

# مجلة جامعة حمص

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 47 . العدد ١

1443 هـ - 2025 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة حمص

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس التحرير	أ. د. وليد حمادة
رئيس التحرير	أ. د. درغام سلوم

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

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

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة حمص

سورية . حمص . جامعة حمص . الإدارة المركزية . ص . ب (٧٧)

. هاتف / فاكس : ٢١٣٨٠٧١ ٣١ ٩٦٣ ++

. موقع الإنترنت : [www.homs-univ.edu.sy](http://www.homs-univ.edu.sy)

. البريد الإلكتروني : [journal.homs-univ.edu.sy](http://journal.homs-univ.edu.sy)

**ISSN: 1022-467X**

## شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

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

٦- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات ( الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):

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

٢. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.

٣. أهداف البحث و أسئلته.

٤. فرضيات البحث و حدوده.

٥. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.

٦. الإطار النظري و الدراسات السابقة.

٧. منهج البحث و إجراءاته.

٨. عرض البحث و المناقشة والتحليل

٩. نتائج البحث.

١٠. مقترحات البحث إن وجدت.

١١. قائمة المصادر والمراجع.

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

أ- قياس الورق ١٧,٥×٢٥ B5.

ب- هوامش الصفحة: أعلى ٢,٥٤- أسفل ٢,٥٤ - يمين ٢,٥- يسار ٢,٥ سم

ت- رأس الصفحة ١,٦ / تذييل الصفحة ١,٨

ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس ٢٠

. كتابة النص Simplified Arabic قياس ١٣ عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس ١٣ عريض.

ج. يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى ١٢سم.

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

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

١٠- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة  
١١- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [١] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

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

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

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

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

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

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

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

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

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

## رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

١. دفع رسم نشر (٥٠٠٠٠٠) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
٢. دفع رسم نشر (٢٠٠٠٠٠) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
٣. دفع رسم نشر (٢٠٠) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
٤. دفع مبلغ (١٥٠٠٠) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

## المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
٥٨-١١	د.صبيح العادلي	الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان
٧٦- ٥٩	علاء حمزة د.مصطفى عثمان	تعويض الأضرار الناتجة عن التجاوزات في ممارسة التظاهر السلمي "دراسة مقارنة"
٩٨-٧٧	د.نسرين رضوان	الحماية الجزائية للمرأة في القانون السوري مقارنة بالقوانين العربية
١٣٤-٩٩	إبراهيم إبراهيم د.جميلة الشرجي	السكوت المُلبس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم وضمانات الحماية القانونية والإدارية

١٥٦-١٣٥	د.مسعود حماد	الركن المفترض في جريمة الاغتصاب
---------	--------------	---------------------------------



## الفروق بين القانون الدولي الإنساني والقانون

### الدولي لحقوق الإنسان

#### الملخص

القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي منطقتان متخصصتان في القانون الدولي العام، وهما موجودان كفرعين قانونيين متميزين، لكل فرع أساس قانوني وأصل مختلف، غير أنهما يشتركان في المثل الإنسانية، وبالتالي تظهر بعض مناطق التداخل في الممارسة، يشترك النظامان في مسؤولية حماية حقوق الكائن الإنساني، القانون الإنساني في وقت النزاعات المسلحة، وقانون حقوق الإنسان في وقت السلم ووقت الحرب أيضاً. وبسبب ذلك، يحدث في الواقع العملي أن تطبق في آن واحد معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. وفي ذات الوقت، هناك اختلافات بين هذين النظامين القانونيين تنشأ من الظروف المختلفة ذات الصلة في حالة الحرب وحالة السلم. وبالتالي، تنشأ عدة أسئلة فيما يتعلق بتلك العلاقة، هل الفرعين مستقلين تماماً؟ تحت أي ظروف يطبق القانون الإنساني، وكيف يختلف ذلك عن تطبيق قانون حقوق الإنسان؟ وما مجالات التداخل بينهما؟

و لا تهدف هذ البحث للرد على كل تلك الأسئلة، وإنما هدفه هو المساهمة في توضيح الجدل القديم عبر عرض أوجه الشبه بين قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ومجالات التداخل، وأساليب التطبيق الخاصة بكل منهما.

### **Abstract**

International human rights law and international humanitarian law are two specialized areas of public international law. They exist as two distinct branches of law. Each branch has a different legal basis and origin. However, they share humanitarian ideals, and thus some areas of overlap appear in practice. The two systems share the responsibility to protect the rights of human beings. , humanitarian law in times of armed conflict, and human rights law in times of peace and times of war as well. Because of this, in practice it happens that the standards of international human rights law and international humanitarian law are applied simultaneously. At the same time, there are differences between these two legal systems that arise from the different circumstances involved in a state of war and a state of peace. Therefore, several questions arise regarding this relationship: Are the two branches completely independent? Under what circumstances is humanitarian law applied, and how does this differ from the application of human rights law? What are the areas of overlap between them?

This research does not aim to answer all of these questions, but rather its goal is to contribute to clarifying the old debate by presenting the

similarities between human rights law and international humanitarian law, the areas of overlap, and their respective application methods.

### المقدمة

هناك تكامل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (الذي سيشار إليه فيما بعد بحقوق الإنسان). فكلهما يسعى إلى حماية أرواح البشر وصحتهم وكرامتهم، وإن كان ذلك من زاوية مختلفة، فالقانون الإنساني ينطبق في أوضاع النزاع المسلح على حين تحمي حقوق الإنسان أو على الأقل بعضها، الفرد في جميع الأوقات، في الحرب والسلام على السواء بيد أن بعض معاهدات حقوق الإنسان تجيز للحكومات أن تنقض بعض الحقوق في حالات الطوارئ العامة، بينما لا يسمح القانون الدولي الإنساني بأي نقض لأنه صُمم أصلاً لينطبق في حالات طوارئ وهي النزاعات المسلحة، ومما لا شك فيه أن التفريق بينهما ليس بالأمر الصعب على صعيد دراسة القانونيين بيد أن التفريق بينهما مهماً من ناحية توضيح وتعريف كل منهما ومن ثم معرفة مجال كل منهما و إمكانية التداخل بينهما أيضاً و أساليب تعامل الدول مع القانونيين باعتبار أن الدول هي المخاطب الأول بالنسبة للقانونيين معاً.

و مما لا يخفى على أي دارس للقانون الدولي أن القانون الإنساني يهدف إلى حماية الأشخاص الذين لا يشاركون أو يتوقفون عن المشاركة في الأعمال العدائية، وتفرض القواعد الواردة فيه واجبات على جميع أطراف النزاع أما حقوق الإنسان، التي صممت لوقت السلم من الدرجة الأولى، فهي تنطبق على الجميع وهدفها الرئيسي هو حماية الأفراد من السلوك التعسفي من جانب

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

حكوماتهم، ولا يتعامل قانون حقوق الإنسان مع أسلوب تسيير الأعمال العدائية، ويقع واجب تنفيذ القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان أولاً وقبل كل شيء على الدول فالقانون الإنساني يلزم الدول باتخاذ تدابير عملية وقانونية، من قبيل سن تشريعات جزائية ونشر القانون الدولي الإنساني. وبالمثل، تلتزم الدول بناء على قانون حقوق الإنسان بمواعاة قانونها الوطني ليتوافق مع الالتزامات الدولية، ويوفر القانون الدولي الإنساني عدة آليات محددة تساعد في تنفيذه والدول مطالبة على وجه الخصوص بكفالة احترام الدول الأخرى أيضاً للقانون الإنساني، كما أن هناك أحكاماً عن إجراءات للتحقيق، وآلية الدولة الحامية، واللجنة الدولية لتقصي الحقائق وفضلاً عن ذلك، يوكل إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر دور أساسي في تأمين احترام القواعد الإنسانية.

و انطلاقاً من هذه الأفكار لقد قسمنا هذه الدراسة الى مبحثين نبحث في المبحث الأول منها ماهية القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الانسان أما المبحث الثاني فسيكون عن نطاق اختصاص كل من القانونين و آلية تطبيقه وفق الآتي

مقدمة

المبحث الأول : ماهية القانون الدولي الانساني و القانون الدولي لحقوق الانسان

المطلب الأول : مفهوم القانون الدولي الانساني

الفرع الأول : تعريف القانون الدولي الانساني

الفرع الثاني : تطور القانون الدولي الانساني

المطلب الثاني : مفهوم القانون الدولي لحقوق الانسان

الفرع الأول : تعريف القانون الدولي لحقوق الانسان

الفرع الثاني : تطور القانون الدولي لحقوق الانسان

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانونين و آلية تطبيق كل منهما

المطلب الأول : نطاق القانون الدولي الانساني و آلية تنفيذه

الفرع الأول : نطاق تطبيق القانون الدولي الانساني

الفرع الثاني : آلية تنفيذ القانون الدولي الانساني

المطلب الثاني : نطاق القانون الدولي لحقوق الانسان و آلية تنفيذه

الفرع الأول : نطاق تطبيق القانون الدولي لحقوق الانسان

الفرع الثاني : آلية تنفيذ القانون الدولي لحقوق الانسان

أهمية البحث :

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

تتبع أهمية البحث من أن هناك من لا يميز بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، خصوصاً عند غير المختصين أو المهتمين بقضايا حقوق الإنسان، فالقانون الدولي الإنساني هو فرع من فروع القانون الدولي العام تهدف قواعده حماية الأشخاص المتضررين في حال نزاع مسلح بما انجر عن ذلك النزاع من آلام كما تهدف الى حماية الاموال التي ليست لها علاقة مباشرة للعمليات العسكرية أما القانون الدولي لحقوق الإنسان فهو أيضاً فرع من فروع القانون الدولي العام والتي تهدف قواعده حماية الإنسان لمجرد انه من بني الإنسان فلا يحتاج المرء لابتياعها او اكتسابها او وراثتها، فهي حقوق ثابتة لا يجوز لأي فرد أن يجرد منها فرداً آخر لأي سبب أي انها حقوق طبيعية ويقع القانون الدولي الإنساني في مرتبة وسطية بين حماية الإنسانية والضرورات العسكرية، أما القانون الدولي لحقوق الإنسان يتوسط بين سلطة الدولة وحرية الافراد، ففي الوقت الذي يتوقف احدهما يبدأ الآخر بالعمل، فحين يتوقف العمل بالقانون الدولي لحقوق الإنسان بسبب اندلاع نزاع مسلح يبدأ العمل بالقانون الدولي الإنساني، والعكس صحيح، و بحلول الوقت التي تسوى الآثار المترتبة على الحروب ويحل السلم يعود العمل بالقانون الدولي لحقوق الإنسان بعد أن يتوقف العمل بالقانون الدولي الإنساني.

### إشكالية البحث :

طالما أن القانون الدولي الإنساني و قانون حقوق الإنسان قانون متكاملان و انطلاقاً من تشابههما كان لا بد من وضع كل قانون في نطاقه الزمني و القانوني الصحيح عبر جملة من التساؤلات:

هل تعد قواعد هذين القانونين ملزمة أم أنها محض توصيات؟

هل توجد آليات دولية تضمن صون نصوص كل من القانونين؟

هل يمكن تطبيق القانونين معاً في آن واحد؟

هل تطبيق أحد القانونين يعني عن تطبيق القانون الآخر؟

**منهج الدراسة :**

أولاً - المنهج التحليلي، الوصفي والنقدي لبعض النصوص القانونية الخاصة بالاتفاقيات الدولية

التي شكلت الشريعة العالمية للقانون الدولي الانساني و قانون حقوق الانسان .

ثانياً - قد يلجأ الباحث للمنهج التاريخي في البحث عن نشأ و تطور كلا القانونين السابقين.

ثالثاً - المنهج المقارن لتمييز الفروق بين مفهوم القانونين و آليات تنفيذهم.

## المبحث الأول

### ماهية القانون الدولي الانساني و القانون الدولي لحقوق الانسان

تعد العلاقة بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني موضع نزاع بين الباحثين

المختصين بالقانون الدولي إذ يرى الباحثون، من أتباع النظرية التعددية، أي ازدواج القانون الدولي

العام و قانون حقوق الانسان أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يختلف عن القانون الدولي الإنساني،

بينما يعتبر مؤيدو النهج الوحدوي أي وحدة القانونين القانون الدولي الإنساني فرعاً من القانون

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

الدولي لحقوق الإنسان،<sup>١</sup> وترى إحدى وجهات النظر الأخرى، التي تعد أكثر منهجية، أن القانون الدولي الإنساني يمثل إحدى وظائف القانون الدولي لحقوق الإنسان، إذ يتضمن القواعد العامة التي تنطبق على الجميع وفي كل الأوقات، بالإضافة إلى القواعد المتخصصة التي تنطبق فقط في حالات معينة كالنزاع المسلح بين الدولة والاحتلال العسكري، أو على مجموعة من الناس بما في ذلك اللاجئين كاتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، و الأطفال كاتفاقية حقوق الطفل وأسرى الحرب كاتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩.

ولذلك و بهدف تمييز بين القانونين لا بد لنا من البحث في تعريف كل منهما و من ثم نشأته التاريخية وتطوره القانوني .

### المطلب الأول

#### مفهوم القانون الدولي الانساني

يقصد بالقانون الدولي الإنساني مجموعة قواعد وضوابط هدفها الحد من تأثير النزاعات المسلحة، وحماية الأشخاص الذين لا يشاركون في القتال كالمدنيين، أو الذين لم يعودوا طرفاً في القتال مثل الجنود المصابين، كما يرمي إلى الحد من الوسائل المستخدمة في الصراع أملاً في التخفيف من الخسائر البشرية و المادية المترتبة على النزاع المسلح بناءً عليه سنقسم هذا المطلب إلى التعريف به بشكل مفصل و من ثم الحديث عن نشأته و تطوره.

<sup>١</sup> شارل روسو، القانون الدولي العام، ص١٠٢، بيروت، الأهلية للنشر و التوزيع ١٩٨٧

## الفرع الأول

### تعريف القانون الدولي الانساني

تعرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر القانون الدولي الإنساني بأنه مجموعة القواعد التي تهدف للحد من آثار النزاعات المسلحة لأسباب إنسانية<sup>٢</sup> و يعرف القانون الدولي الإنساني أيضا بأنه قانون الحرب أو قانون النزاعات المسلحة ويحمي القانون الدولي الإنساني كل من ليس له صلة -أو كانت له صلة في ما سبق- بالأعمال العدائية، كما يقيد وسائل وأساليب الحرب، وهو جزء من القانون الدولي الذي ينظم العلاقات بين الدول.

وهناك تعريف آخر للقانون الدولي الإنساني يفيد بأنه مجموعة من القواعد التي ترمي إلى الحد من آثار النزاعات المسلحة لدوافع إنسانية ويحمي هذا القانون الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة أو بشكل فعال في الأعمال العدائية أو الذين كفوا عن المشاركة فيها<sup>٣</sup> مباشرة كما أنه يفرض قيودا على وسائل الحرب وأساليبها و يسمى القانون الدولي الإنساني أيضا "بقانون الحرب" أو "قانون النزاعات المسلحة"<sup>٤</sup>.

<sup>٢</sup> أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم و الأمن الدوليين ، ص ٢٥، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥

<sup>٣</sup> شريف عتم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، ص ٧٦، الطبعة السادسة، ٢٠٠٦.

<sup>٤</sup> Jonathan Crowe & Kylie Weston-Scheuber, Principles of International Humanitarian Law, p15 Edward Elgar Publishing Limited, 2013

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

والقانون الدولي الإنساني فرع من القانون الدولي العام، الذي يتألف بصفة رئيسية من معاهدات والقانون الدولي العرفي فضلا عن المبادئ العامة للقانون.<sup>٥</sup>

وينبغي التمييز بين القانون الدولي الإنساني، الذي يحكم سلوك الأطراف المنخرطة في النزاعات المسلحة (*القانون في الحرب jus in bello*)، والقانون الدولي العام الذي يكرسه ميثاق الأمم المتحدة والذي ينظم مدى قانونية لجوء دولة إلى استخدام القوة المسلحة ضد دولة أخرى (*قانون شن الحرب jus ad bellum*). ويحظر الميثاق اللجوء إلى القوة ولكنه يتضمن استثناءين هما: حالات الدفاع عن النفس ضد هجوم مسلح، وعندما يخول مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة استخدام القوة المسلحة ولا يبحث القانون الدولي الإنساني في وجود أسباب مشروعة وراء انطلاق شرارة النزاع من عدمه، وإنما يسعى بالأحرى إلى تنظيم سلوك أطراف النزاع فور اندلاعه<sup>٦</sup>.

إلا أن الفقه قد اختلف في تحديد المقصود بمصطلح القانون الدولي الإنساني، وحتى الآن لم يتم الاتفاق أو التوصل إلى تعريف واحد محدد في هذا الشأن، وذلك نظرا للتطورات السريعة والمتلاحقة التي يمر بها العالم في ظل الحروب المتكررة<sup>٧</sup>، و ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه عبارة عن قانون حقوق الإنسان المطبق في المنازعات المسلحة، أو أنه عبارة عن قانون جنيف فقط، ويقصد بذلك اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م الخاصة بحماية ضحايا من القانون الدولي لحقوق الإنسان، في حالة الحرب والبروتوكولين الملحقين بها، و ذهب آخرون إلى القول بأنه يضم كل

<sup>٥</sup> انظر المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

<sup>٦</sup> د. عبدالوهاب شمسان، القانون الدولي العام، إصدارات جامعة عدن، ص ٥٦، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م

<sup>٧</sup> شارل روسو، القانون الدولي العام، بيروت، ص ٨٦، الأهلية للنشر و التوزيع ١٩٨٧

القواعد الاتفاقية والعرفية في قانون لاهاي ، و قانون جنيف أو أنه جاء ليحل محل قانون الحرب  
قانون النزاعات المسلحة

ولذلك يكون من الضروري التمييز أن محتوى القانون الدولي الإنساني هو:

- قانون النزاع المسلح الدولي، الذي أكدته اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الأول لها
- قانون النزاع المسلح غير الدولي الذي أكدته المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف، والبروتوكول الإضافي الثاني لها
- القواعد العرفية للقانون الإنساني<sup>٨</sup>

## الفرع الثاني

### تطور القانون الدولي الانساني

يعود أصل القانون الدولي الإنساني إلى أواسط القرن التاسع عشر فخلال معركة سلفرينو (١٨٥٩) بين جيش نابليون الثالث والجيش النمساوي، وقف السويسري (هنري دونان) على فظاعة الحرب فقرر نقل الجرحى والقتلى بشكل مجاني من جبهات القتال ودون تمييز إلى البلدة بناء على تجربة الحرب تلك، ونشر دونان في عام ١٨٦٢ كتابا عنوانه بـ "تكريات من سلفرينو" ضمَّنه دعوة إلى التخفيف من معاناة الجنود في الحروب، و اقترح أن تسمح الدول لمنظمات إنسانية محايدة بعلاج

<sup>٨</sup> أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم و الأمن الدوليين ، ص٣٨، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

الجنود خلال الحروب ، لبت الدول الأوروبية دعوة دونان في عام ١٨٦٣ بإنشاء لجنة دولية لعلاج وإنقاذ المصابين خلال النزاعات المسلحة، التي تحولت لاحقا إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومن ثم واصل دونان جهده الإنساني بمساعدة عدد من أصدقائه الذين عكفوا معه على كتابة و تحرير ترسانة قانونية تضبط السلوك العسكري في أوقات الحروب، وتوفر إطارا لتقديم المساعدة و العلاج للمدنيين و العسكريين الجرحى في أوقات النزاعات المسلحة وقد شكل هذا العمل باكورة القانون الدولي الإنساني<sup>٩</sup>.

وفي سنة ١٨٦٨، اعتمدت الحكومة الإمبراطورية في روسيا إعلان سان بطرسبرغ الذي حظر استخدام أسلحة معينة و ثبت الحدود التقنية التي يجب على ضرورات الحرب أن تخضع عندها لمتطلبات الإنسانية، وأكد هذا النص أن الهدف المشروع فحسب الذي ينبغي أن تسعى الدول إلى إنجازه أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو وأنها ينبغي أن تمتنع عن استخدام الأسلحة التي تعمل دون جدوى على مضاعفة معاناة العجزة أو جعل مصرعهم أمرا محتما. وحددت الأمور الجدلية المنطقية الخاصة بالقانون الإنساني، والتي قبلت بالمعاناة المفيدة لأسباب مشروعة وضرورة عسكرية موضوعية بينما حظرت المعاناة العقيمة وذلك بتنظيم وسائل وأساليب الحرب وتكريس الحق في الإغاثة<sup>١٠</sup>.

<sup>٩</sup> شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، ص ١٢٢، الطبعة السادسة، ٢٠٠٦.

<sup>١٠</sup> Jonathan Crowe & Kylie Weston-Scheuber, Principles of International Humanitarian

Law,p42 Edward Elgar Publishing Limited, 2013

شكّلت اتفاقية جنيف الأولى (١٨٦٤) حجر الزاوية للقانوني الدولي الإنساني، و اقتصرت على تناول النزاعات المسلحة بين الدول أو التحالفات المشكلة من دول، بالمقابل أغفلت ما عدى ذلك من الصراعات وبقيت الأمور على حالها إلى ما بعد الحرب العالمية الثانية ( ١٩٣٩ - ١٩٤٥ ) وقد شهدت الحرب العالمية الأولى سابقاً (١٩١٤-١٩١٨) فظاعات غير مسبوقه و عدد كبير من القتلى ناهز تسعة ملايين ضمنهم عدد كبير من المدنيين. ورغم ذلك فإنّ المجتمع الدولي لم يستشعر خطر الحرب الداهم على المدنيين إلا في الحرب العالمية الثانية التي خلفت ستين مليون شخص، وهو ما يمثل أكثر من ٥،٢ بالمائة من سكان العالم يومها، وكان واضحاً أنّ التقدم التقني والعسكري يُنبئ بأنّ ضحايا الحرب سيكونون أكثر في المستقبل، وقد عبر عن ذلك الفيزيائي الألماني الشهير، ألبرت أينشتاين، حيث قال ذات مرة أنه لا يعرف كيف ستكون الحرب العالمية الثالثة لكنه يشك في أن هناك من سيعيشون بعدها ليشهدوا الحرب الرابعة<sup>١١</sup>.

ومن ثم تم استكمال المسار الذي بدأ في جنيف عام ١٩٤٩ باتفاقية لاهاي ١٩٥٤ و التي نصت على حماية الأملاك و المنشآت ذات الطبيعة الثقافية، أما اتفاقية ١٩٧٢ فحظرت استخدام الاسلحة البيولوجية، في حين نصت اتفاقيتا ١٩٩٣ و ١٩٩٧ على حظر استخدام الأسلحة الكيميائية و الألغام المضادة للأشخاص و في عام ١٩٧٧ أُقرّ بروتوكولان إضافيان يتعلقان بحماية ضحايا النزاعات المسلحة، فضلا عن ملاحق تحظر استخدام أنواع معينة من الاسلحة و التكتيكات العسكرية، و تحمي فئات معينة من السكان و أنواع من الأملاك ولكن ذلك كله لا يخفي ما كشفته المجازر التي شهدتها الحرب الأهلية في رواندا وبوغوسلافيا عن قصور القانون الدولي الإنساني

<sup>١١</sup> شريف عتلم، المرجع السابق ص ١٢٩

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

الشديد في تناول الجرائم ضد الانسانية و جرائم الحرب خاصة تلك المترتبة على الصراعات الداخلية التي يكون المدنيون في بعض الأحيان أول المستهدفين فيها، و بناءً عليه شكلت الأمم المتحدة محكمتين خاصتين براوندا و يوغسلافيا، ولوضع آلية دائمة لملاحقة مجرمي الحرب ومن ثم تم إنشاء محكمة الجنايات الدولية بموجب اتفاقية روما الموقعة عام ١٩٩٨ و نُصبت المحكمة رسميا في يوليو/تموز ٢٠٠٢ وفق تكليف دولي يؤهلها للبت في جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية المرتكبة منذ عام ٢٠٠٣.

ويمكن الاطلاع على القواعد المكتوبة للقانون الدولي الإنساني في المعاهدات التالية:

- الاتفاقيات والإعلانات المختلفة الموقعة في لاهاي، هولندا (في ١٨٩٩، ١٩٠٧، ١٩٥٤، ١٩٥٧، ١٩٧٠، ١٩٧٣) وترسي هذه المعاهدات القواعد التي تحكم سير الأعمال العدائية.
- اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩ التي قننت قواعد وأعراف قانون النزاع المسلح. وتضع قيوداً على أساليب الحرب التي تستخدم، وأضافت أحكاماً لها علاقة بحماية وإنقاذ الأشخاص غير المقاتلين أثناء الأعمال العدائية. ويبلغ عدد الدول الأطراف الموقعة على هذه المعاهدات ١٩٦ دولة حتى حزيران/يونيو ٢٠١٢.

وتتصّل كل من الاتفاقيات على الشروط التي توفرّ الإغاثة لفئة معيّنة من الأشخاص. وتحدّد اتفاقيات جنيف الثلاث الأولى (الأولى، الثانية، والثالثة) أحكاماً تخصّ معاملة المنحاربين المصابين

---

١٢ اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعرف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص٣٧، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٥.

بجروح، أو الناجين من السفن الغارقة، أو أسرى الحرب، في النزاعات المسلحة الدولية. وتحدّد اتفاقية جنيف الرابعة أحكامًا لحماية السكان المدنيين، وأيضًا في أثناء النزاعات المسلحة الدولية:

• بروتوكولان إضافيان ملحقان باتفاقيات جنيف اعتمدا في ١٩٧٧ لتوطيد وتحسين قواعد حماية ضحايا النزاعات:

• يعزّز البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الخاص بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية (البروتوكول ١) ويكمل الأحكام الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة. واعتبارا من حزيران/ يونيو ٢٠١٥، يبلغ عدد دول البروتوكول الأول حاليًا ١٧٤ دولة طرفا في البروتوكول الإضافي الأول.

• يكمل البروتوكول الإضافي الثاني المرتبط بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول الإضافي الثاني) أحكام حماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، الواردة أصلا في المادة الثالثة المشتركة بين جميع اتفاقيات جنيف الأربع (المعروفة باسم المادة الثالثة المشتركة). ويبلغ عدد الدول الأطراف في هذا البروتوكول ١٦٨ دولة في حزيران/ يونيو ٢٠١٥. بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي تحكم النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، يتألف القانون الدولي الإنساني أيضا من قواعد تعتبر جزء من القانون الدولي الإنساني العرفي في الواقع، أصبحت بعض القواعد في النزاعات المسلحة العرفية نظرا لمدتها والثبات. وبمرور الزمن، أدى ثبات وبقاء أحكام النزاع المسلح إلى اعتبار عدد منها أنها عرفية وهذا يعني أنها ملزمة حتى للدول أو الأطراف المتحاربة التي لم تلتزم

رسمياً بهذه الأحكام. وهذه حالة اتفاقيات جنيف بالذات، ولكن الضمانات الأخرى تقع

ضمن فئة القانون الدولي العرفي<sup>١٣</sup>.

- *اتفاقيات جنيف، اتفاقيات لاهاي*

### المطلب الثاني

#### مفهوم القانون الدولي لحقوق الإنسان

يعد الأمر مختلف بالنسبة للقانون الدولي لحقوق الإنسان فنشأته أكثر حداثة وتقنيته متشعب بين عدة اتفاقيات و لكنه لا يقل أهمية عن القانون الدولي الإنساني لا بل العكس على اعتباره ينظم السلوك الدولي بحق الإنسان في أوقات السلم و الحرب و بمختلف الأطياف و الأعمار وانطلاقاً من هذه الأفكار سنقسم أفكار هذا المطلب للحديث عن التعريف بهذا القانون و أيضاً نشأته و تطوره .

### الفرع الأول

#### تعريف القانون الدولي لحقوق الإنسان

يعد القانون الدولي لحقوق الإنسان مجموعة من القوانين الدولية التي تهدف إلى تعزيز حقوق الإنسان على المستويات الاجتماعية والإقليمية والمحلية. يتكون القانون الدولي لحقوق الإنسان، بشكل أساسي، من مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات التي وقعت عليها دول ذات سيادة، وأصبح

<sup>١٣</sup> شريف عتلم، المرجع السابق، ص ١٣٥

لها أثر قانوني ملزم على الأطراف التي وافقت عليها، إضافة و تساهم وثائق حقوق الإنسان الدولية، مع أنها غير ملزمة قانونياً، في تنفيذ وشرح وتطوير القانون الدولي لحقوق الإنسان ، ويرسي القانون الدولي لحقوق الإنسان التزامات تنقيد الدول باحترامها. وتحمل الدول بانضمامها كأطراف إلى المعاهدات الدولية، بالتزامات وواجبات بموجب القانون الدولي بأن تحترم حقوق الإنسان وتحميها وتقي بها. ويعني الالتزام باحترام حقوق الإنسان أنه يتوجب على الدول أن تمتنع عن التدخل في التمتع بتلك الحقوق أو تقليص هذا التمتع. ويتطلب الالتزام بحماية حقوق الإنسان أن تقوم الدول بحماية الأفراد والجماعات من انتهاكات تلك الحقوق<sup>١٤</sup>.

ويعني الالتزام بالوفاء بالحقوق أنه يتوجب على الدول أن تتخذ إجراءات إيجابية لتيسير التمتع بحقوق الإنسان الأساسية وتتعهد الحكومات، من خلال التصديق على المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان ، بأن تضع موضع التنفيذ تدابير وتشريعات محلية متسقة مع الالتزامات والواجبات التعاهدية. وحيثما تعجز الإجراءات القانونية المحلية عن التصدي لانتهكات حقوق الإنسان، فإن ثمة آليات وإجراءات بشأن الشكاوى الفردية متاحة على الصعيدين الإقليمي والدولي للمساعدة في كفالة احترام المعايير الدولية لحقوق الإنسان وتنفيذها وإنفاذها على الصعيد المحلي فعليا.

تم تحديد قوانين حقوق الإنسان من خلال الاتفاقيات الدولية، والمعاهدات، والمنظمات، وتحظر هذه القوانين ممارسات مثل: التعذيب، والعبودية، والإعدام بدون محاكمة، والاحتجاز التعسفي أو النفي، ويتم ضمان العديد من حقوق الإنسان من خلال الاتفاقيات بين الحكومات، ويُعد الإعلان العالمي

<sup>١٤</sup> محمد عزيز شكري، في ذكرى حقوق الإنسان، بحث مطول في مجلة الموسم الثقافي، ص ٤٥، لجامعة الكويت ١٩٧١.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

لحقوق الإنسان وثيقة دولية تنص على الحقوق الأساسية والحريات الأساسية التي يستحقها جميع البشر، وقد تم اعتماد هذا الإعلان من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من كانون الأول من عام ١٩٤٨، بدافع من تجارب الحروب العالمية السابقة، وقد كان الإعلان العالمي هو المرة الأولى التي توافق فيها البلدان على بيان شامل لحقوق الإنسان غير القابلة للتصرف و أما حقوق الإنسان هي الحقوق والحريات الأساسية التي يستحقها جميع البشر مثل: الحقوق المدنية، والسياسية، والحق في الحياة والحرية، وحرية الفكر والتعبير، والمساواة أمام القانون والحقوق الاجتماعية، والثقافية، والاقتصادية، والحق في الغذاء، والحق في العمل، والحق في التعليم، وقد تم الاتفاق على حقوق وحريات الإنسان بموجب اتفاقية جماعية أو دولية تحمي مصالح البشر.

### الفرع الثاني

#### تطور القانون الدولي لحقوق الإنسان

تدعمت الحركة الدولية لحقوق الإنسان عندما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨ ولأول مرة في تاريخ البشرية، ينص الإعلان الذي تمت صياغته "على أنه الأسلوب المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم"، على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الأساسية التي ينبغي أن يتمتع بها جميع البشر وقد حظي الإعلان بمرور الزمن على قبول واسع المدى باعتباره المعيار الأساسي لحقوق الإنسان التي ينبغي لكل امرئ أن يحترمها ويحميها ويشكل الإعلان العالمي

لحقوق الإنسان، جنبا إلى جنب مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبروتوكليه الاختيارين والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ما يسمى الشرعة الدولية لحقوق الإنسان.

وقد أضفت سلسلة من المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان وغيرها من الصكوك المعتمدة منذ عام ١٩٤٥ شكلا قانونيا على حقوق الإنسان المتأصلة وأنشأت مجموعة حقوق الإنسان الدولية وقد تم اعتماد صكوك أخرى على الصعيد الإقليمي تعكس شواغل معينة بشأن حقوق الإنسان في الإقليم وتتص على آليات حماية محددة كما اعتمدت معظم الدول دساتير وقوانين أخرى تحمي حقوق الإنسان الأساسية بشكل رسمي وفي حين أن المعاهدات الدولية والقانون الدولي العرفي تشكل العمود الفقري للقانون الدولي لحقوق الإنسان، فإن صكوكا أخرى، مثل الإعلانات والخطوط التوجيهية والمبادئ المعتمدة على الصعيد الدولي تساهم في تفهمه وتنفيذه وتطويره. ويتطلب احترام حقوق الإنسان ترسيخ سيادة القانون على الصعيد الوطنية والدولية<sup>١٥</sup>.

أصبح من المتفق عليه بشكل عام أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو أساس القانون الدولي لحقوق الإنسان. ولقد كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي تم تبنيه في عام ١٩٤٨، مصدر إلهام لمجموعة غنية من معاهدات حقوق الإنسان الدولية الملزمة قانونا. ولا يزال يمثل مصدر إلهام للدول سواء في معالجة الظلم، في أوقات النزاعات، في المجتمعات التي تعاني من القمع نحو تحقيق التمتع العالمي بحقوق الإنسان.

<sup>١٥</sup> محمد عزيز شكري، في ذكرى حقوق الإنسان، بحث مطول في مجلة الموسم الثقافي، ص٣٦، لجامعة الكويت ١٩٧١.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

وهذا الإعلان يعد بمثابة الاعتراف الدولي بأن الحقوق الأساسية والحريات الرئيسية تعد متأصلة لدى كافة البشر، وهي غير قابلة للتصرف وتتنطبق على الجميع في إطار من المساواة، وأن كلا منا قد ولد وهو حر ومتساو من حيث الكرامة والحقوق. ومهما كان هناك اختلاف بيننا فيما يتعلق بالجنسية أو مكان الإقامة أو نوع الجنس أو المنشأ القومي أو العرقي أو اللون أو الدين أو اللغة أو أي حالة أخرى، يلاحظ أن المجتمع الدولي قد قام في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨ بإعلان التزامه بتأييد حقنا جميعاً في الكرامة والعدالة.

و يتكون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من مقدمة وثلاثين مادة تحدد حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي يجب أن يتمتع بها جميع الرجال والنساء في كل مكان في العالم دون أي تمييز. ويشمل الحقوق المدنية والسياسية على حد سواء والحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية:

- الحق في المساواة
- الحق في عدم التعرض للتمييز
- الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه
- الحماية من العبودية
- الحماية من التعذيب والمعاملة المهينة
- الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية
- الحق في المساواة أمام القانون

- الحق في أن يلجأ إلى المحاكم لإنصافه
- الحق بعدم التعرض للاعتقال أو النفي التعسفي
- الحق في محاكمة علنية عادلة
- الحق في أن يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته
- الحماية من التدخل في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته
- الحق في حرية التنقل داخل وخارج البلد
- حق اللجوء إلى بلدان أخرى هرباً من الاضطهاد
- الحق في الجنسية وحرية تغييرها
- الحق في الزواج وتأسيس أسرة
- الحق في التملك
- حرية المعتقد والدين
- حرية الرأي والحصول على المعلومات
- الحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات
- الحق في المشاركة في الحكومة وفي الانتخابات الحرة

- الحق في الضمان الاجتماعي
- الحق في العمل المرضي والانضمام إلى النقابات المهنية
- الحق في الراحة والرفاهية
- الحق في مستوى معيشي لائق
- الحق في التعلّم
- الحق في المشاركة في حياة المجتمع الثقافي
- الحق في التمتع بنظام اجتماعي تتحقق بمقتضاه الحقوق والحريات المنصوص عليها في

هذا الإعلان<sup>١٦</sup>

يحتوي الإعلان أيضاً على إشارة قوية إلى واجبات المجتمع والمواطنة الضرورية لتطوير كامل وحر ولاحترام حقوق وحريات الآخرين. وبالمثل، فإن الحقوق في الإعلان لا يمكن الالتفاف عليها من قبل الشعوب أو الدول لانتهاك حقوق الإنسان.

خلال السنوات، تحول الالتزام ذي الصلة إلى قانون، سواء في قالب معاهدات أو قوانين دولية عرفية أو مبادئ عامة أو اتفاقات إقليمية وقوانين محلية، حيث يتوفر التعبير عن حقوق الإنسان وضماتها وقد أفضى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى إلهام ما يزيد عن ٨٠ من معاهدات

<sup>١٦</sup> جابر إبراهيم الراوي ، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، ص ٨٩، دار وائل للنشر، الأردن، ١٩٩٩

وبيانات حقوق الإنسان الدولية، إلى جانب عدد كبير من اتفاقيات حقوق الإنسان الإقليمية وصكوك حقوق الإنسان المحلية والأحكام الدستورية أيضاً، مما يشكل نظاماً شاملاً وملزماً من الناحية القانونية فيما يتصل بتعزيز وحماية حقوق الإنسان.

وبمرور الوقت، أصبحت معاهدات حقوق الإنسان الدولية أكثر تركيزاً وتخصصاً، سواء بشأن القضايا قيد النظر أم الفئات الاجتماعية التي تتوخى حاجتها إلى الحماية. ومجموعة قوانين حقوق الإنسان الدولية مستمرة في التزايد وفي التطور أيضاً، وكذلك في إبراز الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، مما يعني تناول الشواغل من قبيل التمييز العنصري والتعذيب وحالات الاختفاء القسري وأمور الإعاقة وحقوق النساء والأطفال والمهاجرين والأقليات والشعوب الأصلية.

