم الى المحكمة التي اصدرته وقرارها تابع لجميع طرق الطعن))²⁹.

وبالتالي يمكن استئناف الحكم الصادر في الإشكال التنفيذي أمام محكمة استئناف الجزاء إذا كانت المحكمة مصدرة القرار هي محكمة درجة أولى ويتم عرض النزاع من جديد أمامها.

أما إذا كان القرار نهائي كأن يكون الحكم الصادر بدعوى الإشكال التنفيذي صادراً عن محكمة استئناف الجزاء أو محكمة الجنايات وبالتالي فإن القرار يكون قابلاً للطعن بطريق النقض، وإن الطعن بطريق النقض هو طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية الصادرة عن آخر درجة الجنايات والجنح، ويستهدف الطعن بالنقض فحص الحكم والتحقق من مطابقته للقانون، سواء من حيث القواعد الموضوعية التي طبقها أو من حيث إجراءات نشوئه، أو الإجراءات التي استند عليها ولا يهدف الطعن بالنقض إلى إعادة عرض الدعوى على القاء، إنما يهدف لمناقشة صحة التكييف القانوني فقط.

وينطبق على الطعن بالنقض في الحكم الصادر في الإشكال القواعد العامة بخصوص الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية، ويراعى دائماً أن الطعن بالنقض لا يكون إلا لمخالفة القانون أو للبطلان في الإجراءات.

²⁸ قرار - 1979 / 28 أساس - 83 محاكم النقض - سورية قاعدة - 1875 مجموعة الاجتهادات الجزائية

ج 1 الى ج - 6 دركزلي - رقم مرجعية حمورابي 40998 :

²⁹ قرار - 1968 / 2248 أساس - 2786 محاكم النقض - سورية قاعدة - 1199 مجموعة الاجتهادات

الجزائية ج 1 الى ج - 6 دركزلي - رقم مرجعية حمورابي 40321 :

المطلب الثالث: دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بالقوانين الأخرى

The third requirement: the case for the problematic implementation of criminal judgments in other laws

يختلف الوضع بالتشريعات الأخرى العربية منها خاصة فنجد انها قد نظمت دعوى الإشكال التنفيذي في الأحكام الجزائية بنصوص قانونية فالمرشح الأردني قد جعل تقديم الإشكال في تنفيذ الأحكام الجزائية من خلال تقديم الإشكال للمحكمة بواسطة النيابة العامة وفق أحكام المادة 363 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني³⁰، أي أن دعوى الإشكال التنفيذي يجب أن ترفع إلى المحكمة عن طريق طلب يقدمه المحكوم عليه أو الغير إلى النيابة العامة كونها السلطة المناطة بها قانوناً لتنفيذ الأحكام الجزائية وقد نص المشرع المصري على إجراءات مماثلة للتشريع الأردني وذلك في صريح نص المادة 525 من قانون الإجراءات الجنائية المصري³¹.

فلا يرفع الإشكال إلا وفقاً للطريق الذي نص عليه المشرع (ترفع النيابة العامة الإشكال للمحكمة المختصة) وإلا فتقضي المحكمة برفض الإشكال من تلقاء نفسها على اعتبار ان إجراءات التقاضي تعد من النظام العام التي لا تجوز مخالفتها³². وبالتالي سنوضح الاختصاص دعوى الإشكال في التنفيذ في مطلب أول، ثم الحكم الصادر في الإشكال وإمكانية الطعن فيه في مطلب ثاني.

³⁰ نصت المادة 363 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن ((1- كل نزاع من محكوم عليه في التنفيذ يرفع الى المحكمة التي اصدرت الحكم. 2- يقدم النزاع الى المحكمة بواسطة النيابة العامة على وجه السرعة ويعلن ذو الشأن بالجلسة التي تحدد لنظره. وتفصل المحكمة فيه بعد سماع النيابة العامة وذوي الشأن وللمحكمة ان تجري التحقيقات التي ترى لزومها ولها في كل الاحوال ان تامر بوقف التنفيذ حتى يفصل في النزاع. وللنيابة العامة عند الاقتضاء وقبل تقديم النزاع الى المحكمة ان توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً)).

³¹ تنص المادة 525 من قانون الإجراءات الجنائية المصري ((يقدم النزاع الى المحكمة بواسطة النيابة العامة على وجه السرعة، ويعلن ذو الشأن بالجلسة التي تحدد لنظره، وتفصل المحكمة فيه في غرفة المشورة بعد سماع النيابة العامة، وذوي الشأن. وللمحكمة ان تجري التحقيقات التي ترى لزومها، ولها في كل الاحوال ان تامر بوقف التنفيذ حتى يفصل في النزاع وللنيابة العامة عند الاقتضاء وقبل تقديم النزاع الى المحكمة ان توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً)).

