

مجلة جامعة حمص

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 47 . العدد 11

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

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

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

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة حمص

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

. هاتف / فاكس : 963 31 2138071 ++

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

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

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

10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة
11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

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

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

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

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

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

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

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

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة 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 ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (15000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
36-11	د. سامر سليمان المصطفى	النظام القانوني لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية
66-37	د. محمد صالح الدالي	العملة الرقمية وموقف القانون السوري منها
94-67	آلاء كاسر يونس د. صفاء جنيدي	عقد الإذعان دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي
128-95	مالك حميدي حسن أ.د. جميل صابوني	العلاقة بين اللوائح ومبدأ المشروعية
160-129	باسل سعيد عطيه أ.د. تميم ميكائيل د. عيسى الذيب	إعادة الاعتبار وفق معطيات خطورة المجرم "دراسة مقارنة"

النظام القانوني لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية

د. سامر سليمان المصطفى*

الملخص:

يعد عقد إدارة محافظ الأوراق المالية من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي تجد في الوكالة بالعمولة أساساً قانونياً لها، وبحسبان الطبيعة الخاصة لسوق الأوراق المالية كمرفق اقتصادي عام تحكمه مجموعة من القوانين الخاصة الملائمة لتلك الطبيعة قد أسبغ على هذا العقد مجموعة من الخصائص أفردته عن غيره من العقود المسماة في القانون التجاري، إلا أن القوانين النازمة لعمل السوق لم تتناول هذا العقد بشكل مباشر ولم توضح النظام القانوني الذي يبنى عليه، ومن ثم التزامات الأطراف ومسؤولياتهم عن تنفيذ تلك الالتزامات، مع التأكيد على أهمية هذا العقد في دفع عجلة الاستثمار في السوق.

كلمات مفتاحية : المحفظة المالية - مدير الاستثمار - شركة الخدمات والوساطة المالية - عقد إدارة المحفظة

- محاضر في كلية الحقوق بجامعة الرشيد الدولية الخاصة للعلوم والتكنولوجيا.

The Legal System of the Portfolio Management Contract

Dr. Samer Soliman Almoustafa *

Summary:

According to the special nature of the securities market as a public economic facility governed by a set of special laws appropriate to that nature, this contract has a set of characteristics that distinguish it from other contracts named in the commercial law. However, the laws regulating the operation of the market did not directly address this contract and did not clarify the legal system on which it is based, and then the obligations of the parties and their responsibilities for implementing those obligations, while emphasizing the importance of this contract in driving investment in the market.

Keywords: Portfolio – Investment Manager – Financial Services and Brokerage Company – Portfolio Management Contract

***Lecturer at the Faculty of Law, Al-Rashid International Private University for Science and Technology.**

مقدمة:

إن المراقب لحركة التطور الاقتصادي في الدول بشكل عام يلحظ أنها تولي أسواقها العناية الكبرى لما لها من أثر فعال في تنشيط الحركة النقدية، ومن أهم تلك الأسواق سوق الأوراق المالية التي شكلت في السنوات الماضية أهم مواطن الاستثمار والادخار.

وبعد انطلاق سوق دمشق للأوراق المالية كمرفق اقتصادي عام في سورية وصدور القوانين النازمة لأعمالها منذ عام 2005 فقد تحولت جميع العمليات الواقعة على الأوراق المالية لتصبح من اختصاص سوق دمشق للأوراق المالية، بعد أن كانت تقوم بها شركات الأموال عبر المصارف. ونتيجة لتبني الدولة اقتصاد السوق الاجتماعي صدرت العديد من التشريعات تنفيذاً لسياستها الاقتصادية وأهم هذه التشريعات القانون رقم 22/ لعام 2005 الناظم لهيئة الأوراق والأسواق المالية والمرسوم التشريعي رقم 55/ لعام 2006 الناظم لسوق الأوراق المالية، فعملت السوق من خلال تشريعاتها وأدواتها إلى تشجيع الاستثمار واستقطاب رؤوس الأموال والمدخرات لتوظيفها في إنشاء المشاريع التنموية وما يستتبع ذلك من تأمين فرص العمل وتوسيع نطاق التنمية الاقتصادية.

وللقيام بتلك العمليات الواقعة على الأوراق المالية كانت قوانين السوق بحاجة لمجموعة من الصيغ العقدية لإتمام تلك العمليات بالشكل القانوني الذي يحفظ حقوق الأطراف ومن هذه الصيغ العقدية عقد إدارة محافظ الأوراق المالية والذي يعد من أهم تلك العقود إلى جانب عقود التداول والتسوية والضمان والحفظ وغيرها من العقود.

ونظراً لحدثة هذا النوع من الأعمال الاستثمارية، وصدور تشريعاتها بشكل متسارع لمواكبة حركة السوق المالية كوافد جديد فقد لوحظ أن المشرع لم يفصل جميع عقود التداول من جهة التنظيم القانوني والتزامات الأطراف ومسؤولياتهم، إذ أن هذه العقود هي الوسيلة القانونية المستخدمة في تداول تلك الأوراق المالية.

وفي سبيل تحقيق تلك الأهداف تعمل سوق الأوراق المالية للتوفيق بين شريحتين أساسيتين هما المدخرون والمستثمرون من جانب والمشاريع الإنتاجية والاستثمارية من جانب آخر وذلك من خلال مجموعة من العقود النازمة لعلاقات الشريحتين ومنها عقد إدارة محافظ الأوراق المالية

موضوع بحثنا، وذلك من خلال البحث في تعريف هذا العقد وماهي أركانه التي يقوم عليها ثم ماهي طبيعته القانونية والمسؤولية القانونية الناجمة عن تنفيذه والإخلال بقواعده.

• إشكالية البحث:

من البديهي لدى كل مستثمر عندما يتجه لاستثمار أمواله بمكان ما أن يبحث عن أكثر الوسائل التي تحفظ له أمواله وتقدم له الاستثمار الأمثل من جهة الربح والإدارة السليمة والوضوح لحركة تلك الأموال، فإذا لجأ لسوق الأوراق المالية فإنه يحتاج لصيغة عقدية تحقق له غايته من هذا الاستثمار كعقد إدارة محافظ الأوراق المالية ومن هنا تبدو مشكلة البحث بأن تشريعات السوق لم تقدم تفصيلاً واضحاً لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية كواحد من العقود الهامة في السوق والتي عادة ما يلجأ إليها المستثمر ليفوض شخصاً مهنيّاً متخصصاً بإدارة محفظته (كشركة الخدمات والوساطة المالية) وحتى بتكوين هذه المحفظة بما يزيل عنه مسؤولية عدم المعرفة أو التخصص بهذا المجال من الاستثمار، خاصة أن مثل هذه العقود ليست جديدة في السوق فقد كانت هذه المحافظ تدار من قبل المصارف قبل أن تنفرد أسواق المال بهذا النوع من التعاملات المالية.

• تساؤلات البحث:

ما هو المقصود بمحفظة الأوراق المالية؟ وما هو العقد الذي يجب على المستثمر أن يبرمه لإدارة تلك المحفظة؟ ومن هو الشخص المكلف بهذه المهمة في سوق الأوراق المالية وماهي واجباته ومسؤولياته التي يلقيها عليه هذا العقد؟ وما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد؟

• أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث ابتداءً من أهمية عقد إدارة محافظ الأوراق المالية كأداة استثمار في السوق المالية سواء كان المستثمر شخصاً معنوياً أو طبيعياً، وبالتالي تفعيل أدوات الاستثمار بشكل يحفظ للمستثمر حقوقه ويسهل عليه اختيار الوسيلة التي تحقق له سياسته الاستثمارية.

ومن جانب آخر نجد أن لجوء المستثمر لهذا النوع من العقود يجعله أكثر طمأنينة على محافظته المالية بأنها تحت إشراف أشخاص متخصصين فنياً ومهنيّاً وبالتالي يرفع عن نفسه عبء التخطيط والتفكير والبحث عن نوع الأوراق التي عليه شراءها أو عن الأوقات التي عليه فيها بيع تلك الأوراق، لأنه عهد بالإدارة لأشخاص متخصصة بهذا المجال.

• منهج البحث:

استخدم المنهج الوصفي التحليلي من خلال العمل على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بحركة الأوراق المالية في سوق دمشق للأوراق المالية والتي وردت في قانون السوق وقانون هيئة الأسواق والأوراق المالية بالإضافة للأنظمة والقرارات الصادرة في هذا الخصوص.

- خطة البحث:
- مقدمة
- المبحث الأول - مفهوم عقد إدارة محافظ الأوراق المالية
- المطلب الأول - تعريف عقد إدارة محافظ الأوراق المالية
- المطلب الثاني - أركان عقد إدارة محافظ الأوراق المالية
- المبحث الثاني - الطبيعة القانونية لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية ومسؤولية الإخلال بقواعد تنفيذه
- المطلب الأول - التكيف القانوني لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية
- المطلب الثاني - المسؤولية القانونية الناجمة عن الإخلال بقواعد تنفيذ عقد إدارة محافظ الأوراق المالية
- خاتمة
- النتائج
- المقترحات

- المبحث الأول - مفهوم عقد إدارة محافظ الأوراق المالية
- ورد مصطلح "عقد إدارة محافظ الأوراق المالية" في عدة مواضع من التشريعات الخاصة بهيئة الأوراق والأسواق المالية ومنها ضمن التعليمات التنفيذية لقانون الهيئة في المادة الأولى وتحت

عنوان تعريف: ... مدير الاستثمار: الشخص الاعتباري الذي يمارس إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير بما في ذلك إدارة صندوق الاستثمار.

كما نصت الفقرة /د/ من المادة /14/ من القرار /3942/ موضوع نظام الترخيص لشركات الخدمات والوساطة المالية وقواعد ممارستها لأعمالها: على مدير الاستثمار أن يقوم بإدارة محفظة الأوراق المالية العائدة للعميل وفقاً للاتفاقية الموقعة معه أو وفقاً لنشرة الإصدار في حالة صناديق الاستثمار المشترك.

ولكن لم يرد تعريف صريح لهذا العقد ولا حتى لمحفظة الأوراق المالية التي يقوم العقد على إدارتها لحساب الغير سواء ضمن التشريعات الخاصة بالأوراق المالية أو في القانون التجاري أو حتى القانون المدني وإنما ورد ذكر هذا العقد من ضمن العقود المصرفية كأحد الخدمات التي كانت المصارف تقدمها لعملائها عبر سنوات طويلة سابقة لصدور التشريعات الخاصة بالتعامل بالأوراق المالية وحصر هذا التعامل ضمن سوق الأوراق المالية ومن قبل أشخاص متخصصة مهنيًا في هذا النوع من التعامل مثل شركات الخدمات والوساطة المالية وذلك في صيغ عقدية نصت عليها قواعد السوق ومن ضمنها عقد إدارة محافظ الأوراق المالية .

وللغوص في مفهوم عقد إدارة محافظ الأوراق المالية لابد أولاً من تقديم تعريف لهذا العقد (مطلب أول) ثم بيان الأركان التي يقوم عليها (مطلب ثاني)

• المطلب الأول- تعريف عقد إدارة محافظ الأوراق المالية

عند تحليل هذا المصطلح القانوني لعوامله الأولية نجد أنه يجمع في طياته مصطلحين هما الإدارة أولاً ثم محافظ الأوراق المالية ثانياً ولذلك عند وضع مفهوم واضح لكلا المصطلحين يمكننا أنذاك تقديم مفهوم واضح لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية.

- أولاً- مصطلح الإدارة: يعتبر علم الإدارة أحد فروع العلوم الاجتماعية والتي تستهدف تحقيق سياسة ما وفقاً للمجال الذي تستخدم به الإدارة المنشودة، وهذا ما قدمه الأستاذ Leonard D. white عندما عرّف الإدارة العامة بأوسع معانيها بأنها "تتكون من جميع العمليات التي

تستهدف تنفيذ السياسة العامة¹، كما يعتمد أداء أي مصرف تجاري على مدى كفاءته في إدارة أصوله وخصومه ورأساماله².

• **ثانياً- محفظة الأوراق المالية:** هي " أداة مركبة من مجموعة من الأوراق المالية والأدوات الاستثمارية الأخرى" كما تعرّف أنها "مجموعة من الأصول التي يمتلكها المستثمر وقد تكون هذه الأدوات أصول حقيقية أو مالية بهدف الحصول على عائد أكبر بأقل درجة مخاطرة"³. ولما كان عقد إدارة محافظ الأوراق المالية من العقود المصرفية بداية فقد عُرّف أنه "عقد وكالة يلتزم بموجبه المصرف بالمحافظة على الأوراق المالية التي يسلمها إليه العميل، والقيام بكل الأعمال المتعلقة بإدارتها وخدمتها، وردّها إلى العميل عند انتهاء المدة المحددة للعقد، في مقابل عمولة يؤديها العميل للمصرف إضافة إلى منح المصروفات التي تحمّلها المصرف"⁴. ومن خلال ما تقدم وبالعودة لما نصت عليه تشريعات هيئة الأوراق والأسواق المالية فيما يخص هذا العقد يمكن أن نقدم تعريف لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية بأنه: "عقد وكالة خاص بسوق الأوراق المالية يلتزم بموجبه مدير الاستثمار بتحقيق الأهداف الاستثمارية للعميل بما يتفق والسياسة الاستثمارية لعمل السوق".

وقد حددت المادة /14/ من نظام الترخيص لشركات الخدمات والوساطة المالية المسؤوليات والالتزامات المترتبة على مدير الاستثمار بموجب هذه الخدمة المقدمة للعميل من خلال عقد إدارة محفظته المالية وأنّ عليه بذل عناية الرجل المهني الحريص في سبيل ذلك. ويتضمن هذا العقد كما ذكر في قانون رأس المال المصري رقم (95) لعام 1992 في المادة (248) مجموعة من النقاط منها:

تحديد الهدف من الإدارة، أي تحديد أهداف العميل الاستثمارية وضوابط الاستثمار، ومدى نطاق الوكالة المعطاة لمدير الاستثمار ومدتها، وأجر هذه الإدارة، والعمولة المترتبة لمدير الاستثمار،

1 Leonard D. white, 'Introduction to the study of Public administration' I الدكتور عبدالله طلبة، الإدارة العامة، الطبعة السادسة منشورات جامعة دمشق، 1999، ص 12.

2 محمد نضال الشعار، أسس العمل المصرفي، الجندي للطباعة والنشر، 2005، ص 217.

3 أحمد الحسيني، المحفظة الاستثمارية، محاضرات مقدمة في المرحلة الرابعة من قسم العلوم المالية والمصرفية، ص 11.

4 عادل علي المقدادي، عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة العماني رقم لسنة 1999، المكتب الجامعي الحديث، بدون دار نشر، 2006، ص 35..

والمخاطر التي يرغب العميل بتحملها، وأسلوب فض النزاعات بين طرفي العقد عند تنفيذه، وغيرها من المواضيع الواجب تحديدها بدقة ضمن العقد تقادياً لأي عيب قد يشوبه¹، ما ينحو بنا للبحث في أركان هذا العقد.

• **المطلب الثاني - أركان عقد إدارة محافظ الأوراق المالية:**

نصت المادة /14/ من القرار/3942/ الناظم لترخيص شركات الخدمات والوساطة المالية في الفقرة /د/: على مدير الاستثمار أن يقوم بإدارة محفظة الأوراق المالية للعميل وفقاً للاتفاقية الموقعة معه.

وقد عرّف العقد بأنه: "اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني"².

وفي الواقع العملي نجد أن الشراح قد درجوا على استعمال لفظي الاتفاق والعقد كمترادفين³، وعليه نستنتج أن المقصود بالاتفاقية الموقعة بين الطرفين الواردة بنص المادة 14/د أنفة الذكر يقصد بها العقد الموقع بينهما بخصوص إدارة محافظ الأوراق المالية، وكما هي باقي العقود لها أربعة أركان: الرضا، الأهلية، المحل والسبب والتي هي بمثابة مقومات العقد وأركانه الموضوعية، كما تعد الكتابة شرط صحة وإثبات معاً نظراً لخصوصية هذا النوع من العقود.

• **أولاً- الرضا:**

حتى يبدأ الاتفاق صحيحاً لا بد من توافر الرضا لدى أطرافه وهما مدير الاستثمار والعميل، وقد أوضحت المادة الأولى من التعليمات التنفيذية لقانون هيئة الأوراق والأسواق المالية رقم 22/: أن مدير الاستثمار هو الشخص الاعتباري الذي يمارس إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير بما في ذلك إدارة صندوق الاستثمار.

في حين نصت المادة /3/أ من القرار /3942/ أن المقصود بإدارة الاستثمار: إدارة محافظ الأوراق المالية بيعاً وشراءً بناءً على تفويض العميل وبموجب اتفاقية إدارة الاستثمار الموقعة بينهما والتي تحدد السياسة الاستثمارية للعميل وصلاحيات مدير الاستثمار وواجباته.

¹ عيسى محمد الحسين، المسؤولية المدنية للمصارف في ضوء أحكام القانون والقضاء، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في قسم القانون التجاري في جامعة دمشق، 2010، ص247.

² محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، 2003، ص42.

³ المرجع السابق، الموضع ذاته.

ومن خلال هذا النص نستنتج أن عقد إدارة المحافظ المالية عقد رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول.

ولا يكفي بوجود الرضا بل يشترط أن تكون الإرادة غير معيبة لأن الإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها صدرت من شخص غير حر بإرادته وعلى ذلك فإن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة يعد عقداً باطلاً أي معدوم ليس له وجود، أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله فهو عقد قابل للإبطال¹، وأهم عيوب الإرادة التي قد تقع في مثل هذا النوع من العقود (الغلط - الاستغلال - الغبن - الإكراه) وغالباً ما يقع العيب لدى الطرف الأقل خبرة وهو العميل، نظراً لقلة الخبرة والكفاءة اللازمة قياساً بالطرف الأقوى وهو مدير الاستثمار خاصة وأن محل العقد ينطوي على تكوين وإدارة محفظة الأوراق المالية².

• ثانياً - أهلية أطراف عقد إدارة محافظ الأوراق المالية:

يتكون عقد إدارة محافظ الأوراق المالية من طرفين: **الطرف الأول** شخص اعتباري متخصص في إدارة محافظ الأوراق المالية وهو مدير الاستثمار وعلى ذلك نصت الفقرة /د/ من 14/ من نظام الترخيص لشركات الخدمات والوساطة المالية في البند الأول: (على مدير الاستثمار أن يقوم بإدارة محفظة الأوراق المالية العائدة للعميل وفقاً للاتفاقية الموقعة معه أو وفقاً لنشرة الإصدار في حالة صناديق الاستثمار المشترك).

وعقد إدارة الاستثمار في الأوراق المالية هو أحد النشاطات التي تباشرها شركات الخدمات والوساطة المالية وهي شركة سورية مساهمة أو محدودة المسؤولية أو مصرف محلي يعتزم ممارسة الأنشطة أو الخدمات المالية من خلال شركة تابعة له (المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 36 لعام 2008).

وإنّ حصر أعمال الوساطة بالأشخاص المعنوية دون الطبيعية يعد من القواعد المعمول بها في معظم أسواق المال العالمية وهو أمر مستحسن في الأسواق المالية الناشئة حرصاً على حماية

¹د. محمد وحيد سوار، مرجع سابق، ص 55-56.

²رولا نائل سلامة، رشا حطاب، الماهية القانونية لعقد إدارة الاستثمار في سوق عمان المالي، دراسات وعلوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص 1475.

حقوق المتعاملين كما أن العمل في الوساطة المالية يستلزم كفاءة مهنية وفنية عالية قد لا يستطيع الشخص الطبيعي تحقيقها بمفرده.

الطرف الثاني: العميل، وهو مالك المحفظة المالية التي أعطى حق إدارتها لمدير الاستثمار بموجب عقد الإدارة المذكور، والعميل قد يكون شخص طبيعي أو اعتباري يرغب باستثمار مدخراته بهدف تحقيق مكاسب مادية.

ومما يجب أن يتمتع طرفي العقد بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام العقد وبالنظر لخصوصية هذا العقد فإنه يستلزم من مدير الإصدار (الطرف الأول في العقد) كونه شخص معنوي أن يحقق الأهلية اللازم لقيامه بأعمال إدارة محفظة الأوراق المالية أي أن يكون الممثل المعتمد لمدير الاستثمار حاصل على الموصفات الفنية والمهنية والمؤهلات العلمية الواجب توافرها بالشخص الطبيعي وفقاً للأسس والمعايير المعتمدة في سوق الأوراق المالية، بالإضافة لكون الشخص الاعتباري الذي هو مدير الاستثمار قد حقق جميع الشروط القانونية اللازمة لممارسته لعمله في السوق المالية، كما يستلزم أن يكون العميل وهو الطرف الثاني في عقد إدارة محفظة الأوراق المالية كامل الأهلية أي أتم الثامنة عشر من عمره غير محجور عليه لأي سبب يمنعه من التصرفات القانونية كالفقه أو الغفلة أو عته أو الجنون (م 46-م 50 مدني سوري).

ويستطيع القاصر الذي بلغ الخامسة عشر من العمر الحصول على إذن من القاضي بتسليم أمواله وبالتالي أن يقوم بشراء أو بيع الأوراق المالية ضمن حدود أمواله وحدود الإذن المعطى له¹ (م 13. ق.م) و(م 2/164 أحوال شخصية) وذلك كون القيام بشراء الأوراق المالية من أجل بيعها عمل تجاري كما جاء بنص المادة (6 فقرة أ) من القانون /33/ لعام 2007: **شراء منقول بقصد إعادة بيعه ببيع..**

• **ثالثاً- المحل:** يراد بمحل العقد موضوعه، أي العملية القانونية المراد تحقيقها وهذا المحل قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وهي في عقد إدارة المحفظة المالية قيام مدير الاستثمار بتكوين وإدارة محفظة الأوراق المالية مقابل عمولة يدفعها العميل، وعندما يكون محل الالتزام أداءات يقصد بها القيام بعمل شخصي للمدين فإن للمحل شرائط:

¹ جاك الحكيم، الحقوق التجارية، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق، 2005، ص 135.. كذلك د. الياس حداد، القانون التجاري البري البحري الجوي، منشورات جامعة دمشق، 2005، ص 70.

هي أن يكون العمل ممكناً، أن يكون العمل معيناً أو قابل للتعيين، أن يكون العمل مشروعاً، أن يكون العمل من فعل الملتزم نفسه، وأخيراً أن يكون الأداء مالياً.

وبالتدقيق بعقد إدارة محفظة الأوراق المالية نجد أن هذه الشروط متوافرة في عقد إدارة محفظة الأوراق المالية إذ أن العقد موضوع الدراسة يتضمن تصرفاً قانونياً يتمثل بقيام مدير الاستثمار بتكوين أو إدارة محفظة الأوراق المالية، وبالتالي وجود الأوراق المالية أساس لصحة العقد، وهذه الأوراق نصت عليها المادة (1) من قانون هيئة الأوراق المالية رقم 22/2005: أسهم الشركات القابلة للتداول وأدوات الدين القابلة للتداول التي تصدرها الحكومة أو الشركات وأية أدوات مالية تمثل حقوق أرباح المساهمة أو أية أدوات مالية أخرى يرى المجلس شمولها، وقد صنفها بعض الباحثين إلى أوراق مالية تتضمن حق ملكية لدى الجهة المصدرة (الأسهم) وأدوات مالية تتضمن حق دائنيها على الجهة المصدرة (سندات الدين)¹.

ونظراً لحصر التعامل بالأوراق المالية ضمن سوق الأوراق المالية فقط وخضوع هذا التعامل لرقابة دائمة وإشراف من قبل هيئة الأوراق المالية فمن الصعب الدخول بفرضية أوراق مالية غير قابلة للتداول أو خارجة عن التعامل أو مسروقة أو فاشلة أو مزورة.

- رابعاً - السبب: لم يرد في القانون السوري تعريف للسبب ولكن يمكن التمييز بين نوعين للسبب²:

(سبب الالتزام: وظيفته سلامة الالتزام من الناحية الفنية ويسمى "السبب الفني". وسبب العقد أي مشروعية الباعث: وظيفته حماية مصلحة المجتمع لأنه يرمي إلى منع صحة عقد يبتغي بوسائل مشروعية الوصول إلى نتائج غير مشروعة، ومن هنا كان سبب العقد وسيلة احتياطية لإبطال عقد صحيح من الناحية الفنية، خطر من الناحية الاجتماعية).

ومن هنا يمكن القول أن صحة السبب في عقد إدارة محافظ الأوراق المالية تقتضي أن يكون هذا السبب مشروعاً أي لا يجوز استثمار الأوراق المالية لتحقيق غايات غير مشروعة، كأن

¹ د. هيثم الطحان الزعيم، أدوات سوق الأوراق المالية، أطروحة دكتوراه في قسم القانون التجاري، جامعة دمشق، 2013، ص 13.

² د. محمد وحيد الدين سوار. مرجع سابق، ص 152.

يكون الغرض من استثمار الأوراق المالية غسل الأموال وقد أشار القرار رقم /3942/ المادة 13 فقرة أ/2 بيان المستثمر أهدافه الاستثمارية المتعلقة بالخدمات المطلوب تقديمها.

- - الكتابة : تعد الكتابة شرطاً هاماً خاصة بالنسبة للعميل كونه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية مع مدير الاستثمار لذلك كان لابد من اشتراط كتابة عقد إدارة محفظة الأوراق المالية ثم النص بشكل واضح على حقوق وواجبات كل من الطرفين، وعلى ذلك سار كل من المشرع الأردني والمشرع الفرنسي، إذ اشترط كتابة العقد في جميع الحالات التي يمنح فيها العميل إحدى شركات البورصة سلطة إدارة محفظة الأوراق المالية، وتطبيقاً لذلك أيدت محكمة التمييز الفرنسية محكمة الاستئناف التي استخلصت وجود عقد إدارة بين العميل والوسيط من خلال مقدار العمولة المنفق عليها بينهما¹ وتطبيقاً لنص المادة (14/533) من قانون النقد والمال الفرنسي يجب أن تنظم خدمة إدارة محافظ الأوراق المالية من خلال اتفاقية خطية تحدد حقوق والتزامات الأطراف وتفرض التعليمات الصادرة عن سلطة السوق أن تكون هذه الاتفاقية محررة على دعامة ورقية أو أي دعامة أخرى دائمة وبالتالي يمكن تحرير هذه الاتفاقية بالصورة التقليدية أو الإلكترونية².

ونحن بدورنا نؤكد على المشرع السوري أن يشترط لزوم الكتابة في عقد إدارة محافظ الأوراق المالية بما يرتب البطلان على تخلف هذا الشرط ولو بشكل نسبي قابل للتصحيح وذلك لما لهذا العقد من أهمية قانونية واقتصادية خاصة بالنسبة للعميل كونه الطرف الأقل خبرة وقوة في العقد.

المبحث الثاني- الطبيعة القانونية لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية:

إن عقد إدارة محفظة الأوراق المالية لا يعد من العقود الجديدة أو المقترنة بنشوء سوق الأوراق المالية بل هو من العقود التي كانت تضطلع بها المصارف كنوع من الخدمات التي تقدمها لعملائها.

¹ Rasha Hattab, Mohammad Al.shammari, La responsabilite du gestionnaire de portefeuille (etude comparative droit francais et droit jordanien), Arab law quarterly,25, p.325-365.

²رشا حطاب، مسؤولية مدير محفظة الأوراق المالية، دراسة قانونية مقارنة بين القانون الأردني والقانون الفرنسي، بحث مترجم لغايات محاضرات قانون الأوراق المالية، ص9.

وبعد صدور القوانين النازمة لعمل سوق الأوراق المالية أصبح هذا العقد من المهام الأساسية التي تقوم بها شركات الخدمات والوساطة المالية وذلك بإدارة مدير الاستثمار إذ نصت المادة 3/ من نظام الترخيص لشركات الخدمات والوساطة المالية وتحت عنوان إدارة الاستثمار: يقصد بذلك إدارة محافظ الأوراق المالية بيعاً وشراءً بناءً على تفويض العميل وبموجب اتفاقية إدارة الاستثمار الموقعة بينهما والتي تحدد السياسة الاستثمارية للعميل وصلاحيات مدير الاستثمار وواجباته كما يشمل هذا العمل إدارة صناديق الاستثمار.

وفي سبيل قيام مدير الاستثمار بمهامه المذكورة فهو يتخذ من عمليات التداول ركيزة أساسية في إنجاز تلك المهام، وقد أولت قوانين وأنظمة السوق عمليات التداول بالكثير من القواعد والإرشادات كونها العملية الأساسية في حركة الأوراق المالية، إذ تتألف عملية التداول من عدة تصرفات قانونية لا بد من المرور بها حتى يتم إبرام عقد شراء الورقة المالية المدرجة في السوق أو بيعها، ولدراسة الطبيعة القانونية لعقد إدارة الاستثمار والقائم على مجموعة من عمليات التداول لا بد من تكييف العلاقة بين أطراف هذا العقد ثم بيان مسؤولية كل طرف عن تنفيذه:

• **المطلب الأول - التكييف القانوني لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية:**

بالعودة إلى المادة المذكورة آنفاً نستنتج أن المشرع السوري أوضح أن عقد إدارة محافظ الأوراق المالية يقوم بناءً على تفويض من قبل العميل (تحت مسمى اتفاقية موقعة) أي : عقد بالمفهوم القانوني، وعليه تجد هذه العلاقة في عقد الوكالة أساساً قانونياً لها من حيث المبدأ، إلا أنه قد لا يحقق للعميل الحماية اللازمة أمام طرف مهني متخصص، وعليه جاءت القواعد القانونية الخاصة بهيئة الأوراق والأسواق المالية لتضيف الحماية اللازمة للعميل في عقده مع مدير الاستثمار وبالعودة لأحكام الوكالة في القانون المدني السوري نجد أنه عرّف الوكالة في المادة (665 مدني): **عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.**

وعلى ذلك يمكن أن نستنتج بعض خصائص هذا العقد كعقد وكالة ثم نفرد له بعض الصفات التي ميزته عن غيره من العقود كعقد وكالة بالعمولة.

أولاً - خصائص عقد إدارة محافظ الأوراق المالية كعقد وكالة¹:

¹د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، ص 313.

يعد عقد إدارة محافظ الأوراق المالية كعقد وكالة عقد رضائي، ملزم للجانبين الوكيل والموكل، له شكلية العمل القانوني محل الوكالة (المادة 666 مدني). وعليه فإن الموكل لا يلتزم بدفع الأجر لوكيله فقط بل برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة وبتعويضه عما أصابه من ضرره (المادة 676 والمادة 677 مني).

وهذان الالتزامان ينشآن من عقد الوكالة نفسه فليس من الضروري أن تنشأ الالتزامات المتقابلة في العقود المتقابلة في الجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد. كما أنه ليس ضرورياً أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين فقد تكون ملزمة لجانب الموكل وحده، ولا تنشأ التزامات في ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعوض عنه، وبذلك فإن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل. وعليه فإن محل الوكالة الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً.

فالوكالة عقد غير لازم وبالتالي وكقاعدة عامة يجوز للموكل أن يعزل الوكيل وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك في الحالتين، (م/681) و (م/682) ما لم تكن الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل إنهاء الوكالة أو تقييدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (م/681/2) ويضاف إلى ما تقدم أن عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي مما يترتب عليه انتهاء الوكالة بموت أحد الطرفين (م/680) وبالمقارنة مع عقد إدارة محافظ الأوراق المالية نجد أن معظم هذه الأحكام قائمة في عقد إدارة محافظ الأوراق المالية، أما عن تجارية هذا العقد يمكننا القول: أنه عقد تجاري يقوم على التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً وهذا ما جاءت به المادة 1/6 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 : تعد بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية: أ، شراء المنقولات المادية وغير المادية لأجل بيعها بربح ما سواء أبيعته على حالتها أم بعد شغلها أو تحويلها ...، وبما أن مدير الاستثمار شخص مهني متخصص بأعمال إدارة محافظ الأوراق المالية وإدارة صناديق الاستثمار هو شخص معنوي كما ورد بالمادة رقم 1/ لقانون هيئة الأوراق والأسواق المالية فهو مشروع وكالة، وبالتالي أعماله من هذا الجانب أعمال تجارية أيضاً بحكم ماهيتها الذاتية وفقاً للمادة 6/ح من القانون 2007/33 .

أما بالنسبة للعميل فحتى لو كان العمل بالنسبة إليه على سبيل الهواية وليس الارتزاق أو الاحتراف فهو أيضاً عمل تجاري بنص القانون ولكنه لا يكسب عامله صفة التاجر ما لم يكن هذا العمل عمله الأساسي ويحترف هذا العمل.

ثانياً- خصوصية عقد إدارة محافظ الأوراق المالية كعقد وكالة بالعمولة

نظراً لأن الوكالة في هذا العقد مأجورة دائماً فهنا نقترح أكثر من مفهوم الوكالة بالعمولة والتي نص عليها القانون التجاري بالمواد 171 إلى 173.

حيث عرفت المادة 171/ الوكيل بالعمولة بأنه: الشخص الذي يأخذ على نفسه أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب موكله بيعاً وشراءً وغيرها من العمليات التجارية مقابل عمولة، في حين أوضحت المادة 172/ أن الوكيل بالعمولة يكتسب الحقوق الناتجة عن العقد الذي يبرمه لحساب موكله ويكون ملتزماً مباشرة نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم كما لو كان العمل يختص به شخصياً ويحق لهؤلاء الأشخاص أن يحتجوا في مواجهته بجميع أسباب الدفع الناتجة عن علاقاتهم المباشرة به ولا يحق لهم أن يخاصموا الموكل مباشرة.

أما علاقة الموكل بالوكيل بالعمولة أو بدائنيه فتسري عليها قواعد الوكالة (2/172 مدني). ويمتاز عقد إدارة محافظ الأوراق المالية عن عقد الوكالة بالعمولة من جهة الالتزامات المفروضة على مدير الاستثمار (الوكيل) والتي فرضتها التعليمات الخاصة بعمل مدير الاستثمار كمتخصص في تداول الأوراق المالية تطبيقاً لأنظمة السوق، إذ لا يحق لطرفي عقد الوكالة الاتفاق على مخالفة هذه التعليمات لأنها لا تحمي العميل فقط وإنما أيضاً الثقة الاستثمارية واستقرار السوق المالية¹.

كما يمتاز عقد إدارة محافظ الأوراق المالية عن عقد الوكالة بانتقال الأثر الفوري من الوكيل إلى الموكل مباشرة فيما يقوم به الوكيل وبكل عملية على حدة بموجب العقد المبرم بينهما.

