



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الكتاف

مجلة الكتاف

للعلوم الانسانية

مجلة علمية محكمة نصف سنوية

تصدر عن

جامعة الكتاف

رئيس التحرير

أ.د. اياد غني اسماعيل
(رئيس جامعة الكتاف)

المجلد (3) العدد (3) السنة (2020)

رقم الايداع في دار الوثائق والكتب في بغداد : 2272 : سنة 2017

ISSN: 2617-460x



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
المجلد (3) العدد (3) (2020)



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية المجلد (3) العدد (3) (2020)

اعضاء هيئة التحرير

- 1.أ. د. أياد غني أسماعيل..... رئيس جامعة الكتاب
- 2.أ. د. سهام كامل محمد..... مدير التحرير جامعة الكتاب
- 3.أ. د. لطيف سعيد نوري..... جامعة الكتاب
- 4.أ. د. ارسلان فبي جامعة فنديديقي سلطان ادريس..... ماليزيا
- 5.أ. د. بيداء ستار لفته..... جامعة بغداد/المعهد العالي للدراسات المحاسبية
- 6.أ. د. سعدون حمود جثير..... جامعة بغداد / كلية الادارة والاقتصاد
- 2.أ. د. عمر نجم الدين انجه..... جامعة كركوك
- 8.أ. م. د. سمير ابو الفتوح صالح..... جامعة المنصورة / مصر
- 9.أ. م. د. فائق مشعل قدوري..... جامعة تكريت
- 02.أ. م. د. عبد الغفور احمد السعدي..... جامعة الاميرة سمية / الاردن
- 00.أ. د. عبد الرحمن البكري منصور..... جامعة النيلين / السودان
- 02.أ. د. محمد عيسى شحاتيت..... جامعة الاميرة سمية / الاردن
- 03.أ. د. العليش محمد الحسن..... جامعة النيلين / السودان
- 04.أ. د. حسين محمد صياد..... جامعة الكتاب
- 05.أ. م. د. ربيع نور الدين بنات..... جامعة الحديثة للعلوم الادارية والاقتصادية / لبنان
- 06.أ. م. د. محمد عبد الرحمن محل..... جامعة الكتاب
- 02.أ. م. د. فيصل محمد عليوي..... جامعة الكتاب
- 08.أ. م. د. عزام عبد الحكيم خالد..... جامعة فنديديقي سلطان ادريس - ماليزيا
- 09.أ. م. د. مرشد سامي محمد..... جامعة الكتاب
- 22.أ. م. د. عادل محمد سريع..... جامعة الاهلية / البحرين

الإشراف العلمي واللغوي

- 1-د. نبيل مد الله العبيدي..... اللغة العربية
- 2-م. د. عماد رفعت..... اللغة الانكليزية

لجنة الاشراف الفني:-

- 1-م. م. د. عمر عادل محمد علي..... رئيساً
- 2-م. م. د. بسمة خالد سليم..... عضواً

العراق – كركوك – التون كوبري
جامعة الكتاب

kjhs@uoalkitab.edu.iq
www.uoalkitab.edu.iq



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية المجلد (3) العدد (3) (2020)

قواعد و تعليمات النشر في مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

تعنى مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية بنشر البحوث العلمية في مجالات الإدارة والإقتصاد والمحاسبة والتسويق والقانون والعلوم المالية والمصرفية واللغة الإنكليزية وعلم اللغة والعلاقات الدولية والعلوم السياسية.

اولا :المتطلبات العامة

1. يرسل البحث إلى سكرتارية تحرير المجلة بشكل مباشر بأربع نسخ مع قرص مدمج أو عبر البريد الإلكتروني للمجلة بصورة ملف (MS-Word) وملف (PDF)
2. تخضع البحوث قبل إرسالها إلى المقومين العلميين إلى برنامج الإستلال. Turnitin.
3. تقبل البحوث للنشر أو ترفض اعتماداً على آراء الخبراء المختصين.
4. تبلغ أجور النشر في المجلة (75000) دينار للباحث من داخل جامعة الكتاب و (125000) دينار للباحثين من خارج الجامعة و (125\$) للباحث غير العراقي.

ثانيا :من أجل نشر البحث، يجب على المؤلف اتباع الإجراءات التالية

1. طباعة البحث على جانب واحد من الورق A4 بهامش أيمن بمقدار 2.5 سم وهامش أيسر بمقدار 2.5 سم و ترك مسافة 2 سم من الأعلى والأسفل مع فاصل 1.5 سم بين السطور، كما يجب ترقيم الصفحات من الأسفل بالنسبة للصفحة الأولى ومن الأعلى بالنسبة للصفحات التي تليها.
2. طباعة البحث على شكل MS Word وعلى النحو التالي: نوع الخط "Simplified Arabic" للبحوث العربية و "Times New Roman" للبحوث الإنكليزية.
3. حجم الخط 16 غامق للعنوان الرئيسي للبحث و 10 غامق لأسماء المؤلفين سواء باللغة العربية أو باللغة الإنكليزية و 12 غامق للعناوين الفرعية و 12 غامق للملخص و 12 عادي لمتن البحث و 9 غامق للكلمات المفتاحية باللغة العربية والإنكليزية (لا تقل عن ثلاث كلمات ولا تزيد عن خمس).
4. يجب ترتيب أجزء أو مكونات البحث على النحو الآتي: عنوان المقالة ، أسماء المؤلفين وعناوينهم، الملخص باللغتين العربية والإنكليزية (كلاهما مطلوبان) ثم متن البحث.
5. يجب أن يكون عنوان البحث قصيراً قدر الإمكان ودالاً على محتواه.
6. يجب وضع إشارة (*) بعد اسم المؤلف الذي تتم المراسلات معه ويذكر بريده الإلكتروني.



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية المجلد (3) العدد (3) (2020)

7. يجب أن لا يحتوي البحث على أكثر من 15 صفحة بما في ذلك المخططات والرسوم البيانية، وسيتم تحميل 5000 دينار عراقي (3 دولار) لكل صفحة إضافية.

8. يجب أن لا تزيد كلمات الملخص عن 250 كلمة على أن تشمل على أهداف البحث والنتائج والاستنتاجات الأساسية والقيمة العلمية لموضوع البحث و التركيز على محتوى الموضوع الذي يجب أن يتضمن الكلمات الأساسية المستخدمة في متن البحث.

9. الاشكال و الرسوم البيانية:

يجب أن يكون لكل رسم بياني عنوان في أسفله بحجم 12 وأن يكون الرسم التخطيطي قابلاً للتحرير، أي التكبير و التصغير.

10. الجداول:

يجب أن يكون لكل جدول عنوان بحجم 12 يوضع فوق الجدول وأن يكون النص المستخدم داخل الجدول بحجم 12.

11. المصادر:

- تكتب بحجم 12 عادي.
- يكون تسلسل المصادر وفق أ للترتيب الهجائي للإسم الأخير للباحث.
- تكتب اسماء المجالات في قائمة المصادر بشكل كامل وبدون مختصرات.
- يجب اتباع الإرشادات الآتية:

(أ) إذا كان المصدر (كتاب) ، فيجب كتابة اسم الباحث الاول متبوعاً بالأسماء الأخرى .ثم عنوان الكتاب (غامق ومائل) بين قوسين مرفوعتين، ثم الطبعة والناشر ومكان النشر وسنة النشر.

(ب) إذا كان المصدر بحثاً في مجلة فيعطى اسم المؤلف أولاً ثم عنوان البحث فاسم المجلة والعدد والصفحات وسنة النشر.

(ج) إذا كان المصدر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه فيعطى الإسم الأول للمؤلف أولاً متبوعاً باسمه الأخير ثم عنوان الرسالة أو الأطروحة فاسم الجامعة والبلد والسنة.

(د) إذا كان المصدر بحثاً ملقى في مؤتمر فيعطى اسم الباحث أولاً ثم عنوان البحث فاسم المؤتمر والبلد والناشر والعدد ثم الصفحات فالسنة.

1. يحق لهيأة التحرير تغيير أية عبارة من البحث إن دعت الضرورة لذلك كي تكون مناسبة للنمط العام للمجلة.



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

المجلد (3) العدد (3) (2020)

2. بعد نشر البحث في المجلة ستقوم هيئة التحرير بإتلاف جميع مسودات البحث السابقة للشكل النهائي للبحث ولا يحق للباحث المطالبة بإعادتها إليه.

حدثة المصادر: يجب أن لا تقل نسبة المصادر الحديثة المستخدمة في البحث عن 50% من مجموع المصادر الكلية المستعملة في البحث ، وتقاس الحدثة ضمن السنوات العشر الأخيرة من سنة تقديم البحث، فعلى سبيل المثال عند تقديم البحث في العام 2018 يجب ان تكون نسبة المصادر من سنة 2008 صعوداً ولا تقل عن 50%...وهكذا.

ملاحظة:

للمزيد من المعلومات يمكن مراسلة المجلة على البريد الالكتروني:

kjhs@uoalkitab.edu.iq

او بريد مدير التحرير:

sihamkamel2006@yahoo.c



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية المجلد (3) العدد (3) (2020)

بسم الله الرحمن الرحيم

حلمة ورئيس التحرير

السلام عليكم

من دواعي السرور أن تستمر جامعة الكتاب في خطواتها الفاعلة، والتي تضاف الى إنجازاتها العلمية، وذلك بإصدار العدد الثالث من "مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية" والتي اقترنت بمصادقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي باعتمادها للنشر والترقيات العلمية، ولم يأت هذا الإنجاز من دون جهود ومتابعة، فقد حرصنا على أن تصدر المجلة وفق أفضل المعايير العلمية.

جامعة الكتاب حققت في مسيرتها منجزات علمية رصينة، وشهد العام الماضي العديد من الأنشطة، كان في مقدمتها: المؤتمر العلمي الدولي الثالث وبالتعاون مع جامعة لوند السويدية، وتحت عنوان: "المرأة والحرب وصناعة السلم في الشرق الأوسط" وبمشاركة لأكثر من ثلاثين باحثاً، قدمت من خلالها أربعة وأربعون بحثاً علمياً، وباللغتين العربية والانكليزية، وبمشاركة باحثين من السويد وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية وتركيا والعراق، كذلك وقّعت الجامعة العديد من الاتفاقيات العلمية مع جامعات بريطانية وتركية وجيكية وعراقية، واستمرت في إصداراتها والتي تكلفت في إصدار دليل عن مسيرة الجامعة وكلياتها وأقسامها المختلفة.

إن من سمات الجامعات الرصينة أن تكون لديها نتائج علمية متمثلة بالبحوث والدراسات والحصول على براءات الاختراع والتواصل العلمي مع مختلف الجامعات ومراكز البحث العلمي، كلها تضاف الى الجوانب التدريسية القائمة في مختلف كليات وأقسام الجامعة، فقد أعطيت الأهمية المتميزة في رفق الأقسام العلمية بمختبرات علمية في أعلى مواصفاتها، يستخدمها الطلبة في دراساتهم التطبيقية وهم على ثقة بأن هذه المختبرات ستعزز من قدراتهم العلمية والعملية، كما أن الجامعة أنشأت مستشفى طب الأسنان وبأعلى المواصفات العالمية، وأعدت برنامجاً متكاملأ لتدريب الطلبة في جامعات خارج العراق في العطلة الصيفية، ووفق برامج مدروسة وفاعلة، كما أن الجامعة بصدد استكمال المكتبة الالكترونية والتي سترتبط بأفضل المراكز العلمية العالمية للاطلاع على الكتب والأبحاث والمستجدات العالمية في شتى ضروب المعرفة، كما أن الجامعة استكملت الملاعب والمرافق الرياضية المغلقة والفضائية، وهيأت أقساماً داخلية لسكن الطالبات وبأعلى المواصفات، ولازالت حملة التشييد والاعمار مستمرة بإنشاء مرافق عديدة في مقدمتها: ملحق المؤتمرات العلمية الذي يشيد بمواصفات تتوافق مع الصورة الحديثة القائمة عالمياً، وهناك الكثير من الجوانب الأخرى التي ستنجز – إن شاء الله – والتي تتوافق مع رسالة الجامعة في الوصول الى المراز العلمية المتقدمة من خلال جهودها وجهادها.

وفي الختام فإن هيئة التحرير تأمل الإسهام في رفد المجلة بالبحوث الرصينة، والتي ستخضع الى التقويم العلمي، ملتزمة بمبدأ الرصانة والفائدة العلمية.

الأستاذ الدكتور أياذ برزنجي

رئيس الجامعة ورئيس هيئة التحرير

٢٠٢٠/٤/٥



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
المجلد (3) العدد (3) (2020)



مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

المجلد (3) العدد (3) (2020)

فهرست البحوث

الصفحات	اسم الباحث	اسم البحث	ت
20-5	الدكتور طلعت جواد لحي الحديدي ببريز فتح يونس	مظاهر استخدام القوة في الحرب الاستباقية	1
46-21	الدكتورة حلا أحمد محمد الدوري	الآليات الدولية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني	2
64-47	الدكتور ماهر ابراهيم قنبر	الأهلية بين القانون الواجب التطبيق والنظام العام	3
88-65	أحمد محمد قادر	السرية المصرفية (دراسة قارنة)	4
104-89	نهى عبد الخالق أحمد	الإعلام الإلكتروني وأثره على حقوق المرأة في إطار القانون الدولي العام	5
126-105	هلو محمد صالح عبد الصمد	دراسة قانونية حول مشروع تعديل قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦	6
140-127	زياد عبود مناجد	المسؤولية الجنائية عن جرائم التحرش الجنسي الإلكتروني	7
160-141	الدكتور صدام خزعل يحيى أحمد محمد صديق	تصرفات المريض مرض الموت وآثارها القانونية - الإيدز إنموذجاً - (دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية)	8

مظاهر استخدام القوة في الحرب الاستباقية
The Manifestations of Using Force in Preemptive War

بيريز فتاح يونس
مدرس
كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة الكتاب

الدكتور طلعت جواد لحي الحديد
أستاذ
كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك

الملخص

إن مسألة الحرب الاستباقية وحماية الدول لنفسها ضدّ المخاطر والتهديدات التي تواجهها عملية سهّلت الالتجاء إلى تدارك الأمور والقيام بعملية دفاعية استباقية وهي التي بدورها أسبغت عليها الوصف القانوني بتكرار العمل بها والنصّ عليها في المواثيق الدولية، حيث إنّ الدفاع عن النفس في القانون الدولي يشبه إلى حدّ ما حقّ الدفاع الموجود في القوانين الداخلية للدول على اعتبار أنّ حماية الشخص ويقائه أولى وأجدر بالحماية من المنتهك والعدو، وبغية الإحاطة بموضوع الحرب الاستباقية والقاء الضوء عليها حاولنا في دراستنا هذه تقسيم البحث الى مبحثين رئيسيين، نتكلم في الأول عن التعريف بالحرب الاستباقية وآراء الشراح والدارسين حولها، فكان على مطلبين، الأول بخصوص تعريف الحرب الاستباقية، والثاني بخصوص مقتضيات ودوافع الحرب الاستباقية، أمّا المبحث الثاني فيتعلّق بدور التنظيم الدولي في بيان هذه الحروب وآليات الالتجاء إليها، وهو على مطلبين أيضاً، الأول أمّا عن دور عصابة الامم فيها، والثاني عن دور منظمة الامم المتحدة في هذه الحروب. الكلمات المفتاحية: الحرب الاستباقية، متطلبات الحروب الاستباقية، موقف منظمة الامم المتحدة من الحرب الاستباقية، تطبيقات الحروب الاستباقية.

Abstract

The Issue of preemptive war and the protection of States against the dangers and threats they face is a process that facilitates rectifying things and carrying out defensive operations that gave rise, in turn, to the legal capacity through repeating and stating them in the international agreements. Self-defense in international law is very similar to the right of defense in the national laws of states which consider the individual's protection and survival as having the priority over the violator or the enemy. In order tackle all the aspects of the topic, the researchers have tried to divide the study into two main sections. The first section is about the definition of preemptive wars and the scholars' opinions through two subsections: the first gives the definition of pre-emptive war, and the second tackles the requirements and the motivations of the preemptive war. While the second section which falls in two subsections is related to the role of the international organizations in defining these wars and their mechanisms. The first subsection is about the role of the League of Nations, and the second is about the role of the United Nations in such wars.

Keywords: Pre-emptive war, Rwquirments of pre-emptive war, Applications of pre-emptive wars.

المقدمة

بعد أن تطوّرت وتعدّدت الحياة في المجتمع الدولي، وأصبحت المخاطر المهدّدة لأمن البلاد وسلامتها فجعلتها عرضة للانتهاك المستمرّ ونتيجة لكثرة المطامع والتدخلات الخارجية والتأثيرات وظهور مسالة الإرهاب الدولي، أصبحت الدول تترقّب الأحداث بصورة دقيقة وتحاول بشتّى الوسائل حماية أمنها من اجل تلك العوامل التي تثير مسالة التخلخل الامني والسياسي في أرجاء المعمورة، فأصبح الالتجاء الى القوة بشكل استباقي لمواجهة هذه الأمور من الاشكالات التي أثّرت بسببها النزاعات الدولية. إذ إنّ مسالة الدفاع عن النفس وحقّ الدولة في البقاء وحماية أمنها وسلامتها كلّها عوامل دفعت مسالة استخدام القوة الى السير سريعا حتّى تستطيع الدول تدارك الأمور ومواجهة الأعداء بصورة دفاعية تسبق البدء أو الإعلان عنها من جهة المعتدي فهي تمثّل إجراءً عسكرياً احترازياً تلجأ إليه الدول لمواجهة الأعداء والدفاع عن انفسهم، وباعتباره أحد هذه المجالات التي تستخدم القوة فيها من منظور قانوني أو بإسباغ وإيجاد إطار قانوني لها نتيجة للتطورات الحاصلة في المجتمع الدولي.

أهمية الدراسة

لدراسة موضوع الحرب الاستباقية في القانون الدولي العام أهمية كبيرة لأن استخدام القوة فيها ضد الآخرين هو سعي الدول الى حماية أنفسها وأمنها من التهديدات التي بدأت تتزايد في المجتمع الدولي بدءاً من مرحلة عصابة الأمم ومروراً بالأمم المتحدة.

مشكلة الدراسة

تتمثل المشكلة في أنّ هناك دولاً وجهاتٍ دولية تمنع الالتجاء إلى الحرب الاستباقية وتعارضه بشكل واسع لحدّ الآن الآ أنّ هناك دولاً أخرى قد استخدمتها بشكل واقعي من أجل حماية أمنها ومصالحها مما أدّى الى تذبذب الأفكار والآراء حول هذه الحروب.

فرضية الدراسة

من دراستنا للحرب الاستباقية نحاول بيان التعريفات التي قبلت حولها وتحليلها، بالإضافة الى دور التنظيم الدولي في بيان هذه الحروب ووصفها لها.

منهجية الدراسة

في سبيل الفهم والتحليل للدراسة حول الحرب الاستباقية، ارتأينا استخدام المنهج القانوني الوصفي والتحليلي في سبيل بيان التعاريف التي قبلت بصدها وتحليلها، بالإضافة إلى التطور الذي حصلت حولها خلال مراحل تطور التنظيم الدولي، كما قمنا باستخدام المنهج التطبيقي في إيراد الأمثلة الدولية حول الحرب الاستباقية.

هيكلية الدراسة

لقد حاولنا في دراستنا هذه ترتيب الخطة العلمية بصورة تتناسب مع الفكرة الأساسية في سبيل الإحاطة بالموضوع من كافة جوانبه، فقد ذكّرنا الى مبحثين رئيسيين، نتكلم في الاول عن التعريف بالحرب الاستباقية بإلقاء الضوء عليه من ناحية مفهوم الحرب الاستباقية ومقتضياته وذلك وفق مطلبين. أمّا المبحث الثاني فإنّه يخصّ التطور الذي حصل على الحرب الاستباقية من منظور التنظيم الدولي فقد مرّت بمرحلتين أساسيتين هما فترة عصابة الأمم والأمم المتحدة وهذا أيضاً على مطلبين رئيسيين ضمن نطاق الدراسة هذه.

المبحث الأول

التعريف بالحرب الاستباقية

إنّ التطرّق أو البحث عن أي موضوع من الموضوعات لا بدّ أن يسبقه توطئة لبيان مفهوم الدراسة ونطاقها، حتى تكون الدراسة ذات فائدة أكثر للقراء والباحثين، وتمثل الحرب الاستباقية أحد المواضيع المهمة في المجتمع الدولي في الوقت الحاضر بسبب تعقّد وتطور مجالات استخدامها، جراء الأفعال الدولية التي تشكّل تهديداً مستمراً على الأمن القومي للدول من جهة، والامن والسلم الدوليين من جهة أخرى، ولإحاطة بهذا المفهوم الحيويّ والمهمّ ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتكلم في الأوّل عن مفهوم الحرب الاستباقية وفكرة الباحثين والدارسين حولها، أمّا المطلب الثاني فهو بخصوص مقتضيات الحرب الاستباقية ودوافعها.

المطلب الأول

مفهوم الحرب الاستباقية

إن فكرة الحرب الاستباقية كمفهوم تتوضّح أسس صياغته واطر عمله وفق (Anticipatory Measure) بصورة عملية وقد أوجده الجنرال الألماني (Glauswits) (1)، فوضع أسس ومبادئ هذه الفكرة الاستراتيجية محدداً إيّاه بأنه إجراء عسكريّ تلجأ إليه الدولة مستخدمةً قواتها المسلّحة (2).

وقد أخذ هذه الفكرة مجموعة من الأمراء و الملوك وطوّروها في حروبهم واستراتيجياتهم ضدّ سلامة أراضي الدول الأخرى فكانت أحد أهم الأسس المعتمدة في حروبهم. (3)

ويذهب آخرون إلى أنّ ظهور هذه الفكرة ومرادفاتها الكثيرة في السياسة الدولية يرجع أساساً إلى بدايات منتصف القرن العشرين، فقد برزت هذه الفكرة أثناء الهجوم الياباني على ميناء (بيرل هاربر) الأمريكي في عام (1941) فسعت (اليابان) الى تضيق وتحجيم الإمكانية الأمريكية للقوة وضربها في أوج قوتها الاقتصادية والتي كانت تمثل مصدراً مالياً واقتصادياً لأمريكا في تلك الفترة (4).

وقد عرفت الحرب الاستباقية بأنها: دفاع تأتي القيام بضربة عسكرية الاولي تأتي للقيام بضربة عسكرية أولى قاضية على دولة معادية والقاضية على دولة، أو شكت على القيام بهجوم مدبر فسبقتها بالهجوم لدرء خطر وشيك أو متحقّق الوقوع لتدمير قواها العسكرية حتى تملي عليها شروطها وتفرض عليها إرادتها مستندة على عنصر المفاجأة لكسب الوقت وبتّ الفوضى والرعب في صفوف قوات الدولة وجعل جميع محاولاتها للمجابهة فاشلة (5).

يلاحظ من التعريف للحرب الاستباقية أنّها توجيه ضربة عسكريّة عن طريق القوات المسلّحة للدولة وهذه الضربة قائمة على أساس المفاجأة وشلّ القدرة على المواجهة ونشر عنصر الخوف والرعب في صفوف أفرادها وكسر سيف المواجهة لديها، من أجل حماية نفسها ضد المخاطر التي تهددها أو المزمع القيام بها ضدّ هذه الدولة إذا هم، إجراء سابق للدولة في، صون أمنها وسلامتها من خطر المقابل.

ويُعرّف الدفاع الوقائي أيضاً بأنه: قيام دولة أو أكثر بهجمات عسكريّة استباقية (pre-emptive strikes) وعندما تتأكد الدولة، أو كان لديها من المعلومات أو الاسباب التي تدفعها بالاعتقاد أنّ دولة أخرى أو أكثر ستشرع بالهجوم عليها عسكرياً، حيث تمنح فكرة الدفاع الاستباقيّ (anticipatory self - defence) وحقّ الدول في استخدام القوة عسكرياً قبل وقوع الهجوم عليها أو على قواتها أو اقليمها. (1) أي هي فكرة سابقة أيضاً في نفسها قبل تعرّضها للهجوم وقيامها هي بالهجوم الاستباقي لصون اقليمها وأمنها.

ذهبت بعض القوى إلى أنّ المصطلحات الثلاثة (الدفاع الوقائي preventive) و (الدفاع التوقعي anticipatory) و (الدفاع الاستباقي pre - emptive) كلّها مرادفات وتعني الدفاع الاستباقي عن النفس، فهي المبادرة باستخدام القوة لمواجهة التهديد بالعدوان الذي يكون حالاً، أو على وشك الوقوع أو فهو دفاع وقائي عن النفس أي المبادرة باستخدام القوة لمواجهة

(1) كارل ما يفون كلاونتيش (1780 - 1831) جنرال في الجيش الروسي ومفكر له العديد من المؤلفات في العلوم العسكرية من اهمها (art of war) المكونة من ثلاثة أجزاء بالإضافة الى دراسات عسكرية اخرى.

(2) د . عبد العزيز رمضان علي الخطابي ، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر (2011)، ص 16 .
(3) نفس المصدر اعلاه ، ص 16 وما بعدها.

(4) ياسر قطيشات، الضربة الاستباقية كاستراتيجية جديدة في العلاقات الدولية، مقال منشور على الصفحة المعلوماتية الانترنت على الرابط الخاص براء حول الخليج على www.araa.sa.com . بتاريخ 29 / 8 / 2018 ساعة 9,36 صباحاً.

(5) د . ابو الخير احمد عطية عمر ، نظرية الضربات العسكرية الاستباقية (الدفاعي الرقابي) في حالة القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 1 - 4 .

(1) د . محمد خليل الموسى، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، ط1، داروائل، الاردن، 2004 ص 124 .

دولة معينة للحيلولة دون إتمام قدراتها العسكرية مما يؤدي بالتالي إلى العدوان المسبق فعلياً في مواجهة التهديد المتنامي على الدولة التي تنتهياً للعدوان في المستقبل (١) .

وتستند فكرة الدفاع الوقائي أساساً وفق مؤيدي هذه الفكرة الى حجة ميتا القانونية (Argument meta - jwidiq) التي تتلخص بأن الكثير من دول العالم الآن تمتلك الأسلحة التي تهدد أمن الدول وسلامتها كالأسلحة النووية والصواريخ الباليستية وغيرها وتستطيع تدمير دولاً بكاملها من دون الرجوع إلى المواجهات العسكرية المباشرة كما في الحروب السابقة، ليس من المنطق والجوهر أن تنتظر الدولة هجمات من هذا القبيل من الدول الأخرى حتى تدافع عن نفسها فالتهديد الوشيك والجدّي يمنحها هذا الحق في القيام بالهجمات الاستباقية من قبيل حماية نفسها وأمنها (٢) .

إن وجود هكذا حجج قانونية مسوغة لمسألة الدفاع الاستباقي سوف تعمل على أن الدول تحفظ لنفسها حق الرد السريع والاستباقي لكلّ حادثة أو موضوع يثير قلقها وفيه مساس لحقوقها وأمنها فعالمنا اليوم مليء بالأسلحة الفتاكة وأسلحة الدمار الشامل إذ نسمع في كلّ يوم زيادة الأنشطة النووية والذرية واكتشافها والقيام بتجارب الأسلحة المحظورة يومياً وهذه سيكون لها بؤادر سيئة على الأمن والسلم اذا ما استمرت على هذا النهج.

وقد عرف (فرانسيس فوكوياما) الحرب الاستباقية بأنها عمليات عسكرية مصممة كجهد يُبذل لقطع هجوم عسكري وشيك مضاداً، وسد الطريق على تهديد يبعد شهوراً أو سنوات عن التجسد مادياً من فاعل ليس دولة أو من دولة مارقة، وذلك بحجة وجود تهديدات غير وشيكة، احتاجت إلى أن تكون على حقّ بشأن الأخطار التي تواجه الأمن القومي فتتحرك الدولة حينها تحركاً استباقياً لقطع ذلك التهديد (٣) .

إن هذا التعريف قد أكد على أن الحرب الاستباقية هي عمليات عسكرية خاصة لمجابهة المعتدي قبل أن يقوم بعمله وعدوانه مهما كان المتوقع من الوقت الذي يستغرقه ذلك الهجوم أي ليس حالاً بل أنه أصبح فعلاً يراود إحدائه، وهي تتبع وتسير ضمن أهداف الأمن القومي للدول التي تريد البقاء والدفاع عن نفسها فهو تحرك سابق لقطع مساله التهديد الوشيك وإفشاله.

وقد عُرِّفت أيضاً بانها: مصطلح عسكري وقانوني، ويعني استخدام القوة العسكرية ابتداءً واستباقاً لمواجهة عدوان عسكري لدولة معتدية بهدف إجهاض قدراتها العسكرية قبل أن تشنّ عدوانها- وتبغى الدولة المستتقة من استخدام القوة حماية نفسها في الدفاع والبقاء(٤). التعريف قد جمع بين عنوانين (عسكري وقانوني) هي الضربة العسكرية للعدو قبل أن يُحرّك ساكنا بهدف إفشال مقدراته العسكرية والاستراتيجية وتحطيم مقوماته قبل البدء ببعوانه، فهي تمثل حقاً للدول وفق القانون من أجل البقاء والدفاع عن المخاطر وحماية الأمن والسلم الدولي لها.

لقد بينت مستشارة الأمن القومي الأمريكي (كونداليزا رايس) وزيرة الخارجية الامركية السابقة فكرتها حول الحرب الاستباقية (يعني أن منع اعمال تدميرية معينة ضدك من خصم لك، وإنّ هناك أوقانا لا تستطيع فيها الانتظار حتى يقع عليك الهجوم ثم ترد) (٥).

(١) د . سمعان بطرس فرج الله، جدلية القوة والقانون في العلاقات الدولية المعاصرة، ط ١، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٨ ، ص ٤٧٣ .

(٢) Thomas Frank, " recourse to force. State action against threats and armed attack " Cambridg University Press, 2003, p 140.

(٣) فرانسيس فوكوياما، امريكا على مفترق طرق مابعد المحافظين الجدد، ترجمة محمد محمد التوبة، العبيكان للنشر والتطوير، ط ١، الرياض، ٢٠٠٧ ، ص ١١٥-١١٧ .

(٤) د. عبد العزيز رمضان الخطابي، مصدر سابق، ص ١١ .

(٥) ياسر قطيشات، مصدر سابق.

وقد عرفت وزارة الدفاع الامريكية (Pentagon) الحرب الاستباقية بانها: هجوم يتسم بأخذ المبادرة بناء على أدلة دامغة بأن هجوم العدو وشيك) بخلاف الهجوم الوقائي الذي يعني شنّ الهجوم بناءً على اعتقاد بحتمية حصول نزاع عسكري على الرغم من أنه غير وشيك الحصول، وإن تأخيره قد يسبب المخاطر^(١).

وبذلك نستطيع وفي نهاية الأمر وتعريف الحرب الاستباقية بأنها: المبادرة في استخدام القوة العسكرية وتوجيه ضربات حيوية للدولة التي تكتشف نواياها العدوانية في إلحاق أضرار جسيمة بدولة أخرى بناء على معلومات وبيانات، وتقتضي المستبقة للهجوم من وراء حماية نفسها وأمنها فتقوم بالهجوم من أجل إفشال خطط العدو وبث الخوف والرعب في صفوف قواته والحق أضرار بمراكز قوته وهيبته، مستغلةً عنصر المفاجأة والقوة على تلك الدولة الراغبة بالاعتداء.

المطلب الثاني

مقتضيات الحرب الاستباقية

بدأت في تسعينات القرن العشرين فترة جديدة في تاريخ العلاقات الدولية فقد تغيرت المفاهيم والتفسيرات حول تطبيق قواعد القانون الدولي، وقد تجسدت الأبعاد القانونية الدولية من قبل مجلس الأمن لجهة القطبية الواحدة^(٢).

بعد انهيار الاتحاد السوفيتي خلال تلك الفترة تراجعت حركتها وقوتها عن قوات الولايات المتحدة الأمريكية عسكرياً، فقامت الولايات المتحدة وخلال عهد بوش الأب بتكوين فريق عمل بإشراف وزير الدفاع آنذاك (ديك تشيني) من أجل وضع جدول أعمال سُمي باسم (مرشد التخطيط لشؤون الدفاع Defince Planning Guidance) وقد نصّ في محتواه أنه من الضروري للولايات المتحدة الأمريكية أن تكون مستعدة دائماً لاستخدام القوة في سبيل منع انتشار الأسلحة النووية وان يكون من أهدافه وأولوياتها أن تُبقي لها الأسبقية على وجه الاستمرار^(٣).

وبذلك وبعد مجيء بيل كلينتون الى الرئاسة أصبحت مسألة الأمن القومي للولايات المتحدة الأمريكية تلقي اهتمام كبيراً ولاسيما الاستراتيجيات المهمة للدولة، فتمّ التمييز بين المخاطر الكبيرة والمخاطر الصغيرة على الأمن القومي الأمريكي ومن تلك الاستراتيجيات سوف يتم وضع منهج لمسألة الدفاع الوقائي^(٤).

بعد أحداث (١١ / ايلول / ٢٠٠١)^(٥)، توضح رؤية ذهبية للولايات الأمريكية من أجل إعادة صياغة التوازنات الاستراتيجية في العالم ولاسيما في آسيا التي هي جذر فاصل بين الصين وأوروبا^(٦).

لقد أصبحت الحرب الاستباقية فكرة أساسية تنطلق منها العمليات العسكرية للقوات الأمريكية والقوات المتحالفة معها وقد أكدتها التحريات والوثائق الرسمية للرئيس الأمريكي وافراد حكومته فأشارت إلى أنّ الأمن القومي الأمريكي بحاجة إلى استراتيجية جديدة وهي التي سماها بوش بالحرب الاستباقية.

(١) مشار اليه لدى ياسر القطيشات، المصدر السابق.

(٢) د. خالد عكاب حسون ، موقف القانون الدولي من الحرب الاستباقية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية (م ٣ / سنة ٣) والعدد (١٢)، ص ٢٨٤ .

(٣) مشار اليه لدى د. محمد يونس الصائغ، اسانيد الولايات المتحدة الامريكية بشأن الحرب الاستباقية، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، (مجلد ١١)، (عدد ٤٠) سنة ٢٠٠٩، ص ٢٣٣ .

(٤) د. محمد يونس الصائغ، المصدر نفسه اعلاه، ص ٢٣٤ .

(٥) في صبيحة يوم الثلاثاء ١١ / ٩ / ٢٠٠١ ، تم خطف اربعة طائرات تجارية وشنت هجمات ضد مواقع حيوية لشل حركة الولايات المتحدة الامريكية، حيث ضربت (٢ منها) مركز التجارة العالمي في نيويورك مما ادت الى سقوط هذين البرجين وسببت اضرار بالبنابة، وخر استهداف مبنى وزارة الدفاع الامريكية (البيتاغون) في أرلينغتون، والرابعة انفجرت في ولاية بنسلفانيا، وقد أسفرت الحادثة عن سقوط (٢٩٧٧ قتيل) والالاف من الجرحى واصبحت هذه الحادثة الاكثر اضراراً وفتكاً بالولايات المتحدة، وكما بثت الرعب والخوف بين الاهالي.

(٦) علي بشار بكر اغوان، الوقائية و الاستباقية في الاستراتيجية الامريكية الشاملة بعد (١١ / ايلول / ٢٠٠١)، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن على الشبكة المعلوماتية الانترنت على الرابط: www.ahewar.org/debat تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٣٠ ساعة: ١٠،٤٦ صباحاً.

وبذلك تكون الحرب الاستباقية: هي نوع من أنواع الحروب بمعنى المبادرة من دولة أو من دول أكثر بشن هجمات مفاجئة لأسباب، تدفعها للاعتقاد باحتمال وجود هجوم مسلح حالٍ أو وشيك ضدّ مصالحها الحيويّة من قبل دولة أو جماعة أو تنظيم عندما تكون قواتها مثبتة بأوضاع عدائيّة استعداداً لهجوم فعليّ، فنقرّر الدولة المستبقة القيام بالردع العسكريّ المبكر باعتباره الوسيلة الوحيدة لإزالة ذلك العدوان المتوقّع ودرئه أو التخفيف من آثاره ومن ثم نقل المعركة الى أرض العدوّ المحتمل لكتبته في مهده في موقع ضعف ولحظةٍ لم يكن مستعداً تماماً لها، واستباقه بالضربة الأولى القاضية لتدمير مقدراته العسكريّة بدون سابقة إنذار (على أن تكون هذه الحرب معززة بكلّ وسائل القوّة الناجحة لانجاز مهامها في أقصر وقت ممكن ومن ثمّ استغلال النصر العسكريّ لغرض الإملاءات والأهداف السياسيّة وطبعاً بدون الموافقة الشرعيّة الدوليّة التي يضيفها مثلاً مجلس الأمن الدوليّ، بل بقرار أحادي نابع من المصالح الذاتية للطرف البادئ في الحرب ممّا يعدّ الوضع في نطاق جرائم العدوان يترتب على ممارستها قيام المسؤولية القانونية الدولية^(١)).

وأخيراً بعد التوضيحات التي قدّمناها في الدراسة حول الحرب الاستباقية وتعريفها نستطيع أن نتوصّل إلى أنّ الحرب الاستباقية تتطلب مجموعة عناصر أو مقتضيات لا بدّ أن تتوفر في الحرب حتّى تقدّم الدولة على الاستباق في توجيه الضربة، وقد قسمناه الى أفرع ثلاثة، حيث نتكلّم في الفرع الأول منها عن (المفاجأة) في حين يكون الفرع الثاني خاصاً (بنقل الحرب الى أرض العدو) أمّا الثالث والأخير فسيكون عن (وجود المصلحة) في الحرب الاستباقية.

الفرع الاول

المفاجأة

وتكمن ضرورة هذا العنصر في أنّه يجب على الطرف البادئ بالاستباق أن يختار اللحظة المناسبة لبدء عملياته العسكريّة ومباغته العدوّ حيث كلما كانت الضربة الأقوى مدروسة بشكلٍ وبعناية وبدقّة أدت إلى تحقيق أهدافها حيث تجعل الخصم المقابل مشلولاً بشلّ استخدامه لقدراته وقوّاته فيجعله في حال لا يفلت من الهزيمة في المعركة^(٢).

إضافة الى البَدْأ الذي بدوره يعني القيام بالأعمال العسكريّة بدايةً قبل العدوّ، حيث يكون للطرف المهاجم الحرّية في فرض وجوده وتوجيه مسار المعركة، ودرجة تواتر الأحداث وتواليها وبالتالي إجبار الخصم على إبداء ردود فعل وفق الشكّل الذي يريده البادئ وينبغي على المهاجم أن يقرّر بمفرده وقت توجيه الضربة الأولى له^(٣).

وقد حدد الفقه الاستراتيجي عدة عوامل أساسيّة ومهمة في سبيل إنجاح المفاجأة في الحروب الاستباقية وهي: ^(٤)

- كتمان النوايا.

- إخفاء تحشيدات القوّة العسكريّة وتحركاتها.

- تشويش معلومات العدوّ عن طريق نشر معلومات وبيانات غير صحيحة.

- استخدام أساليب وأسلحة غير متوقّعة العدد.

(١) اياد ياسين حسين كوخه، الحرب الاستباقية في ضوء القانون الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠١٥، ص

(٢) مشار اليه من قبل د . عبد العزيز رمضان الخطابي، الدفاع الوقائي، مصدر سابق، ص ٢٢ .

(٣) اياد ياسين حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٥٦ .

(٤) د. عبد العزيز رمضان الخطابي، مصدر سابق، ص ٢٢ وما بعدها .

- العمل على حصول تفوق كبير وواضح لمسألة البدء أثناء الهجوم على العدو فيلعب عامل الزمن دوراً مهماً في ذلك ولا يوجد فيه متسع من الوقت، لأن الوقت يكون محدداً في سبيل توجيه الضربات للعدو، كما إن من شروط هذه الحرب هو توجيه الضربات بصورة نوعية ودقيقة على مقدرات العدو لكي يتم إرباكه (١) ويشترط على الدولة أن تقوم بالبدء بالعمليات العسكرية أولاً قبل قيام العدو بعدوانه لكي يتمكن من فرض وجوده وإرادته عليه، وعن طريق الضربة الأولى يتم تدمير مراكز القوة لديه وجعله مشلولاً وغير مستفاد منه أثناء النزاع (٢). ويسبب الانتشار الواسع لأسلحة الدمار الشامل إذ من غير المعقول أن تنتظر الدولة الهجوم وقد لا يُسمح لها بالرد أو الدفاع عن نفسها، فالدول في هكذا حالات لا تحتاج إلى انتظار حتى يتم قصفها بالقنابل بل إن الخطر يؤكد قيمة هجومها الاستباقي عليها (٣). وبذلك نرى أن عامل الوقت مضافاً إليه المعلومات الدقيقة تتطلب عملاً دولياً وإستخبارياً لكي يتم تدارك المواقف قبل حدوثها فمثلاً يجب أن تكون الدول على أهبة الاستعداد بقواتها في سبيل توجيه هكذا ضربات مفاجئة وسريعة على العدو في حال إذا ما أحس بأن أمنها وسلامتها في خطر، فقيام الدولة أولاً في المواجهة العسكرية يقلل هيبة العدو وقدراته في المواجهة مما يجعلها في نقطة الضعف حتى وإن كانت تخطط لهجوم واسع وكبير بمختلف الأسلحة.

الفرع الثاني

نقل الحرب الى ارض العدو

كما نعلم بأن نقل الحرب إلى أرض العدو يُعتبر استراتيجية فنية وعسكرية مهمة وإن الكثير من القادة ورؤساء الدول يؤكّدون على هذا العنصر في حروبهم، يقول (جورج بوش الابن): إن علينا نقل المعركة إلى أرض العدو فنشوش عليه خططه ونواجه أسوأ التهديدات قبل أن تبرز (٤).

إن لوجود الامكانات والقدرات العسكرية الناجحة للقيام بنقل المعركة إلى أرض العدو هو تكتيك عسكري إيجابي لمواجهة الخطر أو التهديد وإنهائه من أساسه في مكان تواجده قبل أن يتحقق ويصل إلى الدولة وهو بذلك يكون وصولاً إلى تحقيق هدف استراتيجي عسكري وهو النجاح للرد الاستباقي (٥).

تتمثل في هذه العملية أهمية الهجوم في عدم وقوع إصابات في المدنيين أو في البنى التحتية والعسكرية أو المدنية وما تحقّقه من ميزة استراتيجية للدولة صاحبة الحرب الاستباقية (٦).

إن مؤيدي هذه النظرية يقولون: لو أنّ الأطراف علموا بمخطط هتلر وهاجموه قبل أن يشن حروبه لما وقعت من البشرية خسائر عظيمة أثناء الحرب العالمية الثانية وكذلك لم تندلع الحرب أصلاً، ولو أنّ الولايات المتحدة الأمريكية قامت بشن هجوم استباقي وضربت السفن اليابانية قبل أن تصل إلى (بيرل هاربر) لما كان لزاماً عليها ضرب هيروشيما وناكازاكي بالأسلحة الذرية (٧).

فالركيزة العسكرية تُعدّ عنصراً هاماً في الحرب الاستباقية حتى في مقدرة الدول على تكوين الأحلاف العسكرية وكذلك وضع الخطط والأهداف والحصول على الأسلحة النووية وانتشار قوات عسكرية في مختلف بقاع العالم كحالة الولايات المتحدة

(١) علي بشار اغوان، مصدر سابق، والدراسة .

(٢) د. عبد العزيز رمضان الخطابي، مصدر سابق، ص ٢١ - ٢٢ .

(٣) د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٤) د. عبد العزيز رمضان الخطابي، مصدر سابق، ص ٢٣ .

(٥) اياد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٥٧ - ٥٨ .

(٦) د. عبد العزيز رمضان الخطابي، مصدر نفسه اعلاه ، ص ٢٤ .

(٧) د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص ٢١٧ .

الأمريكية إذ جعلتها هي الركيزة في القيادة للنظام الدولي^(١)، وبذلك جعلها ذات مقدرة كبيرة في توجيه الضربات ونقل المعارك إلى أراضي الأعداء في أي وقت وأي مكان إذا ما احسّت أنّ استراتيجية أمنها القومي في خطر أو أنّ الاعداء بدؤوا في التفكير بالنيل منها، ومن الأمثلة المثبتة على هذا أعمال هو الحرب الأمريكية على أفغانستان وفق القرار (١٣٦٨) المؤرخ في ٢٠٠١/٩/١٢ و القرار (١٣٧٣) المؤرخ في ٢٠٠١ / ٩ / ٢٨ فقد دارت حروب ساخنة وباردة دون أن يتقاتل على أرضها أحد أو أن يُصاب ويضّر أحد ولم يمس حدودها شيء، وبذلك سيطرت الولايات المتحدة على مصدر القرار والقوة في المجتمع الدولي وأصبحت فاتحة لحروب أخرى بعدها.

الفرع الثالث

وجود المصلحة أو الازمة

إنّ الدولة التي تشعر بأنّ سيادتها واستقلالها مهددان بعمل عدواني من قبل دولة أخرى يُعطى الحق لتلك الدولة في استخدام القوة لمجابهة المعتدي، لأنّ للدولة لدى البعض الحق في حالة إذا ما تعرّضت سفينة صيد لدولة ما لخطر أولمغ من الملاحة في المياه أو أعالي البحار أو إنّ أحد المواطنين في تلك الدولة قد تعرّضوا لأخطار حقيقية خارج دولهم أو في الاعمال الارهابية أو عدم حماية حقوق الانسان تجاههم فهذه كلها تعتبر مصالح حيوية للدول في الاتيان بالحرب الاستباقية عنها^(٢).

فمسألة المصلحة أحد أهمّ عناصر الحرب الاستباقية فقد تكون المصلحة ذات أسباب متناقضة أو متعارضة بين الأطراف وتسعى الجهات إلى تغليب مصلحتها السياسية أو العسكرية أو الأمنية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية وغالبا ما تكون مسائل النزاع قد تصل إلى أزمات بين الدول، فقد يكون لكلتا الجهتين أسلحة فتاكة وتكافؤ استراتيجي قوي ويمتلكون قدرات عدوانية متكافئة فإذا ما أحسّت إحدى الجهتين أنّها في خطر أو أنّ إحداها تتحرك ضد الأخرى تريد مهاجمتها فإنّ الأخرى تحاول عدم إعطاء فرصة لها وبالتالي يتخذ قرارها بالحرب الاستباقية وضربها بالقوة قبل أن تبادر لكي يفشل نواياها وخططها وبالتالي سدّ الطريق عليها^(٣).

وبذلك تكون الممارسات الدولية التي جاءت بعد الحرب العالمية الثانية وأشكال الممارسات التي تمثل العدوان الثلاثي على مصر (١٩٥٦) أو كتدخل وتدخل الاتحاد السوفياتي في المجر والحصار الأمريكي على كوبا عام (١٩٦٢) أو العدوان الإسرائيلي عام (١٩٨١) على المفاعل النووي العراقي^(٤)، كلّ تلك الممارسات تؤكد مسألة الحرب الاستباقية التي دافعت عنها الدول التي خاضتها بسبب مصالحها فيها وهذا حسب آراء المؤيدين لمسألة الحرب الاستباقية. بالإضافة الى الحرب البريطانية الأمريكية على العراق عام (٢٠٠٣) على أساس محاربة الارهاب والقضاء على أسلحة الدمار الشامل و تغيير القيادة العراقية آنذاك.

المبحث الثاني

الحرب الاستباقية في التنظيم الدولي

إنّ المجتمع الدولي يتنازعه شعوران، أمّا الشعور الأول فهو الانقسام والآخر فهو التعاون، فالانقسام يوضّح واقع هذا المجتمع ويعبّر عن أبرز مظاهره في الطمع من أجل القوة بمفهومها الواسع، أما التعاون فهو يوضح حاجة وحدات المجتمع

(١) اياد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٥٦ - ٥٧ .

(٢) د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص ٢٨٧ .

(٣) اياد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٥٤ .

(٤) د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص ٢٨٧ .

إلى بعضها البعض في عالم أصبح فيه نوعٌ من التعقيد مما أدى إلى استحالة أن يعيش كلٌّ منها بمعزل عن الآخر أن تعتمد الدولة اعتماداً كلياً على نفسها بنفسها^(١).

لقد كان من الصعب القضاء على مظاهر الصراع الدولي، كما إنّه من المستحيل أيضاً في الوقت نفسه القضاء على مظاهر الاتصال والتعاون والتنظيم الدوليّ هو نتاج لهذين المظهرين، فمظهر قد أوجدته الخشية من مهالك الحروب وشروطها ومظهر قد خلقه النزوح إلى التعاون في ميادين الحياة المختلفة^(٢).

إنّ الحروب الاستباقية خاصة و الحروب الأخرى عامّة كانت مشروعة في العلاقات الدوليّة في مرحلة قبل عصر التنظيم الدوليّ فلم تكن هناك مسؤوليّة دوليّة على الدولة المعتدية نظراً لأنّ القانون الدوليّ التقليديّ العرفيّ كان يقرّ بشرعيتها لحلّ النزاعات بين الدول إلى حين ظهور مرحلة التنظيم الدولي^(٣).

لقد حاولت الجهات و الدول وحاول الفقهاء والدّاعون إلى تقليل توارث الحرب ومآسيها حاولو إيجاد تنظيم دوليّ يحمل على عاتقه مسألة الحرب والنزاعات يعمل بجد في سبيل تحقيق اهدافه لحل تلك المسألة.

من هذا المنطلق نحاول أن نبين مسألة الحرب الاستباقية في تلك المرحلة من حياة المجتمع الدولي ولاسيما مرحلتي الحياة للتنظيمات الدولية المهمة، وهي كلّ من عصابة الأمم والذي سيكون عنوانا للمطلب الأول منها، أمّا الثاني فإنّه سيكون عن فترة الأمم المتّحدة.

المطلب الاول

الحرب الاستباقية في ميثاق عصبة الامم

بعد اجتماع الدول المنتصرة في الحرب العالميّة الأولى في مدينة باريس في كانون الأوّل/ ١٩١٩ م، وأثيرت في ذلك الاجتماع مناقشات مستفيضة من أجل فرض شروط الدّول القويّة المنتصرة على الدول الخاسرة في الحرب فتشكلت بموجبها عصبة الأمم من أجل حماية السلم و الأمن الدوليين، فجاء تشكيلها من أجل الحفاظ على الاستحقاقات التي فرضها مبدأ توازن القوى بعد الحرب وضماناً لشرعنة التسويات الجائرة التي انتهت إليها اتفاقية الصّح في باريس بذريعة الحفاظ على السلم و الأمن لتلائم تطلعات وتوجّهات الشعوب^(٤).

إنّ قيام عصبة الأمم لا يدلّ على أنّ مفاهيم الهيمنة وتوازن القوى قد اختفت من مفردات العلاقات الدولية تماماً بل إنّ المجتمع الدولي قد انتقل إلى مهمّة حديثة نوعياً انتهت فيها محاولات الهيمنة أو تحقيق الأمن في حركة موازين القوى، فعصبة الأمم تمثل محاولة جدية وحديثة بدأت تشقّ طريقها بصعوبة كبيرة وسط محاولات متكررة من جانب الدول الكبرى لفرض هيمنتها منفردة أو مجتمعة في ظل علاقات دولية تحكمها موازين القوى أكثر من أي معيار آخر في الحياة الدولية^(٥).

وبالرجوع الى ميثاق عصبة الامم كنظرة سريعة دون تكرار لأنّه قد تم التطرق له في دراستنا هذه ولاسيما في المبحث الأول والمبحث الثاني التكلّم عن الأمن الجماعي و الدفاع الشرعيّ خلال مرحلة العصبة.

وقد جاءت الديباجة مؤكّدة على تعاون الدول وتنمية العلاقات وتحقيق الأمن و السلم الدوليين فالمادة العاشرة منها ألزمت الدول بالتعهد باحترام الاستقلال السياسيّ و السيادة الاقليمية لكلّ الدول ثم جاءت مؤكّدة على مبدأ المسؤولية الجماعيّة للدول في الحماية والابتعاد عن التهديد بالحرب وضرورة تسوية النزاعات بالطرق السلمية وعرض النزاع على العصبة أو

(١) خليل اسماعيل الحديثي، الوسيط في التنظيم الدولي، جامعة بغداد، دون طبعة، ١٩٩١، ص ٣.

(٢) نفس المصدر اعلاه و الصفحة.

(٣) اباد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٤) د. سمعان بطرس فرج الله، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٥) مشار اليه لدى، د. السيد مصطفى ابو الخير، الدفاع الشرعي للمنظمات الدولية، ط ١، ايتراك للطباعة والنشر، مصر، ٢٠١٢، ص ٧٤.

التحكيم و عدم اللجوء الى الحرب إلا بعد ثلاثة أشهر من قرار الحكم كذلك توجيه العقوبات لكل من يخل بالتزاماته في العصبة (١).

ويبدو ان تحريم الحرب في عهد العصبة لم يكن تحريماً مطلقاً، بل إنها اجازت اللجوء إليها في

حالات استثنائها للشروط وفق المبادئ و الحقوق المثبتة في العهد للدول قانوناً (٢).

أما بالنسبة للحروب الاستباقية خلال فترة عهدعصبة الامم، فإن المنهج مازال مستمراً بالرغم من كثرة الوثائق و المعاهدات و تصديق الدول عليها (٣)، واستمرار المنهج وفق النظام القديم الذي بموجبه لم يحرم اللجوء إلى الحرب بين الدول بحسب الخطر الذي تتعرض له تلك الدول، وقد وجدت أمثلة كثيرة على الحروب الاستباقية في المجتمع الدولي إبان تلك الفترة من حياتها، منها تدمير السفن الفرنسية من قبل بريطانيا عام (١٩٤٠) وكذلك حادثة (سدل هارد) من قبل اليابان، ضد الولايات المتحدة السالفة الذكر عام (١٩٤١)، وكذلك حروب هتلر وأتباعه من النازية ضد الدول الأوروبية (٤)

ومما سبق نتوصل الى حقيقة مفادها أن عهد عصبة الأمم لم تحرم الحرب تحريماً كاملاً بل أصبحت مسألة الدفاع عن النفس حالة حصول اعتداء مباشر أو حصول تهديد لها أو تدخل خارجي فإنه يكون للدول حق الرد الاستباقي لحماية نفسها وأمنها، لأننا نرى بأن الضربة الاستباقية مشروعة والأمثلة أعلاه تمثل عملاً قانونياً دولياً يبيح الدول للدفاع عن نفسها ضد أي خطر يهدد أمنها واستقلالها وبالتالي يكون هذا واجباً و التزاماً من أجل صون الأمن و السلم الدوليين و العمل على تحقيقها في المجتمع الدولي.

المطلب الثاني

الحرب الاستباقية في ميثاق الأمم المتحدة

بعد فشل عصبة الأمم في تحقيق الأمن والسلم الدولي وعدم مقدرتها في تحديد وتحجيم قوة الدول في الجماعة الدولية اندلعت بسببها الحرب العالمية الثانية و التي ألحقت مآسي وويلات بالمجتمع الدولي من جديد، مما دعت الجهود الدولية للكتاف في سبيل إيجاد تنظيم آخر بديل عن (عصبة الأمم) يكون ذا مقدرة أكبر وله سلطة تستطيع مسك زمام الأمور بيدها. من أجل ذلك تم تشكيل منظمة الأمم المتحدة في مؤتمر سان فرانسيسكو عام ١٩٤٥ بشكل جديد و آليات جديدة تحل محل عصبة الأمم والدول المنتصرة و القوية هي التي كونت التحالف الدولي وكرست الجهود لتشكيلها.

لقد ذكر الميثاق في الديباجة مجموعة من القواعد و الأهداف الرئيسية للأمم المتحدة منها التي تحاول إحلال السلام والأمن الدوليين، وكذلك منع الحروب بين الدول و إلزام الدول بالعمل على الأمن الجماعي الدولي ومحاولات حل المنازعات بالطرق السلمية بين الدول التي تنشأ بينها علاقات متوترة ومتذبذبة للمصالح (٥). وبالذات في مسألة القوة واستخدامها فإن الميثاق أعطاها صورة واضحة ودقيقة فنص عليها في المادة (٢/٤) منه اكدت أن دول الأعضاء سيمتتون في علاقاتهم الدولية عن التهديد او استخدام القوة ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو بأي طريقة لا تتفق ومقاصد الامم المتحدة.

إن هذه المادة تعتبر نقطة جوهرية أقيم عليها التنظيم الدولي الحديث وبياناً صريحاً لموقفها من الحرب، فوسعت من دائرة الحرب واستخدام القوة في العلاقات الدولية وأشارت إلى مفاهيم تهديد السلم و الاخلال به و أعمال العدوان كما إنها

(١) المواد (١١-١٢-١٣-١٤-١٥) من عهد عصبة الامم.

(٢) د. سمعان بطرس فرج الله، مصدر سابق، ص ٥٢ .

(٣) ومن هذه الاتفاقيات: بروتوكول جنيف المنعقد سنة (١٩٢٤) وهي مكملة لاتفاقية عام (١٩٢٣) والمسمى بمشروع (المعونة المتبادلة) واتفاقية لوكارنو (١٩٢٥) وميثاق (بريان كيلوج) عام (١٩٢٨) وميثاق باريس (١٩٢٨) والقرار الصادر من الاتحاد البرلماني الدولي عام (١٩٢٨) .

(٤) للمزيد حول هذا ينظر: د . اياد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٣٢ .

(٥) ديباجة منظمة الامم المتحدة.

استخدمت كلمة القوة بدل الحرب في سبيل توسيع الصّور المشمولة و التي سبق وأن أُغفل عنها الفقه التقليدي، بالإضافة إلى إيراد فقرة الدول غير الأعضاء والتي تكون ملزمة أيضاً بمسألة عدم اللجوء إلى القوة التي كانت تفتقر إليها عصابة الأمم.^(١)

هذا بالإضافة الى المواد الاخرى التي تمت الإشارة إليها تلافياً للتكرار في دراستنا وهي التسوية السلمية^(٢) للنزاعات الدولية، وكذلك مسألة التسليح وآليات الحماية الدولية من الأسلحة و خفض التسليح^(٣) وكذلك واجب حفظ السلم والأمن الدوليين وفق مبدأ السلمية للنزاعات^(٤). بالإضافة إلى بنود الفصل السابع و المتعلقة باتخاذ التدابير اللازمة لكل من يعرض الأمن و السلم الدوليين للخطر^(٥)، وكذلك الخاصّ بالدفاع عن النفس ضدّ الأخطار والعدوان^(٦).

تعتبر مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية مهمة جديدة تغيرت فيها الأوضاع في الساحة الدولية فظهرت الولايات المتحدة الأمريكية بوجه القوة فأصبح امتلاكها للأسلحة النووية وحاولت منع غيرها من الحصول عليها (كالاتحاد السوفيتي) وأصبحت مسألة الحرب الاستباقية إجراءً لمنع حصول الآخرين على هذه الأسلحة بالإضافة الى الوقوف كسدٍ حائلٍ امام الانتشار الشيوعي في العالم لأنه يُمثل تهديداً لأمنها القومي^(٧).

فالحرب الاستباقية تعود جذورها الى المرحلة الأولى من مراحل التطور الاستراتيجية الأمريكية الهجومية في فترة ما بين الأعوام (١٩٤٥ - ١٩٤٩) وهي الفترة التي تمكنت فيها الولايات المتحدة الأمريكية من الحصول على الأسلحة الذرية، ومن هنا أصبحت فكرة الحرب الاستباقية تعني التخطيط لتدمير قوة الخصم و الإجهاد عليه قبل أن تنمو تلك الفكرة وتصير في كامل قوتها، لأنها تمثل الأساس الحقيقي والحديث لاستراتيجية الأمن القومي من أجل القضاء على الدول المعادية أو الجهات التي تحاول امتلاك الأسلحة النووية فأصبحت الوجهة الأمريكية تحوم حول فكرة أنّ طبيعة العدو تغيرت، وطبيعة المخاطر تغيرت ولذلك يجب الرد^(٨).

هذا من جانب ومن جانب آخر فقد حاول الاتحاد السوفيتي وفق نظرية جديدة أسس لها (بريجنيف) وتتلخص في أنّ شعوب الدول الاشتراكية و الأحزاب الشيوعية تتمتع بحرية تقرير واختيار طرق التقدم لأوطانها، ولكن يجب أن لا تحدث هذه القرارات أو الاختيارات المتخذة في دولة ما أضراراً على النظام الاشتراكي فيه، أو على المصالح القومية للدول الاشتراكية إذ يُعتبر الحزب الشيوعي مسؤولاً تجاه الشعوب وكل الدول الاشتراكية، ومن ذلك المنطلق برز الأتحاد السوفيتي مراراً وتكراراً بتدخله العسكري في الدول الاشتراكية عن طريق النظرية القانونية و السياسية للدفاع عن الشيوعية العالمية ويفهم من ذلك أنها تُعتبر صياغة حديثة لفكرة الدفاع الاستباقي و استخدام القوة عن طريق تلك النظرية^(٩).

(١) د. علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، دون طبعة، منشأة المعارف بالاسكندرية، دون سنة طبع أيضاً، ص ٧٨٦.

(٢) م ٢ / ف ٣ من الميثاق .

(٣) م ١١ من الميثاق.

(٤) م (٣٣ - ٣٨) من الميثاق.

(٥) م (٣٩ - ٤٦) من الميثاق.

(٦) م ٥١ من الميثاق.

(٧) ابياد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٣٤ .

(٨) د. علاء ابو عامر، الحرب الوقائية الامريكية - ماضيها - حاضرها - مستقبلها، مقال منشور على الموقع الخاص بدينيا الوطن على الرابط:

www.pulpit.alwatanvoice.com تاريخ الزيارة ١ / ٩ / ٢٠١٨ .

(٩) ابياد حسين كوخه، مصدر سابق، ص ٣٥ .

وبذلك فإنّ ميثاق الأمم المتّحدة قد أقرّ الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وكلّ مصادر القانون الدوليّ الأخرى، حسب المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدوليّة، فالقانون الدوليّ العرفيّ هو أحد مصادر القانون الدوليّ الذي به أُقرّت هذه المعاهدات و الاتفاقيات لدوره بالحقّ العرفيّ الموجود في القانون الدوليّ التقليديّ الذي يسمح بحقّ الدفاع الوقائيّ^(١). إنّ محكمة نورمبرغ العسكريّة الدوليّة قد أقرّت استخدام القوّة للدفاع الاستباقيّ عن النفس إذا ثبت بالأدلة الواقعيّة وليس بالمبدأ، كادّعاء ألمانيا أنّها أُجبرت على احتلال النرويج من أجل إحباط انزال وشيكٍ للتحالف^(٢).

فالحرب الشرعيّة هي التي تقع تحت سقف ميثاق الأمم المتّحدة ولا تزال قانونيّة العمل المبرم فيها نافذة لأنّها لا تعتمد أساساً على عدالته الجوهرية بل إنّها موافقة للميثاق وموافقة لشرط السماح من قبل مجلس الأمن، باستخدام القوّة حتى وإن كان الثمن هو المصالح الفرديّة للدول الأعضاء في المنظمة^(٣).

من الأمثلة التي عاصرت حياة منظمة الأمم المتّحدة وكانت في مسمع ومرأى منها هي الحروب الاستباقية الاسرائيلية عام (١٩٦٧ م) ضدّ كلّ من (الأردن- ومصر- وسوريا) متذرعة بتعرّضها لهجمات أوليّة مسبقة من الدول العربيّة المذكورة، كما إنّ أزمة الصواريخ الكوريّة عام ١٩٦٢ م، التي تذرّعت بها أمريكا بأنّها في خطر عسكريّ من هذه الصواريخ الموجودة في أعالي البحار^(٤)، وكذلك العدوان الإسرائيليّ عام (١٩٨١) على المفاعل العراقيّة و الحرب الأمريكيّة البريطانيّة على العراق في (٢٠٠٣).

إنّ تفسير المادّة (٥١) من الميثاق الخاصّ بالأمم المتّحدة يقوم على حماية حقّ المعتدي في توجيه الضربة الأولى كما يقول (waldock) إنّ التطور الرهيب للأسلحة الحديثة ومنها النوويّة مخيف ومرعب، فلا يعقل أن تنتظر الدولة حتّى يتمّ الاعتداء عليها، ويرى (waldock) أنّ لجنة الطاقة الذريّة - المكلفة بالمراقبة الفعّالة طبقاً للاتفاقات المعقودة في هذا الشأن اعتبرت التهديد بالأسلحة النوويّة معادلاً للتهديد المسلح الوارد في المادة (٥١) من الميثاق^(٥).

إنّ الاحداث التي عصفت بالولايات المتّحدة في ١١ / ايلول / ٢٠٠١ السالفة الذكر حتّتها إلى الإعلان عن مبدئين أساسيين في سياستها الخارجيّة الحديثة وهما^(٦):

المبدأ الاول: إعلان الحرب على الإرهاب في كلّ أرجاء العالم فكان أولها على أفغانستان في ٧ / ١٠ / ٢٠٠١ عن طريق التحالف الدوليّ بزعامة الولايات المتّحدة نفسها فعملت على انتهاء نظام طالبان وتنظيم القاعدة في أفغانستان باعتبارها معقل للارهابيين.

المبدأ الثاني: وهو الخاصّ بالسياسة الخارجيّة للولايات المتّحدة الأمريكيّة الحديثة التي أعلن عنها الرئيس بوش بعد أحداث (١١ / ايلول) والتي تُسمّى ب (نظرية الحرب الوقائية) التي يحقّ بموجبها للولايات المتّحدة الأمريكيّة استخدام القوّة العسكريّة ضدّ أيّة دولة وأيّ منظمة إرهابية يُخشى منها أن تشنّ هجوماً مسلحاً على الولايات المتّحدة دون أن يكون هناك هجوم وقع بالفعل أو عدم البدء بالاعمال التحضيرية لهذا الهجوم.

إنّ سياسة الحرب قد مورست بوصفها إجراءً عسكرياً استباقياً يلجأ إليه الدول عند الضرورة منذ أمد بعيد، وإنّه بعد انتهاء الحرب الباردة والتغييرات الشاملة التي حصلت في العالم واختلاف موازين القوّة وظهور تحالفات بزعامة أمريكا بعد

(١) د. عبد العزيز رمضان الخطابي، مصدر سابق، ص ١٢٤ .

(٢) د. علي عبد الله فضل الله، الحرب الشرعيّة في الحرب المشروعة - تقييم اداء مجلس الامن، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٦٠ .

(٣) د. علي عبد الله فضل الله، مصدر نفسه اعلاه، ص ٥٨ .

(٤) د. محمد خليل الموسى، مصدر سابق، ص ١٢٧ ومابعدها.

(٥) مشار إليه لدى د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص ٢٨٨ .

(٦) د. محمد يونس الصانع، مصدر سابق، ص ٢٣٤ .

أحداث الخليج عام (١٩٩١) فانهارت منها التحالفات التقليدية واستطاعت توجيه ضربات عسكرية استباقية وخاطفة وأدركت توسيع مناطق النفوذ والتاثير عليها وفرض السيطرة على الشعوب والهيمنة السياسية و الاقتصادية والثقافية فأصبحت هي صاحبة القرار وصاحبة أعلى قمة في التنظيم الدولي وأصبحت هي صاحبة الأولوية والاستراتيجية الحاكمة للسياسة الدولية^(١). وأخيراً نرى أنّ مهمة الأمم المتحدة تمثل نقلة نوعية في سبيل وضع أسس وضوابط استخدام القوة وقواعدها وآليات ممارستها ضمن دائرة القانون الدولي العام وعلى أساس أنها أقرت مسألة الحرب وآليات خوضها ومشروعيتها وفق السياقات التي أقرها الميثاق وباستثناء من الأصل (أنه لا يجوز العمل عليها)، إذ أنّ مسألة الارهاب الدولي وانتشار أسلحة الدمار الشامل كلها أصبحت مسائل يُثارُ بخصوصها العمل الدولي والعمل على ضرورة تفعيل القوة لمحاسبة الإرهاب.

إنّ مناصري عدم مشروعية الحروب الاستباقية ورائهم حولها صرّحوا بعدم قانونية خوضها، إلا أننا نرى بأنّ المجتمع الدولي قد أقرّ الكثير من الأمثلة والممارسات الدولية حول هذه الحروب وأساس الأكثرية فيها هو الغالب حتّى وإن لم نقل: كلها قد وُضعت ضمن إطار قانوني لكنّها حصلت على التأييدات و التحالفات لخوضها وتحت مختلف الذرائع والأسباب، كما إنّ الميثاق قد نظم الكثير من حالات استخدام القوة وفق إطار قانوني في صلب الميثاق الأممي.

الخاتمة

في نهاية بحثنا المتواضع توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات...

الاستنتاجات

- ١- إنّ الحرب الاستباقية وسيلة لحماية الدول نفسها من مخاطر الدول المعتدية قبل أن يبادر إلى الهجوم والعدوان، أي هي إجراء احترازي مُستَق.
- ٢- إنّ مسألة الحرب الاستباقية تتطلب مجموعة عوامل لكي تقوم الدولة بالهجوم الأولي المعاكس ضدّ المعتدين و الوقوف أمام مخاطر قوته العسكرية وإفشال خططه.
- ٣- إنّ فترة عصبية الأمم لم تُحرّم الحرب تحريماً كاملاً، بل أعطت حقّ الدفاع عن النفس فأصبح مسألة يصار الأخذ بها إذا توافرت عناصر الاعتداء والتهديد.
- ٤- بعد مجيء منظمة الأمم المتحدة أصبحت وسائل الحماية والدفاع عن النفس أحد المسائل الاساسية التي نصّت عليها في الميثاق الأممي ولاسيما المادة(٥١) منه.

التوصيات

- ١- تكاتف الجهود الدولية في سبيل الحماية والدفاع الاستباقي ضدّ المخاطر التي تهدّد كيان المجتمع الدولي في الوقت الحاضر ومنها الإرهاب الدولي.
- ٢- ضرورة إعادة النظر في الميثاق الخاصّ بمنظمة الأمم المتحدة وذلك في سبيل مواكبة التطورات الحديثة لمفاهيم التحالفات الدولية والحروب.
- ٣- ضرورة إيجاد معاهدة دولية حديثة تأخذ على عاتقها حماية الدول الضعيفة من مخاطر الهجمات والاعتداءات وضرورة تبادل الخبرات العسكرية والأسلحة مع الدول المتقدمة في هذا المجال.

المصادر

أولاً: الكتب

- ١- د.ابو الخير احمد عطية عمر، "نظرية الضربات العسكرية الاستباقية (الدفاعي الرقابي) في حالة القانون الدولي المعاصر"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .
- ٢- خليل اسماعيل الحديثي، "الوسيط في التنظيم الدولي"، جامعة بغداد، دون طبعة، ١٩٩١ .

(١) اياد حسين كوخه ، مصدر سابق ، ص ٣٩ وما بعدها .

- ٣- د. السيد مصطفى ابو الخير، "الدفاع الشرعي للمنظمات الدولية"، ط١، ايتراك للطباعة والنش، مصر، ٢٠١٢.
- ٤- د. علي صادق ابو هيف، "القانون الدولي العام"، دون طبعة، الاهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢.
- ٥- علي عبد الله فضل الله، "الحرب الشرعية في الحرب المشروعة - تقييم اداء مجلس الامن"، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧ .
- ٦- د. عبد العزيز رمضان علي الخطابي، "الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر (٢٠١١).
- ٧- فرانسيس فوكوياما، "امريكا على مفترق طرق مابعد المحافظين الجدد"، ترجمة محمد محمد التوبة، العبيكان للنشر والتطوير، ط ١، الرياض، ٢٠٠٧.
- ٨- د. محمد خليل موسى، "استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر"، ط١، دار وائل، الاردن، ٢٠٠٤.

ثانياً: الرسائل والاطارح

- ١- اياد ياسين حسين كوخه، "الحرب الاستباقية في ضوء القانون الدولي"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥٢ .

ثالثاً: المجالات والدوريات

- ١- د. خالد عكاب حسون، "موقف القانون الدولي من الحرب الاستباقية"، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والقانونية والسياسية (م ٣/ سنة (٣)) والعدد (١٢) ، ص ٢٨٤
- ٢- د. محمد يونس الصائغ، "اسانيد الولايات المتحدة الامريكية بشأن الحرب الاستباقية"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، (مجلد ١١)، (عدد ٤٠) سنة ٢٠٠٩ .

رابعاً: المواثيق الدولية

- ١- ميثاق عصبة الامم .
- ٢- ميثاق منظمة الامم المتحدة.

خامساً: المصادر الاجنبية

1- Thomas Frank, " *recourse to force . state action against threats and armed attack* " Cambridge University Press , 2003.

سادساً: المواقع الالكترونية

- ١- د. علاء ابو عامر، "الحرب الوقائية الامريكية - ماضيها - حاضرها - مستقبلها"، مقال منشور على الموقع الخاص بدنيا الوطن على الرابط: www.pulpit.alwatanvoice.com تاريخ الزيارة ١ / ٩ / ٢٠١٨ .
- ٢- علي بشار بكر اغوان، "الوقائية و الاستباقية في الاستراتيجية الامريكية الشاملة بعد (١١ / ايلول / ٢٠٠١)"، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن على الشبكة المعلوماتية الانترنت على الرابط: www.ahewar.org/debat تاريخ الزيارة ٣٠ / ٨ / ٢٠١٨ ساعة: ٤٦، ١٠ صباحاً.
- ٣- ياسر قطيشات، "الضربة الاستباقية كاستراتيجية جديدة في العلاقات الدولية"، مقال منشور على الصفحة المعلوماتية الانترنت على الرابط الخاص براء حول الخليج على www.araa.sa.com بتاريخ ٢٩ / ٨ / ٢٠١٨ ساعة ٩، ٣٦ صباحاً.

الآليات الدولية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني
**International Mechanisms for Implementing the
Rules of International Humanitarian Law**

الدكتورة حلا أحمد محمد الدوري
مدرس
كلية الحقوق/ جامعة الموصل
Hala-al-dorry@yahoo.com

الملخص

بعد ارساء قواعد القانون الدولي الانساني واكتمالها أصبح ما يشغل أفكار وعقول الباحثين مدى فعالية تلك القواعد القانونية إذ أوجد المجتمع الدولي القانون الدولي الانساني بهدف التخفيف من ويلات الحروب وردع منتهكي قواعد القانون الدولي الانساني. إن القانون الدولي الانساني دون آليات تنفيذ يصبح مجرد تعبير عن افكار مثالية، ومن اجل اضاء الفاعلية لقواعده لا بدّ من وجود آليات لتنفيذه وضمان احترامه ومن تلك الآليات قد تكون اشرافية او رقابية او رادعة بل وحتى قضائية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني في حال انتهاك القواعد والاحكام الخاصة به لا سيما ما يتعلق في حماية المدنيين ونشر قواعد القانون الدولي الإنساني. على الرغم من وجود قواعد القانون الدولي الانساني التي تتميز بالشمول والتفصيل والاجماع الملحوظ على اساس التصديق على قواعده وعلى القبول بالآليات الخاصة به التي تعد نظام كاملا للحماية الا انه للأسف مصحوب بنزعة شاملة نحو اغفال تنفيذها او الازعان لها.

الكلمات المفتاحية: الآليات الدولية، مجلس الامن، الرادعة، الوقائية، القمعية، القانون الدولي الانساني.

Abstract

After establishing and completing the rules of the international humanitarian law, what occupies the thoughts and minds of the researchers has become the effectiveness of those legal rules because the international community has created the International Humanitarian Law to decrease the agony and misery of war and to deter anyone who may violate these rules. Without a mechanism of implementation, the international humanitarian law becomes mere ideal expression of ideas, and to activate its, there must be some mechanism to be implemented and to be respected. The mechanism could be supervisory, monitoring, or preventive or even judicial to implement the rules of the international humanitarian law in case of violation of these rules especially with regard to the protection of civilians and spreading the rules of the international humanitarian law.

Despite the existence of the comprehensive and detailed international humanitarian law which are highly approved and agreed upon as a complete system of protection but it is unfortunately accompanied by a general tendency towards ignoring and disobeying them.

Keywords: *Vules of International, Humanitarians Law, The Gods of Intermodal, Council of Security*

Deterrent Repressive, Pevtarin Law, International Humanitarians Law .

المقدمة

تعتبر الآليات الدولية وليدة العمل والعلاقات الدولية بعضها استحدثت بموجب موائيق دولية وأخرى أفرزتها تجارب تنفيذ وممارسة احكام القانون الدولي الانساني ويشكل مجموع هذه الآليات عاملا حاسما في عملية تنفيذ القانون الدولي الانساني وقواعده، وقد يثار تساؤل في معرفة ما هي الآليات إذ "تعبير الآلية عن جهاز او مؤسسة يناط بها الإشراف على تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، وتتصف بانها تكون على درجة عالية من الاستقلالية تمكنها من تحقيق أهدافها التي تتمحور عموما في دعوة أطراف النزاع المسلح لاحترام قواعد هذا القانون والكف عن الانتهاكات الجسيمة التي قد ترتكب ضدّ الأشخاص، الأعيان، والممتلكات، بالإضافة إلى ملاحقة المسؤولين الذين ارتكبوا او أمروا بارتكاب جرائم دولية، وذلك لاحلال العدالة الجنائية الدولية وتقسّم الآليات إلى ثلاث انواع منها إشرافية او توجيهية واخرى رقابية وثالثة رادعة".

اهمية البحث

تأتي اهمية البحث نظراً:

١- لتزايد اعداد النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي والمغالاة في انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني فترة وقوع تلك النزاعات المسلحة.

- ٢- أن البحث في الآليات الدولية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني يمثل جانبا مهما لأنه ليس من المتصور أن يتم بحث ودراسة قواعد القانون الدولي الإنساني دون وجود آليات لتنفيذ تلك القواعد.
- ٣- تكمن أهمية البحث كونه يبحث في كيفية تفعيل آليات لتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني لتصبح أكثر فائدة.

اهداف البحث

يهدف البحث إلى:

- ١- تقديم مقترحات من شأنها تقوية وتفعيل آليات تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.
- ٢- بيان دور وفاعلية الآليات الإشرافية والوقائية والرداعة والقضائية في الحد من انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني.

مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في محاولة توضيح أوجه القصور في آليات أعمال ومراقبة وتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.

فرضية البحث

ينطلق البحث من ثلاث فرضيات أساسية، على النحو الآتي:

- ١- الضعف والقصور في تنظيم آليات أعمال ومراقبة وتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.
- ٢- قواعد القانون الدولي الإنساني لا تزال إلى حد الآن لا تملك القوة القانونية الملزمة للدول لاحترامها.
- ٣- افتقار الدول والجماعات المسلحة المنخرطة في نزاع مسلح إلى الإرادة السياسية والقدرة العملية على تحمل التزاماتها ادى إلى عدم احترام قواعد القانون الدولي الإنساني بالقدر الكافي.

منهجية البحث

يستخدم الباحث المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي وذلك من خلال استعراض وتحليل واستقراء النصوص القانونية في الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة المباشرة بأعمال ومراقبة وتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.

هيكلية البحث

قسم البحث إلى أربعة مباحث إضافة إلى المقدمة والخاتمة وفقا للآتي:

المقدمة

- المبحث الأول: الآليات الإشرافية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.
- المبحث الثاني: الآليات الرقابية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.
- المبحث الثالث: الآليات الرداعة في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.
- المبحث الرابع: الآليات القضائية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.
- الخاتمة.

المبحث الأول

الآليات الإشرافية الوقائية

للآليات الوقائية أهمية بالغة في تنفيذ القانون الدولي الإنساني سواء كانت وقت السلم أو وقت الحرب وتسمى إلى تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني^(١).

ويقصد بالآليات الوقائية: مجموعة من الوسائل التي تستخدمها الجهات المعنية لضمان تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني، إذ يتجلى دور هذه لتقوم إما ابتداء بالحيلولة دون حدوث أي انتهاكات أولية لقواعد القانون الدولي الإنساني، وإما

(١) احسن كمال، تنفيذ القانون الدولي الإنساني في ضوء التغيرات الدولية للقانون الدولي المعاصر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي- وزو كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه القانون الأساسي والعلوم السياسية، ص ٣٥.

ببذل الجهود لمراقبة مدى التزام الأطراف المتنازعة باحترام تلك القواعد ومراعاة المطلوب منها بشكل يكفل العمل بها وعدم السماح بمخالفتها، واما انتهاء بتحديد الاجراءات الواجب اتخاذها في حالة حدوث انتهاكات فعلية لتلك القواعد مما يوجب عقاب مرتكبيها واثارة مسؤوليتهم بشكل قانوني.

وتُصنّف الآليات الوقائية إلى ثلاث أصناف الاول التزام الدول جميعا باحترام القانون الدولي الانساني والثاني التزام كيانات اخرى غير الدول باحترام وضمّان احترام قواعد القانون الدولي الانساني، والصنف الثالث هو دور اليات الاشراف والرقابة في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، ولعرض الاليات الوقائية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني نقسم المبحث إلى ثلاث مطالب يتناول الاول التعريف بالقانون الدولي الانساني ويخصص الثاني للالتزام الدول جميعا باحترام القانون الدولي الانساني ويكرس الثالث للحديث عن التزام كيانات اخرى غير الدول باحترام وضمّان احترام قواعد القانون الدولي الانساني.^(١)

المطلب الاول

التعريف بالقانون الدولي الانساني

من الواضح أنّ معرفة القواعد القانونية واجبة التطبيق تُعدّ من أهم عوامل تحقيق فاعليتها، وهنا تأتي أهمية نشر قواعد القانون الدولي الانساني وتدريبها، فرغم أن اغلب انظمة الدول تتفق على القاعدة القائلة "لاعذر لاي احد يجهل القانون" فان اتفاقيات القانون الدولي الانساني تنص على نشر احكامها على اوسع نطاق ممكن في وقت السلم وفي زمن الحرب وان تدرج دراستها ضمن برامج التعليم العسكري والمدني اذا امكن حتى تكون معروفة عند جميع السكان ولا سيما القوات المسلحة وافراد الخدمات الطبية والدينية وهو ما نصّت عليه المادة (٩٩) من اتفاقية جنيف الرابعة بضرورة اعلان نصّ الاتفاقية داخل المعتقل بلغة يفهمها المعتقلون بالإضافة إلى تلقين الموظفين المختصين بمراقبة المعتقلين احكام الاتفاقية والتعليمات الخاصة ببنيتها والاشخاص المؤهلون والمستشارون القانونيون لدى القوات المسلحة.^(٢)

وتضمن البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧ في المادة (٦) منه على أن تُسعى دول الاطراف المتعاقدة لاعداد عاملين مؤهلين بغية تسهيل الاتفاقيات والبروتوكول خاصة فيما يتعلق بنشاط الدولة الحامية، يدخل هذا الاعداد في صميم الولاية الوطنية لكل دولة، يكون استخدام هؤلاء الاشخاص خارج اقليم الدولة محل اتفاقيات خاصة بين الاطراف المعنية، يكون هؤلاء الاشخاص على اهبة لتقديم المشورة للسلطات واعلامها بجوانب تطبيق قانون النزاعات المسلحة^(٣)

إنّ المستشارين القانونيين لدى القوات المسلحة لهم دورٌ كبيرٌ في كفالة تطبيق قواعد القانون الدولي الانساني اذ نصت المادة (٨٢) من البروتوكول الإضافي الأول على أنّ مهمة المستشارين تتجلى في تقديم المشورة للقادة العسكريين حسب الدرجة الملائمة بشأن تطبيق احكام الاتفاقيات والبروتوكول وتقديم التعليم المناسب للعسكريين في هذا المجال.^(٤)

المطلب الثاني

التزام الدول جميعا باحترام القانون الدولي الانساني

أناطت اتفاقيات جنيف بجميع الدول مسؤولية سنّ التشريعات والنظم الكفيلة بتطبيق القانون الدولي الانساني على الصعيد الوطني، واوكلت اليها مهمة إدراج احكامه في برامج التعليم العسكرية والمدنية، وحمل الاطراف المتعاقدة وليس

(١) د.امحمدي بوزينة امنة، القانون الدولي الانساني، جامعة حسية بن بو علي الشلف - الجزائر، مركز جيل البحث العلمي، ص ٣٧.

(٢) المادة (٩٩) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.

(٣) المادة (٦) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.

(٤) المادة (٨٢) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.

المتحاربة فقط على التقيد بالقواعد المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف.^(١)

ويبدو أنّ المشكلة التي يعاني منها القانون الدولي الانساني بشكل عام هي عدم فاعليته على مستوى الواقع العملي وذلك راجع حسب الكثير إلى عدم وجود سلطة عليا تتولى مسألة تطبيق القانون الدولي وفرض الجزاء بحق الدولة التي تنتهك قواعده كما هو الشأن بالنسبة للقانون الداخلي، فمبدأ سيادة الدولة واستقلالها يقفان حاجزا أمام إجبار الدول على تطبيق قواعد القانون الدولي وتعتبر كثيرا من الدول أن هذا الامر يعد تدخّلا في الشؤون الداخلية لها وخرقا لسيادتها. لكن مع ذلك تبقى الدول غير الاطراف مُلزمة باحترام وكفالة احترام القواعد القانونية الدولية للقانون الدولي الانساني نظرا لطابعها الإلزامي لقواعد الحماية في مواجهة الدول كافة فمن جانب، تلزم هذه الاتفاقيات كافة الدول الاطراف فيها استنادا لقاعدة المشاركة، ومن جانب آخر تلزم الدول غير الاطراف فيها استنادا لطبيعة قواعدها العرفية وهو ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق "بمشروعية التهديد باستخدام الاسلحة النووية لعام ١٩٩٦ فقد "تشير الممارسة العملية إلى أنّ واجب الدول الاخرى في كفالة احترام القانون الدولي الانساني لا يقتصر على تنفيذ حكم وارد في المادة الاولى المشتركة من اتفاقيات جنيف والمادة الاولى من البروتوكول الاضافي الاول، وانما تنفيذها نابع من قيمتها في اطار القانون الدولي العرفي الملزم... ثم أن عددا كبيرا من قواعد القانون الدولي الانساني واجبة التطبيق اثناء النزاع المسلح، إلى الحد الذي يوجب على جميع الدول احترام هذه القواعد سواء صادقت على الاتفاقيات المتضمنة لها ام لم تصادق على تلك الاتفاقيات"^(٢)

وأما في احترام قواعد القانون الدولي الانساني نصت مجموعة من الاتفاقيات على بعض الوسائل التي بإمكانها نشر الوعي بأهمية هذا القانون ومراقبة مدى تنفيذه في النزاعات المسلحة.

وقد تضمنت المادة الاولى من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكول الاضافي الاول الملحق بها لعام ١٩٧٧ على أن "تتعهد الاطراف السامية المتعاقدة بان تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الاحوال".^(٣)

وبموجب الالتزام بالعمل على احترام القانون الدولي الانساني، يحق لدولة متعاقدة أن تطالب طرفا اخر بالكف عن خرق قواعد القانون الدولي الانساني، ويمكن أن تتخذ تدابير تتراوح بين الوسائل اللينة والوسائل الصارمة مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ العمل على تطبيق القانون الدولي الانساني لا يمكن أن يكون مبررا للقيام باعمال تؤول بدورها إلى انتهاكات للقانون نفسه، او توفر ذريعة لطرف ما حتى يحقق غايات هي ابعد ما تكون غايات المحافظة على احترام القانون الدولي الانساني.^(٤)

المطلب الثالث

التزام كيانات أخرى غير الدول باحترام وضمّان احترام قواعد القانون الدولي الانساني

يشهد واقع النزاعات المسلحة اتجاه الدول لتكليف شركات عسكرية وأمنية خاصة للقيام بوظائف كانت تنجزها في السابق أجهزتها الأمنية او العسكرية، كما إن مجلس الأمن، قد يقرر إرسال قوات حفظ السلام الدولية لاقرار الأمن والسلم

(١) د. امحمدي بو زينة امنة، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٢) د. امحمدي بو زينة امنة، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٣) د. الحبيب استاتي، موضوع واليات تنفيذ القانون الدولي الانساني، مشروع دراسة حول المقاربة النيابية للنموذج التنموي الجديد للملكة المغربية، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، ص ١٥.

(٤) د. الحبيب استاتي، المصدر السابق، ص ١٤.

الدوليين إلى بعض الدول التي تشهد نزاعات مسلحة^(١)، وفي الغالب يحدث احتكاك بين قوات حفظ السلام الدولية وبين بعض العناصر داخل تلك الدول سواء من المدنيين أو القوات المسلحة وهنا يُطرح سؤال حول دورها في تنفيذ الحماية المقررة للمدنيين كما إنّه يمكن أن تنتهك تلك الحماية في إطار إنجاز المهام المكلفة بها؟ ولعرض التزام كيانات أخرى غير الدول باحترام وضمّان احترام قواعد القانون الدولي الإنساني نقسم المطلب إلى فرعين يتناول الأول وضع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة ويخصّص الثاني لالتزام قوات حفظ السلام الدولية باحترام قواعد حماية المدنيين.

الفرع الأول: وضع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة

إنّ الشركات العسكرية والأمنية الخاصة هي كيانات تجارية خاصة تقدم خدمات عسكرية أو أمنية بغض النظر عن كيفية وصفها لنفسها وتتضمن الخدمات العسكرية والأمنية بشكل خاص توفير حراس مسلحين وحماية الأشخاص والأعيان والقوافل والمباني وغيرها من الأماكن وصيانة وتشغيل نظام الأسلحة واحتجاز المسجونين وتقديم المشورة للقوات المحلية وأفراد الأمن أو تدريبهم، وقد تزايد الطلب على الشركات العسكرية والأمنية الخاصة منذ نهاية الحرب الباردة إلى حد وجود صناعة كبرى الآن لتلك الشركات تقدم مجموعة أوسع من الخدمات أكثر من أي وقت مضى، ويعتبر القانون الدولي الإنساني موظفو الشركات العسكرية والأمنية الخاصة أشخاصاً مدنيين، مالم ينضموا إلى القوات المسلحة لاحدى الدول أو توكل اليهم مهام قتالية لصالح جماعة مسلحة منظمة تنتمي لطرف من أطراف النزاع وبناءً على ذلك لايجوز استهدافهم، ويتمتعون ضد الهجمات مالم يشاركوا مباشرة في العمليات العدائية وتعمل الدول التي تسعين بالشركات العسكرية والأمنية على تدريبهم على احترام قواعد القانون الدولي الإنساني واعتماد اجراءات تأديبية في حال انتهاكهم قواعد القانون الدولي الإنساني.^(٢)

(١) وحول السند القانوني لعمليات حفظ السلام التي ينشئها مجلس الأمن الدولي فقد انقسمت مواقف القوى الكبرى، إذ وجد الاتحاد السوفيتي سابقا انه لا يوجد مسوغ قانوني للاحتفاظ بقوة عسكرية كبيرة تحت تصرف الأمم المتحدة، وإنما كان من محبذي ضغط هذه القوة إلى الحد الأدنى الضروري، في حين اختلفت عنهم الولايات المتحدة الأمريكية، ونلاحظ أن موقف الاتحاد السوفيتي قد انبى على أن هزيمة دول المحور في الحرب قد ألغت المسوغ للاحتفاظ بقوات كبيرة في حوزة الأمم المتحدة، كما أن مباحثات نزع السلاح قد اضعف الحاجة إلى وضع قوات كبيرة تحت تصرف مجلس الأمن وربما أن الاتجاه السوفيتي كان الأقرب في مضمونه إلى الاتجاه العام الذي سيطر على مؤتمر سان فرانسيسكو وهو أن استخدام مثل هذه القوة الدولية المشتركة لن يكون ممكنا بحال ضد أي من الدول الكبرى، هذا عكس الاتجاه الأمريكي الذي اعتقد أن إمكانية استخدام هذه القوة ضد أية دولة تهدد السلام بما فيها الدول الكبرى نفسها من هنا فقد كان الموقف الأمريكي يمثل الاتجاه الأقل الذي ساد تلك المرحلة. ويضيف أولئك الفقهاء أيضا إلى أن إنشاء القوات المسلحة للأمم المتحدة للقيام بعمليات الكونغو مختلفة بعض الشيء، بناء على قرار مجلس الأمن الصادر في ١٤ تموز ١٩٦٠ إذ يعد هذا القرار صحيح من حيث الشكل وانه لم يخرق الميثاق واتخذ تلبية لطلب حكومة الكونغو بإرسال قوات الأمم المتحدة ولكن النظام الذي اتبع فيما بعد لإنشاء هذه القوات ونشاطها العملي كان مناقضا لنصوص ميثاق الأمم المتحدة لأنه لم يراعي القواعد المنصوص عليها في المواد ٢٤ و٤٣ من الميثاق، د.إسماعيل صبري مقلد، مصدر سابق، ص ٣٢٢-٣٢٤؛ واذ تم خرق نص المادة ٤٣ من الميثاق التي ينبغي أن تكون تحت تصرف مجلس الأمن الدولي ولكن قيادة هذه القوات باجمعها كانت بيد السكرتير العام الذي أدى إلى نتائج سلبية كبيرة إذ تحولت إلى أداة أو وسيلة بيد مجموعة محددة من الدول الأعضاء هي الدول الامبريالية. وفي ١٦ شباط ١٩٤٦ اتخذ مجلس الأمن الدولي قرارا كلف بموجبه لجنة أركان الحرب والمسؤولة على وفق نص المادة ٤٧ من الميثاق لتقديم نصيحتها لمجلس الأمن بشأن المتطلبات الحربية من اجل حفظ السلم والأمن الدولي فقدمت خلاصة لذلك تغطي جميع المسائل الخاصة بإنشاء القوات الدائمة للأمم المتحدة فتم الاتفاق بالإجماع على أن القوات المسلحة التي ستوضع تحت تصرف مجلس الأمن الدولي تتكون من وحدات وطنية من القوات المسلحة "وتؤمر اعتياديا كأنها جزء من قوات مسلحة للدول الأعضاء"، إذ تم الاتفاق على أن القوات المسلحة التي توضع تحت تصرف مجلس الأمن الدولي تعمل بصورة كلية أو جزئية فقط بقرار من مجلس الأمن الدولي. وقد نصت المادة ٢٧ الفقرة ٣ من ميثاق الأمم المتحدة على "تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل الأخرى كافة بموافقة أصوات تسعة من أعضائه يكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين متفقة، بشرط أنه في القرارات المتخذة تطبيقاً لأحكام الفصل السادس والفقرة ٣ من المادة ٥٢ يتمتع من كان طرفاً في النزاع عن التصويت".

(٢) القانون الدولي الإنساني والشركات الامنية الخاصة، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، ص ١١.

الفرع الثاني: التزام قوات حفظ السلام الدولية باحترام قواعد حماية المدنيين

تقوم قوات حفظ السلام الدولية بإنشاء مناطق عازلة وتتبع أساليب متنوعة لحفظ السلام وأهمها ما ذكر في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة:

١- يختص الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة (فيما يتخذ من أعمال في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان)، كما ورد في عنوان الفصل السابع وهو يتكون من ثلاث عشرة (١٣) مادة تبدأ بالمادة (٣٩) وتنتهي بالمادة (٥١). ويجوز لمجلس الأمن الدولي بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة اتخاذ تدابير إنفاذ للمحافظة على السلام والأمن الدوليين أو استعادتهما، وتتراوح هذه التدابير بين الجزاءات الاقتصادية أو غيرها من الجزاءات التي لا تتضمن استخدام القوة المسلحة، والإجراءات العسكرية الدولية.^(١) وبحسب المادة ٣٩ من الميثاق فإن مجلس الأمن يقرر إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير على وفق أحكام المادتين ٤١ و ٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه.^(٢) وتنص المادة ٤١ على أن لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وفقاً جزئياً أو كلياً وقطع العلاقات الدبلوماسية؛ وله أن يطلب إلى أعضاء "الأمم المتحدة" تطبيق هذه التدابير ومن بينها الحظر الجوي.^(٣)

و على وفق المادة ٤٣، وفي سبيل المساهمة في حفظ السلم والأمن الدولي، يتعهد أعضاء "الأمم المتحدة"، أن يضعوا تحت تصرف مجلس الأمن بناء على طلبه وعلى وفق اتفاق أو اتفاقات خاصة ما يلزم من القوات المسلحة والمساعدات والتسهيلات الضرورية لحفظ السلم والأمن الدولي.^(٤)

ويعد حظر الطيران الأسلوب الثاني الذي يحكم عمليات حفظ السلام ومنطقة حظر الطيران تعني منع تحليق الطائرات في أجواء منطقة معينة أو دولة ما، استناداً إلى قرار من مجلس الأمن، ويتطلب فرض الحظر الجوي إقامة دوريات على مدار الساعة فوق المجال الجوي للدولة المستهدفة، وأحياناً تدمير مضادات الطائرات لذلك البلد، ومن آثار الحظر حرمان القوات الجوية للبلدان من سيادتها الجوية في سمائها فوق أراضيها، وإفساح المجال لقوات أخرى بالتحرك في الأجواء على حساب صاحب الأرض، والإضرار الكبير بالحركة الاقتصادية وحرية النقل الجوي؛ وقد فرض مجلس الأمن حظراً جويّاً على

(١) المادة ٤٠ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٢) المادة ٣٩ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٣) المادة ٤١ من ميثاق الأمم المتحدة، هذا وقد فرضت الأمم المتحدة على ليبيا عقوبات منها منع الطيران من وإلى ليبيا وحظر جزئياً على الأسلحة وتخفيض في حجم البعثات الدبلوماسية الليبية في الخارج وتجميد جزئي للأموال العامة الليبية وحظر على معدات البترول الصناعية وظلت تلك العقوبات حتى وافقت ليبيا على فكرة المحاكمة الاسكتلندية في دول ثالثة بعد محاولات دبلوماسية من المملكة العربية السعودية ودولة جنوب أفريقيا وأصدرت المحكمة الاسكتلندية حكماً في القضية بإدانة عبد الباسط علي محمد المقرحي وتبرئة الأمين خليفة فحيمة وبموجب الحكم القضائي ثبت أن المذنب كان عضواً في المخابرات الليبية ونتيجة لذلك فإن المسؤولية الدولية لليبيا كدولة ذات سيادة قد تأكد بمضمون الحكم الذي أكد أيضاً محتويات مضمون الفقرة رقم (١٦) من قرار مجلس الأمن رقم (٧٤٨) و (٨٨٣) اللذين طلبا من ليبيا قبول مفهوم المسؤولية الدولية عن أعمال موظفيها الرسميين ودفع تعويضات مناسبة إذا ما أدين المتهمان أو أحدهما ويلحظ أن للمحاكمة أبعاداً متعددة سياسية وقانونية وقد طغى العامل السياسي على هذه المحاكمة إذ أدى دوراً كبيراً في انعقاد المحاكمة وفي تحديد نتائجها بصورة مسبقة.

(٤) المادة ٤٣ من ميثاق الأمم المتحدة.

العراق في الشمال والجنوب بعدما فرض حظرًا جويًا في ليبيا. (١)

٣- أما الأسلوب الثالث الذي يحكم عملية حفظ السلام فهو إنشاء المناطق العازلة لتخفيف التوتر، ودعم وقف إطلاق النار وتقوم بإنشاء مناطق عازلة بين المجموعات المتحاربة أو المتنازعة لتعزيز الظروف المؤدية للسلام وتشجيعها.

وتعرف المنطقة العازلة بأنها مساحة من الأرض معزولة عن جوارها عسكرياً من البر والبحر والجو، أما قانونياً فهي تكون عادةً على الحدود إذ يكون جزءاً منها في أراضي دولة والجزء الآخر في أراضي دولة أخرى ومن ثم يحصل الاتفاق على حدود المنطقة العازلة لحفظ الأمن على الحدود ومنع تسلل الإرهابيين، ومنع التهريب، وغيرها من الأمور الأمنية الحدودية. (٢) وتُسمى المعارضة السورية في الوقت الحالي لإقامة مناطق عازلة في الشريط الحدودي المجاور لتركيا.

إنّ من "الضروري أن يتوفر حظر جوي لحماية المنطقة العازلة، ومما يتطلب موافقة مجلس الأمن الدولي، ومنها ما تم في العراق من إنشاء مناطق حظر الطيران في الشمال والجنوب بموجب قرار صادر من مجلس الأمن وعلى وفق الفصل السابع من الميثاق. (٣) ولذا تم وضع الأسس اللازمة لقيادة جماعية للنظام الدولي في الأمم المتحدة، يمكن لقوات حفظ السلام أن تقوم بمنع النزاعات، غير أن نشر قوات حفظ السلام لا يجري عادة إلا بعد نشوب النزاع أو في أثنائه، وغالباً ما يكون بموجب اتفاق لوقف إطلاق النار، وتكون المهمة الأساسية لهذه القوات في هذه الحالة هي منع اشتعال العنف مجدداً.

وفي إطار مسؤولية الدول عن قواتها العاملة في حفظ السلام الدولي عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني والتأكيد على ضرورة التزام القوات الدولية بقواعد القانون الدولي الإنساني فقد وجهت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في عام

(١) شذى ظافر الجندي، مصدر سابق، ص ٤، هل يمكن فرض مناطق آمنة أو مناطق عازلة في سورية؟، ١٠/أغسطس/٢٠١٢، منشور على شبكة الانترنت على الرابط الإلكتروني الأتي:

<http://scagc.org/article.php?art=606>

تاريخ آخر زيارة (٢٦/١/٢٠١٤).

أعلنت حكومات الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وفرنسا في حزيران / ١٩٩١ منطقة حظر جوي تشمل الأراضي الواقعة شمال خط العرض ٣٦ وتم ذلك بعد تدخلها العسكري في شمال العراق بتاريخ ٢٧/أب/ ١٩٩٢ فرضت منطقة حظر الطيران جنوب العراق في جنوب خط العرض ٣٢ وبرتت الحكومات التي فرضت الحظر الجوي هذا التصرف الانفرادي بأنه يدخل ضمن تنفيذ قرار مجلس الأمن ٦٨٨ / ١٩٩١. ينظر تفاصيل مناطق الحظر الجوي المفروضة على العراق بموجب قرار مجلس الأمن المرقم ٦٨٨ لعام ١٩٩١ باسيل يوسف بك، العراق وتطبيقات الأمم المتحدة للقانون الدولي (١٩٩٠-٢٠٠٥)، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣٦٦، وقد أكد السفير الروسي في بغداد ((نيكولاي كورتزوف)) انه لا أساس شرعي أو سند قانوني لوجود المنطقتين، وليست هناك قرارات لمجلس الأمن بهذا الصدد وليست هناك شرعية لانتهاك الأجواء العراقية ولا شرعية لانتهاك سلامة أراضي العراق في الشمال أو الجنوب للتفصيل ينظر د. سعد حقي توفيق، علاقات العرب الدولية في مطلع القرن الحادي والعشرين، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ١٠٩.

(٢) شذى ظافر الجندي، مصدر سابق، ص ٥؛ وللتفصيل أكثر عن المناطق العازلة ينظر د. كاظم هاشم نعمة، مراجعة الدكتور مندوب الشالجي، العلاقات الدولية، الجزء الأول، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، قسم السياسية، ١٩٧٩، ص ٢٤٧؛ وقد نصت المادة ١٥ من اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب على إنشاء مناطق محايدة وكذلك تضمنت تلك المناطق المادة ١٧ من الاتفاقية في أعلاه للتفصيل ينظر نص المادة ١٥ والمادة ١٧ من اتفاقية جنيف الرابعة وذكره أيضاً مراد كواشي، قوات حفظ السلام واثارها على تطبيق القانون الدولي الإنساني، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ٣٣ _ ٣٤.

(٣) لم يكن هناك سلام للعراق بعد إن نفذ قرارات مجلس الأمن وأكمل انسحابه من الكويت واعترف بحدوده معها. فقد تعرض لعنوان مستمر ابتداءً بفرض مناطق حظر جوي شمال خط العرض ٣٦ وجنوب خط العرض ٣٢ وفي هذه المدة وبعد ثبوت قيام لجان التفتيش بالتجسس لصالح الولايات المتحدة الأمريكية فقد أوقف العراق تعاونه مع هذه اللجان مرات عديدة تعرض أثرها إلى عمليتين عسكريتين جويتين الأولى في شباط عام ١٩٩٣. والثانية في ١٧/١٢/١٩٩٨ " ثعلب الصحراء " وكان ختام أعمال هذه الحرب عملية غزو العراق التي قادتها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا في ٢٠/٣/٢٠٠٣ تحت تسمية " الحرية للعراق " والتي انتهت باحتلال هذا البلد، حلا احمد محمد الدوري، طريقة إنهاء خضوع العراق لأحكام الفصل السابع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ١٠١.

١٩٦١ مذكرة للدول الاطراف في اتفاقيات جنيف، اكدت فيها مسؤولية الدول التي تزود الامم المتحدة بقوات حفظ السلام عن اعمالها وفقا لنص المادة الأولى المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩. (١)

المبحث الثاني

الاليات الرقابية

تقوم مجموعة من الهيئات الدولية والمنظمات المتخصصة الدولية الحكومية وغير الحكومية بعمليات الرقابة على تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني ومن بينها منظمة الامم المتحدة والمنظمات الدولية غير الحكومية واللجنة الدولية لتقصي الحقائق بالاضافة إلى الدولة الحامية.

ومن أجا عرض الاليات الرقابية المختصة في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني فإن المبحث يُقسّم إلى ثلاث مطالب يتناول الاول دور المنظمات الدولية غير الحكومية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني ويكرس الثاني لدور لجنة تقصي الحقائق في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني ويكون الثالث لنظام الدولة الحامية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.

المطلب الاول

دور المنظمات غير الحكومية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني

تعرف المنظمات غير الحكومية جميع منظمات المجتمع المدني او هي مجموعة كبيرة من المنظمات المستقلة إلى حد كبير عن الحكومات وتتصف بصفة رئيسة بأن لها أهداف إنسانية او تعاونية اكثر من كونها اهدافا تجارية وتسعى بصورة عامة إلى تخفيف المعاناة او تعزيز مصالح الفقراء والفئات المستضعفة الاخرى وحماية البيئة او توفير الخدمات الاجتماعية الاساسية او الاضطلاع بتنمية المجتمعات المحلية. (٢)

ومن أهم المنظمات الدولية غير الحكومية هي اللجنة الدولية للصليب الاحمر ومنظمة اطباء بلا حدود. ولعرض دور المنظمات الدولية غير الحكومية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني نقسم المطلب إلى فرعين يتناول الاول دور اللجنة الدولية للصليب الاحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني ويخصص الثاني لدور منظمة اطباء بلا حدود في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.

اولاً: دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني

تعد اللجنة الدولية للصليب الاحمر منظمة انسانية دولية غير حكومية، محايدة ومستقلة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية. (٣)

وتجد اللجنة الدولية للصليب الاحمر سندها القانوني في اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩ والبرتوكولين الإضافيين الملحقين بها لعام ١٩٧٧ وقد قدمت اللجنة الدواية للصليب الاحمر إسهامات كثيرة في مجال تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني والعمل على مراجعة دورية وموسوعة القانون الدولي الانساني.

وقد عملت اللجنة الدولية للصليب الاحمر على التعاون مع الجمعيات الوطنية للصليب الاحمر في المجالات ذات الاهمية المشتركة واقامة علاقات وثيقة وضمان احترام اتفاقيات جنيف وتطويرها، وتعمل على انشاء لجان وطنية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني وتدعو إلى عقد مؤتمرات دورية لسدّ الثغرات الموجودة في قواعد القانون الدولي الانساني

(١) د.امحمدي بو زينة امنة، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٢) عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطبيق، دار هومة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ص ١١ - ١٢.

(٣) نورة يحيوي بن علي، حماية حقوق الانسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، ط ٣، دارهومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٨٨.

وإيجاد الحلول اللازمة لها، ونشر قواعد القانون الدولي الإنساني والتشجيع على البدء بتنفيذه على المستويين الداخلي والدولي. (١)

وتعد اللجنة الدولية للصليب الأحمر الزراعي الأساسي والحارس لقواعد القانون الدولي الإنساني وأصبحت منظمة لاغنى عنها في النزاعات المسلحة دولية كانت أم غير ذات طابع دولي إذ تعمل على تقديم المساعدات الإنسانية ومساعدة الضحايا المدنيين والعسكريين في النزاعات المسلحة عن طريق إسعافهم وتعمل على توفير الحماية لحقوق الإنسان وقت النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي ووقت السلم (٢)، وتعيين الدولة الحامية وتنكف بمهامها إذ تعرض اللجنة الدولية للصليب الأحمر مساعيها الحميدة على أطرافها من أجل تعيين دولة حامية إذا لم يتوصلوا إلى تعيينها كما يمكن للجنة الدولية للصليب الأحمر أن تعرض خدماتها للقيام بمهام الدولة الحامية، فإذا قبل النزاع بعرضها تقوم بدور الوسيط المحايد، وتعمل على على تقريب وجهات نظر أطراف النزاع واقتراح الحلول التي تضمن حماية الأشخاص بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني. (٣)

وتتلقى اللجنة الدولية للصليب الأحمر أيّ شكوى حول انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني وتعمل بسرية تامة وفي حالات تستطيع اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن تخرج من سرّيتها إذا توفرت مجموعة من الشروط منها:

- ١- إذا كانت الانتهاكات خطيرة أو كان هناك خرقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني".
 - ٢- "يجب أن يكون العلن لصالح الأفراد المتضررين أو لصالح المجتمع".
- يجب أن يكون المندوبون شهود عيان على الانتهاكات أو أن تكون هذه الانتهاكات قد ثبتت من خلال مصادر موثوقة.. (٤)

ثانياً: دور منظمة أطباء بلا حدود في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني

تعد منظمة أطباء بلا حدود منظمة طبية إنسانية دولية مهمتها الأساسية تقديم المساعدات الطبية، وقد تدخلت منظمة أطباء بلا حدود في عدة أزمات دولية منها أزمة الكونغو وليبيا وسوريا. (٥)

(١) ساعد العقون مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين وتحديات النزاعات المسلحة المعاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية: تخصص القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠٠٩، ص ٩٣-٩٤. " محمد أحمد العسلي، دور الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر في تنفيذ القانون الدولي الإنساني، القانون الدولي الإنساني، دليل التطبيق على الصعيد الوطني.

(٢) محمد نعورة، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الرقابة على تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، الملتقى الوطني حول: آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني بين النص والممارسة، ص ٩.

(٣) تعرف الدولة الحامية بأنها دولة محايدة أو دولة أخرى ليست طرفاً في النزاع يعينها أحد أطراف النزاع، ويقبلها الخصم وتوافق على أداء المهام المسندة إلى الدولة الحامية التي تتمثل في حماية مصالح أطراف النزاع ورعاياها الموجودين في إقليم العدو، وتتمتع الدولة الحامية بمهام واسعة النطاق في مجال تنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني بموجب اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافي الأول لعام ١٩٧٧، إذ تكلفت الدولة الحامية برعاية مصالح أطراف النزاع لاسيما مصالح أسرى الحرب والمدنيين وتساهم الدولة الحامية بمندوبيها في التطبيق المباشر للقانون الدولي الإنساني وتتولى أعمال الإغاثة والحماية لضحايا النزاعات وتشرف على مدى التزام أطراف النزاع بالتزاماتها التعاقدية ومدى تطبيقهم واحترامهم لقواعد القانون الدولي الإنساني لا سيما معاملة الأسرى والمدنيين؛ د. أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٣٦؛ المادة (٤ و ٣/٥) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧.

(٤) المادة (١٥) الفقرة ٣ (أ، ب، هـ، و) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧.

(٥) أطباء بلا حدود، نشاطاتها، مجلة أطباء بلا حدود، عدد سبتمبر، ٢٠٠٨، منشورة على شبكة الإنترنت على الرابط الإلكتروني الاتي: pdf _www.mst.ae

المطلب الثاني

اللجنة الدولية لتقصي الحقائق

ارتبط القانون الدولي الانساني بعملية التحقيق أو تقصي الحقائق لاسيما فيما يتعلق بجرائم الحرب والانتهاكات الخطيرة التي تقع على أحد اطراف النزاع، وقد تشكلت تلك الآلية بعد رفض وتحفظ اللجنة الدولية للصليب الاحمر الدولية على أن تكون هي المحقق في انتهاكات القانون الدولي الانساني، لما يترتب على هذا الامر من سلبيات في علاقة اللجنة الدولية للصليب الاحمر بالدول، وتعد آلية التحقيق والية تقصي الحقائق من اهم تلك الآليات، ولعرض اللجنة الدولية لتقصي الحقائق نقسم المطلب إلى فرعين يتناول الاول لجان التحقيق ويخصص الثاني لجنة تقصي الحقائق.

الفرع الاول: لجان التحقيق الدولية

تضمنت اتفاقيات جنيف الاربعة الية عمل لجان التحقيق اذ تضمنت نصاً مشتركاً في المواد (٥٢ و٥٣ و١٣٢ و١٤٩) ينص على ما يأتي "يجري بناءً على طلب أي طرف في النزاع، وبطريقة تتقرر فيما بين الاطراف المعنية، تحقيق بصدد أي ادعاء بانتهاك هذه الاتفاقية، وفي حال عدم الاتفاق على اجراءات التحقيق، يتفق على اختيار حكم يقرر الاجراءات التي تتبع، وما أن يتبين انتهاك الاتفاقية، يتعين على اطراف النزاع ووضع حد له وقمعه باسرع ما يمكن (١)"

ويختلف التحقيق المنصوص عليه في المواد (٥٢ و٣٥ و١٣٢ و١٤٩) عن التحقيق المنصوص عليه في المادتين (١٢١ و١٣١) من الاتفاقيتين الثالثة والرابعة على التوالي الذي تقوم به الدولة الحاجزة إثر مقتل أو جرح اسرى حرب أو معتقلين مدنيين في ظروف خاصة. (٢)

الفرع الثاني: لجنة تقصي الحقائق

تعد اللجنة الدولية لتقصي الحقائق من اللجان الدولية التي انشئت بموجب البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧ اذ نصت المادة (٩٠) منه على تشكيلها، وتعد الية مستقلة تضاف إلى مجموعة الآليات التي يمكن أن تلجأ إليها اطراف النزاع بخصوص الوقائع المتعلقة باية ادعاء خاص بانتهاك جسيم لقواعد القانون الدولي الانساني. (٣)

وتعد اللجنة الدولية لتقصي الحقائق احدى اللجان الدولية لحماية ضحايا النزاعات المسلحة من المدنيين والعسكريين ويلاحظ عليها انها تشكل بموافقة اطراف النزاع وتباشر عملها بموافقة اطراف النزاع ومن اهم الانتقادات الموجهة إليها أنها لم تفعل أي شئ منذ نشأتها إلى حد الان.

و يتم تقصي الحقائق في التعرف على جوانب الأزمة وحقائقها واستخدام وسائل الدبلوماسية الوقائية، كاجتماع مجلس الأمن خارج المقر (*) قبل تازم الوضع. (٤) ويقصد بتقصي الحقائق "التعرف بدقة ومن أطراف الأزمة مباشرة على وجهة نظرهم قبل تفاقم الأزمة"، ومن أهم ما يلفت الأيمن العام النظر إليه في هذا الصدد إمكانية استخدام اجتماعات مجلس الأمن خارج المقر بوصفها إحدى وسائل الدبلوماسية الوقائية لإعمال سلطة الأمم المتحدة في حالات محدودة قبل تفاقم الأزمة. (٥) وتقوم بهذه العملية لجان تهدف للوصول إلى حقائق دقيقة ومعرفة الأوضاع التي تهدد باندلاع العنف؛ وتتقدم بتقارير تتسم بالحياد

(١) المواد (٥٢ و٥٣ و١٣٢ و١٤٩) من اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩.

(٢) نص المادة ٣٠ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٩ على ذات الآلية التي جاءت بها اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩.

(٣) فرانسواز كريل، حماية النساء في القانون الدولي الانساني، الترجمة العربية لمقال نشر في المجلة الدولية للصليب الاحمر، ١٩٨٤، ص ٢٤.

(*) يقصد بالمقر مكان وزمان انعقاد مجلس الأمن.

(٤) د.فاتيحة ليتيم، نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة لحفظ السلم والأمن الدوليين، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٢٣٢.

(٥) د.حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة في ظل المسيرة المتعثرة للتنظيم الدولي، الطبعة الأولى، مركز الجزيرة للدراسات، الدار العربية للعلوم

حول كل ما يجري في منطقة النزاع فهي تحاول تحديد الجذور والأسباب الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للنزاع مما يساعد منظمة الأمم المتحدة على اتخاذ التدابير اللازمة لاحتواء الوضع وفض النزاع^(١) إذ تستند لجان تقصي الحقائق إلى إجراءات الفصل السادس من الميثاق حيث تعد وسائل سلمية لحل النزاعات دون اتخاذ تدابير القمع الواردة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

وقد تعمل اللجنة بطريقة قضائية لكنها ليست جهاز قضائي إنما هي هيئة دائمة ومحايدة وتتألف من ١٥ عضو ينتخبون من قبل الدول الأطراف لمدة خمس سنوات حسب التمثيل الجغرافي ويعملون بطريقة مستقلة وهم من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والمشهود لهم بالكفاءة العالية والخبرة في مجال القانون الدولي الإنساني، ويمكن للجنة تقصي الحقائق أن تقوم بتقصي الحقائق ميدانياً والبحث عن وسائل الإثبات من تلقاء نفسها مع الاعتماد أيضاً على ما يدلي به الأطراف من اثباتات، تقدم اللجنة بعد دراسة المسألة تقريراً يتضمن نتائج التحقيق والتوصيات التي تراها مناسبة إلى الأطراف المعنية، ولا يجوز إعلان هذه النتائج إلا إذا طلبت منها أطراف النزاع المعنية صراحةً ذلك..^(٢)

المطلب الثالث

"نظام الدولة الحامية"

تُعد الدولة الحامية من أهم الهيئات الرقابية في مجال تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني وتسمى باليات التعاهدية لأنها منصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكول الإضافي الأول.

ويقوم "نظام الدولة الحامية حول فكرة السماح لدولة في حالة نزاع مسلح تعيين دولة محايدة (دولة حامية) تتولى رعاية مصالحها ومصالح رعاياها لدى دولة متحاربة أخرى شريطة موافقة الدولتين المتحاربتين، وتتصّ اتفاقيات جنيف الأربع على أنّ احكامها تطبق بمعاونة وتحت اشراف الدولة الحامية، والتي تندب لهذه الغاية ممثلين تختارهم من بين رعاياها أو من بين رعايا دولة اخرى محايدة شريطة موافقة الدولة التي سيؤدون عملهم فيها او لديها".^(٣)

ويعود ظهور فكرة الدولة الحامية إلى الحرب العالمية الأولى وفقاً لنصّ المادة (٨٦) من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب لعام ١٩٢٩، ليتطور بعدها ويعمم على كافة اتفاقيات جنيف الأربعة مع ايجاد بديل لهذا النظام في حالة عدم توافق الأطراف المتنازعة على ايجاد او تعيين الدولة الحامية وهذا البديل هو اللجنة الدولية للصليب الاحمر او أية منظمة دولية اخرى تتوافر فيها كافة ضمانات الحياد والفعالية وتؤدي دورها فقط في الجانب الإنساني .

وبعد عام "١٩٧٧" تطور هذا النظام بعد تبني البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ اذ جاء في المادة (٥) منه على الطبيعة الإلزامية لنظام الدولة الحامية كما اكدت على التزام الأطراف دون ابطاء بتعيين الدولة الحامية وفي حالة تعذر ذلك فيمكن للجنة الدولية للصليب الاحمر أن تعرض مساعيها على اطراف النزاع من اجل اختيار الدولة الحامية دون ابطاء او قبول اللجنة الدولية للصليب الاحمر كبديل اذا تعذر ذلك".^(٤) وتقوم "الدولة الحامية بمجموعة من الوظائف منها ":

١- "تقديم مساعيها الحميدة في حالة عدم اتفاق اطراف النزاع على تطبيق او تفسير احكام الاتفاقيات ".

٢- "تقديم وتبادل الترجمة الرسمية للاتفاقيات وكذلك القوانين واللوائح ذات الصلة ".

(١) محمد الأخضر كرام، الدبلوماسية الوقائية بين نصوص الميثاق وأجندة السلام، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد ١٤ ربيع ٢٠٠٧ مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) أ.د. بطاهر بو جلال، اليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني، ورقة علمية مقدمة في الملتقى العلمي الأول لاجهزة الهلال الاحمر المنعقدة خلال الفترة من (١٥_١٧/٢/١٤٣٣ هـ الموافق ٩_١١_٢٠١٢ م) بمقر الجامعة في مدينة الرياض، جامعة نايف_العربية للعلوم الامنية، ص ٦.

(٣) المواد (٨و٨و٩) من اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩.

(٤) أ.د. بطاهر بو جلال، اليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني، ورقة علمية مقدمة في الملتقى العلمي الأول لاجهزة الهلال الاحمر المنعقدة خلال الفترة من (١٥_١٧/٢/١٤٣٣ هـ الموافق ٩_١١_٢٠١٢ م) بمقر الجامعة في مدينة الرياض، جامعة نايف_العربية للعلوم الامنية، ص ٤.

٣- " تقديم وتبادل المعلومات حول الجرحى والمرضى والقتلى ".

٤- "تقديم مساعيها الحميدة لتسهيل انشاء مناطق ومواقع الاستشفاء والاعتراف بها " (١).

ولا يمكن " حصر كل الوظائف التي تقوم بها الدولة الحامية بل يترك إلى الحالات التي تعالجها والامكانيات التي تتوفر لديها، ومن قراءة اتفاقيات جنيف الاربعة يمكن أن يصب عمل الدولة الحامية في ثلاث اتجاهات هي (التنسيق بين الاطراف وأعمال الاغاثة لصالح الفئات المحمية ومراقبة تطبيق اتفاقيات القانون الدولي الانساني "، ورغم تنوع مهام الدولة الحامية إلا أنه يلاحظ ندرة في الالتجاء إلى خدمات الدولة الحامية ويعود السبب في ذلك إلى مجموعة من العوامل منها: "١- " صعوبة وجود دولة محايدة ومقبولة لدى كافة اطراف النزاع ".

٢- " تعدد وظائف الدولة الحامية يتطلب إمكانيات مادية معتبرة قد لا تستطيع الدولة الحامية تحملها خاصة اذا كانت إمكانياتها محدودة ".

٣- "الحرج السياسي يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم قبول الدول شغل هذه الوظيفة " (٢).

المبحث الثالث

اليات تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني الرادعة

تعتبر الاليات الرادعة من اهم اليات تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، وتتبع هذه الاهمية من كونها اضافة إلى الاليات الوقائية فهي تمثل الجانب الردعي العقابي في مواجهة من ينتهك قواعد القانون الدولي الانساني اذ لا توجد أي فاعلية من أي نظام قانوني مالم يقترن هذا النظام القانوني بجزاء مناسب وحاسم. ولعرض الاليات الرادعة نقسم المبحث إلى ثلاث يتناول الاول اليات الجمعية العامة للأمم المتحدة في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني ويخصص الثاني لاليات مجلس الأمن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني ويخصص الثالث للمبحث في دور محكمة العدل الدولية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.

المطلب الاول

دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني

جاءت فكرة إنشاء منظمة الأمم المتحدة في العام ١٩٤٥م لوضع تنظيم جديد للجماعة الدولية حتى لا تقوم حرب عالمية ثالثة، بعد أن تسببت الحرب العالمية الثانية بموت الملايين من البشر، وتسببت في خسائر مادية واقتصادية هائلة. (٣) وحلت الأمم المتحدة محل العصبة في ٢٦ حزيران ١٩٤٥ وقد بينت المادة الأولى من ميثاقها مقاصدها التي تهدف إليها وكان المقصد الأول هو حفظ الأمن والسلم الدولي.

إن الجمعية العامة "General Assembly" هي الجهاز الرئيسي الذي تمثل فيه كل الدول الأعضاء بالأمم المتحدة وقد حظيت بوضع ميزها عن أجهزة المنظمة الأممية الأخرى وتقوم الجمعية العامة ببحث المبادئ العامة للتعاون والتنسيق في هذا المجال، وبحث ومناقشة المسائل التي تتصل بحفظ السلم الدولي وان تقدم توصياتها بشأنها، تلك

(١) لم يلجأ إلى نظام الدولة الحامية في بعض النزاعات العسكرية المحدودة كما أن الدولة الحامية لم تقم بكل ما نصت عليه الاتفاقيات، نزاع السويس ١٩٥٦ ونزاع غوا بين الهند والبرتغال عام ١٩٦١ ونزاع المالوين بين الارجنين وبريطانيا عام ١٩٨٢.د. بظاهر بو جلال، المصدر السابق، ص ٤.

(٢) أ.د. بظاهر بو جلال، المصدر السابق، ص ٥.

(٣) د.محمد سامي عبد الحميد، التنظيم الدولي والجماعة الدولية والأمم المتحدة، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، ٢٠٠٠، ص ٢٤٤.

التوصيات التي وان لم تتمتع بنفس قوة القرارات لكنها تؤثر بدرجة كبيرة على المواقف فيما تتمتع بوزن معنوي، كونها تعبر عن الرأي العام العالمي (١).

وتعقد الجمعية العامة دورة عادية في السنة كما يجوز لها أن تعقد دورة غير عادية حيث تعقد الدورة العادية السنوية في ثالث ثلاثاء من أيلول من كل سنة ويستمر انعقاد الدورة لمدة ثلاث أشهر ويتحدث في كل يوم ممثلو أربع إلى ستة دول، أما عن أدوار الانعقاد غير العادية فهي تتم بناءً على دعوة توجه إليها من الأمين العام للأمم المتحدة بناءً على طلب من مجلس الأمن أو من أغلبية أعضاء الجمعية العامة ويجوز للجمعية العامة أن تعقد اجتماعاتها في غير مقر المنظمة، وفي بدء اجتماع كل دورة تنتخب الجمعية العامة رئيساً لها وعدداً من النواب، وقد جرى العمل على أن لا يكون رئيس الدورة من ممثلي الدول الدائمة العضوية (٢).

أما ميثاق الأمم المتحدة فقد نصّ على دور الجمعية العامة في الحفاظ على السلام والأمن الدوليين واعطى للجمعية العامة صلاحية واسعة في اصدار توصيات وان كانت غير ملزمة لكنها لا تقل اهمية عن صلاحية مجلس الأمن الدولي وبحق لها مناقشة أي مسألة تتصل بالامن والسلم الدوليين ولا سيما فيما يخص موضوع التسلح ولها الحق في اصدار قرار الاتحاد من اجل السلام وكان أول تطبيق لهذا القرار "قرار الاتحاد من اجل السلام" (Uniting for peace) هو في أزمة كوريا عام ١٩٥٠ عندما اعتدت قوات كوريا الشمالية على كوريا الجنوبية في تلك الأثناء قررت الجمعية العامة التي عقدت دورتها الخامسة في ١ شباط ١٩٥١ وفي قرارها المرقم (٥/٤٩٨) والمؤرخ في ١ شباط من العام ١٩٥٠ إذ دعت جميع الدول الأعضاء وغير الأعضاء إلى التدخل في كوريا الجنوبية لردع عدوان كوريا الشمالية والعمل على إيقاف تقدم جيوش كوريا الشمالية داخل أراضي وحدود كوريا الجنوبية وانسحابهم من الأراضي الكورية الجنوبية وإيقاف المساعدات والتسهيلات لكوريا الشمالية وتقديم كل مساعداتها إلى حكومة كوريا الجنوبية (٣) وعلى وفق القرار المرقم ٣٧٧ المؤرخ في ٣ تشرين الثاني ١٩٥٠ بشأن "الاتحاد من اجل السلام"، فإنه إذا عجز مجلس الأمن عن التصرف، لتصويت أحد أعضائه الدائمين تصويتاً سلبياً، يجوز للجمعية العامة عندئذ التصرف، ويحدث ذلك في الحالة التي يبدو فيها أن هناك تهديداً للسلام، أو خرقاً للسلام أو عملاً عدوانياً (٤).

ولعرض دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني نقسم المطلب إلى فرعين يتناول الأول اصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة توصيات لحماية واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني ويخصص الثاني لقيام الجمعية العامة للأمم المتحدة بإنشاء اللجان الفرعية لمراقبة مدى احترام الدول لحقوق الانسان.

(١) ينظر: المواد ١٠ و ١١ و ١٥ من الميثاق وتعد الجمعية العامة للأمم المتحدة ثاني اكبر جهاز في نظام الأمم المتحدة و اكبر هيئة تداولية ولذا فهي تمثل الإرادة الحقيقية للمجتمع الدولي للتفصيل ينظر جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية، دار نهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٤٤١.

(٢) ينظر: المواد ١٠ و ١١ و ١٥ من الميثاق.

(٣) د. عبد العزيز محمد سرحان، الأمم المتحدة، ١٩٨٦، ص ١٣٢، وبعد قرار الاتحاد من اجل السلام مواجهة واقعية من جانب الأمم المتحدة إزاء حالة الشلل والجمود الناتجة عن الحرب الباردة ونتائجها المتمثلة في عدم إجماع الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن وتبرير أهمية هذه المواجهة من أن الاتجاه نحو توجيه سلوك الدول الأعضاء وحثهم على اتخاذ إجراءات معينة اذ انه جاء على حساب القيود التي أوردتها الميثاق وفي مقدمتها المادة ١١ الفقرة ٢ والمادة ١٢ الفقرة ١، للتفصيل ينظر د.مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية، الدار الجامعية، بيروت ب.ت، ص ١٥٥، د.محمد سامي عبد الحميد ود.محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، الجزء الأول، الجماعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ص ٤٧٥ - ٤٧٦ هامش رقم ٢.

(٤) أدى عجز مجلس الأمن عن الاستمرار في عمليات كوريا بسبب الفيتو السوفيتي، وتدهور الموقف بعد اشتراك الصين الشعبية في العمليات الحربية، إلى صدور قرار الاتحاد من اجل السلام تحت تأثير الولايات المتحدة الأمريكية وقد أعطى هذا القرار للجمعية العامة الحق في استخدام القوة لردع العدوان في حالة ما إذا فشل مجلس الأمن في إصدار القرارات اللازمة، لمزيد من التفصيل حول قرار الاتحاد من اجل السلام ينظر د.احمد عيد الله أبو العلاء، طور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين مجلس الأمن في عالم متغير، ٢٠٠٨، ص ٩٦.

الفرع الاول: اصدار الجمعية العامة للامم المتحدة توصيات لحماية واحترام قواعد القانون الدولي الانساني

اصدرت الجمعية العامة قرارات عدة في مجال تنفيذ واحترام قواعد القانون الدولي الانساني منها القرار (المرقم ٢٤٤٤ المؤرخ في ١٩/ديسمبر/١٩٦٨)^(١) تم بموجبه تقرير ثلاث خطوات هي:

- ١- الاولى ضرورة اتخاذ خطوات لضمان التطبيق الافضل لقواعد القانون الدولي الانساني.
- ٢- الثانية الحاجة إلى قواعد جديدة سواء كانت اتفاقيات تكميلية جديدة او شيء اخر لضمان حماية المدنيين والاسرى والمقاتلين في كافة النزاعات المسلحة.
- ٣- الثالثة السعي لتأييد المبادئ الاساسية التي ارسلها المؤتمر الثاني عشر للصليب الاحمر والهلال الاحمر لعام ١٩٦٥ وضرورة الاهتمام بها لاسيما فترة النزاعات المسلحة.^(٢)

الفرع الثاني: قيام الجمعية العامة للامم المتحدة بإنشاء اللجان الفرعية لمراقبة مدى احترام الدول لحقوق الانسان

أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجاناً فرعيةً تابعةً لها تتولّى بواسطتها مراقبة مدى احترام الدول لبند حقوق الانسان والشعوب في زمن السلم وزمن الحرب منها لجنة القانون الدولي واللجنة الخاصة المعنية بالتحقيق في الممارسات الاسرائيلية في الاراضي المحتلة، ومنه يمكن القول إنّ الأدوات التي تعتمد عليها الجمعية العامة في سبيل مراقبة تنفيذ الحقوق المكرّسة دولياً تلعب دوراً متميّزاً في الضغط على الرأي العالمي الدولي لاحترامها، وكذلك في تحريك باقي الهيئات الرئيسية للامم المتحدة لمناصرة هذه الحقوق، إلا أنّ هذا الدور متوقف على ارادة ورغبة الدول لان ما تمليه الجمعية العامة عليها يبقى مجرد توصيات واستشارات تخلوا من الطابع الالزامي.^(٣)

المطلب الثاني**دور مجلس الأمن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني**

أعطى الميثاق لمجلس الأمن الدولي الحق في الحفاظ على السلام ووضح هذا الحق على وفق إجراءات الفصل السابع من الميثاق ويحق له إرسال قوات حفظ سلام دولية في الحالات التي تشكل خرقاً للسلام أو تهديداً له، وتعد تلك حجة قديمة كانت تلجأ إليها الدول القوية للتدخل في شؤون الدول الأخرى، ومنذ السنوات الأولى لنشأة المنظمة الأممية فقد حاولت الدول القوية فعلاً التدخل عسكرياً بشؤون اسبانيا الداخلية عام ١٩٤٦، إذ قدمت بولندا طلباً إلى مجلس الأمن لاتخاذ قرار على أنّ وجود نظام فرانكو في اسبانيا هو تهديدٌ للسلم والأمن الدولي، وقد شكّل المجلس لجنة خاصة لدراسة هذه القضية الحساسة، وقدمت تقريرها إليه، وكان رأي الأكثرية أنّ نظام فرانكو لايشكل تهديداً قائماً للسلام الدولي بل إنّته تهديدٌ محتمل، واقترحت إحالة الموضوع إلى الجمعية العامة لإصدار توصية بقطع العلاقات الدبلوماسية مع نظام مدريد، ولكن

(١) قرار الجمعية العامة للامم المتحدة المرقم ٢٤٤٤/١٩/ديسمبر/١٩٦٨، الخاص بالخطوات التي تكفل تطبيق افضل للاتفاقيات والقواعد الانسانية الدولية في جميع النزاعات المسلحة ضمانا لحقوق الانسان بموجب الوثيقة المرقمة (9_12/du/1968_2444/RES/)
<http://www.un.org/french/documents/sc/res>

(٢) ارسي المؤتمر الثاني عشر للصليب الاحمر والهلال الاحمر لعام ١٩٦٥ ثلاث مبادئ اساسية هي:-

١_ حق اطراف النزاع في استخدام وسائل الحاق الضرر بالعدو ليس حقا مطلقا " للتفصيل اكثر يراجع د.محمد فهاد الشلالدة ، المصدر السابق، ص ص ٤٦، ٤٨

٢_ حظر شن هجمات تستهدف المدنيين بصفتهم المدنية .

٣_ يجب التمييز دائما وفي جميع الاوقات بين فئة الاشخاص الذين يشاركون في الاعمال العدائية وفئة افراد السكان المدنيين .

(٣) د.عصام عبد الفتاح مطر، المصدر السابق، ص ص ٢٠٥-٢٠٦.

الاتحاد السوفيتي أصّر على أن يقوم مجلس الأمن وليس الجمعية العامة بتوقيع العقوبات على اسبانيا بوصفها ليست خطراً محتملاً ضد السلم الدولي فحسب بل هي خطر حقيقي قائم، وفعلاً تم فرض تلك العقوبات على اسبانيا في ١٢ كانون الأول ١٩٤٦ وتقدمت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتوصية إلى أعضائها جميعهم بسحب ممثليها الدبلوماسيين من اسبانيا، ودعت مجلس الأمن للنظر في اتخاذ الإجراءات المناسبة (بما فيها استخدام القوة العسكرية من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة) لإقامة حكم ديمقراطي في اسبانيا واستجابت معظم الدول لذلك، ويعد هذا الامر سابقة تاريخية في المنظمة الأممية للتدخل في الشؤون الداخلية (١).

ويعتبر مجلس الأمن بموجب نص المادة (٢٤) من ميثاق الامم المتحدة الجهاز التنفيذي الذي يقع على عاتقه حفظ الأمن والسلم الدوليين ويستند في مهامه هذه إلى اجراءات الفصلين السادس والسابع من ميثاق الامم المتحدة. (٢)
ويستند مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني إلى نص المادة (٢/٣٧) بالنص على انه اذا ارتى مجلس الأمن إلى أن استمرار النزاع من شأنه أن يعرض السلم والامن الدوليين إلى الخطر يمكن أن يوصي بما يراه ملائماً لاعادة الوضع إلى ماكان عليه. (٣).

وقد اصدر مجلس الأمن الدولي مجموعة من القرارات لتنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني منها القرار المرقم (١٩٩١/٦٨٨) الذي اكد فيه على ضرورة وصول المساعدات الانسانية وبصفة عاجلة إلى العراقيين المتواجدين في انحاء العراق. (٤).

وكذلك اقرار مجلس الأمن المرقم ٧٩٤ المؤرخ في كانون الأول عام ١٩٩٢ بالتدخل في الصومال لتأمين وصول الإغاثة الإنسانية. (٥)

المطلب الثالث

دور محكمة العدل الدولية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني

يظهر دور محكمة العدل الدولية في تطبيق قواعد القانون الدولي الانساني من خلال صلاحياتها بتقديم اراء استشارية للجمعية العامة وللمجلس الأمن واي فرع من فروع المنظمة الدولية بخصوص أي مسألة او قضية مرتبطة بحقوق الانسان. (٦)

وكان من اهم قرارات محكمة العدل الدولية بشأن تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني هو رأيها الاستشاري حول قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية بين نيكارغو وبين الولايات المتحدة الامريكية، إنّ التدخل الانساني لايمكن أن

(١) علاء الدين حسين مكي خماس، استخدام القوة في القانون الدولي، رسالة ماجستير، المكتبة الوطنية ببغداد، المطابع العسكرية، ١٩٨٢، ص١٣٩.

(٢) المادة (٢٤) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥.

(٣) المادة (٢/٣٧) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥.

(٤) قرار مجلس الأمن المرقم ١٩٩١/٦٨٨ الصادر في ٥/نيسان/١٩٩١ بشأن الحالة بين العراق والكويت بموجب الوثيقة المرقمة (S3 /2245 Addl/et-4)حلا احمد محمد الدوري، طريقة انهاء خضوع العراق لاحكام الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ص ١٠٢_١٠٨.

(٥) ذكر مجلس الأمن أن حجم المأساة الإنسانية التي يعاني منها الشعب الصومالي تشكل تهديد للأمن والسلم الدولي وتتطلب قيام قوات حفظ السلام بتوفير المساعدات الإنسانية للشعب الصومالي، إخلص بن عبيد، آليات مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، ٢٠٠٨_٢٠٠٩، ص١١١.

(٦) المادة "٩٦ من ميثاق الامم المتحدة" ..

يعتبر تدخلاً غير مشروع ولا يُشكّل أيّ خرق للقانون الدولي العام. (١)

المبحث الرابع

الاليات القضائية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني

لم يتضمن القانون الدولي الانساني القواعد الاساسية لحماية الانسان فترة النزاعات المسلحة فقط، وانما اشتمل على اليات عديدة لكفالة احترام قواعد القانون الدولي الانساني وفرض التزامات اساسية لمحاربة أي فعل يشكل انتهاكا لقواعد القانون الدولي الانساني وقد خصّص القانون الانساني جزءا كبيرا من أحكامه لمكافحة الانتهاكات التي ترد على قواعد القانون الدولي الانساني انطلاقا من مبدأ العقاب إذ يُعدّ ركنا اساسيا في أي نظام قانوني وإنّ الخوف من توقيع الجزاء يشكل عنصرا هاما للحدّ من الجريمة. (٢)

وقد وُضِعَ على عاتق الدول واجب ملاحقة المتهمين باقتراف الجرائم الدولية او الذين امروا باقترافها وتقديمهم امام القضاء ولا يتقرر هذا إلاّ عن طريق اقرار مبدأ التعاون القضائي وتكريس مبدأ المسؤولية الدولية عن انتهاكات وخرق قواعد القانون الدولي الانساني ولعرض الاليات القضائية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني نقسم المبحث إلى مطلبين يتناول الاول التعاون في الجانب القضائي ويخصّص الثاني للبحث في اقرار المسؤولية الدولية.

المطلب الاول

التعاون في الجانب القضائي

إنّ التعاون في الجانب القضائي يقتضي على الدول المتعاقدة التعاون في مجال تسليم المجرمين وتقديم المساعدة القضائية في الشؤون الجنائية، ولعرض التعاون في المجال القضائي نقسم المطلب إلى فرعين يتناول الاول التعاون في مجال تسليم المجرمين ويخصّص الثاني لتقديم المساعدة القضائية الجنائية الدولية.

الفرع الاول: التعاون في مجال تسليم المجرمين

يعد التزام الدول في مجال تسليم المجرمين جانبا متأصلا (إما التسليم وإما المحاكمة) وقد وردَ في الية القمع في اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩، حيث إنّ إمكانية تسليم الاشخاص المتهمين لمحاكمتهم عن طريق طرف اخر متعاقد يرغب في مقاضاتهم تعد فرصة ممنوحة للدول التي قد يتواجد هؤلاء الاشخاص على أراضيها أو في نطاق سلطاتها لكي يكون بوسعها الوفاء بالتزاماتها اتجاه المعاهدات الدولية. (٣)

وقد تأكد هذا الخيار من صياغة نصّ المادة (٢/٨٨) من البروتوكول الاضافي الاول التي تنص صراحة على أنّ الاطراف السامية المتعاقدة من واجبها التعاون في مجال تسليم المجرمين. (٤)

الفرع الثاني: تقديم المساعدة القضائية الجنائية الدولية

نصت المادة (١/٨٨) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧ على أنّ "تقدم الدول الاطراف السامية المتعاقدة كل منها للاخر اكبر قسط من المعاونة فيما يتعلق بالاجراءات الجنائية التي تتخذ بشأن الانتهاكات الجسيمة لاحكام

(١) عماد خليل إبراهيم، مسؤولية المنظمات الدولية عن اعمالها غير المشروعة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢، ص ٢٦٥ وما بعدها.

(٢) د. عصام عبد الفتاح مطر، القانون الدولي الانساني، مصادره، مبادئه واهم قواعده، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٢٣٣.

(٣) د. عصام عبد الفتاح مطر، المصدر السابق، ص ٢٣٣.

(٤) المادة (٢/٨٨) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.

الاتفاقيات وهذا البرتوكول" (١)، وتشمل هذه المعاونة كلاً من المساعدة المتبادلة في الاجراءات الجنائية التي تجري خارج البلاد وتنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية.

المطلب الثاني

اقرار المسؤولية الدولية

من بداية القرن العشرين أخذت المسؤولية الدولية حيزاً مابزال يزداد اتساعاً مع مرور السنوات، كما أن المسؤولية المترتبة على خرق احكام القانون الدولي الانساني قد شهدت هي الاخرى تطورا ايجابيا في السنوات الاخيرة لاسيما فيما يخص المسؤولية الجنائية للأفراد والمسؤولية الجنائية للدول، وإن البحث في المسؤولية الدولية يتطلب معرفة ما المقصود بالمسؤولية الدولية؟ ومن ثم عرض المسؤولية الدولية الجنائية للأفراد والمسؤولية الجنائية الدولية للدول وعلى هذا الاساس يُقسّم المطلب إلى ثلاث فروع يتناول الاول تعريف المسؤولية الدولية وشروطها ويخصص الثاني للبحث في المسؤولية الجنائية للأفراد ويكرس الثالث للحديث عن "المسؤولية الجنائية الدولية للدول.

