

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 43 . العدد 25

1442 هـ - 2021 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. ناصر سعد الدين
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

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

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

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

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

. هاتف / فاكس : ++ 963 31 2138071

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

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

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

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

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

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

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

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

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

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

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

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

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

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

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

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

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

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
38-11	طارق سعيد د. يوسف شباط د. خالد المحمد	تحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها
66- 37	طارق سعيد د. يوسف شباط د. خالد المحمد	نظريتنا الظروف الطارئة وفعل الأمير وأثرهما في توازن العقد الإداري
114-67	صبحي محمد الرفاعي	الدَّيْبَاجَة الدُّسْتُورِيَّة دراسة تحليلية مقارنة
146-115	طلال الهدلي د. نور الدين خازم	واقع حظر التعذيب في الجمهورية العربية السورية بين القانون الدولي والتشريعات الوطنية

تحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها

طالب الدكتوراه: طارق سعيد كلية الحقوق جامعة دمشق

إشراف الدكتور: يوسف شباط المشرف المشارك: خالد المحمد

الملخص

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

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

Investigation and proof of the administrative case

Abstract

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

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

مقدمة:

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

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

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

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

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

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

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

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

خامساً - الخاتمة: تتضمن النتائج والتوصيات.

المطلب الأول

ماهية الطابع التحقيقي للإثبات في الدعوى الإدارية

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

الفرع الأول

مفهوم الطابع التحقيقي ومصادره

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

أولاً - مفهوم الطابع التحقيقي:

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

وفي هذه المرحلة يظهر دور القاضي الإداري ومساهمته الفعّالة في سير إجراءات التحقيق القضائي، والتي يوصف من خلالها بأنه الرقيب على إجراءات سير المنازعة الإدارية، خصوصاً في مرحلة التحقيق التي تعد في الحقيقة من أهم المحطات التي يقوم

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

تحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها

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

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

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

2 - أن تكون الواقعة مُنتجة لآثارها في تكوين فئاعة القاضي:

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

(1) - د . ماجد راغب الحلوة، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص528.

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

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

3- أن تكون الواقعة من الجائز قبولها:

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

ثانياً- مصادر الطابع التحقيقي:

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

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

1 - الدستور:

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

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

2 - قانون مجلس الدولة:

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

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

3 - قانون أصول المحاكمات:

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

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

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

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

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

4 - اللوائح:

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

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

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

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

الفرع الثاني

وجوبية التحقيق في المنازعة الإدارية

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

أولاً: مفهوم وجوبية التحقيق في المنازعة الإدارية:

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

و يعد التحقيق إجراء لازم أمام محاكم القضاء الإداري، ولعل سبب جعل التحقيق إلزامياً في المنازعة الإدارية هو صفة طرفي المنازعة اللذان هما غير متساويان، فدور القاضي يتمثل في تحقيق التوازن بين الإدارة والأفراد أثناء قيامه بالبحث عن الإثبات، فالمدعي في دعاوى الإلغاء يوجد في مركز غير متوازن أمام الإدارة ولا يستطيع الاعتماد إلا على القرائن التي تحوزها الإدارة وحدها، إضافةً إلى الملفات والمستندات التي تُسعف المدعي في إثبات الحقيقة بصفة قاطعة⁽¹⁾، ولعلاج ظاهرة عدم التوازن القائم بين طرفي الدعوى

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

فإنه يتم توزيع عبء الإثبات بينهما بمعرفة القاضي نفسه ، ولذلك منح المشرع القاضي سلطة تحقيقه تجعله يقوم بكل إجراء يراه ضرورياً لإبراز الحقيقة.

ثانياً: خصائص وجوبية التحقيق:

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

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

المطلب الثاني

الوسائل التحقيقية في الدعوى الإدارية

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

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

الفرع الأول

الوسائل التحقيقية العادية في الدعوى الإدارية

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

أولاً- الكتابة:

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

يغلب الطابع الكتابي على معظم إجراءات الإثبات في الدعوى الإدارية، مما يجعل الأدلة الكتابية من أهم الوسائل التي يعتمد عليها أطراف الدعوى في الإثبات، وذلك أن جميع نشاطات الإدارة تتم عن طريق الكتابة، ولا يتعامل الأفراد معها إلا من خلال هذه الوسيلة.

ويعتمد الإثبات بالكتابة على الأوراق الإدارية التي تتطوي على وقائع تتصل بنشاط الإدارة، كالقرارات الإدارية والعقود الإدارية⁽¹⁾.

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

أما بخصوص الأوراق غير الإدارية وما إذا كانت لها قوة ثبوتية، انقسم الفقه بشأن ذلك إلى اتجاهين أولهما يرى أن هذه الأوراق لها أمام القضاء الإداري ذات القوة الثبوتية التي تتمتع بها أما القضاء العادي⁽³⁾، في حين يرى ثانيهما أن هذه الأوراق هي من قبيل

(1) - د. أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، بدون رقم طبعة، مؤسسة دار الشعب، مصر، 1977، ص 228.

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

(3) - د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، بدون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1999، ص 658.

القرائن المكتوبة للتدليل على صحة ما ورد بها ، والتي تخضع لتقدير القاضي الإداري و يستخلص منها البيانات اللازمة في ضوء الظروف المحيطة بها وباقي العناصر المستمدة من الملف (1).

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

ثانياً- الخبرة:

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

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

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

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

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

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

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

فقد جرى العمل لدى القضاء الإداري في سورية على سلطة المحكمة في تقرير إعادة الخبرة بخبرة أخرى من تلقاء نفسها، إن وجدت في ذلك مصلحة الدعوى الإدارية، في

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

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

(3) - عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الفتح، مصر، 2007، ص44.

تحقيق الدعوى الإدارية وإثباتها

حين أن القضاء العادي في سورية لا يجيز إعادة الخبرة من دون إتباع القواعد التي أتى على ذكرها في قانون البيئات السوري⁽¹⁾ ، وهذا حقيقةً ما ينبع من خصوصية الدعوى الإدارية التي لا يمكن مقارنتها بالدعوى أمام القضاء العادي.

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

ثالثاً - القرائن القضائية:

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

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

(2) - انظر المادة رقم /141/ من قانون البيئات السوري رقم /359/ لعام 1947 وتعديلاته .

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

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

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

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

الفرع الثاني

(1) - د . أحمد كمال الدين موسى، مرجع سبق ذكره، ص370.

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

الوسائل التحقيقية غير العادية في الدعوى الإدارية

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

أولاً: الإقرار:

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

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

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

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

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

(2) - انظر المادة رقم /100/ من قانون البينات السوري رقم /359/ لعام 1947 وتعديلاته .

الدراسي، أو حصوله على المؤهل الدراسي في تاريخ معين، أو كما لو أقرّ الموظف بانقطاعه عن العمل دون الحصول على إذن من الإدارة (1).

ثالثاً: القرائن القانونية:

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

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

(1) - د . برهان زريق، مرجع سبق ذكره، ص 269.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الخاتمة:

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

أولاً- النتائج :

- 1 - يعد تحقيق الدعوى من أهم المراحل التي تساعد القاضي الإداري في تهيئة القضية المنظورة للفصل.
- 2 - إن الالتزام بمقومات التحقيق من شأنه أن يجعل الحكم القضائي أقرب إلى الواقع الذي أدى إلى ظهور المنازعة بين أطراف الدعوى الإدارية.
- 3 - للقاضي الإداري في سبيل تحقيق الدعوى وإثباتها اللجوء إلى جميع الوسائل المشروعة قانوناً التي من شأنها ملامسة حقيقة النزاع المثار أمامه وواقعه.

ثانياً - التوصيات:

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

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

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

قائمة المراجع:

- 1 - د. أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، بدون رقم طبعة، مؤسسة دار الشعب ، مصر ، 1977.
- 2 - الغوث بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 3- د . برهان زريق، نظام الإثبات في القانون الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2009.
- 4- د. جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- 5 - د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986.
- 6 - عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الفتح، مصر، 2007.
- 7- د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- 8- د . عبد العزيز خليفة، الوجيز في الإثبات وإجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة ، 2008.
- 9- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.
- 10- د . ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 11- د. محمد أديب الحسيني، خصوصيات الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة المحامون، العددان الخامس والسادس ، دمشق، 2010.
- 12- محمد طيب عمور، الإثبات بالقرائن القضائية بين الشريعة والقانون، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق، الجزائر، العدد 9، 2013.

- 13- د. محمود حسن خليفة، طعن الخارج عن الخصومة في قضاء مجلس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2008.
- 14- مصطفى الشريبي، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2003.
- 15 - د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، بدون رقم طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1999.
- 16 - د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة، 1964.

القوانين والأحكام:

- قانون البيئات السوري رقم /359/ لعام 1947 وتعديلاته.
- قانون مجلس الدولة السوري السابق رقم /55/ لعام 1959.
- قانون مجلس الدولة السوري الجديد رقم /32/ لعام 2019.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1990.

المراجع الأجنبية:

- le Tourneur poucher Marie conseil d etat les et tribunaux
administratif. paris 1970.

: In Arabic المراجع

- 1- Dr. Moussa.A,1977- The Theory of Evidence in Administrative Law . Dar Al-Shaab Foundation, without edition number, Egypt.
- 2 – Bin Melha.A , 2001- Rules and Methods of Evidence and Their Practice in Algerian Law, National Bureau for Educational .Works, First Edition, Algeria.
- 3 – Dr. Zureik.B ,2009- The Evidence System in Administrative Law, Al-Daoudi Press, First Edition, Damascus.
- 4 – Dr. Al-Adawy.J ,1999- The Principles of the Provisions of Commitment and Evidence, Knowledge Institute, Alexandria.
- 5 – Dr. Ismail .K,1986- State Council Judiciary Procedures and Formulas of Administrative Cases, Modern Printing House, Cairo.
- 6 – Al-Shami. A ,2007-The Privacy of Evidence in the Administrative Dispute, Dar Al-Fath, Egypt.
- 7 – Dr Al-Shawarby. A,1988- Criminal Evidence in the Light of Jurisprudence and the Judiciary, Al Ma'arif Foundation, Alexandria.
- 8 – Dr. Khalifa. A, 2008- Al-Wajeez in Evidence and Procedures for Capturing in Administrative Disputes, Dar Al-Kitab Al-Hadith.
- 9 – Hassan.A,1998- Experience in Civil and Criminal Matters, .University Thought House, Egypt.
- 10 – Dr. El-Helou.M,2000- Administrative Court, Al Maarif facility, Alexandria.

- 11 – Dr. Adeb Al-Husseini.A,2010– The Specifics of Evidence Before the Administrative Court, Al-Muhamoon Magazine, Fifth .and Sixth Issues, Damascus.
- 12 – Tayeb Ammour.M,2013– Evidence with Judicial Evidence Between Sharia and Law, Academy of Social and Human Studies, Issue 9 Faculty of Law, Algeria.
- 13 – Dr. Khalifeh.M,2008– Appeal against the litigant outside the State Council Judiciary, PhD Thesis, Cairo University.
- 14 – El-Sherbiny.M,2003– Invalidation of Litigation Procedures before the Administrative Court, PhD Thesis, Assiut University.
- 15 – Dr. Abu Zaid Fahmy.M,1999– Administrative Judiciary, without edition number, University Press, Cairo.
- 16 – Dr. Wasfi.M,1964– The Fundamentals of Administrative Judicial Procedures, Book Two, Cairo.

Laws and provisions:

- 1 – Syrian Evidence Law No. / 359 / of 1947 and its amendments.
- 2 – The previous Syrian State Council Law No. 55 of 1959.
- 3– The new Syrian State Council Law No. 32 of 2019.
- 4 –The Set of Legal Principles Decided by the Syrian.
- 5–Supreme Administrative Court for the year 1990.

نظريتنا الظروف الطارئة وفعل الأمير

وأثرهما في توازن العقد الإداري

طالب الدكتوراه: طارق سعيد كلية الحقوق جامعة دمشق

إشراف الدكتور: يوسف شباط المشرف المشارك: خالد المحمد

-ملخص-

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

The two contingency theories and the prince's act

And its effect on the balance of the administrative contract

-Summary-

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

مقدمة:

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

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

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

ملياً أمام وضع الإدارة التي تغدو مضطرة للتعويض عن النتائج المكلفة التي أفرزتها هذه الواقعة المستجدة .

أولاً - إشكالية البحث:

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

ثانياً - أهداف البحث:

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

ثالثاً - منهج البحث:

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

رابعاً - خطة البحث:

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

المطلب الأول

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة

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

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

الفرع الأول

ماهية نظرية الظروف الطارئة

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

أولاً - مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

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

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

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

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

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

(1) - د. سليمان محمود الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادرية "دراسة مقارنة" ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2005، ص 633-634.

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

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

فإذا ظهرت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، فقلبت اقتصادياته ، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوزت الخسارة المألوفة أو العادية إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب تعويضه جزئياً ، وبذلك يضيف إلى التزامات الإدارة التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ، ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري من جهة أن نظرية التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرفاً فيه ، أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة وغالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً اقتصادياً ، فإن العقد يظل قائماً وموجوداً كما هو هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد ، في حين أنه في حال الظرف الطارئ فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر (1).

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

ثانياً - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

(1) - د. سليمان محمود الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 640.

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

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

1 - وقوع حوادث استثنائية عامة:

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

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

فإذا كان كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، فإنه لزاماً على كل متعاقد تقدير هذه المخاطر وفرزها عند إبرام العقد، فإذا ما قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما الظرف الذي يجب أن يُؤمن المتعاقد ضده، فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه

(1) - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952. ص 643.

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

الطرفان المتعاقدان ⁽¹⁾ ، فإذا كانت الحوادث متوقعة أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية .

وإن مسألة عدم التوقع هو أمر نسبي يندرج في المسائل الموضوعية التي يستقل القضاء في تقديرها، فالحدث الطارئ الذي يمكن توقعه هو ذلك الحادث الاعتيادي الذي يكثر وقوعه، أما الحوادث النادرة فلا تعد متوقعة ⁽²⁾ .

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

وفي هذا الشرط يتم التفرقة بين الطرف الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كانا يشتركان في أن كلاً منهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، أما الطرف الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب، ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الآثار، إذ أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي، أما الحادث أو الطرف الطارئ فلا ينقضي الالتزام به بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعه الحادث ⁽³⁾ .

ويعد الإرهاق حاصلًا متى تجاوزت الخسارة الحدود المألوفة المعقولة ، وذلك وفقاً لمعيار موضوعي بالنظر إلى العقد مجرداً من أطرافه ، لتحديد درجة الإرهاق في التنفيذ ، على خلاف المذهب الفردي الذي يحدد درجة الإرهاق على أساس النظر إلى حالة المتعاقد ،

⁽¹⁾ - د. نذير بن محمد أوهاب ، نظرية العقود الإدارية " دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي والقانون" بدون رقم طبعة ، الرياض ، 2006 ، ص176.

⁽²⁾ - حسام خدام الجامع ، سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، 2017 ، ص153.

⁽³⁾ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص644.

ومدى تأثيره على إمكانياته المالية عموماً⁽¹⁾، إذاً لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للالتزامه العقدي لظرف طارئ غير متوقع لا إرادة له فيه ولا يمكن دفعه، بل لابد من أن يلحق به هذا الظرف ضرراً استثنائياً تنشأ عنه خسارة فادحة بحيث يكون تنفيذ المتعاقد للالتزامه في ظل هذا الظرف أثقل كلفة عما قدره المتعاقد وقت إبرام العقد⁽²⁾، ومن ثم فلا تطبق هذه النظرية إذا ما أصاب المتعاقد جراء الظرف الطارئ خسائر عادية أو بسيطة.

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

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على تطبيق الظروف الطارئة

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

أولاً - إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد:

(1) - د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، مرجع سبق ذكره، ص 115.

(2) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، بدون رقم طبعة، دار الكتب القانونية، مصر - المحلة الكبرى، 2005، ص 210.

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

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

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

ثانياً - حصول المتعاقد على تعويض جزئي:

(1) - د. علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، بدون رقم طبعة، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1422هـ، ص 255.

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

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

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

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

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

وقد أشار نظام العقود الموحد السوري وحدد طريقة حساب التعويض في حالة ارتفاع الأسعار فنص على "..... إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على / 15% من قيمتها

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

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

بموجب التعهد يتحمل المتعهد / 15 % من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة " (1)

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

المطلب الثاني

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير

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

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

الفرع الأول

(¹) - المادة /63/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون / 51 لعام 2004.

ماهية نظرية فعل الأمير

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

أولاً - مفهوم نظرية فعل الأمير :

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

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

وقد يكون فعل الأمير إجراءات أو أعمال تتخذها السلطات العامة في الدولة - سواء كانت الجهة المتعاقدة أو أية سلطة أخرى في الدولة - تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقدين معها في تنفيذ التزاماته⁽³⁾ .

ونظرية فعل الأمير هي من الأفكار الإدارية البحتة والتي لا مقابل لها في القانون الخاص ، ولهذا فلا عمل لتطبيقها إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري حصراً⁽¹⁾ ، وإذا كانت تطبيقات

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

(2) - د. علي شفيق، مرجع سبق ذكره ، ص250.

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

القضاء الإداري في العديد من الدول ومنها فرنسا ومصر ، تطبيق هذه النظرية على إجراءات وعمل الجهة الإدارية المتعاقدة فقط ، فإنه جدير بالذكر أن القضاء الإداري السوري يتخذ موقفاً مغايراً ومتطوراً وأكثر عدلاً ، حيث ينظر إلى وحدة الجهات العامة ووحدة إدارتها ، فإذا صدر أي إجراء أو قرار عن أي جهة إدارية حتى لو كانت غير متعاقدة وكان من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ، فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً استناداً إلى نظرية فعل الأمير ، وهذا الموقف تتحقق فيه العدالة أكثر من الموقف الذي يتبناه القضاء الإداري في دول أخرى .

ومن المسلم به فقهاً وقضاءً أن الإدارة لها الحق لفرض تأمين سير المرافق العامة للدولة، بل من واجبها أن تتدخل لتقدير نصوص العقد في أي وقت ترى ذلك لازماً، بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد دون الحاجة لموافقته، وليس للمتعاقد في هذه الحالة سوى طلب التعويض عن الأعباء المالية إن كان له ما يبرره (2) .

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

وتتخذ أفعال الأمير صور عدة فقد تكون إجراءً عاماً مثل قانون أو لائحة، أو إجراءً خاصاً مثل القرار وكل إجراء فردي تتخذه الإدارة المتعاقدة أو غير المتعاقدة ويكون من شأنه أن يؤثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد (3) .

(1) - د. سليمان محمود الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، ص600.

(2) - د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، مرجع سبق ذكره ، ص73.

(3) - د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مرجع سبق ذكره ، ص532.

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

ثانياً - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير :

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

1 - أن يكون هناك عقد إداري :

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

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

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

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

2 - يجب أن يكون الإجراء صادراً عن الإدارة المتعاقدة :

فعل الأمير يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة ، يكون من شأنه أن يلحق ضرراً بالمتعاقدين إلا أن مجلس الدولة الفرنسي والمصري يقصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الأعمال التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة وحدها ، أما في حال صدور أعمال أو إجراءات من جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة ، فإن كل منهما يطبق نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾ ، أما مجلس الدولة السوري ومنذ عام 1975 وسّع من إطار تطبيق هذه النظرية وعدّ أن فعل الأمير قد يصدر عن الجهة العامة المتعاقدة أو عن أي جهة عامة أخرى وأصبح يُميز بين المواد المحصور ببيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام ، والمواد غير المحصورة ، بحيث أصبح يمنح تعويض يعادل كامل الفرق في الزيادة الحاصلة على الأسعار في الحالة الأولى دون أي تخفيض استناداً إلى فعل الأمير⁽²⁾ ، مع الإشارة إلى أنه في الحالة الثانية - حالة المواد غير المحصورة بجهات القطاع العام - فإنه يمنح تعويض جزئي استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة في حال توافر شروطها⁽³⁾ .

3 - أن يترتب على فعل الأمير ضرراً فعلياً بالمتعاقدين :

لا يستطيع المتعاقد الادعاء والمطالبة بحق التعويض إلا في الحالة التي يكون فيها فعل الأمير قد تسبب بإحداث ضرر، ويتميز هذا المبدأ بعنصري الاستقرار و الإطلاق ، كما لا

(1) - د. سليمان محمود الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 601.

(2) - حسام خدام الجامع ، مرجع سبق ذكره ، ص 248.

(3) - لمزيد من الإيضاح انظر المادة / 63 / من نظام العقود الموحد.

يشترط في الضرر أن يكون جسيماً أو يسيراً⁽¹⁾ ، ويستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد أو الإنقاص من أرباحه التي أراد الحصول عليها من وراء تعاقدته مع الإدارة ، فهذا الضرر هو الذي يؤدي إلى اعتلال العلاقة بين المتعاقد والإدارة مما يستدعي ضرورة تحقيق نوع من التوازن المالي بين التزاماته وحقوقه حتى لا يفقد حماسه في تنفيذ العقد بما يعود وينعكس على سير وانتظام المرفق العام⁽²⁾.

4 - أن يكون الإجراء الصادر غير متوقع :

فيجب أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة وقت التعاقد، فلا يستفيد المتعاقد مع الإدارة من تطبيق نظرية فعل الأمير إذا كان يتوقع أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقع تلك الإجراءات الصارئة به⁽³⁾ ، أما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد قدّر وقوع هذا الإجراء باعتبار أن العقد لا يمنع السلطات التشريعية أو الإدارية من اتخاذ ما تقدره ضرورياً من إجراءات فإنه لا يستحق التعويض ولذلك يجب أن تكون هذه الإجراءات غير عادية تتجاوز العقد المعقول المتوقع عند إبرام العقد⁽⁴⁾.

5 - أن يكون فعل الأمير مشروعاً :

لا تتطلب نظرية فعل الأمير وقوع خطأ في جانب الإدارة ، لأن التزام الإدارة بموجب العقد لا يعني اطلاقاً تقييد تصرفاتها كسلطة عامة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ، فإذا وقع من جهتها وفي حدود سلطتها أي عمل نتج عنه ضرر للمتعاقد ، فإن الإدارة تعد مسؤولة بصرف

(1) - د. محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق) ، بدون رقم طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، 1998 ، ص 84.

(2) - د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون عام نشر ، ص 271.

(3) - د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سبق ذكره ، ص 542.

(4) - د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في القانون الإداري ، بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية بيروت ، 1996 ، ص 601.

النظر عن قيام أي خطأ من جانبها ، أي ضمن حدود المسؤولية العقدية بلا خطأ⁽¹⁾ ، أما إذا ارتكبت الإدارة أي خطأ في تصرفها خارج نطاق ذلك ، فلا تطبق النظرية عندئذ وتصبح مسؤوليتها والحال هذه قائمة على أساس الخطأ العقدي وانتهى مبرر تطبيق نظرية عمل الأمير ، وكان للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض حسب قواعد المسؤولية العقدية⁽²⁾ .

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

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير

ومقارنتها مع الآثار الناجمة عن الظروف الطارئة

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

(2) - د. جابر جاد نصار ، مرجع سبق ذكره ، ص266.

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

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

أولاً - الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير:

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

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

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

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

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

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

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

ثانياً - أوجه التشابه والاختلاف بين النظريتين

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

1- أوجه التشابه :

- أ - مصدر كل من هاتين النظريتين هو القضاء الإداري .
- ب - تُعد كل من هاتين النظريتين وسيلة لتحقيق غاية تتمثل في المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد من خلال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري .
- ج - في كل منهما يجب أن تكون الظروف أو الأفعال غير متوقعة ولا يمكن دفعها ، وينتج عنها إرهاق المتعاقد دون أن تصل إلى درجة استحالة التنفيذ .
- د - أن يكون الطرف الطارئ أو فعل الأمير وقع أثناء تنفيذ العقد .

(1) - د. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع بق ذكره ، ص117-118.

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

ه - أن يكون الحادث الطارئ أو فعل الأمير المفاجئ استثنائياً وعماماً وليس خاصة بالمتعاقد أو بفئة محددة .

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

ز - التعويض الناجم عن تطبيق أي من هاتين النظريتين هو تعويض بلا خطأ من الإدارة .

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

2 - أوجه الاختلاف :

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

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

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

الخاتمة:

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

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

والله ولي التوفيق.

قائمة المراجع :

- 1- د . ابراهيم شيحا ، الوسيط في القانون الإداري ، بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1996 .
- 2- د . جابر نصار ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون عام نشر .
- 3- حسام خدام الجامع ، سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، 2017 .
- 4- د . حسن محمد علي حسن البنان ، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - جامعة الموصل ، العدد (58) ، المجلد (16) ، 2018 .
- 5- د . زين العابدين بركات ، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن ، بدون رقم طبعة ، دار الفكر ، دمشق ، 1974 .
- 6- د . سعيد نحيلي ، د . عيسي الحسن ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، مديرية الكتب الجامعية ، منشورات جامعة حلب - مركز التعليم المفتوح - الدراسات القانونية ، 2007 .
- 7- د . سليمان محمود الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 .
- 8- د . عبد الإله الخاني ، القانون الإداري (علماً وعملاً ومقارناً) ، الطبعة الثانية ، المجلد الرابع ، بدون دار نشر ، 1985 .
- 9- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952 .
- 10- د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، بدون رقم طبعة دار الكتب القانونية ، مصر - المحلة الكبرى ، 2005 .

- 11-د . عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان) ، بدون رقم طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون عام نشر .
- 12-عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري " الصفقات العمومية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة منتوري - قسنطينة ، الجزائر ، 2008-2009 .
- 13-د . علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 2008 .
- 14-د .علي شفيق ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بدون رقم طبعة ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، 1422هـ.
- 15-د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، العقود الإدارية ، بدون رقم طبعة ، منشورات جامعة دمشق - مركز التعليم المفتوح - قسم الدراسات القانونية ، 2005 - 2006 .
- 16-د . محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بدون رقم طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 .
- 17-د . محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يواجهه تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق) ، بدون رقم طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، 1998 .
- 18-د . نذير بن محمد أوهاب ، نظرية العقود الإدارية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون) ، بدون رقم طبعة ، معهد الإدارة العامة ، الرياض 2006 .

