

مجلة جامعة حمص

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 47 . العدد 4

1447 هـ . 2025 م

الأستاذ الدكتور طارق حسام الدين رئيس جامعة حمص

المدير المسؤول عن المجلة

أ. د. وليد حمادة	رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الإنسانية
أ. د. درغام سلوم	رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية

عضو هيئة التحرير	د. محمد فراس رمضان
عضو هيئة التحرير	د. مضر سعود
عضو هيئة التحرير	د. ممدوح عبارة
عضو هيئة التحرير	د. موفق تلاوي
عضو هيئة التحرير	د. طلال رزوق
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الجاعور
عضو هيئة التحرير	د. الياس خلف
عضو هيئة التحرير	د. روعة الفقس
عضو هيئة التحرير	د. محمد الجاسم
عضو هيئة التحرير	د. خليل الحسن
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. أحمد حاج موسى

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها
الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة حمص

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

. هاتف / فاكس : 2138071 31 963 ++

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

. البريد الإلكتروني : journal.homs-univ.edu.sy

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة + word / CD
من البحث منسق حسب شروط المجلة.
- طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
- إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
- إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
- إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
- إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث , وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):

عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

١- مقدمة

٢- هدف البحث

٣- مواد وطرق البحث

٤- النتائج ومناقشتها .

٥- الاستنتاجات والتوصيات .

٦- 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).
- ١. مقدمة.
- ٢. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
- ٣. أهداف البحث و أسئلته.
- ٤. فرضيات البحث و حدوده.
- ٥. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
- ٦. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
- ٧. منهج البحث و إجراءاته.
- ٨. عرض البحث و المناقشة والتحليل
- ٩. نتائج البحث.
- ١٠. مقترحات البحث إن وجدت.
- ١١. قائمة المصادر والمراجع.
- ٧- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
- أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
- ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
- ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
- ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي - العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج. يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- ٨- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- ٩- 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.

١٠ - الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة
١١ - 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

١. دفع رسم نشر (50000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
٢. دفع رسم نشر (200000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
٣. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
٤. دفع مبلغ (15000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
40-11	د. وفاء فلهوط	الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة "دراسة تحليلية ناقدة في قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276"
62-41	لالش زهر الدين محو	الملكيّة الشّانعة بين الزوجين
104-63	إبراهيم نجيب إبراهيم د. جميلة شرجي	ضوابط التحقيق الإداري مع الموظف العام
122-105	د. صبحي العادلي	النظام القانوني للموظف الدولي

138-123	داليا اسكاف د. عبد القادر برغل	تقييد مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة المغفلة
---------	-----------------------------------	---

الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة

"دراسة تحليلية ناقدة في قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276"

أ. د. وفاء فلهوط

أستاذ في قسم القانون الدولي - كلية الحقوق - جامعة دمشق

الملخص

حدد المشرع السوري في قانون الجنسية الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276 معايير ثبوت الجنسية الأصلية بقوة القانون من تاريخ الميلاد بمعياري حق الدم وحق الإقليم، وقد أخذ المشرع بحق الدم لجهة الأب كمعيار رئيسي في ثبوت الجنسية خلافاً لحق الدم لجهة الأم، مسجلاً بذلك الاختلاف إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين المواطنين الذي كفله الدستور السوري. أما عن حق الإقليم فقد قرره المشرع لفئات محددة مستهدفاً منعها من الوقوع في حالة انعدام الجنسية.

وفيما يتعلق بأسس جواز اكتساب الجنسية اللاحقة لتاريخ الميلاد، فقد حددها المشرع السوري بأسلوبي التجنس والزواج، وميّز على مستوى التجنس ما بين التجنس العادي والتجنس الاستثنائي، كما ميّز على مستوى التجنس العادي ما بين تجنس الأجانب وتجنس العرب، معتمداً في تحديد الأجنبي على معيار قومي كشف تبنيه عن الكثير من التناقضات القانونية والواقعية، كما أعاد توظيف هذا المعيار في التجنس الاستثنائي، ثم بالغ في توظيفه لدرجة انتهت به إلى الخلط ما بين مفاهيم غير مختلف على دلالتها القانونية، كالخلط ما بين رابطة الجنسية والانتماء القومي.

أما بالنسبة لأسلوب الزواج فقد كفل المشرع السوري مبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة، إلا أنه سجل مجدداً إخلالاً صريحاً بنصوص الدستور المتعلقة بمبدأ المساواة بين المواطنين بغض النظر عن جنسهم، وذلك بحرمانه الزوجة السورية من ميزة تسهيل الدخول في الجنسية كأثر للزواج المختلط إساءةً بالزوج السوري.

ومن جملة ما سبق وجدنا ضرورة التعرض بالتحليل إلى مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بمعايير ثبوت الجنسية السورية الأصلية وبأسس اكتساب الجنسية اللاحقة ، وذلك لتسليط الضوء على أهم الثغرات التشريعية في تلك النصوص، ولإقتراح ما يلزم من حلول قابلة للتطبيق في وقتنا الراهن.

الكلمات المفتاحية:

الجنسية الأصلية - حق الدم - حق الإقليم - الجنسية المكتسبة- التجنس والزواج.

Original Nationality and Acquired Nationality

"A Critical Analytical Study in the Syrian

Nationality Law Enacted under Legislative

Decree 276/1969"

Prof. Dr. Wafaa Falhout

Professor in the Department of International Law

- Faculty of Law – Damascus University

Abstract

The Syrian legislator stipulated, in the Nationality Law enacted under Legislative Decree No. 276 of 1969, the criteria of proving the original nationality by force of law at birth within the two criterias of jus sanguinis and jus soli. The legislator has adopted the jus sanguinis of father's side as the main criterion as a proof

of the nationality, in contrast to the jus sanguinis of the mother's side. As a result to this difference, an explicit violation of the equality principle among citizens which was guaranteed by the Syrian Constitution, was arisen. As for the jus soli, the legislator decided it for specific categories to prevent the scenario of statelessness.

As for the bases of acquisition of post-birth nationality, the Syrian legislator stipulated it by naturalization and marriage. At the level of naturalization, he distinguished between ordinary naturalization and exceptional naturalization. At the level of ordinary naturalization, he also distinguished between the naturalization of foreigners and the naturalization of Arabs, depending on a nationalism criterion to determine the foreigner. The adoption of this nationalism criterion revealed many legal and factual contradictions. This criterion was also re-employed in the exceptional naturalization, then it was exaggerated in employing to the extent that it led to confusing between concepts whose legal significance is not disputed, such as confusing the bond of nationality with nationalism affiliation.

As for the method of marriage, the Syrian legislator guaranteed the principle of independence of nationality within the family, but it has once again recorded a clear violation of the provisions of the constitution related to the principle of equality between citizens regardless of their gender, by depriving the Syrian wife of the advantage of facilitating entry into nationality as a result of the mixed marriage, similar to the Syrian husband.

Based on the above, we found it is essential to analyze the various legal texts related to the criteria of proving the original Syrian nationality and the bases of acquisition the subsequent nationality, to shed light on the main legislative gaps

in those texts, and to propose the necessary applicable solutions at the present time.

Keywords: Original nationality – Jus sanguinis– Jus soli– acquired nationality – naturalization and marriage

مقدمة

الجنسية لغةً كلمة مشتقة من لفظ (الجنس) وتقيد معنى الانتساب إلى الأمة، أما اصطلاحاً فهي تفيد معنى الانتساب إلى دولة ما. وغالباً ما تعرف الجنسية على أنها رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والأفراد يتشكل على أساسها ركن الشعب في الدولة، والجنسية بدورها إما أن تكون جنسية تأسيس أو جنسية تعمير. وتعمّر الجنسية الوطنية عموماً: إما طبيعياً بالنسل؛ حيث تتسلسل الجنسية من الآباء إلى الأبناء، وهذا ما يسمى (بحق الدم)، وإما من خلال الارتباط بالإقليم، وذلك إما بالميلاد عليه وهو ما يسمى (بحق الإقليم)، وإما بالإقامة عليه مع الرغبة في الحصول على جنسية ذلك الإقليم، وذلك هو (التجنس). وبالمقابل: قد تثبت جنسية التعمير للشخص إما فور ولادته، وتسمى حينها بالجنسية الأصلية، أو قد يكتسبها فيما بعد ، وتسمى عندئذ بالجنسية المكتسبة، أو الثانوية، أو المشتقة.

وتجمع الدول على ثبوت الجنسية الأصلية بناءً على معيارين لا ثالث لهما ، وهما :معيار (حق الدم)الذي يقرّ بثبوت الجنسية لأبناء المواطنين ، ومعيار(حق الإقليم) الذي يعتمد على ولادة الشخص المعني على إقليم الدولة مانحة الجنسية . وبالمقابل تجمع الدول كذلك في معرض منح جنسيتها بطريق التجنس على ضرورة توفر شرطين لا غنى عنهما ، وهما : شرط قيام رابطة جدية بين طالب الجنسية وبين الدولة المراد التجنس بجنسيتها ، على أن تعدّ الإقامة في تلك الدولة –على اختلاف مدتها- مستلزماً أساسياً لقيام تلك الرابطة ، وشرط تقديم صاحب الشأن لطلب خطي يعبر فيه صراحة عن إرادته باكتساب الجنسية. ولم يشذ عن هذه القواعد الآمرة التي اشترطها القانون الدولي على مختلف مصادره إلا ما يسمى بدولة (إسرائيل)

1.

¹ إذ ابتدعت هذه (الدولة)المزعومة على نحو منفرد معياراً تمييزياً يقوم على "حق العودة"، فاعتبرت كل مهاجر بمقتضى قانون العودة إسرائيلي الجنسية حسب قانون الجنسية الإسرائيلية لعام 1952 ، وكانت قد منحت بموجب

وانسجاماً مع الإجماع الدولي حدد المشرع السوري في قانون الجنسية النافذ الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276 معايير ثبوت الجنسية الأصلية بمعياري حق الدم وحق الإقليم، وأسس اكتساب الجنسية اللاحقة بطريقي التجنس والزواج.

وتكمن **مشكلة البحث فيما أظهرته النصوص القانونية** النازمة لمعايير ثبوت الجنسية السورية ، ولأسس اكتساب الجنسية السورية اللاحقة من ثغرات تشريعية، منها ما شكل إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين المواطنين الذي كفله الدستور السوري، ومنها ما أدى إلى ظهور جملة من التناقضات القانونية والواقعية. ومن هنا تحدد **هدف البحث بتسليط الضوء على تلك الثغرات التشريعية لاقتراح ما يلزم من حلول . وقد انتهج البحث لتحقيق غايته منهجاً تحليلياً ناقداً لتلك النصوص، وذلك من خلال تقسيمه إلى :**

المبحث الأول: معايير ثبوت الجنسية السورية الأصلية

المطلب الأول: حق الدم

المطلب الثاني: حق الإقليم

قانون العودة الإسرائيلي لعام 1950 الحق لكل يهودي بأن يهاجر إلى (إسرائيل) . وبالتالي فإن قانون الجنسية الإسرائيلية /المرتبط بقانون العودة /يتسم بالبطلان لمخالفته القواعد الآمرة في القانون الدولي ، ولا يعد أكثر من كونه فعلاً مادياً من أفعال قوة الاحتلال . وهذا كفيلٌ بنسف قيام ما ما يسمى بدولة (إسرائيل)، لعدم شرعية استكمالها أركان وجود الدولة ، مما يستوجب الوقوف بحذرٍ عند مفهوم (الشعب اليهودي) منظوراً إليه كركنٍ من أركان ذلك الوجود . كما يعيدُ قانون الجنسية الإسرائيلي إلى الأذهان قانون الجنسية الصادر في ألمانيا النازية كقانون عنصري بغض ، والذي لم يتلقفه المجتمع الدولي حتى طالاه بالإلغاء، إذ لا يختلف بعنصريته عن ذلك القانون لما فيه من تمييز ديني صريح ولا يقلّ عنه عنصريةً بالنظر لسياسة تطبيقه الانتقائية القائمة على التمييز بين اليهود المهاجرين أنفسهم استناداً إلى الطائفة أو اللون ... أما فيما يتعلق بالتجنس ، فلم يشترط قانون الجنسية الإسرائيلي شرط الإقامة من اليهودي ، إذ عدّه مؤهلاً لاكتساب الجنسية بمجرد عودته إلى (إسرائيل)، وهذا ما أدى إلى دخول يهود (إسرائيل) وخروجهم منها بجنسيةٍ عمرها أسابيع لاستئناف إقامتهم في دولهم الأصلية. كما أن القانون المذكور لم يشترط من اليهودي القادم إلى (إسرائيل) أن يقدم طلباً واضحاً وصريحاً يعبر فيه عن رغبته بالتجنس ، بل اكتفى بتصريح رفض الجنسية فيما لو رغب بذلك ، وهذا ما أدى إلى فرض الجنسية الإسرائيلية تلقائياً على كل يهودي سافر إلى (إسرائيل) رغم عدم إعلانه عن رغبته باكتسابها. لمزيد من التوسع حول هذا الموضوع راجع مقالنا : أ. د. وفاء مزيد فلووط : ماذا تعرف عن الجنسية الإسرائيلية" مقالة منشورة في جريدة تشرين السورية -العدد 13244-

تاريخ 28 ايار 2018-ص5

المبحث الثاني : أسس اكتساب الجنسية السورية اللاحقة

المطلب الأول: التجنس

المطلب الثاني: الزواج

المبحث الأول

معايير ثبوت الجنسية السورية الأصلية

الجنسية الأصلية كما سبق قوله هي الجنسية التي يولد بها المرء؛ لذا يسميها البعض بجنسية الميلاد (Nationalité de naissance) وتثبت بدورها إما بحكم رباط الدم (Sanguinis)⁽¹⁾ أو بحكم رباط الأرض (Jus soli)⁽²⁾، ويفضل غالبية الشراح استعمال مصطلح «الجنسية الأصلية» دون مصطلح «الجنسية الأصلية»³.

(1) ويقصد بحق الدم (Jus sanguinis): حق الفرد في اكتساب جنسية الدولة التي ينتمي إليها أباه بمجرّد الميلاد، فأساس الجنسية هنا هو الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود؛ لذا سميت الجنسية بناءً على هذا الأساس بجنسية النسب (Nationalité de Filiation)، أو جنسية الأصل العائلي. د. أحمد محمد الهواري: الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي - دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي - الطبعة الأولى - إثراء للنشر والتوزيع - الأردن - 2008م - ص 86.

(2) راجع للمحامي زياد بارود بحثاً حول قوانين الجنسية في لبنان (النساء العربيات وإنكار المواطنة) - مجموعة الأبحاث والتدريب للعمل التنموي (CRTDA) بيروت - 2003 عن موقع WWW.Crtda.org.lb.

³(الجنسية الأصلية): هي الجنسية الملازمة للولادة من أب وطني أو أم وطنية، بينما (الجنسية الأصلية) هي الجنسية التي تؤخذ مع تحقق النسب المضاعف الممتد إلى عدة أجيال؛ لذا يعدّ المصطلح الأول (أي الجنسية الأصلية) أكثر دقة واقترباً من المعنى المقصود، وأبعد من أن يحدث التباساً مع معاني أخرى ذات صلة بجنسية التأسيس، أي جنسية الأصول (المؤسسين الأوائل) د. سعيد يوسف البستاني: الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - 2009م - ص 134

وقد حدد المشرع السوري معايير منح الجنسية الأصلية في المادة الثالثة من المرسوم التشريعي 1969/276 بمعياري حق الدم وحق الاقليم

حيث نصت المادة الثالثة على ما يأتي: «يعتبر عربياً سورياً حكماً:

أ - من وُلِدَ في القطر أو خارجه من والدٍ عربي سوري.

ب - من وُلِدَ في القطر من أم عربية سورية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً.

ج - من وُلِدَ في القطر من والدين مجهولين أو مجهولي الجنسية أو لا جنسية لهما، ويعتبر اللقيط في القطر مولوداً فيه وفي المكان الذي عُثِرَ عليه فيه ما لم يثبت العكس.

د - من وُلِدَ في القطر ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية».

المطلب الاول : حق الدم

يتفرع حق الدم وفقاً لقانون الجنسية السوري الى (حق الدم لجهة الأب) باعتباره المعيار الأساسي في ثبوت الجنسية الأصلية، و(حق الدم لجهة الأم) المعتمد بنطاق ضيق و محدود.

أولاً- حق الدم لجهة الأب

نصت المادة (3) من قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 276 لعام 1969 على أن: «يعتبر عربياً سورياً حكماً: أ - من ولد في القطر أو في خارجه من والد عربي سوري...» ويجسد هذا النص المعيار الرئيسي في ثبوت الجنسية السورية، وهو معيار الأبوة، أو حق الدم لجهة الأب. ويؤسس هذا المعيار - كما يبدو - على اعتبار الأب رب الأسرة والمسؤول عن تربية الأولاد، وعن علاقتهم بالغير بما في ذلك علاقتهم بالدولة⁽¹⁾.

ويرجع السبب في تبني هذا المعيار، وفي تفضيله على حق الإقليم بدءاً من تشريعات الجنسية السورية السابقة وصولاً إلى التشريع الحالي، إلى ما هو عليه واقع الدولة السورية، باعتبارها دولة مصدرة للسكان، حيث هاجر وما زال يهاجر الكثير من أبنائها إلى الخارج، مما اقتضى حفاظاً على المصلحة الوطنية المحافظة على ارتباط أبناء هؤلاء بالدولة الأم، مهما تعاقبت الأجيال المولودة خارجها، وذلك بتمكينهم

(1) يستبعد أصحاب هذا الرأي تأسيس معيار الأبوة على (فكرة الإرث)، لأن تأسيس ثبوت الجنسية على فكرة الإرث يستتبع إمكانية منح جنسية الأم عند فقدان الأب، وهذا ما لا تسير عليه غالبية التشريعات الحديثة. راجع حول هذا الرأي د. ماجد الحلواني: **الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة، الجزء الاول، مطبعة الآداب والعلوم،**

من جنسيتها بغض النظر عن ولادتهم خارج البلاد⁽¹⁾، وهذا ما يعزز من قوة معيار الأبوة وينفي حاجته للتدعيم بحق الإقليم.

ويشترط لثبوت الجنسية السورية وفقاً لمعيار حق الدم لجهة الأب:

1 - أن يكون الأب متمتعاً بالجنسية السورية، وهذا ما يقتضيه منطق الأمور، فلكي يعطي الأب الجنسية لمولوده يفترض فيه التمتع بها أصلاً، لأن فاقده الشيء لا يعطيه. أما عن الوقت المعتبر به لتمتع الأب بالجنسية السورية، فهو وقت ميلاد الطفل دون سواه. إذ لا عبرة لجنسية الأب وقت الحمل، فإذا كان الأب سورياً وقت الحمل ولكنه تولى عن جنسيته السورية، أو تمّ تجريده منها لسبب من الأسباب المحددة قانوناً ليصبح أجنبياً وقت الميلاد، فإن الجنسية السورية لا تثبت لمولوده.

والعكس بالعكس، فيما لو كان الأب أجنبياً وقت الحمل وتمكّن من اكتساب الجنسية السورية بطريق التجنس ليصبح وقت الميلاد سورياً (بالتجنس)، فإن الجنسية السورية ستثبت لمولوده. **ويدعم - بتصورنا - صحة التحليل السابق الإطلاق الوارد في صياغة نص م (3/أ)**، وذلك لجهة عدم تحديد الأب بالوالد السوري الأصل، إذا جاءت عبارة (والد عربي سوري) مطلقة دون تقييد، مما يدعم شمولية معيار الأبوة للأب السوري على إطلاقه سواء أكان مواطناً أصيلاً أم مواطناً بالتجنس⁽²⁾.

وبطبيعة الحال تعدّ هذه الحالة، أي حالة الأب الأجنبي المتجنس بالجنسية السورية قبل الميلاد، حالة مغايرة تماماً لحالة الأب الأجنبي المتجنس بالجنسية السورية بتاريخ لاحق على الميلاد، إذ لا شأن للحالة الأخيرة بمعيار حق الدم المعتمد كأحد معايير ثبوت الجنسية الأصلية، بل تدخل هذه الحالة في أحكام (الآثار الجماعية للتجنس)⁽³⁾.

وتثبت الجنسية السورية للمولود بالنظر إلى جنسية الأب السورية وقت الميلاد، وذلك بغض النظر عن الأم فيما لو كانت سورية أم عربية أم أجنبية أم عديم الجنسية، وبغض النظر كذلك عن استمرار رابطة الزوجية بين الأب والأم، أو استمرار بقاء الأب على قيد الحياة إلى لحظة الميلاد. إذ تثبت الجنسية للمولود ولو وقع الطلاق بين الزوجين في فترة الحمل، أو فيما لو توفي الأب عن الجنسية السورية في

(1) د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص، "الجنسية" الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، 1994-1995- ص 114.

(2) مما يدعم تصورنا حقيقة أنه لو أراد المشرع خلاف ذلك لذكر التقييد صراحة على غرار ما صادفناه أثناء التعرض بالدراسة المقارنة لتشريعات الجنسية في بعض الدول العربية، ونذكر منها مثلاً م (2/ب) من القانون رقم 10 لعام 1975 الإماراتي، والتي ذهبت لاعتباره مواطناً بحكم القانون: المولود في الدولة أو الخارج لأب مواطناً بحكم القانون.

(3) باختلاف تاريخ تجنس الأب بالنظر إلى تاريخ ميلاد الأبناء لا يدع مجالاً للخلط ما بين تجنس الأب الأجنبي بالجنسية السورية قبل الميلاد وبين آثار التجنس على أولاد المتجنس الأجنبي، ولا سيما القاصرين منهم.

تلك الفترة. ويبقى الحكم صحيحاً في حالة الأب مزدوج أو متعدد الجنسية، فيما لو كانت إحدى جنسياته هي الجنسية السورية، وذلك تطبيقاً لنص م (2/27) من القانون المدني السوري التي تعتد في مثل هذا الفرض بالجنسية السورية فحسب دون عداها من الجنسيات.

2 - أن يثبت نسب المولود لأبيه قانوناً: ويستوي هنا ثبوت النسب وقت الميلاد أم بعده، فإذا ثبت نسب المولود بعد الميلاد يعدّ المولود سورياً من تاريخ ميلاده نظراً لتمتع الأب بالجنسية السورية في ذلك التاريخ، حتى لو اكتسب الطفل جنسية أجنبية ما بين الولادة وثبوت النسب، لأن ثبوت النسب له أثر كاشف عن الجنسية لا أثر منشئ لها⁽¹⁾.

ثانياً: حق الدم لجهة الأم

إن التمييز ما بين دورَي (الأب والأم) في مجال نقل الجنسية للأبناء شكّل موضوعاً لأحد أهم الملفات التي ما زالت مطروحة بقوة على طاولة النقاش في العديد من الدول حتى يومنا الراهن، وخصوصاً في سورية، فبعد أن صادقت الجمهورية العربية السورية على انضمامها إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 بموجب المادة الأولى من المرسوم رقم (33) تاريخ 2002/9/25، فقد أبدت في متن هذه المادة تحفظها على المادة 9 (الفقرة الثانية) المتعلقة بمنح الأطفال جنسية المرأة، وبررت تحفظها على الفقرة السابقة بمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن دون بيان لأوجه تلك المخالفة

1- حق الدم لجهة الأم السورية بالنسبة إلى الولد غير الشرعي:

قرر المشرع في الفقرة (ب) ثبوت الجنسية السورية الأصلية بناء على حق الدم لجهة الأم السورية مدعوماً بحق الإقليم ومشروطاً بالولد غير الشرعي، وتطبيقاً لذلك لا يعدّ سورياً المولود غير الشرعي من أم سورية فيما لو تمت ولادته خارج سورية، وكذلك الحال بالنسبة للولد غير الشرعي المولود داخل سورية من أم أجنبية، كما لا يمكن عدّه كذلك إذا ثبت نسبه إلى أبيه قانوناً وكان الأب أجنبياً ولو ولد في سورية من أم سورية. فإذا ما ثبت نسب المولود لأبيه بتاريخ لاحق على الميلاد وكان الأب أجنبياً تزول عنه الجنسية السورية بأثر رجعي إلى لحظة ميلاده، بينما يبقى محتفظاً بها فيما لو كان الأب وطنياً، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة (أ) سالف الذكر⁽²⁾.

(1) لا يجوز التمسك بالجنسية الأجنبية باعتبار نص م (3) من النظام العام نظراً لتعلقه بمسألة تخص كيان الدولة ووجودها. د. ماجد الحلواني، مرجع سابق، ص 175.

(2) ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع السوري قد أخذ في قانون الجنسية السوري السابق بحق الدم لجهة الأم بشروط أخرى: حيث نصت م3 من مر.ت 1961/67 على أنه (يعتبر عربياً سورياً الولد غير الشرعي القاصر إذا كان أحد والديه الذي اعترف به قبل الآخر، عربياً سورياً...) مما يعني ثبوت الجنسية

2- حق الدم لجهة الأم السورية بالنسبة إلى الولد الشرعي:

خلافًا لحق الدم لجهة الأم بالنسبة إلى الولد غير الشرعي المثبت بالشروط المنصوص عليها صراحة في المادة 3/ب سالف الذكر، لم يحظ حق الدم لجهة الأم بالنسبة إلى الولد الشرعي بإشارة صريحة في نصوص قانون الجنسية السوري 1969/276⁽¹⁾.

3- حق الدم لجهة الأم السورية وحتمية التعديل²:

لاقتراح ما يلزم من تعديلات قمنا بدراسة تحليلية مقارنة لعدد من قوانين الجنسية في بعض الدول العربية: ووجدنا أن القانون السوري هو الأكثر سلبية ما بين تلك القوانين، وذلك لسببين: الأول منهما: هو صمته غير المبرر عن معالجة جنسية الابن الشرعي للمواطنة السورية فيما لو كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها. أما السبب الثاني: فهو اشتراطه التدعيم بحق الإقليم بالنسبة إلى الولد غير الشرعي. مما هدد بخطر اتساع نطاق انعدام الجنسية في معرض تطبيق أحكام هذا القانون أكثر من غيره. وبدوره شكّل ظهور القانون السوري بالصورة السابقة حاجساً لنا، كثيراً ما دفعنا للتفكير بإيجاد المخارج والحلول، حتى خرجنا بجملة الأفكار والمقترحات الآتي ذكرها:

المقترح الأول: إقرار حق الدم لجهة الأم كأساس لثبوت الجنسية السورية الأصلية بقوة القانون فيما يخص ابن المواطنة السورية من أب مجهول، أو من أب مجهول الجنسية أو عديم الجنسية، أو من أب أجنبي لم يتمكن بصلة الأبوة من نقل الجنسية لابنه، وذلك بصرف النظر عن مكان الولادة؛ بحيث تمنح الجنسية حكماً لابن المواطنة السورية غير الشرعي، ولابنها الشرعي المولود من أب مجهول الجنسية، أو عديم الجنسية، أو له جنسية أجنبية أو عربية ولكنه لم يتمكن لأي سبب من الأسباب من نقل جنسيته

للولد غير الشرعي تبعاً لجنسية أمه السورية إذا اعترفت به دون أبيه أو قبله حتى ولو ثبت نسبه بعد ذلك لأبيه وكان الأب أجنبياً، وبصرف النظر عن مكان الولادة د. ماجد الحلواني: مرجع سابق - ص 176 - ص 177.

(1) ورغم ذلك نعتقد - من جهتنا - أن في نص المادة (15) من المرسوم التشريعي 1969/276 ما قد يفيد بوجود هذا الحق وإن جاء في سياق آخر أقرب ما يكون لمنح الجنسية بحكم التبعية؛ حيث ذهبت المادة المذكورة إلى أن أولاد المرأة السورية القاصرين والتي فقدت أهم جنسيتها - إما نتيجة لزواجها من أجنبي أو بسبب تجنس زوجها السوري بجنسية أجنبية - ثم تمكنت من استردادها نتيجة انتهاء العلاقة الزوجية بوفاة الزوج على وجه التحديد، فهؤلاء الأولاد يتبعون حكماً جنسية أمهم السورية.

² للتوسع راجع د. وفاء مزيد فلهوط، إشكالية منح الجنسية بموجب حق الدم لجهة الأم" دراسة مقارنة في القوانين العربية مع التركيز على الموقف السوري" بحثنا المنشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 32، العدد الأول، 2016، ص 71 - 107

لابنه بموجب صلة البنوة⁽¹⁾. ويعتمد هذا المقترح بالدرجة الرئيسة على حماية هؤلاء الأبناء من خطر انعدام الجنسية:

أ - فالابن غير الشرعي للمواطنة السورية قد لا يلقي حماية له خارج إقليم الدولة السورية لعلّة عدم ثبوت النسب لجهة الأب؛ حيث أن الدول لا تمنح عادة جنسيتها إلاّ للأولاد غير الشرعيين المولودين من مواطناتها دون سواهم من مواطنات الدول الأخرى، مما يفترض حماية هذا المولود ولو تمت ولادته خارج إقليم الدولة السورية⁽²⁾.

ب - وكذلك الحال بالنسبة إلى ابن المواطنة السورية ولو كان ابناً شرعياً سيتعرض بدوره لخطر انعدام الجنسية فيما لو كان الأب عديم أو مجهول الجنسية، أو فيما لو كان الأب أجنبياً أم عربياً ولكنه لم يتمكن من نقل جنسيته لابنه لأسباب أخرى غير جهل الجنسية أو انعدامها، كوجود خلل في التشريعات الأجنبية أو العربية النازمة للجنسية، أو لقصورها في التطبيق، أو لأي سبب آخر⁽³⁾.

ومما يؤكد صحة مقترحنا هذا ما جاء في مرسوم الجنسية السوري نفسه، وتحديدًا في المادة 3/الفقرة (د)، إذ أقرت الفقرة المذكورة الجنسية السورية حكماً للولد الشرعي المولود في سورية من والدين لم يتمكنوا من منحه جنسية أجنبية، مما يعني منح الجنسية السورية لابن الأجنبية المتزوجة من أجنبي، وحجب الجنسية عنه عندما تصبح الزوجة أمّاً سورية!! وهذا خلل قانوني لا يمكن التسليم به في أي حال من الأحوال

المقترح الثاني: منح الجنسية المشروط، أو الاكتفاء بإقرار بعض الحقوق استناداً إلى حق الدم لجهة الأم بالنسبة للابن الشرعي للمواطنة السورية ممن يحمل جنسية والده الأجنبية أو العربية: فإذا ما ارتأت الجهات المختصة ضرورة تبني نص قانوني يأخذ بمقترح منح الجنسية السورية استناداً إلى حق الدم لجهة الأم، فلا ضير في ذلك، خصوصاً إن تم اعتماده وفقاً لشروط وضوابط تكفل عدالة تطبيقه

(1) كابن المواطنة السورية المتزوجة شرعاً من أجنبي أو عربي جُرّد من جنسيته قبل لحظة ميلاد ابنهما.

(2) هذا شريطة عدم حصوله على جنسية الدولة التي ولد على إقليمها فيما لو كانت تأخذ بدورها بحق الإقليم على نحو يغطي حالة مثل هؤلاء الأولاد، لأن القول خلاف ذلك سيؤدي إلى مشكلة تعدد جنسياتهم (جنسية إقليم مكان الولادة مع جنسية الأم السورية) وهذا ما يخالف المقترح أصلاً.

(3) كالحالة التي تقضي فيها قوانين بعض الدول بأنه إذا تجنس شخص بجنسيته لا يكون لهذا التجنس أثر على أولاده إلاّ إذا ولدوا في تلك الدولة، وبالتالي إذا كان الأب مثلاً من أصل سوري وفقد جنسيته السورية وتجنس بجنسية أجنبية بناءً على أحكام ف (1) من م (10) من مر.ت 1969/276 ثم أنجب أولاداً في سوريا بعد تجنسه بالجنسية الأجنبية فإن أولاده لن يتمتعوا بالجنسية الأجنبية لأنهم ولدوا في الخارج. من المفيد هنا الوقوف على تفسير النصوص القانونية اللبنانية وانتقاداتها للدكتور عكاشة عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، - الدار الجامعية (المكتبة القانونية)، بلا تاريخ-الأردن - 2008م، ص 90/89.

بأن تضعه في منتصف المسافة ما بين المؤيدين له والمعارضين لتبنيه. كما يمكن إيجاد المخرج القانوني، ولعله المخرج الأكثر يسراً وملائمة، وذلك من خلال التمييز ما بين منح الجنسية نفسها في معرض اكتساب صفة المواطن، وبين التمتع ببعض حقوق مَنْ يملك الجنسية، بحيث يمكن القول إنه في حال عدم التوصل إلى إمكانية منح الجنسية المشروط لأبناء المواطنين السوريين الشرعيين ممن يحملون جنسية والدهم الأجنبية أو العربية، خصوصاً لمن كان موطنهم الدائم في سوريا، فإنه حري بالدولة السورية محاولة الوقوف في منتصف المسافة مجدداً ما بين أسباب رفضها للمنح من جهة وبين حجج مواطناتها المطالبة به من جهة أخرى، وذلك بمعاملة هؤلاء الأبناء معاملة تقضيلية بتمييزهم عن الأجانب، من خلال قبول منحهم بعضاً من حقوق مواطنيها، وخاصة المدنية والخدمية، كتلك المتعلقة بمجالات الصحة والتعليم والعمل والتملك والاستثمار، أي بعبارة أخرى الإقرار لهم بالتسهيلات المرتبطة بمستلزمات الحياة اليومية وذلك على اعتبارهم بحكم السوريين على نحو يقربهم من واقع الفلسطينيين الموجودين داخل سورية مع اختلاف في اعتبارات إقرار تلك الحقوق أو التسهيلات.

المطلب الثاني : حق الإقليم

في معرض تنفيذ قانون الجنسية السوري يقصد بـ (حق الإقليم)⁽¹⁾ حق المولود في الحصول على الجنسية السورية بقوة القانون بحكم ميلاده في القطر العربي السوري.

ويسوغ تبني المشرع السوري لمعيار حق الإقليم عدة اعتبارات، أهمها اعتبارات تتعلق بالسيادة والأمن المدني، إذ ليس من المرغوب أن تبقى الفئات المشمولة بهذا الحق غريبة عن الدولة التي ولدت فيها، كما أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه منع وقوع تلك الفئات في حالة انعدام الجنسية.

أما عن الفئات المشمولة بحق الإقليم فقد حددها المشرع على سبيل الحصر في المادة (3) من المرسوم التشريعي رقم 276 لعام 1969، والتي نصت على أنه: «يعتبر عربياً سورياً حكماً: ج - من ولد في القطر من والدين مجهولين أو مجهولي الجنسية أو لا جنسية لهما، ويعتبر اللقيط في القطر مولوداً فيه وفي المكان الذي عُثِرَ عليه فيه ما لم يثبت العكس.

د - من ولد في القطر ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية». وفيما يأتي توضيح لهذه الفئات الأربعة:

(1) يتحدد معنى الإقليم وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، والتي تحدد الإقليم بالإقليم البري والبحري والجوي.

1 - المولود في سورية من والدين مجهولين:

ويقصد به الولد غير الشرعي المولود داخل القطر العربي السوري من أم غير معروفة فعلاً وأب لم يثبت نسبه إليه قانوناً⁽¹⁾، أو المولود من أب وأم غير معروفين⁽²⁾.

ونظراً لصعوبة إثبات واقعة الميلاد داخل القطر بالنسبة إلى اللقيط، فقد افترض المشرع ولادته في القطر وفي المكان الذي عثر عليه فيه ما لم يثبت العكس، فإذا ثبت - فيما بعد - أن اللقيط وُلِدَ خارج سورية ثم نُقِلَ إلى داخل القطر تزول الجنسية السورية عنه بأثر رجعي.

2 - المولود في سورية من والدين مجهولي الجنسية:

ويقصد به الولد الشرعي المولود داخل القطر العربي السوري من والدين معروفين ويتمتعان بجنسية لكنها غير معلومة وقت الميلاد.

3 - المولود في سورية من والدين لا جنسية لهما:

ويقصد به الولد الشرعي المولود داخل القطر من والدين كانا وقت ميلاده عديمي الجنسية. ويمكن تمييز انعدام الجنسية عن جهالة الجنسية المذكورة في الحالة السابقة بكون عديم الجنسية لا يتمتع قانوناً بأية جنسية، كما لو كان له جنسية معينة ثم جُرد منها.

ومما تجدر الإشارة إليه هو احتفاظ المولود في القطر من والدين عديمي الجنسية بجنسيته السورية حتى لو تمكن أحد والديه أو كليهما من اكتساب جنسية أجنبية بعد ميلاده.

4 - المولود في سورية ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية:

ويقصد به الولد الشرعي المولود داخل القطر، والذي لم يتمكن بسبب قصور تشريعات الجنسية الخاصة بوالديه من اكتساب جنسية أجنبية استناداً إلى صلة البنوة.

وللأمانة يسجل للمشرع السوري هذا الحكم لجهة محاولته تلافي انعدام جنسية هذه الفئة، وحماية حقها بأن تكون لها جنسية من لحظة ميلادها، رغم تعلق سبب الانعدام بنصوص قوانين الجنسية الأجنبية.

(1) إذا ثبت لاحقاً نسب المولود لأحد أبويه فإنه يفقد الجنسية السورية ما لم يحتفظ بها بموجب أحد المعايير الأخرى المنصوص عليها في المادة (3) من قانون الجنسية، د. فؤاد ديب - مرجع سابق - ص 116.