³² عابدين، محمد أحمد: التنفيذ وإشكالاته في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 101.

الفرع الأول: الاختصاص بنظر دعوى الإشكال

Section One: Jurisdiction to consider the problem case

لقد بينت الفقرة الأولى من المادة 363 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الجهة المختصة بنظر الإشكال في التنفيذ بشكل واضح لا يدعو للبس أو الشك بأن كل نزاع من محكوم عليه في التنفيذ يرفع الى المحكمة التي اصدرت الحكم. ويقابل هذا النص ما ورد في المادة 525 من قانون الإجراءات الجنائية المصري الذي جاء بها أنه يقدم النزاع الى المحكمة بواسطة النيابة العامة على وجه السرعة.

فقد اتفق الفقه والقضاء والتشريع في الأردن ومصر على أن المحكمة مصدرة الحكم هي المختصة بنظر الإشكال في التنفيذ دون غيرها من السلطات كونها مصدرة الحكم المستشكل فيه، ولعل ذلك يرجع إلى أن المحكمة مصدرة الحكم موضع الإشكال هي الأقدر والأسرع في النظر فيه عدا عن كونها أكثر دراية واطلاعاً بالحكم الصادر وتفصيلاته عن غيرها من المحاكم وأن قاضي الحكم هو من درس ظروف الدعوى وألم بأبعادها، كما أنه من الناحية العملية فإن أغلب الإشكالات في التنفيذ ترجع في تفسير الأحكام ولا شك أن المحكمة التي أصدرته هي الأحق والأقدر على البت في هذه الإشكالات³³.

وينسجم اتجاه المشرع الأردني بخصوص موضوع المحكمة المختصة في الإشكال مع الكثير من التشريعات الإجرائية، إذ أن المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم هي ذاتها المحكمة التي تختص بنظر الإشكال الذي يظهر أثناء تنفيذ الحكم موضوع الإشكال.

ولكن التشريع الأردني وبموجب المادة 1/363 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني مبدأ عاماً باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم بنظر الإشكال، ولم يرد استثناء عليه وبالتالي فإن كان النزاع خاصاً بتنفيذ حكم صادر عن محكمة درجة أولى فتختص هذه المحكمة بنظر الإشكال فيه سواء أطلع بالحكم أو لم يطعن أو طعن فيه ولم يفصل فيه بعد ويختلف بذلك عن التشريع المصري فالاختصاص في نظر دعوى

33 نمور، محمد سعيد: أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 537.

الإشكال في مصر ينعقد لمحكمتين دون سواهما وهما محكمة الجناح المستأنفة التي تختص في تنفيذ الأحكام الجزائية وهي صاحبة الاختصاص العام، ومحكمة الجنايات كصاحبة اختصاص خاص في حالة صدور الحكم منها بموجب أحكام المادة 524 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

الفرع الثاني: الحكم الصادر في دعوى الإشكال وإمكانية الطعن فيه

The second section: the ruling issued in the problem case and the possibility of appealing it

أولاً: ماهية الحكم في الإشكال.

إن مضمون الحكم الصادر في الإشكال يختلف باختلاف مضمونه وذلك تبعاً للسبب الذي يبنى عليه والهدف الذي يرمي إليه، فقد يقضي الحكم بعدم قبوله شكلاً أو بعدم الاختصاص، وقد يقضي برفضه والاستمرار في التنفيذ، وقد يقضي بقبوله ووقف التنفيذ، فإذا كان المستشكل هو المحكوم عليه وكان باب الطعن مفتوحاً وقد بنى إشكاله لسبب ما بأن يكون التنفيذ قد تم قبل الأوان، فإن الحكم في هذه الحالة يكون بوقف التنفيذ أو برفض الإشكال إلى حين أن يبين مدى صحة أو جدية أسباب الإشكال³⁴.

ثانياً: حجية الحكم في الإشكال.

إن الحكم الصادر في الإشكال يحوز حجية الأمر المقضي به شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام الجزائية الأخرى، فلا تملك المحكمة التي أصدرته أن تلغيه أو تعدل عليه.

وقد انفقت كلمة الفقه والقضاء على قاعدة عدم جواز إثارة النزاع من جديد على الدعوى التي سبق للقاضي النظر فيها وذلك لسبق الفصل فيها.

وكبقية الأحكام فإن حجية الحكم المستشكل فيه له حجية مطلقة متعلقة بالنظام العام يحتج بها على أطراف النزاع وعلى الغير وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ودون طلب من أطراف النزاع.

³⁴ علي، مصطفى يوسف محمد: إشكالات التنفيذ الجنائية، مرجع سابق، ص 452.