: In Arabic المراجع

- 1 – Dr.SHIHA.I, 1996, Mediator in Administrative Law, University House, without edition number, Beirut.
- 2 – Dr.NASSAR.J, without a year of publication, Administrative Contracts, Arab Renaissance House without edition number, Cairo.
- 3 –KHSDDAM AL–JAMI.H,2017, The Policy of the Syrian State Council in Achieving the Financial Balance of the Administrative Contract, Master Thesis, Damascus University.
- 4 –Dr. AL – BANAN. H, 2018, The Impact of Emergency Conditions on the Implementation of the Administrative Contract (A Comparative Study), a research published in Al–Rafidain Journal of Law – University of Mosul, Issue (58), Volume (16).
- 5 – Dr.BARAKAT. Z , 1974 ,The Administrative Encyclopedia of Syrian and Comparative Administrative Law, Dar Al–Fikr, without .edition number , Damascus.
- 6 – Dr.NAHILI.S , Dr. Al–Hassan.A 2007, Administrative Contracts, University Books Directorate, without edition number, Aleppo University Publications – Center for Open Education – Legal Studies.
- 7 – Dr.AL–TAMAWY. S,2005, General Foundations of Administrative Contracts, "A Comparative Study", Arab Thought House, Fifth Edition, Cairo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الدِّبَاجَةُ الدُّسْتُورِيَّةُ دراسةٌ تحليليةٌ مقارنةٌ

الباحث: صبحي محمد الرفاعي

طالب دراسات عليا

ماجستير العلاقات الدولية والدبلوماسية

قسم القانون الدولي في كلية الحقوق . جامعة دمشق

الملخص

تتألف الوثيقة الدستورية، بشكل عام، من ديباجة (أو مقدمة، أو توطئة، أو تصدير) وأحكام أو مواد تشكّل متن الدستور . ولكن هناك بعض الوثائق الدستورية لا تحتوي على ديباجة أو مقدّمة (كما هو الحال على سبيل المثال في كل من : النمسا وبلجيكا وهولندا والدنمارك وإيطاليا والنرويج ورومانيا وسنغافورة والسويد). والديباجة، ببساطة، هي فاتحة الدستور، أي المدخل الرئيس الذي تُستهلُّ به الوثيقة الدستورية. ويمكن القول إنّ الأدبيات التي تركز على الديباجة الدستورية لم يتم دراستها جيداً. إذ تركز معظم أدبيات القانون الدستوري على أحكام أو متن الدستور، وتخلّ كيفية تنفيذ هذه الأحكام الدستورية في الممارسة العملية. لهذا السبب، لا تناقش هذه الورقة البحثية تنفيذ الأحكام الدستورية حيث تمت مناقشتها بشكل كافٍ من قبل العديد من فقهاء القانون الدستوري. بدلاً من ذلك، سوف يتم التركيز على "ديباجة الدستور" من حيث بيان ماهيتها، ومحتواها أو مضمونها، وقيمتها القانونية

كلمات مفتاحية : الوثيقة الدستورية . ديباجة الدستور . محتوى الديباجة .

Constitutional Preamble

A Comparative Analytical Study

Abstract

Generally, a constitution consists of a preamble and the provisions or articles. But there are some constitutions that do not have a preamble, preface, or foreword As is the case, for example, in: Austria, Belgium, the Netherlands, Denmark, Italy, Norway, Romania, Singapore and Sweden).

A preamble serves as an introduction to a constitution. Literature that focuses on constitutional preamble is arguably understudied.

Most constitutional law literature focuses on the provisions or the body of the constitution and analyses how these constitutional provisions are implemented in practice.

For this reason, this paper does not discuss the implementation of the constitutional provisions since it has been adequately discussed by many constitutional law scholars. Rather, it will discuss the preamble of a constitution by explaining its nature, content, and its legal value

Keywords: *Constitutional Document – Constitutional Preamble –
The Content of Preambles*

مقدمة:

ارتبط وجود الدستور بوجود المجتمع السياسي منذ القدم، فكل مجتمعٍ سياسيٍ يخضع . أياً كان نوعه . لنظامٍ سياسيٍ معيّن، يوضّح نظام الحكم فيه، وينظّم بالتالي العلاقة بين الحاكم والمحكوم، موقّفاً في ذلك بين السلطة والحريّة. والدستور في الدولة العصرية هو « القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ويحدّد السلطات العامة فيها، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرّر الحريات والحقوق العامة، ويرتّب الضمانات الأساسية لحمايتها»⁽¹⁾. ولهذا فالدستور هو الأساس الذي يقوم عليه بنيان الدولة ونظامها القانوني، وهو الأصل أو المنبع بالنسبة لكل نشاط قانوني في الدولة⁽²⁾. وقد جرت العادة في الدول الحديثة على استهلال الوثائق الدستورية بمدخل يُمهّد لمؤنّها، وهذا المدخل التمهيدي يعرف بالديباجة أو المقدمة أو الفاتحة أو التوطئة أو التصدير، وذلك حسب التسميات المختلفة باختلاف الدول.

(1) انظر : د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري المقارن (دمشق، الطبعة الأولى 2021)، ص2، 9.
(2) تختلف دساتير الدول من حيث تاريخ سنّها ووضعها. ويعد دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1787 أقدم دستور 'حي'، والذي دخل حيز التنفيذ في عام 1789. وهناك سبعة دساتير تم إصدارها في القرن التاسع عشر ولا تزال سارية المفعول، هي : النرويج (1814)، وهولندا (1815)، وبلجيكا (1831)، والأرجنتين (1853)، وكندا (1867)، ولوكسمبورغ (1868)، وتونغا (1875). ومع ذلك، فإن معظم الدساتير الحية تعود إلى الجزء الأخير من القرن العشرين. وقد أسفر العقد الأخير من القرن العشرين، على وجه الخصوص، عن الكثير من الدساتير الجديدة (58 على وجه الدقة). ويمكن تفسير ذلك جزئياً بحلّ الاتحاد السوفيتي وتفككه وما تلاه من ظهور عدد من الدول الجديدة . وتتمثل دول الاتحاد السوفياتي السابق، التي سنّت دساتيرها ما بين عامي 1990 . 1999، إلى جانب الاتحاد الروسي، في الآتي: أرمينيا وأذربيجان وبيلاروسيا وإستونيا وجورجيا وكازاخستان وليتوانيا ومولدوفا وطاجيكستان وأوكرانيا وأوزبكستان .

انظر : *W. Voermans, M. Stremmler and P. Cliteur; Constitutional Preambles A Comparative Analysis (Cheltenham-Northampton Edward Elgar Publishing 2017), p.17.*

وتحتل الديباجة صدر الوثائق الدستورية وبتأثيرها قبل سرد موادها المختلفة، وهي مُقدّمة وواجهة وتمهيد ومدخل تعريفي لمُتن الدستور، تكون على شكل سرد أو فقرات مُصاغة بصورة دقيقة وبأسلوب حسن وتُهد لما يأتي بعدها، فالمُقدمة أو الديباجة أو التوطئة أو التصدير هي وثيقة تتضمن الإعلان عن مبادئ أو حقوق أو توجهات عامة، والفلسفة السياسية التي يقوم عليها نظام الحكم، ويختلف محتوى المُقدمات من دستور لآخر حسب أوضاع كل بلد وخاصة الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية⁽³⁾.

إن هذا الجزء التمهيدي الذي يسبق تسلسل أحكام الدستور المنظمة في إطار أبواب وفصول ومواد مُتعاقبة، والذي يسمى في الغالب ديباجة الدستور، يحتل أهمية كبيرة من الناحية السياسية والمعنوية، نظراً لما يحتويه من مُثل ومبادئ وأهداف حرص واضعو الدستور على أن يضمّنها في مقدمته، فللمقدمة أو الديباجة في نظر البعض قيمة معنوية كبيرة، فهي تعبر عن مدى إيمان الشعب والحكومة بالمثل الديمقراطية ومدى إيمان السلطة بالإرادة الشعبية، كما أنها تكتسب أهمية سياسية بتعبيرها عن أهداف النظام السياسي الذي وضعه الدستور، وتعد برنامجاً عاماً تعمل السلطات العامة على تنفيذه⁽⁴⁾. إن الكلام عن مقدمة الدستور، وهي جزء لا يتجزأ منه، لا ينفصل عن الكلام عن أهمية الدستور، فإن كان للجزء أهمية خاصة به، فهي أهمية يستمدّها من الكُل الذي ينتمي إليه .

⁽³⁾ تجدر الإشارة إلى أن عينة المقارنة في دراستنا لموضوع مقدمات الدساتير شملت /190/ دستوراً، ومن إجمالي هذا العدد يوجد /158/ دستوراً يحتوي على ديباجة، و/32/ دستوراً لا يحتوي على ديباجة . ولا يوجد سوى دستور واحد صادر قبل عام 1800 يحتوي على ديباجة، ألا وهو الدستور الأمريكي. كما أن الدساتير الثلاثة الصادرة في الجزء الأول من القرن التاسع عشر . وهي النرويج وهولندا وبلجيكا . لا تحتوي على ديباجة. ومن بين الدساتير الأربعة الصادرة في الجزء الثاني من القرن التاسع عشر . وهي الأرجنتين وكندا ولوكسمبورغ وتونغا . فقط دستور لوكسمبورغ لا يحتوي على ديباجة. وإذا كان عدد الدساتير الصادرة قبل عام 1900 منخفض جداً (ثمانية فقط)، فإن عدد الدساتير الصادرة في القرنين العشرين والحادي والعشرين أعلى نسبياً .

انظر : *W. Voermans, M. Stremmer and P. Cliteur; Constitutional Preambles A Comparative Analysis, op.cit., p.17.*

⁽⁴⁾ انظر : د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري (الاسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 1958)، ص167.

- أ - هدف البحث : يتمثل الهدف الذي يكمن وراء إجراء هذا البحث في التعرف على ماهية ديباجة الدساتير، وما تحتويها من مبادئ وأفكار، والقيمة القانونية التي تتمتع بها.
- ب - أهمية البحث : يعد هذا البحث محاولة جادة من الباحث لتقديم الحقائق الكافية حول مفهوم الديباجة الدستورية وأهميتها. خاصة وأن الأدبيات التي تركز على الديباجة الدستورية لم يتم دراستها جيداً. إذ تركز معظم أدبيات القانون الدستوري على أحكام أو متن الدستور، وتحلل كيفية تنفيذ هذه الأحكام الدستورية في الممارسة العملية.
- ج - منهجية البحث : اعتمد الباحث في إعداد هذه الدراسة على المنهجين التحليلي والمقارن من خلال الاطلاع على دساتير دول العالم المعاصرة، ولاسيما الدساتير التي تحتوي على ديباجة، والمقارنة فيما بينها للتعرف على مضمونها ومحتواها وأهميتها وقيمتها القانونية.
- د - إشكالية البحث : يحاول الباحث من خلال إعداد هذه الدراسة الإجابة على تساؤل مهم يتعلق بالقيمة القانونية لديباجة الدساتير، وأهمية وجودها من عدمه ؟
- هـ - خطة البحث : تقوم خطة البحث على تقسيم موضوع الدراسة إلى ثلاثة مطالب رئيسية، متبوعة بخاتمة تُبين النتائج التي تكتشفت عنها الدراسة، وذلك وفق الآتي:
- المطلب الأول : تعريف ديباجة الدستور
- المطلب الثاني : محتوى ديباجة الدستور
- المطلب الثالث : القيمة القانونية لديباجة الدستور

المطلب الأول

تعريف ديباجة الدستور

قبل أن نبيّن تعريف ديباجة الدستور، ينبغي علينا أن نبيّن أولاً المعنى اللغوي لكلمة ديباجة كما وردت في معاجم اللغة العربية القديمة والمعاصرة، ثم بيان المدلول الاصطلاحي لهذه الكلمة كما وردت في تعريفات الفقهاء، وسيكون ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

المعنى اللغوي لكلمة ديباجة

ورد في معاجم وقواميس اللغة العربية⁽⁵⁾ أن الدِّيَابِجَةُ اسم مشتق من الفعل الثلاثي (دَبَجَ)، والدَّبِجُ : النَّقْشُ والتَّرْزِينُ، يقال : دَبَجْتُ فُسْتَانَهَا : طَرَزْتُهُ، زَيَّنْتُهُ بالدِّيَابِجِ. ودَبَّجَ الشَّيْءَ : حَسَّنَهُ، جَوَّدَهُ ونَمَّقَهُ. ودَبَّجَ رسالةً رقيقةً إلى أهله: كتبها بأسلوب جميل .
الدِّيَابِجَةُ: (اسم): ديباجة الوجهِ: حُسن بَشَرَتِهِ. وديباجة حَسَنَةٌ: أُسْلُوبٌ حَسَنٌ. قَرَأَ دِيبَاغَةَ الْكِتَابِ :الْمُقَدِّمَةَ، الْفَاتِحَةَ، الْمُدْخَلَ الَّذِي يَسْتَهْلُ بِهِ الْكَاتِبُ كِتَابَهُ.

(5) انظر في ذلك : د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، سنة 2008)، المجلد الأول، ص719؛ ؛ لسان العرب: لابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، في ستة مجلدات (القاهرة؛ دار المعارف، بلا تاريخ)، المجلد الثاني، الجزء 15، ص1316.

كما ورد في معاجم وقواميس اللغة الأجنبية أن كلمة Preamble (بالإنكليزية) أو préambule (بالفرنسية) تعني: ديباجة، تصدير، تمهيد، استهلال، فاتحة، مدخل، توطئة، مقدّمة (لوثيقة أو نص قانوني ما)، وبخاصة: مقدّمة الدستور أو فاتحته⁽⁶⁾. ونستنتج مما تقدم، أن مصطلح "الديباجة" في اللغات الحية الثلاث، يعني باختصار: « المقدّمة المصاغة بأسلوب حسن ، التي تمهّد لما يأتي بعدها » .

الفرع الثاني

المعنى الاصطلاحي لكلمة ديباجة

الديباجة (في القضاء) : ما يُصدَّرُ به الحُكْمُ، من ذِكرِ المحكمة ومكانها وقضاتها وتاريخ صدور الحكم. والديباجة (في القانون الدولي): ديباجة المعاهدة: مقدّمة تتضمّن ذكر الدّواعي والأغراض التي دعت إلى عقد المعاهدة⁽⁷⁾.
وورد في المعجم القانوني للفاروقي⁽⁸⁾ في شرح معنى كلمة (Preamble) أنها تعني: ديباجة (تشريع) : التمهيد الباسط لأسباب التشريع المراد إصداره وأغراضه .
كما ورد في معاجم اللغة الإنكليزية أن كلمة Preamble يراد بها في مجال القانون، المقدمة التي تسبق القواعد التي تشكّل جزءاً من قانون أو دستور. ويتعبير آخر : هي مقدمة أولية لقانون أو دستور (عادة ما تشرح الغرض منه)⁽⁹⁾.

(6) انظر: المورد الحديث "قاموس إنكليزي . عربي"، ص903؛ قاموس اكسفورد المحيط "إنكليزي . عربي" (لبنان، بيروت، أكاديميا، طبعة 2003)، ص832 ؛ د. سهيل إدريس، المنهل "قاموس فرنسي . عربي" (لبنان، بيروت، دار الآداب، الطبعة الرابعة والأربعون، 2012)، ص958 .

(7) انظر : المعجم الوسيط (القاهرة؛ مكتبة الشروق، الطبعة الرابعة 2004)، ص269.

(8) انظر : حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني "إنكليزي . عربي" (بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الخامسة 2008)، ص541.

(9) **Definition of Preamble** : « an introductory statement especially : the introductory part of a constitution or statute that usually states the reasons for and intent of the law».

"Preamble" Merriam-Webster.com. Dictionary Merriam-Webster. Available at: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/preamble>. Accessed 5 May. 2021.

ويُفَرِّقُ البعض بين المَقَدِّمةِ والدِّيَابِجَةِ، على أساس أن "المقدمة" تحتوي على مبادئ قانونية في شكل فقرات. أما "الدِّيَابِجَةُ" فهي عبارة عن كلام مرسل، يتسم بالبلاغة الشديدة، ولا يتضمن أي مبدأ قانوني محدد⁽¹⁰⁾.

ويعرِّف البعض المقدمة أو الدِّيَابِجَةَ *Le Préambule* بأنها « الجزء التمهيدي من الدستور الذي يؤكِّد فيه واضعو هذا الدستور بشكل عام على المبادئ الأساسية وحقوق وحرّيات المواطن »⁽¹¹⁾.

وبناء عليه، وبالاستناد إلى المعنى اللغوي والاصطلاحي لكلمة ديابجة، يمكننا القول إن "ديابجة الدستور" هي عبارة عن ﴿ بيان استهلاكي أو تمهيدي، مصاغ بأسلوب حسن، وبعبارة بليغة، يتصدَّر وثيقة الدستور بغية شرح الغرض الأساسي من هذه الوثيقة والفلسفة الكامنة وراءها ﴾.

المطلب الثاني

محتوى ديابجة الدستور

تُظهر الدِّيَابِجَةُ الدستورية تنوعاً كبيراً عندما يتعلق الأمر بأسلوب صياغتها وطولها ومحتواها. ومع ذلك، لا توجد ديابجة فريدة من نوعها تماماً. على سبيل المثال، تستخدم العديد من الدِّيَابِجَات عبارات متشابهة (يبدأ عدد كبير منها بعبارة "نحن الشعب"، على سبيل المثال). كما قد تحتوي الدِّيَابِجَةُ أيضاً على أشياء مشتركة فعلياً، بمعنى أنها تشترك في ميزات معينة، مثل الإشارة إلى الله **God**⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ انظر : د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة (الاسكندرية، دار المعارف، طبعة 1965)، ص 191 .

⁽¹¹⁾ انظر : د. أحمد سعيان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية "عربي إنجليزي فرنسي" (بيروت؛ مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى 2004)، ص 181.

⁽¹²⁾ انظر : *Justin Orlando Frosini; Constitutional Preambles At a Crossroads Between : Politics and Law (Maggioli Editore, 2012), p.2.*

في هذا المطلب، نقوم برسم عدد من هذه الميزات، والتي نسميها "عناصر". وهذا بالطبع عمل محفوف بالمخاطر، بالنظر إلى التباين الكبير في الديباجات. العناصر التي نميزها لا تغطي كل شيء يمكن العثور عليه في الديباجة. ومع ذلك، نعتقد أن العناصر التي سنميزها من شأنها أن تعطي انطباعاً جيداً عن نوع الأشياء التي تحتويها ديباجة الدستور. وسنقوم بالتمييز بين ثلاث فئات من العناصر.

تتألف **الفئة الأولى** من عناصر تتعلق بالهيكل العام (**البنية العامة**) للنظام الدستوري المبين في الجزء الرئيسي من الوثيقة الدستورية. وهذه العناصر هي السلطة التأسيسية (المؤسسة)، والسيادة الوطنية، وسيادة القانون، والديمقراطية. أما **الفئة الثانية** فتتألف من عناصر تتعلق بالحقوق الأساسية، بالمعنى الواسع للكلمة: كرامة الإنسان وحقوقه وحياته والمساواة.

وتتألف **الفئة الثالثة** والأخيرة من عناصر تتعلق بالخصائص الوطنية. وهذه العناصر هي التاريخ والعقيدة السياسية والدين والعلمانية والتعددية والأقليات. وسنتناول بالدراسة مكونات وعناصر الفئات الثلاث من خلال ثلاثة فروع رئيسية وفق الآتي :

الفرع الأول

الهيكل العام للنظام الدستوري

تتمثل العناصر التي تحتويها مقدمات الدساتير، والتي لها صلة ببنية النظام الدستوري وهيكله العام *General Structure of The Constitutional System* المنصوص عليه في متن الوثيقة الدستورية، في الأمور الآتية: السلطة التأسيسية (المؤسسة)، والسيادة الوطنية، وسيادة القانون، والديمقراطية⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ انظر : Voermans, Stremmer and Cliteur; *Constitutional Preambles A Comparative Analysis*, op.cit., pp.26-3; Justin Orlando Frosini; *Constitutional Preambles At a Crossroads Between Politics and Law* (Maggioli Editore, 2012), pp.7-11.

أولاً . السلطة التأسيسية (المؤسسة) *Constituent Power* :

تشير جميع الديباجات، تقريباً، إلى السلطة التأسيسية ، أي السلطة التي تملك صلاحية وضع "خلق" دستور الدولة. وهذه السلطة تعود في العادة إلى "الشعب" *The People* ، أو إلى "ممثلي الشعب" *The Representatives of The People* . وفي بعض الأحيان تعود السلطة التأسيسية إلى صاحب السيادة *The Sovereign* العليا في الدولة، مثل الملك في الدول التي تتبنى نظام الحكم الملكي⁽¹⁴⁾. ومن الممكن أيضاً أن تتمثل السلطة التأسيسية في مزيج من الاثنين (الشعب والملك)⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ جاء في ديباجة دستور إمارة موناكو لسنة 1911 ما يلي : « نحن ألبير الأول، بفضل العناية الإلهية، أمير موناكو ذو السيادة، لقد أعطينا ونعطي لرعايانا، باختيارنا وبالممارسة الحرة لسلطتنا، بالنسبة لنا كما بالنسبة لمن يخلفنا، التنظيم الدستوري الآتي : ... الخ »، كما جاء في ديباجة دستور الإمارة المعدل لسنة 1962 ما يلي: « نظراً لأن مؤسسات الإمارة بحاجة إلى تطوير، واستجابة لمتطلبات الحكم الرشيد، وتلبية لاحتياجات السكان الجديدة الناشئة عن التطورات الاجتماعية،، قررنا، بموجب سيادتنا، منح الدولة دستوراً جديداً، ويعتبر من الآن فصاعداً القانون الأساسي للدولة الخ » .

وجاء أيضاً في ديباجة دستور دولة الإمارات العربية المتحدة 1971 ما يلي: « نحن حكام إمارات أبو ظبي ودبي والشارقة وعجمان وأم القيوين والفجيرة .. نعلن أمام الخالق العلي القدير وأمام الناس أجمعين موافقتنا على هذا الدستور ... الخ » . كما جاء في ديباجة النظام الأساسي لنظام الحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالأمر الملكي رقم أ/90 تاريخ 1412/8/27 هـ ما يلي: « بعون الله تعالى .. نحن فهد بن عبد العزيز آل سعود ملك المملكة العربية السعودية ... بناء على ما تقتضيه المصلحة العامة، ونظراً لتطور الدولة في مختلف المجالات، ورغبة في تحقيق الأهداف التي تسعى إليها، أمرنا بما هو آتٍ : أولاً . إصدار النظام الأساسي للحكم بالصيغة المرفقة ... الخ » . وهو أيضاً ما جاء في ديباجة النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (96 /101) ما يلي : « نحن قابوس بن سعيد، سلطان عُمان .. تأكيداً للمبادئ التي وجهت سياسة الدولة في مختلف المجالات خلال الحقبة الماضية... وبناء على ما تقتضيه المصلحة العامة. رسمنا بما هو آتٍ: مادة (1) : إصدار النظام الأساسي للدولة بالصيغة المرفقة ... الخ .

انظر : د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص 271، 272 (في الهامش).⁽¹⁵⁾ ومن أمثلة الدساتير التي صدرت بواسطة عمل مشترك (اتفاق أو عقد) بين الحاكم والهيئات النيابية الممثلة للشعب الدستور الكويتي الصادر في 11 نوفمبر 1962م ، إذ جاء في ديباجة إصداره الآتي : « نحن عبد الله السالم الصباح أمير دولة الكويت، رغبة في استكمال أسباب الحكم الديمقراطي لوطننا العزيز .. وبعد الاطلاع على القانون رقم 1 لسنة 1962 الخاص بالنظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال . وبناء على ما قرره المجلس التأسيسي. صدقنا على هذا الدستور وأصدرناه » .

كما أن ديباجة دستور مملكة البحرين لعام 2002 المعدل في عام 2012 أشارت إلى أنه صدر بإرادة مشتركة بين الملك والشعب، عندما نصت على أن : « هذه التعديلات الدستورية تعكس إرادة مشتركة بين الملك

فقط الديباجة اليونانية القصيرة جداً (باسم الثالث المقدس، ذو الجوهر الواحد، وغير القابل للتجزئة *In the name of the Holy and Consubstantial and Indivisible Trinity*) لا تتضمن أية إشارة إلى السلطة التأسيسية. فقد يكون الله هو مَنْ يضيف الشرعية على الدستور اليوناني، ولكن لا يزال من غير الواضح باسم مَنْ يتصرف هذا الكيان السياسي .

ومن أصل /158/ ديباجة لدساتير دول مختلفة، تشير /143/ ديباجة دستورية . بطريقة أو بأخرى . إلى "الشعب" باعتباره صاحب السلطة التأسيسية (الوحيد). وغالباً ما يتم الاستشهاد بديباجة دستور الولايات المتحدة للإشارة إلى السيادة الشعبية⁽¹⁶⁾.

وقد وردت عبارة "نحن الشعب" في العديد من الديباجات الدستورية الأخرى، على سبيل المثال: « نحن شعب زيمبابوي»، و « نحن شعب أفغانستان»، و « نحن، الشعب البوليفي»، و « نحن، الشعب السلوفاكي»، و « نحن شعب كويا»، و « نحن شعب السودان»، و « نحن، شعب جنوب السودان ». وهناك اختلافات في عبارة "نحن الشعب" أيضاً ، على سبيل المثال: « نحن ، شعب بوركينافاسو السيادي»، و « نحن، الأمم والقوميات والشعوب في إثيوبيا»، و « نحن، الأمة البولندية . متمثلة في جميع مواطني الجمهورية »، و « نحن، الشعب متعدد القوميات في الاتحاد الروسي». وبعض الديباجات

والشعب، وتحقق لجميع القيم الرفيعة والمبادئ الإنسانية العظيمة التي تضمنها الميثاق والتي تكفل للشعب النهوض = إلى المنزلة العليا التي تؤهله لها قدراته واستعداداته، وتتفق مع عظمة تاريخه، وتسمح له بتبوء المكان اللائق به بين شعوب العالم المتمدن .»