(2) تعد الكوارث الطبيعية أحد احتمالات هذا الفرض.

ولا يفسر بطبيعة الحال هذا التدارك العملي لقصور التشريعات الأجنبية على أنه تدخل من المشرع السوري في سيادة الدول الأجنبية، ذلك أن المشرع أقرّ بثبوت الجنسية السورية دون أن يتعرض للجنسية الأجنبية بالتنظيم، فلم يخرج بذلك عن اختصاصه، ولم يخل بمبدأ حرية الدول واستقلالها في منح الجنسية.

المبحث الثاني

أسس اكتساب الجنسية السورية اللاحقة

يتضمن مصطلح «الجنسية اللاحقة» أو «الجنسية المكتسبة» ما يفيد معناه، إذ يقصد بهذه الجنسية: الجنسية التي يكتسبها الفرد بصورة لاحقة على تاريخ ميلاده.

ويمكن تقسيم أسس اكتساب الجنسية اللاحقة أو المكتسبة إلى نوعين، هما:

أسس عادية: تعزى إلى الأحداث العادية، كأن يهاجر الشخص من دولته إلى دولة أخرى ويتجنس بجنسيتها، أو كأن يولد الشخص في دولة أجنبية ويقيم فيها بعد ولادته مدة معينة على نحو يثبت صلته بمحل الولادة⁽¹⁾، أو كأن تتزوج مواطنة من شخص أجنبي وتدخل في جنسية زوجها.

أسس غير عادية تعزى عادة إلى أسباب سياسية، كحالة تغيير السيادة على الإقليم بالضم أو بالاندماج أو بالانفصال بما قد يستتبع من تغيير في الجنسية⁽²⁾. ونذكر هنا على سبيل المثال اندماج الدولتين السورية والمصرية بموجب الوحدة بينهما لإقامة كيان سياسي جديد، هو دولة الجمهورية العربية المتحدة بجنسيتها الجديدة. و انفصال سورية عن الدولة العثمانية في معرض تأسيس الجنسية السورية الأولى.

ومن جهته نظم المشرع السوري في قانون الجنسية النافذ أسلوبي التجنس والزواج دون التعرض بالتنظيم لأساليب الاكتساب الأخرى. ولعل السبب في عدم تعرض المشرع لأسلوب اكتساب الجنسية اللاحقة بموجب ثبوت صلة المرء بمحل ولادته هو عدم اعتماده على حق الإقليم إلا لضرورة الحيلولة دون الوقوع

(1) وهذا ما يعرف بـ (الميلاد المصحوب بالإقامة)، ويقوم هذا الأساس في منح الجنسية على ولادة الأجنبي في إقليم الدولة، وإقامته لفترة زمنية معينة، عادة ما تُحدد ببلوغ سن الرشد. ويسمى بعضهم الجنسية المكتسبة طبقاً لهذا الأسلوب بـ (الجنسية القانونية اللاحقة) باعتبارها تتفق مع الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم لجهة كونها مفروضة بحكم القانون، غير أنها تختلف عنها في أن فرضها مقرون بحق ردها د. أحمد عبد الحميد عشوش ود. عمر أبو بكر باخشب: أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة مع الاهتمام بالنظام السعودي - مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - 1990م ص 190.

(2) راجع في هذا التقسيم، المرجع السابق، ص 186.

في حالة انعدام الجنسية، ولرغبته في ترك أمر منح الجنسية من عدمه لتقدير السلطة التنفيذية، وهو الأمر الذي لا يتوفر في اكتساب الجنسية عن طريق صلة الفرد بمحل ميلاده. أما السبب في عدم تعرضه بالتنظيم لأساس تغيير السيادة على الإقليم، فيعود على الراجح لرغبته في ترك هذا الأمر للاتفاقيات الدولية، و للقوانين الخاصة التي تسن عند حدوث مثل ذلك التغيير⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق سنتعرض بالشرح لأسلوبي الجنس والزواج المختلط من خلال تحليل النصوص القانونية السورية ذات الصلة، والواردة في قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276.

المطلب الاول: الجنس

يعرف الجنس بأنه كسب جنسية الدولة كسباً لاحقاً على الميلاد، بناء على طلب مقترن بتوفر شروط معينة، بحيث تتمتع الدولة إزاءه بسلطة تقديرية تناط بالمصلحة الوطنية²، وتتجسد بحق إجابة الطلب أو رفضه تبعاً لمقتضيات تلك المصلحة⁽³⁾.

ومن جهته ميّز قانون الجنسية السوري النافذ، والصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276، ما بين نوعين من الجنس، هما الجنس العادي والجنس الاستثنائي، حيث أجاز المشرع الجنس الاستثنائي لفئات محددة، وجد فيها ما يستحق تمييزها عن غيرها، بإمكانية منحها الجنسية دون التقيد بشروط الجنس العادي. كما ميز كذلك على مستوى الجنس العادي ما بين جنس الأجانب و جنس العرب. إذ أجاز منح الجنسية السورية لأبناء البلاد العربية بشروط أقل عدداً، وأكثر يسراً من الشروط المقررة لجنس الأجانب، وذلك لعدة اعتبارات منها ما تعلق بضرورة تحقيق أهداف القومية العربية، ومنها ما كان يُعزى إلى سهولة اندماج المواطن العربي في المجتمع السوري مقارنة بالشخص الأجنبي⁽⁴⁾.

أولاً - الجنس العادي للأجانب: يفترض لبيان أسلوب الجنس العادي للأجانب تحديد المقصود بالأجنبي من وجهة نظر المشرع السوري، ثم بيان شروط هذا الجنس

1- مفهوم الأجنبي: تكشف الدراسة المقارنة لنصوص قوانين الدول العربية عن تبنيها في الغالب لمفهوم الشخص الأجنبي وفقاً لمعيار قانوني ويسود في غالبية دول العالم يقوم على (معيار الجنسية على

(1) د. ماجد الحلواني، مرجع سابق، ص 184.

² يؤخذ بعين الاعتبار مثلاً، فيما لو كانت الدولة قليلة السكان، إذ يمكن ان تتوسع حينها في منح جنسيتها عن طريق الجنس خلافاً للدول كثيرة السكان.

(3) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص 176.

(4) يعتبر التمييز ما بين جنس الأجانب و جنس العرب تمييزاً مستحدثاً، استحدثه قانون الجنسية النافذ حالياً

والصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276. د. هيثم حسن: القانون الدولي الخاص (1)، منشورات الجامعة

الافتراضية السورية، 2021م - ص 198.

إطلاقه). اذ حددت قوانين الدول العربية إلا ما ندر (الأجنبي) بالشخص غير الوطني ؛ مما أدى إلى عدم التمييز ما بين (الأجنبي) من جهة، وبين (العربي) من جهة أخرى، وهكذا إلى أن ظهر شبه إجماع في قوانين الدول العربية على تحديد الأجنبي بالشخص غير المتمتع بالجنسية الوطنية.

وتعدُّ من الأمثلة النادرة على المعيار القومي القائم على (إخراج العربي بجنسيته من المفهوم التقليدي للأجانب ، ما ذهبت إليه نصوص قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 276 تاريخ 1969/11/24⁽¹⁾. ففي سبق تشريعي على مستوى الدول العربية قام المشرع السوري بتعريف الأجنبي في المادة (1/ح) من القانون المذكور بأنه: «كل من لا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية السورية أو بجنسية أي بلد عربي آخر». ثم عاد المشرع ليؤكد توجهه القومي السابق، فكرر التعريف نفسه في المادة الأولى من الباب الأول من المرسوم التشريعي رقم 29 لعام 1970 المتعلق بتنظيم دخول وخروج الأجانب وإقامتهم في القطر العربي السوري. وهذا ما أدى حقيقة إلى تقلص مفهوم (الأجانب) في التشريع السوري لصالح أبناء الدول العربية.

ورغم إيماننا المطلق بالبعد القومي كفكر، إلا أننا نجد في توجه التشريع السوري ما قد يفضي إلى العديد من التناقضات القانونية والإشكاليات العملية في معرض تطبيقه لذلك التوجه²، وعلى رأسها مثلاً ما قد ينجم عن الأخذ بالمعيار القومي من تسليم ضمني بقبول ازدواج الجنسية السورية مع جنسيات الدول العربية الأخرى، ذلك أن تطبيق المادة العاشرة من قانون الجنسية السوري الناطمة لضوابط منع ازدواج الجنسية السورية مع الجنسيات الأجنبية⁽³⁾، في ظل اعتبار الجنسية العربية جنسية غير أجنبية

(1) منشور في الجزء الأول من العدد 55 من الجريدة الرسمية المؤرخ في 1969/12/17، ص 903.

وقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون 1969/276: إنَّ الثورة في القطر العربي السوري جادة في توفير المناخ الملائم لقيام الوحدة العربية الشاملة، وتماشياً مع قرارات مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بشأن حرية الانتقال إلى الدول العربية الأخرى. يمكن الاطلاع على نصوص قانون الجنسية السوري وأسبابه الموجبة والقرارات ذات الصلة بالعودة إلى: د. صبحي سلوم: تشريعات الجنسية العربية السورية - ط1 - مطبعة خالد بن الوليد - 1983.

² للتوسع راجع د. وفاء مزيد فلحوظ: مفهوم الأجنبي، وما للأجنبي (الحالي والسابق) من حقوق سياسية " دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية"، بحثنا المنشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 37، العدد الأول، 2021م.

(3) نصت المادة (10) من مر.ت 1969/276 على أن: «1- يفقد العربي السوري جنسيته إذا تنسب بجنسية أجنبية بشرط أن يكون قد صدر مرسوم بناء على طلبه واقتراح الوزير بالسماح له بالتخلي عنها بعد قيامه بجميع واجباته والتزاماته تجاه الدولة. 2- كل عربي سوري تنسب بجنسية أجنبية بناء على طلبه قبل السماح له بالتخلي عن الجنسية يظل متمتعاً بها من جميع الوجوه وفي جميع الأحوال إلا إذا رُوي تجريده

كنتيجة لاعتماد التعريف الحرفي للأجنبي كما ورد في قانون الجنسية⁽¹⁾، سيفضي حكماً للتسليم بازدواج الجنسية الوطنية مع جنسية أخرى، خلافاً لما يُفترض أن تذهب إليه إرادة أي مشرع بما في ذلك المشرع السوري. ولا يبدو الوضع أقل تناقضاً عند مراجعة قرارات وزارة الداخلية السورية بهذا الشأن⁽²⁾. ولذلك نعتقد أن التعاريف القائمة على معيار الجنسية على إطلاقه، والتي تمّ تبنيها في غالبية قوانين الدول العربية تغدو أكثر منطقية من ذلك التعريف المعتمد من جانب التشريع السوري.

2- شروط تجنس الأجانب: نصت المادة (4) من قانون الجنسية السورية الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276 على أنه: «يجوز منح الأجنبي الجنسية بمرسوم بناء على اقتراح الوزير وعلى طلب خطي يقدمه الطالب الذي يشترط أن يكون:

أ- كامل الأهلية.

ب- مقيماً في القطر إقامة متتالية مدة خمس سنوات على الأقل سابقة لتقديم الطلب وتعتبر الإقامة المتقطعة متتالية إذا لم تتجاوز مدة غياب صاحبها سنة كاملة تضاف زيادة على الخمس سنوات.

ج- خالياً من الأمراض السارية والعاهات والعلل التي تمنعه من مزاوله أي عمل.

د- حسن السلوك محمود السمعة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة شائنة إلا إذا رد إليه اعتباره.

هـ- ذا اختصاص أو خبرة يمكن الاستفادة منها في القطر أو أن تكون له وسيلة مشروعة للكسب أو يملك ما يغنيه عن مساعدة الغير.

و- ملماً باللغة العربية قراءة وكتابة».

ويتضح من نص المادة السابقة أن شروط التجنس العادي للأجانب هي:

- كمال الأهلية: إن التجنس عمل إرادي يجب أن يصدر عن إرادة صحيحة تعي ما يترتب عليه من حقوق والتزامات، ويفترض كمال أهلية طالب التجنس طبقاً للقانون السوري وليس طبقاً لقانون المتجنس الشخصي قبل التجنس، باعتبار أن الجنسية السورية هي الغاية المنشودة. إذ إن الأهلية المقصودة هنا

منها... ويعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من خمسمائة ليرة إلى ألفي ليرة أو بإحدى هاتين العقوبتين».

(1) م/1 ح والتي ذهبت لإخراج العرب من مفهوم الأجانب كما أشرنا سابقاً.

(2) عندما صدر قرار وزير الداخلية رقم (92/ن) المتضمن التعليمات التنفيذية للمرسوم 1969/276 حدد في المادة (6/أ) المقصود بعبار (تجنس بجنسية أجنبية) الواردة في الفقرتين (1-2) من م (10) أية جنسية أجنبية غير عربية. كما أن آراء اللجان المختصة في مجلس الدولة نحت كذلك ذات المنحى، كالرأي رقم 340 لسنة 1973، حيث جاء فيه: «ليس ثمة مانع قانوني من الجمع بين الجنسية السورية وجنسية دولة عربية أخرى....».

ليست الأهلية المرتبطة بالحالة المدنية للأشخاص، إنما هي أهلية التجنس التي تعد من مسائل الجنسية اللصيقة بمسائل القانون العام، مما يدخلها في نطاق سيادة الدولة وحريتها في تحديد رعاياها طبقاً لقوانينها. كما يؤكد افتراضنا السابق بوجود كمال الأهلية طبقاً للقانون السوري ما كانت عليه الشروط الصريحة لتجنس الأجانب في قوانين الجنسية السورية السابقة⁽¹⁾. وقد حدد المشرع السوري في قانون الجنسية النافذ كامل الأهلية في المادة (1/هـ) - ب «كل شخص بلغ سن الرشد (وهي ثماني عشر سنة ميلادية كاملة) متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه.

- **الإقامة:** يعد شرط الإقامة في الدولة التي يرغب الشخص في حمل جنسيتها من سمات التجنس البارزة. وهذا الشرط ما هو حقيقة إلا انعكاس لتقييد مبدأ حرية الدولة في منح الجنسية بوجود رابطة ما بين الدولة والفرد⁽²⁾. إذ تعد الإقامة ترجمة فعلية لتلك الرابطة، وخير دليل على اندماج طالب التجنس بالمجتمع المراد الانتماء إليه.

ويشترط في الإقامة ذاتها ثلاثة شروط، هي:

أن تكون الإقامة مشروعة: أي مرخص بها أصولاً من جانب الجهات المختصة طبقاً للقوانين والأنظمة النافذة.

أن تكون الإقامة فعلية: بحيث تكون إقامة متتالية لمدة خمس سنوات على الأقل. ولا يؤثر في اعتبار الإقامة متتالية ما يتخللها من فترات غياب شريطة ألا تتجاوز مدة الغياب سنة كاملة. كما لو سافر الأجنبي الراغب بالتجنس ثلاثة أشهر مثلاً لغرض إجراء عمل جراحي خارج البلاد بعد إقامته 4 سنوات داخل القطر، ثم عاد واستأنف إقامته في سورية، إذ يمكنه تقديم طلب التجنس بعد عودته بسنة، حيث تكتمل حينها السنوات الخمس الفعلية المطلوبة لتقديم الطلب، وتهمل الأشهر الثلاثة دون أن تلغي ما سبقها من مدة إقامة فعلية . وعلى هذا المنوال يتم حساب مدة الإقامة فيما عدا ذلك من الأمثلة.

أن تكون الإقامة سابقة على تقديم طلب التجنس: إذ يشترط لقبول طلب التجنس إقامة الأجنبي طالب التجنس مدة خمس سنوات على الأقل سابقة لتقديم الطلب. ولا يعتد هنا بالإقامة اللاحقة، كما هو الحال في الإقامة المطلوبة من المواطنة الأجنبية الراغبة باكتساب الجنسية عن طريق الزواج من مواطن سوري. إذ يمثل الزواج بحد ذاته - باعتقادنا - إحدى دعائم الرابطة المطلوبة مع الدولة، ثم تأتي الإقامة اللاحقة لتقديم الطلب مكمل لهذه الدعامة، خلافاً لطريق التجنس الذي يعول المشرع فيه بشكل أساسي على إقامة الأجنبي طالب التجنس ليشعر حياله بالطمأنينة، فيسمح له بعدها بتقديم الطلب.

(1) جاء في قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 67 لعام 1961 في المادة (5) يجوز منح الأجانب الجنسية السورية بناء على طلب خطي يقدمه الطالب الذي يشترط فيه أن يكون: أ - متمماً الثامنة عشرة من عمره...

(2) د. أحمد عشوش ود. عمر باخشب، مرجع سابق، ص 191.

ومما تجدر إليه الإشارة عدم اشتراط بدء الإقامة بعد بلوغ سن الرشد، إذ إن بلوغ السن ضروري لتقديم طلب التجنس فحسب⁽¹⁾.

- **السلامة الصحية:** يشترط أن يكون طالب التجنس خالياً من الأمراض السارية، ومن العلل والعاهات التي تمنعه من مزاولة أي عمل، كي لا يشكل ذلك الشخص لاحقاً خطراً على صحة المجتمع، أو يكون عالة على أفراد. على أن التحديد المستفاد من صياغة النص بعدم القدرة على مزاولة أي عمل من شأنه أن يفسح المجال - من حيث المبدأ - لقبول طلب التجنس من المصاب بعاهة أو علة معينة لم تمنعه من مزاولة أعمال قد تجد فيها الدولة ما يخدم مصلحتها.

- **السلامة الاجتماعية والأمنية:** يشترط أن يكون طالب التجنس حسن السيرة والسلوك، غير محكوم بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جرم شائن، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره. مما يضمن ألا يشكل هذا الشخص تهديداً على أمن المجتمع وسلامة أفراد.

- **الخبرة والاختصاص:** يشترط أن يكون الأجنبي طالب التجنس صاحب خبرة أو اختصاص يمكن الاستفادة منهما في القطر، ولهذا الشرط أهميته الخاصة بالنسبة إلى الدولة السورية على اعتبارها من الدول المصدرة للسكان⁽²⁾، أو أن يكون لطالب التجنس وسيلة كسب مشروعة، أو يملك ما يغنيه عن مساعدة الغير، كي لا يمثل هذا الشخص لاحقاً عبئاً على مقدرات البلد.

- **الإلمام باللغة العربية:** لأن اللغة وسيلة للتواصل مع أبناء المجتمع، ومؤشر للاستيثاق من قدرة طالب التجنس على الاندماج معهم، اشترط المشرع السوري إلمام الأجنبي طالب التجنس باللغة العربية، حيث يقوم الموظف المختص باستكتابته على ظهر الطلب بما لا يزيد على سطرين للتأكد من تحقق هذا الشرط⁽³⁾. وللأمانة كانت بعض تشريعات الجنسية السورية السابقة تشترط على الأجنبي طالب التجنس إتقانه اللغة العربية. ونظراً لصعوبة إتقان اللغة العربية من الأجانب طالبي التجنس، ورغبة من المشرع السوري في التيسير عليهم، اكتفى القانون النافذ حالياً بمجرد الإلمام باللغة العربية قراءة وكتابة.

- **صدور مرسوم بمنح الجنسية:** يشترط لمنح الجنسية للأجنبي طالب التجنس صدور مرسوم المنح من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح من وزير الداخلية.

وبما أن التجنس يقوم على إرادتي الدولة والفرد، فإنه يجب على الأجنبي الراغب بالتجنس أن يقدم طلباً خطياً لإبداء رغبته الصريحة باكتساب الجنسية، لأن الجنسية المكتسبة لا تُفرض. ويقدم هذا الطلب لإدارة الهجرة والجوازات (فرع الجنسيات) في وزارة الداخلية مرفقاً بالوثائق التي تثبت تحقق جميع شروط التجنس السابقة. وبالمقابل لا يترتب على تحقق الشروط السابقة اكتساب طالب التجنس للجنسية السورية

(1) د. ماجد الحلواني، مرجع سابق، ص 212.

(2) مما تجدر الإشارة إليه ما كان يشترطه قانون الجنسية السورية السابق رقم 67 لعام 1961 لجهة عدم مزاحمة طالبي التجنس للسوريين في المهن التي يتوفر فيها عددهم.

(3) قرار وزارة الداخلية رقم (92) المنشور في ج 1 الجريدة الرسمية - العدد 8 - بتاريخ 1976/2/25 ص 346.

تلقائياً، إذ يبقى المنح خاضعاً للسلطة التقديرية للدولة التي تقرر المنح من عدمه. وهذا ما يبرر صياغة استهلال المادة بكلمة (يجوز)، كما يبرر قول جانب من الشراح (إنَّ التجنس منحة من الدولة). وبالتالي فإن الدولة لا تلزم بإبداء أسباب قبولها طلب التجنس أو رفضه، كما أنها غير مقيدة بمدة معينة لإعطاء قرارها في القبول أو الرفض⁽¹⁾. فإذا قدرت الدولة المنح فلها ذلك بمعزل عن إرادة دولة الأجنبي طالب التجنس، إذ لم يشترط المشرع السوري من طالب التجنس إذن التخلي عن جنسيته من دولته الأجنبية⁽²⁾. صحيح أن اشتراط الإذن من شأنه منع ازدواج الجنسية، إلا أن المشرع السوري كان محقاً بعدم اشتراطه الإذن، كي لا يترك منح الجنسية السورية رهيناً بإرادة دولة الأجنبي طالب التجنس، فإن منحه الإذن أمكن للدولة السورية منحه الجنسية، وإن لم تمنحه تعذر على الدولة السورية ذلك، وهذا لا يتألف مع مبدأ حرية الدول واستقلالها في تنظيم جنسيتها وتحديد رعاياها.

إلا أنه من الضروري الإشارة هنا إلى قيام الجهات المختصة في وزارة الداخلية بسحب الوثائق التي بحوزة صاحب العلاقة، وإرسالها مع كتاب لوزارة الخارجية لإعلام دولته بذلك، ليتحمل المتجنس النتائج المترتبة على هذا التدبير وفقاً لما تقرره قوانين بلاده⁽³⁾. كما تجدر الإشارة أخيراً إلى أن الأصل في منح الجنسية هو اكتسابها بصورة فردية، إلا أن المادة (5) من القانون الحالي استثنت أفراد العائلة الواحدة، وذلك تسهيلاً لذوي الشأن وتخفيفاً للشكليات.

ثانياً - شروط تجنس العرب نصت المادة (16) من قانون الجنسية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276، على أنه: يجوز منح أبناء البلاد العربية الجنسية بمرسوم بناء على طلب خطي يقدمه طالب التجنس الذي يشترط أن يكون:

أ - كامل الأهلية. ب - يتمتع بجنسية بلد عربي. ج - أن تكون إقامته العادية في القطر حين تقديم الطلب. د - خالياً من الأمراض السارية والعايات التي تمنعه من مزاوله أي عمل. هـ - حسن السلوك، محمود السمعة، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية، أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة شائنة إلا إذا رد إليه اعتباره⁽⁴⁾.

(1) د. ماجد الحلواني - مرجع سابق - ص 209.

(2) رغم أنه في معرض تحديد حالات فقدان الجنسية السورية اشترط المشرع السوري نفسه على المواطن السوري الذي يرغب بالتجنس بجنسية أجنبية شرط الحصول على مرسوم من رئيس الجمهورية يأذن له بالتخلي عن جنسيته، وإلا تعرض لجواز تجريده من الجنسية السورية، وإلحاقه إلى القضاء (المادة 10 من المرسوم 1969/276).

(3) د. فؤاد ديب - مرجع سابق - ص 127.

(4) جاءت مسوغات نص م (16) في الأسباب الموجبة لقانون الجنسية، وحددت بالآتي: لما كانت التشريعات السابقة والنافذة المتعلقة بالجنسية العربية السورية لم تفرق بين الأجانب والمواطنين العرب من أبناء البلاد العربية الأخرى، بل اعتبرتهم من الأجانب. وبما أن الثورة في القطر العربي السوري جادة في توفير المناخ الملائم لقيام الوحدة العربية الشاملة... وتماشياً مع قرارات مجلس الوحدة الاقتصادية العربية، بشأن حرية الانتقال والهجرة إلى

وسبق أن تعرضنا بالشرح لشرط كمال الأهلية ولشرطي السلامة الصحية والأمنية في معرض الحديث عن شروط تجنس الأجانب، أما ما ورد في الفقرة (ب) لجهة التمتع بجنسية بلد عربي، فلا نجد فيه شرطاً بقدر ما نجد فيه عودة إلى استهلال المادة بوصفها النص المعني بتجنس مواطني الدول العربية، سواء كانت جنسيتهم أصلية أم مكتسبة، كما هو واضح من إطلاق نص الفقرة المذكورة .

وانطلاقاً من إيمان المشرع السوري بقدرة المواطن العربي على الاندماج في المجتمع السوري على نحو أكثر سرعة ويسراً من الأجنبي قام بتخفيف شرط الإقامة عنه واكتفى بمجرد الإقامة العادية في القطر وقت تقديم الطلب، دون أن يشترط مدة معينة لهذه الإقامة.

كما أعفى المشرع أبناء البلاد العربية مقارنة بالأجانب من شرطي:

- الخبرة والاختصاص أو امتلاك وسيلة كسب مشروعة، وذلك تسهياً لمنحهم الجنسية انطلاقاً من اعتبارات قومية.

- الإلمام باللغة العربية، إذ يفترض بالعرب إتقانهم للغة الأم.

وبالمقابل حافظ المشرع على الشروط الثلاثة الخاصة بكمال الأهلية وسلامة الصحة والسلامة الأمنية لتمثل الشروط المشتركة ما بين تجنس الأجانب والعرب. ومن جهتنا نرى هذه الشروط إنما هي شروط تلقائية لا تحتل المجاملة بالإلغاء أو التخفيف، ولو كان طالب التجنس من أبناء البلاد العربية. إذ ليس في مصلحة الدولة بالمطلق منح صفة المواطنة لمن لا يتمتع بتلك الشروط، كما لو كان شخصاً مجنوناً أو مجرمًا أو معوقاً إعاقة جسمية..

أما فيما يتعلق بشرط حصول العربي على إذن التخلي عن جنسيته من دولته، فتجدر الإشارة إلى عدم توقيع سورية على اتفاقية دول الجامعة العربية لعام 1954 الخاصة بتوحيد بعض أحكام الجنسية فيما بينها، التي كانت تشترط حصول طالب التجنس على مثل ذلك الإذن⁽¹⁾. مما يؤكد رفض الدولة السورية تعليق التجنس بجنسيتها على إرادة دولة أخرى، ولو كانت دولة عربية. لما يمثله ذلك التعليق من مساس بسيادتها واعتداء على حريتها في تحديد رعاياها.

ثالثاً-التجنس الاستثنائي: نصت المادة (6) من قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم 1969/276 على أنه: «يجوز منح الجنسية بمرسوم بناء على اقتراح الوزير دون التقيد بشروط منح الجنسية المنصوص عليها في المادة (4) للأشخاص الآتي ذكرهم:

أ- لمن يحمل شهادة مواطن مغترب ويتقدم بطلب الجنسية.

ب- لمن أدى للدولة أو للأمة العربية خدمات جليلة.

الدول العربية الأخرى بقصد العمل، وتسهيل السفر والانتقال لهذا الغرض. فقد رؤي إخراج أبناء البلاد العربية من مفهوم الأجانب، ومنحهم المزايا والاستثناءات.. تمييزاً لهم عن الأجانب، وتحقيقاً للأهداف القومية العليا.

⁽¹⁾ جاء في المادة السادسة من الاتفاقية: «لا يقبل تجنس أحد رعايا دول الجامعة العربية بجنسية دول أخرى من دول الجامعة إلا بموافقة حكومته، وتزول عنه جنسيته السابقة بعد اكتسابه الجنسية الجديدة».

ج- لمن كان ينتمي في الأصل إلى بلد عربي، بناء على طلبه ولأسباب يعود تقديرها للوزير». ويتضح من النص السابق أن الفئات المستفيدة من التجنس الاستثنائي هي ثلاث فئات وجد فيها المشرع من الصفات والمؤهلات ما يبرر تمييزها بإمكانية منح الجنسية السورية بمرسوم من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح من وزير الداخلية دون التقيد بشروط التجنس العادي، وذلك إما بدافع تكريمها أو بدافع الحرص على المصلحة القومية العربية العليا، وهذه الفئات هي:

1 - من يحمل شهادة مواطن مغترب ويتقدم بطلب الجنسية: عرفت المادة (1/ز) من قانون الجنسية النافذ المواطن المغترب بـ «كل من ينتمي في الأصل إلى بلد عربي، إذا كان لا يقيم في دولة عربية، ولا يحمل جنسية دولة عربية». وقد حدد قرار وزارة الداخلية رقم 576 تاريخ 1970/10/5⁽¹⁾، كيفية تشكيل لجنة منح شهادة المواطن المغترب⁽²⁾، وكيفية تقديم طلبات الحصول على هذه الشهادة⁽³⁾، كما بيّن القرار المذكور إمكانية منحها بموجب قرار من وزير الداخلية⁽⁴⁾، فيما لو تحققت الشروط المذكورة في المادة (3) منه، وهي:

أ- أن يكون منتمياً بالأصل إلى الأمة العربية، ولا يقيم في أية دولة عربية، ولا يحمل جنسية أي دولة عربية. وقد حدد بدوره قرار وزارة الداخلية رقم 92 لعام 1976 المقصود بعبارة (من ينتمي بالأصل إلى بلد عربي) بمن كان أحد أصوله لأبيه مولوداً في بلد عربي.

ب- غير منتم لأي حزب سياسي، أو جمعية، أو نادٍ يناوئ الاتجاه القومي، ولم يقيم بأي نشاط معادٍ للأمة العربية، سواء كان ذلك داخل البلاد أم خارجها.

كما يشترط وفقاً لصراحة نص المادة (6/أ) تقديم طلب من المواطن المغترب الراغب بالتجنس، لأن الجنسية المكتسبة لا تُفرض، ولأن التجنس عمل إرادي بالأصل، كما سبق بيانه في معرض الحديث عن شروط التجنس العادي للأجانب.

2 - من أدى للدولة أو للأمة العربية خدمات جليلة: إذ يمكن منح الجنسية السورية بطريق التجنس الاستثنائي لمن قدّم للدولة السورية أو للأمة العربية خدمة جليلة، بغض النظر عن طبيعة هذه الخدمة، فيما لو كانت عسكرية أم سياسية أم علمية أم فنية.. على أن يعود تقدير أهمية الخدمة المقدمة للجهة التي تقترح المنح. ولا فرق في سياق المنح أن يكون مقدمها شخصاً عربياً أم أجنبياً. كما لا يشترط وفقاً

(1) المنشور في الجزء الأول من الجريدة الرسمية - العدد 42 - المؤرخة في 1970/10/21 - ص 2278.

(2) تشكل اللجنة حسب م (1) من القرار من: معاون وزير الداخلية لشؤون الشرطة (رئيساً)، وعضوية كل من: مدير الإدارة القنصلية في وزارة الخارجية - رئيس شعبة الأمن السياسي - رئيس إدارة الهجرة والجوازات - رئيس فرع الجنسية في إدارة الهجرة والجوازات.

(3) تقدم طلبات الحصول على شهادة مواطن مغترب - وفقاً للمادة (3) من القرار - بموجب استمارات خاصة إلى بعثاتنا السياسية والقنصلية في الخارج، أو إلى وزارة الداخلية (إدارة الهجرة والجوازات) في الداخل.

(4) المادة (5) من القرار 1970/576.

لصياغة نص م6/ب تقديم صاحب الشأن طلباً خطياً يعبر فيه عن رغبته باكتساب الجنسية، لأن منح الجنسية هنا يتم على سبيل التقدير والتكريم والعرفان بالجميل. ومع ذلك، وباعتبار أن الجنسية لا تفرض، يُفترض استمزاغ صاحب الشأن، واستطلاع رأيه قبل تنظيم رسوم المنح⁽¹⁾. إذ رغم تقديم هذا الشخص لخدمة جليلة قد لا تكون لديه الرغبة في اكتساب الجنسية السورية، أو في تحمل التبعات المقررة بموجب قوانين بلاده على اكتسابه جنسية جديدة غير جنسيته الأصلية.

3 - من كان ينتمي في الأصل إلى بلد عربي، بناء على طلبه، ولأسباب يعود تقديرها للوزير: يمكن منح الجنسية بطريق التجنس الاستثنائي لطالب التجنس سواء أكان شخصاً عربياً أم أجنبياً، فيما لو كان أحد أصوله لأبيه مولوداً في بلد عربي، وفقاً لتحديد المقصود بعبارة (المنتمي بالأصل إلى بلد عربي) بموجب قرار وزارة الداخلية 1976/92 المشار إليه أعلاه.

وفي ختام حديثنا عن التجنس الاستثنائي نعتقد أن مغالاة المشرع السوري قد انتهت به أحياناً إلى الوقوع خارج نطاق المعيار القومي المعتمد من جانبه، كما في تأسيسه نظام المواطن المغترب، المشار إليه في م6/أ على أساس (مكان ولادة أحد الأصول لجهة الأب في دولة عربية)، ما قد يفضي إلى منح «المُواطن» استثنائياً لأشخاص مقيمون في دول أجنبية ويحملون جنسيتها لمجرد أن جدهم الأجنبي كان قد ولد في إحدى الدول العربية حتى ولو لم يكتسب جنسية تلك الدولة!، كما نعتقد أن مغالاة المشرع السوري قد انتهت به في بعض الأحيان إلى الخلط ما بين مفاهيم غير مختلف على دلالتها، ولعل في مقارنة نص م6/ب مع النصوص المشابهة له في قوانين باقي الدول العربية ما يعزز وجود مثل ذلك الخلط، حيث أجاز النص المذكور التجنس الاستثنائي لمن قدم للدولة السورية أو للأمة العربية خدمات جليلة، بينما غيّبت النصوص العربية الأخرى المشابهة له حالة تقديم مثل تلك الخدمات للأمة العربية⁽²⁾، ومن جهتنا لا نرى حرجاً في صياغة مثل تلك النصوص، بل على العكس نراها قد أصابت لجهة تمييزها ما بين رابطتي الجنسية والقومية، والتعامل مع الأولى على اعتبارها أداة لتوزيع الأفراد سياسياً على نحو يؤكد طبيعتها كعلاقة سياسية وقانونية تربط بين الدولة والفرد من خلال حقوق وواجبات متبادلة بينهما، في الوقت الذي تحدد فيه صلة القومية انتماء الفرد لأمة معينة من خلال علاقات اجتماعية وطبيعية تربطه بتلك الأمة.

(1) د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 135.

(2) كنص م 2/6 من قانون الجنسية البحريني، و م (5) من قانون الجنسية المصري رقم 154، والمادة (9) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 17 لعام 1972، والفصل (12) من قانون الجنسية المغربي المعدل لتاريخ 26 /أكتوبر/ 2011، حيث حصر التجنس الاستثنائي بتقديم خدمات استثنائية للمغرب أو الإصابة بعاهة، أو مرض جراء تقديم عمل لصالح الدولة المغربية.

المطلب الثاني: الزواج

انسجاماً مع الاتفاقيات الدولية وخاصة الاتفاقية الدولية المتعلقة بجنسية المرأة المتزوجة المصدقة من قبل هيئة الأمم المتحدة عام 1957 والتي انضمت إليها سورية، فقد كفل المشرع السوري مبدأي (استقلالية الجنسية في الأسرة) و(حرية إرادة الزوجة فيما يتعلق بجنسيتها)⁽¹⁾، وقد ظهر ذلك من خلال:

أ - احترام إرادة المرأة الأجنبية أو العربية أو من في حكمها التي تتزوج من سوري (أو من متجنس بالجنسية السورية). إذ قرر المشرع في المواد ذات الصلة عدم الدخول الحتمي لمثل هؤلاء الزوجات بالجنسية السورية مشروطاً لالتحاقهن بجنسية الزوج السورية التعبير عن رغبتهن بذلك من خلال تقديم طلب خطي لوزارة الداخلية يفيد صراحة بتلك الرغبة.

ب - الخروج عن مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة وجعل الأصل هو احتفاظ المرأة المتمتعة بالجنسية السورية بصفة أصلية بجنسيتها السورية فيما لو تزوجت من أجنبي، ولو أدى ذلك الاحتفاظ لازدواج الجنسية طالما أنها لم تقدم طلباً خطياً للدولة السورية تبين فيه رغبتها بالتخلي عن جنسيتها السورية بقصد الالتحاق بجنسية الزوج⁽²⁾.

أولاً: شروط اكتساب الجنسية السورية لزوجة المواطن السوري: ميّز المشرع السوري في قانون الجنسية النافذ حالياً في معرض شروط اكتساب الجنسية السورية نتيجة للزواج ما بين الزوجة الأجنبية من جهة، وبين الزوجة العربية ومن يقوم مقامها من جهة أخرى:

1- الزوجة الأجنبية: نصت المادة (9) من المرسوم التشريعي 1969/276 على ما يأتي :

" المرأة الأجنبية التي تتزوج من شخص يتمتع بالجنسية لا تكتسبها إلا ضمن الشروط والاحكام المنصوص عليها في الفقرة 1/ من المادة (8) "

(1) الأسباب الموجبة للمرسوم التشريعي 1969/276، وقد جاء في الأسباب أيضاً: «منح الجنسية للمرأة... حكماً بمجرد زواجها من سوري أو منح زوجها الجنسية يتعارض مع إرادة بعض النساء اللواتي يتزوجن من أشخاص سوريين ويرغبن في الاحتفاظ بجنسيتهم الأصلية، محافظةً منهن على بعض الحقوق التي يتمتعن بها في بلادهن، ويفقدنها في حال اكتسابهن جنسية أجنبية، كالوظيفة والتقاعد وغير ذلك».

