مجلة جامعة حمص

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 47 . العدد 9

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**
د.نعيمة عجيب	**رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية**

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	عضو هيئة التحرير

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 الالكتروني : journal.homs-univ.edu.sy

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة حمص

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
- طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
- **اذا كان الباحث طالب دراسات عليا:**

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

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

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

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :**

يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.

- **اذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :**

يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):**

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

1- مقدمة

2- هدف البحث

3- مواد وطرق البحث

4- النتائج ومناقشتها .

5- الاستنتاجات والتوصيات .

6- المراجع.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسـبة لكليات (الآداب – الاقتصـاد– التربية – الحقوق – السياحة – التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):**
- عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
3. أهداف البحث و أسئلته.
4. فرضيات البحث و حدوده.
5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
7. منهج البحث و إجراءاته.
8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
9. نتائج البحث.
10. مقترحات البحث إن وجدت.
11. قائمة المصادر والمراجع.

7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:

أ- قياس الورق 17.5×25 B5.

ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 – يمين 2.5- يسار 2.5 سم

ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8

ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20

ـ كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي ـ العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.

ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.

8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.

9- تقديم أي بحث للنشـر في المجلة يدل ضـمناً على عدم نشـره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.

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

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

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة ـ الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة ـ سنة النشر ـ وتتبعها معترضة (–) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة ـ دار النشر وتتبعها فاصلة ـ 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:

ـــ بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة ـــ المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة ـــ 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 حمص

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

المحتوى

اسم البحث	اسم الباحث	الصفحة
حدود الرقابة الإدارية على المجالس المحلية في ضوء مبدأ المشروعية	بدور غسان الخضور د.محمد الصران	42-11
المعوقات القانونية لتطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي	علاء محمود المصطفى د.محمد محب الدين قرباش	84-43
الرّقابة القضائيّة على مشروعيّة اللّوائح الإداريّة في سوريّة	ضحى رامح معروف د.طارق محمد علي النحاس	152-85
واجبات المحكم وحقوقه	سهام حمود نصر د.علي إبراهيم الجاسم	192-153
العمل بمفهوم المخالفة في ميزان النقد	د.ماهر محمد الهندي	250-193

حدود الرقابة الإدارية على المجالس المحلية في ضوء مبدأ المشروعية

إعداد: بدور غسان الخضور* إشراف: الدكتور محمود الصران**

ملخص البحث

تتنوع أساليب ووسائل الرقابة الإدارية على المجالس المحلية، فضلاً عن تعدد الجهات الممارسة لها، ونظراً للجدل العلمي حول حدود الرقابة الإدارية على المجالس المحلية في ضوء مبدأ المشروعية، وبهدف تسليط الضوء على واقع الرقابة الإدارية في سورية، ووضع المقترحات حول تقديم أنموذجاً أفضل للرقابة الإدارية على المجالس المحلية وفق محددات المشروعية، فقد ناقش هذا البحث جزئية حدود الرقابة الإدارية على السلطات المحلية في ضوء مبدأ المشروعية من منظور مقارن، وتوصل إلى عدد من النتائج والمقترحات.

الكلمات المفتاحية: المجالس المحلية، السلطة المركزية، الاستقلال الإداري، الاستقلال المالي.

* طالبة دكتوراه في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق

** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

Limits of Administrative Control Over Local authorities in the Light of the Principle of Legality

Prepared By:
Boudor Ghassan Khadour*

Supervised by:
Dr. Mohammad AlSawan**

Abstract

The methods and means of administrative control of local councils, as well as the plurality of practitioners, are varied. Given the scientific controversy over the limits of administrative control over local councils in the light of the principle of legality and with a view to highlighting the reality of administrative control in Syria, and to develop proposals on providing better modules for administrative control of local councils according to the determinants of legitimacy This research discussed the partial limits of administrative control over local authorities in the light of the principle of legality from a comparative perspective and reached a number of conclusions and proposals.

Keywords: local councils, central authority, administrative independence, financial independence.

* PH.D Student at public law Department – Faculty of Law – Damascus University.

** Assistant Prof. at public law Department – Faculty of Law – Damascus University

مقدمة

ينطلق نظام الإدارة المحلية في دول عالمنا المعاصر من حتمية وجود علاقة بين السلطة المركزية والسلطات المحلية، وتتجسد هذه العلاقة من الناحية العملية بحق السلطة المركزية ببسط رقابتها على الوحدات المحلية ضمن هيكليتها الإدارية.

بيد أن هذه العلاقة بين السلطة المركزية والسلطات المحلية تختلف شكلاً ومضموناً عن العلاقة بين السلطة المركزية وفروعها، فمن حيث الشكل نكون أمام شخصين إداريين مستقلين استقلالاً إدارياً ومالياً، ولكل منهما اختصاصاته الأصلية المحددة قانوناً، أما من حيث المضمون فلا يجوز للسلطة المركزية التدخل في شؤون الوحدات المحلية إلا بالقدر الذي تسمح به فكرة رقابة المشروعية، أي تنحصر صلاحيات السلطة المركزية على ما حدده المشرع لها من أهداف ووسائل، فتقتصر مهمتها على مراقبة بعض أعمال السلطات المحلية للتأكد من مدى مشروعيتها واحترامها للقوانين والأنظمة النافذة.

فالإشراف والرقابة على أعمال السلطات المحلية وأجهزتها التنفيذية هدفه تحقيق الترابط والتنظيم بين الأجهزة المحلية لتحقيق أهداف السياسة العامة للدولة، ولهذا فهي تعتبر المحدد النهائي لتوجيه أداء ونشاطات السلطات المحلية، حيث إن مبدأ المشروعية في الدولة يتحقق من خلال الرقابة، ولا سيما في مجال الإدارة المحلية، وهذا لم يكن بعيداً عن المشرع السوري لدى تنظيمه للسلطات المحلية عموماً، والرقابة الإدارية على الوحدات المحلية خصوصاً، حيث عمل المشرع السوري على تحديد الرقابة الإدارية ضمن إطار مبدأ المشروعية، وحول ذلك سيكون بحثنا الموسوم بـ "حدود الرقابة الإدارية على السلطات المحلية في ضوء مبدأ المشروعية".

مشكلة البحث وتساؤلاته:

يعد موضوع الرقابة الإدارية على السلطات المحلية وأعمالها من أكثر الموضوعات التي تشغل المشرع الدستوري والعادي في جميع الدول التي تأخذ بنظام اللامركزية المحلية، وذلك يعود لاعتبار الرقابة الإدارية أهم أشكال الرقابة على السلطات

المحلية، إلا أن رغم أهميتها تبدو هذه المؤسسة غير محددة، وهذا ما يؤدي إلى خلل خطير بنظام الإدارة المحلية برمته، لكون الوحدات المحلية أشخاص اعتبارية ذات استقلال نسبي، ويتفرع عن هذه المشكلة التساؤلات الآتية:

– كيف يتجلى الفهم الصحيح للرقابة الإدارية على السلطات المحلية في ضوء مبدأ المشروعية؟

– ما هي الحدود التي يفرضها مبدأ المشروعية على السلطة التي تمارس الرقابة الإدارية على السلطات المحلية؟

– ما هي الأسس القانونية للرقابة الإدارية على السلطات المحلية؟

– ما هي الطبيعة القانونية للرقابة الإدارية على السلطات المحلية؟

أهدف البحث:

لم تبقى الرقابة الإدارية على السلطات المحلية مستقرة، بل طرأ عليها تحولاً جوهرياً في النظم المقارنة، بحيث لم تبقى هذه المهمة مناطة بالسلطة المركزية، وإنما تم تخويل بعض المجالس الكبرى الصلاحية في الرقابة والإشراف على المجالس المحلية الأصغر حجماً منها، وهذا التحول انبثق من كون المجالس المحلية الكبرى هي الأقدر على ممارسة هذه المهمة من جهة أولى، ومن جهة ثانية لتخفيف العبء الملقى على السلطة المركزية.

ومن هنا ستحاول الدراسة الوقوف على واقع الرقابة الإدارية على السلطات المحلية في النظم الغربية المقارنة كالفرنسي والإسباني للاستفادة من التطور التشريعي والقضائي والفقهي في التجربة السورية في الإدارة المحلية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من خلال النواحي الآتية:

الأهمية العلمية:

تعود الأهمية العلمية للبحث من خلال أنه يركز على الرقابة الإدارية على السلطات المحلية التي تعد أكثر المؤسسات المؤثرة على الوحدات المحلية، ولكونها من أكثر الموضوعات التي تحتاج إلى تأصيل وتحليل، وتحاول الدراسة أن تسد فراغاً في نطاق الأبحاث التي تناولت جزئية الرقابة الإدارية على السلطات المحلية.

الأهمية العملية:

تسعى الدراسة إلى تقديم أنموذجاً أفضل للرقابة الإدارية على السلطات المحلية انسجاماً مع مبدأ المشروعية، والذي يمكن تطبيقه في سبيل تطوير العلاقة بين السلطتين المركزية والمحلية.

منهج البحث:

تقتضي الدراسة العلمية لمشكلة البحث، والتساؤلات الناجمة عنها اتباع المنهج التحليلي من خلال دراسة وتحليل كل جزئية من جزئيات البحث في ضوء الأحكام التشريعية والاجتهادات القضائية، والآراء الفقهية، كما سنتبع المنهج المقارن بغية الاطلاع على تجارب الدول الأخرى، واستخلاص النتائج المترتبة على ذلك وتقديم المقترحات الملائمة.

خطة البحث:

تحقيقاً لأهداف الدراسة، والإجابة العلمية عن مشكلة البحث، فإننا سنتبع التقسيم الآتي لمعالجة هذا الموضوع.

المبحث الأول: ماهية الرقابة الإدارية على المجالس المحلية في ضوء مبدأ المشروعية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرقابة الإدارية على المجالس المحلية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للرقابة الإدارية على المجالس المحلية.

المبحث الثاني: نطاق الرقابة الإدارية على المجالس المحلية في ضوء مبدأ المشروعية.

المطلب الأول: نطاق الرقابة الإدارية على تكوين المجالس المحلية ممثلة بأعضائها.

المطلب الثاني: نطاق الرقابة الإدارية على أعمال وأموال المجالس المحلية وتحولاتها.

خاتمة.

المبحث الأول
ماهية الرقابة الإدارية على المجالس المحلية
في ضوء مبدأ المشروعية

تأتي الرقابة الإدارية على المجالس المحلية بغية إقامة التوازن بين المصـــلحة الوطنية، والمصلحة المحلية عن طريق تدخلها لدى الوحدات المحلية ضمن حدود القانون لحماية المصـــلحة العامة من جهة، وحماية الوحدات المحلية من جهة ثانية، ولذلك فهي محددة ضمن إطار مبدأ المشروعية، ويتضح ذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول – الإطار المفاهيمي للرقابة الإدارية على المجالس المحلية

تعد الرقابة الإدارية مقياســـاً يؤخذ بالاعتبار لقياس مدى اســـتقلالية المجالس المحلية، والاســـتقلال هنا يتبلور في تمكن المجالس المحلية من اتخاذ قراراتها في حدود القانون، ولذلك فإن تحليل الرقابة الإدارية باعتبارها مقياساً في نظم الإدارة المحلية يتطلب التعرض للآتي:

الفرع الأول – التلازم بين الرقابة الإدارية ومبدأ المشروعية:

مما لا شـــك فيه أن تمتع الوحدات المحلية بدرجة عالية من الاســـتقلال لا يعني إطلاقاً أنها مســـتقلة تماماً عن الســـلطة المركزية، بل لابد من وجود نوع من العلاقات بينهما، عبر تقنية الرقابة الإدارية[1]، ولذلك فإن دراســـة الارتباط والعلاقة بين الســـلطة المركزية والوحدات المحلية يوجب البحث في الأســـاس القانوني للرقابة الإدارية وتعريفها، ثم دراسة خصائصها وفقاً للآتي:

أولاً – الأساس القانوني للرقابة الإدارية وتعريفها:

تعني الرقابة الإدارية الممارسة من جانب السلطة المركزية على الوحدات المحلية، التوكيد الحقيقي لوحدة الجهاز الإداري للدولة، ووحدة السلطة العامة فيها، والتأكيد على أن

---

[1] د. عبد المعطي العســـاف، محددات عملية التنظيم وتكييفاتها على مســـتوى التنظيم المحلي، بحث منشور في المنظمة العربية للعلوم الإدارية، سلطنة عمان، 1984، ص54.

إبراز التنظيم على المستوى المحلي ليس إلا تنظيماً وظيفياً، ورغم بروز التنظيمات المحلية كأهرامات إدارية إلى جانب الهرم الإداري المركزي، إلا أن ذلك لا يعكس صورة من صور تعدد المراكز المنفصلة بقدر ما يعكس نسقاً موحداً تتعدد مكوناته الفرعية[2].

فالثابت أن الوحدات المحلية تتمتع بالحق في إدارة شـــؤونها ذاتياً، فضـــلاً عن تمتعها باســـتقلال إداري ومالي، غير أن هذا الحق يقابله التزامات متعددة تتجلى بواجب القيام بأداء اختصـــاصـــاتها المنوطة بها قانوناً، ولا يجوز لها أن تتقاعس عن ذلك، وتقوم الســـلطة المركزية بممارســـة الرقابة الإدارية بغية التأكد من قيام الوحدات المحلية لاختصـــاصـــاتها على أكمل وجه، ولذلك فإن الرقابة الإدارية تعد أمراً بديهياً، ولا تتناقض مع حقها في إدارة شـــؤونها ذاتياً، ومن هنا فإن الرقابة الإدارية هي الوجه الآخر لمبدأ اللامركزية الإدارية بإجماع الفقه الإداري[3].

أضف لما سبق، أن نظام اللامركزية الإدارية المحلية بوصفه أحد أساليب التنظيم الإداري هو نظام يستحيل وجوده منفرداً، بل يوجد إلى جانب المركزية الإدارية، وهذا يحتم بالضـــرورة وجود رقابة تمارس من قبل الســـلطة المركزية انســـجاماً مع عناصـــر التكوين الخاصة باللامركزية المحلية من جهة، والغرض من اللامركزية المحلية من جهة أخرى[4].

وبعد دراســـة الأســـاس القانوني للرقابة الإدارية، ســـنبين تعريفها باعتبارها من المصـــطلحات التي انشـــغل بها الفقه القانوني المقارن، وللتدليل على ذلك يكفي الوقوف

---

[2] د. خالد الســـمارة الزعبي، العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة المحلية وأســـاليب تكاملها، بحث منشور في المنظمة العربية للتنمية الإدارية، سلطنة عمان، 2003، ص25.

[3] د. ســـعيد نحيلي، د. عمار التركاوي، القانون الإداري، منشـــورات جامعة دمشـــق، 2018م، ص314.

[4] د. سعيد نحيلي، الإدارة المركزية، بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الأول، دمشق، 2010م، ص145.

على بعض التعريفات التي قال بها الفقه المقارن، ونبدأ من الفقه القانوني الفرنسي، ومن التعريفات التي تبناها هذا الفقه[5]:

حيث عرف الفقيه الفرنسي (Rivero) الرقابة الإدارية بأنها: "الرقابة التي تمارسها أجهزة الدولة المركزية على الأجهزة اللامركزية الإدارية وفقاً لما يحدده القانون".

في حين الفقيهان (Maspelio Y Laroque) فيعرفانها بأنها: "مجموعة السلطات المحددة والمعترف بها قانوناً لسلطة عليا على هيئة لا مركزية أو على أعمالها بهدف حماية المصلحة العامة"[6].

أما الفقيه الإسباني (Enterria) فيعرفها بأنها: "الحكم الإداري الذاتي للمواطنين في الوحدات المحلية بعيداً عن المركزية مع الخضوع لإشراف السلطات المركزية للحفاظ على النظام العام في الدولة"[7].

نستخلص من خلال تأصيل وتحليل التعريفات السابقة أن الرقابة على الوحدات المحلية تشكل أساس اللامركزية الإدارية المحلية، فلا يمكن الحديث عن اللامركزية المحلية دون الحديث عن الرقابة الإدارية، وأيضاً لا يمكن الحديث عن الرقابة الإدارية دون وجود لامركزية، ولذلك نستنتج على نحو أكثر دقة وجود تلازم حتمي بين الاثنتين.

وتأسيساً على ما سبق، فإن عدم وجود الرقابة الإدارية على الوحدات المحلية أو استبعاد الرقابة سيؤدي حتماً إلى الخروج من صورة من صور التنظيم الإداري (اللامركزية الإدارية) إلى صورة من صور التنظيم السياسي (اللامركزية السياسية).

---

[5] Charles Débache, institutions administrative, 2eme éd, Dalloz, Paris, 1972, p.73

[6] Practice Garant, Droit administratif, Paris, 4édition, 1996, p.605.

[7] Charles Débache, institutions administrative, op, cit, p.75.

أما الفقه العربي فيعرفها بأنها: "سلطة رقابية يمارسها شخص معنوي مركزي أو لامركزي على أعمال وأعضاء شخص لامركزي بهدف تحقيق المصلحة العامة"[8].

ومن الفقه[9] من يذهب إلى عدّ فكرة الرقابة الإدارية بأنها رابطة أو علاقة تنظيمية إدارية حيث تقوم بتحديد العلاقة القانونية بين السلطة المركزية والوحدات المحلية في النظام الإداري للدولة، ومن ثم ففكرة الرقابة الإدارية ما هي سوى فكرة قانونية تنظيمية رسمية بحتة.

وفي هذا الصدد نستخلص أن هذا التعريف جعل فكرة الرقابة الإدارية بوصفها علاقة تنظيمية إدارية بين السلطة المركزية والوحدات المحلية، وكأنه يعطي معنى آخر لفكرة الرقابة الإدارية من خلال تحقيق متطلبات التنظيم ومجريات التنسيق.

ومن خلال التعاريف التي ساقها الفقه الغربي أو العربي يمكن أن نخلص إلى أن الرقابة على الوحدات المحلية هي الاختصاص القانوني الممنوح للسلطة المركزية بغية إلزام الوحدات المحلية بالالتزام بالمنظومة القانونية لتحقيق المصلحة العامة للدولة.

ثانياً – خصائص الرقابة الإدارية على الوحدات المحلية:

بعد دراسة الأساس القانوني للرقابة الإدارية على الوحدات المحلية، وبيان تعاريفها، ينبغي التعرض لخصائصها الذاتية، وهذا ما سيكون وفقاً للآتي:

الرقابة المركزية وفقاً لمختلف التعاريف التي عرضناها خصائص متعددة نذكر منها الآتي:

1- الرقابة المركزية ركن من أركان اللامركزية المحلية، فلا يتصور أن يمنح المشرع سلطات واسعة للوحدات المحلية المستقلة وظيفياً، بحيث تصبح مشاركة الدولة في امتيازات السلطة العامة من دون أن يمنح الدولة وأجهزتها في الوقت نفسه سلطات رقابية،

[8] د. عبد الحليم مشري، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس، الجزائر، 2012، ص102.

[9] د. عبد المعطي العساف، محددات عملية التنظيم وتكييفاتها على مستوى التنظيم المحلي، مرجع سبق ذكره، ص58.

للتدخل بهدف منع الأعمال غير المشـــروعة لهذه الوحدات التي تعارض المصـــلحة العامة[10].

2- هي رقابة إدارية، وليست سياسية أو قضائية تباشر من طرف جهة إدارية، وتكون بموجب قرارات إدارية، وتمارس على الأعضـــاء والمجالس المحلية بصـــفة كلية، وعلى الأعمال الصـــادرة عن وحدات الإدارة المحلية بوســـاطة شـــكلية التصـــديق أو عدم التصـــديق عليها وليس للســـلطة المركزية حق تعديل هذه الأعمال، على عكس الســـلطة الرئاســـية التي يجوز فيها تعديل أعمال وقرارات المرؤوس، وعلى عكس الرقابة القضـــائية التي تصـــدر عن القضـــاء بموجب أحكام قضـــائية، والتي تقتصـــر على رقابة المشـــروعية وذلك بناءً على طلب من ذوي الشأن[11].

3- الرقابة الإدارية هي رقابة اســـتثنائية، لأن الأصـــل هو اســـتقلال الشـــخص الإداري اللامركزي، سواء الاستقلال الإداري أم المالي، والاستثناء هو ممارسة الرقابة على هذا الشـــخص، إذ لا يجب أن تصـــل إلى حد إلغاء وإعدام هذا الاســـتقلال، وإلا كانت اللامركزية المحلية وهمية وغير حقيقية، وتخفي مركزية مقنعة، ونظراً إلى الرقابة الإدارية هي رقابة استثنائية فلا بد من تقريرها بنص قانوني[12].

4- الرقابة الإدارية على المحليات رقابة لا تفترض، بل تكون بموجب نصـــوص قانونية، أي لا تحدث إلا في الحدود التي يقرها القانون صراحةً وبالوسائل التي بينها، فلا

---

[10] د. سعيد نحيلي، المبادئ الأساسية والمشاكل القانونية لرقابة المشروعية ولرقابة الملائمة على أعمال السلطات المحلية، رسالة دكتوراه، جامعة لايبزغ، ألمانيا، 1997م، ص67.

[11] د. عبد الحليم مشـــري، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات االمحلية، مرجع ســـبق ذكره، ص105.

[12] د. خالد السمارة الزعبي، العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة المحلية وأساليب تكاملها، مرجع سبق ذكره، ص28.

وصـــاية إلا بنص، وفي هذا الســياق يرى الفقه الفرنســي أنه لا وجود للرقابة الإدارية من دون نص قانوني، ولا وجود لرقابة إدارية تتعدى محتوى النص القانوني.

والأمر السـابق على عكس السـلطة الرئاسـية ويختلف عنها، وذلك بوصـفها رقابة مفترضـة لا تحتاج لنص يقررها، بل تجد أسـاسـاً في علاقة الخضـوع والتبعية التي يتمتع بها الرئيس على المرؤوس، فالأصل هو وجودها والاستثناء هو انتفائها بنص صريح[13].

وما يترتب على إضـفاء الصـفة الاسـتثنائية على هذه الرقابة هو وجوب تفسـير النصـوص المتعلقة بالرقابة تفسـيراً ضـيقاً، وليس موسـعاً، على أسـاس أن هذه النصـوص تعد استثناء من أصل عام، وهو الاستقلال، أي تفسير يتيح احترام مبدأ استقلالية وحدات الإدارة المحليـة، كمـا أنـه إذ نص القـانون على إجراء معين، لا يمكن للجهـة التي تتولى الرقابة أن تلجأ لإجراء رقابي آخر بوصـفه بديلاً عن الإجراء المسـموح به قانوناً، ويترتب على هذه الصـــفة كذلك أنه لا يجوز للوحدات المحلية التنازل لجهة الرقابة ولو جزئياً عن استقلالها النسبي.

وبذلك نســتنتج أن للرقابة الإدارية على المجالس المحلية خصـــائص عدة تميزها عن الرقابة الرئاسية المعروفة في النظام الإداري المركزي، علاوة على أن تلك الخصائص تنسجم مع النظام الإداري اللامركزي المحلي.

<u>الفرع الثاني – تقييد مبدأ المشروعية للرقابة الإدارية على المجالس المحلية:</u>

من الثابت أن جميع السـلطات في الدولة مطالبة باحترام مبدأ المشـروعية، وذلك يكون من باب أولى بالنســبة للوحدات المحلية، وآية ذلك أن القانون أوكل إليها العديد من الاختصاصات الخدمية والتنموية يتعين إنجازها.

وتظهر العلاقة التقييدية لمبدأ المشروعية بالنسبة للرقابة الإدارية، من خلال كون مؤسسـة الرقابة الإدارية في النظام اللامركزي المحلي يظهر مجال تطبيقها في التصـرفات التي تقوم بها الوحدات المحلية، أو على أشـــخاصـــها وذلك بهدف التأكد من توافق هذه

[13] د. ســعيد نحيلي، البلديات، بحث منشــور في الموســوعة القانونية المتخصــصــة، دمشــق، 2010م، ص145.

التصـرفات والأعمال مع القوانين التي تنظمها، وفي إطار الأهداف التي أنشـأت الوحدات المحلية بغية تحقيقها[14].

فالرقابة الإدارية هي رقابة في إطار القانون وجدت لضـــبط تصـــرفات الوحدات المحلية وفقاً للقانون[15]، ونتيجة لذلك تلتزم الوحدات المحلية باحترام مبدأ المشـروعية، وفي حال الإخلال بهذا المبدأ تمارس الوســائل مضــمون الرقابة الإدارية ذات الطابع الوقائي والعلاجي.

وحول ذلك برزت مبادئ عدة تعمل على تقييد الرقابة الإدارية الممارســـة على الوحدات المحليـة، وتعد في حقيقتها تطبيقاً ســـليماً للرقابـة الإداريـة في إطـار مبـدأ المشروعية، وهذه المبادئ هي الآتية:

أولاً – مبدأ تقييد الصلاحيات الرقابية ضمن إطار المشروعية:

ويقصد بهذا المبدأ صـلاحيات السلطات الرقابية من الناحية الوظيفية ضمن إطار مبدأ المشروعية.

وبمقتضــى هذاالمبدأ يجب على وحدات الإدارة المحلية عند إصـدارها لقراراتها أن تتقيد قبل كل شيء بالقانون، والسلطة الرقابية بدورها عندما يعرض عليها عمل من أعمال السلطة المحلية بغية تصديقه، فإنها لا تملك إزاء هذا العمل إلا خياراً واحداً، ألا وهو إقراره وتصـديقه بحال كان موافقاً للقوانين والأنظمة أو رده للسـلطات المحلية من دون إجراء أي تعديل عليه إذا اكتشفت مخالفته للقوانين والأنظمة[16].

فالمبدأ في هذه الحالة يكمن في نواحي المشـــروعية من دون الملائمة، وإعمال الأخير سيؤدي حتماً إلى الانتقاص من حق الوحدات المحلية في إدارة شؤونها ذاتياً.

---

[14] د. خالد ســمارة الزعبي، العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة المحلية وأســاليب تكاملها، مرجع سبق ذكره، ص33.

[15] د. سعيد نحيلي، د. عمار التركاوي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص318.

[16] د. برهان زريق، السلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دمشق، بلا ناشر، 2009م، ص55.

ثانياً – مبدأ التنظيم التشريعي لوسائل الرقابة الإدارية:

اتجه الرأي المتخصص إلى أنه يجب أن يصار إلى تحديد وسائل الرقابة الإدارية التي تباشرها السلطة المركزية على الوحدات المحلية بنص القانون[17]، وهذه الوسائل تتراوح عادةً بين الإذن المسبق في التصرف أو التصديق اللاحق أو الحلول محل الوحدة المحلية، وصـــولاً إلى الوســـيلة الأخطر، التي تتجلى في حل المجلس المحلي بإجراء إداري وفي نطاق مبدأ الحصـر التشـريعي لوسـائل السـلطة الرقابية اتجه بعض الفقه إلى إقامة علاقة وثيقة بين الضـــمانة الدســـتورية ومبادئ الرقابة الإدارية، بمعنى أنه يجب أن تتضـــمن الضـمانة الدسـتورية للإدارة المحلية بعض المبادئ ذات الصـلة بالرقابة الإدارية بهدف أن يصـير شـكل العلاقة تعاونياً بين الطرفين أكثر منه رئاسـياً، وهذا انطلاقاً من أن الضـمانة الدستورية هي الضامنة لوحدة الجهاز الإداري العام للدولة[18].

وذلك بخلاف تنظيم وسـائل الرقابة بوسـاطة الأنظمة واللوائح التي تضـعها السـلطة المركزية، حيث سيكون أكثر خطراً وأشد أثراً، ويعمل على التأثير بوجه مباشر بالاستقلال النسبي لوحدات الإدارة المحلية.

ثالثاً – مبدأ الرقابة القضائية لوسائل الرقابة الإدارية:

يتجلى المفهوم الصـحيح لمبدأ اللامركزية الإدارية بوسـاطة التسـليم بوجود مصـالح أصلية مستقلة عن المصالح الوطنية نسبياً يقع على عاتق الوحدات المحلية عبء إدارتها بعيداً عن توجهات السـلطة المركزية، بيد أن هذا الاعتراف سـوف يفقد بدوره معناه إذا لم يؤيد بحماية قضـائية تمنح للوحدات المحلية الحق في مخاصـمة قرارات السـلطة المركزية في حال الاعتداء على حقها في الإدارة الذاتية.

---

[17] د. سعيد نحيلي، د. عمار التركاوي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص318.

[18] د. سعيد نحيلي، المبادئ الأساسية والمشاكل القانونية لرقابة المشروعية ولرقابة الملائمة على أعمال السلطات المحلية، مرجع سبق ذكره، ص23.

فالضـــمانة القضـــائية لوحدات الإدارة المحلية في مواجهة قرارات ســـلطة الرقابة المركزية (الحق في التقاضـــي) إنما هي من أهم النتائج المترتبة على تمتعها بالشـخصـية الاعتبارية، وذلك بقيام ممثليها برفع الدعاوى باسـمها بهدف اسـترداد حقوقها أو اسـتيفائها حتى وإن كانت السـلطة المركزية أو أي شـخص اعتباري آخر، أو كانت الدعوى بغرض حماية قراراتها من أن تطالها يد السـلطة الرقابية من دون مسـوغ قانوني، أو بغرض تنفيذ عقودها الإدارية[19].

وحول ذلك يرى جانب من الفقه الفرنســي – وتســنده في رؤيته القرارات الصــادرة عن المجلس الدسـتوري الفرنسـي – أن سـلطة الرقابة من حقها اللجوء إلى مجلس الدولة لطلب إلغاء القرارات الصـــادرة عن المجالس المحلية غير المشـــمولة برقابتها ما دامت مشوبة بعيب من عيوب المشروعية.[20]

بيد أن الضـــمانة القضـــائية المقررة لوحدات الإدارة المحلية في مواجهة قرارات السلطات الرقابية تتسع أو تضيق بحسب إرادة المشرع، وخير مثال على ذلك تفوق المشرع الألماني وتفرده نظراً لإعطائه البلديات الحق في الشكوى الدستورية.

فالشـكوى الدسـتورية تكون في حالة انتهاك الحق في الإدارة الذاتية للبلديات، بل إنها طعن منظم على طراز الطعن الدستوري المباشر لأي مواطن يدعي انتهاك السلطات العامة لأحد حقوقه الأسـاسـية، وهي تشـكل ضـمانة مؤسـسـاتية للبلديات، إلا أنه يشـترط لممارسة هذا الحق توافر شرطين اثنين:

– الشـرط الأول: عدم اسـتخدامه إلا بهدف حماية حق الإدارة الذاتية للسـلطات المحلية مع مراعاة المعايير الدستورية الناظمة لسلطات الدولة.

---

[19] د. عمار الشـــمري، الإدارة اللامركزية الإقليمية، الطبعة الأولى، منشـــورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص130.

[20] Marc Guidera, Le contrôle actes des autorités locales en France, université Paris, 2010, P.132.

– الشـرط الثاني: يجب أن تتأثر البلدية التي تقدم الطعن الدسـتوري بوجه مباشـر وحال بالمادة المتنازع عليها[21].

وتطبيقاً لهذا المبدأ يمكن لوحدات الإدارة المحلية في فرنسـا، ومصـر، وسـورية، مقاضـاة سـلطة الرقابة بطلبها إلغاء القرارات الماسـة بحقوقها، ففي سـورية يتولى رئيس مجلس المحافظة تمثيل المجلس أمام القضاء والغير.

وبذلك يتضـح أن سـيادة القانون في العلاقة بين السـلطة المركزية التي تمارس الرقابة والوحدات المحلية يحقق التناسـب بين الرقابة والمسـؤولية المقررة، بحيث تحدث التوازن بينهما ويؤدي إلى استقرار العمل الإداري على مستوى الوحدات المحلية.

ونسـتخلص أيضـاً أن أبرز معيار لنجاح الرقابة الإدارية في تحقيق أهدافها هو مدى تقييدها بالمبادئ القانونية والتنظيمية التي تقع في صلب مبدأ المشروعية.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للرقابة الإدارية على المجالس المحلية

يقتضـي تحليل الطبيعة القانونية للرقابة الإدارية وجوب دراسـة طابعها الوقائي، ومن ثم الانتقال لدراسة مدى اعتبارها رقابة مشروعية أم رقابة ملائمة، وسيكون ذلك وفقاً للآتي:

الفرع الأول – الطابع الوقائي للرقابة الإدارية على المجالس المحلية:

سـنحاول في هذا الفرع الوقوف على التكييف القانوني للرقابة الإدارية، من خلال اسـتعراض أهداف الرقابة الإدارية لكي نخلص بعد ذلك إلى تحديد تلك الطبيعة، حيث تتحدد أهداف الرقابة الإدارية على المجالس المحلية وفق الآتي:

أولاً – حماية المصلحة العامة للدولة:

إن الاعتراف باسـتقلالية الهيئات المحلية وتمتعها بشـخصـية معنوية مسـتقلة في إطار التنظيم اللامركزي، لا يعني بأي حال من الأحوال اسـتقلاليتها عن الدولة بشـكل

[21] د. سعيد نحيلي، المبادئ الأساسية والمشاكل القانونية لرقابة المشروعية ولرقابة الملائمة على أعمال السلطات المحلية، مرجع سبق ذكره، ص104.

مطلق، والفصل التام بين المصالح المحلية والمصلحة الوطنية، وإنما يعني ذلك منح هذه الهيئات المستقلة الحرية التامة في اختيار الوسائل المناسبة والملائمة لإشباع الحاجات المحلية دون الإضرار أو المساس بالمصلحة الوطنية، بمعنى أن العلاقة بين المصلحة الوطنية والمصالح المحلية هي علاقة تكاملية وليس علاقة تنازع، وبهذا فإن الوصاية الإدارية تشكل الضمانة الأساسية التي من خلالها يسمح للسلطات المركزية التدخل لمنع الهيئات المحلية من إلحاق الضرر بالمصلحة الوطنية، وذلك من خلال إلزامها بالمنظومة القانونية[22].

والجدير بالذكر أن السلطة المركزية تسمو على الهيئات المحلية، وعليه؛ فإن المصلحة الوطنية تكون أجدر بالحماية إذا ما ترتب على إشباع المصالح المحلية مساس بالمصلحة الوطنية، وبالتالي تتدخل السلطة المركزية لمنع هذه الأضرار من أجل تحقيق تماسك الدولة ووحدتها.

ثانياً – حماية الوحدات المحلية:

ويتجلى ذلك من خلال متابعة الأعمال التي تقوم بها الوحدات المحلية لمنعها من إلحاق الضرر بالأجيال المستقبلية، وذلك من خلال التوسع في الإنفاق مثلاً وهذا المحدد يتم تحقيقه من خلال خضوع مالية الهيئات المحلية لرقابة السلطة المركزية.

ثالثاً – حماية الأطراف الأخرى:

تهدف الرقابة الإدارية إلى حماية الأطراف الأخرى متمثلةً بالوحدات المحلية الأخرى، أو المنتفعين من الخدمات التي تقدمها الوحدات المحلية.

---

[22] د. خالد قباني وآخرون، اللامركزية الإدارية في لبنان، الطبعة الأولى، المركز اللبناني للدراسات ، بيروت، 1996م، ص111، ود. نجم الأحمد، د. أحمد إسماعيل، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، 2019م، ص242.

ويتم تحقيق ذلك من خلال المكنات القانونية الممنوحة للمتضرر من أعمال الوحدات المحلية التي تتمثل بالطلبات التي تقدم للسلطة المركزية لممارسة اختصاصها في الرقابة على الوحدات المحلية[23].

رابعاً – الوقوف على المعوقات التي تعترض الإدارة المحلية:

تتجلى هذه الوظيفة للرقابة الإدارية من خلال دعم الوحدات المحلية بالخبرات الفنية والتقنية لتدريب وتأهيل القائمين على الإدارة المحلية، وكذلك ضبط وترشيد الاستهلاك في إطار الوحدات المحلية[24].

وبالعودة إلى قانون حقوق وحريات الوحدات المحلية في فرنسا رقم /213/ لعام 1982 يتبين أنه أحدث تحولاً جوهرياً في مفاهيم الرقابة الإدارية لدرجة أن صدوره هو الفيصل بين مرحلتين مختلفتين في نظام الرقابة الإدارية[25].

فالقانون المذكور ألغى جميع أنواع الرقابة السابقة على قرارات الوحدات المحلية[26]، إلا أن القانون أبقى على الرقابة اللاحقة للمحافظ على القرارات التي تصدر عن المجالس المحلية إذ تطلب ضرورة إحالة بعض القرارات إلى ممثل الدولة، وبحال عدم مشروعيتها فإن ممثل الدولة يحيلها إلى القاضي الإداري لإلغائها[27].

---

[23] د. عبد القادر الشيخلي، نظرية الإدارة المحلية والتجربة الأردنية، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، عمان، 1983، ص63.

والجدير ذكره أن بعض الفقه يؤكد على أهمية الرقابة الإدارية في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم بما تملكه من وسائل.

د. نجم الأحمد، ود. أحمد إسماعيل، المدخل إلى القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص242.

[24] د. عبد القادر الشيخلي، نظرية الإدارة المحلية والتجربة الأردنية، مرجع سبق ذكره، ص65.

[25] تسمى المرحلة الأولى بالأنموذج التقليدي للرقابة الإدارية، في حين تسمى المرحلة الثانية بالأنموذج الحديث، وتميزت بمرونة وسائل الرقابة الإدارية.

[26] قانون حقوق وحريات الوحدات المحلية في فرنسا رقم /213/ لعام 1982.

[27] Fabric Abélrad, Controle des collectivités territoriales, phd, Universite d'orléans, 2012, p.26.

أما قوانين الإدارة المحلية في مصـــر وســـورية فقد عدت الرقابة الإدارية عنصـــراً أساسياً في نظم الإدارة المحلية، ومنحت السلطة المركزية العديد من الوسائل الرقابية تجاه المجالس المحلية[28].

وتأسيساً على ما سبق، نستخلص أن الرقابة الإدارية على المجالس المحلية هي عبارة عن وسـيلة لتحقيق غاية، وهي وحدة الدولة من الناحيتين القانونية والإدارية بخلاف المشرع المصري والسوري اللذين يتميزان بشدة الرقابة الإدارية.

الفرع الثاني – الرقابة الإدارية بين المشروعية والملائمة:

ثمة جانب من الفقه يعتبر الرقابة الإدارية رقابة مشـــروعية فقط انطلاقاً من أنها رقابة وظيفية اســـتثنائية، ورقابة مشـــروعية تمارس في حدود القانون، وتهدف إلى حماية المصـــلحة العامة، لأن الوحدات المحلية تتمتع بقدر معتبر من الاســـتقلالية الإدارية والمالية، وتتمتع بشخصية اعتبارية كما هو عليه الحال في فرنسا ومصر وسورية[29]، وهذا ما يؤهلها لاتخاذ القرارات الإدارية في حدود اختصـــاصـــاتها، فلا يمكن للســـلطة المركزية الحلول محلها، أو التدخل في الشـؤون المحلية، إلا ما نص عليه القانون، فالرقابة الإدارية هي رقابة مشروعية مقيدة بنص القانون بعيدة عن رقابة الملائمة[30].

---

[28] المواد /132– 145/ من قانون الإدارة المحلية المصـــري والمادة /114/ من قانون الإدارة المحلية السوري.

[29] د. رأفت رضـوان وآخرون، النظام المحلي في مصـر، منشـورات المعهد المصـري الديمقراطي، القاهرة، 2014، ص136.

[30] د. عبد الغني بســـيوني عبد الله، أصـــول علم الإدارة العامة، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص385.

إلا أن هناك من الفقه من يعتبر الرقابة الإدارية أنها رقابة مشـــروعية وملائمة، وذلك في حال اتخاذ المجالس المحلية قرارات مطابقة للقانون، ولكن مضـــمونها يخالف الشؤون المحلية، ففي هذه الحالة تستطيع السلطة المركزية ممارسة رقابة ملائمة[31]

وبالعودة إلى التشـــريعات المقارنة نجد أن قانون حقوق وحريات الوحدات المحلية في فرنسا قد جعل الرقابة الإدارية قاصرة على نواحي المشروعية، وأي عيب ينصب على مشروعية القرار يستطيع المحافظ إحالة القرار للقضاء الإداري لإلغائه، بخلاف الوضع في سـورية ومصـر الذي يكون للمحافظ طلب إلغاء القرار غير المشـروع أو الذي يكون غير ملائماً[32]، أي الرقابة الإدارية في مصر وسورية هي رقابة مشروعية وملائمة.

وفي هذا الصـــدد، نعتقد أن الرقابة الإدارية يجب أن تكون قاصـــرة على نواحي المشـروعية دون الملائمة، فالقانون هو الذي يبين وسـائلها وإجراءاتها ونطاقها، بمعنى أنه لا رقابة إلا بنص القانون.

المبحث الثاني
نطاق الرقابة الإدارية على المجالس المحلية
في ضوء مبدأ المشروعية

تقتضـي دراسـة نطاق الرقابة الإدارية على المجالس المحلية التعرض على التوالي إلى أوجه الوسـائل التي تملكها السـلطة المركزية تجاه المجالس المحلية وأعضـائها، وفيما إذا حدث أي تطور في ممارســة الرقابة الإدارية في التجارب المقارنة، وسـيكون ذلك وفقاً للآتي:

---

[31] د. محمد الهماوندي، الحكم الذاتي والنظم اللامركزية الإدارية والسـياسـية، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1990، ص217.

[32] المواد /132– 145/ من قانون الإدارة المحلية المصـــري، والمادة /114/ من قانون الإدارة المحلية السوري.

المطلب الأول – نطاق الرقابة الإدارية على تكوين المجالس المحلية ممثلة بأعضائها

تملك السلطة المركزية العديد من الوسائل الرقابية تجاه المجالس المحلية لناحية تكوين هذه المجالس، وسيتم دراسة هذه الوسائل على النحو الآتي:

الفرع الأول – تعيين عدد من أعضاء المجالس المحلية وعزلهم:

يمكن للسلطة المركزية أن تمارس تأثيراً ملحوظاً بصدد تشكيل المجالس المحلية، ويتم ذلك من خلال وسيلتي التعيين والعزل، وتتضح كلاً منهما على النحو الآتي:

أولاً – تعيين عدد من أعضاء المجالس المحلية من قبل السلطة المركزية:

من المسلم به في إطار الإدارة المحلية أن يكون تشكيل المجالس والهيئات المحلية عن طريق الانتخاب لتكريس وتنمية الديمقراطية المحلية، وهذا العنصر أي انتخاب الهيئات المحلية هو أحد عناصر الشخصية المعنوية للمجالس المحلية، ولكن ولتحقيق فعالية الرقابة المركزية على الهيئات المحلية، فإننا نلاحظ أن قوانين الإدارة المحلية تمنح السلطة المركزية صلاحية تعيين عدد من الأعضاء مستندة إلى مسوغات تحقيق العدالة من خلال جعل التمثيل لكافة شرائح التركيبة الاجتماعية لسكان الوحدات المحلية أو من أجل تطعيم المجالس المحلية بخبرات إدارية وفنية والتي غالباً لا تفرزها عملية الانتخاب.

وتأسيساً على هذا الاستثناء الذي يشكل أحد مظاهر الرقابة على تشكيل المجالس المحلية، فقد تباين موقف المشرع في تشريعات الإدارة المحلية المقارنة من حيث التوسع في عدد الأعضاء المعينين بحيث يصل في بعض الأحيان إلى تعيين النصف أو تخفيف حدة هذا الاستثناء بحيث يقتصر على عدد لا يصل إلى النصف[33].

ونظراً لخطورة هذه الصلاحية على فاعلية الإدارة المحلية القائمة على اللامركزية الإدارية، والتي تستند بدورها على استقلال الهيئة المحلية، فإنه لا يغفل والحال كذلك أن

---

[33] د. خالد سمارة الزعبي، العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة المحلية وأساليب تكاملها، مرجع سبق ذكره، ص36.

تصل رقابة السلطة المركزية لدرجة تعيين عدد من الأعضاء، ومن باب أولى ألا يعين رئيس المجلس المحلي، لأن في ذلك انتهاك ومصادرة لاستقلال الهيئة المحلية وتحولها إلى صورة هيئة تابعة للسلطة المركزية، الأمر الذي يؤدي في نهاية الأمر لتهميش دور الأعضاء المنتخبين مقابل هيمنة الأعضاء المعنيين وتفريغ الإدارة المحلية من مضمونها واستحالة تحقيق غايتها وأهدافها، فبدلاً من تعزيز الديموقراطية المحلية لتحقيق التنمية المحلية تصبح أداة بيد السلطة المركزية التي ترسم لها سياساتها المحلية دون الوقوف على احتياجات سكان الوحدة المحلية، وبالتالي مصادرة حقوق وحريات سكان الوحدة المحلية باسم تحقيق برنامج التنمية الشاملة.

وعطفاً على ذلك، نرى أن يتم قصر هذه الصلاحية في الرقابة على عزل الأعضاء أو عزل بعضهم أو حل المجالس المحلية بقرارات إدارية تتضمن أسباب اتخاذ الإجراء مع الخضوع لرقابة القضاء الإداري، وإلا فإننا سنكون أمام سلطة رئاسية تمارسها الإدارة المركزية على الهيئات المحلية كلما كان هناك توسع في إطار تشكيل المجالس المحلية، وبالعودة إلى قانون الإدارة المحلية السوري رقم /107/ لعام 2011م نستخلص أن القانون أوجب أن يكون لكل وحدة إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية مجلس محلي مقره مركز الوحدة الإدارية.

ويتألف من أعضاء منتخبين وفق أحكام قانون الانتخابات العامة بالاقتراع العام والسري والمباشر، والمتساوي، ومدته أربع سنوات ميلادية[34]، فعند أداء أعضاء المجالس المحلية اليمين القانونية يتم تشكيل المكتب المؤقت الذي تنتهي مهمته بانتخاب المكتب الدائم، ومن ثم ينتخب المجلس المحلي رئيس المجلس[35]، ويتم انتخاب يرأس المكتب التنفيذي لمجلس المحافظة[36]

ثانياً – عزل أو إقالة أعضاء المجالس المحلية:

[34] المادة /12/ من قانون الإدارة المحلية.

[35] المادة /20/ من قانون الإدارة المحلية.

[36] المادة /29/ من قانون الإدارة المحلية.

لم يتبنى المشرع السوري مصطلح عزل عضو المجلس المحلي أو إقالته، بل أفرد المشرع السوري في قانون الإدارة المحلية فصلاً خاصاً بعنوان "إلغاء العضوية وسقوطها وزوالها"[37].

حيث يتم إلغاء العضوية في حالتين وهما:

– الحالة الأولى: بحال تقدم مجموعة من المواطنين بشكوى يبينون الممارسات التي ارتكبها العضو المشكو منه، شريطة أن يتم إثباتها بأدلة دامغة.

– الحالة الثانية: غياب العضو عن حضور ثلاث دورات متتالية للمجلس (ماعدا الخدمة الإلزامية أو الاحتياطية) على أن يكون الغياب غير مبرر[38].

ويقصد بزوال العضوية فقدان عضو المجلس المحلي لصفته التمثيلية في حالتي الاستقالة الصريحة أو الوفاة[39].

في حين يكون سقوط العضوية في حال فقدان عضو المجلس المحلي أحد شروط الترشيح الواردة في قانون الانتخابات العامة[40].

أما في فرنسا بعد صدور القانون رقم /213/ لعام 1982 تم إلغاء الوقف لعضو مجلس المحافظة، وعضو المجلس الإقليمي، وتم الإبقاء على الوقف المؤقت لعضو المجلس البلدي بقرار من ممثل الدولة بالمحافظة، وبخصوص إقالة أعضاء المجالس المحلية فقط أصبحت بموجب حكم صادر عن مجلس الدولة[41].

وبناء على ما سبق نستنتج تقييد مبدأ المشروعية للرقابة الإدارية في فرنسا، وبقاء الطابع الملائم للرقابة الإدارية في سورية.

---

[37] المواد /122–128/ من قانون الإدارة المحلية.

[38] المادة /123/ من قانون الإدارة المحلية.

[39] المادة /125/ من قانون الإدارة المحلية.

[40] المادة /125/ من قانون الإدارة المحلية.

[41] Practice Garant, Droit administratif, op. cit, p. 610.

الفرع الثاني – حل المجالس المحلية:

تتمثل هذه الصورة بصلاحية السلطة المركزية بحل المجالس المحلية بناء على أسباب، وبالرغم مما يوحي به ذلك من سعة الصلاحية الممنوحة بحل المجالس المحلية، إلا أننا نجد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد وضع بعض القيود لإمكانية اللجوء إلى هذه الوسيلة من وسائل الرقابة الإدارية بحيث اشترط ضرورة وجود خلاف بين السلطة المركزية والمحلية يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصالح المحلية، وعرقلة سير عمل الوحدات المحلية.

وكما يرى Benoit فإن الحل يكون مسوغاً عندما يكون المجلس غير قادر على القيام بواجباته أو لإهماله وتقصيره في ذلك، أو لوجود خلاف داخلي بين الأعضاء أو بين المعارضة والطرف الآخر في تركيبة المجلس[42].

ويعد حل المجالس المحلية أحد أهم مظاهر الوصاية الإدارية على تلك المجالس في النظام الدستوري الإسباني في مرحلة ما قبل دستور عام 1978، ويتضح ذلك من خلال تبني التحصين التشريعي لقرارات الحل[43].

ولكن هذا الوضع قد انقلب رأساً على عقب بعد دستور 1978 وإنشاء المحكمة الدستورية والتي أصبحت موجهاً أساسياً لكافة المؤسسات العامة في الدولة، وعلى رأسها السلطة التشريعية والتنفيذية، وأصبحت ضمانةً ضد تعسف الإدارة وانحراف المشرع، وقد كان لأحكام تلك المحكمة الأثر الأكبر في مراجعة التشريعات ذات العلاقة بالإدارة المحلية، وأول ثمار تلك الاجتهادات القضائية الدستورية إصدار قانون متطور للإدارة المحلية ولحكم الأقاليم، وكان ذلك عام 1985، بحيث حصر المشرع الحالات التي يمكن

---

[42] د. علي خطار شطناوي، الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002م، ص138.

[43] د. هاني الطهراوي، الحكم المحلي في الأردن وبريطانيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004م، ص167.

استناداً إليها حل المجالس المحلية مع توفير ضمانات لحماية حقوق الوحدات المحلية، وتوحيد الجهة المختصة بالحل بمجلس الوزراء، وإخضاع قراراته لرقابة القضاء الإداري[44].

ويؤكد البعض أن توجه المشرع في حصر حالات الحل هو توجه محمود، مع التركيز على حالة إخلال الهيئات المحلية بواجباتها الدستورية، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بالمصالح الوطنية، وهنا يتوجب على سلطة الوصاية التدخل استثناءً لحماية تلك المصالح المهددة والأجدر بالحماية من استقلال الهيئات المحلية وحريتها[45].

ومن جانب آخر يرى بعض الفقه أن استخدام مصطلح المصالح الوطنية مسوغاً لحل المجالس المحلية يكتنفه الغموض عدا أن المصطلح فضفاض وواسع يمكن إدخال حالات في إطاره إذا ما رغبت السلطة المركزية حل المجالس المحلية، لذا حاول هذا الجانب من الفقه تحديد هذا المصطلح لغايات تفسير المصلحة الوطنية وأشاروا إلى أن القيم الدستورية التي تجيز الحل هي المساس بوحدة إسبانيا، أو بشكل الدولة أو المؤسسات والرموز التي تعبر عن السيادة، والمساس بالحقوق والحريات الأساسية المحمية دستورياً، ومخالفة القوانين والأنظمة وعدم القيام بالواجبات[46].

أما في التجربة الألمانية فإن حل المجالس المحلية يكون في حال إرباك السير العادي للمرفق العام لعدم القدرة على تبني القرارات أو في حال فقدان النصاب القانوني للجلسات بسبب الوفاة أو لامتناع بعض الأعضاء من الحضور بسبب خلافات سياسية أو شخصية[47].

---

[44] د. علي خطار شطناوي، الإدارة المحلية، مرجع سبق ذكره، ص143.

[45] د. سعيد نحيلي، د. عمار التركاوي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص320.

[46] د. عامر الشمري، الإدارة اللامركزية الإقليمية، مرجع سبق ذكره، ص136.

[47] د. سعيد نحيلي، المبادئ الأساسية والمشاكل القانونية لرقابة المشروعية ولرقابة الملائمة على أعمال السلطات المحلية، مرجع سبق ذكره، ص83.

وقد كرست المنظومة القانونية أيضاً ضمانات للمجالس المحلية، بحيث جعلت حل المجالس المحلية بمرسوم رئاسي يصدره رئيس الجمهورية في الحالات التي حددها القانون، ويعين ممثل للحكومة لتسيير الشؤون المحلية لمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد تجري خلالها الانتخابات، ومن الحالات التي تجيز الحل عدم إمكانية انتخاب رئيس البلدية، واستقالة نصف الأعضاء، وعدم إقرار الموازنة[48].

المطلب الثاني

نطاق الرقابة الإدارية على أعمال وأموال المجالس المحلية وتحولاتها

بعد دراسة نطاق الرقابة الإدارية على تكوين المجالس المحلية بوصفها هيئة جماعية، فإننا سنتعرض في هذا المطلب إلى دراسة نطاق الرقابة الإدارية على أعمال وأموال المجالس المحلية، وما طرأ على الرقابة الإدارية من تطور وفقاً للآتي:

الفرع الأول – نطاق الرقابة الإدارية على أعمال الوحدات المحلية:

لا تقف الرقابة الإدارية على أعمال المجالس المحلية وأموالها عند حدود تكوين المجالس المحلية وأعضائها، وإنما تمتد إلى سيرها سواء تعلق بالأعمال أم بالأموال، وسيتم دراسة ذلك على النحو الآتي:

أولاً – حدود الرقابة الإدارية على أعمال الوحدات المحلية:

الأصل أن تتمتع الوحدات المحلية بالشخصية الاعتبارية، ويترتب على ذلك استقلالها الإداري، ولكن في إطار التنظيم الإداري اللامركزي، فإن الاستقلال الإداري يبقى استقلالاً نسبياً، وتتجلى مظاهر نسبية هذا الاستقلال بتعدد صور الرقابة الإدارية على أعمال المجالس المحلية، بحيث تزداد هذه الصورة سعةً وضيقاً على ضوء توجه المشرع في قوانين الإدارة المسبقة من قبل سلطة الرقابة بأن العمل متفق والنصوص القانونية ذات العلاقة[49].

---

[48] د. عبد الحليم مشري، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية، مرجع سبق ذكره، ص113.

[49] د. نجم الأحمد، ود. أحمد إسماعيل، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2019، ص165.

وقد تتمثل صور الرقابة على الأعمال في ضرورة تصديق السلطة المركزية على بعض القرارات الصادرة عن المجالس المحلية: ففي سورية تخضع قرارات المجالس المحلية بإلغاء العضوية[50]، وكذلك القرارات ذات الأثر المالي لتصديق السلطة المركزية، ويتوجب إرسال الأنظمة والخطط للوزير والوزير المختص للتصديق[51].

أما في فرنسا فالأصل أن جميع قرارات المجالس المحلية تتمتع بقوة تنفيذية، إلا أن المشرع الفرنسي جعل بعض القرارات تخضع لتصديق السلطة المركزية ومنها على سبيل المثال القواعد المنظمة لعلاقات التعاون بين الأقاليم الفرنسية ونظيرتها الأجنبية[52].

ثانياً – حدود الرقابة الإدارية على أموال الوحدات المحلية:

إن حال الاستقلال المالي المنبثق عن الشخصية الاعتبارية للوحدات المحلية لا يختلف عن حال الاستقلال الإداري، وعليه يكون الاستقلال المالي للوحدات المحلية نسبياً وليس مطلقاً، وتتجلى أهم مظاهر النسبية في خضوع مالية الوحدات المحلية لرقابة مزدوجة في سورية حيث يكون للجهاز المركزي للرقابة المالية الحق بمراقبة الشؤون المالية وتنفيذ موازنات الوحدات المحلية[53]، وتخضع موازنات الوحدات المحلية للتصديق من قبل السلطة المركزية[54].

أما في فرنسا، فيكون لممثل الدولة إحالة عدم إقرار موازنة الوحدات المحلية (الإقليم، المحافظة، البلدية) إلى المحكمة الإقليمية للمحاسبات[55].

---

[50] د. سعيد نحيلي، ود. عمار التركاوي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص338.

[51] المادة /114/ من قانون الإدارة المحلية السوري.

[52] Fabric Abélard, controle des collectivités territoriales, op, cit, p. 77.

[53] المادة /15/ من قانون الإدارة المحلية السوري.

[54] المادة /146/ من قانون الإدارة المحلية السوري.

[55] Gustave Peiser, Droit administrative général, Dalloz, 2014, p.169.

وبناءً على ذلك، نستخلص أن تعدد جهات الرقابة في سورية أدى إلى جعل الاستقلال النسبي مفرغاً من محتواه لصالح تبعية شبه مطلقة للسلطة المركزية، وهذا بخلاف الوضع في فرنسا، والتي تتمتع الرقابة القضائية فيها بأرجحية على حساب الرقابة الإدارية.

الفرع الثاني – تطور وسائل الرقابة الإدارية على المجالس المحلية:

إذا كانت الرقابة الإدارية حسب الفقه التقليدي ما هي سوى سلطة محددة ومقيدة ومشروطة من الناحية النظرية بهدف عقلنة المجالس المحلية، والحفاظ على المصالح الوطنية[56]، فإن الفقه الحديث يرى أن هذه الرقابة من الناحية الواقعية والعملية قد تحولت إلى نوع من الرقابة الرئاسية نظراً للتوسع في الرقابة على الأشخاص والأعمال في إطار المجالس المحلية، ولا سيما التوجيه المباشر للوحدات المحلية الصغيرة فيما يتعلق باتخاذ القرارات، وهذا التدخل يكون من خلال إشراك الخبراء والفنيين من موظفي السلطة المركزية، ويكون لهم الدور الأكبر في توجيه اتخاذ القرارات.

وتتجلى أهم ملامح التحول والتطور في الرقابة الإدارية من خلال الآتي:

أولاً – التحول في تنظيم الرقابة الإدارية على المجالس المحلية:

إذا كانت الرقابة الإدارية بالمعنى التقليدي يمارسها ممثل السلطة المركزية وهو المحافظ أو الوزير، فإن الرقابة الإدارية بالمفهوم المعاصر قد تمارس من قبل أشخاص آخرين وفقاً لصورة الرقابة أو مظهرها.

فإذا كانت الرقابة من النوع الفني أو التقني سيكون الفنيون والخبراء من موظفي السلطة المركزية هم من يقومون بممارسة الرقابة الإدارية فعلياً، وتمارس الرقابة الإدارية ذات الطابع المالي من قبل الخبراء الماليين التابعين للسلطة المركزية سواء تعلق ذلك بإعداد الموازنة أو فيما يتعلق بمدى التقييد في تنفيذ الموازنة، وتحصيل الإيرادات، والالتزام في الإنفاق بحدود الاعتمادات المقررة، ولذلك فإن الرقابة الإدارية تمارس من مستويات متعددة.

---

[56] د. عامر الشمري، الإدارة اللامركزية الإقليمية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص130.

والجدير ذكره أنه يتعذر تجاهل دور الإعانات المالية المركزية وأثرها في توجيه سير العمل والبرامج التي يتوجب على الوحدات المحلية الالتزام بها لقاء المساعدة والدعم المالي من السلطة المركزية[57].

وقد تم تكريس هذا التحول في إطار القواعد القانونية الخاصة بالإدارة المحلية في سورية، حيث نجد دور السلطة المركزية المتزايد في إشراك الفنيين التابعين لها في التخطيط والتنفيذ، وكذلك دور الجهاز المركزي للرقابة المالية في الرقابة والإشراف على أموال المجالس المحلية، إضافة إلى أثر مديونية المجالس المحلية في استقلالها، والحد من حرية إدارتها للشؤون المحلية.

ثانياً – التحول والتغيير في ممارسة الرقابة الإدارية:

تثبت الممارسات الحديثة للرقابة الإدارية اتجاه السلطة المركزية لتوسيع رقابتها على الوحدات المحلية من خلال تبني سياسات جديدة، تكون عن طريق إصدار توجيهات فنية يتوجب على الوحدات المحلية الالتزام بها، ومن جهة أخرى قد يتخذ التوسع في ممارسة الرقابة صورة تعديل أنماط التصرف من خلال إصدار الأنظمة أو أنماط أو تعليمات تلزم بها السلطات المحلية نشاطها وفقاً لذلك، ووجوب أخذ الموافقة المسبقة من السلطة المركزية.

وقد يأخذ التوسع في صور الرقابة الإدارية تضمن خطط وبرامج الوحدات المحلية ضمن البرامج أو الخطط الاقتصادية المركزية، وهذا يعد بمثابة توجيه رسمي للخطط الاقتصادية المحلية، التي يتوجب على الأخيرة الالتزام بها، ويعد ذلك صورة من صور الرقابة الإدارية غير المباشرة، وبذلك نستخلص توسيع صور الرقابة الإدارية على نحو غير مسبوق، وهذا ما يؤدي إلى تقليص الاستقلال المقرر للوحدات المحلية.

غير أن التحول والتغير في ممارسة الرقابة الإدارية يبدو واضحاً في فرنسا، حيث أنه بصدور القانون رقم 213 لعام 1982 تم تقليص دور الرقابة الإدارية إلى حد كبير

---

[57] د. سعيد نحيلي، البلديات، مرجع سبق ذكره، ص145.

