مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 43 . العدد 24

1442 هـ - 2021 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

أ. د. ناصر سعد الدين	**رئيس هيئة التحرير**
أ. د. هايل الطالب	**رئيس التحرير**

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

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	**عضو هيئة التحرير**

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 : 2138071 31 963 ++

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

. البريد الالكتروني : 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.
- **اذا كان الباحث طالب دراسات عليا:**

يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقته على النشر في المجلة.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:**

يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.

- **اذا 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.

- **اذا 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 17.5×25 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 (كتابة 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 الف 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

اسم البحث	اسم الباحث	الصفحة
تحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها	طارق سعيد د. يوسف شباط	38-11
التفريق القضائي بين الزوجين للشقاق والضرر دراسة فقهية قانونية مع بيان اجتهادات محكمة النقض السورية	هيثم الخطيب د. أحمد حسن د. محمد حسان عوض	72- 39
نظريتا الظروف الطارئة وفعل الأمير وأثرهما في توازن العقد الإداري	طارق سعيد د. يوسف شباط	100-73

تحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها

طالب الدكتوراه: طارق سعيد كلية الحقوق جامعة دمشق

إشراف الدكتور: يوسف شباط المشرف المشارك: خالد المحمد

الملخص

إن الخصومة الإدارية ليست خصومة شخصية بين أفراد عاديين تتصارع حقوقهم الذاتية لمصالح خاصة، وإنما هي خصومة يدور فيها الصراع بين مصلحة شخصية من جانب صاحب الشأن ومصلحة عامة تمثلها السلطات الإدارية التي تقف في المركز المريح من حيث الإثبات.

وهذا ما استدعى تمتع القاضي الإداري بسلطات تحقيقية بُغية إيجاد توازن بين أطراف هذه الخصومة، وكان تبعاً لذلك اتسام إجراءات التقاضي بالطابع التحقيقي، والتي مكنّته من إدارة الدعوى الإدارية والوقوف في وجه الإدارة المدعى عليها في مراحل متعددة من الدعوى، وصولاً الى القول الفصل في موضوع القضية المعروضة بما يتطابق والقانون نصاً وروحاً.

Investigation and proof of the administrative case

Abstract

The administrative quarrel is not a personal quarrel between ordinary individuals whose personal rights are in conflict with private interests, but rather a dispute in which the conflict takes place between a personal interest on the part of the person concerned and a public interest represented by the administrative authorities that stand in the comfortable position of proof.

This required the administrative judge to have investigative powers in order to find a balance between the parties to this litigation, and accordingly the litigation procedures were of an investigative nature, which enabled him to manage the administrative case and stand in the face of the defendant administration in multiple stages of the case, leading to the final say on the subject matter of the case, Displayed in conformity with the law in letter and spirit.

مقدمة:

يعتمد الإثبات الإداري ويقوم أساساً على طبيعة الدعوى الإدارية التي تقوم بين طرفين غير متكافئين هما الإدارة بوصفها سلطة عامة والأفراد، وتوصف هذه المنازعة الإدارية بأنها ذات طابع تحقيقي يعمل فيها القاضي الإداري على تسيير إجراءاتها، ويظهر فيها سعيه الى انشاء نوع من التوازن بين أطراف الخصومة خصوصاً في مواجهة الإدارة المدعى عليها التي تحول في كثير من الأحيان الى إخفاء الأدلة التي قد تحتاجها الدعوى، أو عدم قيامها بتقديم الوثائق والمستندات المطلوبة منها.

وإن هذه الإجراءات القضائية هي من النوع التفتيشي أو التحقيقي، والتي تمنح للقاضي الإداري دوراً نشطاً في إجراءات الدعوى، وجملةً من السلطات للوقوف في وجه الإدارة، والتي بإمكانها إخفاء ما قد يحتاجه الخصم من أدلة بحوزتها، أو امتناعها عن تقديم الوثائق المؤيدة لطلباته، الأمر الذي يمكن معه للقاضي الإداري استخلاص النتائج القانونية المترتبة على ذلك التصرّف.

وهنا نلمس الدور الايجابي الذي يستأثر به القاضي الإداري ومدى مساهمته الفعالة في سير إجراءات التحقيق القضائي والتي يوصف بأنها الرقيب على إجراءات سير المنازعة الإدارية على مستوى جميع مراحلها، ولعل أول محطة تستوقف فيها المنازعة الإدارية بعد دخول الدعوى مرحلة الإثبات والبحث عن الوسائل وتقييمها، هي مرحلة التحقيق متى قرر قاضي الموضوع ضرورة لذلك، والتي تعد من أهم المحطات سواءً تعلق الأمر بإجراءات تدابير التحقيق من سماع الأطراف أو استجوابهم، ومقارنة الأدلة المتوفرة وتمحيصها، وصولاً الى إجراءات مواجهات فيما بين الأطراف ذي العلاقة بينهم إظهاراً للحقيقة، لينطلق بعدها في عملية صياغة وتحضير حكمه في موضوع المنازعة.

ولبلوغ هذا الهدف يجب أن يتوافر في التحقيق الإداري مقومات التحقيق القانوني الصحيح، وأن تتوافر ضماناته وكفالته من حيث وجوب استدعاء الأطراف وطرح الأسئلة عليهم ومناقشة وسائل الإثبات وسماع من يريد الإدلاء بشهادته وتقديم الدفوع وغير ذلك من مقتضيات الدفاع.

أولاً – إشكالية البحث: يُثير التحقيق في المنازعة الإدارية العديد من القضايا الإشكالية، رغم أنها تمثّل جوهر المنازعة الإدارية بالنسبة للقاضي الإداري وأطراف الدعوى، إضافةً الى غموض مصطلح الطابع التحقيقي للإثبات وخصوصيته الواضحة في نطاق هذه المنازعة، كما تزداد هذه الإشكالية صعوبةً في ظل عدم وجود تقنين إداري ينظم هذه القواعد بشكل واضح ومستقل تمكّن الأطراف من العلم بها قبل رفع الدعوى.

ثانياً – أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى التعريف بالطابع التحقيقي للإثبات في المنازعة الإدارية والإحاطة به من أغلب جوانبه، وبيان مقومات التحقيق لدى القضاء الإداري سعياً لتقديم حل لإشكالية هذا البحث.

ثالثاً – منهج البحث: سنتّبع في دراسة هذا البحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي، إضافةً إلى النهج المقارن.

رابعاً – خطة البحث: سنتناول دراسة هذا البحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين نتحدث في المطلب الأول منه عن ماهية الطابع التحقيقي للإثبات في الدعوى الإدارية، ومن ثم نتكلم في المطلب الثاني عن الوسائل التحقيقية في الدعوى الإدارية.

خامساً – الخاتمة: تتضمن النتائج والتوصيات.

المطلب الأول

ماهية الطابع التحقيقي للإثبات في الدعوى الإدارية

يتطلّب الفصل في المنازعة الإدارية القيام بالتحقيق الذي يقوم فيه القاضي الإداري، وهذا الطابع التحقيقي لدى القضاء الإداري لم ينص عليه المشرّع، وإنما يمكن استخلاصه من الصلاحيات التي يتمتع بها القاضي الإداري أثناء سير الخصومة.

الفرع الأول

مفهوم الطابع التحقيقي ومصادره

نتناول في هذا الفرع مفهوم الطابع التحقيقي للإثبات في الدعوى الإدارية، ومن ثم نبيّن مصادر هذا الطابع التحقيقي وفقاً لما هو آتي:

أولاً – مفهوم الطابع التحقيقي:

يتم الإثبات في المنازعة الإدارية عن طريق التحقيق في الدعوى والذي من خلاله يتكّون عند القاضي الإداري قناعه في إيجاد الحل المناسب للنزاع [1] ، والتحقيق يتم في المرحلة الإجرائية التي تتغيا تهيئة القضية المنظورة للفصل.

وفي هذه المرحلة يظهر دور القاضي الإداري ومساهمته الفعّالة في سير إجراءات التحقيق القضائي، والتي يوصف من خلالها بأنه الرقيب على إجراءات سير المنازعة الإدارية ، خصوصاً في مرحلة التحقيق التي تعد في الحقيقة من أهم المحطات التي يقوم بها سواء تعلق الأمر بإجراءات تدابير التحقيق من سماع الأطراف واستجوابهم، وإجراء

([1]) – د . عبد العزيز خليفة، الوجيز في الإثبات وإجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008 م، ص357.

التدقيق ببعض الأعمال الإدارية، ومقارنة الأدلة المتوفرة وتمحيصها بحضور الأطراف المعنية، وحتى إجراء مواجهات فيما بينهم إظهاراً في ذلك للحقيقة، ليصل إلى صياغة وتحضير الحكم الفاصل في موضوع المنازعة، بعد أن تكون الدعوى قد دخلت مرحلة الإثبات والبحث عن وسائله وتقييمها ، وهذا يتطلب احترام التحقيق الإداري لمقوماته القانونية من حيث وجوب استدعاء الأطراف وطرح الأسئلة عليهم ومناقشة وسائل الإثبات وغير ذلك من مقتضيات الدفوع [1] ، وبهذا فمن خلال طريق التحقيق يتحكم القاضي الإداري في سير الخصومة ويعد في هذا الصدد الموجّه الوحيد لها، إلا أن ذلك يتم وفقاً لضوابط أو شروط معينة، نوضّحها وفقاً لما هو آتي :

1- يجب أن تكون الواقعة المراد التحقيق فيها متعلقة بالدعوى:

فهذا الشرط يقتضي بأن تكون الواقعة المُراد إثباتها متصلة بالحق المتنازع فيه، وهذا الشرط لا تظهر أهميته في الإثبات المباشر فقط عندما ينصب الإثبات على الواقعة مصدر الحق المتنازع عليه، وإنما تظهر أهميته أيضاً في الإثبات غير المباشر من خلال إثبات واقعة قريبة الاحتمال عند تعذر الإثبات المباشر، وهذا يشترط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالواقعة الأصلية موضوع الحق المطالب به ومتصلةً به اتصالاً وثيقاً [2] .

2 – أن تكون الواقعة مُنتجة لآثارها في تكوين قناعة القاضي:

بمعنى أنه لا يشترط أن تكون حاسمةً في حل النزاع المعروض، وإنما يكفي أن تُساهم هذه الواقعة في تكوين قناعة القاضي، فإذا كان يستوي ثبوت الواقعة المراد إثباتها بشكل

([1]) – د . ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص528.

([2]) – د. جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص324.

لا يتأثر بذلك الحكم فإن هذه الواقعة لا تكون منتجة في الدعوى ولا داعي لإجراء أي تحقيق بشأنها.

3- أن تكون الواقعة من الجائز قبولها:

أي أن تكون الواقعة جائز قبول إثباتها، فالواقعة المستحيلة على سبيل المثال أو الواقعة غير القابلة بطبيعتها للإثبات لا معنى لقبول إثباتها، كما هو الحال في إثبات واقعة سبق الفصل فيها بحكم قضائي مبرم، بحسبان أن قوة الشيء المحكوم به قرينة قاطعة على صحة الحكم وما تضمنه من وقائع لازمة للفصل فيه.

ثانياً- مصادر الطابع التحقيقي:

لا تزال الإجراءات أمام القضاء الإداري في تطور مستمر لاستكمال جميع الحلول المناسبة لسير الدعوى الإدارية والفصل فيها، فهي في الحقيقة تعاني من قلة النصوص التشريعية وفقرها في الغالب نظراً لحداثتها إذا ما تمّ مقارنتها بالفروع الإجرائية الأخرى.

وقد أدى تطور القضاء الإداري واستقلاله عن القضاء العادي إلى أن غدت الحاجة مُلّحة إلى وجود إجراءات قضائية خاصة بالدعاوى التي ينظر بها، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال عدم وجود بعض المصادر التي يمكن للقاضي الإداري اللجوء إليها، وهذا ما سوف نتناوله وفقاً لما هو آتي.

1 - الدستور:

يُعد الدستور من أهم النصوص المدونة وأعلاها مرتبةً، إذ تأتي القواعد الدستورية في قمة النصوص القانونية في الدولة، وهي تسمو على ما عداها من قواعد، إذ تدور جميع

القواعد القانونية في فلكها سواءً كانت تصدر عن السلطة التشريعية أم كانت تصدر عن السلطة التنفيذية، وهي بذلك يمكن عدّها المصدر الأول لإجراءات التقاضي الإدارية [1] .

2 – قانون مجلس الدولة:

تُعدّ القوانين الخاصة بمجلس الدولة من أهم المصادر المُحددة لإجراءات التقاضي، وهذه القوانين هي أول ما يجب على القاضي الإداري الرجوع إليها لما تمثلّه من ضمانات للمتقاضين، ومن أولى هذه الضمانات أن تحيط الأفراد المتقاضين علماً بالإجراءات المطبقة عليهم، والتي يجب مراعاتها أمام القضاء الإداري، ومن ثم لا تتم مفاجئتهم بإجراءات لم يتوقعوها [2].

إلا أن قانون مجلس الدولة قد لا يتضمن بياناً كافياً للإجراءات التحقيقية أو الأصول الكافية كما هو الحال في قانون أصول المحاكمات الذي يبقى المرجع الرئيس في حال عدم وجود نص في قوانين مجلس الدولة.

3 – قانون أصول المحاكمات:

قد يحيل المشرّع إلى قانون أصول المحاكمات لتطبيق نصوصه على المنازعات الإدارية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في قوانين مجلس الدولة، كما هو الحال في سورية، إذ كانت توجد إحالة عامة إلى نصوص قانون أصول المحاكمات في قانون مجلس الدولة السوري السابق الذي أشار صراحةً على تطبيق قانون أصول المحاكمات فيما لم يرد فيه

([1]) – د. محمود حسن خليفة، طعن الخارج عن الخصومة في قضاء مجلس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2008، ص11.

([2]) - مصطفى الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2003، ص156.

نص في قانون مجلس الدولة، وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائي [1] الذي لم يرى النور حتى تاريخه.

و تجدر الإشارة إلى أن قانون مجلس الدولة السوري النافذ حالياً لم يتضمن أصول أو إجراءات خاصة بالتقاضي بشكل يمكن معه الاستغناء عن تطبيق قانون أصول المحاكمات، بحسبان أن قانون مجلس الدولة الجديد أشار إلى بعض الأصول المتّبعة أمام المجلس في عدد من مواده [2] و أحال إلى قانون أصول المحاكمات في بعضها الآخر [3]، الأمر الذي يمكن القول معه بأن قانون أصول المحاكمات في سورية هو المرجع المُفترض للقاضي الإداري في كل ما خلا منه قانون مجلس الدولة بسبب عدم وجدود قانون إجراءات خاص بالقضاء الإداري .

4 – اللوائح:

اللوائح كمصدر لإجراءات التقاضي تأتي بعد الدستور والقانون العادي الذي تضعه السلطة التشريعية، فاللوائح أقل مرتبة من الدستور والقانون ومن ثم ليس لها مخالفتها، ويقصد باللوائح القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية، والتي تنظم إجراءات التقاضي الإداري وهذه القرارات قد تصدر من رئيس الجمهورية أو من مجلس الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة .

الفرع الثاني

(1) – انظر المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة السوري السابق رقم /55/ لعام 1959.

(2) – انظر المادة رقم /19/ وما بعدها من قانون مجلس الدولة السوري الجديد رقم /32/ لعام 2019

(3) – كما هو الحال في نص المادة رقم /27/ من قانون مجلس الدولة رقم /32/ لعام 2019 التي نصت صراحةً على جوازية إعادة المحاكمة وفقاً للمواعيد والأصول المنصوص عنها في قانون أصول المحاكمات .

وجوبية التحقيق في المنازعة الإدارية

لا تكون المنازعة الإدارية محل فصل في غالب الأحيان إلا إذا كانت مسبوقة بتحقيق من قبِل القاضي الإداري، غير أن هذه القاعدة العامة يمكن الاستغناء في بعض الحالات.

أولاً: مفهوم وجوبية التحقيق في المنازعة الإدارية:

يقوم التحقيق في المنازعة الإدارية أساساً بُغية تكوين قناعة القاضي الإداري، وللوصول إلى حل من شأنه حماية مبدأ المشروعية القانونية وتحقيق العدالة الإدارية عند الفصل في الدعوى، ولذلك فإن القاضي الإداري يتمتع بسلطات واسعة في التعامل مع إجراءات التحقيق.

و يعد التحقيق إجراء لازم أمام محاكم القضاء الإداري، ولعل سبب جعل التحقيق إلزامياً في المنازعة الإدارية هو صفة طرفي المنازعة اللذان هما غير متساويان، فدور القاضي يتمثّل في تحقيق التوازن بين الإدارة والأفراد أثناء قيامه بالبحث عن الإثبات، فالمدعي في دعاوى الإلغاء يوجد في مركز غير متوازن أمام الإدارة ولا يستطيع الاعتماد إلا على القرائن التي تحوزها الإدارة وحدها، إضافةً إلى الملفات والمستندات التي تُسعف المدعي في إثبات الحقيقة بصفة قاطعة [1] ، ولعلاج ظاهرة عدم التوازن القائم بين طرفي الدعوى فإنه يتم توزيع عبء الإثبات بينهما بمعرفة القاضي نفسه ، ولذلك منح المشرّع القاضي سلطة تحقيقيه تجعله يقوم بكل إجراء يراه ضرورياً لإبراز الحقيقة.

(1) – le Tourneur pouchermarie conseil d etat les et tribunaux administattif. paris 1970, p166.

ثانياً: خصائص وجوبية التحقيق:

الإجراءات القضائية الإدارية هي إجراءات قضائية تحقيقية، فبمجرد تقديم عريضة الدعوى أمام القضاء الاداري تنعقد سلطة وحرية المبادرة والتصرف التلقائي من طرف القاضي المختص في توجيه وتسيير إجراءات الدعوى الإدارية، وهكذا يقوم القاضي المختص في ظل هذه الإجراءات في تبليغ الخصوم المتقاضين صور العرائض والوثائق المختلفة، ويحدد لهم المواعيد القانونية لتسليم الأجوبة عليها [1]، كما يقوم بالتحقيق واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة في نطاق عملية التحقيق مثل تعيين الخبراء وإجراءات الكشوف ووصف الحالة الراهنة ، وكذلك إجراء وسلطة قفل التحقيق ، وغيرها من الإجراءات الإدارية والقضائية اللازمة كطلب مذكرات ومستندات ووسائل الإثبات الإضافية من أطراف القضية حتى تتكون لديه القناعة الكاملة والحرة .

المطلب الثاني

الوسائل التحقيقية في الدعوى الإدارية

([1]) – انظر المواد رقم / 23/ و / 24/ و /25/ و /26 / من قانون مجلس الدولة السوري رقم /32/ لعام 2019 .

عادةً ما يلجأ أطراف النزاع إلى طرق لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونه، وهذه الطرق قد ينص عليها المشرّع بشكل مسبق، وبالتالي فإنه يتعين في هذه الحالة على كل من المتقاضيين والقاضي الالتزام بهذه الطرق دون غيرها، وعدم الالتفات إلى طرق أخرى لا يقرّها القانون [1].

ويقصد بهذه الطرق تلك الأدلة المثبتة للدعوى التي يعتمد عليها القاضي في إصدار حكمه، وقد قسم الفقه هذه الطرق إلى عادية وإلى طرق غير عادية، نتناولها بالتفصيل وفقاً لما هو آتي.

الفرع الأول

الوسائل التحقيقية العادية في الدعوى الإدارية

إن الوسائل التحقيقية العادية أو الأصلية يمكن تقسيمها إلى الكتابة والخبرة والقرائن، وسوف نبين فيما يلي كل وسيلة من هذه الوسائل على حده ونوضح شروطها وإجراءات تقديمها إلى القضاء، مبينين موقف القضاء الإداري منها.

أولاً– الكتابة:

يغلب الطابع الكتابي على معظم إجراءات الإثبات في الدعوى الإدارية، مما يجعل الأدلة الكتابية من أهم الوسائل التي يعتمد عليها أطراف الدعوى في الإثبات، وذلك أن جميع

([1]) - الغوث يبن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001م، الجزائر، ص12.

نشاطات الإدارة تتم عن طريق الكتابة، ولا يتعامل الأفراد معها إلا من خلال هذه الوسيلة.

ويعتمد الإثبات بالكتابة على الأوراق الإدارية التي تنطوي على وقائع تتصل بنشاط الإدارة، كالقرارات الإدارية والعقود الإدارية [1].

ويمكن القول إن الورقة الإدارية هي أهم أنواع الأدلة المعتبرة في المنازعات الإدارية فهي تعرّف بأنها ما بحوزة الإدارة من أوراق ذات تاريخ ثابت عادةً، ولا يشترط فيها صيغةً محددةً ولا شكلاً معيناً، وتدل على واقعة إدارية معينة [2]، وهي بذلك تختلف عن الورقة المعروفة في القانون الخاص من حيث عدم اشتراط الشكلية فيها، ومن حيث عدم ضرورة صدورها من موظف عام بصفته الوظيفية في حدود اختصاصه، ومن حيث حيازة الإدارة لها.

أما بخصوص الأوراق غير الإدارية وما إذا كانت لها قوة ثبوتية، انقسم الفقه بشأن ذلك إلى اتجاهين أولهما يرى أن هذه الأوراق لها أمام القضاء الإداري ذات القوة الثبوتية التي تتمتع بها أما القضاء العادي [3] ، في حين يرى ثانيهما أن هذه الأوراق هي من قبيل القرائن المكتوبة للتدليل على صحة ما ورد بها ، والتي تخضع لتقدير القاضي الإداري و

([1]) - د. أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، بدون رقم طبعة، مؤسسة دار الشعب ، مصر ، 1977، ص228.

([2]) - عرفت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون البيّنات السوري الأسناد الرسمية بأنها الأسناد التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن.

([3]) - د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، بدون رقم طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1999، ص658.

يستخلص منها البيانات اللازمة في ضوء الظروف المحيطة بها وباقي العناصر المستمدة من الملف [1].

وبناءً على ما تقدم يمكن القول إن الكتابة لها أهميتها الواضحة في الإثبات الإداري، وذلك لأن الكتابة تعد من أهم سمات النشاط الإداري الذي يعد الكتابة أحد الشروط الأساسية فيها، فيكون من الطبيعي أن يكون للأوراق المكتوبة دور كبير في الإثبات أمام القضاء الإداري.

ثانياً– الخبرة:

هي الاستشارة الفنية التي يستعين فيها المحكمة أو المحقق في مجال الإثبات، للمساعدة في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة علمية أو فنية لا تتوافر لدى عضو الهيئة القضائية المختصة بحكم عمله وثقافته [2].

وفي سورية فإن قانون مجلس الدولة السوري لم ينظم المسائل الخاصة بالخبرة، وتعتبر هذه المسألة من المسائل التي تقع تحت سلطة المحكمة في الأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات لتحقيق الدعوى وتهيئتها للفصل فيها، وذلك بما يتفق مع الدور الإيجابي للقاضي الإداري في تحقيق الدعوى، وقد جرت محاكم مجلس الدولة السوري على الاستعانة بقواعد الخبرة المنصوص عليها في قانون البينات خصوصاً فيما يخص نشاط الإدارة المتعلق بالعقود الإدارية.

([1]) – د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة، 1964، ص228.

([2]) - د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص184.

وتعتبر الخبرة القضائية وسيلة من وسائل الإثبات وإجراء من إجراءات التحقيق يلجأ إليها القاضي للفصل في نزاع يتوقف على معرفة معلومات ذات طابع فني ليس باستطاعته الإلمام بمعلومات تقنية [1] ، لذلك يجوز للقاضي الاستعانة بمن يساعده في فهم هذه المسائل عن طريق خبراء ومختصين وذوي كفاءات وتقنيات عالية من أجل تقديم المعلومات الضرورية، ويعد الأمر بإجراء الخبرة من القرارات السابقة للفصل في الدعوى، وللمحكمة أن تصدره عند تقديم الدعوى أو بعد المباشرة في النظر فيها، وذلك بمقتضى حكم سابق على الفصل في الموضوع.