الفرع الاول: تعريف المسؤولية الدولية وشروطها

يرتب النظام القانوني الدولي لأشخاصه حقوقاً، ويفرض عليهم التزامات وهذه الالتزامات واجبة النفاذ سواء كان مصدرها اتفاقيات أو عرفياً أو حكماً قرره المبادئ العامة في النظم المختلفة فإذا تخلف احد أشخاص القانون الدولي عن القيام بالتزام ما، ترتب على تخلفه هذا تحمله للمسؤولية الدولية، والمسؤولية الدولية في جوهرها علاقة بين الدول تتمتع بالشخصية الدولية وتتأثر المسؤولية الدولية بمجرد قيام عنصر الضرر وهو أمر أساسي كي تنشأ المسؤولية الدولية. (٢) وتستند المسؤولية الدولية إلى نفس القاعدة القانونية التي تستند اليها المسؤولية في القانون الخاص، والتي تعني ان كل فعل غير مشروع يتسبب عنه ضرر للغير يوجب التزام فاعله بإصلاح هذا الضرر. (٣).

لقد اتجه المجتمع الدولي بالاتجاه الصحيح من أجل الالتزام بما اتفق عليه في المواثيق والقواعد القانونية وأصبحت المسؤولية الدولية واقع مفروض من قبل الدول الكبرى الفاعلة، ويمكن تعريف المسؤولية الدولية بأنها كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به دولة ما يستتبع مسؤوليتها الدولية والمسؤولية الدولية كمسؤولية الأفراد قد تكون جنائية أو مدنية أو تقصيره. (٤) أو هي "نظام قانوني يكون بمقتضاها على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعاً طبقاً للقانون الدولي، الالتزام بإصلاح ما يترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها أو ضد رعاياها". (٥).

ويعرف "الأستاذ شارل رسو المسؤولية الدولية بأنها مبدأ قانوني يترتب بموجبه على الدولة التي ارتكبت عملاً يجرمه القانون الدولي إزالة الضرر الذي لحق بالدولة المعتدى عليها".

ويمكن تعريف المسؤولية الدولية بأنها نظام قانوني تتقرر بمقتضاها مسؤولية الدولة المدعى عليها، بإصلاح أو جبر الضرر الذي يلحق بدولة أخرى، بصفتها كذلك أو بأحد رعاياها من جراء قيامها بعمل أو امتناعها عن عمل غير مشروع وفقاً لأحكام وقواعد القانون الدولي أو يخرج عن المستوى الدولي للسلوك الذي ترسمه تلك الأحكام والقواعد. (٦)

(١) المادة (١/٨٨) من البرتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.

(٢) د.محسن أكرين، القانون الدولي للبيئة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٠٧.

(٥) د.علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط١٢، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، ٢٠٠٦ ص ٢٤٦.

(١) د.خليل عبد المحسن، خليل عبد المحسن، التعويضات في القانون الدولي، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١؛ ص ٣٣.

(٢) شارل رسو، القانون الدولي العام، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٠٠.

(٣) د.احمد عبد الكريم سلامة، نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسؤولية الدولية عن الأضرار بالبيئة، مجلة الحقوق،

جامعة البحرين، كلية الحقوق، المجلد الثاني، العدد الثاني، ٤، ٢٠٠٥، ص ١١.

ونؤيد هذا التعريف كونه يحدد لنا شروط تطبيق المسؤولية الدولية التي من أهمها أنه على الدولة المعتدية إزالة الضرر أي التعويض أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار .

اما شروط المسؤولية الدولية فقد استقرت المبادئ القانونية في القانون الداخلي وفي القانون الدولي على أن كل عمل غير مشروع أي كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ينسب لشخص قانوني ويكون مخالفاً لالتزام قانوني يولد التزاماً آخر هو الالتزام بالمسؤولية، والتي تعني أن على الشخص أو الطرف الذي تسبب في العمل غير المشروع عليه التعويض عما رتبته عمله من نتائج . (١)

ومن الضروري لنشوء المسؤولية الدولية أن يكون هناك ضرر وأن هذا الضرر صادر عن دولة أو أحد الأشخاص الموصوفين في القانون الدولي. (٢)

وإذا توافرت شروط ثبوت المسؤولية الدولية، ترتبت النتيجة الطبيعية للمسؤولية الدولية وهو وجوب التزام الدولة المسؤولة بإصلاح أو جبر الضرر الذي لحق بالدولة المدعية. ويشترط لقيام المسؤولية الدولية ثلاث شروط هي:

- ١- أضرار تلحق بالفئات المحمية بموجب قواعد القانون الدولي الانساني.
- ٢- فعل ضار يصدر عن دولة أو احد الأشخاص الموصوفة في الاتفاقيات الدولية.
- ٣-نسبة الضرر إلى شخص معين من أشخاص القانون الدولي العام.

وسيتم توضيح تلك الشروط في ثلاثة محاور يتناول الأول منها الأضرار التي تلحق بالفئات المحمية بموجب قواعد القانون الدولي الانساني بينما يخصص الثاني للفعل الضار الذي يصدر عن دولة أو احد الأشخاص الموصوفة في القانون الدولي العام ويكون الثالث لنسبة الضرر إلى شخص معين من أشخاص القانون الدولي العام.

اولاً: أضرار تلحق بالفئات المحمية بموجب قواعد القانون الدولي الانساني

تتقرر المسؤولية الدولية في حالة ارتكاب الدولة عملاً غير مشروع يترتب عليه ضرر سواء خالفت أم لم تخالف قواعد القانون الدولي الانساني. (٣) ولا يشترط في الضرر ان يكون مادياً فقد يكون ضرراً أدبياً كإهتان الكرامة الانسانية او المعاملة القاسية أو المهينة، أما إذا وقع الضرر نتيجة قوة قاهرة أو ظرف طارئ أو نتيجة خطأ الدولة التي أصابها الضرر فحينئذ تنتفي المسؤولية الدولية . (٤)

والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروع له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة المشروعة لهما علاقة بسلامة جسمه، أو حريته، أو بماله، أو شرفه، واعتباره أو حتى بمركزه الاجتماعي (٥) فلا يشترط أن يكون الحق الذي يحصل المساس به حقاً مالياً كحق الملكية، بل يكفي المساس بحق، أي حق يحميه القانون كالحق في الحياة، وسلامة الجسم وحق الحرية الشخصية.

(١) د.محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة دار النهضة الجديدة، ١٩٦٧، القاهرة، ص ٦٧٥.

(٢) المصدر السابق أعلاه، ٦٧٧.

(٣) حسين الفلوجي، دراسة قانونية حول مدى مسؤولية القوات الأمريكية والدول المتعاونة عن تعويض الأضرار المدنية في العراق، منشور على موقع النائب حسين الفلوجي، File \\j \New Folder.p1

(٤) خالد عبد الحميد فراج وحسين درويش، الموجز في القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، مكتبة الانجلو المصرية، المطبعة الفنية الحديثة، ١٩٦٧، ص ٦٧-٦٨.

(٥) د. خليل عبد المحسن خليل، مصدر سابق، ص ٣٧.

لمدة (٢٠) سنة، كما قضت بالسجن المؤبد على "جون كمبندا الوزير الاول في رواندا واخرون لتكون بذلك قد ادانت حتى الان ٣١ متمها ويرأت خمسة اخرين". (١)

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية الدولية للدول

استتنت منظمة الامم المتحدة استخدام القوة العسكرية عن طريق مجلس الأمن الدولي من اجل الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين من قاعدة التحريم المطلق لاستعمال القوة او حتى مجرد التهديد بها. (٢)

أما مجلس الأمن الدولي فإنه يلجأ إلى المسؤولية الدولية للدول كحل أخير في حال فشل كافة الاجراءات والحلول السلمية من اجل وقف انتهاك قواعد القانون الدولي الانساني ومن ذلك قرارات مجلس الأمن الدولي المتخذة ضد العراق عام ١٩٩١ والتدخل في الصومال عام ١٩٩٤ والتدخل في تيمور الشرقية عام ١٩٩٩ وفي ليبيا عام ١٩١١. (٣)

واتخذ مجلس الأمن الدولي القرار المرقم (١٥٩٣) المؤرخ في في (٣١/مارس//٢٠٠٥) تضمن القرار إحالة الملف الخاص بالوضع في دارفور بالسودان إلى المحكمة الجنائية الدولية. (٤)

ويقصد بالإحالة استرعاء مجلس الأمن نظر المحكمة الجنائية الدولية إلى وقوع جريمة تدخل ضمن اختصاصها. كذلك اصدر مجلس الأمن الدولي القرار المرقم (١٩٧٠) المؤرخ في ٢٦/٢/٢٠٠١، احال بموجبه الوضع القائم في ليبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية للتحقيق في الجرائم التي ارتكبتها القوات الموالية للرئيس (معمر القذافي) ضد السكان المدنيين الليبيين. (٥)

وقد كرس النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية اسس قانونية كفيلة في سبيل قمع الجرائم والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الانساني تتمثل أساسا فيما يأتي: (٦)

١- المسؤولية الجنائية الدولية تقع على الافراد مرتكبي الجرائم الدولية بصفاتهم الفردية.
٢- عدم الاعتداء بالصفة الرسمية والحصانات للشخص المتهمين بجرائم الحرب طبقا لنص المادة (٢٧) من النظام الاساسي للمحكمة.

٣- مسؤولية القادة والرؤساء عن أعمال مرؤوسيهام استنادا إلى المادة (٢٨) من النظام الاساسي للمحكمة .

٤- مبدأ عدم جواز الدفع بامر الرئيس للاعفاء من المسؤولية الجنائية الدولية".

وبناء عليه فإن كل شخص ارتكب جريمة تدخل ضمن نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فهو معرض للمتابعة الجنائية من طرف هذه المحكمة، وتعتبر هذه الاسس بمثابة ضمانات اساسية لمحاكمة الاشخاص الذين يرتكبون مثل هذه الجرائم ولاسيما المسؤولين الحقيقيين من القادة السياسيين والعسكريين الذين ظلوا مستترتين وراء مبدأ السيادة ومبدأ الحصانة دون نيلهم جزاء ما ارتكبه من جرائم. (٧)

(١) اخلاص بن عبيد، اليات مجلس الامن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، فرع: القانون الدولي الانساني، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠٠٨، ص ١٧٦-١٧٧.

(٢) المادة (٤/٢) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥.

(٣) اخلاص بن عبيد، اليات مجلس الامن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، المصدر السابق، ص ١٣٠ .

(٤) قرار مجلس الامن الدولي المرقم (١٥٩٣)، الصادر في (٣١/٣/٢٠٠٥) بشأن الوضع في دارفور بموجب الوثيقة المرقمة (1593/2005 / S/RES).

(٥) قرار مجلس الامن الدولي المرقم (١٩٧٠)، الصادر في (٢٦/٢/٢٠٠١) بشأن الوضع في ليبيا بموجب الوثيقة المرقمة (RES / 1970/2001 / S/).

(٦) المواد (٢٥ و ٢٧ و ٢٨ و ٣٣) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

(٧) فريزة بن سعدي، المسؤولية الجنائية الدولية عن جرائم الحرب في نظام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة ماجستير في القانون: فرع القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري_ تيزي وزو، ٢٠١٢، ص ٥٨.

وقد فرض مجلس الأمن الدولي عقوبات اقتصادية ضدّ الدول التي تنتهك قواعد القانون الدولي الإنساني منها قراره المرقم ٦٧٠ إثر غزو العراق للكويت وبموجبه فرض حظرًا جويًا على العراق.^(١)

الخاتمة

بعد عرض الآليات الدولية لتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني وتوضيح أنّ هناك آليات إشرافية وأخرى وقائية وثالثة رادعة فقد تمّ التوصل إلى مجموعة من النتائج واقتراحنا مقترحات يمكن ادراجها بالاتي:

الاستنتاجات

- ١- تعدّ اليات الاشراف اليات سابقة على تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.
- ٢- تعدّ اليات الرقابية اهم الاليات التي تكفل تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.
- ٣- تلعب اللجنة الدولية للصليب الاحمر الدولية دورا متميزا في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.
- ٤- تعدّ لجنة التحقيق الدولية ولجان تقصي الحقائق من اهم اللجان الدولية التي تعمل على تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.
- ٥- إنّ الاجهزة الدولية التابعة للمنظمة الاممية قد لعبت دوراً مميزاً في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.

التوصيات

- ١- تعميم ونشر قواعد القانون الدولي بين جميع اطراف المجتمع.
- ٢- ادماج قواعد القانون الدولي الانساني مع القواعد الوطنية وفي برامج تدريب القوات الامنية والعسكرية.
- ٣- اصلاح منظمة الأمم المتحدة بشكل يضمن التوازن بين اجهزتها استجابة للحاجات المتطورة والمتزايدة للمجتمع الدولي.
- ٤- تفعيل دور المنظمات الدولية غير الحكومية في مجال تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.
- ٥- انشاء هيئات دولية مستقلة تكون بمثابة السلطة التنفيذية وهذه يناط لها أوامر تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني.

المصادر

اولا : الكتب

- ١- احمد أبو العلا، "تطور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين مجلس الأمن في عالم متغير"، ٢٠٠٨.
- ٢- د. احمد ابو الوفا، "النظرية العامة للقانون الدولي الانساني، في القانون الدولي وفي الشريعة الاسلامية"، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦.
- ٣- د. امحمدي بوزينة امنة، "القانون الدولي الانساني"، جامعة حسية بن بو علي الشلف _الجزائر، مركز جيل البحث العلمي.
- ٤- د. الحبيب استاتي، "موضوع واليات تنفيذ القانون الدولي الانساني، مشروع دراسة حول المقاربة النيابية للنموذج التنموي الجديد للملكة المغربية"، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.
- ٥- باسيل يوسف بجك، "العراق وتطبيقات الأمم المتحدة للقانون الدولي (١٩٩٠-٢٠٠٥)"، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦.
- ٦- د. جعفر عبد السلام، "المنظمات الدولية"، دار نهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة، دون سنة نشر.
- ٧- د. حسن نافعة، "إصلاح الأمم المتحدة في ظل المسيرة المتعثرة للتنظيم الدولي"، الطبعة الأولى، مركز الجزيرة للدراسات، الدار العربية للعلوم ناشرون، ٢٠٠٩.
- ٨- خالد عبد الحميد فراج وحسين درويش، "الموجز في القانون الدولي العام"، الطبعة الثانية، مكتبة الانجلو المصرية، المطبعة الفنية الحديثة، ١٩٦٧.

(١) قرار مجلس الامن الدولي المرقم (١٦٧٠)، بموجب الوثيقة المرقمة (S/ RES / 670/1990).

- ٩- خليل عبد المحسن، "التعويضات في القانون الدولي"، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١.
- ١٠- د.سعد حقي توفيق، "علاقات العرب الدولية في مطلع القرن الحادي والعشرين"، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
- ١١- شارل رسو، "القانون الدولي العام"، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢.
- ١٢- د.عصام عبد الفتاح مطر، "القانون الدولي الانساني، مصادره، مبادئه واهم قواعده"، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
- ١٣- د. عبد العزيز محمد سرحان، "الأمم المتحدة"، ١٩٨٦.
- ١٤- عمر سعد الله، "المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطبيق"، دار هومة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، ٢٠٠٩.
- ١٥- د.علي صادق أبو هيف، "القانون الدولي العام"، ط١٢، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٦- د. فتحة ليتيم، "تحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة لحفظ السلم والأمن الدوليين"، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
- ١٧- د.محسن أفكرين، "القانون الدولي للبيئة"، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٨- محمد الاخضر كرام، "الدبلوماسية الوقائية بين نصوص الميثاق وأجندة السلام"، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد ١٤ ربيع ٢٠٠٧.
- ١٩- د.محمد حافظ غانم، "مبادئ القانون الدولي العام"، مطبعة دار النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٢٠- محمد احمد العسلي، "دور الجمعيات الوطنية للصليب الاحمر والهلال الاحمر في تنفيذ القانون الدولي الانساني"، القانون الدولي الانساني، دليل التطبيق على الصعيد الوطني.
- ٢١- د.محمد سامي عبد الحميد، "التنظيم الدولي والجماعة الدولية والأمم المتحدة"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، ٢٠٠٠.
- ٢٢- د.محمد سامي عبد الحميد ود.محمد السعيد الدقاق، "التنظيم الدولي"، الجزء الأول، الجماعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٢٣- محمد نعورة، "دور اللجنة الدولية للصليب الاحمر في الرقابة على تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني"، الملتقى الوطني حول: اليات تنفيذ القانون الدولي الانساني بين النص والممارسة .
- ٢٤- مراد كواشي، "قوات حفظ السلام واثارها على تطبيق القانون الدولي الانساني"، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
- ٢٥- د.مصطفى سلامة حسين، "المنظمات الدولية"، الدار الجامعية، بيروت ب.ت.
- ٢٦- د.كاظم هاشم نعمة، مراجعة الدكتور مندوب الشالجي، "العلاقات الدولية"، الجزء الأول، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسية، قسم السياسية، ١٩٧٩.
- ٢٧- نورة يحيوي بن علي، "حماية حقوق الانسان في القانون الدولي والقانون الداخلي"، ط٣، دارهومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٨.
- ثانياً: الاطاريح والرسائل**
- ١- أحسن كمال، "تنفيذ القانون الدولي الإنساني في ضوء التغيرات الدولية للقانون الدولي المعاصر"، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه القانون الأساسية والعلوم السياسية.

- ٢- اخلاص بن عبيد، "ليات مجلس الامن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني"، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، فرع: القانون الدولي الانساني، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠٠٨.
- ٣- حلا احمد محمد الدوري، "طريقة إنهاء خضوع العراق لأحكام الفصل السابع"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩.
- ٤- ساعد العقون، "مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين وتحديات النزاعات المسلحة المعاصرة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية: تخصص القانون الدولي الانساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠٠٩.
- ٥- علاء الدين حسين مكي خماس، "استخدام القوة في القانون الدولي"، رسالة ماجستير، المكتبة الوطنية ببغداد، المطابع العسكرية، ١٩٨٢.
- ٦- عماد خليل إبراهيم، "مسؤولية المنظمات الدولية عن اعمالها غير المشروعة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢.
- ٧- "قريزة بن سعدي، "المسؤولية الجنائية الدولية عن جرائم الحرب في نظام المحكمة الجنائية الدولية"، مذكرة ماجستير في القانون: فرع القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري_تيزي وزو، ٢٠١٢.

ثالثاً: المجالات والدوريات والبحوث

- ١- د.احمد عبد الكريم سلامة، "تظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسؤولية الدولية عن الأضرار بالبيئة"، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، كلية الحقوق، المجلد الثاني، العدد الثاني، ٤، ٢٠٠٥.
- ٢- أ.د. بطاهر بو جلال، "ليات تنفيذ القانون الدولي الانساني"، ورقة علمية مقدمة في الملتقى العلمي الاول لاجهزة الهلال الاحمر المنعقدة خلال الفترة من (١٥_١٧/٢/١٤٣٣ هـ الموافق ٩_١١_٢٠١٢ م) بمقر الجامعة في مدينة الرياض، جامعة نايف_العربية للعلوم الامنية.
- ٣- "القانون الدولي الانساني والشركات الامنية الخاصة"، اللجنة الدولية للصليب الاحمر.
- ٤- فرانسواز كريل، "حماية النساء في القانون الدولي الانساني"، الترجمة العربية لمقال نشر في المجلة الدولية للصليب الاحمر، ١٩٨٤.

رابعاً: القرارات الدولية

- ١- "قرار مجلس الامن الدولي المرقم (١٦٧٠)، بموجب الوثيقة المرقمة (S/ RES / 670/1990)".
- ٢- قرار مجلس الأمن المرقم ١٩٩١/٦٨٨ الصادر في ٥/نيسان/١٩٩١ بشأن الحالة بين العراق والكويت بموجب الوثيقة المرقمة (Addl/ S3 et-/2245).
- ٣- قرار مجلس الامن الدولي المرقم (١٩٧٠)، الصادر في (٢٠٠١/٢/٢٦) بشأن الوضع في ليبيا بموجب الوثيقة المرقمة (S/ RES / 1970/2001)".
- ٤- قرار مجلس الامن الدولي المرقم (١٥٩٣)، الصادر في (٢٠٠٥/٣/٣١) بشأن الوضع في دارفور بموجب الوثيقة المرقمة (S/ RES / 1593/2005)".
- ٥- تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الرابعة والأربعين، عام ١٩٩٢.

خامساً: الوثائق الدولية

- ١- اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٩ .
- ٢- ميثاق الأمم المتحدة.
- ٣- اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.
- ٤- البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.

٥- النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨

سادساً: المواقع الالكترونية

موقع المكتبة الافتراضية العراقية:

١- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم ١٩/٢٤٤٤/ديسمبر/١٩٦٨، بموجب الوثيقة المرقمة (9_12_1968/du)

<http://www.un.org/A/RES/2444>

. french documents sc res .

1- OMAR BAKHASHAB The Legal Aspects around Lockerbie Incident, Legal Study within?the?Principles of Public International Law: Journal of King Abdulaziz University :

Economics and Administration ISSN : KAU - Scientific Publishing

[http://onlinelibrary.wily.com.tiger.sempertool.dk/doi/10.1111:](http://onlinelibrary.wily.com.tiger.sempertool.dk/doi/10.1111)

تاريخ آخر زيارة (١٩/٦/٢٠١٣).

٢- شذى ظافر الجندي، مصدر سابق، ص٤٠٤؛ شذى ظافر الجندي، هل يمكن فرض مناطق أمنة أو مناطق عازلة في

سورية؟، ١٠/أغسطس/٢٠١٢، منشور على شبكة الانترنت على الرابط الالكتروني الآتي :-

<http://scagc.org/article.php?art=606>

تاريخ آخر زيارة (٢٦/١/٢٠١٤).

٣- اطباء بلا حدود، نشاطاتها، مجلة اطباء بلا حدود، عدد سبتمبر، ٢٠٠٨، منشورة على شبكة الانترنت على الرابط

الالكتروني الآتي: www.mst.ae/pdf.

٤- حسين الفلوجي، "دراسة قانونية حول مدى مسؤولية القوات الأمريكية والدول المتعاونة عن تعويض الأضرار المدنية

في العراق"، منشور على موقع النائب حسين الفلوجي، .File \\j \New Folder.p1.

الأهلية بين القانون الواجب التطبيق والنظام العام
**Legal Capacity Between Applicable Law
And Public Order**

الدكتور ماهر ابراهيم قنبر

مدرس

كلية القانون / جامعة الفلوجة

Maher-qanber@yahoo.com

الملخص

يتلخص البحث في التعريف بالأهلية القانونية للأفراد على مستوى العلاقات الخاصة الدولية وأنواعها وأهميتها وتأثيرها في علاقات الافراد الخاصة الدولية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها والدفع بالنظام العام عن تطبيق القانون الذي اشارت إليه قاعدة الإسناد.

الكلمات المفتاحية: الأهلية القانونية، القانون الواجب التطبيق، موانع الاستعمال، النظام العام، الأهلية القانونية التجارية

Abstract

The research introduces the legal capacity of individuals at the level of the international private relations, their types, importance and influence in the international private individuals' relations, determining the law to be applied to them, and foregrounding the public system for the application of the law that referred to by the rule of ascription.

Keywords: Legal capacity, Applicable law, Contraindications, General system, Commercial legal capacity.

المقدمة

تُعدّ مسائل الأحوال الشخصية من المجالات الخصبة في القانون الدولي الخاص، خاصة في حالة اختلاف جنسية الأطراف، وذلك لارتباط قوانين الأحوال الشخصية بالشريعة السائدة في كل دولة. كما إن ارتباط هذه القوانين (الأحوال الشخصية) بالأديان، وتأثيرها على الفكرة الوطنية للنظام العام، يحدد المجال المتاح للقاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي على موضوع النزاع. وتعد الأهلية من المسائل التي تتصل بذاتية الشخص، والبعض يحددها بالمسائل التي تخضع للقانون الشخصي، فإذا قرّر المشرّع مثلاً، أن أهلية الأشخاص تخضع لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، فإن ذلك يعني أن المشرّع قد أخذ من الجنسية ضابطاً للإسناد يعين من خلاله القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تدخل في فكرة الأهلية.

أهمية الدراسة

تتركز الدراسة في تحديد مفهوم الأهلية وأنوعها وأهميتها لما لها تأثير كبير على مستوى العلاقات الخاصة الدولية لما تمنح للفرد من صلاحيات قانونية او قد تنقص منها هذا اذا ما علمنا ان دول العالم تختلف بتنظيم الاهلية سواء كانت اهلية الوجوب ام اهلية الاداء وبالتالي قد يكون الفرد كامل الاهلية في بلدة وناقص الاهلية في بلد اخر، فاذا ما ثار نزاع دولي بشأن اهلية فرد هنا يكون مهمتنا البحث عن القانون والواجب التطبيق تمهيدا لتطبيقه على النزاع ولكن اذا ما علمنا ان الاهلية تنتمي الى الاحوال الشخصية وهذه الاخيرة بدورها ترتبط بالشريعة فرما يستبعد القانون الاجنبي لمخالفة للنظام العام.

مشكلة الموضوع

إن البحث في مسائل الأهلية يحمل الكثير في طياته، نظراً لتعدد جوانبها وتشعب أبعادها، فارتباط أهلية الأشخاص بالأحوال الشخصية لا يزال يشكل مادة خصبة للجدل والاختلاف، والمشكلة تصعب بسبب ضوابط الإسناد الذي تعتمد لمعرفة اهلية الفرد فان اغلبية الدول تأخذ بضابط الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية فان هناك دول تأخذ بضابط الموطن خاصة ونحن نتكلم على مستوى العلاقات الخاصة الدولية.

منهجية البحث

اعتمد الباحث المنهج التحليلي المقارن، فمن ناحية تبدو أهمية المنهج التحليلي في بحث هذا الموضوع الهام، حيث يقوم الباحث بعرض وتحليل الآراء الفقهية ومناقشتها واستنباط السديد منها وإعطاء رأيه كلما كان ذلك مناسباً. ومن ناحية

أخرى، اعتمد الباحث أسلوب المقارنة بين القانون العراقي بوصفه محوراً أساسياً وبين كل من القانون المصري، والقانون الفرنسي بصورة رئيسية، وبعض القوانين الأخرى بصورة عرضية.

خطة الدراسة

وبهذا الصدد، سوف نقسم دراستنا لهذا البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول، فكرة الأهلية والقانون الواجب التطبيق، ثم نتناول في المبحث الثاني استبعاد القانون الاجنبي.

المبحث الأول

فكرة الأهلية والقانون الواجب التطبيق

تعد الأهلية من الموضوعات الهامة في الأحوال الشخصية^(١)، فهي بطبيعتها تتصف بخاصيتين: الشمول، والإطلاق، إذ تتناول كل شخص، وموضوعها كل تصرف قانوني^(٢).

ولمعرفة مضمون فكرة الأهلية بقسميها، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول: يتناول مضمون فكرة الأهلية، أما الثاني فيتطرق إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

مضمون فكرة الأهلية

يمتد إسناد فكرة الأهلية لحالة الأشخاص تاريخياً إلى المدرسة الإبطالية التي ظهرت في العصور الوسطى، فقد ظهرت فكرة الحالة الشخصية بالمقابل للحالة العينية، كما درج الفقيه (Balde) تحديد سن الرشد، وأهلية التعاقد والإيصاء، وأهلية الهبة بين الزوجين داخل مفهوم الحالة الشخصية^(٣).

لقد قصر القانون المدني في كل من فرنسا ومصر والعراق، حالة الأشخاص على الحالة والأهلية، باعتبارهما مسألتين مرتبطتين بالشخص بصورة مباشرة، إذ تعد فكرة دوام واستمرارية وحدة القانون الذي يحكم الأهلية أساساً لإدراجها ضمن مسائل الحالة الشخصية وإسنادها للقانون الشخصي^(٤).

ويقصد بالأهلية لغةً، إنها الصلاحية، فعندما يقال: إن فلاناً أهل لما هو قائم به أو العكس، فهي تستعمل بمعنى الجدارة والكفاءة لأمر ما^(٥)، وقوله تعالى: (إِذْ جَعَلَ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْحَمِيَّةَ الْحَمِيَّةَ فَأَنْزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَهُ عَلَى رَسُولِهِ وَعَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا)^(٦).

أما مفهوم الأهلية اصطلاحاً، فيندرج تحته العديد من أنواع الأهلية، مثل الأهلية العامة بقسميها (أهلية الوجوب أو التمتع، وأهلية الأداء أو الممارسة)، وبالمقابل هناك الأهلية الخاصة^(٧)، رغم أنها تخرج من نطاق بحثنا، إلا أننا سوف

(١) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ٢٠٠٩، ص ١٢١.

(٢) د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج ١، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤٢٣.

(٣) د. عصام الدين القسبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، في اختصاص القانون الدولي، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠١٠، ص ٢٧٥.

(٤) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مطابع جريدة السفير، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٤ وما بعدها.

(٥) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ٣١.

(٦) سورة الفتح، الآية (٢٦).

(٧) د. سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط ٣، ٢٠٠٩، ص ٢٢١.

سنتطرق إليها بصورة موجزة. وكذلك يشمل المفهوم الاصطلاحي للأهلية، أنواعاً أخرى كأهلية المساءلة عن الفعل الضار، وأهلية اللجوء إلى القضاء^(١).

وتنقسم الأهلية بالنسبة للأشخاص في القوانين الداخلية إلى أهلية عامة، وأهلية خاصة. وكما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الأهلية العامة

تتكون الأهلية العامة من أهليتي الوجوب والأداء^(٢)، ويقصد بأهلية الوجوب، هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وبمعنى آخر أنها تحوّل صاحبها الحق في اكتساب الحقوق والتمتع بها. أما أهلية الأداء، فيقصد بها قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية كافة، والتي تهدف إلى حماية الشخص نفسه، ويكون مناطها التمييز^(٣).
وتثبت أهلية الوجوب للشخص منذ ميلاده، وهي تثبت للجنين أيضاً الذي له حق الإرث والإبضاء^(٤)، وهو في بطن أمه والتي يسميها البعض بأهلية الوجوب الناقصة، ذلك لأنّها قاصرة على إثبات الحقوق له دون إلزامه بأي التزام^(٥).
وبهذا المفهوم يُنظر للشخص سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً، بأنه شخص قانوني^(٦)، وشرط هذه الأهلية هو الحياة للإنسان، سواء أكان الشخص رشيداً أم غير رشيد، وسواء أكان ذكراً أم أنثى، وسواء أكان حراً أم رقيقاً^(٧)، فهي بالأصل تخضع لقانون محل الحق المراد التمتع به^(٨).

ويرى البعض أن الدمج بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب يرتد إلى عدم التجزئة بين الشخص وأهليته في وجوب الحقوق المشروعة له، فلا يتصور وجود شخصية قانونية دون أهلية وجوب الحقوق، ولا يطبق القانون الذي ينص على الحرمان من هذه الأهلية لمخالفته النظام العام الدولي لقاضي النزاع. ولكن يمكن أن نتصور شخصية قانونية دون أهلية أداء، ومثال ذلك، الشخص المحكوم عليه بالأشغال الشاقة، فتنتقل ممارسة حقوقه على أملاكه إلى وصي وفقاً لقانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم وكّل عمل إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي - دار النهضة العربية - ١٩٨٥ ص ٣٣١.

(٢) د. ماهر إبراهيم السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والقانون اليمني، مكتبة سعيد رأفت للطبع والنشر، لم يشر إلى تاريخ النشر ص ٤٦.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، ص ٢٨٩. وكذلك: د. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٨٧، ص ٣٠.

(٤) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٥) ويرى الأستاذ الدكتور سعدي البرزنجي، أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب كاملة وليست ناقصة، ذلك أنه عندما يتمتع بالحقوق، فإن ذلك يرتب عليه التزامات، كما هو حال ثبوت الميراث له، فإذا كان من بين التركة عقار مشمول بالضريبة وتحققت خلال فترة الحمل، وبعد اكتساب العقار بالميراث من قبل الجنين، فإنه سوف يكون الجنين مديناً بهذه الضريبة. وهذا يعتبر مثلاً واقعياً يسوقه في هذا الصدد. وللمزيد عن ذلك: د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية حول القانون المدني العراقي، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا (الماجستير) في كلية القانون، جامعة صلاح الدين للعام الدراسي ٢٠٠٤، ٢٠٠٥. وقد أشار إليها: ظاهر مجيد قادر، استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأهلية والميراث، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠٦، ص ٧. في حين يرى أستاذنا الدكتور عكاشة محمد عبد العال: "أن أهلية الوجوب تثبت للجنين ناقصة قبل ولادته". وللمزيد عن ذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، ذات المرجع، ص ٢٨٩.

(٦) د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، (لم يذكر جهة النشر)، ٢٠٠٦، ص ١٧٣.

(٧) د. إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، د. م. ن، ٢٠٠٧، ص ٤٢١.

(٨) وبهذا لا تثير أهلية الوجوب تنازعا بين القوانين. وللمزيد عن ذلك: محمد الأمين بن الحمد العلوي، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص ٦٥.

بطلاناً مطلقاً^(١). وكذلك فقد تنتقص الدولة من أهلية الوجوب بالنسبة للأجانب الموجودين على إقليمها، ويكون ذلك عن طريق حرمانهم من التمتع ببعض الحقوق، كحرمانهم من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية^(٢).

إن عدم أهلية الوجوب لا يمكن تصوّره بإحلال شخص محل شخص آخر، بخلاف عدم أهلية الأداء، إذ لا يستطيع عديم الأهلية أن يباشر التصرفات القانونية بنفسه، ولكن يجوز أن يباشر عنه هذه التصرفات، نائب قانوني أو قضائي. وهذا يعني، أنّ عدم أهلية الوجوب للشخص لا يجوز أن يكون كلياً أو مطلقاً، وإلا أدى إلى محو الشخصية القانونية ذاتها، فالكائن الذي لا يجوز له اكتساب أيّ حقّ من الحقوق لا يُعدّ شخصاً قانونياً، لذلك فإنّ الشخصية القانونية تقتضي قدرّاً من الأهلية مهما قلّ هذا القدر^(٣).

أما أهلية الأداء، فيقصد بها القدرة على التعبير عن الإرادة التي تتصرّف إلى كافة الأعمال القانونية التي يقوم بها الشخص، ويكون مناطها التمييز، فهي بالأساس حماية الشخص ذاته^(٤)، حيث تدور معه وجوداً وهدماً، فإذا كان تمييز الشخص تامّاً كانت أهلية أدائه تامّة، وإذا كان التمييز ناقصاً كانت الأهلية ناقصة، أما إذا انعدم التمييز، فإنّ الأهلية تكون منعدمة معه^(٥).

الفرع الثاني

الأهلية الخاصة (موانع التصرف أو عدم الأهلية الخاصة)

وهي الحالات الناتجة عن النصوص القانونية التي تمنع على فئات من الأشخاص إجراء بعض التصرفات القانونية، فهي مجرد موانع خاصة تتصل بفئة أولئك الأشخاص من جهة ويتصرّفات موضوع المنع من جهة أخرى، ومثال ذلك حرمان الطبيب من قبول هبة المريض في مرض الموت، وحرمان الموصي من قبول هبة الموصي عليه. وكذلك عدم الإجازة لوكلاء البيع بشراء الأموال التي عهد إليهم ببيعها. ومناط الأهلية الخاصة في هذه الحالة هو صفة الشخص بمعزل عن عامل التمييز، والطابع الغالب في الحماية، هو حماية مصلحة عامّة (وظيفة، مهنة، مهمة...) أو حماية الغير كحالة الأسرة التي تقتض خضاع تصرفات الزوجة التي تتطوي على مخاطر إلى موافقة وإذن الزوج محافظة على مصالحها^(٦). وهذا ما جعل الفقه يخرج هذا النوع من الأهلية من نطاق قانون الجنسية، وقد أخضعها الفقه الراجح للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته^(٧).

ومن الجدير بالذكر أنّ خضوع الأهلية العامة (أهلية الأداء) لقانون واحد نابع من ثبات طبيعتها في الحالة القانونية للشخص في جميع التصرفات، لذا يكون الاختصاص حصرياً فيها لقانون الجنسية، في حين تكون الأهلية الخاصة (موانع التصرف) متغيرة في الحالة القانونية للشخص بتغير طبيعة الحق المراد التمتع به، لذا يتغير القانون بشأنها حسب ذلك الحق فضلاً عن ذلك، إن الأهلية العامّة ترتبط بالشخص نفسه، فهي ثابتة بثبات حالته، في حين ترتبط الأهلية الخاصة بالتصرف

(١) د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٢٣، ص ٤٢٤.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع القوانين، الناشر سيد عبد الله وهبة، عابدين، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٩٣.

(٣) د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص ٤٠٢.

(٤) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر دار هومة، سنة ٢٠٠٩، ص ٢١٦، ص ٢١٧. وكذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٥) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتاب، الموصل، ١٩٨١، ص ٢٩٤.

(٦) د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٢٦، ص ٤٢٧.

(٧) د. أعراب بلقاسم، ذات المرجع، ص ٢١٨. وكذلك: د. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

فتكون منغيرّة بنغيره، أي أنّ أهلية الأداء تتحدّد بالشخص وأهلية التمتع وموانع التصرف تتحدّد بطبيعة التصرف^(١)، وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الشخص، إنما تتعدد بشأنها القوانين، وذلك حسب طبيعة الحق المراد التمتع به، فحق الشخص في الزواج من زوجة ثانية يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص في أن يوصي يدخل في الوصية ويحكمه قانون جنسية الموصي وقت الوفاة حسب المادة (١/١٧) مدني مصري^(٢).

إنّ من الجدير بالذكر أنّ اعتبار هذه المسألة من الأهلية، ثمّ اعتبارها من الأهلية العامة أو الأهلية الخاصة، فهي في حقيقة الأمر تكييف يخضع لقانون القاضي، بمعنى أنّّه يخضع للقانون المصري، أو العراقي، في حالة عرض النزاع أمام قاضي إحدى الدولتين^(٣).

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على الأهلية

عند البحث عن القانون الواجب التطبيق عن الأهلية تثار مشاكل كثيرة بسبب اختلاف التشريعات بين الدول وأيضاً اختلاف الأديان ولاسيماً في الدول التي تعتبر فكرة الأهلية من الأحوال الشخصية مرتبطة بالشرائع واختلاف ضوابط الاسناد بين قانون جنسية الفرد وبين موطنه.

تعتبر الحقوق والواجبات المكونة لشخصية الإنسان (أحواله الشخصية) هي صفات يتصف بها على وجه الدوام. أمّا من حيث المبدأ، فليس من العدل أن تتغير هذه الحقوق والواجبات باختلاف التطبيق، أو باختلاف المحكمة التي يطلب منها الحكم، وبعبارة أخرى نقول: إنّ هناك مظاهر معينة من نشاط الفرد يجب أن تكون محكومة بموجب قانون الدولة التي يكون الفرد فيها أكثر تعلقاً بها وأكثر ثباتاً، بحيث لا يجوز أن يكون هذا النشاط محكوماً بقوانين مختلفة، ولربما قد يكون هذا الفرد موجوداً في حدودها عن طريق الصدفة المحضة أو بصورة عارضة^(٤). وفي الواقع، هناك قدر كبير من التباين والاختلاف في المشكلات المثارة بخصوص أهلية الشخص، فتارة يتمّ الاحتجاج بانعدام الأهلية في سبيل المنازعة في ورقة قانونية، وتارة أخرى، يجري النظر إلى انعدام الأهلية باعتباره عنصراً في الأحوال الشخصية للشخص. ومن النظر إلى المادة (٣/٣) من التقنين المدني الفرنسي، نجد أنّ الأهلية وانعدامها تخضع إلى قانون الجنسية، باعتباره القانون الوطني الذي يحدّد مثل هذا المركز على ضوء النظر إلى الطابع العامّ أو الطابع الخاصّ لانعدام الأهلية^(٥).

كما إنّ اختصاص القانون الشخصي (قانون الجنسية) نص عليه المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة (١١) مدني بالنسبة للأشخاص فإنّ أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم وبهذا النص وحدّ المشرع المصري بين القانون الذي يحكم حالة الشخص، والقانون الذي يحكم أهليته^(٦)، وجعلها إحدى القواعد الأساسية في تنازع القوانين والخاصة بخضوع حالة الشخص وأهليته لقانون جنسيته.

غير أن الأهلية التي قصدها المشرع من خلال نصه عليها في المادة (١١)، وأخضعها لقانون جنسية الشخص، هي أهلية الأداء العامة أي "قدرة الشخص على ممارسة الحقوق أو مباشرة التصرفات القانونية"^(٧).

(١) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٢٤، ص ٢٢٥.

(٢) د. عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص ٤١٢. وكذلك:

I. Fadalalah, La famille légitime en droit international privé français, Dalloz, 1977, PP. 173-174.

(٣) د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص ٢٢٦.

(٤) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن، ط ٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٥) D. Gutmann, Droit International Privé, 6ème éd., Dalloz, 2009, PP.161-162.

وكذلك: د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٧٠٩.

(٧) د. عكاشة محمد عبد العال، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩١.

وبطبيعة الحال، فإن كثيراً من التشريعات العربية قد أخذت بقاعدة خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته، منها القانون العراقي^(١)، والقانون الجزائري^(٢)، والقانون الإماراتي^(٣)، كما أخذت غالبية التشريعات الأجنبية بهذه القاعدة أيضاً، منها، القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ في المواد^(٤) (٩، ١٢)، والقانون الدولي الخاص المجري في المادة^(٥) (١٠/١)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة^(٦) (٨)، والقانون الألماني في المادة^(٧) (١/٧)، والإسباني في المادة^(٨) (١/٩). ويتكفل قانون جنسية الشخص بتحديد ما إذا كان هذا الشخص رشيداً أو ناقص الأهلية أو عديمها، كما يتكفل بتحديد قدرة ناقص الأهلية على إبرام التصرفات القانونية، ومنها عقود البيع والهبة والمقايضة وغيرها، فيحدد التصرفات التي لا يستطيع ناقص الأهلية القيام بها دون الوصي أو القيم، وتلك التي يجوز له القيام بها بمفرده، كما يحدد الشروط الواجب توافرها لإنهاء نقص الأهلية، كما يبين من له حق الطعن في التصرف بسبب نقص الأهلية، وكذلك يبين الحالات التي يجوز فيها تصحيح التصرف وشروطه، ثم يحدد قانون الجنسية وعوارض الأهلية والآثار المترتبة عليها، وتحديد موانع الأهلية العامة كالعاهة أو الغيبة بموجب حكم قضائي^(٩). وهناك دول أخرى، فضلت الأخذ بقانون الموطن على قانون الجنسية في مسائل الأهلية، منها الأرجنتين والبرازيل وجواتيمالا وأرجواي. في حين اتجهت دول نحو إشراك قانون الموطن مع قانون الجنسية في حكم مسائل الأهلية، منها الاتحاد السوفيتي (سابقاً)، وبعض دول أمريكا اللاتينية، كالمكسيك، وفنزويلا، وشيلي، وبيرو، على سبيل المثال. وهذا يعني أنها طبقت نظاماً مختلطاً، أخضعت بموجبه الوطنيين لقانون الجنسية، وأخضعت ما يتعلق بالأجانب إلى قانون الموطن^(١٠). وما ينتج من التزامات مالية في منازعات الاحوال الشخصية ومنها فكرة الاهلية بالإمكان فض هذه الإشكالات عن طريق التحكيم^(١١). وعلى خلاف الوضع في النظم القانونية العربية واللاتينية، التي تربط الحالة والأهلية مع الفارق بينهما، وتخضعهما للقانون الشخصي، فإن الفقه الأنجلو أمريكي، يفرق بين الحالة والأهلية، فيرى أن الأهلية شيء متغير مع العمل القانوني الذي ترتبط به، فهي عنصر من عناصر التصرف القانوني، ومثال ذلك، إذا ثار النزاع حول أهلية أحد الأشخاص، فلا يجوز الرجوع إلى القانون الذي يحكم حالته، وهو قانون الموطن في النظم الأنجلو سكسونية، بل ينظر إليه من خلال التصرفات القانونية التي ينهض بها الشخص. وهذا يعني أن الأهلية لا تخضع للقانون الشخصي لمن تكون أهليته محلاً للنزاع، بل للقانون واجب التطبيق على التصرف القانوني بالنسبة للنظم الأنجلو أمريكية. ويبدو هذا الاتجاه ضعيفاً على الأقل في مجال الأسرة، باعتبار أن مسائل الأسرة تدخل في نطاق القانون الشخصي، ومثال ذلك مسائل الأهلية للزواج، وللتبني، وللايحاء، يجري الرأي الغالب على إخضاعها للقانون الشخصي، قانون الموطن لحظة، عمل الوصية^(١٢). وبسبب الاختلافات بين الدول بالأخذ بضابط الجنسية أو ضابط الموطن واختلاف التكيفات بين الدول حول

(١) وقد أخضع المشرع العراقي الأهلية ويقصد بذلك (أهلية الأداء)، لقانون الجنسية في المادة (١٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١٥) والمادة (٤٢٤) من قانون التجارة رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٠.

(٢) وأخضع المشرع الجزائري الأهلية ويقصد بذلك (أهلية الأداء)، لقانون الجنسية في المادة (١٠) من القانون المدني الجزائري.

(٣) وتخضع أهلية الأداء وفقاً لنص المادة (١١) من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، مرجع سابق، ص ٥٣٦.

(٥) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٦) د. عكاشة محمد عبد العال، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٩٤، ص ٢٩٥.

(٧) د. حاتم غائب سعيد التحكيم كحل بديل للمنازعات التجارية، مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية، المجلد رقم (١) العدد رقم (٢) لسنة ٢٠١٨، ص ٦٣.

(٨) وتعد أهلية الزواج من الشروط الموضوعية للزواج، وتخضع للقانون الذي يحكم تلك الشروط، وهو قانون موطن الزوجية، والأهلية للإرث، فإنها تخضع لقانون موطن المتوفي بالنسبة للأموال المنقولة. وللمزيد عن ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص ٧١٢ وما بعدها.

فكرة الأهلية وارتباط أغلب منازعات الأحوال الشخصية بالنظام العام قد نرى انها ممكن ان تصطم بالنظام العام مما يتسبب باستبعادها وهذا ما ستناوله في المبحث الثاني

المبحث الثاني

استبعاد القانون واجب التطبيق على الأهلية ونطاقه

الدفع بالنظام العام هو ما قد يواجه القانون التي اشارت اليه قاعدة الاسناد عندما يصطدم بالأسس العليا لدولة القاضي المراد تطبيق القانون فيه، ولكن ما هو نطاق تطبيق هذا القانون؟ سيتم الاجابة على هذه الاسئلة بالتفصيل التالي:

المطلب الاول

الدفع بالنظام العام

قد يصطدم قانون الجنسية الذي تتحدد به أهلية الأداء بالأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني، مما يقتضي استبعاد تطبيق هذا القانون إعمالاً لفكرة النظام العام. ومثال ذلك، انعدام أهلية الأداء أو نقصها لأسباب عنصرية، أي بسبب الجنس أو الدين أو اللون، كما كان الحال في ظل النظام النازي في ألمانيا^(١)، أو إذا كان نقص الأهلية لأسباب سياسية. ففي هذه الحالات يستبعد قانون الجنسية الواجب التطبيق، ويعتبر الشخص أهلاً بخلاف ما يقضيه قانون جنسيته^(٢). كما إن عدم الأهلية العامة للوجوب، يعد مخالفة للنظام العام، فهي تعادل، في حقيقتها، الموت المدني، وإن مثل هذه الحالة تنتافر مع الأفكار والمبادئ الأساسية للنظم القانونية المختلفة، والتي تعمل على ضمان الشخصية القانونية وحمايتها لجميع الأفراد^(٣). وتلتحق بالنظام العام، الآداب العامة، وقوامها هو الرأي العام، وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية ترتبط بالدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين، وفي زمن معين. فالآداب العامة تمثل الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي استقرت في ضمير الجماعة، وأصبحت ملزمة طبقاً لما يقضي به الشعور العام للجماعة. وهذا يعني، أن معيار النظام العام هو حماية المصالح العليا للمجتمع، في حين أن معيار الآداب هو الضمير الأخلاقي^(٤).

وفي حالة أخرى، يستبعد قانون الجنسية إذا كان قد تم التوصل إليه عن طريق الغش بتغيير ضابط الإسناد، ومثال ذلك تغيير الشخص لجنسيته بقصد الهروب من قانون جنسيته الذي يعتبره غير أهل لمباشرة التصرف، بينما يعتبر دخوله في جنسية جديدة كامل الأهلية

المطلب الثاني

نطاق القانون واجب التطبيق على الأهلية

إنّ الثابت قانوناً هو أنّ الأهلية المدنية للشخص نوعان، الأولى تتمثل بأهلية الوجوب أو التمتع، والثانية أهلية الأداء أو الممارسة، مثلما سبق ذكرها^(٥).

وإذا كان القانون الشخصي هو الذي يحكم الأهلية، فهل هذا القانون الشخصي يحكم الأهلية بكافة أنواعها، أم لا له مجالاً خاصاً في الأهلية يحكمه؟

للإجابة على هذا التساؤل يتوجب علينا أن نبين نوعين من المسائل التي تتصل بهذا الموضوع وهما: المسائل التي تخرج عن مضمون فكرة الأهلية، والمسائل التي تدخل في مضمونها، وذلك في النقطتين التاليتين:

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، ذات المرجع، ص ٣٣٥.

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص ٧٢، ص ٧٣.

(٤) فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكتملة للعقد كمصدر للإلزام، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٧٦، ص ٢٧٧.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصلاً ومنهجاً)، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، (لم يذكر سنة النشر)، ص ٧١٦.

أولاً: المسائل التي تخرج عن مضمون فكرة الأهلية

يقصد بالمسائل التي تخرج عن مضمون فكرة الأهلية، أنها الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في خضوع الأهلية إلى القانون الشخصي، ومن هذه المسائل:

١ - أهلية الوجوب

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والقيام بالواجبات أو الالتزامات وهذه تثبت للشخص منذ ميلاده، وهي من مظاهر الشخصية القانونية، والتي تخضع كمبدأ عام للقانون الإقليمي، إذ تنتقص الدولة من أهلية الوجوب بالنسبة للأجانب المتواجدين على إقليمها، ويكون ذلك عن طريق حرمانهم من التمتع ببعض الحقوق^(١). فأهلية الوجوب يفهم منها أنها لا تخضع لقانون واحد، وإنما يسري في شأنها القانون المختص الذي يختلف بحسب الفكرة المسندة التي يلحق بها الحق المراد معرفة مدى تمتع الشخص به من عدمه. فحق الشخص في أن يرث يخضع لقانون جنسية المورث، وذلك حسب المادة (١٧) في القانون المدني المصري، وحق الزوج في الزواج من زوجة أخرى يخضع لقانون جنسيته (م ١٢)^(٢). وبهذا تخرج أهلية الوجوب عن مجال قانون الجنسية المنصوص عليها في المادة (١١) من القانون المدني المصري، وتخضع للقانون الذي يحكم نظام الميراث أو الزواج أو الوصية^(٣). وإن هذا الاتجاه السائد في غالبية القوانين، ليس محل إجماع جميع القوانين، ولأن هناك بعض التشريعات تنص صراحة على إخضاع أهلية الوجوب بجانب أهلية الأداء إلى القانون الشخصي، كما نصت الفقرة (١) من المادة (٧) من القانون الدولي الخاص الألماني على أن "أهلية وجوب الشخص وأهلية أدائه تخضعان لقانون الدولة التي ينتمي إليها". وكذلك نصت الفقرة (١) من المادة (١٠) من القانون الدولي الخاص المجري على أنه "تخضع أهلية وجوب وأداء الشخص لقانونه الشخصي"^(٤).

٢ - عدم الأهلية الخاصة (موانع التصرف)

إن هذه المسألة تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية، بالرغم من أنهم راشدون. ويلاحظ أن مناط المنع في تلك الحالات ليس حماية الشخص نفسه، وإنما الغرض منه هو حماية شخص آخر غيره. لذلك فإن مناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية^(٥). كما إن الأمر لا يتعلق بنوع أهلية الأداء الخاصة أو المقيدة، بل بنوع أهلية الوجوب الخاصة أو المقيدة، وذلك بالنظر إلى طبيعة المصلحة المطلوب حمايتها. وبهذا التكييف تخرج هذه الأهلية من نطاق القانون الشخصي، ومن نطاق أعمال المادة (١١) من القانون المدني المصري، وبالتالي فإنها تخضع للقانون الذي يحكم التصرف القانوني، أي القانون الذي يطبق على مسائل الإرث والوصية، أو عقد

(١) وتتمتع كل دولة بحرية تامة في تنظيم تمتع الأجانب بالحقوق في إقليمها، ومثال ذلك، إذا كان النزاع يتعلق بمعرفة مدى حق الأجنبي في تملك الأراضي الزراعية في مصر، فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام القانون المصري. ولما كان القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٣ يحظر على الأجانب تملك الأراضي الزراعية في مصر، فإنه يتعين الرجوع إلى القانون المصري وحده ولا محل للرجوع لقانون جنسية الأجنبي. للمزيد عن ذلك، د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، (دون أن يذكر سنة النشر)، ص ٦٦، ص ٦٧.

(٢) إن أهلية الوجوب ومدى صلاحية الشخص للتمتع بحق معين يتحدد من خلال قانونين يطبقان على سبيل التعاقب: أولهما قانون القاضي ليحدد ما إذا كان للشخص أن يتمتع بالحق موضوع النزاع أم لا، ثم الرجوع إلى القانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يلتحق بها الحق موضوع النزاع والمنصوص عليها في قانون القاضي، أي يحكمها القانون الذي تحدد قاعدة الإسناد المختصة، فيما يتعلق بتمتع الأجنبي بهذا الحق من عدمه. وللمزيد عن ذلك، د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٣) د. جمال محمود الكردى، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٤) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٣٩٥.

(٥) د. أعراب بلفاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ٢١٧، ص ٢١٨. وكذلك، في نفس المعنى، د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٢.

لرهنه^(١). ومثال على ذلك، منع عمال القضاء من شراء الحق المتنازع عليه في إطار دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فيها، وذلك لكفالة حسن أداء العدالة، وغل يد المفلس عن التصرف في أمواله، لتحقيق مصلحة أشخاص آخرين غير عديمي الأهلية كالدائنين على سبيل المثال^(٢). وكذلك، إن الأهلية المنصوص عليها في المادة (١٨) من القانون المدني العراقي وفي النصوص الأخرى تنصرف إلى أهلية الأداء فقط، والتي أخضعها القانون العراقي لقانون الجنسية^(٣). ونتيجة لذلك، فإن هذه الموانع لا يحكمها قانون واحد، بل يحكمها القانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج تحتها التصرف الممنوع القيام به. فممنوع المريض في مرض موته من أن يوصي لطبيبه الذي يعالجه، يحكمه قانون جنسية المورث وقت موته، باعتباره القانون الذي يحكم الميراث^(٤). وعليه فإن القانون الأجنبي الذي يجرّد الشخص من أهليته العامة في اكتساب الحقوق يُعدّ مخالفاً للنظام العام، ويستبعد ليحل محله القانون الوطني^(٥).

ويتضح مما تقدم، أن انعدام الأهلية الخاصة، تمس الشخص فقط حال القيام بتصرف خاص وهذا هو الحال، بالنسبة لحالات انعدام أهلية الأداء، أو التلقّي بخصوص بعض التصرفات القانونية. ولعل هذه الحالات لانعدام الأهلية تكتسي بالطابع الاستثنائي المحدّد من طبيعة التصرف القانوني موضوع الخصومة^(٦). وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ هناك أنواعاً أخرى للأهلية يحكمها القانون الشخصي منها:

أهلية المساءلة عن الفعل الضار، وهي تخضع للقانون الذي يحكم الفعل الضار، أي قانون محل وقوع الفعل^(٧). وكذلك الحال أهلية المساءلة الجنائية، ذلك أن مثل هذه الأهلية لا تدخل ضمن نطاق تنازع القوانين أصلاً، لأنها جزء من القانون الجنائي، ولا يسمح المشرع عادة بتطبيق القوانين الأجنبية على الوقائع التي تندرج تحت هذا القانون، لكونه جزءاً من القانون العام في أية دولة، وهو يتعلّق بسيادة الدولة ومصالحها^(٨). ولكن ماذا عن الأهلية التجارية؟ إن أهلية ممارسة الأعمال التجارية، تشترط أن يكون للشخص، الطبيعي أو الاعتباري، صفة التاجر، أي الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً، وهذا النوع من الأهلية يتصلّ بتنظيم النشاط المهني^(٩). وهذا يعني أنّ أهلية مزاولة الأعمال التجارية تخضع لقانون الدولة المراد مزاولتها تلك الأعمال فيها لا لقانون جنسية الشخص القائم بتلك الأعمال، فالمشرّع العراقي على سبيل المثال، يعد من بلغ ثمانين سنة أهلاً لمزاولتها وإن كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعده ناقص الأهلية^(١٠).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٧٢١.

(٢) د. عصام الدين القصيبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٧٩. وكذلك:

P. Gelan, la capacité de la personne en droit international privé français et anglais, Dalloz, Paris, 1975, PP. 152-184.

(٣) إن المشرع العراقي أخضع الأهلية لقانون الجنسية في المادة الخامسة عشرة والمادة الرابعة والعشرين بعد الأربعين من قانون التجارة رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٠. وللمزيد عن ذلك، د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٩٢، ص ٩٣.

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٥) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٦) D. Gutmann, Droit International Privé, op.cit., P.142.

(٧) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٦٢. وكذلك: د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٨) د. حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٧٢٢.

(١٠) المادة (١/١٠) من قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي، علماً أن قانون التجارة لعام ١٩٨٤ النافذ لا يشير إلى هذا الحكم ولكن يمكن ان نستنتج حسب القواعد العامة الأخذ به طالما أنه يهدف لحماية أطراف المعاملة واستقرارها وتحقيق الثقة والاطمئنان وسرعة التداول التي هي مقومات العلاقات التجارية.

أما اتجاه المشرع المصري، فقد عدَّ كلَّ من بلغ سنه إحدى وعشرين سنة كاملة، أهلاً لمزاولة التجارة في مصر مصرياً كان أو أجنبياً، وعلى ذلك لا يجوز للأجنبي الذي بلغ (٢١ سنة) أن يحتج بنقص أهليته التجارية استناداً إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها هذا الأخير بجنسيته، والذي يعده ، أي القانون - قاصراً في هذا السن^(١) وهذا يعني أن قانون الجنسية سيتعطل عن العمل في حكم الأهلية التجارية، ويكون الاختصاص التشريعي للقانون الإقليمي، هو القانون المصري، باعتبار أن أهلية مزاولة التجارة في مصر تعتبر من التنظيم الموضوعي، الذي يعطي حلاً مباشراً للنزاع، وذلك احتراماً للقواعد ذات التطبيق الضروري التي يفرضها القانون المصري في هذه المسألة^(٢). إن ما قرره المشرع المصري في نص المادة (١/١١)، هو ليس قاعدة من قواعد التنازع، وإنما هي قاعدة موضوعية، تفيد كلَّ من بلغ (٢١ عاماً)، مصرياً كان أو أجنبياً، يكون أهلاً لمزاولة التجارة في مصر. وبهذا ساوى المشرع المصري في مسألة الأهلية التجارية بين المصري والأجنبي، في ممارسة النشاط التجاري في مصر، لأنه يخضع للقانون المصري. وهذا الحل يضمن به المشرع احترام القواعد ذات التطبيق الضروري التي يفرضها القانون المصري في هذا المجال^(٣).

وأما من بلغ سنه ثماني عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضي بأنه قاصر، فلا يجوز له مزاولة التجارة إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة، وذلك إعمالاً لنص المادة (٤) من القانون التجاري المصري الذي نص على أن "يسوغ من بلغت سنه ثماني عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضي بأنه قاصر فلا يجوز له أن يتجر إلا بحسب الشروط المقررة فيه، وأما إذا كان القانون المذكور يقضي برشده فلا يتجر إلا بإذن المحكمة الابتدائية". ويتضح من هذا النص ونص المادة (١/١١) مدني، أن المشرع فرق بين ثلاثة طوائف من الأشخاص بحسب السن سواء أكانوا وطنيين أو أجنبياً:

الطائفة الأولى:

تتعلق بالأشخاص الذين بلغوا سن الحادية والعشرين سواء كانوا مصريين أو أجنبياً، فهؤلاء يجوز لهم مزاولة التجارة^(٤). فالعلة هي خضوع الأهلية التجارية لقانون الدولة التي تُمارَس فيها الأعمال التجارية لا لقانون الجنسية، لكونها نصوصاً إقليمية منظمة لتلك الأعمال وبالتالي تسري أحكامها على كل من يمارس هذه الأعمال سواء كان وطنياً أو أجنبياً. وهذا يعني أنها تعد من النظام العام الذي لا يسمح باستبدالها بأحكام قوانين أجنبية وإن تعلقت بالأهلية^(٥).

الطائفة الثانية:

تتعلق بالأشخاص الذين لم يبلغوا ثماني عشرة سنة، فهؤلاء لا يجوز لهم على وجه الإطلاق الاشتغال بالتجارة، فهم قاصرون وفقاً للقانون المصري (المادة ٢/٤٤) مدني. ويحرم الأجنبي من ممارسة التجارة حتى لو كان قانونه الوطني يجيز له ذلك ولو بشروط^(٦).

(١) د. عوض الله شبيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية، مركز الأجنب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٤١٣.

(٢) نص المادة (١/١١) من قانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩. وكذلك للمزيد عن ذلك، د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ص ٢٦٦، ص ٢٦٧.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٤) د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، ص ٤٩٣.

(٥) المادة (٣/٤٨) من قانون التجارة العراقي لعام ١٩٨٤ وتقابلها المادة (٢/١٣) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦. وللزيد عن ذلك: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص ١٣٢.

(٦) في هذا المعنى: د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجنب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٦٤.

الطائفة الثالثة:

تتعلق بالأشخاص الذين يتراوح أعمارهم ما بين ثماني عشرة والحادية والعشرين سنة من العمر، فهنا نفرق بين المصري والأجنبي، فلا يجوز للمصري الذي بلغ الثامنة عشر من عمره أن يمارس التجارة إلا بإذن من المحكمة المختصة طبقاً لقواعد قانون المرافعات^(١).

أما بالنسبة للأجنبي فيجب الرجوع إلى قانون جنسيته لتحديد سن الرشد، فإذا كان قانونه الوطني يعتبره بالغاً سنّ الرشد، فإنه لا يستطيع مباشرة التجارة في مصر إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية. أما إذا كان قانون جنسية الأجنبي يتطلب مثلاً الحصول على إذن من له الولاية أو الوصاية (مجلس العائلة)، فيتعين استيفاء هذا الشرط لممارسة النشاط التجاري في مصر^(٢). أما بخصوص الأهلية التجارية للمرأة المتزوجة، فقد نصت المادة (١/١٤) من قانون التجارة المصري الجديد على أن: "ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها". وهذا النص ينظم أهلية المرأة المتزوجة لممارسة التجارة. أما غير المتزوجة فإنها تخضع لحكم المادة (١/١١) مدني مصري.

ومن الجدير بالذكر، أن بعض التشريعات تحد من أهلية المرأة المتزوجة في الإلتجار على موافقة الزوج. والبعض الآخر من التشريعات يعطيها الحق في ممارسة التجارة دون إذن زوجها^(٣). وبناءً على ذلك، فإنه يتعين على القاضي المصري الرجوع إلى قانون جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة لتحديد مزاولتها للنشاط التجاري في مصر، إذا ما كان يتطلب منها الحصول على إذن زوجها من عدمه. وقد يثور التساؤل، عما إذا كان قانون جنسية المرأة يتطلب الحصول على إذن زوجها لمباشرة نشاطها التجاري ويرفض زوجها إعطاءها الإذن، فهل تتقيد المرأة بهذا الرفض؟^(٤)

وللإجابة عن ذلك، فقد نص القانون رقم (١٢٦) لسنة ١٩٥١ في المادة (٨٩٤) ونصه: "إذا كان القانون واجب التطبيق يقضي بأن تحصل المرأة المتزوجة على إذن زوجها لمباشرة حقوقها ورفض الزوج ذلك الإذن، فللزوجة بعد إنذار الزوج بأربع وعشرين ساعة أن تطلب الإذن بذلك من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج، ويفصل في هذا الطلب على وجه السرعة بقرار غير قابل للطعن". وكذلك فقد تضمنت المادة (٥) من القانون التجاري المصري، قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة لمزاولة التجارة في مصر، مستهدفاً من ذلك احترام إرادة المرأة ومعاملتها طبقاً لأحكام قانون جنسيتها، وليس وفقاً لأحكام قانون جنسية زوجها. وبذلك لا يستطيع الزوج أن ينقص من أهليتها للتجارة وتظل خاضعة في ذلك لقانونها الشخصي^(٥). ويؤسس على ذلك، أن هذه النصوص المنظمة في القانون المصري أو العراقي، تُعد من النظام العام، الذي لا يسمح باستبدالها بأحكام القوانين الأجنبية، وإن تعلقت بالأهلية، ومثال على ذلك، إخضاع أهلية الملتزم بموجب الحوالة لقانون البلد الذي صدرت فيه، إذا كان ذلك القانون يعده كامل الأهلية ومن ثم يكون التزامه صحيحاً بموجبها وإن عدّه قانونه الوطني ناقص الأهلية^(٦). ويفرق بعض الفقهاء الفرنسيين بين الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً والأهلية اللازمة لممارسة الشخص التجارة. فالأهلية الأولى يحكمها قانون جنسية الشخص، على أساس أن الغاية منها هو

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٧٢٣، ص ٧٢٤.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٤٢، ص ٣٤٣.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩٦. وفي القانون المصري يلاحظ أن الشريعة الإسلامية لا تحد من أهلية المرأة المتزوجة لمباشرة التجارة، رغم تباين التشريعات الأجنبية بهذا الصدد. وللمزيد عن ذلك، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

(٤) د. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ص ٣٠٦.

(٥) د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٩٤، ص ٤٩٥.

(٦) المادة (٣/٤٨) من قانون التجارة العراقي لعام ١٩٨٤ النافذ، وتقابلها المادة (٢/١٣) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦. وللمزيد عن ذلك، د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص ١٣٢.

حماية الشخص نفسه أكثر من حماية الغير، أما الأهلية الثانية فتكون محكومة بقانون موطن الشخص، لأن الغاية منها حماية الغير وتأمين استقرار المعاملات^(١).

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع أهلية الأفراد على مستوى العلاقات الخاصة الدولية توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نوجزها على الشكل التالي:

الاستنتاجات

١- كشفت الدراسة عن أنّ موضوع النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية يُعدّ من أخصب الموضوعات في ميدان تنازع القوانين، وذلك لأنّ الفكرة التي يقوم عليها النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى زمان آخر، نظراً لارتباط هذه القوانين (الأحوال الشخصية) بالأديان، وتأثيرها على الفكرة الوطنية للنظام العام وبهذا تعتبر الأحوال الشخصية موضوعاً تتسع فيه الخلاف وأن ا بين قوانين الدول بحسب تأثرها بالدين السائد فيها، والفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها مفهوم الأحوال الشخصية، حيث تختلف من المجتمع العربي والإسلامي إلى المجتمع الغربي، كما تختلف فيه من حيث تأثر تلك القوانين بالشرعية الإسلامية أو بشرعية الكنيسة، وهذه موضوعات تحتاج إلى دراسات متعمقة وقائمة في مسائل الأحوال الشخصية.

٢- توصلت الدراسة إلى أن قانون الأسرة، يعتبر في علاقاته بالنظام العام بمثابة حجر الزاوية في تعارض القوانين العربية والإسلامية والقوانين الأجنبية، وذلك لأن الثقافة القانونية تُبين حقيقة المكان الذي يشغله النظام العام، إذ يتمتع بالأسبقية في هذا المجال، على اعتبار أنه يتدخل بقوة في هذه النظم الخاصة بالأحوال الشخصية.

٣- أما فيما يتعلق بالأهلية، فإن المشرع العراقي ساير الاتجاه السائد في قوانين الدول العربية، كالقانون المصري والسوري والأردني، وذلك بإسناد الأهلية إلى قانون الجنسية، إلاّ أنه اختلف عنها في عدم تطّرقه إلى الحالة المدنية للأشخاص الذين نصت عليهم القوانين المذكورة في نصّ قانوني واحد مع الأهلية للصلة الوثيقة التي تربط بينهما.

٤- يُعدّ النظام العام أمراً لا غنى عنه لحماية النظام القانوني لدولة القاضي، فهو بمثابة صمام الأمان، يلزم الوسيلة الفنية الرئيسية لفصّ تنازع القوانين

٥- خضوع الأهلية العامة (أهلية الأداء) لقانون واحد نابع من ثبات طبيعتها في الحالة القانونية للشخص في جميع التصرفات، لذا يكون الاختصاص حصرياً فيها لقانون الجنسية، في حين تكون الأهلية الخاصة (موانع التصرف) متغيرة في الحالة القانونية للشخص بتغير طبيعة الحق المراد التمتع به، لذا يتغير القانون بشأنها حسب ذلك الحق فضلاً عن ذلك، إنّ الأهلية العامة ترتبط بالشخص نفسه، فهي ثابتة بثبات حالته، في حين ترتبط الأهلية الخاصة بالتصرف فتكون متغيرة بتغيره، أي إنّ أهلية الأداء تتحدّد بالشخص وأهلية التمتع وموانع التصرف تتحدّد بطبيعة التصرف.

التوصيات

(١) إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى، أن الأهلية اللازمة لكي يكون الشخص تاجراً، حالة لا تتعلق بالأهلية، بل هي حالة أو صفة تخضع لقانون الدولة التي يريد الشخص أن يكتسب فيها صفة التاجر. وإذا ما اكتسبت هذه الصفة، خضعت أهلية ممارسته للعمل التجاري للمكان الذي يوجد فيه المشروع التجاري. وهذه المسألة قد تم مناقشتها من قبل اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص في دورة انعقادها سنة ١٩٣٥، حيث اقترحت إضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون التجارة الفرنسي، تقضي بإخضاع أهلية التاجر فرنسياً كان أو أجنبياً لقانون البلد الذي يتخذ فيه مقر نشاطه التجاري، كما أوضحت هذه اللجنة أن الغرض من استبعاد القانون الشخصي المختص بحكم الأهلية العامة، هو توفير الحماية للغير في ميدان التجارة وتأمين سلامة المعاملات في هذا الميدان. وقد بينت أن الأهلية المقصودة، هي الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً والأهلية اللازمة لممارسة الشخص التجارة، وبهذا عللت ذلك بالقول، أن هذه الأهلية تتعلق بالنشاط المهني الذي يقع ضمن نطاق قوانين الأمن المدني. وللمزيد عن ذلك، : د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ص ٢٢٩، ص ٢٣٠.

١- على القاضي الوطني وهو ينظر في نزاع دولي أن لا يتوسّع باستخدام النظام العام الأفيها هو ضروريّ لحماية الأسس التي ترتكز عليها الدولة وحمائيتها من اجل احترام الحقوق المكتسبة والتعايش المشترك بين الدول وهذا هو هدف الدولي الخاص.

٢- فيما يتعلق بالأهلية، ونظراً للصلة الوثيقة التي تربط الحالة المدنية للأشخاص بأهليتهم، باعتبار الأخيرة تحدد بحسب الحالة، فإن الباحث يقترح على المشرّع العراقيّ استحداث فقرة في نصّ المادة (١٨) من القانون المدني تقضي بإخضاع الحالة إلى قانون الجنسية للاعتبارات التي بيّناها في البحث، وأن يكون النصّ المستحدث، في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، صياغتها على الوجه الآتي: الحالة المدنية للأشخاص يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

٣- حماية المتعاقد الوطني من الاجنبي ناقص الأهلية إذ كلّها كان المتعاقد الوطني حسن النية فإنّه مجهل نقص أهلية الطرف الآخر عن طريق المصلحة الوطنيّة.

