

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 43 . العدد 12

1442 هـ - 2021 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

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

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

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

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

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

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

. هاتف / فاكس : 2138071 31 963 ++

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

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

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

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

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

أ . 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 ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (3000) ل.س ثلاثة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
44-11	د . ساجر الخابور محمد العبد الله	القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية
106- 45	د . تميم مكانيل علي يوسف	المساواة في الأسلحة كهدف مباشر لمبدأ الحياد في الدعوى الجزائية
128-107	لمى كشيك	شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية
154-129	ماجد عيسى سعيد نحيلي	حماية الحقوق والحريات العامة من الاعتداء المادي للإدارة

القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية

إشراف الأستاذ الدكتور

ساغر الخابور

إعداد طالب الدكتوراه

محمد عبد الله العبد الله

قسم القانون الدولي - كلية الحقوق

جامعة دمشق

الملخص:

حققت شبكة الإنترنت الوجود الفعلي للتجارة الإلكترونية، ونتيجة التفاعل بين القانون والواقع أحدثت فعلها في مختلف فروع القانون، مؤديةً لمشكلات عديدة غير مسبقة فيما يخص تسوية المنازعات المتولدة عن مختلف العقود المبرمة في هذا المجال، بسبب غياب قانون أو تشريع خاص ينظمها، ولاعتبار أن قواعد تنازع القوانين غير كافية لمواجهة الفراغ التشريعي وصعوبات تطبيق ضوابطها المكانية على عقود في الأصل تتم في فضاء غير مادي. حيث تبقى مسألة تشريع قانون خاص بعقود التجارة الرقمية في جميع مجالاتها من بين الأولويات التي يجب العمل عليها.

Law applicable to digital contract disputes

Abstract:

The Internet has achieved the actual existence of e-commerce, and as a result of the interaction between the law and reality has been done in various branches of the law, leading to many unprecedented problems with the settlement of disputes generated by various contracts concluded in this area, due to the absence of a special law or legislation regulating it, and the consideration that the rules of conflict of laws are insufficient to meet the legislative vacuum and the difficulties of applying its spatial controls to contracts originally carried out in a non-material space.

The issue of legislation on digital trade contracts in all its areas remains a priority to be worked on.

المقدمة:

أحدثت البيئة الإلكترونية أثراً واسعاً على العلاقات القانونية بين الأفراد، كما أثارت جملة من التحديات والمشاكل القانونية التي تتطلب تنظيمًا قانونيًا متخصصاً وعاجلاً

يتعلق في مجمله بإعادة تقييم جادة للقواعد القائمة لتتواءم مع الطبيعة الخاصة لتطبيقات العصر الرقمي، فكان لتسلل هذا المفهوم إلى مجال التجارة الدولية أثر كبير في توسيعها وتفعيلها ورفعها إلى مستوى مختلف تماماً من التشابك والتعقد، فأصبحنا أمام مصطلحات تجارية دولية تقليدية مضافاً إليها مفهوم "الإلكترونية" ليغير تماماً من أحكامها وطبيعتها ووجودها القانوني، مثل العقود الإلكترونية والتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وحتى النقد الإلكتروني.

ولأن مجال الخلاف متسع في التجارة بين الأطراف المتعاقدة حول حيثيات العقود في المحيط الرقمي بوجود شبكة الإنترنت، التي تتجاهل كل المعايير المكانية والجغرافية، وباعتبارها عقود تجول عبر عالم افتراضي لا يعبأ بكل المفاهيم التقليدية التي كان يعتمد عليها القانون الدولي الخاص ونظريته الخاصة بتنازع القوانين، مما خلق لها أزمة جعلتها غير قادرة على إعطاء حلول لنزاعات مثل هذا النوع من العقود التي غاب فيها التعامل الورقي وحل محله التعامل الرقمي، وغابت فيها المعايير المكانية وحلت محلها معايير افتراضية غير مادية.

أهمية البحث وأهدافه:

تتبع أهمية الدراسة من انعكاس التطور الهائل في عالم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات على إنجاز التعاملات في فترات قياسية، حيث قد تنشأ منازعات بين الأطراف يقتضي فضها إيجاد وسائل حديثة تناسب طبيعة الأعمال الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت التي تتميز بمزايا تفنقدها المحاكم وحتى الوسائل البديلة التقليدية لفض المنازعات، حيث تعتبر العقود التي يبرمها الأطراف عبر شبكة الإنترنت عقوداً دولية، واللجوء إلى مناهج القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق التي تعتمد على ضوابط مكانية جغرافية لا تتلاءم وطبيعة المنازعات الناتجة عن العقود التجارية الإلكترونية التي تتلاشى أمامها الحدود الجغرافية والسياسية للدول، مما أدى إلى تنافي قواعد القانون الدولي الخاص أمام منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

وتكمن أهمية هذه الدراسة فيما يتعلق بالعقود التي تبرم عن بعد كونها أصبحت حقيقة وواقع متسارع لا يمكن إغفاله، وبخاصة في عالم الفضاء الإلكتروني، بغض النظر عن التحديات والعقبات التي تعترضه سواء القانونية أم الفنية.

ويمكن تلخيص أهم أهداف البحث بما يلي:

1_ الوقوف على سبلات تطبيق منهاج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية.

2_ دراسة البحث عن بديل يحول دون وقوف نظرية التنازع التقليدية عائقاً يحول دون التطور المتزايد والمذهل للعقود الإلكترونية الرقمية الافتراضية.
خطة البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي القائم على استقراء النصوص القانونية في مجال القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ومما لا برهان عليه أن أي بحث علمي لا يخلو من الصعوبات والعراقيل التي تواجه الباحث، وأهم عامل هو ندرة المراجع الأجنبية التي تطرقت لموضوع البحث.

وعلى ضوء ما تقدم، اقتضت طبيعة موضوع البحث أن يتم تناوله في ثلاثة مطالب يسبقهما مقدمة لإعطاء فكرة عامة عن الأسباب التي أدت إلى هذه الدراسة، وأهمية البحث وهدفه، ثم تم عرض المطالب وفق الآتي: المطالب الأول تناول مفهوم العقد الإلكتروني وتم تقسيمه إلى فرعين، الفرع الأول تناول تعريف العقد الإلكتروني، وفي الفرع الثاني تناول مزايا وخصائص العقد الإلكتروني.

أمّا المطالب الثاني فقد تناول صعوبات تطبيق منهج قواعد التنازع على عقود التجارة الإلكترونية من خلال دراسة مبدئية لصعوبات إعمال قانون الإرادة في الفرع الأول، ثم الصعوبات في حال غياب إرادة الأطراف وذلك في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث تم تناول طرق تفادي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد.

أمّا في المطالب الثالث فقد تم البحث في القانون الموضوعي الإلكتروني عبر بيان مفهومه وخصائصه في الفرع الأول، وتقييمه في الفرع الثاني، ومدى تشكيل القانون

الموضوعي الإلكتروني الدولي لنظام قانوني مستقل في الفرع الثالث، وفي النهاية عرض النتائج والتوصيات ومن ثمّ المراجع.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

بداية لابد من تحديد من ماهية العقد الإلكتروني من خلال تعريف العقد الإلكتروني، ثمّ معرفة خصائصه، وذلك وفق التالي:

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

تختلف العقود الإلكترونية عن العقود العادية من حيث وسيلة التعاقد، إذ تقوم الأولى في فضاء إلكتروني، وتقوم العقود العادية في وسط مادي ملموس، ويعرف العقد الإلكتروني على أن: (التقاء إيجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كلاهما على شبكة للاتصالات بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق وتحقيقاً لعملية معينة، يرغب الطرفان في إنجازها، وهي في العادة مبادلة القيم أو الأموال)¹.

وعرفه البعض الآخر بأنه: (عبارة عن نوع من العقود المبرمة عن بعد ما بين غائبين من حيث المكان باستخدام وسيلة اتصال فوري هي الإنترنت، وهذا التعاقد يتم بالكتابة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية أو بالصوت عبر تبادل الحديث عبر الشبكة أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت والصورة معاً، وهو عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها حيث يتلاقى الإيجاب والقبول على الشبكة العالمية للاتصال عن بعد مكونين بذلك اتفاقاً)². فهو عقد عادي في حقيقته، ولكنه يكتسب الصفة الإلكترونية من الطريقة التي ينعقد بها.

أمّا على الصعيد التشريعي، فقد عالجت بعض الدول الإشكاليات القانونية التي رافقت

1_ بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص(25).

2_ بشار محمد دودين - محمد يحيى المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 2006، ص(71).

عملية التعاقد الإلكتروني، وبعض التشريعات عرفت العقد الإلكتروني¹، ومن ذلك التوجيه الأوروبي الصادر عام 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد الذي عرف العقد الإلكتروني في المادة(2) منه بأنه: (عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مزود ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من خلال وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام العقد).

وعرّفه قانون إمارة دبي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية الصادر عام(٢٠٠٢) عن طريق تعريف المعاملات الالكترونية بالنص في المادة الثانية على أن المعاملات الإلكترونية: (هي المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأي متابعة من قبل شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات)².

كما عرّفه قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الصادر عام(٢٠٠٠) بموجب المادة الثانية منه بأنه: (المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية)، وعرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لعام 2001 العقد الإلكتروني في المادة(2) بأنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً)، أمّا في سورية فقد صدر قانون المعاملات الإلكترونية رقم 3 لعام 2014 حيث نصت المادة(1) منه على أن العقد الإلكتروني: (اتفاق بين طرفين أو أكثر يجري انعقاده أو تنفيذه كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية).

ومن خلال التعريفين الأخيرين يتبين أن المشرع الأردني والمشرع السوري عرّفا العقد الإلكتروني بالنظر إلى الطريقة التي ينعقد به، الأمر الذي أعطى مفهوماً جديداً للتعاقد

1_ رغم استخدام تعبير التعاقد الإلكتروني كثيراً في مداولات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم يتم وضع تعريف محدد له حتى في القانون الذي اعتمدته اللجنة وهو قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الدولية الإلكترونية في عام 1996.

2_ د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص(39).

عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، وذلك تمييزاً له عن العقد بمفهومه التقليدي¹. وفي ضوء التعريفات السابقة، يمكن أن يُعرف العقد الإلكتروني بأنه: (اتفاق يبرم وينفذ جزئياً وكلياً عبر شبكة اتصالات دولية، باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية، وذلك بإيجاب وقبول يتم التعبير عنهما من خلال الوسيط نفسه).

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

من خلال بيان الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، فإنه يتميز بالخصائص التالية:
أولاً_ العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بُعد التي تتم ما بين غائبين من حيث المكان، وما بين حاضرين من حيث الزمان، وذلك بفعل خاصية التفاعلية بين المتعاقدين، أي إمكانية تبادل البيانات والمعلومات التي تشكل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين من خلال نظام معالجة المعلومات والوسيط الإلكتروني المستخدم².
 واستناداً إلى ذلك تتميز العقود الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت بوجود صفة التفاعلية، والتي تسمح بوجود حوار مفتوح على شبكة الإنترنت، عكس ما يوجد في الوسائل التقليدية المسموعة والمرئية³.

ثانياً_ العقد الإلكتروني من العقود الرضائية، إذ يتسم الإيجاب في العقد الإلكتروني المبرم عبر إحدى وسائل الاتصال الإلكترونية بالعمومية، أي أن العقد الإلكتروني يكون مطروحاً للتعاقد لمن يرغب بذلك من الجمهور، فهو عقد رضائي بطبيعته ويؤدي إلى

1_ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص(12).

2_ مندي عبد الله حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص(54).

3_ فاروق محمد احمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص(60).

ترسيخ صفة التفاعلية بين مستخدمي تلك الوسائل الإلكترونية حول العالم¹.

ثالثاً_ العقد الإلكتروني عقد دولي:

إنَّ العقد الإلكتروني، وخلافاً للعقد العادي، يسبح في فضاء افتراضي ليس له روابط أو صلات مكانية أو جغرافية، حيث يتدخل فيه أشخاص يتواجدون أو ينتمون إلى دول مختلفة، فالعقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت يشارك فيه مستخدم الشبكة المقيم في دولة ما، والمزود أو مقدم خدمات الاشتراك من دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها من دولة ثالثة ... إلخ²، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بوجود فراغ قانوني، على الأقل فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص.

غير أن شبكة الإنترنت (Internet) بطبيعتها دولية كما يدل على ذلك اسمها المكون من مقطعين: (inter) أي (International) دولية و (net) أي (Network) شبكة، فهي شبكة عالمية لا تتبع دولة معينة، ويتاح فيها التداول للمستخدمين من كل الدول في العالم دون استثناء، كما أن هذه الشبكة تعد انعكاساً حقيقياً للعولمة مما يؤدي إلى صعوبة توطين العقود الإلكترونية التي تجري في إطارها³.

وأمام ذلك كله، فإنه لا مناص من التوسع في تفسير الصفة الدولية للعقد الإلكتروني، بحيث يتم اعتبارها دولية لمجرد أنها أبرمت عبر شبكة الإنترنت، ما لم يكن واضحاً أن التاجر يحصر معاملاته بالزبائن من دولته فقط.

وعليه، فإنَّ العقد الإلكتروني يكون دولياً حتى ولو كانت كل الصلات الجغرافية له ترتبط بدولة واحدة، طالما لم يظهر ما يبطل قولاً آخر قبل إبرام العقد أو حتى لحظة إبرامه⁴.

1_ أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2008، ص(54).

2_ عزت البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون 10-12 آيار 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الرابع، ص (1668).

3_ محمد المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص(128).

4- Sanon Van der Hof. Party Autonomy and International Online Business-to-Business Contracts in Europe and United States.in: Schulz. A. Legal Aspects of

رابعاً_ يتسم العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري، لذا فإنه اشتهر تحت مسمى عقد التجارة الإلكترونية، ويقصد بذلك تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين تاجر ومستهلك باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية¹.

ومما سبق، يمكن القول أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد، وهو التعريف الواسع لهذا العقد، بينما التعريف الضيق والأدق لهذا العقد هو أن التعبير عن الإرادة وإبرام العقد وتنفيذه يكون عن طريق شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) باستخدام أنظمة الاتصالات للبيانات، أي إن إبرام العقد وتنفيذه يتم كلياً أو جزئياً عبر شبكة الإنترنت. أما من حيث الخصائص فالعقد الإلكتروني يتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، لذا فهو يتسم بالطابع الدولي، ويتم تبادل الإرادة فيه عن طريق وسيلة سمعية وبصرية وبطريقة تفاعلية، يسمح بوجود افتراضي للمتعاقدين كحاضرين في الزمان وغائبين في المكان على خلاف العقود الأخرى، ويتم الإثبات والوفاء فيه بوسائل إلكترونية.

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق منهج قواعد التنازع على عقود التجارة الإلكترونية

طبقاً للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فإنه يجوز لأطراف التعاقد الاتفاق على تعيين القانون الواجب التطبيق عند حدوث أي نزاع وقد يظهر للوهلة الأولى أنه ليس ثمة صعوبات تواجه القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف، فالأطراف قد عينوا مسبقاً وإرادتهم القانون الذي يحكم العقد صنعة أيديهم، غير أنه في التدقيق في مجال التجارة الإلكترونية يتبين لنا عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة.

وإذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية يثير بعض الصعوبات، فإن القانون المحدد من قبل القاضي لا شك أنه يثير صعوبات وعقوبات

an E-Commerce Transaction: International Conference in The Hague. 26 and 27 October 2004. published by sellier: European law publ.(2006), pp. -131.

عن الموقع الإلكتروني:

<https://core.ac.uk/>

1_ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص(19).

أشد¹، لذلك كان لا بد من البحث عن هذه الصعوبات وكيفية تفاديها من خلال التالي:

الفرع الأول: صعوبات أعمال قانون الإرادة

يسمى القانون المختار باتفاق الطرفين المتعاقدين في فقه القانون الدولي الحاص بالإسناد الشخصي الناتج عن أعمال مبدأ سلطان الإرادة كأحد أهم المبادئ الثابتة والمستقرة في غالبية النظم القانونية، والقرارات التحكيمية الدولية²، الذي يقضي بمنح الأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، ولهم استبعاد القانون وإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو عادات أو أعراف التجارة الدولية، لكن كل ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة التي أضحت عبارات مطاطة يصعب إعمالها مع الإنترنت، التي تشكل أولى العقبات التي تواجه أعمال منهج القانون الدولي الخاص التقليدية على العقود الإلكترونية الدولية، الأمر الذي يجعلنا نقول بصعوبة تطبيق مثل هذه الحدود في مجال عقود الإنترنت³.

هذا دون إغفال ما يقود إليه أعمال مبدأ حرية الإرادة من نتائج خطيرة كانت موجودة من قبل وزادت حدتها مع العقود الإلكترونية أهمها إمكانية تطبيق أكثر من قانون على عقد واحد، وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد في حين أن هذا الأخير يقتضي نوع من الانسجام، خاصة وأنه هناك العديد من الدول التي لم تعترف بعد بالتعاقد الإلكتروني مما قد يقود إلى إبطال العقد في بعض الدول بالرغم من صحته في دول أخرى، كما أنه يصعب في مجال العقود الإلكترونية القول ما إن كانت إرادة الاختيار إرادة صريحة أم ضمنية⁴.

¹ _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص349.

² _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، 2007، ص85.

³ _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص350.

⁴ _ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص400.

غير أنه بالرغم مما قد يقود إليه تطبيق مبدأ حرية الأطراف إلى إعمال معايير مكانية تتجاهلها طبيعة التعامل عبر شبكة الإنترنت، بل وتتفاي معها أصلاً، إلا أنه يوجد جهود من أجل تطبيق مبدأ حرية الأطراف المتعاقد في اختيار القانون على العقود الإلكترونية، ومنها: مؤتمر عقد بمدينة سان فرانسيسكو الأمريكية في الفترة من 10-11 أيلول 2000 وجهت دعوة في نهايته تحت كافة الدول بمنح المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما¹.

لكن قد يحدث وألا يحدد الطرفان اختيارهما بطريقة صريحة أو يغفلان عن ذلك تماماً، وهنا لا مفر من إعمال معايير الإسناد الاحتياطية المنصوص عليها في منهج تنازع القوانين للقانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه حالة غياب اتفاق الطرفان

في حال عدم إعمال الإسناد الشخصي يتم اللجوء إلى حالة الإسناد الموضوعي التي نكون بصدها عند غياب التعيين الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقدهما، لذلك عند طرح النزاع على الجهة التي سنفصل فيه أن تحدد هذا القانون ولا يجوز أن يخضعه القاضي مباشرة لقانونه الوطني²، بالاستناد إلى عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية تبين ارتباط العقد بالقانون المعين، التي قد تكون ضوابط مرنة يسميها البعض بمعيار الأداء المميز، وقد تكون ضوابط جامدة معروفة مسبقاً للمتعاقدين، ويضعون في حسابهم إمكانية إعمالها مثل معايير مكان إبرام العقد وتنفيذه وقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك³، وهو ما يبين صعوبات تطبيق نظرية التنازع بطريقة واضحة نبين هذه الصعوبات في النقاط التالية:

أولاً- صعوبات إعمال الإسناد الجامد:

¹ _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، الجزائر، 2008، ص154.

² _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص322.

³ _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص548.

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في حال غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم الاستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أهمها: قانون دولة إبرام العقد أو قانون دولة تنفيذه أو قانون جنسية المتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقاً من قبل المتعاقدين مما قد لا يفاجئ توقعاتهم ويحل بأمانهم القانوني المنشود¹، وهو الأمر موجود في كامل الأنظمة القانونية بما فيها القانون السوري في نص المادة (1/20) من القانون المدني التي نصت على أنه: (1_ يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحداً موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

2_ على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار.)، ونلاحظ من هذه المادة على ضابط قانون الجنسية المشتركة وضابط مكان تنفيذ العقد، غير أن مثل هذه الضوابط يثير تطبيقها على العقد الإلكتروني بعض الصعوبات باعتبارها معايير تركز على ضوابط مكانية تتجاهلها شبكة الإنترنت.

فبخصوص معيار مكان إبرام العقد يمكن القول بأن الإنترنت لا تشكل مكان محدد يمكن الاستناد عليه كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاته من جهة، ومن جهة أخرى لا تشكل رابطة حقيقة مع العقد المبرم من خلالها بحيث قد يكون استعمالها بصفة عارضة مثل: استعمال حاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى²، أو أن يستعمل جهاز غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الإنترنت، وهي كلها أمور تجعل من المسألة عرضية لا تشكل معياراً يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بهذه الطريقة، وهو نفس الأمر الذي قد ينطبق على معيار تنفيذ العقد خاصة وأن

¹ _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 324.

² _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 145.

التنفيذ قد يتم من خلال شبكة الإنترنت التي لا تشكل مكاناً، أما بخصوص ضابط قانون الجنسية المشتركة فيمكن القول أنه من خلال التعاقد على شبكة الإنترنت قد لا تستطيع التحقق من جنسية المتعاقدين، وأن ما قيل عن مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه يمكن قوله بخصوص معيار الموطن المشترك باعتبار أن شبكة الإنترنت لا تعترف أصلاً بمواطن المتعاقدين¹.

لذلك، في ظل صعوبة عوامل تطبيق الإسناد الجامد السابقة نجد البعض ولأجل تفادي كل المعايير التي تعتمد على الطابع الإقليمي، كونها معايير يكتنفها الكثير من الغموض في مجال الإنترنت، يفضل اللجوء إلى معيار إسناد مرن وأكثر موضوعية وهو معيار الأداء المميز الذي نبحثه في النقطة التالية.

ثانياً_ الإسناد المرن (معيار الأداء المميز):

يرى البعض أن ضابط الأداء المميز في العقد هو قانون دولة محل إقامة المدين، باعتباره الملزم بأداء الالتزام الأساسي في العقد²، التي بالرغم من تعددها أي الالتزامات الأساسية في العقد الواحد، فإن العبرة للالتزام الذي يحدد جوهر العقد ويميزه عن غيره من العقود، لذا نجد البعض يعرفه بأنه: (الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً)³، غير أن البعض يرى بأن أداء الثمن موجود في كل العقود مما يجعله ليس بالأداء المميز، وبالتالي فإنه في غير عقد البيع يكون الأداء المميز هو تسليم المبيع أو الالتزام بنقل الملكية⁴.

¹ _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص95.

² _ KITIC Dusan, Droit international prive, Ellipses, Paris, 2003.p.47, <https://www.persee.fr/>

³ _ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص(161).

⁴ _ DUASO CALES Rosairo, La determination du cadre juridictionnel et legislative applicable aux contrats de cyberconsoommation, Novembre 2002, Lex Electronica, Vol.8, N.1, automne, 2002.p.7.

ومن تطبيقات فكرة الأداء المميز في بعض العقود، نجد مثلاً أن المدين بالأداء المميز في عقد الإيجار هو المؤجر، وفي عقد الوديعة هو المودع لديه، وفي عقد السمسرة السمسار، وفي عقد الوكالة بالعمولة الوكيل بالعمولة، وفي عقد النشر الناشر، وفي عقود بيع المنقولات المادية البائع على أساس أن التزام البائع بالتسليم هو الهدف الأساسي من العقد ، أمّا سداد الثمن فإنه لا يعتبر أداءً مميزاً في العقد، حيث أنه يوجد في معظم العقود ذات العوض، ونجد كذلك أن المدين بالأداء المميز في عقد النقل الدولي هو الناقل، أمّا بالنسبة لعقود التأمين فإن المدين بالأداء المميز هو الشركة المؤمنة، وعلى ذلك يطبق قانون مركز الشركة المؤمنة بوصفها المدين بالأداء المميز في العقد، بصرف النظر عن الأماكن التي ستقدم فيها الشركة خدماتها التأمينية¹

وبوجه عام فإن العقد الإلكتروني هو عقد عادي، وطالما أن نظرية الأداء المميز تتوافق مع العقود العادية، فإنه يمكن الاعتماد عليها في حل مشكلة تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، عن طريق القيام بعملية القياس بين العقود الإلكترونية والعقود العادية ففي عقد البيع الإلكتروني يكون صاحب الأداء المميز هو البائع، وفي عقد العلاج الطبي الإلكتروني فإن أداء الطبيب هو الأداء المميز في العقد وهكذا².

القرع الثالث: تفادي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد

يفرض التعامل من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، وجود قانون يتلاءم مع التجارة الرقمية الجديدة، هذا ما دفع العديد من الجهات لتنظيم هذه المعاملات بعرض فكرة الإداء المميز، التي سبق شرحها سابقاً، لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ويتميز هذا المعيار بمرونته وسهولة العلم به وملاءمته لكل طائفة من طوائف العقود، بالإضافة

عن الموقع الإلكتروني:

<https://core.ac.uk/download/pdf/55644967.pdf>

¹ _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 493.

² _ Remy-Corlay, Mise en oeuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, Rive.critique. Diplomate, Paris, 2003.P.36.

عن الموقع الإلكتروني:

<http://ged.univ-valenciennes.fr/>

إلى صفة الثبات التي يتمتع بها، واحترامه لتوقعات الأطراف بتكريسه الحل الملائم حسب طبيعة كل عقد¹.

ولقد نالت هذه الفكرة قبولاً واستحساناً من قبل فقهاء التجارة الإلكترونية، كونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد يقوم على افتراض أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء²، مما يحول دون تجزئة العقد وخضوعه لقانون واحد، في حين يرى البعض أنه في مجال العقود الدولية التي تتم عبر شبكة الإنترنت وإن لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم فيكون القانون قانون دولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة³.

وقد برر فقهاء القانون الدولي الخاص المؤيدين لمنهج التنازع استمرارية العمل بهذه المناهج لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مؤكدين بذلك على عدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، التي يحاول أنصارها الانفلات من مناهج التنازع التي تتميز بالجمود والثقل، وفسح المجال لقوانين جديدة تتلاءم مع طبيعة الإنترنت، فحاولوا التأكيد على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق قبل الدخول في مراحل إبرام العقد، على اعتبار أن العقود التي تتم بوسيلة إلكترونية غالباً ما تسبقها مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة قبل الدخول في موضوع العقد، وذلك مع مراعاة حماية الطرف الضعيف في مثل هذا النوع من العقود⁴.

¹ _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص97.

² _ CACHARD, Laregulation international du marche electronique, L.G.D.J, avril 2004, p.116.

عن الموقع الإلكتروني:

<https://heinonline.org/>

³ _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص341.

⁴ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص154.

تبقى هذه الفكرة غير كافية لمواجهة العديد من الآراء التي تتادي باستبعاد مناهج تتازع القوانين، في ظل تركيز أغلب ضوابطه على مرتكزات إقليمية وجغرافية، لتبقى عاجزة على مسايرة تطور عالم الإنترنت التي خلقت مجتمعاً افتراضياً مقسم إلى شبكات ومناطق إلكترونية متحررة من مقتضيات التوطن الجغرافي أو التركيز المكاني، مطالبة في ذلك ضرورة وجود قانون موضوعي إلكتروني¹.

المطلب الثالث: القانون الموضوعي الإلكتروني للمعاملات عبر الإنترنت

بعد أن ثبت لدى البعض من الفقه الحديث وشبه الإجماع الحاصل لديه على عدم مناسبة مناهج القانون الدولي الخاص على حكم علاقات التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، للأسباب الكثيرة المشار إليها أعلاه، بالإضافة إلى ما تتصف به القواعد السابقة من كونها لا تظهر فعاليتها إلا أمام القضاء وقيامها على أساس تقسيم جغرافي لا تعترف به البيئة الافتراضية التي تأبى الخضوع لقواعد وجدت لحكم عالم مادي ملموس²، مما يحتم وجود منهج آخر موضوعي لا إسنادي حيث اتجه الفقهاء إلى القول بأن الحل والبدل موجود في مجموعة القواعد التي يضعها المتعاملون وبقبولها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية باعتبارهم وحدهم القادرين على حكم تعاملاتهم في ظل عجز القوانين الوطنية وحتى الاتفاقية على حكم العلاقات الإلكترونية الدولية، وهو ما يشكل لوحده بديلاً لقواعد مناهج تتازع القوانين التقليدية³، وهو قانون موضوعي لا تتازعي ينبغي العمل على إرساء قواعده والعمل على تطويرها وتنميتها باعتبارها ستكون مكوناً لقانون موضوعي إلكتروني للإنترنت على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية، الأمر الذي

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي، - البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص39.

² _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تتازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص163.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص48.

سيمكن من تفادي المشاكل التي واجهت عجز تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، فما المقصود بهذا القانون وما هي قيمته القانونية؟ سيتم الجواب على ذلك من خلال التالي:

الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي وخصائصه

يعد هذا القانون عبارة عن كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت مما يجعله نظيراً للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورها مستخدمو الشبكة وحكومات الدول والمنظمات الدولية في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، التي يستند بها في المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية في مثل هذا الفضاء الواسع، ومع تطورها استعمالها وتوسع انتشارها يتم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها، وكذا المعنيين بممارستها لتمتد إلى الهيئات القضائية لتكتسب القبول والاعتراف، تتحول من قواعد عرفية بحتة إلى قواعد قانونية تمتاز بقيمة قانونية ملزمة¹.

ويسمى القانون الموضوعي الإلكتروني للإنترنت²، وتعددت مسمياته تبعاً لتعدد تعريفاته فسمي بـ(القانون الإلكتروني) أو (قانون المعلوماتية) أو (القانون الافتراضي) أو (القانون الرقمي) أو (قانون الإنترنت)³، وسماه البعض قانون التجار الجديد، وقانون التجار الرقمي، بينما البعض القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، ويمكن القول بأن تعدد مسميات هذا القانون راجع بالأساس إلى تعدد مصادره وهذا ما سيتم بحثه في التالي:

أولاً- تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي:

عرفه البعض بأنه: (القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية

¹ _ بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص66.

² _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص109.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص22.

والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوربية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن¹. ويرى البعض بأنه: (القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا قانونيًا خاصاً للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصلة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانوناً ذاتياً مستقلاً وغير مرتبط بالقوانين الوطنية)²، كما وصفها البعض بأنها: (مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائياً، أي وليد الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، فهي مستوحاة من الميدان التعاقدى لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية)³.

يسلم أنصار المجتمع الافتراضي أنه يستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية تغطية ميادين العلاقات الإلكترونية، التي تتصف بالسرعة وتخطوا خطوات متلاحقة يصعب مسايرتها، فالقانون القائم بالمعاملات الإلكترونية لا يمكن تنظيمه إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم العلاقات التي تربطهم لتتناسب حسب حاجاتهم، والنجاح الكبير الذي قاموا به هو تنظيمهم لقواعد موحدة في مسائل تقنية بحتة⁴، ولتصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناتها قانوناً

¹ _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص 167.

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص 47.

³ _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص 168.

⁴ _ GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002, p. 231

عن الموقع الإلكتروني:

<https://heinonline.org/>

علمياً، ليمثل المرجع الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية دون الدخول في إشكالات تنازع القوانين.

ثانياً_ خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي:

يتميز هذا القانون الحديث بحسب ما ينادي به أنصاره بجملة من الخصائص التي تميزه عن قواعد القانون الدولي الخاص وحتى قانون التجاري الدولي، التي يمكن أن نوجزها وفقاً لما يلي:

1_ قانون طائفي وفئوي:

قرر أنصار القانون الموضوعي للإنترنت أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الافتراضي تتنافى وتطبيق قواعد قانونية وطنية، كونها قواعد وضعت أساساً لحكم معاملات مادية ملموسة وأن المجتمع المعلوماتي له معطياته وذاتيته الخاصة التي تقتضي قواعد تتفق مع ذلك، بحيث تكون مخاطبة لفئة خاصة وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، وبالتالي فهو قانون فئوي يخاطب فئة خاصة، وبالإضافة إلى ذلك هو قانون نوعي¹ حيث أن قواعده وأحكامه لا تنظم إلا نوعاً معيناً من المعاملات، وهي تلك التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية منها الدعاية والترويج للسلع والخدمات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات والدفع الإلكتروني، البريد الإلكتروني، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات والمسائل التي تتم إلكترونياً، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونياً، ولهذا القانون الطائفي النوعي نظام مؤسساتي له أدواته وأجهزته وقضائه الخاص الافتراضي².

2_ قانون تلقائي النشأة:

فهو لم يظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسومية، بل نشأ من العادات والأعراف التجارية، فنشأته وتطوره حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر شبكة

¹ _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص112.

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص55.

الإنترنت، فجزوره تعود إلى القواعد القانونية المتكونة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القنوات الرسمية لسن القوانين، حيث أصبحت هذه العادات والممارسات عبر الوقت بالنسبة للمتعاملين في حقل التجارة الإلكترونية قانونهم المشترك الذي يلتزمون به¹.

وتعود عدم رسمية القانون الموضوعي الإلكتروني، كما يرى أنصاره، إلى أن الفضاء الإلكتروني لا يقوم على تنظيمه أية جهة رسمية مركزية، ولا تهيمن سلطة دولة معينة على نشاطها أو تحد وتتنظم عملها وتوجهه، إضافة إلى غياب الجهاز القائم على سن ووضع القواعد للمتعاملين عبر الفضاء الإلكتروني، فتلقائية النشأة يقابله تلقائية التنظيم والتطبيق، فهو يكفل لنفسه سلطة التطبيق².

3_ قانون لا يعترف بالحدود الجغرافية:

يعد الوسط الذي يطبق ويسري فيه القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه عالم خاص ومستقل عن القوانين الوطنية، والهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية وحتى الهيئات العالمية والدولية، فهو قانون ينظم مجتمعاً افتراضياً، يتضمن بيانات ومعلومات تقنية بهدف تنظيم التبادل بالطرق السلوكية واللاسلكية، ولقد خُصص أساساً لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية³. تظهر هذه الصفة من طبيعة المعاملات التي ينظمها القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في نفس الوقت، بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها، لكن تطرح في ذات الوقت إشكالية التنظيم والسهر على احترام القواعد التي تسري في هذا الفضاء، نظراً لغياب هيئة دولية أو عالمية تحكم العلاقات

¹ _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص175.

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص58.

³ _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص137.

القائمة في هذا المجال¹، كما ذكرنا سابقاً.

ويرى البعض أن هذا القانون خاص، أي أنه قانون يختلف عن القانون الدولي العام والقوانين الوطنية، ويختلف أيضاً عن قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره لا ينظم مسألة تنازع القوانين².

الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجودته وقدرته على حسم المنازعات التي تثار بشأن هذه المعاملات، وهذا ما سنبحثه من خلال تقييم هذا القانون باعتباره أنه قانون لا يتصف بصفة النظام القانوني³، نظراً لعدم توافره على صفة الإلزام في القواعد المشكلة له، بالإضافة إلى نقص وقصور هذه القواعد.

أولاً- عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني:

سبق القول بأن قواعد القانون الموضوعي للإنترنت هي قواعد سلوك محددة وتلقائية في نشأتها وفي مضمونها ولا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعد شرطاً ضرورياً

¹ _ GAUTRAIS Vincent, op.cit, p. 237.

² _ فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص 127.

³ _ يعرف الفقه عموماً النظام القانوني بأنه: (مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها)، بالإضافة إلى وجوب وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرتها على خلق قواعد سلوكية، وفي ذلك يقول بعض الفقه أن فكرة النظام القانوني فكرة مركبة ذلك أن: (القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون له صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء وتوجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل وحدة، أو كائناً قائماً بذاته).