ويخضع طلب إجراء الخبرة المقدم من الخصوم لمطلق تقدير القاضي الذي يحق له إجابة هذا الطلب أو عدم إجابته، والمحكمة غير ملزمة بندب خبير في الدعوى بل أن الأمر يرجع إلى سلطتها التقديرية [2].

وبعد أن يتم الخبير مهمته يودع تقريراً حول مسألة الخبرة، يضم إلى ملف الدعوى، ويتضمن هذا التقرير جميع المسائل التي أناطت بالخبير مهمة بيانها وتفسيرها، وكل الأسئلة التي تضمنها الأمر بإجراء الخبرة، والرأي الفني للخبير مسبباً، ويكثر اللجوء إلى الخبرة في دعاوى القضاء الكامل وعلى وجه الخصوص دعاوى مسؤولية الإدارة لا سيما في المسائل الطبية والأشغال العامة [3].

فقد جرى العمل لدى القضاء الإداري في سورية على سلطة المحكمة في تقرير إعادة الخبرة بخبرة أخرى من تلقاء نفسها، إن وجدت في ذلك مصلحة الدعوى الإدارية، في حين أن القضاء العادي في سورية لا يجيز إعادة الخبرة من دون إتباع القواعد التي أتى

(1) - علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998 ص6.

(2) - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 24، لسنة 2000 المؤرخ في 1990/2/2 ، منشور على الانترنت، تاريخ الزيارة 2021/1/28، ساعة الزيارة الحادية عشر مساءً.

(3) - عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الفتح، مصر،2007، ص.44

على ذكرها في قانون البينات السوري [1] ، وهذا حقيقةً ما ينبع من خصوصية الدعوى الإدارية التي لا يمكن مقارنتها بالدعوى أمام القضاء العادي.

ومع أن القاضي غير ملزم بنتيجة ما يضعه الخبير من تقرير فيما كلفه به، إلا أن المحكمة متى انتدبت خبيراً في الدعوى، فإن عليها انتظار انتهاء مهمته بوضع تقريره في الدعوى، فإذا استبقت المحكمة ذلك، وأصدرت حكمها، عد ذلك الحكم باطلاً، إلا إذا وجدت ظروف تؤكد عدم جدوى الخبرة في الدعوى [2].

ثالثاً – القرائن القضائية:

القرينة عموماً هي ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول باستخدامه وقائع يعلمها ليستدل على وقائع أخرى، فهي من الأدلة غير المباشرة التي تقوم على الاستنتاج، وتنقسم القرائن إلى قرائن قانونية وأخرى قضائية، وإذا كانت القرائن القانونية طريقاً معفياً من الإثبات مثلها في ذلك مثل الإقرار واليمين، فإننا سندرسها في طرق الإثبات غير العادية، وهنا نتناول القرائن القضائية باعتبارها من طرق الإثبات العادية [3] .

([1]) - د. محمد أديب الحسيني، خصوصيات الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة المحامون، العددان الخامس والسادس لعام 2010 ، دمشق ، ص715.

([2]) – انظر المادة رقم /141/ من قانون البينّات السوري رقم /359/ لعام 1947 وتعديلاته .

([3]) - محمد طيب عمور، الإثبات بالقرائن القضائية بين الشريعة والقانون، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق، الجزائر، العدد 9، 2013، ص82.

القرائن القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المعروضة عليه، أو هي القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها [1] .

وفي مثل هذه القرائن نجد القاضي الإداري يجهد نفسه ويُعمل ذهنه في استخلاص الربط في مجال القرائن، فمثل هذه القرائن هي مجال اجتهاد القاضي وإبداعه التي من شأنها أن تميز الأحكام القضائية عن بعضها، وهي بهذا تشكّل إثراءً للقانون في نطاق القانون الإداري أكثر من باقي فروع القانون ، بحسبان أن القاضي الإداري يمتلك سلطة أوسع تقديراً في استنباط القرائن من القاضي العادي بسبب انخراطه بظروف الإدارة وتعامله مع بيئة متخصص فيها[2]، مما يتيح له تفهم هذا النشاط وروحه وبالتالي صياغة النتائج على ضوء الإحاطة العميقة بأسباب النزاع .

ويختص باستنباط القرائن القضائية قاضي الموضوع الذي له سلطة مطلقة في أن يختار أي واقعة ثابتة في الدعوى ليتخذ منها قرينة قضائية، كما له سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله من دلالة وهو حر في تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة، وقد لا يقتنع بقرائن متعددة لأنه يجدها ضعيفة الدلالة، وغالباً ما تلعب القرائن القضائية دوراً إيجابياً في إثبات الدعوى الإدارية فمن خلالها يستطيع القاضي استخدام دوره الإيجابي، حيث أن هذا الدور يزيد لدى القاضي الإداري عن القاضي المدني.

الفرع الثاني

الوسائل التحقيقية غير العادية في الدعوى الإدارية

([1]) – د . أحمد كمال الدين موسى، مرجع سبق ذكره، ص370.

([2]) - د . برهان زريق، نظام الاثبات في القانون الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2009، ص266.

كما يوجد من بين أدلة الإثبات ما هو أصلي أو عادي فإنه يوجد من بين أدلة الإثبات ما هو غير عادي مثل الإقرار والقرائن القانونية، والتي نبينها وفقاً لما هو آتي.

أولاً: الإقرار:

عرف الفقه الإقرار بأنه تسليم شخص عن قصد بأثر قانوني يسري عليه أو بالواقعة القانونية التي يترتب عليها هذا الأثر في مواجهته [1] .

ويعد الإقرار حجة قاصرة على المقّر طبقاً لقانون البينات السوري [2]، وإذا كان الإقرار يعد من أول الأدلة في القضاء العادي، إلا أنه يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي الإداري وقناعته .

وعادةً ما يقدم الإقرار أمام القاضي الإداري شفاهةً، وفي هذه الحالة يلزم إثباته في المحضر، كما قد يقدم الاقرار كتابةً في شكل مذكرات أو مستندات مودعة بملف الدعوى كأثر للصفة الكتابية للمرافعات الإدارية.

ويبدو الإقرار أمام القضاء الإداري في عدة تطبيقات منها على وجه الخصوص في حالات إثبات الانحراف في استعمال السلطة، وحالات العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه كما هو الحال في إثبات وقائع معينة، أو إقرار الموظف بعدم حصوله على المؤهل

([1]) د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986، ص358.

([2]) – انظر المادة رقم /100/ من قانون البيّنات السوري رقم /359/ لعام 1947 وتعديلاته .

الدراسي، أو حصوله على المؤهل الدراسي في تاريخ معين، أو كما لو أقرّ الموظف بانقطاعه عن العمل دون الحصول على أذن من الإدارة [1] .

ثالثاً: القرائن القانونية:

القرائن القانونية هي استنباط المشرّع أمراً غير ثابت من أمر ثابت أو هي استنباط المشرّع لأمر مجهول من أمر معلوم، ومن خلال هذا التعريف فإن القرينة القانونية من عمل المشرّع وأساسها هو النص القانوني التي لا تقوم بدونه، ومن ثم فهي وسيلة إعفاء من الإثبات ولكن بصفة مؤقتة، كونها إذا كانت قابلة لإثبات العكس فإنه يترتب عليها نقل عبء الاثبات الى الطرف الآخر في الدعوى [2].

ومن هذه القرائن قرينة القرار الإداري الضمني الذي يُستخلص من سكوت الإدارة لمدة ستين يوماً دون إجابتها على طلب أحد الأفراد [3]، أو قرينة استقالة العامل لدى انقطاعه عن العمل لمدة محددة نص عليه القانون، فمثل هذه القرائن تعد ذات أصول إدارية،

(1) – د . برهان زريق، مرجع سبق ذكره، ص269.

(2) – د . برهان زريق، المرجع السابق، ص 143.

(3) – نصت المادة رقم /21 / من قانون مجلس الدولة السوري رقم /32/ لعام 2019 على أن " ميعاد إقامة الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر القرار الإداري المطعون فيه أو تبليغه صاحب الشأن وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الجهة العامة التي أصدرت القرار أو إلى الجهة التي ترأسها ويجب أن يبت في التظلم قبل مضي ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تقديمه وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً ، ويعد فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفض له ، ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبلغه نتيجة التظلم ".

بحسبان أنها تنشأ لدى الإدارة وهي وليدة روابط القانون الإداري المتميزة عن روابط القانون الخاص.

إلا أن هناك قرائن يطبقها القضاء الإداري وهي ذات منشأ غير إداري، كما في قرينة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، حيث يذهب القضاء الإداري إلى تقرير مسؤولية الإدارة بسبب الخطأ المرتكب من قبِل العاملين لديها.

ومن القرائن القانونية في القضاء الإداري قرينة العلم بالقرار المشكو منه والمستفادة من نشر القرار أو إعلانه، أو غير ذلك من القرائن التي ينص عليها المشرّع، والتي يستطيع القاضي الإداري الذهاب إلى تقرير عدم مشروعية القرار المطعون فيه في حال انتفاء مثل هذه القرائن.

وقد سعى القضاء الإداري إلى التخفيف من صعوبة الاثبات التي ترتبط بمسألة الانحراف في السلطة ، فقد ذهب إلى التسليم بوجود مثل هذا العيب عن طريق بعض القرائن ، كما هو الحال مثلاً في إصدار قرار إداري لا ينطبق في حقيقته إلا على طائفة محددة من الأفراد دون غيرهم، أو التمييز بين الأفراد في المعاملة دون أساس مقبول من القانون فيظهر التحيز والمحاباة دون سند في العدالة أو القانون، و من هذا القبيل ما قررته المحكمة الإدارية العليا في سورية التي اعتبرت في مطالبة الإدارة للمدعي بنفقات الدراسة بحجة عدم حصوله على المؤهل العلمي المطلوب للتعيين، رغم أن مجلس التعليم العالي كان قد وافق على اعتبار الشهادة التي يحملها المدعي مماثلة للشهادة ومعادلة للمؤهل المطلوب في التعيين[1]، حيث اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن مثل هذه الاعمال تعد قرينة على الإخلال بمبدأ المساواة بين المتماثلين في الأوضاع، ونأياً عن الوزن

([1]) – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1990 ، ص 76 وما بعدها .

بالقسطاس المستقيم الذي هو عنوان العدالة ومثلها الأعلى ، وهو أمر غير مقبول في القانون أو المنطق التشريعي.

وبهذا نجد أنه إذا كان المبدأ العام في الإثبات أمام القضاء هو عدم افتراض صحة الادعاء من خلال إقامة الدليل على ما تضمنته هذه اللائحة، إلا أن هذا المبدأ لا ينبغي التشدد في تطبيق أو الأخذ به على اطلاقه في المنازعات الإدارية كونه يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية ، بل يكفي بأن يتقدم الطاعن الذي يخاصم الإدارة بأن يرشد القاضي إلى الدليل أو المستندات والسجلات التي تسانده وتدعم دعواه ليتولى بعد ذلك القاضي دوره في استكمال عملية التحقيق والاثبات سيما الطلب من الإدارة ابراز الأوراق المتعلقة بالقرار المطعون فيه.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث والعرض السابق لتحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها، يمكن تقديم مجموعة من النتائج والتوصيات نبيّنها وفقاً لما يلي:

أولاً- النتائج :

1 – يعد تحقيق الدعوى من أهم المراحل التي تساعد القاضي الإداري في تهيئة القضية المنظورة للفصل.

2 – إن الالتزام بمقومات التحقيق من شأنه أن يجعل الحكم القضائي أقرب إلى الواقع الذي أدى إلى ظهور المنازعة بين أطراف الدعوى الإدارية.

3 – للقاضي الإداري في سبيل تحقيق الدعوى وإثباتها اللجوء إلى جميع الوسائل المشروعة قانوناً التي من شأنها ملامسة حقيقة النزاع المثار أمامه وواقعه.

ثانياً – التوصيات:

1 – ضرورة العمل على إصدار تشريع ينظم أصول الإجراءات القضائية الإدارية ، إضافةً إلى إيجاد نظام إثبات خاص بالقضاء الإداري .

2 – تزويد القاضي بالوسائل الكافية والفعالّة التي تمكنّه من القيام بدوره التحقيقي، والتي تتفق وخصوصية الدعوى الإدارية، لما لذلك من أثر واضح في حماية مبدأ المشروعية القانونية.

3 – نأمل من مجلس الدولة السوري إيلاء موضوع التحقيق في الدعوى الاهتمام اللازم والكافي، سواءً من قِبل هيئة مفوضي الدولة أو المحاكم، بُغية الوصول إلى جوهر النزاع وحقيقته قبل الوصول إلى مرحلة إصدار القرار القضائي.

قائمة المراجع:

1 – د. أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، بدون رقم طبعة، مؤسسة دار الشعب ، مصر ، 1977.

2 – الغوث بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

3– د . برهان زريق، نظام الاثبات في القانون الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2009.

4– د. جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.

5 – د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986.

6 – عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الفتح، مصر،2007.

7– د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1988.

8– د . عبد العزيز خليفة، الوجيز في الإثبات وإجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة ، 2008.

9– علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.

10– د . ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

11- د. محمد أديب الحسيني، خصوصيات الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة المحامون، العددان الخامس والسادس ، دمشق،2010.

12- محمد طيب عمور، الإثبات بالقرائن القضائية بين الشريعة والقانون، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق، الجزائر، العدد 9، 2013.

13- د. محمود حسن خليفة، طعن الخارج عن الخصومة في قضاء مجلس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2008.

14- مصطفى الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2003.

15 - د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، بدون رقم طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1999.

16 - د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة، 1964.

القوانين والأحكام:

قانون البينات السوري رقم /359/ لعام 1947 وتعديلاته.

قانون مجلس الدولة السوري السابق رقم /55/ لعام 1959.

قانون مجلس الدولة السوري الجديد رقم /32/ لعام 2019.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1990.

المراجع الأجنبية:

- le Tourneur pouchermarie conseil d etat les et tribunaux administattif. paris 1970.

المراجع In Arabic :

1- Dr. Moussa.A,1977- The Theory of Evidence in Administrative Law . Dar Al-Shaab Foundation, without edition number, Egypt.

2 - Bin Melha.A , 2001- Rules and Methods of Evidence and Their Practice in Algerian Law, National Bureau for Educational .Works, First Edition, Algeria.

3 - Dr. Zureik.B ,2009- The Evidence System in Administrative Law, Al-Daoudi Press, First Edition, Damascus.

4 – Dr. Al-Adawy.J ,1999- The Principles of the Provisions of Commitment and Evidence, Knowledge Institute, Alexandria.

5 - Dr. Ismail .K,1986- State Council Judiciary Procedures and Formulas of Administrative Cases, Modern Printing House, Cairo.

6 - Al-Shami. A ,2007-The Privacy of Evidence in the Administrative Dispute, Dar Al-Fath, Egypt.

7 - Dr Al-Shawarby. A,1988- Criminal Evidence in the Light of Jurisprudence and the Judiciary, Al Ma'arif Foundation, Alexandria.

8 - Dr. Khalifa. A, 2008- Al-Wajeez in Evidence and Procedures for Capturing in Administrative Disputes, Dar Al-Kitab Al-Hadith.

9 – Hassan.A,1998- Experience in Civil and Criminal Matters, .University Thought House, Egypt.

10 - Dr. El-Helou.M,2000- Administrative Court, Al Maarif facility, Alexandria.

11 - Dr. Adeeb Al-Husseini.A,2010- The Specifics of Evidence Before the Administrative Court, Al-Muhamoon Magazine, Fifth .and Sixth Issues, Damascus.

12 - Tayeb Ammour.M,2013- Evidence with Judicial Evidence Between Sharia and Law, Academy of Social and Human Studies, Issue 9 Faculty of Law, Algeria.

13 - Dr. Khalifeh.M,2008- Appeal against the litigant outside the State Council Judiciary, PhD Thesis, Cairo University.

14 - El-Sherbiny.M,2003- Invalidation of Litigation Procedures before the Administrative Court, PhD Thesis, Assiut University.

15 - Dr. Abu Zaid Fahmy.M,1999- Administrative Judiciary, without edition number, University Press, Cairo.

16 - Dr. Wasfi.M,1964- The Fundamentals of Administrative Judicial Procedures, Book Two, Cairo.

Laws and provisions:

1 – Syrian Evidence Law No. / 359 / of 1947 and its amendments.

2 - The previous Syrian State Council Law No. 55 of 1959.

3- The new Syrian State Council Law No. 32 of 2019.

4 -The Set of Legal Principles Decided by the Syrian.

5-Supreme Administrative Court for the year 1990.

التفريق القضائي بين الزوجين للشقاق والضرر دراسة فقهية قانونية مع بيان اجتهادات محكمة النقض السورية

طالب ماجستير: هيثم ياسين الخطيب
* في قسم الأحوال الشخصية، كليَّة الشريعة، جامعة دمشق.
إشراف : الدكتور أحمد حسن + المشرف المشارك : الدكتور محمد حسان عوض

ملخص البحث

شُرِّع التفريق القضائي بين الزوجين لغاية وحاجة إنسانية، وهو استثناء على الأصل الذي هو دوام الحياة الزوجية، وسبب ظهور هذا الاستثناء هو حدوث الضرر مما يؤدي إلى نهاية مطاف هذا الكيان الأسري.

فالتفريق ينفي الضرر في حقوق المتضرر من كِلا الزوجين، ويضع القواعد والأحكام الضابطة للأسرة حتى لا يبغي أحد طرفيها على الآخر ولا يُظلم الطرف الأضعف فيها، وينتفي بذلك الضرر ويزال ليذهب كل واحد من الزوجين بطريقه وحياته الخاصة به، ويكون بذلك نهاية الحياة الزوجية، ويسعى هذا البحث إلى بيان مفهوم التفريق القضائي بسبب الشقاق والضرر بين الزوجين، وعرض آراء الفقهاء في هذا النوع من التفريق مع بيان أدلتهم، كما يسلّط الضوء على ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري وشرح مواده المتعلقة بهذا البحث، وعرض اجتهادات محكمة النقض السورية حول ذلك، مع ذكر بعض المقترحات والنتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

الكلمات المفتاحية: تفريق – قضاء – اجتهادات.

Judicial Separation of Spouses due to Discord and Grievance: AJudicial and Jurisprudential Study with a Clarification of the Jurisprudence of the Syrian Court of Cassation

Abstract

Judicial separation of spouses was legislated for a purpose and for a human need, and it is an exception of what is common and ought to be permanent regarding the marital life. Moreover, the reason for the emergence of this exception is the grievance (damage) which leads to the end of the familial life as a social entity. The separation puts an end to the grievance and violation of the rights of the wronged whether it is the wife or the husband. It also sets the rules and provisions governing the family so that neither of its parties oppresses the other and that the weaker party is not wronged. Furthermore, separation could mean that the grievance be avoided and removed so that each of the two spouses (husband and wife) goes on his/her own way and leads his/her own life as the marital life comes to an end.

This research (study) aims at clarifying and making clear the concept of judicial separation that results from discord and grievance between the spouses. It also presents the opinions/judgments of the jurists regarding this type of separation and brings to light whatever evidence they have in this respect. It also sheds light on what the Syrian Personal Status Law stipulates in this connection and explains its articles which are of relevance to this study. In addition to all this, this study presents and analyzes the opinions of the Syrian Court of Cassation about this matter. Finally, this study ends up with mentioning some of the proposals and results that I reached throughout the conducting of this research.

Keywords: separation – judicial judgments – jurisprudence

المقدمة

حرص الاسلام على استقرار الحياة الزوجية، وجعل الصّلة بين الزوجين من أوثق الصّلات وأقدسها، قال تعالى : (هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها) الأعراف 189

لكنّ هذه الحياة الزوجية قد يعتريها حالات تنعدم فيها المحبة والمودة والألفة بين الزوجين، ولا تستقيم معها الحياة، فتتحول إلى جحيم لا يُطاق.

وبما أن شرعنا و قانوننا جعلوا الطلاق بيد الرجل يستخدمه متى أراد، ولم يُعطَ ذلك للزوجة، إلّا أنهم منحوا الزوجة سبيلاً تستطيع من خلاله أن تخلّص نفسها من ظلم الزوج وعدوانه كي تنفي الضرر عنها بعد أن وقع، كما أنّ الزوج وإن كان يملك الطلاق إلّا أنه يستطيع أن يطلب التفريق من القاضي في حال تعرضه للضّرر من قِبل زوجته كي لا يتحمل أعباء وتبعات الطلاق، وبذلك يكون هذا التفريق سبيلاً لنفي الضرر عن الزوجين معاً.

والتفريق القضائي بين الزوجين له عدّة أوجه، فإمّا أن يكون بإرادة الزوجين أو بإرادة أحدهما، و إمّا أن يكون بحكم القاضي، أو بحكم الشرع والقانون.

عدا عن ذلك فإنّ التفريق القضائي يرفع الضرر الّذي وقع أثناء الحياة الزوجية، ليكون خلاصاً للزوجين من هذا الضرر، فمن الممكن أن يكون حلُّ هذه الحياة خيراً من بقائها، لِما يعتريها من تنافر وتخاصم وشقاق قد يؤدي إلى عواقب لا تُحمد، ليس على الزوجين فحسب، بل من الممكن أن تتعدّى إلى المجتمع بشكل عام.

ويختلف التفريق القضائي عن الطلاق والخلع، بأنّ الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته المنفردة، وأنّ الخلع يقع بإرادة الطرفين، بينما يقع التفريق القضائي بحكم القاضي لتمكين أحد أمرين، إمّا لتمكين الزوجة من إنهاء الرّابطة الزوجية جبراً عن الزوج في حال لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع، أو لتمكين الزوج من إنهاء العلاقة الزوجية دون أن يتمّ تحميله مغارم الطّلاق المادية وحده، وما ذلك إلّا نفياً ورفعاً للضرر عن كلٍّ منهما.

فالتفريق بسبب الشّقاق والضّرر الحاصل بين الزوجين هو محلّ دراستنا في هذا البحث، وذلك يقع بحكم قضائي بناءً على طلب الطّرف المتضرّر في هذه الحياة الزوجية، حيث جاء هذا التفريق ليرفع ما وقع عليه (الطرف المتضرر) من الضرر أثناء قيام الحياة الزوجية، فتتمّ إزالته على النحو المطلوب.

وقد بدأت بحثي ببيان مفهوم التفريق القضائي بسبب الشقاق والضرر بين الزوجين، مع توضيح التعريفات اللغوية والاصطلاحية والقانونية لمفردات عنوان البحث، ثم عرضت آراء الفقهاء في هذا النوع من التفريق مع بيان الأدلّة التي استندوا عليها وذكرت ما أميل إليه من الآراء، كما ذكرت رأي قانون الأحوال الشخصية السوري موضّحاً ما جاءت به مواده وشرح تلك المواد، كما سلّطت الضوء على اجتهادات محكمة النقض السورية المتعلّقة بهذا النوع من التفريق، وأخيراً ذكرت النتائج التي تمّ التّوصل إليها من خلال هذا البحث.. والله وليّ التوفيق ...

وبذلك تكون خطّة البحث على النحو التالي :

المقدمة

المبحث الأول : مفهوم التّفريق القضائي

المطلب الأول : تعريف التفريق لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني : تعريف القضاء لغةً واصطلاحاً

المبحث الثاني : مفهوم التفريق للشقاق والضرر

المطلب الأول : تعريف الشقاق لغةً

المطلب الثاني : تعريف الشقاق اصطلاحاً

المطلب الثالث : تعريف دعوى الشقاق والضرر قانوناً

المبحث الثالث : حالات اللّجوء للتفريق بسبب الشقاق والضرر

المبحث الرابع : آراء الفقهاء في التفريق للشقاق والضرر

المطلب الأول : عرض آراء المذاهب

المطلب الثاني : الأدلّة المستند عليها

المطلب الثالث : الترجيح والاختيار

المطلب الرابع : نوع الفرقة في التفريق للشقاق و الضرر

المبحث الخامس : الموقف القانوني واجتهادات محكمة النقض السورية في التفريق للشقاق والضرر

الخاتمة ونتائج البحث ....