د. نصر علي أحمد طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص38.

كما أن أحكام القضاء الفرنسي متواترة على تكييف عقد إدارة محافظ الأوراق المالية على أنه عقد وكالة يفرض على الوكيل التزامات خاصة غير مألوفة في عقد الوكالة بشكله المعتاد منها التزام مدير المحفظة بالإعلام كمهني محترف يتوجب عليه إعلام العميل بتفاصيل جميع العمليات الناشئة عن العقد، وهذا الأمر شيء مألوف في عقود الوكلاء المحترفين مثل المصارف وشركات الائتمان¹.

وفي الواقع إن عقد إدارة محافظ الأوراق المالية قائم على مجموعة من عمليات التداول التي تتضمن بذاتها العديد من التصرفات القانونية للوصول لإبرام عقد بيع الورقة المالية أو شراءها، إذ يقوم المستثمر بداية بإعطاء أمر البيع أو الشراء للوسيط المالي الذي يقوم بإدخال الأمر على نظام التداول الإلكتروني خلال أوقات التداول وفي حال وجود أمر مطابق لمستثمر آخر يتم تنفيذ الصفقة، إلا أن نقل ملكية الأوراق المالية للمشتري لا يتم مباشرة بعد إبرام الصفقة إنما تترتب على ذلك عملية المقاصة ومن ثمّ عملية التسوية ليتم بعدها نقل ملكية الأوراق المالية للمشتري، ووفقاً لأحكام قانون السوق فإنّ مركز المقاصة والحفظ المركزي للأوراق المالية يعد الجهة الوحيدة المخولة لتسجيل جميع حقوق ملكية الأوراق المالية المتداولة في السوق حيث يعمل على تسجيل جميع الصفقات المنقّدة حال تبليغه بها واستلامها من قبله².

المطلب الثاني- المسؤولية القانونية الناجمة عن الإخلال بقواعد تنفيذ عقد إدارة محافظ الأوراق المالية:

إن البحث في موضوع المسؤولية القانونية يوجب بداية تقديم لمحة عن الالتزامات القانونية المترتبة على طرفي العقد بموجب أحكام السوق وهيئة الأوراق المالية، وبالتالي بيان المسؤولية التي يتحملها الأطراف نتيجة إخلالهم بتلك الالتزامات وعلى الأخص مدير الاستثمار كونه الطرف الأكثر تحملاً للمسؤولية بما يتناسب مع حجم الالتزامات الملقاة على عاتقه، ثم بيان أنواع المسؤولية التي يرتبها القانون بموجب هذا العقد وأركان هذه المسؤولية.

د. هشام فضلي، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، بدون طبعة، ص154. 2نقلاً عن

د². وائل يوسف، المركز القانوني لسوق دمشق للأوراق المالية في ضوء التشريع السوري، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، 2020، ص 364 وما بعدها.

أولاً- الالتزامات القانونية المترتبة على مدير الاستثمار:

نصت المادة /14/ من نظام الترخيص لشركات الخدمات والوساطة المالية في الفقرة /د/:
على التزام الشركة المرخص لها ممارسة أعمال إدارة الاستثمار في الأوراق المالية بشكل
خاص بما يلي:

1- الفصل بين الأوراق المالية الخاصة بكل عميل من عملائه والأوراق المالية المملوكة لهم.
ونجد أن هذا البند يحرص من خلاله المشرع على أموال العملاء المستثمرة في السوق.
2- الاحتفاظ بحسابات مستقلة لكل عميل أو محفظة يتولى إدارتها على أن يتضمن حساب
كل عميل الاستثمارات والفوائد المقبوضة والأرباح الموزعة بالإضافة إلى أي نفقات تكبدها
مدير الاستثمار نتيجة إدارته لمحفظة العميل -إن وجدت - وتفاصيل هذه النفقات.
ويسعى المشرع من خلال ذلك ضمان حقوق كل من الوكيل والموكل معاً (مدير الاستثمار
والعميل).

3- عدم إدخال قيم محافظ الأوراق المالية التي يديرها ضمن موجوداته أو مطلوباته وكذلك
عدم إدخال أي عوائد لهذه الأوراق وأي خسائر رأسمالية.
وهذا المسعى من المشرع لإرساء مبدأ الشفافية والمصادقية في العمل لدى المتعاملين بالأوراق
المالية وعلى الأخص الأشخاص المؤتمنة على أوراق عائدة للمستثمرين، كما يهدف المشرع
من خلال هذا النص إلى منع تشكيل رأس مال وهمي ضمن حسابات نتائج أعمال مدير
الاستثمار.

4- إظهار القيمة السوقية لمحافظ عملائه التي يديرها كإيضاح ضمن بياناته المالية.
وبذلك تظهر بياناته المالية صافية عن بقية المحافظ من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن
نستنتج تناسب الرقم المشار إليه بالقيمة السوقية لمحافظ عملائه طرداً مع مدى نجاح الوكيل
بإدارة محافظ عملائه.

5- عدم الحصول على أية تسهيلات مقابل محافظ عملائه أو استخدام هذه المحافظ كضمان
لأي التزامات عليه.

وهذا من أكثر الالتزامات التي تعكس حرص المشرع على التوازن المالي في السوق وعدم
الانزلاق بطرق غير قانونية قد تؤدي للمجازفة بأموال العملاء.

كما يتوجب على مدير الاستثمار أن يقدم لعمله تقرير شهري مالم تنص الاتفاقية المبرمة بينهما على مدة أقل متضمناً:

تفاصيل محفظة العمل وتشمل وصفاً للأوراق المالية المكونة للمحفظة وعددها وتكلفة كل ورقة مالية والقيمة السوقية لها وأي أوراق مالية لم تتم تسوية أثمانها والرصيد النقدي للعمل كما هو بتاريخ إعداد التقرير.

وفي هذا الالتزام يؤكد المشرع على مدير الاستثمار بالوضوح التام واللائم لاستمرارية العقد المبرم مع عميله بما يحقق له الطمأنينة والمعرفة الكاملة واللائمة لنجاح العملية الاستثمارية. كما يتوجب أن يتضمن التقرير المقدم للعمل عمليات البيع والشراء المنفذة بما في ذلك تواريخ تلك العمليات وتفاصيلها لكي يكون العمل على بينة بالرصيد الموجود في محفظته بالإضافة لبيان الفوائد المقبوضة خلال الفترة السابقة والأرباح وتوزيعات الأسهم.

كما يتضمن التقرير النفقات التي يتكبدها مدير الاستثمار نتيجة إدارته لمحفظة العمل وهنا يستطيع العميل المقارنة ما بين مدفوعاته والتزاماته أمام مدير الاستثمار وبالتالي بيان التزام مدير الاستثمار بالشروط العقدية المتفق عليها.

أخيراً فإن مدير الاستثمار يتضمن تقريره بكل حدث جوهري قد يؤثر على المخاطر التي يتوقعها فيما يتعلق بالأوراق المالية العائدة لعمله لكي يكون هذا العمل على اطلاع كامل لما يحيط العملية الاستثمارية من مخاطر وبالتالي يستطيع العميل بناء على هذه الواجبات الملقاة على عاتق مدير الاستثمار أن يرسم السياسة الاستثمارية لمدخراته.

كما تظهر هذه التعليمات التزام الشركة بمتطلبات الحوكمة ومبادئها ضمن سياسة وتعليمات قانون سوق الأوراق المالية وتحديداً ما يتعلق بسياسة الإفصاح والشفافية وفصل الإدارة عن الملكية والالتزام بمعايير المحاسبة الدولية¹.

ثانياً- المسؤولية القانونية الناجمة عن الإخلال بقواعد تنفيذ عقد إدارة محافظ الأوراق المالية:

¹تناولت قوانين السوق الإفصاح ضمن المادة الأولى من القرار/3946/ تاريخ 2006/8/28 المتعلقة بالتعليمات التنفيذية لقانون هيئة الأوراق والأسواق المالية رقم 22/ الصادر عام 2005/ كما عرفته المادة/1/ من القرار/110/ الصادر بتاريخ 2019/9/24.

بعد أن أوضحنا الالتزامات التي حددها المشرع على مدير الاستثمار كونه الطرف الأقوى في العقد والأكثر خبرة فإن مسؤوليته يجب أن تتناسب مع حجم الالتزامات الواجبة عليه، وعلى ذلك فإن إخلال مدير الاستثمار بأحد واجباته يحمله مسؤولية قد تكون مدنية أو جزائية وفقاً لنوع الإخلال أو المخالفة.

والمسؤولية المدنية إما أن تكون عقدية أو تقصيرية كقيام أحد أفراد الشركة في ممارسته لعمله بإحداث ضرر للغير، وكون العلاقة بين مدير الاستثمار والعميل علاقة عقدية فسنتقصر بالبحث على المسؤولية العقدية كونها نتيجة طبيعية لإخلال أحد الأطراف بالالتزامات بموجب ذلك العقد.

1- المسؤولية العقدية لمدير الاستثمار:

يراد بالمسؤولية العقدية الجزاء القانوني المؤيد لقوة العقد الملزمة¹، حتى تتحقق مسؤولية المدير العقدية يستلزم أن يجمعه بعميله عقد وساطة صحيح. وأن يخلّ بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد (ما يشكل خطأ من جانبه)، فإذا ما ألحق هذا الفعل ضرراً بالعميل قامت مسؤولية المدير لتتحقق أركانها.

2- أركان المسؤولية العقدية:

تتمثل أركان المسؤولية العقدية بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما:

أ- **الخطأ:** إن عدم قيام مدير الاستثمار بالتزاماته الناشئة عن عقد الإدارة يعد في ذاته خطأ موجباً لمسؤوليته². وهنا يجب التمييز في صدد الخطأ العقدي بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، وتبدو أهمية هذا التمييز أنه إذا كان وسيط التداول ملزم بتحقيق نتيجة فإن عدم تحققها يعني إخلاله بتنفيذ التزاماته وبالتالي تقوم مسؤوليته متى أثبت العميل وجود العقد وأن هناك التزام لمصلحته لم ينفذ فهنا يفترض الخطأ من جانب المدير ولا يستطيع هذا الأخير أن

¹د. أيمن أبو العيال، د فواز صالح، القانون المدني، مصادر الالتزام، جامعة دمشق، 2007، ص 152.
²د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1998، ص 241. مشار إليه لدى محمود عبد الله السيد، وسطاء التداول في سوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة دمشق، 2013، ص 258

ينفيه بعذر أنه قام بكل ما بوسعه لتنفيذ التزاماته لأنه ملزم بتحقيق نتيجة وعلى ذلك لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته إلا بالسبب الأجنبي لنفي علاقة السببية بين الخطأ الواقع والضرر الحاصل للعميل وبغير ذلك فإن خطأ المدير الملتزم بتحقيق نتيجة هو خطأ مفترض أما إذا كان التزام مدير الاستثمار هو التزام ببذل عناية فإن خطؤه هو عدم بذل العناية المطلوبة وعليه فإن مدير الاستثمار يعد أنه قد أوفى بالتزامه إذا بذل العناية المطلوبة منه حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود¹.

وقد أسس جانب من الفقه التمييز ما بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بتحقيق غاية على أنه إذا كانت النتيجة المرجوة التي يراد تحقيقها ذات طبيعة احتمالية كالتبيب في علاجه لمريضه، وهذا على العكس من التزام وسيط التداول الذي يلتزم بتحقيق نتيجة لأن الغاية التي يقصدها الطرفان (العميل والوسيط) المتمثلة في تسليم الأوراق المالية والثمن ليست ذات طبيعة احتمالية، وذهب جانب آخر من الفقه² إلى أن التزام وسيط التداول هو التزام ببذل عناية الرجل المعتاد، وبالتالي فإن مسؤولية الوسيط لا تقوم على الخطأ المفترض بل على الخطأ الواجب الإثبات، وذهب رأي ثالث بأن التزام الوسيط هو التزام ببذل عناية الرجل الحريص وذلك باعتباره شخصاً محترفاً لمهنة الوساطة في تعاملات الأوراق المالية ويرتب هذا الرأي على ذلك أن المسؤولية تجاه الوسيط هي مسؤولية قائمة على الخطأ الواجب الإثبات³.

نرى أن ما ذهب إليه الرأي الأخير جدير بالتأييد لأنه سبق وأشرنا أن الوسيط ليس ملزم تجاه عميله ببيع أو شراء الأوراق المالية لحساب عميله في حال تعذر عليه القيام بذلك بعد بذل الجهد المطلوب، ونضيف إلى ذلك أن هذا الرأي هو الذي سلكه المشرع من خلال الأنظمة المعمول بها في سوق الأوراق المالية، وقد ألزمت الوسيط ببذل عناية الرجل الحريص، وعلى ذلك نصت المادة 3/ من نظام قواعد السلوك المهني لموظفي هيئة الأوراق والأسواق المالية

¹ توفيق حسن فرج، ص 308. مشار إليه لدى محمود السيد، المرجع السابق، ص 259.
² عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، المنصورة، بلا تاريخ نشر، ص 126. صالح الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، الطبعة الأولى، الإمارات، منشورات البيان، ص 528. مشار إليهما لدى أحمد محمد عبد القادر القاسم، عقد تداول الأوراق المالية، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة دمشق، 2017، ص 122.
³ د. عمر ناطق يحيى الحمداني، مرجع سابق، ص 313. مشار إليه لدى صالح راشد الحمراي، المرجع السابق، الموضوع ذاته.

السورية ولشركات الخدمات والوساطة المالية الصادر القرار رقم 4/ تاريخ 2007/3/14 ، ومن خلال ما ورد فيه من تعليمات¹، وبالإضافة لبقية المواد المنصوص عليها في نظام "قواعد السلوك المهني لموظفي هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية ولشركات الخدمات والوساطة المالية المرخصة"، يمكن أن نستنتج حرص المشرع السوري على كون سير العمل في شركات الخدمات والوساطة المالية سيراً مهنيّاً صحيحاً بعيداً عن أدنى مسببات الاختلاف أو النزاع وعلى الأخص عندما تعمل كمدير استثمار في عقد إدارة محافظ الأوراق المالية.

ب- الضرر في المسؤولية العقدية:

- ¹يترتب على شركات الخدمات والوساطة المالية التقيد بما يلي:
- أ.. ج- الالتزام بأداب المهنة المحددة بالأنظمة الخاصة بالسوق وبالامتناع عن كل ما من شأنه إلحاق الضرر بسمعة السوق أو أعضائه المتعاملين فيه والالتزام بشكل خاص بما يلي:
 - وضع نظام داخلي يكفل سلامة اختيار ممثلي الشركة والتحقق من حسن سير عمل كل منهم وتوعيتهم بأصول وأداب المهنة.
 - الإسراع في إبلاغ كل من الهيئة والسوق وأية جهات معنية أخرى عن مخالفات ممثليهم.
 - إخطار إدارة السوق باسم أي عميل سبق له الإخفاق في الوفاء بالتزاماته.
 - الامتناع عن تنفيذ أية أوامر للشراء أو البيع خارج قاعة التداول.
 - عدم نشر أو ترويج أية بيانات أو معلومات غير صحيحة عن أوضاع الجهات المدرجة أوراقها المالية في السوق أو عن الوسطاء الآخرين.
 - عدم قبول أوامر للشراء من عملاء اشتهروا بعدم الملاءة أو عدم الأمانة إلا بعد أخذ موافقة المدير التنفيذي للسوق.
 - عدم الإفصاح للوسطاء أو للمتعاملين الآخرين عن أسماء عملائهم أو الإدلاء بأية بيانات أو معلومات عن أوامرهم.
 - مزاولة النشاط المرخص به وبذل عناية الرجل الحريص وفقاً لأحكام القانون والأنظمة الصادرة تنفيذاً له وللشروط والضوابط التي صدر على أساسها الترخيص، ومراعاة الأعراف التجارية في هذا الشأن ومبادئ الأمانة والعدالة والمساواة والحرص على مصالح العملاء وتنفيذ أوامرهم وفقاً لأسبقية ورودها ودون تأخير الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة عن الصفقات التي تم التوسط في إبرامها في المواعيد المحددة لها وكذلك تسوية الالتزامات المترتبة عليها للسوق وفقاً لنظام السوق وبغض النظر عما إذا كانت قد حصلت على تسوية من عملائها أو لم تحصل.
 - عدم جواز دفع قيمة أية أوراق مالية قبل تنفيذ عملية البيع وفقاً لأنظمة وتعليمات السوق.
 - عدم جواز إدخال أمر شراء أو بيع لأوراق مالية متنازع عليها أو معلقة بموجب هذه الأنظمة وغيرها.
 - حظر إعطاء حسم أو خصم على أي عمولة أو تكاليف أخرى مستحقة على المستثمر.
 - دفع صافي قيمة الأوراق المالية المباعة بعد خصم العمولة خلال مدة لا تتجاوز المدة المحددة في تعليمات التعامل النقدي ومن خلال شيكات محررة أصولاً لصالح العملاء، وتختم الشيكات لأمر المستفيد الأول، أو من خلال حوالات مالية تدفع لحساب العميل.

يعد الضرر العنصر الجوهري لقيام المسؤولية في جانب المدين في الالتزام العقدي ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق الدائن في الالتزام لأنه لا يفترض وجود الضرر لمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية لذلك يكون الهدف إثبات الإخلال بالالتزام عقدي هو التزام المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به¹.

ت- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

إذا لم يكن الضرر الذي أصاب الدائن وليد خطأ المدين فلا محل للمساءلة ولكن غالباً ما تكون صلة السببية بين الخطأ والضرر مفترضة لأن الدائن لا يكلف بإثباتها وإنما يقع عبء إثبات نفيها على عاتق المدين وهو لا يستطيع نفيها إلا في حالة السبب الأجنبي كما لو أثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الدائن أو فعل الغير (المادة 216 مدني).

• خاتمة

نسعى من خلال هذا البحث لتسليط الضوء على نوع من صيغ عقود التداول في سوق الأوراق المالية، إذ يشغل عقد إدارة محافظ الأوراق المالية حيزاً هاماً من تداولات سوق الأوراق المالية، كما يفتقر الكثير من العملاء للمعرفة الفنية اللازمة لإدارة محفظته المالية أو تكوين هذه المحفظة، فيوكل إدارة محفظته إلى شخص متخصص بموجب عقد يقترب في تكييفه القانوني من عقد الوكالة بالعمولة، ويسأل عن أفعاله مسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات، كونه ملزم ببذل عناية الرجل الحريص لا الرجل المعتاد بحسبان أنه شخص محترف في تأدية عمله.

• النتائج

- إن عقد إدارة المحافظ المالية يسهل على المستثمر سواء كان خبيراً أو لا يمتلك الخبرة الكافية الكثير من الخطوات الواجب عليه سلوكها لأن قوانين السوق حملت مدير الاستثمار تلك الأعباء مقابل عمولة تحدد في أنظمة السوق.

¹د. وائل يوسف، المركز القانوني لسوق دمشق للأوراق المالية في ضوء التشريع السوري، مرجع سابق، ص442 حتى445.

- إن عمليات التداول التي نصّت عليها أنظمة السوق هي الأكثر استخداماً في عقود إدارة محافظ الأوراق المالية وبالتالي الاستعانة بتلك القواعد في التكيف القانوني لتلك العقود ريثما يتم وضع نظام خاص بعقد إدارة محافظ الأوراق المالية.
- وإن حصر أعمال الوساطة بالأشخاص المعنوية دون الطبيعية يعدّ من القواعد المعمول بها في معظم أسواق المال العالمية وهو أمر مستحسن في الأسواق المالية الناشئة حرصاً على حماية حقوق المتعاملين كما أنّ العمل في الوساطة المالية يستلزم كفاءة مهنية وفنية عالية قد لا يستطيع الشخص الطبيعي تحقيقها بمفرده.

المقترحات

- ضرورة وضع نظام قانوني واضح وصريح على غرار نظام التداول يبين فيه الواجبات والالتزامات الواقعة على الأطراف والحقوق التي يتمتعون بها.
- التخفيف من قواعد الإعفاء من المسؤولية التي تتيح للطرف الأقوى أن ينفي مسؤوليته لأسباب تتعلق بخطأ المضرور أو السبب الأجنبي أو غير ذلك من الأسباب، لتشجيع المستثمرين على خوض تجربة الاستثمار في السوق المالية.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

- 1- أ.د. عبدالله طلبة، الإدارة العامة، الطبعة السادسة منشورات جامعة دمشق، 1999.
- 2- د. محمد نضال الشعار، أسس العمل المصرفي، الجندي للطباعة والنشر، 2005.
- 3- د. أحمد الحسيني، المحفظة الاستثمارية، محاضرات مقدمة في المرحلة الرابعة من قسم العلوم المالية والمصرفية.
- 4- د. عادل علي المقدادي، عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة العماني رقم لسنة 1999، المكتب الجامعي الحديث، بدون دار نشر ، 2006.

- 5- عيسى محمد الحسين، المسؤولية المدنية للمصارف في ضوء أحكام القانون والقضاء، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في قسم القانون التجاري في جامعة دمشق ، 2010.
- 6- د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الطبعة العاشرة ، 2003.
- 7- رولا نائل سلامة، رشا خطاب، الماهية القانونية لعقد إدارة الاستثمار في سوق عمان المالي، دراسات وعلوم الشريعة والقانون، المجلد 41 ، العدد 2، 2014.
- 8- د. جاك الحكيم، الحقوق التجارية، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق ، 2005.
- 9- د. الياس مشار إليه لدى محمود السيد حداد، القانون التجاري البري ابجري الجوي، منشورات جامعة دمشق ، 2005، ص 70.
- 10- رشا خطاب، مسؤولية مدير محفظة الأوراق المالية، دراسة قانونية مقارنة بين القانون الأردني والقانون الفرنسي، بحث مترجم لغايات محاضرات قانون الأوراق المالية.
- 11- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل.
- 12- د. نصر علي أحمد طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 13- د. هشام فضلي، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، بدون طبعة

الرسائل العلمية

رسائل الدكتوراه:

- 1- د. وائل يوسف، المركز القانوني لسوق دمشق للأوراق المالية في ضوء التشريع السوري، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، 2020.
- 2- د. هيثم الطحان الزعيم، أدوات سوق الأوراق المالية، أطروحة دكتوراه في قسم القانون التجاري، جامعة دمشق ، 2013.

الماجستير

- 1- محمود عبد الله السيد، وسطاء التداول في سوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة دمشق، 2013.
- 2- أحمد محمد عبد القادر القاسم، عقد تداول الأوراق المالية، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة دمشق، 2017.

القوانين والقرارات

- 1- قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007م.
- 2- قانون الشركات السوري الصادر بالمرسوم رقم 29 لعام 2011م.
- 3- قانون سوق الأوراق المالية السوري الصادر بالمرسوم رقم 55 لعام 2005م.
- 4- نظام الترخيص لشركات الوساطة والخدمات المالية رقم 3942.
- 5- نظام الإفصاح والشفافية رقم 110 لعام 2009م.
- 6- نظام قواعد السلوك المهني لموظفي هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية ولشركات الخدمات والوساطة المالية
- 7- القرار 3946 تاريخ 2006/8/28م المتعلق بالتعليمات التنفيذية لقانون هيئة الأوراق والأسواق المالية.

باللغة الأجنبية:

Rasha Hattab, Mohammad Al.shammari, La responsabilite du gestionnaire de portefeuille (etude comparative droit francais et droit jordanien), Arab law quarterly, 25, p.325-365.

العملة الرقمية وموقف القانون السوري منها

الدكتور: محمد صالح الدالي

قسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة حمص

الملخص

بات المجتمع الحالي لا يمتُّ بصلّة للمجتمع القديم، حيث أفرزت الثورات العلميّة تطوّراتٍ عديدةٍ في كافّة المجالات، وبالطّبع إنّ علم القانون لا يمكن أن يكون بمعزلٍ عن هذه التطوّرات، فقد أفرزت هذه التطوّرات في مجال القانون عدّة مفاهيم جديدة، ومنها في المجال المالي مفهوم "العملة الرقمية"، والتي هي عبارة عن عملة مشفّرة غير منظورة يتمّ تداولها عبر الإنترنت، وتتمنّع هذه العملة بالعديد من الخصائص، منها ما يُعتبر إيجابيّ ومنها ما يُعتبر سلبيّ، كما أن لهذه العملة آثار معينة تترتب على التعامل بها، وبما أن هذه العملة من المفاهيم الحديثة فلم يقدّم المشرّع السوريّ بتحديد موقفه منها، مما يوجب علينا البحث في وضعها القانوني في سورية.

Abstract

The current society has no connection to ancient society, as scientific revolutions have produced many developments in all fields, and of course the science of law cannot be isolated from these developments. These developments in the field of law have produced several new concepts, including in the financial field the concept of "digital currency", which is an invisible encrypted currency that is traded over the Internet, and this currency has many characteristics, some of which are considered positive and some of which are considered negative, and this currency also has certain effects that result from dealing with it, and since this currency is a modern concept, it was not The Syrian legislator determines his position on it, which requires us to research its legal status in Syria.

أولاً- المقدمة:

إنَّ المجتمع لا بل العالم بأسره أصبح اليوم خاضعاً للتطوُّر فهو في تطوُّرٍ دائمٍ، فكلَّ يوم لا يشبه اليوم الَّذي سبقه ويكون أكثر تطوُّراً منه، وكل هذا التطور هو نتيجةً للتطوُّر التكنولوجي وتطوُّر الإنترنت وشبكة المعلومات التي يكاد لا يوجد أحد الآن إلا متّصلاً بها، وهذا التطور لقد مسَّ جميع مناحي الحياة بما فيها الجانب المالي وخاصةً النقود.

فالنقود في تطوُّرٍ مستمرٍّ منذ أن بدأت نشأتها بالمقايضة حتّى وصولها إلى مرحلة العملة الورقيّة التي تتولّى الدّولة إصدارها بسلطتها السيادية ويكون لها غطاء من الذهب أو العملات الأجنبيةّ ضمنها، وقد استقرّت النقود أو العملة على هذا الوضع فترة طويلة حتّى عصرنا الحاضر، ومنذ فترة قصيرة قد ظهر نوع جديد من العملة جاء نتيجة التطور الهائل في التّكنولوجيا وشبكات الانترنت ألا وهو العملة الرّقميّة، وهي عملة ليس لها أيّ وجودٍ مادي فهي موجودة بشكل إلكتروني فقط ويمكن تسميتها أيضاً بالعملة الافتراضية أو الإلكترونية أو المشفرة.

وبالتأكيد إنّ هذه العملة لها محاسن ومساوئ ولها آثار تترتّب على استعمالها.

فما هي هذه العملة وما هي خصائصها ومميّزاتها وهل يمكننا استعمالها في سورية أم أن ذلك ممنوع. هذا ما سنكتشفه من خلال هذا البحث، فسندرس في هذا البحث تعريف ونشأة هذه العملة في المطلب الأول، وسنقوم بدراسة طبيعة هذه العملة وموقف القانون السوري منها في المطلب الثاني، وسندرس محاسن ومساوئ هذه العملة وآثارها في المطلب الثالث.

ثانياً- أهميّة البحث:

تكمن أهميّة هذا البحث في أهميّة الموضوع الذي يعالجه فهذا الموضوع يعتبر من بين موضوعات السّاعة نظراً للتطوُّر الكبير الذي طرأ على المجتمع ولاعتماد المجتمع بشكل كبير على الوسائل الالكترونية في حياته والعملية الرقمية من بين هذه الوسائل التي يجب مواكبتها، فالتعرّف على هذه العملة أمر هام لمواكبة التطور العالمي، كما أن لهذا البحث أهمية في توضيح موقف المشرع

السوري من هذه العملة وفي توضيح هل بالإمكان التعامل بها أم لا، كما أنّ أهميته تكمن في الكشف عن مساوئ هذه العملة وتوجيه الانتباه إليها وفي التعريف بآثار هذه العملة.

ثالثاً- أهداف البحث:

- ١-توضيح مفهوم العملة الرقمية.
- ٢-معرفة نشأة العملة الرقمية.
- ٣-توضيح خصائص وطبيعة هذه العملة.
- ٤-تحديد موقف المشرع السوري من هذه العملة.
- 5- التعرف على مدى إمكانية التعامل بهذه العملة ونتائج هذا التعامل.
- 6- التوعية من خلال التعريف بمحاسن ومساوئ هذه العملة.
- 7- التعرف على آثار التعامل بهذه العملة.

رابعاً- إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في التساؤلات التالية:

- 1- ماهي العملة الرقمية؟
- 2- ما هي طبيعة العملة الرقمية وخصائصها؟
- 3- هل هي مثلها مثل النقود التي نعرفها أم تختلف عنها؟
- 4- ما هي النتائج المترتبة على استخدام العملة الرقمية في سورية؟
- 5- ما هو موقف المشرع السوري من هذه العملة وهل مسموح التعامل بها أم ممنوع ويشكل جريمة معاقباً عليها.
- 6- ما هي محاسن ومساوئ هذه العملة.
- 7- ما هي الآثار المترتبة على استعمال هذه العملة.

خامساً- منهج البحث:

اعتمد الباحث على المنهج التاريخي في الحديث عن نشأة العملة الرقمية كما تمّ الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل مفهوم العملة الرقمية والتوصل لخصائصها وطبيعتها وفي تحليل النتائج المترتبة على استخدام هذه العملة للتوصل إلى محاسنها ومساوئها وآثار التعامل بها، مع الاستعانة

بالمنهج الاستقرائي للتوصل من خلال جزئيات معينة إلى القاعدة حول موقف المشرع السوري من هذه العملة.

سادساً - خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة مطالب، تحدثنا في المقدمة عن التطور التكنولوجي وتطور النقود وعما سنتحدث عنه في هذا البحث.

وسنتناول في **المطلب الأول** النشأة التاريخية للعملة الرقمية وتعريفها من خلال تقسيم هذا المطلب لفرعين: **الفرع الأول** يتحدث عن النشأة التاريخية، **والفرع الثاني** يتحدث عن تعريف العملة الرقمية.

أما **المطلب الثاني** فستحدث فيه عن طبيعة هذه العملة وموقف المشرع السوري منها من خلال تقسيمه لفرعين: **الفرع الأول** نتحدث فيه عن طبيعة العملة الرقمية، **والفرع الثاني** نتحدث فيه عن موقف المشرع السوري من العملة الرقمية.

والمطلب الثالث سنتحدث فيه عن محاسن ومساوئ العملة الرقمية وتحديد آثارها من خلال تقسيمه لفرعين: **الفرع الأول** نتحدث فيه عن محاسن ومساوئ العملة الرقمية، **والفرع الثاني** نتحدث فيه عن آثار العملة الرقمية. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: النشأة التاريخية للعملة الرقمية والتعريف بها.

الفرع الأول: نشأة العملة الرقمية.

الفرع الثاني: تعريف العملة الرقمية وخصائصها.

المطلب الثاني: طبيعة العملة الرقمية وموقف المشرع السوري منها.

الفرع الأول: طبيعة العملة الرقمية.

الفرع الثاني: موقف المشرع السوري من العملة الرقمية.

المطلب الثالث: محاسن ومساوئ العملة الرقمية وتحديد آثارها.

الفرع الأول: محاسن ومساوئ العملة الرقمية.

الفرع الثاني: آثار العملة الرقمية.

المطلب الأول

النشأة التاريخية للعملة الرقمية والتعريف بها

إنَّ نشأة العملة الرقمية هي نشأة حديثة نوعاً ما وذلك لارتباطها بالجانب التكنولوجي الذي هو حديث أيضاً فالفقهاء يجمعون على أنَّ نشأتها الحقيقية تعود لما بين عام ٢٠٠٧ و ٢٠٠٩ كما أنَّ لهذه العملة عدّة تعريفات وخصائص.

ولهذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين لنتناول ما سبق ذكره:

الفرع الأول: نشأة العملة الرقمية.

الفرع الثاني: تعريف العملة الرقمية وخصائصها.

الفرع الأول

نشأة العملة الرقمية

نشأت العملة الرقمية كضرورة أملتْها حالة التطوّر الكبير في كل جوانب الحياة لاسيما في مجال التكنولوجيا والمعلوماتية والاتّصالات والبرمجة وتطور واتّساع التّجارة الدوليّة التي تحتاج إلى وسائل دفع سريعة وملائمة، وذلك نظراً لعدم قدرة العملات القانونيّة التقليديّة على تلبية الاحتياجات المتنامية للمجتمعات المعاصرة وتعرّضها لمختلف الأزمات السياسيّة والاقتصاديّة والمالية.

وعند الحديث عن نشأة العملة الرقمية يجب الرّجوع إلى بداية ظهور فكرة العملات الافتراضيّة حيث أوّل تفكير بهذه العملات كان في عام ١٩٨٧ عندما قام مبرمج يدعى "دافيدشوم" بتصميم نقدّ

رقمي، إلا أنه لم يلقَ نجاحاً لابل تَمَّت مقاومته مقاومة شديدة أدَّت إلى فشله عام ١٩٩٩، كما نشأت عام ١٩٩٦ عملة إلكترونية أخرى دُعيت (E- Gold) لم تلقَ بدورها رواجاً يذكر¹.

ثم في عام ١٩٩٨ اقترح المهندس الصيني "واي داي" نظاماً جديداً للعملة المشفرة حيث يمكن للأفراد تكوين أموال من خلال حلّ الألغاز الحسابية المعقّدة أو كما تُسمّى المعادلات الخوارزمية ورغم ذلك إلا أن بعض تفاصيل التنفيذ أصابتها بعض العيوب، لذلك حاول عالم الكمبيوتر "هالفيني" عام ٢٠٠٥ الخوض في هذا التحدي من خلال تقديم محتوى آخر حول أدلة العمل القابلة لإعادة الاستخدام لتحسين وتطوير مفهوم العملات الافتراضية².

وفي عام ٢٠٠٧ كانت بداية ظهور العملة الرقمية بشكل يمكن وصفه بالرسمي، حيث قام مبرمج مجهول الهوية أطلق على نفسه اسم "ساكوشي ناكاموتو" بنشر ورقة بحث ذكر فيها فكرة استخدام عملة مشفرة، وصفها بأنها نظام نقدي إلكتروني يُعتمد في التّعاملات المباشرة بين مستخدم وآخر دون وجود وسيط، فطرح هذه الفكرة من قِبل هذا المبرمج كان محاولةً لخلق عملة غير خاضعة للرقابة، والهدف من ذلك هو تحرير الاقتصاد العالمي لتلافي مشكلات النظام النقدي التقليدي ولمواكبة التغيّرات المتسارعة في عالم الأعمال على الشبكة الافتراضية³.