(2) نصت م 12 «تحتفظ المرأة العربية السورية التي تتزوج من أجنبي بجنسيتها إلا إذا طلبت اكتساب جنسية زوجها وكان قانون هذه الجنسية يكسبها إياها. وإذا كان عقد الزواج باطلاً وفقاً لأحكام القوانين السورية وصحياً طبقاً لأحكام القانون الناظم لعقد الزواج فإنها تظل متمتعة بجنسيتها».

يتبين من النص السابق أن قانون الجنسية السوري النافذ حالياً قد ساوى بين المرأة الأجنبية التي تتزوج من سوري وزوجة المتجنس الأجنبي لجهة الدخول في الجنسية السورية، وفيما يأتي بيان لتلك الشروط مع الاحتفاظ بهامش من الفوارق البسيطة بينهما والمتعلقة بتوقيت تقديم الطلب ، وبصحة عقد الزواج - تقديم طلب إلى وزارة الداخلية في أي وقت لاحق للزواج ، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق عدم اشتراط المشرع كمال أهليتها بصراحة النصوص التشريعية على غرار ما استلزمه صراحة في شروط التجنس العادي.

- استمرار العلاقة الزوجية لمدة سنتين من تاريخ تقديم الطلب، وذلك بقصد التحقق من جدية الزواج، وللحيلولة دون استخدام الزواج السوري كسبيل لتسهيل الدخول في الجنسية.

- الإقامة المشروعة في القطر خلال المدة السابقة، على أن لا يُعتد بالإقامة السابقة لتقديم الطلب.

- صدور قرار من وزير الداخلية ، على أن تكتسب الزوجة الأجنبية الجنسية السورية من تاريخ صدور هذا القرار بما ينطوي عليه من أثر منشئ للجنسية لا كاشف لها.

أما عن شرط صحة عقد الزواج طبقاً للقانون السوري، فيمكن التمسك بمعرض منح الجنسية للمرأة المشمولة بحكم المادة 9 المذكورة أعلاه بنص المادة 15 من القانون المدني السوري، والتي مفادها تطبيق القانون السوري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج فيما لو كان أحد الزوجين سوريا وقت الزواج، مما يقتضي التحقق من صحة عقد الزواج طبقاً للقانون السوري على اعتبار أن الزوج كان سوريا وقت إبرام عقد الزواج

2- الزوجة العربية أو الزوجة من أصل سوري أو الزوجة التي كانت متمتعة بالجنسية السورية: نصت المادة (19) من قانون الجنسية على أن: " المرأة التي تتمتع بجنسية بلد عربي أو من أصل سوري أو كانت تتمتع بالجنسية العربية السورية وتتزوج من مواطن عربي سوري تصبح عربية سورية بمجرد إبداء رغبتها بطلب خطي وقرار من الوزير".

ويتضح من النص السابق أن المشرع السوري قد أعفى المرأة العربية ومن يقوم مقامها (المرأة من أصل سوري، والمرأة التي كانت سورية) من شرطي استمرار الزواج والإقامة تمييزاً لها عن الزوجات الأجنبيات . إذ يمكن لهذه المرأة بعد تقديمها ما يثبت تمتعها بجنسية دولة عربية أو بأنها من أصل سوري أو كانت سورية ، أن تكتسب الجنسية السورية بمجرد تحقق شرطين هما:

- تقديم طلب يعبر عن رغبتها الصريحة بالدخول في جنسية زوجها، في أي وقت لاحق للزواج

- صدور قرار من وزير الداخلية . على أن يعدّ هذا القرار قراراً إدارياً ، ويدعم هذا التوصيف حقيقة أن اكتساب هذه الزوجة للجنسية السورية إنما يكون من تاريخ الطلب، باعتبار النص التشريعي جاء واضحاً و صريحاً بأن تصبح هذه الزوجة سورية بمجرد إبداء رغبتها. ويعد هذا تمييزاً تفرّدت به هذه الزوجة، لا بل نرى فيه خروجاً عن القاعدة

المُعتمد بها في تحديد تاريخ أثر المراسيم والقرارات المتعلقة بمسائل الجنسية، والتي تفترض اكتساب الزوجة الجنسية من تاريخ صدور قرار وزير الداخلية.¹

- صحة عقد الزواج طبقاً للقانون السوري، نظراً لإمكانية التمسك بتطبيق المادة (15) من القانون المدني السوري، وذلك لوحدة السبب المشار إليه سابقاً في معرض حديثنا عن منح الجنسية لزوجات السوريين الأجنبية المشمولة بحكم المادة (9) من قانون الجنسية.

ثانياً - مركز المرأة في إطار الجنسية المكتسبة كأثر للزواج

إنَّ استمرار التمييز ما بين دوري المرأة والرجل في مجال الجنسية ما زال يمثل إلى يومنا الراهن أحد أوجه الإخلال بمبدأ المساواة ما بين المرأة والرجل، وهذا ما تجسده نصوص قانون الجنسية السوري في إطار الجنسية اللاحقة، وذلك بحرمانها كزوجة من ميزة تسهيل الدخول في الجنسية كأثر للزواج أسوة بالزوج، ويعكس واقع الحال في سورية ما ينطوي عليه تطبيق النصوص القانونية ذات الصلة من تمييز واضح في سياق منح الجنسية بطريق الزواج.²

1- اكتساب الجنسية السورية اللاحقة ما بين الزواج والتجنس:

من مقارنة النصوص القانونية ذات الصلة بطريقتي التجنس والزواج كونهما الأسلوبين المعتمدين من المشرع السوري لاكتساب الجنسية السورية اللاحقة يتبين لنا مقدار التخفيف المقرر تشريعياً في قناة الزواج مقارنة بأسلوب التجنس، سواءً لجهة عدد الشروط المطلوبة لجواز المنح، أو لجهة مضمون تلك الشروط، أو لجهة آلية المنح.³

إذ لو افترضنا أن الزوجة الأجنبية للمواطن السوري رغبت بالدخول إلى الجنسية السورية عن طريق التجنس العادي فإنها ملزمة بتحقيق شروط التجنس الستة و الأكثر تشدداً، ولا سيما لجهة مدة الإقامة،

¹ المادة 26- المراسيم والقرارات الخاصة باكتساب الجنسية أو بالتجريد منها أو باستردادها أو ردها طبقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي تحدث أثرها من تاريخ صدورها ولا يكون لها أي أثر في الماضي ويجب نشرها في الجريدة الرسمية ولا يمس ذلك حقوق أصحاب النية الحسنة من الغير.

(²) (تبيين وفقاً للدراسات لغاية عام 2023 أن هناك (150488) رجلاً سورياً يمنح ميزة تسهيل الدخول لزوجته في الجنسية السورية مقابل حجب هذه الميزة عن (210566) سيدة سورية متزوجة من أجنبي). للتوسع راجع ما أشرنا إليه من ثغرات في المقالة الإلكترونية: (210566) ألف سورية متزوجة من أجنبي يطالبين بحقوق مدنية على الأقل- منشورة في صحيفة البعث السورية- بتاريخ 2023-12-29.

³ د. وفاء مزيد فالحوط: مركز المرأة في إطار الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة كأثر للزواج "دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين السوري والجزائري"، بحث ألقى في الندوة الدولية المشتركة بين جامعة طاهري محمد بشار / الجزائر/ والجامعة العربية الدولية الخاصة /سورية/ بتاريخ 2023-5-7-23.

بدلاً من تحقيق الشروط الأربعة المشار إليها أعلاه والمقررة في حالة الزواج، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الزوجة العربية إذ يستلزم دخولها عن طريق التجنس تحقيق بدلاً من شرطي قناة الزواج الشروط الأربعة المقررة لتجنس العرب ، ومن ضمنها الإقامة التي لم تشترط أصلاً لهذه الزوجة في سياق قناة الزواج. وفي جميع الأحوال يجوز منح الأجنبية أو العربية أو من في حكمها الجنسية السورية كأثر للزواج بموجب قرار من وزير الداخلية في الوقت الذي يحتاج فيه التجنس صدور مرسوم من رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح من وزير الداخلية.

2- أثر الزواج من مواطنة سورية على الجنسية اللاحقة:

بالمقابل لم ترتب تشريعات الجنسية السورية التي تعاقبت على الجمهورية العربية السورية حتى قانون الجنسية السوري النافذ حالياً أي أثر على الزواج بالنسبة لجنسية الزوج، فزوج المواطنة السورية سواء كان أجنبياً أم عربياً لا يكتسب الجنسية السورية تلقائياً ، ولا يشكل زواجه سبباً لتسهيل دخوله في جنسية زوجته السورية، وليس أمامه فيما لو أراد اكتساب الجنسية السورية إلا طريق التجنس العادي بشروطه الأكثر عدداً، والأكثر تشدداً مقارنة بقناة الزواج¹.

وتيمنا بنهج بعض المشرعين ، ممن تتسجم في توجهاتها مع واجبات الدول باتخاذ جميع التدابير بما فيها التشريعية لرفع التمييز بين مواطنيها²، نأمل من المشرع السوري تعديل نصوص قانون الجنسية النافذ حالياً ذات الصلة باكتساب الجنسية اللاحقة نتيجة الزواج لتتسجم تلك النصوص مع الدستور السوري الحالي القائم على احترام مبدأ المساواة بين المواطنين، وعدم التمييز بينهم لأي سبب ، بما في ذلك سبب اختلاف الجنس.

¹ دون تجاهل طريق التجنس الاستثنائي، فيما لو كان من الفئات المدرجة بالمادة 6 من قانون الجنسية النافذ، المشار إليها سابقاً في بحث التجنس، وهي: 1- المواطن المغترب 2- من قدم للدولة السورية أو للأمة العربية خدمة جليلة 3- من كان ينتمي بالأصل إلى بلد عربي، أي فيما لو كان أحد أصوله لجهة أبيه مولوداً في بلد عربي .

² كالمشرع الجزائري ، فمطالعة قانون الجنسية الجزائري الصادر بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تبين لنا ان الزواج يُشكّل سبباً لتسهيل الدخول في الجنسية الجزائرية بغض النظر عما إذا كان الطرف الجزائري هو الزوج أم الزوجة ، فالأجنبي الذي يتزوج من مواطنة جزائرية شأنه بذلك شأن الأجنبية التي تتزوج من مواطن جزائري لجهة التخفيف من شروط اكتساب الجنسية الجزائرية مقارنة بشروط التجنس العادي للأجانب

الخاتمة

تعرض البحث من خلال منهج تحليلي ناقد إلى نصوص قانون الجنسية السوري النافذ حالياً ذات الصلة بمعايير ثبوت الجنسية الأصلية، وبأسس اكتساب الجنسية السورية اللاحقة، وقد تبين خلال البحث:

***فيما يتعلق بثبوت الجنسية السورية الأصلية:** حدد المشرع معايير المنح بمعياري حق الدم و حق الإقليم الذي أقره لفئات محددة . وقد ميز المشرع في معرض الأخذ بحق الدم ما بين دوري الأب والأم، إذ أخذ بحق الدم لجهة الأب كمعيار رئيسي، بينما أخذ بحق الدم لجهة الأم بنطاق ضيق ومحدود، مخالفاً بذلك التمييز مقتضيات مبدأ المساواة بين المواطنين الذي كفله الدستور السوري والعديد من الاتفاقيات الدولية ، وعلى رأسها اتفاقية الامم المتحدة (CEDAW) لعام 1979 المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بما في ذلك التمييز في إطار منح الجنسية للأبناء.

ومن هنا جاء مقترحنا: إما بتعديل المادة الثالثة من قانون الجنسية السوري لرفع ذلك التمييز، أو بمعاملة الأبناء الشرعيين للأم السورية ممن يحملون جنسية والدهم الأجنبية معاملة "بحكم السوري" لجهة التمتع بالحقوق.

***فيما يتعلق باكتساب الجنسية السورية اللاحقة:** حدد المشرع أسس الاكتساب بطريقتي التجنس والزواج، وقد ميز المشرع على مستوى التجنس ما بين التجنس العادي والتجنس الاستثنائي، كما ميز على مستوى التجنس العادي ما بين تجنس الأجانب وتجنس العرب. ولئن كان المشرع السوري موفقاً في تمييزه الأخير بالنظر إلى سهولة اندماج العربي في المجتمع السوري مقارنةً بالشخص الأجنبي، إلا أنه لم يكن كذلك في معرض تأسيسه مفهوم الأجنبي على معيار قومي يستهدف إخراج العرب من هذا المفهوم، لما كشفه تبني ذلك المعيار عن تناقضات قانونية وواقعية، وعلى رأسها التسليم الضمني بقبول ازدواج الجنسية السورية مع جنسيات الدول العربية الأخرى . كما لم يكن موفقاً في إعادة تبني هذا المعيار والمغالة في توظيفه في معرض تأسيس نظام التجنس الاستثنائي نظراً لما انتهت إليه تلك المغالة من وقوع خارج نطاق المعيار القومي ذاته، ولما أظهرته من خلط بين مفاهيم غير مختلف على دلالتها القانونية، كالخلط ما بين رابطة الجنسية باعتبارها رابطة سياسية قانونية بين الدولة والفرد وبين صلة القومية بما تعنيه من انتماء اجتماعي للأمة العربية. ومن هنا جاء مقترحنا بضرورة التخلي عن المعيار القومي في تحديد مفهوم الأجنبي، والأخذ بالمعيار القانوني السائد القائم على تحديد الأجنبي بالشخص غير المتمتع بالجنسية الوطنية .

وبدورها لم تكن النصوص التشريعية النازمة للزواج نصوصاً مثالية، فرغم تكريسها لمبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة، ورغم تمييزها للزوجة العربية، ألا أنها سجلت مجدداً إخلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين، وذلك من خلال حرمان الزوجة السورية ميزة تسهيل الدخول في الجنسية كأثر للزواج المختلط إسوةً

بالزواج السوري، مما استلزم اقتراح تعديل تلك النصوص لتتسجم مع نصوص الدستور السوري الحالي القائمة على رفض التمييز بسبب الجنس.

قائمة المراجع

الكتب

- د. أحمد محمد الهواري: الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي - دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية وحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي - الطبعة الأولى - إثراء للنشر والتوزيع - الأردن - 2008م
- د. أحمد عبد الحميد عشوش ود. عمر أبو بكر باخشب: أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة مع الاهتمام بالنظام السعودي - مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - 1990م
- د. سعيد يوسف البستاني: الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - 2009م
- د. صبحي سلوم: تشريعات الجنسية العربية السورية - ط1 - مطبعة خالد بن الوليد - 1983.
- د. عكاشة عبد العال: أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن - الدار الجامعية (المكتبة القانونية)، بلا تاريخ - الأردن - 2008م
- د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص "الجنسية" الطبعة الخامسة ، منشورات جامعة دمشق، 1994-1995
- د. ماجد الحلواني: الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة، الجزء الاول، مطبعة الآداب والعلوم، 1965
- د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية
- د. هيثم حسن: القانون الدولي الخاص (1) ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2021م

أبحاث قانونية

-د. وفاء مزيد فلحوط، إشكالية منح الجنسية بموجب حق الدم لجهة الأم " دراسة مقارنة في القوانين العربية مع التركيز على الموقف السوري" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 32، العدد الأول ، 2016 .

-د. وفاء مزيد فلحوط :مفهوم الأجنبي، وما للأجنبي (الحالي والسابق) من حقوق سياسية " دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 37، العدد الاول، 2021م.

-د. وفاء مزيد فلحوط: مركز المرأة في إطار الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة كأثر للزواج "دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين السوري والجزائري"، بحث ألقى في الندوة الدولية المشتركة بين جامعة طاهري محمد بشار /الجزائر/ والجامعة العربية الدولية الخاصة /سورية/ بتاريخ 7-5-2-23

مقالات الكترونية

د . وفاء مزيد فلحوط : ماذا تعرف عن الجنسية الاسرائيلية" مقالة منشورة في جريدة تشرين السورية -العدد 13244- تاريخ 28 ايار 2018-ص5

-مقالة الالكترونية : (210566) ألف سورية متزوجة من أجنبي يطالبن بحقوق مدنية على الأقل - منشورة في صحيفة البعث السورية - بتاريخ 29-12-2023.

-زياد بارود قوانين الجنسية في لبنان (النساء العربيات وإنكار المواطنة) - مجموعة الأبحاث والتدريب للعمل التنموي (CRTDA) بيروت - 2003 عن موقع WWW.Crtda.org.lb

الملكية الشائعة بين الزوجين

لالش محو، حقوق الدكتور المشرف: علي الجاسم

الملخص

يتمتع كل زوج في القانون الوضعي السوري بالسلطة الكاملة على أملاكه، ويضمن الغير بالتعامل معهم، لأنه تبقى الذمة المالية للزوجين واضحة. لكن القانون السوري قد سمح بالاشتراط في عقد الزواج، ويمكن للزوجين وضع أي شرط في عقد الزواج طالما لا يخالف النظام العام والآداب. ولأن القانون السوري لا ينظم الاشتراك المالي بين الزوجين يمكن الاستفادة من القانون الفرنسي حول هذه النقطة. حيث ينظم الجانب المالي للأزواج في القانون الفرنسي عدة أنظمة، ولكل نظام أحكام وتفاصيل كثيرة. وبما أن الجانب المالي لا يهم الزوجين فقط، وإنما يهم الدائنين الذين يتعاملون معهم أيضاً، وذلك لأن هذه الأنظمة¹ تؤثر على الذمة المالية للزوجين، فكان من الأفضل التعرف على أحكام هذه الأنظمة، ومعرفة ما إذا كان المجموع المشترك في هذه الأنظمة هي ملكية شائعة في طبيعتها القانونية، وإذا كان بالإمكان تطبيق أحكام الملكية الشائعة عليها.

الكلمات المفتاحية: النظام المالي للأزواج، الملكية الشائعة، الاستقلال المالي للزوجين، اتفاقات قبل الزواج، الاشتراط في عقد الزواج.

¹ يُقصد بها الأنظمة المأخوذ بها لتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين في القانون الفرنسي وهي أربعة أنظمة: (النظام القانوني- النظام الاتفاقي- نظام المشاركة في المكتسبات- نظام الانفصال المال).

The common property between spouses

Abstract

The property owned in common when more than one person has the thing. And the common property arise for more than one reason, But we can add another reason for arising common property which is common matrimonial property. In Syrian positive law every spouse has the full power of his/her property, And the third party stay comfortable to deal with them, Because the financial capacity of the spouses stays clear. Since the Syrian law may have conditions of the marriage contract, we can't prevent spouses to make stipulations like these. And because the Syrian positive law doesn't organize the stipulating of the marriage contract, We can take the benefit from the French law about this point. financial aspect of spouses in the French law is organized by many matrimonial regimes, Each regime has its provisions and a lot of details. Since the financial aspect does not concern only the spouses but also the creditors whom they deal with because these regimes affect the spouses' financial capacity. That is why it is better to know about the provisions of these regimes. And to know if the community of property is considered as a common property in its legal nature, and if we can apply the common property provision on it.

Keywords: matrimonial system for spouses, joint ownership property, independent matrimonial property, prenuptial agreement, stipulating of the marriage contract.

المقدمة: يترتب على عقد الزواج مجموعة من الآثار المالية والشخصية. وتتميز العلاقات المالية بين الزوجين في القانون السوري بالوضوح، لأنها تقوم على مبدأ الاستقلال المالي بينهما. وعلى الرغم من أن أموال الزوجين لا تكون مشتركة في القانون السوري إلا أن ذلك لا يمنع أن يتفقا على الاشتراك المالي بينهما، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية السوري أجاز الاشتراط في عقد الزواج. وإذا كان للزوجين اشتراط الاشتراك المالي بينهما، إلا أنه لا توجد قواعد تنظم مثل هذا الشرط، فيترك للزوجين مسألة تنظيم مثل هذا الشرط بشكل كامل، فلا يبين الأموال التي تدخل في المجموع المالي المشترك بين الزوجين، ولا يحدد الطبيعة القانونية لهذا المجموع، كما أنه لا يبين مصير هذه الأموال عند انقضاء الشرط المأخوذ به بالاشتراك المالي. لكن القانون المدني الفرنسي يتضمن أنظمة مختلفة لتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين فإنه يبين الأحكام الخاصة بكل نظام مالي يمكن الأخذ به، ذلك أن ترك مطلق الحرية للزوجين لتحديد القواعد المنظمة لمسألة الاشتراك المالي لا يخلو من مخاطر.

إشكالية البحث: يتضمن القانون الفرنسي أنظمة متعددة تحكم العلاقات المالية بين الزوجين، بينما لا يتضمن القانون السوري مثل هذه الأنظمة، ومع ذلك فقد أجاز لهما الاشتراط في عقد الزواج دون وجود ضوابط لمثل هذا الشرط، وهذا ما يطرح الإشكالية التالية: ما هي الأحكام التي يمكن تطبيقها على المجموع المالي المشترك الناتج عن اشتراط الاشتراك المالي بين الزوجين في القانون السوري؟

إن هذه الإشكالية تطرح العديد من التساؤلات:

- هل تكفي الأحكام المنظمة للاشتراط في عقد الزواج في القانون السوري لتنظيم شرط الاشتراك المالي بين الزوجين أيضاً؟

- ما هي أهم أحكام الأنظمة المالية بين الزوجين في القانون الفرنسي؟ هل تتعارض هذه الأحكام مع القواعد المنظمة للآثار المالية لعقد الزواج في القانون السوري والمأخوذ من الشريعة الإسلامية؟

- ما هي الطبيعة القانونية للمجموع المالي المشترك بين الزوجين؟ هل يمكن تطبيق أحكام الشبوع الواردة في القانون المدني على هذا المجموع المشترك؟

أهمية البحث: توضيح الخصائص التي يتمتع بها نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، وبيان طبيعتها القانونية.

هدف البحث: إمكانية الأخذ بالأحكام المطبقة على المجموع المالي المشترك بين الزوجين في القانون الفرنسي، لتنظيم اشتراط الاشتراك المالي في القانون السوري. وبيان مدى إمكانية تطبيق أحكام الشيوخ الواردة في القانون المدني على المجموع المشترك بين الزوجين.

منهج البحث: يؤخذ بالمنهج التحليلي في سبيل إتمام هذا البحث، وذلك بتحليل نصوص القانون، والتعرف على الأحكام المطبقة لتنظيم الناحية المالية بين الزوجين، وبيان طبيعة الاشتراك المالي ومدى تناسبها مع ضوابط الاشتراط في القانون السوري.

مخطط البحث:

المبحث الأول: أحكام النظام المالي بين الزوجين.

المطلب الأول: أحكام التنظيم القانوني.

المطلب الثاني: أحكام التنظيمات الاتفاقية.

المبحث الثاني: ماهية الاشتراك المالي بين الزوجين.

المطلب الأول: أثر الاشتراك المالي على الذمة المالية للزوجين.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للاشتراك المالي بين الزوجين.

الخاتمة:

الدراسات السابقة:

1- رشيد مسعودي، 2005-2006. النظام المالي للزوجين في التشريع

الجزائري/دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه. جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية

الحقوق. الجزائر. تتناول هذه الدراسة الأحكام المطبقة على العلاقات المالية بين

الزوجين في التشريع الجزائري المستمدة من الشريعة الإسلامية، وإجازته للاشتراك

المالي للزوجين بموجب المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

2- إيمان قيدوم بوزياني، 2013-2014. الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون

الأسرة. جامعة بن يوسف بن خدة-كلية الحقوق. الجزائر. تتناول هذه الدراسة

الأحكام المطبقة على الناحية المالية للزوجين، ومدى كفاية التنظيم القانوني
للاشتراك المالي المأخوذ به في القانون الجزائري.

المبحث الأول: أحكام النظام المالي بين الزوجين:

تنظم العلاقات المالية بين الزوجين في القانون الفرنسي وفقاً لعدة أنظمة ولا

تقتصر

على نظام مالي واحد، فهناك التنظيم القانوني وإلى جانبه تنظيمات اتفاقية. لذا سيتم تناول
أحكام التنظيم القانوني (مطلب أول)، وأحكام التنظيمات الاتفاقية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: أحكام التنظيم القانوني:

النظام المالي للزوجين هو علاقة كل زوج بأمواله الخاصة والأموال المشتركة بين
الزوجين وأموال الزوج الآخر، بالإضافة إلى الديون المترتبة في ذمة كل زوج والديون
المشتركة بينهما، مع تعيين مسؤولية كل منهما عن الإنفاق الزوجي². ولا يتضمن قانون
الأحوال الشخصية السوري أي نظام مالي للزوجين، إلا أن أحكام هذا القانون مأخوذة من
الشريعة الإسلامية. والشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، حيث
يكون لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة، فلا يؤثر الزواج على أهلية المرأة فتنمّع بالسلطات
الكاملة على أموالها، وتتصرف فيها بمقابل أو دونه دون الحاجة إلى إذن من الزوج³.

لكن تتعدّد النظم القانونية التي تحكم العلاقات المالية بين الزوجين في القانون
الفرنسي. حيث تتكوّن ملكية الزوجين المالية من ثلاثة أقسام، ملكية خاصة بالزوج وملكيت
خاصة بالزوجة وملكيت مشتركة بينهما، ويتّسع نطاق كل قسم ويضيق وفقاً للنظام المأخوذ
به لتنظيم العلاقات المالية بينهما⁴. ومهما كان النظام المالي المطبق بين الزوجين فإنه لا
يؤثر على أهليتهما القانونية، إلا إذا كانت حقوقه وصلاحياته مقيدة وفقاً للنظام المالي

² د. الحمداني، رعد مقداد محمود، 2009، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين/دراسة مقارنة. كلية القانون -

جامعة الموصل. دار الكتب القانونية-مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات- مصر. ص: 25.

³ د. شقفة، محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد/فقه الأحوال الشخصية/كتاب النكاح، ج 3، ص: 675، وورد
في مسعودي، رشيد، 2005- 2006، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري/دراسة مقارنة. اطروحة لنيل
الدكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أبو بكر للقايد، تلمسان، ص: 25.

⁴ Frémeaux, N, and Letureq, M, 2016, *Wealth, marriage and prenuptial agreements in France (1855- 2010)*, Documents de travail, P; 221.

المأخوذ به⁵. وقواعد هذه الأنظمة تتحدّد بنصّ القانون، أو بموجب اتّفاق بين الزوجين. والقانون هو الذي ينظّم العلاقات الماليّة للزوجين في حال عدم وجود اتّفاقات خاصّة⁶. وكما يكون للزوجين اختيار نظام مالي يطبّق عليهما فإنّ لهم اختيار القانون الذي يطبّق على هذا النظام أيضاً⁷.

والمبدأ العام الذي يحكم العلاقات الماليّة بين الزوجين هو النظام القانوني. ويطبّق هذا النظام في حالتين، الأولى إذا صرّح الزوجان بأنّ زواجهما يخضع لنظام الاشتراك القانوني في الأموال المكتسبة، والثانية إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجيّة وذلك بموجب المادّة 1400 القانون المدني الفرنسي. والأخذ بهذا النظام يؤدّي إلى تكوّن مجموع مالي مشترك بينهما، ويشمل المجموع المشترك الأموال المكتسبة من قبل الزوجين أثناء الزّواج فقط، ولا يشمل الأموال التي يملكها الزوجان قبل الزّواج أو بعد انتهائه فتبقى ملكيّة خاصّة لكلّ زوجٍ ومستقلّة عن ملكيّة الزوج الآخر⁸. فهي تشمل الدّخل المكتسب أثناء الزّواج والممتلكات المكتسبة أثناء الزّواج⁹. وبما أنّها تتكوّن من الأموال المكتسبة أثناء الزّواج فقط، فقد سمّيت بنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة¹⁰.

وإنّ الأخذ بهذا النظام لتنظيم العلاقات الماليّة بين الزوجين لا يعني بأنّه ليس لكلّ زوجٍ أموال خاصّة به. فلا يشمل هذا المجموع مثلاً المعاشات التقاعدية والميراث والهدايا المتلقاة أثناء الزّواج¹¹. ويتمتّع كلّ زوجٍ بالملكيّة الكاملة على ممتلكاته المستقلّة، وإن كانت

⁵ المادة 216 القانون المدني الفرنسي.

⁶ المادّة 1387 القانون المدني الفرنسي

⁷ DEVAUX. A, 2014, the Franco- German agreement on the optional matrimonial property regime: a new practical tool in the movement towards the harmonization of the European substantive rules in family law, international lawyer, volume 48, number 3 article 4, p: 3.

⁸ د. الحمداني، رعد مقداد محمود، 2009، *تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين*، مرجع سابق، ص: 31.

⁹ STEGMAN. M, 2012- Matrimonial property regimes in cross- border context; who owns what (and when)? NYSBA International, Lisbon, Portugal. P; 6.

¹⁰ د. الحمداني، رعد مقداد محمود، 2009، *تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين*، مرجع سابق، ص: 31.

¹¹ STEGMAN. M, 2012- Matrimonial property regimes in cross- border context. p;6

ثمار هذه الأموال تدخل في المجموع المالي المشترك وذلك وفقاً للمادة 1403 القانون المدني الفرنسي.

ولم يقتصر المشرع الفرنسي تعيين الحقوق التي يشملها والتي لا يشملها المجموع المشترك، بل نصّ على الالتزامات المترتبة عليهما. ففي الوقت الذي يلتزم فيه الزوج فقط بالنفقة في القانون السوري¹². يكون الزوجان ملزمان بالإتفاق معاً في القانون الفرنسي على الأسرة وتعليم الأطفال وذلك بشكل متساوٍ، إلا إذا اتفقا على مساهمات مختلفة في الإتفاق وفقاً لمقدرة كل زوج، بالإضافة إلى الالتزام بالديون المترتبة على المجموع المشترك¹³. ويمكن للزوجين الاتفاق على مساهمات مختلفة في الاتفاق لأن النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي يقوم على مبدأ حرية الاتفاق، فيكون للزوجين الاتفاق على مساهمات مختلفة في الإتفاق، كما يجوز لهما اختيار نظام معين يطبق على أموالهما، أو تغيير قواعد الإدارة المتعلقة بها وذلك بموجب نصّ المادة 1497 الفقرتين (2-5) القانون المدني الفرنسي¹⁴.

ونظراً لأهمية نطاق المجموع المشترك وما يتأثر به. يجب صياغة جميع الاتفاقات الزوجية في صكوك أمام كاتب العدل وذلك بموجب المادة 1394 القانون المدني الفرنسي، فمشاركة الزواج تتطلب الرسمية، والرسمية ليست شرطاً للإثبات فقط، إنما هو ركن في العقد¹⁵. حيث تساعد الرسمية في هذه العقود الغير على الاطلاع عليها، ومعرفة نطاق الذمة المالية للزوج الذي يتم التعامل معه، وبالتالي الاطمئنان على وجود أموال كافية للوفاء بحقوقهم.

¹² المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: (تجب النفقة الزوجية على الزوج...).

¹³ المادة 1409 القانون المدني الفرنسي.

¹⁴ د. العزاوي، عمر صلاح الحافظ مهدي، 2010. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي/دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي - التشريعات العربية والغربية. ط ١. منشورات الحلبي الحقوقية. العراق. ص: 256.

¹⁵ Philipp. Malaurrie, Laurent Aynés, course de droit civil, *Les régimes matrimoniaux*

editions cujas, 1988, p99, ورد في العزاوي، عمر صلاح الحافظ مهدي، 2010، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص: 260.

أما فيما يتعلق بديون الزوجين، فقد خص القانون الفرنسي دائني الزوجين بقواعد خاصة¹⁶. فقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أن الديون الشخصية لكل زوج تبقى شخصية لا يجوز استيفاؤها إلا من أمواله الخاصة، أما ديون الزوج الشخصية التي ترتبت أثناء الزواج يمكن استيفاؤها من أمواله الخاصة أو المجموع المشترك، وفي حال استيفاء الدين من المجموع المشترك فلا بد للزوج المدين من التعويض في هذه الحالة¹⁷. أما الديون المشتركة فيتحمّلها المجموع المشترك، وهي الديون الناشئة عن النفقات الزوجية والديون المشتركة المتعلقة بالمجموع المشترك، والديون التي يتفق عليها الزوجان بأن تكون مشتركة¹⁸. أي ميّز المشرع بين الديون الشخصية لكل زوج، والديون المشتركة بينهما.

وقد عدّدت المادة 1441¹⁹ القانون المدني الفرنسي حالات انتهاء النظام المالي للزوجين، وهي وفاة أحد الزوجين أو صدور حكم قضائي بغية أحد الزوجين أو الانفصال القضائي أو فصل الأموال أو تغيير النظام المالي. لأن النظام المالي قائم على مبدأ قابلية التغيير²⁰. وعند انتهاء تصفية الأموال المشتركة يقسم ما يزيد منها مناصفة بين الزوجين²¹. ويمكن الاتفاق على خلاف ذلك²². وعند انتهاء النظام القانوني في الاشتراك بالمكتسبات أو نظام الاشتراك الاتفاقي بالانفصال القضائي يبطل هذا النظام بأحد أنظمة الانفصال المالي²³.

STEGMAN. M, 2012- *Matrimonial property regimes in cross- border context*. 16
p:6

17 المواد 1410 و 1411 و 1412 القانون المدني الفرنسي.

18 المادة 1409 القانون المدني الفرنسي.

19 الفقرات (1-2-3-4-5-6) من المادة 1441 القانون المدني الفرنسي .

20 أجاز المشرع الفرنسي للزوجين تعديل النظام المالي لهما أو حتى تغييره بالكامل بعد مرور سنتين على تطبيقه على أن تصادق المحكمة على هذا الاتفاق، وذلك بموجب نص المادة 1397 القانون المدني الفرنسي.

21 Lucet. F, Vareille. B, op,p71, et aussi Cabrillac.R, droit civil, *Les régimes matrimoniaux*, 2^{édition} Montchrestien, Paris, 1996, p198,

وارد في فيدوم بوزياني، إيمان، 2013- 2014. نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة. رسالة ماجستير. الجزائر. ص: 27.

22 المادتان 1515 و 1518 القانون المدني الفرنسي.

23 Ph. Ferrand, F, and Dr. Braat, B, 2008, *national report France*, university Jean moulin, Leon3- France, 61-2.

وبذلك يتغيّر نطاق الذمة المالية لكلّ زوج بتغيّر ما تتضمنه وما لا تتضمنه هذه الذمة، ويتغيّر ضمان دائني الزوجين وفقاً لذلك، ويبدو واضحاً ما يميّز به هذا النظام من تفصيلات كثيرة وتعقيدات.

المطلب الثاني: أحكام التنظيمات الاتفاقية:

يمكن للأزواج الاتفاق على نظام يحكم العلاقات المالية بينهما. فهل تختلف هذه الاتفاقات في القانون السوري عن القانون الفرنسي؟

الفرع الأول: اشتراط الاشتراك المالي في القانون السوري:

لا يتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري²⁴ أيّ نظام مالي للزوجين، إلّا أنّ أحكام هذا القانون مأخوذة من الشريعة الإسلامية. والشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، حيث يكون لكلّ من الزوجين ذمة مالية مستقلة. ويستطيع كلّ زوج وفقاً لمبدأ الفصل بين ذمم الزوجين أن يحتفظ بأمواله الخاصة وأن يتصرّف فيها دون الحاجة إلى اشراك الزوج الآخر، ويكون كلّ منهما مسؤولاً عن ديونه المترتبة قبل الزواج أو بعده، لكن أجاز قانون الأحوال الشخصية الاشتراط في عقد الزواج²⁵ دون تحديد ماهية الشروط التي يمكن للزوجين أن يتخذوها. وبما أنّ القانون السوري يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد²⁶، فللفرد الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، على ألا يخالف النظام العام والآداب. فتنصّ المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية على أنّ:

- 1- لكلّ من الزوج أو الزوجة أن يقيد عقد الزواج بشروطه الخاصة التي لا تخالف الشرع والقانون.
- 2- إذا قيّد العقد بشرط ينافي نظامه الشرعيّ أو مقاصده فالشروط باطلة والعقد صحيح.
- 3- لا يعتدّ بأيّ شرط إلّا إذا نص عليه صراحة في العقد.
- 4- للمتضرّر من الزوجين عند الإخلال بالشروط الصحيحة حق طلب فسخ العقد.

²⁴ قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته.
²⁵ أجازت المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية السوري الاشتراط في عقد الزواج، وذلك بموجب التعديل الصادر بالقانون رقم 4 لعام 2019، والنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2019\2\7.
²⁶ تنصّ المادة 148 القانون المدني السوري على أنّ: العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون.

يتبين من النص أن المشرع قسم الشروط إلى صحيحة وباطلة، والشروط الصحيحة بموجب هذا النص هي التي لا تخالف الشرع ولا تخالف القانون.

وقد ذهب الحنابلة إلى أن الشروط الصحيحة في العقود عامة هي الشروط التي يقتضيها العقد، وهذا النوع من الشروط لا يؤثر على العقد لأنه تأكيد لما أوجبه العقد أصلاً، وشروط من مصلحة العقد وإن كان لا يقتضيها²⁷. وبذلك فالشروط الصحيحة في عقد الزواج هي التي تكون فيها منفعة لأحد الزوجين، ولم ينه عن المشرع سواء وافقت مقتضى العقد أم لم توافق. ويكون الشرط باطلاً عند الحنابلة إذا ورد نهى صريح عنه أو ناقضت مقتضى العقد أو خالفته، كأن يشترط الزوج ألا ينفق على الزوجة²⁸. وبذلك كل شرط في الزواج وفقاً للمذهب الحنفي جائز، إلا إذا ورد الدليل بتحريمه أو كان يتنافى مع مقتضى العقد.