<u>أهمية موضوع البحث :</u>

1 – إنّ البحث في الأحكام الفقهية وخاصّة المتعلقة بالتفريق القضائي بين الزوجين هو أهم ما يحتاجه الزوجان إلى معرفته.

2– بيان أنّ الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوري إنّما نزلتا لمقاصد معتبرة في رفع الضرر عن الزوجين من خلال اللّجوء إلى التفريق القضائي.

3 – كونه من أكثر المواضيع شيوعاً بين الناس، وخاصّة في وقتنا الحاضر.

4 – إظهار مرونة الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوري وذلك من خلال معالجتهما لكلّ ما يستجد من الحوادث التي تتعلق بالتفريق القضائي بين الزوجين.

5 ـ لجمعه الجانب الفقهي والقانوني مع بيان الاجتهادات القضائية المتعلّقة بالبحث.

6 ـ بالتفريق القضائي ينال الزّوجان حريّتهما ويرفعا الضرر عنهما.

<u>فرضيّات البحث وأسئلته :</u>

يعدّ موضوع التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر من المواضيع الهامّة والجديرة بالبحث والتّعمّق والدّراسة، وتتجلى فرضيّات البحث وأسئلته في ما يلي :

1ـ إذا كان التفريق القضائي بين الزوجين مشروعاً، فمن هو الّذي يملك الحق في طلب هذا التفريق من الزوجين ؟

2ـ إذا كان الزوجان يملكان هذا الحق، فما سبب لجوء كلٍّ منهما إلى ذلك ؟

3ـ من المعلوم أن الزوج يملك حق الطلاق، فلماذا مُنح هذا الحق أيضاً ؟

4ـ إذا حَكَمَ القاضي بالتفريق بين الزوجين، فما نوع هذه الفرقة ؟

5ـ هل يستطيع القاضي أن يتدخّل في هذا الأمر دون طلب أحد الزوجين ؟

6ـ ما هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوري في هذا النوع من التفريق ؟

7ـ ما الذي استقرّت عليه محكمة النقض السورية في ذلك ؟

مصطلحات البحث وتعريفاته الإجرائية :

التفريق لغةً : مصدر فرَّق، والفرقة مصدر الافتراق، وفارق فلاناً مفارقة وفراقاً أي انفصل عنه وباينه، وفرَّق القاضي بين الزوجين أي حكم بالفرقة بينهما.

التفريق اصطلاحاً : فهو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما.

القضاء لغةً : مصدر قضى، وهو الفصل في الحكم.

القضاء اصطلاحاً : هو فصل الخصومات وقطع المنازعات.

الشقاق لغةً : مأخوذة من شاقَّه مشاقَّةً وشِقاقاً، بمعنى خالفه، والشقاق غلبة العداوة والبغضاء والتنازع والتخاصم.

الشقاق اصطلاحاً : هو النّزاع بين الزوجين، سواء كان بسبب أحدّ الزوجين، أو بسببهما معاً، أو بسببِ أمرٍ خارجٍ عنهما.

دعوى الشقاق والضرر قانوناً : هي دعوى قضائية ترفع أمام القضاء الشرعي يرتّب عليها التفريق بين الزوج و زوجته إذا ظلَّ المدعي مصرّاً على دعواه، والّتي يدّعي فيها بأنّ الطرف الآخر يسيء المعاملة معه مادياً ومعنوياً حتى وصل الخلاف بينهما لدرجة أنه يستحيل معه دوام العشرة الزوجية.

الضرر : هو إيذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها بالقول أو الفعل المحرَّم من قِبل المشرّع.

الإطار النظري والدّراسات السابقة :

يعدّ التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر هو الرافع للضّرر الواقع على الزوج المتضرر من الطرفين، حيث يضع القواعد والضوابط كي لا يستمر الضرر على الطرف المتضرر.

ومن الدّراسات السّابقة التي يمكن أن تعدّ على هذا البحث :

1 – كتاب الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه، للدكتور أحمد موافي، تحدّث فيه عن الضرر بشكل عام في مجالات الفقه، وكان الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية يخصّ إخلال الزوجة بحقّ زوجها في التّمكين من الوطء والقرور في البيت، إضافةً إلى إخلال الزوج بحقّ زوجته عليه في القسم والإنفاق عليها، دون التّعرض بالتفصيل عن موضوع التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر، وغياب الرأي القانوني.

2 – كتاب القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، للدكتور أحمد داود، والذي تناول موضوع الضرر بين الزوجين بحوالي سبع صفحات، دون التّعرض تفصيلاً للتفريق القضائي بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر.

3ـ ولاية القاضي في التفريق بين الزوجين، رسالة ماجستير في كلية الحقوق بجامعة حلب عام 2014م، إعداد الطالب خير الدين حابو، حيث بيّن الطالب مفهوم ولاية القاضي بالتفريق بين الزوجين، والطبيعة الشرعية والقانونية لذلك، والصور المشابهة لها، ومصدرها من خلال دراسة كيفية تولّي القاضي وشروط ولايته في الشريعة الإسلامية

والقانون الوضعي، كما استعرض الطالب أحكام ولاية القاضي بالتفريق بين الزوجين من خلال ممارسة القاضي لولايته في التفريق بين الزوجين، حيث تحدّث عن التفريق للغيبة والفقد والحبس وعدم الإنفاق، وتحدث أيضاً عن التفريق للشقاق والضرر، إذْ بيّن الرأي الشرعي والقانوني دون تفصيل واسع للاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية، وأعتقد أن السّبب في ذلك هو اتّساع رقعة بحثه حيث شمل كافة صور التفريق بين الزوجين.

منهج البحث :

اعتمدّت المنهج التحليلي المقارن، حيث وضّحت الآراء الفقهية المطروحة، مقارناً بينها وبين رأي قانون الأحوال الشخصية السوري، وبيان ما جاءت به الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية، وذكرت وجهة نظري في الترجيح بما أميل إليه من الأدلّة النقليّة والعقليّة.

عرض البحث :

المبحث الأول : مفهوم التفريق القضائي

المطلب الأول : تعريف التفريق لغةً واصطلاحاً

التفريق لغةً : مصدر فرَّق، والفرقة مصدر الافتراق، وفارق فلاناً مفارقة وفراقاً أي انفصل عنه وباينه، وفرَّق القاضي بين الزوجين أي حكم بالفرقة بينهما[1]، ويقال ذلك في تشتيت الشمل والكلمة[2]، نحو (يفرقون بين المرء و زوجه) البقرة 102

ويكون الافتراق بالفصل بين الزوجين، فقد يكون طلاقاً وقد لا يكون طلاقاً[3].

كما أن التفريق هو التبديد، يقال : تبدَّد الشيء أي تفرق، وتفارق القوم وافترقوا، أي فارق بعضهم بعضاً[4].

التفريق اصطلاحاً : هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسببٍ، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحدهما حفظاً لحقّ الشرع، كما إذا ارتدّ أحد الزوجين[5].

المطلب الثاني : تعريف القضاء لغةً واصطلاحاً

القضاء لغةً : مصدر قضى، وهو الفصل في الحكم ومنه قوله تعالى : (ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمّى لقضي بينهم) الشورى 14، أي : لفُصِل الحكم بينهم، ومثل ذلك قولهم : قضى القاضي بين الخصوم، أي : قطع بينهم في الحكم[6].

---

[1] القاموس الفقهي لغة واصطلاحا الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق – سورية الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م تصوير: 1993 م عدد الأجزاء: 1، ص284

[2] تاج العروس من جواهر القاموس محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: 1205هـ) المحقق: مجموعة من المحققين الناشر: دار الهداية26 \294

[3] معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م، 1\344

[4] المعاجم العربية مع اعتناء خاص بمعجم "العين" للخليل بن أحمد عبد الله درويش الناشر: مكتبة الشباب 5 \ 147، الجاسوس على القاموس أحمد فارس أفندي، صاحب الجوائب الناشر: مطبعة الجوائب – قسطنطينية عام النشر: 1299 هـ عدد الأجزاء: 1،ص253

[5] الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت عدد الأجزاء: 45 جزءا الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ) ..الأجزاء 1 - 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت ..الأجزاء 24 - 38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر ..الأجزاء 39 - 45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة، 29 \6 ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها) أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلاميّ وأصوله بجامعة دمشق - كلّيَّة الشَّريعة الناشر: دار الفكر - سوريَّة – دمشق الطبعة: الرَّابعة المنقَّحة المعدَّلة بالنِّسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة) عدد الأجزاء: 10، 9 \7041

والقضاء اصطلاحاً : هو فصل الخصومات و قطع المنازعات[7].

وبناءً على ما سبق يمكنني أن أعرِّف التفريق القضائي التعريف التالي : (رفع قيد النكاح بحكم يوقعه القاضي بناءً على طلب أحد الزوجين، أو رغماً عنهما، عند تحقق ما يستلزم ذلك ويستوجبه).

- شرح التعريف :

. (رفع قيد النكاح) : هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بأيِّ طريقة من طرق إنهاء الحياة الزوجية.

(بحكم يوقعهُ القاضي) : لأن القاضي هو من ينوب عن الزوجين و يحكم ولايته على المتحاكمين.

(بناءً على طلب أحد الزوجين) : سواءً كان الزوج أم الزوجة.

(أو رغماً عنهما) : كما إذا كان متّفقاً على ذلك كحالة الفسخ من غير طلب أحد الزوجين.

(عند تحقق ما يستلزم ذلك ويستوجبه) : أي عند تحقق الأسباب الشرعية للتفريق بين الزوجين، كالضّرر الذي يلحق بأحد الزوجين وما إلى ذلك.

ـ كما عُرّف التفريق القضائي بأنّه : منع الرجل من جماع زوجته بإيقاع القاضي الطلاق عليه، كتفريق القاضي بينهما للعنّة، أو بغير طلاق كالتفريق بينهما للردَّة.[8]

- أمّا معنى التفريق القضائي ومفهومه عند القدامى فتبيّن لي أنه يدور حول معنين هما :

المعنى الأول : هو إنهاء وقطع النكاح بين الزوجين بناءً على طلب أحدهما.[9]

المعنى الثاني : هو حلُّ العلاقة الزوجية وإزالتها بحكم وأمر القاضي بناءً على طلب الزوجة، لتضرّرها من هذا الزواج.[10]

المبحث الثاني : مفهوم التفريق للشقاق والضرر :

حرص الإسلام على تحقيق صفوّ الحياة الزوجية بين الزوجين، حيث بيَّن حقوق كلٍّ منهما وواجباته بشكل متوازن وعادل، وأوجب عليهما محاولة رفع الضرر ونفيه عن بعضهما، من أجل تحقيق الاستقرار والسعادة والهناء في حياتهما الزوجية.

واهتمّت الشريعة الإسلامية بكل ذلك ووضعت حدوداً وضوابطاً تمنع ضرر أحدهما على الآخر، إلَّا أنّ تجاوز هذه الحدود والضوابط الموضوعة يؤدي إلى وقوع الأضرار الكبيرة واختلال هذا التوازن، فتصبح الحياة الزوجية جحيماً تملؤها النزاعات والمشاكل، ويتعذر عندها الاستمرار في هذه الحياة الزوجية.

---

[6] انظر تهذيب اللغة محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ) المحقق: محمد عوض مرعب الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت الطبعة: الأولى، 2001م عدد الأجزاء: 8، 9 \ 170 ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ) تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار الناشر: دار العلم للملايين – بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م عدد الأجزاء: 6، 6 \ 2463 معجم مقاييس اللغة أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ) المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر عام النشر: 1399هـ - 1979م. عدد الأجزاء: 6، 5 \ 99 ، تاج العروس 39 \310

[7] رد المحتار على الدر المختار ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م عدد الأجزاء: 6، 5 \ 352

[8] معجم لغة الفقهاء ، محمد قلعجي ص 139

[9] انظر شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري تحقيق: طه عبد الرءوف سعد الناشر: مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م عدد الأجزاء: 4، 3 \ 278

[10] انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ) الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، 1313 هـ، 2 \ 267

كما حثّ شرعنا الحنيف على الإصلاح بين الزوجين، فوضع طريقاً للصلح قبل أي شيء آخر، على أمل رجوع كلٍّ منهما للآخر، وعودة الأمور على أحسن حال، ممّا يضمن بقاء الحياة الزوجية واستقرارها، فإذا تعذّر الإصلاح واستحال ذلك، فقد أعطت الشريعة الإسلامية وقانوننا السوري الحقّ لكلٍّ من الزوجين أن يرفع الضرر عن نفسه، بأن يطلب التفريق للضرر وسوء العشرة، فيكون ذلك هو الحلّ الوحيد الذي يستطيع به أن يُنفي الضرر عنه ويُبعده، فيذهب كلّ منهما في حال سبيله، لأنّ الشرع والقانون لا يقبلان باستمرار وقوع الضرر دون نفيه وإزالته.

المطلب الأول : تعريف الشقاق لغة : مأخوذة من شاقَّه مشاقَّةً وشِقاقاً، بمعنى خالفه، والشقاق غلبة العداوة والبغضاء والتنازع والتخاصم، كما أنّه مخالفة كل واحدٍ منهما صاحبه، فيفعل كلّ واحدٍ منهما ما يشقّ على صاحبه.[11]

ويُقال أنّ الشقاق هو العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين، وسمّي ذلك شقاقاً، لأنّ كلّ واحد من الطرفين قصد شِقّاً أي طريقاً غير شِقّ صاحبه.[12]

المطلب الثاني : تعريف الشقاق اصطلاحاً: ليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء، فالتعريف الاصطلاحي لا يختلف عن التعريف اللّغوي، ولا يخرج معناه اللغوي عن الاصطلاحي، وهناك تشابه كبير بينهما.

وقد عرّفه بعض المفسرين بتعريفات تُقارب التعريف اللغوي، فجاء في تفسير القرطبي أنّ الشقاق هو المنازعة، وهو مأخوذ من فعل ما يشق و يصعب، فكأنّ كلّ واحد من الفريقين يحرص على ما يشقّ على صاحبه.[13]

كما ورد أيضاً أنّ الشقاق هو الخلاف الذي يكون به كلٌّ من المختلفين في شقٍّ أي في طريق مختلف.[14]

وعُرِّف بأنّه النّزاع الشّديد بسبب الطّعن في الكرامة ،[15] كما جاء تعريفه في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنّه : النّزاع بين الزوجين، سواءٌ أكان بسببٍ من أحد الزوجين، أو بسببهما معاً، أو بسببٍ أمرٍ خارجٍ عنهما.[16]

وبذلك أستطيع أن أُعرِّف التفريق للشقاق و الضرر بأنّه : الخلاف العميق و النّزاع المستمر بين الزوجين لدرجةٍ يتعذّر معها استمرار الحياة الزوجية، وبذلك يكون التفريق نفياً للضرر في حقوق كلٍّ منهما أو أحدهما، فيطلب المتضرر إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي، لنفي الضّرر الحاصل .

المطلب الثالث : تعريف دعوى الشقاق والضرر قانوناً

---

[11] انظر تاج العروس 25 \ 521 ، لسان العرب محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: 711هـ) الناشر: دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ عدد الأجزاء: 15، 10 \ 181 ، أساس البلاغة أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ) تحقيق: محمد باسل عيون السود الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م عدد الأجزاء: 2، 1 \ 541

[12] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية 4\ 1502 الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ) المحقق: عدنان درويش - محمد المصري الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت عدد الأجزاء: 1، ص 541

[13] انظر الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م عدد الأجزاء: 20 جزءا (في 10 مجلدات)، 2 \ 143

[14] انظر زهرة التفاسير محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: 1394هـ) دار النشر: دار الفكر العربي عدد الأجزاء: 10، 2 \ 756 ، المنار في علوم القرآن مع مدخل في أصول التفسير ومصادره الدكتور محمد علي الحسن، كلية الدراسات الإسلامية بجامعة الإمارات العربية المتحدة قدم له: الدكتور محمد عجاج الخطيب (رئيس قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الإمارات العربية المتحدة) الناشر: موسسة الرسالة- بيروت الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000 م عدد الأجزاء: 1، 5 \ 63

[15] الفقه الإسلامي و أدلته للزحيلي 9 \ 7060

[16] الموسوعة الفقهية الكويتية 29 \ 53

. وأمّا من الناحية القانونية فيمكن تعريف دعوى التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر بأنّها دعوى قضائية ترفع أمام القضاء الشرعي يرتّب عليها التفريق بين الزوج وزوجته إذا ظلَّ المدعي مصرّاً على دعواه، و التي يدّعي فيها بأن الطرف الآخر يسيء المعاملة معه مادياً ومعنوياً حتى وصل الخلاف بينهما لدرجة أنّه يستحيل معه دوام العشرة الزوجية، وأن أهل الخير والإصلاح قد عجزوا عن الإصلاح بينهما، وتكررت الشكوى بهذا الخصوص، فيطلب المدّعي سواء كان الزوج أو الزوجة من القاضي الشرعي أن يفرّق بينهما رفعاً للضّرر الحاصل من سوء المعاشرة.[17] وأمّا الضرر فالمراد منه هو إيذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها بالقول أو الفعل المحرَّم من قِبل شرع الله عزّوجل.

المبحث الثالث : حالات اللّجوء للتفريق بسبب الشقاق والضرر :

قبل أن أعرض آراء الفقهاء حول مسألة التفريق للشقاق و الضرر، لا بدّ أن أوضّح بأن حقّ التفريق بين الزوجين لنفي الضرر ورفعه عن الطرف المتضرر، لا ينحصر بالزّوجة فقط، بل للزوج أيضاً أن يتقدّم للقضاء بطلب التفريق من أجل دفع الضّرر عن نفسه قدر الإمكان، رغم أنه يملك استخدام حقّ الطلاق بإرادته المنفردة، لكنّه قد لا يفعل ذلك، رغبةً في التّخفيف عليه من تبعات الطلاق، فكلمة الطّلاق ليست بالسّهلة، لأنّ وراءها الكثير من الالتزامات والآثار المترتبة على ذلك.

لذلك يحق لكِلا الزوجين استخدام حقّ طلب التفريق للشقاق والضرر، فيلجأ بطلب التفريق لنفي الضرر عن نفسه عند تعذّر واستحالة مواصلة العلاقة الزوجية.

وبذلك نكون أمام حالتين :

الحالة الأولى : هي لجوء الزوجة إلى طلب التفريق لنفي الضرر عنها.

فسبب لجوء الزوجة لذلك أنّها لا تملك حق الطلاق بالأصل، فالمالك الوحيد لذلك هو الزوج، فعندما يسيء الزوج لها ويصيبها ضرر منه، لا تستطيع التخلص من ذلك إلّا بطلب التفريق الذي تقدّمه للقاضي ليرفع الضرر عنها، فتثبت وقوع الضرر بها كي تحفظ حقوقها قدر الاستطاعة.

وأمّا الحالة الثانية : فهي لجوء الزوج إلى القضاء طالباً التفريق لعله الشقاق والضرر.

فسبب لجوء الزوج إلى ذلك أنّه يتضرر من استمرار هذه العلاقة والحياة الزوجية مع زوجته التي تسيء إليه، مما يدفعه لطلبِ التفريق للضّرر وعدمِ استخدام حق الطلاق بإرادته المنفردة، فالزوج هنا يحاول أن يُبعد عن نفسه الالتزامات والآثار المعنوية والنّفسية التي تترتّب على إيقاع الطلاق.

فالمهر مثلاً من الالتزامات المادية التي تترتّب على الزوج في حال استخدم حقه في الطلاق، لأنّ ذلك حقاً من حقوق الزوجة المالية النّاشئة عن عقد النكاح بينها وبين زوجها الطالبِ للتفريق.

ومن الآثار المعنوية التي تصيب الزوج المطلَّق في استخدام حق الطلاق، أنّ الزوج قد يُصبح محلّ اتّهامٍ من مجتمعه الذي يعيش في كنفه بأنّه قد ظلم زوجته وأضرّ بها في طلاقه الواقع عليها.

لذلك فإنّ الزوج يستطيع التخلص من ذلك بأن يلجأ للقضاء في طلب التفريق لنفي الضّرر الذي يصيبه من استمرار هذه الحياة الزوجية، فيخفّف من الالتزامات التي كانت عليه فيما لو استخدم حق الطّلاق.

[17] دعوى التفريق للضرر للشقاق والنزاع دراسة بحثية حول حق المرأة في الحصول على التفريق (اسباب وعقبات وآثار) إعداد بال فور ورد للاستشارات والخدمات، للباحثان أحمد المغربي وأحمد حسونة، طباعة شركة الأرقم التجارية غزة 2016م، ص16

ومن الممكن عند ذلك أن يُحمِّل القاضي الزوجة جزءاً من التّبعة المالية عندما يثبت الزوج أنّ الزوجة قد تسبّبت في هذا التفريق وأنّه متضررٌ من استمرار عقد النكاح، فيضع الزوج أسباب التفريق بين يدي القاضي طالباً التفريق بموجبها.

المبحث الرابع : آراء الفقهاء في التفريق للشقاق والضرر

المطلب الأول : عرض آراء المذاهب

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة على رأيين هما :

. **رأي الفريق الأول :** و أصحاب هذا الرأي هم المالكية[18] و الحنابلة[19] و الشّافعية في قولٍ لهم[20]

حيث أجاز أصحاب هذا الفريق التفريق للشقاق و الضرر إذا أضرّ أحد الزوجين بالآخر، وأثبت الضرر الواقع عليه، فيحقّ لهذا الطرف المتضرر أن يرفع أمره إلى القاضي كي يدفع الضرر عن نفسه، فإن تعذّر الإصلاح، فرَّق القاضي بينهما نفياً للضرر في حقوق الطرف المتضرر منهما، ومنعاً للنزاع القائم حتى لا تصبح الحياة جحيماً وبلاءً لا يُطاق ولا يُحتمل.

أمّا في حال عدم ثبوت الضرر وإصرار المدعي المتضرر على شكواه في التفريق للضرر والشقاق وسوء العشرة، فإنّ القاضي يبعث حكمين لمهمة الإصلاح بينهما، فيحاولا إزالة أسباب النزاع والخلاف الذي يسبّب الضرر والشقاق، فإن تعذَّر عليهما ذلك، فرَّقا بينهما بعوض أو بغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل أو تفويض، لأنهما حَكمان وكيلان ولهما حقّ التفريق، وحكمهما نافذ.