حيث أصبح للرقابة القضائية على أعمال وتصرفات المجالس المحلية الأولوية على حساب الرقابة الإدارية.[58]

خاتمة

من خلال الاستعراض السابق لمختلف جوانب الرقابة الإدارية على الوحدات المحلية في النظام الإداري السوري والمقارن، يمكن تأكيد حقيقة مفادها أن الرقابة الإدارية على المجالس المحلية هي وسيلة لتحقيق غاية، ولا بد من التأكيد أيضاً على أن التنمية الشاملة يستحيل أن تتحقق بغير الانطلاق من التنمية من واقع الوحدات المحلية، وخصوصاً الرقابة الإدارية، وتأسيساً على جميع ما سبق خلصنا إلى النتائج والمقترحات الآتية:

أولاً – النتائج:

1. تعد الرقابة الإدارية مؤسسة قانونية تتكون من جملة من الصلاحيات التي وضعها المشرع بيد السلطة المركزية لتمكينها من رقابة نشاط وأعضاء المجالس المحلية.

2. يعمل مبدأ المشروعية على ضمان الممارسات السليمة للرقابة الإدارية بما يعزز كفاءة المجالس المحلية ضمن الهيكلية الإدارية للدولة.

3. للرقابة الإدارية أساساً قانونياً يتمثل في تحديد استقلالية الوحدات المحلية في نطاق الاختصاصات المنوطة بها.

4. تطبق الرقابة الإدارية انسجاماً مع مبدأ المشروعية، وتباشر انطلاقاً من مبادئ عدة تقع في صلب مبدأ المشروعية.

5. ثمة تنازع بين اعتبار الرقابة الإدارية على المجالس المحلية رقابة مشروعية أم رقابة ملائمة.

6. لم يبين قانون الإدارة المحلية السوري الحالات التي تجيز حل المجالس المحلية.

---

[58] Laetitia Janicot, Le contrôle de l'etat sur les collectivitis territoriales, Aspects administratif, Paris, 2014, P3.

7. ثمة العديد من التطورات المستجدة في نطاق ممارسة الرقابة الإدارية على المجالس المحلية.

8. يعمل مبدأ المشروعية على تأطير الرقابة الإدارية على المجالس المحلية من خلال مجموعة من المبادئ القانونية والتنظيمية.

ثانياً – المقترحات:

1. تحويل صلاحية إلغاء قرارات المجالس المحلية لتصبح من اختصاص القضاء الإداري بدلاً من اختصاص السلطة المركزية.

2. ضرورة المواءمة بين الاختصاصات الذاتية للوحدات المحلية ونوع الرقابة بحيث تقتصر رقابة الملائمة على الاختصاصات التي تقوم بها الوحدات المحلية نيابة عن السلطة المركزية.

3. ضرورة تنمية مصادر التمويل الذاتي للوحدات المحلية، وتنويعها للحد من اعتمادها على الإعانات المالية المركزية.

4. ضرورة تقليص قرارات المجالس المحلية الخاضعة للتصديق من السلطة المركزية والاكتفاء بالقرارات ذات الأثر المالي.

5. ضرورة تقنين الحالات التي يتعين توافرها لحل المجالس المحلية على مختلف مستوياتها.

6. نقترح على المشرع السوري ضرورة تقنين وسائل الرقابة الإدارية وحصر حالاتها ضماناً لاستقلالية المجالس المحلية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب والمؤلفات العامة والمتخصصة:

- د. برهان زريق، السلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دمشق، بلا ناشر،2009م.
- د. خالد قباني وآخرون، اللامركزية الإدارية في لبنان، الطبعة الأولى، المركز اللبناني للدراسات، بيروت،1996م.

- د. رأفت رضـوان وآخرون، النظام المحلي في مصـر، منشـورات المعهد المصـري الديمقراطي، القاهرة،2014م.
- د. سـعيد نحيلي، د.عمـار التركمـاوي، القـانون الإداري، منشـورات جـامعـة دمشق،2018م.
- عامر الشـمري، الإدارة اللامركزية الإقليمية، الطبعة الأولى، منشـورات زين الحقوقية، بيروت،2013م.
- د. عبد الغني بسـيوني عبدالله، أصـول علم الإدارة العامة، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،1983م.
- د. عبد القادر الشـيخلي، نظرية الإدارة المحلية والتجربة الأردنية، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، عمان،1983م.
- د. علي خطار شـطناوي، الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشـر والتوزيع، عمان،2002م.
- د. محمد الهماوندي، الحكم الذاتي والنظم اللامركزية الإدارية والسـياسـية، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة،1990م.
- د. نجم الأحمد، د.أحمد إسـماعيل، المدخل إلى القانون الإداري، منشـورات جامعة دمشق،2019م.
- د. هاني الطهراوي، الحكم المحلي في الأردن وبريطانيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2004م.

2- الأبحاث المتخصصة:

- د. خالد سمارة الزعبي، العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة المحلية وأساليب تكاملها، بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الأول، دمشق،2010م.
- د. سـعيد غيلي، البلديات، بحث منشـور في الموسـوعة القانونية المتخصـصـة، دمشق،2010م.
- د. عبد الحليم مشري، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس، الجزائر،2012م.

- د. عبد المعطي العســـاف، محددات عملية التنظيم وتكيفاتها على مســـتوى التنظيم المحلي، بحث منشور في المنظمة العربية للعلوم الإدارية، سلطنة عمان،1984م.

3- الرسائل العلمية:

- د.ســعيد نحيلي، المبادئ الأســاســية والمشــاكل القانونية لرقابة المشــروعية ولرقابة الملائمة على أعمال السلطات المحلية، جامعة لا يبزغ، ألمانيا،1997م.

4- القوانين:

- قانون الإدارة المحلية رقم 107 لعام2011م.
- قانون الإدارة المحلية المصري لعام 1979م.
- قانون حقوق وحريات الوحدات المحلية في فرنسا رقم 213 لعام 1982م.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- Charles Débache, institutions administrative, 2eme éd, Dalloz, Paris, 1972, p.73
- Fabric Abélrad, Controle des collectivités territoriales, phd, Universite d'orléans, 2012, p.26.
- Gustave Peiser, Droit administrative général, Dalloz, 2014, p.169.
- Laetitia Janicot, Le contrôle de l'etat sur les collectivitis territoriales, Aspects administratif, Paris, 2014, P3.
- Marc Guidera, Le contrôle actes des autorités locales en France, université Paris, 2010, P.132
- Practice Garant, Droit administratif, Paris, 4édition, 1996, p.605.

المعوقات القانونية لتطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي

علاء محمود المصطفى1، د. محمد محب الدين قرباش 2

1: طالب ماجستير، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة دمشق
alaa.mustafa@damascusuniversity.edu.sy
2: مدرس، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة دمشق
T_mkarabash@svuonline.org

الملخّص:
كشفت الأزمات المالية العالمية وجود حالات غش وتلاعب داخل إدارات الشركات مما أثار مخاوف أصحاب المصلحة المختلفين خشية تعرض مصالحهم للخطر وإفلاس هذه الشركات، استجابت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لهذه المخاوف ووضعت دليل الحوكمة لمعظم أنماط الشركات ومنها الشركات المملوكة للدولة نظراً لأهمية هذه الشركات في تحقيق التنمية الاقتصادية بالدولة، ورغم الاتفاق العالمي على أهمية مفهوم الحوكمة في الشركات العامة المملوكة للدولة وسعي الدول المتقدمة لتطبيقها لازال المشرّع السوري بعيداً كل البعد عن تطبيق مفهوم الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي علماً أن محاولة تطبيقه ستصطدم بمعوقات قانونية متعددة من أهمها وجود قصور في التشريعات الناظمة لعمل هذه الشركات وجمودها وعدم وجود هيئة تنسيقية تتولى ممارسة حقوق ملكية الدولة وانتهاك استقلالية هذه الشركات من قبل السلطة التنفيذية وعدم وجود أسس علمية لاختيار مجلس الإدارة عدا عن عدم التزام هذه الشركات بالمعايير العالمية للإفصاح وممارسة الأعمال بمسؤولية، وبالتالي عند محاولة مواكبة

الدول المتقدمة في هذه المجال وتطبيق الحوكمة يجب على المشرّع في سورية تذليل هذه المعوقات لضمان نجاح التطبيق.

الكلمات المفتاحية: معوقات، الحوكمة، الشركات المملوكة للدولة، الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

Legal obstacles to applying governance in public companies of an economic nature

Mohammad Moheb .Dr Alaa Mahmoud Al-mustafa[1], Aldeen Karabash[2]

1.Student of master, Damascus university, Faculty of Law, Department of Commercial Law,
alaa.mustafa@damascusuniversity.edu.sy

2. tutor, Damascus university, Faculty of Law, Department of Commercial Law,
T_mkarabash@svuonline.org

Abstract:

The global financial crises revealed the existence of cases of fraud and manipulation by corporate management, which raised concerns among various stakeholders for fear that their interests would be at risk and that these companies would go bankrupt. The

Organisation for Economic Co-operation and Development responded to these concerns and developed a governance guide for most types of companies, including state-owned public companies, given the importance of these companies in achieving development. economic in the country, Despite the global agreement on the importance of the concept of governance in public, state-owned companies and the efforts of developed countries to implement it, the Syrian legislator is still far from applying the concept of governance in public companies of an economic nature, knowing that the attempt to apply it will collide with multiple legal obstacles, the most important of which is the presence of deficiencies in the legislation regulating the work of these companies. Its stagnation, the lack of a coordinating body responsible for exercising state ownership rights, the violation of the independence of these companies by the executive authority, and the lack of scientific basis for choosing the board of directors, in addition to the failure of these companies to adhere to global standards for disclosure and conducting business responsibly. Therefore, when trying to keep pace with developed countries in this field and applying governance, one must The legislator in Syria must overcome these obstacles to ensure the success of the implementation.

key words: Obstacles – Governance – State-owned companies – Public companies of an economic nature.

مقدمة:

رغم ازدياد أعداد الشركات والمشروعات المملوكة للقطاع الخاص وتوسّع تخصصاتها ومنافستها الكبيرة للقطاع العام في الجمهورية العربية السورية في الآونة الأخيرة، لازال القطاع العام يحظى بحصة سوقية كبيرة، لا وبل مازالت جهات القطاع العام الخاضعة للقانون رقم 2 لعام 2005 تحتكر المنتجات والخدمات الأساسية كالنفط والطاقة والخبز وغيرها. وقد شهدت السنوات الأخيرة ازدياداً واضحاً في حالات الفساد في القطاع العام وخاصة ذو الطابع الاقتصادي، حيث يشير آخر التقارير الصادرة عن الجهاز المركزي للرقابة المالية إلى أن إجمالي المبالغ المكتشفة والمطلوب استردادها جرّاء قيام الجهاز بمهام الرقابة والتحقيق في القطاع العام تجاوزت 113 مليار ليرة سورية خلال عام 2022 مقابل ما يقارب 22 مليار ليرة خلال عام 2021 و6 مليار خلال عام 2020.[1]

هذا التزايد الكبير وما يرافقه من ضعف إيرادات معظم شركات القطاع العام يذكّرنا بالفضائح والأزمات المالية الكبرى والانهيارات في شرق آسيا وروسيا والولايات المتحدة والتي كانت سبباً رئيسياً في استحضار موضوع حوكمة الشركات ووضعه في مراكز الصدارة في الدول النامية والأسواق الصاعدة والاقتصاديات الانتقالية[2]. وقد أقرّت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عدة مبادئ خاصة بحوكمة الشركات المملوكة للدولة يمكن تقسيمها في مجموعتين: الأولى تتعلق بالمبادئ الخاصة ملكية الدولة، والثانية تتضمن المبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة.

ورغم أهمية مفهوم الحوكمة في إدارة الشركات والحد من الفساد مازلنا نرى قصوراً كبيراً في تطبيق هذا المفهوم في شركات القطاع العام الاقتصادي في سورية، وهذا ما يدفعنا

---

[11]الجهاز المركزي للرقابة المالية. **ملخص التقرير السنوي حول نتائج أعمال الجهاز المركزي للرقابة المالية في سورية لعام 2022.** الجهاز المركزي للرقابة المالية. 25/ كانون الثاني/ 2024. الرابط:
http://cofc.gov.sy/FCKBIH/file/%D9%85%D9%84%D8%AE%D8%B5-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%86%D9%88%D9%8A2022.pdf
تاريخ الزيارة: 2014/2/15 الساعة 11:30 am

[2]القاضي، حسين ودحدوح، حسين وقريط، عصام. (2022/2021). **أصول المراجعة**. ج:1. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 495.

للاهتمام ببيان المعوقات القانونية لتطبيق كلا من المبادئ الخاصة ملكية الدولة، والمبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة، بعد التعريف بأهم مبادئ الحوكمة الخاصة بهذا النمط من الشركات.

إشكالية وتساؤلات البحث:

رغم أهمية مفهوم الحوكمة، لازال المشرّع السوري بعيداً عن إقرار دليل حوكمة للشركات العامة ذات الطابع، لذلك تتلخص إشكالية البحث في بيان المعوقات القانونية لتطبيق كل من المبادئ الخاصة بملكية الدولة والمبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة، وذلك بعد بيان هذه المبادئ بشكل مختصر.

ويتفرّع عن هذه الإشكالية تساؤلين مهمين:

- ما هي أهم المبادئ الخاصة بحوكمة الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي ؟
- ما هي المعوقات القانونية لتطبيق المبادئ الخاصة بملكية الدولة والمبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة؟

هذه التساؤلات ستكون مجال دراستنا في هذا البحث.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في ازدياد حالات الفساد في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي رغم أهمية هذا النمط من الشركات، ورغم ذلك لم نلحظ اهتماماً من المشرع في مسايرة الدول المتقدمة وتوصيات المنظمات الدولية المختصة في بتطبيق مبادئ الحوكمة في هذه النمط من الشركات، إضافة لأهمية بيان مبادئ الحوكمة الواجب تطبيقها على هذا النمط من الشركات نتيجة جهل البعض بهذا المفهوم.

مسوغات البحث:

من أهم المسوغات التي دفعتنا لاختيار البحث أهمية الحوكمة كمفهوم محاسبي وقانوني يتزايد تطبيقه في الدول المتقدمة لمواجهة حالات الفساد، وبالتالي تسليط الضوء على أهم مبادئ الحوكمة في أنماط الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي، وبيان أهم المعوقات القانونية التي تعترض تطبيقها.

محددات البحث:

تقتصر دراستنا على بيان أهم المعوقات القانونية لتطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بما ينسجم مع طبيعة البحث، كون الحديث عن المعوقات الأخرى سواء الإجرائية أو غيرها يحتاج لأبحاث أخرى ومستقلة لإنجازها، إضافة لاقتصار الدراسة على الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي الخاضعة للقانون رقم 2 لعام 2005 دون باقي أنواع الشركات.

الدراسات المرجعية:

أولاً- الدراسات العربية:

1- عبدو، مجدي (2019) "الحوكمة في الشركات المملوكة للدولة: حل إشكال تضارب المصالح"

هدفت هذه الدراسة إلى إثبات أن هيكل ملكية الشركات يعتبر عنصراً مهماً للغاية في نظام حوكمة الشركات في ليبيا باعتباره يؤثر بشكل كبير على طبيعة إشكالات الحوكمة، وبالتالي في صياغة استراتيجيات الحوكمة.

تبين للدراسة وجود تضارب مصالح ينتج عن نظرية إشكال المالك الحقيقي للشركة ونظرية تضارب المصالح بين مجلس الإدارة في مواجهة الشركة كأصيل، ولم يتدخل القانون الليبي لحل إشكال تضارب المصالح هذا.

ثانياً- الدراسات الأجنبية:

1- **دراسة M.H.KANYANE and V.T.SAMBO. (2021) بعنوان: State of State-Owned Enterprises' Governance in BRICS Countries – Issues for Consideration**

هدفت هذه الدراسة إلى فحص حوكمة الشركات المملوكة للدولة في دول مجموعة البريكس التي تضم البرازيل وروسيا والهند والصين وجنوب إفريقيا.

ووجدت الدراسة أن دول البريكس ليس لديها أجندة مشتركة للشركات المملوكة للدولة، ويرجع ذلك إلى حد كبير إلى عدم كفاية كل من الإدارة وسياسة الملكية والرقابة، والتفاوت في المساءلة. ولذلك، هناك حاجة إلى إصلاح حوكمة

الشركات المملوكة للدولة في كل دولة من دول البريكس لضمان قدرتها على الاستجابة على النحو الأمثل.

2- دراسة S.T. Ganesha (2023) بعنوان: CONSTRAINTS TO THE IMPLEMENTATION OF GOOD CORPORATE GOVERNANCE IN STATE-OWNED ENTERPRISES TOWARDS A SOCIETY ERA 5.0: CASE STUDY IN INDONESIA

تبحث هذه الدراسة في العوائق التي تحول دون تطبيق مبادئ حوكمة الشركات الجيدة في الشركات المملوكة للدولة في إندونيسيا. ووفقاً لنتائج الدراسة، فإن العوائق الرئيسية التي تحول دون تطبيق مبادئ الحوكمة الرشيدة للشركات هي تضارب المصالح والمحسوبيات والفساد وعدم استقلالية الشركات المملوكة للدولة نتيجة التدخل الخارجي في إدارتها وخاصة التدخل السياسي نظراً لملكيتها الحكومية، وبالإضافة إلى ذلك، لا تزال كفاءة الموارد البشرية منخفضة.

ما يميز دراستنا هو تناول معوقات تطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي (مبادئ مجموعة العشرين 2015)، وهذا البحث يعتبر فريداً من نوعه وفقاً لمعلومات الباحث حيث انصبّت معظم الدراسات السابقة على مبادئ الحوكمة الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عام 2004، وبالنسبة للدراسات العربية والأجنبية فمعظمها اهتم بجانب معين من جوانب الحوكمة ولم يجد الباحث دراسة متكاملة في مجال المعوقات.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى التعريف بأهم مبادئ الحوكمة الصادرة عن من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والخاصة بالشركات المملوكة للدولة، وبيان المعوقات القانونية كلاً من المبادئ الخاصة بملكية الدولة، والمبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة، وصولاً لصياغة بعض المقترحات التي

قد تكون حلولاً بناءة في مجال تطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي

منهجية البحث:

للإجابة على تساؤلات البحث سيتم اتباع المنهج التحليلي بحيث يتم بيان أهم مبادئ الحوكمة الخاصة بالشركات المملوكة بالكامل للدولة، ومن ثم توضيح أهم المعوقات القانونية لتطبيق هذه المبادئ في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي في سورية، مع التعليق على هذه المعلومات عند الضرورة. وسيتم دراسة البحث في ضوء القانون رقم 2 لعام 2005 الناظم لعمل الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي والنظامين المالي والمحاسبي لهذه الشركات وقرارات رئاسة مجلس الوزراء ذات الصلة، إضافة لدليل الحوكمة في الشركات المملوكة للدولة الصادر عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بعام 2015 وغيرها من التشريعات النافذة.

مصطلحات البحث:

الشركات العامة: تشمل كل من المؤسسات والشركات والمنشآت العامة الخاضعة لأحكام القانون رقم 2 لعام 2005

مجلس الإدارة: مجلس الإدارة في المؤسسات العامة، واللجنة الإدارية في كل من الشركات والمنشآت العامة.

OECD: المنظمة العالمية للتعاون الاقتصادي والتنمية.

مخطط البحث:

للإجابة على إشكالية البحث المطروحة سنفرد لها المخطط التالي:

مبحث تمهيدي: التعريف بمبادئ حوكمة الشركات المملوكة للدولة.

مبحث أول: المعوقات القانونية لتطبيق المبادئ الخاصة بملكية الدولة.

مبحث ثاني: المعوقات القانونية لتطبيق المبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وأصحاب المصلحة الآخرين.

مبحث تمهيدي: مبادئ حوكمة الشركات المملوكة للدولة

رغم أهمية مفهوم الحوكمة وضرورة الالتزام بها وبمبادئها في كافة أنماط الشركات، إلا أن أول اعتراف رسمي دولي بهذا المفهوم لم يظهر حتى عام 1999 وذلك ضمن التقرير الصادر عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) [3]

وقد عرفت OECD الحوكمة بأنها مجموعة العلاقات ما بين إدارة المؤسسة، مجلس إدارتها، مساهميها والجهات الأخرى التي لها اهتمام بالمؤسسة، كما أنها تبين الآلية التي توضح من خلالها أهداف المؤسسة والوسائل لتحقيق تلك الأهداف ومراقبة تحقيقه[4]، أي أن الحوكمة تعني الإدارة الرشيدة للشركة من كافة النواحي ولكافة العلاقات مع أصحاب المصلحة الحاليين والمحتملين، وبالتالي فإن الالتزام بالتطبيق السليم لمبادئ الحوكمة كفيل بتخفيض معدلات الهدر في الأموال العامة والفساد في الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي إلى مستويات متدنية. ولعلّ OECD كانت سباقة في مجال الاعتراف بالحوكمة وقد وضعت هذه المنظمة بعام 2015 نسخة خاصة بمبادئ حوكمة الشركات المملوكة للدولة، وأكدت أن هذه المبادئ تطبّق على أي مؤسسة معترف بها بموجب القانون الوطني كشركة، وتمارس فيها الدولة الملكية سواء كانت شركة مساهمة أو محدودة المسؤولية أو شركة توصية بالأسهم أو أي شركة أخرى لها شخصية اعتبارية وأنشأت بموجب تشريع محدد طالما أن غرضها أو نشاطها أو أجزاء من نشاطها ذي طبيعة اقتصادية إلى حد كبير[5]. وقد أكدت هذه المنظمة أن هذه المبادئ بمثابة توجيهات واقتراحات للحكومات نظراً لاختلاف طبيعة اقتصاد كل دولة وهيكلية وأنماط الشركات ضمن هذا الاقتصاد.

وهذا يدفعنا لبيان هذه المبادئ التي يمكن تقسيمها حسب الشريحة أو الفئة المستهدفة من المبدأ إلى مبادئ تتعلق بملكية الدولة لهذه الشركات (المطلب الأول)، ومبادئ خاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبادئ حوكمة الشركات المملوكة للدولة والخاصة بملكية الدولة

[3] حبوش، محمد. (2007). **مدى التزام الشركات المساهمة العامة الفلسطينية بقواعد حوكمة الشركات**. ماجستير. قسم المحاسبة والتمويل. كلية التجارة. الجامعة الاسلامية. غزة: فلسطين. ص:23.

[4] OECD (2015). **OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises**. 2015 Edition. Paris: France. OECD Publishing. P:11.

[5] Ibid, p13

تعود بدايات فكرة حوكمة الشركات إلى كل من العالمين Berle & Means فقد كانا أول من تناول الفكرة الخاصة بضرورة فصل ملكية الشركة عن إدارتها أي يتم إسناد الإدارة لأشخاص من غير المالكين يرتبطون بالشركة بعقد عمل لتحقيق مصلحة الشركة والمالكين، هذا ما يفسح المجال للمدراء لتغليب مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة، وبالتالي ظهرت فكرة حوكمة الشركات لمعالجة مشكلة تعارض المصالح هذا. وهكذا فإن الربط بين الملكية والإدارة إيجاباً أو سلباً سلاح ذو حدين، فالجمع بينهما قد يؤدي بالملاك المدراء لتغليب مصلحتهم الشخصية على مصلحة باقي أصحاب المصلحة ولا سيما الدائنين، والفصل بينهما قد يؤدي بالمدراء لتغليب مصلحتهم الشخصية على مصلحة الشركة. هذه الأمر دفع OECD للاهتمام بموضوع الملكية والإدارة كأحد أهم مبادئ الحوكمة، وقد شملت مبادئ حوكمة الشركات المملوكة للدولة الصادرة عن هذه المنظمة والمتعلقة بملكية الدولة لهذه الشركات ما يلي[6]:

المبررات لملكية الدولة، دور الدولة كمالك والشركات المملوكة للدولة في السوق.

أولاً- المبررات لملكية الدولة:

من المتفق عليه لدى فقهاء القانون الدولي أن الدولة مجموعة من الأفراد يقيمون على إقليم محدد ويخضعون لسلطة محددة، وقد أخذت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بهذا المفهوم فأكدت أنه في الشركات المملوكة للدولة تمارس الدولة حق الملكية ولكن لمصلحة أفراد الشعب بهف زيادة القيمة لأفراد المجتمع إلى أقصى حد وذلك من خلال التخصيص الفعال للموارد، هذه المبررات لملكية الدولة غالباً ما يتم التعبير عنها ضمن وثيقة سياسة الملكية التي ينبغي أن يتم إعدادها من الحكومة والتي تشتمل أيضاً على دور الدولة في حوكمة الشركات المملوكة للدولة وكيفية تنفيذ الدولة لسياسة الملكية الخاصة بها وأدوار ومسؤوليات الهيئات الحكومية التي تشارك في تنفيذها، وأن تخضع سياسة الملكية هذه للمراجعة الدائمة ولإجراءات المساءلة السياسية المناسبة وأن يتم التعبير عنها للجمهور، .[7]

[6]Ibid, p13.
[7]Ibid, p17.

وقد أكدت إحدى الدراسات المنشورة على الموقع الالكتروني لبنك التنمية الآسيوي وجود مجموعتين من المبررات لإنشاء وتشغيل الشركات المملوكة للدولة: المبررات التي تنتمي للمجموعة الأولى هي: توفير الخدمات والمنافع العامة كالدفاع الوطني والحدائق العامة، والسلع الجديرة بالاهتمام كالصحة والتعليم، وزيادة الوصول للخدمات العامة حيث يمكن للدولة أن تجبر شركاتها على بيع سلع وخدمات معينة بأسعار مخفضة مدعومة للمجموعات المستهدفة لتحقيق الصالح العام، وإطلاق صناعات جديدة من خلال توجيه رأس المال إلى الشركات المملوكة للدولة التي تكون أو ستصبح كبيرة بالقدر الكافي لتحقيق وفورات الحجم. والمبررات التي تنتمي للمجموعة الثانية هي: تحسين علاقات العمل وخاصة في القطاعات الاستراتيجية، والحد من سيطرة القطاع الخاص والمستثمر الأجنبي على الاقتصاد المحلي، وتشجيع التنمية الاقتصادية والتصنيع ودعم القطاعات المهمة للاقتصاد أو إيقاف تدهور بعض الصناعات وخاصة المتوقفة[8].

وبالتالي يفترض أن تلتزم الحكومة بمبادئ الشفافية في وضع وثيقة سياسة الملكية والمرونة في الاستجابة للتغيرات المرتبطة بهذه الوثيقة مع الإفصاح عن كل ذلك وما يرتبط به للجمهور.

ثانياً– دور الدولة كمالك:

يتعيّن على الدولة أن تعمل كمالك واعي ونشط بما يضمن تطبيق الحوكمة في شركاتها بطريقة شفافة وخاضعة للمساءلة وبدرجة عالية من المهنية ولا سيما[9]:

- تبسيط وتوحيد الأشكال القانونية لشركاتها، وأن تتبع هذه الشركات المعايير المهنية المتعارف عليها.
- منح الشركات المملوكة لها الاستقلالية وعدم التدخل في إدارتها، وتجنّب إعادة تحديد أهدافها بطريقة غير شفافة.
- منح مجالس الإدارة الاستقلالية في أداء واجباتها ومسؤولياتها.

[8] H. Schneider. **STRATEGY, INDEPENDENCE, AND GOVERNANCE OF STATE-OWNED ENTERPRISES IN ASIA.** Asian Development Bank Institute. 1/3/2024, 0.99pm . Link: https://www.adb.org/publications/strategy-independence-governance-state-owned-enterprises-asia.

[9] OECD.OP.CIT, p:18

- تحديد جهاز الملكية بوضوح وأن يتسم هذا الجهاز بالكفاءة والفعالية للقيام بدور المالك.
- مساءلة جهاز الملكية أمام الجهات المعنية وأن يرتبط هذا الجهاز بعلاقة جيدة مع الجهات الوصائية ولا سيما الجهات المسؤولة عن تدقيق حسابات الشركة.
- أن تمارس الدولة حقوق الملكية في شركاتها طبقاً للهيكل القانوني الخاص بكل شركة ولا سيما تنظيم مشاركتها في الهيئات العامة للشركة وأن يتم اختيار أعضاء مجالس الإدارة ممن يتمتعون بالجدارة وبتنظيم وشفافية.
- وضع الخطط والإشراف على تنفيذها ولا سيما الخطط المالية، ووضع نظام لإعداد التقارير لتقييم الأداء والتأكد من الالتزام بمبادئ الحوكمة، ووضع سياسة للإفصاح والحوار الفعال مع مدققي الحسابات الخارجي، ووضع نظام نزيه لمكافأة أعضاء مجلس الإدارة.

وقد توصّل الخبراء والمعنيين في البنك الدولي إلى وضع مجموعة من الأدوات والتوصيات المهمة والضرورية لتطوير حوكمة الشركات المملوكة للدولة منها ما يتعلق بملكية الشركات المملوكة للدولة، حيث تهدف إصلاحات ملكية الشركات المملوكة للدولة إلى توضيح دور الدولة كمالك، وتحديد جهاز الملكية بوضوح، وتعزيز المساءلة عن النتائج، ومنح مجالس والإدارة قدرًا أكبر من الاستقلالية في اتخاذ القرارات التشغيلية[10].

ولعل هذه التوصيات تتطابق مع مبادئ حوكمة الشركات المملوكة للدولة والخاصة بدور الدولة كمالك المذكورة أعلاه، هذا إن دل على شيء فهو يدلّ على وجود اتفاق دولي بين المنظمات والهيئات الرسمية الدولية على مبادئ الحوكمة وضرورة توحيد تطبيقاتها ما أمكن كونها الضمان الأهم لنجاح عمل الشركات المملوكة للدولة.

ثالثا– الشركات المملوكة للدولة في السوق

عندما تمارس الشركات المملوكة للدولة أنشطة اقتصادية يجب ألا يتسبب ذلك بأضرار غير قانونية لشركات القطاع الخاص، فمن المعروف أن الدولة هي التي تقوم بتنظيم

[10] International bank. (2014). **Corporate Governance of State-Owned Enterprises -A Toolkit.** Washington: USA. International bank group. P:69.

السوق عبر سنّ التشريعات وتنفيذها عبر بعض الهيئات الحكومية، هنا قد يحصل التعارض، حيث تكون الدولة منظمة للسوق، وبنفس الوقت مالكة لشركات تمارس أنشطة اقتصادية ضمن هذا السوق، وبالتالي قد تصبح الدولة خصماً وحكماً بنفس الوقت.

وقد اهتمت OECD بهذا الجانب وأدركت مخاطره وأكدت ضرورة التزام الدولة والشركات المملوكة لها بأعلى درجات الشفافية في التصريح عن النفقات والإيرادات، وأوصت بالفصل بين وظيفة الدولة كمالك وأية وظائف أخرى قد تتعلق بتنظيم السوق، مع إعطاء الحق لكافة أصحاب المصلحة ولا سيما الدائنين والمنافسين للمطالبة بحقوقهم عند انتهاكها من قبل الشركات المملوكة للدولة، وألا يتم تمييز هذه الشركات عن شركات القطاع الخاص المنافسة، وكانت أهم توصياتها في هذا الإطار كما يلي[11]:

- يجب ان يتم الفصل بوضوح بين وظيفة الدولة كمالك ووظيفتها كمنظم للسوق.
- ينبغي أن يتمتع أصحاب المصلحة ولا سيما الدائنين والمنافسين بإمكانية المطالبة بحقوقهم حين انتهاكها.
- عندما تتعلق أنشطة الشركات المملوكة للدولة بأهداف متعلقة بالسياسة العامة يجب التزام الشفافية في التصريح عن العوائد والإيرادات، وعلى الدولة أن تقوم بتمويل التكاليف المتعلقة بأهداف السياسة العامة والإفصاح عنها.
- يجب عدم تمييز الشركات المملوكة للدولة عن الشركات الخاصة المنافسة بمنحها إي إعفاءات لجهة تطبيق التشريعات النافذة ولا سيما التشريعات الضريبية.
- يجب ان تخضع الأنشطة التي تمارسها الشركات المملوكة للدولة لشروط متوافقة مع السوق سواء لجهة إضفاء الصفة التجارية على علاقات هذه الشركات بسائر المؤسسات المالية وغير المالية، أو لجهة عدم تمييزها بمنحها أي دعم مالي أو تخفيض أسعار الخدمات كالكهربا والماء يميزها عن المنافسين من القطاع الخاص، أو لجهة تقارب معدلات الإيرادات معها، أو لجهة خضوعها لنفس

[11] OECD.OP.CIT, p:19-20.

الإجراءات التي يخضع لها القطاع الخاص في معرض تأمين احتياجاتها أو بيع موادها وخدماتها.

ولعلّ الهدف الأكثر أهمية هو فصل وظائف الملكية عن وظائف صنع السياسات والوظائف التنظيمية للتقليل من مشكلة تضارب المصالح التي قد تنشأ عند الجمع بين هذه الأدوار خاصة في القطاعات التي تشهد تنافسية مع القطاع الخاص[12]. مع الانتباه لعدم استخدام الدعم لتقديم معاملة تفضيلية (ميزة تنافسية) للمؤسسات المملوكة للدولة إذا كان المنافسون الآخرون من القطاع الخاص قادرين على توفير السلع والخدمات، والأفضل أن يكون الدعم مماثل في القطاع بأكمله ما لم تكن المؤسسة المملوكة للدولة مناط بها تحقيق تنفيذ مهام واضحة على مستوى السياسة تقتضي معاملة مختلفة، وعلى سبيل المثال ينبغي أن يكون منح التأجيل الضريبي للمؤسسات المملوكة للدولة في قطاع الصناعة التحويلية مماثل لما يتم منحه لكامل القطاع بوجه عام[13].

المطلب الثاني: المبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وأصحاب المصلحة الآخرين:

كأي شركة من القطاع الخاص للشركات المملوكة للدولة مجلس إدارة يعتبر المسؤول الأول عن تسيير أعمال الشركة ولا سيما اتخاذ القرارات الجوهرية في الشركة، إضافة لوجود العديد من أصحاب المصلحة الآخرين الذين تربطهم بالشركة علاقات منفعة متبادلة، وهذا ما دفع OECD لوضع عدة مبادئ لحوكمة الشركات المملوكة للدولة خاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة، وهذه المبادئ هي كالتالي:

---

[12] International bank. Op.cit. P:69.

[13] هاريس، جيسون و ايمبرت، برونو وميداس، باولو وراليبه، جون وسينغ، آشني . **الدعم الحكومي للمؤسسات المملوكة للدولة: الخيارات أمام إفريقيا جنوب الصحراء**. صندوق النقد الدولي. 19/ شباط/ 2024, 10:00 pm. الرابط:

https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/covid19-special-notes/Arabic/arspecial-series-on-covi19government-support-to-stateowned-enterprises-options-for-subsaharan-africa.ashx

تاريخ الزيارة: 2014/2/17 الساعة 9:30 pm

المعاملة المتكافئة للمساهمين والمستثمرين الآخرين، العلاقة مع أصحاب المصلحة وممارسة الأعمال بمسؤولية، الإفصاح والشفافية ومسؤولية مجالس إدارة الشركات المملوكة للدولة.

أولاً- المعاملة المتكافئة للمساهمين والمستثمرين الآخرين:

عندما تكون الشركات المملوكة للدولة مدرجة في البورصة أو تضم بين مالكيها مستثمرين غير حكوميين يجب على الدولة وشركاتها[14]:

- الاعتراف بحقوق جميع المساهمين وضمان معاملتهم معاملة عادلة وخاصة السماح لهم بالوصول لمعلومات الشركة بالتساوي.
- الالتزام بأعلى معايير الشفافية والإفصاح عن المعلومات لكافة المساهمين.
- وضع سياسة نشطة للتواصل والتشاور مع كافة المساهمين.
- تسهيل مشاركة مساهمي الأقلية في اجتماعات المساهمين ليتمكنوا من المشاركة في اتخاذ القرارا الأساسية في الشركة مثل انتخاب مجلس الإدارة.
- أن تتم العلاقة بين الشركات المملوكة للدولة من جهة، وبين هذه الشركات والدولة بشروط متسقة مع السوق، والالتزام بقواعد حوكمة الشركات، وإتاحة المعلومات لكافة المساهمين عندما يطلب من الشركات المملوكة للدولة المساهمة في تحقيق أهداف السياسة العامة..

لعل مبدأ المعاملة المتكافئة للمساهمين والمستثمرين الآخرين ليس بجديد في القانون التجاري، وهو ينسجم مع أبسط مبادئ العدالة والإنصاف، فهذه المبادئ تستلزم حماية سائر الأصلاء (مثل حقوق المساهمين والملاك والمستفيدين من أرباح الشركة)، فالهدف الرئيسي لنظام الحوكمة ينبغي أن يوفّر حماية لاولئك الأصلاء، بما يضمن عدم المساس بحقوقهم تماشياً مع أهداف القانون التجاري والتي من بينها تحقيق العدالة والإنصاف للمخاطبين بأحكامه[15].

ثانياً- العلاقة مع أصحاب المصلحة وممارسة الأعمال بمسؤولية:

[14] OECD. Op.cit, p:22.

[15] عبدو، مجدي. (2018، خريف). الحوكمة في الشركات المملوكة للدولة: تحديد نطاق الإشكال. **الأستاذ**. العدد: 15. ص: 152. طرابلس: ليبيا. جامعة طرابلس.

يجب على الحكومة وأجهزتها المناط بها ممارسة حق الملكية في الشركات المملوكة لها وهذه الشركات أن تعترف وتحترم حقوق أصحاب المصالح الآخرين أينما وردت هذه المصالح سواء في القوانين أو الاتفاقيات المشتركة، وأن تبلّغ عن علاقاتها مع أصحاب المصالح بمن فيهم اليد العاملة والدائنين والمجتمعات المعنية عند الاقتضاء، وأن تقوم مجالس إدارات الشركات المملوكة للدولة بوضع وتنفيذ ومراقبة والتبليغ عن الضوابط الداخلية والقواعد الأخلاقية وبرامج أو تدابير الامتثال، وأن تراعي أعلى المعايير بشأن ممارسة أعمالها بمسؤولية والإفصاح عن توقعات الحكومة بهذا الشأن، دون إغفال عدم إقحام الشركات المملوكة للدولة في الأنشطة السياسية ولا سيما مساهمتها في الحملات السياسية أو استخدامها لتمويل الأنشطة السياسية[16].

ولعل هذا المبدأ يتطلب أن تقوم سائر علاقات الشركة، سواء العلاقات الداخلية بين أصحاب المصالح الداخليين او الخارجية بين الشركة وأصحاب المصالح الخارجيين على أساس الشفافية والمنفعة والاحترام المتبادل، والتزام الشركات المملوكة للدولة الحياد التام وعدم الدخول في الميدان السياسي كسائر شركات القطاع الخاص.

ثالثا- الإفصاح والشفافية:

يعدّ الإفصاح والشفافية أمرين حيويين لمساءلة الشركات المملوكة للدولة عن أدائها. يتطلّب نظام إعداد التقارير الفعال من الشركات المملوكة للدولة الالتزام بنفس أطر إعداد التقارير والرقابة التي تلتزم بها غيرها من الشركات، واستصدار البيانات المالية وفقاً لمعايير محاسبية عالية الجودة والإفصاح عن المعلومات المالية وغير المالية، والقيام بالمراجعة الخارجية المستقلة لزيادة موثوقية ومصداقية تقارير الشركات المملوكة للدولة كغيرها من الشركات[17].

[16] OECD. Op.cit, p:23.

[17] International bank. (2014). **Corporate Governance of State-Owned Enterprises -A Toolkit.** Washington: USA. International bank group. P:215.

وقد أكدت OECD ضرورة التزام الشركات المملوكة للدولة بأعلى معايير الشفافية بالإبلاغ عن المعلومات المالية وغير المالية المهمة الخاصة بالشركة وخاصة الأنشطة التي يتم تنفيذها لخدمة المصلحة العامة مثل[18]:

- إصدار بيان واضح للجمهور عن أهداف الشركة ومدى الوفاء بها.
- النتائج المالية والتشغيلية للشركة ولا سيما هيكل التكاليف والتمويل المتعلق بأهداف السياسة العامة.
- هيكل الحوكمة والملكية والتصويت، وأنظمة المكافآت خاصة للإدارة العليا ومؤهلات أعضاء مجلس الإدارة وآلية اختيارهم.
- المخاطر المتوقعة وإجراءات مواجهتها، والمساعدات المالية التي حصلت عليها الشركة من الدولة والالتزامات المقدّمة نيابة عن الشركات المملوكة للدولة.
- أية عمليات كبيرة بين الدولة والهيئات الأخرى، وأية مسألة ذات صلة متعلقة بالموظفين وأصحاب المصالح الآخرين.
- ضرورة خضوع البيانات المالية السنوية للشركات المملوكة للدولة للتدقيق من جهة رقابية خارجية مستقلة، إضافة لقيام جهاز الملكية بإعداد تقارير متسقة حول هذه الشركات وأن يقوم سنوياً بنشر تقرير شامل عنها، مع استخدام شبكة الانترنت لتمكين الجمهور من الاطلاع على هذه التقارير.

رابعاً– مسؤولية مجالس إدارة الشركات المملوكة للدولة:

مجلس الإدارة هو الهيئة العليا المسؤولة عن إدارة الشركة، لذلك يجب أن يتمتع بالأمانة والكفاءة اللازمة ويمنح العديد من الصلاحيات للقيام بالمهام الملقاة على عاتقه وأن يتحمل المسؤولية ويخضع للمساءلة عن إنجاز هذه المهام، وأهم المبادئ التي تحكم تكوين وعمل مجلس إدارة الشركات المملوكة للدولة وفقاً لـ OECD هي[19]:

- يجب تحديد دور مجلس الإدارة بوضوح في القوانين ويفضل أن يكون في قانون الشركات، وأن يكون هذا المجلس قابلاً للمساءلة أمام الملّاك وأن يتصرف لمصلحة الشركة ويطبق مبدأ المعاملة المتكافئة للمساهمين.

[18] OECD. Op.cit, p:24-25.
[19] OECD. Ibid. p:26-27.

- يجب على مجلس الإدارة القيام بوظائفه بشكل فعال على صعيد وضع الاستراتيجية والإشراف على الإدارة وأن يتمتع بصلاحية تعيين وإقالة المدير التنفيذي، وتحديد مستويات المكافآت ولا سيما للمسؤولين التنفيذيين.
- يجب اختيار أعضاء مجلس الإدارة بناءً على مؤهلاتهم ، وتكليفهم بمسؤوليات متساوية، وألا يكون للأعضاء المستقلين أي علاقة مع الشركة أو باقي المعنيين قد تؤثر في ممارستهم عملهم بموضوعية.
- ضرورة وضع آليات للحد من تضارب المصالح، والحد من التدخل السياسي في أعمال مجلس الإدارة.
- يتعين على رئيس مجلس الإدارة أن يتحمل المسؤولية عن كفاءة مجلس الإدارة، وأن يكون بالتعاون مع باقي الأعضاء صلة الوصل مع جهاز الملكية، مع الانتباه لضرورة فصل وظيفة رئيس المجلس عن المدير التنفيذي.
- عند تمثيل العاملين في مجلس الإدارة، ينبغي ضمان ممارسة هذا التمثيل بفعالية.
- على مجلس الإدارة تشكيل لجان لمساعدته في عمله ولا سيما لجان المراجعة والمخاطر والمكافآت دون أن يؤدي ذلك إلى الانتقاص من مسؤوليات المجلس، مع ضرورة قيام المجلس بإجراء تقييم سنوي لأدائه.
- على الشركات المملوكة للدولة الاهتمام بوظيفة التدقيق الداخلي وأن تنشئ وظيفة المراجعة الداخلية تخضع لإشراف مجلس الإدارة وتقدّم تقاريرها لمجلس الإدارة أو لجنة المراجعة.

المبحث الأول: المعوقات القانونية لتطبيق المبادئ الخاصة بملكية الدولة

إن ملكية الدولة لنمط معين من الشركات يجعل تطبيق الحوكمة في هذا النمط من الشركات أصعب منه في باقي أنماط الشركات ذلك لأن أنماط الشركات الأخرى ولا سيما الشركات الخاصة تسعى بشكل أساسي لتحقيق الربح بينما تسعى الشركات المملوكة للدولة لتحقيق عدة أهداف أخرى عدا الربح كتحقيق المنفعة العامة، وهذا ما يدفعنا لبيان أهم المعوقات القانونية لتطبيق كل مبدأ من مبادئ الحوكمة المتعلقة بملكية الدولة.

المطلب الأول– المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ المبررات لملكية الدولة .

لقد فرضت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المتطورة ضرورة التخلّص من مفهوم الدولة الحارسة ليحل محله مفهوم الدولة المتدخّلة[20]، وبموجب هذا المفهوم أصبحت الدولة تتدخل في أوجه النشاط الاقتصادي فظهرت الشركات المملوكة للدولة ذات الصفة التجارية، وظهرت مشكلات تدخّل الدولة في إدارة هذه الشركات، ولتلافي ذلك وضعت OECD ضمن توصياتها عدة مبررات لملكية الدولة لهذه الشركات، وبإسقاط هذه التوصيات على الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي في سورية تظهر لنا النتائج التالية:

1- الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي هي مليكة عامة لسائر أبناء الشعب، حيث تقوم الدولة بإدارتها واستثمارها لصالحهم[21]، وتهدف هذه الشركات إلى المشاركة في تنمية الاقتصاد الوطني[22]، هذه التنمية ترتبط بعلاقة طردية مع المستوى المعيشي لأبناء الشعب ورفاهيتهم، أي أن هدف هذه الشركات هو زيادة القيمة للمجتمع إلى أقصى حد، ومن البديهي أن ذلك يتحقق بالتخصيص الفعال للموارد لمعالجة مشكلة الندرة الاقتصادية وهذا ما ينسجم مع توصية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في هذا المجال.

2- وفقاً لمبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية يتعين على الحكومة ان تضع سياسة ملكية من شأنها أن تحدد مبررات ملكية الدولة ودور الدولة في حوكمة الشركات المملوكة لها وكيفية تنفيذ الدولة لسياسة الملكية الخاصة بها وأدوار ومسؤوليات الهيئات الحكومية التي تشارك في تنفيذها، ويجب أن تخضع سياسة الملكية هذه لإجراءات المساءلة السياسية المناسبة والإفصاح للجمهور والمراجعة الدورية، بينما في الواقع لم تضع الحكومة في سورية أي وثيقة خاصة بسياسة ملكيتها للشركات وكيفية تنفيذ هذه السياسة، ولم يتم التطرّق لحوكمة الشركات المملوكة للدولة ودور الدولة في ذلك، وبالنتيجة لايمكن الحديث عن أي هيئات

[20] قويدر، معيزي. (2013، خريف). **تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق**. مجلة الاقتصاد الجديد. عدد:8. البليدة: الجزائر. جامعة البليدة. ص: 144.

[21] المادة 14 من دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012

[22] المادة 1/أ –ب من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

الحكومية مشاركة في تنفيذ سياسة الملكية كون هذه السياسة لم توضع أساساً، ولا يمكن تطبيق باقي بنود التوصية في هذا المجال، فبدءاً من الدستور الذي نص على أن المنشآت والمؤسسات والمرافق العامة هي ملكية عامة تتولى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب[23]، مروراً بالقانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي الذي كان بعيداً كل البعد عن هذه المجالات وغيرها من القوانين والانظمة النافذة، بما يتناقض مع إحدى أهم توصيات OECD.

3- بخصوص ضرورة قيام الدولة بتحديد المبررات لامتلاك شركات منفردة ومراجعتها بشكل دوري ننوه أنه على الرغم من إمكانية تأسيس شركات مشتركة تساهم فيها الدولة أو إحدى الجهات العامة بنسبة معينة من رأس مالها[24]، فقد انحصر اختصاص الشركات المشتركة تقريبا في القطاع النفطي كشركة إيبلا وحيان النفطيتان وغيرهما، أي أن الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي هي شركات مملوكة بالكامل للدولة، ومن أهم مبررات وجودها المشاركة في تنمية الاقتصاد الوطني[25]، سواء بقيامها بالأعمال التي تهدف لتحقيق الربح ورفد الخزينة العامة بالإيرادات كون هذه الجهات تاجراً في علاقاتها مع الغير[26]، أو بتقديم الخدمات والمنتجات للمواطنين بأسعار مناسبة ومدعومة في العديد من الحالات كالكهرباء والمياه مما يساهم في رفع المستوى المعيشي للمواطنين وهذا ما يمكن اعتباره المبررات العامة لوجودها، أما المبررات الخاصة فهي مضمنة في القوانين الخاصة بإحداث كل جهة من هذه الجهات وتمثل جوهر والغاية من وجود كل جهة من هذه الجهات.

تجدر الإشارة أن المبررات الموضوعة لوجود هذه الشركات لا تقوم الحكومة بمراجعتها بشكل دوري، فالمبررات العامة المتمثلة في المشاركة في تنمية الاقتصاد الوطني موضوعة منذ عدة سنوات وتحديدا منذ إقرار القانون رقم 2

[23] المادة 14 من دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012.
[24] المادة 6 البند2 من المرسوم التشريعي 29 لعام 2011 المتضمن قانون الشركات.
[25] المادة 1/أ –ب من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[26] المادة 2 الفقرة /ب/ من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي، ودون تحديد الآلية التي تساهم بها هذه الشركات في التنمية، والمبررات الخاصة لا يتم مراجعتها إلا عند تحديث قوانين هذه الشركات سواء بالدمج أو الاندماج أو تطوير عملها أو تغيير الشكل القانوني.

مما سبق يمكننا تحديد أهم المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ المبررات لملكية الدولة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بوجود نوعاً من التقصير في أداء السلطتين التشريعية والتنفيذية نظراً لعدم قيامها بسنّ الصك الخاص بحوكمة الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي أسوة بما فعلته مؤخراً عندما أصدرت القانون رقم 3 لعام 2024 الخاص بإحداث وحوكمة وإدارة الشركات المساهمة العمومية والشركات المشتركة، ومن ثم تضع الوثيقة الخاصة بسياسة ملكية الدولة لهذه الشركات، إضافة لعدم تحديث مبررات وجود هذه الشركات خاصة مع التطورات والتغيرات التي تشهدها المجتمعات وتزايد وتعدد الحاجات الإنسانية وسعي الدولة وشركاتها لإشباع هذه الحاجات.

المطلب الثاني– المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ دور الدولة كمالك.

الدولة شخص اعتباري يتمتع –كسائر الأشخاص الاعتبارية– بحق الملكية وإمكانية ممارسة هذه الحق في الشركات المملوكة لها ضمن الحدود والقيود التي حددها القانون، وقد وضعت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عدة مبادئ يفترض أن تلتزم بها الدولة عند ممارسة حق الملكية في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي، وبمقارنة الوضع القانوني لهذه الشركات مع هذه المبادئ نجد مايلي:

1– قامت الدولة في سورية بتبسيط وتوحيد الأشكال القانونية التي تعمل بموجبها هذه الشركات، حيث انحصرت الأشكال القانونية ضمن ثلاثة أشكال وهي: المؤسسة

العامة والمنشأة العامة والشركة العامة[27]، والهيكلية الإدارية لهذه الجهات موحّدة تقريباً بوجود مجلس إدارة أو لجنة إدارية –حسب الحال– ومدير عام ومعاون له وإدارات مركزية وفروع في المحافظات [28]، وتقوم هذه الجهات –باستثناء مؤسسات التأمين والمعاش– بتطبيق النظام المحاسبي الصادر بالمرسوم رقم 490 لعام 2007[29]، هذا النظام المستمدّ بدوره من معايير المحاسبة الدولية بما ينسجم مع توصيات OECD في هذا المجال.

2– الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي تتمتع بالاستقلال المالي والإداري[30]، ولكن هذه الاستقلالية ليست مطلقة، فالموازنتين الجارية والاستثمارية يعتبر الأساس في إقرارهما وزارة المالية[31]، واستثمار أموال الشركة لا يتم إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء[32]، وإضافة وتعديل الحسابات العامة والمساعدة لدليل حسابات الشركة رغم بساطته فهو يصدر بقرار من وزير المالية[33]، هذا إضافة للعديد من الحالات التي تتعارض مع الاستقلالية والمنصوص عنها في القوانين الناظمة لعمل هذه الشركات بما يتعارض مع توصيات OECD في هذا الصدد، وبرأينا المتواضع سبب هذا التعارض هو جمود القوانين الناظمة لعمل هذه الجهات، هذه القوانين التي تم تعديل معظمها منذ سنوات ولكن بقيت مصبوغة بعقلية "هيمنة السلطة التنفيذية على مؤسسات القطاع الإداري"، دون إعارة أي اهتمام للتفاوت بين هذه الشركات وبين جهات القطاع الإداري.

3– يقوم مجلس الإدارة بممارسة المهام والمسؤوليات المنوطة به، ولا سيما رسم السياسة التي تسير عليها الشركة وإقرار الخطط وتنفيذها والإدارة الاقتصادية للشركة وتحقيق الريعية الاقتصادية، وهو السلطة الوحيدة المختصة بهذه المهام

---

[27]المادة 1/أ –ب من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[28]المادة 9 الفقرة /ب/ من قرار رئاسة الوزراء رقم 903 لعام 2005 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للجهات العامة.

[29]المادة 1 من المرسوم 490 لعام 2007 المتضمن النظام المحاسبي الأساسي.

[30]المادة 1/أ –ب من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[31]المادة /4+5/ من المرسوم رقم 489 لعام 2007 المتضمن النظام المالي للجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[32]المادة 33 من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[33]المادة /4-أ/ من المرسوم رقم 490 لعام 2007 المتضمن النظام المحاسبي الأساسي.

دون تدخل من أحد، ولكن ممارسة هذه المهام والاختصاصات مرهون بمواكبة سياسة الدولة وخططها العامة[34]، وهذا ما يهدد استقلالية مجلس الإدارة من جهة، ويتسبب في التعارض بين مهام هذه الجهات من جهة أخرى وعلى سبيل المثال سياسة الدعم الاجتماعي الذي مازالت الدولة تنتهجها في بعض القطاعات والشركات تتسبب بخسارة مادية في هذه القطاعات والشركات بما يتناقض مع مهمة تحقيق الريعية الاقتصادية سالفة الذكر.

من جهة أخرى يقتصر دور مجلس الإدارة في بعض المهام –رغم أهميتها– على إبداء المقترحات، وتصدر القرارات اللازمة من قبل السلطة التنفيذية في الدولة، والأمثلة كثيرة على ذلك ولعل قرارات زيادة رأس المال والمساهمة برأسمال الشركات العامة خير مثال على هذه الحالات[35]، يضاف لذلك ان تعيين أعضاء مجلس الإدار يتم بقرار من السلطة التنفيذية دون ترشيح

هذه الحالة تتعارض مع توصيات OECD أيضاً، ويمكن أن نعزي سبب ذلك أيضاً لاستمرار عقلية هيمنة السلطة التنفيذية على مؤسسات القطاع الإداري، وعدم تطبيق المفهوم الحديث للمرفق العام الاقتصادي الذي يعتبر شركات القطاع العام الاقتصادي شركات مستقلة بالكامل، تعمل غالباً في القطاعات التي يصعب على القطاع الخاص العمل بها، ولكن هدفها الأول هو تحقيق الربح.

4- لا يوجد جهاز ملكية يختص بممارسة حقوق ملكية الدولة لشركاتها العامة ذات الطابع الاقتصادي، ولعل الصلاحيات التي منحها القانون لرئاسة مجلس الوزراء من تعيين المدراء في معظم المستويات، وإعطاء الموافقات هنا وهناك، وإمكانية تكليف الجهات الرقابية الحكومية بمهمات تفتيشية في هذه الجهات –خارج إطار مهماتها التقليدية– وغيرها يجعل رئاسة مجلس الوزراء أقرب جهة تمارس حق الملكية، عدا عن ذلك منح القانون وزارة المالية صلاحيات متعددة وكأنها جهاز الملكية وأهمها استلام الفوائض أو الأرباح ومنح القروض عبر مديرية صندوق الدين العام التابعة لوزارة المالية، ومع عدم وجود جهاز ملكية محدد لايمكن

[34] المادة /10+25/ من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[35] المادة /11/ من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

الحديث عن مساءلة جهاز الملكية بما يتناقص مع توصيات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وبرأينا المتواضع أيضاً هنالك تقصيراً تشريعياً في هذا الصدد في عدم تسمية جهاز ملكية يتولى ممارسة حقوق الملكية أسوة بالهيئة العامة لإدارة وحماية أملاك الدولة المحدثة بالقانون رقم 43 لعام 2023 والمسؤولة عن إدارة أملاك الدولة الخاصة (العقارات المبنية وغير المبنية والحقوق العينية غير المنقولة التي تخص الدولة بصفتها شخصاً اعتبارياً).[36]

5- باعتبار الدولة مالك وحيد لهذه الشركات لا يوجد هيئة عامة للمساهمين، والحالة الوحيدة التي نص بها القانون على وجود ما يعتبر بمثابة هذه الهيئة تكون في حالة إقرار الميزانية الختامية السنوية وحساب الأرباح والخسائر لهذه الشركات وتقويم أدائها وإبراء ذمة أعضاء مجالس ادارتها، حيث يرأس مجلس الإدارة الوزير المختص كممثلاً عن الدولة بما يتعارض مع توصيات OECD، أما عن اختيار أعضاء مجلس الإدارة فلم ينص القانون على ضرورة تمتعهم بمؤهلات معينة باستثناء رئيس مجلس الإدارة حيث اشترط تعيينه في ضوء "مؤهلات يتمتع بها[37]،وهذا لا يتعارض مع توصيات OECD فقد اشترطت توفر هذه المبدأ في نمط معين من الشركات وليس كلها، وبالتالي ويفرض القانون على الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي ضرورة الإفصاح عن كافة البيانات التي أوجبت معايير المحاسبة الدولية الإفصاح عنها[38]، وإرسال القوائم المالية إلى الجهاز المركزي للرقابة المالية لتدقيقها وذلك خلال ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية[39]، أي هنالك انسجاماً مع توصيات OECD لجهة الإفصاح عن الأعمال الهامة والتواصل مع الجهات الرقابية الحكومية، ويمكن أن نرجع التناقضات بين توصيات OECD والواقع الفعلي سالف الذكر إلى طبيعة الشكل القانوني لهذه الشركات كشركات عامة وبالتالي في حالة وجود ملكية للقطاع الخاص في هذه الشركات يجب تحويلها لشكل قانوني آخر، وبخصوص أعضاء مجلس الإدارة

[3636]المادة /1/ من القانون رقم 43 لعام 2023 القاضي بإحداث الهيئة العامة لإدارة وحماية أملاك الدولة.
[37]المادة /7-أ و 20-أ/ من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[38]المادة /6/ من الباب الثالث من المرسوم 490 لعام 2007 المتضمن النظام المحاسبي الأساسي.
[39]المادة /31-د/ من المرسوم التشريعي رقم 54 لعام 2006 المتضمن القانون المالي الأساسي.

هنالك قصور في القانون وكان من الأجدى تحديد متطلبات عامة يجب توافرها فيهم والإحالة للأنظمة الداخلية لهذه الشركات لتحديد الشروط الخاصة.

وبالتالي تتمثل المعوقات القانونية لتطبيق هذه المبدأ من مبادئ الحوكمة في وجود قصور تشريعي وجمود في التشريعات المطبقة، وفي انتهاك استقلاليتها في بعض الجوانب نظراً لهيمنة السلطة التنفيذية على هذه الشركات كونها تواكب سياسة الدولة وخطتها العام، وعدم وجود جهاز ملكية وخضوع أعضاءه للمساءلة القانونية عند ارتكاب المخالفات.

المطلب الثالث– المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ الشركات المملوكة للدولة في السوق.

عندما تمارس الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي أنشطتها، يتم الفصل غالباً بين دور الدولة كمالك ودورها كمنظم للسوق، وعلى سبيل المثال يتم إخضاع هذه الشركات لضريبة الأرباح الحقيقية أسوة بالقطاع الخاص[40]، أي لا يتم إعفاءها بحجة أنها مملوكة للدولة، وقد سمح القانون لأصحاب المصلحة كالدائنين والمنافسين بالمطالبة بحقوقهم عند انتهاكها من قبل هذه الشركات، ولعل ما نص عليه الدستور من حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء خير توضيح لهذه الحالة[41]، فلم يحصّن الدستور قرارات أو أعمال هذه الشركات من رقابة القضاء بحجة ملكيتها للدولة، وإذا كان موضوع النزاع بتعلق بعقد فالقضاء الإداري هو المرجع المختص للنظر في هذا النزاع ويمكن اللجوء للتحكيم ضمن شروط معينة[42]، وإذا كانت أنشطة الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي مرتبطة بالسياسة العامة للدولة تقوم الدولة وشركاتها بالإفصاح عن هياكل التكاليف والإيرادات الخاصة بهذه الأنشطة وخير مثال على ذلك سياسة الدعم كالدعم المقدم في قطاع المخابز والنفط والذي تقوم الدولة بشكل متكرر بالإعلان عن تكاليف إنتاج ربطة الخبز ولتر المحروقات والقيمة التي يتم البيع بموجبها ليكون الفارق هو قيمة

[40] المادة /2/ من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003.
[41] المادة الحادية والخمسون، البند /4/ من دستور الجمهورية العربية السورية عام 2012.
[42] المادة /66/ البند /أ+ب/ من قانون العقود الموحد رقم 51 لعام 2004.

الدعم المقدّم، وبشكل عام تخضع الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي وأنشطتها لشروط متوافقة مع شروط السوق حيث تعتبر تاجراً في علاقاتها مع الغير[43]، وبالتالي تخضع لأحكام قانون التجارة كغيرها من شركات القطاع الخاص ذات الصفة التجارية وهذا كله بما يتوافق مع توصيات OECD، ولكن تخرج عن هذه التوصيات في عدة نقاط منها أنها تعمل بكفالة الدولة وضمانتها وبالتالي يمكنها الحصول على قروض طويلة الاجل وبفوائد ضئيلة لتمويل استثماراتها من صندوق الدين العام[44] بما يميزها عن منافسيها من القطاع الخاص، إضافة لتميزها عن القطاع الخاص أيضاً في معرض دخولها في عمليات البيع والشراء حيث تعفى من تقديم الوثائق المطلوبة للاشتراك في المناقصات[45]، بالتالي تتمثل المعوقات القانونية لتطبيق هذا المبدأ من مبادئ الحوكمة في أن الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي تعمل بضمانة الدولة وبالنتيجة تخضع لمبدأ استمرارية المرفق العام –رغم تعدد الآراء حول اعتبارها مرفقاً عاماً من عدمه– كون حدوث الخسائر المتكررة لا يهدد استمراريتها وتقوم الدولة بتحمّل هذه الخسائر.