ويبدو أن القانون السوري قد استقى أحكام الاشتراط من المذهب الحنبلي، حيث إن صحة كل تصرف تتطلب رضا المتعاقدين، وعدم مخالفة أحكام القرآن أو السنة أو قواعد التشريع. وبما أنه يرجع في فروع كل مسألة قانونية نص عليها في قانون الأحوال الشخصية إلى القول الأرجح في المذهب الفقهي الذي استحدث في هذه المسألة وذلك بموجب المادة 305 منه، فإنه يمكن العودة إلى المذهب الحنبلي في يتعلق بالاشتراط في عقد الزواج.

وبما أن الأصل في القانون السوري جواز الاشتراط في عقد الزواج فقد يتفق الزوجان على الاشتراك المالي بينهما، هذا النظام المأخوذ به في القانون الفرنسي كنظام قانوني، والمسمى نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، ومثله نظام الاشتراك الاتفاقي. ويعتبر هذا الشرط من الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي، لأن الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي هي ما فيه منفعة لأحد الزوجين ولم ينه عن الشرع سواء وافقت مقتضى

²⁷ ابن قدامة المقدسي، أبي محمد موفق الدين عبد الله، 1994، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل. المجلد ٢.

دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان. ص: 28.

²⁸ د. الصابوني، عبد الرحمن، 1971-1972. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري/ الزواج وآثاره. ص: 353.

العقد أو لم توافقه، والاشتراك في الأموال قد تكون فيه منفعة للزوجين، ولم يرد نهي عنه من الشرع.

وإذا كان بالإمكان من حيث المبدأ اشتراط الاشتراك المالي بين الزوجين، إلا أن ذلك قد يخالف مقاصد عقد الزواج لأنه قد يحول تدريجياً مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين المستمد من الشريعة الإسلامية إلى نظام الاشتراك المالي بينهما، بالإضافة إلى صعوبة تطبيق مثل هذه الشروط في ظل غياب قواعد تفصيلية تنظمها²⁹. ففيما يتعلق بالنفقة الزوجية فإن القواعد المأخوذ بها في القانون الفرنسي تخالف قواعد القانون السوري والشريعة الإسلامية، لأن المكلف بها هو الزوج فقط. أما في نظام الاشتراك المالي فالأصل أن يتشارك الزوجان في النفقات الزوجية، فيتخذ شكل الالتزام بتقديم المساعدة المالية، وواجب مساهمة الأزواج في الأعباء والتكاليف العائلية من جهة أخرى³⁰. ومع ذلك لا يكون هذا الاشتراط باطلاً لأن مشاركة الزوجة بالنفقات الزوجية يكون برضاها.

الفرع الثاني: الاشتراك المالي الاتفاقي في القانون الفرنسي:

قد يتفق الزوجان على اختيار القواعد التي تنظم العلاقات المالية بينهما، ويكون ذلك بموجب عقد يسمى مشاركة الزواج³¹. ولكن ذلك لا يعني أن لهما تنظيم كامل المضمون بالاتفاق بينهما. وذلك لأن المشرع هو الذي ينظم مضمون هذه الاتفاقات، ويقتصر دور الزوجين على اختيار النظام المالي الذي يناسبهما³². ولكن ذلك لا يمنع من الاتفاق على بعض التفاصيل بعد اختيار أحد الأنظمة المالية، كما لو تم الاتفاق على ألا تكون حصصهم متساوية في المجموع المشترك على الرغم من أن الأصل أن تكون

²⁹ العزّاي، عمر، 2010، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص: 123.

³⁰ المادة 212 القانون المدني الفرنسي.

³¹ F. Pillebout- contrat de mariage-I ed-J.C.P1993-P.141. ورد في الحمداني، رعد، 2009،

تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، مرجع سابق، ص: 37

³² د. البغدادي، حسن محمود، نظام الأموال بين الزوجين وصلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والعيني.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. العدد 1 و 2، سنة 7. 1956-1957. ص: 110. ورد في العزّاي، عمر صلاح الحافظ مهدي، 2010. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص: 256.

حصصهم متساوية³³. وللمشاركة عدة صور وهي نظام الاشتراك الاتفاقي، ونظام المساهمة في المكتسبات ونظام الانفصال في الملكية:

أولاً: نظام الاشتراك الاتفاقي: لا يعدّ نظام الاشتراك الاتفاقي نظاماً قائماً بذاته إنّما هو نظام الاشتراك القانوني مع بعض التعديلات التي لا تخالف القواعد الآمرة للنظام القانوني³⁴. إذ يمكن للزوجين الاتفاق على بعض البنود بموجب المادة 1497 القانون المدني الفرنسي.

ثانياً: نظام المساهمة في المكتسبات: يكون لكلّ زوج وفقاً لهذا النظام الإدارة والانتفاع والتصرف بأمواله الشخصية، دون التمييز بين مصدرها أو تاريخ اكتساب ملكيتها كما لو كان الزوجين متزوجين في ظلّ نظام انفصال الأموال³⁵. وما إن ينتهي هذا النظام حتّى يتمّ جرد أموال الزوجين ومقارنته بالجرد الذي تمّ لأموال الزوجين الخاصة عند الزواج، وما يزيد على هذه الأموال عن حصة الزوج في الميراث يتقاسمه الزوجان مناصفة، أمّا الديون فلا يتشاركها الزوجان في هذا النظام وإنّما يتمّ سدادها أولاً ثمّ يقسم ما تبقى بين الزوجين³⁶.

قليل من الأزواج في فرنسا يفضل اختيار هذا النظام بسبب حالة التعقيد التي تترافق به وقت انحلال النظام³⁷.

ثالثاً: نظام الانفصال في الملكية: يكون لكلّ زوج وفقاً لهذا النظام إدارة أمواله والتصرف بها بشكل مستقلّ، كما يكون كلّ منهم مسؤولاً عن ديونه، وذلك بموجب نصّ المادة 1536 القانون المدني الفرنسي.

DEVAUX. A, 2014, *the Franco- German agreement on the optional matrimonial property*, p:3 . STEGMAN. M, 2012- *Matrimonial property regimes in cross- border context*. p; 6

.Ph. Ferrand. F, and Dr.Braat. B.2008. , national report
p:19.

³⁵ المادة 1569 القانون المدني الفرنسي.

³⁶ المادتان 1970 و 1975 القانون المدني الفرنسي.

DEVAUX. A, 2014 *the Franco- German agreement on the optional property matrimonial regime*, p: 11.

ومهما كان النظام المالي المأخوذ به فإن القانون الفرنسي ينصّ على نوعين من القواعد التي تنظم الممتلكات الزوجية، قواعد إلزامية تطبق على جميع الأزواج مهما كان النظام المأخوذ به، وقواعد أخرى تختلف حسب النظام المالي المتبع³⁸.

المبحث الثاني: ماهية الاشتراك المالي بين الزوجين:

ينشأ عن الاشتراك المالي بين الزوجين مجموع مالي مشترك وهذا قد يثير التساؤل

عن

طبيعة هذا المجموع، فهل تشكّل هذه الأموال المشتركة بينهما ذمة مالية مستقلة بالإضافة إلى ذممهم المالية؟ أم أنها لا تعدّ ذمة مستقلة وإنما هي فقط جزء من الذمة المالية لكلّ زوج؟

وإذا لم تشكّل أموال الزوجين المشتركة ذمة مالية مستقلة، فهل تشكّل ملكية شركة؟ أم ملكية شائعة؟ أم أنها أحد تطبيقات الحلول العيني؟

المطلب الأول: أثر الاشتراك المالي على الذمة المالية للزوجين:

تنصّ المادة 235 القانون المدني السوري على أنه: (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له حقّ التّقدم طبقاً للقانون).

يكون المدين بموجب هذا النصّ ملزماً بالوفاء بديونه الحاضرة والمستقبلية، دون تحديد مسؤوليته بمالٍ معيّن بالذات، فهو مسؤول مسؤولية شخصية اتجاه ديونه³⁹. فيكون كلّ زوج مسؤولاً اتجاه الدائنين بكامل ذمته المالية. إلا أنّ اختلاف النظام المالي المطبق على الزوجين في حال وجوده يؤدي إلى اختلاف الذمة المالية لكلّ منهما، والذي يكون له أهميته بالنسبة إلى دائني الزوجين. وذلك لأنّ العناصر الإيجابية للذمة المالية تشكّل جانب النّقة

P. Ferrand, F, and D. Braat, B, 2008 , national report, p;6-

38

7

39 د. سعد، نبيل إبراهيم، 2010، المدخل إلى علم القانون/ نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر - الإسكندرية. ط1، ص: 167.

المالية بالشخص فيقدم على التعامل معه، لأنه يكون مطمئناً بأن الذي يتعامل معه يكون قادراً على الوفاء بالتزاماته⁴⁰.

أولاً: الذمة المالية وفقاً للنظرية الشخصية: الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية حاضرة ومستقبلية. وتعدّ الذمة المالية للشخص وفقاً للنظرية الشخصية أحد خصائص الشخصية وعناصرها، وبذلك يكون لكل شخص ذمة مالية، ولكل ذمة مالية شخص تستند إليه، وطالما أنّ الذمة المالية كالشخصية ذاتها فهي لا تتحوّل ولا تتعدّد، وهي وحدة قانونية مستقلة عن عناصرها⁴¹. وانتقدت هذه النظرية بالمغالاة بإدماج الذمة بالشخصية⁴². ويأخذ القانون السوري بمفهوم الذمة المالية وفقاً للنظرية الشخصية، لأنها أكثر توافقاً مع الأسس التي يقوم عليها القانون السوري⁴³. فالمجموع المالي المشترك لا يجعل للزوجين أكثر من ذمة.

ثانياً: الذمة المالية وفقاً لنظرية التخصيص: حسب نظرية التخصيص فإنّ أساس فكرة الذمة المالية هو الغرض الذي تخصّص له، فتتكوّن الذمة المالية من مجموعة الحقوق والالتزامات المالية التي تخصّص لغرض معيّن ويترتب على هذه النظرية إمكانية وجود ذمة مالية دون شخص تستند إليه، ويمكن أن تتعدّد الذمة المالية للشخص الواحد، وانتقدت هذه النظرية بالإسراف في فصل الذمة عن الشخص⁴⁴.

ويرى البعض أنّ مفهوم الذمة المالية وفقاً لنظرية التخصيص كالمجموع المالي المشترك الذي يتكوّن في ظلّ بعض الأنظمة المالية للزوجين في القانون الفرنسي⁴⁵. لكن يُنتقد الرأي الذي يرى أنّ نظام الاشتراك المالي في القانون الفرنسي يجعل للزوجين أكثر

⁴⁰ د. واصل، محمد، 2011-2012، المدخل إلى علم القانون، كلية الحقوق - جامعة دمشق، ص: 496.

⁴¹ د. كيرو، حسن، 1974، المدخل إلى علم القانون، ط5، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص: 500.

⁴² د. كيرو، حسن، 1974، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص: 507.

⁴³ د. سعد، نبيل إبراهيم، 2010، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص: 164.

⁴⁴ كيرو، 1974، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص: 502-504-507.

⁴⁵ الفتلاوي، منصور حاتم، 1999، رسالة ماجستير بعنوان نظرية الذمة المالية/دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعيّة والإسلامي، كلية الحقوق - جامعة صدام، دار الثقافة-عمان، 43-44، وارد في العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 2010. مرجع سابق، ص: 37 الهامش.

من ذمة مالية، لأنّ خضوع بعض عناصر الذمة المالية لقواعد خاصّة إنّما هو تحديد قواعد الضمان وحرية التصرف لتلك العناصر بموجب القانون وإرادة الزوجين، دون أن تشكّل تلك الأموال ذمة مالية مستقلة⁴⁶. ويبدو ذلك جديراً بالتأييد.

المطلب الثاني: الطّبيعة القانونيّة للمجموع المالي بين الزوجين:

لم يحدّد القانون المدني الفرنسي الطّبيعة القانونيّة للمجموع المالي المشترك الناتج عن الأخذ بأحد أنظمة الاشتراك المالي بين الزوجين، لذا اختلف الفقه حول الطّبيعة القانونيّة لهذا المجموع، فيرى جانبٌ من الفقه أنّ المجموع المالي المشترك للزوجين ملكيّة شركة، ويرى جانب آخر أنها أحد تطبيقات الحلول العيني، أو هي ملكيّة شائعة. أوّلًا: المجموع المشترك هي ملكيّة شركة: يعرّف المشرّع في القانون المدني في المادّة 473 عزّفقتها بأنّها(عقدٌ بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر على أن يساهم كلّ منهم في مشروع مالي، بتقديم حصّة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة).

يتبيّن من التعريف أن جوهر الشركة هو اجتماع عدة اشخاص، تتوافر لديهم نيّة المشاركة بتقديم الحصص أو تنظيم إدارة الشركة أو الإشراف على أعمالها لتحقيق الربح وتقسيمه وتحمل الخسارة.

وقد عدّدت المادّة 54 القانون المدني السوري الشركات المدنيّة والتجاريّة من ضمن الأشخاص الاعتباريّة. فتنشأ الشخصية الاعتباريّة للشركة بمجرد تكوينها على نحو صحيح وحتىّ قبل إتمام إجراءات الشّهر التي نصّ عليها القانون⁴⁷. وتكون أهليّة هذه الشّخصيّة الاعتباريّة محدّدة في سند إنشائها أو تكون محدّدة بموجب القانون⁴⁸. فإذا انقضت الشركة بأحد الأسباب العامّة المنصوص عليها في هذا القانون، لا يترتّب عليها انقضاء شخصيّةها الاعتباريّة إلّا بعد الانتهاء من أعمال التّصفية⁴⁹.

⁴⁶ العزّاوي، عمر، 2010، الذمة الماليّة للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص: 295.

⁴⁷ المادّة 55 الفقرة 2 القانون المدني السوري.

⁴⁸ المادّة 55 القانون المدني السوري الفقرة الثانية.

⁴⁹ تنصّ المادّة 19 من قانون الشركات السوري على أنّه:(تدخل الشركة بمجرد حلّها في طور التّصفية، وتبقى شخصيّةها الاعتباريّة قائمة طيلة المدّة اللازمة للتّصفية ولحاجة التّصفية فقط).

وقد انتقد الرأي الذي يرى بأن الأموال المشتركة بين الزوجين هي عبارة عن شركة لعدة أسباب منها، أن الشركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فقد اعترف المشرع السوري للشركات المدنية والتجارية بالشخصية الاعتبارية منذ تكوينها⁵⁰، وتكون أموال الشركة مملوكة للشخصية الاعتبارية. لكن الأموال المشتركة بين الزوجين لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية. كما أن الاشتراك في الأموال في الشركة هدفه تحقيق الربح بينما الاشتراك بين الزوجين هدفه سد احتياجات العائلة والانفاق عليها⁵¹. وبما أن الاشتراك في الأموال بين الزوجين لا يهدف إلى تحقيق الربح، ولا يتمتع بالشخصية الاعتبارية فلا يمكن أن يكون هذا المجموع المالي المشترك شركة ولا تطبق عليه أحكام الشركات.

ثانياً: المجموع المالي المشترك للزوجين ملكية شائعة: تنص المادة 781 القانون المدني السوري على أن: (1- كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء). يتبين من النص أنه للشريك في الشيوع إبرام مختلف التصرفات القانونية، تصرفات صحيحة ومنتجة لأثاره القانونية دون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء. ف يمتلك كل شريك حصة شائعة في كل المال الشائع، والأصل أن الحصص متساوية بينهم. وبما أن حق الشريك في الشيوع حق ملكية يكون له في حدود القانون سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف⁵². وكما له الحق بالتصرف فإن له الحق بطلب القسمة أيضاً وذلك بموجب نص المادة 788 القانون المدني السوري⁵³.

وبذلك فإن أهم ميزتين للشيوع العادي هو إمكانية تصرف الشريك بحصته الشائعة دون الحاجة إلى موافقة الشركاء الآخرين، وإمكانية طلب القسمة. فالشريك في الشيوع له حرية التصرف بحصته الشائعة طالما لا يلحق الضرر بالشركاء الآخرين، وذلك دون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء.

⁵⁰ المادة 474 القانون المدني السوري، المادة 58 قانون التجارة السوري.

⁵¹ العزاوي، عمر، 2010. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص: 292.

⁵² المادة 768 القانون المدني السوري.

⁵³ المادة 788 القانون المدني السوري: (كل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ..).

كما أنّ الملكية الشائعة حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء، وقد تنقضي الملكية الشائعة بالنسبة لأحد الشركاء أو بعضهم إذا تصرف تصرفاً ناقلاً للملكية وانتقلت ملكيتها للمتصرف إليه، أو إذا تصرف جميع الشركاء تصرفاً ناقلاً للملكية، أو بقسمة المال الشائع قسمة رضائية أو قضائية. كذلك المجموع المشترك في ظلّ نظام الاشتراك القانوني، إذ يمتلك الزوجان معاً المجموع المشترك، كما في حالة الشيوخ إذ أنّ حقّ جميع الشركاء على المال الشائع حقّ ملكية وتكون حصّة كلّ منهم محدّدة بنسبة معيّنة، وإذا لم تكن حصّة كلّ زوج محدّدة أثناء الاشتراك، إلّا أنّه في حال انقضاء النظام المالي بينهما يقسم ما يتبقى من الأموال مناصفة بينهما، وكأنّ كلّ واحد منهم كان يمتلك النصف وقت قيام الاشتراك المالي. وإذا كان كلّ شريك في الملكية الشائعة يمتلك حصّته ملكية تامّة، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء⁵⁴. كذلك نجد أنّ لكلّ زوج في نظام الاشتراك المالي سلطة القيام بأعمال الإدارة والتصرف بالمجموع المشترك، لكن لا يملك الزوجان القيام بالتصرفات الخطيرة كنقل ملكية أو رهن الممتلكات غير القابلة دون الاتفاق بينهما⁵⁵، كما يمكن للزوجين أن يتّفقا على الإدارة والتصرف المشترك لمجموعة الأموال المشتركة بينهما فلا يكون التصرف صحيحاً إلّا بالاتفاق بينهما⁵⁶. دون التمييز فيما إذا كان التصرف خطيراً أم لا. وإذا كانت الملكية الشائعة حالة مؤقتة، ويمكن لكلّ شريك أن يطالب بقسمة المال إلّا إذا كان مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نصّ أو اتفاق⁵⁷. كذلك أن ينتهي نظام الاشتراك القانوني بتغييره، إذ يكون للزوجين تعديل أو تغيير النظام المالي المطبق عليهما بعد مرور سنتين من تطبيق النظام المأخوذ به وذلك بموجب حكم القاضي⁵⁸.

⁵⁴ المادّة 781 القانون المدني السوري.

⁵⁵ المادّة 1421 و 1424 القانون المدني الفرنسي.

⁵⁶ المادّة 1503 القانون المدني الفرنسي.

⁵⁷ المادّة 788 القانون المدني السوري.

⁵⁸ المواد 1396، 1397، 1441 القانون المدني الفرنسي.

وعلى الرغم من أن جانباً من الفقه يرى بأن نظام الاشتراك المالي بين الزوجين نظام فريد له طبيعة خاصة تميزه عن بقية الأنظمة⁵⁹. إلا أن المجموع المشترك في ظل أنظمة الاشتراك المالي يقترب من الملكية الشائعة بكون حق الزوجين على المجموع المشترك حق ملكية وبأنه يمكن لهما أن يتخلصا من حالة الاشتراك بالاتفاق بينهما، إلا أنه يختلف عن حالة الشيوع العادي من حيث حرية التصرف، وبذلك يمكن عد الحق الوارد على هذا المجموع المشترك حالة خاصة من حالات الملكية الشائعة.

ثالثاً: المجموع المشترك تطبيقاً من تطبيقات الحل العيني: الحل العيني هو خروج مال مخصص لغرض معين ويخضع لنظام قانوني معين من ذمة الشخص المالية ودخول مال آخر بدلاً عنه يخصص للغرض نفسه ويخضع للنظام القانوني نفسه⁶⁰. ويرى جانب من الفقه بأن الأموال المشتركة بين الزوجين ما هي إلا تطبيق من تطبيقات الحل العيني. لأن الأموال المكتسبة للزوجين في ظل نظام الاشتراك المالي إذا كانت عوضاً عن مال خاص بأحدهما بموجب المادة 1407 القانون المدني الفرنسي، فإن المال المكتسب يخضع لذات القواعد التي يخضع لها المال الخاص، وذلك بموجب الحل العيني⁶¹. ولكن الحل العيني لا يجعل للمال المستبدل طبيعة غير طبيعته القانونية، وإنما فقط يخضعها لذات القواعد التي يخضع له المال القديم وتخصص للغرض ذاته⁶².

وبذلك حتى لو كانت الأموال المكتسبة المشتركة بين الزوجين أحد تطبيقات الحل العيني فإن ذلك لا يؤثر على طبيعتها القانونية.

الخاتمة:

يوفر الاستقلال المالي للزوجين الاستقرار والوضوح، سواء بالنسبة للزوجين أو الغير الذي يتعامل معهم. وإذا كان المشرع السوري قد أجاز الاشتراط في عقد الزواج، فلا

⁵⁹ مسعودي، رشيد، 2005-2006، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص: 324.

⁶⁰ د. السنهوري، عبد الرزاق، (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني/حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال.

ج4. دار إحياء التراث العربي ص: 252.

⁶¹ العزاوي، عمر، 2010، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مرجع سابق، ص: 294.

⁶² السنهوري، (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص: 258.

بدّ من تسخير ذلك لخدمة الزوجين وضمان استقرارهم، والابتعاد عن الاتفاق على شروط قد تؤثر سلباً على الحياة الزوجية وعلى المجتمع أيضاً.

النتائج:

- تتميز الأنظمة المالية بين الزوجين في القانون الفرنسي بالتفاصيل الكثيرة والمعقدة والتي قد تنشأ عنها الكثير من النزاعات. كذلك تشكّل مصدر قلق للمتعاملين مع الزوجين إذ أنّ نطاق الذمة المالية للزوجين يختلف باختلاف النظام المالي المأخوذ به، وخاصة مع إمكانية تغيير الأنظمة المالية المطبقة عليهما.
- يأخذ القانون السوري بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين والذي استمدّه من الشريعة الإسلامية، ويتمتع هذا المبدأ بوضوح الذمة المالية لكلّ زوج وذلك يريح الغير بالتعامل معهم، وإعطاء الحرية لكلّ زوج باستثمار أمواله واستغلاله والتصرف فيه، وقلة النزاعات المالية التي تنشأ نتيجة لذلك. ولكن قد يبدو مهماً في الوقت الحاضر الأخذ بعين الاعتبار أهمية الأخذ بأنظمة الاشتراك المالي بين الزوجين، وذلك في ظل ازدياد نسبة عمل المرأة ومشاركتها، في تنمية أموال الأسرة.
- الأخذ بالاشتراك المالي بين الزوجين قد لا يحقق العدالة بين الأزواج فيأخذ أحدهم حصيلة جهد الزوج الآخر عند انحلال الزواج دون مبرر.
- الطبيعة القانونية للمجموع المالي المشترك بين الزوجين في نظام الاشتراك المالي بين الزوجين هي ملكية شائعة من نوع خاص، إذا يمتلكانه معاً ويكون لهما إدارته والتصرف به معاً.
- إمكانية الأخذ بالاشتراك المالي كأحد الشروط الاتفاقية في عقد الزواج في القانون السوري، ولكن لا تتوافر الضوابط اللازمة للأخذ به والذي قد يؤدي إلى نتائج سلبية.

التوصيات:

- إذا كان الهدف من الأخذ بالاشتراك المالي بين الزوجين تنظيم العلاقات المالية بينهما، إلّا أنّه قد يكون له آثار سلبية عديدة منها العزوف عن الزواج خوفاً من انتقال الأموال إلى الزوج الآخر أو ورثته في حال الانفصال أو الوفاة. لذا يفضل

- الاحتفاظ بمبدأ الاستقلال المالي بين الزوجين، وحبذا لو نصّ المشرع صراحة على هذا المبدأ في قانون الأحوال الشخصية السوري.
- الاشتراك المالي بين الزوجين ليس إلا حالة خاصة من حالات الملكية الشائعة، وتتميز الملكية الشائعة بالتعقيد وكثرة المنازعات القضائية، لذا من الأفضل عدم الأخذ بمثل هذه الشروط في القانون السوري، فلن يترتب على الأخذ بمثل هذه الشروط إلا زيادة القضايا المعروضة على القضاء.
- يجوز الاشتراط في عقد الزواج في القانون السوري على أن يكون فيه منفعة لأحد الزوجين أو كليهما، لكن لا يجب إعطاء حرية مطلقة للزوجين في هذا الصدد، إنما لا بدّ من العناية بوضع ضوابط كافية لتنظيم هذه الشروط في حال الأخذ بها.

المراجع:

- 1- أبي محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامه المقدسي، (1994). الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل. المجلة 2. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت-لبنان. ص: 458.
- 2- د. حسن كيده، (1974). المدخل إلى علم القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. مطبعة راوي للإعلان. ص: 827.
- 3- د. رعد مقداد محمود الحمداني، (2009). تنازع القوانين في النظام المالي الزوجين/دراسة مقارنة. كلية القانون-جامعة الموصل. دار الكتب القانونية-مصر. دار شتات للنشر والبرمجيات-مصر. ص: 282.
- 4- د. عبد الرزاق السنهوري، (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني/حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال. ج4. دار إحياء التراث العربي.
- <https://books-library.net/files/books-library.online-08281737Rj9H5.pdf>
- 5- د. عبد الرحمن الصابوني، (1971- 1972). شرح قانون الأحوال الشخصية السوري/الجزء الأول الزواج وآثاره.
- 6- د. عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، (2010). الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي/دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي - التشريعات العربية والغربية. ط ١. منشورات الحلبي الحقوقية. العراق. ص: 359.

7- د. محمد واصل، (2011- 2012). المدخل إلى علم القانون، كلية الحقوق-جامعة

دمشق. ص: 638. <https://t.me/LLLawyers/292>

8- د. نبيل إبراهيم سعد، (2010). المدخل إلى علم القانون/نظرية الحق. منشورات الحلبي

الحقوقية. مصر-الإسكندرية. ط1. ص: 320.

- المراجع الأجنبية:

9- DEVAUX. A, 2014, the franco- german agreement on the optional matrimonial property hregime: a new practical tool in the movement towards the harmonization of the European substantive rules in family law, international lawyer, volume 48, number 3 article 4

https://www.researchgate.net/publication/269809181_The_Franco-German_Agreement_on_the_Optional_Matrimonial_Property_Regime_A_New_Practical_Tool_in_the_Movement_Towards_the_Harmonization_of_the_European_Substantive_Rules_in_Family_Law/citation/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uRG93bm9vYXQlLCJwYWdlIjoicHVibGljYXRpb24ifX0

10- Ph. Frédérique, Ferrand, and Dr. Bente, Braat, national report:

France, University Jean Moulin Lyon 3, France, 2008

<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Property.pdf>

11- Nicolas, Frémeaux, and Marion, Letureq, Wealth marriage and agreements in France (1855-2010), ined, Institute prenuptial National d'études Demographiques, working paper, 2016.

https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25208/working_paper_2016_221_wealth_matrimonial.property.regimes.fr.pdf

12- STEGMAN. M, 2012- Matrimonial property regimes in cross- border context; who owns what (and when)? NYSBA International, Lisbon, Portugal. P; 6. <https://www.kplaw.com/wp-content/uploads/Matrimonial-Property-Regimes-in-a-Cross-Border-Context.pdf>

- الرسائل والاطروحات:

1- إيمان قيدوم بوزياني، (2013- 2014). نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في

قانون الأسرة. رسالة ماجستير. جامعة بن يوسف بن خدة- الجزائر.

[https://pmb-int.univ-](https://pmb-int.univ-temouchent.edu.dz/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3398)

[temouchent.edu.dz/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3398](https://pmb-int.univ-temouchent.edu.dz/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3398)

2- رشيد مسعودي، (2005- 2006). النظام المالي للزوجين في التشريع

الجزائري/دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه. جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان.

ص: 371 <http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2693/3/rachid>.

- القوانين:

- القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949

- القانون المدني الفرنسي باللغة الإنجليزية

translated by ph.Rouhette, G, professor of law, and Dr. Rouhette Berton,
A, professor assistant of English.

<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>

- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته.

- القانون رقم 4 لعام 2019 القاضي بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم

59 لعام 1953.

ضوابط التحقيق الإداري مع الموظف العام

إعداد

إبراهيم نجيب إبراهيم¹

إشراف

أ.د. جميلة شرجي²

الملخص

تقع على عاتق الموظف العام جملة من الالتزامات والواجبات القانونية، التي يترتب على مخالفتها إعمال المساءلة التأديبية، والتي تتألف من التحقيق الإداري المقرر، والمحاكمة التأديبية الرسمية التي تتخذ قراراً حاسماً بحق الموظف المخالف، ونظراً لخطورة التحقيق الإداري وما يترتب عليه من آثار قد تمس بالموظف معنوياً ومادياً، ينبغي أن يحاط هذا التحقيق بالضوابط والضمانات التي تكفل الحفاظ على حسن سيره، وصون حقوق الموظف العام. لذلك سنحاول من خلال هذا البحث تسليط الضوء على مفهوم التحقيق الإداري تعريفاً وأهمية وفقاً للتشريعات، وتمييزه عن التحقيق الجزائي، وبيان الضوابط السابقة له، والضوابط الشكلية والموضوعية والمبادئ القانونية أثناء سيره، والتي يمكن من خلالها الحد من التعسف في استخدام سلطة التحقيق، وتوفير الضمانات لحماية حقوق كل من الإدارة، والموظف العام، والمجتمع، وفي المحصلة حماية المصلحة العامة.

الكلمات المفتاحية: التحقيق الإداري، التأديب الإداري، الموظف العام، المسؤولية
المسلكية، العقوبة التأديبية.

¹ طالب دكتوراه في العلوم الإدارية والمالية – قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

ibrahim.ibrahim@damascusuniversity.edu.sy

² أستاذ في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

Abstract

A public employee is bound by a set of legal obligations and duties, the violation of which results in disciplinary accountability, which consists of the prescribed administrative investigation and the official disciplinary trial that takes a decisive decision against the violating employee. Given the seriousness of the administrative investigation and the resulting effects that may affect the employee morally and materially, this investigation must be surrounded by controls and guarantees that ensure the maintenance of its proper conduct and the protection of the rights of the public employee. Therefore, we will try through this research to shed light on the concept of administrative investigation, its definition, importance and characteristics according to the legislation, and to distinguish it from criminal investigation, and to clarify the controls preceding it, and the formal and substantive controls and legal principles during its course, through which it is possible to limit the arbitrariness in the use of the investigative authority, and to provide guarantees to protect the rights of each of the administration, the public employee, and society, and ultimately protect the public interest.

Keywords: Administrative investigation, administrative discipline, public employee, disciplinary responsibility, disciplinary punishment.

مقدمة:

تشكل الوظيفة العامة ممثلةً بشاغليها الجسم الأساسي للإدارة في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ وبالتالي فإنّ كفاءة وجودة الخدمات التي تقدمها الإدارة تبنى على أساس كفاءة الأداء الوظيفي، ومنه يلقي على عاتق الموظف العام جملة من الالتزامات القانونية التي يترتب على مخالفتها مسؤولية من نوع خاص تسمى المسؤولية التأديبية.

إنّ من نتائج إعمال المسؤولية التأديبية معاقبة الموظف الذي تثبت المخالفة من طرفه بالعقوبات المناسبة، لكن مسألة معاقبة الموظف مسلكياً لا تكون إلا بعد اتخاذ إجراءات قانونية محددة بحقه، بغية الكشف عن الحقيقة سواء في مصلحته أم لا، لذلك وجب أن تتسم تلك الإجراءات بطابع التحقيق، وإذا نظرنا إلى التحقيق الإداري بشمولية أكثر نجده سمة العمل الذي تقوم به الجهة الرئاسية الإدارية للموظف وكذلك بعض الأجهزة التي يوليها القانون صلاحية التفتيش والرقابة، وصولاً للإحالة إلى المساءلة التأديبية التي تتألف من التحقيق الإداري المقرر والمحاكمة التأديبية الرسمية التي تتخذ قراراً حاسماً بحق الموظف المخالف.

ونظراً لخطورة التحقيق الإداري وما يترتب عليه من آثار قد تمس بالموظف معنوياً ومادياً، ينبغي أن يحاط هذا التحقيق بالضوابط والضمانات التي تكفل الحفاظ على حسن سيره، وصون حقوق الموظف سواء أكان مذنباً أم بريئاً، فليس الغرض تشهيراً ولا تشغيلاً، بل تنفيذ مقتضيات العدالة وردع المخالفات وتقويم السلوك الوظيفي، وبالنتيجة تحقيق المصلحة العامة.

وفي ضوء ما تقدّم نجد ضرورةً لإيلاء الموضوع نظرة بحثية نستهدف من خلالها الإحاطة بمفهوم التحقيق الإداري من زاوية تطويرية تعزز فعاليته خاصةً مع التطورات التي تحصل باستمرار في بيئة العمل الإداري، وفي سبيل تحقيق ذلك رأينا تخصيص هذا البحث لمناقشة وتحليل الضوابط والضمانات التي يجب أن يحاط بها التحقيق الإداري كونه الأساس الذي تبنى عليه الجهات التأديبية قرارها التأديبي.

إشكالية البحث:

تتمحور الإشكالية التي يتصدى لها هذا البحث في الآتي: ما هو مدى سلطة الإدارة في إحالة الموظف العام إلى التحقيق الإداري؟ وبيان مدى مساهمة وكفاية النصوص القانونية واللوائح الإدارية في ضبط هذه السلطة في التحقيق ، وتحقيق التوازن العادل بين المصلحة العامة وبين حقوق وضمانات حماية الموظف العام؟

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في خصوصية موضوع التحقيق الإداري الذي ينبغي ضبطه بشكل يضمن حقوق الإدارة والموظف على السواء من جهة، وعدم عرقلة سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة أخرى. بالإضافة إلى أهميته في تحليل وتقييم جدوى النصوص القانونية النازمة للإجراءات التحقيقية التأديبية، وتقديم بعض المقترحات التي يمكن إدراجها في قوانين الوظيفة العامة.

أهداف البحث:

- بيان مدى سلطة الإدارة في إحالة الموظف العام إلى التحقيق الإداري.
- بيان مدى مساهمة وكفاية النصوص القانونية واللوائح الإدارية في ضبط سلطة التحقيق الإداري.
- بيان ضمانات حماية الموظف العام.
- تقديم بعض المقترحات لتعديل القوانين النازمة للوظيفة العامة.

منهجية البحث:

في سبيل التصدي لإشكالية البحث، سيعتمد الباحث على المنهج الوصفي، من خلال جمع وصف المفاهيم وتحديد الإطار العام لموضوع البحث، بالإضافة إلى استخدام المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن، من خلال الاطلاع على التشريعات السورية والأحكام

القضائية التي عالجت موضوع التحقيق الإداري واستقراء هذه النصوص وتحليلها، لبيان ضوابط هذه السلطة وضمانات حماية الموظف العام، ومقارنتها مع تشريعات الدول الأخرى.

مخطط البحث:

سيتم معالجة موضوع البحث وفقاً للمخطط الآتي:

المطلب الأول: مفهوم التحقيق الإداري

الفرع الأول: ماهية التحقيق الإداري

الفرع الثاني: خصائص التحقيق الإداري وتمييزه عن التحقيق الجنائي

المطلب الثاني: ضوابط التحقيق الإداري

الفرع الأول: الضوابط السابقة للتحقيق الإداري

الفرع الثاني: الضوابط الإجرائية الموضوعية

المطلب الأول _ مفهوم التحقيق الإداري

يُعد التحقيق الإداري الوسيلة الأساسية لتحقيق العدالة في المساءلة التأديبية، التي ينشأ منها أعمال المسؤولية التأديبية للموظف العام في حال ارتكابه مخالفة إدارية، وهذا مما لا يثبت إلا من خلال إجراء التحقيقات اللازمة للوقوف على الحقيقة.

وانطلاقاً من ذلك سنتناول من خلال هذا المطلب بيان ماهية التحقيق الإداري (الفرع الأول)، خصائص التحقيق الإداري وتمييزه عن التحقيق الجنائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول _ ماهية التحقيق الإداري

لبيان ماهية التحقيق الإداري لا بُدَّ من التطرق إلى تعريف التحقيق الإداري (أولاً)، ثم توضيح أهميته التي تدفع إلى ضرورة ضبطه وتطويره (ثانياً).

أولاً- تعريف التحقيق الإداري¹:

يُعرف التحقيق الإداري²، بأنه: " وسيلة قانونية غايتها معرفة الحقيقة، ويتم من خلال مجموعة إجراءات محددة، تهدف إلى التأكد فيما إذا كان الاتهام الموجه للموظف أو العامل صحيحاً، ويؤدي إلى ضرورة معاقبته أم لا، كذلك صياغة تكييف قانوني للفعل المنسوب للموظف".