٤- أما فيما يخصّ الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً والأهلية اللازمة لممارسة الشخص التجارة. فإنّ الأهلية الأولى يحكمها قانون جنسية الشخص، على أساس أنّ الغاية منها هو حماية الشخص نفسه أكثر من حماية الغير، أما الأهلية الثانية فتكون محكومة بقانون موطن الشخص، لأنّ الغاية منها حماية الغير وتأمين استقرار المعاملات.

٥- إنّ انعدام الأهلية الخاصّة، تمسّ الشخص فقط حال القيام بتصرّف خاصّ وهذا هو الحال بالنسبة لحالات انعدام أهلية الأداء، أو التلقّي بخصوص بعض التصرفات القانونية. ولعل هذه الحالات في انعدام الأهلية تكتسي بالطابع الاستثنائي المحدّد من طبيعة التصرف القانونيّ في موضوع الخصومة.

المصادر

المصادر العربية

* القرآن الكريم

أولاً: المعاجم

١- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، "مختار الصحاح"، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢.

ثانياً: الكتب

١- إبراهيم أحمد إبراهيم، "القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين"، الكتاب الأول - الناشر سيد عبد الله وهبة - عابدين - القاهرة - ١٩٨٥ - ١٩٨٦.

٢- إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، "المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص" ٢٠٠٧ .

٣- أبو العلا النمر، "المختصر في تنازع القوانين"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

٤- أحمد عبد الكريم سلامة، "الأصول في التنازع الدولي للقوانين" دار النهضة العربية - ٢٠٠٨

٥- أحمد عبد الحميد عشوش، "تنازع القوانين في مسائل الأهلية"، مطابع جريدة السفير، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٩.

٦- أحمد عبد الكريم سلامة، "الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي". دراسة مقارنة - النشر والمطابع - جامعة الملك سعود - الرياض - (لم يذكر سنة النشر).

٧- أحمد عبد الكريم سلامة، "علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً)"، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، (لم يذكر سنة النشر).

٨- أعراب بلقاسم، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، القانون الدولي الخاص، الجزائر دار هومة، سنة ٢٠٠٩ .

٩- حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، "القانون الدولي الخاص"، القسم الثاني، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ١، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢

- ١٠- حسن محمد الهداوي، "الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي".
- ١١- حفيظة السيد الحداد، "القانون الدولي الخاص"، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
- ١٢- سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، "القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص"، تنازع الاختصاص التشريعي، ج ١، ط ١ - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٣- سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، "القانون الدولي الخاص"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط ٣، ٢٠٠٩.
- ١٤- سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، "القانون الدولي الخاص"، دار الجامعة الجديدة، بيروت، ١٩٩٥.
- ١٦- سامي عبد الله، "الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية"، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٨٧.
- ١٧- سعدي اسماعيل البرزنجي، "ملاحظات نقدية حول القانون المدني العراقي"، محاضرات أقيمت على طلبه الدراسات العليا (المجستير) في كلية القانون، جامعة صلاح الدين للعام الدراسي ٢٠٠٤، ٢٠٠٥.
- ١٨- صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط ١، (لم يذكر جهة النشر)، ٢٠٠٦.
- ١٩- عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، "المدخل لدراسة القانون"، دار الكتاب، الموصل، ١٩٨١.
- ٢٠- عبد الحي الحجازي، "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، الجزء الثاني، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠.
- ٢١- عزالدين عبدالله، "القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.
- ٢٢- عصام الدين القسبي، "الوجيز في القانون الدولي الخاص"، الكتاب الأول، في اختصاص القانون الدولي، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠١٠.
- ٢٣- عكاشة محمد عبد العال، "الوجيز في تنازع القوانين".
- ٢٤- عكاشة محمد عبد العال، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، تنازع القوانين
- ٢٥- عوض الله شيبه الحمد السيد، "الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)"، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- ٢٦- غالب علي الداودي، "القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية".
- ٢٧- فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.
- ٢٨- ماهر إبراهيم السداوي، "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والقانون اليمني"، مكتبة سعيد رأفت للطبع والنشر، لم يشر الى تاريخ النشر.
- ٢٩- مجد الدين خربوط، "القانون الدولي الخاص"، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.
- ٣٠- محمد السيد عرفة، "القانون الدولي الخاص"، دار الفكر والقانون، المنصورة.
- ٣١- محمد كمال فهمي، "أصول القانون الدولي الخاص،، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، مادة التنازع"، الطبعة الثانية، ١٩٨٣، توزيع مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية.
- ٣٢- محمد وليد المصري، "الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٩.

الأهلية بين القانون الواجب التطبيق والنظام العام (62)

٣٣- ممدوح عبد الكريم حافظ، "القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن"، ط ٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧

٣٤- هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، "التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية".
ثالثاً: الاطاريح والرسائل

١- ظاهر مجيد قادر، "استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأهلية والميراث"، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل

٢- فتحي عبد الرحيم عبد الله، "العناصر المكتملة للعقد كمصدر للإلتزام"، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٨

٣- محمد الأمين بن الحمد العلوي، "تنازع القوانين في مسائل الأهلية"، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص"، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨

رابعاً: المجلات والدوريات

١- حاتم غائب سعيد، "التحكيم كحل بديل للمنازعات التجارية"، بحث منشور في (مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية)
٢- جمال محمود الكردي، "محاضرات في القانون الدولي الخاص القيت على طلبة الليسانس كلية الحقوق جامعة طنطا" ٢٠٠٢.

خامساً: القوانين

١- الدستور العراقي الحالي ٢٠٠٥.

٢- قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

٣- قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسن ١٩٥٩

٤- قانون الاحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢.

٥- قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩

٦- قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦

٧- قانون التجارة العراقي لعام ١٩٨٤

٨- قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦

٩- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

١٠- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

١١- قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

١٢- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) ١٩٨٥

سادساً: المراجع الاجنبية

1- Fadalalah, " *La famille légitime en droit international privé français*", Dalloz, Gelan, la capacité de la personne en droit international privé français et anglais, Dalloz, Paris, 1975

2- Gutmann, " *Droit International Privé*", 6ème éd., Dalloz, 2009

سابعاً: المواقع الالكترونية

1- <http://www.mohamoon->

[ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=4&PFIID=287&PPFIID=4511](http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=4&PFIID=287&PPFIID=4511)

3_ <http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/41/6.pdf>

4_ [http://www.ascasociety.org/UploadFiles/2017/IACPA_Regulations/Jordan/ %201966.pdf](http://www.ascasociety.org/UploadFiles/2017/IACPA_Regulations/Jordan/%201966.pdf)

5_ http://www.ascasociety.org/UploadFiles/2017/IACPA_Regulations/Jordan/

السرية المصرفية (دراسة مقارنة)
Bank Secrecy (A Comparative Study)

أحمد محمد قادر

مدرس

كلية القانون/ جامعة الكتاب

ahmed.qader1983@yahoo.com

الملخص

تعمل المصارف عادة على حماية أسرار عملائها من أجل حماية الائتمان، فلا يجوز كشف هذه الأسرار إلا في حالات معينة قد تقتضيها مصلحة الائتمان أو في حالات استثنائية يقدرها القانون، وبعد فأن هذه الدراسة تسلط الضوء على اتجاهات التشريعات المقارنة حول حماية السرية المصرفية بين القانونين العراقي والفرنسي، حيث إن نُظِم القانون العراقي السرية المصرفية في المواد (٤٩-٥٢) من قانون المصارف، ونُظِم المشرع الفرنسي السرية المصرفية في المادة (٥٧) وفقراتها، كما نظم المشرع في قانون النقد والمالي السرية المهنية في المادة (٣٣-٥١١) وفقراتها، وحظرت هذه المواد على مديري المصارف والعاملين فيها إفشاء معلومات مالية تتعلق بعملاء المصارف.

إنّ المصارف في كلّ من العراق وفرنسا تخضع إلى رقابة البنك المركزي، وتلتزم بتعليماته الصادرة ومنها ما يتعلق بالإفصاح عن السرية المصرفية للأبلاغ عن الجرائم، والاشتباه في تمرير العمليات المشبوهة من خلال المصرف، ويسري حظر إفشاء السرية المصرفية على مجلس إدارة المصرف وكافة موظفي المصرف أيّاً كانت درجاتهم الوظيفية، ويقع محل الالتزام بالسرية المصرفية على أيّ معلومات تتعلق بشؤون المصرف أو عملائه أو بشؤون المصارف الأخرى الخاضعة لرقابة البنك المركزي، كما ترتفع المسؤولية القانونية عن المصرف في حال قيامه بالإفصاح عن السرية المصرفية استجابة لرغبة العميل، أو تطبيقاً لأحكام القانون أو تنفيذاً لحكم قضائي، وأخيراً توصي الدراسة بتشديد العقوبة على جريمة إفشاء السرية المصرفية.

الكلمات المفتاحية: الحفاظ على السرية المصرفية، حماية السرية المصرفية، الاستثناءات من السرية المصرفية.

Abstract

Banks usually work to protect the secrets of their customers in order to protect the credit and it is not permissible to disclose these secrets but only in certain cases for the benefit of the credit or in exceptional cases estimated by law. The present study sheds light on the trends of comparative legislation on the protection of bank secrecy between Iraqi and French laws. The Iraqi law regulated the banking secrecy in the articles (52-49) of the Banking Law, and the French legislator regulated banking secrecy in the Article (57). The legislator also regulated in the law of monetary the financial professional secrecy in Article (511-33) and its paragraphs which prohibited the managers of Banks and its employees to reveal the financial information belonging to the clients of the banks.

Banks in Iraq and France are subject to the control of the Central Bank and are committed to its regulations especially to reveal and inform about any suspected financial operations or crimes. Banning revealing bank secrecy shall be subject to any information relating to the affairs of the bank or its customers or other banks subject to the supervision of the Central Bank. Finally, the study recommends increasing the penalty for the crime of disclosure of bank secrecy.

Keyword: Maintain Banking Secrecy, Protecting Bank Secrecy, Exception to Bank Secrecy.

المقدمة

يزعم بعض الأشخاص أنّ السرّ الذي يعرفه أكثر من واحد لا يكون سرّاً! وهذا صحيح في العديد من مجالات الحياة، سواء في المجالات الخاصة أو المهنية حيث لا يمكن تحقيق حياة جماعية متناغمة دون احترام المجال الخاص أو السري للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين.

ومن المقبول على نطاق واسع أنّ السرية المصرفية تلعب دوراً مشروعاً في حماية سرية الشؤون المالية للأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين، وعلى هذا المبدأ تترتب العلاقة بين المصرفي وموكله وتلزم البنك السرية بمعاملة الجميع وباعتبار أنّ شؤون البنك على سرية تامة، فتفرض الكشف عن أيّ معلومة حول عملائها إلى أطراف ثالثة عادية.

إن الوصول إلى هذه المعلومات من قبل أطراف ثالثة عادية من شأنه أن يضرّ بالحق في الخصوصية التعاملية ويمكن أن يعرّض المصالح التجارية والمالية لصاحب الحساب للخطر، ولذا فإنّ السرية المصرفية هي واجب تقديري من جانب المصرفيين وإنه مشابه للسرية المهنية للطبيب أو المحامي. فمن واجب المصرفيين الالتزام بعدم رفع السرية المصرفية إلا في حالة وجود جريمة أو عمليات غير قانونية. ولا يمكن أن يكون الرفع مطلقاً، فيجب أن تختفي المعلومات المصرفية في سياق الإجراءات التي تتخذها سلطات الدولة.

يتميز القانون المصرفي بخصائص تفرضها طبيعة العمل المصرفي، فالعمليات تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة بين المصرف والعميل وما تفرضه كذلك القواعد العامة ونصوص القوانين الخاصة من التزام على المصرف بكتمان أسرار العملية المصرفية وعدم إفشائها، وفي حالة اخلال المصرف بالتزامه وقيامه بالإفشاء تقوم مسؤوليته المدنية، ويأخذ القضاء دوره ويتشدد في أحكامه أمام مسؤولية المصرف تجاه الغير، والثقة التي يوليها أياه عملاء بكتمان أسرارهم. وتبعاً لذلك تتحدد مسؤولية المصرف عن أعمال موظفيه أو تابعيه فيما يحدثونه من ضرر لعملائه. لكن بالرغم من أن المصرف يقع عليه واجب التمسك بالكتمان المصرفي تجاه طلبات الغير المستهدفة كشف أسرار عملائه المصرفية إلا أن هذا الواجب بالتكتم ليس مطلقاً إذا كانت المصلحة العامة تفوق في أهميتها مصلحة العميل الخاصة صاحب السر المصرفي وان تقدير هذه المصلحة تخضع لاعتبارات محددة كطلب السلطة القضائية أو سلطة النقد وغيرها من السلطات العامة أو لأسباب يحددها القانون وتفاوت تقدير هذه الاعتبارات بين التشريعات.

إن الباحث يرى أنه على الرغم من الحاجة الملحة لجلب الاستثمارات لتنمية الاقتصاد المحلي وتشجيع المستثمرين على المجيء والاستثمار فيه، إلا إن الباحث يرى أنّ بعض المشرعين في الدول العربية لم يبادروا إلى سنّ التشريعات الخاصة بالسرية المصرفية لتحقيق ذلك الهدف، غير أن المشرع الفرنسي في توجه جديد لصون النظام العام المالي الذي جعل من المصرف أو البنك صاحب المبادرة في كشف السر المصرفي وإعلام السلطات المختصة عن الحسابات المشتبّه بها في غير الحالات الاستثنائية المحددة لكشف السر، ويشترط أن لا يكون هناك نزاع أمام القضاء يبيح هدر السرية المصرفية لحسابات العميل. و تعتبر فرنسا أقل تشدداً من باقي الدول المجاورة لها في ما يخص السرية والتي لا تتوفر على قانون خاص يعالج السرية المصرفية. في الوقت الذي يحمي فيه القانون الجنائي الفرنسي هذه السرية، حيث يعتبر موجب التكتّم أساساً متبعاً في الأعمال المصرفية لدرجة أن جميع المصاريف تقيدت به محافظة على مصالحها الشخصية فكانت غايتها الحفاظ على المهنة المصرفية أشد تأثيراً من النصوص القانونية. والسائد في فرنسا هو أنه إذا كان التستر واجباً في التعامل مع المصارف تجاه الغير فلا يجوز ذلك أمام القضاء. كما أن صدور قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ الذي عالج إمكانية قيام المصرف بإعطاء المعلومات، الأمر الذي دعا الباحث إلى اختيار هذا الموضوع لمعرفة الأحكام الجديدة التي جاء بها قانون المصارف الجديد ومدى انسجامها مع النصوص القانونية الواردة في التشريع الفرنسي.

أهمية البحث

تبرز أهمية دراسة الموضوع في مبدأ الالتزام بالسرية المصرفية وهي قاعدة أساسية مهمة من قواعد التعامل المصرفي إذ لها مكانة مهمة في هذا المجال تتمثل في تحقيق المصالح الخاصة بالأفراد المتعاملين مع المصرف دون أن يتسنى تحقيق المصالح العامة للمصرف الذي يتقن فن الالتزام بهذه القاعدة، إضافة إلى هذا التقيد بهذا المبدأ يصبح المصرف محط لرؤوس الاموال الوطنية والعالمية، الامر الذي يعود على المجتمع بالفائدة المتلازمة مع ازدياد الثروة المالية، فالغرض من هذا البحث هو رسم صورة شاملة للغاية من النصوص وللقضايا القانونية التي تحيط بالسرية المصرفية، خاصة في العراق وفرنسا.

منهجية البحث

اعتمد الباحث بحثاً منهجياً يقوم على أسلوب المقارنة بين القانون العراقي والقانون الفرنسي. واعتمد في البحث ايضاً على عرض آراء الفقهاء وبيان مدى التوافق والاختلاف بينها. وقد أشار الباحث إلى أبرز الأحكام القضائية المتعلقة بهذا

الموضوع على الرغم من قلة هذه الأحكام، إذ يلاحظ، بصورة عامة، أنّ القرارات والأحكام القضائية في الدول العربية هي أقل من تلك الصادرة في الدول الغربية. أما بالنسبة للقضاء العراقي فلم نجد بحسب الاطلاع على المصادر والمجلات أو على مجموعات الأحكام الصادرة عن القضاء العراقي قرارات قضائية تتعلق بهذا الالتزام.

مشكلة البحث

على الرغم من أهمية هذا الموضوع وتعميقه إلا أنه في ظل التغيرات المعاصرة من الناحية التشريعية والتي ترتبط أساساً بالمشكلات الحديثة للسرية المصرفية والتي تتعارض بين مصلحة العميل ومصلحة الآخرين في حفظ الأسرار وكتمانها، ومن هنا نطرح الإشكال الآتي:

هل يمكن مساعلة البنوك والعاملين فيها في حالة الإخلال بالسرية المصرفية أم لا؟

ولدراسة هذا الموضوع تفرعت العديد من الأسئلة المترتبة عن هذه الإشكالية:

- كيف نظم قانون المصارف العراقي والفرنسي السرية المصرفية ؟

- ما هو نطاق السرية المصرفية ؟

- كيف عالج المشرع الفرنسي ضمن نصوص قانون العقوبات إنشاء السر المصرفي؟

- ما مقدار العقوبة التي فرضها المشرع في حالة الإخلال بالالتزام بكتمان السر المصرفي ؟

- هل يجوز رفع السرية المصرفية ؟ وما هي الحالات التي يتم فيها ذلك (الاستثناءات) ؟

ونظراً إلى أهمية الإجابة عن هذه التساؤلات سنتناول الخطة الآتية والمكونة من ثلاثة مباحث:

خطة البحث

المبحث الاول: ماهية السرية المصرفية.

المطلب الاول: المقصود بالسرية المصرفية وتاريخها في حضارة العراق.

المطلب الثاني: أهمية السرية المصرفية ومدى الالتزام بمبدأ السرية في القانون العراقي والفرنسي.

المبحث الثاني: الحفاظ على السرية المهنية.

المطلب الاول: الأشخاص الملزمون بالسرية المهنية ومدى نطاق السرية المصرفية.

المطلب الثاني: حماية السرية المصرفية من الأطراف الأخرى ومدى إفصاح المصرف بالمعلومات للأطراف الأخرى.

المبحث الثالث: استثناءات من السرية المهنية في القانون العراقي والقانون والفرنسي.

المبحث الاول

ماهية السرية المصرفية

ينقسم هذا المبحث الى مطلبين رئيسيين حيث سنبحث في المطلب الاول عن المقصود بالسرية المصرفية وتاريخها في حضارة العراق، وفي المطلب الثاني اهمية السرية المصرفية ومدى الالتزام بمبدأ السرية المصرفية في القانون العراقي والقانون الفرنسي وكما يلي:

المطلب الاول

المقصود بالسرية المصرفية وتاريخها في حضارة العراق

اولاً: تعريف السرية المصرفية

يقصد بسر المهنة المصرفية، التزام موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفشاء بها للغير باعتبار المصرف مؤتمناً عليها بحكم مهنته خاصة وأن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية^(١).

(١) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط ١٩٩٨، دار للنشر لم يشر لها، ص ١١٨١.

أما السرية المصرفية بمعناها الواسع ليست سوى صورة من صور السرية المهنية التي يفترض بكل من يتعاطى مهنة معينة ان يحترمها في ممارسته اياها، لكن اذا ما اخذت السرية المصرفية بمعناها الضيق فهي نظام قانوني يتوجب على المصارف التقييد بحكمه^(١).

كما عرّف الفقه^(٢) السرية المصرفية: بأنها كل أمر وواقعة تصل الى علم المصرف سواء بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط وسواء افضى العميل بنفسه الى المصرف بهذا الامر أو افضى به احد من الغير ويكون للعميل مصلحة في كتمانها.

يعتبر كتمان الأمور المالية احد الاعتبارات التي يملها شعور الشخص باستقلالية كيانه المالي الشخصي، والحرص على عدم كشف ما يتعلق بكل جوانب حياته الشخصية فيما يخص ذمته المالية وعدم علم الاخرين بها، الا أن هناك ضرورات قد تدفع بالشخص الى أن يعهد بأسراره الى مؤسسات معينة كالمصارف والبنوك من أجل الحصول على مساعدة أو خدمة معينة، والتي من المفترض حينها أن تكون أماكن آمنة لحماية أموالهم من السرقة أو الضياع واطلاع الغير عليها^(٣). إن السرية المصرفية والتي يمكن أن نعرفها على أنها: واجب التقدير الذي يفرضه القانون على البنك لأولئك الذين لديهم علاقة تجارية معه، تساهم في حسن سير النظام الاقتصادي، كما أنه يعزز حقوق الشخصية الاجتماعية من خلال ضمان سرية مفيدة للمدخرين ومقدمي الاعتمادات.

ثانياً: السرية المصرفية لدى حضارة السومريين والبابليين

تمتد جذور السر المصرفي عبر التاريخ والحضارات القديمة، ومن هذه الحضارات، الحضارة السومرية، والبابلية، والفرعونية، والرومانية، حيث كانت المعابد قديماً مهداً لنشأة البنوك، وكان الصيارفة الاوائل عبارة عن الهة تباشر نشاطها داخل المعبد بواسطة الكهنة، لذلك كان النشاط المصرفي نشاطاً مقدساً، تحوطه هائلة من الكتمان وسياج من الغموض، لأنه يتم باسم الآلهة ولمصلحة الآلهة، وكل ما يتصل بعمل الآلهة يعتبر سرا لا يجوز الافصاح عن كهنه ولا يجرؤ أحد على التعرف على ماهيته والا أصابته لعنة الآلهة^(٤).

لقد كانت منطقة سومر في جنوب بلاد وادي الرافدين مهداً لحضارة تمتد الى حوالي ٣٤٠٠ سنة قبل الميلاد، وقد اكتشفت بعض المعابد في هذه المنطقة وتبين انها كانت تباشر نشاطاً مصرفياً، ومن اشهرها المعبد الاحمر، الذي امتد نشاطه الى حوالي الفي عام، اذا كان كهنة المعبد يتلقون القرابين والهدايا وأحياناً الودائع، وعن طريقها تمكن الكهنة من تمويل التجار والزراع فقدموا لهم القطيع والحبوب لمباشرة نشاطهم التجاري والزراعي، كما قدموا الاموال للأرقاء والمساجين لتمكينهم من تخليص حريتهم على أن يردوا هذه الاموال للمعبد فيما بعد جعل معين. وكانت المعاملات تتم عينا، لان النقود لم تكن قد ظهرت بعد^(٥) وكانت العمليات المصرفية آنذاك تحاط عامة بسياج من السرية والكتمان كما لو كان التعامل في موضوعات خاصة بالآلهة، بل إن الاعمال التي كان يقوم بها الكهنة تبقى طي الكتمان^(٦).

(١) د. أحمد سفر، المصارف وتبييض الاموال تجارب عربية وأجنبية، منشورات اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠١، ص ١٣٧.

(٢) د. سمحة القليوبي، الاسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٢٥.

(٣) دانا حمة باقي عبد القادر، السرية المصرفية في اطار تشريعات غسل الاموال، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الامارات، ٢٠١٣، ص ٧.

(٤) بدر تراك سليمان الشمري، الجوانب القانونية المتعلقة بسر المهنة، دراسة مقارنة بين القانون الاردني والكويتي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٧، ص ٦.

(٥) د. حسن النوري، الكتمان المصرفي - اصوله وفلسفته، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة السابعة عشر، ١٩٧٥، ص ٢٦١.

(٦) محمد عبد الحي ابراهيم، افشاء السر المصرفي بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٢، ص ٥٧.

كما ظهرت حضارة بابل في شمال بلاد الرافدين وقامت على أنقاض الحضارة السومرية. ويرجع الباحثون أول سند تشريعي للبنوك كانت في حضارة وادي الرافدين في قانون حمورابي وان العمليات المصرفية ترتقي إلى عهد بابل العراق القديم أي بلاد ما بين النهرين⁽¹⁾ في القرن الثامن عشر قبل الميلاد، إذ تقنيننا لقواعد الالتزامات التي كانت سائدة في هذا العهد ومن بينها بعض أعمال البنوك كالقرض بفائدة والوديعة، وكانت البنوك تباشر نشاطها باسم الآلة وكان يتعين على الكهنة الحرص الشديد في كتمان كل ما يتصل بهذا النشاط. وقد يسر هذا الكتمان الحصول على ثقة المواطنين فشحجهم على تقديم الأشياء النفيسة للمعبد لكي يحصلوا على رضى الآلهة إذ يتلقى الودائع في شكل سلع وأشياء ثمينة وأحياناً يتصرف كموثق بتحريره العقود للخوادم ويضمن حفاظها⁽²⁾.

ويفهم من القواعد التي أوردها قانون حمورابي وجود التزام على البنك بكتمان السر، يدل على ذلك ما أجازته هذه القواعد من امكان الكشف عن المستندات المحفوظة لديه اذا تعلق الامر بنزاع بينه وبين عميله، ويبدو ذلك استثناء يتعين على البنك فيما عداه ان يلتزم الصمت ويحترم السر⁽³⁾.

المطلب الثاني

اهمية السرية المصرفية ومدى الالتزام بمبدأ السرية المصرفية في القانون العراقي والفرنسي

اولاً: اهمية السرية المصرفية

يحقق الالتزام بالسر المصرفي العديد من الفوائد للفرد بالدرجة الاولى، وهذا لا يمنع أن لهذه الفوائد مردودها الايجابي على المجتمع ككل بصورة غير مباشرة، ومن هذه الفوائد:

١- دعم ثقة العميل في البنك

إن طبيعة العمليات التي يقوم بها البنك لصالح عميله تستلزم توافر ثقة العميل في البنك واطمئنانه الى أن كافة حساباته ومستنداته وشؤونه في أيد أمينة، فمن الطبيعي أن يحرص كل شخص على اخفاء مركزه المالي عن الغير، سواء كان هذا الغير من منافسيه أو حتى من أفراد عائلته أو ذويه⁽⁴⁾.

فعالياً ما يدخل العملاء في علاقات مالية عديدة مع البنك الذي يتعاملون معه، قد تتضمن هذه العلاقات كثيراً من اسرارهم المالية التي يرغبون في عدم اطلاع الغير عليها، كالتاجر الذي يخشى التجار الآخرين إذا علموا بأسرار تجارته، مثل قيامه بخصم أوراق تجاربه أو بفتح اعتماد من أجل حصوله على النقود اللازمة لأبرام صفقة أو صفقات تجارية كبيرة، ومن ثم تظهر مصلحة التاجر في احتفاظ البنك بمعاملاته سرا مكوناً لا يطلع عليه أحد⁽⁵⁾، حيث ان طبيعة اعمال موظفي البنوك تتيح لهم الاطلاع على أرصدة العملاء، ونتائج معاملاتهم التجارية، كما يقوم موظفو أقسام الائتمان بالبنوك بتحريات دقيقة عن المركز المالي، وطبيعة الأنشطة التي يزاولها طالب الائتمان والتوقعات المنتظرة لمشروعاته مما يؤكد ضرورة استيثاق اصحاب هذه المعاملات من ضرورة توافر ارقى انواع الثقة في المصارف التي تقوم على شؤون مصالحهم المالية، فإذا ما شاب هذه الثقة أدنى شائبة أحجم الناس عن أسناد مهام أعمالهم المالية للبنوك⁽⁶⁾.

(1) شاكر القزويني، محاضرات في إقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٢، ص ٢٥.

(2) Raymond FARHAT, secret bancaire, étude de droit compare (France suisse), thèse, éd. L.G.D.J 1970, p14.

(3) Anne TEISSIER, le secret professionnel du banquier, Tome 1&2, éd. P.U.A.M, 1999, p12.

(4) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجه القانوني، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٧٢٨.

(5) د. حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٤، ص ٤.

(6) د. سيد حسن عيد الخالقي، النظرية العامة لجريمة افشاء الاسرار، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٥٠٥.

ويؤخذ في الاعتبار أن تحقيق في الجهاز المصرفي يعد وسيلة فعالة لزيادة نشاطه، وأقبال اصحاب رؤوس الاموال على التعامل معه، ولاشك أن ذلك ينعكس على القدرة الاقتصادية القومي ويؤدي الى انتعاش وازدهار الحياة الاقتصادية عموماً.^(١)

إنّ المصلحة في السر لا تعتبر مجرد رخصة لا ترقى الى مرتبة الحق كما ذهبت قلة من اهل الفقه^(٢) بل ان السر المصرفي، على ما استقر عليه الرأي الراجح^(٣) يعد تطبيقاً من تطبيقات الحق في السر وهو حق يعطى صاحبه ان يحتفظ بسرّه مكنوناً، كما يخوله الحق ان يمنع غيره عن كشفه عندما يضطر الى ايداعه اياه.

٢- تأكيد حرية الفرد الشخصية

يعتبر الالتزام بالسر المصرفي مظهراً من مظاهر الحرية الشخصية للأفراد بمناسبة مباشرة نشاطهم الاقتصادي، حيث يعد حماية لهم من النفوذ المتزايد للسلطات العامة، وتأكيد لما ورد في الدستور من احترام الحياة الخاصة للفرد العراقي^(٤)؛ فقد نصت المادة السابعة عشر الفقرة: اولا (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة). ذلك ان كتمان المركز المالي يقع على قدم المساواة مع اخفاء الامور التي تتعلق بصحة الفرد ومصالحه الاسرية، ويميله شعور الفرد باستقلال كيانه الذاتي وحرصه على اخفاء ما يتصل بتصميم حياته الخاصة عن غيره من المحيطين به، وفي مواجهه السلطات العامة^(٥).

٣- حماية الفرد من فقد ايداعاته في جهات أخرى غير أمنه

على سبيل المثال وليس بالبعيد حيث تمتعت شركات توظيف الاموال البالية بميزة السرية التي كانت تكلفها للمودعين، سواء في مواجهة الضرائب أو جهات التحقيق على اختلافها، أو حتى حفظ اسرار المودع نفسه في عدم معرفة حساباته لأحد أو قدرها، الا من يفوضه شخصياً، وكانت هذه الميزة أحد أسباب اقبال الافراد عليها لا يداع أموالهم^(٦).

٤- دور المصارف في حماية المصلحة الاجتماعية والاقتصادية العامة في الاقتصاد الوطني

إنّ هذه المصارف تقوم بدعم نظام الائتمان وتوفير المناخ المناسب للاستثمار وجذب رؤوس الاموال الاجنبية^(٧). مما ينتج عن ذلك الاستقرار الاقتصادي للدولة، ويمكن القول إنّ السرية المصرفية ليست فقط لحماية المصالح الخاصة للعملاء المصارف أو لتوفير الثقة بين المصرف والعملاء وإنما تقرر ايضاً لحماية المصالح العامة العليا وتختلف هذه المصلحة ومن ثم الحماية المقررة للسرية المصرفية باختلاف النظم والاتجاهات السياسية والاقتصادية والتشريعية^(٨).

(١) د. عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسر المصرفي، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٩، بند ٥، ص ١١.

(٢) د. نرسون Nerson، الحقوق غير المالية، رسالة ليون، سنة ١٩٣٩، مشار الية لدى د. حسن النوري، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) أكد الدستور العراقي على حماية الحرية الشخصية حيث نصت المادة (٣٧) الفقرة (أ) من الدستور العراقي منه على "حرية الانسان وكرامته مصونة"

(٥) د. حسن النوري، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٦) د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، بند ١٣١، ص ٢٢١.

(٧) فليح كمال، الحماية الجنائية لاسرار المهنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦٨.

(٨) د. كمال ابو العيد، سر المهنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع، ١٩٧٨، ص ٦٩٠.

ثانياً: السرية المصرفية في القانون العراقي والقانون الفرنسي

١- السرية المصرفية في القانون العراقي

نصت المادة (٤٩) من قانون المصارف العراقي بأنه "يحافظ المصرف على السرية فيما يتعلق بجميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم والصناديق التي يودعون فيها مقتنياتهم ويحظر إعطاء أي بيانات عما سلف ذكره بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بموافقة خطية من العميل المعني أو في حالة وفاة العميل بموافقة ممثله القانوني أو أحد ورثة العميل أو أحد الموصى لهم أو بقرار من جهة قضائية مختصة أو من المدعى العام في خصومة قضائية قائمة أو بسبب وجود إحدى الحالات المسموح بها بمقتضى أحكام هذا القانون ويظل هذا الحظر قائماً حتى لو انتهت العلاقة بين العميل والمصرف لأي سبب من الأسباب".

ويلاحظ من هذا النص أنّ المشرع العراقي لم يضع تعريفاً جامعاً للسرية المصرفية وإنما وضع مبدأً للسرية المصرفية وأورد عليه استثناء:

أ. المبدأ، هو عدم جواز إعطاء أي بيانات أو معلومات عن حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنها لديه بشكل مباشر أو غير مباشر.

ب. الاستثناء، وهو حالات محددة ترفع فيها السرية عن حسابات العملاء وبقيّة العمليات المصرفية لأسباب حددها المشرع العراقي.

كما ورد في قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٤ إذ يعد البنك المركزي العراقي مصرفاً عاماً ومن أهدافه تحقيق الاستقرار في الأسعار المحلية والعمل على الحفاظ على نظام مالي ثابت يقوم على أساس التنافس في السوق وكذلك يعمل على تعزيز التنمية المستدامة وإتاحة فرص العمل وتحقيق الرخاء في العراق. وفيما يتعلق بالسرية المصرفية فقد عالج أحكامها من خلال نص المادة (٢٢) منه والتي تنص على (بمقتضى أي شخص يشغل منصب المحافظ أو نائب المحافظ أو عضو في المجلس أو موظف أو وكيل أو مراسل للبنك المركزي العراقي عن القيام بما يلي:

أ. السماح لآخرين بالاطلاع على معلومات خاصة غير متاحة للعموم أو الكشف عنها أو نشرها ويكون قد حصل عليها أثناء تأدية مهام وظيفته الرسمية إلا إذا طلب من ذلك وفقاً للفقرة رقم (٢) من هذه المادة وإذا اقتضت الضرورة ذلك للوفاء بأي مسؤولية أو واجب يفرضه هذا القانون أو يقضي به القانون المصرفي أو أي تشريعات أخرى ذات صلة.

ب. استخدام مثل هذه المعلومات أو السماح باستخدامها للحصول على مكاسب شخصية).

٢- السرية المصرفية في القانون الفرنسي

حددت المادة (٥٧) من القانون رقم ٨٤-٤٦ المؤرخ بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٨٤. الالتزام بالسرية المصرفية حيث نصت على أنّ "أي عضو في مجلس الإدارة أو في مجلس الرقابة وأي شخص يشارك بأي صفة في إدارة على أي وجه من الوجوه في توجيه أو إدارة مؤسسة الائتمان أو كان موظف في تلك المؤسسة، يلتزم بالسرية المهنية بموجب الشروط والعقوبات المنصوص عليها في المادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات" يتضح خلال نص المادة اعلاه الذين يستلزم عليهم الالتزام بالسرية المصرفية في القانون الفرنسي هم:

أ. أعضاء مجلس الإدارة: ويقصد بهم رئيس مجلس الإدارة وكل عضو فيه، وهكذا حتى المدير العام.

ب. أعضاء المجلس الرقابة.

ج. أي شخص يشارك بأي صفة في إدارة على أي وجه من الوجوه في توجيه أو إدارة مؤسسة الائتمان: وهي تقصد بشكل عام على كل من كان له دور في إدارة مصرف، مثل نائب المدير ورئيس العمال.

د. مَنْ كان موظف في تلك المؤسسة: هي عبارة عامة تشمل كل شخص يعمل أيّاً كانت وظيفته أو درجته.

يعاقب المشرع الفرنسي على انتهاك السرية المهنية^(١)، بموجب المادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٤، حيث نصّت على "أنّ الإفصاح عن المعلومات ذات الطبيعة السرية من قبل الشخص الذي أودعها هو عن طريق الدولة أو المهنة، أو بسبب وظيفة أو مهمة مؤقتة، يعاقب عليها بالسجن لمدة سنة وبغرامة قدرها ١٥٠٠٠ يورو"^(٢). إنّ هذا الجزاء المزدوج، الذي يتألف من عقوبة الحبس والغرامة، يوضح بما فيه الكفاية أهمية هذا الالتزام من أجل حسن سير النشاط المهني النهائي. لأنّه يجب افتراض أن السرية المهنية هي "التزام على الأشخاص الذين أصبحوا على دراية بالحقائق السرية أثناء ممارسة واجباتهم، وليس الإفصاح عنها في الحالات التي يقتضي فيها القانون أو يصرح بالكشف عن السر". وبالتالي، يقع هذا الالتزام على عاتق العديد من الجهات الفاعلة المهنية التي يمكننا أن نذكرها، والطبيب^(٣) والمحامي، إلخ.

إنّ التزام، السرية المهنية هي "الصمت المفروض"^(٤) على أي شخص يحمل ما يسمى المعلومات السرية التي تم الحصول عليها في الإعداد المهني، على هذا النحو، يتم القبض عليه بشكل مختلف في كل مجال من مجالات النشاط المذكورة أعلاه. لأنّه لا يشكك في نفس القيم ولا نفس المخاطر^(٥). في سياق المهنة المصرفية، تتلخص السرية المهنية مع مصطلح السرية المصرفية^(٦) وبالتالي، فإن السرية المصرفية هي التزام، ويتعين على المصرفيين العاملين تقديم القليل أو الكشف عن معلومات عن شخص طبيعي أو اعتباري حول عميل أو عملية أو حالة حساب العميل. هذا الالتزام منصوص عليه في المادة ٣٣-٥١١ L. الفقرة (١) من قانون النقد والمالي الفرنسي، والتي تنص على ما يلي "أي عضو في مجلس الإدارة، أو حسب الحالة هيئة الرقابة وأي شخص الذين يشاركون بأي صفة في إدارة أو إدارة مؤسسة ائتمانية أو مؤسسة مشار إليها في الفقرة (٥) من المادة ٦-٥١١ L. أو التي يوظفها أحدهم. إلى السرية المهنية. سرية البنك ليس لها طابع مطلق، يخضع ذلك لعدة قيود"^(٧). ولأغراض المصلحة العامة، في الإجراءات الجنائية على سبيل المثال، يمكن للسلطات القضائية^(٨) الحصول من معلومات المصرف وغيرها من المعلومات حول وضع حساب مصرفي محدد، أو فيما يتعلق بالعمل دون أن يعفي المصرف احتياطي السرية المصرفية، ينطبق هذا التقييد على الالتزام بالسرية المهنية للمصرف في المسائل الجنائية ولا ينطبق على المسائل المدنية.

كما وذكرت المادة (٥٧) الفقرة الثانية "بالإضافة إلى الحالات التي ينص عليها القانون، لا يمكن معارضة السرية المهنية للجنة المصرفية أو بنك فرنسا أو السلطة القضائية التي تتصرف في الإجراءات الجنائية".

أي أن المشرع الفرنسي قد أخضع موظفي بنك فرنسا بموجب المعلومات التي يتم تبادلها لواجب السر المهني، فمن الضروري خضوع موظفي البنك المركزي الفرنسي للالتزام بالسرية المصرفية، وبهذا الخصوص نصت المادة (٣٩) من قانون (٣) يناير سنة ١٩٧٣ المتعلق بتنظيم البنك المركزي الفرنسي تحت طائلة العقوبات المقررة في المادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات، حيث اعتبر المشرع الفرنسي موظفي البنك المركزي الفرنسي من الامناء بالضرورة^(٩). إضافة إلى ذلك فإن أعضاء

(1) G. Canivet, Réflexions sur le secret professionnel, Gaz. Pal. 19 février 2005, p. 241; M. Marty Delmas, A propos du secret professionnel, D. 1982, p. 267.

(2) د.بو زيدي الياس، السرية في المؤسسات المصرفية (دراسة مقارنة)، جامعة ابي بكر بلقايد، رسالة دكتوراه، ٢٠١٨، ص ١٧٥.

(3) E. Derieux, Violation de la vie privée et du secret médical, note sous .CA Paris, 13 mars 1996, SA Editions Plon c/ Cts Mitterrand, JCP G 1997, 22894.

(4) C. Brenner, L'étendue du secret professionnel, in « Le secret professionnel » XIIes Rencontres Notariat-Université, Paris, 3 novembre 2003, Les petites affiches, 3 février 2003, n° 24, p. 5;

(5) G. Canivet, op. cit., n° 7.

(6) LASSERRE CAPDE VILLE, le secret bancaire etude de droit compare (France, Suisse, Luxembourg, Tome 1&2 P.U.A.M., 2006 p. 68.

(7) ترد القيود المختلفة على مبدأ السرية المصرفية في الفقرات اللاحقة من المادة ٣٣-٥١١ L. من قانون النقدي والمالي الفرنسي.

(8) المدعي العام، قاضي التحقيق.

(9) د.رضا السيد عبد الحميد، سرية الحسابات المصرفية على ضوء القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ وقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، بند ٩٢، ص ٧٤.

مجلس الإدارة ملزمة باحترام واجب الكتمان بناءً على المادة ٣٧-٢٢٥ فقرة (٥) من القانون التجاري إزاء المعلومات ذات الطابع السري^(١)

المبحث الثاني

الحفاظ على السرية المهنية

ينقسم هذا المبحث الى مطلبين رئيسيين سنبحث في المطلب الاول عن الأشخاص الملزمون بالسرية المهنية ومدى نطاق السرية المصرفية، كما سنبحث في المطلب الثاني عن حماية السرية المصرفية من الاطراف الاخرى ومدى افصاح المصرف بالمعلومات للأطراف الاخرى وكما يلي:

المطلب الاول

الأشخاص الملزمون بالسرية المهنية ومدى نطاق حماية السرية المصرفية

يتعين على المصرف في أدائه لواجباته أن يحتفظ بمعلومات عن عميله وتكون في الغالب سرية على سبيل المثال، السرية هي مقدار رصيد العميل، فهذه المعلومات السرية، يُحظر على المصرف الإفصاح عنها، وبالتالي فإن المصرف ملتزم بالتزام حقيقي بالسرية المهنية التي يشكل عدم امتثالها سوء سلوك مهني^(٢).

اولاً: الأشخاص الملزمون بالسرية المهنية

ينص قانون المصارف العراقي بشأن نشاط الاشخاص الملزمون بالحفاظ على السرية المهنية وفقاً للمادة (٥٠) من هذا القانون على أن "يحظر على أي مدير أو مسؤول أو موظف أو وكيل للمصرف حالي سابق اعطاء معلومات معاملاتهم أو كشفها أو تمكين طرف ثالث من هذه المعلومات والبيانات في غير الحالات المسموح بها بمقتضى أحكام هذا القانون وينطبق هذا الحظر على أي شخص بمن في ذلك مسئول البنك المركزي العراقي وموظفيه ومراجعي حساباته وأي شخص يعينه البنك المركزي العراقي لأجراء فحص عملاً بالمادة (٥٣) يقوم بفحص هذه البيانات والمعلومات بطريق مباشر بحكم مهنته أو مركزه أو عمله.

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع العراقي قد أوضح أن الالتزام بالحفاظ على السرية المصرفية لا يقتصر على العاملين بالمصرف وإنما يمتد سريانه الى اطراف خارج المصرف:

١- العاملين داخل المصرف: جميع العاملين في المصرف سواء كانوا مستمرين بالعمل في المصرف أم انقطعت علاقتهم به لأي سبب من الاسباب كالأحالة على التقاعد أو الاستقالة أو إنهاء الخدمات.

٢- أطراف من خارج المصرف: وهم وكلاء المصرف، والعاملين في البنك المركزي العراقي ومراجعي الحسابات وأي شخص آخر يعينه البنك المركزي لأجراء فحص عملاً بأحكام المادة (٥٣) من قانون المصارف للقيام بعملية تفتيش موقعي للمصرف لمراجعة عمليات المصرف للتحقق من مركزه المالي ومدى امتثاله لأحكام القوانين والأنظمة المتعلقة بأدارة نشاطه والالتزامه بالأمور الخارجية.

أما القانون الفرنسي فقد بين أن جميع الأشخاص الذين يمكنهم، في نطاق واجباتهم، الحصول على معلومات سرية والتي تحتفظ بها المؤسسات الائتمانية^(٣) ملزمون بالسرية المصرفية، حيث نصت المادة ١٧-٦١٢ L من القانون النقد والمالي صراحة، على أن "أي شخص يشارك في أداء هيئة الرقابة و القرار"، وبهذا فإنه يكون ملزماً بالسرية المهنية. وعليه

(1) Gérome LASSERRE CAPDE VILLE, op. cit., p 215.

(2) CREDOT, « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignement commerciaux par les banques », LPA, 17 février 1998. 8

؛ GAVALDA, « Le secret bancaire français », DPCI, 1990.57 .

(3) T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 10e éd. 2013., n° 522, p. 370.

فإن السرية المهنية للمصرف ملزمة لكل موظف أو مدير أو عضو في مجلس الإدارة مدير أو مسؤول رقابي أو عضو في المجلس التنفيذي لمؤسسة ائتمانية أو إحدى المؤسسات المصرح لها بالقيام بعمليات مصرفية على أساس منتظم مثل شركات التأمين أو مؤسسات التمويل الصغيرة المتبادلة أو غير ذلك وشركات الاستثمار وأي شخص يشارك في الإدارة أو إدارة مثل هذه المؤسسة^(١).

تجدر الإشارة إلى أن هذا السر لا يلزم موظفي الشركة المتنافسة مع المؤسسة الائتمانية التي تنشأ منها المعلومات^(٢).

ثانياً: نطاق حماية السرية المصرفية (المستفيدون من السرية المهنية)

يفرض التزام السرية على المصرف من أجل حماية العميل^(٣) وكذلك جميع الأشخاص المعنيين بالمعلومات السرية مثل الوكيل المسؤول عن إدارة حساب العميل^(٤) أو ضامن التزامات العميل^(٥) أو المستفيد من التحقق من اتصال بتحويل الشيكات^(٦).

إنّ المستفيدين من السرية المصرفية يجوز لهم أن يأذنوا للمصرف بالكشف عن المعلومات التي تغطيها السرية المصرفية^(٧) ويجب أن يكون هذا التنازل عن التزام المصرف بالسرية مجاناً وصريحاً ومنحاً من قبل المستفيد بعد تلقي معلومات كاملة تمكنه من اتخاذ هذا القرار^(٨).

من الضروري ملاحظة أن السرية المهنية لا يمكن وضعها ضد الأشخاص الذين يعترف المشرع حمايتهم. فيما يتعلق بضامن التزامات العميل، أي إنّ الضامن على سبيل المثال، غالباً ما يتم معاقبة المصرف بسبب الإحجام عن الاحتيايل تجاه الضامن، مما يعني أن المصرف يدين بالكفيل بمزيد من المعلومات التي تتجاوز نطاق المعلومات العامة لأطراف الثالثة^(٩) حيث قررت محكمة النقض الفرنسية^(١٠) بناءً على تنفيذ الضمان "ان مقدار الادعاء الذي يدعي أنه مستحق للضمان أو من يخلفه في الملكية، يحق للأخير الحصول منه على المستندات المتعلقة بالمدين الرئيسي اللازم لإدارة هذه الأدلة، بدون سرية مصرفية"، والتي تبدو منطقية لأن المصرف لا يستطيع الدفع دون وجود دليل على وجود مبلغ المطالبة.

المطلب الثاني

حماية السرية المصرفية من الاطراف الاخرى ومدى افصاح المصرف بالمعلومات لأطراف الاخرى

السرية المصرفية قابلة للتنفيذ ضد أطراف أخرى، وليس الشخص الذي يهدف قانونه إلى حمايته على وجه التحديد. فالسؤال هنا من هي هذه الأطراف الأخرى؟ من أي لحظة يعتبر الشخص الذي له علاقة مع العميل طرف ثالث؟

اولاً: حماية السرية المصرفية من الأطراف الأخرى

(1) Commentaire de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, LexisNexis 2014, p.614.

(2) CA Paris, 15 novembre 2002, JurisData n°2002-196043.

(3) Com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV, n° 121, p. 197; RD bancaire et bourse, n° 50, juillet/août 1995. 145, obs. Crédot et Gérard ;

ينظر أيضاً: د. بو زيدي الياس، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(4) Com. 25 février 2003, Bull. civ. IV, n° 26, p. 30 ; Banque et droit n° 89, mai-juin 2003.56, obs. Bonneau.

(5) TGI Nanterre, 6e ch. 25 mai 2010, Banque et droit n° 133, septembre-octobre 2010.37, obs. Bonneau.

(6) Com., 13 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 172, p. 159.

ينظر أيضاً: د. عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسر المصرفي، دراسة مقارنة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٩، ص ٥٠.

(٧) المادة 511-33 L.، الفقرة 4 من القانون النقدي والمالي والفرنسي: "بالإضافة إلى الحالات المذكورة أعلاه، يجوز لمؤسسات الائتمان وشركات التمويل الكشف عن المعلومات الخاضعة للسرية المهنية على أساس كل حالة على حدة فقط عندما سمح لهم الأشخاص المعنيون بذلك صراحة".

(8) CE, 30 déc. 2009, n° 306173, JurisData n° 2009-017446.

(9) S.PIEDELIEVRE et E.PUTMAN, Droit bancaire, Economica 2011., n° 193, p.195.

(10) Com., 16 décembre 2008, D., 2009.784, note Lasserre Capdeville; JCP E, 2009. 1037, note Bonneau .

من أجل تقديم إجابات على السؤال أعلاه، من الضروري التمييز بين عميل الشخص الطبيعي و عميل الكيان القانوني. عندما يكون العميل شخصاً طبيعياً، تكون الزوجة والأطفال وجميع أفراد أسرة العميل أطرافاً أخرى. وبالتالي، يمكن للمصرف أن يعارضهم السرية المهنية، يكون هذا الحل سارياً عندما يكون العميل على قيد الحياة، وفي مقابل وفاة العميل، فإن هذا الاعتراض يقع تجاه أفراد أسرة العميل⁽¹⁾ في الواقع، في وقت وفاته، وبموجب مبدأ "استمرار الورثة شخص المتوفي"، فإن المستفيدين من العميل يفقدون وضعهم كأطراف ثالثة، وبالتالي، لم تعد السرية المصرفية معارضة لهم، إذ لديهم حق الإبلاغ عن المعلومات المتعلقة بحساب المتوفى، بالنسبة لمدى هذا الحق، فإن الفقهاء منقسمون، يعتقد بعض الفقهاء⁽²⁾ أنه يجب على المصرف أن يقدم لورثة العميل معلومات فقط عن أمور الميراث، باستثناء تلك المتعلقة بالحياة الخاصة للمتوفى.

أما عندما يكون العميل كياناً قانونياً، يجب التمييز بين هيئة الإدارة أو الهيئات الرقابية والشركاء، بالنسبة للمجموعة الأولى، لا يمكن معارضة السرية المصرفية لهم وفقاً لقبود معينة بطبيعة الحال، بينما بالنسبة للمجموعة الثانية، أي فيما يتعلق بالشركاء، يظل المبدأ هو أن الشركاء هم أطراف ثالثة، ويمكن للمصرف بالتالي معارضتها السرية المصرفية.

لا يجوز بأي حال من الأحوال إخضاع الممثلين القانونيين للشركة للسرية المهنية، فيما يتعلق بالشركة التي يديرونها⁽³⁾، حيث أن الحساب يعمل بموجب توقيعه، لا ينطبق نفس الشيء على المدير السابق، فمنذ اللحظة التي لم يعد يمثل فيها الشركة بشكل قانوني، يصبح طرفاً ثالثاً، وبالتالي لم يعد بإمكانه الحصول على معلومات سرية تتعلق بحساب الشركة⁽⁴⁾ وحتى لو كانت المستندات المطلوبة تغطي فترة إدارته⁽⁵⁾.

ولا يمكن فرض السرية المصرفية على رئيس مجلس إدارة الشركة⁽⁶⁾. ومع ذلك، بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة ومجلس الرقابة في القانون الفرنسي، يجب تقديم فارق بسيط، ووفقاً للمادة (٤٦١) من قانون رقم ٢٠٠٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن الشركات التجارية "يستثمر مجلس الإدارة بسلطات واسعة للتصرف في جميع الظروف نيابة عن الشركة. إنها تمارسها في حدود غرض الشركة وتخضع لتلك الممنوحة صراحةً بموجب هذا القانون لاجتماعات المساهمين، يتمتع مجلس الإدارة بالسلطات التالية على وجه الخصوص:

- ١- يحدد أهداف الشركة والاتجاه الذي يجب إعطاءه لإدارتها.
- ٢- يمارس سيطرة دائمة على الإدارة المقدمة، اعتماداً على طريقة الإدارة المختارة، من قبل الرئيس التنفيذي أو المدير العام.
- ٣- يقوم بإعداد الحسابات لكل سنة مالية، إن أحكام اللوائح أو قرارات الاجتماع العام التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة ليست ملزمة لأطراف ثالثة⁽⁷⁾، مع الأخذ في الاعتبار الصلاحيات الممنوحة لمجلس الإدارة، إذ لا يمكن للمصرف أن يعارض سرية البنك. كما يضيف القانون الفرنسي في المادة ٦٨-٢٢٥ L، الفقرة (١) من القانون النقد والمالي أن "مجلس الرقابة يمارس سيطرة دائمة على إدارة الشركة من قبل المجلس التنفيذي". في أي حال، من خلال هاتين المادتين، يمكن أن نستنتج

(1) Reims, 25 février 1993, RD bancaire et bourse n° 39, septembre-octobre 1993.226 et note critique.

ينظر أيضاً بالتفصيل: تشور جيلاني، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، عدالة قانونية أم قضائية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ٢٠١٠، عدد ١٠٥، ص ١٢٠-١٠٥

(2) BERTEL, «Obligation au secret professionnel du banquier», BRDA, 1991., n°7, p.4.

(3) T. BONNEAU, op. cit., n° 523, p. 372; R. ROUTIER, Obligations et responsabilité du banquier, 3e éd., Dalloz, 2011, n°511.21, p. 629.

(4) Com., 16 janvier 2001, Bull. civ., IV, n° 12; RJ com., 2001.133, note Moulin; RD bancaire, mars-avril 2001. 74, obs. Crédot et Gérard.

(5) Com., 16 janvier 2001 précité; Crim. 14 novembre 2000, RD bancaire et financier, mars-avril 2001, p. 75, obs. Crédot et Gérard.

(6) S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, op. cit., n°192, p.

(7) المادة ٣٥-٢٢٥ L من القانون النقدي والمالي الفرنسي "يحدد مجلس الإدارة توجهات نشاط الشركة ويضمن تنفيذها. مع مراعاة الصلاحيات المنسوبة صراحةً إلى اجتماعات المساهمين وفي حدود غرض الشركة، فإنها تتعامل مع أي مسألة تتعلق بسلاسة إدارة الشركة وتنظم من خلال مداولاتها المسائل التي تهتمهم".

أن مجلس الإدارة والمجلس الرقابة لا يمكن أن يخضع للسرية المهنية من قبل المصرف ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن السلطة الإدارية لمجلس الإدارة والسلطة الرقابية لهيئة الرقابة هي صلاحيات تمارس بشكل جماعي، لذلك يمكن القول أنه إذا تصرف أعضاء هذه المجالس بشكل جماعي فسيكون لديهم الحق في توفير المعلومات السرية^(١). ومن ناحية أخرى، إذا قام الأعضاء بتقديم الطلب بشكل فردي، فإن بعض الفقهاء^(٢) يعتبرون أن السرية المصرفية معارضة لهم، بينما يعتقد آخرون^(٣) أنه سواء تم تقديم الطلب بشكل فردي أو جماعي، فإن أعضاء مجلس الإدارة والمجلس الرقابي لا يزال حقهم في ذلك توفير المعلومات السرية الخاصة بحساب الشركة.

أما فيما يتعلق بالشركاء، فالمبدأ هو أنهم أطراف ثالثة، والسرية المصرفية معارضة لهم^(٤) وينقسم الفقه عندما يتعلق الأمر بشركاء الشركة لأنهم المسؤولون إلى أجل غير مسمى وبشكل كبير عن المسؤولية الاجتماعية. يعترف بعض الفقهاء^(٥) استثناءً لمنفعة هؤلاء الشركاء، بينما يعتقد آخرون^(٦) أنه لا يوجد استثناء مقبول، سواء كانت الشركة شراكة أو شركة رأسمالية، فإن الشركاء لا يمكنهم الوصول إلى المعلومات السرية" يتم توفير المعلومات الخاصة بهم وفقاً للإجراءات القانونية"^(٧) المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية مثلاً، يحق للشريك الحصول على المستندات والوثائق قبل عقد الاجتماعات^(٨) (حسابات الشركة، تقرير الإدارة، مشروع القرار)، وكذلك توجيه أسئلة إلى المديرين^(٩)، يسمح هذا الحق في المعلومات للشريك بالتحكم في الاتجاه الاجتماعي وتنوير صوته عند استشارة الزملاء، حيث يمكن أن يجبر المدير الذي يرفض تزويده بالمعلومات المطلوبة، وعلى هذا النحو يمكنه أن يقدم الخبرة^(١٠)، ومع ذلك، فيما يتعلق بالكيان القانوني (الشخص الاعتباري)، تعتبر الشركة أيضاً طرفاً ثالثاً فيما يتعلق بالسرية المصرفية، وهي الشركة الأم حتى لو كانت بنكاً لا يمكنه الحصول على معلومات سرية تتعلق بحساب الشركة التابعة لها^(١١).

وأخيراً فإن من المهم معرفة ما إذا كانت السرية المصرفية موجودة بين المؤسسات الائتمانية، يعطي السوابق القضائية^(١٢) إجابة غامضة ويرى أن الاستخدام لا يسمح للمصرفي بالحصول من معلومات مصرفي آخر إلا على الوضع العام لعميله. في رأينا، هذا بمثابة وجود سرية بين المؤسسات الائتمانية، لا يمكنها سوى توفير معلومات عامة لبعضها البعض، باستثناء المعلومات ذات الطابع السري، على الرغم من أن المعلومات العامة حول حساب مقابل مؤسسة ائتمانية قد تكون ذات طبيعة سرية عندما لا يكون طالب المعلومات مؤسسة ائتمانية.

ثانياً: المعلومات المشمولة بالسرية المصرفية

(1) BERTREL, op. cit., n°9, p. 4 ; BONNEAU, op. cit., n°523, p. 372.

(2) VASSEUR, Droit bancaire français et marché commun, Revue internationale dedroit comparé, 1981., p.48.

(3) RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Dalloz, 6e éd.1995..p. 162.

(4) Paris, 20 mars 1990, RD bancaire et bourse n° 21, septembre-octobre 1990. 202, obs. Crédot et Gérard.

(5) GAVALDA et STOUFFLET, « Le contrat dit de factoring », JCP G 1966, I, 2044., n° 618 ; RIVES-LANGE et CONTAMINE RAYNAUD, op. cit., p. 162 .

(6) Crédot, « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », op.cit.,p. 14.

(7) RIVES-LANGE et CONTAMINE RAYNAUD, op. cit., n° 177.

(٨) المادة ٣٢١ من القانون رقم ٢٠٠٣-٠٣٦ المؤرخ ٣٠ يناير ٢٠٠٤ بشأن الشركات التجارية.

(٩) المادة ١٧٦ من القانون المذكور أعلاه.

(١٠) المادة ١٧٨ من القانون المذكور أعلاه.

(11) CA Paris, 8 octobre 1981, D. 1982. IR 124, obs. Vasseur.

(12) Com., 9 janvier 1978, D., 1978, IR 308, obs. Vasseur ; Com., 24 novembre 1983, RTD com., 1984. 321, obs. Cabrillac et Teyssié.

إن السرية المصرفية لا تغطي جميع معلومات الحساب. في الواقع، يمكن للمصرف تقديم معلومات معينة على حساب لطرف ثالث مثل وجود حساب أو قرض لا تغطي السرية المصرفية سوى المعلومات ذات الطابع السري^(١) والتي يكون للمصرف المعرفة في ممارستها لمهنته "لا تمتد السرية لتشمل جميع المعلومات التي من المحتمل أن تعرفها المؤسسات المصرفية في سياق نشاطها المهني، ولكن فقط تلك المتعلقة بالمعلومات السرية ذات الطبيعة الخاصة، مثل الحياة الخاصة أو ثروة الأفراد من الورثة"^(٢) يقال إن المعلومات سرية عندما "تتضمن درجة عالية من الدقة"^(٣) يكون من مقدار رصيد الحساب^(٤) أو مبلغ الرصيد الممنوح سرياً^(٥).

من ناحية أخرى ليست المعلومات السرية، معلومات عامة. "وإن الالتزام بالسرية المهنية التي تخضع لها مؤسسات الائتمان يحظر عليها تزويد العميل الذي يطلبها بمعلومات أخرى غير المعلومات العامة والاقتصادية عن الجدارة الائتمانية لشخص آخر من عملائها"^(٦). وبالتالي، لا ينتهك المصرفي السرية المصرفية من خلال تقديم معلومات عامة عن العميل، وهذا هو الحال عندما يقتصر على الإشارة إلى أن المواعيد النهائية صعبة أو أن المدفوعات منتظمة^(٧).

أخيراً ، يجب الإشارة إلى أنه في سياق هذه السرية المصرفية، هناك معلومات لا يمكن توصيلها حتى لصاحب الحساب، مثل حالة المعلومات التي تغطيها سرية التحقيق^(٨) المصرفي. مثلاً، الذي يصل بموكله نسخة من تقرير طلب بشأن حساباته المصرفية المرسله من قبل ضابط شرطة قضائية يتصرف في سياق التحقيق الأولي ينتهك السرية المهنية^(٩). يحظر قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة ٤-١٣٣ L. أيضاً على المصرف إبلاغ العميل بالمعلومات الواردة في الملف الوطني لحوادث سداد القروض للأفراد. باختصار، المبدأ هو أن يتمتع المصرف عن الإفصاح لأطراف ثالثة عن المعلومات السرية للحسابات المصرفية التي لديه، فالمعلومات السرية بشكل عام هي المعلومات المشفرة أو الدقيقة، وأن انتهاك هذا الالتزام بالسرية المصرفية هو مصدر مسؤولية المصرف.

المبحث الثالث

استثناءات من السرية المصرفية في القانون العراقي والقانون الفرنسي

إلى جانب هذا المبدأ الذي هو، أن يتمتع المصرف عن الإفصاح لأطراف ثالثة عن المعلومات السرية للحسابات المصرفية التي لديه، هناك استثناءات تتمثل في إلزام المصرف بالكشف عن معلومات سرية لأشخاص محددين وفي حالات محدودة للغاية.

أولاً: تفويض المستفيد

بالنسبة للقانون العراقي، حدد المشرع في المادة (٤٩) من قانون المصارف رفع السرية بموافقة العميل نفسه^(١٠)، حيث يلاحظ من خلال المادة المذكورة ما يلي:

١- إن هذه الموافقة بمثابة تنازل من العميل عن حقه في السر المصرفي.

(١) V. RIPERT et ROBLOT par DELEBECQUE et GERMAIN, Traité de droit commercial, t. 2, n° 2282.

(٢) R. ROUTIER, op. cit., n° 511.11, p. 627.

(٣) CA Poitiers, 2 novembre 2005.

(٤) S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, op. cit., n° 194, p. 195.

(٥) Versailles, 23 mars 1994, D., 1994 somm. 328, obs. Vasseur .

(٦) BERTREL, op. cit., p.3 .

(٧) Com., 18 septembre 2007, Bull. civ. IV, n° 195, p. 226; Banque et droit n° 117, janvier-février 2008. 27, obs. Bonneau .

(٨) T. BONNEAU, op. cit., n° 521, p. 370.

(٩) Com., 10 déc ; 2003, Bull. civ. IV, n° 201; D. 2004, AJ 209, obs. X. Delpech.

(١٠) راجع المادة (٤٩) من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ .

٢- يجب أن تكون الموافقة تحريرية وليست شفوية يعبر عنها بشكل صريح وبأرادة غير معيبة مستندة الى أهلية تامة عن تنازله عن حقه في إخفاء بياناته لدى المصرف.

٣- قد تكون الموافقة مطلقة شاملة لجميع بيانات العميل لدى المصرف ولجميع طالبيها وقد تكون مقيدة بنوع معين من البيانات ولحساب معين أو لأشخاص معينين ممن طلبوا البيانات.

٤- بالإمكان جعل الموافقة مؤقتة أو دائمية وحسب رغبة العميل.

٥- اذا كان العميل شخصا معنويا فينبغي في هذه الحالة أن تصدر الموافقة الخطية من الشخص الطبيعي المخول عنه بإعطاء تلك الموافقة، وبالتالي يتم الإفشاء في حدود ذلك الاذن أو التخويل، ايضا نفس الحالة لو كان العميل شخصا طبيعيا وهناك ممثل قانوني عنه وكيل أو نائب اذ يجب ان تكون الوكالة أو النيابة صحيحة ونافذه من الناحية القانونية، وان يكون النص فيها صريحا بالتخويل في اعطاء المعلومات او البيانات عن حسابات العميل الاصيل او عملياته مع المصرف.

أما في القانون الفرنسي فقد حدد المشرع في الاستثناء الأول وهو التخلي من قبل الزبون، وإن الفقرة (٤) من المادة ٣٣-٥١١ L من القانون النقد والمالي تمنح العميل الفرصة للتنازل عن فائدة السرية المصرفية، حيث يجوز له أن يعطي الإذن للمصرف للكشف عن المعلومات السرية، هذا التفويض هو تفويض خاص لحالة معينة على النحو المحدد في المادة المذكورة أعلاه.

يجب أن يتم هذا التنازل عن علم، ويمكن أن يكون التخلي كلياً لأنه قد يكون جزئياً^(١) وبصرف النظر عن تنازل العميل، ينص المشرع على بعض الاستثناءات من مبدأ السرية المصرفية. حيث تنص الفقرة (٢) من المادة ٣٣-٥١١ L من القانون النقد والمالي الفرنسي على أنه "بالإضافة إلى الحالات التي ينص عليها القانون، لا يجوز إقامة السرية المهنية ضد سلطة الرقابة أو السلطة الرقابية أو بنك فرنسا لا للسلطة التي تتصرف في إطار الإجراءات الجنائية، ولا لجان التحقيق المنشأة عملاً بالمادة (٦) من الأمر رقم ٥٨-١١٠٠ المؤرخ في (١٧) نوفمبر ١٩٥٨ المتعلق بأداء المجالس البرلمانية.

ثانياً: السرية المصرفية والسلطات القضائية

١- عدم معارضة السرية المصرفية للمحاكم الجنائية^(٢)

أوضحت المادة المذكورة أعلاه أنه لا يمكن للمصرف أن يعارض السرية المصرفية للسلطة القضائية التي تتصرف في الإجراءات الجنائية^(٣). هذا يعني أن مديري وموظفي مؤسسة الائتمان ملتزمون بالإدلاء بشهادتهم أمام المحاكم الجنائية وإبلاغ المستندات المطلوبة^(٤)، يحق لأي سلطة قضائية تتصرف في سياق الإجراءات الجنائية أن تحصل من المصرف على نفس المعلومات السرية بمجرد قدرتها على إثبات الجريمة^(٥)، يبدأ هذا الإجراء من التحقيق الأولي إلى مرحلة الحكم، يفترض هذا أن السرية المصرفية لا يمكن معارضتها لا لضباط الشرطة القضائية الذين يتصرفون بناءً على طلبات المدعي العام في تحقيق أولي أو إلى النائب العام أو قاضي التحقيق أو القاضي.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان من الممكن معارضة السرية المصرفية لضباط الشرطة القضائية الذين يتصرفون بحكم منصبه دون رئيس قاضي التحقيق أو طلبات النيابة العامة، الفقه^(٦) لا يزال منقسم. إذ ان جزء من الفقه^(٧)

(1) S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, op. cit., n° 195, p. 196.

(2) V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le secret bancaire face au juge pénal en droit français », Revue Lamy droit des affaires mai 2010. 64.

(3) Article 81 al.2 de la Loi n° 95-030; Crim., 27 avril 1994, D. 1994. J. 402, note Gavalda .

(4) T. BONNEAU, op. cit., n° 524, p. 373.

(5) TGI Paris, 20 nov. 1990, D. 1992. Somm. 31, obs. Vasseur; CA Toulouse, 8 févr. 1993, Dr et patr. 1993, n° 6, 37.

(6) Gavalda, obs. ss : Crim. 27 avril 1994, précité .

(7) R. ROUTIER, op. cit., n° 512-21, p.635.

يعتبر أن طلب المعلومات الذي يحتفظ به المصرف لا يتم تحليله على أنه نتائج أو اختبارات تقنية أو علمية، كما يمكن الحصول على نسخة من كشف الحساب المصرفي من قبل ضباط الشرطة القضائية دون الحصول على إذن مسبق من المدعي العام وولاية قاضي التحقيق^(١).

قررت محكمة النقض الفرنسية من جانبها أن ضباط الشرطة القضائية "إذا لم يكن لديه تفويض من قاضي التحقيق [...] لا يمكن له إجراء بحث قانوني دون موافقة صريحة من الشخص الذي تتم له المعاملة، في خزنة مستأجرة من قبل البنك. فلا يمكنه التصرف تلقائياً بحكم منصبه إلا في حالة حدوث جريمة أو جريمة صارخة^(٢)، وعند قراءة هذا الحكم، يبدو أن الحل يميل نحو معارضة السرية المصرفية لضباط الشرطة القضائية الذين يتصرفون دون أمر قضائي.

٢- السرية المصرفية هي عائق مشروع يعارض القاضي المدني

يختلف الحل في المسائل المدنية، عن الحل المعتمد في القضايا الجنائية وأن المبدأ هو أنه في المسائل المدنية، لا يتم رفع السرية المصرفية^(٣) إذ تم توفير حدود لهذا المبدأ من معارضة السرية المصرفية للقاضي المدني.

إذ تعتبر السرية المصرفية هي عائق مشروع يعارض القاضي المدني. وأن هذا المبدأ، المعروف والحاسم للفقهاء القانوني الراسخ^(٤)، حيث استُذكر من قبل الغرفة التجارية لمحكمة النقض في حكم صدر في (١٠) فبراير ٢٠١٥^(٥).

السرية المهنية التي تخضع لها المؤسسات المصرفية بموجب المادة ٣٣-٥١١ L. من قانون النقد والمالي ومقدمي خدمات الاستثمار (PSI) وفقاً للمادة ١٢-٥٣١ L. من القانون المذكور، إذ تهدف السرية "المصرفية" المذكورة إلى حماية عملائها الذين يمكنهم التنازل عنه ضد الإفصاح، والمعلومات السرية التي يمكن إدانتها من الناحية الجنائية، مثل البيانات، والتفاصيل المصرفية، وبشكل عام، جميع "المعلومات غير التجارية فقط ذات طبيعة عامة واقتصادية على اكتفاءها لسداد ديونها لعميل آخر"^(٦) الهيئات الوحيدة التي لا يمكن إنفاذها بشأن سرية البنوك هي هيئة الرقابة والقرار، وبنك فرنسا والسلطة القضائية التي تعمل في الإجراءات الجنائية^(٧) من ناحية أخرى، فإن السرية المصرفية قابلة للتنفيذ في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم المدنية، وهو ما تؤكد السوابق القضائية الوفيرة والمتسقة^(٨).

إذا كانت المادة (١٠) من القانون المدني و (١١) من قانون الإجراءات المدنية في المحاكم المدنية والتجارية تشترط على الجميع تقديم المساعدة للعدالة وإجراءات التحقيق، فإن السرية المصرفية، بالمعنى المقصود في هذه النصوص أو "أساس مشروع" أو "عائق قانوني"، لا سيما في سياق الإجراءات المؤقتة، ومن باب أولى، بناءً على طلب التماس تدابير في المستقبل على أساس المادة (١٤٥) من قانون الإجراءات المدنية^(٩).