و دخل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيز التنفيذ على حد سواء في العام ١٩٧٦، وهي المواثيق الرئيسية الملزمة قانونياً للتطبيق في جميع أنحاء العالم. صيغ العهذان من أجل التوسع في الحقوق المبينة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولمنحها القوة القانونية (ضمن معاهدة). الإعلان العالمي والبروتوكولان الاختياريان للعهدين يشكلون معاً مشروع قانون الحقوق. وكما هو جلي من إسميهما، يوفر كل عهد فئة مختلفة من الحقوق على سبيل المثال: فيما يتعلق بعدم التمييز. وتمت المصادقة على العهدين على نطاق واسع حيث صادق على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٦٦ دولة، فيما صادق على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ١٦٠ دولة، وذلك اعتباراً من تشرين الثاني/نوفمبر من العام ٢٠١٠.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

بالإضافة إلى مشروع الحقوق الدولية فقد اعتمدت الأمم المتحدة سبع معاهدات أخرى تتعلق بحقوق المستفيدين الخاصة. وكان هناك تأييد وحشد لفكرة الحقوق الخاصة للمستفيدين - كحقوق الطفل للأطفال - فعلى الرغم من تطبيق جميع حقوق الإنسان للأطفال والشباب فمن الملاحظ أن الأطفال لا يتمتعون بمساواة في هذه الحقوق العامة وأنهم بحاجة إلى حماية إضافية في مسائل محددة<sup>١٧</sup>.

إذا من خلال قراءة تاريخ القانون الدولي لحقوق الإنسان، و المراحل التي مر بها، والتي ما غابت أو غيبت هذه المراحل في رأينا هي: أولاً، اعطاء منحا عالميا لحقوق الإنسان وثانيا الاعلان عن وجود حقوق للإنسان في الاوضاع العادية للعلاقات الدولية. وثالثا وضع حقوق الإنسان موضع تعهدات ملزمة قانونا ورابعا انشاء آليات دولية لتنفيذ الأحكام المتعلقة بحقوق الإنسان وخامسا اقرار نصوص تجريرية تتعلق بخرق حقوق الإنسان.

### المبحث الثاني

#### نطاق تطبيق القانونين و آلية تطبيق كل منهما

القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان مجموعتان متميزتان من القواعد القانونية لكنهما متكاملتين ويعنى كلاهما بحماية أرواح الأفراد وصحتهم وكرامتهم و لكن القانون الدولي الإنساني ينطبق في النزاعات المسلحة فقط بينما يسري قانون حقوق الإنسان في كل الأوقات سواء في حالات السلم أو الحرب.

<sup>١٧</sup> جابر إبراهيم الراوي ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، ص٩٤، دار وائل للنشر، الأردن، ١٩٩٩

ينطبق كل من القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان في النزاعات المسلحة ويكمن الاختلاف الرئيسي بينهما في التطبيق إذ أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يسمح لدولة ما أن تعلق مؤقتاً عدداً من الحقوق الإنسانية إذا كانت تواجه حالة طوارئ، في حين لا يمكن وقف سريان القانون الدولي الإنساني مؤقتاً ومع ذلك، لا يمكن لدولة ما أن توقف مؤقتاً أو تسقط حقوقاً أساسية معينة يجب أن تحترم في جميع الظروف، وتشتمل على الحق في الحياة، وحظر التعذيب والعقوبة أو المعاملة اللاإنسانية، وتحريم الرق أو الاستعباد، ومبدأ المساواة وعدم رجعية القانون وحق حرية الفكر والوجدان والدين.

## المطلب الأول

### نطاق القانون الدولي الإنساني وآلية تنفيذه

يستند القانون الدولي الإنساني إلى مجموعة من الاتفاقيات والنصوص المكتوبة والعرفية، ومنها:

أ - اتفاقيات جنيف الأربع المبرمة في ١٢ أغسطس/آب ١٩٤٩ وهي:

١. اتفاقية جنيف الأولى المعنية بحماية جرحى ومرضى القوات المسلحة في الميدان.
٢. اتفاقية جنيف الثانية المعنية بحماية جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار.
٣. اتفاقية جنيف الثالثة المعنية بأسرى الحرب.
٤. اتفاقية جنيف الرابعة المعنية بحماية السكان المدنيين وقت الحرب.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

ب- بروتوكول جنيف الأول المكمل لاتفاقيات جنيف الأربع، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة المبرم عام ١٩٧٧.

ج- القانون الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية.

د- اتفاقية لاهاي المتعلقة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧.

والقانون الدولي الإنساني له جانب آخر عرفي غير مكتوب، وهو - وفق اللجنة الدولية للصليب الأحمر- يتألف من قواعد مستمدة من ممارسات عامة مقبولة لدى عامة الأمم المتمدنة<sup>١٨</sup> وتتبع أهمية القانون الدولي الإنساني العرفي في النزاعات المسلحة الحالية من أنه يسد الثغرات التي خلفها قانون المعاهدات في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية ومن ثم يعزز حماية الضحايا.

### الفرع الأول

#### نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني

باعتبار أن القانون الدولي الإنساني هو قانون خاص بالنزاعات المسلحة، فإن تطبيقه يتوقف على وجود حالة نزاع مسلح وبما أن القانون الدولي الإنساني يميز بين أنواع النزاعات المسلحة - فمنها ما ينيفها على أنها نزاعات مسلحة دولية وأخرى يعتبرها داخلية وغيرها ينظر إليها باعتبارها مجرد أعمال عنف عرضية أو اضطرابات وتوترات داخلية لا ترقى لوصف نزاع مسلح داخلي - فإنه من

<sup>١٨</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعرف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص٤٢، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٥

الضروري البحث في النطاق المادي للقانون الدولي الإنساني والذي من خلاله سيتم تحديد ماهية النزاعات المسلحة التي تنطبق عليها أحكام القانون الدولي الإنساني والتي تكون خاضعة لاختصاصه وتلك التي تستبعد من ذلك الاختصاص أي التي تظل خاضعة لسلطان القانون الداخلي.

ولذا يقتصر مجال تطبيقه على حالات معينة وهي حالة الحرب لأن النزاع المسلح الذي يثور بشأنه تطبيق القانون الدولي الإنساني هو نزاع بين قوات مسلحة متحاربة تحتكم للقتال للحصول على حقوقها التي تدعيها والمصالح التي تحميها، والتي تتعارض مع حقوق ومصالح الطرف الآخر وسواء أن يكون النزاع دولياً أي ينشب بين دولتين أو عدة دول أو نزاع داخلي اندلع بين طائفتين أو عدة طوائف داخل الدولة الواحدة ، ومن الجدير بالذكر أن القانون الدولي الإنساني لا يشمل التوترات والاضطرابات الداخلية، فهي خارجة عن نطاق قانون النزاعات المسلحة، ذلك أن هذا النوع من أنواع العنف المسلح لا يعتبر نزاعاً مسلحاً بحسب مقاييس القانون الدولي الإنساني، ومن ثم لا يسري البرتوكول على حالات الاضطرابات و التوترات الداخلية مثل: الشغب والمظاهرات وأعمال العنف العارضة، وغيرها من الأعمال المماثلة التي لا تعد نزاعات مسلحة.

ويشترط في النزاع الدولي أن يكون بين شخصين قانونيين دوليين، وان تكون هناك ادعاءات سياسية أو قانونية متناقضة تستوجب تسويتها، وان تكون الادعاءات المتناقضة مستمرة فضلاً عن أن تكون تسوية النزاع طبقاً لقواعد تسوية المنازعات الدولية، بما أن الغاية من القانون الدولي الإنساني هو الحد من الأضرار الناجمة عن النزاعات المسلحة فمن الطبيعي أن يكون نطاق تطبيقه الزمني هو زمن الحروب والمنازعات المسلحة وإن نطاق تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني من حيث

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

المكان إنما يكون على الأراضي أو البلاد التي تدور فيها النزاعات المسلحة لأن البلاد الأخرى التي لا تشهد نزاعات مسلحة أو ليس بين أطرافها حالة حرب أو نزاع مسلح فإن القانون الذي يطبق فيها هو قانون حقوق الإنسان وليس القانون الدولي الإنساني<sup>١٩</sup>

و نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني الشخصي هم الأشخاص والأعيان الذين يتمتعون بالحماية والحصانة زمن النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وقد ذكرت اتفاقيات جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩م، إن هناك أشخاصا معينين يجب أن يتم احترامهم وحمايتهم نظرا للأوضاع والظروف الخاصة التي يعانون منها، كما يقع على عاتق الأطراف في النزاع المسلح الدولي، إذا وقع هؤلاء الأشخاص في قبضتهم أن يعاملونهم معاملة إنسانية، وإن يتم الاعتناء بهم دون أي تمييز ضار ولأي سبب كان، والامتناع عن الاعتداء على حياتهم أو استعمال العنف ضدهم أو إهانتهم وهم جرحى و مرضى الحرب البرية و أسرى الحرب و جرحى و غرقى الحرب البحرية.

من العرض السابق يتبين لنا أن القانون الدولي الإنساني، يهدف إلى التخفيف من معاناة وويلات الحروب، والمحافظة على الإنسان وعلى ما يلزمه من ممتلكات، إذ يجمع مفهوم هذا القانون بين فكرتين مختلفتين في طبيعتهما، الأولى قانونية وتهدف إلى تنظيم سير العمليات العسكرية، والثانية أخلاقية و تهدف إلى تخفيف المعاناة الإنسانية أثناء تلك المعارك.

### الفرع الثاني

<sup>١٩</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعرف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص٥، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٥

## آلية تنفيذ القانون الدولي الانساني

يهدف تمكين القانون الدولي الإنساني من تحقيق هدفه، تم إعداد أحكام ولوائح تتمحور حول

موضوعين: مسؤولية القادة العسكريين وأعمال المنظمات الإنسانية

أولاً - مسؤولية القادة العسكريين

ينص القانون الإنساني على أحكام ومسؤوليات ومتطلبات معينة يتوجب احترامها.

- يقدم تمييزاً واضحاً بين الأهداف العسكرية والمدنية، وبين المحاربين والمدنيين، وبين السلع الاستراتيجية والسلع الضرورية، لبقاء السكان المدنيين. ذلك أن القتال يجب أن يؤثر على المقاتلين والأهداف الاستراتيجية.
- يأمر بأنه لا يجوز أن يكون الأفراد والسكان الذين لا يشتركون في الأعمال العدائية أهدافاً ويجب معاملتهم بطريقة إنسانية في جميع الأوقات.
- يأمر بعدم جواز استهداف أو تدمير الأعيان المدنية وتلك التي لا يمكن الاستغناء عنها لحياة السكان.
- يجب وجود قيادة واضحة مسؤولة داخل القوات المسلحة لأطراف النزاع كي لا يتم التوصل من الجرائم.
- ويجب أن تضمن الهرمية الضبط واحترام أحكام قانون النزاع المسلح، داخل البنية القيادية وفي ممارسة الأعمال العدائية.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

- يثبت نظام مسؤولية جنائية فردية على مرتكبي جرائم الحرب (الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني). وتلتزم جميع الدول بالتعاون في البحث عن ومقاضاة ومعاقبة مرتكبي مثل هذه الجرائم حيثما كانوا.

### ثانيا - أعمال المنظمات الإنسانية

- يميّز القانون الإنساني بين أنواع المواقف المختلفة والفئات المختلفة من الأشخاص المحميين. ويضمن بحق أن تكون الإغاثة والحماية مناسبتين لاحتياجاتهم والمخاطر المحددة التي قد يواجهونها.
- يؤكد على ضرورة إعمال الضمانات الدنيا في مجال الإغاثة والحماية ويجب تنفيذها في جميع المواقف، ولجميع الأفراد.
- يصف بوضوح أعمال الإغاثة والحماية التي تقدمها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ومنظمات الإغاثة وأجهزة الحماية، لصالح الضحايا.
- يعهد إلى المنظمات الإنسانية بحق عام في المبادرة التي تتيح لها تصوّر واقتراح إجراءات الحماية والمساعدة التي قد تكون ضرورية لحماية حياة السكان في أوقات الخطر.
- يحدّد عدم إمكانية اعتبار النشاطات ذات الطبيعة الإنسانية، على أنها تدخل في الشؤون الداخلية للدول.

• يعهد إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر بمهمة حصرية لضمان تطبيق الاتفاقيات،

وتسجيل الادعاءات بشأن انتهاكات القانون الإنساني، ونشر هذا القانون، واقتراح

تطورات جديدة لإدخالها عليه عند الطلب.

ثالثاً - طريقة تنفيذ القانون الدولي الانساني

على عكس القانون الدولي لحقوق الإنسان، لا ينشئ القانون الدولي الإنساني حقوقاً عامة تنطبق على جميع الأشخاص في كل الأوقات وبدلاً من ذلك، فإن خصوصية اتفاقيات جنيف الأربع تنطبق على فئة مختلفة من الأشخاص المحميين، محدداً المعيار الأدنى من المعاملة التي يجب مراعاتها لكل فئة. وعليه، يختلف القانون المطبق اعتماداً على إن كان الموقف يخص نزاعاً مسلحاً داخلياً أو دولياً، أو أرضاً محتلة أو منطقة محاصرة، كما يختلف اعتماداً على إن كان الأشخاص من الجرحى أو المرضى، أو المدنيين، أو النساء أو الأطفال أو المحتجزين، وأسرى الحرب وما إلى ذلك.

وفي القانون الإنساني يعتبر التوصيف القانوني الذي يعطى للشخص أو للحالات عاملاً قضائياً وسياسياً هاماً للغاية، ما دامت حقوق كل فرد تعتمد على تعريف وضع الشخص ويهدف تقليل مخاطر وجود أشخاص غير محميين بسبب أنهم لا يندرجون في واحدة من الفئات الموضحة، يعدد القانون الإنساني الحد الأدنى من القواعد والضمانات الأساسية التي يجب تنفيذها وحمايتها في جميع الأوقات وفي كل الظروف، لكل أولئك الذين لا يستفيدون من نظام حماية أفضل.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

وفي مجال حقوق الإنسان، تُحدّد الاتفاقيات الدولية أيضا حقوقا معيّنة غير قابلة للتصرف وتمائلها التزامات غير قابلة للتقييد وهذا يعني أن الدول لا يجوز لها أن تتعدى هذه الحقوق، حتى في أوقات التوترات الداخلية أو أوقات الحرب ولهذا تعتبر هذه المعايير الحاسمة واجبة التطبيق أيضا على جميع الأفراد، مهما كانت أوضاعهم في جميع الظروف والسياقات حتى أثناء النزاعات المسلحة.

وتكمن ميزة هذا المنهج في أنه يدرج قائمة بالحقوق المحددة، والتي تم تعديلها بعناية لحماية الأفراد في هذه الفئات من مخاطر محدّدة قد يتعرّضون لها نتيجة أوضاعهم أو نتيجة لطبيعة الموقف إلا أن نقطة ضعف هذه الطريقة هي، أنه في حال تطبيق المعاهدات بسوء نية، فإن ذلك يمكن أن يؤدي إلى رفض أو تأخير الحماية الضرورية في الوقت الذي تناقش الأطراف المعنية التعريف المحدد أو وضع الأشخاص المحميين أو الحالة. بالإضافة إلى ذلك، يؤكد هذا المنهج أن عدداً معيناً من الأشخاص والحالات لا تشملهم القوانين التي تنظم النزاع المسلح، ما داموا لا يندرجون ضمن فئات محدّدة وفي مثل هذه الحالات، يجب تطبيق الضمانات الأساسية في القانون الإنساني والضمانات الدولية العامة على الجميع في كل الأوقات.

ينبغي استخدام المجموعة الكاملة من آليات التنفيذ المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني ذاته على نحو كامل بما في ذلك في أوقات السلم، وذلك لضمان تطبيق القانون في حالات النزاع المسلح. وتتنبثق التدابير الوطنية لتنفيذ القانون الإنساني من العهد الذي قطعه الدول الأطراف على نفسها في معاهدات القانون الإنساني باحترام هذه المعاهدات وكفالة احترامها. وتنص سلسلة من الأحكام صراحة على هذا الالتزام الواجب، حيث تلزم الدول باتخاذ تدابير خاصة للتنفيذ. وتدعو

معاهدات القانون الإنساني علاوة على ذلك، شأنها في ذلك شأن جميع المعاهدات الدولية، إلى إدراج عدد من التدابير في التشريع الوطني، وقد وضعت المادة ٨٠ من البروتوكول الإضافي الأول الالتزام العام باتخاذ الإجراءات اللازمة للتنفيذ، وهي تنص على أن تتخذ أطراف النزاع دون إبطاء كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ التزاماتها بمقتضى الاتفاقيات. ويكتسب نوعان من التدابير الوطنية أهمية خاصة ضمن الإجراءات العديدة المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين إليها<sup>٢٠</sup>، وهما اعتماد الدول قوانين وطنية لضمان تطبيق المعاهدات والتدابير ذات الصلة بالنشر والتدريب. وتعد تشريعات التنفيذ الوطنية ضرورية بالنسبة لأحكام المعاهدات غير ذاتية التنفيذ، والتي تدخل حيز التنفيذ. وبصرف النظر عن الالتزام العام بكفالة تطبيق المعاهدات تتطلب من ثم قانوناً تشريعي من خلال تشريعات رئيسية وثانوية تنص كل من اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول على أن تعتمد الدول التدابير التشريعية اللازمة لتحديد عقوبات جزائية ملائمة على الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني و تؤدي اللجنة الدولية للصليب

<sup>٢٠</sup> ترد هذه القواعد في المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع في ١٢ آب/ أغسطس ١٩٤٩،

والبروتوكول الثاني الإضافي لها لعام ١٩٧٧

أ. المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع

تؤكد هذه المادة على الحد الأدنى من الحماية التي يجب توفيرها في أوقات النزاع المسلح غير الدولي، بالإضافة إلى حالة المواقف أو للأشخاص غير المشمولين صراحة بالاتفاقيات والذين لا يستفيدون من نظام حماية أكثر تفضيلاً.

١. تبقى الأعمال التالية محظورة في أي وقت وأي مكان مهما كانت طبيعتها في ما يتعلق بمن لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر؛  
أ الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتنويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب؛  
ب أخذ الرهائن  
ج الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة؛  
د إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

الأحمر دوراً مهماً في نشر مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني، كما تعمل على تطوير قواعده وتقنين أعرافه حتى يتم تلافي ما في العرف الدولي من ثغرات. علماً أن اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكول اللاحق الأول لعام ١٩٧٧، كانت قد سمحت بإمكانية قيام اللجنة الدولية للصليب الأحمر بدور الدولة الحامية في حال فشل التوصل إلى اختيار هذه الأخيرة. لكن المهمة الرئيسية للجنة تبقى مد يد العون لضحايا النزاعات المسلحة، وخاصة في حالة النزوح أما في حالة اللجوء فيعود الدور الأهم إلى المفوضية العليا لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة

### رابعا - اللجنة الدولية لتقصي الحقائق

كانت المادة ٩٠ من البروتوكول الإضافي الأول محاولة لمنهجية عملية التحقيق عن طريق إنشاء لجنة دولية لتقصي الحقائق، تختص بالتحقيق في الوقائع المتعلقة بأي ادعاء خاص بانتهاك جسيم كما حدده الاتفاقيات أو أية انتهاكات خطيرة أخرى لها والعمل على إعادة احترام أحكام الاتفاقيات وهذا اللحق من خالها مساعيها الحميدة وكانت الفكرة على وجه الخصوص هي أن الأنشطة التي تقوم بها اللجنة ينبغي أن تساعد على منع الجدل والعنف من التصاعد أثناء النزاع ولكن يثور شك حول إمكانية تحقيق ذلك في الواقع العملي دون وجود قوة تنفيذية على الأرض ودون القدرة اللازمة للاستجابة السريعة<sup>٢١</sup>.

إذا يقع واجب احترام وتطبيق قواعد هذا القانون أولاً على عاتق الدول، ويظهر هذا الالتزام في المادة الأولى المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، (التي تسمى قانون جنيف) إذ جاء فيها:

<sup>٢١</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعرف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص٣٧، المرجع السابق نفسه.

«تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال» إضافة إلى المنظمات الدولية العالمية والإقليمية حين لجوئها إلى استخدام القوة المسلحة لحل النزاعات الدولية، وأخيراً المنظمات غير الحكومية التي تعمل في إطار المساعدات الإنسانية زمن النزاعات المسلحة كاللجنة الدولية للصليب الأحمر وأطباء عبر الحدود، وغيرها.

## المطلب الثاني

### نطاق القانون الدولي لحقوق الإنسان و آلية تنفيذه

تضع ديباجة ميثاق الأمم المتحدة رابطاً بين احترام حقوق الإنسان واستتباب السلام حول العالم ومن بين منطلقاته الأساسية أن الدولة التي تهاجم مواطنيها ستهاجم في نهاية الأمر جيرانها، ومن ثم تعرض للخطر السلم والأمن الدوليين ولهذا يسعى ميثاق الأمم المتحدة إلى إعادة ترسيخ العقد الاجتماعي المزدوج للأسرة الدولية والوطنية وذلك بتنظيم العلاقات بين الدول ليس هذا فحسب بل أيضاً العلاقة بين كل دولة وسكانها. فتعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين<sup>٢٢</sup>، ومن ثم تبدو كغاية في حد ذاتها ووسيلة لحل المشاكل الدولية (المادة ١-٣ من ميثاق الأمم المتحدة)، واحترام حقوق الإنسان مسؤولية تتحملها الدول ذات السيادة إزاء شعوبها، بل أيضاً قيد أمام السيادة في العلاقات

<sup>٢٢</sup> جابر إبراهيم الراوي، المرجع السابق، ص ١١٢

الدولية ولهذا من المفيد بـمكان تحديد نطاق تطبيق هذا القانون و التمييز بينه و بين القانون الدولي الانساني .

## الفرع الأول

### نطاق تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان

يمكن تصنيف حقوق الإنسان و ترتيبها بأشكال شتى، ويشيع أن توزع الحقوق الإنسانية في ثلاثة مجموعات هي:

١. حقوق السلامة الشخصية.

٢. الحريات المدنية.

٣. الحقوق الاجتماعية والاقتصادية.

أو تقسيم مواد الإعلان العالمي يمكن ردها إلى أربع فئات:

١. الفئة الأولى وتتناول الحقوق الفردية والشخصية.

٢. الفئة الثانية وتتناول علاقات الفرد بالمجموع أو بالدولة.

٣. الفئة الثالثة وتشمل الحريات العامة والحقوق الأساسية.

٤. الفئة الرابعة وتشمل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية<sup>٢٣</sup>.

وتكفل حقوق السلامة الشخصية أمن الإنسان وحرية، فلكل امرء حق في الحياة والحرية وفي التمتع بالأمان على شخصه، كما لا يجوز استرقاق أحد أو تعذيبه أو اعتقاله تعسفاً. أما الحريات المدنية فإنها تقر حرية التعبير عن المعتقدات بالأقوال والممارسة؛ فهي تكفل لكل شخص حرية الرأي والتعبير والوجدان والدين والتجمع. ومن الحريات المدنية الأخرى: حق الاقتراع في الانتخابات، وفي تقلد الوظائف العامة وفي الزواج وتأسيس أسرة. وتتطوي الحقوق الاجتماعية والاقتصادية على حصول الشخص على الحاجات الإنسانية الأساسية، وحقه في الرقي الاجتماعي فلكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة خاصة على صعيد المأكل والمسكن والملبس والعناية الطبية والتعليم. كما تتطوي على حق الشخص في العمل وإنشاء النقابات والانضمام إليها.

كانت أوروبا أسرع القارات في التجاوب مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصاً وعملاً. ففي ٤ تشرين الأول ١٩٥٠ وقعت في روما الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتضم اليوم ٢٥ دولة وبلداً وتتألف الاتفاقية من نص رئيس وعشرة ملاحق تفصيلية أو تفسيرية أو تعديلية لقد كانت الغاية من هذه الاتفاقية التي حررت سنة ١٩٨٤ تعد بحق أكثر تقدماً من الاتفاقيات ذات الطابع العالمي وإيجاد السبل الفعلية لحماية ما جاء فيها من حقوق وحرريات أساسية أكثر تواضعاً مما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كونها تركز على الحريات التقليدية وليس الحقوق الاجتماعية والاقتصادية.

<sup>٢٣</sup> عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي في حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، ص ٨٦، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٣.

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

وفي سان خوسيه بكوستاريكا صدرت في ٢٢/١١/١٩٦٩ الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ودخلت حيز النفاذ بدءاً من ١٨/٧/١٩٧٨ بين ست وعشرين دولة هي غالبية الدول الأمريكية وحاولت هذه الاتفاقية الأوروبية، وبقي انتهاك حقوق الإنسان في أمريكا اللاتينية هو الأصل على خلاف الحال في الدول الأوروبية.

أما في القارة الإفريقية فقد أصدر مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية في ٣٠/٧/١٩٧٩ قرار رقم ١١٥ بشأن إعداد مشروع أولي لميثاق إفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وعلى الأثر تقدمت لجنة من الخبراء لرؤساء الدول والحكومات الإفريقية المنعقد في نيروبي في ٢٦/٦/١٩٨١ وقد دخل الميثاق حيز النفاذ في ٢٦/١٠/١٩٨٦ بعد تصديق ست وعشرين دولة إفريقية عليه الأغلبية المطلقة<sup>٢٤</sup> كرر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان الحقوق التقليدية كما وردت في ما سبقه من موثيق وإعلانات لكنه خلافاً لما سبق خصّ بعض الحقوق ذات الصفة الجماعية بنصوص معينة (المواد ١٨-٢٦) مثل حق المساواة بين الشعوب وحق تقرير المصير وحق الشعوب المستعمرة في الكفاح المسلح لتحرير نفسها كما تفرد الميثاق الإفريقي بإدراج التزامات على الأفراد احتراماً لحقوق غيرهم كواجب المحافظة على تطور الأسرة وانسجامها وخدمة المجتمع الوطني والعمل بأقصى القدرات ودفع الضرائب (م ٢٧-٢٩)

<sup>٢٤</sup> عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي في حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، ص ٧٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٣.

هنا أيضاً بقي الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان أدنى كثيراً من طموحات شعوب القارة التي شهدت وتشهد خروقات فاضحة لأبسط حقوق الإنسان. بل وشهدت مؤخراً حروب الإبادة الجماعية في رواندا وبوروندي والصومال وسواها<sup>٢٥</sup>.

أما في الوطن العربي فقد جاء ميثاق جامعة الدول العربية الموقع في ٢٢ آذار ١٩٤٥ خلواً من أي نص عن حقوق الإنسان، غير أن مجلس الجامعة وافق في ١٩٦٨/٩/٣ (القرار ٤٨/٢٤٤٣) إلى إنشاء اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان التي عهد إليها إعداد مقترحات وأبحاث وتوصيات ومشروعات اتفاقات يتعين أن تحظى بموافقة مجلس الجامعة وتتألف هذه اللجنة مندوبي الحكومات العربية وليس من أشخاص أكفاء يؤدون واجبهم بصفتهم الشخصية، لذا ظل دور اللجنة هامشياً<sup>٢٦</sup>.

وبناء على توصية المؤتمر الإقليمي العربي لحقوق الإنسان الذي انعقد في بيروت بين ٢ و١٠/١٠/١٩٦٨ أنشأ مجلس الجامعة لجنة خبراء عهد إليها إعداد مشروع إعلان عربي لحقوق الإنسان (القرار ٣٠/٣٦٦٨ في ١٠/٩/١٩٧١) وقد أعدت اللجنة بالفعل هذا المشروع المستمد في جلّه من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مع مراعاة خصوصية الوطن وحضارته، لكن المشروع بقي طريقه إلى الإهمال<sup>٢٧</sup>.

وعندما انتقلت الجامعة إلى تونس توصلت في ١١/١١/١٩٨٢ إلى اعتماد مشروع جديد أسمته الميثاق العربي لحقوق الإنسان، غير أن مجلس الجامعة قرر في دورته التاسعة والسبعين (١٩٨٣)

<sup>٢٥</sup> M.C. NAIR, The law of Treaties, p11 (Clarendon Press, Oxford, 1961).

<sup>٢٦</sup> جابر إبراهيم الراوي، المرجع السابق، ص ١٠٧

<sup>٢٧</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ٩٠

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

إحالة المشروع على الدول الأعضاء في الجامعة لوضع ملاحظاتها عليه وما زالت الدول الأعضاء بصدد ذلك حتى نهاية ١٩٩٥، مع أن المشروع العتيد لا يصل في أهدافه إلى أي من الإعلانات والمواثيق المقررة عالمياً أو إقليمياً.

لكن الوطن العربي شهد ويشهد ولادة معاهد ومؤسسات تعنى بحقوق الإنسان العربي فعلاً لا قولاً من دون أن يقتزن عملها بتصرف حكومي جماعي عربي.

إن موضوع حقوق الإنسان غدا الشغل الشاغل للمحافل الدولية العالمية والإقليمية، وقد أوصت منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم أن تدرس حقوق الإنسان مادة مستقلة في شتى مراحل التدريس وعلى أثر ذلك تقرر إدخال مقرر خاص من متطلبات التخرج الجامعي في كل الكليات في عدد من الجامعات العربية كما أنه يدرس في نطاق الثقافة القومية أو القانون الدستوري والدولي في جامعات أخرى. والقصد من ذلك كله تثبيت مقولة أن الأصل ترسيخ الفكرة في ذهن الناس حتى يسهموا هم في تطويرها من حلم أو هدف نظري إلى حقيقة واقعة مؤيدة بالثواب والعقاب.

### الفرع الثاني

#### آلية تنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان

من المهم القول أن حماية حقوق الإنسان تعتمد بشكل كلي على التطورات والآليات على المستوى الوطني. فالقوانين والسياسات والإجراءات والآليات القائمة على المستوى الوطني هي المفتاح للتمتع بحقوق الإنسان في كل بلد. ولذلك فمن الأهمية بمكان أن تكون حقوق الإنسان جزءاً من الأنظمة

الدستورية والقانونية والوطنية، وأن يتم تدريب المهنيين العدليين على تطبيق معايير حقوق الإنسان وأن تتم إدانة انتهاكات حقوق الإنسان ومعاقبة مرتكبيها تأثير المعايير الوطنية تأثير مباشر وهو أفضل وأوسع من تأثير المعايير على المستويين الإقليمي والدولي، وكذلك الحال بالنسبة للإجراءات؛ فالإجراءات الوطنية أكثر سهولة ووصولاً من الإجراءات على المستويين الإقليمي والدولي.

أين تبدأ حقوق الإنسان العالمية؟ في أماكن صغيرة وعلى مقربة من المنزل و قريبة جداً بحيث لا يمكن رؤيتها على أي خريطة للعالم. ومع ذلك، فهي عالم الفرد: الحي الذي يعيش فيه والمدرسة أو الجامعة التي يرتادها والمصنع والمزرعة أو المكتب الذي يعمل فيه تلك هي الأماكن حيث كل رجل وامرأة وطفل ينشد العدالة المتساوية وتكافؤ الفرص والمساواة في الكرامة دون تمييز، ما لم يكن لهذه الحقوق معنى هناك فلن يكون لها معنى في أي مكان<sup>٢٨</sup>

ينتج عن اجتماعات الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مؤتمرات الأمم المتحدة التي تتعقد حول قضايا محددة، في كثير من الأحيان، إعلان للأمم المتحدة أو وثيقة غير ملزمة، يشار إليها بالقانون غير الملزم حيث أن كل الدول كونها وببساطة أعضاء في الأمم المتحدة، أو من خلال مشاركتها في المؤتمر، تعتبر موافقة على القرار الصادر. ويمكن أن يكون الاعتراف بحقوق الإنسان أيضاً على الصعيد الوطني نتيجة اتفاق بين الدولة والشعب وعندما يتم الاعتراف بحقوق الإنسان على الصعيد الوطني، تصبح في المقام الأول بمثابة التزام سياسي من دولة تجاه شعبها.

<sup>٢٨</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ٩٢

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

وبالتالي فإن واجب الدولة من احترام وتعزيز وحماية وتحقيق الحقوق هو واجب رئيسي، وواجب المحاكم الإقليمية أو الدولية مساعد إذ أن دورها يكون عندما قيام دولة ما بانتهاك حقوق الإنسان عمداً وباستمرار لكن ذلك يتم فقط عند استنفاد كل السبل المحلية و السؤال الأهم ما العمل أو السبل عندما تفشل الأنظمة المحلية في ضمان قدر كاف من الحماية للتمتع بحقوق الإنسان؟

تزايد الاعتراف بأهمية حقوق الإنسان من خلال آليات أكبر تقدم مثل هذه الحماية. وينبغي النظر إلى هذا على أنه انتصار ليس لناشطي حقوق الإنسان وحسب، وإنما للشعوب بشكل عام. والنتيجة الطبيعية لهذا النجاح هي تطوير مجموعة كبيرة ومعقدة من النصوص لحقوق الإنسان (الأدوات) وإجراءات التنفيذ و عادة ما تصنف موثيق حقوق الإنسان تحت ثلاث فئات رئيسية وهي: النطاق الجغرافي (إقليمي أو عالمي) وفئة الحقوق المنصوص عليها أو التي تتناولها والفئة الخاصة بالأشخاص أو المجموعات التي تقدم لهم الحماية. هناك أكثر من مائة وثيقة ذات صلة بحقوق الإنسان على مستوى الأمم المتحدة وحدها وإذا أضفنا إليها ما هو على مستويات إقليمية، يزداد العدد كثيراً ولا يمكننا ذكر كل تلك الوثائق هنا لذلك فإن هذا القسم لن يتعامل إلا مع تلك الأكثر ملائمة لغرض التربية على حقوق الإنسان<sup>٢٩</sup>.

إذا تختلف عملية الرقابة في القانون الدولي لحقوق الإنسان عن القانون الدولي الإنساني، فاحترام القانون الدولي لحقوق الإنسان تتم بواسطة المحاكم الدولية كالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والوطنية بالإضافة الى المحامين ومنظمات حقوق الإنسان والرأي العام العالمي، اما مراقبة تطبيق

<sup>٢٩</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ١٠٠.

القانون الدولي الانساني يتم عن طريق اللجنة الدولية للصليب الاحمر ولجان تقصي الحقائق الدولية ومحاكم مجرمي الحرب.

### الخاتمة

ختاماً نتيجة تعرض الانسان خلال مسيرة تاريخه الطويل لكثير من المخاطر الناتجة عن ويلات الحروب والتي أدت إلى نتائج فادحة في حجم الانتهاكات التي نالت من حقوق الإنسان وحرياته ، هذه الحروب التي لا تزال تهدد المجتمعات الانسانية وتشغل بالها لما ينجم عنها من مأس و كوارث مفعجة ، وقد مثل منتصف القرن العشرين مرحلة حاسمة على صعيد تطور وارتقاء حقوق الإنسان ، فنتيجة للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية خلال الحرب العالمية الثانية ، خرجت مسألة حقوق الإنسان من نطاق الاختصاص الحصري للدولة، وحازت على اهتمام المجتمع الدولي ، فأخذت بعداً دولياً، تتمثل في صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 ، واتفاقيات جنيف الأربع بشأن حماية ضحايا النزاعات المسلحة لعام 1949، ولاحقاً عشرات الاتفاقيات والمواثيق والإعلانات الدولية الهادفة إلى حماية حقوق الإنسان وحرياته، سواء في حالة السلم أو في حالة الحرب.

فظهر كل من القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ، من أجل حماية أرواح الأفراد وصحتهم وكرامتهم ، وإن يكن من زاويتين مختلفتين ، فأردت من خلال دراستي هذه تعريف المهتمين بحقوق الانسان وحرياته الأساسية الى عمل هذين القانونين وتحديد الفروق بين مفهومي القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ، وقد سلكت في هذا السبيل إلى التعريف بالقانونين وتطورهما التاريخي لما له من أهمية في معرفة عمل كلا القانونين ، وكذا التعرف على

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

المسيرة الطويلة التي سلكها الانسان وهو يبحث عن ما يحقق له الحرية والسلامة والعيش الكريم ، ثم انتقلت للحديث عن نطاق اختصاص كل من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، سواء كان النطاق المادي للقانونين أي الفترات التي يسري خلالها القانونان، او كان ذلك النطاق الشخصي لتطبيق القانونين أي تحديد الاشخاص المستفيدين من احكام كلا القانونين.

وفي سبيل ذلك قمت بالإشارة إلى اتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة لعام ١٩٤٩ ، حيث تعتبر هذه الاتفاقيات أولى المناسبات التي عرفت محاولة إقامة نوع من الصلة الوثيقة بين القانون الدولي لحقوق الإنسان وقانون النزاعات المسلحة (القانون الدولي الإنساني) ، لما تضمنته من مجموعة من النصوص التي كفلت حداً أدنى من الحقوق الأساسية للإنسان في الظروف كافة ، وتطرقت أيضاً إلى العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية ، مثل ميثاق الامم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الانسان وغيرها من الاتفاقيات والإعلانات التي هدفت الى ترسيخ حقوق الانسان والدفاع عن حرياته الاساسية سواء على الصعيد الاقليمي او الدولي .

ثم انتقلت في رحلتي البحثية إلى وسائل الحماية التي يوفرها القانونان ووقفت على نقاط الاختلاف بينهما في ذلك ، كما انني قمت بالتعريف بالحقوق المشمولة بحماية القانونين .

وقد انتهينا الى النتائج التالية ومنها :

١- أن القاسم المشترك للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان هو صيانة حرمة حقوق الانسان في كافة الظروف سواء الحرب او السلم .

٢- الاختلاف في مجالات تطبيقهما يساهم في سد النقص الذي يتركه تطبيق أحد القانونين دون الآخر .

٣- من النتائج أيضا اهتمام القانون الدولي الإنساني ليس فقط بالإنسان وتوفير الحماية له ، وإنما يدعو أيضاً إلى حماية الأعيان المدنية والثقافية وأماكن العبادة والبيئة الطبيعية والأماكن التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين .

وقد خلصت في نهاية دراستي هذه الى عدة امور منها :

١- أنه أن الأوان لإنشاء محكمة عربية تتولى على عاتقها حماية حقوق الانسان في الوطن العربي .

٢- أنه من الأهمية بمكان من أجل نشر مبادئ حقوق الإنسان على أوسع نطاق إدخال تدريس القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الانسان كمساق مستقل في كليات الحقوق و الشريعة والقانون في الجامعات اليمنية وكذا ضمن مناهج التعليم في الكليات العسكرية الحربية والأمنية .

٣- من الجيد وجود وزارة حقوق الإنسان تعمل بالتنسيق مع وزارة التربية والتعليم وكذا التعليم العالي وستؤدي دوراً كبيراً بالتعريف بحقوق الانسان ونشر ثقافة احترام هذه الحقوق بين اوساط الطلاب على المستوى الثانوي والجامعي من خلال برامج توعية مكثفة ومنظمة .