ولا يشترط تكرار الضرر في المشهور عند المالكية، بل يكفي البينة بأصله (أي الضرر)[21]، وقيل : ليس لها أن تطلق نفسها حتى يُشهد بتكرر الضرر.[22]

---

[18] انظر شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ) الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء: 8، 4 \ 8 ، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي محمد الأمير المالكي بحاشية: حجازي العدوي المالكي المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي الناشر: دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك [موريتانيا - نواكشوط] الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م عدد الأجزاء: 4، 2 \ 380 – الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م عدد الأجزاء: 2، 2 \ 40 ، فقه السنة سيد سابق (المتوفى: 1420هـ) الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977 م، 2 \289 ، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة حسين بن عودة العوايشة الناشر: المكتبة الإسلامية (عمان - الأردن)، دار ابن حزم (بيروت - لبنان) الطبعة: الأولى، من 1423 - 1429 هـ (ينظر التفصيل بأول كل جزء) عدد الأجزاء: 7، 5 \ 331

[19] انظر المغني لابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة عدد الأجزاء: 10 تاريخ النشر: 1388هـ - 1968م، 7\ 322 ، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع الطبعة: الأولى، 1425 هـ / 2004 م عدد الأجزاء: 1، ص 413 ، الشرح الكبير على متن المقنع عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ) الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، 8 \ 170

[20] انظر نهاية المطلب في دراية المذهب عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ) حققه وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب الناشر: دار المنهاج الطبعة: الأولى، 1428هـ-2007م، 13 \ 282

[21] قال الخرشي :(ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره ، يعني أنه إذا أثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضارر زوجته و هي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة ، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة ، و إن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لخبر لا ضرر ولا ضرار ، فلو أوقعت أكثر من واحدة فإن الزائد على الواحدة لا يلزم الزوج). شرح مختصر خليل 4 \9

[22] التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م عدد الأجزاء: 8، 5 \ 265

وذكر الدّكتور عبد الرحمن الصابوني في صدد ذلك أنّه لا يُشترط تكرار الضرر للحكم بالتفريق بين الزوجين إن كان الضرر فاحشاً، أمّا إن كان خفيفاً أو كان أمراً يسيراً يحدث عادةً بين الزوجين فيشترط تكراره.[23]

ومن صور إضرار الزوج بزوجته : كلُّ مالا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجبٍ شرعيٍ، وضربها بغير قصدِ التأديب، وسبّها وسبّ أبيها نحو يابنت الكلب ويابنت الكافر ويابنت الملعون كما يقع كثيراً من رعاع الناس، وكوطئها في دبرها وإكراهها على ارتكاب المعاصي.[24]

أمّا إضرار الزوجة بزوجها فيكون بنشوزها وخروجها عن طاعته، ومنعه من التمتّع بها، وخروجها بلا إذنه لمكانٍ لا يجب خروجها له، وتركها حقوق الله كالطّهارة والصّلاة، وإغلاقها الباب دونه، وخيانته في نفسها وماله،[25] وكذلك إذا ظلمته تكون قد أضرّت به.

يتبيّن مما سبق أنّه لا بدَّ من ثبوت الضرر حتى يتم التفريق بين الزوجين، والضرر نوعان، ضررٌ بيّن، وضررٌ غير بيّن.[26]

فالضرر البيّن : ما يسهل إثباته لظهوره للمحيطين بالزوجين من الجيران و القرابة ، كالسبِّ والضرب و شرب الخمور و التشهير بالسمعة و نحو ذلك .

والضرر غير البيّن : ما يصعب إثباته و الوقوف عليه مما يحدث داخل المنزل، كالوطء في الدّبر والهجر ونحوه.

وفي كلتا الحالتين يثبت الضرر، حيث جاء في البهجة في فصل إثبات الضرر :

جاء في البهجة : (أنّ ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بشهادة عدلين فأكثر، بمعاينتهم إيّاه، لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم بأنّ فلاناً يضرّ بزوجته بضربٍ أو شتمٍ أو تجويعٍ أو عدم كلامٍ أو تحويل وجهه عنها في فراشه).[27]

الخلاصة أنه يتوجّب ثبوت الضرر وعجز الحكمين عن الإصلاح حتى يصحّ اللّجوء للتفريق بين الزوجين للشقاق والضرر، فلا يوجد حدٌّ للضرر بل يخضع ذلك لتقدير القاضي عند مراعاة أحوال الزوجين وظروفهما، إضافة إلى ذلك يُشترط أن يستمر الضرر حتّى قيام دعوى التفريق بين الزوجين، لأن الغرض من هذا التفريق هو نفي الضرر وإزالته عن المتضرر جرَّاء الخلاف والشقاق، فإن عاد الطرف المتضرر إلى رشده وصوابه وكفَّ إضراره عن شريكه، فلا يُفرَّق بين الزوجين، لأنّه لم يعد حاجة إلى التفريق بسبب عدم وجود الضرر، فالتفريق يتوجّب كي ينفي الضرر، فإذا انتفى الضّرر فلا موجب للتّفريق.

المطلب الثاني : الأدلة المستند عليها

استدلّ أصحاب الفريق الأول الّذين أجازوا هذا التفريق بما يلي :

---

[23] مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية د عبد الرحمن الصابوني ، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة عام 1968م، دار الفكر دمشق ، ص 768

[24] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء:4، 2 \ 3445

[25] بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ) أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ) الناشر: دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء:4، 2 \ 511

[26] المسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية ، لبابة السروجي رسالة ماجستير في قسم الأحوال الشخصية جامعة دمشق عام 2019م، ص 147

[27] البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)) علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: 1258هـ) المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م، 1 \ 480

. أولاً قوله تعالى : (وإن خفتم شِقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) النساء 19

وجه الدّلالة في هذه الآية الكريمة أنّ الله عزّ وجل سمّاهما حكمين لا وكيلين ولا شاهدين، ولم يعتبر رضى الزوجين، ولو كانا وكيلين لما سمّاهما حكمين ولقال ابعثوا وكيلاً عن الزوجة ووكيلاً عن الزوج.[28]

ومهمّة الحكمين هي النّظر في أمر الزوجين فيفعلا ما فيه من المصلحة، فإن وفقهما الله إلى الإصلاح كان ذلك خيراً وإن تعذّر الصلح فلهما التفريق بين الزوجين.[29]

وقد ذكر الله تعالى الإصلاح في القرآن الكريم، ولم يذكر الفرقة، لأنّه الأفضل وليسعى الحكمان للوصول إليه، فليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لا يُباح غيره.[30]

يقول ابن القيم عند وقوفه في هذه الآية (والعجب كلّ العجب ممّن يقول هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى نصبهما حكمين، و جعل نَصْبَهُما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وإن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة)[31] .

. ثانياً قوله تعالى : (الطّلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) البقرة 229

وجه الدّلالة في هذه الآية أنّ الله عزّ وجل أمر الزوج بها، فإذا تعذّر الإمساك بالمعروف وحصل الشقاق والنزاع واستعصت الحلول ووقع النشوز والنفور أو الانحراف، وحاولا الحكمان الإصلاح فلم يصلا إلى نتيجة، ولم يعد هناك مجال للصلح، حينئذٍ وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين.[32]

. ثالثاً قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر و لا ضرار).[33]

وجه الاستدلال في هذا الحديث الشريف أنّ الله تعالى حرَّم جميع أنواع الضرر إلّا بدليل[34]، ومن المعلوم أنّ استمرار العلاقة الزوجية مع وجود الشقاق والخلاف هو ضرر لا يجوز وتجب إزالته، منعاً للنزاع القائم بين الزوجين ونفياً للضّرر في حقوق كلٍّ منهما.

---

[28] انظر أحكام القرآن القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ) راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م عدد الأجزاء:4، 1 \ 540- 541 + أحكام القرآن الكريم أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى : 321هـ) تحقيق : الدكتور سعد الدين أونال الناشر : مركز البحوث الإسلامية التابع لوقف الديانة التركي ، استانبول الطبعة : الأولى المجلد 1 : 1416 هـ - 1995 م المجلد 2 : 1418 هـ - 1998 م، 2 \ 445 + أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، د محمد مصطفى شلبي ط4 بيروت 1403ه-1983م الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، ص 602

[29] انظر روائع البيان تفسير آيات الأحكام محمد علي الصابوني طبع على نفقة: حسن عباس الشربتلي الناشر: مكتبة الغزالي - دمشق، مؤسسة مناهل العرفان – بيروت الطبعة: الثالثة، 1400 هـ - 1980 م عدد الأجزاء: 2، 1 \ 472 + تفسير آيات الأحكام محمد علي السايس الأستاذ بالأزهر الشريف المحقق: ناجي سويدان الناشر: المكتبة العصرية للطباعة والنشر تاريخ النشر: 2002/10/01 عدد الأجزاء: 1، ص 287

[30] مدى حرية الزوجين في الطلاق 765

[31] زاد المعاد في هدي خير العباد لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ) الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون ، 1415هـ /1994م، عدد الأجزاء: 5 ، 172/5

[32] انظر أحكام القرآن علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكياالهراسي الشافعي (المتوفى: 504هـ) المحقق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت تاريخ الطبع: الطبعة: الثانية، 1405 هـ، 2 \ 450 – 451 + التفسير الوسيط د وهبة بن مصطفى الزحيلي الناشر: دار الفكر – دمشق الطبعة : الأولى - 1422 هـ عدد الأجزاء : 3 مجلدات في ترقيم مسلسل واحد، 1 \ 125 ، مدى حرية الزوجين في الطلاق 765

[33] مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، رقم الحديث 2865 ، 55/5، وقال النووي : هو حديث حسن وله طرقٌ يقوّي بعضها بعضاً، انظر الأربعون النووية لأبي زكريا محيي الدين يحيى شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، عُنِيَ بِهِ: قصي محمد نورس الحلاق، أنور بن أبي بكر الشيخي، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع، لبنان – بيروت، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م، ص 97

ـ رابعاً من المعقول أنّ الحكمين يشبهان السّلطان، والسّلطان يطلّق عند حصول الضرر وثبوته، وعلى ضوء هذا يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل من الزوجين ولا إذنٍ منهما في ذلك.[35]

ـ رأي الفريق الثاني : وأصحاب هذا الرأي هم الحنفيّة[36] والشافعيّ في أحد قوليه[37] ، والإمام أحمد في رواية عنه.[38]

حيث لم يُجز أصحاب هذا الفريق التفريق للشقاق و الضرر ما لم يصل إلى حدٍّ إثارة الشقاق، فإذا تضرّر أحد الزوجين، وتعرّض لاعتداء الزوج الآخر وظلمه، فليس له أن يطلب التفريق مهما كان الضّرر شديداً، لأنّ دفع الضرر عن الطرف المتضرر من الزوجين يمكن في رفع الأمر إلى القضاء كي يرفع الضرر لا أن يفرِّق، فيمكن رفع الضرر بغير التفريق.

فإذا كان سبب النزاع هو الزوج، فإن الزوجة تستطيع أن ترفع أمرها إلى القاضي، فإن ثبت إيذاء ضرر الزوج بزوجته نهاه عن ذلك وعزّره وأدّبه بما يراه مناسباً حتى يرجع عن الإضرار بزوجته.

أمّا كان سبب النزاع هو الزوجة، فقد أعطى الشرع للزوج الحقّ في تأديبها، فإن تعذّر ذلك واستمر الخلاف و الشقاق، وسَّط القاضي حكمين بوكالتهما وإذنهما بالطلاق أو بالخلع عند العجز عن الإصلاح بينهما.

وبذلك يكون دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين، وليس لهما أن يفرّقا بينهما إلّا بإذنهما، وإن لم يرضيا الزوجان بالحكمين ولم يتفقا بحث القاضي عن الظالم منهما وأدّبه.

الأدلّة المستند عليها :

. واستدلّ أصحاب الفريق الثاني الّذين لم يُجيزوا هذا التفريق بما يلي :

ـ أولاً قوله تعالى : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً) النساء 35

---

[34] انظر شرح سنن ابن ماجه مجموع من 3 شروح «مصباح الزجاجة» للسيوطي (ت 911 هـ) «إنجاح الحاجة» لمحمد عبد الغني المجددي الحنفي (ت 1296 هـ) «ما يليق من حل اللغات وشرح المشكلات» لفخر الحسن بن عبد الرحمن الحنفي الكنكوهي (1315 هـ) الناشر: قديمي كتب خانة – كراتشي عدد الأجزاء: 1، ص169

[35] انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ) الناشر: دار الحديث – القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1425هـ - 2004 م عدد الأجزاء: 4، 3 \ 117

[36] انظر الهداية في شرح بداية المبتدي علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ) المحقق: طلال يوسف الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان عدد الأجزاء: 4، 3 \ 108 + اللباب في شرح الكتاب عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: 1298هـ) حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العلمية، بيروت – لبنان عدد الأجزاء: 4، 4 \ 89 + فتح القدير كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء: 10، 4\ 244

[37] انظر الأم الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ) الناشر: دار المعرفة – بيروت الطبعة: بدون طبعة سنة النشر: 1410هـ/1990م عدد الأجزاء: 8، 5\ 125 + تحفة المحتاج في شرح المنهاج أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد الطبعة: بدون طبعة عام النشر: 1357 هـ - 1983 م (ثم صورتها دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ) عدد الأجزاء: 10، 7 \ 456 + الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م عدد الأجزاء: 19، 9 \ 606 + الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي الناشر: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م عدد الأجزاء: 8، 4 \ 108

[38] انظر كشاف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) الناشر: دار الكتب العلمية عدد الأجزاء:6، 5 \ 211 + الكافي في فقه الإمام أحمد أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م عدد الأجزاء: 4، 3 \ 93

وجه الدّلالة في هذه الآية أن سلطة الحكمين ومهمتهما هي الإصلاح فقط، حيث لم تتعرض الآية للتفريق، ومن ثم يكون ما وراء الإصلاح غير مفوّض إليهما.[39]

لا سيما وأنّ هذه الآية قصرت عمل الحكمين على محاولة الإصلاح، ولم تجعل لهما حق التفريق، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلّا إذا وكّلهما بذلك، حيث لا كتاب ولا سنة وأثر يدلّ على ثبوت هذا الحق لغيره.[40]

– ثانيا بما رُوي عن سيدنا عليّ رضي الله عنه أنه قال للحكمين : (هل تدريان ما عليكما؟ إنكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، ثم أقبل على المرأة، وقال : أرضيت بما حكما ؟ قالت : نعم قد رضيت بكتاب الله، ثم أقبل على الرجل فقال : قد رضيت بما حكما؟ قال : لا، ولكنني أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، فقال له : كذبت و الله لا تبرح حتّى ترضى بمثل الذي رضيت به).[41]

وجه الدّلالة بهذا الأثر يدلّ أنّ حُكم الحكمين لا يكون إلّا بتوكيل من الزوجين ورضا منهما، ولهذا أمر الزوج أن يقبل التحكيم، فلو لم يكن ذلك لما طلب عليٌّ منه الموافقة على التحكيم، فدلّ هذا على أنّ الحكمين ليس لهما سلطة التفريق إلّا بتفويضٍ وتوكيلٍ من الزوجين.[42]

– ثالثاً من المعقول أنّ الحكمين وكيلان عن الزوجين، والمعروف أنّ الوكيل يتقيد بحدود ما وُكِّل به دون تجاوز ذلك إلّا في حال الإذن، فحينئذٍ يحقّ لهما التفريق بين الزوجين لوجود الإذن بذلك.

و يتّضح لي أنّ سبب الاختلاف بين الفريقين هو اختلافهم في مهمة الحكمين، فمن أجاز التفريق للشقاق و الضرر رأى أنّ مهمة الحكمين هي الإصلاح بدايةً، فإن تعذّر ذلك وعجزا عنه كان لهما التفريق بين الزوجين دون إذنٍ أو توكيل، ويتوجب على القاضي إمضاء حكمهما بهذا التفريق إذا اتفقا عليه.

ومن لم يُجز هذا التفريق فإنّه رأى أنّ مهمة الحكمين تقتصر على الإصلاح فقط دون أن تصل إلى التفريق، وأنّ الضرر الحاصل لا يوجب التفريق.

كما يُلحظ أنّ المذهب المالكي هو الوحيد الذي توسّع في وصف الضرر الذي يحقّ للطرف المتضرّر من خلاله أن يطلب التفريق بينه وبين زوجه الآخر كي ينفي الضرر عنه.

فيقول الدّكتور الصابوني : (وفي هذا إعطاء الحرية الكاملة المطلقة للمرأة في أن تعيش زوجة مع من تحب وتفارق من لا تحب، فليس في الإسلام إكراه ولا ضرر، فالزوجة إذا لم ترغب بالمعيشة الزوجية المشتركة فلها أن تطلب التفريق من القاضي على أن تكون هناك أسباب معقولة يقدرها القاضي لا نتيجة طيش ونزعة هوى، فإن الأسرة يجب ألّا تنهار لمجرد رغبة طائشة أو تصرف خاطئ).[43]

المطلب الثالث : التّرجيح والاختيار

---

[39] انظر أحكام القرآن أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ) المحقق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت تاريخ الطبع: 1405 هـ، 2 \ 239 حيث قال الجصاص : (لا يجوز إيقاع الطلاق من جهة الحكمين من غير رضا الزوجين و توكيلهما لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان) . + روائع البيان تفسير آيات الأحكام محمد علي الصابوني طبع على نفقة: حسن عباس الشربتلي الناشر: مكتبة الغزالي - دمشق، مؤسسة مناهل العرفان – بيروت الطبعة: الثالثة، 1400 هـ - 1980 م عدد الأجزاء: 2، 1 \ 472

[40] أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد شلبي 601

[41] أخرجه النسائي في المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب الطبعة: الثانية، 1406 – 1986 عدد الأجزاء: 9 (8 ومجلد للفهارس)، باب الشقاق بين الزوجين رقم 4661 ، 4 \ 421 ، وقال محقق " التفسير من سنن سعيد بن منصور " سعد آل حميد 4 \ 1225 : سنده صحيح

[42] مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 761

[43] مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 772

بعد عرض آراء الفقهاء، أرجّح ما ذهب إليه المذهب المالكي ومن وافقه من فقهاء بقية المذاهب الّذين أجازوا التفريق بين الزوجين في حال وقوع ضرر وسوء العشرة، مما يفوّت مصلحة الزواج ومقصوده، وأنّ الحكمين حاكمان لهما الحقّ في التفريق إن وجدا فيه المصلحة، فإنّهما لا يصلان إلى هذا القرار إلّا بعد التيقّن من استحالة استمرار الزواج بين الزوجين، وإنّ نفي الضرر والظلم عن أحد الزوجين أو كليهما يكون في هذا و الله أعلم، ولا شكّ أنّ المصلحة في قطع النزاع والشقاق الدائم الذي يسبّب الضرر مُقدَّمٌ على استمرار زواجٍ لا وفاق فيه ولا محبة، وكما شُرِّع الزواج لمصلحة الزوجين ونفي الضرر عنهما بإحصانهما وزرع الألفة بينهما، كذلك التفريق إذا كان الضرر مُلازماً للزوجين أو لأحدهما، وبذلك تكون المصلحة في إنهاء العلاقة الزوجية، وفي ذلك نفيٌ للضرر في حقوق كلٍّ منهما. و الله أعلم و أحكم .

المطلب الرابع : نوع الفرقة في التفريق للشقاق والضرر

ذهب أصحاب المذهب المالكي إلى أنّ التفريق للشقاق والضرر طلاق بائنٌ[44]، سواء كان الحكمان من قِبل القاضي أم من قِبل الزوجين، وهو طلقة واحدة بائنة، والحكمة من كونها بائنة لأنّ الضرر لا يزول إلّا بها، فالطّلاق إذا كان رجعيّاً تمكّن الزوج من مراجعة المرأة في العدّة و العودة إلى الضّرر.[45]

المبحث الرابع : الموقف القانوني واجتهادات محكمة النقض السورية في التفريق للشقاق والضرر

نصَّ قانون الأحوال الشخصية السوري على حالة التفريق للشقاق و الضرر في المواد التالية :

م 112 ف 1 – إذا ادّعى أحد الزوجين إضرار الآخر بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

بدايةً يجب أن أنوّه إلى أنّ قانوننا السوري قد أدرج الكلام عن التفريق للضرر والشقاق في ذات السّياق تحت مسمّى التفريق للشقاق بين الزوجين.

فأباح المشرِّع السوري لكلٍّ من الزوجين الحق في طلب التفريق ليدفع وينفي الضرر عن نفسه، فلم يفرِّق بين الزوجين في إعطاء هذا الحق بأن حصر ذلك للزوجة فقط دون الزوج، لأنّه قد يكون سبب الضرر والنزاع من الزوجة، فكيف يُكلّف الزوج بتحمُّل ما يتبع ذلك من التزاماتٍ مادية وغير مادية إذا طلق بإرادته المنفردة، ولأنه إذا لم يعطَ هذا الحق فلا يستطيع التخلص من زوجته التي أضرّت به ولم يستطع تأديبها وإصلاحها إلّا بالطّلاق الذي يلزمه بدفع المستحقات المادية من مهرٍ و نفقات، وهذا ما يأباه العقل والمنطق السليم.

وقد أكَّدت محكمة النقض السورية ذلك بأنّ حق التفريق للشقاق والضرر أعطي لكِلا الزوجين، حيث نصّت : (إنّ طلب التفريق للشقاق حقٌّ لكلٍّ من الزوجين، ومجرّد الادّعاء يكفي للسير به دونما حاجة لبيان سبب الإضرار وإثباته لأنّ ذلك يثار أمام الحكمين).[46]

. وفي اجتهادٍ قضائيٍ آخر استقر على أنّ : (لكلٍّ من الزوجين طلب التفريق للشقاق و الضرر وفاقاً للمادة " 112 أحوال " ولو لم تحصل بينهما خلوة أو دخول).[47]

---

[44] الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ) المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400هـ 1980م عدد الأجزاء: 2، 2 \ 596 ، فتح الجليل في ترجمة وثبت شيخ الحنابلة عبدالله بن عبدالعزيز العقيل، محمد زياد التكلة الناشر: شركة دار البشائر الإسلامية تاريخ النشر: 1429هـ - 2008م، مكان النشر: بيروت، 3 \ 549

[45] الفقه الإسلامي و أدلته للزحيلي 9 \ 7062

[46] مجلة المحامون ، العددان الثالث و الرابع ، آذار و نيسان عام 2007

ـ كما جاء في اجتهاد آخر أنّ : (ادعاء أحد الزوجين التفريق للشقاق يكفي للسير بإجراءات التحكيم دون الحاجة لبيان موجب الشقاق).[48]

. وكذلك جاء اجتهاد يقول : (إنّ طلب أحد الزوجين التفريق يكفي للسير بإجراءات التفريق).[49]

تلك بعض الاجتهادات الصادرة من محكمة النقض السورية التي أكدت على حق كلٍّ من الزوجين في طلب التفريق للشقاق و الضرر.

وقد أكدّ القانون على أن الضرر الموجب للتفريق يجب أن يصل إلى حدٍّ لا يستطاع معه دوام العشرة حتى يستطيع الطرف المتضرر طلب التفريق بسبب الشقاق و الضرر، أي أنّ الضرر يجب أن يكون مؤدياً إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين.

يُلحظ هنا اختلافاً بين ما قاله المشرع السوري و بين ما ذهب إليه المالكية، رغم أنَّ القانون أخذ برأي المالكية في التفريق للشقاق و الضرر، وهذا الاختلاف هو أنّ القانون نص على أنّ الضرر الموجب للتفريق يجب أن يصل إلى مالا يستطاع معه دوام العشرة، بمعنى أن الضرر يجب أن يكون كبيراً وجسيماً ومبالغاً فيه حتى يحق للطرف المتضرر طلب التفريق، بينما نرى المذهب المالكي لم يشترط هذا الشرط.

وتقدير الحدّ الذي لا يستطاع معه دوام العشرة يعود للقاضي فهو من يحدد نوع الضرر وما إذا كان يصلح أن يكون موجباً للتفريق أم لا.

وقد أكَّدت محكمة النقض السورية مقدار الضرر المجيز للتفريق بأنه لا يستطاع معه استمرار الحياة الزوجية ، إذ نصت على :

(يشترط لجواز التفريق من القاضي مباشرة ثبوت الضرر الذي لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية).[50]

وأكدت المحكمة في اجتهادٍ آخر على أنّ : (ليس كل ضرب من الزوج لزوجته يستوجب التفريق من القاضي مباشرة).[51]

وفي اجتهاد آخر على أنّ : (مجرّد الضرب لا يلزم القاضي بالتفريق إذا وجده مما يستطاع معه دوام العشرة).[52]

بذلك يكون كلّ ضرر يصدر من أحد الزوجين اتجاه الآخر ويصل إلى حدٍّ يستحيل معه دوام العشرة مهما كان نوعه موجباً طلب التفريق.