إن محكمة النقض ترى أنه، حتى لو كان المدين بالسرية المصرفية طرفاً في النزاع، فإن له ما يبرره في معارضته لرفض توصيل المعلومات المحمية، إذا كان خصمه ليس موكله أو المستفيد من السر وبعد أن تخلت عنها، لكن التلث^(١٠).

(1) CA, Grenoble, 7 juillet 2000, JurisData n° 156486, D.2001, Jur. 1128, note Redon.

(2) Crim., 30 mai 1980, Bull. crim. n° 165 ; D. 1981. Jur. 533, note Jeandidier.

(3) S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, op. cit., n° 196, p. 197 ; T. civ. Strasbourg, 28 avril 1954, Rev. banque 1955. 314, note X. Marin.

(4) Cass. com. 13 novembre 2003, n°00-19.573 ; 25 janvier 2005, n°03-14.693 ; 21 février 2012, n°11-10.900.

(5) Cass. com., 10 février 2015, n°13-14.779, FS-P+B.

(6) Cass. com. 18 septembre 2007, n°06-10.663.

(٧) المادة ٣٣-٥١١ L.، فيما يتعلق بالمؤسسات المصرفية، تضيف إلى هذه القائمة الشاملة لجان التحقيق المنشأة عملاً بالمادة ٦ من الأمر

رقم 58 - 1100 المؤرخ 17 نوفمبر 1958 بشأن عمل المجالس البرلمانية.

(8) Cass. com. 16 janvier 2001, n°98-11.744 ; 13 juin 1995, n°93-16.317 ; 25 février 2003, n°00-21.184.

(9) CA Paris 31 octobre 2003, Juris-Data n°2003-230000 ; Cass. com. 8 février 2005, n°02-11044 à propos du secret professionnel de l'expert-comptable.

(10) Cass. com. 13 novembre 2003, 25 janvier 2005 et février 2012, précités.

إن استمرار هذا الحل هو الذي يتبادر إلى الذهن اليوم في المحكمة العليا، في قضية بين شركتين هدفهما الوساطة في الأدوات المالية - واحدة تلوم الأخرى لتسببها في عدم تنظيم النشاط من خلال السحب بطريقة غير مشروعة لعدد كبير من موظفيها - حيث تم التصريح السابق بناءً على طلب، بناءً على المادة (١٤٥) السالفة الذكر، بالإدلاء ببيان في المقر الرئيسي الثاني وأدوات الاتصال الموضوعة على متاح للموظفين السابقين.

من أجل تأكيد الرفض، الذي يقره القاضي الأول، لطلب إلغاء الأمر على الطلب، احتفظت محكمة الاستئناف بما يلي:
- سرية الأعمال فهي لا تشكل في حد ذاتها عقبة أمام تطبيق أحكام المادة (١٤٥)، فقد وجد القاضي أن التدابير المطلوبة لها دوافع مشروعة وضرورية للحماية من الجهة الذي طلبت منهم .

- الاحتفاظ بنسخ من الوثائق أو الملفات التي يتم إجراؤها في إطار مهمته من خلال اصدار أمر، مع الإشارة إلى أن الافراج عن الحجز لا يمكن تنفيذه الا بعد مناقشة الخصومة في هذه المسألة، وكان على القاضي ضمان الحفاظ على احترام السرية المصرفية أو سرية الشركات.

وهذا هو السبب في أن محكمة النقض قد خضعت للرقابة من خلال التذكير، حيث بينت على أنه وفقاً للمادة ٣٣-٥١١ L. من القانون النقد والمالي، وجنبا إلى جنب مع المادة (١١) من قانون الإجراءات المدنية، بأن السرية المهنية التي أصدرتها أولى من هذه المواد تشكل عائقاً مشروعاً معارضاً للقاضي المدني لا يتوقف عن مجرد كون المؤسسة المالية طرفاً في دعوى قضائية، لان خصمه ليس هو المستفيد من السرية الذي لم يخلى عنه العميل بنفسه".

اجاز المشرع العراقي في المادة (٤٩) من قانون المصارف، لأحد ورثة المتوفي العميل أو الموصى لهم من التركة الموافقة على اعطاء معلومات او بيانات عن حسابات مورثه أو عملياته مع المصرف الذي يتعامل معه مع الالتزام على أن تكون هذه الموافقة خطية وبيان ما إذا كانت مطلقة أو مقيدة.

ثالثاً: عدم امكانية السرية المصرفية في البنك المركزي

تنص الفقرة (٢) من المادة ٣٣-٥١١ L. من القانون النقد والمالي، بالإضافة إلى السلطات القضائية التي تعمل في سياق الإجراءات الجنائية، على استثناء آخر عن السرية المصرفية، سلطة الرقابة والقرار وبنك فرنسا، فمن المعقول اعتبار أن هذا التقييد يفيد المنظمات التي تشكل معادلة تلك المذكورة في القانون الفرنسي.
أما في قانون المصارف العراقي لا تنطبق أحكام المادة (٤٩) والمادة (٥٠) من هذا القانون على افشاء المعلومات في الحالات التالية:-

أ- أداء الواجبات المسندة قانوناً الى مراجعي الحسابات الذين يعينون من قبل المصرف او من قبل البنك المركزي العراقي وفقاً لأحكام هذا القانون.

ب- المعلومات والمستندات التي يطلبها البنك المركزي العراقي بخصوص اداءه لواجباته بمقتضى احكام هذا القانون او بمقتضى احكام قانون البنك المركزي العراقي.

ج- الاجراءات المتخذة بحسن نية في سياق اداء الواجبات او المسؤوليات التي يفرضها هذا القانون او تنفيذ اجراءات لمكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب بموجب انظمة البنك المركزي العراقي.

د- إصدار شهادة او بيان بأسباب رفض صرف اي شيك بناء على طلب صاحب الحق.

هـ - تزويد معلومات حول مديونية العملاء لتوفير البيانات اللازمة للبت في سلامة منح الائتمان، الشيكات المرتجعة دون تسديد او اي معادلة اخرى يراها البنك المركزي العراقي ضرورية بسبب اهميتها لسلامة النشاط المصرفي بين المصارف وذلك مع البنك المركزي العراقي او اي جهات اخرى يوافق عليها البنك المركزي العراقي لتسهيل تبادل هذه المعلومات بموجب القواعد والإجراءات المحددة في انظمة البنك المركزي العراقي.

و- انشاء مصرف لكل او بعض المعلومات الخاصة بمعاملات العميل لأثبات مطالبته في نزاع قضائي بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات.

ز- المعلومات التي يقدمها البنك المركزي العراقي الى سلطات رقابية في بلدان اخرى بمقتضى المادة (٥٤) من هذا القانون.

رابعاً: الاتصالات أو المراسلات المصرح بها

بصرف النظر عن الإستثناءات المذكورة أعلاه، تنص الفقرة (٣) من المادة ٣٣-٥١١ L. (١) على بعض المراسلات المسموح بها. يتعلق ذلك بالاتصال بوكالات التصنيف الائتماني، والتصنيف لغرض تصنيف الامور المالية وتقديم المعلومات اللازمة للتفاوض أو إبرام أو تنفيذ بعض المعاملات المنصوص عليها في المادة ٣٣-٥١١ L. المذكورة أعلاه الفقرة (٣)، مثل عمليات الائتمان "والمعاملات في الأدوات المالية للضمانات أو التأمين لغرض تغطية مخاطر الائتمان. تتطلب الفقرة الأخيرة من هذا البحث من الأشخاص الذين تلقوا مثل هذه المعلومات التي تغطيها السرية المهنية لأغراض إحدى هذه العمليات "الاحتفاظ بالمعلومات السرية، سواء نجحت العملية أم لا. ومع ذلك، في حالة نجاح المعاملة، يجوز لهؤلاء الأشخاص، بدورهم، توصيل المعلومات التي تغطيها السرية المهنية وفقاً للشروط المشار إليها في هذا البحث إلى الأشخاص الذين يتفاوضون معهم أو يبرمون أو ينفذون المعاملات المنصوص عليها في هذا البحث. أعلاه. "

هناك استثناءات أخرى من مبدأ السرية المصرفية حيث إنّ الأخيرة تتزايد باستمرار، وكذلك عدم تعرض السرية المصرفية للسلطات المسؤولة عن غسل الأموال، ومكافحة الإرهاب، نظراً لأن الدراسة تركز على مسؤولية المصرف، لا يمكن للمرء أن يتطرق إلى السرية المصرفية التي تتطلب دراسة متعمقة أخرى. لقد حددت الدراسة ببساطة الاستثناءات الأكثر إشكالية في العراق، أثناء صيانة الحساب المصرفي للعميل، يخضع المصرف لجميع الالتزامات المذكورة، وتفرض هذه الالتزامات عليه بسبب وضعه المهني.

الخاتمة

من دراستنا لهذا البحث فقد توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات والتي نبينها كما يلي:

الاستنتاجات

١- هناك ضرورات قد تدفع بالشخص الى أن يعهد بأسراره الى مؤسسات معينة كالمصارف والبنوك من أجل الحصول على مساعدة أو خدمة معينة، والتي من المفترض حينها أن تكون أماكن آمنة لحماية أموالهم من السرقة أو الضياع واطلاع الغير عليها.

٢- أن أهمية السرية المصرفية في الالتزام بالسر المصرفي يحقق العديد من الفوائد للفرد وللدولة، وهذا لا يمنع أن لهذه الفوائد مردودها الايجابي على المجتمع ككل وبصورة غير مباشرة، من حيث بناء الثقة بين العميل والمصرف والتأكيد على حرية الفرد في الحفاظ على اموره الخاصة في اماكن آمنه، ومن الفوائد التي تعود الى الدولة في دور الفعال المصارف في حماية المصلحة الاجتماعية والاقتصادية العامة في الاقتصاد الوطني.

٣- في قانون المصارف العراقي رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٤ لم يضع المشرع العراقي تعريفا جامعاً للسر المصرفي وإنما وضع مبدأ للسرية المصرفية وأورد عليه استثناء: المبدأ، هو عدم جواز اعطاء أي بيانات أو معلومات عن حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنتهم لديه بشكل مباشر أو غير مباشر. أما الاستثناء، حالات محددة ترفع فيها السرية عن حسابات العملاء وبقية العمليات المصرفية لأسباب حددها المشرع العراقي.

(1) T. BONNEAU, op. cit., n° 524, p. 373.

- ٤- كما ورد في قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٤ فيما يتعلق بالسرية المصرفية، عالج أحكامها من خلال نصوص قانونية الزمت فيها الالتزام بالسرية المصرفية.
- ٥- حدد المشرع الفرنسي في القانون رقم ٨٤-٤٦ المؤرخ بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٨٤ الالتزام بالسرية المصرفية، كما يعاقب المشرع الفرنسي على انتهاك السرية المهنية في قانون العقوبات من خلال الإفصاح عن المعلومات ذات الطبيعة السرية من قبل الشخص الذي أودعها عن طريق الدولة أو المهنة.
- ٦- ان المشرع الفرنسي حدد قانون (٣) يناير سنة ١٩٧٣ المتعلق بتنظيم البنك المركزي الفرنسي والذي أخضع موظفي بنك فرنسا بموجب المعلومات التي يتم تبادلها لواجب السر المهني، فمن الضروري خضوع موظفي البنك المركزي الفرنسي للالتزام بالسرية المصرفية، تحت طائلة العقوبات المقررة في قانون العقوبات.
- ٧- المشرع العراقي قد أوضح في قانون المصارف أن الالتزام بالحفاظ على السرية المصرفية لا يقتصر على العاملين بالمصرف وإنما يمتد سريانه الى اطراف خارج المصرف.
- ٨- أما القانون الفرنسي بين أن جميع الأشخاص الذين يمكنهم، في نطاق واجباتهم، الحصول على معلومات سرية والتي تحتفظ بها المؤسسات الائتمانية ملزمون بالسرية المصرفية.
- ٩- المبدأ هو أن يتمتع المصرف عن الإفصاح لأطراف ثالثة عن المعلومات السرية للحسابات المصرفية التي لديه، المعلومات السرية بشكل عام هي المعلومات المشفرة أو الدقيقة، وأن انتهاك هذا الالتزام بالسرية المصرفية هو مصدر مسؤولية المصرف.
- ١٠- بالنسبة للقانون العراقي، حدد المشرع في قانون المصارف رفع السرية بموافقة العميل نفسه وبشروط معينة اوردتها في المادة (٤٩) من القانون المذكور سلفاً.
- ١١- أما في القانون الفرنسي، حدد المشرع استثناء وهو التخلي من قبل الزبون عن السرية المصرفية، ونصت الفقرة (٤) من المادة ٣٣-٥١١ L من القانون النقد المالي، منح العميل الفرصة للتنازل عن فائدة السرية المصرفية، يجوز له أن يعطي الإذن للمصرف للكشف عن المعلومات السرية، هذا التفويض هو تفويض خاص لحالة معينة على النحو المحدد في المادة المذكورة أعلاه.
- ١٢- في القانون الفرنسي لا يمكن للمصرف أن يعارض السرية المصرفية للسلطة القضائية التي تتصرف في الإجراءات الجنائية.
- ١٣- السرية المصرفية هي عائق مشروع يعارض القاضي المدني. يختلف الحل في المسائل المدنية، عن الحل المعتمد في القضايا الجنائية والمبدأ هو أنه في المسائل المدنية، لا يتم رفع السرية المصرفية اذ تم توفير حدود لهذا المبدأ من معارضة السرية المصرفية للقاضي المدني.
- ١٤- اجاز المشرع العراقي في المادة (٤٩) لأحد ورثة المتوفي العميل أو الموصى لهم من التركة الموافقة على اعطاء معلومات او بيانات عن حسابات مورثه أو عملياته مع المصرف الذي يتعامل معه مع الالتزام على أن تكون هذه الموافقة خطية وبيان ما إذا كانت مطلقة أو مقيدة.
- ١٥- حدد المشرع الحالات التي لا يمكن إقضاء المعلومات، حيث نص المشرع في قانون المصارف في انه لا تنطبق أحكام المادة (٤٩) والمادة (٥٠) من هذا القانون على افشاء المعلومات.
- ١٦- وأخيرا نص المشرع الفرنسي بالتصريح والسماح على بعض المراسلات والاتصالات حيث نصت الفقرة (٣) من المادة ٣٣-٥١١ L على بعض المراسلات المسموح بها. والتي تتعلق بالاتصال بوكالات التصنيف الائتماني والتصنيف لغرض تصنيف الامور المالية وتقديم المعلومات اللازمة للتفاوض أو إبرام أو تنفيذ بعض المعاملات.

التوصيات

- ١- إيجاد مشروع نظامي مُتكامل يُعنى بتنظيم السرية المصرفية وأحكامها في العراق، وينبغي أن يحتوي هذا المشروع على تحديد مفهوم السرية المصرفية بوضوح، ومن الملزمون بها، وما الأمور الداخلة في السرية المصرفية، وما الاستثناءات الواردة على هذه السرية، وتحديد العقوبات المترتبة على إفشاء السرية المصرفية.
- ٢- إلزام المصارف العاملة في العراق على تضمين السرية المصرفية في جميع العقود المصرفية، على اعتبار أن هذا الالتزام يعتبر من أهم المبادئ المستقرة في العرف المصرفي وعلى أن هذا الالتزام هو التزام اقره العرف المصرفي قبل القانون، حيث يستتف ذلك من الواقع العملي لهذه المهنة.
- ٣- ينبغي تحديد المدة التي يجب على المصرف الاحتفاظ بالسرية المصرفية لعملائه متى تبدأ ومتى تنتهي، من خلال النص على ذلك في القانون أو على إلزام المصارف بتضمين مدة سريان الالتزام بالسرية في العقود التي يتم إعدادها، حيث نوصي بضرورة سريان الالتزام بالسرية من الوقت الذي يفتح العميل حسابه مع المصرف، مع استمرار هذا الالتزام إلى بعد زوال العقد بمدة كافية.
- ٤- إبراز مسألة السرية المصرفية ودورها في تحقيق المصالح العامة، من قِبَل المختصين في الشؤون المصرفية والقانونية على حدّ سواء في العراق، من خلال الدراسات المتعلقة بالموضوع أو المقالات التي تنشر في المجالات المختصة بهذا الشأن، وذلك بُغية تثقيف المجتمع بهذا الأمر، وتوعية الفرد بهذه القاعدة المقررة شرعاً ونظاماً وعرفاً مصرفياً، ومع ذلك فإنّ هذا الحق هو من ضمن الحقوق الغائبة عن الأذهان والتعامل المصرفي معاً في الجملة.
- ٥- ضرورة التركيز على فئة العاملين في البنوك من خلال الحرص على أعداد برامج تدريبية وتكوينية على مستوى عالي وإخضاعهم لها باستمرار، مع الاستمرار بالخبرات الأجنبية في هذا المجال بما يزيد من وعيهم وكفاءتهم في التيقظ وكشف وإبلاغ عن الحالات المشتبه بها كذلك كيفية التعامل مع العملاء المشتبه فيهم وتقليل حالات كشف السر المصرفي لعملاء البنك.

المختصرات

- Banque. / Revue Banque
Bull.civ. / Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.
civ. / Code civil.
C. com. / Code de commerce.
CA . / Cour d'appel.
Crim. / Chambre criminelle de la Cour de cassation.
Civ. 3°. / Troisième chambre civile de la Cour de cassation
D. / Dalloz.
Com. / Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.
Defrénois. / Répertoire du notariat Defrénois.
RD banc. / et fin. Revue de droit bancaire et financier.
Rev. / Revue.
Gaz.Pal. / Gazette du Palais.
JCP E. / La semaine juridique édition entreprise et affaires.
JCP G La semaine juridique édition générale.
RJ com. / Revue de jurisprudence commerciale RJDA.
RTD Civ. / Revue trimestrielle de droit civil.
RTD Com, / Revue trimestrielle de droit commercial.
préc / Spécialement.

المصادر

أولاً: الكتب

- ١- د. أحمد سفر، "المصارف وتبييض الاموال تجارعية وأجنبية"، منشورات اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠١.
- ٢- دانا حمة باقي عبد القادر، "السرية المصرفية في اطار تشريعات غسيل الاموال، دراسة تحليلية مقارنة"، دار الكنب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الامارات، ٢٠١٣.
- ٣- فليح كمال، "الحماية الجنائية لاسرار المهنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٤- د. حسين النوري، "الكتمان المصرفي - اصوله وفلسفته"، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة السابعة عشر، ١٩٧٥.
- ٥- د. حسني المصري، "عمليات البنوك في القانون الكويتي"، مؤسسة الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٤.
- ٦- د. علي جمال الدين عوض، "عمليات البنوك من الوجهة القانونية"، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ٧- د. علي جمال الدين عوض، "عمليات البنوك من الوجهة القانونية"، ط ١٩٩٨، لا يوجد دار للنشر.
- ٨- د. عبد الرحمن السيد قارمان، "نطاق الالتزام بالسر المصرفي، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٩.
- ٩- د. سميحة القلوبوي، "الاسس القانونية لعمليات البنوك"، مكتبة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٠- شاكرا القزويني، "محاضرات في إقتصاد البنوك"، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٢.
- ١١- محمد عبد الحي ابراهيم، "افشاء السر المصرفي بين الحظر والأباحة، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٢.
- ١٢- د. كمال ابو العيد، "سر المهنة"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع، ١٩٧٨.
- ١٣- د. رضا السيد عبد الحميد، "سرية الحسابات المصرفية على ضوء القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ وقانون التجارة الجديد"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- ١- بدر تراك سليمان الشمري، "الجوانب القانونية المتعلقة بسر المهنة، دراسة مقارنة بين القانون الاردني والكويتي"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٧.
- ٢- د. ابو زبيدي الياس، "السرية في المؤسسات المصرفية (دراسة مقارنة)"، جامعة ابي بكر بلقايد، رسالة دكتوراه، ٢٠١٨.
- ٣- د. سيد حسن عبد الخالق، "النظرية العامة لجريمة افشاء الاسرار"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.

رابعاً: القوانين والتشريعات

١. قانون المصارف الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٨٤.
٢. قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤.
٣. القانون النقد والمالي الفرنسي.
٤. قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٤.
٥. قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٤.
٦. قانون المستهلك الفرنسي.
٧. قانون ٣ يناير سنة ١٩٧٣ المتعلق بتنظيم البنك المركزي الفرنسي.
٨. الأمر رقم ٥٨-١١٠٠ المؤرخ في (١٧) نوفمبر ١٩٥٨ المتعلق بأداء المجالس البرلمانية.

٩. قانون الاجراءات المدنية الفرنسي.

١٠. قانون رقم ٢٠٠٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن الشركات التجارية.

رابعاً: المراجع باللغة الفرنسية

1. Anne TEISSIER, "*le secret professionnel du banquier*", Tome 1&2 ,éd .P.U.A.M,1999.
2. BONNEAU.T.Droit bancaire, Montchrestien, "*Coll. Domat Droit privé*", 10^e éd. 2013.
3. Brenner, C. L'étendue du secret professionnel, in "*Le secret professionnel* " XIIIes Rencontres Notariat-Université, Paris, 3 novembre 2003, Les petites affiches, 3 février 2003.
4. BERTREL, "*Obligation au secret professionnel du banquier* ", BRDA, 1991.
5. CREDOT, "*Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques*", LPA, 17 février 1998.
6. Canivet, G. Réflexions sur "*le secret professionnel*", Gaz. Pal. 19 février 2005.
7. GAVALDA, "*Le secret bancaire français* ", DPCI, 1990.
8. LASSERRE CAP DE VILLE, "*le secret bancaire etude de droit compare (France ,Suisse*", Luxembourg, Tome1&2 ,P.U.A.M ,2006.
9. ROUTIER, R. Obligations et responsabilité "*du banquier*", 3^e éd., Dalloz, 2011.
10. Rouzet, G. "*Le secret notarial, Répertoire Defrénois*" 1995, article 36207.
11. RIPERT. V. et ROBLOT par DELEBECQUE et GERMAIN, "*Traité de droit commercial*", t. 2, n^o 2282.
12. Raymond FARHAT, "*secret bancaire ,étude de droit compare (France suisse liban)*", thèse, éd.L.G.D.J 1970.
13. RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, "*Droit bancaire*", Dalloz, 6^e éd.1995.
14. Marty. M. Delmas, "*A propos du secret professionnel*", D. 1982,
15. VASSEUR, "*Droit bancaire français et marché commun*", Revue internationale de droit comparé, 1981.
16. PIEDELIEVRE. S. et E. PUTMAN, "*Droit bancaire*", Economica 2011., n^o193 .

خامساً: قرارات الاختصاص القضائي

Bonneau T.

1- Obs.sous. Com. 25 février 2003, Bull. civ. IV, n^o 26, p. 30 ; Banque et droit n^o 89, mai-juin 2003.56.

2- Obs.sous. TGI Nanterre, 6e ch. 25 mai 2010, Banque et droit n^o 133, septembre-octobre 2010.37.

3- Obs.sous. Com., 18 septembre 2007, Bull. civ. IV, n^o 195, p. 226; Banque et droit n^o 117, janvier-février 2008. 27.

Credot. F. et Gerard Y.

1- Obs.sous.Com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV, n^o 121, p. 197; RD bancaire et bourse, n^o 50, juillet/août 1995. 145.

2- Obs.sous. RD bancaire, 1994. 259.

3- Obs.sous. Paris, 20 mars 1990, RD bancaire et bourse n^o 21, septembre-octobre 1990. 202.

4- Obs.sous. RD bancaire, mars-avril 2001. 74.

Critique.

1- Note. sous.Reims, 25 février 1993, RD bancaire et bourse n^o 39, septembre-octobre 1993.226 .

Cabrillac . et Teyssie .

1- Obs.sous. RTD com., 1984. 321.

Gavalda et Stoufflet.

1- Obs.sous. JCP E 1996, I, 525, n^o 7.

Delpech. X.

1- Obs.sous. Com., 10 déc ; 2003, Bull. civ. IV, n° 201; D. 2004, AJ 209.

Derieux, E.

1- Violation de la vie privée et du secret médical, note sous CA Paris, 13mars 1996, SA Editions Plon c/ Cts Mitterrand, JCP G 1997, 22894.

Jeandidier

1- Note. sous.Crim., 30 mai 1980, Bull. crim. n° 165 ; D. 1981. Jur. 533.

Lasserre Capdeville.

1- Obs.sous.Com., 16 décembre 2008, D., 2009.784.

Moulin.

1- Note. sous.Com.,16 janvier 2001, Bull. civ., IV, n° 12; RJ com., 2001.133.

MARTIN X.

1- Note. sous.T. civ. Strasbourg, 28 avril 1954, Rev. banque 1955. 314.

Redon.

1- Note.sous.CA,Grenoble,7 juillet 2000,JurisData n° 156486, D.2001,Jur.1128.

Suzanne. M.

1- Note. sous.Gaz. Pal. 1981, p. 221.

Vasseur.

1- Obs.sous.CA Paris, 8 octobre 1981, D. 1982. IR 124.

2- Obs.sous.Com., 9 janvier 1978, D., 1978, IR 308.

3- Obs.sous.Versailles, 23 mars 1994, D., 1994 somm. 328.

4- Obs.sous.TGI Paris, 20 nov. 1990, D. 1992. Somm. 31^{فقا}. CA Toulouse, 8 févr. 1993, Dr et patr. 1993, n° 6, 37.

Quotidien juridique.

1- Cass. com. 13 novembre 2003, n°00-19.573 ; 25 janvier 2005, n°03-14.693 ; 21 février 2012, n°11-10.900.

2- Cass. com., 10 février 2015, n°13-14.779, FS-P+B.

3- Cass. com. 18 septembre 2007, n°06-10.663.

4- Cass. com. 16 janvier 2001, n°98-11.744 ; 13 juin 1995, n°93-16.317 ; 25 février 2003, n°00-21.184.

5- CA Paris, 15 novembre 2002, JurisData n°2002-196043.

6- CA Toulouse, 8 févr. 1993, Dr et patr. 1993, n° 6, 37.

7- CA Poitiers, 2 novembre 2005.

8- CA Paris 31 octobre 2003, Juris-Data n°2003-230000 ; Cass. com. 8 février 2005, n°02-11044 à propos du secret professionnel de l'expert-comptable.

9- CE, 30 déc. 2009, n° 306173, JurisData n° 2009-017446.

10- Com., 13 juin 1995, Bull. civ.IV, n° 172, p. 159 ; Quotidien juridique n° 57, 18 juillet 1995.8.

الإعلام الإلكتروني وأثره على حقوق المرأة في
اطار القانون الدولي العام

**The Impact of the Electronic Media on Women's
Rights within the Framework of the Public
International Law**

نهى عيد الخالق احمد
مدرس مساعد
كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك
Nuha.aldoory2@gmail.com

الملخص

أضحى عصر التكنولوجيا الرقمية والإعلام الإلكتروني سبباً رئيساً في تنوع وتعدد الآثار التي ظهرت في مجتمعاتنا وأثرت بشكل مباشر على أغلب فئاته الاجتماعية لاسيما النساء سواءً كان ذلك سلباً أم إيجاباً، ولا تخفى على أحد منا أنّ الآثار الايجابية التي عكست دور المرأة وحقيقتها أهميتها كعنصر فاعل في المجتمع في كافة نواحيه السياسية والاجتماعية والثقافية لا بل حتى الاقتصادية سواء في زمن السلم أم النزاع فأصبحت صانعة وقائدة للسلام، إذ ساهمت النساء اليوم شأنها شأن الرجال في بناء المجتمع وتنميته وتعزيز أمنه وسلمه

إلاّ أنّه ومن جانب آخر تركت هذه الثورة الاعلامية أثراً سلبية عديدة على المرأة وحقوقها وأخطرها ما تنشره وسائل هذا الإعلام من صور مبتذلة لا تتناسب مع قيمتها أو مكانتها في المجتمع، أو إبرازها بصورة نمطية سلبية تسيء إليها، فبذلك تؤدي وسائل الإعلام الإلكتروني دوراً في تعرضها للاستغلال والتلاعب وانتهاك حقوقها من أسلوب تداولها كسلعة تباع وتشترى على المواقع الإلكترونية لأغراض جنسية أو إرهابية أو غير ذلك، كما يتمّ التشهير بها أو يتمّ انتهاك خصوصيتها أو تعرضها للتهديد والابتزاز وخير دليل على ذلك ما نشاهده من تهديد للكفاءات والناشطات في مجال حقوق الإنسان في تلك الوسائل أو ما يلمسه منها فمن أجل أهمية هذا الموضوع ومخاطره ارتأينا البحث فيه من خلال التركيز على دور الإعلام الإلكتروني وانعكاساته على حقوق المرأة في اطار قواعد القانون الدولي ومدى تأثير ذلك عليها.

الكلمات المفتاحية: المرأة، الاعلام الإلكتروني، الحماية، الحقوق.

Abstract

The era of digital technology and electronic media has become a major reason for the diversity and multiplicity of effects that have emerged in our societies and directly affected most of its social groups, especially women whether negatively or positively. Undoubtedly, it is clear the positive effect that reflected the role of women and the reality of being an effective factor in society in all its political, social, cultural and even economic aspects, whether in peacetime or conflict. Women have become peacemakers and leaders in their societies.

However, this technological revolution has left negative effect on women and their rights and the most serious one is the impudent images the media publishes which are not appropriate to their value or place in society. Thus, the electronic media plays a negative role in their exploitation, manipulation and in violating their rights through considering them as a commodity that is bought and sold on websites for sexual or terrorist purposes.

Women are sometimes defamed or subject to privacy violation or being threatened or blackmailed and what we see today is a clear evidence of such threats against the brains and the activists in the field of the human rights. Therefore, for the importance of this topic and its risks, there has been a special focus on the role of the electronic media and its reflections on women's rights within the framework of the rules of the international law.

Key word: woman, electronic media, rights, protection.

المقدمة

ما بين عالم الامل وعالم اليوم تسارعت خطى التطور التكنولوجي ليشمل كافة جوانب الحياة ومنها الجانب الاعلامي الذي كان لازماً عليه أن يطور أساليبه ووسائله لتتماشى مع هذا التطور العام، فظهرت وسائل إعلامية حديثة تعتمد بشكل أساسي على الشبكة المعلوماتية في نقل المعلومة وإيصال الخبر، إذ تتميز بسرعة نقل المعلومة وانتشارها وعدم تقيدها بحدود المكان والزمان و قلة تكلفتها وعدم تقيدها بنسق اعلامي معين... الخ، فهذه الوسائل شأنها شأن أي وسيلة تقنيّة مثلت سلاحاً ذوا حدين وحملت في طياتها إيجابيات وسلبيات عديدة انعكست على فئات المجتمع الذي تخاطبه بكل فئاته ولاسيما النساء،

فهي من جانب كانت منبراً ايجابياً يبرز فيه دور المرأة وحقيقتها وأهميتها في المجتمع، لكنه ومن جانب آخر شكل وسيلة تنتهك من خلاله حقوقها وتقع بمصيدة شباكه ضحية للاستغلال، في ظل ضعف الرقابة القانونية الوطنية او عدم اعمال القواعد القانونية الدولية التي تحمي المرأة وتقرّ بحقوقها، وهو ما استدعى الوقوف في هذا البحث.

اشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث حول بيان فاعلية كل من القواعد القانونية الدولية التي تحمي المرأة بوصفها من الفئات الخاصة وكنسانة في النهاية حالها حال بقية الفئات أوتلك التي تحكم البيئة الالكترونية بضمنها الاعلام الالكتروني في مواجهة المخاطر التي يخلفها هذا الإعلام على حقوق المرأة.

اهمية البحث

تتجسد أهمية موضوع البحث بكونه بحاجة الى معالجة قانونية فاعلة وسريعة كونه يمس شريحة مهمة من شرائح المجتمع الا وهي النساء اللاتي يمثلن نصف المجتمع وصانعات الاجيال، وحمائتهن واجب أخلاقي قبل ان يكون قانوني وإعمال حقوقهن تنعكس بالإيجاب اولاً وأخراً على أمن المجتمع وسلمه.

أسباب اختيار البحث

إنّ السبب الأساسي يكمن في تزايد الانتهاكات التي تطال المرأة وحقوقها في ظل تكنولوجيا الاعلام الحديثة وضعف الرقابة القانونية لاسيما الدولية وعجزها عن التصدي لتلك الانتهاكات، زيادة على عدم وعي أو إدراك أغلب النساء بالمخاطر التي قد يتعرّضن لها من تلك التكنولوجيا.

فرضية البحث

تقوم فرضية البحث على أنه لو تمّ إعمال القواعد القانونية الدولية التي تحمي المرأة وتقرّ بحقوقها ويجاد رقابة قانونية فاعلة تحكم وسائل الاعلام خاصة والبيئة الالكترونية عامة، إضافة إلى تفعيل دور البرامج التوعوية والارشادية حول الاستخدام الأمثل لتلك الوسائل فانه في مثل هذه الحالة يمكن الحدّ أو منع وقوع النساء ضحية لمخاطرها مع إمكانية تمتعها بإيجابياتها.

منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا كل من المنهج الوصفي والتحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الدولية التي تنظّم الموضوعات ذات الصلة والمنظمة لحقوق المرأة وحمائتها والحاكمة للبيئة الالكترونية والاعلام الالكتروني، والوقوف عند تحليل بعض القرارات الدولية كذلك.

هيكلية البحث

اتساقاً مع ماتقدم ارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى مبحثين تسبقهما مقدمة وتليها خاتمة المبحث الأول منه يوضح مفهوم لإعلام الألكتروني وسماته منها يوضّح وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة مطالب، فالأول منها يبين تعريف الاعلام الالكتروني والثاني لبيان سماته والثالث خصص لتوضيح سلبياته، اما المبحث الثاني خصص لبيان انعكاسات الاعلام الالكتروني على حقوق المرأة من خلال تقسيمه الى ثلاثة مطالب، يوضح الاول الدور الايجابي للاعلام الالكتروني بالنسبة للمرأة، والثاني لبيان انتهاكات الاعلام الالكتروني لحقوقها، والثالث لحماية المرأة في البيئة الالكترونية، أما خاتمة البحث فقد تضمنت العديد من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الاول

مفهوم الاعلام الالكتروني ووسائله

في ظل العولمة الالكترونية تطور مفهوم ووسائل الاعلام مما كان عليه سابقا، فلم تعد وسائله قاصرة على الاذاعة والتلفزيون ولم تعد وظيفته فقط إرسال المعلومة من جانب وتلقيها من جانب آخر بل ذهب إلى ابعد من ذلك، وهو ما سنتولى بيانه ضمن المطلبين الآتيين:

المطلب الاول

تعريف الاعلام الالكتروني

تعددت التسميات التي أطلقت على الإعلام بشكله الحديث فأطلق عليه اسم الإعلام الجديد، والاعلام الرقمي، والاعلام البديل، والاعلام الافتراضي، الاعلام التفاعلي والاعلام الالكتروني، وهذه التسميات بمجملها كانت نتاج التزاوج الحاصل بين وسائل الاعلام التقليدية والتطور التكنولوجي الذي ربطها بالشبكة المعلوماتية وبمعنى أدق الانترنت، ومما يجدر ذكره ان ظهور الاعلام الالكتروني لم يبلغ وجود ما سبقه وإنما أحدث تطوراً بالوسائل والسبل الاعلامية بأن أوجد منصات إعلامية جديدة وحديثة.

يعرّف الإعلام في اللّغة بأنه " مصدر أعلم اي نشر بواسطة الاذاعة او التلفزيون او الصحافة، وعلم الشخص الخبر حصلت له حقيقة العلم، عرفه وأدركه، وأعلمه بالأمر أخبره به وعرفه إياه وأطلع عليه، "لا علاقة له ب(أعلم)^(١). اما تعريفه اصطلاحاً فهو "عملية ديناميكية تهدف إلى توعية وتنقيف وتعليم واقناع مختلف فئات الجماهير التي تستقبل موادّ مختلفة وتتابع برامج وفقراته" ويقصد به "تلك العملية التي يترتب عليها نشر الاخبار والمعلومات الدقيقة التي تركز على الصدق والصرحة ومخاطبة عقول الجماهير وعواطفهم السامية والارتقاء بمستوى الرأي فوظيفة الاعلام هي الإبلاغ، والشرح، والتفسير، والتنقيف، والامتناع، فهو تغيير عملي لتكوين المعرفة والاطلاع والإحاطة لما يهم الانسان في كلّ زاوية من زوايا محيطه وفي كل مرفق من مرافق حياته"^(٢)، كما يعرف الإعلام بأنه "كافة أوجه النشاطات الاتصالية التي تستهدف تزويد الجمهور بكافة الحقائق والأخبار الصحيحة والمعلومات السليمة عن القضايا والموضوعات والمشكلات ومجريات الأمور بطريقة موضوعية وبدون تحريف، بما يؤدي إلى تكوين أكبر درجة ممكنة من المعرفة والوعي والإدراك والإحاطة الشاملة لدى فئات جمهور المعلقين للمادة الإعلامية بكافة الحقائق والمعلومات الموضوعية الصحيحة عن هذه القضايا والموضوعات، وبما يساهم في تنوير الرأي العام وتكوين الرأي الصائب لدى الجمهور في الوقائع والموضوعات والمشكلات المثارة والمطروحة"^(٣).

في حين يعرف الاعلام الالكتروني بأنه "الاعلام الذي يعتمد على استخدام الحاسب الآلي في إنتاج وتخزين وتوزيع المعلومات، ويتميز بارتباطه بشبكة الانترنت والحاسب الالي والأجهزة النقالة، ودمج وسائل الإعلام التقليدية بعد اضافة الميزة الرقمية والتفاعلية"^(٤)، أو كما يقال: أنه "نوع جديد من الإعلام ينشط في الفضاء الافتراضي ويستخدم الوسائط الإلكترونية كأدوات له تديرها دول ومؤسسات وأفراد بقدرات وإمكانات متباينة، ويتميز بسرعة الانتشار وقلة التكلفة وشدة التأثير"^(٥)، وتذهب اللجنة العربية في تعريفها للأعلام الالكتروني الى أنه "الخدمات والنماذج الاعلامية الجديدة التي تتيح نشأة وتطوير محتوى وسائل الاتصال الاعلامي لياً في العملية الاعلامية باستخدام التقنيات الالكترونية الحديثة الناتجة عن اندماج تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات كنواتل اعلامية غنية في الشكل والمضمون ويشمل الاعلام الالكتروني الاشارات والصور المكونة لمواد إعلامية بأشكالها المختلفة"^(٦).

(١) د. احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط١، مجلد ٢، لم يشر الى مكان النشر، ٢٠٠٨، ص ١٥٤١.

(٢) عبد العزيز الشريف، الاعلام الالكتروني، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٤، ب.ص.

(٣) سمير حسين، الإعلام والاتصال بالجماهير، ط ١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢.

(٤) سعد بن محارب المحارب، الاعلام الجديد في السعودية، دراسة تحليلية في المحتوى الاخباري للرسائل النصية القصيرة، جداول للنشر والتوزيع،

الكويت، ٢٠١١، ص ٢٨.

(٥) د. سعد ياسين يوسف، الإعلام الإلكتروني، صحيفة المثقف انموذجا، الموقع الالكتروني، www.almothaqaf.com/10/906449

electronic-media ، تاريخ الزيارة ١٩/٤/٢٠١٩.

(٦) محمد معمري، الصحافة الالكترونية العربية الاسس والتحديات، ط١، منشورات كارم الشريف، تونس، ٢٠١٠، ص ١٢٥.

يعتمد الإعلام الإلكتروني أو ما يسمى بالأعلام الجديد على استخدام الكمبيوتر والاتصالات عن بعد والانترنت في توفير مصادر المعلومات والتسلية لعموم الناس بشكل ميسر وبأسعار منخفضة وهي في الواقع خاصية مشتركة بين الإعلام القديم والجديد، ويكمن الفرق في أن الإعلام الجديد قادر على إضافة ميزة جديدة لا يوفرها الإعلام التقليدي وهي ميزة التفاعل التي يعني قدرة وسيلة الاتصال الجديدة على الاستجابة لحديث المستخدم تماماً كما يحدث في عملية المحادثة بين شخصين، وهذه الميزة أضافت بعداً جديداً مهماً إلى أنماط وسائل الإعلام الجماهيري الحالية التي تتكون في العادة من منتجات ذات اتجاه واحد^(١).

وعليه يمكن القول: إنّ الاعلام الإلكتروني هو الذي يعتمد في انتاج وصناعة ونقل وإيصال المعلومة على الوسائل التقنية الإلكترونية الحديثة المرتبطة بالشبكة العنكبوتية دون التقيد بقيود الزمان او المكان، ولا تقتصر ادارتها على سلطة او جهة معينة، وتضم اشكالا عديدة منها تطبيقات الانترنت ومواقعها الاجتماعية مثل الفيس بوك، وتويتر، واتس اب، وجوجل، ويوتيوب، كما تضم كذلك الوسائل التقليدية مثل التلفزيون والإذاعة، كما أنه يتميز بسمات عدة مثل السرعة، والتعددية، والتفاعلية، والشمول، والانتشار الواسع، والثمن البخس وتعدد مصادر المعلومات... الخ

المطلب الثاني

سمات الاعلام الإلكتروني

يتميز الاعلام الإلكتروني الجديد عن الوسائل الاعلامية التقليدية بجملة من السمات التي جعلت منه الوجهة الاولى لصانعي المعلومة ومتلقيها ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أولاً: حرية الاعلام: اتاحت وسائل الاعلام البديلة امكانية ان يصبح اي شخص يستعمل الانترنت ناشرا، اذ وفرت شبكة الانترنت تحررية ومرونة في التواصل، فوجد المساهمون فيها الفرصة في عرض أفكارهم وآرائهم وتبادلها مع من يشاؤون فضلا عن عرض مصادر اخبارهم بلا الخوف من الرقيب ومن ثم فإنّ وسائل الاعلام البديلة تعمل بحرية كبيرة عن وسائل الاعلام التقليدية التي فقد العاملون فيها الكثير من حريتهم ومهنتهم في العمل^(٢).

ثانياً: قابلية التنوع: انتقل الإعلام الجديد من النسخة الواحدة والمتعددة والمتماثلة التي طالما ميزت الاعلام التقليدي الى انتاج نسخاً مخصصة وملبية لحاجة الفرد او بإضافة الطابع الشخصي عليها، وحالة التنوع هذه يمكن ان تشمل امكانية فصل المحتوى، امكانية التعديل عليه وامكانية التحديث إضافة إلى التخصيص والتفاعلية^(٣).

ثالثاً: التعدد في الوسائط والعالمية: لأنه يمكن من خلال الانترنت الجمع بين اكثر من وسيلة في نقل الفيديوهات والصور والنصوص... الخ. ومن ثم الدمج بين الوسائل القديمة والحديثة، وهي وسيلة واسعة الانتشار على كافة المستويات المحلية والاقليمية والعالمية^(٤).

رابعاً: التفاعلية: التفاعل هو قدرة وسيلة الاتصال الجديدة على الاستجابة لحديث المستخدم تماماً كما يحدث في عملية المحادثة بين شخصين، وهذه الخاصية أضافت بعداً جديداً مهماً لأنماط وسائل الإعلام الجماهيري الحالية والتي تتكون في

(١) د. سميرة شيخاني، الإعلام الجديد في عصر المعلومات، مجلة جامعة دمشق، المجلد ٢٦، العدد الأول والثاني، ٢٠١٠، ص ٤٤٢.

(٢) د. سحر خليفة الجبوري، الاعلام البديل، الواقع والافاق، دراسة نظرية في نماذج واشكال الاعلام البديل، مجلة الباحث الاعلامي، جامعة بغداد، العدد ١٥٥، ٢٠١٢، ص ٥٣.

(٣) رايح عمار، الصحافة الإلكترونية وتحديات الفضاء الإلكتروني - دراسة ميدانية للصحافة الإلكترونية الجزائرية-، اطروحة دكتوراه، جامعة وهران - احمد بن بلة، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، قسم علوم الاعلام والاتصال، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٦٨-٦٩.

(٤) د. حمدي بشير محمد على، الاعلام الرقمي و اقتصاديات صناعته، ورقة عمل للمشاركة في المنتدى الإعلامي السنوي السابع للجمعية

السعودية للأعلام والاتصال، تحت عنوان "منتدى الإعلام والاقتصاد، تكامل الأدوار في خدمة التنمية"، السعودية، ٢٠١٦، ص ٩.

العادة من منتجات ذات اتجاه واحد يتم إرسالها من مصدر مركزي مثل الصحيفة أو قناة التلفزيون أو الراديو إلى المستهلك مع إمكانية اختيار مصادر المعلومات والتسليّة التي يريدها متى أرادها وبالشكل الذي يريده^(١).
خامساً: قابلية التحرك أو الحركية: حيث يمكن نقل هذه الوسائل الجديدة فتصاحب المتلقي والمرسل، مثل الحاسب المتقل، وحاسب الأنترنت والهاتف الجوال، والهواتف الذكية، والأجهزة الكفية، بالاستفادة من الشبكات اللاسلكية^(٢).
سادساً: تفتيت الاتصال واللاتزامنية: يعني تفتيت الاتصال أنّ الرسالة الاتصالية من الممكن أن تتوجه إلى فرد واحد أو إلى مجموعة معينة وليس إلى جماهير ضخمة كما كان في الماضي، اما اللاتزامنية فتعني إمكانية إرسال الرسائل واستقبالها في وقت مناسب للفرد المستخدم، ولا تتطلب من المشاركين كلّهم أن يستخدموا النظام في الوقت نفسه^(٣).
ففي مواجهة كلّ هذه الميزات وغيرها لم يكن أمام الفرد المتلقي إلاّ الانجذاب لهذا الأعلام الجديد والتأثر فيه ليندمج بشكل كبير في شتى نواحي حياته حتّى لا يكاد يفارقه بل أصبح يشكل جزءاً من معالم شخصيته التي رسمها مستفيداً من خلال احدى وسائط ذلك الأعلام، وأمام كل هذا الانجذاب يكاد يعمى الافراد عما تضمنته هذه الوسائل من مخاطر جمه في طبيعتها وهو ما سنتولى بيانه فيما يلي.

المطلب الثالث

سلبيات الاعلام الإلكتروني

صمّ الأعلام الإلكتروني ايجابيات وسمات جعلته الخيار الافضل لمستخدميه لكنه ، لم يخلُ من المساوئ والسلبيات التي عكّرت صفوه واستدعت الحذر منه خوفاً من الوقوع في شبكاه، ولعل من ابرز هذه السلبيات ما يلي:
اولاً: غياب الرقابة القانونية الكافية: تتميز غالبية وسائل الاعلام الإلكتروني بحرية النشر دون الخوف من الرقيب، يضعف دور الرقابة القانونية في هذا السياق نظراً لميزات التخفي وسرعة الانتشار ومجهولية المصدر إضافة الى امكانية حذف المحتوى قبل ملاحقة الناشر الاصيلي، كذلك وجود عجز قانوني من حيث كفاية التشريعات الوطنية والدولية فيما يخصّ الجانب الإلكتروني وحاكمية الفضاء الإلكتروني.
ثانياً: تعدد الجهات التي تقف ورائه بخلاف الإعلام التقليدي اذ ينعدم وجود ادارة موحّدة للأعلام الإلكتروني لأنّ الدول والهيئات والمنظمات والجماعات والافراد في السيطرة عليه وفي استعمال أدواته، وتكمن الخطورة في ذلك بإمكانية استخدامه من قبل الجماعات الاجرامية والارهابية التي تنتشط في مثل هذه البيئة لما وفرته لها من سهولة الوصول لأهدافه^(٤).
ثالثاً: انعدام الخصوصية: يخلق الاعلام الإلكتروني وصولاً حراً للمحتوى المقدمّ منه مما يتيح إمكانية تناقله وتداوله على نطاق واسع، وليس مهماً لدى متداوليه إنّ كان هذا المحتوى يمسّ جانب الخصوصية لدى فرد او جماعة او اقلية معينة،

(١) نسرين حسونة، الإعلام الجديد المفهوم و الوسائل والخصائص والوظائف، بحث منشور على الموقع الإلكتروني

<http://blog.amin.org/nisreenhassouna/2014/04/07> ، تاريخ الزيارة ١٩/٤/٢٠١٩.

(٢) شيماء بلونيس، دور وسائل الاعلام والاتصال الجديدة في التعبير السياسي، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي-ام البواقي، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥، ص ١٣.

(٣) د. سميرة شيخاني، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

(٤) ينظر للمزيد: د. اسماء الجبوشي مختار، دور استخدام التنظيمات الارهابية لمواقع التواصل الاجتماعي في اقناع الافراد بأفكارها، بحث مقدم في الندوة العلمية حول دور مؤسسات المجتمع المدني في التصدي للإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، قسم اللقاءات العلمية، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٨٣، وينظر كذلك: استخدام الأنترنت في اغراض ارهابية، مكتب الامم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الامم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٢، ص ٦-٩.

كذلك تتطلب اغلب مواقع الانترنت للاشتراك فيها اذ تمنح الاذن الوصول الى المعلومات الخاصة بالمستخدم وغيرها وهذا الامر انعدم معه الأمان حول خصوصية المستخدم^(١).

رابعاً: عدم جدية او صدق غالبية المعلومات المقدمة منه: نظراً لتعدد الجهات التي تدير الإعلام الالكتروني وتتناقل الاخبار من خلافه لذلك يصعب تصديق او تأكيد صحة كل المعلومات التي يتم نشرها وتناقلها فيه، اذ انه يضم الكثير من الأخبار الوهمية او التي يقصد منها ارباك متلقيها وزرع القلق والخوف في نفسه^(٢).

خامساً: المخاطر الاجتماعية والصحية: إن الايمان على التعامل مع وسائل الإعلام الالكتروني قد ينتج عنه مشاكل اجتماعية عديدة مثل العزلة والطلاق والتفكك الاسري وإهمال التربية، كما قد ينتج عنه مشاكل صحية كثيرة^(٣).

سادساً: التحريض على الطائفية والكراهية ونقل العادات والثقافات الغربية: تعج غالبية المواقع الالكترونية بالمواد الاعلامية والاخبار التي تحض وتشجع على العنف والطائفية والكراهية العنصرية، وهي بذلك تتولى عملية نقل وتبادل تلك فتكون قد اسهمت واسهاما كبيراً بنقل عادات سلبية لقيت تقليداً أعمى لها^(٤).

سابعاً: استخدامها في الجرائم الالكترونية: يعتمد مستخدمو تطبيقات الانترنت من جماعات اجرامية وراهبية الى تسخير وسائلهم هذه في خدمة غاياتهم الاجرامية إذ ينتشر الاحتيال الالكتروني والسرقة الالكترونية، والابتزاز الالكتروني... الخ^(٥).

المبحث الثاني

انعكاسات الاعلام الالكتروني على حقوق المرأة

مكن الاعلام الالكتروني المرأة من إبراز دورها الإيجابي في المجتمع وأهميته في تعزيز أمن وسلام المجتمعات، إلا أنه حمل في طياته مخاطر طالت أمن وسلام المرأة ذاتها، وهو ما يتبين في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الاول

الدور الإيجابي للإعلام الالكتروني بالنسبة للمرأة

تشكل الصور والرسائل الاعلامية قوة اجتماعية وثقافية وسياسية، قادرة على احداث التغييرات في المجتمع، وعلى خلق قيم ومواقف جديدة، ولا يخفى الدور الكبير الذي تحدته وسائل الاعلام في التأثير على الافراد والمجتمعات نتيجة التطور الهائل الذي يشهده العالم بأسره في مجال التقنيات والاتصالات^(٦)، ومن أهم جوانب التأثير تلك هو ابراز دور المرأة في المجتمع وتعميق وعيها بحقوقها وإذ ساهمت وسائل الاعلام هذه ولو بدور ضئيل في عكس الصورة الايجابية للمرأة وأهميتها. لقد ساهمت وسائل الاعلام بدور إيجابي في مجال التنقيف في حقوق الانسان عامة ولاسيما حقوق المرأة وذلك في نشر القيم الاساسية لحقوق الانسان ومنها الاحترام والمساواة والعدالة فضلا عن تأكيد ترابط هذه الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة

(١) منظمة الامم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الانترنت وحرية التعبير، منشورات اليونسكو، فرنسا، ٢٠١٢، ص ٣٩-٤٧.

(٢) د. شرين محمد كدواني، مصادقية الانترنت العوامل المؤثرة ومعايير التقييم، ط١، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ١٠، كذلك ينظر: عبد الرزاق الدليمي، إشكاليات الأخبار المفبركة وتأثيرها في تشكيل الرأي العام، دراسات اعلامية، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٨، ص ٣.

(٣) عبد الرشيد كياس، امان الانترنت: بعض العوامل والنتائج، بحث منشور في المجلة الجزائرية للدراسات السوسولوجية، العدد ٦، ٢٠١٨، ص ٢١٠-٢١٤.

(٤) التقرير A/HRC/2/6، الامم المتحدة، الجمعية العامة، التحريض على الكراهية العنصرية والدينية وتعزيز التسامح، ٢٠٠٦، ص ٧.

(٥) د. طارق الاحمدي الطيبي، الجرائم الالكترونية عبر الاعلام الالكتروني، بحث مقدم في الندوة العلمية حول الاعلام الامني الالكتروني، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، ٢٠١٢، ص ٣.

(٦) د. حكيمة الحطري، سبل تفعيل دور الكفاءات النسوية المسلمة خارج العالم الاسلامي في تغيير الصورة النمطية عن المرأة المسلمة، منشورات

وطابعها العالمي وهو، الأمر الذي ساهم من تمكين المتلقين من معرفة حقوقهم والمطابقة بها^(١)، لذا فإن وسائل الاعلام تلعب دوراً حاسماً في التأثير على مسار حقوق المرأة من خلال نشر الوعي بهذه الحقوق عن طريق توفير المعلومات الخاصة بها، والتأثير بشأن حماية هذه الحقوق في دورها الرقابي وقدرتها على إثارة القضايا المختلفة خصوصاً وان للاعلام تأثير كبير وصدى مباشر على الرأي العام^(٢)، كذلك توعية المرأة بحقوقها القانونية ودعم حقها في قانون أحوال شخصية عادل وانساني وتعديل كل القوانين المجحفة بحقها من جهة، اما الجهة الاخرى فإنه يترتب على وسائل الإعلام دور رئيسي في اعطاء المرأة مزيد من الاهتمام للادعاءات في الحقول الثقافية المختلفة، وتقديم الصورة الايجابية للمرأة المثقفة وعكس الصورة النمطية الموروثة والتي عملت على تهميشها ثقافياً وقلّلت من إمكاناتها^(٣).

كما أنّ للإعلام دوراً محورياً، باعتباره يشكل خيطاً ناظماً ووسيطاً أساسياً في عمليات التغيير التي تستهدف تحسين أوضاع النساء في المجتمع بوجه عام، وللإعلام، له أدوار أخرى ترويجية وتنقيفية يعمل في إطارها على تشكيل الأفكار والصور الذهنية، واهتمامات الرأي العام واتجاهاته، لكنّ هذا الدور للعلام مرهون بضمير وكفاءة ودرجة وعي الجهة المشرفة، وادراك المسؤولين عن الخطّ التحريري للوسائط الإعلامية وغيرها من مصادر المعلومات^(٤)، لذلك فإن البعد الاجتماعي للخطاب الاعلامي الموجه للمرأة له أهميته البالغة في تصحيح الافكار التقليدية الخاطئة عن وضع المرأة، وتعديل المفاهيم التي كانت سائدة رديحاً من الزمن مثل كمفهوم الذكورة والانوثة والادوار المتعلقة بها وتغيير هذه النظرة الى اعتبار الرجل والمرأة وجهان لعملة واحدة قوامها الانسانية والديمقراطية والتكامل^(٥).

من جانب اخر اظهر الاعلام دوراً بارزاً في مجال مناصرة قضايا المرأة وأثبت انه كان شريكاً أساسياً في الضغط على الجهات التشريعية لالغاء بعض القوانين المجحفة بحق النساء وإقرار قوانين اخرى للحماية وفّقر التغطية الاعلامية الحساسة للنوع الاجتماعي وخاصة فيما يتعلق بقضايا العنف ضد النساء في ظل الازمات والنزاعات المسلحة^(٦)، كذلك عكست وسائل الاعلام صورة المرأة السياسية من خلال تسليط الضوء على المشاركة السياسية للمرأة مثل الترشيح للانتخابات والتصويت فيها^(٧)، وعلى حقها في تقلد الوظائف القيادية وادارتها بشكل متساو مع الرجل، وقد سلط الاعلام الضوء على العديد من النساء الرائدات في هذا المجال، وقد اتاحت شبكات التواصل الاجتماعي مساحات كبيرة للمرأة للتفاعل مع المحيط والقضايا، سواء تلك التي تخصها أو تخص أوطانها، فكان تفاعلها أكثر بكثير مما كان متاحاً لها في مجالات وسائل الإعلام التقليدية^(٨)، فقد مكنت تلك الشبكات المرأة من اتخاذ شكل جديد من اشكال القيادة يركز على استخدام الاتصالات وشبكات التواصل، ولم ينحصر دور المرأة على مجرد ناشطات في مقاهي الانترنت، ولكن تم توثيق دورهن كمشاركات ناشطات على

(١) الامم المتحدة ، اليونسكو، البرنامج العالمي للتنقيف في مجال حقوق الانسان، المرحلة الثالثة- خطة العمل، نيويورك، ٢٠١٧، ص ٢.

(٢) عبد اللطيف حمزة، الاعلام له تاريخه ومذاهبه، دار الفكر العربي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، ٢٠٠٢

(٣) سامية الزبيدي، ورقة عمل حول سبل تعزيز قضايا المرأة في الاعلام الفلسطيني، مؤتمر حول: "دور الاعلام في تعزيز حقوق المرأة"، مقدمة للمعهد الفلسطيني للاتصال والتنمية، ٢٠١١، ب.ص.

(٤) منظمة المرأة العربية، المرأة والاعلام في ظل المتغيرات الراهنة - اشغال المنتدى العربي، نحو اعلام عربي منصف للمرأة، المغرب، ٢٠١٤، ص ٥.

(٥) د. سامية حسن الساعاتي، قضايا المرأة في الخطاب الاعلامي العربي بين التقليدية والتغيير الاجتماعي، مجلة الاذاعات العربية، العدد ٢٠٠٣، ص ٩.

(٦) منظمة Fe-Male، منظمة ابعاد، مدونة سلوك حول التغطية الاعلامية لقضايا العنف القائم على النوع الاجتماعي، ٢٠١٨، ب.ص.

(٧) المرأة العربية والاعلام، تقرير تنمية المرأة العربية، دراسة تحليلية للبحوث الصادرة بين ١٩٩٥-٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ص ٩٧.

(٨) منظمة المرأة العربية، المرأة والاعلام في ظل المتغيرات الراهنة - اشغال المنتدى العربي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

ارض الواقع ولم يقتصر دورهن على المشاركة في الحراك المدني والاحتجاجات وتنظيمها، بل امتد ليتضمن قيادة تلك التحركات كذلك^(١)، وهو ما يمكن لمسه بظهور ناشطات المجتمع المدني وبروز ادوارهن في المجتمع في كافة النواحي. بذلك ترك الاعلام الالكتروني بصمته في سياق حقوق المرأة وتمكينها والتأكيد على اهميتها في صنع الامن والسلام في المجتمع رغم ان ذلك كان في نطاق ضيق ومقيّد، لأن الجانب الاكبر كان لسلبيات هذا الاعلام على المرأة في ظل النظرة الدنيوية والسلبية لها وهو ما انعكس بشكل واضح على اغلب المحتوى الاعلامي، زيادة عن تسخير بعض وسائل هذا الاعلام من قبل بعض الجهات بغية استغلال المرأة في اغراض اجرامية وغير انسانية.

المطلب الثاني

انتهاكات الاعلام الالكتروني لحقوق المرأة

ترك الاعلام الالكتروني انعكاسات سلبية على مستخدميه ومتلقيه شكلت مشكلة انتهاكات لحقوقهم ولاسيما حقوق الاطفال والنساء، ومن بين هذه الانتهاكات على سبيل المثال لا الحصر مايلي:

أولاً: ابتزاز المرأة إلكترونياً: وذلك من الدخول غير المشروع عبر إحدى شبكات التواصل الاجتماعي او وسائل الاتصال الخاصة بشخص إما لتهديده وإما لابتزازه وحثه للقيام بفعل معين أو الامتناع عنه، إذ أصبحت خصوصية الافراد ومعلوماتهم الخاصة بداخل الاجهزة التكنولوجية والانترنت عرضه للاعتداء عليها وما يترتب عليه من استغلالها من قبل ضعفاء النفوس وابتزاز اصحابها، وقد يقع الابتزاز الالكتروني من خلال اختراق اجهزة الحاسوب وسرقة مافيهها من صور او معلومات، او عند ترك تلك الاجهزة عند محلات الصيانة بما فيها من معلومات وصور، كذلك قيام المبتز بإنشاء مواقع على الشبكة المعلوماتية بهدف حصوله على اكبر قدر ممكن من المعلومات التي تخص المجني عليه أمثال المواقع الخاصة بالزواج أو البحث عن الوظائف، أيضاً من او في غرف المحادثة لما تتمتع به من خصوصية تسمح لكلا الطرفين بتبادل الاحاديث والتعارف وهو ما يتيح فرصة للمبتز ان يحقق ما يهدف له من ابتزاز الضحية، من دخول الشخص المبتز الى بريد الضحية والاطلاع على محتواه وتهديده بمحتواها، كذلك استخدام الهواتف النقالة بالتقاط صور للضحية او عمل تسجيلات فيديو أو تسجيلات صوتية للضحية وتهديده بها، أيضاً وحذف او اضافة صور للمجني عليه في أوضاع مخالفه للواقع وقد تكون مخلة بالشرف بغرض التهديد والابتزاز كعرض احدى المرشحات للانتخابات العراقية لعام ٢٠١٨ للمثل هذه الجريمة^(٢).

ثانياً: الاتجار الالكتروني بالنساء: تتعرض النساء لمخاطر الاتجار بهن الكترونياً، فحاخ المواقع الالكترونية التي تعتمد الى استدراجهن وخداعهن للإيقاع بأكبر عدد من الضحايا، ويكون هذا الاستدراج من قبل جماعات متخصصة بذلك تشكل خلايا اجرامية منظمة ومتواجدة على الساحة الالكترونية، توهم الضحايا بعود كاذبة سواء كانت وعود عمل او زواج او حب او سفر... الخ^(٣)، حيث تعمل تلك الشبكات الاجرامية على انشاء مواقع الكترونية تخصصها لمثل هذه الاغراض وتكون متخفية بأسماء وهمية وبراقة تجذب الاشخاص اليها، تعمل هذه المواقع على الترويج لعروض عمل بأجور مغرية مثلاً او عروض

(١) تقرير الاعلام الاجتماعي العربي، دور الاعلام الاجتماعي في تمكين المرأة العربية، كلية دبي للإدارة الحكومية، الاصدار الثالث، دبي، ٢٠١١، ص ٣.

(٢) للمزيد حول الابتزاز الالكتروني ينظر: د. ممدوح رشيد مشرف، الحماية الجنائية للمجني عليه من الابتزاز، المجلة العربية للدراسات الامنية، مج ٣٣، ع ٧٠، الرياض، ٢٠١٧. ايضاً ينظر: د. نورة بنت عبدالله بن محمد المطلق، ابتزاز الفتيات احكامه وعقوبته في الفقه الاسلامي، بحث متاح على الموقع الالكتروني

https://www.policemc.gov ، تاريخ الزيارة، ٢٠١٩/٥/٧.

(٣) محمد الصالح حامدي، علاقة تكنولوجيا المعلومات بظاهرة الاتجار بالبشر في عصر العولمة ومدى تأثيرها على دولة قطر، المجلة العربية الدولية للمعلوماتية، مج ١، ع ٢، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢، ص ٢-٧.

زواج للإيقاع بالضحية وإيهامها بوجود عرض زواج حقيقي من شخص متمكّن مادياً مثلاً او في دولة اخرى، وكذلك خداع الفتيات بإيهامهن بقصص حبّ كاذبه، و يمكن ان تقع النساء ضحايا للاتجار بهن بابتزازهن الكترونياً كما اشرنا سابقاً^(١).
ثالثاً: التجنيد الإلكتروني للنساء: ان من بين أسهل السبل التي توصلت إليها جماعات التجنيد لاسيما الارهابية منها هو تسخير تكنولوجيا المعلومات والوسائل الالكترونية لخدمة أغراضها في التجنيد، في مواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ومواقع الفيديو والسوشيال ميديا وليس ذلك فحسب بل حتّى الألعاب الالكترونية وتطبيقات الهاتف المحمول^(٢)، فقد تمكنت هذه الجماعات من تجنيد العديد من النساء لاسيما الأجانب منهن في تلك الوسائل، وخير مثال على ذلك ما قام به الكيان الارهابي - داعش- من استقطاب واسع للنساء في صفوفه لاسيما الاجانب منهن، فتصاعدت ظاهرة المجنّدات الاوروبيات من قبل التنظيمات الارهابية في الدول الأوروبية التي قامت كذلك باستقطاب الفتيات في سن مبكرة مثال "سالي جونز" و "ليسا بورش"^(٣).

رابعاً: الطلاق والتفكك الاسري: من بين السلبيات الأكثر شيوعاً التي خلفها الاعلام الإلكتروني على المرأة هو شيوع الطلاق والتفكك الاسري بسبب التقنيات الاعلامية والتواصلية الحديثة، إذ ان الاستخدام المفرط لمواقع التواصل الاجتماعي يمكن ان يتسبب بالفوضى في العلاقات العاطفية حيث توجد علاقة مطّردة بين استخدام هذه المواقع والمشاكل الاجتماعية المتعلقة بالطلاق والعلاقات العاطفية، ومن بين اسباب الانفصال بين الأزواج دائمي استخدام مواقع التواصل الاجتماعي هي اكتشاف احد الزوجين رسائل غير ملائمة تخصّ احهما، كذلك تعليقات مزعجة وسيئة وبها مجافاة للزوج او الزوجة، او اكتشاف سلوك غير مرض من خلال هذه المواقع او اقامة علاقات غرامية غير شرعية من قبل احد الزوجين بواسطة احد هذه المواقع... الخ، ناهيك عما يتركه الايمان على هذه المواقع من انعزال الشخص وانعدام رغبته في التواصل مع المحيطين به او عدم قدرته على تقبلهم ثانية، الأمر الذي ينعكس سلباً على العلاقات الاسرية لتنتهي في نهاية المطاف الى التفكك الاسري والطلاق^(٤).

خامساً: اظهار المرأة بصورة سلبية مبتذلة: قد يحرص الاعلام على اظهار صورة سيئة عن المرأة عموماً ولاسيما المسلمة خاصة فيتعلم اظهارها مضطهدة، ومجموعة من الرجل سواء كان أباً او زوجاً أو غيرها مستعملاً في ذلك بعض الاساليب والعبارات التي تبيّن وضعها السيء^(٥)، و كذلك غلبة الطابع السلبي على صورة المرأة في الاعلام من حيث خصائصها التعليمية والثقافية ومن حيث قدرتها على التصرف المستقل واتخاذ القرار، والتركيز على الادوار التقليدية للمرأة في الرسالة الاعلامية، مع غلبة الطابع التجاري على الممارسة الاعلامية مما يؤدي الى تقديم صورة سلبية للمرأة كمستهلكة او كجسد بما لا يتفق مع واقع المرأة أو القيم الاجتماعية... الخ^(٦).

(١) ينظر للمزيد: د. نوال طارق ابراهيم، جريمة الاتجار بالاشخاص، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، مج ٢٦، ع ١٤، ٢٠١١، ب.ص.

(٢) فايز بن عبدالله الشهيري، ثقافة التطرف والعنف على شبكة الانترنت: الملامح العممة والاتجاهات، استعمال الانترنت في تمويل الارهاب وتجنيد الارهابيين، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، ١٦، الرياض، ٢٠١٥، ص ٥.

(٣) د.فالح فليحان فالح الرويلي، استراتيجيات التنظيمات المتطرفة في التجنيد عبر الانترنت داعش نموذجا، ورقة بحثية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٨.

(٤) احلام بوهلال، تأثير استخدام شبكة الانترنت على العلاقات الاسرية الجزائرية، رسالة ماجستير، جامعة التبيسي-تبسة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٤٩-٥٠.

(٤) د. حكيمة الحطري، مرجع سابق، ص ١٥.

(٥) عائشة بن عمرة، قضايا المرأة في البرامج التلفزيونية العربية، دراسة تحليلية لمضمون برنامج كلام نواعم في قناة MBC1، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٤٦-٤٨.

كل هذه السلبيات والمخاطر التي تركها الاعلام الالكتروني شكلت انتهاكا صريحا لحقوق المرأة سواء حقها في الخصوصية، الحياة، السلامة الجسدية والنفسية، الكرامة الانسانية، وفي الوصول الامن للمعلومات على المواقع الالكترونية، ولحقها في الاستقرار الأسري وغيرها من الحقوق، وامام كل هذه الانتهاكات كان لزاما تفعيل دور الحماية القانونية ولاسيما الدولية منها لحقوق المرأة سواء ماكان منها تقليدياً يحمي حالات فردية من تلك الانتهاكات مثل الحماية من الاتجار او التجنيد، ام ماكان منها متعلقا بالحماية الالكترونية كون الوسائل الالكترونية هي الوسط الذي تتم فيه تلك الانتهاكات.

المطلب الثالث

حماية المرأة في البيئة الالكترونية

لم تنظم قواعد القانون الدولي مسألة استخدام الفضاء الالكتروني ووسائله الاعلامية بشكل مباشر وانما جاء ذلك من خلال تنظيم حق الوصول الى المعلومات والاستخدام السلمى للفضاء الالكتروني مع امكانية انطباق القواعد القانونية الدولية العامة على الجرائم التي تنطبق عليها تلك القواعد والتي ترتكب في وسائل الكترونية وضمن البيئة الالكترونية، ولعل اهم تلك القواعد ماجاء به الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي تناول حرية الرأي والتعبير بما يشمل حق اعتناق الاراء دون مضايقة والتماس الانباء وافكار وتلقبها ونقلها الى الاخرين بأي وسيلة كانت بلا اعتبار للحدود^(١)، وهو ما أشار اليه كذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والذي قيد هذا الحق بعدم المساس بمصالح الاخرين او مصالح المجتمع ككل، كما حظر الدعوة الى الكراهية القومية او العنصرية او الدينية او العداوة او العنف او اي دعوة للحرب^(٢)، وهو مايمكن به ضبط تداول المعلومات وتلقيها بواسطة الاعلام الالكتروني في البيئة الالكترونية بما يخلق بيئة امنة خالية من اي معلومات يمكن ان تؤدي الى وقوع الاشخاص لاسيما النساء في مخاطر تتعلق بالخصوصية او الانخداع بمعلومات كاذبة تهدف في حقيقتها الى بث أفكار التطرف او ايهام المتلقي بوجود فرص عمل او فرص زواج كاذبة.

كذلك اسهمت الاتفاقيات الدولية في اطار مكافحة الارهاب في الحد من استخدام البيئة الالكترونية عامة والاعلام الالكتروني خاصة من قبل الجماعات الارهابية التي تُعد من ابرز الناشطين في مجال التجنيد الالكتروني، ومن هذه الاتفاقيات الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب لعام ١٩٩٨ التي حظرت تكوين جماعات ارهابية اياً كانت وسيلة الانضمام اليها وهي اليوم تتم على الاغلب في الفضاء الالكتروني^(٣)، إن هذا المنع يسري بلا شك على التنظيمات الارهابية التي تجند أعضائها من بالاستفادة من خاصية التواصل الالكتروني، وان اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لمنع ومكافحة الارهاب هي الاخرى أوجبت على الدول الاطراف فيها دعم عملية تبادل المعلومات فيما يتعلق بوسائل الاتصال والدعاية والاساليب الفنية التي تستخدمها الجماعات الارهابية^(٤)، وفي السياق ذاته جاءت قرارات الامم المتحدة حول استخدام الارهابيين لمواقع الانترنت ووسائل الاعلام في التحريض على الارهاب وتجنيد الارهابيين^(٥)، وأن القرارات المتعلقة بمنع استخدام وسائل الاعلام التقليدية والحديثة استخداماً سيئاً وكافحت استخدام تكنولوجيا المعلومات لأغراض اجرامية او لاثارة التمييز العنصري^(٦).