٤- ضرورة العمل على تشكيل طواقم وكوادر دولية تشرف على إنفاذ الاتفاقيات الدولية، وتعمل على نشرها، والعمل على توعية المجتمع الدولي بتلك القواعد، واعداد تقارير للانتهاكات التي

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

تحدث، مع الالتزام بتزويد المؤسسات الدولية المختصة بالوثائق المناسبة، من أجل تبادل المعلومات.

٥- تكثيف عمليات نشر قواعد القانون الدولي الإنساني بين المهتمين بالبحث العلمي، ودمج ذلك بالمقررات التعليمية.

٦- ضرورة توثيق كل المخالفات التي تتم بانتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني لمعرفة أسبابها والتوصل إلى النتائج السليمة لوضع الحلول المناسبة من أجل العمل على تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني بشكل مُجدي.

### المراجع

الكتب :

١. أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم و الأمن الدوليين ، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥
٢. د. عبدالوهاب شمسان، القانون الدولي العام، إصدارات جامعة عدن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
٣. شارل روسو، القانون الدولي العام، بيروت ، الأهلية للنشر و التوزيع ١٩٨٧ .
٤. محمد عزيز شكري، في ذكرى حقوق الإنسان، بحث مطول في مجلة الموسم الثقافي لجامعة الكويت ١٩٧١.

5. د سعيد سالم جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية،  
2002.

6. شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محاضرات  
في القانون الدولي الإنساني، الطبعة السادسة، 2006.

7. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة  
الإسلامية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 1999.

8. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي في حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، ديوان  
المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

9. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعرف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، منشورات  
اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005.

الكتب الأجنبية :

- Jonathan Crowe & Kylie Weston-Scheuber, Principles of International Humanitarian Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2013
- M.C. NAIR, The law of Treaties, (Clarendon Press, Oxford, 1961).

## الفروق بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان

---

المعاهدات و الاتفاقيات :

١. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منظمة العفو الدولية.
٢. اتفاقيات جنيف الأربعة ١٨٦٤ - ١٩٤٩ و البروتوكولات الاضافية ١٩٧٧-٢٠٠٥.
٣. ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥.
٤. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ١٩٩٩.

## تعويض الأضرار الناتجة عن التجاوزات في ممارسة التظاهر السلمي "دراسة مقارنة"

جامعة حلب

كلية الحقوق

"علاء حمزة، بإشراف د. مصطفى عثمان"

### الملخص

لقد تحدثنا في هذا المبحث عن المسؤولية الواقعة على عاتق الدولة تجاه الأضرار الناتجة عن ممارسة حق التظاهر السلمي حيث أنه قد تنتج بعض الأضرار من قبل الأشخاص القائمين على حماية هذا الحق المقدس المصون بالدستور ولذلك يجب تعويضهم عن هذه الأضرار ولكن مسؤولية الدولة تجاه المتضررين من ممارسة هذا الحق ليست مطلقة وإنما محددة بشروط وحالات معينة لذلك قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين حيث تحدثنا في المطلب الأول عن مسؤولية الدولة عن الأضرار على أساس الخطأ أما في المطلب الثاني فقد تحدثنا عن مسؤولية الدولة عن الأضرار دون خطأ وذلك بإجراء مقارنة بين سوريا وبعض الدول المتطورة في هذا المجال .

الكلمات المفتاحية: التظاهر السلمي، التجمع، الإضراب، التعويض.

### Abstract

In this study, we discussed the state's responsibility for damages resulting from the exercise of the right to peaceful protest. It is possible that some damages may occur

due to actions by those responsible for protecting this constitutionally safeguarded sacred right. Therefore, compensation for these damages is necessary. However, the state's responsibility towards those harmed by the exercise of this right is not absolute but is limited by certain conditions and situations. Thus, we divided the study into two parts: the first part discusses the state's responsibility for damages based on fault, while the second part addresses the state's liability for damages without fault, by conducting a comparison between Syria and some developed countries in this field.

**Keywords:** Peaceful protest, assembly, strike, compensation.

### مقدمة

يسهم حق التظاهر السلمي في تقويم الإدارة وأعمالها والتعبير عن الرأي في إطار المشاركة الديمقراطية، ومن ثم فقد اعتبر أن ممارسة حق التظاهر يعد أحد السمات الأساسية المميزة بين المجتمعات الديمقراطية والمجتمعات المستبدة<sup>(١)</sup>، وبدون ممارسة حق التظاهر فإن هذه الديمقراطية تعد ديمقراطية منقوصة، مفرغة من محتواها، وأن منع جهة الإدارة للمشاركين في المظاهرات التي لم تخرج عن سلميتها، سواء بمنع هذه المظاهرات قبل بدؤها على الرغم من استيفاء هذه المظاهرات للمتطلبات القانونية من الحصول على الترخيص والالتزام بالسلمية، وخلوها من كافة مظاهر العنف والتخريب، وإلا كنا بصدد حالة من حالات التجمهر التي تتجرد من الحماية القانونية<sup>(٢)</sup>. كما تتعدّد مسؤولية جهة الإدارة عن فض المظاهرات بعد عقدها بدون مقتضى قانوني يشكل خطأ يستوجب تعويض المشاركين في التجمع عنه<sup>(٣)</sup>.

(1) Fenwick, H., Civil liberties, Cavendish Publishing Limited, London, 2000, p.275.

د/أحمد بن عيسى: حق التظاهر السلمي بين الضمانات القانونية ومقتضيات الحفاظ على النظام العام، مجلة دراسات، عدد ٢٣ ب، ٢٠١٣، ص ١٤٨-١٦٣.

(٢) روشنا محمد أمين: حق التظاهر السلمي في الدساتير والقوانين الوطنية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٠، عدد ٣٨، ٢٠٢١، ص ٣٥٩.

(٣) تامر علي: حق التظاهر والاعتصام، المركز الدولي للدراسات المستقبلية والإستراتيجية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٩.

ولانعقاد مسؤولية جهة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمضروب فمن الضروري تحقق أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. وقد يأخذ الخطأ صورة فعل إيجابي، مثل إتيان فعل حظر القانون فعله، كقتل المتظاهرين أو الاعتداء عليهم، وقد يتخذ صورة فعل سلبي، مثل الامتناع عن فعل أوجب القانون فعله، مثل الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي بوقف تنفيذ قرار الإدارة بمنع عقد المظاهرة، أو الامتناع عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المتظاهرين من الاعتداء عليهم من جانب جماعات منوثة سياسياً أو ايدولوجياً، بما ينتج عنه قتل أو إصابة أحد المتظاهرين. وهناك من المعايير التي وضعها المشرع للتعويض، مثل ضرورة أن يكون التعويض كاملاً، أي يشمل كلاً من الضرر المادي والأدبي على حد سواء، وأن يكون التعويض عادلاً وجابراً للضرر لا تعويضاً رمزياً.

### اشكالية الدراسة

تكمن إشكالية الدراسة في كون حق التظاهر السلمي من الحقوق الأساسية للأفراد التي أقرها دستور الجمهورية العربية السورية، إلا أن جهة الإدارة قد تتجاوز في التعامل المتظاهرين، وتتعدى على حقهم الدستوري، ومن هنا أتت إشكالية تحديد أركان مسؤولية الإدارة في التعامل مع المتظاهرين، وتحديد صور الخطأ الموجب للتعويض، ومدى أثر تخلف ركن من أركان المسؤولية على انعقاد مسؤولية جهة الإدارة عن الأضرار التي لحقت بالمشاركين في المظاهرات السلمية.

### أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في كونها توضح مدى مسؤولية الجهاز الشرطي في الجمهورية العربية السورية عن منع ممارسة حق التظاهر، أو الاعتداء على المشاركين في المظاهرات ما دامت ملتزمة بالسلمية، ويتم ممارستها في إطار القانون، وإلا تجردت هذه المظاهرات من الحماية القانونية التي أسبغها المشرع عليها، كما توضح الدراسة صور مسؤولية الدولة عن التعامل مع المظاهرات، والتي قد تتخذ صورة المسؤولية بخطأ، يتعين على المضروب إثبات خطأ الإدارة والضرر الذي لحق به، وعلاقة السببية بينهم. وقد تكون هذه المسؤولية بدون خطأ، أو ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية، التي فيها لا يطالب المضروب إلا بإثبات الضرر الذي لحق به، وأن هذا الضرر لا ينسب إلا إلى نشاط جهة الإدارة.

### منهج الدراسة

في سبيل تحقق الدراسة لأهدافها، فقد استخدمت المنهج التحليلي المقارن، من خلال مقارنة نصوص القانون السوري مع نصوص القانون المقارن لاستخلاص الأساس القانوني لتعويض المتظاهرين جراء الاعتداء عليهم، سواء كان ذلك بسبب منع ممارسة حق التظاهر السلمي، أو من خلال الاعتداء على المتظاهرين بالقتل أو الإيذاء البدني في غير الأحوال المبررة لذلك، لعل أهمها توفر حالة من حالات الدفاع الشرعي.

### خطة الدراسة

تتكون الدراسة من مبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** المسؤولية على أساس الخطأ عن منع ممارسة حق التظاهر

**المطلب الثاني:** المسؤولية بدون خطأ عن منع ممارسة حق التظاهر

## المطلب المسؤولية الأول

### على أساس الخطأ عن منع ممارسة حق التظاهر

تقوم المسؤولية الإدارية على ثلاثة أركان، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، تعد فكرة الخطأ أساس المسؤولية في أغلب أنظمة المسؤولية، فهي تناظر فكرة الجزاء عن تقصير الموظف العام أو المرفق العام في أداء وظيفته يستوجب التعويض عنه، والمسؤولية هنا كجزاء مدني يمكن أن يلحق به جزاء تأديبي أو جزائي، وهو ما يستوجب من القاضي حال نظر دعوى التعويض بحث نطاق خطأ الإدارة ومداه، وعمّا إذا كان هو وحده مصدر الضرر، أم اشترك فيه كلاً من رجال سلطة الضبط والمشاركين في الاجتماع كلاً منهما بقدر<sup>(1)</sup>.

ويعرف الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية بأنه إخلال بواجب وظيفي سابق مع توفر الإدراك<sup>(2)</sup>، بينما يعرف الركن المادي في الخطأ بأنه الشخص لسلوك الرجل اليقظ المتبصر، واتخاذة كافة الإجراءات والتدابير التي يتعين على الرجل المتبصر إتباعها، فلا يكون قد اقترف خطأ، ولا يترتب عليه مسؤولية.

ويكون الخطأ الموجب للتعويض هنا هو الخطأ الجسيم، الذي لم يكن يرتكبه رجل الضبط الإداري أو الموظف العام إذا كان ملماً بأبسط قواعد عمله<sup>(3)</sup>، وهو ما به حفلت السوابق القضائية في بريطانيا من الأحكام المتعلقة بمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، كما هو الحال في قضية Osman v. Ferguson<sup>(4)</sup>.

فالخطأ في مجال المسؤولية الإدارية قد يكون إيجابياً من خلال إثبات بعض الأفعال المخالفة للقانون، لها مظاهرها المادية، يقيد أو يمنع ممارسة حق التجمع أو يضر بالمشاركين في التجمع، مثل مخالفة رجال الشرطة قواعد فض الاجتماعات التي رسمها القانون حال خروجه عن السلمية. وقد يكون الفعل سلبياً مثل امتناع رجال الضبط الإداري عن فعل شيء أوجب القانون أو اللاتحة عليه فعله، كما هو الحال مع امتناع رجال الشرطة عن توفير الحماية اللازمة للمشاركين في التجمع، أو الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي بوقف تنفيذ قرار جهة الإدارة بمنع عقد المظاهرة.

**أ: السلوك الإيجابي:** من صور السلوك الإيجابي التي اعتبرتها المحكمة العليا في بريطانيا أساساً لمسؤولية جهاز الشرطة هو منع جهاز الشرطة مسيرة مكونة من ١٢٠ ناشط تجمعوا عام ٢٠٠٣ على بعد ٥ كم من قاعدة فيرفورد Fairford الجوية الملكية في Gloucestershire احتجاجاً على مشاركة بريطانيا في غزو العراق، وقامت قوات الشرطة بتفتيش الناشطين وعثرت بحوزتهم على خوذ، عدد من السراويل الفضفاضة، مقصات وقامت بإعادة هؤلاء الناشطين إلى أماكنهم التي أتوا منها برفقة حراسة من الشرطة في رحلة استغرقت ساعتين ونصف، وقالت المحكمة أن قوات الشرطة قد خالفت أحكام المادة ١١ من قانون حقوق الإنسان بمنعها الناشطين من التجمع لمناقشة تأثير غزو العراق على أوضاع الشعب

(1) Braibant, G., et Strin, B., Le droit administratif francais, L.G.D.J., 1992., p.285.

(2) Chapus, R., Responsabilité publique et responsabilité privée, L.G.D.J., 1957, p.302.

(3) Braibant, G., et Strin, B., Le droit administratif francais, Op. Cit., p.296.

(4) Osman v. Ferguson, 1993, 4 All ER 344 (CA).

البريطاني، وأن عدد من هؤلاء الشباب كان سوف يتم تجنيده ومن المحتمل إرساله للعراق، كما أن الأشياء التي عثر عليها بحوزة هؤلاء الناشطين لا تشكل تهديداً للأمن العام أو النظام العام، ومن ثم يكون قرار منع عقد التجمع مشوباً بإساءة استخدام السلطة، وذلك لانعدام السبب<sup>(1)</sup>.

ويتخذ الخطأ الموجب لمسؤولية الإدارة في مجال الحقوق والحريات صور مختلفة، مثل الاعتداء على الحريات بالقبض التعسفي، ويكفي بياناً لذلك الإشارة إلى كما حكم محكمة بريطانية في قضية *Fisher v. Oldham corporation* عندما قضت بمسؤولية جهاز الشرطة في أولها نتيجة قبض أحد رجال الشرطة بدون مسوغ قانوني خلال مشاركته في مسيرة مرخص بها، والاعتداء على حريته، وأقامت المحكمة قضاءها بالمسؤولية علي مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه<sup>(2)</sup>، سوء إدارة المرفق العام، وعدم توفير الوسائل اللازمة للتعامل مع أحداث الشغب التي يمكن أن تنتج عن المسيرات والتجمعات، وحسبنا من ذلك الإشارة إلى حكم محكمة بريطانية، التي قضت بمسؤولية جهاز الشرطة عن قتل إيان توملنسون *Ian Tomlinson* خلال فض المظاهرات المناهضة لقمة العشرين التي عقدت في لندن عام 2009، وذلك لعدم التزام جهاز الشرطة بالمعايير التي وضعتها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان خلال فض المسيرات والمظاهرات، والتدرج في استخدام القوة في فض هذه التجمعات<sup>(3)</sup>.

**ب: السلوك السلبي:** علاوة على السلوك الإيجابي للخطأ، إلا أن السلوك الموجب لمسؤولية رجال الضبط قد يتخذ صورة سلبية، تتمثل في امتناع رجال الضبط الإداري عن القيام بالتزام قانوني فرضه نص قانون أو لائحة، وهو من شأنه أن يهدد الحق أو المصلحة التي يحميها القانون<sup>(4)</sup>، كأن يمتنع رجال الشرطة عن تأمين المشاركين في التجمع من اعتداء أطراف خارجية بعد حصول المشاركين في التجمع علي ترخيص، إذ أنه من حق الأفراد ممارسة حق التجمع في جو يخلو من الاضطرابات والتهديد وأن امتناعها عن ذلك يعد فعلاً سلبياً موجباً للمسؤولية متى تحققت أركان المسؤولية من خطأ ناتج عن هذا الفعل السلبي، وضرر لحق بالمدعي وعلاقة سببية بينهما<sup>(5)</sup>، أو يتأخر رجال الشرطة في إصدار القرارات، أو إصدار قرارات غير ذات فائدة أو إصدار قرارات شديدة القسوة، والتي يجب أن تقتزن بركن الضرر حتى تتعدد المسؤولية الإدارية، فتصلح لأن تكون سبباً للمسؤولية الإدارية<sup>(6)</sup>.

(1) *R (Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire* [2006] UKHL 55; [www.liberty-human-rights.org.uk](http://www.liberty-human-rights.org.uk).

(2) *Fisher v. Oldham corporation*, 1930, 2, K.B.364; **Hartley, T.C.**, and Griffith, J.A., *Government and law*, London, 1975, p.127.

(3) **Grace, J.**, A balanced of rights and protections in public order policing: A case study on Rotherham, *European J. of Current Legal Issues*, Vol. 24 (1), 2018, p.1.

(4) **د/محمود نجيب حسني:** جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، 1986، ص36، د/رمسيس بنهام: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1963، ص549.

(5) **Carroll, A.**, *Constitutional and administrative law*, London 2009, p.422.

(6) **د/محمد عبد العال السناري:** نفاذ القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981، ص364، د/جاسم محمد سعود المصنف - د/طارق عبد الرؤوف صالح: المسؤولية المدنية لإساءة حق التعبير عن الرأي، ط1، دار النهضة العربية،

وقضت محكمة بريطانية بمسؤولية الشرطة عن قتل بعض الأفراد المشاركين في أحد المظاهرات، وقد وردت معلومات إلي أجهزة الشرطة بأن هناك بعض المشاركين يحملون قنابل سوف يتم تفجيرها عن بعد من خلال جهاز تحكم، وأقامت المحكمة قضاءها بمسؤولية الدولة عن تعويض أسر هؤلاء اللذين تعرضوا للقتل برصاص الشرطة علي تقصير جهاز الشرطة في التحقق من صحة المعلومات التي وردت إليها بوجود مندسين إرهابيين بين المشاركين في المظاهرة<sup>(١)</sup>.

أما الصورة الأخرى من صور السلوك السلبي لرجال الضبط الإداري، والذي اعتبرته أساساً لمسؤولية الدولة بالتعويض هو التقصير في تأمين المشاركين في التجمع ما دام قد استوفي شروطه القانونية، وأخطرت الشرطة بموعد ومكان عقد هذا التجمع<sup>(٢)</sup>.

الأمر الآخر الذي يتعين علينا الإشارة إليه هنا خلال تقرير مسؤولية الدولة عن أخطاء رجال الشرطة في التعامل مع التجمعات هو تحديد المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن حق التظاهر، لذلك بات من الضروري التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي<sup>(٣)</sup>.

**الخطأ الشخصي**، الخطأ الشخصي هو الذي يرتكبه رجل الشرط خارج إطار علاقة العمل، ينسب إلى أحد أفراد الشرطة خلال فض التجمعات ويكون مسؤولاً عنه، ويتحمل دفع الخطأ من ماله الشخصي، ويكون القضاء المدني هو المختص بنظر النزاع. ومن الأخطاء الشخصية التي لا تتحمل الدولة المسؤولية عنها امتناع الموظف العام، رجل الشرطة، عن تنفيذ الأحكام القضائية<sup>(٤)</sup>، إلا أن أحكام القضاء الفرنسي قد توسعت في نطاق مسؤولية جهة الإدارة عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الموظفون ما دامت هذه الأعمال ترتكب خارج نطاق الوظيفة، بشرط أن يكون لها صلة بسير المرفق العام<sup>(٥)</sup>.

---

٢٠١٢، ص ١٠٨، د/محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ج ١، مبدأ المشروعية، تنظيم الرقابة القضائية، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، ١٩٦٢، ص ٢٣٨.

(1) Qureshi, F., The impact of extended police stops and search powers under the UK criminal justice act 2003, Op. Cit., p.492.

(2) R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Northumbria Police Authority (1988). Wade, E.C.S., & Bradely, A.W., Constitutional and administrative law, Oxford, 1990, p.684.

(٤) د/طارق عبد الحميد توفيق: تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن حق التظاهر، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مجلد ٢، العدد ٧، ٢٠١٣، ص ٢٠٧-٢٥٢.

(٤) د/خاميس السيد إسماعيل: قضاء مجلس الدولة وصيغ الدعاوي الإدارية وإجراءاتها، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص ٩٩.

(5) C.E Ass. 18/11/1948 Dlle Mimeur, Defaux, Bethelsemer p.492.

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن خطأ رجل الضبط قد يكون خطأ أجنبي لا تسأل عنه الدولة إذا قام بالاعتداء على المشاركين في التجمع وهو في وقت إجازة، أو كان غير مكلف بالخدمة الأمنية في مكان عقد الاجتماع<sup>(1)</sup>، وعددت أحكام القضاء الفرنسي بعض صور تصرفات رجل الشرطة التي يمكن اعتبارها خطأ جسم على سبيل المثال لا الحصر، إذ اعتبرت محكمة استئناف باريس أن ممارسة رجل الشرطة لمهامه بحقد وكرهية ضد أحد المواطنين يعد خطأ جسيم<sup>(2)</sup>، ارتكاب فعل بقصد الإضرار بالغير<sup>(3)</sup>، سوء النية<sup>(4)</sup>، امتناع القائد عن إصدار أوامره إلى مرؤوسيه بشأن التصرف في موقف ما<sup>(5)</sup>، إفشاء المعلومات إلى وكالة الصحافة الفرنسية التي تم الحصول عليها خلال تحقيق شرطي، والتي من شأن إفشائها الإضرار بالغير<sup>(6)</sup>، تنفيذ عملية الضبط القضائي في غياب الركن القانوني للجريمة المفترضة<sup>(7)</sup>، حبس المواطنين بغير إذن من السلطة القضائية<sup>(8)</sup>.

**الخطأ المرفقي:** تسأل جهة الإدارة عن خطأها في إدارة وتسيير المرفق الذي تتولاه متى سبب ضرراً للغير، ومتى كان هذا الضرر مرتبط بتقصيرها وإهمالها في تنظيم شئون المرفق والإشراف عليه، مثل تعمد قوات الشرطة المصرية دهس المتظاهرين في ميدان التحرير إبان ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، وتحريض الإعلام الرسمي للهجوم على المتظاهرين، وعدم توفير الشرطة الحماية للمتظاهرين في مناسبات عدة، باعتبار ذلك حقاً دستورياً<sup>(9)</sup>.

والخطأ المرفقي هو الذي يصلح لأن يكون أساساً لمسؤولية الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الأفراد حال ممارسة الحقوق والحريات، إلا أن هناك من رأي أن الخطأ الشخصي للموظف العام يصلح لأن يكون سبباً لمسؤولية الدولة، وينسب الخطأ المرفقي إلى جهة الإدارة، ويدخل في نطاق العلاقة الإدارية، وتسأل عنه الحكومة من خزانة الدولة، إلا أنه الملاحظ من أحكام القضاء أنه قد توسع في إعمال مسؤولية الدولة عن الخطأ الشخصي لأفراد جهاز الشرطة حتى

(1) Qureshi, F., The impact of extended police stop and search powers under the UK criminal justice act 2003, Op. Cit., p.393.

(2) A Paris, 13 mars 1985: B.C c/ Trésor Public.

(3) C.A Paris, 25 mai 1988, Sté Fils de Ramel.

(4) C.A Paris, 29 mai 1990, Delalande c/ A.J.T.

(5) Civ. 1ère, 29 juin 1994.

(6) Civ. 1ère, 9 mars 1999.

(7) Civ. 1ère, 15 octobre 1996.

(8) C.A Paris, 14 juin 1998.

(9) د/عادل ماجد: مسؤولية رجال السلطة عن الجرائم الجسيمة ضد المتظاهرين في أحداث ٢٥ يناير ٢٠١١، دار النهضة، ٢٠١١، ص ٢٦، د/عبد الفتاح محمد عبد الفتاح - د/ طارق السيد بدران: مسؤولية الدولة عن أعمال العنف السياسي في النظامين المصري والفرنسي في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء، دار النهضة، ٢٠١٩، ص ١٠٥.

وإن كانت هذه الأعمال ترتكب خارج نطاق الوظيفة، ما دام أن لها صلة بسير المرفق العام<sup>(١)</sup>، انطلاقاً من علاقة التبعية، فمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة هو حدوث عمل غير مشروع من تابعه حال تأدية وظيفته أو بسببها<sup>(٢)</sup>.

من صور الخطأ الذي يستوجب التعويض في مجال ممارسة حق التظاهر امتناع جهة الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية بإلغاء قرار جهة الإدارة بمنع عقد تجمع، إلا أن جهة الإدارة قد تماطل أو تتحايل على تنفيذ الحكم، فاعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن امتناع جهة الإدارة عن تنفيذ حكم صادر بإلغاء قرار إداري مخالف قانونية صارخة تستوجب مسؤولية الحكومة عن التعويضات<sup>(٣)</sup>، مقتل أحد المتظاهرين برصاص أحد جنود الشرطة جراء إطلاق الأعيرة النارية في الهواء لتفريق المتظاهرين بسبب تقصير جهاز الشرطة في تدريب قوات شرطة مكافحة الشغب<sup>(٤)</sup>.

ومن الأعمال المادية التي تستوجب مسؤولية جهة الإدارة (الشرطة) بالتعويض هي استخدام القوة، وهي "استعمال الطاقة البدنية، واستعمال العصي، والغاز المسيل للدموع، ويجب أن يكون استعمال قوات الأمن القوة في تفريق المشاركين في التجمع الذي فقد سلميته بصورة مفرطة لا تتناسب مع ما أبداه هؤلاء المشاركون، مثل استعمال أفراد الشرطة أسلحة خطيرة أو قاتلة بطبيعتها، فإن ذلك يعد سبباً لمسؤولية الإدارة حتى وإن كانت تنفذ واجباً قد فرضه عليها القانون، وهو الحفاظ على الأمن العام، النظام العام والسكينة العامة، إذ أن استخدام القوة بالقدر المفرط في تفريق التجمع الذي فقد سلميته، أو حتى الذي تم بدون ترخيص، وغير المتناسب مع الأفعال التي أتاها المجتمعون يخرج تصرف رجل الشرطة عن نطاق المشروعية إلى نطاق التجريم، كما ذهبت إلى ذلك أحكام المحكمة العليا<sup>(٥)</sup>.

وتكون جهة الإدارة مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها تابعيها، مثل إطلاق الأعيرة النارية الطائشة، التي تنطلق من أسلحة رجال الشرطة، وانفجار المتفجرات والذخائر التي تحوزها جهة الإدارة، فضلاً عن الأخطاء التي ترتكبها جهة الإدارة

(1) C.E Ass. 18/11/1948 Dlle Mimeur, Defaux, Bethelsemer p.492.

د/أحمد شوقي حفطي: موسوعة المسئوليات المدنية والجنائية والموسوعة الإدارية، دار كنوز المتخصصة للإصدارات القانونية، ط ٢٠١٥، ص ٣٩٠.

(٢) الطعن رقم ٥٦٨١ لسنة ٤٦ ق، عليا، جلسة ١٨ يناير ٢٠٠٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٠٩٦ لسنة ٤٥ ق، جلسة ١٧ فبراير ٢٠٠١، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠٠ وحتى آخر سبتمبر ٢٠٠١، ص ٣٩٧، منشور في د/أحمد يوسف محمد علي: التظلم الإداري ومواعيد دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٦، ص ٤٧١.

(4) Peach v. Commissioner of police of the Metropolis, [1986] QB 1064; Leyland, P., & Woods, T., Textbook on Administrative law, 4th ed., Oxford, 2002, p.476.

(٥) الطعن رقم ١٧٨٣ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٧/٤/٢٠٠٧، منشور في د/ محمد ماهر أبو العينين: تطور قضاء الإلغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية، ط ٢٠١٥، ص ١٧٨.

سواء كان ذلك نتيجة مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة، إذ أن إساءة استعمال الحق، بالانحراف عن حدود الرخصة، فهو خطأ يستوجب التعويض<sup>(1)</sup>.

كما تبنت أحكام القضاء الفرنسي نظرية الجمع بين الخطأين (Cumul des fautes)، والتي تقتضي الجمع بين فعلين (خطأ مرفقي وخطأ شخصي)، وتفتح للمضرور الباب لرفع دعواه، سواء ضد التابع أو المتبوع<sup>(2)</sup>، وبموجب نظرية الجمع بين المسؤوليتين (Cumul de responsabilite)، يكون مصدر الضرر واحد، وهو الفعل الذي يرتكبه الموظف أثناء تأدية وظيفته، ولكن لجسامة الخطأ يكفي علي أنه خطأ شخصي، بما يفتح الباب أمام المضرور لمقاضاة جهة الإدارة التي هي ضامن لأخطاء موظفيها<sup>(3)</sup>، إذا كان يمكن القول أنه برغم اعتراف أحكام القضاء الفرنسي بمسؤولية الإدارة عن الخطأ المرفقي، إلا أن هذه الأحكام قد أقرت بصعوبة التمييز وصعوبة الفصل بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي لموظف المرفق العام<sup>(4)</sup>.

**أما الركن الثاني** من أركان المسؤولية الإدارية فهو ركن الضرر، يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المشاركين في التجمع ناشئ عن الاعتداء علي حق يتمتع بالحماية القانونية، ومن ثم يسقط حق الأفراد في التعويض عن الضرر الذي لحق بهم حال خروج التجمع عن سلميته، والاعتداء على رجال الشرطة، إذ يكون هذا التجمع قد فقد الحماية التي أسبغها عليه القانون، وهو ما يدعو القاضي إلي بحث مظاهر ومدى توافر أسباب خروج هذا التجمع عن سلميته من عدمه.

وأوضح قضاء مجلس الدولة الفرنسي أهمية ركن الضرر كأحد الأركان الأساسية في المسؤولية الإدارية عن التعامل مع المظاهرات أو المسيرات، إذ قضى في حكمه الصادر بتاريخ 11 يوليو 2011، في قضية Clichy-sous-Bois أنه من بين شروط انعقاد مسؤولية الدولة عن خطأ أفراد جهاز الشرطة وقوع ضرر ناتج عن خطأ ارتكبه أحد أفراد جهاز الشرطة، وهو لا يزال علي قوة العمل لم يحال إلي التقاعد، أو ناتج عن جنائية أو جنحة ارتكبتها أحد أفراد الشرطة بالعنف أو القوة المفرطة، ويكون الضرر الناشئ هو نتيجة مباشرة أو غير مباشرة لهذه الجرائم، ويكون القاضي الإداري هو المختص بوصف هذه الأفعال بأنها تشكل جريمة وفقاً لأحكام القانون<sup>(5)</sup>. ومن هذه الجرائم التي اعتبرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي موجبة للتعويض هي الأضرار التي تلحق بالشخص الطبيعي أو بالممتلكات.

**أما الركن الثالث** من أركان المسؤولية الإدارية عن التعامل مع المظاهرات فهو علاقة السببية بين خطأ جهة الإدارة، سواء كان بسلوك إيجابي أو سلبي وبين الضرر الذي لحق المضرور، تك الأهمية لعلاقة السببية يمكننا بيانها من حكم المحكمة الإدارية العليا عليه، التي قضت بأن مناط مسؤولية الإدارة عن قراراتها غير المشروعة، وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار الإداري غير مشروع، وشابه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، وأن

(1) حكم محكمة النقض، جلسة 25 ديسمبر 2012، الطعن رقم 253 لسنة 74 ق، مجموعة أحكام النقض، قاعدة 195، ص 1210.

(2) C.E 03/02/1911 Anguet p.146, S. 1911.3.137 note M. Hauriou.

(3) C.E 26/07/1918 Ep. Lemonnier p.761.

(4) CE 6 Nov.1985, Soc. Condor-Flugdiens, A.J.D.A., 1986, p.84.

(5) C.E. 11 juillet 2011.

يلحق صاحب الشأن ضرر، وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر<sup>(١)</sup>، وإن كانت أحكام القضاء السوري قد أخذت بنظرية السبب المنتج، أي أنه في حالة تعدد الأسباب يجب على المحكمة الأخذ بالسبب المنتج للحادث دون السبب العارض<sup>(٢)</sup>، ويعد انتفاء علاقة السببية بين فعل جهة الإدارة والضرر الذي لحق المضرور سبباً لانتفاء المسؤولية<sup>(٣)</sup>.

فالعبرة بوقوع الضرر المستوجب لمسؤولية الإدارة بالتعويض رهن بتوفر علاقة السببية بين خطأ جهة الإدارة وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ، دون أن يكون لمبلغ الضرر أية أثر في مسؤولية الإدارة إذا جاء قرارها مبرئاً من أي عيب من عيوب القرار الإداري، وتجدر هنا الإشارة إلي حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية التي اعتبرت أنه: من حيث أنه من المقرر أن القضاء الإداري لا يحكم بالتعويض عن القرار الإداري إلا إذا كان القرار غير مشروع أي مشوباً بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، وأن يترتب عليه ضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين عدم مشروعية القرار والضرر الذي أصاب الفرد، فإذا كان القرار الإداري سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل الإدارة عن نتيجته مهما بلغت الأضرار التي قد تلحق بالفرد من جراء تنفيذه<sup>(٤)</sup>.

في ضوء ما سبق، يمكن القول بأن مسؤولية الإدارة تعاملها مع المظاهرات تقوم على وجود خطأ وضرر علاقة سببية بينهما، وأن تخلف ركن من هذه الأركان يترتب عليه انتفاء المسؤولية المدنية للإدارة، ويقع على عاتق المضرور إثبات ركن الضرر بكل طرق الإثبات<sup>(٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### المسؤولية بدون خطأ عن منع ممارسة حق التظاهر

إذا كان الأصل هو مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة ممارستهم لحق التجمع نتيجة توفر خطر، والتي تعد من وسائل القضاء الإداري لحماية حق التجمع، سواء كان برفع الدعوى أمام القضاء العادي إذا كانت الأضرار ناتجة عن وقائع مادية، ما لم تكن هذه الوقائع مرتبطة بتنفيذ قرار إداري، أو أمام القضاء الإداري إذا كانت الأضرار التي لحقت بالمدعين ناتجة عن قرار إداري، إلا أن هناك بعض الحالات تتحمل الدولة فيها المسؤولية بدون خطأ، استناداً إلي المخاطر أو تحمل التبعات، كما هو الحال مع تحمل الدولة مسؤولية الأضرار الناتجة عن المظاهرات والاضطرابات<sup>(٦)</sup>، وهي صورة من صور مسؤولية الإدارة حال تحقق الضرر، دون وقوع خطأ، أو عدم القدرة علي إسناد الخطأ لشخص

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٩٨٢ لسنة ٣٧ ق، إدارية عليا، جلسة ١٦/١١/١٩٩٦، حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٦٩٠ لسنة ٤١ ق، إدارية عليا، جلسة ١٥/١١/١٩٩٧، أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٩٠-٢٠١٦، ج ٥، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ٩٢.

(٢) نقض سوري ١٩/٤/١٩٧٣، مجلة المحامون، العدد ٧، ١٩٧٣، ص ٣٣٣.

(٣) المادة ١٦٦ من القانون المدني السوري.

(٤) الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤١ ق عليا، الدائرة الأولى، جلسة ١٨ ديسمبر ٢٠٠٤.

(٥) الطعن رقم ٦٧٣٠ لسنة ٤٤ ق عليا، جلسة ١ نيسان ٢٠٠١.

(6) Chapus, R., Droit administratif general, T.1, 4eme ed., Montchrestien, 1988, p.728.

معين، حتى لا يقف المضرور مكتوف اليدين أمام عدم قدرة أجهزة الشرطة علي كشف مرتكب الخطأ. وللمسؤولية بدون خطأ دور تكميلي إلى جوار المسؤولية على أساس الخطأ<sup>(١)</sup>.

والمسؤولية بدون خطأ تتفق وطبائع الأمور في مجال الحقوق والحريات، فالمتبوع من سلطات الضبط الإداري لها صفة قانونية، وهي أنها ضامنة لنشاط التابع، ولكون الدولة تستفيد من نشاط تابعيها، فإن عليها أن تتحمل مخاطر هذا النشاط<sup>(٢)</sup>، كما هو الحال مع انفجار الأسلحة والذخائر التي تستخدمها جهة الشرطة، ويترتب عليه ضرر للأفراد، بما يتحقق فيه شروط المسؤولية بدون خطأ.

إذا كان المشرع قد أجاز استخدام القوة في حال فقد التجمعات سلميتها والحق في إنزال القوة في حالة الشغب لاحتواء الموقف، فلا بد أن يكون استخدام هذه القوة بالقدر الضروري واللازم للحفاظ علي الأمن والنظام العام<sup>(٣)</sup>، ومن ثم يجوز للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض وإن لم يكن هناك خطأ من جانب الدولة خلال قيام أجهزة الدولة بأداء أعمالها، وإن كان يقع علي عاتق المضرور إثبات علاقة سببية بين الضرر الذي لحق بالمضرور وبين نشاط جهة الإدارة دون حاجة لإثبات خطأ الإدارة، شريطة أن يكون الضرر جسيم، وأن يكون هناك علاقة سببية بين الضرر ونشاط جهة الإدارة<sup>(٤)</sup>.

ومن الأعمال المادية التي تستوجب مسؤولية جهة الإدارة (الشرطة) بالتعويض بدون خطأ هي استخدام القوة، وهي "استعمال الطاقة البدنية، واستعمال العصي، والغاز المسيل للدموع أو أي شيء آخر مما لا يقتل عادة"، فإذا تحولت أعمال الشغب إلى ارتكاب جرائم ضد الأمن العام بواسطة السلاح الناري أو المتفجرات، أو تعرض الأماكن أو الأشخاص الذين تتولى الشرطة حراستهم لخطر محقق، ولم تتمكن الشرطة من دفع الخطر عليهم بأي وسيلة أخرى، فلها استعمال السلاح وإطلاق النار<sup>(٥)</sup>، فإذا ما وصلت أحداث المظاهرات بأعمال الشغب إلى هذا الحد، فإن أحداثها تعتبر محنة عامة، تتحمل الدولة تعويض الأضرار الناجمة عنها على أساس المخاطر، يستوي في ذلك الأضرار الناجمة عن أعمال المتظاهرين أو أعمال الشرطة، وتتشابه مسؤولية الدولة بخطأ مع مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه في القانون المدني.

إلا أن أحكام القضاء الإداري في مصر ترفض غالباً تقرير مسؤولية الدولة علي أساس المخاطر أو تحمل التبعية، فيما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على مسؤولية الدولة علي أساس المخاطر، وإن كنا نري بضرورة تدخل المشرع وتقرير مسؤولية الدولة بدون خطأ تحقيقاً للعدالة التي تصيهم جراء توسع النشاط الإداري وما يخلفه لهم من مخاطر

(١) د/ صلاح يوسف عبد العليم: أثر القضاء الإداري علي النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ٣٨٦.

(٢) د/ محمد أنس جعفر: التعويض في المسؤولية الإدارية، ص ٨١.

