

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 46 . العدد 7

1445 هـ . 2024 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. وليد حماده

مدير مكتب مجلة جامعة البعث

د. إبراهيم عبد الرحمن

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

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

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

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

. هاتف / فاكس : 963 31 2138071 ++

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

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

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

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

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

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

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

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

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

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

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

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

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

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

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

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
56-11	د. أيهم أحمد حسن	الحماية الجزائرية الموضوعية لحق الانسان في صورته
82- 57	د. تهاني حمزه الملاً	المساواة بين المرأة والرجل في قانون العقوبات السوري
110-83	هبة علي رضوان	التنظيم القانوني لعقد العمل تحت الاختبار في قانون العمل السوري
146-111	مؤيد عيسى د. نور الدين خازم د. احمد العمر	أحكام المسؤولية الدولية الجزائرية للأفراد في القانون الدولي
174-147	د. مهند العلي	العقد الإداري في نظام الحكومة الإلكترونية

الحماية الجزائية الموضوعية لحق الانسان في صورته

د. أيهم أحمد حسن¹

إن ما أفرزته وسائل التقنية الحديثة من صور مختلفة للاعتداء على حق الانسان في صورته الشخصية فرض على المشرع الجزائي السوري إعادة النظر في قواعده القانونية بما يتلاءم مع المستجد والمستحدث من صور الاعتداء هذه، لاسيما مع إدراكه أن القواعد القانونية الناظمة للخصوصية لم تعد قادرة وكافية على حماية حق الانسان في صورته، فكان لا بد من مواجهة كل ما يخرج إلى العالم الافتراضي من سلوكيات غير مشروعة تشكل مساسا بشكل او بآخر بهذه الصورة، وخاصة في ظل تسارع التعديل التشريعي الذي حرص عليه، والذي أثبت لنا أيضا قصور الرؤية التي قدمها في سبيل حماية حق الانسان في صورته الشخصية، فوضعنا دراستنا هذه والتي حرصنا فيها على تقديم رؤية صحيحة متكاملة وتحقيق اكبر قدر من الحماية لهذا الحق.

الكلمات المفتاحية : الصورة ، الحياة الخاصة ، الحماية الجزائية ، الحق .

¹د.أيهم أحمد حسن ، عضو هيئة تدريسية في قسم القانون الجزائي بكلية الحقوق بجامعة حلب.

Summary

The various forms of assault on a person's right to his personal image have been produced by his technical means, forcing the modern Syrian penal legislator to reconsider his legal rules in a way that suits his and the speaker's views on the forms of this attack, especially with his awareness that the legal rules regulating privacy are no longer insufficient in terms of protection. The right of man to his image. He must confront everything that comes out into the virtual world of various illegal controls that infringe in one way or another on this image, especially in light of the acceleration of the legal establishment that he was keen on, which is also essential to us, the shortcomings of the visions that he presented in order to protect human rights. In his personal image, we prepared this study in which we were keen to present a correct vision, as it is the greatest measure of protection for this right.

إن التطور التكنولوجي الذي رافق تطور الحياة المدنية جعل من متابعة حياة الانسان وتفاصيلها أمرا في غاية السهولة لا سيما مع انتشار وسائل التواصل الاجتماعي على اختلافها (فيسبوك، تويتر، تيليجرام، انستغرام) بعد ان كان يتطلب هذا الامر سابقا جهدا ومشقة في معرفة هذه التفاصيل، وبالتالي اصبحت عملية حماية الخصوصية والاسرار امرا في غاية الصعوبة لا سيما مع استخدام الهواتف المحمولة وامتلأها بالتطبيقات التي تساعد على التقاط الصور ومعالجتها واعاده انتاجها، هذا الى جانب انتشار أجهزة تمكن من التقاط الصوت والصورة بطريقة عصرية وحديثة ومبتكرة²

وقد حرصت التشريعات الحديثة والمواثيق الدولية على حماية حق الانسان في حياته الخاصة في أدق تفاصيلها من كل ما قد يمس بها، اذ يجد هذا الحق اساسه في المادة 3/ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والمادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1976، والمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لعام 1950

وفي ظل انتشار وسائل التصوير الحديثة وشيوعها بين أيدي العامة وتنوع وسائل النشر وترويجها أصبحت الصورة بنوعها الثابتة والمتحركة مركز اهتمام المجتمع بأسره،

وفي هذا السياق أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان بأن صورته الفرد هي السمة الأساسية والرئيسية لشخصيته لأنها تطلق أصالته وتسمح له بالتميز عن اقرانه³، وهي

² عقيدة، محمد ابو العلا، مراقبة المحادثات التليفونية، دراسة مقارنة في تشريعات الولايات المتحدة الامريكية وانجلترا وايطاليا وفرنسا ومصر، دار الفكر العربي، مصر، 1994، ص 5

³ CEDH, Arrêt Reklou du 15 janvier 2019 n° 1234/05

من الحقوق العامة تثبت لكل انسان بصفته إنساناً، وله الحق في رفض نشر صورته كما يحق له رفض حفظها او استنساخها من قبل الاخرين⁴

والاتجاه الغالب يذهب إلى أن الحق في الصورة هو حق فقهي ينبع من احترام الحق في الحياة الخاصة أي أن الحق الأول يدور في فلك الحق الثاني، وعلى الرغم من الارتباط بينهما إلا أن السوابق القضائية كرست تدريجياً استقلالية الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة⁵، وإن الحماية الفعالة لهذه الحقوق هي حماية جزائية لان الجزاءات المدنية لم تعد كافية، هذا الأمر يتطلب بيان كل حق وشموليته، ودراسة صور الاعتداء على كل حق منهما، فإن كانت الماهية والصور واحدة فهذا يعني ذوبان الحق في الصورة ضمن الحق في الحياة الخاصة وانصهاره به، وبالتالي كفاية النصوص التي تحمي الحق في الحياة الخاصة في حماية الحق في الصورة وهو ما سوف نتناوله في بحثنا هذا.

تساؤلات البحث:

١_ هل تعد الصورة بياناً يجب حمايته؟ وهل حرص المشرع السوري على حماية البيانات الشخصية بما فيها الصورة؟

٢_ مدى التعارض بين حرية الاعلام وحق الجمهور في الحصول على المعلومات مع حق الغير في حمايه صورته من هذه الحرية؟ وهل ذلك يشرعن الهجوم على الصورة لشخص مشهور أو لفنان أو ممثل.... الخ؟

⁴ CEDH, Arrêt Reklos, 15 janvier 2019, n° 1234/05. ,CEDH, Arrêt De la Flor Cabrera, mai 2014, n° 10764/09 27

⁵ 14.730-Cass. 1ère civ., 10 mai 2005, n° 02

٣_ ما هو معيار الإباحة والتجريم لحق الانسان في صورته؟ وهل هناك من استثناءات لهذا الحق؟

٤_ هل الاعتداء على الحق في الصورة هو اعتداء على الحياة الخاصة؟ وهل الحماية الجزائية للصورة قاصرة على تلك الملتقطة في مكان عام أم مكان خاص، وهل محدودة على صورة الانسان الشخصية ام يمكن ان تشمل غيرها؟

أهمية البحث

تأتي من أن صورة الانسان هي مرآه وانعكاس له فهي هويته وشخصيته اينما اتجه وجواز سفره اينما اراد المرور، واذا كانت يتبادر للأذهان بان الصورة تقتصر على وجه الانسان دون باقي جسده الا ان التلازم ما بين وجه الانسان وجسده حقيقه واقعيه وبالتالي لا انفصال بينهما.

وبناء عليه فان مسألة حماية هذه الصورة مسألة في غاية الاهمية لا سيما في ظل ما افرزه الواقع العملي من تساؤلات واشكاليات أثرت في هذا السياق في ظل تنوع صور الاعتداء على هذه الصورة من نشر الى مونتاج الى التقاط إلى غيرها من صور الاعتداء.

اشكالية البحث

تبدو الاشكالية في مدى كفاية النصوص القانونية السورية في توفير حماية جزائية حقيقية للصورة في ظل اختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الحق في الصورة، في ظل شيوع الاتجاه بعدم كفاية النصوص القانونية الخاصة بالحياة الخاصة في تحقيق حماية جزائية للصورة وبالتالي خروج الحق الاول من فلك الحق الثاني وحاجته الى نظام جزائي

يواكب ما يطرحه الواقع من مشاكل وما تفرزه تكنولوجيا المعلومات من أنشطة تقنية تفتح الابواب للاعتداء على هذه الصورة.

منهج البحث

سيتم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال قراءة نصوص القانون السوري وتحليلها وتقدير كفايتها او عدم كفايتها مع مقارنه الحالات التي يتم الاعتداء فيها على الصورة مع نصوص القانون الفرنسي للتأكد من شموليه القانون السوري والفرنسي لما يستجد أو يطرح من مشاكل عملية، وبناء عليه سوف يتم تقسيم البحث الى مبحثين:

المبحث الاول الأحكام العامة لحق الانسان في صورته الشخصية

المطلب الاول: ماهية الحق في الصورة

الفرع الأول: تعريف الحق في الصورة

الفرع الثاني: حدود الحق في الصورة

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الصورة

الفرع الأول: موقف القانون.

الفرع الثاني: موقف الفقه

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة لحق الانسان في صورته الشخصية

المطلب الأول: جريمة الحصول على الصورة

الفرع الأول: في ضوء القانون السوري

الفرع الثاني: في ضوء القانون الفرنسي.

المطلب الثاني: جريمة نشر الصورة

الفرع الأول: في ضوء القانون السوري.

الفرع الثاني: في ضوء القانون الفرنسي

المبحث الأول

الاحكام العامة لحق الانسان في صورته الشخصية

تعتمد حماية الخصوصية المرتبطة بحقوق الصورة بشكل أساسي على تفويض الشخص المعني وهذا يتطلب الحصول على اذن صريح من الشخص لاستخدام صورته وبدون هذا الاذن يحظر الاستخدام، كما ان هذا الحق يمنح لأي شخص بغض النظر عن سمعته السيئة سواء كان الشخص مشهوراً أم لا، و في هذا السياق ذهب القضاء الفرنسي الى ان لكل شخص حق استثنائي في صورته وهي جزء لا يتجزأ من شخصيته، مما يسمح له بمعارضة استنساخها دون إذن صريح خاص منه.⁶

والبحث في الاحكام العامة لحق الانسان في صورته الشخصية يتطلب دراسة ماهية الحق في الصورة في المطلب الأول في حين نتناول الطبيعة القانونية للحق في الصورة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية الحق في الصورة

يتجه غالبية الفقه والقضاء إلى النظر للحق في الصورة على أنه جزء من حق الانسان في حياته الخاصة⁷ وهذا الحق الأخير نظمته العديد من القوانين ومنها القانون السوري

⁶ Toute personne dispose sur son image, partie intégrante de sa personnalité, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa reproduction sans n autorisation expresse et possibilité de déterminer l'usage qui peut en être fait spéciale ; de sorte que chacun a la p en choisissant notamment le support qu'il estime adapté à son éventuelle diffusion. » -Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 septembre 2000 « Charlotte R. épouse Jean) Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 décembre Michel J. / Sarl DF Presse « ; LEGIPRESSE n°169 III. Page 40 ; Tribunal de Grande Instance de Nanterre 8 - 1999 avril 2002 « Emilie Dequenne/Voici

⁷ J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978 ; D. Acquarone, L'ambiguïté du droit à l'image, D., 1985, chron. p. 129 ; B. Beignier, L'honneur et le droit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995, p. 6 ; Le

والفرنسي، ويرى ضرورة تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالحياة الخاصة على كافة صور الاعتداء على حق الانسان في صورته الشخصية.

بالمقابل يذهب بعض الفقه⁸ ونحن نؤيده إلى أن الحق في الصورة وإن كان يقترب إلى حد ما من حق الانسان في حياته الخاصة لكنه يختلف عنه ودعم هذا الرأي اتجاهه بالعديد من التطبيقات القضائية.

هذا الخلاف الفقهي يتطلب منا بداية التعريف بالحق في الصورة في الفرع الأول في حين نتناول حدود الحق في الصورة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الحق في الصورة

يعرف الحق بأنه ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية⁹. الجدير بالذكر بأن هذه القيمة في غالبية الأبحاث تنصب على حقوق شخصية كالصورة التي تظهر فيها ملامح الانسان وجسده ويترتب على اعتبار الصورة حق شخصي عدم سقوط هذا الحق بالتقادم وعدم قابليته للتصرف فيه¹⁰.

droit de la personnalité, PUF 1992, coll. Que sais-je ? ; E. Dreyer, L'image des personnes, J.- Cl. Comm., Fasc. 40, § 24.

⁸ R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP éd. G, 1968, I, 2136 ; M. Serna, L'image des personnes et des biens, Economica, 1997, p. 174

⁹ د. الصدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، 1965، ص ٣١٥.

¹⁰ المغربي، جعفر محمود و عساف، حسين شاكر: المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٨٢ و ٨٣.

وهنا تنحصر هذه الابحاث في ميدان الحياة الخاصة لكن الصورة كقيمة ليست فقط حياة خاصة لان حقيقة هذه القيمة تنصب على حقوق أخرى كحق المؤلف في مؤلفه ادبيا (بالنشر والتعديل والتداول والسحب) وماليا (من خلال الاستفادة من استغلال مصنفه)

سيقتصر مجال بحثنا على حق الانسان في صورته كحق شخصي دون الخوض في الحقوق الأخرى والتي تشمل الصورة كمصنف مثل حق المؤلف في مصنفه او الصورة كحق ملكية.

أما الصورة فهي المظهر المرئي للروح التي تسكن الجسد، فهي تجسد الأنا وتكشف مشاعره وعاداته وتظهر افراحه وأحزانه، وهكذا فان صورة الانسان كحديثه الخاص الذي يدور في دائرة حياته الخاصة وهي لهذا السبب لا تعني سواه ولا يمكن التقاطها دون رضا¹¹

ولا تقتصر سلطة الانسان في حماية صورته على اعتراضه على التقاط هذه الصورة بل تمتد لتشمل اعتراضه على نشرها او اعادة انتاجها او الاحتفاظ بها او النسخ عنها....الخ. ومن هنا فإن الخطأ الشائع ربط حق الانسان في صورته الشخصية بالنشر فقط بل يمتد إلى كل السلوكيات التي تتال من هذه الصورة.

وبما أن الحق يثبت للإنسان بالقانون وبالنظر إلى القانون السوري نجد أنه نظم حق الانسان في صورته في المواد ٢٣ و ٢٦ من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية ضد سلوكيات (النشر، الحصول، المعالجة، الارسال). سنأتي على تفصيلها لاحقا.

¹¹ أبو عامر، محمد زكي، الحماية الجنائية للحريات الشخصية منشأة المعارف الاسكندرية سنة 1979 ص 91

الفرع الثاني: حدود الحق في الصورة

غالبا ما ترسم النصوص القانونية حدود كل حق والتي لا يجب تجاوزها، والحق في الصورة اتفق فيه المشرعان السوري والفرنسي بضرورة توافر رضا صاحب الصورة عنها وعدم تواجد صاحبها في مكان خاص سواء في الالتقاط او النشر او الحفظ او التسجيل بغض النظر عن اختلاف المشرعين حول صور الاعتداء على هذه الصورة وتفاوتها بينهما، الا انه هناك مجموعة من الحالات يترتب على توافرها الدفع بانتفاء حق الانسان في صورته الشخصية حتى لو لم يتوافر الرضا او المكان الخاص في الصورة وهذه الحالات هي:

١_ الصورة غير المؤطرة للشخص المأخوذة من الجمهور. فلا يمكن للشخص ان يطالب بالحق في صورته اذا التقطت هذه الصورة ضمن مجموعة اشخاص متواجدين في مكان ما، كما لو كان مشجعا لأحد الاندية الرياضية والتقطت له صورة وهو يجلس ضمن الجمهور لكن الامر يختلف فيما لو كانت الصورة تركز على هذا الشخص دون غيره من الجمهور.

فقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنه إذا شارك شخص في مظاهرة عامة ، فلا تُحظر الصورة إلا إذا كانت مركزة على الشخص ومعزولة عن سياق التظاهرة التي جرت خلالها.

وبالتالي ، إذا كان من الممكن إعادة إنتاج وبت صورة تم التقاطها في مكان عام وأثناء حدث ما ، فذلك بشرط ألا تقدم تأطيرا مقيدا أو لا تعزل الشخص.

يعتمد هذا الجانب الفني على تقييم كل صورة على أساس كل حالة على حدة ، اعتمادا على المواقف والسياق الذي تم التقاطها فيه.

٢_ الحق في المعلومات عند استخدام الصورة لنشر اخبار متعلقة بحدث ما¹²،

او مناظرة ديمقراطية¹³ او موضوع تاريخي¹⁴ او مناقشة عامة تهم المجتمع¹⁵ وظائف شخصية عامة. ومع ذلك لايعمل بهذه الاستثناءات إذا انحرفت الصورة عن غرضها، أو كان هناك اعتداء على الخصوصية، او كانت الصورة مستخدمة لأغراض تجارية أو دعائية.

الجدير بالذكر أن حق الانسان في صورته يثبت بعد وفاته إذ يجوز لاقارب الشخص الاعتراض على استنساخ صورته بعد وفاته، بمجرد تعرضهم لأذى شخصي نتيجة الاعتداء على الذاكرة أو الاحترام الواجب للمتوفى¹⁶

وهنا يثور تساؤل مامدى فعالية حق الانسان في صورته الشخصية عندما يتعارض

هذا الحق مع حق آخر وهو حق الجمهور في الحصول على المعلومات؟

لم يكرس القانون السوري أي حق للجمهور في الحصول على المعلومات ضمن قانون مؤطر لكن المادة (٩٩) من قانون حقوق المؤلف السوري رقم ٦٢ لعام ٢٠١٣ اكدت على أن النشر المتعلق بالصور يمكن ان يحصل دون موافقة صاحبها بشرط ان يكون ذلك قد جرى بمناسبة حوادث وقعت علنا او كانت تتعلق بأشخاص رسميين أو سمحت الوزارة بذلك خدمة للمصلحة العامة.

¹² 16.471-Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, pourvoi n°92

¹³ TGI, Paris, 2 juin 2004

¹⁴ Cass. civ. 1ère, 12 décembre 2000

¹⁵ Cass. civ. 2ème, 4 novembre 2004

¹⁶ (15479-juillet 2010, pourvoi N° 09 Cour de cassation, première chambre civile, 1er

(لا يحق لمن قام بعمل صورة لشخص آخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخا منها دون اذن من تمثله الصورة ما لم يتفق على غير ذلك بسند خطي أو الكتروني موقع ولا يسري هذا الحكم إذا كان نشر الصورة قد جرى بمناسبة حوادث وقعت علنا او كانت تتعلق بأشخاص رسميين أو سمحت الوزارة بذلك خدمة للمصلحة العامة وللشخص الذي تمثله الصورة ان يأذن بنشرها في الكتب أو الصحف أو المجلات أو غيرها من النشرات المماثلة حتى لو لم يأذن بذلك منتج الصورة: كل ذلك ما لم يتفق على غير ذلك بسند خطي أو الكتروني موقع.

ب/ تطبق هذه الاحكام على الصور المختلفة أيا كانت الطريقة التي انتجت بها من تصوير فوتوغرافي أو رسم أو حفر أو نحت أو أي وسيلة أخرى.)

ولعل القضية الأشهر في هذا الشأن قصة الموظفة في المؤسسة الاستهلاكية بدمشق فانت الدخيل والتي انتشر فيديو لها على منصات التواصل الاجتماعي يتعلق بحادثة امتناع الموظفين في المؤسسة المذكورة من تلبية أحد المواطنين وتقديم الخدمة له وحدث على اثرها مشادة كلامية مما دفع بالمراجعين إلى التقاط الفيديو ونشره على مواقع التواصل الاجتماعي دون علم وموافقة الموظفين مما أثار ضجة حول قانونية النشر من جهة ومدى قانونية تصرف الموظفين بالامتناع عن مهامهم من جهة.

وبرأينا وان كان نص المادة (٩٩) سالف الذكر واضح بهذا الشأن بأن النشر أو العرض أو التوزيع في حوادث عامة لا يحتاج الى موافقة صاحب الشأن عندما تتعلق القضية بحادث علني من حق الجمهور معرفة تفاصيله، وإذا كان الالتقاط يتعلق بحادثة تتعلق بواجب وظيفي إلا أنه الاجدر بمن قام بالنشر ان يقدم الفيديو للسلطات المختصة لإثبات مخالفة الموظفين لواجباتهم المهنية لا أن يقوم بنشر الفيديو على منصات التواصل الاجتماعي للتأكد من ثبوت المخالفة بحق الموظف او لا، الا اذا كان الفيديو او الصور

توثق لحظة وقوع جرم يقطع الشك بوقوعه وينفي عدم قيامه، لاسيما حوادث السرقة التي توثق عبر كاميرات المحلات التجارية.

في الحقيقة، لا يمكن لأحد أن يعارض التقاط صورته أو الكشف عنها، إذا كان للجمهور مصلحة مشروعة في إعلامه. بموجب الحق في المعلومات، يمكن بالتالي نشر صورة دون إذن من الأشخاص المتأثرين بالحدث الإخباري، وبالتالي فإن توزيع صورة الزوجين الأميريين بمناسبة زواجهما لا ينتهك حقوق الصورة¹⁷

من ناحية أخرى، للحق في المعلومات حدود معينة على سبيل المثال، استغلال الكليشيهات دون إذن من الشخص المعني يتوقف عندما لم يعد جزءاً من الأخبار، فإن الحق في الحصول على المعلومات لا يمكن أن يبرر نشر الصور التي تتال من كرامة الشخص المعني ويجب ألا تُظهر الصور مشاهد مهينة.

وفي هذا السياق ذهبت محكمه النقض الفرنسية الى أن حرية نقل المعلومات تسمح بنشر صور لأشخاص متورطين في حدث ما بشرط احترام كرامه الانسان كما هو الحال في نشر صورة شخص يدعى ايلان حلمي والذي اكدت فيها محكمه النقض الفرنسية وجود اعتداء على الكرامة الانسانية¹⁸

يضاف إلى ماسبق ذكره الصور الملتقطة من قبل رجال شرطة المرور للسيارات بواسطة الرادارات فهي تعد صوراً قانونية ولا تنتهك حق الانسان في صورته الشخصية عندما تلبى حاجة العمل البوليسي القانوني، ومع ذلك فإن هذا العمل يخرج عن نطاقه القانوني عندما يساء استخدام الصورة، وفي هذا السياق أدانت محكمة باريس الابتدائية ضابطاً في

¹⁷ 28741-Cass. Civ., 21 mars 2018, n° 16

¹⁸ 23471-Cour de cassation, première chambre civile, 20 février 2001, pourvoi N°98

الشرطة لنشره على صفحته الشخصية على فيسبوك فيديو يوثق أحداث الهجوم الذي جرى في حافلة وعلى متنها شخص تم الاعتداء عليه من قبل مجموعة أشخاص وقد تم ادانة الشرطي لأنه خرق سرية عمله في التحقيقات بهدف الوصول الى المهاجمين والتأكد من هويتهم وقيامه بإيصال المعلومات إلى الصحفيين والعامّة وهذا لا يعد حقاً للجمهور الا بعد انتهاء التحقيقات ويكشف عن الفاعلين ولاسيما ان النشر السابق للتحقيقات يقوض قرينة البراءة، وبناء على ذلك تم ادانة الشرطي بدلالة المادة ٢٢٦_١٣ من قانون العقوبات الفرنسي والتي تنص:

يعاقب بالسجن لمدة عام واحد وغرامة قدرها 15000 يورو إذا كشف معلومات ذات طبيعة سرية من قبل شخص وديعها، إما عن طريق المركز أو المهنة، أو بسبب وظيفة أو مهمة مؤقتة".¹⁹

ولعل التأكيد على حق البوليس في تصوير مخالفات السيارات على الطرقات العامة لايمتد إلى الحق في مراقبة السيارات من خلال كاميرات المساكن او المتواجدة في العمل الخاص

فقد قضى بتاريخ 27 مايو 2009 بإدانة أحد الأشخاص في جريمة إخفاء سيارات مسروقة بشكل اعتيادي أو متكرر في موقف سيارات تابع لأحد العقارات واستخدام لوحات مزورة بشكل اعتيادي أو متكرر، وكان دليل الإدانة مستمداً من أجهزة التصوير التي تم وضعها في الموقف المذكور، إلا أن المذكور طعن في حكم محكمة استئناف

¹⁹ La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est t par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission dépositaire soit temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende »

ier sanctionné pénalement pour avoir diffuser les images d'une Anthony Bem Un polic agression sur Internet

-pour-penalement-sanctionne-bem/policier-anthony-https://www.legavox.fr/blog/maitre htm.6477-avoir

باريس أمام محكمة النقض على أساس أنه تم وضع أجهزة التصوير بدون موافقة قاضي، والمكان الذي تم وضع الأجهزة فيه هو مكان سكن، ويلزم إذن القاضي لمشروعية الإجراء، ولا يكفي لذلك أخذ إذن من صاحب المبنى-كما ذهبت محكمة الموضوع والاستئناف- إلا أن محكمة النقض لم تقتنع بأقوال الطاعن وأيدت حكم محكمة الاستئناف

20

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 21 مارس 2007 ببطلان الحكم الصادر من محكمة استئناف رين، والذي قضى بصحة الدليل المُستمد من التصوير الفوتوغرافي الذي قامت به الشرطة (بدون إذن) عن طريق عدسات مُقرّبة مثبتة في الشارع العام لمقر شركة مملوكة لأحد الأشخاص، وكانت الشرطة تقوم بتصوير السيارات التي لا توجد بها أوراق تسجيل قانونية ومشروعة، ومن خلال الصور قامت بتصوير الأشخاص المتواجدين في مقر الشركة، وبزّرت محكمة النقض قضاءها بأن مقرّ الشركة ملكية خاصة وتصويره يحتاج إلى إذن قضائي، لأن التصوير هنا يُشكّل انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة المنصوص عليها في المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان²¹

وبناء عليه إن الحق في التصوير من قبل السلطات مباح ضمن حدود القانون وهذا الحق ينتهي عندما يمس حقوق الغير كالحق في الحياة الخاصة. أي ان حق التصوير مباح ضمن الاماكن العامة وليس الاماكن الخاصة.

وبعد أن تناولنا في المطلب الاول ماهية الحق في الصورة وتعريفه وحدوده ننتقل لنتناول في المطلب الثاني إلى الطبيعة القانونية للحق في الصورة.

²⁰ Cass. Crim., 27 mai 2009, N° de pourvoi : 09-82115, Bull. crim., 2009, N° 108, Disponible sur www.legifrance.gouv.fr le : 27/04/2023

²¹ Cass. Crim., 21 mars 2007, N° de pourvoi : 06-89444, Bull. crim., 2007, N° 89, p. 451. Disponible sur www.legifrance.gouv.fr le : 27/04/2023.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الصورة

في الحقيقة تباين الموقف القانوني عن الموقف الفقهي بشأن الطبيعة القانونية للحق في الصورة لذلك سنتناول موقف القانون (الفرع الأول) ومن ثم موقف الفقه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: موقف القانون

جرّم المشرع الفرنسي أفعال المساس بالحق في حرمة الحياة الخاصة في الباب السادس من القسم الثاني من الكتاب الثاني، والذي يحمل عنوان "الاعتداءات على الشخصية"، فخصّص الفصل الأول من هذا الباب لتجريم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد بالنقاط أو تسجيل أو نقل الأحاديث الخاصة أو الصور وإفشائها أو الاحتفاظ بها في المادتين 1-226 و 2-226 كما خصّص الفصل الثاني من الباب ذاته لتجريم المساس بإظهار الشخصية الناجم عن نشر المونتاج، سواء بالكلمات أو بالصورة لشخص دون رضائه في المادة 8-226

وبناء عليه كرس المشرع الفرنسي حماية الحق في الصورة تحت مظلة الحق في الحياة الخاصة مع اختلاف المعايير في وجود الاعتداء من عدمه.

أما المشرع السوري فقد ظلّت حماية قانون العقوبات السوري للمعلومات الشخصية المتعلقة بالحياة الخاصة إلى فترة قريبة من الزمن قاصرة على حرمة المساكن، وأسرار المهنة، والمراسلات والمخابرات البرقية أو الهاتفية في المواد (557، 558، 565، 566، 567) من قانون العقوبات السوري.

وقد تبين أنّ هذه الحماية ليست كافية إزاء التطور العلمي الهائل، وما نتج عنه من ظهور أشكال وصور جديدة من أفعال الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد، على الرغم من بقاء المشرع السوري فترة طويلة من الزمن على النهج التقليدي في حماية الحياة الخاصة، إلا أنه وفي سبيل مواكبة التطور التكنولوجي ضمن قانون مكافحة

الجريمة المعلوماتية رقم ٢٠ لعام ٢٠٢٢ كرس حماية الصورة بنصوص خاصة وهي المواد ٢٣ و ٢٦ من القانون المذكور وضمن معايير محددة (الرضا والمكان) كما كرس حماية الخصوصية بنص خاص ومعايير مختلفة (الرضا). فقد نصت المادة ٢١ من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري ٢٠ لعام ٢٠٢٢ على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من (500,000) ل.س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل.س مليون ليرة سورية كل من قام بواسطة إحدى وسائل تقانة المعلومات بنشر معلومات على الشبكة تتعلق بالخصوصية من دون رضا صاحبها حتى لو كانت صحيحة.

من قراءة ما سبق نجد اتجاه كلا من المشرعين السوري والفرنسي إلى النظر للحق في الصورة على أنه مظهر من مظاهر حق الانسان في حياته الخاصة على الرغم من افراد نصوص خاصة للحديث عن الحق في الصورة لكن ضمن إطار الحق في الحياة الخاصة.

لكن ما يؤخذ على المشرع السوري أنه قصر النشاط الاجرامي لانتهاك الخصوصية بفعل جرمي واحد وهو النشر دون غيره فلم يجرم الحصول على الصورة بطريقة مشروعة او غير مشروعة مثل الالتقاط والتثبيت والتسجيل واستراق السمع.....الخ، وهذا التقييد قصور يجب تلافيه لاتساع دائرة الافعال التي قد تنال من الحياة الشخصية للآخرين، في هذا النوع من الجرائم اشترط المشرع السوري من أجل قيام الجرم، الخصوصية أولا ورضا صاحب الخصوصية ثانيا وهما عنصران متلازمان فانتهاء أحدهما ينفي وجود الجرم

لكن ما يثير الاشكالية في هذا السياق هو مفهوم الخصوصية المشار له في متن المادة سألقة الذكر فهو مفهوم واسع ونسبي ويختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر ومن شخص لآخر. مع الإشارة إلى أن مفهوم المعلومات الوارد ذكرها في نص المادة ذات

طبيعة متنوعة تشمل الصوت والصورة وحتى البيانات وغيرها من المعلومات المتعلقة بشخص ما لكن هذه المعلومات تتمتع بالخصوصية. لكن ما هو معيار الخصوصية هنا هل هو طبيعة المكان أم طبيعة المعلومة (صورة ، صوت) ؟

في الحقيقة تعتمد أغلب الاجابات المتعلقة بهذا السؤال على رضا الشخص صاحب الصورة فنقول بأنه لا يمكن التقاط أو نشر أو حفظ أو نسخ صورة الشخص الا برضا وبالتالي تربط ما بين الرضا وبين اباحه الفعل فتعتبر ان الرضا هو سبب الاباحة الفعل في حين أن أغلب الأجوبة المتعلقة بالحياة الخاصة تربط التجريم بالمكان الذي التقطت فيه الصورة فاذا كان هذا المكان عام والتقطت فيه صورة للشخص دون رضاه فان هذا لا يشكل فعلا مجرماً اما اذا كان هذا المكان خاص والتقطت فيه صورة الشخص ولو كانت برضا فان هذا الفعل يشكل فعلاً مجرماً وبالتالي فإن معيار التجريم هو المكان وليس الرضا وفي الحقيقة هذا المعيار يتعلق بالحياة الخاصة وليس بالصورة.

ذهب القضاء الفرنسي الى أن نشر صورة شخص مشهور أو حتى غير معروف دون الحصول على اذن صريح ومسبق منه يشكل انتهاك لحقه في الصورة الخاصة به حتى لو تم التقاط هذه الصورة اثناء تصوير فيلم في مكان عام²².

كما إن ظهور صورة شخص ضمن جماعة لا يشكل تعدياً على الحق في صورته لكن هذا التعدي يتحقق عندما يتم التركيز عليه دون غيره من الاشخاص متواجدين حوله اي بشكل منعزل عما حوله.²³ ويعرف الرضاء بأنه: (القبول المبني على تحكم العقل الحر في التفكير في الامور وعواقبها، والصادر عن ارادة واعية دون غش او اكراه او غلط في

²² ère section, 21 janvier 20161 ،Cour d'appel de Versailles, 1ère chambre

²³ 15322-Cass. Civ. 2e, 10 mars 2004, n° 01

فهم حقيقة الامور).²⁴ وهذا الرضاء قد يكون شفاها او كتابة وقد يكون صريحا او ضمنيا أو مفترضا. ويشترط في الرضاء ان يكون صادرا عن ارادة حرة واعية فلا يعتد به اذا كان صادر عن ضغط او اكراه او تهديد او نتيجة غش او خداع.

في الواقع لحماية الصورة، ليس من الضروري أن يكون الوجه قابلاً للتمييز. يكفي أن يكون موضوع البيانات قابلاً للتحديد على سبيل المثال، يتم انتهاك حقوق الصور عندما يتم تصوير الموظفين، دون إذن منهم، عندما يكون من السهل التعرف على المتجر والمتجر الذي تم تصويرهم فيه، وحتى إذا تم إخفاء وجوههم، من ناحية أخرى، إذا كان حجم الصورة وجودتها الرديئة لا يسمحان بتحديد هوية الشخص فلا يوجد انتهاك لحقوق الصورة.²⁵

وفي اطار علاقات العمل فإنه لا يجوز لصاحب العمل في هذا الصدد، استغلال صورة الموظف دون موافقته الصريحة، سواء كان هذا الاستغلال داخل أو خارج للشركة، لأغراض تجارية أو دعائية²⁶. ويعرف المكان الخاص بانه مكان غير مفتوح لأي شخص مالم يأذن بذلك الشخص الذي يشغله بصفة دائمة او مؤقتة.²⁷ كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه المكان الذي لا يجوز دخوله بدون اذن حائزه او شاغله.²⁸

وبرأينا إن معيار الخصوصية الوارد في النص السوري يتعلق بطبيعة المعلومة المنشورة من كونها معلومة خاصة بصرف النظر عن المكان الذي أخذت منه المعلومة سواء أكان مكان عام أم خاص، وهذا يعني أن الحماية الجزائية لا تمتد إلى المعلومة اذا كانت لا

²⁴ د. بحر، ممدوح خليل، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1996، ص 342

²⁵ 15328-Cass. Civ., 5 avril 2012, n° 11

²⁶ Cour d'appel de Grenoble, 30 mai 2012, n° 11/02553

²⁷ Maxime LOUVET, Image et protection pénale de la personne, op. cit23

²⁸ Bull. crim. 2010, N° 25, 81492-Cass. Crim., 16 février 2010, N° de pourvoi : 09 9D Disponible sur : www.legifrance.gouv.fr le 24/2/201

تتسم بالخصوصية حتى لو اخذت هذه المعلومة من مكان خاص، فالعبرة هنا بطبيعة المعلومة لا بالمكان، فالخصوصية عنصر اساسي في النموذج القانوني للجريمة وتتنفي الجريمة متى انتقت الخصوصية.

وفي هذا السياق قضي في فرنسا بإدانة شخص وفقا للمادة ٢٢٦_١ من قانون العقوبات الفرنسي نظرا لقيامه بإجراء عدة تسجيلات لأصدقائه في العمل دون معرفتهم واستمرت التسجيلات ١٤ ساعة وكانت في أمور تتعلق بإقترافهم اخطاء تتعلق بالمجال المهني وأكدت المحكمة أن العبرة في خصوصية الحديث وليس في المكان الخاص الذي جرى فيه الحديث.²⁹

ولعل ربط الخصوصية بطبيعة المعلومة ورضا صاحبها وليس بالمكان يساير النسبية في مفهوم الخصوصية فما قد يرضاه أحدهم لنشره قد لا يرضاه غيره للنشر، كما أن الرضا الحالي لشخص ما قد يختلف من زمان لآخر.³⁰

الفرع الثاني: موقف الفقه

تباينت مواقف الفقه حول الطبيعة القانونية للحق في الصورة فظهر في هذا السياق عدة اتجاهات : **الاتجاه الأول** يعد الحق في الصورة من مظاهر الحياة الخاصة وبالتالي تسري عليه احكام الحياة الخاصة والنصوص القانونية لهذه الحياة³¹

²⁹ Disponible sur: «85983-Cass. crim., 26 mai 2009, N° de pourvoi : 08 www.legifrance.gouv.fr, le25_8_2023

³⁰ مع الإشارة إلى أن هناك اختلاف بين الخصوصية والسرية فالأخيرة تفترض الكتمان أما الخصوصية فقد تتوافر رغم انتفاء السرية ، أي ان الخصوصية لا تفترض الكتمان بل نطاق محدد من الأشخاص الذي تتداول بينهم المعلومة حتى ولو لم تكن المعلومة سرية، د. قايد، أسامة عبد الله، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص ١٢٣

³¹ عبد الزعبي، علي أحمد، حق الخصوصية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٦ ص ١٣

الاتجاه الثاني ينظر إلى الحق في الصورة على أنه ذو طبيعة مزدوجة فقد يكون مظهرا للحياة الخاصة وقد يكون حقا مستقلا.³²

الاتجاه الثالث يذهب الى ان الحق في الحياة الخاصة هو حق مستقل استنادا إلى معيار الاساءة إلى صاحب الصورة فلو تم التقاط صورة في مكان عام وتم نشرها دون رضاه فهذا امر ممكن ولا يحقق مسؤوليه الا اذا نجم عنه اساءة لصاحب الصورة.³³

وبرأينا ان الحق في الصورة هو حق مستقل عن الحق في الحياة الخاصة، وان كان يلتقي معه في الأمثلة الواقعية التي قد تقع، لأن معيار الحياة الخاصة قد لاينطبق على الصورة فقد تكون الصورة مأخوذة برضا صاحبها وفي مكان خاص لكن تم نشرها بدون رضاه وهنا الرضا النافي لانتهاك حرمة الحياة الخاصة لايققق حماية للصورة بل ينتهكها هذا من جانب ومن جانب اخر قد لا يتم التقاط الصورة في مكان خاص بل في مكان عام دون رضا صاحبها فهذا لايشكل انتهاك للخصوصية لكن قد يشكل انتهاك للصورة لاسيما وان صور الاعتداء على الصورة اكثر اتساعا من الاعتداء على الحياة الخاصة.

فنحن بحاجة إلى توفير حماية اوسع للصورة يخرج من النطاق التقليدي لحماية الحياة الخاصة. لاسيما وان معيار الحياة الخاصة نسبي فما يعده شخص ما اساءة له قد لا يعده ملتقط الصورة ذاته اساءة له هذا من جانب، ومن جانب اخر ان ميدان حمايه الصورة يشمل الاماكن العامه والخاصه كما يتضمن رضا صاحب الصورة وهو المعيار الفاصل بينما يجب اعتباره مجرما وبين ما لا يجب اعتباره كذلك لا سيما ان معيار

³² عوض دهن، رنا ، الحق في الصورة طبيعته القانونية وحمايته في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٤، ص٣٦. عبد البديع آدم الحسين، آدم ، الحق في احترام الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الحثاني، دراسة مقارنة ، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص٣٣٦.

³³ الهبيي، وليد، الحماية الجنائية للحق في الصورة، مجلة القانون والاعمال الدولية جامعة الحسن الأول، العدد ٢٦، ص٣.