راجع في هذا الشأن: حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص 176.

لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، بالإضافة إلى عدم تضمناها للجزاء الذي يكفل احترامها باعتبارها قواعد نابعة عن الإرادة الذاتية للمتعاملين ويعتمد تطبيقها على إرادتهم، وهو أمر غير مقبول في العمل التجاري¹، خاصة تلك القواعد الآمرة التي تكفل حماية للمستهلكين باعتبار مجتمع الإنترنت مكون من مهنيين ومستهلكين في حاجة لحماية قانونية بموجب قواعد آمرة، وبالتالي فالحاجة تظل قائمة لتدخل الدولة لتوقيع الجزاءات القانونية على كل من يخالف القواعد السلوكية السابقة والقواعد القانونية ذات الصلة، مما يدعم رأي القائلين بانعدام صفة النظام القانوني في قواعد القانون الإلكتروني، خاصة وأن الإنترنت شبكة عالمية غير خاضعة لأية جهة مركزية أو سلطة تسهر رقابتها والإشراف عليها، الأمر الذي يعني انعدام الجزاء في هذه القواعد، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسية بين الشركات التجارية التي تستخدم الإنترنت كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية، التي لا تبالي إلا بمصالحها الخاصة².

ثانياً_ نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني:

لا يزال القانون الموضوعي الإلكتروني في بداياته الأولى، وقواعده بعيدة على أن تشكل نظاماً قانونياً كاملاً ومستقلاً وخالياً من الثغرات، وهناك العديد من المسائل التي تظل الحاجة فيها إلى القوانين الداخلية قائمة، مثل القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وعلى التراضي والتقديم ومقدار التعويض المستحق للمتضرر، وبالتالي فإن عجز القانون الموضوعي الإلكتروني على تغطية كل ما يثيره التعامل عبر شبكة الإنترنت من مشكلات لا يمكن تلافيه إلا بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة، وبالتالي لهذا النقص مخاطره التي ستترك فرص واسعة لتقدير المحكمين والقضاة في المنازعات الإلكترونية المنظورة أمامهم، وهو تقدير سيخضع

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص64.

² _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص151.

لا محالة للانطباعات والقناعات الشخصية لهؤلاء، بما قد لا يتوافق وصحيح الحل القانوني السليم¹، وبالتالي فإن الحاجة ستظل ماسة إلى قواعد القانون الموضوعي التقليدي أو قانون التجار الدولي لتكملة هذا النقص وحتى قواعد القانون الدولي الخاص أو غيره من فروع القانون الوطنية الأخرى².

كما أن الاعتماد على الاتفاقيات الدولية كمصدر لهذا القانون يقلل من فعاليته نظراً لطول المدة التي يستغرقها إعدادها والاتفاق عليها والانضمام إليها³، بالإضافة إلى أن العقود النموذجية هي مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بالقوة القانونية في حد ذاتها ولا تعد ملزمة إلا إذا تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف، وبالتالي يصبح مصدر الإلزام اتفاق الأطراف لا هي في حد ذاتها⁴، وهو الأمر الذي أكدته مجلس الدولة الفرنسي بالقول بإمكانية تطبيق التشريعات الموجودة حالياً على الإنترنت وأننا لسنا بحاجة إلى قانون خاص بشبكة الإنترنت⁵، وبالتالي انتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أن شبكة الإنترنت لا تتطلب تعديلاً أساسياً في الطرق التقليدية للقانون الدولي الخاص، وبحل التنازع الموجود بين أنصار القانون الدولي الخاص وأعدائهم، والقول بالتعاون بين القوانين الموجودة التي تتلاءم مع التطورات الجديدة ووضع قواعد جديدة لسد الثغرات التي قد يكشف عنها الواقع.

غير أن هناك اتجاه فقهي قوي آخر يدافع بقوة عن تمتع القواعد المادية الإلكترونية أو القانون الإلكتروني بصفة النظام القانوني المتكامل، الأمر الذي يجعله كافياً للتطبيق على

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص65.

² _ فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص108.

³ _ GAUTRS Vincent, op cit, p560.

⁴ _ د. احمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص338.

⁵ _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص155.

عقود التجارة الإلكترونية الدولية ولا حاجة له للتعاون مع باقي القوانين الأخرى أياً كانت¹.
الفرع الثالث: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي لنظام قانوني مستقل
أكد أنصار المجتمع الافتراضي على وجود قواعد تشكل نظاماً قانونياً قائماً، والمتمثلة في تماسك وتجانس المجتمع المنظم لمجالات التجارة الإلكترونية، وذلك عن طريق هيئات تقوم بتقنين قواعد السلوك وحمايتها²، لكن السؤال المطروح ما هي حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء حلول لمشاكل التجارة الإلكترونية؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد من العودة إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية، والمتمثلة في التالي:
أولاً_ الاتفاقيات الدولية:

تعمل بعض الاتفاقيات الدولية على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلاً للتنظيم بين الدول المتعاقدة، منها: اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية مكسيكو لعام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.
من جهة أخرى ظهرت اتفاقيات تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود إلكترونية، على غرار ما قامت به لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996³، والاتفاقية المتعلقة بالحقوق الأدبية والفنية بالملكية الأدبية والفنية في العالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية، التي تطبق بصفة مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وهي الفكرة التي تعتمد

¹ _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص180.

² _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص116.

³ _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص144.

عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية¹.

ولابد من الإشارة إلى الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة، الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005م، حيث كان لها دوراً بارزاً في تكوين بعض القواعد المادية للتجارة الإلكترونية من خلال سعيها، نحو اعتماد قواعد موحدة لإزالة العقبات التي تعرقل استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، خاصة تلك المشاكل الناتجة عن التشكيك بالقيمة القانونية للخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، إضافة إلى العقبات التي قد تنشأ عند تطبيق بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالقانون التجاري كما في حالة تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع حيث تثير بعض العقبات التي تحول دون إمكانية استخدام الخطابات الإلكترونية، لذا سعت هذه الاتفاقية إلى تذليل تلك العقبات من خلال إرساء قواعد دولية لتحقيق التكافؤ بين الخطابات الإلكترونية ونظيراتها الورقية².

ثانياً_ الاستعانة بالقوانين بالنموذجية:

تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها تقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية، فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية، وبالرغم من توسع نطاقه، يبقى متأخراً عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وعدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط، حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ للرسالة

¹ _ بولين أنطونيوس أيوب، تحديثات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص64.

² _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2016، ص 339.

والمرسل إليه، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية¹.

ثالثاً_ مساهمة تقنيات السلوك:

هي مجموعة القواعد والأحكام التي تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهمة بسيادة أخلاقيات قوية في التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية²، خاصة في الدول الأوروبية ومنها: فرنسا حيث تم وضع ميثاق عمل عبر الإنترنت والعديد من الجمعيات المهمة بطرق التعامل عبر الإنترنت، وتبعتها العديد من الدول الأخرى مثل إنجلترا وهولندا، التي وضعت تقنيات للسلوك الواجب الاتباع عبر الإنترنت³.

حيث يعمل الأطراف من خلال تقنيات السلوك على الاتفاق تطبيقها على التبادل الإلكتروني للبيانات، وليس القصد منها أن تكون بمثابة اتفاق تبادل نموذجي، كما نجد أن أغلبها لا تهتم ولا تغطي القضايا التقنية والقانونية⁴.

رابعاً_ الأعراف والعادات المستقرة:

وهي جملة من الأعراف والتقاليد التي استقر عليها العمل تلقائياً من قبل متعاملي الإنترنت، مما جعل منها قواعد مهنية ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل مجال من مجالات التعاون عبر الإنترنت، أرست في مجموعها جملة من قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني للإنترنت وابتعدت على الطابع التطوري البطيء والحذر، الذي لا يتلاءم

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص54.

² _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص169.

³ _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص146.

⁴ _ لقد تم وضع بعض التقنيات لأجل تنظيم الاتصالات التي تتم بين الأطراف، ولا تتعلق بالالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ومنها تقنيات السلوك الأمريكية، التي سميت بقواعد الاستخدام المقبولة، التي تحتوي على شرط عدم التجارية، وهو ما يتعارض مع فكرة التجارة الإلكترونية. راجع: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص229.

وسرعة معاملات التجارة الإلكترونية¹، مما جعلها تشكل الحل الأمثل والمبتكر لتنظيم استخدام شبكة الإنترنت والتجارة التي تتم عبرها، خاصة وأنها أثبتت قدرتها على مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة، وما قد تسفر عنه بالمستقبل في ظل ما يعرفه تطور القانون من بطء وإجراءات طويلة ومعقدة تحتاج للكثير من الإجراءات². ويرى البعض أن العرف قد لا يصلح، على الأقل في الوقت الحالي، لأن يكون من بين مصادر قواعد القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية، العقد الإلكتروني مازال في مهده وما زالت السوابق القضائية في هذا الشأن قليلة، ولم تصل إلى الحد الكافي لاعتبارها قواعد عرفية يمكن الرجوع إليها³.

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011، ص398.

² _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص168.

³ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص401.

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث نخلص إلى أن:

1_ أمام القصور والعجز الذي يعتري منهج قواعد تنازع القوانين لأن ينطبق على عقود التجارة الإلكترونية نظراً لطبيعة وخصوصية هذا النوع من المعاملات، التي تقوم الطبيعة اللامادية أو الافتراضية، ونظراً لكون الحدود الفاصلة بين العقد الداخلي والعقد الدولي قد سقطت مع وجود شبكة المعلومات الدولية، فكل العقود التي تبرم عبر الشبكة هي عقود دولية، وأمام قصور وعجز المهتمين بالتجارة الإلكترونية على إيجاد قواعد مادية خاصة بالتجارة الإلكترونية تتماشى وطبيعتها.

2_ إنّ الحلول المطروحة لحل مشكلة تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية هو المنهج المادي الإلكتروني، الذي انقسم الفقه بشأنه إلى اتجاهين، الأول: يذهب أنصاره إلى رفض فكرة الوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية وإنكار كل استقلال لها عن القواعد المادية التقليدية، فهي تقع ضمن نطاق هذه الأخيرة و ما هي إلا امتداد لها، أما الاتجاه الثاني فإنه يؤمن بالوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية، ويؤكد استقلالها عن القواعد المادية التقليدية، لكونها قواعد نشأت في بيئة إلكترونية وفي أحضان التجارة الإلكترونية، إلا أن هذ التباين لم يصل إلى حد إنكار صفة النظام القانوني عنها، على الرغم من أنها لم تسلم من سهام النقد التي صوبت إليها، بسبب قصورها وعدم قدرتها على الإحاطة الكاملة بكل النزاعات التي تثور في مجال التجارة الإلكترونية، مما يعني أن الحاجة الى منهج التنازع في القانون الدولي الخاص ستظل قائمة لسد النقص والقصور أعلاه، مع إمكانية تطويع بعض قواعد الإسناد لإعمالها في عقود التجارة الإلكترونية كما في حالة الاعتماد على الموطن الحكمي(موطن الأعمال أو مقر العمل الرئيسي في حالة تعدد مقار الأعمال، ومقر الإقامة الدائم في حالة غياب مقار الأعمال) بدلاً من الموطن الحقيقي، وهذا ما يؤكد حقيقة التعايش بين المنهجين وإمكانية أن يكمل أحدهما الآخر.

وأهم المقترحات تتمثل بما يأتي:

- 1_ إخضاع عقود التجارة الإلكترونية إلى القانون الذي يختاره أطراف العقد صراحة سواء كان قانون دولة تعترف بصفة المعاملات الإلكترونية أو أحكام عقد نموذجي معترف به في الأوساط التجارية على أن ينصب الاختيار على القواعد الموضوعية أو المادية في القانون المختار دون قواعد التنازع في هذا الأخير.
- 2_ ضرورة تعديل الاتفاقيات التجارية الدولية وتقيحها حتى تقبل التطبيق على كل المعاملات الإلكترونية، وذلك طبعاً في شكل اتفاق موحد تفسيري يتضمن إيضاحاً لمفاهيم "الكتابة، المستند، التوقيع"، وذلك بالابتعاد قدر الإمكان عن الإجراءات المعقدة التي تعرفها المعاهدات.
- 3_ ضرورة وضع اتفاق موحد يلبي احتياجات التجارة الدولية، ويساهم في تطور معاملات التجارة الإلكترونية على أن يتم اعتماد هذا الاتفاق من خلال مؤتمر دولي تدعو فيه الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء في الجماعة الدولية، لإضفاء الصفة الرسمية على هذا الاتفاق.
- 4_ أن تقوم الدول بإزالة كافة العقبات القانونية التي تحول دون استخدام شبكة الإنترنت في إبرام التصرفات القانونية، وأن تعطي للكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية قوة قانونية مساوية للكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية، فضلاً عن قبولها في الإثبات.
- 5_ فرض شرط في عقود التجارة الإلكترونية يلزم الأطراف بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الآخر عند حدوث نزاع، الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق ومصالحه.
- 6_ ضرورة أن تقوم كل دولة عبر قنواتها أو سلطاتها التشريعية الرسمية بوضع تنظيم خاص بالتجارة الإلكترونية يراعي فيه طبيعة تلك العمليات.
- 7_ الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق بالاستناد إلى كلا المنهجين المادي والتنازعي بما يؤمن الحماية اللازمة للتجارة الإلكترونية، وحماية المستهلك الإلكتروني كونه الطرف الضعيف دوماً في هذه العقود.

المراجع:

أولاً - باللغة العربية:

- 1_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 400.
- 2_ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق / جامعة عين شمس، 2007
- 3_ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 4_ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي)، - البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001
- 5_ أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988
- 6_ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000.
- 7_ أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2008 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011
- 8_ بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص (25).
- 9_ بشار محمد دودين - محمد يحيى المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 2006
- 10_ بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006

- 11_ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، الجزائر، 2008
- 12_ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006
- 13_ صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012
- 14_ عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005،
- 15_ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997،
- 16_ عزت البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، مؤتمر الاعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون 10-12 أيار 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الرابع.
- 17_ عصمت عبد المجيد، أثر التقدم العلمي في العقد، الناشر موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2007
- 18_ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2016
- 19_ فاروق محمد احمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002
- 20_ محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008،
- 21_ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006

- 22_ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003
- 23_ مندي عبد الله حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010
- 24_ منير محمد الجنبهي، العقود الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005
- 25_ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001

ثانياً_ باللغة الأجنبية:

- 1_CACHARD, Laregulation international du marche electronique, L.G.D.J, avril 2002, <https://heinonline.org/>
- 2_DUASO CALES Rosairo, La determination du cadre juridictionnel et legislative applicable aux contrats de cyberconsoommation, Novembre 2002, Lex Electronica, Vol.8, N.1, automne, 2002, <https://core.ac.uk/download/pdf/55644967.pdf>
- 3_GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002, <https://heinonline.org/>
- 4_KITIC Dusan, Droit international prive, Ellipses, Paris, 2003, <https://www.persee.fr/>
- 5_Remy-Corlay, Mise en oeuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, Riv.crit. DIP, Paris, 2003, <http://ged.univ-valenciennes.fr/>
- 6_Sanon Van der Hof. Party Autonomy and International Online Business-to-Business Contracts in Europe and United States.in: Schulz. A. Legal Aspects of an E-Commerce Transaction:International Conference in The Hague. 26 and 27 October 2004.published by sellier: European law publ,(2006), <https://core.ac.uk>

المساواة في الأسلحة كهدف مباشر لمبدأ الحياد

في الدعوى الجزائية

إعداد طالب الماجستير: علي سلمان يوسف

إشراف الدكتور: الأستاذ المساعد تميم محمد مكانيل

قسم القانون الجزائي - كلية الحقوق - جامعة دمشق

ملخص البحث:

تتطوي الدعوى الجزائية على موضوعين: أصلي وهو الدعوى العامة، وتبعية وهو الدعوى المدنية. هذه الثنائية نشأ عنها تنازع بين مصلحتين: مصلحة الاتهام في توقيع العقاب على مرتكب الجريمة وحصول المضرور بذات الوقت على التعويض عن الضرر الذي لحقه منها، ومصلحة الدفاع المتمثلة بإثبات البراءة وعدم المسؤولية المدنية بكافة الوسائل الممكنة. من هنا تأتي أهمية حياد القاعدة الجزائية الإجرائية في إحداث التوازن بين هاتين المصلحتين دون أن تطغى إحداها على الأخرى.

إذ تتوقف حيادية الدعوى الجزائية على المساواة في الأسلحة بين أطراف الخصومة، من خلال ضمان التمتع بذات الحقوق الإجرائية، ومعنى ذلك أن هذه الأخيرة سيتم توزيعها بين جميع الأطراف، وهذا لن يتحقق إلا إذا كان لكل طرف في الخصومة فرص معقولة لتقديم قضيته إلى القضاء الجزائي في ظل ظروف لا تضعه في موقف ضعيف أمام خصمه بما يضمن التوازن العادل بين الأطراف.

الكلمات الدالة: حياد القاعدة الإجرائية، المساواة في الأسلحة، عدم تكافؤ الفرص بين أطراف الخصومة الجزائية، المركز الممتاز للنياحة العامة، المسؤول بالمال الضحية الكبرى.

Equality of arms as a direct objective of the principle of neutrality in criminal proceedings

Abstract:

The criminal case involves two subjects: original, which is the public suit, and consecutive, which is the civil suit. This duality has given rise to a conflict between two interests: the interest of the accused in punishing the perpetrator and obtaining at the same time compensation for the damage suffered by the victim, and the interest of the defense in establishing innocence and not being liable by all possible means. Hence, the importance of the impartiality of the procedural Penal rule in striking a balance between these two interests without overshadowing each other.

The neutrality of the criminal case depends on the equality of arms between the parties to the, by ensuring the enjoyment of the same procedural rights, and this means that the latter will be distributed among all the parties, and this will only be achieved if each party in the dispute has reasonable opportunities to present his case to the criminal judiciary in Under circumstances that do not put him in a weak position in front of his opponent, to ensure a fair balance between the parties.

Key words: the neutrality of the procedural rule, equality in arms, unequal opportunities between the parties to the penal dispute, the excellent position of the Public Prosecution, the money liable, the major victim.

مقدمة:

ينطوي مفهوم حياد القاضي الجزائي وفق السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على جانبين: الأول شخصي، والذي يعني ألا يكون لدى القاضي الناظر في الدعوى موقف مسبق تجاه أحد أطرافها أو ألا ينحاز تجاه أحد أطراف الدعوى. والثاني موضوعي، والذي يضمن معاملة القاضي الناظر في الدعوى جميع أطرافها على قدم المساواة وبشكل عادل في أي مرحلة من مراحل الإجراءات^[1]. وانطلاقاً من الجانب الأخير لحياد القاضي (الحياد الموضوعي)، يمكن القول إن المساواة بين الخصوم أثناء مباشرة الإجراءات الجزائية، والمعروف في القضاء الجزائي بـ "مبدأ مساواة الخصوم في الأسلحة"، يعتبر من أحد مظاهر الحياد في الدعوى الجزائية، فلا عدالة بدون حياد ولا حياد بدون مساواة، فالمساواة في الأسلحة تعتبر من ضرورات الحياد ومستلزماته الجوهرية، بل إنها جوهر الحياد، لأنها أحد ركائز العدالة الجزائية والتي تضمن تكافؤ الفرص حال وجود مراكز قانونية متماثلة.

وعلى الرغم من أن مصطلح "المساواة في الأسلحة" تردد في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية^[2]، إلا أن هذا المصطلح أطلق لأول مرة - وبشكل صريح - في المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات في مدينة هامبورج سنة 1979، إذ جاء في التوصية الثانية التي أصدرها "يتعين أن يستفيد المتهم من مبدأ المساواة في الأسلحة، بأن

[1] NELIUBŠIENĖ, R. Ž. 2019- The judge as an impartial subject in criminal proceedings: The case of Lithuania, Journal of International Comparative Jurisprudence, Vol. 5 (1), p 94.

[2] ينبثق مبدأ المساواة في الأسلحة من أربع وثائق أساسية: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما سنة 1998 (المادة 1/67)، الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 22 تشرين الثاني 1969 (المادة 8 الفقرة الثانية)، اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان) سنة 1950 (المادة 6 الفقرة 3 بند د)، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة 1966 (المادة 14 الفقرة 3).

يكون له الحق في مساواة حقيقية أثناء الإجراءات، فتوفر له الوسائل الكفيلة بتمكينه من تنفيذ الأدلة التي يقدمها الادعاء وتقديم أدلة النفي^[1].

ويُعرف مبدأ المساواة في الأسلحة بمبدأ تكافؤ الفرص، الذي يقتضي التوازن بين السلطة الممثلة للمجتمع في الاتهام وبين المتهم وهو الطرف الضعيف في الدعوى، فإذا أخلت المحكمة بهذا التوازن تكون قد أخلت بحق النيابة العامة في الدفاع عن المجتمع، أو بحق المدعى عليه في الدفاع عن نفسه، وفي كلتا الحالتين يصبح حكمها عرضة للفسخ أو النقض^[2]. تأسيساً على ذلك، فإن مفهوم المساواة في الأسلحة أمام القضاء الجزائي أو ما يعرف بالتوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام مؤداه: المساواة في الوسائل بين أطراف الخصومة الجزائية، أي أن يتمتع أصحاب المراكز القانونية بذات الحقوق والحريات. فمتى حرم أحدهم من هذه الحقوق والحريات التي كفلها الدستور - بينما تمتع بها الآخر - كان النص القانوني الذي أقام هذا التمييز مخالفاً لمبدأ المساواة^[3].

من هذا المنطلق يقتضي مبدأ المساواة في الأسلحة أن يتاح لكل طرف في الدعوى الجزائية فرصة معقولة لعرض قضيته (طلباته، أدلته، دفوعه) على المحكمة في ظروف لا تضعه في موقف أدنى بكثير من خصمه أثناء سير الإجراءات الجزائية، إذ يكفل هذا المبدأ التوازن العادل بين الأطراف بما يتيح الفصل في النزاع بكل حياد وموضوعية^[4]. وهذا يتطلب المساواة بين أطراف الدعوى الجزائية في عدة أمور من بينها: المساواة في حضور جميع إجراءات التحقيق والمحاكمة، وفي الاطلاع على أوراق الدعوى، والتسوية

[1] د. حسن الجوخدار، خصائص النيابة العامة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 1، 2015، ص 93، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 706.

[2] د. حسن الجوخدار، خصائص النيابة العامة في التشريع الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص 93.

[3] د. أشرف رمضان عبد الحميد حسن، مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 315، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 705.

[4] MRČELA, M. 2017- Adversarial principle, the equality of arms and confrontational right – european court of human rights recent jurisprudence, EU and comparative law issues and challenges series, vol. 1, p 17, 19, NELIUBŠIENĖ, R. Ž. p 96.

بين النيابة العامة وباقي الخصوم في الاثبات وتقديم الطلبات والدفع (المشاركة الإجرائية)، وضمان حق الجميع في الاستعانة بمحام، والمساواة في استعمال حق الرد كتدبير إجرائي لحياذ الأطراف المشاركة في الرابطة الإجرائية، وأخيراً تقرير حق الطعن في الأحكام لجميع الأطراف في الدعوى.

أهمية الدراسة:

تتوقف حيادية الدعوى الجزائية على تقرير معاملة واحدة ومتساوية لجميع أطرافها، بما يضمن تمتع الأطراف بذات الحقوق والضمانات الإجرائية. وهذا يعني التزام المشرع عند صياغة القاعدة الإجرائية بضرورة تحقيق التوازن العادل بين الأطراف. من هنا تأتي أهمية الدراسة في تكريس مفهوم عدالة القاعدة الإجرائية وحيادها، فلا يجوز التحيز نحو أي من المصلحتين العامة أو الخاصة عند صياغتها، إنما يتوجب تحقيق التوازن العادل بين المصلحتين، فالتفوق من جانب الادعاء يجب أن يقابله قدرات دفاعية فعّالة.

كما تأتي أهمية الدراسة من خلال محاولة الوصول إلى الطريق الأمثل بخصوص الموازنة بين السلطات أو المكنات الممنوحة لأطراف الدعوى الجزائية ودور النيابة العامة فيها.

إشكالية البحث:

تدور الإشكالية الرئيسية للبحث حول إمكانية تحقيق المساواة في الوسائل أو المكنات بين الأطراف أثناء سير الخصومة الجزائية، في ظل الهدف الرئيسي لقانون أصول المحاكمات الجزائية في تحقيق التوازن العادل بين الفرد الذي يُحاكم والمجتمع الذي يطالب بالعقاب، من خلال القواعد التي تكفل ضمان الحياد والموضوعية، والذي يعتبر الضمان الأسمى للعدالة، وعدم التحيز نحو أي من المصلحتين العامة والخاصة. وهنا يتبادر إلى أذهاننا عدد من التساؤلات أهمها:

- هل تفترض طبيعة الدعوى الجزائية عدم المساواة بين الخصوم من حيث الوسائل أو المكنات أثناء سير الإجراءات الجزائية؟

- هل أقرّ المشرّع الجزائي السوري مبدأ التوازن العادل بين أطراف الدعوى من حيث الوسائل؟ أم أن اختلاف المصلحة التي يحميها قانون أصول المحاكمات الجزائية تفترض الخروج على مبدأ المساواة في الأسلحة بين الخصوم؟
- إلى أي مدى جاءت خطة الشارع السوري في معرض تنظيمه لإجراءات الدعوى الجزائية مكرّسة لهذا التوازن؟

منهجية البحث:

سيُتَّبَع في هذا البحث المنهج التأصيلي، وذلك من أجل بيان المقصود بمبدأ المساواة في الأسلحة بين الأطراف من خلال استقراء اتجاهات الفقه وأحكام القضاء في هذا الخصوص، ليتم الوقوف على النصوص القانونية الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي من شأنها أن تبين مواطن انعدام التوازن بين أطراف الدعوى الجزائية هذا من جهة، بالإضافة إلى الاعتماد على المنهج التحليلي لمعرفة مدى نجاح السياسة الإجرائية التي انتهجها المشرّع السوري في تحقيق التوازن العادل بين الأطراف أثناء سير الإجراءات الجزائية والمعروف بمبدأ " تكافؤ الفرص " من جهة أخرى.

مخطط البحث:

المبحث الأول: تأثير طبيعة الدعوى الجزائية على مبدأ المساواة في الأسلحة

المطلب الأول: انعكاس المصلحة المحمية على مراكز الخصوم في الدعوى الجزائية

المطلب الثاني: الوضع المتميز للنيابة العامة بالمقارنة مع وضع المتهم

المبحث الثاني: صوريّة المساواة في الأسلحة بين أطراف الدعوى الجزائية

المطلب الأول: عدم المساواة القانونية بين الأطراف من حيث الوسائل

المطلب الثاني: اللامساواة الفعلية بين الأطراف من حيث الوسائل

وسنأتي في خاتمة الدراسة على أهم النتائج والتوصيات التي يتم التوصل إليها.

المبحث الأول: تأثير طبيعة الدعوى الجزائية على مبدأ المساواة في الأسلحة

يمثل مبدأ المساواة في الأسلحة المبدأ الوظيفي الذي يقضي بأن المشاركين في الإجراءات الجزائية يجب أن يكون لهم فرص متساوية للتأثير على مسارها ونتائجها، فالتفوق من جانب الادعاء العام يجب أن يقابله قدرات دفاعية فعالة^[1]، من هنا تأتي أهمية قانون أصول المحاكمات الجزائية في تحقيق التوازن العادل بين الأطراف المشاركة في الدعوى الجزائية ككل دون أن يقتصر ذلك على أحدهم أو بعضهم من خلال ضمان تمتع جميع الأطراف بذات الحقوق الإجرائية. إلا أن طبيعة الدعوى الجزائية تفترض عدم المساواة بين الخصوم أثناء سير الإجراءات. لذلك نوزع الدراسة على مطلبين، نفرّد الأول لبيان مدى انعكاس المصلحة المحمية على مراكز الخصوم في الدعوى الجزائية، ونرصد الثاني للحديث عن الوضع المتميز للنياية العامة بالمقارنة مع وضع المتهم.

المطلب الأول: انعكاس المصلحة المحمية على مراكز الخصوم في الدعوى الجزائية

عندما تقع جريمة ينشأ للدولة الحق في معاقبة مرتكبها، والوسيلة التي تستخدمها الدولة للوصول إلى ذلك الحق تكون عن طريق الدعوى الجزائية والتي بواسطتها تتم المطالبة بحق المجتمع الذي أضرت به الجريمة أمام القضاء الجزائي لتوقيع العقاب على المجرم. فالدعوى الجزائية تتميز بطابعها الاجتماعي، فهي تمثل حق المجتمع في معاقبة الجناة الذين أخلوا بأمنه واستقراره، فحماية المصلحة العامة هي غاية الدعوى الجزائية، والتي تتمثل في ملاحقة مرتكبي الجرائم والحكم عليهم بعقوبة جزائية من أجل إعادة تأهيلهم للحياة من جديد في المجتمع، وفي هذا الإطار أثارت مسألة طبيعة الدعوى الجزائية وتأثيرها على مبدأ المساواة بين الخصوم من حيث الوسائل أو المكثات أثناء سير الإجراءات إلى ظهور اتجاهين: اتجاه قضائي وآخر فقهي.

يتجلى الاتجاه القضائي من خلال التأكيد الواضح للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مبدأ المساواة في الأسلحة بين المتهم والنياية العامة بوصفها مثلاً للاتهام إذ قضت:

^[1] MRČELA, M, op. cit, p 18.

"تتطلب المساواة في الأسلحة تمكين كل طرف في الخصومة الجزائية إمكانية معقولة في تقديم قضيته بما في ذلك أدلته، في ظروف لا تضعه في وضع أقل من وضع خصمه"^[1]. ويلاحظ أن المقصود من ذلك هو التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، حتى لا تتحول الإجراءات إلى وثيقة اتهام مستمرة يقف أمامها المتهم موقف الإذعان أو الخضوع، مما يعد متناقضاً لأصل البراءة. وقد جاء مفهوم المساواة في الأسلحة أكثر وضوحاً لدى محكمة النقض المصرية في قولها: "إن القانون كما اهتم بحقوق الاتهام فإنه قدس حقوق الدفاع، ورتب للمتهمين ضمانات لا يجوز الإخلال بها، وذلك لتحقيق الموازنة بين السلطة بما لها من قوة، وبين الأفراد بما لهم من حقوق وحريات" أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد أكدت على أنه "يتعين أن يكون حق النيابة العامة في تقديم أدلة الاتهام موازياً بضمانة الدفاع التي يتكافأ بها مركز المتهم معها في إطار النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية كي يتمكن بواسطتها من مقارعة حججها ودحض الأدلة المقدمة منها"^[2].

أما الاتجاه الفقهي فقد انطلق من طبيعة الدعوى الجزائية والتي تختلف في ذلك عن الدعوى المدنية كمبرر لعدم المساواة بين الخصوم أمام الإجراءات الجزائية^[3]. إذ تهدف الدعوى الجزائية إلى حماية المصلحة العامة، وتدور بين المجتمع ممثل بالنيابة العامة من جهة والفرد مرتكب السلوك الإجرامي من جهة أخرى، من أجل إزالة الاضطراب ورتق

[1] مشار إليه لدى: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 433، د. راشد بن حمد البلوشي، مبدأ المساواة كأحد ضمانات المحاكمة المنصفة في النظام الأساسي لسلطنة عُمان، بحث مقدم إلى مؤتمر " مبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية"، جامعة الإسراء، الأردن 2-3/4/2014، ص 12.

[2] مشار إليه لدى: د. حسن الجوخدار، خصائص النيابة العامة في التشريع الأردني والمقارن، مرجع سابق، هامش ص 93.

[3] د. فتوح الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، 1986، ص 90، د. محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 10.

الفتق الذي أحدثته الجريمة في نظام المجتمع وأمنه^[1]، وبهذه الحالة تعتبر الدعوى الجزائية عملاً من أعمال الدولة يلعب فيها القاضي دوراً إيجابياً في البحث عن الحقيقة من خلال عدم التقيّد بما يقدمه الخصوم وإصدار حكم يحقق الحماية الاجتماعية^[2]. فالقضاء في الدعوى الجزائية لا يعنى بالجريمة المقترفة قدر ما يعنى بشخصية مقترفها^[3]، ولا تعد نزاعاً شخصياً بين المتهم والنيابة العامة، بل هي مجموعة من الإجراءات تهدف إلى كشف الحقيقة وإقرار العدل تقف فيها النيابة العامة موقفاً جديداً تتصرف فيه أساساً لا بوصفها خصماً للمتهم فقط، وإنما بوصفها جهة تهدف كذلك إلى تقويم المجرم وإصلاحه، مما يلقي على عاتقها وظيفة اجتماعية معينة ذات قيمة سامية لا تتمثل في المطالبة بأشد عقوبة، بل تتمثل في التعاون مع القضاء من أجل تحديد العقوبة أو التدبير الذي يلاءم المتهم ويجدي في تأهيله^[4].

في حين يكون الهدف من الدعوى المدنية حماية مصلحة شخصية، يدور النزاع بين طرفين حول مصالح فردية خاصة تتعلق بالذمة المالية من عقار أو منقول أمام قاضي سلبي محايد يقف موقف الحكم بين أثنتين دون أن يعبأ بأشخاصهم، أو يعيرهم أي التفات، إنما يحصر همه في موضوع النزاع والمصالح المتضاربة فيه والبيانات التي يتقدم بها الخصوم.

من هنا يمكن القول إن مراكز الخصوم في الدعوى الجزائية غير متساوية، حيث تقوم النيابة العامة وهي ممثلة للمجتمع والأمانة على الدعوى الجزائية بدور رئيسي فيها من حيث جمع الأدلة والبحث والاستقصاء عن الجرائم واتخاذ القرار المناسب بعدم تحريك الدعوى أو بإحالتها إلى المحكمة المختصة، مما دفع بالفقه الجزائي إلى اعتبار النيابة

[1] د. محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، 1960، ص 10، د. عبد الوهاب حومد، أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الرابعة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1987، ص 15.

[2] د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 15.

[3] د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص 11.

[4] بوقندول سعيدة، سلطات النيابة العامة خلال مراحل الدعوى العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر، 2010/2009، ص 122.

العامة طرفاً ضرورياً وأساسياً في الدعوى الجزائية تهدف إلى تحقيق الصالح العام، فهي ليست خصماً بالمعنى الحقيقي للكلمة وإنما مجرد خصم آلي أو شكلي عادل ومحيد، إذ لا يوجد خصمان أمام القاضي الجزائي كما هو الشأن في الدعوى المدنية، وذلك لكونها ليست خصماً شخصياً للمتهم^[1]. بينما نجد في الدعوى المدنية أن مراكز الخصوم متساوية، وهذا يتفق بطبيعة الحال باعتبارها عملاً من أعمال الأفراد أصحاب النزاع، ويتسق مع طبيعة المصالح التي تهدف إلى حمايتها وهي مصالح فردية. وبالتالي فإن الخصوم في الدعوى المدنية يتمتعون بحرية كبيرة في إبداء الطلبات وتقديم الأدلة بل والتنازل عن الدعوى، بعكس الحال في الدعوى الجزائية التي لا تملك النيابة العامة سلطة التنازل عنها لأنها تهدف أيضاً إلى حماية المصالح العامة، وإن أعطاها القانون سلطات ومكنات لا تتوافر للمتهم أو للمجني عليه^[2].