(٣) المادة ٩٩ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، تناظر المادة ٥٧ من دستور عام ١٩٧١، المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ٢٠١٣، بشأن ممارسة حق التظاهر.

(٤) د/ أحمد شوقي حفطي: موسوعة المسئوليات المدنية والجنائية والموسوعة الإدارية، دار كنوز المتخصصة للإصدارات القانونية، ط ٢٠١٥، ص ٣٩٠.

(٥) نص المادة ١٠/د، من قانون هيئة الشرطة

متزايدة، خاصة وأن مجال المسؤولية الإدارية قد ازداد ليشمل الأعمال المادية، وليس فقط القرارات الإدارية والأعمال المادية المرتبطة بتنفيذ هذه القرارات<sup>(١)</sup>.

الأمر الأخير الذي يتعين علينا الإشارة إليه هنا هو مدى مسؤولية الدولة عن منع ممارسة حق التجمع في الظروف الاستثنائية، يمكننا القول هنا أنه إذا كانت الظروف الاستثنائية تجيز لجهة الإدارة اتخاذ إجراءات غير مسموح بها في الظروف العادية، والتي قد تصل إلي منع ممارسة الحريات، إلا أن أحكام القضاء قد قضت بمسؤولية الدولة عن أعمالها في الظروف الاستثنائية حال ارتكابها خطأ جسيم، مثل فرض قيود علي ممارسة الحريات الأساسية دون مسوغ من الواقع أو القانون، متى كان الظاهر من ذلك هو حماية النظام العام وتأمين السير العام للمرفق، إلا أنها قد تهدف من في باطن الأمر إلي التنكيل بخصومها السياسيين الذي يسعون إلي كشف عورات النظام وإخفاقاته المتكررة، ففي هذه الحالة يكون تصرف جهة الإدارة مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة وتقوم معها المسؤولية، وللقضاء الحق إذا طعن أمامه في مشروعية تصرفاتها أن يحكم بإلغاء التصرف أو التعويض أو الاثنين معاً<sup>(٢)</sup>، كما أن الظروف الاستثنائية لا تمنع من خضوع هذه القرارات لرقابة القضاء، فقواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يكفي معه للإدارة أن تؤدي واجبها في الحفاظ علي النظام العام، وسير المرفق، ولكن تبقى المشروعية قائمة<sup>(٣)</sup>.

وميزت المحكمة الإدارية العليا في مصر ما بين خطأ الدولة كسبب للمسؤولية في الظروف العادية وبين الخطأ في الظروف الاستثنائية بأن منطق الحكمة يقضي التفرقة في مجال مسؤولية الدولة بين ما يصدر من السلطة العامة من أوامر وتصرفات وهي تعمل في ظروف عادية رتيبة تتاح لها الفرصة الكاملة للفحص والتبصر والرؤية وبين ما تضطر إلي اتخاذه من قرارات وإجراءات عاجلة تملئها عليها ظروف ملحة لا تمهل للتروي ولا تحتتمل التردد كالحرب والفتنة والوباء والكوارث، ففي الحالة الأولى تقوم مسئوليتها متى وقع ثمة خطأ من جانبها ترتب عليه إحداث ضرر للغير وربطت بينهما علاقة سببية، وتتراوح هذه المسؤولية تبعاً لجسامة الضرر والخطأ، أما في الحالة الثانية فالأمر متباين عنه في الحالة الأولى، إذ يقدر الخطأ بمقدار مغاير، وبالمثل تقدر المسؤولية فيما يعد خطأ في الأوقات العادية قد يكون سلوك مباح في الأحوال الاستثنائية، وتندرج المسؤولية علي هذا الأساس، فلا تكون كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائياً جسيماً يرقى إلي مرتبة التعسف المتعمد المصطحب بسوء القصد، وتخفف هذه المسؤولية في حالة الخطأ الظاهر غير المألوف الذي يجاوز الخطأ العادي، ولا يركز علي مبرر يسوغه، وتتعمد كلياً في حالة الخطأ العادي المتجرد من التعسف في استخدام السلطة الذي تحمل الإدارة علي الوقوع فيه ظروف غير عادية تنشده فيه مصلحة عامة تعلق علي المصالح الفردية<sup>(٤)</sup>.

ويمكن تأسيس إعفاء جهة الإدارة من المسؤولية عن التعويض عن منع التظاهر السلمي في الظروف الاستثنائية على الأسباب التالية:

(١) د/عمر حسبو: حرية الاجتماع، دراسة مقارنة، دار النهضة، ١٩٩٩، ص ١٨٩.

(٢) د/هاني علي محمد عويس: أثر الظروف الاستثنائية علي تمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم الأساسية وعلى سلطات الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص ٢٠١٣، ص ٩٣.

(٣) د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، ص ٦٣٧.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة ١٨ آذار ١٩٥٦، الطعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٩ ق، س ١٠، بند ٢٦١، ص ٢٥١.

أ: تشكل الظروف الاستثنائية في حد ذاتها مانعاً لمسؤولية الدولة إذا كان الخطأ بسيطاً، بينما تتعدّد مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية إذا كان الخطأ استثنائياً ينبئ عن سوء قصد من جانب الإدارة، وترتب عليه ضرر، وارتبطاً معاً بعلاقة السببية.

ب: تنتفي مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية إذا كان الخطأ عادي يمكن أن ترتكبه الإدارة في الظروف العادية.

ج: مرد هذا الإعفاء هو تغليب للمصلحة الجماعية على المصلحة الفردية، بما يمكن الدولة من الحفاظ على أمن وسلامة البلاد.

ولانعقاد مسؤولية الدولة عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمشاركين في التجمع، فقد وضع الفقه أساساً لانعقاد مسؤولية الدولة، وأهمها علاقة تبعية رجال الضبط الإداري للدولة، وارتكاب الخطأ بسبب وأثناء تأدية الوظيفة، وهو ما نبينه على النحو التالي:

#### أولاً: علاقة التبعية Lieu de preposition

تتعدّد مسؤولية الدولة بالتعويض عن الاعتداء على الحقوق والحريات الدستورية علي ذات مبدأ مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه، إذ ذهب البعض إلى القول بمبدأ المسؤولية تأسيساً على الخطأ المفترض من جانب المتبوع عن أخطاء تابعة، وإن كانت هذه المسؤولية تأخذ في الغالب صورة التعويض المالي<sup>(1)</sup>، ويشترط لقيام حالة التبعية هذه أن يكون لجهاز الشرطة سيطرة علي أفرادها، وأن تكون هذه السيطرة فعلية، إن لم تكن قانونية، كما هو الحال في حالة ارتكاب رجل الضبط الإداري خطأ في فض أحد التجمعات، حتى وإن كان قد تم تعيينه بقرار باطل، إذ تبقى علاقة التبعية هذه قائمة، إذ العبارة باستعمال المتبوع لهذه السلطة<sup>(2)</sup>، وأن يخضع رجل الضبط الإداري لرقابة وإشراف جهاز الشرطة<sup>(3)</sup>.

ثانياً: أن يقع خطأ رجل الضبط الإداري بسبب وأثناء تأدية وظيفته

أما الشرط الآخر لانعقاد مسؤولية الدولة عن خطأ رجال الضبط الإداري خلال ممارسة الأفراد للحقوق والحريات أن يقع الخطأ بسبب وأثناء تأدية وظيفته، وذلك لقيام الخطأ المفترض من جانب المتبوع للتقصير في الإشراف والرقابة على تابعه، تقييم سلوكياته أولاً بأول، وضمان التزام رجال الشرطة بالمعايير القانونية في التعامل مع الاحتجاجات والمظاهرات، وإن كان هناك من ذلك إلى القول بأنه لا يكفي ارتكاب رجال الضبط الإداري الخطأ بسبب وأثناء تأدية الوظيفة.

رأي البعض بانتفاء مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها رجال الضبط الإداري إذا لم تكن بسبب وأثناء تأدية الوظيفة، إلا أن هذا الرأي لاقي انتقاداً، خاصة مع صدور عدد من الأحكام القضائية في بريطانيا، والتي قضت بمسؤولية

(1)Stefani, G., and Levasseur, G., Le droit pénal général, Dalloz, 16eme édition, 1997, p.274.

(2) د/عبد الرحمن أحمد شوقي: مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، القاهرة، 1976، ص 32.

(3) د/عبد الرزاق سيد متولي: مسؤولية الشرطة عن الأضرار الناشئة عن مزاوله وظيفتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، 2014، ص 252.

جهاز الشرطة حال الاعتداء على الأفراد باستخدام أدوات جهاز الشرطة مثل العصي الكهربائية، الأسلحة النارية وسيارات الشرطة<sup>(١)</sup>.

كما رأي البعض الآخر أنه من أجل انعقاد مسؤولية الإدارة عن خطأ رجل السلطة العامة، يجب أن يكون هذا الخطأ جسيم، دون الأخطاء البسيطة<sup>(٢)</sup>، وفي حالة تعدد الفاعلين فإنهم يكونوا متضامنين في تعويض المجني عليه بقدر ما أسهم كلاً منهم بخطئه في إحداث الضرر.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلي القول أن أساس المسؤولية بدون خطأ عن الأضرار التي تصيب المشاركين في التجمعات مردها الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، إذ أن الضرر هنا له طبيعة العبء العام، ويسهم المجتمع في جبر هذا الضرر الناتج عن النشاط الإداري<sup>(٣)</sup> وإعاقة ممارسة حق التجمع، ولا يجوز للمجتمع أن يرهق كاهل فرد أو مجموعة من الأفراد ما دام النفع عائد علي الجماعة كلها من ممارسة حق التجمع من تقوية الوعي الجماعي، غرس الشعور بالانتماء وترسيخ قواعد الديمقراطية، وتقديم التوصيات التي يمكن أن توجه الحكومة في عملها، وهو أمر تشجع عليه الأنظمة الديمقراطية، برغم أن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ليس شرطاً من شروط مسؤولية الدولة، ولا ركناً من أركانها.

ونجد لمبدأ مسؤولية الدولة بدون خطأ العديد من التطبيقات القضائية، إذ أقر مجلس اللوردات في قضية *Burmah Oil v Lord Advocate* عام ١٩٦٥ بمسؤولية التاج عن أخطاء القوات المسلحة البريطانية، وتعويض هؤلاء الذين فقدوا ممتلكاتهم إبان الحرب العالمية الثانية، وبناء عليه صدر قانون التعويض عن خسائر الحرب عام ١٩٦٥.

#### الخاتمة:

لقد أجازت التشريعات محل المقارنة للمواطنين الحق بالتظاهر سلمياً ولكن قيدت ممارسة الحق ببعض الشروط الإجرائية والموضوعية، إلا أن المشرع قدر أنه أثناء ممارسة التظاهر قد تتحرف الأمور عن مسارها الطبيعي الأمر الذي قد يتسبب ببعض الأضرار للمواطنين لذلك استقر القضاء على تقرير مسؤولية الإدارة عن تعويض هذه الأضرار سواء كان على أساس الخطأ أو دون خطأ وسواء نتج

(1) **Qureshi, F.**, The impact of extended police stops and search powers under the UK criminal justice act 2003, *Inter J. Police Strategies and Management*, Vol. 30 (3), 2007, p.492.

(2) **Dupuis, G., & Guedon, M.J.**, Institutions administratives, droit administratif, Armand Colin, 2000, p.450.

(٣) د/وجدى ثابت غبريال: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الدستورية، منشأة المعارف، ١٩٨٨، ص١٨.

الضرر عن عمل سلبي أو إيجابي أو حتى عن التباطؤ في تأدية مهامها، ولكن تقرير المسؤولية لا يتم عشوائياً وإنما يجب تحقق شروط المسؤولية حتى يتم الحكم بالتعويض.

لا بد في هذا الصدد من الإشارة إلى المسؤولية على أساس الخطأ أو دون خطأ تقوم على ثلاثة أركان تتفقان في ركنين وهما الضرر وعلاقة السببية وتختلفان في ركن آخر وهو الخطأ في المسؤولية على أساس الخطأ والعمل المشروع في المسؤولية دون خطأ.

لقد ختمنا بحثنا بجملة من النتائج والتوصيات على الشكل التالي:

### النتائج:

لقد توصلنا بنهاية البحث إلى جملة من النتائج نجملها بالآتي:

١- لقد أقرت التشريعات الوضعية للمواطنين بالحق بالتظاهر سلمياً كوسيلة للتعبير عن الرأي إلا أنها لم تجعل ممارسة هذا الحق مطلقاً بل أخضعت ممارسته لعدة قيود.

٢- تتحمل الإدارة عبء التعويض عن الأضرار الناتجة عن ممارسة التظاهر سواء بخطأ أو دون خطأ فيما إذا قدر القضاء تحقق شروط المسؤولية لتقرير التعويض المناسب.

٣- تتحمل الإدارة التعويض الناتج سواء عن عملها السلبي أو الإيجابي أو حتى عن التأخر أو التباطؤ في تأدية مهامها.

٤- ميز القضاء من أجل تحديد من يتحمل عبء التعويض بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بحيث يتحمل رجل الشرطة شخصياً عبء التعويض عن الخطأ الشخصي بينما تتحمل الإدارة التعويض عن الخطأ المرفقي.

### التوصيات:

خلصنا أيضاً بنتيجة البحث إلى عدة توصيات نجملها على الشكل التالي:

١- نوصي القضاء الإداري السوري بضرورة تبني نظرية المسؤولية دون خطأ عن أعمال مرفق الشرطة في فض التظاهر إلى جانب المسؤولية على أساس الخطأ لتقرير حماية أفضل لحقوق وحرمان المواطنين.

- ٢-نوصي القضاء الإداري السوري بالتشدد في تقدير الخطأ الشخصي حتى لا يتحمل رجل الشرطة المسؤولية الأمر الذي يدفعه إلى الخوف والخشية من أداء عمله مما يسبب أضرارا على النظام العام.
- ٣-كما نوصي القضاء الإداري السوري بالتشدد في تقدير درجة جسامه الخطأ المرفقي الموجب لمسؤولية الإدارة حتى لا تتردد في ممارسة مهامها بالحفاظ على النظام العام ونقترح اشتراط خطأ على درجة عالية من الجسامه.
- ٤-بالمقابل، نوصي القضاء الإداري السوري بعدم التردد في الحكم على الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المواطنين عندما يقدر توافر شروط التعويض.
- ٥-نوصي القضاء الإداري السوري بعدم الاكتفاء في تقرير المسؤولية عن العمل الإيجابي أو السلبي وإنما أيضا عن التأخر أو التباطؤ في تأدية الخدمة لما يسببه التباطؤ من أضرار جسيمة بحق المواطنين.

#### قائمة المراجع

##### أولاً: المراجع العربية

- د/ أحمد بن عيسى: حق التظاهر السلمي بين الضمانات القانونية ومقتضيات الحفاظ على النظام العام، مجلة دراسات، عدد ٢٣ ب، ٢٠١٣، ص ١٤٨-١٦٣.
- د/أحمد شوقي حفطي: موسوعة المسئوليتان المدنية والجزائية والموسوعة الإدارية، دار كنوز المتخصصة للإصدارات القانونية، ط ٢٠١٥.
- د/أحمد يوسف محمد علي: التظلم الإداري ومواعيد دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٦
- د/تامر علي: حق التظاهر والاعتصام، المركز الدولي للدراسات المستقبلية والاستراتيجية، القاهرة، ٢٠١٢.
- د/جاسم محمد سعود المصنف- د/طارق عبد الرؤوف صالح: المسؤولية المدنية لإساءة حق التعبير عن الرأي، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- د/خميس السيد إسماعيل: قضاء مجلس الدولة وصيغ الدعاوي الإدارية وإجراءاتها، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.
- روشنا محمد أمين: حق التظاهر السلمي في الدساتير والقوانين الوطنية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٠، عدد ٣٨، ٢٠٢١، ص ٣٥٩.
- د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري.
- د/ صلاح يوسف عبد العليم: أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.

- د/طارق عبد الحميد توفيق: تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن حق التظاهر، *مجلة البحوث والدراسات الشرعية*، مجلد 2، العدد 7، 2013، ص207-ص252.
- د/عادل ماجد: مسؤولية رجال السلطة عن الجرائم الجسيمة ضد المتظاهرين في أحداث 25 يناير 2011، دار النهضة، 2011.
- د/عبد الرحمن أحمد شوقي: مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، القاهرة، 1976.
- د/عبد الرزاق سيد متولي: مسؤولية الشرطة عن الأضرار الناشئة عن مزاوله وظيفتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2014.
- د/عمر حسبو: حرية الاجتماع، دراسة مقارنة، دار النهضة، 1999.
- د/فواز صالح: القانون المدني السوري 2، الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
- د/محمد أنس جعفر: التعويض في المسؤولية الإدارية، دار النهضة، 2008.
- د/محمد عبد العال السناري: نفاذ القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981.
- د/محمد ماهر أبو العينين: تطور قضاء الإلغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية، ط 2015.
- د/محمود نجيب حسني: جرائم الامتناع والمسؤولية الجزائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، 1986.
- د/رمسيس بنهام: النظرية العامة للقانون الجزائي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1963.
- د/هاني علي محمد عويس: أثر الظروف الاستثنائية على تمتع الأفراد بحقوقهم وحياتهم الأساسية وعلى سلطات الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص2013.
- د/وجدي ثابت غبريال: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الدستورية، منشأة المعارف، 1988.

ثانياً: المراجع الأجنبية

أ. المراجع الفرنسية

- Bigot, R., et Cayol, A.**, L'influence du terrorisme sur l'assurance du dommage corporel, *RGDA*, déc. 2019, n° 12, 116z2, pp. 1-7,
- Braibant, G., et Strin, B.**, Le droit administratif français, L.G.D.J., 1992.
- Braibant, G., et Strin, B.**, Le droit administratif français, Dalloz, 1999.
- Chapus, R.**, Droit administratif general, T.1, 4<sup>eme</sup> ed., Montchrestien, 1988.
- Christine Chapus et Bénédicte Winiger**, Responsabilité civile et responsabilité pénale, Université de Genève, 2015.
- Dupuis, G., & Guedon, M.J.**, Institutions administratives, droit administratif, Armand Colin, 2000.
- Jean Rivero et Jean Waline**: Droit administratif, 18<sup>eme</sup> ed., Dalloz, 2000.
- Léon Ferrandis**, La responsabilité de l'État dans la victimisation: le cas particulier des

victimes du terrorisme, M Sc These, l'Université de Liège, 2020.

**Stefani, G., and Levasseur, G.,** Le droit pénal général, Dalloz, 16<sup>eme</sup> édition, 1997.

ب. المراجع الإنجليزية

**Alder, J.,** Constitutional and administrative law, 4<sup>ed</sup> ed., Palgrave Macmillan, 2002.

**Carroll, A.,** Constitutional and administrative law, London 2009.

**Colin Turpin & Adam Tomkins:** British Government and Constitution, Cambridge University, 2007.

**Fenwick, H.,** Civil liberties, Cavendish Publishing Limited, London, 2000.

**Grace, J.,** A balanced of rights and protections in public order policing: A case study on Rotherham, *European J. of Current Legal Issues*, Vol. 24 (1), 2018, p.1.

**Hartley, T.C.,** and Griffith, J.A., Government and law, London, 1975.

**Harlow, C.R.,** Adminstraative liability: A comparative study of French and English law, Ph D Thesis, University of London, 1979.

**Ian Ellis– Jones,** Aministrative law, 2<sup>ed</sup> ed., London, 2001.

**Leyland, P., & Woods, T.,** Textbook on Administrative law, 4<sup>th</sup> ed., Oxford, 2002.

**Qureshi, F.,** The impact of extended police stops and search powers under the UK criminal justice act 2003, *Inter J. Police Strategies and Management*, Vol. 30 (3), 2007, p.492.

## الحماية الجزائية للمرأة في القانون السوري

### مقارنة بالقوانين العربية

د. نسرين رضوان

كلية الحقوق / جامعة العربية الخاصة

#### ملخص:

إن أفعال الاعتداء والعنف هي أفعال جرمية قديمة قدم التاريخ والبشرية، لذلك جاءت الشرائع السماوية بالرد على هذه الاعتداءات واعتبارها حرماً لا يجوز الاعتداء عليها، ومن ثم بدأت الدول إلى وضع قوانين تنظم العلاقات بين جميع أفراد المجتمع، ورغم كل ذلك من نصوص دينية وقانونية لم تتوقف تلك الاعتداءات ولا حتى أشكال العنف، وتعد أبرز صور العنف في المجتمعات هو العنف الذي يمارس ضد المرأة والتي تعتبر ظاهرة شائعة جداً سواء أكان العنف أو الإيذاء بدنياً أو نفسياً أو جنسياً، فقد كانت حقوق المرأة الشرعية مصانة دائماً في الإسلام ضد جميع أشكال العنف سواء في القرآن والسنة، كما لجأ المشرعين في غالبية دول العالم إلى التدخل وفرض الكثير من القوانين والتدابير والضمانات والضوابط في سبيل حماية المرأة ضد أي عنف أو اعتداء يمارس ضدها من قبل الرجل أو المجتمع، وهذا ما يمليه العقل والإنسانية.

وكذلك تضافرت الجهود الدولية لوضع نصوص خاصة بالحماية الجزائية للمرأة وإدراجها في متن اتفاقيات دولية لمكافحة كافة أشكال التمييز ضد المرأة، من خلال البيان بشكل واضح لحقوق المرأة في تلك الدول ومجتمعاتها داخل الأسرة أو خارجها.

كما أن المشرع السوري لم يغفل عن فرض الحماية الجزائية للمرأة في قانون العقوبات وحماية حقوقها الشرعية في قانون الأحوال الشخصية بل وتعزيز تلك الحماية من خلال التعديلات المتتالية في القانون بما يخص الأفعال الممارسة من أو ضد المرأة، مراعيين بذلك خصوصية المرأة وطبيعتها الجسدية والنفسية إنصافاً وإكراماً واحتراماً لها في أسرتها ومجتمعها من الناحية العلمية والعملية والاهتمام بقضاياها، حيث أن العنف لا يخرج عن كونه انتهاكاً لحقوق الإنسان.

المفردات المفتاحية: الحماية الجنائية . المرأة . العنف

## Penal protection for women in Arab laws

### Summary:

The acts of aggression and violence are criminal acts as old as history and humanity, so the heavenly laws came to respond to these attacks and consider them sanctities that may not be transgressed upon, and then the states began to develop laws that regulate the relations between all members of society, and despite all that religious and legal texts These attacks did not stop, not even forms of violence, and the most prominent form of violence in societies is violence against women, which is a very common phenomenon, whether physical, psychological, or sexual violence or abuse. Women's legal rights have always been preserved in Islam against all forms of violence. Both in the Qur'an and Sunnah Legislators in most countries of the world have also resorted to intervention and imposing many laws, measures, guarantees and controls in order to protect women against any violence or aggression practiced against them by men or society, and this is what reason and humanity dictate. In addition, international efforts have been combined to develop provisions for criminal protection of women and to include them in the body of international agreements in order to combat all forms of discrimination against women, through a clear statement of the rights of women in those countries and their societies, whether inside or outside the family.

Likewise, both the Syrian and Algerian legislators did not neglect the imposition of penal protection for women in the Penal Code and the protection of their legal rights in the Personal Status Law, but rather strengthened that protection through successive amendments in the law regarding acts committed by or against women, taking into account the privacy of women and their physical and psychological nature. Fairness, honor and respect for her in her family and society in terms of science and practice, and attention to her issues, as violence does not depart from being a violation of human rights.

**Keywords:** Criminal protection, woman, Violence

## إشكالية البحث:

لابد من الإحاطة والبيان حول:

- أنماط وأشكال الاعتداءات القاسية التي تمارس ضد المرأة باعتبارها جرائم ترتكب ضدها في أسرتها وعملها وقضاياها.
- الحماية الجزائية للمرأة ضد هذه الاعتداءات وأعمال العنف اعتباراً لخطورة تلك الجرائم سواء من الناحية التشريعية أو الإجرائية وخاصة في جريمة الزنا.
- الإحاطة بالعوامل المؤثرة بالمرأة بالمرأة بالمرأة التشريعية لموضوع هذا البحث.
- قتل المرأة بدافع الشرف.
- أحكام تأديب الزوجة.

## أهداف البحث:

ضرورة زيادة الوعي المجتمعي وجعله حضاري ومنتبه لأهمية وتميز دور المرأة وبطبيعتها البشرية والإنسانية المبدعة فالأم التي تنجب من أحشائها بناء هذا الوطن قادرة على بذر أفكار خلاقة ومبدعة في سبيل هذا البناء وبالتالي الرفض التكرار لاعتبارها ضحية انعدام هذا الوعي أو عدم كفايته.

وكذلك الإضاءة على النقاط التي تتجلى بها الحماية الجزائية للمرأة ومواجهة كافة أنماط وأشكال التمييز بين الرجل والمرأة، وكذلك تعزيز تلك الحماية من خلال تحديث القوانين من الناحية التشريعية المتعلقة بكل ما يكفل حماية المرأة في الأسرة والمجتمع وإنصافها وحمايتها وخاصة من الجرائم المستحدثة.

## أهمية البحث:

للبحث أهمية كبيرة في بيان ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة والوقوف في وجه التمييز والعنف ضد المرأة وذلك على الصعيدين الوطني والعالمي، وتسليط الضوء على النصوص القانونية التي تكفل وتضمن حماية المرأة ضد العنف الأسري والتمييز الاجتماعي ليس فقط من خلال الحماية الجزائية بل من خلال تعزيز تلك الحماية من أجل الوصول إلى حلول جذرية لا تقتصر فقط على حماية المرأة بل الإصرار على منحها حقوقها وإعلاء شأنها وإبراز أهمية دورها الفاعل في الأسرة والمجتمع.

## تقسيم البحث

في سبيل الإحاطة بأهمية البحث، ولبيان إشكاليته، قمنا باتباع التقسيم التالي:

**المبحث الأول: الحماية الجزائية للمرأة**

**المطلب الأول: مفهوم الحماية الجزائية للمرأة**

الفرع الأول: تعريف الحماية الجزائية

الفرع الثاني: حق المرأة في السلامة البدنية والجنسية وأحكام التأديب

**المطلب الثاني: مفهوم العنف**

الفرع الأول: مفهوم جرائم العنف الجسدي

الفرع الثاني: مفهوم جرائم العنف الجنسي

**المبحث الثاني: تفاوت الحماية الجزائية بين المرأة والرجل**

**المطلب الأول: جرائم الشرف**

الفرع الأول: مفهوم جرائم الشرف

الفرع الثاني: الإطار القانوني لقتل المرأة بدافع الشرف في القوانين العربية

**المطلب الثاني: جرائم الزنا**

الفرع الأول: الأحكام الموضوعية في جرائم الزنا

الفرع الثاني: الأحكام الإجرائية في جرائم الزنا

مقدمة:

تعتبر ظاهرتي التمييز بين الرجل والمرأة والعنف من أبرز المظاهر الاجتماعية التي ما زالت موجودة ليس فقط على المستوى العربي بل على المستوى العالمي، رغم أن ما تؤكد عليه معظم الدساتير في العالم وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادتين الثانية والثالثة أنه: جاء في المادة الثانية:

"لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس".

وجاء في المادة الثالثة: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه".

وكذلك جاء في المادة (٢٣) من دستور الجمهورية العربية السورية الصادر ١٥ شباط ٢٠١٢: "توفر الدولة للمرأة جميع الفرص التي تتيح لها المساهمة الفعالة والكاملة في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتعمل على إزالة القيود التي تمنع تطورها ومشاركتها في بناء المجتمع".

كما أن المساواة بين الرجل والمرأة من المبادئ الدستورية، ويترتب على الطبيعة الدستورية لمبدأ المساواة أن المشرع لا يستطيع أن يصدر نصوص تخرق المساواة بين الرجل والمرأة، كما يلتزم بتعديل النصوص التي تتطوي على الإخلال بهذا المبدأ بسبب الجنس وكل نص قانوني يتضمن خروجاً عن مبدأ المساواة يكون معيباً بغيب عدم دستوريته ويكون واجب الإلغاء.

وهذا ما أكدته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٨ كانون الأول لعام ١٩٧٩ في المادة الثانية منها الفقرة (و) و(ي):

و. "إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة".

ي. "إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة"

وعن مراحل تطور المعاملة للمرأة نرى أنه في بداية القرن التاسع عشر كانت المعاملة تعكس عدم المساواة بين الرجل والمرأة، فكانت ممنوع على النساء المشاركة في الحياة السياسية وفي الأنشطة العامة فكانت المرأة تشغل مكانة أدنى من الرجل وكانت في كثير من البلاد ضحية لبعض العادات السيئة وقد حملت التغيرات التي طرأت على ظروف الحياة في الدول الأوروبية خلال القرن التاسع عشر والعشرين على إدخال بعض التعديلات للتقريب بين الجنسين كما وتطورت حركة المساواة بين الرجال والنساء خلال القرن العشرين.

أما في عصرنا الحالي ففي سورية فقد صدرت قوانين ومراسيم جديدة من شأنها أن تقوي منظومة الحماية القانونية للمرأة حيث تم إجراء تعديل في قانون العقوبات السوري بالقانون رقم ١١ لعام ٢٠١٣ م، والمرسوم (٢) لعام ٢٠٢٠ م.

وهذا ما فعله أيضاً المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون العقوبات الجزائري بموجب القانون ٢١/٢٢ في المادة (٣٣٥) فيما يتعلق بالعنف ضد المرأة.

وكذلك في الأردن نرى النص في قانون العقوبات على تجريم الاغتصاب وهتك العرض والخطف والإغواء والتتهتك وخرق حرمة الأماكن الخاصة بالنساء والإجهاض... من المادة (٢٩٢) وحتى المادة (٣٠٧) وكذلك المادة (٣٢٣). وعلى الرغم من ذلك إلا أننا لا نزال نجد تفاوتاً مبدئياً المساواة بين المرأة والرجل وعليه لا بد من النظر بالتدابير والإجراءات القانونية التي تبطل كل تمييز يطال المرأة في المجتمع إذ أن تطور وتقدم المجتمعات يتطلب أن تكون المرأة في درجة مساوية للرجل في جميع جوانب الحياة، وعليه لا بد أن نضع نصب أعيننا دور المرأة العظيم في أسرتها ومجتمعها في مجالات الحياة كافة.

### المبحث الأول: الحماية الجزائرية للمرأة

إن مفهوم الحماية الجزائرية في القانون الجزائري مستمد من قانون العقوبات الذي يستمد أهميته من الغاية الأسمى التي يسعى إلى تحقيقها والتمثلة بصيانة أمن المجتمع واستقراره وإقامة العدالة فيه، باعتباره سيف السلطة العامة في مواجهة الذين يخرجون عن القانون<sup>١</sup>، من خلال اعتدائهم على المصالح الجوهرية المصانة في الحياة الاجتماعية سواء كانت تمس الدولة أو المجتمع (بما في مصالح الأشخاص وحقوقهم)، بحيث يعاقب المشرع الجزائري على الاعتداء على أي مصلحة يحميها القانون من خلال جزاء يوقعه على من يقوم بأي فعل من الأفعال المجرمة بنص قانوني وفق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وباعتبار أن المشرع السوري قد نص على حقوق المرأة وحمايتها ضد الأفعال التي تمارس ضدها باعتبارها أم وزوجة وابنة وعضو عامل في هذا المجتمع سواء في قانون العقوبات أو في الاتفاقيات الدولية وبالتالي فإن هذه الحماية هي حماية جزائية بحيث تطال من يقوم بتلك الاعتداءات عقوبات جزائية. لذلك فإنه لا بد من توفير الحماية للمرأة من جميع الأفعال التي تنال من كرامتها أو سلامتها أو شرفها وعرضها وأي حق من الحقوق الاجتماعية التي ينص عليها القانون وفق كل بلد، وفي سبيل ذلك قمنا لتقسيم هذا المبحث إلى ما يلي:

### المطلب الأول: مفهوم الحماية الجزائرية للمرأة

الحماية الجزائرية مفهوم شامل يفرضه القانون لحماية مصلحة المجتمع وأفراده ضد الأفعال التي تعتبر جرائم وفق نص قانوني نص عليه المشرع، إذ يعتبر هذا الموضوع من المواضيع المهمة نظراً للاعتداءات الصارخة التي تتعرض لها المرأة.

وباعتبار أن جوهر الحماية الجزائرية يكمن في القانون الجنائي، بحيث أولى هذا القانون الحماية القانونية لحماية للمصالح القانونية لكل من الأفراد والمجتمعات، وكذلك حماية المرأة كمصلحة فردية تتحقق معها مصلحة المجتمع ككل<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup>ابوشاشية شهرزاد، إطار المفاهيمي للحماية الجنائية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، ص ٤.

<sup>٢</sup>الحماية الجزائرية للمرأة ضد العنف، جامعة غردايا / كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص ١٠ من خلال الرابط الإلكتروني:

وعليه فإن مسألة الحماية الجزائية للمرأة مسألة هامة جداً ليس فقط على المستوى الوطني بل على المستوى العالمي، فالمشرع السوري والجزائري والمصري والإماراتي والأردني واللبناني والعراقي وغيرهم في البلاد العربية نصوا بما يفيد تلك الحماية في دساتير تلك الدول قبل قوانينها. ولتوضيح ذلك كله كان لا بد بدايةً من تعريف الحماية الجزائية من خلال الفرع الأول فيما يلي:

### الفرع الأول: تعريف الحماية الجزائية

لا بد للتعرف على مفهوم الحماية الجزائية من تعريف هذه الحماية لغة واصطلاحاً، وعليه:

#### تعريف الحماية الجنائية لغةً:

الحماية الجنائية عبارة مركبة من الكلمات التالية الحماية والجنائية:

#### \*الحماية لغة:

من الفعل حمى فيقال حمى الشيء فلاناً حمياً وحماية أي منعه ودفع عنه ويقال حماه من الشيء وحماه الشيء<sup>3</sup>. إذ يتجاوب مع من يحميه أو ما يحميه وينظر عموماً واجباً لمن يؤمنه على وقاية شخص أو مال ضد المخاطر وضمان أمنه وسلامته عن طريق وسائل قانونية أو مادية، تدل كذلك على عمل الحماية ونظامها على حد سواء<sup>4</sup>.

#### \*الجنائية لغة:

الجنائية نسبة إلى الجناية المأخوذة من الفعل (جنى) جنى الذنب عليه جناية: جرّه، والجناية تعني الذنب، والجرم ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، ويُقال جنى فلان على نفسه إذا جر جريمة وتجنى عليه، وجاني أدعى عليه جناية<sup>5</sup>.

#### أما تعريف الحماية الجنائية اصطلاحاً:

تعتبر الحماية الجنائية أحد أنواع الحماية القانونية وأهمها وأخطرها تأثيراً على حياة الإنسان وحياته، ووسيلتها في ذلك القانون الجزائي، لذلك فوظيفة القانون الجزائي وظيفية تتمثل بحماية القيم والمصالح والحقوق التي تبلغ من الأهمية ما يبرر عدم الاكتفاء بالحماية المقررة لها بموجب فروع القانون الأخرى<sup>6</sup>.

<http://dspace.univ-ghardadia.dz8080.com>

<sup>3</sup> إبراهيم مصطفى وأحمد حن الزيات وآخرون، المعجم الوسط ج ١ و٢، دار الدعوة تركيا، بدون سنة طبع.

<sup>4</sup> جبران كورتو، معجم المصطلحات القانونية، مجد للدراسات والنشر، ط٢، بيروت ٢٠٠٩، ص ٧٢٦.

<sup>5</sup> العلامة أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٢٢

<sup>6</sup> مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة السادسة، ص(٤) من خلال الموقع الإلكتروني:

أما عن محل الحماية الجنائية الجزائية<sup>٧</sup> :

١. **المحل القانوني:** يتمثل المحل القانوني في الحق أو المصلحة التي يحميها المشرع من التهديد بالخطر أو بإهدارها سواء أكانت هذه المصلحة التي يحميها القانون متعلقة بالفرد أو المجتمع، والمشرع يحمي هذه الحقوق والمصالح بسن قواعد جنائية تجرم المساس بهذه المصالح وتحدد عقوبات لها، والمحل القانوني هو جوهر الجريمة.
٢. **المحل المادي:** ويمثل عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة وهو لا يتوافر في جميع الجرائم وإنما يوجد في بعضها فقط، وعلى ذلك يكون المحل القانوني أوسع وأشمل باعتبار أن يوجد في كل الجرائم بصفة عامة.

### الفرع الثاني: حق المرأة في السلامة البدنية والجنسية وأحكام التأديب

إن مفهوم الإضرار بالمرأة من خلال ممارسة العنف الجسدي من خلال ضربها أو جرحها أو قتلها أو إيذائها أو العنف الجنسي من خلال اغتصابها والنيل من شرفها أو العنف المعنوي من خلال إهانتها والتجريح بها والنيل من كرامتها وعرضها، كل ذلك من أفعال يجرمها ليس فقط القانون السوري بل جميع القوانين العربية وكذلك على مستوى العالم.

وقد جاء في المادة الأولى من الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة، الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٩٣م، والذي عرف العنف ضد المرأة:

" أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنسية، ويترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا الفعل، أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء وقع ذلك في الحياة العامة أو الخاصة"

وكذلك نصت المادة الثالثة من العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية ولحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه:

"تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد".

كما وتعتبر إهانة الزوج لزوجته وشتمها وسبها إخلالاً بالواجبات الزوجية المفروضة على الزوجين، فمن المتفق عليه في الشريعة الإسلامية أن الزوج يؤدي زوجته بصورة عامة على المعاصي التي لا حد فيها، كمقابلة غير المحارم، وعصيان أوامر الزوج، وصدور خطأ منها يؤدي الأسرة، وعدم أداء الفرائض، إلا أن لهذا التأديب حد وهو عدم ممارسة العنف باعتبار أن حد الضرب وفق ما أقرته الشريعة الإسلامية لم يقصد منه الإيذاء الحسي والإيلام البدني .

<sup>٧</sup>المرجع السابق، ص ١٣، ١٢.

أما في التشريعات الجنائية لبعض الدول فقد أجمعت غالبية التشريعات على وجوب توفر نية التأديب لدى الزوج وفي غير ذلك من نية التشفي والإيذاء وغيره كان خارج نطاق التأديب<sup>٤</sup>.