ويُعرفه آخر³، على أنه: "مجموعة الإجراءات التي تبدأ بإحالة الموظف العام الذي تنسب له مخالفة ما إلى تحقيق، لتقصي حقيقة الوقائع المسندة إليه، ويكون الهدف من هذه الإجراءات الوصول لحقيقة هذه الوقائع والبناء عليها لتحديد كيفية التعامل مع الموظف إما بحفظ الأوراق أو مواصلة نظر القضية حتى الفصل فيها بمعاقبة الموظف مسلياً أو تبرئته من المخالفة".

ويرى البعض⁴، بأن التحقيق الإداري: "هو الخطوة الأولى في مسار الإجراءات الإدارية التأديبية، والذي يهدف إلى استنبات حقيقة الوقائع والأفعال محل الملف التحقيقي وحيثياتها واستنبات الأدلة التي تربط بين الموظف المتهم والمخالفة أو انتقائها".

مما سبق بيانه نلاحظ بأن هذه التعريفات أخذت بتعريف التحقيق الإداري بالمعيار الشكلي الذي ينظر إليه _ أي التحقيق الإداري _ كتصرف تؤديه الإدارة ويتكون من مجموعة إجراءات تقوم بها بعد وقوع المخالفة المسلكية للتحقق من وقوع تلك المخالفة والأفعال المركبة منها، وظروف وحيثيات وقوعها فعلاً ثم التحقق من شخصية مرتكبها.

¹ يشار إلى أن أدبيات القانون الإداري تتضمن مصطلحين يشيران إلى ذات المعنى وهما التحقيق الإداري (Administrative investigation) والتحقيق التأديبي (Disciplinary investigation). انظر د. مصطفى بوادي، ضمانات الموظف في المجال التأديبي- دراسة مقارنة، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، عام 2016م، ص 71.

² د. علي محمد الدسوقي، ضمانات الموظف المحال للتحقيق الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2001م، ص 5.

³ د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2007م، ص 197.

⁴ د. عمار الحسيني، أصول التحقيق الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2016م، ص 14.

وعُرف التحقيق الإداري أيضاً¹، بأنه: "البحث والتقصي الموضوعي الذي يجب أن يتصف بالنزاهة والحيدة والخبرة، بغرض اكتشاف الحقيقة واستثباتها فيما يتعلق بالمخالفة من حيث صحة الوقائع ونسبتها إلى موظفين محددين، وبالتالي يكون التحقيق إجراءً لازماً يمهّد لإيقاع الجزاءات المناسبة".

ويعرّفه آخر²، بأنه: "هو التحريات والتقصيات التي تقوم بها الجهات التأديبية بالنسبة للتهمة الموجهة للموظف العام، وجمع المعلومات المرتبطة بها والأدلة التي تفيد في إدانة الموظف بالمخالفة أو تبرئته منها".

نجد أنّ التعريفين السابقين قد أخذوا في تعريف التحقيق الإداري بالمعيارين الشكلي والموضوعي، بتحديد من حيث موضوعه وطبيعته، والإجراءات المناسبة لكشف الحقيقة وإيقاع الجزاء المناسب على المخالفين.

ويرى آخر³، بأنّ التحقيق الإداري: "هو مناقشة الموظف العام في نسبة الاتهام الموجه إليه بارتكاب مخالفة إدارية، بهدف استثبات الوقائع المنسوبة إليه من خلال استقصاء الأدلة التي قد تشير إلى إدانته وبالتالي معاقبته أو تبرئته".

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها⁴، على أن التحقيق الإداري: "سؤال الموظف أو العامل العام عما هو منسوب إليه من ذنب إداري، ويتم ذلك بمذكرة كتابية أو شفاهة وفقاً للأحوال، من قبل الجهة المختصة التي أناط بها المشرع بإجراءه، بعد صدور الأمر به من قبل الرئيس الإداري المختص، ويتم اتباع الإجراءات المرعية إدارياً ومراعاتها".

يلاحظ على هذا التعريف أنّه حدد محور التحقيق الإداري بأنه سؤال الموظف أو العامل الموجه إليه الاتهام عما هو منسوب إليه من مخالفات، وكأنّ المحكمة الإدارية المصرية

1 د. إبراهيم شوابكة، النظام القانوني للوظيفة العامة الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات كلية القانون، الإمارات، عام 2014م، ص 186.

2 د. ضامن العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام. رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، عام 1991م، ص 83.

3 د. نوفان العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 2007، ص 340.

4 انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (3285)، بجلسة تاريخ 13/5/1989م، لسنة 1989.

تؤكد ضمناً أهمية ضمان حقوق الدفاع للموظف، وأهمية التحديد المسبق للجهات المختصة بإجراء التحقيق وإجراءاته، وهذا ما يجب أن يكون الموظف مطلعاً عليه ليكون على بينة بحقوقه وواجباته إزاء مسؤولياته الإدارية.

وبالتالي يمكن تعريف التحقيق الإداري، بأنه: هو وسيلة تحقيقية، تقوم بها جهات إدارية مختصة، مع الموظف المحال إليها، نتيجة شبهة ارتكابه لمخالفة (بالمعنى العام) ناشئة عن الوظيفية العامة، بغية الوقوف على حقيقة الأمر، وذلك بموجب إجراءات تحقيقية، إدارية، قانونية.

ثانياً_ أهمية التحقيق الإداري:

إنَّ أهمية إجراء التحقيق الإداري مع الموظف العام، تنعكس على الإدارة، والموظف، والمجمع، على حدٍ سواء، وتتجلى هذه الأهمية وفق الآتي:

أ_ بالنسبة للموظف العام:

_ ضمان حقوق الدفاع: كما هو الحال في التحقيق الجنائي؛ فإنَّ الحق الذي لا يستوي التحقيق من دونه هو حق المتهم في ممارسة الدفاع عن نفسه وتقديم ما يمكن تقديمه من معلومات وأدلة من شأنها نفي التهمة عنه، وبالنسبة للمساءلة الإدارية فإنَّ الجهة التأديبية هي المسؤولة عن استجواب الموظف المنسوبة له المخالفة وتقييم الأدلة وكل ذلك في سبيل إظهار الحقيقة سواء أكانت في صالح الموظف المتهم أو ضده¹.

_ ضمانات المواءمة بين المخالفة المرتكبة والعقوبة المحكوم بها: تتولى الجهة التأديبية المختصة الكشف عن حقيقة الواقعة المشككة للمخالفة الإدارية وتقييمها واستثبات نسبتها للموظف المتهم، كما يجب عليها تقدير جسامتها من حيث تأثيرها وضررها على المرفق العام أو المواطن المتضرر منها؛ مما يعني ضرورة تناسب الجزاء التأديبي مع جسامته المخالفة المرتكبة وعدم التعسف فيها².

¹ د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 1994. ص 364.
² حسون هجيج وَ فاهم اليكوبي، التحقيق الإداري وأثره على نتيجة التحقيق الجنائي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 2، العراق، عام 2018م، ص 184.

بالإضافة إلى ذلك يضمن التحقيق الإداري كفاءة الأداء الوظيفي للموظف العام، وذلك من خلال اتباع الإجراءات التحقيقية الدقيقة وتسبيب القرارات التي تصل إليها، مما يجعل الموظف يشعر بأن الإدارة تحميه أيضاً من الادعاءات الكيدية، فإن لم تقم الإدارة بذلك فهذا سيؤدي حتماً إلى انخفاض أدائه وسوء خدمة المرفق العام وجودة الخدمات التي يقدمها.

بـ بالنسبة للإدارة:

إن أهمية التحقيق الإداري بالنسبة للإدارة، تتضح من خلال أن الإجراءات التحقيقية والاستقصائية التي تقوم بها اللجان التأديبية المختصة، تؤدي إلى التعرف على مكامن الخلل والنقص في سير المرفق العام بانتظام واطراد، لئتم العمل على إصلاحها بشكل دائم مما يضمن فضلاً عن انتظام سير المرفق العام بانتظام واطراد وجودة الخدمات التي يقدمها من جهة، إصلاحه وتطويره من جهة أخرى¹.

جـ بالنسبة للمجتمع:

يشكل التحقيق الإداري ضماناً هامة تمثل حق الشعب في مساءلة الإدارات المختلفة في الدولة عن أوجه القصور والخلل، التي تؤدي لسوء جودة الخدمات التي يقدمها المرفق العام، فقد لا يكون المشكو منه هو الموظف تحديداً إنما القسم أو الفرع أو الموقع الإداري الذي يقوم بإصدار قرار يشكل مخالفة إدارية تستحق عقوبة تأديبية، فتقوم الجهات التأديبية المختصة بإجراء ما يلزم من إجراءات الاستجواب والمسائلة وفتح ملف تحقيق إن استلزم الأمر، لأن الغرض في النهاية ليس إيقاع العقوبة بالموظف المسؤول وإنما ضمان توافق السلوك والإنتاجية الوظيفية مع ما يفرضه القانون والمصلحة العامة².

بالإضافة إلى ما تقدم، فإنه لا يمكن فصل الحديث عن أهمية التحقيق الإداري عن النتيجة التي يؤدي إليها وهي الجزاء (العقوبة) التأديبي، وعُرف هذا الأخير _ أي الجزاء التأديبي _

¹ محمد الجوراني، التحقيق الإداري كضمانة من ضمانات الموظف العام في القانونين العراقي والأردني- دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، عام 2015م، ص 18.

² د.عمار عباس الحسيني، دليل الموظف والإدارة إلى التحقيق الإداري وإجراءات، مكتبة السنهوري، بغداد، عام 2014م، ص 12،

بأنه¹: "هو وسيلة أو أداة وضعها القانون الإداري بيد الإدارة العامة لتستطيع من خلالها تحقيق الردع المسلكي فيما إذا جنح الموظف العام إلى ارتكاب مخالفة تأديبية، ضمن البنية الوظيفية للدولة ويكون الهدف الأسمى من نظام التحقيق والتأديب هو إصلاح العنصر البشري في تلك البنية وللكشف عن أي خلل أو ثغرة في البنية الهيكلية أو القانونية".

باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة في سورية وفرنسا ومصر²، نجد أن هذه التشريعات لم تضع تعريفاً محدداً للجزاء التأديبي، ولم تحدد أيضاً بشكل مقنن المخالفات التي يمكن أن يرتكبها الموظف العام وتستدعي فرض العقوبات الانضباطية عليه، بل اكتفت بتحديد هذه العقوبات بشكل حصري.

لكن المشكلة لا تكمن بالتعريف بقدر ما تتمثل بالتكييف؛ فإن المخالفات التأديبية على خلاف الجرائم الجزائية التي يعدها المشرع في القانون الجزائي وتخضع لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، بالمقابل يصعب التنبؤ بالمخالفات التأديبية أي الأخطاء المسلكية عن القيام بأعباء الوظيفة العامة فلا يمكن حصرها في تشريع مستقر، لذلك يترك للجهة التأديبية المسؤولية مسألة تكييف الواقعة المنسوبة للموظف فيما إذا كانت ضمن حدود المخالفة التأديبية أم أنها تتجاوز إلى وصف الجرم الواقع على الوظيفة العامة، لكن الجهة التأديبية ليست مطلقة الصلاحية في تحديد مثل ذلك الوصف الخطير، فهي خاضعة لرقابة القضاء الإداري الذي من شأنه حماية الموظف المتهم من تعسف سلطة التأديب في صلاحيتها³.

الفرع الثاني _ خصائص التحقيق الإداري وتمييزه

1 د. مهدي نوح، التأديب الإداري، الموسوعة القانونية المتخصصة، منشورات هيئة الموسوعة العربية، ط1، المجلد الثاني، دمشق، عام 2010م، ص 8.

2 انظر: المادة (66 و68) من القانون السوري رقم (50) لعام 2004م المتضمن النظام الأساسي للعاملين في الدولة. و المادة (58) فقرة (أ) من قانون الخدمة المدنية المصري. رقم (81) لعام 2016م.

-Art (L.530-1) de l'ordonnance n 1574- 2021 du 24 novembre 2021 portant partie Législative de la loi sur la fonction publique, disponible sur le site,

للمزيد انظر: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

3 د. لفته العجيلي، التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2015م، ص

يتمتع القانون الإداري بخصائص تميزه غيره من فروع القانون، وانطلاقاً من هذه الخصوصية يتمتع التحقيق الإداري بخصائص تميزه أيضاً عن نظيره في القانون الجزائي، لذلك سنتناول في هذا الفرع خصائص التحقيق الإداري (أولاً)، تمييزه عن التحقيق الجزائي (ثانياً).

أولاً- خصائص التحقيق الإداري:

يتمتع التحقيق الإداري بعدد من الخصائص، والتي يمكن أن نجملها من خلال الآتي:

أ. يمارس التحقيق الإداري من قبل سلطة إدارية محددة يمنحها القانون صلاحية إجرائه بصفة حصرية، وبالشكل الذي يحدده القانون، إذ إنّ مخالفة الإجراءات الشكلية تلك يفقد الإجراء صفته كأحد إجراءات التحقيق الإداري¹.

ب. التحقيق الإداري خاص، لا يجري إلّا مع الموظف الذي تنسب إليه مخالفة إدارية، أيّ أنّه لا يمتد إلى شخص لا يرتبط بمنظومة الوظيفة العامة، إذ يعد التحقيق الإداري أداة الإدارة لطرح المسؤولية التأديبية وتحديدها، وإيقاع العقوبة التأديبية المناسبة، وهذا ما يساعد على اكتشاف مكامن الخلل وتقييم وتطوير الوظيفة العامة².

ج. لا يمس التحقيق الإداري بحرية وكرامة الموظف العام، وإنّ أشد عقوبة مسلكية قد يقرها التحقيق هي عزل الموظف المخالف من الخدمة³، فالتحقيق الإداري هو وسيلة الإدارة للتقصي عن حقيقة ما، يعتقد أنّها مخالفة، وغايتها إصلاح الخطأ.

د. يتسم التحقيق الإداري بأنّه متطلب للمرونة والسرعة في الإجراءات؛ إذ إنّ الهدف الأساسي من التحقيق هو تقييم وتقويم السلوك الوظيفي الذي يؤديه الموظف العام، وهذه الصفة مشتقة من طبيعة العمل الإداري الذي ينبغي أن يتصف بالمرونة والسرعة في اتخاذ الإجراءات وألّا تكون وتيرته بطيئة ويتحقق ذلك عبر الأداء الوظيفي السليم الذي يعد أحد أهم أركان جودة العمل الإداري.

1 د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 2004م، ص 56.

2 د. عمار عباس الحسيني، أصول التحقيق الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 17.

3 د. عمار عباس الحسيني، أصول التحقيق الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 18.

ثانياً_ تمييز التحقيق الإداري عن التحقيق الجزائي¹:

لا جرم أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجزائي يشتركان بأن الإجراءات في كل منهما تهدف لإثبات نسبة الواقعة إلى المتهم أو نفيها عنه، بحيث تشكل تلك الواقعة مخالفة لنص قانوني ملزم، ويعتمد التحقيقان على مبدأ الشرعية بحيث لا مخالفة (جريمة باصطلاح القانون الجزائي) ولا عقوبة إلا بنص، لكن بخصائص مختلفة من حيث تطبيق المبدأ، وأن العقوبة شخصية لا تتال إلا المدان ولا تتعدى غيره تحت أي مبرر، غير إن هنالك اختلافات عديدة بين التحقيقين المذكورين، يمكن أن نوضحها من خلال النقاط الآتية:

أ. الأشخاص المسؤولين:

التحقيق الإداري: يجرى مع من يتمتع بصفة موظف عام، وفقاً لمعايير تضعها كل دولة في نظامها القانوني، ووفقاً للقانون السوري² فإن الشخص المسؤول إدارياً هو: " كل من يعين بصورة دائمة في إحدى الوظائف الملحوظة في الملاك العددي للجهة العامة، إضافة إلى المعيّنين بصفة مؤقتة وفق نظام التعاقد".

أما التحقيق الجنائي: فإنه يشمل جميع الأشخاص الذين ينسب لهم فعل مجرم جزائياً، بغض النظر عن صفتهم سواء كانوا موظفين أم غير ذلك³.

ب. الجهة المخولة بممارسة التحقيق:

التحقيق الإداري: يمارس من قبل جهة يحددها القانون، وتكون من صلب الهيكلية الإدارية للمؤسسة التي يخدمها الموظف المتهم، وهذا بدوره يختلف بحسب النظام الذي تعتمده المؤسسة أو المرفق العام، فتارةً تقوم به السلطة الرئاسية في الجهة الإدارية، وتتخذ قراراتها بإيقاع العقوبة على الموظف المخالف منفردة أو بالاشتراك مع مجلس تأديبي، وتارةً تقوم به المحاكم المسلكية، التي يحال إليها الموظف⁴.

¹ يطلق البعض على التحقيق الجزائي تسمية التحقيق الجنائي، وهذا غير صحيح لأن التحقيق الجنائي يكون في حال وجود جنائية مرتبكة، وهو أحد أنواع التحقيق الجزائي، فهذا الأخير أعم وأشمل يشمل التحقيق في الجنايات والجنح والمخالفات.

² انظر المادة (1) والمادة (4-أ/ 8) من القانون رقم (50) لعام 2004م المتضمن النظام الأساسي للعاملين في الدولة.

³ د.عمار عباس الحسيني، دليل الموظف والإدارة إلى التحقيق الإداري وإجراءاته. مرجع سبق ذكره، ص 13.

⁴ انظر: الباب الرابع من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019م. و المادة (4) فقرة أ) من قانون الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش السورية رقم 24 لعام 1981م.

أما التحقيق الجزائي: تقوم به النيابة العامة وقضاء التحقيق والإحالة، كذلك تعتبر المحاكمة الجزائية جنائية أو جنحية مرحلة منه، كذلك يمارس من قبل الضابطة العدلية بتنظيم محاضر التحقيق التمهيدي وممارسة الملاحقة في حالة الجرم المشهود.

ج. القرارات التحفظية التي تصدرها سلطة التحقيق:

تتمثل تحفظات التحقيق الإداري: بإصدار قرار بكف يد الموظف أو إيقافه عن العمل، إلى حين ظهور نتيجة التحقيق¹.
أما التحقيق الجنائي: يعتمد إجراءات تحفظية مختلفة تماماً عن التحقيق الإداري، فالسلطات الجزائية تقوم عادةً بإيقاع التوقيف والحجز الاحتياطي على المتهمين، وفقاً لنصوص القانون الجزائي.

د. تطبيق مبدأ الشرعية:

التحقيق الجنائي، عندما يصل لنتيجة مفادها أنّ الواقعة لا تشكل جرماً أو لا عقوبة عليها، فإنّ سلطة التحقيق تصدر قراراً بإنهاء الدعوى بناءً على انتفاء المسؤولية الجزائية.
أما سلطة التحقيق الإداري فإنّها تتمتع بسلطة تقديرية أكبر، حيث أنّ قوانين الوظيفة العامة تحدد أطر الالتزامات الواقعة على الموظف، بحيث يمكن تقدير الواقعة من حيث اندراجها ضمن هذه الأطر أم لا.

وبناءً عليه يمكن القول بأنّ مبدأ الشرعية في التحقيق الجنائي مقيد، ومبدأ الشرعية في التحقيق الإداري مرن.

هـ. النتائج التي يفرضي إليها التحقيق:

التحقيق الجنائي: يفرضي إلى نتائج تختلف باختلاف المرحلة التي تصل إليها الدعوى، فأمام النيابة العامة قد يقرر القاضي حفظ الأوراق لسبب ما قد يكون مرتبطاً بكون الفعل لا يشكل جرماً، أو إيقاف الإجراءات مؤقتاً لوجود قيد على تحريك دعوى الحق العام، وأمام

¹ د. عمار عباس الحسيني، دليل الموظف والإدارة إلى التحقيق الإداري وإجراءاته. مرجع سبق ذكره، ص 15.

المحكمة الجزائية المختصة قد يكون القرار بالإدانة، أو البراءة، أو عدم المسؤولية، أو وقف الملاحقة¹.

أما التحقيق الإداري: تتمثل النتائج المترتبة عليه في اتخاذ سلطات التحقيق لقرار إثبات نسبة المخالفة إلى الموظف أو نفيها عنه، وفي حالة كان القرار بالإدانة فإن العقوبة تختلف بحسب جسامة المخالفة، فالعقوبات الشديدة تصدر عن المحاكم المسلكية حصراً وفقاً لما درّجه المشرع السوري، وبالنسبة للعقوبات المسلكية الخفيفة، فإن عقوبتي التنبيه والإنذار يوقعان من قبل الرئيس الإداري الذي يعمل الموظف بإشرافه، وعقوبة الحسم من الأجر فتوقع من قبل الوزير أو من يفوضه على العاملين في الوزارة من الفئة الأولى ومن معاونه بالنسبة إلى العاملين في الوزارة من باقي الفئات، ومن المحافظ على العاملين تحت إشرافه في الجهات التابعة إدارياً لسلطته، ومن المدير العام بالنسبة للشركات والمنشآت والهيئات العامة، أما عقوبة تأخير الترقية فتصدر من الوزير المختص، بينما تفرض المحكمة المسلكية عقوبات النقل التأديبي والتسريح التأديبي وعقوبة الطرد وفقاً للمادة 19 من القانون رقم 7 لعام 1990م والمادة 68 من القانون رقم 50 لعام 2004م².

لابدّ من الإشارة، إلى أنّه لا يجوز ملاحقة أي من الموظفين العموميين أو العاملين ومن في حكمهم لدى أي جهة من الجهات العامة أمام القضاء لجرم ناشئ عن العمل قبل إحالته إلى المحكمة المسلكية إلا ما استثنى بنص خاص، والتي عليها _ أي المحكمة المسلكية _ أن تصف دون إلزام الجرم والنص القانوني المنطبق عليه، عند إحالة الأوراق إلى القضاء الجزائي، ولها حسب جسامة الجرم (رشوة مثلاً) أن تودع العامل موقوفاً مع الملف إلى النيابة العامة لإجراء المقتضى القانوني³.

1 د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، ج 1، منشورات جامعة دمشق، سورية، عام 2011م، ص 78 وما بعدها.

2 د. عمار التركاوي، المحاكمة المسلكية للعاملين في الدولة "دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون رقم 7 لعام 1990م"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 36، ع 2، عام 2020م، ص 163 وما بعدها.

3 انظر المادة (56) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019م.

المطلب الثاني _ ضوابط التحقيق الإداري

يتحدد مسار التحقيق الإداري بضوابط ينص عليها القانون، أو يركز فيها على المبادئ العامة للقانون والعدالة والإنصاف، والهدف منها الوصول به _ أي التحقيق الإداري _ إلى مبتغاه المنشود، وهو إعمال المسؤولية التأديبية ومحاسبة المخالفين، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

وبناءً عليه، سنتناول في هذا المطلب هذه الضوابط، من خلال التطرق من جهة إلى الضوابط السابقة للتحقيق الإداري (الفرع الأول)، وإلى الضوابط الإجرائية الموضوعية من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول _ الضوابط السابقة للتحقيق الإداري

تتمحور هذه الضوابط بما يوليه المشرع من صلاحيات لسلطات محددة، تقوم بالاطلاع على وقائع المخالفات الوظيفية، وتقييمها، لتقرير إحالتها والموظفين المشتبهين بارتكابها إلى الجهات المناطة بإجراء التحقيق الإداري معهم.

لذلك سنتطرق في هذا الفرع، إلى بيان ضوابط سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري (أولاً)، وإلى بيان الجهة المختصة بمباشرة إجراء التحقيق الإداري (ثانياً).

أولاً _ الإحالة إلى التحقيق الإداري:

تعتبر الإحالة هي بداية مسار التحقيق الإداري، الذي تفتح بها الإجراءات التحقيقية الإدارية، حيث تتم _ أي الإحالة _ من قبل جهات مختصة قانوناً بذلك، وتختلف هذه الأخيرة عن السلطة المختصة بالتحقيق¹، وينبغي ألا تستند هذه الإحالة كما هو الحال في التحقيق الجزائي إلى ادعاءات أو شكاوى كيدية، بحيث يتوجب على سلطة الإحالة التثبت من الواقعة أو الشبهة في ارتكاب المخالفة الإدارية.

¹ د. غازي فيصل مهدي، شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة العراقي، منشورات جامعة النهرين، بغداد، العراق، عام 2012م، ص 46.

غير إن سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري، ليست سلطة مطلقة، إنما مقيدة بمجموعة من الضوابط، التي من شأنها تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة وسير المرفق العام بانتظام واطراد عبر ضمان جودة الإجراءات من جهة، وضمان حماية مصلحة وحقوق الموظف من جهة أخرى¹.

انطلاقاً من الغاية السالفة الذكر؛ رسم المشرع حدوداً ووضع قيوداً معينة، لضمان عدم خروج سلطة الإحالة للتحقيق عن غرضها المنشود، فبدايةً حدد _ أي المشرع _ الجهة صاحبة السلطة المخولة بإحالة الموظف العام إلى التحقيق الإداري، وألزمها بالتقيد بقواعد تضمن جدوى التحقيق قبل الخوض فيه من قبل السلطة التي تباشره.

باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بموضوع التأديب الإداري بشكل عام، وبموضوع التحقيق الإداري بشكل خاص، نجد أن القانون الفرنسي² منح سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري، إلى الجهة صاحبة السلطة بالتعيين، ومبرر ذلك أن سلطة التعيين هي الأكثر جدارة وكفاءة، في تقييم الشكوى أو الإخبار، وبالتالي ملاءمة جدوى الإحالة إلى التحقيق الإداري، وهذا ما ذهب إليه أيضاً القضاء الإداري الفرنسي بضرورة ربط سلطتي التعيين والإحالة إلى التحقيق الإداري، في جهة واحدة.

تستند هذه الإحالة إلى التحقيق الإداري وفقاً للقانون الفرنسي³، إلى الشكاوى التي تعرض على الرؤساء الإداريين، من قبل المواطنين المراجعين المستفيدين الذين يتقدمون إليهم بشكاوهم من الخطأ الإداري المقترف من قبل الموظف العام، الذين يستطيعون _ أي الرؤساء الإداريين _ أيضاً من تلقاء أنفسهم تقرير إحالة الموظف العام إلى التحقيق الإداري، فيما يتصل بعلمهم من مخالفات مرتكبة، وذلك في معرض ممارستهم لسلطة الإشراف.

1 د. محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة والمهن الحرة النقابية والعمل الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، عام 2004م، ص 151.

2 Bandet, Pierre. **Lo droit disciplinaire dans la fonction publique territoriale**, de moniteur Paris, 1990, p 167

3 د. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، عام 2007م، ص 93.

أما بالنسبة للتشريع المصري، فلم نجد باستقراء قوانين الخدمة المدنية المتعاقبة، بدءاً من القانون رقم (210) لعام 1951م، وانتهاءً بقانون الخدمة المدنية الحالي رقم (81) لعام 2016م، نصاً قانونياً يحدد من خلاله صاحب السلطة بإحالة الموظف إلى التحقيق الإداري، إلا أنه بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الحالي رقم (81)¹، نجد أنّ الموظف يحال إلى التحقيق بموافقة رئيسه الإداري ممن لا يقل مستواه الوظيفي عن درجة مدير عام.

في حين نجد أنّ المشرع السوري²، قد منح سلطة إحالة الموظف العام للتحقيق الإداري، إلى السلطات الرئاسية للجهة التابع لها الموظف وفقاً للتراتبية الوظيفية، وكذلك أيضاً منح هذه السلطة بالإحالة إلى الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش، التي تتولى دوراً هاماً في منظومة التحقيق الإداري في المؤسسات والجهات العامة، فقد ألزم قانون الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش³، كل إدارة أو مؤسسة أو وحدة إدارية وأية جهات عامة، بإحداث جهاز رقابة داخلية ضمن هيكلها التنظيمي لمراقبة جودة العمل الوظيفي ضمن هذه الجهات، وتقوم بتلقي الشكاوى والملفات التي تحيلها إليها الإدارة التي تتبعها، أو الواردة إليها من الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش.

ونجد أنّ المشرع السوري، قد أخذ منهج التكامل في الدور بين السلطة الرئاسية للجهة الإدارية، وبين النظام القضائي الذي يتجلى دوره في المحاكم المسلكية، حيث تتم الإحالة إلى هذه الأخيرة، وفقاً للمادة (44) من قانون مجلس الدولة رقم (32) لعام 2019م، بقرار من:

١. رئيس مجلس الوزراء لمن يعين بمرسوم.

٢. السلطة التي تمارس حق التعيين.

¹ انظر المادة (151) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لعام 2016م الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (1216) لعام 2017م.

² انظر: المادة (44) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019م.

³ انظر المادة (4/4) من قانون الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش السورية رقم (24) لعام 1981م وتعديلاته.

٣. من رئيس الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش ورئيس الجهاز المركزي للرقابة المالية بالاستناد إلى التحقيق الذي يجري وفق القانون الخاص بكلٍ منهما.

٤. من النيابة العامة.

٥. وبطلب المحكمة المسلكية من الجهة العامة ذلك.

وبعد الإحالة وفق الطرق المحددة آنفاً^١، يحيل رئيس المحكمة المسلكية المختصة صك الإحالة مع الملف إلى المحقق لإجراء التحقيق ووضع تقرير بشأنها، ويبلغ أيضاً صك الإحالة إلى الجهة التي يعمل لديها المحال، وإلى إدارة قضايا الدولة، وإلى الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش، وإلى الجهاز المركزي للرقابة المالية، إن لم تكن الإحالة صادرة عنهما.

وبالرجوع إلى نصوص القانون رقم (50) لعام 2004 المتضمن النظام الأساسي للعاملين في الدولة، لم نجد نص واضح وصريح، يحدد الجهة المختصة بإصدار أمر التحقيق، كذلك الآلية الدقيقة التي يبدأ بها إعداد الملف التحقيقي مع الموظف العام، وكان يجدر به أن يحدد السلطة المناطة بها إحالة العامل إلى التحقيق التأديبي، على غرار ما سنه في قانون تنظيم الجامعات^٢.

ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري، ليست مطلقة بشكلٍ كامل، بل مقيدة بعدة ضوابط، وفق الآتي :

أ. موافقة الجهة الرئاسية التي يتبعها الموظف:

يوقف المشرع في غالب الأحيان الإحالة إلى التحقيق، على شرط الحصول على موافقة السلطة الرئاسية التي يتبع لها الموظف، إذا لم تمتلك هذه الأخيرة سلطة الإحالة بموجب نص قانوني صريح، وذلك حتى تكون بصورة الإجراءات وعلى اطلاع بمجريات التحقيق مع الموظف التابع لها.

^١ انظر: المادة (45) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019م.
^٢ انظر: المادة (103) من قانون تنظيم الجامعات رقم (6) لعام 2006م، التي تنص على أنّه: "يكلف رئيس الجامعة أحد أعضاء الهيئة التدريسية بإحدى كليات الحقوق مباشرة التحقيق مع عضو الهيئة التدريسية فيما ينسب إليه من إخلال.....ويحيل رئيس الجامعة العضو المحقق معه إلى مجلس التأديب إذا رأى مسوغاً لذلك".

إلا إنه ينبغي وضع قواعد واضحة لضبط السلطة التقديرية للجهة الرئاسية في منح الموافقة على الإحالة، بحيث يجب أن تمنح موافقتها أو تحجبها بقرار معلل ومبين لأسباب مقنعة، هذا أنه لا يستبعد تواطؤ الإدارة مع الموظف المخالف لمنع محاسبته أو حتى قبول إحالته إلى التحقيق كيدياً.¹

وبالتالي نجد، أنه من الأفضل أن تقوم الجهة الرئاسية للموظف حين ورود الطلب إليها للموافقة على الإحالة إلى التحقيق، أن تجري هي بشكل مسبق تحقيق أولي أو تمهيدي تطلع فيه بحدود سلطتها على حقيقة ما يرد في الطلب، وموافاة الجهة الطالبة بالوثائق والأدلة التي تستند عليها في منح موافقتها أو حجبها، بحيث لا تمنح الموافقة بشكل روتيني لأن هذه الصلاحية الممنوحة لها تشكل نوعاً من الحصانة الإدارية للموظف وضمانة له، وهذا يستدعي أن تُعد موافقة الرئاسة الإدارية على الإحالة مشورة أو توصية غير ملزمة للجهات المعنية بالتحقيق، وبذلك يمكن استدراك خطر احتمالية تواطؤ الإدارة ضد الموظف أو معه.

إلا إن التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الخصوص، هو مدى مشروعية الإحالة إلى التحقيق من دون الحصول على موافقة الرئاسة الإدارية المعنية؟

نجد أن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد أجابت على هذا التساؤل، عندما قررت في أحد أحكامها²، بأن: إحالة العامل إلى التحقيق الإداري من دون إخطار الوزير المختص أو الرئيس الذي يتبعه العامل، لا يؤدي إلى اعتبار التحقيق باطلاً، لأن إغفال هذا الإجراء لا ينتهك الضمانات القانونية المقررة لمصلحة الموظف أو العمل في مرحلة التحقيق.

ب. موافقة الجهة النقابية:

تؤدي النقابات دوراً هاماً في ضمان حماية المنتسبين إليها من أصحاب الاختصاص، لذلك أنه من الأفضل على التشريعات أن تنص على استئناس موافقة النقابة التي ينتسب إليها

¹ د. مصطفى بوادي، ضمانات الموظف في المجال التأديبي- دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 63.
² انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (3694)، جلسة 1989/1/24م. أشار إليه: د عامر الإبراهيم، الجزاءات التأديبية المقتنعة في نطاق الوظيفة العامة- دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2021م، ص 367.

الموظف، نظراً إلى ضرورة المحافظة على التنظيمات النقابية وعدم خرق حقوق أعضائها، فقد رتبت التشريعات التي أخذت بهذه الضمانة، البطلان على الإجراءات التحقيقية التي تجرى بحق الموظف بمناسبة الاشتباه بمخالفات متعلقة بالواجبات النقابية، حيث إنه من حق النقابة تقديم المساعدة القانونية للموظف المحال على التحقيق¹.

ج. جدية الإحالة إلى التحقيق الإداري:

إنّ جدية الإحالة إلى التحقيق الإداري ليست فقط ضمانة لحقوق الموظف المحال، بل تشكل كذلك عاملاً حاسماً في ضمان جدوى التحقيق الذي يهدف إلى الكشف عن مكامن الخلل الإداري وإصلاحها قبل أن تكون الغاية منه محاسبة الموظف المخالف.

ومنه يلزم أن تنتفي الدوافع الكيدية من الشكاوى التي تقدم للإدارة، بل يلزم أن تدعّم بالأدلة والبراهين التي تثير شبهة حقيقية موجبة للتحقيق، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية² أنه: "يجب أن يبنى الشاكي شكواه على حقيقة ما يدّعي ويدل بالبرهان والوثيقة صحة ما يبلغ عنه، أمّا إذا لم يقدم البيئة على أقواله فهو إمّا حسن النية يتبنى ظن وتخمين، أو سيء النية يتبنى كيداً ونكايّة، وفي الحالين يكون قد أساء إلى الأبرياء وشهر بهم".

وقد أكدّ مجلس الدولة الفرنسي³، على أنه: يتمتع تحت طائلة البطلان السير في الإجراءات التأديبية من دون تحديد واضح للمخالفة ودعم نسبتها إلى الموظف المحال إلى المحاسبة التحقيقية بأدلة مرّجحة للاشتباه.

وفي هذا السياق، فقد قضت محكمة القضاء الإداري السورية في أحد أحكامها⁴، على أن: قرار الجهة الإدارية بفرض عقوبة على الطاعن بناءً على ارتكابه الغش في الامتحان قراراً وجبهاً، وهو أيضاً غير مستند بشكل كافٍ على وقائع موضحة وغير مقترن بالوثائق والمؤيدات، وهذا يخالف ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أنّ الإدارة وإن كانت تملك

1 د.سعد الشتيوي، التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، دار الفكر الجامعي، مصر، عام 2013م، ص 24.

2 حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته تا 1988/2/27، في الطعن رقم 2173.

3 قرار مجلس الدولة الفرنسي تا 1965/5/18 في قضية La Regeted la seine. أشار إليه: د.مصطفى بوادي، مرجع سبق ذكره، ص 65.

4 انظر: حكم محكمة القضاء الإداري بدمشق، القرار رقم (1/128)، القضية رقم (1/987)، لعام 2015م، المجموعة الشاملة لأحكام مجلس الدولة السوري، عام 2017م، ص 224.

صلاحية إيقاع العقوبة وفقاً للقانون إلا أنّ ذلك لا يتم بشكل اعتباطي ومتسرع، بل يجب أن يسبقها تدقيق وتمحيص فعلي، وبالتالي فإنّ القرار المفروض دون ما يدعّمه من أسباب وأدلة هو قرار محكوم بإلغائه.

ثانياً_ الجهة المختصة بمباشرة التحقيق الإداري:

لا بدّ من أن تتم مباشرة إجراءات التحقيق الإداري من قبل من أناط به القانون هذه السلطة، وإنّ أي إجراء تحقيقي يتم من قبل جهة لم يخولها القانون اتخاذه هو إجراء باطل لا يعتد به؛ وبالتالي فإنّ العقوبة التأديبية التي تصدر بناءً على الدليل المستنبط منه هي عقوبة جائزة وجب الحكم ببطلانها، وفي هذا الخصوص تتباين التشريعات في تعيين الجهة المخولة بسلطة مباشرة التحقيق الإداري، فمنها من اعتمد مبدأ (ازدواج سلطة التحقيق)؛ وهو مبدأ يعهد بمباشرة التحقيق إلى هيئة قضائية أو إدارية مستقلة إلى جانب الرئاسة الإدارية للموظف المتهم، ومن الدول التي أخذت فيه سورية ومصر، بينما اعتمد آخرون على مبدأ جهة التحقيق المفردة (وحدة جهة التحقيق)، ومن الدول التي انتهجت فرنسا والجزائر¹.