ومما لا شك فيه أن المساواة بين الخصوم من حيث الوسائل في الدعوى الجزائية تختلف باختلاف النظام الإجرائي المتبع أو المهيمن، فإذا كان النظام الاتهامي هو السائد نجد أن الدعوى الجزائية تنطلق من اتهام يوجهه المتضرر لشخص ما، وبذلك يكون المتضرر هو المدعي، والمدعى عليه من وجه الاتهام إليه. مما يضع طرفي النزاع (المجني عليه والمتهم) في مراكز قانونية متكافئة ومتساويين في الدفاع عن مصالحهما. أي أن هذا النظام يقر بمبدأ المساواة بين طرفي النزاع إذ تتم الإجراءات بصورة علنية وبحضور الخصمين دون تفوق من جانب الادعاء على جانب الدفاع^[3]. أما إذا كان النظام الإجرائي يغلب عليه طابع التفتيش أو التنقيب نجد أن ممثل الاتهام لا يقف على قدم

[1] د. أشرف توفيق شمس الدين، دور النيابة العامة في النظام الجنائي الجرمانى، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مصر، 1999، ص 245، عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 174.

[2] د. محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 11، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

[3] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، الدعوى العامة - الدعوى المدنية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق 2010/2011، ص 14، د. محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 24.

المساواة مع الدفاع. فيكون التحقيق سرياً في معظم مراحله. وتتحول الإجراءات فيه إلى مبارزة بين طرفين غير متساويين في الحقوق: بين المتهم من جهة الذي يبقى جاهلاً ما دار في التحقيق وما ورد من وثائق ضده، وبين القاضي من جهة ثانية الذي أنيط به التحقيق والتفتيش^[1]. إذ يمتاز هذا النظام اهتمامه بالدرجة الأولى في تأمين مصلحة المجتمع، قبل مصلحة الفرد، لذلك كانت ضماناته للمتهم أقل على خلاف النظام الاتهامي الذي يقف إلى جانب المدعى عليه، لإنقاذ حقوقه، وإثبات براءته^[2].

والملاحظ أن المشرع السوري أخطأ لنفسه طريقاً وسطاً بين النظامين الاتهامي والتفتيشي (التحقيقي)، فهو لم يعتنق مذهباً واحداً على حالته، إنما مزج بين المذهبين في محاولة منه لتفادي عيوب النظامين السابقين، والجمع بين المزايا التي يتمتع بها كل منهما^[3]، إذ نجد التأسيس القانوني لخطة المشرع السوري في اتباع كلا المذهبين من خلال مراحل الدعوى الجزائية: ففي مرحلة التحقيق الابتدائي تكون الغلبة للنظام التحقيقي حيث يسود مبدأ السرية وتدوين التحقيق^[4]، إلا أن روح النظام الاتهامي ليست خافية في تلك المرحلة، فالنيابة العامة لا تستأثر وحدها بدور الاتهام، بل يشاركها المضرور من الجريمة أحياناً في تحريك الدعوى العامة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "ومع ذلك تجبر النيابة العامة على إقامتها (أي الدعوى

[1] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، الدعوى العامة - الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 15.

[2] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 51.

[3] انظر في ذلك إلى: د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، الدعوى العامة - الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها، د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، في الدعوى التي ينظرها القضاء الجزائي، الطبعة الثامنة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، دمشق، 2002/2001، ص 32، د. محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

[4] نصت المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "المدعى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم الحق في حضور جميع أعمال التحقيق ما عدا سماع الشهود" إذ يستفاد من هذا النص أن التحقيق الابتدائي علني بالنسبة للخصوم وسري بالنسبة للغير (الجمهور)، كما نصت المادة 55 من ذات القانون على أنه: "يصطحب قاضي التحقيق عندما ينتقل إلى موقع الجريمة كاتب دائرته أو مستناباً عنه..."، وجاءت المادة 76 من ذات القانون مقررّة على أن: "يستمع قاضي التحقيق بحضور كاتبه إلى كل شاهد على حده"، وجاءت المادة 78 مؤكدة على "تدوين إفادة كل شاهد في محضر يتضمن الأسئلة الموجهة إليه وأجوبته عليها".

العامة) إذا أقام المضرور نفسه مدعياً شخصياً وفقاً للشرائط المعينة في القانون"، وكذلك الحال عند تقييد سلطة النيابة العامة بإقامة الدعوى العامة في بعض الجرائم على شكوى أو ادعاء شخصي من المضرور^[1]. أما في مرحلة المحاكمة فإن الصفة الغالبة على إجراءاتها تعكس خصائص النظام الاتهامي، فإجراءات الدعوى علنية بالنسبة لجميع الأطراف والجمهور فيمكنهم حضور جلساتها، والمرافعة شفوية، وتتم الإجراءات في حضور الخصوم^[2]. ومع ذلك هناك بعض ملامح النظام التحقيقي ما زالت باقية خلال هذه المرحلة، فالدور الإيجابي للقاضي في البحث عن الحقيقة مازال قائماً^[3]، وما زال بإمكانه أيضاً التصدي للجرائم^[4].

وكما هو معلوم أن النيابة العامة بحكم وظيفتها في تمثيل المجتمع بمواجهة الأفراد، تملك الادعاء عليهم، وتوجيه التهمة ضدهم، فلا بد من أن يقيم المشرع - من خلال قانون الإجراءات الجزائية - بينها وبين هذا الفرد الذي تلاحقه وتدعي عليه حكماً مستقلاً يعمل على وضع قسطاس التوازن بين مصلحة الادعاء ومصلحة الدفاع، أو بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع الذي تمثله النيابة العامة، فلا تطغوا إحدى المصلحتين على الأخرى^[5] بل يجب أن يكون التوازن بقدر يحمي حق الدفاع في مواجهة حقوق الاتهام^[6]. والسؤال الذي يطرح هل نجح المشرع السوري في تحقيق ذلك؟ بمعنى هل تقادى المشرع الإجرائي السوري أحد أهم سليات النظام التحقيقي المتمثلة بعدم المساواة في الأسلحة بين الخصوم أثناء سير الإجراءات الجزائية؟ هذا ما سنجيب عليه تباعاً.

[1] انظر إلى المواد (421، 477، 540، 557، 564، 636، 644، 656، 660، 572، 475) من قانون العقوبات السوري.

[2] انظر إلى المواد (190، 257، 278، 176) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] نصت المادة 265 من قانون أصول المحاكمات الجزائية: "1- يتمتع رئيس محكمة الجنايات بسلطة يكون له بمقتضاها الحق في أن يتخذ من تلقاء نفسه جميع التدابير التي يراها مؤدية لاكتشاف الحقيقة 2- ويكل القانون إلى ضميره وشرفه بذل غاية جهده في سبيل هذا الأمر"

[4] كما هو الحال في جرائم الجلسات والجرم المشهود، انظر إلى المواد (168، 170، 397، 54 الفقرة 1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[5] د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص 60.

[6] د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 433.

المطلب الثاني: الوضع المتميز للنيابة العامة بالمقارنة مع وضع المتهم

إن من أهم مبادئ الرابطة الإجرائية والخصومة الجزائية في ذات الوقت هي المساواة بين الخصوم، فالنظام الإجرائي يجب أن يحقق المساواة بين النيابة العامة من جهة والمتهم من جهة أخرى. حيث يعتبر مبدأ المساواة في الوسائل أمام القضاء وسيلة للحد من تداعيات نظام البحث الجنائي، كما يؤدي تفعيل هذا المبدأ إلى الإقرار بحقوق الدفاع، ومنح المتهم دوراً إيجابياً في الخصومة الجزائية^[1]. وإذا كانت النيابة العامة تبحث عن الحقيقة سواء كانت في صالح المتهم أم ضده، وبالتالي لا يمكن وصفها بالخصم باعتبارها لا تسعى إلى تحقيق مصلحة شخصية خاصة بها، إلا أن النيابة العامة ومن الناحية الواقعية تحمل شبهة الخصم فوق العادة المدجج بمكنات وسلطات لا تتوافر للمتهم^[2]، ويتجلى ذلك في مرحلة البحث والاستدلال (الفرع الأول) ومرحلة التحقيق الابتدائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المركز الممتاز الذي تلعبه النيابة العامة في مرحلة البحث والاستدلال

الأصل أنه يتعين على النيابة العامة أن تقف على قدم المساواة مع الخصم المقابل لها وهو المدعى عليه الذي أسندت إليه التهمة بارتكاب الجريمة، وبمعنى آخر أن يكون للنيابة العامة جميع الحقوق المقررة قانوناً للخصم، وأن يترتب عليها ما يترتب عليه من واجبات. ويتأسس على ذلك أن من واجب القاضي أن يوفر بين طرفي الخصومة الجزائية فرصاً متكافئة لإثبات التهمة ونفيها، وذلك للتقليل من التفوق الذي تحوزه النيابة العامة على المتهم بحكم وظيفتها^[3]. إلا أن إضفاء صفة الخصم على النيابة العامة لا يعني

[1] د. راشد بن حمد البلوشي، مرجع سابق، ص 12.

[2] د. سليمان عبد المنعم، النيابة العامة معطيات الواقع واشكاليات التطوير "دراسة في تشريعات كل من مصر ولبنان والأردن والمغرب واليمن"، بحث مقدم أمام مؤتمر تطوير النيابة العامة في الدول العربية الذي نظمه البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، مراكش، المملكة المغربية، 2004، ص 24، د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص 558.

[3] د. حسن الجوخدار، خصائص النيابة العامة في التشريع الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص 92، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 104.

وقوفها دوماً على قدم المساواة مع المدعى عليه، فالمشرّع يعطيها في كثير من الأحيان وضعاً متميزاً وتفوqاً مهماً على المتهم، بحكم أنها المدافع عن أمن المجتمع واستقراره، ومن منطلق ما توصف به من أنها خصم إجرائي وليس خصماً حقيقياً للمتهم، فهي خصم عام وعادل وشريف، وهي تتعاون مع المحكمة في سبيل الكشف عن الحقيقة، فتخضع في تصرفاتها - على هذا النحو - لمقتضيات الحقيقة، بالسعي إلى تبرئة البريء وإدانة المجرم الحقيقي.

إذ يتضح المركز الممتاز الذي تلعبه النيابة العامة في مرحلة البحث والاستدلال من خلال إشرافها على أعمال الضابطة العدلية في وظيفة البحث الأولي عن الجرائم ومرتكبيها. حيث يرأس النائب العام الضابطة العدلية في منطقته، ويخضع لمراقبته جميع موظفيها فيما يقومون به من أعمال^[1]. فالنيابة العامة والضابطة العدلية مخولون القيام بإجراءات الاستقصاء والبحث عن الجرائم وتعقب مرتكبها^[2]. ومن خلال تحليل إجراءات الاستدلال نلاحظ عدم تحقق التوازن بين المشتبه فيه وبين أعضاء الضابطة العدلية، حيث أن المشرّع لم يحدد الإجراءات التي يمكن اتخاذها من قبل الضابطة العدلية على سبيل الحصر، ولم يلزمهم باتباع أي وسيلة محددة إلا أن تكون وسيلتهم في ذلك مشروعة. حيث لمأمور الضابطة العدلية أن يتبع أي إجراء ويستعمل أي وسيلة يراها مناسبة لكشف الحقيقة، وهذا يعني أن المشتبه فيه يواجه بمفرده جهاز الضابطة العدلية بأكمله دون أي

[1] د. حسن الجوخدار، محمد عبد الله الوريكات، تنظيم النيابة العامة واختصاصاتها في التشريع الأردني والمقارن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 8، 2014، ص 92. هذا ونصت المادة 7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "يقوم بوظائف الضابطة العدلية النائب العام ووكلاؤه ومعاونوه وقضاة التحقيق. ويقوم بها أيضاً قضاة الصلح في المراكز التي لا يوجد فيها نيابة عامة. كل ذلك ضمن القواعد المحددة في القانون"، كما نصت المادة 14 من ذات القانون على أن: "1- النائب العام هو رئيس الضابطة العدلية في منطقته. ويخضع لمراقبته جميع موظفي الضابطة العدلية بما فيهم قضاة التحقيق 2- أما مساعده النائب العام في وظائف الضابطة العدلية المعينون في المادتين 8 و9 فلا يخضعون لمراقبته إلا فيما يقومون به من الأعمال المتعلقة بالوظائف المذكورة".

[2] نصت المادة 6 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن: "موظفو الضابطة العدلية مكلفون استقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها وإحالتهم على المحاكم الموكل إليها أمر معاقبتهم"، في حين نصت المادة 17 من ذات القانون على أنه: "1- النائب العام مكلف استقصاء الجرائم وتعقب مرتكبها 2- ويقوم بذلك على السواء النواب العامون المختصون وفقاً لأحكام المادة 3 من هذا القانون".

قاعدة إجرائية تتدخل من الناحية العملية لتحديد سلطات هذا الجهاز، ومن هنا تكون المعادلة:

(السلطة + الفرد = القوة + الضعف).

كما يلاحظ أن عدم التحديد المسبق لوسائل جمع الاستدلالات، يفسح المجال أمام مأمور الضابطة العدلية لممارسة أعمال بعيدة عن دائرة المشروعية الدقيقة، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة عدم التوازن بين الضابطة العدلية والمشتبه فيه^[1]. هذا فضلاً عن السلطات الذاتية التي يملكها مأمور الضابطة العدلية عند ممارسة بعض إجراءات التحقيق الابتدائي في الجنائية والجنحة المشهود، ومن بينها القبض على كل شخص من الحضور يستدل بالقرائن القوية على أنه فاعل الجرم وتوقيفه^[2].

من خلال ذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن للنائب العام التدخل في أي وقت لتوجيه نشاط الضابطة العدلية، وببين لهم الطريقة التي يأمل أن يعملوا بها، أو يطلب منهم اجراء تحريات واستقصاءات تكميلية، ويلتزم أعضاء الضابطة العدلية بإبلاغ النائب العام بتطور التحقيق^[3]، كما يمكن للنائب العام أن يشارك في اجراء التحقيقات الأولية، فيمكنه مباشرة التحقيق بنفسه أو يسنده إلى أحد وكلائه^[4]، فيجوز له سماع المشتبه بهم والشهود والاستعانة بأهل الخبرة وطلب رأيهم شفهاً أو كتابياً دون تحليفهم اليمين القانونية^[5].

ومتى انتهت الضابطة العدلية من أعمال التحقيق الأولي، فعليها أن ترسل للنيابة العامة تلك التحقيقات من أجل التصرف فيها وبوصفها السلطة المنوط بها مباشرة الدعوى

[1] د. محمد عيد محمد الغريب، صورية المساواة في الإجراءات الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عدد 48، مصر، 2010، ص 88 - 90.

[2] انظر إلى المواد 37 و231 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري.

[3] المادة 49 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[4] د. أشرف رمضان عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 403.

[5] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، دمشق، 2015/2016، ص 83، د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، الطبعة التاسعة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، دمشق، 2004/2003، ص 14.

الجزائية، وقد حرص المشرع السوري على أن تباشر النيابة العامة هذه السلطة دون التقيد أو الارتباط بإرادة أحد باستثناء وزير العدل، فعلى الرغم من الطبيعة الإدارية البحتة للعلاقة القائمة بين النيابة العامة ووزير العدل، والتي تعطي هذا الأخير حق الإشراف والرقابة على أعمال وتصرفات النيابة العامة من الناحية الإدارية فقط دون أن يتعدى ذلك إلى ممارسة وظائف قضائية كالتدخل في إقامة الدعوى العامة ومباشرتها^[1]. إلا أن أعضاء النيابة العامة ملزمون باتباع أوامر رؤسائهم الخطية الصادرة إليهم ومن بينهم وزير العدل، ويستدل على ذلك من خلال تحليل نص المادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي قررت: "1- يتولى النيابة العامة قضاة يمارسون الصلاحيات الممنوحة لهم قانوناً وهم مرتبطون بقاعدة تسلسل السلطة وتابعون إدارياً لوزير العدلية 2- يلزم قضاة النيابة العامة في معاملاتهم الخطية باتباع الأوامر الخطية الصادرة إليهم من رؤسائهم أو من وزير العدلية"^[2].

ومن هذا المنطلق يمكن القول أن للنسبة العامة الحرية المطلقة في التصرف بالتحقيقات الأولية، إذ نصت المادة 51 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "1- إذا كان الفعل جنائية أودع النائب العام التحقيقات التي أجراها أو التي أحال إليه أوراقها موظفو الضابطة العدلية إلى قاضي التحقيق 2- أما إذا كان الفعل جنحة فله أن يحيل الأوراق إلى قاضي التحقيق أو إلى المحكمة مباشرة حسب مقتضيات الحال 3- وفي جميع هذه الأحوال يشفع الاحالة بادعائه ويطلب ما يراه لازماً 4- وللنائب العام أيضاً أن يحفظ

[1] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، الدعوى العامة - الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 36.

[2] الملاحظ أن المادة 56 من قانون السلطة القضائية الصادر عام 1961 نصت على أنه: "1- يتولى النيابة العامة قضاة يمارسون الصلاحيات الممنوحة لهم قانوناً وهم مرتبطون بقاعدة تسلسل السلطة ويرأسهم وزير العدل 2- يلزم قضاة النيابة العامة في معاملاتهم ومطالباتهم الخطية إتباع الأوامر الخطية الصادرة إليهم من رؤسائهم". وعلى الرغم من استحداث مبدأ "إذا كان القلم مقيداً فإن اللسان حر" والذي كان الغرض منه إعطاء النيابة العامة سلطة أكبر من الاستقلال عن وزير العدل عند المرافعة أمام المحكمة وتقديم طلباتها، على أن إيجاد هذا المبدأ للتخلص من القيود الرئاسية ليس إلا وهماً، فحرية الكلمة لا يمكنها أن تتجاوز القيود المكتوبة راجع في ذلك: د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1985، ص 127.

الأوراق إذا اتضح له منها أن الفعل لا يؤلف جرمًا أو لا دليل عليه". وهنا يطرح التساؤل الآتي: إذا كانت الوظيفة الأساسية للنيابة العامة هي تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام القضاء الجزائي حتى صدور حكم بات، فهل من الملائم أن يضاف إلى هذه المهمة سلطة القيام بوظيفة الضابطة العدلية، أم أنه مراعاةً لقرينة البراءة والمحافظة على مبدأ الحياد وتوازن الحقوق بين أطراف الدعوى الجزائية يقتضي الفصل بين وظائف الضابطة العدلية والادعاء أو الملاحقة^[1]؟

من المعلوم أن مبدأ حياد القاضي يتطلب استقلالاً ذاتياً وهذا متحقق بالنسبة للقضاء الجالس حيث أن القضاة لا يخضعون لغير ضمانتهم والقانون، إلا أن الحال مختلف تماماً بالنسبة للقضاء الواقف. فكيف من الممكن القول بحياد عضو النيابة العامة وهو في نفس الوقت يخضع لنظام التبعية الرئاسية أو التدرجية^[2]!

إذ يقصد بمبدأ التبعية الرئاسية أو التدرجية خضوع أعضاء النيابة العامة فيما يقومون به لسلطة رئاسية داخلية تتمثل في الالتزام بما يصدر إليهم من تعليمات بصدد مباشرتهم العمل الإجرائي ويترتب على مخالفة تلك التعليمات قيام مسؤوليتهم التأديبية^[3]. ويترتب على ذلك الخضوع صغوبة معرفة ما إذا كان قرار - حفظ الأوراق مثلاً - المتخذ من قبل النيابة العامة جاء تلبية لنداء ضميرها أم تبعاً لأوامر وجهت إليها، وهذا يستتبع طرح إشكالية الملاءمة بين حياد النيابة العامة من جهة وبين سلطتها التقديرية في إقامة أو عدم إقامة الدعوى الجزائية من جهة أخرى.

عند تحليل نص المادة 51 من قانون أصول المحاكمات الجزائية نلاحظ أن النائب العام هو المختص بالتصرف بالتحقيق الأولي، وهذا الأمر متروك لمطلق سلطته التقديرية، مما يتطلب قدرًا من الرقابة على تلك السلطة، بحيث لا يكون وراء قرار الاتهام أو حفظ

[1] د. حسن الجوخدار، محمد عبد الله الوريكات، مرجع سابق، ص 57.

[2] المادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] المادة 16 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

الأوراق دوافع غير مشروعة (تحيّز أو هوى من جانب النائب العام تجاه المشتبه فيه) تطبيقاً للتوازن في الإجراءات في الدعوى الجزائية^[1]. وهذا يعني أن النيابة العامة تمارس وظيفتين في وقت واحد، الأولى متعلقة بجمع الأدلة وتمحيصها والثانية باتخاذ الأمر حيالها بتحريك الدعوى ومباشرتها أو عدم تحريكها وحفظ الأوراق^[2]. وهنا تتشابه وظيفة النيابة العامة مع وظيفة قاضي التحقيق مع فارق جوهري يتمثل في أن قاضي التحقيق يجمع الأدلة وينتدب منها لاتخاذ القرار المناسب إما بإحالة المتهم أو الظنين للمحاكمة أو عدم إحالته، ويخضع في ذلك لرقابة قاضي الإحالة^[3].

ويعتبر مبدأ فصل الوظائف ضماناً حقيقية وضرورية لتأكيد حياد القاضي الجزائي، والذي يعني توزيع المهام والوظائف بين السلطات القضائية المختلفة، فلا يجوز أن تكون كل الوظائف والسلطات أو بعضها في يد شخص واحد هو من له الحق في إجراء التحقيق وتوجيه الاتهام والفصل فيه، فيكون بيده وحده تحديد مصير المتهم وإلحاق الأذى به، كما يمكنه أن يجمال من يشاء دون خضوعه لأي نوع من الرقابة^[4]. هذا وقد أخذ المشرع السوري بمبدأ فصل الوظائف بين الاتهام والتحقيق والمحاكمة، إذ نصت المادة 24 من

[1] د. أشرف توفيق شمس الدين، ضوابط تقدير النيابة العامة لملاءمة رفع الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، مركز الدراسات القانونية والقضائية، العدد 1، قطر، 2014، ص 63-66، د. أشرف توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق (دراسة نقدية للقانون المصري مقارنة بالقانونين الألماني والفرنسي)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 5 وما بعدها.

[2] تنقسم أنواع المراجعة التي تجريها النيابة العامة قبل التصرف في الدعوى الجزائية إلى وجهين: الأول يتصل بالوقائع والثاني يتصل بالقانون. من حيث الوقائع يتوجب على النيابة العامة أن تتبين أن الجريمة المسندة إلى المتهم قد ارتكبت من الناحية الواقعية، وأن تتوافر أدلة كافية على ارتكابها من قبل المتهم، فإذا رأت تحقق ذلك، عليها أن تنتقل إلى فحص القانون من جانبين: الأول موضوعي وهو أن السلوك المرتكب يشكل جريمة في نظر القانون، وأن أركان هذا الجرم متحققة، والجانب الثاني إجرائي يتصل بتوافر شروط قبول الدعوى الجزائية. فإذا تبين للنيابة العامة توافر هذه الأوجه السابقة كان لها أن تصدر قراراً بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع، وإذا انتفتت كلها أو إحداها كان لها أن تصدر قراراً بحفظ الأوراق، غير أنه قد تتوافر كل هذه الشروط ورغم ذلك ترى النيابة العامة أنه من غير الملائم إحالة الدعوى الجزائية إلى القضاء فتتخذ قراراً بحفظ الأوراق. راجع في ذلك: د. أشرف توفيق شمس الدين، ضوابط تقدير النيابة العامة لملاءمة رفع الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

[3] انظر إلى المادة 139 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[4] د. إيهاب طلعت يوسف، مبدأ حياد القاضي الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 2015، ص 200.

قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "لا يجوز لقاض أن يحكم بالدعوى التي تولى وظيفة النيابة العامة فيها"، في حين قضت المادة 56 من ذات القانون على أنه: "لا يجوز لقاضي التحقيق أن ينظر أو يحكم في الدعوى التي حقق فيها". والغاية من ذلك حتى لا يكون القاضي الذي يحكم في الدعوى على علم سابق بها، لأنه يخشى أن يكون قد كَوّن رأياً سابقاً قد يصعب تغييره فأراد بذلك أن يكون الذي يحكم في الدعوى خالي البال منها^[1]. لكن هذا لا ينطبق على وظيفة النيابة العامة في استقصاء الجرائم واتخاذ الأمر حيالها، فهل من المقبول أن يكون للنيابة العامة - والتي تعتبر خصماً للمتهم - حق الفصل في نتيجة التحقيقات الأولية^[2]!

الفرع الثاني: المركز الممتاز الذي تلعبه النيابة العامة كسلطة اتهام في مرحلة التحقيق الابتدائي

تهدف قواعد الإجراءات الجزائية إلى إقامة فصل حقيقي بين السلطات داخل الخصومة الجزائية، فالأصل هو الفصل بين وظائف الاتهام والتحقيق والمحاكمة من خلال تحديد سلطات كل قاضي يتدخل خلال سير الخصومة الجزائية، باعتبار أنه الضمان الأساسي لحياض القضاء الجزائي^[3]، وهذا الاتجاه أخذ به النظام الإجرائي السوري كما ذكرنا سابقاً، وعند تحليل نصوص المواد 24 و 56 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، نجد أن المشرع السوري نصّ صراحة على ضرورة الفصل الحقيقي بين الاتهام والحكم من جهة، وبين التحقيق والحكم من جهة أخرى، أما الفصل بين وظيفة الاتهام والتحقيق نجد أن قانون أصول المحاكمات الجزائية لم ينص وبشكل صريح على الفصل بينهما، إلا أنه

[1] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 17.
[2] ليس مبالغاً في مكان القول إن اختيار أعضاء النيابة العامة أخطر وأوسع أثراً من اختيار قضاة الحكم، باعتبار أن قاضي الحكم يستبصر في حكمه من المستندات المقدمة من الخصوم والمرافعات الشفوية، في حين أن عضو النيابة العامة يمارس سلطة الاتهام دون معايير منضبطة طالما أن المشرع يترك له سلطة تقديرية بخصوص استعمال سلطته، فإذا كان من العناصر الجيدة البعيدة عن الهوى والتحيز حق سياسة المشرع في مكافحة الجريمة وردع المجرمين.
[3] د. محمد عيد محمد الغريب، مرجع سابق، ص 77.

يفهم من النصوص الأخرى النازمة لاختصاص النيابة العامة وقضاء التحقيق أن المشرّع أخذ بالفصل بين هاتين الوظيفتين^[1].

وعلى الرغم من حرص التشريعات - ومن بينها المشرّع السوري - الآخذة بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق على ضمان استقلال قاضي التحقيق، إلا أن هذا لا يعني تركه دون إشراف أو رقابة، فالرقابة تبدو ضرورية لتفادي التحكم والتعسف في ممارسة بعض إجراءات التحقيق. لذلك اتجهت هذه التشريعات إلى تقرير نوع من الإشراف يخضع له قاضي التحقيق في مباشرة سلطاته، بيد أنها اختلفت في تحديد الجهة المخولة بالإشراف عليه، فقد عهد المشرّع السوري سلطة الإشراف على قاضي التحقيق للنائب العام وقاضي الإحالة، بينما سلك المشرّع الفرنسي مسلكاً آخر إذ خول رئيس غرفة التحقيق (غرفة الاتهام) وقاضي الحريات والحبس سلطة الإشراف على سلطات قاضي التحقيق^[2].

وتأسيساً على ذلك نلاحظ أن قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري لم يكفل استقلال قاضي التحقيق، إذ اعتبره من أعضاء الضابطة العدلية (المادة 7)، وتفرض عليه هذه الصفة الخضوع لرقابة النيابة العامة. فالنائب العام هو رئيس الضابطة العدلية في منطقته ويخضع لمراقبته جميع موظفي الضابطة العدلية بما فيهم قضاة التحقيق^[3]. وهذا يعني أن يكون قاضي التحقيق طائعاً وينزل دائماً عند رأي النيابة العامة وطلباتها وإلا تعرض

[1] د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، مرجع سابق، ص 49.

انظر إلى المواد (1 و54) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.
[2] د. أشرف رمضان عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 521، د. أشرف توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق (دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي)، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

[3] نصت المادة 14 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "1- النائب العام هو رئيس الضابطة العدلية في منطقته ويخضع لمراقبته جميع موظفي الضابطة العدلية بما فيهم قضاة التحقيق 2- أما مساعدو النائب العام في وظائف الضابطة العدلية المعينون في المادتين 8 و9 فلا يخضعون لمراقبته إلا فيما يقومون به من الأعمال المتعلقة بالوظائف المذكورة".

للمساءلة التأديبية^[1]. مما يدفع الباحث إلى التساؤل عن الفائدة العملية من تبني المشرع السوري لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ما دام نص صراحة على تبعية قاضي التحقيق للنائب العامة، فكيف من الممكن أن يحافظ قاضي التحقيق على الموازنة بين حقوق الاتهام والدفاع وهو في الوقت ذاته خاضع لإشراف النائب العام؟

عند تحليل نصوص المواد 14 و16 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، نلاحظ أن إشراف النائب العام على قاضي التحقيق من خلال لفت نظره وتوجيه الملاحظات إليه والرقابة على أعماله، يقتصر فقط عند مباشرة قاضي التحقيق أعماله كعضو من أعضاء الضابطة العدلية أي في مرحلة البحث الأولي. فقاضي التحقيق عند ممارسة سلطاته كعضو من أعضاء الضابطة العدلية ملزم بإخبار النائب العام عن الجرائم التي تصل إلى علمه وإيداعه الإخبارات ومحاضر الضبوط التي ينظمها مع بقية الأوراق، والانصياع إلى أوامره بمباشرة وإتمام التحقيق الذي بدأه^[2]، وبمعنى آخر يخضع قاضي التحقيق في ممارسة استقصاء الجرائم والكشف عن فاعليها لتعليمات ومراقبة النائب العام، فالعلاقة القائمة بينهما في هذه الحالة علاقة الرئيس بمروؤسه^[3]. أما حينما يمارس قاضي التحقيق عمله كقاضٍ للتحقيق، فإنه لا يخضع لهذا الإشراف. ويستدل على ذلك من خلال الصياغة التشريعية للمادة 14 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاءت على النحو الآتي: "...ويخضع لمراقبته جميع موظفي الضابطة العدلية بما فيهم قضاة التحقيق"، وهذا يعني أن مراقبة وأشراف النائب العام على قاضي التحقيق تنحصر فقط عند ممارسة هذا الأخير لوظائف الضابطة العدلية، وفي هذه الحالة تندمج صفتين متعارضتين لدى قاضي التحقيق: صفة الضابطة العدلية قبل تحريك الدعوى العامة،

[1] نصت المادة 16 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "إذا توانى موظفو الضابطة العدلية وقضاة التحقيق في الأمور العائدة إليهم يوجه إليهم النائب العام تنبيهاً وله أن يقترح على المرجع المختص ما يقتضيه الحال من التدابير التأديبية".

[2] انظر إلى المواد (2/47 و49 و50) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 98.

وصفة قاضي للتحقيق بعد تحريكها ومباشرتها. وعلى أساس ذلك يطرح التساؤل الآتي: ألا يعتبر إضفاء صفة الضابطة العدلية على قاضي التحقيق وخضوعه في هذه الحالة لإشراف النائب العام من شأنه التأثير على حياده عند مباشرة أعمال التحقيق الابتدائي؟ وكيف من الممكن أن يتخلص قاضي التحقيق من هذا الإشراف؟ أليس عن طريق تجريده من صفة الضابطة العدلية؟ من المعلوم أن الوصول إلى الحقيقة يقتضي توافر الحيادة والموضوعية، وهو ما لا يتسنى إذا كانت سلطة التحقيق الابتدائي لا تتمتع باستقلال كاف أو كان يسودها التبعية^[1]. حيث أن ممارسة قاضي التحقيق لوظيفة الضابطة العدلية والتحقيق الابتدائي في ذات القضية يعتبر قضاء منه استناداً لعلمه الشخصي، ومبرر ذلك أنه لو قدمت شكوى بوقوع جريمة إلى قاضي التحقيق فقام بالبحث والاستقصاء عن الجريمة ثم أحال تلك الشكوى مع كافة الأوراق والضبوط إلى النيابة العامة لتقرر مدى ملائمة تحريك الدعوى العامة، وعلى فرض تحريك الدعوى العامة من قبل النيابة العامة أمام ذات قاضي التحقيق الذي قام بالبحث والاستقصاء عن الجريمة، فهل يستطيع الموازنة بين حقوق الاتهام والدفاع والفصل في نتيجة التحقيق بحياد وموضوعية؟ كيف يتحقق ذلك والمدعى عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي سيكون أمام ذات الشخص الذي باشر أعمال التحري والاستدلال؟!

يتضح مما سبق أن للنأيبة العامة السيادة على إجراءات التحقيق الابتدائي^[2]، إذ لها أن تطلب في جميع أدوار التحقيق، الاطلاع على معاملات التحقيق في أي وقت ومنها إفادات الشهود^[3]. بالمقابل نجد المدعى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم الحق في حضور جميع أعمال التحقيق ما عدا سماع الشهود، ولا يحق لهم في

[1] د. أشرف رمضان توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق (دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي)، مرجع سابق، ص 3، بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 41.

[2] بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 38.

[3] الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

حال غيابهم بعد دعوتهم أصولاً أن يطلعوا على التحقيقات التي جرت في غيابهم. ولقاضي التحقيق أن يقرر اجراء تحقيق بمعزل عن الأشخاص المذكورين سابقاً (باستثناء النيابة العامة)^[1] في حالة الاستعجال أو متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وقراره في هذا الشأن لا يقبل المراجعة^[2]. هذا من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة في الأسلحة بين أطراف الخصومة الجزائية وعلى وجه الخصوص بين الاتهام والدفاع.

كما لها - أي النيابة العامة - أن تطلب من قاضي التحقيق اتخاذ أي اجراء تراه لازماً لإظهار الحقيقة، مثل إصدار الأمر بالقبض أو التوقيف الاحتياطي، أو إجراء الخبرة، أو التفتيش، ولها توجيه الاتهام ضد أشخاص جدد، وأن تتقدم بطلب إضافي للتحقيق، وباختصار لها أن تطلب من قاضي التحقيق القيام بأي عمل من أعمال التحقيق يبدو ضرورياً^[3]، ولقاضي التحقيق مطلق الحرية في الإجابة أو رفض الطلب.

كما أن انتقال قاضي التحقيق إلى موقع الجريمة أو قيامه بالتفتيش يتوجب عليه أن يحيط النائب العام علماً بذلك^[4]، ولم يبين القانون السوري سبب ذلك، هل من أجل حصول قاضي التحقيق على إذن من النائب العام قبل قيامه بالانتقال إلى موقع الجريمة أو قيامه بالتفتيش أم لاتخاذ ما يلزم من إجراءات. إلا أن الفقه الجزائي السوري يرى الغاية من ذلك إفساح المجال أمام النائب العام لمرافقة قاضي التحقيق - إذا شاء - لموقع الجريمة أو عند

[1] هناك من يرى أنه بإمكان قاضي التحقيق إجراء التحقيق بمعزل عن الخصوم كما لو كان المشتكى عليه من أصحاب النفوذ ويمكن أن يؤدي حضوره إلى انحراف التحقيق أو عرقلة سيره، والحكم عام لا فرق فيه بين خصم وآخر، ولذلك من المتصور إجراء التحقيق في غيبة النيابة العامة نفسها في التشريعات التي تأخذ بنظام قاضي التحقيق إذا قدر المحقق ضرورة لذلك. انظر إلى: عثمان جبر محمد عاصي، ضمانات المشتكى عليه في التحقيق الجزائي الابتدائي في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 1998، ص 75، وللباحث بهذا الخصوص وجهة نظر مختلفة، إذ أن المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية حددت - على سبيل الحصر - الأطراف الممنوعة عن سماع الشهود دون أن تشمل النيابة العامة مع الأخذ بعين الاعتبار أن للنيابة العامة في جميع أدوار التحقيق سلطة الاطلاع على معاملات التحقيق، وهذا الحق يغني عن حضورها أو اجراء التحقيق في غيابها.