كما وجعلت تأديب الزوجة استعمالاً للحق ضمن أسباب الإباحة والتبرير إلى جانب الدفاع الشرعي وأداء الواجب بنص صريح كقانون العقوبات العراقي لسنة ١٠٦٩ الذي ينص في المادة (٤١) منه على أنه

" لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعد استعمالاً للحق:

١. تأديب الزوج وزوجته وتأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً."

\*أما في القانون الجزائري: فإن ممارسة التأديب يستخلص من حمل النصوص بعضها على البعض، لأنه لم ينص عليه صراحة، فالمادة (٩٦ ع ج) تنص على الأفعال التي تعد مباحة إذا ارتكبتها صاحبها في ظروف خاصة، من شأنها أن تبرر ارتكابها، ولذلك ترفع المسؤولية الجزائية، إلا أن شراح القانون قد بينوا الحالات التي يعتبر فيها الفعل مأذوناً به قانوناً، ومن هذه الحقوق:

حق ممارسة الأعمال الطبية، والألعاب الرياضية، وكذلك حق التأديب.

وهو ما أشار إليه شراح القانون الوضعي، بشروط خاصة، لهذا يمكن القول بأن حق التأديب مقرر قانوناً لصاحبه، وهو ما كانت له السلطة على الزوجة وإنما يفهم من سياق المواد التي تقرر أسباب الإباحة، التي يسمح فيها القانون باستعمال الحق وهو ما نصت عليه المادة (٣٩ ع ج)

أما القانون المعدل فلا يوجد فيه ما يفيد التأديب صراحة، إلا ما كان مستتجاً من المادة ٣٦ منه

ففي الفقرة الأولى من المادة (٣٦ ق أ) جاء النص على وجوب المحافظة على الرابطة الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، والذي لا شك فيه أن التأديب أحد الوسائل التي يحافظ بها الزوج على الرابطة الزوجية في حالة نشوز الزوجة، لأن النشوز يؤثر عليها، بشرط عدم الخروج من دائرة التأديب المشروع.

\* أما في القانون المصري: هناك أفعال لم ينص القانون المصري صراحة على إباحتها، لكن الفقه والقضاء المصريين قد اتفقا على أن هذه الأعمال تعد من تطبيقات استعمال الحق التي نصت عليها المادة (٦٠) من قانون العقوبات، ومن هذه الأفعال حق تأديب الزوج لزوجته ضمن شروط يجب توافرها.

فمن حق الزوج في الشريعة الإسلامية تأديب زوجته وأساس هذا التأديب هو القرآن الكريم، إلا أن المادة (٢٠٩) من قانون الأحوال الشخصية المصري نصت على أنه:

<sup>٤</sup> د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، نظرية الجريمة، الجزء الأول، الإسكندرية، عام ١٩٩٤، ص ٢٤٠.

انظر أيضاً: د. عبود السراج، قانون العقوبات العام، حلب ١٩٧٨، ص ٣٥٦.

"يباح للزوج تأديب المرأة تأديباً خفيفاً عن كل معصية لم يرد بشأنها حق مقرر، ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق".

\*أما في قانون العقوبات الإماراتي:

تنص المادة ٥٣ على الإقرار بـ "حق الزوج في تأديب زوجته وأولاده القصر" طالما أن الاعتداء يأتي في حدود ما هو مقرر شرعاً.

\*أما المشرع البحريني: فقد اعتبر بموجب نص المادة (٣٣٣) من قانون العقوبات البحريني ضرب الزوج لزوجته صورة من صور العنف الأسري.

\*أما في القانون السوري:

بالنسبة لقانون العقوبات السوري فإن إجازة التأديب في قانون العقوبات السوري تتجلى في مظهرين: أولهما تأديب الزوجة وثانيهما تأديب القاصر<sup>٩</sup>.

فقد نصت المادة (١٨٥) من قانون العقوبات السوري على أحكام إجازة القانون، وتعد هذه الإجازة عند وجودها سبباً لتبرير الفعل. و تنص المادة ١٨٥ هو الآتي:

" ١. لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة.

٢. يجيز القانون:

آ. ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم وأسائدتهم على نحو ما يبيحه العرف العام.

ب. العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تُجرى برضا العليل أو رضا ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة.

ج. أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية إذا روعيت قواعد اللعب "

وفيما يتعلق بالعنف المطلوب لفرض العقوبة الجزائية سنقوم ببيان مفهومه من خلال المطلب الثاني فيما يلي.

### المطلب الثاني: مفهوم العنف

إن ظاهرة العنف كظاهرة اجتماعية قديمة هي ظاهرة غير أخلاقية تسود في الكثير من المجتمعات على مستوى العالم، إلى أن ظاهرة العنف الموج ضد المرأة قائمة بالأساس على التمييز بين الرجل والمرأة بالاستناد إلى جنسها وتمييز وتفضيل الرجل عنها سواء في الأسرة والمجتمع، وفي سبيل بيان مفهوم العنف لا بد من تعريف هذا العنف:

<sup>٩</sup> د. محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في جامعة حلب، عام ١٩٨٣، ص ٣٥٥.

فالعنف لغةً هو: الشدة والقسوة على عكس اللين والرفق.<sup>١٠</sup>

أما إعلان القضاء على العنف ضد المرأة الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٩٣ عرف **العنف اصطلاحاً** بأنه: "فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عنه... أذى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد...".<sup>١١</sup> وقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

### الفرع الأول: مفهوم جرائم العنف الجسدي

إن صورة العنف الجسدي هي من أكثر صور العنف وضوحاً وهي على عدة أشكال ويعرف العنف الجسدي ضد المرأة بأنه: "كل اعتداء جسدي على المرأة يتمثل في الصفع أو الركل أو اللكم أو الدفع أو الرمي أرضاً أو شد الشعر أو الحرق أو الخنق أو الضرب بأداة حادة أو استعمال السلاح في وجهها"<sup>١٢</sup> ويختلف مفهوم العنف عن غيره من الأفعال التي تعتبر جرائم بحد ذاتها وهي جريمة التعذيب وجريمة القسوة.

. فجريمة التعذيب ينتج عنها ألم أو عذاب شديد جسدي كان أو عقلي يلحق عمداً بشخص ما لغرض ومصلحة معينة.

. أما جريمة القسوة: فهي كل سلوك يشكل خطراً على الحياة أو على سلامة الجسد مما يسبب ألماً مادياً أو معنوياً أو أن يكون من شأنه أن يثير توقعاً معقولاً لوقوع هذا الخطر.

ويعرفها **المشرع العراقي** بأنها تصرف يجرمه القانون إيجابياً كان أم سلبياً. ومن صور العنف الجسدي ضد المرأة:

١. الإيذاء الذي من شأنه المساس بسلامتها الجسدية وبالوظائف الطبيعية لها. متضمناً الإيذاء المفضي للإجهاض أو للوفاة، بما في ذلك تدرج الوصف وفق الجنائيات والجنح في قانون العقوبات السوري وقانون العقوبات الأردني.
  ٢. القتل وهو الاعتداء على حق المرأة في الحياة وإزهاق روح إنسان حي دون وجه حق.
- وقد نص **المشرع السوري** على جريمة القتل في **نصوص المواد ٥٣٣ للمادة ٥٣٥ و ٥٣٧ للمادة ٥٣٩** من قانون العقوبات السوري، وكذلك **المشرع الأردني** في **المواد (٣٢٦. ٣٢٨)**.

### الفرع الثاني: مفهوم جرائم العنف الجنسي (الاغتصاب)

العنف الجنسي هو أي فعل أو محاولة أو تهديد يكون جنسياً في طبيعته وينفذ دون موافقة الضحية ويشمل العنف الجنسي الاغتصاب والاعتداء الجنسي والمضايقة والاستغلال والإكراه على البغاء<sup>١٣</sup>. ومن أبرز صور العنف الجنسي:

<sup>١٠</sup> مجمع اللغة العربية لعام ٢٠٠٨ المعجم الوسيط عمان ص ٢٤٧.

<sup>١١</sup> العنف الجنسي والعنف القائم على نوع الجنس (المفوضية السامية للأمم المتحدة) عن طرق الموقع الإلكتروني:

[www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)

<sup>١٢</sup> العنف الجنسي والعنف القائم على نوع الجنس (المفوضية السامية للأمم المتحدة) عن طرق الموقع الإلكتروني

أولاً: الاغتصاب:

لقد أدرج المشرع السوري الجرائم التي تستهدف العرض بمجموعة من المواد المنصوص عليها قانون العقوبات. إذ نص على جريمة الاغتصاب من المادة ٤٨٩ إلى المادة ٤٩٢، ونص على جرم الفحشاء من المادة ٤٩٣ إلى المادة ٤٩٦، بالإضافة إلى تجريم الإغواء والتهتك وخرق حرمة الأماكن الخاصة بالنساء من المادة ٥٠٤ إلى المادة ٥٠٧.

. جريمة الاغتصاب بالعنف أو التهديد في المادة ٤٨٩ من قانون العقوبات السوري:

(من أكره غير زوجه بالعنف أو التهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤبد).

. وعرفها المشرع الأردني بموجب المادة (٢٩٢) من قانون العقوبات، وعرفها بأنها "مواقعة أنثى غير زوجة بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة أو الخداع" ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن ١٥ سنة.<sup>١٣</sup>

. وعرفها المشرع المصري: بأنها واقعة أنثى دون رضاها، ويعاقب وفق المادة (٢٦٧) الفاعل بالسجن المؤبد، ويعاقب بالإعدام في بعض الحالات ومنها إذا كان المجني عليها لم تبلغ ١٨ سنة.

. وعرفها المشرع العراقي: عاقب المشرع العراقي بموجب المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات إلى العقوبة بالحبس المؤبد أو المؤقت بحق كل من واقع أنثى بغير رضاها، وتعتبر الجريمة مشددة في حال كان الضحية غير بالغ ١٨ عام. أو إذا كان من أقارب الضحية، أو متولي تربيتها، أو من كان له سلطة عليه أو إذا كان موظفاً حكومياً أو رجل دين أو طبيب، أو كان الفعل جماعياً، أو إذا أصيبت الضحية بمرض تناسلي نتيجة الاعتداء.

. وعرفها المشرع البحريني:

عاقب على واقعة الأنثى بدون رضاها، و واقعة الأنثى التي أتمت السادسة عشرة والتي لم تتم الحادية والعشرين برضاها، مع التشديد في حال كانت في هذا العمر إذا تم ذلك دون رضاها.

وتعفي المادة (٣٥٣) الجاني من العقاب في حال تزوج الجاني من المجني عليها زواج صحيح.

من كل ما سبق نجد أن المقصود من مجل الجريمة هنا هو الأنثى غير الزوجة وهي الأنثى الحية ولا يشترط أن تكون بكر، بحيث يتألف الركن المادي للجريمة من الجماع مع امرأة غير الزوجة بكر، حيث يعد الاغتصاب قائماً سواء كانت بكرًا أو أرملة أو مطلقة أو متزوجة، ولا يشترط تمزيق غشاء البكارة<sup>١٤</sup> إلا لأنه يشترط أن تكون الفعل ن

[www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)

<sup>١٣</sup> نص المادة (٢٩٢) من قانون العقوبات الأردني.

<sup>١٤</sup> د. عيسى مد الله مخول، قانون العقوبات الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال)، منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق لعام ٢٠٢١، ص ١٧.

دون رضاها بحدوث الإيلاج ، فإذا لم يحدث الإيلاج بسبب ظرف خارجي تعد الجريمة شروعاً في الاغتصاب، كما أن الإكراه الذي يمارس على الأنثى قد يكون إكراهاً مادياً بأي طريقة من طرق العنف الجسدي (الضرب على سبيل المثال بأي أداة) وقد يكون الإكراه معنوياً (كمن يهدد المرأة بقتل وليدها إذا لم ترضخ له)<sup>١٥</sup> .

ثانياً. **هتك العرض:** بخلاف جريمة الاغتصاب فإن جريمة هتك العرض قد تقع على ذكر أو أنثى، وقد عرفه الفقه على أنه:

" كل فعل مناف للحشمة يرتكبه شخص ضد آخر ذكر كان أم أنثى.. فيلحق به عاراً يؤذيه في عفته وكرامته"<sup>١٦</sup> .  
 . وعرفها المشرع الإماراتي: يجرم المشرع واقعة الاغتصاب متى تمت على جسد المجني عليهما يتضمن مس عورته أو الأعضاء الحساسة التي يحرص الناس على سترها والمحافظة عليها، وذلك بموجب المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات وسماها هتك العرض وعاقب عليها بالحبس والغرامة وشدت العقوبة في حال كان المجني عليه قاصر .

### المبحث الثاني: تفاوت الحماية الجزائية بين المرأة والرجل

إن تفاوت الحماية القانونية بين المرأة والرجل في إطار علاقات الأسرة والمجتمع قد رافق تطور السلطة في الدولة عبر مراحل تطورها المختلفة ويلاحظ في ذلك أن الرجال الذين سيطروا على الأسرة في المجتمع بما فيها المرأة، وعلى سلطة التشريع في الدولة، قد فرضوا قواعد اجتماعية وقانونية عبرت عن مصالحهم وأفكارهم دون مراعاة لمصالح وأفكار المرأة.

### المطلب الأول: جرائم الشرف

إن قوانين العقوبات العربية، ومنها قانون العقوبات العراقي وقانون العقوبات اللبناني وقانون العقوبات السوري نصت على كون الدافع الشريف من الأعذار القانونية المخففة العامة دون أن تحدد تعريفه أو مفهومه القانوني وبذلك تكون قد تركت مهمة تحديد المضمون القانوني لهذا العذر المخفف العام إلى القضاء يستلهمه مما تواترت واستقرت عليه القيم وأعراف المجتمع على اعتباره كذلك، الأمر الذي لا شك بأنه يختلف باختلاف المكان والزمان، وقد قمنا بتقسيم هذا المطلب وفق عنوانه إلى الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: مفهوم الدافع والدافع الشريف

عرف قانون العقوبات السوري الدافع في الفقرة الأولى من المادة (١٩٢) بقوله:

"١- الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها".

"٢- ولا يكون الدافع عنصر من عناصر التجريم إلا في الأحوال التي عينها القانون".

<sup>١٥</sup> د. عيود السراج، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الخامسة، عام ٢٠١٤، ص ٥١٠.

<sup>١٦</sup> محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، ص ٢٢١.

إن القاعدة في أغلب التشريعات الوضعية، ومن بينها التشريع السوري، هي أن الدافع لا يعد عنصر في التجريم، ولا أثر له في العقوبة، لأن الأساس المعنوي للتجريم هو القصد أو الخطأ، ولأن أساس العقوبة، من حيث المبدأ، هو خطورة التجريم.

ولكن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها، فاستثنى منها ما يدخل الدافع في بعض الجرائم عنصراً في التجريم وذلك حينما لا يكون القصد وحده مسوغاً كافياً للتجريم فيضاف الدافع إلى القصد القول بوجود الجريمة.

إن المشرع السوري لم يضع تعريفاً محدداً للدافع الشريف، وإنما ترك أمر تقديره لقاضي الموضوع وفقاً لشخصية الجاني والظروف التي كونت عواطفه وقادته إلى ارتكاب الجريمة.

إلا أن المادة (١٩٢) من قانون العقوبات نصت على الدافع الشريف وجعلت منه عذراً مخففاً قانونياً للقاضي يحكم في الجرائم التي يكون الدافع إليها شريفاً ب:

١- الاعتقال المؤبد بدلاً من الإعدام.

٢- الاعتقال المؤبد أو لخمس عشرة سنة بدلاً من السجن المؤبد.

٣- الاعتقال المؤقت بدلاً من الأشغال الشاقة المؤقتة.

٤- الحبس البسيط بدلاً من الحبس مع التشغيل.

هذا وقد اعتاد القضاء في سوريا على تطبيق مفعول الدافع الشريف وبالتالي تخفيف العقوبة إلى حدودها الدنيا فقط في الجرائم الواقعة على الأشخاص وتحديداً جرائم القتل أو الإيذاء المرتكبة بحق النساء من قبل ذكور العائلة تحت شعار غسل العار.

### الفرع الثاني: الإطار القانوني لقتل المرأة بدافع الشرف في القوانين العربية

إن البلاد التي نصت قوانينها على اعتبار الدافع الشريف عذر مخفف للعقوبة لم يتفق القضاء الجنائي فيها على شمول قتل المرأة غسلًا لعار ارتكابها الفاحشة الأخلاقية، بمفهوم الدافع الشريف. فالقضاء اللبناني على سبيل المثال قد استقر على تعريف الدافع الشريف بأنه (الدافع الذي يخلو من كل أنانية وفردية ليكون من الأمور المجردة والعامّة التي تشمل المجتمع بأكمله وتعنى بها البيئة بأكملها. وهو من هذه الجهة يختلف عما جرت العادة على تسميتها بجرائم الشرف أو جرائم الانتقام دفاعاً عن الشرف)<sup>١٧</sup>.

وإذا كان القضاء اللبناني قد استقر على إخراج قتل المرأة بزعم ارتكابها الفاحشة من مفهوم الباعث الشريف، لا بل ذهب إلى أبعد من ذلك، بأن يعتبر مثل هذا القتل مرتكباً بباعث أناني وشخصي إلا أن كل من القضاء السوري والعراقي قد ذهبا خلاف لذلك.

<sup>١٧</sup> سمير عالية مجموعة اجتهادات محكمة التمييز الجزائرية لعامي ١٩٧٢ و ١٩٧٣، الجزء الثالث، قرار غرفة (٥) رقم (٥٥) بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٢، بيروت، لبنان، رقم ٧٨٣، (ص ٣٣٤).

فقضاء محكمة النقض السورية ذهب في أحد قراراته، إلى أن الدافع الشريف يتوفر ولو كانت العلاقة الغرامية التي قتلت بسببها المجني عليها بقيت في طي الكتمان ولم يتسن لأحد أن يطلع عليها أو يكشفها.<sup>١٨</sup>

ومصدقاً لتوسع القضاء الجزائي العراقي في تطبيقات الباعث الشريف على قتل المرأة بزعم ارتكابها أفعال الفحش الجنسي فقد قررت محكمة التمييز العراقية بأن قتل المتهم لابنة عمه قد وقع بباعث شريف إذا كانت المجني عليها قد هربت من دار أهلها مع عشيقها إلى مكان مجهول تم اكتشافه فيما بعد، ثم تزوجت منه دون موافقة أهلها لأن فعلها هذا يجلب العار لأسرتها حسب التقاليد السائدة في بيئتها.<sup>١٩</sup>

ثم يأتي القضاء الجزائي العراقي ليشمل بهذا العذر حتى غير المحارم من الأقارب وهو ابن العم في قتل ابنة عمه.

### المطلب الثاني: جرائم الزنا

إن جرائم الزنا هي من الجرائم المخلة بالأديان والشرائع السماوية من جهة وبالأخلاق ومكارمها من جهة أخرى، ولم يغفل القانون عن تنظيم هذه الجريمة وبيان أركانها، وسنقوم ببيان أحكام هذه الجريمة من خلال ما يلي:

#### الفرع الأول: الأحكام الموضوعية في جرائم الزنا

وسنتناول المواجهة التشريعية لكل من القانون البحريني والقانون الإماراتي والقانون المصري والقانون العراقي والقانون السوري فيما يتعلق بمعاملة المرأة في هذه الجريمة.

#### أولاً. في قانون دولة البحرين:

لم يميز مطلقاً بين الزوج والزوجة في الشمول من الاستفادة من عذر المفاجأة حيث نصت المادة (٣٣٤) من قانون العقوبات البحريني على أنه:

"يعاقب بالحبس من فاجأ زوجته متلبساً بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال أو اعتدى عليهما اعتداءً أفضى إلى الموت أو عاهة".

#### ثانياً. في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة:

حيث نصت المادة (٣٣٤) من قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة:

"يعاقب بالسجن المؤقت من فوجئ بمشاهدة زوجته أو ابنته أو أخته حال تلبسها بجريمة الزنا فقتلها في الحال أو قتل من يزني بها أو قتلها معها ويعاقب بالحبس إذا اعتدى عليها اعتداءً أفضى إلى الموت أو عاهة".

<sup>١٨</sup> عزة الضاحي واحمد بدر الاجتهاد القضائي في ربع قرن المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الجزائية لمحكمة النقض السورية من عام ١٩٥٠ لغاية عام ١٩٧٥، الجزء الخامس، قرار عام ١٩٦٧، ص ١٠٨، (قاعدة ١٣٨) المطبعة الجديدة، دمشق ١٩٧٨، رقم ١٣١١- (ص ٤٠٠).

<sup>١٩</sup> قرار رقم ٣٤٢ اجنابات ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/١١/١٨، مجموعة الأحكام العدلية- العدد الثالث- السنة العاشرة ١٩٧٩، (ص ٧٩).

"وتعاقب بالسجن المؤقت الزوجة التي فوجئت بمشاهدة زوجها حال تلبسه بجريمة الزنا في مسكن الزوجية فقتلته في الحال أو قتلت من يزني بها أو قتلتها معا وتعاقب بالحبس إذا اعتدت عليه اعتداء مفضي إلى الموت أو عاهة".

إلا أننا نلاحظ هنا أن قانون العقوبات لدولة الإمارات المتحدة رغم أنه قد شمل الزوج والزوجة معا في العذر المخفف بسبب المفاجأة فيما إذا فاجأه أحدهما الآخر متلبسا بالزنا، نجده وبالرغم من محاولته لعدم التمييز إلا أنه أعطى الزوج هذا العذر أينما ضبط زوجته متلبسة بالزنا بينما لم يعط الزوجة هذا العذر إلا إذا ضبطت الزوج متلبسا بالزنا في منزل الزوجية.

#### ثالثاً. في القانون المصري:

نص المشرع على جريمة الزنا في المواد: (٢٧٤) و(٢٧٥) و(٢٧٧)، ويعاقب الزوج إذا ارتكب الزنا بالحبس حيث نصت المادة(٢٧٧) من قانون العقوبات المصري على أنه: المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت.

وتعاقب الزوجة بجريمة الزنا سواء تم هذا الفعل بداخل مسكن الزوجية أو خارج مسكن الزوجية، كما أن العقوبة التي تواجه الزانية أشد من عقوبة الزوج الزاني لأن عقوبتها الحبس لمدة سنتين بينما الزوج الزاني يعاقب بالحبس لمدة ٦ أشهر.

#### رابعاً. في القانون الأردني:

يعاقب قانون العقوبات الأردني على جريمة الزنا بموجب المواد(٢٨٢) و(٢٨٣) و(٢٨٣).

سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة وذلك بالحبس من ٦ أشهر إلى سنتين، أما الزوج فيعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين.

#### خامساً. في القانون الجزائري:

لم يفرق التشريع الجزائري بين زنا الزوج وزنا الزوجة من حيث العقوبة ومدتها، واشترط الإحصان كشرط للعقاب في كل من الزوجين، فنجد أن المادة (٣٣٩) من قانون العقوبات الجزائري تعاقب على جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين دون التمييز بين الزوج والزوجة.

#### سادساً. في القانون السوري:

وبالعودة إلى القانون السوري نجد أن المشرع السوري أجرى أول تعديل لنص المادة (٥٤٨) في عام ٢٠٠٩م حيث تم تعديل المادة لتصبح:

"يستفيد من العذر المخفف من فاجأه زوجه أو أحد أصوله أو فروعها أو أخوته في الجرم الزنا المشهود أو في صلات جنسية فحشاء مع شخص آخر فأقدم على قتلها أو إيذاءها أو على قتل أو إيذاء أحدهما بغير عمد على ان لا تقل العقوبة عن الحبس مدة سنتين في القتل".

حيث تم إلغاء العذر المحل والاستعاضة عنه بالعذر المخفف، ليصدر بعدها المرسوم التشريعي رقم (١) لعام ٢٠١١ الذي ينص على أنه:

"يستفيد من العذر المخفف من فاجأه زوجه أو أحد أصوله أو فروعها أو أخوته في جرم الزنا المشهود أو في صلات جنسية فحشاء مع شخص آخر فأقدم على قتلها أو إيذاءها أو قتل أو إيذاء أحدهما بغير عمد وتكون العقوبة الحبس من خمس سنوات إلى سبع سنوات في القتل".

وتم بموجب هذا التعديل رفع العقوبة من الحبس سنتين على الأقل إلى الحبس من خمس سنوات إلى سبع سنوات في القتل.

كما أن التعديل الأخير وبناء على الألفاظ اللغوية المستخدمة فيه من حيث استخدام لفظ "إخوته" على إطلاقه وليس "أخته" دون أن يحدد مدلوله بجنس معين، فعلى ذلك يمكن أن يستفيد من العذر الزوج حيث يستفيد من العذر المخفف لمفاجأته بزوجه أو الأنتى أو الذكر من فئة الأصول أو الفروع والأخ والأخت من فئة رابطة الأخوة، كما تستفيد من العذر الزوجة بمفاجأتها بزوجه أو الأنتى أو الذكر من أصولها أو فروعها وأختها أو أخاها من رابطة الأخوة، وهذا ما يمكن أن يفهم من المادة (٥٤٨) عقوبات سوري.

إلا أن المشرع السوري عاد و ألغى العذر المخفف بموجب المرسوم (٢) للعام ٢٠٢٠م القاضي بإلغاء العمل بنص المادة (٥٤٨) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (١٤٨) لعام ١٩٤٩م وتعديلاته والنصوص القانونية التي حلت محلها. بحيث لا يستفيد الفاعل من العذر المخفف ويكون مرتكب جرمًا عاديًا. أي أنه ألغى أمر الدفاع عن الشرف في جرائم القتل و ألغى الإفادة من العذر المخفف، ولكنه أبقى على القواعد العامة للتخفيف وأبقى على تطبيق الدافع الشريف وفق نص المادة (١٩٢) من قانون العقوبات السوري.

### الفرع الثاني: الأحكام الإجرائية في جرائم الزنا

لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية في جريمة الزنا إلا بناء على شكوى من الزوج المجني عليه، سواء كانت الجريمة متعلقة بزنا الزوج أو زنا الزوجة، وهذا القيد الوارد على حرية النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية، يعد استثناء من القاعدة العامة<sup>٢٠</sup>، وهذا القيد متعلق بالنظام العام.

ومن شرائط قبول الادعاء الشخصي في الزنا:

<sup>٢٠</sup> د. عبد السميع سالم الهواري جرائم الإخلال بالحياة، مجلة الأمن العام، العدد ٧٣، ص ٣٢٠.

(١) تقديم شكوى مقرونة بادعاء شخصي من المجني عليه، وهو كما حددته المادة ١/٤٧٥ من قانون العقوبات السوري، الزوج أو الزوجة في حيال قيام الزوجية، والولي

(٢) إذا رضا المجني عليه مقدماً بالزنا، فإن القانون نص على عدم قبول الادعاء (م.٣/٤٧٥ من قانون العقوبات)<sup>(٢١)</sup>

(٣) لا يقبل الادعاء الشخصي من الزوج الذي رضي باستئناف الحياة المشتركة مع زوجته الزانية، لأن قبوله بالمعاشرة الزوجية، يعتبر إسقاطاً ضمناً لحقه في الادعاء على زوجته.

(٤) لا يقبل الادعاء الشخصي بانقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي علم فيه الزوج أو الولي بجريمة الزنا (م.٤/٤٧٥ من قانون العقوبات).

ونجد أن القانون السوري فرّق بين زنا الزوج وزنا الزوجة، وذلك على عكس ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، التي لم تفرّق زنا الزوج عن زنى الزوجة، إلا في حالة ما إذا كانا محصنين أم غير محصنين؛ فالقانون اعتبر المرأة هي الفاعل الأصلي والرجل هو الشريك دائماً في فعل الزنا، عدا حالة واحدة، وهي ارتكاب الزوج الزنا في بيت الزوجية.

وبالنظر لحساسية الجرم، فقد ترك المشرّع حق طلب تحريك دعوى الحق العام للزوج والولي، وفق نص المادة ٤٧٥ من قانون العقوبات السوري.

أما فيما يتعلق بالإثبات: فقد ورد في المادة ٤٧٣ من قانون العقوبات على أنه: لا يقبل من أدلة الإثبات على الشريك في جريمة الزنا، فيما خلا الإقرار القضائي والجنحة المشهودة، إلا ما نشأ منها عن الرسائل، والوثائق الخطية، التي كتبها. يتضح من ذلك أن الأدلة التي تقبل لإثبات جريمة الزنا على الشريك في الزنا.

ولكن المرأة يجوز إثبات الزنا عليها بالأوراق والمراسلات، وبالاتصالات الهاتفية، وكذلك بالقسم باليمين وبأي طريقة يمكن أن تتخذ ليثبت عليها هذا الفعل، أما الإثبات بالنسبة للرجل فهو ينحصر بالإقرار القضائي والجنحة المشهودة والوثائق الرسمية. وقد جاء في المادة (٤٧٤) قانون العقوبات:

١- يعاقب الزوج بالحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب الزنا في البيت الزوجي أو اتخذ له خلية جهاراً في أي مكان كان.

٢- وتنزل العقوبة نفسها بالمرأة الشريك.

## خاتمة:

لقد توصلت هذه الدراسة حول موضوع الحماية الجزائية للمرأة في القانون السوري إلى العديد من النتائج والتوصيات، وفق ما يلي:

## النتائج:

١. لقد أغفلت الكثير من التشريعات العربية التصدي لمفهوم العنف المجتمعي ضد المرأة على مختلف الأصعدة كالتحرش في الشارع والعنف في أماكن العمل أو المؤسسات التعليمية.
٢. لم يحظى مفهوم العنف ضد المرأة لمستوى تعريفه بشكل دقيق وواضح.
٣. لقد وفر المشرع السوري الحماية الجزائية للمرأة من خلال القواعد القانونية في قانون العقوبات فيما يتعلق بحمايتها الجسدية والجنسية، وحمايتها ضد الجرائم المخلة بالأسرة، كما أصدر المرسوم (٢) لعام ٢٠٢٠م، ألغى بموجبه المادة (٥٤٨) من قانون العقوبات
٤. على الرغم من إلغاء نص المادة (٥٤٨) إلا أن الفاعل لا زال يستفيد من الأعدار المخففة للعقاب عند إقدامه على قتل المرأة التي فوجأ بها بحالة الزنا، ولكن الأمر بالنسبة للفاعل رجل أو امرأة متروك برمته لسلطة القاضي التقديرية من خلال إحاطته في ضوء الظروف المحيطة بالواقعة وطبيعة الفعل الصادر عن المجني عليه، وأوضاع الفاعل الاجتماعية والنفسية وغيرها من العوامل المتعلقة بالسن والبيئة والمركز الاجتماعي.
٥. اعتاد القضاء في سوريا على تطبيق مفعول الدافع الشريف وبالتالي تخفيف العقوبة إلى حدودها الدنيا فقط في الجرائم الواقعة على الأشخاص وتحديدًا جرائم القتل أو الإيذاء المرتكبة بحق النساء من قبل ذكور العائلة تحت شعار غسل العار.
٦. عقاب الزوج ومحاكمته يستلزم وقوع الفعل منه في منزل الزوجية، حتى يعاقب كفاعل أصلي، أما إذا ارتكب جريمته مع امرأة متزوجة، يعاقب كشريك وليس فاعل.
٧. إن تأديب الزوج لزوجته قد جعلته الشريعة الإسلامية حقاً مقررًا في القرآن والسنة، وفق قيود وضوابط تتسجم معها فلسفة تشريع التأديب للحفاظ على مقومات الأسرة وترباطها، فإن هذا الاتجاه في إقرار التأديب كمبدأ منبثق عن القوامة وقيادة الأسرة ذهبت إليه العديد من تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية بعضها نص صراحة مثل مصر والعراق وبعضها ضمناً مثل الجزائر وبعضها رفضها ولم يدرج نص قانوني يجيز التأديب مثل القانون السوري.
٨. إن حق التأديب بالنسبة للزوج غير مقرر قانوناً في القانون السوري وأي عنف يقع على الزوجة من قبل زوجها يعتبر جريمة إيذاء يعاقب عليها بحسب مقدار الإصابة التي تسبب بها الزوج لزوجته، فإما تكون العقوبة جنحية أو جنائية الوصف.

توصيات:

١. ينبغي أن يكون لتعدد الزوجات ضوابط، وذلك بأن يباح للزوج هذه الرخصة في حالات محددة إذا دعت له الضرورة الملحة مثل أن تكون الزوجة بها عيب لا يستطيع الاستمرار معها، وبجميع الأحوال يجب أن تخير الزوجة في الاستمرار مع هذا الزوج أو طلب الطلاق.
٢. تطبيق القواعد القانونية على الأفراد بما تقرره من أحكام تتضمن عقوبات وأعدار بصرف النظر عما كان الخاضع لهذه القاعدة رجل أو امرأة.
٣. تعزيز الحماية الجنائية للمرأة ضد جرائم العنف بكافة أشكاله والمحصورة داخل إطار العلاقة الزوجية، حيث نجد أن غالبية التشريعات العربية ومنها السوري فيما يخص هذا النوع من الاعتداء يحيل فيه الحماية إلى القواعد العامة دون أي اعتبار أو مراعاة لجنسها، وحبذا لو نهجوا نهج المشرع التونسي الذي كان أكثرهم تعزيزاً لحماية النساء ضمن إطار العلاقة الزوجية، حيث جعل العنف الممارس ضد المرأة من شخص تربطها به أية علاقة حميمة شرعية ظرفاً مشدداً للعقاب.
٤. توسيع دائرة الحماية القانونية للمرأة ضد كافة أشكال العنف الجسدي والمعنوي والاقتصادي.
٥. زيادة الوعي فيما يخص نبذ العنف الكثير من المجتمعات العربية، وخاصةً عند الرجل الذي يرتكب العنف وإعادة تأهيله ن خلال برامج تأهيله.
٦. تكريس الحماية الجنائية للمرأة لا يتحقق إلا بنصوص قانونية عقابية خاصة بها وفي وجهة نظرنا أن هذا التخصيص لا يخرق ولا يشكل مساساً بمبدأ المساواة، وهذا بالنظر إلى الضعف المتأصل والمفترض فيها، وأيضاً نظراً إلى طبيعة الجرم الذي قد نجد أغلبه منصب على المرأة.
٧. يتوجب على المشرع السوري الربط بين القوانين التي يضعها والتي يصدر بموجبها بعض التعديلات كما هو الحال بين إلغاء نص المادة (٥٤٨) والإبقاء على تطبيق الدافع الشريف، وبالتالي لم تتحقق الغاية من إلغاء تلك المادة طالما يستفيد الفاعل من الدافع الشريف بموجب نص المادة (١٩٢) من قانون العقوبات.

**الكتب القانونية والمراجع المتخصصة:**

١. أ.د. السراج عبود، قانون العقوبات العام، حلب ١٩٧٨م.
٢. أ.د. السراج عبود، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الخامسة، ٢٠١٤م.
٣. د. الفاضل محمد، المبادئ العامة في التشريع الجزائي، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في جامعة حلب عام ١٩٨٣م.
٤. ثروت جلال، نظم القسم العام في قانون العقوبات، الجزء الأول، نظرية الجريمة، الإسكندرية عام ١٩٩٤م.
٥. د. مد الله مخول عيسى، قانون العقوبات الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال)، منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق لعام ٢٠٢١.
٦. .
٧. نمور محمد سعيد، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١ عمان .الأردن.

**القوانين والقرارات القضائية:**

١. عزة الضاحي واحمد بدر الاجتهاد القضائي في ربع قرن المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الجزائية لمحكمة النقض السورية من عام ١٩٥٠ لغاية عام ١٩٧٥، الجزء الخامس، المطبعة الجديدة، دمشق ١٩٧٨، رقم ١٣١١.
٢. سمير عالية مجموعة اجتهادات محكمة التمييز الجزائرية لعامي ١٩٧٢ و١٩٧٣، الجزء الثالث، بيروت، لبنان، رقم ٧٨٣.
٣. قانون العقوبات السوري، قانون العقوبات الجزائري، قانون العقوبات العراقي، قانون العقوبات الأردني، قانون العقوبات الإماراتي، قانون العقوبات البحرين، قانون العقوبات المصري
٤. .
٥. مجموعة الأحكام العدلية-العدد الثالث- العراق السنة العاشرة ١٩٧٩

**المجلات القانونية:**

١. د. الهواري عبد السميع سالم، جرائم الإخلال بالحياة مجلة الأمن العام العدد ٧٣.
٢. شهرزاد بوشاشية، الإطار المفاهيمي للحماية الجنائية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات.

**المقالات والمجلات عبر المواقع الالكترونية:**

١. الحماية الجزائرية للمرأة ضد العنف، جامعة غردايا / كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص ١٠ من خلال الرابط الالكتروني:

<http://dspace.univ-ghardadia.dz8080.com>

٢ العنف الجنسي والعنف القائم على نوع الجنس (المفوضية السامية للأمم المتحدة) عن طرق الموقع الإلكتروني

<https://help.unhcr.org>

٣ مجلة المحقق المحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول/ السنة السادسة، من خلال الموقع الإلكتروني:

[www.uobabylon.edu.iq](http://www.uobabylon.edu.iq)

#### القواميس والمعاجم:

- مجمع اللغة العربية لعام ٢٠٠٨ المعجم الوسيط عمان.
- معجم الوسيط ج ١ و ج ٢، دار الدعوة تركيا، بدون سنة طبع.
- معجم المصطلحات القانونية.

## السكوت الملبس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم وضمانات الحماية القانونية والإدارية

إعداد  
إبراهيم نجيب إبراهيم<sup>١</sup>

إشراف  
أ.د. جميلة الشرجي<sup>٢</sup>

### الملخص

يعدّ القرار الإداري الضمني شكلاً من أشكال القرارات الإدارية، والذي يترتب بناءً على سكوت الإدارة خلال فترة زمنية معينة عن الرد على الطلبات المقدمة إليها، وهو ذو طبيعة الخاصة بوصفه قراراً يفترضه المشرع بموجب نصّ قانوني، لا وجود مادي له في الواقع. ومن الممكن أن يشكل هذا القرار انتقاصاً وضياعاً لحقوق الموظف العام المحددة قانوناً، فضلاً عن إمكانية عدم مشروعيته، لذلك لا بُدّ من أن تكون هناك وسائل حماية للموظف العام إزاء سلطة الإدارة في إصدار هذا النوع من القرارات، وإزاء القرار الضمني بحد ذاته والذي قد يكون معاب بإحدى عيوب عدم المشروعية، وتتمثل هذه الوسائل بالوسائل القانونية المحددة بموجب نصوص قانونية، والوسائل الإدارية التي تعتبر وسيلة للإدارة من أجل تصحيح أخطاءها في إصدار القرار الإداري الضمني، ونظراً لأهمية هذه الوسائل في ضمان حماية حقوق الموظف العام فقد اخترناها موضوعاً لبحثنا هذا.