وفي عام ٢٠٠٨ تمّ إنشاء موقع خاص لهذه العملة التي أسماها "البيتكوين" ونشر عليه ورقة عنوانها "البيتكوين نظام نقدي إلكتروني من النّد إلى النّد" تناول فيها عمل هذه العملة وحمايتها⁴.

¹- بومعيل مياسة قرشوح مليكة. التّظيم القانوني للعملات الافتراضية في نطاق أحكام القانون المصرفي. مذكر لنيل شهادة الماستر في القانون جامعة مولود معمري كلية الحقوق ص ٤.
²- آية بعكيش- جميلة خير. الجوانب الإيجابية والسلبية لاستخدام العملات المشفرة. مذكرة ماستر. كلية العلوم الاقتصادية والتجارية. جامعة البشير الإبراهيمي برج بوعريرج. الجزائر ص ٣.

³- فتيحة بنابي. العملات المشفرة كتوجيه حديث للعملات الرقمية وأثارها على العملات البنكية. بحث منشور من قبل جامعة محمد بوضياف. المسيلية (الجزائر) في مجلة اقتصاديات الأعمال والتجارة. المجلد ٩/ العدد ١. ص ٤٨.

⁴- بو معيل مياسة - قرشوح مليكة. مرجع سبق ذكره ص 6.

وفي عام ٢٠٠٩ تمّ أول إصدار لعملة البيتكوين من خلال إصدار برنامج حاسوبي بموجب ترخيص وقد صمّم البيتكوين لتكون عملة رقمية بحتة فلا يمكن للشخص الذهاب إلى الصّراف الآلي وإيداع البيتكوين إنما هو مخزن على الإنترنت يتم الوصول إليه عن طريق أجهزة الحاسوب الآلي⁵.

إن هذا الإصدار أحدث ثورة في عالم المعاملات المالية عبر الإنترنت وأخذ العديد من مطوّري البرامج يطلقون المزيد من العملات المشفرة حيث ظهرت هذه العملات بشكل أكبر بعد هذا العام، ونذكر من هذه العملات على سبيل المثال: الليتكوين، الإثيريوم، زد كاش، الداشر، ريبيل، نيو، يسك.

خلال سنتي ٢٠٢٠ و ٢٠٢١ واللّتان تعدّان فترة ظهور وباء كورونا، انجبر العالم على الدخول في الحجر الصحي وهو ما دفعهم إلى التّعامل بهذه العملة ممّا أدّى إلى نمو وتطوّر عدد العملات الافتراضية حيث وصلت لأكثر من ٧٨١٢ عملة رقمية والسبب في ذلك الظروف الاستثنائية التي مرّ بها العالم، كما تزايدت عمليات البيع والشراء بواسطة هذه العملات⁶.

الفرع الثّاني

تعريف العملة الرقمية وخصائصها

أولاً- تعريف العملة الرقمية:

تعدّدت تعريفات العملة الرقمية ولا يوجد لها تعريف واحد جامع مانع، وبرأينا أنّ مرّد ذلك إلى كثرة العملات الرقمية واختلاف أنواعها واختلاف التقنيات المستخدمة فيها والآليات المتّبعة في إصدارها ممّا أدّى إلى اختلاف وجهات النظر حولها. كما أنّه قد يرجع السبب إلى حداثة هذه العملة وظهور مصطلحات جديدة وغريبة نوعاً ما.

⁵- فتيحة بنابي. المرجع السابق.

⁶- خليصة زيداني- سمية فضيل- زينب طبيب. العملات الرقمية المشفرة بين أحكامها الفقهية وآثارها الاقتصادية. مذكرة ماستر. معهد العلوم الإسلامية. جامعة الشهيد حمه لخضر، البوادي. الجزائر 2021-2022 ص ٢٠.

ومن تعاريف العملة الرقمية نذكر تعريف بنك التسويات الدولية (Bis) حيث عرّفها بأنها عملات رقمية تحمل الصفات التالية:

- عبارة عن أصول تُحدّد قيمتها من خلال العرض والطلب عليها، وفي مفهومها تشبه السلع كالذهب مثلاً، لكن قيمتها الحقيقية صفرية، وهي لا تفرض أي التزام على الأفراد والمؤسسات وغير مدعومة من أية جهة تنظيمية.

- تُنقل قيمتها بين الأشخاص إلكترونياً، وتغيب الثقة بين الأطراف المتعاملين بها ولا وجود لوسطاء في تعاملاتها.

- لا يتم إدارتها من طرف جهة أو شخص معين⁷.

كما عرّفها البعض بأنها "هي تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية"⁸.

كما نرى أن بعض المشرعين تطرّق لتعريف العملة الرقمية ومنهم المشرع الجزائري حيث عرّف العملة الافتراضية في قانون المالية لعام ٢٠١٨ حيث نصّ في الفقرة الثالثة من المادة ١١٧ على ما يلي:

"العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الإنترنت وهي تتميز بغياب الدّعمة الماديّة كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية"⁹.

من خلال التعاريف المتعدّدة يمكننا تحديد صفاتها فهي حسب ما رأينا قيم مالية يتم إصدارها إلكترونياً ويتم تداولها إلكترونياً في العالم الافتراضي ويتم إصدارها من أشخاص مجهولين وليس من أي جهة رسمية فهي لا تستند على الثقة بمصدرها وأن قيمتها تخضع لقانون العرض والطلب فهي ليست لها قيمة رسمية.

⁷- فتيحة بناني. مرجع سبق ذكره ص49.

⁸- د. صفون عبد السلام. أثر استخدام النقود الإلكترونية على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية. بحث منشور في دار النهضة العربية ٢٠٠٦. ص ٨-٩.

⁹- المادة 117 من قانون المالية الجزائري لعام ٢٠١٨.

ثانياً - خصائص العملة الرقمية:

للعلمة الرقمية خصائص عديدة منها ما يعتبر محاسن أو ميزات ومنها ما يعتبر مساوئ.

١- العملة الرقمية عملة إلكترونية بحتة لا يوجد لها أي وجود مادي ملموس.

٢- تصدر عن أشخاص مجهولي الهوية ولا تنتمي إلى أي جهة حكومية فهي عملة ليست مدعومة من أي دولة أو بنك حكومي ولا تخضع إلى أي رقابة حكومية.

٣- لا تحتاج في نقلها إلى طرف ثالث أي أنه يلغى دور الوسيط في هذه العملة وهذا شيء جيد برأينا.

٤- ليست متجانسة، يستطيع أكثر من شخص إنشاءها وبالتالي تكون قيمتها مختلفة باختلاف مصدرها¹⁰.

٥- السرعة الكبيرة في تحويلها والتكلفة المنخفضة لها¹¹.

٦- الخصوصية والسرية: فكما ذكرنا أنه لا يوجد وسيط يتداولها وأنها تنتقل من طرف لآخر دون بيان لهوية الأطراف فلا يمكن مراقبة عمليات البيع والشراء التي تتم بواسطتها أو التدخل فيها¹².

ولكن هذه الخاصية يجب الوقوف عندها بعض الشيء فهي قد تشكل مزية من مزايا هذه العملة بحفاظها على هوية الأشخاص ولكن نرى أن لهذه الخاصية أيضاً وجهاً سلبي، فهذه السرية قد يتم استغلالها للقيام بأعمال غير مشروعة كغسل الأموال وبيع المنتجات المسروقة والأهم من هذا أنها قد تستخدم في دعم الإرهاب فكثير من المقالات والتقنيات الفضائية ادّعت أنه كان يتم تمويل الإرهابيين في سورية من خلال هذه العملة ودون الكشف عن هوية الداعم، فهذا عيب كبير في هذه العملة يجب أن يكون محط تأمل ونظر.

¹⁰- فتيحة بناني. مرجع سبق ذكره ص 49.

¹¹- المرجع السابق ص 49.

¹²- رقية سيار. التكييف الفقهي للعمليات الرقمية المشفرة أي دينار القطرية نموذجاً. بحث منشور في مجلة المعيار من قبل جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإنسانية. مجلد ٢٦ عدد ٢٠٢٢/٣ ص ٣٧٢.

٧- سعرها متذبذب غير ثابت فهو كما ذكرنا يخضع لقانون العرض والطلب والمراهنات، وهي بهذه الخاصية تشكّل عيب أيضاً فقد أضحى العديد من الناس يشترون هذه العملة فقط لكي يضاربوا عليها ويحققوا الأرباح.

٨- وسيلة تداول فعالة لتجنب الأمراض الوبائية المعدية¹³.

وهذه برأينا من أفضل خصائص العملة الرقمية، فهي كونها يتم تداولها على الإنترنت فلا يكون بتداولها أي اختلاط بين الناس ومن المؤكد أنّ أهمية هذه الخاصية ظهرت عند انتشار وباء كورونا مثلاً حيث كان الفيروس ينتقل حتى باللمس كالمس النقود الورقية، فالعملة الرقمية تجنّبنا كل ذلك.

من خلال استعراض تعريف وخصائص العملة الرقمية نرى أن العملة الرقمية تنطوي على العديد من الخصائص منها ما يعتبر جيّد ومنها ما يعتبر سيّء، فعلى من يريد التعامل بها الموازنة بين هذه الحسنات والسيّئات وتقدير هل هذه العملة مفيدة له أم لا كما نرى أنه على المجتمع الدولي تطوير هذه العملة من خلال تجنب السيّئات التي تتصف بها والتركيز على المحاسن وتطويرها لكي تصبح عملة متداولة بكل أمان وأريحية.

وبذلك نكون أنهينا المطلب الأول من خلال التعرف على نشأة العملة الرقمية وتعريفها والوصول لخصائصها لننتقل الآن إلى المطلب الثاني للتعرف على طبيعة هذه العملة وموقف المشرّع السوري منه

المطلب الثاني

طبيعة العملة الرقمية وموقف المشرّع السوري منها

اختلفت الآراء حول طبيعة العملة الرقمية ولعلّ ذلك الخلاف يرجع إلى حداثة هذه العملة وغموض عناصرها وطرائق عملها مما أدى إلى أنّ كل شخص يفهم طبيعتها على نحو معين، كما يهتمنا في هذا الأمر أن المشرّع السوري كيف فهم هذه الطبيعة وهل نصّ على موقفه منه أم لا؟

هذا ما سنكتشفه في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى الفرعين التاليين:

¹³- بومعيل مياسة. قرشوح مليكة. مرجع سبق ذكره ص15.

الفرع الأول: طبيعة العملة الرقمية.

الفرع الثاني: موقف المشرع السوري من العملة الرقمية.

الفرع الأول

طبيعة العملة الرقمية

منذ ظهور العملات الرقمية وإلى الآن ليس هناك اتفاق حول تحديد دقيق لتكييف العملة الرقمية وهذا ما جعلنا نتطرق إلى البحث في طبيعة هذه العملات، فهل هي نقود مثلها مثل النقود العادية أم هي مجرد سلعة أم أداة للاستثمار أم غير ذلك.

ظهر في ذلك في العديد من الآراء:

الرأي الأول: إن أنصار هذا الرأي اعتبروا العملة الرقمية نقوداً وتقوم بجميع وظائف النقود مثل اعتبارها مخزناً للقيمة ومقياساً للقيمة ووسيلة للتبادل، ولا تختلف عن النقود سوى بطريقة التداول فالنقود المادية يتم تداولها بشكل مادي وملموس أما العملة الرقمية فيتم تداولها بشكل إلكتروني غير محسوس.

ولكن لا يمكن التسليم بهذا الرأي وذلك لوجود العديد من الخصائص للنقود لا تتمتع بها العملة الرقمية وأهمها أن النقود تتمتع بصفة القبول العام ونرى أن العملة الرقمية لا تتمتع بهذه الصفة فيوجد العديد من الناس لا تقبل الوفاء بهذه العملة لا بل يوجد إلى حد الآن أناساً لا يعلمون بهذه العملة ويوجودها فأين صفة القبول العام تلك؟!

كما أنه من الصفات التي تتمتع بها النقود صفة تجانس الوحدات ولقد سبق وذكرنا أن من أهم خصائص العملة الرقمية عدم تجانس الوحدات، كما أن النقود تتمتع بصفة الاستقرار النسبي في قيمتها وقد ذكرنا عند الحديث عن خصائص العملة الرقمية أن قيمتها تخضع لقانون العرض والطلب وتخضع للمضاربة.

من خلال ما تقدّم نقول أنّه لا يمكن اعتبار العملة الرّقمية نقوداً عادية.

الرأي الثاني: أصحاب هذا الرأي يرون أن العملة الرّقمية هي صورة غير مادية للنقود التقليدية¹⁴، فالنقود التقليدية يتم استخدامها في الواقع والعملية الرّقمية يتم استخدامها على المواقع الإلكترونية.

وكما هو الحال في الرأي السابق لا يمكننا التسليم بهذا الرأي وذلك لنفس الحجج التي ذكرناها في الرأي السابق من عدم توفر خصائص النقود التقليدية في هذه العملة وما إلى هنالك...

الرأي الثالث: إن هذا الرأي يرى أن العملة الرّقمية تعد شكلاً جديداً من أشكال النقود إذا توافرت لها ضوابط معينة وهي تلك الضوابط الخاصة بالنقود القانونية المتداولة وأهمّها أن تكون قابلة للقياس والقبول العام كوسيط للتبادل ووسيلة للدفع وإبراء الذمة، ففي حال توافر هذه الضوابط تعتبر العملة الرّقمية شكلاً جديداً من أشكال النقود.

ونرى أنه في الوقت الحالي من الصعب بعض الشيء توافر هذه الضوابط إلاّ أنّه بالإمكان توافرها في قادم الأيام.

الرأي الرابع: هذا الرأي يرى في العملة الرّقمية أنّها سلعة، أي أنّها استثمار يأتي عائده من المضاربة على ارتفاع وانخفاض قيمتها، وبحسب هذا الرأي تقترب العملة الرّقمية من السلع التي يشتريها الناس للمضاربة على قيمتها وقد يستعملوها أيضاً للوفاء بالتزاماتهم كالذهب في بعض الأحيان.

إنّ البعض يوجّه النقد إلى هذا الرأي على اعتبار أنّ أصحاب هذا الإصدار أرادوا له أن يكون عملة للتبادل في البيع والشراء وليس سلعة والقول بأنّها سلعة رأي ضعيف لأنها لا تتمتع بقيمة في ذاتها المجردة، أي ليس لها قيمة مادية تعتمد على وزنها وندرتها، كالذهب والفضة¹⁵.

¹⁴- مصطفى محمد سائر أحمد. العملات الرقمية من وجهة نظر اقتصادية وقانونية. رسالة ماجستير.

المعهد العالي لإدارة الأعمال. سورية ٢٠٢٢-٢٠٢٣ ص 50.

¹⁵- بومعيل مياسة. قرشوح مليكة. مرجع سبق ذكره ص 39.

لكن يمكن الرد على هذا النقد بأنه حتى لو كان واضعوا العملة الرقمية أرادوا لها أن تكون عملة للتبادل إلا أن الواقع يُظهر عكس ذلك ويُظهر أنها أقرب للسلعة، وبالرد على من قال ليس لها قيمة في ذاتها نقول أن الواقع يُظهر أن لها قيمة وقلنا أن قيمتها تعتمد على العرض والطلب.

من خلال استعراض هذه الآراء يؤيد الباحث الرأي القائل بأن العملة الرقمية هي أقرب للسلعة وتعتبر أداة استثمار تأتي على صاحبها بالنفع من خلال المضاربة على قيمتها ففعلاً إن أغلب الناس يقومون بشراء هذه العملة لكي يضاربون عليها ويربحون، وإن الوفاء بها في بعض الحالات لا يغير من طبيعتها، فهي كأي سلعة ممكن للشخص أن يرضى الوفاء بها، كما ذكرنا فيما سبق أننا لا يمكننا عدّها كصورة من صور النقود وذلك للأسباب التي ذكرناها وأهمّها أنها لا تتمتع بصفة القبول العام¹⁶.

وعليه ينتهي الباحث إلى أنه لا يمكن عدّ العملة الرقمية نقود وأنه يجب إعادة النظر بها وتطويرها إذا أردنا أن نجعلها تقوم مقام النقود.

¹⁶ - للاطلاع أكثر والتوسع في صفات النقود انظر: د. خالد الحامض. ود. علي حسين ملحم. مقدمة في الاقتصاد السياسي. منشورات جامعة حلب ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦ الطبعة الأولى ص ٢٩٥ وما بعد.

الفرع الثاني

موقف القانون السوري من العملة الرقمية

في السياق القانوني تُعتبر دراسة العملات الرقمية أمراً ضرورياً نظراً للتحديات القانونية والأمنية التي تثيرها هذه العملات، ونظراً للواجب الملحق على عاتق المحامين والقضاة في فهم كيفية تطبيق القوانين القائمة على العملة الرقمية، وكذلك الواجب الملحق على المشرعين في وضع قوانين جديدة لتنظيم هذا المجال المتطور.

تُعتبر العملات الرقمية واحدة من التطورات التكنولوجية الحديثة التي تثير اهتمام العديد من الدول بما في ذلك سورية، ومع ذلك فإن موقف المشرع السوري تجاه العملات الرقمية لا يزال غير واضح، فحتى الآن لم يصدر أي تشريع رسمي في سورية ينظم استخدام هذه العملات في بلادنا.

ويرى الباحث أن سبب عدم وضوح موقف المشرع قد يعود إلى الظروف السياسية والاقتصادية التي تمر بها البلاد والتي تعيق عملية قونة هذه العملة وخاصة الضعف الاقتصادي الذي تمر به البلاد ووجود مشاريع أكثر أهمية يجب توجيه الميزانيات إليها في ظل هذه الظروف والعقوبات الاقتصادية الجائرة المفروضة علينا.

ومع ذلك فإن بعض المصادر تشير إلى أن هناك اهتماماً متزايداً من قبل بعض المستثمرين والشركات في سورية بالعملات الرقمية، وقد تكون هذه الاهتمامات هي التي تدفع إلى التفكير في كيفية تنظيم هذه العملة وحماية المتعاملين بها.

وبدوره كان قد كشف مدير نقابة المعلومات في مصرف سورية المركزي الدكتور فراس عيسى من خلال مقال منشور في صحيفة البعث السورية أن العملات المشفرة في سورية مؤجلة وليست ملغاة على الإطلاق بل هي فكرة موجودة تنتظر الوقت الأمثل لاعتمادها، مبيّناً أن العملة الرقمية الخاصة بمصرف سورية المركزي ليست قيد الدراسة في الوقت الحالي لأسباب تتعلق بالأولويات والانشغال بمشروعات وطنية ضخمة سيتم العمل لاستكمالها، مؤكداً في الوقت نفسه أن البنك المركزي لا يمكنه أن يكون بعيداً عن التكنولوجيا والمخرجات العالمية الجديدة باعتباره جزءاً من الاقتصاد العالمي.

وأشار عيسى إلى أنّ إطلاق العملات المشفرة مشروع ضخم يتطلب دراسة عميقة للواقع وتحليلاً دقيقاً للسوق الماليّة ورصد مختلف المخاطر القائمة لاعتماد نموذج يلبي الحاجة الوطنيّة ويحقّق قيمة مضافة للاقتصاد الوطني.

وأكد عيسى أنّ الحديث عن عملات رقمية أو مشفرة يعني بالضرورة عملة رقمية مرتبطة وصادرة عن مصرف سورية المركزي لها سندها القانوني والماليّ وتحمي أموال الناس وتحظى بالثقة من قبلهم بعيداً عن عمليات المضاربة الأخرى.

وتابع الدكتور فراس عيسى أنّ العملات المشفرة أنشئت بوصفها واحدة من أدوات تقليص التداول النقديّ غير أنّ مخاطرها الحالية تفوق مكاسبها، خاصّة وأنها تُستخدَم بطرق ووسائل غير مشروعة من دون مرجعية، حيث يمكن أن تختفي اليوم أي عملة رقمية وتنتحر أموال المشتركين من دون معرفة أسباب ذلك ومرجعية تلك العملة وأصحابها.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنّ مصرف سورية المركزي كان قد صرّح في وقت سابق عن نيّته بإطلاق أو دراسة إطلاق عملة رقمية أو مشفرة وذلك ضمن خطته للتحوّل الرقمي ومواكبة التطورات والمخرجات العالمية والذي اكتفى بذلك التصريح من دون صدور أيّة تصريحات أخرى عن مصير العملة الرقمية والمرحلة التي وصلت إليها¹⁷.

الآن وبعد أن تعرّفنا على وضع العملة الرقمية في سورية وأهمّه أنّه لا يوجد تشريع حالي ينظّمها، سنقوم بالتعرّف على نتائج التعامل بهذه العملة في سورية في ظلّ هذا الوضع، ودراستنا هذه ستقدّم جواباً لسؤال قد يطرحه أيّ إنسان وهو: هل يمكن التعامل بالعملة الرقمية في سورية أو ما هي النتائج المترتبة على تعاملنا بهذه العملة في سورية؟

¹⁷- رامي سلّوم. "المركزي": اعتماد العملة الرقمية في سورية مؤجّل حالياً وليس ملغى. مقال منشور في صحيفة البعث السورية ٢٥/٦/٢٠٢٢.

إنَّ العملة الرَّسْمِيَّة في سورية هي الليرة السَّوْرِيَّة وذلك حسب قانون النِّقْد الأساسي رقم ٢٣/ لعام 2002 والمعدَّل بالمرسوم التشريعي رقم 21 لعام 2011 المادة 18١٢، والجَّهَة الَّتِي تصدر العملة في سورية هي مصرف سورية المركزيّ وذلك حسب المادة 55 من نفس القانون¹⁹.

وبما أنَّه في القانون السوري لا يوجد أي تعريف للعملة الرِّقْمِيَّة ولا هي ضمن تعريف العملة الوطنيَّة أو العملة الأجنبيَّة المُعاقَب على التَّعامل بها حسب المرسوم التشريعي رقم ٥/ لعام 2024، فمن حيث النَّتيجه هي عملة وهميَّة غير موجودة حتى لو القاضي كان على معرفة بها ولا تصلح مقابلًا للوفاء.

لذلك وحسب القاعدة القانونيَّة القائلة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وبما أنَّه لحدَّ الآن لا يوجد قانون في سورية ينصَّ صراحةً على عقوبة للتَّعامل بالعملة الرِّقْمِيَّة أو حيازتها فإنَّه لا يوجد جرم، بمعنى أنَّه يمكن في سورية التَّعامل بالعملة الرِّقْمِيَّة على الإنترنت إذا كان الطرفين راضيين ولم يشتكي أي أحد منهم.

إلا أنَّه يوجد استثناء للقاعدة السَّابِقة وهو حالة ادَّعاء طرف بوقوع جريمة عليه باستخدام العملة الرِّقْمِيَّة أو من خلالها، وبما أنَّ العملة الرِّقْمِيَّة والجرائم التي يمكن أن تقع باستخدامها سوف تتم عن طريق الإنترنت فهذا الشَّيْء سيخضعها لقانون تنظيم التَّواصل على الشَّبكة ومكافحة الجَّريمة المعلوماتيَّة السوري رقم ٢٠/ لعام 2022 والذي عرَّف الجَّريمة المعلوماتيَّة في المادة 1/ منه²⁰.

¹⁸- انظر المادة 12 من قانون النِّقْد الأساسي والَّتِي تنص: "الوحدة القياسية للنِّقْد السوري هي الليرة السورية ويشار إليها بحرفي ل.س".

¹⁹- انظر المادة 55 من قانون النِّقْد الأساسي والَّتِي تنص: "يمارس مصرف سورية المركزي لحساب الدولة امتياز إصدار النِّقْد وفقاً لأحكام الباب الثاني من هذا القانون كما يتولى جميع المهام المنصوص عليها في الباب المذكور".

²⁰- المحامي حسام كريم الدين. البيّنكوين العملة الرقمية في القانون السوري. مقال منشور على موقع سيريا ديلي نيوز 20١٨/١/28.

- انظر المادة 1/ من قانون تنظيم التَّواصل على الشَّبكة ومكافحة الجَّريمة المعلوماتيَّة السوري رقم ٢٠/ لعام 2022.

وتبسيطاً للفكرة إن الكلام يعني أنّ العقوبة لن تكون بمعرض التعامل بالعملة الرقمية بحدّ ذاتها وإنما التعامل يكون مكوّن من مكوّنات مسرح الجريمة كأن يستخدم الشّخص وسائل احتيالية ليأخذ أموال النّاس مقابل العملات الرقمية.

وأخيراً من خلال ما سبق رأينا أن التعامل بالعملة الرقمية لا يشكّل أي جرم وأنّ الاستثناء السّابق لا يغيّر شيء من هذه القاعدة وذلك لأنّ العقاب ليس على التعامل بالعملة الرقمية، والعملة الرقمية كانت مجرد وسيلة من وسائل الجريمة ليس لها أي تأثير على العقاب.

ورأينا أيضاً أن المشرّع السوري اتخذ موقفاً سلبياً تجاه العملة الرقمية فهو لم يحظرها ولم يسمح بها وإنما التزم الصمت حيالها.

ويرى الباحث أنّ موقف المشرّع السوري هو موقف سليم وذلك لأنّه لا يمكن في ظلّ الظروف الحاليّة تنظيم مثل هكذا موضوع ضخم، ولأنّ المشرّع بموقفه هذا لم يقف عقبة أمام تطوّر العملات والدفع الإلكتروني، ولكن بنفس الوقت بدورنا نشجّع على مواكبة التطوّر والركب الحضاريّ ولكن في الوقت المناسب لكي يكون مشروع فيه كلّ الخير لبلدنا سورية.

المطلب الثالث

تقييم العملة الرقمية وتحديد آثارها

إن كل شيء في الحياة له محاسن ومساوئ والعملية الرقمية مثلها مثل أي شيء لها محاسن ولها مساوئ، فهي سلاح ذو حدين، تحمل العديد من المحاسن كما تحمل العديد من المساوئ، كما أنّ للعملة الرقمية العديد من الآثار، كلّ هذا سنتناوله في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تقييم العملة الرقمية.

الفرع الثاني: آثار العملة الرقمية.

الفرع الأول

تقييم العملة الرقمية

إنّ العملة الرقمية كما ذكرنا هي سلاح ذو حدين فكما تتمتع بمحاسن لا تنكر فإنها تحمل عدداً من المساوئ يجب الوقوف عندها.

أولاً- محاسن العملة الرقمية:

للعلمة الرقمية العديد من المزايا نجملها فيما يلي:

١- **إلغاء الطرف الثالث في تداول هذه العملة:** حيث إن التعامل بهذه العملة يتم بشكل مباشر بين الأفراد، فعمليات التحويل بين الطرفين في هذه العملات تتم مباشرة بين المرسل والمستقبل دون تدخل أي طرف آخر، مما يعطيه حرية في الدفع أو التحويل.

٢- إنّ العملات الرقمية بتعاملها السابق تحمل سهولة في التعامل وسرعة في توثيق عملياتها لا توجد في غيرها، حيث يمكن تداولها في أي وقت ليلاً أو نهاراً وبأي كمية يتفق عليه الطرفان

دون أيّ عوائق، وخلال مدة لا تتجاوز عشر دقائق غالباً، وكذلك لا يتوقّف التعامل بوفاء الشخص، بل يحل محله ورثته بسهولة دون حاجة إلى إجراءات قانونية²¹.

٣- **رسومها منخفضة:** حيث أنّ العملات الرقمية بطبيعتها تعاملها تتميز بأنّ التعامل بها لن يدفع أية مصاريف على النقل والتحويل كالتي تتقاضاها البنوك وشركات بطاقات الائتمان عادةً بسبب عدم وجود الوسيط بين الزبون والتاجر مثلاً لنقل المال.

٤- **الخصوصية والأمان:** سجلات العملات الرقمية تستند في بناؤها إلى خوارزميات تشفير مختلفة يصعب فكّها أو تحليلها، مما يجعلها أكثر أماناً من العملات العادية إضافة إلى إمكانية استخدام أسماء مستعارة وأرقام حسابات غير مرتبطة بأي مستخدم أو حساب أو بيانات مخزنة يمكن ربطها بملف تعريف مما يحقق مبدأ الخصوصية²².

وكما ذكرنا سابقاً فإنّ العملة الرقمية تنتقل من الندّ إلى الندّ، وتكون هذه العملية مسجلة في السجل الموحد من غير تحديد الهوية الحقيقية للمرسل والمستقبل. ونظراً لهذه الطبيعة الخاصة فلا يمكن مراقبة عمليات البيع والشراء التي تتم بواسطتها أو التدخّل فيها، كما أنّه يمكن نقلها في أي وقت وإلى أي مكان في العالم بخصوصية تامة دون أن تمر على أي هيئة رقابية أو بنك²³.

وبالرغم من أنّ معظم الباحثين يصنّفون هذه الخاصية ضمن محاسن العملة الرقمية إلا أنّنا نرى أنّ ما خفي من مساوئ هذه الخاصية، كان أعظم، وبالطبع سنتحدّث عن ذلك عندما نتكلم عن مساوئ العملة الرقمية.

²¹ د. جاسم كاظم عبد الله الجاسم. الأحكام الفقهيّة للعملات الرقمية "دراسة مقارنة". بحث منشور في مجلّة الشريعة والقانون. العدد 40. 2022. ص 421.

²² مصطفى محمد سائر أحمد. مرجع سبق ذكره ص 17.

²³ رقية سيار. مرجع سبق ذكره ص 8.

٥- العالمية: العملات الرقمية لا ترتبط بموقع معين لكي يتم التعامل بها، إذ أنها لا تخضع لسلطة دولة أو بنك مركزي، وعليه فإنه لا تستطيع أي دولة أن تحظر التعامل بها لأنها لا تخضع لسلطتها أو سيطرتها فيمكن التعامل بها وكأنها عملة محلية²⁴.

٦- اللامركزية: تتميز العملات الرقمية بعدم وجود سلطة مالية مركزية تصدر عنها أو تشرف على تداولها فهي تصدر عن جهة مجهولة، كما أنها عبارة عن عملات افتراضية تشفيرية هدفها السماح للمستخدمين بإرسال مبالغ مالية لبعضهم البعض على الإنترنت دون الحاجة إلى سلطة مركزية لمراقبة عمليات الدفع والتمويل مع المحافظة على مجهوليتها²⁵.

٧- وسيلة ناجعة في تجنب الأمراض المعدية: العملة الرقمية مجال عملها هو الإنترنت وبالتالي يستطيع الشخص البيع والشراء عن طريق الإنترنت والبعد عن الأمراض المعدية التي تنتقل عن طريق تداول النقود وذلك خاصة في فترات انتشار الأوبئة (كوباء كورونا).

ثانياً- مساوئ العملة الرقمية:

كما أن للعملة الرقمية محاسن فإن لها مساوئ أيضاً وإن بعض المحاسن للعملة الرقمية تشكل في ذات الوقت مساوئ من جانبها الآخر، ونذكر من هذه المساوئ ما يلي:

١- التشفير: فتشفير العملة الرقمية والتكتم على طريقة توليدها عبر معادلات معقدة يجعلها مساراً سهلاً للعديد من العمليات المشبوهة، فهي لا تخضع لرقابة من أحد، وبذلك وجد فيها العديد من الخارجين عن القانون ملاذاً في استخدامها في عمليات غير مشروعة مثل غسيل الأموال

²⁴ د. منصور علي منصور شطا. العملات الافتراضية المشفرة وأثرها على مستقبل المعاملات (الواقع وآفاق المستقبل). بحث منشور في معهد الدلتا العالي للحسابات بالمنصورة. العدد 37. 2022. الجزء الأول. 3/3. ص1807.

²⁵ د. صويلحي نور الدين. أثر تعدين البيتكوين والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي. بحث منشور في مجلة آفاق علمية. مجلد 10. العدد 2. 2018. ص221.

وتجارة السلاح والمخدرات²⁶. والأهم والأخطر من ذلك هو تمويل الإرهاب، فقد ذكرنا سابقاً أنه كان يتم تمويل الإرهابيين في سورية عن طريق هذه العملة.

وفي هذه السلبية نرى أنها هي الوجه الآخر لميزة الخصوصية والسرية.

٢- بعض العملات الرقمية لا يمكن صرفها إلى عملات عادية: أي أنها تفقد لميزة الصرف إلى عملات متعددة ولا يمكن تداولها إلاّ مقابل عملة واحدة أو عملات معينة، وهذا العيب يجعل المستخدم مجبراً على تحويل العملات الرقمية إلى إحدى العملات الرئيسية مثل البيتكوين والإثيريوم ثم تحويلها للعملة المطلوبة من خلال بورصات خاصة بذلك وهذا الأمر يحتاج تكلفة عالية.

٣- عدم أمان بورصة تداول العملات الرقمية: على الرغم من أمان وخصوصية العملات الرقمية إلاّ أنّ ذلك الأمان ليس مطلقاً حيث يمكن لبعض المخترقين المحترفين التسلّل إلى هذه البيانات والوصول إليها وسرقة العملات الرقمية أيضاً²⁷.

٤- التهريب الضريبي: العملات الرقمية يمكن أن تكون شكلاً مبتكراً وخفياً من التهريب الضريبي حيث لا يوجد نظام قانوني تعمل فيه بل يتم الاحتفاظ بها في حسابات الفضاء الإلكتروني، ممّا يؤدي إلى زيادة حجم الاقتصاد غير الرسمي لعدم تسجيل هذه الأنشطة المالية الذي يؤدي إلى زيادة حجم السوق غير الرسمي وعدم رقابة أي سلطة مركزية ورسمية على تبادل السلع والخدمات وعدم قدرة الدولة على ربط الضريبة على تلك الصفات ممّا يؤدي إلى زيادة التهريب الضريبي ممّا يؤثر على السياسة المالية للدولة.

٥- تذبذب سعر العملة الرقمية: حيث أنّ سعر هذه العملة قائم على العرض والطلب وهذا يؤدي إلى تقلّبات ومشاكل كبرى للمتعاملين بها وللاقتصاد مثل المضاربة والتضخم وهروب رأس المال وضعف الاستثمار وغيرها من الأضرار الاقتصادية والمالية.

²⁶ د. حسن سيد حسن علي اليداك. العملات الرقمية المشفرة وأثرها على النظام الاقتصادي في الشريعة والقانون. بحث منشور في مجلّة الشريعة والقانون. العدد 40. 2022. ص 880.

²⁷ مصطفى محمد سائر أحمد مرجع سبق ذكره ص 18+19.

كما أنّ سعرها المتذبذب يشجّع المحتالين على استغلال ذلك عن طريق مواقع وهمية لتبادل العملة، حيث يقومون بمحاكاة هجوم إلكتروني عليها لإحداث فزع بين المتعاملين مما يؤثر سلباً في قيمة العملة، فيعمدون إلى شرائها بأسعار منخفضة ثم يبيعها بعد أن تعود القيمة للارتفاع²⁸.