المكان يمكن تطبيقه على الصور الفوتوغرافية لكن لا يمكن تطبيقه على الصور المنقوشة او المرسومة التي لا تظهر معالم المكان بل وجه الانسان وبعد ان تم دراسة الاحكام العامة لحق الانسان في صورته الشخصية، سننتقل لدراسة الاحكام الخاصة بهذا الحق وما تتضمن هذه الاحكام من خصوصية وتفاصيل.

المبحث الثاني

الاحكام الخاصة لحق الانسان في صورته الشخصية

قبل الخوض في صور الاعتداء على حق الانسان في صورته الشخصية، لابد من الاشارة إلى أن القانون السوري لم ينظم حماية جزائية حقيقية للبيانات الشخصية للأفراد بل اقتصر الامر على مجموعة نصوص متفرقة تركز حماية ما لموضوع ما يتعلق بالبيان الشخصي للأفراد.

بالمقابل تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 78-17 الصادر في 6 يناير 1978 في مواجهة مخاطر نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات، وعاقب على بعض الأفعال التي تمس بالمعلومات الشخصية للأفراد، والناجمة عن مخالفة المسؤول عن معالجة تلك المعلومات لشروط معالجتها من ناحية، والالتزامات الملقاة على عاتقه في شأنها من ناحية أخرى، ثم عاد وأدمج تلك النصوص في قانون العقوبات (المواد 226-16 إلى 226-24) ؛ تحت عنوان "انتهاكات حقوق الشخص الناشئة عن ملفات الكمبيوتر أو عمليات المعالجة".

وعلى المنوال ذاته سار المشرع الفرنسي بالقانون رقم 88-19 الصادر في 5 يناير 1988، إذ عاقب فيه على بعض الأفعال الخطرة المرتبطة بالتكنولوجيا، ثم عاد وضمن تلك النصوص في قانون العقوبات (المواد 323-1 إلى 323-7).

(يعرف البيان الشخصي بأنه: البيان الذي يتعلق بشخص طبيعي محدد، أو يمكن تحديده بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بين هذه البيانات وأي بيانات أخرى كالاسم، أو الصوت، أو الصورة.. إلخ³⁴،

وقد كرست الحماية الجزائية الموضوعية لحق الانسان في صورته الشخصية في ضوء القانون السوري في المواد ٢٣ و ٢٦ من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية رقم 20 لعام ٢٠٢٢ .

وفي القانون الفرنسي في المواد ١_٢٢٦ و ٢_٢٢٦ من قانون العقوبات الفرنسي وذلك من خلال عدة جرائم سوف نتعرض لها في ضوء القانون السوري والفرنسي، حيث سنتناول جريمة الحصول على الصورة في المطلب الأول في حين نتناول جريمة للنشر في المطلب الثاني

المطلب الأول: جريمة الحصول على الصورة

في الحقيقة يختلف تناول القانون السوري لهذه الجريمة عن نظيره الفرنسي سواء من حيث وسيلة أو صور أو حتى معيار الاعتداء على الصورة لذلك سنتناول هذه الجريمة في ضوء القانون السوري في (الفرع الأول) ومن ثم في ضوء القانون الفرنسي (الفرع الثاني)

³⁴ كليب، آلاء، قانون حماية البيانات الشخصية في ضوء المعايير الدولية، مقال الكتروني متاح على الرابط الآتي.

https://afteegypt.org تاريخ الزيارة ٢٣_٨_٢٠٢٣ الساعة ١١:٠٠ص

الفرع الأول: في ضوء القانون السوري

تحت عنوان التسجيل غير المشروع نصت المادة (٢٣) السالفة الذكر على أنه : (أ- يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من (500,000) ل.س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل.س مليون ليرة سورية كل من استخدم وسائل تقانة المعلومات للحصول على تسجيلات صوتية أو مرئية أو النقط صوراً تخص أحد الناس من دون رضاه.

ب- تشدد العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة لتصبح الحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (1,000,000) ل.س مليون ليرة سورية إلى (2,000,000) ل.س مليوني ليرة سورية إذا كان الجرم واقعاً على المكلف بعمل عام أثناء ممارسته لعمله أو بسببه.

ج- لا تطبق أحكام هذه المادة إذا كان هناك إذن من السلطة القضائية، أو كان الغرض من قيام الفاعل بأحد هذه الأفعال هو الحالات التي تبيحها الأعراف العامة

ومن خلال قراءة نص المادة السالف الذكر يتبين لنا مايلي

اولا_ ان عنوان المادة ٢٣ السالف الذكر يتعلق بالتسجيل غير المشروع وهذا العنوان يتعلق فقط بجريمة الحصول على تسجيلات صوتية او مرئية ولايشمل الانشطة الأخرى التي تنتهك الصورة الثابتة او المتحركة، كالاتقاط او النسخ او التخزين او النقل او الاحتفاظ....الخ وهذا يتطلب من المشرع السوري التدخل واعادة عنونة المادة بعنوان يشمل وينسجم مع مضمون السلوكيات المجرمة كحماية الحق في الصوت والصورة.

ثانيا_ المشرع السوري حدد وسيلة اقتتراف الجريمة وهي احدى وسائل تقانة المعلومات وكان قد عرف هذه الوسائل في المادة (١) من القانون المذكور

وبالتالي الاعتداء على الصورة بواسطة الرسم أو الحفر أو النحت أو غيره من الوسائل التقليدية لا يدخل نطاق التجريم وهذا تضييق لامبرر له، على الرغم من أن المشرع السوري كان قد واكب سابقا تنوع وسائل الاعتداء على صورة الشخص في الفقرة ب من المادة ٩٩ م قانون حقوق المؤلف السوري ٢٠١٣ والتي جاء فيها:

ب/ تطبق هذه الاحكام على الصور المختلفة أيا كانت الطريقة التي انتجت بها من تصوير فوتوغرافي أو رسم أو حفر أو نحت أو أي وسيلة أخرى.

ثالثا_ حدد صور الاعتداء على الصورة (بالحصول دون رضا) أو (الالتقاط دون رضا) وبالتالي عد الالتقاط نشاط آخر غير نشاط الحصول فلم يحدد طريقة الحصول ان كانت قد وقعت بصورة مشروعة او غير مشروعة بل قيد الامر فقط بعدم الرضا هذا من جانب، ومن جانب آخر لم يوسع من نطاق السلوك الاجرامي الماس بالصورة ليشمل افعالا اخرى كالاحتفاظ والنقل والنسخ والتسجيل....الخ وهو تضييق لامبرر له يجب تلافيه.

والتقاط الصورة Captation لم يعرفه المشرع السوري لكن عرفه بعض الفقه بأنه :
"تثبيت الصورة على دعامة صالحة لحفظها سواء كانت ورقية أو ما أشبه أو إلكترونية أو على جهاز من الأجهزة"³⁵

وبالتالي اذا حدث الاعتداء بأي نشاط اخر على الصورة فإنه لايشكل جرما وهذا تضييق لامبرر له. (كما أنه لا مجال هنا للقول بشمولية نص المادة ٩٩ من قانون حقوق المؤلف السوري لصور الاعتداء الاخرى لان المشرع السوري استخدم مصطلح (عمل) وهو مصطلح غامض غير واضح المضمون والافضل على المشرع السوري ان يحدد صور

³⁵ فتحي سرور، أحمد، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الثاني : جرائم الاعتداء على

الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 429.

الاعتداء على الصورة لاسيما وأنه استخدم مصطلح مثل نشر او وزع او عرض الاصل او النسخ فالأفضل تحديد مايتلائم مع هذه الافعال.

الجديد بالذكر أن المشرع السوري في كلا النصين اشترط حدوث الإلتقاط دون رضا الشخص، وبالتالي لم يقيد حصول الفعل الجرمي في مكان خاص، وفي هذه النقطة يختلف معيار الاعتداء على الصورة عن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، ففي هذه الاخيرة كما سندرس لاحقاً ربط المشرع السوري قيام الجرم بالمكان الخاص دون غيره.

وبموجب المادتين ٢٣ و ٩٩ سالفتا الذكر اذا تم الفعل في مكان خاص او عام يرضاً صاحب الصورة ففي هذه الحالة لايشكل ذلك اعتداء على الحق في الصورة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري حصر محل الجريمة بالانسان دون غيره من الاشياء او البضاعة او الاماكن...الخ وهذا شي طبيعي كونه ربط الرضا بالانسان وبالتالي لايتحقق الاعتداء على الحق في الصورة في حال التقاط صورة شيء ما مهما ترتب على هذا الالتقاط من ضرر جسيم للمجني عليه³⁶،

وبالتالي لاتوجد حقوق صور على البضائع، فصاحب سلعة ما لا يستفيد من حق استثنائي في صورة هذه السلعة.³⁷

لكن لا يعيب إنساناً على تصوير ملكه واستغلال الصورة، ولكن بالنظر إلى أن مالك الشيء ليس له حق استثنائي في صورة هذا الشيء ؛ أنه يستطيع مع ذلك معارضة استخدام هذه الصورة من قبل طرف ثالث عندما تسبب له اضطراباً غير طبيعي

³⁶ عبد الباقي الصغير، جميل ، الحق في الصورة والاثبات الجزائي، مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد ٤٢ سنة ٢٠٢٣ ص٣٠٨.

³⁷ 10450-Cass. Ass Plen., 7 mai 2004, n° 02

ولطالما كانت صفة الموظف ظرفا مشددا للعديد من الجرائم في قانون العقوبات السوري ١٩٤٩، كالقتل ٥٣٤ والايذاء والحرمان من الحرية ٥٥٦ والذم ٣٧٦، فقد عد المشرع السوري التكليف بعمل عام ظرفا مشددا، أي وسع من نطاق الاشخاص المشمولين بنص الفقرة ب من المادة ٢٣ من القانون ٢٠ لعام ٢٠٢٢ لتشمل كل من هو مكلف بعمل عام وعد ذلك أيضا ظرفا مشددا للعقوبة

بالمقابل عد المشرع السوري في الفقرة (ج) من المادة (٢٣) أن الحصول على اذن قضائي لالتقاط الصور هو فعل مبررا قانونا وغالبا مايرتبط هذا الاذن بوجود جرم او سلوك غير قانوني يتم اللجوء معه للالتقاط لتثبيت سلوك ما او نفيه.

ومن المعروف ان العرف كمصدر من مصادر القانون لايجوز ان يعد مصدرا للتجريم او للاباحة إلا اذا تدخل لتبرير فعل جرمه القانون وهو ما تتبعه المشرع السوري في الفقرة (ج) من المادة ٢٣ من القانون المذكور وبرأينا ان إدخال العرف لاباحة فعل الالتقاط يتعارض من الركن المفترض الذي تطلبه المشرع لتجريم فعل الالتقاط فقد يكون الشخص في حفل عام وجرى العرف على التقاط الصور في هذه المناسبات لكن وجود الشخص في هذه الاماكن لايعبر عن رضا ضمني بقبول التقاط صورة له وهو ماكدده القضاء الفرنسي في العديد من الاحكام الصادرة عنه

كذلك الامر بالنسبة لتصوير السيارات على الطرقات العامة من قبل شرطة المرور فهل وجود واجب الالتقاط كسبب لاباحة الالتقاط يتعارض مع عدم رضا من تم تصويره.

الفرع الثاني في ضوء القانون الفرنسي

كرست المادة 226-1 من قانون العقوبات الفرنسي والمعدلة بالقانون رقم 936_2020 تاريخ 30 تموز لعام 2020 حماية الحياة الشخصية للاخرين من خلال معاقبتها بالسجن لمدة عام وغرامة قدرها 45000 يورو على حقيقة التقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص تم التقاطها في مكان خاص دون موافقته³⁸

ونقل الصورة Transmission : يعني إرسالها من مكان تواجد المجني عليه إلى مكان آخر، عاماً كان أم خاصاً، بحيث يستطيع الغير الموجود في هذا المكان الأخير من الاطلاع عليها.³⁹

أما تسجيل الصورة Enregistrement : يعني حفظها على مادة معدة لهذا الغرض، بأي وسيلة كان نوعها، لمشاهدتها فيما بعد أو إذاعتها.⁴⁰

ويدخل ضمن نطاق التسجيل تخزين الصورة في ذاكرة الحاسب الآلي أو ذاكرة الهاتف المحمول أو في موقع على شبكة الإنترنت⁴¹

³⁸ euros d'amende le fait, au 000 Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le lieu privé ci, l'image d'une personne se trouvant dans un-consentement de celle
³⁹ آدم حسين، آدم عبد البديع، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 597.

⁴⁰ عبد الله عبد الفضيل، ايمان، الجرائم المتعلقة بالقنوات الفضائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019، ص 46.

⁴¹ رأفت إبراهيم أحمد، نشوى، حماية الحقوق والحريات الشخصية في مواجهة التقنيات الحديثة، "البيانات الشخصية، المراسلات والمحادثات الشخصية، الحق في الصورة"، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة، مصر 2012، ص 313.

ووضع القانون الفرنسي قرينة مفادها اذا تم تنفيذ هذه الافعال على مرأى ومسمع صاحب العلاقة دون معارضته هذا يشكل قرينة على قبوله الضمني لذلك.

كما ذهب المشرع الفرنسي إلى ضرورة الحصول على موافقة الولي عندما يكون المجني عليه شخص قاصر وشدد العقوبة في حال كان الفاعل هو زوج او شريك الضحية حيث شدد العقوبة إلى الحبس عامين وغرامة ٦٠ الف يورو⁴². كما شدد المشرع الفرنسي العقوبة عندما تكون العقوبة ذات طبيعة جنسية سواء تم التقاطها في مكان عام او خاص.

ويذهب بعض الفقه⁴³ إلى أن استغلال الجاني إلى صورة الغير من خلال نشرها او التهديد بنشرها او اعادة انتاجها...الخ... لا يتم من باب الاطلاع او حب الفضول بل قد يكون لديه منفعة مادية او معنوية لذلك نجده جرم في المادة ٢٢٦_٢ من قانون العقوبات الفرنسي كل من أذاع او أعلن او احتفظ او استخدم صورة حصل عليها دون رضا صاحبها بأحد الاساليب المشار لها بالمادة 1_226 وهذا يتطلب شرطا اوليا وهو التقاط او تسجيل او نقل صورة شخص في مكان خاص بدون رضاه وهذا يعني أنه لا بد من وقوع النشاط الاول لنجرم النشاط الثاني وهو شرط له.

⁴² et 2° du présent article ont été accomplis au vu et Lorsque les actes mentionnés aux 1° au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le .ci est présumé-faire, le consentement de ceux

ur la personne d'un Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis s .mineur, le consentement doit émaner des titulaires de l'autorité parentale

Lorsque les faits sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le ortées à deux partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, les peines sont p ans d'emprisonnement et à 60 000 euros d'amende

⁴³ Murielle Cahen, Diffusion d'image ou de parole, op. cit²⁰, Albert CHAVANNE, La protection de la vie privée dans la loi du 17

Y-juillet 1970, RSC, N° 3 Juillet_Septembre 1971, P. 615 ; J.

Lassalle, La

وبرأينا وأن كان النشاط الاول وهو الالتقاط او النقل او التسجيل ضروري لوقوع النشاط الثاني لكن يجب أن لا يشكل شرطا اساسيا للتجريم لأن صاحب الصورة قد يقبل التقاط صورة له ولكن لايقبل ان يتم نشرها او استغلالها وهو ماكد القضاء الفرنسي من تجريم الفعل الثاني على الرغم من توافر رضا بوقوع الفعل الاول حيث تم التقاط صورة لبعض السائحين الفرنسيين وهم يرتدون ملابس فاضحة امام برج بيزا بإيطاليا في فترة الصيف بموافقتهم وبعد ان عادوا الى فرنسا علموا أن بعض الصحف الفرنسية قامت بنشر صورهم مصحوبة بتعليقات شائنة وعلى الرغم من سوء استخدام الصورة إلا أنهم لم يتمكنوا من الدفاع عن أنفسهم امام القضاء الجزائي لان الصورة التقطت في مكان عام⁴⁴

ولابد من الاشارة ان موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن غير مستقر فعلى الرغم من الرأي السابق والذي يؤكد عدم التلازم بين القبول بالالتقاط والقبول بالنشر ذهبت محكمة النقض الفرنسية اتجاه مخالف بأنه لا يوجد خطأ جزائي بشأن بث صورة شخص دون موافقته على الرغم من انه تم التقاطها في مكان خاص بموافقته⁴⁵

هذا الحكم لمحكمة النقض الفرنسية كانت قد الغت بموجبه حكما صادرا عن محكمة الاستئناف الفرنسية والذي أدانت بموجبه الاخيرة شخصا لقيامه بنشر صورة عشيقته السابقة على الانترنت تمثلها عارية حامل كان قد التقطها لها أثناء حياتها معا.

⁴⁴ Isabelle Lolies, La protection pénale de la vie privée, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix.p118-Marseille, 1999, P. 50

⁴⁵ 82676-Chambre criminelle, 16 mars 2016, n° 15 -Cour de cassation

متوفر على الرابط تاريخ الزيارة ١٨_٨_٢٠٢٣ الساعة ١٢:٥٠م

-nues-photographies-publication-bem/droit-anthony-http://www.legavox.fr/blog/maitre htm#. VvrVOblJmM8.20772-prises

محكمة الاستئناف الفرنسية رأت ان القبول بالالتقاط لا يعد قرينة على القبول بالنشر ونحن نؤيد هذا الرأي لان الرضا كما اسلفنا الذكر وفي هذا الشأن نسبي يختلف من شخص لآخر وليس له قواعد ثابتة تحكمه، كما ان موقف محكمة النقض الفرنسية يقيد ضحايا الصور الفوتوغرافية أو الصور الشخصية أو التغريدات أو المنشورات على Facebook أو Instagram أو أي مواقع "مشاركة" المحتوى من ملاحقة ناشري صورهم دون إذن منهم .

وبالتالي يمكن ان يؤذن لنا بنشر صور شخص ولكن لا يمكن ان نكون ان اصحاب تفويض مطلق في هذه الصورة وهو ما ذهبت إليه محكمة نانتير الفرنسية والتي قضت أن نشر صور شخص مجهول الهوية بجانب شخصية معروفة في حدث معروف لا شكل تفويضا للبت صورته دون اذن منه⁴⁶

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسيه الى ان موافقه الشخص على نشر صورته لا يتضمن موافقته على نشر اسمه ورتبته

من خلال قراءة النصين السابقين يتضح لدينا ان صور النشاط الاجرامي لجريمة الحصول على الصورة في القانون الفرنسي متعددة وغير محصورة بفعل الالتقاط بل تشمل كلا من الالتقاط والنقل و التخزين والبت و السماح بالبت لصورة الغير اي ان المشرع الفرنسي أراد ان يوسع من دائرة الحماية المقررة للصورة.

لكن مايؤخذ على النص الفرنسي انه اشترط في الصورة ان تكون مأخوذة في مكان خاص ودون رضا صاحبها وهذا بمفهوم المخالفة لايشمل الصورة المأخوذة في مكان عام ودون رضا صاحبها على الرغم من اتجاه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه إلى

⁴⁶ Pôle civil, 1ère Chambre, jugement du 'Tribunal de grande instance de Nanterre ebediaZ. / W-novembre 2015, Monsieur D. B 26

توفير الحماية للصورة حتى لو كانت في مكان عام طالما أن رضا صاحب الصورة غير متوفر .

وبرابنا إن ربط المشرعين السوري والفرنسي المكان الخاص بالرضا إن كان يحقق حماية للحياة الخاصة لكن لا يحقق حماية اكبر للصورة فالأفضل ربط الصورة بمعيار الرضا وليس بالمكان ، أما الخصوصية فالأفضل ربطها بمعيار الرضا والمكان، وفي هذا السياق ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم وجود خطأ جنائي في حقيقة بث صورة شخص تم اخذها بموافقته في مكان خاص⁴⁷

المطلب الثاني: جريمة نشر الصورة

ان البحث في جريمة نشر الصورة في ضوء كلا من القانون السوري والفرنسي يتطلب ضمنا الحديث عن جريمتي مونتاج الصورة والتهديد بنشرها بسبب ربط النصوص القانونية السورية والفرنسية لهذه الجرائم مع جريمة النشر لذلك سوف نقوم بالربط بين هذه الجرائم بناء على تعاطي القانون معها.

الفرع الأول: في ضوء القانون السوري

نصت المادة /٢٦/ من قانون الجريمة المعلوماتية السوري لعام ٢٠٢٢ تحت عنوان الجرائم الماسة بالحشمة والحياء

أ- يُعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (1,000,000) ل.س مليون ليرة سورية إلى (2,000,000) ل.س مليوني ليرة سورية كل من قام بمعالجة صور ثابتة أو

⁴⁷.(82676-Chambre criminelle, 16 mars 2016, n° 15 -Cour de cassation

-nues-photographies-publication-bem/droit-anthony-http://www.legavox.fr/blog/maitre htm#.VvrVOblJmM8.20772-prises

متحركة أو محادثات أو تسجيلات صوتية عائدة لأحد الناس بوسائل تقانة المعلومات لتصبح منافية للحشمة أو الحياء وقام بإرسالها له أو للغير أو عرضها عليه أو على الغير أو هدد بنشرها عن طريق الشبكة، وتشدد العقوبة لتصبح الحبس من سنة إلى سنتين وغرامة من (2,000,000) ل.س مليوني ليرة سورية إلى (3,000,000) ل.س ثلاثة ملايين ليرة سورية إذا قام الفاعل بنشرها على الشبكة.

من خلال ماسبق يتضح لنا ان المشرع السوري حدد صور النشاط الاجرامي لجريمة مونتاج الصورة في عدة صور:

الصورة الاولى هي معالجة صور ثابتة (فوتوغراف) او متحركة (فيديو) وبالتالي حدد المشرع محل الجريمة هنا حصرا الصورة العائدة لاحد الناس دون غيره ووسع من نطاق النص ليشمل الصور الثابتة والمتحركة وحسنا فعل المشرع السوري ليوكب كل مايمكن ان يمس في حق الانسان في صورته الشخصية

كما حدد وسيلة اعادة الانتاج وهي احد وسائل تقانة المعلومات وبالتالي يخرج عن نطاق هذه الوسائل النونتاج الذي يحدث بطريق تقليدي او غير مبتكر

لكن مايؤخذ على المشرع السوري أنه ربط اعادة انتاج الصورة بالحشمة والحياء اي حصر المونتاج فقط بهذا الجانب من حياة الانسان ناهيك عن أن مفهوم الحشمة والحياء نسبي ويعتمد على العرف السائد في المجتمع فما يعد منافيا للحشمة في مجتمع لايعد كذلك في مجتمع اخر وبالتالي اعاد المشرع العرف ليكون مصدرا للتجريم والعقاب هذا من جانب ومن جانب اخر ان اي مونتاج لأي صورة لايمس الحشمة والحياء لايعد مجرما حتى لو تم بغير رضا صاحب الصورة وبرأينا هذا تضيق من نطاق التجريم والأجدر بالمشرع السوري أن يوسع من نطاق التجريم لأي مونتاج صورة يحدث دون رضا صاحبها

وفي هذا السياق جرم القضاء الفرنسي⁴⁸ اعاده انتاج الصور الشخصية لشخص ما استخدامهما دون موافقته حتى لو كانت الصورة هي نتيجة اعمال تصويريه واقعيه كما ذهبت محكمه النقض⁴⁹ الى ان هذا الحق حصري وهو جزء لا يتجزا من شخصيه الانسان ويحق له معارض اعاده انتاج الصورة

الجدير بالذكر أن المشرع السوري ربط المونتاج بفعل اخر وهو القيام بإرسال الصورة بعد اعاده انتاجها إما إلى صاحب هذه الصورة او لغيره وبالتالي ربط المشرع في هذه الصورة بين فعلين هما اعادة انتاج الصورة والارسال فلو تم اعادة الانتاج دون الارسال فلا يعد الفعل مجرماً استناداً إلى مبدأ الشرعية

والارسال الذي تحدث عنه المشرع السوري غير محدد بواسطة الشبكة بل قد يتم ارسال الصورة بطريق البريد العادي او حتى ورقي وبالتالي اي طريق يحقق الارسال فهو مشمول بنص المادة.

ويرأينا كان الأجدر بالمشرع السوري أن يجرم الفعل بمجرد اعادة انتاج الصورة دون الحاجة إلى ارسالها لصاحبها او للغير لأن من يصل في سلوكه لمرحلة اعادة الانتاج يكشف عن خطورة اجرامية حقيقية لايحتاج الارسال للكشف عنها وبتعبير آخر حبذا لو عاقب المشرع على هذه الجريمة كجريمة شكلية لاتتطلب نتيجة. لاسيما وأن هذه الصورة لاتشترط ان يرى من ترسل له الصورة هذه الصورة فالفعل مجرم سواء رآها ام لم يراها طالما أن الفعلين الأساسيين متوافرين.

⁴⁸ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 10 janvier 2013)
<https://www.legavox.fr>

⁴⁹ Cass. Civ. 1ère, 27 février 2007, n° 06-10393

الصورة الثانية وهي اعادة انتاج صورة الغير وعرضها عليه أو على الغير:

وتفترض هذه الصورة ان الفاعل بعد أن قام باعادة انتاج الصورة قام بعرضها على الفاعل او غيرها وهذه الصورة لا تتطلب الارسال بل تفترض إما ان يكون هنا لقاء مباشر بين من يعرض الصورة وصاحب الصورة او لقاء بين من يعرض الصورة ومن تعرض عليه وهو طرف ثالث لاعلاقة له بالصورة.

الصورة الثالثة : تفترض هذه الصورة أن يأتي التهديد بالنشر بعد فعل المونتاج وان ينحصر التهديد بصورة منافية بالحشمة والحياء وبالتالي التهديد بنشر صورة الغير بعد اعادة انتاجها لايشكل جريمة اذا لم تكن منافية للحشمة والحياء وهذا تضيق من نطاق محل الجريمة كما ذكرنا سابقا ويحتاج لاعادة صياغة النص ليشمل مصالح أجدر بالحماية كما لو سبب اعادة الانتاج النيل من كرامة الانسان وشرف او ما يسمى بالتمتر.

الجدير بالذكر أن المشرع في الصورتين السابقتين جرم الفعل دون نشر الصورة حيث عد النشر ظرفا مشددا فهو ربط المونتاج إما بالارسال او العرض دون النشر.

اما بشأن التهديد بالنشر فقد نصت المادة ٢٦ من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم ٢٠ لعام ٢٠٢٢

ب- يُعاقب بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات وغرامة من (3,000,000) ل.س ثلاثة ملايين ليرة سورية إلى (4,000,000) أربعة ملايين ليرة سورية كل من هدد بالنشر أو نشر على الشبكة صوراً ثابتة أو متحركة أو محادثات أو تسجيلات صوتية منافية للحشمة أو الحياء عائدة لأحد الناس ولو حصل عليها برضاه، وتشدد العقوبة لتصبح السجن المؤقت من خمس سنوات إلى سبع سنوات وغرامة من (4,000,000)

أربعة ملايين ليرة سورية إلى (5,000,000) ل.س خمسة ملايين ليرة سورية إذا وقع الجرم على قاصر .

وبموجب الجرم المذكور في المادة السالفة الذكر يجب ان ينشر الفاعل صور الغير المنافية للحشمة او الحياء او يهدد بنشرها فعلا اي أن الفاعل هنا لايشترط ان يكون هو من اعد انتاج صورة الغير بل يقتصر نشاطه الاجرامي فقط على التهديد بالنشر او النشر فعلا هذا من جانب ومن جانب اخر يحصر المشرع الصور الثابتة او المتحركة فقط بتلك المنافية للحياء او الحشمة دون غيرها من الصور وبالتالي اي نشر او تهديد بالنشر لأي صور أخرى لاتمس الحشمة او الحياء غير مشمول بنص المادة وهذا تضييق للنص الجزائي لايحقق حماية واسعة لمصالح الغير ، إلى جانب ان المشرع السوري لايشترط ان تكون الصور المنشورة او المههد بنشرها معاد انتاجها بل قد تكون صحيحة وحصل عليها الفاعل برضا صاحبها لكن النشر او التهديد بالنشر قد تم دون رضا الاخير .

الجدير بالذكر بأن المشرع السوري في هذا الجرم تارة عده جناية في الفقرة /ب/ من المادة ٢٦ وتارة عده جنحة في الفقرة / أ / على الرغم من أن الفقرة أ اشد خطورة لانها تتناول المعالجة للصور المنافية للحشمة والحياء والنشر او التهديد بالنشر في حين الفقرة ب تتناول فقط النشر والتهديد بالنشر وهذا تناقض في موقف المشرع السوري يجب تلافيه، على خلاف مونتاج الصورة المنافية للحشمة والحياء الذي عده جنحة، هذا إلى تشديده العقوبة فيما لو وقعت الجريمة على قاصر حيث عد هذه الصفة الاخيرة ظرفا مشددا للعقوبة في حين عد النشر في جريمة المونتاج ظرفا مشددا كما ذكرنا سابقا .

الفرع الثاني في ضوء القانون الفرنسي

تعاقب المادة 8_226 من قانون العقوبات الفرنسي والمعدلة بالأمر 916_2000 تاريخ 19 سبتمبر لسنة 2000 بالسجن لمدة سنة واحدة وغرامة قدرها 15000 يورو على حقيقة نشر المونتاج بأي وسيلة كانت مع صورة شخص دون موافقته.⁵⁰

يتضح لدينا من النص السابق بأن المشرع الفرنسي لم يجرم مونتاج الصورة بحد ذاته بل جرمه في حال نشر صورة تم انتاجها ودون موافقة صاحبها.

إلى جانب أنه لم يقيد المشرع الفرنسي وسيلة النشر بوسائل تقانة المعلومات كما فعل المشرع السوري هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يحصر المشرع الفرنسي الحماية بالصورة المنافية للحشمة والحياء كما فعل المشرع السوري بل كان النص الفرنسي أكثر شمولاً واتساعاً من النص الفرنسي حيث أطلق المشرع الفرنسي وسيلة اقتراف الجريمة من خلال استخدام عبارات (بأي وسيلة كانت، وهذا يتسع ليشمل كافة الوسائل الحديثة والتقليدية وما قد يطرحه التطور من وسائل حديثة)، ومحل الجريمة من خلال عبارة (صورة شخص دون موافقته)

لذلك برأينا المشرع الفرنسي كان موقفاً في موقفه أكثر من السوري وندعو المشرع السوري لإعادة صياغة نص المادة ٢٦ ليشمل كافة وسائل الاعتداء على الصورة الممنجة وأياً كان موضوع الصورة.

⁵⁰ art. 3 (V) JORF 22 -du 19 septembre 2000 916-Modifié par Ordonnance n°2000 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec 000 Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 il n'en est pas les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'ionexpressément fait ment

أما بشأن التهديد بالنشر فقد تصدى المشرع الفرنسي لهذه الظاهرة تحت مسمى الانتقام الاباحي وقوام هذه الحالة ان يتم الالتقاط بموافقة الشخص المعني كما لو كان هناك علاقة حميمية بين رجل وامرأة وتقبل خلالها المرأة ان يصورها الرجل لكن عند اول خلاف يتشب بينهما يقوم الرجل بنشر كل مابحوزته من صور جنسية تسيء للمرأة.

وقد وضع القانون الفرنسي قرينة م ٢٢٦_ ١ مفادها عندما يتم تنفيذ الأعمال المذكورة في هذه المادة على مرأى ومسمع من الأطراف المعنية دون معارضتهم ، عندما يكون في وضع يسمح لهم بذلك ، يفترض موافقتهم⁵¹. وقد عد المشرع الفرنسي الطبيعة الجنسية للصورة ظرف مشدد فقد نصت المادة 226-2-1 من قانون العقوبات:

"عندما تتعلق الجرائم المنصوص عليها في المادتين 1-226 و 2-226 بكلمات أو صور ذات طبيعة جنسية تم التقاطها في مكان عام أو خاص ، تزداد العقوبات إلى السجن لمدة عامين وغرامة قدرها 60 ألف يورو.

الخاتمة

على الرغم من حرص المشرع السوري على تحقيق حماية جزائية فعالة لحق الانسان في صورته الشخصية والتي ترجمها بالقانون رقم ٢٠ لعام ٢٠٢٢ متوهما أنه قدم رؤية أكثر

⁵¹ du code pénal « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros 1-Article 226 d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte : à l'intimité de la vie privée d'autrui

tant, sans le consentement de leur auteur, des émissions ou transmissions de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel

ci, l'image -ellec ed tmetnesnoc el snas ,tntatmsnart uo tnatrsigerne ,tnaxif nE °2 .d'une personne se trouvant dans un lieu privé

nés au présent article ont été accomplis au vu et au su des Lorsque les actes mention intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le ci est présumé. »-consentement de ceux

نضوجاً من رؤيته التي قدمها في المرسوم التشريعي رقم ١٧ لعام ٢٠١٢ لكن تبين لنا أنه وإن كان قد ناقش حق الإنسان في صورته الشخصية وهو موضوع لم يكن محط اهتمامه وعنايته في ظل المرسوم رقم ١٧ لعام ٢٠١٢ إلا أن هذه الرؤية تبين لنا قصورها وعدم كفايتها للاحاطة بكل صور النشاط الاجرامي والذي من شأنه الاعتداء على حق الإنسان في صورته الشخصية، فقصر النشاط الاجرامي في جرم الحصول على الصورة على الالتقاط دون غيره من الصور الاجرامية، كما انه ربط جريمة معالجة صور الغير واعادة ارسالها بتلك المنافية للحشمة او الحياء دون غيرها من الصور الماسة بحياة الآخرين إلى جانب ربطه فعل اعادة المونتاج بفعل النشر او الارسال او التهديد.....الخ اي ضرورة تحقق الفعلين لقيام الجريمة وهو تضيق لامبرر له ، وبالاضاء على التجربة الفرنسية في هذا السياق تبين لنا نضوجها واكتمالها ومواكبتها لكل ما استجد من افعال يتم فيها التعدي على حق الإنسان في صورته الشخصية، وقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والمقترحات سنجملها في الآتي:

النتائج

- ١_ ضيق الحماية التي وفرها المشرع السوري في القانون رقم ٢٠ لعام ٢٠٢٢ لحق الإنسان في صورته الشخصية مقارنة مع نظيره الفرنسي.
- ٢_ ضيق تعريف الجريمة المعلوماتية الذي تبناه المشرع السوري في القانون السالف الذكر وقصر فقط على السلوكيات المجرمة وفقاً لاحكام القانون ٢٠ لعام ٢٠٢٢ بعد ان كان يتبنى نظام التحويل للقوانين الجزائية العامة في القانون السالف الذكر وبالتالي ضيق من مفهوم الجريمة المعلوماتية بكل ماورد في القانون ٢٠ وحسب مبدأ الشرعية كل ما يخرج عنه لا يعد جرماً معلوماتياً.

- ٣ _ لم ينظم المشرع السوري البيانات الشخصية في تشريع خاص بل اكتفى بالتنظيم مايعد بحكم البيان الشخصي كالصورة والصوت.
- ٤_ النصوص الناظمة للحق في الحياة الخاصة لاتكفي لحماية حق الانسان في صورته الشخصية لاختلاف المعايير بين الحقيين.
- ٥_ إن معيار المكان لحماية حق الانسان في حياته الخاصة غير كافي بل لابد من ربطه بمعيار الرضا.
- ٦_ أن توافر الرضا على التقاط صورة شخصية لايعد قرينة على توافره في حال نشر الصورة او المونتاج او الاحتفاظ او غير ذلك من السلوكيات.
- ٧_ ربط المشرع السوري اعادة انتاج الصورة او التهديد بنشرها بالحشمة والحياء فقط اي حصر المونتاج و التهديد فقط بهذا الجانب من حياة الانسان.
- ٨_ لم يقصر المشرع الفرنسي وسائل الاعتداء على الصورة بالوسائل الحديثة فقط بل شمل ايضا الوسائل التقليدية من خلال استخدامه عبارة اية وسيلة كانت.

المقترحات

- ١_ تبني نظام قانوني فعال يكرس حق الجمهور في الحصول على المعلومات ضمن حدود القانون.
- ٢_ ندعو المشرع السوري إلى التوسع في سلوكيات الاعتداء على الصورة وعدم قصرها على نشر الصورة فقط بحيث يشمل هذا التوسع سلوك الالتقاط والاحتفاظ والنسخ والنقل والتثبيت.....الخ

٣_ ضرورة النظر إلى أن الصورة بيانا شخصيا يجب على القانون حمايته في ظل نظام جزائي يكرس حماية البيانات الشخصية للأفراد.

٤_ إن اتباع المشرع السوري اسلوب التحديد للجرائم في قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية رقم ٢٠ لعام ٢٠٢٢ غير موفق والأفضل ابقاء الجرائم التي لها تنظيم في القوانين الجزائية على حالها دون ادراجها في قانون خاص فقد يفوته الاشارة للعديد من الجرائم، فضلا عن عجزه عن الاحاطة بها واعتماد نظام الاحالة الذي يقضي بتطبيق في كل مالم يرد عليه نص من جرائم في التشريع الخاص ماشارت له القوانين الجزائية الاخرى واعتماد اسلوب التشديد في حال استخدام الشبكة لاقتراف هذه الجرائم التقليدية.

٥_ إذا كانت سياسة المشرع السوري هي تشديد العقوبة بالنسبة للجرائم التقليدية المقترفة بواسطة الشبكة فالأفضل كما ذكرنا يجب هجر نظام التحديد لها لان العقوبة التي نص عليها في التشريع الخاص قد تعادل تلك المشار لها في التشريع العام وبالتالي لم يحقق غايته من التشديد في حال استخدام الشبكة، فمثلا جرم الذم بدلالة المادة 568 ق.ع.س اذا وقع على أحد الناس بصورة علنية عقوبته الحبس حتى ثلاثة أشهر وغرامة من ١٠٠ الف حتى ٥٠٠ الف ل.س اما الذم يوسيلة تقنية بدلالة المادة ٢٤ من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية لعام ٢٠٢٢ عقوبته من شهر حتى ثلاثة أشهر والغرامة من ٣٠٠ الف حتى ٥٠٠ الف وبالتالي لا تشديد للعقوبة المشار لها في قانون العقوبات اما لو أبقى المشرع على نظام الاحالة وشدد العقوبة في حال استخدام الشبكة وفقا للمادة ٢٤٧ ق.ع.س لأصبحت عقوبة جريمة الذم فيما لو اقترفت بواسطة الشبكة ولم ينص عليها قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية تضاعف العقوبة من الثلث إلى النصف وتضاعف الغرامة اي تصبح اشد مما نص عليه بالمادة ٢٤ السالفة الذكر.

٦_ ندعو المشرع الفرنسي إلى اشتراط الرضا في كل سلوك يتعلق بالصورة من الالتقاط إلى التسجيل او المونتاج او النشر...الخ وعدم اعتبار الرضا على الالتقاط قرينة على توافره في كافة السلوكيات الاخرى

٧_ ندعو المشرع السوري إلى التوسع في نطاق الحماية المقرر في جريمة المونتاج او التهديد بالنشر وعدم قصر هذه الحماية على الحشمة والحياء. وذلك بإطلاق النص بحيث يشمل كل مايتعلق بالانسان ويتم اعادة انتاجه او التهديد بنشره.

٨_ ندعو المشرع السوري إلى تحقيق حماية اكبر للصورة من خلال شموله لكافة وسائل الاعتداء على هذه الصورة وعدم قصرها على وسائل التقانة الحديثة فقد يتم الاعتداء على الصورة بوسائل تقليدية وهذا أمر لم يشر له المشرع السوري بخلاف المشرع الفرنسي الذي تصدى له.

٩_ ندعو المشرع السوري إلى تلافي التناقض الواضح في موقفه من جريمة النشر او التهديد بالنشر في الفقرتين أ و ب من المادة ٢٦ من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية وتوحيد العقوبة بجعلها جنائية في الحالتين سواء في معالجة الصور ونشرها او في حالة النشر او التهديد بالنشر وليس كما ذهب اليه في الفقرات المذكورة بجعل الجرم تارة جنائية وتارة جنحة.