انظر : د. حسن البحري، القانون الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص 275، 276.

(16) فيما يأتي نص ديباجة دستور الولايات المتحدة الأمريكية النافذ عام 1789: « نحن شعب الولايات المتحدة، رغبة منا في إنشاء اتحاد أكثر كمالاً، وإقامة العدالة وضمان الاستقرار الداخلي، وتوفير سبل الدفاع المشترك وتعزيز الصالح العام، وتأمين نغم الحرية لنا ولأجيالنا القادمة، نرسم ونضع هذا الدستور للولايات المتحدة الأميركية .»

لمزيد من التفاصيل، انظر : *Tom Ginsburg; Nick Foti; Daniel Rockmore, We the Peoples The Global Origins of Constitutional Preambles, George Washington International Law Review* 46, no. 2 (2014) 305-340.

الدُّسْتُورِيَّة لا تستخدم ضمير المتكلم "نحن"، ولكنها تتحدث ببساطة عن "الشعب"، على سبيل المثال: « إن شعب كولومبيا»، و « شعب الجابون»، و « شعب أوزبكستان» .

وهناك عدد من الديباجات الدستورية يشير بشكل مختلف إلى "الشعب". فعلى سبيل المثال نصت ديباجة الدستور المصري لعام 2014 على أن: « بسم الله الرحمن الرحيم، هذا دستورنا ... وتنتهي ب: نحن المواطنين والمواطنات، نحن الشعب المصري، السيد في الوطن السيد، هذه إرادتنا، وهذا دستور ثورتنا ».

وتنص ديباجة الدستور الألماني لعام 1949 على: « إن الشعب الألماني، خلال ممارسته لسلطته التأسيسية،، قد أقرَّ هذا القانون الأساسي ». أما ديباجة الدستور الجزائري المعدل سنة 2020 فتضيف أن: « الدستور يجسّم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلّعاته، وثمره إصراره ».

وأحياناً تكون الإشارة إلى السيادة الشعبية كأساس لسلطة الدستور أقل مباشرة. فعلى سبيل المثال، تذكر ديباجة الدستور الصيني لعام 1982 بأن: « الصين هي دولة اشتراكية تحت سيطرة الديكتاتورية الديمقراطية للشعب التي تقودها الطبقة العاملة وتقوم على تحالف العمال والفلاحين »، لكنها لا تنص صراحة على أن الدستور نابع من الشعب. وتنص ديباجة الدستور السوري لعام 2012 على أن: « إنجاز هذا الدستور يأتي تتويجاً لنضال الشعب على طريق الحرية والديمقراطية وتجسيدا حقيقياً للمكتسبات واستجابة للتحوّلات والمتغيرات ». ومع ذلك فهي تتحدث، دون قيد أو شرط، باسم "الجمهورية العربية السورية".

وفي سياق مماثل، تتحدث ديباجة الدستور التركي لعام 1982 باسم "الأمة"، مشيرة إلى أن « السيادة منوطة بشكل كامل وغير مشروط بالأمة التركية » .

وفي كثير من الأحيان، تشير الديباجة إلى "ممثلي الشعب" الذين تبنا الدستور الجديد. وعادة ما تكون هذه جمعية تأسيسية، وهي هيئة من ممثلي الشعب مؤلفة لغرض صياغة أو اعتماد دستور جديد. هذا هو الحال في تونس، على سبيل المثال، إذ ورد في ديباجة الدستور التونسي لعام 2014 الآتي: « نحن نواب الشعب التونسي، أعضاء المجلس الوطني التأسيسي، فإننا باسم الشعب نرسم على بركة الله هذا الدستور » . وهو أيضاً ما ورد في ديباجة دستور غواتيمالا الصادر عام 1985 الآتي: « نحن،

ممثلتي شعب غواتيمالا، المنتخبين بحرية وديمقراطية، اجتمعنا في الجمعية التأسيسية الوطنية، بهدف تنظيم الدولة قانونياً وسياسياً .

وفي معظم الأحيان، يُطلق على الهيئة التي تقوم بوضع الدستور اسم "الجمعية التأسيسية". ومع ذلك، هناك أيضاً اختلافات: "الجمعية الوطنية التأسيسية" (البرازيل، على سبيل المثال)، والمجلس الوطني التأسيسي (تونس، على سبيل المثال)، "جمعية المراجعة الوطنية" (جمهورية الدومينيكان)، و"المؤتمر الدستوري" (الولايات المتحدة الأمريكية)، "المؤتمر التأسيسي العام" (الأرجنتين) و "المؤتمر التأسيسي الديمقراطي" (بيرو).

في بعض الأحيان، تذكر ديباجة الدستور فقط "ممثلتي الشعب"، دون تحديد الهيئة السياسية التي عملوا من خلالها. هذا هو الحال، على سبيل المثال، في دستور جنوب إفريقيا لعام 1996 : « نحن، شعب جنوب إفريقيا لذلك، نقر، من خلال ممثلينا المنتخبين بحرية، هذا الدستور بوصفه القانون الأعلى للجمهورية » . ولقد تم اعتماد دستور إثيوبيا في 8 كانون الأول / ديسمبر 1994، كما تقول لنا الديباجة : « من خلال الممثلين الذين انتخبناهم على النحو الواجب لهذا الغرض ».

ثانياً . السيادة الوطنية *National Sovereignty* :

كثيراً ما تشير الديباجة الدستورية إلى مسألة "السيادة الوطنية". والسيادة، بطبيعة الحال، يمكن أن تعني أشياء مختلفة. قد تشير، أولاً، إلى الجهة المخولة بوضع الدستور (أي السلطة التأسيسية) وهذا هو المقصود عندما نتحدث الديباجة عن "الشعب ذو السيادة". وقد تحدثنا عن ذلك مفصلاً في الفقرة السابقة.

ويمكن أيضاً استخدام "السيادة" كصفة تتصف بها الدولة؛ فالسيادة تمثل ما للدولة من سلطان تواجه به الأفراد داخل إقليمها وتواجه به الدول الأخرى في الخارج، ومن مقتضيات هذا السلطان أن يكون مرجع تصرفات الدولة في مختلف شؤونها إرادتها وحدها. وتعبّر عن هذه الإرادة الهيئة التي تتولى الحكم في كل دولة وفقاً لنظامها السياسي⁽¹⁷⁾. وللسيادة مظهران؛ أحدهما داخلي (السيادة في الدولة) والآخر خارجي

(17) اهتم فقهاء القانون الدولي العام، والقانون الدستوري بتقسيم الدول وفق معايير عدة، ومن هذه المعايير مدى تمتع الدولة بالسيادة على إقليمها، فالدولة إما أن تتمتع بممارسة مظاهر سيادتها كافة في داخل إقليمها وفي المحيط

(سيادة الدولة):1) المظهر الداخلي: وهو حرية الدولة في التصرف في شؤونها الداخلية، وفي تنظيم مرافقها العامة، وفي فرض سلطتها على كافة ما يوجد على إقليمها من أشخاص وأشياء . 2) المظهر الخارجي: وهو استقلال الدولة بإدارة علاقاتها الخارجية بدون أن تخضع في ذلك لأية سلطة عليا، سواء كانت دولة أجنبية أو هيئة دولية. وهذا يشمل الالتزام بعدم التدخل في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، واحترام وحدة وسلامة أراضي الطرف الآخر.

وكثيراً ما يرتبط مفهوم السيادة بالاستقلال. ومع ذلك، فإن مصطلح السيادة والاستقلال ليسا مترادفين: فالسيادة *Sovereignty* تتطلب، بموجب القانون الدولي، اعترافاً من الدول الأخرى. وعلى النقيض من ذلك، فإن الاستقلال *Independence* لا يتطلب سوى الممارسة الواقعية للحكم الذاتي على إقليم ما.

وإجمالاً، تشير ثلاثة أرباع جميع الديباجات (118 ديباجة - 75 %) إلى مفهوم السيادة (السيادة الداخلية، والسيادة الخارجية، والاستقلال).

ومعظم الدول التي لها ماضٍ استعماري، تذكر في ديباجتها الاستقلال الوطني، ومثال ذلك ما ورد في ديباجة دستور إندونيسيا⁽¹⁸⁾.

الدولي، من دون أن يكون لدولة أخرى أي هيمنة على شؤونها فتكون دولة تامة السيادة، وإما أن تخضع في مباشرة شؤونها الداخلية والخارجية أو في بعض هذه الشؤون لسلطان دولة أجنبية (كأن تكون تابعة أو محمية أو موضوعة تحت الوصاية أو الانتداب) فتكون دولة ناقصة السيادة.

انظر : د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية (دمشق، جامعة الشام الخاصة، كلية الحقوق، الطبعة الأولى 2020)، ص 230 وما بعدها .

⁽¹⁸⁾ ورد في ديباجة دستور جمهورية إندونيسيا لعام 1945 وتعديلاته الآتي : « حيث أن الاستقلال هو حق من الحقوق الأساسية لكافة الشعوب، فقد بات من الضرورة القضاء على كافة أشكال الاستعمار حول العالم، إذ أنها لا تتماشى مع مبادئ الإنسانية والعدالة. وقد آن الأوان لحركة الاستقلال الإندونيسية أن تعمرها بالبهجة لما حققته في كفاحها نحو العبور بالشعب آمناً إلى بر استقلال جمهورية إندونيسيا التي ستنتزع بالاستقلالية، والوحدة، والسيادة، والعدالة، والرخاء. وأنه بفضل الله تعالى، وبدافع الرغبة النبيلة في عيش حياة وطنية حرة، يعلن الشعب الإندونيسي بهذا استقلاله وحرية. وعقب ذلك، وبغية تشكيل حكومة للدولة الإندونيسية من شأنها أن تحمي الشعب الإندونيسي بأسره وأن تحمي استقلاله وأراضيه التي كافح من أجلها، وكذا بغية تحسين مستوى الرخاء العام، وتثقيف الشعب في كافة مناح الحياة، والمشاركة في إرساء نظام عالمي يقوم على الحرية والسلام الدائم والعدالة الاجتماعية، فقد نقرر صياغة استقلال جمهورية إندونيسيا في صلب دستور يجعل منها دولة سيادية ... » .

وبعض الديباجات الأخرى تذكر فقط سيادة الدولة، دون أي تفصيل. وهكذا، فقد تضمنت ديباجة دستور طاجيكستان لعام 1994 العبارة الآتية: « نحن، شعب طاجيكستان، ... وننقدهم ضرورة ضمان سيادة دولتنا ونمائها ». وبدلاً من ذلك، قد تتحدث الديباجة عن تقرير المصير الوطني *National Self-Determination*، بطريقة غير محددة. فعلى سبيل المثال تذكر ديباجة دستور ألمانيا "حرية تقرير المصير" للدول التأسيسية (الولايات): «...أقر الألمان، بمقتضى حقهم في تقرير مصيرهم بحرية، في ولايات : بادن . فورتمبرغ، وبافاريا، وبرلين، وبراندنبورغ، وبريمن، وهامبورغ، وهيسن، وميكلينبورغ . بومرانيا الغربية، وساكسونيا السفلى، وشمال الراين . وستفاليا، وراينلاند . بفالتس، وسارلاند، وساكسونيا، وساكسونيا . أنهالت، وشليسفيغ . هولشتاين، وتورنغن، إتمام وحدة وحرية ألمانيا ». وهو أيضاً ما ورد في ديباجة دستور جمهورية روسيا البيضاء لعام 1994، إذ تقول: « نحن، شعب جمهورية بيلاروسيا .. تأكيداً على تمسكنا بالقيم العامة المشتركة فيما بين كل البشر، وبحقنا في تقرير المصير مدعوماً بتاريخ تطور ونمو بيلاروسيا والذي امتد لقرون طويلة » .

وتذكر ديباجة الدستور الانتقالي لجمهورية جنوب السودان لعام 2011 "حق الشعب في تقرير مصيره" بقولها: « نحن، شعب جنوب السودان، ممتنون لله سبحانه وتعالى على منح شعب جنوب السودان الحكمة والشجاعة لتقرير مصيره ومستقبله من خلال استفتاء حر وشفاف وسلمي وفق أحكام اتفاقية السلام الشامل لعام 2005 » .

ويمكن العثور على إشارة واضحة إلى السيادة الداخلية *Internal Sovereignty* . أو عدم وجودها . في ديباجة الدستور المؤقت لمملكة تايلاند لعام 2014، حيث تصف الأزمة السياسية التي سبقت انقلاب عام 2014 (وتبرّر الانقلاب) بقولها: « وحيث إن المجلس الوطني للسلام والحفاظ على النظام الذي يتألف من قوات الجيش والشرطة قد أبلغ جلالة الملك باحترام أن صراعاً سياسياً حاداً قد نشأ واستمر داخل منطقة العاصمة بانكوك والمناطق المجاورة لها لفترة طويلة من الزمن وانتشر بسرعة في جميع مناطق البلاد تقريباً. وهذا الوضع لم يؤد إلى تهديد وحدة الشعب فحسب، بل ألحق الضرر بمصالح كل التايلانديين . وقد تكرر استخدام القوة غير المشروعة والأسلحة الفتاكة

لأسباب مختلفة، وتبعاً لذلك تهددت السلامة العامة وأصبحت حياة وممتلكات الناس وظروف معيشتهم صعبة للغاية. ثم توقفت إدارة الاقتصاد الوطني، وإدارة الدولة، وتعطلت كذلك ممارسة السلطات السيادية الثلاث "التشريعية والتنفيذية والقضائية". وانتهكت حرمة القانون، وهذه الحالة من الفوضى ومن الارتباك لم يسبق أن حصلت من قبل . وعلى الرغم من أن الحكومة حاولت حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والإدارية المترابطة من خلال الآليات والتدابير القانونية القائمة إلا أن هذه المحاولات باءت بالفشل. بالإضافة إلى ذلك، نشبت خلافات قانونية وسياسية جديدة زادت من تعقيد المشاكل القائمة لذلك لم يكن أمام المجلس الوطني للسلم والنظام أي خيار للتعامل مع تلك المشاكل سوى الاستيلاء على إدارة الدولة والسيطرة عليها في يوم 22 مايو/أيار 2014 .

ومع ذلك، فإن معظم الإشارات إلى السيادة تتعلق بالسيادة الخارجية *External Sovereignty* . وخير مثال على ذلك هو ديباجة دستور جنوب أفريقيا، التي تحتوي على هذه العبارة: « نحن، شعب جنوب أفريقيا، نقر، من خلال ممثلينا المنتخبين بحرية، هذا الدستور بوصفه القانون الأعلى للجمهورية لتحقيق الأهداف التالية : بناء دولة جنوب أفريقيا موحدة وديمقراطية وقادرة على أن تحتل مكانها الملائم بوصفها دولة ذات سيادة في الأسرة الدولية ».

كما أن ديباجة دستور جمهورية بيلاروس (روسيا البيضاء) لا تتحدث حرفياً عن السيادة، لكنها تصفها، عندما تقول: « نحن، شعب جمهورية بيلاروسيا، انطلاقاً من تولينا المسؤولية عن حاضر ومستقبل دولتنا، اعترافاً منا بعضويتنا الكاملة في المجتمع الدولي » .

وتعتبر سلامة الدولة الإقليمية ووحدة أراضيها جزءاً من سيادة الدولة، ويشدد عدد من الديباجات الدستورية . عادة في الدول التي كانت أو لا تزال متورطة في نزاعات إقليمية . على الحاجة إلى وحدة أراضي الدولة وسلامتها الإقليمية. فعلى سبيل المثال، تؤكد باكستان . التي تشارك في نزاع إقليمي طويل الأمد مع الهند حول كشمير . بشدة على سلامتها الإقليمية: إذ ورد في ديباجة الدستور الباكستاني لعام 1973 الآتي : « ولما كانت إرادة الشعب الباكستاني هي أن يقيم نظاماً؛ وتضمن فيه سلامة الأراضي

الاتحادية واستقلالها وجميع حقوقها، بما في ذلك حماية حقوق السيادة على الأرض والبحر والجو .

كما أن ديباجة دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012 تشير إلى « العدو الصهيوني» وإلى « نضال الشعب من أجل تحرير أراضيه المحتلة كافة » .

وتطالب بعض الدبيجات الدستورية بأراضي محددة. فعلى سبيل المثال، إن ديباجة الدستور الصربي مكرّسة بالكامل تقريباً لكوسوفو، التي هي موضوع نزاع إقليمي بين جمهورية كوسوفو وجمهورية صربيا. أعلنت كوسوفو استقلالها في عام 2008، ولكن جمهورية صربيا لا تزال تدعي أنها جزء من أراضيه؛ إذ جاء في ديباجة دستورها الصادر عام 2006 الآتي : « مع مراعاة لتقاليد الشعب الصربي، والمساواة بين جميع المواطنين والطوائف العرقية في صربيا، مع الأخذ في الاعتبار أيضاً أن مقاطعة كوسوفو وميتوهيا هي جزء لا يتجزأ من أراضي صربيا، وأنها تتمتع بمركز حكم ذاتي كبير داخل دولة ذات سيادة لصربيا وأنه من هذا الوضع لمقاطعة كوسوفو وميتوهيا تتبع الالتزامات الدستورية لجميع هيئات الدولة لدعم وحماية مصالح دولة صربيا في كوسوفو وميتوهيا في جميع العلاقات السياسية الداخلية والخارجية؛ يتبنى مواطنو صربيا [الدستور الآتي] ... » .

وكثيراً ما تذكر الدول التي كانت خاضعة في الماضي للاستعمار، وكافحت من أجل الاستقلال هذا التاريخ في ديباجتها. وتعد الجزائر، التي حاربت فيها جبهة التحرير الوطني من أجل الاستقلال عن فرنسا من عام 1954 إلى عام 1962، مثلاً جيداً لذلك، إذ ورد في ديباجة الدستور الجزائري (2020) الآتي : « وكان أول نوفمبر 1954 نقطة تحوّل فاصلة في تقرير مصيرها وتبويجا عظيما لمقاومة ضروس، واجهت بها مختلف الاعتداءات على ثقافتها، وقيمها، والمكونات الأساسية لهويتها، وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية لقد تجمع الشعب الجزائري في ظلّ الحركة الوطنية، ثمّ انضوى تحت لواء جبهة التحرير الوطني، وقدمّ تضحيات جساماً وقد توجّ الشعب الجزائري، تحت قيادة جبهة التحرير الوطني وجيش التحرير الوطني، ما بذله خيرة أبناء الجزائر من تضحيات في الحرب التحريرية الشعبية بالاستقلال، وشيّد دولة عصرية كاملة السيادة » .

وفي هذا السياق، تشجب بعض الدِّيَابِجَات الدستورية صراحة "الإمبريالية الغربية" (مثل إيران والصين وكوبا ونيكاراغوا).

ثالثاً . سيادة القانون *Rule of Law* :

منذ ستينيات القرن الماضي، يشير عدد متزايد من الدِّيَابِجَات بشكل صريح إلى مبدأ سيادة القانون. نعني بسيادة القانون هنا خضوع الدولة بسلطاتها الثلاث لأحكام القانون. ولا يشمل هذا التعريف الإشارة إلى فصل السلطات واحترام الحقوق الأساسية . التي يُنظر إليها عادةً على أنها أحد عناصر مبدأ سيادة القانون. وإجمالاً، فإن 76 ديباجة أو 48 % - من جميع الدِّيَابِجَات تتضمن إشارة صريحة إلى مبدأ سيادة القانون. وتعرض معظم هذه الدِّيَابِجَات سيادة القانون كقيمة دستورية واحدة من بين قيم أخرى، كالديمقراطية على سبيل المثال. وتميل ديباجة دساتير البلدان الناطقة بالفرنسية في أفريقيا إلى استخدام عبارة "دولة القانون" *State of Law* بدلاً من "سيادة القانون" *Rule of Law* ، في إشارة إلى التقليد الفرنسي المتمثل في "دولة القانون" *l'état de droit*. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، في مالي وجمهورية الكونغو الديمقراطية والسنغال والجزائر وجيبوتي .

تحدث ديباجة الدستور التونسي عن "علوية القانون"، والعبارة الأخرى المستخدمة للإشارة إلى مبدأ سيادة القانون هي: 'الدولة التي يحكمها القانون' (أوزبكستان)، و'الدولة القائمة على القانون' (أوكرانيا)، و'سيادة القانون' (لبنان وموريتانيا وسورية)، و'الدولة التي يسودها القانون' (المغرب).

كما أن مقدمة الدستور السوري لعام 2012 تذكر أن: « الدافع لإنجاز هذا الدستور هو تعزيز دولة القانون »، وأن الدولة تقوم على « منظومة من المبادئ الأساسية تُكرِّس الاستقلال والسيادة ... وسيادة القانون ».

ويربط الدستور المصري لعام 1971 بين سيادة القانون ومشروعية السلطة، إذ جاء في ديباجته (وثيقة إعلان الدستور) أن: « سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت » .

وتصف بعض الدِّيَابِجَات سيادة القانون على أنها شيء يجب على الناس احترامه. فعلى سبيل المثال، شعب زامبيا، يتعهدون في ديباجة دستورهم (1991) لأنفسهم

'بالتمسك بقوانين الدولة'. وفي أوغندا، ورد في ديباجة الدستور (1995) أن من واجب كل مواطن 'تعزيز الديمقراطية وسيادة القانون'.

وتطلب ديباجة دستور 'ترينيداد وتوباغو' (1976) من جميع الأشخاص 'الحفاظ على الاحترام الواجب للسلطة المشكلة بشكل قانوني'. وتستخدم ديباجة دستور دولة أنتيغوا وبربودا (1981) صيغة مثيرة للاهتمام: « يدرك الناس أن القانون يرمز إلى الضمير العام، وأن كل مواطن مدين له بالولاء الكامل الذي لا يقيد أي جهات نظر خاصة للعدالة أو النفعية، وأن الدولة تخضع للقانون ».

رابعاً . الديمقراطية *Democracy* :

تشير الأغلبية الساحقة من الديباجات الدستورية . 114 ديباجة أو 72 % .
صراحةً إلى مبادئ الديمقراطية أو التعددية السياسية والتنوع السياسي.

وقد كثر الحديث عن مبادئ الديمقراطية في الديباجات الدستورية خاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية . وأقدم مرجع في هذا الصدد هو من دستور إندونيسيا (1945)، حيث تؤكد ديباجته على : « صياغة استقلال جمهورية إندونيسيا في صلب دستور يجعل منها دولة سيادية قائمة على ... الحياة الديمقراطية التي توجهها أسس الحكمة والحصافة في التداولات التي تجري بين ممثلي الشعب » .

وتصف بعض الديباجات الدولة بأنها ديمقراطية، من دون أي توضيح. وهذا هو الحال في ديباجة دستور جمهورية الهند (1949)، إذ جاء فيها الآتي: « نحن، شعب الهند، عزمنا على أن نشكل الهند كجمهورية ديمقراطية اشتراكية علمانية ذات سيادة » . أما الديباجات الأخرى فهي أكثر تفصيلاً قليلاً. فقد ورد، على سبيل المثال، في ديباجة دستور جمهورية مصر العربية (2014) الآتي: « نحن نؤمن بالديمقراطية طريقاً ومستقبلاً وأسلوب حياة، وبالتعددية السياسية، وبالتداول السلمي للسلطة.... نحن الآن نكتب دستوراً يستكمل بناء دولة ديمقراطية حديثة، حكومتها مدنية » .

وهناك العديد من الديباجات أكثر تحديداً وتربط الديمقراطية بالمشاركة العامة أو بالأحزاب السياسية أو بالتعددية السياسية. فقد ورد، على سبيل المثال، في ديباجة

دستور الجزائر لعام 1996 (المعدل سنة 2020) الآتي: « إنَّ الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوماً في سبيل الحرية والديمقراطية، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل المواطنين والمجتمع المدني، بما فيه الجالية الجزائرية في الخارج، ... في إطار دولة قانون، جمهورية وديمقراطية. ويتطلع أن يجعل من الدستور الإطار الأمثل لتعزيز الروابط الوطنية وضمان الحريات الديمقراطية للمواطن » .

ومن هذا القبيل أيضاً ما ورد في ديباجة (توطئة) الدستور التونسي (2014): « نحن نواب الشعب التونسي تأسيساً لنظام جمهوري ديمقراطي تشاركي، في إطار دولة مدنية السيادة فيها للشعب عبر التداول السلمي على الحكم بواسطة الانتخابات الحرة، وعلى مبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينها، ويكون فيه حقُّ التنظُّم القائم على التعددية، وحيادُ الإدارة، والحكمُ الرشيد هي أساس التنافس السياسي ... » .

وجاء في ديباجة (مقدمة) الدستور السوري (2012) أن إنجاز هذا الدستور يأتي « تتويجاً لنضال الشعب على طريق الحرية والديمقراطية ... ودليلاً يُنظِّم مسيرة الدولة نحو المستقبل، وضابطاً لحركة مؤسساتها ومصدراً لتشريعاتها، وذلك من خلال منظومة من المبادئ الأساسية تُكرس الاستقلال والسيادة وحكم الشعب القائم على الانتخاب والتعددية السياسية والحزبية ... » . وورد أيضاً في ديباجة الدستور الانتقالي لجمهورية جنوب السودان لعام 2011: « نحن، شعب جنوب السودان ، ... ملتزمون بإرساء نظام حكم لا مركزي ديمقراطي متعدد الأحزاب يتم من خلاله تداول السلطة سلمياً، ودعم قيم الكرامة الإنسانية والمساواة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة » .

وقد تشير الدول الشيوعية أيضاً إلى الديمقراطية في ديباجة دساتيرها. فقد ورد في ديباجة دستور الصين (1982) أن الدولة تقوم على أساس « تعزيز وتطوير الديكتاتورية الديمقراطية الشعبية التي تقودها الطبقة العاملة القائمة على أساس تحالف العمال والفلاحين، والتي هي في جوهرها ديكتاتورية البروليتاريا »، وأن الشعب الصيني، من جميع القوميات، سيستمر تحت قيادة الحزب الشيوعي الصيني، وتوجيهات الماركسية اللينينية، وفكر "ماو تسي تونغ"، في « التمسك بديكتاتورية الشعب الديمقراطية واتباع الطريق الاشتراكي ... وتطوير الديمقراطية الاشتراكية، لتحويل الصين إلى دولة اشتراكية تتمتع بمستوى عالٍ من الثقافة والديمقراطية » .