٦- عدم وجود جهة مركزية معترف بها تخضع لها هذه العملة: وقد ذكرنا سابقاً أن هذا يعتبره البعض ميزة للعملة الرقمية إلا أنه يشكل في جانبه الآخر سيئة من مساوئها وهي أنه بسبب ذلك لا يثق الكثيرون فيها ويخشون من تعرّض أموالهم للضياع.

٧- احتمال وقوع بعض الأخطاء الفنية والبشرية في عملية تمويل هذه العملات: ولا يمكن تدارك هذه الأخطاء عند وقوعها مما يجعل التعامل بها غير واثق من الحفاظ على ثروته²⁹، فمثلاً إذا تمّ تحويل مبلغ معيّن لشخص آخر غير الذي يقصده الشخص فلا يمكن إجباره على ردّها.

وبذلك نكون أنهينا هذا الفرع من خلال التعرّف على محاسن ومساوئ العملة الرقمية، فقد رأينا أنّ هذه العملة تتمتع بالعديد من المحاسن ولكن في مقابل ذلك لها العديد من المساوئ التي لا يمكن نكرانها، وبالتالي إذا أردنا أن نجعل هذه العملة وسيلة تداول من قبل الجميع فيجب إعادة النظر بهذه المساوئ لتجنّبها ومن ثمّ إقناع المواطنين بالتعامل بها وإشعارهم بأن التعامل بها يتم بكل أمان.

الفرع الثاني آثار العملة الرقمية

إنّ انتشار العملة الرقمية وشيوع استخدامها يؤدي إلى ظهور عدد من الآثار السلبية وخاصة أنّه لا دور للدول أو بنوكها المركزية في إصدار هذه العملة مما يؤثر بشكل كبير في السياسات النقدية للدول، ويقلل من قدرة هذه البنوك المركزية على الحفاظ على الاستقرار النقديّ من خلال إضعاف دورها في السيطرة على السيولة النقدية وسرعة دوران النقود.

²⁸ رقية سيار مرجع سبق ذكره ص 373.

²⁹ د. جاسم كاظم عبد الله الجاسم مرجع سبق ذكره ص 434.

هذا بالإضافة إلى تأثير هذه العملة على السياسات المالية أيضاً من خلال تأثيرها على حجم الإيرادات الضريبية، حيث سيكون من الصعب على السلطات المالية المختصة أن تراقب جميع الصفقات والدخول التي يتم دفعها أو استلامها بالعملات الرقمية³⁰، مما يمكن من التهرب الضريبي كما ذكرنا.

كما أنّ لهذه العملة تأثير على العرض الكلي للنقد على المستوى الدولي لأنها تتيح وسائل تبادل إضافية على المستوى الدولي إضافة للموجود في الساحة والمتمثل في العملات الورقية المتداولة، وهذا قد يسهم في زيادة معدلات التضخم العالمي³¹.

وتؤثر هذه العملة على توليد النقد حيث ستتأثر قدرة الجهاز المصرفي في كل دولة على توليد النقد، فطبيعة النقد الرقمية وآلية تبادلها لا تتيح إمكانية توليد النقد، لأنه يتم نقل كمية النقد الموجودة من مالك لآخر ومن محفظة لأخرى دون التدخل من الجهاز المصرفي للدولة³².

ولهذه العملة تأثير على استقرار نظم المدفوعات والأسواق المالية، حيث أنه من المتوقع في حال انتشار العملة الرقمية وزيادة أهميتها الاقتصادية أن تصبح الآلية الرئيسية لتسوية المدفوعات وبخاصة التبادلات الدولية، ومع نمو وتطور التجارة الإلكترونية فإن حجم النقد في الاقتصاد سيتعذر تحديده، وذلك نتيجة لعدم خضوع هذه النقود لإشراف مباشر من قبل السلطة النقدية، الأمر الذي يؤثر سلباً في الأجل الطويل على آلية سير نظم المدفوعات وهذا بالتبعية يؤثر على استقرار الأسواق المالية، كما أن ذلك يساهم أيضاً في عدم دقة قياس معدلات سرعة دوران النقود.

ومما لا شك فيه أنّ هذه العملة قد تُستخدَم كأداة لتمويل الصفقات غير المشروعة، ومع ازدياد ترابط الأسواق المالية والدولية وارتفاع معدلات التعامل الدولي بوسائل الدفع الإلكترونية فإن حجم المشكلات الاقتصادية والمالية والقانونية التي يمكن أن تنشأ كنتيجة لظهور وشيوع العملة الرقمية

³⁰ - بسام أحمد الزلمي. دور النقود الإلكترونية في عمليات غسل الأموال. مقال منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. مجلد 26. العدد الأول. 2010 ص 554.

³¹ - عبد المالك توبي - منصف شرقي. أثر العملات الرقمية المشفرة على مستقبل المعاملات المالية البيبتكوين نموذجاً. بحث منشور في مجلة الاقتصاد الصناعي. المجلد 11. العدد 1. 2021 ص 190.

³² - المرجع السابق ص 191.

سيكون كبيراً جداً، ضِفَ إلى ذلك استنزاف النقود الأجنبية من خلال شراء عملة البيتكوين وضخّ النقود الأجنبية نحو المجهول ودون تبادل مع عملة حقيقية نستطيع من خلالها ضبط سعر الصّرف بين العملتين وتحويل الإنتاجية نحوها³³.

وإنّ هذه العملات الرقمية تُستخدم كأداة في غسل الأموال ممّا يكون له بالغ الأثر على اضطراب النظام الاقتصادي وخفض قيمة العملة المحلية، وذلك لأنّ غسل الأموال يدفع إلى غطاء اقتصادي في مشروع مؤقت للنقود، وبعد فترة يُصَفَّى المشروع ويفقد السوق السلع والخدمات فجأة فترتفع الأسعار وتنخفض قيمة العملة المحلية وبالتالي يزداد الركود ونسب البطالة³⁴.

إذاً وفي الختام يرى الباحث أنّ العملات الرقمية ستؤثر سلباً على النظام الاقتصادي لكونها ليس لها اعتماد مالي في أي نظام دولي معتمد سوى البعض، وغير مغطاة بغطاء معتبر ولا تخضع لسلطات البنوك المركزية والجهات الرقابية، ولأنّها تسبّب الأزمات الجوهرية من انخفاض قيمة العملة وزيادة الركود وخفض احتياطي النقد الأجنبي.

الخاتمة:

في الختام إن العملة الرقمية ممكن أن تكون شيء حضاري ومسهّل للمعاملات أو قد تكون عملة المستقبل ولكن في النهاية ومن الناحية القانونية فإن الأمر يعود للمشرّع الذي قد يحظر أو يسمح بهذه العملات في المستقبل.

ونحن في بحثنا هذا درسنا الوضع القانوني للعملة الرقمية من خلال التعرّف عليها أولاً عن طريق دراسة نشأتها التاريخية والتعاريف المتعددة لها ثمّ التطرّق لطبيعتها وموقف المشرّع السوري من هذه الطبيعة وهذه العملة الجديدة، كما درسنا محاسن ومساوئ هذه العملة والآثار المترتبة على استعمالها.

³³- د. حسن سيد حسن علي اليداك. مرجع سبق ذكره ص ١٩٤.

³⁴- مصطفى محمد سائر أحمد. مرجع سبق ذكره ص 40.

وقد توصلنا من خلال ما سبق للنتائج والتوصيات التالية:

أولاً- النتائج:

- ١- إنَّ العملة الرقمية هي عملة حديثة النشأة تعود لعام 2008-2009 نشأت لمواكبة التطورات التكنولوجية.
- ٢- عدم وجود تعريف جامع مانع لهذه العملة وتعدّد تعريفها.
- ٣- هناك اختلاف حول طبيعة هذه العملة وعدم استقرار للرأي حول هذه الطبيعة وإن كانت برأينا هي أقرب للسلعة.
- ٤- إنَّ العملة الرقمية تختلف عن العملة العادية المستخدمة في الحياة العادية من عدّة نواحي.
- ٥- إنَّ فكرة العملة الرقمية ليست فكرة مستبعدة في سورية وإنما مؤجلة.
- 6- المشرّع السوري التزم الصمت حيال هذه العملة ولم يحظر التعامل بها ولم يسمح به.
- 7- التعامل بالعملة الرقمية مسموح في سورية وغير معاقب عليه.
- 8- العملة الرقمية سلاح ذو حدين تتمتع بالعديد من المحاسن ولها العديد من المساوئ.
- 9- للعملة الرقمية في وضعها الحالي أثر سلبي على النظام الاقتصادي.

ثانياً- التوصيات:

- ١- توجيه الاهتمام لهذا المجال والاطّلاع على أسرار هذه العملة لمعرفة مدى إمكانية مواكبتها لها.
- ٢- الاطّلاع على تجارب الدول الأخرى مع هذه العملة لمعرفة محاسنها ومساوئها.
- ٣- طلب المساعدة من الدول الصديقة المتطورة لتقديم الآراء حول هذه العملة من خلال تجاربهم العملية لها.
- ٤- تشكيل لجان لدراسة هذه العملات وأثارها على الاقتصاد والخروج باقتراحات حول مدى إمكانية استعمال هذه العملة ومتى بإمكاننا ذلك إن كان الاقتراح يسمح بالتعامل بهذه العملات.
- ٥- إصدار نشرات التوعية لأفراد الشعب حول هذه العملة ومخاطرها.
- ٦- توجيه الجامعات والباحثين لإجراء دراسات أخرى حول هذه العملة ومحاسنها ومخاطرها.
- 7- توجيه الاهتمام نحو تصحيح مساوئ العملة الرقمية.

8- محاولة تطوير العملة الرقمية بشكل يحسّن من أثارها.

المصادر والمراجع

أولاً- الكتب العلمية:

د. خالد الحامض- د. علي حسين ملحم. مقدّمة في الاقتصاد السياسي. منشورات جامعة حلب. 2005-2006. الطبعة الأولى.

ثانياً- الرسائل العلمية:

رسائل الماجستير:

1- آية بعكيش- جميلة خير. الجوانب الإيجابية والسلبية لاستخدام العملات المشفرة. مذكرة ماستر. كلية العلوم الاقتصادية والتجارية. جامعة البشير الإبراهيمي برج بوعريرج. الجزائر.

2- بومعيل مياسة قرشوح مليكة. التنظيم القانوني للعملات الافتراضية في نطاق أحكام القانون المصرفي. مذكر لنيل شهادة الماستر في القانون. جامعة مولود معمري. كلية الحقوق.

3- خليصة زيداني- سمية فضيل- زينب طبيب. العملات الرقمية المشفرة بين أحكامها الفقهية وآثارها الاقتصادية. مذكرة ماستر. معهد العلوم الإسلامية. جامعة الشهيد حمه لخضر، البوادي. الجزائر 2021-2022.

4- مصطفى محمد سائر أحمد. العملات الرقمية من وجهة نظر اقتصادية وقانونية. رسالة ماجستير. المعهد العالي لإدارة الأعمال. سورية 2022-2023.

ثالثاً- المقالات والأبحاث:

1- المحامي حسام كزيم الدين. البيتكوين العملة الرقمية في القانون السوري. مقال منشور على موقع سيريا ديلي نيوز 28/1/2018.

2- بسام أحمد الزلمي. دور النقود الإلكترونية في عمليات غسل الأموال. مقال منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. مجلد 26. العدد الأول. 2010.

- 3- د. جاسم كاظم عبد الله الجاسم. الأحكام الفقهيّة للعملات الرقمية "دراسة مقارنة". بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون. العدد 40. 2022.
- 4- د. حسن سيد حسن علي اليداك. العملات الرقمية المشفرة وأثرها على النظام الاقتصادي في الشريعة والقانون. بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون. العدد 40. 2022.
- 5- د. صفوان عبد السلام. أثر استخدام النقود الإلكترونية على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية. دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- 6- د. صويلحي نور الدين. أثر تعدين البيتكوين والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي. بحث منشور في مجلة آفاق علمية. مجلد 10. العدد 2. 2018.
- 7- د. منصور علي منصور شطا. العملات الافتراضية المشفرة وأثرها على مستقبل المعاملات (الواقع وآفاق المستقبل). بحث منشور في معهد الدلتا العالي للحسابات بالمنصورة. العدد 37. 2022. الجزء الأول. 3/3.
- 8- رامي سلّوم. "المركزي": اعتماد العملة الرقمية في سورية مؤجل حالياً وليس ملغى. مقال منشور في صحيفة البعث السورية ٢٥/٦/٢٠٢٢.
- 9- رقية سيار. التكييف الفقهي للعملات الرقمية المشفرة أي دينار القطرية نموذجاً. بحث منشور في مجلة المعيار من قبل جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإنسانية. مجلد ٢٦ عدد ٣/٢٠٢٢.
- 10- عبد المالك توبي - منصف شرقي. أثر العملات الرقمية المشفرة على مستقبل المعاملات المالية البيتكوين نموذجاً. بحث منشور في مجلة الاقتصاد الصناعي. المجلد 11. العدد 1. 2021.
- 11- فتيحة بنابي. العملات المشفرة كتوجيه حديث للعملات الرقمية وآثارها على العملات البنكية. بحث منشور من قبل جامعة محمد بوضياف. المسيلية (الجزائر) في مجلة اقتصاديات الأعمال والتجارة. المجلد ٩ / العدد ١.

رابعاً- القوانين:

- 1- قانون المالية الجزائري لعام 2018.
- 2- قانون النقد الأساسي في سورية رقم/23/ لعام 2002 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم /21/ لعام 2011.
- 3- قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم /٢٠/ لعام 2022.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

Contract of adhesion

A comparative study between Syrian law and French law

إعداد:

آلاء كاسر يونس . المشرف: صفاء جنيدي

الملخص:

يعتبر عقد الإذعان، العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، وتكون هذه الشروط تعسفية بالنسبة للمستهلك مجحفة في حقه، ويتمثل الشرط التعسفي في أنه كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ولهذا قام المشرع بإدراج نصوص قانونية تسمح للقاضي المدني بالتدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وإعادة التوازن العقدي للعقد من خلال تعديل أو إلغاء هذه الشروط التعسفية.

الكلمات المفتاحية: عقد الإذعان، المستهلك، أطراف العقد، الشروط التعسفية، الطرف الضعيف.

Abstract

A contract of adhesion is a contract in which one party submits to established conditions set by the other party, which are not permitted to be discussed, with regard to goods or utilities that are subject to a legal or actual monopoly. These conditions are arbitrary and unfair to the consumer. An arbitrary condition is any clause or condition, alone or in conjunction with one or more other clauses or conditions, that clearly disrupts the balance between the rights and duties of the parties to the contract. Therefore, the legislator has included legal provisions that allow the civil judge to intervene to protect the weaker party in the contractual relationship and restore the contractual balance by amending or canceling these liquidating conditions.

Keywords: contract of adhesion, consumer, parties to the contract, arbitrary conditions, weak party.

مقدمة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الجوهرية التي تحكم العقود المدنية والتجارية على حد سواء، إذ يكفي لانعقاد العقد توافق إرادتي الطرفين (الإيجاب والقبول) وفقاً للكيفية التي حددها المشرع، دون الحاجة إلى مراعاة أي شروط شكلية خاصة، ويعد هذا التوافق منشأ للعقد باعتباره أحد أهم مصادر الالتزام الإرادية في القانون المدني.

وقد أصبحت هذه العقود التي شاعت منذ بدايات القرن الماضي، تمثل في الوقت الراهن الوسيلة المعتادة لإبرام الاتفاقات ذات الأهمية بالنسبة للأفراد، لا سيما في مجالات التأمين، والنقل، والمصارف، والبيع، ولا سيما البيع بالائتمان، فضلاً عن تقديم الخدمات من قبل ذوي المراتب، دون إخلال بطبيعة عقود العمل. وتعد هذه العقود في الغالب عقود إذعان، وهو اتجاه قانوني واقتصادي مشترك في العديد من الدول، ولا سيما في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية.

ويبدو أن الفقيه الفرنسي saleilles هو أول من لفت الانتباه في فرنسا إلى هذه العقود عندما لاحظ أن محتواها كان يفرضه في الواقع أحد الفريقين على الآخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه¹.

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل في الصناعات الكبيرة وعقد التأمين بأنواعه المختلفة وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية وشركة السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران وعقد الاشتراك في المياه والغاز.

وقد سعى القضاء إلى حماية مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عليه من امتيازات قانونية لطرفي العقد، تأكيداً على حرية التعاقد باعتبارها إحدى ركائز النظام القانوني للعقد، وقد استفادت بعض العقود، سواء كانت ذات طابع عام أو خاص، من هذا المبدأ، ومن بينها عقد الإذعان، الذي استُخدم كوسيلة لإعداد نماذج عقدية مسبقة الصياغة، الأمر الذي أدى إلى نشوء نوع من التنظيم الذاتي

¹ الفقيه saleilles يعد أحد أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين تناولوا مفهوم عقود الإذعان في الفكر القانوني الحديث، ولد عام 1855، ويعتبر من رواد المدرسة الاجتماعية في القانون الفرنسي، وتوفي عام 1912.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

لهذه العقود، تتمثل في قواعد شبه مستقلة تحكمها، كما هو الحال في عقود التأمين والنقل. ويُلاحظ في هذا السياق غياب نصوص تشريعية صريحة تنظم هذه العقود في كل من التقنين المدني والتجاري، مما زاد من أهمية الدور القضائي والاجتهاد الفقهي في ملء هذا الفراغ.

إشكالية البحث:

من خلال هذا البحث تنثور لدينا عدة تساؤلات ماهي طبيعة عقد الإذعان؟ وكيف وفر كل من المشرع السوري والفرنسي الحماية القانونية للطرف المذعن؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في:

- 1- اتساع رقعة التعامل بهذا النوع من العقود نظراً للتطور الاقتصادي الكبير الذي اجتاحت كافة نواحي الحياة مما سهل تحكم طرف دون الآخر في شروط العقد.
- 2- عدم انحصار آثار هذا العقد على أطرافه فقط بل تنعكس على المجتمع ككل، نظراً للدورة الاقتصادية للعقود، فالمتعاقد الدائن في عقد هو مدين في عقد آخر، ومن ثم سلسلة مكملة بعضها البعض.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- 1- بيان ماهية عقد الإذعان الذي يعتبر من أهم العقود في عصرنا الحالي نظراً لانتشاره النابع من التطور الاقتصادي.

- 2-تحليل الدور القضائي في إعادة التوازن العقدي ضمن عقود الإذعان، من خلال دراسة مقارنة لتدخل القضاء في كل من القانون السوري والقانون الفرنسي.
- 3-إبراز المعالجة التشريعية لعقود الإذعان، بما يعكس وعي المشرع بالتطورات الاجتماعية والاقتصادية، وسعيه لمواكبتها عبر تنظيم قانوني يحقق العدالة التعاقدية.

منهج البحث:

اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، حيث سنقوم بتحليل النصوص القانونية التي تناولت موضوع عقد الإذعان في كل من القانونين السوري والفرنسي.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

المطلب الثاني: طبيعة عقد الإذعان

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بحماية الطرف المذعن

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

المطلب الثاني: حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية

المبحث الأول

ماهية عقد الإذعان

الأصل في التعاقد حرية الأطراف في المفاوضات، أي أن عملية التعاقد تتم بعد أخذ ورد بين المتعاقدين لتتطابق الإرادتين، لكن الأمر يكون على عكس ذلك في عقد الإذعان حيث لا يتسم بهذه الخاصية، وسنقوم بدراسة مفهوم هذا العقد في مطلبين، (المطلب الأول) نتحدث عن مفهوم عقد الإذعان، أما في (المطلب الثاني) سنتناول طبيعة عقد الإذعان.

المطلب الأول

مفهوم عقد الإذعان

إن بيان مفهوم عقد الإذعان يتطلب منا دراسة ماهية عقد الإذعان وسنتناول ذلك في (الفرع الأول)، بالإضافة إلى بيان الخصائص التي يتمتع بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية عقد الإذعان

أولاً- تعريف عقد الإذعان

إن صاحب هذه التسمية الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الأستاذ سالي والتي معناها عقد انضمام². لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة كما أنها لهذا السبب تفضل التسمية التي اختارها القانون اللبناني في المادة 172م حيث يسمى العقد عقد موافقة.

² Contrat d'adhésion

من هنا يمكن تقديم تعاريف عديدة ومتنوعة لعقد الإذعان من بينها أنه العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد.

ويقول الدكتور محمد صبري السعدي بأن (الأصل في التعاقد حرية كل طرف في المناقشة والمساومة، ولكن هناك نوعاً من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد للطرف الثاني، إما أن يقبلها جملة، أو يرفضها جملة)³.

وعرفه أيضاً الفقيه سانو بأنه: عقد يقوم على اتفاق، يضعه أحد طرفي العقد، ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقاً أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد⁴.

فعقد الإذعان عقد حقيقي، ولكنه يتضمن تفاوتاً في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية لا من الناحية القانونية، كما أن كل ما يرد على حرية القابل في عقود الإذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في قيام الرضى، وبالتالي في وجود العقد⁵.

ويتحدد معنى الإذعان في العقود بالنظر إلى معيارين:

الأول: اقتصادي يتمثل في أن أحد طرفي العقد وهو الموجب يتمتع بنفوذ اقتصادي هائل في مواجهة الطرف الآخر بحيث تتقدم المساواة الفعلية بين مركزيهما.

والثاني: قانوني مفاده أن ينفرد أحد طرفي العقد أي الموجب بصياغة العقد وتحديد شروطه بصورة قاطعة على نحو لا تقبل المناقشة أو المساومة من الطرف الآخر.

³ د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، منشورات دار الهدى، الجزائر، 2006، ص123.

⁴ منال جهاد أحمد نخلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص40.

⁵ د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، جامعة الإسكندرية، مصر، 2004، ص71.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

أما المشرع السوري فلم يعرف عقد الإذعان، وإنما تعرض لكيفية حصول القبول فيه، من خلال المادة 101 مدني التي تنص على: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

ونستخلص من هذا النص أن عقد الإذعان هو شروط مقررة من طرف الموجب، وباستعماله لهذا التعبير في المادة 101 يذكرنا المشرع بأسلوب السلطة الإدارية وطرق تعاملها، حيث تقرر دون حاجة إلى رأي المعنيين في الأمر⁶.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف عقد الإذعان ولأول مرة في إطار سعيه لوضع تصور جديد لنظرية العقد يراعي فيها المستجدات التي مست عملية التعاقد كآلية لتحقيق المصالح الاقتصادية للأشخاص الطبيعية والاعتبارية على حد سواء، إذ وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي عام 2016 نصت المادة 1110 فقرة 2 بأن عقد الإذعان هو العقد الذي يفرض فيه أحد العاقدين الشروط العقدية مسبقاً دون أن يكون للعاقد الآخر حرية مناقشتها وكل شرط أو بند يرد في عقد الإذعان يعد كأن لم يكن.

والأمثلة على عقد الإذعان كثيرة:

مثل التعاقد مع شركات النور والماء والكهرباء والغاز والبريد والتليفونات والتلغراف، ونعقد النقل بجميه وسائله المختلفة برداً وبحراً وجواً ولذلك عندما يسلم التاجر بضاعته لهيئة النقل بالسكك الحديدية أو يحصل الراكب على تذكرة سفر فإنه في هذه الحالة يعقد عقداً لا يقبل المساومات لأن شروطه قد وضعت سلفاً من طرف واحد محتكر للشيء محل التعاقد وهو في المركز الأعلى، بينما الطرف الآخر وهو في المركز الأدنى ما عليه إلا أن يقبل أو يدع ولهذا عرفه البعض بأنه العقد الذي توضع شروطه سلفاً بمعرفة أحد المتعاقدين⁷.

⁶ د. علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، 2008، ص83.

⁷ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، بيروت، ص230.

ثانياً- نشأة عقد الإذعان

لقد نشأت عقود الإذعان في الفكر القانوني المعاصر، نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة باتت تتحكم في أرزاق الناس، أو فيما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو من حاجات أو خدمات لازمة. وقد توصلت إلى هذا التحكم في الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها عن طريق الاحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة.

حال كونها تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالاً طائلة، لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة، يغلب ألا تجد لها منافساً وإن وجدته هادنته، لتتوافق معه على توحيد شروطهما في تقديم الخدمات.

الأمر الذي يضعف أثر المنافسة بينها، إن لم يزله كليةً، وكان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة الجمهور أنها دأبت في تعاملها مع أفرادها بشأنها، على أن تقتصر بأن تعرضها عليهم، بشروط تضعها هي ولا تقبل مناقشة فيها⁸.

وهكذا عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد، يأبى المساومة ويمنع النقاش، ويقوم بين طرفين أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي والاجتماعي، والثاني بالغ ما بلغت قوته في ذاتها-ضعيف أمامه، لا يملك بسبب شدة حاجته إلى التعاقد معه، إلا التسليم بشروطه والرضوخ لإرادته.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان

بالرجوع إلى التعاريف السابقة لعقد الإذعان، نستنتج أنه يتميز بعدة خصائص هي:

⁸ د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة القاهرة، 1984، ص205.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

أولاً-أن يكون أحد الطرفين وهو الموجب محتكراً لهذه السلع أو المرافق، احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة حولها محدودة النطاق، وهذا جوهر عقد الإذعان حيث يكون فيه أحد الطرفين في مركز اقتصادي أقوى، يؤثر على مصلحة الطرف الآخر، وبالتالي عدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك عقد التأمين الذي يجد فيه المؤمن نفسه أمام شركة تأمين تتمتع باحتكار فعلي وتفرض عليه شروطاً لا يملك مناقشتها أو تعديلها.

ثانياً-أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات التي لا يمكن للمتعاقد المذعن صرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنه⁹. وهذه الخاصية مرتبطة بسابقتها، فالاحتكار إنما يرد على السلع والخدمات الضرورية، والطرف المذعن يكون في ضرورة تلجئه إلى أن يتعاقد، حيث لا يمكنه أن يرفض الشروط التي تقدم له حتى لو كانت في نظره جائرة وشديدة، وتختلف السلع أو الخدمات في مدى الاحتياج إليها، فبالنسبة للعامل في عقد العمل فإن حاجته إلى العمل تعتبر بالنسبة له مسألة حياة، لأن حصوله على الأجر هو قوته وقوة أولاده، وهو بخلاف طالب المياه أو الكهرباء الذي وإن كان في حاجة ضرورية لهذه الخدمات، فإنها لا تصل إلى ضرورة احتياج العامل للعمل.

ثالثاً-أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الإيجاب بات ونهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه مسؤولية بناءً على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكراً فعلياً، أو لتجاوز حدود حقه إذا كان الاحتكار قانونياً¹⁰.

⁹ د. عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، المجلد الرابع، العدد الأول، 1996، ص2.

¹⁰ منال جهاد أحمد نخلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص49.

رابعاً- أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي يقبل جملة أو يرفض جملة، ويتضمن عادةً شروطاً كثيرة في صالح الموجب، بعضها يحد من مسؤوليته العقدية والبعض الآخر يجازى بقسوة بالغة التقصير المحتمل من الطرف المدعى¹¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس كل العقود النموذجية هي عقود إذعان إنما هي عقود تنظم على أساس عادات استقرت في مهنة معينة، فإذا صدر الإيجاب في قالب نموذجي، فذلك لأن عقود الإذعان قد اتخذت من العقود النموذجية ثوباً تظهر فيه، وهذا إلى جانب كونه نتيجة حتمية لعمومية الإيجاب، وهو يعتبر في نفس الوقت استفادة من الصورة الحديثة للتعاقد.

والجدير بالذكر أن المميزات والخصائص المذكورة لا تتوفر جميعها حتماً في كل عقد من عقود الإذعان، فإحداها قد يضعف وقد لا يوجد، وحينئذ فيتعين البحث عن بقية الخصائص، فإذا توافرت بوضوح كان العقد عقد إذعان، غير أن التفوق الاقتصادي الذي يستند إلى احتكار قانوني أو فعلي يجب أن يتوافر في العقد حتى يكون عقد إذعان، ويعتبر عدم وجوده مزيلاً لصفة الإذعان في هذا العقد.

المطلب الثاني

طبيعة عقد الإذعان

لقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في الفرع الأول (كيفية التعاقد بالإذعان)، أما في (الفرع الثاني) سوف نتناول تكييف عقد الإذعان.

الفرع الأول: كيفية التعاقد بالإذعان

¹¹ خولة بوعروج، الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر الالتزام، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأخوة منتوري، 2021، ص250.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

يتم التعاقد في عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة، ثم قبول من الطرف المذعن.

أولاً- الإيجاب

فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور. وهو إيجاب مستمر يتم وفق شروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس، بحيث يستطيعون العلم بها ويترتب على كون الإيجاب مستمراً أنه إذا قبله أي شخص قام العقد نهائياً، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه انشغلت مسؤوليته التعاقدية. ولكن يلاحظ أنه في بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تملئها طبيعة التعاقد ذاتها، وبمقتضى ذلك، إذا تخلف هذا الشرط اعتبر الإيجاب كأن لم يكن، فلا يقوم له أثر قانوني أصلاً¹². ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين، فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالياً من الأمراض التي تهدد الحياة. ومثال ذلك أيضاً الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك محلات شاغرة.

والإيجاب في عقود الإذعان على نحو ما آتينا عليه حالياً لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقتضي بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال¹³.

ثانياً- القبول

¹² لاشين محمد الغياتي، عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الأول، 1986، ص19.

¹³ د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص210.

القبول في عقد الإذعان يتمثل في الرضا بالتعاقد من القابل على أساس الشروط والتحفظات التي يعرضها بل يفرضها الموجب دون أدنى مناقشة أو مساومة أو مفاوضة، لأن القابل استسلم ورضخ لما تضمنه الإيجاب من شروط.

وتطبيقاً لذلك فإذا جاء شخص وقبل الإيجاب الموجه له ولغيره من الأشخاص فإن العقد يبرم لحظة وصول رضائه بعلم الموجب، ولا يعيب رضاؤه أو تشوب إرادته فيؤثر ذلك على قيام العقد صحيحاً أو سليماً بسبب إرضاخه وإذعانه لإرادة الطرف الآخر الذي يتمتع بمركز اقتصادي أقوى من المركز الذي يوجد فيه الطرف الآخر المذعن، بحيث يستطيع استناداً إلى مركزه القوي المتفوق أن يملئ شروطه بطريقة لا تدع للطرف المذعن سوى أن يقبل هذه الشروط، ما دام لا يستغنى عن السلطة أو الخدمة التي يقدمها الطرف الأول القوي¹⁴.

وخلاصة القول فيما سبق أن عقد الإذعان ينعقد بالإيجاب والقبول كغيره من العقود الأخرى، غير أن القبول هنا له صورته الخاصة لما يلحقه من إذعان وإرضاخ وتسليم لما يملئ على القابل من شروط وتحفظات من الموجب ويجب مراعاتها.

الفرع الثاني: تكيف عقد الإذعان

أولاً- طبيعة عقد الإذعان في الفقه القانوني

وقد انقسم الفقه بشأن أن الطبيعة القانونية لعقود الإذعان إلى اتجاهين رئيسيين: يرى الاتجاه الأول أن عقود الإذعان لا تعد عقوداً بالمعنى الحقيقي، بالنظر إلى غياب الإرادة الحرة الواعية لدى

¹⁴ لاشين محمد الغياتي، عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه، مرجع سابق، ص20.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

الطرف المذعن، وفي المقابل، يذهب الاتجاه الثاني إلى اعتبار عقود الإذعان عقوداً كاملة الأركان، لا تختلف في جوهرها عن سائر العقود.

أما الفريق الأول وعلى رأسهم الأستاذ سالي ويتبعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو فينكرون على عقود الإذعان صيغتها التعاقدية إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار بإتباعه فيجب تفسيره كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، ويرى الأستاذ ديموج ويتفق في هذا فقهاء القانون العام أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يعنى في تطبيقه بالصالح العام أولاً ثم ما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد.

ويرى الفريق الثاني وهم غالبية فقهاء القانون المدني أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب الأقوى، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً: الوسيلة الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، أما الوسيلة الثانية فهي وسيلة تشريعية يتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان.

ثانياً- طبيعة عقد الإذعان في الفقه الإسلامي

تختلف نظرة الفقه الإسلامي لعقد الإذعان عنها في القانون الوضعي، وذلك أن عقود الإذعان من وجهة نظر الفقه الإسلامي عقود حقيقية قولاً واحداً، حيث أن عقود الإذعان صادرة عن إرادتين بغض النظر عن التفاوت في الرضا، فالعلاقة بين الموجب والعائد أمر خاص، ولو سلمنا جدلاً

أن عقود الإذعان تصدر عن إرادة واحدة فذلك لا ينفي عنها أنها عقود حقيقية، ولو كانت بالمعنى العام للعقد، حتى لو قيل: إن العقد إذا أطلق أريد منه المعنى الخاص¹⁵.

وربما يرجع الخلاف بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون إلى الخلاف في تعريف العقد، حيث يعرف فقهاء الشريعة العقد على أنه (انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي)، ويعرف القانونيون العقد بأنه: (اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله أو إنهائه)¹⁶.

رأي الباحث:

أرجح الرأي الذي ذهب إلى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للأحكام التي تنظم سائر العقود. ويمكن للقاضي التدخل لتعديل الشروط التعسفية، لأن هذا الرأي هو الذي يحقق الحماية الحقيقية للمستهلك، فهذا أفضل من أن يترك المستهلك لقواعد تنظيمية يستقل الموجب بوضعها ويسبغ عليها وصف الشرعية، وتعتبر قواعد تم وضعها من قبل مقدم الخدمة أو السلعة لتنظيم كيفية تقديمه للخدمة، ووافق عليها المستهلك.

المبحث الثاني

الأحكام المتعلقة بحماية الطرف المذعن

الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد ولا يملك تعديله، وهذا وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة، لكن نتيجة اختلال الأداءات أصبح للقاضي سلطة تعديل أو إلغاء العقد

¹⁵ منال جهاد أحمد نخلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 53.

¹⁶ د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 80.

وهذا ما سنوضحه، حيث قسمنا المبحث إلى مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) مفهوم الشروط التعسفية، أما في (المطلب الثاني) سنتناول حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية.