<sup>١</sup> طالب دكتوراه في العلوم الإدارية والمالية – قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

[ibrahim.ibrahim@damascusuniversity.edu.sy](mailto:ibrahim.ibrahim@damascusuniversity.edu.sy)

<sup>٢</sup> أستاذ في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

الكلمات المفتاحية: السكوت الملبس، الموظف العام، القرار الإداري ضمنى، الإلغاء الإداري، سحب القرارات الإدارية.

## **The administration's ambiguous silence regarding public employee requests between the concept and guarantees of legal and administrative protection**

### **Abstract**

The implicit administrative decision is a form of administrative decision, which results from the administration's silence during a certain period of time in responding to the requests submitted to it. It is of a special nature as a decision assumed by the legislator pursuant to a legal text, which has no material existence in reality. This decision may constitute a violation and loss of the rights of the public employee as defined by law, in addition to the possibility of its illegitimacy, Therefore, there must be means of protection for the public employee against the authority of the administration to issue this type of decision, and against the implicit decision itself, which may be flawed by one of the defects of illegality, These means are represented by legal means specified by legal texts, and administrative means that are considered a means for the administration to correct its errors in issuing the implicit administrative decision, Given the importance of these methods in ensuring the protection of the rights of public employees, we have chosen them as the subject of this research.

**Keywords:** The ambiguous silence, Implicit administrative decision, public employee, administrative cancellation, withdrawal of administrative decisions.

### مقدمة:

تمثل القرارات الإدارية المظهر الرئيسي والأداة الأساسية للإدارة في ممارسة نشاطها، والتي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة والملزمة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل تقيدها اعتبارات المشروعية للحد من تعسفها وضمان حماية المخاطبين بها.

إن تعبير الإدارة عن إرادتها لا ينحصر بنمط معين، فقد يكون على نحو صريح، أو على نحو ضمني، فالتزام الإدارة بالسكوت حيال الطلبات المقدمة إليها فترة محددة قانوناً دون الرد عليها، يتولد عنه قرار إداري ضمني بالرفض أو بالقبول وفقاً لما هو محدد قانوناً.

إن تعبير الإدارة عن إرادتها ضمناً، من شأنه إلحاق الضرر بمصالح مقدمو الطلبات، لذلك رتب المشرع على هذا التعبير الضمني آثار وأصغ عليها صفة القرار الإداري تحت مسمى القرار الإداري الضمني.

من خلال ذلك فقد يواجه الموظف العام سكوت من جانب الإدارة إزاء طلباته المقدمة إليها، مما يآثر سلباً على استفادته من حقوقه التي نصّ عليها القانون، غير أنّ ذلك القرار الإداري الضمني قد يعاب بإحدى عيوب المشروعية، مما يشكل خطراً عليه وانتقاصاً من حقوقه، لذلك كان لا بدّ من وجود ضوابط لسلطة الإدارة في اتخاذ القرارات الإدارية الضمنية،

انطلاقاً من ذلك، وحيث أنّه من المعلوم أن القانون الإداري يعاني نقصاً في أغلب نصوصه، فإن مسألة الحماية القانونية والإدارية للموظف العام تعدّ أمراً هاماً لأن الإدارة تملك امتيازات كثيرة في مواجهة الموظف لديها، لذلك وقع اختيارنا لموضوع البحث والذي سنقتصر دراستنا من خلاله على الضمانات القانونية والإدارية لحماية الموظف العام إزاء القرارات الإدارية الضمنية، للحد من سلطة الإدارة في استخدام هذا التعبير عن إرادتها بشكل

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

يتنافى مع مقتضيات المصلحة العامة، وضمان حماية حقوق الموظف العام، وهو الهدف الذي يحرص المشرع على التأكيد عليه في العديد من الدول وفي مقدمتها الجمهورية العربية السورية.

### إشكالية البحث:

يثير موضوع القرار الإداري الضمني إشكاليات عديدة، لذلك تتمحور الإشكالية التي يتصدى لها البحث في الآتي: ما هي ماهية القرار الإداري الضمني؟ وما هو موقف التشريع والقضاء الإداري من القرار الإداري الضمني؟ وما هي الوسائل الإدارية لحماية الموظف العام من القرار الإداري الضمني؟

### أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في محاولته تسليط الضوء على ماهية القرار الإداري الضمني وطبيعته وخصائصه وفقاً للتشريعات، وبيان الضوابط والوسائل القانونية والإدارية لإصداره، والتي يمكن من خلالها الحد من تعسف الإدارة في استخدام سلطتها في هذا الشأن، وضمان الحماية للموظف العام، وفي المحصلة تحقيق المصلحة العامة.

### منهجية البحث:

في سبيل التصدي لإشكالية البحث، سيعتمد الباحث على المنهج الوصفي، من خلال جمع وصف المفاهيم وتحديد الإطار العام لموضوع البحث، بالإضافة إلى استخدام المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن، من خلال الاطلاع على التشريعات السورية والأحكام القضائية التي عالجت موضوع القرار الإداري الضمني واستقراء هذه النصوص وتحليلها، لبيان الوسائل القانونية والإدارية لحماية الموظف العام إزاء هذه القرارات، ومقارنتها مع تشريعات الدول الأخرى.

### مخطط البحث:

سيتم معالجة موضوع البحث وفقاً للمخطط الآتي:

**المطلب الأول: مفهوم القرار الإداري الضمني**

الفرع الأول: ماهية القرار الإداري الضمني

الفرع الثاني: تمييز القرار الإداري الضمني

**المطلب الثاني: وسائل حماية الموظف من القرارات الإدارية الضمنية**

الفرع الأول: الوسائل القانونية

الفرع الثاني: الوسائل الإدارية

**المطلب الأول\_ مفهوم القرار الإداري الضمني**

الأصل أن الإدارة غير ملزمة بإصدار قرارها الإداري بشكلٍ معين مالم ينص القانون على خلاف ذلك، ولكن لما كانت الإدارة تهدف من خلال عملها القانوني ذلك إلى إحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم، فإن ذلك يقتضي أن يتجسد ذلك القرار الإداري بمظهر خارجي لكي يعلم به ذوي الشأن ويكيفوا تصرفاتهم وفق ذلك.

غير أن الإدارة قد تتعمد عدم الإفصاح عن قراراتها الإدارية إزاء طلبات مقدمة إليها وتلتزم الصمت، فهنا يكون قرارها \_ وفقاً لما ينص عليه القانون\_ ضمنياً سواء بالإيجاب أو بالرفض، مما يشكل إهداراً لحقوق ذوي الشأن.

وانطلاقاً من ذلك سنتناول من خلال هذا المطلب بيان ماهية القرار الإداري الضمني (الفرع الأول)، وتمييز القرار الإداري الضمني عن غيره من القرارات الإدارية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول\_ ماهية القرار الإداري الضمني**

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

ليبيان ماهية القرار الإداري الضمني لا بُد من بيان تعريفه، وخصائصه (أولاً)،  
وطبيعته القانونية (ثانياً).

### أولاً: تعريف القرار الإداري الضمني

استقر القضاء الإداري والفقهاء على تعريف القرار الإداري بأنه: "إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين، واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً، وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة".<sup>١</sup>

ويُعدّ القرار الإداري الضمني أحد أنواع القرارات الإدارية من حيث الشكل، ويتّسم بخصائص وسمات تميزه عن القرار الإداري الصريح \_ سنتطرق إليها لاحقاً في موضوع آخر من البحث\_، وقد اختلف الفقهاء في تعريفه، فقد ذهب البعض منهم<sup>٢</sup> إلى تعريفه، من خلال التمييز بين سلطة الإدارة المقيدة وبين سلطتها التقديرية في إصدار القرار الإداري، محاولة منهم لتمييزه عن القرار السلبي، على أنه: "سكوت الإدارة عن التصريح عن موقفها، تجاه مسألة معينة، شريطة أن لا يلزمها القانون باتخاذ موقف معين".

في حين ذهب البعض الآخر منهم<sup>٣</sup>، إلى الخلط بينه وبين القرار السلبي، حيث عرّف بأنه: "القرار الذي يستخلص في معظم الأحيان، من سكوت الإدارة، أو امتناعها، عن إعلان رأيها، في ظروف معينة".

١ انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٧٩/١/٢٧، قضية (٤٣٢) لسنة ٢٣ق، مجموعة سنة ١٥، ص ٧٥. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٢٢/ في الطعن رقم ١٨٩٧/ لسنة ١٩٩٥م، مجموعة المبادئ لسنة ١٩٩٥م، ص ٨٦، م ٤٠٣. وانظر:

د. سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري**، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٩١م، ص ٦٣٩.

د. محمد رفعت عبد الوهاب، **مبادئ وأحكام القانون الإداري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٣م، ص ٤٦٨.

-Forge.J.M. **Droit administrative**,P.U.F.Paris,1991,p23.

٢. محمود عبد العزيز محمد، **القرار الإداري في هيئة الشرطة**، دار الكتب القانونية، مصر، عام ٢٠٠٧م، ص ١١٦.

٣. محمد فؤاد مهنا، **القانون الإداري المصري والمقارن**، مطبعة نصر، مصر، عام ١٩٥٨، ص ٥٤٠.

ويُعرّفه آخر<sup>١</sup>، بأنه: " القرار الذي لا تفصح فيه الإدارة عن إرادتها، بشكل علني وصریح، سواء بالقبول، أو بالرفض، وذلك عن طريق التزامها جانب الصمت، أو السكوت، إزاء موقف، أو طلب معين".

بينما يرى البعض<sup>٢</sup>، بأنه: " العمل القانوني، الذي يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة، ويستخلص من صمتها في ظروف معينة، ويترتب عليه إنشاء، أو تعديل، أو إلغاء، مركز قانوني".

وبالتالي يمكن تعريف القرار الإداري الضمني، بأنه: عمل قانوني، يصدر عن سلطة إدارية مختصة، بإرادتها المنفردة، والملزمة، من خلال سكوتها، عن الرد، مدة زمنية، محددة قانوناً، على طلب، أو تظلم، مقدم إليها، سواء بالرفض، أو بالقبول.

نتيجة لما تقدم، نجد أن القرار الإداري الضمني يتمتع بعدد من الخصائص، تتمثل في الآتي:

١. القرار الإداري الضمني عمل قانوني<sup>٣</sup>.
٢. يصدر عن سلطة إدارية مختصة، وإذا لم يصدر عن سلطة غير مختصة وفي هذه الحالة يجب إحالته إلى السلطة المختصة.
٣. يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.
٤. يصدر من خلال سكوت الإدارة.

ثانياً: الطبيعة القانونية للقرار الإداري الضمني

١. جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٢م، ص ٢١.

٢. فؤاد محمد موسى، القرارات الإدارية الضمنية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٦م، ص ١٠.

٣. بالتالي يكون محلاً لدعوى الإلغاء، ولدعوى التعويض، على السواء.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

إن تحديد الطبيعة القانونية للقرار الإداري الضمني كانت محل خلاف فقهي، وقضائي، لذلك سنوضح هذه الطبيعة القانونية، وفق الآتي:

### ١. موقف الفقه:

اتجه الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للقرار الإداري الضمني في اتجاهين،  
أثنين، هما:

أ- الاتجاه الأول \_ اعتبر القرار الإداري الضمني بمثابة افتراض قانوني:

اتجه بعض الفقهاء الفرنسيين<sup>١</sup>، والعرب<sup>٢</sup>، إلى اعتبار القرار الإداري الضمني ليس قراراً حقيقياً، وإنما افتراض قانوني، يتحقق بناءً على نص تشريعي، يحول هذا الافتراض القانوني إلى قرار حقيقي، أي أنه لا يترتب على سكوت السلطة الإدارية قراراً إدارياً، إلا في حال نص المشرع على ذلك صراحةً.

ونتيجة لذلك، فقد أطلق البعض<sup>٣</sup>، على هذه القرارات مسمى " القرارات الإدارية بحكم القانون"، استناداً إلى كونها ليست قرارات إدارية صادرة بإرادة الإدارة، وإنما هي قرارات مفترضة.

ب- الاتجاه الثاني \_ اعتبر القرار الإداري الضمني قرينة قانونية:

<sup>١</sup> ومنهم الفقيهين (Auby و Drago)، أشار إلى ذلك: د. محمد جمال عثمان جبريل، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، بدون مكان نشر، عام ١٩٩٥م، ص ٢١ و٢٢. د. عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري - دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٩م، ص ١٢٢.

<sup>٢</sup> أشار إلى ذلك: د. ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، عام ١٩٩٤م، ص ٥٠١.

<sup>٣</sup> د. ماهر صلاح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة، بغداد، العراق، عام ١٩٩١م، ص ١١٧.

ذهب جانب من الفقه<sup>١</sup>، إلى اعتبار القرار الإداري الضمني قرينة قانونية، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن سكوت الإدارة عن الرد على الطلب المقدم إليها، إنما هو قرينة بالرفض، ولا تستطيع \_ أي الإدارة \_ إثبات عكسها.

ونتيجةً لما تقدم، نجد أن الخلاف حول الطبيعة القانونية للقرار الإداري الضمني، باعتباره افتراض قانوني، أم قرينة قانونية، وهو خلاف غير منتج لأي أثر قانوني، أو عملي، لأن سكوت الإدارة يحتمل الوجهين، ويمكن اعتبار هذا السكوت افتراض قانوني، وقرينة قانونية، في ذات الوقت، فالنص القانوني هو الذي يحدد نتيجة السكوت، بالرفض أو القبول، وتتطابق أو تختلف موقف الإدارة من الطلب من خلال الالتزام بالسكوت، مع النتيجة التي يحددها القانون ابتداءً على ذلك السكوت، يتوقف على نية الإدارة إزاء ذلك، وهو أمر لا أهمية قانونية له، بوجود نص قانوني يعالج هذا السكوت.

## ٢. موقف القضاء:

لقد نصّ القانون الفرنسي منذ عام ١٨٦٤م، على قاعدة عامة تعالج موقف الإدارة بالسكوت عن الرد على الطلبات المقدمة إليها، وهو رفض الإدارة للطلب، ولم ينشأ خلاف في القضاء الفرنسي بشأن القرار الإداري الضمني، بل كان الخلاف حول الأساس القانوني للقرار الضمني<sup>٢</sup>.

فقد عدّ المجلس الدستوري الفرنسي، أن القرار الإداري الضمني لا يتقرر إلا بنص تشريعي، فالقانون هو الوحيد الذي يستمد منه القرار الإداري وجوده القانوني، وبالتالي فإنه

<sup>١</sup> انظر: - د. عصام نعمة إسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٣.

-M,Stassionpowlos, *traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p83.

<sup>٢</sup> د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

\_ أي القرار الإداري الضمني\_ لا يتحقق بمرسوم، أو لائحة، تصدر عن السلطة التنفيذية،  
فذلك من اختصاص السلطة التشريعية<sup>١</sup>.

أما مجلس الدولة الفرنسي، فقد ذهب في قضائه، إلى أن القرار الإداري يمكن أن  
يتقرر بنص لائح، على أساس أن النص القانوني إنما يعتبر قاعدة إجرائية يمكن للإدارة  
مخالفتها بالنص في المرسوم أو اللائحة، باعتبار السكوت مدة معينة بمثابة قرار إداري  
ضمني بالقبول<sup>٢</sup>.

إلا أنّ المشرع الفرنسي حسم ذلك الخلاف، وأكد ما ذهب إليه المجلس الدستوري،  
بإقراره من خلال مرسوم بتاريخ ٢٨ نوفمبر عام ١٩٨٣م، مبدأ عام في القانون الفرنسي،  
وهو أن سكوت جهة الإدارة لمدة معينة يولد قراراً إدارياً ضمناً بالرفض.

أما القضاء الإداري المصري، فقد ذهب في أحكامه<sup>٣</sup>، إلى أن القرار الإداري يعتبر  
قراراً إدارياً ضمناً، في حال اعتبر المشرع بنص خاص، أن سكوت الإدارة هو رفضاً أو  
موافقة للطلب إذا مضت مدة معينة من الوقت.

أما بالنسبة للقضاء الإداري السوري، لم يكن له دوراً مباشراً في بيان القرار الإداري  
الضمني، إلا أنه أشار إليه في العديد من أحكامه<sup>٤</sup>، و نلاحظ أنه يبين فقط القرار الإداري  
الضمني بالرفض (التظلم الإداري)، وهو المنصوص عليه في المادة (٢١) من قانون مجلس

<sup>١</sup> د. أنس جعفر، القرارات الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٥م، ص ٨٥.

<sup>٢</sup> د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦.

<sup>٣</sup> انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في ٢٢/٦/٢٠٠٣م، في الدعوى رقم (١٠٠٨١) لسنة ٤٦، ص ٤٨،  
ص ٨٩٨. أشار إليه: د. عبد الناصر أبو سمهانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات  
القانونية، القاهرة، عام ٢٠١٢م، ص ٣٤.

<sup>٤</sup> انظر: حكم المحكمة الإدارية بدمشق، القرار رقم (١/١٩٤)، في القضية ذات الرقم (١/٤٨٠) لسنة ٢٠١٥م،  
المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة، ج ١، عام ٢٠١٧م، ص ٢٦٧. و حكم  
المحكمة الإدارية بدمشق، القرار رقم (١/٧١١)، في القضية ذات الرقم (١٥٩٩) لسنة ٢٠١٥م، المجموعة السابقة،  
ص ٤٩٩.

الدولة السوري رقم (٣٢) لعام ٢٠١٩م، ولم يبين الحالات الأخرى التي يترتب على السكوت من جانب الإدارة على الطلب المقدم إليها، القبول.

### الفرع الثاني- تمييز القرار الإداري الضمني

لقد ذكرنا سابقاً بأن القرار الإداري، هو تعبير الإدارة عن إرادتها، والقرار الإداري الضمني هو أحد أنواع القرارات الإدارية، ولكن بسبب طبيعته الخاصة، ثمة نقاط تشابه، واختلاف تميّزه عن بقية القرارات الإدارية الصريحة منها (أولاً)، والقرارات الإدارية السلبية (ثانياً).

#### أولاً: تمييزه عن القرار الإداري الصريح:

سبق القول أن القرار الإداري وهو إفصاح عن إرادة الإدارة، إلا أنّ تعبيرها عن إرادتها في القرار الإداري الصريح، يكون من خلال سلوك إيجابي بصورة صريحة دون لبس أو غموض، أما في القرار الإداري الضمني فإن التعبير عن إرادتها يكون من خلال واقعة السكوت، إلا أنه \_ أي عنصر التعبير \_ يتحقق بإرادة المشرع، فهو الذي يعطي للقرار الإداري الضمني حيز الوجود الخارجي، من خلال تحديده لمعنى السكوت الذي ألتزمته الإدارة بقبول، أو رفض، الطلب، أو التظلم المقدم إليها.

ومن ناحية أخرى، يختلف القرار الإداري الضمني، عن القرار الإداري الصريح، من حيث بدء ميعاد الطعن بالإلغاء، حيث أن هذا الميعاد يبدأ بالنسبة لهذا الأخير من تاريخ تبليغه، أو نشره، أو تحقق العلم اليقيني به<sup>١</sup>، بينما يبدأ هذا الميعاد بالنسبة للطعن بالقرار الإداري الضمني من تاريخ انتهاء المدة الممنوحة للإدارة للرد على الطلب، أو التظلم المقدم إليها<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> د. علي محمد بدير، وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، دت، ص ٤٥٤ و٤٥٥.

<sup>٢</sup> د. بركات أحمد، واقعة السكوت وتأثيرها على وجود القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، عام ٢٠١٤م، ص ١٦٦.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

بالإضافة إلى ما تقدم، نجد أن القرارات الإدارية الصريحة تصدر عن الإدارة عندما تمارس سلطتها الإدارية المقيدة، والتقديرية على السواء، في حين نجد أن القرارات الإدارية الضمنية لا تظهر إلا في الحالات التي تمارس فيها الإدارة سلطتها التقديرية، وتلتزم السكوت خلالها، فيظهر وفقاً لذلك، القرار الإداري الضمني، كما حدده القانون .

### ثانياً: تمييزه عن القرار الإداري السلبي:

تبني المشرعين السوري، والمصري فكرة القرارات الإدارية السلبية، حيث أشارا إليها من خلال النص في قانون مجلس الدولة<sup>١</sup>، على أنه: " يُعد في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين والأنظمة".

ويُعرف القرار الإداري السلبي، بأنه: رفض السلطة الإدارية، أو امتناعها، عن اتخاذ قرار، كان من الواجب عليها اتخاذه، وفقاً للقوانين، والأنظمة النافذة<sup>٢</sup>.

ومن هنا نجد، أنَّ القرار الإداري السلبي ينشأ عن موقف رفض، أو امتناع من جانب الإدارة عن اتخاذ قرار، كان واجب عليها قانوناً اتخاذه، بينما يستند القرار الإداري الضمني إلى واقعة صمت، أو حالة سكوت تلتزمها الإدارة.

ومن ناحية أخرى، ينتج القرار الإداري الضمني عندما تمارس الإدارة سلطتها التقديرية، بينما ينتج القرار الإداري السلبي عن سلطة إدارية مقيدة، إذ أنَّ القانون يلزم الإدارة باتخاذ الإجراء أو القرار، فترفض، أو تمتنع عن ذلك الواجب<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> انظر: المادة رقم (٨) فقرة (٣)، من قانون مجلس الدولة السوري، رقم (٣٢) لعام ٢٠١٩م. و المادة (١٠)، من قانون مجلس الدولة المصري، رقم (٤٧) لعام ١٩٧٢م.

<sup>٢</sup> انظر: د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الميسرة، عمان، عام ١٩٩٧م، ص ١١٣. و صلاح محمد الغويري، القرارات الإدارية السلبية وتطبيقاتها في القانون الأردني، مجلة المجد العلمية المتطورة، جامعة آل البيت، الأردن، مج ٢، ع ٢، عام ٢٠٢٣م، ص ٤ وما بعدها.

<sup>٣</sup> د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، عام ٢٠٠٩م، ص ٢٨٦ و ٢٨٧.

بالإضافة إلى ذلك، نجد أنّ القرار الإداري الضمني قد يمثل موقفاً سلبياً بالفرض، أو موقفاً إيجابياً بالقبول، بحسب ما ينص عليه القانون، بينما يتخذ القرار السلبي بشكلٍ دائم، موقفاً سلبياً من قبل الإدارة.

ومن جانب آخر، إنّ القرار الإداري الضمني هو أمر مشروع، يجيزه القانون، ويعطي للإدارة هذا الحق بالتزام الصمت إزاء الطلب المقدم إليها، في حين يكون موقف الإدارة في القرار الإداري السلبي، أمر غير مشروع وغير مجاز قانوناً<sup>١</sup>.

وحيث أنّ القرار الإداري الضمني، هو قرار وقتي<sup>٢</sup>، فإن الطعن فيه أمام القضاء بالإلغاء، مقيد كسائر القرارات الإدارية الأخرى، بميعاد رفع دعوى الإلغاء، في حين نجد أنّ القرار الإداري السلبي من القرارات الإدارية المستمرة، وبالتالي فإن ميعاد الطعن فيه بالإلغاء يبقى مفتوحاً، طالما أنّ حالة الرفض، أو الامتناع قائمة<sup>٣</sup>.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية، في أحكامها<sup>٤</sup>، على أنّ: " .. إنّ القرارات المستمرة كالقرارات السلبية الصادرة بالامتناع عن إصدار قرار معين .. يجوز الطعن فيها في أي وقت دون التقيد بميعاد معين ..".

كما تبنت المحكمة الإدارية العليا السورية، هذا المفهوم للقرارات الإدارية السلبية، من خلال أحكامها<sup>٥</sup>، حيث أشارت إلى: "عدم خضوع الطعن بالقرار السلبي لمواعيد الطعن

1 Glele, v, *Les recours contre une decision administrative negative*, A.J.D.A, 1970, p 18.

<sup>٢</sup> يقصد بذلك: أي أنّه يصبح نافذاً عند انتهاء المدة التي يحددها القانون للبت بالطلب من قبل الإدارة.

<sup>٣</sup> د. سعيد الشتيوي العنزي، الرقابة القضائية على القرار الإداري السلبي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ع ١، عام ٢٠١٠م، ص ٢٥٨.

<sup>٤</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الدعوى رقم 13/409ق، في ٨/ ١٢/ ١٩٥٩م. أشار إلى ذلك: د. محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، المنشورات الحقوقية مكتبة صادر، لبنان، عام ١٩٩٨م، ص ١٤٩.

<sup>٥</sup> انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٧٢)، في الطعن (١٣٦)، لسنة ١٩٧٠م، مجموعة المبادئ لسنة ١٩٧٠م، ص ٢٧٥. وحكمها رقم (٤٦)، في الطعن (٢٩٤)، لسنة ١٩٧٦م، مجموعة المبادئ لسنة ١٩٧٦م، ص ١٢، ص ٣٤. وحكمها رقم (٢١)، في الطعن (٧١)، لسنة ١٩٧٩م، المهائني، ج٣، ص ٥٢٣. وحكمها رقم (٢١٢٦٠)، في الطعن (٤٦٨/١)، لسنة ١٩٩٨م، المهائني، ج٣، ص ٥٢٣.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

بالإلغاء، طالما كانت حالة الامتناع مستمرة وقت رفع الدعوى، طالما كانت الإرادة لازالت ماثلة بين صاحب الحق وحقه..".

بهذا نكون قد انتهينا من بيان ماهية القرار الإداري الضمني بعد أن تطرقنا إلى تعريفه، وخصائصه، وطبيعته القانونية، وتمييزه عن القرارات الإدارية الصريحة، وعن القرارات الإدارية السلبية، لننتقل بعدها من خلال المطلب الثاني إلى بيان الوسائل القانونية والإدارية لحماية الموظف العام من هذا القرار، والتي تشكل بدورها وسائل للحد من سلطة الإدارة التقديرية في إصداره، والتي تحقق في المحصلة تحقيق المصلحة العامة.

### المطلب الثاني: وسائل حماية الموظف من القرارات الإدارية الضمنية

إنَّ الإدارة ملزمة في تصرفاتها ولا سيما في قراراتها الإدارية، باحترام مبدأ المشروعية، الذي يفرض عليها الخضوع لحكم القانون وعدم مخالفتها له سواء بقرار صريح أو بقرار ضمني، وذلك حماية لصاحب الشأن، والذي يمكن أن يكون موظف عام يواجه سكوت الإدارة، الذي قد تتجاهل \_أي الإدارة\_ الرد على طلبه الذي قدمه لها للاستفادة من حقوقه التي نص عليها القانون.

لذلك من الطبيعي أن تكون هنالك وسائل لحماية للموظف العام إزاء القرار الإداري الضمني غير المشروع، وتتمثل هذه الوسائل بالوسائل القانونية المحددة بموجب نصوص قانونية (فرع أول)، والوسائل الإدارية التي تمارسها الإدارة من أجل تصحيح الخطأ الذي ارتكبه عند إصدارها للقرار الإداري الضمني (فرع ثاني).

### الفرع الأول\_ الوسائل القانونية

يُعد القانون الأداة الرئيسية في تنظيم الحياة الوظيفية في كافة صورها، لما يحتويه من عنصر الإلزام للإدارة والموظفين على حد سواء، بالتالي يؤدي القانون دوراً رئيسياً وهاماً في حماية الموظف العام من تصرفات الإدارة، ولا سيما في مواجهة قراراتها الإدارية الضمنية، وتتمثل هذه الوسائل القانونية بتحديد حالات وجود القرار الإداري الضمني

بنصوص قانونية صريحة، بالإضافة إلى إلزام الإدارة بشكليات محددة كتسبب القرار الإداري الضمني وتبليغه.

### أولاً: التحديد القانوني للقرار الإداري الضمني:

يُعد سكوت الإدارة عن الرد على الطلبات المقدمة إليها من قبل الموظف العام، عقبة أمام هذا الأخير، وضياعاً لحقوقه، الأمر الذي يستلزم قيام المشرع بتحديد حالات وجود القرار الإداري الضمني من خلال نصوص قانونية صريحة، إلا أن ذلك يتطلب أيضاً تحديد آثار سكوت الإدارة، من خلال بيان الظروف المرافقة لموقف الإدارة والتزامها الصمت، فقد يتم تحديد هذه الآثار مسبقاً وفقاً لنص القانون، ويسمى هذا بالسكوت الموصوف، أو تكون غير محددة مسبقاً، بحيث يترك أمر بيان دلالتها إلى القضاء فيما بعد، وهذا ما يسمى بالسكوت الملابس.

إذ إن السكوت الموصوف يعبر عن إرادة جهة الإدارة، من خلال تحديد القانون له دلالة معينة في حالة خاصة محددة، وهذه الدلالة قد تحتل القبول، أو الرفض.<sup>١</sup>

مثال ذلك ما أورده المادة (٢١)<sup>٢</sup> من قانون مجلس الدولة السوري رقم (٣٢) لعام ٢٠١٩م بخصوص التظلم الإداري، لذلك فإن دلالة سكوت الإدارة تبنى على إرادة المشرع من جهة، وعلى إرادة الجهة الإدارية المفترضة من جهة أخرى.

أما السكوت الملابس فيرتكز على وجود وقائع وظروف وقرائن يستنتج من خلالها القضاء دلالة سكوت الجهة الإدارية، وبالتالي يتحقق السكوت الملابس في الحالات التي يغفل فيها المشرع عن تحديد دلالة هذا السكوت، ومثال ذلك ما أورده المادة (١٣٣) /فقرة

<sup>١</sup> د. رفعت عيد سيد، القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٦م، ص ٩٦.

<sup>٢</sup> نصت المادة (٢١) على أن: "ميعاد اقامة الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً... وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم... ويجب أن يبيت في التظلم قبل مضي ستين يوماً... وبعد فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفض له...".

## السكوت الملبس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

ب) من القانون السوري رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤م المتضمن النظام الأساسي للعاملين في الدولة بخصوص طلب الاستقالة، فقد نصّت على أنّ: " ... ب\_ يجب البت في طلب الاستقالة اما بالقبول أو الرفض خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه".

وفي هذه الحالة لا توجد نصوص قانونية تعبر عن إرادة الإدارة الصريحة، بل تعبر عن إرادة ضمنية للإدارة، يستتبطها القضاء من الوقائع والظروف والقرائن المرافقة لموقف الإدارة.<sup>١</sup>

نجد أن المشرع الفرنسي قد عالج السكوت الملبس للإدارة إزاء الطلبات المقدمة إليها، من خلال اتخاذه موقفاً صريحاً وعماماً، فقد نصّ في قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة رقم (٢٠٠٠-٣٢١)<sup>٢</sup> المؤرخ ١٢ أبريل عام ٢٠٠٠م، على قاعدة عامة<sup>٣</sup> تحكم سكوت الإدارة بخصوص هذا الشأن، والتي مفادها اعتبار سكوت الإدارة لمدة تزيد عن شهرين عن الرد على الطلب المقدم إليها بمثابة قرار بالرفض، إلا ما استثني منها بنصٍ خاص.

وقد صدر القانون رقم (١٠٠٥) تاريخ ١٢ تشرين الثاني عام ٢٠١٣ معدلاً للقانون رقم (٢٠٠٠-٣٢١)، والذي جعل من سكوت الإدارة بمثابة قبول، مع وضع بعض الاستثناءات على ذلك.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٩٧.

<sup>٢</sup> Loi n° 2000-321 du 12/04/2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>٣</sup> انظر المادة (٢١) من القانون الفرنسي رقم (٢٠٠٠\_٣٢١):

<< Le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet >>

" يشكل الصمت الذي تلتزم به السلطة الإدارية لمدة تزيد عن شهرين على الطلب قراراً بالرفض"

<sup>٤</sup> للمزيد أنظر: طارق محمد علي النحاس، التطورات التشريعية والقضائية بخصوص القرار الإداري الضمني \_دراسة مقارنة، مجلة جامعة البعث، سلسلة العلوم القانونية، مج ٤٥، ع ١٢، عام ٢٠٢٠، ص ١٢٩.

أما المشرعين المصري والسوري لم يتخذاً موقفاً واضحاً عاماً للسكوت الملابس للإدارة إزاء الطلبات المقدمة إليها من قبل الموظفين، ففي بعض الأحيان حدد الإرادة الضمنية للإدارة في حالة عدم إفصاحها عن إرادتها، وفي البعض الآخر لم يحدد ذلك، وهذا ما يشكل ضياعاً لحقوق الموظف العام.

وبحق إنّ معالجة أوجه النقص و القصور في القوانين المنظمة لشؤون الوظيفة العامة والموظفين العاميين، من شأنه حماية الموظف العام من القرار الضمني غير المشروع، بالإضافة إلى حماية المصلحة العامة، من خلال سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وبالتالي يتوجب على المشرعين المصري والسوري معالجة النقص في القوانين ذات الشأن، وحذوهما حذو المشرع الفرنسي بوضع قاعدة عامة دقيقة وواضحة تحكم القرارات الإدارية الضمنية الناتجة عن سكوت الإدارة، وإيراد الاستثناءات على ذلك بنصوص واضحة وصريحة.

نستنتج أنّ القرار الإداري الضمني يستمد وجوده المادي عند توافر شروط معينة، وإنّ تحديده من خلال قاعدة عامة، أو تحديد حالاته بنصوص صريحة واضحة، يحقق الحماية للفرد بشكل عام، والموظف بشكل خاص، من خلال وجود هذا النص القانوني الذي يحدد المدة القانونية لإجابة الإدارة للطلب المقدم إليها سواء بالرفض أو بالقبول، ويعطي للقرار الإداري الضمني وجوده القانوني، وبالتالي عدم ضياع حقوق صاحب الشأن.

#### ثانياً: تسبب القرار الإداري الضمني وتبليغه:

إنّ التزام الإدارة بقواعد الشكل في القرار الإداري، يمثل ضماناً مهمة لحماية المصلحة العامة و مصلحة المخاطبين بالقرار الإداري، لذلك لا بدّ من وجود ضوابط شكلية

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

للقرار الإداري الضمني، تشكل ضمانات هامة لحماية الموظف العام منها، وهذه الشكليات هي:

### أ- تسبب القرار الإداري الضمني:

لم تنصّ التشريعات المطبقة في سورية ومصر، على تعريف محدد لتسبب القرار الإداري، وذلك على خلاف التشريع الفرنسي الذي وضع نصاً خاصاً لهذا المبدأ فيقانون العلاقة بين الجمهور والإدارة رقم (٢٠٠٠-٣٢١).

وقد عُرّف<sup>١</sup> تسبب القرار الإداري، على أنّه: " هو الإفصاح عن العناصر القانونية، والواقعية، التي استند إليها القرار، سواء كان الإفصاح واجباً قانوناً، أو إلزاماً قضائياً، أو تلقائياً من الإدارة".

كما عرّفه الفقيهان (vedel و dévolve)<sup>٢</sup>، بأنّه: "التزام قانوني، تُفصح الإدارة بمقتضاه عن الأسباب القانونية والواقعية التي دفعتها إلى إصدار قرارها".

والقاعدة العامة في كل من التشريعات الفرنسية، والسورية، والمصرية، أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم ينص القانون على وجوب التسبب<sup>٣</sup>.

وحيث إنّ القرار الإداري يصدر في الحالات المحددة قانوناً للقرارات الإدارية الضمنية، كقرار إداري صريح إذا أفصحت الإدارة عنه صراحةً، وهنا يتوجب عليها تسبب قرارها إذا كانت ملزمة قانوناً بذلك، إلا إنّ المشرع الفرنسي قد أعطى الموظف العام في حالة التزام الإدارة بالسكوت في الحالات القانونية للقرارات الإدارية الضمنية إزاء طلباته المقدمة إليها، الحق في تقديم طلب إلى الإدارة للطلاع على أسباب القرار الإداري الضمني

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

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

٣ د. جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٦م، ص ١٦٨.

التي استندت إليها، ويتعين على الإدارة الرد على الطلب خلال شهر من تقديمه<sup>١</sup>، وهذا يؤدي إلى تحقيق ذات الأهداف التي يحققها التسبب الوجوبي<sup>٢</sup>، وبشكل ضمانة هامة للموظف في مواجهة القرار الإداري الضمني، أما المشرع في سورية ومصر، لم ينص على مثل ذلك.

وتُعد ضمانة التسبب، من الضمانات القانونية المهمة للموظف العام، فهو أول المستفيدين منه، لأنه يرغب دائماً بمعرفة الأسباب التي استندت إليها الإدارة عند اتخاذها قرارها، فالتسبب يعطي للموظف القناعة بأن الإدارة تتصرف في نطاق المشروعية، ويحد من سلطة الإدارة التعسفية والتحكيمية<sup>٣</sup>، وإذا كان كافياً ومنتجاً في فهم الواقع والقانون، يساعد الموظف العام على تفهّم مركزه القانوني، ويعطيه فرصة الدفاع عن حقوقه في حال عدم مشروعية الأسباب التي بني عليها القرار الإداري<sup>٤</sup>.

لذلك يمكن القول: لا بُدّ من وجود نصوص تشريعية تلزم الإدارة في حال كان الافتراض القانوني لسكوتها عن الرد على الطلب المقدم إليها بمثابة رفض له، بتقديم بيان بأسباب قرارها الإداري الضمني بالرفض وذلك خلال مدة معينة، أو على الأقل إعطاء الموظف العام الحق في تقديم طلب إليها للاطلاع على تلك الأسباب التي استندت إليها في قرارها الإداري الضمني.

## ب\_ تبليغ القرار الإداري الضمني

.. CCA de marseille, 8 éme chamber – formation a3,4-11-2014, no13MAO1275 للمزيد أنظر: <https://www.legifrance.gouv.fr>

٢. د. أشرف عبد الفتاح ابو المجد، تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، دون دار نشر، القاهرة، عام ٢٠٠٦م، ص ٢٠٣.

٣. د. عماد ملوخية، الضمانات التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠١٢م، ص ٣٤٠.

٤. د. سامي الطوخي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١٦م، ص ٢٠٢.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

الأصل إن القرارات الإدارية تكون نافذة منذ تاريخ صدورها، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المخاطبين بها، إلا من تاريخ علمهم بها بإحدى وسائل العلم (النشر، التبليغ، العلم اليقيني)، وقد استقر القضاء على اتباع وسيلة النشر للإعلام بالقرارات الإدارية التنظيمية<sup>١</sup>، أما التبليغ (الإعلان) والعلم اليقيني تتبعان للإعلام بالقرارات الإدارية الفردية.