المراجع

باللغة العربية :

أولا _ القوانين

1. قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم ٢٠ لعام ٢٠٢٢
2. قانون العقوبات الفرنسي 1994 وتعديلاته
3. قانون المؤلف السوري ٦٢ لعام ٢٠١٣

ثانيا _ الكتب العامة والمتخصصة:

1. فتحي سرور، أحمد، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الثاني : جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
2. قايد، أسامة عبد الله، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
3. عبد البديع آدم الحسين، آدم ، الحق في احترام الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الحنائي، دراسة مقارنة ، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.

4. عبد الزعبي، علي أحمد، حق الخصوصية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٦
5. بحر، ممدوح خليل، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1996.
6. المغربي، جعفر محمود و عساف، حسين شاكر: المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠ ، ص ٨٢ و٨٣ .
7. الصدة، عبد المنعم فرح، أصول القانون، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، 1965، ص ٣١٥.
8. عقيدة، محمد ابو العلا، مراقبة المحادثات التليفونية، دراسة مقارنة في تشريعات الولايات المتحدة الامريكية وانجلترا وايطاليا وفرنسا ومصر، دار الفكر العربي، مصر، 1994 .
9. أبو عامر، محمد زكي، الحماية الجنائية للحريات الشخصية منشأة المعارف الاسكندرية سنة 1979

ثالثا _ الرسائل العلمية:

1. عوض دهنون، رنا ، الحق في الصورة طبيعته القانونية وحمايته في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٤،

2. عبد الله عبد الفضيل، إيمان ، الجرائم المتعلقة بالقنوات الفضائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019، ص 46.
3. رأفت إبراهيم أحمد، نشوى ، حماية الحقوق والحريات الشخصية في مواجهة التقنيات الحديثة، "البيانات الشخصية، المراسلات والمحادثات الشخصية، الحق في الصورة"، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة، مصر ٢٠١٢،

رابعا _ المجالات العلمية والمقالات

1. كليب، آلاء، قانون حماية البيانات الشخصية في ضوء المعايير الدولية، مقال إلكتروني متاح على الرابط الآتي. <https://afteegypt.org>
2. عبد الباقي الصغير، جميل ، الحق في الصورة والاثبات الجزائي، مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد ٤٢ سنة ٢٠٢٣
3. الهيبي، وليد، الحماية الجنائية للحق في الصورة، مجلة القانون والاعمال الدولية جامعة الحسن الأول، العدد ٢٦، ص ٣

باللغة الفرنسية

1. Anthony Bem Un policier sanctionné pénalement pour avoir diffusé les images d'une agression sur Internet
2. R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP éd. G, 1968, I, 2136 ; M. Serna, L'image des personnes et des biens, Economica, 1997,
3. J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978 ; D. Acquarone, L'ambiguïté du droit à l'image, D., 1985, chron. p. 129 ; B. Beignier, L'honneur et le droit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995, p. 6 ; Le droit de la personnalité, PUF 1992, coll. Que sais-je ? ; E. Dreyer, L'image des personnes, J.- Cl. Comm., Fasc. 40, § 24.
4. Murielle Cahen, Diffusion d'images de personnes, Revue de droit de la protection de la vie privée, 20, Albert CHAVANNE, La protection de la vie privée juillet 1970, RSC, N° 3 dans la loi du 17 juillet 1971, «Juillet_Septembre 1971
5. Maxime LOUVET, Image et protection pénale de la personne, Paris, 2014.

المساواة بين المرأة والرجل في قانون العقوبات

السوري

د. تهاني حمزه الملا

الجامعة العربية الدولية - كلية الحقوق - قسم القانون العام.

المخلص

لا يمكن للمجتمع أن يعرف استقراراً ولا نماءً، ولا صوتاً للحقوق أو احتراماً للحريات، ما لم يكن للعدل مكرساً، وللظلم محظراً ورافعاً. ولأن أشد أنواع الظلم ما كان قائماً على انتهاك حرمة الذات البشرية، وإهمال الصفة الإنسانية التي تتمتع بها المرأة، وجعلها أداة مسخرة لخدمة الرجل ورعايته، ولأنه يقع على عاتق الدولة تحقيق العدل ورفع الظلم، وتمثل الأداة التي تستخدمها تحقيقاً لذلك بالتشريع الجزائي عموماً، و"قانون العقوبات" على وجه الخصوص، تولت هذه الدراسة البحث في مدى تحقيق قانون العقوبات السوري للمساواة بين الرجل والمرأة، بهدف الوصول إلى تحديد دقيق للآلية التي ينبغي انتهاجها لتحقيق المساواة بشكلها الأمثل، في حال ثبت عجز أو قصور قانون العقوبات الحالي عن تحقيق ذلك، في ضوء ما نادى به الاتفاقيات الدولية، وأخذت به التشريعات العربية. وفي سبيل ذلك تم اعتماد المنهج التحليلي لاستقراء وتفسير النصوص القانونية، ورصد ما اتسمت به من نقاط إيجابية، وما أُخذَ عليها من ثغرات تشريعية، والمنهج المقارن في بعض النقاط. وجرى التوصل إلى مجموعة من النتائج، منها ما يُسجل لصالح المشرع الجزائي السوري، ومنها ما يُؤخذ عليه في مجال المساواة بين الرجل والمرأة. مما اقتضى القول بضرورة إعادة النظر في بعض النصوص القانونية.

الكلمات المفتاحية:

المساواة- قانون العقوبات- العدل- الحقوق- الرجل- المرأة.

Equality between women and men in the Syrian Penal Code

Dr: Tahani Hamza Almalla.

**Arab International University -faculty of law -Department of
Public Law**

Abstract

Society cannot know stability and development, nor the preservation of rights or respect for freedoms, unless justice is enshrined, and injustice is prohibited and lifted. Because the most severe types of injustice were based on the violation of the inviolability of the human self, neglect of the human quality enjoyed by women, and make it a tool harnessed to serve men and take care of him, and because it is the responsibility of the state to achieve justice and lift injustice, and the tool used to achieve this is the penal legislation in general, and the "**Penal Code**" in particular, this study examined **The extent to which the Syrian Penal Code achieves equality between men and women**, with the aim of reaching a precise definition of the mechanism that should be followed to achieve equality in an optimal form, in case the current penal code proves unable or inadequate to achieve this in light of what the international conventions called for, and the Arab legislations have taken it into account. For this purpose, the analytical approach was adopted to extrapolate and interpret legal texts, monitor their positive points, the legislative gaps taken on them, and the comparative approach in some points. A number of results have been reached, including what is registered in favor of the Syrian Penal legislator, and what is taken into account in the field of equality between men and women. Therefore, it is necessary to reconsider some legal texts.

Key words:

Equality -Penal code -Justice -Rights –Men -Women.

المقدمة:

لا يمكن للمجتمع أن يعرف استقراراً ولا نماءً، ولا صوتاً للحقوق أو احتراماً للحريات، ما لم يكن للعدل مكرساً، وللظلم رافعاً ومحظراً. ولعل أشد أنواع الظلم ما كان قائماً على انتهاك حرمة الذات البشرية، وإهمال الصفة الإنسانية التي تتمتع بها المرأة، وجعلها أداة مسخرة لخدمة الرجل ورعايته.

فمنذ العصور القديمة، بدأ التمييز بين المرأة والرجل، فلدى الإغريق كانت المرأة محتقرة ومهانة، قال فيها "أرسطو": "إن المرأة للرجل كالعبد للسيد، والعامل للعالم، والبربري لليوناني". أما "أفلاطون" المعروف بمدينةته الفاضلة، فرأى أنها أدنى من الرجل في العقل والفضيلة، لدرجة أنه كان يأسف لكونه ابن امرأة، ويزدري أمه لأنها أنثى. وعند "الرومان" كانت المرأة مملوكة للرجل، يتصرف فيها كما يشاء. وفي "إنكلترا" كانت المرأة تباع في الأسواق. وعند "العرب في الجاهلية" كانت تعد مصدراً للعار، وكان وأد البنات منتشرة بشكل كبير فيما بينهم¹، إلى أن جاء الإسلام فسان المرأة وحفظ كرامتها ومنحها حقوقها، وسأوى بينها وبين الرجل في الثواب والعقاب، فقال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَىٰ ۗ"². ثم توالى الجهود والمواثيق الدولية التي تؤكد على ضرورة المساواة بين المرأة والرجل، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان³، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁴،

¹ سليم، جوي. (2018/3/8). *كره النساء فلسفياً: من سقراط إلى نيتشه*، الرابط:

https://al-akhbar.com/Literature_Arts/245773

تاريخ آخر دخول:

2023/9/12، الساعة 7.00 صباحاً.

² سورة الحجرات، الآية: 13.

³ اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (1948/12/10)، وقد نص في المادة (1) على أنه: "يولد الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق، وهم قد وهبوا العقل والوجدان، وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء". أما المادة (7) فقد نصت على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان..".

⁴ اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في (1966/12/16)، وقد نص في المادة (3) منه على أنه: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد".

واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹، وغيرها من المواثيق التي أكدت في مجملها على ضرورة المساواة بين المرأة والرجل في الدساتير والتشريعات الوطنية²، وكفالة تحقيق ذلك عبر التشريع وغيره من الوسائل، مما دفعنا إلى رصد التشريع الجزائي السوري ممثلاً بقانون العقوبات للوقوف على مدى تجسيده لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

إشكالية البحث:

ترتكز إشكالية البحث حول التساؤل عن مدى مراعاة قواعد قانون العقوبات السوري للمساواة بين المرأة والرجل. بمعنى آخر: هل استطاع المشرع السوري عند تنظيمه لقواعد قانون العقوبات تجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الآتية:

- ما المقصود بمبدأ المساواة بين المرأة والرجل؟
- ماهي المساواة المطلوب تحقيقها بين الرجل والمرأة؟ هل هي المساواة المطلقة أم المساواة النسبية؟ وما الفرق بين النوعين؟

¹ اعتمدت هذه الاتفاقية في (1979/12/18)، وقد أشارت إلى أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكاً لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد عقبة أمام مشاركة المرأة على قدم المساواة مع الرجل في حياة بلدها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويعوق نمو رخاء المجتمع. ولقد نصت المادة (2) من هذه الاتفاقية، على ما يلي: "تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي: أ- إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الدساتير الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن. ب- اتخاذ المناسب من التدابير، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك من إجراءات لحظر كل تمييز ضد المرأة. ج- فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان الحماية الفعالة للمرأة عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد من أي عمل تمييزي..".

² من المواثيق الدولية التي أكدت على المساواة بين الرجل والمرأة نذكر: اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعتمدة في (1950/11/4)، التي نصت في المادة (14) على أنه: "يجب تأمين التمتع بالحقوق والحريات المعترف بها في هذه الاتفاقية دون أي تمييز وتحديداً ذاك القائم على الجنس أو العنصر أو اللون". والبريتوكول رقم (12) الملحق باتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في (2000/11/4)، الذي نص في المادة (1) على أنه: "يجب تأمين التمتع بكل حق من الحقوق المنصوص عليها في القانون دون أي تمييز قائم على الجنس أو العنصر أو اللون أو اللغة أو الدين".

- هل اتبعت التشريعات الجزائرية العربية في تجسيدها للمساواة بين المرأة والرجل ذات السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع السوري في قانون العقوبات فيما يتعلق بهذا الشأن، أم كانت أكثر صواباً منه ودقة ما يقتضي الاستفادة منها في تطوير قواعد قانون العقوبات السوري؟

أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من أهمية الموضوع الذي يعالجه كونه موضوع قديم مُتجدد، يتعلق بالمرأة التي تشكل أساساً لقيام الأسرة ونجاحها، التي تعد الخلية الأساسية لقيام المجتمعات ورفيها. ومن كونه يُلقى الضوء على الخطوات والمؤيدات التشريعية الضرورية لتحقيق المساواة أو لتعزيزها بين الرجل والمرأة.

أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تجسيد المساواة بين الرجل والمرأة بشكلها الأمثل، وذلك عبر تطوير السياسة التشريعية الجزائرية في قانون العقوبات، وجعلها أكثر انسجاماً مع التشريعات الجزائرية العربية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن، عبر البحث في مدى التزام المشرع السوري في تجسيد مبدأ المساواة، من خلال رصد النقاط الإيجابية التي سُجّل له، وتلك السلبية التي تُؤخذ عليه، واقتراح المُقتضى اللازم للحد من هذه النقاط السلبية.

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن في بعض النقاط. فيرتكز على المنهج التحليلي لدراسة النصوص القانونية بإخضاعها للتحليل والتفسير بغية استخلاص النتائج التي تساعد في تحقيق أهداف البحث. والمنهج المقارن في بعض النقاط للاستفادة من التجارب التشريعية للدول محل المقارنة، بعد تحليل النصوص القانونية القائمة لديها، للمفاضلة بينها وبين النصوص القانونية القائمة لدينا في حال التباين، الأمر الذي يساعد على تطوير السياسة التشريعية المعتمدة لدينا في مجال المساواة بين الرجل والمرأة.

خطة البحث:

يقسم هذا البحث وفقاً للخطة الآتية إلى:

المطلب الأول: أوجه تجسيد مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في قانون العقوبات

الفرع الأول: في المبادئ العامة.

الفرع الثاني: في الأحكام الخاصة.

المطلب الثاني: أوجه خرق مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة

الفرع الأول: تبني مبدأ المساواة النسبية بين الرجل والمرأة.

الفرع الثاني: تجسيد اللامساواة بين الرجل والمرأة.

المطلب الأول

أوجه تجسيد مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في قانون العقوبات

تتمثل وظيفة القانون -عموماً- بتنظيم المجتمع تنظيمياً يستهدف صون حريات الأفراد وحقوقهم من جهة، وحماية المصالح العامة من جهةٍ أخرى. ولتحقيق ذلك لا بد أن يكون القانون قائماً على العدل، وإقامة القانون على أساس العدل، يتطلب أن يراعي المشرع فيما يقرره من قواعد، ضمان المساواة بين المخاطبين في نصوصه¹. ولأن أدنى خروج عن مقتضيات المساواة الجزائية يكون وقعه على نفوس الأفراد عظيماً، وتأثيره السيء لا يحده حدود²، كان لا بد من الوقوف على آلية تجسيد المشرع السوري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في قانون العقوبات، سواءً في مبادئه العامة، أم في أحكامه الخاصة، على النحو الآتي:

¹ الشاذلي، د. فتوح. (1971). حول المساواة في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية، ص 5. كبيرة، د. حسن. (1971). المدخل إلى القانون، دار الطبع والنشر للثقافة، بدون بلد نشر، ص 23-179.

² الشاذلي، د. فتوح، المرجع السابق، ص 1. الصفو، د. نوفل علي عبد الله. (2006). الإخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد (8)، العدد (28)، ص-ص: (265-319)، ص: 269.

الفرع الأول في المبادئ العامة

صدر قانون العقوبات السوري بموجب المرسوم التشريعي رقم (148) لعام (1949)، متضمناً (756) مادة، مقسّمة في كتابين: الكتاب الأول بعنوان: "في المبادئ العامة"، يتضمن الأحكام العامة من المادة (1) إلى المادة (259). وقد اكتست هذه القواعد القانونية الجزائية بما تكتسي به القواعد القانونية عموماً، فجاءت عامة ومجرّدة، مما جعلها أداة لضمان المساواة بين الناس أمام القانون، نظراً للصلة الوثيقة بين العموم والتجريد من جهة، والعدل من جهةٍ أخرى، فعموم القاعدة القانونية وتجريدها يحولان دون التفرقة بين الخاضعين لأحكام القانون، رجلاً كانوا أم نساء¹.

ومن خلال استقراء الأحكام العامة في قانون العقوبات، نلاحظ أن المشرع السوري إيماناً منه بأن العقوبة يجب أن تكون هادفة إلى إصلاح الجاني لا إلى مجرد إيلامه، كما ينبغي ألا تقاس بالنظر إلى الجريمة فقط، بل بالنظر إلى ظروف الجاني وحالته النفسية والجسدية أيضاً، تبنى مبدأ تفريد العقاب في النصوص الجزائية، وحرص أثناء ذلك على تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة على حد سواء.

ففيما يتعلق بـ "أسباب التبرير" التي تمحو عن الفعل الصفة الجرمية، وما يترتب عليه من مسؤولية جزائية وعقوبة، نصت المادة (182) من قانون العقوبات السوري على أن: "الفعل المُرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة".

أما المادة (183) فقد نصت على أنه: "يعد ممارسة للحق كل فعل قُضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق، ولا مثار، عن النفس أو الملك، أو نفس الغير أو ملكه".

وبالتالي تشير هذه المادة القانونية إلى حق المرأة أسوةً بالرجل بالدفاع عن نفسها وملكها، ورد الاعتداء أو خطر الاعتداء الذي يواجهها مهما كان مصدره وإن كان رجلاً، وبذلك لم يمنح قانون العقوبات -كما كان سائداً في العصور القديمة- سلطة للرجل على

¹ عبد البصير، د. عصام عفيفي. (2004). أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر، ص233.

المرأة، فلم يجعلها في درجة أدنى منه، فهي ليست ملكه أو سلعة لديه يتصرف بها ويسئ إليها كما يحلو له، دون أن يكون لها حق الدفاع عن نفسها ووقف اعتدائه أو الحيلولة دون استمراره، بل اعترف لها بحق مساوٍ لحقه في الدفاع عن نفسها، أو ملكها، ضمن شروط محددة لذلك لا تختلف عن الشروط التي يمارس فيها الرجل حقه في الدفاع عن نفسه أو ملكه. ومن ثم لا يستطيع الرجل أن يمارس على المرأة أي نوع من أنواع العنف¹ - كما كان سائداً - وإن تمسك بدافع التأديب، وفي حال حصول ذلك فيحق لها

¹ يعد العنف ضد المرأة من أكثر انتهاكات حقوق الإنسان انتشاراً في العالم، وله أشكال متعددة، منها:

- العنف المنزلي: ويطلق على هذا النوع مصطلح آخر هو: "عنف الشريك"، الذي يُعد نمطاً من السلوك يستخدم للحفاظ على السلطة والسيطرة من قبل شريك الزوجة، ويشمل جميع السلوكيات الجسدية، والجنسية، والعاطفية، والنفسية، أو أي تهديدات بأفعال قد تؤثر على الزوجة، وهذا النوع هو أحد أكثر أشكال العنف انتشاراً في العالم.

- العنف الاقتصادي: ويقصد به جعل المرأة أو محاولة جعلها معتمدة مالياً، غير مستقلة، من خلال السيطرة التامة على الموارد المالية، وحجب حصولها على المال، أو منعها من الذهاب إلى الدراسة أو العمل.

- العنف النفسي: يتضمن هذا النوع إثارة الخوف من خلال الترهيب، كالتهديد بالإيذاء الجسدي، أو تهديد المرأة بإيذاء أطفالها، أو شريكها إن لم يكن هو الجاني، أو تدمير ممتلكاتها، أو إجبارها على الانعزال عن عائلتها أو أصدقائها أو زملائها في العمل.

- العنف العاطفي: يتم العمل في هذا النوع على هدم إحساس المرأة بقيمتها ذاتها من خلال النقد المستمر، والتقليل من شأن قدراتها، أو إطلاق الشتائم عليها والإساءة إليها لفظياً، أو الإضرار بالعلاقة بينها وبين أطفالها من خلال منعها من رؤيتهم.

- العنف الجسدي: يتم في هذا النوع إيذاء المرأة أو محاولة إيذاؤها عن طريق الضرب، أو الركل، أو الحرق، أو القرص، أو الدفع، أو الصفع، أو نتف الشعر، أو العض، أو الحرمان من الرعاية الطبية، أو استخدام أي القوة بدنية أخرى.

- العنف الجنسي: يتضمن العنف الجنسي إجبار المرأة على المشاركة في فعل جنسي لا توافق عليه.

ZAFAR, M. (7/11/2020). **16 Shocking facts about violence against women and girls**, Link:

Last entry date: 6/10/2023-9.00 AM.

<https://reliefweb.int/report/world/16-shocking-facts-about-violence-against-women-and-girls>

كذلك: الحوري، سائد زايد محمد. (2022). **الحماية الجنائية للمرأة من العنف: دراسة في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية**، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد (38)، العدد (1)، صص: 97-115، ص 101-102.

الدفاع عن نفسها ورد اعتدائه، فقد أجاز قانون العقوبات السوري تأديب الأولاد ضمن شروط معينة دون أن ينص على جواز تأديب الزوج لزوجته، وطالما أنه لا قياس في النصوص الجزائية، فيحظر ممارسة العنف ضد المرأة مهما كان الدافع إليه، وهذه نقطة إيجابية أيضاً راعاها المشرع السوري في مجال المساواة بين الرجل والمرأة، وفقاً للمبادئ العامة في قانون العقوبات¹.

وفيما يتعلق بـ "موانع المسؤولية الجزائية" التي ترفع عن الجاني المسؤولية الجزائية وتعفيه من العقوبة، دون أن تمحو عن الفعل الصفة الجرمية، نصت المادة (226) من قانون العقوبات على أنه:

"1- لا عقاب على من أكرهته قوة مادية أو معنوية لم يستطع إلى دفعها سبباً.
2- من وجد في تلك الحالة بخطأ منه عوقب عند الاقتضاء كفاعل جريمة غير مقصودة". أما المادة (230) من قانون العقوبات فقد نصت على أنه: "يعفى من العقاب من كان في حالة جنون". وكلمة "من" تشمل الرجل والمرأة على حد سواء، وعليه:

لا تقوم المسؤولية الجزائية للمرأة - كما الرجل - ما لم تتمتع بالإدراك وحرية الاختيار. ولا يختلف الأمر في الأعدار المحلّة التي نص عليها القانون مراعاةً لاعتبارات تتعلق بإرادة كشف بعض الجرائم التي يصعب اكتشافها ما لم يبلغ مرتكبوها عنها تارةً، أو مراعاةً لأسباب عائلية، أو غير ذلك، تارةً أخرى². وكذلك الأمر في الأعدار القانونية المخففة العامة³.

وكما ساوى المشرع السوري في قانون العقوبات بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بالإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ساوى بينهما أيضاً فيما يتعلق بتشديد العقوبة، فبدأت المادة (248) من قانون العقوبات المتعلقة بالتكرار كأحد الأسباب العامة لتشديد العقوبة، بكلمة

¹ نصت المادة (185) من قانون العقوبات السوري على أن: "1- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة. 2- يجيز القانون: -أ-ضروب التأديب التي ينزلها أبائهم وأساتذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام".

² السراج، د. عيود. (2013-2014). شرح قانون العقوبات العام، ط5، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ص 689-690.

³ نصت المادة (242) من قانون العقوبات على أنه: "يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بثورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه".

"من"، وكذلك المادة (253) المتعلقة باعتياد الإجرام، ليكون النص عاماً، شاملاً للرجال والنساء على حدٍ سواء.

وعند حديث المشرع السوري عن المساهمين في الجريمة، كان حريصاً على تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، حينما عرّف فاعل الجريمة في المادة (211) من قانون العقوبات بأنه: "من أبرز إلى حيّز الوجود العناصر التي تؤلف الجريمة أو ساهم مباشرة في تنفيذها". والمُحرِّض على الجريمة في المادة (216) من قانون العقوبات بأنه: "يعد محرضاً من حمل أو حاول أن يحمل شخصاً آخر بأية وسيلة كانت على ارتكاب الجريمة". وكذلك الأمر بالنسبة للمتدخل في الجريمة، ولمخفي مرتكبها أو الأشياء الناجمة عنها¹.

كل هذه الأمثلة وغيرها تدفعنا إلى القول بأن المشرع السوري كان حريصاً على تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المبادئ العامة التي يقوم عليها قانون العقوبات، سواءً لجهة قيام المسؤولية الجزائية، أم لجهة نفيها، أم لجهة تخفيف العقوبة أو تشديدها. والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا المجال، يتعلق في مدى ثبات المشرع السوري على موقفه هذا في الأحكام الخاصة في قانون العقوبات، وهو ما سيكون محلاً للدراسة في الفرع الآتي.

الفرع الثاني

في الأحكام الخاصة

أشرنا فيما سبق، إلى أن القواعد القانونية الواردة في قانون العقوبات جاءت موزعة في كتابين، تضمن الكتاب الأول منهما المبادئ العامة، فيما تضمن الكتاب الثاني الأحكام الخاصة بكل جريمة، تحت عنوان: "في الجرائم". لبيد المشرع في المادة (260)

¹ نصت المادة (218) من قانون العقوبات على أنه: "يعد متدخلًا في جناية أو جنحة: أ-من أعطى إرشادات باقترافها وإن لم تساعد هذه الإرشادات على الفعل. ب-من شدد عزيمة الفاعل بوسيلة من الوسائل. ج-من قبل ابتغاءً لمصلحة مادية أو معنوية، عرض الفاعل أن يرتكب جريمة...". أما المادة (220) من قانون العقوبات فقد نصت على أنه: "1-من أقدم فيما خلا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 218 هو عالم بالأمر على إخفاء أو بيع أو شراء أو تصريف الأشياء الداخلة في ملكية الغير... عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين بالغرامة..".

بتعريف المؤامرة، وينتهي في المادة (756) بالحديث عن مخالفة التدابير الصادرة عن السلطة، وتكون القواعد القانونية أثناء ذلك موزعة في اثني عشر باباً، يبدأ الباب الأول بالجرائم الواقعة على أمن الدولة، وينتهي الباب الثاني عشر بالقباحات، معتمداً في ذلك على خطورة الحق المعتدى عليه وأهمية المصلحة المراد حمايتها، لا على جنس فاعل الجريمة، مما يدل على حرصه بدءاً من الخطوة الأولى التي خطاها في مجال تنظيم الجرائم في القسم الخاص من قانون العقوبات، على تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

فبالرجوع إلى القسم الخاص في قانون العقوبات المُعنون: "في الجرائم"، نلاحظ أن المشرع السوري ساوى بين الرجل والمرأة في الحماية الجزائية من جهة، وفي التكليف وما يترتب عليه من جزاء من جهةٍ أخرى، ولتوضيح ذلك نتبع الآتي:

أولاً- في الحماية الجزائية:

سعى المشرع في القسم الخاص من قانون العقوبات إلى تأمين ذات الحماية والحقوق التي اعترف بها للرجل، للمرأة أيضاً. فإذا أردنا أن نبدأ بحق الحياة لوجدنا أن المشرع نص في المادة (533) من قانون العقوبات على أنه: "من قتل إنساناً قصداً عوقب بالسجن عشرون عاماً". وفي المادة (539) من قانون العقوبات نص على أنه: "1-من حمل إنساناً بأية وسيلة كانت على الانتحار أو ساعده.. عوقب بالاعتقال".

وبالتالي فإن كلمة "إنسان" تشمل الأنثى كما تشمل الرجل طالما أنهما متساويان في الصفة الإنسانية، وفي ذلك اعتراف وحماية لحق المرأة في الحياة، الذي لم يكن معترفاً به لها، حينما كان يتم وأدها وهي على قيد الحياة.

أما عن حقها في السلامة الجسدية، فقد أقره المشرع في المواد (540 إلى 544) من قانون العقوبات، فنصت المادة (1/540) من قانون العقوبات على أنه: "1-من أقدم على ضرب شخص أو جرحه أو إيذائه ولم ينجم عن هذه الأفعال تعطيل عن العمل لمدة لا تزيد عن عشرة أيام عوقب بناء على شكوى المتضرر بالحبس..".

وعن حقها في الحرية، أشارت المادة (555) من قانون العقوبات على أنه: "1-من

حرم آخر من حريته الشخصية بأية وسيلة كانت عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين".

وعن حقها في العرض، نصت المادة (489) من قانون العقوبات السوري على أنه:
"1- من أكره غير زوجه بالعنف أو بالتهديد على الجماع عوقب بالسجن المؤبد".
ولحماية حقها في التمتع بأقدس شعور يمكن أن تعيشه وهو كونها أمًا، عاقب المشرع على إجهاض المرأة دون رضاها، فنصت المادة (529) من قانون العقوبات على أنه:
"1- من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها عوقب بالسجن خمس سنوات على الأقل. 2- ولا تنقص العقوبة عن عشر سنوات إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة"¹.

أما عن حقها في الملكية، فقد نصت المادة (621) من قانون العقوبات على أنه:
"1- السرقة هي أخذ مال الغير المنقول دون رضاها".
مما تقدم يتضح لنا اعتراف المشرع السوري للمرأة بحقوق مساوية لتلك التي اعترف بها للرجل، مع تجسيده الحماية المماثلة لهما.

ثانياً- في التكليف والجزاء:

كما ساوى المشرع بين الرجل والمرأة في الحماية الجزائية، عمد إلى المساواة بينهما في الخطاب التشريعي بما يتضمنه من تكليفٍ وجزاء يترتب على مخالفة التكليف. فالنصوص القانونية السابق ذكرها، لها من العموم والتجريد ما يجعلها شاملة في أحكامها للرجال والنساء، سواءً أكانوا في مركز الجناة أم في مركز الضحايا، ويمكن أن نضيف إلى النصوص السابقة، النصوص الآتية التي تؤكد ذلك:

- نصت المادة (482) من قانون العقوبات على أن: "الأب والأم وكل شخص آخر لا

¹ عالج المشرع السوري جرائم الإجهاض في الباب السابع تحت عنوان: "في الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة"، وفي الفصل الثالث من هذا الباب تحت عنوان: "في الوسائل المانعة للحبل والإجهاض". وانطلاقاً من عنوان هذا الباب يمكن القول بأن المشرع أراد حماية الأخلاق والآداب العامة التي يمكن أن تتأذى من هذا الجرم، وحماية حق المجتمع في الاستمرار والبقاء، لذا عاقب المرأة التي تجهض نفسها أو تسمح للغير بإجهاضها برضاها من جهة، ولأنه أراد أيضاً حماية شعور المرأة في أن تكون أمًا، عاقب كل من يقوم بإجهاضها بغير رضاها من جهة أخرى.

يمتثل أمر القاضي فيرفض أو يؤخر إحضار قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة ألفي ليرة".

- نصت المادة (487) من قانون العقوبات على أنه: "إن الأب والأم اللذين يتركان في حالة احتياج ولدهما الشرعي أو غير الشرعي أو ولداً تبنياً.... يعاقبان بالحبس مع التشغيل..".

- نصت المادة (531) من قانون العقوبات على أنه: "تستفيد من عذر مخفف المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها. ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (529-528) للمحافظة على شرف إحدى فروعها أو قريباته حتى الدرجة الثانية".

ولا يختلف الأمر عنه في الجرائم الواقعة على السلامة العامة¹، أو تلك الواقعة على الإدارة العامة²، أو المخلة بالإدارة القضائية³، أو بالثقة العامة⁴، أو غيرها من الجرائم⁵. وفي ذلك محاولة واضحة من المشرع السوري لتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة على وجهه الأمثل.

¹ نصت المادة (314) من قانون العقوبات السوري على أنه: "1- يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة أقصاها ألفي ليرة من حمل أو حاز دون إجازة...". كذلك المادتين (318-321) من قانون العقوبات.

² نصت المادة (347) من قانون العقوبات السوري على أن: "من أخذ أو التمس أجراً غير واجب أو قبل الوعد به، سواء كان لنفسه أو لغيره، بقصد إنالة الآخرين أو السعي لإنالهم وظيفة...". وكذلك المادتين (353-354) من قانون العقوبات.

³ نصت المادة (390) من قانون العقوبات على أن: "من قام حال مزاولته إحدى المهن الصحية بإسعاف شخص يبدو أنه وقعت عليه جناية أو جنحة تجوز ملاحقتها دون شكوى ولم يبنى السلطة بها عوقب بالغرامة المنصوص عليها في المادة السابقة". كذلك المادتين (391-392) من قانون العقوبات.

⁴ نصت المادة (427) من قانون العقوبات السوري على أنه: "1- من قلد خاتم الدولة السورية أو خاتم دولة أجنبية أو استعمل الخاتم المقلد وهو على بينة من الأمر عوقب بالسجن سبع سنوات على الأقل. 2- من استعمل دون حق خاتم الدولة أو قلد دمعاً خاتمها أو خاتم دولة أجنبية أخرى عوقب بالسجن...". كذلك المادتين (428-429) من قانون العقوبات.

⁵ في الجرائم التي تمس الدين، نصت المادة (462) من قانون العقوبات على أنه: "من أقدم بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة "208" على تحقير الشعائر الدينية التي تمارس علانية أو حث على الاندراء بإحدى تلك الشعائر عوقب بالحبس من شهرين إلى سنتي". وكذلك المواد: (464- 481-484-488) من قانون العقوبات.

وينبغي الإشارة إلى الخطوة الإيجابية التي خطاها المشرع السوري تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والتي تتمثل في قيامه بإلغاء نص المادة (548) من قانون العقوبات السوري بموجب القانون رقم (2) لعام (2020) التي كانت تنص على أنه: "يستفيد من العذر المخفف من فاجأ زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو إخوته في جرم الزنا أو في صلات جنسية فحشاء مع شخص آخر، فأقدم على قتلها أو إيذاءها أو على قتل أو إيذاء أحدهما بغير عمد. وتكون العقوبة الحبس من خمس سنوات إلى سبع سنوات في القتل".

وبذلك تم إلغاء العذر القانوني الذي يستفيد منه الرجل الذي يقدم على قتل زوجه أو أحد أصول أو فروعه... عندما يكتشف قيامها بصلات جنسية فحشاء، في حين لم يمنح الزوجة التي تقدم على قتل زوجها في مثل هذه الحالات عذر قانوني، لتصبح مثل هذه الحالات خاضعة إلى القواعد العامة وتطبيقها¹.

وفي مقارنة مع بعض التشريعات الجزائرية العربية فيما يتعلق بهذا العذر، نلاحظ أن "قانون العقوبات الأردني نص في المادة (340) منه على أنه: "1- يستفيد من العذر المخفف من فوجئ بزوجه أو إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته حال تلبسها بجريمة الزنا، أو في فراش غير مشروع فقتلها في الحال، أو قتل من يزني بها، أو قتلها معاً، أو اعتدى على أحدهما أو كليهما اعتداءً أفضى إلى جرح أو إيذاء أو عاهة دائمة أو موت. 2- ويستفيد من العذر ذاته الزوجة التي فوجئت بزوجه حال تلبسه بجريمة الزنا أو في فراش غير مشروع في مسكن الزوجية، فقتلته في الحال، أو قتلت من يزني

¹ إن إلغاء نص المادة (548) لا يمنع من تطبيق الأعدار المخففة العامة على جريمة القتل، كعذر الإثارة المنصوص عليه في المادة (242) من قانون العقوبات، وعذر الدافع الشريف المنصوص عليه في المادة (192) من قانون العقوبات. وعليه: بالرغم من إلغاء نص المادة (548) من قانون العقوبات، إلا أن الفاعل لا زال يستفيد من الأعدار المخففة للعقاب عند إقدامه على قتل المرأة التي فوجئ بها بحالة الزنا، ولكن الأمر بالنسبة للفاعل - رجل أو امرأة- متروك برمته لسلطة القاضي التقديرية، من خلال إحاطته في الظروف المحيطة بالواقعة وطبيعة الفعل الصادر عن المجني عليه، وأوضاع الفاعل الاجتماعية والنفسية وغيرها من العوامل المتعلقة بالسن والبيئة والمركز الاجتماعي.

بها، أو قتلتهما معاً، أو اعتدت على أحدهما أو كليهما اعتداءً أفضى إلى جرح أو إيذاء أو عاهة دائمة أو موت...".

وبالقراءة الأولية لهذه المادة القانونية يُعتقد بأن المشرع الأردني ساوى بين الزوج والزوجة فيما يتعلق بالعدر القانوني المخفف، ولكنه حقيقةً لم يفعل ذلك، حينما اشترط في الفقرة الثانية من المادة المذكورة لمنح الزوجة التي فوجئت بزوجها حال تلبسه بجريمة الزنا أو في فراش غير مشروع فقتلته في الحال، أو قتلت من يزني بها، أو قتلتهما معاً، أو اعتدت على أحدهما أو كليهما اعتداءً أفضى إلى جرح أو إيذاء أو عاهة دائمة أو موت، أن يتم ذلك في مسكن الزوجية حصراً، في حين أنها لم تشترط ذلك في الفقرة الأولى عندما تعلّق الأمر بالزوج الذي يفاجئ زوجته، وبالتالي فالزوج يستفيد من العذر القانوني المخفف في حال أقدم على ارتكاب جريمة القتل أو الإيذاء في مثل هذه الحالات، في أي مكان فوجئ بزوجه ترتكب جرم الزنا، في حين أن الزوجة لا تستفيد من العذر إلا إذا فاجأت زوجها وهو يرتكب جرم الزنا في منزل الزوجية، وفي ذلك خرق واضح لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في قانون العقوبات الأردني¹.

أما عن قانون العقوبات الجزائري فقد نصت المادة (279) منه على أنه: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا".

وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري كان متفقاً مع المشرع السوري في حرصه على تجسيد المساواة بين الرجل والمرأة وإن كان مختلفاً معه في الآلية، حيث أنه لم يتم

¹ نصت المادة (334) من قانون العقوبات الإماراتي على أنه: "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 معاً، ويعاقب بالحبس إذا اعتدى عليها اعتداءً أفضى إلى الموت أو عاهة. وتعاقب بالسجن المؤقت الزوجة التي فوجئت بمشاهدة زوجها حال تلبسها بجريمة الزنا في مسكن الزوجية فقتلته في الحال، أو قتلت من يزني بها، أو قتلتهما معاً، وتعاقب بالحبس إذا اعتدت عليه اعتداءً مفضي إلى الموت أو عاهة". ونلاحظ أن المشرع الإماراتي رغم منحه الزوج والزوجة لهذا العذر، نجده قد أخفق في تحقيق المساواة بينهما -رغم محاولته تحقيق ذلك- عندما منح الزوج هذا العذر أينما ضبط زوجته متلبسة بالجرم، ولم يفعل ذات الأمر بالنسبة للزوجة التي لا تستفيد من العذر إلا إذا ضبطت زوجها متلبساً بالزنا في منزل الزوجية.

بالغاء العذر القانوني المخفف كلياً - كما فعل المشرع السوري - ولكنه اعترف به للزوجة بذات الشروط التي منحه للزوج، فلم يشترط - كمنظيره الأردني - أن يتم اكتشاف الفعل من الزوجة في منزل الزوجية، وإنما اشترط فقد أن يتم الإقدام على القتل أو الضرب.. بعد مفاجأة أحد الزوجين الآخر أثناء ارتكابه لفعل الزنا.

وبذلك يمكن القول بأن المشرع السوري كان حريصاً على تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المبادئ العامة في قانون العقوبات، وفي الأحكام الخاصة بالجرائم، على حدٍ سواء. ولكن هل ينفي ذلك خروجه عن هذه المساواة بشكلٍ كامل وفي جميع الأحوال؟

بمعنى آخر: هل أخذ المشرع السوري بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع الأحوال أم أنه عمد إلى المراوحة بين المساواة المطلقة تارةً، والمساواة النسبية تارةً أخرى؟ وفي حال حصول ذلك، فما هي مظاهر خروجه عن مبدأ المساواة المطلقة؟ وماهي المبررات التي دفعته إلى ذلك؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه في المطلب الثاني على النحو الآتي.

المطلب الثاني

أوجه خرق مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة

إيماناً من المشرع بأن ليس كل مساواة عدل، وليس كل خرق للمساواة ظلم، بل يمكن أن يكون الأمر على النقيض، إذ قد تشكل المساواة في بعض الأحيان نوعاً من الظلم، لا سيما عند اختلاف الظروف والتكوين والقدرات النفسية والعضوية، خرج عن مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في حالات عدة، أصاب في بعضها بتبنيه مبدأ المساواة النسبية بين الرجل والمرأة، وأخفق في بعضها الآخر بتزجيحه لمصلحة الرجل على حساب المرأة، معتمداً في ذلك على مبررات، أيّدته فيها بعض التشريعات الجزائية العربية، وعارضته فيها تشريعات جزائية أخرى، وليبيان ذلك لا بد من اتباع الآتي:

الفرع الأول

تبني مبدأ المساواة النسبية بين الرجل والمرأة

إذا كانت المساواة في صورتها المطلقة تعني عدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل أو اللغة أو الجنس..، فإن هذا المفهوم المثالي يصطدم بالواقع العملي، فالأفراد مختلفون من حيث القدرات والإمكانات والسمات الشخصية، ولو أنهم خلقوا متماثلين ومتطابقين في كل الصفات، لانتفتت الحكمة من خلقهم على جنسين اثنين¹.