فاعتبرت محكمة النقض على سبيل المثال أنّ المعاشرة الزوجية الشاذة تعتبر ضرراً يجيز للزوجة من خلاله الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لعلّة الضرر، فجاء في إحدى قراراتها أنّ :(المعاشرة الزوجية الشّاذة تعتبر من الأضرار الموجبة للتفريق).[53]

---

[47] مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام 1953 حتى عام 1970 م (ش 184 – ق 186 – تا 1962/6/26 م ، ص 431

[48] المبادئ القانونية التي قررتها الفرق الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام 1976 _ 1990م (ش699 _ ق 786 _ تا 20 / 11/ 1985م

[49] الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام 1992 م إلى 2005 م للقاضي الشرعي محمد عبد الرحمن (597 / 442 تا 9/5 /1993م ، ص 427

[50] الوافي في قضايا الأحوال الشخصية ، 1808 / 1070 / - 29 / 11 / 1994 م ص 431

[51] مجموعة القواعد القانونية من 953 _ 1970م _ ش 311 _ ق 308 _ 29 / 7 / 1968 م ص 430

[52] مجموعة القواعد القانونية من 953 _ 1970م _ ش 146 _ ق 148 _ 26 / 4 / 1965م ص 430

[53] مجموعة القواعد القانونية ش 274 _ ق 264 _ تا 28 / 8 / 1958 م ص 432

ومن ذلك أيضاً عدم التفريق بسبب نشوز الزوجة حيث قررت محكمة النقض على أنّ : (النشوز لا يكون في سائر الأحوال سبباً لاعتبار الزوجة مسيئةً في الحياة الزوجية، بل قد يكون هناك سبب من الزوج أكبر منه و أدهى).[54]

مما يؤكد أنّ حالة النشوز لا تُشكّل الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية كي يكون سبباً للتفريق بين الزوجين، وما ذلك إلّا لمصلحة الزوجين ونفياً للضرر عن حقوق كل منهما.

حيث استقرّ الاجتهاد القضائي على أنّه : (ليس كل ضرر مسوّغ للحكم بالتفريق).[55]

وحسناً ما ذهبت إليه محكمة النقض من تحديد نوع الضرر بما لا يستطاع معه دوام العلاقة الزوجية، فليس من المعقول أن يتمّ التفريق بين الزوجين لأيٍّ ضرر بسيط.

وإنّني اقترح أن يضيف القانون إلى هذه الفقرة شرط تكرار الضرر واستمراره لحين رفع الدعوى، حفاظاً على بقاء الحياة الزوجية قدر الإمكان وذلك لمصلحة الزوجين.

م 112 ف 2 _ إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح، فرَّق بينهما، ويعتبر هذا التطليق طلقة بائنة.

تؤكد هذه الفقرة من القانون السوري أنّ هناك شرطين يجب أن يتحققا حتى يتمكّن الطرف المتضرر من الزوجين طلب التفريق لعلة الشقاق و الضرر.

والشرط الأول : هو لزوم إثبات الضرر سواء بالبيّنة أم بإقرار الزوج الذي سبَّب الضرر.

والشرط الثاني : هو عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين، فإذا تحقق الشرطان السابقان فرّق القاضي بينهما[56] دون بعث الحكمين، وهذا الكلام هو ما نصت عليه هذه الفقرة القانونية.

فهذا النص القانوني لم يجز بعث الحكمين في حال تحقق الشرطين، وهنا يرد التساؤل ! أليس من الممكن أن يستطيع الحكمان الإصلاح بين الزوجين ؟

إذاً هناك أمل في إعادة الوفق والإصلاح، فلماذا لا يكون بعث الحكمين واجباً حتى ولو ثبت الضرر لدى القاضي وعجز عن الإصلاح، فقد لا يعجز الحكمان عن ما عجز عنه القاضي، لذا اقترح تعديل هذه الفقرة من القانون بلزوم بعث الحكمين حتى ولو كان الضرر ثابتا لدى القاضي وعجز عن الاصلاح للسبب المذكور سابقا.

ويرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني أنّه (يجب بعث الحكمين في كل نزاع زوجي، ولا يجوز للقاضي ولو ثبت لديه الضرر أن يحكم بالتفريق قبل أن يبعث الحكمين، فلعلّ في ذلك رجاء إصلاحٍ بين الزوجين أو أنّ أموراً لم ير أحد الزوجين من المصلحة اذاعتها أمام القاضي، فيشرح أسبابها أمام الحكمين).[57]

كنا أثنني أستدلّ بمفهوم المخالفة أنّه في حال عدم إثبات إضرار الزوج الآخر المتسبب في الضرر، فلا مانع من بعث الحكمين، وعلى ذلك نصّت محكمة النقض في أنّ (عدم إمكان الزوجة من إثبات الضرر لا يستلزم ردّ

[54] مجموعة القواعد القانونية ش 350 _ ق 344 _ 24 / 10 / 1964م ،ص 432 و كذلك نصت المحكمة على أنه (ليس كل ضرب من الزوج لزوجته يستوجب التفريق من قبل القاضي ، بل لا بد أن يكون هذا الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية) شرح قانون الاحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق د محمد الحسن مصطفى البغا منشورات جامعة دمشق 1427ه_2006م ، 311 / 308 _ 29/ 7 / 1968 ، ص 538

[55] مجموعة القواعد القانونية ش 101 _ ق 97 _ 28 / 2 / 1966م ، ص 430

[56] و على هذا استقر الاجتهاد القضائي حيث نص على أنه (يشترط للتفريق من قبل القاضي مباشرة شرطان ، ثبوت الإضرار و عجز القاضي عن الإصلاح)مجموعة القواعد القانونية ش 118 ق 107_ 24 / 1956/3م، ص 425

[57] مدى حرية الزوجين في الطلاق 2 / 780

الادّعاء، بل يستوجب إمهال الطرفين للمصالحة، ثم انتخاب حكمين لهما، فإذا لم يسرِ القاضي على هذا المنهاج وردَّ الدعوى دون مستند صحيح، كان حكمه مخالفاً للأصول).[58]

وعلى ذلك استقر الاجتهاد القضائي المذكور أخيراً بأنه لا مانع من التحكيم مع عدم إثبات الضرر.

وفي اجتهاد آخر نصت فيه على أنه (لا يشترط للسير في دعوى التفريق ثبوت الإضرار وتحققه)[59]، وكذلك (عدم إمكان الزوجة من إثبات الضرر لا يمنع من التحكيم).[60]

وبذلك يكون عدم إثبات الضرر لا يمنع من قبول دعوى التفريق لعلة الشقاق والضرر، فقد لا يستطيع الطرف المتضرر إثبات ما يتعرض له من ضرر و سوء عشرة.

وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذْ نصّ على أنّ : (مجرّد الادّعاء بوقوع الضرر كافٍ لقبول دعوى التفريق للشقاق والسير بها دون حاجة لإثبات وقوع ذلك الضرر).[61]

(وأنّ ثبوت الأضرار أمام القاضي ليس شرطاً للسير بدعوى التفريق للشقاق، وإنّما للطرفين إثارة ذلك وإثباته أمام الحكمين اللذين من حقهما تقرير التفريق وتحديد المسؤولية عنه وما يستتبع ذلك من أثر على المهر).[62]

وبالنسبة لنوع الفرقة بسبب الشقاق و الضرر قانوناً فقد جنح القانون ذلك وفق المذهب المالكي بعد ثبوت الضرر و العجز عن الإصلاح بين الزوجين.

م 112 ف 3 . إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصرّ المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح، عيّن القاضي حكمين من أهل الزوجين، وإلّا ممّن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدلٍ و أمانة.

توضّح هذه الفقرة القانونية أنّه في حال عدم ثبوت الضرر من المدّعي ضدّ المدّعى عليه، فإنّ القاضي في هذه الحالة لا يرفض الدعوى، بل يلجأ إلى تأجيلها لمدة يقدّرها هو بشرط ألّا تتجاوز الشهر الواحد على أمل أن يتم الصلح بين الزوجين، علماً أنّ هذا التأجيل واجبٌ على القاضي وهو من النظام العام، وعلى هذا استقرّ الاجتهاد القضائي إذْ نصّ على أنّ : (عدم إمهال الطرفين مدة الشهر أملاً بالصلح يجعل إجراءات التحكيم باطلة على اعتبار أنّ مدة الشهر من النظام العام).[63]

وأوجب الاجتهاد القضائي ذلك فنصّ على أنّه : (يتوجّب على المحكمة الشرعية أن تمهل الطرفين شهراً للمصالحة وإلّا فإنّ جميع الإجراءات باطلة ويتوجب ذلك أن يكون قبل تسمية الحكمين).[64]

فإذا لم يتم الصلح بين الزوجين خلال المدة المحددة وأصرَّ المدعي على شكواه، فإنّه يتعيّن على القاضي عندئذٍ أن يعيّن حكمين من أهل الزوجين إنْ أمكن، وفي حال تعذّر ذلك فمن غير أهلهما ويحبّذ أن يكونا قريبين بالزوجين

---

[58] مجموعة القواعد القانونية ش 243 _ ق 235 _ 9 / 6 / 1966 م ، ص 424 + الوافي في قضاء الأحوال الشخصية ، 85 / 2003 - تا 2 / 3 / 1993 م ص 431

[59] مجموعة القواعد القانونية ش 447 ق 436 - 18 / 12 / 1963 م ، ص 425

[60] مجموعة القواعد القانونية ش 134 ق 112 - 24 / 3 / 1963 ، ص 426

[61] الوافي في قضاء الأحوال الشخصية ، 602 / 1208 - 9/ 4 / 2000 ، ص 429

[62] المبادئ القانونية التي قررتها الفرق الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام 1976 - 1990 م ل عزت ضاحي ، ص 96 + التذكرة ، اجتهاد 160 تا 28 / 4 / 1968م ص 199 و اجتهاد 230 تا 30 / 4 / 1982 م ص 199

[63] الوافي في قضاء الأحوال الشخصية 1418 / 1408 / 22 / 7 / 2000 م ص 437

[64] الوافي في قضاء الأحوال الشخصية 711 / 696 / عام 1996 م ص 437 + المبادئ القانونية التي قررتها الفرق الشرعية لمحكمة النقض السورية 1193 / 826 - 12 / 10 / 1987 م ص 105 + التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب المحامي سعدي ابو جيب، الجزء الأول طبعة ثانية مزيدة ومنقحة 1428ه – 2007م ، 192

فيكونا على دراية بحال الزوجين، ولهما من الخير ما يمكّنهما من تحقيق الصلح بين الزوجين، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي فنصّ على أنّ : (تعيين الحكمين من الأقارب هو الأصل، ولا يعدل عنه إلّا عند تعذر وجودهما بينهم، وهذه مسألة من النظام العام).[65]

وكذلك في اجتهاد آخر نصّ على أنّه : (لا يصلح التحكيم من الأباعد إلّا عند عدم وجود من يصلح لذلك من الأقارب وللقاضي عند فقدان من يصلح للتحكيم من أهل الزوجين أن يسمّي الحكمين كلاهما من الأباعد عملاً بمبدأ المساواة بين الخصوم)[66]

كما لا يجوز للقاضي أن يعيّن أحد الحكمين من الأقارب والحكم الآخر من الأباعد، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذْ نصّ : (خطأ القاضي في تسمية أحد الحكمين من الأقارب والآخر من الأباعد).[67]

لكنّ الاجتهاد القضائي استثنى من الأقارب الذين لا يجوز حكمهم من لا تجوز شهادتهم للزوجين، لأنّ من لا تجوز شهادته لا يجوز حكمه، وعلى ما ذُكر استقر الاجتهاد القضائي إذْ نصّ على أنّه: (لا يجوز تعيين والدي الزوجين حكمين في دعوى التفريق وسبب ذلك أنّ الفقه أتى على أنّ من لا تصح شهادته للقرابة من أبٍ وجدٍ وزوجٍ لا يصح تحكيمه)[68]، وجاء في اجتهاد آخر (إنّ والد الزوجة لا يصلح أن يكون محكّماً من الأقارب).[69]

وكذلك (من هو ممنوع عن الشهادة لا يصحّ أن يسمّى حكماً في قضايا الأحوال الشخصية).[70]

كما لا يجوز للحكمين مباشرة مهمتها قبل أداء اليمين القانونية، وهذا ما أكدته محكمة النقض، حيث جاء في إحدى الاجتهادات القضائية على أنّه (يتوجّب على القاضي عند تعيين الحكمين تحليفهما اليمين).[71]

مع العلم أنّ المذهب المالكي الذي أخذ منه القانون لم يشترط ذلك، و لكنّ القانون اشترطه.

م 113 ف 1 _ على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلّا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

لقد أوجب القانون السوري على الحكمين عدة أمور منها :

أن يتعرفا على أصل الخلاف الذي يسبب الشقاق والضرر بين الزوجين، فلا يجوز للحكمين أن يكلفا أحداً بالتعرف على ذلك، وعلى تحديد سبب الشقاق الذي يسبب الضرر، وعلى ما يشكو منه الزوجان، فإنّ هذا من عمل الحكمين وليس لهما توكيل أحدٍ به، وعلى ما ذُكر استقر الاجتهاد القضائي إذ نصّت محكمة النقض : (لا تكلّف المحكمة طالب التفريق بتحديد أسباب الشقاق ولا إثباتها حرصاً على كرامة الأسرة وعلى أسرار الحياة الزوجية من أن تنشر في جلسات المحاكمة العلنية طالما أنّ الأسباب ستعرض على الحكمين).[72]

---

[65] التذكرة في القضاء الشرعي _ الاجتهاد 425 تا 25 / 6 / 1985م ص 200/1 + المبادئ القانونية التي قررتها الفرق الشرعية لمحكمة النقض السورية 1281 / 1132 تا 1 / 4 / 1986 م ص 105 + الوافي ص 441

[66] مجموعة القواعد القانونية ش 163 / ق 142 - تا 27 / 4 / 1961 م ص 436

[67] مجموعة القواعد القانونية ش 124 / ق 112 - تا 24 / 3 / 1963 م ص 439

[68] المبادئ القانونية التي قررتها الفرق الشرعية لمحكمة النقض السورية 468 / 566 _ تا 25 / 8 / 1983 م ص 106 + التذكرة ص 210

[69] الوافي في قضاء الأحوال الشخصية 785 / 710 عام 1998 م ص 439

[70] الوافي في قضاء الأحوال الشخصية 602 / 1208 – تا 9 / 4 / 2000م ص 439

[71] مجموعة القواعد القانونية 261 / 250 / تا 30 / 6 / 1963م ص 441 + المبادئ القانونية التي قررتها الفرق الشرعية لمحكمة النقض السورية 862 / 586 تا 8 / 10 / 1985 م ص 106

[72] المبادئ القانونية 184 / 122 تا 26 / 2 / 1984 م ص 86

مع العلم أنّ الحكمين لا يُجيران على توضيح وبيان أسباب الخلاف والشقاق الذي يدور بين الزوجين، لأنّ ذلك من الأسرار العائلية الخاصة، فلا يلزم الحكمان بذلك، فنصت محكمة النقض: (الحكمان غير ملزمين بتعليل تقريرهما وذكر أسباب الشقاق بين الزوجين حفاظاً على كرامة الأسرة وعلى الأسرار العائلية).[73]

وفي اجتهاد آخر أكّدت فيه محكمة النقض : (أنّ التفريق للشقاق لا يتمّ إلّا إذا وقف الحكمان على أسباب الخلاف، وتحريا عن حقيقته، وعرفا علته، ومنشأه، وبذلا الجهد لرأب الصدع، ولحم الشرخ الذي حصل في الخلية الاجتماعية، حتى إذا أعيتهما الحيل، وسُدت أمامهما السبل، وحددا المسؤول، قررا التفريق).[74]

وهذه هي الأسس التي يقوم عليها تقرير الحكمين، والتي لا بد من اتباعها بدقة، وبذلك تتحقق الغاية المنشودة من وضع هذا النظام التحكيمي الذي أوجبه علينا شرعنا الإسلامي وقانوننا القائم في البلاد.

ولئن كان نص هذه الفقرة القانونية لم يحدد مكان انعقاد المجلس العائلي الذي يعقد تحت إشراف القاضي، إلّا أنّ محكمة النقض حدّدت ذلك المكان إذْ نصّت : (يجب أن ينعقد المجلس في مكتب القاضي في المحكمة لا في مكان آخر سواه، نظراً للمكانة السامية لهيئة المحكمة من أن تنتقل من مكان إلى آخر بغير ضرورة أو موجب، وأنّ في انتقال القاضي إلى منزل أحد الحكمين أو سواه لعقد المجلس العائلي يشكل انتقاصاً من هيبة القضاء و مكانته ويتعين الترفع عنه، إلّا أنّ تجاوز ذلك لا يقدح بصحة انعقاد المجلس).[75]

ولقد حددت هذه الفقرة القانونية من يحضر المجلس حصرت ذلك بالزوجين، ومن يقرر دعوته الحكمان.

وهناك بعض الإجراءات التي لا بد منها ليكون المجلس العائلي صحيحاً ومقبولاً، ومحققاً للغاية المرادة منه.

ومن ذلك تبليغ الزوجين موعد انعقاد المجلس، وهذا التبليغ يوجه مباشرة إلى الزوجين، وفق قواعد أصول التبليغ المقررة في القانون، فإن كان لأحدهما أو لكليهما وكيل، فإن تحديد موعد المجلس بحضور الوكيل يمكن أن ينتج أثره، فإذا لم يُراعى هذا الإجراء فإن انعقاد المجلس العائلي يصبح باطلاً، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي : (فإذا لم يجرِ تبليغ أحد الزوجين هذا الموعد، فإن انعقاد المجلس العائلي باطلٌ).[76]

وأوجب في اجتهاد آخر : (يجب دعوة الزوج إلى المجلس العائلي حتى ولو كان متغيباً عن جلسات المحاكمة).[77]

والسّؤال الذي يُطرح هنا، هل يصح انعقاد المجلس العائلي بحضور وكيلي الطرفين ؟

القانون نصّ صراحةً في هذه الفقرة أنّه لا يحضر المجلس إلّا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان، وعلى هذا سار الاجتهاد القضائي مبدئياً حين قال : (و نلفت النظر إلى أنّ المجلس العائلي ينبغي أن يقتصر على الطرفين بالذات، دون الوكلاء، أو الأهل، إلّا إذا قرر الحكمان الاستعانة بهم في إصلاح ذات البين، أو الاستيضاح عن بعض الأمور الغامضة، أو التثبّت من بعض الوقائع).[78]

حتى المنطق يذهب مع ذلك، لأنّ هذه الأمور لها خاصّيّتها من حيث أنها أمور عائلية فلا يجب خروجها خارج نطاق الزوجين اللذَين هم أصحاب العلاقة، فلو حضر وكيل أحد الزوجين هذا المجلس لوقع الزوج الآخر بالحرج، لا

---

[73] المبادئ القانونية 1487 / 856 تا 26 / 10 / 1978 م ص 92 + مجموعة القواعد القانونية 110 / 88 تا 10 / 3 / 1963 ص 456

[74] التذكرة ، الاجتهاد رقم 123 تا 17 / 2 / 1982 م و في معناه الاجتهاد رقم 673 تا 2 / 10 / 1983 م ص 226 ج 1

[75] المبادئ القانونية 176 / 807 تا 12 / 3 / 1989 م ص 100 + التذكرة اجتهاد 176 تا 12 / 3 / 1989 م ص 219 ج 1

[76] التذكرة ، اجتهاد رقم 520 تا 15 / 12 / 1974 م ص 217/1 + المبادئ 528 / 624 تا 10 / 10 / 1982 م ص 100 + الوافي 2255 / 2281 تا 24 / 11 / 1997 م ص 452

[77] المبادئ القانونية 520 / 519 تا 15 / 12 / 1974 م ص 99

[78] التذكرة ، اجتهاد 554 تا 11 / 6 / 1981 م ص 223 ج 1

سيما وأنّ ما سيجري داخل المجلس كلاماً لا يُحبذ أن يسمعه الوكيل الحاضر من أحد الزوجين، فتلك أمور تمس بأمور الأسرة.

وفي صدد هذا يقول الدكتور سعدي أبو جيب : (إنّ الغاية التي هدف القانون إلى تحقيقها هي أن يعرض الزوجان ما جرى بينهما من خلاف يمكن أن يمنعهما من عرضه خارج هذه الساحة الضيقة).[79]

لكن الواقع العملي في أنّ هذا المجلس لم يعد إجراءً جوهرياً، بل شكلياً وثانوياً، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي أخيراً إذْ نصّت محكمة النقض عند حضور وكيل أحد الزوجين المجلس العائلي : (إنّ قبول القاضي حضور وكيل أحد الزوجين في المجلس العائلي يدلّ على إذنٍ منه بذلك، وهذا يعود لتقديره المحض ولا معقب عليه، لأنّ هذا الإجراء ليس من النظام العام).[80]

حتى من ناحية التبليغ، فقد استقر الاجتهاد على صحة إجراء تبليغ وكيل أحد الزوجين حضور المجلس إذْ نصّ : (تبليغ وكيل المدعى عليه المجلس العائلي يعتبر و كأنه تبليغٌ للأصيل[81])، ممّا يدلّ على أنّ تبليغ وكيل أحد الزوجين بموعد المجلس العائلي يُغني عن تبليغ الأصيل.

كما لا يجوز عقد المجلس العائلي الذي يعقد بإشراف القاضي في عطلة رسمية، لأنّ ذلك بمثابة جلسة محاكمة، ولا فرق، لكنّ الدكتور سعدي يرى أنّ هذه المسألة ليست من النظام العام المطلق، وإنّما يجوز بموافقة الطرفين انعقاد المجلس العائلي في يوم العطلة إذا رأى القاضي ضرورة عقده في ذلك اليوم.[82]

وتوضّح هذه الفقرة في آخرها أنّه يجوز حضور من يقرّر دعوته الحكمان للمجلس العائلي من أجل المساعدة في عملية الإصلاح، وأنّ القرار الصادر بدعوة غير الزوجين من اختصاص الحكمين لا من اختصاص القاضي، هذا ظاهر نص الفقرة القانونية.

لكنّ الدكتور سعدي أبو جيب يعلّق أيضاً على ذلك قائلاً :

(إنّ ظاهر النص غير مراد، لأنّ أسلوب القضاء، وقواعد الأصول، توجب رئاسة القاضي لكل مجلس يحضره، ويكون بإشرافه، ولهذا فإن المجلس الأول لا يكون الأمر فيه إلّا للقاضي حصراً، أمّا المجالس العائلية الأخرى، فالقرار للحكمين وحدهما).[83]

فيبدو من الواقع العملي أنّ قرار دعوة غير الزوجين في المجلس الأول هو للقاضي، أمّا في بقية المجالس العائلية فيكون للحكمين.

كما أنّ القاضي ملزم بالإشراف على المجلس العائلي في مجلسٍ واحدٍ فقط، فإذا تم انعقاد المجلس الأول دون إشراف القاضي وشكّل الحكمان المجلس وحدهما بغير إشرافه، كان ذلك إخلالاً واضحاً وجسيماً مما جعله موجباً للنقض، لأنّ غرض واضع القانون من اشتراط إشراف القاضي أن يكون على علمٍ بوضع الطرفين وأسباب الخلاف ومصدر الإساءة.

[79] التذكرة ، اجتهاد 554 تا 11/ 6 / 1981 م ص 223 ج1
[80] المبادئ القانونية 886 / 881 تا 20 / 12 / 1983 م ص 99
[81] الوافي 665 / 307 تا 24 / 4 / 2000 م ص 455
[82] انظر التذكرة 1/ 222
[83] التذكرة 1 / 224

وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذْ نصّ على أنّه : (يتوجّب على القاضي أن يشرف على المجلس العائلي).[84]

م 113 ف 2 – امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم .

وعلى ذلك يصحّ انعقاد المجلس العائلي في غياب من تخلف من الطرفين من الحضور، بشرط التبليغ، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذ نصت محكمة النقض :(إنّ عدم حضور أحد الزوجين المجالس العائلية بعد تبليغه الموعد لا يؤثر في صحة إجراءات التحكيم).[85]

ونصّت في اجتهاد آخر : (إنّ عدم حضور المدعي الزوج في دعوى التفريق للشقاق في جلسة التحكيم الأولى بإشراف القاضي ولا الجلسات الأخرى دليل على عدم جديته بالتفريق ولا يصح السماح لوكيله بحضور جلسات التحكيم).[86]

م 114 ف 1 – يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة.