ففي سورية، نجد أن الجهة الإدارية تختص بإجراء التحقيق الإداري مع الموظف العام، بالإضافة إلى الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش، حيث يتم التحقيق مع الموظف من قبل الإدارة التي يعمل فيها العامل، والتي يمثلها _ أي جهة الإدارة _ في غالب الأحيان مدير الرقابة الداخلية، وبمشاركة التنظيم النقابي.

أما بالنسبة إلى مصر، فإنّ التحقيق الإداري ينهض على إجراءات تتخذها الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف المتهم وتشاركها في ذلك النيابة الإدارية².

علاوةً على ذلك، فقد يجرى التحقيق الإداري من قبل دائرة الشؤون القانونية في المؤسسة التي يعمل فيها الموظف المحال إليها بموجب قرار الإحالة، وهذا لا يستبعد صلاحية الرئيس

¹ د. سعد العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب- دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، عام 2007م، ص 111.

² أنشئت النيابة الإدارية بمقتضى القانون رقم (480) لعام 1954م، كجهاز مختص بالتحقيق في المخالفات التأديبية.

الإداري في إجراء التحقيق، وله أن يفوض ويحيل التحقيق إلى أية جهة أو يشكل لجنة من ضمن الجهة الإدارية التي يرأسها¹.

في حين نجد إنَّ فرنسا، قد أخذت بوحدة جهة التحقيق الإداري²، حيث أناط بالجهة الإدارية وحدها سلطة التحقيق الإداري مع الموظف العام، دون مشاركتها مع أي جهة أو هيئة أخرى.

لكن لا بُدَّ من الإشارة إلى أنَّ المشرع الفرنسي، قد أنشأ مرجعاً للطعن في قرار الجهة الرئاسية المنفرد، أو الصادر من قبل المجلس التأديبي، وهذا المرجع هو المجلس الأعلى للوظيفة العامة الذي يمكن أن يلجأ إليه الموظف الذي تقرر عقوبته من قبل إدارته للتنظم منها، ويتخذ المجلس الأعلى بعد الاطلاع على الملف وأسباب قرار الإدارة والمجلس التأديبي قراراً بإعادة التحقيق في حال التباس الوقائع أو نقصان التحقيق كعدم الأخذ بالخبرة التي قد يطلبها الموظف لإثبات دفاعه، أو الامتناع عن سماع شاهد مما قد يُخل بضمانات الدفاع، وللمجلس الأعلى أيضاً أن يقرر إلغاء العقوبة أو تخفيضها أو تأكيدها، وقد يبدو أن مشاركة المجلس الأعلى للوظيفة العامة في فرنسا في عملية اتخاذ قرار العقوبة تشكل تطبيقاً لمبدأ ثنائية سلطة التحقيق، لكن هذا الادعاء ينتفي حين يُعلم أن قرار هذا المجلس ليس إلا توصية أو رأي غير ملزم يمكن للسلطة الإدارية الامتناع عن الأخذ به، لكن يتعين عليها في الحالة الأخيرة إبداء الأسباب المقنعة التي أوجبت عدم التقيد برأي المجلس³.

وبالتالي نجد: أنَّ المنهج الذي يعتمد ازدواج سلطة التحقيق، والذي يفضّل تسميته مبدأ تكامل سلطة التحقيق، يوزع سلطة التحقيق على عدة مستويات، فمن ناحية بشكل أفقي، كما في إحالة ملف التحقيق التأديبي من الجهة الرئاسية إلى المحكمة المسلكية (كما هو الحال في سورية) في المخالفات المستحقة لعقوبات شديدة كالنقل التأديبي والعزل وغيرها، وبشكل عمودي من ناحية أخرى، كإمكانية الطعن في قرارات الإدارة والمحاكم المسلكية

¹ د. عبد العزيز خليفة، الإجراءات التأديبية ومبدأ المشروعية في تأديب الموظف العام، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، 2008م، ص 77.

² Art (L.530-1) de l'ordonnance n 1574- 2021 du 24 novembre 2021 portant partie Législative de la loi sur la fonction publique, disponible sur le site.

³ د. نوفان العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام، مرجع سبق ذكره، ص 188.

أمام المحاكم الإدارية العليا، للتحقق من تطبيق القانون بشكل صحيح، وهذا بدوره يشكل أفضل ضمانات حماية للموظف العام، واطمئنانه في أداء عمله، وضمان عدم التعسف بتوقيع العقوبات التأديبية عليه، بالإضافة إلى ذلك يمنع هذا المبدأ احتكار الجهة الرئاسية لسلطة التحقيق، والاتهام، والعقوبة معاً.

الفرع الثاني _ الضوابط الإجرائية الموضوعية للتحقيق الإداري

عندما تباشر الجهة المختصة قانوناً التحقيق الإداري، فإنَّ سلطتها هذه تتقيد بضوابط منها ما يرتبط بالشكل ومنها ما يرتبط بالموضوع، وكلها تستهدف الحفاظ على مسار التحقيق وهداية المحقق إلى المسار السليم كذلك ضمانات حقوق الدفاع.

بناءً عليه، سنحاول في هذا الفرع بيان أهم هذه الضوابط، من خلال التطرق إلى الضوابط الشكلية (أولاً)، والضوابط الموضوعية (ثانياً).

أولاً _ الضوابط الشكلية:

تُعتبر الضوابط الشكلية في أي إجراء قانوني بمثابة نصف العدالة القانونية، وفي هذا السياق يمكن أن نوضح أهم الضوابط الشكلية في التحقيق الإداري، من خلال الآتي:

أ. اشتراط الكتابة في التحقيق:

تشكل كتابة التحقيق مبدأً مستقراً في التشريعات المختلفة، إذ يعتبر ضمانات من أهم الضمانات التي تساهم في حفظ حقوق الموظف العام من جهة وحقوق الإدارة والمستفيدين من خدماتها من جهة أخرى، وهو ما أكدَّ عليه المشرع المصري¹، قانون الخدمة المدنية، والتي نصّت على أنه: "لا يجوز توقيع أيّ جزاء تأديبي على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابةً وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، وبذلك يكون القرار التأديبي مسبباً"، لكن المشرع المصري تنبه إلى مسألة إصدار قرار تأديبي من قبل الرئاسة الإدارية للموظف من دون استنابات التحقيق كتابياً، حيث تابع في تنمة المادة المذكورة: "، إلا أنه يمكن أن يجرى التحقيق شفهاً، لناحية الجزاءات البسيطة، وهي حصراً الإنذار والخصم من الأجر لمدة ثلاثة أيام كحد أقصى،

¹ انظر المادة (56) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لعام 2016م.

على أن يُثبت مضمونه في القرار التأديبي، ويُعتبر هذا الاستثناء خطير، يجب أن يفسر دائماً في الحدود التي لا تؤثر في السير المعتاد للمصلحة العامة من جهة، وفي ضمانات الدفاع التي أقرها المشرع للموظف العام من جهة أخرى¹.

نجد بأن المشرع أجاز التحقيق الشفوي في بعض الحالات، بغية تقليل أثر الإجراءات الكتابية التي قد تخلف تأخيراً أو تعطيلاً عن العمل الإداري، وألزم بشرط الكتابة للإثبات في معرض المخالفات الجسيمة. إلا إن الأصل الذي يبرهن على اتخاذ إجراء تحقيقي هو وجوده في محاضر التحقيق، إذ يجب على السلطة القائمة على التحقيق أن تدون ما تتخذه من إجراءات وما تسمعه من أقوال؛ بحيث تكون المحاضر المكتوبة والموقعة أصولاً حجة ودليلاً بمواجهة الجميع، ولإفادة الهيئة المختصة بإصدار الحكم بحيثيات ومسببات تبرر فيها قرارها²، فضلاً عن أن الكتابة في مجال القضاء الإداري هي طريق أصلي في الإثبات³.

أما في فرنسا، نجد أن المشرع قد اتجه إلى الإلزام بمبدأ الكتابة في إثبات الإجراءات التحقيقية في المرحلة التي يكون لزاماً على الجهة الرئاسية (صاحبة الحق في التأديب)، بأخذ رأي المجلس الأعلى للتأديب في العقوبة المقترحة، وعلى الإدارة صاحبة السلطة المختصة في التأديب أن توافي المجلس بالملف المتضمن الوقائع والأدلة المتوفرة وما سمع من أقوال الموظف حولها، وبالتالي على المجلس الأعلى للتأديب أن يدرس الملف ويجري تحقيقاته ويفسح المجال للموظف لإبداء دفعه أمامه، فيثبت المجلس ما أجراه بتقرير مكتوب حائز على أغلبية أيدي المصوتين ليستند عليه فيما يوصي به الإدارة⁴.

¹ د. مصطفى بوادي، ضمانات الموظف في المجال التأديبي- دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 104.

² د. محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة والمهن الحرة النقابية والعمل الخاص، سبق ذكره، ص 757.

³ TOFAN, M, and, MARIA, A,- Disciplinaire liabilities of the European public Servants. 2009 P26.

⁴ د. عامر الإبراهيم، الجزاءات التأديبية المقننة في نطاق الوظيفة العامة _ دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 377.

وفي سورية أخذ المشرع بهذه الضمانة¹، فقد أكد على ضمانات الكتابة كشرط إثبات أساسي لإجراءات التحقيق المتعلقة بمخالفات الجسيمة أم البسيطة، فيمنع فرض عقوبة الحسم من الأجر، أو تأخير الترقية، أو حبسها، قبل إجراء التحقيق مع الموظف فيما ينسب إليه أصولاً بمواجهته فيه، وسماع دفاعه والنظر في حججه وأدلتها، ويتحتم تدوين هذه الإجراءات في محضر منظم يودع لدى الإدارة التي يعمل بها الموظف.

وبالتالي نجد أنه: يُفضل عدم وجود استثناءات على مبدأ الكتابة في التحقيق الإداري، وشمول هذا المبدأ على كافة المخالفات، نظراً لخطورة التحقيق الشفوي الذي يصعب فيه الإثبات، سواء في إثبات اتباع إجراء ما، أم في إثبات التقيد بضمانة أساسية من الضمانات الواجبة في التحقيق كحق الدفاع على سبيل المثال، فضلاً عن أن التحقيق الشفوي يخلق الشك في حيده ونزاهة سلطة التحقيق، وبالتالي فإن ضمانات الكتابة تصب في مصلحة الإدارة والموظف على السواء، وتقلل من احتمالية التلاعب بالتحقيق والتلاعب بالأدلة ومسببات الحكم بالعقوبة.

ب. مبدأ الحيادة سلطة التحقيق الإداري:

يُعد مبدأ الحياد من المبادئ المهمة في العدالة الإدارية، فمن غير المناسب أن تكون الإدارة خصماً وحكماً في ذات الموضوع، ويترتب على مخالفة هذا المبدأ ووسائله تجريد الضمانات التأديبية من غايتها وفعاليتها، وجعلها بدون فائدة واقعية إن لم نقل تصبح ذات خطر².

وقد اختلف الفقه في تعريف مبدأ الحيادة، و تتمحور فكرة هذا المبدأ بعدم جمع سلطة الادعاء والتحقيق والمحاكمة بجهة واحدة معاً، فهذا المبدأ يضمن عدم اشتراك عضو مدعي في سلطة التحقيق، ومنع عضو في جهة التحقيق من الاشتراك في مرحلة المحاكمة (التحقيق النهائي)، ومنع عضو في هيئة محاكمة من الاشتراك في مرجع طعن في القرار الصادر ولو كان مخالفاً لرأي أغلبية هيئة المحاكمة، والعنصر الآخر الذي يحقق مبدأ الحيادة هو

¹ انظر: المادة (68) من القانون رقم (50) لعام 2004م المتضمن النظامي الأساسي للعاملين في الدولة. وقرار رئاسة مجلس الوزراء رقم (549) لعام 2005م

² د. درويش عبد القادر، ضوابط التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، عام 2016م، ص 150.

نزاهة السلطة المختصة بالتحقيق في أيّ من مراحله وعدم محاباته اتجاه أي طرف، وهذا ما يستدعي طلب رد أي عضو ، واستبعاده إذا ثبت عدم حياده، ويستحق الطعن بالقرار التأديبي الصادر خلافاً لمبدأ الحيادة عند عدم اكتمال عناصره.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنّ ما يطبق على القاضي الجزائي من قواعد وضمانات الحيادة والنزاهة، يجب تطبيقه أيضاً في مجال التحقيق الإداري على المحقق، لأنّ مراد تطبيقها هو ضمان استقلال، وحيادة، ونزاهة، السلطة صاحبة الاختصاص بالتحقيق والمحاكمة الجزائية والإدارية على حدّ سواء¹.

ويمكن وضع مبدأ الحيادة موضع التطبيق الفعلي من خلال ترسيخ مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والادعاء، وهذا ما فعله كلّ من المشرعين السوري والمصري عندما جعل سلطة التحقيق والحكم بيد المحاكم المسلكية، فأقتصر مبدأ الجمع بين سلطتي التحقيق والعقاب فقط على العقوبات الخفيفة كالإنذار واللوم، أمّا العقوبات الشديدة كالعزل والطرّد، فقد وضعت برسم سلطة قضائية مختصة بهذا النوع من المخالفات، وحسناً فعلاً.

مما يجدر الإشارة إليه، أنّ ضمانات الحيادة لا يجب أن تقتصر فقط على أعضاء مجالس أو محاكم التأديب، بل يجب أيضاً توافرها في الخبراء الذين يستعين بهم المحقق لإبداء الآراء الفنية المتخصصة ، وبالتالي تنطبق عليهم نفس القواعد الرد المطبقة على المحققين والقضاة التأديبيين².

أمّا بالنسبة لطبيعة طلب رد من لا تتوافر فيه عناصر الحيادة، فإنّه أمر لا يتعلق بالنظام العام، وهو من مقرر لمصلحة الموظف العام المحال إلى التحقيق، وبالتالي يمكنه التنازل عنه.

¹ انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (4116)، جلسة 1994/8/27م، المجموعة لسنة (35) ق.ع، ص 231.

² د.عبد العزيز منعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، عام 2008م، ص 200.

وبالتالي نجد أنّ مبدأ الحيادة يشكل ضماناً هامة لحماية الموظف العام المحال إلى التحقيق الإداري، وسبيل الوصول إلى الحق وتحقيق العدالة الإدارية، وبالتالي ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وفي المحصلة تحقيق المصلحة العامة.

ج. التسبب:

لم تتصّ التشريعات الإدارية المطبقة في سورية ومصر، على تعريف محدد لتسبب القرار التحقيقي، وذلك على خلاف التشريع الفرنسي الذي وضع نصاً خاصاً لهذا المبدأ في قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة رقم (2000-321).

وقد عُرِف¹ تسبب القرار الإداري التحقيقي، على أنّه: "هو الإفصاح عن العناصر القانونية، والواقعية، التي استند إليها القرار، سواء كان الإفصاح واجباً قانوناً، أو إلزاماً قضائياً، أو تلقائياً من الإدارة".

كما عرّفه الفقيهان (vedel و dévolve)²، بأنّه: "التزام قانوني، تُفصح الإدارة بمقتضاه عن الأسباب القانونية والواقعية التي دفعتها إلى إصدار قرارها".

والقاعدة العامة في كلّ من التشريعات الفرنسية، والسورية، والمصرية، أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم ينص القانون على وجوب التسبب³.

وتُعدّ ضمانات التسبب، من الضمانات القانونية المهمة للموظف العام، فهو أول المستفيدين منه، لأنّه يرغب دائماً بمعرفة الأسباب التي استندت إليها الجهة المحققة عند اتخاذها قرارها، فالتسبب يعطي للموظف القناعة بأن تلك الجهة المحققة تتصرف في نطاق المشروعية، ويحد من سلطتها التعسفية والتحكيمية⁴، وإذا كان كافياً ومنتجاً في فهم الواقع

1 E.Eisenberg, l'audition du citoyen et motivation des décisions administrative individuels, harmattan, 2000, p41.

2 G.vedel, P.dévolve, Droit administrative, tome1, 12édition, 1993, p296

3 د. جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2006م، ص 168.

4 د. عماد ملوخية، الضمانات التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2012م، ص 340.

والقانون، يساعد الموظف العام على تفهم مركزه القانوني، ويعطيه فرصة الدفاع عن حقوقه في حال عدم مشروعية الأسباب التي بني عليها القرار الإداري التحقيقي¹.

لذلك يمكن القول: لا بُدَّ من وجود نصوص تشريعية تلزم الجهة المناط بها مهمة التحقيق الإداري، بتقديم بيان بأسباب قرارها وذلك خلال مدة معينة، أو على الأقل إعطاء الموظف العام المحال الحق في تقديم طلب إليها للاطلاع على تلك الأسباب التي استندت إليها في قرارها.

ثانياً _ الضوابط الموضوعية:

يتطلب تحقيق الغاية المرجوة من التحقيق الإداري، توافر جملة من الضوابط الموضوعية التي تكفل ضمانات لحماية الموظف العام من تعسف الإدارة وانحرافها في استعمال سلطاتها التقديرية، وأم هذه الضوابط والضمانات، تتمثل في الآتي:

١. مواجهة الموظف بالمخالفة:

انقسم الفقه² حول مبدأ مواجهة الموظف بالمخالفة، إلى اتجاهين أثنيهما:

_ الاتجاه الأول: أسند فكرة المواجهة إلى فكرة الجزاء، وإنَّ المواجهة كإجراء غالباً ما يغيب عن صريح النص القانوني، فهو من قبيل المبادئ العامة، مما يمكن معه عدم الأخذ بالمواجهة في الإجراء الذي لا يتسم بطابع الجزاء إلا بنص القانون، أي بغياب هذا النص لا يلزم الأخذ بالمواجهة، إلا في الإجراءات التي تتطلب دفاعاً حقيقياً. وهذا الاتجاه موضع انتقاد، إذ إنَّ من نافلة القول أنَّ سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، هي استثناء على مبدأ استثناء السلطات القضائية على هذا الحق، وبالتالي فإنَّ ما يطبق من مبادئ على صاحب الاختصاص العام الأصيل، ينطبق من باب أولى على صاحب الاختصاص الخاص والفرعي.

1 د. سامي الطوخي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2016، ص 202.

2 د. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979م، ص 246

ـ الاتجاه الثاني: أيّد شمولية مبدأ المواجهة، ليضم فضلاً عن التحقيقات المسلكية، أي إجراء يمكن أن يترتب عليه مساس بمصلحة مادية أو معنوية للموظف المحال إلى التحقيق الإداري. هذا الاتجاه جدير بالانتقاد، لأنّ توسيع مبدأ المواجهة على هذا النحو ينطوي على مبالغة قد تعيق أي إجراء أو قرار تتخذه الإدارة أو الجهات الرقابية، التي من الطبيعي أن تستطلع، وتسأل، وتفتش، لمراقبة سير العمل الإداري وضمان جودته، وبالتالي فإنّ المواجهة يجب أن تقتصر على جميع الإجراءات التي لها طابع التحقيق مع الموظف، أمّا الإجراءات الروتينية فهي تخرج عن مبرر مبدأ المواجهة طالما أنه ليس هناك إحالة للموظف العام إلى التحقيق.

ويجد هذا المبدأ تطبيقاً في التشريع السوري، إذ إنّ المشرع السوري لا يضع غياب النص عائقاً أمام حق الدفاع المقرر للموظف العام، فلا يجوز توقيع جزاء الحسم من الأجر أو حجب الترقية أو تأخيرها، إلّا بعد منح الفرصة للموظف للإدلاء بما عنده وتقديم ما يؤيده بين يدي الإدارة؛ ولا يتحقق ذلك إلّا من خلال إحاطته علماً بما يدعى به ضده من مخالفات، وما يدعم ذلك من أدلة، فهذا يعدّ من المقومات الأساسية لتطبيق العدالة المجردة ويلزم الأخذ به ولو انعدم النص.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا سورية ذلك، بقولها على أنّ: "امتناع الجهة المدعى عليها عن تقديم المحضر المستند إليه القرار المشكو منه، يقيم حجة على عدم وجود أسباب مقبولة تستدعي صرف الجهة المدعية من الخدمة، حيث إنّ من حق صاحب الشأن أن يطّلع على هذه الأسباب من خلال إبراز هذا المحضر أمامه كي يتمكن من تحضير دفاعه"¹.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية² بضرورة توافر الضمانات في التأديب الإداري، وذلك بقولها بأنّه: "يجب الالتزام بالحد الأدنى من الضمانات الأساسية في المحاكمات التأديبية، وهو الحد الذي تقرّه العدالة والانصاف والضمير وأصول المحاكمات العامة، وإن

¹ انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (2416)، الطعن رقم (4711)، المجموعة الشاملة، عام 2015م، ص495.

² انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم (4-207)، جلسة تا 1959/3/21، مجموعة 5، لسنة 1959م، ص426.

غفل النص عنها، حيث أنّ السلطة التأديبية وقرارها بالجزاء هي في واقع الأمر قضاء عقابي يختص بالذنب الإداري".

ولا بُدّ من الإشارة إلى أن مبدأ المواجهة يتحقق من خلال الآتي:

أ. تحديد التهمة الموجهة إلى الموظف:

نجد باستقرار نصوص القانون رقم (50) لعام 2004م المتضمن النظام الأساسي للعاملين في الدولة، وجود مجموعة من الواجبات والمحظورات التي تقع على عاتق الموظف العام، ومحددة بشكلٍ وإطار عام، وهذا مما يفسح المجال للإدارة وأصحاب الشكاوى، بإعطاء تصرفات الموظف العام وصف المخالفة بشكلٍ واسع، فعلى سبيل المثال فإنّ مواجهة الموظف بتهمة عدم الالتزام بالأوامر فقط، لا تحقق المواجهة وإنما ينبغي تحديد الأمر الذي ينسب إلى الموظف مخالفته ، ولا يكفي إعلام الموظف بتهمة انتهاك كرامة الوظيفة فقط، لأنه بل يجب أن يحدد له الفعل الذي خرق فيه كرامة الوظيفة ومدى ارتباط هذا الفعل بالوظيفة، حيث لا يجوز تقييد تصرفات الموظف خارج دائرة عمله.

وعليه يجب أن تلتزم الإدارة وسلطات التحقيق الإداري بتحديد واقعة المخالفة المنسوبة للموظف العام تحديداً دقيقاً وواضحاً، فضلاً عن الأدلة التي تؤيد الاتهام.

ب. أن تجري المواجهة بطريقة تشعر الموظف أن الإدارة تتجه نحو مؤاخذته:

لا يخبر جميع الموظفين في الدولة بالقوانين والإجراءات المسلكية التي يمكن أن تواجههم، فينبغي إذاً إخطارهم بطبيعة تلك الإجراءات بعد تبليغهم بالاتهامات الموجهة إليهم، وإرشادهم إلى ما يمكن أن يفعلوا في سبيل الدفاع عن أنفسهم¹، وهذا يشكل تكامل لتحديد المخالفات المنسوبة للموظف، حيث إنّ استشعاره الخطر يتحقق بمجرد إعلامه بالتهم المعروضة ضده، ويعطيه الفرصة للدفاع عن نفسه بجدية.

ج. إخطار الموظف بجميع المخالفات المنسوبة إليه:

¹ د. سعد العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب- دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 209.

إنّ قرار معاقبة الموظف مسلكياً وتوقيع العقوبات بحقه، دون توضيح المخالفات التي استتبع إصداره يجعله معيباً وقابلاً للإبطال، وإن كانت تلك المخالفات واقعة بالفعل وثبتت نسبتها إلى الموظف، فإنّ الحجة تتحول إلى مصلحة الموظف الذي قد يدّعي ببطلان قرار معاقبته عن تلك مخالفات لأنها لم تثبت في مواجهته في التبليغ.

وبالتالي فإن مبدأ المواجهة يعد السياق الأساسي للتحقيق الإداري، وهو الإطار الذي تتحقق فيه ضمانات الدفاع، ومن دونه فإنّ إجراءات التحقيق تكون خارجة عن إطارها الشرعي، ولا تحقق هدفها في انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فليست غاية التحقيق الإداري معاقبة الموظف، وإنما كشف الحقيقة والوقوف على مكامن الخلل في العمل الإداري، وهذا ما يمكن أن يوضحه الموظف إذا تمّ إعلامه بالوقائع المنسوبة إليه فيستطيع توضيح مرّد تصرفه.

٢. حق الموظف بالاطلاع على الملف التأديبي:

يشكل إطلاع الموظف على الملف التأديبي، وما يحتويه من أوراق، ووثائق ترجح وقوع مخالفة من طرفه، إكمالاً، وتنفيذاً طبيعياً لمبدأ المواجهة، لإعلام الموظف بما ينسب إليه من مخالفات إدارية وبيانها لا يكفي لمساعدته على إعداد دفاعه، إنما يلزم لذلك أن يكون من حقّه أيضاً طلب الاطلاع على المستندات والوثائق التي من شأنها أن تدينه، وهذا هو مبدأ الاطلاع على الملف التأديبي الذي يشكل امتداداً طبيعياً لمبدأ المواجهة.

وأنّ افتقار القانون لنص قانوني، يمنح الموظف صلاحية الاطلاع على الملف التأديبي الجاري فيه التحقيق، لا يحرمه من حقّه هذا، بأن يطلع على كافة المستندات والوثائق والأدلة التي تخص المخالفات المنسوبة إليه، ويعدّ ذلك أساساً ممهداً لممارسة حق الدفاع وإبداء الدفوع من جانبه لدرء التهمة عنه، لذلك فإنّ عدم وجود نص قانوني صريح يؤكد هذا الحق، لا يجوز اعتباره هدرًا وإقصاءً له، لما يوجبّه الضمير ومبادئ العدالة من قدسية حق الدفاع، الذي يتعذر ممارسته بدون إطلاع الموظف على الملف التأديبي¹.

¹ د. عبد العزيز منعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص 142.

وباستقراء نصوص القوانين النازمة للوظيفة العامة، نجد أنّ المشرع الفرنسي، قد نصّ صراحة في القانون الوظيفي الحالي الصادر بتاريخ 13 يوليو عام 1983م، على حق الموظف المحال للتأديب الإداري بالاطلاع على الملف التأديبي، والمستندات الملحقة به¹.

أما في مصر، فلم ينصّ قانون الخدمة المدنية الحالي رقم (81) لعام 2016م، على حق الموظف بالاطلاع على ملفه التأديبي، وذلك على خلاف القانون رقم (210) لعام 1951م الملغى، الذي أعطى الموظف المحال للتأديب الحق بالاطلاع على التحقيقات، وأخذ صور عنها.

أما بالنسبة للتشريع السوري²، فقد أعطى الحق للموظف المحال إلى المحكمة المسلكية أو لوكيله، الاطلاع على ملف التحقيق، بعد وصوله إلى المحكمة، بحضور رئيس المحكمة أو من ينتدبه.

٣. حق الدفاع:

يبدو حق الدفاع من الأمور البديهية، التي لا تحتاج إلى تعريف محدد؛ إلّا أنّ وضع تعريف يحدد مكونات هذا الحق بدقة، هو أمر يصطدم ببعض الصعوبات، فقد انقسم الفقه في ذلك إلى عدة اتجاهات³:

_ الاتجاه الأول: يذهب هذا الاتجاه في أنّ تعريف حق الدفاع مفهوم ضمناً في صلب مبدأ المواجهة والاطلاع على الملف التأديبي، أي أنّ حق الدفاع هو جزء من مبدأ المواجهة ولا يشكل مبدأً مستقلاً بذاته، بمعنى أدق أنّ المواجهة تتركب من إخطار الموظف بما ينسب إليه وإطلاعه على الملف التأديبي ومنحه حق الرد على ما يرد ضده⁴.

_ الاتجاه الثاني: يعاكس هذا الاتجاه سابقة؛ حيث يرى أنصاره أنّ مبدأ المواجهة والاطلاع على الملف التأديبي، تعد من العناصر التي تندرج في مفهوم حق الدفاع، أي إنّ حق الدفاع

1. د. عامر الابراهيم، الجزاءات التأديبية المقننة في نطاق الوظيفة العامة - دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 399.

2. انظر المادة (2/48) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019م.

3. د. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص 285 وما بعدها.

4. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، عام 1994م، ص 366 وما بعدها.

هو الذي يفرض تنفيذ المواجهة ويفرض ضرورة إطلاع الموظف على الملف التأديبي تمهيداً لدفاع الموظف عن نفسه.

_ الاتجاه الثالث: يعتمد أصحاب هذا الاتجاه على توظيف حق الدفاع، وعليه يعتبر تطبيقاً لحق الدفاع كل ما يمكن الموظف من إيراد له صالحه في المواجهة الحضورية، أما المواجهة التي قصد منها إخطار الموظف بما نسب إليه من مخالفات إنما تعد إجراءً شكلياً تبدأ به الدعوى.

ويُعرف البعض¹ حق الدفاع، على أنه: "قبول ردود ودفع الموظف المتهم والتي يقدمها بوسائل قانونية، إضافةً إلى التزام المرجع التأديبي المحايد بمناقشة هذه الردود والدفع والرد عليها".

مما سبق نؤيد اعتبار حق الدفاع، هو مفهوم يمكن أطراف الدعوى التأديبية من إبداء أقوالهم، وتقديم حججهم وأدلتهم، سواء في المرافعة الحضورية (شفاهة)، أو من خلال تبادل المذكرات، فحق الدفاع بمثابة ضمانات مستقلة، تلزم المرجع التأديبي باحترام وتقبل ما يورده الموظف من دفع وأدلة ومناقشتها والرد عليها، أما المواجهة والإطلاع على الملف التأديبي تعد تمهيداً لممارسة الدفاع وتتكامل بالعلاقة مع حق الدفاع.

لا بُد من الإشارة، إلى أنّ حق الدفاع يعتمد على عدة عناصر، تحقق ضمانات هامة للموظف المحال إلى التحقيق الإداري، ويمكن أن نوضح أهم هذه العناصر، من خلال النقاط الآتية:

أ. عدم جواز تحليف الموظف المتهم اليمين القانونية²:

يُمتنع على مرجع التحقيق الإداري تكليف الموظف بحلف اليمين، لأن ذلك يعتبر وسيلة ضغط معنوية عليه، لإجباره على الإدلاء بأقوال قد تؤذيه، أو تجبره على إفشاء أسرار تتعلق بشخصه أو بأشخاص آخرين، فقد يكون حلف اليمين تعميدياً مكرهاً لحرية الدفاع، قد تدفعه

1 د. حميد حسن التميمي، الإجراءات الشكلية في التحقيق الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، عام 2018م، ص 138.

2 د. عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة مرجع سبق ذكره، ص 215 و216.

لإبداء أقوال قد تستغل أو تفسر ضده، فهو إن لم يفعل سوف يلجأ للكذب على يمينه مما يؤدي إلى إيدائه نفسياً لإتيانه ما يخالف عقيدته.

وفي ظل غياب النص القانوني في التشريعات المعنية في سورية ومصر، والذي يمنع على سلطة التحقيق الإداري تحليف الموظف المحال إليها اليمين القانونية، نجد أنَّ الفقه يجمع على حظر توجيه اليمين إلى الموظف، إلاَّ إنَّه كان من الأفضل فيما لو كرس المشرع ذلك الإجماع الفقهي، بنص صريح، لما يترتب على اليمين القانونية من تقييد حرية الموظف في إعداد دفاعه وتقديمه، حيث إنَّ البطالان أجدر بمخالفة موجبات حرية الدفاع، وهذا من متعلقات النظام العام، انطلاقاً من قاعدة عدم جواز إجبار المتهم على الشهادة ضد نفسه.

ب. حق الموظف المتهم بالصمت:

يحق للموظف المائل أمام سلطة التحقيق اللجوء إلى الصمت، أي أنَّ له أن يتمتع عن الإجابة على أسئلة المحقق متى رأى أنَّ إجابته يمكن أن تفسر خلاف مصلحته؛ لهذا السبب وجب بالاتفاق ألاَّ يفسر امتناعه عن الكلام كدليل إدانة أو قرينة داعمة لها.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها¹، حق الصمت، حيث جاء بقولها: "صمت المتهم وامتناعه عن إبداء دفاعه وتقديم حجته في وقائع التهم المنسوبة إليه لا يؤخذ عليه إذ إنَّه لا يشكل بذاته ذنباً يستتبع إثبات مسؤوليته التأديبية، وكل ما يمكن أن يوصف فيه امتناعه هذا هو أنَّه فوت على نفسه فرصة لدفع التهمة عنه في المخالفات المنسوبة إليه فيتحمل تبعه سلوكه استناداً على حريته، لكن يجب عدم الاستناد على هذا السكوت بشكل مجرد ولا يمكن إجباره على الإدلاء بأقواله تحت التهديد بالجزاء التأديبي الذي سيقع عليه في حال سكت، فله الحرية في اختيار موقعه الدفاعي إزاء ما ينسب إليه".

¹ انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 2007/1385، جلسة تا 2005/10/13. أشار إليه د.عمار الحسيني، أصول التحقيق الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 210.

إلا أن المحكمة ذاتها قررت في مناسبات أخرى أن صمت الموظف وامتناعه عن التجاوب الكامل مع المراجع التأديبية إنما يحتوي ضمناً على مخالفة مسلكية تناقض التزامه بالتعاون مع السلطات الرسمية، وقد يعبر صمته عن عدم ثقته بحيدة ونزاهة جهات التحقيق¹.

وباستقراء النصوص القانونية في التشريعات الفرنسية والسورية والمصرية، المعنية بالموضوع، فلم نجد نصّ قانونياً يشير إلى هذا الحق في الصمت، حتى ولو بشكلٍ ضمني.

ج. حق استماع الشهود ومناقشة أقوالهم:

يعد هذا الحق من مسلمات العمل القضائي في المواد الجنائية والمدنية والإدارية على حدٍ سواء، ولا جرم في اعتبار استماع الشهود الذين يطلب المتهم استماعهم من الطلبات الأساسية غير القابلة للتأجيل، ومن سمات القرار القضائي السليم الإجابة على هذا الطلب لتقصي أكبر قدر من الحقيقة، وإن غاب النص عن ذلك فإن حق الدفاع في سائر المواد القانونية مصون في الدساتير ومقتضياته من طبيعته فهي مصونة بالدساتير ومن هذه مقتضيات استماع الشهود التي يطلبها الخصوم.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الحق، في بعض أحكامها²، بقولها: "إنّ إغفال المحقق إجابة طلب استماع شهود استناداً إلى تقديره عدم جدوى استماعهم، أو استناداً على اعتداده بكفاية ما سبق أن أدلوا به أمام محقق آخر، يشكل خلافاً في التحقيق قد يبرر طلب استكمالهِ واستدراك هذا القصور، إلاّ أنّه لا يغد سبباً في بطلان التحقيق، لأنّ إيجاب المحقق على منهج محدد وضيق يسلب التحقيق مرونته وقد يجعله باطلاً".

وقد نصّ قانون النيابة الإدارية المصرية³، على أنّه: "لعضو النيابة الإدارية أن يستدعي الشهود ويستمع أقوالهم بعد حلف اليمين القانونية، وتسري على الشهود القواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية الناطمة للتحقيق بمعرفة النيابة العامة بما في ذلك ضبط الشاهد وإحضاره".

1 د. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص 309.
2 المحكمة الإدارية العليا المصرية قرار في الطعن رقم 1001 جلسة تا 1963/1/26، المجموعة 10، لسنة 1963م، ص 249.
3 انظر: المادة (7) من قانون النيابة الإدارية المصرية رقم 117 لعام 1958م.

وبالنسبة لسورية، فقد كرس المشرع السوري¹ بنصوص قانونية صريحة في قانون مجلس الدولة، هذا الحق بالاستماع إلى الشهود أثناء المحاكمة المسلكية.

د. حق الاستعانة بمحامٍ:

الاستعانة بمحامٍ أمر بالغ الأهمية بالنسبة لمصلحة الموظف المتهم الذي يخضع للمساءلة التأديبية، لبعث الطمأنينة في نفس الموظف حيث لا يمكن للموظف الإحاطة الكاملة بمواد القانون والإجراءات التأديبية، ولضمان ألا يغفل عن حق من حقوقه ولكي يحافظ التحقيق الإداري على مساره السليم فيجب أن يتولى محامٍ مساعدة الموظف ومنع المراجع التأديبية من الانحراف بسلطتها وإساءة استعمالها².

لكن لا بُدّ من الإشارة، إلى أنّ المشرع الفرنسي على خلاف كلٍّ من المشرع السوري والمصري، فقد أعطى في قانون الخدمة المدنية الفرنسي رقم 643 لعام 1983³، الحق للموظف المحال إلى التحقيق الإداري، في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة التحقيق الإداري الابتدائي _ أي قبل المحاكمة التأديبية المسلكية _ ، وقد أكدت ذلك الحق محكمة استئناف باريس الإدارية⁴.

الخاتمة:

حاولنا من خلال الدراسة السابقة تسليط الضوء على ماهية التحقيق الإداري وأهميته وخصائصه وتمييزه عن التحقيق الجزائي وفقاً للتشريعات، وبيان الضوابط والضمانات القانونية والإدارية لإجرائه، والتي يمكن من خلالها الحد من تعسف الإدارة في استخدام

¹ انظر المادة (3/50) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019م.

² د. محمد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة والمهن الحرة النقابية والعمل الخاص، مرجع سبق ذكره، ص 317.

³ المجموعة الفرنسية للقوانين الإدارية، والتنظيم القضائي الفرنسي، تمت الزيارة بتاريخ 2024/9/15م، من خلال الرابط الآتي: <https://docstore.ohchr.org>

⁴ تمت الإشارة إلى القرار قضائي، تمت الزيارة بتاريخ 2024/10/22م، من خلال الرابط الآتي: <http://www.consil-etat.fr>

سلطانها في هذا الشأن، وضمان الحماية للموظف العام، وفي المحصلة تحقيق المصلحة العامة، وتوصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

١. إن تعسف الإدارة في التحقيق الإداري يتعارض مع المبادئ القانونية التي تشكل بمجموعها ضوابط لها، ويؤدي ذلك إلى فقد ثقة الموظف بنفسه، وخبرته، وفي إدارته، مما ينعكس ذلك بشكل سلبي على المرفق العام.
٢. إن التحقيق الإداري ذو أهمية كبيرة، تنعكس آثاره على الإدارة، والموظف، والمجمع، على حدٍ سواء.
٣. لم تضع التشريعات المقارنة تعريفاً محدداً للتحقيق الإداري، وكذلك للجزاء التأديبي، ولم تحدد أيضاً بشكل مقنن المخالفات التي يمكن أن يرتكبها الموظف العام وتستدعي فرض العقوبات الانضباطية عليه، بل اكتفت بتحديد هذه العقوبات بشكل حصري.
٤. يعد التحقيق الإداري أداة الإدارة لطرح المسؤولية التأديبية وتحديدها، وإيقاع العقوبة التأديبية المناسبة، وهذا ما يساعد على اكتشاف مكامن الخلل وتقييم وتطوير الوظيفة العامة.
٥. إن سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري، ليست سلطة مطلقة، إنما مقيدة بمجموعة من الضوابط، التي من شأنها تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة وسير المرفق العام بانتظام واطراد عبر ضمان جودة الإجراءات من جهة، وضمان حماية مصلحة وحقوق الموظف من جهة أخرى.
٦. خول المشرع السوري سلطة إحالة الموظف العام للتحقيق الإداري، إلى السلطات الرئاسية للجهة التابع لها الموظف وفقاً للتراتبية الوظيفية، وكذلك أيضاً منح هذه السلطة بالإحالة إلى الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش، وللجهاز المركزي للرقابة المالية.
٧. إن سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري، ليست مطلقة، بل مقيدة بعدة ضوابط هي: موافقة الجهة الرئاسية التي يتبعها الموظف، وموافقة الجهات النقابية، وجدية الإحالة إلى التحقيق الإداري.

٨. أن المنهج الذي يعتمد ازدواج سلطة التحقيق يشكل أفضل ضمانة حماية للموظف العام، واطمئنانه في أداء عمله، وضمان عدم التعسف بتوقيع العقوبات التأديبية عليه، بالإضافة إلى ذلك فإنه يمنع احتكار الجهة الرئاسية لسلطة التحقيق، والاتهام، والعقوبة معاً.
٩. أن مبدأ الحيطة يشكل ضمانة هامة لحماية الموظف العام المحال إلى التحقيق الإداري، وسبيل الوصول إلى الحق وتحقيق العدالة الإدارية، وبالتالي ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وفي المحصلة تحقيق المصلحة العامة.
١٠. إن مبدأ المواجهة يعد السياق الأساسي للتحقيق الإداري، وهو الإطار الذي تتحقق فيه ضمانات الدفاع، ومن دونه فإن إجراءات التحقيق تكون خارجة عن إطارها الشرعي، ولا تحقق هدفها في انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ثانياً_ التوصيات:

١. ندعو المشرعين السوري والمصري إلى تكريس مبدأ الكتابة في التحقيق الإداري بموجب نصوص قانونية صريحة، وشمول هذا المبدأ على كافة المخالفات دون استثناءات، نظراً لخطورة التحقيق الشفوي الذي يصعب فيه الإثبات، وكون هذا المبدأ يشكل ضمانة هامة تصب في مصلحة الإدارة والموظف على السواء، وتقلل من احتمالية التلاعب بالتحقيق والتلاعب بالأدلة ومسببات الحكم بالعقوبة.
٢. ندعو المشرعين السوري والمصري إلى وضع نص تشريعي يلزم الجهة المخولة بإجراء التحقيق الإداري بتسبيب قرارها التحقيقي النهائي، أو تقديم بيان بأسبابه وذلك خلال مدة معينة، أو على الأقل إعطاء الموظف العام الحق في تقديم طلب إليها للاطلاع على تلك الأسباب التي استندت إليها في قرارها التحقيقي.

٣. ندعو المشرع السوري إلى وضع نص قانوني صريح يعطي الحق للموظف العام، من جهة بالاطلاع على الملف التحقيقي أثناء التحقيق الإداري الابتدائي بشكل كامل قبل سؤاله وسماع أقواله، والحق بالاستعانة بمحامٍ في تلك المرحلة التحقيقية من جهة أخرى.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب والمؤلفات:

١. د. إبراهيم شوابكة، النظام القانوني للوظيفة العامة الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات كلية القانون، الإمارات، عام 2014م.
٢. د. جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2006م.
٣. د. حميد حسن التميمي، الإجراءات الشكلية في التحقيق الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، عام 2018م.
٤. د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، ج 1، منشورات جامعة دمشق، سورية، عام 2011م.
٥. د. مصطفى بوادي، ضمانات الموظف في المجال التأديبي- دراسة مقارنة، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، عام 2016م.
٦. د. محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة والمهن الحرة النقابية والعمل الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، عام 2004م.
٧. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 1994.
٨. د. نواف كنعان، القانون الإداري ، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2007م.
٩. د. نوفان العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 2007م.

١٠. د.سعد الشتيوي، التحقيق الإداري في نطاق الوظيفة العامة، دار الفكر الجامعي، مصر، عام 2013م
١١. د. سامي الطوخي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2016.
١٢. د. سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، عام 2007م.
١٣. د. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، عام 2007م.
١٤. د. عمار عباس الحسيني، أصول التحقيق الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2016 م .
١٥. د.عمار عباس الحسيني، دليل الموظف والإدارة إلى التحقيق الإداري وإجراءات، مكتبة السنهوري، بغداد، عام 2014م.
١٦. د. عماد ملوخية، الضمانات التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2012م.
١٧. د.عبد العزيز خليفة، الإجراءات التأديبية ومبدأ المشروعية في تأديب الموظف العام، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، 2008م.
١٨. د.عبد العزيز منعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، عام 2008م.
١٩. د.علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 2004م.
٢٠. د. علي محمد الدسوقي، ضمانات الموظف المحال للتحقيق الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2001م.
٢١. د. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979م.

٢٢. د. غازي فيصل مهدي،، شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة العراقي، منشورات جامعة النهدين، بغداد، العراق، عام 2012م.

٢٣. د. لفته العجيلي، التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2015م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

١. د. عامر الإبراهيم، الجزاءات التأديبية المقننة في نطاق الوظيفة العامة_ دراسة مقارنة.

رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2021م.

٢. د. درويش عبد القادر، ضوابط التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، عام 2016م

٣. د. ضامن العبيدي،، الضمانات التأديبية للموظف العام. رسالة دكتوراه، كلية القانون،

جامعة بغداد، العراق، عام 1991م.

٤. محمد الجوراني، التحقيق الإداري كضمانة من ضمانات الموظف العام في القانونين

العراقي والأردني- دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق،

جامعة الشرق الأوسط، الأردن، عام 2015م

ثالثاً- الأبحاث العلمية:

١. د. عمار التركاوي، المحاكمة المسلكية للعاملين في الدولة "دراسة تحليلية في ضوء

أحكام القانون رقم 7 لعام 1990م"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،

مج 36، ع 2، عام 2020م.

٢. حسون هجيج و فاهم اليعكوبي ، التحقيق الإداري وأثره على نتيجة التحقيق الجنائي،

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 2، العراق، عام

2018م.

٣. د. مهند نوح، التأديب الإداري، الموسوعة القانونية المتخصصة، منشورات هيئة

الموسوعة العربية، ط1، المجلد الثاني، دمشق، عام 2010م.

رابعاً- القوانين والأحكام القضائية:

١. القوانين النازمة للوظيفة العامة في سورية ومصر وفرنسا.
٢. أحكام القضاء الإداري في سورية ومصر وفرنسا.
٣. قانون الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش السورية رقم 24 لعام 1981م .

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Art (L.530-1) de l'ordonnance n 1574- 2021 du 24 novembre 2021 portant partie Législative de la loi sur la fonction publique, disponible sur le site.
2. E.Eisenberg, l'audition du citoyen et motivation des décisions administrative individuels, harmattan, 2000.
3. TOFAN, M, and, MARIA, A,- Disciplinaire liabilities of the European public Servants. 2009.
4. G.vedel, P.dévolve, Droit administrative, tome1, 12édition, 1993.
5. Bandet, Pierre. Lo droit disciplinaire dans la fonction publique territorial, de moniteur Paris,1990.

النظام القانوني للموظف الدولي

الدكتور صبحي العادلي¹

الملخص:

لا يمكن للمنظمات الدولية أن تمارس وظائفها وتحقيق أهدافها إلا بواسطة جهاز إداري يضم مجموعة من الموظفين الدوليين وبالتالي الموظف الدولي هو الذي يعبر عن المنظمة وتدير شؤونها بواسطته كما تحرص المنظمات الدولية على تحديد النظام القانوني الذي ينظم العلاقة بين هؤلاء الموظفين وإدارة المنظمة على النحو الذي يتناسب ومصالحها فتمنحه مجموعة من الحقوق وترتب عليه مجموعة من الواجبات يلتزم بها أثناء أداء عمله.

الكلمات المفتاحية: المنظمة الدولية – الموظف الدولي -حقوق- واجبات-
حصانات

Summary

The legal system for international employees
International organizations cannot exercise their functions and achieve their goals except through an administrative body that includes a group of international employees, and therefore the international employee is the one who expresses the organization and through whom its affairs are managed. International organizations are also keen to define the legal system that regulates the relationship between these employees and the management of the organization in a way that suits their interests, so they grant it A set of rights and a set of duties that he is obligated to fulfill while performing his work.

¹ عضو هيئة تدريسية في كلية الحقوق جامعة حمص
عميد كلية الحقوق جامعة الوادي الدولية الخاصة

Keywords: international organization – international employee
– rights – duties – immunities

المقدمة:

المنظمة الدولية أياً كان شكلها وأياً كان العمل الذي تقوم به لا يمكنها أن تباشر الإختصاصات المنوطة بها والوظائف المعهودة إليها إلا من خلال جهاز إداري يعمل فيه أشخاص طبيعيون يطلق عليهم اسم الموظفين الدوليين ويمكن في ضوء الدور الذي يلعبه هؤلاء الموظفين الحكم على مدى فعالية المنظمة في النهوض بالمسؤوليات الملقاة على عاتقها.

ويلتزم الموظفون أثناء أداء مهامهم بمجموعة من الواجبات والالتزامات التي أقرتها مختلف المنظمات الدولية في أنظمتها ولوائحها الوظيفية ولقد كلن لهذه الواجبات التي تفرض على الموظف دوراً في تكريس أعلى مستوى من الحياد والاستقلال والولاء للمنظمة، كما أن نفس اللوائح كفلت له العديد من الحقوق والامتيازات يكاد يكون مضمونها ومحتواها واحد في جميع المنظمات الدولية مع وجود اختلافات بسيطة.

أهمية البحث: تنبع أهمية البحث من خلال وضع الموظف الدولي على صعيد العمل بالمنظمة الدولية فهو الدعامة والركيزة التي يتوقف عليها نجاح المنظمة في تحقيق أهدافها والمنفذ لسياستها حيث يقوم بتسيير مختلف أعمال المنظمة كما يساهم في ارتقاء المنظمة وتطوير المجتمع الدولي.

إشكالية البحث: تكمن مشكلة في تحديد المركز القانوني للموظف الدولي وطبيعة ارتباطه بالمنظمة الدولية، وهذه الإشكالية تثير التساؤلات التالية:

-ما المقصود بالموظف الدولي والعناصر اللازمة لتوافرها فيه؟

-ماهي الحقوق التي يتمتع بها والواجبات المترتبة عليه ؟

-ما طبيعة العلاقة بينه وبين المنظمة الدولية؟

-ما هو نطاق الحصانات والامتيازات الممنوحة له من أجل ممارسة وظيفته ؟

أهداف البحث: يهدف البحث إلى

-إلقاء الضوء على تعريف الموظف الدولي وتمييزه عن غيره

-تكييف العلاقة بين الموظف الدولي والمنظمة الدولية

-الإطلاع على أهم الحقوق والواجبات المترتبة عليه

-توضيح لنطاق الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها.

المنهج المتبع: سيتم اتباع المنهج الوصفي الذي يساعد على توضيح ووصف موضوع الدراسة كن مختلف جوانبه وكافة ابعاده وإبراز أهم النقاط والأفكار لإعطاء صورة واضحة عن الدراسة.

خطة البحث:

المطلب الأول: ماهية الموظف الدولي وعلاقته بإدارة المنظمة

الفرع الأول: مفهوم الموظف الدولي

الفرع الثاني: طبيعة علاقة الموظف بالمنظمة الدولية

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على رابطة الوظيفة الدولية

الفرع الأول: حقوق وواجبات الموظف الدولي

الفرع الثاني: امتيازات وحصانات الموظف الدولي

الخاتمة: نتائج وتوصيات.

المطلب الأول: ماهية الموظف الدولي وعلاقته بإدارة المنظمة

الفرع الاول: مفهوم الموظف الدولي:

أولاً: تعريف الموظف الدولي:

تستعين المنظمات الدولية عند أداء وظائفها ومباشرتها لاختصاصاتها بعدد كبير من العاملين منهم الفني ومنهم الإداري وبعضهم يعمل بصفة دائمة والآخر بصفة مؤقتة (لإنجاز مهام محددة وقتية)

وقد تصدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في إبريل عام 1949 بشأن التعويض عن الأضرار التي تلحق موظفي هيئة الأمم المتحدة أثناء تأديتهم لأعمال وظائفهم لتعريف الموظف الدولي فقررت أنه: كل موظف بأجر أو بدون أجر يعمل بصفة دائمة أم لا يُعين بواسطة أحد أجهزة المنظمة لممارسة أو

المساعدة في ممارسة إحدى وظائف المنظمة، وهو باختصار كل شخص تعمل المنظمة بواسطته²

وقد تطرق الفقه العربي إلى تعريف الموظف الدولي حيث يرى الدكتور صلاح الدين عامر أن الموظف هو كل من تكلفه المنظمة بالتفرغ على وجه الإستمرار للقيام بعمل من أعمالها تحت إشراف أجهزتها المختصة وطبقاً للقواعد الواردة في ميثاقها ولوائحها .

ويرى الدكتور عبد المعز عبدالغفار نجم أن الموظف الدولي هو كل من يعمل في خدمة إحدى المنظمات بصفة مستمرة ودائمة وفق ما تمليه أحكام ميثاقها ولوائحها مستهدفاً تحقيق صالح المنظمة وأهدافها³

وذهب الدكتور عصام زناتي إلى أن اصطلاح الموظف الدولي يشير إلى مباشرة وظيفة عامة في خدمة منظمة بصفة دائمة ومطلقة والخضوع لنظام قانوني دولي⁴

أما بالنسبة للفقه الغربي فقد عرف الأستاذ بول رويترز الموظف الدولي بأنه ذلك المستخدم الدولي الذي يحدد نطاقه القانوني من خلال قواعد خاصة غير خاضعة لأي قانون وطني ويمارس وظائف دولية مستمرة ودائمة.

أما الأستاذ كلود البيروكوليار فقد عرف الموظف الدولي بأنه كل شخص مختار بواسطة منظمة دولية أو حكومية ويمارس بصفة دائمة ومستمرة في إطار نظام قانوني خاص مقام بواسطة المنظمة ووظائف تهدف إلى تحقيق صالح المنظمة ذاتها⁵

نستخلص مما تقدم أن وصف الموظف الدولي يطلق على كل من يعمل في خدمة إحدى المنظمات الدولية بصفة مستمرة ودائمة ووفق ما يمليه أحكامها وميثاقها ولوائحها مستهدفاً تحقيق صالح المنظمة وأهدافها⁶

ثانياً: العناصر الأساسية اللازمة لاكتساب صفة الموظف الدولي

²مصطفى أحمد فواد، النظرية العامة للقانون والتنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986، ص167.

³عبد المعز عبدالغفار نجم، القانون الدولي الإداري، دار النهضة العربية، 1996، ص48

⁴عصام زناتي، القضاء الدولي الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1194، ص40

⁵مشار إليه في مؤلف الأستاذ الدكتور محمد صافي يوسف، النظرية العامة للمنظمات الدولية مع دراسة تطبيقية للمنظمات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، 2003، ص161

⁶جمال طه ندا، مسؤولية المنظمات الدولية عن أعمال موظفيها، ص 55

ثمة مجموعة من العناصر يجب توافرها في الشخص ابتداءً حتى يصح أن يطلق عليه اصطلاح الموظف الدولي وهذه العناصر هي:

1- أن يؤدي عمله خدمةً لصالح منظمة دولية أو أحد فروعها لا يعتبر موظفاً من يؤدي عمله خدمة لدولة معينة أو أي مؤسسة دولية لا يطلق عليها وصف المنظمة الدولية⁷

2- خضوع الموظف في مباشرة عمله لإشراف أجهزة المنظمة الدولية ووفقاً لما يمليه أحكام ميثاقها ولوائحها وبالتالي لا يعتبر موظف دولي من يخضع في أداء عمله لقوانين دولته أو تعليماتها⁸

3- أن يستهدف من خلال ممارسته لعمله تحقيق صالح المنظمة وليس صالح دولة بعينها.

4- أن يكون متفرغاً لأداء عمله بالمنظمة أي أن يكرس لها جل نشاطه فالموظف هو مستخدم يعمل بصفة مستمرة في المنظمة الدولية⁹

5- ألا يتلقى أي تعليمات من أي دولة أو جهة غير المنظمة التي يعمل بها أثناء قيامه بأداء وظيفته وعليه أن يمتنع عن القيام بأي عمل قد يسيء لمركزه بوصفه موظف دولي.

الفرع الثاني: طبيعة علاقة الموظف بالمنظمة الدولية:

إن مسألة تحديد طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالمنظمة لم تكن تثار إلا بعد أن تطورت الوظيفة الدولية واكتمل نموها في ضوء نظام الأمم المتحدة حيث كان الوضع في فترة ما قبل التنظيم الدولي عموماً ومرحلة اللجان والاتحادات الدولية خصوصاً مختلف تماماً خاصة وأن الموظف الدولي كان يتبع دولة المقر ويخضع لنظامها ولوائحها أما بعد ظهور التنظيم الدولي وخاصة بعد نشأة الأمم المتحدة فقد كان للمنظمة كيانها الإداري المستقل من هنا ظهرت الحاجة الماسة إلى بيان

⁷ جمال طه ندا، الموظف الدولي -دراسة مقارنة في القانون الإداري الدولي- الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص55

⁸ عبد المعز عبدالغفار نجم، مرجع سابق، ص 49

⁹ نورة فرغلي عبدالرحمن محمد- مسؤولية الموظف عن أخطائه ومدى مسؤولية الدولة عنها، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، ص116

طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالمنظمة التي يعمل لديها¹⁰ وتطبيقاً لذلك ظهرت ثلاثة نظريات:

النظرية الأولى: تقوم على أساس أن العلاقة بين الموظف والمنظمة أساسها عقد العمل المبرم بين الموظف والمنظمة الذي يقوم على أساس التساوي في الحقوق والواجبات من الناحية القانونية وطبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فينتج عن هذا المبدأ أن العقد وحده هو المرجع الأول في حل كل ما يطرأ على العلاقة الوظيفية من مشكلات¹¹

ويرى مؤيدو هذه النظرية أن الأخذ بها لا يتعارض وطبيعة الوظيفة الدولية لذلك فإن وصف الموظف لا يتعارض مع إخضاع علاقة الموظف بالمنظمة لأساس تعاقدية لأن الموظف هنا يظهر بصفته شخصاً من أشخاص القانون الداخلي

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أن الأخذ بها يؤدي إلى أن تصبح الإدارة مقيدة بشروط العقد حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بسير المرفق العام الدولي كما يجعل الموظف بعيداً عن المفاجآت التي تنتج حتماً عن التعديلات التي قد تطرأ بعد دخوله الخدمة الدولية¹²

النظرية الثانية: حاول أصحاب هذه النظرية أن يتجنبوا النقد الذي وجه للرأي الأول فذهبوا إلى الاتجاه المعاكس وقالوا أن العلاقة بين الموظف والمنظمة هي علاقة تنظيمية لائحية أساسها اللوائح التي تضعها المنظمة بشكل منفرد وهي بذلك قابلة للتعديل من قبل المنظمة بحسب ما يتفق ومصلحتها دون المساس بحقوق الموظفين المكتسبة¹³ ويرى مؤيدو هذه النظرية أن هذا الوضع اللائحية يضمن سلفاً ثبات وظائفهم واحترام مراكزهم وحقوقهم ومنع التعسف في مواجهتهم ذلك أن اللوائح الوظيفية التي تضعها المنظمات تكفل استقرار أوضاع موظفيها¹⁴

وقد انتقد بعض الفقه الدولي هذا المذهب على أساس أن القول بأن الموظف الدولي إذا أخضع لوضع قانوني قابل للتعديل دون حاجة إلى موافقته قد يؤدي إلى التضحية بحقوق هذا الموظف لصالح الإدارة الدولية التي قد تسيئ استعمال هذا

¹⁰ جمال طه ندا، مرجع سابق، ص 101

¹¹ محمد اسماعيل عليه، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي، 1982، ص 207

¹² عبدالعزيز سرحان القانون الإداري الدولي، دار النهضة العربية، 1990، ص 107

¹³ قيصير سالم يونس، المسؤولية القانونية للموظف الدولي، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، العدد 47،

2011، ص 164

¹⁴ جمال طه ندا، المرجع السابق، ص 104

الحق القانوني كذلك خضوع الموظف الدولي لمركز قانوني مصدره القانون الدولي العام يؤدي بالضرورة إلى الإعراف للفرد بالشخصية القانونية الدولية وهو أمر يستحيل قبوله¹⁵

النظرية الثالثة: طبقاً لهذا الاتجاه فإن العلاقة بين الموظف والمنظمة علاقة مختلطة تضع الموظف إزاء المنظمة في مركز وسط فيجعل من علاقته بالمنظمة علاقة لائحية وتعاقدية معاً وطبقاً له فالموظف يكون خاضع بموجب اتفاق تعاقدي لنظام قانوني مرن قابل للتغيير وفقاً لمصالح المنظمة إلا أنه يضمن ضرورة احترام الحقوق المكتسبة للموظفين الدوليين وهذا ما تضمنته المادة 12 من اللائحة التنفيذية لموظفي الأمم المتحدة التي تشير إلى أن التعديلات التي تجري على الأنظمة واللوائح في المنظمة يجب ألا تتال من الحقوق المكتسبة للموظفين وبالتالي ووفقاً لهذا الاتجاه يكون الإعراف للمنظمة بسلطة تنظيم وإعادة تنظيم مرافقها الإدارية وفقاً لمصالحها التي تقتضي استبدال أو حذف الوظائف وتقليل عدد الموظفين لكن بشرط عدم الإضرار بهم إضافةً لمراعاة ضماناتهم طبقاً لشروط عقودهم الفردية¹⁶

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على رابطة الوظيفة الدولية:

تتولد عن رابطة الوظيفة الدولية عدة آثار ونتائج تتمثل فيما تفرضه هذه الوظيفة من واجبات على الموظف الدولي وما ترتبه له من حقوق وتظل هذه الآثار تلازم الموظف ما بقيت الوظيفة وأحياناً بعد انتهاء الوظيفة، حيث تحدد المواثيق المنشئة للمنظمات ولوائحها وعقود العمل واتفاقيات المقر الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الموظف والتي يكاد يكون مضمونها ومحتواها واحداً في جميع المنظمات مع وجود اختلافات بسيطة.

الفرع الأول: واجبات الموظف الدولي وحقوقه:

أولاً: واجبات الموظف الدولي:

يلتزم الموظف الدولي بمجموعة من الواجبات والتي هي في الأصل مقررّة لمصالح الوظيفة الدولية ولا تخرج عما هو مقرر من واجبات الموظف في الأنظمة الداخلية مع بعض الاختلافات البسيطة، وأهمها:

¹⁵ محمد أحمد صفوت، النظام التأديبي للموظفين الدوليين، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2009، ص55

¹⁶ أحمد أبو الوفا-الوسيط في قانون المنظمات الدولية- دار النهضة العربية، مصر، ط1، 1998 ص124

1-التفرغ للوظيفة: ويعني أن يكرس الموظف كل وقته وجهده في الوظيفة فلا يؤدي أي عمل خارج نطاق وظيفته إلا بتصريح رسمي من الإدارة الدولية إذا كانت أنظمة التوظيف تسمح بذلك وأن يسخر كل إمكانياته وقدراته لخدمتها ويخصص نشاطه لتحقيق مصالحها دون أن يستفيد مادياً من الأنشطة التي يديرها داخل المنظمة¹⁷

وتفرغ الموظف لمباشرة وأعمال وظيفته يعتبر واجباً أساسياً من شأنه أن ينفذ بالموظف الدولي عن الخضوع لأية مؤثرات خارجية وقد أشار لائحة موظفي الأمم المتحدة إلى هذا الواجب حيث أكدت المادة 1/1/ منها على أنه لايجوز للموظف الاشتغال بأي مهنة خارجية سواء لقاء أجر أو بدون أجر إلا بموافقة الأمين العام. أمام بالنسبة لموظفي جامعة الدول العربية فقد حظرت المادة 2/ منها أن يجمع موظفي الجامعة بين وظيفتهم وبين أي عمل آخر إلا في الحالات الاستثنائية التي يوافق عليها الأمين العام كتابة

2-الأمانة والنزاهة والحياد : تعد النزاهة والحياد من أهم صفات الموظف الدولي الذي عليه أن يعمل بأمانة متجرداً من كل ما من شأنه أن يؤثر على عمله ويجعل نصب عينه مصلحة المنظمة فوق أي مصلحة أخرى وهذا الواجب قد يظل يلزم الموظف حتى بعد انتهاء خدمته بالمنظمة فيظل ملتزماً بواجب النزاهة فلا يقبل بعض المناصب أو الوظائف سواء بالمقابل أو بالمجان وذلك خلال فترة محددة تلي تركه للخدمة¹⁸

وفي هذا الصدد نصت المادة 2/1 من النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة يتمسك الموظفون بأعلى مستويات النزاهة والمقدرة ويشمل مفهوم النزاهة على سبيل المثال لا الحصر الاستقامة والعدل والأمانة والصدق في جميع الأمور التي تمس عملهم ومركزهم، وبدورها أكدت المادة 1/6 من النظام الأساسي لموظفي المنظمات العربية المتخصصة على أنه يتعين على الموظف أن يؤدي وظيفة المنوطة به بدقة وإخلاص وأن يراعي مصلحة المنظمة وأن يلتزم بتطبيق أنظمتها.

3-:الاستقلال عن دولة الجنسية والولاء للمنظمة: يجب أن يكون الموظف مستقلاً عن الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته فلا يجوز له أن يتلقى أي تعليمات أو توجيهات

¹⁷صلاح الدين فوزي، النظام القانوني للوظيفة العامة الدولية-دراسة مقارنة -دار النهضة العربية- 1991 ص69

¹⁸غزيل عائشة، الحماية القانونية للموظف الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - الجزائر،

2019، ص44

من حكومة هذه الدولة أو اية سلطة أو دولة معينة كدولة المقر أو اي دولة اخرى فهو يعمل في استقلال كامل عن دولة الجنسية متحرراً من كل قيود تؤدي إلى إخضاعه لسيطرة سلطة ما خارج المنظمة الدولية ولذلك يجب عليه أن يمتنع عن ممارسة أي عمل قد يسيئ إلى مركزه بوصفه موظفاً دولياً مسؤولاً فقط أمام المنظمة الدولية التي يعمل بها¹⁹

وقد اكدت المادة 1/100 من ميثاق الأمم المتحدة ليس للأمين العام ولا للموظف أن يطلبوا أو يتلقوا في تأدية واجبه تعليمات من اية حكومة او من اية سلطة خارجية عن الهيئة وعليهم أن يمتنعوا عن القيام بأي عمل قد يسيئ إلى مراكزهم بوصفهم موظفين دوليين مسؤولين أمام الهيئة وحدها.

4- الإلتزام بإطاعة الأوامر الصادرة له من الرئيس الإداري والرئيس الأعلى:

يعتبر هذا الواجب أحد الواجبات الأساسية التي يتعين على الموظف الدولي الإلتزام بها فهو ملزم باحترام سلطة رئيسه الإداري وذلك من خلال تنفيذ الأوامر والتعليمات التي يصدرها من أجل انتظام سير العمل داخل المنظمة وتحقيق أهدافها²⁰

ومن أجل احترام السلطة الرئاسية وما يترتب عليها من تحديد للمسؤولية فقد بنيت الهياكل الإدارية للمنظمات على شكل هرمي تتدرج فيه المستويات الأدنى للأعلى²¹ وقد اشارت إلى هذا الواجب المادة 2/1 من النظام الأساسي لموظفي الامم وأكدت على أن الموظفين خاضعون لسلطة الأمين العام وهو الذي ينتدبهم لأي نوع من انواع العمل أو اي وظيفة من وظائف الأمم المتحدة.

5- مراعاة الكتمان وعدم إذاعة ما يضر بالمنظمة: لكل وظيفة أسرار تحتفظ بها لنفسها بحيث لايجوز أن يطلع عليها إلا العاملين بالمنظمة لما قد يترتب على إفشائها والإطلاع عليها من قبل الغير إضرار بمصلحة المنظمة ولذلك كان لزاماً على الموظف الذي يعمل في خدمة منظمة ما ألا يفشي هذه الأسرار أو يستخدمها لمصلحته الشخصية ويظل هذا الواجب لصيقاً بالموظف بعد تركه لوظيفته فكل ما يتصل بالعمل يظل في طي الكتمان ولايجوز الخوض فيه أو إفشائه²² وبحسب نص المادة 2/1 من النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة فإنه لايجوز للموظف

¹⁹ عبدالعزيز سرحان، مرجع سابق، ص120

²⁰ علي يوسف شكري، المنظمات الدولية، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2021، ص54

²¹ محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، النظرية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1977

²² جمال طه ندا-المرجع السابق-ص122

أن ينقل إلى أي حكومة أو كيان أو أي جهة أخرى أية معلومات يكون قد اطلع عليها بحكم مركزه الرسمي ويعلم بأنها لم تعمم لانتقضي الإلتزامات بإنهاء الخدمة.

6- عدم قبول الأوسمة والمنح الشرفية: لا يحق للموظف الحصول على الأوسمة أو أية ميزة شرفية أو أدبية من أي جهة غير المنظمة مالم يكن أذن له بذلك حتى لا يفقد الموظف الدولي استقلاله ويصبح تحت هيمنة تلك الجهات وهو أمر يضر بمصلحة المنظمة بدون أدنى شك وقد ورد هذا الحكم بصورة مطلقة في النظام الأساسي لموظفي جامعة الدول العربية، إلا أن هناك استثناء في هذا الصدد ينصرف إلى ما قد يستحقه الموظف من تكريم أو مزايا يتعلق بأداء الخدمة العسكرية أو القومية²³

ثانياً : حقوق الموظف الدولي: يتمتع الموظف في مقابل الخدمات التي يؤديها للمنظمة بمجموعة من الحقوق تكاد تجمع عليها كافة المنظمات الدولية لعل أهم هذه الحقوق هي :

1- الحق في الراتب وتوابعه: فهو أول حق يتقرر للموظف يتمثل في منحه راتباً مقابل العمل الذي يقوم به في خدمة المنظمة ويشمل كافة الحقوق المالية التابعة له المرتبطة به كالعلاوات والبدلات والاجور الإضافية والمكافأة²⁴ ويقوم الموظف الأكبر في المنظمة سواء أكان أمين العام أو مدير عام أو محافظ بوضع اللوائح الخاصة بذلك مع بيان التدرج القائم بين الدرجات المختلفة للموظف وفقاً لمعايير معينة جاء بلائحة موظفي الأمم المتحدة في المادة 3: أن للأمين العام تحديد مرتبات موظفي المنظمة

ويقع الإلتزام بدفع رواتب الموظفين على ميزانية المنظمة الدولية وليس على عاتق الدول الأعضاء وفيما يخص العملة التي يدفع بها فإنها تكون من عملة المقر²⁵

2- البدلات : تمنح للموظف حسبما تقتضي طبيعة عمله أو ظروف المنطقة التي يعمل بها والاعتبارات الخاصة التي تستوجب استحقاقه لها²⁶ ومنها :

²³ رجب عبدالمنعم متولي، الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية، ط1، 2001، ص36

²⁴ محمد اسماعيل علي، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب، 1982، ص204

²⁵ غزيل عائشة، مرجع سابق، ص30

²⁶ هبة جمال ناصر عبدالله العلي، المركز القانوني للموظف الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص86

أ-بديل إعالة: يمنح للموظف في حالة وجود معالين من الدرجة الأولى وهم الزوج المعال والولد القانوني للموظف وقد نصت المادة 3/3 من النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة يحق للموظف الحصول على بدل إعالة عن الولد المعال وعن الولد المعاق وعن المعال من الدرجة الثانية.

ب-بديل لغة: يمنح للموظف في حالة إتقانه هو أو من يعولهم لواحدة أو أكثر من اللغات الرسمية للمنظمة التي ينتمي إليها، تطبيقاً لذلك نصت المادة 3 من اللائحة التنفيذية لموظفي الأمم المتحدة: يمنح الموظف المعين تعييناً مستمراً أو دائماً بدل لغة شريطة إتقانه لاثنتين من اللغات الرسمية للأمم المتحدة كما يحق للموظف الحصول على بدل لغة ثاني يدخل في حساب معاشه التقاعدي ويكون معادلاً لنصف مبلغ البديل الأول شريطة أن يثبت إتقانه للغة رسمية ثالثة.

ج-بديل انتقال: يمنح للموظف في حالة تعيينه أو نقله إلى مركز عمل جديد وتطبيقاً لذلك نصت المادة 13/3 من اللائحة التنفيذية لموظفي الأمم المتحدة: يستفيد الموظف الدولي بالأمم المتحدة من منحة بدل التنقل شريطة أن يكون معيناً تعييناً محدد المدة أو تعييناً مستمراً في مهمة لمدة سنة واحدة أو أكثر في عمل ميداني جديد/ أو عمل لمدة خمس سنوات متتالية من الخدمة المتواصلة في نظام الأمم المتحدة في تعيين محدد المدة أو تعيين مستمر.

د-بديل تعلم: يستفيد منه الموظف في حالة وجود أطفال معالين يزاولون تعليمهم بدوام كامل.

ه-بديل اغتراب: يمنح للموظفين الذين ليسوا من رعايا البلد الذي يوجد به مقر المنظمة أو مركز العمل ولم يكونوا يتمتعون فيه بإقامة دائمة وقت تعيينهم.

3-الحق في الترقية: ويقصد بها نقل الموظف إلى الدرجات الأعلى²⁷ بعد توافر شروط أو قواعد محددة وتتم الترقية بالأقدمية أو الاختيار وهذا ما نصت عليه وأكدته لوائح العمل فب المنظمات بالنسبة لنظام الترقية في منظمة الأمم المتحدة فقد حددت المادة 104 من لائحة موظفي الأمم المتحدة ضوابط الترقية بضرورة قضاء الموظف مدة معينة في وظيفته وهي سنة بالنسبة للعاملين من الموظفين المهنيين وستة أشهر بالنسبة لباقي العاملين، ويرقى الموظف الأكفأ أو ممن حل عليه الدور في الوظيفة إلى الدرجة الأعلى من درجة الوظيفة الحالية

²⁷محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق، ص 352

4-الحق في الإجازة: أكدت كافة الانظمة واللوائح الوظيفية على حق الموظف في الحصول على الإجازة وفقاً للشروط والقواعد التي تضعها كل منظمة وهذه الإجازات شبيها بالإجازات المستحقة للموظف العام في الإدارة الوطنية ومن أهم هذه الإجازات:

أ-الإجازة السنوية: يستحق الموظف إجازة سنوية عن كل سنة يقضيها في الخدمة الفعلية وليس عند بداية السنة أو الخدمة مما يعني ضرورة التناسب بين مدة الخدمة الفعلية واستحقاق الإجازة²⁸

ب-إجازة مرضية: يستحق الموظف إجازة مرضية عند إصابته بمرض يحول دون مواصلته لواجباته المهنية وفقاً للقواعد الواردة في هذه اللوائح.

ج-إجازة زيارة الوطن: يمنح الموظف الذي يعمل خارج وطنه إجازة يقضيها في وطنه لذلك لا تمنح هذه الإجازة للموظف الذي يكون مقر عمله بالدولة التي يحمل جنسيتها أو الذي يتمتع بإقامة دائمة في دولة المقر.

د-إجازة الخاصة: يستطيع الموظف الحصول على إجازة خاصة بمرتب كامل أو جزئي أو بدون مرتب حسب ما تحدده اللوائح في المنظمة وذلك في حالات استثنائية كقيام الموظف بدراسة متقدمة أو بحث لصالح المنظمة.