[2] المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] د. أشرف رمضان عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 476 وما بعدها، بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 30.

[4] المادة 95 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

قيامه بالتفتيش^[1]، بمعنى آخر قيام قاضي التحقيق بإجراءات المعاينة أو التفتيش بحضور النائب العام في هذه الحالة، وهنا يبرز المركز الممتاز الذي تتمتع به سلطة الاتهام على بقية الأطراف في الدعوى الجزائية. فالأصل أن يخطر قاضي التحقيق الخصوم في الدعوى بانتقاله، وأن يمكنهم من الحضور أثناء إجراء المعاينة، ومع ذلك فإن له أن يجري ذلك في غيابهم إن كان هناك ضرورة تستدعي ذلك أو كان هناك مبرر للاستعجال باستثناء النيابة العامة، حيث أن قاضي التحقيق ملزم أن يعطي النائب العام علماً بانتقاله.

وعلى الرغم من أن قاضي التحقيق هو المخول قانوناً بإدارة الجلسة، إلا أن المشرع الإجرائي أعطى النيابة العامة الحق في طرح الأسئلة وتقديم الملاحظات مباشرة أثناء التحقيق في حال حضور أحد ممثليها جلسات التحقيق الابتدائي، طالما أنه لا يوجد نص قانوني يمنعها من ذلك أو يقيد حريتها، على عكس محامي المتهم أو المدعي الشخصي الذي لا يمكنه الكلام إلا بعد إذن قاضي التحقيق^[2]، حيث أن المشرع عندما أدخل المحامي لمكتب قاضي التحقيق كان الهدف الأكبر من وراء ذلك هو مراقبة سلامة الإجراءات ومساندة المتهم معنوياً أكثر منه ضمان الدفاع عن هذا الأخير، فدور المحامي يكون سلبياً حيث يلعب دور الملاحظ الصامت الذي إذا ما أراد الخروج عن صمته فلا يكون ذلك إلا لطرح الأسئلة أو تقديم ملاحظات بعد إذن قاضي التحقيق، فالمشرع لم يطلق له العنان لكي يرتقي إلى درجة المرافعة الحقيقية هذه الأخيرة التي يتركها المشرع

[1] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 179، د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، مرجع سابق، ص 160.

[2] إذ نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة 71 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "ولا يحق للمحامي الكلام أثناء التحقيق إلا بإذن المحقق، وإذا لم يأذن له المحقق بالكلام أشير إلى ذلك في المحضر ويبقى له الحق في تقديم مذكرة بملاحظاته".

إلى جلسة المحاكمة^[1]. وبالتالي من الممكن القول إن حضور محامي كل من المدعى عليه والمدعي الشخصي لمكتب قاضي التحقيق لا يوازي حضور النيابة العامة، وهي بهذا الشكل قادرة على تغيير وجهة التحقيق كيفما شئت. فكان الأجدر بالمشروع الإجرائي السّوري أن يساوي بين مراكز الأطراف أمام قاضي التحقيق، من خلال النص وبشكل صريح على منع جميع الأطراف - بما فيهم النيابة العامة - من طرح الأسئلة والكلام أثناء انعقاد جلسات التحقيق الابتدائي، إلا بعد إذن قاضي التحقيق أو السماح بذلك دون أن يقتصر هذا الحق على أحد الأطراف، وذلك على غرار المشروع الإجرائي الفرنسي^[2].

ويتأكد وصف الامتياز للنيابة العامة كون التحقيق المقترن بقرار منع المحاكمة لا يعاد عند ظهور أدلة جديدة إلا بعد ارسالها أولاً للنيابة العامة فإذا اقتضت بجديتها تبعث بها إلى قضاء التحقيق وتطلب إعادة فتح باب التحقيق من جديد. وهذا ما أكدت عليه المادة 164 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي نصت على أنه: "إذا وجدت أدلة جديدة تقدم إلى النائب العام فيبعث بها إلى قاضي الإحالة أو قاضي التحقيق الذي أصدر قرار منع المحاكمة لإجراء تحقيقات جديدة". ويجد هذا الإجراء سنداً قانوني في أنّ قرار منع محاكمة المدعى عليه الصادر عن قضاء التحقيق وإن كان يحوز حجية مؤقتة، إلا أنه يعتبر من القرارات النهائية والذي على أساسه تمّ التصرف في التحقيق الابتدائي ووضع حد للخصومة، وبالتالي لا يملك قضاء التحقيق - في هذه الحالة - حق مباشرة الإجراءات التحقيقية إلا بعد تقديم الأدلة الجديدة إلى النيابة العامة وطلبها إجراء تحقيق جديد، إلا أنّ هذا الأمر متروك لتقديرها دون أي مراعاة للأطراف الأخرى في الدعوى الجزائية لا سيما

[1] د. فوزي عمارة، قاضي التحقيق، رسالة دكتوراه، جامعة الأخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر، 2010، ص 105 وما بعدها، بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 78.

[2] حافظ المشروع الإجرائي الفرنسي على مبدأ التوازن في المراكز والمكانات بين أطراف الدعوى الجزائية وذلك بموجب تعديل 15 حزيران لعام 2000، حيث نصت المادة 25 من هذا القانون على أنه: "خلال التحقيق أو المواجهة أو سماع أحد أطراف الدعوى يمكن لوكيل الجمهورية ولمحامي الأطراف طرح الأسئلة أو تقديم ملاحظات مختصرة بطريقة مباشرة ودون حاجة إلى موافقة قاضي التحقيق". راجع في ذلك: بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 73.

المدعي الشخصي الذي لا يملك تحريك الدعوى العامة من جديد وإعادة فتح التحقيق في هذه الحالة، وهنا ينعدم مبدأ المساواة في الأسلحة بين السلطات المخولة للمضرور أو المجني عليه في تحريك الدعوى العامة والسلطات المنوطة بالنيابة العامة في هذا الصدد^[1].

كما تبدو مظاهر عدم التوازن بين النيابة العامة والمدعى عليه - فضلاً عما سبق ذكره - في التشريع السوري، فيما يوليه المشرع من عناية بطلبات ورأي النيابة العامة مقارنة بطلبات المدعى عليه أمام قضاء التحقيق، وذلك من خلال ما تنص عليه أحكام المادتين 106 و 117 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، فمن خلال استقرائنا لنص هاتين المادتين يتضح لنا جلياً تأرجح الموازين لصالح النيابة العامة، إذ يتوجب على قاضي التحقيق قبل إصدار مذكرة التوقيف بحق المدعى عليه أن يستطلع رأي النيابة العامة بشأنه، وإغفال ذلك يجعل مذكرة التوقيف باطلة، كما لا يجوز لقاضي التحقيق استرداد مذكرة التوقيف إلا بموافقة النائب العام، فإذا لم يوافق لا يملك قاضي التحقيق حق استرداد مذكرة التوقيف، وعندئذ يبقى المدعى عليه رهين التوقيف هذا من جانب^[2]، ومن جانب آخر فإن قاضي التحقيق ملزم بموجب أحكام المادة 117 باستطلاع رأي النيابة العامة قبل أن يتخذ قراراً بشأن إخلاء سبيل المدعى عليه بناء على طلبه، وإلا كان قراره مختلاً ويجوز الطعن فيه.

والملاحظ أن المادة 131 من قانون أصول المحاكمات الجزائية ألزمت قاضي التحقيق بإيداع معاملات التحقيق النائب العام لدى انتهائه منها ليدرسها، ويعطي مطالبته بشأنها خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ وصولها إليه. وهذه المطالبة هي الادعاء النهائي، وإن كانت غير ملزمة لقاضي التحقيق، إلا أن لها تأثير هام على قرار قاضي التحقيق

[1] د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص 568.

[2] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 219.

بالتصرف في التحقيق الابتدائي، وهذا مستفاد من تبعية قاضي التحقيق للنيابة العامة^[1]. وبذلك يشرف النائب العام على أعمال قاضي التحقيق، فيطالب بمنع محاكمة الفاعل أو لزومها مثلاً.

وفي السياق ذاته فإن مرحلة التحقيق الابتدائي تعتبر من المراحل المهمة في الخصومة الجزائية والتي يبدو فيها عدم التوازن بين الخصوم نتيجة تركيز السلطات بين يدي قضاء التحقيق. فالمشرع السوري وإن كان قد أخذ بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق بشكل غير مباشر مما يوهم بأن هناك مساواة بين القضاء والشخص المدعى عليه^[2]، إلا أنه أعطى قضاء التحقيق سلطات مطلقة في البحث عن الحقيقة واتخاذ إجراءات احتياطية ضد المدعى عليه. فهو يملك اصدار الأمر بالتوقيف الاحتياطي الذي يعتبر من أخطر إجراءات التحقيق، وعلى الرغم من أن مبررات التوقيف الاحتياطي تتمثل في بعض الحالات بحماية المدعى عليه من ارتكاب جرائم أخرى أو حمايته من انتقام أهل المجني عليه وتهدة الرأي العام وكبح جماح غضبه، ومنع المدعى عليه من الهرب والتلاعب بالأدلة، إلا أن التوقيف الاحتياطي من شأنه المساس بقرينة البراءة، باعتباره ينزل بالمدعى عليه إيلاماً في الوقت الذي لم تثبت فيه إدانته بعد، ويقطع صلته بعائلته، ويوقف نشاطه المهني، وقد يحدث التوقيف الاحتياطي صدمة نفسية للمدعى عليه ولاسيما إذا ثبتت براءته فيما بعد^[3]، فاحترام الحرية الفردية تقتضي ألا تسلب حرية المدعى عليه إلا بعد أن تثبت إدانته تنفيذاً لحكم قضائي واجب النفاذ، وبالتالي فإن توقيف المدعى عليه احتياطياً قبل ذلك يتعارض تماماً مع مبدأ افتراض البراءة الذي يجب أن يتمتع به

[1] ليس هناك أوضح من تبعية قاضي التحقيق للنائب العام وعمله تحت أمرته ما نصت عليه المادة 43 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي تعطي للنائب العام في حال اطلاعه على وقوع جنائية أو جنحة (غير مشهودة أو غير واقعة داخل مسكن) بطريقة الاخبار أو بصورة أخرى أن يطلب من قاضي التحقيق اجراء التحقيقات والتوجه بنفسه إلى مكان الحادث إذا لزم الأمر لينظم فيه المحاضر اللازمة، مما يعني أن قاضي التحقيق يعمل تحت رهن إشارة النائب العام وهي نتيجة طبيعية مادام قاضي التحقيق أحد أعضاء الضابطة العدلية.

[2] د. محمد عيد محمد الغريب، مرجع سابق، ص 77.

[3] د. طارق الخن، التوقيف الاحتياطي، بحث قانوني متاح على موقع الموسوعة العربية - www.arab-ency.com.sy تاريخ الزيارة: 2021/3/6.

كل مدعى عليه باعتباره حق ثابت له بموجب النصوص الدستورية^[1]. فإذا ما وصلت الخصومة الجزائية إلى مرحلة المحاكمة، فإن كل سلطات القضاء تكون قد تمت مباشرتها في مرحلة التحقيق الابتدائي، بحيث تكون المرافعات التي تدور في جلسات المحاكمة قد فقدت جزئياً مدلولها. وقد يصادف أن يكون يوم الحكم بإدانة المتهم يتفق مع يوم الإفراج عنه إذا كانت العقوبة معادلة لمدة الحبس الاحتياطي، وهذا ما يؤكد أن المرافعة أمام قضاء الحكم تكون غير مجدية في مثل هذه الحالات^[2]. وهنا يبرز عدم التوازن بين الاتهام والدفاع من خلال المساس بحق المدعى عليه في افتراض براءته من قبل قاضي التحقيق الذي يعتبر خاضعاً لسلطة الاتهام المتمثلة بالنيابة العامة^[3]، فالوصول إلى الحقيقة لا ينبغي أن يتم على حساب إهدار حقوق المدعى عليه^[4].

وإزاء ذلك ذهب أحد الفقهاء إلى التمييز بين التوازن بين فاعلية التحقيق وحقوق الدفاع: هذا التوازن لا يعني بالضرورة المساواة المطلقة أو حتى النسبية بين حقوق وضمانات الدفاع وسلطة التحقيق الابتدائي، فضرورة الدفاع عن المجتمع وتمكين السلطة العامة من اقتضاء حق الدولة في العقاب يستدعي تحقيقاً ابتدائياً فعالاً غايته الكشف عن الحقيقة وقد يقتضي هذا تغليب مصلحة المجتمع في الموازنة أحياناً، فمن أجل حماية المجتمع ككل يتعين قبول التضحية من جانب الأفراد الذين يخضعون لإجراءات الدعوى الجزائية، ولا يتنافى ذلك مع مبدأ الموازنة بين حقوق الدفاع، ذلك أنه في مجال الموازنة بين

[1] نصت المادة الحادية والخمسون من الدستور السوري " كل متهم بريء حتى يدان بحكم قضائي مبرم في محاكمة عادلة ".

[2] د. محمد عيد محمد الغريب، مرجع سابق، ص 84.

[3] تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي استحدث نظام قاضي الحريات والحبس حتى لا يتأتى الحبس الاحتياطي إلا من قاضي كل مهمته هو تقدير مدى ملائمة الحبس من عدمه، وعلى هذا أقام القانون الفرنسي نوعاً من التوازن بين السلطات المخولة بالتحقيق من جهة والمتهم من جهة أخرى، بما يحقق المساواة بين الأسلحة في الإجراءات، وذلك بأن يكفل توازناً بين سلطة المساس بالحرية والضمانات التي تحقق صيانة هذه الحرية. راجع في ذلك: د. أشرف توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق (دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي)، مرجع سابق، ص 44، د. محمد عيد محمد الغريب، مرجع سابق، ص 81.

[4] د. أشرف توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق (دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي)، مرجع سابق، ص 5.

المصالح المحمية يتعين أن تكون المصلحة العامة هي الأولى بالرعاية^[1]. لذلك كان الاتجاه الغالب في مختلف التشريعات الإجرائية - ومن بينها التشريع السوري - ترجيح سلطات وصلاحيات قاضي التحقيق على حقوق وضمانات الدفاع خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، وذلك بالسماح باستخدام عنصر القهر والاكراه أحياناً، لتفعيل إجراءات التحقيق وبلوغها الكشف عن الحقيقة، ومثال ذلك ما تصدره سلطة التحقيق من أوامر القبض على الأشخاص وتفتيشهم واحضارهم والأمر بالتوقيف الاحتياطي. إلا أن هذا الرأي لا يمكن قبوله في التشريعات التي تضفي على قاضي التحقيق صفة الضابطة العدلية، ذلك لأن المحقق العادل هو الذي يعمل مستقلاً عن سلطة الاتهام. فيكون تقدير الأدلة عائداً إليه وحده غير متأثر بأي اعتبارات خلاف البحث عن الحقيقة المجردة، فيجيء التحقيق متسرعاً مستنداً إلى أدلة واهية حتى لا يبدو جهاز التحقيق والادعاء عاجزاً أمام الجمهور، ومن المتصور حينئذ أن لا يبحث المحقق عن أدلة النفي بذات الفاعلية التي يبحث بها عن أدلة اثبات التهمة، وفي مثل هذه الظروف سوف تتغلب الفاعلية الإجرائية على احترام الحريات الشخصية^[2].

المبحث الثاني: صوريّة المساواة في الأسلحة بين أطراف الدعوى الجزائية

تتوقف حيادية الدعوى الجزائية على المساواة في الأسلحة بين أطراف الخصومة الجزائية، والذي يدل على المساواة في معاملة الأطراف أثناء سير الإجراءات الجزائية، من خلال ضمان التمتع بذات الحقوق الإجرائية، وهذا يعني أن الحقوق الإجرائية نفسها سيتم توزيعها بين جميع الأطراف ما لم يتم التمييز على أساس القانون والذي يمكن تبريره لأسباب موضوعية معقولة، وهذا لن يتحقق إلا إذا كان لكل طرف في الخصومة الجزائية فرص معقولة لتقديم قضيته إلى القضاء الجزائي في ظل ظروف لا تضعه في موقف ضعيف أمام خصمه بما يضمن التوازن العادل بين الأطراف.

[1] د. أشرف رمضان عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 316 وما بعدها.

[2] عثمان جبر محمد عاصي، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها.

فمن مفترضات الحق في محاكمة عادلة إعمال المساواة في الأسلحة بين أطراف الخصومة الجزائية، فلا مفاضلة في المعاملة بين مدعي ومدعى عليه ولا انتقاص من حقوق أحدهما، إلا أنه وبالرغم من وفرة النصوص القانونية المكرّسة لهذا الحق ومن ضمنها النصوص الدستورية، فإن الواقع يفرض نفسه، إذ نجد العديد من النصوص الإجرائية المتناثرة يكون خطر اللامساواة الفعلية بين الأطراف من حيث الوسائل كامناً في ثناياها ودون أن تكون مقصودة من قبل المشرّع. وتقريباً على ذلك ينشطر هذا المبحث إلى مطلبين، نخص كل مسألة بمطلب مستقل، وذلك على الترتيب الآتي: عدم المساواة القانونية بين الأطراف من حيث الوسائل (المطلب الأول)، اللامساواة الفعلية بين الأطراف من حيث الوسائل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم المساواة القانونية بين الأطراف من حيث الوسائل

يقصد بعدم المساواة القانونية بين الأطراف: تلك الحالات الواردة في نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي يصرّح فيها المشرع الإجرائي الخروج على مبدأ المساواة في الأسلحة، استناداً لاعتبارات يمكن تبريرها حيناً، وقد لا تجد لها مبرراً على الإطلاق في أغلب الأحوال^[1]. ويتجلى ذلك من خلال اختلال التوازن بين الأطراف أمام القواعد النازمة باستئناف قرارات قاضي التحقيق (أولاً)، ونظام الأصول الموجزة (ثانياً)، وإقصاء المضرور من الجريمة عن المشاركة في الإجراءات أمام القضاء العسكري (ثالثاً).

أولاً: اختلال التوازن بين الأطراف أمام القواعد النازمة باستئناف قرارات قاضي التحقيق يعد عدم المساواة بين الأطراف أمام القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق والجائز استئنافها من الصور المقصودة من قبل المشرّع الإجرائي، ويتجلى ذلك من خلال إعطاء

[1] د. فتوح الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 89، د. أيمن نصر عبد العال، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 11.

الحق للنيابة العامة في مطلق الأحوال باستئناف قرارات قاضي التحقيق^[1]، فعبارة في مطلق الأحوال تعني أن للنيابة العامة أن تستأنف جميع قراراته سواء أكانت تحقيقية أم قضائية. فالقرارات التحقيقية هي التي يصدرها قاضي التحقيق أثناء سير التحقيق وقبل الفصل النهائي فيه، سواء كانت من إجراءات جمع الأدلة، كالقرار بالانتقال إلى موقع الجريمة، استجواب المدعى عليه، الاستماع إلى الشهود... الخ. أم كانت من الإجراءات الاحتياطية ضد المدعى عليه، كالقرار القاضي بإصدار مذكرة إحضار أو توقيف، أو تخلية سبيل الموقوف. أما القرارات القضائية وهي التي يصدرها قاضي التحقيق في ختام التحقيق للبت في مصير الدعوى العامة، أو مصير المدعى عليه، كالقرار الصادر بمنع محاكمة المدعى عليه أو إحالته إلى المحكمة المختصة^[2].

وتأسيساً على ذلك ليس هناك قرارات يصدرها قاضي التحقيق يتمتع على النيابة العامة استئنافها باستثناء قرار قاضي التحقيق باسترداد مذكرة التوقيف^[3]. من هذا المنطلق يكون للنيابة العامة الحق باستئناف: القرار القاضي بالإحالة إلى محاكم الموضوع، قرار منع المحاكمة، وكذلك قرارات رفض طلب النيابة العامة إجراء معين من إجراءات التحقيق، القرار القاضي بتوقيف المدعى عليه، بل أن من حقها استئناف القرارات التي تلحق ضرراً بالمدعى عليه، ومن بينها القرار القاضي برفض توقيفه.

[1] د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 712، وهناك من يرى أن من حق النيابة العامة أن تستأنف جميع قرارات قاضي التحقيق التي تقبل الاستئناف من قبل الخصوم الآخرين في الدعوى، راجع في ذلك: د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 234. وللباحث وجهة نظر مختلفة وسنده في ذلك النص القانوني للمادة 139 فقرة 1/ "للنائب العام في مطلق الأحوال أن يستأنف قرارات قاضي التحقيق" فعبارة "في مطلق الأحوال" تعني أن المشرع الإجرائي منح النيابة العامة مركز ممتاز فيما يتعلق باستئناف قرارات قاضي التحقيق مقارنة مع بقية الأطراف في الدعوى الجزائية.

[2] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، المرجع السابق، ص 231 وما بعدها، د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، مرجع سابق، ص 229.

[3] الفقرة الثانية من المادة 106 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

بينما نلاحظ أن المشرّع السوري وقف من حق المدعى عليه في استئناف قرارات قاضي التحقيق موقفاً تضيقياً^[1]، لأنه بدأ الفقرة الثالثة من المادة 139 هكذا " وليس للمدعى عليه أن يستأنف سوى... " فهذه المادة قصرت حق الطنين على استئناف قرارين هما: قرار قاضي التحقيق برفض طلب إخلاء السبيل والقرار الصادر برد دفعه بعدم الاختصاص أو عدم سماع الدعوى لسقوطها بالتقادم مثلاً أو كون الفعل لا يشكل جرمًا جزائياً، وهذا التعداد حصري لذلك لا يكون من حقه أن يستأنف قرار منع محاكمته، ولو كانت أسبابه لا تعجبه أو كانت تؤذي سمعته، ولا يحق له أن يستأنف قرار إحالته إلى محاكم الموضوع لأنه يستطيع أن يدافع عن نفسه أمامها كما يشاء، كما لا يجوز له استئناف القرار القاضي بتوقيفه احتياطياً أو عدم اتخاذ إجراء معين.

وفيما يتعلق بالقرارات الصادرة عن قاضي التحقيق والجائز استئنافها من قبل المدعي الشخصي، فنلاحظ أن المشرّع الإجرائي لجأ أولاً إلى طريقة التعداد، ثم أطلق النص، فاستخدم عبارة "وكل قرار من شأنه أن يضر بحقوقه الشخصية"^[2]، فله استئناف قرار إخلاء سبيل المدعى عليه ومنع محاكمته والقرار الصادر باعتبار الفعل جنحة أو مخالفة، والقرارات الصادرة عن قاضي التحقيق بعدم الاختصاص، وله أيضاً استئناف قرار قاضي التحقيق برفض سماع أحد شهوده أو رفض إجراء الخبرة^[3] أو حين يقرر قاضي التحقيق قبول متضرر آخر مدعياً شخصياً، فيعتمد المدعي الشخصي الأول، إلى استئناف هذا القرار لأنه يضر بحقوقه الشخصية^[4].

نستنتج مما سبق أن دائرة القرارات الجائز استئنافها من قبل النيابة العامة والمدعي الشخصي أكثر اتساعاً من القرارات الجائز استئنافها من قبل الطنين، مما يدفعنا إلى التساؤل عن الخطة التي اتبعها المشرّع السوري وهل هناك أسباب منطقية وموضوعية

[1] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 789.

[2] الفقرة الثانية من المادة 139 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، ص 237.

[4] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 792.

تبرر ذلك، خاصةً لجهة تقييد حق الظنين باستئناف القرارات سابقة الذكر دون غيرها، فإذا طلب الظنين من قاضي التحقيق سماع أحد الشهود أو إعادة إجراء الخبرة الفنية ورفض ذلك، ليس للظنين استئناف قراره وذلك لوضوح النص القانوني مما يعد إجحافاً وعدم مساواة بينه وبين نظرائه في الخصومة الجزائية^[1].

هناك من يجد تبريراً لتفوق النيابة العامة في استئناف جميع قرارات قاضي التحقيق، باعتبارها ممثلة المجتمع وتهدف إلى حماية مصلحته والدفاع عنها. ومن ثم فإن تخويلها هذا الحق ما هو إلا تطبيق للقاعدة العامة التي تعتبر النيابة العامة الأمانة على الدعوى العامة في كافة مراحلها، سواء بتحريكها أم مباشرتها أم الطعن في القرارات والاحكام الصادرة فيها^[2]. وإذا كان هذا الوضع مقبولا بالنسبة للنيابة العامة، فإنه من غير المقبول الإشراف الواسع على سير التحقيق من قبل المدعي الشخصي عن طريق إعطائه الحق في استئناف عدداً أوسع من القرارات التي يحق للمدعى عليه أن يستأنفها، خاصة وأن المذكرة الإيضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية لم تورد الأسباب الكامنة وراء ذلك. فكما أعطى المشرع حقوقاً للمدعي الشخصي بموجب الفقرة 2/ من المادة (139)، فمن باب أولى أن يعطي أيضاً ضمانات قانونية للمدعى عليه بهذا الخصوص^[3]، كوسيلة من وسائل المساواة في الأسلحة.

ومن جهة أخرى نلاحظ أن المشرع السوري عندما أرسى قواعد استئناف قرارات قاضي التحقيق في المواد 139 - 142 قصر حق الطعن استئنافاً بهذه القرارات على النائب العام والمدعي الشخصي والظنين، ولم يمنح هذا الحق للمسؤول بالمال مقارنة مع أقرانه،

[1] "إذا طلب المدعى عليه من قاضي التحقيق دعوة الأشخاص الذين قضى معهم اليوم المدعى وقوع الجرم فيه والاستماع إلى شهادتهم، فلم يستجب لطلبه، وجاء قرار قاضي الإحالة دون أن يتوسع في التحقيق ويفرر استماع شهود الدفاع، فإنه يكون سابقاً لأوانه، وذلك لأن الاستماع إلى هؤلاء الشهود قد يكون لأقوالهم تأثير على الأدلة وبالتالي على القضية برمتها فضلاً عن أنه حق من حقوق المدعى عليه" جنايات أساس 1982/1290 قرار 1302 تاريخ 1982/12/28، ياسين الدركزلي، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية، الطبعة الأولى، دمشق، 1983، ص 559.

[2] د. أشرف رمضان عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 482، بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 48.

[3] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 241.

وقد أطلق عليه الدكتور محمد الفاضل مصطلح " الضحية الكبرى "، لأنه ممنوع من حق الاستئناف باعتبار أنّ للظنين مصلحة أكبر من المسؤول بالمال من عدم ثبوت الجريمة^[1]. وعلى الرغم من استطاعة المسؤول بالمال تحميل نسبة من الخطأ على الظنين في بعض الأحيان، كما في حالة تواطؤ سائق سيارة مؤمنة مع ضحية الجريمة ضد شركة التأمين والتي تعتبر المسؤول بالمال في هذه الحالة، إلا أنه قد يحدث أن تتضارب مصلحة المسؤول بالمال ومصلحة الظنين في حالات أخرى. لذلك بات من الضروري تعديل التشريع بما يضمن للمسؤول بالمال استئناف بعض قرارات قاضي التحقيق على الأقل الحقوق التي تعطى للظنين إذا قصر في استعمالها بشكل يلحق الضرر به^[2].

ثانياً: انطواء نظام الأصول الموجزة على الإخلال المقصود بمبدأ المساواة في الأسلحة

تتبع محاكم الصلح في التشريع الإجرائي السوري نوعان من أصول المحاكمة: الأصول العادية وفيها تتساوى المراكز القانونية بين الأطراف، والأصول الموجزة والتي تنطوي على إصدار قرار قضائي فاصل في موضوع الدعوى الجزائية ببعض الجرائم البسيطة بغير محاكمة أصلاً أو في محاكمة شديدة الإيجاز^[3]. وقد أخذ المشرع السوري بنظام الأصول الموجزة في المواد (225 - 230) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك حفاظاً على وقت القضاء والسرعة وتبسيط الإجراءات والاقتصاد في نفقات المحاكمة^[4].

[1] د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص 578.

[2] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 794 وما بعدها.

[3] إذ جاء الباب الخامس من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري تحت عنوان " أصول المحاكمة لدى محاكم الصلح " وقد تتضمن هذا الباب فصلين: الفصل الأول " الأصول العادية " وفيه نظمت المواد / 216 لغاية 224 / أصول المحاكمة العادية، في حين جاء الفصل الثاني بعنوان " الأصول الموجزة " حيث نظمت المواد / 225 لغاية 230 / أصول المحاكمة الموجزة.

[4] د. حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة (دراسة تحليلية تأسيسية انتقادية مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية المصرية الليبية الفرنسية الانجليزية الأمريكية والشريعة الإسلامية)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997، ص 175، د. فتوح الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها، د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، مرجع سابق، ص 274.

ففي أصول المحاكمة الموجزة يخول قاضي الصلح توقيع عقوبة تكميلية أو جنحية على المدعى عليه عند مخالفة الأنظمة البلدية والصحية وأنظمة السير دون دعوته أصولاً، أي الحكم عليه بغير اجراء تحقيق أو سماع مرافعة بناء على أدلة الاثبات ومحاضر الاستدلالات المنظمة من قبل موظفي الضابطة العدلية. مما يشكل ذلك استثناء على مبدأ قضائية العقوبة، فالدولة تقتضي حقها في العقاب برضاء المدعى عليه دون حاجة إلى إجراءات المحاكمة العادية التي تتيح للمدعى عليه فرصة الدفاع عن نفسه، وتيسر للمحكمة سبل التعرف على شخصيته والوقوف على الظروف التي أحاطت بارتكابه لجريمته أو حتى التثبت من وقوع الجريمة ونسبتها إليه بذاته. وهذا يعني أن حرمان المدعى عليه من إجراءات المحاكمة العادية مرهون بإرادة النيابة العامة والمدعي الشخصي، فالحرمان يتوقف على مشيئة النيابة العامة إن شئت اتبعت الإجراءات العادية وإن رأت غير ذلك طلبت من القاضي اتباع الأصول الموجزة^[1]، وإذا نصب المضرور من الجريمة نفسه مدعياً شخصياً، فلا تطبق الأصول الموجزة لصراحة نص المادة (230) أصول المحاكمات الجزائية.

ولا يبرر ذلك أن أصول المحاكمة الموجزة تجري برضا المدعى عليه، فإن شاء له الاعتراض على القرار المبلغ إليه، وبالتالي تعاد محاكمته وفق الأصول العادية، لأنه وبالرغم من اعتقاده بأنه لم يرتكب الجريمة، إلا أنه يرضى محاكمته وفق الأصول الموجزة ليتفادى إجراءات المحاكمة العادية هذا من جانب، ومن جانب آخر إذا سلمنا لذات القاضي بنظر الاعتراض على القرار الذي أصدره ومحاكمة المدعى عليه وفق الأصول العادية - وهذا الحاصل فعلاً - نكون أمام عدالة ظاهرية، ذلك لأن القاضي لن يخرج عن نطاق اقتناعه الذي أبداه أول مرة - من خلال القرار المعترض عليه - وإن جاء محمولاً بأسباب تهيأ لها من ذي بدء إظهاراً لسلامة منحاها لياً لعنق الحقيقة وإهداراً لما يقتضيه

[1] د. فتوح الشاذلي، حول المساواة في الاجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 150 - 151.

حق المدعى عليه في المحاكمة العادلة من ضمانات ومن أهمها حياد القاضي الجزائي^[1]. فكيف من الممكن قبول حق المدعي الشخصي في حياد قاضيه، في حين تُحجب هذه الضمانة الهامة عن المدعى عليه!

ثالثاً: إقصاء المضرور من الجريمة عن المشاركة في الإجراءات أمام القضاء العسكري جعل المشرع الإجرائي العام تحريك الدعوى العامة في يد النيابة العامة، حيث ترك لها السلطة المطلقة في إقامة الدعوى الجزائية أو عدم إقامتها، وبذات الوقت جعل المتضرر من الجريمة رقيباً عليها إذا ما خالفت القانون أو تقاعست عن مباشرة هذا الاختصاص^[2]، إذ أعطى له الحق في أن ينصب نفسه مدعياً شخصياً في مرحلة التحقيق أو المحاكمة. ومتى فعل ذلك، أجبرت النيابة العامة على إقامة الدعوى الجزائية^[3]. إلا أن القضاء العسكري سلب الاختصاص بنظر الدعوى المدنية من القضاء العادي ومنعه من نظرها وفي نفس الوقت قرر عدم اختصاصه بها، وعلى ذلك لا يجد المضرور من الجريمة من طريق سوى الانتظار حتى صدور الحكم الجزائي العسكري النهائي والبات ثم الالتجاء عقب ذلك إلى المحاكم المدنية لاقتضاء حقه في التعويض^[4].

إذ نصت المادة 49 من قانون العقوبات العسكري على أنه: "لا تقضي المحكمة العسكرية إلا بدعاوي الحق العام". ويتضح من نص هذه المادة عدم اختصاص المحاكم العسكرية بالادعاء المدني في صورتيه: الادعاء المباشر، الذي يهدف إلى تحريك الدعوى الجزائية مباشرة أمام القضاء العسكري، وتدخل المضرور أمام المحكمة العسكرية بعد أن دخلت الدعوى الجزائية في حوزتها^[5]. حيث إن المجني عليه قد أقصي عن ممارسة حقه في

[1] د. حاتم بكار، مرجع سابق، ص 178.

[2] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، الدعوى العامة - الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 58.

[3] الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[4] د. عبد الكريم عبادي محمد، مظاهر إخلال المحاكم العسكرية بمبدأ المساواة في مرحلة المحاكمة في التشريع المصري، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 3، 2015، ص 113.

[5] د. عبد الكريم عبادي محمد، المرجع السابق، ص 105.

الادعاء المدني أمام القضاء العسكري، إلا أن ذلك لا يمنعه من حضور إجراءات التحقيق والمحاكمة بصفته مجنياً عليه وليس بصفته مدعياً مدنياً، لكي يدافع عن حقوقه، والتي تضمن له فيما بعد عن طريق الحكم الصادر في الدعوى الجزائية أن يطالب بالتعويض أمام المحكمة المدنية المختصة، شأنه في ذلك شأن المدعى عليه والنيابة العامة. لكن من الممكن أن يكون المضرور من الجريمة شخصاً آخر غير المجني عليه، فهذا الأخير يتمتع عليه - كما أشرنا سابقاً - من المشاركة في إجراءات التحقيق والمحاكمة، وبالتالي لا يستفاد من أدلة الإثبات المقدمة من قبل النيابة العامة، كما أن الحكم الصادر عن القضاء العسكري في الدعوى الجزائية يحوز حجية الأمر المقضي به أمام القضاء العادي عند نظر الدعوى المدنية، فتكون حجة على المضرور دون أن يتسنى له إبداء دفاعه أمام القضاء الجزائي العسكري، وكأن القضاء العسكري يفصل بذلك في الدعوى المدنية، دون دعوى، وبغير سماع دفاع وطلبات، وهذا يمثل إهداراً لضمانة هامة بين أطراف الخصومة ألا وهي مبدأ تكافؤ الفرص^[1].

المطلب الثاني: اللامساواة الفعلية بين الأطراف من حيث الوسائل

تكون اللامساواة بين أطراف الخصومة الجزائية فعلية عندما تترتب عرضاً على بعض الإجراءات دون أن يهدف إليها النظام الإجرائي، بمعنى عندما تكون غير مقصودة من قبل المشرع الإجرائي، إنما تترتب بصورة عرضية عند تطبيق القاعدة الإجرائية. بل على العكس نجد المشرع حريص كل الحرص على الحيلولة دون أن تتحول تلك اللامساواة إلى حقيقة واقعية^[2]. وهي متناثرة بين ثنايا النصوص الإجرائية، لذلك يمكن تقسيمها وفق

[1] د. عبد الكريم عبادي محمد، المرجع سابق، ص 119.