المطلب الأول

مفهوم الشروط التعسفية

إن الحديث عن مفهوم الشرط التعسفي يقودنا إلى ذكر التعريفات المختلفة التي خصت الشروط التعسفية وذلك في (الفرع الأول)، بالإضافة إلى ذكر المعايير التي تضبط مفهوم الشروط التعسفية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

أولاً-التعريف الفقهي للشرط التعسفي

تعددت التعاريف الفقهية حول تعريف الشروط التعسفية وعلى هذا نجد بعض تعاريف الفقه ومن ذلك:

ذهب جانب من الفقه الغربي إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه: الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر¹⁷.

وعرفه أيضاً جانب من الفقه على أنه: ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين¹⁸.

¹⁷ سعيدي عبد القادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة مولاي الطاهر، 2015، ص42.

¹⁸ مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014، ص38.

وعرفه الدكتور محمد الرفاعي بأنه: شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة¹⁹.

وعرفه الأستاذ بودهرلين عبد الله بأنه: الشرط الذي يؤدي إلى اختلال في حقوق والتزامات المتعاقدين على حساب المستهلكين²⁰.

ثانياً- التعريف القانوني للشرط التعسفي

باستقراء كلا التشريعين الأردني والسوري لم نجد تعريفاً محدداً للشرط التعسفي وإنما وجدنا موضعين تشريعيين في كل واحد من هذين التشريعين حيث نصت المادة (5/924) مدني أردني، والتي تصدرت بعبارة يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية (كل شرط تعسفي تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه). وهو كذلك ما نصت عليه المادة (5/716) مدني سوري، والتي تصدرت بذات العبارة وورود في فقرتها الخامسة ما يلي: كل شرط تعسفي آخر تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه²¹.

إضافة إلى هذا الموضع من التشريع، جاء ذكر اصطلاح الشرط التعسفي في موضع ثان عندما نظم المشرع عقد الإذعان، إذ نصت المادة (204) مدني أردني- توافقها في الحكم المادة (150) مدني سوري- على: (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعن منها....) وأرى أن للاصطلاح في الموضعين ذات المعنى.

¹⁹ هاجر جودي، الشرط التعسفي في العقود، رسالة ماجستير، جامعة ماي1945قالمة، 2023، ص10.
²⁰ إحسان العيدوني، دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة عبد الملك السعدي، 2018، ص3.

²¹ في ذات المعنى نص المادة(5/750) مدني مصري، والمادة (5/985) مدني عراقي.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف الشروط التعسفية بأنها: (تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة)²².

كما نص المشرع الفرنسي في القانون المتعلق بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية على أنه: تعتبر شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد²³.

الفرع الثاني: معايير الشرط التعسفي

أولاً- معيار الميزة الفاحشة

إن معيار الميزة الفاحشة يجد أساسه في المادة 35 لعام 1978 من القانون الفرنسي، فإنه لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفياً يجب أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى لصالح المهني²⁴.

وإن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد هو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا ويعرفها الفقيه GLAME على أنها المقابل المغالى فيه وذلك بواسطة شرط أو عدة شروط تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري²⁵.

وقد طرح إشكال على مستوى الفقه بما يخص نوعية هذه المزايا، إلا أنهم خلصوا إلى أن الميزة المفرطة تشمل كل أنواع المزايا سواء نقدية أم غير نقدية، ذلك أن المشرع الفرنسي من خلال نص

²² المادة 35-1 من التشريع الفرنسي الصادر بتاريخ 10/1/1978.

²³ القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 1995/2/1.

²⁴ لمونس الطاهر، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على العقد الاستهلاكي، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة، 2020، ص51.

²⁵ بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2020.

المادة 35 من القانون 1978 لم يحم بحصرها على نوع معين، لأن مثل هذا الحصر سيؤدي إلى تقليص الحماية المقررة لجماعة المستهلكين أو غير المستهلكين²⁶.

ثانياً- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

ويقصد به التفوق الاقتصادي الذي يسمح لأحد الأطراف من أن يفرض شروطه على الطرف الآخر، وتقدير وجود القوة الاقتصادية للمهني التي تمكنه من فرض الشروط يكون وفق المركز الشخصي للمستهلك ومدى قدرته على إحداث التوازن العقدي وما ينعكس ذلك على الالتزامات العقدية²⁷. وعليه يوصف هذا المعيار بأنه شخصي، ذلك أن القوة الاقتصادية تقاس استناداً إلى حجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به، مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة أقل منه²⁸.

فالقوة الاقتصادية هي المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق والتي تخول له أن يكون ذا نفوذ مما يجعله معروفاً في السوق، مما يترتب عليه وضعية الهيمنة ذلك أن القوة الاقتصادية ووضعية الهيمنة وجهان لعملة واحدة، الأمر الذي سيخرج طائفة كبيرة من المهنيين الذي يفرضون شروطاً تعسفية على المستهلكين²⁹.

ثالثاً- معيار الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات

تناول المشرع الفرنسي هذا المعيار من خلال المشروع التمهيدي لقانون 1978 المتعلق بإعلام المستهلك المقدم من قبل الحكومة، إلا أن هذا المعيار أسقط لدى صدور القانون بصيغته النهائية

²⁶ هاجر جودي، الشرط التعسفي في العقود، مرجع سابق، ص14.

²⁷ أسيد حسن الذنبيات، سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط التعسفي في التأمين، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد4، العدد4، 2012، ص72.

²⁸ إحسان العبدوني، دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص6.

²⁹ كرومي نريمان، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة أدرار،

2020، ص33.

إذ تم إحلال معيار الميزة الفاحشة محله، إلى أن عاد المشرع الفرنسي وتبناه استجابة للتعليلة الأوروبية الخاصة بالشروط التعسفية لسنة 1993³⁰.

ويرى بعض الفقه أن هذا المعيار لا يشكل إضافة نوعية جديدة، إذ أنه لا يعدو أن يكون ترديداً لمعيار الميزة الفاحشة بصياغة مغايرة، والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقاً للنظرية المادية³¹. إلا أن هذا القول قد حسمه المشرع الفرنسي حيث أضاف الفقرة 07 للمادة 132 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشروط يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة وهذا يعكس رغبة المشرع في بيان أن الهدف من المعيار هو محاربة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة³².

وخلاصة القول، أنه على الرغم من تعدد الآراء واختلاف الاجتهادات بشأن تحديد عناصر ومعايير الشروط التعسفية، فإنها تظل بطبيعتها شروطاً مجحفة تنطوي على مساس بمبدأ العدالة والتوازن العقدي، لما تتسم به من تعسف ومخالفة للإنصاف، وإذ تمثل هذه الشروط تهديداً مباشراً لمصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وغالباً ما يكون المستهلك، فإنها تتجاوز نطاق العلاقة التعاقدية الفردية لتشكل خطراً على مصلحة عامة، بما يجعلها في تعارض صريح مع متطلبات النظام العام الاقتصادي.

³⁰ هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 1، 2014، ص530.

³¹ سعيدي عبد القادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص65.

³² هاجر جحودي، الشرط التعسفي في العقود، مرجع سابق، ص15.

المطلب الثاني

حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية

انطلاقاً من حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان نص كل من القانونين السوري والفرنسي على نصوص قانونية تنظم أحكام هذه الحماية وسوف ندرس ذلك في هذا المطلب بحيث نتناول حماية الطرف المذعن في القانون السوري وذلك في (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى حماية الطرف المذعن في القانون الفرنسي وذلك في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الطرف المذعن في القانون السوري

أراد المشرع السوري حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان فالقاضي السوري يجيز تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان وإعفاء الطرف الضعيف منها ويمنع الأفراد الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان، حيث نص القانون السوري على قاعدتين تشريعتين تكفلان الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان:

1-المادة 150 تخول القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا تضمن شروطاً تعسفية، فيجوز للقاضي استثناءً من مبدأ سلطان الإرادة العقدية أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة وسلطة القاضي هذه من النظام العام فلا يجوز للطرفين الاتفاق على استبعادها.

هذا مع ملاحظة أن المشرع قد يعتمد إلى إلغاء الشروط التعسفية على نحو مباشر كما فعل في عقد التأمين.

2-ألقت المادة 151 ف2 استثناءً على المبدأ العام في تفسير العقد الذي ينص على أن (الشك يفسر لمصلحة المدين) حيث نصت المادة على أنه (لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

في عقود الإذعان ضاراً بالطرف المذعن، أي أن الشك في أي شرط من شروط عقد الإذعان يفسر لمصلحة المذعن سواء أكان دائماً أو مديناً في هذا الشرط.

كما قام المشرع أيضاً بحماية الطرف المذعن عندما قنن بعض أحكام العقود المسماة كعقد التأمين والنقل وغيرها.

ومن الناحية النظرية القانونية، يُلاحظ أن المشرع قد منح القاضي سلطة تعديل العقد لمصلحة الطرف المذعن وهذه السلطة تعد استثنائية في الفقه القانوني، نظراً لما تنطوي عليه من مساس بمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهما من المبادئ الأساسية التي تنظم نظرية العقد، وعلى المشرع المساس بها بأضيق الحدود. أما من الناحية العملية نلاحظ إجحام المستهلك العادي عن اللجوء للقضاء لمقاضاة شركة هاتف أو انترنت أو كهرباء أو مصرف لإبطال شرط في العقد المبرم بينهما أو لتعديل العقد بالرغم من أن الكثير من هذه العقود تحتوي على شروط تعسفية تجاه الطرف المذعن ما أنزل الله بها من سلطان مثل عقد الحساب الجاري المبرم مع المصرف حيث يحوي العديد من الشروط التعسفية التي تمنح المصرف ميزات وعمولات وأتعاب قلما ينتبه لها العميل.

ونشير أيضاً إلى أن حماية الطرف المذعن لا تبتدئ الحاجة إليها في ظل نظام اشتراكي النزعة تنصدي فيه الدولة للنهوض بالمشروعات الاقتصادية الكبيرة بواسطة مؤسسات عامة أو شركات تابعة للقطاع العام.

الفرع الثاني: حماية الطرف المذعن في القانون الفرنسي

تختلف المناقشة في عقود الإذعان وباعتبارها تعبيراً عن عدم توازن القوى بين أطراف العلاقة التعاقدية جعل من هذه العقود وسيلة مثلى يمكن من خلالها أن يمارس التعسف في سيطرة أحد المتعاقدين على تلك العلاقة فالطرف الذي انفرد بوضع شروط العقد وهو بحق سيد العقد لن يتردد

لحظة في مراعاة مصلحته عند وضع هذه الشروط وذلك على حساب الطرف الآخر الذي لا يملك سوى أن يقبل هذه الشروط برمتها أو يعرض عن التعاقد وهو غالباً لا يستطيع نظراً لحاجته للسلعة أو الخدمة التي يرغب في التعاقد عليها مما يؤكد لنا أن عقود الإذعان وإن كانت وسيلة مشروعة في ذاتها فإن إشكالياتها الأساسية أنها تمكن من انفراد بوضع شروطها من الإخلال بتعادل الأداءات التي تنشأ عنها³³.

وهذا في الواقع ما دفع المشرع الفرنسي إلى العمل على توفير الحماية للطرف المذعن وهذه الحماية تتمثل بصفة أساسية في مواجهة الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان من ناحية وفي تفسير العبارات الغامضة التي قد يتضمنها هذا العقد من ناحية أخرى، وهذا ما اعتمده المشرع مؤخراً بموجب تعديل قانون العقود بالمرسوم الصادر في عام 2016 حيث نصت المادة 1171 على أنه (يعتبر كأن لم يكن كل شرط في عقد الإذعان يترتب اختلالاً واضحاً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد. ولا عبء في تقدير هذا الإخلال الجسيم بموضوع العقد الرئيس ولا بمدى ملائمة الثمن للداء)³⁴.

ومؤدى هذا الجزاء يتمثل في تقييد سلطة القاضي ومنعه من تعديل الشرط محل التعسف بغرض إعادة التوازن العقدي بين الطرفين، إذ يقتصر دوره على إبطال الشرط التعسفي كلياً أو تجاهله، وإن العبرة في تحديد الشرط التعسفي تكون بالرجوع إلى قانون الاستهلاك ذلك أن المادة 1171 لم تعرف الشرط التعسفي وإنما اكتفت بترتيب الجزاء عل وروده بالعقد بينما حددت المادة 2/212 من تقنين الاستهلاك المقصود به بأنه (كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بحقوق والتزامات أطراف العقد)

³³ د. محمد حسن قاسم، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص53.

³⁴ L'article 1171 du code civil prévoit que: << Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, détermine à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.>>

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

وبلاحظ من نص المادة أن المشرع قصر تطبيقها على عقود الإذعان وعليه فإن العبرة في تطبيق حكم المادة تكون بطبيعة العقد لا بصفة المتعاقدين فينطبق النص متى كان العقد عقد إذعان سواء أبرم بين مهني ومستهلك أو بين مهني ومهني آخر، لذلك فإن نطاق المادة 1171 يتسع ليشمل كافة عقود الإذعان بصرف النظر عن صفة أطرافها³⁵.

وقد عرفت مادة الإصدار في تقنين الاستهلاك والمعدلة بالقانون رقم 203 لسنة 2017 غير المهني بأنه

(كل شخص اعتباري لا يتصرف لأغراض مهنية) كما عرفت المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل ضمن نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو المهني أو الزراعي) كما عرفت أيضاً المهني بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، يتصرف لأغراض تتدرج ضمن نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو المهني أو الزراعي، بما في ذلك التصرفات التي يبرمها لاسم ولحساب مهني آخر).

- دور القاضي في تفسير العبارات الغامضة:

أما فيما يخص تفسير العبارات الغامضة فقد جاء في تعديلات المشرع الفرنسي في المادة 1190 أنه:

(في حالة الشك يفسر عقد المساومة ضد مصلحة الدائن ولصالح المدين ويفسر عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه).

وإن أهم ما يبرر هذه القاعدة هو اعتبارات العدالة، إذ أن عقد الإذعان على نقيض عقد المساومة يفقد عنصر المناقشة لشروط العقد، فيقتصر دور القابل فيه على التسليم بما يملي عليه من إيجاب في صورة شروط مكتوبة عادة، ومن ثم فإن أحد المتعاقدين هو سيد العقد في الواقع، بينما الآخر

³⁵ أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، العدد 2، 2017، ص 316.

هو المذعن له، سواء كان هذا الإذعان قانونياً أو فعلياً فليس ثمة إرادة حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي نلمسه في عقد المساومة بل يكون رضا القابل بشروط التعاقد أشبه بالتسليم بالأمر الواقع، وبناء على ذلك فإذا اكتنف شروط العقد أي غموض، ومن ثم قام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين توجب تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف الضعيف، ذلك أن الطرف القوي هو الذي يملئ الشروط فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه وكان من الطبيعي أن نجعله مسؤولاً عنه³⁶. خصوصاً أن هذا الطرف له من الوسائل ما تمكنه من فرض شروط واضحة على الطرف المذعن واستناداً إلى حماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن بين المتعاقدين، نص القانون الفرنسي على تفسير هذه الشروط الغامضة ضد مصلحة الطرف الذي وضع هذه الشروط.

الخاتمة

لقد توصلنا من خلال دراستنا إلى النتائج الآتية:

- 1- محل عقود الإذعان هو السلع والخدمات الضرورية التي لا يستغني عنها الناس ولا يجدون بديلاً عنها.
- 2- إن الحرية الاقتصادية أدت إلى ظهور كم هائل من الشركات العملاقة ذات الطابع الاحتكاري مما ترتب عنه الحد من مبدأ سلطان الإرادة في التعامل معها وكثرت عقود الإذعان.
- 3- على الرغم من أن عقود الإذعان هي نمط من العقود التي لا يخول فيها أحد المتعاقدين الحق في مناقشة الشروط وليس سوى قبولها جملة أو رفضها إلا أنه لا يمكن للمذعن الاستغناء عنها.

³⁶ محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، 2011، ص158.

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

4- عقد الإذعان يكرّس فكرة عدم التوازن العقدي، حيث نصطدم في هذه العقود بفكرة استغلال طرف التعاقد على الطرف الآخر الضعيف اقتصادياً ومن أجل ذلك تم فرض حماية أصح للمدّعين سواء عن طريق منح القضاة سلطة واسعة للتدخل في هذا النوع من العقود أو عن طريق تجسيد الحماية التشريعية أي بإدراج النصوص الخاصة لحماية الطرف المدّعين.

5- يفسر الشك في كل من القانونين السوري والفرنسي لصالح الطرف المدّعين، كما أنه عند تفسير نص غامض في نص يتعلق بعقد الإذعان لا يجوز أن يضر التفسير بمصلحة الطرف المدّعين.

6- يعد عدم جواز الاتفاق على ما يخالف الأحكام القانونية النازمة لعقود الإذعان مبدأً راسخاً في الفقه والقضاء، نظراً لكون تلك الأحكام تدخل ضمن قواعد النظام العام، فالنصوص القانونية التي تنظم عقود الإذعان تهدف إلى حماية المصلحة العامة وضمان العدالة العقدية، مما يخرجها من دائرة القواعد المكملّة التي يجوز الاتفاق على خلافها، ويدخلها في عداد القواعد الآمرة.

التوصيات

1- إبراز الدور الفعال للقضاء في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، بما يتوافق مع مقتضيات العدالة ومبادئ الإنصاف.

2- حث الطرف المدّعين على اللجوء للقضاء وطرق باب المحاكم والعدالة لما توفر من حماية خاصة للمستهلكين وبعض المتعاقدين الضعفاء.

المراجع:

الكتب

- 1-د.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، منشورات دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 23-د.نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، جامعة الإسكندرية، مصر، 2004.
- 4-د.علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، 2008.
- 5-د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، بيروت.
- 6-د.عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة القاهرة، 1984.
- 7-د.عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، المجلد الرابع، العدد الأول، 1996.

الرسائل العلمية

- 1-سعيد عبد القادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة مولاي الطاهر، 2015.
- 2-مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014.
- 3-هاجر ججودي، الشرط التعسفي في العقود، رسالة ماجستير، جامعة ماي 1945قائمة، 2023.
- 4-لمونس الطاهر، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على العقد الاستهلاكي، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة، 2020..

عقد الإذعان

دراسة مقارنة بين القانون السوري والقانون الفرنسي

- 5- محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، 2011.
- 6- منال جهاد أحمد نخلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة.
- 7- كرومي نريمان، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة أدرار، 2020.
- 8- إحسان العيوني، دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة عبد الملك السعدي، 2018.
- 9- بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2020.

الأبحاث العلمية

- 1- خولة بوعروج، الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر الالتزام، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأخوة منتوري،
- 2- لاشين محمد العياني، عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الأول.
- 3- أسيد حسن الذنبيات، سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط التعسفي في التأمين، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد 4، العدد 4، 2012.
- 4- هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 1، 2014.
- 5- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، العدد 2، 2017.

العلاقة بين اللوائح ومبدأ المشروعية

إشراف: أ. د. جميل صابوني

إعداد: مالك حميدي حسن

الأستاذ في قسم القانون العام

طالب دكتوراه في قسم القانون العام - العلوم الإدارية والمالية

كلية الحقوق / جامعة دمشق

كلية الحقوق / جامعة دمشق

المُلخَص

يُعد مبدأ المشروعية الركيزة الأساسية التي تقوم عليها الدولة القانونية الحديثة، حيث يفرض هذا المبدأ على الإدارة - باعتبارها السلطة التي تمارس الأنشطة التنفيذية - أن تلتزم بالقوانين والتشريعات النافذة التزاماً دقيقاً، من دون أن تتجاوزها أو تعدّل في مضمونها، أو تُعطّل تنفيذها كلياً أو جزئياً، أو تُعفي نفسها أو غيرها من التقيد بأحكامها. فالسلطة الإدارية، مهما بلغت صلاحياتها، تظل مقيدة بالإطار القانوني الذي رسمه الدستور وسنّته السلطة التشريعية.

ومن المسلم به أن احترام مبدأ المشروعية لا يقتصر على كونه مسألة قانونية فحسب، بل هو أحد المرتكزات الجوهرية التي تضمن استقرار النظام القانوني وتكفل حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد. فلا يمكن تصور وجود هذه الحقوق أو تمتع الأفراد بها في ظل سلطة لا تخضع للقانون أو تتجاوزه، الأمر الذي يجعل من مبدأ المشروعية أداة حيوية لضمان التوازن بين سلطة الدولة وحرية المواطن.

وتأتي اللوائح كإحدى الأدوات التنظيمية التي تتيح للسلطة التنفيذية تفصيل الأحكام العامة التي ترد في القوانين، على أن يتم ذلك ضمن حدود القانون ومن دون تجاوزه. فهي تمثل امتداداً لمبدأ المشروعية، لا خروجاً عليه، ما دامت تصدر في نطاق الاختصاص المرسوم قانوناً، وتهدف إلى تنفيذ التشريعات بما لا يتعارض مع نصوصها أو مقاصدها.

الكلمات المفتاحية: مبدأ المشروعية، اللوائح، السلطة التنفيذية.

The Relationship Between Regulations and the Principle of Legality

Presented by

Supervised by

Malek Hmidi Hasan

Dr. Jamil Sabouni

Ph.D at Public law

prof. at Public law

Law school, Damascus University

Law school, Damascus University

Abstract

The principle of legality constitutes the fundamental cornerstone upon which the modern rule of law is established. This principle obligates the administrative authority—being the body that exercises executive functions—to strictly adhere to the prevailing laws and legislations, without exceeding, amending, wholly or partially obstructing their implementation, or exempting itself or others from compliance with their provisions. Regardless of the extent of its powers, the administrative authority remains constrained by the legal framework delineated by the constitution and enacted by the legislative body.

It is widely acknowledged that respect for the principle of legality is not merely a legal formality but rather a core foundation ensuring the stability of the legal system and guaranteeing the protection of individuals' public rights and freedoms. The existence and enjoyment of these rights cannot be conceived under an authority that operates beyond or outside the law. Therefore, the principle of legality serves as a vital instrument to maintain a balance between state power and individual liberty. Regulations serve as one of the organizational tools that enable the executive authority to elaborate on the general provisions set forth in laws, provided this is done within the boundaries of the law and without transgressing it. They represent an extension of the principle of legality rather than a deviation from it, insofar as they are issued within the legally prescribed scope of authority and aim to implement legislation in a manner that neither contradicts the texts nor the objectives of the laws.

key words:

Principle Of Legality, Regulations, Executive Authority.

المقدمة:

تُشكّل العلاقة بين اللوائح ومبدأ المشروعية أحد المرتكزات الأساسية في تنظيم عمل السلطة التنفيذية داخل الدولة القانونية، إذ تعد اللوائح من أبرز الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة لتنفيذ النصوص التشريعية أو لسد الثغرات التي قد تكتنفها، وذلك في إطار ما يعرف بالتنظيم التفصيلي أو المستقل، غير أن هذه الوظيفة التنظيمية، لا تمارس بمعزل عن الضوابط القانونية، بل تخضع لرقابة صارمة تستند لمبدأ المشروعية، الذي يقتضي أن تصدر اللوائح ضمن الحدود التي يرسمها القانون، دون أن تتجاوزها أو تتعارض معها. فالمشروعية بوصفها مبدأ دستوري، تفرض على الإدارة أن تستند في إصدار لوائحها إلى نصوص قانونية أعلى مرتبة، بما ينسجم مع مبدأ تدرج القاعدة القانونية ويحول دون ممارسة السلطة التنفيذية اختصاصات تشريعية لا تملكها. ومن ثم، فإن كل لائحة لا تستند إلى قاعدة قانونية عليا تعد مشوبة بعيب عدم المشروعية، وتكون عرضة للإلغاء القضائي، الأمر الذي يجعل من العلاقة بين اللوائح والمشروعية علاقة عضوية لا انفصام فيها، تضمن احترام مبدأ الفصل بين السلطات، وتحفظ التوازن الدستوري في توزيع الاختصاصات بين السلطات.

إشكالية البحث:

على ضوء ما سبق، تبرز إشكالية البحث في تحديد المقصود بمبدأ المشروعية وتحديد مصادره المختلفة، سواء كانت دستورية أو تشريعية أو لائحية، وهو ما يقتضي التوقف عند الموقع الذي تحتله اللوائح ضمن هذا البناء القانوني، ومدى توافقها مع مبدأ المشروعية، وذلك ضمن سياق قاعدة التدرج في البناء التشريعي، التي تضع كل نوع من القواعد القانونية في مكانه المحدد من حيث القوة الإلزامية ومدى خضوعه للرقابة. وعلى هذا النحو أتى البحث الذي بين أيديكم هادفاً إلى إيجاد الإجابات عن التساؤلات القانونية الآتفة الذكر.

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذه الدراسة من أهمية الموضوع الذي تتعرض له، وخطورة الإشكاليات التي تنثيره العلاقة بين مبدأ المشروعية من جهة، واللوائح من جهة أخرى، وضرورة تماشي اللوائح التي تصدرها الإدارة مع النصوص القانونية وعدم مخالفتها لها، بما يضمن عدم تعدي السلطة التنفيذية على باقي السلطات.

أهداف البحث:

الهدف من دراستنا لموضوع العلاقة بين اللوائح ومبدأ المشروعية هو بيان المقصود بمبدأ المشروعية وبيان مصادره، وكذلك توضيح موقع اللائحة ضمن هرم القواعد القانونية، بالإضافة إلى تحليل مدى التزام اللوائح بمبدأ المشروعية في ظل قاعدة التدرج التشريعي.

منهج البحث:

تم الاعتماد على المنهج التحليلي في دراسة مختلف نقاط البحث، وتحليلها، وفهمها، وصولاً من العموميات إلى الجزئيات وتفاصيلها واستخلاص النتائج منها، مع الأخذ بالحسبان أن اعتماد المنهج التحليلي لا يعني قطع العلاقة مع غيره من المناهج، لا سيما المنهج التأصيلي والمقارن.

مخطط البحث:

المطلب الأول: اللوائح في ظل مبدأ المشروعية.

الفرع الأول: مدلول مبدأ المشروعية ومصادره.

الفرع الثاني: تعريف اللوائح وبيان أنواعها.

المطلب الثاني: التزام اللوائح بمبدأ المشروعية في ظل قاعدة التدرج التشريعي.

الفرع الأول: قاعدة تدرج القاعدة القانونية.

الفرع الثاني: اللوائح كأحد مصادر المشروعية.

المطلب الأول: اللوائح في ظل مبدأ المشروعية

تعد اللوائح أداة رئيسية في يد الإدارة لتنفيذ السياسة العامة وتطبيق القوانين، غير أن مشروعيتها تبقى مرهونة بمدى التزامها بالإطار القانوني العام الذي يرسمه مبدأ المشروعية، فالعلاقة بين اللوائح والمشروعية علاقة تلازم إذ لا يمكن لللائحة أن تخرج من الحدود التي يفرضها النظام القانوني، سواء من حيث المصدر أو المضمون. ومن هنا تقتضي الدراسة الوقوف أولاً على مدلول مبدأ المشروعية ومصادره، ثم الانتقال إلى تعريف اللوائح وتحديد أنواعها وفق الآتي:

الفرع الأول: مدلول مبدأ المشروعية ومصادره

يعد مبدأ المشروعية حجر الأساس في بناء الدولة القانونية، إذ يضمن خضوع كافة الجهات، لا سيما الإدارة العامة لأحكام القانون وعدم تجاوزها حدوده. ويعبر هذا المبدأ عن ضرورة التزام السلطات العامة بنصوص التشريع عند أداء وظائفها، بما يعزز الحقوق ويمنع التعسف في استخدام السلطة. ويهدف توضيح مضمون هذا المبدأ، سنتناول كل من مدلول مبدأ المشروعية، ثم مصادره تالياً وفق الآتي:

أولاً: مدلول مبدأ المشروعية

قبل أن نتعرض إلى بيان مدلول مبدأ المشروعية، لابد لنا أن نشير إلى أن الفقه لم يجمع على استخدام هذا الاصطلاح، فإن كانت غالبية قد فضلت استخدام مصطلح المشروعية¹، إلا أن جانباً من الفقه فضل استخدام مصطلح الشرعية².

ويمكن القول: إن مصطلحي الشرعية والمشروعية، وإن كانا متوافقين من حيث الأصل اللغوي وهو: الشرع أو الشريعة أو العادة أو السنة أو المنهاج³، فهما يختلفان من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما، فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية، ومعناه موافقة الشرع، وهو مصطلح أوسع وأعم من مصطلح المشروعية باعتباره مرتبطاً بالعقيدة والفلسفة التي يتخذها المجتمع، والذي يحكم نظامه القانوني المستمد من الشرائع السماوية والقانون الطبيعي وإعلانات حقوق الإنسان، وهو مصطلح مرتبط أكثر بميدان القانون الدستوري والعلوم السياسية، في حين أن مصطلح المشروعية هو مصطلح مشتق من الشرع أيضاً، ولكن بصيغة المفعولية، وتقيد محاولة موافقة الشرع، واحترام القواعد القانونية السارية المفعول بغض النظر عن عدالتها⁴.

¹ جمال الدين، سامي. (1980). الرقابة على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم

القضاء الإداري. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 15.

² ليلة، محمد كامل. (1970). الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية. القاهرة: مصر. منشورات جامعة القاهرة. ص: 16.

³ مجمع اللغة العربية، معجم القانون. (1999). القاهرة: مصر. المركز العربي للتعريب. ص: 475.

⁴ عمرو، عدنان. (2004). القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 10.

ويرى بعض الفقهاء ضرورة التمييز بين اصطلاح "المشروعية" والذي يقصد به احترام قواعد القانون القائمة في المجتمع، وبين اصطلاح "الشرعية" والتي يقصد بها تحقيق العدالة. وبالمقابل فإن هناك جانب آخر من الفقه يذهب إلى أن الشرعية والمشروعية مفهومان مترادفان، طالما أن تصرفات السلطات العامة يجب أن تتوافق مع القواعد القانونية المكتوبة وغير المكتوبة ومن بينها المبادئ القانونية العامة التي يستقر عليها المجتمع، فضلاً عن الالتزام بقواعد المشروعية الوضعية، بالإضافة لاحترام الأفكار المثالية التي تحمل في طياتها معنى العدالة⁵.

وقد تعرض العديد من الفقهاء لمبدأ المشروعية بالتعريف، فعُرف بأنه: "الخضوع التام للقانون سواء من جانب الأفراد أو من جانب الدولة، وهو ما يعبر عنه بخضوع الحاكمين والمحكومين للقانون، وسيادة هذا الأخير وعلو أحكامه وقواعده فوق كل إرادة سواء إرادة الحاكم أو المحكوم"⁶.

كما تم تعريفه: "أن تكون جميع تصرفات الإدارة والأفراد في حدود القانون، ويؤخذ القانون هنا بالمعنى العام الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة، سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة، وأياً كان مصدرها مع مراعاة التدرج في قوتها"⁷. وعُرف أيضاً بأنه: "يعني بوجه عام سيادة أحكام القانون في الدولة، بحيث تعلق أحكامه وقواعده فوق كل إرادة سواء إرادة الحاكم أو المحكوم"⁸.

وعرف كذلك بالقول: "تعني الشرعية أن تلتزم الإدارة في تصرفاتها جميعها بالحدود المرسومة لها في مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة، وأن تمارس فاعليتها في نطاقها،

⁵ رعد، أنس حسن. (2023). قرارات الهيئات المحلية بين رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية. مج: 3. عدد: 4. دمشق: سورية. جامعة دمشق. ص: 10.

⁶ حافظ، محمود محمد. (1993). القضاء الإداري. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص: 22.

⁷ الطماوي، سليمان محمد. (2006). النظرية العامة للقرارات الإدارية. ط: 1. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي. ص: 11.

⁸ عبد الوهاب، محمد رفعت. (2005). القضاء الإداري. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص:

فوجود هذا المبدأ يكفل حماية حقوق المواطنين ومراكزهم القانونية وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة، ويتمكن الأفراد بمقتضاه من مناقشة مدى الالتزام به سواء أكانت شعبية أم سياسية إدارية أم قضائية بالأساليب المقررة جميعها، ويترتب على مخالفة مبدأ الشرعية الإدارية بطلان التصرفات الإدارية المخالفة، واعتبارها باطلة ومعدومة وفقاً لمدى جسامة المخالفة، ويطلق بعض الفقهاء على هذا المبدأ: مبدأ سيادة القانون⁹.

وفي هذا السياق تم تعريف مبدأ المشروعية أيضاً بالقول: "مبدأ المشروعية أو سيادة القانون هو: خضوع الإدارة المختصة بصفة عامة للقانون، بحيث تكون تصرفاتها الإيجابية والسلبية في دائرة وحدود النظام القانوني المقرر في الدولة، وهذا النظام القانوني يشمل كل قواعد القانون الوضعي أيّ كان مصدرها وشكلها، وسواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة"¹⁰.

كما يعرف هذا المبدأ بأنه خضوع الدولة كلياً -حكاماً ومحكومين- لقواعد القانون القائم فيها، بحيث تتوافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة ومن مواطنيها مع القواعد القانونية الموضوعية والقائمة¹¹.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه البعض في أن مبدأ المشروعية يعني "سيادة حكم القانون" تعريف مناسب، والمقصود بالقانون هنا، القانون بمعناه الواسع، بحيث يشتمل على كل القواعد القانونية التي تؤلف التنظيم القانوني للدولة، وليس فحسب ما يصدر عن السلطة التشريعية في

⁹ طلبة، عبدالله. (2003/2002). الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري. ط: 7. دمشق:

سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 14.

¹⁰ جمال الدين، سامي. (1980). الرقابة على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم

القضاء الإداري. المرجع السابق. ص: 16.

¹¹ رعد، أنس حسن. المرجع السابق. ص: 10.

الدولة من نصوص مكتوبة، ولا يقف هذا التعريف عند خضوع السلطة الإدارية فحسب لحكم القانون، بل جميع السلطات في الدولة.

وحتى يتحقق لمبدأ المشروعية أو سيادة القانون الاحترام، كأهم ركن من الأركان التي تقوم عليها دولة القانون، لا بد أن تخضع أعمال السلطة الإدارية إلى رقابة القضاء الإداري أو العادي، وأن تخضع سلطة التشريع إلى رقابة المحاكم أو المجالس الدستورية في الدول التي تأخذ بالرقابة الدستورية على القوانين كفرنسا ومصر وسورية، مع الحفاظ على حقوق وحرّيات الأفراد من التعدي عليها. ولا بد حتى تقيم هذه الجهة القضائية القسطاس، أن تمنح السلطة القضائية الاستقلال التام، فلا تخضع للتغول من إحدى السلطتين الأخريين، بما يؤمن ترسيخ دعائم دولة القانون.