المبحث الثاني: المعوقات القانونية لتطبيق المبادئ الخاصة بمجلس الإدارة وأصحاب المصلحة الآخرين

إن أصحاب المصلحة –سواء الداخليين كأعضاء مجلس الإدارة أو الخارجيين كالدائنين– قد تكون مصالحهم متعارضة مع مصلحة الشركة، وعلى سبيل المثال قد يسعى أعضاء مجلس الإدارة لتحقيق منافع خاصة والدائنين يسعون لتحقيق مكاسب على حساب الشركة وهكذا.. ونظراً لأن مبادئ الحوكمة تهدف لتحقيق مصلحة جميع أصحاب المصلحة وليس مصلحة الشركة فقط فقد يصطدم تطبيق مبادئ الحوكمة الخاصة بمجلس الإدارة وباقي أصحاب المصلحة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بمعوقات قانونية متعددة، مما يدفعنا لبيان أهم هذه المعوقات القانونية.

[43] المادة /2-ب/ من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[44] المادة /9/ البند /2/ من المرسوم رقم 489 لعام 2007 المتضمن النظام المالي للجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي
[45] المادة /11-و/ من قانون العقود الموحد رقم 51 لعام 2004.

المطلب الأول- المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ المعاملة المتكافئة للمساهمين والمستثمرين الآخرين

الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي لا تدرج في سوق دمشق للأوراق المالية كون حصص الملكية فيها ليست أسهم وغير متاحة للبيع، وهي مملوكة بالكامل للدولة ولا تضم مساهمين أو مستثمرين آخرين غير حكوميين، وفي حال رغبة الدولة بضم مساهمين أو مستثمرين آخرين لهذه الشركات يتعين عليها تغيير الشكل القانوني لها إلى شركات مساهمة أو مشتركة حسب الحال، ونظراً لأن مبدأ المعاملة المتكافئة للمساهمين والمستثمرين الآخرين هو مبدأ خاص بالشركات المملوكة للدولة المدرجة في البورصة أو التي تضم مساهمين أو مستثمرين غير حكوميين وبالتالي يتعذر تطبيقه في هذه الشركات، وبرأينا لا يمكن الحديث عن أي معوقات قانونية هنا ومن الطبيعي عند تطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي استبعاد تطبيق هذا المبدأ، وهذا لا يتعارض مع توصيات OECD كونها وضعت هذا المبدأ ليطبّق في حالة إدراج هذه الشركات في البورصة أو انضمام مساهمين أو مستثمرين غير حكوميين كمالكين لحصص فيها.

المطلب الثاني- المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ العلاقة مع أصحاب المصلحة وممارسة الأعمال بمسؤولية.

الأطراف التي ترتبط بمصلحة مع الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي متعددة من أهمها الدائنين والمنافسين والمجتمعات المحلية وغيرها، وقد كفل القانون حماية مصالحهم المشروعة، ومع عدم وجود دليل حوكمة للشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي في سورية كانت المواد القانونية التي تتضمن حماية المصلحة المشروعة لأصحاب المصلحة متناثرة هنا وهناك، فنجد على سبيل المثال في كل من قانون العقود رقم 51 لعام 2004 ودفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم 450 لعام 2004 العديد من المواد القانونية التي تهدف لحماية المصلحة المشروعة للدائنين المتعاقدين مع الشركة، وفي كل من قانون العاملين رقم 50 لعام 2004 وقانون

التامينات الاجتماعية رقم 92 لعام 1959 نجد العديد من المواد القانونية التي تهدف لحماية العاملين من أصحاب المصلحة وغيرها.

ضمنت القوانين والأنظمة النافذة قيام مجلس إدارة الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بوضع بعض الضوابط الداخلية وتنفيذها ومراقبتها لضمان حماية أصول الشركة وحسن سير العمل فيها وعلى سبيل المثال يقوم مجلس الإدارة بوضع المعايير ومعدلات الاداء ووضع الخطط التفصيلية والبرامج التنفيذية التي تكفل تطوير الإنتاج وإحكام الرقابة على جودته وإقرار الخطط السنوية للشركة ودراسة التقارير التي يقدمها المدير العام حول هذه الخطط وحول مركزها المالي واتخاذ ما يلزم بشأنها[46]، واتخاذ الإجراءات الرقابية لكشف ومعالجة أي خلل قد يظهر في عمل الشركة، ووضع البرامج اللازمة للتأكد من حسن سير الأعمال كبرامج ضبط ومراقبة الدوام، وتحديد المهام بدقة وفصل المهام بحيث تتحدد مهام كل عامل ويتم ضمان عدم إنجاز المعاملة ذاتها من قبل عامل وحيد بل يتم ذلك عبر سلسلة متتابعة من الأعمال التي يقوم بها موظفين مختلفين وعلى سبيل المثال أمر الصرف بعد استكمال وثائقه يتم تنظيمه من قبل موظف يسمى المنظم ويخضع للتدقيق من قبل موظف آخر يسمى المدقق ومن ثم يتم التأكد من مطابقته للأصول القانونية وعدم تجاوز الاعتماد من قبل المدير المالي وفي نهاية الأمر يتم تصديقه من المدير العام كآمر للصرف وبهذه السلسلة يقوم كل موظف –لا إرادياً– بمراقبة عمل الموظف السابق له في السلسلة، هذه الإجراءات لا يواكبها قيام الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بوضع قواعد للسلوك المهني مطابقة للمعايير العالمية بما يناقض توصيات OECD في هذا الصدد[47]، يضاف لذلك أن العديد من الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي لا تلتزم بأعلى المعايير بشأن ممارسة أعمالها بمسؤولية فعلى صعيد البيئة مثلاً يمكننا تظهر بوضوح مخاطر التلوث المترافقة مع عمل مصفاتي حمص وبانياس وإسمنت عدرا وغيرها، وعلى صعيد المسؤولية تجاه الموظفين نجد على سبيل المثال العديد من حالات الإعفاء من المهام دون الإفصاح عن المبرر الحقيقي للإعفاء حيث

[46] المادة /10/ من القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي

[47] OECD. Op.cit, p:59

يُكتفى بتدوين عبارة "بناءً على مقتضيات المصلحة العامة" دون أن يعرف الموظف المعفى المبرر القانوني لإعفاءه في العديد من الحالات خاصة أن العبارة سالفة الذكر مبهمة، هذه الحالات التي تعكس انخفاضاً في مستوى التزام الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بالمعايير بشأن ممارسة أعمالها بمسؤولية من النادر أن تترافق مع إفصاح حكومي عن توقعات الدولة في هذا الصدد بما يخالف توصيات OECD في هذا الجانب.

بقي أن نشير ضمن هذا المبدأ إلى أن الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي – باستثناء سياسة الدعم الاجتماعي–لا تُستخدم لدعم الأنشطة السياسية للدولة أو لأي جهة ، فلا يتم رصد اعتمادات لها لتمويل أي نشاط سياسي أو حزبي، كذلك لم يتضمن المرسوم 490 لعام 2007 المتضمن النظام المحاسبي الأساسي لهذه الشركات أي بند أو حساب يتعلق بهكذا دعم بما ينسجم مع توصيات OECD في هذا الشأن.

كنتيجة لما سبق يمكننا أن نستخلص أن أهم المعوقات القانونية لتطبيق هذا المبدأ من مبادئ الحوكمة تتمثل في عدم إصدار دليل حوكمة خاص بالشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي، ووضع قواعد للسلوك المهني لهذه الشركات، وأن تلتزم هذه الشركات بممارسة الأعمال بمسؤولية بحيث تتلافى إحداث أي أضرار بالوسط المحيط سواء على صعيد البيئة بسلك نهج صديق للبيئة أو على صعيد الطبقة العاملة بتعديل التشريعات بشكل يضمن حمايتها من الإجراءات الإدارية التعسفية أو على صعيد الصحة العامة وغيرها.

المطلب الثالث– المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ الإفصاح والشفافية

الإفصاح والشفافية عنصران هامان عند بيان المركز المالي الحقيقي للشركة وطمأنة أصحاب المصلحة، حيث نص معيار المحاسبة الدولي في القطاع العام رقم /1/ على ضرورة التزام الشركات بعرض القوائم المالية الرئيسية لها وأما التفسيرات والأمور

الطارئة فتعالجها بنشر إفصاحات وإيضاحات متممة للقوائم المالية[48]، كذلك نص معيار المحاسبة الدولي في القطاع العام رقم /20/على ضرورة قيام الشركات بالإفصاح عن علاقاتها مع الأطراف ذات العلاقة[49]، وانسجاماً مع ذلك تلتزم الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بإعداد عدة قوائم مالية تتضمن نتيجة أعمال الشركة من كافة النواحي، وهيكل التكاليف وغيرها من البيانات الهامة وترفق هذه القوائم بالإيضاحات المتممة لها متضمنة كافة البيانات التي أوجبت المعايير المحاسبية الإفصاح عنها، وتعد هذه الإيضاحات جزأ لا يتجزأ من هذه القوائم وتقرأ معها[50]. وبعد الانتهاء من إعداد الحسابات والميزانية الختامية تقوم الشركة بتبليغها إلى مديرية شؤون المؤسسات في وزارة المالية وإلى الجهاز المركزي للرقابة المالية خلال ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية، حيث يقوم الجهاز –كمدقق خارجي– بتدقيق هذه الحسابات وفقاً للأحكام الوارد في قانونه وإبلاغ نتيجة التدقيق إلى الشركة والجهات الوصائية المشرفة عليها.

ومن ناحية التصويت داخل مجلس الإدارة تتخذ القرارات بالأغلبية وفي حال التساوي يرجح جانب رئيس مجلس لإدارة،[51] وقد حدد القانون آلية تشكيل مجلس الإدارة[52]، والتعويضات التي يتقاضاها أعضاءه[53]. وبالنسبة للمساعدات المقدّمة من الدولة وغيرها من الهيئات تلتزم الشركات العامة المملوكة ذات الطابع الاقتصادي بالإفصاح عنها حيث يتم الإفصاح عن أي هبات أو مساعدات أو تمويل حصلت عليه من صندوق الدين العام، كذلك تقوم بالإفصاح عن أي مسائل جوهرية تتعلق بالموظفين ضمن خطة اليد العاملة[54]، وبهذه النقاط تلتقي هيكلية الشركات العامة المملوكة

---

[48] الاتحاد الدولي للمحاسبين. (2022).**إصدارات معايير المحاسبة الدولي في القطاع العام**. ترجمة: المجمع الدولي العربي للمحاسبين القانونيين. طبعة: 2022. ج:1. عمان: الأردن. المجمع الدولي العربي للمحاسبين القانونيين. ص:158-159.

[49]المرجع السابق. ص:663.

[50]المادة /6/ من المرسوم رقم 490 لعام 2007 المتضمن النظام المحاسبي الأساسي.

[51]الماد /7 البند 5/ والمادة /20 البند4/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[52]المادة /7-د/ و /20-د/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[53]المادة /39/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

[54]المادة/5-د/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

بالكامل للدولة مع توصيات OECD ولكنها تفترق عنها في عدة نقاط من أهمها أن هذه الشركات تقوم بالإفصاح عن البيانات ضمن قوائمها المالية والإيضاحات المتممة لها، هذه القوائم توجه فقط لوزارة المالية والجهاز المركزي للرقابة المالية كما أسلفنا ولا توجّه للجمهور كذلك لا تلتزم هذه الشركات بالإفصاح عن المخاطر المتوقعة والإجراءات التي اتخذتها لمواجهتها وإن كان هنالك إفصاح عن بعض المخاطر فهو لا يعدو كونه أمر طارئ قد تكون اضطرت للقيام به لمواجهة ظروف معينة وخير مثال على ذلك أزمة المشتقات النفطية المتكررة التي مازلنا نعاني منها، فتجد انفراج لفترة معينة وفجأة تعود الأزمة ويظهر المعنيين إعلامياً كتبرير طارئ للأزمة دون أن نجد أي إفصاحات مسبقة عن هدف الشركة السورية لتخزين وتوزيع المشتقات النفطية بتوزيع كمية معينة من المشتقات النفطية خلال فترة معينة وعن نسبة تنفيذ هذه الخطة، كذلك تفترق عنها في عدم وجود جهاز ملكية ليقوم بتقديم تقارير متسقة عن هذه الشركات ونشر تقرير سنوي شامل عنها وإتاحته باستخدام الانترنت لتسهيل حصول الجمهور عليه.

مما سبق ذكره نجد أن المعوقات القانونية الفعلية لتطبيق هذا المبدأ من مبادئ الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي تتلخص في وجود قصور قانوني في التشريعات الناظمة لعمل تلك الجهات يتمثل في عدم إفصاح هذه الشركات عن المعلومات الهامة للجمهور عبر الانترنت مثلاً، وعدم وجود مديرية مخاطر ضمن الهيكل التنظيمي لها أسوة ببعض المصارف العامة، وبالنتيجة لا يمكن الحديث عن قيام هذه المديرية بالإعلان عن أهدافها بشكل دوري وفي نهاية الفترة تعلن عن نسبة التنفيذ ومبررات الانحراف عند وجودها، إضافة لعدم وجود جهاز ملكية –كما سبق ذكره– ليقوم بتقديم تقارير عن عمل هذه الشركات–.

المطلب الرابع– المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ مسؤولية مجالس إدارة الشركات المملوكة للدولة.

مجلس الإدارة هو السلطة المختصة برسم السياسة التي تسير عليها الشركة لتحقيق أهدافها[55]، لذلك يجب أن يتمتع بالصلاحيات الكاملة لتمكينه من القيام بواجبه دون إغفال جانب المسؤولية في حال تقصيره أو حدوث أخطاء أو إهمال من قبله في عمله، وفي هذا الصدد نشير فيمايلي لأهم النقاط المتعلقة بمسؤولية مجلس إدارة الشركات العامة المملوكة بالكامل للدولة:

- حدد القانون بوضوح دور وواجبات مجلس الإدارة، واعتبره مسؤولاً مسؤولية كاملة عن إقرار الخطط وحسن تنفيذها والإدارة الاقتصادية للشركة وتحقيق الريعية الاقتصادية للشركة وفقاً لسياسة الدولة وبصورة خاصة عن حسن تنفيذ خطط الإنتاج والاستثمار والتصدير والاستخدام الأمثل للموارد المتاحة بهدف تحقيق ريعية مناسبة لرأس المال المستثمر[56]، وبالنسبة لأحكام مسؤولية مجلس الإدارة فهي موزعة بين مواد القانون رقم 2 لعام 2005 وقانون التجارة السوري حيث يتم إبراء زمة أعضاء مجلس الإدارة في بانعقاد جلسة مجلس الإدارة برئاسة الوزير المختص على أن ينضم للمجلس مندوب عن الجهاز المركزي للرقابة المالية[57]. هذه النقاط تنسجم مع توصيات OECD وتختلف عنها في أن صلاحية تعيين المدير التنفيذي أو المدير العام وإنهاء تكليفه ليست بيد مجلس الإدارة حيث يتم ذلك بمرسوم أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء –حسب الحال–.[58]
- يضم مجلس الإدارة عاملين من الشركة ومن خارجها وأشخاص من التنظيم النقابي وهذا التكوين يسمح للمجلس بممارسة الحكم بشكل موضوعي ومستقل، وهذا ما يتوافق مع توصيات OECD ويختلف عنها في عدم اشتراط تقديم أعضاء مجلس الإدارة المستقلين مايثبت ألا تربطهم مع الشركة علاقات مصلحة قد تؤثر على استقلاليتهم وعدم اشتراط القانون توافر مؤهلات معينة في أعضاء مجلس الإدارة، إضافة لعدم النص في القانون على ضرورة وضع آليات لتجنّب

[55] المادة /10/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[56] المادة /10/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[57] المادة /11/ البند /2/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
[58] المادة /7-ب/ و /20-ب/ من القانون رقم2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

تضارب المصالح الذي يمنع أعضاء مجلس الإدارة من القيام بواجباتهم بموضوعية، وعدم وجود أدوات للحد من التدخل السياسي الذي قد يحصل في عمليات مجلس الإدارة خاصة أن تشكيل مجلس الإدارة يحصل بقرار من السلطة التنفيذية.

- رئيس مجلس الإدارة لا يتحمّل مسؤولية كفاءة مجلس الإدارة خاصة مع آلية اتخاذ القرارات المطبّقة التي تنص على اتخاذ القرارات بأغلبية الأصوات في الحالات العادية، وبعدم وجود دور له في اختيار باقي الأعضاء، وهذا ما يتعارض مع توصيات OECD.
- لا يقوم مجلس إدارة الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بتشكيل لجان مراجعة أو إدارة مخاطر أو أي لجان متخصصة لمساعدته في أداء مهامه، فهو ملزم في تدقيق حسابات الشركة على الاعتماد على الجهاز المركزي للرقابة المالية الذي يختص بتدقيق حسابات أجهزة وشركات الدولة، وعلى صعيد المخاطر لا يوجد إدارة لمواجهتها –كما أسلفنا–، ولا يلتزم مجلس الإدارة بإجراء تقييم دوري أو سنوي لأداء الشركة، كذلك لا يوجد في القانون ما ينص على إحداث وحدة إدارية تختص بالقيام بالمراجعة الداخلية –علماً أن وظائف الرقابة الداخلية الموجودة في هذه الشركات بعيدة كل البعد عن اختصاص المراجعة الذي يعتبر تخصص محاسبي بالدرجة الأولى–، وهذا كله بما يخالف توصيات OECD في هذا الصدد.

أي أن المعوقات القانونية لتطبيق مبدأ مسؤولية مجالس إدارة الشركات المملوكة للدولة تتمثل في عدم الفصل بين وظيفة ملكية الدولة لهذه الشركات ووظيفة إدارتها حيث تقوم الدولة كمالك بتعيين الإدارة التنفيذية وإنهاء تكليفها والتدخل السياسي في قرارات مجلس الإدارة كون عمل هذه الشركات يتم في إطار السياسة العامة للدولة، إضافة لوجود قصور في التشريعات الناظمة لعمل هذه الشركات حيث لم يتم النص على ضرورة توافر مؤهلات معينة في أعضاء مجلس الإدارة، أو على تقديم أعضاء مجلس الإدارة ما يثبت استقلاليتهم وعدم وجود مصالح لهم مع هذه الشركات أو

تضارب مصالح محتمل فيما بينهم، كذلك لم يتم منح صلاحيات لرئيس مجلس الإدارة لإبداء الرأي في تعيين باقي الأعضاء وبالتالي لا يمكن تحميله مسؤولية كفاءتهم، عدا عن ذلك نلحظ قصوراً أيضاً في عدم إدراج وظيفة المراجعة الداخلية في الهيكلية الإدارية لهذه الشركات وعدم السماح لمجلس الإدارة بتشكيل لجان للمراجعة والمخاطر وغيرها لمساعدته.

الخاتمة:

بعد ان استعرضنا موضوع الدراسة نورد فيما يلي بشيء من الإيجاز أبرز النتائج التي توصلت إليها الدراسة، ومن ثم نبدي بعض المقترحات التي قد يكون من المفيد للمشرّع مراعاتها لتذليل المعوقات القانونية التي تعترض تطبيق الحوكمة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

أولاً- النتائج:

تعد الحوكمة ركيزة ومتطلب أساسي لقيام شركات القطاع العام المملوكة بالكامل للدولة بعملها على أتم وجه وفقاً للمعايير العالمية، ولا يوجد أي مقترحات أو مشاريع تشريعات قائمة لتطبيقها في هذه الجهات، علماً أن محاولة تطبيقها في ظل الظروف والتشريعات الحالية النافذة لا بد أن يصطدم بالعوائق القانونية التالية:

- وجود قصور في التشريعات الناظمة لعمل هذه الجهات وعدم تحديثها إلا في الأحوال الطارئة.
- عدم وضع دليل حوكمة للشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
- عدم وجود وثيقة سياسة ملكية، والإفصاح عن هذه الوثيقة للجمهور ومراجعتها بشكل دوري.
- عدم تحديث مبررات وجود الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
- عدم وجود جهاز ملكية يختص بممارسة حقوق ملكية الدولة في هذه الشركات، وخضوع أعضاءه للمساءلة القانونية.

- انتهاك استقلالية هذه الشركات ومجالس إدارتها في بعض الجوانب من قبل السلطة التنفيذية كون هذه الشركات تعمل في إطار السياسة الدولة وخطتها العامة.
- عدم وضع أسس لاختيار أعضاء مجلس الإدارة وعدم اشتراط توافر مؤهلات معينة فيهم وعدم وجود دور لرئيس المجلس في اختيار باقي الأعضاء.
- عدم اشتراط تقديم أعضاء مجلس الإدارة ما يثبت استقلاليتهم وعدم وجود مصالح لهم مع هذه الشركات أو تضارب مصالح محتمل فيما بينهم.
- منح الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي ميزات تفضيلية عن القطاع الخاص في العديد من الجوانب.
- عدم التزام هذه الشركات بأعلى معايير بشأن ممارسة الأعمال بمسؤولية سواء على صعيد البيئة أو الموظفين أو غيرهم، وعدم الإفصاح عن توقعات الحكومة في هذا الصدد.
- عدم إفصاح هذه الشركات عن المعلومات الهامة للجمهور عبر الانترنت مثلاً.
- عدم وجود مديرية مخاطر ضمن الهيكل التنظيمي وعدم إدراج وظيفة المراجعة الداخلية في الهيكلية الإدارية لهذه الشركات، وعدم السماح لمجلس الإدارة بتشكيل لجان للمراجعة والمخاطر وغيرها لمساعدته
- عدم الفصل بين وظيفة ملكية الدولة لهذه الشركات ووظيفة إدارتها.

ثانياً- المقترحات:

- تحديث التشريعات الناظمة لعمل الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بشكل دوري.
- سن التشريعات الخاصة بوضع دليل حوكمة للشركات العامة ذات الطابع، ووثيقة سياسة ملكية، والإفصاح عن هذه الوثيقة للجمهور ومراجعتها بشكل دوري.
- تحديث مبررات امتلاك الدولة للشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

- إنشاء هيئة أو جهاز تتركز ممارسة حقوق ملكية الدولة في الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي لديه، وخضوع أعضاءه للمساءلة القانونية.
- منح الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي ومجالس إدارتها الاستقلالية الكاملة في أداء مهامها وعدم ربطها بسياسة الدولة وخطتها العامة كون هذه الشركات تجارية ومن أهدافها تحقيق الربح، أما ما يتعلق بسياسة الدولة فيمكن معالجته بطرق أخرى وعلى سبيل المثال الدعم في قطاعي النفط والخبز يمكن الاستعاضة عنه بدعم نقدي لصاحب الاستحقاق دون وضع هذه الشركات في موقع الخاسر مسبقاً ودون إعطاءها حجة لتبرير خساراتها.
- وضع أسس علمية ومنطقية لاختيار أعضاء مجلس الإدارة وتحديد المؤهلات والشروط الواجب توافرها فيهم بحيث يكون الشخص المناسب في المكان المناسب، وإعطاء دور لرئيس المجلس في اختيار باقي الأعضاء بحيث يكون مسؤولاً عن قرارات المجلس، إضافة لإلزام المجلس بتقديم التقارير الدورية لجهاز الملكية.
- اشتراط تقديم أعضاء مجلس الإدارة ما يثبت استقلاليتهم عن الشركات وعدم وجود مصالح لهم معها وعدم وجود تضارب مصالح محتمل فيما بينهم.
- مساواة الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بنظرائها في القطاع وعدم منحها ميزات تفضيلية.
- إلزام الشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي بممارسة أعمالها مع الالتزام بأعلى المسؤولية خاصة على صعيد البيئة والموظفين، والإفصاح عن توقعات الحكومة في هذا الصدد.
- تعزيز التواصل مع الجمهور والإفصاح عن المعلومات الهامة لهم خاصة عن طريق الانترنت.
- تحديث الهيكل التنظيمي لهذه الشركات بإحداث مديرية مخاطر و إدراج وظيفة المراجعة الداخلية مع السماح لمجلس الإدارة بتشكيل لجان للمراجعة والمخاطر وغيرها لمساعدته.

- الفصل بين وظيفة ملكية الدولة لهذه الشركات ووظيفة إدارتها.

مراجع البحث:

المراجع العربية:

أولاً- الكتب:

- القاضي، حسين ودحدوح، حسين وقريط، عصام. (2022/2021). **أصول المراجعة**. ج:1. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 611.
- الاتحاد الدولي للمحاسبين. (2022).**إصدارات معايير المحاسبة الدولي في القطاع العام**. ترجمة: المجمع الدولي العربي للمحاسبين القانونيين. طبعة: 2022. ج:1. عمان: الأردن. المجمع الدولي العربي للمحاسبين القانونيين. ص:936.

ثانياً- المجلات والصحف:

- عبدو، مجدي. (2019، ربيع). الحوكمة في الشركات المملوكة للدولة: حل إشكال تضارب المصالح. **الأستاذ**. العدد: 16. ص-ص: 45-60. طرابلس: ليبيا. جامعة طرابلس.
- عبدو، مجدي. (2018، خريف). الحوكمة في الشركات المملوكة للدولة: تحديد نطاق الإشكال. الأستاذ. العدد: 15. ص- ص: 150-166. طرابلس: ليبيا. جامعة طرابلس.
- قويدر، معيزي. (2013، خريف). تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق. **مجلة الاقتصاد الجديد**. عدد:8. البليدة: الجزائر. جامعة البليدة. ص: 135-158.

ثالثاً- الأبحاث

- حبوش، محمد. (2007). **مدى التزام الشركات المساهمة العامة الفلسطينية بقواعد حوكمة الشركات**. ماجستير. قسم المحاسبة والتمويل. كلية التجارة. الجامعة الاسلامية. غزة: فلسطين. ص:200.

ثالثا- القوانين والقرارات:

- دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012.
- قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003.
- قانون العقود الموحد رقم 51 لعام 2004.
- القانون رقم 2 لعام 2005 الخاص بالجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
- المرسوم التشريعي رقم 54 لعام 2006 المتضمن القانون المالي الأساسي.
- المرسوم التشريعي 29 لعام 2011 المتضمن قانون الشركات.
- القانون رقم 43 لعام 2023 القاضي بإحداث الهيئة العامة لإدارة وحماية أملاك الدولة.
- المرسوم رقم 489 لعام 2007 المتضمن النظام المالي للجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي
- المرسوم رقم 490 لعام 2007 المتضمن النظام المحاسبي الأساسي.
- قرار رئاسة الوزراء رقم 903 لعام 2005 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للجهات العامة.

رابعاً- المواقع الالكترونية:

- الجهاز المركزي للرقابة المالية. **ملخص التقرير السنوي حول نتائج أعمال الجهاز المركزي للرقابة المالية في سورية لعام 2022.** الجهاز المركزي للرقابة المالية. 25/ كانون الثاني/ 2024. الرابط:
http://cofc.gov.sy/FCKBIH/file/%D9%85%D9%84%D8%AE%D8%B5-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%86%D9%88%D9%8A2022.pdf
تاريخ الزيارة: 2014/2/15 الساعة 11:30 am

- هاريس، جيسون و ايمبرت، برونو وميداس، باولو ورالييه، جون وسينغ، آشني . **الدعم الحكومي للمؤسسات المملوكة للدولة: الخيارات أمام إفريقيا جنوب الصحراء**. صندوق النقد الدولي. 19/ شباط/ 2024, 10:00 pm. الرابط:
- https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/covid19-special-notes/Arabic/arspecial-series-on-covi19government-support-to-stateowned-enterprises-options-for-subsaharan-africa.ashx
تاريخ الزيارة: 2014/2/17 الساعة 9:30 pm

المراجع باللغة الانكليزية:

Books:

- OECD.(2015). **OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises**.Paris :France. OECD Publishing. P:78.

Articles:

- D.P. Arda & A.Saefullah & A.Fadli & S.F.Mukarramah.(2023,January). CONSTRAINTS TO THE IMPLEMENTATION OF GOOD CORPORATE GOVERNANCE IN STATE-OWNED ENTERPRISES TOWARDS A SOCIETY ERA 5.0: CASE STUDY IN INDONESIA. **American Journal of Economic and Management Business. Vol:2. No:1. 2/February/ 2024. 03:25pm. Link:** https://www.researchgate.net/publication/367509984_CON

STRAINTS_TO_THE_IMPLEMENTATION_OF_GOOD_CORPORATE_GOVERNANCE_IN_STATE-OWNED_ENTERPRISES_TOWARDS_A_SOCIETY_ERA_50_CASE_STUDY_IN_INDONESIA?enrichId=rgreq-b22c6ed5bb8715db899a19fe0ff08ac0-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzM2NzUwOTk4NDtBUzoxMTQzMTI4MTExNTQ0MTE2M0AxNjc0OTIwMzE3MDIz&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf

Reportss:

- H. Schneider. **STRATEGY, INDEPENDENCE, AND GOVERNANCE OF STATE-OWNED ENTERPRISES IN ASIA**. Asian Development Bank Institute. 9/ February. Link: https://www.adb.org/publications/strategy-independence-governance-state-owned-enterprises-asia.
- International bank. (2014). **Corporate Governance of State-Owned Enterprises -A Toolkit**. Washington: USA. International bank group. P:358.
- State of (2021, July). .M.H.KANYANE and V.T.SAMBO State-Owned Enterprises' Governance in BRICS Countries - Issues for Consideration. **African Journal of Governance and Development**. Volume:10. Issue:1. pp: 199-215. Maputo, Mozambique. University of St Thomas of Mozambique.

S.T. Ganesha. – **CONSTRAINTS TO THE IMPLEMENTATION OF GOOD CORPORATE GOVERNANCE IN STATE-OWNED ENTERPRISES TOWARDS A SOCIETY ERA 5.0: CASE STUDY IN INDONESIA**. Researchgate. 2/ February/ 2024. 12:23pm. Link: https://www.researchgate.net/publication/367509984.

الرّقابة القضائيّة على مشروعيّة اللّوائح الإداريّة في سوريّة

إعداد الطالبة:

ضحى رامح معروف

إشراف الدكتور:

طارق محمد علي النحاس

ملخص

تثير طبيعة اللوائح الإدارية المختلطة عدة إشكاليات، فهي بحسب المعيار الشكلي قرارات إدارية كونها تصدر عن السلطة الإدارية، كما أنها تعتبر قوانين من الناحية الموضوعية، على اعتبار أنها تتضمن قواعد عامة ومجردة تستهدف التنظيم للمستقبل، وتخاطب عدداً غير محدود من الأفراد، وذلك بحسب المعيار الموضوعي.

الأمر الذي يخلق صعوبة في تحديد الجهة المختصة بالرقابة على مشروعيتها، لا سيما وأن المشرع في كل من سورية ومصر قد أخضعها لرقابة المحكمة الدستورية العليا مثلها مثل القوانين هذا لجهة الرقابة على دستوريتها، أما بالنسبة للرقابة على اللوائح فقد جعل المشرع القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في الرقابة على مشروعيتها، ولكن موقف القضاء الإداري في الدول محل المقارنة كان متبايناً تجاه الطعن ابتداء بها، فقبله تارة ورفضه تارة أخرى.

الكلمات المفتاحية: اللوائح– المشروعية الإدارية– الإلغاء– المصلحة.

Judicial oversight of the legality of the regulations

Abstract

The nature of the mixed administrative regulations raises several problems. According to the formal standard, it is considered administrative decisions, given that they are issued by the administrative authority. Individuals, according to the objective standard. This makes it difficult to determine the authority concerned with oversight of its legitimacy, especially since the legislator in both Syria and Egypt has subjected it to the oversight of the Supreme Constitutional Court, like the laws. The general mandate in oversight of its legality, but the position of the administrative judiciary in the countries under comparison was different regarding its appeal, so it was accepted and sometimes rejected. This makes it difficult to determine the authority concerned with oversight of its legitimacy, especially since the legislator in both Syria and Egypt has subjected it to the oversight of the Supreme Constitutional Court, like the laws. The general mandate in oversight of its legality, but the position of the administrative judiciary in the countries under comparison was different regarding its appeal, so it was accepted and sometimes rejected.

Keywords: Regulations- Administrative Legitimacy- Cancellation-interest.

المقدّمة:

تبدو أهميّة القرار الإداري بشكل عام من خلال كونه العصب الحسّاس لنشاط الإدارة، فهو العجلة التي يدور عليها هذا النشاط، حيث يعدّ القرار الإداري أهم مظهر من مظاهر نشاط وامتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة والتي تستمدها من القانون العام، إذ تستطيع الإدارة من خلاله وبإرادتها المنفردة -على خلاف القواعد العامة في القانون الخاص- أن تنشئ الحقوق وتفرض الالتزامات وذلك لتقوم بممارسة مهامها في تسيير المرافق العامة وسدّ متطلبات الحياة الإدارية.

وإذا كان القرار الإداري الفردي يؤثّر في المراكز القانونية لفرد أو مجموعة من الأفراد (إنشاءً أو إلغاءً أو تعديلاً)، فإنّ القرار التنظيمي (اللائحة) يؤثّر في المراكز القانونية لعدد غير محدود من الأفراد، كونه يتضمن بطبيعته قواعد عامة ومجردة، تهدف إلى تنظيم ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى السماح للأفراد أو الجهات المختصة بممارسة الرقابة على القرارات الإدارية التنظيمية، وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء للحصول على الحماية القانونية فيما إذا تعسفت الإدارة في استعمال هذه الصلاحيات الخطيرة.

وتتنوّع الرقابة على اللوائح (القرارات التنظيمية) بين رقابة دستورية ورقابة مشروعية، فإذا ما أريد الطعن في هذه اللوائح لمخالفتها للدستور فإن هذا يدخل ضمن الرقابة الدستورية وينعقد الاختصاص في ذلك للمحكمة الدستورية العليا._أما

إذا كان الطعن مبنياً على أساس مخالفتها للقانون فهذا يدخل ضمن رقابة المشروعية التي يملكها القضاء الإداري وهو ما سنتناوله في بحثنا.

مشكلة البحث:

يهدف المشرّع في القانون الإداري إلى تحقيق التوازن بين ضرورة ممارسة الإدارة لصلاحياتها اللازمة لتسيير المرافق العامة بما يخدم المصلحة العامة، وبين حقوق وحريات الأفراد التي ستقيّدها الإدارة بما تصدره من قرارات إدارية. فهذه السلطة الواسعة تستلزم رقابة حقيقية وفعّالة تكبح جماحها وتوقف تعسفها وتعيدها إلى جادة المشروعية فيما إذا حادت عنها، لذلك كان العمل الأسمى للقضاء هو تحقيق الموازنة بين الصالح العام والصالح الخاص فيما إذا نشأ تعارض بينهما. وذلك بما يملكه من حياد موضوعي وخبرة واستقلال، لذلك يثير هذا البحث التساؤل حول الجهة القضائية الأنسب لممارسة الرقابة على اللوائح، بحيث تختلف هذه الجهة بحسب المعيار الذي سينظر به إلى اللوائح، فاعتماد المعيار الموضوعي سيجعلها أقرب إلى طبيعة القوانين على اعتبار أنها تتضمن قواعد عامة ومجردة، وبالتالي تدخل الرقابة عليها ضمن اختصاص المحكمة الدستورية العليا. أما إذا اعتمدنا المعيار الشكلي فإنها ستغدو قراراتٍ إدارية نظراً لصدورها عن الجهات الإدارية، وبالتالي سينعقد الاختصاص بالرقابة عليها للقضاء الإداري.

أهميّة البحث:

تتجسد أهمية هذا البحث في اتصاله بعدد من المبادئ القانونية كمبدأ المشروعية ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ استمرارية تسيير المرفق العام ومبدأ فصل السلطات. وكذلك تتجسد أهمية هذا البحث في أنه يسلط الضوء على أخطر امتيازات الإدارة ألا وهو صلاحية إصدار اللوائح الإدارية التي تقترب في طبيعتها

من عمل المشرّع باحتوائها على قواعد عامة ومجردة قابلة للتطبيق على عدد غير محدود من الأفراد، وأخيراً لأنه يسلط الضوء على الرقابة القضائية على اللوائح والتي تعتبر الضمانة الحقيقية والفعّالة لحماية حقوق وحريات الأفراد.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

1-توضيح مفهوم المشروعية الإدارية وتحديد مصادرها.

2- توضيح مفهوم اللوائح الإدارية وأنواعها.

3- تحديد مفهوم دعوى الإلغاء.

4-تحديد عيوب اللوائح الإدارية وأسباب الطعن فيها.

5- تحديد الجهة المختصة بالرقابة على مشروعية اللوائح.

منهج البحث:

لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث سيتبع الباحث المنهج التحليلي الاستنباطي لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية في سورية والمتعلقة بالبحث، واستنباط السياسة القضائية التي اتبعها القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية في مجال الرقابة على اللوائح الإدارية. مع الركون إلى المنهج المقارن للوقوف على المنهج الذي اتبعه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية تجاه اللوائح الإدارية.

خطة البحث:

المطلب الأول: مشروعية اللوائح الإدارية.

الفرع الأول: تعريف اللوائح الإدارية وأنواعها.

الفرع الثاني: مبدأ المشروعية الإدارية.

المطلب الثاني: مفهوم دعوى الإلغاء

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء وشروطها.

الفرع الثاني: أوجه الإلغاء.

المطلب الأول

مشروعية اللوائح الإدارية

يراقب القاضي الإداري مشروعية اللوائح من خلال دعوى الإلغاء، التي تعتبر الوسيلة الناجعة لحماية مبدأ المشروعية، فهي دعوى القانون العام التي تستهدف الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية الفردية منها والتنظيمية، وبغض النظر عن السلطة التي أصدرتها أو حتى عن قوتها القانونية، وقبل التطرق للحديث عن دعوى الإلغاء لا بد من التعريف باللوائح الإدارية وأنواعها **(الفرع الأول)**. ومن ثم الحديث عن مفهوم مبدأ المشروعية الإدارية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مفهوم اللوائح الإدارية وأنواعها

تتضمن القرارات الإدارية التنظيمية قواعد عامة ملزمة تطبّق على عدد غير محدود من الأفراد بأوصافهم لا بذواتهم، فهي تختلف عن القرارات الفردية من حيث الطبيعة حيث إنها بمثابة تشريع يصدر عن السلطة الإدارية، ومن ناحية أخرى فإن تطبيق القاعدة العامة المجردة لا يستنفد موضوعها، بل تظل قابلة

للتطبيق في المستقبل، وعلى ذلك فإن الأحكام القانونية للوائح تختلف اختلافاً جوهرياً عن تلك التي تطبق على القرارات الفردية.

أولاً – تعريف القرارات التنظيمية (اللوائح):

الأصل أن السلطة التشريعية وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات هي صاحبة الاختصاص بإصدار القوانين، إلا أن التطبيق العملي اقتضى التخفيف من هذا المبدأ بمنح السلطة التنفيذية صلاحية وضع قواعد عامة مجردة وموضوعية وملزمة تسري على جميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط اللازمة لتطبيق هذه القواعد، وتسمى هذه القواعد بالأنظمة أو اللوائح أو القرارات التنظيمية أو التشريعات الفرعية، لكن من الأفضل استخدام مصطلح اللوائح كونه أدق هذه المصطلحات وأوسعها، بالإضافة إلى أنه المصطلح الذي استخدمه المشرع في الدستور النافذ في الجمهورية العربية السورية[1]. وهذه الأنظمة تعتبر مصدراً من مصادر المشروعية المكتوبة، وتأتي في المرتبة الثالثة من حيث التدرج التشريعي بعد الدستور والقانون العادي، ولذلك فإن على واضعي هذه الأنظمة التقيد من حيث إجراءات وضعها ومضمونها بأحكام القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة، فإذا خالفتها غدت غير مشروعة لخروجها على مبدأ المشروعية، وتصبح محلاً للطعن فيها أمام المحاكم المختصة.

وقد عرّفها الفقه العربي بأنها: القواعد العامة والمجردة الموضوعية والملزمة الممنوحة للسلطة التنفيذية، والتي تسري على جميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط اللازمة لتطبيق هذه القواعد[2].

---

[1] دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012.

[2] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧م، الطبعة الأولى، ص 311.

كما عرّفها آخرون[3] بأنها أعمال إدارية منفردة الطرف تنشأ عنها قاعدة عامة وغير شخصية توجه إلى شخص واحد أو إلى عدة أشخاص على نحو مجرّد من دون أي تحديد بالاسم. فالقرار الذي يحدّد مدة الدراسة في الجامعة وشروطها يوجّه إلى كلّ طلاب هذه الجامعة. وفي بعض الأحيان قد تطال اللائحة شخصاً واحداً، كالقرار الذي يحدّد صلاحيات المحافظ على سبيل المثال.

ويتضح من هذه التعريفات أنها تُجمع على أن اللوائح تتضمن قواعد عامة ملزمة ومجردة قابلة للتطبيق على عدد غير محدد من الأفراد بصفاتهم لا بأشخاصهم، تصدر عن سلطة إدارية بهدف إحداث مركز قانوني معين، وكل ذلك لا يجب أن يحيد عن الهدف الذي شُرّعت لأجله هذه الأنظمة ألا وهو تحقيق المصلحة العامة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أغلب الإدارات في سورية اتجهت إلى الخلط بين التعليمات الإدارية (التعاميم) التي تخرج عن إطار القرارات الإدارية وتدخل في نطاق إجراءات التنظيم الداخلي للمرافق العامة، أي إنها تدخل في نطاق الأعمال المادية للإدارة التي لا تحدث أي أثر قانوني وبالتالي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري. وبين اللوائح التي تتضمن قواعد قانونية عامة تصدر عن الإدارة بهدف إحداث أثر قانوني وتخضع بالتالي لرقابة القضاء الإداري[4].

---

[3] د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، (د: ن)، بيروت، 2004، (د: ط)، ص 392.

[4] محمد جميل حاج أحمد، الرقابة القضـــائية على اللوائح الإدارية، رســـالة دكتوراه في القانون العام، جامعة حلب، كلية الحقوق، 2022.

ثانياً – أنواع اللوائح:

يمكن تقسيم اللوائح بحسب ظروف إصدارها فهناك لوائح تصدرها الإدارة في الظروف العادية وأخرى تصدرها في الظروف الاستثنائية. ففي حالة الظروف العادية لا تحتاج الإدارة إلى أكثر من إصدار اللوائح التي تتطلبها طبيعة النشاط الإداري للسلطة التنفيذية من تنفيذ القوانين والحفاظ على النظام العام، فقد منحت معظم الدساتير السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة. لكن عندما تستجد ظروف لا يمكن مواجهتها بالنظام السابق، فيكون لا بد للإدارة عندئذ من استخدام سلطاتها الاستثنائية لمواجهتها وتتمثل هذه السلطات في نوعين من اللوائح وهما: لوائح الضرورة واللوائح التفويضية[5]. ويمكن للباحث إيجازها وفق الآتي:

1)–اللوائح التي تصدر في الظروف العادية:

أ– اللوائح التنفيذية: وهي اللوائح التي تضع القانون موضع التنفيذ، حيث تتضمن القواعد التفصيلية للقانون، الذي يضع غالباً المبادئ والأحكام العامة للموضوعات المراد تنظيمها ويترك المسائل التفصيلية للسلطة التنفيذية لما يتوافر لها من دراية فنية بحكم احتكاكها بالواقع وسرعة البت في الأمور بحكم طبيعتها[6]. ويتضح من طبيعة هذه اللوائح أنها تتبع القانون الذي صدرت لبيان كيفية تنفيذ أحكامه، فتدور معه وجوداً وعدماً، بحيث إذا ما ألغي هذا القانون اعتبرت ملغاة تبعاً له، على

---

[5] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 344 وما بعدها.

[6] د. طارق علي النحاس، اتجاهات القضاء الإداري بشأن قبول دعوى الإلغاء وتطوراتها الحديثة، "دراسة مقارنة في القوانين المصري والفرنسي والسوري"، رسالة دكتوراه، (د: ن)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، (د: ت)، صى248.

اعتبار أنها تستمد وجودها القانوني وقوتها منه. وفي سورية يصدرها رئيس الجمهورية بحسب الدستور النافذ[7] أو رئاسة مجلس الوزراء[8]، وفي حالات أخرى قد يحدد القانون الجهة التي تصدر لائحته التنفيذية[9].

ب- اللوائح المستقلة: وهي اللوائح التي تستقل السلطة التنفيذية في إصدارها دون الاستناد إلى قانون قائم، على عكس ما هو عليه الحال في اللوائح التنفيذية، حيث تتولى السلطة التنفيذية التشريع بصفة مبتدأة وذلك في موضوعات معينة، لذلك يميت هذه اللوائح باللوائح المستقلة. وتقسم هذه اللوائح إلى نوعين:

- **لوائح المرافق العامة:** وهي تلك التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد إنشاء وتنظيم المرفق العام. وقد أعطى الدستور النافذ في سورية لرئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح تنظيم المرفق العام[10]. أما بالنسبة للوائح إنشاء المرافق العامة فلم يحدد الدستور الجهة المختصة بإصدارها ليتولى القانون تحديدها[11].

---

[7] حيث نصت المادة (101) منه على: "يصدر رئيس الجمهورية المراسيم والقرارات والأوامر وفقاً للقوانين".

[8] نصت المادة (128) من الدستور على: "يمارس مجلس الوزراء الاختصاصات التالية:...8- متابعة تنفيذ القوانين والمحافظة على مصالح الدولة وأمنها وحماية حريات وحقوق المواطنين. 9- إصدار القرارات وفق القوانين والأنظمة ومراقبة تنفيذها".

[9] فعلى سبيل المثال نص قانون تنظيم الكهرباء رقم لعام 2001 في مادته السابعة على: "يصدر الوزير التعليمات التنفيذية لأحكام هذا القانون...".

[10] حيث نصت المادة (96) منه على: "يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور والسير المنتظم للسلطات العامة وحماية الوحدة الوطنية وبقاء الدولة".

[11] حيث نصت المادة (2) من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم (50) لعام 2004 على: "أ-يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الإداري بقانون. ب- يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي بمرسوم".

- **لوائح الضبط (البوليس)**: وهي اللوائح التي تصدر بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة: الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وتعد السلطة التنفيذية صاحبة الحق في إصدارها دون الاستناد إلى قانون، ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح تنظيم بيع الأغذية والمشروبات[12]. وعلى الرغم من أهمية وخطورة هذه اللوائح على حرية الأفراد فإن المشرع الدستوري لم يحدد بشكل قاطع الجهة المختصة بإصدارها، بحيث يتولى رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء والوزير والمحافظ سلطة إصدارها.

2)-اللوائح التي تصدر في الظروف الاستثنائية:

أ- **لوائح الضرورة:** وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية والحفاظ على النظام العام، وقد نص الدستور الفرنسي عليها وحدد

[12] د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، القانون الإداري "النشاط الإداري"، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، 2007، ص 248.

شروطها الموضوعية والشكلية[13]. وكذلك الدستور المصري[14] والسوري[15]على مجموعة من **القيود الموضوعية** حتى تتمكن السلطة التنفيذية من إصدارها، تتمثل في:

- وجود خطر جسيم وحال يهدد الأمن: حيث يشترط أن يكون هذا الخطر على قدر من الجسامة، وأن يكون عاماً أي يصيب مجموعة من الناس، وأخيراً أن يكون الخطر حالاً أي أنه قد وقع فعلاً ولم ينتهِ بعد، أو أن هناك دلائل قوية تدل على أنه وشيك الوقوع.
- أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر.

---

[13] حيث نصت المادة (16) من دستور فرنسا عام 1958 وتعديلاته عام 2008، على أنه: "إذا تعرضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الوطن أو وحدة أراضيه أو تنفيذ التزاماته الدولية لخطر جسيم وفي حال توقفت السلطة العمومية الدستورية عن سيرها المنتظم يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي المجلسين وكذلك المجلس الدستوري، ويخبر الأمة بذلك خطاب يوجهه إليها...".

[14] فقد نصت المادة (156) من الدستور النافذ في مصر على أنه: "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار".

[15] فقد نصت المادة (114) من الدستور النافذ على: "إذا قام خطر جسيم وحال يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة واستقلال أرض الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية، لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة التي تقتضيها هذه الظروف لمواجهة الخطر"

- تعطيل مؤسسات الدولة عن القيام بمهامها: فوجود خطر جسيم وحال يعتبر من أهم الشروط التي تسهم بوجود حالة الضرورة، لكن هذا لا يكفي لوحده، بل لابد أن ينجم عن هذا الخطر تعطل في سير عمل مؤسسات الدولة[16].

ونظراً لخطورة هذه اللوائح على الحقوق والحريات، ومنعاً من تعسف الإدارة في استخدامها، فقد وضع المشرع في كل من فرنسا ومصر مجموعة من **القيود الشكلية** لإصدار لوائح الضرورة، تتمثل في مجموعة من الإجراءات القانونية لجهة أخذ موافقة جهات معينة حددتهم المواد آنفة الذكر، أما في سورية فيلاحظ أن المشرع الدستوري لم يورد أية قيود شكلية على سلطة رئيس الجمهورية قبل اتخاذ التدابير اللائحية لمواجهة حالة الضرورة.

وعلى الرغم من أن المشرع أعطى لوائح الضرورة قوة إلزامية تعادل قوة القانون، إلا أنه لم يعتبرها قوانين من حيث طبيعتها القانونية، بل إنها تظل عملاً إدارياً حتى لو تدخلت السلطة التأسيسية ووافقت عليها من خلال استفتاء شعبي، أو تدخلت السلطة التشريعية وأقرتها بالتصديق عليها، ففي كل الأحوال تبقى اللوائح الصادرة في الظروف الاستثنائية أعمالاً إدارية، وتخضع بهذه المثابة لرقابة القضاء الإداري على مشروعيتها بصفته الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بالقرارات الإدارية، بغض النظر عن قوتها الإلزامية وما إذا كانت لها قوة العمل الإداري أو قوة القانون، بحيث إذا تبين مخالفة هذه القرارات لما يعلوها من

(16) د. حسن البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، القاهرة، 2005-2006، ص 931، هامش رقم (1).

أعمال قانونية ذات مرتبة إلزامية أعلى، قضى بإلغاء القرارات المخالفة إما لبطلانها أو لانعدامها[17].

ويرى الدكتور عبد الله طلبة أن القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية والتي تخوّله سلطة التشريع خارج انعقاد دورات مجلس الشعب وأثناء انعقادها، إذا لم تحظَ بموافقة السلطة التشريعية تعتبر قرارات إدارية ويمكن أن تدخل في نطاق دعوى الالغاء[18]. أما إذا أقرّتها تصبح تشريعاً عادياً.

ويختلف إلغاؤها عندئذ بحسب نوعها، فإذا كانت من لوائح الضرورة ألغيت بأثر رجعي، أما إذا كانت لوائح تفويضية فيكون إلغاؤها بأثر مباشر ومستقبلي[19].

ب- اللوائح التفويضية: كما في حالة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة في غيبة الهيئة التشريعية، حيث رتب المشرع المصري على زوال الظروف الاستثنائية وعدم اتباع الإجراءات أو اتباعها ورفض جهة التصديق لها، زوال هذه القرارات بأثر مباشر[20]. والتي تصدر وفقاً للمادة (38) من الدستور الفرنسي.

---

[17] د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، (د: ن)، القاهرة، 1993، ص 108.

[18] د. عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، منشورات جامعة دمشق، 2011- ٢٠١٢م، بدون رقم الطبعة، ص 199.

[19] د. محمود حمدي عباس عطية، أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه "دراسة تحليلية مقارنة في النظامين القانونيين الفرنسي والمصري"، رسالة دكتوراه، (د: ن)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص 205.

[20] فقد نصت المادة (154) من دستور مصر النافذ على: "يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه. وفي جميع الأحوال تجب

أما بالنسبة للوائح الضرورة، فقد رتّب المشرع على زوال الظروف الاستثنائية زوال القرارات المتخذة استناداً إليها بأثر رجعي.

ولكن في كل الأحوال يراقب القاضي الإداري كل التدابير التي تتخذها الإدارة في ظل نظرية الظروف الاستثنائية؛ فيراقب في البداية الوجود الفعلي لهذه الظروف التي يجب أن تكون على درجة من الخطورة، وأن تكون غير متوقعة (وذلك ما يميزها عن حالة الاستعجال)، وأن تستمر هذه الظروف إلى غاية اتخاذ الإجراء، كما يتأكد القاضي من أنه كان يستحيل على الإدارة أن تتخذ ذلك الإجراء بكيفية نظامية، وأخيراً يراقب القاضي الإداري بأن القرارات قد اتخذت من أجل النفع العام وخصوصاً من أجل استمرارية الدولة[21].

فهذه الصلاحيات الاستثنائية مقرونة بوجود الظروف الاستثنائية، فإذا ما تبين للقاضي الإداري أن الإدارة لم تكن مجبرة فيما اتخذته من قرارات قضى

موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ".
أما في سورية فقد نصت المادة (113) من دستور الجمهورية العربية السورية على: "1- يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع خارج دورات انعقاد مجلس الشعب، أو أثناء انعقادها إذا استدعت الضرورة القصوى ذلك، أو خلال الفترة التي يكون فيها المجلس منحلاً. 2-تعرض هذه التشريعات على المجلس خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد أول جلسة له. 3- للمجلس الحق في إلغاء هذه التشريعات أو تعديلها بقانون، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة، على ألا تقل عن أكثرية أعضائه المطلقة، دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر رجعي، وإذا لم يلغها المجلس أو يعدلها عدت مقرة حكماً".

[21] قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 جوان 1918، قضية السيد هيرياس Heyriès، منشور في مجموعة الأحكام والقرارات الإدارية الكبرى في القضاء الفرنسي.

بإلغائها. وفي ذلك قررت محكمة القضاء الإداري في سورية: "استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة العرفية إنما تبررها الضرورة ابتغاء الحفاظ على سلامة الدولة وأمنها القومي، وأن للقضاء الإداري حق الرقابة على قيام مسوغات تدخل الإدارة العرفية في شأن من الشؤون أو عدم قيامها. فإذا كشفت الأوراق أن التدخل لم يكن له ما يسوغه، وأنه ليس لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام العام، كان القرار باطلاً"[22].

الفرع الثاني

مفهوم مبدأ المشروعية الإدارية

يقصد بمشروعية القرار الإداري صدوره بصورة مطابقة للقانون، وهذا يعني أن القرار الإداري المشروع يجب أن تتوافر فيه العناصر أو الأركان التي تجعله مشروعاً، فإذا تخلّف أي ركن من هذه الأركان أصبح القرار معيباً وقابلاً للإبطال. على أن العيب الذي يشوب القرارات الإدارية بسبب اختلال ركن أو أكثر من أركانها يتفاوت بين اليسر والجسامة بحسب الأحوال، فقد يؤدي إلى بطلان القرار الإداري إذا ما كان يسيراً، وقد يؤدي إلى انعدامه كلياً إذا ما كان بالغ الجسامة[23].

وحتى يكون القرار الإداري سليماً يجب أن تتحقق فيه شروط معينة، يتعلق البعض منها بناحية الاختصاص وينصبّ مباشرة على السلطة المختصة بإصداره، والبعض منها يختص بالأصول والإجراءات الواجب التقيد بها والواردة في القوانين والأنظمة المختلفة النافذة، والبعض منها يتناول الناحية الموضوعية والتي تشمل

---

[22] قرارها في القضية أساس (1303) لعام 1997، القرار رقم (1/284) لعام 1997، بتاريخ 1997/4/29، منشور في مجلة (المحامون) من عام 1990-1997.

[23] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٧.

سبب القرار ومحلّه والغاية التي أرادها المشرع منه، فإذا توافرت هذه الشروط كان القرار الإداري سليماً[24]. وبناء على ذلك فإنه يمكن تقسيم شرعية القرارات الإدارية إلى نوعين:

أولاً – الشرعية الخارجية:

تتمثل قواعد الشرعية الخارجية بكل ما يتعلق بالمظهر الخارجي للقرار الإداري دون موضوعه، فهي تشمل قواعد الاختصاص والشكل والإجراءات. وهو ما عبّرت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر: "القرار الإداري هو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إنشاء وضع قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة"[25]، وتتجسد الشرعية الخارجية للقرار الإداري في الجوانب التالية:

1- احترام قواعد الاختصاص:

يمكن تعريف قواعد الاختصاص بصفة عامة بأنها القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة. والقاعدة أن تحديد قواعد الاختصاص هو من عمل المشرع، وعلى الموظف أو الهيئة المنوط بها إصدار القرار الإداري أن تلتزم حدود الاختصاص كما رسمها المشرع. فرئيس الجمهورية مثلاً حدد له الدستور اختصاصات لا ينبغي له الخروج عليها بأن يباشر ما أعطاه

[24] د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الإسكان العسكرية، ١٩٨٦- 1987، ص ٥٢٤.

[25] القرار الصادر في 5 شباط سنة ١٩٦٤، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة التاسعة، ص ٧٠٧.

القانون للوزير مثلاً أو لرئيس مجلس الوزراء، ويسري الأمر كذلك بالنسبة لسائر أشخاص القانون العام. وتحدد فكرة الاختصاص بالعناصر التالية:

-عنصر شخصي: بتحديد الأفراد الذين يجوز لهم دون غيرهم إصدار القرارات الإدارية. -عنصر موضوعي: وذلك بتحديد القرارات التي يجوز لعضو إداري معين أن يصدرها. -عنصر زماني: وذلك بتحديد المدى الزمني الذي يجوز خلاله إصدار القرار.
-عنصر مكاني: وذلك بتحديد الدائرة المكانية التي يحق لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها[26].

وإن شرعية أي قرار إداري تتوقف أولاً على مدى احترام قواعد الاختصاص التي حددتها القوانين واللوائح. فعيب الاختصاص هو أقدم أوجه الإلغاء ظهوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهو الأصل الذي أُستمدت منه العيوب الأخرى، وإذا كانت أوجه الإلغاء الأخرى قد استقلت عنه فإنه ما يزال العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام[27].

وهذا ما أكّدته المحكمة الإدارية العليا في سورية في قرارها: "...إن كل تصرف يصدر بناء على تفويض باطل يكون باطلاً أيضاً، ولا يرتب أثراً ما تأسيساً على أن مثل هذا التصرف صدر من غير مختص في إصداره. ولا يخفى أن عيب عدم الاختصاص في دعوى الإلغاء هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر، وهو بلا شك عيب جسيم ينحدر

---

[26] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠١ وما بعدها.

[27] د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، (د: ت)، ص٥٩٩ وما بعدها.

بالتصرف إلى درجة العدم، فيودي به ويقضي عليه دونما حاجة إلى التقيد بمواعيد طلب الإلغاء من جانب صاحب المصلحة"[28].

2-احترام قواعد الشكل والإجراءات:

الأصل أنه لا يشترط في القرارات الإدارية شكل خاص لصدورها مالم يقرر الدستور أو القانون عكس ذلك على سبيل الاستثناء، وعندئذ لا تكون القرارات مشروعة إلا إذا صدرت ممن يملك إصدارها، وباتباع الشكليات المحددة، وباتخاذ الإجراءات المقررة. فمن تعريف المحكمة الإدارية العليا في مصر يتبين لنا مدى أهمية الجزء الآخر من الشرعية الخارجية لقرارات السلطة الإدارية، فقد اشترطت في كل الأحكام الصادرة عنها -لكي يكون العمل الإداري مشروعاً- أن يكون قد صدر "في الشكل الذي يتطلبه القانون"، وهذا ليس إلا تنفيذاً للمعنى المباشر لمبدأ المشروعية الإدارية أي خضوع الإدارة للقانون[29].

فالقرار الإداري هو تعبير عن إرادة الإدارة الملزمة وهو كل عمل قانوني يجب أن يتجسد في مظهر خارجي، بأن تعلن الإدارة عن إرادتها لأن القرارات الإدارية المختلفة إنما تصدر بقصد إلزام الأفراد بعمل أو امتناع أو لتحقق بالنسبة إليهم أثراً قانونياً معيناً فيجب أن تتخذ تلك القرارات مظهراً خارجياً حتى يعلم بها الأفراد، ويرتبوا تصرفاتهم وفقاً لأحكامها ومقتضياتها[30].

---

[28] القرار رقم (9) الصادر في الطعن ١٤٣ لسنة١٩٧٧، منشور في مجموعة الاجتهادات الهامة للمحكمة الإدارية العليا في سورية الصادرة عن نقابة المحامين، ص ١٥-١٦.

[29] د. رأفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017-2018، ، ص٣٩.

[30] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص١٥٥ وما بعدها.

غير أن المشرع في كثير من الحالات يفرض على الإدارة أن تفرغ إرادتها في شكل معين، بحيث يصبح القرار الإداري معيباً أو معدوماً إذا لم تحترم الإدارة هذا الالتزام. وهذا تماماً ما جاء في الكثير من أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر كقرارها الذي جاء فيه: "الأصل في التصرف القانوني أنه لا يولد معدوماً لعيب في الشكل، إلا إذا كان هذا الشكل معتبراً بحكم القانون ركناً لقيام هذا التصرف، والقرار الإداري هو تصرف قانوني، فإذا كان الشكل جوهرياً في القرار الإداري كان لا بد من استيفائه وفقاً لما نص عليه القانون."[31].