لذا ينبغي لتحقيق العدالة أن يتم تكييف النصوص القانونية، فتكون واحدة عند تماثل الصفات والمراكز القانونية، ومتباينة عند اختلاف هذه الصفات أو تلك المراكز، وهذا ما يمكن تسميته بـ "المساواة النسبية" بين الرجل والمرأة. فما هي مظاهر تبني المشرع السوري لهذا المبدأ؟ هذا ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

أولاً: في المبادئ العامة في قانون العقوبات

عَدَّ المشرع السوري إلى المراوحة بين مبدأي المساواة المطلقة والمساواة النسبية في المبادئ العامة في قانون العقوبات، فتبنى مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة عندما لم يكن للاختلاف الفيزيولوجي أو النفسي بينهما تأثير على قيام المسؤولية الجزائية أو على العقوبة، كما تبني مبدأ المساواة النسبية في الأحوال التي لعبت فيها الطبيعة الفيزيولوجية أو النفسية دوراً متبايناً بين الرجل والمرأة².

¹ سرور، د. أحمد فتحي. (2002). القانون الجنائي الدستوري، ط3، دار الشروق، القاهرة، مصر، ص178.

² في دراسة علمية قام بها فريق من علماء النفس في أمريكا استغرقت أبحاثها عشرون عاماً، أكدت أن الرجال والنساء يتشابهون في اثنتين وثلاثين صفة، وتتميز المرأة عن الرجل في اثنتين وثلاثين صفة، كما يتميز الرجل عن المرأة في اثنتين وثلاثين صفة، فهما يتشابهان في نصف الصفات ويختلفان في نصفها الآخر، وهذا ما يدل على وجود أسس مشتركة بينهما لتسهيل التفاهم والعمل مع بعضهما البعض.

RAJESHNI NAIDU, G. (20/11/2019). The difference between men and women: How we view gender equality, Link: [2023/10/7](#). تاريخ آخر دخول: 2023/10/7.

فإذا كان الأصل تساوي النساء والرجال في الحقوق والواجبات، فإن هذا لا يعني التساوي المطلق، لأن القواعد القانونية مبنية على علل ومعانٍ معينة، فإذا تساوى الرجال والنساء في هذه العلل والصفات، تساوا حتماً في القواعد القانونية وما يترتب عليها من أحكام، وإن اختلفوا في هذه الصفات؛ اختلفوا حتماً في القواعد القانونية¹.

فبالعودة إلى المبادئ العامة في قانون العقوبات، نلاحظ أن المشرع أشار في المادة (4/43) إلى أنه: "يؤجل تنفيذ الإعدام بالحامل إلى أن تضع حملها".

وفي المادة (45) منه ذكر أنه: "يجبر المحكوم عليهم بالسجن على القيام بأشغال مجهدة تتناسب وجنسهم وعمرهم، سواء داخل السجن أو في خارجه".

أما المادة (55) فنصت على أنه: "لا تنفذ عقوبة الحبس بالحامل غير الموقوفة إلا بعد أن تضع حملها بستة أسابيع".

هل يمكن عدّ هذه الحالات نوعاً من الظلم للرجل على حساب المرأة! لا بل على العكس تماماً، إن المشرع لم ينص على هذه المواد القانونية تمييزاً للمرأة على الرجل، وإنما لأن البنية الجسدية للأنثى تختلف في بعض الأمور عن البنية الجسدية للرجل، وهذا الاختلاف ينبغي مراعاته وإلا عدّ نوعاً من الظلم للمرأة، لأنه يشكل مساواة لها بالرجل في شيء تملكه ولا يملكه، وهو ما لا يتفق مع ما يقنضيه تحقيق العدالة.

<https://www.ipsos.com/en/difference-between-men-and-women-how-we-view-gender-equality>

¹ سرور، د. أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 179.

ثانياً: في الأحكام الخاصة في قانون العقوبات

قام المشرع بتجريم فعل الاغتصاب الذي يعرّف قانوناً بأنه "الاتصال الجنسي مع امرأة دون رضاها"¹. فلا يوجد قانوناً ما يسمى اغتصاب امرأة لرجل². فهل يُعقل عدم تجريم فعل الاغتصاب الواقع على المرأة لأنه لا يمكن تأمين حماية مماثلة للرجل! إن القول بذلك أيضاً يشكل نوعاً من الظلم للمرأة.

وفي الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، نصت المادة (506) من قانون العقوبات نصت على أنه: "من عرض على قاصر لم يتم الخامسة عشرة من عمره أو على فتاة أو امرأة لهما من العمر أكثر من خمس عشرة سنة عملاً منافياً للحياء أو وجه إلى أحدهم كلاماً مخللاً بالحشمة عوقب بالحبس التكميري...".

مما تقدم يتضح سعي المشرع إلى تجريم الاعتداء الواقع على المرأة وإن تجاوزت الخامسة عشرة من عمرها، لضعف البنية الجسدية لها، والتي غالباً تجعلها أقل قدرة في الدفاع عن نفسها من الرجل.

وفي خطوة مُتقدّمة من المشرع السوري، نص على حماية الأسرة أولاً، والمرأة ثانياً، جرّم الزواج خارج إطار المحكمة، مما يُجنّب المرأة الوقوع بما يسببه الزواج العرفي من مشكلات، سواءً فيما يتعلق بإثبات الزواج، أم بما يترتب عليه من آثار، كالنفقة والنسب والميراث وغير ذلك من الأمور المترتبة على عقد الزواج، فنصت المادة (469) من

¹ المخول، د. عيسى مد الله. (2020-2021). قانون العقوبات الخاص (الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة والجرائم الماسة بالأسرة والجنابات التي تشكل خطراً شاملاً)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سوريا. ص 15. وينبغي الإشارة إلى أنه من المتصور أن تحمل امرأة رجل على إقامة علاقة جنسية معها والاتصال بها دون رضا صحيح منه، ولكنها تسأل في هذه الحالة عن جرم الفعل المنافي للحشمة كونها مست دون رضا صحيح من الرجل بأعضاء في جسمه تعد عورة، ولا يمكن أن تسأل عن اغتصاب لأن الفاعل في هذه الجريمة هو رجل. حسني، د. محمود نجيب. (1992). شرح قانون العقوبات القسم الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 217.

² حكمت محكمة النقض السورية بأن: "الفارق الذي يميز جرائم الفحشاء عن الاغتصاب هو أن الاغتصاب لا يقع إلا من رجل على أنثى، أما الفحشاء فتقع من أي إنسان على آخر ذكراً كان أم أنثى". هيئة عامة، محكمة النقض، (أساس 229-قرار رقم 236-تاريخ 1951/4/21). أنس كيلاني، الموسوعة القانونية الجزائية، قانون العقوبات، القاعدة 1638.

قانون العقوبات المُعدّلة بموجب القانون رقم (24) لعام (2018) على أنه: "1-يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبالغرامة من خمسين ألفاً إلى مئة ألف ليرة سورية كل من يعقد زواج قاصر بكر خارج المحكمة المختصة دون موافقة من له الولاية على القاصر. 2-يعاقب بالغرامة من خمسة وعشرين ألفاً إلى خمسين ألف ليرة سورية كل من يعقد زواج قاصر خارج المحكمة المختصة إذا تم عقد الزواج بموافقة الولي".

وبذلك يمكن أن نطلق على هذه الحالات التي خرج فيها المشرع السوري عن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة مراعاةً لاعتبارات جديرة بذلك بـ "الخروج الإيجابي"، لأنه كان منسجماً في ذلك مع ما يقتضيه اختلاف التكوين والخصائص من اختلاف في التكليف والخطاب، وبذلك كرّس مبدأ المساواة النسبية لا المساواة المطلقة التي تنفي وجود أي اختلاف بينهما.

الفرع الثاني

تجسيد اللامساواة بين الرجل والمرأة

طالما أن التشريع الوضعي من صنع البشر، كان من الطبيعي وجود بعض الثغرات التي خلفها واضعوه، كما هو الأمر في قانون العقوبات السوري، الذي خرج فيه المشرع عن مبدأ المساواة المطلقة والمساواة النسبية في مواضع عدة، مرجحاً فيها مصلحة الرجل على حساب المرأة. تداركتها تشريعات جزائية عربية، فيما أغفلتها تشريعات جزائية عربية أخرى. ولتوضيح ذلك نتبع الآتي:

أولاً- في الجرائم التي تمس الأسرة

عالج المشرع السوري الجرائم التي تمس الأسرة في الفصل الثاني من الباب السادس من قانون العقوبات، فبدأ بالجرائم المتعلقة بالزواج، ثم انتقل بعد ذلك لمعالجة الجناح المخلة بأداب الأسرة.

ولما كانت الأسرة هي نواة المجتمع، ولما كان الزواج هو أساس الأسرة، كان في تجريم الزنا حماية لكيان الزواج مما يعني حماية للأسرة والمجتمع تبعاً لذلك. ولذلك نص

المشرع السوري في المادة (473) من قانون العقوبات على أنه: "1-تعاقب المرأة الزانية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين.

2-ويقضى بالعقوبة نفسها على شريك الزانية إذا كان متزوجاً وإلا فالحبس من شهر إلى سنة.

3-فيما خلا الإقرار القضائي والجنحة المشهوددة لا يقبل من أدلة الثبوت على الشريك إلا ما نشأ منها عن الرسائل والوثائق الخطية التي كتبها".

أما المادة (474) من القانون المذكور فقد ذكرت أنه: "1-يعاقب الزوج بالحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب الزنا في البيت الزوجي أو اتخذ له خلية جهاراً في أي مكان".

وبتحليل هذه النصوص القانونية نلاحظ ما يلي:

- عاقب المشرع المرأة الزانية بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وفرض ذات العقوبة على شريكها إذا كان متزوجاً، محققاً بذلك مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.
- أخذ المشرع السوري في إثبات جريمة الزنا بالنسبة إلى شريك الزوجة الزانية، بنظام الإثبات المقيد، فلم يجز للقاضي أن يثبت الزنا عليه إلا بإحدى الأدلة المحددة على سبيل الحصر. فيما تبنى نظام الإثبات الحر لإثبات الجرم على المرأة، وفي ذلك خرق لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة لحساب الرجل.
- جعل المشرع عقوبة المرأة الزانية الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، فيما جعل عقوبة الزوج الزاني الحبس من شهر إلى سنة، خارجاً بذلك عن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، متشدداً على الزوجة الزانية أكثر منه بالنسبة للزوج الزاني¹.

¹ وقيل في تبرير ذلك، أن زنا الزوجة أكثر جساماً من زنا الزوج، فالزوجة لا ترتكب هذا الفعل إلا إذا استسلمت نهائياً لعشيقها وضحت في سبيله بزوجها وأبنائها، في حين أن الزوج إذا أخطأ فهو يخطئ بصورة عابرة لا تعني تخليه عن زوجته وأبنائه. كما أن زنا الزوجة يدخل الشك على نسب أبنائها، أما زنا الزوج فليس له هذا الأثر، أضف إلى ذلك، أن الرأي العام في النهاية يحقر زوج الزانية ويصفه بالغفلة، في حين لا يفعل ذلك بالنسبة لزوج الزاني بل قد يحيطها بعطفه. وهذه المبررات لا سند لها من الناحية العقلية ولا من الناحية المنطقية، فزنا الزوج العارض قد يمهّد لجرائم تالية تؤدي في النهاية إلى انهيار العائلة، وفي الغالب يوحي هذا الزنا بالاعتقاد بزنا سابق لم يكتشف أو لم تتخذ بشأنه الإجراءات الجزائية، مما يعني كذلك تخلياً عاطفياً عن الزوجة والأبناء. وإذا كان زنا الزوجة أخطر على العائلة من زنا زوجها، فإن هذا الفارق المحدود في النطاق العائلي لا يجوز أن يحجب نظرة

- اشترط المشرع لقيام جريمة الزنا بحق الزوج أن يتم ارتكاب الفعل في منزل الزوجية، فيما لم يشترط ذلك بالنسبة للمرأة الزانية التي تعد مرتكبة لهذا الجرم وتستحق العقوبة المترتبة عليه في أي مكان ارتكبت فيه الفعل، على سند من القول بأن منزل الزوجية له حرمة، والزوجة ربة هذا المنزل، والتزام زوجها بالإخلاص لها يبلغ فيه أقوى درجاته، وبذلك أراد حمايتها من الإهانة التي تلحق بها إذا نافستها فيه امرأة أخرى حقوق الزوجية¹.

وتطرح هذه العلة التساؤل عن مدى اتساقها مع علة تجريم الزنا، فإذا أراد المشرع بتجريم الزنا حماية حقوق الزوجة وتقرير جزاء للالتزام بالإخلاص الزوجي، حفاظاً على الرابطة الزوجية التي تعد النواة الأساسية لقيام الأسرة، مما يعني حماية الأسرة - وهذا ما يستنتج من تنظيم لقواعد المتعلقة بجرم الزنا تحت عنوان الجرح المخلة بأداب الأسرة - فقد كان لزاماً عليه تجريم زنا الزوج أياً كان مكان ارتكابه.

والقول بأن المشرع قد هدف إلى حماية شعور الزوجة من الإهانة المحتملة إذا زنى زوجها في منزل الزوجية، يعني أن علة التجريم لم تعد حماية حق الزوجة في إخلاص زوجها لها، وبالتالي حماية كيان الأسرة، إذاً لماذا نظم المشرع أحكام هذه الجريمة في الجرح المخلة بأداب الأسرة!

أن التفرقة بين زنا الزوجة وزنا الزوج ينقصها السند من زاويتي المنطق القانوني والسياسة التشريعية، لأن ارتكاب الزوج للزنا في أي مكان يعد خرقاً لواجبات عقد الزواج، واعتداءً على الأسرة، الذي يعد هذا العقد أساساً لوجودها، ومن ثم اعتداءً على المجتمع². مما تقدم نلاحظ خروج المشرع الجزائي السوري عن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في القواعد المتعلقة بجرم الزنا، مرجحاً بذلك مصلحة الرجل على حساب المرأة، وذلك

المجتمع، فالزوج الزاني يتصل بزوجة أخرى فيدخل بفعله الاضطراب على نسب أبنائها، وإذا اتصل بامرأة غير متزوجة فهو يسيء إليها وإلى أسرتها على نحو يتأذى به المجتمع، ويعني ذلك بالضرورة تماثل الخطورة الاجتماعية للفعلين، وإذا كان الرأي العام يحتقر زوج الزانية، فإن عطفه على زوجة الزاني فيه نوع الاتهام لها بالعجز عن الاحتفاظ بزوجها وتماسك أسرتها. حسني، د. محمود نجيب. المرجع السابق، ص 290 وما بعدها.

¹ المخول، د. عيسى مد الله. المرجع السابق، ص 203.

² المخول، د. عيسى مد الله. المرجع السابق، ص 203. حسني، د. محمود نجيب. المرجع السابق، ص 292-

خلافاً للسياسة التشريعية الجزائرية المتبعة في بعض التشريعات العربية، كالتشريع الأردني، حيث نصت المادة (282) من قانون العقوبات على أنه: "1- يعاقب الزاني والزانية برضاهما بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات. 2- ولا تنقص العقوبة عن الحبس لمدة سنتين بالنسبة للزاني المتزوج أو الزانية المتزوجة. 3- وتكون عقوبة الزاني والزانية الحبس لمدة ثلاث سنوات إذا تم فعل الزنا في بيت الزوجية لأي منهما". أما المادة (283) من القانون المذكور فقد نصت على أن: "الأدلة التي تقبل وتكون حجة لإثبات جريمة الزنا هي ضبط الزاني والزانية في حالة التلبس بالفعل، أو أن يصدر عنهما اعتراف قضائي أو وثائق قاطعة بوقوع الجريمة أو أن يصدر عن أحدهما اعتراف قضائي وعن الآخر وثائق قاطعة بوقوع الجريمة".

وبتحليل هذه النصوص القانونية نلاحظ ما يلي:

- ساوى المشرع الأردني في العقوبة بين الرجل الزاني والمرأة الزانية.
 - جعل المشرع الأردني ارتكاب فعل الزنا في منزل الزوجية ظرفاً مشدداً للعقوبة بالنسبة للرجل الزاني والمرأة الزانية على حد سواء.
 - أخذ المشرع الأردني بنظام الإثبات المقيد لإثبات جريمة زنا الزوجة وزنا الزوج دون تفرقة بينهما.
- استناداً إلى ذلك يمكن القول بأن المشرع الأردني تفوق على نظيره السوري في تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بالنسبة للقواعد الناظمة لجريمة الزنا، عندما ساوى بين المرأة الزانية والرجل الزاني في أركان الجريمة وفي العقوبة وكذلك في طرق الإثبات.
- أما عن التشريع الجزائري، فقد نصت المادة (339) من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلا بناءً على شكوى الزوج المضرور وإن صفح هذا الأخير يضع حداً لكل متابعة".

أما المادة (341) من القانون المذكور فقد أشارت إلى أنه: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة (339) يقوم إما على محضر قضائي حرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي".

وبتحليل هذه النصوص القانونية نلاحظ ما يلي:

- ساوى المشرع الجزائري في العقوبة بين المرأة الزانية والرجل الزاني مكرساً بذلك مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.
- لم يشترط المشرع الجزائري لتجريم زنا الزوج ارتكاب الفعل في منزل الزوجية، كما أنه لم يجعل من ارتكاب الزنا في منزل الزوجية ظرفاً مشدداً للعقوبة.
- أخذ المشرع الجزائري بنظام الإثبات المقيد لإثبات جريمة الزنا بالنسبة للزوج الزاني والزوجة الزانية.

مما تقدم يمكن القول بأن المشرع الجزائري -كنظيره الأردني- كان أكثر توفيقاً من المشرع السوري في تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في القواعد الناظمة لجريمة الزنا، مما يدفعنا إلى القول بضرورة إعادة النظر في النصوص القانونية الناظمة لجرم الزنا في قانون العقوبات السوري نحو التعديل، بما يكرس المساواة التامة بين المرأة الزانية والرجل الزاني، عبر القيام بالخطوات الآتية:

1. المساواة بين المرأة الزانية وفقاً للمادة (473) من قانون العقوبات، والرجل الزاني وفقاً للمادة (474) من قانون العقوبات بإلغاء اشتراط ارتكاب الزوج لفعل الزنا في منزل الزوجية.
2. المساواة بين المرأة الزانية وفقاً للمادة (473) من قانون العقوبات، والرجل الزاني وفقاً للمادة (474) من قانون العقوبات في مقدار العقوبة.
3. المساواة بين المرأة الزانية وشريكها الزاني في الأدلة المقبولة لإثبات وقوع جرم الزنا.

ثانياً - في الاعتداء على العرض

عالج المشرع السوري في الفصل الأول من الباب السابع من قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على العرض، الذي يعرف بـ: "الحرية الجنسية"¹. ومن ثم يعد اعتداءً على العرض كل ما فيه مساس بالحرية الجنسية أو خروج عن الحدود الموضوعية لها. ولأن أوضح صور الاعتداء على الحرية الجنسية يتمثل في جرم الاغتصاب، عالج المشرع في مطلع الجرائم الواقعة على العرض وذلك في المواد (489 إلى 492) من قانون العقوبات السوري، ورغم ذلك وجهت إليه -أسوةً ببعض التشريعات الجزائية العربية التي سارت بخطى مشابهة لخطاه- بعض الانتقادات التي تعلقت بمحل جريمة الاغتصاب المنصوص عليه في المادتين (489 و 490) من قانون العقوبات. حيث نصت المادة (489) من قانون العقوبات السوري على أنه: "1- من أكره غير زوجه بالعنف أو بالتهديد عوقب بالسجن المؤبد".

أما المادة (490) من قانون العقوبات فنصت على أنه: "يعاقب بالسجن تسع سنوات من جامع شخصاً غير زوجه لا يستطيع المقاومة بسبب نقص جسدي أو نفسي أو بسبب ما استعمل نحوه من ضروب الخداع".

أشار المشرع إلى أنه من أكره غير زوجه على الاتصال الجنسي يعد مرتكباً لجرم الاغتصاب، وعليه لا تقوم الجريمة إذا كانت المكرهة زوجة، لأن الاتصال في هذه الحالة يكون مشروعاً لقيام الزوجية. ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال يتمثل بـ: إذا كانت جريمة الاغتصاب تقوم على الإكراه لممارسة العلاقة الجنسية، أفلا يندرج إكراه الزوج لزوجته على ممارسة العلاقة الجنسية، في مضمون العنف الجنسي والعنف الجسدي الذي يمارس على المرأة من قبل زوجها ويشكل نوعاً من التمييز له والانتقاص من حريتها وكرامتها²؟

¹ حسني، د. محمود نجيب. المرجع السابق، ص 214.

² اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان القضاء على العنف ضد المرأة، وذلك في قرارها (104/48) المؤرخ في 20 كانون الأول 1993، الذي عرّف في المادة الأولى العنف ضد المرأة بأنه: "أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس، ويترتب عنه أو يرجح أن يترتب عليه، أذى أو معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء

حقيقةً، أثار موضوع "الاغتصاب الزوجي" جدلاً واسعاً بين فقهاء القانون ودعاة إسلاميون ومؤسسات تدعم حقوق المرأة، إذ رأى بعضهم في إجبار الزوج لزوجته على ممارسة العلاقة الجنسية ولو بالإكراه "حقاً مشروعاً". فيما عدّه آخرون جرمًا يستوجب العقاب. وكانت مؤسسة الأزهر قد أصدرت بياناً في اليوم العالمي لمناهضة العنف ضد المرأة في عام (2018) جاء فيه: "لا يعقل أن نقف صامتين أمام أي صورة من صور العنف ضد المرأة، مثل الضرب والإساءة النفسية والاغتصاب الزوجي"¹.

حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة". يمكن الاطلاع على هذا القرار بولوج عبر الرابط الآتي: تاريخ آخر دخول: 2023/10/6.

<https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

¹ إن المبدأ العام في رأي علماء الدين هو عدم أحقية الزوجة في رفض زوجها بدون عذر أو سبب، على أنه لا يحق للزوج الحصول على حقوقه الزوجية بالإكراه، فمجرد إرغامها على ممارسة الجنس يعتبر اغتصاباً، لأن العلاقة الزوجية يجب أن تبنى على الاحترام والحب والود المتبادل بين الزوجين، وهذا السلوك الشاذ يتعارض مع الشريعة الإسلامية، ويتنافى مع آداب المعاشرة والجماع في الإسلام. ألا أن بعضهم الآخر لهم نظرة مخالفة لذلك، فطاعة الزوج واجبة في غير المعصية، وبالتالي فإن تفكير الزوجة في تقديم شكوى للقاضي، لأنها لا تريد معاشرة زوجها هو أمر مرفوض. كما أكد د. محمد عبدالمنعم البري، الأستاذ في كلية الدعوة ورئيس جبهة علماء الأزهر، أنه ليس في الإسلام شيء يسمى «الاغتصاب الزوجي»، وإنما «هي قوانين غريبة في مجال الأسرة، تريد أن تخترق مجتمعاتنا الإسلامية لمعاقبة الزوج بعقوبات تصل للسجن أو الغرامة بحجة اغتصاب زوجته أو معاشرتها بغير رضاها، وفرض ذلك من خلال الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة تحت مسمى تمكينها، من خلال ما يعرف بالإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء، ومنها الاغتصاب في إطار العلاقة الزوجية وعمّا يجب على الزوجة فعله، إذا كان زوجها يعاشرها بعنف وفي أي وقت، دون مراعاة لمشاعرها».

حمادة، أريج. (2017/7/18). (الاغتصاب الزوجي) مرض نفسي لا تبرره حقوق الرجل على زوجته. الرابط:

<http://www.areejhamadah.com/en/newsDetails/7> تاريخ آخر دخول: 2023/10/5.

و: شوشة، أحمد. (2021/6/6). الاغتصاب الزوجي: بين جدل الدين وتجاهل القانون في مصر، الرابط:

تاريخ آخر دخول: 2023/9/23.

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-57376530>

أما عن التشريعات الجزائرية العربية، فنلاحظ انقسامها في اتجاهين:

الاتجاه الأول¹: يتفق مع التشريع الجزائري السوري في استبعاد الزوجة من نطاق محل جرم الاغتصاب، وينص صراحةً على ذلك. كما هو الأمر في التشريع الأردني الذي نص في المادة (292) من قانون العقوبات على أنه: "1- من واقع أنثى غير زوجه بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة أو بالخداع عوقب بالأشغال المؤقتة مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة. 2- كل شخص أقدم على اغتصاب فتاة لم تتم الخامسة عشرة من عمرها يعاقب بالإعدام". وكذلك الأمر في التشريع اللبناني، حيث نصت المادة (503) من قانون العقوبات على أنه: "من أكره غير زوجه بالعنف والتهديد على الجماع عوقب بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات على الأقل".

الاتجاه الثاني: يطلق محل جرم الاغتصاب فيجعله شاملاً للزوجة وغيرها من النساء، كالتشريع المغربي الذي عرّف الاغتصاب في الفصل (486) بأنه: "الاغتصاب هو موقعة رجل لامرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات".

وبذلك لم ينص المشرع المغربي صراحة على استبعاد الزوجة من نطاق هذا الفعل - كما فعل المشرع السوري- وعليه يفهم من ذلك إمكانية تطبيق هذا النص على الزوجة أيضاً².

¹ من أنصار هذا المذهب: المشرع الجزائري اللبناني الذي نص في المادة (503) من قانون العقوبات على أنه: "من أكره غير زوجه بالعنف والتهديد على الجماع عوقب بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات على الأقل...".

² أشارت غرفة الجنايات الاستئنافية بطنججة إلى أن: "الاغتصاب الزوجي هو إقدام الزوج على معاشرته زوجته دون رضاها وباستخدام الإكراه، ولا يقصد بالإكراه هنا الإكراه المادي فقط، والمتمثل في استخدام القوة الجسدية من أجل إجبار الزوجة على المعاشره الجنسية، بل أيضا الإكراه المعنوي المتمثل في الابتزاز والتهديد، وكذلك ممارسة الجنس بطرق وأساليب من شأنها أن تهين المرأة وتحط من كرامتها. وحيث إن المشرع المغربي في تعريفه للاغتصاب بأنه موقعة رجل لامرأة بدون رضاها لم يحدد المقصود بالمرأة، وعبارة امرأة تطلق على أي امرأة، والمشرع لم يستثن المرأة المتزوجة، وعليه يفهم من ذلك أن المرأة المتزوجة بدورها يسري عليها تطبيق هذا النص...". غرفة الجنايات الاستئنافية بطنججة، (قرار رقم 232-تاريخ 2019/04/9 أساس 20192612/203)، يمكن الاطلاع على هذا القرار عبر الولوج إلى الرابط الآتي:

<https://mahkamaty.com/blog/category/%D8%A7%D8%AC%D8%AA%D9%87%D8%A7%D8>

وكذلك الأمر في التشريع الإماراتي، حيث نصت المادة (354) من قانون العقوبات على أنه: "...يعاقب بالإعدام كل شخص استخدم الإكراه في موقعة أنثى أو اللوط مع ذكر..". وكذلك الأمر في التشريع التونسي الذي نص في الفصل (227) من المجلة الجنائية على أنه: "يعد اغتصابا كل فعل يؤدي إلى إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته والوسيلة المستعملة ضد أنثى أو ذكر بدون رضاه"¹.

وبذلك نلاحظ أن التشريع الجزائري التونسي لم يقتصر على جعل الزوجة تصلح محلاً لجرم الاغتصاب من قبل زوجها، وإنما توسّع في جعل محل الاغتصاب شاملاً للرجل والمرأة.

أما عن التشريع المصري، فقد نص في المادة (267) من قانون العقوبات على أنه: "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد"².

ونرى- أن الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، وقبول المرأة بهذا العقد يعني قبولها حتماً بما يتفرع عنه من حقوق وواجبات ما دامت تمارس في إطارها الطبيعي، ووفقاً للحدود والضوابط المحددة لها شرعاً، لقوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف". فالزواج يبيح لكلا الزوجين الاستمتاع بالآخر ضمن ضوابط محددة، وكيف يمكن أن يتحقق الاستمتاع بوجود الإكراه! فإذا امتنعت الزوجة عن زوجها دون مبرر، فإنها تخالف بذلك واجبات عقد الزواج، ولكن مخالفتها هذه لا تبيح للزوج أن يكرهها على القيام بهذه الواجبات، والدليل على ذلك، ما رواه أنس بن مالك عن الرسول محمد صلى الله عليه وسلم: "لا يقعن أحدكم على امرأته كما تقع البهيمة وليكن بينهما رسول". قيل: وما الرسول يا رسول الله؟ قال: القُبلة والكلام". وبذلك لا يمكن أن تمارس العلاقة الجنسية بين الزوج وزوجته بوجود الإكراه.

[%AF%D8%A7%D8%AA-](#)

¹ نصح بالقانون عدد (9) لسنة (1985)، وبالقانون عدد (23) لسنة (1989)، وبالقانون عدد (58) لسنة (2017).

² معدلة بالقانون رقم (11) لعام (2011).

ولذلك نرى ضرورة قيام المشرع السوري بتعديل نص المادتين (489 و 490) من قانون العقوبات بإلغاء مصطلح (غير زوجه) ليصبح النص شاملاً لأي علاقة جنسية تمارس بالإكراه، سواءً وقعت على الزوجة أم غيرها من النساء، مما من شأنه القضاء على أي جدل يثار حول المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بهذا الشأن.

الخاتمة:

حاولنا في هذا البحث الوقوف على مدى فاعلية قانون العقوبات السوري في تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فتبين لنا من خلال هذا البحث جملة من النتائج والمقترحات، يتمثل أهمها بما يلي:

أولاً- النتائج:

1. اعتمد المشرع السوري من حيث القاعدة، مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، وتجسد ذلك في مواضع عدة، سواء في المبادئ العامة، أم في الأحكام الخاصة بالجرائم، في قانون العقوبات.
2. سجل المشرع السوري في معرض تحقيقه لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة تقدماً على بعض التشريعات الجزائرية العربية، عندما قام بإلغاء العذر المنصوص عليه في المادة (548) من قانون العقوبات، في الوقت الذي أبقته تشريعات جزائية أخرى، كالتشريع الجزائري الأردني، الذي أقر بحق المرأة أسوةً بالرجل بالاستفادة من هذا العذر، ولكنه خرق مبدأ المساواة بينهما في شروط الاستفادة منه.
3. في خطوة متقدمة من المشرع السوري، ورغبةً منه في حماية الأسرة أولاً، والمرأة ثانياً، جرم الزواج خارج إطار المحكمة، مما يُجَنَّب المرأة الوقوع بما يسببه الزواج العرفي من مشكلات، سواءً فيما يتعلق بإثبات الزواج، أم بما يترتب عليه من آثار.
4. خرج المشرع السوري عن مبدأ المساواة المطلقة نحو تبني مبدأ المساواة النسبية

في بعض المبادئ العامة في قانون العقوبات، وفي مواضع عدة في الجرائم التي تضمنها هذا القانون، عندما كان للاختلاف الفيزيولوجي أو النفسي بين الرجل والمرأة تأثير على قيام المسؤولية الجزائية أو على العقوبة، فكان خروجه بذلك إيجابياً، من شأنه تحقيق العدالة.

5. خرج المشرع السوري عن مبدأي المساواة المطلقة والمساواة النسبية مكرساً تمييزاً واضحاً بين الرجل والمرأة لحساب الرجل، فكان خروجه سلبياً، عندما نظّم القواعد المتعلقة بجرم الزنا، فأطلق أدلة إثبات الجرم بالنسبة للمرأة الزانية، فيما عدد على سبيل الحصر الأدلة المقبولة لإثبات الجرم على شريكها. كما أنه ميّز في العقوبة بين الزوجة الزانية والزوج الزاني جاعلاً عقوبة الزوجة أكثر شدة. واشترط لاستفادة الزوجة من العذر ضبطها زوجها متلبساً بالجرم في مسكن الزوجية حصراً، في حين لم يشترط ذلك بالنسبة للزوج الذي يستفيد من العذر في أي مكان ضبط به زوجته أثناء ارتكاب الفعل. وفي المقابل نلاحظ أن المشرع الأردني ساوى بين المرأة الزانية والرجل الزاني في أركان الجريمة، وفي العقوبة، وفي طرق الإثبات. وكذلك فعل المشرع الجزائري. مما يدفعنا للقول بتفوق هذه التشريعات -في هذه المسألة- على التشريع السوري.

6. لم تتبع التشريعات الجزائرية العربية موقفاً واحداً فيما يتعلق بما يسمى بالاغتصاب الزوجي، فمنها من استبعدته من نطاق التجريم، كالتشريع السوري والأردني واللبناني، ومنها من عدته فعلاً مجرمًا، كالتشريع المصري والتونسي والمغربي والإماراتي. ونرى أن الإكراه الذي قد يمارسه الزوج على زوجته عند إقامة العلاقة الجنسية يتعارض مع ما يمنحه عقد الزواج من حل الاستمتاع، ومع ما أوجبه الشرع من ضرورة المعاشرة بالمعروف، لذلك نميل إلى تبني موقف التشريعات الجزائرية العربية المجرمة لفعل الاغتصاب الزوجي.

مما تقدم يمكن القول بأن المشرع السوري قد سعى وبحق نحو تجسيد المساواة بين الرجل والمرأة بخطوات عدة، أصاب في بعضها، وأخفق في بعضها الآخر، مما استلزم القول بضرورة إعادة النظر في بعض هذه الخطوات.
ثانياً - المقترحات:

تحقيقاً للمساواة بين الرجل والمرأة بشكلها الأمثل في قانون العقوبات السوري، نلتمس من المشرع القيام بالآتي:

- 1- تعديل نص المادتين (473) و(474) من قانون العقوبات، بما يحقق ما يلي:
 - المساواة بين المرأة الزانية وفقاً للمادة (473) من قانون العقوبات، والرجل الزاني وفقاً للمادة (474) من قانون العقوبات بإلغاء اشتراط ارتكاب الزوج لفعل الزنا في منزل الزوجية.
 - المساواة بين المرأة الزانية وفقاً للمادة (473) من قانون العقوبات، والرجل الزاني وفقاً للمادة (474) من قانون العقوبات في مقدار العقوبة.
 - المساواة بين المرأة الزانية وشريكها الزاني من حيث الأدلة المقبولة لإثبات وقوع جرم الزنا.
- 2- تعديل نص المادتين (489) و(490) من قانون العقوبات بإلغاء عبارة (غير زوجه) ليصبح النص شاملاً لأي علاقة جنسية تمارس بالإكراه، سواء وقعت على الزوجة أم غيرها من النساء.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً-المصادر:

القران الكريم.

ثانياً-المراجع:

1-باللغة العربية:

أ. الكتب القانونية:

- سرور، د. أحمد فتحي. (2002). القانون الجنائي الدستوري، ط3، دار الشروق، القاهرة، مصر.
- كيرة، د. حسن. (1971). المدخل إلى القانون، دار الطبع والنشر للثقافة، بدون بلد نشر.
- السراج، د. عبود. (2013-2014). شرح قانون العقوبات العام، ط5، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سوريا.
- عبد البصير، د. عصام عفيفي. (2004). أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر.
- المخول، د. عيسى مد الله. (2020-2021). قانون العقوبات الخاص (الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة والجرائم الماسة بالأسرة والجنابات التي تشكل خطراً شاملاً)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سوريا.
- الشاذلي، د. فتوح. (1986). حول المساواة في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية.
- حسني، د. محمود نجيب. (1992). شرح قانون العقوبات القسم الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

ب. الأبحاث والمقالات:

- الحوري، سائد زايد محمد. (2022). الحماية الجنائية للمرأة من العنف: دراسة في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد (38)، العدد (1)، ص-ص: 97-115.
- الصفو، نوفل علي عبد الله. (2006). الإخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (8)، العدد (28)، ص-ص: (265-319).

ج. مراجع الانترنت:

- حمادة، أريج. (2017/7/18). الاعتصاب الزوجي) مرض نفسي لا تبرره حقوق الزوج على زوجته.

الرابط: <http://www.areejhamadah.com/en/newsDetails/7>

- شوشة، أحمد. (2021/6/6). الاعتصاب الزوجي: بين جدل الدين وتجاهل القانون في مصر، الرابط:

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-57376530>

- سليم، جوي. (2018/3/8). كره النساء فلسفياً: من سقراط إلى نيتشه، الرابط:

https://al-akhbar.com/Literature_Arts/245773

- قرار غرفة الجنايات الاستئنافية بطنجة، (رقم 232-تاريخ 2019/04/9- أساس 20192612/203)، الرابط:

<https://mahkamaty.com/blog/category/%D8%A7%D8%AC%D8%A%D9%87%D8%A7%D8%AF%D8%A7%D8%AA->

IN Arabic:

1- ALkutub ALqanuniat:

- Srur, Dr. Ahmad Fatahi. (2002). Alqanun Aljinayiy Aldusturi, Ta 3, Dar Alshuruq, Alqahira, Misr.
- Kiraa, Dr. Hasan. (1971). Al madkhal Ilaa Alqanun, Dar Altabeat Walnashr LilThaqafa, Bidun Balad Nashr.
- Alsaraj, Dr. Abuwd. (2013-2014). Sharh Qanun Aleuqubat Aleam, Ta 5, Manshurat Jamieat Dimashq, Dimashq, Suria.
- Eabd Al busayr, Dr. Eisam Eafifi. (2004). Al'azmat Alshareia Wa Wasayil Eilajuha, Ta 1, Dar Abu Almajd Liltibaea, Alqahirat, Masr.
- Almukhul, Dr. Isaa Mad Allah. (2020-2021). Qanun Aleuqubat Alkhas (Aljarayim Almukhilat Bi Alakhlaq wa Aladab Aleamat Wa Aljarayim Almasiat bi Alusrat Wa Aljnaayat Alati Tushakil Khatar Shamil), Manshurat Jamieat Dimashq, Dimashq, Suria.
- Alshaazli, Dr. Fatuh. (1986). Hawl Almusawat Fi Al'ijra'at Aljinayiyat, Dirasat Muqaranat, Matabie Jamieat Almalik Saeud, Alriyad, Alsaeudiat.
- Hasni, Dr. Mahmud Najib. (1992). Sharh Qanun Aleuqubat Alqism Alkhas (Aljarayim Alwaqieat Eala Al'ashkhas), Dar

Alnahdat Alearabiat, Alqahirat, Masr.

2- Al'abhath Wa Almaqalati:

- Alhuri, Sayid Zayid Muhamad. (2022). **Himayat Almar'at Min Aleunf: Dirasat Fi Alqanun Al'urduniyi Wa Al'iitfaqiaat Alduwaliati**, Almajalat Alearabiat Lileulum Al'amniati, Almujalad (38), Aleadad (1), Sa-Sa: 97-115.
- Alsafu, Nufil Eali Eabd Allah. (2006). **Al'iikhlal Bimabda Almusawat Fi Alqanun Aljinayiy**, Majalat Alraafidayn Lilhuquq, Almujalad (8), Aleadad (28), Sa-Sa: (265-319).