ثانياً: مصادر مبدأ المشروعية

إذا كان المبدأ المشروعية يقوم على خضوع الحكام والمحكومين للقانون بمعناه الواسع، فما هي مصادر القاعدة القانونية التي تشكل التنظيم القانوني لمبدأ المشروعية، والتي يبنى على مخالفتها مخالفة مبدأ المشروعية؟

تشمل القواعد القانونية في الدولة الحديثة مجموعة القواعد المكتوبة وغير المكتوبة، أما القواعد القانونية المكتوبة: فهي عبارة عن مجموعات مدونة تحتوي على قواعد قانونية ملزمة، تتفاوت في درجة قوتها القانونية، وصادرة عن سلطات رسمية لها حق التشريع في الدولة، والمصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية هي: الدستور، التشريعات العادية والمراسيم التشريعية، المعاهدات، التشريعات الثانوية (اللوائح). والمصادر غير المكتوبة: وتشمل كلاً من: العرف، المبادئ القانونية العامة، وفق الآتي:

1- المصادر المكتوبة وتقسم إلى:

أ- الدستور

تعد القواعد الدستورية القانون الأعلى والأسمى في الدولة، ذلك أنها تتعلق بنظام الحكم في الدولة. فهي التي تحدد الأسس الفكرية أو الإيديولوجية التي يقوم عليها هذا النظام، وهي التي تبين السلطات الأساسية من تشريعية وتنفيذية وقضائية، وكذلك كيفية مباشرة كل من هذه السلطات لاختصاصاتها، وعلاقة كل منها بالأخرى، كما تبين أخيراً حقوق الأفراد وحرياتهم. ولهذا فهي تمثل الإطار القانوني العام الذي يجب أن تدور في فلكه جميع أوجه النشاط القانوني في الدولة، مما يجعل لها مكان الصدارة على سائر القواعد القانونية الأخرى، وهو ما يعرف بسمو الدستور¹².

ب- التشريع

يعد التشريع المصدر الثاني من المصادر المكتوبة للمشروعية، حيث يأتي في ترتيب مصادر المشروعية بعد الدستور، ومن ثم يتقيد التشريع بأحكام الدستور، ولا يمكن له مخالفة أحكامه. ويقصد بالتشريع كل القواعد القانونية التي تقرها السلطة المختصة بالتشريع في الدولة وفقاً لأحكام الدستور، سواء تمثلت هذه السلطة في البرلمان، أم تمثلت هذه السلطة في هيئة أخرى قرر لها الدستور سلطة التشريع، كرئيس الدولة في حالات غياب البرلمان أو في الظروف الاستثنائية، وتهدف القواعد القانونية في الغالب إلى بيان الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتحديدها في الدولة، ويجب أن تتسم بالعمومية والتجريد أي أن تكون عامة وشاملة في إلزامها لمختلف الهيئات العامة والخاصة والأفراد حكماً ومحكومين، حتى يتحقق العدل، ويستقر النظام، ويسود مبدأ المشروعية في الدولة¹³.

¹² التركاوي، عمار. (2010). مبدأ المشروعية. هيئة الموسوعة العربية. مج: 6. دمشق: سورية. ص:

462.

¹³ التركاوي، عمار. المرجع السابق. ص: 462.

ج- المعاهدات

تعتبر المعاهدات الدولية مصدر لمبدأ المشروعية، وهذا يعني أن يتم التصديق عليها من جانب السلطة المختصة داخل الدولة، وفور التصديق عليها تصبح جزءاً من التشريع الداخلي¹⁴.

د- التشريعات الثانوية (اللوائح)

هي ما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات إدارية تنظيمية، وهي قواعد عامة مجردة تختلف عن القانون من حيث أن الأخير تصدره السلطة التشريعية، لذلك فالقانون يعلو اللوائح، وبالتالي يجب أن تكون اللوائح مطابقة للقانون حتى تكون مشروعة¹⁵.

2- المصادر غير المكتوبة وتقسم إلى:

أ- العرف

وهو يعني القواعد غير المكتوبة التي تتكون من جراء العادات التي اعتادها الناس والتزموا بها في تصرفاتهم وأعمالهم، ويعد العرف أقدم مصادر المشروعية بصفة عامة. وعلى الرغم من تراجع دور العرف في الوقت الحالي وانتشار ظاهرة القواعد القانونية المكتوبة، فإنه لا زال يؤدي دوراً مهماً وأساسياً باعتباره أحد مصادر المشروعية¹⁶.

ب- المبادئ القانونية العامة

¹⁴ أحمد، مومني. (2018). مبدأ المشروعية وتطبيقاته في الدساتير الجزائرية. المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية. مج: 2. عدد: 2. ادرار: الجزائر. جامعة أحمد دراية. ص: 62.

¹⁵ أحمد، مومني. المرجع السابق. ص: 63.

¹⁶ التركاوي، عمار. المرجع السابق. ص: 462.

هي قواعد غير مدونة، مستقرة في ذهن وضمير الجماعة، يعمل القاضي على كشفها بتفسير هذا الضمير الجماعي العام، وتلك القواعد المستقرة في الضمير تملئها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها. وبذلك يتحتم احترام تلك المبادئ والعمل بمقتضى ما تقرر من أحكام، وذلك فيما تتخذ من أفعال وتصرفات، وإلا كانت هذه الأفعال والتصرفات معيبة، ووقعت باطلا لمخالفتها مبدأ المشروعية¹⁷.

الفرع الثاني: مفهوم اللوائح

تعد اللوائح من أبرز أدوات التنظيم الإداري التي تعتمدها السلطات المختصة لتفصيل قواعد القانون وتسيير المرافق العامة بفعالية، وتكتسب هذه اللوائح أهميتها من كونها تسد الثغرات التي لا يغطيها النص التشريعي مباشرة، مع الالتزام بمبدأ المشروعية الذي يوجب خضوعها للقانون الأعلى. وبناءً عليه، نقسم هذا الفرع وفق الآتي:

أولاً: تعريف اللوائح

تعد اللوائح عنصراً من عناصر مبدأ المشروعية، مما يفرض ضرورة الالتزام بأحكامها في إطار النظام القانوني القائم، وكون السلطة المختصة بإصدار اللوائح تمارس وظيفة إدارية، فإنها تبقى خاضعة لمبدأ المشروعية، الأمر الذي يوجب عليها احترام حدوده وعدم تجاوزه عند ممارسة صلاحياتها في إصدار اللوائح¹⁸.

¹⁷ التركاوي، عمار. المرجع السابق. ص: 462.

¹⁸ جمال الدين، سامي. (2003). اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 65.

وقد تعددت الاصطلاحات التي يطلقها الفقهاء على اللوائح، فالبعض يطلق عليها "القرارات الإدارية التنظيمية"، أو "الأوامر الإدارية التنظيمية"، وهي اصطلاحات قد تتسع لتشمل بعض أنواع الأعمال الإدارية التي تختلط باللوائح ويصعب التفرقة بينهما، كما يطلق عليها آخرون "التشريعات الحكومية" أو "التشريعات الفرعية"، وهي أيضاً اصطلاحات قد تؤدي إلى تضيق لمعنى اللوائح، ومن ثم فإن استعمال اصطلاح "اللوائح" هو أدق المصطلحات، كون المصطلحات آفة الذكر قد تضيق وتتسع، فلا تعبر عن حقيقة هذا المدلول¹⁹.

وبالنظر إلى القرارات الإدارية التي تصدر عن السلطة الإدارية المختصة، نجد أنها تتنوع وذلك تبعاً للزاوية التي يتم النظر منها إلى هذه القرارات، فمن الفقهاء من ينظر إليها من حيث المدى فيقسمها إلى قرارات فردية وأخرى تنظيمية، أو من حيث الخضوع للرقابة القضائية، فيقسمها إلى قرارات إدارية وأعمال سيادة، أو من ناحية المصدر فيقسمها إلى قرارات رئيس الجمهورية، قرارات مجلس الوزراء، قرارات وزارية، قرارات إدارية لا مركزية²⁰، في حين يقسمها البعض الآخر تبعاً لتكوينها أو رقابة القضاء عليها، أو من حيث آثارها²¹.

ونقسم القرارات الإدارية يحمل في طياته أهمية بالغة، ليس فقط على المستوى النظري بل على المستوى العملي أيضاً، وذلك من خلال الآثار التي تترتب على وضع القرار في مكانه

¹⁹ العطار، وليد جودة إبراهيم محمد. (2022). ماهية اللوائح المستقلة والجهة المختصة بإصدار اللوائح المستقلة. المجلة القانونية. مج: 14. عدد: 3. الخرطوم: السودان. جامعة القاهرة فرع الخرطوم. ص: 1029.

²⁰ الجرف، طعيمة. (1973). القانون الإداري. القاهرة: مصر. مكتبة القاهرة الحديثة. ص: 502.

²¹ الطماوي، سليمان محمد. (1957). النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي. ص: 295.

الصحيح. وإذا توقفنا عند تقسيم القرارات الإدارية من الزاوية التي تهم بحثنا ونظرنا إليها من حيث مداها، عندها نقسم القرارات الإدارية إلى قرارات فردية وأخرى تنظيمية، وهي ما تعرف باللوائح.

أما القرار الفردي فهو الذي يتعلق بحالة فردية بذاتها، سواء تعلق الأمر بشخص أو بمجموعة معينة ومحددة بالذات من الأشخاص، بشيء أو أشياء، وتستنفذ موضوعها أو مضمونها بمجرد تطبيقها على الحالة أو الحالات المذكورة، أو على الفرد أو الأفراد المعنيين بالذات²². ومثال ذلك: الأمر الصادر بتعيين أحد الأشخاص في وظيفة معينة، أو بفسله منها، أو بإعطاء ترخيص أو سحبه، أو القرار الصادر بإنشاء مشفى أو عدد من المشافي.

أما القرار الإداري التنظيمي أو ما يعرف باللائحة فهو: القرار الذي يتضمن قواعد عامة مجردة وملزمة، تطبق على عدد غير محدد من الأفراد، فلا يتعلق بشخص أو شيء أو حالة على سبيل التعيين بالذات، وإنما بأمور متجددة تحدد بأوصافها وشروطها²³.

وبالتالي، فإنه لا يغير من طبيعة القرار التنظيمي أن يكون المخاطب به معروفاً وقت صدوره، مادام المجال الزمني لتطبيقه يمكن أن يتسع ليشمل غيره، ومادامت هذه الحالة متجددة غير معينة بذاتها، فهو لا يستنفذ موضوعه بمجرد تطبيقه على حالة معينة أو فرد من الأفراد، بل يظل قابلاً للتطبيق كلما توفرت الشروط المحددة لهذا التطبيق، أي أن القرار التنظيمي أو اللائحة لا يخاطب الشخص مباشرة، بل يخاطبه من خلال المركز القانوني العام الذي تعرض له القرار بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، والذي يشكله الشخص بحكم استيفائه لشروطه.

²² طلبة، عبدالله. (1997/1996). مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني. ط: 3. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 243/242.

²³ طلبة، عبدالله. (1997/1996). مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني. المرجع السابق. ص: 243.

ومن خلال التعريف السابق للقرار الإداري التنظيمي، أو ما يطلق عليه اصطلاحاً "اللائحة"، يمكن لنا أن نستخلص العناصر الأساسية التي لابد من توفرها في العمل القانوني حتى يمكن تكييفه بأنه "لائحة" وهذه العناصر هي²⁴:

1- أن يكون العمل صادراً عن سلطة إدارية. 2- أن يتضمن العمل قواعد عامة مجردة وغير شخصية.

3- أن يكون هذا العمل ملزماً.

ثانياً: أنواع اللوائح

تقسم اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية وفقاً إلى ظروف الالتجاء إليها إلى اللوائح الإدارية وهي اللوائح التي تصدر عنها بحسبانها من مستلزمات الوظيفة الإدارية، وتصدر عنها في الظروف العادية، وهناك اللوائح التي تصدر عنها في الظروف الاستثنائية، وتمارس فيها السلطة التنفيذية الاختصاص التشريعي على سبيل الاستثناء، وسنعرض هذين النوعين من اللوائح وفق الآتي:

1- لوائح الظروف العادية

يصدر عن السلطة التنفيذية في الظروف العادية نوعين من اللوائح، وذلك للقيام بالوظيفة الإدارية المناطة بها دستورياً، وهما: اللوائح التنفيذية، واللوائح المستقلة.

أ- اللوائح التنفيذية

²⁴ العطار، وليد جودة إبراهيم محمد. المرجع السابق. ص: 1032.

وهي مجموعة القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بقصد تنفيذ قانون ما، لكونها هي المعنية بتنفيذ قوانين الدولة، فمن البديهي أن تكون هي صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدار هذه اللوائح لتسهيل مهمة تنفيذ القوانين، وبالتالي فهي مجرد أداة لتنفيذ القانون، وليس لها أن تنص على إلغاء أو تعديل أو تعطيل أحكام القوانين أو الإغفاء منها. وهي بذلك تعد الصورة الأصلية للوائح لأنها تحقق حكمة منح السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح، فالقانون يقتصر عمله على وضع المبادئ العامة، والسلطة التنفيذية بحكم اتصالها المستمر بالجمهور أقدر على تعريف التفصيلات اللازمة لوضع هذه المبادئ العامة موضع التنفيذ.²⁵

ب- اللوائح المستقلة وهي على نوعان هما:

- اللوائح التنظيمية

يمكن تعريف اللوائح التنظيمية بأنها: اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض الأمور التي لم يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من القانون²⁶، وإذا صدرت معيبة بأحد العيوب التي تشوب القرارات الإدارية، جاز الرجوع فيها أو سحبها في أي وقت، وذلك نظراً لقابلية القرارات التنظيمية للإلغاء أو التعديل حسب مقتضيات الظروف، ويكون ذلك دون المساس بالحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت على صدور هذه اللوائح²⁷. وجدير بالذكر أن اللوائح التنظيمية لا تحتاج إلى فرض جزاءات لضمان نفاذها، وذلك نظراً لطبيعتها غير المتصلة بالأفراد، فدورها متصل بتنظيم

²⁵ العطار، وليد جودة إبراهيم محمد. المرجع السابق. ص: 1040/1039.

²⁶ راضي، مازن ليلو. (2016). النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية. الإسكندرية: مصر. دار المطبوعات الجامعية. ص: 57.

²⁷ المسلماني، محمد أحمد. (2017). القرارات الإدارية. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعي. ص:

سير المرافق العامة، وأما فيما يتعلق بالموظفين العاملين في المرفق العام فهؤلاء يكفي لحثهم على اتقان العمل وعلى احترام تلك القواعد، تطبيق قواعد المسؤولية التأديبية في حقهم²⁸، فلا يجوز أن تتضمن ما يقيد الحريات العامة، كحرية التنقل وحرية التعليم والتعبير وغيره²⁹.

- لوائح الضبط الإداري

يمكن تعريف لوائح الضبط الإداري بأنها: مجموعة القرارات التنظيمية التي تصدر من الإدارة بهدف المحافظة على النظام العام بشتى مجالاته من أمن عام، وسكينة عامة، وصحة عامة، وتكون في غاية الأهمية، نظراً لأنها تتعلق بشكل مباشر بحياة الأفراد وتقيد حرياتهم، فهي تتضمن أوامر ونواهي وتفرض عقوبات على مخالفيها، ومن أمثلتها: لوائح حماية الأغذية والمشروبات ولوائح المرور، واتخاذ الاحتياطات لمنع تلوث مياه الشرب أو انتشار الأوبئة وغيرها³⁰.

فالأصل أن يتم تنظيم الحريات العامة من قبل المشرع عن طريق التشريعات العادية، ولكن من الناحية العملية فإن القانون قد يترك أمر تنظيم بعض المسائل المرتبطة بالأمن أو السكينة أو الصحة العامة للسلطة التنفيذية أو الإدارة، ويرجع هذا الأمر لما تتمتع به الإدارة من خبرة وأدوات تجعلها هي الأقدر على تنظيم هذه الأمور، ونظراً لخطورة هذه اللوائح لكونها تمس

²⁸ الصالح، عثمان عبدالمك. (1994). السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقہ المقارن وأحكام القضاء.

مجلة الحقوق والشريعة. مج: 1. عدد: 1. الكويت: الكويت. جامعة الكويت. ص: 48.

²⁹ صبره، محمود محمد علي. (2009). الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين. الجيزة: مصر. مكتبة صبره للتأليف والترجمة. ص: 25.

³⁰ خاطر، آمنة محمد، ونوح، مهند مختار. (2020). الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل الدستور القطري، دراسة مقارنة. دار جامعة حمد بن خليفة للنشر. مج: 1. عدد: 4. الدوحة: قطر. جامعة حمد بن خليفة. ص: 13.

الحقوق والحريات وقد تتطوي على فرض عقوبات على المخالف لها، لذا ينبغي عدم التوسع في إصدارها، لأنها تعد من أخطر أنواع القرارات أو اللوائح الإدارية³¹.

2- لوائح الظروف الاستثنائية

يحدث أن تمر البلاد بظروف استثنائية تتطلب من الحكومة اتخاذ تدابير عاجلة لمواجهتها، حيث لا تكفي القوانين القائمة، أو استصدار قوانين جديدة من قبل البرلمان، مع ما يحتاجه ذلك من مناقشات وإجراءات وجلسات علنية طويلة الأمد، في الاستجابة لهذه الظروف الطارئة. فهنا فقط يمكن الخروج عن الأصل العام، وتخويل الحكومة سلطة المشاركة في الوظيفة التشريعية، ويتمثل ذلك في نوعين من اللوائح هما: لوائح الضرورة واللوائح التفويضية، نعرضها تالياً وفق الآتي:

أ- اللوائح التفويضية

يمكن تعريف اللوائح التفويضية بأنها مجموعة من القرارات التي تنظم بعض المواضيع الداخلة في نطاق التشريع وتصدر من قبل السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية. وتتميز هذه القرارات عن غيرها بحصولها على قوة القانون بغض النظر عن صدورها سواء كان في غياب السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها³².

وللتفويض شروط تتمثل في أن الحكومة هي المعنية بطلب التفويض، لأن أعضاء البرلمان لا يستطيعون تفويض الحكومة للقيام بتشريع ما، كما يجب أن يتضمن مشروع قانون

³¹ الخاطر، آمنة محمد، ونوح، مهند مختار. المرجع السابق. ص: 13.

³² راضي، مازن ليلو. (2013). الوسيط في القانون الإداري. بيروت: لبنان. المؤسسة الحديثة للكتاب. ص: 274.

التفويض أهداف ومدة التفويض، فلا يمكن أن يكون التفويض أبدياً، ولا بد أيضاً من عرض موضوعات التفويض على البرلمان بعد انتهاء فترة التفويض³³.

ويرى الفقه الفرنسي أنه ليس بالضرورة توافر شروط استثنائية للجوء إلى التفويض، لأن التفويض هو تنفيذ برنامج الحكومة، والحاجة لتنفيذ برامج الحكومة لا تحتاج لظروف استثنائية بل هي قائمة في الظروف العادية أيضاً³⁴.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للوائح التفويض فقد تعددت الاتجاهات بهذا الشأن، فمنهم من اعتبر لوائح التفويض قرارات إدارية عادية خاضعة لرقابة القضاء. ومنهم من عدها من قبيل الأعمال التشريعية ولها نفس قوة القانون³⁵. أما الاتجاه الغالب فميز بين مرحلتين تمر بها اللوائح التفويضية، حيث اعتبرها قرارات إدارية عادية قبل تصديق البرلمان، وقوانين بعد تصديق البرلمان³⁶. وقد أكدت هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية حيث قالت: "... إلا أن القرارات التي

³³ العطار، وليد جودة إبراهيم محمد. المرجع السابق. ص: 1044.

³⁴ Duverger, Maurice (1982), Institutions politiques et droit constitutionnel, 2^e éd., Paris, France, Presses Universitaires de France, p. 231.

³⁵ Waline, Jean (1959), Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 709.

³⁶ Vedel, Georges (1977), Droit administratif, Paris, France, Presses Universitaires de France, p. 223 et s.

تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية، وإن كان لها في موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء أو تعديل القوانين القائمة، إلا أنها تعد قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين في حجية التشريع (وذلك قبل إقرارها من المجلس النيابي) ...³⁷.

ب- لوائح الضرورة

عاجلة تهدد سلامة الدولة وأمنها. ومن خلالها يكون للسلطة التنفيذية أن تنظم مسائل ينظمها القانون أساساً وهي مجموعة اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية أثناء غياب السلطة التشريعية المتمثلة بالبرلمان، للتصدي لظروف استثنائية، ويجب عرضها على البرلمان في أقرب وقت ممكن لإقرارها³⁸.

وقد اتفق معظم الفقه الدستوري والإداري على أنه يجب أن تتحقق بعض الاشتراطات حتى تتوفر الظروف الاستثنائية الموجبة لممارسة السلطة التنفيذية لمهمة التشريع، كوجود خطر جسيم يهدد الدولة، مع استحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية³⁹.

المطلب الثاني: التزام اللوائح بمبدأ المشروعية في ظل قاعدة التدرج التشريعي

De Laubadère, André (1976), Traité de droit administratif, 7^e éd., Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Tome I, p. 535.

³⁷ نقض 1972/12/21، الدائرة المدنية والتجارية، السنة 13، الطعن رقم 26 لسنة 41 ق، ص: 1191.

³⁸ راضي، مازن ليلو. (2013). الوسيط في القانون الإداري. المرجع السابق. ص: 274.

³⁹ العطار، وليد جودة إبراهيم محمد. المرجع السابق. ص: 1046.

تندرج مسألة التزام اللوائح بمبدأ المشروعية ضمن الإطار الأوسع لقاعدة تدرج القاعدة القانونية، التي تحدد مراتب القواعد القانونية ودرجة إلزامها، وهو ما يفرض على اللوائح أن تصدر متوافقة مع القواعد الأعلى مرتبة، لا سيما القوانين والدستور، حتى تعد مشروعة ونافذة، ومن أجل بيان الإطار القانوني الدقيق لهذا الالتزام، سيتم تناول الموضوع على النحو الآتي:

الفرع الأول: قاعدة تدرج القاعدة القانونية

سبق البيان بأن التنظيم القانوني للدولة يتكون من مجموع القواعد القانونية على اختلاف مصادرها، والتي تشكل بدورها عناصر مبدأ المشروعية، التي تلتزم بها السلطات العامة في الدولة، وعلى الأخص الإدارة.

ونظراً لتعدد مصادر إنشاء هذه القواعد القانونية، فإن ذلك سيؤدي بطبيعة الحال إلى احتمال وقوع التعارض والتناقض بين هذه القواعد، والتنازع بين تلك السلطات التي قررتها، لذلك كان لابد وحفاظاً على الترابط بين تلك القواعد القانونية التي يتألف منها التنظيم القانوني للدولة، وعدم تضاربها أن يتم التوصل إلى قاعدة تؤمن ذلك، وقد تحقق ذلك فعلاً عن طريق تقرير قاعدة " تدرج القواعد القانونية".

وتعني هذه القاعدة: ترتيب القواعد القانونية التي تكون عناصر المشروعية في مراتب متعددة بحيث يعلو بعضها البعض الآخر حسب القوة الإلزامية لكل منها، في تدرج يشمل كافة هذه القواعد القانونية، والتي تمثل التنظيم القانوني للدولة، وبحيث تعلو القاعدة القانونية التي تتمتع بقوة إلزامية أعلى القواعد الأخرى التي تليها في المرتبة، وبالتالي يتوجب على كل سلطة عند قيامها بإنشاء القواعد القانونية أن تراعي القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة القانونية الأدنى مرتبة تعديل أو إلغاء القاعدة القانونية الأعلى، وإلا كانت مخالفة لمبدأ المشروعية؛ لذلك فإن قاعدة "تدرج القواعد القانونية" تعد من أهم المبادئ التي أسفر عنها مبدأ المشروعية في الدولة القانونية.

وعلى ذلك، تتدرج القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني في الدولة بحيث يكون على قمتها القواعد الدستورية، تليها القواعد التشريعية والمبادئ القانونية العامة، ثم القواعد اللاتحجية، فالقواعد العرفية، مع ملاحظة أن العرف كقاعدة عامة يتوضع في مرتبة أدنى من النصوص المكتوبة، ما لم يكن عرفاً مفسراً، ففي هذه الحالة لا يكون له قوة إلزامية بذاته، وإنما يستمد قوته الإلزامية بحسبانه جزءاً من النص المكتوب محل التفسير، ومن ثم يكتسب مرتبته⁴⁰.

والأساس الذي يرجع إليه الترتيب المشار إليه هو المعيار الشكلي، والذي يقوم على ترتيب القوة الإلزامية للقواعد القانونية حسب مرتبة السلطة التي أصدرتها، والإجراءات المتبعة في إصدارها، فالسلطة التأسيسية أعلى من السلطات المؤسسة، كونها من أنشأتها، فالقاعدة القانونية التي تصدر عنها وهي الدستور تأتي في قمة الهرم القانوني، ثم تليها السلطة التشريعية والتي هي ممثلة للشعب وإرادة الأمة، وصاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع، لذلك تأتي القواعد القانونية التي تصدر عنها في المرتبة الثانية بعد القواعد الدستورية، ثم تأتي بعد ذلك السلطة التنفيذية والتي تتولى تنفيذ القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، وتضطلع بمهمة التشريع استثناءً على وظيفتها الأصلية، فما يصدر عنها من تشريعات فرعية تأتي في المرتبة الثالثة بعد القواعد الدستورية والقواعد القانونية.

وللمفاضلة بين القواعد القانونية يمكن أن يلجأ إلى المعيار الشكلي أو العضوي، والذي يستند في المفاضلة بين القواعد القانونية إلى السلطة التي صدرت عنها القاعدة، وإلى الإجراءات التي تتبع في إصدار هذه القاعدة، فكل قاعدة قانونية تصدر عن سلطة أعلى تعتبر أكثر قوة من القاعدة

⁴⁰ جمال الدين، سامي. (1980). الرقابة على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم

القضاء الإداري. المرجع السابق. ص: 77.

التي تصدر عن سلطة أدنى منها، وكل قاعدة قانونية تصدر طبقاً لإجراءات تفوق في شدتها إجراءات إصدار قاعدة أخرى تعتبر أكثر قوة من هذه القاعدة الأخيرة⁴¹.

أو قد يتبع ذلك عن طريق المعيار الموضوعي أو المادي الذي يستند في تحديد قوة القواعد القانونية إلى مادة القاعدة وموضوعها، وتندرج القواعد القانونية هنا في قوتها تبعاً لمدى عمومية وتجريد كل منها، فالقاعدة الأكثر عمومية وتجريد تفوق في قوتها ما عداها من القواعد التي تقل عنها في ذلك، بمعنى أن القواعد القانونية تختلف في قوة تدرجها تبعاً لدرجة العمومية والتجريد التي تتصف بها كل منها، وبغض النظر عن السلطة التي أصدرت القاعدة أو الإجراءات التي اتبعت في شأنها⁴².

الفرع الثاني: اللوائح كأحد مصادر المشروعية

تقوم السلطة التنفيذية بقصد ممارستها لاختصاصاتها، ولإدارة المرافق العامة وتسييرها، بإصدار القرارات الإدارية التنظيمية أو ما يعرف باللوائح وتعد هذه القرارات، كما سبق البيان، من حيث طبيعتها وموضوعها أعمالاً تشريعية، لأنها تنشئ قواعد قانونية عامة ومجردة، وهذه القرارات

⁴¹ الشويكي، عمر محمد. (2001). القضاء الإداري، دراسة مقارنة. ط: 1. عمان: الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص: 24.

⁴² شطناوي، معلي خطار. (2004). موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول. ط: 1. عمان: الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص: 35.

التنظيمية تطبق على الجميع، أو على طائفة من الأفراد دون تحديد لذواتهم، وهذا هو شأن القوانين التي تقوم الهيئة التشريعية بوضعها⁴³.

وكون السلطة اللائحية هي سلطة استثنائية في مجال التشريع، وجب حتى تكون مشروعة استنادها إلى أساس دستوري، لذلك نجد أن معظم الدساتير تنص على هذا الاختصاص الاستثنائي للسلطة التنفيذية في التشريع، وعلى هذا الأساس تعد اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بأنواعها المختلفة سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية أحد عناصر التنظيم القانوني في الدولة، ومصدراً من مصادر المشروعية، ما يجعلها واجبة التطبيق مادامت مشروعة، أي لم تخالف مبدأ المشروعية، كما يترتب عليها أن تخضع لمبدأ المشروعية وحدوده وقيوده وخاصة فيما يتعلق باحترام قاعدة تدرج القواعد القانونية، وإلا تعرضت للرقابة على مشروعيتها لضمان عدم تجاوزها للحدود والقيود التي يفرضها عليها الدستور أو القانون⁴⁴.

وتأتي اللوائح في سلم التدرج التشريعي بعد القانون، ومن ثم فإن قواعد الدستور والمبادئ القانونية العامة والقانون تملو جميعاً ما يرد في اللوائح من قواعد، وبالتالي يتحتم على اللائحة تطبيقاً لمبدأ المشروعية أن تحترم هذه القواعد القانونية بأن تعمل في دائرتها دون أن تخالفها، وذلك من حيث إجراءات وضعها، ومن حيث مضمونها، فإذا تجاوزت اللائحة هذه الحدود المرسومة لها انقلبت إلى عمل غير مشروع لخروجها على مبدأ المشروعية، وبالتالي تصبح محلاً للطعن فيها أمام الجهة المختصة لتصحيح الوضع الخاطئ، وحماية المشروعية، وهي السلطة القضائية، وذلك

⁴³ ليلة، محمد كامل. (1962). القانون الدستوري. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي. ص: 411 وما بعدها.

⁴⁴ جمال الدين، سامي. (1980). الرقابة على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري. المرجع السابق. ص: 40.

ما لم تنتبه الإدارة لذلك وتقدم على تصحيح خطأها من تلقاء نفسها حرصاً منها على مبدأ المشروعية، بفرض أن الإدارة في هذه الحالة حسنة النية يهملها سلامة تصرفاتها وانسجامها مع الوضع القانوني في الدولة وانفاقها مع مبدأ المشروعية، ولهذا فإنها تبادر إلى إلغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها حسب الظروف، بقصد تصحيح الوضع الخاطئ الناجم عن صدور اللائحة غير المشروعة⁴⁵.

ويجدر التنويه هنا إلى أنه بالرغم من أن اللوائح هي من عمل الإدارة، وأنها تستطيع إلغاؤها أو سحبها أو تعديلها في أي وقت تشاء، إلا أنها ملتزمة بالخضوع لأحكامها طالما استمرت في وجودها وتطبيقها، وكذلك كل جهة يمنحها القانون اختصاصاً في شأن تنفيذها حتى لو كانت تلك الجهات أعلى في الدرجة من التي أصدرت اللائحة⁴⁶، وينجم عن هذا الوضع أن الإدارة ملزمة بالتقيد بأحكام اللوائح الصادرة عنها، وبالتالي لا يجوز لها إصدار قرارات فردية مخالفة لها تحت طائلة عدم مشروعية مثل هذه القرارات وتعرضها للإلغاء عند الطعن فيها، وكذلك المطالبة بالتعويض عما تحدثه من أضرار بالأفراد⁴⁷.

وهذا يعني أن القرارات التنظيمية التي هي من نوع اللوائح لا يمكن تعديلها من قبل الإدارة إلا بأداة من مستواها أو أعلى منها كالقانون⁴⁸.

⁴⁵ جمال الدين، سامي. (1980). الرقابة على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم

القضاء الإداري. المرجع السابق. ص: 41.

⁴⁶ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1955/11/5، قضية 195 لسنة 1 ق، ص: 41، رقم 7.

⁴⁷ طلبة، عبدالله. (2003/2002). الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري. المرجع السابق.

ص: 21.

⁴⁸ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1487، السنة الثانية في 1956/11/10، مجموعة العشر

سنوات، ص: 1150.

نخلص من ذلك إلى أن اللائحة المشروعة تعد من عناصر مبدأ المشروعية، وبالتالي يتحتم على السلطات العامة في الدولة احترامها، كما يحق للأفراد الاستناد إليها، ويجب على القاضي الالتزام بها وتطبيقها إذا كان لذلك مقتضى في الدعوى المرفوعة أمامه، فالمحاكم ملزمة دائماً بأن تؤسس أحكامها ليس على القوانين فقط، وإنما أيضاً على اللوائح بمختلف أنواعها، فهي مثل القوانين تحدد الحقوق والالتزامات، ولاشك أن إغفالها من جانب المحاكم يؤدي إلى الطعن في أحكامها.

كما يتوجب على الإدارة في الدولة القانونية أن تخضع لمصادر المشروعية بمختلف أنواعها ودرجاتها - ومنها اللائحة - في تصرفاتها آخذة بعين الاعتبار أهميتها، ودرجة قوتها تحت طائلة خرق مبدأ سيادة القانون وبالتالي تعريض تصرفاتها للإلغاء أو التعويض.