[2] د. فتوح الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها، د. أيمن نصر عبد العال، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 11.

مراحل الدعوى الجزائية إلى قسمين: في مرحلة التحقيق الابتدائي (الفرع الأول) وفي مرحلة المحاكمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اللامساواة الفعلية بين الأطراف من حيث الوسائل في مرحلة التحقيق الابتدائي

تنطوي النصوص الإجرائية النازمة لمرحلة التحقيق الابتدائي على عدد لا يستهان به من النصوص والتي تشكل إهداراً لمبدأ المساواة في الأسلحة بين أطراف الخصومة الجزائية، والتي تترتب عرضاً أثناء تطبيق القاعدة الإجرائية إما لعدم تصريح المشرع الإجرائي أو استخدام عبارات غامضة عند صياغة القاعدة الإجرائية تحتل التفسير والتأويل.

فإذا كان قانون أصول المحاكمات الجزائية ساوياً بين الخصوم في الحقوق أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي ووضعهم على قدم المساواة (المادة 70)، إلا أن النص الإجرائي الذي أوجب على قاضي التحقيق تنبيه المدعى عليه إلى حقه في اختيار محام، لم يلزمه بتوجيه هذا التنبيه إلى المدعي الشخصي والمسؤول بالمال، وهذا يعود لضمان حق المتهم في الدفاع عن نفسه أثناء استجوابه من قبل المحقق، وجعل إجاباته عن الأسئلة الموجهة إليه تتسم بالصرامة والدقة وتعبّر عن إرادته مما يساعد للتوصل إلى الحقيقة^[1].

وإذا أخذنا بعين الاعتبار الحق المطلق للنيابة العامة في الاطلاع على جميع معاملات التحقيق دون استثناء، نجد بالمقابل اغفال المشرع الإجرائي السّوري ضمان هذا الحق للمدعى عليه ولمحاميه. فلم يتضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية النص على حق المدعى عليه ومحاميه في الاطلاع على أوراق التحقيق التي يحتويها ملف القضية والحصول على صورة منها، وفي نفس الوقت لم ينص على حرمانه من هذا الحق صراحة، بمعنى غياب النص المكرّس للحق، إلا أنه كفل للمتهم ومحاميه الحق في

[1] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 200.

حضور كافة إجراءات التحقيق ماعدا سماع الشهود^[1]، معتبراً على ما يبدو أن حقه في حضور أعمال التحقيق يعد بمثابة اطلاع على إجراءات التحقيق^[2].

إذ يجد حق الاطلاع على ملف التحقيق عموماً وعلى التهمة خصوصاً أهميته عند الحديث عن حقوق الدفاع، فالمتهم لا يمكنه تحضير دفاعه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه إلا إذا علم بها، ولا جدوى من حضور المحامي مع المدعى عليه جلسة الاستجواب أو مواجهته بغيره طالما أنه لم يطلع على التحقيق^[3]. فالغاية من الاطلاع معرفة الأدلة والقرائن التي يستند إليها الاتهام، كي يكون بوسعه إن كان متهماً مقابلتها وإن كان مدعي شخصي تأييدها في المحاكمة^[4]. وانطلاقاً من ذلك استخدم المشرع الإجرائي السوري عبارة "ويطلع على الأفعال المنسوبة إليه" في معرض تنظيمه لإجراءات الاستجواب في المادة 1/69. إلا أن عبارة المشرع السوري لم تكن ذات دلالة واضحة في بعض الأحيان مما جعلها عرضة للتأويل والتفسير الضيق من قبل السلطة المختصة بالتحقيق. فهو لم يحدد مضمون حق الاطلاع^[5]، وكان الأجدر بالمشرع السوري إجراء نوع من التوازن بين الحرية الفردية وحقوق الدفاع من جهة، وبين مصلحة المجتمع وحق الدولة في اقتضاء العقاب من جهة أخرى من خلال النص وبشكل صريح على ضرورة حق المدعى عليه في الاطلاع على أوراق التحقيق وتمكين محاميه من ذلك، مع الاعتراف بذات الوقت بحقه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق. فلا يمكن الاكتفاء بالاعتراف بحق

[1] الفقرة 1 من المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري.

[2] انظر تفصيلاً في ذلك: محمد نواف الفواعرة، حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي (دراسة في بعض التشريعات الجزائية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 3، الكويت، 2017، ص 418، د. غنام محمد غنام، سرية الاستدلالات والتحقيقات الجنائية وأثرها على الحقوق الأساسية للمتهم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 17، العدد 4، الكويت، 1993، ص 212.

[3] د. فوزي عمارة، مرجع سابق، ص 102.

[4] د. إيهاب طلعت يوسف، ص 289 وما بعدها.

[5] الجدير بالذكر أن ما وراء السطور من عبارة "ويطلع على الأفعال المنسوبة إليه" المستخدمة من قبل المشرع الإجرائي السوري، تعني أن يلخص المحقق ما ينسب إلى المتهم من فعل مجرم، بحيث يكون هذا الملخص شاملاً لكل عناصر الفعل المرتكب ووافياً ولا يكون مبتوراً أو مشوهاً، دونما إغفال لأية واقعة من الوقائع التي يجري بشأنها التحقيق، كما تتضمن حتماً إطلاع المتهم على الأدلة القائمة ضده وتبصيره بها بكل وضوح وموضوعية، بحيث يتاح له تأسيس دفاعه إزاء هذه التهمة وتفنيدها بما يثبت فسادها.

المدعى عليه في الاطلاع على الأفعال المنسوبة إليه وحضوره لإجراءات التحقيق دون أن يعطي له الحق في الاطلاع على ملف التحقيق برمته والحصول على صورة من أوراقه لتحضير دفاعه بشكل فاعل^[1].

ولإعمال مبدأ المواجهة بين أطراف الدعوى الجزائية، دور أساسي لتحقيق المساواة في الأسلحة. إذ يتوجب على القاضي ضمان تنفيذ الأطراف للالتزامات الواقعة على كل منهم نتيجة إعمال هذا المبدأ، إما باستبعاد أي دليل قدمه أحد الأطراف دون أن يتسنى للطرف الآخر الاطلاع عليه ومناقشته، أو التدخل لمناقشة الأدلة التي حرم الطرف الآخر من مناقشتها^[2]، وهذا الإجراء شبه معدوم في مرحلة التحقيق الابتدائي، وهذا يعود إلى الدور الذي يلعبه قاضي التحقيق في التقيب عن الأدلة والتثبت منها. وتأسيساً على ذلك لقاضي التحقيق أن يقرر إجراء تحقيق بمعزل عن المدعى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم أو بمعزل عن أحد هذه الأطراف، باستثناء النيابة العامة (وذلك لصراحة نص الفقرة 3 من المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية) في حالة الاستعجال أو متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة، فعبارة إجراء تحقيق تعني القيام بإجراء واحد أو أكثر من إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم، وتقدير حالة الضرورة والاستعجال من حيث قيامها ونطاقها أو زوالها متروك لتقدير قاضي التحقيق^[3]، وهذا يعني أن لقاضي التحقيق إجراء المعاينة أو التفتيش أو الخبرة... الخ في غيبة الأطراف - باستثناء النيابة العامة - دون تمكينهم من مناقشة ما يتمخض عنها من أدلة وقرائن، مكتفياً فقط باطلاع ذوي العلاقة على ما توصل إليه من نتائج بعد انجاز الاجراء التحقيقي على هذا الوجه^[4].

[1] محمد نواف الفواعة، مرجع سابق، ص 448.

[2] د. إيهاب طلعت يوسف، مرجع سابق، ص 291 وما بعدها. د. حاتم البكار، مرجع سابق، ص 207.

[3] عثمان جبر محمد عاصي، مرجع سابق، ص 76.

[4] د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 210.

وذهب المشرّع الإجرائي السوري أبعد من ذلك إذ سمح لقاضي التحقيق سماع الشهود بمعزل عن الخصوم على الرغم من أهمية الشهادة كوسيلة إثبات أو نفي، والتي لا يجوز للقاضي الاعتماد عليها إلا إذا طرحت أثناء الجلسة وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية ضمناً لحياذه. إذ لقاضي التحقيق سماع الشهود بمعزل عن أطراف الدعوى الجزائية - باستثناء النيابة العامة - ودون اطلاع هذه الأطراف على ما ورد فيها من إفادات، هذا القيد أفقد مرحلة التحقيق الابتدائي من حق الأطراف في مناقشة الشهود، لأن حضور الخصوم إجراء سماع الشهود - وخاصة المشتكى عليه - يتيح لهم مجال إبداء الملاحظات على أقوالهم^[1]. فإذا ما رأى أحد الأطراف في الشهادة مجافاة للحقيقة أو إغفال لمسألة جوهرية في الموضوع، إبداء ملاحظاته على تلك الشهادة، على اعتبار أن قبولها كما هي أمر لا يخدم معرفة حقيقة الواقعة. كما يستطيع أيضاً استيضاح الشاهد عن نقاط معينة، مما يمكن الأطراف ووكلائهم من تقديم أدلة الدفاع في الوقت المناسب وتفنيد أدلة الاتهام. ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص أن توجيه الأسئلة إلى الشهود هو حق ثابت لجميع الخصوم في مرحلة المحاكمة، وهي مرحلة لاحقة وما نحن بصدد هنا هو حق الخصوم في التثبت من شهادة الشهود وتدارك ما يمكن أن يكون قد لحق بها من تشويه أو لبس أو إغفال أو غيره في مرحلة التحقيق الابتدائي^[2]، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أنه من الممكن في مرحلة المحاكمة الاكتفاء بتلاوة إفادات الشهود المدلى بها أمام قاضي التحقيق في حال عدم الاستدلال عليهم أو تعذر سماعهم لأي سبب من الأسباب، كما لمحكمة الاستئناف الاعتماد على أقوال الشهود المدونة في ضبط المحاكمة أمام محكمة الدرجة الأولى متى وجدت أن فيها ما يكفي لتكوين قناعتها^[3]. لذلك كان

[1] عثمان جبر محمد عاصي، مرجع سابق، ص 77 وما بعدها، سعيد البرك السكوتي، حقوق المدعي بالحق المدني تبعاً للدعوى الجنائية - تشريعاً وتطبيقاً (دراسة في قوانين كل من دولة الإمارات العربية المتحدة، مصر واليمن)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 11، العدد 2، الشارقة، 2014، ص 18.

[2] سعيد البرك السكوتي، المرجع السابق، ص 19.

[3] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 268، د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 824 وما بعدها، د. حاتم البكار، مرجع سابق، ص 230.

الأجدر بالمشرّع السوري أن يتنبّه أكثر عند صياغة الفقرة 2 من المادة 54 والفقرة 1 و 3 من المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، بأن يساوي بين جميع أطراف الدعوى الجزائية في حق الحضور والاطلاع على جميع إجراءات التحقيق الابتدائي بما فيها إجراء سماع الشهود ومناقشتهم وإبداء الملاحظات على أقوالهم.

وبعد الانتهاء من إجراءات التحقيق الابتدائي، يعتمد قاضي التحقيق إلى إحالة الأوراق إلى النيابة العامة لإبداء مطالباتها خلال ثلاثة أيام على الأكثر^[1]، ثم يصدر قراره في التصرف في التحقيق. والسؤال الذي يطرح هنا: هل يجب على قاضي التحقيق - من باب المساواة مع النيابة العامة - اطلاع الظنين والمدعي الشخصي على ملف القضية قبل اتخاذ قرار التصرف في التحقيق؟

إن قانوننا ساكت حول هذا الموضوع الهام، والمادة 131 من قانون أصول المحاكمات الجزائية لم توجب تبليغ القرار القاضي بإحالة الملف إلى النيابة العامة، لبقية الأطراف، ولكن لما كان الغرض من التحقيق كشف الحقيقة، التي هي غاية العدالة كان من سبل كشف الحقيقة هذه تبليغ الظنين نتيجة التحقيقات، وما قام ضده من أدلة، كي يتمكن من الرد عليها ويناقشها بمجموعها. ومن حقه أن يقدم مذكرة بملاحظاته ودفعه والتي يمكن أن تهدم بعض الفرضيات التي قامت في ذهن المحقق بصورة خاطئة، وما يقال عن الظنين يقال عن المدعي الشخصي، لأن من الجائز أن تحول ملاحظاته دون اتخاذ قرار بمنع المحاكمة^[2].

الفرع الثاني: اللامساواة الفعلية بين الأطراف من حيث الوسائل في مرحلة المحاكمة

من المعلوم أن مرحلة المحاكمة هي المرحلة الختامية للدعوى الجزائية، وتختلف عن مرحلة التحقيق الابتدائي بأن جميع إجراءاتها تجري بمواجهة الخصوم كمبدأ عام، ويترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات. وانطلاقاً من ذلك يجب أن تتم جميع إجراءات المحاكمة

[1] المادة 131 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[2] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 753 وما بعدها.

بصورة شفوية في حضور جميع الخصوم في الدعوى، تحت سمع وبصر المحكمة^[1]، سواء من حيث سماع الشهود، أو من حيث تقديم الطلبات والدفع والأدلة والمرافعات^[2]، فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على ما لديه من أوراق أو محاضر أو على ما قام به موظفو الضابطة العدلية من استقصاءات أو على الإجراءات التي قام بها قاضي التحقيق أو قضاة الدرجة الأولى، وإنما عليه أن يتولى بنفسه التحقيق من جديد فيستمع إلى أقوال الشهود، ويطرح للمناقشة كل دليل مقدم في الدعوى حتى يكون كل فريق عالماً بما يقدم ضده من أدلة ويتمكن من دحضها والرد عليها بجميع الطرق القانونية^[3]. وهذا يعني على المحكمة أن تضمن لجميع الأطراف معاملة واحدة، فإذا كان لممثل النيابة العامة الحق في سؤال شهود الاثبات والنفي، فإنه يتوجب على المحكمة تمكين بقية الأطراف من استعمال هذا الحق بغية كشف الحقيقة. إذ لرئيس المحكمة وهو بصدد إجراءات التحقيق النهائي سماع كل شخص يمكن أن تفيد أقواله في كشف الحقيقة، فله في سبيل ذلك سماع أقوال المدعي الشخصي والشهود واستجواب المتهم تحقيقاً للعدالة الجزائية بكل موازينها ومقاييسها، ومن ثم فلقد أجاز المشرع في جميع الأحوال لكل من النيابة العامة أو المدعي عليه أو المدعي الشخصي أو وكلائهم الحق في توجيه الأسئلة بالجلسة. ونلاحظ أن المشرع وإن كان قد ساوى بين الخصوم من حيث منحهم جميعهم نفس الحق أو الحق ذاته في توجيه الأسئلة، إلا أنه لم يسوي بينهم في كيفية ممارسة هذا الحق، حيث نجد أن

[1] المادة 176 من قانون أصول المحاكمات الجزائية. كما قضت محكمة النقض السورية بأنه: "ينبغي أن لا تقضي المحكمة في الدعوى قبل أن تستمع بنفسها إلى أقوال الخصوم والشهود وترى بعينها ما جرى من التحقيق السابق..." جنايات أساس 1982/1255 قرار 1261 تاريخ 1982/12/14، ياسين الدركزلي، مرجع سابق، ص 596.

[2] قضت محكمة النقض السورية بأنه: "يجب على المحكمة أن تبحث طلبات الأطراف وتضعها موضع البحث والمناقشة والتمحيص لتستخلص من مجمل الوقائع والأدلة قناعتها في الأدلة". جنة أساس 1980/4341 قرار 766 تاريخ 1982/4/28، ياسين الدركزلي، مرجع سابق، ص 605.

[3] د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 267. هذا وقد قضت محكمة النقض السورية بأنه: "إن اعتماد الهيئة الجديدة في الحكم على شهادات لم تستمع في حضورها ولم تبين السبب في عدم استماعها يورث نقصاً جوهرياً في الحكم يوجب النقض". أحداث أساس 1981/372 قرار 100 تاريخ 1982/4/7، ياسين الدركزلي، مرجع سابق، ص 569.

المتهم أو المدعي الشخصي أو محامييهما لا يجوز لهم طرح الأسئلة إلا مروراً برئيس الجلسة، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة 289 أصول محاكمات جزائية، في حين نجد وبالمقابل من ذلك منح النيابة العامة امتيازات خاصة مقارنة مع باقي الخصوم تجيز لها طرح ما تراه لازماً من أسئلة مباشرة لكل من المتهم أو الشهود بكل حرية ودون المرور برئيس المحكمة^[1].

كما اجازت المادة 297 أصول محاكمات جزائية، لرئيس محكمة الجنايات قبل سماع الشاهد وفي أثناء سماعه أو بعده أن يخرج المتهمين من قاعة المحاكمة وهنا يفقد المتهم حقه في مناقشة الشاهد، وهذا يعني عدم تكافؤ الفرص بين الأطراف عند مناقشة الشهود. فاحتراماً لمبدأ المساواة في الأسلحة لا بدّ من ضمان حق المدعى عليه في الحضور ومناقشة الشهود في ظل نفس الظروف التي يعامل بها بقية الأطراف. والجدير ذكره أن القضاء الفرنسي أتجه إلى خلاف ذلك حيث قضى بأنه لا يجوز للمتهم أن يتمسك بالإخلال بمبدأ المساواة في الأسلحة في حال رفض محكمة الجنايات توجيه المتهم أسئلة إلى أحد الشهود أو رفض محكمة الجنايات استدعاء أحد الشهود بناء على تسبیب معقول (مثل تعريضه للتخويف والضغط والانتقام)^[2].

وزيادة في المحافظة على حقوق الدفاع، أعطى الشارع بموجب المادة 296 أصول محاكمات جزائية، المتهم الحق بأن يطلب اخراج من يريد من الشهود من قاعة المحاكمة، وإدخال شاهد أو أكثر من شاهد لاستعادة شهادتهم كل على حده، أو بحضور بعضهم بعضاً حسبما يرى فيه مصلحته، وهذا الحق مخول للنائب العام أيضاً دفاعاً عن حق المجتمع، ولكن ليس للمدعي الشخصي والمسؤول بالمال مثل هذا الحق^[3].

[1] بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

[2] ميثاق إليه لدى: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 705.

[3] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 913.

كما يلاحظ أن المركز القانوني للمسؤول بالمال في مرحلة المحاكمة لا يوازي مركز بقية الأطراف، وهذا يعود إلى إغفال ذكره من قبل المشرع الإجرائي في معرض تنظيمه للقواعد الخاصة بسماع أطراف الدعوى الجزائية والشهود أمام محكمة الجنايات^[1]. إذ وضع المشرع ترتيباً معيناً لسماع الشهود فأوجب البدء بسماع شهود النائب العام والمدعي الشخصي ثم سماع شهود المتهم بعد ذلك، ولم يذكر صراحة حق المسؤول بالمال في الاستماع إلى شهوده من قبل المحكمة، على الرغم من اعتباره طرفاً في الدعوى الجزائية^[2]. ثم أن النص الإجرائي الناظم لكيفية الاستماع إلى أطراف الدعوى الجزائية قبل إعلان ختام المحاكمة أغفل أيضاً ذكر المسؤول بالمال، وهنا يثار التساؤل عن إمكانية حق المسؤول بالمال في الكلام قبل إعلان ختام المحاكمة أسوة ببقية الأطراف.

فكما هو واضح من نص المادة 308 أصول محاكمات جزائية يتوجب على رئيس محكمة الجنايات قبل إعلان ختام المحاكمة، أن يعطي الكلام للمدعي الشخصي أو وكيله فيقول بشأن الجريمة وثبوتها وظروفها لأن له مصلحة خاصة في معاونته النيابة العامة على اثبات ارتكاب الفعل من قبل المتهم، وله أن يطلب التعويض الذي يراه مناسباً. ثم يعطي الرئيس الكلام إلى النائب العام من بعده، فيطلب باسم القانون ما يرتثيه من المطالب سواء أكانت في مصلحة المتهم أو غير مصلحته. ثم يأتي دور المتهم أو وكيله بالكلام وعلى المحكمة أن تفسح له المجال للدفاع عن نفسه بكل وسيلة مفيدة، فيرد على التهمة الموجهة إليه ويفندها بكل ما لديه من وسائل إثبات^[3]، أما المسؤول بالمال، نلاحظ أن المادة 308 أصول محاكمات جزائية لم ترد على ذكره إطلاقاً. ولكن المادة 142 من قانون العقوبات السوري أوجبت دعوته فإذا كان موجوداً في الدعوى وجب أن يعطى

[1] لقد ساوى المشرع بين مراكز الخصوم في إبداء طلباتهم ودفعهم أمام المحاكم البدائية، وذلك قبل إصدار الحكم. انظر إلى: المادة 196 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[2] المادة 291 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، مرجع سابق، ص 285.

الكلام أيضاً ليدافع عن نفسه، ودفاعه عن نفسه يكون من خلال اثبات أن الفاعل لم يرتكب الفعل أو أنه غير مسؤول عنه أو أنه لا تنطبق عليه أحكام القانون المدني فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن فعل الغير^[1].

وعلى اعتبار أن المشرع السوري حصر حق الاعتراض على الأحكام الغيابية في المادة 205 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، بالمحكوم عليه غيابياً، كان لا بد من التساؤل فيما إذا كان المقصود بالمحكوم عليه شاملاً لجميع الخصوم، مما ينعكس إيجاباً على مبدأ المساواة في الأسلحة.

من حيث النتيجة، يمكن القول إن حق الاعتراض على الأحكام الغيابية من قبل أطراف الدعوى الجزائية مقترن بمدى صدور أحكام غيابية تجاه هذه الأطراف. فمن جهة حضور النيابة العامة لجلسات المحاكمة أمر ضروري لصحة تشكيل المحكمة، ومن ثم لا يتصور أن يكون الحكم بالنسبة لها غيابياً، لذا فإن القانون لم يعطها الحق في الاعتراض على الأحكام كأصل عام. واستثناء من هذا الأصل، أجاز القانون لها الاعتراض على كل قرار يصدر عن محكمة الصلح وفقاً لنظام الأصول الموجزة فيما يتعلق بمخالفة الأنظمة البلدية والصحية وأنظمة السير فقط حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 229 أصول محاكمات جزائية على أنه: " للمحكوم عليه أن يعترض على القرار المبلغ إليه وللنائب العام أن يعترض على كل قرار يصدر وفقاً لأحكام هذا الفصل^[2]."

أما فيما يتعلق ببقية الأطراف (المدعى عليه، المسؤول بالمال، المدعي الشخصي) فمن الجائز أن تصدر تجاههم أحكام غيابية. إذ يحق للمدعى عليه مهما كانت صفته، فاعلاً أو مساهماً في الجريمة، أن يعترض على الحكم الغيابي الصادر بحقه في الجنية أو المخالفة سواء في الدعوى العامة أو الدعوى المدنية أو في كليهما، أما بالنسبة للمدعي

[1] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 917.

[2] د. تميم مكائيل، أحقية الاعتراض على الأحكام الجزائية الغيابية، مجلة جامعة البعث للعلوم الإنسانية، المجلد 41، العدد 11، سوريا، 2019، ص 63، د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 318، بوقندول سعيدة، مرجع سابق، ص 126 وما بعدها.

الشخصي فإن المشرع السوري لم ينص في المادة 205 من قانون أصول المحاكمات الجزائية صراحة حق المدعي الشخصي الغائب في الاعتراض^[1]، وإنما جاء النص مطلقاً " للمحكوم عليه غيابياً أن يعترض على الحكم..." لكن محكمة النقض أكدت حق المدعي الشخصي الغائب في الاعتراض على الحكم الغيابي إذا تضمن إلزامه بالرسوم والمصاريف وبالتعويض للمدعي عليه الذي تقررت براءته، وعللت قرارها هذا بأن المشرع نص في المادة 205 أصول جزائية على أن للمحكوم عليه أن يعترض على الحكم الغيابي، فلو أراد أن يحصر حق الاعتراض بالمدعي عليه فقط، لكان صرح في نص المادة القانونية بأن حق الاعتراض من حق المدعي عليه المحكوم عليه فقط دون المدعي الشخصي، أمّا وأنّ النص قد ورد على أن للمحكوم عليه غيابياً حق الاعتراض، فإن ذلك يعني بأن هذا الحق ممنوح للمدعي والمدعي عليه المحكوم عليهما غيابياً، ثم ذهبت محكمة النقض في قرار آخر وقررت أن ليس للمدعي الشخصي أن يعترض على القرار الصادر ضد مصلحته بالصورة الغيابية^[2].

عندئذ تدخلت الهيئة العامة لمحكمة النقض وقررت بأن "عبارة المحكوم عليه الواردة في المادة 205 أصول جزائية تشمل كل محكوم عليه سواء أكان ظنياً أو مسؤولاً بالمال إذا حكم ضدهما، كما يشمل المدعي الشخصي ما دامت دعواه قد ردت أو قضى له بجزء من طلبه، فهو محكوم عليه في الجزء الذي رد. وحيث أن المطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده بدون نص، وحيث أن ما ورد في الفقرة 2 من المادة 206 من قبول اعتراض الظنين إذا لم يبلغ الحكم بالذات أو لم يستدل من معاملات إنفاذه أنه علم بصدوره. لا ينبغي أن يفهم منه أنه يراد بعبارة المحكوم عليه الواردة في المادة 205 الظنين لأن الفقرة

[1] د. عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، 978، د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، مرجع سابق، ص 319، د. تميم مكايل، مرجع سابق، ص 63.

[2] قرار الغرفة الجنائية لمحكمة النقض رقم 3786 نقض تاريخ 1971/12/20 منشور في مجلة المحامون، نقابة المحامين، العدد 3 و4 لعام 1972، ص 84، والقرار رقم 2390/1803 تاريخ 1976/8/28، ياسين الدكزلي، مرجع سابق، ص 907-908.

2 من المادة 206 أراد المشرع أن يعالج بها حالة خاصة بالنسبة للمحكوم عليه إذا كان ظنيّاً ولم يبلغ الحكم شخصياً ولم يظهر من إجراءات تنفيذه أنه علم به، فمدد بالنسبة إليه مهلة الاعتراض، وجعلها قائمة حتى سقوط العقوبة بالتقادم. وحيث أن القول بأن قبول اعتراض المدعي الشخصي يؤدي إلى قبول دعوى مدنية صرفة أمام المحكمة الجزائية وإن ذلك يخالف تبعية الدعوى المدنية للدعوى العامة يرد أيضاً على استئناف المدعي الشخصي أو طعنه بطريق النقض ففي الطعنين الأخيرين يمكن أن تناقش المحكمة المرفوع إليها الطعن ناحية مدنية بحتة رغم أن ناحية العقوبة أضحت مبرمة لعدم الطعن فيها من النيابة العامة، وحيث أن هذا الرأي هو ما أخذ به القضاء الفرنسي عندما كان النص الفرنسي قبل التعديل يماثل النص السوري وما كان سارياً في ظل النص المماثل في قانون العقوبات العثماني. لذلك تقرر بالأكثرية الحكم ب: 1- إقرار مبدأ جواز اعتراض المدعي الشخصي على الحكم الغيابي والعدول عن الاجتهاد المخالف 2- تعميم هذا الاجتهاد على المحاكم والدوائر القضائية^[1]. وبالتالي للمسؤول بالمال أيضاً أن يعترض على الأحكام الغيابية الصادرة ضد مصلحته، والتي تقتصر على ما حكم به من الزامات مدنية لصالح المدعي الشخصي.

[1] قرار رقم 6 الهيئة العامة لمحكمة النقض أساس 32 تاريخ 1979/3/15، ياسين الدكزلي، مرجع سابق، ص 908 وما بعدها، د. تميم مكاتيل، مرجع سابق، ص 64.

الخاتمة:

يتضح لنا من هذه الدراسة مدى أهمية التوازن بين أطراف الخصومة في الوسائل والمكانات أثناء مباشرة الإجراءات الجزائية، والتي يجب أن تنهض بها القاعدة الإجرائية، حتى يتمكن القاضي الجزائي من حسم النزاع والفصل فيما هو معروض أمامه بكل أمانة وحيدة ونزاهة. على أمل أن يخطو المشرع خطوة في تعديلات لاحقة يشمل المواد التي تبين مواطن انعدام التوازن بين أطراف الدعوى الجزائية حتى يثري التشريع الإجرائي الجزائي السوري بالقواعد الإجرائية التي تكفل للخصوم نفس الحقوق وتمكّنهم من نفس الوسائل تحقيقاً واحتراماً لمبدأ المساواة بين الخصوم. وقد توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي تتمثل بما يلي:

النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

1- التوازن في الأسلحة ما بين النيابة العامة والمتهم، يظهر اختلاله في أغلب التشريعات الإجرائية، وإن كان هذا الاختلال بدرجات متفاوتة، حيث يبدو أكثر حدة وقوة في التشريعات المعتمدة لنظام الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق، في حين يبدو أقل حدة في التشريعات المعتمدة لنظام الفصل بين تلك السلطتين.

2- لم يتمكن النظام الإجرائي السوري على الرغم من اعتناقه لنظام الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق من تحقيق معادلة متوازنة تكون فيها وسائل الاتهام تعادل وتساوي وسائل الدفاع في مرحلة التحقيق الابتدائي، هذه المعادلة التي وحدها تحقق العدالة الجزائية الحقة التي تختل موازينها إذا ما اختل التوازن بين ما للنيابة العامة من سلطات واسعة وصلاحيات عديدة تمكنها من السيطرة على مسار التحقيق الابتدائي، وبين ما للمتهم من حقوق، فالمركز القانوني للمتهم لا يوازي مركز النيابة العامة وقاضي التحقيق، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بحقوقه وحياته.

3- يعتبر قاضي التحقيق في النظام الإجرائي السوري من أعضاء الضابطة العدلية، وتفرض عليه هذه الصفة الخضوع لإشراف ورقابة النيابة العامة، أما حينما يمارس قاضي التحقيق عمله كقاضٍ للتحقيق، فإنه لا يخضع لهذا الإشراف. وفي هذه الحالة تندمج صفتين متعارضتين لدى قاضي التحقيق: صفة الضابطة العدلية، وصفة قاضٍ للتحقيق، مما ينعكس سلباً على المدعى عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي، إذ سيكون أمام ذات الشخص الذي باشر أعمال التحري والاستدلال.

4- إن المساواة في الأسلحة بين أطراف الدعوى الجزائية تكاد تكون صورية، وهذا يعود إلى الحالات التي يقصد فيها المشرع الإجرائي الخروج على هذا المبدأ، وتلك التي تترتب عرضاً أثناء تطبيق القاعدة الإجرائية.

5- باعتبار مرحلة المحاكمة المحطة الأخيرة للدعوى الجزائية والمرحلة الحاسمة للنزاع، مما يستوجب إحاطة هذه المرحلة بسياج من الضمانات أهمها تحقيق المساواة بين الخصوم في المكنت والوسائل المتاحة إليهم وفي كيفية ممارستها، حتى تطمئن النفوس لعدالة الحكم المرجح في الأخير سواء بالبراءة أو الإدانة انطلاقاً من مواجهة متكافئة فيما بينهم، إلا أن المشرّع الإجرائي السوري في مرحلة المحاكمة استمر على ذات النهج المتبع في مرحلة التحقيق الابتدائي، وذلك من خلال تأكيده على عدم تكافؤ الفرص بين أطراف الخصومة الجزائية.

6- يعتبر مركز المسؤول بالمال كطرف أو كفريق في الدعوى الجزائية في النظام الإجرائي السوري مركزاً منقوصاً، فهو حتماً أدنى من المركز الذي يتمتع به المسؤول جزائياً (المدعى عليه)، بل هو أدنى أيضاً من المركز الذي يتمتع به خصمه المباشر، ألا وهو المدعي الشخصي الذي يطالب بالحكم عليه بالتعويض، حتى قيل عنه الضحية الكبرى في الدعوى الجزائية.

التوصيات:

1- تحديد سلطات النيابة العامة في الدعوى الجزائية بشكل لا يمس حقوق المتهم وحياته الشخصية، وذلك باتباع سياسة جنائية مفعمة بالضمانات الهادفة في جوهرها إلى حماية هذه الحقوق وتكريسها، في ظل معادلة صحيحة ومتوازنة تقابل فيها مصلحة المتهم من حماية حقوقه وكفالة حرياته من جهة، مع مصلحة النيابة العامة في اقتضاء حق المجتمع في العقاب نيابة عنه من جهة أخرى، حتى لا يتم الوصول إلى الحقيقة على حساب اهدار الحقوق والحريات الأساسية للأفراد المتهمين، وذلك من خلال:

أ- تقليص سلطات النيابة العامة في مجال استئناف قرارات قاضي التحقيق، وذلك من خلال التفريق بين قرارات قاضي التحقيق القضائية والتحقيقية مع منح النيابة العامة حق استئناف الأولى دون الثانية.

ب- تقليص سلطات النيابة العامة فيما يتعلق بالإجراءات التي يتطلب القانون استطلاع رأيها قبل اتخاذ تلك الإجراءات من قبل قاضي التحقيق، كما في حالة إصدار قاضي التحقيق مذكرة توقيف بحق المدعى عليه أو عند إخلاء سبيله، وكذلك الحال فيما يتعلق الأمر بأخذ موافقتها عند استرداد مذكرة التوقيف. على اعتبار أن قاضي التحقيق أكثر دراية بما يفيد مصلحة التحقيق من عدمه نظراً لكونه العصب الأساسي لإجراءات التحقيق وهو من يباشرها وبالتالي تكون هذه الجهة الأكثر ملائمة ومقدرة على تقرير ما إذا كانت مصلحة التحقيق تتطلب تلك الإجراءات أم لا.

2- خلع صفة الضابطة العدلية عن قاضي التحقيق حتى لا يكون موقفه من المدعى عليه موقف الخصومة، وبما يضمن تحقيق التوازن العادل بين الأطراف.

3- اقتناعاً بمبدأ لا عقوبة بغير حكم قضائي يصدر مسبقاً بكافة الضمانات التي كفلها القانون، وفي طليعتها محاكمة المتهم في حضوره، فإنه ينبغي التخلي عن نظام الأصول الموجزة، وإذا كان لا انفكاك عنه فإنه لا بد من جعل اتباعه في أضيق الحدود، وعدم

ارتباط اللجوء إليه بمشيئة النيابة العامة والمدعي الشخصي، وأن ينظر الاعتراض على الحكم الصادر وفق الأصول الموجزة من قبل قاض غير الذي أصدره ضماناً لنظرة أكثر حييدة وعدالة.

4- تعديل نص المادة 49 من قانون العقوبات العسكري بما يسمح بتدخل المضرور في الدعوى أمام القضاء العسكري، إذ أن مصلحته تتعد في متابعته للدعوى والعمل على إثباتها مع النيابة العامة.

5- النص بشكل صريح على إلزام قاضي التحقيق بإبلاغ جميع الأطراف نتيجة التحقيقات، وذلك قبل أن يتخذ المحقق قراره في التصرف بالتحقيق، كي يتمكنوا من مناقشتها والرد عليها.

6- إعادة صياغة بعض نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية ضمن معادلة يحفظ القانون بحيده التوازن العادل بين أطراف الدعوى الجزائية ومن بينها:

أ- تعديل نص المادة 71 بما يضمن مساواة مراكز الأطراف أمام قاضي التحقيق، من خلال النص وبشكل صريح على منع جميع الأطراف - بما فيهم النيابة العامة - من طرح الأسئلة والكلام أثناء انعقاد جلسات التحقيق الابتدائي، إلا بعد إذن قاضي التحقيق أو السماح بذلك دون أن يقتصر هذا الحق على أحد الأطراف، حتى يتسنى لقاضي التحقيق حسم النزاع بكل حياد وموضوعية.