3- Marajie Aliantirnt:

- Hamada, 'Arij. (18/7/2017). **(Aliaghtisab Alzawji) Marad Nafsi La Tubariruh Huquq Alrajul Ealaa Zawjatih**. Alraabt: <http://www.areejhamadah.com/en/newsDetails/7>
- Shushat, Ahmed. (6/6/2021). **Alaightisab Alzawji: Bayn Jadal Aldiyn Watajahul Alqanun Fi Masr**, alraabt: <https://www.bbc.com/arabic/middleeast-57376530>
- Salim, Juy. (8/3/2018). **Kurih Alnisa' Falsafya: Min Suqrat 'Ilaa Nitshihi**, Alraabt: https://al-akhbar.com/Literature_Arts/245773
- Qarar Ghurfa Aljinayat Limahkamat Bitanja, (Raqm 232-Tarikh

04/09/2019-Asas 203/20192612), Alraabt:

<https://mahkamaty.com/blog/category/%D8%A7%D8%AC%D8%AA%D9%87%D8%A7%D8%AF%D8%A7%D8%AA->

2- باللغة الأجنبية:

- ZAFAR, M. (7/11/2020). **16 Shocking facts about violence against women and girls**, Link:

<https://reliefweb.int/report/world/16-shocking-facts-about-violence-against-women-and-girls>.

- RAJESHNI NAIDU, G. (20/11/2019). **The difference between men and women: How we view gender equality**, Link:

<https://www.ipsos.com/en/difference-between-men-and-women-how-we-view-gender-equality>.

التنظيم القانوني لعقد العمل تحت الاختبار في

قانون العمل السوري

الباحثة: هبة علي رضوان _كلية الحقوق_ جامعة دمشق

الملخص

الأصل في عقد العمل الفردي أن يكون باتاً، ولكن قد يتفق طرفي العقد على إرجاء ذلك إلى ما بعد فترة التجربة، فيقرران إبرام عقد العمل النهائي بشرط نجاح فترة الاختبار التي تسمح لكل منهما بمعرفة مدى ملائمة العقد له، فخلال هذه الفترة يتمكن العامل من الإلمام بظروف العمل ومدى مناسبته له، كما أن صاحب العمل يتحقق من مهارة العامل ومدى صلاحيته لأداء العمل، إذ تبرز أهمية عقد العمل تحت الاختبار في بناء حجر الأساس لتكون العلاقة بين صاحب العمل والعامل، فبعد مرور فترة الاختبار يحدد كل طرف موقفه إما الاستمرار في علاقة العمل وبالتالي يصبح العقد باتاً، وإما التخلّص منه خلال فترة الاختبار، إذ أن قانون العمل السوري رقم (17) لعام 2010 منح المتعاقدين الحق في إنهاء عقد العمل تحت الاختبار خلال فترة سريان التجربة بدون إخطار مسبق ولا تعويض.

الكلمات المفتاحية: عقد العمل، مدة الاختبار، الإخطار، التعويض.

Legal regulation of probationary employment contract in Syrian law

Abstract

The principle of an individual employment contract is to be permanent, But both parties to the contract may agree to postpone that until after the trial period, and they decide to sign the employment contract permanently, provided that the trial period is successful, which allows each of them to know how suitable the contract is for him, during this period, the worker is able to be become familiar with the working conditions, and the employer also knows the workers skill and efficiency. The importance of probationary employment contract is highlighted in building the foundation stone for relationship between the employer and the worker. After the probationary period has passed, each party determines its position on whether to continue the work relationship and thus the contract becomes final, or it can be disposed of during the probationary period, as the law grants contractors the right to terminate the probationary employment contract during the probationary period without prior notice or compensation.

Key words: job contract, test duration, notification, compensation.

مقدمة

يُعد عقد العمل حجر الأساس لنشأة العلاقة العمالية، وقد يشتمل العقد على اشتراط فترة للاختبار تمكن أطرافه من التأكد من مدى صلاحية هذا العقد بالنسبة لهم، ففي خلال فترة التجربة يتمكن العامل من الإلمام بظروف العمل ومدى مناسبته له، كما أن صاحب العمل يتحقق من مهارة العامل الفنية وأمانته ومدى صلاحيته لأداء العمل.

وإن كان عقد العمل تحت الاختبار يخضع كمبدأ عام للقواعد العامة التي تحكم عقد العمل البات إلا أن طبيعته الخاصة، وما قد ينطوي عليه من تحايل واستغلال دفعت المشرع إلى إحاطة فترة التجربة بمجموعة من الشروط والقيود، فرسم القواعد العامة الناظمة لاشتراط التجربة وتحديد مدتها، ووضع الأحكام القانونية الخاصة بانتهاء فترة الاختبار.

لذلك سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية الوقوف على تعريف عقد العمل تحت الاختبار، وبيان التكيف القانوني لهذا العقد، بالإضافة إلى بيان الأحكام القانونية الخاصة بعقد العمل تحت الاختبار.

إشكالية البحث

نظراً للتطورات التي يشهدها العالم اليوم، والتي نتج عنها وجود أعمال يتطلب إتقانها خضوع العامل لفترة من الاختبار يتمكن من خلالها القيام بالعمل الموكل إليه بصورة صحيحة، ويمكن صاحب العمل في الوقت نفسه خلال هذه الفترة من التأكد من صلاحية العامل للاستمرار بهذا العمل من عدمه، الأمر الذي تطلب وجود عقد ينظم تلك الفترة بين صاحب العمل والعامل، وإن كان هذا العقد يخضع للقواعد العامة التي تحكم

عقد العمل العادي إلا أن طبيعته الخاصة استدعت تدخل المشرع لتنظيم أحكامه بقواعد خاصة به، وانطلاقاً مما تقدم تتمحور إشكالية البحث حول التساؤل الآتي:

إلى أي مدى وفق المشرع السوري في تنظيمه لأحكام عقد العمل تحت الاختبار؟

ويتفرع من الإشكالية السابقة التساؤلات التالية:

1. ما المقصود بعقد العمل تحت الاختبار؟ ولمصلحة من يتقرر شرط الاختبار؟
2. هل هناك اجماع فقهي وقانوني حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد العمل تحت الاختبار؟
3. ما شروط الاتفاق على فترة الاختبار؟ وهل من الممكن تجديد فترة الاختبار؟
4. هل يخضع إنهاء عقد العمل تحت الاختبار للقواعد التي يخضع لها إنهاء عقد العمل العادي؟

أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله كون عقد العمل تحت الاختبار أصبح من العقود الشائعة في الآونة الأخيرة خاصة مع تطور التكنولوجيا وظهور أعمال يتطلب القيام بها الإلمام ببعض المهارات الخاصة، فكان من الأهمية بمكان البحث في التنظيم القانوني لعقد العمل تحت الاختبار لا سيما أنه لا يوجد شرحاً من شروحات قانون العمل يخلو من المناقشات والآراء الفقهية المتباينة حول العقد محل البحث سواء تعلق الأمر بالمصطلح الذي يُطلق على هذا العقد أو حول الطبيعة القانونية له.

أهداف البحث: يرمي البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف تتلخص فيما يلي:

1. تحديد أهم الخصائص المميزة لعقد العمل تحت الاختبار، وتمييزه عن غيره من عقود العمل الأخرى.

2. عرض وجهات النظر المتباينة حول تكييف عقد العمل تحت الاختبار.
3. بيان الأحكام الخاصة بعقد العمل تحت الاختبار كتلك المتعلقة بكتابة شرط الاختبار من عدمه، بالإضافة إلى بيان الأحكام القانونية المتعلقة بإنهاء عقد العمل تحت الاختبار.

منهج البحث

في سبيل الإجابة على إشكالية البحث أُعتمد على المنهج الوصفي التحليلي، إذ استُخدم المنهج الوصفي لوصف المفاهيم ذات الصلة كبيان المقصود بعقد العمل تحت الاختبار، وذلك بتعريفه، وتمييزه عن باقي العقود المشابهة، وعرض آراء الفقهاء المتباينة حول طبيعة هذا العقد، بالإضافة إلى الدراسة التحليلية للنصوص القانونية النازمة لموضوع البحث، وذلك للإحاطة بالموضوع من جوانبه المختلفة، هذا ولا غنى في ذلك عن المنهج المقارن بالقدر الذي يحتاجه البحث.

وستتم معالجة إشكالية هذه الورقة البحثية من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: ماهية عقد العمل تحت الاختبار.

الفرع الأول: مفهوم عقد العمل تحت الاختبار.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد العمل تحت الاختبار.

المطلب الثاني: الأحكام القانونية الخاصة بعقد العمل تحت الاختبار.

الفرع الأول: الاتفاق على الاختبار في عقد العمل.

الفرع الثاني: إنهاء عقد العمل تحت الاختبار والآثار المترتبة عليه.

المطلب أول

ماهية عقد العمل تحت الاختبار

قبل البحث في الأحكام القانونية الخاصة بعقد العمل تحت الاختبار يتعين في البداية الوقوف على مفهوم هذا العقد، وذلك بتعريفه وتمييزه عن بعض العقود المشابهة له (الفرع الأول)، بالإضافة إلى البحث في التكييف القانوني لعقد العمل تحت الاختبار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عقد العمل تحت الاختبار

سوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف عقد العمل تحت الاختبار (أولاً)، بالإضافة إلى تمييزه عن بعض العقود المشابهة له (ثانياً).

أولاً- تعريف عقد العمل تحت الاختبار

بالرجوع إلى قانون العمل السوري نجده خالياً من أي تعريف لعقد العمل تحت الاختبار الأمر الذي ينطبق على معظم التشريعات العربية تاركاً للفقهاء مهمة تعريفه.

إذ يُعرف عقد العمل تحت الاختبار على أنه: " تعليق صاحب العمل إبرام العقد النهائي على قضاء العامل فترة معينة تسمى بفترة الاختبار حتى يستطيع التأكد من صلاحية

العامل لأداء العمل المتفق عليه، ويستطيع العامل بنفس الوقت التأكد من مدى ملائمة ظروف العمل وتناسب الأجر المقدر مع طبيعة هذا العمل.¹

كما عرفه البعض على أنه: "العقد الذي يتفق عليه كل من صاحب العمل والعامل على ألا يكون العقد المبرم بينهما باتاً، ولكن يُبين منه أن كل منهما يريد أن يعطي لنفسه فرصة من الوقت ليتحقق فيما إذا كان من مصلحته الاستمرار في العمل أو عدم الاستمرار فيه."²

فمن خلال عقد العمل تحت الاختبار يتمكن صاحب العمل من الوقوف على كفاءة العامل وقدراته، ومقدار الفائدة التي من الممكن أن يحصل عليها في حال التعاقد مع ذلك العامل، بالمقابل يتمكن العامل من معرفة مدى ملائمة شروط العمل مع ظروفه، ومن ثم تقرير ما إذا كان من المناسب إبرام عقد العمل من عدمه.³

إذ يتبين من خلال التعريفات السابقة أن عقد العمل تحت الاختبار يتمتع بذات الخصائص التي يتمتع بها عقد العمل العادي، فهو عقد معاوضة يتلقى فيه كل من طرفي العقد مقابلاً لما يُعطي، فالتزام العامل بتقديم العمل هو لقاء التزام صاحب العمل بدفع الأجر، كما أنه عقد ملزم لجانين ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين تجاه الآخر، حيث يلتزم العامل بتقديم العمل، ويلتزم صاحب العمل بدفع الأجر للعامل.

فعقد العمل تحت الاختبار لا يختلف عن عقد العمل العادي إلا في كونه عقد تجريبي غير نهائي بمعنى أن التراضي فيه غير بات، وهذا استثناء من القواعد العامة التي

¹ شراره، مجدي عبد الله. (2016). علاقات العمل الفردية. مؤسسة فريدريش إيبيرت _ مكتب مصر_. القاهرة: مصر، ص: 85.

² شريف، محمد خير عمار، والشريف، أحمد عمرو. (2022). الأحكام والقواعد التي تنظم عقد العمل تحت التجربة في القانون الأردني. مجلة الدراسات الاستراتيجية والبحوث السياسية. مجلد: 1. عدد: 2. ص: 135.

³ A. Dusart C. Tremeau. Le droit et l'Entreprise. Droit du travail et droit social. Foucher. Paris. 1985. P: 238.

تقضي أن كل عقد بمجرد إبرامه وانعقاده صحيحاً يكون ملزماً وبشكل نهائي على طرفيه، وهذا الوصف يسمح لطرفي العقد أو لأحدهما بإنهاء هذا العقد في حال عدم الرضا عن نتيجة هذا الاختبار، وذلك دون الخضوع للإجراءات المقررة في حالة إنهاء عقد العمل العادي.

والى جانب تعريف عقد العمل تحت الاختبار فقد اتجه جانب من الفقهاء والمهتمين بدراسة قانون العمل إلى تعريف فترة الاختبار الواقعة ضمن هذا العقد، فعُرفت على أنها: " الفترة التي يمكن أثناءها إنهاء عقد العمل من قبل أحد الأطراف دونما شكليات حيث إنها تمنح الأطراف المتعاقدة القدرة على تقييم دقة وعدالة اختياراتهم."⁴

كما عُرفت فترة الاختبار بأنها: " المدة التي يُجرب فيها رب العمل العامل للتأكد من كفاءته للعمل الشاغر، ويتأكد العامل من مقدرته على أداء العمل بأحسن وجه."⁵

نستنتج من خلال تعريف فترة الاختبار أن أهداف هذه الفترة تتمحور حول نقطتين أساسيتين، الأولى تكمن في الكشف عن قدرات العامل ومهاراته، والتحقق من مدى صلاحيته للعمل المرشح له تمهيداً لتثبيته فيه، أما الثانية فهي إعطاء العامل الفرصة والوقت الكافي للتعرف على طبيعة العمل وملائمته له ومدى تناسب الأجر مع الجهد المبذول.

ثانياً_ تمييز عقد العمل تحت الاختبار عن بعض العقود المشابهة له.

لبيان مفهوم عقد العمل تحت الاختبار وتحديد له لا بد من تمييزه عن بعض العقود الأخرى، إذ يختلف عقد العمل تحت الاختبار عن عقد التدريب، فالفرض في عقد

⁴ زوية، عز الدين. (2019). خصوصية عقد العمل تحت التجربة في قانون العمل الجزائري. مجلة العلوم القانونية والسياسية. مجلد: 10. عدد: 2، ص: 1095.

⁵ شريف، محمد خير عمار، والشريف، أحمد عمرو. (2022). الأحكام والقواعد التي تنظم عقد العمل تحت التجربة في القانون الأردني. مرجع سابق. ص: 136.

التدريب هو تعلم المهنة أو الحرفة، ويفترض منه أن العامل تتقنه الخبرة والدراسة بالعمل، فيقصد من العقد التّعلم، أما في عقد العمل تحت الاختبار فإن العامل لا يقصد تعلم أصول المهنة أو الصناعة، بل يدعي أنه صالح للقيام بالعمل المطلوب منه، ويريد صاحب العمل أن يتحقق من مدى كفايته، أو يريد العامل نفسه الإحاطة بظروف العمل ليتبين مدى تناسب الأجر مع الجهد اللازم لأدائه.⁶

كما يختلف عقد العمل تحت الاختبار عن الامتحان المبدئي الذي يجريه صاحب العمل للعامل قبل إبرام العقد معه، كالامتحان الذي يجريه صاحب العمل للعامل المرشح للعمل على الحاسوب ليتأكد من كفاءته، فمثل هذا الاختبار الذي يجريه صاحب العمل يكون عادة لفترة قصيرة جداً، وقيل التعاقد مع العامل، أما فترة الاختبار أو التجربة فتكون بعد إبرام عقد العمل مع العامل، وتكون المدة طويلة نسبياً بالمقارنة مع فترة الامتحان المبدئي الذي يجريه صاحب العمل للعامل المرشح للعمل لديه.⁷

ويختلف عقد العمل تحت الاختبار أيضاً عن عقد العمل المحدد المدة، فهذا الأخير ينعقد باتاً منذ البداية، ولكن طرفيه يتفقان على تحديد مدة زمنية لانتهاء العقد.⁸

ومما تقدم نستنتج أن بالإضافة إلى الخصائص التي يتفق بها عقد العمل تحت الاختبار مع عقد العمل العادي من حيث كونه عقد رضائي ملزم لجانبين ومن عقود المعاوضة إلا أنه يفترق عنه بخصائص أخرى ترجع إلى طبيعته الخاصة فهو عقد غير بات يعطي للطرف الذي تقرر الاختبار لمصلحته الحق في إنهائه من دون التقييد بالأحكام الخاصة بإنهاء عقد العمل البات مثل وجوب الإخطار المسبق والتعويض.

⁶ حمدان، حسين عبد اللطيف. (2009). قانون العمل_ دراسة مقارنة. (ط1). منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 280.

⁷ الأحمد، شواخ محمد. (2007). التشريعات الاجتماعية_ قانون العمل_ الجزء الأول_ علاقات العمل الفردية. مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية. منشورات جامعة حلب. كلية الحقوق، ص: 275.

⁸ منصور، محمد حسين، (2010). قانون العمل. (ط1). منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 246.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقد العمل تحت الاختبار

إن الطبيعة القانونية الخاصة التي يتميز بها عقد العمل تحت الاختبار جعلت من التكييف القانوني لهذا العقد مثار خلاف فقهي ظهرت على إثره العديد من النظريات الفقهية، فهناك اتجاه ذهب إلى أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد أولي أو مؤقت، وهناك من يقول بأن فترة الاختبار ماهي إلا شرط يُدرج في عقد العمل، ويوجد رأي ثالث يذهب إلى أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد غير لازم، وذلك بالتفصيل الآتي:

أولاً_ الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد تمهيدي أو مؤقت، وهو عقد مستقل ومتميز عن عقد العمل نفسه، وله مدة محددة ينتهي بانتهائها، وفي حال نجاح التجربة يتم إبرام عقد عمل بات بين الطرفين، فيبدأ عقد العمل من حين انتهاء فترة التجربة لا من حين الاتفاق عليها.⁹

إلا أنه يؤخذ على هذا التكييف أنه يتجاهل الحقيقة الواقعة من أن تراضي المتعاقدين كان منصباً على العمل، وإن لم يكن تراضياً باتاً، فضلاً عن أن إرادة المتعاقدين لا تتصرف _ كما هو منطوق هذا التكييف _ إلى إبرام عقد عمل جديد في حالة نجاح التجربة، وإنما إلى مجرد استمرار العقد الأصلي وصيرورته باتاً ونهائياً بهذا النجاح.¹⁰

ونظراً للانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي، اتجه الفقه للقول بأن فترة الاختبار هي شرط في عقد العمل، لكن هؤلاء الفقهاء اختلفوا حول طبيعة هذا الشرط.

⁹ القرني، محمد بن علي بن محمد. (2022). تكييف عقد العمل تحت التجربة والأحكام المنظمة له في نظام العمل السعودي (دراسة تحليلية مقارنة). مجلة العلوم الإنسانية والإدارية. العدد: 26. الجزء الأول. ص: 75.
¹⁰ كيره، حسن. (1983). أصول قانون العمل _عقد العمل_. (ط3). منشأة المعارف بالإسكندرية، ص:

ثانياً_ الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن التجربة هي شرط في عقد عمل عادي، وقد اختلف الفقهاء في هذا الاتجاه حول تحديد طبيعة هذا الشرط على النحو الآتي:

أ- يرى أنصار هذا الرأي أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد معلق على شرط واقف وهو رضا الطرفين، ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد العمل يبدأ بنجاح فترة التجربة وإعلان كلا الطرفين عن رضائهما عن نتيجة التجربة، ويجد أصحاب هذا الرأي في عقد البيع بشرط التجربة مسنداً يدعمون فيه رأيهم، ولكنهم يغفلون عما بين العقدين من اختلاف في طبيعة كل منهما، فالبيع عقد فوري، أما عقد العمل تحت الاختبار فهو من العقود المستمرة أو عقود المدة، لذلك إذا جاز التعليق بالنسبة للبيع، فهو غير جائز بالنسبة لعقد العمل تحت الاختبار؛ لأنه يحول دون المباشرة بتنفيذ العقد قبل تحقق الشرط، ويقضي بالتالي إلى عدم حصول التجربة التي تتطلب قيام كل من العامل ورب العمل بما التزم به ليتمكن كل منهما من تقدير صلاحية الآخر¹¹، وإذا كان من مقتضى الشرط الواقف أنه هو ما يعلق عليه نشوء الالتزام، فإن الالتزامات في عقد العمل تحت التجربة تكون قائمة بكل معنى الكلمة على الرغم من عدم تحقق النتيجة النهائية للتجربة، وإذا لم تقترن التجربة بالاستمرار في التعاقد فإن ما نفذ من الالتزامات لا يمكن الرجوع عنه كما هو الحال في عدم تحقق الشرط الموقف في عقد البيع بشرط التجربة.¹²

ب- يرى جانب آخر من الفقه أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد معلق على شرط فاسخ، وهو إعلان من تقرر الشرط لمصلحته عن رغبته في إنهاء العقد

¹¹ حمدان، حسين عبد اللطيف. (2009). قانون العمل_ دراسة مقارنة. المرجع السابق، ص: 296_ 267.

¹² الباشا، محمد فاروق، (2005_ 2006). التشريعات الاجتماعية. قانون العمل، (ط10). منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق، ص: 190.

قبل انقضاء مدة الاختبار لعدم رضائه على نتيجة الاختبار، ويترتب على ذلك أن استعمال حق الانهاء يؤدي إلى فسخ العقد، ولن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي فلا يمس الآثار القانونية التي أنتجها العقد قبل تحقق الشرط الفاسخ؛ لأن عقد العمل من العقود الزمنية التي لا يكون للفسخ فيها أثر رجعي، وفي حالة تخلف الشرط الفاسخ، وذلك بمضي فترة الاختبار دون الإعلان عن الرغبة في إنهاء العقد يصبح العقد باتاً ويرتب كافة الآثار القانونية المتولدة عن عقد العمل ليس فقط من وقت تخلف الشرط الفاسخ، ولكن أيضاً من وقت إبرام عقد العمل تحت الاختبار، فيدخل في أقدمية العامل الفترة التي أمضاها تحت الاختبار، وتجب الإشارة إلى أن الفقه والقضاء يميلان الآن إلى هذا الرأي الذي يعتبر عقد العمل تحت الاختبار عقد معلق على شرط فاسخ.¹³

ثالثاً_ الاتجاه الثالث: هناك اتجاه ثالث من الفقه يرى أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد غير لازم يجوز العدول عنه، فشرط التجربة هو شرط عدول وخيار بحيث إذا انتهت مدة التجربة دون أن استعمال الحق في فسخ العقد اعتبر العقد باتاً ملزماً¹⁴، ولقد تعرض هذا الرأي للنقد أيضاً على أساس أن إدراج شرط الاختبار في عقد العمل لا ينال من قوته الملزمة ولا يجعل منه عقداً غير لازم.¹⁵

وبعد عرض الآراء الفقهية المتباينة حول الطبيعة القانونية لعقد العمل تحت الاختبار نرى أن الرأي القائل بأن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد معلق على شرط فاسخ

¹³ عبد الرحمن، أحمد شوقي، ورشدي، محمد السعيد. (2009). قانون العمل والتأمينات الاجتماعية. كلية الحقوق. جامعة بنها، ص: 26.

¹⁴ بلودا، نعيمة، وميسوم، نسرین. (2017/2016). فترة التجربة في قانون العمل الجزائري. رسالة ماجستير.

جامعة مولود معمري. كلية الحقوق والعلوم السياسية. قسم القانون. ص: 39.

¹⁵ الأحمد، شواخ محمد. (2007). التشريعات الاجتماعية_ قانون العمل_ الجزء الأول_ علاقات العمل الفردية. مرجع سابق، ص: 283.

(وهو عدم نجاح التجربة) هو الرأي الأولي بالتأييد، ففي حال تحقق عدم نجاح التجربة فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء العقد، دون أن يكون للفسخ أي أثر رجعي فلا يؤثر على ما أنتجه العقد قبل تحقق الشرط من آثار أثناء فترة التجربة.

المطلب الثاني

الأحكام القانونية الخاصة بعقد العمل تحت الاختبار

إذا ما تم إبرام عقد العمل تحت الاختبار ترتب عليه بوصفه من الاتفاقات الملزمة التزامات على عاتق طرفيه، إذ يجب على العامل أداء العمل، وإطاعة أوامر صاحب العمل، وبالمقابل يجب على صاحب العمل أداء الأجر للعامل والمحافظة على صحته وسلامته، إذ لا خروج في ذلك عما هو وارد في عقد العمل العادي، مما دفع المشرع إلى إغفال الأحكام السابقة وعدم تكرارها بشأن الاتفاق على الاختبار في عقد العمل، وفي المقابل تتدخل المشرع لضبط بعض المسائل الجوهرية المتعلقة بعقد العمل تحت الاختبار كتلك المتعلقة بمدة الاختبار، والكيفية التي يتم بها إنهاء هذا العقد، وما ينجم عن ذلك من آثار.

وللوقوف على أحكام عقد العمل تحت الاختبار يتعين علينا التطرق بالبحث للاتفاق على الاختبار في عقد العمل (الفرع الأول)، بالإضافة إلى إنهاء عقد العمل تحت الاختبار والآثار المترتبة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاتفاق على الاختبار في عقد العمل

أولاً_ مدة الاختبار

تنص المادة (49) من قانون العمل السوري رقم 17 لعام 2010 في عبارتها الأولى على أن: " تحدد مدة الاختبار في عقد العمل...".

يتضح من نص المادة السابقة أن فترة الاختبار أو التجربة لا تعتبر حقاً لأي من طرفي العقد؛ ولهذا لا يخضع العامل للاختبار إلا إذا نص على ذلك في عقد العمل، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل من اللازم أن يكون الاتفاق على فترة التجربة صريحاً في عقد العمل أم من الممكن أن يكون الاتفاق ضمناً يستخلصه القاضي من ظروف العقد ونية المتعاقدين؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من عرض آراء الفقهاء التي كانت متباينة في هذا الخصوص، فقد ذهب جانب من فقهاء القانون إلى أن اشتراط الكتابة لا يوجب التوسع فيه، بأن يكون شرط فترة الاختبار مكتوب بشكل صريح، ولكن يجوز أن يتم استخلاصه بطريقة ضمنية من بنود العقد مع ضرورة أن تكون هذه الضمنية واضحة بحيث لا تدع مجالاً للشك أن إرادة طرفي العقد قد اتجهت إلى أن يكون هذا العقد هو عقد عمل تحت الاختبار¹⁶.

¹⁶ شريف، محمد خير عمار، والشريف، أحمد عمرو. (2022). الأحكام والقواعد التي تنظم عقد العمل تحت التجربة في القانون الأردني. مرجع سابق، ص: 137.

بينما يرى أغلب فقهاء القانون أن شرط الاختبار يستوجب أن يكون محدداً وبشكل صريح في عقد العمل، وأن شأن خلو العقد منه بأن يصر إلى الأصل العام للعقود بأن تكون ناجزة النفاذ.¹⁷

ونحن نؤيد الرأي الثاني، حيث أن الطبيعة الحمائية لقواعد قانون العمل تستوجب أن عدم النص على شرط الاختبار هو لمصلحة العامل بأن يكون عقد العمل لديه نافذاً خالياً من فترة الاختبار، وذلك لأن الأصل أن يكون العقد لازماً، ووجود شرط الاختبار خروجاً عن الأصل فيستوجب أن يكون صريحاً، بالإضافة إلى أن شرط الاختبار يترتب على وجوده آثار مهمة تتمثل في قدرة صاحب العمل على إنهاء العقد دون التقيد بالشروط المفروضة على إرادته عند إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، كما أن المشرع كان صريحاً في هذا الخصوص فكما ذكرنا أن المادة (49) تشترط أن تحدد مدة الاختبار في عقد العمل.

أما فيما يتعلق بمدة الاختبار فالأصل أن يتمتع الأطراف بحرية تحديد مدة الاختبار، ولكن المشرع قيد هذه الحرية بوضع حد أقصى لتلك المدة فأوجب ألا تزيد على ثلاثة أشهر، ويتعلق هذا التحديد بالنظام العام، فإذا اتفق الأطراف على مدة أطول للاختبار بطل الاتفاق فيما يتعلق بالزيادة¹⁸، ويتم إنقاص مدة الاختبار إلى ثلاثة أشهر، إلا أنه يجوز الاتفاق على حد أدنى لمدة الاختبار بقصد التأمي في اتخاذ القرار فيما يتعلق بصلاحيية العامل أو العمل، ولا يجوز إنهاء العقد قبل انقضاء تلك المدة، وإذا أغفل

¹⁷ الخطيب، تمام صفوان. (2018). عقد العمل تحت الاختبار. مجلة الشريعة والقانون بالبيزا. المجلد: 8. ص:

127.

¹⁸ خديج، جورج، (1992). قضايا العمل. (ط1). مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع. بيروت. لبنان، ص: 225.

الأطراف تحديد مدة الاختبار رغم الاتفاق على أن يكون العقد تحت الاختبار فإن المدة تكون الحد الأقصى المحدد قانوناً أي ثلاثة أشهر.¹⁹

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن عند البحث في إطار المدة التي يقضيها العامل تحت الاختبار ألا وهو هل يستحق العامل أجراً خلال هذه المدة؟

بالرجوع إلى نص المادة (49) من قانون العمل السوري رقم (17) والمتعلقة بعقد العمل تحت الاختبار نجد أن المشرع سكت عن النص على إعطاء الأجر للعامل تحت الاختبار الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة، إذ تنص المادة (74) من قانون العمل رقم (17) لعام 2010 على ما يلي:

" لا يجوز أن يقل الحد الأدنى العام لأجر العمال العاديين غير المتدرجين الخاضعين لأحكام هذا القانون عن الحد الأدنى العام للأجور."

نستنتج من نص المادة السابق أن المشرع السوري ضمن للعامل بشكل عام حد أدنى من الأجر يكفي معيشته، ولا يجوز النزول عنه، وبما أن العامل تحت التجربة يتمتع بحقوق العامل العادي ذاتها إذ لا تمييز بينهما من هذه الناحية فهو يستحق أجراً خلال فترة الاختبار، ويحظر الاتفاق على إعطائه أجراً يقل عن الحد الأدنى المقرر للأجور.

تنص الفقرة (ب) من المادة (49) من قانون العمل رقم 17 لعام 2010 على أنه:

" إذا انتهت مدة الاختبار ولم يمه العقد تدخل هذه المدة ضمن مدة خدمة العامل الفعلية"

نستنتج من نص الفقرة السابقة أنه إذا انتهت مدة التجربة المتفق عليها، ولم يُعلن أي من طرفي العقد رغبته في إنهائه، فإن الخدمة الفعلية للعامل تُحسب من تاريخ مباشرته العمل تحت الاختبار فعلاً، وليس من تاريخ انتهاء فترة التجربة.

¹⁹ منصور، محمد حسين، (2010). قانون العمل. مرجع سابق، ص: 248_249.

والجدير بالذكر أن مدة الاختبار يمكن أن يتوقف سريانها إذا عرض سبب أجنبي حال دون الحكم على نتيجة الاختبار، وهذا يعني أنه إذا كان شرط الاختبار لمصلحة العامل وأغلقت المنشأة خلال مدة الاختبار فترة ما ولسبب لا يد له فيه، فإن مدة الاختبار تقف خلال هذه المدة، وإذا كان الشرط لمصلحة رب العمل، ومرض العامل مثلاً، وانقطع عن العمل بسبب ذلك، فإن فترة الاختبار توقف أثناء المرض؛ لأن رب العمل لا يستطيع أن يحكم على سلوك العامل وكفاءته بسبب قصر مدة التجربة.²⁰

أما فيما يتعلق بجواز تجديد فترة الاختبار، تنص الفقرة الأولى من المادة (49) من قانون العمل على ما يلي:

" تحدد مدة الاختبار في عقد العمل ولا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر أو تعيينه أكثر من مرة واحدة عند صاحب عمل واحد. . . "

يتضح من النص السابق أن التشريع العمالي أراد سد باب التحايل أمام أصحاب الأعمال حيث حظر تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى نفس صاحب العمل، فلا يجوز تجديد مدة الاختبار حتى لو كانت المدة الأولى المتفق عليها تقل عن ثلاثة أشهر، ولا يجوز إعادة تعيين العامل من جديد لدى نفس صاحب العمل مع اشتراط مدة للاختبار.

ويبدو أن الحكمة من عدم جواز تجديد مدة الاختبار هي حماية العامل من قيام صاحب العمل بالتعاقد معه على أساس الاختبار، ثم قيامه بإنهاء العقد قبل انتهاء فترة الاختبار متخلصاً من الالتزامات المفروضة عليه عند انتهاء عقد العمل غير محدد المدة، أي دون إخطار مسبق وبدون تعويض، ثم يعود ويتعاقد مع العامل مجدداً بشرط الاختبار محتفظاً بحقه بإنهاء العقد دون مسؤولية.

²⁰ الباشا، محمد فاروق. (2005_2006). التشريعات الاجتماعية_ قانون العمل. مرجع سابق، ص. 192.

ومن الواضح أن المشرع قد حظر تعيين العامل تحت التجربة لدى صاحب العمل ذاته بشكل مطلق حتى ولو كانت المهنة التي سيخضع العامل للاختبار بشأنها مختلفة عن المهنة التي فشل العامل في اجتياز الاختبار بصدها سابقاً، وذلك على خلاف نظام العمل السعودي الذي يجيز تعيين العامل تحت التجربة مرة ثانية لدى صاحب العمل نفسه بشرط أن يكون في مهنة أخرى أو عمل آخر، أو أن يكون قد مضى على انتهاء علاقة العامل بصاحب العمل مدة لا تقل عن ستة أشهر.²¹

وربما كان أفضل لو أن المشرع السوري ساير المشرع السعودي في ذلك وجعل الحظر السابق منوط بوحدة العمل الذي أستخدم العامل لأدائه لدى نفس صاحب العمل، أما إذا كان العمل الجديد مغاير للعمل السابق، ومختلف اختلافاً جوهرياً عنه فلا مانع من الاتفاق على شرط التجربة مجدداً لدى نفس صاحب العمل، وذلك من شأنه توسيع وزيادة فرص التشغيل أمام العامل.

ثانياً_ إثبات عقد العمل تحت الاختبار

أما فيما يتعلق بإثبات عقد العمل تحت الاختبار نجد أن المشرع لم يتطرق إلى كيفية إثبات هذا العقد، لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم إثبات عقد العمل الفردي باعتبار عقد العمل تحت الاختبار نوع من أنواع عقود العمل الفردية، وبناء على ذلك فإن شرط الكتابة يعتبر أساسياً في هذا المجال عملاً بما ورد في المادة (47) من قانون العمل السوري رقم (17) لعام 2010، والتي تنص على ما يلي:

أ- " يلتزم صاحب العمل بتحرير عقد العمل المبرم مع العامل كتابةً وباللغة العربية على ثلاث نسخ لكل من الطرفين نسخة، ونسخة باللغة الأجنبية في حال كان

²¹ المادة (54) من نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) لعام 2005، والمعدل بالمرسوم الملكي رقم (م/24) لعام 2012، والمعدل بالمرسوم الملكي رقم (م/46) لعام 2015.

العامل غير عربي، ويلتزم صاحب العمل بإيداع الثالثة لدى مديرية التأمينات الاجتماعية المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العقد.²²

ب- " إذا لم يوجد عقد مكتوب جاز للعامل إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات ولصاحب العمل إثبات العكس بنفس الطريقة."

من خلال قراءة النص السابق نستنتج أن المشرع أجاز للعامل إثبات عقد العمل بجميع طرق الإثبات وذلك في حالة عدم وجود عقد مكتوب فقط، ولصاحب العمل إثبات العكس بنفس الطريقة، مع العلم أن قانون العمل السابق رقم (91) لعام 1959 أجاز للعامل وحده في حال عدم وجود عقد مكتوب إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات دون صاحب العمل، ولعل مساواة القانون الحالي العامل بصاحب العمل فيه إجحاف بحق العامل لأنه الطرف الضعيف في العقد، ولأنه غالباً ما يكون عدم وجود عقد مكتوب راجعاً إلى إرادة صاحب العمل وحده.

وبالتالي فإن العامل تحت الاختبار يستطيع إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات في مواجهة صاحب العمل إلا أن هذا الحق مرهون بحالة عدم وجود عقد مكتوب، أما كان عقد العمل تحت الاختبار مكتوباً فلا يجوز وفقاً للقواعد العامة عندئذٍ إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة.

هذا ويقع عبء إثبات شرط التجربة على عاتق من يدعيه، باعتباره يدعي خلاف الأصل، إذ الأصل أن يبرم العقد بصورة نهائية، وانعقاده على سبيل التجربة هو خروج استثنائي على هذا الأصل، ولهذا يتعين على من يدعي أن العقد قد تم تحت التجربة أن يثبت مدعاه.²²

²² حمدان، حسين عبد اللطيف، (2009). قانون العمل_ دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص: 283.

الفرع الثاني

إنهاء عقد العمل تحت الاختبار والآثار المترتبة عليه

يخضع إنهاء عقد العمل تحت الاختبار لقواعد خاصة غير تلك القواعد التي تتبع أثناء إنهاء عقد العمل العادي أي البات، وتتمثل هذه الخصوصية في حق طرفي علاقة العمل في فسخ العقد وإنهاء علاقة العمل أثناء فترة التجربة أو حتى من الوهلة الأولى لبداية هذه الفترة دون إخطار مسبق، وبدون تعويض، كما قد يثور التساؤل حول التزامات طرفي عقد العمل تحت الاختبار في حال إنهاء العقد، الأمر الذي سيتم بحثه من خلال هذا الفرع من البحث.

أولاً_ إنهاء عقد العمل تحت الاختبار

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (49) من قانون العمل على ما يلي:

" . . . ويحق لكل من الطرفين خلال هذه الفترة إنهاء العقد دون سابق إخطار أو تعويض ودون أن تترتب على صاحب العمل أي مسؤولية."

يتضح من النص السابق أن المشرع السوري أعطى لأي من طرفي عقد العمل تحت الاختبار الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة في أي وقت أثناء فترة الاختبار، ولا يلزم من يقوم بالإلغاء في هذه الحالة بإخطار الطرف الآخر في الإنهاء، ولا تترتب عليه أي مسؤولية بالتعويض، حيث يستطيع العامل أن يستعمل حقه في إنهاء عقد العمل خلال فترة الاختبار دون أية قيود على هذا الحق، ويجوز لصاحب العمل كذلك إنهاء العقد خلال ذات الفترة إذا تبين له عدم صلاحية العامل، في حين نجد أن المشرع العراقي قد

حصر الحق في إنهاء العقد بصاحب العمل دون العامل ولكنه اشترط أن يخطر صاحب العمل العامل بذلك قبل 7 أيام على الأقل من تاريخ إنهاء العقد²³.

ويبدو أن المبرر من الإعفاء من الإخطار المسبق والتعويض في حال إنهاء عقد العمل تحت الاختبار أن كل من طرفي العقد يكون متهيئاً لإنهاء العقد خلال فترة التجربة طالما أنه يعلم منذ البداية أن العقد ليس باتاً بل معلقاً على شرط نجاح التجربة، بالإضافة إلى أن فترة الاختبار قصيرة نسبياً إذ أن المشرع قد جعل الحد الأقصى لها ثلاثة أشهر، والإخطار قد يستغرق وقتاً يعادل فترة الاختبار كما لو تم الاتفاق على أن يكون الاختبار لمدة شهر.

وجدير بالذكر أن فكرة الصلاحية لا تقتصر على تقدير كفاءة العامل ونتاجه بل تمتد لتشمل حسن الخلق، والتعاون، والأمانة والثقة، وغير ذلك من الأمور التي تكون موضعاً لتقدير صاحب العمل، إلا أنه ينبغي أن يكون هذا التقدير متفقاً مع السلوك المألوف للشخص المعتاد، ولكن ينبغي ألا يتعسف صاحب العمل في استعمال حقه في إنهاء العقد لعدم صلاحية العامل ذلك أن هذا الحق يخضع كسائر الحقوق لنظرية التعسف مما يستوجب بسط رقابة القضاء للتحقق من مشروعية هذا الاستعمال، والحكم بالتعويض في حالة ثبوت التعسف، ويكون الإنهاء تعسفياً إذا كان بسبب لا يتعلق بالصلاحية كما لو رفضت العاملة بعض المطالب الشخصية لصاحب العمل، أو تعلق الإنهاء بسبب عقيدة دينية، أو فكر سياسي.²⁴

²³ راجع الفقرة الثالثة من المادة (37) من قانون العمل العراقي رقم (37) لعام 2015، منشور في الجريدة الرسمية

لجمهورية العراق، العدد 4386 بتاريخ 2015/11/9، ص: 17.