ثانياً – الشرعية الداخلية:

ويقصد بها تلك القواعد التي تحدد مشروعية العمل الإداري من حيث مضمونه وهدفه، فهي لا تتعلق بشكله الخارجي أو بقدرات الموظف من حيث الاختصاص، وإنما تتصب على فحوى العمل بعد أن صدر من مختص وفي الشكل الذي يطلبه القانون، ولهذا كان اسمها "المشروعية الداخلية". وتنطوي قواعد المشروعية الداخلية أو الموضوعية على نوعين مترابطين من الالتزامات التي تقع على كاهل السلطات الإدارية ويتعين عليها احترامها عند اتخاذ القرارات الإدارية وهما:

1- الالتزام باحترام القواعد العامة حرفياً:

ويقصد به ضرورة التزام الإدارة بعدم مخالفة القواعد القانونية المنصوص عليها، سواء كان بالتجاهل أو التعديل أو إضافة شروط جديدة غير تلك الواردة في القواعد العامة المسبقة تحت طائلة إلغاء القرار المخالف للقانون لعدم مشروعيته.

[31] القرار رقم (5) تاريخ ١٩٦٢/١٠/٢٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة عام ١٩٥٩-١٩٦٢، المطبعة الجديدة، دمشق، بدون تاريخ نشر، ص١٠٦-١٠٧.

وعلى هذا الأساس فقد ألغت محكمة القضاء الإداري في مصر قراراً صادراً عن وزير المالية بحجة أن هذا الأخير قد أدخل تعديلات وقيود على مجال تطبيق المرسوم اللائحي الصادر عن مجلس الوزراء[32]. فإن إضافة شروط جديدة على الشروط الواردة في قاعدة قانونية أعلى هو إخلال بالقواعد العامة وسبب موجب للإلغاء.

2- الالتزام باحترام روح نصوص القواعد العامة:

حيث يشكل هذا الالتزام عبئاً أكبر على عاتق السلطات الإدارية من مجرد احترام حروف القواعد العامة، إذ يمكن للجهة العامة أن تتوارى خلف ألفاظ النص العام، معتقدةً أن ما اتخذته من إجراءات فردية ينطوي تحت مدلولات هذه الألفاظ في ظاهرها وهي تقصد –في الحقيقة– مآرب أخرى تتعارض وروح النص العام. لهذا تحتم الشرعية الداخلية على الإدارة أن تراعي في تصرفاتها ألفاظ النص العام وروحه معاً، وبهذا فقط تُصان حقوق وحريات المواطنين[33].

فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قراراً لائحياً صادراً من العمدة بمنع مرور السيارات أمام إحدى المنازل في تلك المدينة إرضاء لمالكه، متجاهلاً في ذلك المصلحة العامة التي تمثل روح النص العام، وحاد بها إلى تحقيق مصلحة شخصية لصاحبه (مالك المنزل)[34].

وفي ذات السياق فقد ألغى مجلس الدولة في سورية قرار البلدية بتحويل إيجار أحد العقارات إلى استثمار وإخلاء المستأجر منه على أساس أنه يقدم منفعة

---

[32] القرار ١١٩١، لعام ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة المصري، السنة ٧، ص ٤٠.

[33] د. رأفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص:٤٤.

[34] قراره الصادر 1984/5/11، في قضية Maire de Calacucctei، مشار إليه لدى الدكتور رأفت فودة، مرجع سبق ذكره، ص 469.

عامة، مستندة في ذلك إلى حرفية القانون (١٠٦) متجاهلة روحه وتوجه المشرع إلى التمييز بين العقارات التي تحمل صفة النفع العام منذ إنشائها والعقارات التي أسبغت عليها هذه الصفة لاحقاً، حيث جاء فيه: "إن البلدية قد انطلقت في تدبيرها بإخلاء عقار المدعي من مقولة تجسّد فيها الوهم المؤدي إلى الخطأ الذي تراءى لها فيه أنها تستطيع أن تسبغ على العقار موضوع القرار المطعون فيه لبوس القيام بخدمة لها صفة النفع العام، وإن لم يكن يتصف في الأصل منذ إشادته بهذا الوصف القانوني المحض. بينما الروح المتمثل في القانون (١٠٦) يوحي بغير هذا، فهو يفترض في العقار لكي يسوغ إخلاءه من مستأجره أن يكون في الأصل قد أنشئ للقيام بالخدمة العامة. الأمر الذي لم يتوفر في عقار البلدية الذي إنما تمارس عليه نوعاً من الملكية الخاصة فمن ثم كان قرارها بتحويل الإيجار إلى استثمار وإخلاء العقار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ومؤدياً لنشوء حق الطاعن بالتعويض"[35].

ويرى الباحث مما تقدم ذكره أن رقابة القضاء الإداري على مدى التزام الإدارة بروح النص تشكل الميدان الأخطر في عمله، والاختبار الأجدى لقدرته على التقاط روح النص وغاية المشرع المتوارية بين سطوره. لا سيما وأن ألفاظ النصوص العامة غالباً ما تكون واسعة ومرنة وتحتمل عدة أوجه في التفسير والتأويل من جانب الإدارة، التي قد تجد في هذا الغموض فرصة لتعسفها أو انحرافها في استعمال سلطتها عن الغاية الأساسية التي يجب أن تنشدها في كل تصرفاتها القانونية منها والمادية.

[35] القرار ٣٠١، في الطعن ٣٢٩، لسنة 1977، المجموعة الهامة من اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في سورية الصادرة عن نقابة المحامين، مرجع سبق ذكره، ص 6.

وخلاصة القول إن مشروعية القرار الإداري تنقسم إلى قسمين: مشروعية داخلية وخارجية، وأنه باجتماع عناصر هذه المشروعية الداخلية والخارجية نكون بصدد قرار إداري مشروع ومحقق لمبدأ المشروعية الإدارية، أي التزام الإدارة بالقانون بمعناه الواسع نصاً وروحاً.

المطلب الثاني

مفهوم دعوى الإلغاء

يقوم مبدأ المشروعية على خضوع الإدارة للقواعد القانونية أياً كان مصدرها، وقد ميّز القضاء بين عيب عدم المشروعية وعيب عدم الدستورية، فعيب عدم الدستورية يعني أن تخالف القوانين أو اللوائح نصاً دستورياً قائماً، وينعقد الاختصاص بذلك للقضاء الدستوري باعتباره صاحب الاختصاص بالرقابة على الدستورية. بينما يقوم عيب عدم المشروعية على مخالفة القرارات الإدارية الفردية واللائحية للقانون بمفهومه الواسع، وينعقد الاختصاص بذلك للقضاء الإداري، باعتباره قاضي المشروعية[36].

ويراقب القاضي الإداري مشروعية اللوائح من خلال دعوى الإلغاء، التي تعتبر دعوى القانون العام التي تهدف إلى مراقبة مشروعية القرار الإداري بنوعيه القرار الفردي واللوائح، ولتوضيح مفهوم دعوى الإلغاء سيقسم الباحث هذا المطلب وفق التالي:

تعريف دعوى الإلغاء وشروطها **(الفرع الأول)**.

---

[36] د. محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية على اللوائح الإدارية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان (1-2)، السنة (48) عام 1978، مطبعة جامعة القاهرة، ص136.

أوجه الطعن بالإلغاء **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف دعوى الإلغاء وشروطها

أولاً – تعريف دعوى الإلغاء:

إن معظم التشريعات لم تعرّف دعوى الإلغاء، واكتفت ببيان الجهة المسؤولة عن نظر هذه الدعوى وهي القضاء الإداري، كما بيّنت أنها تنصبّ على قرار إداري فردي أو لائحي معيب بأحد عيوب المشروعية، لذلك يكون للقضاء الإداري القول الفصل في إلغائه أو تعديله.

لذلك تصدّى الفقه لهذا الموضوع، حيث عرّف بعضهم قضاء الإلغاء بأنه القضاء الذي يكون بموجبه للقاضي الإداري أن يفحص القرار الإداري الفردي واللائحي، فإذا ما تبين له مخالفة القرار للقانون حكم بإلغائه دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك، فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو استبداله بغيره[37].

ومن المسلم به أن دعوى الإلغاء ليست موجهة إلى الإدارة بقدر ما هي موجهة إلى القرار المعيب، فالخصومة في دعوى الإلغاء خصومة عينية محلّها طلب إلغاء القرار الإداري غير المشروع[38]. فهي كما يقول الفقهاء: "ليست دعوى بين خصوم، ولكنها دعوى ضد قرار"، وعليه فإن ادعاء رافع الدعوى ينحصر في

---

[37] محمد جميل حاج أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 45.

[38] قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 1435، لسنة 31 ق، جلسة 1990/1/6، س 35، ص 679، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية والإثبات في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 32.

أن قراراً إدارياً فردياً كان أو تنظيمياً، قد صدر مشوباً بعيب من عيوب عدم المشروعية المعروفة.

وعليه يرى الباحث أن دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية يرفعها كل من تضرر من القرار الإداري سواء كان فردياً أم تنظيمياً، مستنداً فيها إلى أن عيباً من عيوب المشروعية (الداخلية أو الخارجية) قد شاب هذا القرار، وطالباً إلغاءه وتعويضه عن الضرر الذي لحق به من هذا القرار المعيب إذا كان ذلك ممكناً.

ثانياً – الجهة المختصة بالرقابة على (مشروعية) اللوائح:

نظراً للطبيعة المختلطة للوائح (بصدورها من جهة إدارية واحتوائها على قواعد عامة ومجردة) فإنه يصعب تحديد الجهة المختصة بممارسة الرقابة عليها وذلك بحسب المعيار الذي سينظر به إليها، ففي فرنسا أخذ القضاء الإداري زمناً طويلاً بالمعيار الموضوعي، حيث اطردت أحكامه على رفض طعون الإلغاء ضد القرارات التنظيمية، بحجة أنها تقوم –بحسب الأصل– بإنشاء المراكز القانونية العامة غير الشخصية وتعديلها وإنهائها، فاعتبرها بناء على المعيار الموضوعي من الأعمال التشريعية التي تخرج عن نطاق دعوى الإلغاء. لكنه ما لبث أن غلّب المعيار الشكلي لتمييز العمل الإداري عن غيره من الأعمال، وذلك تحقيقاً لمصلحة جهة الإدارة بإقامة قضاء متخصص بها، يتولى الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بأعمالها أياً كان موضوعها أو مضمونها تطبيقاً لمبدأ فصل السلطات، ومؤدى هذا المعيار أن يُنظر إلى العمل من حيث السلطة التي أصدرته والإجراءات التي اتبعت في إصداره، دون الأخذ بعين الاعتبار موضوع هذا العمل ومضمونه، فإذا كان صادراً من السلطة التشريعية عدّ عملاً تشريعياً، أما إذا صدر عن السلطة القضائية فهو عمل قضائي، والعمل الذي يصدر عن السلطة الإدارية يعد عملاً إدارياً. وعليه فقد قرر اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بجميع القرارات الإدارية

الفردية منها والتنظيمية[39]. وذلك حين أجاز في المادة (9) من قانون المجلس الصادر في سنة 1872، ثم في المادة (32) من قانونه الصادر في سنة 1945 توجيه طعون مجاوزة السلطة إلى كل الاعمال الصادرة من مختلف السلطات الإدارية.

فالقرار يكون إدارياً، ومن ثم يصلح محلاً للطعن به بواسطة دعوى تجاوز السلطة إذا كان صادراً عن إحدى السلطات الإدارية[40]. وبذلك يتأكد أن المشرع الفرنسي قد تبنى صراحة المعيار الشكلي لتحديد اختصاصات مجلس الدولة، حيث انتهى أخيراً ومنذ عام 1907 إلى إخضاع جميع أنواع اللوائح للطعن بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية[41].

أما في مصر فقد اختلفت جهتا القضاء الإداري والعادي بالنسبة للمعيار الذي تتبعه كل جهة منهما في تحديد اختصاصها، فقد التزمت جهة القضاء الإداري متمثلة في مجلس الدولة المعيار الشكلي في تحديد القرارات الإدارية التي تختص بإلغائها والتعويض عنها، وبالتالي أدرجت في دائرة ولايتها جميع القرارات التنظيمية العامة أياً كان نوعها، باعتبارها من القرارات الإدارية من حيث الشكل، وهو ما أدى بهذا القضاء إلى اعتبار الأعمال الصادرة من السلطة التشريعية قانوناً، ولو لم تنطوِ على قواعد عامة ومجردة، واعتبار الأعمال الصادرة عن

---

(39) د. عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص (215- 195-196).

(40) Darcy(G) et Paillet (M), contentieux administration, -Armand colin, 2000.

(41) -CHapus (R), Droit du contentieux administration, 10eme édit

السلطة التنفيذية قرارات إدارية، وإن كانت في حقيقتها قواعد عامة ومجردة، وبالتالي قرر عدم اختصاصه بالأولى، ومدّ اختصاصه إلى الثانية[42].

وفي تأكيد هذا الاتجاه جاء في قرار محكمة القضاء الإداري في مصر: "...ما من شك في أن قضاء هذه المحكمة قد جرى باطّراد على الأخذ بالمعيار الشكلي، فصدور قرار من السلطة التنفيذية أياً كانت طبيعته يجعله قابلاً للطعن بالإلغاء كأي قرار إداري"[43]. وانطلاقاً من هذا الاتجاه فقد قبل بدعاوى الإلغاء لكل القرارات الإدارية الفردية منها والتنظيمية.

ويؤيد الباحث ما اتجه إليه القضاء الإداري في مصر من الاعتماد على المعيار الشكلي لتحديد محل دعوى الإلغاء، مما يؤدي إلى إخضاع اللوائح للطعن بالإلغاء، ولو كان لها قوة القانون، وإخراج أعمال السلطة التشريعية من نطاق رقابة القضاء الإداري.

أما القضاء العادي في مصر (وعلى رأسه محكمة النقض) فلم يساير قضاء مجلس الدولة في اعتناق المعيار الشكلي، فقد حظر المشرّع –في قوانين تنظيم السلطة القضائية المتتالية– على المحاكم العادية تأويل الأوامر الإدارية أو تعطيلها أو إلغاءها أو وقف تنفيذها، وعلى ضوء هذا الحظر، رأى القضاء العادي أن تحديده لهذا الأوامر بمراعاة المعيار الشكلي سيؤدي إلى اعتبار جميع اللوائح التي تصدرها الإدارة من الأعمال الإدارية، وإلى إخراجها بالتالي من دائرة اختصاص المحاكم العادية، التي تلتزم عندئذ بالامتناع عن مراقبة مشروعيتها، وضمان مطابقتها للدستور والقانون، ومن ثم اعتنق القضاء العادي المعيار

[42] د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص 104–105.

[43] القاعدة 886، مجموعة أحكام مجلس الدولة لمحكمة القضاء الإداري، السنة السابعة، ص 1825.

الموضوعي، وبمقتضاه خرجت من نطاق اختصاصه القرارات الإدارية الفردية، أما القرارات التنظيمية العامة فقد دخلت في اختصاص هذا القضاء بالنظر إلى مضمونها لا إلى جهة إصدارها، مما سمح للمحاكم العادية بمراقبة مشروعية اللوائح والامتناع عن تطبيقها عند تعارضها مع ما يعلوها رتبة من القواعد القانونية[44].
حيث جاء في قرار محكمة النقض في مصر المتخذ في جلسة 1955/3/10: "لا شبهة على المحاكم قبل أن تطبق لائحة من اللوائح أن تستوثق من مشروعيتها ومطابقتها للقانون، فإن بدا لها ما يعيبها في هذا الخصوص، كان عليها أن تمتنع عن تطبيقها"[45].

أما في سورية فيبدو أن المشرع حذا حذو مثيله المصري في اعتماد المعيار الشكلي، حيث إن قانون مجلس الدولة في سورية جعل القضاء الإداري كل القرارات الإدارية (بدون تحديد) محلاً لدعوى الإلغاء[46]، وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه، فهذا يعني أن جميع القرارات النهائية الصادرة عن الإدارة (تنظيمية أو فردية) تصلح لأن تكون محلاً لدعوى مبتدأة بالإلغاء، وما يهمنا في هذا البحث هو اللوائح، فحسب النص المذكور فإنه من اللازم أن تخضع جميع اللوائح أياً كان نوعها –حتى ولو كان لها قوة القانون– للطعن بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية، وباعتبار أن القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة في الرقابة على القرارات الإدارية، ولكن ورغم وضوح النص القانوني، فإن الطعن باللوائح ابتداءً يكاد يكون معدوماً في الواقع، فقد استقر الاجتهاد في سورية لردح من الزمن على عدم قبول الطعن بإلغاء لائحة تنظيمية، حتى أصبح هذا الاجتهاد عرفاً إدارياً مستقراً، ويعتقد

---

(44) د. عادل عمر شريف، مرجع سبق ذكره، ص106.

(45) المبدأ 15، مجموعة مبادئ محكمة النقض في خمسة وعشرين عاماً، ص 34.

(46) حيث نصت المادة (8) من قانون مجلس الدولة السوري على: "يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية".

الباحث أن مرد هذا التوجه هو إعمال المعيار الموضوعي بالنسبة للوائح ومساواتها بالقوانين، أو ربما لصعوبة توفر شرط المصلحة (الذي سيتم الحديث عنه لاحقاً) في مثل هذه الدعوى، ولعل السبب الأساسي هو نفور الإدارة من دعوى الإلغاء حديثة العهد في القضاء الإداري السوري.

فعلى سبيل المثال قررت الإدارية العليا في سورية: "إن اجتهاد هذه المحكمة قد استقر على عدم قبول الطعن بالقرارات التنظيمية العامة ومنها القرارات الصادرة بإصدار أو تعديل المخططات التنظيمية، حيث إن المشرع جعل لهذه القرارات مراجع محددة للنظر في الاعتراضات، ولا يغير من هذه الاجتهادات أن تتصدى المحكمة لإلغاء قرار تنظيمي جزئياً بالنسبة لرافع الدعوى أو بالنسبة لعقار معين، لأن القرار التنظيمي لا يقبل التجزئة كما لا يقبل التخصيص"[47].

حيث يتبين من هذا القرار أن اجتهاد مجلس الدولة مستقر على أنه غير مختص بالنظر في الطعن الموجه ضد القرار التنظيمي، متذرعاً بأن القرار التنظيمي يتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة لا تستهدف فرداً تضر بمصلحته، وبأن القانون حدد المراجع المختصة بالاعتراض على القرارات التي تتضمن مخططات تنظيمية، كما يتبين من هذا القرار أنه قَبِلَ الطعن بالقرارات الفردية الصادرة بناء على لائحة غير مشروعة، وذلك عندما قال: "... لا يغير من هذه الاجتهادات أن تتصدى المحكمة لإلغاء قرار تنظيمي جزئياً بالنسبة لرافع الدعوى أو بالنسبة لعقار معين".

ويختلف الباحث مع هذا الرأي بحسبان أنه من غير المنطقي الإبقاء على لائحة غير مشروعة وإلغاء قرار فردي غير مشروع استند إليها. كما يرى أن هذا

[47] قرارها رقم (ع /48 –705/1) لعام 1998 مشار إليه لدى مصباح نور المهايني، مبادئ القضاء الإداري، دمشق، 2005، الجزء الثالث ص 514.

النهج لمجلس الدولة السوري متعارض مع نص المادة (8) من قانون مجلس الدولة التي لم تُخرج أي قرار إداري من نطاق دعوى الإلغاء[48]، كما أنه متعارض مع المادة (22) من ذات القانون التي حددت مدة الطعن بإلغاء القرارات الإدارية بستين يوماً، تبدأ من تاريخ نشر القرار أو تبليغه، ومن المعلوم أن النشر يكون للقرار الإداري التنظيمي. وهذا يمثل ثغرة تشريعية يجب تداركها، فدعوى الإلغاء هي دعوى المشروعية، وهي الطريق القضائي لمراقبة مشروعية القرارات الإدارية التنفيذية، وهي الوسيلة الناجعة لتأمين احترام مبدأ سيادة القانون من قبل الحاكم والمحكوم على حد سواء، وإنّ رَفْضَ المجلس قبول دعوى الإلغاء الموجهة لقرار تنظيمي –يشكل مخالفة للدستور الذي لم يحصن أي قرار إداري من الطعن[49]– مما يجعل هذا النوع من القرارات الإدارية خارج دائرة الرقابة، فلا يبقى أمام المتضرر من هذه اللائحة المعيبة إلا طريق الطعن غير المباشر أو ما يسمى بالدفع الفرعي، حيث يستطيع أن يثير مسألة عدم مشروعية تلك اللائحة في معرض النظر بطلب إلغاء قرار إداري فردي صدر تطبيقاً لها، وللقاضي عندئذ أن يستبعد اللائحة المعيبة من التطبيق أو أن يحيلها –إذا كان مبنى الطعن هو عدم الدستورية، وكان هذا الأمر لازماً للفصل في النزاع المعروض أمامه– إلى المحكمة الدستورية العليا كونها صاحبة الاختصاص بنص القانون، مع العلم أن مراجعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في سورية تبين أنه من النادر جداً أن تتم إحالة من المحكمة الإدارية العليا إلى المحكمة الدستورية لفحص مدى دستورية لائحة من اللوائح.

---

[48] حيث نصت المادة (8) من قانون مجلس الدولة على: "يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية".

[49] فقد نصت المادة (51) الفقرة (4) من الدستور السوري النافذ على: "...يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

لكن هذا الموقف من مجلس الدولة السوري (في عدم قبول الدعوى المباشرة لطلب إلغاء لائحة معيبة، وقبول الطعن بالقرار الفردي المستند إليها) لم يبقَ ثابتاً، ففي قرار آخر له ناقض هذا الموقف، ولم يقبل الطعن بقرار منح رخصة بناء الذي أصدرته الإدارة بناء على قرار المجلس البلدي، واعتبر أن التصرف السليم هو الطعن بالقرار الأصلي (اللائحة) وتبعاً لهذا الطعن ستسقط كل الإجراءات التي صدرت مستندة إليه. حيث جاء في القرار: "1-إن قرار المجلس البلدي بتطبيق عامل الاستثمار على أحد العقارات هو القرار الرئيسي الذي يجب أن يوجه إليه الطعن. 2-أما قرار منح الرخصة بالبناء على هذا العقار وفق الارتفاع الناتج عن تطبيق عامل الاستثمار فما هو إلا إجراء تابع له، فلا موجب للطعن فيه، بل يكفي الطعن بالقرار الأصلي ليمتد ويشمل جميع الإجراءات التي تصدر عن الإدارة تنفيذاً لمضمونه"[50].

ويبدو أن مجلس الدولة السوري قد رسّخ هذا التوجه لاحقاً في عدة قرارات قَبِل فيها توجيه الطعن إلى القرار اللائحي[51]. ويؤيد الباحث هذا الموقف لأن القرار اللائحي يتمتع بكافة خصائص القرار الفردي، وبالتالي لا مبرر لاستثنائه من الطعن بالإلغاء، بالإضافة إلى أنه إذا كان القرار الفردي غير المشروع يضر بمصلحة فرد أو أكثر مما يبرر اعتباره محلاً لدعوى الإلغاء، فإن القرار اللائحي غير المشروع الذي سيطبق على عدد غير محدود، سيلحق الضرر بالمصالح الفردية لعدد غير محدود من الأفراد، مما يجعله أولى من القرار الفردي بالطعن.

[50] القرار رقم (133/107) لعام 1973، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لعام 1973، ص 83، مشار إليه لدى مصباح نور المهايني، مرجع سبق ذكره، الجزء الثالث، ص511.

[51] انظر على سبيل المثال القرارات (687/397 لعام 1980) و(2/44 لعام 1960)، مشار إليها في المرجع السابق، ص 238-240

ويبدو التذبذب جلياً في أحكام مجلس الدولة السوري فنراه تارة يقبل الطعن باللوائح ابتداء وتارة يرفضه، ففي دعوى حديثة تتلخص وقائعها بأنه بتاريخ 2021/12/19 صدر عن محافظ دمشق التعميم رقم (6007/ص 13 ن) المتضمن إلزام كافة المواطنين في محافظة دمشق والعاملين في كافة المديريات المحلية والمركزية والمؤسسات والشركات العامة وفروعها ومديريات القطاع البلدي والأمانة العامة في محافظة دمشق بضرورة أخذ لقاح كوفيد (19)، بحيث لن يتمكن أي من العاملين والمواطنين بالدخول إلى الجهات العامة كافة دون إبراز وثيقة أخذ اللقاح. ونظراً لقناعة الجهة المدعية بعدم مشروعية القرار السابق فقد تقدمت بدعواها الماثلة طالبة أولاً وقف تنفيذه، ومن ثم الحكم بإلغائه. وقد أسست دعواها على أن القرار المذكور لم يراعِ الظروف الصحية للمراجعين التي قد لا تسمح لهم بأخذ اللقاح بسبب إصابتهم بأمراض مزمنة، بالإضافة إلى أن الدراسات الطبية العالمية أكدت عدم جدوى اللقاح بل على العكس أكدت أن له آثاراً سلبية مستقبلية، وبالتالي فإن تطبيق هذا القرار (اللائحي) سيحرم المواطنين من ممارسة حقوقهم التي منحهم إياها الدستور والقانون بمتابعة مصالحهم المتمثلة بمراجعة كافة المراكز التي ذكرها القرار المطلوب إلغاؤه، بالإضافة إلى أن القرار المذكور قد صدر بشكل فردي عن محافظ دمشق ولم يصدر عن الفريق الحكومي المعني بالتصدي لوباء كوفيد (19) خلافاً للأحكام المتعلقة بحالات الطوارئ والكوارث، وكان يكفي – بحسب الجهة المدعية– التأكيد على ضرورة اتخاذ قواعد الحيطة والحذر المتمثلة بالقرارات الصادرة عن الفريق الحكومي المعني بالتصدي لوباء كوفيد (19) من خلال إلزام المراجعين بالتباعد وعدم المصافحة ووضع الكمامة بدلاً من منعهم من الدخول إلى المرافق العامة الخدمية. أما الإدارة المدعى عليها فقد طالبت برد الدعوى لعدم توفر الصفة والمصلحة واستناداً إلى أن القرار المذكور قد صدر لفترة زمنية محدودة، ليطبق على حالات طارئة عامة، وأنه لا يعد من قبيل القرارات

الإدارية التي يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري. وفعلاً حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى مسببةً قرارها بأن القرار محل الدعوى إنما يدخل في إطار القرارات التنظيمية العامة التي تستقل بها الإدارة، والتي تقوم على التقدير والتصور الذي أوكله المشرع للجهات الإدارية، وأنه صدر بغية تحقيق الصالح العام المتمثل بالحرص على الصحة والسلامة العامة، وذلك وفقاً لتصور الإدارة وخططها في إطار الصلاحيات والمهام التي خولها إياها القانون، والتي يعود إليها وحدها تقدير ملاءمتها بحسب السلطة التقديرية الممنوحة لها ووفقاً لوظيفتها المنوطة بها قانوناً، وأن القرار المطلوب إلغاؤه لا يعتبر من قبيل القرارات الإدارية النهائية على النحو المقصود في المادة (8) من قانون مجلس الدولة، وعلى ذلك تكون الدعوى حرية بعدم القبول[52].

وكما ذكر الباحث آنفاً فإنه لا يتفق وهذا التوجه لمجلس الدولة، فقراره في هذه الدعوى يجافي المنطق لا بل يجافي الدستور والقوانين، فقد حرم المواطنين من ممارسة حقوقهم التي منحهم إياها الدستور والقانون بمتابعة مصالحهم المتمثلة بمراجعة كافة المراكز التي ذكرها القرار المطلوب إلغاؤه، وكان الأسلم والحال هذه إلغاء قرار الإدارة اللائحي والاكتفاء بإلزام المراجعين بالتباعد وعدم المصافحة ووضع الكمامة بدلاً من منعهم من الدخول إلى المرافق العامة الخدمية وتسيير أعمالهم.

ثالثاً – شروط دعوى الإلغاء:

ويقصد بها الشروط التي لا بد من توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء، فعند رفع دعوى الإلغاء يتصدى مجلس الدولة لفحص هذه الشروط قبل أن

[52] قرار محكمة القضاء الإداري في دمشق رقم (1/431) الصادر بتاريخ 2021/5/25، غير منشور.

يفحص موضوع المخالفة المدعاة، ولا ينتقل إلى فحص الموضوع إلا بعد أن يتأكد من توافر شروط القبول، وإلا حكم بعدم قبول الدعوى دون التغلغل في موضوعها[53].

وتتناول هذه الشروط وفقاً لما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي أربعة أمور، وهي كالتالي:

1-<u>الشروط المتعلقة بالقرار المطلوب إلغاؤه:</u> لا توجه دعوى الإلغاء إلا إلى القرار الإداري التنفيذي، أو ما جرى الاصطلاح التشريعي في مصر وسورية على وصف هذه القرارات "بالنهائية". ويؤيد الباحث المصطلح الأول لأن القرار قد يكون نهائياً بالنسبة إلى جهة معينة لكنه ليس قابلاً للتنفيذ، فشرط المصلحة لا يتوفر إلا إذا كان القرار قابلاً للتنفيذ، أي أنه يحدث أثراً قانونياً معيناً.

فمحل دعوى الإلغاء هو القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية، أي الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالإرادة المنفردة، وبالتالي تستبعد العقود الإدارية والأعمال المادية من الطعن بالإلغاء. ومن المعلوم أن القضاء الإداري في سورية ومصر أخذ بالمعيار الشكلي، وبالتالي أخضع لرقابته كل القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، وباعتبار أن اللوائح هي إحدى أنواع القرارات الإدارية، حيث

[53] قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ 1962/3/25، مجموعة أبو شادي، ص 1102، مشار إليه لدى الدكتور سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص 285.

إن النصوص القانونية في كل من مصر وسورية لم تفرق بين نوعي القرارات الإدارية[54].

فدعوى الإلغاء الموجهة ضد اللائحة تتطلب أولاً وجود لائحة غير مشروعة صادرة عن إحدى الجهات الإدارية. كما أنه يشترط أن تكون هذه اللائحة نهائية، ويثور هنا التساؤل عن معنى الصفة النهائية في القرار الإداري.

لا تكون القرارات الإدارية نهائية إلا إذا توافر فيها شرطان: **الأول** أن تصدر من جهة إدارية تملك إصدارها دون تعقيب عليها من أي جهة إدارية أعلى، بمعنى أن تستنفد جميع مراحل التدرج الإداري اللازمة لوجودها القانوني. **والشرط الثاني** أن يصدر القرار الإداري اللائحي على نحو يكون من شأنه إحداث أثر قانوني معين بالنسبة إلى الطاعن[55].

وبناء على ما تقدم فإن دعوى الإلغاء لا تقبل ضد الإجراءات التمهيدية التي تسبق اتخاذ القرار الإداري اللائحي، كما أنها لا تقبل ضد الإجراءات والتصورات المستقبلية كالمخططات التنظيمية التي تضع تصوراً عاماً لا يرتب أي أثر. وهذا ما أكدته الإدارية العليا في سورية بقولها: "إن الكتاب الصادر من مديرية الشؤون الإدارية في المصرف المركزي وإن تضمن أن الولادة في عام 1911 هو الذي سيؤخذ بعين الاعتبار لخدمات الموظف لدى المصرف، إلا أن الكتاب المذكور لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري النهائي المبحوث عنه في البند الخامس

---

[54] انظر المادة (10) من قانون مجلس الدولة في مصر، وكذلك المادة (8) من قانون مجلس الدولة في سورية، حيث جاء النص فيها مطلقاً بقبول الطعن بالإلغاء الموجه للقرارات الإدارية النهائية.

[55] قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن (234) لسنة (9) قضائية، جلسة 1966/11/20، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً، الجزء الرابع 2383، مشار إليه لدى محمد جميل حاج أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 64.

من المادة الثامنة من قانون مجلس الدولة، وهو لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تحضيري أو تمهيدي توطئة لتحديد مركز الموظف عند بلوغه سن الإحالة على المعاش"[56].

2- <u>الشروط المتعلقة برافع الدعوى:</u> تتمثل الشروط المتعلقة برافع الدعوى في أهلية التقاضي وفي المصلحة. فبالنسبة لأهلية التقاضي فيجب أن يكون المدعي أهلاً للتقاضي والمثول أمام المحاكم. أما بالنسبة لشرط المصلحة فمن المعلوم أنه حيث لا مصلحة فلا دعوى، وهذا ما اشترطه دستور الجمهورية العربية السورية النافذ[57]. وما أقرته المادة (12) من قانون مجلس الدولة في سورية، والتي تمنع قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم فيها مصلحة شخصية، وبما أن دعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء الموضوعي الذي يدور النزاع فيه حول مشروعية القرار الإداري، وحيث إنه من الثابت تشريعياً وقضائياً أن دعوى الإلغاء أبعد من أن تكون "دعوى حسبة"[58]. وفي هذا الميدان لا يتمتع الأفراد بحقوق شخصية على الغالب، بل لهم مجرد مصلحة لا ترقى إلى درجة الحق، ولهذا فإن القضاء يكتفي بهذه المصلحة لقبول دعوى الإلغاء[59].

وبناء على ما تقدم فإذا كان لا بد من توافر شرط المصلحة في طالب الإلغاء، فالأمر بالنسبة للقرارات الفردية متيسر إلى حد ما، خاصة فيما إذا كان هذا القرار قد ألغى مركزاً قانونياً ما، فصاحب دعوى الإلغاء عندئذ هو من تضررت

---

[56] قرارها رقم (84) لسنة 1970، المجموعة لعام 1970، ص 11.

[57] حيث نصت المادة (12) منه على: "لا تقبل طلبات الإلغاء المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية".

[58] للتوسع أكثر انظر د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص 430 وما بعدها.

[59] د. عبد الله طلبة، مرجع سبق ذكره، ص221.

حقوقه من القرار بشكل مباشر، وقد يكون هذا الضرر غير مباشر كالقرار الصادر بترقية موظف بشكل مخالف للقانون، فإن آثاره ستمتد إلى زملائه في الوظيفة لأنه سيتخطى بعضهم، وسيصبح منافساً للآخرين. لكن بشكل عام يبقى تحديد المصالح وأصحابها متيسراً في القرارات الفردية –ولو بصعوبة– مقارنة بالقرارات التنظيمية التي تتضمن بطبيعتها قواعد عامة ومجردة، ولا يمكن أن يترتب عليها حقوقاً ذاتية لأحد، فكيف يمكن إذن أن تكون محلاً للطعن بالإلغاء؟ وكيف يمكن إعدام لائحة مخالفة للقانون، ما دامت لم ترتب حقاً فردياً يسمح لأحد من الأفراد باستعمال دعوى الإلغاء أو مباشرتها؟

فالمصلحة في طلب إلغاء القرارات التنظيمية تكون عادة بمن تطبق عليهم هذه اللوائح، والغالب في العمل أن يكون الطعن في القرارات التنظيمية بطريق غير مباشر، أي عن طريق الطعن في القرارات الفردية الصادرة تطبيقاً لها[60].

ويرى الباحث من خلال مراجعة الكثير من أحكام مجلس الدولة في سورية أن اللوائح لا يمكن أن تكون محلاً للطعن ابتداءً وبشكل مباشر أمام القضاء، وذلك بحكم طبيعتها، فحيث لا حق مترتّب ولا مصلحة معتدىً عليها فلا دعوى. أما عندما تطبق هذه اللائحة (المعيبة) تطبيقاً فردياً، فيصبح عندئذ لهذا الفرد مصلحة شخصية قد أضر بها تطبيق هذه اللائحة، فله عندئذ أن يطعن في القرار الفردي الصادر تطبيقاً لها، وللقاضي أن يمتنع عن تطبيق هذه اللائحة عندما يتبين عدم مشروعيتها. ويعتبر هذا طعناً غير مباشر باللائحة، وهذا شبيه جداً بحالة الطعن غير المباشر بعدم دستورية القوانين عن طريق ما يسمى بالدفع الفرعي، وهذا التشابه يبرره تشابه مضمون القوانين مع اللوائح، فكلاهما يتضمن قواعد عامة ومجردة، ولا يرتب حقوقاً فردية، ما لم يطبق تطبيقاً فردياً.

[60] د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص 452.

وهذا تماماً ما جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية: "إن القرار المتضمن قاعدة عامة لتستهدي بها الإدارة عند حساب تعويضات الموظفين المكلفين بمهمة، إذا لم يطبق بصورة فردية على أصحاب الاستحقاق فلا يولد حقاً مكتسباً للموظف الذي أنجز مهمته، وإذا ألغي بقرار لاحق حُسب تعويض المهمة وفق القرار الجديد"[61].

وجاء في قرار آخر لها: "إن المخططات التنظيمية لا تخضع للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة لأنها تعتبر بمثابة قرارات تنظيمية عامة، تقوم على التقدير والتصور، وللمتضرر من المخطط أو من تعديله الاعتراض عليه خلال المهل المنصوص عليها في القانون"[62].

حيث تتلخص الوقائع بأن المدعي يملك عقاراً في منطقة قارة التابعة لمحافظة ريف دمشق، وقد أقام على هذا العقار منزلاً منذ أكثر من عشرين عاماً، وأن المجلس البلدي لبلدة قارة أعلن المخطط التنظيمي للبلدة، فقام المدعي بالاعتراض عليه ضمن المدة القانونية، ولكن تم تصديق المخطط، ولدى قيامه بتقديم طلب إلى مجلس البلدة للحصول على ترخيص لبناء طابق ثان علم أن اعتراضه على المخطط التنظيمي لم يلقَ القبول، فبادر إلى إقامة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري طالباً فيها إعلان انعدام المخطط التنظيمي جزئياً وذلك فيما يخص عقاره موضوع الدعوى وإلزام الجهة المدعى عليها (بلدة قارة) بمنحه الترخيص اللازم لبناء طابق ثان في عقاره. وقد أسس دعواه على القول بأن عقاره

---

[61] القرار رقم (43) في الطعن 68 لسنة 1968، منشور في مجموعة اجتهادات المحكمة الإدارية العليا الصادرة عن نقابة المحامين، مرجع سبق ذكره، ص2.

[62] القرار رقم (1/84) في الطعن 1204 لعام 2004، جلسة 2004/3/15، منشور في مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 718-721.

يقع بجانب حديقة ومطل على شارع عريض أمامه وشارع عريض خلفه، وبالتالي فلا حاجة للحديقة في موقع العقار، كما أنه لا يصلح أن يكون حديقة عامة بالمعنى المقصود في تنظيم البلديات نظراً لمساحته الصغيرة، وعليه يكون المخطط التنظيمي مشوباً بعيب عدم المشروعية. وأصدرت محكمة القضاء الإداري قرارها المطعون فيه والمتضمن من حيث النتيجة إلزام الإدارة المدعى عليها برفع إشارة حديقة عامة الموضوعة على العقار موضوع الدعوى وعلى المخطط التنظيمي للبلدة، ومنحه الترخيص اللازم بالبناء على عقاره المذكور وفقاً للقوانين وأنظمة البناء في منطقة العقار. وقد جاء في تسبيب قرارها: "إنه لا يكفي لتجميد ملكية المدعي في عقاره موضوع الدعوى مجرد ملاحظة على المخطط التنظيمي تفيد تخصيصه لإقامة حديقة عامة عليه، بل لا بد إذا ما أرادت جهة الإدارة أن تتخذ من عقار دخل في التنظيم مكاناً لحديقة من أن تسارع إلى استصدار الصك اللازم للاستملاك سواء قبل المباشرة بالتنظيم أو بعده، وبدون ذلك لا تملك الإدارة إغلاق الباب دون المالك في الإفادة من حق ملكيته، وإن القول بغير ذلك معناه تجريد المالك من ملكه بأداة غير قانونية ومن قبل سلطة غير مختصة، وهو أمر لا يتفق مع قواعد القانون العام. وإن بقاء مشروع التنظيم مدة تقارب خمسة وثلاثين عاماً دون أن يؤول إلى التنفيذ أو يخطو خطوة واحدة بهذا الاتجاه يجعل تصرف الإدارة مخالفاً لأحكام القانون والدستور الذي صان الملكية الفردية وحماها".

ولكن المحكمة الإدارية العليا فسخت هذا القرار بعد أن طعنت به الإدارة، مؤسسة قرارها على القول: "إن المشرع عندما فوّض الإدارة بإصدار قرارات تنظيمية من هذا النوع، قد توخّى من ذلك غاية مفادها إفساح المجال أمامها لمعالجة تفاصيل هذا التنظيم بالدقة اللازمة، وقد أبقى المشرع للأفراد المتضررين الطعن بالقرارات الفردية التي لها صفة تنفيذية للقرار التنظيمي. ومن حيث إن المدعي في هذه الدعوى لم يثبت أن قراراً إدارياً فردياً صدر ماساً بمصلحته لكي يمكن تكييف

دعواه على أساس أنها طعن بقرار إداري، فالقضاء الإداري إنما ينظر في نوعين من المنازعات، الأولى تلك الدائرة حول إلغاء القرارات الإدارية، والثانية هي تلك التي ترتدي لبوس القضاء الكامل، وليس من الممكن إدراج طلب المدعي في عداد واحد من هذين النوعين، لذلك فإن النظر في طلبه المتضمن إعلان انعدام المخطط التنظيمي يغدو جديراً بالرفض. أما لجهة طلبه بإلغاء قرار الإدارة السلبي بعدم منحه رخصة بناء طابق ثان على عقاره فإنه وبعد أن تبين عدم أحقية المدعي في الطعن بالمخطط التنظيمي الذي لحظ عقاره حديقة عامة، فإن قرار الإدارة الضمني بالامتناع عن منحه الترخيص يغدو في محله القانوني السليم مادامت الصفة المذكورة لازالت قائمة".

ويرى الباحث أن القرار الأسلم في هذه الدعوى هو قرار محكمة القضاء الإداري، إذ راعى قدسية الملكية الخاصة ومنع تجميدها من قبل الإدارة لكل هذه المدة الزمنية الطويلة دون استملاكها والبدء بتنفيذ المخطط ومنح المالك التعويض المناسب وفق القوانين والأنظمة. ولكن ما يهمنا من هذه الدعوى وفي هذا المقام هو أن القرارات التنظيمية ليست محلاً للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة كما في القرارات الفردية، فالمشرع في سورية لم يترك للمتضررين منها سوى الطعن بالقرارات الفردية التي لها صفة تنفيذية لهذا القرار التنظيمي.

وفي هذا السياق قررت المحكمة الإدارية العليا في سورية بصدد طعن أحد الموظفين بقرار الإدارة القاضي بحرمانه من تعويض المسؤولية كونه استند إلى قرار تنظيمي معيب، حيث جاء في للقرار: "1-إن القرار الوزاري رقم (1933) تاريخ 1961/9/19، المتضمن تحديد تعويض المسؤولية للموظفين الماليين لبلديات الدرجة الأولى والثانية، إنما صدر في صيغة قواعد تنظيمية عامة في مجال النشاط الوظيفي للبلديات. 2- إذا تكشف عدم سلامة القواعد التنظيمية فليس أمام الإدارة

سوى إلغاء هذه القواعد أو تعديلها بما ينسجم مع التطبيق القانوني السليم. 3- ما صُرف خلال الوجود القانوني للقرار السابق الملغى يدخل في نطاق الحقوق المكتسبة لأصحاب العلاقة"[63].

ويتبين للباحث من هذا القرار أن الموظف قد استحق تعويض المسؤولية بناء على القرار التنظيمي المتضمن تحديد تعويض المسؤولية للموظفين الماليين لبلديات الدرجة الأولى والثانية، ولكن الإدارة حرمته من هذا التعويض على أساس أن القرار التنظيمي المذكور قد تم إلغاؤه، لكن المحكمة الإدارية أقرت لهذا الموظف باستحقاقه للمبالغ التي صرفت في ظل اللائحة السابقة -على الرغم من عدم سلامتها. وأوضحت أن من واجب الإدارة والحال هذه التدخل فوراً لإلغاء هذه اللائحة أو تعديلها بما ينسجم مع التطبيق القانوني السليم، مع الاحتفاظ بالحقوق المكتسبة التي ترتبت للأفراد جراء تطبيقها. ويؤيد الباحث ما ذهبت إليه المحكمة من صون للحقوق المترتبة على هذه اللائحة على الرغم من اتسامها بعدم المشروعية، وقيام الإدارة بإلغائها.

وفي قرار آخر للمحكمة الإدارية العليا في سورية بمناسبة طعن شخص كان مرشحاً لمنصب مفتي الجمهورية بنتائج الانتخابات، حيث جاء فيه: "1-إن المصلحة في دعوى إلغاء القرارات الإدارية تتوفر عندما يكون رافعها في حالة قانونية يؤثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً ويجعل له مصلحة شخصية مباشرة في طلب إلغائه.2- إن الشخص الذي نال أصواتاً في

(63) القرار رقم 275 في الطعن رقم 104، لسنة 1984، منشور في مجموعة اجتهادات المحكمة الإدارية العليا، الصادرة عن نقابة المحامين، ص 125.

الانتخاب يعتبر ذا مصلحة شخصية مباشرة تجعل دعواه ضد مرسوم إعلان نتائج الانتخاب مقبولة....."[64].

3-الشروط المتعلقة بالميعاد: الأصل في دعوى الإلغاء أنها تهدف إلى إعدام القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية، ولما كان المنطق الحقوقي يقضي بألا يستمر التصرف غير المشروع، فهذا يستتبع من الناحية النظرية عدم ضرورة تقييد دعوى الإلغاء بفترة زمنية معينة، ولكن الواقع يغاير ذلك، حيث إنه لا يمكن أن نعرض الإدارة للاضطراب وعدم الاستقرار نتيجة إبقاء القرارات والأعمال الإدارية مشكوكاً في أمرها ومهددة بالإلغاء في كل لحظة[65].

ولهذا فقد حرص المشرع على أن تقيد دعوى الإلغاء بنطاق ضيق فيما يتعلق بالأجل الذي حدده المشرع لإقامتها أمام القضاء، وهذا ما ذهب إليه قانون مجلس الدولة في سورية[66] وفي مصر[67] في تحديد مدة (60) يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر القرار اللائحي المطعون فيه.

ويترتب على عدم تقديم الدعوى خلال هذه المدة سقوط الحق في إقامتها، ويصبح القرار الإداري محصناً ضد الطعن بالإلغاء، فهذا الميعاد يعد ميعاد سقوط، والسقوط كجزاء إجرائي مترتب على عدم مراعاة الميعاد لرفع الدعوى الإدارية هو عدم قبولها بعد انتهاء الميعاد ورفضها شكلاً[68].

---

[64] القرار رقم (7) في الطعن 40 لسنة 1967، منشور في مجموعة اجتهادات المحكمة الإدارية العليا الصادرة عن نقابة المحامين، مرجع سابق، ص8.

[65] د. عبد الله طلبة، مرجع سبق ذكره، ص 233.

[66] انظر المادة (21) من قانون مجلس الدولة في سورية رقم (32) لعام 2019.

[67] انظر المادة (24) من قانون مجلس الدولة في مصر رقم (47) لعام 1972.

[68] د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص 521-522.

مصير اللوائح المعيبة بعد انقضاء ميعاد الطعن فيها:

فعلى الرغم أنه من أن اللائحة تستقر بمرور مدة الطعن، ولكن مجلس الدولة الفرنسي قَبِل دعوى الإلغاء ضد اللائحة بعد انقضاء المدة القانونية في عدة حالات، واعتبرها من وسائل إحياء مدة الطعن بالنسبة إليها من جديد، وطرقاً غير مباشرة تؤدي إلى شل آثارها عملاً، وذلك ليوازن حق الإدارة في تعديل هذه اللوائح وإلغائها في أي وقت تشاء، ودون تقيد بمدة معينة، ومن تلك الوسائل:

- صدور تشريع لاحق على اللائحة يجعل وجودها غير مشروع: فاللائحة تعتبر بمثابة القانون من الناحية الموضوعية، فلذلك يجب أن تكون باستمرار منسجمة مع التشريع القائم. فالقاعدة العامة بشأن القرارات التنظيمية –على خلاف القرارات الفردية– مؤداها أن مشروعية القرارات التنظيمية تقدر ليس فقط في ضوء القواعد التي كانت قائمة وقت صدورها، ولكن أيضاً في ظل القواعد والظروف الجديدة، ومرد هذا الاختلاف إلى أن القاعدة التنظيمية عبارة عن تصرف دائم لا يولد حقوقاً، وهي تستهدف التنظيم بالنسبة للمستقبل، ولهذا كان من المفروض أن تتوافق وتتلاءم مع الظروف الجديدة، حتى لا تصاب بالجمود[69].
- تغير الظروف المادية التي أدت إلى إصدار اللائحة: فاللائحة كأي قرار إداري تقوم على سبب يبرر إصدارها، ومشروعية اللائحة لا تقاس على التشريع القائم وحده، ولكن بمراعاة الظروف والأسباب التي تبرر استمرارها، فإذا ما زالت هذه الظروف كان لكل ذي مصلحة أن يتقدم إلى الإدارة طالباً منها تصحيح الوضع وإلا لجأ إلى القضاء[70].

[69] د. حسني عبد الحميد درويش، مرجع سبق ذكره، ص 99.

[70] المرجع السابق. ص 564.

- تغير القضاء: فإذا كانت اللائحة قد صدرت سليمة وفقاً لتفسير معين يعتنقه القضاء الإداري، ثم تغير هذا القضاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي يخول ذا المصلحة أن يتقدم إلى الإدارة بطلب تصحيح الوضع كما في حالة صدور تشريع جديد تماماً، وذلك لأن المجلس يقدر أن الذي منع الفرد من طلب إلغاء اللائحة عند صدورها، علمه بأن المجلس لن يجيبه إلى طلبه على الراجح، وفقاً للقضاء الذي يسير عليه، ولهذا يكون من العدل أن يستفيد الأفراد إذا ما غير المجلس من قضائه[71].

وقد استقر القضاء الإداري في فرنسا على أن الدفع بعدم مشروعية القرارات التنظيمية ممكن بعد انقضاء مدد الطعن الاعتيادية، أما بالنسبة للقرارات الفردية فإن الطعن لا يكون إلا خلال فترة محددة. فلو مرت مدة الطعن المحددة دون أن يطعن به أحد، تكون الإدارة قد اتخذت أو ستتخذ قرارات وإجراءات لتطبيق القرار التنظيمي، وسيكون بإمكان من يريد الطعن بالقرار الأول أن يطعن بالقرار الثاني (قرار التطبيق)، وبإمكانه بمناسبة هذا الطعن أن يثير عدم مشروعية القرار التنظيمي الأصل، رغم عدم إمكانية مهاجمته بشكل مباشر بدعوى مستقلة لانقضاء مدة الطعن به. مع الأخذ بعين الاعتبار أنه لا يجوز الطعن بالقرار التنظيمي إذا كان القرار المطعون به لم يتضمن سوى الإشارة إلى القرار الأول، أي أنه لا يدخل ضمن قرارات تنفيذه[72].

---

[71] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1932/2/3 في قضية (Abbé Lahur) المجموعة، ص 153، مشار إليه لدى الدكتور سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 567. وكذلك لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، الكتاب الثاني، مرجع سبق ذكره، ص 1156.

[72] د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، (د، ن)، بغداد، 2009، ص 196.

فإذا كانت القاعدة بالنسبة للقرارات الإدارية هي أنها تتحصن بمضي مدة الطعن، حيث يغلق سبيل الطعن، ويصبح القرار المعيب بمنزلة القرار السليم، ولكن هذه القاعدة أصدق ما يمكن أن تكون بالنسبة للقرارات الفردية التي رتبت حقوقاً، أما اللوائح "الأنظمة المعيبة" فإن مضي مدد التقاضي فيها لا يجعلها على قدم المساواة مع اللوائح التي ولدت سليمة، بل يجوز للأفراد وعلى الرغم من انقضاء مدد التقاضي شل آثار اللوائح المعيبة بعدة وسائل:

- عن طريق الطعن في القرارات الفردية التي تصدر تطبيقاً لها، استناداً إلى ما في اللائحة من عيب. فقد استقر القضاء الإداري في مصر وسورية على أنه يجوز للسلطة الإدارية أن تعدل اللوائح في كل وقت حسبما يقتضيه الصالح العام وحسن سير المرافق العامة، ولا يستطيع الأفراد من الجمهور أو من الموظفين أن يتمسكوا بتطبيق القواعد التي تضمنتها اللائحة السابقة، ففكرة الحق المكتسب لا تتحقق في ظل المراكز القانونية العامة المجردة، ولكن إذا كانت القواعد التنظيمية قد تم تطبيقها بقرار فردي على أحد الأفراد فهنا ينشأ الحق الذاتي المكتسب والذي لا يمكن أن تمسه اللائحة الجديدة[73]. فمن السبل التي أوجدها القضاء للنيل من أثار القرار الذي تحصن بمضي المدة الدفع بعدم المشروعية بغية التوصل إلى إلغاء القرار الذي صدر استناداً إليها، وفي الحالة التي يقضي فيها القاضي الإداري بإلغاء القرار التطبيقي الذي كان محل النزاع الأصلي استناداً إلى عدم مشروعية اللائحة التي استند إليها فإن هذه اللائحة تظل

[73] د. حسني عبد الحميد درويش، مرجع سبق ذكره، ص 29.

رغم تقرير عدم مشروعيتها بمنأى عن الإلغاء[74]. فإذا كانت الدعاوى تتقادم فإن الدفوع لا تتقادم.

وقد ذهب مجلس الدولة السوري في هذا الصدد إلى أن كل قرار فردي مستند إلى قرار تنظيمي حكم بإلغائه قضائياً، يعد فاقد الوجود القانوني لأنه مبني على أساس معدوم، وحيث إن القرار المعدوم لا يتحصن بفوات ميعاد الطعن فيه، وكذلك ما يتخذ من قرارات فردية بالاستناد إليه[75].

- حين يخالف الفرد لائحة معيبة تتضمن جزاءً جنائياً فحينئذ له أن يدفع بعدم مشروعية اللائحة، فيمتنع القضاء عن التطبيق. وهذا يعني إلزام الإدارة بمطابقة لوائحها مع القانون، وجعلها متطابقة دائماً مع المشروعية الجديدة وتحت رقابة القاضي الإداري، وهذا يعني في حال الضرورة أن تعمل الإدارة على تعديل النظام أو إلغائه، وإن لم تفعل يعمد القاضي إلى وقف النظام عن التطبيق[76].
- لصاحب الشأن المتضرر من قرار إداري غير مشروع تضمن اعتداء على حق مكتسب له أن يسلك سبيل التعويض بعد أن انقضى ميعاد الطعن بالإلغاء.

وما يهمنا في هذا البحث من التمييز بين القرارات الفردية والتنظيمية ما يتعلق ببدء سريان أحكامها وبطلانها وإلغائها وسحبها والأهم من ذلك كله

---

[74] د. طارق محمد علي النحاس، مرجع سبق ذكره، ص 540-541.

[75] قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم (106) في الطعن (68) لعام 1970، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام 1970، ص 108، مذكور لدى مصباح نور المهايني، مرجع سبق ذكره، ص 510.

[76] د. أحمد اسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص36.

اختصاص المحاكم القضائية بالنسبة إلى كل منهما، فالمحاكم القضائية لا تملك التصدي للقرارات الفردية بالتفسير أو التأويل أو إيقاف التنفيذ، ولكن على العكس من ذلك كله لها أن تستوثق من مشروعية اللائحة المراد تطبيقها على النزاع المطروح ومطابقتها للقانون، وأن ترفض تطبيقها إذا ما وجدت أنها غير مشروعة.

الفرع الثاني

أوجه الطعن بالإلغاء

إن الطعن بالإلغاء ينبغي أن يؤسس على أحد أوجه عدم المشروعية التي تعيب القرار وتجعله غير مشروع، ويقع عبء إثبات عدم مشروعية القرار على من يدعي ذلك، إذ إن القرار الإداري مصحوب بقرينة السلامة، ولما كانت هذه القرينة بسيطة وليست قطعية، فكان على من يدعي العكس إثبات ادعائه توصلاً إلى إلغاء القرار.

ومن المعلوم أن عناصر القرار الإداري تتمثل في: الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية. فإذا لحق أحد هذه العناصر الخمس عيب ما نتيجة مخالفة الإدارة للقانون، جاز الطعن في هذا القرار وطلب إلغائه لعدم المشروعية. ومن المسلم به أن القرار الذي يلحقه عيب في أي عنصر من عناصره، يكون مستحقاً للإلغاء، بمعنى أن البطلان هو الجزاء المترتب على عدم مراعاة واستكمال هذه العناصر. فلكل ركن من هذه الأركان السابقة عيب يتصل به، فركن الاختصاص يقابله عيب عدم الاختصاص، وركن الشكل يقابله الطعن بعيب الشكل، وركن المحل يقابله الطعن بمخالفة القانون، وركن السبب يقابله وجه الطعن بانعدام أو عدم صحة السبب، وركن الغاية يقابله الطعن بالانحراف في استعمال السلطة[77].

[77] د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، الطبعة الأولى، ص104.

وبذلك يمكن القول أن شروط صحة أو مشروعية القرار الإداري تتمثل في ضرورة اتفاق عناصر القرار الإداري سالفة الذكر مع ما قد يرد بشأنها من شروط في القوانين التي تخضع لها السلطة الإدارية، فإن لم يرد في القوانين بصدد أحد هذه العناصر أو بعضها أي شرط أو قيد، فالقاعدة أن يكون للإدارة بصدد هذه العناصر حرية في تقدير ما يتصل بها من ظروف واعتبارات[78].

فالمشرع حدد للقرار الإداري عيوباً لا تنطبق إلا عليه وبالتالي لا يلغى إلا لأسباب ترجع لهذه العيوب حيث تنص المادة العاشرة في فقرتها قبل الأخيرة من القانون رقم 47 لعام 1972 بشأن مجلس الدولة في مصر على أنه: "...يشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة".

وفي ذات السياق جاء في الفقرة الثانية من المادة (8) من قانون مجلس الدولة السوري: "...أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل والإجراء أو مخالفة القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة". فإن لم يبين رافع الدعوى توافر أحد أوجه الطعن السابقة كان مصير دعواه الرفض ويقصد مما سبق أن هذه العيوب وجوبية للنيل من القرار الإداري أمام قاضي الإلغاء على المدعي إثبات وجود أحد منها، فهي محددة سلفاً وحصراً وليس له البحث خارج نطاقها إن أراد أن يصدر له القاضي المختص حكماً بالإلغاء، وسيقوم الباحث بإيجاز هذه العيوب على الشكل التالي:

[78] د. محمود سامي جمال الدين، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص324.

أولاً –عيب عدم الاختصاص في إصدار اللوائح:

يعتبر هذا العيب من أقدم عيوب القرار الإداري نشأة، وهو النتيجة الطبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي لا يقتصر على تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث، وإنما يستتبع أيضاً توزيع الاختصاص ضمن السلطة الواحدة. ويتلخص في صدور القرار الإداري عن سلطة غير مختصة، أي لم يخولها القانون حق إصداره، فيكون القرار عندئذ مشوباً بعيب عدم الاختصاص.

ويرتبط عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، ومعنى ذلك أن قاضي الإلغاء يستطيع من تلقاء نفسه أن يتدخل لإثارة هذا العيب في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لم يثره رافع الدعوى كسبب للإلغاء، كما ليس من حق الإدارة أن تخالف قواعد الاختصاص فتتنازل عنها لجهة أخرى إلا إذا وجد نص قانوني يجيز لها ذلك.

ويميز الفقه والقضاء بين صورتين من صور عيب الاختصاص: فأحياناً يكون العيب جسيماً فيطلقون عليه اصطلاح "اغتصاب السلطة" ولا يعتبر القرار حينها باطلاً فحسب وإنما معدوماً مع ما يترتب على هذا الوضع من نتائج[79].

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في سورية على ذلك عندما قبلت الطعن في اللائحة (التعميم) رقم (10/1328) الصادر عن رئيس مجلس الوزراء بتاريخ 1976/5/5 والموجه الى وزارة التربية والمتضمن الطلب إليها (بالتريث في تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا والمتعلقة بإعادة المدارس الخاصة المستولى عليها إلى اسم صاحبها وذلك حتى إشعار آخر)، حيث تم قبول الطعن في هذا القرار اللائحي أمام محكمة القضاء الإداري على الرغم من فوات ميعاد الطعن فيه، على اعتبار أنه قرار معدوم وبالتالي لا يتحصن بانقضاء الميعاد. وقد

[79] د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٧–607.

جاء في حيثيات الحكم: "ومن إن وكيل الجهة المدعية يؤسس دعواه على القول بأن الاجتهاد والقضاء الإداري استقر على أن القرار الإداري المعدوم هو القرار الذي يشوبه عيب مفرط في الجسامة إلى حد أنه تجرد من كونه قراراً إدارياً، ونزل به إلى مرتبة العمل المادي البحت، فلا تلحقه عندئذ أية حصانة، ولا يزيل العيب فوات ميعاد الطعن، وتطبيقاً لهذه المبادئ المكرسة في التشريع السوري فإن ما قامت به الجهة المدعى عليها يعتبر تعدياً سافراً، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه معدوماً، حيث إن القضاء الإداري هو وحده صاحب الاختصاص الذي يملك إعلان انعدام القرارات الإدارية مهما كان شكلها...وإن انحراف الإدارة وتجاوزها حدود النصوص الدستورية والقانونية بإصدارها قرارات إدارية معدومة كالقرار محل الدعوى، الذي امتنعت فيه عن تنفيذ حكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، مع أن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة"[80] وعليه فقد حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وقبولها موضوعاً في جزء منها وإلغاء التعميم رقم 10/1328 الصادر بتاريخ 1976/5/5.

ويتبين للباحث من تحليل هذا القرار أن اللائحة التي أصدرتها الإدارة (رئاسة مجلس الوزراء) مشوبة بعيب عدم الاختصاص الجسيم وذلك بتعديها على اختصاص السلطة القضائية (بإلغاء الأحكام القضائية)، الأمر الذي جعلها (اللائحة) تنحدر إلى مرتبة القرار المعدوم وحرمها بالتالي من الحصانة الممنوحة للقرارات الإدارية بفوات الميعاد.