ب- تعديل المواد 54 و 70 بما يضمن المساواة بين جميع أطراف الدعوى الجزائية في الاطلاع على أوراق التحقيق والحصول على صورة منها وتمكين وكلائهم من ذلك. يضاف إلى ذلك ضمان حقهم في حضور جميع إجراءات التحقيق الابتدائي بما فيها إجراء سماع الشهود ومناقشتهم وإبداء الملاحظات على أقوالهم.

ج- تعديل نص المادة 289 بما يضمن تمكين جميع الأطراف ووكلائهم من سلطة التوجيه المباشر للأسئلة للمتهم والشهود ودون المرور برئيس المحكمة وبكل حرية، طالما

أن تلك الأسئلة لن تخرج عن حدود القانون والوقائع وملابسات القضية، وذلك من باب المساواة مع النيابة العامة.

د- إحياء المركز القانوني للمسؤول بالمال بالتوازي مع مركز بقية الخصوم في مرحلة المحاكمة وذلك من خلال الاستماع إلى شهوده وإلى أقواله قبل إعلان ختام المحاكمة، ولن يتسنى ذلك إلا من خلال تعديل نصوص المواد 291 و308 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

قائمة المراجع:

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية

أ- الكتب القانونية:

- الشاذلي، فتوح، 1986- حول المساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض.

- الفاضل، محمد، 1960- الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق.

- القدسي، بارعة، 2010/2011- أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، الدعوى العامة - الدعوى المدنية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق.

- القدسي، بارعة، 2015/2016- أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، سير الدعوى العامة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، دمشق.

- بكار، حاتم، 1997- حماية حق المتهم في محاكمة عادلة (دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية المصرية الليبية الفرنسية الانجليزية الأمريكية والشريعة الإسلامية)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.
- جوخدار، حسن، 2002/2001- أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، في الدعوى التي ينظرها القضاء الجزائي، الطبعة الثامنة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، دمشق.
- جوخدار، حسن، 2004/2003- أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، في المراحل الإجرائية التي تمر بها التهمة، الطبعة التاسعة، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، دمشق.
- حسن، أشرف رمضان عبد الحميد، 2002- مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حومد، عبد الوهاب، 1987- أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الرابعة، المطبعة الجديدة، دمشق.
- سرور، أحمد فتحي، 1985- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- سرور، أحمد فتحي، 2000- الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة.
- سرور، أحمد فتحي، 2002- القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة.

- شمس الدين، أشرف توفيق، 2015- التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق (دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.

- عبد العال، أيمن نصر، 2012- مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية (دراسة تأسيسية تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.

- عقيدة، محمد أبو العلا، 2001- شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.

ب- الرسائل العلمية:

- سعيدة، بوقندول، 2010/2009- سلطات النيابة العامة خلال مراحل الدعوى العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر.

- عاصي، عثمان جبر محمد، 1998- ضمانات المشتكى عليه في التحقيق الجزائي الابتدائي في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن.

- عمارة، فوزي، 2010- قاضي التحقيق، رسالة دكتوراه، جامعة الأخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر.

- يوسف، إيهاب طلعت، 2015- مبدأ حياد القاضي الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.

ج- الأبحاث القانونية:

- البلوشي، راشد بن حمد، مبدأ المساواة كأحد ضمانات المحاكمة المنصفة في النظام الأساسي لسلطنة عُمان، بحث مقدم إلى مؤتمر "مبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية"، المنعقد في 2-3/4/2014، جامعة الإسراء، الأردن.

- الجوخدار، حسن، 2014- محمد عبد الله الوريكات، تنظيم النيابة العامة واختصاصاتها في التشريع الأردني والمقارن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 8، ص 53-112.
- الجوخدار، حسن، 2015- خصائص النيابة العامة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 1، ص 59-104.
- السكوتي، سعيد البرك، 2014- حقوق المدعى بالحق المدني تبعاً للدعوى الجنائية – تشريعاً وتطبيقاً (دراسة في قوانين كل من دولة الإمارات العربية المتحدة، مصر واليمن)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 11، العدد 2، الشارقة، ص 1-57.
- الغريب، محمد عيد محمد، 2010- صورىة المساواة فى الإجراءات الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عدد 48، مصر، ص 64-162.
- الفواعرة، محمد نواف، 2017- حق المتهم فى الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائى (دراسة فى بعض التشريعات الجزائية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 3، الكويت، ص 401-451.
- شمس الدين، أشرف توفيق، 1999، دور النيابة العامة فى النظام الجنائى الجرمانى، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مصر، ص 165-304.
- شمس الدين، أشرف توفيق، 2014- ضوابط تقدير النيابة العامة لملاءمة رفع الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، مركز الدراسات القانونية والقضائية، العدد 1، قطر.

- عبد المنعم، سليمان، 2004- النيابة العامة معطيات الواقع واشكاليات التطوير "دراسة في تشريعات كل من مصر ولبنان والاردن والمغرب واليمن"، بحث مقدم أمام مؤتمر تطوير النيابة العامة في الدول العربية الذي نظمه البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، مراكش، المملكة المغربية.

- غنام، غنام محمد، 1993- سرية الاستدلالات والتحقيقات الجنائية وأثرها على الحقوق الأساسية للمتهم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 17، العدد 4، الكويت، ص 159-225.

- محمد، عبد الكريم عبادي، 2015- مظاهر إخلال المحاكم العسكرية بمبدأ المساواة في مرحلة المحاكمة في التشريع المصري، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 3، ص 84-127.

- مكائيل، تميم، 2019- أحقية الاعتراض على الأحكام الجزائية الغيابية، مجلة جامعة البعث للعلوم الإنسانية، المجلد 41، العدد 11، سوريا، ص 51-86.

د- مواقع الانترنت

- الخن، طارق، التوقيف الاحتياطي، بحث قانوني متاح على موقع الموسوعة العربية www.arab-ency.com.sy تاريخ الزيارة: 2021/3/6.

هـ- التشريعات والمجموعات القانونية

- دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012.

- قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 112 لعام 1950 وتعديلاته.

- قانون السلطة القضائية الصادر عام 1961.

- قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 لعام 1949 وتعديلاته.

- ياسين الدركزلي، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية، الطبعة الأولى، دمشق، 1983.

Arabic references:

First: legal books

- ABDEL-AL, A.N, 2012- Manifestations of breach of equality in criminal procedures (a comparative and original study), first edition, National Center for Legal Publications, Cairo.
- AL-FADEL, M, 1960- Al-Wajeez in the Principles of Criminal Trials, Damascus University Press, Damascus.
- AL-QUDSE, B, 2010/2011-Principles of Criminal Proceedings, Part One, Public Case, Civil Case, Damascus University Press, Faculty of Law, Damascus.
- AL-QUDSE, B, 2015/2016- Principles of Criminal Proceedings, Part Two, The Course of the Public Case, Damascus University Press, Faculty of Law, Damascus.
- AL-SHAZLY, F, 1986- On equality in criminal procedures (a comparative study), King Saud University Press, Riyadh.
- BAKKAR, H, 1997- Protecting the right of the accused to a fair trial (an analytical, critical and comparative study in light of the Egyptian, Libyan, French, American, English, and Islamic law), the Knowledge Institute, Alexandria, Egypt.
- EAQIDA, M.A, 2001- Explanation of the Criminal Procedure Law, Second Edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- HASSAN, A. R. A, 2002 - The principle of separation of the two powers of indictment and investigation (a comparative study), Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- HOMED, A, 1987- The Principles of Criminal Trials, Fourth Edition, The New Press, Damascus.
- JOKHDAR, H, 2001/2002 - Principles of Criminal Proceedings, Part One, in the case being considered by the Criminal Judiciary,

Eighth Edition, Damascus University Press, Faculty of Law, Damascus.

- JOKHDAR, H, 2003/2004 - Principles of Criminal Proceedings, Part Two, In the procedural stages that the accusation passes through, Ninth Edition, Damascus University Press, Faculty of Law, Damascus.

- SHAMS EL-DIN, A.T, 2015- The balance between power and freedom and the necessity to restrict the authority of the Public Prosecution Office in the investigation (a critical study of Egyptian law in comparison with the German and French laws), second edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

- SOROUR, A, 1985- Mediator in the Criminal Procedure Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

- SOROUR, A, 2000 - The Constitutional Protection of Rights and Freedoms, Second Edition, Dar Al-Shorouk, Cairo.

- SOROUR, A, 2002- Constitutional Criminal Law, Second Edition, Sunrise House, Cairo.

Second: Thesis

- ASSI, O.J. M, 1998 - The Defendant's Guarantees in the Primary Criminal Investigation in Jordan, Master Thesis, Aal al-Bayt University, Jordan.

- IMARA, F, 2010- Investigative Judge, PhD Thesis, University of the Brothers Mentouri Constantine, Algeria.

- SAIDA, B, 2009/2010 - Public Prosecution authorities during the stages of the public prosecution, Master Thesis, University of the Brothers Mentouri Constantine, Algeria.

- YOUSSEF, I.T, 2015- The Principle of the Impartiality of the Criminal Judge (Comparative Study), PhD Thesis, Cairo University, Cairo.

Third: Scientific researches

- Al-Balushi, R.B.H, the principle of equality as one of the guarantees of a fair trial in the Basic Law of the Sultanate of Oman, a paper presented to the conference on "The Principle of Equality Between National Legislations and International Agreements", held on 2-3 /4/2014, Isra University, Jordan.
- ALFAWAREH, M. 2017- Accused person rights in obtaining a copy of the preliminary inquiry investigation (documentations study in some penal legislation), Journal of Law, Kuwait University, Volume 41, Issue 3, Kuwait, pp. 401-451.
- AL-GHARIB, M.E.M. 2010- fictitious of Equality in Criminal Procedures, Journal of Legal and Economic Research, No. 48, Mansoura University, Faculty of Law, Egypt, pp. 64-162.
- ALSAKOTY, S. 2014- The Rights of the Plaintiff in Criminal Proceedings in terms of Legislation and Implementation (A Study in the Laws of the United Arab Emirates , Egypt and Yemen), University of Sharjah Journal of Sharia and Legal Sciences, Volume 11, Issue 2, Sharjah, pp.1 -57.
- GHANNAM, G. M, 1993- Secrecy of evidence and criminal investigations and their impact on the basic rights of the accused, Journal of Law, Kuwait University, Vol. 17, No. 4, Kuwait, pp. 159-225.
- MAKAEEL, Tamim, 2019- The right to challenge the penal provisions in absentia, Al-Baath University Journal for Human Sciences, Volume 41, Issue 11, Syria, pp. 51-86.
- MUHAMMAD, A.K.A, 2015- Manifestations of a violation by military courts of the principle of equality in the trial stage in Egyptian legislation, The Egyptian Journal of Legal and Economic Studies, Issue 3, pp. 84-127.
- SHAMS EL DIN, A.T, 1999- The Role of the Public Prosecution in the German Criminal System, Helwan Journal of Legal and Economic Studies, Issue 2, Helwan University, Faculty of Law, Egypt, pp. 165-304.

- SHAMS EL DIN, A.T, 2014- Controls of the Public Prosecution's assessment of the suitability of filing a criminal case (a comparative study), The Legal and Judicial Review, Ministry of Justice, Center for Legal and Judicial Studies, Issue 1, Qatar, pp. 61-101.
- ABDEL MONEIM, S, 2004- The Public Prosecution Office, Reality Data and Problems of Development, "A Study in the Legislations of Egypt, Lebanon, Jordan, Morocco and Yemen", a paper presented to the Conference on the Development of Public Prosecution in the Arab Countries organized by the United Nations Development Program, Marrakech, Kingdom of Morocco.
- AL-JOKHDAR, H, 2015- Characteristics of the Public Prosecution Office in Jordanian and Comparative Legislation, Journal of Legal and Political Sciences, Volume 9, Issue 1, pp. 59-104.
- AL-JOKHDAR, H, Al-Warikat, M. 2014- Organization and functions of the Public Prosecution Jordanian legislation in comparative, Journal of Legal and Political Sciences, Volume 4, Issue 8, pp. 53-112.

Fourth: Websites

- Al-Khan, T, pretrial detention, legal research available on the Arab Encyclopedia website www.arab-ency.com.sy Date of visit: 3/6/2021.

المراجع باللغة الأجنبية

- NELIUBŠIENĖ, R. Ž. 2019- The judge as an impartial subject in criminal proceedings: The case of Lithuania, Journal of International Comparative Jurisprudence, Vol. 5 (1), pp: 87-107
- MRČELA, M. 2017- Adversarial principle, the equality of arms and con frontational right – european court of human rights recent jurisprudence, EU and comparative law issues and challenges series, vol. 1, pp:15-31.

شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية

الباحثة: لمى كشيك

كلية الحقوق-جامعة دمشق

ملخص البحث

تعتبر مرحلة تنفيذ العقد مرحلة مهمة في سياق الوفاء بالالتزامات التي قررتها أحكام العقد وكتريجة لحسن نية المتعاقدين عند ابرامهم إياه غير أنه أحياناً قد تحدث ظروفًا أو وقائع من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، لهذا عادةً ما يلجأ أطراف العقد الدولي تحسباً لأية ظروفٍ خارجة عن إرادتهم تحدث في مسار هذا التنفيذ إلى إضافة شرط إعادة التفاوض الذي يمكنهم من الرجوع إلى طاولة المفاوضات بقصد تعديل بنود العقد للوصول إلى اتفاق جديد بشكل يمكنهم من متابعة تنفيذ التزاماتهم، لذا سنتعرف من خلال هذا البحث على شرط إعادة التفاوض والآثار المترتبة على إدراجه في العقود الدولية.

The requirement of renegotiation in international contracts

Prepared by the researcher: Lama Kshaik

University of Damascus

Summary

The contract implementation stage is considered an important stage in the context of the fulfilling the obligations decided by the provisions of the contract and as translation of the good faith of the contracting parties upon their conclusion of it. However, sometimes circumstances or facts may occur that make the implantation of the obligation impossible. This is why the parties of international contract usually resort to anticipating any circumstances beyond their control that occur in the course of this implementation to add a re-negotiation clause that enables them to return to the negotiating table to amend the terms of the contract in order to reach a new agreement in a way that enables them to follow up on the implementation of their obligations, so we will learn through this research about the conditions of re-negotiation and the implications

مقدمة:

تحتل التجارة الدولية الصدارة في العلاقات التجارية الحديثة بل إنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات والتي تتحقق من خلال معاملات المؤسسات والشركات في دولٍ مختلفة وعمليات نقل المواد الأولية والسلع من أسواق الإنتاج إلى أسواق الاستهلاك.

ويتخذ العقد الدولي بأشكاله المختلفة (عقد بيع-عقد نقل بضائع-عقد نقل تكنولوجيا) أحد أبرز أنواع هذه التجارة، و بما أن هذه العقود تعبر عن توافق إرادتين في دولٍ مختلفة تفصل بينها مسافاتٍ شاسعة ما يجعل مدة تنفيذها أطول نوعاً ما من مدة تنفيذ العقود الداخلية جعلها عرضةً لبعض الأحداث التي قد تطرأ على نحوٍ مفاجئٍ وغير متوقع من شأنها شل قدرة الأطراف على تنفيذ العقد ما أدى إلى خلق مفاهيم جديدة لمواجهة هذه الأحداث، منها المفهوم الحديث (الموسع) للقوة القاهرة في العقد الدولي المتمثل باتفاق الأطراف على إدراج شرط إعادة التفاوض الذي يستطيعون بموجبه إعادة ترتيب التزاماتهم العقدية بطريقة تمكنهم من متابعة تنفيذ عقودهم بكل يسرٍ وسهولة، لذا سنقوم في هذا البحث بإلقاء الضوء على مفهوم القوة القاهرة في العقود الدولية وآثار إدراج شرط إعادة التفاوض في العقود.

إشكالية البحث:

تتمثل بالآثار المترتبة على إدراج شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية.

أهمية البحث:

الوقوف على الحلول التي أتى بها التعامل الدولي لمعالجة المشكلات التي تعترض تنفيذ العقود الدولية التي أصبحت تحتل أهمية عملية كبيرة يوماً بعد يوم والذي يعتبر شرط إعادة التفاوض من أهمها.

صعوبات البحث:

ليس من صعوبة في البحث سوى الحصول على أحدث الأبحاث والمعلومات المتعلقة بشرط إعادة التفاوض وآثاره على العقد.

منهجية البحث:

اتبع في دراسة هذا الموضوع الأسلوب الوصفي من خلال التعريف بمفهوم القوة القاهرة في العقود الدولية ومن ثم الحديث عن شرط إعادة التفاوض وآثار إدراجه في هذه العقود.

مخطط البحث:

للاحاطة بالبحث فقد ارتأينا تقسيمه إلى:

المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة في العقود الدولية

الفرع الأول: المفهوم التقليدي للقوة القاهرة

الفرع الثاني: المفهوم الحديث للقوة القاهرة

المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض

الفرع الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض

الفرع الثاني: آثار شرط إعادة التفاوض

المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة في العقود الدولية

لا تتخذ القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية مفهوماً واحداً بل تتنوع هذه المفاهيم بين مفهوم تقليدي (ضيق) ومفهوم حديث (موسع) ⁽¹⁾.

الفرع الأول: المفهوم التقليدي للقوة القاهرة

يُقصد بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة Force majeure المفهوم المستقر الذي يرجع أصله إلى القانون الروماني والذي عرف القوة القاهرة بأنها " كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني وحتى وإن أمكن توقعه فإنه يستعصي على المقاومة" ⁽²⁾

ويصور هذا المفهوم القوة القاهرة بأنها حدث يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه يتصف بأنه حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة المتعاقدين ويؤدي إلى استحالة مطلقة في التنفيذ والنتيجة المنطقية التي يربتها مثل هذا الحدث هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك، ويُطبق على العقد قواعد القوة القاهرة وفقاً لهذا المفهوم ولو لم يتفق الأطراف على ذلك وفي حال تم الاتفاق يكفي لإعمالها أن يشيروا إلى مصطلح القوة القاهرة دون أن يلزموا بوضع تفصيلات ⁽³⁾ لهذا الشرط أو أن يحددوا مسبقاً الأحداث التي تمنع التنفيذ فبمجرد ذكر مصطلح القوة القاهرة في العقد يعني أن نية المتعاقدين اتجهت إلى تطبيقه.

(1) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، القيادة العامة لشرطة دبي، أكاديمية شرطة دبي، إدارة الدراسات العليا، 2010، على الموقع الإلكتروني www.googlebooks.com ص 130، تاريخ الزيارة 2020/9/5.

(2) مشار إليه لدى د. حسب الرسول الفرازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، 1979، ص 534.

(3) أوليدي موسى، قادري عبد الرازق، أثر القوة القاهرة في العقود الدولية، مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، شعبة الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018، ص 22.

الفرع الثاني: المفهوم الحديث للقوة القاهرة

من أهم أسباب وجود المفهوم الحديث للقوة القاهرة في العقود الدولية هو الطبيعة الخاصة لهذه العقود التي جعلتها تنفرد بحلول فرضها الواقع العملي والتي تختلف إلى حد كبير عن العقود الداخلية وتتمثل هذه الطبيعة الخاصة بالأهمية الاقتصادية لها والطبيعة الخاصة لأطرافها.

أولاً: الأهمية الاقتصادية للعقود الدولية

تأتي الأهمية الاقتصادية لهذه العقود كونها تتعلق ليس باقتصاد الدول فحسب بل إنها في كثير من الأحيان تمس جوانب هامة جداً كالأمن القومي للدولة (عقود شراء الأسلحة) أو تأتي تلبيةً لحاجات اجتماعية، وفي الواقع يمتد أثر العقد إلى أبعد من ذلك ليشكل جزءاً هاماً من الخطة الاقتصادية للدول فالعقد يرتبط بالاقتصاد الوطني ككل⁽⁴⁾ ، لهذا بدأ أطراف العقد بالبحث عن مفهوم غير المفهوم التقليدي للقوة القاهرة لتفادي الوقوع في فسخ العقد أو تعليقه والعمل على اتخاذ ما يلزم لاستمرار العمل به من خلال إعادة النظر في الالتزامات العقدية بطريقة تسمح لهم بالاستمرار بتنفيذ العقد ومواجهة المعطيات الاقتصادية والقانونية الجديدة⁽⁵⁾، فأعطى هذا المفهوم لأطراف العقد الحق في إدراج شروط في عقودهم تمكنهم من وقف تنفيذ التزاماتهم فترة من الزمن⁽⁶⁾ أو الاتفاق على إعادة التفاوض hard ship الذي يلتزم بموجبه الأطراف بالدخول بالتفاوض بهدف تعديل أحكام العقد عندما تحدث وقائع معينة (سواء تم الاتفاق في نفس العقد أو في اتفاق منفصل) على أن تكون هذه الوقائع مستقلة عن إرادتهم وخارجة عن توقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح⁽⁷⁾ للوصول إلى تعديل شروط العقد بما يتوافق والظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت بها هذه الظروف.

(4) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة مع الاهتمام بالبيع الدولية، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1975، ص 407.

(5) أوليادي موسى، قادر عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 33.

(6) فترة قيام العائق بحيث يعود العقد إلى السريان بمجرد زواله.

(7) د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 38.

ثانياً: الطبيعة الخاصة لأطراف العقود الدولية

تأتي هذه الطبيعة الخاصة للعقود الدولية من كون أطرافها من دول وأماكن مختلفة ولتدخل الدولة في غالبية الأحيان أو أحد أشخاص القانون العام كطرف في العقد إذا كان العقد يتطلب سرية كبيرة عند إبرامه⁽⁸⁾ الأمر الذي أدى إلى ظهور أحداث ووقائع جديدة أثرت بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد وبالتالي على شرط القوة القاهرة خاصة فيما يتعلق بشرط عدم التوقع واستحالة التنفيذ لما تتمتع به الدولة من قدرات مالية وفنية تمكنها من التوقع وتنفيذ التزاماتها في كل الظروف تقريباً، وغالباً ما يعد هذا التدخل في حالات معينة قوة القاهرة يترتب عليها انتفاء مسؤولية المدين (كأن يتفق الأطراف في أغلب عقودهم على اعتبار أي قرار تصدره السلطة العامة قوة القاهرة بعض النظر عن توافر الشروط التقليدية لتلك القوة⁽⁹⁾).

لذلك بموجب هذا المفهوم أصبح أطراف العقد ينظمون أحكام القوة القاهرة مسبقاً وهذا ما يُطلق عليه التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة لتفادي آثارها والنزاعات التي تنشأ عنها.

من ذلك نرى أن الطبيعة الخاصة للعقود الدولية فرضت مفهوماً حديثاً للقوة القاهرة أكثر مرونة من المفهوم التقليدي لها بحيث أصبح بإمكان أطراف العقد الدولي بموجب هذا المفهوم الانفاق على استمرار العقد بشروط جديدة تواكب الوقائع والأحداث التي اعترضت تنفيذه بما يؤمن استمرار واستقرار هذه العقود والمعاملات والتي غالباً ما تكون بقيم مالية كبيرة.

⁽⁸⁾ بحيث لا تتدخل الدولة بشكل مباشر، مشار إليه لدى د. عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، مدونة القوانين الوضعية، الموقع الإلكتروني، www.qawaneen.blogspot.com تاريخ الزيارة 2020/8/28، ص 20.

⁽⁹⁾ أوليدي موسى، قادر عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 34.

المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض

خلق الواقع التعاقدي في التجارة الدولية أكثر من شرط لمواجهة ما يحصل من تغير في الظروف المواكبة لتنفيذ العقد ويعتبر شرط إعادة التفاوض الذي يستمد أساسه من إرادة الأطراف المتعاقدة من أكثرها أهمية على الصعيد العملي والذي يتخذ عادةً صيغاً متعددة منه على سبيل المثال (سوف يتقابل الأطراف في أقرب مدة ممكنة لفحص الآثار التعاقدية التي سببتها القوة القاهرة).

الفرع الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض

يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداثٌ معينة يحددها الأطراف من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم⁽¹⁰⁾.

يُفهم من ذلك أن شرط إعادة التفاوض شرط اتفاقي يفرض على الأطراف التحديد الدقيق لنطاق شرط إعادة التفاوض أي الأحداث الموجبة لإعمال الشرط وطنية أو دولية أو اقتصادية مالية أو سياسية⁽¹¹⁾ ودرجة الإخلال في التوازن العقدي الموجبة لإعمال هذا الشرط.

أولاً: نطاق شرط إعادة التفاوض

يُقصد -كما أسفنا- بنطاق شرط إعادة التفاوض الأحداث الموجبة لإعمال هذا الشرط والتي يجب أن تكون مستقلة عن إرادة أطراف العقد (المدين) وعدم إمكانية توقع الحدث أو دفعه أو توقع نتائجه.

⁽¹⁰⁾ مشار إليه لدى م. أسيل باقر جاسم، التنظيم القانوني لشرط إعادة التفاوض "دراسة في عقود التجارة الدولية"، بحث منشور في [www. Startimes.com](http://www.Startimes.com) 2010، ص 117، تاريخ الزيارة 2020/11/1

⁽¹¹⁾ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988، ص 405.

1- استقلال الحدث عن إرادة أطراف العقد (المدين)

في الحقيقية اختلف الفقه حول هذا الشرط بالنسبة لإعادة التفاوض فجانِب منهم كان يكتفي بشرط عدم التوقع واستحالة الدفع⁽¹²⁾، بينما البعض الآخر⁽¹³⁾ يرى أن هذا الشرط أساسي وضروري في الحدث لأن تغير الظروف لا يمكن أن يعزى إلى إرادة أحد أطرافه سيما وأنها دولية.

ويتم تقدير استقلال إرادة المدين وفقاً لمعيارين:

الأول: المعيار الشخصي، وبموجبه يلجأ القاضي أو المحكم إلى تحليل موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكلٍ أو بآخر بوقوع الحدث.

الثاني: المعيار الموضوعي، لا يكتفي بموجبه باستقلال إرادة المدين وإنما يجب أن يكون بعيداً عن مجال عمله أو نشاطه⁽¹⁴⁾.

والمعيار الراجع في المعاملات الدولية هو المعيار الشخصي وما يؤكد ذلك مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) إذ تنص على أنه "تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا وقعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكلٍ جوهري سواء بارتفاع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف أو بانخفاض قيمة ما يلقاه أحد الأطراف بشرط أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها"⁽¹⁵⁾.

(12) محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، العددان، 393-394- القاهرة 1983، ص191. www.googlebooks.com، تاريخ الزيارة 2020/10/1.

(13) انظر لدى د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نماذج من عقود التنمية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص89.

(14) عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص202.

(15) المادة 6-2-2، الفقرة أ- من مبادئ العقود التجارية الدولية، (اليونيدروا).

2- عدم إمكانية التوقع

يعد توقع الحدث من عدمه الفيصل في تحديد قدرة المتعاقد (المدين) على تحاشي وقوع الحدث أو عدم وقوعه ويتم تقدير قدرة المتعاقد (المدين) على التوقع بكل قضية على حدة⁽¹⁶⁾ ولكن المتفق عليه أن يكون عدم التوقع في الحدث الذي يواجه تنفيذه العقد وهذا ما أكدته قرار هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2708 تاريخ 1990 إذ رفضت الهيئة المذكورة طلب البائع المتضمن زيادة الثمن المتفق عليه أو وقف التزامه بالتوريد لوجود اعتبارات قوية رجحت توقع الأطراف لارتفاع الأسعار وفقاً للظروف⁽¹⁷⁾.

3- عدم إمكانية دفع الحدث ونتائجه

إن شرط عدم إمكانية التوقع يتمتع بأهمية خاصة على الصعيد القانوني والعملي إذ يصبح جلياً بمقتضاه أن المدين أمام حادث يتجاوز حدود طاقته مما يعكس بوضوح انتفاء ركن الخطأ في سلوكه، وتقاس درجة الجهد الذي يجب أن يبذله المدين في دفع الحدث وتجنبه وتجنب نتائجه الضارة بمعياري شخصي يُعتد به بظروف المدين الشخصية ووسائله الخاصة وإمكانياته الذاتية⁽¹⁸⁾.

ثانياً: اختلال توازن العقد

يجب أن يخلق الحادث المفاجئ اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وغالباً يشترط المتعاقدون توافر درجة معنية من الخطورة والاضطراب التي تطال بنوده بحيث تؤدي إلى ضررٍ جسيم من غير المنطقي أن يتحمله أحد أطراف العقد⁽¹⁹⁾.

(16) حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة عقد البيع الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه، 1975، ص 380.

(17) منشور في مجموعة قرارات غرفة التجارة الدولية، مشار إليه لدى م. أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 8.

(18) د. حسن عامر، القوة الملزمة للعقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص 160.

(19) د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 138.

وفكرة الاختلال بتوازن العقد ليست غريبة عن النظم القانونية الوطنية لا سيما تلك التي تعترف قوانينها بنظرية الظروف الطارئة ومنها القانون المدني السوري حيث تنص المادة 2/148 منه "إذا طرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

لذلك ليس كل اختلال في توازن العقد يعد مبرراً كافياً لإعمال شرط إعادة التفاوض إذا أن هناك قدراً من الاختلال يسمى بالمخاطر العادية التي يجب أن يضعها المتعاقدان في الحسبان وقت التعاقد فمجرد تغير الأسعار أو قيمة التكلفة أو في ثمن المواد الأولية لا يعد كافياً للقول باختلال توازن العقد ويؤكد قضاء التحكيم ذلك، ففي القضية التي تتلخص وقائعها في "تعاقد شركتين إيطاليتين وأخرى إسبانية على أن تقوم الأولى بتوريد المشتقات النفطية إلى الثانية وفق الأسعار العالمية (نايمكس) وبعد فترة من الزمن توقفت الشركة الإيطالية عن تنفيذ التزاماتها بمبرر وجود ارتفاع في أسعار البترول مما يتطلب وقف تنفيذ العقد وتعديله وفقاً للمتغيرات، رفضت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ادعاء الشركة الموردة وقالت أن مجرد ارتفاع الأسعار لا يكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض وإنما لا بد من وجود اختلال كبير وجذري في توازن العقد"⁽²⁰⁾.

والمعيار الراجح في المعاملات التجارية الدولية لتحديد مقدار الاختلال الموجب لإعمال شرط إعادة التفاوض هو المعيار الشخصي بحيث يقدر الاختلال وفقاً لتغير الظروف الشخصية للمتعاقدين لا سيما (المضرور) وخاصةً عندما يترك هذا الضرر أثراً واضحاً على قدرة المضرور على تنفيذ التزاماته حتى وإن لم تكن كذلك بالنسبة لمدين آخر في نفس الظروف⁽²¹⁾.

(20) مشار إليها لدى د. محي الدين اسماعيل علم، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشرعية الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1994، ص 305-307.

(21) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، د. نادية محمد معوض، قانون التجارة الدولية (التحكيم التجاري الدولي - البيوع الدولي) دون ناشر، 2005، ص 138.

فقد يتفق الأطراف على نسبة معينة للاختلال فإذا تجاوزت التغيرات هذه النسبة يعتبر اختلال العقد جوهرياً موجباً لإعمال شرط إعادة التفاوض، كما يلجأ المحكمون إلى هذا المعيار عند عدم اتفاق الأطراف على هذه النسبة⁽²²⁾.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على شرط إعادة التفاوض

بمجرد ما توافرت في الحدث خصائص الاستقلال عن إرادة المدين وتحقق الاختلال في توازن العقد فإن شرط إعادة التفاوض يترتب آثاره المتمثلة بوقف تنفيذ العقد والالتزام بإعادة التفاوض.

أولاً: وقف تنفيذ العقد

يُقصد بوقف تنفيذ العقد توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهم العقدية المتبادلة لحين إعادة التفاوض في العقد والتوصل إلى اتفاق جديد يمتثل تلك الالتزامات⁽²³⁾.

ويستند وقف تنفيذ العقد كأثر لشرط إعادة التفاوض إلى إرادة الطرفين وما ينظمونه في شروطهم التعاقدية وغالباً يكون الاتفاق على وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن بعد وقع الحادث لحين إعادة التفاوض والتوصل إلى اتفاق جديد بشروط جديدة كما يمكن أن يكون الاتفاق على وقف التنفيذ أثناء التفاوض⁽²⁴⁾، وقد يحدد الأطراف نطاق وقف التنفيذ ليشمل الالتزامات الرئيسية دون الثانوية أو على إيقاف الالتزامات التي تأثرت قدرة الأطراف على متابعة تنفيذها بسبب وقوع الحادث⁽²⁵⁾.

(22) د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 157.

(23) كاظم كريم علي الشمري، وقف تنفيذ العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2002، ص 30.

(24) د. محمد سمير الشراقوي، الالتزام بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع، مجلة القانون والاقتصاد، دون تاريخ، ص 46.

(25) حددت مبادئ عقود التجارة الدولية نظام وقف التنفيذ بالمادة 6-2-3/2 منها ب: "لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته الطرف الذي اختل التزامه بالحدث الحق بالتوقف عن التنفيذ بل يجب تنظيم ذلك بنص صريح".

وبمیل قضاء التحکیم فی میدان التجارة الدولية إلى الأخذ بنظام وقف التنفيذ أياً كانت طبيعة الأحدث التي تعترض تنفيذه وذلك إيماناً منها بخطورة وأهمية عقود التجارة الدولية وفداحة الخسارة التي تنجم عن إنهاء العقود قبل إتمامها (26).

وبترتب على إعمال شرط وقف التنفيذ وقف تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد إضافةً إلى الالتزامات الأخرى التي يفرضها الوقف.

1- وقف تنفيذ الالتزامات العقدية

يُقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية الناجمة عن العقد والتي تأثر تنفيذها بالأحدث أما الالتزامات الفرعية فلا يوقف تنفيذها إلا إذا امتد أثر الحدث لها وأثر بشكل مباشر على قدرة الطرف (المدين) على تنفيذ الالتزام الفرعي بحد ذاته أو أن يكون الالتزام الفرعي مرتبطاً بالالتزام رئيسي موقوف (ففي عقد البيع مثلاً وقف تنفيذ الالتزام بتسليم البضاعة يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام بنقلها لارتباط التسليم بالنقل في هذا العقد في حين لا يؤدي وقف تنفيذ الالتزام بتسليم البضاعة إلى وقف الالتزام بالتأمين عليها لاستقلال كلٍ من الالتزامين عن الآخر).

2- الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين

تتمثل بـ:

أ- الالتزام بالحفاظ على العقد

يقع هذا الالتزام على عاتق كلا من طرفي العقد بحيث يحددان في شروطهم العقدية الإجراءات التي يلتزمون بالقيام بها خلال فترة الوقف للحفاظ على العقد أما في حال عدم الاتفاق يُعمل هنا بمبدأ حسن النية الذي يفرض على الأطراف القيام بكافة الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على العقد واستئناف سريانه بعد التوقف (27).

(26) م. أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 116.

(27) سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 168.

وهذا التزام يكون إما باتخاذ موقف إيجابي يتمثل بقيام المتعاقدين بمجموعة من الإجراءات من شأنها الحفاظ على العقد (كأن يقوم المتعاقد بالحفاظ على الشيء محل العقد من التلف والهلاك) أو باتخاذ موقف سلبي يتمثل بالامتناع عن عمل يهدم العقد أو يهدد مصالح الطرف الآخر أو يفوت عليه الفائدة التي رجو تحقيقها من العقد (28).