يُقصد بالنشر<sup>٢</sup> إعلام الجمهور بمحتويات القرارات التي تصدر عن الإدارة حتى يكونوا على بينة منها، والأصل أن للإدارة الحرية في اختيار وسيلة النشر مالم يحدد لها القانون وسيلة معينة، إلا أن القانون<sup>٣</sup> قد حدد الوسيلة التي يعتد بها في نشر القرارات التنظيمية، وهي النشر في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح.

ويُقصد بالتبليغ (الإعلان)<sup>٤</sup>، قيام جهة الإدارة بإعلام الأفراد بالقرار الإداري بالطريقة التي تراها مناسبة، حيث لا تتقيد باتباع شكل معين، سواء أكان من خلال تسليم القرار مباشرة إلى صاحب الشأن، أو عن طريق البريد، أو من خلال المحضر، أو بصلقه على لوحة الإعلانات، مالم يحدد القانون لها شكل معين للتبليغ، إلا أن ذلك لا ينفي ضرورة احتوائه على جميع عناصره التي تتمثل في ذكر مضمون القرار وأسبابه والجهة المصدرة له.

والإدارة غير ملزمة بإتباع وسيلة معينة للتبليغ فقد يكون مكتوباً وقد يكون شفهيّاً، إلا أن الإدارة تسعى دائماً إلى أن يكون تبليغها كتابة حتى تتجنب مخاطر التبليغ لأن من

<sup>١</sup> د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، دار الفكر والقانون، المنصورة، عام ٢٠١١م، ص ٦٩.

<sup>٢</sup> د. عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (القضاء الإداري)، ط٢، منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠١٧م، ص ٢٣٣ و ٢٣٤.

<sup>٣</sup> انظر المادة (٢١) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (٣٢) لعام ٢٠١٩م.

<sup>٤</sup> د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، القانون الإداري (النشاط الإداري)، منشورات جامعة حلب، عام ٢٠٢١م، ص ٢٧٥.

السهل عليها إثبات التبليغ الكتابي، وإذا ما حدث نزاع بشأن ذلك وقع عبء الإثبات على الإدارة مصدرة القرار.<sup>١</sup>

أما العلم اليقيني فيُقصد به<sup>٢</sup>، علم صاحب الشأن بالقرار الإداري علماً يقيناً، لا ظنياً، ولا افتراضياً، نافياً للجهالة، وشاملاً لجميع عناصر القرار ومحتوياته، وثبوت ذلك في تاريخ معلوم.

ويمكن أن يستمد هذا العلم من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله، وللقضاء الإداري أن يتحقق من قيامها أو من عدمها، وهل هي كافية للعلم أم لا، ولا تسري مدة الطعن إلا من يوم ثبوت هذا العلم. ويقع على عاتق الإدارة مصدرة القرار عبء اثبات حصول العلم اليقيني وتاريخه، ولا تكون ملزمة باتباع أية وسيلة في هذا الإثبات<sup>٣</sup>.

إلا أنه من الصعب تطبيق هذه الوسيلة وإثباتها في نطاق القرارات الإدارية الضمنية في الحالة التي لا يحدد فيها القانون نتيجة السكوت الذي تلتزمه الإدارة دون الرد على الطلب المقدم إليها.

وبالتالي نجد أنه من الأفضل اعتماد وسيلتي النشر والتبليغ فقط، لإثبات علم الموظف العام، بالقرارات الإدارية الضمنية، وإلزام الإدارة عند انقضاء المدة المحددة لسكوتها، بإعلام الموظف العام بالقرار الإداري المفترض قانوناً، بنشره أو تبليغه، مما يحد من سلطة الإدارة التحكيمية، ويحقق حماية هامة للموظف العام وحفاظاً على حقوقه، وفي المحصلة تحقيق المصلحة العامة.

<sup>١</sup> د. حسام الدين محمد مرسي، ضوابط القرار الإداري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، مج ١، ع ٤، عام ٢٠١٨م، ص ١٦٨.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٢٧٦. وانظر أيضاً: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، دون دار ومكان نشر، عام ٢٠٠٩م، ص ٣٧٩.

<sup>٣</sup> د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠٠٧م، ص ٦٧.

## الفرع الثاني\_ الوسائل الإدارية

تُعد الوسائل الإدارية من الضمانات المهمة أيضاً والتي توفر الحماية للموظف العام إزاء القرارات الإدارية الضمنية غير المشروعة، والتي قد ينص عليها القانون، أو تستخلص من المبادئ القانونية العامة، أو من أحكام القضاء الإداري.

إنّ القرارات الإدارية الضمنية غير المشروعة قد تزول بإرادة الإدارة، بإفصاحها عن إرادتها في إنهاء القرار الضمني غير المشروع وإزالة آثاره، بالنسبة للمستقبل فقط وهذا ما يسمى بالإلغاء الإداري، أو بالنسبة للمستقبل والماضي معاً، وتسمى بسحب القرار الإداري.<sup>١</sup>

### أولاً: الإلغاء الإداري

يُقصد بإلغاء القرار الإداري، تجريده من قوته الإلزامية بالنسبة للمستقبل فقط، مع بقاء آثاره القانونية بالنسبة للماضي، في الفترة الممتدة ما بين صدوره، وما بين إلغائه.<sup>٢</sup> ويحدد البعض<sup>٣</sup> هذا المفهوم، بأنه: "حق الإدارة الولائية أو الرئاسية، في إعدام قرارها الإداري، وإلغائه بالنسبة للمستقبل فقط، بحيث تظل آثاره بالنسبة لمرحلة التنفيذ و قبل الإلغاء سليمة فلا يشملها الإلغاء".

فإلغاء القرار الإداري هو عمل قانوني ينبثق عن جهة الإدارة بإرادتها المنفردة، بقصد إنهاء آثار قرار إداري بالنسبة للمستقبل، دون المساس بالآثار التي تمت قبل ذلك، وهذا ما يميزه عن عملية سحب القرار الإداري، وحتى عن الإلغاء القضائي.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> د. مهدي نوح، القانون الإداري، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، عام ٢٠١٨م، ص ١٣٠.

<sup>٢</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية- الجزء الأول القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١٢م، ص ٧٥٨.

<sup>٣</sup> د.عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، عام ٢٠٠٧م، ص ٢٤٨.

<sup>٤</sup> د.عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، ط ٥، الجزائر، عام ٢٠٠٩م، ص ١٦٩.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ الإلغاء الإداري قد يتم من قبل الإدارة التي أصدرت القرار، أو من قبل السلطة الرئاسية والتي لها من حق التعقيب على قراراتها، أو من قبل الإدارة الخاضعة لوصايتها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>١</sup>.

وقد يكون الإلغاء الإداري صريحاً عندما يتضمن القرار نصاً بإلغاء القرار الإداري السابق، وقد يكون ضمناً بموجب قرار جديد يحل محل القرار السابق<sup>٢</sup>.

إنّ الحديث عن سلطة الإدارة في إلغاء قراراتها الإدارية، يؤدي بنا إلى التمييز بين سلطتها في إلغاء قراراتها المشروعة، وبين سلطتها في إلغاء قراراتها غير المشروعة:

وهنا لا بُدّ لنا من التمييز بين القرارات اللاتحوية وبين القرارات الفردية، فالنسبة للقرارات اللاتحوية<sup>٣</sup>، يجوز دائماً إلغاؤها كونها تتضمن قواعد قانونية تنظيمية عامة ومجردة، ولا ترتب حقوقاً مكتسبة لأحد، بل من الواجب على الإدارة تعديلها أو إلغاؤها وفقاً لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، وقابليتها للتغيير والتبديل، وهذا ما يجعل هذه القرارات قابلة للإلغاء في أي وقت ودون التقيد بمدة معينة.

أما بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية فهي على خلاف القرارات اللاتحوية، لا تنطوي على قواعد عامة مجردة، ولا تنشئ مراكز قانونية عامة، وإنما تتعلق بمراكز قانونية فردية أو ذاتية<sup>٤</sup>.

إن إلغاء القرارات الفردية المشروعة يخضع لقاعدة عامة، وهي عدم جواز إلغاؤها إذا صدرت طبقاً للقانون، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك ضماناً لاستقرار

١. نواف كنعان، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٢.

٢. سليم سليمان، خلاصة القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٩م، ص ٢٢٩.

٣. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٦.

٤. انظر: د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ط ٦، عام ١٩٩١م، ص ٣٠٠.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

المعاملات، ولعدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، فاحترام المراكز القانونية والمحافظة على استقرار المعاملات من الأسس التي تقوم عليها دولة القانون.

إلا أن هناك قرارات فردية لا ترتب حقوقاً للأفراد، يمكن للإدارة إلغاؤها بالنسبة للمستقبل وفي أي وقت، ومثال هذه القرارات<sup>١</sup>، القرارات الوقتية (قرار ندب الموظف العام)، القرارات الولائية (قرار منح الموظف العام إجازة مرضية في غير الحالات التي يحتمها القانون)، القرارات غير التنفيذية<sup>٢</sup> (قرار إحالة الموظف إلى مجلس تأديبي).

وبالتالي نجد إن القرارات والمراكز الفردية، لا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال المساس بها إلا عن طريق قرار فردي مصاد يصد وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون، فالقرار السليم الصادر بتعيين موظف لا يمكن للإدارة أن تلغيه متى أرادت ذلك، ولكنها تستطيع فصل الموظف بإجراء مصاد للتعيين، سواء عن طريق الفصل التأديبي أو عن طريق قبول استقالة الموظف، أو إلغاء الوظيفة.<sup>٣</sup>

أما بالنسبة إلى القرارات الإدارية الفردية غير المشروعة، الأصل فيها أنها قابلة للإلغاء، والإلغاء لها هو جزء لعدم مشروعيتها<sup>٤</sup>، ويكون للإدارة أن تقوم بهذا الإلغاء حينما يصاب القرار بإحدى عيوب عدم المشروعية، وبالتالي فإن مدة الطعن القضائي والتي يجوز للإدارة خلالها إلغاء القرار الإداري، تحتسب منذ هذه الإصابة وليس منذ تاريخ نفاذ القرار الإداري<sup>٥</sup>. ومدة هذا الميعاد في التشريع الفرنسي هي شهرين، أما بالنسبة للتشريعين السوري والمصري فهي ستون يوماً.

١ د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، ط٣، بلا مكان نشر، عام ٢٠١٨م، ص ٢٠٩.

٢ وهي القرارات التمهيدية التي تصدر بقصد الإعداد لإصدار قرار ما.

٣ د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٧.

٤ د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإداري- دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٤.

٥ انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، تاريخ ١/٥ / ١٩٥٠م، في القضية رقم (١٤٥)، سنة ٣ ق، ص ١٥٧.

بالرغم من أن القرار الإداري الضمني يُعد من أنواع القرارات الإدارية الفردية، إلا إنَّ كل نوع من القرارات الضمنية ينطبق عليه حكم من أحكام الإلغاء الإداري، وفقاً للآتي:

أ- القرارات الإدارية الضمنية الصادرة بالرفض:

لا بُدَّ هنا من التمييز بين حالتين:

\_ الحالة الأولى: إذا لم ترتب القرارات الإدارية الضمنية، أيّة حقوق أو مزايا للموظف العام، فالقاعدة العامة هنا يجوز للإدارة إلغاؤها، سواء كانت سليمة أو معيبة، ودون التقيد بميعاد معين،.

\_ الحالة الثانية: إذا رتبت القرارات الإدارية الضمنية، حقوق أو مزايا للموظف العام، هنا يجوز للإدارة إلغاؤها إذا كانت معيبة وذلك خلال مدة الطعن القضائي بها، أما إذا كانت سليمة فلا يجوز للإدارة إلغاؤها.

ب- القرارات الإدارية الضمنية الصادرة بالقبول:

تُرتب هذه القرارات حكماً، حقوقاً ومزايا للموظف العام، وبالتالي لا يمكن للإدارة إلغاؤها إذا كانت مشروعة<sup>١</sup>، أما إذا كانت غير مشروعة فإنّه يجوز لها إلغاؤها خلال مدة الطعن القضائي التي تحتسب منذ إصابة القرار بإحدى عيوب عدم المشروعية.

ثانياً: سحب القرارات الإدارية الضمنية

أ- ماهية سحب القرارات الإدارية

تُعرف عملية سحب القرار الإداري وفقاً لرأي الفقيه (Forget)<sup>٢</sup>، بأنها: طريقة خاصة لإنهاء القرار الإداري بأثر رجعي، بإرادة الجهة الإدارية مصدرة القرار، أو سلطتها الرئاسية، بالشروط المحددة قانوناً.

<sup>١</sup> د. فؤاد محمد موسى، مرجع سبق ذكره، ص ٩٧.

<sup>٢</sup> Forget-Jean pierre, *Le régime Juridique et Administratif du Permis de Construire*, J.dalmas, Paris, 1977, p11.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

يرى الفقيه (Bouard)<sup>١</sup>، بأنَّ سحب القرار الإداري: هو العمل الذي ينهي القرار من قبل جهة الإدارة التي أصدرته، واعتباره كأن لم يكن.

في حين يُعرفه البعض<sup>٢</sup>، على أنه: هو تجريد للقرار الإداري من قوته القانونية الإلزامية، بالنسبة لآثاره في الماضي والمستقبل معاً، بحيث يصبح القرار كأن لم يكن، ويمثل استثناءً على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية. ويرى آخرون<sup>٣</sup>، بأنَّ سحب القرار الإداري، هو: إلغاء بأثر رجعي للقرار الإداري.

وبالتالي فإنَّ سحب القرار الإداري، ينطوي على جانبين، الأول هو الإلغاء، بإنهاء الوجود المادي والقانوني للقرار، والثاني إنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل والماضي معاً، وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدوره.

### ب\_ أحكام سحب القرارات الإدارية الضمنية:

استقر الفقه والقضاء على قاعدة عامة بعدم جواز سحب القرارات الإدارية المشروعة، سواء أكانت فردية أو تنظيمية، وذلك حماية لمبدأ المشروعية، وضماناً لحقوق الأفراد، واستقرار الأوضاع القانونية، وتطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية. إلا أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر<sup>٤</sup>، أجاز لاعتبارات تتعلق بالعدالة سحب القرارات المتعلقة بفصل الموظفين حتى ولو صدرت صحيحة وطبقاً للقانون، بشرط عدم التأثير على حقوق الغير المكتسبة<sup>٥</sup>.

1 Bouard-Rouger , *Precis de Droit Administratif* , Librairie générale de droit , Paris, 1943,p257.

٢ د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧٢.

٣ انظر: - د. سليمان محمد الطماوي، *الوجيز في القانون الإداري*، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٦.

- د. حسني درويش عبد الحميد، *نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء*، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٨١م، ص ٢٩٤.

٤ د. مازن ليلو راضي، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

٥ كأن يتم تعيين موظف آخر في الوظيفة التي فصل منها الموظف، فيولد ذلك حقاً مكتسباً له يجب مراعاته.

بالنسبة للقرارات الإدارية الضمنية غير المشروعة، لا بُدّ من التمييز بين القرارات الضمنية الصادرة بالقبول، وبين تلك الصادرة بالرفض، على النحو الآتي:

\_ القرارات الإدارية الضمنية بالقبول غير المشروعة:

في هذه الحالة يفرق مجلس الدولة الفرنسي فيما إذا كان القرار الضمني بالقبول قابل للإعلان أم لا، فالأصل أنّه غير قابل للإعلان فهنا يتمتع على الإدارة سحبه سواء كان سليماً أو معيباً، أما إذا كان مما يتوجب قانوناً إعلانه، فإن للإدارة الحق في سحبه، في حال كان غير مشروع، وذلك خلال ميعاد الطعن بالإلغاء<sup>١</sup>.

كذلك أيضاً، أجاز القضاء الإداري المصري<sup>٢</sup> لإدارة سحب القرار الإداري الضمني بالقبول إذا كان غير مشروعاً، خلال سنتين يوماً من صدور القرار.

أما بالنسبة للقضاء الإداري السوري، فإنّه لم يشير بشكل صريح إلى سحب القرارات الإدارية الضمنية، بل اكتفى في أحكامه<sup>٣</sup>، إلى إمكانية سحب الإدارة قراراتها الإدارية بشكل عام، خلال ميعاد الطعن وهو ستون يوماً من تاريخ نفاذ القرار.

قد ذهب المشرع الفرنسي، إلى وضع نص قانوني<sup>٤</sup>، يجيز للإدارة سحب قراراتها الإدارية الضمنية بالقبول غير المشروعة، خلال ميعاد الطعن القضائي ما دامت لم تراعى

١ انظر: د. رحيم سليمان الكبيسي، حرية الإدارة في سحب قراراتها، بلا دار ومكان نشر، عام ٢٠٠٠م، ص ٢٠٢. و د. رفعت عيد سيد، مرجع سبق ذكره، ص ١٦١.

٢ انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٩٧٧ لسنة ٥ق، جلسة ١٣ / ١ / ١٩٦٣م. أشار إليه: د. رحيم سليمان الكبيسي، المرجع السابق، ص ٢١٠.

٣ انظر: حكم محكمة القضاء الإداري بدمشق، القرار رقم (١/٢٠٢) لعام ٢٠١٤م، في القضية ذات الرقم (١/٥٧٥) لسنة ٢٠١٤م، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة، ج١، عام ٢٠١٧م، ص ٦٦. وأيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٣٦٥)، في الطعن ١٨١٧ لسنة ١٩٩٢م، مجموعة المبادئ لعام ١٩٩٢م، ص ٥٧٢.

٤ انظر: المادة (٢٣) من القانون الفرنسي الذي ينظم علاقة الجمهور مع الإدارة رقم (٢٠٠٠-٣٢١):

" Une décision implicite d'acceptation peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative :

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

إجراءات الإعلان والنشر خلال مدة شهرين من صدور هذه القرارات. وقد ميّز بين ثلاث حالات من سحب القرارات الإدارية الضمنية بالقبول غير المشروعة:

- ١- يحق للغير مطالبة الإدارة بسحب قرارها الضمني بالقبول غير المشروع خلال مدة الطعن القضائي، في حال تم الإخطار بهذا القرار وفقاً للقانون.
- ٢- يحق للإدارة سحب قراراتها الضمنية بالقبول غير المشروعة خلال ميعاد شهرين من تاريخ صدورهما، ودون التقيد بميعاد في حال طلب ذوي الشأن بشرط إخطارهم بهذه القرارات.
- ٣- يحق للإدارة سحب قرارها الضمني غير المشروع في أثناء سير الدعوى المرفوعة ضد هذا القرار.

مما تقدم نجد، أنّه في حال قيام المشرعين السوري والمصري، بإتباع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بتقنين أحكام سحب القرارات الإدارية الضمنية بالقبول غير المشروعة بنصّ قانوني، يشكل بحق ضمانات هامة لحماية الموظف العام إزاء هذه القرارات غير المشروعة، فضلاً عن المحافظة على انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

\_ القرارات الإدارية الضمنية بالرفض غير المشروعة:

ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى أنّ القرارات الإدارية الضمنية بالرفض كأصل عام لا تولد حقوق لذوي الشأن، وبالتالي يجوز للإدارة أن تسحبها، دون أن تتقيد بمدة الطعن

1- Pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en oeuvre .

2- Pendant le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision, lorsqu'aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en oeuvre .

3- Pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé. "

القضائي، إلا أنه إذا تولد عن هذه القرارات حقوق، تكون سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المعيبة مقيدة بمدة الطعن القضائي<sup>١</sup>.

وبالتالي نجد أن هذا الاستثناء تطبيقاً لمبدأ استقرار المراكز القانونية وانتظام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأيضاً تطبيقاً لمبدأ أن كل قرار إداري قد ينشئ أو يعدل مركز قانونياً فردياً، ينشئ حقاً سواء للمخاطب به بشكل مباشر أو لصالح الغير ممن قد يتأثرون بذلك القرار.

استقر الفقه والقضاء الإداري المصري، على أنه يجوز للإدارة سحب قراراتها الإدارية الضمنية بالرفض غير المشروعة، دون التقيد بميعاد معين إذا لم يترتب عليها حقوقاً أو مزايا للغير، أما إذا تترتب عليها حقوقاً أو مزايا للغير في حالة يجوز لها سحبها خلال مدة الطعن القضائي<sup>٢</sup>.

سبق وذكرنا بأن القضاء الإداري السوري، لم يشير بشكل صريح إلى سحب القرارات الإدارية الضمنية سواء الصادرة بالقبول أم بالرفض، بل اكتفى في العديد من أحكامه، إلى إمكانية الإدارة سحب قراراتها الإدارية بشكل عام، خلال ميعاد الطعن وهو ستون يوماً من تاريخ نفاذ القرار.

### الخاتمة:

حاولنا من خلال الدراسة السابقة تسليط الضوء على ماهية القرار الإداري الضمني وطبيعته وخصائصه وتمييزه عن غيره من القرارات الإدارية الأخرى وفقاً للتشريعات، وبيان الضوابط والوسائل القانونية والإدارية لإصداره، والتي يمكن من خلالها الحد من تعسف

١ د. جميلة جبار، دروس في القانون الإداري، كليك للنشر، المحمدية، الجزائر، عام ٢٠١٤م، ص ١١٢.

٢ د. فؤاد محمد موسى، مرجع سبق ذكره، ص ٩٧ وما بعدها.

## السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

الإدارة في استخدام سلطتها في هذا الشأن، و ضمان الحماية للموظف العام، وفي المحصلة تحقيق المصلحة العامة، وتوصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات:

### أولاً- النتائج:

١. لم يكن للقضاء الإداري السوي دوراً مباشراً في بيان القرار الإداري الضمني، إلا أنه بيّن فقط القرار الإداري الضمني بالرفض (التظلم الإداري)، وهو المنصوص عليه في المادة (٢١) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (٣٢) لعام ٢٠١٩م، ولم يبين الحالات الأخرى التي يترتب على السكوت القبول.
٢. وضع التشريع الفرنسي قاعدة عامة تحكم سكوت الإدارة، على خلاف التشريعين السوري والمصري اللذين لم يقررا مثل تلك القاعدة، وهذا يُعد قصوراً في هذان التشريعين، مما يؤدي إلى عدم معرفة الموظف العام مصير طلباته المقدمة إلى الإدارة.
٣. لم يتخذ المشرعين المصري والسوري موقفاً واضحاً عاماً للسكوت الملايس للإدارة إزاء الطلبات المقدمة إليها من قبل الموظفين، ففي بعض الأحيان حدد الإرادة الضمنية للإدارة في حالة عدم إفصاحها عن إرادتها، وفي البعض الآخر لم يحدد ذلك، وهذا ما يشكل ضياعاً لحقوق الموظف العام.
٤. إنّ تحديد وجوده القرار الإداري الضمني من خلال قاعدة عامة، أو تحديد حالاته بنصوص صريحة واضحة، يحقق الحماية للفرد بشكل عام، والموظف بشكل خاص، ويعطي للقرار الإداري الضمني وجوده القانوني، وبالتالي عدم ضياع حقوق صاحب الشأن.
٥. يُعد تسبب القرار الإداري الضمني، من الضمانات القانونية المهمة للموظف العام، ويعطيه القناعة بأن الإدارة تتصرف في نطاق المشروعية، ويحد من سلطة الإدارة التعسفية والتحكمية، وقد لزم المشرع الفرنسي الإدارة بتسبب قراراتها الضمنية بناء على طلب صاحب الشأن خلال شهر من تاريخ تقديمه الطلب، وذلك على خلاف المشرعين السوري والمصري اللذين لم يشيرا إلى تسبب القرارات الإدارية الضمنية.

٦. لم يشير القضاء الإداري السوري، بشكل صريح إلى وسيلتي الإلغاء والسحب الإداري للقرارات الإدارية الضمنية سواء الصادرة بالقبول أم بالرفض، بل اكتفى بالإشارة إلى ذلك بالنسبة للقرارات الإدارية بشكل عام، حيث تُعد هاتين الوسيلتين مهمتان للإدارة لتصحيح قراراتها الضمنية غير المشروعة.

### ثانياً- التوصيات:

١. يتوجب على المشرعين السوري والمصري معالجة النقص في القوانين التي تحكم الوظيفة العامة، وحثهما حذو المشرع الفرنسي بوضع قاعدة عامة دقيقة وواضحة تحكم القرارات الإدارية الضمنية الناتجة عن سكوت الإدارة، وإيراد الاستثناءات على ذلك بنصوص واضحة وصريحة.
٢. ندعو المشرعين السوري والمصري إلى وضع نص تشريعي يلزم الإدارة في حال كان الافتراض القانوني لسكوتها عن الرد على الطلب المقدم إليها بمثابة رفض له، بتقديم بيان بأسباب قرارها الإداري الضمني بالرفض وذلك خلال مدة معينة، أو على الأقل إعطاء الموظف العام الحق في تقديم طلب إليها للاطلاع على تلك الأسباب التي استندت إليها في قرارها الإداري الضمني.
٣. ندعو المشرعين السوري والمصري إلى تتقنين أحكام الإلغاء والسحب الإداري للقرارات الإدارية الضمنية غير المشروعة بنصوص قانونية، حيث يشكل ذلك ضماناً هامة لحماية الموظف العام إزاء هذه القرارات غير المشروعة، والمحافظة على انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم  
و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

---

٤. ندعو المشرع السوري إلى اجراء تعديل في القانون رقم /٥٠/ المتضمن النظام الأساسي للعاملين في الدولة، وذلك في المادة (١٣٣ فقرة ب) منه، بالنص على أن سكوت الإدارة دون البت في طلب الاستقالة مدة ستين يوماً من تاريخ تقديمه، يعتبر قبولاً ضمناً لها.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب والمؤلفات:

١. د. أشرف عبد الفتاح ابو المجد، تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، دون دار نشر، القاهرة، عام ٢٠٠٦م.
٢. د. أنس جعفر، القرارات الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٥م.
٣. د. جميلة جبار، دروس في القانون الإداري، كليك للنشر، المحمدية، الجزائر، عام ٢٠١٤م.
٤. د. جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٦م.
٥. د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، ط٣، بلا مكان نشر، عام ٢٠١٨م.
٦. د. مهند نوح، القانون الإداري ٢، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، عام ٢٠١٨م.
٧. د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية- الجزء الأول القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١٢م.
٨. د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠٠٧م.
٩. د. محمود عبد العزيز محمد، القرار الإداري في هيئة الشرطة، دار الكتب القانونية، مصر، عام ٢٠٠٧م.
١٠. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٣م.
١١. د. محمد جمال عثمان جبريل، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، بدون مكان نشر، عام ١٩٩٥م.
١٢. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، عام ٢٠٠٩م.

السكوت المُلابس للإدارة إزاء طلبات الموظف العام بين المفهوم  
و ضمانات الحماية القانونية والإدارية

١٣. د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، القانون الإداري (النشاط الإداري)، منشورات  
جامعة حلب، عام ٢٠٢١م.
١٤. د. سامي الطوخي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي  
للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١٦.
١٥. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة،  
عام ١٩٩١م.
١٦. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة، مطبعة  
جامعة عين شمس، القاهرة، ط٦، عام ١٩٩١م،
١٧. د. عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (القضاء الإداري)، ط٢، منشورات  
جامعة دمشق، عام ٢٠١٧م.
١٨. د. عبد الناصر أبو سمهدانه، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، المركز القومي  
للإصدارات القانونية، القاهرة، عام ٢٠١٢م.
١٩. د. عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار  
هومة، ط ٥، الجزائر، عام ٢٠٠٩م.
٢٠. د. عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري - دراسة تأصيلية مقارنة  
في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٩م.
٢١. د. عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر  
والتوزيع، الجزائر، عام ٢٠٠٧م.
٢٢. د. فؤاد محمد موسى، القرارات الإدارية الضمنية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية،  
القاهرة، عام ٢٠٠٦م.
٢٣. د. رحيم سليمان الكبيسي، حرية الإدارة في سحب قراراتها، بلا دار ومكان نشر، عام  
٢٠٠٠م.
٢٤. د. رفعت عيد سيد، القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة في فرنسا ومصر، دار النهضة  
العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٦م.

٢٥. د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، دار الفكر والقانون، المنصورة، عام ٢٠١١م.

#### ثانياً- الرسائل العلمية:

د. بركات أحمد، واقعة السكوت وتأثيرها على وجود القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، عام ٢٠١٤م.

#### ثالثاً- الأبحاث العلمية:

١. صلاح محمد الغوييري، القرارات الإدارية السلبية وتطبيقاتها في القانون الأردني، مجلة المجد العلمية المتطورة، جامعة آل البيت، الأردن، مج ٢، ع ٢، عام ٢٠٢٣م.

٢. طارق محمد علي النحاس، التطورات التشريعية والقضائية بخصوص القرار الإداري الضمني \_دراسة مقارنة، مجلة جامعة البعث، سلسلة العلوم القانونية، مج ٤٥، ع ١٢، جامعة البعث، سورية، عام ٢٠٢٠، ص ١٢٩.

٣. د. حسام الدين محمد مرسي، ضوابط القرار الإداري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، مج ١، ع ٤، عام ٢٠١٨م.

٤. د. سعيد الشتيوي العنزي، الرقابة القضائية على القرار الإداري السلبي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ع ١، عام ٢٠١٠م.

#### رابعاً- القوانين والأحكام القضائية:

٥. القوانين النازمة للوظيفة العامة في سورية ومصر وفرنسا.

٦. أحكام القضاء الإداري في سورية ومصر وفرنسا.

#### المراجع باللغة الأجنبية:

- .1 Bounard–Rouger , **Precis de Droit Administratif** , Librairie générale de droit , Paris, 1943.
- .2 CCA de marseille, 8 éme chamber – formation a3,4-11-2014, no13MAO1275 . <https://www.legifrance.gouv.fr>.
- .3 E.Eisenberg, l'audition du citoyen et motivation des décisions administrative individuels, harmattan, 2000.
- .4 Forge.J.M. **Droit administrative**,P.U.F, 1991. Paris.
- .5 Forget–Jean pierre, **Le régime Juridique et Administratif du Permis de Construire**, J.dalmas, Paris, 1977.
- .6 G.vedel, P.dévolve, Droit administrative, tome1, 12édition, 1993.
- .7 Glele, v, **Les recours contre une decision administrative negative**, A.J.D.A, 1970.
- .8 Loi n° 2000–321 du 12/04/2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
- .9 M,Stassionpowlos, **traité des actes administratifs**, Athènes, 1954.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

د. مسعود حماد - كلية الحقوق - جامعة حلب

### الملخص

تتمحور دراستنا في البحث بموضوع الركن المفترض الذي تقوم عليه جريمة الاغتصاب في القانون السوري، والذي يُشكل شروط التجريم القانونية أو الواقعية المسبقة التي افترض المشرع توافرها لقيام الجريمة، وهذه الشروط قد تكون خاصة بالجاني (كالذكورة) أو تكون خاصة بالمجني عليه (كالأنوثة واشتراط سن محدد)، كما أن تلك الشروط قد تكون مشتركة لطرفي الجريمة (انتفاء العلاقة الزوجية)، ورغم تلك الشروط التي نص عليها المشرع السوري في المادتين ٤٨٩ و ٤٩١ من قانون العقوبات السوري، إلا أن تلك الضوابط يشوبها الغموض والقصور والتناقض في بعض الأحيان، مما ينعكس سلباً على التطبيق العملي لها، مما يستدعي البحث في تلك الجزئيات من خلال تحليل نصوص القوانين والاجتهادات المتعلقة بذلك الخصوص، وبالتالي قمنا بتقسيم البحث إلى مطلبين، لنتحدث في المطلب الأول عن الركن المفترض الخاص بأطراف الجريمة، وفي المطلب الثاني نتحدث عن الركن المفترض المشترك لأطراف الجريمة، وقد خرج البحث بمجموعة من النتائج أهمها: وجود قصور لغوي من المشرع فيما يتعلق بالتمييز ما بين الذكورة والأنوثة لكل من الجاني والمجني عليه كصفات يقوم عليها الركن المفترض لجريمة الاغتصاب.

**الكلمات المفتاحية:** الركن المفترض، شروط التجريم، جريمة الاغتصاب.

### **Abstract**

Our study focuses on researching the subject of the supposed element upon which the crime of rape is based in Syrian law, which constitutes the prior legal or factual conditions for criminalization that the legislator assumed to be present for the crime to occur. These conditions may be specific to the perpetrator (such as maleness) or be specific to the victim (such as femaleness and the requirement of a specific age). Moreover, these conditions may be common to both parties to the crime (the absence of a marital relationship), and despite those conditions stipulated by the Syrian legislator in Articles 489 and 491 of the Syrian Penal Code, these controls are marred by ambiguity, insufficiency, and contradiction at times, which reflects negatively. On its practical application, which requires research into those details through analysis of the texts of laws and jurisprudence related to that regard, and therefore we divided the research into two requirements. In the first requirement, let us talk about the conditions of criminalization specific to the parties to the crime, and in the second requirement we talk about the conditions of criminalization common to the parties to the crime. The research produced a set of results, the most important of which are: the presence of a linguistic deficiency in the legislator regarding the distinction between masculinity and femininity for both the perpetrator and the victim, as characteristics on which the supposed element of the crime of rape is based.

**Keywords:** presumed element, criminalization conditions, rape crime.

### مقدمة

من اللازم لقيام أية جريمة توافر ركنين أساسيين هما: الركن المادي الذي يقوم على الفعل والنتيجة وعلاقة السببية، والركن المعنوي (القصد الجرمي) الذي يقوم على العلم وحرية الإرادة.

لكن قد يتطلب النموذج القانوني للجريمة في بعض الأحيان توافر عناصر أخرى لقيامها، وهي حالات واقعية أو قانونية مشروعة يفترض المشرع قيامها في وقت سابق أو معاصر لوقوع الجريمة، وترتبط الجريمة بها عدماً لا وجوداً، مع بقاء تلك الحالات خارجة عن ماهية وأركان الجريمة، وبالتالي فإن توفر تلك العناصر لا يتحقق به البدء في التنفيذ الذي يقوم عليه الشروع، كما أن إثباتها يخضع لوسائل الإثبات المقررة في القانون الذي ينتمي العنصر إليه، في حين أن الأركان العامة للجريمة (الركن المادي والركن المعنوي) تخضع لإثباتها إلى القواعد المقررة للإثبات في المسائل الجزائية<sup>(١)</sup>.

وقد اختلفت آراء فقهاء القانون في التسمية القانونية لتلك العناصر، فمنهم من يسميها (شروط التجريم) ومنهم من يسميها (الشرط المفترض) ومنهم من يسميها (الركن

---

1- ومن أمثلة تلك الجرائم الجرائم: صفة الموظف في جريمة الرشوة (م341 عقوبات)، وقيام حالة الحمل في الإجهاض (م527 عقوبات)، وأن يكون المجني عليه حياً في جريمة القتل (م533 عقوبات)، السراج عبود، 2008- قانون العقوبات القسم العام. منشورات جامعة حلب، حلب، ص146.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

المفترض) (٢)، ومن خلال اطلاعنا على الآراء المختلفة للفقهاء وجدنا أن الاختلاف في التسمية يعود لأسباب شكلية لغوية فحسب، مع الاتفاق على مضمونها ومعناها القانوني، لذلك وفي سبيل شرحنا لتلك العناصر في جريمة الاغتصاب رأينا أن يكون عنوان بحثنا (الركن المفترض في جريمة الاغتصاب)، وذلك انسجاماً مع مؤلفات العديد من الفقهاء والباحثين السوريين الذين كانوا يستعينون في معرض شرحهم للجرائم التي تحتاج إلى عناصر مفترضة بعنوان (الركن المفترض في جريمة كذا...).

ومن خلال استقراء نصوص القانون السوري المتعلقة بجريمة الاغتصاب، نجد أنه اشترط لقيام تلك الجريمة أركاناً مفترضة إضافة إلى أركانها العامة، فتص المادة ٤٨٩ من قانون العقوبات السوري على أنه "1- من أكره غير زوجه بالعنف أو بالتهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤبد.

2- وتكون العقوبة الإعدام إذا: أ- لم يتم المعتدى عليه الخامسة عشرة من العمر.

ب- وقع الجرم تحت تهديد السلاح" (٣).

وتنص المادة ٤٩١ منه على أنه "١- من جامع قاصراً لم يتم الخامسة عشرة من عمره عوقب بالسجن تسع سنوات.

٢- ولا تنقص العقوبة عن خمس عشرة سنة إذا كان الولد لم يتم الثانية عشرة من عمره" وبالتالي سنقوم في هذا البحث بالحديث عن الركن المفترض لجريمة الاغتصاب الذي يخص كل طرف من طرفي الجريمة على حدة، والركن المفترض المشترك للجاني والمجني عليه تباعاً.

### إشكالية البحث

تكمن إشكالية بحثنا في التساؤل الآتي:

---

2- ضو خالد، 2023- آثار اعتبار الحالة المفترضة ركناً من أركان قيام الجريمة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 1، المجلد 8، ص 1.

3- يجدر بنا التنويه إلى أن تلك المادة عدلت بموجب القانون رقم 11 لعام 2013 وهذا النص الذي كان قبل التعديل:

"1- من أكره غير زوجه بالعنف أو بالتهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤقت خمس عشرة سنة على الأقل.

2- ولا تنقص العقوبة عن إحدى وعشرين سنة إذا كان المعتدى عليه لم يتم الخامسة عشرة من عمره".

ما هي الضوابط القانونية التي اتبعتها المشرع السوري لتحديد الركن المفترض الذي تقوم عليه جريمة الاغتصاب؟

### أهمية البحث

-الأهمية العملية: إن تحديد ضابط تشريعي واضح للركن المفترض الذي تقوم عليه جريمة الاغتصاب، من شأنه أن يعطي تحليلاً أكثر فهماً له، مما يسهم في تحقيق المقاضاة الفعالة والعادلة من وراء تجريم واقعة الاغتصاب، ويوحد الاجتهاد القضائي إزاء هذه المسألة.

-الأهمية النظرية: لدى اطلاعنا على العديد من الأبحاث المتعلقة بجريمة الاغتصاب، وجدنا أن غالبيتها تركز على جريمة الاغتصاب بأركانها العامة وعقوباتها وكانت تدرج الحديث عن الركن المفترض ضمن عناصر الركن المادي، وفي ذلك نوع من الخلط بتقديرنا، وبالتالي رأينا تخصيص بحثنا بهذه الجزئية المحددة من جريمة الاغتصاب ألا وهي الركن المفترض، في ظل قلة المؤلفات والأبحاث المستفيضة في هذا الشأن، عسى أن يشكل البحث بها مرجعاً جديداً ومفيداً في مسيرة البحث العلمي المتواصلة.

### أهداف البحث

نهدف من خلال دراستنا إلى تحليل الواقع القانوني لشروط التجريم التي يقوم عليها الركن المفترض لجريمة الاغتصاب، وعرض مواقف الاجتهادات القضائية حيال ذلك، في مدى توفر صفة الذكورة والأنوثة لدى طرفي الجريمة، وتحديد المقصود بالزواج الذي ينفي وقوع الجريمة، والتوصل بالنهاية إلى نتائج ختامية تجسد ذلك الواقع، مع الإشارة لبعض المقترحات التي من شأنها إيجاد معيار أفضل لذلك الركن المفترض انسجاماً مع غاية المشرع من تجريم الاغتصاب.

### طريقة البحث

سنقوم في بحثنا هذا باتباع المنهج التحليلي لنصوص قانون العقوبات التي تضمنت الحديث عن الركن المفترض لجريمة الاغتصاب، ولا سيما نصي المادتين ٤٨٩ و ٤٩١، وتحليل الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية في هذا الشأن.

### مخطط البحث

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

المطلب الأول: الركن المفترض الخاص بأطراف الجريمة

الفرع الأول: شروط التجريم الخاصة بالجاني

الفرع الثاني: شروط التجريم الخاصة بالمجني عليه

المطلب الثاني: الركن المفترض المشترك لأطراف الجريمة

الفرع الأول: عدم مشروعية الجماع

الفرع الثاني: مدى المقصود بالعلاقة الزوجية

المطلب الأول: الركن المفترض الخاص بأطراف الجريمة

إن البحث في هذا المطلب يقتضي الحديث عن شروط التجريم الخاصة بالجاني في فرع أول ، ومن ثم الحديث عن شروط التجريم الخاصة بالمجني عليه في فرع ثان.

الفرع الأول: شروط التجريم الخاصة بالجاني

ينص قانون العقوبات السوري في المادة ٤٨٩ على أنه "١- من أكره غير زوجه بالعنف أو بالتهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤبد.

٢- وتكون العقوبة الإعدام إذا: أ- لم يتم المعتدى عليه الخامسة عشرة من العمر.

ب- وقع الجرم تحت تهديد السلاح"

من خلال التحليل اللغوي لنص المادة آنفة الذكر نجد أنها لم تتطرق لصفة الجاني فيما إذا كان ذكراً أو أنثى بشكل صريح، حتى أن عبارة "غير زوجه" زادت في غموض المصطلح من الناحية اللغوية وما يستتبعه ذلك من تأثير على صفة الجاني التي أراد المشرع تحديدها لقيام جريمة الاغتصاب، كما أن المشرع لم ينص على تعريف محدد لجريمة الاغتصاب يمكن الوقوف عليه في تحديد صفة الجاني فيما إذا كان يحتمل التذكير والتأنيث، فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم تقييده.

وحول هذه المسألة كان للاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية العامل الحاسم في تحديد صفة الجاني في جريمة الاغتصاب، ولعل أبرزها ما جاء بأحد اجتهاداتها في معرض تمييز الاغتصاب عن الفعل المنافى للحشمة حيث جاء فيه "إن

الفارق الذي يميز جريمة الاغتصاب عن جريمة الفحشاء هو أن الاغتصاب لا يقع إلا من رجل على أنثى أما الفحشاء فتقع من أي إنسان على آخر ذكراً كان أم أنثى<sup>(٤)</sup> كما جاء في اجتهاد آخر لمحكمة النقض السورية:

" إن الاغتصاب بمعناه القانوني لا يتم إلا من قبل رجل على امرأة ولا بد من أن يتم فيه الإيلاج"<sup>(٥)</sup>.

كما أن ذلك الاجتهاد كان له موقف مشابه من الآراء الفقهية، حيث عرف الدكتور محمود نجيب حسني الاغتصاب بأنه " اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضاء صحيح منها"<sup>(٦)</sup>.

وعلى الرغم من أن جريمة الاغتصاب لا تقوم ما لم يكن الجاني ذكراً استناداً لما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض، إلا أنه من المتوجب أيضاً أن يكون خالياً من الموانع والأمراض التي تحول دون قيامه بالجماع (كالعنة والشلل التام وصغر السن) إذ لا يعقل أن يسند لهؤلاء قيامهم بالاغتصاب كون نص المادة ٤٨٩ تضمنت أن جوهر الاغتصاب هو الإكراه على الجماع، وهو ما لا يمكن تحققه مع تلك الحالات ومثيلاتها، وبكل الأحوال فإن تلك الأمور من المسائل الموضوعية التي تبقى للمحكمة السلطة التقديرية بشأنها، وبناء على ما تقدم فإنه لا يمكن إسناد جرم الاغتصاب للأنثى التي أكرهت رجلاً ما على الجماع، ولا يمكن أن يُطبق بحقها نص المادة ٤٨٩، كون الاغتصاب يجب أن يتحقق من ذكر قادر على الجماع، وبالتالي فإن التكيف الأمثل لهذه الحالة يكون باتهام الأنثى بارتكاب الفعل المنافي للحشمة وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة ٤٩٣ التي تنص على: "من أكره آخر بالعنف أو بالتهديد على تحمل أو إجراء فعل

4- هيئة عامة- القاعدة 562 -جنائية اساس-22-قرار 236 لعام 1951، الدركزي ياسين و استانبولي أديب، 1992- المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية من عام 1949 حتى 1990. الجزء الأول، الطبعة الثانية، ص212.

5-جنائية أساس 1008-قرار 846 لعام 1987، استانبولي محمد أديب، 1999- موسوعة قانون العقوبات السوري والقوانين المنتمة له. الطبعة الأولى، ص321.

6-حسني محمود نجيب، 1993، الموجز في شرح قانون العقوبات-القسم الخاص. دار النهضة العربية، القاهرة، ص447.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

مناف للحشمة عوقب بالسجن...." وقد أيدت محكمة النقض ذلك التكييف بقولها في أحد اجتهاداتها:

"الفحشاء هو كل فعل يرتكبه شخص مع آخر بصورة تلحق به عاراً أو تؤذيه في عفته أو كرامته" (٧).

وفي تقديرنا، نرى أن السبب الجوهرى الذي أدى إلى الالتباس حول المقصود بصفة الجاني فيما إذا كان يحتمل التذكير والتأنيث هو أن قانون العقوبات السوري مستمد في أحكامه من القانون الفرنسى، ولعل الترجمة الحرفية لبعض النصوص الجزائية (ومنها المواد المتعلقة بجريمة الاغتصاب) أدت إلى غموض معناها القانونى.

فقانون العقوبات الفرنسى يأخذ بالمفهوم الواسع لجريمة الاغتصاب، فالاغتصاب هو كل فعل إبلاى جنسى مهما كانت طبيعته يرتكب على شخص الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المفاجأة، وطبقاً للمفهوم الواسع للاغتصاب فى القانون الفرنسى يمكن أن يكون الجاني رجلاً كما يمكن أن يكون امرأة، والمجنى عليه كذلك يمكن أن يكون رجلاً ويمكن أن يكون امرأة، وبالتالي فالقانون الفرنسى يُجرّم على حد السواء الرجل المغتصب والمرأة المغتصبة(٨).

**الفرع الثانى: شروط التجريم الخاصة بالمجنى عليه**

**أولاً: الأنوثة**

ينص قانون العقوبات السوري فى المادة ٤٨٩ على أنه "١-من أكره غير زوجه بالعنف أو بالتهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤبد.

٢-وتكون العقوبة الإعدام إذا: أ-لم يتم المعتدى عليه الخامسة عشرة من العمر

ب-وقع الجرم تحت تهديد السلاح"

---

7- سنان عبد الناصر، 1998-جرائم الاغتصاب. الطبعة الأولى، دمشق، ص40. وانظر أيضاً: نقض سوري- جناية 682-قرار 689 لعام 1981، استانبولى محمد أديب، 1999- موسوعة قانون العقوبات السوري والقوانين المتممة له. الطبعة الأولى، ص325.

8- Garçon, 1956, " Viol omroseuxuel et Femme Violeuse ". E Code pénal unnoté, Dalloz- t3, art 333.

وتنص المادة ٤٩١ منه على "١- من جامع قاصراً لم يتم الخامسة عشرة من عمره عوقب بالسجن تسع سنوات.

٢- ولا تنقص العقوبة عن خمس عشرة سنة إذا كان الولد لم يتم الثانية عشرة من عمره" من خلال تحليل نص المادة ٤٨٩ والمادة ٤٩١ من قانون العقوبات سالفتي الذكر نجد أن المشرع لم يكن موقفاً أيضاً -في تقديرنا- باختيار المصطلحات اللغوية المناسبة لصفة المجني عليه في جريمة الاغتصاب، فبدلاً من أن تنص على مصطلحات تدل على صفة الأثوثة للمجني عليه جاءت على النقيض من ذلك لتنص على مصطلحات تشير إلى صفة الذكورة، وذلك من خلال عبارات ( غير زوجه ) (المعتدى عليه) (قاصر) (الولد) وبالتالي وكما كان الحال عليه لبيان صفة الجاني، جاءت محكمة النقض لتبين الصفة التي يجب توفرها في المجني عليه لتكون أمام جريمة الاغتصاب، فجاء في أحد اجتهاداتها " الاغتصاب بمقتضى نص المادة ٤٨٩ عقوبات هو الإقدام على إكراه امرأة ليست زوجة الجاني على الجماع بالعنف أو التهديد، وحتى تحصل الجريمة لا بد من حصول الجماع تحت ظرف الإكراه المادي أو المعنوي"<sup>(٩)</sup>.

وجاء في اجتهاد آخر "الاغتصاب عبارة عن إتيان المرأة في قبلها بطريق الجماع"<sup>(١٠)</sup> وبالتالي فإن اجتهاد محكمة النقض حسم الجدل في هذه المسألة واشترط صفة الأثوثة في المجني عليه كشرط للتجريم تقوم معها جريمة الاغتصاب، بالإضافة إلى ذلك فإن الرأي الفقهي السائد يكاد يجمع على أنه لا يتصور وقوع جريمة الاغتصاب إذا اتحد الجاني والمجني عليه، بل لا بد من توفر صفة الذكورة في الجاني وصفة الأثوثة في المجني عليه<sup>(١١)</sup>.

9-جناية أساس 66-قرار 35 لعام 1990، استانبولي محمد أديب، 1999- موسوعة قانون العقوبات السوري والقوانين المتممة له. الطبعة الأولى، ص 327.

10-استانبولي محمد أديب، 1998- مجموعة القواعد القانونية في القواعد الجزائرية. الطبعة الأولى، ص 409.

11-شمس محمود زكي، 1999- الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائرية. مؤسسة غبور للطباعة، الطبعة الأولى، المجلد 13، ص 8674.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

وعند تحقق شرط الأئوثة في صفة المجني عليها، فإنه لا يشترط بعد ذلك أن تكون بكرًا أم ثيب، كبيرة أم صغيرة، متزوجة أو مطلقة، لأن المهم في هذه الجريمة هو وقوع الاعتداء على حريتها الجنسية<sup>(١٢)</sup>.

### ثانياً: سن المجني عليه

يجدر بنا بادئ ذي بدء عدم الخلط بين السن الذي يعد شرطاً من شروط التجريم لقيام جريمة الاغتصاب، والذي جاءت على ذكره الفقرة الأولى من المادة ٤٩١<sup>(١٣)</sup> من قانون العقوبات، وما بين السن الذي يعد شرطاً مشدداً للعقاب<sup>(١٤)</sup>، والذي جاءت على ذكره الفقرة الثانية من المادة ٤٨٩<sup>(١٥)</sup>، حيث أن ما يهمنا في مقام بحثنا هي الحالة التي جاءت في نص المادة ٤٩١، كون سن المجني عليها في هذه الحالة يشكل شرط التجريم الذي لا تقوم الجريمة بدونه، لأن الجريمة تقوم حتى لو تم الجماع بموافقة المجني عليها ودون إكراه من الجاني.

والملاحظ على نص المادة ٤٩١ أن المشرع جعل من صغر سن المجني عليها بعدم إتمامها الخامسة عشرة من عمرها السبب الأساسي من وراء تجريم تلك الحالة وجعلها من الحالات التي تقوم معها جريمة الاغتصاب، كونها غير قادرة على التمييز بين ماهية الفعل وآثاره السلبية على سمعتها ومستقبلها وشرف ذويها، بحيث اعتبر المشرع أن هذا الرضاء غير قانوني ولا ينفي الجريمة، حتى لو لم يصدر من الجاني أي فعل يدل على العنف أو الإكراه بحقها، مع الأخذ بالحسبان بأن المشرع لم يكتف بجعل صغر سن المجني عليها شرطاً من شروط التجريم التي تقوم عليها جريمة الاغتصاب في المادة ٤٩١ وحسب، بل اعتبر أيضاً أن عدم إتمامها لسن الثانية عشرة سبباً مشدداً للعقوبة وذلك في الفقرة الثانية منها والتي تنص على " ولا تنقص العقوبة عن خمس عشرة سنة

12- حافظ مجدي، 1993- جرائم العرض، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص13.

13-1- من جامع قاصراً لم يتم الخامسة عشرة من عمره عوقب بالسجن تسع سنوات"

14- وشرط العقاب يعني الواقعة التي يفترض المشرع وجودها في وقت سابق أو معاصر لوقوع الجريمة، لفرض العقاب المستحق عليها أو تشديده. السراج عبود، 2008- قانون العقوبات القسم العام. منشورات جامعة حلب، حلب، ص146.

15-2- وتكون العقوبة الإعدام إذا: أ- لم يتم المعتدى عليه الخامسة عشرة من العمر"

إذا كان الولد لم يتم الثانية عشرة من عمره" ، غير أن الأمر يختلف تماماً فيما إذا تجاوزت الفتاة الخامسة عشر من عمرها، ففي هذه الحالة أوجب القانون انتفاء مسؤولية الجاني واستبعاد تطبيق أي حالة من حالات الاغتصاب بحقه نظراً لانتفاء شرط التجريم الذي أوجب المشرع قيامه، وذلك لصراحة النص الذي افترض عدم إتمام المجني عليها للخامسة عشر من عمرها حتى تقوم المسؤولية الجزائية بحق الفاعل عن جريمة الاغتصاب<sup>(١٦)</sup>.

وفي تقديرنا فإن ما جاء في نص المادة ٤٩١ من قانون العقوبات منتقد لسببين جوهريين:

أولهما: أن المشرع حدد سن المجني عليها بخمسة عشر عاماً لقيام المسؤولية الجزائية بحق الجاني، إيماناً منه بأن الفتاة في ذلك السن تكون غير مكتملة الوعي والإرادة، وغير قادرة على فهم ماهية الفعل المقبلة عليه ولا تدرك نتائجه وآثاره السلبية، وفي ذلك تناقض واضح مع نص المادة ٤٦ من القانون المدني والتي حددت سن الأهلية والرشد بثمانية عشر عاماً، وجعلت من ذلك السن قرينة قانونية قطعية غير قابلة لإثبات العكس، فكيف يأتي المشرع الجزائي ويخالف تلك القاعدة بما أن الغاية المفترضة في المادتين الجزائية والمدنية واحدة، وهي التيقن من الوعي والإدراك والبلوغ لدى الشخص؟؟؟

وثانيهما: هو أن المشرع في نص المادة ٤٩١ وضع حداً أعلى لسن المجني عليها كشرط للتجريم في جريمة الاغتصاب ولم يزم بوضع حد أدنى لعمرها، وإنما جعله مطلقاً ما بين يوم واحد وحتى ما قبل إتمامها الخامسة عشرة بيوم واحد، فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم تقييده، وهذا الإطلاق لا يعيب النص فحسب، وإنما يدفع إلى القول أيضاً باستحالة وقوع جريمة الاغتصاب على الأنثى بناء على النص الذي ساقه المشرع (كأن يقع الفعل على أنثى رضية أو لم تتجاوز سنة أو سنتين من عمرها)، وذلك لصعوبة الإيلاج في ذلك العمر، والذي غالباً ما سوف يؤدي إلى قيام جريمة أخرى كالإيذاء المفضي إلى عاهة دائمة أو الموت، وبالتالي كان من الأفضل للمشرع معالجة تلك الحالات تحت مسمى آخر من الجرائم لا أن يقوم بمد نطاق جريمة الاغتصاب ليشملها،

16- سنان عبد الناصر، 1998- جرائم الاغتصاب. الطبعة الأولى، دمشق، ص 107.

كونها تنتافي إلى حد كبير مع الغايات التي شرّع القانون لأجلها تجريم فعل الاغتصاب من حيث الحق المعتدى عليه من جهة، ومن حيث شخصية مجرمي الاغتصاب من جهة أخرى...

ويرى البعض أنه في هذه الحالة كان على المشرع أن يأخذ بنسق المادة ١٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري والتي أجازت للقاضي منح الإذن بالزواج للفتاة التي تجاوزت الثالثة عشرة من عمرها، بحيث يجعل المشرع الجزائي قابلية الأنتى بالتعرض للاغتصاب بإكمالها الثالثة عشرة من عمرها (١٧).

وفيما يتعلق بإمكانية أن تكون الفتاة القاصرة غير المميزة محلاً لقيام جريمة الاغتصاب، ظهر اتجاهان فقهيان:

فالإتجاه الأول يرى أن واقعة الصغيرة غير المميزة برضاها يشكل جريمة اغتصاب، لأن رضاها لا يعوّل عليه لتجرّده من القيمة القانونية، ولا يمكن أن يصدر عنها رضاء صحيح، فرضاها في هذه الحالة في حكم المنعدم، وهو ما أجمع عليه الفقه المصري (١٨).

أما الإتجاه الثاني فيرى أن واقعة الصغيرة غير المميزة برضاها يشكّل فعل هتك العرض بالقوة مع نفي إمكانية حدوث الاغتصاب، ذلك أن الصغيرة غير المميزة لا تعد امرأة صالحة للمواقعة، وليس لديها حرية جنسية معتبرة يُعتدى عليها كي يقوم المشرع بحماية حقها (١٩).

#### المطلب الثاني: الركن المفترض المشترك لأطراف الجريمة

إن البحث في هذا المطلب يقتضي بنا الحديث عن عدم مشروعية الجماع ما بين الجاني والمجني عليه في فرع أول، ومن ثم الحديث عن مدى المقصود بالعلاقة الزوجية التي تمنع قيام جريمة الاغتصاب في فرع ثان، وهو ما سنتناوله تباعاً.

17- سنان عبد الناصر، 1998- جرائم الاغتصاب. الطبعة الأولى، دمشق، ص 39.

18- حسن سعيد، 2004- الحماية الجنائية للعرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص310.

19- مليجي محمد سليمان، 2002- جريمة الاغتصاب في القوانين الوضعية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص191.

## الفرع الأول: عدم مشروعية الجماع

لكي يتحقق الركن المفترض المشترك لكل من الجاني والمجني عليها والذي تقوم عليه جريمة الاغتصاب، لا بد أن يكون الجماع قد تم بشكل غير مشروع، وهذا ما نص عليه المشرع السوري في المادة ٤٨٩ من قانون العقوبات بعبارة "من أكره غير زوجه على الجماع" مما يعني وبمفهوم المخالفة أن الجماع المشروع لا يمكن أن يتم إلا بين ذكر وأنثى تجمعهما رابطة الزوجية قبل حصول واقعة الجماع، وحتى لو تم ذلك عن طريق الإكراه.

إذ لا يتصور وقوع جنائية الاغتصاب إذا كان الجاني زوج المجني عليها، لما ينجم عن هذا العقد من حقوق زوجية ومنها حق التمتع الجنسي بين الزوجين، ومما جاء في أحد اجتهادات محكمة النقض السورية بهذا السياق: "عدم جواز تطبيق النصوص المتعلقة بجنائية الفعل المنافي للحشمة إذا تم بين الزوج وزوجته لورود النصوص تحت عنوان الاعتداء على العرض وفي أبعد الأحوال يؤلف الفعل الجنحة المنصوص عليها في المادة ٥٢٠" وجاء في الأسباب الموجبة أن اجتهاد محكمة النقض استقر على عدم جواز تطبيق النصوص المتعلقة بجنائية الفعل المنافي للحشمة بين الزوج وزوجته لأن تلك النصوص وردت في الفصل الأول من الباب السابع من قانون العقوبات تحت عنوان الاعتداء على العرض، ولما كان عرض الزوجة هو عرض زوجها وشرفها هو شرفه لذلك فإن العبارة الواردة في المادة ٤٨٩ (غير زوجه) تنسحب إلى تلك النصوص لاتحاد العلة (٢٠).

وبناء عليه، فللزواج الحق في موافقة زوجته في أي وقت يشاء، فإذا رفضت أو امتنعت عن تلبية رغبة زوجها كان له الحق بمعاقبتها وإكراهها على ذلك، كونه يستعمل حقاً مقررراً له بموجب العقد والقانون، فعدم توفر القبول والإرادة والرضا من جانب المرأة لا يتحقق به جرم الاغتصاب، إذا كان الفاعل هو زوجها، كونه يفترض بالزوجة رضاها المفترض المسبق بتلك العلاقة، لأن الزواج في هذه الحالة سبب من أسباب الإباحة

20- استانبولي محمد أديب، 1999- موسوعة قانون العقوبات السوري والقوانين المتممة له. الطبعة الأولى، القاعدة 138، ص322.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

والتبرير، سندا للمادة ١٨٢ من قانون العقوبات السوري التي تنص على "الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة" وبالتالي فإن الموجبات المنشئة لعقد الزواج بين الطرفين تجعل الزوج في معزل عن قيام المسؤولية الجزائية بحقه عن جرم الاغتصاب، والتي أهمها قبول الزوجة بالعلاقة الجنسية (٢١).

ويجدر بنا الإشارة إلى أن عقد الزواج يمنع من قيام جريمة الاغتصاب بحق الزوج حتى ولو نجم عن إكراهه لزوجته على الجماع جرائم أخرى مستقلة عنه، فالقانون السوري يجرم العلاقات الجنسية التي تتم خلافاً للطبيعة حتى ولو كانت بين شخصين تجمعهما رابطة الزوجية (كقيام المجامعة أمام أحد من الجمهور أو أمام أطفال، أو بإتاحة مشهد المجامعة عبر وسائل العلنية، وغيرها من الممارسات الجنسية التي تتعارض مع الطبيعة البشرية الآدمية....) وقد نص قانون العقوبات السوري في المادة ٥٢٠ منه على "كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى ثلاث سنوات" كما أن إكراه الزوج لزوجته على قيام الجماع لا يخلو من بعض مظاهر العنف في بعض الأحيان، فمن الممكن أن يسبب لها إيذاء أو عاهات وربما يصل الأمر إلى الوفاة، وبالتالي تنشأ جرائم مستقلة بأركانها عن حالة الإكراه على الجماع ومما جاء في أحد اجتهادات محكمة النقض:

"الإيذاء المرافق لجريمة الاغتصاب بالعنف هو عنصر من عناصر جريمة الاغتصاب لكن اذا انتفى الاغتصاب بقي الإيذاء قائماً" (٢٢).

وبالتالي نلاحظ أن جميع تلك الحالات وسواها لا تجعل الزوج يظهر بمظهر المغتصب في نظر القانون، بل إن توفر علاقة الزوجية بين الطرفين يعد من متعلقات النظام العام وللجهة الواضعة يدها على القضية أن تثيره من تلقاء ذاتها ولو لم يتعرض له أطراف

21- شعيتير جازية، 2004- أثر القرابة في القانون الجنائي الليبي. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة قاريونس، ص155.

22- نقض سوري، جناية أساس 16 قرار 8 تاريخ 1965/11/14، استانبولي محمد أديب والدركزلي ياسين، 1992- المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية من عام 1949 حتى 1990 الجزء الثاني. الطبعة الثانية، دمشق، ص537.

الدعوى، إلا أن الزوج يبقى مسؤولاً عن الأفعال الأخرى والتي يمكن أن تشكل جرائم مستقلة بحد ذاتها كالقتل والجرح والإيذاء، استناداً إلى اجتهاد محكمة النقض آنف الذكر.

### الفرع الثاني: مدى المقصود بالعلاقة الزوجية

بالعودة إلى نص المادة ٤٨٩ من قانون العقوبات السوري نجد أن المشرع اكتفى بذكر عبارة "غير زوجه" كضابط للتمييز ما بين الإباحة والتجريم بالنسبة إلى جريمة الاغتصاب، وبالتالي تثار العديد من التساؤلات في تلك المسألة حيال الزواج (٢٣) الذي أراد به المشرع انتفاء جريمة الاغتصاب عند قيامه.

ففي حالة قيام الزوج بإكراه مطلقته طلاقاً رجعياً على الجماع، فالرأي السائد في هذه الحالة هو عدم قيام جريمة الاغتصاب، كون الطلاق الرجعي لا يرفع أثر حل استمتاع الرجل بالمرأة حتى لو كان باستخدام العنف والإكراه، كون ذلك يعد مراجعة لها كونها لا تزال في عدة الطلاق الرجعي، والطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية إلا بانتهاء فترة العدة، أما إذا كان الطلاق بائناً بأي حالة من حالات الطلاق البائن، وقام الرجل بإكراه مطلقته على الجماع، فعندئذ تقوم جريمة الاغتصاب (٢٤)، كون البائنة تحتاج إلى عقد جديد ومهر جديد إذا أراد الرجل الزواج بها مجدداً (٢٥).

أما حالة الزواج الباطل الذي فقد شرطاً من شروط انعقاده (كالأهلية والرضا..) والزواج الفاسد الذي فقد شرطاً من شروط الصحة (الزواج بدون شهود أو تأقيت العقد..) فهذه الحالات لا تشفع أبداً للرجل، وترتب المسؤولية الجزائية عن جريمة الاغتصاب بحقه، إذا ما قام بإكراه المرأة على الجماع (٢٦).

- 23- يجدر بنا الإشارة إلى أن الشروط العامة لعقد الزواج هي شروط الانعقاد (الإيجاب والقبول) وشروط الصحة (الإشهاد-حل المرأة للرجل-عدم التوقيت) وشروط النفاذ (الأهلية الكاملة أو الولاية الشرعية) وشروط اللزوم (عدم إمكانية فسخ الزواج بعد انعقاده وصحته ونفاذه)، الصابوني عبد الرحمن، 1978- قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق. المطبعة الجديدة، الطبعة الخامسة، دمشق، ص78.
- 24- العواري عبد الفتاح، 2010- جريمة اغتصاب الإناث والآثار المترتبة عليها دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص110.
- 25- الكردي أحمد الحجي، 1989- قانون الأحوال الشخصية. منشورات جامعة دمشق، دمشق، ص79.
- 26- التونجي رولى، 2014- ظاهرة العنف ضد المرأة دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة حلب، حلب، ص182.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

كما يثار في هذا المقام إشكالية فيما إذا كان يكتفى بالزواج المعقود حقيقة، أم أنه لا بد من استيفاء الشروط التي نصت عليها المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري (٢٧).

فالبعض يذهب لاعتبار الزواج العرفي (٢٨) بأنه زواج غير صحيح، لمخالفته الأحكام والقوانين التي تنص على وجوب تسجيله بشكل رسمي أصولاً، لكن الاتجاه الغالب يذهب لاعتباره زواجاً شرعياً صحيحاً منتجاً لآثاره كافة (٢٩).

وأمام غموض النص التشريعي كان لا بد للاجتهاد القضائي من أن يتولى حسم تلك المسألة، فقد جاء في أحد اجتهادات محكمة النقض بخصوص الزواج الذي يوقف الملاحقة في جرائم العرض (ومنها الاغتصاب) ليؤكد عدم الاكتفاء بالزواج المعقود حقيقة وأنه من اللازم مراعاة قواعد تسجيله أصولاً و مما جاء فيه:

"لا يعتبر كافياً لوقف الملاحقة تنظيم سند الكاتب بالعدل يحدد فيه المعجل والمؤجل لأن أحكام المادة ٥٠٨ من قانون العقوبات تنص على أن يكون هناك عقد زواج صحيح

---

27- ينص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 40 منه على:

"1-يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق التالية:

أ-شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل اقامته واسم وليه وانه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي

ب-صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية

ج-شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الامراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره

د-رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الإجبارية

هـ-موافقة مديرية الأمن العام إذا كان أحد الزوجين أجنبياً"

"2-لا يجوز تثبیت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية"

28-يقصد بالزواج العرفي: الزواج الذي تتوفر فيه الشروط الشرعية بين الزوجين كافة، لكن دون القيام بتسجيله في السجلات الرسمية للدولة.

29- سعيد عماد، 2009- شرعية الزواج العرفي وأثره في قيام جرائم الاعتداء على العرض، الطبعة الأولى المكتبة القانونية والمصرية الدولية للإصدارات القانونية، القاهرة، ص90.

ووجود تصادق بين الطرفين وهذا هو الشرط الأساسي لإمكان تعليق تنفيذ الملاحقة أو الحكم الصادر في جرائم العرض" (٣٠).

بينما جاء في اجتهاد آخر لذات المحكمة، ما يخالف الاجتهاد سالف الذكر، حيث اكتفى من خلاله بوجود الزواج حقيقة، حتى لو لم يتم تسجيله بشكل رسمي، وقد نص على أنه: "إن الزواج ينقصد صحيحاً ولو بدون إذن المحكمة الشرعية ويترتب عليه جميع نتائجه القانونية أما المعاملات الإدارية فهي قواعد تنظيمية وضعت لحفظ العقود وقيدها في سجلات الأحوال المدنية وعلى القاضي الجزائي أن يبحث عن وجود العقد باعتباره شرطاً من شروط وقف الملاحقة أو فرض العقوبة وعنصراً من عناصر التجريم" (٣١).

والملاحظ أن هذا الاجتهاد أتى في تاريخ لاحق على الاجتهاد السابق، ولم يرد ما يخالف ذلك الرأي الذي انتهجته محكمة النقض في هذا الصدد، مما يجعلنا نستطيع القول بأنه يكفي وجود الزواج حقيقة دون اشتراط تسجيله، حتى يمتنع شرط التجريم المنصوص عليه في المادة ٤٨٩ من قانون العقوبات، ووفقاً لهذا المعيار فإن تثبيت الزواج لدى المحكمة الشرعية لا يعني الانعقاد، لأن العقد قد تم وأنتج آثاره الشرعية، وذلك من شأنه ألا يشكّل اعتداء على العرض الذي أراد المشرع حمايته من وراء تجريم الاغتصاب، وبالتالي فإن التثبيت يخرج عن مفهوم الزواج الصحيح، كون غاية المشرع من تثبيت عقد الزواج هي حفظ المعاملات وتنظيم الأحوال الشخصية للزوجين وما ينتج عنها من نسب وإرث ونفقة.... من أجل سهولة الحصول على تلك المعلومات عند الحاجة من دائرة الأحوال المدنية التي يتبع إليها الزوجين (٣٢).

وفي تقديرنا أن هذا المسلك الذي انتهجته محكمة النقض غير سليم ويجافي معايير المنطق والعدالة، وهذا الخلل جاء نتيجة غياب النص التشريعي الذي كان المفترض أن يحسم الجدل بخصوص الزواج المعتبر، كما أن ذلك الاجتهاد يخالف النص القانوني الذي عد الزواج غير المسجل في السجلات الرسمية جريمة موجبة لقيام المسؤولية

30- جناية اساس 161 قرار 161 ت 1980/11/29.

31- جناية اساس 226 قرار 120 ت 1984/4/28.

32- سنان عبد الناصر، 1998- جرائم الاغتصاب. الطبعة الأولى، دمشق، ص 273.

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

الجزائية فيها، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أنه:

"٢- لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية"

### الخاتمة:

وبنهاية بحثنا عن موضوع الركن المفترض في جريمة الاغتصاب، والذي تناولنا من خلاله الحديث عن الركن المفترض الخاص بكل طرف من أطراف الجريمة، والحديث عن الركن المفترض المشترك لأطراف الجريمة توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي خرج بها البحث التي نعرضها حسب الآتي:

### النتائج:

١- يوجد قصور لغوي من المشرع فيما يتعلق بالتمييز ما بين الذكورة والأنوثة لكل من الجاني والمجني عليه كصفات يقوم عليها الركن المفترض لجريمة الاغتصاب، وبالتالي جاء الاجتهاد القضائي ليفسر ما اعترى المشرع من غموض بأن الجاني لا بد أن يكون ذكراً والمجني عليه لا بد أن يكون أنثى.

٢- عدّ المشرع سن الخامسة عشرة هو المعيار الذي يحدد صحة إرادة المجني عليها ووعيها في قبول الجماع من عدمه في المادة ٤٩١ من قانون العقوبات، حيث اعتبر عدم إتمام القاصرة لذلك السن موجباً لقيام جريمة الاغتصاب بحق الجاني حتى لو تم بقبول المجني عليها، مخالفاً بذلك نص المادة ٤٦ من القانون المدني التي حددت سن الرشد والأهلية بثمانية عشر عاماً.

٣- يعد انتفاء العلاقة الزوجية بين الجاني والمجني عليه من شروط التجريم الرئيسية التي تقوم عليها جريمة الاغتصاب، لكن المشرع لم يضع معياراً واضحاً لعقد الزواج للتمييز ما

بين التجريم والإباحة، لكن اجتهاد محكمة النقض استقر على الاكتفاء بانعقاد الزواج حقيقة دون اشتراط تسجيله رسمياً.  
وبناء على ذلك فقد توصلنا إلى بعض المقترحات عسى أن تحمل في طياتها بعض الحلول الممكنة والتي نصورها كالآتي:

#### التوصيات:

١- توضيح نصوص قانون العقوبات السوري المتعلقة بجريمة الاغتصاب، بحيث يتم إضافة ألفاظ تشير بشكل صريح إلى توفر صفة الذكورة في الجاني وصفة الأنوثة في المجني عليه كشرط من شروط التجريم التي يقوم عليها الركن المفترض، لأنه من غير المستحسن ترك تحديد هذا الأمر الجوهري في التجريم للاجتهادات القضائية، كأن تصبح الفقرة الأولى من المادة ٤٨٩ على الشكل الآتي: (من أكره غير زوجته بالعنف أو بالتهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤبد).

## الركن المفترض في جريمة الاغتصاب

- ٢- في حالة قيام جريمة الاغتصاب دون العنف أو الإكراه والناجئة عن قصر المجني عليها التي نصت عليها المادة ٤٩١ من قانون العقوبات، نقترح أن يتم رفع الحد الأعلى لسن المجني عليها إلى ١٨ عاماً انسجاماً مع نص المادة ٤٦ من القانون المدني التي حددت سن الرشد والأهلية بثمانية عشر عاماً، بما أن جوهر التجريم في هذه الحالة هو عدم وجود إرادة صحيحة في هذا العمر، كما نقترح أن يتم وضع حد أدنى لعمر المجني عليها، وإلحاق الإعتداء الجنسي بالأنثى التي يقل عمرها عن الحد الأدنى بفترة أخرى من الجرائم، كونه لا يتصور أن يقع الاغتصاب على الإناث من عمر معين.
- ٣- إضافة فقرة ثالثة إلى نص المادة ٤٨٩ من قانون العقوبات تشير إلى المقصود بالزواج الذي ينفي قيام جريمة الاغتصاب، وذلك فيما إذا كان يكفي انعقاده دون اشتراط تسجيله، كأن تكون على الشكل التالي: (إن الزواج الذي يبهر إكراه الزوج لزوجته على الجماع هو وجود عقد زواج صحيح أثناء قيام الواقعة).

### المصادر و المراجع

#### أ- الكتب العامة:

- ١- استانبولي، محمد أديب، ١٩٩٨، مجموعة القواعد القانونية في القواعد الجزائية. الطبعة الأولى.
- ٢- استانبولي، محمد أديب، ١٩٩٩، موسوعة قانون العقوبات السوري والقوانين المتممة له. الطبعة الأولى.
- ٣- الدرکزلي، ياسين و استانبولي، أديب، ١٩٩٢، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية من عام ١٩٤٩ حتى ١٩٩٠. الجزء الأول، الطبعة الثانية.
- ٤- السراج، عبود، ٢٠٠٨، قانون العقوبات القسم العام. منشورات جامعة حلب، حلب.
- ٥- الكردي، أحمد الحجي، ١٩٨٩، قانون الأحوال الشخصية. منشورات جامعة دمشق، دمشق.

٦- حسني، محمود نجيب، ١٩٩٣، الموجز في شرح قانون العقوبات-القسم الخاص. دار النهضة العربية، القاهرة.

٧- شمس، محمود زكي، ١٩٩٩، الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائية. مؤسسة عبور للطباعة، الطبعة الأولى، المجلد ١٣.

#### ب- الكتب المتخصصة:

١- الصابوني، عبد الرحمن، ١٩٧٨، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق. المطبعة الجديدة الطبعة الخامسة، دمشق.

٢- العواري، عبد الفتاح، ٢٠١٠، جريمة اغتصاب الإناث والآثار المترتبة عليها دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.

٣- حافظ، مجدي، ١٩٩٣، جرائم العرض. دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.

٤- حسن، سعيد، ٢٠٠٤، الحماية الجنائية للعرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار النهضة العربية، القاهرة.

٥- سعيد، عماد، ٢٠٠٩، شرعية الزواج العرفي وأثره في قيام جرائم الاعتداء على العرض، الطبعة الأولى المكتبة القانونية والمصرية الدولية للإصدارات القانونية، القاهرة.

٦- سنان، عبد الناصر، ١٩٩٨، جرائم الاغتصاب. الطبعة الأولى، دمشق.

٧- مليجي، محمد سليمان، ٢٠٠٢، جريمة الاغتصاب في القوانين الوضعية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

#### ج- الرسائل العلمية:

١- التونجي، رولى، ٢٠١٤، ظاهرة العنف ضد المرأة- دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة حلب، حلب.

٢- شعيتير، جازية، ٢٠٠٤، أثر القرابة في القانون الجنائي الليبي. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة قارونس.

#### د- الأبحاث العلمية:

1- ضو خالد، ٢٠٢٣- آثار اعتبار الحالة المفترضة ركناً من أركان قيام الجريمة. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد ١، المجلد ٨.

هـ-المراجع الأجنبية:

1- Garçon, 1956, " Viol omloseuxuel et Femme Violeuse ". E  
Code pénal unnoté, Dalloz- t3, art 333.