فقيام السلطة الإدارية بالتعدي على اختصاص سلطة أخرى هو عيب جسيم ينحدر بقرارها إلى العدم، ومثال ذلك في سورية أيضاً اللائحة التنفيذية رقم

[80] قرارها في القضية رقم (1/7131) لعام 2003، مشار إليه لدى محمد جميل حاج أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 92.

(1/1643) تاريخ 2015/4/8، الصادرة استناداً للمرسوم رقم (11) بتاريخ 2015/1/28 والمتضمن تعديل رسم الإنفاق الاستهلاكي، حيث أضافت هذه اللائحة مطرحاً ضريبياً جديداً لم يوجد في المادة (7) من المرسوم.

وأحياناً قد يكون عيب عدم الاختصاص بسيطاً فيقتصر على مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية ولهذا فإنه أقل خطورة وإن كان أكثر حدوثاً من حالات اغتصاب السلطة.

ثانياً – عيب الشكل والإجراءات في إصدار اللوائح:

إن الأصل هو حرية الإدارة في التعبير عن إرادتها بأي شكل يضمن وصول إرادتها إلى علم الأفراد. فكما يقول مجلس الدولة المصري في أحد أحكامه: "...إن الأوامر الإدارية ليس لها أشكال ولا أنواع تحصرها، بل هي مجرد تعبير من الموظف المختص عن إرادته في التصرف على وجه معين في أمر معين ولغرض من أغراض وظيفته وفي حدود اختصاصه...ويكون للأمر الإداري قوام بمجرد صدوره بطريقة قاطعة وتنفيذية"[81]. غير أنه في كثير من الحالات لا يكون عيب الشكل موجوداً ما لم يفرض المشرع على الإدارة أن تفرغ إرادتها في شكل معين، بحيث يصبح القرار الإداري معيباً أو معدوماً إذا لم تحترم الإدارة هذا الالتزام، فقواعد الشكل والإجراءات لا تعتبر من النظام العام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، لكن في المقابل تعتبر قواعد الشكل والإجراءات ذات أهمية كبيرة في مجال القرارات الإدارية، إذ تهدف لحماية المصلحة العامة والخاصة في ذات

[81] القرار الصادر في ١٢ كانون الأول ١٩٥٠، مجموعة أحكام مجلس الدولة المصري، السنة الخامسة، ص٢٤٦.

الوقت[82].

فالقاعدة العامة هي أن كل مخالفة من جانب الإدارة لقواعد الشكل والإجراءات يترتب عليها تعرض القرار المطعون فيه للإلغاء، ولكن لا يجب الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، إذ لابد من التفرقة بين الشكليات الجوهرية التي تعتبر ضمانة للمصلحة العامة والشكليات الثانوية، فالأولى فقط هي التي يترتب البطلان على مخالفتها[83].

ويقوم عيب الشكل بالنسبة للوائح عندما يحدد القانون شكلاً معيناً أو إجراءات معينة يجب اتخاذها بمناسبة إصدار اللائحة، فيكون أي خروج عن هذه القواعد هو خروج عن قواعد الشكل وبالتالي تصبح اللائحة حَريّةً بالإلغاء.

فبعد أن يتأكد القاضي الإداري من توافر الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء، ينتقل إلى الشروط الموضوعية المتمثلة في عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف في استعمال السلطة.

ثالثاً – عيب مخالفة القانون:

يتعلق هذا العيب بمحل أو موضوع القرار، لذلك يعرف "بعيب المحل" ويقصد به عدم احترام القواعد القانونية بشكل عام، كأن يخالف محل القرار القواعد الدستورية أو القواعد التشريعية والتنظيمية .

---

[82] قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (2118) لسنة (31) قضائية، تاريخ 1988/5/28، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً من عام 1955 وحتى 2005، الجزء الرابع، ص 2394-2395.

[83] قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (6196)، جلسة 2002/4/2، لسنة (41) قضائية، غير منشور، مشار إليه لدى محمد جميل حاج أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 100.

ويعتبر من أهم العيوب وأكثرها تطبيقاً في الواقع العملي فرقابة القاضي الإداري على اللائحة فيما يتعلق بالاختصاص والشكل هي رقابة خارجية بعيدة عن مضمون اللائحة، أما رقابته لركن المحل فهي رقابة داخلية موضوعية، تهدف إلى مطابقة محل اللائحة (أثرها القانوني) للقانون بمعناه الواسع.

فعيب مخالفة القانون في مجال بحثنا يتجسد في إصدار لائحة مخالفة لأحكام القانون، أو امتناعها عن إصدار لائحة كان يتوجب عليها إصدارها، كأن تصدر الإدارة لوائح ضبط تمس بحقوق وحريات المواطنين، أو أن تمتنع عن إصدار لائحة تنفيذية من أجل تطبيق قانون ما[84].

وقد عبرت الفقرة الثانية من المادة (8) من قانون مجلس الدولة في الجمهورية العربية السورية عن عيب مخالفة القانون بقولها: "...أو مخالفة القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها"[85]. وتتجلى صور مخالفة الإدارة للقواعد القانونية في ثلاثة أشكال:

1- <u>المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية:</u> تتمثل بتجاهل الإدارة للقواعد القانونية كلياً أو جزئياً، فقد تكون هذه المخالفة إيجابية عندما يصدر المشرع قانوناً ينظم شؤون العاملين ومن ثم تصدر الإدارة لائحة مخالفة لهذا القانون. وقد تكون المخالفة سلبية عندما تمتنع أو ترفض القيام بإصدار لائحة تفرضها عليها القاعدة القانونية. كما قد تتمثل مخالفة القاعدة القانونية في إحلال الإدارة أساساً قانونياً لقرارها غير الأساس الواجب الاستناد إليه.

---

[84] د. عبد المنعم ضوى، القرارات الإدارية وتحقيق مبدأ المشروعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط (1)، 2018، ص 176.

[85] قانون مجلس الدولة رقم (32) لعام 2019.

ومن الأمثلة على اللوائح التي تم إلغاؤها في سورية لمخالفتها المباشرة للقانون التعميم الصادر عن وزير الإدارة المحلية[86] والذي جاء فيه: "السيد المحافظ...نظراً لحاجة وحدات الإدارة المحلية إلى عاملي النظافة بشكل دائم والطلبات المتكررة على تعيين عمال نظافة سواء عن طريق الاختيار أم بموجب عقود موسمية مؤقتة، يطلب إليكم عدم نقل أو ندب عمال النظافة مهما كانت الأسباب".

حيث يتبين للباحث أن هذا ليس تعميماً وإنما هو قرار إداري لائحي، كونه رتب أثراً قانونياً تجسد بمنع نقل أو ندب العاملين بشكل مطلق، كما أنه مخالف بشكل صريح لقانون العاملين الأساسي الذي سمح بنقل وندب العاملين ضمن شروط وأوضاع معينة، وإعطاء السلطة التقديرية للإدارة برفض أو قبول نقل وندب العاملين[87]، فهذا القرار يحرم العامل من أبسط حقوقه وهو النقل أو الندب، وإن الإبقاء عليه واستمرار العمل به يشكل انتهاكاً لمبدأ المشروعية، ويدخل النظر في مشروعيته ضمن اختصاص محاكم القضاء الإداري بحسب القانون[88].

وفي هذا السياق أصدرت محكمة النقض في مصر حكماً قضى بأن اللائحة الصادرة من وزير الحقانية في 1924/1/16 (المعدلة في 1933/8/31) تنفيذاً لقانون التشرد رقم (25) لسنة 1923 عديمة الأثر لخروجها عن الحدود المخولة للوزير. ذلك أن قانون التشرد المشار إليه قضى بأن لمن يوجه إليه إنذار بافتراض أنه في حالة تشرد، أن يطعن في قرار البوليس أمام النيابة خلال عشرين يوماً (المادة 3) فنص الوزير في اللائحة المشار إليها على أن هذا الطعن أمام

---

(86) القرار رقم 1134/ب/ت. ن تاريخ 2020/4/26، غير منشور.

(87) المواد 31 حتى 36، الباب السابع (أوضاع العاملين) من القانون رقم (50) لعام 2004.

(88) الفقرة 1/ ز من المادة (8) من قانون مجلس الدولة رقم (32) لعام 2019.

النيابة لا يوقف سريان مدة العشرين يوماً التي يقدم بعدها المتهم إلى القضاء، إذا لم يغير أحوال معيشته (مادة 5 من اللائحة) والقاعدة العامة أن الإنذار لا يكون نهائياً، فيبدأ سريان مدة العشرين يوماً، إلا إذا لم يطعن فيه ذو المصلحة أو إذا أيدته النيابة، فيكون حكم المادة الخامسة من اللائحة المشار إليها قد استحدث حكماً لم يرد في القانون[89].

ويتبين الباحث من هذا القرار لمحكمة النقض أن اللائحة التنفيذية الصادرة تطبيقاً لقانون التشرد، خالفت هذا القانون بأن استحدثت حكماً لم يرد فيه، فتكون بذلك قد فقدت أساسها القانوني وأصبحت عديمة الأثر، فعلى الرغم من خروج موضوع البحث في مشروعية اللائحة من اختصاص القضاء العادي، لكنه وبمعرض البحث في الطعن الموجه للإنذار الصادر بناء على هذه اللائحة المعيبة أصبح ملزماً بحكم واجبه واختصاصه في ضرورة الفصل في النزاعات المعروضة أمامه، أصبح مضطراً إلى فحص مشروعية اللائحة ومدى مطابقتها للقانون المستندة إليه. ويؤيد الباحث ما ذهبت إليه المحكمة فحل النزاعات هو صلب وظيفة القضاء، كما أن من أبسط متطلبات العدالة والمشروعية إعدام اللائحة المعيبة ومنعها من ترتيب أية آثار قانونية في المستقبل، حرصاً على حقوق الأفراد، وحماية لمبدأ المشروعية.

2- <u>الخطأ في تفسير القاعدة القانونية:</u> وتتجلى هذه الحالة في التفسير السيء أو التطبيق السيء للقاعدة القانونية، وهذا يعني أن الإدارة تخطئ في معنى أو مفهوم النص القانوني، أي أن تعطي الإدارة للقاعدة القانونية معنى آخر غير المعنى الذي

[89] قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1936/1/6، منشور في مجلة (المحاماة) السنة 66، ص6، مشار إليه لدى الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص334.

أراده المشرع[90]. ومن أكثر تطبيقات هذه الصورة أن تحاول الإدارة إقحام أحكام جديدة لم ترد في القانون، فالمسلم به مثلاً أن الإدارة إذا كان من حقها أن تصدر لوائح لتنفيذ القانون فليس من حقها أن تضيف جديداً إلى أحكامه، بل تقتصر سلطتها في وضع الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام الواردة في صلب القانون[91].

وهذا بالضبط ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في قرارها:
"...فمن المبادئ المقررة أنه يشترط لصحة صدور اللوائح والقرارات التي تجيء منفذة للقانون، ألا تكون مخالفة لقواعده، وألا تضيف إليه جديداً أو تعدل في أحكامه، وإلا أصبحت معيبة، ويكون لكل ذي شأن المطالبة بإلغائها..."[92].

3- <u>الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع:</u> لقد كانت رقابة قاضي الإلغاء سابقاً تنحصر فقط في رقابة الناحية القانونية بحيث لا يمكنها أن تمتد إلى الوقائع، لكن القضاء الإداري الذي يلغي القرارات الإدارية غير المستندة إلى قواعد قانونية صحيحة وجد نفسه مضطراً لفحص الوقائع بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية. ولاحقاً وسع مجلس الدولة الفرنسي رقابته في هذا المجال تدريجياً إلى التحقق من حدوث الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة، ومن ثم إلى التكييف القانوني لهذه الوقائع. كأن تقوم الإدارة بتسريح موظف لأنه مصاب بمرض يمنعه من القيام بأعباء وظيفته، ثم يتبين نتيجة التحقيق القضائي أن مرضه غير سارٍ وبالتالي لا يصلح أن يكون سبباً قانونياً لتسريحه.

---

[90] عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص 285 وما بعدها.

[91] د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 722.

[92] قرار محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر بتاريخ 1954/3/30، منشور في مجموعة المبادئ، السنة الثامنة، ص1132.

فالتكييف هو إعطاء الواقعة الثابتة لرجل الإدارة اسماً أو عنواناً يحدد موضوعها داخل نطاق قاعدة القانون التي يراد تطبيقها، أو بمعنى آخر التأكد من سلامة الوصف القانوني الذي أسبغته الإدارة على هذه الوقائع[93].

وقد صدر عن المحكمة الإدارية العليا في سورية في هذا السياق عدة قرارات منها قرارها الذي جاء فيه: "إن قرار الإدارة بإنهاء خدمة العامل بسبب ضعف الأداء دون تقديمها ما يثبت أن كفاءته قد حددت بدرجة ضعيف ثلاث مرات متتالية من قبل اللجنة يكون قد صدر مشوباً بعيب مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله"[94].

رابعاً – عيب الانحراف في استعمال السلطة :

المفروض دائماً أن تكون الغاية من اتخاذ أي قرار إداري هو خدمة المصلحة العامة لكن متى اتخذ القرار لأغراض لا تمت بصلة إلى ذلك اعتبر مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة

وغالباً ما تكون القرارات الإدارية المتسمة بهذا العيب صحيحة في الظاهر وسليمة في عناصرها الأخرى، بحيث يصعب حتى على القاضي نفسه استجلاء ما وراءها من خلفيات سيئة.

ويعتبر هذا العيب من أحدث العيوب التي ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهو من العيوب الداخلية للقرار الإداري ويرتبط بركن الغاية فيه، ولا يعتبر من العيوب المتعلقة بالنظام العام، بحيث لا يستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه إذا لم يثره الخصوم في الدعوى، وهو عيب متعلق بأهداف الإدارة إذا ما كانت

---

[93] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بالإلغاء، القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 608.

[94] قرارها رقم (37) في الطعن رقم (290) لسنة 1989، مشار إليه لدى محمد جميل حاج أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 108.

سلطتها تقديرية، لأنه من المعلوم أننا عندما نكون بصدد اختصاص مقيد للإدارة فإن العيوب التي تلازم القرار الإداري هي عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون، فالأهداف الإدارية تتحقق باستمرار إذا اقتصر رجل الإدارة على تنفيذ الواجبات القانونية تنفيذاً دقيقاً، وعلى العكس من ذلك فإننا نكون أمام عيب الانحراف إذا ما كنا بصدد اختصاص تقديري[95].

وفي تأكيد ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في سورية: "في مجال تقييم أداء العاملين فإن رقابة القضاء الإداري على نشاط الإدارة منوطة بثبوت عيب الانحراف في السلطة"[96]. ويتجسد هذا العيب في صورتين: البعد عن تحقيق المصلحة العامة ومخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.

خامساً – عيب السبب:

يمثل السبب في القرار الإداري واقعة مادية أو قانونية، إذا ما تحقق وجودها، يكون سائغاً أو مقبولاً أن تتدخل الإدارة لإصدار التصرف المناسب. فالسبب يكون دائماً سابقاً للتصرف ذاته، فهو بذلك واقعة تقع قبل التصرف، ويكون التصرف تالياً لها، ويكون هدف القرار الإداري معالجة هذا السبب ذاته.

فانتشار وباء من الأوبئة في منطقة ما يمثل حالة واقعية تبرر إصدار لائحة تمنع الأفراد من الانتقال من هذه المنطقة وإليها، وكذلك تقديم الاستقالة من جانب أحد الموظفين يعتبر سبباً قانونياً لقرار الإدارة بقبول الاستقالة. أما عيب السبب فيقوم عند وجود عيب يصيب ركن السبب، وذلك عندما تكون الواقعة التي

---

[95] د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 729–730.

[96] قرارها رقم (1119) في الطعن (1363) لسنة 1990، منشور في مجموعة الاجتهادات الهامة للمحكمة الإدارية العليا في سورية الصادرة عن نقابة المحامين، ص 611.

يقوم عليها قرار الإدارة غير موجودة أو غير صحيحة من حيث التكييف القانوني[97].

إن السبب ركن من أركان القرار الإداري، وبغير السبب لا وجود للقرار الإداري، فكما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في الكثير من أحكامها على أنه **لا يجوز للإدارة أن تتدخل إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها.** هذا كله يبين أهمية وجود السبب (الواقعي أو القانوني أو كليهما معاً) لتبرير إصدار القرار الإداري، فانعدام الوجود المادي للوقائع أو عدم صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع المادية (التي ثبت وجودها فعلاً) هذا كله يشكل عيباً في ركن السبب وسبباً موجباً لإلغاء هذا القرار المعيب بركن السبب.

حيث يمكن استنباط صورتين لعيب السبب، تتمثل **الأولى** في انعدام وجود الوقائع التي يستند إليها القرار الإداري، كأن تصدر الإدارة قراراً بمعاقبة موظف تأديبياً بسبب غيابه دون إذن، فواقعة الغياب هنا واقعة مادية تمثل السبب الواقعي الذي دفع بالإدارة لاتخاذ قرار العقوبة التأديبية، فإذا ما ثبت أن الموظف كان موجوداً في عمله فهذا يفقد القرار سببه الواقعي، وبالتالي يجعله حقيقاً بالإلغاء. أما الصورة **الثانية** لعيب السبب فهي عندما يكون للسبب وجود مادي، ولكنه غير صحيح من الناحية القانونية، ففي المثال السابق يثبت أن الموظف تغيب فعلاً، وهذا الوجه المادي للسبب، ولكنه تغيب لأنه كان في إجازة مرخص له بها، فينهار

[97] د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 511.

بذلك الوصف القانوني للغياب، وأنه بغير إذن، فتنحسر عن السبب مشروعيته، ومن ثم فهو سبب معيب حقيق بالإلغاء[98].

فالرقابة الإدارية على القرار الإداري لا تشمل صحة التكييف القانوني للوقائع التي استندت إليها الإدارة في قرارها، وإنما يراقب الوجود المادي لهذه الوقائع، ففي إحدى القضايا قامت الإدارة بتسريح الموظف لضرورات المصلحة متذرعة بضغط النفقات الإدارية، ولكنها بعد فترة من الزمن أعلنت عن مسابقة لتعيين موظفين جدد، فطعن الموظف بقرار التسريح، وأجابت المحكمة الإدارية العليا طلبه وألغت قرار الإدارة، وجاء في قرارها: "تنتفي حجة الإدارة في هذا التسريح إذا أعلنت عقب وقوعه عن مسابقة لتعيين موظفين جدد، حيث استبان بالرجوع إلى ملف القضية أن من الوقائع الثابتة إعلان الإدارة عن مسابقة لانتقاء موظفين وتنفيذ هذه المسابقة بالفعل، فإنه ولئن لم تقترن هذه المسابقة بتعيين واحد من الفائزين بها إلا أن الإعلان عنها يعبر عن عدد من موظفيها ويقيم تناقضاً بين حجتها وواقع الحال ويذهب الأساس الذي قام عليه قرارها القاضي بتسريح المدعي، وهو الحرص على ضغط نفقات الإدارة، بحيث أضحى هذا القرار المطعون فيه فاقداً وجوده القانوني لانتفاء ركن السبب فيه وبالتالي يكون قراراً مستوجب الإلغاء"[99]. ويرى الباحث أن السبب الذي استندت إليه الإدارة لتسريح الموظف سبب غير حقيقي، والإعلان اللاحق عن المسابقة كشف عدم صحة ما تذرعت به

---

[98] د. محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، بدون دار نشر أو رقم الطبعة، تم تنزيل الكتاب من موقع مكتبة نور من خلال الرابط الالكتروني https://www.noor-book.com، تمت الزيارة بتاريخ 2024/3/26، الساعة 12:30 صباحاً.

[99] القرار رقم (31) في الطعن رقم (52) لسنة 1966، منشور في مجموعة اجتهادات المحكمة الإدارية العليا الصادرة عن نقابة المحامين، مرجع سابق، ص17.

الإدارة من ضغط النفقات الإدارية، وهذا لا يمثل تغيراً في الظروف، بل إن السبب الذي تذرعت به الإدارة كان وهمياً وهذا ما تكشف لاحقاً بإعلانها عن المسابقة.

وفي مثال عن الرقابة القضائية على صحة التكييف القانوني للوقائع، قررت المحكمة الإدارية العليا قبول طعن الإدارة بقرار المحكمة المسلكية المتضمن فرض عقوبة النقل التأديبي بحق أحد العاملين في مديرية التربية بمحافظة ريف دمشق بعد مشاركته بالمظاهرات المناهضة للدولة وقيامه بسرقة النفط الخام. حيث قررت قبول الطعن وفرض عقوبة التسريح التأديبي بحق المحال كونها تتناسب مع ما صدر عنه من أفعال. حيث جاء في تسبيب قرارها: "إن ثبوت إدانة المحال بجرم من الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (19) لعام 2012 المتعلق بقضايا الإرهاب يستوجب عزله وإقصاءه عن تولي الوظائف العامة"[100].

كما جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري في سورية: "إن تصرفات الورثة بأموال التركة التي انتقلت لهم لا تعتبر جميعها من الأعمال التجارية التي تدخلهم في عداد المكلفين بضريبة الدخل عن الأرباح، إذ أن بيع العقار الموروث على وضعه لا يعتبر من الأعمال التجارية"[101].

حيث يتبين للباحث من هذا القرار أن المحكمة ألغت قرار الإدارة بفرض ضريبة الدخل على الأرباح في واقعة بيع الورثة لأموال التركة، على اعتبار أنها من الأعمال التجارية –حسب ما تذرعت الإدارة– لكن القضاء ألغى قرارها مصححاً

---

[100] القرار رقم (139/ع/2) لسنة 2020، في الطعن ذي الرقم (2094) لسنة 2020، بتاريخ 2020/3/11، منشور في المرجع السابق، ص 221 وما بعدها.

[101] القرار رقم 2/650 لعام 1997، القضية رقم (3033)، تاريخ 1997/9/21، منشور في مجلة (المحامون) لعام 1999.

العيب الذي شاب تكييفها القانوني للواقعة، فالسبب الواقعي تحقق بحدوث عملية البيع، لكن السبب القانوني تخلف، كون بيع أموال التركة لا يعتبر من قبيل الأعمال التجارية التي تصلح لتكون محلاً لفرض ضريبة الدخل على الأرباح، مما جعل القرار معيباً في سببه ومستوجباً للإلغاء. فانعدام السبب أو الخطأ في تكييف الإدارة القانوني له يؤدي إلى إلغاء القرار.

النتائج:

وأخيراً يستطيع الباحث أن يستخلص مما تقدم النتائج التالية:

1- إن رقابة القضاء الإداري على مشروعية اللوائح هي الطريقة الأصلية للرقابة عليها، على اعتبار أن اللوائح هي قرار إداري وأن القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة للرقابة عليها، ولكن هذه الرقابة هي رقابة مشروعية، ولا يمكن للقاضي الإداري التطرق لبحث عيوب الملاءمة.

2- إن القاضي الإداري لا يحكم بإلغاء اللائحة إلا إذا كانت مشوبة بأحد عيوب الإلغاء الخمسة (الخارجية والداخلية) التي سبق وذكرها الباحث، كما أنه لا يملك سوى إلغاء اللائحة المعيبة دون أن يكون له الحق بتوجيه أوامر للإدارة والحلول محلها في إصدار اللائحة.

3- إن سلطة الإدارة في إلغاء أو تعديل القرارات اللائحية أكبر وأوسع منها في القرارات الفردية، حيث إنها لا تتحصن بانقضاء ميعاد الطعن، مما يعني أنه من الممكن للأفراد إثارة الدفع بعدم مشروعية اللائحة في أي وقت كان، في حين يبقى هذا الدفع مؤقتاً في القرارات الإدارية الفردية بمدة الطعن القضائي.

4- لم يحدد مجلس الدولة في سورية موقفه الصريح من الطعن الموجه للوائح كما فعل نظيره في فرنسا ومصر، حيث نراه تارة يقبل هذا الطعن وينظر في مشروعية

اللائحة، وفي أحيان أكثر يرفضه –بحجة أنها من أعمال السيادة أو أنها مجرد تعاميم لا ترقى إلى مرتبة اللائحة– مخالفاً بذلك قانون مجلس الدولة الذي لم يستثنِ أي قرار من الطعن بالإلغاء فردياً كان أم لائحياً.

5–دأب مجلس الدولة السوري في أحكام الإلغاء على ذكر عبارة (يلغى القرار لعيب مخالفة القانون) دون أن يحدد ماهية العيب الذي شاب القرار، الأمر الذي اضطر الباحث إلى دراسة متن القرار لاستنتاج هذا العيب استنتاجاً.

التوصيات:

1– نوصي المشرع في سورية بالتدخل بنص تشريعي صريح يلزم الإدارة بإلغاء أو تعديل قراراتها اللائحية متى ما تغيرت ظروف إصدارها تطبيقاً لمبدأ المشروعية، وذلك على اعتبار أنها تتضمن قواعد عامة ومجردة تستهدف التنظيم للمستقبل، والسماح للأفراد بالطعن فيها دون التقيد بميعاد ريثما يسنّ المشرع النصوص اللازمة في هذا المجال. بالإضافة إلى ضرورة إلزام الإدارة بتعويض أصحاب الشأن المتضررين من تصرفاتها في حال امتنعت عن إجابة طلباتهم بإلغاء القرار الذي أمسى غير مشروع نتيجة تغير ظروف إصداره.

2– نوصي القضاء الإداري في سورية بقبول الطعن باللوائح على اعتبار أنه قد أخذ بالمعيار الشكلي في تحديد القرارات التي يختص بإلغائها والتعويض عنها، وعلى اعتبار أن قانون مجلس الدولة المعمول به في سورية قد منح القضاء الإداري الولاية العامة في الرقابة على القرارات الإدارية بنوعيها، كما أنه قد جعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستين يوماً تبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو تبليغه لصاحب الشأن، ومن المعلوم أن **النشر** يكون للقرارات التنظيمية **والتبليغ** للقرارات الفردية.

3- حبذا لو أن القضاء الإداري في سورية يقبل الطعن بالتعاميم التي تتضمن أثراً قانونياً، لأنها تعتبر قرارات إدارية لائحية وليست تعاميم، وحبذا لو أنه جعل المعيار الفاصل بينهما هو إحداث الأثر القانوني، فإن هذا الخلط (الذي قد تدفع به الإدارة هروباً من الرقابة) أخرج الكثير من اللوائح من رقابة القضاء الإداري بحجة أنها مجرد تعاميم، وهذا ما لحظه الباحث في عدد من أحكام مجلس الدولة السوري.

4-كما نقترح على المشرع السوري تجاوز المبدأ الذي يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة، وذلك على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، لما في ذلك من تفعيل لدور القاضي الإداري في الرقابة الحقيقية على أعمال الإدارة وصون حريات الأفراد وحقوقهم إذا ما تعسفت الإدارة في استعمال حقها في إصدار القرارات الإدارية.

5-وأخيراً ونظراً لطبيعة اللوائح ولما قد تلحقه من إضرار بمصالح عدد كبير من المخاطبين بها من الافراد مقارنةً بالقرار الفردي، فإننا نقترح على المشرع السوري اشتراط عرض اللوائح ولا سيما لوائح الضرورة على مكتب صياغة التشريعات والجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة لأخذ رأيها في مدى مشروعية اللوائح، وذلك تفعيلاً للدور المناط بهما بموجب المادتين (73) و(75) من قانون مجلس الدولة النافذ في سورية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً – الكتب العامة والمتخصصة:

1)- د. رأفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017-2018.

2)- د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الإسكان العسكرية، ١٩٨٦- 1987.

3)- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، (د: ن)، القاهرة، 1993.

4)- د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، القانون الإداري "النشاط الإداري"، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، 2007.

5)- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، (د: ت).

6)- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧م، الطبعة الأولى.

7)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بالإلغاء، القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2002.

8)- عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، منشورات جامعة دمشق، 2011- ٢٠١٢م، بدون رقم الطبعة.

9)- د. عبد المنعم ضوى، القرارات الإدارية وتحقيق مبدأ المشروعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط (1)، 2018.

10)- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.

11)- د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، الطبعة الأولى.

12)- مصباح نور المهايني، مبادئ القضاء الإداري، دمشق، 2005، الجزء الثالث.

ثانياً - الرسائل العلمية:

1)- حسن البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، القاهرة، 2005-2006.

2)- عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988.

3)- محمد جميل حاج أحمد، الرقابة القضائية على اللوائح الإدارية، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة حلب، كلية الحقوق، 2022.

4)- محمود حمدي عباس عطية، أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه "دراسة تحليلية مقارنة في النظامين القانونيين الفرنسي والمصري"، رسالة دكتوراه، (د: ن)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١١.

ثالثاً - الأبحاث المنشورة في المجلات القانونية:

1)- د. محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية على اللوائح الإدارية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان (1-2)، السنة (48) عام 1978، مطبعة جامعة القاهرة.

رابعاً - المقالات والدوريات:

1)- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 جوان 1918، قضية السيد هيرياس Heyriès، منشور في مجموعة الأحكام والقرارات الإدارية الكبرى في القضاء الفرنسي.

2)- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة التاسعة.

3)- مجموعة أحكام مجلس الدولة المصري، السنة السابعة.

4)- مجموعة أحكام مجلس الدولة لمحكمة القضاء الإداري في مصر، السنة السابعة، ص 1825.

5)- مجموعة مبادئ محكمة النقض المصرية في خمسة وعشرين عاماً، ص 34.

6)- مجموعة أحكام مجلس الدولة المصري، السنة الخامسة.

7)- موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسين عاماً من عام 1955 وحتى 2005، الجزء الرابع.

8)- مجموعة مبادئ محكمة القضاء الإداري في مصر، السنة الثامنة.

9)- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة السوري عام ١٩٥٩-١٩٦٢، المطبعة الجديدة، دمشق، بدون تاريخ نشر.

10)- مجموعة الاجتهادات الهامة للمحكمة الإدارية العليا في سورية الصادرة عن نقابة المحامين.

خامساً – الأبحاث الالكترونية:

د. محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، بدون دار نشر أو رقم الطبعة، تم تنزيل الكتاب من موقع مكتبة نور من خلال الرابط الالكتروني https://www.noor-book.com

سادساً – الدساتير والقوانين والأحكام القضائية:

1)- دستور فرنسا عام 1958 وتعديلاته عام 2008.

2)- دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012.

3)- الدستور النافذ في مصر لعام 2019.

4)- قانون مجلس الدولة في مصر رقم (47) لعام 1972.

5)- قانون مجلس الدولة في سورية رقم (32) لعام 2019.

6)- القانون الأساسي للعاملين في سورية رقم (50) لعام 2004.

7)- قانون تنظيم الكهرباء في سورية، رقم لعام 2001

سابعاً – المراجع الأجنبية:

CHapus (R) Droit du **contentieux administration**, 10eme édit.

Darcy (G) et Paillet (M), **contentieux administration**, Armand colin, 2000.

DEBBASCHE Charle, **Contentieux administratif**, 2ed, Dalloz, paris, 1987.

واجبات المحكم وحقوقه

سهام حمود نصر[1] د. علي إبراهيم الجاسم[2]

1: طالبة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق.

Seham.nasr@damascusuniversity.edu.sy

2: الأستاذ الدكتور، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق

ali.aljasem mail@Damascusuniversity.edu.sy

ملخص البحث:

يلتزم المحكم بعدة واجبات تجد مصدرها في فكرة العدالة ذاتها، وتتمثل في تنفيذ اتفاقية التحكيم المبرمة بين الخصوم وإصدار الحكم التحكيمي خلال مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية، مع مراعاة القيود المتعلقة بطبيعة المهمة الموكلة إليه فيما إذا كانت تحكيم بالصلح أو بموجب القانون، وبمراعاة القيود المتعلقة بالدعوى، من تحديد لموضوع النزاع، ومن إتباع الإجراءات المتفق عليها مع الخصوم، مع الأخذ بعين الاعتبار الالتزام بالقواعد المتعلقة بالنظام العام. فيقوم بمهمته بأمانة ونزاهة وحياد لا يعتريه الشك من أجل فض النزاع طبقاً للأصول والقانون، كما أن للمحكم حقوقاً مادية ومعنوية وقانونية يجب على طرفي النزاع احترامها لكي يقوم المحكم بمهمته على أحسن وجه، وليتمكن من احترام التزاماته والوفاء بها، ويجب على الأطراف المتنازعة في المقابل منحه هذه الحقوق، وتعد

الخبرة والمهارة الفنية للمحكم هي من أهم عناصر نجاحه، ومن المعايير المهنية المعتبرة في تقدير الأتعاب عند النزاع بشأنها، بالإضافة إلى سعة اطلاعه بصنوف الأعمال والاجتهادات والدراسات والمستجدات التي تندرج في إطارها القضية المعروضة عليه.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، المحكم، اتفاقية التحكيم، واجبات المحكم، حقوق المحكم.

Duties and rights of the arbitrator

Abstract

The arbitrator is bound by several duties that find their source in the idea of justice itself, and they include implementing the arbitration agreement concluded between the parties and issuing the arbitration award within the contractual or legal arbitration period. Taking into account the restrictions related to the nature of the task entrusted to him, whether it is arbitration by conciliation or in accordance with the law, and taking into account the restrictions related to the lawsuit, from determining the subject of the dispute, and from following the procedures agreed upon with the opponents, while taking into account the commitment to the rules related to public order. He carries out his mission with honesty, integrity and impartiality without any doubt in order to resolve the

dispute in accordance with the principles and the law. The arbitrator also has material, moral and legal rights that the two parties to the dispute must respect in order for the arbitrator to carry out his mission in the best way and to be able to respect and fulfil his obligations. In return, the disputing parties must grant him these rights. The arbitrator's experience and technical skill are among the most important elements of his success and are among the professional standards considered in determining fees in disputes. He must also be well-versed in the various types of work, interpretations, studies, and developments within the framework of the case before him.

Keywords: Arbitration, arbitrator, arbitration agreement, duties of arbitrator, rights of arbitrator.

المقدمة:

تستند واجبات المحكم إلى عدة مبادئ أساسية تتمثل في ضرورة أن يكون مستقلاً عن الأطراف، ومحايداً في تكوين رأيه وقناعته عن وقائع القضية، وإصدار حكم معلل في الميعاد المحدد وفقاً للقانون الواجب التطبيق أو الاتفاق على النحو الذي يجعل الحكم قابلاً للتنفيذ. وبالتالي تنفيذ اتفاقية التحكيم المبرمة بين الخصوم مع مراعاة القيود المتعلقة بطبيعة المهمة الموكلة إليه فيما إذا كانت تحكيم بالصلح أو بموجب القانون، ومن هنا

تظهر أهمية دراسة القواعد والمعايير القانونية التي يجب اتباعها في تقدير أتعاب المحكم، فتوفر الحماية الكاملة للحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة بين المحكم وطرفي النزاع، لذلك ومن خلال هذا البحث سنبحث في واجبات المحكم التي يلتزم بالقيام بها في معرض مهمته التحكيمية، وقسمت هذه الواجبات إلى فئات في ثلاثة مطالب لسهولة البحث فيها وتوضيحها، وهي تشمل واجبات لا بد من الالتزام بها قبل البدء بنظر النزاع، وواجبات متعلقة بسير الإجراءات أثناء العملية التحكيمية وواجبات متعلقة بإنهاء المهمة بعد نظر النزاع، ليُبحث بعد ذلك في حقوق المحكم، فمقابل التزام المحكم بواجباته وتقديمه لخدماته فإن له حقوق، ولكي يقوم المحكم بمهمته على أحسن وجه وليتمكن من احترام التزاماته والوفاء بها، وجب على الأطراف المتنازعة في المقابل منحه هذه الحقوق، والتي تشمل حقوقه المعنوية والقانونية والمادية.

مشكلة البحث: يثير تحديد الواجبات التي على المحكم تنفيذها والالتزام بها في معرض مهمته التحكيمية، والحقوق المادية والقانونية والمعنوية المستحقة بعد تنفيذه لمهمته مجموعة من التساؤلات، و يمكن إيجازها بالآتي:

1 – ماهي واجبات المحكم قبل البدء بمهمته التحكيمية وفي معرض الخصومة التحكيمية وبعد إنهاء النزاع بحكم فاصل فيه.

2 – ما هي الحقوق الواجبة للمحكم مقابل التزامه بواجباته في المهمة التحكيمية.

3 – ماهي الآلية التي يتم فيها تحديد أتعاب المحكم المادية وكيفية تحصيلها.

أهمية البحث والجديد فيه: تكمن أهمية البحث في تحديد التزامات المحكم وتفصيلها في كل مرحلة من مراحل الخصومة التحكيمية، والحقوق المترتبة له مقابل قيامه بهذه المهمة.

مصطلحات البحث وتعريفاته الإجرائية:

التحكيم: أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك.

هيئة التحكيم: الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال للتحكيم وفقاً لشروط اتفاق التحكيم.

واجبات المحكم: تنفيذ اتفاقية التحكيم المبرمة بين الخصوم، وذلك بإصدار الحكم التحكيمي خلال مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية، مع مراعاة القيود المتعلقة بطبيعة المهمة الموكلة إليه فيما إذا كانت تحكيم بالصلح أو بموجب القانون، وبمراعاة القيود المتعلقة بالدعوى، من تحديد لموضوع النزاع، ومن إتباع الإجراءات المتفق عليها مع الخصوم، مع الأخذ بعين الاعتبار الالتزام بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.

حقوق المحكم: حقوق مادية و معنوية وقانونية يجب على طرفي النزاع احترامها لكي يقوم المحكم بمهمته على أحسن وجه، وليتمكن من احترام التزاماته والوفاء بها، وعلى الأطراف المتنازعة منحه هذه الحقوق.

الإطار النظري والدراسات السابقة:

– دراسة (الراجحي، إياس، 2008): مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي– دراسة تأصيلية مقارنة، صادرة عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية في الرياض، تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهمية التحكيم والفروق بين المحكم والوكيل والخبير والوسيط، وتحديد واجبات المحكم وحقوقه وأساس مسؤوليته وأنواعها وأسبابها والجزاءات القابلة للتطبيق عليه.

– دراسة (عبد الكريم، عصنون. 2016): النظام القانوني للمحكم في الميدان التجاري. ماجستير. فرع قانون الأعمال. كلية الحقوق والعلوم الإدارية. جامعة الجزائر. بن عكنون. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. تناولت هذه الدراسة المحكم باعتباره القائم بالتحكيم والمحور الأساسي له، وهدفت إلى إزالة الغموض حول التناقض الظاهر بين مهمة المحكم ومصدرها، وتوضيح طبيعة مهمة المحكم وتحديد الأشخاص الذين يمكن لهم الاضطلاع بهذه المهمة بسبب خطورتها وأهميتها.

– دراسة (محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. 2022): تأملات في المسؤولية المدنية للمحكم في القانون المصري والنظام السعودي. مجلة كلية الشريعة والقانون. عدد: 37. ج:2. ص– ص: 1192–1267. طنطا– مصر. جامعة الأزهر. هدفت هذه الدراسة إلى تحديد التزامات المحكم التي تسبق النزاع والتزاماته أثناء نظر النزاع والتزاماته بعد نظر النزاع، ومسؤولية المحكم العقدية وشروط قيامها وأركانها ومسؤوليته التقصيرية وأساسها.

منهج البحث وإجراءاته:

لقد اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية وبيان الآراء الفقهية حولها، والمنهج الوصفي الذي يعتمد جمع المعلومات ذات الصلة بموضوع البحث من الكتب والأبحاث العلمية وتقديمها بما يخدم موضوع البحث، وذلك وفق خطة البحث التالية:

المبحث الأول: واجبات المحكم

المطلب الأول: واجبات المحكم قبل البدء بالنزاع

المطلب الثاني: واجبات المحكم في الخصومة التحكيمية

المطلب الثالث: واجبات المحكم بعد إنهاء النزاع التحكيمي

المبحث الثاني: حقوق المحكم

المطلب الأول: الحقوق القانونية

المطلب الثاني: الحقوق المعنوية

المطلب الثالث: الحقوق المادية

المبحث الأول: واجبات المحكم

واجب المحكم الجوهري كأصل عام يتمثل في تنفيذ اتفاقية التحكيم المبرمة بين الخصوم وذلك بإصدار الحكم التحكيمي خلال مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية، مع مراعاة القيود المتعلقة بطبيعة المهمة الموكلة إليه فيما إذا كانت تحكيم بالصلح أو بموجب القانون، غير أن واجبات المحكم لا تنحصر في هذا الالتزام الجوهري فقط، بسبب اختلاف مصالح الخصوم التي يسعون إلى تحقيقها من عقد لآخر، ويمكن إجمال هذه الواجبات بحسب كل مرحلة من مراحل النزاع، من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: واجبات المحكم قبل البدء بالنزاع

يجب على المحكم قبل البدء في نظر النزاع المطروح أمامه للتحكيم الالتزام بمجموعة من الواجبات نوجزها بما يلي:

الفرع الأول: إخبار أطراف النزاع بأي شيء يمس حيدة المحكم واستقلاله

" والمقصود باستقلال المحكم وحيدته وجوب أن يسود الاعتقاد لدى طرفي التحكيم، أن الحكم الذي سيصدر سوف يتسم بالعدل لأطراف النزاع، ولا يجوز الطعن عليه إلا بالبطلان، ولذلك فحكم المحكم ملزم، ولا يجوز له أن يخفي على أطراف النزاع أي شيء يمس حيدته واستقلاله، كما إذا كان قريب لأحد أطراف النزاع، أو تربطه علاقة قوية تؤثر على حيدته واستقلاله، وهذا الالتزام جوهري فأي ظروف تؤثر على حيدة واستقلال المحكم توجب رده كما يرد القاضي، وإعلان المحكم عن حيدته واستقلاله يعد إقراراً منه بخلوه مما يؤثر على حكمه، وليس للمحكم أن يتخير وقائع معينة يفصح عنها، حيث لا يعمل بتقديره في ذلك فما قد يراه غير مثير للشك والتأثير على حيدته واستقلاله يراه الأطراف كذلك، والأصل في المحكم أنه محايد ومستقل، ما دام قد قبل القيام بمهمته التحكيمية، وعلى من يدعي عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله، أن يتمسك بذلك ويثبته"[1].

" ولقد نص قانون التحكيم السوري على ذلك[2]، حيث أوجب على المحكم أن يفصح لطرفي التحكيم وللمحكمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حياديته، سواء أكانت هذه الظروف قائمة عند قبوله لمهمته أم استجدت أثناء إجراءات التحكيم، ويكون لطرفي التحكيم في هذه الحالة الخيار لقبول استمراره بمهمة التحكيم أو مطالبته بالتنحي.

الفرع الثاني: الموافقة كتابةً على قبول التحكيم

[1] - محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. 2022. 31. تموز. تأملات في المسؤولية المدنية للمحكم في القانون المصري والنظام السعودي. مجلة كلية الشريعة والقانون. عدد: 37. ج:2، ص- ص: 1192- 1267. طنطا- مصر. جامعة الأزهر. ص 1202- 1203.

[2] - المادة 17 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

"يجب أن تكون موافقة المحكم على قبول التحكيم مكتوبة، فقد تكون في عقد أو اتفاق، أو في خطابات متبادلة، وتعد الكتابة في هذا المقام وسيلة لصحة التحكيم ولإجراءاته والهدف منها تفادي أي نزاع قد يحدث مستقبلاً"[3].

وقد نص قانون التحكيم السوري[4]على أن يكون قبول المحكم لمهمته كتابةً بتوقيعه على اتفاق التحكيم، أو بتوقيعه على وثيقة مستقلة تثبت قبوله، أو على محضر جلسة التحكيم.

الفرع الثالث: عدم وجود مصلحة للمحكم في النزاع

"يشترط ألا يكون للمحكم في النزاع مصلحة، فلا يكون الشخص خصماً وحكماً في النزاع في آن واحد، ومصلحة المحكم سواء أكانت مباشرة أم غير مباشرة، وعلى ذلك فلا يصح أن يكون الشريك المساهم ولا الكفيل ولا الضامن، ولا المهندس المعماري الذي أشرف على المبنى محل النزاع محكماً، لأن هؤلاء لهم مصلحة في النزاع"[5].

المطلب الثاني: واجبات المحكم في الخصومة التحكيمية

هناك مجموعة من الواجبات والالتزامات على المحكم أن يتقيد بها وينفذها أثناء سير العملية التحكيمية وتتعلق باتفاق التحكيم و إجراءاته وأطرافه، وسيُبحث فيها من خلال ما يلي:

الفرع الأول: واجبات تتعلق باتفاق التحكيم

[3]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1204 – 1205.

[4] – المادة 17 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[5]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1205.

أولاً: البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته

" وهو عمل من صميم اختصاص المحكم يقوم به من تلقاء نفسه، أو حالة ما إذا دفع أحد الخصوم بعدم وجود اتفاق التحكيم، فيقوم المحكم بتفحص العرض المقدم من الأطراف المتنازعة، ليفصل بينهم عن طريق التحكيم، فيقرر المحكم ويحدد ما إذا كان هناك شرط تحكيمي أم لا"[6].

" ويشترط وجود اتفاق تحكيم وصحته أن يستجمع أركانه العامة مثل باقي العقود، وذلك أن تتوافر شروط صحته، فإذا اختل ركن من أركان الاتفاق كالرضا أو المحل أو السبب كان الاتفاق باطلاً"[7]. وقد أوجب قانون التحكيم السوري أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، والكتابة هنا شرط صحة وليست شرط إثبات، وإلا كان التحكيم باطلاً، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا ورد في عقد أو وثيقة رسمية أو عادية، أو في محضر محرر لدى هيئة التحكيم التي تم اختيارها، أو في أية رسائل متبادلة عادية كانت[8].

ثانياً: التزام المحكم بالقيام بالمهام الموكلة إليه بموجب اتفاق التحكيم

"يلتزم المحكم باختصاصات محددة وفقاً لاتفاق التحكيم، وعليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد في ذلك، ويلتزم بمناقشة أطراف النزاع في حدود اختصاصه ليتعرف على إرادتهم

[6]– عبد الكريم، مريم. 2017. دور المحكم في العملية التحكيمية. مجلة أبحاث قانونية وسياسية. عدد: 5، ص– ص: 305–319. الجزائر. جامعة عنابة. الجزائر. ص 313.

[7] – الحسيني، علاء الدين و خالدي، برهان. 2024. حكم التحكيم بين الانعدام والبطلان. مجلة جامعة حمص. سلسلة العلوم القانونية. مج: 46. العدد: 5، ص– ص 1–164 . ص 17.

[8]– المادة 8 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

المشتركة، ويحاول تفسير نصوص العقد المبرم بين أطراف النزاع، وله أن يبحث عن الإرادة المشتركة للأطراف بطبيعة التعامل بينهم، وما جرى من عرف في التعامل بينهم"[9].

"فاتفاق التحكيم يرسم الخطوط التي يسير عليها نظر النزاع أمام هيئة التحكيم من التزامات تكون على المحكم، فيتبع المحكم ما كلف بنظره، فلا يتطرق إلى ما لم يسند إليه، فإذا تطرق إلى مسألة لم توكل إليه كان الحكم عرضة للطعن عليه بالبطلان"[10].

ولا بد أن نشير هنا إلى "إن سلطة المحكم تنحصر بالفصل فيما يعرض عليه من نزاع بموجب اتفاق التحكيم، وبين أطرافه فقط، وليس له أن يتعدى ذلك إلى نزاعات أخرى بين الخصوم، أو إلى أشخاص آخرين غير أطراف النزاع المتفقين على التحكيم"[11].

" ومن سلطته البحث في اتفاق التحكيم لتحديد نطاق النزاع المطروح عليه من حيث الموضوع والأشخاص، بقصد التوصل إلى صحة الخصومة أمامه من عدمها، وما إذا كان موضوع النزاع لا يخالف النظام العام، حتى لا يؤدي حكمه إلى تجاوز مهمته وبالتالي إلى بطلان حكمه"[12].

الفرع الثاني: واجبات تتعلق بإجراءات التحكيم

---

[9]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1205.

[10]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1206.

[11]– فضلون، محمد أمين. 1994. التحكيم. دمشق. سوريا. مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع. ص 168.

[12]– كيلاني، أنس، و كيلاني، عماد الدين. 2013. الشرح الكامل لقانون التحكيم الجديد. الكتاب الثاني. قضاء التحكيم الدولي وقضاء التحكيم الخاص. ص655.

أولاً: اختيار مكان التحكيم

" الأصل في اختيار مكان التحكيم هو اتفاق الأطراف على هذا المكان، بتحديده ضمن عقد التحكيم أو في اتفاق لاحق، ويلتزم المحكم بذلك المكان المتفق عليه بين الأطراف المتخاصمة، لكن إذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد مكان التحكيم أو لم تتفق الأطراف عليه، كان ذلك من اختصاص هيئة التحكيم"[13]. وقد أعطى قانون التحكيم السوري لهيئة التحكيم صلاحية تعيين مكان التحكيم عند عدم وجود اتفاق على تعيينه، مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان للأطراف[14].

ثانياً: تحديد لغة التحكيم

"حيث يتولى المحكم تحديد اللغة التي يجرى بها التحكيم وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد لغة التحكيم، أما اذا اتفقوا فإن المحكم يلتزم بلغة الأطراف"[15].

وقد أوجب قانون التحكيم السوري أن يكون التحكيم باللغة العربية، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك، أو قررت هيئة التحكيم لغات أخرى تتناسب مع ظروف الدعوى التحكيمية[16].

ثالثاً: اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

[13]– عبد الكريم، مريم. المرجع السابق. ص 313.

[14]– المادة 23 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[15]– عبد الكريم، مريم. المرجع السابق. ص 313.

[16]– المادة 24 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

"يتوجب على المحكم اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق هو اتفاق بين الأطراف، لكن قد يختلف الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، أو عدم الاتفاق عليه، وهنا يلجأ المحكم إلى اتخاذ قواعد ليطبقها على النزاع المعروض عليه، منها اختيار قانون دولة معينة، كأن يكون قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع، أو أي قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى، ويمكن تطبيق هيئة التحكيم لأعراف التجارة الدولية"[17].

وقد أعطى قانون التحكيم السوري لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فقد يتفق طرفي النزاع على إخضاع النزاع لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية[18].

رابعاً: إصدار التدابير الوقتية و التحفظية

"التدابير الوقتية هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، فهدف هذه الأوامر هو منح حماية قضائية تصدر في شكل أحكام تحوز حجية الأمر المقضي به، أما التدابير التحفظية فتهدف لضمان الحق المستقبلي مثل الحجز التحفظي الذي يهدف للمحافظة على أموال المدين"[19].

[17]– عبد الكريم، مريم. المرجع السابق. ص 314.

[18]– المادة 5 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[19]– عبد الكريم، مريم. المرجع السابق. ص 314.

كما أن قانون التحكيم السوري سمح لهيئة التحكيم باتخاذ أحكامٍ وقتية، لكنه أعطى الحق لأي من طرفي الخصومة بمراجعة قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ إجراءً تحفظياً يهدف للحفاظ على الحق[20].

خامساً: الاتفاق على أدلة الإثبات

"إذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات تعين مراعاة أحكام هذا القانون، وإذا ترك الاختيار للهيئة، فلها أن تختار قانوناً معيناً أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها من الأطراف لتنظيم كيفية الإثبات، وما يقبل أو لا يقبل من أدلة، ويمكن له الاستعانة بالخبراء حيث يعهد للخبير بأية مهمة حسابية أو هندسية أو غير ذلك"[21].

وقد تضمنت نصوص قانون التحكيم السوري ما يعطي الحق لهيئة التحكيم بأن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين إجراء خبرة فنية على بعض أو كل مسائل النزاع، وعلى الطرفين أن يقدما إلى الخبراء ما يطلبونه من معلومات وبيانات ومستندات متعلقة بمسائل النزاع، وتمكينهم من معاينة وفحص الوثائق والسجلات والبضائع والأموال[22].

ولهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين سماع الشهود الذين ترى فائدة من سماعهم[23].

---

[20]– المادة 38 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[21]– عبد الكريم، مريم. المرجع السابق. ص 315.

[22] – المادة 32 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[23]– المادة 33 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 .

سادساً: الالتزام بإكمال مهمة التحكيم

"يلتزم المحكم بإكمال مهمة التحكيم حتى إتمامها، حتى لا يترك الموضوع المكلف به ويضيع الوقت والجهد والمال على أطراف النزاع، وإلا يسأل المحكم عن أخطائه هذه التي تسبب الضرر لأطراف النزاع، لأن عمل المحكم إذا لم يتمه لا يسهل إكمال محكم غيره العمل وإنما يبدأ المحكم الجديد من البداية وهذا يؤدي إلى إضاعة الوقت والمال لأطراف النزاع"[24].

وقد أكدت محكمة النقض السورية في قرار لها أنه "إذا وافت المحكم المرجح المنية فعلى المحكمة سؤال المحكمين الآخرين ليصار إلى تسمية محكم مرجح بدلاً عنه وفي حال الخلاف يصار إلى التسمية من قبل المحكمة طالما لم يثبت أن المحكم قد اختير بشخصه"[25].

سابعاً: تطبيق قواعد العدالة والإنصاف

لا بد من تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، ليجد المحكم نوعاً من التسوية للنزاع المعروض عليه، فهو يقوم بعمله بحرية طالما أنه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف إبداء أوجه دفاعهم"[26].

[24]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1206 – 1207.

[25]– الألوسي، عبد القادر جارالله. 2013. مجموعة أحكام النقض في قضايا التحكيم وفق القانونين القديم والجديد. المكتبة القانونية. المجموعة القضائية المدنية 8 . ط1. سوريا. نقض سوري. قرار 152. أساس مدنية أولى 186. تاريخ 2011/3/7. ص211.

[26]– عبد الكريم، مريم. المرجع السابق. ص 314.

وقد أجاز قانون التحكيم السوري لهيئة التحكيم أن تفصل النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون إذا فوضها الأطراف بالصلح[27].

وذلك" لأن التحكيم بالصلح يخول المحكم الحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون"[28].

الفرع الثالث: واجبات تتعلق بأطراف التحكيم

أولاً: احترام مبدأ المساواة وحقوق الدفاع بين الخصوم

"إن قاعدة المساواة فى معاملة طرفي التحكيم، وتهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته، من القواعد الأساسية لإجراءات دعوى التحكيم، والمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية، أي منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفاعهم، وإذا أخلت هيئة التحكيم بهذا المبدأ كان حكمها باطلاً، ومبدأ المساواة تكفله كل الشرائع السماوية والدساتير، ويتعين على هيئة التحكيم احترامه"[29].

[27]– المادة 38 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[28] – المهلب حسن، ايباء. 2022. التحكيم في مجلس الدولة السوري. مجلة جامعة حمص. سلسلة العلوم القانونية. مج: 44. العدد 5، ص– ص : 1–22. ص8.

[29]– الشريعي، ابراهيم محمد السعدي أحمد. 2017. هيئة التحكيم بين احترام إرادة الأطراف ومراعاة التنظيم القانوني في المجتمع. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. مج: 59. عدد: 2. ج: 2، ص – ص: 931 –968. مصر. مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق في جامعة عين شمس. ص 958– 959.

وقد أوجب قانون التحكيم السوري احترام حق المساواة وحق الدفاع للطرفين، ليتمكن كل منهما من عرض قضيته، وتقديم ما لديه من دفوع وتمكينه من الدفاع عن حقوقه[30].

"ومن مظاهر الإخلال بهذا المبدأ الإذن لأحد الأطراف الحضور في غيبة الآخر، والاستماع لعدد من الشهود المقدمين من أحد الأطراف دون السماع لنفس العدد من جانب الطرف الآخر وأن تكون لغة التحكيم هي لغة أحد الطرفين دون اتفاق"[31].

ثانياً: الحفاظ على السرية

"من المبادئ العامة والميزات الخاصة بالتحكيم هو الالتزام بسرية التحكيم، فمن الأهداف التي يتوخاها الخصوم بلجوئهم إلى التحكيم هو السرية، حتى أن بعض الفقهاء يعتبر أن التحكيم الجيد هو التحكيم الغير مرئي الذي لا يسمع به ولا يرى إلا من قبل الخصوم والمحكمين، ويشبهون محكمة التحكيم بالغرفة السوداء المغلقة على المعلومات التي يتم تبادلها من قبل الخصوم، حيث تنعقد جلسات اللجان التحكيمية بحضور الأطراف المتنازعة فقط، كما أن الحكم التحكيمي لا يتلى علناً على الجمهور أو ينشر، و يمنع على المحكم نشر الحكم إلا بموافقة الخصوم"[32].

ثالثاً: عدم التعرض للحق محل النزاع

[30]– المادة 25 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[31]– بروال، زين الدين. 2017–2018. المركز القانوني للمحكم في التشريع الجزائري. ماجستير. تخصص قانون أعمال. قسم الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي. الجزائر. ص40.

[32]– عبد الكريم، عصنون. 2016. النظام القانوني للمحكم في الميدان التجاري. ماجستير. فرع قانون الأعمال. كلية الحقوق والعلوم الإدارية. جامعة الجزائر. بن عكنون. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. ص107–109.

" فلا يجوز للمحكم أن يعرض على أطراف النزاع شراء الحق محل النزاع، أو دخوله كشريك فيه، كأن يكون النزاع بين شركاء في شركة فيعرض عليهم شراء الشركة، أو الدخول كشريك معهم، حيث إن هذه الأفعال تنقص من هيبة المحكم والاحترام الواجب له، ومثل هذه التصرفات تثير الشبهة والشكوك حول المحكم ويجب عليه أن يترفع عنها"[33].

المطلب الثالث: واجبات المحكم بعد إنهاء النزاع التحكيمي

لم تنته التزامات المحكم بنظره للنزاع، وإنما يلتزم بأن يصدر حكم في النزاع وبتسليمه للأطراف. بالإضافة لبعض الالتزامات الأخرى نوجزها من خلال ما يلي:

الفرع الأول: إصدار الحكم في النزاع المعروض على المحكم بعد انتهاء الجلسات والمرافعات

"على المحكم أن يلتزم بإنهاء مهمته إلى غاية صدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع، فلا يجوز بموجب هذا الالتزام للمحكم التنحي أو أن يقدم استقالته أو أن يعتذر عن القيام بعمله إذا كان قد بدأه، إلا إذا أبدى سبباً من الأسباب التي طرأت بعد بدئه ومباشرته لمهمته التحكيمية، أو تمكيناً له من مواجهة ما قد يستشعره من حرج نتيجة ما قد يتعرض له من ضغوط أو من إحساس بعدم نزاهة أحد أطراف النزاع، و إما لحصول مانع له، أو لظهور ظروف لا يد له فيها، من شأنها فقد أهليته للفصل في النزاع. والهدف من هذا الالتزام هو مكافحة كل غش قد يقوم به المحكم، فقد يتنحى المحكم عن مهمته

[33]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1209 – 1210.

عندما يشعر بأن رأيه يشكل أقلية ضمن تشكيلة محكمة التحكيم قصد منع صدور الحكم التحكيمي"[34].

و "يستلزم من المحكم تسبيب حكمه للدلالة على الكيفية التي توصل فيها إلى الحكم، فإن تعليل المحكم للحكم الذي يصدره هو الدليل الذي يكشف ميوله من عدمه إلى أطراف النزاع"[35]. وهو ما تضمنه القانون السوري[36].

الفرع الثاني: تسليم نسخة من الحكم للأطراف

"بعد صدور الحكم تلتزم هيئة التحكيم بتسليم نسخة من الحكم لكل طرف في النزاع، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد، يُكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في محضر القضية أسباب عدم توقيع الأقلية"[37].

وقد تضمن القانون السوري أنه على هيئة التحكيم أن تسلم نسخة من حكم التحكيم لأطراف التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من صدوره، وإذا لم يكن هناك أكثرية في الآراء يمكن أن يصدر رئيس هيئة التحكيم الحكم منفرداً وفق رأيه، وأن يكتفى حينها بتوقيعه فقط على الحكم[38].

[34]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 106– 107.

[35]– كيلاني، أنس، و كيلاني، عماد الدين. المرجع السابق. ص661.

[36]– المادة 42 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[37]– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. المرجع السابق. ص 1211.

[38]– المادة 42 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

" ويعتبر الحكم صادراً من تاريخ توقيع المحكمين عليه بعد كتابته"[39].

الفرع الثالث: تفسير حكم التحكيم وتصحيحه وإصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلها

تمتد واجبات المحكم إلى ما بعد الحكم في موضوع النزاع فيما يتعلق بتفسير ما وقع في منطوق حكمه من غموض أو إبهام وهو ما أوجبه قانون التحكيم السوري[40].

" ويكون تفسير حكم التحكيم بهدف إزالة بعض ما شاب حكم التحكيم من غموض أو إبهام، حيث يجوز لأحد الطرفين أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك، وإذا رأت هيئة التحكيم أن للطلب ما يبرره، فإنها تجري التفسير ويكون من قرار التحكيم" [41].

[39]– أبو الوفا، أحمد. 2015. التحكيم في القوانين العربية. خاصة في القانون الكويتي. يتضمن نصوص التحكيم في القوانين العربية والتعليق عليها ونماذج لعقد التحكيم وشرط التحكيم. الاسكندرية. مصر. مكتبة الوفاء القانونية. ص 86.

[40]– المادة 47 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[41]– عبد التواب، أحمد ابراهيم. طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع طبقاً لقرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 41 لسنة 2001 والمعدل بقرار رئيس الهيئة رقم 35 لسنة 2008. دراسة مقارنة. جامعة القاهرة. كلية الحقوق. ص190–192.

ومن واجبات المحكم تصحيح ما وقع في حكمه من أخطاء مادية بحتة حسابية أو كتابية[42].