ب- الالتزام بالسعي لاستئناف تنفيذ العقد

إنّ نجاح الهدف من الوقف مرتبط باستئناف تنفيذه لذلك يجب على أطراف العقد القيام بكافة الأعمال والإجراءات الضرورية التي تساعد على ذلك عبر السعي للتخلص من الحدث ونتائجه بتحديد نوع وطبيعة الأعمال والإجراءات التي يترتب على كلٍ منهما القيام بها تنفيذاً لهذا الالتزام، أما في حال عدم الاتفاق فإن كل متعاقد يلتزم ببذل الجهد المعقول والمناسب لاستئناف تنفيذه (29).

وفي حال إخلال أيٍّ من المتعاقدين بالالتزامات التي يفرضها الوقف فإنه يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر جراء هذه الإخلال دون أن يكون للمضرور الحق في فسخ العقد إذا أن إعطائه هذا الحق سيلغي الفائدة من نظام وقف العقد وهي الحفاظ عليه (30).

هذا وينقضي الوقف إما بانتهاء المدة المحددة له بحيث يتابع العقد الأصلي سريانه وفقاً للشروط المتفق عليها خلال مرحلة التفاوض أو قبل انتهاء مدته كما لو انقضى الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض مما أدى إلى إعادة التوازن العقدي إلى

(28) م. أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 133.

(29) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، د. نادية محمد معوض، المرجع السابق، ص 151.

(30) د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 205.

الحد الذي يسمح للطرفين بمتابعة تنفيذ التزاماتهم أو أن يتفق الطرفان على إنهائه قبل المدة المحددة وبهذا تطبق القواعد العامة للفسخ⁽³¹⁾.

ثانياً: الالتزام بإعادة التفاوض

متى وقع الحدث المبرر لإعمال شرط عدم التفاوض فإن الالتزام الرئيس الذي يفرضه هذا الشرط هو إعادة التفاوض وفق مبدأ حسن النية باعتباره الأثر المباشر له ويتوجب على المضرور إخطار الطرف الآخر بوقوع الحدث وأثره على اختلال توازن العقد ودعوته لإعادة التفاوض، فإذا رفض الطرف الآخر إعادة التفاوض يعتبر مسؤولاً مسؤولية عقدية عن خطأه ويلجأ التحكيم والقضاء غالباً في هذه الحالة إلى إقرار التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض أو التنفيذ بمقابل⁽³²⁾.

1- التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض

ويتمثل في إلزام طرفي العقد (التحكيم أو القضاء) بإعادة التفاوض متى توافرت شروطه للتوصل إلى تعديله أو إنهائه وذلك وفق ما أشارت إليه مبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا في المادة 2-6-3 بأنه "إذا كانت الظروف لا تسمح بفسخ العقد أو بالتعديل فإن الحل الوحيد المخول لهيئة المحكمة هو إلزام الأطراف على العودة إلى التفاوض بغية الوصول إلى اتفاق حول تعديل العقد أو التأكيد على شروطه كما هي".

2- التنفيذ بطريق التعويض

بما أن تقدير التعويض يتحدد استناداً إلى سلوك المتعاقدين بحيث يحدد سلوكهم مدى التزامهم، لذلك بمجرد إثبات خطأ أحدهم المتمثل في عدم التزامه بإعادة التفاوض أو

(31) د. حسين عامر، المرجع السابق، ص 45.

(32) هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد -دراسة مقارنة- جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، 2016، ص 220.

سوء تنفيذه وعدم إمكانية التنفيذ عيناً فإن التنفيذ إما بطريق التعويض كاملاً يكون هو الجزء الأكثر عدلاً عند استحالة التنفيذ وذلك وفق ما نصت عليه المادة 1/221 من القانون المدني السوري بحيث يتمثل التعويض بمبلغ يعادل ما فاتته من ربح وما لحقه من خسارة وبشكل عام لا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة أو الربح الضائع التي يتوقعها الطرف المخالف أو كان ينبغي عليه توقعها⁽³³⁾.

أو الإنقاص منه بقدر الخسارة التي كان من الممكن تلافيها لو قام الطرف المتمسك بمخالفة العقد باتخاذ التدابير المعقولة والملائمة للتخفيف منها⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ كما نصت على ذلك المادة 74 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، اتفاقية فيينا لعام 1980 "يتمثل التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد بمبلغ يعادل الخسارة التي لحقت الطرف الآخر والكسب الذي فاتته نتيجة المخالفة ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة أو الربح الضائع التي يتوقعها المخالف أو كمان ينبغي عليه توقعها وقت انعقاد العقد، انظر كذلك المادة 7-2-4 من مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit.

⁽³⁴⁾ (Harry.Flechtner, contracts for the international sales of goods, on www.avl/law.un.org,p37 .

خاتمة:

في ختام هذا البحث توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات:

النتائج:

- 1- إن شرط إعادة التفاوض يأخذ بعض ملامحه من القوة القاهرة من حيث الشروط الواجب توافرها في الحدث وأثره كل منهما على تنفيذ العقد.
- 2- شرط إعادة التفاوض شرطٌ يدرجه الأطراف في عقود التجارة الدولية لتعديل بنود العقد عندما تطرأ أحداثاً معينة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي على نحوٍ يؤدي إلى الضرر بأحد المتعاقدين.
- 3- شرط إعادة التفاوض يؤدي إلى التداخل بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه إذا أنه يؤدي إلى إعادة التفاوض من أجل الاتفاق على شروطٍ جديدة للعقد أثناء مرحلة التنفيذ.
- 4- كما يؤدي هذا الشرط إلى وقف تنفيذ العقد مدة معينة من الزمن وإدراجه في بنود العقد يعني التزامهم بإعادة التفاوض.
- 5- الإخلال بالتزام إعادة التفاوض يوجب التنفيذ العيني لشرط إعادة التفاوض وعند عدم إمكانية ذلك اللجوء للتعويض.

التوصيات:

- 1- نشجع المتعاملين في مجال التجارة الدولية على الأخذ بشرط إعادة التفاوض لما له من أهمية في المحافظة على استقرار واستمرار هذه المعاملات.
- 2- ضرورة تحديد الأحداث الموجبة لإعمال شرط إعادة التفاوض بدقة شديدة ويفضل الاستعانة بالخبراء.

3- تحديد مدة إيقاف تنفيذ العقد وكذلك المدة اللازمة لإعادة التفاوض بعد انتهاء المدة السابقة، وكذلك الاتفاق على الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام إعادة التفاوض.

مراجع البحث

المراجع القانونية

- م. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض "دراسة في عقود التجارة الدولية، منشور على الموقع الإلكتروني، www.star.times.com, 2010.
- أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، أثر القوة القاهرة في العقود الدولية، مذكرة تخرج لاستكمال شهادة ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018.
- د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة مع الاهتمام بالبيع الدولية، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1975.
- د. حسام عبد الغني الصغير، د. نادية محمد معوض، قانون التجارة الدولية، (التحكيم التجاري الدولي-البيع الدولية) دون ناشر، 2005.
- د. حسن عامر، القوة الملزمة للعقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1949.
- حسب الرسول الفرازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، 1979.
- حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في عقد البيع الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه، 1975.

- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقد في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988.
- د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، القيادة العامة لشرطة دبي، أكاديمية شرطة دبي، إدارة الدراسات العليا، 2010، الموقع الإلكتروني www.google.com/books
- عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- د. عادل محد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1994.
- د. عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولي، مدونة القوانين الوضعية الموقع الإلكتروني www.qawaneen.blogspot.com
- كاظم كريم علي الشمري، وقف تنفيذ العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002.
- محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، العددان 393-394، القاهرة 1980، الموقع الإلكتروني، www.googlebooks.com.
- د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نماذج من عقود التنمية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1984.
- د. محي الدين اسماعيل علي، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1994.
- د. محمد سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع، مجلة القانون، دون تاريخ.
- هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، 2016.

- Harry.Flechtner, Contracts for The International Sales of Goods, on www.avl/law.un.org.

القوانين والاتفاقيات:

- القانون المدني السوري
- اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980
- مبادئ العقود التجارية الدولية يونيدروا لعام 2004، UNIDROIT

Marajie albahth

- M.Aseel baqar jasim,alnizamal qununi li'ieadat altafawud,"drasat fi wuqud altijarat alduwalia,eanshur eala alwawqie alaktruni [www.star times.com](http://www.star.times.com),2010.
- Ulidi musaa, qadiri eabed alrizaq,ather alquh alqahrt fi alaleuqud alduwalia,mmuothakirt takhruj listikmal shadat master akadimi,gamieat mirbah wa raqala,2018.
- d.tharwat habib,atrasat fi qunon altijara mae alaihtimam bal buyua aldumalia,alqahr,dar,alaitihad al earabiu,li tibeaa,1975.
- Husam ebd algahahu alsaghir,nadia muhamad meueawad,qunun althjara alduwalit (altahkim altijariu alduwaliu–albuyue alduwalia) dun nashir,2005.
- d.hasan emar, alquat almulzimat lil equd, aljuz'u al'awal, altabwat al'uwlaa, mutbaeat misr alqahr,1949.
- Hsb alrasul alfarazii 'ithr alzuruf alttariat ealaa aletizam aleaqdii fi alqunun al muqaria,risalt dukturah kuliyyat al haquq jamiat al qahirat,mutbeat aljizat al'iiskandaris,1979.
- Hamzat alhmad hidad,aleuqud alnaudhajiat fi qanun altigarat alduwaliat, drasat eaqud ah buye alduwalii, kuliyyat jamieat alqahirat, risalt duktura,1975.
- Sharif muhamd ganam, 'iithr taghyar alzuruf fi euqud altijarat alduliat aleamat lihurtat duby akadmyt alshurtat,;iidarat aldirasat aleylya,eala almwqie al'iiliktruni www.google books.com.

- eisam 'nwar salim, khasayis albaye alduwalii.munsha'at alnaearf al'iiskandaria,2004.
- d.eadil muhamd khayr, eaqud albuye alduwalii lilbadaie min khilal atifaqiat fiyinna, altabeat al'uwlaa, dar alnahdat alearabia,1994.
- d.eabd almuneim gusun eunuz, shart alquat alqahrt fi aluquad alduwaliat, mudwant alquqnin alwaeuet aga almawqie al'iilktrunii www.qawaneen.com.
- Kazimealialshamri,waqf tanfidh aleaqd, risalat magstyr, kuliya alhuquq, gamieat alnahayn,2002.
- d. muhamd shata 'bualsead, mafhum alquat alqahrt, maglat miar almueasirat,aleidadan –393–394,1980, almawq al'iilktruniu www.googlebooks.com.
- d. muhsinshafiq,eaqd itaslim almuftah, namadhj min eaqud altanmiat, kuliya a;huquq, gamiea al quhira,1984.
- d. muhi aldiyn'iismaeil,nazariat aleaqud muqarantan bay alquanin alearabiat wa alshryet al'iislamia, altabeat althalthat,dar alnahdat alearabia,1994.
- d. muhamd Samir alsharqawii, alailtizam bi altaslim fi eaqd albye alduwlii lilbadayie, maglat alqunun walaiqtisad, dun turikh.
- hny eabd allatif, hudud alakhd bifikrat 'iieada altafawud fi aleuqd,dirasatan mqrant,gamieatan 'bibiker bilaqayid, talmisan, kuliya alhuquq waelulum alsiyasiat, risalatan muqudimuatan lanil shhadat aldukkaturah fi alqunun,2016.

حماية الحقوق والحريات العامة من الاعتداء المادي للإدارة

سعيد نحيلي *

ماجد عيسى **

□ الملخص

يقوم مبدأ المشروعية على أساسين جوهريين، أولهما يتمثل في احترام الحقوق والحريات العامة، وثانيهما يرتبط بمراعاة تدرج القوانين، لذلك يعتبر احترام الحقوق والحريات مسألة أساسية في مجال المشروعية.

إلا أنه ورغم ذلك فقد خولت بعض القوانين والمبادئ القضائية للإدارة سطات تقيد بموجبها هذه الحريات تحقيقاً لواجبها في الحفاظ على النظام العام وتسيير مرافق الدولة، إلا أنه لردع الإدارة عند خروجها الصارخ عن مبدأ المشروعية واعتدائها على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، قام مجلس الدولة الفرنسي بابتداع نظرية الاعتداء المادي، بهدف منع التجاوزات الصادرة عن الإدارة والتي تخرج فيها على قواعد المشروعية خروجاً جسيماً.

ورغم الجدل الذي ثار بشأن موضوع الاعتداء المادي إلا أن هناك اتفاق حول عناصره، إذ لا يكفي لتحقيقه وجود قرار إداري غير مشروع، وإنما يجب تنفيذ هذا القرار. ويمارس القضاء المختص دوراً كبيراً في الرقابة على أعمال الاعتداء وما يستتبع ذلك من حماية للحقوق والحريات العامة.

الكلمات المفتاحية: الاعتداء المادي - الحريات العامة - القضاء العادي - عدم مشروعية جسيمة.

* أستاذ دكتور في قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سورية

** طالب دكتوراه في قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سورية

Protecting general rights and freedoms from the management of material assault

* Dr.Saed Nhily

** Majid Issa

Abstract

The principle of legitimacy is based on two basics which are to respect the rights and freedoms at first secondly, subject to include the laws, for that to respect the rights and freedoms considered a key issue in the field of legitimacy.

However, even though it was entitled some laws and judicial management authorities limit under these freedoms of investigation to maintain the public order conduct facilities state, However, to deter the administration at exit blatant on the principle of legitimacy and the assault on the rights and fundamental freedoms of individuals, the Council of French state created a theory of physical assault, in order to prevent abuse of management and graduated in which the rules of legitimacy are serious departure ,despite the controversy that effects on the subject of physical assault.

However, there's agreement about the elements, since there is no real decision but to impel this decision. Competent elimination is the major role to control the assault and entails that to protect the rights and freedoms of public

Key words: assault material – public freedoms – Regular elimination – Serious lack of legality.

* prof in the Department of public Law faculty of law, University of Damascus, Syria

** ph.D student in the Department of public law, faculty of law, University of Damascus, Syria

مقدمة:

يعتبر موضوع الاعتداء المادي "Voi de fait" من أدق موضوعات القانون الإداري وذلك لاتصاله بموضوع الحريات والحقوق الأساسية للأفراد، وقد حظيت نظرية الاعتداء المادي أو الغضب بنصيب كبير من اهتمام الفقه والقضاء وكذلك التشريع في فرنسا، وذلك باعتبارها مصدراً من المصادر الرئيسية لترتيب المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي تلحق بالأفراد جراء أعمال صادرة عن الإدارة، ووسيلة هامة للحد من اعتداء الإدارة على الحقوق والحريات الفردية استناداً لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة في أداء أعمالها بصفة عامة[1].

وتعد مسألة تحديد اختصاصات القضاء الإداري وتمييزها عن اختصاصات القضاء العادي من المسائل الجوهرية في القانون الإداري، فالقضاء الإداري مختص بأعمال ومنازعات الإدارة العامة، إلا أنه في بعض الحالات تدخل المنازعات التي تخص بعض الأعمال الإدارية ضمن اختصاص القضاء العادي، ومن هذه الحالات نظرية الاعتداء المادي موضوع البحث.

وقد تطورت السلطات الممنوحة للقضاء بشأن حماية الحقوق والحريات العامة بشكل كبير، وشهد هذا التطور العديد من الاختلاف في تحديد اختصاصات كل من القضاء الإداري والعادي، حيث عرفت سلطات القاضي العادي في مواجهة الإدارة عدة تطورات، ابتداء من مرحلة حظره النظر في تصرفات الإدارة إلى مرحلة الاعتراف له بسلطات استثنائية، تصل إلى حد معاملة الإدارة كشخص عادي ومواجهتها بإلغاء تصرفاتها المنطوية على الاعتداء، والتعويض عن الضرر الذي أحدثته، لذلك ومن أجل تحقيق رقابة فعالة لشرعية التصرفات الصادرة عن الإدارة، وحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، فإن ذلك يقتضي منح القضاء المختص الصلاحيات اللازمة لإزالة الاعتداء وإعادة الحال إلى ما كان عليه إن أمكن.

إن هذه النظرية التي تعتبر خروجاً استثنائياً عن اختصاص القضاء الإداري، مفادها أنه في حالة الاعتداء المادي للإدارة يتم الخروج استثناء عن اختصاص القاضي الإداري، وتندرج تبعاً لذلك ضمن اختصاصات القضاء العادي[2].

أهمية البحث وأهدافه:

تبرز أهمية هذا البحث من خلال كون نظرية الاعتداء المادي تستهدف حماية حقوق وحريات الأفراد ضد امتيازات التنفيذ أو التنفيذ الجبري الصادرة عن الإدارة، حيث وجد بعض الفقه

مكان لهذه الفكرة في الواقع المادي الإيجابي الذي يقع خارج حدود القاعدة القانونية، لأن الاعتداء المادي يفترض واقعاً مادياً ولا يمكن أن يوجد في التصرف القانوني.

إضافة إلى أن هذه النظرية تحتل مكانة هامة في القانون بشكل عام، وفي المنازعات الإدارية بشكل خاص، حيث تظهر من خلالها حدود اختصاصات السلطات الإدارية وحدود مجال القانون الإداري، كما أن تكيف هذه النظرية من شأنه تحديد القاضي المختص للنظر فيها والفصل في جميع جوانبها.

في حين أن الهدف من هذا البحث تتجلى في الأهداف الآتية:

1- المساهمة في إثراء المعرفة العلمية في مجال حماية الحقوق والحريات العامة من اعتداء الإدارة.

2- إلقاء الضوء على هذه النظرية في ظل ندرة الدراسات والبحوث العملية السورية التي تعرضت لهذه النظرية، فعلى المستوى الفقه السوري لم تتجاوز هذه النظرية إلا بعض الصفحات لبعض الباحثين في القانون الإداري، كما أن الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن قليلة جداً، في حين أخذت هذه النظرية حقها على المستوى الفقهي والقضائي معاً في كل من مصر وفرنسا.

3- إعطاء فكرة عن مدى سعي المشرع السوري لمعالجة موضوع الاعتداء الواقع من الإدارة دون وجه مشروع، وإعطاء السلطات الضرورية للقاضي المختص لوقف الاعتداء وتعويض المتضرر منها، ومقارنة ذلك مع التجربتين الفرنسية والمصرية كونهما قطاعاً شوطاً مهماً في هذا المجال.

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج المقارن، وذلك من خلال مقارنة النصوص القانونية التي تناولت موضوع حماية الحقوق والحريات العامة من اعتداء الإدارة، وبيان مضمون آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء المتعلقة بها في كل من فرنسا ومصر وسورية، وخصوصاً أن للقضاء الفرنسي باعاً طويلاً في معالجة هذا الموضوع، والاستفادة من التجربة الفرنسية ومقارنتها بالتجربة القانونية السورية فقهاً وقضاءً وتشريعاً.

كما يعتمد البحث أيضاً على المنهج التحليلي من خلال تحليل مفهوم هذه النظرية لدى الفقه والقضاء، وتحليل المواد القانونية والسوابق القضائية التي يستند إليها منطوق الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

مشكلة البحث:

تبرز مشكلة هذا البحث في تحديد مفهوم نظرية الاعتداء المادي وبيان أركانها، خاصة أن المشرع السوري لم يقننها كغيرها من النظريات القانونية، لذلك كانت هذه النظرية قضائية المنشأ والمنبت.

وبيان القضاء المختص بوضع حد لاعتداء الإدارة: هل هو القضاء الإداري أم القضاء العادي؟ حيث كان القضاة الإداري والعادي يتقاسمان النظر في النزاعات المتعلقة بالاعتداء الذي يقع من قبل الإدارة على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد من دون وجه قانوني، وفي سورية كان المتضرر يلجأ لرفع دعوى أمام القضاء الإداري للحكم بانعدام التصرف الصادر عن الإداري، وبنفس الوقت يرفع دعوى أمام القضاء العادي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.

فكان لا بد من توحيد القضاة من خلال حل هذه المنازعات بقضاء واحد منعاً لتضارب الأحكام وتطبيق نظامين قانونيين مختلفين، فصدر قانون مجلس الدولة السوري الجديد رقم 32/، وبالتالي تغيرت السلطات الممنوحة للقاضي الإداري مع صدور هذا القانون، وتغيرت آلية معالجة هذا النوع من الدعاوى.

الدراسات السابقة:

الطماوي، سليمان، 1957، *النظرية العامة للقرارات الإدارية*. ط1، دار الفكر العربي، القاهرة.

تناولت هذه الدراسة الحديث عن مبدأ المشروعية ورقابة الإدارة في خضوعها لمبدأ المشروعية، والبحث في معيار تمييز القرارات الإدارية، وبطلان وانعدام هذه القرارات، وأنواعها ونفاذها، وكيفية تنفيذ القرارات الإدارية وامتنيازات الإدارة في ذلك، انتهاءً بكيفية نهاية هذه القرارات الإدارية، وقد جاءت هذه الدراسة مقارنة ما بين القانونين الفرنسي والمصري، في حين أن الدراسة الحالية ستركز على بيان موقف التشريع السوري مقارنة بالتشريعين الفرنسي والمصري بخصوص اعتداء الإدارة على الحقوق الخاصة والحريات الأساسية للأفراد.

زريق، برهان، 2004، *نظرية فعل الغصب - الاعتداء المادي في القانون الإداري*. ط1، المكتبة القانونية، دمشق.

قامت هذه الدراسة على معالجة فكرة الاعتداء المادي من خلال البحث في تكوين فعل الغصب ومفهومه، وأركانه، وبيّن موقف القضاة العادي والإداري في فرنسا ومصر وسورية من الاعتداء على الملكية الخاصة والحريات العامة، وتعرض لشرط صحة الاعتداء المادي، كما أوضح آثار هذه النظرية من خلال تحديد الجهة القضائية المختصة في الدول الثلاثة، وانتهى إلى السلطات الممنوحة للقضاء المختص وكيفية مقاومة تنفيذ الاعتداء المادي، غير أن هذه الدراسة عالجت الفكرة في ظل قانون مجلس الدولة السوري السابق رقم 55/ لعام 1959، بينما تهدف هذه الدراسة الحالية لمعالجة ذات الفكرة في ظل قانون مجلس الدولة الجديد رقم 32/ لعام 2019، والسلطات الجديدة التي منحها للقضاء المختص، ومقارنة ذلك مع التشريعين الفرنسي والمصري.

الطاهر، فاضلة، 2014، *التعدي ودور القاضي في مواجهة الإدارة*. جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر.

تناولت هذه الدراسة مفهوم نظرية التعدي، والشروط اللازمة لتحقيق التعدي، وتمييز هذه النظرية عن غيرها من النظريات القانونية، ودور هذه النظرية في تحديد نوع الخطأ، وكذلك بينت الدراسة دور القاضي في مواجهة الإدارة في حالة التعدي، وقد اقتصرَت هذه الدراسة على تناول هذه المسائل في القانون الفرنسي والجزائري، ومن هنا تتميز الدراسة الحالية في كونها تتناول دعوى الاعتداء المادي في فرنسا ومصر وسورية، والقضاء المختص بها في التشريع المقارن.

النالي، طارق، 2016، *دعوى الاعتداء المادي على الملكية العقارية*. جامعة عبد المالك السعدي - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة.

تناول الباحث في هذه الدراسة الإطار العام لنظرية الاعتداء المادي على الملكية العقارية، كما تحدث عن دعوى الاعتداء المادي كآلية قانونية لحماية حقوق الأفراد، موضحاً موقف

القضاء من دعوى الاعتداء على الملكية العقارية، ومن ثم آثار التعويض عن الاعتداء المادي وإشكالاته. وقد اقتصرنا هذه الدراسة على بيان هذا الموضوع في القانونين الفرنسي والمغربي، في حين أن الدراسة الحالية تتميز عن الدراسة السابقة في كونها تتناول موضوع الاعتداء المادي الواقع على العقارات والمنقولات على حد سواء، وذلك في ضوء القانون السوري والمصري والفرنسي.

المناقشة:

يترتب عن تنفيذ الإدارة للقرارات المنعقدة تجريد تصرف الإدارة من الوصف الإداري ونزوله إلى مرتبة الفعل المادي، كما أن خطأ الإدارة في إجراءات التنفيذ ينتج عنه أيضاً اعتداء مادي وذلك إذا تعلق الأمر بمساس الإدارة بحق الملكية أو حرية عامة للأفراد. وعليه سنعالج هذه المسألة في ثلاثة فروع، يتضمن الفرع الأول مفهوم الاعتداء المادي، ويتضمن الفرع الثاني العناصر الأساسية للاعتداء المادي، وفي الفرع الثالث نتناول الاختصاص القضائي في حالة الاعتداء المادي.

الفرع الأول: مفهوم الاعتداء المادي

ابتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية الاعتداء المادي في أواخر القرن التاسع عشر [3]، وطبقها بصفة مستمرة، أما التشريع المصري والسوري كغيره من التشريعات في العالم فلم يورد للاعتداء المادي تعريفاً تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء.

تهدف نظرية الاعتداء المادي إلى توقيف الجزاء على بعض التصرفات الإدارية المشوبة بغيب، والتي تمتاز بالخطورة والجسامة وتمس بأهم حق والمتمثل في حق الملكية والحريات الأساسية للمواطن، إذ ظهرت هذه النظرية لتُعامل الإدارة من خلالها معاملة الأفراد، فتسحب منها صفة السلطة العامة وتُقاضى في فرنسا أمام القضاء العادي جزاءً للاعتداء الصارخ الذي ارتكبه على الحريات والحقوق العامة للأفراد دون أن يمكن ربط تصرفها بأي نص أو أساس قانوني، ومن هنا قيل في فرنسا بأن القاضي العادي هو حامي الحريات الأساسية للمواطن ضد تعسف الإدارة.

أدى التطبيق المبالغ فيه لنظرية الاعتداء المادي من قبل القضاء إلى إضعافها من محتواها، كما تراكمت القضايا الخاصة بالاعتداء لدى القضاء العادي في فرنسا، مما أدى إلى اختلاط المفاهيم على الفقه والقضاء على حد سواء، وظهرت العديد من الحالات التي تتنازع فيها

القضاء الإداري والقضاء العادي الاختصاص، وكانت الكلمة الفصل عند محكمة التنازع التي لها العديد من القرارات بشأن ذلك.

ولقد كان لكل من الفقه والقضاء موقفاً حول نظرية الاعتداء المادي، خاصة الفقه والقضاء الفرنسيين، أما على مستوى الفقه والقضاء المصري والسوري فإن نظرية الاعتداء المادي يمكن اعتبارها بمثابة إرث ورثه النظام القضائي المصري والسوري عن نظيره الفرنسي، وبناءً عليه صدرت عدة تعريفات لهذه النظرية بعضها صدر من الفقهاء في حين صدر بعضها الآخر من القضاء من خلال أحكامه القضائية المتنوعة ووفقاً لوجهات نظر مختلفة:

أولاً- التعريف الفقهي لنظرية الاعتداء المادي:

نظراً لكون نظرية الاعتداء المادي تعود في مهبها إلى فرنسا، يعد بذلك الفقيه الفرنسي "لافريير" أول من وضع فكرة الاعتداء المادي ووضع تعريفاً لها، وذلك في تقريره الذي قدمه كمفوض للحكومة إلى محكمة التنازع في قضية Laumonier- Carriod بتاريخ 1878/5/5 حيث ربط الاعتداء المادي بفكرة اغتصاب السلطة، فذهب في هذا التقرير إلى أن الخطأ الفاحش والاعتصاب الواضح والاعتداء غير المبرر على الحقوق الخاصة، يجرّد القرار من صفته الإدارية، ويصبح مجرد عمل من أعمال الاعتداء المادي، وانتهى في تقريره إلى تعريف الاعتداء المادي بأنه: خروج الإدارة عن سلطتها واختصاصاتها[4]، أي ببساطة فإن الاعتداء المادي هو اعتداء الإدارة على القانون، لتتوالى بعد ذلك اهتمامات الباحثين حول هذا الموضوع.

بينما عرّف الفقيه الفرنسي اندريه دو لوبادير "Laubadère" نظرية الاعتداء بقوله: "تكون حالة الاعتداء المادي عندما ترتكب الإدارة أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي مخالفة جسيمة تتضمن اعتداء علناً للملكية أو على حرية عامة"[5]، وعرفها الفقيه شارل ديباش "Debbash" بقوله: "يكمن الاعتداء المادي في تصرف إداري مشوب بمخالفة جسيمة تمس بحق ملكية أو حرية أساسية"[6].

أما في مصر عرّف الدكتور محمود حافظ فعل الاعتداء بقوله: "يوجد عمل من أعمال الغصب إذا قامت الإدارة بعمل مادي غير مشروع يتضمن اعتداءً جسيماً على حق الملكية أو على حرية من الحريات العامة"[7].

أما الدكتور مصطفى كيرة فقد اعتبر بأن نظرية الاعتداء المادي تقوم على أساس أن الإدارة تتبّع في سبيل اقتضاء حقوقها وسيلة تخالف الطريق الذي رسمه القانون موضعاً أن الاعتداء المادي هو أن تعتدي الإدارة على القانون[8].

يتضح من خلال تعريف الفقهاء أنفاً وجود تقارب وقواسم مشتركة في تعريف الاعتداء المادي تتمثل أساساً في عمل من أعمال الإدارة -سواء كان عمل مادي أو عمل قانوني- مشوب بمخالفة جسيمة وظاهرة، من شأنه أن يمس بالحريات والحقوق الأساسية للأفراد، كما أن غياب لدى الفقه السوري في تعريفه لهذه النظرية، إضافة إلى أن هذه التعاريف الفقهية جاءت بعد تناول القضاء الإداري للنظرية، حيث أنها كانت محل معالجة من طرف القضاء أولاً، مما سمح له بإبداء رأيه حول النظرية وإعطاء مفاهيم مختلفة حولها، وهذا ما يدفع إلى التعرض للتعريف القضائي لنظرية الاعتداء المادي.

ثانياً - التعريف القضائي لنظرية الاعتداء المادي:

إن المفهوم القضائي للاعتداء المادي في فرنسا قد ورد بأحكام صادرة عن القضاء العادي وقرارات عن القضاء الإداري وأخرى عن محكمة التنازع، واعتبر القضاء العادي أي عمل تقوم به الإدارة حتى وإن كان قراراً إدارياً، يمس الحريات العامة أو حق الملكية الخاصة دون مقتضى في القانون أو اللوائح، حتى وإن كان العيب ليس ظاهراً، أو لم يحترم الشروط الشكلية والإجرائية المقررة يعد تعدياً مادياً. أما مجلس الدولة الفرنسي ففي قرار له صادر بتاريخ 1949/11/18 اعتبر الاعتداء المادي تصرفاً صادراً عن الإدارة ويظهر أنه لا يدخل في صلاحياتها المخولة لها قانوناً، مع حصر مفهوم الاعتداء المادي في الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة، دون القرارات الصادرة عنها، بينما عرّفت محكمة التنازع الفرنسية مفهوم الاعتداء بأنه تصرف صادر عن الإدارة لا يمكن ربطه بتطبيق نص قانوني أو تنظيمي [9].

ويتضح من ذلك أن التصرف الصادر عن الإدارة في فرنسا يمكن أن يشكل اعتداءً مادياً كلما كان هذا التصرف فيه مساس بحق الملكية أو إحدى الحريات الأساسية، ويقع خارج الصلاحيات التي تتمتع بها الإدارة في ممارسة سلطاتها، كما يلاحظ رغبة القضاء العادي بمد نطاق ولايته في الأعمال المادية ليشمل القرارات الإدارية المعيبة على نقيض رغبة مجلس الدولة.

أما في مصر فقد صدر حكم عن محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ 1958/11/26 نص على أنه: "ينبغي لكي يعد الأمر الإداري غصباً أو عدواناً أو عقبة مادية أن يكون بطلانه جسيماً صارخاً ظاهراً بما لا يدع مجالاً للشك في أنه لا يمت للمشروعية بسبب، ولا يمكن إسناده إلى أي نص قانوني".

إلا أن حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر في 1959/12/15 قد أعطى تعريفاً جامعاً متكاملًا للاعتداء المادي إذ أكد أن: "الاعتداء المادي هو ارتكاب جهة الإدارة لخطأ جسيم أثناء قيامها بعمل مادي يتضمن اعتداء على حرية فردية، أو على مال مملوك لأحد الأفراد، وعلى ذلك فإذا حاولت جهة الإدارة تنفيذ قرار معدوم فإنها ترتكب ما يسمى بالاعتداء المادي" [10].

ومن خلال هذه التعريفات القضائية الواردة في الأحكام المصرية السابقة نجد أن هناك خلط بين نظرية الاعتداء المادي ونظرية الغصب غير المشروع الواقع على ملكية العقارات الخاصة، كما أنه إذا كان اغتصاب السلطة باعتباره مظهراً من مظاهر عدم الاختصاص يؤدي إلى الاعتداء المادي، إلا أنه ليس المظهر الوحيد للاعتداء المادي، كما أنه رتب الاعتداء على

بطلان القرار الإداري في حين أن الاعتداء المادي قد يكون نتيجة لخطأ جسيم في القرار الإداري أو في إجراءات تنفيذه، وهذا يفيد بأن القرار الإداري قد يولد سليماً ومستوفياً لعناصره القانونية إلا أن الإدارة قد اتبعت خطأ جسيم في إجراءات تنفيذه، غير أن تعريف محكمة القاهرة الأخير قد أورد العناصر التي يقوم عليها الاعتداء المادي كما سنراها لاحقاً.

وقد أورد القضاء السوري (القضاء العادي والإداري) عدة قرارات أحكام تناول فيها تعريفاً للنظرية، ففي قرار حكم صادر عن محكمة النقض نص على أنه: "إن وضع البلدية يدها على عقار قبل صدور مرسوم الاستملاك يعتبر غصباً، ويؤلف اعتداءً مادياً تسوده أحكام المسؤولية الخطئية، ويتم التعويض عن الأضرار اللاحقة منه وفق القواعد المنصوص عليها في القانون المدني"[11].

بينما صدر قرار حكم عن المحكمة الإدارية العليا تضمن الآتي: "عندما ينص المشرع على إضفاء الصفة القطعية بالنسبة لقرار معين، فإنما نقصد القرارات المستجيعة للأسس القانونية، بيد أن صفة القطعية إنما تتحسر بطبيعة الحال عن القرارات التي يشوبها عيب جسيم يهوي إلى درك الانعدام، وحينئذ تعود للقضاء ولايته التي تخوله النظر فيما يتخذ من رجوع يرمي به القرار الطعين ابتغاء الإجهاز عليه، فيتصدى القضاء لاستظهار العيوب المنسوبة للقرار فإذا استبان له انطاؤه على مخالفات قانونية أساسية عمد إلى إعلان انعدامه مع جميع ما يترتب على ذلك من آثار"[12].

من خلال استقراء نصوص القرارات السابقة للقضاء السوري نجد أنه من جهة تتم معالجة موضوع الاعتداء المادي في كلا القضاء العادي والإداري وكل في نطاق اختصاص معين، ولكن القضاء العادي يعالج النزاع بالتعويض وإعادة الوضع إلى حاله إن أمكن، وسواء كان الاعتداء ناتج عن قرار أم إجراء تنفيذي، في حين القضاء الإداري اكتفى بإعلان انعدام القرار المعيب دون التعويض.