اما عن وجود اتفاقية دولية مختصة بتنظيم استخدام البيئة الالكترونية والاعلام الالكتروني فلا وجود لمثل تلك الاتفاقية على المستوى العالمي واقتصرت الجهود الدولية فقط على المستوى الاقليمي، ولعل أبرز تلك الجهود اتفاقية بودابست لمكافحة

(١) المادة ١٩ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨.

(٢) المادة ١٩ و ٢٠ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

(٣) المادة ١/٣ من الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب لعام ١٩٩٨.

(٤) المواد ٢/٣/١ و ١/٥/ب من اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لمنع ومكافحة الارهاب لعام ١٩٩٩.

(٥) ينظر القرار ١٦٢٤ اتخذته مجلس الامن في جلسته ٥٢٦١ لعام ٢٠٠٥، وقرار الجمعية العامة ٢٨٨/٦٠، لعام ٢٠٠٦.

(٦) ينظر كل من القرارات A/RES/56/64 و E/CN.4/1995/78 و E/CN.4/1997/71.

الجرائم المعلوماتية لعام ٢٠٠١، اذ نضمت هذه الاتفاقية مجموعة معينة من الجرائم التي ترتكب في النظام المعلوماتي والتي منها الدخول غير القانوني الذي يشمل الدخول المتعمد الى نظام الكمبيوتر او جزء منه سواء كان بنية انتهاك وسائل الامن او بنية الحصول على معطيات الكمبيوتر او بأي نية غير مشروعة، كذلك تناولت موضوع اساءة استخدام الاجهزة لاغراض غير مشروعة حددت بموجب الاتفاقية^(١)، والملاحظ على هذه الاتفاقية اقتصرها على تنظيم جرائم محددة فقط حتى انها حين تناولت جرائم المحتوى التي قصرتها فقط على الجرائم المرتبطة بدعارة الاطفال علما ان هذه الجرائم تقع على النساء كذلك^(٢). وعلى المستوى الاقليمي ايضا جاءت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي تناولت جرائم الاعتداء على سلامة البيانات واساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات^(٣)، وجرائم التزوير والاحتيال والاباحية^(٤)، وجرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والجرائم المتعلقة بالارهاب والجريمة المنظمة والتي ترتكب بواسطة تقنية المعلومات^(٥)، بذلك تكون هذه الاتفاقية نظمت الكثير من الجرائم التي ترتكب بواسطة تقنية المعلومات والتي تمس البشر لاسيما المرأة.

وفي مجال الاعلام والاتصال جاءت خطة عمل تورونتو لعام ١٩٩٥ لتحت اصحاب الصناعة الاعلامية على اعتماد مجموعة من الانشطة المهمة للمرأة في مجال الاعلام والتي منها وضع توجيهات ملائمة لجميع انواع وسائل الاعلام بما فيها التكنولوجيات النفاذية وتكنولوجيا الواقع المصور للصور، ووضع اليات لمراقبة الصور التي تشكل تمييزاً وانتهاكاً لحقوق المرأة والاطفال في حقول الاعلام والاعلان والتسويق والترفيه، بما يضمن احترام حقوق الفرد وكرامة الانسان^(٦)، كذلك جاء الاعلان بشأن المبادئ الاساسية الخاصة باسهام وسائل الاعلام في دعم السلام والتفاهم الدولي وفي مكافحة العنصرية والفصل العنصري والتحرير على الحرب بجملة من المبادئ التي تبين مسار الاعلام في هذا السياق، ووجب على وسائل الاعلام ان تقدم اسهاما مهما في دعم السلام والتفاهم الدولي وفي مكافحة العنصرية والفصل العنصري والتحرير على الحرب، والنضال ضد الحرب العدوانية والانتهاكات الاخرى لحقوق الانسان^(٧).

وعليه يمكن القول بعدم وجود تنظيم قانوني دولي حول آلية استخدام البيئة الالكترونية عامة ووسائل الاعلام الالكترونية خاصة تمنع استخدامها استخداما سلبيا بما يحمي مستخدمي هذه الوسائل لاسيما النساء من الانتهاكات التي تطالهن جراء هذا الاستخدام، وان امكن القول بوجود مثل هذه الحماية القانونية الا اننا لا بد من ان نشير الى ان هذه الحماية لا تعدوا ان تكون نصوصاً مبعثرة بين هذه الاتفاقية او تلك وبين هذا القرار او ذلك، وهو الامر الذي يتطلب وقفة جديّة من المجتمع الدولي لمواجهة الاستخدام السلبي للبيئة الالكترونية لما يشكله من انتهاكات وجرائم خطيرة تمس الانسان وكرامته، فغياب الاتفاقات الدولية المنظمة في هذه المسألة بشكل موسع ومباشر قد شجع المجرمين والارهابيين على استغلال هذه الثغرة لصالح غاياتهم الاجرامية والارهابية.

الخاتمة

وفي هذا البحث يمكن التوصل الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وكالاتي:

- (١) المواد ١ و ٥ من اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١.
- (٢) المادة ٨ من اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١.
- (٣) المواد ٨ و ٩ من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.
- (٤) المواد من ١٠ - ١٣ من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.
- (٥) المواد من ١٤ - ١٦ من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.
- (٦) منظمة الامم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، النصوص ٨٩-٩٥ الاساسية في مجال الاتصال، خطة عمل تورونتو، ١٩٩٥، ص ٥٣.
- (٧) المواد من ١-٣ من اعلان بشأن المبادئ الاساسية الخاصة باسهام وسائل الاعلام في دعم السلام والتفاهم الدولي وتعزيز حقوق الانسان ومكافحة العنصرية والفصل العنصري والتحرير على الحرب لعام ١٩٧٩.

الاستنتاجات

- ١- غياب السلطة المركزية والادارة الموحدة او الموجهة لوسائل الاعلام الالكتروني لا سيما بعد الانتقال من الوسائل الاعلامية التقليدية الى الحديثة منها والتي غالبا ما تتم بوسائل معلوماتية متطورة لاسيما الانترنت.
- ٢- تميز الاعلام الالكتروني بجملة من السمات الايجابية التي جعلت منه وجهة تجذب كافة الشرائح الاجتماعية ومنها المرأة.
- ٣- لم يغيب عن وسائل الاعلام الالكتروني وجود سلبيات جمة تكاد تغطي على ايجابياته نظرا لكثرة الاستخدام السلبي لهذه الوسائل وتسخيرها لأغراض إجرامية.
- ٤- شكل الاعلام الالكتروني وسيلة هامة للمرأة مكنها من اظهار دورها الفاعل في المجتمع ودعم السلم والأمن، وتوعيتها بحقوقها وتسليط الضوء على الانتهاكات التي تطلها وحشد الرأي العام المساند لقضايا المرأة.
- ٥- استخدمت التقنيات الالكترونية الحديثة في ارتكاب جرائم موجهة ضد المرأة وخصوصيتها والايقاع بها اتجارا واعتداءا عليها وتجنيدا لها وقد اثرت تلك التقنيات على حياتها الاسرية واستقرارها.
- ٦- ان صورة المرأة الطاغية في وسائل الاعلام تكاد تكون صورة سلبية نمطية تسيء الى المرأة ولا تعكس اهمية المرأة بوصفها نصف المجتمع.
- ٧- غياب الرقابة القانونية والوعي الثقافي اللازمان لضبط البيئة الالكترونية عموماً ولاسيما الاعلام الالكتروني كالانترنت ومواقعه التواصلية.

التوصيات

- ١- ايجاد نوع من السلطة المركزية لضبط وادارة استخدام الاعلام الالكتروني استخداماً ايجابياً.
- ٢- توجيه وسائل الاعلام الى عكس الصورة الايجابية للمرأة باقامة برامج تركّز على عقل وفكر المرأة وانجازاتها ودورها الإيجابي في بناء المجتمع.
- ٣- اقامة برامج توعوية تحثّ على الاستخدام الايجابي لوسائل الاعلام وتنبه على المخاطر الناجمة عنه.
- ٤- تفعيل دور الرقابة القانونية والاسرية اضافة الى رقابة مزوّدي خدمة الانترنت والقائمين على وسائل الإعلام وعلى المحتوى الذي يبثّ ويتداول منه.
- ٥- ضبط النشاط الارهابي على صفحات المواقع الاجتماعية والحدّ منه وكذلك نشاط الجماعات الاجرامية المنظمة المضطلة بالأتجار بالبشر.
- ٦- حث الدول على ايجاد اتفاق دولي ملزم ينظّم الاعلام الالكتروني والبيئة الالكترونية لسد الثغرة القانونية ذات الشأن.
- ٧- تفعيل دور المنظمات الدولية في الموضوعات ذات الصلة وحثّها على اصدار قرارات دولية ملزمة تحكم الأمور أعلاه.

المصادر**اولاً: المعاجم والقواميس**

- ١- د. احمد مختار عمر، "معجم اللغة العربية المعاصرة"، ط١، مج ٢، لم يشر الى مكان النشر، ٢٠٠٨.

ثانياً: الكتب

- ١- د. حكيمة الحطري، "سبل تفعيل دور الكفاءات النسوية المسلمة خارج العالم الاسلامي في تغيير الصورة النمطية عن المرأة المسلمة"، منشورات المنظمة الاسلامية للتربية والعلوم والثقافة - ايسيسكو، المغرب، ٢٠١٢.
- ٢- سعد بن محارب المحارب، "الاعلام الجديد في السعودية، دراسة تحليلية في المحتوى الاخباري للرسائل النصية القصيرة"، الكويت، جداول للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- ٣- سمير حسين، "الإعلام والاتصال بالجمامير"، ط ١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤.

٤- د. شرين محمد كدواني، "مصادقية الانترنت العوامل المؤثرة ومعايير التقييم"، ط١، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.

٥- عبد العزيز الشريف، "الاعلام الإلكتروني"، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٤.

٦- عبد اللطيف حمزة، "الاعلام له تاريخه ومذاهبه"، دار الفكر العربي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠٠٢ .

٧- محمد معمري، "الصحافة الالكترونية العربية الاسس والتحديات"، ط١، منشورات كارم الشريف، تونس، ٢٠١٠.

ثالثاً: الرسائل والاطاريج الجامعية

١- احلام بوهلال، "تأثير استخدام شبكة الانترنت على العلاقات الاسرية الجزائرية"، رسالة ماجستير، جامعة التبسي-تبسة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، الجزائر، ٢٠١٦.

٢- رايح عمار، "الصحافة الالكترونية وتحديات الفضاء الإلكتروني- دراسة ميدانية للصحافة الالكترونية الجزائرية"، اطروحة دكتوراه، جامعة وهران - احمد بن بلة، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، قسم علوم الاعلام والاتصال، الجزائر، ٢٠١٧.

٣- شيما بلونيس، "دور وسائل الاعلام والاتصال الجديدة في التغيير السياسي"، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي-ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥.

٤- عائشة بن عمرة، "قضايا المرأة في برامج التلفزيون العربية"، دراسة تحليلية لمضمون برنامج كلام نواعم في قناة MBC1، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، ٢٠١٧.

رابعاً: الأبحاث والدوريات

١- د. اسماء الجبوشي مختار، "دور استخدام التنظيمات الارهابية لمواقع التواصل الاجتماعي في اقناع الافراد بأفكارها"، بحث مقدم في الندوة العلمية حول دور مؤسسات المجتمع المدني في التصدي للإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، قسم اللقاءات العلمية، الجزائر، ٢٠١٤.

٢- د. حمدي بشير محمد على، "الاعلام الرقمي و اقتصاديات صناعته"، ورقة عمل للمشاركة في المنتدى الإعلامي السنوي السابع للجمعية السعودية للأعلام والاتصال، تحت عنوان "منتدى الإعلام والاقتصاد، تكامل الأدوار في خدمة التنمية"، السعودية، ٢٠١٦.

٣- د. سامية حسن الساعاتي، "قضايا المرأة في الخطاب الاعلامي العربي بين التقليدية والتغير الاجتماعي"، بحث منشور في مجلة الاذاعات العربية، العدد، ٢، ٢٠٠٣.

٤- سامية الزبيدي، "ورقة عمل حول سبل تعزيز قضايا المرأة في الاعلام الفلسطيني"، مؤتمر حول: "دور الاعلام في تعزيز حقوق المرأة"، مقدمة للمعهد الفلسطيني للاتصال والتنمية، ٢٠١١.

٥- د. سحر خليفة الجبوري، "الاعلام البديل، الواقع والافاق"، دراسة نظرية في نماذج واشكال الاعلام البديل"، بحث منشور في مجلة الباحث الاعلامي، جامعة بغداد، العدد ١٥، ٢٠١٢.

٦- د. سميرة شيخاني، "الإعلام الجديد في عصر المعلومات"، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد ٢٦، العدد الأول والثاني، ٢٠١٠.

٧- د. طارق الاحمدي الطيبي، "الجرائم الالكترونية عبر الاعلام الإلكتروني"، الندوة العلمية حول الاعلام الامني الإلكتروني، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، ٢٠١٢.

٨- عبد الرزاق الدليمي، "إشكاليات الأخبار المفبركة وتأثيرها في تشكيل الرأي العام"، دراسات اعلامية، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٨.

٩- عبد الرشيد كياس، "ادمان الانترنت، بعض العوامل والنتائج"، المجلة الجزائرية للدراسات السوسولوجية، العدد ٦، ٢٠١٨.

١٠- د.فالح فليحان فالح الرويلي، "استراتيجيات التنظيمات المتطرفة في التجنيد عبر الانترنت داعش نموذجا"، ورقة بحثية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٨.

١١- فايز بن عبدالله الشهيري، "ثقافة التطرف والعنف على شبكة الانترنت: الملامح العامة والاتجاهات"، بحث منشور في كتاب استعمال الانترنت في تمويل الارهاب وتجنيد الارهابيين، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، ط١، الرياض، ٢٠١٥.

١٢- محمد الصالح حامدي، "علاقة تكنولوجيا المعلومات بظاهرة الاتجار بالبشر في عصر العولمة ومدى تأثيرها على دولة قطر"، بحث منشور في المجلة العربية الدولية للمعلوماتية، مج١، ع٢، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢.

١٣- د.ممدوح رشيد مشرف، "الحماية الجنائية للمجني عليه من الابتزاز"، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الامنية، مج٣٣، ع٧٠٤، الرياض، ٢٠١٧.

١٤- د. نوال طارق ابراهيم، "جريمة الاتجار بالاشخاص"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد ٢٦، العدد ١، ٢٠١١.

خامساً: منشورات المنظمات الدولية

١- الامم المتحدة، اليونسكو، "البرنامج العالمي للتثقيف في مجال حقوق الانسان"، المرحلة الثالثة- خطة العمل، نيويورك، ٢٠١٧.

٢- استخدام الانترنت في اغراض ارهابية، مكتب الامم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الامم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٢.

٣- تقرير الاعلام الاجتماعي العربي، "دور الاعلام الاجتماعي في تمكين المرأة العربية"، كلية دبي للإدارة الحكومية، الاصدار الثالث، دبي، ٢٠١١.

٤- المرأة العربية والاعلام، "تقرير تنمية المرأة العربية، دراسة تحليلية للبحوث الصادرة بين ١٩٩٥-٢٠٠٥، ٢٠٠٦".

٥- منظمة الامم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، "دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الانترنت وحرية التعبير"، منشورات اليونسكو، فرنسا، ٢٠١٢.

٦- منظمة المرأة العربية، "المرأة والاعلام في ظل المتغيرات الراهنة - اشغال المنتدى العربي"، نحو اعلام عربي منصف للمرأة، المغرب، ٢٠١٤.

٧- منظمة Fe-Male، منظمة ابعاد، "مدونة سلوك حول التغطية الاعلامية لقضايا العنف القائم على النوع الاجتماعي"، ٢٠١٨.

٨- منظمة الامم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، النصوص ٨٩-٩٥ الاساسية في مجال الاتصال، خطة عمل تورونتو، ١٩٩٥.

سادساً: الاعلانات والمواثيق الدولية

١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨.

٢- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

٣- اعلان بشأن المبادئ الاساسية الخاصة باسهام وسائل الاعلام في دعم السلام والتفاهم الدولي وتعزيز حقوق الانسان ومكافحة العنصرية والفصل العنصري والتحريض على الحرب لعام ١٩٧٩.

٤- الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب لعام ١٩٩٨.

٥- اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لمنع ومكافحة الارهاب لعام ١٩٩٩.

٦- اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١.

٧- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.

سابعاً: القرارات والتقارير الدولية

١- القرار ١٦٢٤ اتخذه مجلس الامن في جلسته ٥٢٦١ لعام ٢٠٠٥، وقرار الجمعية العامة ٢٨٨/٦٠، لعام ٢٠٠٦.

٢- القرارات A/RES/56/64، و E/CN.4/1995/78، و E/CN.4/1997/71.

٣- التقرير A/HRC/2/6، الامم المتحدة، الجمعية العامة، "التحريض على الكراهية العنصرية والدينية وتعزيز التسامح"، ٢٠٠٦.

ثامناً: المواقع الالكترونية

١- د. نورة بنت عبدالله بن محمد المطلق، "ابتزاز الفتيات احكامه وعقوبته في الفقه الاسلامي"، بحث متاح على الموقع الالكتروني
https://www.policemc.gov.bh/.../pdf/978996c8-7092-419a-b5ee-0662e4ea6f4b.pdf

٢- نسرين حسونة، "الإعلام الجديد المفهوم و الوسائل والخصائص والوظائف"، بحث منشور على الموقع الالكتروني
<http://blog.amin.org/nisreenhassouna>

٣- د. سعد ياسين يوسف، "الإعلام الإلكتروني، صحيفة المثقف انموذجاً"، بحث منشور على الموقع الالكتروني،
www.almothaqaf.com/10/906449-electronic-media

دراسة قانونية حول مشروع تعديل قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦)
لسنة ٢٠٠٦

**Legal study on the project of the first amendment on
Iraqi Nationality law No.26 in 2006**

هلو محمد صالح عبد الصمد

مدرس

كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك

ha.dzdai@uokirkuk.edu.iq

الملخص

الجنسية هي رابطة قانونية سياسية روحية تربط الفرد بالدولة، وتعد الأداة أو الوسيلة لتوزيع الأفراد بين الدول المختلفة، عن طريقها يتحدد ركن الشعب في كل دولة ومن ثم تحديد المجال الذي تمارس فيه كل دولة سيادتها، فهي تعد المعيار للتمييز بين شعب الدولة وسكانها، فمن يحمل جنسية الدولة يعد من مواطنيها ومن لا يحمل جنسيتها وان كان يقيم على أرضها فهو من الأجانب، هناك ثلاث قوانين شرعت لتنظيم مسائل الجنسية العراقية أولها قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ حيث شرع بعد تأسيس الدولة العراقية الا ان هذا القانون ألغي وحل محله قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ والذي أثار جدلاً واسعاً خصوصاً بعد تغيير النظام السياسي في العراق و بسبب كثرة التعديلات التي أجريت عليه منها قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل وعلى وجه الخصوص قرارات إسقاط الجنسية الأصلية كعقوبة عن أطياف واسعة من أبناء الشعب العراقي، الأمر الذي أدى إلى جعل هذا القانون محل اهتمام لدى مجلس النواب العراقي لتغييره ، وقد ألغي هذا القانون وجميع القرارات المتعلقة به رسمياً من قبل البرلمان العراقي عام ٢٠٠٦ وحل محله قانون الجنسية العراقية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦. الا ان هذا القانون النافذ لم يخلو من الانتقادات القانونية والسياسية بسبب كثرة ما تضمنه من النقاط المثيرة للجدل والإشكاليات القانونية وخصوصاً فيما يتعلق بحالة ازدواج الجنسية وحالات فرض الجنسية الأصلية ومنحها من خلال الدم المنحدر من الأم العراقية وحالات خلافية أخرى في هذا القانون، بادر المشرع العراقي إلى إعداد مشروع التعديل الأول لقانون الجنسية العراقي النافذ، واننا من خلال هذه الدراسة نحاول تسليط الضوء على اهم النقاط التي تضمنتها هذا المشروع وبيان مدى انسجامه واستجابته لمتطلبات المجتمع ولمعالجة الإشكاليات القانونية التي تكتنف قانون الجنسية العراقي.

الكلمات المفتاحية: الجنسية العراقي، الجنسية الأصلية، الجنسية المكتسبة، الإقامة الطويلة.

Abstract

Nationality is a legal, political and spiritual bond that binds individuals to states. It is the means that distributes individuals between countries. Through nationality, the component of people is determined in every country; ie people who hold the nationality of a specific country are considered its citizens. By contrast, those who do not hold the nationality of the same country are foreigners, even if they have permission to stay on its ground. In general, there are three laws enacted to regulate nationality in Iraq: The first of which was the Nationality Law No. 42 in 1924, which was legislated after the establishment of the Iraqi state. However, this law was repealed and replaced by the Iraqi Nationality Law No. 43 in 1963. The latter sparked widespread controversy, especially after the change of the political system in Iraq, including the amendments made to it by the dissolved Revolutionary Command Council. Therefore, changing this law was a priority for the Iraqi parliament after the fall of the previous Iraqi regime in 2003. Indeed, this law and all decisions related to it were formally repealed by the Iraqi parliament in 2006 and replaced by the new Iraqi Nationality Law No. 26 in 2006. However, this law contains many legal and political criticism, especially regarding dual nationality. In addition, the law contains some other controversial cases regarding imposing original nationality and granting nationality through Iraqi mother and other legal disputes related to the recovery of a lost nationality and many other legal problems. Therefore, the Iraqi legislator has prepared a draft to amend the current Iraqi nationality law. In this study, we will highlight the most important points included in this project. We will also indicate the extent to which this project respond to the requirements of

society. Finally, we will address the legal problems surrounding the current Iraqi Nationality Law.

Key words: Iraqi nationality, original nationality, awarded nationality, long residency.

المقدمة

الجنسية هي رابطة قانونية سياسية روحية تربط الفرد بالدولة، وتعد الأداة أو الوسيلة لتوزيع الأفراد بين الدول المختلفة، فالجنسية أهمية بالغة في حياة الفرد والدولة، كونها الركن الأساسي في تحديد شعب الدولة فهي الإدارة القانونية لها، فهي تُعد المعيار للتمييز بين شعب الدولة وسكانها، فمن يحمل جنسية الدولة يُعد من مواطنيها ومن لا يحمل جنسيتها وان كان يقيم على أرضها فهو من الأجانب. أدى تغير النظام السياسي في العراق وصدور دستور ٢٠٠٥ أصدر المشرع العراقي قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ إلى أنه من خلال التطبيق العملي لأحكامه ظهر كثير من المشاكل والمعوقات أحاول المشرع وضع معالجة تلك المشاكل والمعوقات من خلال إعداد مشروع التعديل الأول لقانون الجنسية العراقية، وإننا من خلال هذه الدراسة نحاول تسليط الضوء على أهم النقاط التي تضمنتها هذا المشروع وبيان مدى انسجامه واستجابته لمتطلبات المجتمع ولمعالجة الإشكاليات القانونية التي تكتنف قانون الجنسية العراقي.

هدف الدراسة

تُعد حرية الدولة في تنظيم أمور جنسيتها أحد المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص، ولكن هذه الحرية يجب ان تتسجم مع مصلحة الدولة باعتبار ان الجنسية تتعلق بركن الشعب، وكذلك يجب ان تؤخذ مصلحة الفرد بعين الاعتبار ومع ذلك نجد ان هذه الحرية مقيدة بقيود تحد من سلطان الدولة المطلق في هذا الأمر، الا ان الذي أدركناه في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ وجود الكثير من الثغرات القانونية، لذا فان مجلس النواب العراقي عمل إلى إعداد مشروع تعديل قانون الجنسية العراقية لسنة ٢٠١٧. لذلك فان الهدف من هذه الدراسة هو إنارة المشرع حول الثغرات القانونية الموجودة في مشروع تعديل القانون لغرض لمعالجتها.

اشكالية الدراسة

ان إشكالية الدراسة تتمحور في بيان اهم الثغرات القانونية الموجودة في مشروع تعديل قانون الجنسية العراقي النافذ ومقارنتها بالقانون المذكور أعلاه من خلال الإجابة على التساؤلات الآتية:

١- هل ان مشروع تعديل قانون الجنسية العراقية الحالي قد عالج التناقضات الموجودة فيه؟ وخاصة فيما يتعلق بالمادة (٣/أ) التي فرضت الجنسية الأصلية على أساس حق الدم المنحدر من الأم بشروط، وبين المادة (٤) التي أعطت الحق باكتساب الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم ولكن بشروط؟

٢- هل كان المشرع العراقي موفقاً في اقتراح تعديل المادة (٥) من قانون الجنسية العراقية الحالي؟ الذي ساوى بين الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية على أساس الولادة المضاعفة؟

٣- إلى أي مدى كان المشرع العراقي موفقاً في التعديل الذي اقترحه على المادة (٦) من قانون الجنسية العراقية وخاصة في ظل الأوضاع الأمنية غير المستقرة في العراق ودخول الكثير إلى العراق بصورة غير مشروعة؟ إضافة لحالة اكتساب الجنسية العراقي عن طريق تقديم خدمة نافعة للبلاد.

٤- ما الهدف من تعديل احكام اكتساب الجنسية بسبب الزواج المختلط من خلال تعديل نص المادة (٧) من قانون الجنسية العراقي؟

٥- هل ان التعديل المقترح للمادة (١١) من قانون الجنسية العراقي كان في محله، وهل انه ضروري فعلا؟

منهجية الدراسة

من اجل الإجابة على التساؤلات المطروحة -سאלفة الذكر- وللوقوف على موقف المشرع العراقي سنتناول هذا البحث (دراسة قانونية حول مشروع تعديل قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦) بموضوعية مستدين في دراستنا على المنهج التحليلي وذلك في تحليل نصوص قانون الجنسية العراقية المذكور أعلاه وبيان اهم التعديلات المقترحة عليه. **خطة البحث.**

المبحث الأول: مفهوم الجنسية

المبحث الثاني: حالات اكتساب الجنسية العراقية المقترح تعديلها

المبحث الأول

مفهوم الجنسية

تعد الجنسية من المواضيع الأساسية في حياة الدول، في تعتبر الأداة الرئيسية في توزيع الأفراد جغرافيا على إقليم الدول، من جهة أخرى يعبر عنها بالانتماء النفسي والروحي إلى دولة معينة، وهذا الانتماء يتجسد في العيش مجموعة من الناس على سبيل الاستقرار على إقليم معين، فيها يتكون الركن الشعب في الدولة، ولا أهميتها تحرص مشرعي الدول على الاهتمام بها و تنظيمها، واننا سنحاول في هذا المبحث بيان تعريف الجنسية طبيعتها هذا في المطلب الأول أما في المطلب الثاني نحاول الكلام عن الجنسية التأسيسية و التعديل المقترح عليها.

المطلب الأول: تعريف الجنسية وطبيعتها

لبيان مفهوم الجنسية وطبيعتها القانونية يتطلب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لبيان تعريف الجنسية أما المطلب الثاني فنتكلم عن الطبيعة القانونية للجنسية.

الفرع الأول: تعريف الجنسية وأركانها

أولاً: تعريف الجنسية

عرفت الجنسية على إنها (رابطة سياسية بين الفرد والدولة) على اعتبار ان الجنسية تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة وان مبناها هو سيطرة الدولة وسيادتها^(١). ويظهر من خلال هذا التعريف انه قد بين الجانب السياسي وأغفل الجوانب الأخرى للجنسية، باعتبارها من نظم القانون العام، وتتفرد الدولة بسلطانه في مسألة الجنسية، وهناك من استبعد وصف الجنسية بانها رابطة سياسية فانصب اهتمامهم بالجانب القانوني لذا عرفوها بانها "الرابطة القانونية التي تربط الإنسان بدولة ذات سيادة يعتبر القانون رعيه لها"^(٢)، وفي السياق نفسه عرفت بأنها "انتماء الفرد قانوناً للشعب المكون للدولة"^(٣).

يرى الفقه ان التعريف الذي يعتمد على الجانب القانوني في الجنسية دون الجانب السياسي يرجع إلى اعتبار الجنسية فكرة متصلة بالقانون الخاص دون القانون العام ويهمل طبيعتها كرابطة بين الفرد والدولة ويغفل المعنى السياسي للجنسية^(٤). وهذا التعريف يهتم فقط بإظهار قدرة الفرد على اكتساب الحقوق في دولة معينة، ومن الفقهاء من اعتبر

(١) ياسين السيد طاهر الياسري، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي، ط٤، العاتك، القاهرة، ٢٠١١، ص٣١.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص٣١.

(٣) د. عباس العبودي، شرح احكام الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٣٨.

(٤) د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٠، ص٣٥.

الجنسية رابطة قانونية سياسية تربط الفرد بدولة معينة، باعتبارها صفة في الشخص الا ان هذه الصفة تتميز بطابع قانوني سياسي إذ عرف الجنسية بانها " صفة تلحق الفرد ذات طبيعة سياسية وقانونية تربط الفرد بدولة معينة وبمقتضاها يتم التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي" (١).

وهناك من الفقهاء من اخذ بالاتجاه التوفيقي الذي يأخذ بكل جوانب الجنسية، واستناداً لذلك عرفت الجنسية بأنها علاقة قانونية وسياسية واجتماعية وروحية بين الدولة والشخص ويترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة، فالجنسية علاقة قانونية بمعنى ان القانون هو الذي يحكم وينظم نشأتها ووسائل اكتسابها وفقدانها ويحدد الآثار التي تترتب عليها، وهي علاقة سياسية، أي تنظيم سياسي يقوم على فكرة الولاء السياسي للفرد تجاه دولته، وهي علاقة اجتماعية فهي تمنح الشعور بالانتماء إلى الجماعة والعيش معهم، وهي علاقة روحية أي ليست علاقة مادية تقتضي وجود الشخص دائماً على إقليم الدولة التي ينتمي له، فهي علاقة معنوية بين الفرد والدولة تتجسد بالولاء والرغبة لدى الفرد باستعادته للتضحية في سبيل دولته وتقديم كل ما يمكن تقديمه من عطاء (٢).

ونحن نميل إلى تأييد الفقه الذي لم يغلب وصف على آخر فالجنسية في الحقيقة هي رابطة قانونية سياسية مع عدم إمكانية إهمال الجانب الاجتماعي للجنسية والتي تمثل الشعور بروح الانتماء لدولة معينة والانتماء لشعب تلك الدولة، ولكن الملاحظ ان الجنسية يجب ان تعرف بشكل مستقل عن التي تترتب عليها ووصفها رابطة قانونية كانت أم سياسية، في الرابط القانونية او الرابط السياسية تأتي بعدم وجود الجنسية باعتباره نظاماً يقر ويعترف به القانون، وكذلك عند القول إنه الجنسية هي عبارة عن رابطة بين الفرد والدولة يوحي بوجود مساواة بين الطرفين و هو خلاف الواقع، لذلك نتفق مع تعريف الجنسية بانها "نظام قانوني تضعه الدولة لتحديد به ركن الشعب فيها ويكتسب به الفرد صفة تفيد به انتسابه إليها" (٣)

ثانياً: أركان الجنسية

ذكرنا في الفقرة السابقة إن من نتائج وجود الجنسية هي تكوين رابطة قانونية سياسية تربط الشخص بالدولة، ويتضح من ذلك أن الجنسية تقوم على ثلاثة أركان هي (الدولة والشخص ورابطة قانونية سياسية اجتماعية). وهذا ما سنوضحه خلال الفقرات الآتية:

١- الدولة (٤): هي شخص معنوي من أشخاص القانون الدولي العام، لها شخصيتها الدولية المعترف بها، والدولة هي النظام القانوني وسياسي الوحيد الذي يستطيع أن يمنح الجنسية ويحدد من يستحق أن يتمتع دون إن يناقشها أحد أو يشاركها في هذا الحق حتى وإن كانت لا تتمتع باستقلالها التام أو حتى وإن لم يعترف بها لان الاعتراف بالدولة ليس منشأً للدولة وإنما له أثر كاشف فمتى استكملت الدولة مقومات وجودها وعناصر قيامها ثبت لها الشخصية الدولية (٥).

فالجنسية هي الأداة لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول ومن هذا المنطلق يكون للدولة وحدها منح الجنسية. استناداً لذلك لا يجوز لأي هيئة لا ينطبق عليها وصف الدولة حق منح الجنسية للأفراد، حتى ولو كانت هذه الهيئات اعلى من

(١) د. عكاشة عبد العال، احكام الجنسية اللبناني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٦.

(٢) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ، الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب، ط ١ ، دار النهضة، ٢٠٠٨، القاهرة، ص ٢٩٠.

(٤) يُعد الدولة الشخص الرئيسي للقانون الدولي العام وهي أوسع الأشخاص الدوليين اختصاصاً وسلطة، إضافة إلى الدولة القانون الدولي يخاطب أشخاصاً آخرين غير الدول ويمنحهم حقوقاً معينة أو اختصاصات محدودة كالمنظمات الدولية والفايتكان. للمزيد من التفاصيل ينظر د. عصام العطية، القانون الدولي العام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٥١.

(٥) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ٣٤.

الدولة، كما في هيئة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية، وينطبق هذا الأمر حتى على حالات دخول الدول مع بعضها في اتحادات شخصية، إذ تدخل الدولة في الاتحاد مع دولة أخرى دون ان تفقد شخصيتها الدولية كما في الاتحاد الأوربي، فكل دولة داخل الاتحاد لها جنسيتها الخاصة بها وليس هناك جنسية واحدة لكل الدول في الاتحاد^(١). فالعلاقة بين الأمم المتحدة وموظفيها علاقة إدارية أي مجرد تبعية إدارية.

٢- الشخص: للشخص الطبيعي أهلية التمتع بجنسية، فالجنسية صفة تلحق بالشخص الطبيعي، فركن الشعب في الدولة تحدده القواعد التي تنظم الجنسية فيها والتي محلها الأفراد^(٢). لأن الإنسان يُعد من أشخاص القانون لا من موضوعاته وذلك بعد زوال نظام الرق الذي كان سائداً قديماً ويجعل الإنسان من موضوعات القانون ولا يعترف له بالشخصية القانونية^(٣). إذ ان سلطة الدولة في منح الجنسية تتوقف على ثبوت الشخصية الدولية لها، فصلاحيه الفرد ليكون طرفاً في رابطة الجنسية يتوقف هو الآخر على مدى ثبوت الشخصية القانونية له. جنسية في الحقيقة هي أداة تحديد هوية الدولة للأفراد ما قلنا لا يمكن تصور وجود الدولة بغيري وجود الأفراد، فالشخص لا غنى عنه لوجود الجنسية كان نظام قانوني باعتبار أنه شخص ركن من أركان الجنسية.

والجنسية لا تمنح للأسرة بوصفها وحدة وإنما تمنح للفرد والذي تقصد به الشخص الطبيعي وهذا يعني ان وصف الجنسية يلحق الشخص بصفة فردية وليست جماعية فلكل فرد حق التمتع بالجنسية واكتساب صفة المواطن^(٤). فإذا كان تعبير الجنسية مقصور في البدء على الأشخاص الطبيعيين الا انه بعد التطور في مفهوم الجنسية والقواعد المنظمة لها امتد ليشمل الأشخاص المعنوية، وكذلك بعض الأموال كالسفن والطائرات، فالحاجة العملية ولأهمية هذه الأموال تطلب ربطها بدولة معينة والتي اسهم في شيوع استخدام الجنسية بالعلاقة التي تربط الدول بتلك الأموال^(٥).

٣- رابطة قانونية سياسية اجتماعية: هذه الرابطة تكون بين الشخص والدولة وتوصف بالسياسية لان الفرد لا يمكن ممارسة حقوقه السياسية داخل الدولة ما لم يكن متمتعاً بجنسية تلك الدولة، وتوصف بالقانونية لأنها ملزمة ومن النظام العام، وتعد قواعد الجنسية بصفة عامة ضمن القانون العام، وان وجدنا فيها قواعد من القانون الخاص وذلك لأنها متعلقة بسيادة الدولة بالإضافة إلى إنها تحدد سكان الدولة^(٦) والجنسية رابطة اجتماعية لاندماج الشخص في مجتمع معين له عاداته وتقاليده وأعرافه الخاصة به، فكل مجتمع مختلف في تركيبته عن مجتمع آخر، ولذلك يُعد المفهوم الاجتماعي أساس لها^(٧). وان وجود هذه الرابطة بين الفرد والدولة والتي على أساسها يمكن فرض الجنسية فأن هناك حقوقاً وواجبات تتولد عن تلك الرابطة أي عن الجنسية، وأول حق من الحقوق التي يحصل عليها الشخص بعد تمتعه بالجنسية هو حصوله على

(١) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٢) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دون مكان النشر، ١٩٩٦، ص ٣٢.

(٣) د. غالب علي الداودي ود. حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص الجنسية والمواطن، ج ١ العاتك، القاهرة، ص ٣٢.

(٤) سناريا محمد نهاد مصطفى، الجديد والقديم في قانون الجنسية العراقية، ط ١، مطبعة الند، سليمانية، ٢٠٠٩، ص ٥٤.

(٥) د. عبد المنعم رياض بك، مبادئ القانون الدولي الخاص، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٤٣، ص ٢٩.

(٦) المصدر السابق، ص ٢٨.

(٧) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ٣٧.

صفة المواطن وتمييزه عن الأجنبي، ومن المعروف ان الدولة تعطي حقوقاً وامتيازات للوطني دون الأجنبي، فللوطني الحق في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية في المجتمع^(١).

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للجنسية

انقسم الفقه في بيان الطبيعة القانونية للجنسية إلى اتجاهين اثنين، فالأول ركز على الطابع التعاقدية. أما الاتجاه الثاني فابرز الجانب التنظيمي، فالفقه القديم كان يرى ان الجنسية ما هي الا رابطة عقدية، متأثراً بالأفكار التي كانت سائدة في العصور الوسطى، وحتى بداية العصور الحديثة والى الثورة الفرنسية والتي كانت تقوم على مبدأ الولاء الدائم، إذ ان الفرد كان يدين بالولاء و الطاعة للدولة وحيث تطورت فكرة الولاء المطلق استناداً لنظرية العقد الاجتماعي في نشأة الدولة، ويُعد الفقيه الفرنسي (Weiss) أول من نادى بالطبيعة العقدية للجنسية، لأنه كان متأثراً بأفكار الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو ونظرية العقد الاجتماعي، فبحسب أفكاره (Weiss) فإن الجنسية عقد ناتج عن التقاء إرادتين هما إرادة الدولة والفرد في عقد تبادلي^(٢)، فذهب الأستاذ (Desgagné) إلى تعريف الجنسية بأنه "عقد حقيقي بين المتجنس الذي يطلب جنسية بلد معين شريطة ان يتحمل أعبائها والدولة التي تمنحها له تتعهدا بحمايته احد مواطنيها"^(٣)

ويكون هذا العقد هو أساس رابطة الجنسية، وبموجب هذا العقد يكون على اعتبار ما هو حق للشخص واجباً على الدولة، وما هو حق للدولة واجباً على الشخص، ويكون إعلان إرادة الدولة إيجاباً عاماً موجهاً للجميع في الجنسية الأصلية، وإيجاباً خاصاً في الجنسية المكتسبة، وبالنسبة للفرد أن إعلان إرادته (القبول) يكون صريحاً في الجنسية المكتسبة وضمنياً في الجنسية الأصلية التي تفرض عليه وهو صغير السن ولكنه لا يتنازل عنها ولا يستطيع ردها عندما يبلغ سن الرشد^(٤). واعتبروا الجنسية عقد ذو طبيعة خاصة يقترب من عقود الإذعان وذلك بالنظر إلى كيفية تلاقي إرادة الطرفين. وان ما أدى إلى هذا الخلاف هو معالجة القانون الفرنسي لمواضيع الجنسية ضمن النصوص الخاصة بالحالة في المجموعة المدنية، والذي أدى إلى توجه الدراسات الفقهية في موضوع الجنسية بهذا الاتجاه إلى حين صدور حكم في ٢ شباط ١٩٢١ لمحكمة النقض الفرنسية والتي اعتبرت قواعد الجنسية من النظام العام^(٥).

ومن الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي انه كان متأثراً بمبدأ سلطان الإرادة إلى حد ما، الذي لا يمكن التعويل عليه اليوم، إذ اصبح ضعيفاً في حجته في هذا المجال، لأن فكرة العقد قائمة على أساس المساواة بين المتعاقدين، ولكن في الحقيقة إن مركز الدولة أعلى من مركز الشخص فلا مساواة بينهم، فالدولة لها الحرية في منح الجنسية وسحبها وردها للشخص بحسب ما تقتضي مصالحها العليا وظروفها في حين لا يستطيع الشخص أن يغير من ذلك شيئاً^(٦)، كذلك انتقد هذا الرأي على اعتبار ان التعاقد يتطلب توافر الأهلية لدى طرفيه، أما الجنسية فليس للأهلية اثر عند فرضها على الطفل مثلاً بناء على حق الدم أو الإقليم^(٧). وكذلك من غير الممكن قبول فكرة العقد الجنسية لأنها تعتبر مسألة غير حقيقية لأن الواقع لم يدل عليها في الدولة لا التعاقد مع شعبها في موضوع الجنسية.

(١) د. قاسم عبد الحميد الضمور، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للقانون الأردني والاتفاقات الدولية-دراسة مقارنة-دار وائل، عمان، ٢٠٠٤، ص ٩.

(٢) سناريا محمد نهاد مصطفى، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٣١.

(٤) د. غالب علي الداوودي ود. حسين محمد الهداوي، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٥) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٣٣.

(٦) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٧) د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، مكتبة ياد كار، السليمانية، ٢٠١٨، ص ٢٣.

أما الاتجاه الآخر فيرى ان الجنسية علاقة تنظيمية بين الدولة والشخص، فالدولة حرة في تنظيمها حسب ما تمليه عليها مصالحها الخاصة، ولا يستطيع الفرد ان يتدخل في تغيير أحكامها السارية عليه^(١). فالجنسية بحسب هذه النظرية هي نظام قانوني في القانون العام، والدولة تتمتع بسلطة واسعة في مجال تنظيمها، فإن لقيام الدولة بوضع قواعد الجنسية وأحكامها فإنها بذلك إنشاء مراكز قانونية عامة ومحددة يكون قابلة للاستفادة منها. علما ان دور الإرادة يقتصر على تهيئة الوقائع التي يرتبط بها الأثر القانوني دون ان تكون مصدره المباشر،^(٢) وهذا يعني ان هذا الرأي لا ينكر دور إرادة الفرد، بل يحترم هذه الإرادة كحقه في تغيير جنسيته مثلاً^(٣).

ونحن من جانبنا نتفق مع هذا الاتجاه باعتبار ان الجنسية من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وأنها تتعلق بسيادة الدولة، فالدولة تمارس سيادتها على سكانها، ان هذا التكليف لا ينكر إرادة الفرد بشكل تام في الجنسية، فمثلاً إذا ما نظمت الدولة احكام الجنسية، وأراد الفرد اكتساب جنسية دولة ما فأن إرادته تحترم في هذا الاكتساب دون ان تفرض عليه دون موافقته، وكذلك إذا ما أراد الفرد تغيير جنسيته. أي انه بالرغم من تسليم الفقه الحديث بأن العلاقة بين الدولة والفرد هي علاقة تنظيمية الا انه كما قلنا فان إرادة الفرد تعدت بها في بعض المسائل المتعلقة بالجنسية ولكن في نطاق محدود^(٤).

المطلب الثاني: الجنسية التأسيسية في القانون العراقي والتعديل المقترح عليها

الجنسية التأسيسية تتمتع بأهمية بالغة كونها الجنسية المؤسسة لأنواع أخرى من الجنسيات، فاذا تغيرت السيادة على إقليم معين نتيجة الانفصال عن دولة معينة يكون سببا لفرض الجنسية تأسيسية على أهالي تلك الأقاليم وفي العراق كان هناك مناسبة واحدة عندما انسلخ العراق عن الدولة العثمانية فكانا من الضروري إصدار تشريع يحدد به الشعب العراقي وكان ذلك قانون الجنسية التأسيسية العراقي عام ١٩٢٤ علي سنعسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الفرع الأول عن الجنسية التأسيسية وحالاتها أما الفرع الثاني فنخصص للحديث عن التعديل الوارد على الجنسية تأسيسية

الفرع الأول: -تعريف الجنسية التأسيسية وحالاتها في القانون العراقي

أولاً: -تعريف الجنسية التأسيسية

يمكن تعريف الجنسية التأسيسية بانها "الجنسية التي تفرض على الشخص أو تُختار عند تأسيس الدولة وتبديل السيادة في الإقليم"^(٥). وتظهر الحاجة إلى احكام جنسية التأسيس عندما نكون بصدد إنشاء جنسية لدولة جديدة، ظهرت أما نتيجة استقلالها حديثاً أو انفصالها من دولة معينة، كما هو الحال في انفصال العراق عن الإمبراطورية العثمانية عبر معاهدة

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٤٨.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٣) د. محمد جلال حسن المزوري، مصدر سابق، ص ٢٣، حاولت بعض الآراء المعاصرة أنكار حق الفرد في تغيير جنسيته، فحسب رأيهم أن الدولة بالنسبة للفرد بمثابة الأم، وإذا فقد أمه أي جنسيته بتخليه عنها فلا يمكنه ان يجد أما بديلة، الا ان هذه الرأي لم يجد مؤيد له فالاعتراف للفرد بالحق في تغيير جنسيته تمليه قواعد القانون الدولي العام، فقد نصت عليه المادة(١٥) الفقرة(٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على انه (لا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته) للمزيد من التفاصيل ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٧٧.

(٤) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٥) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ٣٩.

لوزان الموقعة بتاريخ ١٩٢٢/٧/٢٤ وتعد هذه المعاهدة السند القانوني لجنسية التأسيس في الدول العربية من ضمنها جنسية التأسيس العراقية^(١).

فقد أوجبت المادة (٣٠) من معاهدة لوزان تنظيم جنسية أهالي الأقاليم المنسلخة عن الإمبراطورية العثمانية بموجب قانون محلي، لذا أصدر العراق في ١٠/٩/ ١٩٢٤ أول قانون للجنسية العراقية برقم ٤٣ لسنة ١٩٢٤ ونص فيه على أن نفاذها يكون من يوم نفاذ معاهدة لوزان في ٦ آب ١٩٢٤ ثم أدخلت في هذا القانون ثمانية تعديلات حتى عام ١٩٥٤، وأخيراً حتى الغي وحل محله قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣^(٢). وجنسية التأسيس تكون بطبيعتها وقتية ومهمة عند نشأة الدولة لكن هذه الأهمية تضاعفت بمرور الوقت، إلا أنه بالرغم من ذلك فإن دورها يبقى فعالاً في الدولة الحديثة باعتبارها السند القانوني لجنسية معظم الوطنيين الأحياء بصورة مباشرة والسند القانوني لجنسية فروعهم بصورة غير مباشرة^(٣).

ثانياً: حالات الجنسية التأسيسية في القانون العراقي

١- **السكن في العراق:** نظم احكام فرض الجنسية التأسيسية قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغى، إذ جاء في المادة الثالثة منه على انه "كل من كان في اليوم السادس من آب ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية وساكناً عادة في العراق تزول عنه الجنسية العثمانية ويُعد حائزاً على الجنسية العراقية ابتداء من التاريخ المذكور"، وبالتالي فان جنسية التأسيس المفروضة حسب هذه المادة تتطلب شروطاً محددة، منها ان يكون الساكن في العراق عثماني الجنسية في يوم ٦ آب ١٩٢٤، وان يكون الساكن العثماني ساكناً في العراق عادة والمقصود بذلك ان يكون محل أقامته في العراق في هذا التاريخ ما بين ٢٣ آب ١٩٢١ لغاية ٦ آب ١٩٢٤ والعثماني الذي غادر العراق قبل هذه المدة لم يستفد من هذه المادة^(٤).

٢- **التوظيف في العراق:** نصت المادة (٨/ج) من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ الملغى على انه "يعتبر عراقياً كل من كان في اليوم السادس من شهر آب سنة ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية وساكناً في العراق إذا كان مستخدماً في الحكومة العراقية كموظف عراقي في ذلك التاريخ أو قبله وإن لم تكن سكناه قد بلغت المدة الواردة في الفقرة (هـ) من المادة الثانية".

وشروط هذه الحالة ان يكون شخص عثماني الجنسية في يوم ٦ آب ١٩٢٤، وان يكون ساكناً في العراق وموظفاً بوظيفة في العراق خلال مدة تبدأ من يوم ٢٣ آب ١٩٢١ لغاية ٦ آب ١٩٢٤^(٥).

١. **-الولادة في العراق:** نصت على هذه الحالة المادة (٧) من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ الملغى على أنه "من بلغ سن الرشد من تبعة الدولة العثمانية ولم يكن ساكناً في العراق عادة إلا انه مولود فيه، له ان يقدم في ١٧ تموز سنة ١٩٢٧ أو قبله بياناً خطياً يختار فيه الجنسية العراقية، وعند ذلك يصبح عراقياً إذا وافقت الحكومة العراقية على ذلك وكان بينها وبين حكومة الدولة التي يسكنها ذلك الشخص اتفاق في هذا الخصوص أن كان وجود اتفاق من هذا القبيل

(١) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢) د. غالب علي الداوودي و د. حسين محمد الهداوي، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٣) د. حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤، ص ٧٩.

(٤) د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية، ط ٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨، ص ٢٥٣.

(٥) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ١٠٠.

لازماً". وشرط هذه الحالة ان لا يكون العثماني ساكناً في العراق في هذه المدة، لأنه لو كان مقيماً في العراق خلال هذه المدة فانه يكون مشمولاً بحكم المادة (٢) من القانون، والشرط الثاني في هذه الحالة ان يكون مولوداً في العراق، أي في إقليم العراق، وبيان ذلك يرجع إلى احكام القانون الدولي، وأخيراً يجب على الشخص تقديم بيان خطي للسلطة المختصة وموافقة السلطة العراقية عليه مع مراعاة الحكومة العراقية لكل الاتفاقيات الدولية المنعقدة بينها وبين الدول التي يسكن فيها العثماني بهذا الصدد^(١).

الفرع الثاني: التعديل المقترح على الجنسية التأسيسية

نصت المادة (١) من التعديل الأول لقانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ على انه (يلغى نص المادة (٢) من القانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ويحل محله ما يأتي:
يُعد عراقي الجنسية كل من أولاً: كان عثماني الجنسية وساكناً في العراق هو أو أحد والديه أو جده ابتداءً من يوم ١٩٢٣/٨/٢٣ لغاية ١٩٢٤/٨/٦.

ان هذا التعديل لا داعي لإجرائه لأنه يثير الشك بإعطاء الفرصة لمن لا ينتمون إلى التركيبة المجتمعية للشعب العراقي بالحصول على الجنسية العراقية من خلال الادعاء بأن أحد والديهم أو جدهم كان ساكناً في العراق، كما ان هذا التعديل قد أزال كلمة المعتاد من السكن وهذا معناه ان الوجود العرضي قد يكون كافياً لفرض الجنسية العراقية. وكذلك يلاحظ من هذا النص ان المشرع العراقي قد ناقض نفسه، حيث نجد انه نص في الأسباب الموجبة لتشريع هذا التعديل، ان الغرض من هذا التعديل هو معالجة المشاكل العملية لتطبيق قانون الجنسية النافذ ولغرض منع ازدواج الجنسية ولكن عند التأمل والنظر في تعديل المادة الثانية نجد انه يضيف إشكالية جديدة عند إضافة حالة لفرض الجنسية العراقية كما بينا سابقاً من صعوبة التأكد من صحة الادعاء بالسكن في العراق خلال المدة المذكورة في المادة المعدلة، اصف إلى ذلك ان المادة (١) من مشروع التعديل لم تنص أو تشترط زوال الجنسية العثمانية عن العثماني لغرض منحه الجنسية العراقية أي انه سمح بشكل واضح بازدواج الجنسية و التي نص على منعها في الأسباب الموجبة من التعديل، كذلك نجد ضعفاً واضحاً في صياغة النص حيث انه اعتبر عراقياً من كان عثماني الجنسية وساكناً في العراق هو أو احد والديه أو جده ابتداءً من ١٩٢٣ / ٨ / ٢٣ لغاية ١٩٢٤/٨/٦ وبالتالي يلاحظ انه تضمن حالة لفرض الجنسية العراقية اذا كان احد والديه ساكن في العراق خلال المدة المذكورة أي ان الشخص يستطيع ان يحصل على الجنسية العراقية بسبب سكن الأب والأم أو سكن احدهم في العراق أو سكن الجد فهنا يلاحظ ان قصد المشرع غير واضح حيث لم يفرق بين الأب والأم في احكام فرض الجنسية الا انه فرق في حالة الجد والجددة إذ لم ينص على إمكانية فرض الجنسية بسبب سكن الجددة، والملاحظ ان النص أعطى فرصة الحصول على الجنسية العراقية عن طريق الأم دون الأخذ بعين الاعتبار لجنسية الأب والتي بدورها تزيد من حالات فرض الجنسية العراقية على أشخاص يحتمل ضعف انتمائهم للعراق، مع كل هذه الملاحظات لا يسعنا الا القول ان هذه المادة تزيد من المشاكل القانونية في حالة النص عليها و إقرارها.

المبحث الثاني

حالات اكتساب الجنسية العراقية المقترح تعديلها

الجنسية المكتسبة هي الجنسية الطارئة، أو يسمى الجنسية ما بعد الميلاد يكتسبها الشخص أثناء حياته بعد الولادة، تمنح هذه الجنسية بناء على طلب الشخص أو موافقة الدولة بعد توفر الشروط الأساسية، وفي هذا المبحث سنبين بعض

(١) د. جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٨٢.

حالات اكتساب الجنسية التي ورد في مشروع التعديل الخاص القانون الجنسية النافذ لذلك تنقسم هذا المبحث إلى مطلبين تتكلم في المطلب الأول أن التعديل المقترح على حالات التجنيس أما في المطلب الثاني نبين حالات الزواج المختلط والتعديل الوارد عليها.

المطلب الأول: التجنيس في القانون العراقي والتعديلات المقترحة عليها

من خلال قراءة في مشروع تعديل الأول لقانون الجنسية العراقية النافذ تبين لنا بوجود تعديل لثلاث حالات من حالات التجنيس وهي حالة اكتساب الجنسية عن طريق عن طريق الولادة من أم عراقي خارج العراق وأب مجهول أو لا جنسية له، وكذلك حالة التجنيس عن طريق الولاد المضافة التي تضمنتها المادة (٥) وكذلك طال التعديل المادة (٦) المتعلقة بالتجنيس عن طريق الإقامة الطويلة سنخصص لكل حالة فرع نتكلم فيها عنها التعديل المقترح عليها.

الفرع الأول: اكتساب الجنسية عن طريق الأم وأب مجهول أو لا جنسية له.

أولاً: اكتساب الجنسية العراقية بالولادة خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له.

نص المشرع العراقي في قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ على هذه الحالة وهي من حالات اكتساب الجنسية إذا جاء في المادة (٤) على انه "لوزير ان يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط أن يكون مقيماً في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية". من خلال قراءة هذا النص نستنتج انه يشترط لتطبيقها ما يلي:

١- أن تكون الأم متمتعة بالجنسية العراقية حين ولادة الطفل، ولا عبرة بكون الأم تحمل جنسية أخرى إلى جانب الجنسية العراقية.

٢- ان يكون الأب مجهولاً أو لا جنسية له (١).

٣- ان تحصل الولادة خارج العراق أي ان يولد الطفل في الخارج من ام عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له.

٤- ان يكون الولد مقيماً في العراق وقت تقديمه الطلب ويكون بالغاً سن الرشد قبل تقديمه طلب اختيار الجنسية العراقية ويتضح من هذا الشرط ان المشرع العراقي أراد به التأكد من مدى تعلق طالب الجنسية العراقية ومدى ارتباطه الروحي وتعلقه بالمجتمع العراقي وذلك لان الإقامة في العراق دليل على رغبته في الارتباط روحياً بالعراق الا ان المشرع لم يحدد مدة الإقامة في العراق قبل بلوغه سن الرشد.

٥- ان يقدم طلباً لاختيار الجنسية العراقية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، وهذا يعني ان هذه الجنسية لا ترفض عليه وإنما يختارها بإرادته من خلال تقديم طلب، ويمكن تمديد مدة السنة إذا حالت ظروف صعبة دون تقديم الطلب.

والملاحظ ان النص أعلاه يكتفه الغموض إذ لم ينص على مدة الإقامة المطلوبة للحصول على الجنسية بموجب هذه المادة، وكذلك الغموض في على عبارة "إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك" فانه لم يحدد من هي الجهة التي تقرر

(١) يقصد بالأب المجهول الأب غير المعروف بمعنى ان الولد مجهول النسب فيكون غير شرعي ، أما الأب الذي لا جنسية له فيقصد به الأب المعروف الثابت نسب الوالدين لكنه لا يحمل جنسية دولة معينة وبالتالي فان عدم ثبوت نسب المولود لأبيه أو اذا كان الأب عديم الجنسية يكون سبباً لمنح المولود جنسية امه العراقية ينظر د. جابر إبراهيم الراوي ، القانون الدولي الخاص في الجنسية ، مطبعة دار السلام ، بغداد ١٩٧٧ ، ص ٨٩.

وتقدر تلك الظروف وما هو المعيار المعتمد في ذلك^(١). هذا ولم يعالج حالة ولادة طفل من ام عراقية وأب مجهول، فلو فرضنا ان الأب أنكر نسب الطفل اليه وفشلت الأم في إثبات هذا النسب، أي ان الطفل ولد لاب مجهول فهذه الفرضية لا تنطبق عليها المادة (٣/ب) لان الأم معلومة ولا تنطبق عليها المادة (٤) إذ ان الولادة حصلت خارج العراق، أي ان المشرع اهتم بحالة الطفل اللقيط أو مجهول الأبوين وكذلك الطفل الذي ولد خارج العراق من أم عراقي وأب مجهول إذ خصص لهم نصوص قانونية لمعالجة حالاتهم دون حالة الطفل الذي يولد من أم عراقية وأب مجهول داخل العراق^(٢).

ومن خلال استقراءنا لنصوص قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والقوانين المقارنة بين نصوصها وجدنا ان المشرع وقع في تناقض بين ما جاء في المادة (٣/أ) التي اعتبر عراقياً من ولد لام عراقية بشكل مطلق دون تقييد واعتبر الجنسية بموجبها اصلية وبين ما جاء في المادة (٤) المذكورة سالفاً.

ثانياً: التعديل الوارد على المادة الرابعة من قانون الجنسية العراقية

أما فيما يتعلق بالتعديل الوارد على المادة (٤) الذي جاء به التعديل الأول لقانون الجنسية العراقية لسنة ٢٠١٧ فقد جاءت بتعديل مخيب للآمال، إذا جاء في المادة (٢) من التعديل المقترح على انه يلغى نص المادة (٤) من القانون ويحل محله "الوزير أن يعد من ولد لام عراقية وأب غير عراقي أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تأريخ بلوغه سن الرشد الا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط أن يكون مقيماً في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية".

من خلال استقراء النص أعلاه والمقارنة بين نص المادة الرابعة والتعديل الوارد عليها نجد ان التعديل اكتفى باستبدال كلمة (أب مجهول) ب (أب لا جنسية له)، برأينا ان كانت الأسباب الموجبة لصياغة هذه المادة إنسانية (وهو خيار مستبعد)، فإنه كان الأولى بالمشرع عدم عطف حالة الولادة من أب مجهول على حالة أب غير عراقي (أي بمعنى الأب الذي يحمل جنسية دولة أخرى)، لان الأب المجهول الوارد في القانون يدل على ان الولد مجهول النسب إلى أبيه فيكون غير شرعي والذي يحتاج إلى تدخل قانوني واضح وصريح لمعالجة هذه الحالة بغية تسهيل إجراءات الحصول على الجنسية العراقية لا ان يقوم بإزالتها من النص واستبدال أب لا جنسية له^(٣)، عليه فأن المشرع بهذا التعديل لم يزل حالة التعارض والتناقض بين نص المادة الثالثة والرابعة التي اشترنا الهيا مسبقاً، وبالتالي ان هذه المادة برأينا لا فائدة مرجوة منها وخصوصاً ان الأساس التي اعتمد عليه المشرع العراقي بالمساواة بين الرجل والمرأة هو أساس دستوري.

الفرع الثاني: اكتساب الجنسية بالولادة المضاعفة

أولاً: اكتساب الجنسية العراقية بالولادة المضاعفة وفق المادة (٥) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦

(١) د. طلعت جبار لحي، دراسة في احكام قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية، ٢٠١٠، ص ١٤.
(٢) ينظر المادة (٣/ب) والمادة (٤) من قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.
(٣) من خلال البحث عن إحصائية بحالات التجنس بالجنسية العراقية لم نجد الا حالة واحدة من التجنس وفق المادة (٥) من قانون الجنسية المرقم ٤٣ لسنة الملغى ١٩٦٣ قد سجلت عام ١٩٩٨ حيث ان المادة (٤) من قانون الجنسية العراقي النافذ يشبه في أحكامه المادة (٥) من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ باستثناء التسهيلات التي تضمنتها المادة (٤) من قانون الجنسية النافذ التي سمح بتقديم طلب التجنس بعد مضي مدة المقرر اذا حالت ظروف صعبة دون تمكنه من تقييم الطلب خلال المدة المقررة وكذلك لم تشترط عدم حصوله على جنسية أخرى ليتمكن من تجنس بالجنسية العراقية لمزيد من التفصيل ينظر يونس محمود كريم ، احكام التجنس في القانون العراقي ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل كلية القانون، ٢٠٠٢.

أخذت المادة (٥) من قانون الجنسية العراقية بالولادة المضاعفة في منح الجنسية العراقية، إذ جاء في المادة المذكورة أعلاه على أنه "للوزير أن يُعد عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده، بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية العراقية".

نستنتج من قراءة النص أعلاه الشروط التالية لاكتساب الجنسية العراقية بالولادة المضاعفة وهي:

١- ولادة الابن والأب غير العراقي في العراق إذ لا يكفي ولادة الولد وحده أو الأب وحده في العراق وإنما كلاهما.

٢- أن يثبت نسب الولد لأبيه الأجنبي المولود في العراق.

٣- أن يكون الأب مقيماً وبصورة معتادة في العراق حين ولادة ولده والسبب في ذلك هو رغبة المشرع في التأكد من أن عائلة المولود قد استقرت في العراق واندمجت مع المجتمع العراقي وأن هذه الولادة لم تكن مجرد صدفة بل هي حقيقة ثابتة، ويقصد بالإقامة المعتادة للاب أن يتخذ الأب من العراق مركزاً لأعماله الوظيفية ونشاطاته التجارية ومحلاً لإقامته المعتادة أي الإقامة المادية^(١).

٤- أن يبلغ الولد سن الرشد بنتمام الثامنة عشر كاملة حسب التقويم الميلادي على أن يكون موجوداً في العراق عند بلوغ سن الرشد^(٢).

٥- أن يقدم طلباً لاكتساب الجنسية العراقية، وهنا نرى بأن المشرع لم يحدد مدة معينة لتقديم الطلب بخلاف القانون الملغى رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الذي اشترط تقديم الطلب خلال مدة سنتين من تاريخ بلوغه سن الرشد^(٣).

ونحن مع تلك الآراء التي تطالب بتحديد موعد لتقديم طلب اختيار الجنسية من المستفيد من هذا النص ونرى بأن مدة سنتين كافية وذلك لمعرفة مدى حرصهم على اكتساب الجنسية العراقية وذلك في حالة تقديمهم خلال المدة المحددة في القانون وعدم إبقاء الباب مفتوحاً أمام المشمولين بهذا النص. هذا نلاحظ عدم تحديد مدة زمنية للإجابة على طلب التجنس من قبل الوزير فكان من الأفضل ذكر مدة معينة لحسم موضوع التجنس دون إبقائها معلقة بعدم تحديد مدة. ونرى أيضاً من الأفضل لو أن المشرع اشترط إقامة الابن في العراق دون الأب عند تقديم طلب التجنس لأنه يفهم من نص المادة (٥) أن المشرع اشترط وجود طالب التجنس في العراق عند تقديم الطلب ولم يشترط الإقامة. إلا أنه من خلال دراسة حالة اكتساب الجنسية بسبب الولادة المضاعفة نرى أن على المشرع أن ينص على اكتساب الجنسية في هذه الحالة بحكم القانون دون الحاجة إلى موافقة الوزير أما بالنسبة للشروط الأخرى لهذه الحالة وخصوصاً كيفية تقديم الطلب فنرى الإبقاء عليها

(١) يونس محمود كريم النعيمي، أحكام التجنس في قانون الجنسية العراقية دراسة المقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ٥٩.

(٢) ينظر نص المادة (١) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ الذي حدد المقصود بـ (السن الرشد).

(٣) أن النص المادة السادسة من قانون الجنسية العراقية ذي الرقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ قبل التعديل لم يتضمن تحديد المدة لتقديم الطلاب فقد نص على أنه (١)-للوزير أن يعتبر عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب أجنبي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده ويسري هذا الحكم على من لم يحصل على شهادة الجنسية العراقية قبل نفاذ هذا القانون وفق الفقرة ب من المادة الثامنة من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ المعدل. ٢-يعتبر عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد وكان أبوه وجده الصحيح مولوداً فيه) إلا أنه بموجب قانون التعديل الأول ذو الرقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٤ في المادة الثالثة بين هذه المدة حيث جاء فيها على أنه (١)-للوزير أن يعتبر عراقياً من بلغ سن الرشد قبل نفاذ هذا القانون ولم يحصل على الجنسية العراقية وتوفرت فيه شروط المادة السادسة المعدلة من القانون بشرط أن يقدم طلباً لمنحه الجنسية العراقية خلال سنتين من نفاذ هذا القانون. ٢-لا يطبق حكم الفقرة (٢) من المادة السادسة الملغاة بموجب القانون بحق من لم يمنح شهادة الجنسية العراقية بموجبها قبل نفاذها) ينظر قانون التعديل الأول ذو الرقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٤ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية ذو العدد ١٠٦٢ في ١٣/١٠/١٩٦٥.

لأنها دليل على شدة الارتباط الروحي بالعراق فكان من الأفضل ان تبدأ المادة بعبارة (يُعد عراقياً كل من ولد في العراق...) أي يُعد عراقياً من تاريخ تقديم الطلب تلقائياً دون حاجة إلى موافقة الوزير عند توفر الشروط.

ثانياً: التعديل الوارد على اكتساب الجنسية العراقية بالولادة المضاعفة.

جاء في المادة (٣) من التعديل الوارد على المادة الخامسة على انه "يلغى نص المادة (٥) من القانون ويحل محله ما يأتي: للوزير أن يُعد عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب أو أم غير عراقيين مولودين فيه وكانا مقيمين فيه بصورة معتادة عند ولادة ولدهما بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية العراقية". هذا التعديل جاء أيضاً ليساوي بين الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية العراقية على أساس الولادة المضاعفة في العراق، فكما أشرنا لها في الفقرة أعلاه ان النص الأصلي الوارد في قانون الجنسية العراقية أعطى الحق في الجنسية لمن ولد في العراق من أب عراقي مولود في العراق بعد بلوغه سن الرشد أما التعديل المقترح أعطى الحق للام أيضاً أي كل شخص مولود في العراق من أم مولودة في العراق أيضاً. برأينا ان المشرع أراد أن يساوي بين الرجل والمرأة لموافقة ما ورد في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إذ جاء في المادة (١٤) منها على انه "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية..."، والاتفاقيات الدولية التي تتادي بالقضاء على كل أنواع التمييز العنصري ومنها اتفاقية سيداو^(١) للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٨ فقد جاء في المادة التاسعة الفقرة الثانية على انه "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها" و هنا حدث فهم خاطئ للمشرع لان المساواة يقصد بها بين العراقيين وان الأب والأم المذكورين في المادة محل البحث هم أجناب، وبالتالي نرى ان المشرع بالغ واسرف في منح الجنسية العراقية واتفق مع الرأي المناهض للمساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية للأبناء لأن ثبوت الجنسية الوطنية لا علاقة له بحقوق المرأة ومساواتها بالرجل فالجنسية هي مسألة سياسية وسيادية لا علاقة لها بتوزيع الحقوق والواجبات بين الأفراد، والدولة حرة في تنظيم أمور جنسيتها وفقاً لسياستها التشريعية التي تتلاءم مع مجتمعها من جميع النواحي الدينية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها^(٢)، إضافة إلى ذلك ان هذه المادة لم تعالج الإشكاليات التي وردت في نص المادة الأصلية والتي تتعلق بعدم تحديد المدة اللازمة لتقديم الطلب لمنح الجنسية العراقية أو إقامة مقدم الطلب في العراق.

الفرع الثالث: اكتساب الجنسية العراقية بالإقامة الطويلة^(٣)

تختلف الدول فيما بينها بالنسبة للشروط التي تضعها للتجنس بالجنسية اللاحقة من دولة إلى أخرى، فهناك دول مصدرة للسكان بسبب كثافتها السكانية العالية تتخذ في اغلب الأحيان إجراءات معقدة وصعبة في تشريعاتها الخاصة بالجنسية عندما تقرر منح الجنسية للأجنبي الذي يروم الحصول عليها، وهناك دول مستوردة للسكان بسبب قلة كثافتها السكانية تلجأ في اغلب الأحيان إلى تبسيط إجراءات الحصول على الجنسية من قبل الأجنبي^(٤).

(١) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وقد وقعت عليه أكثر من ١٨٩ واعتمدها الأمم المتحدة في ١٨ كانون الأول ١٩٧٩ وقد صادق العراق على الاتفاقية مع أبداء التحفظ على بعض بنودها عام ٢٠٠٠.

(٢) د. رعد مقداد محمود، جنسية أبناء الأم العراقية دراسة في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٥ بالمقارنة مع بعض القوانين الجنسية العربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، السنة ١، ص ٦٨.

(٣) يقصد بالإقامة الطويلة، الإقامة التي اشترتها المادة السادسة من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والتي اشترطت الإقامة في العراق لمدة ١٠ سنوات متواصلة.

(٤) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ١٤٨.

والتجنس يقوم على ركنين أساسيين هما إرادة الفرد طالب التجنس، وموافقة الدولة، ويستند إلى شروط معينة ويعبر الفرد عن إرادته بطلب خطي يصرح فيه عن رغبته في الدخول في جنسية الدولة، وتعتبر الدولة عن موافقتها بمنحه الجنسية^(١). وقد اخذ المشرع العراقي بالتجنس في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ولكن بشروط من بينها شرط الإقامة الطويلة التي نص عليها في المادة (٦/أولاً) من القانون المذكور أعلاه وهذا ما سنوضحه في الفقرة التالية:

أولاً: اكتساب الجنسية العراقية بالإقامة الطويلة وفق قانون الجنسية العراقية.