الفرع الثاني الحقوق الأساسية

تتمثل العناصر التي تحتويها مقدمات الدساتير، والتي لها صلة بالحقوق الأساسية *Fundamental Rights*، بالمعنى الواسع للكلمة: كرامة الإنسان، وحقوقه، وحياته، والمساواة⁽¹⁹⁾.

أولاً. كرامة الإنسان *Human Dignity*:

تتضمن بعض الديباجات إشارة صريحة إلى الكرامة الإنسانية (53 ديباجة، 34%). وإذا لم يتم ذكر كرامة الإنسان صراحة في ديباجة الدستور، فإن ذلك لا يعني، بطبيعة الحال، أن مفهوم الكرامة الإنسانية لا يلعب دوراً مهماً في النظام الدستوري. إذ يظل احترام الكرامة الإنسانية أعمق التزام وراء الدستور.

ولعل أفضل مثال على ذلك هو ألمانيا، حيث تنص الفقرة 1/ من المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني (1949) على أنه: « لا يجوز انتهاك كرامة الإنسان. واحترامها وحمايتها واجبٌ على جميع سلطات الدولة ». وكذلك دستور جنوب أفريقيا

⁽¹⁹⁾ انظر : *W. Voermans, M. Stremmer and P. Cliteur; Constitutional Preambles A Comparative Analysis, op.cit., pp.38-50.*

(1996)، كمثل آخر، إذ تذكر المادة الأولى منه الكرامة الإنسانية باعتبارها واحدة من "القيم التأسيسية" للجمهورية.

إن إدراج إشارة صريحة إلى كرامة الإنسان في الديباجة الدستورية هو ظاهرة جديدة نوعاً ما. في الواقع، الديباجة الوحيدة في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية التي تذكر صراحة كرامة الإنسان هي ديباجة دستور أيرلندا (المعتمد في عام 1937). إذ تنص هذه الديباجة على ما يلي: « نحن شعب إيرلندا ... سعياً إلى تعزيز الصالح العام، مع المراعاة الواجبة للحكمة والعدالة والإحسان ، بحيث يتم ضمان كرامة الفرد وحريةته . ويلاحظ في هذا الصدد أن إدراج إشارة إلى الكرامة الإنسانية في الديباجة الدستورية أخذ في الازدياد منذ الحرب العالمية الثانية، وبلغت ذروتها في بداية الثمانينيات (1981: 39 في المائة). وبداية الطريق كانت في الدستور الهندي (1949)، إذ تقول ديباجته : « إن شعب الهند قد عقد العزم على تعزيز الأخوة بين جميع المواطنين لضمان كرامة الفرد » .

وربما كانت ممارسة إدراج أو تضمين إشارة صريحة إلى الكرامة الإنسانية مستوحاة من ميثاق الأمم المتحدة (الموقع عليه في عام 1945) والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (الذي اعتمد في عام 1948). فقد ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ما يأتي: « نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية ». كما استخدم مصطلح "الكرامة" في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. إذ جاء في ديباجته أن: « الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم ». وتنص المادة الأولى من الإعلان على ما يلي: « يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء».

وتتضمن ديباجة دستور جمهورية ناميبيا (1990) نصاً يماثل تقريباً ما ورد في ديباجة الإعلان العالمي المذكورة آنفاً: « لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة والحقوق

المتساوية وغير القابلة للتصرف لجميع أعضاء الأسرة البشرية أمر لا غنى عنه من أجل الحرية والعدالة والسلام....».

وتصف بعض الديباجات الدستورية الكرامة بأنها 'متأصلة' في البشر، كما ورد في ديباجة دستور بولندا لعام 1997: 'الكرامة المتأصلة في الإنسان'. وفي ديباجة دستور ألبانيا (1998)، يتعهد شعب ألبانيا بحماية 'كرامة الإنسان وشخصيته'. ومن الحالات المثيرة للاهتمام المقدمة الطويلة لدستور جمهورية أوغندا (1995)، والتي تحدد أن المجتمع والدولة يجب أن يعترفوا ب'حق الأشخاص ذوي الإعاقة في الاحترام والكرامة الإنسانية'.

وربط الدستور المصري لعام 1971 بين كرامة الفرد وكرامة الوطن، إذ جاء في ديباجته (وثيقة إعلان الدستور) ما يلي: «إن كرامة الفرد انعكاس طبيعي لكرامة الوطن، ذلك أن الفرد هو حجر الأساس في بناء الوطن، وبقيمة الفرد ويعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته». وتصف ديباجة الدستور المصري لعام 2014 الكرامة الإنسانية بأنها "حق لكل مواطن".

في بعض الأحيان تذكر الديباجة الكرامة الإنسانية بشكل منفصل، ولكنها عادة ما تذكرها مع قيم أخرى كالحرية والمساواة. فديباجة دستور جمهورية البوسنة والهرسك، على سبيل المثال، تبدأ على النحو الآتي: «بناءً على احترام كرامة الإنسان، والحرية والمساواة، وتكريساً للسلام، العدل، التسامح، والمصالحة، ...».

وفي بعض الديباجات، لا تمثل الكرامة الإنسانية سوى قيمة واحدة من بين عدد كبير من القيم الأخرى. فعلى سبيل المثال، دستور جمهورية مولدوفا (1994)، يدرج في ديباجته 'القيم العليا' الآتية: «سيادة القانون، والسلام المدني، والديمقراطية، والكرامة الإنسانية، وحقوق الإنسان، والحريات الأساسية، والتنمية الحرة للشخصية البشرية، والعدالة، والتعددية السياسية». وكذلك أيضاً، فإن 'القيم العليا والمبادئ الأساسية' لجمهورية الدومينيكان (2015) هي: «كرامة الإنسان، والحرية، والمساواة، وسيادة القانون، والعدالة، والتضامن، والتعايش الأخوي، والرفاه الاجتماعي، والتوازن البيئي، والتقدم والسلام».

ولدى دستور كوبا (2019) أيضا ديباجة مثيرة للاهتمام عندما يتعلق الأمر بالكرامة الإنسانية. ويرى واضعوه أن الكرامة الإنسانية معرضة للخطر بسبب "أنظمة الاستغلال". ويؤكدون أن « الكرامة الكاملة للإنسان [يمكن] تحقيقها فقط في ظل الاشتراكية والشيوعية، عندما يتحرر الإنسان من جميع أشكال الاستغلال . العبودية والاسترقاق والرأسمالية...». وبهذه الروح، رفعت الثورة الكوبية " من كرامة البلد وكرامة الكوبيين".

ثانياً . الحقوق والحريات *Rights and Freedoms* :

يذكر عدد كبير من الديباجات . حوالي ثلثها . الحقوق والحريات الأساسية. ويُنظر عادةً إلى هذه الحقوق وتلك الحريات على أنها نابعة من الاعتراف بالكرامة الإنسانية. وتعود الإشارات الصريحة الأولى للحقوق الأساسية إلى ما بعد الحرب العالمية الثانية. ومنذ ذلك الحين، ازداد عدد هذه الإشارات باطراد.

وتشمل الحقوق الأساسية : **حقوق الإنسان** (الحقوق التي تُمنح للأفراد لمجرد أنهم بشر)، و**حقوق المواطن** (الحقوق التي يتمتع بها الأفراد لأنهم أعضاء في مجتمع سياسي)⁽²⁰⁾.

(20) إبان الثورة الفرنسية الكبرى، أصدرت الجمعية الوطنية التأسيسية بتاريخ 1789/8/26 « إعلان حقوق الإنسان والمواطن ». ولا بد أن نقف بعض الشيء عند تسمية هذا الإعلان، حيث اعتبر بعض الباحثين أن الازدواجية الظاهرة في التسمية (حقوق الإنسان والمواطن) يقصد بها أن حقوق الإنسان هي حقوق سابقة على نشأة المجتمع، أما حقوق المواطن فهي تلك الحقوق التي لا يمكن تصور وجودها إلا بعد قيام المجتمعات السياسية. إن ذلك يعني أن الإعلان إنما انطلق من التزام نظرية الحق الطبيعي التي ترى أن حقوق الإنسان كامنة في الأفراد وراجعة لصفاتهم الإنسانية، والتي كان من أبرز دعائها جان جاك روسو الذي سعى في كل كتاباته إلى تحرير الإنسان من مظالم المجتمع المتمدن، لقد لاحظ أن الإنسان يولد حراً في الطبيعة ولكن أنظمة المجتمع والدول هي التي تفسده .

تنص ديباجة دستور دومينيكا، على سبيل المثال، على حقوق الإنسان، حيث تعترف 'بكرامة الإنسان والحقوق المتساوية وغير القابلة للتصرف التي وهبها خالقها لجميع أفراد الأسرة البشرية'

على النقيض من ذلك، يبدو أن ديباجة بيلاروسيا تشير إلى حقوق المواطنين فقط، حيث تؤكد 'حقوق وحرّيات كل مواطن في جمهورية بيلاروسيا'.

قد تذكر الديباجة الحقوق الأساسية كقيمة يجب احترامها دون مزيد من التفصيل. هذا هو الحال، على سبيل المثال، في ديباجة دستور جورجيا (1995). غير أن بعض المقدمات تكون أكثر تفصيلاً عندما يتعلق الأمر بالحقوق الأساسية. فعلى سبيل المثال ورد في ديباجة دستور جمهورية هايتي لعام 1987 الآتي: « يعلن الشعب الهايتي هذا الدستور: من أجل ضمان حقوقه غير القابلة للتصرف والتي لا تسقط بالتقادم في الحياة والحرية والسعي وراء السعادة؛ وفقاً لقانون الاستقلال لعام 1804 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 » .

وتذكر ديباجة دستور موريتانيا (1991) عدداً من الحقوق الأساسية التي تعتبر ذات أهمية خاصة، حيث ورد فيها الآتي: « يعلن الشعب الموريتاني على وجه الخصوص الضمان الأكيد للحقوق والمبادئ التالية: حق المساواة؛ الحريات والحقوق الأساسية للإنسان؛ حق الملكية؛ الحريات السياسية والحريات النقابية؛ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية؛ الحقوق المتعلقة بالأسرة كخلفية أساسية للمجتمع الإسلامي ». بل إن ديباجة دستور الكاميرون (1972) تحتوي على قائمة طويلة من الحقوق الأساسية المحددة.

ويشير عدد من الديباجات إلى وثائق قانونية غير الدستور تركز الحقوق الأساسية. بل إن ديباجة الدستور الفرنسي الحالي تشير إلى ثلاث وثائق من هذا القبيل: إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 وديباجة دستور عام 1946 وميثاق البيئة لعام 2004⁽²¹⁾.

انظر : د. حسن البحري، القانون الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص171 وما بعدها .

(21) تشير ديباجة دستور الغابون والسنغال أيضاً إلى الإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789.

ومع ذلك، فإن الإشارات إلى الصكوك الدولية لحقوق الإنسان أكثر شيوعاً من الإشارات إلى الوثائق الدستورية الوطنية. إذ تشير ثلاث عشرة ديباجة، عشرة منها من دول أفريقية، إلى ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945⁽²²⁾. وعلى الرغم من عدم وجود قائمة بحقوق الإنسان، تنص ديباجة الميثاق على أن « شعوب الأمم المتحدة تؤكد من جديد إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية ».

وعلى الرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة يخلو من أي تعريف لمصطلحي 'الحريات الأساسية' و 'حقوق الإنسان'، إلا أن معنى هذين المصطلحين قد جرى توضيحهما في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948. ويتضمن الإعلان حقوقاً مثل الحق في الحياة (المادة 3)، وحظر الرق (المادة 4)، والحق في التملك (المادة 17) وحرية الدين (المادة 18)، ولكن أيضاً، على سبيل المثال، الحق في الضمان الاجتماعي (المادة 22)، والحق في العمل (المادة 23) والحق في التعليم (المادة 26).

وجميع الديباجات الدستورية، التي تشير إلى ميثاق الأمم المتحدة، تشير أيضاً إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إلا أن عدداً محدوداً من الديباجات الدستورية لا يشير إلا إلى هذا الأخير⁽²³⁾.

وتعلن بعض الديباجات "تعلقها وارتباطها" بالحقوق على النحو المحدد في الإعلان (دستور النيجر لعام 2010، على سبيل المثال) أو تنص على أن الأشخاص الذين اعتمدوا الدستور الجديد "مستلهمين" ما ورد في الإعلان (كما هو الحال في دستور البوسنة والهرسك). وهناك عدد قليل من الديباجات مصاغٌ بشكل أقوى، فعلى سبيل المثال، تعلن ديباجة دستور الكونغو لعام 2015 أن الحقوق الواردة في الإعلان تعد 'جزءاً لا يتجزأ' من الدستور. وقد أدمجت جمهورية جيبوتي في ديباجة دستورها (1992) مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، على النحو المكرس في الإعلان العالمي لحقوق

(22) الدول الأفريقية هي: بنين، بوروندي، الكامرون، جمهورية إفريقيا الوسطى، تشاد، جزر القمر، الكونغو، غينيا، رواندا، توغو. أما الدول غير الأفريقية، فهي: أفغانستان والبوسنة والهرسك ولبنان.

(23) الدول الأفريقية هي: بوركينافاسو، وكوت ديفوار، وجيبوتي، ومصر، وغينيا الاستوائية، والجابون، ومالي، وموريتانيا، والنيجر، والسنغال. دولة غير أفريقية: هايتي.

الإنسان والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب اللذين تشكل أحكامهما جزءاً لا يتجزأ من الدستور .

وقد تم توسيع إعلان الأمم المتحدة العالمي لحقوق الإنسان في معاهدات دولية لاحقة، ولا سيما "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" و"العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" (كلاهما من عام 1966) .

وإذا كان الإعلان العالمي ليس معاهدة بحد ذاته، فإن العهدين الدوليين ملزمان قانوناً للدول التي صادقت عليهما. ويمكن العثور على إشارات إلى العهدين الدوليين في عدد محدود من الدبيجات⁽²⁴⁾.

كما تحتوي أيضاً دبيجات بعض دساتير الدول الأفريقية على إشارات إلى معاهدات الأمم المتحدة الأخرى لحقوق الإنسان، ولا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979) واتفاقية حقوق الطفل (1989)⁽²⁵⁾.

ومع ذلك، فإن الإشارات إلى الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (1981) هي الأكثر تكراراً في الدبيجات الدستورية الأفريقية⁽²⁶⁾. فعلى سبيل المثال ورد في ديباجة دستور جزر القمر الاتحادية (2003) أن : « شعب جزر القمر يعبر عن تمسكه بالمبادئ والحقوق الأساسية المقررة في ميثاق الأمم المتحدة، وميثاق منظمة الوحدة الإفريقية، وميثاق جامعة الدول العربية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وكذلك الاتفاقيات الدولية، وبخاصة تلك التي تتعلق بحقوق الطفل والمرأة » .

(24) وتتمثل في الدول الآتية : البوسنة والهرسك، وبوروندي، وجمهورية إفريقيا الوسطى، ومدغشقر (بالإشارة إلى الشريعة الدولية لحقوق الإنسان)، والنيجر، ورواندا، وتوغو .

(25) وتتمثل في الدول الآتية : بنين، وبوركينا فاسو، وبوروندي، والكاميرون، وجمهورية أفريقيا الوسطى، وتشاد وجزر القمر، والكونغو، وكوت ديفوار، وجيبوتي، والغابون، وغينيا، ومالي، وموريتانيا، والنيجر، ورواندا، والسنغال، وتوغو .

(26) يعترف هذا الميثاق بالحقوق المدنية والسياسية، وكذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وعلى عكس العديد من الدول الأفريقية، لا تشير الدول الأوروبية والأمريكية في ديباجتها الدستورية إلى صكوك حقوق الإنسان الإقليمية الخاصة بها: كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

ثالثاً . المساواة *Equality* :

المساواة مبدأً أساسياً وحجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة، فهو من الديمقراطية بمثابة الروح من الجسد، بغيره ينتفي معنى الديمقراطية، وينهار كل مدلول للحرية، ولهذا قيل إن : « المساواة هي توأم الحرية ». وأكثر من نصف جميع الدبياجات . 83 دبياجة (53 %) . تشير صراحة إلى مبدأ المساواة. والدبياجة الأولى التي تذكر المساواة هي دبياجة دستور كوريا الجنوبية (1948)، تليها الهند وألمانيا (وكلاهما صدر في عام 1949).

وبعض المقدمات التي تشير إلى المساواة تشير إليها كمبدأ أو قيمة عامة، دون أي تفصيل. فعلى سبيل المثال، يذكر الشعب الفلبيني في دبياجة دستوره (1987) أنهم يريدون العيش في ظل نظام "الحقيقة والعدالة والحرية والحب والمساواة والسلام". كما ورد في دبياجة دستور بوليفيا (2009) : « إن شعب بوليفيا يهدف إلى بناء دولة تقوم على الاحترام والمساواة للجميع ».

وقد يختلف نطاق المساواة أيضاً. فبعض الدبياجات، مثل تلك الصادرة في الكونغو (2015)، تدعو للمساواة كـ "قيمة عالمية". وهناك دبياجة أخرى، مثل تلك الصادرة في كولومبيا (1991)، تتحدث عن المساواة بين "أفراد الأمة".

وفي معظم الدبياجات، المساواة تعني المساواة بين المواطنين، من ناحية أو أخرى. ومع ذلك، يمكن أيضاً تصوير المساواة على أنها "قيمة في العلاقات الدولية". فعلى سبيل المثال، يؤكد شعب توغو ، في دبياجة دستوره (1992)، عزمه على " التعاون في سلام وصدقة وتضامن مع جميع شعوب العالم، الذين يعشقون المثل الديمقراطية، على أساس مبادئ المساواة والاحترام المتبادل و السيادة". وتعد المساواة والمنفعة المتبادلة أحد المبادئ الخمسة لسياسة الصين الخارجية كما هو موضح في دبياجة الدستور الصيني.

وتشير ثلاث دبياجات دستورية إلى التعاون الأوروبي على وجه الخصوص. فالشعب الألماني، وفقاً لدبياجة دستوره، "يستلهم العزم على تعزيز السلام كشريك متساو

في أوروبا الموحدة". و"مع الاعتراف بوضعها المتساوي في المجتمع الدولي، تحمي جمهورية لانفيا (1991) مصالحها الوطنية وتعزز التنمية المستدامة والديمقراطية لأوروبا الموحدة والعالم". وتكرس جمهورية الجبل الأسود (2007) جهودها " للتعاون على قدم المساواة مع الدول والأمم الأخرى، والتكامل الأوروبي والأوروبي الأطلسي".

وقد تعني المساواة أيضاً "المساواة بين الأقاليم التي تتكون منها الدولة"، فعلى سبيل المثال، تنص ديباجة دستور جمهورية جزر القمر الاتحادية على أن: « يعلن شعب جزر القمر ما يلي: 1 . التضامن بين الاتحاد والجزر وفيما بين الجزر . 2 . المساواة بين الجزر في الحقوق والواجبات ... » .

ومن المثير للاهتمام في هذا الصدد أيضاً ديباجة دستور جمهورية هايتي (1987) التي تؤكد على « تعزيز الوحدة الوطنية والقضاء على جميع أشكال التمييز بين السكان والمدن والريف » .

وفي العديد من الدبيجات الدستورية، تظهر المساواة بين الرجل والمرأة بشكل بارز. تذكر بعض المقدمات صراحة الدور الذي لعبته المرأة في الثورات الوطنية (تونس وإيران، على سبيل المثال) أو النضال من أجل الاستقلال (إريتريا وزيمبابوي، على سبيل المثال). في الواقع، خصصت ديباجة الدستور الإيراني (1979) فقرة كاملة لـ 'المرأة في الدستور'.

'تتعترف ديباجة دستور زامبيا' بالمساواة بين الرجال والنساء في حقوقهم في المشاركة وتحديد وبناء نظام سياسي واقتصادي واجتماعي من اختيارهم بحرية'. وتشير السنغال في ديباجة دستورها (2001) مرتين إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

الفرع الثالث

الخصائص الوطنية

تتمثل العناصر التي تحتويها مقدمات الدساتير، والتي تتعلق بالخصائص الوطنية *National Characteristics* في الأمور الآتية: التاريخ، والمذهب أو العقيدة السياسية (الإيديولوجيا)، والدين، والعلمانية، والتعددية والأقليات⁽²⁷⁾.

أولاً . التاريخ *History*:

تشير العديد من الديباجات، 120 ديباجة (76 %)، بطريقة أو بأخرى، إلى تاريخ الدولة. فقط عدد قليل من الديباجات، 38 ديباجة (24 %)، لا يحتوي على أية إشارة إلى تاريخ الدولة.

ويلاحظ أن الإشارة إلى تاريخ الدولة في مقدمات الدساتير آخذة في الازدياد. ومن الأمثلة على الديباجات القديمة نسبياً التي تفتقر إلى الإشارة إلى تاريخ الدولة ديباجة الولايات المتحدة (1789) والأرجنتين (1853) وكندا (1867). أما الديباجات الأحدث، فمن أمثلتها ألمانيا (1949) والهند (1949) والبرازيل (1988).

ويلاحظ في هذا الصدد أن معظم الديباجات الدستورية التي لا تشير إلى تاريخ الدولة تكون قصيرة نسبياً.

ويمكن تسمية مقدمات الدساتير التي لا تشير إلى أي أمر يسبق النظام الدستوري الجديد، ولكنها بدلاً من ذلك تركّز على النظام الجديد، بـ "الديباجات المجددة" *de novo preambles*. ومثل هذه الديباجات، تشير، صراحةً في بعض الأحيان، إلى "حادثة" الدستور. فعلى سبيل المثال، ورد في ديباجة دستور جمهورية جزر القمر الاتحادية: "يؤكد شعب جزر القمر رغبته فيما يلي: أن يتزوّد بمؤسسات جديدة تقوم على أساس دولة القانون والديمقراطية". كما ورد في ديباجة دستور دولة بوليفيا (2009)، على سبيل المثال: "نحن، الشعب البوليفي ... ننشئ دولة جديدة تخليداً لذكرى شهدائنا".

ويمكن أن تشير ديباجة الدستور إلى الماضي بالإشارة إلى وثائق دستورية سابقة. ومن الأمثلة الجيدة على ذلك ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1958، التي ينص الجزء

⁽²⁷⁾ انظر : *W. Voermans, M. Stremmer and P. Cliteur; Constitutional Preambles A Comparative Analysis, op.cit., pp.50-69..*

الأول منها على الآتي: « يعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية بالصورة التي حددت بها في إعلان عام 1789، والتي أكدتها وأكملتها مقدمة دستور عام 1946، وكذلك الحقوق والواجبات المحددة في ميثاق البيئة لعام 2004 » .

في بعض الأحيان، لا تشير الديباجة إلا إلى تاريخ الدولة، دون أي تفصيل. يمكن العثور على مثل هذه الإشارات الرسمية، على سبيل المثال، في ديباجة دساتير هندوراس (1982) والفلبين (1987) ومنغوليا (1992).

وعلى النقيض من ذلك، تحتوي الديباجات الأخرى على شروحات مطولة عن التاريخ الوطني. ومن الأمثلة على ذلك الصين وإيران. كما أن ديباجة دستور كرواتيا (1991) مكرسة بالكامل تقريباً لشرح تاريخ الدولة، وقد جاءت تحت عنوان "الأسس التاريخية". وتحتوي ديباجة دستور المجر (2011) أيضاً على الكثير عن التاريخ الوطني.

تشير بعض الديباجات إلى الأحداث التي وقعت منذ فترة طويلة، بينما تشير الديباجات الأخرى إلى أحداث أكثر حداثة. إن ما ورد في ديباجة بربادوس *Barbados* (1966) يعد مثلاً لطيفاً على الأول، حيث تشير بشكل مكثف إلى أحداث تعود إلى القرن السابع عشر، أما الديباجات التي تشير إلى وقائع أكثر حداثة، فمثالها ما ورد في مقدمة الدستور التونسي لعام 2014 .

وتتضمن الديباجات الأخرى أيضاً إشارات إلى شخصيات تاريخية، وإن كان ذلك عادةً بطريقة إيجابية. يمكن العثور على إشارات إلى 'مؤسس الأمة' في مقدمات فينتام (هوشي منه) وباكستان (القائد الأعظم محمد علي جناح) ومصر (محمد علي) وفنزويلا (سيمون بوليفار) .

وتذكر ديباجة دستور الصين "سون يات صن"، زعيم ثورة 1911، و"ماو تسي تونغ"، رئيس الحزب الشيوعي، و"ماركس" و"لينين". ويمكن أيضاً العثور على إشارات إلى "ماركس" و"لينين" في ديباجة دستور كوبا، حيث "يعلن الشعب الكوبي أنه يبنّي دستوره

مسترشداً بأيدولوجية خوسيه مارتى والأفكار الاجتماعية والسياسية لماركس وإنجلز ولينين". كما ورد ذكر رئيس كوبا "فيدل كاسترو" منذ فترة طويلة في ديباجة الدستور. وقد تصف ديباجة الدستور الماضي من منظور حقائق محايدة، لكنها في الغالب تؤكد على **عظمة تاريخ الدولة**. وخير مثال على ذلك هو مقدمة دستور مصر لعام 2014، التي تصور تاريخ الدولة بعبارات مهيبية: «في مطلع التاريخ، لاح فجر الضمير الإنساني وتجلّى في قلوب أجدادنا العظام فاتحدت إرادتهم الخيرة، وأسسوا أول دولة مركزية، ضبطت ونظمت حياة المصريين على ضفاف النيل، وأبدعوا أروع آيات الحضارة، وتطلعت قلوبهم إلى السماء قبل أن تعرف الأرض الأديان السماوية الثلاثة. مصر مهد الدين، وراية مجد الأديان السماوية..... هذه مصر وطن نعيش فيه ويعيش فينا» .

وتتحدث ديباجة دستور جمهورية العراق لعام 2005 بلهجة مماثلة: «نحن أبناء وادي الرافدين موطن الرسل والأنبياء ومثوى الأئمة الأطهار ومهد الحضارة وصناع الكتابة ورواد الزراعة ووضع الترخيم. على أرضنا سنّ أول قانون وضعه الانسان، وفي وطننا حُطّ أعرقُ عهد عادل لسياسة الأوطان، وفوق ترابنا صلى الصحابةُ والأولياء، ونظّر الفلاسفة والعلماء، وأبدعَ الأدباء والشعراء» .

ثانياً . الإيديولوجيا أو العقيدة السياسية *Political Ideology*:

يتبنى عدد قليل من الديباجات بشكل صريح أيديولوجية سياسية معينة. وما يعتبر إيديولوجيا هو، بطبيعة الحال، مسألة نقاش. ونستخدم المصطلح هنا للإشارة إلى رؤية سياسية شاملة. نحن نستثني منها، للأغراض الحالية، الليبرالية وتشعبها. وهناك عدة ديباجات دستورية بارزة بسبب محتواها الأيديولوجي، أهمها: الصين، وكوبا.

تصف ديباجة الدستور الصيني تاريخ الصين من منظور الثورة الاشتراكية، العدو هو 'الإمبريالية' و 'الإقطاع' و 'الرأسمالية البيروقراطية'. أدت 'دكتاتورية الشعب الديمقراطية'، تحت قيادة ماو تسي تونغ، إلى القضاء على 'استغلال الإنسان للإنسان' وإلى مجتمع اشتراكي. بعد التأكيد على ما حققته الصين الاشتراكية حتى الآن، تشير الديباجة إلى الطريق إلى المستقبل: «تتمثل المهمة الأساسية للأمة في تركيز جهودها

على التحديث الاشتراكي عن طريق اتباع طريق الاشتراكية وفق النموذج الصيني . تحت قيادة الحزب الشيوعي الصيني،... لتحويل الصين إلى دولة اشتراكية قوية ومزدهرة تتمتع بمستوى عالٍ من الثقافة والديمقراطية » .

وتبدأ ديباجة دستور كوبا بالتذكير بحروب الاستقلال ضد 'الاستعمار الإسباني' و'الإمبريالية الليانكية'. يتبنى الشعب الكوبي دستوره مسترشداً بأيديولوجية خوسيه مارتى والأفكار الاجتماعية والسياسية لماركس وإنجلز ولينين؛ تدعمها الأممية البروليتارية، والصدافة الأخوية والمساعدة والتعاون والتضامن بين شعوب العالم، ... وبدأ في بناء الاشتراكية، وتحت إشراف الحزب الشيوعي، يواصل البناء المذكور بهدف بناء مجتمع شيوعي؛ مدركين أن كل أنظمة استغلال الإنسان للإنسان تتسبب في إذلال المستغل وتقويض الطبيعة البشرية للمستغلين؛ ... وأن ثورتنا رفعت من كرامة البلاد والكوبيين. تشير الديباجات الأخرى أيضاً إلى الاشتراكية، لكنها أقل وضوحاً بكثير. تأتي هذه الديباجات بشكل رئيسي من بلدان أمريكا اللاتينية وجنوب شرق آسيا. وتدين ديباجة دستوري كوبا والصين 'استغلال الإنسان للإنسان'.

يكرم الشعب الفيتنامي في ديباجة دستوره (1992) رئيسهم "هوشي منه"، الذي قاد الأمة إلى الاشتراكية؛ كما يأمل شعب بنغلاديش في ديباجة دستوره (1972) تحقيق 'مجتمع اشتراكي خالٍ من الاستغلال'، وتستخدم ديباجة دستوري الهند (1949) وسريلانكا (1972) كلمة 'اشتراكي' لوصف الدولة .

ثالثاً . الدين Religion:

إن الديباجات المذكورة في البند السابق والتي تتضمن إشارات إلى الأيديولوجية، توجد في الغالب في البلدان التي حدثت فيها ثورة اشتراكية أو شيوعية. وغالباً ما يتم صياغة تلك الديباجات بتوجّه علماني أو حتى إلحادي صريح.

وعلى النقيض من ذلك، تشير بعض الديباجات الأخرى، بشكل مباشر أو غير مباشر، إلى الله أو التقاليد الدينية. وإجمالاً، تحتوي 80 ديباجة دستورية من أصل 158 ديباجة (51 في المائة) على مثل هذه الإشارة .

وكانت النسبة المئوية لمقدمات الدساتير الحية التي تشير إلى الله أو الدين هي الأعلى في عام 1945، إذ بلغت نسبتها 63 في المائة. وتظهر السنوات ما بين عامي 1990 و1995 انخفاضاً كبيراً. ويمكن تفسير ذلك، إلى حد كبير، بالدساتير الجديدة لدول ما بعد الاتحاد السوفييتي، والدول الشيوعية السابقة، والدول الشيوعية الحالية. باستثناء جورجيا والجبلة الأسود، فإن الدساتير الجديدة لهاتين الدولتين لا تشير إلى الله أو الدين (28).

ويشير عدد من الديباجات الدستورية إلى مصادر الشريعة الإسلامية. فعلى سبيل المثال، جاء في ديباجة الدستور المصري (2014) الآتي: « نكتب دستوراً يؤكد أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وأن المرجع في تفسيرها هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ذلك الشأن ».

وتنص ديباجة دستور موريتانيا (1991) على « تمسك الشعب الموريتاني بالدين الإسلامي الحنيف، واحترامه أحكام الدين الإسلامي 'المصدر الوحيد للقانون' » .

ويعلن ملك البحرين، في ديباجة دستور المملكة « تمسك شعبه بالإسلام عقيدةً وشريعةً ومنهاجاً » . كما يؤكد على أن: « تعديلات الدستور انبثقت من أن شعب البحرين العريق مؤمن بأن الإسلام فيه صلاح الدنيا والآخرة، وأن القرآن الكريم لم يفرط في شيء »، وعلاوة على ذلك، يذكر الملك أن شعب البحرين يؤسس نظامه

(28) إن دول ما بعد الاتحاد السوفييتي، التي سنت دستورها بين عامي 1990 و 1995 ، والتي لا تشير ديباجتها إلى الله أو الدين، هي الآتية: (أرمينيا، وأذربيجان، وبيلاروسيا، وإستونيا، وكازاخستان، ولبنان، ومولدوفا، وروسيا، وطاجيكستان، وأوزبكستان. أما الدول الشيوعية السابقة التي تتوافق مع هذه المعايير هي الآتية: (بنين، وبلغاريا، وكمبوديا (كمبوتشيا سابقاً) وإثيوبيا، ومنغوليا، والدول التي خلفت تشيكوسلوفاكيا: جمهورية التشيك وسلوفاكيا، والدول التي خلفتها يوغوسلافيا: البوسنة والهرسك وكرواتيا ومقدونيا وسلوفينيا (باستثناء صربيا ، التي يعود تاريخ دستورها الحالي إلى عام 2006). وبالنسبة للدول الشيوعية الحالية التي تتناسب هذه المعايير هي الآتية: (لاوس وفيتنام). وتمثل هذه الدول مجتمعة أكثر من 75 في المائة من الديباجات التي ترجع إلى الفترة من عام 1990 إلى عام 1995 ولا تشير إلى الله أو الدين.

انظر: *W. Voermans, M. Stremmler and P. Cliteur; Constitutional Preambles A Comparative Analysis, op.cit., p.60.*

السياسي على « الملكية الدستورية القائمة على الشورى التي هي المثل الأعلى للحكم في الإسلام » .

وجاء في ديباجة الدستور الباكستاني (1973) الآتي : « ولما كانت إرادة الشعب الباكستاني هي أن يقيم نظاماً.... تسود فيه مبادئ الديمقراطية والحرية والمساواة والتسامح والعدالة الاجتماعية، على النحو المنصوص عليه في الإسلام؛ وينظم فيه المسلمون حياتهم، فرادى وجماعات، وفقاً لتعاليم الإسلام وأحكامه المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية » .

رابعاً . العلمانية *Secularism* :

على النقيض من الديباجات التي تشير إلى الله أو الدين، تشير بعض الديباجات صراحة إلى الأساس العلماني للنظام الدستوري. ويمكن للمرء أن يتحدث عن الفصل بين الكنيسة والدولة (أو الفصل بين المسجد والدولة) أو عن الدولة المحايدة دينياً (العلمانية). في المجموع، ثمان ديبيجات دستورية تذكر صراحة الطابع العلماني للدولة .

يعد الدستور التركي أحد الأمثلة الرئيسية للدستور العلماني. إذ تشير ديباجته إلى أن "المشاعر الدينية المقدسة يجب ألا تشارك مطلقاً في شؤون الدولة والسياسة كما يقتضي مبدأ العلمانية".

وتؤكد ديباجة كل من أذربيجان (1995) والهند وناميبيا (1990) وتركمانيستان (1992) على "علمانية" الدولة. ويتعهد شعب مالي، في ديباجة دستوره (1992)، بالدفاع عن "الشكل الجمهوري والعلماني للدولة". وتذكر ديباجة دستور بنغلاديش (1972) بأن "العلمانية" هي واحدة من "مثلها العليا". وتعد ديباجة الكاميرون أكثر تفصيلاً بعض الشيء، إذ تنص على أن: "الدولة علمانية"، وتضيف: "يجب ضمان حياد الدولة واستقلالها تجاه جميع الأديان". وفي أوروبا، تظهر معالم العلمانية بشكل بارز في دستور فرنسا (دستور 1958). غير أن التعبير عن الميول العلمانية للدستور الفرنسي لم يتم في ديباجة الدستور، بل في المادة الأولى من الدستور. إذ تعلن الجمل الثلاث الأولى من هذه المادة أن: « فرنسا جمهورية موحدة، وهي علمانية، وديمقراطية، واجتماعية.

وتكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو الدين. وهي تحترم جميع المعتقدات.»

هناك العديد من الدساتير التي لا تشير ديباجتها صراحة إلى الطبيعة العلمانية للدولة، ولكن يتم ذكر ذلك في متن الدستور. فعلى سبيل المثال، ينص دستور الاتحاد الروسي (1993) في المادة 14 من الفصل الأول على أن: «1.. يكون الاتحاد الروسي دولة علمانية. ولا يجوز اعتماد أيّ ديانة كدين للدولة أو اعتبارها ملزمة. 2.. يجب أن تكون الجمعيات الدينية منفصلة عن الدولة وأن تكون على قدم المساواة أمام القانون.»

وبالإضافة إلى ذلك، لا تذكر بعض الدساتير "العلمانية" بشكل عام، ولكن تشير إليها فيما يتعلق بالتعليم على سبيل المثال. وفي هذا الصدد ينص الدستور المكسيكي (1917) في المادة الثالثة من الفصل الأول منه على أن: «التعليم يجب أن يكون علمانياً، وعلى هذا النحو، يجب الحفاظ عليه بعيداً تماماً عن أي عقيدة دينية.»
خامساً . التعددية والأقليات *Pluralism and Minorities*:

بدءاً من سبعينات القرن الماضي، أصبح هناك عدد متزايد من الديباجات الدستورية يشير صراحة إلى مسألة التعددية والأقليات. وتمت الإشارة إلى هذه المسألة في 48 ديباجة (30 في المائة) في الوقت الراهن .

ويمكن أن تختلف الجوانب التي تعتبر بموجبها المجموعة أقلية (أو التي بحكمها توجد حالة من التعددية). ويتم تعريف الأقليات في كثير من الأحيان من حيث الدين أو الثقافة أو الجنسية أو العرق أو اللغة. ومع ذلك، توجد جوانب أخرى أيضاً في ديباجة الدستور.

وقد يكون التنوع أيضاً "إقليمياً" (تشاد: 1996)، أو "عنصرياً" (السودان: 2005)، أو "أيديولوجياً" و"سياسياً" (أوغندا: 1995)، أو حتى "تجارياً" (بابوا غينيا الجديدة: 1975). وتشير معظم الديباجات الدستورية إلى عدد من هذه الجوانب. فعلى سبيل المثال، يعترف شعب أوغندا بوجود "تنوعه العرقي والديني والأيديولوجي والسياسي

والثقافي"؛ كما أن شعب السودان يدرك "تنوعه الديني والعرقي والاثني والثقافي"، وشعب كينيا (2010) فخور بتنوعه العرقي والثقافي والديني.

وفي بعض الأحيان، تذكر الديباجة الدستورية السكان الأصليين بشكل منفصل. فعلى سبيل المثال ورد في ديباجة دستور دولة بليز *Belize* أن سياسات الدولة يجب أن 'تحمي الهوية والكرامة والقيم الاجتماعية والثقافية لسكان بليز بما في ذلك السكان الأصليون لبليز'. وفي ديباجة دستور باكستان، لن تتخذ التدابير اللازمة لحماية 'المصالح المشروعة للأقليات' فحسب، وإنما أيضاً مصالح 'الطبقات المتخلفة والمعدمة'.

وعندما تشير الديباجة الدستورية إلى الأقليات، فإنها تمنحها في بعض الأحيان حماية خاصة. فشعب الكاميرون، على سبيل المثال، يطالب في ديباجة دستوره بأن 'تكفل الدولة حماية الأقليات وتحافظ على حقوق السكان الأصليين وفقاً للقانون'. ويتوخى شعب باكستان وجود نظام دستوري 'تتخذ فيه التدابير اللازمة لثجهر الأقليات بدياناتها وتمارسها بحرية، وتُثمي ثقافتها'.

ويمكن أيضاً إعلان التعددية من حيث الحقوق. تعترف ديباجة دستور جمهورية الكونغو (2015) بـ "الحق في التنوع"، وفي ديباجة دستور موريتانيا "الحق في الاختلاف". وتصف فنزويلا في ديباجة دستورها (1999) نفسها بأنها "مجتمع متعدد الأعراق والثقافات". وفي ديباجة دستور جمهورية الجبل الأسود (2007)، إحدى "القيم الأساسية" هي "التعددية الثقافية". ويصف عدد من الديباجات الدستورية القيم الإيجابية "التنوع الثقافي" (سورية) أو "التعددية" (هندوراس: 1982). ويطلق شعب الكاميرون في ديباجة دستوره على تنوعه اللغوي والثقافي "ميزة غنية" لهويته الوطنية.

معظم الديباجات الدستورية يتم سنُّها ببساطة باسم "الشعب". ومع ذلك، يشير عدد من الديباجات إلى أن "الشعب" يتكون في الواقع من عدد من المجموعات المختلفة. فعلى سبيل المثال، يعلن دستور جمهورية لاوس الديمقراطية الشعبية (1991) باسم "شعب لاو المتعدد الأعراق". كما أن شعب بوليفيا المعروف رسمياً باسم دولة بوليفيا المتعددة القوميات يشير إلى نفسه في ديباجة دستوره (2009) باسم "نحن، الشعب البوليفي، ذو

التكوين التعددي ... بنى بشكل جماعي دولة اجتماعية موحدة لقانون مجتمعي متعدد القوميات".

إن الديباجة الصينية الطويلة صريحة للغاية عندما يتعلق الأمر بالأقليات القومية. فمن ناحية أولى، " لقد خلق الشعب من جميع القوميات الصينية ثقافة العظمة وتقاليد ثورية مجيدة". ومن ناحية أخرى، تؤكد الديباجة على الحاجة إلى الوحدة الوطنية وتشير إلى تهديد خاص بها: "سواصل الكفاح من أجل الحفاظ على وحدة القوميات، فمن الضروري محاربة شوفينية الأمة الكبيرة، وخاصة شوفينية الهان Han chauvinism، وكذلك من الضروري محاربة الشوفينية المحلية والوطنية. ستبذل الدولة قصارى جهدها لتعزيز الرخاء المشترك لجميع القوميات في البلاد".

كما تحتل "الأقليات القومية" مكانة بارزة في مقدمات الدساتير الأوروبية. وتؤكد ديباجة الدستور المجري (أو الهنغاري). الذي أعلن باسم "الأمة المجرية". أن "القوميات التي تعيش معنا تشكل جزءاً من المجتمع السياسي الهنغاري، وهي أجزاء مكونة للدولة"، كما تلتزم الأمة الهنغارية، ليس فقط بتعزيز وصون تراثها ولغتها وثقافتها، ولكن أيضاً "لغات وثقافات القوميات التي تعيش في المجر".

كما أن الشعب السويسري، الذي يتكلم رسمياً أربع لغات هي: الألمانية والفرنسية والإيطالية والرومانشية، مصمم في ديباجة دستوره (1999) على "إرادة العيش معاً، مع الأخذ بعين الاعتبار الاحترام المتبادل لتنوعه واختلافه". وعلى سبيل المثال، اعتمد الشعب السلوفاكي دستوره (1992) "مع أفراد الأقليات القومية والجماعات الإثنية التي تعيش في الجمهورية السلوفاكية".

ومع ذلك، فإن الإشارات إلى التعددية والأقليات توجد بشكل متكرر في منطقة معينة من أوروبا هي "البلقان"، وهي خليط من الجماعات العرقية والدينية. يسرد عدد من الديباجات الدستورية في هذه المنطقة بشكل صريح الأقليات القومية المختلفة التي تعيش داخل حدود الدولة، وتعلن عن حقوقها المتساوية.

وهناك ديباجات عديدة أخرى أشارت صراحة إلى الأقليات القومية والجماعات العرقية وحقوقها المتساوية، مثل: مقدونيا (1991)، والجبل الأسود، والبوسنة والهرسك (1995)، وصربيا، وكرواتيا (1999).

المطلب الثالث

القيمة القانونية لديباجة الدستور

تعد ديباجة (مقدمة) الدستور جزءاً متصلاً به، مرت بنفس المراحل التي مرَّ بها وضع الدستور وإصداره . ولذلك فقد كان من المنطقي أن يكون لهذه الديباجة قوة النصوص الواردة في صلب الوثيقة الدستورية ذاتها . وعلى الرغم من هذا المنطق فإن الوضع بالنسبة للدستور الفرنسي الصادر سنة 1946 قد أثار الخلاف بين الفقهاء حول القيمة القانونية لمقدمته، ولاسيما حول **حق الإضراب** الوارد في تلك المقدمة.

ويُرجع **الفقه الفرنسي** هذا الخلاف إلى أن دستور سنة 1946 قد قصر (بموجب المادة /92/ منه) رقابة اللجنة الدستورية *Le Comité constitutionnel* صراحةً على الأبواب العشرة الأولى من الدستور، وهي التي تنظم السلطات العامة في الدولة، وهو ما يفيد استبعاد مقدمة الدستور من اختصاص اللجنة الدستورية بالرقابة على مشروعات القوانين⁽²⁹⁾. ولقد ترتب على ذلك أن **ذهب بعض الفقهاء** إلى القول بأن تلك المقدمة لم تكن في نظر المشرع الدستوري في نفس مرتبة النصوص الواردة في وثيقة الدستور، وبالتالي فلا تلزم البرلمان عند وضع التشريعات .

بينما **ذهب البعض الآخر** إلى أن مقدمة دستور 1946 لها قوة النصوص الواردة في وثيقة الدستور، لأنها وردت بعد صيغة الإصدار، مما يؤكد أن واضعي الدستور قد أرادوا لها أن تكون في نفس مرتبة نصوص الدستور⁽³⁰⁾. ويؤكد ذلك أيضاً الأهمية التي

(29) انظر في ذلك : د. جورجى شفيق سارى، أصول وأحكام القانون الدستوري (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة سنة 2002 / 2003)، ص 107 وما بعدها؛ د. فتحي فكري، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة . دستور 1971)، الكتاب الأول "المبادئ الدستورية العامة" (القاهرة؛ دار النهضة العربية، طبعة سنة 1997)، ص 45 .

(30) انظر : *Hauriou, André; Droit Constitutionnel et Institutions Politique (Paris; Montchrestien, Deuxième Edition, 1967), p.187.*

كان يعلّقها واضعي الدستور على المبادئ التي تضمنتها المقدمة، وهو ما ظهر من احتدام الجدل حولها في الجمعية التأسيسية⁽³¹⁾.

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي قد اعترف لمقدمة دستور سنة 1946 بالقيمة القانونية، وذلك منذ حكم محكمة السين المدنية الصادر بتاريخ 22 يناير/كانون الثاني سنة 1947، حيث قضت المحكمة بإلغاء الشرط الوارد في وصية سيدة إلى حفيدتها بإلغاء هذه الوصية إليها إذا هي تزوجت من يهودي، استناداً إلى أن هذا الشرط مخالف للفقرة الأولى من مقدمة الدستور التي تؤكد على أن لكل إنسان حقوقاً مقدسة لا تمس، دونما تمييز على أساس العرق أو الدين أو المعتقد. وأكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بحكمها الصادر بتاريخ 27 مارس/آذار سنة 1952، حيث استندت إلى الفقرة السابعة من مقدمة الدستور، وقررت أن: « إضراب العمال لا يعتبر بذاته سبباً لفسخ عقد العمل »⁽³²⁾.

وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى نتائج مماثلة، رغم استعماله تعابير مختلفة، وبالأخص عقب تصنيفه أهم أحكام المقدمة ضمن « المبادئ العامة للقانون ». ونشير بصورة خاصة إلى حكمه الصادر في 28 مايو/أيار سنة 1954، حيث قضى ببطلان القرار الصادر عن جهة الإدارة باستبعاد بعض المرشحين من المسابقة التي تعدها المدرسة الوطنية للإدارة L'E.N.A، بسبب آرائهم السياسية، استناداً إلى الفقرة الخامسة من مقدمة دستور سنة 1946 التي تنص على أن: « لا يُضار أحدٌ في عمله أو في وظيفته، بسبب أصله أو آرائه أو معتقداته »⁽³³⁾.

وعلى خلاف دستور سنة 1946، أعطى دستور سنة 1958 للمجلس الدستوري *Le Conseil Constitutionnel* الاختصاص بالرقابة على دستورية مشروعات القوانين التي تخالف الدستور دون استبعاد المقدمة .

(31) انظر : د. رمزي طه الشاعر، القانون الدستوري "النظرية العامة والنظام الدستوري المصري" (القاهرة؛ مطبعة جامعة عين شمس، طبعة 1997)، ص132 وما بعدها .

(32) انظر : Hauriou; *Droit Constitutionnel et Institutions Politique*, op.cit., p.187.

(33) انظر : Hauriou; *Droit Constitutionnel et Institutions Politique*, op.cit., p.188.

ولذلك استقر الرأي بين الفقهاء الفرنسيين على أن مقدمة دستور سنة 1958 لها قوة الدستور نفسه. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه في قراره (رقم 71-44 تاريخ 16 يوليو/تموز 1971) الصادر بخصوص « حرية تكوين الجمعيات » *La liberté d'association* أو الانضمام إليها، والتي تعد حجر الزاوية للحريات المدنية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

وبذلك يكون المجلس الدستوري الفرنسي قد وضع نهايةً للخلافات التي ثارت حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير في ظل دستور 1946، إذ اعتبر المجلس أن مقدمة دستور 1958 تعد جزءاً لا يفصل عن الدستور ذاته، فهي مكمّلة وامتّمة له، بما يسمح برقابة مدى مطابقتها لمشروعات القوانين لها⁽³⁴⁾.

وبالنسبة للقيمة القانونية لمقدمة الدستور السوري الصادر في عام 2012، فإنها تتمتع بنفس قوة النصوص الواردة في صلب الوثيقة الدستورية. وهذا مستفاد من نص المادة 151/ من الدستور السوري لسنة 2012 التي تقول: « **تعد مقدمة هذا الدستور جزءاً لا يتجزأ منه** »⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ انظر في ذلك : د. سعاد الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر "تحديات وتحولات" (القاهرة؛ دار النهضة العربية، طبعة 2002)، ص 378 .

Dan Himmelfarb; The Preamble in Constitutional Interpretation, in Seton Hall Constitutional Law Journal, 1991, p.66.

⁽³⁵⁾ ورد في بعض الدساتير السورية نصوصاً مماثلة تؤكد على الاعتراف بالقيمة الدستورية لمقدمة الدستور، فعلى سبيل المثال : تنص المادة 75/ من الدستور السوري المؤقت لعام 1969 على أن : « **تعتبر مقدمة هذا الدستور جزءاً لا يتجزأ منه** »، وهو حرفياً ما نصت عليه المادة 75/ من الدستور السوري المؤقت لعام 1971، والمادة 150/ من الدستور السوري الدائم لسنة 1973 . كما وردت نصوص مشابهة في بعض الدساتير المعاصرة، فعلى سبيل المثال، نصت المادة 227/ من الدستور المصري المعدل لعام 2014 على أن : « **يشكل الدستور بديابجته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً، وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة** »، ونصت المادة 145/ من الدستور التونسي لعام 2014 على أن: « **توطئة هذا الدستور جزء لا يتجزأ منه** »، وورد في الفقرة الأخيرة من مقدمة (تصدير) الدستور المغربي لعام 2011 : « **يُشكّل هذا التصدير جزءاً لا يتجزأ من هذا الدستور** ». كما نصت المادة 176/ من الدستور التركي لعام 1982 على أن : « **تشكّل الديباجة، والتي تنص على وجهات النظر والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور جزءاً لا يتجزأ من الدستور** » .

وحاصل القول أن مرتبة مقدمات الدساتير تعادل مرتبة الوثيقة الدستورية التي وردت في بدايتها، إذ لا يتصور أن نقسم ما ورد في وثيقة الدستور من قواعد إلى نوعين أحدهما يأخذ مرتبة أعلى من الآخر . ويترتب على ذلك، أن المشرع العادي - سواء في فرنسا أم سورية - لا يستطيع أن يخالف ما ورد في مقدمة الدستور من نصوص وأحكام ومبادئ، فإن هو خالفها أو تجاوزها شاب عمله عيب مخالفة الدستور .

الخاتمة

بعد أن تم بحمد الله وتوفيقه الانتهاء من عرض موضوع الدراسة « **الدِّيَابِجَةُ الدستورية** دراسة تحليلية مقارنة »، وذلك من خلال جهد متواضع بذل في هذا البحث، وجدنا أن غالبية الدساتير المعاصرة تحرص على أن تتضمن في بدايتها ديباجة أو مقدمة أو وثيقة إصدار، تتناول المبادئ الأساسية . السياسية والاقتصادية والاجتماعية . التي يحرص عليها المجتمع، والفلسفة التي تحدد صورة المذهب الاجتماعي في الدولة، وبصفة خاصة ما يحرص عليه الشعب من حقوق وحريات ويتمسك بها .

وإذا نظرنا إلى محتوى الديباجة، يمكننا ملاحظة الكثير من التنوع، فضلاً عن وجود نماذج وأنماط متشابهة عدة. ولئن كانت الديباجات الدستورية تختلف من حيث طولها وأسلوب صياغتها، إلا أنها تتضمن أشياء مشتركة كثيرة.

تشير جميع الديباجات عملياً إلى مصدر سلطة الدستور، وفي معظم الأحيان تحدّد هذا المصدر بـ 'الشعب'. فقط عدد قليل من الديباجات تشير إلى صاحب سيادة آخر غير الشعب، على سبيل المثال الملك.

منذ الحرب العالمية الثانية، تشير العديد من الديباجات (الجديدة) إلى السيادة الوطنية أو الاستقلال الوطني، وهو أمر يمكن تفسيره، إلى حد كبير، بعملية دحر الاستعمار والتخلص من ربقته. واللافت للنظر أيضاً هو الزيادة الهائلة في الإشارات الصريحة إلى الديمقراطية (منذ الخمسينيات) وسيادة القانون (منذ الستينيات).

في الوقت الحاضر، ما يقرب من نصف مجمل الديباجات يذكر سيادة القانون، بل إن ما يقرب من 75 في المائة من جميع الديباجات تعلن التزامها بالديمقراطية.

ويبدو أن سيادة القانون والديمقراطية قد أصبحا أشبه بمعيار دستوري عالمي. كما يتضح الالتزام بسيادة القانون من الإشارات إلى الحقوق الأساسية. في بعض الأحيان تكون هذه الإشارات عامة جداً، فقط ذكر الفكرة. وفي حالات أخرى، تكون أكثر تفصيلاً، وتحدد حقوقاً ومبادئ معينة. ويعلن عدد لا بأس به من الديباجات أن الكرامة الإنسانية . التي غالباً ما ينظر إليها على أنها مصدر الحقوق الأساسية . هي قيمة دستورية عليا. كما تظهر المساواة بشكل بارز في الديباجة الدستورية.

وفي حين أن العديد من الديباجات الدستورية تحدد هيكل الدستور الذي يتبع من حيث المثل العليا العالمية والعامة مثل الديمقراطية وسيادة القانون والحقوق الأساسية، فإن معظم الديباجات الدستورية تحتوي أيضاً على عناصر تعبّر عن خصوصية الدستور والدولة، أو حتى أنها تؤكد على هذه الخصوصية. وهذا واضح جداً، على سبيل المثال، عندما تقدم الديباجة الدستورية عرضاً للتاريخ الوطني.

إن الإشارات الصريحة إلى الإيديولوجية، بخلاف الليبرالية، نادرة إلى حد ما. وهي تحدث في دساتير الدول التي تصف نفسها بأنها اشتراكية أو شيوعية. فحوالي نصف الديباجات الدستورية تشير إلى الله أو الدين، في حين أن عدداً قليلاً منها فقط يتحدث عن الأساس العلماني للنظام الدستوري. وهناك اتجاه مثير للاهتمام يتمثل في الإشارات المتزايدة إلى التعددية والأقليات في ديباجات ومقدمات الدساتير .

وإذا كانت قيمة القواعد والأحكام التي تضمنتها النصوص الواردة في صلب الوثائق الدستورية ليست محل جدل، إلا أن الخلاف قد ثار بين الفقه حول القيمة القانونية لما تضمنته ديباجة تلك الوثائق من أحكام، وبالتالي مدى اعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية . إن الجدل والخلاف الفقهي حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير هو جدل نظري، ليس له جدوى حقيقية ونتائج ملموسة في الواقع، ولا فائدة فعلية، فقد قلّت هذه الجدوى والفائدة كثيراً، أو حتى زالت، خاصة في الوقت المعاصر، حيث إن الدساتير الحديثة، إما أنها تنص صراحةً على أنّ هذه المقدمات تعد جزءاً لا يتجزأ من الدستور (كما نصت على ذلك المادة /151/ من الدستور السوري لعام 2012)، أو أنها تنص على المقومات الأساسية للمجتمع سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، أو حتى

الأيدولوجية والفلسفية في نصوص الدستور نفسه، كما أنها تنص على الحقوق والحريات التي يتمتع بها المواطن في صلب الدستور وضمن مواده الرئيسية، ومثال ذلك الدستور السوري لعام 2012، حيث نص على المبادئ الأساسية التي يستند إليها نظام الحكم في الدولة . السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والتعليمية والثقافية، في الباب الأول منه، وعلى الحقوق والحريات في الباب الثاني منه . وبذلك يكون المشرع السوري قد حسم موقفه، ومنع أي احتمال لنشوب أي نزاع حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير .

إن الكلام عن مقدمة الدستور، وهي جزء لا يتجزأ منه، لا ينفصل عن الكلام عن أهمية الدستور، فإن كان للجزء أهمية خاصة به، فهي أهمية يستمدّها من الكل الذي ينتمي إليه .

قائمة المراجع:

أولاً . باللغة العربية :

- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب: في ستة مجلدات (القاهرة؛ دار المعارف، بلا تاريخ).
- د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، سنة 2008) .
- د. جورجى شفيق سارى، أصول وأحكام القانون الدستوري (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة سنة 2002 / 2003) .
- د. رمزي طه الشاعر، القانون الدستوري "النظرية العامة والنظام الدستوري المصري" (القاهرة؛ مطبعة جامعة عين شمس، طبعة 1997) .
- حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني "إنكليزي . عربي" (بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الخامسة 2008).
- د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري المقارن (دمشق، بلا ناشر، الطبعة الأولى 2021).
- د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية (دمشق، جامعة الشام الخاصة، كلية الحقوق، الطبعة الأولى 2020).
- د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر "تحديات وتحولات" (القاهرة؛ دار النهضة العربية، طبعة 2002) .
- د. سهيل إدريس، المنهل "قاموس فرنسي . عربي" (لبنان، بيروت، دار الآداب، الطبعة الرابعة والأربعون، 2012).
- د. فتحي فكري، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة . دستور 1971)، الكتاب الأول "المبادئ الدستورية العامة" (القاهرة؛ دار النهضة العربية، طبعة سنة 1997).
- قاموس اكسفورد المحيط "إنكليزي . عربي" (لبنان، بيروت، أكاديميا، طبعة 2003) .

- د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري (الاسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1958) .
- د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة (الاسكندرية، دار المعارف، طبعة 1965) .
- المعجم الوسيط (القاهرة؛ مكتبة الشروق، الطبعة الرابعة 2004) .
- مجموعة دساتير دول العالم (العربية، والأفريقية، والآسيوية، والأوربية، والأمريكيتين) .

ثانياً . باللغة الأجنبية :

1- Dan Himmelfarb; The Preamble in Constitutional Interpretation, in Seton Hall Constitutional Law Journal, 1991.

2- Justin O. Frosini; Constitutional Preambles More than Just a Narration of History, University of Illinois Law Review 2017, no. 2 (2017) 603-628.

3- Justin Orlando Frosini; Constitutional Preambles At a Crossroads Between Politics and Law (Maggioli Editore, 2012).

4- Levinson, Sanford; On Searching for Archetypes in Constitutional Preambles. Texas Law Review, 2016, Volume 95, p.63-71.

5- Tom Ginsburg; Nick Foti; Daniel Rockmore, We the Peoples The Global Origins of Constitutional Preambles, George Washington International Law Review 46, no. 2 (2014) 305-340.

6- W. Voermans, M. Stremler and P. Cliteur; Constitutional Preambles A Comparative Analysis (Cheltenham-Northampton Edward Elgar Publishing 2017).

7- Hauriou, André; Droit Constitutionnel et Institutions Politique (Paris; Montchrestien, Deuxième Edition, 1967).

واقع حظر التعذيب في الجمهورية العربية السورية بين القانون الدولي والتشريعات الوطنية

دراسة تحليلية مقارنة

1- طلال الهدلي¹

2- الدكتور نور الدين خازم²

الملخص

يشكل حظر التعذيب في القانون الدولي لحقوق الإنسان إحدى الموضوعات بالغة الأهمية التي حظيت باهتمام كبير خلال مدة طويلة من الزمن، وبخاصة في الوقت الحالي الذي بات فيه الشغل الشاغل للمجتمع الدولي إحاطة حقوق الإنسان بالحماية الدولية الكفيلة بضمان الحقوق التي نصت عليها مختلف الوثائق الدولية بهذا الخصوص. وقد عملنا من خلال هذا البحث على دراسة واقع الحماية القانونية لحق الإنسان في عدم التعرض لأي معاملة لاإنسانية أو مهينة، أو أي صورة من صور التعذيب، أو ضروب المعاملات الأخرى التي تمس بحقه في الشرف والاعتبار، والتمتع بالكرامة الإنسانية بالنظر إلى الصفة البشرية للصيقة بشخصه، ودون أي اعتبار آخر، إن كان على الصعيد الدولي، أو على صعيد الواقع القانوني والفعلي ضمن الحدود الإقليمية للجمهورية العربية السورية على اعتبارها من الدول الأعضاء في الاتفاقيات الدولية التي نصت على حظر التعذيب أو ممارسة أي فعل من الأفعال اللاإنسانية أو المهينة بحق الإنسان.

الكلمات المفتاحية: التعذيب، مناهضة التعذيب، المعاملات اللاإنسانية، المعاملات المهينة، أعمال الشراسة.

¹ طالب دكتوراه في جامعة دمشق، كلية الحقوق - قسم القانون الدولي.

² أستاذ مساعد في جامعة دمشق، كلية الحقوق - قسم القانون الدولي.

The reality of the prohibition of torture in the Syrian Arab Republic between international law and national legislation

Abstract

The prohibition of torture in international human rights law is one of the most important issues that has received great attention over a long period of time, at the national and international level, especially at the present time when the concern of the international community has become to surround human rights with international protection that guarantees the rights stipulated in various international documents in this regard.

We have worked through this research to study the reality of the legal protection of the human right not to be subjected to any inhuman or degrading treatment, or any form of torture, or other forms of treatment that affect his right to honor and esteem, and to enjoy human dignity by looking at the human quality attached to his person. Without any other consideration, whether at the international level, or at the level of legal and actual reality within the territorial borders of the Syrian Arab Republic, as it is a member of the international agreements that have stipulated the prohibition of torture or the practice of any inhuman or degrading act against human rights.

Keywords: torture, anti-torture, inhumane treatment, degrading treatment, acts of ferocity.

مقدمة:

لم يهتم القانون الدولي في بادئ الأمر بحماية حق الفرد بذاته، في عدم تعريضه لأي معاملة من شأنها أن تمس بحقه في السلامة الجسدية، أو ما يمس بشرفه واعتباره، وسواء كان هذا الفرد من الوطنيين الذين ينتمون بجنسيتهم إلى الدولة التي يوجدون على إقليمها أم من الأجانب. حيث إنه من المعلوم أن القانون الدولي في بداية نشوئه وتطوره؛ كان يعتبر أن النطاق الخاص به يقتصر فقط على الدول¹. ومع تطور العلاقات الدولية وظهور بعض الأحداث الدولية التي كانت تتعلق بفرد أو بمجموعة من الأفراد، دعت الجماعة الدولية إلى التدخل من أجل تسوية تلك النزاعات لمساسها بالسلم والأمن الدوليين، مما أنشأ منحياً جديداً في تطور العلاقات الدولية، رفض على أثرها أصحاب الفكر التقليدي في بادئ الأمر عد الإنسان شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام²، إلا أن تكرار مثل هذه الأحداث في فترات لاحقة، وبخاصة أثناء النزاعات المسلحة، وما ترافق معها من مساس جسيم بحقوق الإنسان، دعا بحكم الضرورة إلى الاعتراف بالفرد ذاته كشخص من أشخاص القانون الدولي العام، ولكن ضمن حدود معينة. وفي خضم ذلك وُلد فرع جديد من فروع القانون الدولي العام، أُطلق عليه القانون الدولي لحقوق الإنسان، وقد عُدَّ ميثاق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948م الميثاق التأسيسي لولادة هذا الفرع من فروع القانون، على الرغم من الخلافات الجوهرية بين شرح القانون الدولي العام حول القيمة القانونية لمثل هذه الوثيقة الدولية بالنظر إلى كونها إعلان لا يتضمن القوة القانونية الملزمة للدول الأعضاء التي تبنته³.

إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث في الإجابة عن تساؤل رئيس يتعلق بمدى التزام المشرع السوري - في معرض سنه للنصوص القانونية النافذة - بمراعاة الالتزامات المترتبة على الانضمام والمصادقة على الاتفاقيات الدولية الخاصة بمناهضة التعذيب، ويتفرع عن ذلك

¹ للتوسع أكثر حول تطور القانون الدولي والعلاقات الدولية راجع بشكل خاص: الحديثي، علي، 2010 - المبادئ والأصول، منشورات دار النهضة، مصر، ص (14).

² أنظر في ذلك: شكري، محمد عزيز، 2016/2015 - المدخل إلى القانون الدولي العام، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ص (27).

³ أنظر في الخلافات القائمة بين شرح القانون الدولي حول القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان: الكاشف، عبد الرحيم، 2003 - الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، دار النهضة العربية، مصر، ص (130) وما بعدها.

الأسئلة الآتية:

- ما المقصود بأعمال التعذيب، أو المعاملات اللاإنسانية أو المهينة؟ وما هي الضوابط التي يتعين مراعاتها لتصنيف الفعل على أنه من أعمال التعذيب أو المعاملات اللاإنسانية أو المهينة؟
- هل التزمت التشريعات الوطنية ومنها التشريعين السوري والعراقي بالاتفاقيات التي انضمت إليها؟

أهمية البحث: كانت سورية والعراق من عداد الدول التي انضمت إلى العديد من الاتفاقيات الدولية التي عنيت بالتعذيب، مما يعني ضمناً خلق التزام على عاتق المشرعين السوري والعراقي بوضع أحكام هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ ضمن التشريعات الوطنية، وعدم السماح بالمساس بأي حق من الحقوق الواردة في الوثائق الدولية التي تم إقرارها والمصادق عليها. وتتجسد أهمية البحث في ارتباطه بمسألة من أكثر المسائل أهمية في القانون الدولي لحقوق الإنسان، لا سيما وأن التعذيب من الأعمال التي يُشاع ويسهل ارتكابها في الواقع العملي. **أهداف البحث:** يهدف البحث إلى إيضاح مفهوم أعمال التعذيب، والأعمال اللاإنسانية أو المهينة، والضابط الذي يتم على أساسه توصيف الأفعال المقترفة بـ "عمل من أعمال التعذيب". كما يهدف البحث إلى عرض موقف المشرع السوري حيال الأثر القانوني المترتب على اقتراح أي عمل من الأعمال المذكورة في اتفاقية مناهضة التعذيب، وسائر المعاملات اللاإنسانية أو المهينة، سواء في التشريعات الجزائية أم غيرها من التشريعات الأخرى لاسيما القانون المدني.

منهج البحث: تطلبت هذه الدراسة من الباحث الاعتماد على المنهجين التحليلي والمقارن، حيث تم الاعتماد على المنهج التحليل من أجل عرض ماهية أعمال التعذيب كما وردت في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ومن ثم الاستعانة بالمنهج المقارن لعرض مدى التزام المشرع السوري بقمع أعمال التعذيب وسائر المعاملات المحظورة في القانون السوري.

خطة البحث:

- المقدمة.

- **المطلب الأول: مفهوم أعمال التعذيب في القانون الدولي العام**

- الفرع الأول: مفهوم أعمال التعذيب في الاتفاقيات الدولية

- الفرع الثاني: موقف الفقه الدولي من تعريف أعمال التعذيب .

- الفرع الثالث: التمييز بين أعمال التعذيب وغيرها من أشكال المعاملات المحظورة
- المطلب الثاني: تقييم واقع الحماية القانونية ضد التعذيب والمعاملات اللاإنسانية أو المهينة في التشريعات الوطنية
- الفرع الأول: خطة المشرع السوري في مواجهة أعمال التعذيب و ممارسة الأعمال اللاإنسانية أو المهينة
- الفرع الثاني: خطة مواجهة أعمال التعذيب في التشريعات المقارنة
- الخاتمة.

المطلب الأول

مفهوم أعمال التعذيب في القانون الدولي العام

لم يكن بيان مفهوم أعمال التعذيب في القانون الدولي العام، وفي القانون الدولي لحقوق الإنسان محل اتفاق، سواء في الاتفاقيات الدولية أم في الفقه الدولي، الأمر الذي يتطلب بيان مفهوم أعمال التعذيب في كل من الاتفاقيات والفقه الدولي على النحو الآتي:

الفرع الأول

مفهوم أعمال التعذيب في الاتفاقيات الدولية

يتبين من خلال قراءة العديد من الوثائق الدولية لم تحدد مفهوم أعمال التعذيب، بل جاء في بعض هذه الوثائق التي نعرضها على النحو الآتي:

أولاً - تعريف أعمال التعذيب في اتفاقية مناهضة التعذيب: عرفت المادة /1-1/ من اتفاقية مناهضة التعذيب أعمال التعذيب بأنها (أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديدين، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات، أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه، أو يُشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث، أو تخوفه أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيّاً كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي، أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية، ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية، أو الملازم لهذه العقوبات، أو الذي يكون نتيجة عرضية لها¹).

ثانياً- التعريف الوارد في إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض لأعمال التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية، أو اللاإنسانية أو المهينة: عرّف هذا الإعلان أعمال التعذيب بأنها (1- أي عمل ينتج عنه ألم أو عناء شديد، جسدياً كان أو عقلياً، يتم إلحاقه عمداً بشخص ما بفعل أحد الموظفين العموميين، أو بتحريض منه، لأغراض مثل الحصول من هذا الشخص، أو من شخص آخر، على معلومات أو اعتراف، أو معاقبته على

¹ اعتمدت هذه الاتفاقية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (46/39) تاريخ 10-12-1984م، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 16-7-1987م.

The Legal Prohibition Against Torture:

<https://www.hrw.org/news/2003/03/11/legal-prohibition-against-torture#What>

عمل ارتكبه، أو يُشتبه في أنه ارتكبه، أو تخويفه، أو تخويف أشخاص آخرين، ولا يشمل التعذيب الألم أو العناء الذي يكون ناشئاً عن مجرد جزاءات مشروعة، أو ملازمة لها، أو مترتباً عليها، في حدود تمشي ذلك مع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء. 2- يمثل التعذيب شكلاً متفاوتاً ومتعمداً من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة¹.

ثالثاً - تعريف التعذيب في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية: عرّفت المادة /7-2-هـ/ التعذيب بأنه (تعمد إحراق ألم شديد أو معاناة شديدة سواء بديناً أو عقلياً، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية، أو يكونان جزءاً منها، أو نتيجة لها²).

رابعاً - تقييم تعريف أعمال التعذيب في الاتفاقيات الدولية والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية:

من خلال التعريفات السابقة يمكن إبداء مجموعة من الملاحظات تجمل بالآتي:

- يتسم التعريف الذي جاء به الإعلان مقارنةً بالتعريف الوارد في اتفاقية مناهضة التعذيب بالوضوح والشمولية، بل يعد الأساس في وضع التعريف الذي ورد في اتفاقية مناهضة التعذيب آنفة الذكر.

- ظل تعريف التعذيب يأخذ الطابع التقليدي حتى وضع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تعريفاً جديداً، والذي يعد تغييراً جذرياً لما ورد من تعريفات لأعمال التعذيب في الاتفاقيات الدولية السابقة، حيث لم تقتصر محكمة العدل الدولية في تعريفها للتعذيب على الأعمال الصادرة عن الموظف الرسمي، أو الموظف الذي يتصرف بالصفة الرسمية الخاصة به، بل يعد تعديباً أي عمل يصدر ضد مجموعة من السكان المحليين عملاً بسياسة دولة، أو منظمة تعمل على ارتكاب هذا النوع من أعمال التعذيب، أي أن المادة السابعة من النظام الأساسي تطلق مصطلح التعذيب على تلك الأعمال التي تقوم بها الجماعات الفعلية غير الرسمية إلى جانب التعذيب الذي قد يصدر عن الأجهزة الرسمية

¹ تم اعتماد هذا الإعلان بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (30/3452) د) تاريخ 9-12-1975م.

² اعتمد النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين في 17-7-1998م، ودخل حيز النفاذ في 1-7-2002م.

- للدولة، أو موظفيها الرسميين¹.
- يبدو من خلال هذه التعريفات، أن التعريف الذي جاءت به اتفاقية مناهضة التعذيب هو المرجح والأكثر تفصيلاً في وضع التعريف الملائم لأعمال التعذيب، على اعتبار أن التعريف الوارد في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يقتصر تطبيقه على الدول التي صادقت على النظام الأساسي لها، وبالتالي فإن مجال تطبيق هذا التعريف أضيق بكثير مقارنةً بما ورد في اتفاقية مناهضة أعمال التعذيب، وأيضاً على اعتبار أن هذه الاتفاقية تعد الوثيقة الدولية الأساسية المعتمد عليها في دراسة الأحكام القانونية الخاصة بأعمال التعذيب، وترتيب المسؤولية الدولية للدول الأعضاء فيها مقارنةً بالنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية².
- يتسم التعذيب بمجموعة من الصفات المستنتجة من تعريف اتفاقية مناهضة التعذيب تتمثل بالآتي:
- أ- **شدة الألم أو المعاناة:** حيث إن أعمال التعذيب هي تلك الأعمال التي ينتج عنها آلام شديدة تفوق التحمل العادي للإنسان الطبيعي، وينتج عنها إما آثار مادية تترتب على جسد الضحية، أو آثار نفسية تتمثل بأفة عقلية أو نفسية تصيب الضحية، ودون أن تترك بالضرورة مثل هذه الأفعال آثاراً على جسد الضحية³.
- ب- **التنوع:** لم تضع الاتفاقية أي شكل محدد يمكن أن يحصر صور أعمال التعذيب التي تلحق بالضحية، ولكن في جميع الأحوال يمكن أن تصنف هذه الأعمال في فئتين: الأولى طائفة الأعمال المادية (التعذيب المادي)، والثانية طائفة الأعمال المعنوية (التعذيب المعنوي)⁴.

¹ Lord, Rachel, The Liability of non-state actors for torture in violation of International Humanitarian Law - an assessment of the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former YUGOSLAVIA:

https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0004/1680340/Lord.pdf

² للتوسع في هذا الرأي انظر بشكل خاص: علوان، محمد يوسف، الموسى، محمد خليل، 2007 - القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحقوق المحمية) - الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص(172-173).

³ سليمان، حمد عبد الله أبو بكر، 2004 - جريمة التعذيب في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص (8). ونص المادة 126/ من قانون العقوبات المصري.

⁴ زهير، عزي، 2011 - مناهضة التعذيب في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر،

ج- تصنف جريمة التعذيب على أنها من الجرائم المقصودة، أي أن الركن المعنوي فيها يتمثل بالقصد الجرمي المكوّن من العلم والإرادة، ولا يكفي القصد الجرمي العام لقيام هذه الجريمة، بل لابد من توافر قصد جرمي خاص حددته اتفاقية مناهضة التعذيب على سبيل الحصر، ولكنه في ذات الوقت يمثل الحد الأدنى لأي تعريف آخر قد يكون أوسع نطاقاً من التعريف الوارد في الاتفاقية، بدلالة الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب.

د- **عدم المشروعية:** تتصف أعمال التعذيب بشكل عام بعدم مشروعية العمل الذي ينجم عنه الألم الشديد، وعليه لا يعد من أعمال التعذيب ذلك الألم الذي ينجم عن العقوبات القانونية. وتحديد ما إذا كانت العقوبات المفروضة على الشخص قانونية أم لا يضطرننا للرجوع إلى القانون السائد في الدولة التي يوجد الضحية على إقليمها، لبيان مدى شرعية العقوبة المفروضة عليها، ولكن واضعي الاتفاقية لم يغفلوا عن وجود بعض العقوبات التي تعد قانونية في بعض الدول، ولكنها لا تعد كذلك في العديد من النظم القانونية الأخرى، مثل ما هو عليه الحال بالنسبة إلى العقوبات الجسدية من غير الإعدام، كالوسم وقطع اليد، وغير ذلك من العقوبات التي تخالف بماهيتها النظام الاجتماعي السائد في الدول المتمدنة، الأمر الذي اضطر واضعي الاتفاقية إلى إيراد قيد يتعلق بمثل هذه العقوبات، حيث لا يعد الألم الذي يعاني منه الشخص المعذب من قبيل أعمال التعذيب إلا في حال كانت العقوبة المطبقة على الضحية قاسية، أو مهينة، أو لا إنسانية¹.

الفرع الثاني

موقف الفقه الدولي من تعريف أعمال التعذيب

كان التعريف الذي جاءت به اتفاقية مناهضة التعذيب محل خلاف فقهي بين الدارسين للقانون الدولي لحقوق الإنسان نبينه على الشكل الآتي:

أولاً- **الاتجاه المعارض للتعريف الوارد في اتفاقية حظر التعذيب:** تتمثل حجج المعارضين للتعريف الوارد في اتفاقية مناهضة التعذيب بالآتي:

1- بحسب ما أبداه جانب من الفقه الدولي، فإن الاتفاقية في المادة الأولى منها لم تحدد بالشكل الواضح معنى "الألم" الذي يترتب على القيام بأعمال التعذيب، وفي حالات أخرى

ص(26).

¹ زهير، عزي، مرجع سابق، ص (27).

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاتفاقية تجاهلت حالات أخرى يمكن أن يعد الفعل المقترف فيها تعذيباً، ولكن لا يرتب بالضرورة ألماً مثل ما هو عليه الحال بالنسبة إلى التجارب الطبية أو الصيدلانية، أو الوضع في المؤسسات النفسية¹.

2- **قصور القصد الجرمي الخاص المحدد في تعريف أعمال التعذيب:** من حيث اقتضاه على "الحصول على اعتراف، أو الحصول على معلومات من الضحية"، في حين أنهم يرون أن هنالك غرضاً بعيداً لا يقل أهمية عن الأغراض المحددة في تعريف الاتفاقية، يتمثل في "إجراء التجارب الطبية أو البحوث العلمية على الضحية دون موافقته"، مما يستدعي بحسب رأي هذا الفقه عدّ مثل هذه الأعمال من قبيل أعمال التعذيب، على اعتبار أنها لا تقل أهمية عن تلك الأعمال المذكورة في صلب الاتفاقية².

3 - **قصور التعريف مقارنةً بالوثائق الدولية الأخرى:** فهو من ناحية كان أقل شمولاً من إعلان الأمم المتحدة لمنع التعذيب الصادر سنة 1975م، من حيث أن الإعلان أشار إلى ذات الغرض الذي نصت عليه الاتفاقية، ولكنه ذكر مثل هذه الأغراض على سبيل المثال لا الحصر، وبالمقابل جاء التعريف الذي ورد في الاتفاقية ناقصاً لجهة تحديد صفة الفاعل بأنه موظف رسمي، أو لشخص يتذرع بصفته الرسمية، ومن ثم فإن الاتفاقية تكون قد استبعدت أعمال التعذيب التي قد تقترب من قبل سلطات فعلية، أو أشخاص يكون لهم السلطة الفعلية كما هو الحال بالنسبة إلى أعمال التعذيب التي تقترب من قبل السلطات الفعلية في المناطق التي تشهد حالة من الحروب الأهلية أو الثورات ضد السلطات الرسمية³.

ثانياً - الاتجاه المؤيد للتعريف الوارد في اتفاقية حظر التعذيب: على خلاف الرأي الأول، يرى جانب آخر من الفقه أن الانتقادات السابقة في غير محلها، وحثهم في ذلك أن التعريف الوارد في الاتفاقية يغطيها جميعها، بدليل أن الفقرة الأخيرة من المادة الأولى أطلقت حكماً جامعاً لكل فعل من أفعال التعذيب، وغيره من ضروب المعاملة الأخرى اللإنسانية أو المهينة، حيث نصت هذه الفقرة الأخيرة على أنه (لا تخل هذه المادة بأي

¹ زهير، عزي، المرجع السابق، ص(28).

² عيسى، حسن سعد محمد، 1999 - الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص(260).

³ زهير، عزي، مرجع سابق، ص(30).

صك دولي أو تشريع وطني يتضمن أو يمكن أن يتضمن أحكاماً ذات تطبيق أشمل¹. وبناءً على كل ما تقدم، يعرّف جانب من الفقه أعمال التعذيب بأنها (المعاملة للإنسانية التي احتوت على المعاناة العقلية أو الجسدية التي تفرض بغرض الحصول على المعلومات أو الاعترافات أو لتوقيع العقوبة، والتي تتميز بحالة من الإجحاف والشدة²)، في حين أن جانباً آخر من الفقه يرى في تعريف التعذيب بأنه (السلوك الذي يستشعر أي إنسان في العالم المتحضر أنه تعذيب³)، فالحبس الانفرادي على سبيل المثال في نظر هذا الجانب من الفقه يعد عملاً من أعمال التعذيب لو قُصد به التحقير أو الإهانة أو الإكراه أو أي إيلا م معنوي، وهذا الموقف نجده في إحدى تطبيقات اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان⁴. ومن الفقه العربي يرى الدكتور "محمد زكي أبو عامر" أن تعريف التعذيب لا يتوقف على طبيعة المعاملة التي تُمارس ضد الضحية، بل تتوقف على تحديد جسامة الأثر الذي يترتب على تطبيق مثل هذه المعاملة بحقه، بحيث إن العمل لا يعد تعذيباً إلا في حال خلف إيذاءً جسيماً، أو تصرفاً عنيفاً أو وحشياً، وتقدير جسامة مثل هذا الأثر يعد مسألة موضوعية متروكة لقاضي الموضوع في كل حالة على حدة⁵. وبتقديرنا إن جميع التعريفات السابقة لم توضح الماهية الخاصة بأعمال التعذيب في القانون الدولي العام، فلئن كان جانب من الفقه المذكور قد أيد ما ذهب إليه الاتفاقية محل الدراسة في تعريف أعمال التعذيب، فإن تحديد القصد الجرمي لدى الفاعل في اقتراح مثل هذه الأفعال يجعل أي تعريف لها معيباً لجهة القصور، خاصةً أن مثل هذه الأعمال لا تقترب إلا من قبل شخص يتمتع بصفة معينة، كأن يكون موظفاً رسمياً، أو يتدرب بالصفة الرسمية، وفوق ذلك لا يمكن القول بما ذهب إليه جانب آخر من الفقه بالتوسع في تعريف أعمال التعذيب لدرجة تخرج مثل هذه الأعمال عن الماهية الخاصة بها، فليس كل عمل يمكن أن يقع على الإنسان من شأنه أن يثير المسؤولية الدولية للدولة، أو للشخص القائم على ممارسة مثل هذه الأعمال، حيث إنه من المعلوم أن المسؤولية الدولية لا يمكن أن

¹ زهيرة، عزبي، المرجع السابق، ص(30).

² عيسى، حسن سعد محمد، مرجع سابق، ص(161).

³ رخا، طارق عزت، 1999 - تجريم التعذيب والممارسات المرتبطة به - دراسة مقارنة في القانون الدولي العام والقانون الوطني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، ص(43).

⁴ عزبي زهيرة، مرجع سابق، ص(31).

⁵ أبو عامر، محمد زكي، 1989 - قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار التوني للطباعة والنشر، مصر، ص(161).

تترتب بحال إلا إذا كان من شأن جسامة الفعل المقتترف أن يمس بالأمن السلم والدوليين، وليس كل فعل قد يتعرض له الإنسان، ولو كان بقصد التحقير أو الإهانة من شأنه أن يترتب المسؤولية الدولية، الأمر الذي يضطرنا لاستبعاد مثل هذا الرأي الذي يقول بالتوسع في تعريف بأعمال التعذيب.

والذي يبدو من كل ما تقدم، أن التعريف الذي جاءت به المادة /1-1/ من اتفاقية مناهضة التعذيب هو التعريف الأنسب، على الرغم مما يعتريه من مثالب، ذلك أن أي مثالب أو نقص في تعريف أعمال التعذيب من الممكن أن يُستدرك بالتعريفات الأخرى الواردة في الاتفاقيات الدولية أو التشريعات الوطنية للدولة صاحبة العلاقة، بدليل ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب ذاتها. وعليه ما لا يمكن أن يعد من قبيل أعمال التعذيب بحسب اتفاقية مناهضة التعذيب، يمكن أن يعد وفقاً لهذه المادة من قبيل أعمال التعذيب، وتطبق عليه الأحكام القانونية الخاصة بهذه الاتفاقية، ولو كان التعريف غير وارد فيها بدلالة الفقرة الأخيرة من المادة الأولى سالفه الذكر.

الفرع الثالث

التمييز بين أعمال التعذيب وغيره من أشكال المعاملات المحظورة

من الممكن أن يثار اللبس في الفهم بين أعمال التعذيب من جهة، وبين الصور الأخرى من المعاملات اللاإنسانية أو المهينة من جهة أخرى، الأمر الذي يستدعي بيان أوجه التفرقة بينها على النحو الآتي:

أولاً- **التعريف بالمعاملات المحظورة في القانون الدولي العام:** يمكن القول إن المعاملات اللاإنسانية أو القاسية هي المعاملات الخشنة التي لا تدخل في دائرة التحريم إلا إذا ترافقت معها عوامل القسوة وطبيعة الإحساس الملازم للفعل، وكافة الظروف المحيطة بالشخص، وهي تتطلب شيئاً من القسوة لتدخل في دائرة التحريم¹. وقد ذهبت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى القول في تقريرها في قضية اليونان سنة 1978م (إن المعاملات اللاإنسانية هو المفهوم الذي يغطي على الأقل المعاملة الأكثر تداولاً، والتي تسبب معاناة نفسية وجسدية قاسية، وتكون في هذه الحالة غير مبررة..)، ثم عرّفت المعاملة أو العقوبة المهينة بأنها المعاملة أو العقوبة التي تسبب إذلالاً جسيماً للشخص، سواء في نفسه أم من قبل الآخرين،

¹ عيسى، حسن سعد محمد، مرجع سابق، ص(262).

أو التي تفرض ضد إرادته، أو شعوره¹ .

ثانياً- معيار التمييز بين أعمال التعذيب وبين الأعمال الأخرى المحظورة: على الرغم من صعوبة التمييز بين أعمال التعذيب وسائر الصور الأخرى من المعاملات المحظورة، إلا أن الفقه والقضاء الدوليين قد اتفقا على الاعتماد على عدد من المعايير للتمييز بينها يمكن ذكرها على النحو الآتي:

1- معيار شدة الألم: يشمل التعذيب كلاً من الألم الجسدي والألم النفسي، ولكن يتميز التعذيب عن سائر المعاملات المحظورة بأنه يكون على درجة كبيرة من الجسامة، بحيث إنه إذا كانت درجة الألم قد بلغت حداً لا يمكن للضحية تحمله فإنه تكون في هذه الحالة بصدده صورة من صور أعمال التعذيب، أما إذا كانت درجة الألم أقل من ذلك، فإن الأمر لا يعدو أن يكون صورة من صور المعاملات المحظورة الأخرى². وكانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد اعتبرت عند وضع إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، أن التعذيب يمثل حداً متفاقماً ومتعمداً من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة³. ويتسم مثل هذا المعيار بالبساطة، فما كان لا يطاق من الألم فهو أثر من آثار أعمال التعذيب، وما كان دون ذلك فهو من سائر المعاملات المحظورة الأخرى، ولكن يؤخذ على هذا المعيار الصعوبة في التطبيق، فهو غامض من حيث الأساس الذي ينبغي الاعتماد عليه لتحديد مقدار درجة الألم، بمعنى هل أن هذا المقدار من درجة الألم يُعتمد فيه على درجة تحمل الضحية نفسها، أم ينبغي الاعتماد على معيار آخر للرجل المعتاد؟ فما يمكن أن يعد شديداً لا يطاق بالنسبة إلى المرأة أو الطفل أو الرجل الكهل أو الشاب المريض قد لا يعد كذلك بالنسبة إلى الآخرين، وفوق ذلك إن تحديد ماهية أعمال التعذيب لا يقتصر بالضرورة على تحديد درجة الألم التي تتعرض لها الضحية، بل قد يعتمد كذلك الأمر على طول الفترة التي تعرض فيها للفعل الذي يسبب له الألم، حتى ولو كان هذا الفعل لا يسبب الألم الشديد، وفوق ذلك يلعب المجتمع الذي وقعت فيه الحادثة المراد تصنيفها على أنها من حوادث التعذيب أو

¹ زهيرة، عزي، مرجع سابق، ص(31).

² عيسى، سعد محمد، مرجع سابق، ص(264).

³ رخا، طارق عزت، مرجع سابق، ص(23-24).

المعاملات المحظورة الأخرى دوراً على قدر كبير من الأهمية في تحديد وصف الفعل المقترف، بين أن يكون من تلك المجتمعات المتمدنة التي لا تألف في حياتها اليومية المعتادة مثل هذه الأفعال، أو من بين تلك المجتمعات ذات الثقافة الريفية التي ترى بنمط معين من الأفعال على أنه من قبيل المعاملات العادية التي لا تستدعي المواخذة على النطاق الدولي¹. والذي يبدو من خلال كل ما تقدم من معطيات أن تقدير ما إذا كان الفعل يعد من أعمال التعذيب أم لا هي مسألة موضوعية بامتياز، يعود تقديرها وتكييفها للقاضي الناظر في موضوع النزاع، آخذاً بعين الاعتبار كافة الظروف الموضوعية والشخصية التي أحاطت بالضحية وقت ممارسة تلك الأعمال.

2- معيار الغرض من الفعل (القصد الجرمي الخاص): وفقاً لهذا المعيار فإنه إذا كان الغرض من اقتراف العمل الماس بالسلامة الجسدية للإنسان يتمثل في إحدى الدوافع التي حددتها اتفاقية مناهضة التعذيب في المادة /1-1/ منها فإن العمل في هذه الحالة يعد من قبيل أعمال التعذيب، أما في حال كان الدافع غير ذلك فإنه لا يعدو أن يكون الأمر من قبيل المعاملات اللإنسانية أو المهينة، أو غير ذلك من صور المعاملات المحظورة الأخرى². ولكن بتقديرنا إن القصد الجرمي الخاص لا يكفي وحده لتكوين معيار واضح من أجل تحديد المعيار بين أعمال التعذيب وبين سائر المعاملات المحظورة الأخرى، ذلك أن لعمل التعذيب ماهية خاصة به تجعل من الصعب غض النظر عنها في معرض التمييز بين هذه الأعمال وبين غيرها من سائر المعاملات المحظورة، بحسبان أن الأثر المادي المترتب على ممارسة مثل هذه الأعمال عنصر لازم وضروري في معرض التمييز، أما القصد الجرمي الخاص فهو عنصر نفسي بحت، يتوافر لدى الفاعل المسؤول عن اقتراف مثل هذه الأعمال المحظورة، ومتى ما توافر مثل هذا القصد الجرمي الخاص فإن السلوك المقترف من قبل الفاعل لا يعد بالضرورة من قبيل أعمال التعذيب طالما أن جسامة الأثر المترتب على اقتراف مثل هذا السلوك عنصر مادي بحت لا يمت بأي صلة للحالة النفسية التي يكون عليها الجاني لحظة

¹ ريعي، عبد الفتاح أمين عبد الفتاح، 2011/2012 - ملاحقة مرتكبي جريمة التعذيب، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين المحتلة، ص(8).

² بكة، سوسن تمر، 2006 - الجرائم ضد الإنسانية في ضوء النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص(351).

القيام بأعمال التعذيب¹. والواضح من خلال ما تقدم أن أياً من المعيارين سألني الذكر هو معيار لازم للتمييز بين أعمال التعذيب وبين سائر المعاملات المحظورة، ولكنه غير كافٍ البتة ليصح الاعتماد عليه وحده في القيام بمثل هذه التفرقة.

المطلب الثاني

تقييم واقع الحماية القانونية ضد التعذيب والمعاملات اللإنسانية أو المهينة في التشريعات الوطنية

نبين في هذا المطلب موقف المشرع السوري من اتفاقية مناهضة التعذيب، ومن ثم تقييم واقع الحماية القانونية عن طريق المقارنة بين النصوص الواردة في القانون السوري مع نظيراتها الواردة في التشريعات المقارنة على النحو الآتي:

الفرع الأول

خطة المشرع السوري في مواجهة أعمال التعذيب وممارسة الأعمال اللإنسانية أو المهينة يتبدى موقف المشرع السوري الراض لأبي عمل من أعمال التعذيب وسائر المعاملات الدولية المحظورة الواردة بحق الإنسان في المواضع التالية:

1- ما نصت عليه المادة /534-7/ من قانون العقوبات، التي تعاقب على القتل المقصود الواقع بعد القيام بأعمال التعذيب أو الشراسة نحو الأشخاص²: يتبين من خلال تحليل النص القانوني أن المشرع السوري لم ينص على تعريف أعمال التعذيب أو الشراسة، كل ما هنالك أنه قضى بتشديد العقوبة المقررة لجريمة القتل المقصود، بحيث تشدد العقوبة من الأشغال الشاقة عشرون سنة لتصبح الأشغال الشاقة المؤبدة³. والذي يبدو أن

¹ أنظر في القصد الجرمي الخاص على وجه التحديد: حسني، محمود نجيب، 2006 - النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص(210-213).

² نصت المادة /534-7/ من قانون العقوبات السوري على الآتي: (يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة على القتل قصداً إذا وقع ... 7- في حال إقدام المجرم على أعمال التعذيب أو الشراسة نحو الأشخاص).

³ عمل المشرع السوري على تعديل عقوبة القتل المقصود، حيث كانت هذه العقوبة قبل صدور المرسوم رقم /1/ لعام 2011م تتراوح بين الـ /15-20/ سنة، أما بموجب المرسوم رقم (1) لعام 2011م فقد شددت العقوبة لتصبح الأشغال الشاقة /20/ سنة، أما عقوبة القتل المشدد فقد بقيت على حالها دون أي تعديل. انظر في مضمون المرسوم موقع مجلس الشعب الإلكتروني على الشبكة:

<http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=55151&cat=4500>

تاريخ الدخول: 2020/12/25م

المشروع السوري لم يتبنَّ التعريف الوارد لأعمال التعذيب في المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب، حيث إن التعريف كما ذكر سابقاً يقتصر بقصد جرمي خاص، وفي حال تم اقتراح مثل هذا العمل لغير ما ورد في هذا القصد الجرمي الخاص فإنه يتعدى عد العمل - من الناحية القانونية على الأقل - من قبيل أعمال التعذيب التي نصت عليها الاتفاقية، وبالمقابل يتطلب عد العمل من قبيل أعمال التعذيب المحظورة بموجب الاتفاقية اقتراح مثل هذه الجريمة من قبل موظف رسمي، أو من قبل شخص يدعي الصفة الرسمية، في حين أن المشروع السوري لم يتطلب في القيام بأي عمل من أعمال التعذيب - على اعتباره ظرف مشدد للعقوبة - أن يتمتع الفاعل بصفة ما، وسواء أن يكون الفاعل في هذه الحالة من قبيل الموظفين الرسميين، أو من قبل غيرهم¹. وقد يثور التساؤل في هذه الحالة حول المقصد الحقيقي للمشروع السوري من أعمال التعذيب أو الشراسة، بمعنى هل إن سكوت المشروع السوري عن تعريف أعمال التعذيب أو الشراسة يعني العودة ضمناً إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لتحديد المقصود بهذه الأعمال، أم أن توصيف ما إذا كان العمل الممارس ضد المجني عليه في جريمة القتل المقصود يعد من قبل أعمال التعذيب أو الشراسة هو مسألة موضوعية يعود في تقديرها لقاضي الموضوع، وله أن يسلك على مثل هذا العمل وصف أعمال التعذيب أو الشراسة من عدمه؟

يرى جانب من شراح القانون الجزائري أن سكوت المشروع السوري عن تعريف أعمال التعذيب أو الشراسة يقتضي العودة إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وبخاصة اتفاقية مناهضة التعذيب لتحديد المقصود من هذه الأعمال، ومن ثم تحديد ما إذا كان العمل الممارس على المجني عليه يعد من قبل أعمال التعذيب أو الشراسة أم العكس من ذلك مرتبط بالتعريف المحدد بموجب الاتفاقية². لكن الذي يبدو أن مثل هذا الأمر مناط بالسلطة التقديرية للقاضي،

¹ انظر في أركان جريمة القتل بشكل خاص: أوتاني، صفاء، 2012/2011 - قانون العقوبات (القسم الخاص) - الجرائم الواقعة على الأشخاص والجرائم الواقعة على الأموال، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ص(106) وما بعدها.

² ومن هذا الرأي أوتاني، صفاء، المرجع السابق، ص(78)، وفي القانون اللبناني المصدر التاريخي للقانون السوري أنظر في ذلك: القهوجي، علي عبد القادر، 2002 - قانون العقوبات - القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص(329).

فليس واجباً عليه في معرض تكييف الفعل المقترف، وتقرير ما إذا كان يعد الفعل المقترف من قبيل أعمال التعذيب أم العكس من ذلك اللجوء للحكم الوارد في الاتفاقية، وذلك لعدة أسباب من أهمها تعارض التعريف الوارد في الاتفاقية مع العلة من تشديد العقوبة المقررة للقتل المقصود المقترن بأعمال التعذيب والشراسة¹، وفوق ذلك لم تنص أحكام اتفاقية مناهضة التعذيب على سريان أحكام هذه الاتفاقية مباشرةً بمجرد الانضمام إليها، بدليل أن المادة /25-2/ من ذات الاتفاقية قد قضت بـ (خضوع الاتفاقية لأحكام إجراءات التصديق، على أن تودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة). ومن ثم إن واجب القاضي السوري الناظر في أي مسألة فرعية تتعلق بالبحث عن الظروف المشددة لعقوبة القتل المقصود المقترن بأعمال التعذيب والشراسة يقتضي عدم التكييف مباشرةً على أساس التعريف الوارد في الاتفاقية، بل ما نص عليه الصك القانوني الصادر عن السلطة المختصة في الدولة السورية، في معرض تصديقها الأحكام الواردة في اتفاقية مناهضة التعذيب، والقول بغير ذلك ينافي مبدأ سيادة الدول واحترام هذه السيادة، وما يترتب عليه من نتائج، والذي يعد أحد المبادئ الرئيسية التي بني عليها ميثاق الأمم المتحدة². وبالتالي ما يعد عملاً من أعمال التعذيب وفقاً لما ذهب إليه المشرع السوري في المادة /534-7/ من قانون العقوبات قد لا ينطبق بالضرورة على أعمال التعذيب، المهم في مثل هذا العمل أن يكون محققاً لعلّة تشديد العقوبة من الأشغال الشاقة /20/ سنة إلى المؤبد على النحو المبين سابقاً.

2- ما قضى به المشرع السوري في المادة /545/ من قانون العقوبات: حيث تقضي هذه المادة بزيادة العقوبة المبررة لجريمة الإيذاء المقصود المقترفة حسب المواد /540-

¹ وتتمثل هذه العلة في الخطورة الإجرامية الكبيرة التي يظهرها الجاني بإقدامه على قتل المجني عليه بطريقة يطيل فيها ألاماً جسيمة لا يتحملها الإنسان العادي قبل الإجهاز عليه، مما يظهر عراقه في الإجراء تستدعي تشديد العقاب مقارنةً بالعقوبة المقررة للقتل المقصود البسيط. انظر في ذلك على سبيل التحديد: أوتاني، صفاء، مرجع سابق، ص(79).

² أنظر في دور القاضي الوطني في تطبيق المعاهدات الدولية على وجه الخصوص: الأمين، خير الدين، 2007 - تطبيق القضاء الداخلي للمعاهدات الدولية، مجلة جامعة بابل، المجلد (7)، العدد (2)، ص(391) وما بعدها. كما نصت المادة (2) من ميثاق الأمم المتحدة على الآتي: (تعمل الهيئة وأعضاؤها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقاً للمبادئ الآتية: 1- تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها. 2- ... 7- ليس في هذا الميثاق ما يسوغ "للأمم المتحدة" أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع).

544/ في حال تم اقتراح الجريمة بإحدى الحالات المذكورة في المادتين / 534-535/ من قانون العقوبات، وما يهمننا في هذا الصدد موقف المشرع السوري من اقتراح جريمة الإيذاء المقصود المقترن بأعمال التعذيب، وذلك بدلالة المادة /545/ من قانون العقوبات سألفة الذكر، بحيث يعتبر المشرع السوري اقتراح أعمال التعذيب أو الشراسة على النحو المبين في المادة /534-7/ سألفة الذكر من قانون العقوبات سبباً مشدداً للعقاب، ولو اختلفت الجريمة بين أن تكون من عداد جرائم القتل المقصود، فتعدو من جرائم الإيذاء. وتثور في هذه الحالة أيضاً ذات الصعوبة المتعلقة بتحديد مفهوم أعمال التعذيب أو الشراسة، والتفريق بينها وبين أعمال الإيذاء، فلئن كان المشرع السوري في جرائم الإيذاء يعاقب على مطلق المساس بالسلامة الجسدية، ويغض النظر عن درجة الألم أو المساس بالسير المنتظم للجسد¹، فإنه في أعمال التعذيب والشراسة لا بد وأن يحدد الماهية الخاصة بها، التي تتميز عن نتيجة جرم الإيذاء، ويكون لها الوجود القانوني المستقل الذي يجعلها أهلاً - وبحق - لأن تشكل ظرفاً لتشديد العقاب في النظرية العامة لقانون العقوبات بحسب التكييف القانوني السليم. ولا مناص في هذه الحالة من إناطة القاضي بالسلطة التقديرية لبيان الحدود الفاصلة في ظروف كل نزاع يعرض عليه على حدة، مستهدياً بالعلة من تشديد العقاب لعلة اقتراح أعمال التعذيب على النحو سالف الذكر، خاصة في تلك الحالات التي لا يتولد فيها عن الإيذاء المقصود أي عطل أو مرض أو عاهة دائمة، أو ما له من مظاهرها².

3- ما قضت به المادة /391/ من قانون العقوبات السوري: التي تعاقب مبدئياً بالحبس من سنة أشهر حتى ثلاث سنوات (كل شخص يسوم شخصاً آخر ضرباً من الشدة لا يجيزها القانون، رغبةً منه في الحصول على إقرار عن جريمة، أو على معلومات بشأنها). وبموجب الفقرة الثانية من هذه المادة يشدد المشرع السوري العقوبة لتصبح الحبس سنة على الأقل - أي الحبس من سنة حتى ثلاث سنوات (في حال أدت مثل هذه الضروب إلى إنزال المرض أو الجراح بحق المجني عليه). والذي يبدو من تحليل

¹ انظر في موضوع جريمة الإيذاء بشكل خاص: حسني، محمود نجيب، دون سنة نشر، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص(114) وما بعدها.

² المرجع السابق، ص (117).

النص القانوني أن المشرع السوري لم ينص على صفة خاصة بالفاعل، كأن يكون فاعل الجريمة موظفاً بالمعنى المحدد في المادة /340/ من قانون العقوبات¹، وبالتالي فإن الجريمة تقوم بغض النظر عن الصفة التي يتمتع بها الفاعل، وسواء كان الفاعل موظفاً رسمياً أم من الأفراد العاديين. ولابد من أن يفترن اقتراح هذا الجرم بقصد جرمي خاص يتمثل في رغبة الفاعل في الحصول على معلومات تتعلق بـ "إقرار باقتراح جرم ما، أو الحصول على معلومات حول هذا الجرم"، وفي هذه الحالة قد يكون الخاضع للتعذيب هو شخص مشتبه في اقتراحه لجرم ما، أو مدعى عليه بهذا الجرم، وقد يكون الخاضع للتعذيب هو شاهد لديه معلومات معينة حول اقتراح هذه الجريمة، ويرغب الجاني في الحصول على هذه المعلومات عن طريق تعريضه لأعمال التعذيب بعد تمنع الشاهد عن الإفادة بمثل هذه المعلومات. وبالتالي يتبين من موقف المشرع السوري أن السلوك المجرم لا بد أن يكون أولاً ذو طابع مادي، وهذا واضح من نص المادة /391/ التي تنص على أنه (من سام شخصاً ضرورياً من الشدة لا يجيزها القانون ...)، وبالتالي يخرج من نطاق التعذيب بحسب ما ذهب إليه المشرع السوري تلك الأفعال التي تسبب عذاباً نفسياً مهما بلغت جسامة تلك الأفعال، ولو كانت بقصد حمل المدعى عليه أو المشتبه به على الإقرار باقتراحه لجرم ما، أو لحمل شخص لديه بعض المعلومات عن الواقعة الجرمية المقترفة على الإدلاء بما لديه من معلومات. ومن الأمور التي تؤخذ على المشرع السوري الغموض، من حيث اقتصره في التجريم على الأفعال التي لا يجيزها القانون، فما هي الأفعال التي يجيزها القانون، والتي تبرر لشخص ما إنزالها بحق آخر رغبة منه في الحصول على اعتراف أو إقرار ولو غير قضائي حول اقتراحه لجرم ما، أو لمعلومات تتعلق بالواقعة الجرمية المقترفة، خاصة أنه من أهم الشروط المتعلقة بالاعتراف أو الإقرار أن يكون صادراً من غير إكراه حتى يكون له أثره والقيمة القانونية التي يتمتع بها؟ نعتقد من خلال ما تقدم أن المشرع السوري لم تكن لديه الخطة الواضحة حيال تجريم أفعال التعذيب، إنما كان ينظر إلى هذه الأعمال على أنها تأتي في صورة سلوك جرمي

¹ نصت المادة /340/ من قانون العقوبات على الآتي: (بعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب كل موظف عام في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها، وكل عامل أو مستخدم في الدولة أو في إدارة عام).

لبعض الجرائم التي تمس حق الإنسان في السلامة الجسدية، أو تكون ظروفًا مشددة في حال اقترن اعتراف بعض الجرائم الأخرى بظروف موضوعية يكون فيها المجني عليه قد تعرض لصورة من صور أعمال التعذيب الواردة في الاتفاقية دون غيرها، ومثل هذا الوضع القانوني بتقديرنا لا يجعل المشرع السوري قادراً على تنفيذ كامل الالتزامات الدولية الملقاة على عاتقه، على الأقل في معرض الحديث عن مدى كفاية النصوص القانونية الداخلية للتصدي لاعتقاف مثل هذه الأعمال في الأرض السورية. وفي معرض الحديث عن مدى كفاية النصوص القانونية لقمع أفعال التعذيب التي تقترف على الأرض السورية، يتعين علينا لفت النظر إلى قضية جداً مهمة، تتعلق بعدم كفاية النصوص القانونية التي حددت اختصاص المشرع السوري بتطبيق النص القانوني، والمقصود بذلك تطبيق النص القانوني الوارد في القانون الجزائي السوري على أساس الاختصاص الإقليمي، حيث إن مثل هذا الاختصاص - بالنسبة إلى القانون السوري - يطبق بالنسبة إلى الجرائم التي تقترف على الأرض السورية، بغض النظر عن جنسية مقترفها، أو شخص المجني عليه، ولكن المشرع السوري يغفل في إعلان اختصاص تطبيق قانون العقوبات السوري تلك الحالات التي يتعرض فيها المواطنون السوريون في الخارج إلى نمط معين، أو صورة معينة من صور أعمال التعذيب، وبخاصة بالنسبة إلى تلك الحالات الفردية التي تعرض لها الفارون السوريون من ويلات الحرب الإرهابية على سوريا. وأمام مثل هذه الحالات الفردية يتعين تعديل الاختصاص الإقليمي لقانون العقوبات السوري لمنح القضاء السوري الصلاحية في ملاحقة مرتكبي مثل هذه الجرائم وغيرها بحق السوريين في الخارج، بما يعزز من تأدية المشرع السوري لالتزاماته بقمع اعتراف مثل هذه الأفعال، سواء في الداخل السوري أم خارجها، وبخاصة في حال لم تعمل الدولة صاحب الإقليم على مباشرة أعمال الملاحقة لسبب من الأسباب¹.

الفرع الثاني

خطة مواجهة أعمال التعذيب في التشريعات المقارنة

نبين ضمن هذا الفرع السياسة الجنائية لبعض التشريعات الوضعية في مواجهة أعمال التعذيب على النحو الآتي:

¹ The Legal Prohibition Against Torture:

<https://www.hrw.org/news/2003/03/11/legal-prohibition-against-torture#What>

أولاً - في القانون اللبناني: يعد القانون اللبناني المصدر التاريخي للقانون السوري، حيث استقى المشرع السوري معظم أحكامه من القانون اللبناني، والذي أخذها بدورها من القانونين الإيطالي والفرنسي على الترتيب¹. وقد كان موقف المشرع اللبناني حتى وقت قريب مشابه تماماً لما هو عليه الحال في قانون العقوبات السوري، من حيث عدم تجريم أفعال التعذيب بشكل مستقل، والاقتصار على المواجهة الجنائية لمثل هذه الأفعال عن طريق تشديد العقاب على اقتراف أي جريمة من خلال القيام بأعمال التعذيب، أو من خلال تجريم بعض صور السلوك الجرمي التي تدخل في تكوين الجريمة، والمتمثلة بالقيام بأعمال التعذيب. ويتم حالياً العمل على استصدار قانون مستقل في الدولة اللبنانية يجرم أعمال التعذيب بشكل مستقل عما هو وارد في قانون العقوبات اللبناني بشكله الحالي².

ثانياً- في القانون العراقي: لم يشرع القانون العراقي أي نص قانوني خاص بتجريم أفعال التعذيب أسوةً بالمشرعين اللبناني والسوري، كل ما هنالك أنه أورد نصاً قانونياً خاصاً عالج فيه الحكم القانوني للموظفين الذين يعملون على تجاوز السلطات الممنوحة لهم في القانون، فيعملون مسيئين استعمال هذه السلطة على إنزال أعمال التعذيب بحق كل متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجرم ما، أو الإدلاء بمعلومات تتعلق بجريمة ما، أو القول أو الكتمان بمعلومات ما تتعلق بهذه الواقعة الجرمية. ومثل هذه الأعمال لا تمثل أعمال التعذيب في جميع صورها، ما يعني بقاء الكثير من صور أعمال التعذيب بمنأى عن المعالجة القانونية التي تقتضيها الطبيعة الخاصة لهذه الأعمال.

ثالثاً- في القانون الأردني: على خلاف المشرعين اللبناني والسوري، عمل المشرع الأردني على إيراد تعريف لأعمال التعذيب في المادة /208/ من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم (9) لعام 2014م، التي قضت بالآتي: (1- من ساء شخصاً أي نوع من أعمال التعذيب التي لا يجيزها القانون بقصد الحصول على إقرار بجريمة، أو على معلومات بشأنها عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات. 2- لغايات هذه المادة يقصد بالتعذيب أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدياً كان أم عقلياً يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول منه

¹ السراج، عيود، مرجع سابق، ص(110).

² أنظر في الأسباب الموجبة لاستصدار قانون مستقل لتجريم أفعال التعذيب: موقع الجامعة اللبنانية على شبكة الإنترنت: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/Law.aspx?lawId=274003&language=ar>

أو من شخص آخر على معلومات أو على اعتراف أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه أنه ارتكبه هو أو غيره أو تخوف هذا الشخص أو إرغامه هو أو غيره، أو عندما يلحق بالشخص مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب يقوم على التمييز أي كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص يتصرف بصفته الرسمية. 3- وإذا أفضى هذا التعذيب إلى مرض أو جرح بليغ كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة). ومن خلال ما تقدم يتبين بشكل واضح موقف المشرع الأردني من مواجهة أعمال التعذيب في القانون، وتبنيه للتعريف الوارد في اتفاقية مناهضة التعذيب لمثل هذه الأعمال.

ومن التشريعات التي تشابه موقفها مع موقف المشرع الأردني يمكن ذكر موقف المشرع الجزائري، الذي عرف في قانون العقوبات النافذ أعمال التعذيب في المادة /263/ مكرر بأنه (كل عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما مهما كان سببه). وهذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري له من الاتساع بمكان بحيث لا يشمل فقط التعريف الوارد في اتفاقية مناهضة التعذيب، بل يشمل كذلك الأمر التعريفات الأخرى التي زادت من نطاق التعريف لا سيما التعريف الوارد في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، سواء لجهة صفة مقترف الجريمة، أو للقصد الجرمي الخاص من وراء اقتراح مثل هذا الفعل، والذي قد يتمثل: - إما باعتراف باقتراح جريمة ما، أو معلومات تتعلق بهذه الجريمة، أو لأي سبب آخر، وفي هذه الحالة يتطلب المشرع السوري أن يكون مقترف الجريمة موظفاً، أو شخصاً يتدرب بصفة رسمية [المادة /263/ مكرر (2)]. - أي قصد جرمي خاص آخر غير المحدد في المادة السابقة ويقترف في هذه الحالة من قبل شخص غير موظف رسمي، أو يتدرب بصفة رسمية.

خاتمة

يتضح من خلال ما تقدم، أن موضوع مناهضة التعذيب في القانون الدولي العام، وبخاصةً في القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ من الموضوعات الرئيسية التي عملت الجماعة الدولية خلال النصف قرن من الزمن المنصرم على إيلائه الأهمية المناسبة، لحفظ حق الإنسان - كأحد عناصر القانون الدولي العام - في السلامة الجسدية، وحقه كذلك في الحياة بعيداً عن أي ممارسات غير مشروعة تمس به، أو أي معاملات قاسية أو لإنسانية تحط من كرامته واعتباره. وقد عملت دولٌ ليست بالقليلة على الانضمام إلى معظم الاتفاقيات، كما تبنت سائر الوثائق الدولية التي تصدرت لهذا الموضوع على الصعيد الدولي، آخذةً على عاتقها وضع أحكام مثل هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ ضمن الحدود الوطنية لهذه الدول، ومن جملة هذه الدول نذكر الجمهورية العربية السورية، التي انضمت إلى اتفاقية مناهضة التعذيب في عام 2004م، وصادقت على أحكامها مع بعض التحفظات، مما يلقي على عاتق المشرع السوري واجباً في وضع أحكام هذه الاتفاقية موضع التنفيذ ضمن الحدود الوطنية للدولة السورية. وبنتيجة الدراسة لماهية أعمال التعذيب، وواقع الحماية القانونية من أعمال التعذيب مقارناً بالتشريعات المقارنة، توصلنا إلى عدد من النتائج والمقترحات نبينها على النحو الآتي:

أولاً- في النتائج:

1- منحت الاتفاقيات الدولية لأعمال التعذيب والمعاملات المحظورة الماسة بالكرامة الإنسانية تعريفات مختلفة بين بعضها البعض من حيث الاتساع والضييق، وقد أدى هذا الاختلاف في التعريفات الممنوحة إلى حدوث خلاف فقهي أيضاً حول ماهية أعمال التعذيب، بين من يوسع نطاق هذا التعريف، وبين من يؤيد التعريف الوارد في الوثيقة الأساسية لمناهضة التعذيب، وهي اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984م. وعلى الرغم مما يعتري هذا التعريف من مثالب، إلا أنه كان التعريف المعتمد لدى غالبية الفقه الدولي، والذي أخذت به معظم قوانين الدول الأعضاء في قوانينها الوطنية، على اعتبار أن هذا التعريف يشكل الحد الأدنى لأي تعريف قد يمنح لأعمال التعذيب، والذي لا يتعارض في تطبيقه مع ما يُنص عليه في الاتفاقيات الدولية الأخرى أو في القوانين الوطنية للدول الأعضاء، بدليل ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من الاتفاقية.

2- تعين على المشرع السوري بنتيجة تبنيه وتصديقه على الانضمام إلى اتفاقية مناهضة التعذيب أن يعمل على مواجهة اقتراح مثل هذه الأعمال ضمن الحدود الإقليمية

للجمهورية العربية السورية، أو خارج إقليم هذه الدولة في حال تم اقتراح مثل هذه الأعمال من قبل السوريين، أو عليهم، على اعتبار أن المواطن السوري يشكل عنصراً شخصياً لممارسة السيادة الوطنية، مما يدفع إلى محاولة الدولة السورية لمنع أعمال التعذيب ليس فقط التي تقترب على الإقليم السوري، بل حتى تلك التي تقترب خارج سوريا من قبل أشخاص لهم صلة بالجمهورية العربية السورية، إلا أن هذه المحاولة لم تكن مكلفة بالنجاح على النحو الذي صبا المشرع السوري إلى تحقيقه بما يتفق والتزاماته المستنقاة من الاتفاقية لأسباب رئيسة تتعلق بـ:

- قصر شمول الاختصاص الإقليمي لتطبيق قانون العقوبات السوري على تلك الحالات التي يكون فيها السوريون ضحايا لاقتراح أعمال التعذيب أو المعاملات اللإنسانية أو المهينة خارج الأرض السورية، وبخاصة في تلك الحالات التي تقترب فيها مثل هذه الأعمال في إقليم دولة لا تكون عضواً في الاتفاقية، وهي ليست بالتالي ملزمة في قمع مثل هذه الأعمال، أو في حال تجاهلت السلطات المختصة في مثل هذه الدول مسائلة الأشخاص المسؤولين عن اقتراح مثل هذه الأعمال لأسباب معينة، وهذا الواقع مشهود بكثرة في الوقت الحالي، وبخاصة بالنسبة إلى المهجرين في الدول المجاورة.
- المآخذ على خطة المشرع السوري الجزائية في مواجهة أعمال التعذيب: فالمشرع السوري لم يعرف أعمال التعذيب في قانون العقوبات السوري، ومثل هذا الأمر يخلق صعوبة على قدر كبير جداً تتعلق بتحديد المقصود بمثل هذه الأعمال، وهل من الممكن العودة إلى الاتفاقية ذات الصلة في معرض تحديد مفهوم أعمال التعذيب من عدمه، وما هي المساوئ التي قد تترتب على الاعتماد على الاجتهاد القضائي في حال تم وضع تعريف لأعمال التعذيب من قبله بشكل لا يتطابق تماماً مع ما رمت إليه الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

وفوق ذلك نرى أن المشرع السوري لم يجرم أعمال التعذيب كجرم مستقل، بل إنه نظر إلى هذه الأعمال على أنها مجرد ظروف لتشديد العقوبة في حال تلازم وجودها مع اقتراح بعض الجرائم، مثل ما هو عليه الحال بالنسبة إلى جرائم الإيذاء المقصود، خاصةً عند التداخل الشديد بين مفهوم النتيجة الجرمية في جريمة الإيذاء، وبين ماهية أعمال التعذيب بوصفها ظرفاً مشدداً للعقوبة، الأمر الذي يتعذر معه تشديد العقاب مثل ما هو عليه الحال بالنسبة إلى ما قضت به المادة /545/ من قانون العقوبات التي تشدد

عقوبة الإيذاء المقصود في حال اقترن اقترافه بأعمال التعذيب بدلالة المادة /534-7/ من قانون العقوبات. بل وفوق ذلك نرى أن المشرع السوري قد أفرد نصاً وحيداً لما قد يكون النموذج القانوني لأقرب الجرائم التي تقترب في ماهيتها من أعمال التعذيب، ونعني بذلك نص المادة /391/ من قانون العقوبات التي تجرم فعل من ينزل بشخص آخر ضرباً من الشدة التي لا يجيزها القانون، بقصد حمله على الاعتراف أو على الإذلاء بشهادة حول واقعة جرمية معينة، حيث إن المشرع السوري أناط التجريم والعقاب بتحديد ماهية هذه الضروب بأنها "الضروب التي لا يجيزها القانون"، تاركاً الأمر مجدداً للقضاء للتمييز بين الضروب التي يجيزها القانون، وبين الضروب التي لا يجيزها القانون لقيام الجريمة والمساءلة عنها، مما يعد خرقاً واضحاً لمبدأ الشرعية الجزائية.

3- وبالمقابل كان هنالك بعض التشريعات العربية التي تشابهت في موقفها مع موقف المشرع السوري، كالمشرع اللبناني والمشرع العراقي، في حين أن تشريعات أخرى رأت أنه من الضروري تبني تعريف لأعمال التعذيب يتماشى والماهية الخاصة به، كالمشرع الأردني والمشرع الجزائري، ونعتقد أن المشرع الجزائري كان موقفاً في تعريف أعمال التعذيب، وفي وضع النصوص القانونية الشاملة التي تكفل تحقيق أفضل مواجهة جنائية لممارسة أعمال التعذيب أو المعاملات اللإنسانية أو المهينة.

ثانياً- المقترحات:

في ضوء المعطيات السابقة، فإننا نبدي المقترحات التالية لتلافي ما يعترى خطة المشرع السوري في مواجهة أعمال التعذيب وتنفيذ كافة الالتزامات الدولية المترتبة على تصديقه على الانضمام لاتفاقية مناهضة أعمال التعذيب:

1- تعديل المواد القانونية الواردة في قانون العقوبات السوري، والتي تحدد الاختصاص الإقليمي؛ بحيث يشمل هذا الاختصاص منح القضاء الجزائي السوري الاختصاص الدولي للنظر في الجرائم التي تقترب بحق السوريين خارج الإقليم السوري، ومن ضمن تلك الجرائم تلك الأفعال التي تعد من قبيل أعمال التعذيب، أو المعاملات اللإنسانية أو المهينة بحسب القانون السوري.

2- تعديل نص المادة /391/ من قانون العقوبات السوري لتصبح على الشكل الآتي: « 1- يقصد بأعمال التعذيب كل عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديدين جسدي كان أو عقلي، يلحق عمداً بشخص ما مهما كان سببه. 2- يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث

سنوات، كل من يمارس التعذيب على شخص، وفي حال أدى التعذيب إلى مرض أو جراح كانت العقوبة الحبس لا تقل عن سنة. 3- يعاقب الموظف الذي يمارس التعذيب ضد شخص آخر من أجل الحصول على اعتراف أو معلومات، أو لأي سبب آخر بالأشغال الشاقة المؤقتة، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة لا أقل من 5 سنوات إذا أدت أعمال التعذيب إلى الإصابة بمرض أو جراح».

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

أ- الكتب:

- أبو عامر، محمد زكي، 1989 - قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار التوني للطباعة والنشر - مصر.
- إطبوان، عزيز، 2017/2016 - القانون الدولي الخاص - الجنسية، منشورات جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء - المغرب.
- الحديثي، علي، 2010 - المبادئ والأصول، دون رقم طبعة، منشورات دار النهضة - القاهرة.
- القدسي، بارعة، 2011/2010 - أصول المحاكمات الجزائية - الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق.
- القهوجي، علي عبد القادر، 2002 - قانون العقوبات - القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- الكاشف، عبد الرحيم، 2003 - الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، دار النهضة العربية، مصر.
- أوتاني، صفاء، 2012/2011 - قانون العقوبات (القسم الخاص) - الجرائم الواقعة على الأشخاص والجرائم الواقعة على الأموال، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق.
- بكة، سوسن تمر خان، 2006 - الجرائم ضد الإنسانية في ضوء النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت.
- حسني، محمود نجيب، 2006 - النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية - القاهرة، مصر.
- حسني، محمود نجيب، دون سنة نشر، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - الجرائم الواقعة على الأشخاص، منشورات دار النهضة العربية - القاهرة.
- رخا، طارق عزت، 1999 - تجريم التعذيب والممارسات المرتبطة به - تجريم التعذيب والممارسات المتعلقة به - دراسة مقارنة في القانون الدولي العام والقانون الوطني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية - القاهرة.
- سليمان، حمد عبد الله أبو بكر، 2004 - جريمة التعذيب في ضوء أحكام القانون الدولي

- الجنائي، دون رقم طبعة، منشأة المعارف - الإسكندرية.
- شكري، محمد عزيز، 2016/2015 - المدخل إلى القانون الدولي العام، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق.
- علوان، محمد يوسف، والموسى، محمد خليل، 2007 - القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحقوق المحمية) - الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الأردن.
- عيسى، حسن سعد محمد، 1999 - الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - القاهرة.
- ب- الرسائل والمقالات:**
- الأمين، خير الأمين، 2007 - تطبيق القضاء الداخلي للمعاهدات الدولية، مجلة جامعة بابل - المجلد (7) - العدد (2).
- ربيعي، عبد الفتاح أمين عبد الفتاح، 2012/2011 - ملاحقة مرتكبي جريمة التعذيب، رسالة ماجستير - جامعة القدس.
- زهيرة، عزي زهيرة، 2011/2010 - مناهضة التعذيب في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير - جامعة محمد خيضر - الجزائر.
- ت- المواقع على الشبكة:**
- موقع الجامعة اللبنانية على شبكة الإنترنت:
<http://www.legallaw.ul.edu.lb/Law.aspx?lawId=274003&language=ar>

ث- القوانين والاتفاقيات:

- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم /85/ لعام 1949م.
- قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم رقم /148/ لعام 1949م وتعديلاته.
- قانون العقوبات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم /340/ لعام 1943 وتعديلاته.
- قانون العقوبات الأردني رقم (16) لعام 1960م وتعديلاته.
- قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم (156) لعام 1066م وتعديلاته.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة المؤرخ في 10 كانون الأول من عام 1984.
- إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة 1975.

ثانياً – باللغة الأجنبية:

- The Legal Prohibition Against Torture:
<https://www.hrw.org/news/2003/03/11/legal-prohibition-against-torture#What>
- Lord, Rachel, The Liability of non-state actors for torture in violation of International Humanitarian Law - an assessment of the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former YUGOSLAVIA:
https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0004/1680340/Lord.pdf

List of references

First- books:

- Abu Amer, Muhammad Zaki, 1989. qanon al oukoubat (al quessm al khass), dar al Toony l elteba'a & al nasher, masser,
- Etoban, Aziz, 2016/2017, al qanoon al dawly alkhass- al jenssya, manshoorat jam'at al hassan al thane, al dar al bayda'a, al maghribe.
- Al-Hadithi, Ali, 2010, al mabade'e & al oussoul, doon rakam taba'a, manshoorat dar alnahda, al Qahera.
- Qudsi, Barea'a, 2010- 2011, Ooussoul al mouhakamat al jazaeya, p2, manshourat jameat Dimasheq, koulyat al houkook.
- Al-Qahwaji, Ali Abdel-Qader, 2002, qanoon al oukoubat (al qessm al khass) manshourat al ahalbi al houkookia, Beirut,
- Al-Kashef, Abdul Rahim, 2003, al reqabba al dawliya ala tabeeq al ahad al dawly al khass bel houkooq al madaniya & al seiyassia, dar al nahda al arabyia, messer.
- Otani, Safaa, 2011/2012, qanon al oukoubat (al quessm al khass)- al jarae'em al ouakeaa al al ashkhass & al jarae'm al ouakeaa al alamoal, manshourat jameat Dimasheq, koulyat al houkook.
- Bakkah, Sawsan Tamer Khan, 2006, al jarae'em dhed al ensaniya fee dawo'e al nedham al assasy le mahkamet al adl al doukiya, T1, manshourat al halabi al houkookia, Beirut.
- Hosni, Mahmoud Naguib, 2006, al nadhariya al amma lel quassd al jena'iy, dar alnahda, al Qahera.
- Hosni, Mahmoud Naguib, doon sennat nasher, shateh qanoon al oukoubat (al qessm al khsss) al jarae'em al ouakeaa al al ashkhass, manshoorat dar alnahda, al Qahera.
- Rakha, Tariq Ezzat, 1999, tajreem al ta'adheeb & al moumarassat al mourtabeta beh- tajreem al ta'adheeb & al moumarassat

mouta'alleka beh, derassa moukarana bayn al qanoon al dawoly al aam & al qannon al dawoly al khass & al sharea'a al islamiyah, manshoorat dar alnahda, al Qahera.

- Suleiman, Hamad Abdullah Abu Bakr, 2004, jareemat al ta'adheeb fe dhaw'oe ahkam al qannon al dawly al jena'ie, mounsha'at al maa'ref, al Eskandarea.
- Shukri, Muhammad Aziz, 2015- 2016. al madkhal ela al qanon al douly al a'am, T14. manshourat jameat Dimasheq, koulyat al houkook.
- Alwan, Muhammad Yusuf, and Al-Mousa, Muhammad Khalil, 2007, part 2, al qanoon al dawly lehoukook al enssan (al houkook al mahmiya), dar al tha'fq lennasher & altawzee'e, Amman, Al Ourdonne.
- Issa, Hassan Saad Mohammed, 1999, al hemaya al dawliya lehak al enssan fe al salama al jassadiyah, dar alnahda, al Qahera.

Second- Letters and Articles:

- Al-Amin, Khair Al-Amin, 2007, tatbeeq al qda'a al dakhle le Imouhadat al dawouliya, majjallat jama'at Baber, al moujallas (7), al adad (2).
- Rabai, Abdel Fattah Amin Abdel Fattah, 2011/2012, moulahaket mourtakeby jareemat al ta'adheeb, resalat majester, jame'at al Quds.
- Zahira, Azi Zahira, 2010/2011, mounahadat al ta'adheeb fe al qanoon al dawly al a'am, resalat majester, jam'at Mohamed Khider, al Jaza'er.

Third - websites on the Internet;

The Lebanese University website:

<http://www.legallaw.ul.edu.lb/Law.aspx?lawId=274003&language=ar>

Forth- Laws and Agreements:

- The Syrian Civil Code promulgated by Decree No. 85 of 1949. - The Syrian Penal Code promulgated by Decree No. /148/ of 1949 and its amendments.
- The Lebanese Penal Code promulgated by Legislative Decree No. /340/ of 1943 and its amendments.
- Jordanian Penal Code No. (16) of 1960 and its amendments.
- The Algerian Penal Code promulgated by Order No. (156) of 1066 AD and its amendments.
- The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of December 10, 1984.
- Declaration of the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment, 1975.