فهناك احتمال أن ينطوي الحكم على أخطاء مادية، كالخطأ في أسماء الخصوم أو الخطأ الحسابي، فتمتد مهمة هيئة التحكيم لتشمل تصحيح حكم التحكيم، ويجب أن تكون الأخطاء المادية المطلوب تصحيحها، واردة في طلبات التحكيم أو مذكرات أو تقارير الخبراء أو محاضر الجلسات.

و يقصد بالتزام المحكم في إصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلها، استكمال هيئة التحكيم الفصل في المسائل المعروضة عليها أثناء النزاع، لأنها عند الفصل في النزاع لم تتعرض لها في حكمها بالفصل فيها، مما يترتب على المحكم أو هيئة التحكيم إصدار حكم إضافي يشمل ما أغفله من مسائل في حكم التحكيم الأصلي، وهو ما نص عليه قانون التحكيم السوري[43].

المبحث الثاني: حقوق المحكم

تظهر أهمية دراسة القواعد والمعايير القانونية التي يجب اتباعها في تقدير أتعاب المحكم، في أنها يجب أن توفر الحماية الكاملة للحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة بين المحكم وطرفي النزاع وذلك لأن النصوص القانونية لا توفر الحماية اللازمة لحقوق المحكم في أتعابه، وبخاصة إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي النزاع والمحكم على تحديد هذه الأتعاب، كما أن للمحكم حقوقاً ليست مادية وهي حقوقاً معنويةً وقانونيةً يجب على طرفي النزاع احترامها لكي يقوم المحكم بمهمته على أحسن وجه، وليتمكن من احترام التزاماته

[42]– المادة 46 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

[43]– المادة 47 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

والوفاء بها، وبالتالي يجب على الأطراف المتنازعة في المقابل منحه هذه الحقوق، وسنبحث في هذه الحقوق والتي تخول المحكم استيفاء أتعابه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: الحقوق القانونية

" إذا كان المحكم يمارس مهمته بناء على اختيار المحكمين له أو بعد تعيينه من قبل المحكمة في حالات معينة، فإن هذا الدور مشمول بنصوص القانون والتي تفيد في العديد من المواد، بحق المحكم في أداء مهمته الموكلة إليه حتى إصدار حكمه المنهي للخصومة، أيضاً له الحق في التنحي عن أداء هذه المهمة إذا وجد ما يبرر ذلك، إضافة لذلك فإن للمحكم الحق في المطالبة بالتعويض إذا ما لحق به ضرر من المحتكمين، أو أحدهم، لأن للمحكم وضعاً قانونياً وأدبياً متميزاً باعتباره قاضياً خاصاً يجب احترامه"[44].

وبالتالي يمكن البحث في حقوق المحكم القانونية من خلال ما يلي:

الفرع الأول: حق المحكم في إتمام مهمته

"فلا يجوز عزله من مهمته إلا بإجماع الخصوم، فبطبيعة الحال إذا أراد الأطراف إنهاء التحكيم، فليس للمحكم الاعتراض على ذلك، غير أنه لا يمكن عزله من طرف أحد الخصوم، وإن كان هو من عينه، وهذا يشكل ضماناً للمحكم ليكون مستقلاً ومحايداً"[45].

[44]– الحافي، عدنان يوسف. 2014. حقوق المحكم طبقاً لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لعام 2000. دراسة تحليلية مقارنة. مجلة جامعة الأزهر. سلسلة العلوم الإنسانية. مج: 16. عدد: 1، ص – ص: 261– 282. غزة. جامعة الأزهر. ص 273.

[45]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 110.

وتضمن قانون التحكيم السوري[46] أنه لا يجوز عزل المحكم أو المحكمين إلا باتفاق الخصوم جميعاً، وذلك إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم الواقع أو بحكم القانون على إتمام مهمته أو انقطع أو تخلف عن أداء هذه المهمة بعد قبولها.

الفرع الثاني: حق المحكم في التنحي

" التنحي حق مكفول للمحكم بنص القانون، فله أن يعدل عن قبوله قبل بدء إجراءات التحكيم، كما له التنحي أيضاً حتى بعد البدء في إجراءات التحكيم، طالما كان التنحي له ما يبرره من أسباب جدية، وتكون كذلك إذا قامت ظروف أو علم المحكم بظروف من شأنها أن تجعله يستشعر الحرج في القيام بمهمته، أو حتى الاستمرار فيها، أو أن تؤدي إلى عدم استقلاله أو حيدته. وللمحكم الحق في التنحي إذا قام به مانع مادي يمنعه من مزاولة مهمته، كما لو أصابه مرض صعب أو اضطر إلى سفر طويل يحول دون أداء مهمته خلال الميعاد المحدد، الأمر الذى يتنافى مع أحد الأسس الهامة في نظام التحكيم وهو السرعة، فيكون العدول عن التحكيم حقاً للمحكم ما دام هناك أسباب جوهرية وجدية تجيز له ذلك، وبتنحي المحكم تنتهي علاقته بالنزاع ولا يملك اتخاذ أي إجراء لاحق بعد ذلك"[47].

الفرع الثالث: حق المحكم في الحصول على تعويض

"المحكم كقاضي خاص يفصل في نزاع قائم بين الخصوم، ومن الطبيعي أن يصدر بعض القرارات والتي من الممكن أن لا تكون في صالح أحد الأطراف، كذلك خلال سير الإجراءات قد يصدر سلوك معين من أحد الخصوم، أو من كليهما يسيء للمحكم، وقد يترتب

[46] – المادة 20 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 .

[47]– الحافي، عدنان يوسف. المرجع السابق. ص 274.

على هذا السلوك الخطأ إلحاق ضرر مادي أو معنوى بالمحكم، كما لو طلب رده دون أن تكون الوقائع المنسوبة إليه صحيحة، أو كون الرد يرتكز على سوء النية وذلك بقصد التشهير به أو الإساءة إليه، خاصةً إذا ماكان مركزه الاجتماعي لا يسمح برده أو أن الرد سيؤثر عليه بالسلب، وبالتالي يمكن للمحكم اللجوء إلى رفع دعوى التعويض على الطرف طالب الرد إذا توافرت شروط المسؤولية بحقه"[48].

المطلب الثاني: الحقوق المعنوية

لكي يقوم المحكم بمهمته على أحسن وجه وليتمكن من احترام التزاماته والوفاء بها، وجب على الأطراف المتنازعة في المقابل منحه حقوقاً معنوية وهي:

الفرع الأول: حق المحكم على الخصوم في السرية والتحلي بالنزاهة

وهذه السرية تكون بالنسبة للوقائع والمعلومات التي يكون قد صرح بها للخصوم، أو مركز التحكيم، والتي تتعلق بشخصه أو بمعاملاته مع الخصوم.

ومن حق المحكم على المتنازعين التحلي بالصدق والنزاهة تجاهه، و"التعاون طيلة إجراءات التحكيم لمساعدته للوصول إلى حكمه، وذلك باحترامهم للمواعيد والآجال، وبتقديمهم الأدلة والمستندات المطلوبة منهم، دون الدخول في مناورات القصد منها تعطيل الإجراءات، أو ممارسة ضغوط على المحكم، واختلاق النزاعات معه بهدف رده، ولذا وجب على الأطراف أن يتخذوا سلوكاً متعاوناً تجاه المحكم، وهذا الحق ضرورياً و مصدره حسن النية"[49].

[48]– الحافي، عدنان يوسف. المرجع السابق. ص 276–277.

[49]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 110.

الفرع الثاني: حق المحكم في نشر حكمه أو الإجراءات التحكيمية التي اتخذها

" وهو حق حديث النشأة بنشوء مؤسسات التحكيم الدائمة، إذ أن الهدف من نشر هذه الأحكام تكوين عادات ومبادئ وأعراف للتحكيم في المنازعات التجارية، علاوة على تعرف المحكمين بالمبادئ السارية في النظم المختلفة، وهذا الحق لا يزال قيد النقاش والتطور "[50].

الفرع الثالث: حق المحكم أن يعامل معاملة شبيهة بالقاضي

" من حق المحكَّم أن يعامل في الجلسة معاملة شبيهة بالقاضي من حيث احترام الجلسة التي يرأسها، وأن يتأدب الخصوم أمامه بآداب التقاضي، فلا يسوغ مثلاً مقاطعته، أو رفع الصوت عليه، أو التصرف بتصرفات تتنافى مع آداب التقاضي، مع أن جلسات التحكيم لا تبلغ مستوى جلسات التقاضي في مجلس القضاء الرسمي بحيث يجرم من يسيء فيها"[51].

المطلب الثالث: الحقوق المادية

الأصل أن يتقاضى المحكم أتعاباً مقابل عمله، كما أنه يتحمل نفقات مختلفة أثناء تأديته لعمله، فله الحق في أجرة كاملة تشمل أتعابه ومصاريف عملية التحكيم، والنفقات الضرورية لحسن سير العملية التحكيمية، وهذه الأتعاب إما أن تحدد مسبقاً بالاتفاق بينه وبين الخصوم، أو تحدد في اتفاق لاحق. "ويستحق المحكم الأتعاب متى ما قام بعملية

[50]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 110 – 111.

[51]– الراجحي، إياس منصور. 2008. مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي. دراسة تأصيلية مقارنة. ماجستير. قسم العدالة الجنائية. كلية الدراسات العليا. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. الرياض. ص 71.

التحكيم على أتم وجه، وعالجت أغلب التشريعات التحكيمية امتيازات وحقوق يجب أن يتمتع بها المحكم، ولعل أولها حقه في التكاليف، أي الأتعاب ومصاريف عملية التحكيم، وتشمل هذه الأتعاب أيضاً كل مافاته من كسب بسبب انشغاله بفض النزاع التحكيمي، وكل النفقات التي أنفقها المحكم مثل نفقات سفر أو إقامة، ونفقات بدل استخدام كاتب أو مراسل، وكل ما أنفقه من أجل الحصول على وثائق رسمية و أوراق مهمة"[52].

و كقاعدة عامة: " في مقابل ما رتبه القانون على المحكم من مسؤولية والتزامات، رتب له حقوقاً، وهي حقه في الأتعاب عن الجهد الذي قام به، لأن عمله مأجوراً وليس تبرعاً"[53].

إنما هو عمل يؤديه مقابل أجر يُتفق عليه مع الخصوم ويتم تحديده وكيفية الوفاء به، ولما كان مفهوم الأتعاب أو الأجور مفهوم واسع، و يقصد بالأتعاب كل الأجور التي يستحقها المحكم نظراً لما بذله من جهد فعلي في عملية التحكيم. ومن الطبيعي أن الذين يتحملون الأتعاب هم طبعاً الخصوم. ونرى أن المحكم يستحق أتعابه عند القيام بمهمته والانتهاء من عملية التحكيم، بصدور القرار التحكيمي بغض النظر عما يؤول إليه هذا القرار من إبطال أو تعديل أو تصديق من قبل المحكمة المختصة. حيث تدفع هذه الأتعاب بالتراضي من قبل الخصوم، وإلا فتكون عن طريق دعوى مستقلة للمطالبة بالأتعاب عن طريق القضاء المختص.

[52]– الحوامدة، أحمد محمد، و الصرايرة، منصور عبد السلام. 2023. 30. كانون الأول. التنظيم القانوني لأتعاب المحكم في التحكيم الحر. دراسة في التشريع الأردني. المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية. مج: 15. عدد: 4، ص – ص: 170–186. الكرك. الأردن. جامعة مؤتة. ص 177.

[53]– كيلاني، أنس، و كيلاني، عماد الدين. المرجع السابق. ص664.

" و تجدر الإشارة إلى أن مصروفات هيئة التحكيم تشتمل على كل من أتعاب المحكمين، ونفقات تنقلاتهم وأية مبالغ يتم دفعها إلى كل عضو من أعضاء هيئة التحكيم تحت أي تسمية كانت، كما تشتمل النفقات الإدارية التي يتم دفعها إلى مركز التحكيم في حالة التحكيم المؤسساتي، فضلاً عن المبالغ التي قد تدفع للمترجمين أو الكتاب، كما تشمل أخيراً المبالغ التي يتم دفعها نظير استئجار أماكن الجلسات وغيرها من النفقات اللازمة لهيئة التحكيم، وباعتبار المحكم هو مقدم خدمة فما يهمنا هو أتعابه، فيكون للمحكم الحق في تقاضي الأتعاب من لحظة إنهاء مهمته، وإن لم يكن هناك نص أو عقد يقضي بذلك صراحةً، فإذا كانت العلة من إبرام عقد التحكيم هي أن يخول المحكم سلطة الفصل في الدعوى، وعلى هذا فإن المحكم يستحق أتعاباً لقاء الخدمة التي قدمها والمهمة التي قام بها"[54].

و من الضروري تحديد الآلية التي سيتم من خلالها تقدير الأتعاب، وكيفية حسابها، ومن الذي يتحمل هذه الأتعاب بالإضافة إلى تحديد آلية واضحة لدفع هذه الأتعاب، نبحثها كالآتي:

الفرع الأول: تحديد القائم بتقدير الأتعاب

" كأصل عام إن تقدير أتعاب هيئة التحكيم هو شأن طرفي النزاع والهيئة التحكيمية معاً، ولذلك يتم الاتفاق عليها بينهما، وعادةً يكون ذلك قبل البدء في التحكيم، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يتم ذلك بعد الانتهاء من التحكيم، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، فإنه وفي حالة النزاع يتم اللجوء إلى القاضي لتقدير الأتعاب، والقاضي يتدخل في هذا الشأن بناء على طلب صاحب المصلحة، لكن يحدث في أحيان نادرة أن يتعرض أطراف التحكيم

[54]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 111.

لتقدير أتعاب المحكمين في اتفاقية التحكيم، وبقبول المحكم لمهمته فإنه يكون قد قبل بهذا التقدير، كما يحدث في أحيان كثيرة أن يعمد المحكمون إلى تقدير أتعابهم في حكم التحكيم، وعلى أية حال فالمحكم ليس مطلقاً من أي قيد في تحديد أتعابه وما يتحمله كل خصم، بل تكون أتعابه معقولة بالنظر إلى ما أداه من عمل، على أساس مدة التحكيم والصعوبات التي تشوب النزاع وقيمة الدعوى ومركز المحكم الأدبي، مع الوضع في الاعتبار إذا كان هناك عرف جار في هذا الصدد، و إذا خرج المحكم عن تلك الاعتبارات حق لأي من الخصوم اللجوء إلى القضاء لإعادة النظر في قيمتها"[55].

"وفي حالة التحكيم المؤسساتي، فإن الأصل العام أن تتضمن لوائح مؤسسات ومراكز التحكيم الدائم قوائم معدة سلفاً بأجور المحكمين، تكون ملزمة للمحكمين المدرجين في قوائمها، بمجرد قبولهم لمهمة التحكيم. إلا أنه من الأفضل أن يتناقش الأطراف مع المحكمين حول مبلغ أتعابهم، ومن الأفضل أن تكون هذه المفاوضات عند تشكيل هيئة التحكيم لتجنب سوء تفاهم لاحق"[56].

الفرع الثاني: كيفية تقدير الأتعاب

"إن الخبرة والمهارة الفنية للمحكم هي من أهم عناصر نجاحه، ولذلك تعد من المعايير المهنية المعتبرة في تقدير الأتعاب عند النزاع بشأنها، ويقصد بذلك التكوين المعرفي للمحكم ومكانته العلمية والعملية التي يتمتع بها، والخبرة التي راكمها خلال ممارسته المهنية، والتخصص الذي أصبح عليه نتيجة هذا التراكم، وسعة اطلاعه بصنوف

[55]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 112.

[56]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 112 – 113.

الأعمال والاجتهادات والدراسات والمستجدات التي تندرج في إطارها القضية المعروضة عليه"[57].

"وتعد من المعايير المهنية في التقدير عند النزاع حول الأتعاب، حداثة وصعوبة المسألة المتنازع بشأنها، والمهارة اللازمة لتسيير القضية وأهمية القضية نفسها، والإشكالات التي تثيرها القضية والتكييف القانوني الذي يمكن أن يعطى لها، والمنهجية التي سيتبعها المحكم في سير الخصومة التحكيمية، والأمد الزمني المتوقع أن تستغرقه، والتدابير التي قد تستوجبها وقيمة الحق المتنازع بشأنه، كلها معايير مهنية يتوجب أن تدخل في الاعتبار عند تقدير أتعاب المحكم حال حصول نزاع بشأنها مع الأطراف"[58].

وفي الحقيقة لا توجد طريقة معينة تطبق على جميع الدعاوى التحكيمية لحساب الأتعاب، على أنه توجد على الأقل ثلاثة طرق لتقدير هذه الأتعاب، وهي الأكثر استعمالاً في الدعاوى التحكيمية، حيث يمكن تقدير الأتعاب حسب قيمة النزاع موضوع التحكيم، أو حسب المدة الزمنية اللازمة للوصول إلى حكم تحكيمي فاصل في هذا النزاع ومنهٍ له، كما يمكن تقدير هذه الأتعاب جزافياً، وذلك يتعلق بالظروف الخاصة بكل دعوى وهذه الطرق هي :

أولاً: تقدير الأتعاب حسب قيمة النزاع

تعتمد هذه الطريقة على قيمة النزاع موضوع الدعوى التحكيمية، وفيها " يكون حساب الأتعاب حسب نسبة معينة من المبلغ موضوع النزاع، وهي طريقة سهلة إذ يمكن تحديد

[57]– الحوامدة، أحمد محمد، و الصرايرة، منصور عبد السلام. المرجع السابق. ص 177.

[58]– الحوامدة، أحمد محمد، و الصرايرة، منصور عبد السلام. المرجع السابق. ص 179.

الأتعاب التي يستحقها المحكم بتحديد المبلغ موضوع النزاع، والنسبة المتفق عليها، مع الأخذ بعين الاعتبار الوقت المقضي والسرعة في الإجراءات ومدى تعقد النزاع، و المدة الزمنية اللازمة لحل النزاع في تحديد قيمة الأتعاب"[59].

ثانياً: تقدير الأتعاب حسب المدة الزمنية

"ويكون بتحديد مبلغ معين عن كل يوم يخصصه المحكم لحل النزاع، وبالتالي يضاعف هذا المبلغ بحسب عدد الأيام التي خصصها المحكم للنزاع، وهذا الوقت لا يحسب فقط بالساعات التي قضاها المحكم أثناء الجلسات، وإنما أيضاً بحساب الأوقات الخارجة عنها، ومن العادة تحديد مبلغاً يومياً أو أحيانا ساعياً، ولا يكون لهذه الطريقة تحقيق بغيتها إلا إذا أخذت مكانة المحكم بعين الاعتبار، والدقة في حساب الأوقات التي خصصها لفض هذا النزاع حقيقةً، و إذا كان الأطراف قد وضعوا فيه ثقتهم في ذلك. فمن الصعب حساب و مراقبة الوقت الذي قضاه المحكم لفض النزاع، خارج الأوقات التي قضاها أثناء الجلسات، بحضور الأطراف و إذا كان لا يوثق فيه في حساب ساعات عمله، فمن الأفضل عدم إيكاله وتعيينه محكماً أصلاً. ومبلغ الساعات أو اليوم يختلف باختلاف المحكم وكفاءاته وبأهمية وطبيعة النزاع وهي المعايير التي تقوم عليها هذه الطريقة لتحديد الأتعاب المستحقة للمحكم"[60].

ثالثاً: تقدير الأتعاب جزافياً

[59]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 113.

[60]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 114.

"وذلك بتحديد مبلغ جزافي كامل وشامل دون الرجوع إلى أهمية النزاع أو الوقت الذي سيستلزمه حل هذا النزاع، وتكمن المشكلة هنا في صعوبة تحديد المبلغ عند بداية التحكيم، فمن الصعب التوقع كيف ستسير الأمور والعملية التحكيمية، وإذا كانت المنازعة ستحل بمصالحة قبل بدء الجلسات أم لا، وكم ستدوم هذه الجلسات، ولذلك فمن الأفضل حساب الأيام التي من المحتمل أن يقضيها المحكمين في حل النزاع، وبافتراض أنها ستدوم إلى آخر يوم، ويحدد مبلغ يومي معين يضاعف بحساب عدد الأيام المتوقعة لحل النزاع، وبذلك يحدد المبلغ الجزافي الشامل، وعلى هذا الأساس فإنه يجب بالنسبة لهذه الطريقة أن يحصل نقاش أو تفاوض مع الأطراف الخصوم للوصول إلى مبلغ جزافي شامل متفق عليه"[61].

الفرع الثالث: تحديد متحمل الأتعاب وطريقة دفعها

كقاعدة عامة "ينبغي على محكمة التحكيم كما تفصل في النزاع المعروض عليها، أن تفصل كذلك في مسألة نفقات ومصروفات العملية التحكيمية، حيث تملك الهيئة كامل الولاية والاختصاص بالفصل في المسألتين، بحيث يعد إصدار حكم التحكيم الخالي من توزيع نفقاته وإسنادها إلى الملتزمين بها قصوراً في الحكم، ويمكن للطرفين أو أحدهما أن يطلب من هيئة التحكيم معالجة هذا القصور بعد إصدار الحكم، بإصدار حكم آخر إضافي، لتحديد متحمل التكاليف مالم يتم الاتفاق سابقاً بين الطرفين على تعيين متحمل التكاليف، وعادة ما يتفق على أن يكون ذلك مناصفةً، والأصل العام أن توزع الأتعاب

[61]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 114– 115.

مناصفةً بين الخصوم، فالقاعدة العامة هي اشتراك الطرفان في تحمل تكاليف التحكيم وأتعابه مناصفةً، وتحمل كل طرف لنفقاته"[62].

"وإذا كان الأصل أن المحكم لا يتلقى أتعابه إلا بعد قيامه بمهمته، فإنه في التحكيمات المعقدة والتي تدوم طويلاً فمن المهم أن يطلب المحكمون أتعاباً كضمان، ومن الأفضل أن يكون ذلك عند تشكيل هيئة التحكيم، غير أنه قد لا تتحقق هذه الأتعاب وبالتالي يسترجعها الخصوم وذلك في حالتين أولهما: إذا أنهى الأطراف النزاع وهي الحالة الغالبة قبل البدء في التحكيم، وثانيهما: إذا أنهى الأطراف مهمة المحكم قبل البدء فيها وهي الحالة الأقل احتمالاً"[63].

ونرى أنه من الأنسب أن " يتم تحديد أتعاب هيئة التحكيم في أول اجتماع تمهيدي تعقده هيئة التحكيم، على أن يتم إخطار أطراف التحكيم قبل الاجتماع بأنه سيتم تحديد أتعاب هيئة التحكيم والنفقات في تلك الجلسة، وتطلع في تلك الجلسة هيئة التحكيم على مجمل النزاع وأبعاده والإجراءات المتوقعة للفصل فيه ومدة إنجازه وقيمته. وتتولى هيئة التحكيم تحديد أتعابها بالتشاور مع أطراف النزاع، مع مراعاة طبيعة النزاع والجهد الذي سوف يحتاجه، وقيمة موضوع النزاع، ومكانة هيئة التحكيم وخبرتها، والوقت الذي قد تستغرقه دراسة ملفات التحكيم ومستنداتها، وماهية الأدلة المحتمل طرحها في النزاع، إلى ما هنالك من هذه الأمور مجتمعة، ومكانة المحكمين ومدى خبرتهم. وتحدد أتعاب الكاتب الذي سيتولى كتابة ضبط الجلسات، وفي حال عدم اتفاق هيئة التحكيم مع أطراف النزاع على أتعاب المحكمين تتولى هيئة التحكيم تحديدها، و يكلف أطراف النزاع بدفع التكاليف

[62]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 115.

[63]– عبد الكريم، عصنون. المرجع السابق. ص 116.

مناصفةً خلال مدة تحددها لهم هيئة التحكيم، و إذا امتنع أحد الأطراف عن الدفع يتولى الطرف الآخر دفعها نيابةً عنه، على أن يحكم عليه بها لصالح من دفعها، وفي حال امتناع أطراف النزاع جميعاً عن دفع الأتعاب والنفقات بدون مبرر، فعلى هيئة التحكيم أن تقرر إيقاف التحكيم، أو إنهاء التحكيم، تأسيساً على أن هناك اتفاق ضمني من أطراف النزاع بإنهاء التحكيم"[64].

الخاتمة:

حاولنا من خلال هذا البحث تصنيف واجبات والتزامات المحكم بحسب كل مرحلة من مراحل مهمته التحكيمية، وتحديدها ووصفها بشكل واضح ودقيق، لأن مدى التزام المحكم بهذه الواجبات هو الذي يرتب التزاماً مقابلاً على الخصوم بمنحه حقوقه كاملةً وبجميع أنواعها، فبحثنا في واجباته قبل البدء بالنزاع، ومن ثم واجباته أثناء مرحلة الخصومة التحكيمية ودراستها وتدقيقها وإصدار حكم ملزم يفصل النزاع موضوع الدعوى التحكيمية، وواجباته المترتبة بعد إصدار هذا الحكم، ومن ثم البحث في حقوق المحكم والتي تشمل حقوقاً معنوية وقانونية بالإضافة إلى الحقوق المادية المتمثلة بمقابل لأتعاب ونفقات التحكيم، وفي حال النزاع في تقديرها يكون محل الاعتبار التكوين المعرفي للمحكم ومكانته العلمية والعملية التي يتمتع بها، والخبرة التي راكمها خلال ممارسته المهنية، والتخصص الذي أصبح عليه نتيجة هذا التراكم، وسعة اطلاعه.

نتائج البحث:

[64]– كيلاني، أنس، و كيلاني، عماد الدين. المرجع السابق. ص 716–717.

1- من واجبات المحكم أن يقوم بمهمته بأمانة وشرف وإخلاص ونزاهة وحياد لا يعتريها الشك لا من قريب ولا من بعيد، وأن يبذل جهد أمثاله ثقافةً وعلماً ومركزاً اجتماعياً، من أجل فض النزاع طبقاً للأصول والقانون، وتظهر أهمية واجب حياد المحكم كونه أحد الشروط الجوهرية التي يجب أن تتوافر فيه حتى يكون صالحاً للفصل في النزاع، لذا فإن المؤهل الأساسي للمحكم بعد كفاءته المهنية هو حياده في موضوع التحكيم.

2- تظهر أهمية دراسة القواعد والمعايير القانونية التي يجب اتباعها في تقدير أتعاب المحكم، في أنها يجب أن توفر الحماية الكاملة للحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة بين المحكم وطرفي النزاع، ومدى تجنب القصور الذي شاب الآلية القانونية المتبعة في تقدير أتعاب المحكم، وذلك لأن النصوص القانونية لا توفر الحماية اللازمة لحقوق المحكم في أتعابه، وبخاصة إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي النزاع والمحكم على تحديد هذه الأتعاب، كما أن للمحكم حقوقاً ليست مادية وهي حقوق معنوية وقانونية يجب على طرفي النزاع احترامها لكي يقوم المحكم بمهمته على أحسن وجه، وليتمكن من احترام التزاماته والوفاء بها، ويجب على الأطراف المتنازعة في المقابل منحه هذه الحقوق.

توصيات البحث:

1- على المحكم أن يلتزم بعدة واجبات تجد مصدرها في فكرة العدالة ذاتها، ويمكن تحديدها بالاستقلال والنزاهة، وتتمثل في تنفيذ اتفاقية التحكيم المبرمة بين الخصوم وذلك بإصدار الحكم التحكيمي خلال مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية، مع مراعاة القيود المتعلقة بطبيعة المهمة الموكلة إليه فيما إذا كانت تحكيم بالصلح أو بموجب القانون، وبمراعاة القيود المتعلقة بالدعوى، من تحديد لموضوع النزاع، ومن إتباع الإجراءات المتفق عليها مع الخصوم، مع الأخذ بعين الاعتبار الالتزام بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.

2- نقترح على المشرع السوري أن يوضح بدقة طريقة تحديد أتعاب التحكيم وطريقة تقديرها ومن المكلف بدفعها، وبالتالي تضمينها في الفقرة الثانية من المادة 42 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 ليضمن القانون بذلك حقوق المحكم المادية.

3- إن الخبرة والمهارة الفنية للمحكم هي من أهم عناصر نجاحه، ولذلك تعد من المعايير المهنية المعتبرة في تقدير الأتعاب عند النزاع بشأنها، ويقصد بذلك التكوين المعرفي للمحكم ومكانته العلمية والعملية التي يتمتع بها، والخبرة التي راكمها خلال ممارسته المهنية، والتخصص الذي أصبح عليه نتيجة هذا التراكم، وسعة اطلاعه بصنوف الأعمال والاجتهادات والدراسات والمستجدات التي تندرج في إطارها القضية المعروضة عليه.

4- السعي إلى رفع مستوى التحكيم، وإدراك أهميته، وتعزيز دوره في تحقيق العدالة والمصلحة العامة، إضافةً إلى رفع مستوى مؤسسات التحكيم فيما يتعلق بتحقيق هذه العدالة، والاهتمام بتطوير آليات التحكيم، ليصبح مواكباً لتطور المجتمع وحاجاته، وتثقيف رجال الأعمال خاصة بالتحكيم وأهميته كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

قائمة المصادر و المراجع:

الكتب والمؤلفات:

1- أبو الوفا، أحمد. 2015. التحكيم في القوانين العربية. خاصة في القانون الكويتي. يتضمن نصوص التحكيم في القوانين العربية والتعليق عليها ونماذج لعقد التحكيم وشرط التحكيم. الاسكندرية. مصر. مكتبة الوفاء القانونية.

2- الألوسي، عبد القادر جارالله. 2013. مجموعة أحكام النقض في قضايا التحكيم وفق القانونين القديم والجديد. المكتبة القانونية. المجموعة القضائية المدنية 8 . ط1. سوريا.

3- عبد التواب، أحمد ابراهيم. طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع طبقاً لقرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 41 لسنة 2001 والمعدل بقرار رئيس الهيئة رقم 35 لسنة 2008. دراسة مقارنة. جامعة القاهرة. كلية الحقوق.

4- فضلون، محمد أمين. 1994. التحكيم. دمشق. سوريا. مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع.

5- كيلاني، أنس، و كيلاني، عماد الدين. 2013. الشرح الكامل لقانون التحكيم الجديد. الكتاب الثاني. قضاء التحكيم الدولي وقضاء التحكيم الخاص.

المجلات العلمية المحكمة

6- الحافي، عدنان يوسف. 2014. حقوق المحكم طبقاً لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لعام 2000. دراسة تحليلية مقارنة. مجلة جامعة الأزهر. سلسلة العلوم الإنسانية. مج: 16. عدد: 1. ص – ص: 261- 282. غزة. جامعة الأزهر.

7- الحسيني، علاء الدين و خالدي، برهان. 2024. حكم التحكيم بين الانعدام والبطلان. مجلة جامعة حمص. سلسلة العلوم القانونية. مج: 46. العدد: 5. ص- ص 1- 164.

8- الحوامدة، أحمد محمد، والصرايرة، منصور عبد السلام. 2023. 30. كانون الأول. التنظيم القانوني لأتعاب المحكم في التحكيم الحر. دراسة في التشريع الأردني. المجلة

الأردنية في القانون والعلوم السياسية. مج: 15. عدد: 4. ص – ص: 170–186. الكرك. الأردن. جامعة مؤتة.

9– الشريعي، ابراهيم محمد السعدي أحمد. 2017. تموز. هيئة التحكيم بين احترام إرادة الأطراف ومراعاة التنظيم القانوني في المجتمع. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. مج: 59. عدد: 2. ج: 2. ص – ص: 931 –968. مصر. مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق في جامعة عين شمس.

10– المهلب حسن، ايباء. 2022. التحكيم في مجلس الدولة السوري. مجلة جامعة حمص. سلسلة العلوم القانونية. مج: 44. العدد 5. ص– ص 1–22.

11– عبد الكريم، مريم. 2017. دور المحكم في العملية التحكيمية. مجلة أبحاث قانونية وسياسية. عدد: 5. ص– ص: 305–319. الجزائر. جامعة عنابة. الجزائر.

12– محمد، محمد عبد الستار عبد الوهاب. 2022. 31. تموز. تأملات في المسؤولية المدنية للمحكم في القانون المصري والنظام السعودي. مجلة كلية الشريعة والقانون. عدد: 37. ج:2. ص– ص: 1192–1267. طنطا– مصر. جامعة الأزهر.

الرسائل العلمية

13– الراجحي، إياس منصور. 2008. مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي. دراسة تأصيلية مقارنة. ماجستير. قسم العدالة الجنائية. كلية الدراسات العليا. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. الرياض.

14- بروال، زين الدين. 2017-2018. المركز القانوني للمحكم في التشريع الجزائري. ماجستير. تخصص قانون أعمال. قسم الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي. الجزائر.

15- عبد الكريم، عصنون. 2016. النظام القانوني للمحكم في الميدان التجاري. ماجستير. فرع قانون الأعمال. كلية الحقوق والعلوم الإدارية. جامعة الجزائر. بن عكنون. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المصادر

16- قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

Arabic references

alkutub walmualafati :

1- abu alwfa, 'ahmadu. 2015. altahkim fi alqawanin alearabiati. khasatan fi alqanun alkuaytii. yatadaman nusus altahkim fi alqawanin alearabiat waltaeliq ealayha wanamadhij lieaqd altahkim washart altahkimi. alaiskandiriati. masr. maktabat alwafa' alqanuniati.

2- al'alusi, eabd alqadir jarallah. 2013. majmueat 'ahkam alnaqd fi qadaya altahkim wifq alqanunayn alqadim waljadid. almaktabat alqanuniatu. almajmueat alqadayiyat almadaniat 8 . ta1. suria.

3- eabd altawabi, 'ahmad abrahim. tabieat altahkim fi almunazaeat alnaashiat ean tadawul al'awraq almaliat walsilae tbqaan liqarar majlis 'iidarat hayyat al'awraq almaliat walsilae bidawlat al'iimarat alearabiat almutahidat raqm 41 lisanat 2001 walmueadal biqarar

rayiys alhayyat raqm 35 lisanat 2008. dirasat muqaranati. jamieat alqahirati. kuliyat alhuquqi.

4- fadluna, muhamad 'amin. 1994. altahkimi. dimashqa. suria. muasasat alnuwri liltibaeat walnashr waltawzie.

5- kilani, 'ans, w kilani, eimad aldiyn. 2013. alsharh alkamil liqanun altahkim aljadid. alkutaab althaani. qada' altahkim alduwalii waqada' altahkim alkhasi.

almajalaat aleilmiat almahkama:

6- alhafi, eadnan yusif. 2014. huquq almuhkam tbqaan liqanun altahkim alfilastinii raqm 3 lieam 2000. dirasat tahliliat muqaranati. majalat jamieat al'azhar. silsilat aleulum al'iinsaniati. mj: 16. eadad: 1. s - si: 261- 282. ghazati. jamieat al'azhar.

7- alhusayni, eala' aldiyn w khalidi, burhan. 2024. hukm altahkim bayn alianeidam walbutlani. majalat jamieat himsa. silsilat aleulum alqanuniati. mij: 46. aleadadu: 5. sa- s 1- 164.

8- alhawamidatu, 'ahmad muhamadu, walsarayrati, mansur eabd alsalam. 2023. 30. kanun al'awal. altanzim alqanuniu li'ateab almuhkam fi altahkim alhar. dirasat fi altashrie al'urduniyi. almajalat al'urduniyat fi alqanun waleulum alsiyasiati. mj: 15. eadad: 4. s - si: 170-186. alkarka. al'urdunu. jamieat muta.

9- alshariei, abrahim muhamad alsaedi 'ahmadu. 2017. tamuzi. hayyat altahkim bayn aihtiram 'iiradat al'atraf wamuraeaat altanzim alqanunii fi almujtamaei. majalat aleulum alqanuniat walaiqtisadiati. mj: 59. eadad: 2. ja: 2. s - si: 931 -968. masr. majalat mahkamat yusdiruha 'asatidhat kuliyat alhuquq fi jamieat eayn shams.

10- almuhalib hasan, ayba'. 2022. altahkim fi majlis aldawlat alsuwri. majalat jamieat himsa. silsilat aleulum alqanuniati. mij: 44. aleadad 5. sa- s 1-22.

11- eabd alkrim, marim. 2017. dawr almahkam fi aleamaliat altahkimiati. majalat 'abhath qanuniat wasiasiatin. eadad: 5. sa- si: 305-319. aljazayar. jamieat eanaabati. aljazayar.

12- muhamadu, muhamad eabd alsataar eabd alwahaabi. 2022. 31. tamuwzi. ta'amulat fi almaswuwliat almadaniat lilmuhkam fi alqanun almisrii walnizam alsaeudii. majalat kuliyat alsharieat walqanuni. eadadi: 37. ja:2. sa- si: 1192-1267. tanta- masr. jamieat al'azhar.

alrasayil aleilmia:

13- alraajihi, 'iias mansur. 2008. maswuwliat almahkam fi nizam altahkim alsaeudii. dirasat tasiliat muqaranati. majistir. qism aleadalat aljinayiyati. kuliyat aldirasat aleulya. jamieat nayif alearabiat lileulum al'amniati. Alriyad.

14- brual, zayn aldiyn. 2017-2018. almarkaz alqanuniu lilmuhkam fi altashrie aljazayiriu. majistir. tukhasis qanun 'aemali. qism alhuquqi. kuliyat alhuquq waleulum alsiyasiati. jamieat alshahid hamah likhadra. alwadi. aljazayir.

15- eabd alkrim, easnun. 2016. alnizam alqanuniu lilmuhkam fi almaydan altijari. majstir. fare qanun al'aemali. kuliyat alhuquq waleulum al'iidariati. jamieat aljazayir. bin eaknun. aljumhuriat aljazayiriat aldiymuqratiat alshaebiati.

Almasadir:

16- qanun altahkim alsuwrii raqm 4 lieam 2008.

العمل بمفهوم المخالفة في ميزان النقد

إعداد: د. ماهر محمد الهندي*
*مدرس، في قسم الدراسات الإسلامية والعربية في كلية الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة بلاد الشام للعلوم الشرعية
Maher.alhendi@damascusniversity.edu.sy

الملخص:
إن الكتاب الكريم والسنة الشريفة يستدل بمنطوقهما ومفهومهما، ليتسنى لنا العمل فيهما بالنظم والمعنى، وبالعبارة والإشارة، ولا يمكننا الاقتصار على ظاهر النص ومنطوقه دون مفهومه ومعناه وإشارته ومغزاه ودلالته واقتضائه.
وتعددت مناهج الأئمة الفقهاء والأصوليين وطرقهم في الاستدلال بالنصوص من الكتاب والسنة، ويتطابق منهج الحنفية مع الجمهور في الاستدلال بالمنطوق والمفهوم، وإنما يختلفون في التعبير عنها والتسمية لها والترجيح بينها.
وقد اختلف الفقهاء والأصوليون في الاستدلال بالمفهوم المخالف الذي يسميه الجمهور (دليل الخطاب)، بينما يعده أصوليو الحنفية من الاستدلالات الفاسدة أي: غير الصحيحة، ويستدل كل من الفريقين لإثبات طريقته، ويجيب عن استدلال الآخر بالحجج العقلية والنقلية، ولعل الأرجح هو القول بالعمل بمفهوم المخالفة، للعمل بنظم الكتاب ومعناه، الموافق والمخالف.
وإذا تعارض المنطوق مع المفهوم قدم الأقوى على الأضعف والأعلى على الأدنى، ويقدم الصريح على غيره كما تقدم العبارة على الإشارة، والدلالة على الاقتضاء.
هناك شروط يشترطها القائلون بالاحتجاج بمفهوم المخالفة منها شروط تتعلق بالمنطوق ومنها ما يتعلق بالمفهوم، لا بد من تحققها حتى يصح الاستدلال به والعمل بمقتضاه.
لمفهوم المخالفة أنواع متعددة كمفهوم الصفة ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية ومفهوم اللقب ومفهوم العدد ومفهوم الحصر والاستثناء.
يحتج الحنفية بالمفهوم المخالف في عبارات الفقهاء ومؤلفات الكتب ومخاطبات الناس، ويعملون بمفهومها الموافق والمخالف.

ويجعل العلامة ابن عابدين العمل بمفاهيم الكتب حجة من مبادئ رسم المفتي ويضرب لذلك أمثلة ونماذج لاستدلال الحنفية بمفاهيم الكتب وعبارات العلماء في حاشيته الشهيرة "رد المحتار على الدر المختار".

الكلمات المفتاحية: العمل – المفهوم – المخالفة – النقد.

Working with the concept of violation in the monetary balance

*** Prepared by: Dr. Maher Muhammad Al-Hindi**
Lecturer, Department of Islamic and Arabic Studies, Faculty * of Islamic and Arabic Studies, University of Bilad al-Sham for Sharia Sciences
Maher.alhendi@damascusniversity.edu.sy

Abstract
:
The Holy Book and the Noble Sunnah are inferred from their explicit and implicit meanings, so that we can work in them with the system and meaning, and with the expression and indication, and we cannot limit ourselves to the apparent text and its explicit meaning without its implicit meaning, indication, significance, significance .and requirement
The approaches of the imams, jurists and fundamentalists in inferring from the texts of the Book and Sunnah varied, and the approach of the Hanafis is consistent with the majority in inferring from the explicit and implicit, but they differ in expressing them, .naming them and preferring between them
Jurists and legal theorists differed in using the opposite concept as evidence, which the majority call (the evidence of discourse), while the Hanafi legal theorists consider it a corrupt evidence, i.e. incorrect, and each group uses evidence to prove its method, and

responds to the evidence of the other with rational and transmitted arguments, and perhaps the most likely is the opinion of working with the opposite concept, to work with the system of the book and its meaning, the one that agrees and the other.

If the explicit and the implied conflict, the stronger is given precedence over the weaker and the higher over the lower, and the explicit is given precedence over the other, just as the expression is given precedence over the indication, and the indication over the requirement.

There are conditions stipulated by those who say that the opposite concept is used as evidence, some of which are related to the explicit and some of which are related to the concept, which must be fulfilled in order for it to be valid to use as evidence and act according to its requirements.

The opposite concept has many types, such as the concept of attribute, the concept of condition, the concept of purpose, the concept of title, the concept of number, and the concept of limitation and exception.

The Hanafis use the opposite concept as evidence in the expressions of jurists, the compositions of books, and people's addresses, and they work with its corresponding and opposite concept.

The scholar Ibn Abidin makes working with the concepts of books an argument from the principles of the Mufti's drawing and gives examples and models for the Hanafi reasoning with the concepts of books and the expressions of scholars in his famous commentary "Radd al-Muhtar ala al-Durr al-Mukhtar".

Keywords: work - concept - transgression - criticism.

مقدمة البحث:

أ- الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله أجمعين وصحبه والتابعين، وبعد:

ب- تمهيد: فإن القرآن والسنة هما المصدران لنصوص الشريعة الإسلامية القائمة والمتجددة، وهي موارد ثابتة ومتوازنة، نزلت للاستدلال بها والعمل بمقتضاها بنظمها ومعناها، بعبارتها وإشارتها، فكان لا بد من الوقوف عند مفاهيم النصوص ومدلولاتها، والتأمل فيها والاجتهاد فيها حتى نأخذ هذا الكتاب بقوة، لأن الله تعالى قال: ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾، فكانت النصوص من الكتاب والسنة مصدر التشريع في مظهرهما وجوهرهما، لتبقى هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، بل كفيلة أيضاً أن يصلح بها كل زمان ومكان، فكان من الضروري دراسة الاستدلال بالمنطوق الصريح وغيره، والمفهوم الموافق والمخالف دراسة نقدية، ومعرفة كيفية تطبيقاتها في نصوص الشريعة ومخاطبات الناس وعبارات الكتب وكلام الفقهاء.

ج- أسئلة البحث وأهدافه:

1- **أهداف البحث:** يهدف هذا البحث إلى التعريف بأنواع الاستدلال بالنصوص الشرعية واللغوية، وكيفية الاحتجاج بها، ومعرفة المتفق عليه والمختلف فيه، والإضاءة على نوع محدد منها، وهو مفهوم المخالفة في كلام الله وكلام الناس.

2- أسئلة البحث: ويناقش هذا البحث الإشكاليات التالية:

- هل الاستدلال بالمفهوم لازم كالمنطوق؟ وهل هما سواء عند التعارض بينهما؟
- هل الخلاف في الاستدلال بمفهوم المخالفة واقع في الأدلة الشرعية أو في الخطابات اللغوية أيضاً؟
- ما الأنواع التي تندرج تحت مصطلح المفهوم الموافق والمخالف؟ وما شروط العمل بهذه المفاهيم عند القائلين بها؟

د- أهمية البحث وفوائده وأسباب اختياره:

1- أهميته: تكمن أهمية هذا البحث في ثنايا المقدمة التي مهدت بها، وهو إثبات صلاحية الشريعة وإصلاحها لكل زمان ومكان، ومرونة الشريعة واستمرارها عبر العصور ليكون الكتاب والسنة بنظمهما ومعناهما، بمنطوقهما ومفهومهما خالدين إلى يوم الدين.

2- فوائده: ومما يفيده هذا البحث التعرف على أصول الأئمة وفروعهم في الاستدلال بالنصوص الشرعية، وكيفيته وأصوله وضوابطه، ومعرفة أثر هذا الاختلاف في الأحكام الشرعية المبنية على الاحتجاج بمفهوم المخالفة.

3- أسباب اختياره: وترجع أسباب اختيار هذا البحث لأهميته وفوائده مع الحاجة إليه، ولعدم ما يفي بالغرض في الدراسات المرجعية السابقة، ولكون الاستدلال بمنطوق النص ومفهومه الموافق والمخالف يفتح أفقاً جديداً في العمل بالنصوص والأدلة.

هـ- الدراسات المرجعية وجديد البحث وموقعه منها: بالمطالعة والبحث في الفهارس والشابكة وجدت هذه الأبحاث المنشورة:

1- "مفهوم المخالفة حقيقته أنواعه حجيته" للباحث وليد إبراهيم خليفة، مجلة العربية للنشر العلمي2020م.

2- "حجية مفهوم المخالفة" للباحث سامح عبد السلام محمد عبر موقع الألوكة سنة 2015م.

3- "ثلاثون مثالا على مفهوم المخالفة" د. ربيع أحمد نشر على موقع الألوكة سنة 2014م ويأتي جديد هذا البحث وموقعه مما سبق، أنه عني بنقد الاستدلال بالمفهوم موافقاً ومخالفاً، في نصوص الشريعة وعبارات الفقهاء، وكيفية التخلص من تعارض المنطوق مع المفهوم من الجانب التأصيلي والتطبيقي، النظري والعملي، ودرس أنواع المفهوم كافة مع عرض نماذج لها، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية والأصولية، مع بيان رأي الحنفية بالعمل في المفهوم المخالف بكلام الناس.

و- منهج البحث وحدوده وإجراءاته: اتبعت في هذا البحث المنهج النقدي المقارن، وحدود البحث وهو الاستدلال بالمفهوم، الذي يشمل أنواع المفاهيم كافة الموافقة والمخالفة ومرادفاتها عند الفقهاء الحنفية، وفي المقارنة بين المذاهب الأصولية مع التطبيقات الفقهية، وإجراءات البحث بتخريج الآيات والأحاديث من الصحيحين أولاً، ثم من السنن الأربعة ثانياً مع نقل

حكمه عن أحد أئمة الحديث، والتوسع في التخريج ثالثاً إذا لم يكن في الكتب الستة، والتعريف بالمصطلحات وعزو الأقوال إلى مصادرها ومراجعها.

ز- **تقسيمات البحث:** قسمت البحث إلى مقدمة ومبحث تمهيدي، ثم مبحثين تحتهما مطالب ثم الخاتمة ومسرد المصادر والمراجع.

المقدمة: وفيها الافتتاحية والتمهيد ثم إشكالية البحث وأهدافه وأهميته وفوائده وأسباب اختياره، والدراسات المرجعية السابقة وجديد البحث وموقعه منها، ومنهج البحث وحدوده وإجراءاته، وتقسيمات البحث.

المبحث التمهيدي: التعريف بمنهج النقد الفقهي وطرق الاستدلال عند العلماء.

المطلب الأول: منهج النقد الفقهي.

المطلب الثاني: مقارنة طرق الاستدلال عند فقهاء الحنفية وجمهور المتكلمين.

المبحث الأول: الاستدلال بمفهوم المخالفة.

المطلب الأول: تعريف مفهوم المخالفة.

المطلب الثاني: أنواع مفهوم المخالفة.

المطلب الثالث: شروط العمل بمفهوم المخالفة.

المبحث الثاني: اختلاف الأصوليين في الاستدلال بمفهوم المخالفة.

المطلب الأول: مذاهب العلماء في الاحتجاج بمفهوم المخالفة.

المطلب الثاني: العمل بمفهوم المخالفة في أقوال الأئمة وعبارات الفقهاء ومخاطبات الناس.

المطلب الثالث: نماذج من العمل بالمفهوم في عبارات الفقهاء في حاشية ابن عابدين.

الخاتمة.

المصادر والمراجع.

المبحث التمهيدي: التعريف بمنهج النقد الفقهي وطرق الاستدلال عند العلماء.

المطلب الأول: منهج النقد الفقهي.

أولاً: اشتقاق مصطلح النقد: يدل الاشتقاق اللغوي لكلمةَ النقد على تمييز الدراهم وإخراج الزائف منها، ولذلك شبهت العرب الناقد بالصيرفي، الذي يُميِّز الدرهمَ الصحيحَ من الزائفِ، وكذلك الناقد في كل فن يميز الجيد من الرديء، وقد أوضح ذلك ابن رُشَيق القيرواني عندما قال: (وقد يميِّزُ الشعرَ من لا يقوله، كالبزَّاز يميز من الثياب ما لا ينسجه، والصيرفي من الدنانير مالم يَسبِكْه)[1].

والنقد بمفهومه الحديث وإن لم يكن مستعملاً بلفظه، لكنه كان شائعاً بفحواه، كثيراً بمعناه، متداولاً بمفهومه دون منطوقه، ولكنَّ أقدمَ ورود للنقد كان على لسان المفضل الضبي(ت168هـ) حيث وصف حماداً الراوية(ت156هـ) بقوله: (فلا يزال يقول الشعرَ يُشبِهُ به مذهبَ رجلٍ ويُدخلُه في شعرِه، ويُحمَل ذلك عنه في الآفاق، فتختلطُ أشعارُ القدماء، ولا يتميَّزُ الصحيحُ منها إلا عند عالمٍ ناقد)[2].

ثانياً: تعريف المنهج النقدي:

أ- المنهج:

1- المنهج لغة: النَّهْج: مصدر نَهَجَ الطريقَ أَبانَه وأَوضحَه وسلَكه وبابُه قطَع[3]،والمَنهج اسم مكان أو مصدر ميمي، والمِنهاج اسم آلة أو مصدر كالمنهج، فالمنهج الطريق الواضح الذي يسلكه الإنسان، أو يوضحه لغيره فيسلكه[4].

قال الأَصْمَعِيِّ: النَّهْجُ: الطَّرِيقُ الوَاضِحُ البَيِّنُ[5]، وأنشد يزيد بن الخذاق الشني:

وَلَقَد أَضاءَ لَكَ الطَرِيقُ وَأَنهَجَت سُبُلُ المَسالِكِ وَالهُدى يُعدي[6]

---

[1] – "العمدة في محاسن الشعر وآدابه" لابن رشيق ت: محيي الدين عبد الحميد ط:5 دار الجيل ، ١٤٠١ هـ – ١٩٨١ م 118/1.

[2] – كما نقله عنه الرافعي في"تاريخ آداب العرب" لمصطفى صادق الرافعي (ت١٣٥٦هـ) ط:1 دار الكتاب العربي 236/1.

[3] – لسان العرب ، ط1، دار صادر، لبنان 1992م 383/3، "مختار الصحاح" للرازي، ط: مكتبة لبنان 1987، مادة (نهج)، وقال الرازي: (والنهج بفتحتين البهر وتتابع النفس وبابه طرب، وفي الحديث: (أنه رأى رجلاً أنهج) أي: يرنو من السمن).

[4]– "المصباح المنير" للفيومي ط1 دار الكتب العلمية بيروت، 1414–1994، مادة (نهج) ص627، وقال: (وأنهج مثله ونهجته وأنهجته أوضحته).

[5]– "غريب الحديث" للحربي ٥٠٣/٢، "القاموس المحيط" للفيروزآبادي، ط:6مؤسسة الرسالة بيروت سنة 1419–1998م، باب الجيم فصل النون 208/1.

[6]– "معجم مقاييس اللغة" لابن فارس ط1 ، دار الجيل ، لبنان 1411هـ 1991م. باب نون فصل الهاء 361/5

قال ابن منظور:(ومنهجُ الطريق: وضوحُه، والمِنهاج كالمَنهج، وفي التنزيل:﴿لكلٍّ جعلنا منكم شرعة ومِنهاجاً﴾[المائدة:48]، والمنهاج: الطريق الواضح، وفي حديث العباسﷺ:(لم يمت رسول اللهﷺ حتى تركّكم على طريق ناهجة)[7]).

وجاءت كلمة المنهاج في السنة النبوية المطهرة بقولهﷺ: (ثم تكون خلافة على منهاج النبوة)[8].

2-المنهج اصطلاحاً: هو الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم بواسطة طائفة من القواعد العامة تهيمن على العقل، وتحدد عملياته الفكرية، حتى يصل إلى نتيجة معلومة[9].

أو هو: (ما يكون آلة لتحصيل غيره، فهو متعلق بكيفية عمل تحصيله)[10].

أو هو: (الأسلوب الذي يسلكه العالِم في بحثه عند دراسة مشكلة للوصول إلى حلول لها)[11].

ويعرف البدوي المنهجية بأنها: (علم يعتني بالبحث في أيسر الطرق؛ للوصول إلى المعلومة مع توفير الجهد والوقت، وتفيد كذلك معنى ترتيب المادة المعرفية وتبويبها وفق أحكام مضبوطة)[12].

وأما علم المنهج: فهو العلم الذي يدرس المناهج البحثية المستخدمة في فروع العلوم المختلفة، فيظهر من خلال هذه التعريفات أن سلوك المنهج: هو مجموعة من الإجراءات والخطوات والاختبارات والقواعد التي يتبعها أفراد يعملون في المجال ذاته، فصاحب المنهج كالذي بيده مصباح يكشف له الطريق الذي عليه أن يسلكه للوصول إلى النهاية المناسبة له.

7- أخرجه عبد الرزاق في "المصنف": 434/5،تحقيق:الأعظمي ، ط1، دار الناشر ، جنوب إفريقيا 1930- 1970.

8- رواه أحمد في مسنده 355/30 عن حذيفة بن اليمانﷺ قال: قال رسول اللهﷺ: (تكون النبوة فيكم ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها الله إذا شاء أن يرفعها، ثم تكون خلافة على منهاج النبوة فتكون ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها الله إذا شاء أن يرفعها، ثم تكون ملكًا عاضًا فيكون ما شاء الله أن يكون، ثم يرفعها إذا شاء الله أن يرفعها، ثم تكون ملكًا جبرية فتكون ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها الله إذا شاء أن يرفعها، ثم تكون خلافة على منهاج النبوة، ثم سكت).

9- "مناهج البحث العلمي" عبد الرحمن بدوي، ط:3، وكالة المطبوعات، الكويت، 1977م، ص50.

10- "منهج البحث الأدبي" د.علي جواد الطاهر، ط3، مكتبة اللغة العربية بغداد، 1774م:ص17.

11- "مناهج البحث العلمي في الفكر الإسلامي و الفكر الحديث" للعيسوي ، ط: دار الراتب الجامعية، 1996م ص21.

12- "المنهجية في البحوث والدراسات الدينية"، محمد البدوي، دار المعارف للطباعة والنشر، سوسة- تونس، 1771م: ص7.

فالمنهج في العلوم الشرعية مُستمَدٌّ من علوم المنطق وأصول الفقه والقواعد الفقهية واللغة العربية ومصطلح الحديث وقواعد التفسير،

إذ تصبح هذه القواعد طريقاً يسلكها الباحث للوصول إلى نتائج المعرفة بالنظر في السُّبُل التي سلكها العلماء كلٌّ في مَيدانه.

ب- النقد:

1- النقد لغةً: جاءت كلمة (النقد) للدلالة على معان:

1- النقد خلاف النسيئة، والتنقاد: تمييز الجيد من الرديء والصحيح من الزائف، وأنشد سيبويه:

تنفي يداها الحصى في كل هاجرة نفيَ الدنانيرِ تنقادُ الصياريفِ[13]

2- النقر في الشيء، نقد الطائر الفخ بمنقاره، أي: نقره، والمنقاد المنقار، وفي حديث أبي ذرﷺ أنه كان في سفر فقرب أصحابه السفرة ودَعَوه إليها، فقال: إني صائم، فلما فرغوا جعل ينقد شيئاً من طعامهم، أي: يأكل شيئاً يسيراً[14].

3- المناقشة في الأمر، تقول ناقدتُ فلاناً إذا ناقشتَه في الأمر.

4- تقشير الشيء والكشف عنه وإظهاره، والنقد تقشر في الحافر وتكسر في الأسنان.

5- تفحص الشيء والنظر إليه خلسة، لتمييز جيده من رديئه[15].

وسمي النقد بهذا الاسم لأنه يتفق مع اشتقاق الكلمة، رغم أنه يستعمل أيضاً في معاني الضرب والطعن واللدغ، كما قال ابن منظور في حديث أبي الدرداءﷺ: (إن نقدت الناس نقدوك، وإن تركتهم تركوك)[16]: (معنى إن نقدتهم: إن عبتهم واغتبتهم قابلوك بمثله)[17]،

---

[13]- "لسان العرب" مادة (نقد) 254/14، والبيت نسب للفرزدق في ديوانه، وقال ابن منظور: (وقد نقدها ينقدها نقداً، وانتقدها وتنقدها ونقده إياها نقداً: أعطاه فانتقدها أي: قبضها... وفي حديث جابر وجمله قال: (فنقدني ثمنه) أي: أعطانيه نقداً معجلاً).

[14]- "لسان العرب"254/14 وقال:(نقدت الشيء بإصبعي أنقده واحداً واحداً نقد الدراهم، ونقد الطائر الحب ينقده إذا كان يلتقطه واحداً واحداً وهو مثل النقر).

[15]- المرجع السابق وقال ابن منظور: (نقد الرجل الشيء بنظره ينقده نقداً ونقد إليه: اختلس النظر نحوه، ومازال فلان ينقد بصره إلى الشيء إذا لم يزل ينظر إليه والإنسان ينقد الشيء بعينه، وهو مخالسة النظر لئلا يفطن له).

[16]- رواه ابن عساكر في "تاريخ دمشق"، ت:محب الدين أبي سعيد العمري، دار الفكر، لبنان 1415- 1995م، 178/7- 179.

[17]- "لسان العرب" 254/14 وقال: (هو من قولهم نقدت رأسه بأصبعي أي ضربته، ونقدت الجوزة أنقدها أي أضربها، ... ونقدته الحية لدغته) وانظر "النهاية في غريب الحديث" لابن الأثير، المكتبة العصرية، لبنان 1429- 2008م 87/5.

ويستعمل أيضاً بمعنى أوسع، وهو تقويم الشيء والحكم عليه بالحسن أو القبيح، وأما فيما يتعلق بموضوعنا وهو: منهج النقد الفقهي فيمكننا أن نعتمد النقد منهجاً مفرداً ومركباً، من خلال مناهج الوصف والاستقراء والتحليل.

2- **النقد اصطلاحاً:** الحكم على الشيء بإظهار محاسنه وعيوبه، بعد ملاحظته ودراسته، بقصد تقييمه وتقويمه.

أو: هو التعبير المنطوق والمكتوب من متخصص يطلق عليه اسم الناقد عن سلبيات وإيجابيات أفعال أو قرارات في كل المجالات، ويذكر القوة والضعف فيها، ويقترح لها حلولاً أحياناً.

أو: هو النظر في كلام الآخرين وأقوالهم وأفعالهم، وتمييز الصحيح منها من غيره، بحسب نظر الناقد، في القضايا الشائعة والمنتشرة في مختلف مجالات حياة الناس[18].

ويمكننا أن نعرف النقد بأنه: (عملية رصد لمَواطِن الخطأ والصواب، في موضوع معين، ثم تقييمه بعد دراسة يستند فيها الباحث إلى الأصول والثوابت العلمية المقررة في المجال الذي ينتمي إليه الموضوع، ثم تقويم وتصحيح بعض المفاهيم في الشكل أو المضمون)[19].

3- متطلبات النقد: يتطلب النقد إلى مهارات إضافة للتحليل، والتركيب، والاستنتاج، والتفسير:

أ- التعمق في دراسة الموضوع المراد نقده والنظر فيه.

ب- الشمول والإحاطة في الكشف عن الموضوع من جميع جوانبه.

ج- إظهار الخصائص والنقائص الكامنة فيه على حد سواء بشكل موضوعي وحيادي وبناء.

د- مناقشة الملاحظات إيجاباً وسلياً بالحجج والبراهين بالمنهج المتفق عليه لتقييمها وتقويمها.

---

[18]- انظر هذه التعريفات للنقد في "النقد مفهومه و مشروعيته" مقال لإسماعيل حريري نشر في مجلة اللقاء ، هيئة علماء بيروت ، العدد17ص10، "النقد و حكاية الذات" مقال لعائشة العاجل نشر في مجلة الرافد، قطر، العدد 195 لعام 1013م ص54.

[19]- "أبجديات البحث في العلوم الشرعية" لفريد الأنصاري ، ص98بتصرف.

4- طرق النقد: ويقوم منهج النقد على دراسة التفاعل الحاصل بين القضايا العلمية، من حيث رصد علاقات الاختلاف، أو الائتلاف، أو التقابل والتناظر بين القضايا، ولمنهج النقد ثلاثة طرق:

الأولى: طريقة المقارنة: إبراز مواطن الخلاف أو الوفاق بين قضيتين أو عدة قضايا، مع تفسيره وتعليله.

الثانية: طريقة التفاعل: دراسة العلاقات التأثيرية أو التأثرية في القضايا العلمية، كالنقد الحديثي.

الثالثة: طريقة الجدلية: وتقوم على صراع المتناقضات الفكرية بهدف تجاوز الغالب منها للمغلوب.

5- ملخص النقد: فمن خلال هذه التعريفات السابقة للنقد يتلخص ثلاث نتائج للنقد:

1- أن النقد يتوجه إلى الإنتاج البشري الاجتهادي الذي يعتريه النقص والخطأ.

2- أنه لا يمكن توجيهه إلى الوحي الإلهي أو شخص النبوة لأنه معصوم عن احتمال الخطأ.

3- أن النقد لا يكون إلا بعد دراسة للموضوع، فليس وليد رؤية سطحية، فلابد أن يكون الناقد متخصصاً عارفاً بأصوله وقواعده.

ج- المنهج النقدي:

1- مفهوم المنهج النقدي: يفهم من مصطلح المنهج النقدي الطريق الذي يسلكه الباحث أو الدارس لقضية أو مشكلة، ويجمع فيه بين عمليتي التقييم أولاً، ثم التقويم ثانياً، وكلتا العمليتين مكمِّلتان لبعضهما، فلا يتم التقويم دون التقييم، فهي التي تكشف النقاب عن نقاط الضعف والقوة، والكفاية بعملية التقييم فحسب عملية ناقصة غير مكتملة الأهداف.

2- **أهمية المنهج النقدي:** المعرفة الإنسانية بناء شامخ يساهم الجميع في تأسيسه، فكل إنسان يقدم المعرفة وفقاً لثقافة مجتمعه، وبالتالي فهذه المعرفة ذاتية بالإنسان الذي يطرحها، لذلك تحتاج إلى نقد، لتلافي نواقصها وتنمية كمالاتها، وفي الغالب يطبق المنهج النقدي على الأفكار وليس على الأشخاص، إلا في أحوال خاصة، كحالات العلاج النفسي مثلاً.

د- منهج النقد الفقهي: لما كان مصطلح النقد الفقهي مصطلحاً معاصراً حادثاً لا بد من تعريفه باعتباره لقباً بعد تعريف مفرداته.

1- تعريف منهج النقد الفقهي: (هو مطلق التغاير في الرأي في إبداء مواضع القصور أو التقصير فيه)[20]، أو: (تحرير مسائل المذهب من حيث ترجيح الروايات والأقوال، وتوجيهها والتخريج عليها، بتمييز أصحها وأقواها من ضعيفها ومرجوحها، باعتماد طرق معلومة ومصطلحات مخصوصة)[21]، و: (تبيان الصحيح والضعيف من فروع المذهب انطلاقاً من عرضها على أصوله وضوابطه)[22].

ومن هذه التعريفات يُمكن تعريف منهج النقد الفقهي بأنَّه: (دراسة الإنتاج الفقهي لمذهب فقهي جزئياً أو كلياً بحثاً وترجيحاً وتقويماً وتحليلاً، سواء في أصول المذهب أو فروعه أو أقوال أئمته).

2- أهمية منهج النقد الفقهي: فهذا العلم ينبغي أن يَنال اهتماماً كبيراً، فلا سبيل لنا للتَّرجيح بين الأقوال الفقهيِّة إلا به، ولا فهمِ الخلاف الحاصل بين علماء المذهب إلا من خلاله، ولا إعمالِ الفقه في الواقع بدونه، فهو روحٌ للفقه، وبدونه لا بقاء له.

3- دعائم منهج النقد الفقهي: ويعتمد منهج النقد الفقهي على خمسة مناهج كامنة فيه، وهي:

المنهج التوثيقي- المنهج الوصفي- المنهج التحليلي- المنهج الحواري- المنهج الاستقرائي.

---

[20]- هذا التعريف للدكتور نوار بن الشلي ، في كتابه "نظرية النقد الفقهي" ص14، لكنه قاصر لا يشير إلى النقد الفقهي بدقة.

[21]- هذا التعريف للدكتور عبد الحميد عشاق في"منهج النقد والخلاف الفقهي عند المازري"، ط:1 دار البحوث و إحياء التراث 2005م، الإمارات العربية المتحدة9/1، ولكنه يقتصر على النقد الداخلي الذي يعنى بتحقيق الروايات في المذهب، ويغفل النقد الخارجي، وهو الذي يعنى بحجاج المذاهب الأخرى ضمن ما يعرف بالردود ومسائل الخلاف.

[22]- هذا تعريف للدكتور محمد المصلح في كتابه "الإمام اللخمي وجهوده في تطوير الاتجاه النقدي في المذهب المالكي" ،ط1 دار البحوث 2007م، الإمارات9/1.

المطلب الثاني: مقارنة طرق الاستدلال عند فقهاء الحنفية وجمهور المتكلمين. اختلفت طرق الاستدلال[23]بالنصوص الشرعية بين منهج فقهاء الحنفية وسائر الأصوليين المتكلمين من المذاهب الفقهية الأخرى على طريقتين:

الطريقة الأولى: طريقة الحنفية: أن الاستدلال إما أن يكون[24]بـ:

أ- عبارة النص: العمل من المجتهد بظاهر لفظ ما سيق الكلام له، سواء كان سوقاً أصلياً أو لا[25].

ب- إشارة النص: هو العمل بما ثبت بنظم الكلام لغة، لكنه غير مقصود ولا سيق له النص وليس بظاهر من كل وجه[26]، ويسمى هذا الاستدلال في علم الميزان [أي: المنطق] بدلالة التضمن والالتزام، كأن السامع لإقباله على ما سيق الكلام له، غفل عما في ضمنه فهو يشير إليه، ومثالهما في قوله تعالى:﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[البقرة:233]، إثبات النفقة على الوالد عبارة، لأن النص سيق له أصالة، وإثبات

---

[23]- قال الجرجاني"التعريفات"ص139/34:(الاستدلال: هو تقرير الدليل لإثبات المدلول، الدلالة: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، والأول هو الدال، والثاني هو المدلول، فإن كان التلازم بعلة الوضع فوضعية أو العقل فعقلية، ومنها الطبيعية، واللفظية عبارة وإشارة ودلالة واقتضاء)، وانظر:"إفاضة الأنوار" ص497.

[24]- قال ابن أمير حاج في"التقرير والتحبير"106/1:(ولهم في توجيه الحصر فيها وجوه، والذي يظهر لي على ما هو المناسب لكلام المصنف فيها، أن الدلالة اللفظية إما أن تكون ثابتة بنفس اللفظ أو لا، والأولى: إما أن تكون مقصودة منه وهي العبارة، أو لا وهي الإشارة، والثانية: إما أن تكون على مسكوت عنه يفهم بمجرد فهم اللغة وهي الدلالة، أو يتوقف صحة اللفظ أو صدقه عليه وهي الاقتضاء، أو لا وهي التمسك الفاسد). وانظر: نحوه في "تيسير التحرير" لأمير باد شاه86/1"، و"التعريفات" ص139.

[25]- قال ابن عابدين في "نسمات الأسحار ص499: (والمراد بالسوق الأصلي أن يكون سوق الكلام لأجله؛ كالعدد في قوله تعالى:(فَانكِحُوا مَا طَابَ لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع)الآية، وبالسوق غير الأصلي: أن يكون المتكلم قصد التكلم به لإفادة معناه، ولا يكون ذلك مقصوداً أصلياً، بل جيء به لغرض إتمام معنى آخر، كإباحة النكاح من هذه الآية، فإن المراد من كونه مسوقاً أن يدل على مفهومه مع كونه أصلياً).

وقال الجرجاني في"التعريفات" ص189:(سميت عبارة، لأن المستدل يَعبُر من النظم إلى المعنى، والمتكلم من المعنى إلى النظم، فكانت هي موضع العبور).

[26]- قال ابن عابدين في "نسمات الأسحار"ص499:(فقد ظهر أن اشتراط السوق في العبارة لم ينفرد به صدر الشريعة، وأن لزوم اتحادها مع النص غير ضائر، على أن الإتقاني في شرح "المنتخب" والشبلي في شرح "المغني" قالا:(إن الفرق بينهما عسير جداً)، ثم فرقا بينهما بالاعتبار، وهو أن النَّصَّ تصرف في الكلام من جهة المتكلم، وفي العبارة من جهة المستدل، والفرق بالاعتبار كاف)اهـ.

النسب إلى الوالد إشارة، لأنه فهم من النص ولم يسق لأجله بلام التمليك تابعاً للنفقة، وهما سواء في إيجاب الحكم، إلا أن العبارة أحق عند التعارض مع الإشارة[27].

قال السمرقندي:(مثاله في الشرعيات: قوله تعالى:﴿للفقراء الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾[الحشر:8] فالآية نص في بيان استحقاق سهم من الغنيمة للفقراء المهاجرين...ثم في الآية إشارة إلى أن استيلاء الكفار على أموال المسلمين سبب لثبوت الملك لهم فيها حيث سماهم فقراء مع إضافة الديار والأموال إليهم، والفقير: عبارة عن عديم المال فيكون فيه إشارة إلى أن زوال ملكهم عما استولوا عليه بعد إخراجهم عن أموالهم وديارهم ولهذا نظائر كثيرة)[28].

ج- دلالة النص: هي ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهاداً، بحيث يعرفه كل لغوي بلا تأمل، كالنهي عن التأفيف في قوله تعالى:﴿فلا تقل لهما أف﴾[الإسراء:23]، يوقف به على حرمة سائر أنواع الأذى كالضرب وغيره بمجرد السماع دون اجتهاد، والثابت به كالإشارة إلا عند التعارض[29].

د- اقتضاء النص: طلب النص زيادة لصحته وصدقه، فلا يعمل إلا بشرط تقدمه فهو كالدلالة، وقيل: هو جعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق، كقوله تعالى:﴿فتحرير رقبة﴾[النساء91] مقتضٍ لكونها مملوكة، إذ لا يمكن العتق فيما لا يملكه، ومثاله: إذا قال لآخر اعتق عبدك هذا عني بألف درهم فأعتقه، كان أمره بالعتق كقوله: بعني عبدك هذا بألف ثم اعتقه عني)[30].

الطريقة الثانية: طريقة المتكلمين: أن الاستدلال إما بمنطوق النص أو بمفهومه.

27- قال في""نسمات الأسحار"ص503:(ومثالهما في المحسوسات: ما إذا قصد بالنظر إلى شيء يقابله، فرآه ورأى مع ذلك غيره يمنة ويسرة بأطراف العين من غير قصد)اهـ.

28- "ميزان الأصول" لعلاء الدين السمرقندي ت: د.عبد الملك السعدي، ط1: مطبعة الخلود العراق1987م، 567/1.

29- قال ابن عابدين في "نسمات الأسحار" ص507:(قوله: إلى دلالة منطوق ودلالة مفهوم، فالأول: ما يدل عليه اللفظ في محل النطق، أي: يكون حكماً للمذكور وحالاً من أحواله ذكر ذلك الحكم ونطق به أولاً، والثاني: ما يدل عليه لا في محله؛ بأن يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله، ومفهوم الموافقة هو أن يكون المسكوت عنه؛ أي: غير المذكور موافقاً للمنطوق؛ أي: المذكور في الحكم إثباتاً ونفياً، ومفهوم المخالفة خلافه)اهـ.

30- انظر: "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص511.

قال الزركشي: (اعلم أن الألفاظ ظروف حاملة للمعاني والمعاني المستفادة منها تارة تستفاد من جهة النطق والتصريح وتارة من جهة التعريض والتلويح، والأول هو المنطوق: ينقسم إلى نص إن لم يحتمل، وظاهر إن احتمل، والثاني: هو المفهوم وهو بيان حكم المسكوت بدلالة المنطوق، وسمي مفهوماً لا لأنه مُفهِم غيرِه، إذ المنطوق أيضاً مفهوم، بل لأنه مفهوم مجرد لا يستند إلى منطوق، فلما فُهِم من غير تصريح بالتعبير عنه سمي مفهوماً)[31].

أولا: منطوق النص:

1- تعريف المنطوق: هو ما فهم من دلالة اللفظ قطعاً في محل النطق، وهو المعنى المستفاد من اللفظ من حيث النطق به، أي: يكون حكماً للمذكور وحالاً من أحواله[32]، ويقول الآمدي: (والمنطوق وإن كان مفهوماً من اللفظ غير أنه لما كان مفهوماً من دلالة اللفظ نطقاً خص باسم المنطوق وبقي ما عداه معرفاً بالمعنى العام المشترك تمييزاً بين الأمرين)[33].

2- **أنواع المنطوق:**

أ- **المنطوق الصريح:** هو الذي دل عليه اللفظ بالمطابقة أو التضمن، ويشمل النصَّ والظاهر والمؤوَّل، والمجمَل والمبيَّن[34].

ب- المنطوق غير الصريح: إن دل عليه اللفظ بدلالة الالتزام، ويقابله دلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء عند الحنفية، وهو أنواع:

1- دلالة الإشارة: وهي فهم ما ليس مقصوداً باللفظ في الأصل، ولكنه لازمٌ له تبعاً، وهي نوعان:

النوع الأول: الإشارة الخفية: كدلالة قوله تعالى:﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾[البقرة:187] على صحة صوم الجنب، لأن إباحة الجماع ليلة الصيام، يلزم منها الاغتسال بعد الفجر.

---

[31]- "البحر المحيط" للزركشي ت: لجنة من علماء الأزهر ط1دار الكتبي 1994م القاهرة 121/5:.

[32]- انظر: "شرح الكوكب المنير" لابن النجار473/3، "المستصفى" للغزالي191/2، و"إرشاد الفحول" للشوكاني2/ 763.

[33]- "الإحكام في أصول الأحكام" للآمدي ت: إبراهيم العجوز ط1دار الكتب العلمية بيروت 63/3.

[34]-اختلف العلماء في المنطوق والمفهوم، هل هما من أقسام الدلالة، أو من المدلول؟ فمنهم من يرى أنهما من أقسام المدلول كالآمدي، ومنهم من رأى أنه من أقسام الدلالة كابن الحاجب، ووافقه ابن العطار، والزركشي، واختاره ابن مفلح والشوكاني."الإحكام" للآمدي٦٦/٣، "حاشية التفتازاني"271/2،"حاشية العطار"٣٢٩/١.

النوع الثاني: الإشارة الظاهرة: كدلالة قوله تعالى:﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾[الأحقاف:15]، مع قوله:﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾[لقمان:14] على أن أقلَّ مدةِ الحمل ستة أشهر[35].

2- دلالة الإيماء: وهي فهمُ التعليل مِن إضافة الحكم إلى الوصف المناسب، نحو:﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:38]، يفهم منه كونُ السرقة علةً للقطع.

3- دلالة الاقتضاء: وهي ما يتوقف فيه صدق النطق أو صحته على إضمار، نحو قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنْكُم مَرِيضاً أَو عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِن أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[البقرة:184]، أي: فأفطر[36].

ثانياً: مفهوم النص:

1- تعريف المفهوم: لابد من تعريف المفهوم أولاً لغة واصطلاحاً:

أ- المفهوم لغة: اسم مفعول من الفعل المبني للمجهول، فُهِم فهماً، فهو مفهوم أي: منه، وقال ابن فارس: (الفاء والهاء والميم عِلمُ الشَّيء)، وقال ابن منظور: (الفهم معرفتك الشيء بالقلب)[37].

ب- المفهوم اصطلاحاً: هو ما فهم من اللفظ في غير محل النطق، وهو المعنى المستفاد من حيث السكوت اللازم للفظ، لا من حيث النطق به، أي: يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله [38]، ويقول الشوكاني: (والحاصل أن الألفاظ قوالب للمعاني المستفادة منها، فتارة تستفاد منها من جهة النطق تصريحاً، وتارة من جهته تلويحاً، فالأول المنطوق، والثاني المفهوم)[39].

2- أنواع المفهوم: ينقسم المفهوم إلى نوعين:

أ- مفهوم الموافقة: وهو إثبات مثل الحكم المنطوق به للمسكوت عنه، وهو ما يفهم من الكلام بطريق المطابقة، ويقابله دلالة النص عند الحنفية[40]، وهو على نوعين:

---

[35]- انظر: "شرح الكوكب المنير" لابن النجار ت: د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، ط1مكتبة العبيكان1997م الرياض473/3.

[36]- انظر: "تنقيح الفصول" للقرافي ت: عبد الرؤوف محمد ط2: المكتبة الأزهرية للتراث القاهرة 1992م ص55.

[37]-"شرح الكوكب المنير"لابن النجار480/3 "معجم مقاييس اللغة لابن فارس 457/4، ولسان العرب لابن منظور 419/12.

[38]- "البحر المحيط" للزركشي 121/5.

[39]- "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" للشوكاني ت: سامي الأثري ط1دار الفضيلة 2000م الرياض763/2.

[40]- قال ابن عابدين: ونص الشافعي في "الرسالة": أن الدلالة من أنواع القياس الجلي. "نسمات الأسحار" ص507.

النوع الأول: فحوى الخطاب: وهو ما كان المسكوتُ أولى بالحكم من المنطوق، سواء كان أكثرَ منه نحو:﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء:23]، فإنه يقتضي تحريم الضرب بطريق الأولى، إذ هو أولى بالتحريم من التأفيف؛ لأنه أشدُّ في الإيذاء وأولى بالمنع، أو أقلَّ منه نحو: ﴿ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك﴾ [آل عمران:75]، فإنه يقتضي أمانته في الدرهم بطريق الأولى.

النوع الثاني: لحن الخطاب: وهو ما كان المفهوم مساوياً للحكم المنطوق، كدلالة قوله تعالى:﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً﴾ [النساء:10] بطريق المفهوم على تحريم إحراق أموالهم. قال الآمدي:(أما مفهوم الموافقة فقد اتفق الكل على صحة الاحتجاج به سوى الظاهرية وإن اختلفوا في دلالته هل هي لفظية أو قياسية) [41].

ب – مفهوم المخالفة: وهو موضوع هذا البحث: (نقد العمل بمفهوم المخالفة).

ثالثاً: المقارنة بين طريقة الحنفية وطريقة الجمهور: تتوافق طريقة الحنفية مع طريقة الجمهور في تقسيماتهم كلها ما عدا مفهوم المخالفة، فدلالة المنطوق الصريح عند الجمهور تقابل عبارة النص عند الحنفية، ودلالة الإشارة في المنطوق غير الصريح تقابل إشارة النص الظاهرة، ودلالة الإيماء في المنطوق غير الصريح تقابل إشارة النص الخفية، ودلالة الاقتضاء في المنطوق غير الصريح عندهم تقابل اقتضاء النص عند الحنفية، ودلالة المفهوم الموافق تقابل دلالة الدلالة، وهي دلالة النص عند الحنفية، سواء كانت مساوية للمنطوق وهي لحن الخطاب أو أولى منه وهي فحوى الخطاب، ويبقى أن يكون المسكوت مخالفاً للمنطوق في الحكم وهو مفهوم المخالفة الذي يسمى دليل الخطاب عند الجمهور فلا مقابل له عند الحنفية في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، بل يعده الحنفية منهجاً غير صحيح، ويسمونه بالاستدلالات الفاسدة، وهي الطرق غير المقبولة عندهم في فهم معالق النصوص، كمفهومات المخالفة والتعليلات الفاسدة وهي الأقيسة التي عللها غير مقبولة كالمنقوضة والنفي[42].

41– "الإحكام في أصول الأحكام" للآمدي 63/3.

42– "قصول البدائع في أصول الشرائع" للفناري(ت834هـ)ط1: دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢٧ هـ– ٢٠٠٦م، 141/2.

قال ابن عابدين:(واعلم أن الشافعي رحمه الله قسَّم الدلالة إلى دلالة منطوق، ودلالة مفهوم، وقسم الثاني إلى مفهوم موافقة، وهو: دلالة النص عندنا، وإلى مفهوم مخالفة، وهو: أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق في الحكم، ويسمى:(دليل الخطاب)[43].

[43]– "تسمات الأسحار" لابن عابدين ص523.

المبحث الأول: الاستدلال بمفهوم المخالفة:

المطلب الأول: تعريف مفهوم المخالفة:

أ- المخالفة لغة: مصدر على وزن المفاعلة من الفعل خالف الدال على المشاركة، وهي: المضادة بين شيئين وعدم التوافق بينهما، وكل ما لم يتساوَ فقد اختلف وتخالف، ومنه قوله تعالى: ﴿مختلفاً أُكُلُه﴾[الأنعام:١٤١]، فمعنى المخالفة إذًا: المضادة والمعارضة وعدم التساوي والمماثلة[44].

ب- مفهوم المخالفة اصطلاحاً: وهو ما يفهم منه بطريق الالتزام، واشتهر بهذا الاسم لدى عامة الأصوليين، لأن الحكم الثابت للمسكوت عنه مخالف للمنطوق به، وعند الشافعية والحنابلة بـ: دليل الخطاب، لأن دليله من جنس الخطاب، أو لأن الخطاب دل عليه، وعند المالكية بـ: مفهوم الخطاب[45].

وقد عرفه القرافي: بأنه إثبات ضد حكم المنطوق أو نقيضه للمسكوت أو نفيه عنه[46].

وعرفه أخي زاده: بأنه دلالة قيد في الكلام على مخالفة حكم ما وراء القيد لصورة وجوده[47].

وعرفه الشيرازي: أن يُعَلَّق الحُكم على أحد وَصفَي الشيء فَيَدُلَّ على أنَّ ما عَدَا ذلك بخِلاَفه.

وعرَّفه الجويني: ما يَدُلُّ مِن جهة كَونه مخصَّصاً بالذِّكْر على أنَّ المسكوت عنه أولى بالذكر.

وعرفه الغزالي و ابن قدامة: الاستدلال بتخصيص الشيء بالذِّكر على نفي الحكم عما عداه[48].

قال ابن عابدين: (والمفاهيم: جمع مفهوم، وهو دلالة اللفظ على شيء مسكوت عنه، وهو قسمان: مفهوم الموافقة: وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً للمنطوق، أي: المذكور في

44- انظر"الإحكام" 66/3و"روضة الناظر" ٧٧٥/٢ و"البحر المحيط" 121/5"إرشاد الفحول" 764/2 .

45-قال القرافي في "تنقيح الفصول" ص53: (الفصل التاسع: في لحن الخطاب وفحواه ودليله وتنبيهه واقتضائه ومفهومه).

46- قال الجرجاني في التعريفات ص179: (صفتان وجوديتان يتعاقبان في موضع واحد يستحيل اجتماعهما، والفرق بين الضدين والنقيضين أن النقيضين لا يجتمعان ولا يرتفعان كالعدم والوجود، والضدين لا يجتمعان ولكن قد يرتفعان كالسواد والبياض).
قال القرافي "تنقيح الفصول"ص53: (وهل المخالفة بين المنطوق والمسكوت بضد الحكم المنطوق به أو نقيضه؟ الحق الثاني).

47- "رسالة في مفهوم المخالفة" لأخي زادة عبد الحليم أفندي(ت١٠١٣هـ) ص66.

48- وقال الغزالي في"المستصفى" 196/2: (ويسمى مفهوماً لأنه مجرد لا يستند إلى منطوق، وإلا فما دل عليه المنطوق أيضاً مفهوم، وربما سمي دليل الخطاب ولا التفات إلى الأسامي). وانظر "التعريفات"ص288،"اللمع"122/2،"البرهان" 449/1.

الحكم كدلالة النهي عن التأفيف على حرمة الضرب، وهذا يُسمى عندنا دلالة النص، وهو معتبر اتفاقاً، ومفهوم المخالفة بخلافه، وهو أقسام: مفهوم الصفة، والشرط، والغاية، والعدد، واللقب وهو معتبر عند الشافعي إلا مفهوم اللقب)[49].

المطلب الثاني: أنواع مفهوم المخالفة: اختلف الأصوليون في عدد أنواع مفهوم المخالفة[50]، وأشهر هذه المفاهيم:

1- مفهوم الصفة: المراد بالصفة: تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانيه، ليس بشرط ولا غاية، ومنه النعت والحال والعلة والظرف، وهو كذلك عند البيانيين، وإنما يخص الصفة بالنعت النحاة فقط[51].

ومفهوم الصفة: هو دلالة اللفظ المقيد بوصف على نفي الحُكم عند انتفاء ذلك الوصف.

مثال مفهوم النعت في قوله تعالى:﴿فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾[النساء:25]، تقييد حل نكاح الأمة بوصف الإيمان عند غير الحنفية[52].

قال الرازي: (الحق: أنه لا يدل، وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن سريج والقفال والقاضي وإمام الحرمين والغزالي وقول جمهور المعتزلة، وذهب الشافعي والأشعري ومعظم الفقهاء منا إلى أنه يدل).

وقال الآمدي: (فأثبته الشافعي ومالك وأحمد والأشعري وجماعة من الفقهاء والمتكلمين وجماعة من أهل اللغة العربية) كأبي عبيد والأخفش وابن فارس وابن جني[53].

وأهم أقسام مفهوم الصفة:

---

[49]- "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص523، "حاشية رد المحتار على الدر المختار" لابن عابدين 367/1.

[50]- عدد منها الآمدي والقرافي عشرة أنواع، وذكر الغزالي منها ثمانية، واقتصر ابن النجار على ستة، و ابن الحاجب على أربعة فقط انظر "الإحكام" ٧٨/٣، "تنقيح الفصول"ص٥٣، "المستصفى" 209/2، "شرح الكوكب المنير" 497/3، "شرح مختصر ابن الحاجب" 173/2، "إرشاد الفحول "772/2، "البحر المحيط"148/5.

[51]- و"شرح الكوكب المنير" 498/3، "إرشاد الفحول " 772/2، و"البحر المحيط" 155/5.

[52]- قال ابن الهمام في "التحرير": (وهو أقسام: مفهوم الصفة والشرط والغاية عند مد الحكم إليها، نحو: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[البقرة:230]، فَتَحِلُّ إذا نكحت، ومفهوم العدد عند تقييد الحكم به نحو: ﴿ثمانين جلدة﴾ [النور:2]... ، ويُضيفون حكم الصفة والشرط إلى الأصل، وهو العدم الأصلي إلا لدليل وحكم الغاية والعدد إلى الأصل الذي قرره السمع) [52].

[53]- "المحصول" للرازي 136/2 "الإحكام" للآمدي 70/3، "رسالة في مفهوم المخالفة" لأخي زادة ص32.

أ- مفهوم الصفة المضافة: بأن تُذكرَ صفةٌ خاصةٌ في معرض الاستدراك والبيان مضافةً إلى اسم عام قبلها، ومثال مفهوم الإضافة قولهﷺ:(مطل الغني ظلم)[54]، أن مطل المدين الفقير ليس ظلماً.

وكحديث:(في سائمة الغنم زكاة)[55]، فأضاف السائمة وقصرِها على سائمة الغنم، بمفهوم الصفة.

ب- مفهوم الصفة العارضة: وهي تعليق الحكم على صفة لا تستقر، بل تطرأ حيناً وتزول حيناً، كحديث: (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها)[56]، حيث قرن حكم كون المرأة أحقَّ بنفسها من وليها والاستئمار بوصفي الثيوبة والبكارة، وهي أوصاف عارضة طارئة على المرأة.

ج- مفهوم التقسيم[57]: وهو أن يذكر حكم أحدِ القسمين، ويذكر حكمه معه، فإنه يدل على انتفاء ذلك الحكم عن الآخر، كحديث: (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر)، ووجه تقسيمه أن المرأةَ إما الثيب المتزوجة التي فارقت زوجها، أو البكر غير المتزوجة، وتخصيص كل واحدة منهما بحكم، يدل على انتفاء ذلك الحكم عن القسم الآخر، إذ لو عمهما حكم واحد لم يكن للتقسيم فائدة، فمفهوم تخصيص الأيم بأنها أحق بنفسها يدل على نفيه عن البكر، ومفهوم تخصيص البكر بالاستئذان يدل على نفيه عن الأيم، وهو حجة ذكره ابن قدامة وابن النجار.

د- مفهوم الحال: كقوله تعالى:﴿وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾[البقرة:187]، يفيد أن شرط اعتكاف الرجال أن يكون في المسجد، ويفيد حِلَّ المباشرة في غير حالة الاعتكاف.

---

[54]-أخرجه البخاري في "صحيحه" كتاب الحوالات باب إذا أحال على ملي فليس له رد(2288)، ومسلم كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغني(4007) عن أبي هريرةﷺ.

[55]- رواه البخاري كتاب الزكاة باب زكاة الغنم(1454)عن أنس من حديث أبي بكر الصديقﷺ:(وفي سائمة الغنم إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة واحدة)،قال في"التلخيص الحبير"307/2:عن ابن الصلاح:(أحسب أن قول الفقهاء والأصوليين: في سائمة الغنم الزكاة اختصار منهم).

[56]- رواه مسلم كتاب النكاح باب استئذان السيد في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت(3461) عن ابن عباس ﷺ.

[57]-التقسيم: ضم مختص إلى مشترك، وحقيقته أن ينضم إلى مفهوم كلي قيود مخصصة مجامعة، إما متقابلة أو غير متقابلة، وضم قيود متخالفة بحيث يحصل عن كل واحد منهم قسم. "التعريفات" ص89.

هـ- مفهوم العلة: وهو تعليق الحكم بالعلة، كحديث:(كل مسكر خمر وكل خمر حرام)[58]، فيدل بمفهومه على أن ما ليس بمسكر لا يكون حراماً، لأن الصفة قد تكون علة، وقد تكون متممة كالسوم.

و- مفهوم العدد: وهو تعليق الحكم بعدد مخصوص، بأن يدلَّ اللَّفظُ المقيَّدُ بعددٍ على نقيضِ حُكمِه عند انتفاءِ ذلكَ العَدد زائداً أو ناقصاً، كقوله تعالى:﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[النور:4]، قال الرازي:(فثبت أن قصر الحكم على العدد لا يدل على نفيه عما زاد أو نقص إلا لدليل منفصل)[59]، وجعل الجويني مفهوم العدد من قسم الصفات لأن قدر الشيء صفته، وعلل ذلك التاج السبكي: (وذلك لأن العدد شبه الصفة، لأن قولك: في خمس من الإبل في قوة قولك: في إبل خمس، تجعل الخمس صفة للإبل، وهي إحدى صفتي الذات؛ لأن الإبل قد تكون خمساً، وقد تكون أقل أو أكثر، فلما قيد وجوب الشاة بالخمس فهم أن غيرها بخلاف، فإذا قدمت لفظ العدد كان الحكم كذلك، والمعدود لم يذكر معه أمر زائد يفهم منهم انتفاء الحكم عما عداه فصار كاللقب)[60].

ومحل الخلاف إذا لم يذكر العدد للمبالغة أو التكثير، كقوله تعالى:﴿استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم﴾[التوبة:٨٠]، فالتقييد بالسبعين خُرِّج مَخرج التأكيد والمبالغة، كقولهﷺ: (لو أعلم أني لو زدت على السبعين غفر له لزدت)[61]، قال الزمخشري: (السبعون جار مجرى المثل في كلامهم للتكثير)[62].

واحتج به الشافعي وأحمد ومالك وداود، ورده الحنفية والمعتزلة والأشعرية[63]، مثاله: قوله تعالى:﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء﴾[البقرة:183]، أن العدة لا يجوز الزيادة فيها ولا النقص منها عن العدد المذكور.

58- رواه مسلم كتاب الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام (2003) عن عبد الله بن عمرﷺ.

59- "شرح الكوكب المنير" 504/3، "المحصول" للرازي 129/2، "ميزان الأصول" للسمرقندي 581/2.

60- "الإبهاج" للسبكي383/1، "البرهان " للجويني466/1، "شرح الكوكب المنير" 509/3.

61- رواه الترمذي كتاب التفسير باب ومن سورة التوبة(3097) عن ابن عباس وقال: حديث حسن صحيح غريب.

62- "الكشاف" للزمخشري. 74/3.

63-"شرح الكوكب المنير" لابن النجار 508/3، "البحر المحيط" للزركشي 170/5، "إرشاد الفحول" للشوكاني 775/2.

ز- مفهوم الزمان والمكان: كقوله تعالى:﴿الحج أَشهر معلُوماتٌ﴾[البقرة:197]، وقوله تعالى:﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة﴾[الجمعة:9]، كقوله تعالى:﴿فَاذْكُروا اللَّه عِنْد الْمشْعرِ الْحرامِ﴾[البقرة:198].

2- مفهوم الشرط: والمراد بالشرط اللغوي، وهو الجملة الفعلية التي دخل عليها أداة شرط كحرف (إنْ) أو (إذا) أو ما يقوم مقامهما من الأسماء والظروف، التي تدل على سببية الأول ومسببية الثاني.

وليس المراد به العقلي الوارد في القياس الشرطي، ولا الشرعي الذي هو قسيم السبب والمانع.

وأما مفهوم الشرط: فهو دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بشرط على ثبوت ضد ذلك الحكم عند زوال الشرط، وهو أقوى المفاهيم، واحتجَّ به من لم يحتجَّ بمفهوم الصفة كصاحب الهداية من الحنفية حيث قال:(وقوله في الكتاب: والغدير العظيم إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء من الجانب الآخر إشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع)[64].

ولأجل ذلك اكتسب مفهوم الشرط قوة في الاحتجاج به، لأن دلالته معلومة في اللغة والشرع، فجلُّ استعمالاتِ العرب لمفهوم الشرط للتعليل، لكون الشرط في حال تخلفه يلزم منه عدم المشروط.

قال الفخر الرازي في "المحصول": (المسألة السابعة: في أن المعلق أو الخبر المعلق على شيء بكلمة (إن) عدمٌ عند عدم ذلك الشيء والخلاف فيه مع القاضي أبي بكر وأكثر المعتزلة) [65].

قال ابن قاضي الجبل: (لفظ الشرط أصله التعليق وتستعمله العرب كثيراً للتعليل لا للتعليق فهو تنبيه على السبب الباعث على المأمور له لا التعليق المأمور به فالمقصود التنبيه على الصفة الباعثة لا التعليق)، كقوله تعالى: ﴿واشكروا لله إن كنتم إياه تعبدون﴾ [النحل:114] [66].

64- هو برهان الدين المرغيناني حيث ذكر في كتاب الطهارات أيضاً: (سنن الطهارة: غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ من نومه): "الهداية شرح البداية"12/1.

65- "المحصول في علم أصول الفقه" لفخر الدين الرازي122/2.

66- نقله عنه ابن النجار في "شرح الكوكب المنير" 506/3.

مثال مفهوم الشرط في قوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات:6]، يفهم منه قَبولُ خبر الواحد العدل، وفي قوله تعالى:﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق:6]، فمفهومه المخالف أن غير أُولات الحمل لا يجب الإنفاق عليهن[67].

وذهب الحنفية وبعض الشافعية كالغزالي والآمدي والمعتزلة إلى منعه[68]، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً﴾[النور:33]، فلا يجوز الإكراه وإن لم يردن التحصن.

3- مفهوم الغاية:والغاية لغة: ما لأجله وجود الشيء، وهي مدُّ الحكم بأداة ك: (إلى) و(حتى) واللام.

ومفهوم الغاية: دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بغاية على ثبوت نقيض ذلك الحكم بعد الغاية[69]، هو حجة عند الجمهور، وبه قال بعض من لم يعمل بمفهوم الشرط، كالقاضي الباقلاني، والغزالي، والقاضي عبد الجبار، وأبو الحسين البصري، وحكى ابن برهان الاتفاق عليه، وقال الغزالي: (وقد أصر على إنكار هذا أصحاب أبي حنيفة وبعض المنكرين للمفهوم وقالوا: هذا نطق بما قبل الغاية وسكوت عما بعد الغاية فيبقى على ما كان قبل النطق، وأقر به القاضي..).

وذهب ابن كمال باشا إلى أن دلالة الغاية على مخالفة حكم مدخولها ثابت بطريق الإشارة، وقال ابن الساعاتي: (وعند أصحاب أبي حنيفة: نفي الحكم فيما بعد الغاية من قبيل الإشارة، لا من قبيل المفهوم)، وقال السعد التفتازاني: (وظاهر هذه العبارة مشعر بكون الحِلِّ مستفاداً من قوله:﴿حتى يطهرن﴾ قولاً بمفهوم الغاية، فإنّه متفق عليه)[70]، مثاله قوله تعالى:﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ...﴾[البقرة:230]، فالمفهوم المخالف أن تحريم المطلقة ثلاثاً على زوجها الأول مغيا بنكاح زوج غيره، والنكاح هنا هو الدخول بها، وقوله

67- انظر: "شرح الكوكب المنير" 505/3، "إرشاد الفحول " 774/2، و"البحر المحيط" 164/5.

68- "الإحكام" للآمدي64/٣ "المستصفى" 211/2، "البحر المحيط" للزركشي 121/3.

69- انظر: "التعريفات" ص207 "شرح الكوكب المنير" 506/3، "إرشاد الفحول" 776/2، و"البحر المحيط" 179/5.

70- انظر: "المستصفى" 213/2"، "رسالة الفرائد" لابن كمال باشا٣٠٦/٢، "بديع النظام" ص٢٤١،" التوضيح شرح التنقيح"٢٦٦/1،"ميزان الأصول" للسمرقندي581/2.

تعالى:﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾[البقرة:187]، مفهومه أنه لا يصح صيام جزء من النهار دون سائره، ولا يحل الإفطار قبل غروب الشمس.

ومما يتصل بمفهوم الغاية مسألة دخول الغاية في المغيا، سواء كانت زمانية أو مكانية.

والتحقيق في هذه المسألة: أن الغاية إن كانت لمد الحكم إليها فلا تدخل، وإن كانت لإسقاط الحكم عما بعدها فإنها تدخل.

قال الزركشي: (وفيه خلاف هذا مأخذه، وحكى غيره مذهبا ثالثاً بالتفصيل، فقال: إن كانت منفصلة عن ذي الغاية كقوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾[البقرة:187] فالغاية أول جزء منه، وإن لم تكن منفصلة كقوله:﴿وأيديكم إلى المرافق﴾[المائدة:6]فالغاية آخر جزء من أجزائها).

وقال الحصكفي: (فإن كانت المسافة قائمة مستقلة بنفسها قبل التكلم كقوله: من هذا الحائط إلى هذا الحائط لا تدخل الغايتان، أي: الحائطان إلا لدليل، كقرأت الكتاب من أوله إلى آخره، وإن لم تكن قائمة بنفسها فإن كان أصل الكلام أي صدره متناولاً للغاية كان ذكرها لإخراج ما وراءها فتدخل الغاية في:﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ إذ اليد تتناول إلى الإبط وإن لم يتناولها أو كان في تناولها شك فذكرها لمد الحكم إليها فلا تدخل كالليل في الصوم، ونحو: لا أكلمه إلى رمضان على المذهب للشك)[71].

4- مفهوم اللقب: المراد باللقب: الاسم الدال على الذات مطلقاً، سواء كان اسم جنس أو شخص، جامداً أو مشتقاً.

ومفهوم اللقب: هو دلالة التنصيص على التخصيص، أي: دلالة النص الذي قُيِّد فيه الحكم بلقب على ثبوت عكس ذلك الحكم عند عدم ذلك اللقب، ويُعدُّ من أضعف المفاهيم، ولهذا ذهب جماهير أهل الأصول والفقه على أنه لا يحتج به، فقوله تعالى: ﴿محمَّد رسول الله﴾ لم يكن نفياً للرسالة عن غيره، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيمَانَ﴾[72].

---

[71]- انظر: "البحر المحيط" للزركشي179/5، "التلويح على التوضيح" للمحبوبي 223/1، و"كشف الأسرار" للنسفي 344/1، "ميزان الأصول" للسمرقندي 579/2.

[72]-وسبب ضعفه دلالته على عدم وجود ما يشعر بالتعليل في المنطوق به بسبب جموده. "البحر المحيط" للزركشي 148/5.

قال ابن الهمام: (ومفهوم اللقب وهو: تعليق الحكم بجامد، كـ: (في الغنم زكاة)، والفِرق كلُّها على نفيه سوى شذوذ، والحنفية ينفون مفهوم المخالفة بأقسامه في كلام الشارع فقط) [73].

قال النسفي في "المنار":(التنصيص على الشيء باسمه العلم يدل على الخصوص عند البعض كقولهﷺ:(إنما الماء من الماء)[74] فهم الأنصارﷺ عدم وجوب الاغتسال بالإكسال لعدم الماء وعندنا: لا يقتضيه سواء كان مقروناً بالعدد أو لم يكن؛ لأن النص لم يتناوله فكيف يوجب نفياً أو إثباتاً).

وقال في شرحه "كشف الأسرار": (واستدل بقوله ﷺ:(الماء من الماء)، فالأنصار فهموا التخصيص من ذلك حتى استدلوا على نفي وجوب الاغتسال بالإكسال لعدم الماء، وهم كانوا أهل اللسان، فلو لم يكن موجباً للنفي لما صح الاستدلال منهم به) [75].

فإن التخصيص بالشيء لا يدل على نفي ما عداه عندنا، وحيث دل إنما دل عندنا لأمر خارج لا من قبل التخصيص، من ذلك قوله تعالى:﴿كلا إنهم عن ربهم يومئذ لمحجوبون﴾، فاستدل أهل السنة بهذه الآية على إثبات الرؤية، لا من حيث التخصيص، بل لكونهم محجوبين عقوبة لهم، فيكون أهل الجنة بخلافهم، وإلا لا يكون الحجب في حق الكفار عقوبة لاستواء الفريقين حينئذ)[76].

قال ابن عابدين: (فصل: وقد عمل قوم في النصوص بوجوه هي فاسدة عندنا، فمنها ما قال بعضهم: إن التنصيص على الشيء باسم العلم يوجب التخصيص وقطع الشركة بين المنصوص وغيره من جنسه في الحكم؛ لأنه لو لم يوجب ذلك لم يظهر للتخصيص فائدة وحاشا أن يكون شيء من كلام صاحب الشرع غير مفيد، وأيد هذا قوله ﷺ: (الماء من الماء)، فالأنصار فهموا التخصيص من ذلك حتى استدلوا به على نفي وجوب الاغتسال بالإكسال وهم كانوا أهل اللسان، وهذا فاسد عندنا بالكتاب والسنة، فإن الله تعالى قال:﴿منها

73– "تيسير التحرير" لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه 98/1.

74– رواه مسلم كتاب الحيض باب إنما الماء من الماء (343)عن أبي سعيد الخدريﷺ.

75– "كشف الأسرار" للنسفي406/1، ثم قال:(والاستدلال منهم بحرف الاستغراق، وعندنا هو كذلك فيما يتعلق بعين الماء غير أن الماء يثبت مرة عياناً ومرة دلالة)، ونقل الحصكفي في الإفاضة عن ابن نجيم:(أن الأنصار رجعوا إلى قول المهاجرين لما أخبرتهم عائشة بحديث:(إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل)[رواه مسلم (349) عن أبي موسى الأشعريﷺ] وعليه الإجماع فكان حديث إنما الماء من الماء منسوخاً، وحمله بعضهم على الاحتلام)"حاشية نسمات الأسحار"ص529.

76– حاشية "قمر الأقمار على نور الأنوار" للكنوي267/1–270.

أربعة حرم ذلك الدين القيم فلا تظلموا فيهن أنفسكم﴾، ولا يدل ذلك على إباحة الظلم في غير الأشهر الحرم، وقال تعالى :﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾، ثم لا يدل ذلك على تخصيص الاستثناء بالغد دون غيره من الأوقات في المستقبل، وقالﷺ:(لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة) ثم لا يدل ذلك على التخصيص بالجنابة دون غيرها من أسباب الاغتسال، والأمثلة لهذا تكثر.

ثم قال: (فأفاد أنه في الروايات ونحوها معتبر بأقسامه حتى مفهوم اللقب، وهو تعليق الحكم بجامد كقولك: صلاة الجمعة على الرجال الأحرار فيفهم منه عدم وجوبها على النساء والعبيد، وفي "شرح التحرير"[77]عن شمس الأئمة الكردري: (أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه في خطابات الشارع فأما في متفاهم الناس وعرفهم وفي المعاملات والعقليات فيدل)ا.هـ[78].

قال الرازي: (الجمهور منا ومن المعتزلة قالوا: إن الأمر والخبر المقيد بالاسم لا يدل على نفي حكم ما عداه..وقال الدقاق منا: إنه يدل أن غيره ليس بواجب...فثبت أنه لا يدل عليه لا بلفظه ولا بمعناه).

وقال ابن النجار: (هو تخصيص اسم بحكم وهو حجة عند أحمد ومالك وداوود والصيرفي والدقاق وابن فورك وابن خويزمنداد وابن القصار، ونفاه القاضي أبو يعلى وابن عقيل والموفق)[79].

5- **مفهوم الحصر**:كقوله تعالى:﴿ إِنَّمَا إِلَهُكُمُ اللَّهُ﴾[طه: 98]؛ أي: فغيره ليس بإله.

قال القرافي: (الفصل العاشر في الحصر: هو إثبات نقيض المنطوق للمسكوت عنه بصيغة إنما ونحوها، وأدواته أربعة إنما: نحو: (إنما الماء من الماء)[80]،وتقدم النفي قبل إلا نحو:(لا يقبل الله صلاة إلا بطهور)[81]، والمبتدأ مع خبره نحو قولهﷺ: (تحريمها التكبير وتحليلها

77- "تيسير التحرير" لأمير باد شاه على كتاب "التحرير" للكمال ابن الهمام ط:1 دار الفكر دمشق86/1- 101.

78- "حاشية رد المحتار على الدر المختار" 368/1.

79- "المحصول" 2134، "شرح الكوكب المنير" 509/3.

80- تقدم تخريجه رواه مسلم كتاب الحيض باب إنما الماء من الماء(343)عن أبي سعيد الخدريﷺ.

81- رواه مسلم كتاب الطهارة باب وجوب الطهارة للصلاة(224)عن عبد الله بن عمرﷺ.

التسليم)[82]، فالتحريم محصور في التكبير والتحليل محصور في التسليم) وكذلك: (ذكاة الجنين ذكاة أمه)[83]، وتقديم المعمولات نحو قوله تعالى:﴿إياك نعبد وإياك نستعين﴾،﴿وهم بأمره يعملون﴾إي:لا نعبد إلا إياك وهم لا يعملون إلا بأمره)[84]. ثم حصر المبتدأ في الخبر، وذلك أن يكون معرفًا باللام، أو الإضافة، نحو: العالم زيد، وصديقي عمرو، فإنَّه يفيد الحصر.

وقد وقع الخلاف هل هو منطوق أو مفهوم؟

والحق: أنه معمول به كما يقتضيه لسان العرب، وأنَّ دلالته مفهومية لا منطوقية، وإلى ذلك ذهب جماعة من الفقهاء والأصوليين، ومنهم إمام الحرمين الجويني، والغزالي، وأنكره جماعة، منهم القاضي أبو بكر الباقلاني، والآمدي، وبعض المتكلمين.

6- مفهوم الاستثناء:وهو أنواع، أقواها: «ما» و«إلا» نحو: ما قام إلا زيد، فهو دلالة مخالفة حكم المستثنى للمستثنى منه بطريق العبارة، لا من قبيل الاستثناء عنده بطريق المعارضة، كالتخصيص المستقل، وكلام التفتازاني أن دلالة الاستثناء على كون حكم المستثنى خلاف حكم الصدر عند الشافعي رحمه الله أيضاً على طريق الإشارة.

المطلب الثالث: شروط العمل بمفهوم المخالفة:إن لمفهوم المخالفة عند القائلين به شروطاً، وهي على ما في "التوضيح": ألا يظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم الثابت للمنطوق ولا مساواته إياه فيه، ولا يخرج؛ أي: المنطوق مخرج العادة، نحو:﴿وَرَبَائِبكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم﴾[النساء:23]، وحينئذ لا يدل على نفي الحكم عن عداه، ولا يكون لسؤال أو حادثة كما إذا سئل عن وجوب الزكاة في الإبل السائمة مثلاً، فقال بناءً على السؤال أو على وقوع الحادثة:(إن في الإبل السائمة زكاة)، ولا لعلم المتكلم بأن السائل يجهل هذا الحكم المخصوص، فقال بناء على هذا: (إن في الإبل السائمة زكاة)[85]، ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب.

---

[82]- رواه أبو داود كتاب الطهارة باب فرض الوضوء(61) وكتاب الصلاة باب الإمام يحدث بعد ما يرفع رأسه من آخر ركعة(618) والترمذي كتاب الصلاة باب ما جاء في تحريم الصلاة وتحليلها(238) وقال: هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن، وابن ماجه كتاب الصلاة وسننها باب مفتاح الصلاة الطهور(275) عن عليﷺ مرفوعاً.

[83]- رواه أبو داود كتاب الضحايا باب ما جاء في ذكاة الجنين (2828)عن جابر بن عبد الله ﷺ.

[84]- "تنقيح الفصول" ص57.

[85]-"التوضيح شرح التنقيح" لصدر الشريعة المحبوبي١/272، والحديث أخرجه الحاكم في "المستدرك" 396/1 عن عمر بن حزم.

قال في التلويح : (وقالوا- يعني: المثبتين له في آخر ذكر الشرائط- أو غير ذلك مما يقتضي تخصيص المنطوق بالذكر، فَعُلِمَ أنَّ شرط مفهوم المخالفة ألا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفي الحكم عن المسكوت عنه، فالمصنِّفُ-أي:صدر الشريعة- حصر الشرائط في المعدودات وسكت عن تعميمها ليتمكن من الاعتراض على دليلهم في مفهوم الصفة والشرط بإيراد صور توجد فيها الشرائط المعدودة مع عدم نفي الحكم عن المسكوت عنه)اهـ فاحفظ هذه المقدمة لتكون على بصيرة فيما يرد عليك.

اشترط القائلون بالاحتجاج بمفهوم المخالفة للعمل به شروطاً، منها ماهو راجع للمسكوت عنه، ومنها ماهو راجع للمذكور المنطوق:

أولاً: الشروط الراجعة للمسكوت عنه:

أ- أن لا تظْهر في المسكوت أَولويةٌ بالحكم من المذكور ولا مساواة له، فيكون حينئذ مفهوم موافقة، وكذلك أن لا يعارضه ما يقتضي خلافه مما هو أرجح منه، من منطوق أو مفهوم موافق.

ب- أن لا يعود المفهوم المسكوت عنه على أصله المنطوق بالنقض والإبطال كحديث:(لا تبع ماليس عندك)[86]، فلا مفهوم له بالأمر ببيع ما كان عنده، حتى لا يلزم منه وجوب بيع ما يتملكه الإنسان.

ثانياً: الشروط الراجعة للمذكور المنطوق به:

أ- أن لا يكون المنطوق قد خُرِّج مَخرجَ الأعم الأغلب، كقوله تعالى:﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾[النساء: 23]، فإن تقييد تحريم الربيبة بكونها في حجر زوج أمها لا يدل على حل الربيبة التي ليست في حجره مع أمها، فهذا قيدٌ لا مفهوم له خلافاً لداوود ومالك في رواية عنه.

86- أخرجه النسائي كتاب البيوع بيع ما ليس عند البائع(4613)، وأبو داود كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده(3503)، والترمذي كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك وقال: حديث حسن وفي الباب عن عبد الله بن عمرو(1232) وابن ماجه كتاب التجارات باب النهي عما ليس عندك(2187)عن حكيم بن حزام.

ب- أن لا يكون المنطوق قُصِدَ به التفخيمُ للتوكيد، كقولهﷺ:(لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث..)[87]، فقيد الإيمان لا مفهوم له في نفي الحل، إذ يحل للمؤمنة ولغيرها الحداد على الموتى، فيكون المعنى أن هذا الفعل يليق بمن كان مؤمناً.

ج- أن لا يكون المنطوق خرج لزيادة الامتنان، نحو قوله تعالى:﴿ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾[النحل:14]، فلا يدل على منع القديد[88]من اللحم المأكول الذي ليس بطري.

د- أن يذكر المنطوق مستقلاً لا على وجه التبعية لشيء آخر، ولا يكون حكم المنطوق قد علق على صفة غير مقصودة فلا مفهوم في قوله تعالى:﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن.. ﴾[البقرة: 226]، بل أراد أصالة نفي الحرج عمن طلق ولم يمس، ثم أثبت إيجاب المتعة للمطلقة قبل الدخول ودون تسمية مهر تبعاً لذلك.

وكقوله تعالى:﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾[البقرة ١٨٣]،فإن قوله:﴿في المساجد﴾قيد للاعتكاف، وليس قيداً لعدم حل المباشرة فيها فقط، فلا مفهوم له عندئذ.

هـ- أن لا يكون المنطوق جواباً لسؤال عن حكم أو حادثة خاصة بالمذكور، وإن كان لا عبرة لخصوص السبب عند عموم اللفظ، مثل أن يُسأل النبيﷺ:هل في الغنم السائمة زكاة؟ فلا يلزم من جواب السائل أن يكون الحكم على الضد في المسكوت عنه، لظهورِ فائدة في الذكر غير الحكم بالضد، كقولهﷺ: (ورجل حلف على يمين بعد العصر لقد أُعطِي بسلعته أكثرَ مما أُعطي)[89]، فقيد بعد العصر لا مفهوم له، إذ لو حلف بعد الظهر أو العشاء فالحكم لا يتغير.

87- تتمة الحديث: (إلا على زوج أربعة أشهر وعشرة أيام) أخرجه البخاري كتاب الجنائز باب حد المرأة على غير زوجها(1280)، ومسلم كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام (1486) عن أم حبيبة ﷺ.

88- القديد: فعيل بمعنى مفعول، وهو اللحم المقدد المملوح المجفف في الشمس. "لسان العرب" لابن منظور (قدد)52/11، "النهاية في غريب الحديث" لابن الأثير 22/4.

89- أخرجه البخاري كتاب المساقاة باب من رأى أن صاحب الحوض أحق بمائه(2369)، ومسلم كتاب الإيمان باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار(108) عن أبي هريرة ﷺ.

و- ألا يكون القيد لبيان الواقع؛ نحو قوله تعالى:﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾[آل عمران:130]، فلا مفهوم للأضعاف، لأنه جاء النهي على ما كانوا يتعاطونه في الآجال إذا حل الدين، إما أن يسدد دينه، وإما أن يزيد الدائن، فالقيد هنا لبيان الواقع ولا مفهوم له.

ز- أن لا يظهر من السياق قصد التعميم، فإن ظهر فلا مفهوم له، كقوله تعالى:﴿والله على كل شيء قدير﴾[آل عمران:١٨٩]، فإن كلمة(شيء)تشمل الموجودات عموماً، ولكن التعميم في القدرة يقتصر على الممكنات فقط، فلا مفهوم له في استثناء المستحيلات من الدخول في متعلق القدرة كالواجبات.

ح-أن لا يكون المنطوق قد ذُكر لرفع خوف عند المخاطب، كقولك لمن يخاف من ترك الصلاة الموسعة: تركُها في أول الوقت جائز، فليس مفهومه عدم الجواز في سائر الوقت، إلى أن يضيق الوقت.

ط-أن يكون معنى المنطوق خاصاً، فإن كان معناه عاماً فلا مفهوم له وسقط حكم التقييد، كقوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾[النساء: 43]، كقوله تعالى:﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾[الإسراء: 31]، فلا يجوز قتلهم مع عدم الإملاق،لأن الإملاق معناه عام[90].

ي- أن لا يكون المنطوق قد ذُكر لتقدير جهل المخاطب، كأن يعلم المخاطب حكم المعلوفة ويجهل حكم السائمة، فيذكر له، ومثاله ما روي أن النَّبِي ﷺ مر بِشَاةٍ ميتة فَقَالَ:(دباغُها طَهورها)[91].

وقال ابن النجار: (ثم الضابط لهذه الشروط وما في معناها أن لا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفي الحكم عن المسكوت عنه)[92].

90- ذكره الزركشي في "البحر المحيط" نقلاً عن الماوردي والروياني 139/5.

91- رواه أبو دواد في سننه كتاب اللباس، باب في أهبِ الْميتَةِ، (٤١٢٧)، "النسائي" في السنن الكبرى كتاب الفرع والعتيرة باب جلود الميتة (٤٥٦٩)٨٤/٣، قال الحافظ ابن حجر في " التلخيص الحبير" ٤٩/١: إسناده صحيح.

92- انظر:" شرح الكوكب المنير" 490/3، و"إرشاد الفحول " للشوكاني 769/2، و"البحر المحيط" للزركشي 139/5.

المبحث الثاني: اختلاف الأصوليين في الاستدلال بمفهوم المخالفة:

المطلب الأول: مذاهب العلماء في الاحتجاج بمفهوم المخالفة: ذهب الفقهاء والأصوليون في الاستدلال بالمفهوم مذاهب شتى:

أولاً: المذاهب في مفهوم المخالفة:وقد اختلف العلماء في الاحتجاج بمفهوم المخالفة:

المذهب الأول:الاحتجاج بمفهوم المخالفة:وذهب إليه أحمد والشافعي ومالك وأكثر المتكلمين من الأصوليين، وقال الشافعي:(في الفصول كلها إنه يوجب النفي وهو قول بعض أصحابنا مثل الكرخي وغيره إلا في الفصل الأول[مفهوم اللقب]،فإنه قول عامة العلماء إلا بعض أصحاب الحديث).

المذهب الثاني: المنع من الاحتجاج به: وقال به الحنفية وجمهور المعتزلة، والقاضي أبو بكر الباقلاني والإمام الغزالي.

قال السمرقندي:(ثم عند أصحابنا في الفصول كلها أنه لا يوجب النفي، وإنما حكمه الإثبات فيما نص عليه لا غير، وحكمه موقوف إلى قيام الدليل في النفي والإثبات في غيره)، وقال السرخسي: (وقد عمل قوم في النصوص بوجوه هي فاسدة عندنا).

وقال النسفي: (اعلم أن الاستدلال بالنص صحيح وفاسد فالصحيح ما مر من الاستدلال بالعبارة والإشارة والدلالة والاقتضاء وما سواه من الاستدلال كالتنصيص باسم العلم والتخصيص بالوصف والتعليق بالشرط والتخصيص بالسبب فاسد عندنا).

قال ابن عابدين في رسم المفتي: (فمفهوم المخالفة معتبر عند الشافعية، وغير معتبر عند الحنفية، بمعنى أنَّ النصّ لا يدل على نقيض الحكم لغير المنطوق فيبقى المفهوم مسكوتاً عنه، فإن دلَّ دليل على أنَّ حكمه حكم المنطوق عمل به، وإن دلَّ دليل على أنَّ حكمه مناقض لحكم المنطوق عمل به) [93].

وعند المعتزلة: بقي على الدليل العقلي إن نفاه ينتفي وإن أثبت يثبت بناء على أصلهم: أن العقل دليل في كثير من الشرعيات.

[93]–"ميزان الأصول" للسمرقندي582/2،"أصول السرخسي" 255/2 "كشف الأسرار"407/1" قمر الأقمار" 267/1.

المذهب الثالث: لأبي الحسن الأشعري حيث قال القاضي البيضاوي: إن النقلة نقلوا عنه القول بالمفهوم كما نقلوا عنه نفي صيغ العموم وقد أضيف إليه خلاف ذلك، وأنه قال بمفهوم الخطاب.

ثانياً: أدلة القائلين بمفهوم المخالفة: واحتج القائلون بالاحتجاج بمفهوم المخالفة والعمل به بأدلة من المنقول والمعقول:

أ- الأدلة المنقولة:

1- قولهﷺ: (إنّما خيَّرني الله فقال:﴿استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة﴾، وسأزيده على السبعين)، وذلك لما توفي عبد الله بن أبي، فجاء ابنه عبد الله بن عبد الله إلى رسول اللهﷺ، فسأله أن يعطيه قميصه يكفن فيه أباه، فأعطاه، ثم سأله أن يصلِّي عليه، فقام رسول اللهﷺ ليصلي عليه، فقام عمر فأخذ بثوب رسول اللهﷺ، فقال: يا رسول الله تصلِّي عليه، وقد نهاك ربُّك أن تصلِّي عليه؟ قال: إنه منافق، قال: فصلَّى عليه رسول اللهﷺ، فأنزل الله:﴿ولا تصلِّ على أحد منهم مات أبداً، ولا تَقُم على قبرِه﴾[94]، ففهم ﷺ من نص الآية أنَّ ما زاد عليها، قد يكون حكمه مختلفاً عن المقتصر على هذا العدد، فوعد بالزيادة على السبعين، لكنه نُهيَ نهياً صريحاً عن الاستغفار للمنافقين والصلاة عليهم.

2-ما روي أن يعلى بن أمية سأل عمر بن الخطابﷺ فقال: ما بالنا نقصر وقد أمِنَّا؟! فقال: عجبتُ مما عجبتَ منه، فسألت رسول اللهﷺ، فقال: (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته)[95]، فيعلى بن أميَّة وعمر بن الخطابﷺ فهما من الآية انتفاء العمل بالقصر بعد ذهاب الخوف، وحلول الأمن، فأخبرهم النَّبيُّﷺ أن الآية محكمة ولو في حال الأمن، إذا وجدت موجبات القصر، لأنّه صدقة، تصدّق الله بها على العباد، فدلَّ ذلك على أنَّ مفهوم المخالفة حجة.

3- قولهﷺ: (إذا قام أحدكم يصلي، فإنه يستره إذا كان بين يديه مثل آخرة الرحل، فإذا لم يكن بين يديه مثل آخرة الرحل، فإنه يقطع صلاته الحمار، والمرأة، والكلب الأسود)، فقال عبادة بن الصامتﷺ: قلت: يا أبا ذر ما بال الكلب الأَسود من الكلب الأَحمر من الكلب

94- أخرجه البخاري كتاب التفسير باب استغفر لهم أولا تستغفر لهم(4670) مسلم كتاب فضائل الصحابة باب فضائل عمرﷺ (2400)عن عبد الله بن عمر ﷺ.

95- رواه مسلم كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب صلاة المسافرين وقصرها(686) عن عمرﷺ.

الأَصفر؟ قال: يا ابن أخي، سألتُ رسولَ الله ﷺ كما سألتني فقال:(الكلب الأسود شيطان)[96]، فقد فهِمَا مِن تعليق الحكم على الموصوف بالسواد انتفاءه عما عداه، وجواب النبيﷺ لسؤال السائل عن ذلك دليل على إعمال مفهوم المخالفة.

4-أنَّ رجلاً قال: يا رسول الله، ما يلبس المحرم من الثياب؟ قال رسول الله ﷺ:(لا يلبس القمص، ولا العمائم، ولا السراويلات، ولا البرانس، ولا الخفاف إلا أحد لا يجد نعلين، فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين، ولا تلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران أو ورس)[97]، فلولا أن التخصيص بالذكر يدل على إباحة ما عداه لما كان في قول الرسول ﷺ جوابٌ لسؤالهم، لأنهم سألوه عما يجوز لبسه للمحرم، فأجابهم بذكر ما لا يجوز لبسه، فدل على أن ما عداه يجوز لبسه.

ب- الأدلة المعقولة:

1-أن تخصيص الشيء بالذكر لا بد له من فائدة، فإذا لم نعلم فائدته غير انتفاء الحكم عما عداه جعلنا التخصيص دالا عليه.

2- أن فصحاء اللُّغة يفهمون مِن تعليق الحكم على شرط أو وصف انتفاء الحكم دونه؛ فقد فهم أبو عبيد من قولهﷺ: (لي الواجد يحل عقوبته وعرضه)[98]، ومن قولهﷺ:(مطل الغني ظلم)[99]، أن لي غير الواجد لا يحل عقوبته، وأن مطل غير الغني ليس ظلماً

3- أن تخصيص الشيء بالذكر لا بد له من فائدة، فإن استوت السائمة والمعلوفة، فلِمَ خصَّ السائمة بالذكر مع عموم الحكم، لو لم يكن للقيد فائدةٌ، لكان لُكنةً في الكلام وعِيّاً.

ثالثاً: جواب القائلين بعدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة: ولقد ناقش هذه الأدلة وأسهب في الرد عليها وأجاب عنها واجتهد في الاستدلال لعدم صحة الاحتجاج بمفهوم المخالفة كل من القاضي الباقلاني في"الإرشاد" والإمام الجويني في"البرهان" والإمام الغزالي في

96- أخرجه مسلم كتاب الصلاة باب دنو المصلي من السترة (510) عن أبي ذر ﷺ .

97- رواه البخاري كتاب الحج باب ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة(1838) ومسلم كتاب الحج باب ما يباح للمحرم(1177) عن عبد الله بن عمر ﷺ.

98- أورده البخاري معلقاً بصيغة التضعيف قبل حديث(2401)، وأخرجه أبو داود كتاب الأقضية باب في الحبس في الدين وغيره(3628)، عن الشريد بن سويد الثقفي ﷺ.

99- رواه البخاري كتاب الحوالات باب إذا أحال على ملي فليس له رد(2288) ومسلم كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغني(1564) عن أبي هريرة ﷺ.

"المستصفى" والفخر الرازي في"المحصول" وأبي الحسين البصري في"المعتمد" والإمام النسفي في"كشف الأسرار" والكمال بن الهمام في"التحرير" وابن عابدين في حاشيته ورسائله، واستدل هؤلاء على أن مفهوم المخالفة لا تقوم به حجّة بأدلة أهمها:

1- أنه يحسن الاستفهام، لمن قال: من ضربك عاماً فاضربه، حسن أن تقول: فإن ضربني مخطئاً هل أضربه؟ولو دلّ على النفي: لما حسن الاستفهام فيه كالمنطوق، ولو كان مفهوم المخالفة حجة لما حسن ذلك، ولأن الخبر عن ذي الصفة لا ينفي غير الموصوف، فإذا قال: قام الأسود، لا يدل على نفي القيام مِن الأبيض، ولأن الانسان لو قال: نكحت الثيِّب ما تناقض، لو قال بعدها: نكحت البكر، وتقدم أن نفي الحكم في مفهوم اللقب عمّا سوى ذلك الاسم المجرّد؛ يفضي إلى سدّ باب القياس.

2-أن الاسم لا يشعر بالتعليل، ولهذا لا يدل ذكره على نفي الحكم عن غيره.

3-أن الاحتكام في ذلك إلى لغة العرب، واللغة لا تدل على أن ذكر الاسم والنص على حكمه دليل على نفي الحكم عن غيره.

4-أنَّ العرب تعلق الحكم على الصفة مع مساواة المسكوت عنه، كقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾[النساء:23]، وقوله تعالى:﴿ولا جناح عليكم إن كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم﴾[النساء:102]، وقوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[البقرة:229] فالمسكوت محتمل للمساواة وعدمها، فلا سبيل إلى دعوى النفي.

5-أن تعليق الحكم على اللقب والاسم العلم لا يدل على التخصيص، ومنع ذلك بهت واختراع على اللغات، إذ يلزم من أن يكون قوله: زيد عالم كفر؛ لأنه نفي للعلم عن الله وملائكته، ويلزم من قوله تعالى: ﴿محمد رسول الله﴾[الفتح: 19] نفي الرسالة عن غيره، وذلك كفر، ونوقش هذا وأجيب عنه: بأنه خارج عن محل النزاع؛ إذ لا خلاف بيننا في عدم حجيّة مفهوم اللقب.

6-أنه كما أن للعرب طريقاً إلى الخبر عن مخبر واحد واثنين مع السكوت عن الباقي: فلها طرق في الخبر عن الموصوف بصفة، فتقول: رأيت الظريف، وقام الطويل فلو قال، بعد: والقصير لم يكن مناقضة.

7- أن تخصيص المذكور بالذكر، قد يكون لفائدة سوى تخصيص الحكم به من ذلك:
الأولى: توسعة مجاري الاجتهاد؛ لينال المجتهد فضيلته.
الثانية: الاحتياط على المذكور بالذكر، كي لا يفضي اجتهاد بعض الناس إلى إخراجه من عموم اللفظ بالتخصيص.
الثالثة: تأكيد الحكم في المسكوت؛ لكون المعنى فيه أقوى كالتنبيه.

المطلب الثاني: العمل بمفهوم المخالفة في أقوال الأئمة وعبارات الفقهاء ومخاطبات الناس:

وقد ناقش العلامة ابن عابدين هذه المسألة في رسالته "رسم المفتي" بما لا مزيد عليه فأنقل كلامه كاملاً حيث قال: (فعلم به أن المحرم إذا لم يبتدئ بقتله بل قتله دفعاً لصولته لا يجب عليه شيء، وإلا لم يبق للتعليل فائدة ولا يقال: تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه عندكم، فكيف تستدلون بقول عمر ﷺ؟ لأنا نقول ذاك في خطابات الشرع، أما في الروايات والمعقولات فيدل، وتعليل عمر من باب المعقولات انتهى).

وحاصله: أن التعليل للأحكام تارة يكون بالنص الشرعي من آية أو حديث، وتارة يكون بالمعقول كما هنا، والعلل العقلية ليست من كلام الشارع فمفهومها معتبر، ولهذا تراهم يقولون مقتضى هذه العلة جواز كذا وحرمته فيستدلون بمفهومها.

فإن قلت: قال في "الأشباه" من كتاب القضاء: لا يجوز الاحتجاج بالمفهوم في كلام الناس في ظاهر المذهب، كالأدلة، وأما مفهوم الرواية فحجة كما في "غاية البيان" من الحج انتهى، فهذا مخالف لما مر من أنه غير معتبر في كلام الشارع فقط؟

قلت: الذى عليه المتأخرون ما قدمناه.

وقال العلامة البيري في شرحه: (والذي في الظهيرية الاحتجاج بالمفهوم لا يجوز، وهو ظاهر المذهب عند علمائنا رحمهم الله.

وما ذكره محمد في "السير الكبير" من جواز الاحتجاج بالمفهوم فذلك خلاف ظاهر الرواية، قاله في حواشي "الكشف" رأيت في "الفوائد الظهيرية" في باب ما يكره في الصلاة: أن الاحتجاج بالمفهوم يجوز، ذكره شمس الأئمة السرخسي في "السير الكبير"، وقال بنى محمد مسائل السير على الاحتجاج بالمفهوم، والى هذا مال الخصاف وبنى عليه مسائل الحيل،

وفي "المصفى" التخصيص بالذكر لا يدل على نفي ما عداه، قلنا: التخصيص في الروايات وفى متفاهم الناس وفي المعقولات يدل على نفي ما عداه اهـ من النكاح، وفى "خزانة الروايات" القيد في الرواية ينفي ما عداه، وفي "السراجية": أما في متفاهم الناس من الإخبارات فإن تخصيص الشيء بالذكر يدل على نفي ما عداه كذا ذكره السرخسي، انتهى.

أقول: الظاهر أن العمل على ما في "السير" كما اختاره الخصاف في الحيل، ولم نر من خالفه والله تعالى أعلم انتهى كلام البيرى.

أي: أن العمل على جواز الاحتجاج بالمفهوم، لكن لا مطلقاً بل في غير كلام الشارع كما علمت مما قررناه، وإلا فالذي رأيته في "السير الكبير" جواز العمل به حتى في كلام الشارع، فإنه ذكر في باب آنية المشركين وذبائحهم أن تزوج نساء النصارى من أهل الحرب لا يحرم، واستدل عليه بحديث على أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر يدعوهم إلى الإسلام، فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية في أن لا يؤكل له ذبيحة ولا ينكح منهم امرأة.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: فكأنه [أي: محمداً] استدل بتخصيص رسول الله ﷺ المجوس بذلك على أنه لا بأس بنكاح نساء أهل الكتاب، فإنه بنى هذا الكتاب على أن المفهوم حجة ويأتي بيان ذلك في موضعه.

ثم قال بعد أربعة أبواب في باب ما يجب من طاعة الوالي في قول محمد: لو قال منادي الأمير من أراد العلف فليخرج تحت لواء فلان فهذا بمنزلة النهي، أي: نهيهم عن أن يفارقوا صاحب اللواء بعد خروجهم معه، وقد بينا أنه بنى هذا الكتاب على أن المفهوم حجة وظاهر المذهب عندنا أن المفهوم ليس بحجة مفهوم الصفة ومفهوم الشرط في ذلك سواء، ولكنه اعتبر المقصود الذي يفهمه أكثر الناس في هذا الموضوع، لأن الغزاة في الغالب لا يقفون على حقائق العلوم وإن أميرهم بهذا اللفظ إنما نهى الناس عن الخروج إلا تحت لواء فلان فجعل النهي المعلوم بدلالة كلامه كالمنصوص عليه انتهى.

ومقتضاه أن ظاهر المذهب أن المفهوم ليس بحجة حتى في كلام الناس، لأن ما ذكره في هذا الباب من كلام الأمير فهو من كلام الناس لا من كلام الشارع، وهذا موافق لما مر عن الأشباه، والظاهر أن القول بكونه حجة في كلامهم قول المتأخرين كما يعلم من عبارة

"شرح التحرير" السابقة، ولعل مستندهم في ذلك ما نقلناه آنفا عن "السير الكبير" فإنه من كتب ظاهر الرواية الستة بل هو آخرها تصنيفاً فالعمل عليه كما قدمناه في النظم.

والحاصل: أن العمل الآن على اعتبار المفهوم في غير كلام الشارع، لأن التنصيص على الشيء في كلامه لا يلزم منه أن يكون فائدته النفي عما عداه، لأن كلامه معدن البلاغة فقد يكون مراده غيرَ ذلك كما في قوله تعالى:﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾[النساء:23] فإن فائدة التقييد بالحجور كون ذلك هو الغالب في الربائب، وأما كلام الناس فهو خال عن هذه المزية فيستدل بكلامهم على المفهوم، لأنَّه المتعارف بينهم، وقد صرح في "شرح السير الكبير": بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وهو قريب من قول الفقهاء: المعروف كالمشروط، وقال الحلبي: فما ثبت بالعرف فكأن قائله نص عليه فيعمل به، وكذا يقال في مفهوم الروايات، فإن العلماء جرت عادتهم في كتبهم على أنهم يذكرون القيود والشروط ونحوها تنبيها على إخراج ما ليس فيه ذلك القيد ونحوه، وإن حكمه مخالف لحكم المنطوق، وهذا مما شاع وذاع بينهم بلا نكير، ولذا لم يُرَ من صرح بخلافه، نعم ذلك أغلبي كما عزاء القهستاني في شرح "النُّقاية" إلى حدود "النهاية".

وقال أيضاً: (مفاهيم الكتب حجّة بخلاف أكثر مفاهيم النصوص: أي مِنَ القرآن والسنة، فمفهوم المخالفة معتبر عند الشافعية، وغير معتبر عند الحنفية، بمعنى أنَّ النصّ لا يدل على نقيض الحكم لغير المنطوق فيبقى المفهوم مسكوتاً عنه، فإن دلَّ دليل على أنَّ حكمه حكم المنطوق عمل به، وإن دلَّ دليل على أنَّ حكمه مناقض لحكم المنطوق عمل به.

وجه الفرق بين النصوص الشرعية والعبارات الفقهية: أنَّ نصوص القرآن والسنة تحتوي على عبارات بليغة حكيمة، فربّما تذكر فيها ألفاظ للتأكيد والتوبيخ والتشنيع والوعظ والتذكير ولا تكون قيداً لما سبق، كقوله: ﴿ولا تشتروا بآيات الله ثمناً قليلاً﴾[البقرة:41] إنَّما أضيف لفظ القليل للتشنيع على العمل، ولا يدلّ على أن الاشتراء بالثمن الكثير جائز، وكذلك قوله: ﴿لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾[آل عمران:130] ، فإنَّه يدلّ على أنَّ الربا جائز إذا لم يكن ضعفاً للأصل.

أما كتب الفقه، فإنَّ مقصودها تدوين الأحكام على طريقة قانونية وليس فيها شيء مِنَ التأكيد والتشنيع وغير ذلك، فلا بدَّ مِن اعتبار مفهوم المخالفة فيها) [100].

قال ابن عابدين: (وإنما أنكره في كلام الشارع فقط لكونه من جوامع الكلم فيحتمل فوائد كثيرة ولذا ترى الخلف يستفيدون منه ما لا يدركه السلف بخلاف الروايات فإنه قلما يقع فيها تفاوت الأنظار)[101].

قال ابن عابدين: (نقل الشيخ جلال الدين الخبازي في حاشية الهداية عن شمس الأئمة الكردري له، تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه في خطابات الشارع، فأما في متفاهم الناس وعرفهم وفي المعاملات والعقليات يدل. انتهى) [102].

قال الكمال في"التحرير":(والحنفية ينفون مفهوم المخالفة بأقسامه في كلام الشارع فقط)[103].

وذكر شمس الأئمة السرخسي من الحنفية في كتاب السير أنه ليس بحجة في خطابات الشرع قال: وأما في مصطلح الناس وعرفهم فهو حجة، وعكس ذلك بعض المتأخرين من الشافعية فقال: هو حجة في كلام الله ورسوله وليس بحجة في كلام المصنفين[104].

وقال الحصكفي: (وفي "القهستاني" عن حدود "النهاية": (المفهوم معتبر في نص العقوبة كما في قوله تعالى: ﴿كلا إنهم عن ربهم يومئذ لمحجوبون﴾ [المطففين: 15] وأما اعتباره في الرواية فأكثري لا كلي)[105].

قال ابن عابدين: قوله: (كما في قوله تعالى إلخ) لأن أهل السنة ذكروا من جملة الأدلة على جواز رؤيته تعالى في الآخرة هذه الآية، حيث جُعِلَ الحجب عن الرؤية عقوبة للفجار، فيفهم منه أن المؤمنين لا يُحجبون، وإلا لم يكن ذلك عقوبة للفجار[106].

100– "حاشية البناني على جمع الجوامع للمحلي" 332/1،"حاشية نسمات الأسحار" لابن عابدين ص526.

101–"حاشية نسمات الأسحار" لابن عابدين ص526.

102–تحبيرا منه على هامش "نسمات الأسحار" ص524.

103– "التقرير والتحبير" لابن أمير حاج على كتاب التحرير للكمال ابن الهمام ط:1 دار الكتب العلمية بيروت 116/1.

104– "إرشاد الفحول" 767/2، "البحر المحيط" 135/5 و"شرح الكوكب المنير" 509/3.

105– "جامع الرموز" للقهستاني 15/1 "الدر المختار شرح تنوير الأبصار" للحصكفي كما في "حاشية رد المحتار" لابن عابدين 369/1.

106– استدرك الرافعي على ابن عابدين: عند قوله: (فيُفهم منه أن المؤمنين لا يحجبون، وإلا لم يكن ذلك عقوبة للفجار): وأشار الرحمتي: (بأنه تعالى لما قال إظهاراً لخسران الكافرين:﴿كَلَّا إِنَّهُمْ إلخ﴾[المطففين:١٥] دل على أن المؤمنين غير

وقال أيضاً: (أنكر أبو حنيفة الكل مطلقاً، وأنكر الكل السبكي في غير الشرع من كلام المصنفين والواقفين لغلبة الذهول عليهم).

رابعاً: الترجيح: بعد استعراض أدلة الفريقين في الاحتجاج بمفهوم المخالفة يظهر ما يلي:

أ- أن الجمهور وهم الأكثرون من الفقهاء والمتكلمين اتفقوا على عدم الاحتجاج بمفهوم اللقب، وعلى العمل بمفهوم الشرط.

ب- أن الجميع اتفقوا على العمل بالمفهوم في عبارات المصنفين وأقوال الفقهاء ومفاهيم الكتب، سوى النصوص التشريعية من الكتاب والسنة لأنهم اشترطوا فيها القطعية في الدلالة، لأن الدليل متى طرأ عليه الاحتمال كساه ثوب الإجمال فبطل به الاستدلال.

ج- أن الشروط والضوابط التي وضعها القائلون بالاستدلال بالمفهوم فيها جواب وردود على استدلال المانعين من الاستدلال به.

د- على أن كثيرة كاثرة من المتكلمين لم يعملوا بمفهوم المخالفة، بل اختلفوا في العمل في أنواعه كما تقدم بيانه، فالمتفق على المعمل به بينهم مفهوم الشرط وعلى عدم العمل به مفهوم اللقب، واختلفوا فيما سوى ذلك من أنواع مفاهيم المخالفة.

المطلب الثالث: نماذج من العمل بالمفهوم في عبارات الفقهاء:

1- مفهوم ظرف الزمان: قول الحصكفي: (وقيد الاستيقاظ اتفاقي، ولذا لم يقل قبل: إدخالهما الإناء، لئلا يتوهم اختصاص السنة بوقت الحاجة؛ لأن مفاهيم الكتب حجة، بخلاف أكثر مفاهيم النصوص. كذا في "النهر"، وفيه من الحج: (المفهوم معتبر في الروايات اتفاقاً ومنه أقوال الصحابة)، قال: (وينبغي تقييده بما يدرك بالرأي لا ما لا يدرك به) [107]ا.هـ

قال العلامة ابن عابدين: قوله: (وقيد الاستيقاظ) أي: الواقع في "الهداية" وغيرها[108] تبعاً لحديث: (إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها في وضوئه فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده)[109].

محجوبين؛ لأنهم لو حجبوا لم يكن في حجب الكفار إهانة لهم لاستواء الكل فيه فهذا لم يفهم من مفهوم المخالفة بل من هذا الدليل وهو إهانتهم بالحرمان).ا.هـ سندي

107- " الدر المختار شرح تنوير الأبصار" للحصكفي في متن "حاشية رد المحتار" لابن عابدين 366/1.

108- "الهداية" للمرغيناني 12/1.

109- رواه البخاري كتاب الوضوء باب الاستجمار وتراً (162) واللفظ له، ومسلم كتاب الطهارة باب وضوء النائم (237)عن أبي هريرة ﷺ.

قوله:(اتفاقي)أي: غير مقصود الذكر للاحتراز عن غيره، قال في "العناية":(خص المصنف يعني صاحب "الهداية" بالمستيقظ تبركاً بلفظ الحديث، والسنة تشمل المستيقظ وغيره، وعليه الأكثرون) اهـ، ومنهم من قال: إنه مقصود، وإن غسلهما لغير المستيقظ أدب كما في "السراج"، وفي "النهر": (الأصح الذي عليه الأكثر أنه سنة مطلقاً، لكنه عند توهم النجاسة سنة مؤكدة، كما إذا نام لا عن استنجاء، أو كان على بدنه نجاسة، وغير مؤكدة عند عدم توهمها كما إذا نام لا عن شيء من ذلك، أو لم يكن مستيقظاً عن نوم)اهـ. ونحوه في "البحر"[110].

(قوله: ولذا) أي: لكون القيد اتفاقياً، وأن الغسل سنة مطلقاً.

(قوله: بوقت الحاجة) أي: إلى إدخالهما الإناء "ابن كمال"، فيكون مفهومه أنه إذا لم يحتج إلى ذلك – بأن كان الإناء صغيراً يمكن رفعه والصب منه–لا يُسن غسلهما مع أنه يُسنُّ مطلقاً.

قوله: (لأن مفاهيم الكتب حجة)علةٌ للتوهم، أي: إنه لو قال ذلك لتوهم ما ذكر لأن إلخ والمفاهيم: جمع مفهوم، وهو دلالة اللفظ على شيء مسكوت عنه، وهو قسمان: مفهوم الموافقة: وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً للمنطوق، أي: المذكور في الحكم كدلالة النهي عن التأفيف على حرمة الضرب، وهذا يُسمى عندنا دلالة النص، وهو معتبر اتفاقاً، ومفهوم المخالفة بخلافه، وهو أقسام: مفهوم الصفة، والشرط، والغاية، والعدد، واللقب وهو معتبر عند الشافعي إلا مفهوم اللقب قال في "التحرير": (والحنفية ينفون مفهوم المخالفة بأقسامه في كلام الشارع فقط) [111].

قوله: (بخلاف أكثر مفاهيم النصوص) كالآيات والأحاديث لكونها من جوامع الكلم فتحمل فوائد كثيرة تقتضي تخصيص المنطوق بالذكر، ولذا ترى الخلف يستفيدون منها مالم يدركه السلف بخلاف الروايات، فإنه قلما يقع فيها تفاوت الأنظار، والمراد مفاهيم المخالفة، أما مفاهيم الموافقة فمعتبرة مطلقاً كما قدمناه، وقيد بالأكثر، لأن من النصوص ما يعتبر مفهومه كنص العقوبة)[112].

110– "البحر الرائق" لإبراهيم بن نجيم18/1.

111– انظر: "التقرير والتحبير" لابن أمير حاج على كتاب التحرير للكمال ابن الهمام ط:1 دار الكتب العلمية بيروت 116/1.

112– "حاشية رد المحتار على الدر المختار" لابن عابدين 367/1.

قوله : (ومنه) أي: من الذي يعتبر مفهومه اتفاقاً، "ط".

قوله: (تقييده) أي: ما ذكر من اعتبار المفهوم في أقوال الصحابة "ط".

قوله: (لا مالم يدرك به) أي: لأنه في حكم المرفوع، والمرفوع نص، والنص لا يعتبر مفهومه "ط".

أقول: ولهذا اتفق أصحابنا على تقليد الصحابة فيما لا يدرك بالرأي كما في أقل الحيض، قالوا: إنه ثلاثة أيام أخذاً بقول عمرﷺ عنه لتعين جهة السماع.

لذلك قال ابن عابدين: (ومن غير الغالب قول "الهداية: وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ المتوضئ من نومه فإن التقييد بالاستيقاظ اتفاقي، وقع تبركاً بلفظ الحديث، فإن السنة تشمل المستيقظ وغيره عند الأكثرين، وقيل: إنه احترازي، لإخراج غير المستيقظ وإليه مال شمس الأئمة الكردري).

2- قول الحصكفي: لا ينقضه مس ذكر لكن يغسل يده ندباً وامرأة وأمرد[113].

قال ابن عابدين: قوله: (لكن يغسل يده ندباً) لحديث:(من مسَّ ذكرَه فليتوضأ)[114] أي: ليغسل يده جمعاً بينه وبين قوله ﷺ: (هل هو إلا بضعة منك)حين سئل عن الرجل يمس ذكره بعدما يتوضأ وفي رواية: (في الصلاة) أخرجه الطحاوي وأصحاب السنن إلا ابن ماجه، وصححه ابن حبان وقال الترمذي: (إنه أحسن شيء يروى في هذا الباب وأصح)[115]، ويشهد له ما أخرجه الطحاوي عن مصعب بن سعد قال: كنت آخذاً على أبي المصحف فاحتككت فأصبت فرجي، فقال: أصبت فرجك؟ فقلت: نعم، فقال: قم فاغسل

113- " الدر المختار" للحصكفي على هامش "حاشية رد المحتار" لابن عابدين 366/1.

114- أخرجه أبو داود كتاب الطهارة باب الوضوء من مس الذكر(181)، والترمذي كتاب الطهارة باب من مس ذكره فليتوضأ (82) والنسائي كتاب الغسل والتيمم باب الوضوء من مس الذكر216/1، وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها باب الوضوء من مس الذكر(479)، كل منهم في كتاب الطهارة باب الوضوء من مس الذكر عن بسرة بنت صفوان مرفوعاً قال الترمذي في (العلل) عن البخاري: هو عندي صحيح.

115- رواه أبو داود كتاب الطهارة باب الرخصة في عدم الوضوء من مس الذكر(182)، والنسائي كما في "المجتبى"101/1 كتاب الطهارة باب ترك الوضوء من مس الذكر، والترمذي كتاب الطهارة باب ما جاء في ترك الوضوء من مس الذكر(85)، وابن حبان في صحيحه كتاب الطهارة باب نواقض الوضوء(1119) عن بسرة بنت صفوان.

يدك)[116]، وقد ورد تفسير الوضوء بمثله في الوضوء مما مسته النار[117]، وتمامه في "الحلبة" و"البحر"[118].

قال ابن عابدين: (ومفاده استحباب غسل اليدين مطلقاً) كما هو مفاد إطلاق المبسوط خلافاً لما استفاده في "البحر" من عبارة "البدائع" من تقييده: (بما إذا كان مستنجياً بالحجر) كما أوضحه في "النهر"[119].

وروى طلق بن علي قال: (خرجنا وفدًا حتَّى قدمنا علَى رسولِ اللَّهِ ﷺ فبايعناهُ وصلَّينا معَه فلمَّا قضى الصَّلاةَ جاءَ رجلٌ كأنَّهُ بدويٌّ فقالَ يا رسولَ اللَّهِ ما ترى في رجلٍ مسَّ ذَكرَه في الصَّلاةِ قالَ: (وَهل هوَ إلَّا مضغةٌ منكَ أو بضعةٌ منكَ)[120]

3- قول الحصكفي: (ويجب غسل سرة وشارب وحاجب وأثناء لحية وشعر رأس ولو متلبداً لما في فاطهروا من المبالغة وفرج خارج لأنه كالفم لا داخل لأنه باطن) [121]

قال ابن عابدين: قوله: (لما في فاطهروا من المبالغة) علة لقوله ويجب وكان الأولى تأخيره عن قوله وفرج خارج إلخ أي لأنها صيغة مبالغة تقتضي وجوب غسل ما يكون من ظاهر البدن ولو من وجه كالأشياء المذكورة "درر"[122].

بيان ذلك: أنه أمر من باب التفعيل مصدره : الإِطَّهُّر بكسر الهمزة وفتح الطاء وضم الهاء المشددتين أصله تطهر قلبت التاء طاء ثم أدغمت ثم جيء بهمزة الوصل ومجرده طهر بالتخفيف وزيادة البناء تدل على زيادة المعنى ولصاحب البحر هنا كلام خارج عن الانتظام أوضحناه فيما علقناه عليه[123].

116- "شرح معاني الآثار" 77/1 كتاب الطهارة باب مس الفرج هل يجب فيه الوضوء أم لا.

117- أي: من أكل ما مسته النار والمراد غسل اليدين. تقريرات الرافعي على حاشية ان عابدين 489/1.

118- "حلبة المجلي وبغية المهتدي شرح منية المصلي وغنية المبتدي" لابن أمير حاج1/ق250/أ ، و"البحر الرائق " لابن نجيم 45/1.

119- "المبسوط" للسرخسي67/1 ، و"البحر الرائق " لابن نجيم47/1، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" للكاساني30/1.

120- أخرجه النسائي كتاب الغسل باب الغسل والتيمم(165)واللفظ له، وأبو داود كتاب الطهارة باب الوضوء من مس الذكر(182) باختلاف يسير، والترمذي كتاب الطهارة باب من مس ذكره فليتوضأ(85) مختصراً.

121- "حاشية رد المحتار على الدر المختار" 506/1.

122- " الدرر والغرر" لملا خسرو17/1.

123- "حاشية منحة الخالق على البحر الرائق " لابن عابدين 50/1.

4- قال الحصكفي: (وبماء قصد تشميسه بلا كراهة) وكراهته عند الشافعية طبية، وكره "أحمد" المسخن بالنحاسة[124].

قوله : (قصد تشميسه) قيد اتفاقي؛ لأنَّ المصرح به في كتب الشافعية: أنه لو تشمس بنفسه كذلك.

قوله: (وكراهته إلخ) أقول: المصرح به في شرحي "ابن حجر " و "الرملي " على "المنهاج"[125]: (أنها شرعية تنزيهية لا طبية)، ثم قال "ابن حجر": (واستعماله يُخشى منه البرص كما صح عن "عمر" ، واعتمده بعض محققي الأطباء لقبض زهومته على مسام البدن، فتحبس الدم)، وذكر شروط كراهته عندهم، وهي: أن يكون بقُطر حارٍّ وقتَ الحرِّ، في إناء منطبع غير نقد، وأن يستعمل وهو حار.

أقول: وقدمنا في مندوبات الوضوء عن "الإمداد": (أن منها: أن لا يكون بماء مشمس)، وبه صرح في الحلبة " مستدلاً بما صح عن عمر من النهي عنه[126]، ولذا صرح في "الفتح" بكراهته، ومثله في "البحر"[127]، وقال في "معراج الدراية": (وفي "القنية" وتكره الطهارة بالمشمس لقوله ﷺ لعائشة ﷺ حين سخنت الماء بالشمس: (لا تفعلي يا حميراء، فإنه يُورث البرص) [128] ، وعن عمر مثله، وفي رواية: لا يكره، وبه قال مالك و أحمد، وعند الشافعي: يكره إن قصد تشميسه، وفي "الغاية": وكرة بالمشمس في قطر حار في أوان منطبعة، واعتبار القصد ضعيف، وعدمه غير مؤثر) اهـ ما في "المعراج".. فقد علمت أن المعتمد

124- " الدر المختار" للحصكفي على هامش "حاشية رد المحتار" لابن عابدين 600/1.

125- "تحفة المحتاج" لابن حجر ١/٧٥."نهاية المحتاج" للرملي ١/٦٩.

126- أخرجه الدارقطني في سننه ٣٩/1 والبيهقي في السنن الكبرى 6/1 في كتاب الطهارة من طريق إسماعيل بن عياش، حدثني صفوان بن عمرو عن حسان بن أزهر أن عمر بن الخطاب له قال: لا تغتسلوا بالماء المشمس فإنه يُورث البرص، قال ابن حجر في التلخيص ٢٣/1: وإسماعيل صدوق فيما روى عن الشاميين، ومع ذلك فلم ينفرد بل تابعه عليه أبو المغيرة عن صفوان، أخرجه ابن حبان في الثقات في ترجمة حسان. اهـ.

127- "فتح القدير" لابن الهمام ٣٢/1، "البحر الرائق" لابن نجيم ٣٠/1.

128- قال البيهقي في "معرفة السنن والآثار" ٢٣٥/1: وأما ما روي عن عائشة عن النبي ﷺ من قوله في ذلك: (يا حميراء لا تفعلي فإنه يُورث البرص). فلا يثبت البتة.اهـ ونقله ابن حجر في "التلخيص الحبير" ٢١/1، ثم قال (قال العقيلي: لا يصح فيه حديث مسند وإنما هو شيء روي من قول عمر اهـ. والأحاديث المرفوعة في النهي عن الماء المشمس أوردها وتكلم عليها الزيلعي في "نصب الراية" ١٠٢/1 بما يفيد بطلابها، وأوردها ابن الحمد في "الموضوعات" ٧٨/2-٨٠، والسيوطي في "اللآلئ المصنوعة" ٢/٥.

الكراهة عندنا لصحة الأثر، وأن عدمها رواية، والظاهر أنها تنزيهية عندنا أيضاً بدليل عده في المندوبات، فلا فرق حينئذ بين مذهبنا ومذهب الشافعي"، فاغتنم هذا التحرير[129].

5- قال المرغيناني في "الهداية": عند قوله: (والغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحرك الطرف الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر لأن الظاهر أن النجاسة لا تصل إليه): وقوله في الكتاب: (جاز الوضوء من الجانب الآخر) إشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا ينجس إلا بظهور أثر النجاسة فيه كالجاري[130]. قال ملاجيون: (ومثل هذا في كتابه كثير) [131]

وقال الكمال ابن الهمام في"فتح القدير": (فالتحقيق في سوق الخلافية أن يقال: يفوض إلى رأى المبتلى غير مقدر بشيء لعدم المدرك الشرعي، قول الخصم: بل فيه المدرك وهو حديث القلتين قلنا فيه ما تقدم. وقول مالك: بل فيه وهو حديث: (الماء طهور)، حيث أناط الكثرة بعدم التغير، قلنا ورد في بئر بضاعة على ما تقدم وماؤها كان جارياً في البساتين، كما رواه الطحاوي عن ابن أبي عمران عن أبى عبد الله محمد بن شجاع الثلجي بالمثلثة عن الواقدي قال: (كانت بئر بضاعة طريقاً للماء إلى البساتين)، وهذا تقوم به الحجة عندنا إذا وثقنا الواقدي ، أما عند المخالف فلا لتضعيفه إياه مع أنه أرسل هذا خصوصاً مع ادعائهم أن المشهور من حال بئر بضاعة في الحجاز غير هذا، ثم لو تنزلوا عن هذه الأمور المختلفة كان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

والجواب: بأن هذا من باب الحمل لدفع التعارض لا ينتهض، إذن لا تعارض لأن حاصل النهي عن البول في الماء الدائم تنجس الماء الدائم في الجملة.

وحاصل: (الماء طهور لا ينجسه شيء) عدم تنجس الماء إلا بالتغير بحسب ما هو المراد المجمع عليه، ولا تعارض بين مفهومي هاتين القصتين.

فإن قيل: هنا معارض آخر يوجب الحمل المذكور وهو حديث المستيقظ من منامه وقد خرجناه.

---

[129]- "حاشية رد المحتار على الدر المختار" 692/1.

[130]- "حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار لملاجيون" للكنوي طبعة اسطنبولية 1986م 268/1.

[131]- "حاشية رد المحتار على الدر المختار" 512/1.

قلنا: ليس فيه تصريح بتنجس الماء بتقدير كون اليد نجسة، بل ذلك تعليل منا للنهي المذكور وهو غير لازم: أعني تعليله بتنجس الماء عيناً بتقدير نجاستها لجواز كونه الأعم من النجاسة والكراهة.

فنقول: نهى لتنجس الماء بتقدير كونها متنجسة بما يغير أو الكراهة بتقدير كونها بما لا يغير، وأين هو من ذلك الصريح الصحيح لكن يمكن إثبات المعارض بقوله ﷺ (طهور إناء أحدكم إذا ولغ الكلب فيه..) الحديث ، فإنه يقتضى نجاسة الماء، ولا تغير بالولوغ فتعين ذلك الحمل، والله سبحانه وتعالى أعلم) [132]

قال الحصكفي: (وكذا) يجوز (براكد) كثير (كذلك) أي: وقع فيه نجس لم ير أثره ولو في موضع وقوع المرئية به يفتى "بحر" (والمعتبر) في مقدار الراكد أكبر رأي المبتلى فيه، فإن غلب على ظنه عدم خلوص) أي: وصول (النجاسة إلى الجانب الآخر جاز وإلا لا) هذا ظاهر الرواية عن الإمام[133].

قال ابن عابدين: (قوله: به يفتى) أي: بعدم الفرق بين المرئية وغيرها، وعزاه في "البحر" إلى "شرح المنية" عن "النصاب" وأراد بـ"شرح المنية" "الحلبة) لـ "ابن أمير حاج"، وقد ذكر عبارة "النصاب في مسألة الماء الجاري لا هنا، على أنه يُشكل عليه ما في "شرح المنية" لـ"الحلبي عن "الخلاصة": (أنه في المرئية ينجس موضع الوقوع بالإجماع، وأما في غيرها فقيل: كذلك وقيل: (لا) اهـ، ومثله في "الحلبة"، وكذا في "البدائع"، لكن عبر بظاهر الرواية بدل الإجماع، قال: (ومعناه: أن يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير، ثم يتوضأ)ا.هـ وقدره في "الكفاية" بـ : (أربع أذرع في مثلها، وقيل: يتحرى، فإن وقع تحريه أن النجاسة لم تخلص إلى هذا الموضع توضأ منه، قال في "الحلبة" (قلت: وهو الأصح) ا.هـ وكذا جزم في "الخانية" بنفس موضع المرئية بلا نقل خلاف، ثم نقل القولين في غير المرئية وصحح في المبسوط " أولهما، وصحح في "البدائع" وغيرها ثانيهما، نعم قال في "الخزائن": (والفتوى على عدم التنجس مطلقاً إلا بالتغير بلا فرق بين المرئية وغيرها لعموم البلوى،

132– "فتح القدير" 78/1.

133– " الدر المختار" للحصكفي على هامش "حاشية رد المحتار" لابن عابدين 633/1-637.

حتى قالوا: يجوز الوضوء من موضع الاستنجاء قبل التحرك كما في المعراج" عن "المجتبى) ا.هـ

وقال في الفتح : (وعن أبي يوسف أنه كالجاري، لا ينجس إلا بالتغير، وهو الذي ينبغي تصحيحه، فينبغي عدم الفرق بين المرئية وغيرها، لأن الدليل إنما يقتضي عند الكثرة عدم التنجس إلا بالتغير من غير فصل) اهـ

فقد ظهر أن ما ذكره الشارح مبني على ظاهر هذه الرواية عن أبي يوسف، حيث جعله كالجاري وقدمنا أنه اعتبر في الجاري ظهور الأثر مطلقاً، وأنه ظاهر المتون، وكذا قال في "الكنز" هنا: (وهو كالجاري) ومثله في الملتقى.

وظاهر اختيار هذه الرواية فلذا اختارها في "الفتح" ، واستحسنها في "الحلبة" لموافقتها لما مر عنه في الجاري، قال: (ويشهد له ما في "سنن ابن ماجه " عن جابر ﷺ قال: انتهيت إلى غدير، فإذا فيه حمار ميت، فكففنا عنه حتى انتهى إلينا رسول الله ﷺ فقال: (إن الماء لا ينجسه شيء، فاستقينا وأروينا وحملنا) اهـ. وهذا وارد على نقل الإجماع السابق ، والله أعلم.

قوله: (أكبر رأي المبتلى به) أي: غلبة ظنه؛ لأنها في حكم اليقين، والأولى حذف (أكبر) ليظهر التفصيل بعده "ط".

قوله: (وإلا لا) صادق بما إذا غلب على ظنه الخلوص، أو اشتبه عليه الأمران، لكن الثاني غير مراد لما في "التترخانية": (وإذا اشتبه الخلوص فهو كما إذا لم يخلص) ا.هـ فافهم[134].

قال ابن دقيق العيد في "إحكام الأحكام": (الحديث نص في اعتبار السبع في عدد الثلاث وهو حجة على أبي حنيفة في قوله يغسل ثلاثاً) [135].

قال الحافظ العراقي في "طرح التثريب": (استدل بعض الظاهرية بقوله: (إذا ولغ أو إذا شرب على أن هذا الحكم لا يتعدى الولوغ والشرب لأن مفهوم الشرط حجة عند الأكثرين ومفهومه أن الحكم ليس كذلك عند عدم الشرط وهو الولوغ فذهب قائل هذا إلى أنه لو وقع لعابه في الإناء من غير أن يلغ فيه أنه لا يغسل الإناء منه ولا ينجس ما فيه، وكذلك لو وقع في

134– "حاشية رد المحتار على الدر المختار" 1/633-536.

135– "إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام" لابن دقيق العيد" 28/1 : دار الكتاب العربي.

الماء غير فهمه من أعضائه كيده أو رجله لا ينجس وكذا لو بال في الإناء أو تغوط فيه لا يجب غسله سبعاً وإنما يغسل مرة كسائر النجاسات لتقييد الأمر بالولوغ أو الشرب) [136].

ولم يعمل الحنفية بمفهوم الشرط ولا العدد في قوله ﷺ: (إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعاً)[137]، أي: إذا لم يلغ الكلب أو يشرب من الإناء فلا يختلف الحكم عن الولوغ فيغسل ثلاثاً فقط، وإذا غسل ثلاثاً ولم يغسل سبعاً أو لم يدلك بالتراب فإنه يطهر، فقالوا بوجوب الغسل ثلاثاً كسائر النجاسات غير المرئية، ولم يقولوا بوجوب الغسل سبعاً ولا بالتتريب، بل حملوه على الندب والاستحباب دون الوجوب، بينما عمل الجمهور والظاهرية بالمفهوم المخالف فألزموا الغسل سبعاً، وأن يعفر في التراب أيضاً[138].

الخاتمة: وفي ختام هذا البحث نخلص إلى أهم النتائج والتوصيات:

أ- نتائج البحث: يتبين أنه لا يمكننا الاقتصار على ظاهر عبارة النص ومنطوقه دون مفهوم معناه وإشارته ودلالته واقتضائه.

ويستدل الجمهور بمنطوقه الصريح وغير الصريح كإشارته وإيمائه واقتضائه، أو بمفهومه الموافق سواء كان أولى من المسكوت عنه وهو فحوى الخطاب، أو مساوياً وهو لحن الخطاب، أو كان المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق في الحكم وهو دليل الخطاب.

يتفق الحنفية مع الجمهور في الاستدلال بالمنطوق والمفهوم وإنما يختلفون في التعبير عنها والتسمية لها.

يختلف الفقهاء والأصوليون في الاستدلال بالمفهوم المخالف الذي يسميه الجمهور دليل الخطاب، بينما يعده الحنفية من الاستدلالات الفاسدة أي غير صحيحة، ويستدل كل من الفريقين لإثبات طريقته ويجيب عن استدلال الآخر.

ولعل الراجح هو العمل بمفهوم المخالفة للعمل بنظم الكتاب ومعناه الموافق والمخالف.

إذا تعارض المنطوق مع المفهوم قدم الأقوى على الأضعف والأعلى على الأدنى.

136- وقال النووي في "المجموع "2/ 586 عن قول الظاهرية: (وهذا متجه، وهو قول قوي من حيث الدليل)، "طرح التثريب في شرح التقريب" ط: مؤسسة التاريخ العربي 122/1، "إعلام الأنام شرح بلوغ المرام" د. نور الدين عتر ط1: 1998م 64/1.

137- أخرجه البخاري كتاب الوضوء باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان(172) ومسلم كتاب الطهارة باب حكم ولوغ الكلب(279) عن أبي هريرةﷺ.

138- " الدر المختار" للحصكفي على هامش "حاشية رد المحتار" لابن عابدين 692/1.

هناك شروط يشترطها القائلون بالاحتجاج بمفهوم المخالفة لا بد من تحققها حتى يصح الاستدلال به.

ولمفهوم المخالفة أنواع متعددة أهمها مفهوم الصفة ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية ومفهوم اللقب ومفهوم الحصر ومفهوم العدد.

يحتج الحنفية بعبارات الفقهاء ومؤلفات الكتب ومخاطبات الناس ويعملون بمفهومها الموافق والمخالف، ويضرب العلامة ابن عابدين أمثلة ونماذج لاستدلال الحنفية بمفاهيم الكتب وعبارات العلماء.

ب- توصيات البحث: كما أتقدم بالتوصية إلى طلبة العلم والباحثين أن يتابعوا البحث والدراسة لطرق الاستدلال وتحقيقها وتطبيقها.

وإلى المجامع الفقهية ودور الافتاء والقضاء والمجالس المختصة واللجان الإدارية أن تعتمد الاستدلال بالمفهوم الموافق والمحالف وخصوصاً في عبارات الكتب والإقرارات ومخاطبات الناس انطلاقا من قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله.

المصادر والمراجع:

إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار المعجم الوسيط" ، ط: دار الدعوة، 2004م.

ابن الأثير(ت637هـ) النهاية في غريب الحديث" ت: طاهر الزاوي محمود الطناحي ط: المكتبة العلمية بيروت

ابن الساعاتي (ت553هـ) بديع النظام "ت: إبراهيم شمس الدين، ط1دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٤م

ابن الصلاح أدب المفتي والمستفتي ت:د.موفق عبد القادر ط1:مكتبة العلوم والحكم-المدينة المنورة١٤٠٧هـ-١٩٨٦م ٢١٥ص

ابن أمير حاج حلبة المجلي وبغية المهتدي شرح منية المصلي وغنية المبتدي" مخطوط.

ابن أمير حاج (ت879هـ) التقرير والتحبير" على كتاب التحرير للكمال ابن الهمام ط:1 دار الكتب العلمية بيروت

ابن بلبان(ت739هـ) الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان" ت: شعيب الأرناؤوط ط2: مؤسسة الرسالة بيروت 1414هـ1993م.

ابن تيمية(ت٧٢٨هـ) الرد على المنطقيين" ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان عدد الصفحات: ٥٤٥

ابن جني الخصائص" ت: محمد علي البجاوي، ط: المكتبة العلمية.

ابن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦ هـ)الإحكام في أصول الأحكام ت: أحمد شاكر قدم لها: د. إحسان عباس ط: دار الآفاق، بيروت ج:٨.

ابن دقيق العيد (ت702هـ) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام" ط1: دار عالم الكتب بيروت١٤٠٧هـ -١٩٨٧.

ابن رشيق العمدة في محاسن الشعر وآدابه" ت: محيي الدين عبد الحميد ط:5 دار الجيل ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

ابن عابدين حاشية منحة الخالق على البحر الرائق" على هامش البحر الرائق لابن نجيم.

ابن عابدين حاشية نسمات الأسحار" ت: فراس مدلل ط1: دار الدقاق1443هـ-2021م.

ابن عابدين (ت1252هـ) حاشية رد المحتار على الدر المختار" ط2: مصطفى البابي الحلبي 1386هـ - 1966م.

ابن عساكر تاريخ دمشق" ، ت:محب الدين أبي سعيد العمري، دار الفكر، لبنان 1415-1995م.

ابن فارس (ت395هـ) مقاييس اللغة" ت: عبد السلام هارون ط: دار الفكر 1399هـ-1979م.

ابن قدامة المقدسي (ت620هـ) روضة الناظر" ط2: دار الريان 1423هـ- 2002م.

ابن ماجه (ت275هـ) السنن ت: محمد فؤاد عبد الباقي ط: دار إحياء التراث العربي 1395هـ - 1985م.

ابن منظور (ت711هـ) لسان العرب" ت: مكتب تحقيق التراث ط2: دار إحياء التراث العربي بيروت 1413هـ- 1993م.

ابن نجيم زين الدين إبراهيم (970هـ) البحر الرائق" تصوير دار الكتاب الإسلامي.

أخي زادة عبد الحليم أفندي(ت١٠١٣هـ) رسالة في مفهوم المخالفة" ، ت: أوقان قدير يلماز.

الإسنوي (ت٧٧٢هـ) الهداية إلى أوهام الكفاية ت: مجدي سرور باسلوم ط: دار الكتب العلمي، عدد الأجزاء:١.

الإسنوي المهمات في شرح الروضة ت: الدمياطي، أحمد بن علي ط1: ودار ابن حزم بيروت ٢٠٠٩م.

الإسنوي جمال الدين الكوكب الدري" ت: د. عبد الرزاق السعدي راجعه عبد الستار أبو غدة.

الأصبهاني (ت749هـ) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب" ت: أ.د. علي جمعة ط1: دار السلام 1434هـ-2004م

الأصفهاني الراغب المفردات في غريب القرآن" ت: صفوان الداودي، ط1: دار القلم، دمشق، بيروت، 1991م.

الآمدي سيف الدين (ت631هـ) الإحكام في أصول الأحكام" ت: إبراهيم العجوز ط1دار الكتب العلمية بيروت.

أمير باد شاه (ت972هـ) تيسير التحرير" على كتاب "التحرير" للكمال ابن الهمام ط:1 دار الفكر دمشق 1417هـ - 1996م.

الأنصاري فريد أبجديات البحث في العلوم الشرعية".

الباجي أبو الوليد (ت474هـ) إحكام الفصول": د. يحيى الجبوري ط1409:1هـ-1989م

الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب التخريج عند الفقهاء والأصوليين".

البخاري عبد العزيز(ت730هـ) كشف الأسرار ط1:شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول مطبعة سنده ١٣٠٨هـ-١٨٩٠م الأجزاء:٤

البخاري محمد بن إسماعيل (ت256هـ) الجامع المسند الصحيح المختصر" ت: محمد وهيثم نزار تميم ط: دار الأرقم بيروت 1416هـ 1995م

بدوي عبد الرحمن مناهج البحث العلمي" ، ط:3، وكالة المطبوعات، الكويت، 1977م.

البدوي محمد ، المنهجية في البحوث والدراسات الدينية"، دار المعارف للطباعة والنشر، سوسة– تونس، 1771م.
البدي محمد سمير نجيب معجم المصطلحات النحوية" ، ط1: مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985م.
البناني (ت1198هـ) حاشية البناني على جمع الجوامع للمحلي" ط: البابي الحلبي القاهرة.
البيهقي أبو بكر (ت458هـ) السنن الكبرى" ت: محمد عبد القادر عطا ط3: دار الكتب العلمية بيروت 1424هـ– 2003م.
الترمذي (ت297هـ)السنن "الجامع الصحيح" ت: أحمد شاكر ط: دار إحياء التراث العربي بيروت.
التفتازاني والجرجاني حاشية على مختصر المنتهى الأصولي" لابن الحاجب ط: دار الكتب العلمية بيروت
الجرجاني علي بن محمد (ت816هـ) التعريفات" ت: إبراهيم الأبياري ط1: دار الكتاب العربي بيروت 1405هـ – 1985م.
الجويني إمام الحرمين (ت478هـ)البرهان في أصول الفقه" ناشر: دار الكتب العلمية بيروت سنة 1413هـ– 1997م.
الجويني(ت٤٧٨هـ) الغياثي: غياث الأمم في التياث الظلم ت:عبد العظيم الديب ط2: مكتبة الحرمين١٤٠١هـ عدد ص: ٥٢٨.
الحريري إسماعيل النقد مفهومه و مشروعيته" مقال نشر في مجلة اللقاء ، هيئة علماء بيروت ، العدد17.
الحصكفي علاء الدين إفاضة الأنوار" شرح "المنار" للنسفي مع "حاشية نسمات الأسحار" لابن عابدين (ت1252هـ).
خلاف لعبد الوهاب (ت١٣٧٥هـ) علم أصول الفقه" ط8:مكتبة الدعوة شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم عد ص: ٢٣٢.
الدارقطني (ت306هـ) سنن الدارقطني" ت: عبد الله هاشم اليماني المدني دار المعرفة 1386هـ– 1966م

الدبوسي تأسيس النظر" ، تحقيق: مصطفى محمد القباني ط1: دار ابن زيدون، بيروت.
الدهلوي ولي الله (ت١١٧٦هـ) عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد ت: محب الدين الخطيب(ت١٣٨٩هـ) ط:المطبعة السلفية القاهرة
الرازي أبو بكر (ت ٦٦٦هـ) مختار الصحاح ت: يوسف الشيخ محمد ط5: المكتبة العصرية، بيروت ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
الرازي فخر الدين (ت606هـ) المحصول في علم أصول الفقه" ت: د. طه جابر العلواني 2ط: مؤسسة الرسالة1992م.
الرافعي مصطفى صادق(ت١٣٥٦هـ) تاريخ آداب العرب" ط:1 دار الكتاب العربي.
الرافعي(ت1323هـ) التقريرات "على هامش حاشية "رد المحتار على الدر المختار".
الرملي (ت1004هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" ط: دار الفكر بيروت 1404هـ – 1984م.
الزبيدي تاج العروس" ت: مصطفى حجازي، وعبد الستار فراج، ط: وزارة الإرشاد– الكويت،1389هـ–1969م.
الزركشي لبدر الدين (ت794هـ)البحر المحيط" ت: لجنة من علماء الأزهر ط1دار الكتبي 1994م القاهرة
الزمخشري (ت538هـ) الكشاف" "حقائق التنزيل وعيون الأقاويل" ط1: دار الفكر بيروت 1397هـ – 1977م.
الزنجاني تخريج الفروع على الأصول" ت: د. محمد أديب الصالح ط1:مؤسسة الرسالة 1987م.
الزيلعي (ت762هـ) نصب الراية تخريج أحاديث الهداية" ت: محمد عوامة ط1: دار الريان بيروت 1418هـ– 1997م.
سالمان توفيق أحمد نظرات في علم التخريج" ، ط: مكتبة الرشد، الرياض 2007م.
السبكي (ت756هـ) الإبهاج شرح المنهاج" ط1: دار الكتب العلمية بيروت سنة 1404هـ – 1984م.

السبكي تاج الدين الأشباه والنظائر" ت: عادل عبد الموجود وعلي معوض ط1: دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩١م.
السجستاني أبو داود" (ت275هـ)السنن ت: هيثم نزار تميم ط1: دار الأرقم 1420هـ-1999م.
السخاوي شمس الدين فتح المغيث" ، ت: علي حسين علي ط2: دار الإمام الطبري 1992م
السرخسي شمس الأئمة (ت483هـ) أصول السرخسي" ت: الأفغاني ط: دار المعرفة سنة 1395هـ.
السغناقي(ت ٧١٤ هـ) الكافي" ت: فخر الدين سيد محمد قانت ط1: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م ج:٥
السمرقندي علاء الدين (ت539هـ)ميزان الأصول" ت: محمد زكي ط1: مطابع الدوحة قطر 1404هـ - 1984م.
السيواسي ابن الهمام فتح القدير" للكمال ابن الهمام (ت861هـ) ط2: دار الفكر.
السيوطي (ت911هـ) الإتقان في علوم القرآن" ت: مركز الدراسات القرآنية، السعودية ٢٠٠٥م.
السيوطي رسالة "الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض".
السيوطي(ت911هـ) اللآلئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة" ت: صلاح عويضة ط1: دار الكتب العلمية 1417هـ- 1996م.
الشاطبي(ت٧٩٠هـ) الموافقات ت: مشهور حسن آل سلمان وبكر بن عبد الله أبو زيد ط1: دار ابن عفان ١٤١٧هـ١٩٩٧م ج: ٧
الشافعي محمد بن إدريس (ت204هـ) الأم" ط2: دار الفكر – بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م عدد الأجزاء: ٨
الشافعي محمد بن إدريس (ت204هـ) الرسالة" ت: أحمد محمد شاكر ط: دار الكتب العلمية بيروت.
شلبي محمد مصطفى المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي" دار النهضة العربية 1405هـ-1985م.

الشوكاني (ت1250هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" ت: سامي الأثري ط1دار الفضيلة 2000م الرياض.

الشيرازي (ت٤٧٦هـ) اللمع" ط2: دار الكتب العلمية ٢٠٠٣ م – ١٤٢٤ هـ عدد الصفحات: ١٣٤

الصنعاني سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام" ، ت: محمد صبحي حالق، ط1: دار ابن الجوزي.

الصنعاني لعبد الرزاق المصنف" ، ت: الأعظمي ، ط1، دار الناشر ، جنوب إفريقيا 1930– 1970.

الطحاوي (ت321هـ) شرح معاني الآثار" ت: د. يوسف المرعشلي ط1: عالم الكتب بيروت 1414هـ – 1994م

العاجل عائشة النقد و حكاية الذات" مقال نشر في مجلة الرافد، قطر، العدد 195 لعام 1013م.

عتر نور الدين (ت1442هـ) إعلام الأنام شرح بلوغ المرام" ط1: 1998م.

العراقي (ت806هـ) طرح التثريب في شرح التقريب" ط: مؤسسة التاريخ العربي.

العسقلاني ابن حجر تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير" ت: عبد الله هاشم اليماني المدني 1384هـ – 1964م.

عشاق عبد الحميد منهج النقد والخلاف الفقهي عند المازري" ، ط:1 دار البحوث و إحياء التراث 2005م، الإمارات المتحدة.

العطار حسن (ت1250هـ) حاشية العطار على جمع الجوامع" دار الكتب العلمية بيروت

علي جمعة رسالة في الاجماع ومعه الاجماع عند الاصوليين ط1: دار السلام القاهرة 2017م.

العيسوي مناهج البحث العلمي في الفكر الإسلامي و الفكر الحديث" ، ط: دار الراتب الجامعية، 1996م.

الغزالي المنخول في علم الأصول" ت: حسن هيتو ط1: دار الفكر.

الغزالي حجة الإسلام أبو حامد (ت505هـ) المستصفى من علم الأصول" ت:عبد السلام عبد الشافي ط1: دار الكتب العلمية 1413هـ -1993م.
الفتوحي ابن النجار (ت972هـ) شرح الكوكب المنير" ت: د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، ط1مكتبة العبيكان1997م الرياض
فرفور عبد اللطيف (ت1435هـ) ابن عابدين وأثره في الفقه الإسلامي" ط2: دار البشائر دمشق جزأين1437هـ-2006م.
فرفور ولي الدين المذهب في أصول المذهب" شرح المنتخب الحسامي ط1: دار الفرفور 2001م
فرفور ولي الدين تخريج الفروع على الأصول" ط.1 2003م دار الفرفور دمشق.
الفناري(ت834هـ) فصول البدائع في أصول الشرائع" ط1: دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢٧ هـ- ٢٠٠٦م.
الفيروزآبادي القاموس المحيط" ، ط:6مؤسسة الرسالة بيروت سنة 1419- 1998.
الفيومي أحمد بن محمد الحموي(ت٧٧٠هـ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ط1: المكتبة العلمية – بيروت ج ٢.
القادري خالد نظرية تخريج الفروع على الأصول وتطبيقاتها " أطروحة دكتوراه، جامعة الخضـر 2018م.
القاسمي جمال الدين (ت١٣٣٢هـ) قواعد التحديث" ط: دار الكتب العلمية -بيروت- لبنان عدد الصفحات: ٤١٥.
القرافي (ت684هـ) تنقيح الفصول" ت: عبد الرؤف محمد ط2: المكتبة الأزهرية للتراث القاهرة 1992م.
القرافي الذخيرة" ت: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة ط1: دار الغرب الإسلامي- بيروت ١٩٩٤ م.
الكاساني (ت587هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" .ط: دار الكتب العلمية بيروت.
الكيرانوري (ت ١٣٣٢هـ) قواعد في علوم الفقه" ط: دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان عدد الصفحات: ٤١٥.

المحبوبي صدر الشريعة (ت747هـ) التوضيح شرح التنقيح" ت: زكريا عميرات، ط:1 دار الكتب العلمية، بيروت١٩٩٦م.

المحصول في علم أصول الفقه" لفخر الدين الرازي (ت606هـ) ت: د. طه جابر العلواني 2ط: مؤسسة الرسالة1992م.

المرداوي (ت٨٨٥ هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت: حامد الفقي ط1: السنة المحمدية ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م

المرغيناني (ت593هـ) الهداية شرح البداية" ت: طلال يوسف ط: دار إحياء التراث العري بيروت.

المستدرك على الصحيحين" للحاكم(ت 405هـ) ومعه التخليص للذهبي ت: د. يوسف المرعشلي دار المعرفة بيروت.

المسند الصحيح المختصر من السنن" الإمام مسلم(261هـ) ت: محمد وهيثم نزار تميم ط: دار الأرقم بيروت 1419هـ 1999م.

المصلح محمد الإمام اللخمي و جهوده في تطوير الاتجاه النقدي في المذهب المالكي" ،ط1 دار البحوث - الإمارات 2007م.

المقدسي لابن قدامة (ت620هـ) روضة الناظر" ط2: دار الريان 1423هـ- 2002م.

ملاجيون للكنوي(ت1304هـ) حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار" طبعة اسطنبولية 1986م

المناوي زين الدين التوقيف على مهمات التعاريف" ط1: عالم الكتب عبد الخالق ثروت- القاهرة ١٩٩٠م.

مُنْلاخُسْرو محمد بن فراموز الشهير (885هـ) درر الحكام في شرح غرر الأحكام" دار إحياء الكتب العربية.

ميغا جبريل بن مهدي دراسة تحليلية مؤصلة لتخريج الفروع على الأصول" أطروحة دكتوراه في جامعة أم القرى.

النسائي (ت303هـ) المجتبى من السنن مع شرح السيوطي بحاشية السندي دار القلم بيروت.

النسائي المجتبى" من سنن النسائي (ت303هـ) مع شرح السيوطي بحاشية السندي دار القلم بيروت.
النسفي عبد الله بن أحمد (710هـ) كشف الأسرار" ط: دار الكتب العليمة بيروت.
النسيابوري مسلم بن الحجاج (261هـ) المسند الصحيح المختصر من السنن" ا ت: محمد وهيثم نزار تميم ط: دار الأرقم بيروت 1419هـ 1999م.
النووي محي الدين يحيى بن زكريا آداب الفتوى والمفتي والمستفتي ت:بسام عبد الوهاب الجابي ط1:دار الفكر – دمشق١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م ٨٦ص.
النووي(ت676هـ) المجموع شرح المهذب" ت: د. محمود مطرجي ط: دار الفكر بيروت 1421هـ – 2000م.
الهيتمي ابن حجر (ت974هـ)تحفة المحتاج في شرح المنهاج" ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر 1357هـ 1983م .
هيتو حسن الوجيز في أصول الفقه" ط1: دار قرطبة بيروت 1401هـ1981م ج1.
الهيثمي (ت ٨٠٧هـ) مجمع الزوائد ت: حسام الدين القدسي ط: مكتبة القدسي، القاهرة ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م عدد الأجزاء: ١٠