يتبيّن لي من هذه الفقرة القانونية أنّ المهمّة الأساسية والتي هي من طبيعة عمل الحكمين هي بذل أقصى ما يستطيعان من الجهد لإصلاح ذات بين الزوجين، لأن الغاية من الإصلاح هو استعادة الألفة والمحبة إلى قلوب كلٍّ منهما بعدما فقدا ذلك نتيجة الخلاف والشقاق، فيتوجب على الحكمين بدايةً إتباع كافة الوسائل التي تكفل عود الصفاء بين الزوجين، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذ نصت محكمة النقض : (لا بدّ أن تستغرق إجراءات التحكيم فترة كافية يتسنى فيها للحكمين القيام بمهمتهما الإنسانية، ويتفهما أسباب الخلاف على الوجه الأكمل، ويعملا على الإصلاح، ورأب الصدع، والسير على خلاف ذلك يعرض القرار للنقض)[87].

ويجوز للحكمين أن يستعينا بالأشخاص المقربين للزوجين ممن لهم تأثير عليهم في سبيل الصلح وإعادة المحبة بينهما.

كما يجب أن تستغرق إجراءات التحكيم فترة كافية لقيام الحكمين بما وكّل لهما كما ذُكر في الاجتهاد السابق، ولكنّ القانون لم يحدد هذه الفترة الكافية كي يقوما بمهمتهما على الوجه الأكمل ولا بدّ لقيام الحكمين بهذه المهمة من مدة معقولة، وقد اجتهدت محكمة النقض أنه :(إذا لم تبلغ مدة التحكيم شهراً على الأقل، فتعتبر إجراءات التحكيم يشوبها النقض وتقوم قرينة قاطعة على عدم بذل الحكمين الجهد لرأب الصدع والإصلاح بين الزوجين)[88].

ونصت المحكمة في اجتهاد آخر : (على الحكمين بذل الجهود في سبيل إصلاح الأسرة، والإسراع في تقديم تقريرهما يتنافى مع مبادئ الشرع)[89] .

---

[84] مجموعة القواعد القانونية 334 / 322 تا 7 / 11 / 1962 م ص 446

[85] الوافي 2212 / 2161 تا 11 / 11 / 1997 م ص 455

[86] الوافي 181 / 290 تا 2002 م ص 459

[87] المرشد في قانون الأحوال الشخصية أديب استانبولي، الجزء الأول، المكتبة القانونية دمشق الطبعة الثالثة عام 1997م ، ج1 ص 417 ، نقض سوري – الفرقة الشرعية – أساس 486 – قرار 563 تا 16 / 6 / 1981 م

[88] قرار 343 عام 1999 م ، وزارة العدل ، المعهد العالي للقضاء ، بحث التفريق للشقاق و الضرر ص 3

[89] المبادئ القانونية قاعدة رقم 301 – 1097 / 54 تا 19 / 1 / 1982 م ، ص 87

ولا يجوز التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر إذا لم يبذل الحكمان ما بوسعهما كي يصلحا بين الزوجين، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذ نصت محكمة النقض : (إن تقرير الحكمين إذا لم يتضمن الإشارة إلى بذل الجهد للإصلاح، فلا يعتمد للتفريق بين الزوجين)[90].

وحسناً ما فعل القانون عند وصفه لفترة التحكيم بالكافية، لأن ذلك يمنع الحكمين أن يكونا على عجلةٍ من أمرهما، فيدمرا الحياة الزوجية للزوجين بمدة قصيرة، فلا يجوز أن تقل عن ثلاثين يوماً، وهذه المدة تخضع لرقابة محكمة النقض، فنصت محكمة النقض : (إذا صدر تقرير الحكمين مشوباً بالعجلة الزائدة بما لا يتفق مع مهمة التحكيم السامية، وأتى التقرير خالياً من النص على الاجتماع بالزوجين بعد المجلس العائلي والاستماع إلى أقوالهما حول أسباب الشقاق، فإن مثل هذا التقرير لا يصلح مستنداً لفصم عرى الزوجية)[91] .

وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين، قررا التفريق بينهما، وفي حال تبين لهما (للحكمين) أن الإساءة و الضرر وسبب الخلاف و الشقاق أو أغلب ذلك من الزوج، عندها يقرر الحكمان التفريق بين الزوجين لعلة الشقاق والضرر بطلقة بائنة.

فالقانون هنا لم يُكلِّف الحكمين بالبحث في أمر المهر إطلاقاً، إذْ نصت محكمة النقض : (إذا لم يثبت الضرر وأصر المدعي على شكواه، يعين القاضي حكمين، ويستلزم أن يكون المدعي محقاً في دعواه إذا كانت الإساءة من الزوج، فيجب التفريق بين الزوجين دون التعرض لموضوع المهر)[92].

وفي صدد ذلك يعلق الدكتور سعدي أبو جيب :

(وفي هذه الحال يجب الحكم للزوجة بكامل المهر، لأنه حق مقرر لها قانوناً، فإذا أورده في تقريرهما لم يكن ذلك عيباً ،لأنه تحصيل حاصل كما يقال)[93] .

كما لا يجوز للحكمين أن يعفيا الزوج من المهر إذا كانت الإساءة أو أكثرها منه، فنصت محكمة النقض حول ذلك : (إذا قرر الحكمان أن الإساءة أو أكثرها من الزوج، وجب أن يحكما بالتفريق بطلقة بائنة، وليس لهما أن يعفيا الزوج من قسم من المهر، فهذا الإعفاء يكون إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة)[94] .

وفي اجتهاد آخر نصت عليه المحكمة : (إن قول الحكمين بأن أكثر المسؤولية على الزوج يجعل للزوجة الحق بكامل المهر)[95]، وجاء في المجلة :(إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوج فإن الزوجة تستحق كامل المهر المعجل والمؤجل)[96]

ومن المعلوم أن قانوننا السوري أخذ في هذه الفقرة بما قاله فقهاء المالكية عندما قرر أن تكون الفرقة بطلقة بائنة في حال كان إضرار و سبب الشقاق هو الزوج، وحافظ على حقوق الزوجة كاملةً، وهذا نفيٌ للضرر في حقوقها المشروعة فقهاً و قانوناً .

فجاء في كتب المالكية : (فإن أساء الزوج طلقا عليه بلا مالٍ يأخذانه منها له لظلمه)[97] .

---

[90] مجلة المحامون العدد 3 رقم 104 ، ص 67

[91] المبادئ القانونية ، رقم 338 ، 714 / 808 تا 28 / 11 / 1985م ص 97

[92] مجموعة القواعد القانونية رقم 932 ، 37 / 30 تا 1 / 2 / 1968 م ص 464

[93] التذكرة 1 / 228

[94] شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الجزء الثاني الطلاق وآثاره د عبد الرحمن الصابوني، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق 1413ه_ 1993م، رقم 267 أساس 279 تا 30 / 5 / 1972 م ص 2 / 89

[95] المبادئ القانونية ، رقم 364 ، 1764 / 590 تا 5 / 12 / 1988 م ص 104

[96] مجلة المحامون ، العددان 9 – 10 عام 2011 ص 1394

م 114 ف 2 – و إن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما ، قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب و مدى الإساءة .

فإذا تبين للحكمين أن سبب الضرر والخلاف هو الزوجة، فيتوجب عليهما عندئذٍ أن يفرقا بين الزوجين على تمام المهر تدفعه لزوجها إن كانت قد قبضته أو تبرئه منه إذا لم يكن مقبوضاً [98].

وقد نصت محكمة النقض : (إذا كانت الإساءة من الزوجة فللحكمين تقدير تجريدها من كامل المهر أو من قسمٍ منه بلا معقب)[99].

إذاً فأمر تقدير الإساءة و انعكاس أثرها على المهر متروكاً لرأي الحكمين و يُناط بهما، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي :(إن تقدير الإساءة و مدى أثرها على المهر من الأمور المنوطة بقناعة الحكمين)[100] .

وجاء في اجتهاد آخر :(إن الحكمين غير ملزمين بتعليل تقريرهما)[101] .

أمّا إذا كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين، وهي الحالة الغالبة ، فللحكمين أن يفرقا بينهما على قسم من المهر يتناسب و درجة الإساءة من كل منهما [102].

فكلمة (مشتركة) لا توجب تنصيف المهر، إذ نصت محكمة النقض :(و حيث أن اعتبار الإساءة مشتركة بين الزوجين لا يعني بالضرورة أن يكون لكلٍّ من الزوجين نصف المهر المسمى، وإنما يعود تقدير ما يتوجب لأحد الزوجين على الآخر من حيث المهر معجله ومؤجله لرأي الحكمين)[103].

م 114 ف 3 – للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسمٍ من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته .

توضح هذه الفقرة من القانون أنه في حال عدم وجود أي نوع من الإساءة و الضرر من أحد الزوجين، وثبت ذلك لدى الحكمين، فيكون لهما في هذه الحالة سلطة تقرير التفريق بين الزوجين مقابل إعفاء الزوج وإبرائه من قسم من حقوق الزوجة مع موافقتها لذلك بالرضا الكامل، ولكن بشرط عدم التوصل إلى حل النزاع الحاصل واستحكام الخلاف والشقاق إلى حدٍّ لا يمكن نفيه وإزالته إلَّا بالتفريق بين الزوجين لهذه العلة الموجودة.

ويبدو لي أن هذه الحالة التي تتنازل فيها الزوجة عن قسم من حقوقها هي المخالفة بذاتها، فمنحت هذه الفقرة للحكمين سلطة تقرير المخالفة إذا تعذر الحل إلّا بها .

وبذلك تكون سلطة الحكمين وفق ما نصت عليه هذه الفقرة محصورة ومقيدة في شيئين لا ثالث لهما، وهما المهر و التفريق، وليس لهما تجاوز ذلك فالقانون أعطى لهما قرار التفريق، وأمّا الحكم به فيكون من القاضي، فإن لم يفرقا

---

[97] التاج و الإكليل 5 / 266 ، حاشية الدسوقي 2 / 345

[98] شرح قانون الأحوال ، د الصابوني 2 / 89

[99] مجموعة القواعد القانونية ، رقم 934 ، 235 / 229 تا 14 / 5 / 1969 م ص 465

[100] المرشد في قانون الأحوال الشخصية قرار 188 أساس 388 تا 14 / 3 / 1984 م ص 1 / 425 + مجلة المحامون عدد 9-10 عام 2011 ص 1332

[101] المبادئ القانونية رقم 299 ، 106 / 77 تا 16 / 2 / 1983 م ص 87

[102] شرح القانون ، د الصابوني 2 / 89

[103] التذكر اجتهاد رقم 551 تا 14 / 6 / 1976 م ، ص 1/ 229

بين الزوجين عند استحالة المصالحة كان تقريرهما باطلاً، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي إذ نصت محكمة النقض في إحدى اجتهاداتها :

(فإن تجاوز الحكمان حدود المهر و التفريق، وبحثا في الحقوق الزوجية الأخرى، كالأعيان الجهازية و النفقة، فإن الاجتهاد ذهب إلى بطلان تقريرهما، لأن القانون لم يمنحهما ذلك)[104].

ونصت في اجتهاد آخر : (إن سلطة الحكمين محصورة في حدود المهر و ليس لهما أن يتجاوزاها لبحث الحقوق الزوجية الأخرى)[105] .

كما لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين لعلة الشقاق والضرر قبل دفع بدل الخلع، وقد نصت محكمة النقض على ذلك : (يتوجب دفع بدل الخلع قبل الحكم بالتفريق)[106].

لذا يتوجب على المحكمة بدعوى التفريق بين الزوجين لعلة الشقاق و الضرر في بادئ الأمرِ وقبل أن تحيل موضوع الدعوى إلى الحكمين أن تتأكد من مقدار المهر.

وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي على أنه : (يتعين على المحكمة بدعوى التفريق وقبل إحالة الموضوع إلى الحكمين التحقق من مقدار المهر)[107].

م 114 ف 4 – إذا اختلف الحكمان حكَّم القاضي غيرهما أو ضمَّ إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً و حلفه اليمين .

توضح هذه الفقرة أنه في حال اختلاف الحكمين وعدم اتفاقهما واجتماعهما على رأيٍ واحدٍ، أو أنهما خالفا القانون وخرجا عنه، فإن القاضي في هذه الحالة له سلطة أمرين وفق ما نصت عليه الفقرة.

والأمر الأول : هو اختيار حكمين جديدين و إعفاء الحكمين السابقين، حيث نصت محكمة النقض على أنه : (للقاضي تبديل الحكمين إن اختلفا أو خالفا القانون)[108].

وجاء في اجتهاد آخر أن :(تجاوز أحد الحكمين صلاحياته و اختلافه مع المحكم الآخر يوجب تعيين حكمين جديدين)[109].

والأمر الثاني : هو إضافة حكمٍ ثالثٍ مرجحٍ للحكمين المعنيين بادئ الأمر عند اختلافهما في القرار المتخذ، حيث جاء في قرار محكمة النقض أن : (انتخاب المحكمين و المرجح معاً في دعاوى التفريق لا يستلزم البطلان على أن لا يبدأ عمل المرجح قبل اختلاف الحكمين)[110] .

ولا بدّ أن أشير هنا إلى أنه في حال تعيين حكمين جديدين أو ضم مرجحٍ للحكمين المعنيين أولاً، والسؤال هو ماذا يكون مصير تقرير محكمين الأول ؟

---

[104] التذكرة ، اجتهاد رقم 75 -27 / 2 / 1975 م و الاجتهاد 101 تا 19 / 2 / 1980م و الاجتهاد 686 تا 28 / 6 / 1980م ص 1 / 230 /

[105] مجموعة القواعد القانونية ، اجتهاد رقم 919 - 210 / 193 تا 7 /7 / 1962 م ص 459 + المرشد اجتهاد 104 أساس 111 تا 28 – 2 – 1967م ص 1 / 429

[106] مجموعة القواعد القانونية ، اجتهاد رقم 938 – 266 / 263 تا 28 / 6 / 1965 م ص 467

[107] المبادئ القانونية ، اجتهاد 362 – 217 / 319 تا 15 / 4 / 1982م ص 103

[108] المرشد قرار 156 أساس 168 تا 27 / 4 / 1965 م ص 1 / 431 + مجموعة القواعد القانونية قرار 898 – 238 / 234 تا 24 / 8 / 1960 م ص 449

[109] مجموعة القواعد القانونية قرار 900 – 277 / 277 تا 14 / 6 / 1967 م ص 450

[110] الوافي – قرار رقم 1720 عام 1973 م ص 451

لقد أجاب الاجتهاد القضائي على هذا السؤال إذ نصت محكمة النقض على أنه :(في حال تعيين حكمين جُدد، يهمل تقرير الحكمين الأول، وفي حال ضم مرجح للحكمين، يُصار إلى عقد مجلس جديد يضم الحكمين والمرجح والزوجين، وليس للمرجح أن يُنشأ حكماً جديداً)[111] .

ويجب أن يكون تقرير الحكمين السابقين عند تعيين الحكم المرجح سليماً لا عيب فيه ولا غلط، ويكون دور المرجح بترجيح رأي أحد الحكمين، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي :(لا بد في حال تعيين الحكم المرجح أن يكون تقرير الحكمين السابقين سليماً من الناحية الشكلية والموضوعية، ويجب على المحكمة دعوة الحكمين السابقين والزوجين والحكم المرجح إلى مجلس عائلي يعقد تحت إشراف القاضي، وبعد أن يحلف الحكم المرجح اليمين بتسلم مهمته حسب الأصول)[112]، وفي اجتهاد آخر جاء فيه :(يكون دور المرجح محدداً بدراسة تقريري المحكمين المختلفين وترجيح أحدهما على الآخر فقط)[113].

وفي اجتهاد آخر : (الحكم المرجح ليس له أن يستقل بالرأي قبل عقد مجلس عائلي يحضره الطرفان مع الحكمين السابقين ، ويجب أن يرجح رأي أحد الحكمين)[114] .

وأيضاً :(وظيفة المرجح تفضيل أحد الحكمين و ليس إنشاء حكم جديد)[115].

ولا يشترط إضافة الحكم الثالث (المرجح) حيث عجز الحكمين عن الاتفاق، بل يجوز للقاضي أن يختارهم جميعاً في وقت واحد[116].

وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي :(إن انتخاب المحكمين و المرجح في آنٍ واحدٍ جائزٌ)[117].

م 115- على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ، ولا يجب أن يكون معلّلاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير، ويُعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين .

يتبيّن من هذه الفقرة أنّه من واجب الحكمين بعد أن ينهيا مهمتهما أن يكتبا تقريراً بما وصلا إليه ويرفعاه إلى القاضي، ولم يفرض المشرّع أن يكون تقرير الحكمين معللاً، ولكن أعطى للقاضي سلطة الحكم بمقتضى تقرير الحكمين أو رفضه وتعيين حكمين آخرين ولمرة واحدة فقط .

وسأذكر بعض الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض السورية التي تؤكد ما سبق:

- لا يتوجب على الحكمين أن يكون التقرير معللاً .[118]

- الغاية من كون تقرير الحكمين معللاً هو الحرص على كرامة الأسرة و صيانة أسرار الحياة الزوجية من النشر والاشتهار حتى ليحرم على الحكمين أن يفشيا ما وقفا عليه لأحدٍ كائناً من كان.[119]

- لا يُلزم الحكمان بتعليل قرارهما وبيان موجباته .[120]

---

[111] المرشد قرار 55 أساس 637 تا 13 / 10 / 1963 م ص 1 / 426 + مجموعة القواعد القانونية قرار 901 – 111 / 104 تا 28 / 2 / 1967 م ص 451

[112] المرشد قرار 555 أساس 468 تا 21 / 8 / 1982 م ص 1 / 428 + الوافي رقم 1721 – 335 / 1038 تا 29 / 4 / 1993 م ص 451

[113] المبادئ القانونية قرار 356 – 643 / 290 تا 28 / 3 / 1987 م ص 102

[114] مجلة المحامون العدد 5 عام 1967 م ص 495

[115] مجموعة القواعد القانونية رقم 903 – 438 / 435 تا 15 / 12 / 1964 م ص 452

[116] شرح قانون الأحوال ، د الصابوني 2 / 91

[117] مجلة القانون ، العدد 1 عام 1964 م ص 105

[118] المرشد قرار 77 أساس 106 تا 16 / 2 / 1983 م ص 1 / 428

[119] التذكرة اجتهاد 469 تا 29 حزيران 1985 م ص 1 / 231

– لا يلزم الحكمان بتعليل النتيجة التي انتهيا إليها لما في ذلك من صون الأسرة و أسرارها.[121]

الخاتمة (نتائج البحث)

وبعد هذه الدراسة وختام هذا البحث توصلت إلى النتائج التالية :

1– أن أحكام الشريعة السلامية تبنى على أساس رعاية المصالح والتيسير ورفع الحرج والضرر والظلم.

2– أن الأصل استمرار الحياة الزوجية واستقرارها، أما التفريق فهو استثناء من ذلك الأصل.

3– أن الزوجة وإن كانت لا تمتلك حق الطلاق كالزوج، إلّا أنها تستطيع أن تطلب التفريق بسبب الشقاق والضرر.

4– والزوج وإن كان يملك حق الطلاق، إلّا أنه يستطيع أن يتقدم للقضاء بطلب التفريق ليرفع الضرر عن نفسه وليخفف عليه من تبعات الطلاق وآثاره.

5– بإمكان الزوجة اشترط أن يكون طلاقها بيدها تطلق نفسه متى شاءت.

6– التفريق القضائي يرفع الضرر الذي قع أثناء الحياة الزوجية، وله عدة أوجه.

7– التفريق القضائي يضع القواعد والأحكام الضابطة للأسرة لمنع استمرار وقوع الضرر.

8– اختلاف التفريق القضائي عن الطلاق والخلع.

9– التفريق للشقاق والضرر يقع بحكم قضائي بناءً على طلب الطرف المتضرر من الزوجينز

10– اهتمام الشريعة الإسلامية بوضع الحدود والضوابط التي تمنع وقوع الضرر.

11– إعطاء القانون السوري الحق في طلب التفريق للشقاق والضرر لكل من الزوجين، وليس للزوجة فقط كما نصت بعض التشريعات العربية الأخرى.

12– أن الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته أو العكس بالقول والفعل المحرّم.

13– اشتراط ثبوت الضرر عند المالكية والحنابلة اللذَين قالوا بالتفريق بين الزوجين للشقاق والضرر.

14– جواز بعث الحكمين عند عدم ثبوت الضرر وإصرار المدعي المتضرر على شكواه في التفريق.

15– الضرر نوعان، بيّن وغير بيّن، وفي كلاهما يثبت الضرر.

16– عدم وجود حدّ للضرر، ويخضع ذلك لتقدير القاضي عند مراعاته لأحوال الزوجين وظروفهما.

17– دفع الضرر عند الحنفية والشافعية يكون برفع الأمر غلى القضاء لا بالتفريق، لأن رفعه يمكن بغير التفريق عندهم.

18– اختلاف المذاهب الفقهية في مهمة الحكمين، فمن أجاز التفريق للشقاق والضرر رأى أن المهمة لا تقتصر على الإصلاح فحسب، ومن لم يجز رأى أنها تقتصر على الإصلاح فقط ولا علاقة لهما في التفريق.

19– الأصل في تعيين الحكمين أن يكون من أهل الزوجين، ولا يجوز تعيينهما من الأباعد إلّا عند التعذر والاستحالة.

20– المذهب المالكي هو الوحيد الذي توسع في وصف الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين،

[120] مجموعة القواعد القانونية رقم 849- 459 /451 تا 26 / 12 / 1963 م ص 427

[121] مجلة المحامون – العددان 3-4 عام 2007 ص 412

21- أن وقوع الضرر بين الزوجين يفوّت مصلحة الزواج ومقصوده.

22- أن التفريق بسبب الشقاق والضرر يقع طلاقاً بائناً لا رجعياً من الناحيتين الشرعية والقانونية.

23- أهمية الاجتهادات القضائية الصادرة عن محمة النقض السورية والرجوع إليها.