الخاتمة:

يتضح من خلال هذا البحث أن مبدأ المشروعية يشكل الأساس التي تبنى عليه شرعية الأعمال القانونية والإدارية في الدولة، ويعد ضابطاً جوهرياً لضمان احترام سيادة القانون، وقد تبين أن هذا المبدأ لا يستمد قوته من الدستور فحسب، بل من منظومة متكاملة من المصادر التي تشمل القوانين واللوائح، وغيرها من القواعد الإلزامية، التي تتكامل فيما بينها لتشكيل الإطار المرجعي لمشروعية التصرفات الإدارية. كما أظهر البحث أن اللوائح، رغم كونها أداة تنظيمية تصدر عن السلطة التنفيذية، فإنها لا تعد بمنأى عن مبدأ المشروعية، بل تدمج ضمنه وتخضع له، بشرط التزامها بالترج القانوني الذي يفرض خضوعها لما يعلوها من قواعد قانونية أعلى مرتبة، ومن ثم، فإن العلاقة بين اللوائح ومبدأ المشروعية هي علاقة تبعية وظيفية واندماج بنيوي، تحكمها قاعدة تدرج القاعدة القانونية، بما يضمن تكامل النظام القانوني واستقراره، ويحول دون أي تعسف في استعمال السلطة التنظيمية أو تجاوزها لاختصاصاتها المحددة. وليكتمل هذا الجهد القانوني المتواضع، لابد لي ختاماً من استعراض

النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث لأصل بعدها إلى وضع بعض المقترحات التي أرى ضرورة إعمالها والالتفات إليها وفق الآتي:

أولاً: النتائج:

1. إن مبدأ المشروعية يعني "سيادة حكم القانون".
2. تشمل القواعد القانونية في الدولة الحديثة مجموعة القواعد المكتوبة وغير المكتوبة، فالمصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية هي: الدستور، التشريعات العادية والمراسيم التشريعية، المعاهدات، التشريعات الثانوية (اللوائح). والمصادر غير المكتوبة هي: العرف، المبادئ القانونية العامة.
3. القرار الإداري التنظيمي أو ما يعرف باللائحة هو: القرار الذي يتضمن قواعد عامة مجردة وملزمة، تطبق على عدد غير محدد من الأفراد، فلا يتعلق بشخص أو شيء أو حالة على سبيل التعيين بالذات، وإنما بأمور متجددة تحدد بأوصافها وشروطها. وتتقسم اللوائح إلى نوعين رئيسيين هما: اللوائح المستقلة واللوائح التنفيذية.
4. تتدرج القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني في الدولة بحيث يكون على قممتها القواعد الدستورية، تليها القواعد التشريعية والمبادئ القانونية العامة، ثم القواعد اللائحية، فالقواعد العرفية.
5. اللائحة المشروعة تعد من عناصر مبدأ المشروعية، وبالتالي يتحتم على السلطات العامة في الدولة احترامها، كما يحق للأفراد الاستناد إليها، ويجب على القاضي الالتزام بها وتطبيقها إذا كان لذلك مقتضى في الدعوى المرفوعة أمامه، فالمحاكم ملزمة دائماً بأن تؤسس أحكامها ليس على القوانين فقط، وإنما أيضاً على اللوائح بمختلف أنواعها، فهي مثل القوانين تحدد الحقوق والالتزامات، ولاشك أن إغفالها من جانب المحاكم يؤدي إلى الطعن في أحكامها.

ثانياً: المقترحات والتوصيات:

1. أن تحدد القوانين بدقة نطاق صلاحيات السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح، منعاً لأي تجاوز أو تداخل مع الوظيفة التشريعية.

2. أن تخضع اللوائح لمبدأ التدرج، بحيث لا يجوز لها أن تخالف القواعد الأعلى مرتبة، وعلى رأسها الدستور والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.
3. منح القضاء الإداري صلاحيات موسعة لإلغاء أو تعليق اللوائح التي تخالف مبدأ المشروعية، تعزيزاً للشرعية القانونية، ومنعاً للتعسف التنظيمي.
4. إلزام الجهات المختصة بإصدار اللوائح بتعليل كل لائحة تصدرها، الأمر الذي يسهل الرقابة القانونية، ويعزز شفافية العمل الإداري.

قائمة المراجع:

أولاً- الكتب والمؤلفات:

1. الجرف، طعيمة. (1973). القانون الإداري. القاهرة: مصر. مكتبة القاهرة الحديثة.
2. جمال الدين، سامي. (1980). الرقابة على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف.
3. جمال الدين، سامي. (2003). اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف.
4. حافظ، محمود محمد. (1993). القضاء الإداري. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.
5. راضي، مازن ليلو. (2013). الوسيط في القانون الإداري. بيروت: لبنان. المؤسسة الحديثة للكتاب.
6. راضي، مازن ليلو. (2016). النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية. الإسكندرية: مصر. دار المطبوعات الجامعية.
7. شطناوي، معلي خطار. (2004). موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول. ط: 1. عمان: الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
8. الشويكي، عمر محمد. (2001). القضاء الإداري، دراسة مقارنة. ط: 1. عمان: الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

9. صبره، محمود محمد علي. (2009). الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين. الجيزة: مصر. مكتبة صبره للتأليف والترجمة.
10. طلبة، عبدالله. (1997/1996). مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني. ط: 3. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق.
11. طلبة، عبدالله. (2003/2002). الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري. ط: 7. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق.
12. الطماوي، سليمان محمد. (1957). النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي.
13. الطماوي، سليمان محمد. (2006). النظرية العامة للقرارات الإدارية. ط: 1. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي.
14. عبدالوهاب، محمد رفعت. (2005). القضاء الإداري. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية.
15. عمرو، عدنان. (2004). القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف.
16. ليلة، محمد كامل. (1962). القانون الدستوري. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي.
17. ليلة، محمد كامل. (1970). الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية. القاهرة: مصر. منشورات جامعة القاهرة.
18. المسلماني، محمد أحمد. (2017). القرارات الإدارية. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعي.

ثانياً_ الأبحاث والدوريات:

1. أحمد، مومني. (2018). مبدأ المشروعية وتطبيقاته في الدساتير الجزائرية. المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية. مج: 2. عدد: 2. ادرار: الجزائر. جامعة أحمد دراية.

2. التركاوي، عمار. (2010). مبدأ المشروعية. هيئة الموسوعة العربية. مج: 6. دمشق: سورية.
3. الخاطر، آمنة محمد، ونوح، مهند مختار. (2020). الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل الدستور القطري، دراسة مقارنة. دار جامعة حمد بن خليفة للنشر. مج: 1. عدد: 4. الدوحة: قطر. جامعة حمد بن خليفة.
4. رعد، أنس حسن. (2023). قرارات الهيئات المحلية بين رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية. مج: 3. عدد: 4. دمشق: سورية. جامعة دمشق. ص: 10.
5. الصالح، عثمان عبدالمك. (1994). السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقہ المقارن وأحكام القضاء. مجلة الحقوق والشرعية. مج: 1. عدد: 1. الكويت: الكويت. جامعة الكويت.
6. العطار، وليد جودة إبراهيم محمد. (2022). ماهية اللوائح المستقلة والجهة المختصة بإصدار اللوائح المستقلة. المجلة القانونية. مج: 14. عدد: 3. الخرطوم: السودان. جامعة القاهرة فرع الخرطوم.
7. مجمع اللغة العربية، معجم القانون. (1999). القاهرة: مصر. المركز العربي للتعريب.

ثالثاً_ المراجع الأجنبية:

1. Duverger, Maurice (1982), Institutions politiques et droit constitutionnel, 2^e éd., Paris, France, Presses Universitaires de France.

2. Waline, Jean (1959), **Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958**, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
3. Vedel, Georges (1977), **Droit administratif**, Paris, France, Presses Universitaires de France.
4. De Laubadère, André (1976), **Traité de droit administratif**, 7^e éd., Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Tome I.

إعادة الاعتبار وفق معطيات خطورة المجرم "دراسة مقارنة"

باسل سعيد عطيه

إشراف: أ. د. تميم ميكائيل + د. عيسى الذيب

:

تطرق البحث إلى مدى فعالية نظام إعادة الاعتبار في مكافحة خطر الإجرام عن طريق بيان الأوجه القانونية لإعادة الاعتبار في القانون السوري مقارنة بالقوانين العربية، كالقانون المصري والأردني والقوانين الأجنبية، ولا سيما القانون الفرنسي، والآثار التي تترتب على التطبيق من إشكالات قانونية، مثل حرمان المفرج عنهم من الحصول على وثيقة غير محكوم التي لا تُستخرج إلا بموجب إعادة الاعتبار ضمن توفر شروط معينة في المحكوم عليه بعد الإفراج عنه، وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية أخرة تتمثل في صعوبة اندماج المفرج عنه في المجتمع أمام هذا العائق، والتعارض بين مبدأ إعادة الاعتبار من جهة، وحق الاندماج الاجتماعي للمفرج عنهم، الأمر الذي بدوره يشكل مشكلة اجتماعية تتمثل في عدم استقرار المجتمع بأكمله.

وقد تطرق البحث أيضاً إلى حدود إعادة الاعتبار من حيث نوع الجرائم والشروط الواجب توفرها في المحكوم عليهم، فضلاً عن ذلك فقد ناقش البحث أهمية تطبيق نظام إعادة الاعتبار على الشخص المعنوي حسب التعديلات الجديدة في القوانين المقارنة في العصر الحديث، حيث إنّ الباحث استخدم المنهج الوصفي التحليلي، واستقراء النصوص القانونية، للوقوف على حالات التناقض بينهما، كما توصلت أيضاً من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج، وتطرقت لبعض المقترحات، من أبرزها تقييد سلطة القاضي التقديرية عن طريق التسبب في حال رفض طلب

إعادة الاعتبار القضائي، وذلك حتى يتسنى لمحكمة الأعلى درجة من بسط رقابتها، وقصر المدد الزمنية الطويلة لإعادة الاعتبار. الكلمات المفتاحية، إعادة الاعتبار، الخطورة الإجرامية، الاندماج الاجتماعي، المفرج عنهم.

Rehabilitation Based on the Degree of Criminal Dangerousness *(A Comparative Study)*

The research examines the effectiveness of the rehabilitation system in combating criminal dangerousness by outlining the legal aspects of rehabilitation in Syrian law in comparison to Arab laws, such as Egyptian and Jordanian legislation, as well as foreign laws, particularly French law. It also addresses the legal challenges arising from the application of rehabilitation, such as the inability of released individuals to obtain a "non-conviction certificate," which can only be issued upon rehabilitation—provided certain conditions are met by the convict after release. This leads to further negative consequences, including difficulties in the reintegration of released individuals into society. Additionally, there is a conflict between the principle of rehabilitation, on one hand, and the right to social reintegration for released individuals, which is hindered by the system's restrictive rehabilitation conditions. This, in turn, creates a broader social problem, destabilizing society as a whole.

The research also explores the scope of rehabilitation in terms of the types of crimes and the conditions required for convicts. Furthermore, it discusses the importance of applying the rehabilitation system to legal entities, in line with recent amendments in modern comparative laws. The researcher adopted an analytical descriptive approach, examining legal texts and relevant international conventions to identify contradictions between them. Through this study, several findings were reached, and recommendations were proposed, most notably limiting the discretionary

power of judges by requiring reasoned justifications when rejecting judicial rehabilitation requests. This would allow higher courts to exercise oversight and reduce the lengthy timeframes for rehabilitation.

Keywords: Rehabilitation, Criminal Dangerousness, Social Reintegration, Released Individuals.

المقدمة:

نصّت التشريعات العقابية المقارنة، ومنها التشريع العقابي السوري على أنّ الحكم على المجرم بعقوبة من نوع الجناية أو الجنحة في أغلب الحالات ينتج عنه آثار قانونية بعد الإفراج عنه، منها الحرمان من بعض الحقوق السياسية والمدنية. علاوة على ذلك، فإنّ هذا الحكم يُسجل في صحيفة السوابق القضائية، الأمر الذي يتعذر على المفرج عنه من الاندماج مجدداً في المجتمع، سواءً أكان في القطاع العام أم حتى في القطاع الخاص؛ نتيجة وجود هذه السابقة في صحيفته القضائية.

ولا سيما وإنّ جهات القطاع العام والخاص تشترط في أغلب الأحيان حصول صاحب المصلحة على وثيقة غير محكوم؛ وفي هذا السياق فإنّ انقضاء العقوبة وتنفيذها لا يعني تخلص المفرج عنه من آثار الحكم، إذ تواجه المحكوم عليه تبعات قانونية تحول دون الحصول على هذه الوثيقة، الأمر الذي يقف عائقاً بينه وبين ممارسته لحقوقه الأساسية واستعادته لمكانته بوصفه مواطناً شريعياً وسط مجتمعه.

فيرى المفرج عنه بعد تنفيذ عقوبته أنّه في مرحلة حرجة تحول دون إعادة اندماجه الاجتماعي؛ لأنّه سيجد نفسه محاطاً بسياج من المواقف الأسرية والمهنية والاجتماعية الصعبة، من حيث كونها ناظرة إليه نظرة غير سوية يتخللها السلبية في التعامل معه، والأصعب من كل ما سبق مواجهة التبعات القانونية التي خلفها آثار الحكم؛ وذلك انطلاقاً من حرمانه من حقوقه المدنية

والسياسية، وصولاً إلى صحيفة السوابق القضائية التي تصبح بمثابة قيداً أخطر اجتماعياً من خطورة احتمال ارتكابه للجريمة مستقبلاً، ولا سيما إذا لم تسمح الفرصة للمحكوم عليه بمحاولة استعادة مكانته الاجتماعية، فإن ذلك لربما يكون سبباً قوياً يدفعه لتكرار الإجرام مرة تلو أخرى، طالما أن الأبواب المشروعة للعيش بكرامة قد أُغلقت في وجهه؛ بذريعة أنه من الممكن إذا ما مُنح اعتباره فوراً بعد الإفراج عنه أن يشكل خطراً على المجتمع إذا ما مارس حقوقه المدنية والسياسية.

فضلاً عن ذلك، فإن وجود نظام إعادة الاعتبار يحول دون ممارسة المفرج عنهم لحقه في العمل حتى في القطاع الخاص، ولا سيما وأن القطاعات الخاصة أيضاً أصبحت تتطلب شرط غير المحكوم للعمل فيها، مع العلم أن العمل هو حق أساسي من حقوق الإنسان، وقد كفلته المواثيق الدولية، فهو يُعد من أهم الوسائل التي تحقق للإنسان الحياة الكريمة بطرق مشروعة، وتُعد من المعايير التي تحقق الاستقرار في المجتمع وتقوده إلى طريق الفضيلة ونبذ الرذيلة، ومن ثم تكون في ظل مجتمع متحضر ومتطور، مما سينعكس على تقليص الجريمة وتدني مستوياتها، وهذا ما تسعى إليه معظم الدول المتطورة عن طريق سياساتها العقابية في العصر الحديث، للوصول إلى نظام عدالة جزائية فعال يحفظ التوازن بين أمن المجتمع واستقراره، وحقوق الإنسان واعتباراته الخاصة.

1- إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث في التساؤل الآتي: إلى أي مدى كان لنظام إعادة الاعتبار دور في

وقاية المجتمع من خطر المفرج عنهم؟

هذا التساؤل يتفرع عنه أسئلة عدة، هي:

- ماهي الفلسفة التي سار عليها المشرع في نظام إعادة الاعتبار؟ وهل كانت الفلسفة العقابية التي سار عليها المشرع السوري تهدف لحماية المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة؟

- ما هي حدود سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإعادة الاعتبار؟
- إلى أي مدى يسهم هذا النظام في اندماج المفرج عنهم في المجتمع؟
- هل يمكن تطبيق نظام إعادة الاعتبار على الشخص المعنوي أم أن النصوص القانونية خصت الشخص الطبيعي دون سواه، وهل هناك تشريعات عقابية نصت في قوانينها على إمكانية استفادة الشخص المعنوي من هذا النظام؟

2- أهمية البحث ودوافعه:

تبرز أهمية البحث في تسلط الضوء على الأسباب التي سَوَّغت للمشرع السوري تبني نظام إعادة الاعتبار في قوانينها من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ البحث يبيِّن الآثار السلبية الاجتماعية التي تعرقل عملية الاندماج الاجتماعي للمفرج عنهم من جهة أخرى. فضلاً عن ذلك، فإنَّ البحث يبين حدود سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإعادة الاعتبار، والمعايير التي سار عليها لإمكانية الحكم به، فبيِّن الاختلاف بين التشريعات العقابية المقارنة، لمعرفة أهم ما توصلت إليه التشريعات وفق سياساتها العقابية المعاصرة، في محاولة سد النقص التشريعي في التشريع السوري.

3- أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان مدى فاعلية قانون إعادة الاعتبار في مكافحة خطر الإجرام للمفرج عنهم من جهة، ومن جهة أخرى يهدف إلى بيان تأثير هذا القانون في عملية الاندماج الاجتماعي للمفرج عنه من جهة أخرى، وحدود سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإعادة الاعتبار، ويهدف البحث أيضاً إلى مقارنة الأحكام القانونية بين إعادة الاعتبار في التشريع العقابي السوري مع غيره من التشريعات العقابية العربية والأجنبية التي طورت تشريعاتها والاستفادة منها في تشريعنا لمواكبة السياسات العقابية الحديثة، وذلك لبيان أثر استفادة الشخص المعنوي من قانون إعادة الاعتبار.

4- منهج البحث:

في سبيل الوصول إلى حل إشكالية البحث اعتمد الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن مع قوانين عربية، مثل القانون المصري والأردني، وقوانين أجنبية، مثل القانون الفرنسي، معتمدًا في ذلك على استعراض أحكام إعادة الاعتبار في التشريعات العقابية المقارنة لمعرفة نقاط القصور في التشريع العقابي السوري.

5- خطة البحث:

اعتمد الباحث على الطريقة اللاتينية في تقسيم خطة البحث تقسيمًا ثنائيًا، وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول - فعالية نظام إعادة الاعتبار في مكافحة خطر الإجرام على المجتمع.

الفرع الأول - حالات إعادة الاعتبار.

الفرع الثاني - شروط إعادة الاعتبار.

المطلب الثاني - الآثار الناجمة عن تطبيق نظام إعادة الاعتبار على المفرج عنهم.

الفرع الأول - حدود سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإعادة الاعتبار.

الفرع الثاني - أثر نظام إعادة الاعتبار.

المطلب الأول - فعالية نظام إعادة الاعتبار في مكافحة خطر الإجرام على المجتمع:

تنتهج السياسة العقابية لأغلب التشريعات المقارنة، ومنها التشريع السوري فلسفة إصدار وثيقة تُسمى /غير محكوم/، تمنحها السلطات الرسمية الإدارية إلى كل شخص يطلبها إن كان غير محكوم بجناية أو جنحة، فعن طريق هذه الوثيقة يثبت أنَّ الشخص الممنوح له غير مدان بأي جريمة من شأنها المس باعتباره القانوني، إذ تكون الغاية من هذه الوثيقة إعلام الجهة الطالبة لها بوضع الشخص القانوني لجهة وجود حكم سابق بحقه أم لا.

وفي هذا الإطار أصبحت مؤسسات الدولة على اختلاف درجاتها وأنواعها تشترط الحصول على هذه الوثيقة بوصفها أساساً لشغل أي منصب أو وظيفة إدارية في القطاعات العامة كافة، وفضلاً عن ذلك أصبحت شرطاً للتوظيف أو العمل في القطاع الخاص، وفي بعض الحالات تمتنع كثير من جهات القطاع العام حتى عن تقديم خدماتها الثانوية في حال وجود سابقة قضائية، مثل الحصول على ترخيص لمزاولة مهنة أو الحصول على شهادة سياقة.

إذ إن القانون لا يُتيح له الحصول عليها إلا بعد مضي مدد محددة من تنفيذ المفرج عنه للعقوبة الصادرة بحقه، الأمر الذي يترتب عليه حرمان ذلك الشخص من العمل في القطاع العام والخاص؛ نتيجة عدم تمكنه من الحصول وثيقة غير محكوم في أثناء مدة زمنية معينة¹.

وتستند فلسفة المشرع السوري العقابية بالنسبة لنظام إعادة الاعتبار في المادة (158 - 160) من قانون العقوبات والمواد (426 - 433) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نظمت الأحكام القانونية والإجرائية في إعادة الاعتبار بشقيه القانوني والقضائي.

ولبيان مدى فاعلية قانون إعادة الاعتبار في سبيل وقاية المجتمع من خطر الإجرام سنقوم بدراسة الأحكام القانونية لإعادة الاعتبار عن طريق بيان حالاته في الفرع الأول، ثم بيان شروطه في الفرع الثاني، ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول - حالات إعادة الاعتبار:

إنّ نظام إعادة الاعتبار يتناقض مع مسوغات وموجبات أغراض العقوبة في العصر الحديث، من حيث كون العقوبة تهدف إلى التأهيل والاصلاح وتفعيل البرامج التعليمية داخل المؤسسة العقابية لتهيئة المحكوم عليهم للاندماج الاجتماعي بعد الإفراج عنهم، في حين أنّ إعادة الاعتبار تحول

¹ - أبو زيد، عبدالله و زكي، نومان. رد الاعتبار القانوني وأثره تجاه حق النزلاء المفرج عنهم في العمل وإعادة الإدماج في المجتمع، 12/ تموز/ 2024، <https://www.researchgate.net>، 2020م، ص 116.

دون ذلك، وتعرقل عليه عملية الاندماج الاجتماعي بسبب العقوبات القانونية التي خلفها عليه الحكم القضائي المدان به سابقاً، والمسجل في صحيفته القضائية.

وفي هذا الإطار تستوجب المصلحتين العامة والخاصة عودة هذه الحقوق والمزايا إلى المفرج عنهم والاعتراف لهم بمركز طبيعي مشروع في المجتمع، وإزالة وصمة الإجرام والإدانة عنه، وتمكينه بذلك من أن يُسهم في نشاط المجتمع وازدهاره على الوجه الطبيعي المألوف¹.

ولكن التشريعات العقابية المعاصرة تختلف في موقفها من حالات إعادة الاعتبار، إذ نرى هناك قوانيناً أخذت بإعادة الاعتبار بشقيه القانوني والقضائي، مثل التشريع السوري والأردني والمصري. وهناك قوانين أخذت بإعادة الاعتبار القضائي فقط دون القانوني مثل التشريع الإيطالي.

وهناك تشريعات عقابية اجنبية مثل فرنسا أخذت بنوع آخر يسمى إعادة الاعتبار التأديبي، وذلك منذ أواخر القرن الماضي، وهذا النوع من إعادة الاعتبار يستفيد منه فقط فئة معينة، مثل الموظفين الذين فقدوا وظيفتهم بسبب حكم قضائي².

إذ أن هذا النوع من إعادة الاعتبار يصدر عن هيئات شبه قضائية، يتعلق بالجرائم المرتكبة من قبل الموظفين والمتعلقة بالوظائف العامة، حيث يتعرضون إلى عقوبات تأديبية بحكم الوظيفة، مما يخول الموظف الحق بالتقدم إلى المجالس التأديبية لطلب إعادة اعتباره، إذ يترتب عليه زوال العقوبة التأديبية ومحو آثارها، الأمر الذي يجيز للموظف الحصول على ترقيته والمحافظة على مستقبله الوظيفي.

¹ - حسني، محمود نجيب، (1975). شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ط2، بيروت، لبنان. ص 880.

² - نمور، محمد سعيد، (1986)، إعادة الاعتبار نظام نفقده في تشريعاتنا الجنائية الاردنية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ج 1، ع1، ص 10.

وفي هذا الإطار فإنَّ "السياسة الجزائية تختلف من دولة الى اخرى نظرا لاختلاف الواقع الاجتماعي لهذا البلد أو ذاك، والقانون في هذا السياق يدعم القيم الأخلاقية، ويسبغ الحماية على مصالح المجتمع الاساسية والمبادئ التي أقرها المجتمع"¹

ولإعادة الاعتبار في التشريع العقابي السوري حالتين؛ الأولى قضائية والثانية قانونية، فالأولى تخضع إلى سلطة القضاء التقديرية في تحديد مدى جدارة المحكوم عليه بعد الإفراج عنه بأن يُعاد اعتباره إليه؛ ويعني ذلك أنَّ للقاضي رفض الطلب بإعادة اعتباره أو قبوله، أما الحالة الثانية فهي تتحقق بمجرد توافر موجباته وشروطه، وهو بذلك يكون حتمياً، ولا مجال للتقدير من قبل القاضي في القبول أو الرفض، ويتوجب عليه الحكم به، لذلك سوف نتناولهما بالشرح على النحو الآتي:

أولاً - إعادة الاعتبار القضائي الخاضع إلى سلطة القاضي التقديرية:

لم يتطرق المشرع السوري لتعريف إعادة الاعتبار، واكتفى بذكر شروطه فقط، ولكن الفقه تصدى لتعريف إعادة الاعتبار بأنَّه: "نظام يُقصد به إعطاء المحكوم عليه بعقوبة فرصة لإزالة كل أثر في المستقبل للحكم الذي سبق صدوره ضده، فيسترد بذلك اعتباره الذي تأثر في الحكم المذكور"².

وقد توسع المشرع السوري في تحديد من يجوز إعادة اعتبارهم القضائي، وذلك بخلاف المشرع الأردني، فشمل الجرائم الجنائية والجنحية، فنص على: "أنه يجوز رد الاعتبار إلى كل محكوم عليه في جناية أو جنحة..."³. وقد أخذ المشرع المصري بنفس الحكم من حيث التوسع في

¹ - Prof D . P.Chattospadhayay , in ,Medical and Socio Economic ,Aspects of Abortion - 1
Semimnar organized by Family Planning Association of India , Culcutta,Nov-25-27
1977,P7 .

² - الفاضل، محمد، (1978). المبادئ العامة في التشريع الجزائي، مطبعة الداودي، دمشق، ص 537.

³ - المادة /437/. من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م.

الجرائم المشمولة بإعادة الاعتبار القضائي، إذ نص على أنه: "يجوز رد الاعتبار إلى كل محكوم عليه في جناية أو جنحة"¹.

أما المشرع الأردني فقد نص على "أنه باستثناء المحكومين بجرائم الخيانة والتجسس، ومع مراعاة أحكام الفقرة (3) من هذه المادة، يجوز إعادة الاعتبار إلى كل محكوم عليه بجناية أو جنحة بقرار قضائي"².

وقد سُميت إعادة الاعتبار القضائية بهذا الاسم؛ لأنها تخضع للتقدير من قبل السلطة القضائية، وتفترض مراجعة المحكوم عليه المفرج عنه إلى الجهة القضائية المختصة لطلب إعادة اعتباره، ولهذه الجهة سلطة تقديرية في قبول الطلب أو رفضه. فإعادة الاعتبار القضائي لا يكون إلا مرة واحدة في أغلب التشريعات، وهذا ما ورد في القانون الفلسطيني على أنه: "لا يجوز الحكم برد اعتبار المحكوم عليه إلا مرة واحدة"³.

أما المشرع السوري فقد نص في المادة (432) على أنه: "إذا رد طلب إعادة الاعتبار فلا يسوغ تجديده قبل مضي سنة عليه ابتداء من تاريخ تبليغ قرار الرفض"، وقد أخذ المشرع المصري في المادة (547) بنفس الحكم.

أما المشرع الأردني لم يورد نصاً خاصاً بإمكانية تكرار إعادة الاعتبار القضائي، في حين إعادة الاعتبار القانوني يمكن أن يحصل عليه المحكوم عليه أكثر من مرة⁴.

1 - المادة /536/. من قانون الإجراءات الجزائية المصري رقم 150 لعام 1950 والمعدل بالقانون رقم 189 لعام 2020م.

2 - المادة /364/. من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 1539 لعام 1961. والمعدل لعام 2021.

3 - المادة /433/. من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم 3 لعام 2001.

4 - خليفة، سعيد جودت سعيد، (2014). رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين. ص 36.

وفي هذا الإطار أدت التطورات التي نادى بها فقهاء القانون والفلاسفة إلى ظهور آراء ركزت على شخصية المجرم بدلاً من التركيز على الجريمة نفسها. وكان من بين هذه المدارس المدرسة الوضعية الإبطالية التي نادت بأفكارها في مستهل القرن التاسع عشر، إذ نادت في نظريتها إلى دراسة التكوين الخلقي في المجرم، وفي البيئة الاجتماعية، والطبيعة التي عاش فيها، لموائمة العلاج الأكثر فعالية للعوامل المختلفة¹

ثانيًا - إعادة الاعتبار القانوني الموجب على المحكمة:

إعادة الاعتبار القانوني هو الذي يحصل بحكم القانون دون ضرورة إلى طلب من المحكوم عليه، فهو حق للمحكوم عليه يكتسبه حكمًا دون وساطة القضاء بمجرد مرور مدة زمنية معينة من تاريخ تنفيذ العقوبة كاملة، أو سقوطها بالتقادم، وهو مقرر للجنايات والجرح دون تمييز بين أنواعها. فالمشرع السوري نظم أحكامها عندما نص على أنه: "كل محكوم عليه بعقوبة جنحية مانعة أو مقيدة للحرية يعاد اعتباره حكمًا... إلخ"².

فهذا النص يشرح كيفية إعادة الاعتبار القانوني، ودون سلطة تقديرية من القاضي بالقبول أو الرفض. أما المشرع المصري نظم إعادة الاعتبار القانوني وفق المادة (550 - 551) من القانون رقم (50) لعام 1955.

فإعادة الاعتبار القانوني لا يختلف من حيث الأثر عن إعادة الاعتبار القضائي، إلا أنهما يختلفان من حيث الشروط، إذ إن إعادة الاعتبار القضائي تكون بموجب سلطة تقديرية للقاضي، ويمكن أن يرفض الطلب لمجرد عدم توافر أي من الشروط المنصوص عليها مسبقًا، ويستطيع أيضًا رفضها حتى مع توافر الشروط.

¹ - 4- ferri, Enrico. (1985). **criminal sociology**, the criminology series, Edited by douglas, Morrison, LONDON, P:70

² - المادة /159/. من قانون العقوبات السوري رقم 148 لعام 1949م والمعدل بالقانون رقم 20 لعام 2013م

ويتميز إعادة الاعتبار القانوني عن إعادة الاعتبار القضائي بأنه لا يتطلب إجراءات معينة، ويحصل دون طلب من المحكوم عليه أو حكم من المحكمة، فهو يحفظ للمحكوم عليه السرية لماضيه الشائن وتجنب التحقيقات القضائية. فضلاً عن ذلك، فإن إعادة الاعتبار بحكم القانون لا تستوجب إثبات حسن سلوك المحكوم عليه، ويُعاد الاعتبار إلى المفرج عنه بناء على قواعد قانونية مجردة إذا ما توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون، مما يسمح للمفرج عنه بأن يُعاد إليه اعتباره دون التأكد من مدى صلاحه واستقامته، ما دام أنه لم يرتكب جريمة معينة أو استطاع إخفاء ما ارتكبه من جرائم وتهرب من العقاب¹.

يُستنتج أنَّ هناك اختلاف بين التشريعات العقابية من حيث نطاق الجرائم المشمولة بإعادة الاعتبار، فالمشرع الأردني استثنى جرائم الخيانة والتجسس من تطبيق نظام إعادة الاعتبار على مرتكبي هذا النوع من الجرائم، في حين نجد تشريعات أخرى ومنها التشريع العقابي السوري لم يستثنى أنواع معينة من الجرائم، فشمل الجرائم جميعها بتطبيق إعادة الاعتبار في حال توفر مسوغاتها القانونية.

الفرع الثاني - شروط إعادة الاعتبار:

أخذ المشرع السوري بنوعي إعادة الاعتبار القانوني والقضائي، ويُلاحظ أن إعادة الاعتبار في كلا الحالتين يؤدي إلى محو الحكم الصادر بالإدانة، ولكنهما يختلفان من حيث الشروط القانونية لكل منهما. التي سوف نتناولهما تباعاً على النحو الآتي:

أولاً - الشروط القانونية لإعادة الاعتبار القضائي:

¹ - مصطفى، محمود محمود، (1961) شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 5، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ص 540.

نص قانون العقوبات على ثلة من الشروط التي ينبغي توافرها حتى يمكن للقاضي بحسب سلطته التقديرية منح إعادة الاعتبار لمن يطلبه، ويمكن بيان هذه الشروط بالآتي:

1- تنفيذ العقوبة أو انقضاءها بالعفو أو بالتقادم:

يُراد بهذا الشرط أن يكون المحكوم عليه نفذ عقوبته بالكامل، فإذا كانت الحبس مثلاً فيفترض أن يكون المحكوم عليه قد أمضى في السجن المدة المحكوم بها، وإذا كانت الغرامة يكون قد دفع مبلغها بكامله، أو قضى مدة الحبس المستبدل بها¹.

وفي هذا الإطار فقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى أن إعادة الاعتبار لازم في حالة وقف التنفيذ في الجنحة، وتبدأ المدة القانونية لإعادة الاعتبار بعد انتهاء مدة التجربة²، أي بعد انتهاء مدة التجربة الخمس سنوات، تبدأ المدة القانونية لإعادة الاعتبار وهي الثلاث سنوات.

وفي هذا الصدد، يخالف الدكتور السراج رأي محكمة النقض فيقول: "لا حاجة لمن حكم عليه، وأوقفت المحكمة تنفيذ الحكم، أن يطلب إعادة الاعتبار؛ لأنَّ انقضاء مدة التجربة في وقف التنفيذ من دون نقضه، لا يلغي العقوبة فقط، وإنما يحو الحكم بأكمله وبزبل آثاره جميعها، وهذا هو المقصود بقول المشرع في المادة (171) من قانون العقوبات: "إذا لم ينقض وقف التنفيذ عدَّ الحكم عند انقضاء مدة التجربة لاغياً"، فعبارة لاغياً تعني دون ريب، إلغاء الحكم برمته³.

2- مرور مدة زمنية معينة على تنفيذ العقوبة أو العفو الخاص عنها أو سقوطها بالتقادم:

1 - السراج، عبود، (2014). شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط5، منشورات جامعة دمشق، دمشق. ص 407.

2 - الدركزلي، ياسين، واستانبولي، أديب، (1992). المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض من عام 1949-1990، الجزء الأول، ط2. ص 261.

3 - السراج، عبود، (2014). شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 761.

يُمكن أن يُطلق عليها اسم "مدة التجربة"، ويُقصد بها أن يكون المفرج عنه أثبت عن طريق شرط المدة الزمنية جدارته للعودة إلى الحياة الاجتماعية، وقد حدد القانون مدة التجربة في الجناية سبع سنوات، وفي الجنحة ثلاث سنوات، وتبدأ هذه المدة من يوم الإفراج عن المحكوم عليه، أو من صدور مرسوم العفو الخاص، أو سقوط عقوبته بالتقادم؛ "ويعني ذلك أن العبرة ليست بنوع الجريمة ولكن بنوع العقوبة، ويقرر المشرع مضاعفة هاتين المدينتين إذا كان المحكوم عليه مكرراً بالمعنى القانوني"، أو سبق أن منحت له إعادة الاعتبار، فتعدوا أربع عشرة سنة إذا كانت العقوبة جنائية، وست سنوات إذا كانت جنحية، وتنقطع المدة إذا صدر بحق المحكوم عليه حكم بعقوبة جنائية أو جنحية، ويتعين أن تبدأ مدة جديدة كاملة تحتسب من تاريخ الحكم اللاحق¹.

3- عدم صدور حكم لاحق بحق المحكوم عليه يقضي بعقوبة جنائية أو جنحية:

يفترض هذا الشرط ألا يكون قد صدر حكم لاحق بعقوبة جنائية، أو جنحية، فإذا ارتكب جرماً قبل أن يُسترد اعتباره، امتنع على المحاكم إعادة الاعتبار إليه، إلا بعد أن تمر مدة جديدة، اعتباراً من تاريخ تنفيذ الحكم الجديد².

وأكدت محكمة النقض السورية، أن الحكم اللاحق الذي يقطع مدة إعادة الاعتبار القضائية هو الحكم الذي يصدر قبل انتهائها³.

4- وفاء الالتزامات المدنية المحكوم بها:

¹ - حسني، محمود نجيب، (1975). شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 261.

² - حومد، محمد عبد الوهاب، (1990). المفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، ص 1070.

³ - الدركزلي، ياسين، واستانبولي، أديب، (1992). المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض من عام 1949-1990، مرجع سابق، ص 263.

يتطلب المشرع أن يكون المحكوم عليه نفذ الالتزامات المدنية التي ينطوي عليها الحكم، أو أبرئ منها، أو انقضت بمرور الزمن، فإذا كان عاجزاً عن الوفاء بهذه الالتزامات فعليه أن يثبت أنه كان في حالة لم يتمكن معها من القيام بتلك الواجبات.

"وتكمن الغاية من هذا الشرط أن وفاء المحكوم عليه بهذه الالتزامات هو الذي يثبت ندمه على جريمته وتوافر إرادة الاندماج في المجتمع لديه، ومن ثم يعد الوفاء هو الذي يطفى حقد من أصابهم ضرر جريمته، ويمهد لحياته معهم في سلام اجتماعي".

5- صلاح المحكوم عليه:

"يهدف هذا الشرط إلى التحقق من تحسين سلوك المفرج عنه إلى الحد الذي يعني زوال خطورته على المجتمع وجدارته بأن يسترد مكانته فيه بوصفه مواطناً شريعاً، فهذا الشرط ذو طابع إيجابي، ويستوجب أن يتبين من سجلات السجن"، ومن التحقيق عن سيرة المحكوم عليه بعد الإفراج عنه أنه صلح فعلاً، ويخول هذا الشرط القضاء سلطة تقديرية لتقويم سلوك المحكوم عليه والتحقق من مدى تحسنه، ويُعد هذا الشرط من أهم الشروط التي تثبت تحقق علة إعادة الاعتبار في شخص المحكوم عليه¹.

ثانياً - الشروط القانونية لإعادة الاعتبار بقوة القانون:

اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد الشروط الواجب توافرها، لكي يتوجب إعادة الاعتبار حكماً بقوة القانون، لكنها جميعها تشترط أن تمضي مدة معينة، أو تقادم العقوبة، أو عدم صدور حكم بعقوبة جديدة بعد مضي المدة اللازمة، وقد نص المشرع السوري على شروط ثلاثة لإعادة الاعتبار القانوني في المادة (159) من قانون العقوبات، على النحو الآتي:

¹ - حسني، محمود نجيب، (1975). شرح قانون العقوبات اللبناني، المرجع سابق، ص 884.

- 1- أن تكون العقوبة المحكوم بها جنحية مانعة أو مقيدة للحرية، مثل الحبس والإقامة الجبرية، أو أن تكون العقوبة الجنحية هي الغرامة، ونتيجة لهذا الشرط، فإنه لا يُعاد الاعتبار بحكم القانون إطلاقاً إذا كانت العقوبات المحكوم بها هي عقوبات جنائية، وعلى المحكوم عليه في هذه الحالة التوسل بإعادة الاعتبار القضائية لإزالة آثار الحكم الصادر بالإدانة.
- 2- أن تمر سبع سنوات على تاريخ انقضاء العقوبة الجنحية المانعة أو المقيدة للحرية، وخمس سنوات على تاريخ أداء الغرامة الجنحية أو انتهاء مدة الحبس المستبدل بها.
- 3- ألا يكون المحكوم عليه بعقوبة جنحية مانعة أو مقيدة للحرية قضى عليه في السنوات السبع بحكم آخر بالحبس أو بالإقامة الجبرية أو بعقوبة أشد، وإذا كانت العقوبة هي الغرامة الجنحية وجب ألا يقضى على المحكوم عليه، في أثناء الخمس سنوات بحكم آخر بالغرامة الجنحية أو بعقوبة أشد¹.

المطلب الثاني - الآثار الناجمة عن تطبيق نظام إعادة الاعتبار على المفرج عنهم:

تتوقف فاعلية أي نظام قانوني على قدرة هذا النظام على معالجة المسوغات التي أوجدته، والسعي في تحقيق الأهداف التي بُني عليها، وإذا ما تمحصنا إلى المسوغات التي أوجدت نظام إعادة الاعتبار نجدها تهدف بالدرجة الأولى إلى ضرورة وقاية المجتمع من الأشخاص الذي كانت بحقهم سوابق قضائية لعدم ثقتنا بهم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى الحاجة إلى إخضاع هذا النوع من الأشخاص إلى فترة تجربة للتأكد من صلاحهم، ولكن غاب عن فكر المشرع أنه ساهم بطريقة غير مباشرة في استفحال خطرهم الاجتماعي الذي من الممكن أن يتحول إلى خطر إجرامي نتيجة أقصاء هذه الفئة الخطرة بطبيعتها عن ممارسات نشاطات في القطاع الخاص كحد أدنى.

¹ - السراج، عبود، (2014). شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 766.

وفي هذا الإطار نجد أنَّ القانون اكتفى بتحديد الإطار العام للسياسة العقابية في مجالات شتى، ومن ضمنها النص على إعادة الاعتبار في الفصل الخامس تحت مسمى في سقوط الأحكام الجزائية من الباب الثاني تحت عنوان في الأحكام الجزائية، لذلك كان المنطلق لأساليب السياسة العقابية في خطوة مهمة للتخلص من آثار الحكم الصادر بالإدانة بحق المفرج عنهم، لكي لا تظل آثارها سيقاً مسلطاً على رقاب المحكوم عليهم، وذلك بهدف مواعمة القوانين في عودة المفرج عنه للاندماج الاجتماعي من جديد¹.

انطلاقاً من ذلك نستعرض حدود سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإعادة الاعتبار، ومن ثم بيان أثر السياسة العقابية التي سار عليها المشرّع في نظام إعادة الاعتبار لتحقيق عملية الإصلاح، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول - حدود سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإعادة الاعتبار:

إعادة الاعتبار هو مقرر لكل من يرتكب جريمة سواء أكانت جنائية أم جنحة، وهذا ما نص عليه المشرّع السوري في المادة (159)، إذ يجوز إعادة الاعتبار لكل محكوم عليه بجنائية أو جنحة، مهما كانت العقوبة المحكوم بها، فلا عبرة بنوع الجنائية أو الجنحة؛ لأنّ النص جاء مطلقاً من كل قيد، ويمكن أن يُرد إعادة الاعتبار عن الجريمة التي لأجلها صدر الحكم، أو عن العقوبة المحكوم بها، فسواء أكانت الجريمة ماسة بالشرف أم غير ماسة، وسواء أكانت العقوبة مالية أم مقيدة للحرية، أم غير ذلك، وسواء ترتب عليها فقد الأهلية، أم الحرمان من الحقوق، أم لم يترتب عليها شيئاً من ذلك القليل².

¹ - عمر، أحمد أسعد، (2023). الإدماج أو المواعمة كضرورة لإنقاذ قواعد القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (4)، العدد (2)، ص 4.
² - المغني، احمد، (2006). تعليمات النائب العام الفلسطيني رقم 1، ص 10.

فبالنسبة للتشريعات المقارنة؛ نجد في التشريع الفلسطيني أنَّ إعادة الاعتبار شاملة للجنايات والجنح وبنوعيه القضائي والقانوني، وهذا ما سار عليه المشرع المصري في المادة (536)، ونصت أنَّه "يجوز رد الاعتبار إلى كل محكوم عليه في جناية أو جنحة، ويصدر الحكم بذلك في محكمة الجنايات التابع لها محل إقامة المحكوم عليه، وذلك بناء على طلبه"، فالمشرع المصري وبدلالة المادة (550) من قانون الإجراءات الجنائية جعل نطاق إعادة الاعتبار القانوني محصوراً في الأحكام التي تُسجل في صحيفة السوابق¹.

وفي هذا الإطار يجب أن تكون العقوبة عادلة، "بمعنى يجب أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة حتى ترضي الشعور العام بالعدالة، لكن بتطور التفريد العقابي أصبح للقاضي سلطة واسعة في اختيار قدر العقاب المناسب لشخصية المحكوم عليه، سواء في مرحلة التفريد القضائي، أو التنفيذي، لإتاحة فرصة تأهيله وإعادة تكيفه الاجتماعي"²

ومن الجدير بالذكر، أنَّ المشرع الأردني جعل إعادة الاعتبار القانوني مقتصرًا على العقوبات الجنحية، أما إعادة الاعتبار القضائي فهو شامل للجنح والجنايات، ولكن باستثناء بعض الجرائم؛ مثل الخيانة والتجسس.

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي الذي اقتصر إعادة الاعتبار القانوني على العقوبات الجنحية التي لا تزيد عن خمس سنوات، فكان أوسع نطاقاً من التشريعات السابقة الذكر، فجعل إعادة الاعتبار شاملاً للجنايات والجنح والمخالفات، وذلك بموجب المادة (782) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

¹ - خليفة، سعيد جودت سعيد، (2014). رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، مرجع سابق، ص 37.

² - 3- marti, miray dilmas. (2004). **tajil alnutq bialhakmi**, 'utruhat dukturah fi alqanun - 2
alkhasi, jamieat bantiun alsuwrhun, dar dalwuz lilnashr, baris, s 320.

كما أدخل المشرع الفرنسي المخالفات في نطاق إعادة الاعتبار، وذلك بالنسبة إلى التشريع الفرنسي، أما التشريعات العربية بما فيها التشريع السوري الفلسطيني والأردني والمصري فلا يجوز الحكم بإعادة الاعتبار لعقوبة من نوع المخالفة، لأنّ ليس لها آثار جزائية خطيرة تستدعي إعادة الاعتبار من شأنها التأثير في المحكوم عليه، فهي لا يُعتد بها في التكرار ولا تظهر في صحيفة السوابق القضائية.

فضلاً عن ذلك، فإنّ المشرع الفرنسي نص على إعادة الاعتبار للشخص المعنوي المحكوم عليه بجريمة، في حين أنّ هذا الأمر لم تتطرق إليه الكثير من التشريعات العربية المقارنة بما فيها التشريع الفلسطيني والسوري.

فالمشرع الفرنسي أجاز للورثة أن يتقدموا بطلب للحصول على إعادة اعتبار لمورثهم، ويوجد أيضاً نص في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني أو الأردني أو المصري يجيز للورثة أن يطالبوا بإعادة اعتبار لمورثهم، حتى لا يكون هناك إنكاراً للعدالة، فإنّه إذا تقدم أحد الورثة بطلب إعادة الاعتبار لمورثهم فإنّه يقبل¹.

يُستنتج أنّ هناك تشريعات وسعت من نطاق إعادة الاعتبار ليشمل الأشخاص المعنوية إذا ما ارتكب ممثلوها جرائم باسمها ولحسابها ضمن شروط معينة، ولا نرى ضير من تحديده في الجرائم الجنحية بسنة، وفي الجرائم الجنائية بثلاث سنوات، وذلك للحفاظ على استمرارية نشاط الشخص المعنوي وعدم توقفه بشكل نهائي لما له من آثار سلبية على حركة الاقتصاد، ومن ناحية أخرى لتحقيق الردع بشقيه العام والخاص.

الفرع الثاني - أثر نظام إعادة الاعتبار:

¹ - نمور، محمد سعيد، (1986)، إعادة الاعتبار نظام نفقده في تشريعاتنا الجنائية الاردنية، مرجع سابق، ص 12.

يُمنح إعادة الاعتبار لكل من يرتكب جريمة سواء أكانت جنائية أو جنحة، ضمن شروط قانونية تم بيانها فيما مضى، ولكن الأهم من ذلك هو بيان الأثر الاجتماعي المترتب على إعادة الاعتبار في عملية الإصلاح، ولا سيما في ظل الشروط التعسفية المنصوص عليها في متن القوانين.

الأمر الذي كان حافزاً للباحث إلى بيان أهميته بالنسبة إلى الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي، ولا سيما أن بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والجزائري، انتهجت خطوات مهمة في التوسع من تطبيق إعادة الاعتبار لتشمل الأشخاص المعنوية.

أولاً - أهمية إعادة الاعتبار بالنسبة إلى الشخص الطبيعي:

لا شك أن إصدار حكم على شخص بجنائية أو جنحة له أثر كبير في مكانته الاجتماعية عموماً. فضلاً عن ذلك، نرى في بعض الأحيان آثاراً تترتب على الحكم بالإدانة تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، ويكون هذا الحرمان بنص صريح، وقد يكون ضمناً، وذلك عن طريق الاشتراط فيمن يتقدم للعمل في القطاع العام أو القطاع الخاص ألا يكون محكوماً في جنائية أو جنحة.

وقد تضمن قانون العقوبات السوري نصاً يقضي: "أنه كل محكوم بالحبس أو الإقامة الجبرية في قضايا الجناح يُحرم طوال تنفيذ عقوبته وحتى السنة العاشرة من ممارسة حقوقه المدنية الآتية:

- أ- الحق في تولي الوظائف والخدمات العامة.
- ب- الحق في تولي الوظائف والخدمات في إدارة شؤون الطائفة المدنية أو إدارة النقابة التي ينتمي إليها.
- ت- الحق في أن يكون ناخباً أو منتخباً في مجالس الدولة جميعها.
- ث- الحق في أن يكون ناخباً أو منتخباً في منظمات الطوائف والنقابات جميعها.

ج- الحق في حمل أوسمة سورية أو أجنبية¹.

فضلاً عن ذلك، فإنَّ لإعادة الاعتبار آثاراً قانونية معينة، ولا تختلف هذه الآثار فيما لو كان إعادة الاعتبار قانونياً أو قضائياً، فإنَّ الحكم يزول من أساسه، ولا يترتب أي أثر مستقبلاً بعد الحصول على إعادة الاعتبار. ومن هذا المنطلق يتناول الباحث هذه الآثار بالنسبة إلى المحكوم عليه، والغير، والتدابير الاحترازية، وذلك على النحو الآتي:

1- أثر إعادة الاعتبار بالنسبة إلى المحكوم عليه:

إنَّ إعادة الاعتبار يترتب عليه آثاراً مهمة بالنسبة إلى المفرج عنه، فهي تُعد نقطة التحول الإنساني والاجتماعي للمفرج عنهم لاستعادة مكانته كعضو في الهيئة الاجتماعية، في ممارسة دوره الريادي في المجتمع، والتي يمكن بيانها في الآتي:

أ- محو حكم الإدانة وآثاره المستقبلية:

إنَّ الأثر المترتب على إعادة الاعتبار هو أثر مستقبلي لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة السابقة في ذاتها، وإنما فقط على المستقبل، وذلك عن طريق محو الحكم بالإدانة من صحيفة السوابق، فإذا طلب من أحد وثيقة لا حكم عليه لشغل وظيفة ما أو عملاً خاصاً، فإنَّ على الجهة المعنية تزويده بها².

وفي هذا الصدد، تناول المشرع السوري آثار إعادة الاعتبار في قانون العقوبات، الذي نص على أنَّ "إعادة الاعتبار تبطل للمستقبل مفاعيل الأحكام الصادرة جميعها، وتسقط العقوبات الفرعية أو

1 - المادة /65/. من قانون العقوبات السوري.

2 - خليفة، سعيد جودت سعيد، (2014). رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، مرجع سابق، ص

الإضافية والتدابير الاحترازية وما نجم عنها من فقدان أهلية، ولا يمكن أن تحسب الأحكام المذكورة فيما بعد للتكرار ولاعتياد الإجرام أو أن تحول دون وقف التنفيذ¹.

وبنفس الحكم جاء به قانون الإجراءات الجنائية المصري، فأكد "أن إعادة الاعتبار يترتب عليها محو الحكم القاضي بالإدانة بالنسبة إلى المستقبل، وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية"².

2- أثر إعادة الاعتبار بالنسبة إلى الغير:

ذهبت أغلب التشريعات العقابية المقارنة أنه لا يجوز الاحتجاج بإعادة الاعتبار على الغير، وذلك فيما يتعلق بالحقوق التي ترتبت لهم بناء على الحكم بالإدانة، ولا سيما فيما يتعلق بالرد والتعويض، ومن الجدير بالذكر بأنه يجب لإعادة الاعتبار القضائي الوفاء بالالتزامات المالية وهذا هو الأصل، والاستثناء أنه يمكن للمحكمة أن تتجاوز عن هذا الشرط عند التأكد من حالة إعساره، وعدم قدرته على الوفاء بما كلف.

وبالتالي، فإن آثاره تقتصر على الشق الجزائي دون المدني، ولذلك فإن المحكوم عليه وإن أُعيد اعتباره يبقى مسؤولاً عن تعويض ما لحق الغير من ضرر، فلا يجوز للمحكوم له أن يدفع طلب التعويض الصادر بمواجهته بالحكم بإعادة الاعتبار؛ لأنه إذا طهر من الناحية الجزائية، فلا يزال مسؤولاً عن كل ضرر ترتب على خطئه.

¹ - المادة /160/. من قانون العقوبات السوري.
² - المادة / 552/. من قانون أصول الجزائية المصري.

فأثار إعادة الاعتبار لا تمتد إلى الأحكام التأديبية مثل الغرامات الصادرة من السلطات التأديبية ولو كانت ناتجة بسبب الجريمة ذاتها موضوع الحكم الجزائي. وبالتالي، فإنَّ إعادة الاعتبار بشأن الحكم الجزائي لا يزيل أثر هذه القرارات أو الأحكام التأديبية¹.

ونستنتج أن أثر إعادة الاعتبار هو أثر جزائي ولا يترتب أي أثر على الجانب المدني بالنسبة إلى حقوق الغير، وتحفظ حقوقه، ولكن عليه أن يسلك الشق المدني، لأنَّ الحكم الجزائي سقط برمته مع أثاره.

وهذا ما أكدّه المشرّع السوري وفق سياسته العقابية، بأن الأسباب التي تسقط الأحكام الجزائية أو تمنع تنفيذها أو تعلقه لا مفعول لها على الالتزامات المدنية التي تبقى خاضعة لأحكام القانون المدني².

3- أثر إعادة الاعتبار بالنسبة إلى التدابير الاحترازية:

التدابير الاحترازية هي عبارة عن إجراءات علاجية تقرر لحماية المجتمع من خطر وقوع الجرائم، وحماية أفرادها، وهي تتخذ للحيلولة دون وقوع الجريمة، ويقررها القاضي على كل من تثبت خطورته الإجرامية.

وفي هذا السياق فقد أخذت التشريعات العقابية الحديثة بنظام التدابير الاحترازية إلى جانب العقوبة لتحقيق صلاحه، وبهذا يكون المشرّع أخذ بالأساليب الحديثة التي تهدف إلى جانب الردع إصلاح المجرم وعدم عودته للإجرام مرة أخرى³.

1 - خليفة، سعيد جودت سعيد، (2014). رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، مرجع سابق، ص 79.

2 - المادة /148/. من قانون العقوبات السوري.

3 - الحلبي، محمد علي السالم عياد، (1997). شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة دار الثقافة، عمان، الاردن، ص 499.

وانطلاقاً من الاختلاف الجوهرى بين نظامى العقوبات والتدابير الاحترازية، فإنه لا يجوز لمن حكم عليه بتدبير احترازي أن يطلب إعادة اعتباره عنه؛ ذلك لأن التدبير الاحترازي لا يؤثر على المحكوم عليه في عملية اندماجه بالمجتمع، وبالتالي لا تقوم المصلحة وحالة التدابير الاحترازية لطلب إعادة الاعتبار عنه، حتى وإن قُضى على شخص بعقوبة وتدبير احترازي، فله أن يطلب إعادة الاعتبار عن العقوبة دون التدبير الاحترازي.

وعلى النقيض من التدابير الاحترازية، فإن العقوبة تمس المركز الاجتماعي للمحكوم عليه، وبذلك تكون المصلحة قائمة لإعادة الاعتبار عن المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو جنحية¹، ولكن تتفق التدابير الاحترازية مع العقوبات من حيث إنها تخضع لمبدأ الشرعية، فلا يمكن أن تفرض دون نص، وتختلف التدابير الاحترازية عن العقوبة من حيث:

1- إنها غير محددة المدة أما العقوبة فيكون منصوص عليها في القانون، ويجب أن تكون محددة، فالتدابير الاحترازية يجوز تطبيقها في أثناء مدة التحقيق الأولى، أو الحبس الاحتياطي، أما العقوبة فلا تُطبق إلا بعد صدور الحكم.

2- التدابير الاحترازية لا يشترط فيها ارتكاب الشخص لجريمة ما لإيقاعها، أما العقوبة فلا توقع إلا بعد ارتكاب الجريمة مع توافر أركانها جميعها.

التدابير الاحترازية تختلف عن العقوبة من حيث الهدف، فإيقاع العقوبة يكون الهدف منها منع الجريمة عن طريق الردع العام والخاص، بينما هدف التدابير الاحترازية هو تدابير وقائية لمنع وقوع جريمة، فلا يُقصد منها إيلام المجرم بقدر جرمته، بل لإصلاحه وتحقيق الردع الخاص².

¹ - حسني، محمود نجيب، (1975). شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 953.
² - راشد، علي، (1974). المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 676.

3- التدابير الاحترازية لا تخضع لنظام وقف التنفيذ أو العفو العام أو الخاص أو التقادم أو إعادة الاعتبار، بعكس العقوبات التي توقع بحق كل من يرتكب جريمة وحكم عليه بجناية أو جنحة¹.

ثانياً - أثر إعادة الاعتبار بالنسبة إلى الشخص المعنوي:

إنَّ إعادة الاعتبار القانوني الخاص بالشخص المعنوي غير منصوص عليه في قانون العقوبات السوري وأصول المحاكمات الجزائية، ولكن أخذت به بعض التشريعات العقابية وفق التعديلات الأخيرة في قوانينها، ومنها التشريع الجزائري، في القانون رقم (6/18) لعام 2018، إذ إنَّه وفقاً للتعديل يُرد الاعتبار بقوة القانون للشخص المعنوي دون تقديم، وذلك بعد مدة زمنية معينة تختلف بحسب نوع العقوبة.

وقد نصت المادة (678) مكرر فقرة (1) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: "يرد اعتبار بقوة القانون للشخص المعنوي المحكوم عليه بجناية أو جنحة أو مخالفة"

ولبيان أثر رد الاعتبار بالنسبة إلى الشخص المعنوي لا بد من بيان الشروط بالنسبة إلى العقوبة النافذة، ومن ثم بيان مزايا إعادة الاعتبار بالنسبة إلى الشخص المعنوي، وذلك على النحو الآتي:

1- الشروط بالنسبة إلى العقوبة النافذة:

نصت المادة (678) مكرر على أنه: "يرد اعتبار بقوة القانون للشخص المعنوي المحكوم عليه بجناية أو جنحة أو مخالفة الذي لم يصدر عليه في أثناء المهل الآتي بيانها عقوبة أخرى".

1 - خليفة، سعيد جودت سعيد، (2014). رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، مرجع سابق، ص 81.

- فيما يخص عقوبة الغرامة الواحدة، بعد مضي خمس سنوات من سداد الغرامة أو مضي أجل التقادم.
 - فيما يخص عقوبة الغرامة المشمولة بعقوبة تكميلية واحدة أو أكثر باستثناء الحل بعد مضي سبع سنوات من سداد الغرامة أو مضي أجل للتقادم¹.
 - فيما يخص العقوبات المتعددة، فإنَّ الآجال المحددة في هذه المادة ترفع إلى عشر سنوات من سداد الغرامة أو مضي أجل التقادم.
- أ- مضي مدة التجربة:

تختلف مدة التجربة بحسب العقوبة الموقعة على الشخص المعنوي، فإذا كانت عقوبته غرامة واحدة فإنَّ مدة التجربة هي خمس سنوات، أما إذا كانت العقوبة غرامة مشمولة بعقوبة تكميلية واحدة أو أكثر باستثناء الحل فإنَّ مدة التجربة هي سبع سنوات، أما إذا كانت عقوبات متعددة على الشخص المعنوي، فالمدة تُرفع إلى عشر سنوات. وعليه، فكلما زادت العقوبة ارتفعت بالضرورة مدة التجربة.

ب- تسديد الغرامة:

تُعد الغرامة عقوبة أصلية بالنسبة إلى الشخص المعنوي وتقابلها العقوبة السالبة للحرية بالنسبة إلى الشخص الطبيعي، فعلى ممثل الشخص المعنوي المبادرة بتسديد الغرامة إلى الخزينة العامة للدولة، إذ يبدأ حساب مدة الخمس سنوات المشترطة ابتداء من تاريخ تسديد الغرامة، فإذا لم يتم بوفائها فعليه انتظار مدة التقادم.

ت- مضي مدة التقادم:

¹ - بازين، سارة، (2019). رد الاعتبار في ظل تعديلات قانون الإجراءات الجزائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر، ص 65.

تتقدم العقوبات الصادرة بحكم في المواضيع الجنائية بعد مضي عشرين سنة كاملة ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً، أما الجرح فإن مدة التقادم فيها هي خمس سنوات، وفيما يخص المخالفات، فإنَّ العقوبات تتقدم بعد مضي سنتين كاملتين من تاريخ صيرورة الحكم باتاً، فحسب نص المادة (678) مكرر فقرة (3) فإنَّ العقوبات التكميلية المشمولة بها عقوبة الغرامة هي:

- تحديد الغرامة.
- المنع من الإقامة.
- الحرمان من مباشرة الحقوق.
- المصادرة الجزئية للأموال.
- نشر الحكم¹.

2- مزايا إعادة الاعتبار القانوني للشخص المعنوي:

يترتب على إعادة الاعتبار القانوني فيما يخص الشخص المعنوي المزايا الآتية:

- أ- زوال أثر الحكم بالإدانة بالنسبة إلى المستقبل لا الماضي.
- ب- سقوط آثار الحكم بالإدانة بالنسبة إلى العقوبات الأصلية يؤدي إلى سقوط العقوبات التبعية التكميلية الناتجة عنه.
- ت- إعادة الاعتبار القانوني للمحكوم عليه يجعل من الحكم محل إعادة الاعتبار كأن لم يكن، وبالتالي لا يؤخذ بعين الاعتبار لتطبيق أحكام التكرار².

خاتمة:

¹ - المادة /678/ من قانون الإجراءات الجزائية رقم 278/65 لعام 1966 والمعدل بالقانون رقم 6/18 لعام 2018

² - بازين، سارة، (2019). رد الاعتبار في ظل تعديلات قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 68.

ختامًا، ناقش البحث المسوغات القانونية لنظام إعادة الاعتبار، والآثار المترتبة عليه، ومدى فعاليته في تحقيق الاندماج الاجتماعي، واعتماده على خطورة المجرم من أجل الحكم في إعادة الاعتبار، وتوصلت عن طريق البحث إلى عدد من النتائج والمقترحات، والمتمثلة على النحو الآتي:

أولاً - النتائج:

1- انتهج المشرع سياسة عقابية في إعادة الاعتبار تقوم على استبعاد المفرج عنه عن المشاركة في فعاليات المجتمع؛ الأمر الذي بدوره أدى إلى مزيد من التعقيدات التي غالبًا ما تدفع المفرج عنه إلى سلوك طرق ومساالك الإجرام من جديد؛ نتيجة العقوبات القانونية التي تمنعه من العمل في القطاعين العام والخاص.

2- إنَّ السياسة العقابية للمشرع السوري في إعادة اعتبار لم تصب في المصلحة الخاصة، ولا حتى في المصلحة العامة؛ لأنها سوف تعود على المجتمع بالجريمة من جديد، فهذا النظام كان بمثابة قيد اجتماعي يحول دون اندماج المفرج عنه بالمجتمع.

3- بالنسبة إلى نطاق إعادة الاعتبار نرى أنَّ أغلب التشريعات العقابية نصت على جواز منحها للشخص الطبيعي الذين يرتكبون جنایات أو جنح، وسكنت عن إمكانية تطبيقها على الشخص المعنوي. علمًا أنَّ هناك تشريعات عربية كالتشريع الجزائري، وأجنبية كالتشريع الفرنسي، شمل الشخص المعنوي بإعادة الاعتبار في نصوص القانون.

4- نستنتج أنَّ سلطة القاضي التقديرية مطلقة في حالة إعادة الاعتبار القضائي، فيستطيع القاضي على سبيل المثال على الرغم من صلاح المحكوم عليه، وتحقق الشروط القانونية والموضوعية لإعادة اعتباره رفض الطلب، ولا رقابة لمحكمة الدرجة الأعلى على حكمه؛ لأنَّها مسألة موضوعية.

5- يُستنتج أنَّ الاجتهاد القضائي السوري شمل حالة تعليق العقاب المتمثلة بإيقاف التنفيذ بنظام اعادة الاعتبار.

6- وسع التشريع الفرنسي من نطاق إعادة الاعتبار ليشمل الجنايات والجناح والمخالفات، أما التشريعات العربية بما فيها التشريع الفلسطيني والأردني والمصري والسوري قصرت رد الاعتبار على الجنايات والجناح.

7- إنَّ المدد الطويلة لإعادة الاعتبار بشقيه القانوني والقضائي لا مسوغ لها، وقد يكون لها آثار سلبية في عرقلة عملية الإصلاح أكثر من الإيجابيات.

ثانيًا - المقترحات:

1- بما أنَّ الهدف الأساسي للجزاء وفق السياسة العقابية المعاصرة هو العلاج والإصلاح، لا بدّ إذاً من ضرورة منح المفرج عنهم وثيقة محكوم، لكن يدون عليها أنَّه صلح فعلاً عن طريق تنفيذ عقوبته ليتمكن من العمل على الأقل في القطاع الخاص ومتابعة شؤونه الخاصة.

2- إجازة إعادة الاعتبار القضائي بالنسبة إلى الشخص المعنوي، وذلك بالنص عليها نصّاً صريحاً في المادة (158) من قانون العقوبات لتصبح على الشكل الآتي: كل محكوم عليه بعقوبة جنائية أو جنحية سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً يمكن منحه إعادة الاعتبار... إلخ؛ وذلك نظراً إلى كثرة الشركات الخاصة، وتعدد انشطتها وجرائمها.

4- نقترح أن تكون سلطة القاضي التقديرية مقيدة بالتسبب في حال رفض طلب إعادة الاعتبار القضائي، وذلك حتى يتسنى لمحكمة الدرجة الأعلى من بسط رقابتها على حكم قاضي الموضوع، وحتى لا تغدو هذه السلطة مدعاة للتعسف ومجافاة العدالة.

5- لفت نظر محكمة النقض السورية إلى تعديل اجتهادها الذي يجعل وقف تنفيذ العقوبة مشمولاً بنظام اعادة الاعتبار حكماً، كون الاجتهاد يخالف النص القانوني الذي يعد الحكم لاغياً في

حال مرور مدة التجربة دون إدانة، وبالتالي فأن الإلغاء يمحو الجرم برمته مع كامل اثاره، فيُعَاد اعتبار المحكوم عليه حكماً بعد انتهاء مدة التجربة دون حاجة لمرور مدة من زمنية ثانية لكي يُمنح الاعتبار.

6- إعادة النظر في المدد بالنسبة إلى إعادة الاعتبار القضائي لتصبح ثلاث سنوات في الجناية بدلاً من سبع سنوات، وسنة واحدة في الجنحة بدلاً من ثلاث سنوات، وكذلك في مدد إعادة الاعتبار القانوني لتصبح أربع سنوات بدلاً من سبع سنوات، فالمدد الطويلة لا مسوغ لها، وأثارها السلبية في المفرج عنهم والمجتمع تتخطى الإيجابيات.

المراجع:

أولاً - الكتب القانونية:

- 1- ابو زيد، عبدالله و زكي، نومان، (2020). رد الاعتبار القانوني واثره تجاه حق النزلاء المفرج عنهم في العمل وإعادة الإدماج في المجتمع، 12/ تموز / 2024، <https://www.researchgate.net>.
- 2- بازين، سارة، (2019). رد الاعتبار في ظل تعديلات قانون الإجراءات الجزائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر.
- 3- حسني، محمود نجيب، (1975). شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ط2، بيروت، لبنان.
- 4- حومد، محمد عبد الوهاب، (1990). المفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق.
- 5- حليبي، محمد علي السالم عياد، (1997). شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة دار الثقافة، عمان، الاردن.

- 6- خليفة، سعيد جودت سعيد، (2014). رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- 7- راشد، علي، (1974). المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- 8- السراج، عبود، (2014). شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط5، منشورات جامعة دمشق، دمشق.
- 9- الفاضل، محمد، (1978). المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مطبعة الداودي، دمشق.
- 10- مصطفى، محمود محمود، (1961) شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 5، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر.
- 11- المغني، احمد، (2006). تعليمات النائب العام الفلسطيني رقم 1.

ثانياً - المجالات العلمية:

- 1- عمر، أحمد أسعد، (2023). الإدماج أو المواءمة كضرورة لإنفاذ قواعد القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (4)، العدد(2).
- 2- نمور، محمد سعيد، (1986)، إعادة الاعتبار نظام نفقده في تشريعاتنا الجنائية الاردنية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ج 1، ع1.

ثالثاً - الاجتهادات القضائية:

- 1- الدركزلي، ياسين، واستانبولي، أديب، (1992). المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض من عام 1949- 1990، الجزء الأول، ط2.

رابعًا - القوانين:

- 1- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 1539 لعام 1961. والمعدل لعام 2021.
- 2- قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري رقم 112 لعام 1950م
- 3- القانون رقم 3 لعام 2001 قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني.
- 4- القانون رقم 148 لعام 1949. والمعدل بالقانون رقم 20 لعام 2013 قانون العقوبات السوري.
- 5- القانون رقم 278/65 لعام 1966 والمعدل بالقانون رقم 6/18 لعام 2018 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- 6- القانون رقم 150 لعام 1950 والمعدل بالقانون رقم 189 لعام 2020 قانون الاجراءات الجزائية المصري.

خامسًا - المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Prof D . P.Chattospadhayay , in ,Medical and Socio Economic ,Aspects of Abortion ,Semimnar organized by Family Planning Association of India , Culcutta,Nov-25-27 ,1977,P7.
- 2- marti, miray dilmas. (2004). tajil alnutq bialhakmi, 'utruhat dukturah fi alqanun alkhasi, jamieat bantiun alsuwrnun, dar dalwuz lilnashr, baris, s 320
- 3- ferri, Enrico. (1985). criminal sociology, the criminology series, Edited by douglas, Morrison, LONDON, P:70