هـ-إجازة الوضع: تستحق الموظفة الدولية الدائمة إجازة امومة تختلف مدتها حسب كل منظمة.

5-الحق في تكوين جمعيات ونقابات: من الضمانات المهمة للموظفين الدوليين وجود جهاز تمثيلي عنهم للدفاع عن مصالحهم²⁹ أمام الجهات الأتية:

الأجهزة التشريعية للمنظمات

الأجهزة الإدارية الدولية

السلطات القضائية

وقد أكدت منظمة الأمم المتحدة على هذا الحق صراحة في المادة 1/8: تنشأ هيئة تمثيل للموظفين ويخول لها حق تقديم مقترحات إلى الأمين العام بشأن القضايا المتصلة برفاههم بما في ذلك شروط العمل والأحوال العامة للمعيشة وغير ذلك

²⁸فتح الله محمد حسن السريري، المركز القانوني للموظف الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013، ص105

²⁹عبدالعزیز سرحان، مرجع سابق، 171

من السياسات الخاصة بالموارد البشرية. والانضمام لهذه الجمعيات يكون اختيارياً خاضع لرغبة الموظف الدولي.

6- الحق في الإضراب: أغلب الأنظمة الوظيفية لكثير من المنظمات لم تنظم حق الإضراب ولكن ظروف العمل قد توجب اللجوء إليه وذلك لكونه حقاً أساسياً للموظف يمارسه ليدافع عن مصالحه إذا شعر بانتهاك لمصالحه دون حاجة للنص عليه في اللوائح والأنظمة الوظيفية³⁰

الفرع الثاني: امتيازات وحصانات الموظفين الدوليين:

يتمتع الموظف الدولي بمجموعة من المزايا والحصانات اللازمة لتحقيق أهداف المنظمة الدولية والمحافظة على حسن أداء مهامها حيث تعد مصلحة الوظيفة الدولية وضمان حسن مباشرة الموظف لواجباته الوظيفية وتمكينه من النهوض بمتطلبات الوظيفة الدولية هو السبب في منحه الحصانات وليس من أجل حماية مصالحه الشخصية أو تمييزه عن غيره من الأفراد³¹

أولاً: مصدر الامتيازات والحصانات: يكاد ينعقد إجماع الفقه على أن الامتيازات تجد مصدرها الأساسي في الإتفاقيات الدولية والمواثيق الخاصة بكل منظمة دولية

1- الإتفاقيات العامة: وهي الإتفاقيات التي تتضمن مبادئ عامة أو تتضمن الأحكام المقررة لحقوق الموظفين الدوليين وحمايتهم الوظيفية. ومنها على سبيل المثال لا الحصر: الاتفاقية العامة لامتيازات وحصانات الأمم المتحدة التي أبرمت وصدرت بقرار من الجمعية العامة في 1946/1/13 وكذلك حصانات وامتيازات موظفي جامعة الدول العربية التي أبرمت في 1953/4/19 وصدق عليها مجلس الجامعة في 1953/5/10³²

تتميز هذه الإتفاقيات بأنه لا يتم الإلتزام بها عن طريق التوقيع عليها بل بإعلان الدولة الانضمام إليها كما أنها تنشئ حقوقاً لصالح الأجهزة الدولية وتفرض التزامات على عاتق الدول التي تنضم إليها.

2- الإتفاقيات الثنائية: وهي عبارة عن الإتفاقيات التي يتم إبرامها بين المنظمة الدولية والدول الأخرى خاصة تلك التي يؤدي الموظف الدولي وظيفته على أرضها بغية الحصول على موافقتها وعلى تمتع الموظف الدولي بالحصانات

³⁰فتح الله محمد حسن السريري، مرجع سابق، ص 117

³¹جمال طه ندا، مرجع سابق، ص 161

³²رجب عبدالمنعم متولي، مرجع سابق، ص 64

والإعفاءات المقررة له بحكم وظيفته خاصة عندما لا تكون هذه الدولة عضواً بالمنظمة الدولية³³

ظهرت الحاجة إلى هذا النوع من الإتفاقيات منذ عهد عصبة الأمم عندما تبين عدم إمكانية دولة غير عضو في المنظمة بالاعتراف بامتيازات وحصانات الموظفين بالمنظمة إلا إذا وافقت على إبرام اتفاقية بهذا الخصوص وقد حدث أن رفضت الولايات المتحدة الأميركية الإعراف لمكتب الإتصال التابع لمنظمة العمل الذي كان مقره بواشنطن ببعض الامتيازات لأنها لم تكن في منظمة العمل الدولية³⁴

3- اتفاقيات المقر: وهي الإتفاقيات التي تبرمها المنظمة مع الدولة التي يوجد مقر المنظمة أو احد فروعها بإقليمها ومن ذلك الاتفاقية المبرمة بين منظمة الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية عام 1948 والاتفاقية بين فرنسا ومنظمة اليونسكو عام 1954 والاتفاقية بين هولندا ومحكمة العدل الدولية عام 1946

ثانياً: طوائف الموظفين الذين يتمتعون بالحصانات والإمتيازات: تتفاوت الامتيازات والحصانات في مضمونها ومداهما بحسب الدرجة التي يشغلها الموظف الدولي وتفرق نصوص الإتفاقيات بين ثلاثة أقسام من هؤلاء الموظفين:

1- كبار الموظفين الدوليين (الأمين العام والأمناء المساعدون): وهؤلاء يتمتعون بحصانة مماثلة في نطاقها وطبيعتها للحصانة الممنوحة للمبعوثين الدوليين طبقاً للقانون الدولي كما يتمتع بنفس الحصانة زوجاتهم وأولادهم القصر³⁵.

2- الموظفين الدوليين: تمثل هذه الطائفة الشريحة الاوسع من الموظفين يمارسون أعمالاً ليس لها طابع يدوي ويعملون تحت رئاسة كبار الموظفين ويتمتعون بالحصانات اللازمة لأداء وظائفهم فقط وأهم هذه الحصانات هي:

- الحصانة القضائية فيما يصدر عنهم بصفتهم الرسمية من أقوال وكتابات

- إعفاءهم من الضريبة على مرتباتهم ومكافآتهم التي يتقاضونها من المنظمة

- إعفاءهم وزوجاتهم ومن يعولون من أقاربهم المقيمين معهم من قيود الهجرة وإجراءات قيد الأجانب وأخذ البصمات.

³³الهادي محمد الوحيشي، مكانة الموظف الدولي ودوره في حل المنازعات الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2006، ص 57

³⁴فتح الله محمد حسن السريري، مرجع سابق، ص 122

³⁵ملاوي إبراهيم، حصانة الموظفين الدوليين، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر عدد 3، 2007، ص 230

-المزايا التي تمنح لنظرائهم في المرتبة من أعضاء البعثات الدبلوماسية المعتمدين لدى الحكومة ذات الشأن فيما يتعلق بالتسهيلات الخاصة بتحويل العملة.

-إعفاء أثاثهم وأمتعتهم التي يستوردونها عند تولية مناصبهم لأول مرة في الدولة ذات الشأن من الرسوم الجمركية

3-الكتبة والمستخدمين المؤقتين: وهؤلاء تعينهم المنظمة من رعايا دولة المقر للقيام بأعمال يدوية ولا يتمتعون بأي حصانة.

الخاتمة: في نهاية هذا البحث لا يسعني إلا أن أورد بعض النتائج والتوصيات :

النتائج:

1-يعتبر الموظف الدولي عصب الوظيفة الدولية وهو كل شخص يتولى وظيفة عامة بصفة مستمرة ومنتظمة وفقاً للنظام الذي تضعه كل منظمة دولية على حد.

2-يتمتع الموظف الدولي بمجموعة من الحقوق يحصل عليها بحكم الوظيفة التي يشغلها ويقابلها مجموعة من الواجبات التي تقع على عاتقه يلتزم بمضمونها.

3-فيما يتعلق بتكييف العلاقة التي تربط الموظف الدولي بالمنظمة الدولية ظهرت ثلاثة نظريات الأولى ترى العلاقة تعاقدية والثانية تراها لائحية والثالثة تراها مزدوجة (تعاقدية ولائحة معاً).

4-تجد الامتيازات والحصانات الممنوحة للموظف الدولي أساسها في الاتفاقيات الدولية العامة والثنائية واتفاقية المقر.

التوصيات المقترحة:

1-ضرورة توحيد القواعد القانونية التي تنظم الخدمة الدولية في كافة المنظمات الدولية.

2-إنشاء معاهد من أجل رفع كفاءة الموظف الدولي وإعدادهم إعداد عالي المستوى .

3-وضع تسلسل محدد لمصادر القانون الدولي بحيث يسمو القانون الدولي على أحكام القانون الداخلي للمنظمة على اعتبار أن هذا التسلسل يساعد على الحد من السلطة التقديرية للإدارة الدولية.

المراجع

أولاً: الكتب العامة:

- أحمد أبو الوفاء، الوسيط في المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، مصر،
1998
- عبدالعزیز سرحان، القانون الدولي الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1990
- عبد المعز عبد الغفار نجم، القانون الدولي الإداري، دار النهضة العربية، مصر،
1996
- علي يوسف شكري، المنظمات الدولية، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق،
2012
- محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدول، النظرية العامة، منشأة المعارف،
الإسكندرية، مصر، 1977

ثانياً : الكتب المتخصصة:

- الهادي محمد الوحيشي، مكانة الموظف الدولي ودوره في حل المنازعات الدولية،
المنظمة العربية للتنمية الإدارية- 2006
- جمال طه ندا، الموظف الدولي في القانون الإداري الدولي -دراسة مقارنة- الهيئة
المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986
- جمال طه ندا، مسؤولية المنظمات الدولية عن أعمال موظفيها
- رجب عبدالمنعم متولي، الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل
المنازعات الدولية بالطرق السلمية، ط 1، 2001
- صلاح الدين فوزي، النظام القانوني للوظيفة العامة الدولية-دراسة مقارنة- دار
النهضة العربية، 1991
- عصام زناتي، القضاء الدولي الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1994

- فتح الله محمد حسن السريري، المركز القانوني للموظف الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013

- محمد اسماعيل علي، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي، 1982
- محمد أحمد صفوت، النظام التأديبي للموظف الدولي، دار النهضة العربية، ط1، 2009

- محمد صادق يوسف، النظرية العامة للمنظمات الدولية-دراسة تطبيقية للمنظمات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، 2003

- مصطفى أحمد فواد، النظرية العامة للقانون والتنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986

ثالثاً : الرسائل العلمية:

- غزيل عائشة الحماية القانونية للموظف الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩.

- نورة فرغلي عبدالرحمن محمد، مسؤولية الموظف عن أخطائه ومدى مسؤولية الدولة عنها، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط

- هبة جمال ناصر عبدالله العلي، المركز القانوني للموظف الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، طبعة 1، 2011

رابعاً: المقالات:

- قيصر سالم يونس، المسؤولية القانونية للموظف الدولي، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، العدد 47، 2011

- ملاوي إبراهيم، حصانة الموظفين الدوليين، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر العدد 3، 2007

خامساً : الوثائق الدولية :

- النظام الأساسي + اللائحة التنفيذية لموظفي الأمم المتحدة المعتمدين بموجب القرار رقم 590/الصادر عن الجمعية العامة، الدورة السادسة تاريخ 1952/2/2.

-النظام الأساسي +اللائحة التنفيذية لموظفي المنظمات العربية المتخصصة
المعتمدين بموجب القرار رقم 2/1777 ،الدورة الثالثة والثمانون تاريخ
2009/2/2

تقييد مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة المغفلة

طالبة الدكتوراه : داليا اسكاف

كلية الحقوق

جامعة حلب

إشراف : د عبدالقادر برغل

الملخص

تناولنا في هذا البحث دراسة موضوع القيود القانونية الواردة على مبدأ حرية تداول الأسهم في الشركات المساهمة المغفلة وقسمنا هذا البحث الى مطلبين - حيث خصصنا المطلب الأول لدراسة القيود القانونية بينما خصصنا المطلب الثاني لدراسة الاستثناءات الاتفاقية التي ترد على مبدأ حرية تداول الأسهم .

الكلمات المفتاحية - القيود - الأسهم - منع - الشركة

داليا اسكاف ، كلية الحقوق ، جامعة حلب ، دكتور عبدالقادر برغل

Restricting the principle of freedom of trading in shares in joint stock companies

Abstract

We have discussed in this research the study of the incoming restrictions subject about the shares exchange in the limited participating companies where we have divided the research into tow demands , the first one is the legal restrictions on the principle of the exchange share freedom while in the second demands we have discussed the subjective agreement restrictions contained on the shares

key word : Restrictions – stocks – to forbid – company .

مقدمة :

يلعب رأس المال في أي شركة كانت وظيفتين أساسيتين الأولى إنه أداة لا غنى عنها في الشركة بصفته القلب النابض للقيام بنشاطها المحدد لها .

أما الوظيفة الثانية : فهو الضمانة الرئيسية لدائني الشركة حيث تعتبر حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة المغفلة من أهم المميزات التي تمتاز بها الشركة المساهمة المغفلة عن شركات الأشخاص التي لا يجوز للشريك فيها أن يتصرف بحصته الا بموافقة جميع الشركاء ، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة فلا تستطيع الشركة اطلاق العنان في التصرفات في الأسهم ، وإنما هناك قيود قانونية نص عليها القانون وقيود اتفاقية وضعها نظام الشركة الأساسي . إلا إنه لا يمكن منع تداول الأسهم بشكل مطلق لأننا في هذه الحالة لن نكون أمام شركة مساهمة لأن حق المساهم في التصرف بأسهمه من النظام العام ولا يجوز حرمانه منه ¹

والشركة المساهمة المغفلة يكون رأسمالها مقسم الى أسهم موزعة بين المساهمين بقدر عدد الأسهم التي اكتتب عليها كل مساهم ، وهذه الأسهم إما أن تكون نقدية ، في حال دفع قيمتها مبلغاً نقدياً من قبل المكتتب أو اسهماً عينية في حال تم دفع قيمتها مقدمات عينية من قبل المكتتب ²

¹ - العكيلي - عزيز - شرح القانون التجاري - الجزء الرابع في الشركات التجارية مكتبة دار

الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 1998 ص 232

² - الفقرة الأولى من المادة /92/ لقانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011

أهمية البحث :

تكمن أهمية هذا البحث في إيضاح مبررات القيود التي ترد على مبدأ حرية تداول الأسهم، هذا من جهة ويلاحظ من جهة أخرى ندرة معالجة هذا الموضوع بشكل مفصل ومستقل حيث أن معظم الذين تطرقوا إليه في كتاباتهم كان من خلال الشركات المساهمة المغفلة. فالقيود التي ترد على مبدأ حرية تداول الأسهم لم تتم معالجتها بشكل معمق وكافي ، ولم تتم تغطيتها من مختلف الجوانب ، ويجب ألا يغيب عن ذهننا أن المشرع السوري الغى قانون التجارة القديم لعام 1949 الذي كان ينظم الشركات التجارية واستبداله بقانون الشركات الجديد (المرسوم التشريعي رقم /29/ لعام 2011) وسيكون من المهم التعرف على موقف المشرع الجديد من هذه المسألة وكما يجب ألا ننسى افتتاح سوق دمشق للأوراق المالية عام 2008 الذي كان يهدف الى تقرير مبدأ حرية تداول الأسهم وليس الحد منها .

إشكالية البحث :

يمكن أن نوضح إشكالية هذا البحث من خلال طرح السؤال التالي :
إذا كانت الاستثناءات القانونية التي أوردها المشرع إنما أوردها في حالات معينة كان الهدف منها حماية مصالح الشركة والمساهمين ، نجد أساسها في النص القانوني فهل حققت هذه الاستثناءات الحماية المنشودة ؟

كما أن الاستثناءات الاتفاقية التي ترد على مبدأ حرية تداول الأسهم قد يصعب حصرها وتحديدتها على اعتبار أن أمر هذه القيود مناط باتفاق الشركاء ، فهل يمكن أن نطلق العنان لمثل هذه الاتفاقات أم إن هناك اعتبارات يجب أخذها بالحسبان لضبط هذه الاتفاقات والحد منها بما ينسجم وطبيعة السهم كورقة مالية قابلة للتداول وبمطلق الحرية؟
وإن الاتفاقيات المقيدة لتداول الأسهم قد ترد في النظام الأساسي للشركة ، الذي يتم وصفه من قبل المؤسسين فقط ، فكيف يتم فرضه على المساهمين ؟

المنهج المتبع :

استخدمت في هذا البحث المنهج الوصفي والتحليلي وذلك من أجل سرد مختلف المفاهيم المتعلقة بعناصر البحث ووصفها بشكل تحليلي يساعد على توضيح وتبسيط محددات البحث المنهج المقارن في حالة ما إذا تعلق الأمر بمسائل تستدعي المقاربة والمقارنة بين القانون السوري وبعض التشريعات الأخرى .

مخطط البحث :

تقيي يدمبداً حرية تداول الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة

مقدمه :

المبحث الأول : التقييد القانوني لتداول أسهم الشركة المساهمة المغفلة

المطلب الأول : منع تداول أسهم المؤسسين

المطلب الثاني : منع تداول أسهم الضمان

المبحث الثاني : التقييد الاتفاقي لتداول أسهم الشركة المساهمة المغفلة

المطلب الأول : تعريف القيود الاتفاقية

المطلب الثاني : صور الشروط المقيدة لتداول الأسهم

الخاتمة

المبحث الأول : التقييد القانوني لتداول أسهم الشركة المساهمة المغفلة

لم يجز المشرع السوري تداول السهم من شخص الى آخر في حالات معينة، ولكن هذا التحريم ليس بشكل دائم وإنما حدده بفترة معينة .

ومن أجل سهولة الدراسة قسمنا هذا المبحث الى مطلبين منع تداول أسهم المؤسسين في مطلب أول ومنع تداول أسهم الضمان في مطلب ثاني .

المطلب الأول : منع تداول أسهم المؤسسين

نصت المادة /97/ من قانون الشركات رقم /29/ لعام 2011 على إنه ((لا يجوز تداول أسهم المؤسسين النقدية والعينية قبل إنقضاء مدة ثلاث سنوات من تاريخ شهر الشركة)) من خلال هذا النص نجد أن المشرع السوري منع تداول أسهم المؤسسين النقدية أو العينية وذلك قبل انقضاء مدة ثلاث سنوات من تاريخ شهر الشركة في سجل الشركة وسجل الشركات ، وبالمقارنة مع التشريعات الأخرى نجد أن المشرع المصري ونظيره الأردني قد حظر تداول العينية والأسهم التي يكتب بها المؤسسين قبل انقضاء سنتين على الأقل من تاريخ تأسيس الشركة ويعد باطلاً كل تصرف يخالف ذلك ¹

ويعود السبب في هذا المنع من أجل ضمان جدية تأسيس الشركة من قبل المؤسسين ومنعهم من التهرب من تحمل أعباء المسؤولية في حال تعثرها ²

وهذا القيد أخذ به المشرع المصري ونظيره الأردني كما ذكرنا سابقاً والحكمة من هذا القيد من وجهة نظرهم إبقاء وصلة المؤسسين قائمة مدة كافية إلى أن تستقر أحوال الشركة وتثبت أسعار أسهمها لأن المؤسسين هم أنفسهم أصحاب فكرة تأسيس الشركة ³

¹ - العكيلي - عزيز - مرجع سابق - ص254

² - حبيب - رضوان - الشركات التجارية - منشورات جامعة حلب - كلية الحقوق - ط1 لعام 2019 ص194

³ - العكيلي - عزيز - مرجع سابق - ص254

فإذا كان السهم من أسهم التأسيس ولم يمض سنتان على منح الشركة حق المباشرة في العمل ، ففي هذه الحالة يتوجب على الشركة ان تضع إشارة حظر التصرف على هذه الأسهم توضع هذه الإشارة على ظهر شهادة ملكية الأسهم المذكورة وفي سجل المساهمين نستطيع القول أن مفاد هذا الحظر هو ضمان النية الحسنة للمؤسسين وجديتهم لإنجاح هذا المشروع وإن مثل هذا القيد يحول دون تأسيس شركات وهمية¹

هذا ولا يجوز تداول الأسهم التي تعطي مقابل الحصص العينية قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وسائر الوثائق الملحقة عن سنتين مائيتين لا تقل كل منها عن اثني عشر شهر من تاريخ صدور المرسوم الذي يرخص بتأسيس الشركة أو تاريخ قيدها في السجل التجاري²

والحكمة من هذا المنع هو حماية جمهور المدخرين من كل تلاعب أو استغلال وإجبار أصحاب الحصص العينية والمؤسسين على البقاء في الشركة خلال مدة السنتين المائيتين التاليتين لتأسيس الشركة حتى تتضح حقيقة المركز المالي³

واستثناء من الاحكام السابقة يمكن نقل ملكية الأسهم التي يكتتب بها مؤسسو الشركة عن طريق الحوالة ، سواء أكانت هذه الأسهم نقدية أم عينية ، من بعضهم البعض أو منهم إلى أحد أعضاء مجلس الإدارة إذا احتاج هذا الأخير إلى تقديم ضمانات للإدارة ، أو من ورثتهم إلى الغير في حالة الوفاة ولكن مع وجود هذا الاستثناء يراعي إنه في حال الانتقال بين المؤسسين فيما بعضهم البعض ، فإنها تبقى خاضعة لحظر التداول ، أما إذا كان الانتقال من بعض المؤسسين الى أحد أعضاء مجلس الإدارة كضمانة لإدارته ففي هذه الحالة لا يجوز تداولها على اعتبارها أسهم ضمان وهذا ما سوف نبحث فيه لاحقاً .

¹ - محمد سامي - فوزي - مرجع سابق - ص375

² - يونس - على حسن - الشركات التجارية - دار الفكر العربي - عام 1957 ص 610

³ - كمال طه - مصطفى - الشركات التجارية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - عام 2000 ص241

تقييد مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة المغفلة

أما في حالة تصرف الورثة في الأسهم للغير فهو حكم تلمية العدالة على اعتبار أن الحوالة على عكس التداول يجوز فيها الاحتجاج على المحال له بالدفع التي قد تكون للشركة قبل المحيل¹

كما أنه لا يجوز تداول شهادات الاكتتاب ولا الأسهم بأكثر من قيمتها التي صدرت بها مضافاً إليه عند الاقتضاء مقابل نفقات الإصدار وذلك في الفترة السابقة على قيد الشركة في السجل التجاري بالنسبة الى شهادات الاكتتاب أو في الفقرة التالية لتاريخ القيد حتى نشر القوائم من سنة مالية كاملة بالنسبة الى الأسهم ، إلا وفقاً للشروط والإجراءات التي يصدر بها قرار وزير الاقتصاد (المادة /46/ من قانون /159/ لعام 1981 معدلة بالقانون /159/ لعام 1998) وكانت الحكمة من هذا الحظر هو منع الحظر الذي قد يلحق جمهور المدخرين وذلك نتيجة تسرعهم وشراء الصكوك المعلن عنها بأكثر من قيمتها الحقيقية متأثرين بالدعاية الكبيرة وحملات الإعلانات الكاذبة التي تصاحب عادة تأسيس الشركات الجديدة وبعد أن تتضح الأمور بنشر الشركة ينصدمون بأنهم كانوا ضحية وهم كاذب فتنهار القيمة السوقية لأسهمهم وتضيع مدخراتهم²

المطلب الثاني : منع تداول أسهم الضمان

أوجب المشرع على عضو مجلس الإدارة أن يقدم عدداً من الأسهم التي تعتبر ضماناً للمسؤولية التي قد تنشأ على عاتقه من الأخطاء التي يمكن لمجلس الإدارة ارتكابها في معرض إدارة الشركة ، هذه الأسهم يطلق عليها أسم (أسهم الضمان) .

¹ - كمال طه - مصطفى - مرجع سابق - ص 241

² - فريد العريني - محمد - الشركات التجارية - جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق - عام 2022- 2023 ص 340

والنظام الأساسي للشركة هو الذي يحدد عدد الأسهم التي يجب على عضو مجلس الإدارة تملكها وذلك للتأهل لعضوية مجلس الإدارة ، ولا يشترط في هذه الحالة امتلاك هذا العدد من الأسهم عند اجراء الانتخاب للتأهل لعضوية مجلس الإدارة وإنما يستكمل هذا النصاب في ثلاثين يوماً من الانتخاب وإلا تسقط العضوية حتماً¹

ويخصص هذا القدر من الأسهم من أجل ضمان جودة عمل العضو للأعمال المنوطة به وعدم إساءة استعمال الشركة²

حيث يمنع من التصرف فيها خلال الفترة التي يتمتع فيها بهذه العضوية والهدف من وجود هذه الأسهم ضمان مسؤولية العضو عن الأخطاء التي يرتكبها خلال عضويته³

كما حظرت المادة /96/ من قانون الشركات رقم /29/ لعام 2011 من تداول اسهم الضمان من قبل عضو مجلس الإدارة قبل انقضاء ستة أشهر من تاريخ انقضاء العضوية في المجلس وهذا الحظر نصت عليه معظم القوانين ومنها القانون المصري الذي صرح بعدم قابلية أسهم الضمان للتداول إلى أن ، تنتهي مدة وكالة العضو ويصدق على ميزانية حظر تداول أهم الضمان التي يقدمها عضو مجلس الإدارة ، وذلك من أجل ضمان إدارته طيلة مدة العضوية ، بل ويجب إيداع هذه الأسهم خلال شهر من تاريخ التعيين في مجلس إدارة أحد البنوك المعتمدة لهذا الغرض ، ويستمر إيداع آخر سنة مالية قام بها بأعماله.

إن هذا الحظر ينصب الى حماية المساهمين من التصرفات الضارة لأعضاء مجلس الإدارة والتي قد تلحق ضرراً بمركز الشركة المالي وبسمعتها من ناحية ومن ناحية أخرى حماية

¹ - الفقرة الأولى من المادة /144/ من المرسوم التشريعي رقم /29/ لعام 2011 تنص ((يحدد النظام الأساسي للشركة عدد الأسهم التي يجب على عضو مجلس الإدارة تملكها للتأهل لعضوية المجلس ولا يشترط في هذه الحالة امتلاك هذا العدد من الأسهم عند اجراء الانتخاب وإنما استكمال هذا النصاب في مدة ثلاثين يوماً من الانتخاب وسقطت العضوية))

² - العكيلي - عزيز - مرجع سابق - ص256

³ حمزة بن الذيب - القيود الواردة على تداول الأسهم - رسالة ماجستير - جامعة محمد بوضياف - المسيلة - 2017-208

تقييد مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة المغفلة

الغير من دائني الشركة في حال رجوعهم بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية المدنية على أعضاء مجلس الإدارة نتيجة التصرفات الضارة التي قد يقترفها المجلس¹

المبحث الثاني التقييد الاتفاقي لتداول أسهم الشركة المساهمة المغفلة

الشركات المساهمة المغفلة يحكمها نظام قانوني يحدد كل ما يتعلق بإدارتها وتسييرها كتعيين أعضاء مجلس إدارتها إلى غاية نهايتها سواء بإنهاء المدة المحددة لها أو بتصفيتها وإفلاسها وسوف ندرس في هذا المبحث في تعريف القيود الاتفاقية في مطلب أول وفي صور الشروط المقيدة لتداول الأسهم في مطلب ثاني

المطلب الأول : تعريف القيد الاتفاقي

القيد الاتفاقي هو القيد الذي يتضمن نظام الشركة هذا القيد يهدف إلى الحد من حق التصرف بالأسهم من طرف المساهمين إلى غيرهم لاعتبارات مختلفة² فقد يحرص المؤسسون على منع الأجانب أو من يتمتعون بثقتهم من تملك أسهم الشركة عندما يراد الاحتفاظ بالطابع الوطني أو عندما لا يرغبون ببيع الأسهم إلى أشخاص ينافسون الشركة³

والمبدأ أن هذه القيود يجب ألا تؤدي إلى القضاء التام على حق المساهم في بيع أسهمه في أي وقت وإلا كانت باطلة ، فلا يجوز النص في نظام الشركة على حرمان المساهم من حق التنازل عن أسهمه ، كما إنه لا يجوز النص على أن التنازل عن السهم لا يكون إلا بموافقة مجلس الإدارة الذي يحق له أن يرفض الإذن بدون مبررات ودون أن يلتزم بشراء السهم أو بتقديم متنازل إليه آخر⁴

¹ - فريد العريني - محمد - مرجع سابق - ص 260

² - مولود - عبد الباسط كريم = تداول الأوراق المالية - دراسات قانونية مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى

- بيروت 2009 ص 109

³ - العكيلي - عزيز - مرجع سابق - ص 257

⁴ - كمال طه - مصطفى - مرجع سابق - ص 245

فشخصية الشريك في مثل هذه الشركات تصبح ذات أهمية فهي محل اعتباره ، وفي حال انتقال بعض أسهم الشركة الى أشخاص لا يكون هدفهم إلا الربح وعدم مراعاة الأهداف التي من أجلها قد تأسست هذه الشركة وقد يؤدي ذلك الى تغيير طبيعتها .
إن معظم التشريعات ومنهم المشرع السوري لم يعالج مسألة تضمين نظام الشركة نصاً يقيد حرية المساهم بأسهمه ويمكن القول أنه ليس ثمة ما يمنع أن تضمن نظام الشركة ضرورة إجازة تنازل المساهم عن أسهمه من قبل الشركة ويطلق على هذا الحق ما يسمى بشرط الاجازة الذي يعتبر أحد مظاهر الاعتبار الشخصي في الشركة¹

المطلب الثاني : صور الشروط المقيدة لتداول الأسهم

يمكن أن نلخص الشروط المقيدة لتداول الأسهم على خمسة صور رئيسية هي :

1- شرط الاسترداد لمصلحة المساهمين :

بمقتضى هذا الشرط يتوجب على المساهم الذي يبدي رغبته في بيع أسهمه للغير أن يخطر الشركة بذلك مع ذكر أسم المشتري والتمن المعروض ، ويكون من حق أي مساهم آخر استرداد الأسهم خلال المدة التي تحددها الشركة مقابل ثمن عادل ، وفي حال تعدد المساهمين الذين يستخدمون حق الشفعة فإن الأسهم تقسم بينهم بالتساوي مع تقادي تجزئتها

2

2- الاسترداد لمصلحة الشركة :

هذا الشرط يسمح بموجبه لمجلس الإدارة أن يستبعد غير المرغوب فيهم من نطاق الشركة ، ويستعمل مجلس الإدارة حق الاسترداد إما لمصلحة الشركة إذا وجد احتياطي أو أرباح يجوز التصرف فيها فلا يجوز الاسترداد من رأس المال ، أو لمصلحة شخص آخر يحل محل المشتري في الشركة³

¹ - برغل - عبد القادر - قانون الشركات - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية - عام 2020 - ط1 - ص 346

² - حمد الله - حمد الله - مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997 - ص 143

³ - كمال طه - مصطفى - مرجع سابق - ص 247

3- حق الاسترداد في حالة الوفاة

إذا توفى أحد الشركاء تنتقل ملكية أسهمه الى ورثته كأحد منقولات تركته إلا إذا نص نظام الشركة على حقها في استرداد الأسهم في حالة الوفاة ، سواء أكان الاسترداد لمصلحتها أو لمصلحة المساهمين وذلك لمنع الورثة من دخول الشركة ، إلا إنه وفي جميع الحالات يجب أن يكون الشراء بثمن عادل¹

4- شرط تحريم التنازل عن السهم لطوائف معينة كالأجانب أو الأشخاص الذين يمارسون تجارة أو صناعة تعتبر منافسة للشركة²

5- شرط الموافقة :

وبمقتضاه يجب الحصول على موافقة مجلس الإدارة عن تنازل المساهم عن أسهمه للغير وهنا مجلس الإدارة إما أن يوافق أو يعترض ولكن إذا اعترض فإنه يتوجب عليه أن يقترح مشترطاً آخر بنفس الشروط أو أن يسترد السهم لصالح الشركة مقابل ثمن عادل³ على الرغم من أن القيود الاتفاقية وضعت من أجل حماية الشركة والمساهمين فيها ، إلا إن هذه القيود لا يجب أن تؤدي الى حبس المساهم في الشركة أو حرمانه من حقه في تداول الأسهم بحرية وإلا اعتبر هذا تعسفاً من جانب أغلبية المساهمين في مواجهة الأقلية⁴

الخاتمة :

إن أهم ما يميز الشركة المساهمة المغفلة هي أنها تقوم على الاعتبار المالي حيث أن شخصية الشريك ليست محل اعتبار ، ولهذا السبب فإن المساهم له حرية التصرف في

¹ - كمال طه - مصطفى - مرجع سابق - ص247

² - العكيلي - عزيز - مرجع سابق - ص259

³ - كمال طه - مصطفى - مرجع سابق - ص247

⁴ - حمد الله محمد - حمد الله - مرجع سابق - ص54

أسهمه في أي وقت بدون قيد أو شرط ، ودون أن يصدر عن هذا التصرف ضرر بالنسبة للشركة أو الدائنين .

ويمكن تقييد حرية المساهم في التنازل عن أسهمه وذلك بناء على نص قانوني بمنعه من تداول أسهمه ، هذا الحظر أو المنع إما أن يكون دائماً كحظر تداول أسهم الضمان ، حيث أن أغلب التشريعات قد منعت الأعضاء في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبين من تداول أسهم الضمان إلا بعد استقالته أو عزله أو وفاته ، ومصادقة الجمعية العامة على حسابات السنة المالية الأخيرة المتعلقة بإدارته .

وإما أن يكون هذا الحظر مؤقتاً لكمنع تداول أسهم المؤسسين إلا بعد انقضاء مدة معينة بالإضافة الى بعض الاستثناءات الاتفاقية على مبدأ حرية تداول الأسهم وهذه الاستثناءات إما أن تكون مدرجة في النظام الأساسي للشركة أو متفق عليها بين المساهمين ، وهذه القيود لم ينظمها المشرع في المجلع فقد نظم الأحكام الخاصة بشرط الموافقة ، حيث أجاز المشرع عرض إحالة الأسهم للغير

على الشركة من أجل الموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي ما عدا حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو أصل أو فرع وفي حالة الرفض يتوجب على الشركة العمل على ان يشتري الأسهم أحد المساهمين أو الغير أو تشتريها الشركة ذاتها وذلك بموافقة المحيل بقصد تخفيض رأس المال وإذا لم يتحقق ذلك اعتدت الموافقة كأنها صادرة

النتائج :

تستخلص من الدراسة السابقة ما يلي :

1- إن الحكمة من منع تداول الأسهم من أجل أن تتضح حقيقة مركزها المالي وذلك لضمان حماية الأشخاص الذين يتضررون من مخالفة المؤسسين لقواعد التأسيس التي تنص عليه المشرع .

2- الطبيعة المؤسسية للشركة المساهمة إن ابتعاد الشركات عن الطبيعة التعاقدية وسيرها باتجاه الطبيعة المؤسسية جعلت المشرع ينظم هذه الشركات بمواد قانونية صارمة أدت إلى لجوء الشركات للاتفاق فيما بينهم لتخفيف هذه الصرامة .

التوصيات :

١- العمل على تنظيم الاتفاقيات التي يبرمها الشركاء فيما بينهم التي يكون موضوعها الحقوق والالتزامات المالية لهم إسوة بباقي المشرعين الذين نظموا هذه الاتفاقات لأن عدم تنظيمها يؤدي إلى العديد من النزاعات المعروضة أمام القضاء .

٢ - العمل على توعية وثقيف المساهمين في يتعلق بإدارة الشركة وأنهم اصحاب مشروع الشركة وتعميق دورهم في الإدارة وذلك خلال إعطائهم الوسائل اللازمة ليقوموا بهذا الدور .

3- العمل على إيجاد آلية من أجل التوفيق بين المفهوم التعاقدى للشركة الذي يعتمد على مبدأ سلطان الإرادة ، والذي يتيح للشركاء تضمين نظام الشركة ما يشاؤون من أحكام ، وبين النظام القانوني لله الذي تخضع الشركة. بمقتضاه لمجموعة محدودة من القواعد الآمرة .

قائمة المراجع :

أولاً : القوانين

١- قانون الشركات السوري وتم / ٢٩ / لعام ٢٠١١ .

٢- قانون ١٥٩ لعام ١٩٨١ المصري معدلة بالقانون ٨٥٧ لعام ١٩٩٨ .

ثانياً : الكتب

1- العكلي - عزيز - شرح القانون التجاري - الجزء الرابع في الشركات التجارية - مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع - الطبعة الأولى : ١٩٩٨ ص 232 .

2- حبيب - رضوان - الشركات التجارية - ط ٢٠١٩ - منشورات جامعة حلب . ص ١٩

3- يونس - علي حسن - الشركات التجارية - دار الفكر العربي - بدون دار طباعة - عام ١٩٥٧ ص 610

4- كمال طة - مصطفى - الشركات التجارية - دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية . لعام 2000 ص 241

5- فريد العريني - محمد - الشركات التجارية - جامعة الاسكندرية - كلية الحقوق عام 2022-2023 ص 340

6- مولود - عبد الباسط كريم - تداول الأوراق المالية - دراسات قانونية مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - ط 1 - بيروت ٢٠١٩ ص 109

7- عبد القادر - قانون الشركات - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية - 2020 - ط 1 - ص 346

8- محمد الله - حمد لله - مدى حرية المساهم في التصرف في اسهمه - دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٩٧ ص 143

ثالثاً : الرسائل والأبحاث

حمزة بن الديب - القيود الواردة على تداول الأسهم - رسالة ماجستير - جامعة محمد
بوضياف - المسيلة