وقد ذهب رأي إلى أنه لا مانع من إقامة إشكال جديد إذا بني على أسباب جديدة لم يسبق ابدؤها أمام محكمة الإشكال حتى ولو كانت هذه الأسباب قائمة وقت نظر الإشكال الأول³⁵.

وفي مصر فإن حكم الإشكال لا يحوز أي حجية أمام المحكمة التي تنتظر الطعن في الحكم المستشكل فيه فلا يحتج به أمام محكمة الطعن أو النعي على حكمها بمخالفة الحكم الصادر في الإشكال وغن محكمة الطعن لا تتقيد بما ورد في الحكم المستشكل ولا تنتظر إليه³⁶.

وذلك على خلاف التشريع الأردني فإنه واستنادا لحكم المادة 363 من قانون أصول المحاكمات الجزائية فإن النزاع يرفع من المحكوم عليه بالتنفيذ إلى ذات المحكمة مصدرة الحكم ويعتبر قرارها في ذلك نهائياً وغير قابل للاستئناف.

ثالثاً: الطعن في الحكم الصادر في الإشكال

لقد اختلفت التشريعات المقارنة فيما نهجت به من ناحية جواز الطعن على الحكم الصادر في الإشكال من عدمه.

فالمشرع الأردني وبموجب نص المادة 4/363 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني اكسب الحكم الصادر في الإشكال الدرجة القطعية، فلم يجز المشرع الأردني مسألة الطعن في الحكم الصادر في الإشكال حيث نص على أن يكون القرار الصادر من المحكمة المختصة بالنزاع نهائياً غير قابل للطعن، وبالتالي يكون المشرع الأردني قد أغلق الباب أمام إمكانية الطعن في الحكم الصادر في دعوى الإشكال.

وإننا نرى بقصور المشرع عما ذهب إليه من إضفاء الصفة النهائية للحكم في الإشكال وعدم إمكانية الطعن عليه، وذلك لأن قاضي الإشكال لا تستبعد احتمالية وقوعه في الخطأ فهو ليس معصوما عنه بحيث أنه لا طريقة لتصحيح ما يقع به قاضي الإشكال من أخطاء إلا بالطعن على ما حكم به في الدعوى التي نظر بها، فليس من المعقول أن تكون كافة الأحكام التي أصدرها صحيحة ولا يشوبها أي خطأ.

³⁵ عابدين، محمد أحمد: التنفيذ وإشكالته في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 106.

³⁶ علي، مصطفى يوسف محمد: إشكالات التنفيذ الجنائية، مرجع سابق 458.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يقم بتضمين أي من النصوص الخاصة المتعلقة بالطعن في الحكم الصادر في الإشكال، ويكاد ينعقد إجماع الفقه على تطبيق النصوص المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام العامة الواردة في قانون الإجراءات الجنائية المصري بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة الإشكال في التنفيذ³⁷.

على أنه ورد في صريح المادة /1556/ من تعليمات النيابة العامة المصرية ما يفيد جواز الطعن على الحكم الصادر في الإشكال فقد جاء بها أن ((يخضع الحكم الصادر في الإشكال لجميع طرق الطعن في الأحكام الجزائية وهي المعارضة والاستئناف والنقض. ويجوز للنيابة العامة ان تستأنف أو تطعن بالنقض في الحكم الصادر في الإشكال على حسب الأحوال ووفقاً لنوع المحكمة التي أصدرت الحكم.)) ولما تقدم فإن المشرع المصري قد أجاز الطعن على الحكم الذي يصدر في الإشكال وذلك ضمن شروط معينة ينبغي توافرها لقبول الطعن فيه، وهي أن يقدم الطعن من يحمل الصفة وله المصلحة في الطعن، كما أنه يشترط أنه يكون باب الطعن ما زال مفتوحاً لتقديم الطعن³⁸.

³⁷ هرجة، مصطفى مجدي: المشكلات العملية في إشكالات التنفيذ الجنائية، مرجع سابق، ص 73.

³⁸ الطيب أحمد عبد الظاهر: إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 422.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتضح قصور التشريع السوري بالتعرض لموضوع إشكالات تنفيذ الأحكام الجزائية وخلو قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري من النصوص المتعلقة بالإشكالات التنفيذية، وأن الاجتهاد القضائي والفقهاء هم من تولى تنظيم وصياغة دعوى الإشكال التنفيذي بكل تفاصيلها مما تولد بعض الخلافات بسبب فقدان التشريع الناظم لدعوى الإشكال، وأن الكثير من رجال القانون والقضاء ليس لديهم علم عن دعوى الإشكال التنفيذي بسبب فقدان النص.