قائمة المصادر والمراجع

1 – أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، د محمد مصطفى شلبي ط4 بيروت 1403هـ-1983م الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت

2 – أحكام القرآن أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ) المحقق: محمد صادق القمحاوي – عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت تاريخ الطبع: 1405 هـ

3 – أحكام القرآن القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ) راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م عدد الأجزاء:4

4 – أحكام القرآن الكريم أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى : 321هـ) تحقيق : الدكتور سعد الدين أونال الناشر : مركز البحوث الإسلامية التابع لوقف الديانة التركي ، استانبول الطبعة الأولى المجلد الأول عام 1416 هـ - 1995 م، المجلد الثاني 1418 هـ - 1998 م

5 – أحكام القرآن علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكياالهراسي الشافعي (المتوفى: 504هـ) المحقق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت تاريخ الطبع: الطبعة: الثانية، 1405 هـ

6 – أساس البلاغة أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ) تحقيق: محمد باسل عيون السود الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م عدد الأجزاء: 2

7 – الأم الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ) الناشر: دار المعرفة – بيروت الطبعة: بدون طبعة سنة النشر: 1410هـ/1990م عدد الأجزاء: 8

8 – بداية المجتهد ونهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ) الناشر: دار الحديث – القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1425هـ - 2004 م عدد الأجزاء: 4

9 – بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ) أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ) الناشر: دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء:4

10 – البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)) علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: 1258هـ) المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين الناشر: دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م

11 – تاج العروس من جواهر القاموس محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: 1205هـ) المحقق: مجموعة من المحققين الناشر: دار الهداية

12 – التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م عدد الأجزاء: 8

13 – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ) الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، 1313 هـ

14 – تحفة المحتاج في شرح المنهاج أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد الطبعة: بدون طبعة عام النشر: 1357 هـ – 1983 م (ثم صورتها دار إحياء التراث العربي – بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ) عدد الأجزاء: 10

15- التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب المحامي سعدي ابو جيب، الجزء الأول طبعة ثانية مزيدة ومنقحة 1428هـ – 2007م

16 – التفريق للشقاق و الضرر بحث نشر عام 1999 م ، وزارة العدل ، المعهد العالي للقضاء

17 – التفسير الوسيط د وهبة بن مصطفى الزحيلي الناشر: دار الفكر – دمشق الطبعة : الأولى عام 1422 هـ عدد الأجزاء 3 مجلدات في ترقيم مسلسل واحد

18 – تفسير آيات الأحكام محمد علي السايس الأستاذ بالأزهر الشريف المحقق: ناجي سويدان الناشر: المكتبة العصرية للطباعة والنشر تاريخ النشر: 2002/10/01 عدد الأجزاء: 1

19 – تهذيب اللغة محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ) المحقق: محمد عوض مرعب الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت الطبعة: الأولى، 2001م عدد الأجزاء: 8

20 – الجاسوس على القاموس أحمد فارس أفندي، صاحب الجوائب الناشر: مطبعة الجوائب – قسطنطينية عام النشر: 1299 هـ عدد الأجزاء: 1

21 – الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة: الثانية، 1384هـ – 1964 م عدد الأجزاء: 20 جزءا (في 10 مجلدات)

22 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء:4

23 – الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) المحقق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م عدد الأجزاء: 19

24 – دعوى التفريق للضرر للشقاق والنزاع دراسة بحثية حول حق المرأة في الحصول على التفريق (اسباب وعقبات وآثار) إعداد بال فور ورد للاستشارات والخدمات، للباحثان أحمد المغربي وأحمد حسونة، طباعة شركة الأرقم التجارية غزة 2016م

25 – رد المحتار على الدر المختار ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412هـ – 1992م عدد الأجزاء: 6

26 – روائع البيان تفسير آيات الأحكام محمد علي الصابوني طبع على نفقة: حسن عباس الشربتلي الناشر: مكتبة الغزالي – دمشق، مؤسسة مناهل العرفان – بيروت الطبعة: الثالثة، 1400 هـ – 1980 م عدد الأجزاء: 2

27 – زاد المعاد في هدي خير العباد محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ) الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت الطبعة: السابعة والعشرون ، 1415هـ /1994م عدد الأجزاء: 5

28 – زهرة التفاسير محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: 1394هـ) دار النشر: دار الفكر العربي عدد الأجزاء: 10

29 – شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري تحقيق: طه عبد الرءوف سعد الناشر: مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة الطبعة: الأولى، 1424هـ – 2003م عدد الأجزاء: 4

30 – الشرح الكبير على متن المقنع عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ) الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنا غيره

31 – شرح سنن ابن ماجه مجموع من 3 شروح «مصباح الزجاجة» للسيوطي (ت 911 هـ) «إنجاح الحاجة» لمحمد عبد الغني المجددي الحنفي (ت 1296 هـ) «ما يليق من حل اللغات وشرح المشكلات» لفخر الحسن بن عبد الرحمن الحنفي الكنكوهي (1315 هـ) الناشر: قديمي كتب خانة – كراتشي عدد الأجزاء: 1

32 – شرح قانون الاحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق د محمد الحسن مصطفى البغا منشورات جامعة دمشق 1427هـ_2006م

33 – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الجزء الثاني الطلاق وآثاره د عبد الرحمن الصابوني، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق 1413هـ_ 1993م

34 – شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ) الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء: 8

35 – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ) تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار الناشر: دار العلم للملايين – بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ – 1987 م عدد الأجزاء: 6

36 – ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي محمد الأمير المالكي بحاشية: حجازي العدوي المالكي المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي الناشر: دار يوسف بن تاشفين – مكتبة الإمام مالك [موريتانيا – نواكشوط] الطبعة: الأولى، 1426 هـ – 2005 م عدد الأجزاء 4

37 – فتح الجليل في ترجمة وثبت شيخ الحنابلة عبدالله بن عبدالعزيز العقيل، محمد زياد التكلة الناشر: شركة دار البشائر الإسلامية تاريخ النشر: 1429هـ-2008م مكان النشر: بيروت عدد الصفحات: 617 عدد المجلدات: 1 الإصدار: الثانية

38 – فتح القدير كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء: 10

39 – الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها) أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلاميّ وأصوله بجامعة دمشق – كلّيَّة الشَّريعة الناشر: دار الفكر – سوريَّة – دمشق الطبعة: الرَّابعة المنقَّحة المعدَّلة بالنِّسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة) عدد الأجزاء: 10

40 – فقه السنة سيد سابق (المتوفى: 1420هـ) الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977 م

41 – الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي الناشر: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م عدد الأجزاء: 8

42 – الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م عدد الأجزاء: 2

43 – القاموس الفقهي لغة واصطلاحا الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق – سورية الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م تصوير: 1993 م عدد الأجزاء: 1

44 – الكافي في فقه الإمام أحمد أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م عدد الأجزاء: 4

45 – الكافي في فقه أهل المدينة أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ) المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م عدد الأجزاء: 2

46 – كشاف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) الناشر: دار الكتب العلمية عدد الأجزاء:6

47 – الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ) المحقق: عدنان درويش – محمد المصري الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت عدد الأجزاء: 1

48 – اللباب في شرح الكتاب عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: 1298هـ) حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العلمية، بيروت – لبنان عدد الأجزاء: 4

49 – لسان العرب محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: 711هـ) الناشر: دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة – 1414 هـ عدد الأجزاء: 15

50 – المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام 1976 حتى عام 1990م، المحامي عزة ضاحي، سلسلة الاجتهاد الشرعي

51 – المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب الطبعة: الثانية، 1406 – 1986 عدد الأجزاء: 9 (8 ومجلد للفهارس)

52 – مجلة القانون ، العدد 1 عام 1964

53 – مجلة المحامون – العددان 3–4 عام 2007

54 – مجلة المحامون – العددان 9–1ذ0 عام 2011

55 – مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام 1953 حتى عام 1970 م، وضع وترتيب المكتب الفني بمحكمة النقض، المطبعة والجرية الرسمية

56 – مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية د عبد الرحمن الصابوني ، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة عام 1968م، دار الفكر دمشق

57 – المرشد في قانون الأحوال الشخصية أديب استانبولي، الجزء الأول، المكتبة القانونية دمشق الطبعة الثالثة عام 1997م

58– مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ – 2001 م

59 – المسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية ، لبابة السروجي رسالة ماجستير في قسم الأحوال الشخصية جامعة دمشق عام 2019م

60 – المعاجم العربية مع اعتناء خاص بمعجم "العين" للخليل بن أحمد عبد الله درويش الناشر: مكتبة الشباب عدد الأجزاء: 1

61 – معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ – 1988 م

61 – معجم مقاييس اللغة أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ) المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر عام النشر: 1399هـ – 1979م. عدد الأجزاء: 6

63 – المغني لابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة عدد الأجزاء: 10 تاريخ النشر: 1388هـ – 1968م

64 – المنار في علوم القرآن مع مدخل في أصول التفسير ومصادره الدكتور محمد علي الحسن، كلية الدراسات الإسلامية بجامعة الإمارات العربية المتحدة قدم له: الدكتور محمد عجاج الخطيب (رئيس قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الإمارات العربية المتحدة) الناشر: موسسة الرسالة– بيروت الطبعة: الأولى، 1421 هـ – 2000 م عدد الأجزاء: 1

65 – الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت عدد الأجزاء: 45 جزءا الطبعة: (من 1404 – 1427 هـ) ..الأجزاء 1 – 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت ..الأجزاء 24 – 38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر ..الأجزاء 39 – 45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة

66 – الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة حسين بن عودة العوايشة الناشر: المكتبة الإسلامية (عمان – الأردن)، دار ابن حزم (بيروت – لبنان) الطبعة: الأولى، من 1423 – 1429 هـ (ينظر التفصيل بأول كل جزء) عدد الأجزاء: 7

67 – نهاية المطلب في دراية المذهب عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ) حققه وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب الناشر: دار المنهاج الطبعة: الأولى، 1428هـ–2007م

68 – الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني المحقق: عبد اللطيف هميم – ماهر ياسين الفحل الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع الطبعة: الأولى، 1425 هـ / 2004 م عدد الأجزاء: 1

69 – الهداية في شرح بداية المبتدي علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ) المحقق: طلال يوسف الناشر: دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان عدد الأجزاء:4

70 – الوافي في قضايا الأحوال الشخصية من 1992 إلى 2005 للقاضي الشرعي محمد عبد الرحمن.

نظريتا الظروف الطارئة وفعل الأمير وأثرهما في توازن العقد الإداري

طالب الدكتوراه: طارق سعيد كلية الحقوق جامعة دمشق

إشراف الدكتور: يوسف شباط المشرف المشارك: خالد المحمد

-ملخص-

تقتضي فكرة العدالة وفكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، تحقيق نوع من التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة ، ذلك أن الاعتراف للجهة العامة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد ، لا بد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه امتيازات من طبيعة مادية تعادل الزيادة في التزاماته ، وهم ما من شأنه أن يوفر الطمأنينة للمتعاقدين للوصول في خاتمة المطاف إلى التأكيد على أحد المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة المتمثل بمبدأ دوام سيره بانتظام واطراد.

The two contingency theories and the prince's act

And its effect on the balance of the administrative contract

–Summary–

The idea of justice and the idea of the subjective nature of administrative contracts requires achieving a kind of balance between the burdens that the contractor bears with the administration and the privileges that the administration enjoys, since the recognition of the public authority with the power to amend the terms of the contract and increase or decrease the contractor's obligations must be matched by another right. The contractor is represented by granting him privileges of a material nature equivalent to an increase in his obligations, which would provide reassurance to the contractors to finally reach the confirmation of one of the basic principles that govern public utilities, which is the principle of continuing its regular and steady functioning.

مقدمة:

يُعدّ التوازن المالي للعقد الإداري من أهم المحاور والأُسس التي تُبنى عليها علاقة المتعاقد مع الإدارة في إطار تأمينها لاحتياجات المرفق العام بواسطة العقد الإداري ، وكان تبعاً لذلك قواعد ونظريات تحقق نوعاً من التوازن بين الأعباء التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن يتحملها في سبيل تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ، وبين المزايا التي يستفيد منها والربح الذي يقصده ، على اعتبار أن العقد الإداري يُكوّن في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الإدارة والمتعاقد على حد سواء، وهذا يفترض وجوب دراسة كل نزاع ينشب عند تعارض هذه المصالح على حدة، والإحاطة بالمستجدات التي تعيق سير تنفيذها لتبلغ وجهتها وفق ما حدده العقد على الوجه الملائم .

فالعدالة تقتضي تحقيق المصلحة العامة بناءً على الفهم الصحيح لطبيعة هذا النوع من العلاقات التعاقدية في شأن من شؤون المرافق العامة، وبأن المتعاقد مع الإدارة لا يقف في مواجهة الإدارة التي رضيت بالتعاقد معه بل يبقى دائماً عنصراً مساعداً ومعاوناً لها في تسيير المرافق العامة، إضافة لهدفه الخاص المتمثل في الحصول على الربح.

ولما كان لكل من الوقائع الجديدة الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية ، طبيعة تختلف عن غيرها ، والتي يكون من شأنها أن تقرر مصير شروط هذا التنفيذ، من خلال التأثير بشكل مباشر على الالتزامات التعاقدية إما بجعلها أكثر إرهاقاً أو أكثر كلفةً، فكانت المسألة التي تطرح نفسها هي معرفة أي الآثار القانونية يمكن أن تتولد عن انعكاس هذه الوقائع الجديدة بالنسبة لالتزامات الإدارة من جهة ، والمتعاقد معها من جهة أخرى، لذا ينبغي تحديد وضع المتعاقد مع الإدارة إذا ما وجد نفسه وجهاً لوجه أمام مستجدات أو معوقات ، وأثر هذه المعوقات في قدرته على الاستمرار في تنفيذ التزاماته ، كما وفي الوقت نفسه لابد من الوقوف ملياً أمام وضع الإدارة التي تغدو مضطرة للتعويض عن النتائج المكلفة التي أفرزتها هذه الواقعة المستجدة .

أولاً – إشكالية البحث:

تُثير نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، كنظريات تبناها الفقه والقضاء الإداريين العديد من القضايا الإشكالية، سيما أن بعضها غير مقنن في أغلب النصوص التشريعية للدول بالرغم من أنها نظريات مستقرة وثابتة لدى القضاء الإداري، ناهيك عن الخلط بين هذه نظريات، فكان لا بد من التعريف والإحاطة بكل نظرية من أغلب جوانبها، ووضع الحدود الفاصلة التي تميزها عن غيرها من النظريات الأخرى.

ثانياً – أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى التعريف بنظريات التوازن المالي في إطار العقود الإدارية، والإحاطة بها من أغلب جوانبها وما يترتب عليها من نتائج وآثار قانونية، لتمييزها عن بعضها البعض، سعياً لتقديم حل لإشكالية هذا البحث.

ثالثاً – منهج البحث:

سنتّبع في دراسة هذا البحث على المنهج الاستقرائي (التأصيلي)، والمنهج الاستنباطي (التحليلي)، إضافة إلى المنهج المقارن.

رابعاً – خطة البحث:

سنتناول دراسة هذا البحث في مطلبين نتحدث في المطلب الأول منه عن نظرية الظروف الطارئة ودورها في التوازن المالي للعقد الإداري، في حين نخصص المطلب الثاني للحديث عن نظرية فعل الأمير ودورها في إعادة التوازن المالي، موضحين أبرز أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

المطلب الأول

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة

إن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لا بد وأن يستند على إحدى النظريات (نظرية الظروف الطارئة ، نظرية فعل الأمير)، مع الإشارة إلى كون نظرية الظروف الطارئة تُعدُّ الأوسع مجالاً في التطبيق العملي، نظراً لكون أغلب حالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري تستند إليها لاسيما وأنها النظرية القضائية الوحيدة المقننة بشكل صريح في التشريع السوري بموجب أحكام الفقرة / د/ من المادة /53/ من نظام العقود الموحد رقم /51/ لعام 2004، بالإضافة لنظرية القوة القاهرة التي تُؤدي لاستحالة التنفيذ كلاً أو جزءاَ أو التأخير به ، على خلاف باقي النظريات التي تبقى نظريات اجتهادية يطبقهما قضاء مجلس الدولة السوري وفق كل حالة على حدة متمثلاً بقضائه الحر والمبتكر ، ومستعيناً بالاجتهاد والفقه الإداري المقارن .

لذا سنتناول دراسة نظرية الظروف الطارئة من خلال بيان ماهيتها في (الفرع الأول) ومن ثم نتعرض للنتائج الناجمة عن تطبيق هذه النظرية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية نظرية الظروف الطارئة

لا بد من التعرف بداية على مفهوم نظرية الظروف الطارئة والنصوص القانونية الناظمة لها، ومن ثم نتناول شروط تطبيق هذه النظرية.

أولاً –مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

الأصل في القواعد المدنية التقليدية، أن العقد لشريعة المتعاقدين، ولا يعفي أحد المتعاقدين من التزاماته قِبل الطرف الآخر إلا القوة القاهرة التي هي الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه وتجعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

وهذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، فأنشأ مجلس الدولة الفرنسي – بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفي بالتزامه ، وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام إطلاقاً – مركزاً وسطاً ، يستطيع فيه الملتزم أن يفي بالتزامه ، لأن الوفاء بهذا الالتزام ممكن في ذاته [1] .

وقد نص القانون المدني على " 1–العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

2 – ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " [2] .

ويقابل هذه المادة في نظام العقود الموحد " إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل " [3] ، وهذا النص يشابه إلى حد كبير النص السابق له ويحددان بشكل واضح معالم هذه النظرية .

فإذا ظهرت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، فقلبت اقتصادياته ، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة أو العادية إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن

([1]) – د. سليمان محمود الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادرية "دراسة مقارنة "، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2005، ص633–634.

([2]) – المادة (148) من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /84/ لعام 1949.

([3]) – الفقرة (د) من المادة (53) من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون /51/ لعام 2004.

يطلب تعويضه جزئياً ، وبذلك يضيف إلى التزامات الإدارة التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ، ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري من جهة أن نظرية التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرفاً فيه ، أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة وغالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً اقتصادياً ، فإن العقد يظل قائماً وموجوداً كما هو هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد ، في حين أنه في حال الظرف الطارئ فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر [1].

ومشاركة الإدارة للمتعاقد تستهدف تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي تكبدها نتيجة الظرف الطارئ تغطية للربح الضائع، إلا أنها لا تستهدف الكسب الذي كان يأمل المتعاقد في تحقيقه، فتطبيق هذه النظرية يهدف إلى حل ضائقة أو أزمة في تنفيذ العقد وتوحيد جهود الإدارة والمتعاقد معها للتغلب على هذه الضائقة الطارئة [2] .

ثانياً –شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

من خلال التعريف السابق لنظرية الظروف الطارئة يمكن تحديد شروط تطبيق هذه النظرية، وهي حقيقيةً الشروط التي استقر الفقه والقضاء على ضرورة توافرها بُغية إعمال هذه النظرية وهو ما سوف نتناوله بإيجاز موضّحين مضمون كل شرط من هذه الشروط وفقاً لما هو آتي:

([1]) – د. سليمان محمود الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 640.

([2]) – د. حسن محمد علي حسن البنان ، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل ، العدد (58) ، المجلد (16) ، 2018، ص 160.

1 – وقوع حوادث استثنائية عامة:

ويقصد بهذا الشرط أن يستجد بعد إبرام العقد حادث استثنائي مثل زلزال أو حرب ، إضراب مفاجئ ، فيضان أو وباء ، ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها ، ورغبة في تطبيق نطاق نظرية الظروف الطارئة حتى لا يكون من شأنها زعزعة القوة الملزمة للعقد، اشُترطت أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية بأن تكون عامة غير خاصة بالمتعاقد ، و يجب أن تكون عامة وشاملة لطائفة من الناس كوباء أو فيضان أغرق مساحة واسعة من الأراضي ، وبالتالي فان الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمتعاقد لا تكفي لتطبيق هذه النظرية [1]، ونلاحظ أن الظرف لا يشترط أن يكون من طبيعة معينة فقد يكون ظرفاً طبيعياً أو اقتصادياً أو أياً كان سبب الظرف الطارئ [2].

2 – أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها:

فإذا كان كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، فإنه لزاماً على كل متعاقد تقدير هذه المخاطر وفرزها عند إبرام العقد، فإذا ما قصّر في ذلك فعليه أن يتحمل وِزر تقصيره، أما الظرف الذي يجب أن يُؤمن المتعاقد ضده، فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان [3] ، فإذا كانت الحوادث متوقعة أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية .

([1]) – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952. ص643.

([2]) – د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد ، الرياض، 2008 ، ص 106 .

([3]) – د. نذير بن محمد أوهاب ، نظرية العقود الإدارية " دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي والقانون" بدون رقم طبعة ، الرياض ،2006 ، ص176.

وإن مسألة عدم التوقع هو أمر نسبي يندرج في المسائل الموضوعية التي يستقل القضاء في تقديرها، فالحادث الطارئ الذي يمكن توقعه هو ذلك الحادث الاعتيادي الذي يكثر وقوعه، أما الحوادث النادرة فلا تعد متوقعة [1] .

3 – أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ العقد مرهقاً لا مستحيلاً وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد:

وفي هذا الشرط يتم التفرقة بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كانا يشتركان في أن كلاً منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، أما الظرف الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب، ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الآثار، إذ أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي، أما الحادث أو الظرف الطارئ فلا ينقضي الالتزام به بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث [2] .

ويعد الإرهاق حاصلاً متى تجاوزت الخسارة الحدود المألوفة المعقولة ، وذلك وفقاً لمعيار موضوعي بالنظر إلى العقد مجرداً من أطرافه ، لتحديد درجة الإرهاق في التنفيذ ، على خلاف المذهب الفردي الذي يحدد درجة الإرهاق على أساس النظر إلى حالة المتعاقد ، ومدى تأثيره على إمكانياته المالية عموماً [3] ، إذاً لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه لالتزامه العقدي لظرف طارئ غير متوقع لا إرادة له فيه ولا يمكن دفعه ، بل لابد من أن يُلحق به هذا الظرف ضرراً استثنائياً تنشأ عنه خسارة فادحة بحيث يكون تنفيذ المتعاقد لالتزامه في ظل هذا الظرف أثقل كلفة عما قدره المتعاقد

(1) – حسام خدام الجامع ، سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، 2017 ، ص153.

(2) – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص644.

(3) – د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، مرجع سبق ذكره ، ص115.

وقت إبرام العقد [1] ، ومن ثم فلا تطبق هذه النظرية إذا ما أصاب المتعاقد جراء الظرف الطارئ خسائر عادية أو بسيطة .

وبعد بيان الشروط التي يجب توافرها للقول بوجود ظرف طارئ من عدمه، والتي من شأنها تمييز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة، إلا أن ما يجب إثارته في هذا الصدد وتبيانه هو تحديد الآثار التي تتولد عن توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على تطبيق الظروف الطارئة

إذا ما تحققت الشروط السابق ذكرها فإن ذلك لا يعطي المتعاقد مع الإدارة مبرراً للتوقف عن الوفاء بالتزامه ولا يحق له الاحتجاج بأن من شأن الاستمرار في التنفيذ إصابته بضرر فادح، حيث أن الإدارة سوف تشاركه في تحمل جزء من هذا الضرر.

أولاً – إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد:

ذلك أن نظرية الظروف الطارئة لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزامه، لأن هذا الالتزام إذا كان مرهقاً فهو ممكن وبالتالي يتوجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزامه لتجاوز الظروف أو الصعوبات التي تهدد المرفق العام بالتوقف، وهذا ما يتلاءم مع وجوب الحرص على انتظام سير المرافق العامة التي تخدمها العقود الإدارية، لذلك فإن العقد يبقى قائماً وموجوداً ويتعين أن يواصل المتعاقد في التنفيذ.

([1]) – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر – المحلة الكبرى ،2005 ، ص210.

وقد يتطلب الظرف الطارئ وقف التنفيذ مؤقتاً حتى يزول هذا الظرف دون أن يتحمل المتعاقد غرامة التأخير [1] ، بحسبان أن أثر نظرية الظروف الطارئة هو أثر مؤقت ، فالهدف منها مواجهة هذا الظرف الطارئ والتي بمقتضاها تتمكن الإدارة والمتعاقد معها من تخطي عقبات مؤقتة.

ونشير إلى أن المشرع السوري أوجب على المتعاقد أن يُقدم جميع طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير شارحاً الأسباب التي تضطره إلى التأخير و يعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي تترتب عليه جراء هذا التأخير [2] .

ثانياً – حصول المتعاقد على تعويض جزئي:

إذا كان ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة استمرار التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد، فإنه لابد من ضرورة تعويضه بواسطة الإدارة المتعاقدة، ويتميز التعويض المدفوع من جانب الإدارة بالخصائص التالية:

1 – التعويض المدفوع من الإدارة ليس كاملاً إنما هو تعويض جزئي ، بمعنى أن الإدارة لا تتحمل وحدها كافة الأعباء المالية المترتبة على الظرف الطارئ ، ولكنها تشارك فقط المتعاقدين تحملها ، أي توزيع الخسائر مشاركة بين الإدارة والمتعاقد حتى يستطيع هذا الأخير من تنفيذ العقد .

(1) – د. علي شفيق ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية ، بدون رقم طبعة ، معهد الإدارة العامة ، الرياض، 1422هـ ، ص255.

(2) – الفقرة / و/ من المادة / 53/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون / 51/ لعام 2004.

2 – إن هذا التعويض مؤقت ، ولا يمكن أن يستمر بصفة دائمة ، وتأقيت التعويض ناجم من طبيعة الظرف الطارئ نفسه باعتباره ظرفاً طارئاً مؤقتاً وعارضاً ، لأنه إذا كان الظرف الطارئ يبدو قابلاً للاستمرار وأنه لا ينتظر أن تزول الشدة القائمة التي لا يمكن تداركها ، فإن الظرف الطارئ يصبح قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة التنفيذ مما يستتبع فسخ العقد [1] .

والسبب في أن هذا التعويض جزئياً وليس كلياً هو أن هذا التعويض الذي تقدمه الإدارة وفقاً لهذه النظرية غير ناتج عن أفعال منسوبة للإدارة، بل هي تقوم بالمشاركة في مساعدة المتعاقد ومعاونته لتجاوز الظروف القاسية الأجنبية عن فعل الأطراف المتعاقدة، وبالتالي فإن التعويض لا يغطي الأضرار الحاصلة [2].

وقد أشار نظام العقود الموحد السوري وحدد طريقة حساب التعويض في حالة ارتفاع الأسعار فنص على ".... إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على / 15%/ من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد / 15 %/ من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة " [3]

واستناداً إلى مفهوم المخالفة فإنه إذا كانت قيمة الزيادة في تكاليف مجموع الأجزاء غير المنفذة تقل عن نسبة / 15 % / فإن المتعهد يتحمل هذه الزيادة وحده، بمعنى أن اختلال اقتصاديات العقد والحال هذه لا يكون إلا بعد تجاوز ارتفاع الأسعار للنسبة المحددة قانوناً، وما دون ذلك يمثل أعباء عادية لا تستوجب التعويض.

([1]) – د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بدون رقم طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2002، ص542.

([2]) – د. محمد الحسين ، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة، منشورات جامعة دمشق – مركز التعليم المفتوح ،2005– 2006 ، ص305.

([3]) – المادة /63/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون / 51/ لعام 2004.

المطلب الثاني

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير

حين يختل التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة ظروف خارجية، فإن إعادة التوازن المالي تكون بتعويض المتعاقد المتضرر جزئياً تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة كما رأينا، إلا أنه في الحال التي يكون فيها اختلال التوازن المالي للعقد الإداري ناجم عن فعل أو عمل مشروع صادر عن الإدارة فإن التعويض المُستحق للمتعاقد والحال هذه يختلف عن التعويض المترتب عن تطبيق النظرية السابق ذكرها

وللتعرّف على هذه النظرية وتميزها عن غيرها لا بد من التوقف عند ماهية هذه النظرية من حيث المفهوم والشروط في (الفرع الأول) ، ومن ثم بيان الآثار القانونية المترتبة عليها في (الفرع الثاني) . وأخيراً نبيّن أوجه الاختلاف والتشابه بين هاتين النظريتين.

الفرع الأول

ماهية نظرية فعل الأمير

وصولاً إلى تحديد ماهية هذه النظرية، فإننا سنعمد إلى بيان مفهوم هذه النظرية، ومن ثم نتطرق إلى شروط تطبيقها الواجب توافرها.

أولاً – مفهوم نظرية فعل الأمير :

يقصد بعمل أو فعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى آثار ضارة بالمتعاقد تتجلى في زيادة أعبائه المالية اللازمة لتنفيذ التزاماته العقدية .

ويتضح من هذا التعريف أن فعل الأمير يصدر بإرادة السلطة الإدارية المتعاقدة التي وقعت العقد مع المتعاقد، وأن هذا الفعل مشروعاً بصفة دائمة وبالتالي لا تنطبق هذه النظرية على الأعمال غير المشروعة أو الناجمة عن خطأ في جانب الإدارة [1] ، فمسؤولية الإدارة وفقاً لهذه النظرية هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ ، لأن عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ حينما تصرفت وإلا قامت المسؤولية على أساس آخر [2] .

وقد يكون فعل الأمير إجراءات أو أعمال تتخذها السلطات العامة في الدولة – سواء كانت الجهة المتعاقدة أو أية سلطة أخرى في الدولة – تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته [3] .

ونظرية فعل الأمير هي من الأفكار الإدارية البحتة والتي لا مقابل لها في القانون الخاص ، ولهذا فلا عمل لتطبيقها إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري حصراً [4] ، وإذا كانت تطبيقات القضاء الإداري في العديد من الدول ومنها فرنسا ومصر ، تطبيق هذه النظرية على إجراءات وعمل الجهة الإدارية المتعاقدة فقط ، فإنه جدير بالذكر أن القضاء الإداري السوري يتخذ موقفاً مغايراً ومتطوراً وأكثر عدلاً ، حيث ينظر إلى وحدة الجهات العامة ووحدة إدارتها ، فإذا صدر أي إجراء أو قرار عن أي جهة إدارية حتى لو كانت غير متعاقدة وكان من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ، فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً استناداً إلى نظرية فعل الأمير ، وهذا الموقف تتحقق فيه العدالة أكثر من الموقف الذي يتبناه القضاء الإداري في دول أخرى .

([1]) – د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري "دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان" بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون عام نشر، ص532.

([2]) – د. علي شفيق، مرجع سبق ذكره ، ص250.

([3]) – علويات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري " الصفقات العمومية" رسالة دكتوراه ، جامعة منتوري – قسنطينة، الجزائر ،2009 ، ص 179.

([4]) – د. سليمان محمود الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، ص600.

ومن المسلم به فقهاً وقضاءً أن الإدارة لها الحق لفرض تأمين سير المرافق العامة للدولة، بل من واجبها أن تتدخل لتقدير نصوص العقد في أي وقت ترى ذلك لازماً، بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد دون الحاجة لموافقته، وليس للمتعاقد في هذه الحالة سوى طلب التعويض عن الأعباء المالية إن كان له ما يبرره [1] .

وغني عن البيان أن سلطة التعديل لا تُستمد من نصوص العقد إنما من طبيعة العقد الإداري ذاته، وفقاً لما تم الإشارة سابقاً.

وتتخذ أفعال الأمير صور عدة فقد تكون إجراءً عاماً مثل قانون أو لائحة، أو إجراءً خاصاً مثل القرار وكل إجراء فردي تتخذه الإدارة المتعاقدة أو غير المتعاقدة ويكون من شأنه أن يؤثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد [2] .

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نستنتج أن نظرية فعل الأمير هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات أو التشريعات أو اللوائح أو التصرفات التي تصدر عن السلطات العامة في الدولة، والتي يكون من شأنها التأثير المباشر على المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة بعقد إداري.

ثانياً – شروط تطبيق نظرية فعل الأمير :

استيفاء المتعاقد مع الإدارة للتعويض استناداً إلى نظرية فعل الأمير يستلزم بالضرورة توفر عدة شروط حالها في ذلك حال نظرية الظروف الطارئة، ونظراً لأهمية هذه الشروط في التطبيق العملي، فسوف نعمد إلى شرحها وبيان مضمونها على النحو الآتي.

(1) – د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، مرجع سبق ذكره ، ص73.

(2) – د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مرجع سبق ذكره ، ص532.

1 – أن يكون هناك عقد إداري :

تفترض نظرية فعل الأمير وجود عقد إداري بالمفهوم المستقر عليه في الفقه والقضاء ذلك أن هذه النظرية خاصة بالعقود الإدارية أياً كانت تسمية هذه العقود – عقد أشغال – عقد توريد – عقد خدمات – أو أي عقد آخر ، ولا يوجد أي تطبيق لهذه النظرية في عقود الإدارة المدنية الخارجة عن مفهوم العقد الإداري .

والعقد الإداري وفقاً لما تعبّر عنه محكمة القضاء الإداري السورية هو الذي تبرمه أحد الجهات العامة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام بقصد تسيير مرفق عام ويتضمن في أحكامه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص [1] .

فلكي يكون العقد إدارياً لا بد وأن يتوافر شروط معينة أولها أت تكون الإدارة طرفاً في العقد، وثانيها أن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام، وأخيراً أن يتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

2 – يجب أن يكون الإجراء صادراً عن الإدارة المتعاقدة :

فعل الأمير يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة ، يكون من شأنه أن يلحق ضرراً بالمتعاقد إلا أن مجلس الدولة الفرنسي والمصري يقصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الأعمال التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة وحدها ، أما في حال صدور أعمال أو إجراءات من جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة ، فإن كل منهما يطبق نظرية الظروف الطارئة [2] ، أما مجلس الدولة السوري ومنذ عام 1975 وسّع من إطار تطبيق هذه النظرية وعدّ أن فعل الأمير قد يصدر عن الجهة العامة المتعاقدة أو عن أي جهة عامة أخرى وأصبح يُميّز بين المواد المحصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام ، والمواد غير المحصورة ، بحيث

(1) – حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم / 673/ لسنة 2020 الصادر في القضية رقم /1092/ تاريخ 2020/12/8م ، حكم غير منشور .

(2) – د. سليمان محمود الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، ص601.

أصبح يمنح تعويض يعادل كامل الفرق في الزيادة الحاصلة على الأسعار في الحالة الأولى دون أي تخفيض استناداً إلى فعل الأمير [1] ، مع الإشارة إلى أنه في الحالة الثانية – حالة المواد غير المحصورة بجهات القطاع العام – فإنه يمنح تعويض جزئي استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة في حال توافر شروطها [2] .

3 – أن يترتب على فعل الأمير ضرراً فعلياً بالمتعاقد :

لا يستطيع المتعاقد الادعاء والمطالبة بحق التعويض إلا في الحالة التي يكون فيها فعل الأمير قد تسبب بإحداث ضرر، ويتميز هذا المبدأ بعنصري الاستقرار و الإطلاق ، كما لا يشترط في الضرر أن يكون جسيماً أو يسيراً [3] ، ويستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد أو الإنقاص من أرباحه التي أراد الحصول عليها من وراء تعاقده مع الإدارة ، فهذا الضرر هو الذي يؤدي إلى اعتلال العلاقة بين المتعاقد والإدارة مما يستدعي ضرورة تحقيق نوع من التوازن المالي بين التزاماته وحقوقه حتى لا يفقد حماسه في تنفيذ العقد بما يعود وينعكس على سير وانتظام المرفق العام [4].

4 – أن يكون الإجراء الصادر غير متوقع :

فيجب أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة وقت التعاقد، فلا يستفيد المتعاقد مع الإدارة من تطبيق نظرية فعل الأمير إذا كان يتوقع أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقع تلك الإجراءات الضارة به [5] ، أما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد قد قدّر وقوع هذا الإجراء باعتبار أن العقد لا يمنع السلطات التشريعية أو الإدارية من اتخاذ ما تقدره

([1]) – حسام خدام الجامع ، مرجع سبق ذكره ، ص248.

([2]) – لمزيد من الإيضاح انظر المادة / 63/ من نظام العقود الموحد.

([3]) – د. محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يُواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق) ، بدون رقم طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس – لبنان ، 1998، ص84.

([4]) – د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ،بدون رقم طبعة ، دار النهضة العربة ، القاهرة ، بدون عام نشر، ص271.

([5]) – د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سبق ذكره ، ص 542.

ضرورياً من إجراءات فإنه لا يستحق التعويض ولذلك وجب أن تكون هذه الإجراءات غير عادية تتجاوز العقد المعقول المتوقع عند إبرام العقد [1].

5 – أن يكون فعل الأمير مشروعاً :

لا تتطلب نظرية فعل الأمير وقوع خطأ في جانب الإدارة ، لأن التزام الإدارة بموجب العقد لا يعني اطلاقاً تقييد تصرفاتها كسلطة عامة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ، فإذا وقع من جهتها وفي حدود سلطتها أي عمل نتج عنه ضرر للمتعاقد ، فإن الإدارة تعد مسؤولة بصرف النظر عن قيام أي خطأ من جانبها ، أي ضمن حدود المسؤولية العقدية بلا خطأ [2] ، أما إذا ارتكبت الإدارة أي خطأ في تصرفها خارج نطاق ذلك ، فلا تطبق النظرية عندئذ وتصبح مسؤوليتها والحال هذه قائمة على أساس الخطأ العقدي وانتفى مبرر تطبيق نظرية عمل الأمير ، وكان للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض حسب قواعد المسؤولية العقدية [3] .

وبعد أن تمّ بيان شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، فإن السؤال الذي يُطرح في هذا الصدد ماهي الآثار القانونية الناجمة عن تطبيق هذه النظرية ؟ وهل تختلف هذه الآثار في جوهرها عن الآثار الناجمة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة أم لا ؟ هذا ما سوف نحاول بيانه وفقاً لما هو آتي.

الفرع الثاني

(1) – د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في القانون الإداري ،بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية بيروت ، 1996 ، ص601.

(2) – د. زين العابدين بركات ،الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن ، بدون رقم طبعة، دار الفكر ، دمشق ، 1974 ، ص634.

(3) – د. جابر جاد نصار ، مرجع سبق ذكره ، ص266.

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير

ومقارنتها مع الآثار الناجمة عن الظروف الطارئة

إن الأثر القانوني لفعل الأمير هو التزام الجهة العامة بإصلاح ورفع العبء الذي سببته للمتعاقد عن طريق تعويضه تعويضاً كاملاً [1]، إلا أنه في الحقيقة هناك آثار متنوعة خارج نطاق التعويض تنجم عن التسليم بمثل هذه النظرية.

وهذه الآثار التي سنأتي على بيانها قد تشترك مع الآثار الناجمة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في بعض الصفات والخصائص، وقد تختلف عنها في البعض الآخر، وهو يجدر بنا القيام به وصولاً إلى استكمال فكرة البحث وتحقيقاً للغاية المتوخاة منه، وذلك على النحو الآتي.

أولاً – الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير:

1– حالة ما إذا كان فعل الأمير أدى إلى استحالة تنفيذ العقد ، فيصبح الفعل على مستوى القوة القاهرة ويكون مبرراً لعدم تنفيذ العقد من قبل المتعاقد ، كصدور تشريع بجرم الاستيراد لسلعة معينة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج .

2 – حالة ما إذا كان فعل الأمير لم يؤد إلى استحالة التنفيذ بل جعله عسيراً ، مما يشكل عذراً للمتعاقد بعدم فرض غرامات التأخير .

3 – حالة ما إذا كان فعل الأمير أدى إلى زيادة الأعباء على المتعاقد بصورة تتجاوز حدود إمكانياته مما يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد .

([1]) – د. عبد الإله الخاني ، القانون الإداري " علماً وعملاً ومقارناً " الطبعة الثانية ، المجلد الرابع ، بدون دار نشر ،1985، ص484.

ويستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير أو غير ذلك من النتائج .

وبالنهاية فإن النتيجة القانونية الأهم لفعل الأمير هي التعويض الكامل [1] ،الذي يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة كالمصروفات الفعلية التي أنفقها جراء فعل الأمير ، إضافة إلى شموله ما فاته من كسب كالمبالغ المنطقية والمعقولة التي كان يعول عليها المتعاقد .

وتجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في فكرة التوازن المالي للعقد التي تمثل أحد الخصائص الذاتية للعقود الإدارية التي تستهدف تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام [2].

ثانياً – أوجه التشابه والاختلاف بين النظريتين

تشترك نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير في الكثير من الصفات والخصائص، وتختلف فيما بينها في صفات وخصائص أخرى.

1– أوجه التشابه :

أ – مصدر كل من هاتين النظريتين هو القضاء الإداري .

ب – تُعد كل من هاتين النظرتين وسيلة لتحقيق غاية تتمثل في المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد من خلال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري .

ج – في كل منهما يجب أن تكون الظروف أو الأفعال غير متوقعة ولا يمكن دفعها ، وينتج عنها إرهاق المتعاقد دون أن تصل إلى درجة استحالة التنفيذ .

([1]) – د. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع بق ذكره ، ص117–118.

([2]) – د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، مديرية الكتب الجامعية ، منشورات جامعة حلب – مركز التعليم المفتوح ، 2007، ص118–119.

د – أن يكون الظرف الطارئ أو فعل الأمير وقع أثناء تنفيذ العقد .

هـ – أن يكون الحادث الطارئ أو فعل الأمير المفاجئ استثنائياً وعاماً وليس خاصة بالمتعاقد أو بفئة محددة .

و – يُشترط في كلا النظرتين استمرار المتعاقد بتنفيذ التزامه رغم حصول الظروف الطارئة أو فعل الأمير .

ز – التعويض الناجم عن تطبيق أي من هاتين النظرتين هو تعويض بلا خطأ من الإدارة .

ح – شمول المخاطر، فكل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير مخاطرهما تهدد كافة أنواع العقود الإدارية ، ولا يقتصر تطبيقهما على نوع معين العقود الادارية .

2 – أوجه الاختلاف :

أ – مصدر الفعل في نظرية الظروف الطارئة حادث طبيعي مفاجئ مثل زلزال – فيضانات – جفاف – ويُطلق عليها تسمية المخاطر الاقتصادية ، أما نظرية فعل الأمير فإن مصدر الفعل هو الإدارة أو السلطة العامة مثل إصدار قوانين – لوائح – تعديل إجراءات ، ويُطلق عليها اسم المخاطر الإدارية.

ب – جسامة الضرر ، ففي نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الضرر جسيماً يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ، في حين أنه في وفقاً لنظرية فعل الأمير فإنه يكفي أن يكون الضرر يسيراً متحققاً .

ج – مقدار التعويض ، في نظرية فعل الأمير يكون التعويض كاملاً معادلاً للضرر الذي يصيب المتعاقد ، بينما يكون التعويض جزئياً في نظرية الظروف الطارئة .

الخاتمة:

تقتضي فكرة العدالة وفكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، تحقيق نوع من التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، ذلك أن الاعتراف للجهة العامة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد، لا بد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه امتيازات من طبيعة مادية تعادل الزيادة في التزاماته.

وإذا كان في منح المتعاقد مع الإدارة بعض الامتيازات المالية ، فإن اثر ذلك لا يقف عند المتعاقد نفسه ، بل يمتد إلى ما هو أهم من ذلك بكثير ، والمتمثل في تحقيق نوع من الأمان القانوني والثبات النسبي للعلاقات القانونية ، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية ، إضافة إلى توفير الطمأنينة للمتعاقدين للوصول في خاتمة المطاف إلى التأكيد على أحد المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة المتمثل بمبدأ دوام سيره ، لإشباع الحاجات العامة بشكل كاف والتي يجب أن يكون إشباعها دائماً ومنتظماً ، وإن في حفظ حقوق المتعاقد الذي تواجهه صعوبات أو عقبات أثناء تنفيذ التزاماته خير وسيلة لتحقيق ذلك .

والله ولي التوفيق.

قائمة المراجع :

1- د . ابراهيم شيحا ، الوسيط في القانون الإداري ، بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1996 .

2- د . جابر نصار ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، بدون عام نشر .

3- حسام خدام الجامع ، سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، 2017 .

4- د . حسن محمد علي حسن البنان ، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق – جامعة الموصل ، العدد (58) ، المجلد (16) ، 2018 .

5- د . زين العابدين بركات ، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن ، بدون رقم طبعة ، دار الفكر ، دمشق ، 1974 .

6- د . سعيد نحيلي ، د . عبسي الحسن ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، مديرية الكتب الجامعية ، منشورات جامعة حلب – مركز التعليم المفتوح – الدراسات القانونية ، 2007 .

7- د . سليمان محمود الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 .

8- د . عبد الإله الخاني ، القانون الإداري (علماً وعملاً ومقارناً) ، الطبعة الثانية ، المجلد الرابع ، بدون دار نشر ، 1985 .

9- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952 .

10-د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، بدون رقم طبعة دار الكتب القانونية ، مصر – المحلة الكبرى ، 2005 .

11-د . عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان) ، بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون عام نشر .

12-عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري " الصفقات العمومية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة منتوري – قسنطينة ، الجزائر ، 2008- 2009 .

13-د . علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 2008 .

14-د .علي شفيق ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بدون رقم طبعة ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، 1422هـ.

15-د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، منشورات جامعة دمشق – مركز التعليم المفتوح – قسم الدراسات القانونية ، 2005 – 2006 .

16-د . محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بدون رقم طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 .

17-د . محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يواجهه تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق) ، بدون رقم طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس – لبنان ، 1998 .

18-د . نذير بن محمد أوهاب ، نظرية العقود الإدارية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون) ، بدون رقم طبعة ، معهد الإدارة العامة ، الرياض 2006 .

المراجع In Arabic :

1 - Dr.SHIHA.I, 1996, Mediator in Administrative Law, University House, without edition number, Beirut.

2 - Dr.NASSAR.J, without a year of publication, Administrative Contracts, Arab Renaissance House without edition number, Cairo.

3 –KHSDDAM AL-JAMI.H,2017, The Policy of the Syrian State Council in Achieving the Financial Balance of the Administrative Contract, Master Thesis, Damascus University.

4 –Dr. AL – BANAN. H, 2018, The Impact of Emergency Conditions on the Implementation of the Administrative Contract (A Comparative Study), a research published in Al-Rafidain Journal of Law – University of Mosul, Issue (58), Volume (16).

5 - Dr.BARAKAT. Z , 1974 ,The Administrative Encyclopedia of Syrian and Comparative Administrative Law, Dar Al-Fikr, without .edition number , Damascus.

6 - Dr.NAHILI.S , Dr. Al-Hassan.A 2007, Administrative Contracts, University Books Directorate, without edition number, Aleppo University Publications - Center for Open Education - Legal Studies.

7 - Dr.AL-TAMAWY. S,2005, General Foundations of Administrative Contracts, "A Comparative Study", Arab Thought House, Fifth Edition, Cairo.

8 - Dr.AL –KHANI . A ,1985, Administrative Law (Science, Action and Comparison), , Without Publishing House, Second Edition, Volume Four.

9 - Dr. AL- SANHOURI.A ,1952 , Mediator in Explaining the New Civil Law - Sources of Commitment, Universities Publishing House Volume One, Egyptian, Cairo.

10 - Dr.KHALIFA . A,2005, General Foundations of Administrative Contracts, Legal Books House , without the edition number , Egypt - Mahalla al-Kobra.

11 - Dr.ABDALLAH.A , without a year of publication , Administrative Law (a comparative study of the foundations and principles of administrative law and their application in Lebanon), , University House without edition number, Beirut.

12 – YAQOUT. A ,2008-2009 , Applications of General Theory of Administrative Contract "Public Deals", PhD Thesis, University of Mentouri - Constantine, Algeria.

13 - Dr.AL-SWAILEM.A , 2008 , The Idea of Financial Balance for the Administrative Contract in the Kingdom of Saudi Arabia, , Al-Rashd Library, First Edition, Riyadh.

14 - Dr.SHAFIQ. A ,1422 , Judicial Supervision of Administration in the Kingdom of Saudi Arabia (Comparative Analytical Study), Institute of Public Administration , without edition number , Riyadh.

15 - Dr.AL-HUSSEIN.M , Dr. NOAH.M 2005-2006 , Administrative Contracts, without print number, Publications of Damascus University - Center for Open Education - Department of Legal Studies.

16 - Dr.ABD AL-WAHHAB.M, 2002, Principles and Provisions of Administrative Law, Al-Halabi Legal Publications, without edition number Beirut.

17 - Dr.AL- MAGHRIBI.M, 1998, Problems Facing the Implementation of Administrative Contracts and Their Legal Effects (Comparative Study in Theory and Practice), Modern Book Foundation, without edition number, Tripolis – Lebanon.

18 - Dr.AWHAB.N, 2006, The Theory of Administrative Contracts (A Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Law) , Institute of Public Administration, without edition number, Riyadh .