ومن جهة أخرى فإن هناك تداخل بين الغصب غير المشروع وبين الاعتداء المادي، ولكن يبقى الغصب غير المشروع ينصب دائماً على ملكية العقارات الخاصة بينما الاعتداء يكون على العقارات والمنقولات وبالتالي فهي تشمل فكرة الغصب غير المشروع مع بعض الاختلاف، وهكذا نجد أن المشرع السوري لم يتعرض لهذه النظرية ولم يقننها كغيرها من النظريات القانونية،

لذلك كانت هذه النظرية قضائية المنشأ والمنبت، اشترك وتعاون القضاة الإداري والعادي في إيجادها، وساهم كل واحد منهما في تأسيسها وإرساء قواعدها.

الفرع الثاني: العناصر الأساسية للاعتداء المادي

من خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أنه لقيام اعتداء مادي يجب توافر ثلاثة عناصر وهي:

أولاً- عمل مادي ناتج عن تصرف تنفيذي تقوم به الإدارة:

لكي يقوم الاعتداء المادي يفترض وجود عمل تنفيذي لقرار ينسب إلى موظف لدى الإدارة، وهنا يقصد به القرار الإداري الفردي كونه هو الذي يسبب الاعتداء على حريات الأفراد وحقوقهم بسبب إمكانية تنفيذه مادياً.

ولقد اختلف الفقه في فرنسا بصدد هذه المسألة إلى اتجاهات مختلفة، فذهب جانب أول إلى أن القرار المعدوم بذاته ومستقلاً عن تنفيذه يمكن أن يرتب وجود الاعتداء المادي، وذهب جانب آخر إلى اشتراط وجود تنفيذ يتمثل في أعمال مادية خارجية لوضع القرار المعدوم موضع التنفيذ لكي يوجد الاعتداء المادي. في حين أقرت الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي أن مجرد التهديد باللجوء إلى تنفيذه بالقوة يكفي ليكون هناك اعتداء المادي[13].

وبالمقابل صدر حكم عن محكمة طنطا المصرية بتاريخ 1950/1/30 والمتضمن: "إن الاعتداء المادي ليس مجرد صدور الأمر الإداري مخالفاً لقواعد الاختصاص أو الشكل، وإنما هو شيء أعنف من هذا، وأمعن في الخروج على القانون"، بالإضافة لذلك فإن الأحكام التي سبق ذكرها وخاصة الحكم الصادر عن محكمة القاهرة الابتدائية، كلها تؤكد على ضرورة وجود عمل مادي تنفيذي لوقوع الاعتداء المادي[14].

أما في سورية فقد صدر قرارين عن محكمة النقض رقم 1191/ تاريخ 1983/6/6 ورقم 2486/ تاريخ 1983/12/24 نصا على شرط التنفيذ لوقوع الاعتداء المادي، وعلى غرار ذلك صدر قرار عن محكمة البداية المدنية السادسة في دمشق رقم 358/ تاريخ 1975/12/31 تضمن إلغاء القرار الصادر عن الإدارة واعتباره معدوماً بسبب إخلاله بقواعد الاختصاص إضافة إلى انعدام السبب، وهنا نجد أن القرار الصادر عن الإدارة أعطى الفرصة للتنفيذ خلال شهرين، وهذا يعني أن التنفيذ الكامل للقرار المعدوم لم يحدث وإنما شكل حلاً من أحوال التهديد بالتنفيذ. ويؤيد الدكتور برهان زريق ذلك فيقول: إن الاعتداء المادي إما ينشأ من

تنفيذ القرار المعدوم أو التهديد بتنفيذه، وإما من تنفيذ القرار السليم المقترن بإجراءات معدومة[15].

بناءً على ما سبق فإن الأخذ بما جاء في الاجتهادات المذكورة آنفاً ولا سيما القول بأن القرار المنعدم يمكن أن يرتب بذاته الاعتداء المادي من شأنه أن يهدم نظرية الاعتداء المادي من أساسها، ويجعل منها ومن نظرية الانعدام مفهوم واحد، وبالتالي يصبح من غير المجدي التفرقة بين الانعدام والاعتداء المادي، وإذا كانت حالات الاعتداء المادي المترتبة عن قرارات إدارية قليلة ونادرة، فإن أغليبيتها ما تكون نتيجة إجراءات التنفيذ نفسها.

ثانياً- أن يتصف العمل بعيب جسيم وواضح من عيوب المشروعية:

يشترط في الاعتداء المادي أن يكون العمل الإداري مخالفاً للقانون، وأن تكتسي هذه المخالفة طابعاً جسيماً وظاهراً مما ينحدر بالتصرف إلى درجة الانعدام ويكون فاقداً لطابعه الإداري، وتتجسد المخالفة الجسيمة في حالتين:

1- جسامه متعلقة بالقرار محل التنفيذ من طرف الإدارة:

حيث يعتبر القرار المنعدم مصدراً للاعتداء المادي، وتتمثل هذه الحالة في تنفيذ الإدارة لقرار إداري منعدم، ولتحديد ذلك استعمل القضاء عدة معايير، فيعتبر اعتداء مادي كل تصرف لا يندرج ضمن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، وينبغي أن تكون عدم شرعية التصرف جسيمة من شأنها أن تهدم التصرف، فيحدث الاعتداء المادي عندما يكون التصرف فاقداً لأي أساس أو سند قانوني، ويتم تنفيذه، أما في حالة عدم تنفيذه فلا يترتب على القرار اعتداء مادي مهما كانت درجة الجسامه[16]، يطلق على هذه الحالة تسمية الاعتداء المادي لانعدام الأساس القانوني (voie de fait pour manqué de droit).

2- جسامه إجراءات تنفيذ القرار الإداري:

ومثال ذلك أن يصدر قرار إداري في موضوع من اختصاص القضاء، فيعتبر التصرف الإداري منعدمًا ويحمل من الجسامه ما يجعله اعتداء مادي، كالاعتداء الناشئ عن التنفيذ الجبري (L'execution d'office) للقرار الإداري، وتسمى هذه الحالة بالاعتداء المادي لانعدام الإجراءات فهي تتحقق إذا أهملت الإدارة كلية الإجراءات التي حددها القانون لتنفيذ قراراتها، فإذا

لجأت الإدارة إلى استعمال حق التنفيذ الجبري في غير الحالات التي يسمح بها القانون كان تصرفها منعدماً وكانت كل إجراءات التنفيذ منعدمة، وتشكل اعتداء مادي رغم أنها أنصبت على تنفيذ تصرف صحيح لأن القانون لا يسمح بمثل هذا التنفيذ[17].

وقد وضعت محكمة التنازع الفرنسية معياراً محدداً لمقدار الجسامة المطلوبة للقول بوجود اعتداء مادي في حكمها الصادر في قضية شنايدر "schneider" بتاريخ 1940/6/4 وورد في الحكم الآتي: " إنه إذا كانت حماية الملكية الفردية تدخل في اختصاص المحاكم القضائية، فإن هذه الحماية تقتصر على ما نص عليه القانون من منع تلك المحاكم من الخوض في مشروعية القرارات الإدارية إلا في حال مخالفة القرار للقانون مخالفة يتعذر معها القول إنه يعتبر تطبيقاً لقانون أو لائحة، إذ قد يكون اعتداءً مادياً تختص بنظره هذه المحاكم[18].

في حين صدر قرار عن محكمة النقض السورية يتجلى فيه واضحاً صورة الخطأ الجسيم للإدارة بامتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية، حيث جاء في القرار: " إن امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام المحاكم يعتبر من قبيل الاعتداء المادي ويقدر القضاء الضرر الناجم عن هذا الاعتداء والذي يجب أن يكون جابراً للضرر[19].

ويتضح من ذلك أن الاعتداء المادي يستلزم وجود اعتداء جسيم وواضح بحيث يكون صارخاً في عدم شرعيته وعدم قابليته لأن يكون تطبيقاً لنص قانوني أو لائحي، أو أن يكون مظهراً لممارسة اختصاص تملكه الإدارة، إضافة إلى ذلك وطالما أن الاعتداء المادي يتطلب لتحقيقه أن يكون العيب بالغ الجسامة والوضوح، فإنه إذا كان العيب بسيطاً حتى ولو كان واضحاً فإنه لا يرقى إلى درجة الاعتداء المادي وبالتالي قد يكون مظهراً من مظاهره كالعصب إذا انصب على عقار خاص مملوك من قبل الأفراد.

ثالثاً - الاعتداء الجسيم على حقوق الملكية الخاصة أو الحريات العامة للأفراد:

يجب أن ينتج عن التنفيذ اعتداء على حق الملكية أو على إحدى الحريات الفردية، وحق الملكية هنا يشمل الملكية العقارية والملكية المنقولة، بعكس الحال في نظرية الغصب التي تقتصر فيها الملكية على الملكية العقارية فقط، أما الاعتداء على الحريات الفردية فتشمل مثلاً مصادرة الصحف دون سند قانوني، أو الاعتداء على المراسلات البريدية. وتأتي أهمية هذا الشرط من كونه يحد من توسع نظرية الاعتداء المادي وبالتالي من مسلك المحاكم القضائية إذا

ما طبق عملياً، فإذا ما قامت الإدارة باعتداء جسيم على حريات الأفراد أو على الملكية الفردية اعتبر عملها من قبيل حالات الاعتداء المادي وانعقد الاختصاص للقضاء العادي [20]. يتضح من ذلك أن الحقوق والحريات الأساسية تشكل عنصراً جوهرياً في بناء هذه النظرية، كما أن ارتباط هذه النظرية بمخالفة التصرف الإداري للقانون مخالفة جسيمة تفيد بأنه لا يمكن أن يترتب على المخالفة البسيطة قيام فعل الاعتداء المادي.

الفرع الثالث: الاختصاص القضائي في حالة الاعتداء المادي

إن القضاء المختص بنظر منازعات الإدارة المتعلقة بالاعتداء المادي في فرنسا هو القضاء العادي، ومن المبررات التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يخرج من اختصاصه النظر في المنازعات التي تخص الاعتداء المادي للإدارة وإدخالها في اختصاص القضاء العادي، لأنه يُعتبر الحامي الأصل للحريات والحقوق الأساسية، كما أن القضاء العادي يعتبر الجهة الأصلية المكلفة دستورياً بحماية وصيانة الحقوق والحريات الأساسية وعدم المساس بها [21]، بينما يكون للإدارة واجب الإشراف والمتابعة والحق في استعمال امتيازات السلطة العامة دون الاعتداء عليها، فإذا اعتدت عليها تنزل إلى منزلة الشخص العادي ويؤول الاختصاص فيه إلى القضاء العادي كعقوبة لها.

وفي أواخر القرن التاسع عشر مدَّ القضاء العادي في فرنسا رقابته على القرارات التي تصدر عن جهة غير ذات اختصاص في إصدار القرارات الإدارية؛ لأن هذه القرارات تعدّ بحكم العدم، أمّا في حال اتخاذ القرار من قبل جهة تختص بإصدار قرارات كهذه، لكنها تعسفت في استعمال الحق، في هذه الحالة يعدّ هذا القرار مشوباً بالبطلان، ويخرج عن رقابة القضاء العادي لكونه لا يصل إلى درجة الاعتداء المادي، بل ينعقد الاختصاص بالرقابة على قرارات كهذه للقضاء الإداري لتقدير مشروعيتها أو عدمها. أما رأي مجلس الدولة الفرنسي فقد كان على خلاف ذلك، حيث إنه قد عدّ أن القرارات الصادرة عن الإدارة، والتي تمس بحرية التجارة، أو حق الملكية، أو الحرية الشخصية - وعلى الرغم من أنها تقتقر إلى السند القانوني - لا تعدّ حالة الاعتداء المادي، بل عدّها باطلة لتجاوز السلطة. أما محكمة التنازع الفرنسية حسمت رأيها بأن جميع القرارات التي تقع على الملكيات الخاصة أو الحريات العامة، يكون المعيار الذي هو عيب عدم المشروعية الجسيم هو الحاسم في عدّ هذه القرارات باطلة أو معدومة؛ وبالتالي يعود الاختصاص بالرقابة إلى القضاء العادي أو القضاء الإداري. فإذا كان معدوماً - أي أن القرار قد

اتخذ دون سند قانوني - فإنه بعد حالة اعتداء مادي يخضع لرقابة القضاء العادي. أما إذا كان العيب الذي نال من مشروعية القرار الإداري بسيطاً فإنه يقع تحت رقابة القضاء الإداري[22].

وبعد التطور الذي عرفته نظرية الاعتداء المادي في فرنسا، أصبح القاضي الإداري يتقاسم بعض الاختصاصات مع القاضي العادي، بدأت بالاعتراف له بسلطة إلغاء القرارات التي لها طابع الاعتداء المادي وبالتحديد فيما إذا كانت معدومة أو باطلة، وصولاً إلى اختصاصه بوقف الاعتداء[23]، وقد اعتبر تقاسم الاختصاص بين النظامين القضائيين في فرنسا على أنه تكامل للإجراءات أمام القضاء الإداري ليست مطابقة تماماً لتلك المعتمدة أمام القضاء العادي.

ويسير القضاء المصري بدوره في الاتجاه الذي قرره نظيره في فرنسا، حيث جاء في حكم لمحكمة أسبوط الابتدائية بتاريخ 30 كانون الأول 1978 التأكيد على نفس القاعدة أعلاه عندما نصت على الآتي: "... استيلاء الحكومة على عقار جبراً عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية، يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسؤوليتها عن التعويض وتخضع الحكومة في شأن هذه المسؤولية للقاضي العادي وليس للقضاء الإداري لأن قوامها الخطأ.."[24].

أما في سورية صدرت أحكام قضائية متعددة عالجت موضوع الاعتداء المادي، ففي قرار لمحكمة النقض يتعلق بمطالبة أحد الأفراد بقيمة الجزء المقطع من عقاره تنازل عنه بالإكراه مقابل منحه رخصة بناء، نص القرار على أنه: "يعود أمر الفصل في المطالبة بقيمة الجزء المتنازل عنه بالإكراه إلى القضاء العادي صاحب الولاية العامة؛ لأن التصرف يعتبر اعتداء على حق الملكية وعملاً غير مشروع، فيجري تقدير التعويض عنه وفق قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني[25].

بينما صدر قرار حكم عن المحكمة الإدارية العليا تضمن الآتي: "عندما ينص المشرع على إضفاء الصفة القطعية بالنسبة لقرار معين، فإنما نقصد القرارات المستجيبة للأسس القانونية، بيد أن صفة القطعية إنما تتحسر بطبيعة الحال عن القرارات التي يشوبها عيب جسيم يهوي بها إلى درك الانعدام، وحينئذ تعود للقضاء ولايته التي تخوله النظر فيما يتخذ من رجوع يرمي به القرار الطعين ابتغاء الإجهاز عليه، فيتصدى القضاء لاستظهار العيوب المنسوبة للقرار فإذا استبان له انطواؤه على مخالفات قانونية أساسية عمد إلى إعلان انعدامه مع جميع ما يترتب على ذلك من آثار"[26].

غير أنه من الملفت للنظر صدر قرار عن المحكمة الإدارية بإلغاء قرار صادر عن الإدارة بخصوص نقل موظف لديها لأنه غير قائم على موجباته ومسبباته القانونية، واعتبرته أنه قائم على عقوبة مقنعة تتمثل بالنقل التأديبي لا تمتلك الإدارة صلاحية فرضها، وألزمت المحكمة جهة الإدارة بإلغاء القرار وما يترتب عليه من نتائج وآثار [27].

نلاحظ هنا أنه على الرغم من أن موضوع الدعوى يتضمن اعتداء مادي واضح من قبل الإدارة يتمثل بإصدار قرار إداري بنقل أحد موظفيها نقلاً تأديبياً وعمدت إلى تنفيذه على الرغم من أنه تضمن اعتداء على اختصاص السلطة القضائية، وهنا القرار فقد ركن من أركانه ألا وهو ركن الاختصاص، ونظراً لكون عيب عدم الاختصاص جسيم وليس بسيط فإنه يشكل اعتداء مادي، وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بنقل العاملين لديها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات حسن سير العمل، إلا أن سلطتها بهذا الخصوص منوطة بألا تكون مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة، وفي تصرفها هذا خالفت القانون الأساسي للعاملين في الدولة الذي نص على أن تفرض العقوبات الشديدة بحكم صادر عن المحكمة المسلكية ذات العلاقة، وتنفذ بصك من الجهة التي تمارس حق التعيين [28].

إن قرار الإدارة الذي تم إلغاؤه مشوب بمخالفة جسيمة للقانون؛ لأنه تصدى لموضوع مما يدخل في اختصاص القضاء التأديبي، علماً أنه كان بإمكان المحكمة الإعلان عن عدم وجود العمل المادي دون إلغاؤه، كما أن المحكمة لم تورد بصريح العبارة بوجود اعتداء مادي من قبل الإدارة وإنما اكتفت بإلغاء القرار المشكو منه وإزالة آثاره، وهكذا نجد أن سلطة القضاء الإداري تقف عند حدود إلغاء القرار وانعدامه دون التعويض عنه في حالة وجود اعتداء مادي.

إن الحقبة الزمنية التي سبقت صدور قانون مجلس الدولة الجديد في كل من مصر وسورية، عرف القضاة الإداريين والعاديين هذه النظرية، ولكن نظراً لكون الاعتداء يشكل عمل مادي فإن القاضي العادي كان يبت بالدعوى من الناحية الإدارية والمدنية، حيث أن الوضع القضائي الذي كان سائداً في هذه الفترة كان مبنياً على أحقية القاضي الإداري بإعلان انعدام القرار الإداري فقط، وعلى ولاية القاضي العادي أيضاً بإعلان انعدام القرار الإداري إذا ما رفعت الدعوى أمامه مباشرة، ووقف تنفيذ القرار المعدوم المشكل للاعتداء وإزالة آثاره.

نلاحظ من خلال هذه الأحكام القضائية السابق ذكرها مدى الولاية الممنوحة لكل من القضاة الإداريين والعاديين، فإذا ما عدنا للاختصاصات الممنوحة لكل من مجلس الدولة السوري

قبل صدور القانون /32/ لعام 2019، ومجلس الدولة المصري قبل صدور القانون /47/ لعام 1972 نجد أن المشرع في كلا البلدين حدد اختصاصات المجلس بشكل حصري، وقد منح محاكم المجلس صلاحية نظر منازعات التعويض عن القرارات الإدارية فقط التي تندرج ضمن اختصاصاتها دون التعويض عن الأعمال المادية للإدارة. وبالتالي لم يجعل القضاء الإداري صاحب ولاية العامة بالنسبة لدعاوى التعويض عموماً التي ترفع ضد الإدارة من جراء الأضرار التي تنجم عن أعمالها، ذلك أن الاختصاص كان ما يزال مقصوراً على طلبات التعويض عن القرارات الإدارية المعيبة التي يختص بطلبات إلغائها [29].

ومن خلال استقراء نصوص القرارات السابقة للقضاء السوري نجد أنه من جهة تتم معالجة موضوع الاعتداء المادي في كلا القضاءين العادي والإداري وكلّ في نطاق اختصاص معين، ولكن القضاء العادي يعالج النزاع بالتعويض وإعادة الوضع إلى حاله إن أمكن، وسواء كان الاعتداء ناتج عن قرار أم إجراء تنفيذي، إضافة إلى ولايته بإعلان انعدام القرار الإداري المعيب دون الحاجة لعرض النزاع على القضاء الإداري للنظر بانعدامه، في حين القضاء الإداري اكتفى بإعلان انعدام القرار المعيب دون ولايته بالتعويض.

ويمكن القول مما سبق أن القضاء الإداري السوري والمصري كان مستقراً خلال إحداث المحاكم الإدارية على عدم اختصاصه للنظر في دعاوى الاعتداء المادي للأسباب الآتية:

- 1- أن واقعة الاعتداء المادي ليست قراراً إدارياً وإنما تصرفاً غير مشروع.
- 2- أن المحاكم الإدارية محاكم مختصة نوعياً ولها اختصاصات واردة على سبيل الحصر.
- 3- إن القضاء العادي هو القضاء الشامل والحامي الطبيعي للملكية الخاصة.

فإذا ما وقع اعتداء مادي من قبل الإدارة سواء كان العيب الجسيم بالقرار الإداري أم بالإجراءات، فإن المتضرر يقوم برفع دعوى مستعجلة أمام القضاء العادي لإصدار حكم يزيل به الضرر الواقع به نتيجة تعسف الإدارة، وإعادة الوضع إلى ما كان عليه إن أمكن، وكان القاضي العادي يتمتع بسلطات واسعة لمعالجة هذا الاعتداء تتمثل في الآتي:

- 1- وقف تنفيذ الأعمال المنطوية على الاعتداء وإبطالها، لأن هذه الأعمال شابها عيب جسيم أفقدها صفتها الإدارية وتمتعها بالحماية القانونية المقررة وانحدر بها إلى مجرد عمل مادي.

2- سلطة القاضي العادي في الرد والطرء والإخلاء والنزع، وذلك عندما تستخدم الإدارة الامتيازات الممنوحة لها تجاه الأفراد بصورة غير مشروعة، مخالفة بذلك القوانين والإجراءات الواجب مراعاتها، فيحق لقاضي الأمور المستعجلة الحكم برد الأفراد إلى مساكنهم وطرء الإدارة الغاصبة منها.

3- سلطة القضاء في إجراء الخبرة في إطار الاعتداء المادي: يتمتع القاضي العادي بإجراء خبرة مستعجلة مادام الأمر لا يتعارض ونشاطاً إدارياً والآثار المترتبة عليه، بل بفعل مادي لا يترتب أي أثر قانوني؛ وذلك من أجل تقدير الأضرار التي لحقت بالفرد من جراء اعتداء الإدارة، والتعويض عليه بما يتناسب وحجم الضرر.

4- سلطة القضاء العادي في إلغاء القرارات المدعومة: لكي يكون العمل الإداري قانونياً يجب أن تستمد الإدارة تصرفاتها من القانون، وتحترم توافر شروط صحة العمل وأركانها، أما إذا قامت بنشاط يفقر إلى طبيعته الإدارية من خلال تعسفها في استعمال الحق كان لا بد للقضاء العادي من تقرير أن الفعل الصادر عن الإدارة معدوم، ولم يترتب عليه أي أثر حقوقي[30].

في حين أن صلاحيات القاضي الإداري تكمن فقط في دراسة ملف الدعوى لبيان مدى مشروعية العمل الصادر من الإدارة أو انعدامه، ومن ثم يصدر قراره بالانعدام في حال عدم مشروعيته وإحالة ملف الدعوى إلى القضاء العادي لمتابعة النظر بالدعوى في حال وجود ضرر أو اعتداء على حرية فردية أو ملكية خاصة.

ولكن بعد صدور القانون رقم /32/ لعام 2019 الذي أعاد تنظيم اختصاصات مجلس الدولة، وقد أحسن المشرع أن سار على نهج المشرع الفرنسي والمصري بأن وسّع من اختصاصات المجلس بإضافته بنداً جعل المجلس مختصاً بالنظر في سائر المنازعات الإدارية[31]، وبالتالي أصبحت منازعات الإدارة المتعلقة بأعمالها المادية ومن ضمنها أعمال الاعتداء المادي تندرج ضمن اختصاصات المجلس بعد أن كانت ولاية النظر فيها من اختصاص القضاء العادي.

يتضح من ذلك أنه إذا كان الاجتهاد القضائي الفرنسي قد جعل ولاية النظر بقضايا الاعتداء المادي من اختصاص القضاء العادي لوجود مبدأ دستوري ينظم ذلك من جهة، ولأسباب تاريخية ترتبط بالنظام السياسي الفرنسي انعكست على نظامه القضائي، إلا أن ذلك هو شأن داخلي بالنظام والتشريع الفرنسي، ومهما تأثر المشرعين المصري والسوري بالتشريع الفرنسي إلا أنهما

لهما استقلالهما بهذا الشأن، كما أنه في الوقت الحاضر لا يمكن القول بأن القضاء الإداري متحيز لجانب الإدارة أو أنه غير مؤهل لحماية حقوق الأفراد بل على العكس من ذلك، حيث أن القاضي الإداري الذي اعتاد على مراقبة الإدارة بإمكانه حماية الحقوق والحريات بشكل أفضل من القاضي العادي، كل ذلك إضافة إلى وجود نص صريح باختصاص قانون مجلس الدولة المصري والسوري بالنظر في سائر المنازعات الإدارية، وبناء عليه وأمام هذه المعطيات وتماشياً مع مقاصد المشرع في كل من مصر وسورية يكون القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي للبت في منازعات الاعتداء المادي.

الاستنتاجات والتوصيات:

من خلال هذه الدراسة التي تناولنا فيها موضوع حماية الحقوق والحريات العامة من الاعتداء المادي للإدارة في إطار مقارنة ما بين القانون في كل من فرنسا ومصر وسورية، نجد أن السبب الحقيقي في جعل الولاية بنظر الدعاوى المتعلقة بأعمال الاعتداء المادي للقضاء العادي في فرنسا؛ قد جاء نتيجة عدم الثقة الدائمة بالقضاة الإداريين لإمكانية انحيازهم لجهة الإدارة والتي لا تزال قائمة إلى هذا اليوم، إضافة إلى ذلك لم يكن لدى القاضي الإداري إجراءات سريعة استعجالية لوقف حالات عدم المشروعية الجسيمة المنطوية على الاعتداء كتلك الممنوحة للقاضي العادي.

إلا أن الأمر لم يعد كذلك اليوم وخاصة بعد التطورات التي عرفها القضاء الإداري، والتي جاءت لصالح حماية حقوق وحريات الأفراد ولا سيما في مصر وسورية بعد صدور قانون مجلس الدولة النافذ فيهما، الذي يعتبر نقلة نوعية في توسّع اختصاصات محاكم مجلس الدولة ليواكب التطور العالمي في نطاق القانون الإداري.

وقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات تتمثل في الآتي:

أولاً- النتائج:

1- لا يكفي للقول بوجود اعتداء مادي أن يكون القرار معيباً بعيب بسيط من عيوب القرار الإداري المتعارف عليها، وإنما من الضروري أن يخالف القرار القانون مخالفة صارخة بحيث يكون من شأن هذا العيب الجسيم ألا يعد القرار تطبيقاً لنص من قانون أو لائحة.

2- إن اعتبار فكرة الاعتداء المادي مصطلح مرادف لفكرة انعدام القرارات له نتائج خطيرة من شأنها هدم فكرة انعدام القرارات الإدارية كنظرية قانونية مستقلة لها شروط تختلف عن الاعتداء بل يمكن القول أنها مصدر من مصادر الاعتداء المادي إلا أنها ليست المصدر الوحيد لها.

3- أن قيام الاعتداء المادي قد أخضع لشروط دقيقة وصارمة لتمييزها عن غيرها من النظريات القانونية وخاصة نظرية الغصب غير المشروع، ونظرية انعدام القرارات الإدارية، كما أنها عرفت تطورات حديثة وعلى مراحل بخصوص نطاق تطبيقها والسلطات الممنوحة للقضاء المختص بإزالة آثار الاعتداء.

4- إن المشرع في كل من فرنسا ومصر وسورية قد منح للقضاء الإداري الولاية بنظر سائر المنازعات الإدارية بما في ذلك الأعمال المادية، ولكن المشرع الفرنسي استثنى منها ما تعلق بأعمال الاعتداء المادي وجعل القضاء العادي هو المختص بنظرها باعتباره حامى الحقوق والحريات الأساسية، في حين لم يستثنها المشرعين المصري والسوري بنص صريح.

5- إن رقابة القضاء الإداري لمشروعية تصرفات وقرارات الإدارة كانت غير فعالة ويعتريها النقص، كون سلطات القاضي الإداري في مصر وسورية تتوقف عند حدود فحص القرار وإيقاف تنفيذه وإلغاءه، إذا تبين له أنه غير مشروع وفيه مساس بالحقوق أو بالحريات الأساسية، دون أن يقضي بالتعويض بشأن الأضرار المترتبة عنه، وبعد صدور قانون مجلس الدولة النافذ فيهما تم تلافي هذا النقص بنصوص مواده وبقي الأمر رهن التنفيذ.

6- إن القانون المصري رقم 47/ والقانون السوري رقم 32/ اللذين نظما اختصاصات مجلس الدولة في كل من مصر وسورية، يعتبران بمثابة إنجاز تشريعي متميز فيهما، حيث أنهما تداركا للنقص الذي يعتري القانون السابق لكليهما، وتضمنتا تعديلات جديدة يجب أن تكيف على ضوء التنظيم القضائي الجديد، ووظائفه المستمدة من واقع صرف لكلا البلدين، ومن ضرورة حماية الأفراد من اعتداءات السلطة الإدارية، وإن استمرار تصدي القضاء العادي للقضايا المرتبطة برفع الاعتداء المادي لا مبرر له.

ثانياً- التوصيات:

1- تسهيل إجراءات تسجيل دعاوى الاعتداء المادي ومنحها المرونة المطلوبة بعيداً عن التعقيد والروتين الإداري نظراً لما فيها من مساس خطير بحقوق وحريات الأفراد.

2- تحديد ميعاد معين كحد أقصى للفصل بدعاوى الاعتداء على الحريات والحقوق العامة، بإعطائها الأولوية بين بقية الدعاوى المنظورة أمام القضاء، كون الحقوق والحريات العامة من المبادئ التي يكفلها الدستور ويعتبر الاعتداء عليها جريمة يعاقب عليها القانون.

3- أن تأخذ نظرية الاعتداء المادي كغيرها من النظريات القانونية أهمية أكبر من قبل الفقه والقضاء في سورية، حيث أن هناك ندرة في المراجع والمصادر التي تخصها، وأما ما تضمنته المراجع الموجودة يغلب عليها طابع المعلومات العامة دون التخصيصية، وأن تكون محل البحث من قبل طلبة الدراسات العليا نظراً لأهميتها وحساسية مقوماتها كونها تتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم.

4- ضرورة تدخل المشرع السوري بنصوص صريحة واضحة تتضمن معالجة مسألة الاعتداء المادي، وذلك لعدم كفاية المادتين 8-9/ من قانون مجلس الدولة الجديد وخاصة ما تعلق منها بسائر المنازعات الإدارية.

5- بعد أن استقر المشرعين المصري والسوري على اختصاص المحاكم الإدارية بسائر المنازعات الإدارية ومن ضمنها منازعات الاعتداء المادي، فإن ذلك يقتضي معه توسيع سلطات القاضي الإداري وهو ينظر في دعاوى الاعتداء المادي، إذ أنه يفترض أن لا يقف دور القاضي الإداري عند الحكم بانعدام القرار الإداري فقط، بل تتعدى ذلك إلى التحقق من وجود الاعتداء المادي والكشف عنه والحكم بالتعويضات المالية المترتبة عنه، إضافة إلى منحه الصلاحيات اللازمة من إصدار مجموعة من الأوامر إلى الإدارة، سواء بوقف أعمال الاعتداء أو الحكم على الإدارة بالطرده والإفراغ من العقار، وصولاً إلى حد إصدار أوامر بالهدم والغرامة والتهديد.

المصادر والمراجع:

- [1] زين الدين، بلال، 2011، *المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية*. ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص63..
- [2] الطماوي، سليمان، 1977، *القضاء الإداري _ قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام*. دار الفكر العربي، القاهرة، ص86.
- [3] Momin, M, 1995, *arrêts fondamentaux du droit administratif*. 15^e edition, ellipses, Paris, p94.
- [4] النالي، طارق، 2016، *دعوى الاعتداء المادي على الملكية العقارية*. جامعة عبد المالك السعدي- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، ص16.
- [5] De Laubadère, A, 1984, *Traite de droit administratif*. 6^e edition, Dalloz, Paris, p.452
- [6] Debbash, CH, 1992, *Institution et droit administratif*. 3^e edition, Dalloz, Paris, p354.
- [7] حافظ، محمود، 1970، *القضاء الإداري -دراسة مقارنة*. دار النهضة العربية، القاهرة، ص231.
- [8] كيرة، مصطفى، 1964، *نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري /رسالة دكتوراه*. كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، ص4.
- [9] بلعيد، بشير، 1993، *القضاء المستعجل في الأمور الإدارية*. مطابع عمار قرفي، باتنة، ص168-169.
- [10] الحسين، محمد، *ملف الكتروني بعنوان: الاعتداء المادي في القانون الإداري تاريخ* 2020/3/12، 8:30 م: <http://arab-ency.com.sy>.
- [11] راجع القرار الصادر عن محكمة النقض رقم /1191/ أساس /987/ تاريخ 1983/6/6.
- [12] راجع القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /59/ أساس /249/ تاريخ 1988/4/14.

- [13] Rivero, J, 1970, *Droit administratif*, 4^e edition, Dallos, Paris, p.162
- [14] الشاعر، رمزي، 1968، *تدرج البطالان في القرارات الإدارية*. ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص255.
- [15] زريق، برهان، 2004، *نظرية فعل الغصب- الاعتداء المادي في القانون الإداري*. ط1، المكتبة القانونية، دمشق ص285.
- [16] كيرة، مصطفى، 1964، *نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري/رسالة دكتوراه*. كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، ص39.
- [17] موسى، أحمد، 1992، *فكرة الإثبات أمام القضاء الإداري*. مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عاماً 1950-1980، مؤسسة دار الشعب، القاهرة، ص493.
- [18] أجعون، أحمد، 1999-2000، *اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة/رسالة دكتوراه*. منشورات كلية الحقوق أكادال، الرباط، ص118.
- [19] راجع القرار الصادر عن محكمة النقض السورية رقم 2031 / 1981 أساس /1490/ لعام 1981 القاعدة 568 م، القانون المدني ج1 الى ج9 - استانبولي ، رقم مرجعية حمورابي: 28492.
- [20] العادلي، صبحي، 1997-1998، *رقابة القضاء العادي على القرارات الإدارية المدعومة ونظرية الاعتداء المادي/رسالة دبلوم*. منشورات جامعة دمشق، دمشق، ص56.
- [21] راجع نص المادة /66/ والمادة /71/ من الدستور الفرنسي الصادر في 1958/10/14 وتعديلاته.
- [22] الحسين، محمد، *ملف الكتروني بعنوان: الاعتداء المادي في القانون الإداري*، تاريخ 2020/2/10، ص11:10، <http://arab-ency.com.sy>.
- [23] Chabanol, D, 2011, *La pratique du contentieux administrative*. 9^e edition, LexisNexis, paris, p.421.

- [24] النالي، طارق، 2016، *دعوى الاعتداء المادي على الملكية العقارية*. جامعة عبد المالك السعدي - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، ص24.
- [25] راجع قرار محكمة النقض السورية رقم 2002/1223 أساس /1135/ لعام 2002، القاعدة 230، مجلة المحامون 2005، الإصدار 7-8، رقم مرجعية حمورابي 53808.
- [26] راجع القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا رقم /59/ أساس /249/ تاريخ 14/4/1988، مشار إليه لدى: برهان، زريق، مرجع سبق ذكره، ص270-274.
- [27] راجع القرار الصادر عن المحكمة الإدارية السورية رقم 1/138 لعام 2015 أساس /958/ تاريخ 20/10/2014، والمكتسب الدرجة القطعية بقرار المحكمة الإدارية العليا رقم 172 ط/م أساس /2684/ تاريخ 2015/4/19.
- [28] راجع نص المادة /70/ من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم /50/ لعام 2004.
- [29] طلبه، عبد الله، بدون تاريخ نشر، *الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - القضاء الإداري*. ط2، منشورات جامعة حلب، حلب، ص153.
- [30] الحسين، محمد، *ملف الكتروني بعنوان: الاعتداء المادي في القانون الإداري*، تاريخ 25/4/2020، ص11:10، <http://arab-ency.com.sy>.
- [31] راجع نص المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /32/ لعام 2019.