نصت المادة (٦/أولاً) من قانون الجنسية العراقية الناقد على انه "للوزير ان يقبل تجنس غير العراقي عند توافر الشروط الآتية: أ- ان يكون بالغاً سن الرشد، ب- دخل العراق بصورة مشروعة ومقيماً فيه عند تقديم طلب التجنس، ويستثنى من ذلك المولودون في العراق والمقيمون فيه والحاصلون على دفتر الأحوال المدنية ولم يحصلوا على شهادة الجنسية، ج- أقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب، د- ان يكون حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف، هـ- ان يكون له وسيلة جلية للعيش، و- أن يكون سالماً من الأمراض الانتقالية".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه نجد ان المشرع العراقي اشترط الإقامة كأساس للتجنس في القانون العراقي، فعلى طالب التجنس ان يقيم في العراق، ولا تقبل الإقامة مالم تكن مشروعة أي بأذن مديرية الإقامة، ونحن نتفق مع الرأي القائل بأن المشرع العراقي حسناً فعل في جعل الإقامة مقيدة بالمشروعية دون ان يتركها لفضة مطلقة^(٢)، لكن نرى ضرورة إضافة فقرة إلى نص المادة أعلاه ينص فيها على ان يكون قدرة طالب الجنسية التكلم باللغة العربية أو الكوردية باعتبارها من اللغات الرسمية وفق دستور جمهورية العراق ل سنة ٢٠٠٥^(٣). كما ان المشرع العراقي أورد استثناءات على حالة اكتساب الجنسية لغير العراقي بالتجنس في الفقرتين ثانياً وثالثاً من المادة (٦) من قانون الجنسية العراقية الناقد لمنع بموجبها منح الجنسية للفلسطينيين وذلك ضمناً لحق عودتهم إلى وطنهم، ومنع منح الجنسية العراقية لأغراض سياسة التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية، والملاحظ على هذا النص انه لم يبين من هي الجهة التي تبين ان حالة التجنس بالجنسية العراقية تؤدي إلى الأخلال بالتركيبة السكانية وما هو المعيار المتبع في هذا الموضوع.

ثانياً: التعديل الوارد على اكتساب الجنسية العراقية بالإقامة الطويلة

جاء في التعديل المقترح على المادة (٦) من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٤) من التعديل على انه "يلغى نص المادة (٦) من القانون ويحل محله ما يأتي: للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي عند توافر الشروط الآتية أ- أن يكون بالغاً سن الرشد ب- دخل جمهورية العراق بصورة مشروعة ومقيماً فيها عند تقديم طلب التجنس ويستثنى من ذلك المولودون في العراق والمقيمون فيه ج- أقام في جمهورية العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب ويستثنى من ذلك المهجر قسراً على الا تقل مدة إقامته عن سنة واحدة... ثانياً: لمجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير قبول تجنس غير العراقي إذا كان يؤدي خدمة نافعة للبلد وتقتضي المصلحة العامة ذلك شرط

(١) د. فؤاد الديب، القانون الدولي الخاص الجنسية، ط٩، جامعة دمشق، ٢٠٠٦، ص ٦٩.

(٢) ياسين السيد طاهر الياسري، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٣) تنص المادة (٤/أولاً) على انه (اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق...).

إقامته في جمهورية العراق مدة لا تقل عن سنة". ومن خلال التمعن في قراءة التعديل على المادة السادسة من قانون الجنسية العراقية النافذ أدركنا الكثير من الثغرات القانونية من أهمها:

١- ان تعديل الفقرة (أ) من المادة المذكورة أعلاه يثير الغرابة إذ ان تطبيقها يعني إمكانية منح الجنسية لمن دخل في العراق بصورة غير مشروعة في حال السماح له بالإقامة لاحقاً لأسباب إنسانية مثلاً.

٢- التعديل الوارد على استثناء الفقرة (ج) من المادة (٦ / أولاً) والذي منح بموجبه المهجر قسراً طلب اكتساب الجنسية العراقية إذا أمضى مدة سنة واحدة على الأقل الإقامة في العراق وهذا برأينا إصراف في منح الجنسية العراقية وتثير الكثير من الشكوك وخاصة فيما يتعلق بالتغيير الديموغرافي للتركيبة السكانية للشعب العراقي، إضافة إلى ذلك ان مدة سنة واحدة ليست كافية لتوثيق الصلة بين طالب الجنسية والإقليم العراقي روحياً وقانونياً والتأكد من ولاءه للدولة العراقية.

٣- التعديل الوارد على الفقرة (ثالثاً) من المادة السادسة أعاد العمل بأساس منح الجنسية على أساس خدمة نافعة للبلد على غرار القانون الملغى لسنة ١٩٦٣ ولكن بفارق ان التعديل الحالي قلص مدة الإقامة المطلوبة إلى سنة واحدة فقط على عكس القانون الملغى الذي كان يشترط الإقامة المتتالية في العراق لمدة عشر سنوات^(١). بالإضافة إلى غموض مسألة الخدمة النافعة فهو مصطلح مرن وفيه غموض ولا ندري ما هو المعيار المتبع في بيان ما يعتبر من الأفعال التي تدخل ضمن الخدمة النافعة للبلد.

المطلب الثاني: اكتساب الجنسية العراقية بسبب الزواج

كما بينا سابقا ان الجنسية نظام قانوني يبين انتماء الشخص إلى دولة معينة و به يتكون ركن الشعب في الدولة، أما الزواج فهو نظام قانوني إنشاء العلاقة بين الرجل والمرأة وينظم تكوين الأسرة فلكل من الجنسية والزواج نظام قانوني خاص به، تبين رقمي استقلال النظامين أحدهما عن الآخر إلا أن الواقع اثبت وجود تأثير متبادل بين نظامين، إذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين في الفرع الأول نتكلم عن حالة زواج غير عراقي من العراقية والتي تكون سببا من أسباب اكتساب الجنسية العراقية ثم نبين التعديل المقترح عليها وفي الفرع الثاني نتكلم عن الزواج غير عراقية بالعراقي وبيان التعديل التي اقترح عليها ونحاول أبدا بعض الملاحظات على التعديلات المقترحة.

الفرع الأول: اكتساب الجنسية العراقية بسبب الزواج المختلط

أولاً: اكتساب غير العراقي للجنسية العراقية بسبب الزواج من عراقية

ورد في قانون الجنسية العراقية حكم يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية، إذ جاء في المادة (٧) من قانون الجنسية على انه "لوزير الداخلية ان يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (٦) من قانون الجنسية، على ان لا تقل مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (٦) من هذا القانون عن خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجية". إن المشرع العراقي أراد المساواة بين الرجل والمرأة في تأثر جنسيتها بالزواج المختلط، إذ افسح قانون الجنسية العراقية المجال أمام غير العراقي لاكتساب

(١) ينظر نص المادة (٨) من قانون الجنسية العراقية الملغى لسنة ١٩٦٣.

الجنسية العراقية إذا كانت زوجته عراقية شرط الإقامة لمدة خمس سنوات وهي مدة اقل من المدة المطلوبة للتجنس العادي التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة عند توضيح المادة (٦) من قانون الجنسية العراقية، إذ اشترط مدة الإقامة (١٠) سنوات. كما نجد ان المشرع العراقي اشترط بقاء العلاقة الزوجية لغير العراقي مع زوجته العراقية وقت تقديم الطلب، الا انه لم يشر إلى هذا الوقت، وكان الأجدى بالمشرع العراقي النص عليه في القانون منعاً لحدوث خلاف حول ذلك، إذ اقتصر على ذكر بقاء الرابطة الزوجية مع الإقامة مدة خمس سنوات دون ذكر بقائها عند تقديم طلب اكتساب الجنسية العراقية.

ثانياً: التعديل الوارد على اكتساب الجنسية العراقية بسبب الزواج من عراقية

من خلال تصفح التعديل الأول لقانون الجنسية العراقية وخاصة فيما يتعلق بالمادة (٧) وجدنا انه جاء في المادة (٥) من التعديل على انه "يلغى نص المادة (٧) من القانون ويحل محله ما يأتي المادة (٧) للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في البند (أولاً) من المادة (٦) من القانون على الا تقل مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ج) منه عن سنتين مع بقاء الرابطة الزوجية". نجد ان التعديل لم يكن بالمستوى المطلوب حيث عدل فقط مدة الإقامة بتخفيضها من خمس سنوات إلى سنتين، فالقانون الحالي النافذ أفضل من هذه الناحية.

الفرع الثاني: التعديل المقترح على اكتساب الجنسية العراقية بسبب الزواج من عراقي.

أولاً: اكتساب غير العراقية للجنسية العراقية بسبب الزواج من عراقي

للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بموجب المادة (١١) من قانون الجنسية العراقية إذ جاء فيها "للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الأتية: أ-تقديم طلب إلى الوزير ب-مضي مدة خمس سنوات على زواجها وإقامتها في العراق ج-استمرار قياس الرابطة الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها وكان لها من مطلقها أو زوجها المتوفى ولد". الشروط التي حددها المشرع العراقي في المادة المذكورة أعلاه تسري على كل من لا يحمل الجنسية العراقية لان العراقي بموجب المادة (١/ب) هو الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية ومن ثم من لا يحمل الجنسية العراقية يعد أجنبياً سواء أكان من اصل اجنبي ام من اصل عراقي، كما نجد ان المشرع العراقي استعمل فيه لفظ المرأة غير العراقية، وبذلك فإنها تشمل المرأة الأجنبية والعربية، كما اشترط مدة حددها بخمس سنوات على الزواج والإقامة قبل تقديم الطلب لكن أورد استثناء على ذلك حالة (الإقامة لمدة خمس سنوات) المرأة غير العراقية إذا توفى عنها زوجها وكان لها منه أولاد، أو إذا طلقها زوجها وكان لها منه أولاد، من مفهوم المخالفة اذا طلقها زوجها العراقي مات عنها زوجها ولم يكن لها منه أولاد لا يمنح الجنسية العراقية وفق هذه المادة.

ان المشرع العراقي بهذا الاستثناء ربما قصد مراعاة الجوانب الإنسانية للمرأة التي توفى عنها زوجها أو طلقها ورحمة ورأفة بالولد والحفاظ على النسيج العائلي، لكن الذي يلاحظ على هذه المادة والذي يؤدي إلى حدوث إشكاليات انه لم يشترط زوال الجنسية عن المرأة غير العراقية عند اكتساب جنسية زوجها العراقي وفق المادة (١١) من قانون الجنسية العراقية لذا نرى ضرورة إضافة هذا الشرط إلى نهاية المادة المذكورة أعلاه.

ثانياً: التعديل المقترح الوارد على المادة (١١) من قانون الجنسية العراقي.

جاء في المادة (٦) من التعديل الوارد على نص المادة (١١) من قانون الجنسية العراقية على انه "يلغى نص المادة (١١) من القانون ويحل محله ما يأتي: المادة (١١) أولاً-للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية وفقاً للشروط الآتية أ-تقديم طلب للوزير ب- مضي مدة لا تقل عن سنتين على زواجهما وأقامتها في العراق... ثانياً-لمجلس الوزراء باقتراح الوزير منح المرأة غير العراقية المتزوجة من العراقي الجنسية العراقية بناءً على طلبها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة على أن تكون مقيمة في العراق مدة لا تقل عن سنة واحدة".

وفقاً لهذا التعديل الذي أورده المشرع يستوجب مضي مدة سنتين على زواجهما أو أقامتهما كما أضاف فقرة سمح لمجلس الوزراء وباقتراح الوزير منح المرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي الجنسية العراقية بناءً على طلبها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة على ان تكون مقيمة في العراق مدة لا تقل عن سنة. هذا ونرى ان مدة سنة أو سنتين غير كافية للانسجام بالمجتمع العراقي ومن الصعب تكوين الرابطة الروحية خلال هذه المدة القصيرة، فبإمكان المشرع الإبقاء على النص القديم لأنه أفضل من النص المقترح في مشروع التعديل. والسؤال الذي يتردد إلى الأذهان من خلال دراسة هذا التعديل ماهي المصلحة عامة التي يمكن الاستفادة منها في تسهيل الحصول على الجنسية العراقية؟ وما هو معيارها؟ في الحقيقة من خلال البحث في مواد وفقرات مشروع تعديل والتي تمت القراءة الأولى لها في أروقة البرلمان لم أستطيع العثور على ما يشير إلى المصلحة أي مصلحة البلد في تشريع هذا التعديل ووجود نوع من التخبط وعدم اعتماد على معيار معين يعتمد منح الجنسية لطلبها.

الخاتمة

بعد ان تناولنا موضوع مشروع تعديل قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ فقد توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات ومقترحات وكما يأتي:

الاستنتاجات

- ١- الجنسية نظام قانوني به تحدد ركن الشعب في الدولة وبها يكتسب الفرد صفة تفيد انتمائه لدولة معينة.
- ٢- تُعد احكام الجنسية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، لأنها تتعلق بسيادة الدولة.
- ٣- أشار مشروع التعديل في الأسباب الموجبة إلى ان هذا التعديل هو معالجة المشاكل العملية التي ظهرت عند تطبيق قانون الجنسية ومنع حالات ازدواج الجنسية ولكن من خلال هذا الدراسة تبين ان التعديلات لم تكن عند المستوى المطلوب والمتوقع من المشرع العراقي.
- ٤- ان المشرع وقع في تناقض بين ما جاء في المادة (٣/أ) التي اعتبرت عراقياً من ولد من ام عراقية واعتبار الجنسية بموجبها اصلية وبين ما جاء في المادة (٤) المذكورة سابقاً.
- ٥- اشترط ان المشرع العراقي الإقامة كأساس للتجنس في القانون العراقي، فعلى طالب التجنس ان يقيم في العراق، ولا تقبل الإقامة مالم تكن مشروعة أي بأذن مديرية الإقامة.
- ٦- أراد المشرع العراقي المساواة بين الرجل والمرأة في تأثر جنسيتها بالزواج المختلط.
- ٧- اشترط المشرع العراقي في المادة (١١) بقاء العلاقة الزوجية للشخص غير العراقي مع زوجته العراقية وقت تقديم الطلب، الا انه لم يشر إلى هذا الوقت.

٨- لم يشترط المشرع العراقي زوال الجنسية عن المرأة غير العراقية عند اكتساب جنسية زوجها العراقي وهذا قد يؤدي إلى حدوث إشكاليات.

٩- ان مجمل التعديلات المقترحة في مشروع قانون تعديل قانون الجنسية العراقي النافذ غير مجدية ولا تعالج المشاكل الحقيقية التي تكتنف قانون الجنسية عند تطبيقها

١٠- هناك بعض الجوانب الإيجابية لهذا المشروع حيث ان المشرع بدأ ببيان مشاكل تكتنف تطبيق قانون الجنسية ان المادة (٧) من مشروع التعديل المعدل لنص المادة (١٣) قد جاءت بنص صائب لوجود خطأ في القانون النافذ عند النص على حالة استرداد المرأة العراقية لجنسيتها بعد فقدانها بالتخلي حيث تنص المادة (١٣) من قانون الجنسية النافذ على انه "إذا تخلت المرأة العراقية عن جنسيتها وفقاً لأحكام البند (ثالثاً) من المادة (١٠) من هذا القانون يحق لها ان تسترد جنسيتها العراقية بالشروط الأتية" وعند الرجوع إلى البند (ثالثاً) من المادة (١٠) من القانون نجد انه ينص على انه "للعراقي الذي تخلى عن جنسيته العراقية ان يستردها اذا عاد إلى العراق ...". وعند الدراسة الدقيقة للنصوص سالفة الذكر نجد ان المقصود هو البند (أولاً) من المادة (١٠) من القانون وليس البند (ثالثاً) لأنها تتكلم عن فقدان العراقي لجنسيته بالتخلي عنها.

التوصيات

١- ضرورة الغاء المادة (٤) من القانون لتعارضها مع المادة (٣/أ) من قانون الجنسية النافذ، أو على اقل تقدير ان كان المشرع يقصد بها قيوداً على المادة (٣) فكان من الأفضل ان يضيفها كفقرة في المادة (٣) أو ينص صراحة على الاستثناء من أحكامها وكذلك من الأفضل ان يتضمن أيضاً معالجة لحالة الطفل الذي يولد في العراق من ام عراقية وأب مجهول.

٢- نطالب المشرع بتعديل المادة (٥) من قانون الجنسية العراقية وذلك بتحديد موعد لتقديم طلب اختيار الجنسية من المستفيد وذلك لغرض معرفة مدى حرصهم على اكتساب الجنسية العراقية وذلك في حالة تقديمهم خلال المدة المحددة قانوناً.

٣- نرى ضرورة إضافة فقرة إلى نص المادة (٦) يشترط فيها على طالب الجنسية قدرة التكلم باللغة العربية او الكردية باعتبارها اللغتان الرسميتان وفق دستور جمهورية العراق ل سنة ٢٠٠٥.

٤- نرى ضرورة إضافة شرط زوال الجنسية عن المرأة غير العراقية عند اكتساب جنسية زوجها العراقي الى نهاية المادة (١١) من قانون الجنسية لمنع حدوث إشكالية قانونية.

٥- نرى من الأفضل على المشرع العراقي النص على وقت تقديم الطلب وفق المادة (١١) منعاً لحدوث خلاف حول ذلك.

٦- نرى ضرورة تعديل المادة (١٣) بسبب الخطأ التي تكتنفها وذلك بالنص على انه "إذا تخلت المرأة العراقية عن جنسيتها العراقية وفقاً لأحكام البند (أولاً) من المادة (١٠) أو المادة (١٢) من هذا القانون..."

٧- من الأفضل على السلطة التشريعية الاستعانة بالأبحاث القانونية التي تناولت موضوع الجنسية العراقية خصوصاً الدراسات والأبحاث الأكاديمية من قبل أساتذة القانون وطلاب الدراسات العليا والتي تناولت موضوعات ومشاكل قانون الجنسية العراقي النافذ.

المصادر

أولاً: الكتب

- ١- د. احمد عبد الكريم سلامة، "القانون الدولي الخاص"، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢- د. جابر إبراهيم الزوي، "القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن"، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.
- ٣- د. جابر إبراهيم الزوي، "القانون الدولي الخاص في الجنسية"، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٧.
- ٤- د. شمس الدين الوكيل، "الجنسية ومركز الأجانب"، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٠.
- ٥- سناريا محمد نهاد مصطفى، "الجديد والقديم في قانون الجنسية العراقية"، ط١، مطبعة الند، سليمانية، ٢٠٠٩.
- ٦- د. عباس العبودي، "شرح احكام الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب"، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
- ٧- د. عكاشة عبد العال، "احكام الجنسية اللبناني"، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩.
- ٨- د. عكاشة محمد عبد العال، "القانون الدولي الخاص"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٩- د. غالب علي الداوودي ود. حسين محمد الهداوي، "القانون الدولي الخاص الجنسية والموطن"، ج ١ العاتك، القاهرة.
- ١٠- د. غالب علي الداوودي، "القانون الدولي الخاص النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية"، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
- ١١- د. فؤاد الديب، "القانون الدولي الخاص"، الجنسية، ط٩، جامعة دمشق، ٢٠٠٦.
- ١٢- د. قاسم عبد الحميد الضمور، "تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للقانون الأردني والاتفاقات الدولية-دراسة مقارنة-دار وائل، عمان، ٢٠٠٤.
- ١٣- د. محمد جلال حسن المزوري، "القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب"، مكتبة يادكار، السلیمانية، ٢٠١٨.
- ١٤- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، "القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن"، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.
- ١٥- ياسين السيد طاهر الياصري، "الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي"، ط٤، العاتك، القاهرة، ٢٠١١.

ثانياً: الرسائل

- ١- يونس محمود كريم النعيمي، "احكام التجنس في قانون الجنسية العراقية، دراسة المقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

ثالثاً: البحوث والدوريات

- ١- د. رعد مقداد محمود، "جنسية أبناء الأم العراقية دراسة في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٥ بالمقارنة مع بعض القوانين الجنسية العربية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، السنة ١.
- ٢- د. طلعت جبار لحي، "دراسة في احكام قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية، ٢٠١٠.
- ٣- جريدة الوقائع العراقية ذو العدد ١٠٦٢ في ١٣/١٣/١٩٦٥.

رابعاً: الدساتير والقوانين والاتفاقيات الدولية

- ١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ٢- قانون الجنسية العراقية الملغى رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤
- ٣- قانون الجنسية العراقية الملغى رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣.
- ٤- قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.

خامساً: الاتفاقيات الدولية

اتفاقية سيداو للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٨.

المسؤولية الجنائية عن جرائم التحرش الجنسي الإلكتروني
Criminal responsibility for electronic harassment
crimes

زياد عبود مناجد

مدرس مساعد

كلية القانون/جامعة الفلوجة

المخلص

برز في الآونة الأخيرة نمط جديد من الجرائم لم يكن مألوفاً، بسبب التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تجسد في جرائم ترتكب بواسطة شبكة الانترنت والتي أصبحت تشكل خطراً كبيراً على الأفراد وخصوصياتهم. ومن مظاهر هذا السلوك هو ان وسائل التكنولوجيا الحديثة أصبحت اداة لانتهاك القانون فيتم استخدامها لإتلاف وتدمير المعلومات، او لارتكاب جرائم مخلة بالأداب العامة والاخلاق، او للتحريض على ارتكاب جرائم وهذا التقدم التكنولوجي الذي غزا عالمنا ساعد على انتشار وعولمة هذا النوع من الجرائم الجرائم المستحدثة والتي تثير اشكاليات تتعلق بمدى كفاية نصوص قانون العقوبات للحد من هذه الجرائم ولمواكبة التطور في عالمنا.

الكلمات المفتاحية: تحرش جنسي، الجرائم الالكترونية، التحرش الالكتروني

Abstract

New unfamiliar criminal patterns have recently appeared due to economic, societal and cultural transformations that have engulfed modern life. This style of crimes is manifested by cybercrimes which began to constitute a serious danger on individuals and their privacies. Modern technology has become a tool to violate law. It has been harnessed to make data loss, breach of ethics and decency or incitement to commit criminal acts. This invasive advancement of technology has significantly contributed to globalizing this novel criminal patterns, which give rise to complex problems in the absence of adequate criminal laws to counter such crimes and to accommodate this modern technology.

Keywords: sexual harassment, electronic crimes, electronic harassment.

المقدمة

اهمية البحث

تعتبر الاجهزة التقنية الالكترونية من ابرز مظاهر التقدم التكنولوجي الحديث، نظرا للخدمات الكثيرة التي تؤديها هذه الاجهزة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حتى اصبح العالم بمثابة قرية مصغرة، لكن إلى جانب هذا الوجه الايجابي هناك جانب سلبي، فالتقدم التكنولوجي مهد الطريق لارتكاب سلوك جنائي وغير اجتماعي بطريقة لم تكن مألوفة في السابق، ومن مظاهر هذا السلوك هو ان وسائل التقنية الحديثة أصبحت اداة لانتهاك القانون فيتم استخدامها لإتلاف وتدمير المعلومات، او لارتكاب جرائم مخلة بالأداب العامة والاخلاق، او للتحريض على ارتكاب جرائم... الخ.

وما يهمنا في هذا الصدد هو التحرش الذي يتم عبر الانترنت الذي أصبح يرتكب ليس فقط على المستوى المحلي، بل يتعدى الحدود الإقليمية للدولة، لان شبكات الحواسيب منتشرة إلى ابعد من الحدود الإقليمية للدولة، فلا يعرف هذا النوع من الجرائم حدود الدول، يضاف الى ذلك انعدام الرقابة على مستخدميه قد يؤدي إلى اثار اقل ما توصف بأنها خطيرة، و تحاول الدول كافة ان تقنن استخدام شبكات الانترنت حفاظاً على اجيالها من خلال وضع قواعد قانونية ملزمة للجميع، واتخاذ مجموعة من الاجراءات من خلال استخدام وسائل تقنية متقدمة.

لكن ومع كل ما اسلفنا ذكره نجد ان هذا النوع من الاجرام بدأ يتقدم بشكل اسرع من سبل الحماية والوقاية منه، وما يزيد الأمر سوءاً هو ان هناك صعوبات جمة تتمثل بصعوبة اثبات هذا النوع من الجرائم لأنه من الصعب العثور على الاثار الجرمية وحتى لو بقيت فإنه يسهل محو الدليل فيها، اضافة إلى ان التحقيق فيها يحتاج إلى خبرات فنية عالية الدقة للوصول إلى مرتكبي هذا النوع من الجرائم، وبالرغم من ظهور وسائل حديثة في اثبات الجرائم الالكترونية إلا انه لا يوجد اتفاق حول نتائجها، كما لم يجر تقنينها لتصبح من ضمن وسائل الاثبات المعتمدة قانوناً بشكل رسمي، فضلا عن مساسها بالحقوق والحريات التي كفلتها الاتفاقيات الدولية والداستير.

ان التقدم التكنولوجي الذي غزا عالمنا ساعد وعلى انتشار وعولمة هذا النوع من الجرائم وفي هذا الصدد يمكننا ان نثير تساؤلاً وهو: هل ان القوانين النافذة توفر الحماية الكافية لحماية المجتمع من هكذا نوع من الاجرام؟ ام أننا بحاجة إلى تشريع قوانين خاصة تواكب التطور الذي حصل في عالمنا؟ وهل ان مواجهة هذا النوع من الاجرام يكون فقط من خلال سن تشريعات تفرض عقوبات على مرتكبي هذا النوع من الجرائم ام ان هناك وسائل اخرى يمكن اللجوء اليها للحد من انتشار هذه الجرائم؟ هذه التساؤلات تدفعنا للبحث في هذا الموضوع للتعرف على المعالجة التشريعية لهذا النوع من الجرائم.

اشكالية البحث

انطلاقاً مما سبق يتضح ان التحرش الالكتروني اصبح ظاهرة خطيرة تعاني من سلباتها الكثير من الدول المتقدمة والنامية على حد المساواة، ومن هنا يمكن ان نوجز اشكالية في كون النصوص التشريعية غير كافية لمواجهة وتحجيم التحرش الالكتروني، كيفية ايجاد السبل الملائمة للقضاء على هذه الظاهرة. وتوسيع نطاق الحماية الجنائية للنصوص العقابية لتشمل كافة صور التحرش الالكتروني.

اهداف البحث

يهدف البحث إلى ايجاد الحلول المناسبة للاشكاليات المطروحة انفا ومحاولة التعرف على المعالجة التشريعية الحديثة لهذه الجرائم، وانسجاماً مع الاشكالية المطروحة نجد ان العلاقة بين وسائل تقنية المعلومات وحقوق ومصالح الافراد امر مفروغ منه، لذا فالحماية الجنائية لاستخدام وسائل التقنية الحديثة خير ضمان لحماية حقوق الافراد وحررياتهم فضلاً عن ضمان استمرار التقدم في هذا المجال.

منهجية البحث

سوف نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والذي يقوم على تحليل النصوص العقابية والاحاطة بكل جوانب اشكالية البحث والقاء نظرة على الية مكافحة هذه الظاهرة من خلال النصوص التشريعية، اضافة إلى ذلك فإننا سنستعين بالمنهج المقارن من خلال الاطلاع على بعض القوانين التي عالجت التحرش الالكتروني لذا سنتناول هذه الدراسة في مبحثين:

المبحث الاول: التحرش الجنسي الالكتروني وخصائصه

المبحث الثاني: صور جرائم التحرش الالكتروني ومدى انطباق النصوص العقابية عليها

المبحث الأول

تعريف التحرش الجنسي الالكتروني

برز في الآونة الاخيرة نمط جديد من الجرائم لم يكن مألوفاً في السابق كما اسلفنا في المقدمة، بسبب التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ...، تجسد في جرائم ترتكب بواسطة شبكة المعلوماتية والتي أصبحت تشكل خطراً كبيراً على الأفراد وخصوصياتهم، اذ أصبح افراد المجتمع يعانون من انتهاك لحقوقهم وخصوصياتهم الالكترونية وذلك في ظل انتشار الجرائم الالكترونية المختلفة، وتطور هذا النوع من الجرائم تزامناً مع التطورات التي تطرأ على وسائل التقنية الحديثة، الأمر الذي يدعو الدول إلى اتخاذ موقف حازم للحد من هذه الجرائم التي تلحق الضرر بالأفراد من خلال تقنين استخدام هذه التقنية بشكل لا يمس بحقوق الآخرين وعن طريق التوعية واتخاذ الوسائل الوقائية الأمنية وغيرها من الطرق او العلاجية المتمثلة بتشريع قواعد جزائية تفرض على مرتكبي تلك الجرائم.

ومجال بحثنا هنا يتعلق بنوع من انواع السلوك غير المشروع المرتكب عبر وسائل التقنية الحديثة والذي اطلقنا عليه التحرش الالكتروني، لذا سنبحث في مطلبين نتناول في الأول ماهية التحرش الالكتروني، اما في المطلب الثاني فسننتظر في فيه إلى خصائص التحرش المعلومات.

المطلب الأول

تعريف التحرش الإلكتروني

إن انتشار تقنية الانترنت إلى ابعد من حدود الدولة ينعكس بشكل سلبي على قابليتها على الدخول عبر خطوط الهواتف النقالة والحواسيب ن وترفع من معدلات انتهاك هذه النظم وسوء استخدامها يؤدي إلى ارتكاب الأنشطة الجنائية ، ومخاطرها تكون على صعيد الامن القومي وقيم واخلق المجتمع على حد سواء^(١).
فالتحرش في اللغة من حرشه - حرشاً اي خدشه، وحرش الدابة اي حك ظهرها بعضا أو نحوها لتسرع ويطلق ويراد به الصيد، اي هيجه ليصيده و يقال احرشني بضب انا حرشته وهو يخاطب به العالم بالشيء من يريد تعليمه اياه، فهي للإنسان والحيوان^(٢).

والتحرش بشكل عام يعني اغراء الانسان والاثارة والافساد والمضايقات والابتزازات الجنسية وقيل ان الاغراء والتحريض لهما معنى واحد، فكلمة حرض تعطي نفس معنى كلمة اغرى، والتحريض هو الحث على الشيء والتحريك والدفع على ارتكاب جريمة هو الابعاز على ارتكابها. اما قانوناً فقد اشارت بعض القوانين بشكل صريح على جريمة التحرش كالقانون الفرنسي الذي عالج التحرش الجنسي في قانون العقوبات وقانون العمل، ففي قانون العقوبات الفرنسي فقد عرفت المادة ٣٣/٢٢٢ التحرش الجنسي بانه (الفعل الذي يقع من خلال التعسف في استعمال السلطة باستخدام الاوامر والتهديدات او الاكراه بغرض الحصول على منفعة او امتيازات او مزايا ذات طبيعة جنسية، ويفهم من هذا التعريف ان المشرع الفرنسي اشترط وجود سلطة معينة بغض النظر عن نوعها وان يكون استعمال هذه السلطة من أجل تحقيق مكاسب ذات طبيعة جنسية، ويلاحظ ان التعريف الذي تضمنه قانون العمل الفرنسي كان اوسع من المفهوم انف الذكر باعتبار ان القانون العمل لم يقصر التحرش على الاوامر والتهديدات و الاكراه حيث انه لم يشترط ان يصل السلوك الاجرامي حد الاكراه بل يكفي لتحققه مجرد الضغط الذي يعد مرحلة اقل من الاكراه^(٣)، ففي نص المادة ٤٦/١٢٢ وسع كثيرا من مفهوم التحرش سالف الذكر حيث انه لم يشترط ان يصل السلوك إلى حد الاكراه بل ان الضغط الذي يعتبر مرحلة ادنى من الاكراه كافيا لقيام الجريمة.

اما في التشريع العراقي فلم يستخدم المشرع في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل مصطلح التحرش الجنسي واكتفى بتحديد صور الجرائم المخلة بالآداب والاخلاق العامة في باب خاص في المواد من ٣٩٣-٤٠٤ ، غير ان المشرع في قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥م عرف التحرش الجنسي في المادة التاسعة/ثالثا بانه (اي سلوك جسدي أو شفهي ذو طبيعة جنسية أو سلوك اخر يستند على الجنس ويمس كرامة النساء والرجال ويكون غير مرغوب وغير معقول ومهيناً لمن يتلقاه ويؤدي رفض اي شخص أو عدم خضوعه لهذا السلوك صراحة أو ضمناً لاتخاذ قرار يؤثر على وظيفته). ويفهم من نص المادة التاسعة من قانون العمل ان التحرش الجنسي بشكل عام هو سلوك ذو نزعة جنسية لا يكون مستحبا ولا يلقي تجاوبا من الطرف الاخر، فهو يمثل اقوالا أو افعالا أو اشارات مرفوضة من المقابل وغير متبادلة، أو يمكن ان يتمثل بالأقوال أو بشكل صور مزعجة، كما يمكن ان يكون جسديا، وبالتالي لم يفرق المشرع في النص المذكور بينه وبين جريمة هناك العرض المنصوص عليها في المواد ٣٩٦-٣٩٧ كما يلاحظ ان المشرع في قانون العمل قد استخدم تعابير واسعة وفضفاضة قابلة للتفسير لأكثر من معنى كعبارة (غير معقول، غير مرغوب فيه، مهيناً لمن يتلقاه)، فهو تخطي حقائق مختلفة ويمثل شكلا من اشكال العنف الجنسي التي يمكن ان تقع بطرق مختلفة لكن الشرط الذي اورده المشرع في نص المادة التاسعة من قانون العمل هو ان هذا السلوك من شأنه التأثير على وظيفة العامل في حالة الرفض وواضح من نص

(١) محمد عبيد الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع للإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٤٦.

(٢) المعجم الوسيط، ابراهيم انيس وآخرون، مجمع اللغة العربية-مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الاولى، المجلد الاول، ٢٠٠٤، ص ١٦٦.

(٣) د. السيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢١.

المادة المذكورة ان المشرع اراد حماية بيئة العمل من الاستغلال من قبل ارباب العمل. فالتحرش الجنسي سلوك انساني من الصعب حصر مفهومه، لان تصور مقدار المعاناة لضحايا التحرش ليس على مقدار ثابت عند الجميع^(١).

فالتحرش يجمع بين القول والفعل ، لذا فإننا نختلف مع من يعتقد بان التحرش يقع بالقول دون الفعل ، فهناك من يرى بأن التحرش الجنسي يتوقف عند القول دون الفعل وان الفعل يدخل ضمن اطار هناك العرض، لكن في حقيقة الامر ان التحرش يتضمن احياءات وتلميحات أو نظرات أو كلمات أو همسات أو لمسات لكن ليس بدرجة العنف في جريمة هناك العرض فهو درجة اقل من هناك العرض بالمعنى القانوني، لكن من الصعب بمكان تحديد حد فاصل بين الجريمتين. ويمكن ان نتصور وقوعه من ذكر لأنتى أو العكس أو بين طرفين من نفس الجنس، كما يقع على البالغين والاحداث على حد سواء، ويمكن ان يتخذ صوراً واشكالاً متعددة على سبيل المثال يمكن ان يكون اقتراحاً جنسياً او عرض أو توزيع صور أو رسوم فاضحة أو قد يتمثل بكتابات تحمل طابع جنسي على شكل منشورات أو تعليقات أو رسائل خاصة موجهة لشخص محدد بذاته أو مجموعة ما^(٢).

وبشكل عام فان تعبير التحرش الجنسي هو تعبير جديد على الثقافة العربية التي عرفت الغزل والزنا والاعتصاب والمواقعة والمرادة، ولا يمكن وضع تعريفا مانعا وجامعا له. فالنظرة إلى العلاقات الجنسية المفتوحة تختلف من مجتمع إلى مجتمع اخر وذلك حسب النظام الاجتماعي والاخلاقي والقانوني في المجتمع، فبينما يعتبر تقبيل المرأة في الاماكن العامة فعلا فاضحا مخلا بالحياء في مجتمعنا لا يعتبر كذلك في المجتمعات الاوربية، كما ان المجتمع الواحد قد تختلف نظرتة إلى العلاقات الجنسية من زمن إلى آخر^(٣).

ونجد ان المشرع العراقي اكتفى بتحديد صور مختلفة لكنه لم يشر بشكل صريح إلى التحرش الجنسي الذي يقع عن طريق وسائل التقنية الحديثة علما انه لا يوجد اي قانون خاص بجرائم المعلوماتية وبالتالي نكون امام صعوبات عند تكييف مثل تلك الافعال عن طرق وسائل التقنية الحديثة وبحسب ما جاء في هذه النصوص المذكورة فان الفعل المادي المكون للتحرش إذا كان لا يتعدى الملامسة الجسدية فإننا نكون امام جريمة خدش الحياء (التعرض لأنتى) حسب نص المادة (٤٠٢) أ/.

اما إذا كان الفعل المادي المكون للجريمة يصل إلى حد الملامسة الجسدية فإننا نكون امام جريمة هناك العرض المنصوص عليها في المادتين (٣٩٧،٣٩٦) وفي كلتا الحالتين سالفتي الذكر فانه من المستبعد وقوع مثل هكذا عن طريق الانترنت طبقا لنصوص المواد المذكورة انفا كما انه لم تشر النصوص الى ضرورة وجود علاقة او رابطة معينة (وظيفية مثلاً) لتحقق الجريمة بخلاف ما ذهب اليه القانون الفرنسي والقانون الامريكي.

وبعد استعراضنا لمفهوم التحرش الجنسي بشكل عام اصبح بإمكاننا تحديد مفهوم عام للتحرش الالكتروني ، فالتحرش الجنسي عبر الانترنت يتضمن كل سلوك جنسي يمكن أن يتصور وقوعه عبر الانترنت^(٤) ، ومن اشكال هذه السلوكيات النكات الجنسية والضغط على ارادة المجني عليه من اجل الخروج في موعد غرامي أو الايحاءات التي تتضمن طابعا جنسيا أو طلب المعاشرة أو اطلاق الشائعات عن سلوك جنسي شائن بحق المجني عليه أو عليها أو ارسال صور جنسية فاضحة عبر الانترنت أو التلصص على المجني عليه عن طريق برامج تجسس خاصة^(٥)، وفي الآونة الاخيرة يلاحظ ان هناك زيادة ملحوظة في جرائم الابتزاز الالكتروني مما يتطلب تدخلا تشريعيا لمعالجة الثغرات الموجودة في قانون العقوبات.

(١) محمد ثامر السعدون، المفهوم الدولي للاستغلال الجنسي للاطفال، دار السنهوري، بيروت /٢٠١٧ ص ٩١.

(٢) لقاط مصطفى، جريمة التحرش الجنسي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الجزائر، كلية الحقوق /٢٠١٢/٢٠١٣.

(٣) سلام زيدان، شرح قانون مكافحة البغاء رقم ٨ لسنة ١٩٨٨، مكتبة القانون والقضاء، الطبعة الثانية/٢٠١٣ ص ٣٢.

(٤) د. محمد عزت فاضل، نوفل علي الصفو، جرائم تقنية المعلومات المخلة بالأخلاق العامة، دار السنهوري، بيروت /٢٠١٧ ص

(٥) د. هشام عبد الحميد فرج، التحرش الجنسي وجرائم العرض، ط١، مطابع دار الوثائق، مصر، ٢٠١١ ص ٣٩.

المطلب الثاني

خصائص التحرش الإلكتروني

الطبيعة الفنية والعلمية التي تعمل بها الوسائل التقنية الحديثة تجعل الجرائم الناشئة عنها تتسم بصفات تميزها عن الجرائم التقليدية وهذه الصفات تزيد التعقيد في اكتشافها والتحقيق فيها إلى حد ما^(١)، ومن ابرز هذه الخصائص:

١- من حيث مكان ارتكابها: جرائم التحرش عبر الانترنت عادة لا يكون لها حدود جغرافية معينة فهي جرائم عابرة للحدود وهذا يشمل طبيعة الحال كل وسيلة اتصال تستخدم الانترنت كالحواسيب والهواتف الذكية، فمن المتصور ان يتم ارسال رسالة أو صورة تحمل ايحاء جنسيا إلى اي شخص يستخدم هذه الشبكة في اي مكان في العالم دون ان تخضع لحرس الحدود ونقاط التفتيش ، وهذه الخاصية تمكن مرتكبي هذه الافعال من ارتكاب جرائمهم عن بعد، فهناك في الغالب تباعد بين الجاني والمجني عليه وبالتالي بين الفعل الاجرامي وبين النتيجة الجرمية التي تقع في خارج حدود الدولة^(٢). وعلى الرغم من ان المادة(٦) من قانون العقوبات العراقي^(٣) قد حددت نطاق تطبيق القانون من حيث المكان بتبني مبدأ اقليمية القانون الجنائي وبالرغم من انه يشمل اغلب الجرائم الالكترونية التي تقع في العراق غير انه غير قادر على شمول حالة من يرتكب فعلا في العراق يجعله شريكاً في جريمة الكترونية وقعت بأكملها خارج العراق مما يعني عدم امكانية اخضاعه للقانون العراقي، و معالجة هذه الحالة ممكن عندما يتم تبني مثل موقف القانون الفرنسي الذي نص على شمول كل من يرتكب فعلا في داخل الاقليم الفرنسي يجعله شريكا في جناية او جنحة وقعت في الخارج بشرط ان يكون الفعل مجرماً في القانون الفرنسي و قانون البلد الذي وقعت فيه الجريمة.

هذه الخاصية وان كانت لا ينفرد بها التحرش الإلكتروني لوجود جرائم تستخدم الانترنت وسيلة الا ان هذه الخاصية تميزها عن الجرائم التقليدية كالإتجار بالمخدرات والاسلحة والتي تحتاج إلى التنقل بين الدول وتحتاج إلى الحركة كما ان هذه الجرائم تدور في العالم الإلكتروني بعكس الجرائم التقليدية التي تقع في العالم المادي وهو ما يؤدي إلى صعوبة اكتشاف هذه الجرائم^(٤).

٢- من حيث صفات مرتكبيها: من المعلوم ان مستخدمي شبكة الانترنت يتمتعون بصفات تميزهم عن غيرهم وذلك كانعكاس لما تتطلبه عمليات استخدام هذه الشبكة من قدرات تقنية وفنية ولا يمكن حصر فئات مرتكبي هذه الجرائم فقد يكونوا من الشباب المراهقين أو من كبار السن أو حتى من قيل المتعلمين الاحداث وقد يكونوا من الرجال أو النساء على حد سواء^(٥)، غير ان ذلك لا يعني ان مرتكبي جريمة التحرش عبر الانترنت ينبغي ان يكونوا من اصحاب المؤهلات العلمية، فهو ليس شرطاً وقد لا يحول دون ارتكاب هذه الجريمة، فقد يكون مرتكب هذا النوع من الجرائم لديه اطلاع على عمل الحاسوب الالي أو الهاتف الذكي وخاصة في الوقت الراهن اصبح من السهل جدا امتلاك هاتف ذكي بميزات لا تختلف عن عمل الحاسب الالي بل تفوقها في بعض الاحيان.

٣- من حيث الاثبات: تتميز جريمة التحرش عبر الانترنت عن جرائم التحرش العادية بانها لا تترك اي اثرا ماديا ومن السهل فيها محو الادلة أو التلاعب فيها اضافة إلى انها تحتاج إلى خبرة فنية عالية للوصول إلى مرتكبيها، ووسائل اثباتها تختلف عن وسائل اثبات التحرش الجنسي العادي حيث ان اساليب الاثبات الإلكتروني يغلب عليها صفة الحداثة والصفة

(١) رشاد خالد عمر، المشاكل القانونية والفنية للتحقيق في الجرائم المعلوماتية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٧.

(٢) محمد عزت فاضل، نوفل علي الصفو، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٣) نصت المادة (٦) على ان: (تسري احكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق وتعتبر الجريمة مرتكبة في العراق اذا وقع فعل من الافعال المكونة لها او اذا تحققت فيه نتيجتها وكان يراد ان تتحقق فيه... يسري هذا القانون على من ساهم في جريمة وقعت كلها او بعضها في العراق... سواء اكان فاعلا ام شريكاً).

(٤) رشاد خالد عمر، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٥) محمد حماد مرهج الهيبي، الجريمة المعلوماتية، دارالكتب القانونية، الامارات. ٢٠١٤، ص ٨٣.

العلمية التي لم يتم الاتفاق على نتائجها لحد هذه اللحظة^(١)، اضافة إلى انها تمس تؤدي إلى المساس بحقوق الافراد والحريات التي كفلها الدستور^(٢).

وكما اسلفنا فان اثبات هذه الجرائم يتطلب خبرات فنية عالية وبالرجوع الى قانون الخبرة امام القضاء العراقي نجد ان المادة (٤) منه قد وضعت قيود كثيرة منها شرط الجنسية الوطنية وبالتالي يتعذر الاستفادة من الخبرات الاجنبية كما لا يجوز الاستعانة بخبير غير حاصل على مؤهل علمي اضافة الى عدم جواز الاستعانة بخبرة المجرم المعلوماتي و هذه القيود تحتاج الى اعادة نظر ولا وجود لمثل هذه القيود في القانون الفرنسي والامريكي^(٣).

ففي جرائم التحرش العادية التي لا تتخذ الانترنت وسيلة لارتكابها من الممكن ان يتم اثباتها عن طريق شهادة الشهود في حين يتعذر استخدام مثل هكذا ادلة فيما لو تمت عبر وسائل التقنية الحديثة والسبب في ذلك يرجع إلى طبيعة الجريمة التي في حقيقتها لا تعدو عن كونها نبضات الكترونية تتساب عبر الاثير ومن الممكن ان يكون النشاط المكون لها غير محسوس اصلا لأنه يكون عبر الاجهزة التقنية المختلفة ولعل ما يساهم في زيادة صعوبة الاثبات هو انه حتى بعد ارتكاب الجريمة فمن السهل جدا ان يتم محو الادلة بفضل التقنية التي يعمل بها النظام الالي فيمكن ان يقوم بتدمير الاثار الناتجة دون ان يتم التعرف على الجاني وربما في وقت لا يذكر^(٤)، لكن هذا لا يلغي دور ادلة الاثبات الحالية تماماً حيث يمكن الاستعانة بها لاثبات بعض الجرائم .

ومن الصعوبات الاخرى التي تعقد مسألة الاثبات هو امكانية تشفير الملفات أو وضع عناوين مضللة وهذا ما يحدث بشكل كبير في مواقع التواصل الاجتماعي حيث ان اغلب مرتكبي جرائم التحرش يتخفون وراء عناوين واسماء غير حقيقية.

المبحث الثاني

صور جرائم التحرش الالكتروني ومدى انطباق النصوص العقابية عليها

لا بد ان تقع جرائم التحرش الالكتروني على صور معينة ليسهل تحديدها وتجريمها وفق نصوص جزائية تكون هي الاكثر انطباقاً عليها، طالما اننا لم نجد نصوصاً خاصة بتلك الجرائم بين دفتي قانون العقوبات العراقي، وفي هذا المبحث سنتناول صور التحرش الالكتروني في مطلب اول، ثم نتناول في المطلب الثاني مدى انطباق النصوص العقابية على هذه الصور في قانون العقوبات العراقي.

المطلب الأول

صور التحرش الالكتروني

ان هناك نوع جديد من المجرمين دخل ضمن النشاط المعادي للمجتمع إلى جانب المجرم التقليدي الذي عرفناه في الماضي والذي اقتصر افعاله على الابعاد الفردية والاجتماعية فهي ابعاد تقليدية^(٥)، وقد تطورت الظاهرة الاجرامية نتيجة للتطور الذي ساد العالم في العقود الاخيرة سواء من حيث اساليب ارتكابها أو من حيث مرتكبيها ولهذا ظهرت جرائم جديدة ترتكب عن طريق استخدام الوسائل التقنية الحديثة مست بشكل كبير بالآداب والعامه والاخلاق في المجتمع لذا كان من تسليط الضوء في بحثنا على اهم الصور الشائعة والتي من خلالها يتم ارتكاب جرائم التحرش عبر الانترنت.

(١) محمد عزت فاضل، نوفل على الصفو، مصدر سابق ص ٤٠.

(٢) نصت المادة ٤٠ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على ان: (حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ولا يجوز مراقبتها أو التصنت عليها أو الكشف عنها الا لضرورة قانونية وامنية أو بقرار قضائي).

(٣) رشاد خالد عمر، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٤) محمد حماد مرهج الهيتي، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٥) د.رمسيس بهنام، علم الاجرام، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٨ ص ٢٨.

نظراً لعدم تناول جرائم التحرش بشكل مباشر في قانون العقوبات (كما اسلفنا) لذا سنلجأ الى الربط في الوصف القانوني بين بعض انواع الجرائم الالكترونية، وبين النصوص الجزائية في قانون العقوبات، وذلك لنتمكن من اخضاع بعض تلك الجرائم تحت احد النصوص التجريبية. تقع جرائم التحرش الالكتروني بشكل عام في حالة اتيان سلوك ايجابي (قول أو فعل) حسب الجريمة المرتكبة وبالتالي نستبعد من صور الجريمة هذه السلوك السلبي فلا تتحقق الا بفعل ايجابي، و من جهة اخرى إذا كان السلوك الاجرامي هو قول أو اشارة ولا يصل إلى مستوى الملامسة الجسدية فإننا نكون امام جريمة خدش الحياء المنصوص عليها في المادة ٤٠٢ من قانون العقوبات العراقي ، اما إذا تعدى السلوك إلى مستوى الملامسة الجسدية فإننا نكون امام جريمة هنك العرض المنصوص عليها في المادة ٣٩٦ و ٣٩٧^(١)، وبما ان الفعل المادي المكون لهذه الجريمة لا يمكن ان نتصور وقوعه عن طريق الانترنت لأنه يتطلب وجود تماس مباشر مع المجني عليه فإننا سنستبعد من نطاق بحثنا، ونقتصر في دراستنا على صورتين من صور الجرائم المخلة بالأداب المنصوص عليها في قانون العقوبات . وهناك مفاهيم مختلفة للمضايقة الالكترونية والتي تتشكل بها الجرائم الالكترونية ونؤيد من ذهب إلى انها نمط السلوك الذي يوجه إلى شخص معين عبر استخدام وسائل تقنية المعلومات بنية ازعاجه أو مضايقته أو الضغط عليه أو تهديده أو تخويفه وبمعنى اخر اكثر دقة ان يكون بنية التسبب بأذى نفسي أو عاطفي^(٢)، وهذا النوع من الجرائم يمكن ان يتخذ احد الصور الاتية:

١- المضايقة عبر البريد الالكتروني: عرف القانون العربي النموذجي الموحد البريد الالكتروني بانه (نظام للتراسل باستخدام شبكات الحاسبات)^(٣) و الفكرة الاساسية التي يقوم عليها البريد الالكتروني هي تبادل الرسائل الالكترونية والصور والملفات والبرامج والصوتيات... الخ عن طريق ارسالها من المرسل إلى شخص آخر أو مجموعة اشخاص باستخدام عنوان البريد الالكتروني العائد للمرسل اليه، وبالنظر الى سهولة استخدامهم فقد اصبح من اكثر الوسائل الانترنت شيوعاً و استخداما في الوقت الحالي^(٤). وبالرغم من الفائدة المقدمة من هذه الخدمة الا انها يمكن ان تتعكس بشكل سلبي فيما لو اسيء استخدامها وتهديد الناس ومصالحهم ، ويعد البريد الالكتروني غير المرغوب فيه ذو المحتوى المثير للكرهية أو مضايقة المرسل اليه من خلال تضمينه موادا فاحشة ومسيئة من اكثر الاشكال شيوعا للمضايقة والتحرش عبر الانترنت^(٥).

ففي لبنان تم توقيف طالب جامعي من قبل القضاء اللبناني لأرساله صورة اباحية إلى قاصرة دون العشرة اعوام من بريده الالكتروني وتم اكتشاف الجريمة اثر تلقي النيابة العامة برقية من الانترنت في المانيا بهذا الخصوص كما القت الشرطة القبض على احد الاشخاص الذي استطاع ان يقوم بتهكير البريد الالكتروني الخاص بمجموعة من الفتيات ونشر صورهن مع مجموعة من الصور الفاضحة وتمت احالته إلى النيابة العامة^(٦).

٢- التحرش من خلال التعليقات و المضايقات على مواقع التواصل عبر الانترنت (chat) ومواقع التواصل الاجتماعي المختلفة ، فمع انتشار الانترنت ودخول التقنية الحديثة تحول التحرش الجنسي الالكتروني من مجرد سلوك يتضمن مضايقة عبر البريد الالكتروني إلى وسائل اخرى مثل غرف الدردشة ومواقع التعارف ومواقع التواصل الاجتماعي مثل فيسبوك وتويتر وغيرها اضافة إلى الرسائل الفورية عن طريق البرامج التي يمكن تثبيتها على الحواسيب وكذلك على الهواتف الذكية مثل

(١) محمد حماد مرهج الهيتي، مصدر سابق، ص ٩٦ ..

(٢) د. على عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الاشخاص والحكومة، ط ١، منشورات زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٧٧.

(٣) د. رمسيس بهنام، مصدر سابق، ص ٢٩٨ ..

(٤) د. اشرف عبد القادر قنديل، الاثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٥ ص ٦٦.

(٥) د. على عبود جعفر، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

(٦) د. محمد عبيد الكعبي، مصدر سابق ص ١٤٩.

(Vaiber,Whatsapp) أو عن طريق روابط تظهر للشخص عند تصفحه لشبكة الانترنت والتي تحتوي على اعلانات جنسية غير مرغوب فيه و يمكن توجيهها لأشخاص محددین^(١).

والتحرش عبر الانترنت قد يقع على البالغين أو على الاطفال والكثير من التشريعات العقابية تشدد العقاب في حالة ما إذا وقعت الجريمة على حدث كقانون العقوبات الاماراتي وقانون العقوبات الفرنسي والاميركي ،ففي احدى القضايا في الولايات المتحدة الامريكية تم ضبط مدرس يقوم بإرسال صور تتعلق بدعارة الاطفال إلى الصغار عن طريق شبكة الانترنت^(٢)، ويمكن من خلال شبكة الانترنت دفع صغار السن إلى المشاركة في منتديات الحوار وغرف الدردشة أو البريد الالكتروني أو مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة وتقديم معلومات ذات طابع جنسي دون رقيب بل و حتى تصل الى درجة استخدام طرق احتيالية لغرض استئراج الاحداث بالتحديد من خلال ارسال صور لا يقاومها الصغار او عن طريق استخدام وسائل تشويق وتسلية^(٣) علما ان بعض المجرمين قد يستغلون وجود اي علاقة تربطهم بالاحداث (كعلاقة الدراسة مثلا) بغية الوصول الى تحقيق مبتغاهم و هذا متصور جدا في ظل تطور وسائل التكنولوجيا و سهولة الحصول عليها ويستطيع المتحرش مقاطعة محادثة الشخص المستهدف الكترونيا اي باستهداف نظام المحادثة مما يؤدي إلى استحالة الاستمرار في المحادثة مع شخص اخر أو قد يأخذ التحرش صورة ترك رسالة الكترونية غير لائقة في لوحة الرسائل أو في غرف المحادثة المفتوحة أو من خلال التعليقات على المنشورات الخاصة بالمجني عليه في مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة وفي اغلب الاحيان يقوم المتحرش بانتحال صفة اشخاص اخرين أو انتحال صفة فتيات من اجل اثاره الاخرين، وقد يشكل التحرش شكل استهداف حاسب الضحية كشكل من اشكال التخويف أو بهدف المراقبة وخاصة ممن يمتلكون مهارة عالية في استخدام برامج الحاسوب بحيث يستطيع السيطرة على معلومات وصور خاصة بالضحية^(٤).

المطلب الثاني

مدى انطباق النصوص العقابية على التحرش عبر الانترنت

لم يعالج المشرع العراقي في قانون خاص الجرائم الالكترونية عامة وجرائم التحرش عبر الانترنت لذا ينبغي الرجوع إلى نصوص قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م وذلك لسد الفراغ الجزائي فيما يخص هذه الجرائم، واخضاع تلك الافعال الشائنة الى نصوص جزائية تكون هي الاقرب من حيث الملائمة القانونية لتصبح افعال مجرمة تقع تحت طائلة العدالة، وبالرجوع الى نصوص القانون المذكور نجد ان التكييف القانوني الاقرب لهذه الجرائم (التي ترتكب بوسائل تعد حديثة في تنفيذ جرائم التحرش) واكثرها ملائمة على الوقائع التي سبق ان تناولناها في المطلب الأول من هذا المبحث هو نص المادة ١/٤٠٢ حيث نصت على ان: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ديناراً او بإحدى هاتين العقوبتين: ١- من طلب امورا مخالفة للأداب من ذكر كان او انثى . ٢- من تعرض لأنتى في محل عام بأقوال او افعال او اشارات على وجه يخدش حياءها.) و ٤٠٣ من القانون المذكور حيث نصت على ان: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنع أو استورد أو صدر أو حاز أو نقل بقصد الاستغلال أو التوزيع كتاباً أو مطبوعات أو كتابات اخرى أو رسوماً أو صوراً أو افلاماً أو رموزاً أو غير ذلك من الاشياء إذا كانت مخلة بالحياء والأداب العامة ...و يعتبر ظرفاً مشدداً إذا ارتكبت الجريمة بقصد افساد الاخلاق)^(٥).

(١) مقال منشور على الانترنت على الموقع www.alhayat.com اخر زيارة للموقع في ٢١/٥/٢٠١٧ س ٦,٣٠

(٢) عبد الفتاح بيومي حجازي، الاحداث والانترنت، دار الكتب القانونية، الطبعة الاولى، المجلد الاول، ٢٠٠٧، ص ١٣٣.

(٣) د.عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والانترنت-الجرائم المعلوماتية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص ٤١٤.

(٤) د.علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الاشخاص والحكومة ص ٣٠٥.

(٥) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3993) في 30/12/2002 .

وبما يتعلق بنص المادة ٤٠٢ / ١ فان هذا النص يمكن تطبيقه في حالة ارتكاب سلوك يتضمن طلباً لأمر تخالف الآداب العامة وهذا الطلب يمكن ان نتصور وقوعه عبر الانترنت ما دام ان النص مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه غير ان هذه الفقرة لا تشمل سوى السلوك الاجرامي الذي يتحقق بصيغة الطلب فلا يشمل مثلاً الايحاءات والايماءات والتعليقات ذات الطبيعة الجنسية أو الاسئلة التطفلية الغريبة عبر الانترنت ، والمشرع لم يشترط العلانية التي اشترطها في جريمة الفعل الفاضح العلني وهو ما يجعل النص شاملاً لطلب امور مخالفة للآداب والاخلاق عبر الانترنت، ومعيار الآداب العامة والاخلاق يستمد من الشعور السائد في مكان وزمان معين فما يعتبر مخالفاً للآداب العامة في الوقت الحاضر قد لا يعد كذلك في المستقبل وما يخالف الآداب العامة في العراق قد لا يعتبر كذلك في دول اخرى فهي فكرة نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان^(١).

كما ان المشرع لم يشترط وجود علاقة وظيفية او رابطة عمل تربط الجاني بالمجنى عليه ما يجعل نخرج من اطار جريمة التحرش لنبقى في مجال جرائم الفعل الفاضح المخل بالحياة، إذ أن جرائم التحرش وفق ما اتفقت عليه اغلب القوانين المقارنة يشترط أن تكون في إطار الوظيفة العامة، مما قد يؤثر سلباً على مكانة المجنى عليه الوظيفية عند رفضه لسلوك المتحرش، وهذا ما يخالف ما ذهب اليه اغلب التشريعات التي وفرت حماية خاصة لبيئة العمل او الوظيفة العامة من اجل حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة خشية استغلالها من قبل صاحب السلطة، الا ان النص السابق كما قلنا يمثل نصاً عاماً يمكن ان يطبق على الجرائم التي ينطبق عليها وصف الفعل الفاضح المخل بالحياة ومن ضمنها جرائم التحرش التي قد ترتكب بواسطة اقوال او ايماءات او اشارات او اي تصرف آخر يكون بشكل الكتروني ويوصف بانه خادش للحياة وفق العرف السائد . وفيما يتعلق بنص المادة ٤٠٣ فان المشرع يتطلب لتحقيق الجريمة ان يتم ارتكاب السلوك المخل بالآداب العامة والاخلاق بأحد الصور التي حددها في هذه المادة، والنتيجة الجرمية هنا تتخذ مدلولاً قانونياً وليس مادياً اي هو العدوان الذي ينال مصلحة أو حقا قدر المشرع جدارته بالحماية الجنائية في حين ان المدلول المادي يقصد به التغيرات التي يمكن ان تحدث في العالم الخارجي نتيجة للسلوك وواضح الاختلاف بين مدلولي النتيجة فبينما يفترض المدلول المادي مجموعة من الاثار المادية تكفي الملاحظة الحسية لإدراكها ، يفترض المدلول القانوني تكييفاً قانونياً يتطلب الرجوع إلى النصوص القانونية لتحديد ما إذا كان المشرع اسبغ الحماية الجنائية على الحق أو المصلحة من جهة وما إذا كانت توصف هذه الاثار بانها اعتداء بالمعنى القانوني ام لا^(٢)، كما ان وصف الفعل بانه خادش للحياة او فاضح لا يشترط فيه ان يكون بشكل مادي، فيكفي وجود الضرر المعنوي الذي يكون نتيجة لوقوع الجريمة ومساسها بحق معنوي للمجنى عليه.

وفيما يتعلق بالصور التي حددها المشرع والتي يمكن انطباقها على صور السلوك الذي تم تحديده في المطلب الأول نجد ان المشرع نص على ان (من صنع ...) والصنع يقصد به الابداع لأول مرة أو صياغة الفكرة وابتداعها أو تقليد الشيء أو تعديله كأن يكون مقطع فيديو أو صورة خاصة لشخص ما ويتم ادخال التعديلات أو التغييرات عليها بواسطة برامج خاصة^(٣).

اما التوزيع أو التسليم للتوزيع فيراد به نقل حيازة الشيء إلى شخص اخر تمهيدا للتوزيع لأكثر من شخص ويمكن ان يستخدم الانترنت كوسيلة للتوزيع إذا كانت صورة أو مادة مخلة بالآداب العامة أو تشكل انتهاك للحق في الخصوصية والتوزيع يكون باستخدام الايميل أو وسائل التواصل الاجتماعي ، وبالرجوع إلى نص المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات العراقي نجد ان المشرع قد اورد شرطاً من اجل تطبيق نص هذه المادة وهو ان يكون موضوع السلوك من الصور والرسوم والمطبوعات التي يتم صنعها أو نقلها أو توزيعها اذا كانت مخالفة للآداب العامة بقصد الاستغلال أو التوزيع، وهذا يعني عدم انطباق

(١) د.ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٨ ص ١٤٧.

(٢) د.السيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٣) د.محمد عزت فاضل، د نوفل علي الصفو، مصدر سابق ص ٧٤.

هذه المادة على الكثير من صور السلوك لمجرد عدم مخالفة الآداب حتى لو تسبب بمضايقه لشخص ما^(١) نظراً لتطلب القصد الخاص في هذا النوع من الجرائم من قبل المشرع (وهو قصد الاستغلال أو التوزيع)، فمن يرتكب فعل من الأفعال مارة السالفة وكان غرضه التحرش بالمجنى عليه وليس الاستغلال أو التوزيع يخرج من تحت طائلة هذه المادة، ويلاحظ ان المشرع اكثر من استخدام الامثلة في هذه المادة (مطبوعات، صور افلام... الخ) وكان الاولى به ان يكتفي بذكر عبارة اشياء مخلة بالآداب العامة.

ويلاحظ ان التحرش عبر الانترنت لا يتحقق بجميع صور السلوك المحددة في نص المادة ٤٠٢ و ٤٠٣ من قانون العقوبات وان اغلب الاوصاف التي حددها المشرع كان الغاية منها الحد من تداول صور أو اي مادة مخلة بالأخلاق والآداب العامة كالاستيراد والتصدير والحياسة والاحراز باستثناء النقل حيث تطلق عليه التشريعات الجنائية بالإرسال وهو السلوك الاكثر شيوعاً فيما يتعلق بالجرائم المخلة بالآداب عبر الانترنت، فمن الممكن ان يقع الارسال عن طريق الايميل أو عبر وسائل التواصل الاجتماعي ويتم ارسال رسالة تتضمن ما يعتبر مغل بالآداب العامة ومما يعد تحرشاً وبالتالي فان هذا السلوك لا يمكن تصور وقوعه الا بنشاط ايجابي^(٢).

تجدر الإشارة إلى انه لا يوجد قانون خاص بالجرائم الالكترونية وبالتالي فقد يبدو ان هناك تنازعا ظاهريا للنصوص الخاصة بالجرائم المخلة بالآداب العامة عند تكييف الوقائع وبالتحديد فيما يخص (الاستغلال والتوزيع) المنصوص عليه في المادة ٤٠٣ وجريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء المنصوص عليه في المادة ٤٠٠ وجريمة التعرض لأنثى على وجه يحدش الحياء المنصوص عليها في المادة ١/٤٠٢/ب كما لو ارسل الجاني رسالة ذات محتوى مغل بالآداب العامة وافصح عن اسمه وعنوانه عبر الانترنت وكانت في محل عام لكن من تحليل النصوص المذكورة نجد ان جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء تقتضي قيام الجاني باستخدام اعضاء جسمه وان يكون هناك تماس مباشر بالتالي استحالة وقوع هذا السلوك عبر الانترنت .

اما فيما يتعلق بالتعرض لأنثى فيفترض ان يأتي الجاني فعلاً قد لا يكون مخلاً بالأخلاق بحد ذاته لكن توجيهه لأنثى في محل عام يؤدي إلى خدش الحياء كطلب الخروج في السيارة وهذا يتعارض ايضاً مع وقوع السلوك عبر الانترنت. واذا نظرنا الى الامر من زاوية اخرى وهي كون جرائم التحرش هي من جرائم الوظيفة العامة والعمل ، والمشرع العراقي في قانون العقوبات في الباب السادس كان قد عالج مجموعة الافعال التي تمثل جرائم مخلة بالوظيفة العامة ، وفي الفصل الثالث من نفس الباب تطرق الى تجاوز الموظفين حدود وظائفهم ، وتحديدأ في المادة ٣٣٢ ذهب الى ان: (يعاقب بالحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامة استعمل القسوة مع احد الناس اعتماداً على وظيفته فأخل باعتباره او شرفه او احدث المأ ببدنه) وبالتمعن في هذا النص نجد ان المادة تطرقت الى جريمة قيام موظف او مكلف بخدمة عامة بالاعتداء على احد الناس ماساً باعتباره او شرفه او احدث له المأ ببدنه، والمساس بالشرف له عدة صور ومن تلك الصور التحرش الجنسي ، ونظراً لإطلاق النص وعدم تقييده بحالة معينة نستطيع ان نقيس تطبيق النص على جرائم التحرش الالكتروني حيث ان المشرع لم يحدد الاعتداء الواقع من قبل الموظف على شرف المجنى عليه يجب ان يقع مباشرة اي وجهاً لوجه، هذا من جهة، من جهة اخرى الاطلاق في النص لم يكن فقط في هذا المورد من النص ، بل ايضاً كان في صفة المجنى عليه إذ قالت المادة (مع احد من الناس) ولفظ الناس يشمل كل من احاطته المادة القانونية بحمايتها من الناس، وهذا يعني ان الجرم اذا وقع على احد المواطنين من غير الموظفين، ام وقع على احد الموظفين ممن يعملون مع مرتكب الفعل او تحت امرته من المرؤوسين على حد سواء. الا ان تقييد النص بشرط ان يرتكب (بقسوة) هو امر لا مبرر له البتة، لأنه

(١) المصدر ذاته ص ٧٨.

(٢) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص ١٤٦.

من مفهوم المخالفة نستطيع ان نفهم ان قيام الموظف بالاعتماد على وظيفته بالإخلال باعتباره او شرف او التسبب بإيذاء بدني لاحد الناس لكن دون استعمال القسوة هو فعل مباح، وهذا ما لا يستقيم عقلاً ومنطقاً، وهذه الافعال سواء ارتكبت بقسوة ام دون استعمال القسوة تمثل اعتداء على مصالح يحميها القانون. اما بالنسبة للابتزاز الالكتروني فنعتقد ان البحث هنا لا يسعه لان الصورة الغالبة للوصول الى جريمة الابتزاز هي وجود علاقة سابقة على الجريمة تتأني برضى الطرفين، ثم يستغل الفاعل ثقة المجنى عليه (عليها) وبعد حصوله على اشياء او صور خاصة او يعتمد على معرفة لعض المعلومات عن المجنى عليه فيقوم بابتزازه، او ان الفاعل يعتمد الحصول على بعض ما يخص المجنى عليه من صور او معلومات من خلال قرصنة حساباته الخاصة او اجهزته الالكترونية ثم يبدأ بابتزازه.

وفي كلتا الحالتين لا تتم اركان جريمة التحرش الالكتروني بل تتحقق جرائم اخرى، مالم يقوم لفاعل باستخدام بعض خصوصيات المجنى عليه او عليها في سلوك جسدي أو شفهي ذو طبيعة جنسية أو سلوك اخر يستند على الجنس ويمس كرامة النساء والرجال ويكون غير مرغوب وغير معقول ومهيناً لمن يتلقاه ويؤدي رفض اي شخص أو عدم خضوعه لهذا السلوك صراحة أو ضمناً كما جاء في قانون العمل العراقي، وبالطبع يشترط ان يتم هذا الفعل من قبل موظف او مكلف بخدمة عامة، والا لم تتحقق لدينا جريمة تحرش انما تتحول الى جريمة اخرى حسب تحقق الاركان الخاصة بتلك الجريمة. ومثال ذلك ان يقوم موظف او مكلف بخدمة عامة وباستخدام معلومات او صور جنسية بالتحرش بشخص اخر كأن يرسلها اليه بر البريد الالكتروني أو عبر احدى وسائل التواصل الاجتماعي المعروفة والمنشرة.

الخاتمة

تُعد جريمة التحرش الالكتروني من الجرائم الحديثة التي لا تزال تطرح اشكاليات فهم المعنى الدقيق لها فهي تتطلب توعية المجتمع بخطورتها و ضرورة تقديم المساعدة القانونية لضحاياها خصوصاً في بيئة العمل و من خلال استعراضنا للتحرش المعلوماتي يمكن ان نستعرض ابرز النتائج التي تم التوصل اليها وكما يأتي:

الاستنتاجات

١- لم يستخدم المشرع في قانون العقوبات مصطلح التحرش الجنسي وانما عالج الجرائم المخلة بالأداب العامة في فصل خاص وبالتالي فان هناك خلط في المفاهيم بالرغم من ان التحرش الجنسي في التشريعات التي نصت عليه بشكل صريح في القوانين العقابية يفترض وجود علاقة عمل او رابطة وظيفية اي ان هناك طرف قوي يستغل موقعه تجاه الطرف الضعيف وحسنا فعل المشرع في قانون العمل النافذ عندما نص في مادته التاسعة على تعريف التحرش الجنسي في بيئة العمل.

٢- لم يتطرق المشرع العراقي في قانون العقوبات الى استغلال الوظيفة بقصد الحصول على مزايا جنسية عند معالجته لجرائم الوظيفة العامة و اكتفى بتجريم استغلال السلطة للحصول على مزايا مالية او ادارية لنفسه او لغيره.

٣- بينما عرف قانون العمل العراقي الجديد النافذ رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥م التحرش بأنه (اي سلوك جسدي أو شفهي ذو طبيعة جنسية أو سلوك اخر يستند على الجنس ويمس كرامة النساء والرجال ويكون غير مرغوب وغير معقول ومهيناً لمن يتلقاه ويؤدي رفض اي شخص أو عدم خضوعه لهذا السلوك صراحة أو ضمناً لاتخاذ قرار يؤثر على وظيفته).

٤- وبدورنا نؤيد التعريف التالي للتحرش الجنسي عبر الانترنت او التحرش الالكتروني بأنه: يتضمن كل سلوك جنسي يمكن أن يتصور وقوعه عبر الانترنت، ومن اشكال هذه السلوكيات النكات الجنسية والضغط على ارادة المجنى عليه من اجل الخروج في موعد غرامي أو الايحاءات التي تتضمن طابعاً جنسياً أو طلب المعاشرة أو اطلاق الشائعات عن سلوك جنسي شائن بحق المجنى عليه أو عليها أو ارسال صور جنسية فاضحة عبر الانترنت أو التلصص على المجنى عليه عن طريق برامج تجسس خاصة.