وإن المشرع السوري أوكل مهمة تنفيذ الأحكام الجزائية إلى النيابة العامة، وكذلك أوكل إليها مهمة معالجة كافة الإشكالات التي قد تثور خلال تنفيذ الحكم الجزائي، وبالتالي أصبحت النيابة العامة هي الخصم والحكم بذات الوقت وحمل النيابة العامة عبء كبير في حين هو من اختصاص القضاء، وبالتحديد المحكمة مصدرة القرار المستشكل فيه، فهي اعلم بكل تفاصيل الدعوى ومجرياتها.

وفي نهاية هذه الدراسة فإن الباحث يوصي بما يلي:

1. إنني أتمنى على المشرع السوري بأن يقوم بتنظيم دعوى إشكال تنفيذ الأحكام الجزائية بنصوص قانونية واضحة تمنع اللبس والغموض، وتزيل كافة الخلافات الفقهية القائمة بسبب فقدان التشريع، كما فعل المشرع السوري في تنظيم تنفيذ الاحكام المدنية، حيث حدد المشرع بقانون أصول المحاكمات المدنية كافة الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الاحكام المدنية، وخصه بكتاب كامل تحت عنوان الكتاب الثاني - التنفيذ.

2. يوصي البحث ومن خلال التشريع الذي سيصدر من قبل المشرع السوري بخصوص إشكالات تنفيذ الأحكام الجزائية أن يحدد دور النيابة العامة على تنفيذ الحكم الجزائية فقط، وأي خلاف يثور من خلال تنفيذ الحكم الجزائي يتم

عرضه على المحكمة مصدرة القرار المستشكل فيه بشكل مباشر من قبل المنفذ عليه كي لا تصبح النيابة العامة هي الخصم والحكم.

3. كما يوصي الباحث أن يحدد المشرع السوري أن يحدد طرق الطعن بالحكم الصادر بدعوى إشكال تنفيذ الحكم الجزائي بشكل واضح ومحدد كما عددها بالدعوى القضائية، ويحدد المدد التي يمكن من خلالها تقديم دعوى الإشكال، ومددة الاستئناف والطعن بالقرار الذي سيصدر.

4. وأنتني أتمنى على المشرع السوري ان يحدد الحالات التي يجوز فيها رفع دعوى الإشكال التنفيذ بشكل محدد وواضح كي لا تبقى الدعوى إلى أجل غير مسمى وندخل بدوامه طرح الدعوى مرة أخرى وبالتالي فإن المنفذ عليه الذي يرفع دعوى الإشكال هو صاحب حق وليس الهدف من هذه الدعوى هو إطالة أمد التقاضي.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر.

- مجموعة حمورابي القانونية الإلكترونية والتي تتضمن جميع القوانين السورية والعربية والاجتهادات لمحكمة النقض السورية والمصرية ومن خلالها تم الرجوع لما يلي:
1. قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م.
 2. قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم 1/ لعام 2016م.
 3. قانون العقوبات السوري رقم 148 لعام 1949م.
 4. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لعام 1950م.
 5. قانون المرافعات المصري رقم 13 لعام 1968م.
 6. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لعام 1961.
 7. الموسوعة القانونية الجزائرية - انس كيلاني.
 8. مجموعة الاجتهادات الجزائرية ج 1 الى ج - 6 دركزلي.
 9. اصول المحاكمات الجزائرية ج 1 و ج - 2 استانبولي.
 10. مجلة المحامون السورية- اجتهادات محكمة النقض السورية.

ثانياً: المراجع:

1. الطيب، أحمد عبد الظاهر: إشكال التنفيذ في المواد الجنائية، القاهرة، ط3، 1989م
2. بني إسماعيل موفق حسين نهار: إشكالات التنفيذ في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني "دراسة مقارنة" جامعة مؤتة، الكرك، 2005.
3. حسني، محمود نجيب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1988.
4. عابدين، محمد أحمد: التنفيذ وإشكالاته في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1994.
5. عبد المطلب، إيهاب: الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج3، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008
6. عبيد، رؤوف: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006

7. علي، مصطفى يوسف محمد: إشكالات التنفيذ الجنائية، دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحداث أحكام القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
8. فوده، عبد الحكيم: التنفيذ في المواد الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2005.
9. كبيش محمود: الإشكالات في تنفيذ الأحكام الجزائية. دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي. دار النهضة العربية. القاهرة ، 2007
10. نمور، محمد سعيد: أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2004م.
11. هرجة، مصطفى مجدي: المشكلات العملية في إشكالات التنفيذ الجنائية، دار محمود للنشر والتوزيع، ط3.
12. وزير، عبد العظيم: دور القضاء في تنفيذ الأحكام الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987م.