²⁴ منصور، محمد حسين. (2010). قانون العمل. مرجع سابق، ص: 249_250.

وبناء على ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن إنهاء عقد العامل كان تعسفياً لأنه كان مقررًا بسبب قرب زواجه أو لأن السبب في إنهاء عقده كان استدعاؤه لأداء الخدمة العسكرية.²⁵

ومع ذلك نجد أن الفقه يوصي بضرورة عدم التوسع في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق حتى لا يفقد هذا الشرط أهميته، فالإنهاء يعتبر مشروعاً طالما أنه يرجع إلى عدم صلاحية العامل لممارسة العمل الذي سوف يسند إليه.²⁶

ولا بد من الإشارة أخيراً إلى أنه في حال انتهاء فترة الاختبار دون أن يستعمل طرفي العقد حقه في إنهاء عقد العمل تحت الاختبار، فإن هذا العقد يصبح عقد عمل بات يخضع إنتهائه للقواعد العامة، أي يفقد من تقرر شرط الاختبار لصالحه حقه في إنهاء العقد دون إخطار مسبق ولا تعويض.

ثانياً_ الآثار المترتبة على إنهاء عقد العمل تحت الاختبار

أما بالنسبة للآثار المترتبة على إنهاء عقد العمل تحت الاختبار فيما يتعلق بالتزامات طرفي العقد، فصاحب العمل لا يلتزم إذا ما انقضت مدة الاختبار بأي التزام في مواجهة العامل سوى إعطاء العامل أجره إن لم يكن قد أداه، ومن هنا فلا يجوز للعامل المطالبة بمكافأة نهاية الخدمة عن المدة التي أمضاها، كما لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن

²⁵ شواخ، محمد الأحمد. (2007). التشريعات الاجتماعية_ قانون العمل_ الجزء الأول_ علاقات العمل الفردية. مرجع سابق، ص: 285.

²⁶ شواخ، محمد الأحمد. (2007). التشريعات الاجتماعية_ قانون العمل_ الجزء الأول_ علاقات العمل الفردية. مرجع سابق، ص: 285.

الفسخ إذا كان مبرراً، فالقول بخلاف ذلك يناقض طبيعة عقد العمل تحت الاختبار وغايته.²⁷

أما بالنسبة لالتزامات العامل إذا ما انتهت فترة الاختبار فهي ذات الالتزامات المقررة طبقاً للقواعد العامة في عقد العمل، إذ يلتزم بتسليم أدوات العمل التي بحوزته إذا لم يكن قد سلمها، والمحافظة على أسرار العمل بالإضافة إلى عدم منافسة صاحب العمل في حال كان قد اشترط عليه ذلك في العقد.²⁸

الخاتمة

عقد العمل تحت الاختبار هو عقد عمل بالمعنى الصحيح، غير أنه عقد غير بات الغرض منه إفساح المجال أمام طرفي العقد على ضوء فترة التجربة للاختيار بين المضي قدماً في تنفيذ العقد في حال الرضا عن نتيجة التجربة، أو إنهاء هذا العقد خلال فترة الاختبار في حال عدم نجاح التجربة، وذلك دون التقييد بالقواعد العامة المتعلقة بإنهاء عقد العمل البات، وفي ضوء ما ذكر توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات أبرزها:

²⁷ المصاروة، هيثم حامد، والفضلي، أحمد محمود. (2010). الاتفاق على التجربة في عقود العمل_ دراسة مقارنة. مجلة الحقوق. المجلد السابع. العدد الثاني. كلية الحقوق. جامعة البحرين. ص: 279.

²⁸ المصاروة، هيثم حامد، والفضلي، أحمد محمود. (2010). الاتفاق على التجربة في عقود العمل_ دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص: 280.

أولاً_ النتائج

1. إن إعطاء عقد العمل تحت الاختبار وصفاً قانونياً كان مثار خلاف فقهي طويل أدى إلى ظهور عدة نظريات، ورجح على اعتباره عقد عمل معلق على شرط فاسخ.
2. تحكم عقد العمل تحت الاختبار قواعد خاصة من حيث إبرامه، فهو لا يُبرم باتاً بل ينعقد مؤقتاً، إذ يتأكد المتعاقدان من إمكانية الاستمرار في العلاقة العقدية على أن يتمتع العامل بكافة الحقوق والواجبات التي تكون لغيره من العمال المثبتين.
3. اللجوء إلى فترة الاختبار أمر جوازي، غير أن المشرع ألزم في حال الاتفاق على خضوع العامل لفترة الاختبار أن يحدد هذا الاتفاق في إطار العقد المبرم بين صاحب العمل والعامل.
4. تتمثل خصوصية عقد العمل تحت الاختبار في أن الفائدة من فترة التجربة تتيح لمن تقرررت لمصلحته سواء العامل أم صاحب العمل أم كلاهما من أن يتحلل من العلاقة العقدية في أي وقت خلالها دون مسؤولية طالما كان ذلك بسبب عدم رضاه عن فترة التجربة، وبالتالي يكون لكل طرف في هذه العلاقة أن يتخلص وبشكل انفرادي من علاقة العمل دون أن يعمل في مواجهته القواعد العامة لإنهاء عقد العمل البات.

1. نأمل من المشرع السوري تعديل نص المادة (49) من قانون العمل السوري رقم (17) لعام 2010، وذلك بإضافة عبارة إخطار الطرف الآخر قبل مدة مناسبة خلال فترة التجربة في حال رغب أحد الطرفين بإنهاء عقد العمل تحت الاختبار.
2. النص على ذكر سبب أو مبرر لإنهاء عقد العمل تحت الاختبار حتى لا يتعسف صاحب العمل في استعمال حقه في الإنهاء.
3. نلتمس من المشرع السماح بإعادة الاختبار لدى صاحب العمل نفسه إذا كانت المدة التي انقضت على الاختبار الأول طويلة، أو إذا كان الاختبار بشأن عمل جديد مختلف اختلافاً جوهرياً عن العمل السابق الذي خضع العامل للتجربة بصدده.

قائمة المراجع

أولاً_ الكتب

1. الأحمد، شواخ محمد. (2007). التشريعات الاجتماعية_ قانون العمل_ الجزء الأول_ علاقات العمل الفردية. مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية. منشورات جامعة حلب. كلية الحقوق.
2. الباشا، محمد فاروق. (2005_ 2006). التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، (ط10). منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق.
3. حمدان، حسين عبد اللطيف. (2009). قانون العمل_ دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. منشورات الحلبي الحقوقية.
4. خديج، جورج، (1992). قضايا العمل. (ط1). مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع. بيروت. لبنان.
5. شراره. مجدي عبد الله. (2016) علاقات العمل الفردية. مؤسسة فريدريش ايبرت _ مكتب مصر_ القاهرة: مصر.
6. عبد الرحمن، أحمد شوقي، ورشدي، محمد السعيد. (2009). قانون العمل والتأمينات الاجتماعية. كلية الحقوق. جامعة بنها.
7. كيره، حسن. (1983). أصول قانون العمل_ عقد العمل_. (ط3). منشأة المعارف بالإسكندرية.
8. منصور، محمد حسين، (2010). قانون العمل. (ط1). منشورات الحلبي الحقوقية.

ثانياً_ الأبحاث

1. الخطيب، تمام صفوان. (2018). عقد العمل تحت الاختبار. مجلة
الشريعة والقانون بماليزيا. المجلد: 8. 123_134.
2. زوبة، عز الدين. (2019). خصوصية عقد العمل تحت التجربة في قانون
العمل الجزائري. مجلة العلوم القانونية والسياسية. مج: 10. عدد: 2،
1092_1111.
3. شريف، محمد خير عمار، والشريف، أحمد عمرو. (2022). الأحكام
والقواعد التي تنظم عقد العمل تحت التجربة في القانون الأردني. مجلة
الدراسات الاستراتيجية والبحوث السياسية. مج: 1. عدد: 2، 132_148.
4. القرني، محمد بن علي بن محمد. (2022). تكييف عقد العمل تحت
التجربة والأحكام المنظمة له في نظام العمل السعودي (دراسة تحليلية
مقارنة). مجلة العلوم الإنسانية والإدارية. عدد: 26. الجزء الأول. 69_
89.
5. المصاروة، هيثم حامد، والفضلي، أحمد محمود. (2010). الاتفاق على
التجربة في عقود العمل_ دراسة مقارنة. مجلة الحقوق. مج: 7. عدد: 2.
كلية الحقوق. جامعة البحرين. 255_286.

ثالثاً_ الرسائل الجامعية

1. بلوداء، نعيمة، وميسوم، نسرين. (2017/2016). فترة التجربة في قانون العمل
الجزائري. رسالة ماجستير. جامعة مولود معمري. كلية الحقوق والعلوم
السياسية. قسم القانون. ص: 39.

رابعاً_ القوانين والأنظمة

1. قانون العمل السوري رقم (17) لعام 2010.
2. قانون العمل العراقي رقم (37) لعام 2015.
3. نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) لعام 2005،
والمعدل بالمرسوم الملكي رقم (م/24) لعام 2012، والمعدل بالمرسوم الملكي
رقم (م/46) لعام 2015.

خامساً_ المراجع الأجنبية

1. A. Dusart C. Tremeau. Le droit et l'Entreprise. Droit du travail et droit social. Foucher. Paris. 1985.

أحكام المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد في القانون الدولي

مؤيد عيسى^{1*} ، د. نور الدين خازم² ، د. احمد العمر³

¹ طالب دكتوراه، قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة دمشق
(moaed.eisaa41500@damascusuniversity.edu.sy) .

² الأستاذ في قسم القانون الدولي، كلية الحقوق ، جامعة دمشق.

² المدرس في قسم القانون الدولي، كلية الحقوق ، جامعة دمشق.

الملخص:

لم يعد مقبولاً في ظل القانون الدولي المعاصر أن تمر الجرائم التي تنطوي على انتهاك لأحكامه وقواعده، والتي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره دون مساءلة ومحاكمة ومعاقبة مرتكبيها، و أياً كان صفتهم الرسمية ، فقد كان لما شهدته البشرية خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية من ارتكاب أبشع وأفظع الجرائم التي راح ضحيتها ملايين من الرجال والنساء والأطفال، والتي أفزعت الضمير الإنساني أثر بالغ الأهمية في دفع وتحفيز المجتمع الدولي على التحرك بجدية و اتخاذ الخطوات الحقيقية لمحاكمة ومعاقبة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى محكمتي نورمبرج وطوكيو إلا أنهما شكلتا أساساً هاماً لإقرار المسؤولية الدولية الجزائية الفردية عن ارتكاب الجرائم الدولية، وإنشاء محاكم دولية لمحاكمة ومعاقبة المسؤولين الأفراد عنها. وفي هذا البحث سلطنا الضوء على الأحكام العامة للمسؤولية الدولية الجزائية للأفراد، وكذلك على القواعد الموضوعية الخاصة بهذه المسؤولية وفقاً لأحكام نظام المحكمة الجنائية الدولية، وتوصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات.

الكلمات المفتاحية: الأحكام - المسؤولية - الجنائية - الأفراد - القانون الدولي.

The provisions criminal responsibility of individuals in international law

summary

It is no longer acceptable under contemporary international law for crimes that violate its provisions and rules, and which raise the concern of the entire international community, to go without accountability, trial, and punishment of their perpetrators, regardless of their official status, as humanity witnessed during the First and Second World Wars was... The commission of the most heinous and heinous crimes that claimed the lives of millions of men, women and children, which horrified the human conscience, had a very important effect in pushing and motivating the international community to move seriously and take real steps to prosecute and punish those responsible for committing international crimes. Despite the criticism directed at the Nuremberg and Tokyo tribunals, They formed an important basis for establishing individual criminal responsibility for committing international crimes, and establishing international courts to try and punish individuals responsible for them. In this research, we shed light on the general provisions of the international criminal responsibility of individuals, as well as on the specific substantive rules of this responsibility in accordance with the provisions of the International Criminal Court system, and we arrived at a set of results and proposals

.Keywords: provisions – criminal- liability - individuals - international law.

المقدمة:

بقي الفرد مدة من الزمن خارج نطاق أحكام القانون الدولي العام لعدة اعتبارات وحجج، أبرزها اعتبار الفرد ليس من أشخاص المجتمع الدولي، وأن القانون الدولي يخاطب الدولة بصفته الشخص الأكثر أهمية في المجتمع الدولي. وإن النظام القانوني الدولي كسائر الأنظمة القانونية، يفرض على أشخاصه الالتزامات، ويمنح الحقوق، وبناء على ذلك يترتب على الدولة في حال إخلالها بالواجبات الملقاة على عاتقها المسؤولية الدولية، وفي ظل تطور مفهوم سيادة الدولة، وزيادة الاهتمام بالأفراد وحقوقهم، وإقرار المبدأ العام بأن لا عقوبة بدون مسؤولية، فإن الفقه والقانون الدولي اعترف بوجود المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد لمعاقبة ومحاكمة منتهكي قواعد المجتمع الدولي بأسره، وبما أنه يعد الأفراد أعضاء في (الدولة)، والذي يحملهم الالتزامات في حالة انتهاك القواعد القانونية، وكذلك يمنحهم الحقوق التي تضمن لهم العيش داخل حدود دولتهم، فما هو الحال في حال انتهاك الأفراد قواعد قانونية دولية.

إشكالية البحث:

تتجلى إشكالية البحث الرئيسة في: ما هي الأحكام العامة والخاصة للمسؤولية الجزائية الدولية للأفراد؟، ولا سيما معرفة ماهي كيفية تطبيق المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد في القانون الدولي، وتحديد ماهية الجرائم الدولية التي نص عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وآليات المعاقبة عليها؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدد من التساؤلات التالية:

1- ما هو مفهوم وأسس المسؤولية الدولية الجزائية الفردية في الفقه والعمل الدولي؟

2- ماهي الجرائم الدولية المستوجبة للمسؤولية الدولية الجزائية عن انتهاكات حقوق الإنسان؟

3- ماهي موانع المسؤولية الجزائية الفردية الدولية؟

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا البحث من كونه يسعى إلى توفير مزيد من النتائج القانونية التي تترتب على تطبيق المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد في القانون الدولي، وبالتالي معرفة حدود النظام القانوني لتطبيقات هذه المسؤولية الدولية لما له من أثر كبير في تطبيق كل من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجزائي.

هدف البحث:

توضيح أحكام المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد طبقاً لقواعد القانون الدولي الجزائي، والتعرف على مجتو الانتهاكات الجسيمة التي تشكل جرائم دولية وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي يشكل ارتكابها أساس هذه المسؤولية.

منهج البحث:

سنتبع المنهج الوصفي لبيان مفهوم المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد بشكل خاص من خلال تحديد مكانة الفرد في المجتمع الدولي، بالإضافة لبيان دور المحكمة الجنائية الدولية في تحديد القواعد الموضوعية النازمة لهذه المسؤولية.

خطة البحث:

المطلب الأول: الأحكام العامة للمسؤولية الجزائية الدولية للأفراد.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة للمسؤولية الجزائية الدولية للأفراد.

المطلب الأول**الأحكام العامة للمسؤولية الجزائية الدولية للأفراد**

يُعد الأفراد بصفته الطبيعية أعضاء المجتمع الداخلي (الدولة)، الذي يحملهم الالتزامات في حالة انتهاك القواعد القانونية، ويمنحهم الحقوق التي تضمن لهم العيش داخل حدود دولتهم، ولكن ما القانون الذي يطبق في حال انتهاك الأفراد قواعد قانونية دولية؟ فهل يطبق عليهم القانون الداخلي أم الدولي؟ وهذا ما ستقوم الدراسة ببيانه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول: يبحث المسؤولية الدولية الجزائية الفردية في الفقه والعمل الدولي، وأما الثاني: يقدم أسس المسؤولية الدولية الجزائية في المفهوم الحديث.

الفرع الأول

المسؤولية الدولية الجزائية الفردية في الفقه والعمل الدولي

نجد أن الفقه، والقانون قد اهتمتا بفكرة المسؤولية الدولية وعملا على تقنين قواعدها بهدف ألا تمر جريمة دولية دون عقاب أو محاكمة، ولكن مفهوم المسؤولية الدولية الجزائية بوضعه الحالي قد كان له مسار طويل، وستقوم بالتعرض لكل هذا بإيجاز فيما يلي:

أولاً: تكريس المسؤولية الدولية الجزائية الفردية في القانون الدولي الإنساني:

إن القانون الدولي الجزائي يدخل في إطاره الاعتراف بالمسؤولية الدولية الجزائية للأفراد، أما القانون الدولي الإنساني فيدخل في إطاره هو الآخر المسؤولية الدولية الجزائية للأفراد، وهي المسؤولية الناتجة عن انتهاكات قواعد هذا القانون. والقانون الدولي الإنساني الذي تترتب عليه المسؤولية الدولية الجزائية الفردية، ينطوي على نطاقين: النطاق المادي والنطاق الشخصي، فأما النطاق المادي فيهتم في أنواع النزاعات التي يمكن أن تترتب عليها انتهاكات في القانون الدولي الإنساني والتي يترتب عليها كذلك

المسؤولية الجزائية الدولية للفرد، أما النطاق الشخصي فيهتم في فئات الأشخاص الذين ينطبق عليهم القانون الدولي الإنساني (1).

وقد كرس القانون الدولي الإنساني المسؤولية الجزائية للأفراد وذلك بالنص على الجرائم التي تعتبر ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرمها ونص على معاقبتها.

ثانياً: تكريس المسؤولية الدولية الجزائية الفردية في المعاهدات الدولية:

يلزم الإشارة لمعاهدة باريس (1856) التي قررت تجريم الأفراد وتحميلهم المسؤولية عما ارتكبه من أعمال قرصنة بحرية دون اللجوء إلى تجريم دولهم ثم اتبعتها معاهدة برلين (1885) التي قضت بإقامة المسؤولية الفردية عمن يرتكب أعمال العبودية وكانت بدايات نشوء المسؤولية الجزائية الفردية الدولية من خلال معاهدة فرساي (1919)، فعند انتهاك قواعد وأعراف الحرب تتجسد المسؤولية الفردية الجزائية على الرغم من أنها لم تنشأ محكمة دولية جزائية بعد في ذلك الوقت (2).

ثالثاً: الاتجاهات الفقهية من المسؤولية الجزائية الدولية للأفراد:

ثار خلاف بين الفقهاء حول تحديد المسؤول عن ارتكاب الجريمة الدولية، وانقسموا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات أساسية:

(1) نظيرة، ادريس خوجة. (2022). النظام القانوني للمسؤولية الدولية الجنائية للأفراد في إطار القانون الدولي الإنساني، مجلة الحوار المتوسطي، المجلد 13، العدد 1، الجزائر، ص 102.
(2) صفوان، صفوان خليل. المسؤولية الجنائية للفرد وفقاً لقواعد القانون الدولي، Platform.almanhal.com تاريخ الدخول في 2024/4/2م.

1- الاتجاه المؤيد لتقرير المسؤولية الجزائية الدولية على الدول لوحدها.

يستند في رأيه إلى المذهب التقليدي، الذي أغفل التطورات المستحدثة للمتغيرات الدولية، إذ يرى بأن القانون الدولي يخاطب دولاً فقط، وهي التي يقع على عاتقها الالتزامات الدولية، كما أن الدولة هي الشخص القانوني الوحيد القادر على ارتكاب جريمة دولية حيث استندوا إلى نص المادة (3) من اتفاقية لاهاي لعام 1907 و التي تقضي بـ " التزام الطرف المحارب الذي يخالف قواعد الاتفاقية بالتعويض إذا كان هنالك محل لذلك، ويكون مسؤولاً عن جميع الأعمال التي ارتكابها أشخاص تابعون للقوات المسلحة التابعة له"، فهذا النص السابق يؤكد على مسؤولية الدولة عن الأعمال التي تشكل انتهاكاً وخرقاً للاتفاقية (1).

وأن الفرد يخضع لنظام قانوني داخلي (وطني) هو من يقوم بمحاكمته ومعاقبته في حال إخلاله بأحكام القانون الوطني²، بالإضافة إلى أن الفرد الطبيعي غير مسؤول جنائياً لأن خضوع الشخص الطبيعي لنظامين قانونيين في نفس الوقت - أي القانون الداخلي والقانون الدولي - لا يمكن تصوره ومن ثم فإنه من العسير تقرير المسؤولية الدولية للأفراد في الوقت الحاضر، وعليه فإن الدولة تكون وحدها هي المسؤولة جنائياً عن الجرائم الدولية، ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه (فيبر)⁽³⁾.

(1) أبو رجب، محمد. (2011). المسؤولية الجنائية لدولية للقادة، الطبعة الاولى، ص116.

(2) المرجع السابق، ص119.

(3) الفار، عبد الواحد، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مرجع سابق، ص29.

تعرض هذا الاتجاه لانتقادات كثيرة أهمها أن المسؤولية الدولية الجزائية تتعارض مع فكرة السيادة فأخضاع الدول لقواعد القانون الدولي الجزائي يقيد تصرفاتها وأعمالها المشروعة وغير المشروعة فهي تحت المراقبة الدولية، وأي انتهاك للقواعد والأحكام الدولية يجعل الدول محلاً للمحاكمة والعقوبة الجزائية بالإضافة إلى عدم إمكانية مسائلة الدول جنائياً باعتبارها شخص معنوي تفتقر للعنصر المعنوي (الإرادة) اللازمة لارتكاب جرم، وهذا يعني أن العقوبة لا تقع إلا على الشخص الطبيعي؛ لأنه يتمتع بركني العلم والإرادة ويعني العلم بارتكاب فعل غير مشروع مخالف لقانون إلا أنه يريد ارتكابه، كما أن الشخص المعنوي لا يمكن أن يتلقى عقوبة الحبس أو الإعدام _ العقوبات السالبة للحرية، بالإضافة أن توقيع العقوبة الجنائية على الدول يتنافى مع شخصية العقوبة؛ لأنه سيتأثر باقي مواطني الدولة الذين هم بشخصهم لم يرتكبوا أي جرم، وعليه فإن هذا الاتجاه لم يعد جديراً بالاعتماد أو حتى الاعتداد به في فقه القانون الدولي الحديث⁽¹⁾.

2- الاتجاه المؤيد لاقْتِصَارِ الْمَسْئُولِيَةِ الْدَوْلِيَةِ الْجَزَائِيَةِ عَلَى الْأَشْخَاصِ الطَّبِيعِيِّينَ

دون الدول:

وهو نقيض الاتجاه السابق وهو السائد في الفقه الدولي المعاصر، إذ أن الواقع الوحيد هو وجود الفرد²، و أن الدولة تتكون من جماعات الأفراد ، فالمسؤولية الجنائية لا يمكن أن

(1) فرحات، أكرم حسام. (2014). المسؤولية الدولية في إطار عمليات حفظ السلام في إفريقيا، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع عمان، الأردن، ص107-108.

² <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S1560775500059782a.pdf>

تقع إلا على أشخاص طبيعيين لهم إرادة و قصد جرمي والذين يتصرفون باسم الدولة و لحسابها ، ومساءلة الأفراد يعد في ذات الوقت مساءلة للدولة التي يحملون جنسيتها، فالدولة لا وجود لها باعتبارها كائن مجرد من وهم خيال الفقهاء، وبررتها ضرورات الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ومن المتعذر أن تترتب المسؤولية الجنائية الدولية على الدولة لأن العقوبات الدولية التي تفرض إذا كان القانون الدولي يجرم هذا الفعل ويقرر العقاب فهي في اغلبها جزاءات مالية واقتصادية، كالامتناع عن تقديم المواد الأولية، والسلع للدولة -وبذلك لا تشكل جزاء يضمن من خلاله ردع ارتكاب الجرائم الدولية⁽¹⁾.

وقد أخذ على هذا الاتجاه؛ أن القول بمسؤولية الفرد وحده يجعل الدول بمنأى عن العقاب وذلك من خلال التضحية بعدد من أفرادها للمحاكمة الدولية كمسؤولين عن الجرائم الدولية، وبالتالي لا تحاكم الدول عن أي جريمة دولية ترتكبها بل يحاكم فرد من أفراد هذه الدولة على أساس انه هو من يمثلها.

3- الاتجاه المزدوج للمسؤولية الدولية الجزائية بين الدولة والفرد:

وفقاً لهذا الاتجاه إن الدولة شخص معنوي تباشر أعمالها عن طريق أفراد حقيقتين يمثلونها، وأن الفرد مرتكب الجرم يُسأل عن مخالفة القواعد الدولية التي يقوم بها لمصلحة

(1) هيكل، أمجد. (2009). المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص117.

دولته حامل جنسيتها، ويخلص الحديث بأن المسؤولية الجنائية ينشأ عنها مسؤولية جماعية للدولة المنتهكة القواعد الدولية، و مسؤولية فردية للأفراد الطبيعيين الذين ارتكبوا الأفعال الجرمية، واخذ بهذا الاتجاه العديد من فقهاء القانون الدولي، وعلى رأسهم الفقيه الروماني (بليه)⁽¹⁾.

فنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يخاطب بأحكامه الأفراد وليس الدول فقد نصت المادة (1) منه " وتكون المحكمة هيئة دائمة لها سلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص ... " ، أما المادة (1/25) فقد حددت بالضبط على من تمارس هذه المحكمة اختصاصها إذ تنص على " يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي " ، أما الفقرة (2) من هذه المادة فقد قررت مسؤولية الأفراد عن الجرائم المرتكبة ضمن إطار اختصاص هذه المحكمة إذ تنص على " الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضة للعقاب وفقاً لهذا النظام الأساسي " ، و جاء ذلك كله لضمان معاقبة الفرد الطبيعي عن الجرائم المقترفة بحق الإنسانية بما يسببه من تهديد للأمن و السلم الدوليين²، و لكن وجب التنويه أنه لا يجوز أن تتخلص الدولة من المسؤولية نتيجة أي انتهاك للقواعد و

(¹) العنبيكي، نزار. (2019). محاضرات أُلقيت على طلبية الماجستير في القانون العام، القانون الدولي الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

² M.Charif Bassiouni, the statute of the international criminal court : A Documentary History, Transitional publishers, New York, 1998,p5.

الإحكام الدولية بإلقاء تبعاتها على الأفراد⁽¹⁾، ونجد أن المادة (4/25) من نظام روما الأساسي قد سارت في نفس هذا الاتجاه ؛ إذ تنص على "لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي"⁽²⁾.

ومما تقدم أن القانون الدولي المعاصر أقر بأن الفرد دخل عداد أشخاص القانون الدولي وفي مقابل حقوقه يفرض عليه واجبات ويحمله مسؤوليات دولية عندما يخالف قواعد القانون الدولي، فمن هذا المنطلق يمكن توجيه أو إسناد المسؤولية الدولية الجزائية للفرد وفقاً للقانون الدولي الجزائي والقانون الدولي الإنساني⁽³⁾.

(¹) العبيدي، بشرى سلمان حسين. (2009). الانتهاكات الجنائية للحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 99-112.

(²) مراجعة القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 1993/9/13 في النزاع القائم بين البوسنة والهرسك وجمهورية يوغسلافيا الاتحادية (صربيا والجبل الأسود) حول تطبيق اتفاقية الإبادة الجماعية يتبين أن المحكمة كانت قد أصدرت أمراً تحفظياً بتاريخ 1993/3/20 وأكدته في 1993/9/13 يقضي بالطلب من جمهورية يوغسلافيا الاتحادية قضت بالوفاء بالتزاماتها بموجب الاتفاقية واتخاذ جميع الإجراءات ضمن سلطتها لمنع جريمة الإبادة. أي أن المحكمة قد خاطبت السلطة السياسية اليوغسلافية وليس أفراداً بعينهم مما يؤكد مسؤولية الدولة عن أفعال الإبادة الجماعية.

(³) أبو رجب، محمد صلاح، المسؤولية الجنائية للقادة، مرجع سابق، ص 127.

الفرع الثاني

أسس المسؤولية الدولية في المفهوم الحديث

تُعد المسؤولية الدولية من مقتضيات المبادئ العامة للقانون الدولي لأنه من الطبيعي أن يسأل أشخاص القانون الدولي عما يرتكبونه من انتهاكات لأحكام القانون الدولي دون أي تفريق بين الدول والمنظمات الدولية، أو حتى الشخص الطبيعي (الفرد)، فالأساس هو الردع، وإنزال العقوبة على منتهكي القواعد الدولية، فهي وسيلة قانونية للحفاظ على قواعد القانون الدولي. واتجه الفقه إلى تحديد مفهوم المسؤولية الدولية بشكل يجمع أشخاص القانون الدولي ليس فقط الدولة خلافاً عن المذهب التقليدي الذي كان يرمي إلى أن الدولة هي الشخص الوحيد المخاطب بإحكام وقواعد القانون الدولي، فعرفها تماشياً مع المذهب الحديث بأنها: " الجزء القانوني الذي يرتبه القانون على أحد أشخاصه نتيجة عدم احترام أحد أشخاص هذا القانون لالتزاماته الدولية"⁽¹⁾.

في حين عرف معهد القانون الدولي المسؤولية الدولية على أنها: " تسأل الدولة عن كل فعل أو امتناع يتنافى مع التزاماتها الدولية أياً كانت سلطة الدولة التي أُنشئت تأسيسية كانت أو قضائية أو تنفيذية".

(1) الطراونة، مخلص، القانون الدولي العام، دار وائل للنشر وتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الاردن، 2017، ص329.

في حين اتفاقية (لاهاي) بينت المسؤولية الدولية بشكل خاص حين قالت: "الدولة التي تخل بإحكام هذه الاتفاقية تلتزم بالتعويض أن كان لذلك محل وتكون مسؤولة عن كل الأفعال التي تقع من أي فرد من أفراد قواتها المسلحة"⁽¹⁾.

في حين الفقيه (بيلا) عرفها بأنها: " فعل أو امتناع عن فعل معاقب عليه باسم الجماعة الدولية"⁽²⁾.

وأما الفقيه (روسو) فعرّفها على أنها: " وضع قانوني بمقتضاه تلتزم الدولة المنسوب إليها ارتكاب عمل غير مشروع وفقا للقانون الدولي بتعويض الدولة التي وقع هذا العمل في مواجهتها"⁽³⁾.

وقال الدكتور عبد الواحد الفار أن الجريمة الدولية " فعل أو امتناع يعد مخالفة جسيمة لإحكام ومبادئ القانون الدولي، ويكون من شأنه إحداث الاضطراب في الأمن والنظام العام الدولي، والمساس بالمصالح الأساسية والإنسانية للجماعة الدولية وأفراد الجنس البشري، مما يستوجب معه المسؤولية الدولية " ⁽⁴⁾.

(1) اتفاقية لاهاي، 1907م.

(2) مقل، مصباح جمال. (2011). الموظف الدولي ومدى مسؤولية المنظمة الدولية عن إعماله، دار النهضة العربية، القاهرة، ص129.

(3) هيكل، أمجد، المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص105.

(4) الفار، عبد الواحد. (1995). الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، 1995، ص40.

ومن خلال استعراض التعاريف السابقة تعرف الدراسة المسؤولية الدولية على أنها:

"تلك المسؤولية التي تترتب على شخص من أشخاص القانون الدولي نتيجة سلوك غير مشروع دولياً يؤدي إلى إحداث ضرر يلحق بأحد أشخاص القانون الدولي، ويترتب عليها إيقاع الجزاء المنصوص عليه في القواعد الدولية واجبة التطبيق في الحالة المعروضة".

وتقسم المسؤولية الدولية إلى قسمين أيضاً: مسؤولية دولية مباشرة، تنشأ بانتهاك أو إخلال مباشرة من جانب دولة بالتزامات دولية، أو مسؤولية دولية غير مباشرة؛ فتنشأ عندما تتحمل دولة ما المسؤولية الدولية المترتبة على دولة أخرى؛ بسبب انتهاك الأخيرة قواعد القانون الدولي، وهذه المسؤولية تتطلب وتشتت توافر علاقة قانونية خاصة بين الدولتين المعنيتين، وتتواجد هذه العلاقة في حالات الدولة الحامية أو المنتدبة أو صاحبة الوصاية؛ لأنها تدير العلاقات الدولية للإقليم، ومن ثم تتصرف المسؤولية للدولة الحامية أو المنتدبة أو صاحبة الوصاية، وإذا كانت الدولة ناقصة السيادة تملك حق ممارسة بعض التصرفات القانونية الدولية فإنه يمكن مساءلتها في حدود المسائل التي تملك حرية إدارتها⁽¹⁾.

(1) نقلا عن الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية و الإستراتيجية، 2019/6/8، المسؤولية الدولية، إطلاع الباحث على الانترنت 2024 /3/16.

وبالنتيجة فإن للمسؤولية الدولية ثلاثة أركان أو شروط للحديث عن قيام حالة من حالات المسؤولية الدولية بحق أشخاص القانون الدولي وفقاً لقرار لجنة القانون الدولي في المادة (الأولى) من مشروعها التي تقضي بما يلي: (1)

أولاً: يشترط أن يكون هنالك فعل أو نشاط ايجابي كان أم سلبي غير مشروع دولياً، فلا يتصور وجود جريمة إذا كان السلوك مشروعاً ولا يوجد ما يجرمه قانوناً، وتحديد مشروعية الفعل يعود للقانون الدولي وليس الداخلي (2).

ثانياً: أن يكون هذا النشاط غير المشروع منسوب إلى أحد أشخاص القانون الدولي.

ثالثاً: أن يترتب على الفعل ضرر لأحد أشخاص القانون الدولي أو المساس بالمصلحة الدولية محل الحماية الجنائية في القانون الدولي الجزائي وهذا ما يعرف عنه بالركن الدولي؛ ويلزم قيام رابطة سببية بين الضرر والفعل غير المشروع (3).

وأختلف فقهاء القانون الدولي في تحديد النظريات في أساس المسؤولية الدولية إذ كان من المسلم به أن الدولة هي الشخص الدولي الوحيد والرئيس في ميدان المسؤولية

(1) البلوشي، عمر بن عبد الله بن سعيد. (2008) مشروعية أسلحة الدمار الشامل وفقاً لقواعد القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ص176.

(2) العسلي، عصام. (1998). دراسات دولية، منشورات اتحاد كتاب العرب، ص58.

(3) ظاهر، عبد اللطيف. (2016). المسؤولية الدولية المترتبة على منع الاحتلال الإسرائيلي عودة اللاجئين الفلسطينيين، (رسالة ماجستير)، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، غزة، ص23-25.

الدولية، فضلاً عن أن الدولة تسال عن أعمال سلطتها، وعن أفعال أفرادها العاديين، والمقيمين على إقليمها، إلا أن المنظمات الدولية ظهرت وهي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية لتكون أهلاً لتحمل المسؤولية الدولية.

فانقسم الفقهاء الدوليين بهذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول **نظرية الخطأ** حيث لا تترتب المسؤولية ما لم يصدر عن الشخص الدولي فعل خاطئ يضر غيره من الأشخاص الدوليين، فالدولة تُسأل عن تصرفات رعاياها إذا نُسب خطأ أو إهمال إلى الدولة ذاتها فتنشأ مسؤوليتها عندئذ على أساس اشتراكها في وقوع الضرر نتيجة إهمالها في الحيلولة دون وقع التصرف الخاطئ عن أحد رعاياها أو لأنها أجازت هذا التصرف بأي شكل من الأشكال بامتناعها عن معاقبة المخطئ أو بتمكينه من الإفلات من العقاب، ولاقت هذه النظرية والتي عرفت بنظرية **الخطأ**⁽¹⁾ قبولاً واسعاً من الفقه الدولي القديم وإذا ما زالت هذه النظرية صالحة لتأسيس المسؤولية الدولية في بعض الحالات إلا أنها لم تعد أساساً وحيداً للمسؤولية الدولية.

أما الاتجاه الثاني ظهور **نظرية العمل غير المشروع**⁽²⁾ أي الفعل الذي يعد انتهاكاً للالتزامات، الذي نص عليها القانون الدولي ولذلك يشترط توافر عنصرين لإثارة المسؤولية الدولية: أولهما نسبة الواقعة إلى أحد أشخاص القانون الدولي، وثانيها أن تكون

(1) الطراونة، مخد، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص331.

(2) المرجع السابق، ص334.

الواقعة في ذاتها مخالفة لالتزام دولي يقع على عاتق الشخص الدولي، ولكن نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي في العلاقات الدولية وبسبب صعوبة إثبات الخطأ أو لأن الفعل مشروع ، تبنى الفقه نظرية أخيرة وهي نظرية تحمل التبعة أو المخاطر⁽¹⁾ إذ تكتفي بحدوث الضرر وقيام علاقة سببية.

المطلب الثاني

الأحكام الخاصة للمسؤولية الجزائية الدولية للأفراد

أنشأ المجتمع الدولي هيئات دولية كان خرها المحكمة الجنائية الدولية لأجل مساءلة الأفراد عن أفعالهم التي تسببت في ارتكاب جرائم دولية بلغت حداً من الفظاعة والقسوة، وأدت إلى قتل الملايين من البشر، وسنتناول في هذا المطلب مفاهيم الجرائم الدولية الخاضعة لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية وفقاً لنظامها الأساسي الصادر عام 1998 في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني يتناول الباحث موانع المسؤولية الجنائية الفردية.

(¹) المرجع السابق، ص336.

الفرع الأول

الجرائم الدولية المستوجبة للمسؤولية الدولية الجزائية للأفراد

نصت المادة (25)⁽¹⁾ من النظام الأساسي بأن يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وإن الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل من اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية، وعرضة للعقاب وأنه يُسأل جنائياً عن أية جريمة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية حال قيام هذا الشخص بارتكاب هذه الجريمة بصفته الفردية أو بالاشتراك مع آخر أو عن طريق آخر، وقد حددت المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الاختصاص الأصيل للمحكمة بالجرائم الأشد خطورة التي تثير قلق وخوف المجتمع الدولي، وهي أربع جرائم دولية فقط⁽²⁾. وبالتالي فأنتني سأتناول مفهوم كل جريمة بشكل منفرد بالترتيب التالي:

1 _ جريمة الإبادة الجماعية: تبنى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعريف جريمة الإبادة الجماعية، وإذ نص في المادة (6)⁽³⁾ منه على ما يلي: " أي فعل من الأفعال التالية يترتب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو دينية بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً:

(1) انظر المادة (25)، نظام المحكمة الجنائية الدولية.

(2) مشورب، إبراهيم. (2013). القانون الدولي العام، دار المنهل اللبناني، لبنان، ص 236.

(3) انظر المادة (6)، نظام المحكمة الجنائية الدولية.

(أ) قتل أفراد الجماعة؛

(ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة؛

(ج) إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً؛

(د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.

(هـ) نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى".

وبذلك ينطوي جرم الإبادة الجماعية على أفعال تؤدي في النهاية إلى استئصال الجنس البشري من الوجود، ونشير هنا إلى إن مشروع النظام الأساسي أخذ بتعريف جريمة الإبادة الجماعية كما نص عليها في اتفاقية منع جريمة إبادة الأجناس، والمعاقبة عليها لعام (1948)⁽¹⁾، التي تعد المرجعية الشرعية التي استلهم منها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية النصوص المتعلقة بجرائم الإبادة الجماعية لأي جنس من الأجناس.

2- الجرائم ضد الإنسانية: اهتمت المواثيق الدولية بتوضيح الجرائم ضد الإنسانية، وقد ظهر بعد الحرب العالمية الأولى مصطلح "الجرائم التي ترتكب ضد القوانين الإنسانية"، وهو مصطلح ورد في ديباجة اتفاقية لاهاي لعام 1907م. وجرائم ضد الإنسانية ذكرت

(1) نتيجة لما تم ارتكابه في الحرب العالمية الثانية من فظائع، فقد تحرك المجتمع الدولي باتجاه تجريم الإبادة الجماعية، من خلال النص على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، ولعل من أبرز ما جاء فيها أنها أعلنت أن الإبادة الجماعية جريمة بمقتضى القانون الدولي، وتتعارض مع روح الأمم المتحدة وأهدافها وبيدنها العالم المتمدن وقد حددت هذه الاتفاقية صور وأركان جريمة الإبادة الجماعية وكافة الأحكام المتعلقة بها، كما نصت المادة الثالثة منها على معاقبة كل من يقوم بأفعال الإبادة الجماعية أو التآمر على ارتكابها أو التحريض المباشر والعلني أو محاولة الاشتراك منها.

في مدونة مشروع الجرائم ضد أمن وسلامة البشرية عام 1991 تحت عنوان انتهاكات حقوق الإنسان بصورة منتظمة وعلى نطاق واسع.

ونلاحظ أن الجرائم ضد الإنسانية تقسم إلى قسمين من الجرائم هما:

(1) الجرائم غير الإنسانية التي تتمثل بالقتل العمد والإبادة والاسترقاق والإبعاد وأي فعل لا إنساني ضد جماعة من السكان.

(2) الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية أو ثقافية.

وتبنى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعريف الجرائم ضد الإنسانية في المادة (1/7)⁽¹⁾ منه بأنها: " أي فعل من الأفعال التالية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين وعلى علم بالهجوم".

ونرى أنه يلزم توافر ثلاثة شروط عامة لتكثيف الأفعال الواردة في المادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأنها جرائم ضد الإنسانية، أولاً اشتراط ارتكابها بشكل منهجي بموجب خطة سياسية عامة متعمدة وليس بصورة عشوائية، ثانياً أن تكون هذه الأفعال موجهة ضد مجموعة من السكان بالإضافة إلى علم الفاعل بالإطار السياسي والقانوني التي ارتكبت به أفعاله.

(1) انظر المادة (7)، نظام المحكمة الجنائية الدولية.

3 _ جرائم الحرب: قد عرفت المادة (8/2)⁽¹⁾ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية " جرائم الحرب " وقسمتها إلى أربع فئات وهي:

أ) الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف 12/ آب / 1949.

ب) الانتهاكات الجسيمة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة ذات الطابع الدولي.

ج) الانتهاكات الجسيمة للمادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة 12/

آب/ 1949 وفي حالة وقوع نزاع مسلح غير ذي طابع دولي.

د) الانتهاكات الجسيمة الأخرى للقوانين والأعراف السارية التي تنطبق في المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي العام.

فنصت المادة (5)⁽²⁾ من نظام روما الأساسي على امتداد اختصاص المحكمة الجنائية

الدولية إلى جرائم الحرب ، ثم حددت الأفعال المكونة لها في المادة الثامنة من النظام

نفسه ليضع تمييزاً بين أفعال جرائم الحرب التي ترتكب في النزاعات الدولية المسلحة في

الفرع (أ و ب)، وتلك التي تقع في النزاعات الداخلية المسلحة في الفرع (ج و د).

(1) انظر المادة (8)، نظام المحكمة الجنائية الدولية.¹

(2) انظر المادة (5)، نظام المحكمة الجنائية الدولية.

4_ جريمة العدوان: إن إشكالية تعريف العدوان لم تكن موجودة قبل إنشاء منظمة الأمم

المتحدة؛ لان العدوان (القوة المسلحة) لم يكن يعد جريمة دولية بالأساس آنذاك، وكان ميثاق الأمم المتحدة ينادي بالمبادئ والأهداف الإنسانية للمحافظة على الأمن والسلم الدوليين وإنهاء الحروب العدوانية إلا أنها كانت الجهة الوحيدة التي نجحت بوضع مفهوم للجريمة " جريمة العدوان" بموجب قرار صادر من الجمعية العامة رقم (3314) الصادر في 14- ديسمبر - 1974 م " بأنها يتمثل في استخدام القوة المسلحة بواسطة دولة ضد السيادة أو السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى أو بأي شكل آخر يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة " لكن اخذ على هذا القرار بأنه عالج مصطلح " جريمة العدوان" التي ترتكب من جانب الدول ولا يعالجها في ما إذا ارتكبتها الأفراد بالإضافة إلى عدم فائدة هذا القرار فوجوده كعدمه لكثرة الحروب وجرائم العدوان ، لكن مع ظهور القضاء الدولي الجنائي أوجد مفهوم للجريمة " جريمة العدوان" أو كما كانت تسمى من قبل "الجريمة ضد السلم" في المحاكم العسكرية الدولية لكل من نورمبيرج و طوكيو⁽¹⁾.

(1) د.عثمان، احمد عبد الحكيم، الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي و الشريعة الإسلامية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص87.

الفرع الثاني

موانع المسؤولية الجزائية الفردية الدولية

يقرر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بقواعده العامة أسباب الامتناع عن المسؤولية الدولية الجزائية الفردية وذلك في نص المادة (31) منه. وبذلك يعد أول من قرر صراحة كحكم دولي وكقاعدة قانونية دولية الأسباب التي تمنع المسؤولية الجزائية الدولية عن الأفراد.

أولاً: القصور العقلي:

أن نظام روما الأساسي قد نص في الفقرة الأولى من المادة (31/أ) على أنه: "لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك الجرمي يعاني مرضاً أو قصوراً عقلياً يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتماشى مع مقتضيات القانون"، ويقصد بالقصور العقلي كما ورد في النظام الأساسي للمحكمة، كل اضطراب عقلي يصيب الأشخاص ويؤثر على جهازهم العصبي، فتؤدي إلى انحراف المصاب عن نشاطه الطبيعي المعتاد. إذاً فشرط امتناع المسؤولية لحالة القصور العقلي هي:

1- فقدان الجاني قدرته على التمييز أو حرية الاختيار.

2- بالإضافة إلى شرط معاصرة القصور العقلي عند ارتكاب الجريمة الدولية، وهذه

الشروط منصوص عليها صراحة في نظام المحكمة الجنائية الدولية (1).

وبمفهوم المخالفة إذا كان الشخص فاقداً للإدراك والاختيار قبل أو حتى بعد ارتكاب الجريمة الدولية، لكنه كان متمتعاً بالشعور والاختيار لحظة ارتكاب ووقوع الجريمة فإنه يسأل جنائياً وبالنتيجة يترتب على توافر الشروط السابقة مجتمعة امتناع المسؤولية الجنائية الفردية الدولية، واستحالة إيقاع أي عقاب عليه، وبمجرد إثبات حالة القصور العقلي فإن السلطات الدولية يجب أن توقف السير في الدعوى الجنائية (2).

ثانياً: صغر السن:

يعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية صغر السن مانع من موانع المسؤولية الدولية الجزائية للفرد، إذ نصت المادة (26) من نظام روما الأساسي على أنه: " لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن 18 عاماً وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه".

وحسب هذا النص فلا يمكن أن يكون متهما من هو دون الثامنة عشر أمام المحكمة الجنائية الدولية، وإنما المتهم أمامها هو كل شخص بلغ الثامنة عشر فما فوقها، المراد

(1) أبو رجب، محمد صلاح، مرجع سابق، ص 871-876.

(محمد الراجي، المسؤولية النائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، مركز دراسات الوحدة العربية،² بحث منشور على الموقع التالي:

<https://caus.org.lb/ar> تاريخ الدخول في 2023/9/12م.

من وراء اعتبار حالة صغر السن من موانع المسؤولية الدولية الجنائية هو عدم مساءلة الشخص الذي لم يبلغ سن 18 سنة مطلقاً عند ارتكابه إحدى الجرائم الدولية، إلا أنه لا يوجد من موانع يحول دون مساءلة هذا الطفل أمام القضاء الوطني، بمعنى آخر يكون محال لتدابير الحماية حسب قانون كل دولة، وترجع العلة في اعتبار صغر السن مانع للمسؤولية الجنائية الفردية إلى أن قوام المسؤولية الجنائية يتمثل في الوعي و الإدراك، و الوعي يعني قدرة الشخص على فهم حقيقة أفعاله و تمييز ما هو مباح مما هو محظور، و الشك في ارتباط الوعي ببلوغ الإنسان سناً معيناً، فالإنسان لا يلد متمتعاً دفعة واحدة بملكة الوعي أو التمييز بل تنمو هذه الملكة بقدر ما يشب و ينمو، ثم تنمو ملكة الوعي بتقدم السن وإن ظلت منقوصة في مرحلتَي الطفولة و المراهقة⁽¹⁾.

ثالثاً: السكر غير الاختياري:

عُرف السكر بأنه: "الحالة التي يكون فيها الإنسان غير قادر على مزاوله أعماله المعتادة، ونصت المادة (1/31/ب) من نظام روما الأساسي على أنه: "في حالة سكر مما يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتمشى مع مقتضيات القانون، ما لم يكن الشخص قد سكر باختياره في ظل ظروف كان يعلم فيها أنه يحتمل أن يصدر عنه نتيجة للسكر سلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة أو تجاهل فيها هذا الاحتمال"، وهو ما يمكن توضيحه بالسكر

(1) أبو رجب، محمد صلاح، مرجع سابق، ص876.

غير العمدي كأن يتناول الجاني مواد مخدرة وهو لا يعلم بحقيقتها، وان الجاني تناولها بالإجبار كضرورة علاجية أو أحد اجبره بتناولها ، ولا يفرق القانون الدولي الجزائي فيما إذا كانت عقاقير مخدرة تناولها الجاني عبر الفم أو الشم ، أو إذا كانت عقاقير كحولية لان ما يترتب على كل منها أن يقع تحت تأثير غرائزه وطباعه البدائية بفعل الكحول والمخدر وتضعف فيه قوة ضبط النفس فيندفع وراء مشاعره حتى إذا ما بلغ السكر أشده صار السكران كالمجنون تماماً. ولا يمكن الاعتداد بحالة السكر كمانع للمسؤولية الجنائية الفردية الدولية إذا لم يكن معاصراً لارتكاب الجريمة الدولية ذاتها، لان العبرة بحالة الشخص في هذا الوقت دون سواه، كما يشترط أن يكون الشخص فاقداً للإدراك والتمييز⁽¹⁾.

وهناك ثلاث شروط لامتناع المسؤولية في حالة السكر وهي:

- 1) انعدام قدرة السكران على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه.
- 2) عدم قدرته على التحكم في سلوكه بما يتمشى مع مقتضيات القانون.
- 3) ألا يكون الشخص قد سكر باختيابه في ظل ظروف كان يعلم فيها أنه يحتمل أن يصدر عنه نتيجة للسكر سلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، أو تجاهل فيها هذا الاحتمال⁽²⁾.

(1) أبو رجب، محمد صلاح، مرجع سابق، ص 884-890.

(2) المادة (31/1ب) من نظام روما الأساسي .²

رابعاً: الإكراه:

أغلب التشريعات الجزائية الوطنية تعتبر الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي سبباً من أسباب امتناع المسؤولية الجزائية الفردية ونصت المادة (31) في الفقرة الأولى على ما يلي: " إذا كان السلوك المدعى انه يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير أكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر أو وشيك ضد ذلك الشخص أو شخص آخر، وتصرف الشخص تصرفاً لازماً معقولاً لتجنب هذا التهديد، شريطة إلا يقصد الشخص أن يتسبب في ضرر أكبر من الضرر المراد تجنبه، ويكون ذلك التهديد:

"1" صادراً عن أشخاص آخرين.

"2" أو تشكل بفعل ظروف أخرى خارجة عن إرادة ذلك الشخص".

وقسماً الإكراه قسمين هما:

(1) الإكراه المادي: في الإكراه المادي تنعدم فيه إرادة الجاني بصفة كلية؛ لأنه يتعرض لقوى مادية لا يستطيع ردها، تحمله على ارتكاب الجرم.

(2) الإكراه المعنوي: وهو الذي يقوم على وضع نفسي يكون فيه الفاعل واقعاً تحت تأثير تهديد يخشى على نفسه أو نفس غيره من الموت أو من الأذى الجسيم الواقع

فعالاً والمستمر أو وشيك الوقوع فلا تنعدم إرادة الشخص بل يفقد حرية الاختيار

فقط⁽¹⁾.

خامساً: الدفاع الشرعي:

جاءت المادة (31/ 1 / الفقرة ج) من نظام روما الأساسي تنص على أن: " 1- بالإضافة إلى الأسباب الأخرى لامتناع المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي، لا يُسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك:

يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع، في حالة جرائم الحرب، عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية، ضد استخدام وشيك وغير مشروع للقوة، وذلك بطريقة تتناسب مع درجة الخطر الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها. وبالتالي حتى يكون الدفاع الشرعي سبباً من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية الفردية يتوجب:

(1) أن يكون هنالك عدوان غير محق أو غير مشروع.

(2) أن يكون العدوان حالاً أو وشيكاً.

(3) أن يتناسب جسامة الخطر مع فعل الدفاع. فإذا بالغ المدافع في الرد اختل شرط التناسب وعد الفعل أو العمل غير مشروع⁽¹⁾.

(1) د. أبو رجب، محمد صلاح، مرجع سابق، ص 890-891.

سادساً: الجهل أو الغلط في الوقائع أو القانون:

يقسم هذا المانع إلى قسمين هما:

(1) الجهل أو الغلط في الوقائع:

يشكل الغلط في الوقائع سبباً لامتناع المسؤولية الدولية الجزائية إذا نجم عنه انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب الجرائم الدولية، إذ أن الغلط في الوقائع عذراً نافياً لإسناد الركن المعنوي فمثاله أن يقدم جندي على إطلاق النار على أحد الأشخاص الذين تشملهم اتفاقيات جنيف الأربعة 1949 فيرديه قتيلاً اعتقاداً أنه أحد مقاتلي الطرف الآخر المعادي، فهنا انتفى الركن المعنوي لجريمة القتل وهو التردد للمجني عليه.

وهذا ما أخذت به الفقرة الأولى من المادة (32) من نظام روما الأساسي التي نصت "1_ لا يشكل الغلط في الوقائع سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية إلا إذا نجم عنه انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب الجريمة.

(2) الجهل أو الغلط في القانون:

نصت الفقرة الثانية من المادة (32) من نظام روما الأساسي على أنه: " لا يشكل الغلط في القانون من حيث ما إذا كان نوع معين من أنواع السلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية، ويجوز مع ذلك، أن يكون الغلط

(¹) المرجع السابق، ص 867-870.

في القانون سببا لامتناع المسؤولية الجنائية إذا نجم عن هذا الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب...".

أما إذا لم ينجم عن الغلط في القانون انتفاء الركن المادي المطلوب لإحدى الجرائم الدولية، فلا يشكل الغلط سبباً من أسباب امتناع المسؤولية الدولية الجزائية، ومع ذلك يجوز أن يكون الغلط في القانون سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية إذا نجم عن هذا الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب تلك الجريمة أو كان الوضع على النحو المنصوص عليه في المادة (33) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث، نتوصل للنتائج والمقترحات التالية:

أولاً: النتائج:

- 1- تُعد المسؤولية الدولية من مقتضيات المبادئ العامة للقانون الدولي لأنه من الطبيعي أن يسأل أشخاص القانون الدولي عما يرتكبونه من انتهاكات لأحكام القانون الدولي دون أي تفریق بين الدول والمنظمات، أو حتى الشخص الطبيعي (الفرد)، فالأساس هو الردع، وإنزال العقوبة على منتهكي القواعد الدولية، فهي وسيلة قانونية للحفاظ على قواعد القانون الدولي
- 2- لقد كرسّت المسؤولية الدولية الجائية الفردية في كل من المعاهدات الدولية والاتجاهات الفقهية، رغم الاختلاف الذي كان سائداً بين فقهاء القانون الدولي في تحديد أساس هذه المسؤولية الدولية.

(1) أبو رجب، محمد صلاح، مرجع سابق، ص 903-912.

3- اعترف القانون الدولي المعاصر للفرد بأنه من أشخاص القانون الدولي وفي مقابل حقوقه يفرض عليه واجبات ويحمله مسؤوليات دولية عندما يخالف قواعد القانون الدولي، فمن هذا المنطلق يمكن توجيه أو إسناد المسؤولية الجنائية الدولية للفرد وفقاً للقانون الحالي خاصة القانون الدولي الجنائي.

4- في الحقيقة يتأسس اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على نوع الجريمة التي نص عليها نظام روما الأساسي في التحقيق، والملاحقة والفصل فيها، حيث أن للمحكمة الجنائية الدولية اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بالنظام الأساسي لها، وإن الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل من اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية، وعرضة للعقاب وإنه يسأل جنائياً عن أية جريمة في اختصاص المحكمة حال قيام هذا الشخص بارتكاب هذه الجريمة بصفته الفاعل الأصلي وعلى الشريك والمحرض والمخطط سواء كانت المشاركة مباشرة أو غير مباشرة.

5- كشفت دراسة المسؤولية الدولية الجزائية عن نوع من القصور الذي يعاني منه القضاء الجنائي الدولي، حينما جعل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظر جريمة العدوان موقوف على شرط تعريفه، ووضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، وهذا ما ينتج عنه سهولة إفلات المسؤولين من العقاب رغم ارتكابهم لهذه الجرائم.

ثانياً: المقترحات:

1- نقترح بأن ارتكاب الفرد (الشخص الطبيعي) لفعل يدخل في نطاق الجرائم الدولية، لا يكفي لوحده لأن تقوم مسؤوليته الدولية الجنائية، إنما يتوجب أن يتطابق هذا الفعل مع النموذج الذي تم تحديده له في نص تجريمي، بمعنى تواجد قاعدة دولية جنائية سابقة عن ارتكاب الفعل. كما يجب إسناد الفعل

لمرتكبه، بوجود علاقة نفسية أو معنوية بين الفاعل وفعله، فلا مسؤولية بدون إسناد معنوي. وبالتالي فإن الأساس الذي تقوم المسؤولية الدولية الجنائية عليه، يتمثل في القاعدة الشرعية والإرادة الآتمة.

2- نقترح تضافر الجهود الدولية من أجل تقنين قواعد القانون الدولي الجزائري بما فيها قواعد المسؤولية الدولية الجزائرية، علاوة على الإسراع في وضع تعريف محدد وواضح ومعتمد دولياً لجريمة العدوان.

3- نقترح على المهتمين بالقانون الدولي الجزائري بذل المزيد من الجهود لدفع بقية الدول على الانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لأنه لا جدوى من وجود نظام يحدد قواعد المسؤولية الدولية الجزائرية لا تعترف به الدول القوية ولا يطبق عل رعاياها.

4- نقترح بضرورة الاهتمام بتوعية قيادات وأفراد القوات المسلحة في جميع دول العالم بمبادئ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجزائري من أجل التقليل من الجرائم الدولية التي من الممكن أن ترتكب من قبلهم والتي يترتب عليها المسؤولية الدولية الجزائرية.

5- نقترح بضرورة العمل على وجود قوة تنفيذية تعمل عل تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية، وتكون تلك القوة مستقلة بعملها عن مجلس الأمن لضمان عدم تدخله وتغليب الاعتبارات السياسية.

المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

1-الكتب:

- أبو رجب، محمد. (2011). المسؤولية الجنائية لدولية للقادة، الطبعة الاولى.
- البلوشي، عمر بن عبد الله بن سعيد. (2008). مشروعية أسلحة الدمار الشامل وفقاً لقواعد القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية.
- البيضاني وآخرون، إبراهيم سعيد. (2007). حقوق الإنسان في إطار العدالة الجنائية، الجزء (2)، الطبعة (1)، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، عمان، الأردن.
- حمد، فيدا نجيب. (2006). المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- الزاملي، ماجد. (2019). العدالة الجنائية لأجل مكافحة الإرهاب في ضوء المعايير القانونية لحماية حقوق الإنسان، دار الفارابي، بيروت، لبنان.
- الطراونة، مخلد. (2017). القانون الدولي العام، دار وائل للنشر وتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن.
- العبيدي، بشرى سلمان حسين. (2009). الانتهاكات الجنائية للحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- عثمان، احمد عبد الحكيم. (2009). الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر.
- العسلي، عصام. (1998). دراسات دولية، منشورات اتحاد كتاب العرب.
- العطيفي، جمال. (1996). دراسات في القانون الدولي، المجلد الاول، القاهرة.

-غانم، محمد حافظ. (1962). المسؤولية الدولية، غير مشار لمكان الطبعة، غير مشار لعدد الطبعة.

-الفار، عبد الواحد. (1995). الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية.

-فرحات، أكرم حسام. (2014). المسؤولية الدولية في إطار عمليات حفظ السلام في إفريقيا، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع عمان، الأردن.

-مشورب، إبراهيم. (2013). القانون الدولي العام، دار المنهل اللبناني، لبنان.

-مقبل، مصباح جمال. (2011). الموظف الدولي ومدى مسؤولية المنظمة الدولية عن أعماله، دار النهضة العربية، القاهرة.

-هيكل، أمجد. (2009). المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.

2- الرسائل العلمية:

-ظاهر، عبد اللطيف. (2016). المسؤولية الدولية المترتبة على منع الاحتلال الإسرائيلي عودة اللاجئين الفلسطينيين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، غزة.

-العنبيكي، نزار. (2019). محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير في القانون العام، القانون الدولي الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، للعام الدراسي 2019.

3- المجالات والدوريات:

-نظيرة، ادريس خوجة. (2022). النظام القانوني للمسؤولية الدولية الجنائية للأفراد في إطار القانون الدولي الإنساني، مجلة الحوار المتوسطي، المجلد 13، العدد 1، الجزائر.

4-القوانين:

-النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

5-مواقع الانترنت:

-الراجي، محمد. المسؤولية الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، مركز دراسات الوحدة العربية، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://caus.org.lb/ar>

-صفوان، صفوان خليل. المسؤولية الجنائية للفرد وفقا لقواعد القانون الدولي، Platform.almanhal.com تاريخ الدخول في 2024/4/2م.

-مراجعة الإعلان المتعلق بحق ومسؤولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها عالمياً اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 144/53 المؤرخ في 9 كانون الأول 1998، الموقع الالكتروني للأمم المتحدة

<https://www.un.org/ar>

-الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية، 2019/6/8، المسؤولية الدولية، إطلاع الباحث على الانترنت 2024 /3/16.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

M.Cherif Bassiouni, the statute of the international criminal court : A Documentary History, Transitional publishers, New York, 1998.

<https://internationalreview.icrc.org/sites/default/files/S1560775500059782a.pdf>

العقد الإداري في نظام الحكومة الإلكترونية

الدكتور: مهند العلي

قسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة دمشق

الملخص

ساعد تطور التكنولوجيا المستمر لمعالجة المعلومات ونقلها عبر الانترنت على إيجاد الاتصال الأكثر سرعة وإيجابية بين الأفراد من جهة والجهات الإدارية من جهة أخرى وذلك في مختلف دول العالم ، وقد كان من الطبيعي في ظل هذه البيئة التقنية المنتشرة ، وسعي دول العالم إلى تفعيل وتطبيق الحكومة الإلكترونية ، أن يطرأ التغيير على سلوك الأفراد والتعاملات ، وذلك بأن تتحول أنماط التعاقدات من النمط اليدوي (المادي) إلى النمط التكنولوجي اللامادي ، هذا التغيير في السلوك باعتباره الأثر الطبيعي لشيوع تكنولوجيا المعلومات كان السبب الرئيسي وراء انتشار طائفة جديدة من العقود التي ترم عن طريق الانترنت هي العقود التي يطلق عليها العقود الإلكترونية ، ومن هذا المنطلق فقد بدأت الجهات الحكومية تتخذ خطواتها الواسعة نحو إبرام التعاقدات الإلكترونية لتصبح تلك الشبكة الأداة الرئيسية في التعاقد فانتشر استخدامها في عملية التفاوض على العقود وإبرامها وحتى تنفيذها في بعض الحالات ، وذلك بسبب ما توفره من إمكانيات لإجراء الحوار المتبادل بين الأطراف وتلاقي الإرادات التعاقدية وعدم التقيد بالحدود الجغرافية بين الدول لكونها تتم في مجال افتراضي متحرر من طبيعة التمرکز المكاني .

الكلمات المفتاحية: الحكومة الإلكترونية ، العقد الإلكتروني ، الأفراد ، التفاوض .

The administrative contract in the e-government system

summary

The continuous development of technology for processing and transmitting information via the Internet has helped create the most rapid and positive communication between individuals on the one hand and administrative bodies on the other hand, in various countries of the world. It was natural, in light of this widespread technical environment, and the efforts of countries of the world to activate and implement electronic government, That a change occurs in the behavior of individuals and transactions, by transforming the patterns of contracts from the manual (material) pattern to the immaterial technological pattern. This change in behavior, as a natural effect of the spread of information technology, was the main reason behind the spread of a new category of contracts concluded via the Internet, which are contracts. Which are called electronic contracts, and from this standpoint, government agencies have begun to take broad steps towards concluding electronic contracts, so that this network has become the main tool in contracting, and its use has spread in the process of negotiating, concluding, and even implementing contracts in some cases, due to the possibilities it provides for conducting mutual dialogue. Between parties, the convergence of contractual wills, and non-compliance with geographical borders between countries because it takes place in a virtual field free from the nature of spatial concentration.

Keywords: electronic government, electronic contracts, individuals, negotiation.

المقدمة

لقد ترتب عن الثورة المعلوماتية ظهور نوع جديد من العقود ، وهي التي تتم عبر الوسائط الالكترونية وهي العقود الالكترونية وبظهورها أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام هذه العقود وإثباتها وتنفيذها لأن النظام الخاص بالعقود التقليدية لم يعد كافياً لتنظيم هذا النوع الجديد من العقود ومستوفياً لها كما ان انتشار هذه العقود كان له الدور البارز في تطور النشاط الإداري ، حيث اتجهت القوانين المقارنة كقانون العقود الفرنسي إلى النص على إمكانية إبرام العقود الإدارية بالوسائط الالكترونية ، ويرجع ذلك إلى تبني مشاريع الحكومة الالكترونية كحتمية لتسيير المرافق العامة وإدارتها ، كما كان لاتفاقية الأمم المتحدة دوراً بارزاً في وضع الإطار القانوني الملائم لإبرام مثل هذه العقود من خلال قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٦ ، وقانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية سنة 2001، وقد اعترف هذان القانونان بالمساواة بين الكتابة والتوقيعات الإلكترونية وبين الكتابة والتوقيعات التقليدية، ومن ثم توالت الدول في تنظيم التعاملات الإلكترونية واقتفت أثر الأونيسترال في تنظيم هذه التعاملات ، وعلى الرغم من الإمكانيات المتعددة التي يتيحها استخدام الإنترنت في التفاوض على العقود وإبرامها ، إلا أن المسائل القانونية التي يثيرها هذا الاستخدام لم تحظ بالاهتمام الكافي، فعلى الرغم من التدخل التشريعي لتنظيم بعض جوانب الإثبات الإلكتروني في القانون المصري رقم 15 لسنة ٢٠٠٤ على سبيل المثال ، إلا أن هذا التدخل يتسم بالمحدودية والاقتصار على بعض المسائل الأساسية، كالتوقيعات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، التي احتاجت لتدخل عاجل حتى لا يوصم التشريع بالتخلف عن ركب التقدم الذي تسير وتيرته بصورة متسارعة ، ولا يزال التعاقد الإداري الإلكتروني في حاجة ماسة للتدخل التشريعي لإضافة عنصر الأمان والمشروعية المقننة أكثر من ذلك ، أما في التشريع السوري فإن العقد الإداري الإلكتروني لم يحظ بعد بالاهتمام القانوني اللازم ، من خلال سن القوانين الخاصة به وبكل ما يتعلق به ، وإنما اقتصر المشرع السوري على قانون التعاملات الإلكترونية رقم 3 لعام 2014 ، كما أن المشرع السوري وفي نصوص القانون رقم 7 لعام 2023 المتضمن إحداث (الهيئة الوطنية لخدمات تقانة المعلومات) لتحل محل (الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة) قد

تطرق في بعض نصوصه إلى المعاملات ذات الطابع الإداري ، حيث نص على أنه " يتمتع التوقيع الرقمي المُصدَّق المدرج على وثيقة إلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية بذات الحجية المقررة للأدلة الكتابية في أحكام قانون البيّنات إذا تم إنشاؤه واستكماله وفق الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط التي يصدرها الوزير بناءً على قرار من مجلس الإدارة "

أهمية موضوع البحث

تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع على اعتباره من أهم المواضيع التي تتعلق بالإدارة العامة ، وفيما يلي بيان لأهميته من الناحية العملية والعلمية :

أولاً : من الجانب العملي

1. إن إبرام العقود عن طريق الإنترنت في ظل الحكومة الإلكترونية يمكن من عقد الصفقات دون حضور المتعاقدين وهو بذلك يساهم في رفع أداء الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة من جهة ، ومن جهة أخرى يساعد على التنمية في مختلف المجالات .
2. إن موضوع الدراسة يجعل أهميته تتجسد على مستوى المعاملات الإلكترونية وبالخصوص العقود الإدارية الإلكترونية نتيجة لظهور قواعد تساير عصر المعلومات أو ثورة المعلومات، في ظل ما يسمى بالحكومة الإلكترونية، مما يتطلب وضع بيئة قانونية آمنة لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود تتعلق بالمال العام.

ثانياً : من الجانب العلمي

1. إن إبرام العقود الإدارية الإلكترونية لاسيما في مجال الصفقات العمومية وتأثيرها بالحكومة الإلكترونية يعد بمثابة نقلة نوعية من إدارة ورقية إلى إدارة إلكترونية ، الأمر الذي من شأنه توفير الجهد والنفقات من جهة، ومن جهة أخرى منع الاتصال المباشر بين موظفي الإدارات المتعاقدة والمرشحين للتعاقد مما يترتب عنه غلق باب الرشوة واستغلال النفوذ...الخ
2. دراسة النظريات والأفكار التي تبحث في مفهومي العقود الإدارية الإلكترونية والعقود الإدارية التقليدية والمقارنة بينهما.

3. تظهر أهمية الدراسة في أن أساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية قد انتشرت في الكثير من دول العالم ومنها فرنسا والكويت ومصر، كما أصبحت الحاجة ملحة

إلى اللجوء لأساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية خاصة في الظروف الاستثنائية ، ومثالها ظهور وانتشار فيروس كورونا المستجد، والمحافظة على التباعد الاجتماعي، هذا و بالإضافة إلى اهتمام اتفاقيات التجارة العالمية بتطوير أساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، لأن العقود الإدارية ليست وسيلة لتلبية الخدمات العامة فحسب، بل وسيلة اقتصادية تستخدمها الدول المتعاقدة لتطوير الاستثمار الداخلي والخارجي

إشكالية الدراسة

إن تطبيق الحكومة الإلكترونية على العقود الإدارية يأخذنا إلى الطبيعة الغير مادية لهذه العقود ، فضلاً عن غياب المحتوى أو الطابع الشكلي المحسوس عند إبرام العقد مما قد يشكل لنا مشكلة تتعلق بمدى إمكانية انسجام هذا النمط الجديد مع المفهوم التقليدي للعقد الإداري ، ومن ناحية أخرى فإن المشكلة الرئيسية في بحث العقود الإدارية الإلكترونية ، تتمثل بعدم وجود نظام متكامل يحكم إبرام هذا النوع من العقود وينسجم مع خصوصيته في التشريع السوري ، الأمر الذي يتطلب تحديد ماهية طبيعة العقد الإداري الإلكتروني، فضلاً عن مدى تأثير الإنترنت على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية التقليدية.

منهجية البحث

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي ، وذلك من خلال بيان وشرح مدى تطبيق المؤسسات العامة في الجمهورية العربية السورية لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية ، ومن جهة أخرى تحليل هذا الواقع وبيان مدى أهمية الارتقاء بمستوى وفعالية العمل الحكومي وذلك من خلال الانتقال من العمل الحكومي التقليدي إلى العمل الحكومي الإلكتروني .

خطة البحث

المبحث الأول : ماهية العقد الإداري الإلكتروني

المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري الإلكتروني ومعايير

المطلب الثاني : معايير العقد الإداري الإلكتروني

المبحث الثاني : الأساليب التقليدية في إبرام العقد الإداري الإلكتروني

المطلب الأول : المزايدات الإلكترونية وإجراءاتها

المطلب الثاني : الأساليب التقليدية الأخرى لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

المبحث الأول : ماهية العقد الإلكتروني

يقتضي البحث في ماهية العقد الإداري الإلكتروني تحديد هذا المفهوم من خلال تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية ثم عرض خصائصه، تمهيداً لبيان معايير تمييزه عن العقد المدني، لذا سنتناول ماهية العقد الإداري الإلكتروني في مطلبين ، نتطرق في الأول إلى مفهوم العقد الإداري الإلكتروني في حين نسلط الضوء في المطلب الثاني على الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني .

المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري الإلكتروني ومعايير

إن تحديد مفهوم العقد الإداري الإلكتروني يقتضي تعريفه ثم نتطرق إلى خصائصه ، وعليه سنعرض في الفرع الأول تعريف العقد الإلكتروني، ثم نتناول في الفرع الثاني خصائصه ، وذلك كمايلي :

الفرع الأول : تعريف العقد الإداري الإلكتروني

يتمثل العقد بصفة عامة، بأنه "تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وأن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً إحتمالياً ، ومن حيث الآثار فإنه إما أن يكون ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد بيع، ومن حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً احتمالياً أو عقداً محدداً ، أو مستمراً أو عقداً فورياً¹ ، أما العقد الإداري فيعرّف بشكل عام بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية لإدارة وتسيير مرفق عام لتحقيق مصلحة عامة ، متبعاً في هذا ، الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطواءه على شرط أو آخر من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص"² ، إن تعريف العقد الإلكتروني يقتضي معرفة التعريف اللغوي، ثم التعريف الاصطلاحي له عند فقهاء القانون الإداري للوقوف على المعنى الاصطلاحي وحدود هذا الاصطلاح وتوابعه .

¹ رحيمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010 ،

ص42

² محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص6.

أولاً: **التعريف اللغوي:** عقد الحبل : نقيض حلّه ، و يقال عقد عنقه إليه أي لجأ إليه.³
الإلكتروني: الإلكترون (ن) عنصر دقيق للغاية لا جرم مادياً خطيراً له ، ذو شحنة كهربائية سلبية وأصل الكلمة يونانية .

ثانياً: **التعريف الاصطلاحي:** يعتبر العقد الإداري الإلكتروني من العقود المهمة التي وقف عندها الفقه لدراسته ومعرفة تفاصيله، وتأسيساً على ذلك فإن الفقه عموماً ذكر تعريفات متعددة له ، فقد عرفه الدكتور صالح المنزلاوي (بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل⁴ ، كما ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأنه "هو تطبيق تكنولوجيا المعلومات لإدارة وتجهيز وتقسيم والإبلاغ عن المشتريات الحكومية لاقتناء السلع والأشغال والخدمات الاستشارية" ، بينما عرفه البعض الآخر من الفقهاء بأنه "عقد إداري في المقام الأول يتم إبرامه بوسيلة الكترونية ولا يلزم أن يتم من بدايته إلى نهايته بطريقة الكترونية" وعرفه البعض أيضاً تحت مسمى "المشتريات العامة الإلكترونية" ، بينما ذهب البعض إلى القول بأنه "استخدام تكنولوجيا المعلومات خصوصاً الإنترنت من جانب الحكومة في تسيير مشترياتها من سلع وخدمات مطلوبة مع الموردين" ⁵ ، نستنتج مما سبق بأن العقد الإداري الإلكتروني ، هو كل رابطة تعاقدية تبرم وتنفذ كلياً أو جزئياً بأي وسيلة الكترونية، ويكون أحد الأشخاص المنصوص عنهم في ظل التشريع والتنظيم المعمول بهما طرفاً فيها أصالة عن نفسه أو بموجب وكالة⁶، يهدف من خلالها إلى ممارسة نشاط إيجابي تحقيقاً للمصلحة العامة وإشباع حاجيات الجمهور، متبنياً وسائل

³ المنجد في اللغة والأدب والعلوم، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص518.

⁴ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص١٢ ،

⁵ حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر الإنترنت ، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2011 ، ص75 وما بعدها .

⁶ رحيمة الصغير مساعد نمديلي، المرجع نفسه ، العقد الإداري الإلكتروني ، ص43 .

القانون الإداري من خلال تضمين هذه الرابطة شروطاً أو بنوداً استثنائية غير مألوفة لدى روابط القانون الخاص.⁷

الفرع الثاني: خصائص العقد الإداري الإلكتروني

من التعريفات السابقة التي تناولناها للعقد الإداري الإلكتروني، يمكن أن نستخلص الخصائص والمميزات التي تميزه عن باقي العقود التقليدية وتتمثل تلك الخصائص بالآتي :

1. يتميز العقد الإداري الإلكتروني بأنه يتم إبرامه عن طريق الوسائل الإلكترونية ، وهذه الخاصية تميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود الأخرى ، فهما لا يختلفان من حيث الموضوع أو الأطراف بل من حيث طريقة الإبرام ووسائل الإثبات، إذ يمكن أن يرد محل العقد الإداري الإلكتروني على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها، أما عن أطرافه فهم أنفسهم في عقد آخر، كما يتم إبرام العقد الإداري الإلكتروني بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة من مؤسسات وهيئات .⁸

2. تتميز العقود الإدارية الإلكترونية بأنها نوع خاص من العقود التي تبرم عن بعد أو العقود التي تعرف بعقود المسافة ، حيث تعرف العقود عن بعد على أنها " كل عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد، دون حضور مادي متزامن بينه وبين المستهلك، باستخدام تقنية الاتصال عن بعد " ⁹ .

ونستنتج من خصائص العقود عن بعد أنها عمن العقود التي تتم بين غائبين أي دون الوجود المادي للطرفين، حيث لا يمكن التأكد من أهلية الطرف الآخر، وصفته في التعاقد، علاوة عن الغموض الذي قد يصيب الإثبات والتنفيذ، إلا أن العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق شبكة الانترنت تسمح بوجود افتراضي للأطراف وإجراء حوار شامل للعقد و تنفيذه، حيث لا يوجد فارق زمني بين الإيجاب والقبول على الشبكة كما يتم

⁷ هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، النظام القانوني لتعاقد الإدارة الكترونياً ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2014، ص14.

⁸ شحاته شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ ، ص39.

⁹ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 ، ص21.

الوفاء من خلال الشبكة أيضاً¹⁰، وعلى هذا يتجه جانب من الفقهاء إلى عدم اعتبار العقود التي تبرم عبر الإنترنت من قبيل العقود المبرمة بين غائبين، بل أن هذه العقود تتم بين غائبين في المكان حاضرين في الزمان¹¹.

3. يتميز العقد الإلكتروني غالباً بأنه عقد ذو طابع دولي، لأنه الوسيلة المستخدمة في إبرامه هي شبكة الإنترنت التي ترتبط بها غالبية دول العالم، وتثير هذه الخاصية الكثير من المسائل القانونية كمعرفة القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بمنازعات إبرام العقد الإلكتروني.

4. يتميز تنفيذ العقد الإداري الإلكتروني عن تنفيذ العقد العادي، حيث يمكن أن يبرم العقد الإداري الإلكتروني وينفذ عبر شبكة الإنترنت، إذ أصبح هناك إمكانية للتسليم المعنوي للمنتجات أو تسليمها إلكترونياً مثل برامج الحاسب والتسجيلات الموسيقية والاستشارات الطبية¹².

4. يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بالإثبات والوفاء، حيث يمكن أن يتم إثبات العقد الإلكتروني عبر المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، كما يمكن استعمال وسائل الدفع الإلكترونية للوفاء بالثمن مثل: النقود الإلكترونية والبطاقات البنكية والأوراق التجارية الإلكترونية¹³.

5. يتميز العقد الإلكتروني بحق العدول، وهذا على خلاف القواعد العامة في العقود التقليدية حيث أنه لا يمكن الرجوع عن العقد إذا تم إلتقاء الإيجاب بالقبول، ولكن لخصوصية العقد الإلكتروني والعقد عن بعد، فقد أعطى القانون للقابل حق العدول

¹⁰ أمل لطفي، أثر الوسائل الإلكترونية على مشروعية تصرفات الإدارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص120.

¹¹ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص60.

¹² محمد أمين، العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص226.

¹³ النقود الإلكترونية هي في حقيقة الأمر نقود افتراضية Money Virtual، وتقوم فكرتها على نفس فكرة النقود الرقمية والتي هي عبارة عن وحدات إلكترونية ذات رقم متسلسل تقوم البنوك بصرفها لعملائها، وذلك بهدف استخدامها من طرف العملاء في إجراء عمليات الشراء على الإنترنت.

نظرا للإلكتروني لعدم إمكانية المعاينة الفعلية لمحل العقد، والإلمام بخصائصه قبل إبرام العقد¹⁴ ، وبالتالي يمكن من خلال خصائص العقود الإدارية الإلكترونية الوقوف على أهميتها ودورها في إنجاز المعاملات والعقود بالطريقة المثلى ، حيث تتجلى أهم مزايا العقود الإدارية الإلكترونية بمايلي :

1. تجاوز الاجراءات التقليدية في إبرام العقود الادارية

من أهم أهداف تطبيق الادارة الالكترونية وتفعيلها على مستوى الجماعات الاقليمية وإدارتها العمومية هو القضاء على مختلف السياسات البيروقراطية بجميع صورها ، وقد تجلت تلك الأهمية للعقد الإداري الإلكتروني خلال الأزمة الصحية وانتشار جائحة الكورونا وساهم هذا العقد في ضمان سير واستمرارية عمل المرافق العامة رغم الجائحة ، حيث أنه وأمام فرض الإغلاق من سلطات معظم الدول بهدف الحد من انتشار الوباء ، فقد عمدت الإدارات العمومية والمتعاقدين معها إلى اللجوء إلى العقود الإلكترونية لضمان استمرارية أداء المرافق العامة لوظائفها، مما ساعد في تقليل الروتين الإداري الذي تعاني منه الأطراف المتعاقدة ، كما سهل الإجراءات للإدارات العمومية وموظفيها لكونه لا يستلزم تواجد الموظف في مكتبه عند إبرام العقد ، الأمر الذي قلل كثيراً من الأعباء الوظيفية الملقاة على الموظفين وساهم في احترام إجراءات التباعد الجسدي من أجل تحقيق المناعة الجماعية للحد من انتشار الوباء .¹⁵

2. توفير التكاليف المادية على الإدارة

حيث أنه ولطالما تحملت الإدارة الأعباء المادية في إبرامها للعقود الإدارية بجميع أنواعها وخاصة الصفقات العمومية التي يحتاج إبرامها لاتباع الإجراءات المنصوص عليها من نفقات في تقديم طلبات العروض ، وكذلك النفقات في إعداد دفاتر الشروط ، وما يستتبعه من نفقات نشر الإعلان في الجرائد اليومية ، مما يكلف الإدارة المبالغ الكبيرة¹⁶ ، إلا أن إبرام تلك الصفقات عن طريق الوسائل الإلكترونية سيوفر الكثير من تلك الأعباء المالية

¹⁴ أحمد أسامة، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 21.

¹⁵ بصير طارق ، مكلل بوزيان ، العقد الإداري الإلكتروني ودوره في مواجهة الظروف الطارئة ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، الجزائر ، المجلد 8 ، العدد 2 ، 2022 ، ص 252 .

¹⁶ Gérard Marcu. Le Régime de L'acte Administratif Face a L'Électronique. Publié sur le site : www.droit-internet2002.univ-pais1.fr/pdf/fr/marcou.pdf.

على الإدارة ، وخاصة في طور الأزمات التي قد تعصف بالدول وما تخلفه من تبعات سلبية على الاقتصاد الوطني ، مما يدفع الدولة إلى البحث عن سبل ترشيد النفقات والانتعاش منها لتجاوز هذه الأزمة .

3. السرعة والشفافية في القيام بالمعاملات الإلكترونية التعاقدية

إن اعتماد العديد من الدول على الخدمة التي توفرها البوابة الإلكترونية لإبرام العقود والصفقات العمومية ، تمكن الإدارة من إبرام تلك الصفقات دون الحاجة إلى التواصل المباشر ، حيث تتيح هذه الوسيلة الإلكترونية إمكانية الاطلاع على إشهار الصفقات العمومية وتحميل الوثائق الخاصة بها وتقديم العروض تحت تصرف المتعهدين والرد عليها إلكترونياً ، كما تتيح للمصلحة المتعاقدة أن تختار أفضل العروض من حيث الامتيازات الاقتصادية ، وتجلى ذلك أيضاً وبشكل كبير خلال انتشار جائحة الكورونا واضطرار الإدارة إلى أن تعمل بالحد الأدنى من الوقت والجهد وتأجيل الكثير من العقود، فجعلت عملية إبرام العقود الإدارية الإلكترونية الحصول على المعلومات أمراً أكثر سهولة ووضوحاً وذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية في التعاقد الذي ينص عليه القانون ، وهو الأمر الذي ترتب عليه ايجاد الحلول للكثير من العقود التي تم تأجيلها والتي كانت تدخل ضمن إطار العقود الإدارية الورقية¹⁷

المطلب الثاني : معايير العقد الإداري الإلكتروني

سنسلط الضوء في هذا المطلب على معايير العقد الإداري الإلكتروني ، حيث سنتناول المعيار الأول وهو المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني ، ومن ثم المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني ، وذلك كمايلي :

الفرع الأول : المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني

استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والعراق على تعريف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شرطاً أو

¹⁷ بهلول سمية ، عقود الإدارة الإلكترونية في تفعيل أداء الجماعات الإقليمية في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بائنة 1 ، 2018 ، ص154.

شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص¹⁸ وإذا كانت القواعد العامة في هذا المعيار توجب وجود الشخص المعنوي العام في العقد، إلا أن القضاء الإداري ولاسيما في فرنسا ومصر لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد بذاته وأخذ يقر بإمكانية إبرامه من خلال شخص آخر بالوكالة، وفي السنوات الأخيرة ذهب القضاء الإداري في فرنسا خطوة أبعد بإقراره إمكانية إبرام العقد من قبل أشخاص من أشخاص القانون الخاص بالإنبابة الضمنية عن شخص معنوي عام إذا كان شخص القانون الخاص قد تعاقد لحساب الشخص العام كما لو كان مخولاً بذلك¹⁹ وتأسيساً على ذلك فإنه وفقاً لهذا المعيار فإن الشخص المعنوي العام الممثل بالدولة أو أحد مؤسساتها أو أحد أشخاص القانون الخاص بموجب الوكالة الصريحة أو الضمنية يمكنه إبرام العقد الإداري الإلكتروني من خلال استخدامه لشبكة الإنترنت ، وبالتالي فإن المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني لا يشكل صعوبة في تحديد طبيعة هذا العقد، لكون أن التوجيهات الأوروبية الخاصة بإبرام العقود الإدارية الصادرة في 2004 قد أعطت مفهوماً آخر للشخص المسؤول عن العقد وأطلقت عليه تسمية السلطات المتعاقدة ليشمل على غرار القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية الدولة أو أحد مؤسساتها، فضلاً عن وكيل الشخص المعنوي العام ، و إن العقود الإدارية في فرنسا محددة بنص القانون كعقد الأشغال العامة وعقود المال العام وعقود التوريد، وبالتالي لا توجد صعوبة في تحديدها، أما في مصر فإن العقود الإدارية تعرف بخصائصها الذاتية ، لا بنص القانون كما هو الحال في فرنسا، إدارية بطبيعتها ووفقاً تعد عقوداً وعليه فإن إمكانية وجود عقد إداري إلكتروني عن طريق المعيار العضوي في مصر توجب صدور حكم قضائي من القضاء الإداري يحدد خصائص هذا العقد ويميزه عن العقد المدني.

¹⁸ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، جامعة عين شمس، ١٩٨٤ ، ص٣ ، وأيضاً منير محمود الوتري ، العقود الإدارية وأتماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، شارع المتنبى ، ١٩٧٩ ، ص١٣

¹⁹ ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، دار المناهج للثقافة والنشر ، القاهرة ، 1996 ، ص225.

ونظراً لخصوصية التوجيهات الأوربية وبالتالي إمكانية إبرام العقود الإدارية بين دول العالم وبين الدول الأوربية، فقد كان قانون العقود الإدارية في فرنسا متأثراً إلى حد ما بهذه التوجيهات ، وهذا ما يمكن أن استنتاجه من خلال نص المادة الثانية التي أشارت إلى إمكانية إبرام الدولة لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول في مجال الأشغال والخدمات ، وفي هذا السياق يتفق جانب كبير من الفقهاء مع الدكتور ماجد راغب الحلو الذي يرى بأنه لا توجد صعوبة في الوقت الحاضر في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق هذا المعيار، خاصة في ظل العولمة والتدويل حيث أصبح من الممكن للدول وأشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص بموجب وكالة صريحة أو ضمنية كما أسلفنا إبرام العقد الإداري الإلكتروني²⁰.

الفرع الثاني : المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني

خصت التوجيهات الأوربية الخاصة بإبرام العقود الإدارية لاسيما التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٤-١٨ فيما يتعلق باتصال العقد بتنظيم وإدارة المرافق العامة²¹ في تحديد العقد الإداري عقد التوريد وعقد الأشغال وعقد الخدمات بالإبرام عن طريق وسائط الكترونية، كما أكد عليها قانون العقود الإدارية الفرنسية فضلاً عن مجلس الدولة الفرنسي . أما رأي الاستاذ الفرنسي Revet Thierry فيرى أنه طالما يتم إبرام العقد الإلكتروني من خلال وسيط الكتروني الذي لا يتدخل في جوهر العقد الإداري، وبالتالي فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكانية وجود عقود إدارية تحتوي على شروط استثنائية أو تخضع لنظام قانوني استثنائي خاص يميزها عن العقود التقليدية، الأمر الذي يعني إمكانية التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الجهة الإدارية على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط العقد²² ، وفي الواقع ولصعوبة تحديد معايير العقد

²⁰ ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص44.

²¹ اختلف الفقهاء في تعريف المرفق العام ، حيث يوجد لهذا الاصطلاح مدلولان : فقد يقصد به المدلول العضوي أي الهيئة أو المنظمة التي تتولى إشباع حاجة عامة، وقد يراد به المدلول المادي أو الموضوعي أي الخدمة ذاتها التي تؤدي إلى الجمهور، وقد يجمع بين المدلولين الشكلي والموضوعي فيشمل المنظمة والنشاط معاً ، محمد متولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣ .

²² رأي الاستاذ Revet Thierry مشار إليه لدى ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٥٢.

الإداري الإلكتروني لكونه كما ذكرنا يحمل خصائصاً وطبيعة خاصة على خلاف العقد الإلكتروني الذي يحمل خصائص العقد الإداري من جهة، وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى فإنه ولحل هذه الإشكالية يرى الفقه بضرورة اللجوء إلى القضاء الإداري لتحديد الطبيعة الخاصة لهذا العقد.²³

المبحث الثاني : الأساليب التقليدية في إبرام العقد الإداري الإلكتروني

تأتي وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني وفقاً لما أشارت إليه المادة 56 والفقرة الثالثة من قانون العقود الإدارية في فرنسا ، على أسلوب حديث لإبرام العقود الإدارية يعرف بأسلوب المزادات الإلكترونية، وعلى إثره صدر المرسوم رقم 846 بتاريخ 18/9/2001 ، والخاص بتطبيق نص الفقرة الثالثة من المادة 56 التي تتعلق بالمزادات الإلكترونية، وذلك لتعريف ماهية المزادات الإلكترونية وأسلوب إجراءاتها، كأسلوب جديد لم تتعرض له القوانين المقارنة فيما عدا التوجيه الأوروبي الصادر برقم 18 لعام 2004 ، وما أشار إليه في المادتين (14 ، 54) الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود التوريد والخدمات والأشغال من ذلك القانون، وعلى إثر ذلك فإن التطرق لوسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني الحديثة تستلزم دراسة المزادات الإلكترونية كأسلوب لإبرام العقد الإداري الإلكتروني وذلك من حيث الماهية والإجراءات و كذلك القيود التي تفرض على إبرام العقود الإدارية الإلكترونية وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : المزادات الإلكترونية وإجراءاتها

تعتبر المزايدة العامة وسيلة تعاقدية تلجأ إليها الإدارة من أجل اختيار المتعاقد معها ولذي يتقدم بأعلى ثمن للعرض ، وقد ظهر أسلوب المزادات الإلكترونية كنتيجة تفاعلية لأسلوب المزادات العلنية المطبق في القانون المدني من جهة ، وإجراءات إبرام العقود الإلكترونية المطبقة في قوانين المعاملات سواء المطبقة في أوروبا أو في فرنسا ، لابد في البداية من التعرّف على مضمون المزادات الإلكترونية والتي تلعب وسائل الإتصال

²³ فيدار عبد القادر صالح ، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 10 ، العدد 37 ، 2008 ، ص 157.

الحديثة الدور الرئيسي فيها ، ومن البحث في إجراءاتها بالتفصيل ، ومن ثم التطرق إلى القيود التي تبرم على إبرام العقود الالكترونية وذلك من خلال الفرعين التاليين ، وذلك كمايلي :

الفرع الأول : ماهية المزادات الالكترونية

حيث قامت المادة الأولى من المرسوم الفرنسي رقم 846 لعام 2001 بوضع تعريف لأسلوب المزادات الإلكترونية فتعرفها بأنها "ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المرشح لإبرام العقد الإداري بعبء الثمن عن طريق وسيط إلكتروني، وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام ويعمل بها جميع المرشحين" ، ومن ثم فإن أسلوب المزادات الإلكترونية هو نوع من المزادات العلنية، كما لو أرادت الإدارة التخلص من بعض منقولاتها عن طريق بيعها بالمزاد العلني، ويكون دور الموردين فيها التقدم بثمن يسقط بمجرد تقديم أعلى ثمن بالمزاد، بينما تختلف مع المزادات الإلكترونية كونها نصبة على عقود التوريد، وهذا ما دعا الفقه الفرنسي إلى تسمية هذا النوع بالمزادات الإلكترونية المعكوسة²⁴ ، وبالتالي فإن هذا النوع من المزادات لا يختلف عن المزادات العلنية المعروفة في القانون المدني من خلال التنافس بين المرشحين على منقولات معينة وأثمان مختلفة تكون في جلسة علنية يعرفها جميع الموردين، في حين تختلف مع المزادات الإلكترونية بأنها منصبة على عقود إدارية²⁵، وتجدر الملاحظة إلى أنه يتوجب على الإدارة في أسلوب المزادات الإلكترونية إتباع جميع الإجراءات الخاصة بالإعلان عن المزادة، فضلاً عن اتباع إجراءات الممارسات والتحاور لتنافسي والاتفاق المباشر²⁶ .

وقد أشارت المواد (٣٥/٣٢/٢٨) من قانون العقود الإدارية في فرنسا على أنه: "كما يجب على الإدارة في أسلوب المزادات الإلكترونية ، إتباع جميع إجراءات الإعلان عن المزادة، وتحضير كراسة الشروط وإجراءات تقديم العطاءات ودراستها ، والبت في

²⁴ L'article 1-1 du décret 2001-846 "pour la mise en oeuvre de la procédure d'enchères électroniques prévue du 3em de l'article 56 du code des marchés public, sont réputées être des fournitures courantes"

²⁵ محمد أمين، المرجع نفسه ، العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني ، ص 268 .

²⁶ انظر نص المواد ٢٨-٣٥ من قانون العقود الإدارية في فرنسا.

المزايدات ، أي إتباع إجراءات الممارسات والتحاوالتنافسي في المسابقات والإتفاق المباشر²⁷ ، وبالتالي فإن أسلوب المزايدات الإلكترونية يتسم بالطابع الإداري العام، ويظهر كأسلوب جديد يختلف عن إجراءات المزايدات العلنية في القانون المدني من جهة، وإجراءات الممارسات والمزايدات في القانون الإداري من جهة أخرى، لذلك يعطي لأساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني خصوصية تميزه عن إجراءات إبرام العقد الإداري العادي .

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد في العقد الإداري الإلكتروني

لما كانت الإدارة تعمل لأجل تحقيق المصلحة العامة²⁸، ولذلك جاءت قواعد القوانين الإدارية مقيدة لحرية الإدارة في التعاقد من عدة نواحي، وذلك على نقيض القواعد العامة في القانون الخاص وما يسودها من ميزة حرية التعاقد لكن في حدود النظام العام والآداب العامة²⁹، وفيما يتعلق بالعقد الإداري الإلكتروني فإنه لم يخرج عن القواعد العامة المقيدة لحرية التعاقد التي تقوم عليها العقود الإدارية عموماً، ومن أهم هذه القواعد العامة نذكر مايلي :

أولاً: قاعدة حرية الدخول إلى المنافسة في العقود الإدارية الإلكترونية

ويقصد بهذه القاعدة أو المبدأ إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط المناقصة لكي يتقدم بعطاءه، وهو القصد الأساسي من جعل أسلوب المناقصة العامة الأصل العام في تعاقدات الإدارة حتى تتسع أمام هذه الأخيرة فرص اختيار أفضل المتعاقدين³⁰، ولذا فإن هذا المبدأ يجد حجمه الحقيقي بالنسبة للمناقصات العامة بصفة خاصة مقارنة

²⁷ L'article 2 du décret 2001-864. (Jo du 19/9/2001).

²⁸ يقصد بالمصلحة العامة توجيه الغرض للتفكير والفعل الذي يعكس الحاجات المادية والروحية للأفراد (مصلحة شخصية) والمجموعات الاجتماعية والجماعات التاريخية ، الموسوعة الفلسفية، وضع لجنة من العلماء والأكاديميين السوفييت إشراف أوزنتال يودين، ترجمة سمير كرم ، دار الطليعة والنشر، بيروت، 1967، ص480.

²⁹ ومن هذه القواعد مبدأ السرية والعلانية والمنافسة، فضلاً عن وجوب اتباع الإدارة لقواعد معينة قبل إبرام العقد الإداري، كوجوب الحصول على إذن سابق قبل إبرام العقد، ووجوب توافر الاعتماد المالي للعقد الإداري، وأخذ الرأي والاستشارة السابقة لعدد من الجهات المحددة بموجب القانون، فضلاً عن وجوب أن يكون العقد مكتوباً إلا إذا نص القانون على عكس ذلك.

30 نواف الكنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2001، ص334.

بالمناقصات المحلية والمحدودة التي وإن كانت المنافسة غير غائبة فيها، إلا أنها قاصرة على أشخاص معينين ومعروفين سلفاً للإدارة³¹، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء وغير الصالحين للتعاقد، ويمكنها استعمال هذا الحق في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء قبل التقدم بالعطاءات أو بعد التقدم بها وخلال مرحلة فتح العطاءات أو البت في المناقصة³²، ويرتبط هذا المبدأ كثيراً بمبدأ العلانية³³، في مجال إبرام العقود الإدارية، وبالتالي فإن هذا المبدأ يظهر الشروط والإجراءات التي يجوز للمتفاوضين التعاقد مع الإدارة على أساسها، فضلاً عن أن هذا المبدأ يوفر للإدارة اختيار أفضل العروض.

ثانياً: مبدأ السرية³⁴ والشفافية³⁵ في العقد الإداري الإلكتروني

حيث يعتبر هذا المبدأ مكملاً لمبدأ الحرية في دخول المنافسة بين المناقصين، وبالتالي يشكل إلى جانبه ضمانات هامة من ضمانات تحقيق المصلحة العامة في إطار إبرام العقود الإدارية عموماً والعقد الإداري الإلكتروني خصوصاً، وهو من المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر، وفي مجال العقد الإداري الإلكتروني فإن هذا المبدأ قد لقي دعماً كبيراً سواء على المستوى الأوربي من خلال أحكام التوجيه الأوربي

31 محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري - العقد الإداري)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1989، ص 314-315.

32 محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع نفسه، أعمال السلطة الإدارية، ص 315.

33 وهو أول خطوة في عملية التعاقد بالمناقصة أو المزايدة، وقد نظمت القوانين والأنظمة والتعليمات كيفية الإعلان وما يجب أن يتضمنه. راجع المادة (1) ف (2) من قانون العقود الإدارية في فرنسا. والمادة (2) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم 1998/89.

34 يقصد به أن توضع جميع العطاءات في مظاريف مغلقة مجهل العلم بمضمونها بالنسبة للإدارة وبالنسبة للمناقصين فيما بينهم، وتظل كذلك حتى وقت فتح المظاريف عن طريق لجنة الفتح، محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق، أعمال السلطة الإدارية، ص 319.

35 يقصد به ضرورة احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المناقصين دون تفرقة، كما لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تتفاوض مع أحد المناقصين في شأن تعديل عطائه في خارج الاستثناءات التي يقررها المشرع على هذه القاعدة العامة، محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر نفسه، أعمال السلطة الإدارية، ص 318.

رقم 18/2004 ،³⁶ أو قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 1999 ،³⁷ أو في فرنسا من خلال قانون العقود الإدارية .

ثالثاً : الشكلية في العقد الإداري الإلكتروني

تخضع العقود الإدارية لقاعدة التحرر من الشكليات ، حيث لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكلياً معيناً في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية³⁸ وبالتالي يجوز التعبير عن كل منهما بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة المتداوله عرفاً ، وفي هذا المجال فإن السؤال الذي يفرض نفسه هو ما مدى تطبيق هذه القواعد على العقد الإداري الإلكتروني، وما هو الشكل المطلوب لانعقاد هذا العقد ؟

في الواقع للإجابة على هذا التساؤل ونظراً للخصوصية التي يتمتع بها العقد الإداري الإلكتروني فإن للكتابة الإلكترونية³⁹ وللتوقيع الإلكتروني⁴⁰ تأثيراً كبيراً على شكليات العقد الإداري الإلكتروني، لأن جميع المحررات والمستندات والوثائق التي يتبادلها الأطراف عند إبرام العقد الإلكتروني يمكن تحويلها إلى محررات الكترونية بعد توثيقها بتوقيع الكتروني محمي من طرف جهات قانونية باعتماد شهادات التوثيق، وبالتالي نتفق مع ما ذهب إليه البعض، إلى أن المشرع والفقهاء والقضاء عموماً قد وضع نظاماً قانونياً خاصاً بشكليات

³⁶ حيث نصت المادة (12) من التوجيه الأوربي (على أن السلطات المتعاقدة تستعمل التقنيات الحديثة من أجل احترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي، وكذلك مبادئ المساواة وعدم التمييز والشفافية .

³⁷ حيث جاءت المادة (37) من القانون محققة لهذا المبدأ من خلال إشارتها إلى أن من واجب السلطات المتعاقدة هو توفر الحماية للمعلومات والبيانات وذلك عن طريق ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، كما أكدت على أن إجراءات إبرام العقود الإدارية تخضع لنظام الأمن والحماية المنصوص عليها في التوجيه الأوربي رقم 93/1999.

³⁸ سليمان الطماوي، المرجع نفسه ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص333.

³⁹ يقصد بالكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى متشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك ، راجع في هذا الشأن المادة (16) من قانون العقود الإدارية في فرنسا رقم 15/2004 ، الصادر في 7 حزيران، 2001 م .

⁴⁰ عرفته المادة (2) من التوجيه الأوربي الصادر في 13/12/1999 بأنه (بيان يأخذ الشكل الكتابي الإلكتروني ويرتبط أو يتصل بشكل منطقي بمعطيات الكترونية أخرى، والذي يمكن أن يخرج بشكل موثق) راجع في هذا الشأن كذلك المادة 1316-4 من القانون رقم 2000-230 الصادر بتاريخ 13 / 3 / 2000 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي.

العقد الإلكتروني وشكليات العقد الإداري الإلكتروني بصورة خاصة، من دون مساس بجوهر ومضمون العقد، وبالتالي مازال العقد الإداري وسيلة من وسائل الإدارة لأجل تحقيق المصلحة العامة، وذلك من خلال احترام المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية، وخاصة مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة ومبدأ السرية والشفافية، ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

وفيما يتعلق بإجراءات المزايدات الإلكترونية فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 54 التوجيه الأوروبي رقم 18 لعام 2004 نجد أنها نصت على إجراءات المزايدات الإلكترونية، وذلك خلافاً للمرسوم رقم 864 لعام 2001، والخاص بالمزايدات الإلكترونية في فرنسا، الذي اكتفى بتوضيح المقصود بالمزايدات الإلكترونية والمبادئ العامة لهذا النوع من التعاقد، حيث يلتزم الشخص المعنوي المسؤول عن المزايدة الإلكترونية بالإعلان عنها على شبكة الإنترنت، يذكر فيه موضوع المزايدة مع كراسة الشروط ونظام الاستشارة وكل المعلومات والبيانات والشروط الفنية والقانونية، وخاصة المدة التي تجري المزايدة خلالها، وتاريخ بدء المزايدة والتمن المبدئي للعقد، وفي حالة وجود مزايدة محدودة، كما أنه إذا كانت المزايدة محدودة، فيقوم بنشر قائمة المرشحين على الإنترنت أو دعوته بخطابات ترسل عن طريق البريد الإلكتروني.⁴¹

وعلى ذلك فإن إجراءات المزايدة الإلكترونية تكمن من خلال إلتزام الإدارة بالإعلان عن المزايدة عن طريق شبكة الإنترنت، يتضمن هذا الإعلان موضوع المزايدة، مع ضرورة ذكر كل المعلومات والشروط الفنية والقانونية ولاسيما المدة التي تجري المزايدة خلالها، فضلاً عن تاريخ بدء المزايدة والتمن المبدئي للعقد⁴²، أما في حال كانت المزايدة محدودة، فإن الأمر يتطلب القيام بنشر قائمة المرشحين على شبكة الإنترنت، لتقديم العطاءات، فإنه وتأسيساً لهذا الأسلوب فإن الأمر يستوجب إرسال المرشحين توقيعاتهم الإلكترونية، ويجب على الإدارة توفير الحماية لهذه التوقيعات، التي يجب أن تكون

⁴¹ ناجح أحمد عبدالوهاب، التطور الحديث للقانون الإداري في ظل نظام الحكومة الإلكترونية، دار

النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص 76.

⁴² انظر: نص المادة 54 من التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٤-١٨)

مطابقة للشروط المنصوص عليها في المواد (1316 و 1316-4) من القانون المدني الفرنسي .

وبعد ذلك تجرى المزايدة، ويتوجب على الإدارة إعلام جميع المرشحين بعروض الثمن المقدمة في كل مرحلة من مراحل المزايدة، وبعد ذلك يتم ترتيب الموردين من الثمن الأعلى إلى الثمن الأقل ، دون أن تعرف هويتهم خلال المدة المنصوص عليها في كراسة الشروط ، فضلاً عن ذلك فإنه يجوز تمديد المدة القانونية للمزايدة بشرط أن ينص على ذلك في كراسة الشروط الخاصة بالمزايدة الإلكترونية مع بيان أسباب التمديد وكيفية طلب التمديد من المرشحين .وتستطيع الإدارة غلق باب التنافس من خلال التوصل إلى العطاء الأفضل من الناحية المالية والفنية، وعدم وجود عطاءات جديدة تحقق الغاية من المنافسة ، وأخيراً يمكن للإدارة أن تغلق باب التنافس إما بتحديد مدة معينة للمزايدة في كراسة الشروط أو في الخطابات التي ترسلها إلى المرشحين في مرحلة الإعلان عن المزايدة ، ويعد الإيجاب المقدم من طرف المرشح الفائز بمثابة الإيجاب الإلكتروني الذي يجب أن يتطابق مع القبول الذي يكون باعتماد السلطة المختصة بإبرام العقد الإداري و إخطار المتعاقد معها من خلال الوسيط الإلكتروني⁴³ .

ويتبين لنا مما سبق أن أسلوب المزايدات الإلكترونية جاء متفقاً ومنسجماً مع خصوصية العقد الإداري الإلكتروني ، على اعتبار أنه يحقق القواعد العامة المتبعة في إبرام العقود الإدارية كمبدأ عدم التمييز ومبدأ حرية المنافسة، ومبدأ السرية، فضلاً عن أن هذا الأسلوب يحقق مبدأ التفاوض السائد في إجراءات العقود الإدارية وفق أحكام التوجيهات الأوروبية وقانون العقود الإدارية وخاصة في فرنسا كما تم الإشارة لذلك سابقاً

⁴³ ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص118.

المطلب الثاني : الأساليب التقليدية الأخرى لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

حيث سنتناول في هذا المطلب الأساليب التقليدية الأخرى لإبرام العقد الإداري الإلكتروني وهي أسلوب الإتفاق المباشر، وأسلوب التفاوض التنافسي، وذلك كمايلي :

الفرع الأول : أسلوب الاتفاق المباشر

اتفقت أغلب النصوص سواء في فرنسا أو في مصر على الأخذ بأسلوب الإتفاق المباشر لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، فقد نصت المادتين 34 و 35 من قانون العقود الإدارية الفرنسي وكذلك المادة 2 من المرسوم رقم 692 لعام 2002 الخاص بإبرام العقود بوسائل إلكتروني هذا الأسلوب، وعرفته المادة ٣٤ على أنه " ذلك الإجراء الذي بموجبه يختار الشخص العام أحد المرشحين بعد مناقشتهم ومفاوضتهم على شروط العقد ، كما نصت عليه المادة ٦٢ من القانون رقم 182 لعام 2018 بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية على أنه يعتمد بهذا الأسلوب في :

44

1. الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما.
2. وجود مصدر واحد فقط لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد أو لديه الحق الحصري أو الاحتكاري لموضوع التعاقد.
3. تحقيق أغراض التكامل مع ما هو موجود، ولا يوجد له سوى مصدر واحد.
4. عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقتضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ.
5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفاءة سير العمل

⁴⁴ ماجد ملفي زايد الديحاني ، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني ، جامعة المنوفية ، كلية الحقوق ، بدون

بالجهات الإدارية ، وأن لا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات .

6. في حالة التوحيد القياسي مع ما هو قائم.

7. في حالات تعزيز السياسات الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتبناها الدولة ، ويتعين الحصول على عرض أسعار عند التعاقد بالاتفاق المباشر في الحالات المبينة في البنود 5 و 6 و 7 .⁴⁵

ووفقاً لأسلوب الاتفاق المباشر ، فإن الإدارة تقوم بالتعاقد مع شركة معينة أو شخص معين بدون الإلتزام بإجراءات مسبقة كما هو الحال بالنسبة للمناقصة أو الممارسة، ويشترك هذا الأسلوب مع أسلوب الممارسة في كونه إستثناء عن الأصل العام في التعاقد بطريق المناقصة، وفي أن الإدارة تتمتع بصدده بحرية كبيرة في إختيار المتعاقد معها ، حيث لا يقيدتها في ذلك سوى اعتبارات المصلحة العامة .⁴⁶

الفرع الثاني : أسلوب التحاور التنافسي لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

ويقصد بأسلوب التحاور التنافسي أن تقيم الإدارة التي ترغب في التعاقد منافسة بين عدة مرشحين وفقاً لقواعد تعدها مقدماً مع ترتيب المتقدمين، ولكن بدون إلزام بالنسبة للإدارة، فالإدارة في هذا الأسلوب لها مطلق الحرية في أن تختار الأفراد الذين تسمح لهم بالاشتراك في المنافسة⁴⁷ ، وقد نصت المادة 36 من قانون العقود الإدارية الفرنسي على أسلوب التحاور وعرفته بأنه: الإجراء الذي تهدف من ورائه الإدارة إلى طرح مشروع أشغال عمومية وتطلب في الإعلان عنه من المرشحين إعطاء اقتراحاتهم حول الشروط الفنية أو المالية أو القانونية ، ويتضح أن هذا الأسلوب يخص المقاولين ذوي الكفاءات الفنية والمالية أو القانونية، أو الخبراء في مجال دراسة جدوى الأعمال لمشاريع الأشغال العامة ، ويتم إجراء الحوار التنافسي وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من قانون

⁴⁵ صفاء فتوح، إشكالية التراضي في العقد الإداري الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة،

الطبعة الأولى، 2018 ، ص55.

⁴⁶ سليمان الظماوي، المرجع نفسه ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص287 .

⁴⁷ قيدير عبد القادر ، المرجع نفسه ، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته ، ص168.

العقود الإدارية على أن يتم نشر الإعلان، ويشتمل الإعلان على التعريف باحتياجات ومتطلبات السلطة المتعاقدة، وشروط التحاور التنافسي، والمدة المحددة لاستلام الطلبات، وعلى أن يتم فتح العروض في الموعد المحدد، ولا يسمح للمرشحين بالحضور، وبعد دراستها يتم إبلاغ المرشحين غير الفائزين، ومن ثم يتم توجيه دعوة مكتوبة أو إلكترونية إلى المرشحين الذين تم إختيارهم، للمشاركة في الحوار، ولا بد من أن تشتمل الدعوة على تاريخ ومكان الحوار، وقائمة الوثائق المطلوبة، فضلا عن استخدام اللغة الفرنسية، وعلى أن يتم الحوار في الوقت المحدد بهدف التعرف على تحديد الوسائل الأنسب لتلبية احتياجات السلطة المتعاقدة، وتتم مناقشة جميع جوانب العقد مع المرشحين، ومن ثم تقوم السلطة المتعاقدة بإبلاغهم لتقديم عروضهم النهائية خلال خمسة عشر يوماً ، ومن ثم تتم دراسة تلك العروض، واختيار العرض الفائز، و بعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات اللجنة، يتم إخطار المرشح بقبول عرضه على بريده الإلكتروني⁴⁸ ، وأما فيما يتعلق بإجراءات التفاوض والبت في إجراء التحاور التنافسي، فهو شبيهه بالإجراءات الخاصة بالممارسة المحدودة، وبالتالي يتم التفاوض عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب ، إلا أن عروض المرشحين تقدم إلى الإدارة بعد إجراء المنافسة، حيث تطلب الإدارة من المرشح الذي استطاع أن يحصل على رضاها تقديم عرضه لتقدم بشأنه تقريراً إلى لجنة خاصة خلال 15 يوماً بعد غلق التنافس، وبعد اعتماد السلطة المختصة لقرار اللجنة، يتم العقد بإخطار قبول اللجنة المختصة لإيجاب المرشح عن طريق البريد الإلكتروني⁴⁹.

⁴⁸ محمد هشام، الإجراءات الشكلية في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2016 ، ص102.

⁴⁹ ماجد راغب الحلوة، المرجع نفسه ، العقد الإداري الإلكتروني ، ص110.

الخاتمة

لقد كان للتطور التكنولوجي الذي فرضته ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أثراً على مختلف أنواع المعاملات المدنية والتجارية وحتى الإدارية ، فظهر مصطلح العقد الإداري الإلكتروني والذي أدى استخدامه من قبل الإدارة إلى تدعيم وتوسيع مبدأ العلانية وحرية التقدم للمنافسة والمساواة والشفافية وسرية العطاءات ، مما انعكس إيجابياً على اختيار أفضل المتنافسين من الناحية الفنية والمالية ، والحد كذلك من هدر الوقت والجهد والمصاريف ، وبالتالي التخلص من الفساد والتلاعب في التعاقدات الحكومية ، ويتميز إبرام العقد الإداري الإلكتروني بنظام قانوني مختلف عن العقود العادية ، بحيث تستطيع الإدارة أن تعلن عن مناقصاتها ومزاداتها عبر شبكة الانترنت على موقع الجهة الإدارية إلا أنه وعلى الرغم من هذا العقد الحديث من أهمية ودور في زيادة تطوير النشاط الإداري إلا أنه لم يحظ بالتجسيد القانوني والفعلي الكافي ، وقد توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات ، كانت كمايلي :

أولاً: النتائج

1. يجب توفر العديد من المتطلبات التشريعية منها والفنية للانتقال إلى العقد الإداري الإلكتروني.
2. حافظت معظم التجارب الدولية على الإجراءات الدولية للتعاقد مع الجهات العامة ولكن طورتها بحيث يمكن القيام بها بوسائط الكترونية ، أي جعل المستند الإلكتروني في وضع قانوني مناظر للمستند الورقي.

3. بينت هذه الدراسة أنه على الرغم من أن هناك صعوبة في تحديد معايير العقد الإداري الإلكتروني إلا أن هذا العقد يمتاز بطبيعة خاصة على عكس العقد الإلكتروني، وذلك لتمييزه بخصائص العقد الإداري من جهة ، إلا ، وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، مما يستوجب صدور أحكام من القضاء الإداري لتحديد الطبيعة الخاصة لهذا العقد.

ثانياً : التوصيات

1. يجب القيام بعملية تحديث وبشكل دائم لقانون المناقصات والمزايدات حتى يواكب التطور الدائم لتكنولوجيا الاتصالات.
2. إنشاء مراكز متخصصة في الدول الحديثة العهد في العقود الإدارية الإلكترونية ليتم فيها عمل دورات تدريبية وعقد ندوات لأعضاء القضاء، بهدف إعداد عناصر قضائية تتمتع بوعي معلوماتي وتستطيع أن تساير المستجدات في مجال المعاملات الإلكترونية، وكذلك تنظيم دورات تدريبية في هذه المراكز المتخصصة للعاملين في الدوائر الحكومية بشأن طرق ووسائل التعاقد الحديثة .
3. توحيد قواعد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وتدعيمها بنظريات فقهية حديثة .

المصادر والمراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1. رحيمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
2. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007 .
3. المنجد في اللغة والأدب والعلوم، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت ، ١٩٦٦.
4. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
5. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر الانترنت ، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2011.
6. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، النظام القانوني لتعاقد الإدارة الكترونياً ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2014.
7. شحاته شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
8. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006.
9. أمل لطفي، أثر الوسائل الإلكترونية على مشروعية تصرفات الإدارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2013.
10. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2002.
11. محمد أمين، العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية ، ٢٠١٨ .

12. أحمد أسامة، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2005 .
13. بصير طارق ، مكلل بوزيان ، العقد الإداري الإلكتروني ودوره في مواجهة الظروف الطارئة ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، الجزائر ، المجلد 8 ، العدد 2 ، 2022.
14. بهلول سمية ، عقود الإدارة الإلكترونية في تفعيل أداء الجماعات الإقليمية في الجزائر أطروحة دكتوراه ، جامعة بائنة 1 ، 2018.
15. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، جامعة عين شمس، ١٩٨٤.
16. محمود الوتري ، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الإشتراكية، مطبعة الجامعة، شارع المنتبي ، ١٩٧٩.
17. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، دار المناهج للثقافة والنشر ، القاهرة ، 1996.
18. قيدار عبد القادر صالح ، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 10 ، العدد 37 ، 2008.
19. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري - العقد الإداري) ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1989،.
20. ناجح أحمد عبدالوهاب، التطور الحديث للقانون الإداري في ظل نظام الحكومة الإلكترونية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ .
21. ماجد ملفي زايد الديحاني ، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني ، جامعة المنوفية ، كلية الحقوق ، بدون تاريخ نشر.
22. صفاء فتوح، إشكالية التراضي في العقد الإداري الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الأولى ، 2018.
23. محمد هشام، الإجراءات الشكلية في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2016 .

ثانياً: المراجع باللغة الإنكليزية

1. Gérard Marcu. Le Régime de L'acte Administratif Face a L'Électronique. Publié sur le site : www.droit-internet2002.univ-pais1.fr/pdf/fr/marcou.pdf.
2. L'article 1-1 du décret 2001-846 "pour la mise en oeuvre de la procédure d'enchères électroniques prévue du 3em de l'article 56 du code des marchés public, sont réputées être des fournitures courantes".
3. L'article 2 du décret 2001-864. (Jo du 19/9/2001)