٥- يتميز التحرش الالكتروني بخصيقتين مهمتين تميزانه من غيره من انواع التحرش الجنسي وهما:

أ- من حيث مكان ارتكابها: جرائم التحرش عبر الانترنت عادة لا يكون لها حدود جغرافية معينة فهي جرائم عابرة للحدود وهذا يشمل بطبيعة الحال كل وسيلة اتصال تستخدم الانترنت كالحواسيب والهواتف الذكية، وفي هذا الصدد يتبنى مبدأ اقليمية القانون الجنائي و بالرغم من انه يشمل اغلب الجرائم الالكترونية التي تقع في العراق غير انه غير قادر على شمول حالة من يرتكب فعلا في العراق يجعله شريكاً في جريمة الكترونية وقعت بأكملها خارج العراق مما يعني عدم امكانية اخضاعه للقانون العراقي لذا نوصي بتعديل نص المادة السادسة لينص على سريان القانون على كل من يرتكب في الاقليم العراقي على فعل يجعله شريكاً جنائياً او جنحة وقعت في الخارج بشرط ان يكون الفعل الذي وقع في الخارج يعتبر جريمة حسب القانون العراقي

ب- من حيث الاثبات: تتميز جريمة التحرش عبر الانترنت عن جرائم التحرش العادية بانها لا تترك اي اثر ماديا ومن السهل فيها محو الادلة أو التلاعب فيها اضافة إلى انها تحتاج إلى خبرة فنية عالية للوصول إلى مرتكبيها، وبالرجوع الى قانون الخبرة امام القضاء العراقي نجد ان المادة (٤) منه قد وضعت قيود كثيرة منها شرط الجنسية الوطنية وبالتالي يتعذر الاستفادة من الخبرات الاجنبية كما لايجوز الاستعانة بخبير غير حاصل على مؤهل علمي اضافة الى عدم جواز الاستعانة بخبرة المجرم المعلوماتي و هذه القيود تحتاج الى اعادة نظر بتعديلها.

٦- يقع التحرش الالكتروني على صورتين هما الاغلب في الموقع:

أ- المضايقة عبر البريد الالكتروني: والبريد الالكتروني هو (نظام للتراسل باستخدام شبكات الحاسبات) والفكرة الاساسية التي يقوم عليها البريد الالكتروني هي تبادل الرسائل الالكترونية والصور والملفات والبرامج والصوتيات... الخ عن طريق ارسالها من المرسل إلى شخص آخر أو مجموعة اشخاص باستخدام عنوان البريد الالكتروني العائد للمرسل اليه، ويعد البريد الالكتروني غير المرغوب فيه ذو المحتوى المثير للكراهية أو مضايقة المرسل اليه من خلال تضمينه مواداً فاحشة ومسيئة من اكثر الاشكال شيوعاً للمضايقة والتحرش عبر الانترنت.

ب- التحرش من خلال التواصل عبر الانترنت (chat) ومواقع التواصل الاجتماعي المختلفة مع انتشار الانترنت ودخول التقنية الحديثة تحول التحرش الجنسي الالكتروني من مجرد سلوك يتضمن مضايقة عبر البريد الالكتروني إلى وسائل اخرى مثل غرف الدردشة ومواقع التعارف ومواقع التواصل الاجتماعي مثل فيسبوك وتويتر وغيرها التحرش من خلال التواصل عبر الانترنت (chat) ومواقع التواصل الاجتماعي المختلفة مع انتشار الانترنت ودخول التقنية الحديثة تحول التحرش الجنسي الالكتروني من مجرد سلوك يتضمن مضايقة عبر البريد الالكتروني إلى وسائل اخرى مثل غرف الدردشة ومواقع التعارف ومواقع التواصل الاجتماعي مثل فيسبوك وتويتر وغيرها.

٧- لسد الفراغ الجزائي فيما يخص هذه الجرائم، واخضاع تلك الافعال الشائنة الى نصوص جزائية تكون هي الاقرب من حيث الملائمة القانونية لتصبح افعال مجرمة تقع تحت طائلة العدالة، وبالرجوع الى نصوص قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لعام ١٩٦٩م نجد ان التكييف القانوني الاقرب لهذه الجرائم (التي ترتكب بوسائل تعد حديثة في تنفيذ جرائم التحرش) واكثرها ملائمة على الوقائع التي سبق ان تناولناها في المطلب الأول من هذا المبحث هو نص المادة ١/٤٠٢ حيث نصت على ان: ("يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ديناراً او بإحدى هاتين العقوبتين:

١- من طلب امورا مخالفة للآداب من ذكر كان او انثى.

٢- من تعرض لأنثى في محل عام بأقوال او افعال او اشارات على وجه يخدش حياءها").

٨- اما نص المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات العراقي فاننا نجد ان المشرع قد اورد شرطا من اجل تطبيق نص هذه المادة وهو ان يكون موضوع السلوك من الصور والرسوم والمطبوعات التي يتم صنعها أو نقلها أو توزيعها اذا كانت مخالفة للآداب العامة بقصد الاستغلال أو التوزيع، وهذا يعني عدم انطباق هذه المادة على الكثير من صور السلوك لمجرد عدم مخالفة الآداب حتى لو تسبب بمضايقة لشخص ما نظراً لتطلب القصد الخاص في هذا النوع من الجرائم من قبل المشرع (وهو قصد

الاستغلال أو التوزيع)، فمن يرتكب فعل من الأفعال مارة السالفة وكان غرضه التحرش بالمجنى عليه وليس الاستغلال أو التوزيع يخرج من تحت طائلة هذه المادة.

٩- وايضا المشرع العراقي في قانون العقوبات في الباب السادس كان قد عالج مجموعة الأفعال التي تمثل جرائم مخلة بالوظيفة العامة ، وفي الفصل الثالث من نفس الباب تطرق الى تجاوز الموظفين حدود وظائفهم ، وتحديدًا في المادة ٣٣٢ ذهب الى ان: (يعاقب بالحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامة استعمل القسوة مع احد الناس اعتماداً على وظيفته فأخل باعتباره او شرفه او احدث المأ ببدنه) وبالتمعن في هذا النص نجد ان المادة تطرقت الى جريمة قيام موظف او مكلف بخدمة عامة بالاعتداء على احد الناس ماساً باعتباره او شرفه او احدث له المأ ببدنه، والمساس بالشرف له عدة صور ومن تلك الصور التحرش الجنسي، حيث بمقدورنا تطبيق هذه المادة على جرائم التحرش الإلكتروني كنص بديل للنص المفقود الذي كان يجب ان يتدارك المشرع العراقي نقصه والاسراع بسن مواد تعالج هذا النقص وتقمع التزايد المستمر في مثل تلك الجرائم.

١٠- واخيراً نوصي المشرع العراقي بمراعاة النقص بشكل عام في مثل هذه الجرائم الحديثة وهي الجرائم الإلكترونية والتي بدت في تزايد مستمر ومتواتر من خلال الاسراع في سن نصوص او قوانين تعالج هكذا جرائم وتحد منها.

المصادر

أولاً: الكتب

- ١- د. اشرف عبد القادر قنديل، "الاثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠١٥ .
- ٢- رشاد خالد عمر، "المشاكل القانونية والفنية للتحقيق في الجرائم المعلوماتية"، المكتب الجامعي الحديث
- ٣- درميسيس بهنام، "علم الاجرام"، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٨
- ٤- سلام زيدان، "شرح قانون مكافحة البغاء رقم ٨ لسنة ١٩٨٨"، الطبعة الثانية / ٢٠١٣
- ٥- د. السيد عتيق، "جريمة التحرش الجنسي"، دار النهضة العربية، كلية الحقوق، جامعة حلوان ٢٠٠٣
- ٦- عبد الفتاح بيومي حجازي، "الاحداث والانترنت"، دار الكتب القانونية، الطبعة الاولى. ٢٠٠٧
- ٧- د. على عبود جعفر، "جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الاشخاص والحكومة"، منشورات زين الحقوقية والادبية الطبعة الاولى ٢٠١٣.
- ٨- د. عمار عباس الحسيني، "جرائم الحاسوب والانترنت - الجرائم المعلوماتية"، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠١٧.
- ٩- د. ماهر عبد شويش، "شرح قانون العقوبات القسم الخاص"، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل - ١٩٩٨
- ١٠- محمد ثامر السعدون، "المفهوم الدولي للاستغلال الجنسي للأطفال"، بيروت، ٢٠١٧..
- ١١- محمد حماد مرهج الهيتي، "الجريمة المعلوماتية"، دار الكتب المعلوماتية، مصر - الامارات .
- ١٢- محمد عبيد الكعبي، "الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع للانترنت"، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٣- د. محمد عزت فاضل، نوفل علي الصفو، "جرائم تقنية المعلومات المخلة بالأخلاق العامة"، بيروت ٢٠١٧.
- ١٤- د. هشام عبد الحميد فرج، "التحرش الجنسي وجرائم العرض"، مطابع دار الوثائق، ط ١، ٢٠٠٣

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- ١- لقاط مصطفى، "جريمة التحرش الجنسي"، كلية الحقوق بن عنكون، جامعة الجزائر ٢٠١٢/٢٠١٣.

ثالثاً: القوانين

- ١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٩٦ المعدل
- ٢- قانون مكافحة البغاء رقم ٨ لسنة ١٩٨٨
- ٣- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
- ٤- قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥

تصرفات المريض مرض الموت وآثارها القانونية
-الأيدز أنموذجاً-
(دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية)
**The Patient's Behavior Is The Disease of Death
And Its Legal Effects
(AIDS as a Model)**
(A Comparative study supported by judicial applications)

احمد محمد صديق
مدرس مساعد
جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية
ahmed.law.986@gmail.com

د. صدام خزععل يحيى
مدرس
جامعة الموصل / كلية الحقوق
sdamkhz15@gmail.com

الملخص

المريض مرض الموت هو المرض المخوف الذي يؤدي الى هلاك صاحبه، فقد يجري هذا المريض بعض التصرفات القانونية التي من شأنها أن تنقص ذمته المالية فتؤثر عليه او على ورثته والغير، فتدخل المشرع وقيد تلك التصرفات بحدود معينة، بعد ان يثبت ان المريض كان وقت اجراء التصرف مريض مرض موت، الا ان المشرع لم يحدد ماهية الامراض التي تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت، وترك المسألة لمحل خلاف فقهي وقضائي، فبعض الامراض لا تنطبق عليها الشروط العامة التي وضعها الفقه او التي استقر عليها القضاء، ومن تلك الامراض، الايدز أذ يصعب تحديد شروطه لان اعراض المرض قد لا يتم اكتشافه مبكراً، فضلاً عن ان مدة المرض تطول لسنوات عديدة، مما يجعل تقييد تصرفاته منذ اصابته فيه ضرراً للمريض، الامر الذي دفع الفقه الى اعتماد وقت اشتداد المرض هي المرحلة التي تقييد تصرفاته، الا ان تحديد زمن وقت اشتداد المرض فيه من الصعوبة لذا يتطلب الامر الاستعانة بأهل التخصص الطبي لتحديده، ويترتب على تصرفات المريض مرض الموت اثار قانونية، ولكن المشرع فرق بين التصرفات الانشائية المنجزة، والتصرفات الاخبارية المنجزة.

الكلمات المفتاحية: مرض الموت، الايدز، تصرفات المريض.

Abstract

The patient is the disease of death is the fear that leads to the loss of the owner, it may be this patient some legal actions that would reduce the financial burden affecting him or his heirs and others, the legislator and restricting those actions to certain limits, after proving that the patient was the time to act However, the legislator did not specify what diseases take the patient's behavior and the disease of death, and left the matter in dispute jurisprudence and judicial, some diseases do not meet the general conditions laid down by the jurisprudence or settled by the judiciary, and those diseases, Conditions for him because the symptoms of the disease may not be detected easily In addition, the duration of the disease is prolonged for many years, which restricts his actions since he suffered harm to the patient, which led the jurisprudence to adopt the time of the intensification of the disease is the stage that restricts his actions, but to determine the time when the disease is difficult, To the people of medical specialization to determine it, and the actions of the patient's disease of death legal effects, but the legislator differentiated between the structural actions completed, and the actions of the news completed.

Keywords: Death disease, AIDS, Patient behavior.

المقدمة

مدخل تعريفي

يُعد تصرف مريض مرض الموت اثناء حياته من التصرفات التي تحدث إشكالاً وتثير الصعوبات في نطاق الحقوق المالية في اطار القانون المدني، حيث ان شعور المريض بمرض الموت أنه مصاب بمرض لا يرجى شفاؤه وانه سيؤدي الى هلاكه حتماً، ما يدفعه في بعض الاحيان لإجراء بعض التصرفات القانونية مع الغير، والتي قد تكون في بعض الاحيان معاوضة اي: بمقابل، او على سبيل التبرع، ما يؤدي الى انقاص ذمته المالية وترتب الضرر اما لورثته او لدائنيه الاخرين ، والمرض الذي يكسب صفة مريض مرض الموت، هو ذلك المرض الذي يغلب عليه الهلاك ويؤدي الى الموت الحتمي والذي لا تزيد مدة بقاء المريض على قيد الحياة اشهر من سنة واحدة، والامراض التي تؤدي اكتساب هذه الصفة كثيرة ومتعددة ، لكن التساؤل الذي يثير نفسه هنا، هل يعتبر مرض نقص المناعة المكتسب (الايدز) من تلك الامراض، وهل يؤثر تصرفات المريض بهذا المرض على ذمته وحقوقه المالية تجاه الغير؟

أسباب اختيار الموضوع

تبرز اسباب عديدة كانت دافعاً لاختيار الموضوع ، أهمهما:

١. قلة الدراسات والبحوث القانونية التي تناولت الموضوع، وأن اغلب البحوث تناولت تصرفات المريض مرض الموت بشكل عام دون التطرق الى مدى اعتبار مرض نقص المناعة المكتسب (الايدز) مرض موت من عدمه.
٢. عدم تنظيم المشرع العراقي احكاماً قانونية لمرض نقص المناعة المكتسبة، بل لم نجد اية قوانين صحية خاصة تحكم مثل هذه الامراض.
٣. البحث في امكانية وضع ضوابط او شروط تحكم مرض الموت من خلال الاستعانة بأهل الخبرة الطبية لتحديد كون المرض مميت من عدمه، وعدم ترك الموضوع للاجتهادات الفقهية والقضائية.

تساؤلات البحث

إن من أهم التساؤلات التي يمكن إثارتها في هذا الموضوع هي:

١. ماذا يقصد بمرض الايدز؟
٢. مدى توفر شروط مرض مريض الموت به؟
٣. لماذا تقيد تصرفات المريض مرض الموت؟
٤. مدى انطباق اثار التصرفات القانونية للمريض مرض الموت على مرض الايدز؟
٥. ما هي المرحلة التي يعد فيها المصاب بمرض الايدز مريض مرض موت وبالتالي تقيد تصرفاته؟

نطاق البحث

ستتناول دراستنا القوانين التي تناولت مرض الموت منها القانون المدني وقانون الاثبات وقانون الاحوال الشخصية والقوانين الصحية ذات الصلة، فضلاً عن بيان موقف الشريعة الاسلامية بوصفها المرجع الاساسي لموضوع البحث.

منهجية البحث

تم الاعتماد في اعداد هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية ومناقشتها والتي تنظم هذا الموضوع حيثما ورد، وتم تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح الرأي المفضل مع بيان رأينا الخاص كلما كان ذلك ضرورياً ، وتم الاعتماد على المنهج التطبيقي، بتعزيز الموقف التشريعي والفقه بالقرارات القضائية ذات الصلة

بموضوع البحث ، فضلاً عن الاستعانة بالمنهج المقارن والذي يقوم على الاستعانة بالقوانين العربية ذات الصلة ومقارنتها مع موقف القانون العراقي كالقانون الاردني.

هيكلية البحث

ستتم دراسة الموضوع وفق المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية مرض الموت.

المبحث الثاني: اثار التصرفات التي يجريها المريض بمرض الايدز.

المبحث الاول

ماهية مرض الموت

قد يجري المريض مرض الموت بعض التصرفات القانونية من شأنها الاضرار بالورثة والغير، فمن العدالة ان تقييد تصرفاته لحفظ حقوقهم، الا ان اعطاء وصف للمريض مرض الموت لا يتحقق الا اذا توافرت فيه عدة شروط والتي درج الفقه والقضاء على اتباعها بشكل عام والتي تنطبق على جميع الامراض الأخرى، إلا ان الامر يثور حول مدى انطباق تلك الشروط على مرض الايدز وذلك لخصوصية التي يتمتع بها ومن هذا المنطلق يتوجب ان نبين ابتداء تعريف مرض الموت والشروط تحقق مريض مرض الموت ومدى انطباقها على مرض الايدز وعلى وفق الآتي: المطلب الاول: التعريف بمرض الموت ، المطلب الثاني: شروط تحقق مريض مرض الموت ومدى انطباقها على المريض بمرض الايدز.

المطلب الاول

التعريف بمرض الموت

لإعطاء تعريف شامل لمرض الموت يقتضي الامر ان نتطرق الى تعريفه في اللغة العربية ومن ثم نبين معناه في الاصطلاح وبشكل عام، وعلى وفق الآتي:

اولاً: تعريف مرض الموت لغةً: يتكون مصطلح مرض الموت من مقطعين مرض... موت وإعطاء تعريف لغوي لمرض الموت يتطلب الأمر أن نبين معنى المرض أولاً ومعنى الموت ثانياً للوصول الى تعريف لغوي يجمع بين المقطعين:

1. يطلق لفظ المرض على عدة معان، وأبرزها: السقم، ويقصد به: اذا لم يقدر على الحراك، وبه ثبات لا ينجو منه، فالسقم هو نقيض الصحة^(١)، والمرضُ إظلامٌ طبيعياً واضطرابٌها بعد صفائها واعتدالها، قال: والمرضُ الظلمةُ. وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: المرَضُ فِي الْقَلْبِ قُتُورٌ عَنِ الْحَقِّ، وَفِي الْأَبْدَانِ قُتُورُ الْأَعْضَاءِ، وَفِي الْعَيْنِ قُتُورُ النَّظَرِ^(٢).
2. اما لفظ الموت فيأتي بمعنى السكون ويقصد به عدم الحركة^(٣) ويقصد بالموت كذلك ضد الحياة^(٤) بمعنى يموت ويمات فهو ميت قال تعالى {لِنُحْيِيَّ بِهِ بَلْدَةً مَّيْتًا وَنُسْقِيَهُ مِمَّا خَلَقْنَا أَنْعَامًا وَأَنَاسِيَّ كَثِيرًا} ^(٥).

(١) ابو القاسم محمود بن عمرو بن احمد الزمخشري، اساس البلاغة، ج ١، ط ١، دار الكتب القانونية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٠٣؛ جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج ٧، ط ٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص ٢٣١.

(٢) جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المصدر نفسه، ص ٢٣٢.

(٣) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٠٤.

(٤) أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، الحكم والمحيط الأعظم، ج ٩، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٥٤٣.

(٥) سورة الفرقان، الآية (٤٩).

وعرف مرض الموت بأنه المرض الذي يكون سبباً للموت او(ما يعجز صاحبه بقيام أعماله العادية ويلازمه حتى الموت)^(١) ، ومما تقدم وبعد بيان المعنى اللغوي لكل من المرض.. والموت يمكن ان نتوصل الى تعريف لغوي يجمع بين المصطلحين وهو: أن مرض الموت هو ما يعجز صاحبه عن الحركة بسبب السقم الذي يؤدي الى موته.

ثانياً: تعريف مرض الموت في الاصطلاح وبشكل عام : ان ايجاد تعريف لمرض الموت في الاصطلاح يقتضي ان نتناول التعريف في الاصطلاحين القانوني والقضائي على وفق الاتي:

١. تعريف مرض الموت في الاصطلاح القانوني: لم ينص المشرع العراقي على تعريف مرض الموت وحسنا فعل المشرع العراقي بعدم اعطاء تعريف لمرض الموت، لصعوبة وضع تعريف جامع مانع، ولأن مهمة وضع التعاريف من اختصاص الفقه والقضاء. لذلك وجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية استنادا الى نص المادة(١/الفقرة ٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين...) ، وبالرجوع الى الفقه الاسلامي نجد انهم اتفقوا على ان المريض مرض الموت هو ما يؤدي بصاحبه الى الموت ولكن اختلفوا في اماراته وأوصافه ومراحله: فذهب الحنفية الى ان الْمَرِيضَ مَرَضَ الْمَوْتِ (هو الذي أَضْنَاهُ الْمَرَضُ وَصَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ فَأَمَّا إِذَا كَانَ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ يُحْمُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصَّحِيحِ)^(٢) ، وذهب الشافعية الى ان المريض مرض الموت (هو ما اصيب بمرض مخوف مثل الحمى الصالب والبطن وذات الجنب والخاصرة وما أشبهه مما يضمنه على الفراش ولا يتناول، فأما ما أضمنه مثله وتناول مثل السل والفالج اذا لم يكن به وجع غيرهما او يكون بالمفلوج منه سورة ابتدائه في الحال التي يكون فيها فاذا تناول فانه لا يكاد يكون مخوفا)^(٣). وذهب فقهاء المالكية بأن مرض الموت (ما حكم الطب بأن الهلاك به كثير، ومثل لذلك بالحمى الحادة والسل والاسهال بالدم..^(٤)).

يتضح مما تقدم ان التعريفات التي اوردها فقهاء المذاهب الاسلامية قد اختلفت في امارات وأوصاف المريض مرض الموت، فذهب الحنفية بأن المريض مرض الموت هو من صار صاحب فراش ويبدو أن هذا الوصف ينطبق على اغلب المرضى فهناك من الامراض التي تقعد صاحبها وتجعله طريح الفراش، بمعنى ان الحنفية لم يضعوا ضابطاً لتمييز مريض مرض الموت عن غيره. اما تعريف الشافعية فقد بين الامراض التي تعد من قبيل امراض الموت، وربط تلك الامراض بوجود ان يجعله صاحبه يلزم الفراش، ويبدو ان الشافعية كذلك لم يضعوا ضابطاً يميز مرض الموت عن غيره.

اما المالكية فقد وضعوا معياراً لتحديد مرض الموت هو بما يحكم عليه الطبيب، ويبدو ان موقف المالكية جديراً بالتأييد لأن تحديد كون المصاب بالمرض ينطبق عليه وصف مريض الموت من عدمه هي مسألة فنية يختص بها أهل التخصص الطبي، اما الامارات التي وضعها الفقهاء فهي قد تنطبق على بعض الامراض وليس جميعها.

وقد جاء تعريف مرض الموت في مجلة الاحكام العدلية في المادة(١٥٩٥) بأنه (مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحة خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحة داخل داره إن كان

(١) زين الدين بن عبدالله الرازي، مختار الصحاح، ط٥، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٩٩، ص٣٠١.

(٢) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ص٢٢٤.

(٣) الأمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي، الأم، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٠، ص٢٧٢.

(٤) محمد بن محمد بن عيد الرحمن المعروف بالطباط، مواهب الجليل، ج٥، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٩، ص٧٨، نقلا عن د. حبيب ادريس

عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص٢٢.

من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش او لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حاله واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد مرضه اعتباراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت).

من خلال ما تقدم يتبين ان مجلة الاحكام العدلية قد وضعت عدة ضوابط لمريض مرض الموت، فعدت من يلازمه الخوف من الموت ويعجز عن القيام بأعماله ويموت بهذا المرض قبل مرور سنة يعد مريض مرض الموت، كما وضعت ضابطا آخر هو من تنطبق عليه الشروط المذكورة انفا، ولكن تطول المدة اكثر من سنة، ففي هذا الحالة يعد مريض مرض الموت من تاريخ اشتداد المرض.

وبالرغم من هذا التعريف قد تلافى الكثير من المسائل الخلافية، إلا أنه أغفل إحالة تحديد الوقت الذي يدخل فيه المريض مرحلة التغيير والاشتداد الى الخبير الطبي كونها مسألة فنية تدخل ضمن الاختصاص الفني للأطباء وخصوصا الامراض التي يطول فيها الاشتداد فترة طويلة كما في مرض الايدز وهذا ما سنبينه لاحقاً.

أما على مستوى باقي القوانين فإن غالبية القوانين لم تورد تعريف لمرض الموت باستثناء القانون الاردني، حيث نصت المادة (٥٤٣) من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ بأن مرض الموت (هو الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او اكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح).

ويؤخذ على موقف المشرع الأردني انه عد من يعجز عن القيام بأعماله يعد مريض مرض موت، الا انه هناك من الامراض التي تقعد المريض عن اعماله وتعجزه ولكن لا تؤدي الى موته، كما حصر مرض الموت بمدة سنة، بالرغم ان بعض الامراض قد يطول فيها المرض الى عدة سنوات كما في مرض الإيدز الذي قد تستغرق مدة الاصابة بالمرض الى اكثر من عشر سنوات، فضلا عن ان المشرع لم ينص على طرق اثبات مرض الموت.

٢. تعريف مرض الموت على صعيد القضاء: تعددت التعريفات التي تبناها القضاء العراقي لتعريف مرض الموت وأبرزها ما قضت به محكمة تمييز العراق (... إن مرض الموت انما يرجع في تعريفه الى الشريعة الاسلامية المادة الاولى/٢ من القانون المدني العراقي وأوضح التعريفات التي قررها فقهاء الشريعة الاسلامية إن مرض الموت الذي يجتمع فيه صفتان أن يغلب فيه الهلاك عادة وان يعقبه الموت مباشرة سواء بهذا السبب او بسبب اخر خارجي فمرض الموت فيشترط به ان يتصل الموت بالمرض وان يكون المرض مخوفاً والمرض المخوف كالسرطان وغيره...^(١) ، كذلك عرفته محكمة تمييز العراق بقرار آخر قالت فيه (...المرض الذي لا يرجى شفاؤه والذي يتوفى فيه المريض خلال أقل من سنة واحدة يعتبر مرض الموت شرعا وقانونا سواء كان المريض قد صاحب الفراش او لم يكن...)^(٢). ويلاحظ ان القضاء لم يستقر حول تعريف محدد لمرض والسبب يعود في تقديرنا الى التطور في مجال الطب، فما كان يعد مرض موت سابقا قد لا يُعد مرض موت في الوقت الحاضر، وما يُعد مرض موت حاليا قد لا يعد مرض موت في المستقبل لذلك فان وضع قواعد قانونية ثابتة لأحكام مرض الموت فيه من الصعوبة بسبب التطور في مجال الطب وايجاد العلاج لكثير من الامراض التي كانت تُعد مرض موت، لذا من الأفضل أن يترك للقضاء اجراء التحقيقات اللازمة من خلال الاستعانة بالخبراء الاطباء لمعرفة ان

(١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٩٨/هيئة عامة اولى/١٩٧٣ في ١٩٧٤/٤/٢٠ النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني للمحكمة التمييز،

السنة الخامسة، ٢٤، ١٩٧٦، ص ١٠٢.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٥٤/هيئة عامة اولى/١٩٧٣ في ١٩٧٣/٣/٣٠ أشار اليه القاضي منير عباس حسين، الإقرار واحكام

تصرفات مريض مرض الموت، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٨، ص ١٩٦.

المريض ينطبق عليه مرض موت من عدمه وعدم تقيد القضاء بشروط او ضوابط تحكمه، ويترك للفقهاء القانون وضع تعاريف وضوابط مرض الموت وعدم التقييد باتجاه معين.

من خلال ما تقدم يمكن إعطاء تعريف لمرض الموت (بأنه المرض المخوف الذي يؤدي الى هلاك صاحبه، وعلى المحكمة عند تحديد المرض، ان ترجع الى اهل التخصص الفني من الاطباء لتحديد كونه مرض موت من عدمه) ومبررات هذا التعريف هو عدم حصر حالات مرض الموت، وتقيده بمدة معينة، فضلا عن الزام القاضي بالاستعانة بالخبرة الطبية لبيان مدى انطباق مرض الموت على الشخص.

الفرع الثاني

تعريف مرض نقص المناعة المكتسبة

يطلق على مرض الايدز عدة الالفاظ او مصطلحات فهناك من يطلق عليه نقص المناعة المكتسب وهناك من يطلق عليه متلازمة العوز المناعي وتعني كلمة (متلازمة) مجموعة الاعراض التي تصاحب وجود المرض، أما لفظ مكتسب فيقصد به ان العوز المناعي ليس مورثاً ولكنه نتج عن عدوى لم تكن موجودة من قبل⁽¹⁾ ويطلق عليه اسم Aids في الانكليزية وهو اختصار لتعبير (Acquired Immune Deficiencies Syndrome)⁽²⁾.

وهو مرض فتاك ينتشر في العالم بشكل سريع، بسبب العلاقات الجنسية المشبوهة وذكر تقرير نشرته مجلة Infectious Disease of North America في شهر ديسمبر سنة ٢٠٠٠، ان حالات الاصابة بالمرض بازياد حيث بلغت حتى نهاية عام ١٩٩٩ ٥٣,١ مليون وبلغ من مات منهم بهذا المرض حتى ذلك التاريخ ١٨,٨ مليون، ويسبب فيروس عوز المناعة المكتسب بتعطيل الجهاز المناعي في الجسم تدريجياً وينتقل الفيروس بين الأفراد من خلال الاتصال الجنسي، او عن طريق عمليات نقل الدم الملوث بالفيروس، وقد ينتقل من الأم الى طفلها اثناء فترة الحمل او عند الولادة او خلال الرضاعة⁽³⁾. وقد ظهر اول تقرير عن هذا المرض في عام ١٩٨١ من مركز مكافحة الأوبئة (C.D.C) في اتلانطا في الولايات المتحدة الامريكية حيث اكتشفت حالات بين الشواذ جنسياً، وظهر أن اعداد مرض الايدز، بشكل متواليات هندسية مخيفة، ولعل ما زاد الخوف والهلع من هذا المرض ان المصابين كانوا يموتون في عواصم الطب في العالم على مرأى الأطباء وسمعهم دون ان يكون باستطاعته هؤلاء تقديم المساعدة لإنقاذهم⁽⁴⁾.

(١) د. علي حمزة عسل الخفاجي، المسؤولية الجزائية لناقلي عدوى الايدز، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع، ٢٠١٠، ص ٢٧.

(٢) مرض الايدز، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٢/٩.

<http://www.madwdo.com>.

(٣) الايدز والعدوى بفيروسه، بحث منشور على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٢/١٠.

<http://www.who.int/feeturs/aa>.

(٤) د. محمد احمد البديرات، مدى اعتبار الايدز مرض موت وتأثيره على تصرفات المريض في القانون الاردني والفقہ الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٢، ع ١، ٢٠٠٦، ص ٥٧.

المطلب الثاني

شروط تحقق مريض مرض الموت ومدى انطباقها على المريض بمرض الايدز

ليس اي مرض ينطبق عليه وصف الموت بل هناك شروطاً وضوابط درج الفقه والقضاء عليها لشروط مرض الموت لذا سنبحث حول مدى انطباق تلك الشروط على المريض بمرض الايدز، وكيف يتم اثبات المرض، سنتناولها وكما يأتي: **شروط تحقق مرض الموت. ومدى انطباق شروط مرض الموت على المريض بمرض الايدز.**

شروط تحقق مرض الموت

استقر جانب كبير من الفقه الى ان مرض الموت لا يتحقق الا بتوافر شروط مرض الموت مجتمعة، وهي عجز المريض عن القيام بإعماله وغلبة الخوف من الموت، وانتهاء المرض بالموت .

١- **عجز المريض عن القيام بأعماله:** يشترط في مرض الموت أن يؤدي الى عجز الشخص عن القيام بأعماله المعتادة التي يقوم بها الشخص الصحيح، وتتمثل الاعمال المعتادة بما تقتضيه مهنة الشخص او حرفته او بما يمارسه على وجه معتاد كالذهاب الى السوق، ووضع الفقه بعد الضوابط التي تحكم هذا الشرط (يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمَرَادُ الْعَجْزَ عَنْ ذَلِكَ مِنَ الْإِثْنَانِ إِلَى الْمَسْجِدِ، أَوْ الدُّكَّانِ لِإِقَامَةِ الْمَصَالِحِ الْقَرِيبَةِ فِي حَقِّ الْكُلِّ؛ إِذْ لَوْ كَانَ مُحْتَزِرًا بِحِرْفَةٍ شَاقَّةٍ كَمَا لَوْ كَانَ مُكَارِبًا، أَوْ حَمَلًا عَلَى ظَهْرِهِ، أَوْ دَقَّاقًا أَوْ نَجَّارًا، أَوْ نَحَوَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ إِقَامَتَهُ مَعَ أَدْنَى مَرَضٍ، وَعَجَزَ عَنْهُ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْخُرُوجِ إِلَى الْمَسْجِدِ أَوْ السُّوقِ يَكُونُ مَرِيضًا، وَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ مَصَالِحَهُ، وَإِلَّا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَى الْخُرُوجِ إِلَى الدُّكَّانِ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مَثَلًا مَرِيضًا وَغَيْرَ مَرِيضٍ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْمَصَالِحِ ثُمَّ هَذَا إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ مَنْ كَانَ لَهُ قُدْرَةٌ عَلَى الْخُرُوجِ قَبْلَ الْمَرَضِ أَمَّا لَوْ كَانَ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَرَضِ لِلْكِبَرِ، أَوْ عِلَّةٍ فِي رَجُلِيهِ فَلَا يَظْهَرُ فَيُنْبَغِي اعْتِبَارُ غَلَبَةِ الْهَلَاكِ فِي حَقِّهِ^(١)، وبذلك قضت محكمة التمييز(..إذا لم يعجز المريض على رؤية مصالحه فلا يعتبر مرضه مرض موت وإن مات قبل مرور سنة على مرضه وتنفذ تصرفاته في جميع التركة بعد وفاته..)^(٢).

وفي تقديرنا ان هذا الشرط لا يصح في جميع المسائل لأن شرط العجز عن القيام في اعماله قد لا يطبق على الكثير من الامراض ومنها الامراض المستحدثة التي لا تقعد المريض بها عن العمل، وبالرغم من ذلك فان التحقق من ان المرض قد افقد المريض عن مزاولته مهنة او عمله تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع هو الذي يحدد ان المرض قد اقعده المريض عن عمله من عدمه.

٣- **غلبة الخوف من الموت:** يشترط كذلك لكي يكون المرض هو مرض موت ان يغلب لدى المريض شعور الخوف من الموت، ويكون كذلك اذا كان المرض من الامراض الخطيرة التي تنتهي بالموت عادة، وبذلك يخشى المريض على نفسه من الهلاك، ذلك لا يعتبر مرض الموت من يعجز عن المشي والكلام او الرؤية الامر الذي ادى الى عدم القدرة على مباشرة الاعمال المعتادة لأنه لا يغلب على الشخص الخوف من الموت، كما لا يعتبر مرض موت من يصاب بمرض مزمن كالسكري، الضغط لان مثل هذه الامراض ليس من شأنها ان تولد لدى المريض الشعور بالخوف من الموت القريب^(٣)، والجندي في ساحة المعركة لا يكون بحكم مريض مرض الموت بمجرد كونه محارباً لأنه قد يحصل النجاة من الموت في

(١) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج٤، ط١، دار الجبل، دون مكان نشر، ١٩٩١، ص١٢٨.

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤/هيئة عامة اولى/٩٧٢ في ١٢/٢٣/١٩٧٣، النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني في محكمة التمييز، ١٤، س٤، ١٩٧٤، ص٨٨.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(البيع، والمقايضة)، ج٤، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٣١٤.

الحرب، اما المرأة اذا حصلت اوجاع او الالام اثناء مخاضها فتعد مريضة مرض موت فاذا خلصت من اوجاعها فتصرفاتها في وقت الاوجاع تعتبر صحيحة^(١).

وغني عن البيان ان قواعد مهنة الطب تقتضي على الطبيب أن يبصر المريض بضرورة اجراء الفحوصات اللازمة اذا تشابه لدى الطبيب بإصابة المريض بإحدى الامراض الخطيرة والتي تتطلب تداخل جراحي او اتخاذ احتياطات معينة^(٢)، فاذا كان الشخص يعلم بأن مرضه مرض موت وأجرى بعض التصرفات القانونية فانه تصرفاته تلك تقيده، اما اذا لم يكن يعلمه الطبيب بطبيعة المرض الذي يعانیه وأخفى عنه بخطورة المرض الذي يعانیه، فأن ذلك يخالف قواعد مهنة الطب، كما ان تصرفاته التي يجريها تعد صحيحة لان شعور الخوف من الموت غير متحقق، وعلى ضوء ما تقدم قضت محكمة تمييز العراق (...لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية... اما الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت.. فهو بدوره لم يتوافر لدى المورث حيث لم يثبت انه كان يشعر بخطر الموت لأنه في الواقع وكما جاء في شهادة الطبيب المعالج(ب) انه لم يثبت له أن مرضه كان بالسرطان إلا قبيل وفاته بأيام... وأن المريض لم يكن يعلم بأن مرضه كان من الامراض الخبيثة والتي يخاف منها الموت، كما ان الطبيب المذكور لم يعلمه بذلك كما تقتضي بذلك قواعد المهنة وعليه فإن المورث كان يتصرف ويقوم بأعماله كما يقوم به الاصحاء دون ان يخالجه بخوف الموت من مرضه...^(٣).

٣- انتهاء المرض بالموت: لكي تحقق شروط مرض الموت، يجب يؤدي المرض في النهاية الى موت فعلا فاذا اصيب شخص بمرض وغلب عليه خوف الموت ولكنه مع ذلك برئ وكان قد تصرف في ماله اثناء المرض كان حكم تصرف هذا هو حكم تصرف الاصحاء، ويذهب السنهاوري الى ان المريض بمرض يقعه عن قضاء مصالحه ويغلب فيه الخوف الموت اذا تصرف في ماله اثناء هذا المرض كان تصرفه معتدا به حال حياته، ولا يجوز الاعتراض مادام المريض حيا، ولكن يجوز الطعن بتصرفه استنادا الى الغلط في الباعث ولكن يجب ان يثبت انما المريض اجري التصرف لاعتقاده انه في مرض موت ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للأبطال^(٤) والتساؤل الذي يثار هناك من الامراض التي يطيل فيها المرض اكثر من سنة فهل يعد المصاب بعدها بمرض الموت؟

يجب التفرقة بين الامراض المزمنة وبين الامراض غير المزمنة، فالأمراض المزمنة هي التي تستمر مدة طويلة ويعد الشخص مريض مرض موت اذا توفي خلال المدة، اما اذا مات بعد شفائه فلا يعد المرض مرض الموت، ولكن اذا زادت المدة عن سنة فان المصاب بالمرض لا يعد مريضا مرض الموت الا من وقت اشتداد المرض^(٥)، اما الامراض غير المزمنة فهي الامراض التي لا تستمر مدة طويلة والمصاب بها اما ان يشفي منها او يموت بها، فاذا شفي منها ثم مات بعد ذلك لا يعد المرض مرض الموت، اما ان مات بها عد مريضا مرض الموت^(٦).

(١) القاضي منير عباس حسين، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

(٢) زينة غانم العبيدي، ارادة المريض في العقد الطبي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٩٠.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٩/٥-ع/٧٦ في ١٠/٧/١٩٧٦، نقلاً عن حبيب ادريس عيسى المزوري، مصدر سابق، ص ٣٩-٤٠.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مطابع دار النشر للجامعات، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٢٧٥-٢٧٦.

(٥) أمال احمد ناجي، البيع في مرض الموت، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية، ع ٢٤، سنة ١، دون سنة طبع، ص ٣٨.

(٦) حبيب ادريس المزوري، مصدر سابق، ص ٣٩.

مدى انطباق شروط مرض الموت على المريض بمرض الايدز

لتحقق من مدى اعتبار مرض الايدز ضمن أمراض الموت ينبغي البحث في شروطه، فمن حيث عجز الانسان عن مزاولته عمله، فبالرغم من ان المصاب بمرض الايدز قد لا تظهر عليه اعراض المرض الا بعد سنتين او قد تصل الى عدة سنوات يبقى خلالها قادرا على ممارسة اعماله المعتادة الا ان مجرد علمه بهذا المرض فانه يؤثر تأثيرا شديدا في نفسية المصاب بإحساسه بقرب دنو اجله وان على وشك الموت لا محال فينصرف عن متابعة اعماله لانشغال فكره بمصيره المحتوم.

فضلا عن كل ذلك فإن المصاب بالإيدز يعجز حقيقة عن قضاء مصالحه نتيجة إصابته بالالتهابات الغددية والاورام السرطانية والاعتلال الدماغى والعصبى على نحو ما ثبت طبياً^(١)، ومن خلال ما تقدم يمكن القول بانطباق الشرط الاول على المصاب بمرض الايدز لأنه حتماً سيعجز عن مزاولته اعماله اما بسبب حالته النفسية او بسبب الالتهابات والاورام المصاحبة والتي تؤثر على جسد الانسان.

اما عن مدى انطباق الشرط الثاني فهل يغلب على المصاب بمرض الايدز الهلاك ، ان الاطباء واصحاب الاختصاص يجمعون على ان مرض الايدز من الامراض التي يتحقق فيها الموت دائماً، إذ ان فيروس الايدز يهاجم المناعة في الجسم فيتلفه، مما يسمح للجراثيم الانتهازية بالأضرار بالجسم اضراراً بالغة تنهي المصاب به بالموت، لذلك يمكن القول ان مرض الايدز يؤدي الى هلاك المصاب بسبب فقدان المناعة الى ان يؤدي الى الوفاة بالتالى ينطبق هذا الشرط على مرض الايدز.

ويشترط في مرض الموت ايضاً ان يتصل المرض بالموت فعلاً وينطبق هذا الوصف تماماً على حالة المريض بالإيدز وكما بينا سابقاً ان الدراسات تشير الى آلية فتك الفيروس بالجسم ويمر بثلاثة مراحل باستثناء المرحلة الاولى حيث يكون الفيروس في بدايته ولا يؤثر تأثيراً شديداً على الجسم، اما المرحلة الثانية والثالثة تؤدي حتماً الى الموت، وان العلاجات التي تعطى للمصاب لا تؤدي الى شفاؤه وانما الى تقوية جهازه المناعي قدر الامكان ، والتساؤل الذي يثار ان مسألة تقيد تصرفات المصاب بمرض الايدز يثير أشكالا وهو ان المصاب بالإيدز قد لا يعلم بإصابة بالمرض الا بعد مدة طويلة فمن اي وقت تقيد تصرفاته؟ من وقت إصابته بالمرض ام من وقت علمه بالإصابة ام من تاريخ اشتداد المرض؟ يذهب الرأي الغالب من الفقه^(٢) ان الامراض الممتدة او المزمنة لا تعد مرض موت الا اذا تغير حال المريض او اشتد به المرض وخيف منه الهلاك فتكون تصرفاته في دائرة تصرفات المريض مرض الموت اذا اتصل بالموت، والعلة في اعتبار الامراض الممتدة (المزمنة) مرض موت تكمن في ان المرض اذا طال ولم يحس منه بالموت صار مرضاً (مزمناً لا قاتلاً) فتعد تصرفاته المريض مرضه بحيث لم يشد المرض صحيحة فاذا اشتد المرض وخيف الموت كانت تصرفات مريض مرض الموت ، ويذهب رأي^(٣) في الفقه ان مرض الايدز ليس مرض موت الا اذا اشتدت وطأته فانه

(١) د. محمد احمد البديرات، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٢) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٤، دار الكتب القانونية، ١٩٩٤، القاهرة، ص ١٥٣؛ ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ج ٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٣٨٤؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج ١٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣، ص ٩٧.

(٣) الايدز واسبابه، مقال منشور على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٢/١٧.

يدخل في طور جديد بحيث تؤثر في نفسيته وبالتالي تعتبر تصرفاته تصرفات مريض الموت من تاريخ اشتداد المرض، في حين يقسم البعض الآخر من الفقه^(١) المراحل التي يمر بها المصاب بمرض الايدز الى ثلاثة مراحل وهي:

المرحلة الاولى: مرحلة انتقال ودخول الفيروس للجسم، وقد تصل الى سبعة أسابيع وهذا المرحلة يبدو الشخص فيها سليماً وطبيعياً وقد لا يتم اكتشافه بسهولة بالفحوصات التي تجري على الشخص المصاب وبذلك فأنها لا تؤثر على نفسية المريض في اتيان التصرفات القانونية اللازمة لتدبير شؤونه وبذلك فإن تصرفاته تعد صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية

المرحلة الثانية: مرحلة حمل المرض (الحضانة) وتبدأ هذه المرحلة من شهرين الى اكثر من عشر سنوات، ويكون الشخص المصاب فيه سليماً ولكن تبدأ اعراض المرض عليه كما من السهل اكتشاف المرض الا ان هذه المرحلة كذلك لا تؤثر على المصاب في اتيان التصرفات القانونية حيث لا تؤثر على نفسه واحساسه بدنو اجله وبالتالي تعد تصرفاته صحيحة.

المرحلة الثالثة: مرحلة المرض حيث يكون فيها الفيروس قد حطم خلايا المناعة ويصاب عندها المريض بالعديد من الامراض الفيروسية والسرطانات والامراض البكتريا وتنتهي تلك المرحلة بموت المصاب حتماً، لأنه لا يوجد علاج شاف للمرض الى حد الان. وبالتالي فان التصرفات الصادرة عنه في هذه المرحلة تكون غير صحيحة وتدخل في نطاق تصرفات المريض مرض الموت ويترك للخبير الطبي تحديد المرحلة التي يمر بها

اما موقف مجمع الفقه الاسلامي من هذا التساؤل قرر^(٢):

١- ان حياة المريض بالايديز قد تطول لعشر سنوات او اكثر صحيح ان نهاية محتومة وهي الموت الا ان المصاب به لا ينبغي الحكم على تصرفاته انها تصرفات مريض الموت، الا في مراحلها النهائية...

٢- أن مرض الايدز لا يعد مرض موت شرعاً الا اذا اكتملت أعراضه وادى بالمريض الى الخرف او اقعده عن ممارسته الحياة اليومية واتصل بالموت.

ويحسب للمجمع الفقه الاسلامي انه تطرق الى مثل هكذا مسائل، حيث انه وازن ما بين مصلحة المريض بالايديز ومصلحة الورثة والدائنين، لان القول بأن المصاب بالايديز يعد مريض مرض الموت من تاريخ اصابه بالمرض او علمه به، فيه من الاضرار على الشخص المصاب بالمرض لأنه من غير المنطق ان تقيد تصرفاته لعشر سنوات قبل وفاته ، اما الموقف القضائي من المدة فالاتجاه القديم كان يعتد بمدة سنة وهذا ما حيث قضت محكمة تمييز العراق (...ان مرض الموت حسبما عرفه الفقهاء هو الذي يكون فيه خوف من الموت في الاكثر ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة...)^(٣) ، الا ان هذا الرأي كان يؤخذ به قديماً اما الاتجاه القضائي الحديث وكما بينا سابقاً لا يعتد بالمدة وانما يلجأ الى اهل الخبرة من الاطباء للتأكد من مدى انطباق وصف الموت على المريض، كما ان تلك المدة لا يمكن تطبيقها على بعض الامراض ومنها مرض الايدز التي تطول الاصابة به الى خمس سنوات وأكثر حسب مقاومة الجسم، لذا ينبغي معرفة الى المرحلة او الوقت الذي يعد فيها المصاب بمرض الايدز مريض مرض الموت، لذا يمكن تقسيم مراحل الاصابة بمرض الايدز الى ثلاثة مراحل على وفق الاتي: **يمكن القول ان المصاب بمرض الايدز ينطبق عليه مرض الموت من تاريخ اشتداد المرض، ويرجع القاضي لإثبات ان المريض مصاب بالايديز ووقت اشتداد المرض لأهل الخبرة والاختصاص من الاطباء، لان الخبراء من**

(١) صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، ط١، الاصدار الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٨٠.

(٢) قرار مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة التاسعة في ابي ظبي بدولة الامارات، ١٩٩٥، والقرار منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلام، ج٨، ج٣، ومتوفر على شبكة الانترنت.

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٩٨/هيئة عامة اولي/ ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٤/٢٠، النشرة القضائية، ج٢، سنة ١٩٧٦، ص ١٠٤.

اهل الطب هم الاقدر دون غيرهم على تشخيص حالة المريض وبيان المرحلة التي بها المصاب، وعلى ضوء تقرير الخبرة الطبية تصدر المحكمة قرارها اما باعتبار ان المصاب بالإيدز مريض مرض الموت من عدمه.

اثبات مرض الايدز بالخبرة الطبية

يلجأ القاضي الى الخبرة الطبية إذا ثارت في اثناء سير الخصومة مسألة فنية تؤثر او يتوقف عليها حسم الدعوى، وتعد الخبرة الطبية عملاً فنياً يتمثل في تقديم الرأي الطبي الى القضاء بمناسبة نزاع يتعلق بالجانب الطبي، فقد يصاب الشخص اثناء حياته ببعض الامراض ومنها مرض الايدز فتدفع الشخص المريض الى اجراء بعض التصرفات القانونية، ولأثبات كون الشخص مصاب بمرض موت من عدمه يلتزم القاضي بالاستعانة بالخبرة الطبية، ويلتزم الخبراء الاطباء باجراء الفحوصات اللازمة على الشخص المريض اذا كان على قيد الحياة او مفاتحة الجهات الطبية المختصة بالإيدز لمدى بيان معرفتها بالشخص المصاب، كما يمكن ان يكون الشخص متوفياً ولا تعلم به الجهات الصحية لذا تفتح دائرة الطب العدلي لفتح القبر واخذ العينات اللازمة وارسالها الى المختبرات الخاصة لإجراء الفحوصات اللازمة لها^(١).

وعلى هذا المنوال قضت محكمة التمييز الاتحادية (وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للشرع والقانون... ذلك لان المدعى عليه راجع اللجنة الطبية وتبين من صورة هوامش الاطباء بأن فحوصات أجريت له وبحاجة الى فحوصات أخرى... لذا كان المقضى مفاتحة دائرة مدينة الطب/ العيادة الاستشارية/ الباطنية بعد الإشارة الى كتاب الطب العدلي بالرقم.../في.. على ان يرفق صور الكتب المبرزة بالكتاب لأعلام المحكمة بالنتيجة وعلى ضوئها اصدار القرار الذي تراه موافقاً للشرع والقانون وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها قبل اكمال تحقيقاتها المشار اليها مما اخل بصحة الحكم المميز.. لذا قرر نقضه..)^(٢).

ومن المبادئ التمييزية المهمة التي أقرها القضاء العراقي بأنه لا يعد المورث المتصرف انه بمرض الموت الا اذا أثبتت التقارير الطبية والخبراء أن المرض المصاب به يغلب عليه الموت، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية.. وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك ان دعوى المدعيات /المميزات قد انصبت على طعنهن بتصرف مورثهن ببيع عقاره للميز عليه/المدعى عليه اثناء ما كان مصابا بمرض الموت وقد فصل تقرير الخبراء الثلاثة المقدم لمحكمة البداة بهذا الموضوع جازما بعدم تحقق شروط مرض الموت بتصرف مورث الطرفين، وحيث أن محكمة الاستئناف قد استجابت لطعن المميزات سببا لحكمها بتأييد الحكم البدائي القاضي برد الدعوى بالرغم من أن ذلك التقرير لا يصح اعتماده سببا للحكم لعدم اجابته بشكل وصریح وجازم على اسئلة المحكمة بشأن الامراض التي أصيب بها مورث الطرفين لاسيما الجلطة الدماغية وعجز الكليتين المزمن وهل هي من أمراض الموت أي ان المصاب بها يموت غالباً من عدمه مما كان يتعين على المحكمة استدعاء الخبراء ومناقشتهم حول ذلك مع تمكينهم من الاطلاع على الأوليات المتوفرة في المستشفيات التي دخلها المورث بما فيها الطبلات الخاصة بالمريض والتقارير والوصفات الطبية الصادرة بحقه والاستماع الى شهادة الاطباء الذين اشرفوا على علاجه بصدد حالته الصحية وهل كان مريضاً مرض الموت من عدمه استناداً برأيهم ولا يمنع ذلك من سماع بينه الطرفين الشخصية بهذا الشأن ايضاً ومن ثم تفصل في مدى تحقق شروط مرض الموت في هذه الدعوى في ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء،

(١) احمد ناصر مصطفى، النظام القانوني للخبرة الطبية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩، ص٤٩.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٠١١/٣٠١ في ٢٠١١/١/٢٦ أشار اليه: القاضي ربيع محمد الزهاوي، عالم دعاوى محاكم الأحوال

ونظراً لعدم مراعاة الحكم لذلك مما اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه..^(١) ، ويلاحظ ان المادة (١٤٠) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ لا تقيد المحكمة بتقرير الخبرة ، الا ان ما استقر عليه القضاء ان المسائل الفنية (الطبية) اذا لم يطمئن اليها القاضي فلا يملك الا بإحالة المسألة الى اللجان الطبية المختصة وعادة يكون قرارها ملزم للقاضي الموضوع.

المبحث الثاني

اثار التصرفات التي يجريها المريض بمرض الايدز

ان مرض الموت لا ينفي أهليتي الوجوب والاداء لذلك فأن تصرفات المريض مرض الموت صحيحة ونافذة فله ان يتصرف بجميع التصرفات، ولكنه ان مات في مرضه فان تصرفاته تكون عرضه لاعتراض الغير والورثة لتعلق حقوقهم بها فاذا اثبت ان المريض تصرف بأمواله في فترة مرضه ومس حقوق الورثة والغير فتقيد تصرفاته بأثر رجعي من وقت مرضه تأميناً لحقوق الدائنين والورثة، وإحاطة الموضوع من جوانبه جميعاً يقتضي ان نقسم المبحث الى مطلبين : **الأول: التصرفات الانشائية المنجزة والثاني: التصرفات الاخبارية المنجزة.**

التصرفات الانشائية المنجزة

يقصد بالتصرفات الانشائية المنجزة: هي تلك التصرفات التي يتم التملك فيها وقت صدورها كالبيع والهبة والايجار والوقف، فاذا باع شخص عينا من الاعيان التي يملكها انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت التصرف، وبذلك فأن تصرفات المريض مرض الموت الانشائية المنجزة اما تكون تصرفات على سبيل التبرع او تصرفات على سبيل المعاوضة وهذا يتطلب تقسيم المطلب الاول الى فرعين على وفق الاتي:

الفرع الاول: تصرفات المريض بالإيدز الواقعة على سبيل التبرع.

الفرع الثاني: تصرفات المريض بالإيدز الواقعة على سبيل المعاوضة.

الفرع الأول

تصرفات المريض بالإيدز الواقعة على سبيل التبرع

ان التصرفات التي يجريها المريض بمرض الايدز على سبيل التبرع قد تكون على شكل هبة او وقف او ابراء او كفالة ، لذا عالج المشرع العراقي احكام التصرفات الناقلة للملكية اذا كانت صادرة على سبيل التبرع في المادة (١١٠٩) من القانون المدني حيث نصت(١) - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع والمحابة، يعتبر كله او بقدر ما فيه من محابة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، تسري عليه احكام الوصية آيا كانت التسمية التي تعطى له) ، لذا فالهبة تصرف انشائي منجز صادر على سبيل التبرع، فاذا تصرف المريض بالإيدز عند اشتداد مرضه بأمواله على تصرفاً على شكل هبة، وثبت للقاضي ان تصرفه ينطبق عليه مرض الموت عن طريق الخبراء الاطباء، ففي هذه الحالة يأخذ تصرفه حكم الوصية، لأن نية التبرع ظاهرة وواضحة لدى المريض ، وبذلك قضت محكمة تمييز العراق (...اذا كانت الدار التي وهبها مورث المدعى عليه اثناء مرض موته تزيد على الثلث من التركة فتنفذ الهبة في الثلث، ويبطل السجل العقاري بالنسبة لثلثي الدار ويوزع على ورثة المتوفى وبضمنهم المدعية حسب القسام الشرعي...)^(٢).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٠٠٨/٥٤٨ في ٢٠٠٨/٣/٦، أشار اليه: المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء ومحكمة التمييز الاتحادية لسنوات من ٢٠٠٦-٢٠٠٨، شباط، ٢٠٠٩.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٢٥٣/مدنية/٢/٩٨٨ في ١٠/٥/١٩٨٨، منشور في مجلة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل، ع٢، بغداد، ١٩٨٨، ص٢١.

اما الوقف^(١) فان المريض وقفه يعتبر كالوصية وينفذ في الثلث للأجنبي، اما ما زاد عن ثلث فيتوقف على اجازة الورثة والا بطل. ومن التصرفات الانشائية المنجزة الابراء^(٢)، فاذا ابرئ المريض مرض الموت احد مدينه، كان ابراهه بحكم الوصية ونفذ في الثلث، وهذا ما اشارت اليه المادة (٢/١١٠٩) من القانون المدني(٢) - ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرضه موته مدينه وارثا كان او غير وارث وكذلك الكفالة في مرض الموت) ، وكذلك الكفالة^(٣)، فاذا تمت في مرض الموت، كانت بحكم الوصية، لان قصد التبرع ظاهر فيها، فان كانت التركة مستغرقة بالديون بطلت الكفالة مالم يجزها الدائنون، وان لم تكن مستغرقة بالديون كانت نافذة من الثلث مالم يجزها الورثة فتنفذ من الكل^(٤)، وهذا ما نصت عليه المادة(٢/١١٠٩) من القانون المدني العراقي بأنه(ويعتبر في حكم الوصية...الكفالة في مرض الموت).

ومن الجدير بالذكر ان المادة (١١١٠) من القانون المدني العراقي أشارت الى قيام مريض مرض الموت بتأدية الدين لاحد الغرماء، فتكون التأدية باطلة، فيستطيع باقي الدائنين مشاركة الدائن القابض بما قبضه، اما اذا كان تصرف المريض لقاء مال معين او قرض حال مرضه فيكون صحيحاً.

الفرع الثاني

تصرفات المريض بالإيدز الواقعة على سبيل المعاوضة

قد يجري المريض بالإيدز تصرفاً قانونياً يكون على شكل معاوضة^(٥) حيث نصت المادة(١/١١٠٩) من القانون المدني حيث نصت(١-كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع والمحابة، يعتبر كله او بقدر ما فيه من محابة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، تسري عليه احكام الوصية آيا كانت التسمية التي تعطى له)، يتضح مما تقدم انه اذا صدر تصرف ناقل للملكية من المريض مرض الموت كالبيع والشراء وكان مقصوداً من هذا التصرف المحابة، ففي هذه الحالة يأخذ هذا التصرف حكم الوصية.

ويسري على تلك التصرفات احكام الوصية آيا كانت التسمية التي تعطى لها، حيث نصت المادة(٢/١١٠٨) بأنه(وتجوز الوصية للوراث وغير الوارث في ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث، الا باجازة الورثة) ، كأن يبيع المريض بالإيدز عقاراً يملكه ب ٣٠ مليون بينما قيمته الحقيقية ٥٠ مليون، فأن ٢٠ مليون هي مقدار المحابة وبالتالي سيعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية، الا ان الوصية لا تسري الا بحدود ثلث التركة ولا تنفذ فيما الا باجازة الورثة.

والتساؤل الذي يثار من اي وقت تقدر تصرفات المريض مرض الموت؟ ان الاثر القانوني سيختلف حتماً وخاصة المريض بالإيدز فقد يجري تصرفاً قانونياً فيه محابة اثناء اصابته بالمرض، الا ان وفاته لا تكون الا بعد سنوات، فمن

(١) الوقف: حبس العين المملوكة على حكم الله سبحانه وتعالى، والتصدق بمنفعتها الى المستحقين على وفق شروط الواقف. محمد طه البشير، د.

غني حسون الطه، الحقوق العينية الاصلية، ج ١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص ٢٦.

(٢) الابراء: هو أسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر كأسقاط الدائن دينه، ويكون بلفظ يدل على ذلك، كأبرأت وأسقطت، وانت برئ من الدين. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج ٢، ط ٢، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠١١، ص ٣٠٥.

(٣) الكفالة: بانها ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول في ضمان الحق والالتزام به لصاحبه. د. علي بن راشد الديبان، الكفالة على المعاوضة، بحث منشور في مجلة العدل السعودية، ع ٤٠٤، ١٤٢٩، ص ٣؛ وينظر المادة(١١٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٤) القاضي منير عباس حسين، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٥) عقد المعاوضة: هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابل ما اعطاه، فالبائع عقد معاوضة بالنسبة الى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل اعطاء المبيع، وبالنسبة الى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل اعطاء الثمن. لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المجيد =الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، ط ٢، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٥.

الممكن ان تكون قيمة هذا التصرف تغيرت اما ان تكون في حدود الثلث او تزيد عن الثلث التركية، ففي هذه الفرضية فأن الوقت الذي يقدر فيه تصرف المريض مرض الموت هو وقت الموت لا وقت التصرف، فاذا ثبت وجود محاباة تزيد على ثلث التركية بعد وفاة المتصرف فالبيع لا يكون نافذا بما يجاوز الثلث الا بإجازة الورثة^(١) ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز (..ان مورث المميز عليهما قد باع سهميهما من البستان الى شريكه المميز ببديل أقر بقضه من المشتري نقداً وبما ان عقد البيع تصرف ناقل للملكية، وان هذا الاقرار جاء على سبيل التملك وليس على سبيل الأخبار، فيكون هذا التصرف في حكم الوصية فيما لو تحققت المحكمة من صدوره في مرض الموت..)^(٢).

ومن الجدير بالذكر ان موقف القانون العراقي المتقدم ذكره يسري على البيع لاحد الورثة او لأجنبي، الا ان الحكم يختلف في القانون المدني الاردني حيث كان المشرع اكثر تفصيلاً حيث نصت المادة(١/٥٤٤) بانه (بيع المريض شيئاً من ماله لاحد ورثته لا ينفذ مالم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث) ، ومما تجدر الاشارة فيه ان تصرف المورث في العقار وان كان في مرض الموت فإنه يسري بحق الورثة مادام قد تم في علمهم، دون معارضة منهم بتصرفه دون ان يطعنوا في اثناء حياته او حتى بعد وفاته، وان هذه القاعدة تسري على المريض بالإيدز، باعتبار ان مرض الايدز هو صورة من صور مرض الموت ، وبناء على ما تقدم قضت محكمة التمييز الاتحادية(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث جاء اتباعاً لقرار النقض الصادر من هذه الهيئة ذي العدد ٦٩/ت/حقوقية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٦/٧ حيث اجرت المحكمة الكشف على الدار واستمعت للبينة الشخصية موقعياً وتأيد بأن المدعين يسكنون الدار بدون معارضه تحريرية اما دفع وكيل المميزين في الجلسة ١٥/١٠/٢٠٠٧ من ان مورث موكله قد وقع الورقة وكان في حالة مرض الموت فأن هذا الدفع يناقض دفعه السابق بعدم علم موكله بتوقيع مورثهم وطيلة اجراء التحقيق والمضاهاة وان(التناقض مانع من سماع الدفع ولا حجة مع التناقض (المادة ٦٤ من قانون الاثبات) لذا قرر تصديق القرار المميز...)^(٣)

يتضح من خلال فقرات القرار التمييزي، وان دفع الورثة بأن ليس لديهم علم بتصرف مورثهم (التعهد بنقل ملكية العقار) اثناء حياته، واثناء سير الدعوى دفع موكلهم بأن المورث قد تصرف بالعقار في مرض الموت، فأن تلك الدفوع المتناقضة مانع من سماعها، فتكون دعواهم غير واردة على سند قانوني.

المطلب الثاني

التصرفات الاخبارية المنجزة

التصرفات الاخبارية فهي التصرفات التي يقارن مدلولها التلطف بها وتكون اخباراً عن شيء مضى قبل حصول الاخبار عنه، وبالرجوع الى القانون المدني العراقي فأن التصرفات الاخبارية المنجزة تأخذ اشكالاً متعددة فالإقرار فيها اما ان يكون إقراراً بدين او إقراراً بقبض امانة له لدى الغير او إقراراً بكفالة كان قد كفل بها الغير، وإحاطة الموضوع يتطلب ان نقسم المطلب الثاني الى فرعين: الأول: التصرفات الاخبارية التي تأخذ حكم الوصية ،والثاني: التصرفات الاخبارية التي تنفذ في جميع تركة المتوفى.

(١) د. نعمان عبد الرزاق السامرائي، مرض الموت واثره في المعاملات، ط١، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٣، ص٢١.

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٤٣٥/حقوقية ثالثة/٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/٧ أشار اليه د. حبيب ادريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص١٦٥.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٢/ت/حقوقية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٠/١٨ (غير منشور).

الخاتمة

أهم النتائج التي توصلنا إليها، مع ايراد التوصيات التي نأمل من المشرع العراقي الأخذ بها.

أولاً: النتائج:

- ١- لم يورد المشرع العراقي تعريفاً لمرض الموت، وحسننا فعل المشرع العراقي لصعوبة وضع تعريف جامع مانع لجميع المسائل التي تعد مرض موت، كما ان وضع التعاريف من اختصاص الفقه واجتهاد القضاء.
 - ٢- لم ينص المشرع العراقي على شروط مرض الموت، وترك للمحكمة الرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية استناداً الى نص المادة الاولى/١ من القانون المدني العراقي.
 - ٣- ان المرض لا ينافي اهليتي الوجوب والاداء فتصرفات المريض مرض الموت صحيحة ونافذه الا اذا مست حقوق الورثة والدائنين واعترض على هذا التصرف فتقيد تصرفاته بأثر رجعي ضمانه لحقوق الورثة والدائنين، لذا وضع المشرع العراقي قاعدة عامة تنطبق على جميع التصرفات القانونية لمريض مرض الموت في المادة(١١١١) من القانون المدني بأن يأخذ تصرفه حكم الوصية.
 - ٤- ان مرض الايدز (نقص المناعة المكتسب) يصيب الانسان عن طريق العدوى من شخص آخر، وتؤدي العدوى بفقدان الجسم لمناعته تدريجياً الى ان تؤدي الى هلاكه حتماً.
 - ٥- من خلال بيان شروط مرض الموت تبين لنا انها تنطبق على المصاب بمرض الايدز تماماً، اذ يغلب على المصاب الهلاك، ويؤدي هذا المرض الى الوفاة حتماً.
- اما اشتراط المدة في مرض الموت فلا يمكن تطبيقها على مرض الايدز الا من خلال المرحلة الاخيرة في المرض وهي اشتداده.
- ٦- لم ينص المشرع العراقي على مرض الايدز في القانون المدني وفي باقي القوانين وحتى في التشريعات الصحية،
 - ٧- اتضح لنا اثبات مرض الموت مسألة فنية لا تتم الا عن طريق اصحاب التخصص الطبي، بالرغم من ان رأي الخبير غير ملزم للقاضي، الا ان الواقع العملي يشير الى ان القاضي لا يملك سوى الاخذ بتقرير الخبرة الطبية، او اعادة الخبرة الى اللجان الطبية المختصة.

ثانياً: التوصيات:

من خلال ما تقدم نأمل ان يأخذ المشرع بالتوصيات الأتية:

١. ندعو المشرع العراقي الى اعادة تنظيم احكام مرض الموت المبعثرة بأكثر من قانون وجمعها في قانون واحد
٢. الغاء المواد (١١١١) و(١١١٢) من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ واطافة احكام تلك المواد في قانون الاثبات (الباب الثاني، الفصل الثاني الخاصة بنطاق الاقرار)، الخاصتين بإقرار المريض مرض الموت حتى تكون احكام الاقرار موحدة في قانون واحد.
٣. نقترح ان ينص صراحة على اعتبار مرض الايدز مرض موت، تطبق على المصاب به احكام واثار التصرفات القانونية الخاصة بمرض الموت.
٤. قطعاً للخلاف الفقهي والقضائي نقترح عدم تقيد مرض الموت بمدة محددة، واعطاء المحكمة صلاحية اجراء تحقيقاتها للوصول للحقيقة.
٥. بما ان اثبات كون المريض مصاب بمرض الايدز مسألة طبية بحتة، نقترح ان تلزم المحكمة بالاستعانة بالخبرة الطبية في اثبات ذلك، فضلاً عن اعطاء نوع من الالزام للتقارير الطبية.

٦. واخيراً ندعوا المشرع العراقي الى اصدار قانون خاص للتعامل مع مرض الايدز، ووضع مستشفيات خاصة لهذا الغرض، وزيادة الارشادات التوعوية حول كيفية ضمان عدم الاصابة بهذا المرض الخطير على الشخص وعلى المجتمع.

المصادر

القران الكريم.

أولاً: مصادر اللغة العربية:

١. أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، الحكم والمحيط الأعظم، ج٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١.
٢. ابو القاسم محمود بن عمرو بن احمد الزمخشري، اساس البلاغة، ج١، ط١، دار الكتب القانونية، بيروت، ١٩٩٨.
٣. جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج٧، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.
٤. زين الدين بن عبدالله الرازي، مختار الصحاح، ط٥، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٩٩.
٥. علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣.

ثانياً: كتب الفقه الاسلامي:

١. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠.
٢. الأمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي، الأم، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٠.
٣. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤، دار الكتب القانونية، ١٩٩٤، القاهرة.
٤. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
٥. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج٤، ط١، دار الجيل، دون مكان نشر، ١٩٩١.
٦. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج١٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣.

ثالثاً: الكتب القانونية:

١. د. حبيب ادريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
٢. د. حبيب ادريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥.
٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(البيع، والمقايضة)، ج٤، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مطابع دار النشر للجامعات، القاهرة، ١٩٦٠.
٥. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، ط٢، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠١١.
٦. د. نعمان عبد الرزاق السامرائي، مرض الموت واثره في المعاملات، ط١، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٣.
٧. القاضي ربيع محمد الزهاوي، عالم دعاوى محاكم الأحوال الشخصية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
٨. القاضي منير عباس حسين، الإقرار واحكام تصرفات مريض مرض الموت، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٨.

٩. المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء ومحكمة التمييز الاتحادية لسنوات من ٢٠٠٦-٢٠٠٨، شباط، ٢٠٠٩.

١٠. محمد طه البشير، د. غني حسون الطه، الحقوق العينية الاصلية، ج ١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.

رابعاً: الاطاريح والرسائل الجامعية:

١. زينة غانم العبيدي، ارادة المريض في العقد الطبي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.

خامساً: البحوث القانونية:

١. أمال احمد ناجي، البيع في مرض الموت، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية، ع ٢٤، سنة ١، دون سنة طبع.
٢. د. علي حمزة عسل الخفاجي، المسؤولية الجزائية لناقلي عدوى الايدز، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع، ٢٠١٠.
٣. د. محمد احمد البديرات، مدى اعتبار الايدز مرض موت وتأثيره على تصرفات المريض في القانون الاردني والفقہ الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٢، ع ١٤، ٢٠٠٦.
٤. صفوان محمد عضيبيات، الفحص الطبي قبل الزواج، ط ١، الاصدار الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

سادساً: الدوريات:

أ- مجموعة الاحكام العدلية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني لوزارة العدل.
١. العدد ٢، السنة ١٩٨٨.

ب- النشرة القضائية التي تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز.

١. العدد ١، السنة ٤، ١٩٧٤.

٢. العدد ١، السنة ٥، ١٩٧٦.

سابعاً: القرارات القضائية غير المنشور.

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٢/ت/حقوقية/٢٠٠٧ في ١٨/١٠/٢٠٠٧.

ثامناً: البحوث والمقالات المنشورة على الانترنت:

١. مرض الايدز، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٢/٩:

<http://www.madwdo.com>.

٢. الايدز والعدوى بفيروسه، بحث منشور على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٢/١٠.

<http://www.who.int/feeturs/aa>.

٣. قرار مجمع الفقہ الاسلامي المنعقد في دورة التاسعة في ابي ظبي بدولة الامارات، ١٩٩٥، والقرار منشور في مجلة

مجمع الفقہ الاسلام، ع ٨٤، ج ٣، ومتوفر على الموقع الالكتروني:

<http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow->